

Alkotmány és kvóta*

KOVÁCS KRISZTA**

Magyarországon néhány éve indult közéleti vita a nők parlamentbe jutását segítő kvótaszabályok és a hátrányos helyzetűek egyetemi felvételét segítő állami intézkedések alkotmányosságáról.¹ A megszólalók túlnyomó többsége vehemensen támadja a kvótákat.

Ez az írás állást foglal a kvóta szükségessége mellett. Azt állítja, hogy bizonyos feltételek megléte esetén alkotmányos a kvóta, és kísérletet tesz arra, hogy felvázolja, melyek ezek a feltételek. A cikk a következő két tételből indul ki. Az első szerint a demokratikus kormányzat legfontosabb és egyben nélkülözhetetlen erénye, hogy polgáraival egyenlő méltóságú személyként bánt. Számára ugyanis a politikai közösség minden egyes tagjának az érdeke egyformán fontos. A második előfeltevés szerint minden egyén maga felelős azért, hogy a neki biztosított lehetőségekkel, forrásokkal megfelelő módon éljen.²

Tény, hogy a politikai közösség tagjai adottságaikat, képességeiket, szociális hátterüket és gazdasági pozíciójukat tekintve is különböző helyzetben vannak. A szociális és gazdasági különbségek nem függetlenek a jogrendszer sajátosságaitól. Attól, hogy milyen szabályokat alkot a törvényhozó, s hogy mely norma érvényesülését kényszeríti ki a végrehajtó hatalom. Az emberiség magvát alkotó eszmények, mint a mások iránti felelősség vagy a hátrányos helyzetű személyekkel való közösségvállalás ráirányítják a figyelmünket ezekre a különbségekre, amelyek hatással vannak az egyén jogérvényesítési képességére. Az esélykiegyenlítésre azonban csak a polgárait egyenlőként kezelő demokratikus kormányzat képes, amelynek a mindenki számára garantált alapvető jogok biztosításán túl olyan helyzetbe kell hoznia a jogosultakat, hogy a megfelelő források birtokában valóban

* A kvótával kapcsolatos kérdéseket először Az igazságos kvóta című cikkemben vizsgáltam (Fundamentum 2006/4.). Azóta az ott kifejtetteket továbbgondoltam. Ennek során álláspontom néhány ponton módosult. A mostani, a magyar alkotmány és a kvóta viszonyát vizsgáló írásban e finomítások már érzékelhetők. Hálás vagyok Kis Jánosnak és Tóth Gábor Attilának a tanulmányhoz fűzött inspiráló megjegyzésekért.

** Főtanácsadó, Alkotmánybíróság

¹ A noikvota.hu honlap a kvóta mellett és ellen szóló írásokat is tartalmaz. Több cikk megkérdőjelezi a felsőoktatásban alkalmazott előnyben részesítő eszközök alkotmányosságát. Lásd például Papp László Tamás: *Lehet-e a diszkrimináció pozitív?*, www.hirszervo.hu.

² Ronald Dworkin: *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000.

élni tudjanak a jogaikkal.

A magyar alkotmány szövege azt juttatja kifejezésre, hogy ez a morális elv egyúttal alkotmányos elvként működik: a Magyar Köztársaságnak nevezett politikai közösség kötelessége a társadalomban igazságtalanul hátrányban lévők esélyeinek kiegyenlítése. Ez annak felismerését jelenti, hogy a valódi egyenlőség eléréséhez vagy legalábbis megközelítéséhez állami intézkedésekre van szükség. Az intézkedések célja a csoporthátrányok kiegyenlítése, tehát azok segítése, akik valamely társadalmi csoporthoz tartozásuk miatt kerültek igazságtalanul hátrányos helyzetbe.³ Az előnyben részesítés⁴ eszközei, ezen belül a kvóták mint legerősebb eszközök ezt a célt szolgálják. Dolgozatomban ezeknek az állításoknak az igazolására törekszem.

Az alkotmány

Az alkotmány több rendelkezése kifejezésre juttatja a politikai közösség tagjainak egyenlőségét. Az alkotmány 54. § (1) bekezdése az egyenlő emberi méltóságot, az 56. § az egyenlő jogképességet, az 57. § (1) bekezdés a törvény előtti egyenlőséget, a 66. § (1) bekezdés a nők és férfiak egyenjogúságát biztosítja, a 70/A. § (1) bekezdés a hátrányos megkülönböztetést tiltja, a 70/A. § (3) bekezdés az esélykiegyenlítő klauzulát tartalmazza. Valamennyi rendelkezés mögöttes szabálya az egyenlőség, amely azt követeli, hogy a jog az egyénnel egyenlő méltóságú személyként bánjon.

Az alkotmány 70/A. § (3) bekezdése alapján a Magyar Köztársaság a jogegyenlőség megvalósulását az esélyegyenlőtlenségek kiküszöbölését célzó intézkedésekkel is segíti. Ahogyan arra a magyar Alkotmánybíróság korai döntésében helyesen utalt, egy jogszabály kijelentő mondatai valójában parancsot közvetítenek.⁵ Az alkotmány 70/A. § (3) bekezdése tehát felszólítja a törvényhozót az esélykiegyenlítő intézkedések meghozatalára. A jogalkotónak e rendelkezés alapján olyan *szabályt kell alkotnia*, amellyel a politikai közösségben igazságtalanul hátrányba került személyek jogérvényesítését segíti. E segítség nem kedvezményezést, többletjogok juttatását jelenti, hanem az állam közbelépését a diszkriminációhoz vezető különbségeknek és a hátrányos megkülönböztetés társadalmi támogatottságának a csökkentésére. Az előnyben részesítéssel a jogalkotó célja a politikai közösség egyik égető társadalmi problémájának kezelése. A 70/A. § (3) bekezdés „esélyegyenlőtlenségek kiküszöbölését” fordulata kifejezetten utal a társadalmi folyamatokra,⁶ amely a jogalkotótól a társadalomban kialakuló csoportok helyzetének folytonos vizsgálatát és értékelését követeli. E

³ Később lesz szó arról a problémáról, hogy egy társadalmi csoporton belül sem tekinthető minden egyén rászorulóknak.

⁴ Én ebben a dolgozatban a megerősítő intézkedések, előnyben részesítő eszközök és pozitív diszkriminációs lépések kifejezéseket felváltva használom. E kifejezések azokat a rendelkezéseket jelölik, amelyek az egyén számára valamely nemzeti vagy etnikai kisebbséghez, illetve a társadalom hátrányos (különleges) helyzetű csoportjához tartozására tekintettel előnyt biztosítanak.

⁵ 1/1991. (I. 29.) AB határozat, ABH 1991, 371, 372.

⁶ Ezt a gondolatot lásd Tóth Gábor Attila: *Túl a szövegen. Értekezés a magyar alkotmányról*, kézirat.

nélkül értelmezhetetlenné válik az alkotmányos felhatalmazás.

Az alkotmány nem részletezi, melyek azok az „esélyegyenlőségek kiküszöbölését célzó intézkedések”. Nézzük, mit takar e kifejezés. Az előnyben részesítés *eszközei többfélék* lehetnek. Ide tartoznak az álláshirdetések, pályázatok, felhívások, amelyeket kifejezetten azokon a fórumokon tesznek közzé, ahol a legvalószínűbb, hogy az érintettek olvassák. A hátrányos helyzetben lévők speciális, például a munkaerőpiacra jutáshoz szükséges képzése, tréningje is a pozitív lépések közé sorolható. Megerősítő intézkedéseknek minősülnek azok a belső szabályzatok is, amelyek például egy ágazat vagy vállalat munkáltatói, az egyetem felvételiztetői számára előírják, hogy részesítsék előnyben a hátrányos helyzetű csoporthoz tartozó jelentkezőt, ha képzettsége, rátermettsége közel azonos a többséghez tartozó jelentkezőével. Az előnyben részesítő eszközök közé sorolhatók azok az intézkedések is, amelyek például a gyermeküket váró nők, a gyermeküket nevelő személyek, valamint az alacsonykeresetűek érdekében állapítanak meg speciális ellátásokat vagy minimálbért.

Az előnyben részesítés legerősebb eszközei a *kvóták*. Az eredménykvóták rögzítik az elérendő célt, de nem szólnak a megvalósítás módjáról. Például meghatározzák, hogy a célcsoporthoz tartozók a foglalkoztatás egy adott területén milyen arányban legyenek képviselve.⁷ Elsősorban az egyetemek önszabályozó eszközeiként ismertek a szigorú kvóták, amely a férőhelyek egy részét, például száz helyből tizenötöt, fenntartanak az adott csoport tagjai számára, és előfordulhat, hogy megfelelő jelentkezők hiányában ezeket a helyeket nem töltik fel.

A kvóta az előnyben részesítő intézkedések közül a legszigorúbb, mert nem enged eltérést az általa megkövetelt arányszámok teljesítésétől. A kvóta ellen felhozható érvek speciálisak, ezért annak megengedhetősége erős igazolást kíván. Ha azonban bebizonyosodik, hogy a kvóta alkotmányosan elfogadható, akkor nemcsak az enyhébb előnyben részesítő eszközök, a szigorú kvóták is megjelenhetnek a jogrendszer eszköztárában.

Az alkalmazandó eszközök feltérképezését követően választ kell adnunk arra, hogy kik lehetnek az esélykiegyenlítő intézkedések *alanyai*. Az alkotmány 70/A. § (3) bekezdése értelemszerűen nem nevezi meg azokat a személyeket, akik érdekében indokolt az állami beavatkozás. A törvényhozó feladata annak folyamatos vizsgálata, hogy a társadalom mely csoportjai azok, amelynek tagjai nem tudnak minden esetben egyenrangú tagként részt venni a politikai közösség életében, feltehetően, de nem feltétlenül azért, mert strukturális diszkrimináció⁸ áldozatai. Különösen indokolt az esélykiegyenlítő eszközök alkalmazása, ha a csoport csekély politikai ereje állandósult, mert a politikai közösségtől elkülönülten, elszigetelten létezik. A különleges állami bánásmód ilyenkor a „makacsul

⁷ Ilyen például az a három évenként megújítandó észak-ír szabály, amely előírja, hogy a parancsnoknak a rendőrök felét a római katolikus, másik felét pedig a protestáns jelöltek közül kell kineveznie (Police Northern Ireland Act 2000 s. 46.). A szabályt felülvizsgáló észak-ír bíróságok szerint a kvóta nem sérti a vallásszabadság jogát és a hátrányos megkülönböztetés tilalmát sem. In the Matter of an Application by Mark Parsons for Judicial Review, (2002) NIQB 46, (2003) NICA 20.

⁸ Az egyéni és a rendszerszerű diszkrimináció közötti különbségről lásd Krizsán Andrea: Amerikai megközelítés a faji alapú diszkrimináció értelmezésében, *Fundamentum*, 2000/3. 18. o. és köv.

újratermelődő” csoportos hátrányok csökkentését célozza.⁹

Az alkotmány 70/A. § (3) bekezdése e kereteken belül a törvényhozóra bízta annak eldöntését, hogy mely területen és milyen hosszú ideig indokolt alkalmazni az esélykiegyenlítő intézkedéseket.¹⁰

Alkotmányos előnyben részesítés

A magyar Alkotmánybíróságnak (a továbbiakban: AB) az alkotmány 70/A. §-át értelmező, elvi tételeket megállapító első döntése szerint „ha valamely – az Alkotmányba nem ütköző – társadalmi cél, vagy valamely alkotmányos jog csakis úgy érvényesíthető, hogy e szűkebb értelemben vett egyenlőség nem valósítható meg, akkor az ilyen pozitív diszkriminációt nem lehet alkotmányellenesnek minősíteni.” Rögtön ezt követően az alkalmazási feltételeket is meghatározza a határozat: „A pozitív diszkrimináció korlátjának a tágabb értelemben leírt, tehát az egyenlő méltóságra vonatkozó megkülönböztetés tilalma, illetve az Alkotmányban pozitívan megfogalmazott alapjogok tekintendők.”¹¹

Az e döntést követő alkotmánybíróági gyakorlat meglehetősen esetlegesen alkalmazta a pozitív diszkrimináció fogalmát, amely gyakran az ésszerű indokból történő, ezért az *alkotmányosan igazolható megkülönböztetés* szinonimájaként jelent meg a határozatokban. Ennek egyik legfőbb indoka talán az lehetett, hogy a 9/1990. (IV. 25.) AB határozatban a testület a személyi jövedelemadóról szóló törvénynek azt a rendelkezését vizsgálta, amely lehetővé tette, hogy a saját háztartásában legalább három gyermeket vagy egyedülállóként legalább két gyermeket nevelő szülők csökkenthessék adóalapjukat. Ez a jogszabályi rendelkezés nem esélykiegyenlítő szabály volt, a határozat mégis akként ítélte meg. Az AB később, a 32/1991. (VI. 6.) AB határozatában korrigált, és megállapította, hogy az Alkotmány 70/A. § (3) bekezdése a „jogegyenlőség érvényesülését segítő szabály és nem a kedvezőtlenebb, hátrányosabb anyagi, vagyoni helyzetűek esélyegyenlőtlenségének a kiküszöbölését célzó intézkedések kívánalmát jelenti”.¹² Ennek ellenére mostanáig születtek olyan határozatok, amelyek pozitív diszkriminációs problémaként azonosították azokat az eseteket, amelyekben az volt a kérdés, alkotmányosan indokolt-e a megkülönböztetés. Példa erre az a döntés, amelyik az esélyegyenlőségi intézkedések közé sorolta az államigazgatási eljárás tárgyi illetékmentességre vonatkozó szabályait,¹³ vagy amelyik az országgyűlési képviselők összeférhetetlenségi szabályai alóli kivételeket

⁹ Kis János írja, hogy a roma népesség hátrányos helyzete nem választható el a tagjait sújtó nyílt és rejtett diszkriminációtól, s a csoportos hátrányok, ha egyszer kialakultak, hajlamosak makacsul újratermelődni. A roma népesség megkülönböztetett támogatásának az a rendeltetése, hogy segítsen megbirkózni az előítélet és a társadalmi mechanizmusok hatalmával. Kis János: *Liberalizmus Magyarországon – tíz évvel a rendszerváltás után, Élet és Irodalom*, 2000/37.

¹⁰ „Az esélyegyenlőség kiküszöbölését célzó törvényi intézkedéseknek széles skálája van, s a különböző szabályozási módok közül a jogalkotó – az Alkotmány rendelkezéseit tiszteletben tartva – szabad belátása szerint választhat.” 422/B/1991. AB határozat, ABH 1992, 471, 472.

¹¹ 9/1990. (IV. 25.) AB határozat, ABH 1990, 46, 49.

¹² 32/1991. (VI. 6.) AB határozat, ABH 1991, 146, 162.

¹³ 1315/B/1995. AB határozat, ABH 1999, 534, 538.

pozitív diszkriminációnak tekintette.¹⁴ Ide sorolhatóak azok a döntések is, amelyekben az AB pozitív diszkriminációs érveket alkalmazott a köztulajdon szigorúbb büntetőjogi védelme alkotmányosságának alátámasztására.¹⁵

Máskor az *egyes jogalanyok kedvezményezése* jelent meg pozitív diszkriminációként, és ekképpen elfogadható megkülönböztetésként. Ilyen az a határozat, amelyben az AB a „kisnyugdíjasok számára alkalmazott pozitív diszkriminációnak” tartotta az alacsonyabb összegű nyugdíjak nagyobb mértékű emelését,¹⁶ és amely szerint pozitív diszkrimináció, hogy a nyugdíj után nem kell adót fizetni.¹⁷ További példa az egyes belföldi jogi személyek termőföldszerzési tilalom alóli mentesítését jóváhagyó döntés.¹⁸

Az AB az egyházak javát szolgáló pozitív diszkriminációnak tekintette a bizonyos egyházi ingatlanokért járó részleges kárpótlást,¹⁹ az egyházi jogi személyek iskoláinak a hasonló állami és önkormányzati intézményekével azonos mértékű költségvetési támogatáson túli kiegészítő anyagi támogatását,²⁰ továbbá a szociális és gyermekjóléti, gyermekvédelmi közfeladatot ellátó egyházi intézmények fenntartóinak az állami normatíván felül járó kiegészítő támogatásra való jogosultságát.²¹

Az Alkotmány 70/A. § (3) bekezdésében *esélykiegyenlítő szabályok* bevezetésére kapott felhatalmazást a jogalkotó. Ennek ellenére az AB mindeddig kevés esetben vizsgált olyan jogszabályt, amelynek célja valóban a társadalomban tapasztalható esélyegyenlőtlenségek kiküszöbölése lett volna.

Példaként említhető az a két határozat, amely a fogyatékosági támogatást és a mozgáskorlátozottak közlekedési kedvezményeit mint az érintettek esélyegyenlőségét elősegítő szabályokat vizsgálta,²² és talán az a döntés, amely szerint a pszichiátriai betegek sajátos helyzete pozitív diszkriminációt tesz szükségessé.²³ Az 1040/B/1999. AB határozat az alkotmány 70/A. § (3) bekezdésére hivatkozva állapította meg: az Országgyűlés megteheti, hogy a nemzeti és etnikai pártokra az általánostól eltérő – kedvezőbb – szabályokat alkot a parlamenti küszöb vonatkozásában.²⁴

Legutóbb pedig az AB a Munka Törvénykönyvének a munkáltatói rendes felmondást korlátozó előírásait, az ún. felmondási tilalmakat, valamint az ikergyermekek után magasabb összegű és hosszabb időszakra járó gyermekgondozási segélyt sorolta a pozitív intézkedések közé.²⁵ Ez utóbbi

¹⁴ 30/1997. (IV. 29.) AB határozat, ABH 1997, 130.

¹⁵ 6/1992. (I. 30.) AB határozat, ABH 1992, 40, 42.; megerősítve: 42/2005. (XI. 14.) AB határozat, ABH 2005, 504, 521.

¹⁶ 26/1993. (IV. 29.) AB határozat, ABH 1993, 196, 201-202.

¹⁷ 409/B/1993. AB határozat, ABH 1993, 900.

¹⁸ 35/1994. (VI. 24.) AB határozat, ABH 1994, 197, 203.

¹⁹ 4/1993. (II. 12.) AB határozat, ABH 1993, 48, 67.

²⁰ 22/1997. (IV. 25.) AB határozat, ABH 1997, 107, 116.

²¹ 225/B/2000. AB határozat, ABH 2007, 1241.

²² 462/B/2002. AB határozat, ABH 2002, 1384.; 553/B/1994. AB határozat, ABH 1997, 773.

²³ 36/2000. (X. 27.) AB határozat, ABH 2000, 241.

²⁴ 1040/B/1999. AB határozat, ABH 2001, 1098, 1101-1102.

²⁵ 11/2001. (IV. 12.) AB határozat, ABH 2001, 153, 160.; 316/B/2003. AB határozat, ABH 2005, 1168, 1173-1175.

esetekben olyan előnyben részesítésről volt szó, amelyet a beteg, terhes munkavállalók munkaviszonyban jellemző kiszolgáltatott helyzete, illetve az ikerszüléshez kapcsolódó nehéz élethelyzet indokolt.

Az Alkotmány 66. § (3) bekezdése alapján a „munka végzése során a nők és fiatalok védelmét külön szabályok is biztosítják”. Ez a rendelkezés felhatalmazza a jogalkotót, hogy a *fiatalok és a nők védelme* érdekében a foglalkoztatás körében pozitív diszkriminációs szabályt alkosson. Az alkotmánybíróági értelmezés szerint az Alkotmány 66. § (3) bekezdése „a férfiak és nők természeti, biológiai és fizikai különbözőségéből adódó eltérések elismerésén alapszik. A nők biológiai adottságai, különösen az anyaság biológiai és pszichikai dimenziója, továbbá a nők kisebb fizikai ereje folytán bizonyos környezeti ártalmakra hamarabb és súlyosabb következményekkel reagálnak”.²⁶ E biológiai okokra tekintettel fogadta el alkotmányosnak az AB a hadkötelezettséget a férfiakra korlátozó rendelkezést,²⁷ a polgári védelmi kötelezettség és a honvédelmi kötelezettség esetében az életkorok eltérő meghatározását,²⁸ az előrehozott nyugdíj igénylését a nők számára a férfiakénál korábban lehetővé tevő előírást,²⁹ és a nőknek kedvezőbb átmeneti nyugdíjszabályokat.³⁰ Álláspontom szerint az utóbbi esélykiegyenlítő szabályok kevésbé a nők és férfiak közötti biológiai különbségekkel, sokkal inkább a nők és férfiak eltérő társadalmi helyzetével, a nők kettős leterheltségével magyarázhatók.³¹ Ezek olyan rendelkezések, amelyek hosszabb távon az egyenlőtlenség csökkenését, a férfiak és nők közötti nagyobb társadalmi egyenlőséget szolgálják.³²

A szerteágazó pozitív diszkriminációs gyakorlat ellenére abban egységes a 9/1990. (IV. 25.) AB határozatot követő alkotmánybíróági joggyakorlat, hogy a pozitív diszkriminációra vonatkozó korai mondatokat „szilárd formulaként” használja. Ez azt jelenti, hogy az esélyegyenlőség megteremtése érdekében hozott lépések esetében továbbra is érvényes az egyenlő méltóságú személyként kezelés abszolút követelménye, és nincs helye alapjogot sértő pozitív intézkedésnek.³³ E két feltétel valójában ugyanazt jelenti: a megkülönböztetés, legyen az negatív vagy pozitív diszkrimináció, akkor nem ellentétes az Alkotmány 70/A. §-ával, akkor nem sért alkotmányos alapjogot, ha az intézkedést a hátrányosan érintett személyek egyenlő méltóságát tiszteletben tartva hozták.³⁴ A jogalkotó olyan

²⁶ 7/1998. (III. 18.) AB határozat, ABH 1998, 417, 419.; megerősítve: 28/2000. (IX. 8.) AB határozat, ABH 2000, 174, 183.

²⁷ 46/1994. (X. 21.) AB határozat, megerősítve: 28/2000. (IX. 8.) AB határozat, ABH 2000, 174, 182.

²⁸ 28/2000. (IX. 8.) AB határozat, ABH 2000, 174, 183.

²⁹ 32/1997. (V. 16.) AB határozat, ABH 1997, 154, 163.

³⁰ 28/2000. (IX. 8.) AB határozat, ABH 2000, 174, 188.

³¹ A német szövetségi Alkotmánybíróság 1987-től a nők társadalmi helyzetét is figyelembe véve dönt a pozitív diszkriminációs ügyekben. BVerfGE 64, 163 (az eltérő nyugdíjkorhatárról), BVerfGE 85, 191 (az éjszakai munkáról).

³² Az AB a nagyobb társadalmi egyenlőség érdekében tartja indokoltnak a pozitív diszkriminációt a 21/1990. (X. 4.) AB határozatban (ABH 1990, 73, 75).

³³ Lásd ehhez Györfi Tamás: A diszkrimináció tilalma: egy különleges státuszú jog, *Jogtudományi Közöny*, 1996/7-8, 875. o.

³⁴ Eörsi Mátyás – Kis János: Az alkotmányellenes diszkrimináció fogalma és a kárpótlási törvény, *Beszélő*, 1991. június 8., 19. o.

esélykiegyenlítő intézkedést nem vezethet be, amely a „jog általi egyenlőként való kezelésre irányuló alkotmányos elvet”³⁵ sértené.

Ebből az következik, hogy az esélykiegyenlítés legerősebb eszközeiként számon tartott kvóták is alkotmányosan elfogadhatóak, ha a törvényhozó a kvótaszabály megalkotása során az intézkedés által hátrányosan érintett személyek szempontjait azonos körülménnyel vette figyelembe. A következőkben e követelmény alapján vizsgálódom.

1. A jogalkotó bizonyosan nem bánt egyenlőként a jogalanyokkal, ha a kvóta bevezetését *előítélet vagy elfogultság* indokolta. Az indokolatlan hátrányos megkülönböztetés lényeges ismérve ugyanis az előítéletesség, elfogultság. Ilyenkor a jogalkotó az adott személyt annak valamely, a személyiség lényegét érintő tulajdonsága, adottsága miatt próbálja tudatosan kirekeszteni egy közösségből vagy elzárni egy lehetőségtől azért, mert a cél rosszindulatúan maga a károkozás. Ide sorolható az az eset is, amikor a törvényhozót az a meggyőződés vezérli, hogy egy adott (nem diszkriminatív) cél érdekében a sérelemokozás elfogadható, mert a személy valamely csoporthoz tartozására tekintettel alacsonyabb rendűnek tekinthető.

A zsidó származásúak tekintetében megállapított múlt századi kvóták például kifejezetten e személyek oktatásból és foglalkoztatásból való kizorítását célozták, azaz hátrányosan megkülönböztették és fosztották meg jogaiktól a politikai közösség egyes tagjait. A *numerus clausus* előírások származás és vallás alapján kategorizáltak embereket. Az 1920. évi XXV. törvénycikk értelmében a magyar egyetemeken és főiskolákban 6 százalékra korlátozták a felvehető zsidó hallgatók arányát. Az újabb zsidótörvény, az 1938. évi XV. törvénycikk pedig a zsidóságnak a gazdasági és kulturális szférában való túlzott reprezentációjára hivatkozva 20 százalékban maximalizálta a zsidók arányát a gazdasági és kulturális szabadfoglalkozású pályákon.

Ezek a kvóták, bár látszólag ugyanazt a módszert alkalmazták, mint a segítő intézkedések legerősebb eszközei, nem említhetőek egy lapon ez utóbbiakkal. Ugyan a *numerus clausus* szabályok esetében is a valamely csoporthoz tartozás (származás) volt a meghatározó. Ez alapján nem juthattak zsidó tanulók egy bizonyos szám fölött a felsőoktatásba vagy gazdasági, kulturális pályákra. Lényeges különbség azonban, hogy a zsidó kvótaszabályokat megalkotó törvényhozó a zsidó polgároknak okozott hátrányt, őket próbálta kizorítani az egyetemekről és elzárni bizonyos foglalkozástól. A középosztály kedvezményezett csoportja esetében pedig nem volt kimutatható semmiféle társadalmi hátrány, amit e kvóta kiegyenlíthetett volna.

A hátrányos megkülönböztetést megvalósító szabályok és a pozitív diszkriminációs rendelkezések között lényeges a különbség. Igaz, az utóbbiak is olyan kritériumok (faj, nem, etnikai hovatartozás) alapján kategorizálnak személyeket, amelyeket az alkotmány 70/A. § (1) bekezdése kifejezetten kiemel. E rendelkezés szerint a törvényhozó faj, bőrszín, nem, nyelv, vallás, politikai vagy más vélemény, nemzeti vagy társadalmi származás, vagyoni, születési körülmények

³⁵ 32/1991. (VI. 6.) AB határozat, ABH 1991, 146, 161.

alapján nem különböztethet a jogalanyok között. A tiltás oka, hogy az emberek e lényegi tulajdonsága alapján történő megkülönböztetésének az alapja nagy valószínűséggel az elfogultság, előítéletesség. Ezért erős a gyanú, hogy a hátrányos megkülönböztetést megvalósító szabályok egy jogot bizonyosan sértenek: az egyénnek azt a jogát, hogy az állam egyenlő méltóságú személyként bánjon vele.³⁶

Az előnyben részesítés önmagában nem sérti ezt a jogot. A jogalkotót a segítő szabályok bevezetésekor nem rosszindulatú vagy előítéllettel teli kirekesztő politika vezérli, hanem éppen annak ellenkezője, a valódi egyenlőség megteremtése.³⁷ Valódi egyenlőség alatt azt értem, hogy mindenki teljes mértékben és egyenlően rendelkezik az emberi minőséghez tapadó jogokkal és szabadságokkal. A jogalkotó a pozitív diszkriminációs intézkedések bevezetésekor abból indul ki, hogy van egy hátrányos helyzetű csoport, mely segítség nélkül nem jut közelebb az esélyegyenlőség helyzetéhez.³⁸

Az eszközök, így a kvóta célja is a hátrányos helyzetű csoporthoz tartozók esélyeinek a többség esélyeihez közelítése, vagyis a hátrány ellensúlyozása olyan mértékig, amilyen mértékben a hátrány fennáll.³⁹ A kvóta sem az intézkedés által nem érintetteket, sem a segítettőket nem „bélyegezheti meg”, és ahhoz nem társulhat az alacsonyabb-rendűség érzése, ellenkező esetben ugyanis diszkriminatív szabályról, és nem megerősítő intézkedésről van szó.

2. Ha a jogalkotó a kvóta bevezetése során mindenki szempontját megfelelően mérlegelte, nem fordulhat elő, hogy az intézkedés *egyéni jogot sért*. Az egyes kvótaszabályok közelebbi vizsgálata is azt bizonyítja, hogy vagy nincs olyan jog, amelyre hivatkozva kizárt volna az előnyben részesítés, vagy a jog létezik, de a kvóta bevezetése e jogot nem sérti.

A kvótaszabályok ellenében felhozott gyakori érv, hogy sértik azok egyenlő bánásmódhoz való jogát, akik a szabály miatt hátrányosabb helyzetbe kerülnek.⁴⁰ Az állítás téves, és ennek oka, hogy keverednek benne az egyenlőségből fakadó követelmények. Az egyénnek arra van joga, hogy egyenlő méltóságú személyként bánjanak vele, arra viszont nem tarthat igényt, hogy a források, a javak, a lehetőségek elosztásakor minden esetben mindenki mással egyenlő mértékben

³⁶ Tekintettel arra, hogy a vélelem az, hogy az ilyen szabály alkotmányellenes, a bíróságok szigorú teszt alkalmazásával adnak lehetőséget arra, hogy a jogalkotó bizonyítsa: pártatlan, objektív szempontok igazolják a megkülönböztetést. Lásd bővebben: Győrfi Tamás: *Az alkotmánybíráskodás politikai karaktere, Értekezés a magyar AB első tíz évéről*, Budapest, INDOK, 2001, 132-148.

³⁷ Ha e fontos különbségnek nem szentelünk kellő figyelmet, akkor egyenlőségjelet teszünk a nemi alárendeltség és a rabszolgaság valamint a nőket és a feketéket segítő intézkedések közé. John Gardner: *Liberals and Unlawful Discrimination*, (1989) 9 *Oxford Journal of Legal Studies* 1, 8. o.

³⁸ Lásd bővebben Kis János: *Vannak-e emberi jogaink?*, Budapest, Stencil, 2003, 110-111, 188. o. és köv.

³⁹ Ehhez hasonlóan lásd Bragyova András: *Az új alkotmány egy koncepciója*, Budapest, KJK-MTA Állam- és Jogtudományi Intézet, 1995, 75-76. o.

⁴⁰ A DeFunis v. Odegaard eset 416 U.S. 312 (1974) felperese, DeFunis is azt állította, hogy a jog egyenlő védelméhez való jogát sértette a washingtoni egyetem jogi kara, mert felvételi tesztjének eredménye és korábbi tanulmányi eredményei olyanok voltak, amelyek alapján felvételt nyert volna, ha afro-amerikai, mexikói amerikai, a Fülöp-szigetéről származó vagy óslakos amerikai lett volna.

részesedjen.⁴¹ Lefordítva ezt például a felsőoktatási versenyhelyzetre: abból, hogy a főiskolára vagy egyetemre jelentkezők nagy többsége sikeres felvételi vizsgát tesz, nem következik, hogy minden jelentkezőnek joga van egy helyre az általa megjelölt felsőoktatási intézményben.

Az egyenlőség félreértelmezésére vezethető vissza a következő, az amerikai bíróságok előtt gyakorta előkerülő érv. A feketéket segítő intézkedések a „végtelen fehér férfiakat” károsítják, mert korlátozzák őket a felsőoktatásba jutásban. A joggyakorlat elfogadni látszik az érvet, erre utal annak hangsúlyozása, hogy a felvételi eljárásnak egyéniesítettnek kell lennie, melynek során a származás és az etnikai hovatartozás ugyan többlétszempontként figyelembe vehető, de nem válhat a felvételt eldöntő tényezővé.⁴² Valójában viszont a megerősítő intézkedések a fehér férfiaknak kedvező eljárások megszüntetését célozzák. E kiváltságos helyzethez senkinek nincs joga, ezért annak a fennmaradása nem lehet perdöntő érv a segítő intézkedések bevezetése ellen.⁴³

Természetesen az egyenlő bánásmód mellett más egyéni jogsérelem is felmerülhet, ami miatt a kvóta vagy más, puhább előnyben részesítő eszköz nem alkalmazható. A felsőoktatási kvóták esetében ilyen például az oktatáshoz való jog. Belátható azonban, hogy senkinek nincs joga arra, hogy az állam alanyi jogon biztosítson számára jó színvonalú felsőoktatást az általa megjelölt felsőoktatási intézményben. Sőt, az sem követelhető, hogy az egyetem kizárólag az intelligenciát vagy a korábbi tanulmányi eredményeket vegye figyelembe a hallgatói közösség kialakításakor. Az egyetemi férőhely ugyanis nem a korábban elért tanulmányi eredményekért vagy az intelligenciáért járó jutalom, s nem a tehetségért és szorgalomért járó ellenszolgáltatás. Az egyetem a jövőbe tekintően dönt a jelentkezők felvételéről, és ennek során súlyozhat, mely szempontokat, tulajdonságokat tekinti elsődlegesnek, melyekről gondolja, hogy az általa kitűzött közösségi cél elérését a leginkább segítik.

A munkavállalás területén alkalmazott (elsősorban nőket) segítő szabályok kapcsán is újra meg újra felmerül az egyéni jogsérelem gyanúja, de nem azonosítható be a kedvezményezett csoporthoz nem tartozók oldalán olyan jog, amely kizárná a kvótaszabályokat. Egy adott álláshelyhez, egy meghatározott munkafelvételi eljáráshoz senkinek nincs joga.

A közösségi jogot alkalmazó bíróságok azonban nem vizsgálják, hogy a kedvezményezett csoporthoz nem tartozóknak van-e joguk arra, hogy minden a megerősítő intézkedést megelőző állapotban maradjon. Próbálnak egyensúlyt teremteni az egyenlően kezelés elve és a valódi egyenlőség célja között, s a

⁴¹ A 9/1990. (IV. 25.) AB határozat is megkülönbözteti az egyenlőség absztrakt megfogalmazását (egyenlőként kezelés) annak egy konkrét felfogásától (egyenlően kezelés). Bővebben lásd Györfi: *A diszkrimináció tilalma*.

⁴² Az Egyesült Államok Legfelső Bíróságának joggyakorlata elutasítja a kvótákat [University of California Regents v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978)], és többletpontok juttatását sem engedi [Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003)], csupán a kisebbséghez tartozás tényének többlétszempontként való figyelembevételét [Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003)].

⁴³ Ronald J. Fiscus: *The Constitutional Logic of Affirmative Action*, Durham and London, Duke University Press, 1992, 37-50. Fiscus szerint azért nem helytálló a „végtelen fehér férfi” koncepció, mert jellemzően a fehér férfiak a diszkriminatív bánásmód okozói és haszonélvezői.

méricskélés során arra keresik a választ, hogy az intézkedés nem okoz-e túlságosan aránytalan terhet az előnyben részesítésből kimaradt személyek számára. Ennek az az eredménye, hogy igen szűk az a keret, amelyen belül a foglalkoztatásban a nőket segítő intézkedés elfogadható. A gyakorlatban a megerősítő intézkedések gyengébb formái jutnak szerephez, a kvóták nem. A pozitív intézkedés ugyanis nem biztosíthat abszolút és feltétlen előnyt a támogatott csoporthoz tartozók számára, és teret kell hagynia az egyéni szempontok mérlegelésének. A nők és férfiak nagyjából azonos képzettsége és a férfiak számára biztosított kivétel klauzula elengedhetetlen szabályozási elem.⁴⁴

3. A jogalkotó feladata annak állandó vizsgálata, hogy *mely csoportok* esetében indokolt az előnyben részesítés. Ennek során a jogalkotónak figyelemmel kell lennie arra, hogy ne önkényesen válogassa ki azokat a csoportokat, akik rászorulnak a segítségre.⁴⁵

Csoportokat említék, nem csak személyeket, mert az emberi természet hajlamos más embereket osztályozni, csoportba rendelni, és aztán e csoporthoz tartozásra tekintettel minősíteni, tipizálni. A kategorizálás a gondolkodás természetes velejárója, viszont azzal a veszéllyel jár, hogy az egyes csoportokra vonatkozó negatív értéktételek és általánosítások kihatnak a csoporthoz tartozó (vagy az oda tartozónak tekintett) egyénekre is. Ez azután óhatatlanul szerepet kap a munkavállalás, a vendéglátás, az oktatás és az élet egyéb területein hozott döntésekben.

Azok a csoportok lehetnek az előnyben részesítés kedvezményezettjei, amelyek esetében a csoport tagjainak identitása szorosan kapcsolódik az adott csoport státuszához, elfogadottságához, és a tagok társadalmi helyzetét is meghatározza a tény, hogy ehhez a csoporthoz tartoznak. A személyek úgy válnak egy ilyen közösség tagjává, hogy a legtöbb esetben nincs lehetőségük a csopotról kialakult kép alakítására, mert nem az ő cselekvésük határozza meg a közösség működését, mint egy csapat vagy egy egyesület esetében. Az egyének arra sem képesek, hogy

⁴⁴ Lásd a Bíróság C-450/93. sz. (1995), Eckhard Kalanke kontra Freie Hansestadt Bremen, a C-409/95. sz. (1997), Hellmut Marschall kontra Land Nordrhein-Westfalen a C-158/97. sz. (2000) Georg Badeck és mások, a C-407/98. sz. (2000) Katarina Abrahamsson and Leif Anderson kontra Elisabeth Fogelqvist, valamint a C-319/03. sz. (2004), Serge Briche kontra Ministre de l'Intérieur és társai ügyekben hozott ítéletét. Az EFTA Bíróság C E-1/02. sz. (2003), EFTA Surveillance Authority kontra The Kingdom of Norway ügyben a közösségi jogot sértőnek találta azt a norvég előírást, amely az egyetemi oktatói álláshelyek egy részét kizárólag nők számára tartotta fenn. Lásd még Noreen Burrows — Muriel Robinson: Positive Action for Women's Employment. Time to Align with Europe? in: *Debating Affirmative Action: Conceptual, Contextual, and Comparative Perspectives*, eds., Aileen McHarg, Donald Nicolson, Blackwell, 2006, (a továbbiakban: *Debating Affirmative Action*) 13-14.

⁴⁵ Owen M. Fiss: Groups and Equal Protection Clause, in: *Equality and Preferential Treatment, A Philosophy & Public Affairs Reader*, Princeton University Press, 1977, 84-155. o. Fiss csoporthátrány elmélete szerint a társadalomban természetes társadalmi csoportok alakulnak ki, és a jog egyenlő védelmének elve az ilyen csoportok védelmét szolgálja. A védelem nem terjed ki az ún. mesterséges csoportokra. Fiss szerint a természetes-mesterséges csoportok elhatárolása a bíróság feladata. A magyar szakirodalomban Kis János képviseli azt a nézetet, hogy a kollektív jogok alanya, a kisebbségi csoport nem egyesülés útján keletkezik, hanem egyszerűen adva van, s az államnak hivatalosan el kell ismernie ahhoz, hogy jogalannyá válhasson. Kis János: Túl a nemzetállamon, in: *Az állam semlegessége*, Budapest, Atlantisz, 1997, 159-166. o.

„szakítsanak az adott csoporttal”, például a romák a cigány lakosok közösségével, hiszen a külvilág szeme továbbra is a roma közösségbe sorolja őket. A megerősítő intézkedések ezt próbálják korrigálni.

A csoportok támogatása során azonban szembesülünk azzal a problémával, hogy az állam megkülönböztetett támogatása a csoport olyan tagjára is kiterjed, aki nem szorul rá a segítségre.⁴⁶ Álláspontom szerint ezt az árat érdemes megfizetni a csoporthátrány kiküszöböléséért. Az ár nem túl magas, különösen, ha tekintetbe vesszük, hogy azok a személyek, akiket annak ellenére segít az állami szabály, hogy arra nincsenek rászorulva, pusztán jelenlétükkel is hozzájárulnak ahhoz, hogy elképzelhetővé, elfogadható váljon a kisebbség erősebb jelenléte az oktatásban és általában a közéletben.

Az Egyesült Államokban elsősorban a fekete lakosok az előnyben részesítés kedvezményezettjei. A feketék mellett azonban felmerült a nők segítségének szükségessége, különösen a munkavállalás területén, és volt olyan törvénytervezet is, amely a meleg kvóta bevezetésére tett javaslatot.⁴⁷

Az Európai Unió, mint elsődlegesen gazdasági céllal létrejött közösség figyelme először a munkaerőpiacon – történelmi és társadalmi okokból – hátrányos helyzetben lévő nők felé fordult. Az utóbbi időben azonban irányelvek és bírósági döntések hívják fel a figyelmet arra, hogy a fogyatékkal élőkkel és családtagjaikkal, valamint a nemzeti, etnikai kisebbségekhez tartozókkal és a különböző szexuális irányultságú személyekkel (munkavállalókkal) szembeni hátrányos megkülönböztetés elleni harc különös eszközöket követel.⁴⁸

Magyarországon a bőrszínük és kulturális jegyeik alapján megkülönböztetett roma közösséghez tartozókat gyakran éri hátrány a lakhatás, a foglalkoztatás területén, a köz- és az egészségügyi szolgáltatások igénybevételekor, és erősödik a roma gyerekek iskolai szegregációja is.⁴⁹ Köztudott, hogy nagyon alacsony a fogyatékkal élők foglalkoztatottsága az állami és a magánszférában.⁵⁰ Szembetűnő az is, milyen kis számban képviseltetik magukat a nők a magyar politikai életben és a gazdasági szféra felső- és középszintjei beosztásaiban.⁵¹ Kevés dolog történt annak érdekében, hogy a meleg jogai megfelelően érvényesülhessenek.⁵²

⁴⁶ Ilyen például a tehetős roma családtag vagy a már jó ideje vezető pozícióban lévő nő.

⁴⁷ Thomas Nagel: Equal Treatment and Compensatory Justice, in: *Equality and Preferential Treatment, A Philosophy & Public Affairs Reader* (a továbbiakban: *Equality and Preferential Treatment*), Princeton University Press, 1977, 3. o. és köv.; Andrea Sheldon „Homosexual-quota bill gets quiet nod in Senate chamber”. *Insight on the News*. Nov 24, 1997.

http://findarticles.com/p/articles/mi_m1571/is_n43_v13/ai_20027235

⁴⁸ A Tanács 2000. június 29-ei 2000/43/EK irányelve a faji- vagy etnikai származásra való tekintet nélküli egyenlő bánásmód elvének végrehajtásáról, a Tanács 2000. november 27-ei 2000/78/EK irányelve általános keret létrehozásáról az egyenlő bánásmód biztosítására a foglalkoztatás és a munkavállalás területén. A Bíróság C-54/07. sz., a Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding kontra Firma Feryn NV ügyben 2008. július 10-én hozott ítélete. Az Európai Unió Alapjogi Chartája (HL C 303, 2007. 12. 14.) III. cím

⁴⁹ A Romák minőségi oktatáshoz való egyenlő mértékű hozzájárása, Országjelentés 2007, http://www.romaweb.hu/doc/oktatas/romeduc_hungary.pdf

⁵⁰ Új Országos Fogyatékosügyi Program 2007-2013, Melléklet a 10/2006. (II. 16.) OGY határozathoz, 12. www.szmm.gov.hu

⁵¹ www.nokadonteshozatalban.hu

⁵² Lásd például az Amnesty International 2008-as jelentését:

A hátrányos megkülönböztetést tiltó szabályok kevésnek bizonyultak. Már nem elég, ha az állam szankcionálja a diszkriminatív döntéseket, olyan intézkedéseket kell hoznia, amelyek javítják az igazságtalanul hátrányos helyzetbe került személyek esélyeit. Például a romák tanulási és foglalkoztatási, a fogyatékkal élők munkavállalási esélyeinek a növelése, a melegek jogainak érvényesülése, valamint a nők közéleti szerepvállalásának az erősödése érdekében indokolt meghozni a szükséges intézkedéseket.

4. Alkotmányos a kvótaszabály, ha annak megalkotásakor a jogalkotót a valódi egyenlőség elérése vezérli, és megfelelően méri fel, hogy az élet egyes területein a polgárok mely csoportja az, amely súlyosan alulreprezentált. A megkülönböztetés kedvezményezettjeinek köre meg kell, hogy feleljen a megkülönböztetés indoka által kijelölt személyek körének. A kérdés most már csak az, mi lehet a megkülönböztetés *legitim indoka*? Van-e olyan, az alkotmánynak megfelelő érv, amely megfelelően és meggyőzően indokolja a közösség egyes tagjainak előnyben részesítését?

Fontos, hogy a kvóta alkalmazása *ne legyen öncélú*. Értelmetlen és igazságtalan volna az arra való törekvés, hogy a kvóta mechanikusan a lakossági arányszámoknak megfelelő arányokat érjen el az egyes csoportok tekintetében az oktatásban, a foglalkoztatásban vagy a politikai pályán. Ez pusztán további kvóták (öreg-, fiatalkvóta, stb.) megállapítására ösztönözne. A kvóták csak eszközei lehetnek egy az alkotmány által támogatott cél elérésének.

A társadalmi hátrányt elszenvedő csoportok támogatásának egyik lehetséges és gyakran felmerülő indoka a *múltbeli diszkriminatív bánásmód* miatti kárpótlás szükségessége.⁵³ Az előnyben részesítő szabályok mostani bevezetését azonban nem az ötven vagy száz évvel ezelőtt történt sérelmek indokolják. Ha a kvótára egyfajta kártérítésként tekintünk, akkor problémát okoz, hogy nem azok viselik a kárt, akik a múltbeli sérelmek elkövetéséért felelősek, és az előnyben részesített személyek sem feltétlenül azok (vagy azok leszármazottai), akiket korábban sérelem ért, vagyis akik jogosan tarthatnának igényt egyfajta kompenzációra.⁵⁴ Másfelől, az oktatásban, a foglalkoztatásban alkalmazott megerősítő intézkedések tipikusan azokat segítik, akik talán a legkevésbé voltak áldozatai a múltbeli diszkriminációnak, azokat, akik képesek voltak eljutni odáig, hogy egyetemi

<http://thereport.amnesty.org/eng/regions/europe-and-central-asia/hungary>

⁵³ A hetvenes években sokan, így például Judith Jarvis Thomson is a múltban elszenvedett diszkriminatív bánásmóddal indokolta a nők és feketék előnyben részesítését az egyetemi felvételinél vagy munkahelyi felvételnél. Judith Jarvis Thomson: *Preferential Hiring*, in *Equality and Preferential Treatment*, 1977, 19-40. A cikkel kapcsolatos vitát lásd Steven M. Cahn (ed.): *The Affirmative Action Debate*, New York/London, Routledge, 1995, II. fejezet. Erre hivatkozott a Hopwood v. Texas ügyben eljáró bíróság is [78 F.3d 932, cert. denied, 116 S. Ct. 2581 (1996)]. 2007-ben az érv ismét előkerült, Roberts főbíró alkalmazta igazoló elvként a múltban szándékosan okozott diszkriminációs sérelmek orvoslását. Az ügyben a Legfelső Bíróság állami iskolák faji integrációt segítő körzetesítő terveinek alkotmányosságát vizsgálta [Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1, 127 S. Ct. 2738, at 2752-53 (2007)].

⁵⁴ Robert Simon: *Preferential Hiring: A Reply to Judith Jarvis Thomson*, in: *Equality and Preferential Treatment*, 40-48.

hallgatójelöltek vagy fontos állások aspiránsai legyenek.⁵⁵ A múltban történt hátrányos megkülönböztetés önmagában nem indokolja a kvóta alkalmazását.⁵⁶

Álláspontom szerint a kvóta létjogosultságát az igazságtalanul hátrányos helyzetbe került *személyek mai helyzete* alapozza meg.⁵⁷ A múltban gyökerező diszkriminációs gyakorlat ugyanis sok tekintetben ma is jelen van. Egyfelől tovább él a gyakorlati tapasztalatok nélküli előítéletekben és azokban a sztereotípiákban, amelyeket valóságtartalmukra való tekintet nélkül örökítenek a szülők gyermekeikre. Ezeket a káros berögződéseket csak az új generáció saját tapasztalatai írhatják felül. Másfelől, a negatív gyakorlati tapasztalatok megértéséhez, és a megfigyelt tények megfelelő ok-okozati viszonyba állításához hozzájárulhat, ha az egyes csoportokhoz tartozók megismerik egymást, és megtudják, milyen lehetőségei vannak a másoknak az oktatási rendszerben, vagy például a munkavállalás során. A negatív gyakorlati tapasztalatok összerendezgetésekor is működnek az előítéletek, melyek nem befogadóak a meggyőződésnek ellentmondó információkkal szemben. A személyes kapcsolat azonban átértékelheti az addig igaznak hitt gondolatokat és újrendezheti a tapasztalatokat.

A kvótaszabály bevezetésének legitim indoka a társadalomban igazságtalanul hátrányban lévő csoportok tagjai pozíciójának az erősítése, a hatalom társadalmon belüli arányosabb elosztása, a „kasztyosodás” elleni morális tiltakozás.⁵⁸ Az e cél érdekében megalkotott előnyben részesítő szabály bevezetésekor a jogalkotónak célszerű azt közvetítenie, hogy a kormányzat számára a politikai közösség valamennyi tagjának jóléte egyformán fontos, ezért ha azt észleli, hogy az egyes csoportok helyzetét a folyamatosan újratermelődő társadalmi-gazdasági hátrány jellemzi, lépéseket tesz a csoporttagok tanulási, foglalkozási esélyeinek a többség esélyeihez való közelítésére. Egy ilyen üzenet elfogadóbbá és megértőbbé teszi a közösséget, és megkönnyíti a szabály alkalmazását, hiszen az esélyek folyamatosan változnak, belátható, hogy az egyik csoport tekintetében alkalmazott kvóta holnap már szükségtelenné válik, és egy másik csoport esetében lehet indokolt.⁵⁹

Az előnyben részesítő politikának is csak akkor lehet megfelelő társadalmi támogatottsága, ha a politikai közösség tagjai nyíltan beszélnek arról, hogy milyen előítéletekkel élnek együtt, és arról is, milyen intézkedések szükségesek ahhoz, hogy előítéleteikkel szembenézzenek, és azokat felülvizsgálják. A jogalkotónak

⁵⁵ Kent Greenawalt: *Discrimination and Reverse Discrimination*, New York, Alfred A. Knopf, 1983, 53-54.

⁵⁶ Az uniós jog is elfogadja ezt, legalábbis ezt támasztja alá Tesauo főtanácsnok Kalanke-ügyben írt véleménye. (Bíróság C-450/93. sz. (1995), Eckhard Kalanke kontra Freie Hansestadt Bremen)

⁵⁷ Nagel szerint a javak mennyiségileg egyenlő elosztásától az igazságosság érdekében átmenetileg el lehet térni, és az előnyben részesítés egyfajta társadalmi jó. Nagel: i. m. A vélemény John Rawls felfogását tükrözi: a társadalmi és gazdasági egyenlőtlenség igazságosnak tekinthető, ha a méltányos esélyegyenlőség megvalósul, és az egyenlőtlenség – nem csupán a gazdasági növekedést, hanem – a leghátrányosabb helyzetben lévők érdekét is szolgálja.

⁵⁸ Gardner szerint a megerősítő intézkedések mögötti motivációk sokfélék, és ezek az igazolási elvek (kompenzációs érv, újraelosztó érv, stb.) együtt igazolják az intézkedések bevezetését. Gardner: i. m., 15-16. o.

⁵⁹ Ezzel ellentétesen lásd Szajbély Katalin: A pozitív intézkedések fogalma és alkalmazásuk lehetősége a faji diszkrimináció elleni küzdelemben az Európai Unió tagállamaiban, *Jogelméleti Szemle*, 2004/3, www.jeszk.ajk.elte.hu/szajbely19.html.

világossá kell tennie azt is, hogy a származásuk, nemük, fogyatékoságuk, szexuális orientációjuk, vallásuk vagy más egyéb, a személyiség lényegét érintő sajátosságuk miatt hátrányt szenvedő csoportok felzárkóztatása mindannyiunk érdeke, és ez a felzárkóztatás áldozatvállalással jár együtt. Adott esetben azzal, hogy el kell fogadnunk például, ha ezen túl többen versenyeznek kevesebb egyetemi helyért vagy egy jó állásért.

A megerősítő intézkedések célul tűzhetik a *sokszínű* hallgatói közösség vagy munkakörnyezet kialakítását.⁶⁰ A változatos egyetemi és munkakörnyezetnek ugyanis számos jó hatása van. A sokszínűség egyfelől azt üzeni, senki nincs elzárva attól a lehetőségtől, hogy színvonalas felsőoktatási intézménybe vagy jó állásba kerüljön. A sokszínű egyetemi környezet inspiráló hatású, más-más háttérrel rendelkező, különböző értéket valló, eltérő véleményt képviselő hallgatók sokféle szemponttal ütköztethetik saját álláspontjaikat, ami nagyban elősegíti a személyiség kialakulását. Több tanulmány arra is rámutat, hogy a sokféle munkavállalót foglalkoztató vállalatok eredményesebbek, mint például a csak férfiakat, csak nőket, csak fehéreket alkalmazó cégek.⁶¹ Önmagában azonban a sokszínűség okozta eredményesség nem legitimálja az előnyben részesítést. A sokszínűség ezért álláspontom szerint nem lehet az előnyben részesítés igazoló elve, hanem az esélykiegyenlítő eszközök bevezetését segítő jogalkotói hívószó.⁶² A politikai közösség ugyanis könnyebben elfogadja a megerősítő intézkedést, ha annak deklarált célja a sokszínű egyetemi vagy munkakörnyezet kialakítása és a szociális feszültségek oldása, vagyis a társadalom egészét érintő célok, és nemcsak a speciális segítséget igénylők szükségletére vonatkozó indok.

5. A cél pontos körülhatárolását követően a kérdés az, hogy a kvóta *alkalmas-e* a hátrányos helyzetű csoporthoz tartozók esélyeinek növelésére.

A kvóta hatékonysága nem független a kvótaszabályok megfogalmazásától. A jogalkotónak a kvóta bevezetésekor figyelemmel kell lennie a célcsoport sajátosságaira. Megfelelően kell megállapítania az arányszámot, úgy, hogy a

⁶⁰ Az amerikai Legfelső Bíróság szerint a hallgatói sokszínűség elérése az alkotmány által elfogadott közérdekű cél. Powell bíró a Bakke ügy kimenetelét meghatározó véleményében állapította ezt meg először. A Legfelső Bíróság aztán 2003-ban a Grutter és Gratz ügyekben ismét megerősítette: a sokszínű hallgatói közösség kialakításához és fenntartásához fűződő kényszerítő közérdek indokolja, hogy az állami egyetemek a felvételi eljárás során – megfelelően szűkre szabott szabályok alapján – figyelembe vegyék a jelöltek faji származását. A Parents Involved ügyben ismét előkerült a sokszínűségi érv, de Roberts főbíró azt csupán a felsőoktatási intézményekre vonatkoztatta, és a sokszínűséget félreértelmezve úgy foglalt állást, hogy „a faji alapú kiegyensúlyozás kényszerítő állami érdekként való felfogása az egész amerikai társadalomra vonatkozó faji arányosság előírását jelentené”. (Lásd a 42. és 53. lábjegyzetet.). Idézi és a döntés alapos kritikáját adja Ronald Dworkin: A legfelső bírósági falanx, *Fundamentum*, 2007/4, 7. o. Ez a „csúszós lejtő érv” az előnyben részesítő intézkedéseket ellenzők egyik vissza-visszatérő ellenvetése, amely nem veszi figyelembe, hogy a megerősítő intézkedéseket támogatók is öncélúnak és igazságtalannak tekintik, ha az intézkedés célja pusztán a lakossági arányszámok egyes intézményekben való leképezése.

⁶¹ Tardos Katalin (szerk.): *A befogadó és sokszínű munkahelyért. Jó példák magyarországi vállalatoktól*, Budapest, International Labour Office, 2007.

⁶² Dworkin szerint az igazságossági érv és a sokszínűség olyan elválaszthatatlan ikercélok, amelyek együtt igazolják a megerősítő intézkedések létjogosultságát. Ronald Dworkin: *Sovereign Virtue*, 404. o.

támogatandó csoport képes legyen feltölteni a számára fenntartott helyeket. A kvóta másik lényeges tulajdonsága, hogy átmeneti időre szól. Létjogosultsága addig tart, ameddig a csoporthoz tartozó tagok igazságtalanul hátrányos helyzete fennáll.

Az oktatás területén alkalmazott kvótaszabály képes arra, hogy a kedvezményezett csoporthoz tartozók számára az egyetemi helyeket elérhetővé tegye. Egy szerb előnyben részesítő szabály alapján 2006 óta az állami költségvetés ösztöndíjat és ingyenes vagy olcsó kollégiumi elhelyezést biztosít roma hallgatók számára, amelynek eredményeképpen 2007-ben ötven roma fiatal jutott be a felsőoktatásba.⁶³

Egy már működő előnyben részesítő program visszametszése viszont azzal jár, hogy drasztikusan visszaesik a támogatott csoporthoz tartozók egyetemi jelenléte. Ez történt az Egyesült Államok Kalifornia tagállamában, ahol alkotmánymódosítás vetett véget a tagállami megerősítő intézkedéseknek. Az alkotmánymódosítást követő tanévben az állam egyik közkedvelt jogi karán mindössze egyetlen fekete diák kezdte el tanulmányait, míg az előnyben részesítő szabályok alkalmazása idején huszonnégy-huszonöt fekete hallgató vehetett részt évente a karon folyó jogászképzésben. Texasban hasonló következményekkel járt az állami egyetem jogi kara által alkalmazott megerősítő intézkedések megszüntetése. Az intézkedések idején az austin-i jogi karra harmincegy fekete diák nyert felvételt, míg a következő tanévben már csak egy iratkozott be.⁶⁴

Nagy eredményeket ért el a munkavállalás területén a nőket segítő kvóta. A nyolcvanas évek végén bevezetett kanadai megerősítő intézkedések már az ezredfordulón éreztették jó hatásukat.⁶⁵ Jól látható az is, hogy azokban az országokban, ahol kvótaszabály segíti a nőket a pártlistákra jutáshoz, egyre nagyobb számban vesznek részt a nők a választási küzdelemben. A francia paritási szabályok eredményeképpen majdnem ötven százalékkal nőtt a nők részvétele a helyhatósági választásokon.⁶⁶

Az eddigiekben azt próbáltam igazolni, hogy a kvóta nem jelent hátrányos megkülönböztetést, nem sért egyéni jogot, és a valódi egyenlőség elérésének hatékony eszköze. Ha a jogalkotó megfelelő módon vezeti be a jogrendszerbe, akkor a közösség is belátja annak szükségességét.

A következőkben azt vizsgálom, hogyan fogadja az alkotmányos rendszer azokat az esélykiegyenlítő eszközöket, amelyek hosszabb-rövidebb ideig a jogrendszer részei voltak, amelyek törvényjavaslatként az Országgyűlés elé kerültek, illetve amelyek ma is hatályos jogként érvényesülnek.

⁶³ www.birn.eu.com

⁶⁴ John E. Morris: Boalt Hall's Affirmative Action Dilemma, *American Lawyer*, November 1997, 4. o.

⁶⁵ Nicole Busby: Affirmative Action in Women's Employment: Lessons from Canada, in: *Debating Affirmative Action*, 52-57.

⁶⁶ Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes, www.observatoire-parite.gouv.fr

Előnyben részesítő jogszabályok

A rendszerváltás óta eltelt két évtized alatt a jogalkotó puhább előnyben részesítő intézkedéssel és kvóta bevezetésével is próbálkozott. A hátrányos helyzetűek számára többletpontokat juttatott a felsőoktatásban. A sporttörvény kvótái segítségével pedig nők juthattak a sporttestületekbe. 2001-ben egy törvénytervezet és egy törvényjavaslat is kiállt az etnikai és nemzeti kisebbséghez tartozókat és a nőket előnyben részesítő intézkedések mellett.⁶⁷ Legutóbb pedig országgyűlési képviselők a nők nagyobb politikai szerepvállalását elősegítendő, pártlistára kerülési kvótát kezdeményeztek. Elsőként a puhább eszköznek minősülő felsőoktatási többletpontok alkotmányosságát vizsgálom, azt követően térek rá a szigorú kvótaszabályokra.

1. A *felsőoktatási* törvény célul tűzi az esélyegyenlőség szempontjainak érvényesítését, és felhatalmazza a kormányt arra, hogy előnyben részesítő intézkedést hozzon a hátrányos helyzetű hallgatók, a gyermeküket otthon gondozók és a fogyatékkal élő jelentkezők segítésére.⁶⁸ Egy kormányrendelet alapján 2006 decemberéig a felsőoktatási intézmény költségtérítéssel történő felvételét nyert hátrányos helyzetű jelentkezők az oktatási miniszter engedélye alapján államilag finanszírozott képzésben vehettek részt. Ha nem indult költségtérítéssel történő képzés, a hátrányos helyzetű jelentkezők a mentorprogram keretében a felvételi ponthatár nyolcvan százalékának elérésével felvételt nyerhettek a felsőoktatási intézmények állami finanszírozású képzésére. A létszám korlátozott volt, állami támogatásban így módon a szak hallgatói összlétszáma három százalékának megfelelő számú hallgató részesülhetett a szak, szakpár létszámán felül. A rendelet hátrányos helyzetűnek tekintette az átmeneti vagy tartós nevelésbe vett, illetve az állami gondozott jelentkezőt és azt, akinek a szülei alacsonyán képzettek és rossz anyagi körülmények között éltek.⁶⁹

2006. december 1-jétől megváltozott a támogatás rendszere. Ez alapján a nehéz anyagi körülmények között élő vagy a volt állami gondozott jelentkező – hátrányos helyzetűre tekintettel – automatikusan négy, 2008 januárjától huszonöt többletpontra jogosult. További pluszpontot kap az alacsonyán képzett szülők gyermeke és a tartós nevelésbe vett felvételiző. Ötven-ötven többletponttal indul a fogyatékossgal élő és a megszületett gyermekét otthon nevelő szülő.⁷⁰

A szabály ellenzői szerint az előnyben részesítés a képességek szerinti hozzáférés elvét és az alkotmány 70/F. §-át sérti, és nem alkalmas arra, hogy a hátrányos helyzetű tanulók egyetemre jutását segítse. Álláspontom szerint mindkét

⁶⁷ A T/3804. számon benyújtott törvényjavaslatról és a nemzeti és etnikai kisebbségi jogok országgyűlési biztosa által készített, a rasszizmus és az idegengyűlölet elleni fellépésről és az egyenlő bánásmód biztosításáról szóló törvénytervezetről bővebben lásd Pap András László: Az esélyegyenlőség logikája, *Fundamentum*, 2001/2., 89. o.

⁶⁸ 2005. évi CXXXIX. törvény a felsőoktatásról 2. § h) pont; 39. § (7) bekezdés; 51. § (3) bekezdés c) pont; 66. § (7) bekezdés.

⁶⁹ 246/2003. (XII. 18.) Korm. rendelet a felsőoktatási intézmények felvételi eljárásainak általános szabályairól szóló 269/2000. (XII. 29.) Korm. rendelet módosításáról 6. §

⁷⁰ 237/2006. (XI. 27.) Korm. rendelet a felsőoktatási intézmények felvételi eljárásairól 22. §

felvetés téves.

Az alkotmány 70/F. § (2) bekezdése alapján az állam – többek között – a „képeségei alapján mindenki számára hozzáférhető közép- és felsőfokú oktatás” útján biztosítja a művelődéshez való jogot. E jog kereteit az alkotmánybíróági gyakorlat szűkre szabta. Hangsúlyos elemként tér vissza a határozatokban az a gondolat, hogy a tanuláshoz való jogot „az állam intézményfenntartói kötelezettsége alapozza meg, amelynek keretében az államnak mindenki számára – hátrányos megkülönböztetés nélkül – biztosítani kell e jog gyakorlását lehetővé tevő szervezeti és jogszabályi feltételeket. A tanuláshoz való jog azonban nem jelenti azt, hogy az állam a tanulásban való részvételt köteles volna mindenki számára az oktatás minden szintjén biztosítani.”⁷¹ Elsősorban tehát állami kötelezettségről van szó, és nem arról, hogy az alkotmány e rendelkezése alapján bárkinek alanyi joga volna arra, hogy az általa megjelölt felsőoktatási intézményben tanuljon.⁷² Az alkotmány 70/F. § (2) bekezdéséből következően a felsőfokú oktatásnak minden megfelelő képességű személy számára elérhetőnek kell lennie.⁷³ Az alkotmány 70/A. § (3) bekezdése és a 70/F. § (2) bekezdése alapján megalkotott kormányrendelet célja az, hogy a jó képességű, de társadalmi-gazdasági szempontból hátrányos helyzetben lévő diákok számára egyenlő esélyt biztosítson a felsőoktatási intézménybe való bejutásra. A szabály megalkotásakor tehát a minden egyes személy szempontjainak egyenlő figyelembevétele és ennek eredményeképpen a rászorultak hátrányos helyzetének felismerése vezette a jogalkotót. Elviekben tehát nincs baj a szabállyal.

A továbbiakban azonban meg kell vizsgálnunk, hogy a többletpontok alkalmazása megfelelő eszköz-e a hátrányok kiegyenlítésére, választ kell adnunk arra a felvetésre, amely szerint a színvonalas egyetemekre az előnyben részesítő szabályok révén bejutott személyek nehéz anyagi körülmények között élnek és gyengébb tanulmányi eredményeket is elfogadó oktatási intézményekből érkeznek, ezért nehezen tudják megállni a helyüket az egyetemi versenyhelyzetben. A vélemény kiindulópontja az, hogy az egyetemi helyet az előnyben részesítő intézkedések révén megszerző hallgatók bizonyosan nem a legjobb képességűek közül valók.

Közismert, hogy a felzárkóztatásnak nem az egyetemen kell elkezdődnie, hanem kora gyermekkorban.⁷⁴ Ahhoz, hogy az iskolák ne a diákok között meglévő esélyegyenlőtlenséget erősítsék, olyan kormányzati programokra van szükség, amely elősegíti az integrált oktatást már az elemi iskolákban.⁷⁵ A középiskolai

⁷¹ 18/1994. (III. 31.) AB határozat, ABH 1994, 88, 89.; 27/2005. (VI. 29.) AB határozat, ABH 2005, 280, 285.

⁷² 375/B/2001. AB határozat, ABH 2004, 1527, 1530.

⁷³ 28/2005. (VII. 14.) AB határozat, ABH 2005, 290, 302.

⁷⁴ Ezt ismerte fel a 2008. évi XXXI. törvény, amely óvodáztatási támogatást állapít meg a halmozottan hátrányos helyzetű gyerekek számára, anélkül, hogy kifejezetten szólna a romákról.

⁷⁵ Ez év szeptemberéig a közoktatásról szóló 1993. évi LXXIX. törvény 66. §-a alapján az iskoláknak a jelentkezés sorrendjében kellett felvenniük diákjaikat. Ha maradt hely, akkor előnyben kellett részesíteni a halmozottan hátrányos helyzetű tanulókat, és ha ezt követően is maradt hely, akkor sorsolással kellett dönteniük a felvételtől. A törvény újraosztotta az iskolai körzeteket, két szomszédos körzetben a hátrányos helyzetű tanulók aránya legfeljebb 25 százalékban térhetett el. 2008. júliustól (hátrányára) módosult a közoktatási törvény. A 2009/2010-es tanévtől csak a kötelező felvételi

tanulmányok során is különös odafigyelést igényelnek a hátrányos helyzetű tanulók. Ez a támogatás azonban nem váltja ki a diákok egyetemre kerüléséhez nyújtott segítséget. Az egyetemre jelentkezők saját elhatározásuk alapján, az összes szempontot figyelembe véve, az egyetem által támasztott követelményeket mérlegelve nyújtanak be felvételi kérelmet.

A felvételi eljárás célja, hogy kiderüljön, ki van a megfelelő képességek birtokában ahhoz, hogy részt vegyen a felsőoktatásban. A sikeres felvételihez szükséges képességek, érdemek és adottságok (például az otthoni környezet, a szülők társadalmi, anyagi helyzete) nagyon sokfélék. Ezek közül csak egy az addig elért tanulmányi eredmény. Ráadásul, az általános és a középiskolában elsajátított tudás helyett egyre inkább azon van a hangsúly, hogy a tanuló a jövőben hogyan tud helytállni az egyetemi környezetben. Ezért nem állítható egyértelműen, hogy a segítő szabályok révén bejutott diákok, korábbi, gyengébb eredményeik miatt rosszabb képességűek volnának, mint az egyetemre a kvóták nélkül bejutott társaik.⁷⁶ Ráadásul, az előnyben részesítés akár ösztönzőleg is hathat a tanulmányi eredményekre, hiszen a bejutást követően nincs külön értékelő rendszer a segítő intézkedések révén bejutott hallgatók számára. Nekik is a többiekkel együtt kell helytállniuk a tanulmányi versenyben. A magyar felsőoktatási törvény is ezt juttatja kifejezésre: az előnyben részesítés nem eredményezhet a végzettségi szint és a szakképzettség megszerzéséhez szükséges alapvető tanulmányi követelmények alóli felmentést.

Álláspontom szerint a kormányrendelet célja legitim, nem sért egyéni jogot, és alkalmas is elérni kívánt cél elérésére, de nem elégséges. A hatályos szabály ugyanis a rossz anyagi körülmények között élőket segíti úgy, hogy közben talán éppen a roma diákok nem kerülnek közelebb a sikeres egyetemi felvételihez. A jogalkotónak nem lett volna szabad megkerülnie annak kimondását, hogy a jelentős hátrányból induló roma diákok felsőfokú tanulmányainak elősegítését tűzi ki célul. Világossá kellett volna tennie: nem csupán rászorultsági alapon támogatja a diákok felsőoktatásban való részvételét, az ugyanis szociális segítség marad, és nem válik előnyben részesítő intézkedéssé.⁷⁷

Magyarországon a roma fiatalok egyetemre jutását ösztönző intézkedés elsődleges célja a politikai közösségben tartósan hátrányt szenvedő roma kisebbség tanulási esélyeinek a növelése kell legyen. Az intézkedés eredményeképpen az egyetemre bejutott roma hallgatók példája bátorítóan hat

feladatokat ellátó iskola nem tagadhatja meg a körzetében lakó tanuló felvételét, a hátrányos helyzetű és a nem e körbe tartozó tanulók arányára vonatkozó előírások is változtak, több mozgásteret biztosítva a helyi önkormányzatoknak.

⁷⁶ Az amerikai diákok körében végzett statisztikai vizsgálatok sem támasztják alá azt a vélekedést, hogy a kedvezményes felvételi rend segítségével bejutott hallgatók eredményei gyengébbek, mint a megerősítő intézkedés által nem érintett diákok osztályzatai. William G. Bowen – Derek Bok: *The Shape of the River. Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions*, Princeton University Press, 2000, Függelék D, 391. o.

⁷⁷ A politika elbizonytalanodásának a fő oka az lehet, hogy a romák esélyegyenlőségének javításához szükség van a társadalom támogatására, ugyanakkor a magyar társadalom többsége, bár tudatában van a romákat ért társadalmi megkülönböztetés súlyának és gyakoriságának, elutasító a romák esélyeit javító újraelosztó politikával szemben. Örkény Antal: A romák esélyegyenlősége alulnézetből, *Fundamentum*, 2006/4, 45.

közösségük többi tagjára, így a későbbi jog- és érdekvédelmük is szélesebb bázisra támaszkodhat.

Egy roma diáknak a magyar politikai közösségen belüli életével kapcsolatos tapasztalatai nem hasonlíthatók össze a hozzá hasonlóan nehéz anyagi körülmények között élő nem roma társának élményeivel. Ennek a különös élettapasztalatnak az ismerete nagyon fontos például a társadalomtudományokat hallgatók számára, és ezeknek az ismereteknek a birtokában minden diák számára könnyebb megküzdenni a romákkal kapcsolatos sztereotípiákkal.⁷⁸ A romákkal szembeni előítéletek csökkentése és a meglévő társadalmi feszültségek folyamatos enyhülése pedig egy igazságosabb, a valódi egyenlőségen alapuló politikai közösség létrejöttét segíti. Emellett, a kvótaszabály segítségével bejutott diákok jelenléte a hallgatói közösségben inspiráló hatású, mert lehetőséget nyújt arra, hogy a diákok tanulmányaik során többféle állásponttal, véleménnyel találkozzanak.

Oktatási és társadalmi integrációs indoka is van a roma hallgatók egyetemi helyekhez segítésének. A közös politikai kultúra kereteibe való integrálódás pedig elkerülhetetlen, mert csak a politikai integráció szavatolja az erős kollektív identitású roma közösség kulturális különösségének megőrzését.⁷⁹

A jogalkotó a mostani hatályos szabályokkal nem a romák segítését tűzi célul – ebből következik a kormányrendelet hiányossága. A rendelkezésnek a megjelölt cél elérésére való alkalmassága látszólag nem kérdéses, hiszen közvetlen összefüggés van a rendelet alkalmazása és az egyetemre bejutó hátrányos helyzetű hallgatók egyre nagyobb száma között. Jelenleg azonban a hátrányos helyzetű jelentkezőkre vonatkozó definícióba nem fér be minden roma származású személy. A rendeleti szabályok ezért álláspontom szerint kevesebbet valósítottak meg, mint amire az alkotmány 70/A. § (3) bekezdése alapján lehetőség lett volna.

2. A következőkben azokról a szigorú kvótaszabályokról lesz szó, amelyek a nők társadalmi helyzetének javítását tűzték célul. A nők strukturális diszkriminációja elsősorban a munka világában, a szakmai előmenetel során érhető tetten. A *nők foglalkoztatottsága* igen alacsony, ötven százalék körüli, és a munkát vállaló nők a szakmák és foglalkozások szűkebb köréből válogathatnak, mint a férfiak. A diplomások több mint fele nő, mégis csupán a nők tíz százaléka dolgozik vezető pozícióban.⁸⁰ Indokoltnak tűnik hát előnyben részesítő intézkedéssel emelni a nők egy adott munkahelyen vagy munkakörön belüli kirívóan alacsony számát.⁸¹ A nők munkavállalását segítő kvóta alkalmazása nem példa nélküli. Németország női kvótákat alkalmaz a közigazgatásban és a szövetségi bíróságokon, Norvégia pedig

⁷⁸ Ez utóbbi érvet részletesen lásd Ronald Dworkin: The Court and the University, *The New York Review of Books*, May 15, 2003.

⁷⁹ Jürgen Habermas: Intolerancia és diszkrimináció, *Acta Humana*, 2004/4, 10-11. o.

⁸⁰ Magyarország ötven vezető cégénél háromszor annyi férfit foglalkoztatnak, mint nőt. Felső vezetői pozícióban csupán néhányan dolgoznak, középvezetői beosztásban mindössze tíz százalék a nők aránya. Forrás: Salgó Andrea: *Munkahelyi diszkrimináció Magyarországon – körkép*, hvg.hu.

⁸¹ Koppelman szerint a férfiközpontú gazdasági életben, a nőkkel szemben sokszor ellenséges munkakörnyezetben a nők esélyegyenlősége puhább eszközökkel nem, csak kvóták alkalmazásával valósítható meg. Andrew Koppelman: *Antidiscrimination Law and Social Equality*, Yale University, 1996, 138.o. és köv.

a magánszférában ír elő arányszámokat. Tíz éve az egyetemi oktatói helyek egy részét különítették el a nők számára, az utóbbi években pedig a gazdasági társaságokról szóló törvényt módosították annak érdekében, hogy a tőzsdén szereplő részvénytársaságok felügyelőbizottságaiban a nők aránya elérje a negyven százalékot. A jogszabályt nem teljesítő gazdasági társaságok a törvény alapján felszámolhatók.⁸²

Ez utóbbihoz hasonló eredménykvótát állapított meg a magyar sporttörvény is, igaz, szankció nélkül. A sporttörvény 2001 júniusa és 2004 márciusa között hatályos szabálya alapján a sporttal foglalkozó köztestületek és közalapítványok döntéshozó, vezető és ellenőrző testületeiben a női tagok arányát 2001. november 15-ig legalább tíz, 2006. november közepéig legalább harmincöt százalékra kellett (volna) emelni.⁸³ A sportvezető nőkre vonatkozó eredménykvóta előírása egyedülálló a magyar jogrendben; e szabályt megelőzően nem volt és hatályon kívül helyezése óta sincs érvényben a nőket – ily módon – előnyben részesítő rendelkezés.

A kvótaszabály megfelelt az Alkotmány követelményeinek. Nem valamely szervezetbeli tagság lehetőségét korlátozta, ezért az egyesüléshez való alapvető jogot nem sértette. Arra pedig senkinek nincs alanyi joga, hogy vezető tisztségviselője legyen egy társadalmi szervezetnek. A kvóta létrejöttét legitim és fontos cél indokolta, a nők arányos képviselésének elősegítése a különböző sporttestületekben. Az átmeneti szabály jelentős előrelépés volt, mert elképzelhetővé tett egy, a munkavállalás során alkalmazandó kvótaszabályt. Emellett fontos az eredmény, hogy a sporttestületek vezetőségeibe nők is bejuthattak. Ennél lényegesebb azonban az esélyegyenlőségi szempont érvényesítése az országgyűlési képviselőjelöltek kiválasztásakor, mert a képviselők feladata a politikai közösséget érintő alapvető döntések meghozatala. A következőkben ezt vizsgálom.

3. Az alkotmányos demokráciák egy része a nők érdekében *kvótát* állapít meg a *pártlisták befutó helyeire*, és tavaly Magyarországon is felmerült a választási törvény ilyen irányú módosításának ötlete. Két országgyűlési képviselő törvényjavaslatban kezdeményezte a választási eljárásról szóló törvény az irányú módosítását, hogy a pártlistákon a nemek azonos arányban képviseltessék magukat, de a javaslat sikertelenségét követően minden maradt a régiben.⁸⁴

Az alkotmány 70/A. § (3) bekezdése felhatalmazást ad az esély-

⁸² Anke J. Stock: Affirmative Action: A German Perspective on the Promotion of Women's Rights with Regard to Employment, in *Debating Affirmative Action*, 59-74. Presser Zsuzsanna: *A női kvóták az európai jog tükrében*, Jogi Tanulmányok, Budapest, ELTE Állam- és Jogtudományi Kar, 1996, 86. o. és köv. A norvég jogszabályt lásd <http://www.regjeringen.no/en/dep/bld/Topics/Equality/rules-on-gender-representation-on-compan.html?id=416864>

⁸³ Ez utóbbi rendelkezést jogrendszerünk már nem tartalmazza. A sportról szóló 2004. évi I. törvény nem ismételte meg a korábbi sporttörvény [2000. évi CXLV. törvény, 92. § (10) bekezdés] e szabályát.

⁸⁴ T/3066. számú törvényjavaslat 1. §. A képviselők T/3060. számú javaslatban az alkotmány 33. §-át egy (5) bekezdéssel egészítették volna, amely a miniszterek személyére tett miniszterelnöki javaslat megtétele során kötelezővé tette volna mindkét nem legalább egyharmad arányú képviselését. Az alkotmány módosítását az országgyűlési képviselők szükséges többsége nem szavazta meg.

egyenlőtlenségek kiküszöbölésére, a 66. § (1) bekezdése pedig kifejezetten rendelkezik arról, hogy a Magyar Köztársaság biztosítja a férfiak és a nők egyenjogúságát minden polgári és politikai, valamint gazdasági, szociális és kulturális jog tekintetében. Jelenleg a jogrendszerben még sincs olyan esélykiegyenlítő szabály, amely a választásokon induló pártok számára meghatározná, hogy listájukon a nők és férfiak milyen arányban legyenek jelen.⁸⁵

Franciaországban és Olaszországban az alkotmány kifejezetten rendelkezik arról, hogy a nők és férfiak a közhivatalokhoz és a választott tisztségekhez egyenlő mértékben jogosultak hozzájutni.

1999-ben a francia Alkotmánytanács a helyhatósági választásokon érvényesülő női kvótát megállapító szabályt nyilvánított alkotmányosértőnek, mert az automatikusan a nők és férfiak fele-fele arányban való szerepeltetését írta elő az önkormányzati választásokon listát állító szervezetek számára. Az Alkotmánytanács hangsúlyozta: a hatályos alkotmányt sérti az ilyen előírás, de az alkotmányozó dönthet a pozitív diszkrimináció megengedhetősége mellett.⁸⁶ Az alkotmány a döntést követően ennek megfelelően módosult. Az 1. cikk alapján törvény biztosítja a nők és férfiak egyenlő hozzáférését a képviselői mandátumok megszerzéséhez és a választott tisztségek betöltéséhez. A 4. cikk pedig úgy rendelkezik, hogy a politikai pártok a törvényben foglaltak szerint kötelesek e cél elérését segíteni.⁸⁷ E felhatalmazás alapján a francia képviselők 2000-ben olyan törvényt szavaztak meg, amely szerint az 50-50 százalékos nő-férfi részvételi arány minden, arányos rendszerű választásra érvényes, és ha a választásokon induló párt listáján a nő és férfi képviselőjelöltek száma közötti különbség meghaladja az összes jelölt két százalékát, a pártnak járó költségvetési támogatás arányosan csökkenthető.⁸⁸

Hasonlóan alakult a történet Olaszországban. Az olasz Alkotmánybíróság 1995-ben az akkori alkotmány alapján alkotmányellenesnek nyilvánította azt az előírást, amely szerint a helyhatósági választásokon induló szervezetek listáján a férfi jelöltek száma nem lehetett több az összes jelölt kétharmadánál és megállapította, hogy a szabály a férfiak passzív választójogának lényeges tartalmát sértette.⁸⁹ Az olasz alkotmány ezt követően módosult. A 3. cikk kifejezetten a köztársaság kötelességévé teszi a valódi egyenlőség útjába álló gazdasági és szociális akadályok leküzdését, az 51. cikk pedig megállapítja, hogy mindkét nem egyenlő mértékben jogosult hozzájutni a közhivatalokhoz és a választott tisztségekhez, és

⁸⁵ Egyedül a Magyar Szocialista Párt alkalmaz kvótát. Az alapszabály 41. cikke szerint a párt által állított listán szereplő személyek húsz százaléka nő. Azt nem biztosítja az alapszabály, hogy a nők befutó helyre kerülnek, vagyis hiányzik egy olyan garanciális rendelkezés, mint amilyen a portugál, amely a lista minden harmadik helyét a nők számára tartja fenn. Talán ennek is köszönhető, hogy a 189 frakciótagból mindössze 26 a nő, és ebből 13-an egyéni választókerületi jelöltként jutottak a parlamentbe.

⁸⁶ 98-407 DC, 14.01.1999, Bulletin on Constitutional Case-Law, 1999/1.

⁸⁷ Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes, Journal Officiel de la République Française, 9 juillet 1999, 10175. A hatályos szöveget lásd a www.conseil-constitutionnel.fr/honlapon.

⁸⁸ Loi constitutionnelle n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, Journal Officiel de la République Française, 7 juin 2000, 8560.

⁸⁹ 422/1995, 06.09.1995, Bulletin on Constitutional Case-Law, 1995/3.

az esélyegyenlőség érdekében a köztársaság speciális intézkedéseket alkalmaz.⁹⁰ 2003-ban az olasz AB úgy foglalt állást, hogy a nők pártlistára kerülését segítő egyenlősítő szabály nem jogsértő, hiszen senkinek nincs alanyi joga a pártlistákra jutásra, és a módosult olasz alkotmány által is elismert cél, a valódi egyenlőség elérésére törekszik.⁹¹

Amint látható, Franciaországban és Olaszországban az egyenlőség elvét helytelenül értelmező bírói gyakorlat miatt került sor az esélykiegyenlítés szükségességéről kifejezetten rendelkező alkotmánymódosításra. Másutt ilyen felhatalmazásra nem volt szükség ahhoz, hogy a törvényhozó kvótaszabályt vezessen be. 2006-ban a portugál parlament úgy rendelkezett, hogy az országos, a helyközi és az európai parlamenti választásokon induló pártok listáján mindkét nem legalább 33 %-ban képviseltesse magát, és a listán szereplő minden harmadik jelölt a másik nem képviselője legyen.⁹²

Magyarországon a rendszerváltás óta eltelt két évtized alatt a politikai életben részt vevő nők aránya annak ellenére nem nőtt számottevően, hogy a megfelelő képzettségű és hozzáértő nők egyre többen vannak. Az is egyre világosabb, hogy nem a választópolgárok idegenkedésén múlik, hogy nincs több női parlamenti képviselő.⁹³ Az egyéni választókerület jelöltjei között nem lett jelentősen magasabb a nők aránya, és a pártlistáknak azon a helyein, ahol nagyobb az esély a megválasztásra, kevésbé valószínű, hogy női jelöltek állnak.⁹⁴ Ez is közrejátszhat abban, hogy a parlamentbe bekerült képviselőnők aránya a rendszerváltás utáni ötödik választást követően is alig változott.⁹⁵ Csak kevesen vitatják, hogy a nők nagyobb politikai szerepvállalása elérendő cél. Arról már jobban megoszlanak a vélemények, hogy milyen eszközökkel egyenlíthető ki az a hátrány, amellyel a nők a képviselőjelöltségért folyó küzdelemben indulnak.

A női kvótával szemben megjelent ellenérvek sokszínűek. A gyanakvók emlékezetünkbe idézik a rendszerváltás előtti álparlamentek álképviselő-nőit.⁹⁶ Kvótaoroszálással riogatnak a csúszós lejtő érvet segítségül hívók. Figyelemreméltóbb azok szempontja, akik az arányszám hatékonyságát és eredményességét vitatják. A kvótával szemben felhozott legfontosabb érv azonban, hogy alapjogot sért, a

⁹⁰ Az olasz alkotmány hatályos szövegét olasz nyelven lásd www.cortecostituzionale.it, angol nyelven lásd www.codices.coe.int.

⁹¹ 49/2003, 13.02.2003 http://www.cortecostituzionale.it/versioni_in_lingua/eng/documenti/attivita_corte/pronunce/abstract/2003/abstract-49-2003-english.pdf

⁹² Decreto N. o 72/X LEI DA PARIDADE: ESTABELECE QUE AS LISTAS PARA A ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, PARA O PARLAMENTO EUROPEU E PARA AS AUTARQUIAS LOCAIS SÃO COMPOSTAS DE MODO A ASSEGURAR A REPRESENTAÇÃO MÍNIMA DE 33% DE CADA UM DOS SEXOS

⁹³ Egy 2008. augusztus 11-12-én tartott közvélemény-kutatás szerint, ha Magyarországon közvetlenül választanának elnököt, mint az Egyesült Államokban, a megkérdezettek 83 %-a szavazna női jelöltre, de csak 65 % gondolja azt, hogy a női jelöltet a többség támogatná. Izsák Dániel: Bátorított szalonképtelenség, *Figyelő*, 2008. augusztus 21.

⁹⁴ Kiss Róbert: Nők a politikában – avagy milyen nemű a közélet Magyarországon? in *Házastárs? Munkatárs? Vetélytárs? A női szerepek változása a 20. századi Magyarországon*, szerk. Palasik Mária, Sipos Balázs, Napvilág, 2005, 234-235.

⁹⁵ A nők aránya a rendszerváltást követően a magyar Országgyűlésben a következőképpen alakult: az első ciklusban 7; a másodikban 11,1; a harmadikban 8,5; a negyedikben 9,8 % volt. Jelenleg az országgyűlési képviselők 10,6 %-a nő. Az adatokat lásd Kiss: i. m., 236-237. és www.mkogy.hu

⁹⁶ John Emese: Politikusnők tervutasításra, *Népszabadság*, 2007. július 26.

férfiak választhatóságának jogát.⁹⁷ Ez olyan elvi ellenvetés, amely ha beigazolódná, kizárja a kvóta alkalmazását. Nézzük meg tehát ezt az indokot.

Az Alkotmány 70. § alapján minden Magyarországon lakó felnőtt állampolgár képviselővé választható.⁹⁸ Az Alkotmányban az aktív választójoghoz megkövetelt jogi feltételeken (állampolgárság, nagykorúság, magyarországi lakóhely) túl törvény sem írhat elő további követelményeket a passzív választójog megszerzéséhez. Passzív választójoga alapján bárki egyéni választókerületi jelölt lehet, aki összegyűjti hétszázötven választópolgár ajánlását.⁹⁹ Területi és országos listát viszont pártok állíthatnak össze, amelyek a listán szereplő személyekről a legkülönbébb szempontok alapján, belátásuk szerint döntenek.¹⁰⁰ A pártlistán szerepléshez tehát senkinek nincs alanyi joga. Ahhoz az eljáráshoz sincs, amely alapján ma minden párt a listáin található személyekről, többnyire a férfiaknak kedvező módon határoz. A vitát kiváltó törvényjavaslat változtatni kívánt a szokásos eljáráson. Azt szorgalmazta, hogy a jelölő szervezet listáján az egyik nem képviselőjét minden esetben a másik nem képviselője kövesse.

A javasolt szabály kötelezettjei a pártok lettek volna, más személyre a szabály kötelezettséget nem állapított meg. Alkotmányos demokráciában a pártok is a demokrácia szabályai szerint működhetnek. A demokratikus felépítésre vonatkozó követelmény a pártoknak az Alkotmány 3. §-ban megfogalmazott feladatából következik. A pártoknak ugyanis szervezetileg is alkalmasnak kell lenniük a népakarat közvetítésére és kinyilvánítására.¹⁰¹ A párt belső felépítésére és működésére jellemző demokrácia természetesen a tagok jog- és esélyegyenlőségében is meg kell mutatkozzon. Ezt támasztja alá az egyenlő bánásmód törvény is, amely alapján a pártok, jogviszonyaik létesítése során, jogviszonyaikban, eljárásaik és intézkedéseik során kötelesek megtartani az egyenlő bánásmód követelményét.¹⁰²

A hátrányos megkülönböztetés törvényi tilalma a pártok belső viszonyaiban is irányadó, a gyakorlat azonban mintha erről nem venne tudomást.¹⁰³

⁹⁷ Az olasz Alkotmánybíróság a 422/1995. számú döntésben a passzív választójogra hivatkozott. (Lásd a 92. számú lábjegyzetet.) A svájci Szövetségi Bíróság is – többek között – ezzel az érveléssel utasított el egy népszavazási kérelmet. (1P.173/1996, 19.03.1997, Bulletin on Constitutional Case-Law, 1997/2.). Lásd még Tordai Csaba: *Parlamentarizmus vagy kvótarendszer?* <http://www.mona-hungary.hu/kepek/upload/2004-02/tordaikorr.doc>

⁹⁸ Kivéve azokat, akiktől az alkotmány 70. § (5) bekezdése megtagadja a választójog gyakorlásának jogát.

⁹⁹ 1989. évi XXXIV. törvény az országgyűlési képviselők választásáról 5. § (2) bekezdés.

¹⁰⁰ 1989. évi XXXIV. törvény az országgyűlési képviselők választásáról 5. § (3)-(4) bekezdés, 1997. évi C. törvény a választási eljárásról 53. § (3) bekezdés.

¹⁰¹ Sólyom László: *Pártok és érdekszervezetek az alkotmányban*, Budapest, Rejtjel, 2004, 55-59.

¹⁰² 2003. évi CXXV. törvény az egyenlő bánásmódról és az esélyegyenlőség előmozdításáról 4. § l) pont, 6. § (1) bekezdés d) pont. Eszerint kizárólag a tag vagy tagjelölt politikai vagy más véleménye adhat alapot a párt számára a jelölt kizárására, fel nem vételére, illetve jelölésének megtagadására.

¹⁰³ Ezzel szemben a német kommentárirodalom szerint az alaptörvény 21. cikk (1) bekezdése alapján a pártok belső rendjének demokratikusnak kell lennie, de az alaptörvény hátrányos megkülönböztetést tiltó 3. cikk (3) bekezdése a pártok belső viszonyaira nem irányadó, a pártok privátautonómiájának védelme miatt. Lásd Michael Sachs-Uta Biskup: Political Equality Rights, in *Fundamental Rights in Europe and North America*, ed. Albrecht Weber, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2001, D 32. Emiatt aztán a pártok kvóta bevezetésére is jogosultak. Wolfgang Rüfner, in *Bonner Kommentar zum*

Magyarországon a nők 1918 óta rendelkeznek aktív és passzív választójoggal, és mindkét jog gyakorlása elvi lehetőségként adott a nők számára, de valójában a nők sokszoros hátrányból indulnak a jelölési folyamat során. Pedig a nők nem valamely különös társadalmi részérdek képviselőit látják el a parlamentben, hanem ők is, mint minden országgyűlési képviselő az Alkotmány 20. § (2) bekezdésének megfelelően, a köz érdekében járnak el, a nemzet egészét képviselik. A kvóta célja sem az volna, hogy egyes „női” kérdések képviseletére közvetlenül nőket juttasson a parlamentbe, hanem az, hogy a nők képviselői mandátumhoz jutási esélyeit a férfiak esélyeihez közelítse. A törvényjavaslatban szereplő kiválasztási eljárás egy olyan kiváltságot szüntetett volna meg, amely nincs összhangban a nemek egyenlőségével.

Egy a pártok listaállítására vonatkozó előírás nem azt követeli a feminista vagy például erősen konzervatív pártoktól, hogy szakítsanak a nők-férfiak egyenjogúságát el nem fogadó ideológiájukkal. Arra sem kötelezi a pártokat, hogy a politikai közösség fundamentumát jelentő egyenlőség értékét maguk is alapvetőnek tartsák. A pártok kifejezési szabadságát ezért nem érinti a pártlistás kvótaszabály. Ráadásul, a pártoknak több lehetőségük van arra, hogy a kvótával szembeni érveiket a nyilvánosság elé tárják, és adott esetben a parlamenti vita során megkérdőjelezzék annak indokoltságát.

Álláspontom szerint azt, hogy a nők hátrányból indulnak a képviselőjelöltségért folytatott küzdelemben, jól érzékelik a kvótaszabályt bevezető államok törvényhozói. Azzal is egyetértek, hogy éppen az egyenlő esély érdekében van szükség a beavatkozásra. A nyugat-európai pártok nagy többsége saját szervezetén belül érvényesíti az esélykiegyenlítő politikát. A kelet-európai pártok közül, úgy tűnik többnyire a szocialista, szociáldemokrata pártok alkalmazznak önként kvótaszabályokat. Ezek viszont alacsony százalékban állapítják meg a listára kerülő nők arányát és nem feltétlenül biztosítják, hogy nők a pártlisták befutó helyein is megjelenjenek. Elkerülhetetlennek látom ezért, hogy a francia, az olasz és a portugál törvényhozót követve a magyar parlament is kvóta bevezetésével segítse a nők politikai szerepvállalását. Jól érzékelhető, hogy mint oly sok más területen, az előnyben részesítés esetében is a törvényhozók és az (alkotmány)bírák egymás lépéseire reagáló cselekvése határozza meg a folyamatok kimenetelét. Úgy tűnik, az európai államok többségében a törvényhozók érzékelik, hogy az egyenlő lehetőségek megteremtése érdekében szükség van a kvótára, de helyzetüket nehezíti, hogy a jogszabályokat felülvizsgáló bírák óvatos léptekkel haladnak az esélykiegyenlítés útján.

A mélyben gyökerező társadalmi problémák kreatív és tartós megoldást kívánnak. A rasszizmus és a nemi előítéletek léte ilyen, az emberiséggel egyidős probléma, amelynek leküzdése nemcsak az egyén, a közösség számára is nehéz feladat. A diszkrimináció jogi tilalma az előítéletekkel szembeszállni nem képes, abban segíthet, hogy a nyilvános döntések igazolására a rasszista érzületek ne legyenek felhozhatók. Ez azonban önmagában nem teremt elfogadó, sokszínű környezetet. Az oktatás, a közszolgálat, a foglalkoztatás területén ma sem mindegy, hogy

milyen a jelentkező bőrszíne. A közéletben pedig ma is ritka kivételnek számít, ha nők, fogyatékosok vagy melegek jutnak vezető szerephez.

Az előítéletek felszámolására törekedni értelmetlen, mert az emberi természet lényegéből fakadóan a cél megvalósíthatatlan. Elengedhetetlen viszont egyfelől az előítéletek tudatosítása¹⁰⁴ és kezelése, másfelől az előítéletek miatt igazságtalanul hátrányt szenvedők segítése. Ez utóbbi célt szolgálják az előnyben részesítés eszközei, amelyek a lehetőségek kiegyenlítésével próbálnak igazságosabb környezetet teremteni.

¹⁰⁴ Az előítéletekkel teli döntések sokszor nem tudatos rasszizmus, hanem a tudatalatti működésének eredményei. Paul Brest faji szempontból szelektív szimpátiának nevezi az arra való képtelenségünket, hogy ugyanazt az elismerést és emberiességet, szimpátiát és törődést, amit saját csoportunknak megadunk, a kisebbséghez tartozóknak is megadjuk. Paul Brest: Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle, *Harvard Law Review*, 90 (1976) 1. 8. o.

Jogdogmatikai problémák a munka- és a közszolgálati jogviszony megszűnése és megszüntetése szabályainál

Prugberger Tamás*

1. Jogelméleti (dogmatikai) alapvetés

A munkajogviszony éppen olyan tartós jogviszony, mint amilyen a bérleti és a haszonbérleti jogviszony. Ebből adódik, hogy miként a bérletnél és a haszonbérletnél a bérlő, mind a bérbeadó tartós állapotra, az egyik a használatra, haszon-szedésre, a másik pedig a bérből származó jövedelemre rendezkedik be, ugyanígy a munkáltató is tartósan keres munkatársat magának, a munkavállaló pedig egzisztenciális biztonságot. Ezért mind a két esetben, ha a felek bármelyike meg kívánja szüntetni a jogviszonyt, egy meghatározott felkészülési időt méltányos, sőt szükséges adni arra, hogy az új helyzetre felkészülhessen és megfelelő megoldást kereshessen, találhasson magának. Ez tette indokolttá, hogy a jog mindkét esetben kialakítsa a megfelelő felmondási idővel járó rendes felmondás intézményét. Ugyanakkor a jognak ki kellett alakítania mind a két tartós jogviszony-típusnál a felmondási időt nem adó rendkívüli felmondás intézményét arra az esetre, ha a bérlő a másikkal szemben olyan súlyos szerződésszegést követ el, amely indokolttá teszi a szerződésszegést elszenvadó fél részéről a tartós jogviszony azonnali hatályú megszüntetését. Mindezt figyelembe véve e két szerződési típus a jogviszony megszűnése és megszüntetése tekintetében is hasonlít egymáshoz. A felek akaratától független jogi tényként a bérlet a bérlemény tárgyának elpusztulásával vagy a felek valamelyikének jogutód nélküli halálával szűnik meg, addig a munkaviszonynál - bár elméletileg szintén ez a helyzet -, a gyakorlatban mégis a probléma másként alakul. Ez adódik abból, hogy a munkajogviszony tárgya, a munkahely nemcsak tárgyi jelenség, hanem olyan fenomén, amely szorosan összefügg a munkáltatóval és ezért legtöbbször a munkáltató megszűnésével nem jogi tényként, hanem csőd-eljárás, illetőleg felszámolási vagy örökösödési eljárás keretében szűnik meg. A megszűnés ezért – mint majd látni fogjuk – jóval korlátozottabb körben fordul elő a munkajogviszony esetében, mint a bérletnél.

Mindez vonatkozik az ún. közszolgálati jogviszonyra is, ahol az állam a hatalomgyakorlás és egyéb más feladatait különböző hatósági és nem hatósági jellegű közintézmények útján látja el, mely közintézmények működéséhez munkatársakra van

* Az MTA doktora, professor emeritus. Miskolci Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar

szükség. Őket nevezzük közalkalmazottaknak vagy köztisztviselőknek aszerint, hogy alacsonyabb vagy magasabb szintű közfeladatokat látnak el. Ez a besorolás hasonlít a munkajogi „munkás” és „alkalmazotti” státusz közötti különbségtételhez, ami azonban nem bontja ketté a munkajogot. Éppen ezért egységes közszolgálatról beszélhetünk függetlenül attól, hogy a mai magyar tételes jog két külön törvényben szabályozza a közszolgálatot. A Kjt. rendezi ugyanis a közalkalmazotti megjelöléssel a nem hatósági közintézményeknél dolgozók jogviszonyát, míg a hatóságoknál az érdemi tevékenységet ellátóként köztisztviselőnek elnevezve a Ktv. Ez az álláspont megalapozható Magyarai Zoltánnal is, ki szerint a közigazgatásnak nem minden működése hatalomgyakorlás. A szervezeti egységeknek ui. az a csoportja, amely jóléti vagy kulturális feladatokat old meg, a hatóságoktól „több lényeges tekintetben különbözik”. Ezeket „közintézeteknek” nevezi. Ezért közhivataloknak azt az egyént tekinti, aki „az állam vagy az állam szolgálatául elismert más közigazgatási jogi személy munkájában való közreműködésre megfelelő közigazgatási aktus által megbízást kap”.¹ Magyarai Zoltánnak ez az álláspontja teljesen egyezik a német és a frankofon-latin jogrendszerek megoldásával, ami megalapozza a Kjt. és a Ktv. közelítő megítélését, sőt a két törvény összevonását is.

Lokalizálva a problémákat most már a munkajogviszonyra és a jogviszony-szerkezetet tekintve a hasonló közszolgálati jogviszonyra, a megszűnés és a megszüntetés egymástól azon az alapon határolható el, hogy míg a megszűnés a felek akaratától független jogi tény, addig a megszüntetés a felek akaratától függ. A felek akaratától függő megszüntetés történhet kétoldalú és egyoldalú akaratnyilvánítással egyaránt. A kétoldalú akaratnyilvánítás a megegyezés, míg az egyoldalú akaratnyilvánítás a felmondásnak tekinthető jognyilatkozat. A felmondást a munkáltató és a munkavállaló, ill. a közalkalmazó és a közalkalmazott egyaránt gyakorolhatja. A közszolgálatban azonban a közalkalmazó részéről történő felmondást felmentésnek, míg a közalkalmazott részéről történő lemondásnak nevezi a Kjt. és a Ktv. egyaránt.² Ez a terminológiai eltérés feleslegesen bonyolítja mind a szabályozást, mind pedig a jogalkalmazást. Helyesebb lenne ezért egységes terminológiával élni mind az Mt.-ben, mind a Kjt.-ben, mind a Ktv.-ben. Mind a munkáltatói, mind pedig a munkavállalói felmondásnak van egy rendes és rendkívüli formája, mely utóbbi valamelyik fél súlyos szerződésszegésével áll összefüggésben. A közszolgálatban azonban a rendkívüli felmondásnak megfelelő rendkívüli felmentés ismeretlen. Helyette a fegyelmi úton történő közszolgálati jogviszony megszüntetésére kerül sor. Itt is lehetne egységesíteni a jogviszony-megszüntetést a frankofon-latin jogrendszerek megoldásainak átvételével úgy, rendkívüli felmondásra, azaz a jelenlegi terminológiával élve rendkívüli felmentésre a köteleességszegés enyhébb eseteiben kerülne sor, és csak a súlyosabb esteiben kellene fegyelmi úton a hivatalvesz-

¹ Magyarai Zoltán: *Magyar közigazgatás*. Egyetemi Nyomda, Budapest, 1942. 39., 215. és 376. o.; továbbá: Peine/Hennerlein: *Beuntenrecht*, 2. Aufl. C. F. Müller Verlag, Hedielsberg 2002.; Blanke: *Beamte als Arbeitnehmer. Arbeit und Recht*. 1983. 306. s. köv. o.; Heerma von Voss: *Inleiding Nederlands social alcht*. Deste druk, Boon Juridische uitgevers, 2003. 2. 4. Ambtevenenstatus 41-42. o. Saint Jours Yves: *Manuel de droit du travail dans le secteur public*. Librairie de droit et de jurisprudence. R. Pickon et R. Deckant-Ausias 2. e. édition. Paris, 1986. chapitre IV.

² Kjt. 25.§ (2) bek. 4.c-d.; Ktv. 15. § (2) bek. c. pont

tést alkalmazni.³ Ezzel együtt állást foglaltunk abban is, hogy közalkalmazott és köztisztviselő esetében egyaránt a fegyelmi büntetésként alkalmazott állásvesztést egységesen hivatalvesztésnek minősítenénk. A közszolgálati jogviszonynak a nálunk Magyarországon ismert közalkalmazotti jogviszony formájánál a közalkalmazott részéről történő rendkívüli lemondás lehetséges, köztisztviselő azonban ilyen nem gyakorolható.⁴ Ez azon kívül, hogy jogelméletileg szintén indokolatlan megkülönböztetés, érdekeket is sért. Méltánytalan ugyanis a köztisztviselőre nézve, hogy ha pl. felettese olyan munkahelyi légkört vagy kiszolgáltatottsági helyzetet teremt, amelyet nehéz elviselni, kénytelen azt a két hónapos lemondási időben elszenvedni és még végkielégítésben sem részesülhet. Egyébként a munka-, ill. a közszolgálati jogviszony megszűnésének és megszüntetésének a módjai, pontosabban a reájuk vonatkozóan az Mt.-ben, a Kjt.-ben és a Ktv.-ben megtalálható jogi előírások igen sok tekintetben hasonlítanak egymáshoz⁵. A különbségek – néhány kivételtől eltekintve – főleg terminológiaiak, amelyeket indokolt lenne kiiktatni.

Mindez arra utal, hogy jogdogmatikailag indokolt lenne az ugyanolyan funkciót teljesítő jogintézményeket a munkajog és a közszolgálati jog esetében egymáshoz közelíteni, nem pedig eltávolítani, miként ezt a mai hatályos munka- és közszolgálati jogunk teszi. Ebben a szemléletben igyekszünk revízió alá venni a magyar munka- és közszolgálati jogviszony megszűnésének és megszüntetésének jogi szabályrendszerét.

2. A munka-, és a közszolgálati jogviszony megszűnése

A munka-, és a közszolgálati jogviszony a munkavállaló, ill. a közalkalmazott, valamint a köztisztviselő halálával megszűnik. A magyar jogban ez a megszűnés a halál napjával áll be, míg a régi tagállamok többségében csak a tárgy hónap végén, sőt Dániában az adott cégnél fennállt szolgálati viszony vagy a közszolgálatban eltöltött időtől függően hónapokkal is meghosszabbodhat, ami az elhalt családjának komoly segítséget jelent⁶. Külföldön és nálunk is a munkáltató halála a munkaviszonyt általában nem szünteti meg, mivel ilyen esetben az örökös viszi tovább a céget, ha pedig azt nem akarja, akkor a munkavállalónak felmondással szünteti meg a munkaviszonyát. A munkáltató halála többnyire csak olyan egyedül álló munkáltató halála esetén szünteti meg automatikusan meg a munkavállaló jogviszonyát, akinek semmilyen örököse nincsen. Ilyen esetben a munkaviszony valóban a felek akaratától függetlenül szűnik meg. A munkáltató fizetéseképtelensége esetében vagy a vele szemben induló csőd-, ill. felszámolási eljárás esetében ugyancsak nem szűnik meg a munkaviszony annak ellenér, hogy a fizetéseképtelenné válás, másképpen a csődhelyzet többnyire nem a munkáltató akaratából áll elő, mivel ilyen helyzetben a munkajogviszonyok munkáltatói, ill. annak helyébe lépő vagyonfelszámoló felmondására kerül sor. Ebben a helyzetben a csődvagyonból

³ *Jura Europae* (Arbeitsrecht-Droit du travail), H. C. Beck Verlag, München-Edition Technique Classeurs, Paris, I. Band/Vol. 30.10-85 Franciaország; II. Band/Vol. 40.10-27 (Olaszország)

⁴ Lásd: Ktv.15-16. §§

⁵ V.ö. egymással az Mt. IV. fejezetét, a Kjt. II. fejezetét, és a Ktv. 15-18. §-ait

⁶ *Jura Europae*, III. 70.10-29 (Dánia)

nem teljesíthető elmaradt munkabérek kifizetésére a 80/987. sz. EGK. sz. irányelv implementációjaként megalkotott 1994. LXV. tv. alapján a munkáltatók kötelező adójellegű hozzájárulásaiból képzésre kerülő bérgarancia-alap terhére maximálisan 3 havi bér-, vagy bérjellegű juttatás kifizetésére kerül sor. Közzolgálat esetében munkáltatói oldal okán történő közszolgálati jogviszony megszűnése nem alkalmazható, csak felmentéssel történő megszüntetése. Közzolgálati intézménynél ugyanis a klasszikus értelemben vett fizetéseképtelenségi eljárás lefolytatására nem kerülhet sor.

3. A munkaviszony kétoldalú, kölcsönös megegyezésen alapuló megszüntetése

A munkáltató és a munkavállaló kölcsönösen megállapodhat abban, hogy a munkaviszonyt általuk meghatározott időponttól kezdve megszüntetik. A megállapodásban a felek megegyezhetnek abban is, hogy bizonyos időre a munkavégzés alól a munkáltató álláskereső céljából felmenti a munkavállalót a munkavégzés alól, sőt egy ilyen irányú megegyezés alapján végkielégítésben is részesítheti őt. Megítélésünk szerint azonban analógiaképpen figyelembe véve az Mt. 92. §-ának 1) bekezdését a munkavégzés alóli felmentés az 1 évet nem haladhatja meg. A munkavégzés alóli fizetésfolyósítás melletti felmentés azonban a közzolgálatban nem alkalmazható, mivel az a közpénzekkel történő pazarlást valószínűsítaná meg. Ugyanez vonatkozik korlátozottan a végkielégítésre is. Mind a közalkalmazotti, mind a köztisztviselői jogviszonynál a megegyezésen alapuló közzolgálati jogviszony megszüntetése esetében végkielégítésre csak az esetben kerülhet sor, ha a Kjt. és a Ktv. által lehetővé tett munkáltatói felmentés végkielégítés fizetésére adott lehetőségei fenn állnak. Ez esetben is azonban csak akkora összegű végkielégítés fizethető ki, amekkorát a közzolgálatban eltöltött idő alapján e két törvény lehetővé tesz. Ez következik abból, hogy a közzolgák illetményét az állami és az önkormányzati költségvetés állapítja meg és ezek az illetmények a költségvetés fejezeteiben vannak elhelyezve, aminek megbolygatása az egész költségvetést boríthatja. Ezzel szemben a munkaviszony esetében fennálló megegyezéssel munkaviszony-megszüntetés esetében a felek bármekkora összegű végkielégítésben megállapodhatnak. A polgári jogi diszpozitivitás figyelembevételével hasonló megoldás érvényesül a külföldi jogokban is. Ez alól azonban Svájc kivétel, mivel ott a végkielégítés összege az egy évi átlagkeresetet nem haladhatja meg.⁷

A megegyezéses munka-, és közzolgálati jogviszony sajátos formája lehet az áthelyezés. Munkajogviszonyt módosítani, és így áthelyezést is alkalmazni Magyarországon a német joghoz hasonlóan csak kölcsönös megegyezés alapján lehet.⁸ Ez vonatkozik az olyan áthelyezésre is, amikor háromoldalú megállapodással a munkavállaló egy másik munkáltatóhoz kerül át úgy, hogy az előző munkaviszonya

⁷ Reh binder, Manfred: *Schweizerisch Arbeitsrecht*, Stampfli et Clie Verlag, Bern, 1993.

⁸ Mt. 87-87/A §§, továbbá 82. § (1). bek. (ha a magyar munkajogban a munkaszerződés-módosítására csak közös megegyezéssel van lehetőség, úgy az annak egyik formáját jelentő áthelyezésre is ez vonatkozik)

megszűnik. A közszolgálati jogviszony megszüntetésének és az új keletkeztetésének ez a módja a Kjt. és a Ktv. alapján szintén járható. Ilyen esetben a konkrét közszolgálati (közalkalmazotti, vagy köztisztviselői) jogviszony megszűnik, és új keletkezik. Az absztrakt közszolgálati jogviszony azonban továbbra is fennmarad, amire utal elsősorban az, hogy a közszolgálati jogviszonyokat még félbeszakadás esetében is egybe kell számítani. Az absztrakt közszolgálati jogviszony tekintetében irreleváns az, hogy abban közalkalmazotti és köztisztviselői jogviszonyok egyaránt vannak.

Minthogy a már említettek szerint az egyoldalú munka-, ill. szolgálati jogviszony-módosítás és megszüntetés csak a közszolgálat esetében járható hazánkban, a munkajogviszonynál azonban nem, szintén a német megoldáshoz hasonlóan áthidaló megoldásként azonban alkalmazható az un. „*Anderungskündigung*”, vagyis az adott munkakörnek a munkáltató általi felmondása egy másik munkakör felajánlásával, amelyet ha a munkavállaló nem fogad el, a munkaviszony megszűnik⁹. A német jognak ez a konstrukciója nem más, mint az egyoldalú áthelyezésnek kerülő úton történő alkalmazása, ami minden további nélkül gyakorolható a magyar jogban is. Ennek alkalmazására azonban a közszolgálati jogban nincs szükség, mert ott az egyoldalú áthelyezés minden további nélkül alkalmazható.

4. A munkáltató és a közintézmény részéről történő munka-, illetve a közszolgálati jogviszony egyoldalú rendes felmondásánál, felmentésénél felmerülő problémák

[a] A felmondás módjával kapcsolatos problémák. A határozott időre szóló munka-, és közszolgálati jogviszony is megszüntethető a munkáltató részéről rendes felmondással, ill. felmentéssel. Ebben az esetben azonban köteles kifizetni a munkáltató a munkavállalónak a munkaviszony lejáratí időpontjáig járó munkabérét, legfeljebb azonban egy évig járó átlagkeresetet.

A munkáltató a munkavállaló, ill. a közszolgálati részére írásban megküldött felmondását, felmentését indokolni köteles¹⁰. Ez alól csak akkor mentesül, ha a munkavállaló, közszolgálati nyugdíjasnak minősül¹¹. A felmondást egyébként csak olyan valóságos indokkal lehet megokolni, amely a munkaviszonnyal adekuat okozati összefüggésben áll. Vagyis az indoknak valóságosnak és okszerűnek kell lennie. Az indokolásból a felmondás okának világosan ki kell tűnnie.¹² Vita esetén a felmondás indokának valóságát és okszerűségét a munkáltatónak kell bizonyítania. Mindez vonatkozik a közszolgálati (közalkalmazotti, köztisztviselői) felmentésre is. A felmondás és a felmentés indoka a munkavállaló, közszolgálati képességeivel, a munkaviszonnyal kapcsolatos magatartásával, valamint a munkáltató működésével összefüggő ok lehet. A közszolgálati jogviszony estében mind ezt a Kjt. és a Ktv. akként konkretizálja, hogy alkalmatlanná történő minősítés esetében a felmentés

⁹ Zöllner/Loriz Hergenvöder: *Arbeitsrecht*, G. Aufl. Verlag H. C. Beck, München, 2008. 24. X. 297-299. o.

¹⁰ Mt. 89. § (2) és (3) bek.; Kjt. 30. § (2) bek.; Ktv. 17. § (3) bek.

¹¹ Mt. 89. § (86) bek.

¹² L. a Legfelsőbb Bíróság Munkaügyi Kollégiumának 95. sz. állásfoglalását

végkielégítés nélkül alkalmazható, ha pedig a közalkalmazott vagy köztisztviselő munkaköre vagy intézménye szűnik meg, először áthelyezéssel kell megkísérelni a továbbfoglalkoztatást és csak akkor lehet a felmentést alkalmazni, ha az áthelyezésre nincsen mód vagy a felajánlott állást a közalkalmazott, ill. a köztisztviselő nem fogadja el. Ez esetben mind a közalkalmazott, mind pedig a köztisztviselő részére csak a végkielégítés fele összege jár.¹³ Ez az utóbbi megszorítás szerintünk erősen vitatható, mivel a munkakör-, ill. az intézménymegszüntetés az állam, ill. az önkormányzat érdekkörében merült fel. A helyzet ugyanis semmiben sem különbözik a munkajogviszonynak a munkáltató gazdasági érdekében történő felmondásától, amely lehet profil-, vagy technológiamódosítás vagy egyéb reorganizáció. Ha ilyen miatt, vagyis gazdasági okból történik a felmondás, a munkáltató a munkavállalónak teljes összegű végkielégítés-fizetésre köteles. Ez 2005 óta a német jogra is vonatkozik, ahol végkielégítést a munkáltató rendes felmondás esetében „ex lege” nem volt korábban köteles fizetni, a Hartz-Reform viszont bevezette, hogy ha a munkáltatói felmondás gazdasági okból történik, végkielégítés fizetésére köteles, mert a gazdasági ok az ő érdekkörében áll fenn¹⁴. Meg kell említeni még, hogy mind a gazdasági munkajogviszony, mind pedig a közszolgálati munkajogviszony esetében felmerülhet a munkavállaló, ill. a közszolgálati személyében rejlő olyan egészségügyi ok, amely mellett az általa ellátott munkakör ellátására alkalmatlanná válik. Ilyen eset áll fenn fertőző betegségben szenvedő szakács, tanár vagy élelmiszer-felügyeleti ellenőr esetében. Ilyenkor azonban a munkaviszony vagy a közszolgálati jogviszony alkalmatlanság okából történő felmondása, ill. felmentése esetén a végkielégítés teljes összege jár. Meg kell azonban jegyezni, hogy az Európai Közösség régi tagállamai egyikében sem lehet ilyen esetben a közszolgálati jogviszonyt megszüntetni. Meg kell találnia módját olyan áthelyezésre, ahol a közalkalmazott/tisztviselő mások egészségét nem veszélyezteti.

[b] A felmondási, felmentési idő, valamint a munkavégzés alóli felmentés. A munkajogviszony esetében az alapfelmondási idő 30 nap, amely a munkáltatónál töltött idő hosszától függően az Mt. 92. §-ában meghatározott napokkal meghosszabbodik, melynek maximuma 20 évi vagy annál több szolgálati idő esetén további 60 nap, összesen tehát 90 nap. A munkáltató azonban ennél hosszabb felmondási időt is adhat, amely azonban az egy évet nem haladhatja meg.

A közalkalmazotti jogviszony esetében az alap-felmentési idő 60 nap, amely a közszolgálatban eltöltött idő arányában ugyancsak meghosszabbodik, 30 évi szolgálat esetén maximálisan 6 hónappal, amelyhez hozzáadva a 2 hónapos alapfelmentési időt a felmentési idő leghosszabb időtartama 8 hónapot tesz ki (Kjt. 33. §). Ezzel szemben a köztisztviselő felmondási ideje a szolgálati időtől függetlenül egységesen 60 nap, mely idő alatt tartalékállományba kell helyezni, és ha ez alatt az idő alatt a részére köztisztviselői vagy közalkalmazotti állás szerezhető, a tartalékállományi időszak a közszolgálati viszonyba beszámít. Ha köztisztviselő a tartalékállományba helyezéstől elzárkózik, csak félösszegű végkielégítésre jogosult, amit

¹³ Ktv. 19. § (6) bek.

¹⁴ Weyand/Düvel: *Das neue Arbeitsrecht* (Hartz-Gesetze und AGENDA 2010 in der arbeits- und sozialrechtlichen Praxis) Nomos Verlag, Baden-Baden, 2005. 202. o.

ugyancsak a már kifejtett indokunk alapján aggályosnak tartunk. Ugyanakkor az sem korrekt, hogy az a 30 évet meghaladó időt ledolgozott köztisztviselő 2 hónappal kevesebb felmondási időben részesül, mint az a közalkalmazott, ki ugyanennyi ideig dolgozott. Ez egy negatív diszkrimináció, amihez indokolatlan pozitív diszkriminációként az járul hozzá, hogy annak a köztisztviselőnek is 6 hónap a felmentési ideje, aki csak egész rövid közszolgálati jogviszonnyal rendelkezik.

Az eddig bemutatottakból kivehető, hogy a közszolgálatban a felmentési idő kedvezőbb, mint a munkaviszonynál. A magyar jog azonban – ellentétben a nyugat-európai államok munkajogával – egységesen rendezi a felmondási idő hosszát a munkások és az alkalmazottak viszonylatában. A nyugat-európai államok ezzel szemben hosszabb felmondási időt biztosítanak az alkalmazottak számára, ami alól csak Franciaország az „egalite” alapján jelent kivételt.¹⁵

[c] A végkielégítés. Munkáltatói részről történő felmondás és felmentés esetében a munkavállalónak és a közalkalmazottnak, valamint a köztisztviselőnek végkielégítés jár abban az esetben, ha egy meghatározott ideig a munkavállalónál dolgozott vagy egy meghatározott közszolgálati idővel rendelkezik. A munkavállalónak járó alap-végkielégítés összege 3 évi szolgálat esetén egy havi átlagkeresettel indul és hat fokozatban 6 havi átlagkeresettel zárul. A felek azonban ennél magasabb végkielégítésben is megállapodhatnak, aminek „ex lege” nincsen felső határa (Mt. 95. §). Az Európai Unió régi tagállamaiban a munkások végkielégítését alacsonyabb összegben állapítják meg, mint az alkalmazottakét¹⁶. Ez alól a már említett okból ismét Franciaország jelent kivételt¹⁷. A közalkalmazottak és a köztisztviselők esetében az alap-végkielégítés összege egyöntetűen 3 évi közszolgálati viszony esetén egy havi átlagkereset, ami hat közszolgálati időnövekedési fokozatban 8 havi átlagkeresetre emelkedik, aminek feltétele a 20 évet elérő közszolgálati viszony. A közszolgálati végkielégítés egyéb többletfeltételeiről a fentiek során már szóltunk.

5. A csoportos létszámleépítés, mint a gazdasági okból történő felmondás speciális esete

A csoportos létszámleépítést a magyar jog a 98/59. sz. EK. irányelv alapulvételével szabályozza mind az Mt-ben (94/A-G. §-ok) a munkavállalókra, mind pedig a Kjt-ben (38/A. §) és a Ktv-ben (17/B. §) a közalkalmazottakra és a köztisztviselőkre nézve. Az irányelv elv értelmében csoportos létszámleépítésről a tagállamok által alternatíván választható két kritérium valamelyikének fennállása esetében beszélhetünk. Az államok többsége Magyarországgal együtt az elsőt választotta. E szerint csoportos létszámleépítés akkor áll fenn, ha: a.) 20 és 100 fő közötti személyzettel

¹⁵ Mayer-Maly, Theo: *Individualarbeitsrecht*, Springer Verlag, Wien-New York, 208. o. (A.); Söllner, Alfred: *Arbeitsrecht*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 4. Aufl. 231-233. o., JE. I. 10.10.(D.); I.20.10-28(B); II. 40.10-37 (I.); II. 50.10-23(L.); II.60.10-30 (NL.); III. 70.10-39 – JE. I.30.10-35 (Fr.)

¹⁶ Mayer-Maly, 208. o. (A.); Söllner, 239. o., JE. 10.10 (D.); I.20.10-46 (B); II. 40.10-59 (I); II. 50.10-32 (L.); II. 60.10-3(NL.); III. 70.10-39 (DM.)

¹⁷ JE. 30.10-149.

dolgozó üzemből (munkahelyről) 10 főt, b.) 100 és 300 közöttiből a személyzet 10%-át, c.) 300 fő fölöttiből pedig 30 főt szándékozik elbocsátani. A másik választható kritérium szerint – amelyet Hollandia és az Egyesült Királyság választott – akkor is fenn áll a csoportos létszámleépítés, ha a munkáltató 3 hónapon belül 20 főt kíván leépíteni. A munkavállalók számára ez utóbbi a kedvezőbb, mert ez esetben nem áll fenn a lehetőség a hónapokon belüli olyan létszám-átcsoportosításokra, amellyel a csoportos létszámleépítés alkalmazása kikerülhet.

Amennyiben a kritériumok valamelyike fenn áll, a munkáltató köteles a foglalkoztatási hivatalt, valamint a munkavállalói képviselőt értesíteni szándékáról, amely Magyarországhoz hasonlóan a legtöbb államban az üzemi tanács, annak hiányában az üzemben képviselettel rendelkező egy vagy több szakszervezet, ha pedig ilyen sincs, a munkavállalói kollektíva által ad hoc megválasztott képviselői testület és velük tárgyalást lefolytatni a leépítés lehetőség szerinti csökkentéséről, továbbá arról, hogy a kikerülhetetlen felmondások kiket érintsenek. Ez utóbbit érintően az EU kontinentális régi tagállamai a szociálisan igazolhatóság figyelembevételével állíthatják össze a leépítendő személyek névsorát. A német és a francia csoportos létszámleépítés szabályai ennek érdekében szociális terv felállítását írják elő az ilyen esetekre.¹⁸ Bár a magyar Mt. sem szociális igazolhatóságról, sem szociális tervről nem beszél, de a 94/B. § (3)-tól (5)-ig terjedő bekezdéseiben előírja, hogy a létszámleépítéssel kapcsolatos tárgyalás során törekedni kell a leépítés elkerülésére, vagy legalább is csökkentésére, ami pl. rövidített munkaidő bevezetésével vagy a vállalat más üzemébe, üzemszágjába történő áthelyezéssel, átképzésre küldéssel, valamint előnyugdíjazással megoldható. Ugyanakkor szólni kell arról, hogy a brit és az amerikai csoportos létszámleépítés a *senioritási* elvet alkalmazza, azaz minél gyorsabban úgy kell bonyolítani a létszámleépítést, hogy a minél régebben a vállalatnál dolgozók távozzanak a legkésőbb és az újonnan jötteknek mondjanak fel először.¹⁹ Ennél a rendszernél szociális terv felállítása nem kerül szóba, csupán az *outplacement*-nek nevezett tanácsadás, amelyre egy irodát állítanak fel, ahol tanácsokkal látják el azokat a munkavállalókat, hogy új munkahelykereséssel hol és milyen módon próbálkozzanak. Ezt figyelembe véve az Egyesült Királyságban a TULCRA szerint a tárgyalásra főszabályként 15 nap adatik meg, amely 30 napra meghosszabbítható, szemben az ir. elv előírásával, amely a tárgyalási időszakot főszabályként 30 napban állapítja meg, azzal, hogy az 15 napra lerövidíthető, de 30 nappal meg is hosszabbítható. A magyar Mt. a tárgyalások időtartamát a TULCRA-hoz hasonlóan főszabályként 15 napban állapítja meg, lehetőséget adva a 30 napos meghosszabbításra. Figyelembe véve azt, hogy a Nemzetközi Valutaalap és a Világbank a redundancia angolszász rendszerére való átállást szorgalmazza, féltő hogy a magyar rendszer is ezt fogja követni. A gyakorlatban a létszámleépítést már egyre több helyen így végzik el, figyelmen kívül hagyva a 94/B § fent megjelölt bekezdéseibe foglaltakat.

¹⁸ Birk, Rolf: Die Massenentlassung nach europaischem und nationalem Recht. In.: *Ünnepi Tanulmányok*, III. Novotni Kiadó, Miskolc, 1937. 23. és 31. o.

¹⁹ Birk, 32. o., az USA csoportos létszámleépítési jogáról információ Prof. Marly Weis-től, az University of Maryland munkajog tanárától, 2006. júl. 7.

A munkáltató a felmondásokat csak a tárgyalás befejezését követő 30 nap elteltével küldheti ki az érintett munkavállalóknak. Innentől kezdve a rendes felmondásnak a már ismertetett szabályai az irányadók azzal, hogy munkáltatói fizetésképtelenség esetén a már tárgyaltak szerint a végkielégítés helyett a bérgarancia-alap rendezi korlátozott mértékben a követeléseket.

A közszolgálatnál mind a közalkalmazotti, mind a köztisztviselői csoportos létszámleépítés fenn áll már akkor is, ha 20 főből álló kollektívából 5 főt kívánnak leépíteni.

Ennyi csupán a kedvezmény, amely az irányelv elv módosítása előtt a gazdasági munkajogban általános elv volt és amit a régi tagállamok egy része – pl. Franciaország és Belgium – ma is követ. A közalkalmazotti és a köztisztviselői létszámleépítés között csak annyi a különbség, hogy míg a közalkalmazotti létszámleépítésnél a tárgyalásokat a felügyeletet gyakorló miniszter vagy az önkormányzat az érdeképviseletet ellátó szakszervezettel az ágazati érdekegyeztető tanácsban folytatja le a tárgyalásokat, addig a köztisztviselők esetében vagy a Köztisztviselők Érdekegyeztető Tanácsában vagy az Önkormányzati Köztisztviselői Érdekegyeztető Tanácsban kerül sor.²⁰

Szükségesnek tartjuk végezetül megjegyezni azt, hogy a fejlett nyugat-európai polgári államokban a közalkalmazottak és a köztisztviselők vonatkozásában a munkáltató részéről történő szolgálati viszony megszüntetésére csak egészen kivételes esetben, alkalmatlanságra hivatkozással vagy fegyelmi eljárás keretében kerülhet sor. A csoportos létszámleépítés pedig a közszolgálatban teljesen ismeretlen.

6. A munkaviszony munkavállalói rendes felmondás és a közalkalmazott, valamint a köztisztviselő részéről történő lemondás

A munkavállaló részéről történő rendes felmondást ugyancsak az Mt. 89. §-a szabályozza. Eszerint a munkavállaló is a felmondását írásban köteles közölni a munkáltatójával, azonban a felmondását indokolni nem köteles. A törvényi felmondási idő a munkavállalói felmondás esetében is annyi, mint a munkáltató részéről történő felmondás esetében. A munkavégzés alól azonban a munkáltató nem köteles felmenteni a felmondó munkavállalót, ami mögött az a vélelem áll, hogy nyilván azért mondja fel az állását, mert számára megfelelőbbet talált. A másik megfontolás pedig az, hogy a munkavállaló felmondása a legtöbb esetben nehéz helyzetbe hozza a munkáltatót egy új, megfelelő munkavállaló keresése, vagyis a pótlás tekintetében. Ezért a jogalkotó a munkáltatóra bízta azt, hogy a 92. §-ban meghatározott minden felmondás esetére érvényes szolgálati idővel összhangba álló felmondási időn felül további felmondási időt és ezen felül még munkavégzés alóli felmentést is biztosít a munkaviszonyát felmondó munkavállalónak. A munkaviszonyát felmondó munkavállalónak „ex lege” végkielégítés nem jár. A munkáltató azonban adhat végkielégítést a munkavállalónak tetszés szerinti összegben.

A közszolgálatban mind a Kjt. mind a Ktv. egyformán és túlnyomóan a munkavállalói felmondáshoz hasonlóan rendezi a közalkalmazotti és a köztisztviselői le-

²⁰ Kjt. 4-6. §§; Ktv. VII. fejezet

mondást. A különbség csupán az, hogy mindkét esetben a lemondási idő két hónapot tesz ki, mely kogens előírás, amelytől eltérni nem lehet. Ugyancsak kogens előírásként a közszolgálatáról lemondó közalkalmazott és köztisztviselő nem kaphat munkáltatójától végkielégítést a költségvetési fegyelem okán.

7. A munkaviszony rendkívüli felmondása és a rendkívüli lemondás a közszolgálatról

[a] A munkaviszony rendkívüli felmondása. Az Mt. 96. §-a együtt szabályozza mind a munkáltató, mind a munkavállaló részéről történő rendkívüli felmondást. A rendkívüli felmondás okaként két általánosíthat körülményt ír le. Ezek közül a.) az egyik a munkaviszonyból származó lényeges kötelezettségek szándékos vagy súlyos gondatlansággal történő jelentős megszegése, b.) míg a másik az olyan magatartás tanúsítása, amely a munkaviszony fenntartását lehetetlenné teszi.²¹

A lényeges kötelezettség szándékos vagy súlyosan gondatlan megszegése, mint általános jelleggel körül írt magatartási formula egyértelműnek tűnik és a gyakorlat számára különösebb problémát nem okoz. Legfeljebb egy olyan következetlenséggel állunk szemben, hogy az 1992-ben hatályba lépett „új” Mt. a munkavállalói károkozásnál vizsgálendő vétkességi kritériumnál eltörölte a „rég” Mt.-nek azt a szabályát, amely ex lege magasabb összegű kártérítésre engedte kötelezni azt a munkavállalót, aki nem az általános gondatlansági mérce szerint okozott a munkáltatónak kárt, hanem súlyosan gondatlanul. Megfontolandó lenne e korábbi súlyosító, azaz a gondatlanságnak magasabb összegű kártérítésre lehetőséget adott e „minősített” formáját visszaállítani, ha a munkavállalói károkozásnál továbbra is a büntetőjogi vétkességi modell marad az irányadó. Ezzel a nézetünkkel a munkavállalói felelősséget igyekszünk növelni. Ugyanakkor azonban ez a munkáltatói felelősségre is vonatkozik. A munkáltató is tanúsíthat olyan magatartást, amelyből a munkavállalónak komoly anyagi és erkölcsi hátránya származhat. Eklatáns és gyakori példa erre a munkavállalóval szembeni viszonymegromlás és ezen az alapon a munkavállalónak a munkáltató általi minden alapot nélkülöző olyannyira rossz színben történő feltüntetése pl. elhelyezkedési információadásnál, amelyből komoly hátrány érheti. Igaz, az Mt. 174. §-a értelmében a munkáltatót a munkaviszonnyal összefüggésben a munkavállaló számára okozott bármilyen kárért objektív felelősség terheli, itt azonban a bírónak jobban van mérlegelési lehetősége, mint a munkabalesetnél. Ezt a mérlegelési lehetőséget a bírónak ilyen helyzetben ki kell használnia.

A másik körülmény, illetve megfogalmazás már sokkal vitathatóbb és kevésbé megfogható. Van azonban néhány támpont, amelyre az Mt. különböző szabályainál utalás található. Ilyen az együtt működési kötelezettség durva megsértése a munkáltató és a munkavállaló egymás közötti viszonyában és ugyanígy a munkavállalók

²¹ A b. pont nem egészen egzaktt megfogalmazása problémákat vetett fel az ítélkezési gyakorlatban. Éppen ezért e ponttal külön foglalkozott a az „Indokkal vagy indok nélkül” c. III. Magyar Munkajogi Konferencia (Visegrád, 2006 okt. 17-19.) G.3. szekciója „A rendkívüli felmondás néhány problémája: lehetséges-e a felmondás a b.) pont alapján” címmel. In: III. Munkajogi konferencia, Indokkal vagy indok nélkül? Konferenciakötet (szerk.: Pál Lajos), *Munkaügyi Értesítő* Melléklete.

egymás közötti viszonyát érintve. Ezen az alapon rendkívüli felmondásra okot adó tényező lehet a munkáltató részéről az olyan munkavállalóval szemben, aki a munkáltató irányában túlzottan lojális, munkavállaló társaival szemben azonban túlságosan önző, egoista és lekezelő. A vele szembeni ellenszenv gazdasági hatékonyságot rontó bojkottot válthat ki. Ezt megelőzendő, a munkáltató a rendkívüli felmondással élhet. Ugyancsak rendkívüli felmondásra ad okot mindkét részről a másik fél emberi méltóságának a megsértése, a munkáltató és a munkavállaló közötti egymással szembeni kölcsönös durva kritika, tettelegesség, valamint emberi méltóságsértés. Ugyanígy rendkívüli felmondásra okot adó tényező a munkavállalók egymás közötti tettelegessége, a munkatárs meglopása, vagyis az üzemi-munkahelyi szarkaság, a vállalati munkarend tudatos vagy sorozatos megsértése a munkavállaló részéről, a munkáltató részéről pedig az, ha a bért rendszertelenül fizeti, valamint, ha munkavállalót nem látja el munkával, amivel a munkáltató a kiegészítő részesedéshez jutástól fosztja meg.²²

[b] Rendkívüli lemondás a közszolgálatban. A közszolgálatban a rendkívüli felmentés ismeretlen. Ehelyett mind a közalkalmazottal, mind a köztisztviselővel szemben fegyelmi eljárást kell lefolytatni, amelyben ha megállapítják, hogy a közalkalmazott a lényeges kötelezettségét, a köztisztviselő pedig a kötelezettségét súlyosan, helyzetével visszaélve szegte meg, fegyelmi határozattal elmozdításnak, ill. hivatalvesztésnek van helye.

A közalkalmazott azonban rendkívüli lemondással élhet, lényegében ugyanazon okok alapján, amelyek megalapozzák a munkavállaló részéről történő rendkívüli felmondást. Problematikusnak tartjuk azonban azt, hogy a köztisztviselő rendkívüli lemondással nem élhet csak lemondással, még akkor is, ha helyzetét a hivatalában teljesen lehetetlenné tették. Ilyen pl. ha a polgármester a jegyzőt alaptalanul séggyeníti meg a közgyűlés előtt és emiatt lehetetlenné vált a helyzete a hivatalában. Nem tehet mást, mint hogy lemond, de kénytelen még két hónapot eltölteni idegölő módon egy elmérgesedett légkörbe. Mennyivel jobb egy olyan közalkalmazotti minőségben dolgozó tanárnak a helyzete, akivel szemben ugyanilyen módon jár el a diákok előtt az igazgatója. Rendkívüli felmondást gyakorolva, másnap már nem kell az iskolába bemennie.

Mind a munkáltatói, mind a munkavállalói felmondásnak, mind pedig a közalkalmazotti rendkívüli lemondásnak közös szabálya, hogy azt az ok bekövetkezésétől, illetve a tudomásszerzéstől számított 15 napon, de legkésőbb 1 éven, bűncselekmény esetén pedig annak elévülési idején belül kell indokolással együtt a másik féllel közölni. A munkaviszony ezekben az esetekben azonnali hatállyal szűnik meg. A munkáltató rendkívüli felmondása esetén a munkavállalónak végkielégítés sem jár, a munkavállalói rendkívüli felmondás, valamint a közalkalmazotti rendkívüli lemondás esetén a munkavállalót és a közalkalmazottat a törvényben meghatározott végkielégítés megilleti.

²² Az előző jegyzetben hivatkozott konferencia-szekcióban Bán Péter és Nadas György előadása, valamint szekcióvezetői ajánlásom által megfogalmazott tényállások összhangban állnak a nyugat-európai államokban kialakult gyakorlattal: JE. I. 20.10-35 (D.); I. 30.10-35. (Fr.); II. 10.20-37.59 (B); II.40.10-37,58 (I.); II.50.10-23-62 (L.); II. 60.10-30-45 (DM.); III. 90.10-36-53 (GB.)

8. A munkaviszony és a közszolgálati jogviszony jogellenes megszüntetése

A munkaviszony jogellenes megszüntetése több formában is bekövetkezhet. Bekövetkezhet a munkaviszony megegyezéssel megszüntetése esetében is, bár a leggyakoribb formája a munkaviszony egyoldalú akaratnyilvánítással történő megszüntetése, főleg a munkáltató részéről. Ez bekövetkezhet rendes és rendkívüli felmondásnál is. A munkaviszony és a közszolgálati viszony jogellenes megszüntetésének formái és jogkövetkezményei tekintetében a szabályozás lényegében azonos.

Amennyiben a munka- és a közszolgálati jogviszony megegyezéssel megszüntetését a munkavállaló illetve a közalkalmazott/köztisztviselő az erre megállapított 30 napos határidőn belül megtámadja a munkaügyi bíróság előtt arra hivatkozva, hogy azt úgy kényszerítette a munkáltató rá, a munkaügyi bíróság először azt vizsgálja, hogy a munkáltató valóban korlátozta a munkavállalót/közszolgálatit az akaratának nyilvánításában, és ha igen, a munkavállaló/közszolgálati betartotta-e a megtámadásra nyitva álló határidőket. Ha megállapítható a kényszer vagy a fenyegetés vagy pedig a megtévesztés, főszabályként az eredeti állapot helyreállítását, vagyis a visszahelyezést rendeli el a kíséző jogkövetkezményekkel együtt.

Ha a munkáltató a rendes vagy a rendkívüli felmondást a munkavállalóval szemben jogellenesen alkalmazza, vagy pedig, ha a közalkalmazottat/köztisztviselőt jogellenesen menti fel szolgálati jogviszonyából, ugyancsak visszahelyezésre kerül sor a kíséző jogkövetkezményekkel együtt. Ehhez viszonyítva némi specialitás az, hogyha a közalkalmazottal, köztisztviselővel szemben fegyelmi eljárás keretében kiszabott elbocsátást/hivatalvesztést a munkaügyi bíróság enyhébb fegyelmi büntetésre változtatja át vagy magát az egész fegyelmi eljárást megalapozatlannak tartja, ugyancsak visszahelyezésre kerül sor a fegyelmi eljárásnál már tárgyalt jogkövetkezmények kíséretében.

A jogellenes munkáltatói munka-, és közszolgálati jogviszony-megszüntetés valamennyi formájánál a jogkövetkezmények konkrétan a következők: Minden egyes esetben főszabályként a visszahelyezés jön szóba, valamint ki kell fizetni visszamenőlegesen azokat a munkabéreket, amelyeket a munkáltató a munkavállalónak, ill. a közalkalmazottnak/köztisztviselőnek nem fizetett ki. Ugyancsak ki kell fizetni mindazokat a károkat és többletköltségeket, amelyeket a munkavállaló vagy a közalkalmazott/köztisztviselő kénytelen volt a jogellenes munka-, ill. közszolgálati jogviszony-megszüntetés miatt elviselni. Ilyen kár-, vagy többletköltség pl. az, hogy ön-, és családfenntartás végett kénytelen volt magas kamattal személyi kölcsönt felvenni vagy önfoglalkoztatóként lakhelyétől távolabb eső helyen munkát találva, az utazási teljes költségeit állnia kellett. Az Mt. 100. §-a lehetővé teszi, hogy akár a munkáltató, akár pedig a munkavállaló kérelmére a visszahelyezéstől a bíróság eltekintsen és helyette mérlegelési alapon 2 hónaptól 12 hónapig terjedhető átalányösszeget állapíthasson meg megváltásként a munkavállaló részére. Ez egy praktikus megoldás, mivel az elmérgesedett helyzet következtében a munkáltató visszahelyezés esetén úgy is keresni fogja annak a lehetőségét, hogy a nem kívánt munkavállalójától megszabadulhasson és ezt a munkavállaló is tudja. Nem alkalmazha-

tó azonban a visszahelyezésnek ez a megváltása, ha a jogellenes munkaviszony-megszüntetés diszkriminatív indítékú volt. A Kjt. erről a kérdésről korábban nem beszélt, így az Mt.-nek az ide vonatkozó szabályait kellett alkalmazni a közalkalmazottak esetében, mivel az Mt. általános háttérjogszabálya a Kjt.-nek. Ezt az alapvetően jó megoldást azonban a Ktv.-nek a 2007. C. tv.-nyel történt novellája (18. §) akként változtatta meg, hogy csak az ún. minősített jogsértéseknél teszi lehetővé az eredeti munkakörbe a visszahelyezést. A visszahelyezés főszabálykénti elmaradása miatt a közalkalmazotti jogviszony a jogellenes felmentéssel azonnal megszűnik, de a 2-36 havi átlagkeresetnek megfelelő átalánykártérítést ítél meg mérlegelés alapján a bíróság. Jóllehet ez az átalánykártérítés magasabb, mint az Mt.-beli, azonban korlátlanul lehetőséget ad a közalkalmazotti jogviszony felmentéssel történő megszüntetésére. Ugyanakkor viszont a Ktv. 60. §-ának (4) bekezdése az Mt.-hez hasonlóan főszabályként a visszahelyezést írja elő, amitől a bíróság a felek kívánságára 2-től 12 havi átlagkereset között átalánykártérítés megállapításával mellőz. A Kjt. és a Ktv. között egy indokolatlan eltérés áll fenn. A kettő között az utóbbi megoldás a jobb, mert fékezi a jogellenes felmentéseket, ugyanakkor a Ktv.-hez hasonlóan szintén lehetővé teszi a visszahelyezés mellőzésével, hogy a per alatti, azaz egy időközi munkaerőfelvétel következtében ketten legyenek ugyanabban a munkakörben.

A munkavállaló is megszüntetheti jogellenes módon a munkaviszonyát. Leggyakoribb esete, amikor egyik napról a másikra előzetes közlés nélkül vagy közlés mellett nem veszi fel a munkát vagy minden komoly alap nélkül rendkívüli felmondással él. Ha ez határozatlan időre szóló munkaviszonyt érint, akkor a munkavállaló a számára irányadó felmondási idő átlagkeresetét köteles a munkáltatónak kártérítésként megfizetni, ha pedig a munkaviszony határozott időre szólt, akkor a hátralévő időre vonatkozó átlagkeresetnek megfelelő kártérítést igényelhet a munkáltató. Az előbb elmondottak alapján ugyanez a helyzet a közalkalmazott részéről történő jogellenes munkaviszony-megszüntetés esetében is, ami viszont köztisztviselő esetében ugyancsak nem alkalmazható. Ha közalkalmazott szünteti meg jogellenesen a munkaviszonyát, a Kjt. 35. §-a értelmében elbocsátásnak kell minősíteni, kártérítésként pedig speciális közalkalmazotti szabályozás hiányában e téren is az Mt. említett szabályt kell alkalmazni. A Ktv. 60/A§-a a köztisztviselő részéről történő jogellenes közszolgálati jogviszony megszüntetést a lemondási időre járó végkielégítésnek megfelelő összeg megfizetésével szankcionálja. Határozott időre szóló köztisztviselői jogviszony jogellenes megszüntetése esetén, ha a hátra lévő időszak két hónap alatt van, csak a hátralévő időszaknak megfelelő bérre tarthat igényt a köztisztviselő. Látható, hogy a két közszolgálati törvény e kérdésben sem harmonizál egymással. Ezért *de lege ferenda* el kellene érni, hogy a két közszolgálati törvény egymással és az Mt.-vel is összhangba kerüljön.

A büntető eljárásjog alapelveinek hatása a katonai büntetőeljárásra

Hautzinger Zoltán*

*„A katonai büntető per menetére, szerkezetére nézve
fővonalakban a polgári büntető perhez hasonlatos...”*

(Finkey Ferenc, 1916)

1. Az általános és a katonai büntetőeljárás viszonya

A katonai büntetőeljárás történeti fejlődésének egyes stádiumai során annak megfelelően viszonyult az általános, azaz a nem katonákra vonatkozó „rendes” büntetőeljáráshoz, ahogy azt a katonaság társadalmi szerepe megkívánta. Egyes katonai berendezkedésű korabeli államokban, mint például az ókori Spártában, nomád törzseknél, illetve később a városállamok többségében, ahol a fegyveres erő az adott állam fennmaradását szavatolta, és a katonai fegyelmet még a hadra nem fogható személyeknél (például időseknél vagy nőknél) is megkövetelték, a jogsértő cselekményeket a katonai előjáróként is szolgáló vezető nevében rendszerint katonai szokáson alapuló szabályok szerint ítélték meg. Ezekben a társadalmakban általában egységes, a katonai rend által megkövetelt büntetőeljárás létezett, ahol a büntető-igazságszolgáltatás további differenciálása nem is történt meg. Napjainkra ez a katonai szemléletű, egységes büntető-igazságszolgáltatás békeidőben még a katonai vezetés alatt álló országokban sem általános, ugyanakkor háborús helyzetben, főleg a bűncselekmények gyors elbírálásához – ún. rögtönbíráskodáshoz – fűződő érdek miatt rendszerint újra előtérbe kerül.

Más a katonai büntetőeljárás megítélése egy polgári alapon működő államban – mint az ókori Római Birodalomban vagy később a nyugati demokráciák többségében –, ahol a katonai védelemért professzionális hadsereg volt felelős, és a katonai büntetőjogi szabályok csak külön meghatározott személyi körre terjedtek ki. Ekkor már a katonai büntetőeljárás már nem mint általános eljárás, hanem a rendes – általában mindenkire vonatkozó – büntetőeljárás egyfajta különös, vagy helyesebben speciális megvalósulási formájaként jelentkezett.

* Egyetemi adjunktus, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Büntető Eljárásjogi és Kriminológiai Tanszék

Tremmel Flórián szerint egy büntető eljárásjogi törvényben minél több „speciális” eljárásokra vonatkozó rendelkezést találunk, annál inkább megvalósul a büntetőeljárás differenciálása. Ha viszont ilyen különös eljárási rendelkezéseket nem tartalmaz a büntetőeljárás kódex, akkor a büntetőeljárás egységességével, egységesítésével állunk szemben.¹

Magyarországon a katonai büntetőjogi szabályok meghatározása már a kezdektől a specialitás elvét követte. A honfoglaló vezérek kora óta a katonai jogsértések megtorlására vonatkozó szabályok címzettjei csak katonák (egyes rendelkezések megfogalmazásában vitézek) lehettek.² A katonai büntetőnormák a magyar jogrendszerben általános személyi hatállyal még kivételes esetben sem bírtak, azok csak külön meghatározott személyi körre voltak érvényesek. Ennek megfelelően a katonai büntetőeljárás mint speciális eljárás nem katonai bűnügyekben már a XIX. században sem volt alkalmazható, ahogy azt a Pallas Nagy Lexikonából kiolvashatjuk „polgári jogügyekben minden katona a polgári törvénykezés alá tartozik.”³

Az általános és a katonai büntetőeljárás összehasonlítására az első magyar katonai büntetőtörvény megalkotásának idején még nem volt lehetőség. A II. Rákóczi Ferenc fejedelmi uralkodása idején kiadott haditörvények ugyanis talán némi meglepetésre nemcsak a katonai büntetőjog, hanem a magyar büntetőjog történetében is az első átfogó, egységes szerkezetbe foglalt kódex volt. Addig tehát, amíg egy külön jól meghatározott körre, a katonákra már volt érvényes büntető anyagi és eljárásjogi törvény,⁴ a nem katonákra, azaz a társadalom többi tagjára vonatkozóan még ilyen szabályozás nem létezett.

Az általános és a katonai büntető eljárásjog párhuzamos vizsgálatára csak a XX. század második évtizedében, az általános⁵ és a katonai⁶ büntető perrendtartási törvények hatályba lépését követően kerülhetett sor. Erre elsőnek Finkey Ferenc vállalkozott, aki 1916-ban kiadott tankönyvében azt állapította meg, hogy az általános büntetőeljárás elvek a katonai eljárásban bizonyos módosításokat szenvednek, részben korlátozva, részben kiterjesztve jelentkeznek, amit két sajátos vezérelv: a gyorsaság szempontja és a szigorú fegyelem érdekei magyaráznak meg. Minthogy azonban a katonai per menetére, szerkezetére nézve fővonalakban a civil büntető perhez hasonlatos, ezért már az első törvények esetében az állapítható meg, hogy a katonai büntetőeljárás szabályok az általános eljárási szabályoktól csak a katonai sajátosságok – gyorsaság és katonai fegyelem – figyelembe vételével szükségesek.⁷ Erre tekintettel a katonai büntetőeljárás már a XX. század elején sem volt az általános eljárástól elkülönült perrendtartás, hanem csak az általános szabályoktól kizárólag indokolt esetben eltérő „szakeljárás.”

¹ Tremmel Flórián: *Magyar büntetőeljárás*, Budapest-Pécs, Dialóg Campus Kiadó, 2001, 545. o.

² Vö. Cziáky Ferenc: *A magyar katonai büntető és fegyelemi jog ezeréves története*. Budapest, 1924. 10. o.

³ *Pallas Nagy Lexikona*, X. kötet, Budapest, 1895, 271. o.

⁴ „*Hadi Regulák, Artikulusok, Edictumok és Törvények*” kiadásáról szóló katonai szabálygyűjteményt (Edictum Militare) az Ónodi Országgyűlés 1707. júniusában fogadta el.

⁵ 1896. évi XXXIII. törvénycikk a büntető perrendtartásról.

⁶ 1912. évi XXXIII. törvénycikk a honvédség katonai bűnvádi perrendtartásáról.

⁷ Finkey Ferenc: *A magyar büntető per jog tankönyve*, Budapest, Grill Károly Kiadó, 1916, 733. o.

Az általános és a katonai büntetőeljárás viszonya ezt követően napjainkig sem változott. A katonai büntetőeljárás – tekintet nélkül arra, hogy azt külön törvényben vagy integrált módon, az általános büntetőeljárási kódex részeként szabályozva határozzák meg – továbbra sem elkülönített eljárást, sokkal inkább az általános büntetőeljárás speciális formáját jelenti. Ez a különállás pedig – Kardos Sándor megfogalmazása szerint – csak viszonylagos, mert általános szabálynak tekinthető, hogy a katonai büntetőjog minden speciális vonása ellenére része marad az általános büntetőjog intézményrendszerének, az ettől eltérő külön megoldásai épp azt a célt szolgálják, hogy az általános büntetőjog elvei a katonai szervezet sajátos körülményei között is érvényesüljenek.⁸

A katonai büntetőeljárás külön- vagy elkülönített eljárásként való megfogalmazásának első jelei a szocialista jogirodalomra vezethető vissza. E terminológia azóta van jelen a magyar büntető jogtudományban. A különbség az, hogy míg a hatvanas években a katonai különeljárásban azt látták, hogy annak célja szembeállítani az uralkodó osztályok hatalmának támaszául szolgáló hadsereget a dolgozó néppel,⁹ addig napjainkban ennek magyarázata már a katonai szakértelem általános eljárási szabályok közötti biztosítását emeli ki. Ez olvasható ki a közelmúltban kiadott tankönyvek többségéből is. Király Tibor szerint a büntetőtörvények katonák-ról szóló külön rendelkezéseinek okát az életviszonyaik és a hivatásuk sajátosságai-ban találhatjuk.¹⁰ Hasonlóan vélekedik Tremmel Flórián is, aki úgy gondolja, az eltérő rendelkezések azért szükségesek, mert általában a katonák az általánostól nagymértékben eltérő életviszonyok között követnek el bűncselekményeket.¹¹ Bővebb kifejtést találhatunk a Rendőrtiszti Főiskola jegyzetében, ahol a szerzők szerint az általános büntetőeljárási szabályok közül azért került ki a katonai büntetőeljárás, mert az eljárás szinte mindegyik szakaszában külön, e célra szervezett hatóságok vesznek részt, valamint maga az eljárás alá vont személye is speciális, éppúgy, mint a fiatalkorúak elleni eljárásban. A katonai büntetőeljárásban résztvevő hatóságok elsődleges feladata, hogy védjék és erősítsék fegyveres erőink és testületeink szolgálati rendjét, fegyelmét és a honvédelem érdekeit, valamint, hogy ennek segítségével hozzájáruljanak az ország belső és külső biztonságához.¹²

A magunk részéről úgy véljük, hogy a katonai büntetőeljárásra elsősorban mint speciális vagy szakeljárásra kell gondolni. Bár a katonai büntetőeljárást a hatályos büntetőeljárási törvény¹³ (Be.) mint külön eljárást határozza meg, ez nem jelenti azt, hogy az az általános eljárási szabályoktól teljesen elkülönülő rendszert alkotna. A katonai büntetőeljárás az általános szabályoktól csak a katonai életviszonyok megkívánta körülmények miatt és mértékben tér el. Ezek a körülmények egyfelől a katonai büntetőjog általános céljához, a katonai rend és fegyelem fenntartásához és védelméhez, másfelől a katonai életviszonyok sajátosságaihoz, így elsősorban a szigorú hierarchiához és a parancs iránti feltétlen engedelmességhez kapcsolódnak.

⁸ Kardos Sándor: *A magyar katonai büntetőjog rövid története*, Debrecen, 2002, 9. o.

⁹ *A magyar büntető eljárási jog* (szerk. Móra Mihály) Budapest, Tankönyvkiadó, 1961, 525. o.

¹⁰ Király Tibor: *Büntetőeljárási jog*, Budapest, Osiris Kiadó, 2000, 526. o.

¹¹ Tremmel: *i.m.* 567. o.

¹² Vö. Chwala Tamás – Fülöp Edit – Sléder Judit: *Büntetőeljárás-jog*, Budapest, Rejtjel Kiadó, 2004. 346. o.

¹³ 1998. évi XIX. törvény a büntetőeljárásról.

Mindezek mellett gondolni kell arra is, hogy a katonai bűncselekmények természetükben és támadott jogi tárgyukban is eltérnek az általános deliktumoktól, valamint a büntetőjogi értelemben vett katonákat (rendőröket, stb.) sajátos helyzetüknél fogva többletkötelezettségek terhelik.

A katonai többletkötelezettséget Arne Willy Dahl úgy értelmezi, hogy a katonaság (ti. a fegyveres szerveket is – kiemelés a szerzőtől) egyike a társadalom olyan, igen kisszámú szeleteinek, ahol megengedett a halálos erő használata, és az egyetlen olyan ág, ahol követelmény, hogy a résztvevők kivételes kockázatokot vállaljanak, amelyek küldetéseik teljesítésének érdekében életük feladásával járhatnak.¹⁴ Kardos Sándor szerint pedig a katonai köteleességek túlsúlyán azt kell érteni, hogy a katona önfeláldozásra köteles, az elvárásoknak megfelelően nem kímélheti fizikai és szellemi erejét, feladatai teljesítésében személyes érdekeit is alá kell rendelnie a katonai érdekeknek.¹⁵

A fentieknek megfelelően a katonai büntetőeljárás fogalma nagy vonalakban nem tér el az általános büntetőeljárás definíciójától. A katonai büntetőeljárást az általános eljárásra vonatkozó alapvető elvek szerinti szabályozás és intézményrendszer keretében kell elképzelni, amely azoktól mindössze a katonai életviszonyok, azaz a katonai fegyelem és függelem, valamint a katonai centralizmus által megkívánt többletkötelezettségek és -felelősség miatt tér el a rendes eljárási viszonyoktól.

2. A katonai büntetőeljárás és a büntetőeljárás alapelvei

A büntetőeljárás alapelvei azáltal, hogy olyan általános jogtételek, amelyek tartalmuknál és a büntetőeljárási törvényben való rendszertani elhelyezésüknél fogva orientáló és determináló jelentőségűek,¹⁶ nemcsak az általános büntetőeljárásra, hanem az összes külön eljárásra, így a katonai büntetőeljárásra is kihatnak. Ennél fogva az általános büntetőeljárásban meglévő szervezeti és működési alapelvek a katonai eljárások keretében is érvényesülnek. Az alábbiakban a magunk részéről a Be. alapvető rendelkezéseiben a büntetőeljárás egészére meghatározott ún. működési alapelveket tekintjük át, megjegyezve, hogy azok keretében, ahol azt szükségesnek tartjuk, az egyes szervezeti alapelvekre is kitérünk.

¹⁴ Vö. Arne Willy Dahl: *International trends in military justice*, Presentation at the 8th International Military Criminal Law Conference in Budapest in 6-10 June, 2007. Forrás: <http://home.scarlet.be/~ismlw/new/2007-06-1-UK.pdf> (2008. 12. 05.)

¹⁵ *A büntetőeljárásról szóló 1998. évi XIX. törvény kommentárja* (szerk. Holé Katalin – Kadlót Erzsébet) Hivatalos Jogszabálytár, Budapest, Magyar Hivatalos Közlönykiadó Kft. Elektronikus jogszabálygyűjtemény, 2006.

¹⁶ Fenyvesi Csaba – Herke Csongor – Tremmel Flórián: *Új magyar büntetőeljárás*, Budapest-Pécs, Dialóg Campus, 2004, 59. o.

2.1. A bírósági eljáráshoz való jog. A bírósági eljáráshoz – vagy az Emberi Jogok Európai Egyezménye¹⁷ szövegezésében a tisztességes tárgyaláshoz való jog – a katonai büntető-igazságszolgáltatás egyik sokat vitatott pontja.

Az Egyezmény 6. cikke 1. pontja szerint „Mindenkinek joga van arra, hogy ügyét a törvény által létrehozott független és pártatlan bíróság tisztességesen nyilvánosan és ésszerű időn belül tárgyalja, és hozzon határozatot polgári jogi jogai és kötelezettségei tárgyában, illetőleg az ellene felhozott büntetőjogi vádak megalapozottságát illetően. Az ítéletet nyilvánosan kell kihirdetni, a tárgyalóterembe történő belépést azonban meg lehet tiltani a sajtónak és a közönségnek a tárgyalás teljes időtartamára vagy egy részére annyiban, amennyiben egy demokratikus társadalomban ez az erkölcsök, a közrend, illetőleg a nemzetbiztonság érdekében szükséges, ha e korlátozás kiskorúak érdekei, vagy az eljárásban résztvevő felek magánéletének védelme szempontjából szükséges, illetőleg annyiban, amennyiben ezt a bíróság feltétlenül szükségesnek tartja, mert úgy ítéli meg, hogy az adott ügyben olyan különleges körülmények állnak fenn, melyek folytán a nyilvánosság az igazságszolgáltatás érdekeit veszélyeztetné.”

A katonai büntetőeljárás külföldi modelljei közül több ország ennek az alapelvnek a katonai büntetőeljáráson belüli érvényesülését úgy látta megvalósíthatónak, hogy a korábbi katonai bíróságait megszünteti, és a katonai bűnügyeket az általános bíróságok hatáskörébe vonja. Így járt el például Belgium, Hollandia vagy Dánia, amely államok a korábbi önálló eljárási renden alapuló katonai büntetőeljárásukat az általános perrendtartási és igazságszolgáltatási szervezeti rendszerükbe illesztették. Ennek közvetlen előzménye volt az Emberi Jogok Európai Bíróságának (továbbiakban Bíróság) ítélezési gyakorlata, amely katonai ügyekben több, a tisztességes eljáráshoz fűződő alapvető követelmény csorbulását állapította meg. A Bíróság a holland katonai eljárással szemben például az Engel és társai ügyében hozott ítéletében azt sérelmezte, hogy a katonai bűncselekmény elbírálása során a holland hatóságok kikerülték a fent idézett 6. cikkelyt. Ennek következményeként a holland katonai bírósági tárgyalás indokolatlanul zárt volt, és az eljáró hatóság nem pontosította, hogy az általa a katonai szolgálatra korlátozott fegyelmi természetű vizsgálatnak, azaz a vád alá helyezést követő bírósági eljárásnak tiszteletben kell tartania a tisztességes tárgyalásra vonatkozó szabályokat.¹⁸

A katonai büntető-igazságszolgáltatással szemben felhozott nemzetközi elvárások azonban a katonai bíróságok megszüntetésével nem feltétlenül biztosíthatók. A katonai büntető ügyek általános szabályok szerinti lefolytatása ugyanis számos országban – elsősorban Ausztriában és Németországban – a katonai fegyelmi jog erősödését vonta maga után. Ezt még a Bíróság értelmezése is alátámasztotta, amely szintén az Engel ügyben azt nyilvánította ki, „ha egy katonának a fegyveres erők működését szabályozó jogi normát sértő cselekvést vagy mulasztást rónak fel, az állam elvben ellene inkább a fegyelmi jogot mint a büntető jogot szokta alkalmazni”.

¹⁷ 1993. évi XXXI. törvény az emberi jogok és az alapvető szabadságok védelméről szóló, Rómában, 1950 november 4-én kelt Egyezmény és az ahhoz tartozó nyolc kiegészítő jegyzőkönyv kihirdetéséről (továbbiakban: Egyezmény).

¹⁸ Kovács Péter: Fegyveres erők és emberi jogok. Az Emberi Jogok Európai Bíróságának joggyakorlata, in: *Acta Humana* 1997. 28-29. sz. 21. o.

mazni.”¹⁹ Ez azonban nem jelenti azt, hogy a katonai fegyelmi eljárás bármilyen jogsértést, bármilyen – akár huzamosabb ideig tartó szabadságelvonnással járó – szankcióval sújtson. Ennél fogva a katonai bűncselekmények fegyelmi eljárásban csak akkor bírálhatók el, ha annak során maradéktalanul érvényesülnek a tisztességes tárgyalásra vonatkozó szabályok is.

A bírósági eljáráshoz való jog a magyar katonai büntetőeljárásra is vonatkozó alapelv, amelyet elsősorban a Magyar Köztársaság Alkotmánya, másodsorban a Be. is deklarál. Az alaptörvény szerint „A Magyar Köztársaságban a bíróság előtt mindenki egyenlő, és mindenkinek joga van ahhoz, hogy az ellene emelt bármely vádat, vagy valamely perben a jogait és kötelességeit a törvény által felállított független és pártatlan bíróság igazságos és nyilvános tárgyaláson bírálja el”.²⁰ A Be. megfogalmazásában pedig „Mindenkinek joga van ahhoz, hogy az ellene emelt vádról bíróság döntsön. Bűncselekmény elkövetése miatt bárkinek a felelősségét megállapítani, és emiatt vele szemben büntetést kiszabni egyedül a bíróság jogosult”.²¹ Ez az alapelv egyszerre fejezi ki a vádlott bírósági eljáráshoz való jogát, valamint a pártatlan és független bírósághoz fűződő követelményt, mint szervezeti alapelvet.²²

Ahogy az általános eljárásban, úgy a katonai büntetőeljárásban is a bírósági eljáráshoz való jog nem úgy érvényesül, hogy a büntetőjogi felelősség megállapítására csak a bíróság jogosult. A Be. erre kvázi felhatalmazza az ügyészt is,²³ valamint kivételes esetben az illetékes parancsnokot is, aki a katonai vétséget – igaz a katonai ügyész döntése szerint – fegyelmi eljárás keretében bírálhatja el.²⁴ A bírósági eljáráshoz való jog ugyanakkor alapvető követelményből fakadó garanciaként biztosítandó, ha a terhelt a katonai ügyész vagy az illetékes parancsnok által kiszabott szankció esetén panasszal vagy bírósági felülvizsgálati kérelemmel él. Ennek következtében a bírósági eljárást le kell folytatni, vádat kell emelni, illetőleg a fenytetést kiszabó határozatot a katonai bíróságnak egyes bíróként eljárva el kell bírálania.

A bírósági eljáráshoz való jog másik alappillére a független vagy pártatlan bíráskodás követelménye. 1991-ben ennek a jegyében szüntették meg a katonai bíróságokat kimondva, hogy a katonai bírósági szervezet a jogfejlődésünk irányára tekintettel már nem tartható fenn, és a katonai bíróság különbíróági jellegének megszüntetése mellett a katonai büntetőeljárásra tartozó ügyek elbírálására az

¹⁹ Engel és társai v. Hollandia (1976. 6. 8.) 82. §

²⁰ 1949. évi XX. törvény A Magyar Köztársaság Alkotmányáról 57. § (1) bek.

²¹ Be. 3. § (1)-(2) bek.

²² Ezt még kiegészíti az Alkotmány 50 § (3) bek. szövege, amely szerint a bírák függetlenek és csak a törvénynek vannak alárendelve, továbbá a bíróságok szervezetéről és igazgatásáról szóló 1997. évi LXVI. törvény 1. §-a, amely kimondja, hogy a Magyar Köztársaságban az igazságszolgáltatást a bíróságok gyakorolják, valamint 3. §-a, amely szerint a bírák függetlenek, a jogszabályok alapján meggyőződésüknek megfelelően döntenek, az ítélezési tevékenységükkel összefüggésben nem befolyásolhatók és nem utasíthatók.

²³ Például a feljelentés elutasításával egyidejűleg a terheltet az ügyész megrovásban részesítheti; csekélyebb súlyú ügyben az ügyész a vádemelést mindenféle további szankció megállapítása nélkül teljes egészében mellőzheti, stb. Vö. Herke Csongor: *Büntető eljárásjog*. Jogi Szakvizsga Segédkönyvek, Budapest-Pécs, Dialóg-Campus Kiadó, 2007, 24. o.

²⁴ Lásd Be. 485/A. §.

egységes bírósági szervezetbe beépülő katonai tanácsokat hoz létre.²⁵ A katonai bíróságok azonban már ekkor sem voltak különbíróságok, mivel egy 1955-ben kiadott minisztertanácsi rendelet²⁶ új katonai bírósági szervezetet hozott létre, megszüntette a katonai bíróságok honvédelmi minisztériumi alárendeltségét, ítélkezésük elvi irányítását a Legfelsőbb Bíróság Katonai Kollégiuma, működésük irányítását pedig az Igazságügyi Minisztérium Katonai Főosztálya vette át.²⁷ Ezzel a magyar katonai bíróságok beépültek a bírósági rendszerbe, és bár fogalmilag továbbra is különbíróságokként nevezték őket, tartalmilag nem maradtak azok, mivel – Pap János szerint – egyfelől szervezetüket, felépítésüket, működésüket ugyanaz a jogszabály szabályozta, mint a többi bíróságét, másfelől ítélkezésük elvi irányítását, valamint működésük felügyeletét ugyanaz a két szerv látta el, mint a többi bíróságokét, harmadrészt ugyanazokat a büntetőjogi és büntető eljárásjogi szabályokat alkalmazták, mint a többi bíróság.²⁸ Ezek a szempontok napjainkban is érvényesek, a megyei bíróságok katonai tanácsaiban ítélkező bírákra ugyanazok a szabályok és követelmények érvényesülnek, mint bármely más bíróra, hierarchikus jogviszonyba pedig csak a rendes bírósági szervezeti rend szerint, az adott megyei bíróság elnökének alárendeltségébe tartoznak. A katonai bírák tehát álláspontunk szerint pontosan olyan mértékben függetlenek, mint a többi – nem katonai ügyekben eljáró – bírák. Másként – Bárd Károly kutatásaira alapozva – a katonai bírák státuszára tekintettel eljárásjogunk megfelel a tisztességes bíráskodás európai feltételeinek („egyezmény-konform”), mivel a katonai bírák a bírói kar speciális jogosítvánnyal, ismerettel rendelkező tagjai.²⁹

A bírósági eljáráshoz, pontosabban a tisztességes bíráskodáshoz kapcsolódik három a Be.-ben önálló alapelvként nem deklarált követelmény, a nyilvánosság, a szóbeliség és a közvetlenség elve is. E jogosultságok a büntetőeljárásban az általános szabályok szerint érvényesülnek, ennél fogva azok korlátozására külön katonai érdekre hivatkozás ellenére sem kerülhet sor. A katonai bírósági tárgyalás nyilvánosságáról Fabiny Gusztáv már a XIX. század végén úgy értekezett, hogy az a katonai büntetőeljárással szemben meglévő bizalmatlanság eloszlításának egyik legfontosabb ellenszere.³⁰ Az akkori nézetek azonban egyetértettek abban, hogy katonai büntetőügyben a nyilvánosság nemcsak az általános szabályok szerint, hanem akkor is kizárható, ha az a katonai fegyelemre hátrányos lenne. Álláspontunk szerint ez a nézet bő egy évszázad elteltével meghaladottnak tekinthető, sőt ellenkezőleg, a katonai fegyelemre egyedül az hathat előnyösen, ha az azzal ellentétes bűncselekmények tárgyalása minden esetben nyilvánosan történik. Az már más kérdés, hogy katonai bűnügyekben az általános eljárásokhoz képest viszonylag

²⁵ Lásd 1991. évi LVI. törvény általános indokolása a bíróságokról szóló 1972. évi IV. törvény módosításáról.

²⁶ 3/1955. (I. 11.) Mt. számú rendelet.

²⁷ *A Hadtörténelmi Levéltár katonai igazságügyi szerveinek, iratainak repertórium* 1802-1991 (Farkas Gyöngyi szerk.) Budapest, Hadtörténelmi Levéltári Kiadványok, 2003, 75. o.

²⁸ Pap János: Az egységes igazságszolgáltatási rendszer és a katonai igazságszolgáltatás viszonya, in: *Ügyészek Lapja* 1994, 4. sz. 47. o.

²⁹ Bárd Károly: *Emberi jogok és büntető igazságszolgáltatás Európában*, Budapest, Magyar Hivatalos Közlönykiadó, 2007, 110. o.

³⁰ Fabiny Gusztáv: A katonai Btk. és eljárás revíziójához, in: *Jogtudományi Közlöny* 1891, 6. sz. 44. o.

gyakrabban kell kizárni állam- vagy szolgálati titok védelme miatt a nyilvánosságot. Emellett ugyanakkor a nyilvánosság követelménye a katonai fegyelem fenntartása szempontjából az általános büntetőbíróági tárgyaláshoz viszonyítva egy további elemmel bővül. Ez az ún. kihelyezett vagy demonstratív katonai bírósági tárgyalás, amikor a bíróság tárgyalását nem a megszokott tárgyalótermi környezetben, hanem a terhelt alakulatának állomáshelyén, annak személyi állománya előtt tartja.

Egy, a hetvenes években készült kézikönyv társszerzője, Nagy Andor szerint a katonai bíróságok helyszíni, nyilvános tárgyalásai nagy hatásúak lehetnek a megelőzés tekintve, ahol a külsőségeknek is nagy jelentőségük van. Ugyanakkor téves az olyan szemlélet, hogy visszatartó, ezen belül elrettentő ereje kizárólag a helyszíni, nyilvános, demonstratív bírósági tárgyalásoknak van, mivel a katonai bírósági tárgyalótermeknek is lehet preventív hatásuk.³¹

2.2. A kontradiktórium elve. A pártatlan büntető-igazságszolgáltatás másik alapelvei garanciája az eljárási feladatok megoszlása, avagy a kontradiktórium elve. Nemzetközi kitekintésben e követelmény érvényesülésével kapcsolatban is akadtak kritikák. A Bíróság az eljárási feladatok megoszlásának hiányát, így az eljáró hatóság függetlenségét elsősorban angol és török ügyekben mondta ki. A Findlay v. Egyesült Királyság ügyben például a Bíróság úgy határozott, hogy nem lehet független bíróságról beszélni abban az esetben, ha a katonai bírósági eljárást kezdeményező tiszt, aki a vádhatóságokkal is közeli hivatali kapcsolatban áll, egyúttal a bíróságot alkotó tisztek hivatali felettese is.³² Hasonló megfontolás alapján nem minősül nemcsak függetlennek, de pártatlannak sem az a bíróság, amelyben a fegyelmi akaratot érvényesíteni szándékozó hadsereg egy hivatalos tisztje is helyet kap.³³

A magyar katonai büntetőeljárásban a Be.-ben meghatározott követelmény, miszerint *a büntetőeljárásban a vád, a védelem és az ítélezés egymástól elkülönül*,³⁴ az officialitás követelményei szerint érvényesül. Emellett a katonai büntetőeljárásra is irányadóak az eljáró hatóság kizárására vonatkozó szabályok, amelyek ugyancsak meggátolják az egyes büntetőeljárási belső funkciók közötti átjárhatóságot. A katonai vétség fegyelmi eljárásban való – fentebb már említett – elbírálása esetén az eljárási funkciók összeolvadása az illetékes parancsnok tekintetében csak látszólagos. Noha az előjáró az, aki egy személyben a fegyelmi vizsgálatot lefolytatja, és fegyelmi büntetés keretében szankciót is alkalmaz, igazságszolgáltatást, ennél fogva ítélezést nem végez. Erre fegyelmi eljárást követően a terhelt kezdeményezéseére kerülhet csak sor, amelynek során azonban a váddal való rendelkezés joga a katonai ügyészt illeti, az ítélezést pedig a katonai bíró hajtja végre.

³¹ Nagy Andor: Csapatközösségek, katonai kollektívák szerepe a bűnözés elleni harcban, in: *A parancsnoki büntető jogalkalmazás kézikönyve* (szerk: Víg István – Takács László) Budapest, Zrínyi Katonai Kiadó, 1976, 215. o.

³² Vö. Grád András: *A strasbourgi emberi jogi bírászkodás kézikönyve*, Budapest, Strasbourg Bt, 2005, 241. o.

³³ Ciraklar v. Törökország (1998. 10. 28.)

³⁴ Be. 1. §

A kontradiktóriumhoz kapcsolódik a bíróság eljárásának az alapja is. Minthogy a magyar büntetőeljárás vádelvű, a katonai bírósági eljárás alapja is csak törvényes vád lehet.

Az első magyar büntetőperrendtartás hatályba lépése idején a fenti párhuzamosság nem állt fenn. Amíg az általános büntetőeljárás, igazodva a kor eljárási követelményeihez már vádelvű, azaz akkuzatórius volt, a katonai büntetőeljárás – tekintettel arra, hogy Magyarországon II. Rákóczi Ferenc szabadságharcának leverését követően 1912-ig az osztrák katonai büntetőeljárás szabályai érvényesültek – inkvizitórius, az eljárási feladatokat egy kézbe összpontosító volt. E kettőség a XIX. század végétől nemcsak az eltérő történeti rendszerek magyarországi alkalmazásának kényszere, hanem a császári katonai büntetőjog magyar egységeire kiterjesztése okán is jelentős jogelméleti problémákat vetett fel.³⁵

A katonai bírósági tárgyalás sajátossága, hogy míg az egyes főszerepek közül a bíró és az ügyész csak katona lehet, addig a terhelt nemcsak katona (rendőr, büntetés-végrehajtási szervezet vagy polgári nemzetbiztonsági szolgálat hivatásos állományú tagja), hanem különös esetekben, a katonai és az általános büntetőeljárás tárgyi összefüggései kapcsán, civil személy is lehet, míg a védő – katonai védő hiányában – csak civil ügyvéd lehet. Az eljárási feladatok megoszlása kapcsán okkal állítható, hogy az egyes szerepek egymástól elkülönülnek, a katonai bírósági eljárásra csak a katonai ügyész vádemelése folytán kerülhet sor, míg a védekezés joga teljes szabadságot élvez. Itt fontosnak tartjuk megjegyezni, hogy a katonai védői szakértelem hiánya a hatékony védelem ellátását nem biztosítja, a kontradiktórium elvével nem lenne ellentétes az, ha speciális katonai védői intézmény működne. Erre a védelem elvének taglalásakor még visszatérünk.

2.3. Az ártatlanság véelme. Az ártatlanság véelme büntető ügyekben egyszerre fejezi ki a tisztesség véelmezését (*praesumptio boni viri*), egyes kivételeket leszámítva a bizonyítás vádlót terhelő kötelezettségét (*onus probandi*), valamint a kétség terhelt javára történő értékelését (*in dubio pro reo*). E követelmények katonai büntetőeljáráson belüli érvényesülését egyedül a tisztesség véelmezése tekintetében vizsgáljuk, mivel az ártatlanság véelmének másik két összetevője esetében a bizonyítási teherrel az önvádra kötelezés tilalma keretében foglalkozunk, míg az „*in dubio pro reo*” kapcsán az általános elvi meghatározáshoz képest katonai sajátosságokat nem fedeztünk fel.

A tisztesség véelmezését vagy az ártatlanság véelmének szűkebben vett értelmezését az Egyezmény, az Alkotmány és a Be. is deklarálja.

Az Egyezmény 6. Cikk 2. pontja szerint „Minden bűncselekménnyel gyanúsított személyt mindaddig ártatlannak kell vélelmezni, amíg bűnösségét a törvénynek megfelelően meg nem állapították”.

Az Alkotmány 57. § (2) bekezdése szerint „A Magyar Köztársaságban senki sem tekinthető bűnösnek mindaddig, amíg büntetőjogi felelősségét a bíróság jogerős határozata nem állapította meg”.

³⁵ Lásd bővebben: Hautzinger Zoltán: A magyar katonai büntető igazságszolgáltatás története, in: *Jogtudományi Közlöny* 2007. 6. sz. 263-276. o.

A Be. 7. § szerint „Senki sem tekinthető bűnösnek mindaddig, amíg a bűnösségét a bíróság jogerős határozatában nem állapította meg”.

A tételes jogi megfogalmazások értelmezése során egyetérthetünk Tremmel Flóriánnal, aki szerint alapvetően négy kérdést, nevezetesen azt kell megvizsgálni, hogy ártatlanságról, vélelemről, senkiről és tekintésről van-e szó.³⁶ Amennyiben ugyanis e kérdéseket akár az általános, akár a katonai büntetőeljárásban végigvesszük, megállapíthatjuk, hogy

- egyfelől, a büntetőeljárásban nem az ártatlanság megállapításáról, hanem a bűnösség kérdésében való döntésről van szó;
- másfelől, nem tekinthető vélelemnek az, amely az eljárás alá vont személyek (terheltek) jelentős többségében, de a vádlottak több mint 90 %-ában megdől;
- harmad felől, a büntetőeljárás központi személye nem senki (mindenki, akárki vagy bárki), hanem a terhelt (katona terhelt); végül
- negyed felől, a „nem tekinthető” kitétel minden olyan esetben nem tartható, amikor büntetőeljárást kell kezdeményezni, hiszen miért is kellene fellépni olyan személlyel szemben, akit ártatlannak kell tekinteni?

Ez utóbbi gondolattal kapcsolatban Király Tibor szerint az ártatlanság vélelmét kategorikus, s nem feltételes logikai ítéletként kell felfogni. Nem arról van szó, hogy az ártatlanság vélelmezése ahhoz a feltételhez van kötve „ha a bíróság a terhelt bűnösségét jogerősen meg nem állapította...” Ilyen konstrukció mellett az ártatlanság vélelme csak azt a ténymegállapítást tartalmazná, hogy jogilag nem bűnös, akit még nem ítélték el. Ez pedig minden esetben igaz, tehát nem vélelem. Nem beszélve arról, hogy ez így használhatatlan lenne a büntetőeljárásban, ha már ugyanis van jogerős ítélet, nincs az ügyben nyomozás és per, amelyekben érvényesülhetne az ártatlanság vélelme, és fordítva, míg folyik a nyomozás vagy a per, nincs még jogerős ítélet, amelynek alapján az ártatlanság vélelmezhető lenne.³⁷

Mindezek figyelembe vételével – továbbra is Tremmel megfogalmazását követve – a magunk részéről pártolhatóbbnak tartjuk a tisztesség vélelmezését úgy definiálni, hogy *a terhelt nem kezelhető bűnösnek mindaddig, amíg a bűnösséget a bíróság jogerős határozata meg nem állapította.* Ezt a fogalmat a katonai büntetőeljárásban is tovább lehet pontosítani, mivel egyrészt katonákkal szemben büntetőeljárás alatt rendszerint alkalmaznak egzisztenciális természetű joghátrányt, másrészt – mint azt fentebb láthattuk – szankciót nemcsak bíróság, hanem – fegyelmi eljárás keretében – az illetékes parancsnok is megállapíthat.

Egzisztenciális joghátrányt jelent, amikor a katona (rendőr, stb.) szolgálati jogviszonyát bűncselekmény alapos gyanúja miatt elrendelt büntetőeljárás hatálya alatt egyéb – fegyelmi vagy etikai – eljárást követően, vagy munkajogi aktussal, közös megegyezéssel megszüntetik. Ez a lépés valójában egy katonai anyagi büntetőjogi szankció, a szolgálati viszony megszüntetésének katonai bírósági bűnösítő határozatot megelőző alkalmazását jelenti a büntetőeljárás olyan stádiumában, amikor még bizonytalan, hogy az ártatlanság vélelme megdől-e. Nyilvánvaló, hogy

³⁶ Erről lásd Tremmel: *i.m.* 81-85. o.

³⁷ Király Tibor: *A védelem és a védő a büntető ügyekben*, Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1962, 31. o.

a szolgálati viszony ilyen jellegű megszüntetését követően a katona már abban az esetben sem térhet vissza katonai vagy rendőri szolgálatába, ha a büntetőeljárás során terhére bűnösítő határozat nem születik.

A fentiekre tekintettel a tisztesség vélemezését a katonai büntetőeljárásra úgy célszerű megfogalmazni, hogy a katona terhelt nem kezelhető bűnősként mindaddig, amíg bűnösségét jogerős – bírósági (vagy katonai vétség fegyelmi elbírálása esetén) fegyelmi – határozat meg nem állapította. Ennek deklarálása mellett azonban nemcsak a büntető eljárásjogban, hanem a fegyelmi, az etikai és a munkajogban is ki kell zárni annak lehetőségét, hogy a katonával szemben folyamatban lévő büntetőeljárás alatt csak bűnösítő határozathoz köthető, alapvetően jogviszonya megszűnésével járó joghátrány érje. Ez a fegyelmi és az etikai eljárás esetében a párhuzamos eljárás tilalmával elérhető. Munkajogi téren pedig a különböző szolgálati törvények³⁸ esetében kell azt kimondani, hogy nem szüntethető meg közös megegyezéssel a szolgálati viszony, ha a munkavállaló büntetőeljárás hatálya alatt áll. Ez természetesen nem jelenti azt, hogy a katonát a büntetőeljárás jogerős lezárásáig egyéb ideiglenes hátrány nem érheti. Gondolunk ezalatt például arra, hogy a terheltet illetménycsökkentés mellett felmentsék szolgálatteljesítési kötelezettsége alól.

2.4. Az önvádra kötelezés tilalma. A bizonyítási teherrel szorosan összefüggő önvádra kötelezés tilalma (*nemo tenetur*) legfontosabb üzenete az, hogy az ártatlanság vélelmének megdöntése, azaz a vád bizonyítása mindig a vádló kötelezettsége. Ez egyrészt magában foglalja azt, hogy a terhelt sem önmaga bűnösségének, sem ártatlanságának bizonyítására nem kötelezhető.

Előbbi mondja ki a Be. önvádra kötelezés tilalma, amely szerint *senki sem kötelezhető arra, hogy önmagát terhelő vallomást tegyen, és önmaga ellen bizonyítékot szolgáltatasson.*³⁹ Ez az alapelv a vallomástétel szabadságát, és a terhelő bizonyítékok szolgáltatásának megtagadásának a jogát hivatott biztosítani a terhelt és a tanú számára.

Az önvádra kötelezés tilalmának a katonai büntetőeljárásban rendkívüli jelentősége van. A katonai (rendvédelmi) hierarchia ugyanis megköveteli a beosztottól, hogy a szolgálati kötelmei teljesítésével összefüggésben jelentési kötelezettségét teljesítse. E fontos szolgálati érdeket jelzi, hogy a jelentési kötelezettség megszegését a Büntető Törvénykönyv is büntetni rendeli.⁴⁰

Jelentési kötelezettségét az a katona mulasztja el, aki a fontos szolgálati ügynek tekinthető körülményről kellő időben nem tesz jelentést, vagy valótlan jelentést tesz az előjáróknak. A kellő időben való jelentéstétel elmulasztása a katona számá-

³⁸ Honvédek tekintetében lásd a Magyar Honvédség hivatásos és szerződéses katonáinak jogállásáról szóló 2001. évi XCV. törvény (Hjt.) 57. §; a rendőrség, a polgári nemzetbiztonsági szervezet és a büntetés-végrehajtási szervezet hivatásos állománya esetében pedig lásd a fegyveres szervek hivatásos állományú tagjainak szolgálati viszonyáról szóló 1996. évi XXXIV. törvény (Hszt.) 54. §

³⁹ Be. 8. §

⁴⁰ A Büntető Törvénykönyvről szóló 1978. évi IV. törvény (Btk.) 350. § szerint:

(1) Aki fontos szolgálati ügyben kellő időben nem tesz jelentést, vagy valótlan jelentést tesz, vétséget követ el, és egy évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(2) A büntetés büntett miatt három évig, háború idején egy évtől öt évig terjedő szabadságvesztés, ha a bűncselekményből a szolgálatra jelentős hátrány származik.

ra haladéktalanul teljesítendő kötelezettséget takar, ami azt jelenti, hogy amint reális lehetőség van a jelentés megtételére, annak azonnal eleget kell tennie. Valótlan jelentéstétellel követi el a bűncselekményt az, aki a szolgálati ügy megítélésének lényeges körülményeiről nem a valóságot tartalmazó jelentést, tehát fontos tényeket, adatokat elhallgat, illetve az előjárót a valójában történetektől eltérően tájékoztatja.

A jelentési kötelezettséghez fűződő jelentős szolgálati érdek látszólag megköveteli azt is, hogy a katona a szolgálatra vonatkozóan nemcsak a tőle független, hanem saját vétkes magatartásával okozati összefüggésben lévő körülményeket is jelentse. Sőt bevett előjárási gyakorlat, hogy a katonának felróható magatartásából eredő következmény későbbi tisztázása érdekében igazoló jelentést kell készítenie, amelyben nemcsak a bekövetkezett események történeti tényállását kell leírnia, hanem nyilatkoznia kell saját felelősségéről is. Ez a gyakorlat azonban sem a Btk. fent már említett Kommentárja, sem a Be. önvádra kötelezés tilalmával nem egyeztethető össze. Ennél fogva nem valósítja meg a jelentési kötelezettség elmulasztását az a katona, akit a szolgálati szabályzat általános rendelkezése alapján bár jelentéstételi kötelezettség terhel, de azzal saját magát bűncselekmény elkövetésével vádolná. Amennyiben ennek ellenére az illetékes előjáró jelentés tételére, ezáltal terhelő bizonyíték szolgáltatására (önvádra) kötelezné a katonát, az a büntetőeljárás – vagy katonai vétség esetén a fegyelmi eljárás – során bizonyítékként nem vehető figyelembe.

Az önvádra kötelezés tilalma a fentiekben említett terhelő vallomás vagy bizonyítékszolgáltatás mellett a mentő vagy enyhítő körülmény, vagy bizonyíték terhelti előadásának kötelezettségét is tiltja. Ez mindazokra az esetekre is vonatkozik, amikor egyébként megfordul a bizonyítási teher.

Általános esetekben megfordul a bizonyítási teher a valóság bizonyítása (*exceptio veritatis*) alkalmával, amikor – pl. rágalmazás bűncselekménye miatt lefolytatott eljárás során – a bűnössége megállapításának elkerülése érdekében a terhelt kötelezettsége annak bizonyítása, hogy az állított tény valós és a tény állítását, híresztelését, illetve az arra közvetlenül utaló kifejezés használatát a közérdek vagy bárkinek a jogos érdeke indokolta. Szintén megfordul a bizonyítási teher, amikor kábítószeros ügyben a gyanúsított kötelessége igazolni, hogy a büntetőeljárás megszüntetésének alapjául szolgáló gyógyító kezelésen, tanácsadáson részt vett. Vagyoneklobzás esetén pedig a terheltnek kell bizonyítania, hogy a bűnszervezetben való részvétel alatt szerzett vagyon egy része nem bűncselekményből, hanem más jogviszonyból (pl. öröklés, ajándékozás, stb.) származik.⁴¹

Katonai bűnügyekben az általános eseteken kívül megfordul a bizonyítási teher, ha a terhelt azzal védekezik, hogy az általa megvalósított bűncselekményt parancsra követte el, és a parancs végrehajtásakor nem tudta, hogy azzal bűncselekményt követ el. Minthogy a parancsra elkövetett bűncselekmény kérdése sajátos, kizárólag a katonákra alkalmazandó büntethetőséget kizáró ok, arra csak a katona terhelt hivatkozhat. Ennek igazolása során azonban a katonának nemcsak azt kell

⁴¹ Herke Csongor – Hautzinger Zoltán: *A magyar büntető eljárásjog alapvonásai*, Pécs, Edu-Lex. 2007. 10. o.

tudnia bizonyítani, hogy a vétkes magatartást parancsra valósította meg, hanem azt is, hogy annak bűncselekmény volta előtte nem volt felismerhető.

Erre ugyanakkor a terhelt részint az önvádra kötelezés tilalma, részint a terhelt kihallgatásakor alkalmazandó ún. Miranda szabály⁴² miatt – a terhelő jelentésre utasítás tilalmához hasonlóan – nem kötelezhető.

2.5. A védelem elve. Az ártatlanság védelme és a bírósági eljáráshoz való jog mellett a védelem elve is a jogállami büntető eljárásjog alapvető, egyben elengedhetetlen követelményei körébe tartozik. A terheltet a védelem, valamint a védőhöz való jog azért illeti meg, mert a büntető-igazságszolgáltatás akkor lesz tisztességes (pártatlan és igazságos) és teljes, ha nemcsak a bűncselekmény és a büntetett ki-derítése és megállapítása lesz a célja, hanem egyúttal a terhelti jogok maradéktalan érvényesítése, a nem bűnösök és emberi jogaik megvédése is.⁴³

Az Egyezmény 6. Cikk 3. pontja szerint „Minden bűncselekménnyel gyanúsított személynek joga van – legalább – arra, hogy [...]

b) rendelkezék a védekezésének előkészítéséhez szükséges idővel és eszközökkel;
c) személyesen, vagy az általa választott védő segítségével védekezhessék, és ha nem állnak rendelkezésére eszközök védő díjazására, amennyiben az igazságszolgáltatás érdekei azt követelik meg, hivatalból és ingyenesen rendelkezzen ki számára ügyvédet...”

Az Alkotmány 57. § (3) bekezdése szerint „A büntetőeljárás alá vont személyeket az eljárás minden szakaszában megilleti a védelem joga. A védő nem vonható felelősségre a védelem ellátása során kifejtett véleménye miatt.”

A Be. 5. § szerint pedig a védelem joga címszó alatt

„(1) A terheltet megilleti a védelem joga.

(2) Mindenkinek joga van ahhoz, hogy szabadlábán védekezzék. E jogot korlátozni, illetőleg bárkinek a szabadságát elvonni csak az e törvényben meghatározott okból és a törvényben meghatározott eljárás alapján lehet.

(3) A terhelt személyesen védekezhet, és a védelmét az eljárás bármely szakaszában védő is elláthatja. A bíróság, az ügyész és a nyomozó hatóság biztosítja, hogy az, akivel szemben a büntetőeljárást folytatják, az e törvényben meghatározott módon védekezhessék.

(4) A védő eljárása az e törvényben meghatározott esetekben kötelező.”

A fenti törvényhelyek szerint a védelem elve egyszerre foglalja magában a védekezés – szükség szerinti térítésmentes – szabadságát, a védőválasztás szabadságát, törvényi feltételek megléte mellett a kötelező védelem kedvezményét és a szabadlábán védekezés elsőbbségét, amely természetesen törvényben meghatáro-

⁴² A terhelt vallomása mint bizonyíték – az önvádra kötelezés tilalma szellemében – csak abban az esetben használható fel, ha a kihallgatás megkezdésekor a személyi adatok (minden esetben kötelező) felvételén túl, a hatóság az ún. Miranda-szabálynak eleget téve felhívja a terhelt figyelmét, hogy nem köteles vallomást tenni, a vallomás tételét, illetőleg az egyes kérdésekre történő válaszadást a kihallgatás folyamán bármikor megtagadhatja, a vallomástétel megtagadását követően bármikor dönthet úgy, hogy vallomást tesz, illetve ha vallomást tesz (vagy iratot, dolgot a hatóság rendelkezésére bocsát), az bizonyítékként felhasználható.

⁴³ Fenyvesi Csaba: *A védőügyvéd. A védő büntetőeljárási szerepéről és jogállásáról*, Budapest-Pécs, Dialóg Campus Kiadó, 2002. 43. o.

zott okok alapján korlátozható. Ezek a követelmények a katonai büntetőeljárásban mutatis mutandis, azaz a szükséges változtatásokkal együtt érvényesülnek. Ilyen, hogy a Be. a védekezés jogának biztosítását a katona terhelt esetében egy további szabállyal egészíti ki: „*A terheltnek – tényleges szolgálati viszonya fennállása alatt – szolgálatmentességet kell biztosítani, ha olyan eljárási cselekményen vesz részt, amelyen a részvételét e törvény lehetővé, illetve kötelezővé teszi.*”⁴⁴ Ez a rendelkezés a terhelt jogainak érvényesítése érdekében egyértelműsíti, hogy a katonai (szolgálati) érdek nem helyezhető a védekezési jog elé. A védekezés jogát a katona terhelt részére minden tekintetben biztosítani kell, ezért mindazokban az esetekben szolgálatmentességet – így fizetett távollétet – kell a számára biztosítani, amikor megidéztek vagy valamely eljárási cselekményről értesítették. A szolgálatmentesség ugyanakkor a fentiek értelmében nemcsak jog, hanem kötelezettség is, a katona annak során csak az idézés vagy értesítés szerinti megjelenésre használhatja fel, az eljárási cselekményen tehát meg kell jelennie. Sajátos helyzet alakul ki tehát, ha a katona az idézésre vagy értesítésre hivatkozva igénybe vett szolgálatmentesség ellenére az eljárási cselekményen nem vesz részt, és így vonja ki magát vétkesen valamely szolgálati feladata alól.

A katonai életviszonyokban elkövetett bűncselekmények kivizsgálásának és elbírálásának sajátosságai a védelem elvénél a fenti szabályokon túl további követelményeket kell, hogy meghatározzanak. Kiemelendő mindenekelőtt a szakszerű védekezéshez való jog, amely a katonai bűnügyek kivizsgálása terén 1989-ig érvényesült. Ettől az időponttól kezdve azonban egy törvénymódosítás⁴⁵ következtében megszűnt az a rendelkezés, hogy katonai büntetőeljárásban csak az a védő járhatott el, aki az Igazságügyi Minisztérium által külön erre a célra összeállított listán, a katonai védők névjegyzékében szerepelt. E módosítást akkor a miniszteri indoklás azzal indítványozta, hogy e külön névjegyzék korlátozza a szabad védőválasztás jogát és gyakorlati szempontból sem szükséges, mivel a katonai bíróságok által elbírált bűncselekmények többsége nem katonai bűncselekmény, a súlyosabb megítélésű cselekmények tényállása sem bonyolult, így a védő katonai ismeretek hiányában is megfelelően tudja képviselni a terhelt érdekeit. Az ügyvéd pedig az ügyvédi titoktartás kötelezettsége folytán kötelezett az eljárás során tudomására jutott államtitok és szolgálati titok tekintetében a titoktartásra.⁴⁶ Egyetértve Kovács Tamással a magunk részéről is úgy látjuk, hogy bár az indoklásban megfogalmazott elv nem vitatható, a megoldás mégsem tűnik aggálytalannak.⁴⁷ Meghatalmazott védő hiányában történő védőkijelölés esetén ugyanis e változással már nem áll rendelkezésre olyan névjegyzék, amely a hatóság részéről biztosíthatná a szakszerű védelem biztosításának lehetőségét. Ezzel a kijelölő szerv már nem biztos, hogy tekintettel tud lenni olyan védő kirendelésére, aki a katonai életviszonyokat ismeri, vagy bármilyen gyakorlata, szakismerete lenne a katonai eljárást illetően. Ennek

⁴⁴ Be. 482. §

⁴⁵ 1989. évi XXVI. törvény a büntetőeljárásról szóló 1973. évi I. törvény módosításáról 34. §

⁴⁶ Vö. 1989. évi XXVI. törvény részletes indokolása a büntetőeljárásról szóló 1973. évi I. törvény módosításáról szóló (34. §)

⁴⁷ Kovács Tamás: Kérdések és megoldások a katonai büntetőeljárásban, in: *Emlékkönyv Vargha László egyetemi tanár születésének 90. évfordulójára.* (szerk. Fenyvesi Csaba – Herke Csongor) Pécs, PTE ÁJK, 2003, 194. o.

megfelelően a katonai eljárás során újból el kell jutni arra a minőségi szintre, hogy a kirendelt védő a katonai büntetőeljárásra szakosodott védőügyvéd legyen. E követelmény biztosítására számos lehetőség állna fenn napjainkban is. Ilyen lehetne a védők újbóli lajstromozása vagy a katonai védőügyvédi szolgálat létrehozása.

A védelem elvének másik alappillére a védőválasztás szabadsága. Ez a katonai büntetőeljárásban sem lehet másként, a katona terhelt is szabadon választhatja meg védőjét. Véleményünk szerint a fentiekben említett katonai büntetőeljárásra is szakosodott védő kirendelése a védőválasztás szabadságát nem korlátozza, mivel a terhelt – csakúgy, mint bármely más terhelt a büntetőeljárásban – szabadon rendelkezhet arról, hogy kirendelt, de katonai szakértelemmel rendelkező védővel, avagy saját meghatalmazással más, akár teljesen civil védővel láttatja el védelmét. Ebben az esetben a katona terheltnek azt kell mérlegelnie, hogy él-e az állam által biztosított katonai védő kínálta kedvezménnyel (*favor defensionis*), avagy lemond róla, és helyette saját költségén hatalmaz meg más védőügyvédet. Ez természetesen csak abban az esetben lehet így, ha az állam minden katonai bűnügyben biztosítja térítésmentesen a katonai kérdésekben jártas védőt, azaz a Be. a fiatakorúak eljárásához hasonlóan a katonai büntetőeljárás egészére bevezeti a kötelező védelmet. Ezt leginkább az indokolja, hogy egy államnak törekednie kell arra, hogy az általa kiképzett és foglalkoztatott katonák (rendőrök, stb.), akik szolgálatukkal többletkötelezettséget vállaltak nemcsak materiális, az officialitás elve alapján minden hatóság számára kötelező mentő és enyhítő körülmények feltárásában realizálódó, hanem formális értelemben is szakszerű és ingyenes „katonai” védőügyvéden keresztül védelemhez jussanak az ellenük folyó büntetőperben.

2.6. A hivatalból való eljárás (officialitás) elve. A Be. szerinti hivatalbólíság, miszerint „a bíróságnak, az ügyésznek és a nyomozó hatóságnak kötelessége, hogy az e törvényben megállapított feltételek esetén a büntetőeljárást megindítsa, illetőleg az eljárást lefolytassa”⁴⁸ a katonai büntetőeljárásban nem általános, hanem speciális vagy szakhatóságok által érvényesül. Ez kogens norma, azaz általános büntetőeljárási hatóságok katonai bűnügyekben nem járhatnak el, annak lefolytatása az állományilletékes parancsnok, a katonai ügyész és végső soron a kijelölt megyei bíróságok katonai tanácsai, illetve másodfokon a Fővárosi Ítéltábla katonai tanácsának kötelessége.

Az eljáró hatóságok közül a katonai bíraskodás terjedelmének meghatározása eljárásjogi szempontból azért bír jelentőséggel, mert olyan hatásköri kérdésről van szó, amelyet folyamatosan kell vizsgálni. Amennyiben általános bíróság katonai büntetőeljárás hatálya alá tartozó ügyet bírált el, úgy az – Herke Csongor szavaival speciális tanács szabályainak megsértése miatt⁴⁹ – abszolút eljárási szabálysértésnek minősül, és a másodfokú bíróság a Be. 373 § (1) bekezdés II. c) alpontja értelmében az elsőfokú bíróság ítéletét hatályon kívül helyezi, és az elsőfokú bíróságot új eljárásra utasítja.

Az officialitás alapelvi üzenete a katonai büntetőeljárásban is az, hogy minden jogsértő – jelen esetben a katonai rendre veszélyes – cselekmény elkövetőjével

⁴⁸ Be. 6. § (1) bek.

⁴⁹ Herke Csongor: A katonai büntetőeljárás, in: *Jura* 1998. I. sz. 10. o.

szemben a hatáskörrel és illetékességgel rendelkező hatóságoknak le kell folytatni az eljárást. Ez a legalitás követelményéből származik, amely szerint egy bűncselekmény sem maradhat büntetés nélkül. A legalitás és az officialitás a katonai életviszonyok között még nagyobb jelentőséggel bír, tekintettel arra, hogy a katonai bűncselekmények nemcsak a katonai rendet, hanem az adott katonai egység fegyelmét is sértik, illetve veszélyeztetik. Ennél fogva katonai bűnügyekben az általános büntetőeljáráshoz képest kevesebb a legalitást, illetve az officialitást kikerülő – ún. törések – tapasztalhatók. Így például a vádemelés elhalasztását⁵⁰ vagy a magánvád lehetőségét⁵¹ a katonai büntetőeljárásra vonatkozó külön rendelkezések *expressis verbis* megtiltják.

A legalitás és az officialitás törései azok a büntető anyagi vagy eljárásjogi intézmények, amelyek leginkább célszerűségi okból felmentést adnak a bűncselekménnyel szembeni fellépés, így az eljáró hatóság eljárási kötelezettsége alól. A magyar büntetőjogban a teljesség igénye nélkül és csak címszavakban ilyen kivétel büntető anyagi jogi téren a magánindítvány és a kívánat, amelyek hiánya egyúttal büntethetőségi akadályt is jelent, míg büntető eljárásjogi téren a magánvád, a megállapodás az együttműködő gyanúsítottal, a fedett nyomozóval szembeni feljelentés elutasítása vagy nyomozás megszüntetése, a nyomozás részbeni mellőzése, a kábítószeros és a tartási ügyben való megszüntetés sajátos esetei, a vádemelés részbeni mellőzése vagy elhalasztása, avagy a bizonyítás mellőzése.

Bár ahogy azt a fenti példálózó felsorolás is mutatja, a nem csekély kivétel ellenére a magyar – és mellette a kontinentális jogrendszerű országok többségének – büntető eljárásjogi rendszere nem tekinthető a célszerűségi (opportunitás) elveket követő jogrendszernek. Ezekben az országokban, az eljárási kötelezettség erős volta miatt még mindig a legalitás és az officialitás követelménye uralkodik, szemben az angolszász jogkultúrával, például az Amerikai Egyesült Államokban vagy Kanadában, ahol célszerűségi okokból a büntetőeljárás egyszerűsítése és az ügyész diszkrecionális vádemelési joga a főszabály.

A katonai büntetőügyekben a legalitás ugyan nem, de az officialitás sérül a bűncselekmény fegyelmi eljárásban történő elbírálása esetén. Ebben az esetben ugyanis a bűncselekmény (katonai vétség) kivizsgálása, a büntetőeljárás fő kérdésében való döntés, a bűnösség megállapítása megtörténik, csak azt nem törvényes vád alapján a katonai bíróság hozza meg, hanem fegyelmi ügyben az illetékes parancsnok. Ez valójában a katonai büntetőeljárás elterelését vagy diverzióját jelenti, amellyel önálló fejezet keretében fogunk foglalkozni.

2.7. A jogorvoslati jogosultság elve. A katonai büntetőeljárás specialitása kedvezőtlen hatással a jogorvoslati jog gyakorlására sem lehet. Ennek megfelelően a

⁵⁰ Be. 485/C. § (1) „A katona tényleges szolgálati viszonyának tartama alatt elkövetett katonai bűncselekménye, valamint a szolgálati helyen, illetőleg szolgálattal összefüggésben elkövetett más bűncselekménye miatt – ha a terhelt tényleges szolgálati viszonya a 216. § (1) bekezdése (ügyészi revízió – kiemelés a szerzőtől) szerinti időpontban fennáll – a vádemelés nem halasztható el.”

⁵¹ 474. § (5) „Katonai büntetőeljárásnak csak közvádra van helye, magánvádra üldözendő bűncselekmény esetében a katonai ügyész jár el. A katonai büntetőeljárásban viszonzvád nem emelhető. Katonai bűncselekmény miatt folytatott eljárásban akkor van helye pótmagánvádnak, ha az ügy sértettje természetes személy.”

jogorvoslati jogosultság az Alkotmány és a Be. által meghatározottak alapján gyakorolható.

Az Alkotmány 57. § (5) bek. szerint „A Magyar Köztársaságban a törvényben meghatározottak szerint mindenki jogorvoslattal élhet az olyan bírósági, közigazgatási és más hatósági döntés ellen, amely a jogát vagy jogos érdekét sérti. A jogorvoslati jogot – a jogviták ésszerű időn belüli elbírálásának érdekében, azzal arányosan – a jelenlévő képviselők kétharmadának szavazatával elfogadott törvény korlátozhatja.”

A Be. 3. § szerint

„(3) Ha e törvény kivételt nem tesz, a bíróság, az ügyész és a nyomozó hatóság határozatai, valamint az ügyész és a nyomozó hatóság intézkedései ellen, illetőleg, ha e törvény azt lehetővé teszi, az ügyész és a nyomozó hatóság intézkedésének elmulasztása miatt jogorvoslatnak van helye.

(4) A Legfelsőbb Bíróság határozatai ellen rendes jogorvoslatnak nincs helye.”

A jogorvoslati jogosultságot a katonai büntetőeljárás során is nyomozati szakban a panasz, a felülbírálati indítvány, a nyomozási bíró feladatait ellátó megyei bíróság katonai bírója által hozott határozattal szembeni fellebbezés, az eljárás folytatása iránti kérelem és az igazolási kérelem, míg bírósági eljárásban a fellebbezés mint rendes, illetve a perújítás, a felülvizsgálat, a törvényességi jogorvoslat és a jogegységi döntés mint rendkívüli perorvoslatok keretében gyakorolható.

Az általános jogorvoslatokon túl a katonai büntetőeljárásban a katonai vétség fegyelmi eljárásban való elbírálása során további sajátos jogorvoslatok alkalmazhatók. Ilyenek mindenekelőtt az egyes szolgálati törvényekben rögzített fegyelmi eljárások⁵² során igénybe vehető általános jogorvoslatként a panasz, avagy a fegyelmi eljárásra utalt bűncselekmény miatt fenytést kiszabó határozattal vagy parancssal szemben érvényesíthető bírósági felülvizsgálati kérelem. Ez utóbbi jogorvoslat hatáskörrel rendelkező, amelyet a bíróság egyes bíróként eljárva, három napon belül, tárgyaláson, a megfenytett meghallgatása és a hozzá fegyelmi fenytést kiszabó parancsnok által huszonnégy órán belül felterjesztett iratok alapján, szükség esetén további bizonyítás felvételével bírál el. A bírósági felülvizsgálati kérelem a tárgyalás megkezdéséig visszavonható, jogpolitikai jelentősége, hogy annak elbírálása során abszolút súlyosítási tilalom áll be. A bíróság a terheltre nézve súlyosabb döntést nem hozhat, a határozatot vagy a parancsot helyben hagyja, ha a kérelem alaptalan, a fenytés mértékét csökkenti vagy enyhébb fenytést alkalmaz, avagy a fenytést kiszabó határozatot vagy parancsot megsemmisíti, ha az ügy büntetőeljárás során történő elbírálása esetén felmentő vagy az eljárást megszüntető rendelkezést kellene hozni.

2.8. Az anyanyelv használatának elve. Katonai bűnügyekben a magyar – mint az eljárási – nyelvtől különböző anyanyelv használata azokban az esetekben mérülhet fel, amikor vagy magyar katona terhelttel szembeni eljárásban nem magyar

⁵² A fegyelmi eljárás részletes szabályait a rendőrség, a büntetés-végrehajtási szervezet valamint a polgári nemzetbiztonsági szolgálatok hivatásos állományú tagjai esetében a Hszt. XII. Fejezete (119-149. §-ok), míg a Magyar Honvédség hivatásos és szerződéses állományú katonáinak tekintetében a Hjt. XII. Fejezete (131-168. §-ok) tartalmazza.

személy – elsősorban tanú – vesz részt, vagy a magyar hatóságok külföldi katonával szemben folytatják le a büntetőeljárást. Az anyanyelvhasználat mindkét esetben mint eljárási elv érvényesül.

A Be. 9. § szerint

„(1) A büntetőeljárás nyelve a magyar. A magyar nyelv nem tudása miatt senkit sem érhet hátrány.

(2) A büntetőeljárásban mind szóban, mind írásban mindenki az anyanyelvét, törvénnyel kihirdetett nemzetközi szerződés alapján, az abban meghatározott körben regionális vagy kisebbségi nyelvét vagy – ha a magyar nyelvet nem ismeri – az általa ismertként megjelölt más nyelvet használhatja.

(3) Annak a határozatnak és más hivatalos iratnak a lefordításáról, amelyet e törvény szerint kézbesíteni kell, az a bíróság, ügyész, illetőleg nyomozó hatóság gondoskodik, amelyik a határozatot meghozta, illetőleg a hivatalos iratot kibocsátotta.

(4) Ha törvény eltérően nem rendelkezik, a kézbesítendő iratot nem kell lefordítani, ha erről az érintett kifejezetten lemond.”

Továbbá Be. 114. § (1) bek. szerint „Ha nem magyar anyanyelvű személy az eljárás során az anyanyelvét, – törvénnyel kihirdetett nemzetközi szerződés alapján, az abban meghatározott körben – regionális vagy kisebbségi nyelvét kívánja használni, tolmácsot kell igénybe venni. Ha az anyanyelv használata aránytalan nehézségbe ütközne, a magyar nyelvet nem ismerő személy által ismertként megjelölt más nyelv használatát kell tolmács útján biztosítani.”

Az anyanyelv használat fenti általános megállapításai a katonai büntetőeljárásban külön – speciális – rendelkezéseket nem tartalmaznak. Azok alkalmazása nem veti fel az eltérő gyakorlat igényét.

2.9. A büntetőjogi felelősség önálló elbírálása. Kevésbé alapelv, inkább a büntetőeljárás rendeltetéséhez, definíciójához kapcsolódó szabály a büntetőjogi felelősség önálló elbírálása.

A Be. 10. § szerint „Abban a kérdésben, hogy a terhelt követett-e el és milyen bűncselekményt, a bíróságot, az ügyészt, a nyomozó hatóságot nem köti a más eljárásban, így különösen a polgári eljárásban, a szabálysértési vagy a fegyelmi eljárásban hozott határozat, illetőleg az abban megállapított tényállás.”

A büntetőjogi felelősség önálló elbírálása a büntetőeljárás fogalmának és rendeltetésének egyik központi eleme. Ez alapján lehet állítani, hogy a büntetőeljárás a büntetőjog érvényesítésének egyetlen útja. Ahogy azt Király Tibor állítja, a büntetőigény semmilyen más hatósági eljárásban, sem magánszemélyek egyezségében vagy más módon a büntetőeljáráson kívül nem érvényesíthető.⁵³ Ez pedig azt fejezi ki, hogy valamely cselekmény miatt viselt büntetőjogi felelősség tárgyában kizárólag a bűnügyi hatóságok jogosultak az eljárásra és a döntésre, a döntés alapján szolgáló tényállást pedig önállóan, maguk állapítják meg.⁵⁴

Herke Csongor szerint e követelmény kapcsán előfordulhat, hogy a terhelttel szemben a polgári perben benyújtott keresetet a polgári bíróság elutasítja, ugyan-

⁵³ Vö. Király Tibor: i.m. 19. o.

⁵⁴ *A büntetőeljárás jogi alapvonalai I.* (szerk. Cséka Ervin) Szeged, Bába Kiadó, 2004. 80. o.

akkor mégis megállapítják büntetőjogi felelősségét. A polgári perben ugyanakkor a büntetőügyben hozott jogerős határozat kötelező erővel bír: egyrészt a közokiratra vonatkozó szabályok szerint tartalmát a polgári perben igaznak kell elfogadni, másrészt, ha jogerősen elbírált bűncselekmény vagyoni jogi következményei felől polgári perben kell határozni, a bíróság a határozatában nem állapíthatja meg, hogy az elítélt nem követte el a terheltre rótt bűncselekményt.⁵⁵

A büntetőjogi felelősség önálló elbírálása a katonai büntetőeljárásban sajátosan érvényesül. Ennek oka a már sokat emlegetett katonai vétség fegyelmi eljárásban történő elbírálása. A büntetőjogi felelősséget megállapító fegyelmi határozat felülvizsgálata során az illetékes katonai bíróság ugyanis kötve van a fegyelmi határozatban megállapított tényálláshoz, sőt abszolút súlyosítási tilalom érvényesül, tekintettel arra, hogy a terheltre nézve a fegyelmi eljárásban született fegyelmi büntetésnél hátrányosabb határozatot nem hozhat. Ez lényegében a büntetőjogi felelősség önálló elbírálásának sajátos (speciális) törését is jelenti, hiszen ebben az esetben a katonai bíróság a büntetőjogi felelősség kérdésében eljárását a fegyelmi eljárásban megállapított tényekre alapítja.

3. Összefoglalás

A katonai büntetőeljárás szakeljárási jellegéből adódik, hogy azt elsősorban az általános eljárási szabályok szerint, a büntetőeljárás alapelveinek szellemében, a katonákra vonatkozó eltérésekkel kell lefolytatni. A Be. alapvető rendelkezései körében megfogalmazott alapelvek tehát a katonai büntetőeljárásban is megjelennek, sőt azok a katonai életviszonyokra gyakorolt hatásuk miatt többlettartalommal is kiegészülnek. Ilyen fontos – a gyakorlatban már kevésbé érvényesülő, emiatt joggal opponálható – elv az ártatlanság vétele, amelynek értelmében arra is figyelemmel kell(ene) lenni, hogy a büntetőeljárás hatálya alá tartozó katonát az eljárás alatt, annak ténye miatt ne érje olyan, elsősorban a katonai (rendvédelmi) szolgálati viszonyát érintő negatív hátrány (annak megszüntetése), amelyről bűnösítő ítéletben a katonai bíróság jogerős határozatában dönthet.

Szintén fokozottabb tartalommal bír katonai büntetőeljárásban az önvádra kötelezés tilalma. Ez a katonát nemcsak az alól mentesíti, hogy általános értelemben véve önmagára terhelő vallomást tegyen vagy bizonyítékot szolgáltatson, hanem a katonai érintkezési szabályok körében elsődleges jelentési kötelezettség alól is. A katona tehát nem róható felelősségre intézkedési vagy jelentési kötelezettség miatt abban az esetben, ha azzal önmagát bűncselekmény elkövetésével vádolná.

Sajátosan szükséges értelmezni a védelem elvét is. Katonai bűnügyekben a hatékony védekezést elsősorban olyan – akár az állam által térítésmentesen biztosítandó – védőügyvéd közreműködése jelentheti, aki nemcsak az általános büntető eljárásjogi és kriminalisztikai ismeretekkel van tisztában, hanem a katonai sajátos élet- és jogviszonyokkal. A katonai védő már az eljárás során hatékony segítséget tud nyújtani a büntetőeljárással párhuzamosan indult fegyelmi eljárás során, avagy az állományilletékes parancsnok mint munkáltató által, a büntetőeljárás ténye mi-

⁵⁵ Herke Csongor: Büntető eljárásjog 18. o.

att, felajánlott szolgálati viszony megszüntetésének joghatásairól adott tájékoztatással.

A jogorvoslati jogosultság is bővebben érvényesül katonai büntetőeljárásban. Ennek oka, hogy katonai bűncselekmény bizonyos feltételek megléte esetén nemcsak büntető eljárásjogi, hanem a fegyelmi eljárás szabályai szerint is elbírálgatható. Így külön – rendes eljárásban nem érvényesülő – jogorvoslatként kell gondolni a fegyelmi határozattal szemben benyújtható bírósági felülvizsgálati kérelemre.

A fentiek mellett – igaz már kevesebb többlettartalommal –, de az általános eljárásjogi szabályok szerint érvényesül és biztosított a bírósági eljáráshoz való jog és a tisztességes büntetőeljáráshoz – így a pártatlan ítélezéshez – fűződő követelmény-csoport, a kontradiktórium elve, valamint az anyanyelv használatának joga. Sajátos azonban a hivatalbóliség (officialitás) érvényesülésének követelménye, tekintettel arra, hogy a katonai és a rendvédelmi szerveknek általános jelentési, illetve feljelentési kötelezettsége van. Ennek értelmében – az önfeljelentést leszámítva – minden katonai (rendvédelmi) hatóságnak bűncselekményre utaló gyanú észlelése esetén kötelessége eljárást kezdeményezni, illetve a szükséges intézkedést megtenni.

A katonai büntetőeljárásra azonban nemcsak általános tézisek, hanem sajátos, katonai elvek is kihatnak. Ilyennek tekinthetjük a katonai rend védelmét, a specialitás elvét, a civil kontroll követelményét, a felelősségre vonás és végrehajtás megkezdése gyorsításának, valamint a parancsnoki felelősség elvét. Ezek az elvek azonban – ahogy azt egy külön tanulmányunkban bővebben kifejtettük⁵⁶ – nemcsak az alaki, hanem az anyagi büntetőjogra és a büntetés-végrehajtási jogra is kihatnak, és lényegében a katonai büntetőjog, szűkebben a katonai büntetőeljárás mint szakeljárás létjogosultságát igazolják.

⁵⁶ Vö. Hautzinger Zoltán: A katonai büntetőjog alapelvei, in: *Jogtudományi Közlöny*, 2008. 10. sz. 480-488. o.

Nemzetközi bíróságok fellépése a gyermeket fegyveres konfliktusok idején védő nemzetközi normák megszegése esetén *

Csapó Zsuzsanna**

*„A büntetlenség nem tolerálható.
Egy szabad világban a rule of law-nak,
a jog uralmának kell érvényesülnie.”*

(Kofi Annan¹)

napjaink fegyveres konfliktusainak szomorú sajátja, hogy a háborúk, polgárháborúk áldozataivá egyre nagyobb és döntő mértékben civilek, polgári személyek válnak. Míg az I. világháború idején 20 katonai áldozatra 1 civil áldozat esett, addig a II. világégés idején ez az arányszám közel kiegyenlített, majd az azt követő konfliktusokban még tovább romlott e mutató.² Az 1990-es évek, illetve az ezredforduló háborúi és polgárháborúi már 90%-ban civil áldozatokat szedtek.³ Az egyik legutóbbi konfliktus, a fegyverszünet napján „6 napos háborúnak” keresztelt orosz-grúz összetűzés áldozatai a híradások szerint 90%-ban szintén polgári személyek voltak.⁴

A civilek között pedig egyre nagyobb a gyermekek aránya. Olara A. Otunnu, korábbi ENSZ főtitkárhelyettes⁵ adatai szerint a háborúk polgári áldozatainak 80%-a nő és gyermek.⁶ Az UNICEF tapasztalatai szerint a civil áldozatok fele kiskorú.⁷ S

* Jelen tanulmány a doktori fokozatszerzés előtt álló fiatal kutatókat patronáló Deák Ferenc Ösztöndíj támogatásával készült, így integráns elemét képezi szerző támogatott kutatómunkájának s megvédésre szánt disszertációjának.

** Egyetemi adjunktus, Pécsi Tudományegyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Nemzetközi és Európai Jogi Tanszék

¹ Kofi Annan akkori ENSZ főtitkár fenti szavai 1997-ben a hágai ad hoc nemzetközi büntetőtörvényszék meglátogatása alkalmával tartott beszédében hangzott el. <http://un.org/icty/glance-e/index.htm>

² Bruhács János: *Nemzetközi jog III.* Dialóg Campus Kiadó, Budapest - Pécs, 2001. 223. o.

³ Grac'a Machel: *Impact of Armed Conflict on Children*. Report of the expert of the Secretary-General, Ms. Grac'a Machel, submitted pursuant to General Assembly resolution 48/157. point 24. 9. o. http://www.unicef.org/graca/a51-306_en.pdf

⁴ Duna Televízió. Közbeszéd. 2008. 08. 13.

⁵ Olara A. Otunnu 2005-ig töltötte be – mint főtitkárhelyettes – a gyermekek és fegyveres konfliktusok kérdésére fókuszáló „különmegbízotti” pozíciót az ENSZ-ben.

⁶ Olara A. Otunnu: *'Special Comment' on Children and Security*. Disarmament Forum, No. 3, United Nations Institute for Disarmament Research, Geneva, 2002, 3-4. o.

⁷ Child Protection from Violence, Exploitation and Abuse. Children in Conflict and Emergencies.

hogyan ismét egy legutóbbi példával éljünk: „az ENSZ adatai szerint a gázai háború minden harmadik áldozata kiskorú”- adták hírül 2009 első heteiben a hírműsorok.⁸

Rengeteg statisztika bizonyítja a háborúk gyermekáldozatainak kiemelkedő arányát. A mögöttünk hagyott, az 1900-as éveket záró, a Millenniumba forduló évtizedben példának okáért a fegyveres konfliktusok következményeként:

- 20 millió gyermek kényszerült elhagyni az otthonát, vált földönfutóvá és került a menekülttáborok kilátástalan körülményei közé;
- több mint 2 millióan életüket veszítették;
- legalább 6 millióan komoly fizikai sérülést szenvedtek, vagy örök életükre testi fogyatékosokká váltak;
- 1 millió gyermek elszakadt szüleitől, családjától, vagy árván maradt;
- a konfliktusok idején telepített (mégis akár évtizedekkel később is áldozatok szedő) gyalogsági aknák következtében évente 8-10 ezer gyermek szenved el sérülést, nyomorodik meg, veszti el valamely végtagját, vagy akár életét.⁹

A nemzetközi jogalkotás nem maradt adós e lesújtó jelenség visszaszorítását, mérséklését, felszámolását célzó reakciókkal. Újabb és újabb nemzetközi egyezmények láttak, s látnak ma is napvilágot: legyen szó akár az emberi jogok, a humanitárius nemzetközi jog vagy épp a büntető nemzetközi jog (sőt akár a leszerelés) területéről. Így példának okáért a gyermekeket fegyveres konfliktus idején védő rendelkezéseket intézményesített:

- a polgári lakosság háború idején való védelméről szóló IV. genfi egyezmény (1949);
- a nemzetközi és a nem nemzetközi fegyveres összeütközések áldozatainak védelméről rendelkező I. és II. genfi kiegészítő jegyzőkönyvek (1977);
- a gyermek jogairól szóló New York-i egyezmény (1989) és Opcionális jegyzőkönyve (2000);
- az Afrikai charta a gyermek jogairól és jólétéről (1990);
- az Emberi Jogok Arab Chartája (2004);
- az Iszlám gyermekjogi konvenció (2005);
- a Nemzetközi Munkaügyi Szervezet 182. számú egyezménye a gyermekmunka legrosszabb formáinak tilalmáról (1999);
- a genocídium egyezmény (1948);
- a Nemzetközi Büntetőbíróság Római Statútuma (1998);
- a gyalogsági aknák alkalmazásának, felhalmozásának, gyártásának, és átadásának betiltásáról, illetőleg megsemmisítéséről szóló oslói egyezmény (1997).

Mit sem érnek azonban a gyermekeket védő szabályok, ha a normákat megszegők büntetlenül folytathatják jogellenes gyakorlatukat. Mit sem érnek a gyermekeket oltalmazó normák, ha a jogsértőknek nem kell számolniuk az igazságszolgáltatással. Mit sem érnek a gyermekeket pártfogó paragrafusok, ha a gyermekjogokat

Lásd az UNICEF honlapját: http://www.unicef.org/protection/index_armedconflict.html (2008. 08. 04.)

⁸ Magyar Televízió. Híradó. 2009. 01. 11.

⁹ http://www.unicef.org/protection/index_armedconflict.html (2008. 08. 04.)

háború idején semmibe vevő államoknak vagy magánszemélyeknek nem kell számolniuk azzal, hogy felelősségük megállapítását nyer.

Mára már számos nemzetközi bírói fórum szembesült a gyermekeket háború idején védő nemzetközi normák megsértése megítélésének feladatával. Így mindekelőtt:

- a hágai ad hoc nemzetközi büntetőtörvényszék,
- az arushai ad hoc nemzetközi büntetőtörvényszék,
- az ENSZ Nemzetközi Bírósága,
- és az Emberi Jogok Európai Bírósága érdemel témánk szempontjából figyelmet.

(Jelen tanulmány a „fegyveres konfliktusok által sújtott gyermekek” összetett problémakörének csak az ún. „passzív” oldalára, azaz a háborúk gyermekáldozataira vonatkozó jogesetek feldolgozására vállalkozott: az ún. „aktív” oldal, vagyis a gyermekkatonákra vonatkozó ítéletek elemzése más keretekre várt.)¹⁰

1. A hágai ad hoc nemzetközi büntető törvényszék (ICTY)

A volt Jugoszláviában elkövetett háborús bűncselekményeket kivizsgáló ad hoc nemzetközi büntetőtörvényszék viszonylag kevés ügyben foglalkozott a gyerekek speciális személyi körével. Legyen szó a gyerekekről, akár mint a büntettek áldozatairól, akár mint elkövetőiről. Ennek egyik indoka lehet talán, hogy az 1993-ban felállított törvényszék működését pusztán pár évvel előzte meg a New York-i Gyermekjogi egyezmény hatályba lépése (1990-ben), s talán több időnek kellett eltelnie ahhoz, hogy az ott lefektetett szerződési szabályok a gyakorlatba is hatékonyan beépüljenek, és a gyermekszemlélet centrális tényezővé váljon nemzetközi bírói fórumokon is. (A később felállított bíróságok, a Sierra Leone-i és a hágai állandó büntetőbíróság jóval bőségebb releváns esetet tartalmazó gyakorlata is erre engednek következtetni.)¹¹

Ha meg is jelent az ICTY¹² előtt valamilyen gyermekekkel kapcsolatos kérdés, a kiskorúak csupán mint a háborúban elkövetett atrocitások áldozatai, s nem mint végrehajtói, azaz nem mint gyerekkatonák tűntek fel. A délszláv konfliktus sem volt ugyanis mentes a gyerekekkel szemben elkövetett erőszaktól (ezzel szemben előfor-

¹⁰ Lásd: Csapó Zsuzsanna: Nemzetközi bíróságok és a gyermekkatonáskodás megítélése (I) A Nemzetközi Bíróság és a Nemzetközi Büntetőbíróság előtti releváns ügyek, *Közjogi Szemle*. Első évf. 2008. június. 9-20. o.

Lásd: Csapó Zs.: Nemzetközi bíróságok és a gyermekkatonáskodás megítélése (II) A Sierra Leone-i Speciális Bíróság előtti releváns ügyek. Charles Taylor pere, *Közjogi Szemle*. Első évf. 2008. december. 23-31. o.

Lásd: Csapó Zs.: Nemzetközi bíróságok és a gyermekkatonáskodás megítélése (III) A Sierra Leone-i Speciális Bíróság előtti releváns ügyek. A „hibrid” bíróság érvrendszere, *Közjogi Szemle* (megjelenés előtt).

¹¹ David Tolbert: Children and international criminal law: the practice of the international tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), in: *International Criminal Accountability and the Rights of Children*. (ed. Karin Arts, Vesselin Popovski), From Peace to Justice Series. Hague Academic Press. The Hague, 2006. 147-148. o.

¹² ICTY: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

dult ugyan,¹³ de nem tömegével gyerekek katonaként történő alkalmazása)¹⁴, s erre a törvényszék is megpróbálta megadni a kellő válaszokat. A volt jugoszláv tagköztársaságokban az elhúzódó konfliktus, konfliktusok következtében mintegy 250 ezer civil vesztette életét, s több százezren váltak földönfutóvá, kínzás, nemi erőszak áldozataivá: köztük számtalan gyermek. Srebrenicában például 8000 moszlim férfit és fiút mészároltak le: nem kímélték se a tizenévesek, se az aggastyánok életét (Mladić pár nappal korábban kamerák kereszttüzében e gyerekek fejét simogatta meg, és nyugtatta az anyjukat, hogy nem lesz semmi baj). A város közelében, Zaklopaca falujában feltárt tömegsírban a népirtás legfiatalabb áldozata egy öt éves kisgyerek volt.¹⁵ Csak a Boszniai Szerb Köztársaság (RS)¹⁶ területén háromezer 1-15 éves gyermek hunyt el az összecsapások eredményeként.¹⁷

A hágai törvényszék esetjogából kiszűrhető, hogy a bírák több ügy kapcsán is jelentőséget tulajdonítottak az áldozatok életkorának. Jellemzően nem adott bűncselekmény megvalósulásának vagy meg nem valósulásának megítélésekor, hanem a büntetési tételek meghatározásakor. Hiszen egy emberölés emberölés marad függetlenül attól, hogy hány éves áldozat sérelmére követték el azt. A gyermekkor csak abban az esetben van jelentősége adott bűncselekmény fennálltának megítélésekor, ha a bűncselekményi elemek között kifejezett utalás történik a gyermekekkel szembeni jogsértésre mint feltételre.¹⁸ Ezt a kitételezt az ICTY Statútuma csupán egy esetben rögzíti: a 4. cikk szerint népirtásnak, így a törvényszék által üldözendő cselekménynek számít adott csoport gyermekeinek más csoporthoz való erőszakos átszállítása.¹⁹

Az életkornak annál inkább nagyobb jelentőséget tulajdonít a törvényszék a büntetés mértékének megítélésekor. A bírák súlyosító körülményként kezelik, ha a bűncselekményt gyermekkorú sérelmére hajtották végre.

1.1. Ügyész v. Kunarac ügy (2001).²⁰ A Kunarac ügyben, amely esetében a bírák szintén fontosságot tulajdonítottak az áldozatok életkorának, a védelem vitatta a törvényszék ezen álláspontját. A konkrét ügy háttérében az állt, hogy Foča városában, az ott kialakított koncentrációs táborban lányokat és fiatal asszonyokat

¹³ Roy Gutman, David Rieff (szerk.): *Háborús bűnök*. Zrínyi Kiadó, Budapest, 2002. 129. o.

¹⁴ Hangsúlyozandó természetesen, hogy annak ellenére, hogy – szemben például a kongói eseményekkel vagy a Sierra Leone-i polgárháborúval – nem alkalmaztak a délszláv konfliktusban tömegével gyerekeket az összecsapásokban, akár egyetlen eset is okot adhatna a felelősségre vonásra (a gyerekeket alkalmazók felelősségre vonására).

¹⁵ Child victims in Zaklopaca mass grave: the youngest child victim 5 year old Nadia Hodzic. Lásd a Srebrenica Genocide Blog honlapját: <http://srebrenica-genocide.blogspot.com/2008/06/child-victims-in-zaklopaca-mass-grave.html> 2008. June 23.

¹⁶ RS: Republic of Srpska

¹⁷ Children - Victims of War and Peace. Reports of Participants From Republika Srpska at an International Conference in Sarajevo, September 10-11, 2001. RS Documentation Center For War Crimes Research. Banja Luka, October 2001. p. 9. http://www.rs-icty.org/PUBLIKACIJE/children-wictims_of_war.pdf

¹⁸ Tolbert: i.m. 152. o.

¹⁹ Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Article 4. Genocide. 2. e)

http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept08_en.pdf

²⁰ ICTY. Case No. IT-96-23-T.

szerb fogvatartóik sorozatosan megerőszakoltak. A legfiatalabb közöttük 12 éves volt²¹, a legidősebb 20: a többi áldozat 15 és fél, 16, 16 és fél és 19 éves volt. A törvényszék nem csupán azt vette súlyosító körülménynek, hogy ezeket a nőket hosszú ideig, ismétlődően tették ki erőszaknak, és ráadásul többen is részt vettek a cselekményekben; a bírák szerint e lányok fiatal életkora, s az ebből fakadó különös sebezhetőségük és védtelenségük is indokolták a büntetés súlyosságának emelését.²² A 12 éves kislány esetében a törvényszék megjegyezte: az ellene elkövetett cselekmények „különösen elborzasztó és szörnyűséges” tettnek minősülnek. (Jenny Kuper szerint a törvényszék történelmet írt azzal, hogy elsőként kimondta: a nemi erőszak és a rabszolgasorban tartás emberiség elleni bűntettnek számít.)²³

A fellebbezési szakaszban a vádlott azzal érvelt, hogy a nemzetközi törvényszék bírái hibáztak akkor, amikor az áldozatok életkorát súlyosító körülményként értékelték: hiszen a volt Jugoszlávia törvényei a 16. életév betöltésétől engedélyezték a házasságkötést. A vádlott szerint ráadásul egyetlen jugoszláv törvény sem adott lehetőséget arra, hogy 14 év feletti áldozat sérelmére elkövetett cselekmény súlyosabban minősüljön a bíróságok előtt. A jugoszláv jogszabályok pusztán arra szólították fel a nemzeti bírákat, hogy a 14 évnél fiatalabb gyerekek elleni bűncselekmények esetében alkalmazzanak nagyobb büntetési tételt.

A Fellebbezési Tanács elutasította a vádlott fenti érvelését. A bírák szerint (egyrészt a volt Jugoszlávia igazságszolgáltatási gyakorlata széles körben alkalmazta 18 év alattiak sérelmére elkövetett nemi erőszak esetén a hosszabb szabadságvesztés büntetés kiszabását, másrészt a bírák véleménye szerint) diszkrecionális joguk van megítélni, mit tekintenek súlyosító, és mit enyhítő körülménynek. Sőt, mérlegelésük odáig is terjedhet, hogy akár a 18 év feletti, 19-20 éves áldozatok sérelmére elkövetett cselekményeket is súlyosabban értékeljék: azon oknál fogva, hogy e fiatal lányok még nagyon közel állnak időben a nagyobb sebezhetőséget jelentő, s egyszerre és épp ezért speciális védelemre jogosító életkorhoz. A törvényszék szerint háború idején a fiatal nőket kiemelt oltalom kell, hogy megillessen.²⁴

A mind a genfi egyezmények gyermekeket érintő szakaszait, mind a Gyermekegyezményt ítéletében egyaránt citáló törvényszék Kunaracot 28 év szabadságvesztésre ítélte: fellebbezését az eljáró tanács elutasította.

Lássuk, milyen egyéb releváns ügyek futottak még az ICTY előtt.

1.2. Ügyész v. Blaškić ügy (2000).²⁵ A Tihomir Blaškić vádlott elleni eljárás is figyelmet érdemel témánk szempontjából. Blaškić volt a parancsnoka azoknak a horvát erőknek, amelyek 1992 májusa és 1994 januárja között Boszniában, a Lašva völgyében ismétlődő támadásokat vezettek a moszlim lakosság ellen. A törvényszék bírái szükségesnek tartották külön kiemelni, hogy a horvát katonák fellépése

²¹ A később montenegrói katonáknak „eladott” kislány a tárgyalás idejére sem került még elő.

²² Judgement. IT-96-23-T. Prosecutor v. Kunarac, Kovac, Vukovic. 22 February 2001. 867. §, 874. §, 879. §. <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>

²³ Jenny Kuper: Bridging the gap: military training and international accountability regarding children, in: *International Criminal Accountability and the Rights of Children*. (ed. Karin Arts, Vesselin Popovski), From Peace to Justice Series. Hague Academic Press. The Hague, 2006. 158. o.

²⁴ Tolbert: i.m. 153. o.

²⁵ ICTY. Case No. IT-95-14-T

következtében a civilek közül számtalan gyermek is életét vesztette. Közülük sokan brutális körülmények között, például elevenen elégetve lelték halálukat. Rengeteg gyermek megsérült a harcok során, többeket fogságba vetettek, lerombolták otthonaikat, illetve élő pajzsként használták őket az összecsapásokban. A bírák megállapították: gyerekeket, nőket, időseket megkülönböztetés nélkül támadtak, korukra és nemükre fittyet hányva ölték a civileket a horvát parancsnok irányítása alatt. A törvényszék szerint mindezt súlyosító körülményként kellett értékelni. Blaškićra végül 45 év szabadságvesztés büntetést szabott ki az elsőfokú tanács. Az ítéletet a fellebbezési szakaszban 9 évvel mérsékeltek.²⁶

Kunarac és Blaškić mellett a hágai törvényszék számos más vádlott esetében is külön fontosnak tartotta kihangsúlyozni, ha gyerekekkel szemben is elkövetettek atrocitásokat, s minden esetben súlyosító körülményként értékelték a bírák ezt a tényt. Volt akár szó:

- gyerekek erőszakos elszállításáról, mint pl. az Obrenović ügyben,²⁷
- fiúk tömeges és szisztematikus legyilkolásáról, mint pl. a Nikolic²⁸ vagy a Blagojević ügyekben,²⁹
- sérült gyerekektől való ellátás megtagadásáról, mint pl. a Stakić ügyben,³⁰
- vagy számos civil, s köztük gyerekek vesztét okozó indiszkrimináló támadásokról, mint pl. a Milan Lukić ügyben.³¹

A délszláv háború rengeteg gyermekáldozatot szedett. A hágai törvényszék igyekezett minden esetben feltárni a gyerekekkel szemben elkövetett bűntetteket, és a felelősök felett igazságot szolgáltatni. A kiszabott büntetések persze képtelenek enyhíteni az olyan anyák fájdalmát, mint aki példának okáért az OBRENOVIĆ ügyben tett vallomást, s aki utóbb sokszor azt kívánta, bár ne élte volna ő se túl a kegyetlenségeket. A srebrenicai mészárlásban két fiát és férjét elvesztő asszony így vallott a törvényszék előtt: „Nem tudom elhinni, hogy mindaz igaz, ami megtörtént. Hogyan lehetséges az, hogy egy emberi lény ilyen tettekre legyen képes, leromboljon mindent, megöljön annyi embert? Nem tudom elképzelni, hogy a kisebb fiam kicsi keze halott legyen. Azt képzem, hogy ezzel a kézzel számócát szed, vagy könyvet olvas, iskolába, kirándulni megy. Minden reggel, amikor felkelek, eltakarom a szemem, hogy ne lássam, ahogy más asszonyok gyerekei apjukkal kézen fogva iskolába sietnek.”³²

2. Az arushai ad hoc nemzetközi büntető törvényszék (ICTR)

Ahogy a délszláv utódállamok között folyó véres összecsapások során, úgy Ruandában is rengeteg gyerek vált az öldöklések áldozatává. Így a Ruandában elköve-

²⁶ Kuper: i.m. 157. o.

²⁷ ICTY. Prosecutor v. Obrenović, Case No. IT-02-06/2-S, 2003.

²⁸ ICTY. Prosecutor v. Momir Nikolic, Case No. IT-02-60/1-S, 2003.

²⁹ ICTY. Prosecutor v. Blagojević, Case No. IT-02-60-T, 2005.

³⁰ ICTY. Prosecutor v. Stakić, Case No. IT-97-24-T, 2003.

³¹ ICTY. Prosecutor v. Lukić, Case No. IT-98-32-1, 1998. Lásd: Tolbert i.m. 148. o.

³² ICTY. Judgement, Prosecutor v. Obrenovic. 10 December 2003. 74. §
<http://www.icty.org/x/cases/obrenovic/tjug/en/obr-sj031210e.pdf>

tett népiértésben részt vevőket felelősségre vonó ad hoc nemzetközi büntetőtörvényszék (ICTR)³³ előtt is felmerült a gyermekek elleni jogsértések megítélésének feladata.

Ügyész v. Akayesu ügy (1998).³⁴ A törvényszék egy korai ügyében, az Ügyész v. Akayesu ügyben számos bizonyítékot sorakoztattak fel, amelyek arról tanúskodtak, hogy a ruandai mészárlás idején mily széles körben hajtottak végre gyerekekkel szemben is támadásokat. Ítéletükben a bírák kihangsúlyozták: még az újszülött gyerekek sem menekülhettek az esztelen vérengzés elől. A törvényszék bizonyítottan látta, hogy számtalan esetben még az állapotos anyákat sem kímélték: hutu asszonyokat is megöltek, ha méhükben magzatuk tutszi apától származott. Tutszi lányokat és asszonyokat erőszakoltak meg, vertek meg s aztán végeztek velük. S épp úgy, ahogy a hágai törvényszék a Kunarac ügyben, úgy az arushai is következetesen „lányok” ellen elkövetett nemi erőszakról beszélt: kidomborítva, hogy az erőszaknak áldozatul igen gyakran kiskorúak estek.³⁵

Az arushai törvényszék által később bírált, mára már lezárt ügyeket vizsgálva kijelenthető: rengeteg esetben tárt fel a törvényszék gyerekekkel szembeni bünteteket, gyakorta brutális rémtetteket:

- a Barayagwiza ügyben tett tanúvallomások szerint például nem egy esetben előfordult, hogy hutu férfiak legyilkolták saját, vegyes házasságukból származó, azaz tutszi anya által szült gyermeküket,³⁶
- az Imanishimwe ügy egyik tanúja szerint az öldöklések elől elrejtőzött gyerekeket machetével kaszabolták halomra,³⁷
- a Kajelijeli ügyben tett vallomások szerint a mészárlók nem kímélték a fogyatékkal élő gyerekeket sem: a katonák megerőszakoltak majd kivégeztek egy testi fogyatékos lányt,³⁸
- a Simba ügy vádirata szerint a vádlott az otthonukból elmenekült, és egy parókián menedéket kereső gyerekeket, nőket és férfiakat utasított arra, hogy ássák meg saját sírjukat,³⁹
- a Kambanda ügyben a volt miniszterelnök elismerte: kifejezett kérés, megkeresés ellenére sem tett semmit egy kórházban összegyűlt, az öldökléseket túlélte gyerekek biztonsága érdekében, akiket aztán hamarosan le is mészároltak a katonák.⁴⁰

³³ ICTR: International Criminal Tribunal for Rwanda

³⁴ ICTR. Case No. ICTR-96-4-T

³⁵ Akayesut végül – egyrészt a gyerekek, másrészt az egész tutszi népcsoport ellen elkövetett kegyetlenkedések miatt – a bírák népiértés vádjában bűnösnek találták, és életfogytiglani szabadságvesztésre ítélték. Lásd: Kuper i.m. 159. o.

³⁶ ICTR. Judgement. The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze. Case No. ICTR-99-52-T. 3 December 2003. 140. § 158. § 306. §.

³⁷ ICTR. Judgement. The Prosecutor v. André Ntagerura, Emmanuel Bagambiki, Samuel Imanishimwe. Case No. ICTR-99-46-T. 25 February 2004. 157. §.

³⁸ ICTR Judgement. The Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli. Case No. ICTR-98-44A-T. 1 December 2003. 637-638. §.

³⁹ ICTR. Judgement. The Prosecutor v. Aloys Simba. Case No. ICTR-01-76-T. 13 December 2005. 139. §

⁴⁰ ICTR. Judgement. The Prosecutor v. Jean Kambanda. Case No. ICTR 97-23-S. 4 September 1998. 39. § (ix.)

Voltaképp elvéte található olyan ügy az arushai törvényszék előtt, ahol gyerekkel szembeni atrocitásokról ne esne szó. Az indok egyértelmű: Ruandában népirtás folyt. Márpedig a népirtás kitervelőinek és végrehajtóinak szeme előtt egy cél lebeg: az üldözött népcsoportnak még az írmagját is kiirtani. Ruandában erre tettek szörnyű kísérletet. Így a gyerekeket sem kímélték: válogatás nélkül öltek. A törvényszék kiemelkedő alapossággal mindent megtett annak érdekében, hogy e bűntetteket kivétel nélkül feltárja, s többek között a gyerekekkel szembeni kegyetlenkedések elkövetőit felelősségre vonja.

3. A Nemzetközi Bíróság

Ha már a két ad hoc nemzetközi büntetőtörvényszék gyakorlatát elemezve szóba kerültek a srebrenicai véres események, ehelyütt érdemes a Nemzetközi Bíróság releváns ítéleteinek bemutatására áttérni. Az ENSZ legfőbb bírói szerve⁴¹ előtt ugyanis szintén szerepeltek már olyan ügyek, amelyekben a háborúk gyermekáldozatai is említést nyertek. Így elsőként a Bosznia-Hercegovina és Szerbia között a genocid-egyezmény alkalmazása tárgyában indult per bír relevanciával.

3.1. A népirtás megelőzéséről és megbüntetéséről szóló egyezmény alkalmazásának ügye: Bosznia-Hercegovina v. Szerbia és Montenegró (2007). Bosznia-Hercegovina még 1993-ban az akkori Jugoszláv Szövetségi Köztársaság ellen keresetet nyújtott be az 1948. évi genocídium egyezmény alkalmazása tárgyában.⁴² A Bíróság végül csupán 2007 februárjában tett pontot a több mint egy évtizede húzódó per végére. A Nemzetközi Bíróság fennállása óta először genocídium tényét állapította meg: Srebrenicában népirtás történt, szögezte le a Bíróság. A hágai bírák többségi véleménnyel megállapították, hogy Szerbia:

- szerződéses kötelezettségével ellentétesen nem követett el népirtást,
- nem szövetkezett s nem bujtott fel népirtás elkövetésére,
- valamint nem terheli bűnrészesség sem népirtás elkövetésében,
- de az 1995-ben Srebrenicában zajlott eseményekkel kapcsolatosan megsértette a népirtás megelőzésére vonatkozó kötelezettségét,
- illetve a népirtás elkövetésével vádolt Ratko Mladić hágai törvényszék számára történő kiadásának elmulasztásával szintén vétett a genocídium egyezményből fakadó szerződéses kötelezettségével szemben,
- nem tett továbbá eleget a Bíróság által még 1993-ban elrendelt ideiglenes intézkedéseknek⁴³ azzal, hogy nem foganatosított minden lehetséges lépést a Srebrenicában 1995-ben lezajlott népirtás megelőzése érdekében.

A Nemzetközi Bíróság szerint Szerbia haladéktalanul köteles hatékony intézkedéseket tenni a népirtás elkövetőinek megbüntetésére irányuló szerződéses kötele-

⁴¹ Az Egyesült Nemzetek Szervezetének Alapokmánya. 92. cikk. <http://www.un.org/aboutun/charter/>

⁴² Lamm Vanda: *A délszláv háború újabb felvonása a Nemzetközi Bíróság előtt. A NATO bombázások ügye a Bíróság előtt.* 3. o.

Lásd a Balkán-tanulmányok Központ honlapját: <http://www.balkancenter.hu/pdf/elemzes/lammv.pdf>

⁴³ Hoffmann Tamás: Egy előre meghozott ítélet krónikája? A Népirtás büntetnének megelőzéséről és megbüntetéséről szóló egyezmény alkalmazása (Bosznia és Hercegovina kontra Szerbia és Montenegró) ügy a hágai Nemzetközi Bíróság előtt. *Kül-Világ*, III. évfolyam. 2006/2. 16. o.

zettsége teljesítése érdekében. Köteles átadni a volt Jugoszláviában elkövetett háborús bűnösöket felelősségre vonó törvényszéknek minden népiirtással vádolt személyt, illetve köteles teljes mértékben együttműködni a hágai törvényszékkel.

A bírák megállapították, hogy Szerbia kötelezettségszegéseinek a Bíróság általi deklarálása elegendő elégtételnek számít, s ilyenformán kompenzáció követelésére, illetve a jogsértés újbóli megismétlődése elleni biztosíték vagy garancia követelésére nincs lehetőség.⁴⁴

Témánk szempontjából azért bír jelentőséggel e hosszan elhúzódó, számos kérdést felvető, majd végül az ítélet megszületésekor meglehetősen port kavarázó peres eljárás, mert a Nemzetközi Bíróság történelmében először fegyveres konfliktusok gyermekáldozatairól is szó esett e perben.

Bosznia Hercegovina az eljárás során, bizonyítandó állítását, miszerint Szerbia népiirtást követett el a boszniai moszlimokkal szemben, egy sereg, a gyerekek sérelmére elkövetett atrocitásról is beszámolt a Bíróság előtt:

- Bosznia példának okáért szükségesnek tartotta a Drina folyó völgyében, Zvornik városában, 1992 májusában történt események felemlítését: amelynek során a helyi kórházban szerb katonák mellett, hogy 36 moszlim férfit agyonlőttek, 27 moszlim gyermeket bántalmaztak,⁴⁵
- a Srebrenicában és környékén történt események során is rengeteg gyermek jog sérült: ennek alátámasztására Bosznia a hágai ad hoc nemzetközi büntetőtörvényszéknek a KRSTIĆ ügyben 2001-ben hozott ítéletére utalt vissza, amelyben az ICTY megállapította, hogy pár nap alatt hozzávetőlegesen 25 ezer boszniai moszlim lakos, köztük gyerekek, nők és idősek a boszniai szerb erők által terror alatt tartva túlszúfolt autóbuszokba tömörítve otthunuk elhagyására kényszerültek,⁴⁶
- hivatkozás történt olyan videofelvételekre is, amelyek egyértelműsítették: Srebrenicában a 16 év feletti fiúkat elválasztották családjaiktól, s rengeteget közülük tömegsírba mészároltak,⁴⁷
- a boszniai moszlim nők és gyermekek elleni széles körben és rendszeresen folytatott nemi erőszak bizonyításul a felperes állam a szexuális atrocitások gyakorlatáról a délszláv konfliktus idején beszámoló ENSZ Közgyűlési határozatokra hivatkozott.⁴⁸

A felperes nem csupán ezekre a jogsértésekre, visszaélésekre hívta azonban fel a Bíróság figyelmét. Amikor Bosznia elsődleges szándéka szerint annak megállapítását kérte a Nemzetközi Bíróságtól, hogy Szerbia és Montenegró megsértette-e a

⁴⁴ Summary of the Judgment of 26 February 2007. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) pp. 19-21. <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13687.pdf>

⁴⁵ International Court of Justice. General List No. 91. 26 February 2007. Judgment in the case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, between Bosnia and Herzegovina and Serbia and Montenegro. 250.§ <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>

⁴⁶ ICJ Judgment. Bosnia v. Serbia. 278. §.

⁴⁷ Uo. 288. §.

⁴⁸ Uo. 301. §.

népirtás elleni egyezményből fakadó kötelezettségeit, egyszersmind a genocid egyezmény által adott definíció utolsó passzusának megvalósulására is rákérdezett: felelősség terheli-e Szerbiát Bosznia-Hercegovina moszlim lakosai – mint az egyezmény szerinti nemzeti, etnikai vagy vallási csoport – gyermekeinek más csoporthoz való erőszakos átviteléért.⁴⁹

Amint fentebb ismertetésre került, a Nemzetközi Bíróság ítéletében elismerte, hogy Srebrenicában népirtás történt. A népirtás kifejezetten a gyerekekre vonatkozó tényállásának, azaz „egy csoport gyermekeinek más csoporthoz való erőszakos átvitelének” megvalósulását azonban nem látták a bírák bizonyítottnak. A Bíróság úgy találta, hogy a felperes által előterjesztett bizonyítékok alapján nem állítható, hogy Szerbiában hivatalos politika lett volna a kényszerterhességre irányuló akciók elrendelése, illetve cél lett volna a védett csoport gyermekeinek más csoporthoz való átszállítása, legalábbis a genocid-egyezmény fogalom-meghatározó passzusának értelmében.⁵⁰

Bosznia számos esetet felsorolt – így többek között ICTY-jogeseteket is, például okáért a Gagovic ügyet⁵¹, a Karadžić⁵², a Mladić⁵³ és a Kunarac ügyeket – amikor moszlim nőket szerbek azzal a szándékkal erőszakoltak meg, s adtak e szándékuknak hangot is, hogy a moszlim nő szerb gyereknek adjon életet, illetve rengeteg megerőszakolt nőt csak akkor engedtek szabadon, amikor abortusz elvégzésére már nem volt lehetőség. Az erőszakot tevők célja az volt, a felperes állam szerint, hogy a demográfiai viszonyokat a saját javukra billentsék el. Bosznia szerint e kényszerterhességek eredményeként született gyerekeket az elkövetők „más csoporthoz”, azaz a boszniai szerbekhez kívánták átszállítani. A Bíróság azonban nem látta indokoltnak e cselekményekért az állam felelősségét is megállapítani.

Más kérdés persze, hogy magánszemélyek felelőssége természetesen megállapítható nemi erőszakért, kényszerterhességért, függetlenül attól, hogy az állam maga tartozik-e nemzetközi felelősséggel, avagy sem. Ez a feladat azonban nem a Nemzetközi Bíróságot, hanem a másik hágai fórumot, az ad hoc büntetőtörvényszéket terheli.⁵⁴

3.2. Tanácsadó vélemény a Megszállt Palesztin Területeken felépített fal jogi következményeiről (2004). A Nemzetközi Bíróság releváns ügyeinek számba vétele során az Izrael által felhúzott – a palesztinok által „az apartheid fa-

⁴⁹ Uo. 66. §.

⁵⁰ Uo. 367. §.

⁵¹ ICTY. Case No. IT-96-23-I. Az ügy csupán a nyomozati szakaszig jutott el, tárgyalásra nem került sor. A Nemzetközi Bíróság épp ezért nem is értékelte bizonyítékként ezt az esetet.

⁵² ICTY. Case No. IT-95-5-R61.

⁵³ ICTY. Case No. IT-95-18-R61.

⁵⁴ Egyébiránt Szerbia a per kezdetén épp a magánszemélyek és az állam felelősségének különválasztásával érvelve próbálta megakasztani a Nemzetközi Bíróság eljárását, mondván: az 1948. évi genocídium egyezmény tárgya csupán a természetes személyek, s nem az államok által elkövetett népirtás, ilyenformán a Bíróság nem dönthet a Bosznia által felvetett kérdésekről, Szerbia felelősségéről. A hágai bírák azonban nem osztották ezt a szerb az álláspontot, véleményük szerint a népirtás elleni egyezmény érinti az államok felelősségének kérdését is. Lásd: Kussbach Erich: *Nemzetközi és Európai Büntetőjog*. Szent István Társulat. Budapest, 2005. 168. o.

lának”, az izraeliek által „biztonsági kerítésnek” tekintett⁵⁵ – fal ügyében született tanácsadó vélemény érdemelt még említést.

Az ENSZ Közgyűlésének kérésére 2004-ben adott vélemény szerint az Izrael mint megszálló hatalom által a Megszállt Palesztin Területeken (beleértve Kelet Jeruzsálemet és környékét) felépített fal megalkotása és a kapcsolódó rezsim fenntartása ellentétes a nemzetközi joggal.⁵⁶

Hangsúlyozandó, hogy a Bíróság érvelésében nem csupán a Polgári és Politikai, valamint a Gazdasági Szociális és Kulturális Jogok Nemzetközi Egyezségokmányainak, illetve a polgári lakosság védelmére vonatkozó negyedik genfi egyezménynek a megsértését tartotta fontosnak kiemelni, de kifejezetten a Gyermekek jogi egyezményben rögzített rendelkezések sérelmét is szükségesnek vélték a bírák nyomatékosítani.⁵⁷ Külön is kiemelésre kerültek továbbá az 1966. évi második Egyezségokmány passzusai közül az oktatáshoz való jogot rögzítő és a gyerekek megkülönböztetett védelmét előíró paragrafusok is. Érthető módon, hiszen ha csak egy példát veszünk: a deklarált, hivatalosan képviselt izraeli szándék szerint a palesztin terroristáktól az izraelieket megóvni hivatott fal⁵⁸ nem csupán az öngyilkos merénylőket tartja távol Izraeltől, de példának okáért rengeteg gyereket is elválaszt iskolájától.⁵⁹

Ily módon tehát e tanácsadó véleménnyel nemzetközi igazságszolgáltató fórum által ismételten megerősítést nyert, hogy konfliktusok idején a gyermekjogok lehetőség szerinti legteljesebb körű érvényesítésére feltétlen ügyelni kell a feleknek.

A fegyveres konfliktusok gyermekáldozatai kapcsán a nemzetközi bíróságok sorában a büntetőtörvényszékek és a Nemzetközi Bíróság után végül a strasbourgi emberi jogi bíróság joggyakorlata igényel elemzést.

4. Az Emberi Jogok Európai Bírósága

Az Emberi Jogok Európai Egyezménye – amelynek tiszteletben tartása felett őrködik az Emberi Jogok Európai Bírósága (EJEB) – mindössze három cikkelyében tartalmaz kifejezetten utalást háborúra, vagy fegyveres konfliktusra, (illetve a fegyveres konfliktusok szintjét megközelítő, de el nem érő zavargásokra, feszültségekre, zendülésekre):⁶⁰

⁵⁵ Lásd a Magyar Emberi Jogok Alapítvány (HHRF) honlapját:

<http://www.hhrf.org/nepujsag/04jul/4nu0709.htm>

⁵⁶ International Court of Justice. General List No. 131. 9 July 2004. Legal consequences of the construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory. 163.§ <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>

⁵⁷ ICJ Advisory Opinion. Wall in the Occupied Palestinian Territory. 134. §.

⁵⁸ Schweitzer András: *Az átalakuló Izrael/Palesztina-konfliktus és a Jeruzsálem-kérdés*. Budapesti Corvinus Egyetem. „Nemzetközi Kapcsolatok” Multidiszciplinális Doktori Iskola. Ph.D. értekezés. Budapest, 2006. p. 61. http://phd.lib.uni-corvinus.hu/138/01/schweitzer_andras.pdf (2008. 12. 28.)

⁵⁹ Vessd össze az Állandó Nemzetközi Bíróság által a felső-sziléziai német kisebbségi iskolák és az albániai kisebbségi iskolák ügyében 1931-ben illetve 1935-ben megfogalmazott tanácsadó véleményeivel.

⁶⁰ Nuala Mole: Litigating children's rights affected by armed conflict before the European Court of Human Rights, in: *International Criminal Accountability and the Rights of Children*. (ed. Karin Arts, Vesselin Popovski), From Peace to Justice Series. Hague Academic Press. The Hague, 2006. 167. o.

- az élethez való jogot rögzítő 2. cikkében (amely szerint „az élettől való megfosztást nem lehet a szerződés megsértéseként elkövetettnek tekinteni akkor, ha az a feltétlenül szükségesnél nem nagyobb erőszak alkalmazásából ered (...) zavargás vagy felkelés elfojtása céljából törvényesen tett intézkedés esetében”),
- az egyezmény hatályának szükséghelyzet esetén történő felfüggesztéséről rendelkező 15. paragrafusában (amelynek értelmében „háború (...) esetén bármely szerződő fél az egyezményben meghatározott kötelezettségeitől eltérő intézkedéseket tehet a helyzet szükségessége által feltétlenül megkívánt mértékben”),⁶¹
- valamint a halálbüntetés minden körülmények között történő eltörlésére vonatkozó 13. jegyzőkönyvének Preambulumában (ami voltaképp visszautal az 1983-ban aláírt hatodik – a halálbüntetés eltörlését deklaráló – jegyzőkönyvre, amely nem zárja ki halálbüntetés alkalmazását „háború vagy háború közvetlen veszélye idején elkövetett cselekmények” tekintetében).⁶²

Igaz ugyan, hogy a Római Egyezmény mindössze e három vonatkozásban tesz csupán említést háborús, polgárháborús szituációkról, a Strasbourgi Bíróság gyakorlata mégis figyelmet érdemel a konfliktusok által érintett gyermekek emberi jogainak nemzetközi megítélése szempontjából.

Bár hangsúlyozandó, hogy annak ellenére, miszerint a Bíróság rendkívül részletes esetjogot dolgozott ki arra vonatkozóan, miként kell a Római Egyezmény emberi jogi rendelkezéseit a kiskorúakra alkalmazni,⁶³ ezen ügyek közül azonban csak kevesek vetették fel a háború által sújtott gyerekek helyzetének kérdését. A Bíróság gyakorlata tehát e tekintetben még korántsem aprólékosan kimunkált.

⁶¹ 1993. évi XXXI. törvény az emberi jogok és az alapvető szabadságok védelméről szóló, Rómában, 1950. november 4-én kelt Egyezmény és az ahhoz tartozó nyolc kiegészítő jegyzőkönyv kihirdetéséről

⁶² 2004. évi III. törvény az emberi jogok és az alapvető szabadságok védelméről szóló, Rómában, 1950. november 4-én kelt Egyezmény tizenharmadik, a halálbüntetés minden körülmények között történő eltörlésére vonatkozó jegyzőkönyvének kihirdetéséről

⁶³ Lásd a Bíróság esetjogát:

- a meg nem született gyerekek jogairól (pl. Poku v. Egyesült Királyság, 1996),
- az újszülöttek jogairól (pl. Calvelli és Ciglio v. Olaszország, 2002),
- a bevándorló gyerekek jogairól (pl. Gul v. Svájc, 1996),
- az örökbefogadásról (pl. Pini, Bertani, Manera, Atripaldi v. Románia, 2004),
- a gyerekeknek a szülőtől történő elválasztásáról (pl. Haase v. Németország, 2004),
- a gyerek egészségügyi ellátásának elhanyagolásáról (pl. Powell v. Egyesült Királyság, 2000),
- a gyerek családon belüli bántalmazásáról (pl. Eccleston v. Egyesült Királyság, 2004),
- a gyámok kijelölésének bírói felülvizsgálatáról (pl. S és mások v. Egyesült Királyság, 2004),
- a szülőkkel való kapcsolattartásról (pl. Kosmopoulou v. Görögország, 2004).

Lásd: Mole: i.m. 168. o.

4.1. Aydin v. Törökország ügy (1997).⁶⁴ A Strasbourgi Bíróság 1997-ben szembesült először e komplex problémakör (egy szegmense) megítélésének feladatával. Az Aydin v. Törökország ügy hátterében a fegyveres konfliktusok során oly gyakori bűntett: nemi erőszak elkövetése állt.

Törökország fegyveres összetűzések által érintett dél-keleti részén az utóbb a Bíróság előtt megjelent panaszost a török biztonsági erők elhurcolták, kínzásnak alávetve vallatták, s megerőszakolták. Az akkor mindössze 17 éves, jegyben járó lány, az erőszak ellenére is, hamarosan férjhez ment: a nemi erőszak által okozott testi és lelki szenvedéseken túl külön szorongást jelentett számára, hogy teherbe esett, és fogalma nem volt arról, férjétől vagy a rajta erőszakot tett elkövetőktől származik-e magzata.

A Strasbourgi Bíróság Nagykamarája (amelynek az eljáró kamara hatáskörét átadta „lényeges kérdés” felmerülésére hivatkozva)⁶⁵ megállapította, hogy a kérdéses ügyben megsértették a Római Egyezmény kínzást tilalmazó 3. cikkelyét (valamint a hatékony jogorvoslathoz való jogot rögzítő 13. paragrafust is)⁶⁶. A strasbourgi bírák hangsúlyozták: egy fiatal lány biztonsági erők általi megerőszakolása különösen súlyos és iszonyatos példája a bántalmazásnak.⁶⁷

4.2. Isayeva v. Oroszország (2005).⁶⁸ Az Isayeva v. Oroszország ügy hátterében az 1999-ben felerősödött csecsen konfliktus áll. Történt, hogy civilek egy csoportja, közöttük a két – hat és kilenc éves – Isayev testvér, egy, a falujukat elhagyni készülő konvojhoz csatlakoztak. Egy biztonsági folyosónak hitt területen áthaladva a konvojt az orosz katonaság részéről légitámadás érte: a bombázás következtében rengetegen megsérültek, illetve életüket veszítették. Meghalt a két Isayev testvér is. Édesanyjuk a bírósághoz fordult, annak megállapítását kérve, hogy Oroszország megsértette a Római Egyezmény 2. – az élethez való jogot elismerő – cikkelyét: egyrészt a légitámadással, másrészt azáltal, hogy nem tettek semmit a történetek hatékony kivizsgálása érdekében.

A Bíróság azt ugyan elismerte, hogy a Csecsniában abban az időben zajló eseménysorozat kivételes eszközök bevetését igényelte az orosz hatóságok részéről a terület feletti ellenőrzés visszaszerzése és az illegális fegyveres lázadás visszaszorítása érdekében. Mindazonáltal, még ha az oroszok részéről indított fegyveres támadás jogszerű lépés is volt a felkelők leverésének célja által vezérelve (erről kifejezetten nem nyilatkozott a Bíróság), megkülönböztetés nélkül bombázni egy olyan utat, ahol polgári lakosok, s közöttük gyerekek vonulnak át nagy számban, egyértelműen sérti a Bíróság megítélése szerint az Európai Emberi Jogi Egyezmény 2. paragrafusát. S mivel az orosz hatóságok nem indítottak eljárást annak érdekében,

⁶⁴ European Court of Human Rights (ECHR). Judgment. Case of Aydin v. Turkey. Strasbourg, 25 September 1997. Case No. 57/1996/676/866.

⁶⁵ Lásd a Római Egyezmény 30. cikkét.

⁶⁶ Hiszen nem indítottak nyomozást az ügyben a török hatóságok, az áldozat számára nem biztosítottak jogorvoslatot. A Bíróság pedig már 1998-ban az Assenov v. Bulgária ügyben rögzítette azt az alapelvet, miszerint ha elmarad a feltételezett kínzás vagy kegyetlen bánásmód elkövetőinek hatékony felelősségre vonása, ezzel nem csupán a 13. paragrafus sérül, de a kínzás tilalmát deklaráló 3. cikkely is, még ha nem is bizonyítható, hogy valóban történt-e kínzás, vagy kegyetlen bánásmód.

⁶⁷ Mole: i.m. 169-170. o.

⁶⁸ ECHR Judgment. Case of Isayeva v. Russia. Strasbourg, 24 February 2005. Application No. 57950/00.

hogy fény derüljön arra, ki a felelős a semmibe vett biztonsági zóna deklarálásáért, vagy a terület védelméért, a Strasbourgi Bíróság szerint egyértelműen megállapítható Oroszország mulasztásos jogsértése.⁶⁹

4.3. Behrami v. Franciaország.⁷⁰ Amíg az Aydin és az Isayeva ügyekben a részes államok negatív kötelezettségei (2. és 3. cikkek: „senkit sem lehet életétől szándékosan megfosztani...”, „senkit sem lehet kínzásnak alávetni...”), addig a Behrami v. Franciaország ügyben a tagállamok pozitív kötelezettségei megítélésének feladatával szembesült a Strasbourgi Bíróság.⁷¹

A Behrami ügy középpontjában a gyerekekre különös veszélyt jelentő taposóaknák illetve fel nem robbant egyéb lövedékek problémaköre állt.⁷² A konkrét eset áldozatai 10-15 év közötti koszovói gyerekek voltak. Mit sem sejtve a veszélyről, a gyerekek a NATO által 1999-ben tömegével ledobott fűrtös vagy másképpen kazetás bombák⁷³ fellelt darabjaival kezdték játékba. Az egyik szerkezet detonációja következtében egy gyermek életét veszítette, a többiek súlyos sérüléseket szenvedtek.

A Strasbourgi Bírósághoz az elhunyt gyermek (és megsérült testvére) édesapja fordult. Panaszában Franciaországot jelölte meg mint a Római Egyezményt megsértő államot. Miért Franciaországot? A válasz egyszerű, a további felvetődő kérdések azonban korántsem azok. Az ENSZ Biztonsági Tanácsa⁷⁴ 1999-ben a NATO vezette nemzetközi koszovói haderőt, a KFOR-t⁷⁵ bízta meg a koszovói rend és béke helyreállításának feladatával. 2000-ben, amikor a baleset történt, a kérdéses terület francia parancsnokság irányítása és ellenőrzése alatt állt.

Az édesapa szerint Franciaországot súlyos mulasztás terheli, mivel nem tett meg mindent annak érdekében, hogy a „fennhatósága” alá került területeket mentesítse a testi épséget veszélyeztető, az élet kioltására alkalmas, különösen a gyerekeket fenyegető robbanó szerektől. Franciaország terhére tehát, a panaszos szerint, nem egy negatív, passzív, non facere kötelezettség megszegése, hanem épp ellenkezőleg, egy pozitív, aktív, cselekvésre szólító kötelezettség semmibe vétele írható.

A Bíróság engedélyével utóbb az Egyesült Királyság is perbe bocsátkozott. Mind a franciák, mind a britek hangsúlyozták: a koszovói események nem tartoznak Franciaország joghatósága alá. Azaz a konkrét esetben, a koszovói gyerekek balesete kapcsán, nem köti a franciákat az egyezmény 1. cikkelye, amely szerint a

⁶⁹ Mole: i.m. 170-171. o.

⁷⁰ ECHR. Application No. 71412/01.

⁷¹ Mole: i.m. 172-175. o.

⁷² Nuala Mole, aki a Behrami ügy panaszosainak jogi képviselőjét látta el Strasbourgban, a Landime Monitor adatait citálja tanulmányában: a taposóaknák ellen kampányoló nemzetközi NGO szerint 2004-ben több mint 6,5 ezren szenvedtek sérülést a megbúvó aknák pusztításának következtében. Az áldozatok közel 20%-a gyerek volt. Lásd: Mole: i.m. 172. o.

⁷³ Az ún. fűrtös vagy kötegelt bombák betiltásáról rendelkező nemzetközi szerződést 2008 decemberének első napjaiban nyitották meg aláírásra Oslóban. Az egyezmény hatályát 30 állam általi ratifikációt követően fogja elnyerni. <http://www.guardian.co.uk/world/2008/dec/03/cluster-bomb-treaty-oslo>

⁷⁴ 1244. számú határozatával: Security Council resolution 1244 (1999) on the situation relating Kosovo. <http://www.un.org/docs/scres/1999/sc99.htm>

⁷⁵ KFOR: Kosovo Force

szerződő felek biztosítani kötelesek „a joghatóságuk alatt álló minden személy számára az egyezményben meghatározott jogokat és szabadságokat”. A Római Egyezményben részes államok fegyveres erőinek extraterritoriális tevékenysége nem ítéltető meg ekképpen.

Mielőtt ismertetésre kerülne a Behrami ügy kimetele, érdemes közbevetőleg néhány más strasbourgi jogesetet is görcső alá venni.

4.3.1. Banković v. Belgium és mások (2001).⁷⁶ A részes államok extraterritoriális tevékenységének tekintetében a Bíróságnak egy 2001-ben született, szintén a délszláv eseményekkel összefüggő ítélete érdemel figyelmet. A Banković v. Belgium ügyben ugyanis kimondta a Nagykamara, hogy a Belgrádi TV NATO általi bombázásának civil áldozatai nem tartoztak az egyezmény 1. cikke szempontjából a szerződő felek joghatósága alá (akkor Jugoszlávia nem volt részes állama az egyezménynek). A Bíróság tehát egyértelműen területi, territoriális alapon ítélte meg a joghatóság kérdését: a NATO csapatok nem gyakoroltak ellenőrzést vagy parancsnokságot Szerbia területén, tehát a kérdéses események sem vonhatók az Egyezmény hatálya alá.

4.3.2. Ilasçu és mások v. Moldova és Oroszország (2004).⁷⁷ A Behrami által előterjesztett panaszt képviselő jogász csoport a Bíróság Nagykamerájának egy későbbi, az Ilasçu v. Moldova és Oroszország ügyben hozott ítéletére utalt vissza. A 2004-ben született döntés szerint az orosz hadsereg fellépése Moldova szakadár tartományában (Transznisztria) a Római Egyezmény szempontjából Oroszország joghatósága alá tartozónak számított.

4.3.3. Issa és mások v. Törökország (2004).⁷⁸ Egy szintén 2004-ben megfogalmazott, Törökországgal szembeni panasz tárgyában született ítélet pedig akként foglalt állást, hogy a török seregek Irak területére történő időleges benyomulásai során ejtett akciók szintén Törökország joghatósága alá esőnek értékelendők. (Hasonló kérdés merült fel a törökök iráni behatolásaival kapcsolatban is.)

4.3.4. Osman v. Egyesült Királyság (1998).⁷⁹ A Behrami ügy nem csupán a részes államok hadseregei extraterritoriális fellépéseinek megítélése szempontjából vet fel érdekes kérdéseket. Felmerül az is, miként értékelendő, ha egy állam nem tesz eleget valamely, a szerződésből reá háruló pozitív, tevőleges kötelezettségének.

Az Osman v. Egyesült Királyság ügyben az ezredfordulón hozott ítélet ezt a problémát segít megvilágítani. Az ügy hátterül egy 13 éves fiú zaklatása szolgált. A fiú súlyos mentális problémákkal terhelt tanárának vált a rögeszméjévé. A gyermek és családja többször fordult a rendőrséghez, kérve őket, hogy nyújtsanak

⁷⁶ ECHR Grand Chamber Decision as to the admissibility of the Case of Banković and others v. Belgium and 16 other contracting states. Strasbourg, 19 December 2001. Application No. 52207/99.

⁷⁷ ECHR Judgment. Case of Ilasçu and others v. Moldova and Russia. Strasbourg, 8 July 2004. Application No. 48787/99.

⁷⁸ ECHR Judgment. Case of Issa and others v. Turkey. Strasbourg, 16 November 2004. Application No. 31821/96.

⁷⁹ ECHR Judgment. Case of Osman v. United Kingdom. Strasbourg, 28 October 1998. 87/1997/871/1083.

számukra kellő védelmet. A rendőrség az ismételt megkeresések ellenére sem tulajdonított különösebb jelentőséget a tanár által elkövetett atrocitásoknak. Mígnem a zaklató egy puskával rá nem támadt a családra: megölve az édesapát, és komoly sérüléseket okozva a gyermeknek.

A panaszos a rendőri szervek mulasztását róta fel az Egyesült Királyságnak. A Bíróság meg is állapította, hogy a Római Egyezménynek az élethez való jogot rögzítő 2. cikkelye bizonyos körülmények között pozitív kötelezettséget is keletkeztethet a nemzeti hatóságok oldalán: e szervek kötelesek megvédeni az állam joghatósága alatt álló személyeket az életüket veszélyeztető behatásoktól. (A Bíróság szükségesnek ítélte kiemelni, hogy ez a kötelezettség természetesen nem ró aránytalan terheket a hatóságokra: azok nem kötelesek valamennyi potenciális sérelem megelőzésére, elhárítására.)

A Bíróság szerint egy állam megsérti az élet védelmére vonatkozó pozitív kötelezettségét, ha hatóságai tudták, vagy tudniuk kellett volna, hogy egy egyénnek vagy egyének csoportjának életét valós és közvetlen veszély fenyegeti egy harmadik, bűncselekményt elkövetni szándékozó személy részéről, és nem tesznek hatáskörük keretében semmi ésszerűen elvárható lépést e fenyegetettség kivédése érdekében. A Strasbourgi Bíróság megítélése szerint különösen súlyos a nemzeti hatóságok mulasztása abban az esetben, ha a veszélyeztetett potenciális áldozat egy önmagát hatékonyan megvédeni képtelen gyermek.

A Behrami ügyben a panaszos képviselőjét ellátó jogász csoport a következő kérdések megítélésének feladatával szembesítette a Bíróságot:

- a francia katonai szervek tisztában voltak-e, vagy tisztában kellett volna-e lenniük a fűrtös bombák által jelentett veszéllyel,
- a fel nem robbant lövedékek valós és közvetlen fenyegetést jelentettek-e a gyerekek életére,
- adaptálhatók-e az Osman ügyben deklarált elvek abban az esetben, ha a fenyegetést nem egy harmadik személy bűncselekménye jelenti,
- végezetül a francia szervek hatáskörébe tartozott-e az elmulasztott lépések megtétele, illetve elvárható volt-e részükről a fellépés.

A panaszos oldalán eljáró ügyvédek a francia KFOR szemére vetették, hogy ugyan tudtak a fel nem robbant bombák jelenlétéről, mégsem tettek semmit ezek semlegesítése, de még kellő megjelölésük vagy elkerítésük érdekében sem.

4.3.5. Z és mások v. Egyesült Királyság (2001).⁸⁰ Maradva a pozitív kötelezettségek megítélésének problematikájánál, érdemes e szempontból megvizsgálni a Z és mások v. Egyesült Királyság ügyben hozott verdiktet is, (amely ugyan gyerekekre vonatkozott, de nem háborús szituáció közepette). Amíg az Osman ügyben a Római Egyezmény 2. cikke, utóbbi esetben a 3. cikk, a kínzás elleni passzus merült fel. A Bíróság úgy találta, hogy az államoknak pozitív kötelezettsége megvédeni a joghatóságuk alatt álló minden személyt, de különösen a sebezhető gyerekeket a kínzástól vagy az embertelen, megalázó bánásmód bármely formájától. A hatóságok kötelesek fellépni a magánszemélyek által elkövetett jogsértések ellen is: köte-

⁸⁰ ECHR Judgment. Case of Z and others v. United Kingdom. Strasbourg, 10 May 2001. Application No. 29392/95.

lesek megakadályozni, hogy a szülők passzív módon elhanyagolják vagy aktív módon bántalmazzák gyermekeiket. Megállapítható az államok felelőssége, ha a hatóságok tudtak, vagy tudniuk kellett volna a gyerekek ellen elkövetett atrocitásokról, mégsem tettek semmit a jogsértő helyzet felszámolása érdekében.

4.3.6. Oneryildiz v. Törökország (2002).⁸¹ Fadeyeva v. Oroszország (2005).⁸² Nuala Mole véleménye szerint kiolvasható a Bíróság esetjogából az a vélelem, miszerint konfliktusok idején, de különösen a konfliktusokat követően, az államok kötelesek megvédeni a gyermekeket nem csupán az Egyezmény által tiltott magatartásoktól (például adott esetben kínzástól, kegyetlen bánásmódtól), de kötelesek minden, a gyerekek életére vagy testi épségére folyamatos veszélyt jelentő behatások elhárítására is (így adott esetben gondoskodni az aknák, robbanószerek semlegesítéséről is).

Az államok kötelezettségét arra nézve, hogy megvédjék a magánszemélyeket az életükre vagy biztonságukra folyamatos veszélyt jelentő helyzetektől, a Bíróság az Oneryildiz v. Törökország és a Fadeyeva v. Oroszország ügyekben rögzítette. Mindkét eset olyan kisgyermekes családokat érintett, akik kifejezetten veszélyes körülmények között voltak kénytelenek élni, és a hatóságok egyik esetben sem tettek semmit annak érdekében, hogy körülményeiket biztonságosabbá tegyék. A Behrami ügy panaszosának jogi képviselőjét ellátó csoport ezen ügyeket is felhozta, mint amelyek bizonyítják Franciaország egyezményesértő magatartását, pontosabban jogsértő nem-cselekvését, mulasztását.⁸³

A Strasbourgi Bíróság végül nem találta elfogadhatónak a Behrami ügyben beérkezett kérelmet. Figyelmét azonban nem a részes államok Koszovóban gyakorolt extraterritoriális joghatóságára irányította: központi kérdésnek sokkal inkább azt tartotta, vajon megítélheti-e a Bíróság a Római Egyezmény alapján az államoknak a koszovói biztonság megteremtése, fenntartása érdekében kifejtett tevékenységét.

A Bíróság abból indult ki, hogy az aknamentesítés feladatának felügyelete az UNMIK⁸⁴, azaz az ENSZ koszovói ideiglenes igazgatási missziója mandátumának részét képezte. A következő lépésben tisztázni kellett azt, vajon az UNMIK mulasztása (azaz az aknák által jelentett veszély el nem hárítása) az ENSZ-nek tudható-e be. A Bíróság megállapította, hogy az UNMIK az ENSZ alárendelt szerveként jött létre az Alapokmány VII. fejezetének fényében (mint a BT delegált közigazgatási feladatait ellátó szerv). A kérdéses mulasztás tehát magának az ENSZ-nek számítható be, mint önálló, a tagállamoktól független jogi személyiséggel rendelkező szervezetnek. Tudvalevő pedig, hogy az ENSZ nem részese a Római Egyezménynek.

A Bíróság tehát szembesült azzal a kérdéssel, vajon kompetens-e megítélni adott államnak, jelen esetben Franciaországnak az ENSZ érdekében kifejtett tevé-

⁸¹ ECHR Judgment. Case of Oneryildiz v. Turkey. Strasbourg, 18 June 2002. Application No. 48939/99.

⁸² ECHR Judgment. Case of Fadeyeva v. Russia. Strasbourg, 9 June 2005. Application No. 55723/00.

⁸³ Mole: i.m. 175. o.

⁸⁴ UNMIK: UN Interim Administration for Kosovo

kenységét, illetve általánosabban: megítélheti-e a Római Egyezmény és az ENSZ Alapokmány VII. fejezete alapján kifejtett ENSZ-akciók összeegyeztethetőségét.

A Bíróság elsőként rögzítette: a Római Egyezmény eredeti 12 aláíró állama közül kilencen 1950-ben tagjai voltak '45 óta az Egyesült Nemzeteknek, ráadásul a részes államok nagy többsége korábban csatlakozott az ENSZ-hez, mielőtt ratifikálták volna az Európai Egyezményt, illetve ma már minden szerződéses fél tagja egyúttal az ENSZ-nek is. Mi több, a Római Egyezmény egyik célja épp az ENSZ Közgyűlése által 1948-ban elfogadott Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozatában deklarált jogok érvényesítésének biztosítása. Tovább folytatva az okfejtést: az ENSZ elsődleges célja a nemzetközi béke és biztonság fenntartása. Az pedig ugyancsak vitán felül álló, hogy az emberi jogok biztosítása fontos szegmensét képezi a nemzetközi béke és biztonság megteremtésének, megőrzésének: amiért viszont épp az ENSZ BT viseli az elsődleges felelősséget. Akár kényszerítő eszközök alkalmazásával is. Épp így, a békét fenyegető konfliktusra reagálva hozta létre a Biztonsági Tanács mind a KFOR-t, mind az UNMIK-et.

A Strasbourgi Bíróság végül arra a következtetésre jutott, nincs joghatósága arra, hogy megítélje a Római Egyezmény alapján a szerződés részes államainak a BT felhívására – a nemzetközi béke és biztonság fenntartása érdekében elrendelt missziók keretében – kifejtett tevékenységét (vagy épp mulasztását). Ha ezt tenné, azzal beavatkozna az ENSZ feladatainak végrehajtásába.

Összefoglalva: mind az ENSZ Alapokmányának VII. fejezete alapján életre hívott UNMIK (mint az ENSZ egy alárendelt szerve), illetve mind a szintén a VII. fejezet alapján a BT által delegált hatásköröket kapó KFOR tevékenysége, így mulasztása is közvetlenül az Egyesült Nemzetek Szervezetének tudható be. Ezeket a fellépéseket pedig nem ítélné meg a Strasbourgi Bíróság a Nagykamara álláspontja szerint. A bírák ezért a kérelmező által felvetett egyéb kérdések megítélését már nem tartották szükségesnek. A kérelem elfogadhatatlannak bizonyult.⁸⁵ A gyereket háború idején, vagy a konfliktusokat követően megillető jogok érvényesülése szempontjából azonban mindenképp előremutatónak ítélné a BEHRAMI ügyben a panaszos által felvetett kérdések, az általa illetve jogi képviselői által tett megállapítások.

5. A Nemzetközi Büntetőbíróság (ICC) és a Sierra Leone-i Speciális Bíróság (SCSL)

Végezetül fontos kiemelni, hogy a hágai Nemzetközi Büntetőbíróság és a Sierra Leone-i polgárháború eseményeit feltáró, a háborús bűnösöket felelősségre vonó Speciális Bíróság előtt folyó ügyekben is szerepeltek már a vádak között kifejezetten a gyerekek – mint a fegyveres konfliktusok áldozatainak – sérelmére elkövetett bűncselekmények. A Sierra Leone-i „hibrid” bíróság esetében valamennyi vádlott,

⁸⁵ ECHR Grand Chamber Decision as to the admissibility of the case of Behrami and Behrami v. France (Application No. 71412/01) and Saramati v. France, Germany and Norway (Application No. 78166/01) 2 May 2007.

az ICC⁸⁶ esetében az ugandai hadurak kénytelenek szembesülni ezzel a vádponttal is.

E két fórum fellépése mégis inkább a gyermekkatonák vonatkozásában érdemel figyelmet. Jelen tanulmány azonban csak az ún. passzív oldal, azaz a háborúk áldozataivá⁸⁷ váló gyerekek oltalmát célzó nemzetközi normák megsértését megítélő nemzetközi bírói döntések ismertetésére, kimerítő elemzésére kívánt szorítkozni.⁸⁸

Záró gondolatok

A fent tárgyalt jogesetek ismertetését követően, konklúziót vonva megállapítható: nagy utat járt be a nemzetközi jog napjainkig, amikor is féltucatnyi nemzetközi bírói fórum (összefoglalva: a Nemzetközi Bíróság, a hágai és az arushai ad hoc nemzetközi büntetőtörvényszékek, az Emberi Jogok Európai Bírósága, a Nemzetközi Büntetőbíróság és a Sierra Leone-i Speciális Bíróság) bíráinak immár feladatkörük részévé vált a gyermekjogok fegyveres konfliktusok idején történő megsértésének megítélése.

Korábban kevés figyelmet szenteltek a nemzetközi jogszabályok a fegyveres konfliktusok egyik legkiszolgáltatottabb elszenvetőinek, a gyermekeknek. Sőt, maga a nemzetközi jog egésze sem mutatott kiemelkedő érdeklődést e személyi kör iránt.⁸⁹ A XX. század második felében azonban (értelemszerűen párhuzamosan az általános emberi jogok térnyerésével), egyre több és több jogosultsággal ruházták fel a gyerekeket nemzetközi források. Megjelentek és fokozatos kibontakozásnak indultak – Bokorné Szegő Hanna szóhasználatával élve – a „gyermeki emberi jogok”.⁹⁰ A gyermekek „jogképtelen” személyekből nemzetközi jogok hordozóivá váltak.⁹¹

A legtöbb nemzetközi norma persze nem csak és kizárólag a gyermekekre koncentrálva ruházta fel jogosítványokkal a kiskorúakat, hanem pusztán az általános, minden emberre kiterjedő generális szabályok váltak rájuk nézve is alkalmazandó-

⁸⁶ ICC: International Criminal Court

⁸⁷ Hangsúlyozandó, hogy a katonának állt, fegyverbe kényszerített fiatalok, tinédzserek, kisgyerekek is egyben áldozatai a fegyveres konfliktusoknak. Gyerekek, akik a felnőttek csatáit vívják. Így a háborúk által sújtott kiskorúak összetett problémakörének „aktív” és „passzív” oldalakra való felosztása pusztán első megközelítésben állhatja meg a helyét.

⁸⁸ Lásd a 10. lábjegyzetet.

⁸⁹ Az első, „gyerekreleváns” nemzetközi egyezmények a gyermekkereskedelem és a gyermekmunka tárgyköreiben jelentek meg, még a XX. század első évtizedeiben.

Lásd: 1904. évi (majd 1910. évi) párizsi egyezmény: a leánykereskedelem elnyomásáról

Lásd: 1921. évi genfi megállapodás: a mezőgazdasági munkában alkalmazható gyermekek legalacsonyabb életkorának megállapításáról illetve az ugyanebben a tárgykörben született 1921. évi 10-es számú ILO-egyezmény

Lásd: 1919. évi 5-ös számú ILO-egyezmény: az iparban irányadó minimális korhatárról

Lásd: 1919. évi 6-os számú ILO-egyezmény: a fiatal munkavállalók éjszakai (ipari) munkájáról

Lásd: 1920. évi 7-es számú illetve 1921. évi 15-ös számú ILO-egyezmények: a tengeren irányadó minimális korhatárról

In: Bokorné Szegő Hanna: A gyermek védelme a nemzetközi jogban, *Acta Humana*, 1992. No. 9. 5-6.

⁹⁰ Uo. 4. o.

⁹¹ Joseph S. – Schultz J. – Castan M.: *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*. Oxford University Press, 2000. 467. o.

vá. Idővel megjelentek azonban a kifejezetten csupán a gyermekekre, egyedül csak rájuk fókuszáló nemzetközi rendelkezések is. Így történt ez a fegyveres konfliktusok idején irányadó nemzetközi normaanyag fejlődésekor is: számos előírás pusztán úgy védi a gyerekeket háború idején, mint minden más, nem kombattáns személyt, nagyszámú, és egyre több norma esetében azonban már kifejezetten a gyermekek tekinthetők a speciálisan megcélzott személyi körnek.

Hugo Grotius még akként vélekedett a harmincéves háború idején megjelent, a *Háború és béke jogáról* írt korszakalkotó könyvében: hogy „még a nők és a gyermekek megölése is büntetlen cselekménynek tekintendő, mivel benne foglaltatik a háború jogában”.⁹² (Fontos azonban mindehhez hozzátenni Herczegh Géza megállapításait is, aki szerint: „Grotius kifejtette azt is, hogy csak látszólag ismeri el e cselekmények jogszerűségét, mert büntetlenül valósulhatnak meg »bár az igazság szabályaival ellentétben állnak ... mellőzésük viszont emelkedett lelkiületre vall és a jószándékú emberek szemében nagyobb dicséretre méltó«.”⁹³)

Az államközi jog atyjának tekintett Grotius korában irányadó nemzetközi normákkal szemben mára már kiterjedtnek mondható nemzetközi normaanyag kristályosodott ki a konfliktusok által sújtott gyermekek védelmében. Sőt, hangsúlyozandó, hogy a „gyermeki emberi jogok” a kezdetekkor épp e speciális területen fejlődtek a legintenzívebben.⁹⁴ (Tíz évvel az 1959. évi gyermekjogi deklarációt, s négy évtizeddel az 1989. évi Gyermekjogi chartát megelőzve, már 1949-ben szóltak ugyanis a genfi egyezmények a gyerekek különleges igényeiről.)

A nemzetközi jog e speciális szegmensének fejlődése azonban nem csupán a konfliktusok idején a gyermekek számára védelmet nyújtani igyekvő nemzetközi normák számának növekedésében és szabályozásuk mélyülésében érhető tetten. Az egyre több és egyre részletesebb szabályok megjelenésében megnyilvánuló fejlődés következő állomása a nemzetközi bírói fórumok normasértésekre történő reagálása volt.

Mára már mind az államok, mind a magánszemélyek felelőssége háború idején történő gyermekjog-sértésekért elbírálandó kérdésként merült fel számos állandó bíróság előtt:

- hol súlyosító körülményként értékeli a „nemzetközi bírák” a gyerekek sérelmére háború idején elkövetett atrocitásokat (ICTY, ICTR),
- hol a gyerekek oktatáshoz való jogának konfliktusok idején történő biztosításának problémája merül fel (Nemzetközi Bíróság),
- hol a civilek, s köztük a gyerekek ellen indított megkülönböztetés nélküli támadások egyezményesértő voltának deklarálására kerül sor (EJEB),
- hol a konfliktuszónában élő gyerekek védelme érdekében teendő pozitív, tevételes állami intézkedések szükségességének kérdése vetődik fel (EJEB),
- hol a népiirtás megtörténtének bizonyítása történik a gyerekek sérelmére elkövetett kegyetlenségekre való utalással (Nemzetközi Bíróság, ICTR),

⁹² Hugo Grotius: *A háború és a béke jogáról*. III. könyv. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1960. 65-66. o.

⁹³ Herczegh Géza: *A humanitárius jog fejlődése és mai problémái*. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1981. 20-21. o.

⁹⁴ Ahogy Bokorné Szegő Hanna fogalmazott: paradox módon; hiszen „a gyerekek lételeme a béke”. In: Bokorné: *A gyermek védelme a nemzetközi jogban*. 8. o.

- hol a genocid egyezmény által meghatározott népiirtás büntette „gyerekreleváns” tényállási elemének – a csoport gyermekeinek más csoporthoz való erőszakos átvitele – megvalósulása kerül megítélésre (Nemzetközi Bíróság).

Ne feledjük, 1945-ben – ahogy arról az Alapokmány (nem véletlenül a legelső mondata) is tanúskodik – az Egyesült Nemzeteket azért hívták életre, hogy megmentseék „a jövő nemzedékét a háború borzalmaitól”. Naivitás persze – ma – e célkitűzést elérhetőnek tekinteni. Mindenesetre annyi elvárható és meg is követelhető a 21. század kezdetén, hogy a „jövő nemzedékeit” képviselő gyerekek számára minden lehető eszközzel és minden lehetséges fórumon oltalmat biztosítsanak a „háború borzalmaival” szemben. A legkevesebb, hogy a gyermekeket konfliktusok idején védő nemzetközi normákat semmibe vevők felelősségre vonása megtörténjék. Ha nemzeti fórumok erre nem képesek vagy nem hajlandók: nemzetközi bíróságok által. A példa immár adott.

***In-house* (köz)beszerzés –**

Kivétel vagy kibúvó?

Juhász Ágnes*

Bevezetés

a közös piac megvalósítása során az Európai Közösségnek számos nehézséggel kellett szembenéznie. A piac egységességét akadályozó korlátok fokozatos lebontása hosszas időbe telt, ám ennek ellenére még mai napig léteznek olyan területek, amelyek bizonyos mértékben akadályként hárulnak a közös piac teljes megvalósítása elé. Az egyik ilyen, nem adó jellegű, a piaci versenyt is korlátozó terület a közbeszerzések joga, amelynek közösségi szintű szabályozását több tényező is indokolja: az említett jogterület nemzeti szintű, az állami beszerzési politika keretei között történő szabályozása adott esetben versenykorlátozó hatással járhat (veszélyeztetheti a közös piac működését, lehetővé teheti a tagállamok oldaláról protekcionista rendelkezések bevezetését, ezek mind negatív hatást gyakorolhatnak a közös piac működésére).

A közbeszerzések közösségi szintű szabályozása amellett, hogy kitarja a kapukat a külföldi ajánlattevők előtt, egyfajta védelmi funkciót is ellát, hiszen a közösségi szinten összehangolt rendelkezések némiképp korlátok közé szorítják a közbeszerzések nem alaptalanul a korrupció melegágyának tekintett területét. Annak ellenére, hogy a közélet tisztasága elleni bűncselekmények megelőzése és visszaszorítása érdekében az Európai Közösség különös figyelmet szentel a közbeszerzési eljárás hatálya alá tartozó szerződéseknek is, mégis szép számmal akadnak korrupciós cselekmények.

Enyhébb, ám a piac szempontjából rendkívül súlyos következményekkel járnak a közbeszerzésekkel összefüggésben megvalósuló olyan magatartások, amelyek a gazdasági verseny egyfajta torzítását, megakadályozását jelentik. Ez a problémakör fokozottan merül fel a beszerzések azon területein, amelyek a közösségi irányelvek felhatalmazása alapján mentességet élveznek a közbeszerzési szabályok alkalmazása alól.

A versenyeztetés-köteles és nem versenyeztetés-köteles odaítélési eljárások elhatárolása ugyan mindig is központi szerepet töltött be a közbeszerzési jogon belül, ám napjainkban különös mértékben megnőtt az aktualitása a szerződések külső odaítélésének és az *in-house*, ún. házon belüli ügyletnek a megkülönböztetésének.

* Egyetemi tanársegéd, Miskolci Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Polgári Jogi Tanszék.

Ez utóbbi beszerzések kivételt képeznek mind a közösségi, mind pedig a nemzeti közbeszerzési szabályok alól, azaz meghatározott feltételek fennállása esetén a közbeszerzésre irányadó rendelkezések alkalmazása mellőzhető. Az *in-house* kivétel lehetőséget biztosít az ajánlatkérőknek, hogy a vele szoros kapcsolatban álló, ám látszólag jogilag elkülönülő vállalkozásoknak – nyilvánvalóan szigorú korlátok betartása mellett – közvetlenül, ajánlattételi felhívás közzététele nélkül ítélhesse nek oda szerződéseket.

Nehéz a megítélése annak, hogy egy beszerzés mikor tekinthető házon belüli beszerzésnek, sok esetben összemosódnak az elhatárolási vonalak. A definiálást tovább nehezíti az a tény, hogy az ajánlatkérő szervek sok esetben csak egy kiskaput keresnek, amelyet felhasználva megkerülhetik a szigorú közbeszerzési szabályokat, a közzététel és az elbírálás bonyolult feltétel- és szempontrendszerét.

Jelen tanulmányban az Európai Közösségek Bírósága esetjogának segítségével hívasával törekszem az *in-house* beszerzések fogalmának és kritériumainak tisztázására, egyúttal arra a kérdésre keresvén a választ, hogy ez a beszerzési forma, valóban csupán egy intézményes szinten legalizált kivétel-e, avagy az ajánlatkérők által tudatosan használt, és emiatt jogilag is elfogadott kiskapuként értelmezhető.

A tanulmány végén a vonatkozó hatályos magyar szabályozást teszem vizsgálat tárgyává, tekintettel arra, hogy ezen ügyletek szabályozása a közösségi joggyakorlat nyomán, később került bele a közbeszerzési törvénybe, annak eredeti változatában nem szerepelt. Hazánkban a házon belüli beszerzésekre, azok alkalmazására, a felmerülő problémákra vonatkozóan gyakorlatilag nincs fellelhető irodalom.

A mai napig nem született olyan magyar nyelvű tanulmány, szakcikk, amely ismertetné az Európai Közösségek Bíróságának vonatkozó ítéleteit, vagy feltárná mindazokat a problémákat, amelyek az *in-house* beszerzések mint sajátos kivétel értelmezéséből, alkalmazásából fakadnak. Jelen tanulmány igyekszik hiányt pótolni a közbeszerzést témakörét taglaló szakirodalmon belül.

1. Ajánlatkérők a közbeszerzési irányelvekben

A 2004-es közbeszerzési reform eredményeként elfogadott két közösségi irányelv, vagyis a 2004/18/EK és 2004/17/EK irányelv értelmében az ajánlatkérők körét tekintve különbséget tehetünk az úgynevezett „klasszikus ajánlatkérők”¹ és a közszolgáltatók² között.

A „klasszikus ajánlatkérők” kifejezés alatt a kormányzati szervezetek, illetőleg azok beszerzései értendők. A vonatkozó irányelv szerint ajánlatkérőnek minősül az állam, a területi vagy a települési önkormányzat, a közjogi intézmény, továbbá az egy vagy több ilyen szerv, illetve közjogi intézmény által létrehozott társulás is.³

¹ Az Európai Parlament és a Tanács 2004/18/EK irányelve (2004. március 31.) az építési beruházásra, az árubeszerzésre és a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról, HL L 134., 2004.4.30., 114-240. o.

² Az Európai Parlament és a Tanács 2004/17/EK irányelve (2004. március 31.) a vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai ágazatban működő ajánlatkérők beszerzési eljárásainak összehangolásáról, HL L 134., 2004.4.30., 1-113. o.

³ 2004/18/EK irányelv, 1. cikk (2) bekezdés, (9) pont.

Az irányelv igyekszik tisztázni a közjogi intézmény fogalmát. Eszerint egy adott intézmény akkor minősül közjogi intézménynek, és ezáltal válhat ajánlatkérővé, amennyiben a következő feltételeknek egyidejűleg megfelel:

(a) kifejezetten közérdekű célra jött létre, amely nem ipari vagy kereskedelmi jellegű;

(b) jogi személyiséggel rendelkezik; és

(c) amelyet többségi részben az állam, vagy a területi vagy a települési önkormányzat, vagy egyéb közjogi intézmény finanszíroz; vagy amelynek irányítása ezen intézmények felügyelete alatt áll; vagy amelynek olyan ügyvezető, döntéshozó vagy felügyelő testülete van, amely tagjainak többségét az állam, a területi vagy a települési önkormányzat, vagy egyéb közjogi intézmény nevezi ki.⁴

A fenti, kumulatív kritériumoknak megfelelő intézmények közjogi intézménynek tekintendők, és bár újabb és újabb e kategóriának megfelelő intézmények jöhetnek létre, az irányelv III. sz. melléklete mégis, egy nem kimerítő jegyzéket tartalmaz az ide tartozó, az egyes tagállamokban az irányelv elfogadásakor létező közjogi intézményekről.

Abban, hogy az előbbieken tisztázott kategória helyet kapjon a klasszikus ajánlatkérői körben, és irányelvi keretek között nyerjen szabályozást, nagy szerepet töltött be az Európai Közösségek Bírósága (a továbbiakban Bíróság), amelynek ítéletei fokozatosan nyomást gyakoroltak a közösségi jogalkotókra, hogy a közjogi intézmények kategóriáját önállóan is nevesítsék a klasszikus ajánlatkérők között.

A Bíróság újra és újra felhívja a figyelmet arra, hogy az állandó ítélkezési gyakorlat szerint a közjogi intézmény fogalma közösségi jogi fogalom, és mint olyan, a Közösség egészében, önállóan és egységesen kell értelmezni, meghatározása funkcionális szempontból kizárólag a vonatkozó irányelvben felsorolt három konjunktív feltétel alapján lehetséges.⁵ E kritériumok ugyanakkor számos esetben tisztázásra szorulnak; a vonatkozó jogesetek száma mutatja, hogy az irányelv ide vonatkozó rendelkezése nem alkalmazható minden akadálytól mentesen, hanem igencsak pontosításra szorul. A pontosítást még inkább indokolja az a tény, hogy a közszolgáltatásokra vonatkozó irányelv szerinti ajánlattevők körének meghatározásakor is hasonló terminológiával szembesülünk.

A „nem ipari vagy kereskedelmi jelleg” vonatkozásában a Bíróság a *BFI-ügy*⁶ kapcsán kifejtette, hogy a „nem ipari vagy kereskedelmi jellegű közfeladat” fogalma nem zár ki olyan feladatokat, amelyeket magánvállalkozások is ellátnak vagy elláthatnak. Maga a közjogi intézményi minőség nem függ attól, hogy ezeket a feladatokat az említett szervezet tevékenységén belül milyen arányban látja el, illetőleg attól sem, hogy egy, a közjogi intézménnyel azonos csoportba vagy „konzernbe” tartozó önálló jogi személy üzletszerű tevékenységet folytat-e.

⁴ 2004/18/EK irányelv, 1. cikk (2) bekezdés, (9) pont, második albekezdés

⁵ C-84/03. sz. Európai Közösségek Bizottsága kontra Spanyolország ügyben 2005. január 13-án hozott ítélet, EBHT [2005], I-139. o., 27. pont

⁶ C-360/96. sz. Gemeente Arnhem és Gemeente Rheden kontra BFI Holding BV ügyben 1998. november 10-én hozott ítélet, EBHT [1998], I-6821. o.

A *Strohal-ügyben*⁷ hozott ítéletében a Bíróság újfogalmazta az ajánlatkérő fogalmát, és ennek során foglalkozott a közjogi intézmények kategóriájával is. Kifejtette, hogy a közjogi intézmények az állami akarat megvalósítóiként jelennek meg az állam közbeszerzési feladatainak megvalósítása során. Lényeges ugyanakkor, hogy a közjogi intézmények fokozottan jelen vannak az úgynevezett *általános (gazdasági) érdekű szolgáltatásokhoz*⁸ kapcsolódó lakossági szükségletek kielégítése során, azonban ez utóbbi szolgáltatások behatárolása egy további, önálló kérdéskört vet fel, amelyhez közösségi szinten igen bőséges bírósági gyakorlat,⁹ valamint bizottsági értelmezés¹⁰ is kapcsolódik.

A közjogi intézményi minőség azon harmadik feltétele, hogy mit jelent egy adott intézmény többségi állami finanszírozása, nehezen ragadható meg. A *Bayerischer Rundfunk ügyben*¹¹ Düsseldorf tartomány legfelsőbb bírósága előzetes döntéshozatal iránti kérelemmel fordult a Bírósághoz annak megválaszolása érdekében, pontosan miként is kell értelmezni a klasszikus szektorra vonatkozó irányelv említett rendelkezését, azaz mit értünk egy adott intézmény tevékenységének „többségi részben állami finanszírozását” előíró feltétel alatt.

Az imént hivatkozott bírói ítéletek alapján látható, hogy a 2004/18/EK közbeszerzési irányelv alapfogalmainak alkalmazása korántsem olyan egyszerű feladat. Némiképpen egyszerűbbnek tűnik annak meghatározása, hogy ki minősül ajánlatkérőnek a 2004/17/EK irányelv vonatkozásában. Ebben az esetben az ajánlatkérői minőséget alapvetően maguk az irányelv hatálya alá tartozó közszolgáltatások, tevékenységek határozzák meg.

Mindazok, akik a fenti feltételeket kielégítve ajánlatkérőnek minősülnek, beszerzéseik során kötelesek a közbeszerzési szabályok (a közösségi értékhatárok felett a közösségi közbeszerzési rendelkezések) alkalmazására.

Előfordulhat ugyanakkor olyan eset is, amikor egy közjogi intézmény ajánlattevőként vesz részt közbeszerzési eljárásban. Ilyenkor a tagállamokat terheli annak biztosításának kötelezettsége, hogy az ilyen ajánlattevő részvétele ne torzítsa a versenyt a magánjog hatálya alá tartozó ajánlattevők tekintetében,¹² vagyis ne teremtsen olyan helyzetet, amelyben a verseny fenntartása csupán látszólagos, a

⁷ C-44/96. sz. Mannesmann Anlagenbau Austria AG et al. kontra Strohal Rotationsdruck GesmbH ügyben 1998. január 15-én hozott ítélet, EBHT [1998], I-73. o. Az ítélet ismertetése: Christopher Bovis, In: Common Market Law Review, Volume 36, 1999, Kluwer Law International, 205-225. o.

⁸ „services of general economic interest”, SGEI

⁹ Ld. pl. C-67/96. sz. Albany International BV kontra Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie1 ügyben 1999. szeptember 21-én hozott ítélet, EBHT [1999], I-5751. o.; C-205/03. P. sz. Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) kontra Európai Közösségek Bizottsága ügyben 2006. július 11-én hozott ítélet, EBHT [2006], I-6295. o., stb.

¹⁰ Green Paper on Services of General Interest, COM (2003) 270 végleges, Európai Közösségek Bizottsága, Brüsszel, 2003. május 21. ; Fehér Könyv az általános érdekű szolgáltatásokról, COM (2004) 374, Európai Közösségek Bizottsága, Brüsszel, 2004. május 12.; A Bizottság közleménye: A Közösség lisszaboni programjának végrehajtása: Az általános érdekű szociális szolgáltatások az Európai Unióban, COM (2006) 177 végleges, Európai Közösségek Bizottsága, Brüsszel, 2006. április 26.;

¹¹ C-337/06. sz. Bayerischer Rundfunk és társai kontra Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung GmbH (GEWA) ügyben 2007. december 13-án hozott ítélet, EBHT [2007], I-11173. o.

¹² 18/2004/EK irányelv, (4) preambulum-bekezdés.

magánjogi jogalanyok megjelenése mindössze a „díslethez” szükséges, hiszen a nyertes ajánlattevő személye már korábban eldőlt.

A közjogi személyek ajánlatkérői oldalon történő megjelenésének sajátos megnyilvánulásaként foghatók fel a házon belüli beszerzések, amikor az ajánlatkérő egyben ajánlattevő is, minthogy az *in-house* beszerzés esetén saját szervezeti egysége tesz ajánlatot. Annak meghatározása azonban, mikor tekinthető egy adott ajánlatkérő *in-house* szervezetnek, és ezáltal mikor minősül a megállapodás házon belüli beszerzésnek, már sokkal nehezebb feladat, amelyre a közösségi jogalkotók nem vállalkoztak, és talán nem is vállalkozhattak. A kérdéses fogalom megítélése során „kézzel fogható” eredményt a Bíróság állandó gyakorlata hozott, amennyiben ítéleteiben kísérletet tett a házon belüli beszerzések fogalmának viszonylagos behatárolására, pontosítására, tisztázására.

2. A házon belüli (*in-house*) beszerzések fogalma

Az európai közösségi jogban viszonylag korán kifejlődött az az elv, amely szerint mindazokban az esetekben, amikor az ajánlatkérők önmaguk, „házon belül” is képesek meghatározott termékek vagy szolgáltatások előállítására, a közbeszerzési szabályok nem kényszerítik őket arra, hogy az adott árut, illetve szolgáltatást a piacon, a magánszektor közreműködésével szerezzék be.

Ugyan a házon belüli beszerzések fogalma nevesítve nem szerepel a közbeszerzési irányelvekben, ám az elv utóbb kivételként megfogalmazva mégis megjelent oly módon, hogy a rendelkezések kivételesen lehetőséget biztosítanak az ajánlatkérőnek arra, hogy bizonyos körülmények esetén a közbeszerzési eljárás lefolytatását mellőzve köthessen szerződést olyan ajánlattevőkkel, amelyek ugyan látszólag nem képezik az ajánlatkérő szerv szervezeti egységét, függetlenségük azonban mégis erősen megkérdőjelezhető.

Szűkebb értelemben házon belüli ügyletnek tekinthető minden olyan eljárás, amely esetén közjogi intézmény jogképességgel nem rendelkező (saját) szervének, szervezeti egységének ad megbízást. Tágabb értelemben azonban a házon belüli beszerzések körébe sorolhatók azok a helyzetek is, amelyekben az ajánlatkérő általa ellenőrzött, látszólag független, ám önálló jogképességgel rendelkező társasággal köt szerződést. Előbbi esetkör megítélése nem jelent problémát, ám a tágabb értelemben vett *in-house* ügyletek esetén újra és újra felmerül a versenyeztetésre vonatkozó kötelezettség fennállása, mely kérdéskört a Bíróság esetjogát alapul véve járok körül az elkövetkező néhány oldalon.

2.1. Kritériumok – a Teckal-ügy.¹³ Az „*in-house*” beszerzések kérdésköre ugyan burkolt formában a korábban már hivatkozott BFI-ügy során is felmerült, azonban a Bíróság explicit módon elsőként a *Teckal-ügy* kapcsán fogalmazta meg annak feltételeit, mikor minősülhet egy adott szervezet beszerzése házon belülinek.

A hivatkozott esetben egy olasz bíróság a Bírósághoz előzetes döntéshozatal iránti kérelmet nyújtott be, amelyben arra a kérdésre várt választ, hogy szükséges-

¹³ C-107/98. sz. Teckal Srl. kontra Comune di Viano és Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia ügyben 1999. november 18-án hozott ítélet, EBHT [1999], I-8121. o.

e a közösségi közbeszerzési irányelvekben előírt nyilvános ajánlattétel alkalmazása és közbeszerzési eljárás lefolytatása abban az esetben, ha egy adott önkormányzat olyan konzorciumot bíz meg bizonyos szolgáltatás nyújtásával, amelyben maga is részt vesz. Az alapeljárásban a Teckal Srl. (a továbbiakban Teckal) keresetet nyújtott be Viano település és az általa egyes középületek fűtési berendezéseinek üzemeltetésével megbízott Azienda Gas-Aqua Consorziale (a továbbiakban AGAC) ellen, arra hivatkozván, hogy annak ellenére, hogy a beszerzés a közösségi irányelvek hatálya alá tartozik, a szerződéskötést nem előzte meg nyilvános ajánlattételi felhívás, így a Teckal eleve nem kapott lehetőséget arra, hogy ajánlattevő legyen.

A kérdés megválaszolásához elengedhetetlen volt annak tisztázása, hogy az AGAC milyen viszonyban áll az ajánlatkérő szervvel. Függetlensége esetén a közösségi irányelv alkalmazandó, és ily módon a közbeszerzésre vonatkozó rendelkezések megszegése állapítható meg, míg függőségi kapcsolat fennállása esetén a szerződés házon belüli beszerzésnek minősül, és így nem tartozik a közösségi szabályozás hatálya alá.

A Bíróság ítélete értelmében a szervezetek *in-house* voltának megítélése esetén kettős mérce alkalmazandó. Házon belüli beszerzésekről akkor beszélhetünk, ha az ajánlatkérő olyan ajánlattevővel köt szerződést, amely ugyan tőle jogilag elválik, ám (1) az ajánlatkérő a kérdéses személy felett olyan ellenőrzést gyakorol, mint amelyet a saját szervei felett („*strukturális függés*”), és (2) ez a személy a tevékenységét lényegében az őt fenntartó ajánlatkérő szerv (szerve) javára végzi („*gazdasági függés*”).¹⁴

Az így megállapított két feltétel meglétét a Bíróság egészen a mai napig irányadónak tekinti, olyan mértékben, hogy ezek vizsgálatát egyetlen, a házon belüli beszerzésekkel kapcsolatos ügy során sem mulasztja el. A feltételek „Teckal-kritériumok” néven váltak ismertté, és a közösségi joggyakorlat alakítása mellett az egyes nemzeti, így a magyar közbeszerzési szabályok változására is hatással voltak és vannak.

2.2. A Stadt Halle ügy.¹⁵ Az előbbieken ismertetett, „Teckal-kritériumok” néven ismertté vált feltételek tisztázása valóban fontos mérföldkő volt az *in-house* beszerzéseket övező viták során, ám az ismérvek vizsgálatakor további kérdések is felmerülnek, tekintettel arra, hogy a Bíróság egyik feltétel kapcsán sem ad a jogalkalmazók számára pontosabb iránymutatást.

Elsőként az tisztázandó, mit is érthetünk az ajánlatkérő által a kérdéses személy felett gyakorolt olyan ellenőrzés alatt, amely hasonló ahhoz az ellenőrzéshez, amelyet a szerv saját szervezeti egységei felett gyakorol.

A *Stadt Halle* ügyben Halle városa nyilvános ajánlattételi felhívás mellőzésével ítélte oda egy hulladékkezelésre vonatkozó szolgáltatási szerződést egy olyan ajánlattevő (az RPL Recyclingpark Lochau GmbH, a továbbiakban RPL Lochau) részére, amelynek 75,1 %-kal többségi tulajdonosa volt. (Az ajánlattevő szervezetben ki-

¹⁴ Teckal-ügyben hozott ítélet, 50. pont

¹⁵ C-26/03. sz. Stadt Halle és RPL Recyclingpark Lochau GmbH kontra Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna ügyben 2005. január 11-én hozott ítélet, EBHT [2005], I-1. o.

sebbségi részesedéssel egy magánkézben levő társaság rendelkezett.) A döntés ellen az *Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* (a továbbiakban TREA Leuna) jogorvoslatot nyújtott be.

Az ügyben eljáró bíróság előzetes döntéshozatali kérelemmel fordult a Bírósághoz keresve a választ arra a kérdésre, hogy ha az ajánlatkérő olyan, tőle jogilag elkülönülő magánjogi társasággal kíván a közbeszerzési irányelvek hatálya alá tartozó visszerthes szerződést kötni, amelynek tőkéjében többségi részesedéssel bír, és amelyben bizonyos befolyással rendelkezik, köteles-e mindig az ezen irányelv által előírt nyilvános ajánlati felhívás közzétételére, kizárólag abból az okból, hogy egy magánvállalkozás – akár kisebbségi – részesedéssel rendelkezik a vele szerződő társaságban.

A Bíróság az ügyben meghozott ítéletében, a kérdéses társaság „vegyes érdekű” voltára hivatkozva kifejtette, hogy amennyiben az adott szervezetben egy vagy több magánszemély részesedéssel bír, még ha ez a részesedés kisebbségi tulajdon is, kizárja annak lehetőségét, hogy az ajánlatkérő szerv olyan terjedelemben gyakorolja ellenőrzési jogait, mint azt a saját, belső szervezeti egységei tekintetében teszi.¹⁶ A szabályozás célja az, hogy a közbeszerzéseket a lehető legszélesebb verseny előtt megnyissák, így a verseny kizárása az ilyen tulajdonosi viszonyokkal rendelkező vállalkozások tekintetében nem indokolt, a közbeszerzési irányelv által előírt közbeszerzési eljárásokat mindig alkalmazni kell.

A Bíróság ítéletének lényegét összegezve megállapítható, hogy a Bíróság az általa a Teckal-ügyben meghatározott kritériumokat megerősítette, amikor újra kimondta, hogy a közbeszerzési irányelv alkalmazása szempontjából nincs jelentősége annak, hogy az ajánlattevő vállalkozás maga is ajánlatkérő-e vagy sem,¹⁷ ugyanakkor az általa korábban megfogalmazott *in-house* fogalmat szűkebbre szabta, kimondván, hogy a nyilvános ajánlattételi felhívás közzétételének kötelezettsége alóli összes kivétel szigorúan értelmezendő.¹⁸

Az *in-house* szervezetek megítélésakor tehát lényeges kérdés a szervezet közjogi voltának megőrzése, amely ily módon kizárja a magánszektor bármilyen, különösen tulajdonosi minőségben történő részvételét. Teljesül ugyanakkor a „strukturális függés” feltétele, ha az ajánlatkérő szerv akár valamely holding társaság által gyakorol ellenőrzési jogokat az ajánlattevő felett („*single control*”), akár több ajánlatkérő közösen gyakorolja ezeket a jogokat („*multiple control*”).¹⁹

3.3. A Coname²⁰ és a Parking Brixen²¹ ügyekben hozott ítéletek. Az első két, az *in-house* beszerzések kapcsán leggyakrabban emlegetett és talán legjelentősebb ügyet követően, a 2003-as év folyamán további két olyan ügy is indult a

¹⁶ Stadt Halle ügyben hozott ítélet, 49. pont

¹⁷ Stadt Halle ügyben hozott ítélet, 47. pont

¹⁸ Stadt Halle ügyben hozott ítélet, 46. pont

¹⁹ A Stadt Halle ügyben született ítéletről ld. bővebben: HOFFER, Raoul – GASSNER, Gottfried: *Neubewertung der In-House-Vergabe bei PPPs?*, Ecolex 2005 p.17-19; HOFFER, Raoul – GASSNER, Gottfried: *EuGH „Stadt Halle”: In-House-Vergabe bei PPP ausgeschlossen*, Ecolex 2005 p.183-185

²⁰ C-231/03. sz. Consorzio Aziende Metano (Coname) kontra Comune di Cingia de' Botti ügyben 2005. július 21-én hozott ítélet, EBHT [2005], I-7287. o.

²¹ C-458/03. sz. Parking Brixen GmbH kontra Gemeinde Brixen és Stadtwerke Brixen AG. ügyben 2005. október 13-án hozott ítélet, EBHT [2005], I-8585. o.

Bíróság előtt, amely hatással volt az *in-house* beszerzések fogalmának pontosítására,²² és így módon a közösségi közbeszerzési szabályok alkalmazására is.

A *Coname-ügy* alapját az olasz Cingia de' Botti község által a Padania Acque SpA (a továbbiakban: Padania) vállalatnak közvetlenül, ajánlati felhívás közzététele nélkül odaítélt szerződés képezi, mely döntés megsemmisítését a Consorzio Aziende Metano (a továbbiakban: Coname) arra hivatkozással kérte, hogy a felhívás nélküli odaítélés ellenkezik a közösségi közbeszerzési szabályokkal.

Egy korábban létrejött megállapodás alapján Cingia de' Botti község metángáz-hálózat karbantartását, igazgatását és felügyeletét a Coname látta el, azonban a községi tanács jóval a szerződés lejárta előtt arról tájékoztatta a vállalkozást, hogy az említett szolgáltatások nyújtását egy másik vállalkozásra, mégpedig a többségében köztulajdonban álló Padania társaságra bízta. (Cingia de' Botti részesedése 0,97 % volt.)

A Bíróság hangsúlyozta, hogy Cingia de' Botti község 0,97%-os tulajdonosi részesedési aránya annyira csekély, hogy nem tesz lehetővé olyan mértékű ellenőrzést, mint amely az irányelvek szerint az *in-house* beszerzés mint kivétel megállapíthatósága esetén elvárható.²³ Az ellenőrzés hiányát támasztja alá továbbá az a tény is, hogy a Padania egy, a magántőke számára részben nyitott társaság, amely megakadályozza, hogy azt az abban részt vevő községek „belső” irányítású struktúrájának lehessen tekinteni.²⁴

A *Parking Brixen ügyben* az előzetes döntéshozatal iránti kérelmet a Parking Brixen GmbH társaság (a továbbiakban Parking Brixen) és Brixen község, illetve a Stadtwerke Brixen AG társaság között, a község területén található két parkoló üzemeltetésének ez utóbbi részére történt odaítélése tárgyában folyamatban lévő eljárásban terjesztették elő. A Stadtwerke Brixen AG a korábban Brixen község által alapított, jogképességgel és vállalkozási önállósággal rendelkező Stadtwerke Brixen különleges vállalkozás jogutódja, amely helyi közszolgáltatások – közte parkolók és parkolóházak fenntartása – ellátására jött létre. A jogutód részvénytársaság tevékenységi köre bővebb, mint a jogelőd vállalkozásé volt, hiszen az nem korlátozódik Brixen község területére, hanem országos, illetőleg nemzetközi szinten is elláthatja azt.

A Stadtwerke Brixen AG alapszabálya kimondja, hogy Brixen község alaptőkében való részesedése semmiképpen nem lehet kevesebb, mint a részvények abszolút többsége. Ez a kitétel ugyanakkor a község ellenőrzési jogait a többségi tulajdonláshoz kapcsolódó mértékre korlátozza, míg korábban, a jogelőd esetén a község közvetlen ellenőrzéssel és befolyással bírt a különleges vállalkozás tevékenységére.

Utóbb Brixen község képviselőtestülete döntést hozott, melynek értelmében több közszolgáltatás, így parkoló üzemeltetésével bízta meg a szóban forgó társaságot, amely viszont az üzemeltetés ellenszolgáltatásaként parkolási díjat szed, a község részére pedig éves díjat fizet. A Parking Brixen – koncessziós szerződés ke-

²² A Coname és a Parking Brixen ügyről ld. bővebben KOTSCHY, B.: *Arrêts „Stadt Halle”, „Coname” et „Parking Brixen”*, Revue du droit de l'Union européenne 2005 n° 4 p.845-853

²³ Coname-ügyben hozott ítélet, 24. pont

²⁴ Coname-ügyben hozott ítélet, 26. pont

retében – szintén a község területén lévő parkolók üzemeltetését vállalta, így a Stadtwerke Brixen AG-val történő megállapodások létjogosultságát vitatta, tekintettel arra, hogy a szerződés létesítésére a közbeszerzési szabályok alkalmazásának mellőzésével került sor.

Az előzetes döntéshozatali kérelem benyújtását követően a Bíróság elsődlegesen azt kívánta tisztázni, hogy a parkolók üzemeltetésének odaítélése szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzésnek vagy közszolgáltatási koncesszióknak minősül. A kérdés megválaszolása azért jelentős, mivel előbbi esetén a közbeszerzési irányelv alkalmazandó, míg utóbbi esetben az nem az irányelv, hanem a közösségi versenyjogi szabályok hatálya alá tartozik.

Ítéletében a Bíróság a parkolók üzemeltetésének odaítélését a 2004/18/EK irányelv 1. cikk (4) bekezdésében meghatározott közszolgáltatási koncesszióknak minősítette,²⁵ tekintettel arra, hogy a hatóság ellenszolgáltatásként a harmadik személyek által a parkoló használatáért a szolgáltatónak fizetett összegeket kapja.²⁶ Minthogy a szóban forgó tevékenység nem tartozik a közbeszerzési irányelv hatálya alá, nem állapítható meg a nyilvános ajánlati felhívás közzététele kötelezettségének elmulasztása sem.

A Bíróság továbbá újra megerősítette a Teckal-ügyben hozott ítélet 50. pontjában kimondottakat, oly módon, hogy a kivétel megalapozásaként vizsgálendő, az ajánlatkérő és a szerződő fél közötti viszonyra vonatkozó kritériumokat kiterjesztette a szolgáltatásnyújtásra is. Ennek alapján az az eset, amikor a koncesszió jogosultja felett a koncesszióba adó hatóság olyan ellenőrzést gyakorol, mint amelyet a saját szervei felett, és ha e jogosult a tevékenységét lényegében az őt fenntartó hatósággal együtt végzi,²⁷ kivételt képez az ajánlati felhívás nyilvános közzététele alól. A Stadtwerke Brixen AG esetén ugyanakkor a tevékenységek kiszélesedése megkérdőjelezi az ilyen fajta ellenőrzés meglétét, s mi több, a társaság olyan szintű önállósággal rendelkezik, amely az effajta ellenőrzés gyakorlását ki is zárja.²⁸

2.4. Kötelezettségszegési eljárás az *in-house* kivétel helytelen alkalmazása miatt: a Mödling-eset.²⁹ Az Európai Közösségek Bizottsága 2004 folyamán kötelezettségszegési eljárást indított Ausztria ellen a Bíróság előtt arra hivatkozva, hogy Ausztria megszegte a közbeszerzési irányelv rendelkezéseit, amikor lehetővé tette, hogy egy település ajánlati felhívás közzététele nélkül ítéljen oda szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződést egy társaságnak.

Mödling városa az általa alapított és 100 %-os tulajdonában lévő Mödling Abfallwirtschaftsgesellschaft GmbH (a továbbiakban: Abfall társaság) társaságot bízta meg a hulladékgazdálkodással kapcsolatos feladatok város területén történő ellátásával. Röviddel a megbízásról szóló döntést követően a város önkormányzati

²⁵ „Szolgáltatási koncesszió: a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződéssel azonos típusú szerződés, kivéve azt a jellemzőjét, hogy a szolgáltatás ellenszolgáltatása vagy kizárólag a szolgáltatás hasznosításának joga, vagy e jog pénzügyi ellenszolgáltatással együtt.”

²⁶ Parking Brixen ügyben hozott ítélet, 43. pont

²⁷ Parking Brixen ügyben hozott ítélet, 62. pont

²⁸ Parking Brixen ügyben hozott ítélet, 70. pont

²⁹ C-29/04. sz. az Európai Közösségek Bizottsága kontra Osztrák Köztársaság ügyben 2005. november 10-én hozott ítélet, EBHT [2005], I-9705. o.

testülete üzletrésznének 49%-át a Saubermacher Dienstleistungs-Aktiengesellschaft (a továbbiakban: Saubermacher társaság) számára értékesítette.

A Bizottság úgy ítélte meg, hogy Mödling városa azáltal, hogy nem tett közzé ajánlati felhívást, megszegte a közbeszerzési irányelvből származó kötelezettségét. Ausztria ezt vitatta, arra hivatkozva, hogy az Abfall társaság és Mödling városa közötti megállapodás nem tartozik az irányelv hatálya alá, mivel egységen belüli (*in-house*) gazdasági kapcsolatról van szó.³⁰ A Bizottság az ügy tisztázása végett fordult a Bírósághoz, amely kimondta, hogy a megállapodásra alkalmazni kell a közbeszerzési irányelv rendelkezéseit.

A Bíróság hangsúlyozta, hogy a kérdéses ügylet nem tekinthető egységen belüli gazdasági műveletnek, és így módon azt megelőzően Mödling városának ajánlati felhívást kellett volna közzétennie.³¹ Kivételt képez az az eset, amikor a társaság az ajánlatkérőtől elkülönült jogalanyisággal rendelkezik, a jogalany felett a saját szervei felett gyakorolt ellenőrzéssel megegyező ellenőrzést gyakorol, és a jogalany tevékenységének lényeges részét az őt tulajdonában tartó hatóság javára végzi. A Bíróság szerint Mödling városa esetén ezek a feltételek nem állnak fenn, mivel az Abfall társaság tevékenységének megkezdésekor már nem a város kizárólagos tulajdonában állt, az üzletrészek 49%-a már a Saubermacher társaság (magánvállalkozás) kezében volt, így a kivétel alkalmazhatóságának kritériumaként meghatározott típusú ellenőrzés gyakorlására a városnak nem lehetett lehetősége, tekintet nélkül a többségi (51 %-os) részesedésre.

Mindezek alapján a Bíróság megállapította, hogy a szóban forgó szerződés megkötésére a közbeszerzési szabályok mellőzésével került sor, így módon Ausztria nem teljesítette az irányelvből folyó kötelezettségeit.

2.5. Az ANAV-ítélet.³² Az előzetes döntéshozatali kérelmet az Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (a továbbiakban ANAV) és Bari önkormányzata, valamint az AMTAB Servizio SpA. (a továbbiakban AMTAB) között folyamatban lévő ügyben terjesztették elő.

Az AMTAB tömegközlekedési szolgáltatások ellátására létrehozott vállalkozás, amelynek tulajdonosa – és így módon az ellenőrzési jog gyakorlására jogosult – kizárólagosan Bari város önkormányzata. Az önkormányzat tömegközlekedési szolgáltatás odaítélése céljából nyilvános közbeszerzési eljárást indított, amelyet néhány hónapon belül meg is szüntetett, és a kérdéses szerződéseket közvetlenül az AMTAB vállalkozásnak ítélte oda. A közösségi jog sérelmére hivatkozván az ANAV bírósághoz fordult, és a határozat – és a kapcsolódó egyéb jogi aktusok – megsemmisítését kérte.

A Bíróság elsődlegesen a tömegközlekedési szolgáltatás hovatartozását vizsgálta, majd megállapította, hogy hasonlóan a Parking Brixen ügy során meghozott ítéletben foglaltakhoz, itt is szolgáltatási koncesszióról van szó, tekintettel arra, hogy az ellenszolgáltatás a menetjegy-vásárlásból származó díjakból származik.³³ Az idő-

³⁰ Mödling-ügyben hozott ítélet, 14. pont

³¹ Mödling-ügyben hozott ítélet, 29. pont

³² C-410/04. sz. Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) kontra Comune di Bari és AMTAB Servizio SpA. ügyben 2006. április 6-án hozott ítélet, EBHT [2006], I-3303. o.

³³ ANAV-ügyben hozott ítélet, 16. pont

közben hatályba lépett 2004/18/EK irányelv 17. cikk³⁴ a szolgáltatási koncessziót kiveszi alkalmazásának hatálya alól, vagyis az ajánlati felhívás közzétételének kötelezettsége ily módon nem áll fenn ezen tevékenység folytatására vonatkozó odaítélési eljárások esetén.

A Bíróság végső soron kimondta, hogy a közösségi alapelvekkel, így az átláthatósággal nem ellentétes az olyan nemzeti szabályozás, amely az önkormányzat számára lehetővé teszi, hogy valamely közszolgáltatást olyan társaságnak ítéljen oda közvetlenül, amelynek részesedéseit teljes mértékben birtokolja, azzal a feltétellel, hogy az önkormányzat e társaságot a saját szervei felett gyakorolt ellenőrzéssel megegyező módon ellenőrizze, és hogy a társaság a tevékenységét alapvetően az őt fenntartó önkormányzattal végezze.³⁵

2.6. A Carbotermo-ügy.³⁶ Az *in-house* beszerzések fogalmi elemeinek pontosítása során a következő lényeges mérőföldkő a *Carbotermo-ügyben* meghozott ítélet volt. Az előzetes döntéshozatali kérelmet az olasz bíróság a Carbotermo SpA. (a továbbiakban Carbotermo) és Busto Arsizio önkormányzata, valamint az AGESP SpA. (a továbbiakban: AGESP) vállalkozás között folyamatban lévő eljárásban terjesztette elő, melynek kapcsán a Bíróság a szerződés olyan vállalkozás számára való odaítélésével foglalkozott, amely vállalkozásban az ajánlatkérő részesedéssel rendelkezik.

A Carbotermo energiaszolgáltatási és fűtéskezelési szerződésekre szakosodott vállalkozás, amely a köz- illetve a magánszektorhoz tartozó ügyfelek részére egyaránt szolgáltatást nyújt. Az AGESP Holding SpA. (a továbbiakban AGESP Holding) Busto Arsizio önkormányzat 99,98 %-os tulajdonában álló részvénytársaság, ahol a részvények maradék 0,02 %-a más önkormányzatok tulajdonában áll. Az eljárásban érintett AGESP részvénytársaság az AGESP Holding által létrehozott, annak kizárólagos tulajdonában álló vállalat.

Busto Arsizio önkormányzata fűtőanyag beszerzésre és az önkormányzati épületek fűtési berendezéseinek műszaki felújítására ajánlati felhívást tett közzé, amelyre a Carbotermo ajánlatot nyújtott be. Időközben az önkormányzat előbb az ajánlati felhívás felfüggesztéséről, majd pedig visszavonásáról döntött, oly módon, hogy a kérdéses szerződést közvetlenül az AGESP-nek ítélte oda.

A Bíróság ítéletében a Teckal-ügyben hozott ítéletének 49. és 50. pontjára hivatkozva megerősítette, hogy a két együttes feltétel (strukturális és gazdasági függés) fennállása esetén nem beszélhetünk az ajánlatkérőtől jogilag elkülönülő személyiségről, vagyis a megállapodás nem két különböző személy között jön létre, így a beszerzés nem tartozik a közbeszerzési irányelv hatálya alá.

Az AGESP mint ajánlattevő társaság tőkéjének csaknem egésze egyedül az ajánlatkérő tulajdonát képezi, amely arra utal, hogy az ajánlatkérő a saját szervezeti egységei feletti ellenőrzéshez hasonló ellenőrzést gyakorol e társaság felett.³⁷

³⁴ „A 3. cikk alkalmazásának sérelme nélkül, ez az irányelv nem alkalmazható az 1. cikk (4) bekezdésében meghatározott szolgáltatási koncesszióra.”

³⁵ ANAV-ügyben hozott ítélet, 33. pont

³⁶ C-340/04. sz. Carbotermo SpA és Consorzio Alisei kontra Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA ügyben 2006. május 11-én hozott ítélet, EBHT [2006], I-4137. o.

³⁷ Carbotermo ügyben hozott ítélet, 37. pont

Ennek alapján megállapítható, hogy a Teckal-kritériumok elvileg akkor is teljesülnek, ha a vállalkozás a szerződést egy általa közvetett módon ellenőrzött vállalattal köti. A Bíróság ugyanakkor a Parking Brixen ügyre visszautalva újra megerősítette, hogy még az ilyen módon gyakorolt ellenőrzés esetén is az ellenőrzés „minősége” számít, vagyis az, hogy az ellenőrzést gyakorló szerv meghatározó befolyást gyakorol-e a stratégiai célokra és a fontos döntésekre. Az ajánlatkérő és az ajánlattevő közé „beékelődött” holding társaság léte gyengíti a település önkormányzata által gyakorolható ellenőrzést.

A második kritérium kapcsán a Bíróság a vonatkozó közbeszerzési irányelv alkalmazhatóságát állapította meg, minthogy a társaság piaci tevékenységet is folytat, és így más vállalkozások versenytársaként léphet fel. A Bíróság szerint a szóban forgó közbeszerzési irányelv tiltja, hogy az olyan árubeszerzésre és szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződést, amelyben az árubeszerzés értéke van túlsúlyban, közvetlenül olyan részvénytársaság számára ítélik oda, amelynek igazgatósága széles, általa önállóan is gyakorolható ügyvezetési jogkörrel rendelkezik, és amelynek részvényei teljes egészében egy másik részvénytársaság tulajdonában állnak, amely utóbbinak az ajánlatkérő a többségi részvényese.³⁸

A Bíróság ítélete szerint tehát – a holding társaság beékelődése ellenére – a kérdéses ügylet *in-house* beszerzésnek minősült. Az ügy kapcsán lényeges azonban annak felismerése, hogy habár a Bíróság ítéletében a Teckal-kritériumok szűk értelmezése mellett foglalt állást, egyúttal megnyitotta a kivételek második, párhuzamos szintjét is, amikor lehetővé tette a kritériumoknak a kapcsolt egységek („*linked administrative units*”) fogalmán alapuló alkalmazását is.³⁹

2.7. Az Auroux-ügy.⁴⁰ Az *Auroux-ügy* során az építési beruházások területén merült fel az *in-house* beszerzések értelmezésére vonatkozó kérdés. Roanne település képviselő-testülete felhatalmazta polgármesterét, hogy szabadidőközpont létesítéséről szóló, a közbeszerzési szabályok hatálya alá tartozó szerződést írjon alá a Société d'équipement du département de la Loire-ral (a továbbiakban SEDL). A szerződés kimondta, hogy abban az esetben, ha a SEDL a munkálatok kivitelezésével harmadik személyeket bíz meg, úgy azok kiválasztása során érvényesíteni kell a francia közbeszerzési törvényben megfogalmazott nyilvánosság és versenyeztetés elvét.

Az alperesek, Jean Auroux és mások, bírósághoz fordultak a határozat megsemmisítését kérve, minthogy az önkormányzat nem tett eleget az irányelvből folyó kötelezettségének, amikor mellőzte a nyilvánosságot és elmulasztotta a versenyeztetést.

Az ügyben eljáró bíróság előzetes döntéshozatali kérelmet nyújtott be a Bírósághoz. Az első kérdés arra irányult, hogy a szóban forgó területrendezési szerző-

³⁸ Carbotermo-ügyben hozott ítélet, 47. pont

³⁹ A Carbotermo-ügyről ld. bővebben DURVIAUX, Ann Lawrence: *Les relations « in house » : un pas de plus dans une direction délicate* (obs. sous C.J.C.E., 11 mai 2006, Carbotermo, aff. C-340/04, concl. C. Stix-Hackl), <http://popups.ulg.ac.be/csp/document.php?id=290>, a letöltés időpontja 2008. december 12.

⁴⁰ C-220/05. sz. Jean Auroux és társai kontra Commune de Roanne ügyben 2007. január 18-án hozott ítélet, EBHT [2007], I-385. o.

dés a közbeszerzési irányelv szerinti építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződésnek minősül-e. A Bíróság korábbi ítélezési gyakorlatára hivatkozva⁴¹ kimondta, hogy ha a szerződés mind az építési beruházásra irányuló, mind más típusú közbeszerzési eljárás hatálya alá tartozó szerződési elemeket tartalmaz, akkor a szerződés fő tárgya alapján kell megállapítani, hogy melyik közbeszerzési irányelv alkalmazandó.⁴² Azt pedig, hogy egy szerződés építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződésnek minősüljön, önmagában nem zárja ki az a tény, hogy a szerződés a munkák kivitelezésén túl más feladatokat is a szerződő félre ró⁴³, sem az, hogy vállalat alvállalkozók útján biztosítja a munkálatok megtervezését és kivitelezését.⁴⁴ Mindezek alapján a SEDL társasággal kötött szerződés építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződésnek minősül.

További kérdés ugyanakkor, hogy kivételesen mellőzhetők-e az irányelvben foglalt, az ajánlati felhívás közzétételére vonatkozó szabályok, amennyiben a szerződést olyan jogi személyekkel kötik, amelyek maguk is ajánlatkérők. A Bíróság a kérdésre nemleges választ adott, kifejtve, hogy a közbeszerzési eljárás szabályai kizárólag az abban foglalt kivételek esetén mellőzhetők, s a kivételhez vizsgálandó feltételek nem teljesülnek tekintettel arra, hogy a SEDL vegyes gazdasági társaság, és ez a tény ily módon kizárja azt, hogy Roanne felette a saját szervei felettihez hasonló ellenőrzést gyakoroljon.⁴⁵

2.8. A TRAGSA-ítélet⁴⁶ és a Correos-ügy⁴⁷ – a soha véget nem érő történet. Az utóbbi években a bíróságok egyre több figyelmet szenteltek annak a kérdésnek, hogy a közjogi szervek közötti megállapodások tárgyát képezhetik-e a közösségi közbeszerzési szabályozásnak. A fő hangsúly azon van, hogy a megállapodás értéke meghaladja-e a közösségi közbeszerzési értékhatárt.

A TRAGSA vállalat alaptőkéjének 99 %-a a spanyol állam tulajdonát képezi, a maradék 1 % pedig az Autonóm Közösségek tulajdonában van. Ennek fényében a Bíróság úgy találta, hogy az *in-house* beszerzések esetén vizsgálandó első feltétel teljesül, különösen figyelembe véve azt, hogy a TRAGSA köteles volt végrehajtani az Autonóm Közösségek döntéseit, és az általa nyújtott szolgáltatásokért díjat nem határozhatott meg. A második feltétel vonatkozásában a Bíróság szintén pozitív választ adott, minthogy a TRAGSA tevékenységeinek 90 %-át az állam, illetőleg az Autonóm Közösségek érdekében fejti ki.

A TRAGSA-ítélet jelentősége abban áll, hogy a Bíróság első ízben fogalmazta meg, hogy amennyiben a nemzeti jog alapján, a szóban forgó hatóság, a TRAGSA,

⁴¹ C-331/92. sz., Gestión Hotelera Internacional ügyben 1994. április 19-én hozott ítélet EBHT [1994], I-1329. o., 29. pont.

⁴² Auroux-ügyben hozott ítélet, 37. pont

⁴³ Auroux-ügyben hozott ítélet, 36. pont

⁴⁴ Auroux-ügyben hozott ítélet, 44. pont

⁴⁵ Auroux-ügyben hozott ítélet, 64. pont

⁴⁶ C-295/05. sz. Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) kontra Transformación Agraria SA (Tragsa) és Administración Estado ügyben 2007. április 19-én hozott ítélet, EBHT [2007], I-2999. o.

⁴⁷ C-220/06. sz. Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia kontra Administración General del Estado ügyben 2007. december 18-án hozott ítélet, EBHT [2007], I-12175. o.

köteles bizonyos tevékenységek folytatására vagy a szolgáltatásáért nem szedhet díjat, nem jön létre szerződés, és ily módon a közbeszerzési szabályok sem alkalmazandók.

A Bíróság ezt követően értelmezte az *in-house* beszerzések fogalmát. A fogalom alapvetően feltételezi, hogy a közbeszerzési szabályok nem alkalmazandók semmilyen közvetlen belső odaítélésre (vagyis az ajánlatkérő szerv valamely egységének történő közvetlen odaítélésre), és ahol – annak ellenére, hogy a szervezet jogilag különbözik (elválik) az ajánlatkérőtől – mégis *in-house* beszerzésnek minősülhet, tekintettel az ajánlatkérővel fennálló szoros kapcsolatra. A fogalom értelmezése során a Bíróság újra a Teckal-kritériumok alkalmazhatósága mellett foglalt állást.

A TRAGSA-ítéletet ugyan sokan üdvözlötték, hatása azonban alulmúlta a várakozásokat, kétségeket hagyott bizonyos kérdések vonatkozásában. A Bíróság néhány hónappal később, a *Correos-ügy* kapcsán tisztázta, hogy a TRAGSA-ügyben megállapított feltételek csak szűk körben, korlátozottan alkalmazhatók. A két ügyet összevetve ugyanakkor alapvető különbség, hogy a TRAGSA kizárólag az állam (állami szervek) részére nyújtott szolgáltatást, míg a *Correos* esetében bárki lehetett fogyasztó.

Ez utóbbi ügyben a postai szolgáltatásokat az ajánlatkérő nyilvános ajánlattételi felhívás közzététele nélkül, közvetlenül ítélte oda a Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA (a továbbiakban *Correos*) részére. A *Correos* nyilvánosan működő részvénytársaság, amely Spanyolország egyetemes postai szolgáltatója, és amelynek tőkéje teljes egészében az állam tulajdonában van.

A postai szolgáltatások liberalizációjáról szóló irányelv⁴⁸ értelmében a postai szolgáltatásokat szabad verseny alapján nyújtott, az EK-Szerződés 86. cikk (2) bekezdésében meghatározott általános érdekű szolgáltatásnak⁴⁹ kell tekinteni, amelynek folytatását az egyes tagállamok – szigorú korlátok között – jogosultak gazdasági szereplőkre bízni. Ezzel szemben az egyetemes postai szolgáltatás közszolgáltatásnak tekintendő.

Az ügyben eljáró spanyol bíróság azzal a kérdéssel fordult a Bírósághoz, hogy a közbeszerzési irányelvekkel ellentétes-e az egyetemes postai szolgáltatás nyújtásának biztosítására kijelölt társaság – amelynek a tőkéje teljes egészében állami tulajdonban van – és egy közigazgatási szerv közötti olyan megállapodás megkötése, amelynek a tárgya fenntartott és nem fenntartott, következésképpen liberalizált postai szolgáltatásokat is magába foglal.⁵⁰

A Bíróság ítéletében megerősítette korábbi ítéleteit, amikor megállapította, hogy a fenntartott szolgáltatások tekintetében a közbeszerzési szerződések odaítélésére vonatkozó közösségi szabályok nem alkalmazhatók, mivel ezek elsődleges célja a szolgáltatások szabad mozgása és a tisztességes verseny megnyitása a tagállamokon belül.⁵¹ Ez a megállapítás ugyanakkor csupán a fenntartott szolgáltatásokra

⁴⁸ Az Európai Parlament és a Tanács 97/67/EK irányelve (1997. december 15.) a közösségi postai szolgáltatások belső piacának fejlesztésére és a szolgáltatás minőségének javítására vonatkozó közös szabályokról, HL L 15, 1998.1.21., 14-25. o.

⁴⁹ „*services of general economic interest*”, SGEI

⁵⁰ *Correos-ügyben* hozott ítélet, 32. pont

⁵¹ *Correos-ügyben* hozott ítélet, 40. pont

vonatkozik, ám a nem fenntartott postai szolgáltatások közvetlen odaítélésének megítélése már bonyolultabb.

A Bíróság főszabály szerint a nem fenntartott postai szolgáltatások ajánlattételi felhívás közzététele nélküli odaítélését a közösségi joggal ellentétesnek tekinti, amennyiben (1) azok értékhatára meghaladja a közösségi közbeszerzési értékhatárt, és (2) visszerthes szerződésnek minősül.⁵² A közösségi közbeszerzési értékhatárt el nem érő beszerzések esetén a közösségi elveknek, vagyis az egyenlő bánásmód elvének, az állampolgárság alapján való hátrányos megkülönböztetés tilalmának és az átláthatóság elvének való megfelelés vizsgálandó.

3. A magyar Kbt. házon belüli beszerzésekre vonatkozó rendelkezései

A közösségi közbeszerzési irányelvek és az Európai Közösségek Bíróságának az *in-house* beszerzések kapcsán kialakult joggyakorlata nyomán 2005-ben sor került hatályos közbeszerzési törvényünk, a 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban Kbt.) módosítására is, így a házon belüli beszerzések a 2005. évi XXIX. törvénnyel⁵³ bekerültek a Kbt. rendelkezései közé.⁵⁴

A módosító törvény indokolása szerint az *in-house* jellegű szerződések esetén a szerződés Ptk-beli fogalmának⁵⁵ lényegi eleme, vagyis a felek akaratának kölcsönös és egybehangzó kifejezése hiányzik, amennyiben a szóban forgó szerződések esetén a felek mindössze a látszat szintjén tekinthetők önálló jogalanyoknak, a gyakorlatban azonban egyazon személy akaratáról van szó, és ilyen értelemben nem beszélhetünk polgári jogi értelemben vett szerződésről. Abban az esetben, ha az ilyen megállapodásokat eleve nem tekintjük szerződésnek, nem vizsgálandó sem a visszerthesség, sem pedig a közösségi közbeszerzési értékhatár meghaladásának kérdése.

A Kbt. alapvetően két módszert alkalmaz arra nézve, hogy bizonyos szerződéseket, szerződéstípusokat kiemeljen a Kbt. rendelkezései alkalmazásának kötelezettsége alól. Egyik esetben a törvény kifejezetten meghatározza, mi nem tekinthető szerződésnek (és így módon közbeszerzési szerződésnek), míg másik módszerként a Kbt. strukturált kivételi rendszert állít fel, vállalatcsoporton belüli beszerzések néven.

A Kbt. módosítással beiktatott 2/A. §-ánál, vagyis a házon belüli beszerzésnél az előbbi megoldással találkozunk, amikor a 2/A. § kimondja, hogy nem minősül közbeszerzési szerződésnek az a megállapodás, amelyet a Kbt. 22. § (1) bekezdése szerinti ajánlatkérő és az olyan, 100 %-os tulajdonában lévő gazdálkodó szervezet köt egymással, amely felett az ajánlatkérő teljes körű irányítási és ellenőrzési jogokkal rendelkezik. A feltétel gyakorlatilag azt kívánja meg, hogy az ajánlatkérővel

⁵² Correos-ügyben hozott ítélet, 69. pont

⁵³ 2005. évi XXIX. törvény a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény és az államháztartásról szóló 1992. évi XXXVIII. törvény módosításáról

⁵⁴ Mindössze érdekes megjegyzés lehet, hogy miközben a Kbt. az *in-house* kifejezést sem angolul, sem magyar fordításban (házon belüli beszerzések) nem használja, addig a módosító törvény indokolása folyamatosan az *in-house* tényállásra hivatkozik. (A szerző.)

⁵⁵ 1959. évi IV. törvény a Polgári Törvénykönyvről, 205. §

szerződő gazdasági társaság az ajánlatkérőhöz képest ne rendelkezék sem önálló szerződési akarattal, sem önálló gazdasági érdekekkel.

Az első feltétel teljesülésének vizsgálata, vagyis a tulajdoni arányok egyértelmű meghatározása nem jelenthet különösen nagy nehézséget, kérdés merül fel ugyanakkor, mi történik abban az esetben, ha az ajánlatkérő szerv mindössze majdnem teljes mértékben (például 98,5 %-ban) tulajdonos, és a fennmaradó tulajdoni hányadot valamilyen természetes személy vagy magánjogi jogi személyiség birtokolja. A Bíróság korábbiakban már részletesen ismertetett állandó joggyakorlata szerint már a magántőke ilyen csekély mértékű megjelenése is meggátolhatja az *in-house* tényállás megállapítását, tekintettel arra, hogy a köz- és a magánérdekek nem minden esetben esnek egybe.⁵⁶

A tulajdoni viszonyok megállapításánál azonban komolyabb problémát jelent annak meghatározása, mikor beszélhetünk az irányítási és ellenőrzési jogok teljes körű gyakorlásáról. A versenyjogban mind az irányítás, mind pedig az ellenőrzés fogalma ismert, a vállalkozások összefonódásának vizsgálatakor gyakran alkalmazott fogalom, így az *in-house* beszerzések esetén is indokolt a versenyjogi megközelítésre hagyatkozni.

A tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény (a továbbiakban Tpv.) 23. § (1) bekezdésének b) pontja szerint vállalkozások koncentrációjáról beszélhetünk, amennyiben „*egy vállalkozás vagy több vállalkozás közösen közvetlen vagy közvetett irányítást szerez további egy vagy több, tőle független vállalkozás egésze vagy része felett*”. A Tpv. idézett szakasza alapján látható, hogy a törvény az irányításra vonatkozóan nem használja a Kbt.-ből ismert „teljes körű” jelzőt, ehelyett közvetlen és közvetett irányítás között tesz különbséget, mely fogalmak tartalmát a 23. § (2) és (3) bekezdésekben⁵⁷ pontosan meg is határozza. Ennek alapján nehezen következtethető ki, mi alapján lehetséges megítélnünk a teljes körű irányítás kérdését, amennyiben sem a Kbt., sem pedig a Tpv. rendelkezései nem jelentenek számunkra kielégítő megoldást.

Az irányítás mellett gyakorlatiasabb és könnyebben érthető a teljes körű ellenőrzés megállapítása, amelyet a Bíróság elsőként a tanulmány első részében már ismertetett Teckal-ügyben⁵⁸ fejtett ki. Ily módon abban az esetben, ha a 100 %-os tulajdonos (az állam, önkormányzat) a kérdéses személy felett olyan ellenőrzést gyakorol, mint amelyet a saját szervei felett, és ez a személy tevékenységét lénye-

⁵⁶ Erről ld. bővebben a Bíróság Stadt Halle ügyben hozott ítéletét

⁵⁷ „(2) E törvény alkalmazásában közvetlen irányítással rendelkezik egy vállalkozás vagy több vállalkozás közösen, ha

a) a másik vállalkozás többségi szavazati jogot biztosító üzletrészeivel, részvényeivel, illetőleg a szavazati jogok több mint ötven százalékával rendelkezik, vagy

b) jogosult a másik vállalkozás vezető tisztségviselői többségének kijelölésére, megválasztására vagy visszahívására, vagy

c) szerződés alapján jogosult a másik vállalkozás döntéseinek meghatározó befolyásolására, vagy

d) a másik vállalkozás döntéseinek meghatározó befolyásolására ténylegesen képessé válik.

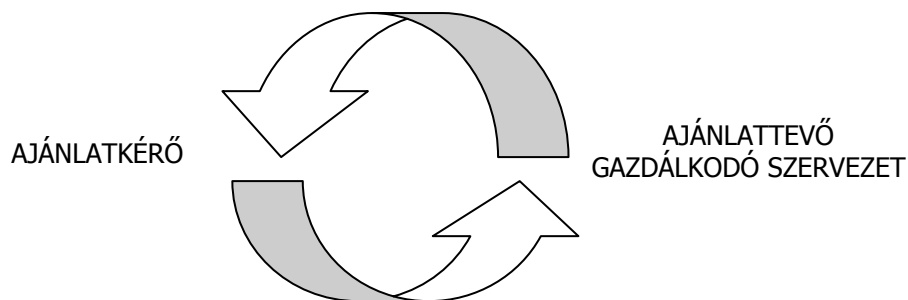
(3) E törvény alkalmazásában közvetett irányítással rendelkezik a vállalkozás azon vállalkozás felett, amelyet az általa irányított vállalkozás – vele együtt vagy önállóan – irányít vagy vállalkozások közösen irányítanak.”

⁵⁸ Ld. jelen tanulmány 2.1. pontja

gében az őt fenntartó tulajdonossal együtt végzi, megállapítható a teljes körű ellenőrzés és ebből kifolyólag a házon belüli beszerzés esetének fennállása.

Az *in-house* tényállás megállapításának előbbiekben áttekintett – és nem kevés kritikai élel mondva nehezen alkalmazható – feltételei mellett a Kbt. ugyanitt további feltételként határozza meg, hogy a gazdálkodó szervezet szerződéskötést követő éves nettó árbevételének legalább 90 %-a az egyedüli tag ajánlatkérővel kötendő szerződés teljesítéséből származzék.⁵⁹ Ez utóbbi feltétel háttérében az a megfontolás állhat, hogy amennyiben az állam vagy más önkormányzat tulajdonában álló vállalkozás aktív piaci szereplő lenne, úgy az *in-house* beszerzési mód versenytorzító hatást fejtene ki, mivel a vállalkozás rentábilis működésének biztosítására közpénzből kerülne sor.

A nettó árbevétel legalább 90 %-a az ajánlatkérőtől származzék.



- a) 100 %-os tulajdonlás
- b) teljes körű irányítási és ellenőrzési jogok

In-house feltételek a Kbt. szerint

A szerződés teljesítéséből származó árbevétel értelmezésénél ugyanakkor lényeges szempont, hogy a nettó árbevétel kiszámításakor ide értendő nemcsak kifejezetten az ajánlatkérő, hanem a szerződés alapján harmadik személyek részére teljesített közszolgáltatás ellenértéke is, tekintet nélkül arra, hogy az ellenértéket az ajánlatkérő vagy a közszolgáltatást igénybe vevő személy (vagyis a fogyasztó) fizeti meg. Erre vonatkozóan irányadók a Bíróság korábban már részletesen ismertetett, a Parking Brixen⁶⁰ és az Auroux-ügyben⁶¹ hozott ítéletei.

⁵⁹ Kbt. 2/A. § (1) bekezdés, b) pont

⁶⁰ Ld. jelen tanulmány 2.3. pontja

⁶¹ Ld. jelen tanulmány 2.7. pontja

A Kbt. szerint az előbbieken meghatározott kritériumoknak megfelelő gazdálkodó szervezet és ajánlatkérő között megkötött megállapodás tehát nem tekinthető a Kbt. hatálya alá tartozó szerződésnek, mivel az „in-house gazdálkodó szervezet” jogi önállósága csupán látszólagos, valójában az ajánlatkérő szerv irányítása és ellenőrzése alatt áll, vagyis nem beszélhetünk a gazdálkodó szerv tényleges, szerződéskötésre irányuló akaratáról. Ugyanezek a rendelkezések alkalmazandók abban az esetben is, ha a gazdálkodó szervezet több, a Kbt. 22. § (1) bekezdése szerint ajánlatkérőnek minősülő szervezet közös tulajdonában, vagy állami tulajdonban van.

Amellett, hogy a Kbt. bizonyos szerződéseket eleve nem tekint közbeszerzési szerződésnek, találkozunk olyan megállapodásokkal is, amelyek alapvetően közbeszerzési eljárás hatálya alá tartozó szerződésnek minősülnek, ám a jogalkotó valamely – igazolható – okból kiveszi azt a törvény hatálya alól. A korábbiakban részletesen áttekintett *in-house* szerződéseket a magyar Kbt. a már ismertetett 2/A. §-ban szabályozza, ám vállalatcsoporton belüli beszerzések megnevezés alatt, a különös közbeszerzési eljárásokra vonatkozó 173-175. §-ban találjuk a Kbt. hatálya alóli kivételeket.

A Kbt. 173. §-a szerint a vízügyi, az energia-, a közlekedési és a postai ágazatokban működő ajánlatkérők esetében a különös közbeszerzési eljárás szabályai nem alkalmazandók, amennyiben (a) az ajánlatkérő olyan szervezettel köt szerződést, amellyel szemben éves beszámoló készítési kötelezettsége áll fenn, vagy amely felett, vagy amely az ajánlatkérő felett közvetlenül vagy közvetve meghatározó befolyást képes gyakorolni, vagy olyan másik szervezettel, amely felett ugyanaz a szervezet gyakorol közvetlenül vagy közvetve meghatározó befolyást, mint az ajánlatkérő felett, vagy (b) kizárólag több ajánlatkérő által, a Kbt. 163. §-ban meghatározott valamely tevékenység folytatására létrehozott közös vállalkozás köt szerződést olyan szervezettel, amely ezen ajánlatkérők valamelyikével az (a) pont szerinti viszonyban áll, feltéve, hogy Közösségen belüli árubeszerzések vagy szolgáltatások, vagy építési beruházások terén az ilyen szervezet előző háromévi átlagos forgalmának legalább 80 %-a a vele az a) pont szerinti viszonyban álló szervezetekkel folytatott gazdasági tevékenységből származott.

A kivétel alkalmazásához elsődlegesen azt a kérdést kell tisztázni, mit jelent a közvetlenül vagy közvetve gyakorolt meghatározó befolyás. A Kbt. az értelmező rendelkezések között nyújt számunkra segítséget, amikor megállapítja, hogy meghatározó befolyást az a szervezet képes gyakorolni, amely (a) a tagok (részvényesek) szavazatának többségével tulajdoni hányada alapján egyedül rendelkezik, vagy (b) más tagokkal (részvényesekkel) kötött megállapodás alapján vagy más módon a szavazatok többségével egyedül rendelkezik, illetve ha (c) tagként (részvényesként) jogosult arra, hogy a vezető tisztségviselők (döntéshozók, ügyvezetők) vagy a felügyelőbizottság (felügyeleti, ellenőrző szerv, testület) tagjainak többségét megválassza (kijelölje) vagy visszahívja.⁶²

Hasonlóképp nem kell alkalmazni a közbeszerzési eljárás szabályait a Kbt. 174. § a)-g) pontjaiban taxatív felsorolt tevékenységek (pl. meglévő építmény vagy

⁶² Kbt. 4. §, 22. pont

egyéb ingatlan vétele vagy ingatlanra vonatkozó egyéb jognak a megszerzése, választottbíróági, közvetítói, békéltetési tevékenység), illetőleg az olyan beszerzésekre, amely államtitkot vagy szolgálati titkot, illetőleg az ország alapvető biztonsági, nemzetbiztonsági érdekeit érintő vagy a különleges biztonsági intézkedést igényel, valamint ha a szerződés, illetőleg a megállapodás csapatok (katonai erők) állomásoztatására, átvonulására, alkalmazására vonatkozik.

A magyar Kbt. rendelkezéseinek áttekintését követően megállapítható, hogy míg közösségi szinten az *in-house* beszerzések a közbeszerzési szabályok hatálya alóli kivételnek tekintendők, addig a magyar szabályozás szerint a már többször idézett Teckal-kritériumoknak való megfelelés esetén az adott szerződés eleve nem minősül közbeszerzési szerződésnek, így a Kbt. szabályai nem nyernek alkalmazást. A Kbt. 173-175. §-ban szabályozott kivételek ugyanakkor érdekesek lehetnek versenyjogi szempontból megvizsgálva, hiszen mint vállalatcsoporton belüli beszerzés, kivételt képeznek a versenyjogi szabályok hatálya alól is, ez a tény viszont adott esetben kartelltilalomba ütközhet, amennyiben kifejezetten versenytorzító hatással jár.

4. Záró gondolatok – néhány kritikai észrevétel

Az Európai Közöségek Bírósága elé került ügyek és a meghozott ítéletek száma rámutat arra, hogy az *in-house* beszerzések problémaköre fontos szerepet tölt be a közbeszerzési jog területén belül. A közösségi jogalkotó által a közösségi irányelv hatálya alóli kivételként meghatározott házon belüli beszerzések értelmezése igen csak szűkre szabott, ugyanakkor az egyes ajánlatkérők újra és újra megpróbálnak élni a lehetőséggel, hogy az adott szerződés odaítélésére közvetlenül, ajánlattételi felhívás közzététele nélkül kerülhessen sor.

- Mindezek ellenére a kivétel alkalmazása sok esetben sikertelennek bizonyul. Ennek oka egyrészt lehet a társasági forma helytelen kiválasztása, illetőleg a nem megfelelő tulajdonosi arány. Előbbi esettel találkozhattunk a Carbotermo-ügyben, ahol az önkormányzat az általa létrehozott társaság vonatkozásában a részvénytársaság formát választotta, amely már alapvetően a társaság profitorientált jellegére utal. A legtöbb esetben azonban mégsem a társaság megnevezése a fő gond, hanem a nem megfelelő tulajdonosi arány okoz problémát. A szerződést közvetlen odaítéléssel elnyerő vállalkozás ugyan az ajánlatkérő többségi tulajdonában van, ám a Bíróság számtalan esetben kifejtette, és ezt meghaladóan minden alkalommal újra meg is erősíti, hogy a magántőke – bármilyen kis arányról legyen is szó – kizárja azt, hogy az ajánlatkérő szerv olyan ellenőrzést legyen képes gyakorolni az ajánlattevő felett, mint azt a saját szervezeti egységei vonatkozásában teszi. Kérdés, mennyire tekinthető ez az álláspont méltányosnak egy 98,8 %-ban állami (önkormányzati) tulajdonban álló vállalkozás esetén, ám az állandó bírói gyakorlat mindezidáig nem mutatott semmilyen irányú finomodást e szélsőséges álláspont vonatkozásában.

- Az *in-house* tényállás megállapítása során további problémaként merülhet fel a stratégiai döntések meghozatala is, hiszen elképzelhető, hogy az adott vállalkozás bár teljes egészében valamely önkormányzat tulajdonában van, ám – tekintettel a

vállalkozás elkülönült jogi személyiségére – a lényeges döntések vonatkozásában az önkormányzat mégsem gyakorol meghatározó befolyást. Véleményem szerint a házon belüli beszerzés kivételének alkalmazása mégis elképzelhető lenne, ha az önkormányzat az ilyen vállalkozás létrehozásakor egyúttal azt is kikötné, hogy valamennyi stratégiai döntés meghozatalához az önkormányzat hozzájárulása, illetőleg egyetértése szükséges.

▪ A hazai közbeszerzési gyakorlatot tekintve – némi fenntartással ugyan – de úgy fogalmazhatnánk, a házon belüli beszerzések problémaköre kevésbé érzékelhető, mint az Európai Unió más, különösen fejlett nyugati államaiban. A szabályozás látszólag tiszta, világos és érthető, sokak szerint ezen a területen nincs is olyan probléma, amivel foglalkozni lehetne, amivel foglalkozni kellene. Az is lehetséges, hogy hazánkban kevésbé elterjedt az a megoldás, amikor egy állami szerv, önkormányzat saját maga hoz létre vállalkozást bizonyos közfeladat ellátása érdekében. Néhány ponton azonban mégis érzékelhető bizonyos mértékű homályosság, még abban az esetben is, ha előbbi feltételezéseinket mind-mind valósként fogadjuk el. Megjegyezendő ugyanakkor, hogy a '90-es évek közepétől több jogi megoldás is született, amely kifejezetten a közpénzek felhasználásával kapcsolatos „érzékeny pontok” orvoslását hivatott szolgálni.⁶³

▪ Az a tény, hogy az *in-house* megállapodásokat a Kbt. nem tekinti szerződésnek, eleve szükségtenné teszi a visszterhesség, illetve annak vizsgálatát, hogy a megállapodás értéke eléri-e a közösségi közbeszerzési értékhatárt, avagy értékénél fogva a nemzeti közbeszerzési szabályok alá tartozna. Dogmatikai szempontból érdekes ugyanakkor, hogy a jogalkotó miért éppen ezt a megoldást választotta a házon belüli beszerzések szabályozásának kialakításakor, hiszen maguk a közösségi közbeszerzési irányelvek is kivételként szabályozzák ezt a kérdéskört. A jogalkotó döntését az a tény indokolhatja, hogy mivel a Kbt. alkalmazásának előfeltételei nem teljesülnek, nehéz (lehetetlen) lenne a házon belüli beszerzések tényállását kivételként megfogalmazni.⁶⁴

▪ Amennyiben a hatályos magyar Kbt. az *in-house* tényállásokat eleve nem tekinti szerződésnek, hanem az önkormányzatok és azok „saját vállalkozásainak” belső megállapodásaként kezeli, nem vezet-e ahhoz, hogy az önkormányzatok – a szolgáltatások minőségének rovására is – az általuk létrehozott, tulajdonolt, irányított és ellenőrzött gazdálkodó szervezetekkel kötnek a Kbt. szempontjából nem értékelhető szerződést, ahelyett, hogy a minőség szem előtt tartása mellett esetleg egyéb piaci szereplők is versenybe szállhatnának bizonyos szolgáltatások ellátása esetén. Megjegyezendő viszont, hogy a hatályos közbeszerzési szabályozás kifejezetten azt kívánta elérni, hogy amennyiben az ajánlatkérő saját kötelező feladatát az ajánlattevő útján látja el, úgy más piaci szereplők ne válhassanak az ajánlatkérő e szervezeti egységének versenytársává. Az *in-house* megállapodások „nem-

⁶³ 2008. évi CV. törvény a költségvetési szervek jogállásáról, 2003. évi XXIV. törvény a közpénzek felhasználásával, a köztulajdon használatának nyilvánosságával, átláthatóbbá tételével és ellenőrzésének bővítésével összefüggő egyes törvények módosításáról („Üvegseb törvény”)

⁶⁴ BOZZAY Erika: *A közbeszerzési törvény alkalmazási köre, személyi és tárgyi hatálya, a közbeszerzési értékhatárok*, In: *Közbeszerzés* (szerk. Fribitzer Gabriella), Complex Kiadó Jogi és Üzleti Tartalom-szolgáltató Kft., Budapest, 2007, 72. o.

szerződés” volta számtalan vizsgálat (ld. korábban visszterhesség, közösségi értékhatár meghaladása) mellőzéséhez vezet, amely a kontroll egyfajta kiiktatását, s ezáltal a közpénzek felhasználásának nehezebben követhetőségét is jelenti.

▪ A Parking Brixen ügyben előterjesztett főtanácsnoki indítvány rámutat arra, hogy a közbeszerzési jog célja az, hogy biztosítsa a szerződő partnerek átlátható és hátrányos megkülönböztetéstől mentes kiválasztását mindenütt, ahol a hatóság úgy döntött, hogy bizonyos feladatokat harmadik személyek segítségével teljesít. Ezzel szemben a közbeszerzési jognak nem lehet célja, hogy kerülő úton („*through the back door*”) olyan közfeladatok privatizálását is előidézze, amelyeket a hatóság továbbra is saját maga kíván megoldani, ehhez inkább a jogalkotó tényleges liberalizációs intézkedéseire lenne szükség.⁶⁵

Látható, hogy a közbeszerzési jog érzékeny terület, nem kevésbé a kivételek és különösen a házon belüli beszerzések köre. Habár szükséges, és közösségi és nemzeti szinten egyaránt elfogadott, hogy bizonyos esetekben indokolt a közbeszerzési szabályok kivételes mellőzése, mindez nem jelenthet elegendő indokot arra, hogy bármely nemzeti törvényhozó a szabályok megkerüléséhez, kibúvók kereséséhez asszisztáljon a közjogi személyeknek az átláthatóság és más fontos közösségi jogelvekkel szemben, azok rovására.

⁶⁵ Kokott főtanácsnoknak a C-458/03. sz. Parking Brixen ügyben előterjesztett indítványa, 71. pont, az ismertetés napja: 2005. március 1.

A saját dolgon fennálló haszonélvezeti jog kérdéséhez (egy öröklési eset kapcsán)

Leszkoven László*

Bevezető gondolatok, a téma felvetése

a Polgári Törvénykönyv Magyarázata az öröklési jog tárgyalása során közöl egy ismereteink szerint jogesetgyűjteményben közzé nem tett – eseti határozatot, mely első látásra sem külön magyarázatot, sem megkülönböztetett figyelmet nem érdemelne.¹ A döntés okfejtése egy látszólag vitán felüli jogi tétel egyszerű alkalmazása: a tulajdonost saját dolga felett korlátozott dologi jog (jelen esetben haszonélvezeti jog) nem illetheti meg („*nemini res sua servit*” szabálya). A tulajdonjog megszűnésével a saját dolgon fennálló saját dologi jog a határozat szerint szükségszerűen megszűnik. Ezt mondja ki a *consolidatio* elve, mely a dologi jog körében vitán felül álló (ám látni fogjuk, hogy nem kivétel nélküli) szabály.

A megállapított tényállás szerint az örökhagyó édesanyja (a per felperese) egy lakásingatlant vásárolt az örökhagyó részére oly módon, hogy a tulajdonjog a szerződés alapján közvetlenül az örökhagyó javára nyert bejegyzést, míg a felperes az adásvételi szerződésben holtig tartó haszonélvezeti jogot kötött ki a maga számára. Az örökhagyó leszármazó hátrahagyása nélkül hunyt el, így az öröklakást ági öröklés jogcímén a felperes örökölte meg, az örökhagyó túlélő házastársának (az alperesnek) az özvegyi haszonélvezeti jogával terhelten. A felperes keresetében annak megállapítását kérte, hogy bár az öröklakás tulajdonjogát megszerezte, a szerződésben kikötött haszonélvezeti joga fennmaradt, és megelőzi az alperes özvegyi haszonélvezeti jogát. A jogerős ítélet – melyet a Legfelsőbb Bíróság Pfv. V. 23642/1996. sz. határozata hatályában fenntartott – a felperes erre irányuló kereseti kérelmét elutasította. Indokolása szerint az ingatlannak a felperes (mint ági örökös) által történt megöröklésével a tulajdonjog és a haszonélvezeti jog egy személyben egyesült, így a felperes javára fennállott haszonélvezeti jog megszűnt. A másodfokú bíróság kiemelte azt is, hogy amikor a felperes a hagyatéki eljárás során ági öröklési igényét előterjesztette, e döntésével gyakorlatilag azt is kinyilvánítva,

* Egyetemi docens, Miskolci Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Polgári Jogi Tanszék

¹ Magára a jogesetre tanszéki munkatársam, Pusztahelyi Réka tanársegéd hívta fel a figyelmemet, köszönet illeti érte.

nította, hogy haszonélvezeti jogának további fenntartása helyett az ingatlan tulajdonjogát kívánja megszerezni.²

Bár a kivonatban közölt döntés egyéb megállapításai is említést érdemelnének, az alábbiakban kizárólag a *haszonélvezeti jog megszűnésének kérdésével* foglalkozunk. Úgy véljük, hogy az eljáró bíróságok által elfoglalt álláspont nem helytálló, a jogi helyzet ugyanis – látszólagos egyszerűsége ellenére – sokkal árnyaltabb, a jogi érdekekre jobban koncentrálni kell.

A téma azért is figyelemre méltó, mert a készülő Polgári Törvénykönyv 4:177. § (1) bekezdésének fordulata – immáron tételes szabályként, kivétel engedése nélkül – kimondani szándékszik, hogy *a haszonélvezet megszűnik, ha a haszonélvező szerzi meg a dolog tulajdonjogát*. Ugyanígy foglal állást a Szakértői javaslat 4:178. § (1) bekezdésének utolsó fordulata is.³ Ez a rendelkezés azonban nem helyes.

Idegen dologbeli jog – saját dolog felett

A *consolidatio* gondolata – mely szerint megszűnik a korlátolt dologi jog, ha a tulajdonjog és a korlátolt dologi jog jogosultjává ugyanaz a személy válik, másképpen fogalmazva: „ha a tulajdonjog és a korlátolt dologi jog egy személyben egyesül” – mint *evidens, szükségszerű szabály került be a jogi köztudatba*. Az a megközelítés, mely a korlátolt dologi jogokat – szolgáltatásokat és értékjogokat – idegen dologbeli jogként aposztrofálja, mintegy „részegített” ennek az elvnek a meggyökeresedésére, mondván: idegen dologbeli jog csak más személy tulajdonában álló dolog felett állhat fenn, saját dolog felett idegen dologbeli jog létezése fogalmilag kizárt. Ez az álláspont azonban – látni fogjuk – közel nem volt általános, messze nem volt kivétel nélküli.

Abban az alapvetően elméleti kérdésben, hogy *helytálló-e egyáltalán az idegen dologbeli jogok terminus technicus használata*, állást foglalunk nem szükséges, mert a jogi helyzet értékelése és megoldása nélkül is lehetséges (a kérdés azért merül fel, mert a *consolidatio* melletti érvek – mint láttuk – gyakran éppen az elnevezésből fakadnak: „idegen dologbeli jog csak idegen dolog felett állhat fenn”). Az mindenesetre figyelemreméltó, hogy az idegen dologbeli jogok közé sorolt személyes és telki szolgáltatások valamint az értékjogok klasszikusa, a zálogjog tekintetében *a consolidatio nézve a mai irodalom sem tud egységes álláspontot elfoglalni*. A Polgári Törvénykönyv Magyarázata pl. a haszonélvezeti jogra nézve rögzíti, hogy „a tulajdonjog és a haszonélvezeti jog egy személyben való egyesülése esetén (így ha a haszonélvező a tulajdonjogot megszerzi) a haszonélvezet megszűnik. A haszonélvezetnek ugyanis tartalmi eleme, hogy más személy tulajdonában levő dologon álljon fenn.”⁴ A haszonélvezet Ptk-beli fogalma ugyanis kimondja, hogy e jognál fogva a haszonélvező *a más személy tulajdonában álló dolgot* birtokolhatja, használ-

² A Polgári Törvénykönyv magyarázata (Complex Kiadó Jogi és Üzleti Tartalomszolgáltató Kft., Budapest, 2007, a továbbiakban Magyarázat) 2069. és köv. o.

³ Szakértői Javaslata az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez (szerk.: Vékás Lajos, Complex Kiadó Kft., Budapest, 2008.) 717.o.

⁴ Magyarázat 573.o. Ugyanígy foglal állást a megszűnés tekintetében részletesebb magyarázat nélkül Menyhárd Attila: *Dologi jog* (Osiris Kiadó, Budapest, 2007., a továbbiakban Menyhárd) 429.o.

hatja illetve hasznait szedheti (Ptk. 157. § (1) bek.). A telki szolgalmra vonatkozóan ugyanakkor – holott ennek fogalmában is benne van, hogy a szolgalmi jogosult *más ingatlanát* meghatározott terjedelemben használhatja (Ptk. 166. § (1) bek.) – a kommentár a bővebb magyarázatot mellőzve úgy foglal állást, hogy polgári jogunk *a jogosultság és a kötelezettség egy személyben való egyesülését* nem tekinti olyan oknak, mely a telki szolgalmat megszünteti. Ez a körülmény ugyanis csak „szünetelteti” a telki szolgalmat.⁵ A jelzálogjog esetében azonban – a kifejezett jogszabályi rendelkezés miatt – sem az irodalom, sem a gyakorlat nem vitat(hat)ja, hogy a jelzálogjog – a későbbi jogosultakkal szemben – a *consolidatio* (vagy *confusio*) miatti megszűnés ellenére fennmarad.⁶ Figyelemre méltó a három helyzet közötti különbség: az első esetben a Magyarázat szerint a korlátolt dologi jog *megszűnik*, a másodikként említett esetben *nem szűnik meg*, csak a gyakorlása szünetel, míg a harmadik esetben a zálogjog a törvény rendelkezése szerint *megszűnik, de fennmarad* a rangsorban hátrább álló zálogjogosultak irányában.

A haszonélvezetre nézve a *consolidatio* elvét mindenesetre mind a Ptk. törvényjavaslata, mind pedig a Szakértői javaslat jogszabályi rendelkezésként kimondani szándékszik, mely megoldással nem tudunk egyetérteni.

Ebben a kérdésben Szladits Károly véleményét tartjuk helytállónak, aki egyenesen és világosan leszögezi, hogy *a korlátolt dologi jogoknak nem a legjellemzőbb sajátosságuk az, hogy idegen dologra vonatkoznak; „...elképzeltetni korlátolt dologi jogot, amely a tulajdonost a saját maga dolgán illeti meg avégből, hogy más teherjogok korlátaival a tulajdonossal szemben elhárítsa.”*⁷

Ugyanígy foglal állást Szász István is: „a magyar magánjog általában nem ismeri el azt a tételt, hogy *‘nemini res sua servit’*. Ennek folytán olyankor, amikor a tulajdonos javára fennálló korlátolt dologi jog valamely védelmet érdemlő gazdasági érdeket szolgál, a magyar magánjog szerint általában nincs akadálya annak, hogy a korlátolt dologi jognak ugyanaz legyen az alanya, mint aki a tulajdonos.”⁸

Ugyanígy tanította Nizsalovszky Endre is. Álláspontja szerint a tulajdonjog fogalmi egységével egyáltalán nem áll ellentétben az az élethelyzet, amikor a korlátolt dologi jognak ugyanaz az alanya, mint aki a tulajdonos.⁹ A szerző a Szladits által szerkesztett Magyar Magánjog Ötödik kötetében önálló fejezetet szentel a saját dolgon fennálló korlátolt dologi jogok tárgyalásának, részletesen elemmezve e jogi helyzetet.

Hatályos jogunkban sem példa nélküli, hogy olyan helyzet áll elő, amikor *a korlátolt dologi jog nem szűnik meg, ha a tulajdonos a korlátolt dologi jogot megszerzi (vagy fordítva)*, illetőleg van olyan helyzet is, amikor *a tulajdonost* valamilyen – a jog által elismert indoknál fogva – *eleve a saját tulajdonában álló dolog felett illeti meg korlátolt dologi jog*. Ilyen az alábbiakban részletesebben elemzett tulajdonosi zálogjog (Ptk. 259. § (4) bekezdés), de említhetjük a társasház alapításnak azt az

⁵ Magyarázat 599. o. Egyezően foglal állást itt is Menyhárd 441. o.

⁶ Magyarázat 961. o.

⁷ Szladits Károly: *Dologi jog* (Grill Károly Könyvkiadóvállalata, Budapest, 1930.) 238. o.

⁸ Szász István: *A magyar magánjog általános része* (Egyetemi Nyomda, Budapest, 1947. I. kötet) 185. o.

⁹ Nizsalovszky Endre: *Korlátolt dologi jogok* (Magyar Magánjog V. kötet, szerk.: Szladits Károly, Grill Kiadó, Budapest, 1942., a továbbiakban Nizsalovszky) 344. o.

esetét is, amikor pl. egyszemélyi alapítás mellett a külön tulajdonba kerülő lakásokhoz földtulajdon nem, csak földhasználati jog kapcsolódik (Thtv. 1. § (3) bek.).

Az érdekmérlegelés hasonló esete: a tulajdonosi jelzálogjog

A gondolatébresztőnek szánt, a felsejtetőben hivatkozott jogesethez a *helyes megoldás kézenfekvő analógiáját a tulajdonosi jelzálogjog intézménye szolgáltatja*. Ennek oka abban rejlik, hogy a vizsgált tényállásban és a tulajdonosi jelzálogjog intézményében ugyanaz az érdek vezet (kell, hogy elvezessen) a *consolidatio* főszabályának áttöréséhez. Sőt, mint látni fogjuk, a haszonélvezeti jog esetében még tisztább jogi helyzettel állunk szemben, mint a tulajdonosi (saját) jelzálogjog kapcsán.

A Ptk. 259.§ (4) bekezdése értelmében tulajdonosi jelzálogjog akkor keletkezik, ha a zálogjogosult a zálogtárgy tulajdonjogát, vagy a zálogtárgy tulajdonosa a zálogjoggal biztosított követelést megszerzi (feltéve, hogy a követelést megszerző tulajdonos nem személyes kötelezett). A saját zálogjog keletkezése egy rendhagyó helyzet. Ilyenkor ugyanis a zálogjognak – mondhatnánk: „a dolgok rendes menete szerint” – meg kellene szűnnie (a rendelkezés a törvényben is „A zálogjog megszűnése” cím alatt szerepel). A tulajdonosnak azonban a polgári jog által elismert érdeke fűződik ahhoz, hogy a *consolidatio* elve áttörésre kerüljön. Mindkét fordulat esetében arról van szó, hogy a tulajdonos indokolatlanul kerül(het)ne hátrányos helyzetbe a későbbi rangsorú zálogjogosultakkal szemben, ha a javára fennálló vagy általa megszerzett zálogjog a tulajdonjoggal való egyesülés következtében automatikusan megszűnne. A polgári jog azonban csak félig-meddig ereszt el a *consolidatio* szabályát: a zálogjog – mondja a Ptk. – megszűnik, de a hátrébb álló zálogjogosultak irányában fennmarad. A *saját jelzálogjog jogosultja* – a tulajdonos – a zálogjog megszűnése ellenére a *későbbi rangsorú hitelezőkkel szemben a megszűnő zálogjog ranghelye szerint tarthat igényt a dolog értékesítése esetén a dolog értékének meghatározott részére*. Ezért is mondja igen helyesen Szladits: „...a tulajdonos jelzálogjoga nem más, mint a későbbi rangsorú idegen jelzálogjogok viszszaosztása, melynél fogva az ingatlanok ekként felszabaduló értékzónája a tulajdonos rendelkező hatalmába esik vissza.”¹⁰

A *consolidatio* követelményét félretekő törvényi rendelkezés folytán a *megszűnő de a későbbi zálogjogosultak* (valamint álláspontunk szerint analógia útján a végrehajtási jog jogosultjai) *irányában fennmaradó „saját jelzálogjog” valójában már nem is igazi zálogjog*, mert hiányzik belőle, de legalábbis erősen módosult az egyik legfontosabb – ha nem a legfontosabb – zálogjogi jellemző, a dologból való (és valamilyen, az adóssal szemben fennálló követelést biztosító) kielégítési lehetőség.¹¹ A zálogjog értékjogi jellemzői erősen átalakulva maradnak fenn ilyenkor: a tulajdonost („jelzálogjogosultat”) nem az a jog illeti meg, hogy a követelést biztosító zálogtárgyból kielégítést keressen (hiszen magával szemben kötelmi követelése nincs), hanem *azzal a joggal élhet, hogy a saját jelzálogjog által elfoglalt értékzóna-*

¹⁰ Szladits Károly: *Dologi jog* (Grill Károly Könyvkiadó vállalata, Budapest, 1930.) 328. o.

¹¹ Leszkoven László: *A zálogjog új szabályai* (Novotni Kiadó, Miskolc, 2001.) 117. o.

*nát a maga javára hasznosítsa és a dologra vezetett végrehajtás esetében az értékzónára eső vagyoni értéket az elvonás alól mentesítve magának tarthassa meg.*¹²

Helyesen érzékelteti Szladits, hogy *a tulajdonosi zálogjog éppen ezért nem is más, mint rangsorjog*: a többi zálogjogosult hátrébb szorítása. Ezt az álláspontot és magyarázatot hatályos jogunkra nézve is maradéktalanul osztjuk. A jogosult (tulajdonos) ilyenkor a saját jelzálogjoggal a későbbi rangsorúakat szorítja hátrébb, azokat, akiknek joga *későbbi* és ezáltal gyengébb, *mint a saját jelzálogjog ranghelye szerinti jog*. Ezt olyan jog segítségével teheti meg, aminek „normális esetben” meg kellett volna szűnnie, de éppen az ő érdekében és a későbbi rangsorú harmadik személyek ellenében a tételes jog nem engedte elenyészni.

A perbeli eset értékelése. A »tulajdonosi haszonélvezeti jog«

Lehetetlen nem észrevenni, hogy a perbeli esetben lényegét tekintve ugyanaz az érdek áll elő, mint a fentiekben a tulajdonosi jelzálogjog esetében. Az ott kifejtettek szinte módosítás nélkül erre a helyzetre is találunk. Az okfejtés szempontjából azonban egy különbségre feltétlenül rá kell mutatnunk. Ebben az esetben *a saját dolgon fennmaradó haszonélvezeti jognak tartalmi módosuláson sem kell átmennie ahhoz, hogy az anyagi igazságnak megfelelő eredményt produkálhassa* (nem úgy, mint a rangsorjoggá alakuló, már csak nevében zálogjogi tulajdonosi jelzálogjognál).

Térjünk vissza a Magyarázat által közölt konkrét esetre. Az örökhagyó halálával a hagyaték – az *ipso iure* öröklés elve alapján – minden jognyilatkozat nélkül, a törvény alapján száll át az örökös(ök)re (Ptk. 598. §, 673. §). Ha a Polgári Törvénykönyvben foglalt feltételek fennállnak, az ági örökös szerzi meg az ági öröklés alá eső hagyatéki vagyontárgy tulajdonjogát („állagát”, vagyis állagörökös lesz), míg az ági háramlás alá eső vagyontárgyra nézve a túlélő házastársat a törvényes öröklés rendje szerint holtig tartó haszonélvezeti jog (özvegyi jog) illeti meg (Ptk. 615. § (1) bek.). A házastárs örökli ugyanis mindazon vagyon haszonélvezetét, melyet egyébként nem ő örököl.

Az örökhagyó halálakor *a hagyaték részét* – a vizsgált esetre koncentrálna – *egy szerződéses haszonélvezettel terhelt ingatlan képezte*. Az öröklési jogviszony közvetett tárgyát éppen ezért az ingatlan *ebben az állapotában*, vagyis haszonélvezeti joggal terheltlen képezte. Az ági örökléssel és az özvegy öröklésével tehát *a perbeli ingatlanra nézve – a szerződéses haszonélvezeti jog megmaradása mellett – tovább, későbbi rangsorú haszonélvezeti jog keletkezett*. Az előállt állapot az „özvegyi jogok versengéseként” ismert jogi helyzet polgári jogi alapképletét mutatja fel. Semmiképpen sem lehet helyes az a megközelítés, hogy a haszonélvező azzal, hogy ági öröklési igényt terjesztett elő, „lemondott” a haszonélvezeti jogáról (mert a tulajdont – az állagöröklést – választotta).

¹² Hasonlóképpen Nizsalovszky: a tulajdonosnak „módot kell adni arra, hogy a javára fennmaradó érték-jog alapján – rangsorának megfelelően – hozott áldozata visszatérüljön.” Nizsalovszky 346. o.

Térjünk vissza a *consolidatio* kérdéséhez. Megítélésünk szerint nem férhet kétség ahhoz, hogy helyes érdekmérlegeléssel arra a következtetésre kellett volna a perbeli esetben jutni, hogy a szerződéses haszonélvezeti jog nem szűnik meg a tulajdonjog megszerzésével, mert a korlátolt dologi jog fennmaradásához a polgári jog által elismert nyomós érdek fűződik. Ez a jog nem más, mint az *özvegy jog-szerzését megelőzően, vagyis az öröklés időpontjához képest korábban* – jelen esetben ráadásul visszterhesen, az ingatlan-nyilvántartásba bejegyzetten – *szerzett haszonélvezeti jog védelme a tulajdonszerzéssel egy időben előlépő özvegyi jogosulttal szemben*. Itt kell ismét felhívni a tulajdonosi zálogjog szemléletes analógiáját, különösen Szladits helyes értelmezésében. Ha a tulajdonosi (saját) jelzálogjog esetében a polgári jog elismeri és konkrét jogi rendelkezéssel támogatja a tulajdonosnak azt az érdekét, hogy a megszűnő jelzálogjogára későbbi jogosultak irányában hivatkozhasson, *ugyanilyen súlyú védelem illeti meg a haszonélvezeti jog jogosultját is*. A két jogi helyzet eltérő értékelése mellett (egyszerűen fogalmazva: jogi védelem a jelzálogjog esetében, közömbös hozzáállás a haszonélvezet kapcsán) nem szól semmilyen érv, éppen ellenkezőleg, további érvek is sorakoztathatók a jogerős határozat okfejtésével szemben.

Consolidatio – egybeolvadás vagy jogvesztés?

A vizsgált esetben az eljáró bíróságok a *consolidatio mellett* szóló érvként rögzítették azt is, hogy „...a tulajdonjog az erősebb jogcím, és az magába foglalja a használatot, a hasznok szedésének jogát is, amire a haszonélvezet a haszonélvezőt feljogosította.” Ez a megállapítás akkor állja meg a helyét – és a perbeli esetben is csak akkor lett volna helyénvaló hivatkozás – ha és amennyiben a tulajdonjog, mint legteljesebb dologi jog *ténylegesen a tulajdonos rendelkezésére áll* és tartósan biztosítja számára a tulajdonjogban benne rejlő valamennyi jogosultságot (a birtoklás, használat és hasznosítás jogát is). Ilyenkor valóban nincs szükség a tulajdonos kezében külön korlátolt dologi jogra is: ha a korlátolt dologi jog (haszonélvezet, telki szolgálat, zálogjog) az „egy kézben való egyesüléssel” meg is szűnik, a *consolidatio nem jelent a tulajdonos* (egyben a megszűnő korlátolt dologi jog jogosultja) *számára jogvesztést*. A megszűnő jog ugyanis nem enyészik el, hanem beleolvad a teljes értékű tulajdonjogba és továbbra is a tulajdonost szolgálja. A jog gyakorolhatósága megmarad, csak ezt követően nem haszonélvezet (korlátolt dologi jog), hanem a tulajdonosi joggyakorlás jogcímén. Összegezve: a *consolidatio* akkor tiszta és vitathatatlan, ha a korlátolt dologi jog beolvadásakor a tulajdonjog a maga teljességében a tulajdonos rendelkezésére áll, és ha a megszűnő korlátolt dologi jog a tulajdonjogban rejlő részjogosítványként a tulajdonos hatalmába kerül.

Ha azonban a *consolidatio* folytán a korlátolt dologi jog *indokolatlanul, nyom nélkül elenyészne* és ez a tulajdonos (a dolgon korábban fennállt korlátolt dologi jog jogosultjának) védelemre érdemes érdekeit sértené, arra a magánjognak reagálnia kell. A perbeli esetben hiába szerezne tulajdonjogot az ági örökös, ha a tulajdonjogba „beleolvadó” korábbi haszonélvezeti joga azonnal semmivé is válna, mert a tulajdonszerzésével egy időben egy későbbi rangsorú haszonélvező azonnal a helyébe is lép. Éppen *emiatt* – vagyis a későbbi rangsorú jogosultak hátrébb szo-

rítása érdekében – *szükséges a tulajdonost illető haszonélvezeti jog fenntartása*. Ugyanazzal az indítatással és jogi logikával, mint a jelzálogjog fenntartása a későbbi zálogjogosultak irányában a tulajdonosi jelzálogjog esetében.

Hatályos jogunkra nézve is irányadó ezért Nizsalovszky korrekt okfejtése, melyet érdemes hosszabban idéznünk: véleményünkkel egybevágó nézete szerint előfordul, hogy „*ex consolidatione a korlátolt dologi jogok nem szűnnek meg* akkor, ha a tulajdonosnak a korlátolt dologi jog fennmaradásához valami jogi védelmet érdemlő érdeke fűződik. Az az elv tehát, hogy a tulajdon rugalmassága folytán a személyi találkozás a korlátolt dologi jogot magába olvasztja, úgy készül átalakulni, hogy ez a beolvasztás csak a *gazdaságilag feleslegessé váló* korlátolt dologi jogokra nézve következik be. [...] A feleslegessé válást pedig [...] rendszerint nem lehet megállapítani, ha a tulajdonnal egy személyben egyesült jogot *követő rangsorban* is áll fenn korlátolt dologi jog.”¹³ Ez utóbbi megállapítás a perbeli esetre maradéktalanul talál.

Gondolatösszegző megjegyzések

Hatályos jogunkban *nem létezik olyan tételes szabály*, melynek értelmében a haszonélvezeti jog *ipso iure* megszűnik, ha a tulajdonjog és a haszonélvezeti jog „egy kézben egyesül” (*consolidatio*).

Nincs olyan szabály sem, mely kimondaná, hogy a haszonélvezet olyan idegen dologbeli jog, melynek jogi létezése saját tulajdonban álló dolog felett kizárt (akkor sem, ha a főszabály egyértelműen az, hogy a személyes és telki szolgálat más személy tulajdonában álló dolgot terhel).

Létezik ellenben – mint fentebb részleteztük – számos olyan élethelyzet, mely *szükségessé teszi a saját dolog felett fennálló korlátolt dologi jogot*, olyképpen, hogy ezt az igényt a *polgári jog tételes normában kimondva elfogadja és támogatja*.

A *consolidatio* elve tehát – mely szerint a korlátolt dologi jog megszűnik, ha a jogosult megszerzi a dolog tulajdonjogát, vagy fordítva – a dologi jogban főszabályként igaz és alkalmazandó, de semmiképpen nem kivétel nélküli szabály. *Létezhet azonban olyan jogi érdek, mely a főszabály alkalmazását kizárja*.

Olyankor, ha a tulajdonos javára fennálló *korlátolt dologi jog valamely védelmet érdemlő gazdasági érdeket szolgál*, a jognak el kell ismernie és támogatnia kell a saját dolgon – későbbi rangsorú jogosultakkal szemben – fennálló korlátolt dologi jog létezését. Ilyen érdek lehet a dolog haszonvételének biztosítása, de a dolog értékét képviselő ún. „értékszóna” rendeltetésre tartása is.

Éppen ezért a már *fennálló haszonélvezeti jogot nem szünteti meg a consolidatio*, ha a tulajdonjognak a haszonélvező általi megszerzésével *egy időben későbbi rangsorú haszonélvezeti jog is születik*. Különösen indokolt ez olyan esetben – ilyen a perbeli élethelyzet is – amikor a tulajdonjogot megszerző fél a haszonélvezeti jogot korábban visszterhesen szerezte. Ellenkező esetben a

¹³ Nizsalovszky Endre: *Korlátolt dologi jogok* (Magyar Magánjog V. kötet, szerk.: Szladits Károly, Grill Kiadó, Budapest, 1942.) 346. o.

consolidatio olyan *jogvesztést eredményez* a korábbi rangsorú haszonélvező oldalán, *melynek semmilyen ésszerű indoka nincs*.

A *consolidatio* főszabályával szemben *fennmaradó haszonélvezeti jog célja és megmaradásának jogi indoka a későbbi rangsorú haszonélvezeti, használati jogok „hátrébb szorítása” a tulajdonossá vált haszonélvező védelmében*. Ebben a tekintetben a „tulajdonosi haszonélvezeti jog” a tulajdonosi (saját) jelzálogjoggal azonos indíttatású intézmény. A tulajdonosi haszonélvezeti jog a jelzálogjoghoz képest azonban tisztább, mert *jogi természetét teljes egészében megtartja, tartalmi átalakuláson nem megy át*. Haszonélvezet marad, nem válik rangsorjoggá.¹⁴

A perbeli esetben a haszonélvezet, mint korlátolt dologi jog (idegen dologbeli jog) és a tulajdonjog egymáshoz való viszonyát az eljáró bíróságoknak *nagyobb körülményekkel kellett volna értékelnie*. Az ismertetett tényállás mellett ugyanis a *consolidatio* elve nem alkalmazható. A helyes döntés – melyet dolgozatunkban kifejtettünk – jogszabálysértés nélkül meghozható lett volna. *Ha a jogalkalmazó a döntését a polgári jogban megjelenő, jelen lévő olyan elvre, elvi tételre, szokásjogon alapuló magánjogi szabályra stb. alapítja, melynek tételes jogi alapja nincsen, abban az esetben az elv mögött álló mélyebb összefüggések, a jog által védett érdekek sokkal alaposabb vizsgálata mellőzhetetlen*.

¹⁴ Itt értelemszerű megkorlátozások adódnak, ezek azonban a jogi okfejtést el nem erőltetik. Pl. a haszonélvező-tulajdonos, ha a dolgot bérbe adja, elővásárlási nyilatkozatot beszereznie önmagától nem kell, önmagával szemben elszámolási kötelezettsége nincs, stb. A joggyakorlással kapcsolatos korlátok nem a „haszonélvezői-tulajdonosi” kettősségből, hanem a rangsorban mögötte álló személy jogaira tekintettel adódnak.

Tocqueville az amerikai közigazgatásról*

Barta Attila**

„Az önszerveződő község körül érdekek, szenvedélyek, kötelességek és jogok csoportosulnak, s erősen kötődnek hozzá.”¹

Bevezető

Jelen tanulmány arra tesz kísérletet, hogy megismertesse az Olvasót Alexis de Tocqueville, *A demokrácia Amerikában* című művének közigazgatási tárgyú részével. A tanulmánynak három rétege van. Tocqueville gondolatai képezik az 'alaprétetet', amely egyes helyeken kiegészül egy később tevékenykedő magyar közjogász, Magyary Zoltán megállapításaival. Ennek oka, hogy Magyary ugyancsak mélyrehatóan foglalkozott az amerikai közigazgatással. A Tocqueville megállapításait elemző részek ezen felül néhol kiegészülnek a tanulmány szerzőjének észrevételeivel.

I. A mű megírásának körülményei

1. Személyes és történelmi körülmények. A mű bemutatásra kerülő részeinek maradéktalan megértéséhez elengedhetetlen néhány előzetes ténynek az ismerete, ugyanis csak így válik lehetségessé azok helyes értelmezése. A mű írója, Alexis de Tocqueville, származását illetően művelt, széleskörű ismeretekkel bíró francia arisztokrata volt, aki 1831-ben látszólag azért utazott Amerikába, hogy az ottani börtönreformot tanulmányozza. Igazság szerint Tocqueville-nek más célja volt amerikai látogatásával. Saját bevallása szerint a börtönreform vizsgálata csupán ürügyként szolgált ahhoz, hogy Amerika minél nagyobb részét megismerhesse. Néhány hónapos útja során megtapasztalta az ottani társadalmi egyenlőséget, szembesült annak máshol nem látott mértékével.

Utazása megerősítette abban, hogy az amerikai berendezkedésre nem lehet alkalmazni az általa már megismert, megszokott (politikai) kategóriákat: „... a tárgy

* Ezúton mondok köszönetet dr. Szabadfalvi Józsefnek a tanulmány elkészítéséhez nyújtott iránymutatásáért, értékes meglátásaiért.

** Doktorandusz, Debreceni Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar

¹ Ocskay Gyula: A szabadság térbelisége, in: *Szabadság és/vagy egyenlőség. Tocqueville-tanulmányok* (szerk.: Fülöp Endre – Ocskay Gyula – Pogonyi Szabolcs). POFA-könyvek 1., Pilismarót, Politikai Filozófia Közhasznú Alapítvány, 2006, 155. o.

egyszerűen alkalmatlannak bizonyult az elmélethez.”² Mindez arra készítette, hogy az amerikai demokráciára vonatkozó megfigyeléseit könyv formájában is megossza honfitársaival. Ennek nyomán született meg későbbi főműve, a *De la démocratie en Amérique* címmel, melynek első része 1835-ben, míg második kötete 1840-ben jelent meg.

Tocqueville írása egyértelművé teszi számunkra, hogy maga a szerző a haladást, a változásokat elfogadó arisztokrata ugyan, gondolataiban a régi értékekbe és a vallásba vetett hit mégis legalább akkora szerepet játszik, mint az egyenlőség és a szabadság tisztelete. Arisztokrata származásúként szomorúnak találja, hogy a 'nemesség kora' leáldozóban van.³ Ez a fiatalkori felismerés kétségtelenül közrejátszott amerikai útjának eltervezésében, valamint művének megírásában. Tocqueville elképzelése az volt, hogy megadja a demokrácia (mint akkortájt egzakt módon nem definiálható jelenség) természetrajzát: „Bevallom, Amerikában többet láttam, mint magát Amerikát; a demokrácia képét kerestem [...] meg akartam ismerni már csak azért is, hogy tudjuk, mit remélhetünk, vagy mit várhatunk tőle.”⁴

A mű egyediségét és jelentőségét erősíti az a tény, hogy Tocqueville abban a korban élt, amikor a liberális demokrácia intézményesedése kialakulóban volt. Úgy is fogalmazhatnánk, hogy művét a modern demokrácia hajnalán vetette papírra. A könyv méltatásánál is fontosabb azonban az író képességeinek elismerése. Tocqueville ugyanis tipikusan olyan gondolkodó, akit időszakonként, esetleg más és más megközelítésben ugyan, de újólág felfedeznek. Meglátásai rendkívül időtállóknak bizonyultak, aminek magyarázata a szerző magas szintű absztrakciós képességében keresendő. Tocqueville széleskörű társadalomtudósi ismeretekkel rendelkezett, aminek köszönhetően mindig az általa vizsgált történetek mélyére hatolt: „Művében így nemcsak megértette és leírta egy újonnan formálódó társadalom szerkezetét, hanem [...] foglalkozott az események szerkezetével is [...] azzal, hogy hogyan formálódott a történelem.”⁵ Megfigyelései ezért javarészt ma is relevánsak.

Az 1800-as évek közepén Európa-szerte ismert volt tevékenysége. A magyar reformkor legjelentősebb gondolkodói ugyancsak ismerték munkásságát.⁶ Ezt támasztja alá, hogy két évvel könyvének megjelentetése után a Figyelmező című lap már recenziót közölt művéről, az Athenaeumban pedig 1838-tól részletekben publi-

² Balázs Zoltán: Amerika és a nagyság, in: *Szabadság és/vagy egyenlőség. Tocqueville-tanulmányok* (szerk.: Fülöp Endre – Ocskay Gyula – Pogonyi Szabolcs). POFA-könyvek 1., Pilismarót, Politikai Filozófia Közhasznú Alapítvány, 2006, 95. o.

³ Ezért nem túlzás azt állítani, hogy [valójában] azt szerette Amerika szabadságából, ami a régi [azaz forradalom előtti] Franciaország szabadságaiból, a családi tradíció folytán is, kedves és ismerős volt a számára. Gángó Gábor: Forradalom és Demokrácia. Eötvös József és Alexis de Tocqueville 1848-ról, in: *Szabadság és/vagy egyenlőség. Tocqueville-tanulmányok* (szerk.: Fülöp Endre – Ocskay Gyula – Pogonyi Szabolcs). POFA-könyvek 1., Pilismarót, Politikai Filozófia Közhasznú Alapítvány, 2006, 57. o.

⁴ Tocqueville, Alexis de: *A demokrácia Amerikában*. Teljes magyar fordítás: Tocqueville: *Az amerikai demokrácia. Francois Furet tanulmányával*. (ford. Ádám Péter) Európa Könyvkiadó, Budapest, 1993. 37. o.

⁵ Lukacs, John: A nagy Tocqueville problémák, in: *Szabadság és/vagy egyenlőség. Tocqueville-tanulmányok* (szerk.: Fülöp Endre – Ocskay Gyula – Pogonyi Szabolcs). POFA-könyvek 1., Pilismarót, Politikai Filozófia Közhasznú Alapítvány, 2006, 11. o.

⁶ A könyv első magyar nyelvű kiadása Fábián Gábor fordításában jelent meg négy kötetben. Tocqueville Elek: *A demokratia Amerikában*. I-IV. kötet. Buda, 1841-43.

kálták a művet. Eötvös József, aki több írásában kifejezetten utalt a könyv jelentőségére, levelet is váltott Tocqueville-lel.⁷ Meglepő, hogy mindennek ellenére hírneve, az 1859-ben bekövetkezett halála után a köztudatban gyorsan halványodni kezdett. Nem így történt azonban az Újvilágban, ahol munkáit továbbra is sokan ismerték. „Ez érthető, ha figyelembe vesszük, hogy külföldi létére ő volt az, aki az amerikaiak számára az egyik legfontosabb, legjelentősebb könyvet megírta.”⁸ Pedig csupán kilenc hónapig tartózkodott ott és az országnak is csak egy részét látta. Ismertsége, hírneve részben ennek köszönhetően maradt fenn a tengerentúlon.

A *demokrácia Amerikában* című írás látszólag leíró jellegű mű: „Ezzel a könyvvel senkinek sem kívántam szolgálatába szegődni [...] én a távolabbi jövőre akartam tekintetem szegezni.”⁹ Mégis úgy érezzük, hogy munkája túlmutat a puszta tényleíráson. Tevékenységét a demokrácia jellemének, hajlamainak feltárása vezérelte, miként írja, azért, hogy: „...olyan tanulságokat vonhassak le, amelyek hasznunkra [azaz Franciaország hasznára] válhatnak.”¹⁰ Meglátása szerint ugyanis a demokrácia terjedése elkerülhetetlen, és Európában is ez képezi a jövő útját. Ezért úgy véljük, hogy valójában Franciaország problémáira kereste a választ még akkor is, amikor az Újvilágról írt. Látnunk kell, hogy Amerika választása előre eltervezett lépés volt egy olyan 'nyomozás' keretében, melynek során Tocqueville azokra a kérdésekre kívánt választ találni, amelyeket az 1789 és 1830 közötti francia forradalmi események annak idején homályosan (vagy teljes mértékben) nyitva hagytak.

Művének bevezető részében részletesen taglalja mindazon történelmi korokon átívelő folyamatokat, melyek fokozatosan az egyenlőség kiteljesedése, a társadalmi különbségek megszűnése felé hatottak a keresztény világban. Szilárd meggyőződése, hogy a demokrácia Európában is megállíthatatlanul tör előre.¹¹ Vallásos ember lévén úgy véli, hogy ez a „Mindenható szent akarata!”¹², ezért nem szabad, hogy az ember szembeszálljon vele.

Ehelyütt meg kell említeni, hogy Tocqueville ebben a tekintetben nem volt abszolút determinista állásponton. Nem zárta ki annak a lehetőségét, hogy az ember tetteivel, cselekedeteivel pozitív vagy negatív irányba befolyásolja a történelmet. Mindez arra enged következtetni, hogy bár a demokrácia terjedése megállíthatatlan, de az már rajtunk múlik, hogy ez a folyamat zsarnoksághoz vagy szabadsághoz fog vezetni.¹³ Azaz Tocqueville nem tartja azt sem elképzelhetetlennek, hogy a demokrácia kiteljesedésével párhuzamosan az adott nemzet egy elnyomó hatalom irányítása alá kerüljön. Mindez látszólag ellentmondásos, ezért ennek kifejtésére az alábbiakban kerül sor.

⁷ Gondolkodói karakterben, politikai célok és törekvések tekintetében Tocqueville és Eötvöshöz igen közel álltak egymáshoz. Erről lásd bővebben: Fenő István: Eötvös és Tocqueville, *Aetas*, 2007. 1. sz. 127-134. o.

⁸ Lukacs: i.m. 9. o.

⁹ Tocqueville: i.m. 40. o.

¹⁰ *Uo.* 37. o.

¹¹ *Uo.* 23. o.

¹² *Uo.* 28. o.

¹³ Előbbire példaként Franciaországot, utóbbira Amerikát hozza fel.

2. Tocqueville szemlélete a demokráciáról. Ahogy az előbbiekből is kiderült, Tocqueville felfogása szerint a demokrácia végső soron jelenthet jót és rosszat is. A mű olvasása közben egyre inkább körvonalazódik bennünk az, hogy a szerző lényegében a népszuverenitás doktrínájának különböző alkalmazási területeit ismer-teti. Kérdés azonban, hogy a demokrácia fogalma számára milyen tartalommal bír. Demokrácia-felfogása az antik szerzők álláspontjához, avagy a rousseau-i nézethez áll-e közelebb? Az antikvitásban ugyanis a demokráciát, mint berendezkedési formát nem tartották jó megoldásnak, mivel úgy vélték, hogy az akár a csőcselék uralmához (oklokráciához) is vezethet. Ugyanez az elképzelés nagyon sokáig fennmaradt a francia nemesség körében, sőt a demokráciát nemcsak az ancien régime, hanem a vallás és az egyház ellenségének is tartották.

A demokrácia csak később, Jean-Jacques Rousseau-nál kapott pozitív jelentést, azonban nála is bizonyos korlátok érvényesültek. Rousseau *A társadalmi szerződés-ről* című írásában úgy foglal állást, hogy az igazi értelemben vett demokrácia a ha-landók társadalma számára elérhetetlen. Azt csak olyan nép érhetné el, amely csu-pa istenekből áll. Ráadásul a demokráciát Rousseau csak a kis népek esetében tartja jó (működőképes) berendezkedésnek.

Ezek a gondolatok számunkra különösen fontosak. Tocqueville ugyanis a fenti-ektől egy minőségileg másfajta demokráciát vett górcső alá. Ő már az ún. tömeg-demokrácia jelenségeit vizsgálta, amivel kétségtelenül úttörőnek számított. A másik igen fontos momentum, hogy Tocqueville a demokráciát társadalompolitikai szem-szögből elemzi, amivel ugyancsak megelőzte korát. Ez azért említésre méltó, mivel a demokrácia kifejezésnek az alkotmánypolitikai területtől való elszakadása és a társadalmi demokrácia felé való jelentésetolódása csak valamivel később, az 1848-as események nyomán következett be.

Ugyanakkor úgy véljük, hogy a tömegdemokrácia jelensége és a Rousseau-féle demokráciamodell nem feltétlenül összeegyeztethetetlen fogalmak. Az 1830-as évek amerikai tömegdemokráciája sajátos módon magában hordozta a rousseau-i megközelítést is, hiszen Amerika képe ebben az időben közelebb állt egy 'poliszok' által uralt laza hálózathoz. Ebben a településekből felépített – és ezáltal eleve köz-ségi dominanciájú – közegben már Rousseau 'kisnépi' demokrácia-felfogásának számos eleme érvényesülhetett.

Ezen felül a legújabb kori fejlemények rávilágítanak arra, hogy a demokráciának nem csupán egyetlen kizárólagos formája létezhet. Amikor demokráciáról beszélünk, az számunkra egy olyan gyűjtőfogalmat jelent, mely magában hordozza pél-dául az amerikai típusú, a nyugat-európai típusú, vagy éppenséggel a japán típusú demokratikus berendezkedést. Ez egyrészt azt jelenti, hogy a demokrácia elérésé-nek több útja is lehetséges, másrészt azt, hogy a demokratikus állam kialakításá-nál nem szabad gépiesen, kritikátlanul adaptálni a más nemzetektől származó megoldásokat, mivel nem biztos, hogy azok az átvevő jellemzőinek figyelembe vé-tele hiányában működőképesek lesznek.¹⁴

¹⁴ Ehelyütt jegyezzük meg, hogy amikor 1989-1990-ben új közigazgatási rendszerünk alapjai létrejöttek, hasonló modellválasztási problémával lehetett találkozni. Az összehasonlító kutatások arra a következtetésre vezettek, hogy a sajátos magyar viszonyok, fejlődés és hagyományok sajátos nemzeti megoldást igényelnek a közigazgatás eme alrendszerében is, ezért nem lehetséges egyik mérvadónak

Mindezek ismeretében le kell szögezni, hogy Tocqueville nem kíván egy hézagmentes, a legapróbb részletekig precízen kidolgozott demokrácia-elméletet kialakítani. Nem akar definíciót alkotni, mint ahogy nem kívánja nézetét egyik korábbi gondolatrendszerbe sem beskatulyázni. Erre nem is lett volna szükség, tekintettel arra, hogy amit ő vizsgált, az a maga nemében egyedülállónak számított akkortájt. A szerző sokkal inkább arra törekszik, hogy minél több szemszögből mutassa be az amerikai demokráciát, valamennyi esetben újabb és újabb ecsetvonással egészítse ki a már meglévő összképet. Komplex szemlélettel rendelkezik, ezért írása is komplex megközelítéssel bír. Ezt erősíti az a tény, hogy Tocqueville a demokráciát nem pusztán, mint kormányzati formát kívánja megérteni, hanem sokkal inkább „a létfeltételek (szinte) teljes egyenlőségét látja benne.”¹⁵

Megjegyzendő továbbá, hogy Tocqueville gondolatrendszerében az egyenlőség és a szabadság nem szinonim fogalmak. Nála az egyenlőség a szabadság történelmi előfeltételeként jelenik meg. Minél teljesebb az egyenlőség, annál jobban segíti elő a szabadság kibontakozását. De ez nem szükségképpen jelenti azt, hogy az előbbi determinálná az utóbbit. Az életkörülmények fokozatos kiegyenlítődése Tocqueville szerint nem zárja ki azt, hogy egymással homlokegyenest ellentétes rendszerek jöjjenek létre a jövőben. Vagyis még a hasonló körülmények sem zárják ki, hogy az amerikaihoz hasonló 'liberális' rendszer helyett másmilyen, például a korabeli franciához hasonló, 'elnyomó' rendszer alakuljon ki. Ezzel ismét visszanyarodtunk ahhoz a korábbi gondolathoz, amit a demokrácia keretében lehetséges elnyomó rendszerrel azonosít Tocqueville.

Mindebből az következik, hogy Tocqueville-nél a demokrácia nem szűken politikai természetű jelenség, hanem egy annál tágabb viszonyrendszert jelent. Tocqueville elsősorban egyenlőséget ért a demokrácia alatt, s ennek különböző szintjeit és következményeit ismerteti művében.¹⁶ Úgy is fogalmazhatnánk, hogy nála a modern társadalom legfőbb ismertetőjelének, *differentia specifica*-jának tekinthető a demokrácia. Tocqueville nem a demokrácia terjedését tekinti alapvető kérdésnek, hiszen azt elkerülhetetlennek tekinti: „Számára sokkal inkább a demokrácia, mint történelmi tény jelentése [természete] és politikai filozófiai jelentősége az, ami megválaszolásra vár.”¹⁷

Ide kívánczik azonban egy további gondolat. A szerző, korának számos más gondolkodójától eltérő módon, konzekvensen választja el egymástól a demokrácia természetét és a forradalom eszméjét. Ez azért fontos, mert akkortájt még az olyan személyek is, mint Guizot vagy Eötvös, egyöntetűen úgy vélték, hogy a demokrácia és az annak gyakorlati megnyilvánulásaként kezelt forradalmi események anarchiába fogják taszítani a társadalmat, veszélyeztetik a nemességet, és az egy-

tekintett állam modelljének mechanikus átültetése sem. Nincsen olyan nyugat-európai vagy fejlett ipari országban alkalmazott közigazgatási modell, mely általánosan alkalmazható lenne akár helyi, akár központi szinten a volt szocialista országok közigazgatásában. Hangzott el az ENSZ szakértői bizottság 1991. április 17-19. között tartott kibővített ülésének legfontosabb megállapításai között.

¹⁵ Tocqueville: i.m. 36. o.

¹⁶ *Uo.* 31. o.

¹⁷ Horkay Hörcher Ferenc: Burke és Tocqueville. A francia forradalom politikai filozófiai értelmezése, in: *Szabadság és/vagy egyenlőség. Tocqueville-tanulmányok* (szerk.: Fülöp Endre – Ocskay Gyula – Pogonyi Szabolcs). POFA-könyvek 1., Pilismarót, Politikai Filozófia Közhasznú Alapítvány, 2006, 24. o.

ház hatalmát is aláássák. Tocqueville ezzel nem értett egyet, és amint azt tudjuk, a történelem is őt igazolta.

Ha viszont már a demokrácia gondolkörét vizsgáljuk, innen visszatekintve felmerülhet bennünk a kérdés, hogy az 1800-as évek Amerikája vajon mennyire volt ténylegesen demokrácia. Mennyire valósult meg a társadalmi–gazdasági egyenlőség, mennyiben állt fenn egyáltalán a létfeltételek egyenlősége? Amennyiben a történelmi valóságot vizsgáljuk, meg kell állapítanunk, hogy érthető módon akkoriban az amerikai demokrácia sem érte el azt a szintet, amit a mai foglalkozásunk szerint demokratikusnak nevezünk. Ennek oka elsősorban a déli államok (arisztokratikus elemeket is tartalmazó) rabszolgatartó társadalma, másrésről az északi államokban is tapasztalható hátrányos megkülönböztetés volt. Mégis megállapítható, hogy az Újvilágban sokkal messzebbre jutottak a demokrácia építésében, mint azidőtájt bárhol máshol. Ez az, amit Tocqueville is keresett és megtapasztalt utazása során: „Van a világon egy olyan ország, ahol a nagy társadalmi forradalom, amelyről beszéltem elérni látszik természetes határait...”¹⁸

Tekintettel arra, hogy Tocqueville írásában az 1830-as évek amerikai demokráciájának számos szintje és jellemzője kerül bemutatásra melyek mindegyikével nem áll módunkban foglalkozni, a tanulmány címének megfelelően a továbbiakban csak a mű közigazgatással kapcsolatos részeit fogjuk vizsgálni. Ennek keretében a tanulmány későbbi részében kiemelten foglalkozunk majd a községek kérdésével, miután Tocqueville úgy véli, hogy: „A szabad népek ereje (mégis) a községben rejlik.”¹⁹ Azonban nem ez az egyedüli ok, amiért az Egyesült Államokat figyelemre érdemesnek ítéli, hanem azért is, mert véleménye szerint ott sikerült a demokráciát a leginkább összeegyeztetni a szabadsággal. „Ennek a sikernek az egyik kovácsa a községi rendszer, a másik pedig a vallás erőssége.”²⁰

II. Az 1830-as évek amerikai közigazgatásának jellemzőiről általánosságban

Mielőtt részleteiben is megvizsgálnánk azt, amit Tocqueville az amerikai közigazgatással kapcsolatban tapasztalt, érdemes egy rövid kitérőt tennünk és elemeznünk, hogy melyek voltak azok a gyökerek, amelyekből az újonnan formálódó állam közigazgatása kisarjadt. A vizsgálat csak a közigazgatás fejlődése szempontjából jelentőséggel bíró körülményekre, vagy azok hiányára terjed ki.

Megállapítható, hogy a korabeli Egyesült Államok (a mű megírása idején még terjeszkedő Unió) társadalma a függetlenség kivívását követően is a bevándorlók által magukkal hozott és meghonosított kulturális, valamint vallási hagyományokon alapult. A felvilágosult eszmerendszer különösen maradandónak bizonyult az észak-keleti területeken, ahol Tocqueville is végezte kutatásait. A déli területek

¹⁸ Tocqueville: i.m. 36. o.

¹⁹ Uo. 96. o.

²⁰ Tocqueville vallásosságának kérdésével részletesen foglalkozik Ludassy Mária: Isten és szabadság, Tocqueville és a liberális katolicizmus című írása, in: *Szabadság és/vagy egyenlőség. Tocqueville-tanulmányok* (szerk.: Fülöp Endre – Ocskay Gyula – Pogonyi Szabolcs). POFA-könyvek 1., Pílismarót, Politikai Filozófia Közhasznú Alapítvány, 2006.

más berendezkedést követtek. A korábbi kolóniák azonban valamennyi különbözőségük ellenére egyöntetűen előnyben részesítették az autonómiát, a saját ügyek önálló és szabad intézésének kívánalmát, amit mai fogalmainkkal öngazgatásként vagy önkormányzásként definiálhatunk. Az 'államellenesség', a centralizált hatalom kialakításától való félelem érthető volt, hiszen a bevándorlók jelentős része éppen ilyen központosított 'rendész-államok'²¹ üldözése elől menekült az Újvilágba.

Ennek egyenes következménye lett egy olyan alulról építkező közigazgatási rendszer kialakítása, melyben sokkal nagyobb hangsúly helyeződött az önszerveződésekre, a polgári társulásokra, és amely egy poliszrendszer-szerű (helyi) települési hálózat kialakulását és megerősödését eredményezte. Talán ez volt az az ősmomentum, amely leginkább elválasztotta és elválasztja ma is az USA közigazgatását az európai közigazgatástól. A 'városállamok' laza hálózatára való utalás nem tekinthető eltúlzottnak, tekintettel arra, hogy az Amerikai Egyesült Államokban napjainkban is mintegy 83.000 önkormányzati egység található, amelyeknek jelentős részét a városok képezik.²²

Észak-Amerika államaiban soha nem létezett az európaihoz hasonló abszolút monarchia: „...az amerikai igazgatásnak nevezett formáció alkalmazási területe erőteljesen helyhez, időhöz és mentalitáshoz kötött.”²³ A két modell különbözősége az eltérő történelmi fejlődésre vezethető vissza. A kontinentális államok, különösen a közép-európai, valamint skandináv államok közigazgatásának fejlődésére a felvilágosult abszolutizmus és annak „aktív társadalomformáló tevékenysége”²⁴ vitathatatlanul rányomta bélyegét. Ennek következménye az, hogy: „...a nemzetállamot építő polgári demokrácia megörökli a feudális abszolutizmustól az erős és szakszerűsége épülő kincstári és rendészeti közigazgatást és [...] felülről lefelé épített hierarchizált államigazgatást a közhatalmi feladatokra.”²⁵ Mindamelllett a közsféra és magánsféra fokozatos elkülönülése az európai államok többségében ugyancsak erre az időre tehető. Ezt nevezzük jogi dualizmusnak. Érdekességként megjegyezhető, hogy ezen az úton legtovább éppen Tocqueville hazája jutott el, egy tudatosan kialakított, kétosztatú jogrend következetes felállítása révén.

Mindazonáltal a fentebb jelzett eltérés csak az egyik oka volt az amerikai közigazgatás sajátos fejlődésének. Legalább ennyire fontos az észak-amerikai népesség puritán közösség-szervezési (önkormányzati) hagyományaira, valamint az antiföderalisták egységes állami igazgatást elutasító érveire való utalás. A puritán hagyományok rendkívül erős kezdő lökést adtak az amerikai önkormányzati építkezés számára. „... a puritanizmus intellektuális és szociális dinamit erejével hatott a

²¹ A rendész, avagy rendészeti-állam (*Polizeistaat*) kifejezés ebben a kontextusban arra utal, hogy a 19. században a közigazgatási hatósági tevékenységet és a jogalkalmazást is rendészeti tevékenységként fogták fel. Ennek megfelelően a közigazgatás alapvető feladata az volt, hogy pl. tűz-, építés-, vagy járványrendszet formájában őrködjön a jogszabályok betartásán.

²² Bartók Irén: Az Amerikai Egyesült Államok önkormányzati rendszerének néhány sajátossága, *Magyar Közigazgatás*, 1994. 11. sz. 680. o.

²³ Lőrincz Lajos: Összehasonlítás a közigazgatásban, in: *Közigazgatás az Európai Unió tagállamaiban. Összehasonlító közigazgatás*. (szerk.: Lőrincz Lajos), UNIO Lap- és Könyvkiadó Kereskedelmi Kft, Budapest, 2003, 13. o.

²⁴ *Uo.* 14. o.

²⁵ Balázs István: A regionális közigazgatási hivatalok kialakításának lehetőségei a területi államigazgatás működésének átalakítása tükrében, *Magyar Közigazgatás*, 2004. 4. sz., 194. o.

17. században, ereje egyházakat szakított szét, zsarnokokkal dacolt, kormányzatokat döntött meg, királyokat fejeztetett le.”²⁶ Ugyanakkor világnézetük „... mind anyagiakban, mind szellemiekben hallatlan teljesítményre sarkallta őket”, hiszen céljaik elérésében ezek az emberek nem számíthattak másra, csak magukra, valamint szűkebb közösségükre.²⁷ Ez a gondolkodásmód tehát kedvező táptalaja volt a kisközösségek megszervezésének, az ügyek önálló, saját erőből történő intézésének, vagyis az önkormányzatok létrejöttének.

Ezzel szemben a centralizált és hierarchizált állami végrehajtás kiépítésének még a 18. század közepén is komoly akadályai voltak, amit jól érzékeltet a föderalisták és antiföderalisták vitája. Az antiföderalisták ugyanis azon a véleményen voltak, hogy „... nagy kiterjedésű országban lehetetlen anélkül létrehozni egy [...] feddhetetlen képviselőt, hogy az [...] ki ne lenne téve annak, hogy alkalmatlan a demokratikus kormányzásra.”²⁸ Ezen felül nézetük szerint: „... a törvényeket nem lehet megfelelő gyorsasággal végrehajtani egy olyan kiterjedésű országban, amilyen az Egyesült Államok.”²⁹ Az antiföderalisták lényegében azért utasították el az erős központi államhatalom létét, mert meggyőződésük szerint pont annak hiánya képezte az amerikai hagyomány lényegét.

Mindezen körülmények által ösztönözve a közigazgatás másik ága, az önkormányzati közigazgatás, mintegy természetszerűleg már igen korán, és az európainál sokkal kiterjedtebb formában, nagyobb szabadságot, több jogosítványt élvezve épült ki Amerikában. „Az újabb és újabb területhódítások [pedig] olyan gyorsak voltak, hogy a telepesek állam nélküli helyzetben települtek le, minden ügyet maguknak, vagy legszűkebb környezetüknek, településüknek kellett megoldania. [...] Amerika valójában hosszú időn keresztül nem abban különbözött Európától, hogy más közigazgatása volt, hanem hogy nem volt államigazgatása.”³⁰

III. Tocqueville megfigyelései az amerikai közigazgatásról³¹

1. A közigazgatás szintjei és azok alapvető jellemzői. Ahogy az a fentebb leírtakból is kiderül, Tocqueville legjobb szándéka ellenére sem foglalkozhatott korának Amerikájában a közigazgatás államigazgatási és önkormányzati alrendszerével együttesen, tekintettel arra, hogy a közigazgatás centralizált és hierarchizált államigazgatási alrendszere a maga kiteljesedett formájában ebben az időben még nem alakult ki.

²⁶ Degler, Carl Neumann: *Az élő múlt. Milyen erők formálták Amerika mai képét?* Európa Könyvkiadó, Budapest, 1993, 31. o.

²⁷ *Uo.* 30. o.

²⁸ Lévai Csaba (szerk.): *Új rend egy új világban.* Multiplex Media, Debrecen University Press, Debrecen, 1997, 187. o.

²⁹ *Uo.* 188. o.

³⁰ Lőrincz: i.m. 14. o.

³¹ Nem tekinthetünk el attól, hogy érdekességként Tocqueville megállapításait össze ne vessük egy másik nagy gondolkodó, Magyary Zoltán megállapításaival, aki szinte kerekén 100 évvel később maga is elvégezte az amerikai közigazgatás vizsgálatát. Ez egyúttal lehetővé teszi, hogy Tocqueville megállapításainak helytállóságát és időtállóságát is megvizsgáljuk. Magyary Zoltán: *Amerikai államélet. A közigazgatás útja az Északamerikai Egyesült Államokban,* Egyetemi Nyomda, Budapest, 1934.

Tocqueville megfogalmazása szerint a közigazgatásnak „három cselekvési központja”³² van, a község, a megye és az állam, melyek mai fogalmaink szerint a közigazgatás szintjeinek feleltethetők meg, úgymint helyi, területi és központi szint. Tekintettel azonban arra, hogy az USA egy föderatív berendezkedésű állam, ezért az operatív igazgatási tevékenységek ellátását biztosító szinteken túl nevesít még egy magasabb szintet is, mely, ahogy ő írja: „...kivételes, és csak bizonyos kérdésekben” működik közre. „A szövetségi kormányzat egyébként, mint már említettük, a kivétel; az egyes államok kormányzata az általános szabály.”³³ Emiatt beszél Tocqueville „két egymásba bújtatott társadalomról.”³⁴ Ezen a képen változás csak a polgárháború, valamint az első világháború után következett be, mivel a föderatív hatalom ezután erősödött meg a tagállamok rovására.

1.1. A községek. Tocqueville a közigazgatásra vonatkozó vizsgálódását a községek ismertetésével kezdi, és nem titkoltan ezek bemutatására helyezi a legnagyobb hangsúlyt. Teszi mindezt azért, mert a demokrácia, illetve a teljes társadalmi egyenlőség már ezen a szinten nyilvánvalóvá válik az ún. *select-men*, azaz választott tisztviselők és a közösségi közgyűlés, *town-meeting* intézményein keresztül. Ennek oka, hogy a község a legelemibb építőegysége a társadalomnak, a közösségnek. Ahogy Tocqueville is utal rá, lényegében a község az egyetlen egyesülés ahol emberek gyűlnek össze, amely olyannyira benne rejlik a természetben, hogy szinte önmagától kialakul. Tocqueville a községet tekinti a szabadság egyik alapvető letéteményesének.

Korábban már vizsgáltuk az egyenlőség – szabadság fogalompár viszonyát. Itt röviden arra kell kitérni, hogy Tocqueville szabadságfogalma sokkal inkább az antik szabadságfogalomból érthető meg, nem pedig a modernből. A szabadság megvalósulása szerint csak akkor lehetséges, ha az ember nem mentes minden korlátozástól, hanem tiszteletben tart bizonyos – vallási, erkölcsi, kulturális és jogi – mércéket. Meglátása szerint csak az isteni törvények betartása juttathatja el az embert a szabadsághoz, ami újfent megerősíti bennünk azt, hogy Tocqueville tiszteli a régi, erkölcsi normákat, és fontosnak tartja a vallásosságot. „Az Egyesült Államokban korántsem állították, hogy az embernek szabad országban joga van bármit tennie; inkább oly változatos társadalmi kötelezettségeket róttak rá, mint sehol másutt...”³⁵

Kétségtelen, hogy az amerikaihoz hasonló szabadságot (szabadságjogokat) élvező községi modell az eltérő fejlődési pálya miatt nem valósulhatott meg az 1830-as évek Európájában, vagy legalábbis nemkívánatos jelenségnek tekintették, ahogy arra maga Tocqueville is utal.³⁶ A szerző a közigazgatás vizsgálata szempontjából speciális helyzetben van, hiszen a francia közigazgatás alapjait Napóleon éppen

³² Tocqueville: i.m. 95. o.

³³ Uo. 94. o.

³⁴ Uo. 94. o.

³⁵ Uo. 111. o.

³⁶ Ez azonban nem jelenti azt, hogy a korszak európai államaiban az amerikaival teljes mértékben ellentétes irányú folyamatok valósultak meg. Külön kiemelendő az első magyar Községi Törvény, az 1871. évi XVIII. törvénycikk, mely rendkívül haladó módon rendezte a községek kérdését. Ennek nyomán a községek az első világháborúig az önkormányzatiság igen magas fokára jutottak.

ebben az időszakban, a 19. század elején rakta le.³⁷ Ennek máig ható következménye az, hogy Franciaország közigazgatása alapkarakterében az egyik legjobban centralizált közigazgatás. Kétségtelen, hogy a francia közigazgatás mintaértékkel bír egész Európában, sőt világszerte. Tudatos szervezése, logikus építkezése (mondhatni katonás rendje) elismerést érdemel.

A szerző a községek ismertetése során alaptípusnak Massachusetts állam településeit választja. A későbbiekben azonban árnyalni kényszerül a kialakított képet, mivel déli irányba haladva megismeri az ottani államok eltérő berendezkedését (lévén ekkor még azok arisztokratikus szemléletű, rabszolgatartó államok) és ennek nyomán a községek szerepének látványos csökkenését. „Dél-felé haladva a községi élet egyre kevésbé aktív. A súlypont a megyékbe helyeződik át. A megyei közgyűlés válik a hatalom letéteményesévé.”³⁸ A közigazgatási hatáskörök az évente választott kis létszámú tanács tagjai, az ún. *select-men* (választott emberek) kezében összpontosulnak. Ők a népakarat végrehajtói. Azonban rajtuk kívül még más köztisztviselőket is megválasztanak a község lakosai, akiknek száma jellemzően 20 fő körül mozog.

A választás, mint a funkcionáriusoknak a hatalomba helyezése, jól mutatja a népszuverenitás elvének érvényre jutását. Ez megerősíti, hogy a hatalom letéteményese a nép, a közösség. A község – állam kapcsolatban Tocqueville hangsúlyozza, hogy a községek az államoknak csak akkor alávetettjei, ha valamilyen társadalmi érdek merül fel, melynek megvalósítása nem maradhat az egyes települések szintjén. „... [Franciaországban] a központi kormány kölcsönzi hivatalnokait a községeknek; [ezalatt lényegében a polgármestereket kell érteni, akik nemcsak a települési tanács végrehajtó szervei, de az államé is, ezáltal kettős ellenőrzés alatt tevékenykednek] Amerikában viszont a község adja kölcsön tisztségviselőit a kormánynak.”³⁹

Ez a megállapítás érdekes következtetésre ad lehetőséget. Eszerint a korabeli Amerikában a közigazgatási feladatok ellátása alapvetően 'laikusok' feladata volt, akik tisztségüket választás útján nyerték el, bárminemű szakmai végzettség elvárása nélkül. Ezzel kapcsolatban fogalmazza meg azt Magyary Zoltán, hogy „Amerika nagyon sokáig ellensége volt a hivatásos, szakképzett köztisztviselőnek.”⁴⁰ Ebben a kérdésben változás csak az 1800-as évek utolsó harmadától kezdve tapasztalható. Ezt követően kristályosodott ki a települések (városok) igazgatásának három alaptípusa, melyet elsőként Magyary nevesít, és napjainkban is ez a három városigazgatási típus ismeretes az USA-ban. Ezek: a polgármesteri, a tanácsi illetve a városigazgatói (menedzseri) típus.⁴¹

Sajátos, nehezen megragadható fogalom Tocqueville-nél a községekkel kapcsolatban használt ún. közösségi szellem, mint jelenség. Az ő olvasatában ez a demokrácia erejét mutatja, és a függetlenséggel, valamint az erővel társulva az em-

³⁷ A társadalmi és tudományos életben lezajló forradalmi jelenségek miatt nevezik ezt az időszakot 'az ész és a vér korának'.

³⁸ Tocqueville: i.m. 123. o.

³⁹ Uo. 104. o.

⁴⁰ Magyary: i.m. 9. o.

⁴¹ Ezeket a típusokat különbözteti meg későbbi írásában Bartók Irén. Bartók: i.m. 680-689. o.

berek érdekeltségét fokozza. Megértéséhez tudnunk kell, hogy Tocqueville fogalomrendszerében a község egy olyan erkölcsi–etikai kollektíva, amely az egész társadalom érdekeit fejezi ki, és szükség esetén védelmezi azokat a kormányzati gépezet önkényével, túlhatalmával szemben. Lényegében ennek az öntudatnak, mentalitásnak a kifejeződése a közösségi szellem, amit az európai társadalmakból hiányol. Ebből látható, hogy Tocqueville községfelfogása, akárcsak a demokráciáról alkotott képe, meglehetősen komplex. A község sajátos 'tocqueville-i intézménnyé' válik, aminek következtében a papíron felvázolt intézmény morális elemekkel egészül ki.

Érdekességként jegyezzük meg, hogy a községi–közösségi szellemiség és a demokrácia fogalmának összefonódása más kontextusban ugyan, de nem ismeretlen a magyar közigazgatás történetében sem. A rendszerváltás során az átalakulás sarkalatos pontjának tekintették a volt tanácsigazgatási rendszer lebontását és az önkormányzati közigazgatás kialakítását. Ennek során a döntéshozókat az a szilárd meggyőződés vezérelte, hogy a lakosság szemében a tanácsrendszer egyértelműen a szocializmus anyagi megnyilvánulása volt. Ezért az ennek helyébe lépő önkormányzati rendszer, nem kis túlzással a demokrácia által hordozott újfajta, szabadabb szellemiség materializálódásának volt tekinthető.⁴²

Visszatérve eredeti témánkhoz, a községek, városok, egyáltalában véve az amerikai települések rendszerének robbanásszerű fejlődésére és átalakulására akkor került sor, amikor Tocqueville már nem tartózkodott az Újvilágban, ezért annak hatásait a szerző közvetlenül nem tapasztalhatta meg. Magyary ezzel kapcsolatban azt emeli ki, hogy az 1830-as éveket követően a vasút elterjedése, majd az iparosodás, aztán az automobil és végezetül a repülés elterjedése drasztikus módon átalakította a hétköznapiakat és ezen keresztül a települések rendszerét is. Komoly mértékben előmozdította a városiasodást, az urbanizációt. Az így kialakuló gazdasági agglomerációk, nagyvárosi körzetek és egyéb gazdasági egységek átalakították a korábban egységes képet, megjelentek az ún. „szuperkommunák”.⁴³

Azaz a községi alakulatok fölé ekkortájt épült be 'új fokozatként' a nagyvárosi körzet. Bizonyos területek, pl. a *district*-ek ('körzetek') önálló jogi személyiség híján a megyei közigazgatás alá kerültek, míg az önálló jogi személyiséggel rendelkező *village*-ek ('falvak') a városok, községek közigazgatásához kapcsolódtak.⁴⁴ Ebből a szempontból is különleges helyzete van az amerikai fővárosnak, mivel a törvényhozás és a városi tanács hatáskörét maga a Kongresszus gyakorolja fölötté. A települési szisztémára vonatkozó heterogén kép az 1880-as évekre stabilizálódott. Ezt a dátumot tekinti Magyary az 'Új Amerika' létrejöttének.

1.2. A megyék. „A megye Amerikában mind a mai napig létező közigazgatási egység, azonban – megőrizve ősi jellegét – alapvetően nem rendelkezik olyan fokú

⁴² Ez a sajátos megközelítés a későbbiekben komoly ellentmondások forrásává vált, és egyértelmű előzménye lett az államigazgatással, mint szükségszerű rosszal, szembeni ellenszenvnek.

⁴³ Magyary: i.m. 82. o.

⁴⁴ Megjegyzendő, hogy a helyi önkormányzatok kiépülése a polgári államok modernizációs folyamatainak szerves részét képezte a 19. században mind a mintaadó, mind pedig a mintakövető államokban. Kajtár István: A modern községi közigazgatás kialakulása Közép- és Kelet Európában a XIX. században, *Comitatus*, 2001. 10. sz. 61. o.

szabadsággal, mint a községek.⁴⁵ A területszervezési szempontok a helyi szintnél magasabb szintű közigazgatási szintek kialakítása során is a szükségletek kielégítéséből, vagy történelmi hagyományokból indulnak ki. A megye a községet meghaladó, több községet átfogó feladatok ellátásának szintje. Ma erre azt mondjuk, hogy minden olyan feladat ellátása, melynek 'üzemmérete' meghaladja a községek méretét, a megye hatáskörébe tartozik. Azaz a megyék szerepe kiegészítő, szubszidiárius jellegű. Érdekes, hogy az a felsorolás, melyet Tocqueville a megyei feladatokról ad, szinte teljes mértékben megegyezik az amerikai megyék által napjainkban kötelezően ellátandó feladatok listájával.⁴⁶

Ezzel összefüggésben érdemes rávilágítani egy további momentumra. Tocqueville több alkalommal hangsúlyozza művében, hogy ismereteinek forrásául a tisztviselőktől származó dokumentumok szolgálnak. Számos további jellemző olyan hivatalos iratokból származott, mint például az adott tagállam alkotmánya. Ez azért bír nagy jelentőséggel, mert a közigazgatás gyakorlatilag egészen a 18. század végéig sem szervezeti felépítésében, sem működési mechanizmusában nem volt nyilvános.⁴⁷

Visszakanyarodva a megyék státuszának vizsgálatához, indokolt némi pontosítást tenni. A megyék szerepe és súlya nem minden tagállamban volt egyforma. Azal párhuzamosan, ahogy a déli községek veszítettek a közigazgatásban betöltött szerepükből, úgy nőtt a déli államok megyei önkormányzatainak adminisztratív súlya.⁴⁸ Ez arra az igen fontos (és napjainkban is fennálló) összefüggésre mutat rá, mely szerint a közigazgatás egyes elemeinek megváltoztatása, vagy megváltozása szükségképpen kihat a többi közigazgatási elemre. Mivel a közigazgatás összetett, sokszereplős rendszer, elemeit nem lehet a közigazgatás egész rendszeréből kiragadva, attól elkülönülten megváltoztatni. Fontos, hogy a helyes arányok megtalálásával a közigazgatáson belüli egyensúlyt megvalósítsuk. Magyar 1934-ben az amerikai megyék vizsgálata során kiemeli, hogy „jó részük kifejezetten gazdasági jellegű, igazgatásuk nagymértékben differenciált.”⁴⁹ Nincsenek komoly önkormányzati jogaik.

1.3. A tagállamok. Tocqueville az államok ismertetése kapcsán meglehetősen szűkszavú, csupán felületes képet ad jellemzőikről. Ahogy azt már korábban is említettük, az egyes köztársaságok ritkán kerültek hierarchizált kapcsolatba községekkel. „Az állam élén álló kormányzó nem avatkozik be, nem vesz részt a község, illetve megye közügyében csak közvetve, olyan módon, hogy ő nevezi ki a megyékben a békebírakat.”⁵⁰ Ezen a területen is érdemes Magyar figyelmével kiegészíteni Tocqueville leírását. Magyar megemlíti, hogy az ő idejére az államok alkotmánya kifejezetten rendelkezik a tisztségekről, amilyen pl. a *Governor*, ('kor-

⁴⁵ Tocqueville: i.m. 108. o.

⁴⁶ Vö. Bartók: i.m. 680. o.

⁴⁷ A későbbiekben is volt rá precedens, hogy a közigazgatásban dolgozók igyekeztek tevékenységüket „misztifikálni”, akár olyan módon, hogy sajátos, a polgárok számára nem, vagy csak nehezen érthető nyelvezetet használtak munkájuk során. Erre szolgálhat példaként Görögország.

⁴⁸ Tocqueville: i.m. 124. o.

⁴⁹ Magyar: i.m. 59. o.

⁵⁰ Uo. 132. o.

mányzó') a *Treasurer*, ('kincstárnok') vagy az *Auditor*, ('belső ellenőr').⁵¹ Ez is jól példázza azt, hogy az állami szerepkör bővülésével, az állami feladatok gyarapodásával a tisztségviselők száma is fokozatosan bővült, hiszen Tocqueville idejében ezek a tisztségek még javarészt nem léteztek. A legfontosabb (gyakorlatilag egyedüli) nevesített tisztség a kormányzói poszt volt.

Az államok jelentőségének növekedése ugyanakkor nem jelentette egyúttal azt is, hogy szerepük a föderációval szemben túlsúlyba került volna. Ahogy azt Tocqueville után Magyary megjegyzi, a tagállamok szerepe a föderációval szemben vitathatatlanul csökkent. Művének későbbi részében Magyary utal arra, hogy az Egyesült Államok tagállamainak fejlettségi szintje meglehetősen eltérő. Érdekes az általa adott néhány példát Tocqueville megállapításaival összevetni. Ennek nyomán ugyanis megállapítható, hogy azok a területek, amelyeket annak idején Tocqueville meglátogatott és haladónak tekintett – pl. New York vagy Massachusetts – ebbéli előnyüket Magyary idején is megőrizték, sőt tovább kamatoztatták.

1.4. A szövetségi állam. Bár Tocqueville a föderatív berendezkedés elkötelezett híve, a szövetségi állam (Unió) bemutatását utoljára hagyja. Teszi mindezt abból a megfontolásból, mert ottjártakor a községekkel, megyékkel, államokkal ellentétben a szövetségi szint még nem formálódott meg teljesen. „Huszonnégy kis szuverén állam együttese alkotja az Unió nagy egységét” [...] melynek „szuverenitása elvont dolog, ami csak kevés külsőségben jelenik meg.”⁵² Ahogy megjegyzi, ennek oka, hogy: „az egyesült államok szövetségi kormányzati formája utoljára jelent meg; eredetileg nem egyéb, mint a köztársaság módosítása, az egész társadalomban előzőleg elterjedt és tőle független érvényesülő politikai elvek összessége.”⁵³ A szerző ezáltal a föderációnak egy sajátosan absztrakt értelmezését nyújtja. „Területét tekintve az Unió nagy köztársaság, de abban a kis köztársaságokhoz hasonlít, hogy mily kevés dologgal foglalkozik kormányzata”⁵⁴ Való igaz, hogy az 1800-as években a föderatív kormányzat kizárólagos jogosítványai nem haladták meg a háború és béke kérdésében, valamint a központi pénzügyekben való döntést, a kereskedelmi szerződések megkötését, a hadsereg felállítását és irányítását, valamint a flotta felszerelését. Bár napjainkban ezek a végrehajtási jogosítványok mind rendkívüli súllyal esnek latba, mindez relativizálódik, ha tudjuk, hogy az egész akkori amerikai hadsereg még csak hatezer főből állt, a flottát is csupán néhány hajó jelentette, és az országnak sem igazi szomszédai, sem igazi ellenségei nem voltak. A földrajzi elszigeteltség következtében az ország „...érdekei ritkán kapcsolódtak a Föld más népeihez.”⁵⁵ Mindazonáltal itt is utalnunk kell Tocqueville éleslátására. Művének egy másik helyén ugyanis rámutat, hogy amennyiben ez az elszigeteltség megváltozik, az a fentebb nevezett jogosítványok tartalommal való megtöltését, ezen keresztül pedig a föderatív végrehajtó hatalom megerősödését fogja eredményezni. Mint tudjuk, a történelem újfent őt igazolta.

⁵¹ Uo. 47. o.

⁵² Tocqueville: i.m. 243. o.

⁵³ Uo. 94. o.

⁵⁴ Uo. 237. o.

⁵⁵ Uo. 186. o.

2. Az amerikai közigazgatás legfontosabb jellemzői, rendezőelvei

2.1. Népszuverenitás, választás. Az egyik legfontosabb megállapítás, amit Tocqueville az amerikai közigazgatással kapcsolatban kiemel, az a hatalomnak a néptől való eredeztetése, a népszuverenitás elve. Ennek egyik megnyilvánulása az, hogy a tisztségviselők választás útján nyerik el posztjaikat. Elkerülendő azonban, hogy a választott tisztségviselők közül bárki túlzott hatalomra tegyen szert, a társadalomtól származó hatalmat felaprózzák, „... erőinek alkalmazását több kézbe helyezik le, megsokszorozzák a hivatalnokok számát [...] hogy a hatalom legyen nagy és a hivatalnok kicsiny...”⁵⁶ Ebből levonható az a következtetés, hogy Amerikában az 1830-as években a választott tisztségek betöltésének – képzettségi elvárások hiányában – elsősorban a jó magaviselet szabott határt.

Magyary írásából tudjuk, hogy 1829 után jelent meg az ún. zsákmány-rendszer, amely negatív irányba befolyásolta a tisztségek betöltését. Ez ugyanis azt jelentette, hogy a választásokon győztes párt, kötöttségek hiányában saját szimpatizánsai között osztotta szét a pozíciókat, akik ez idő alatt azokból szabadon 'zsákmányolhattak'. Idővel ez tarthatatlanná vált. Szövetségi szinten ebben változást fél évszázaddal később, az 1883. évi *Pendleton Act* hozott, amely szakmai alapokon nyugvó kiválasztási rendszert rögzített. Ehelyütt azonban Magyary megjegyzi, hogy: „...ez csupán félsikernek minősült, miután az államok szintjén ez a rendszer még korlátlanul nem tört magának utat.”⁵⁷ Napjainkra az amerikai rendszer vesztett ebből a karakteréből. Az azóta elterjedt ún. nyitott állás-rendszer lényege, hogy nincsenek fokozatok (mint a karrier lépcsőfokai), csak állások vannak, amelyekre kinevezik az embert.

2.2. Bíróági kontroll. Tocqueville másik alapvető megállapítása, hogy az amerikai közigazgatás szinte észrevétlen módon húzódik meg a háttérben. Jellegét tekintve amolyan 'szunnyadó adminisztráció', mely nélkülözi az európai szakigazgatás aktív, társadalomformáló jellegét. Az embernek az az érzése támad, hogy a „...kormányzás, vagy igazgatás ott hiányzik” [...] „a hatalom létezik, de nem tudni, hol találjuk képviselőjét.”⁵⁸ Tekintettel arra, hogy az önkormányzati közigazgatásnak nem szervezőelve a centralizáció, ezt a korabeli amerikai közigazgatásban sem lelhetjük fel. Hasonló a helyzet a hierarchizáltsággal is, hiszen az önkormányzatok egymással nem állhatnak alá-fölérendeltségi viszonyban, mivel egymásnak egyenrangú partnerei.

Ezzel összefüggésben viszont felmerül egy kérdés. Mindezek hiányában mégis hogy biztosítható az, hogy az amerikai köztisztviselők engedelmeskedjenek a törvényeknek, azaz mi készíti a hivatalnokokat arra, hogy a törvényeket betartsák?

A választ a hatalmi ágak egymáshoz való viszonyában leli meg Tocqueville. A bíróságok azok, amelyek hatalmuknál fogva képesek a tisztviselőket a törvénynek megfelelő magatartás tanúsítására sarkallni oly módon, hogy a vétséget elkövető tisztségviselőkre büntetést szabhatnak ki. Az amerikai közigazgatás azért tűnik tehát láthatatlannak, mert a köztisztviselőket választás útján juttatják pozícióikhoz,

⁵⁶ Uo. 110. o.

⁵⁷ Magyary: i.m. 127. o.

⁵⁸ Tocqueville: i.m. 111. o.

és mint ilyenek, nem kerülnek egymással hierarchikus kapcsolatba. Azonban ilyenkor be kell vonni a bíróságokat a kontroll biztosítása és a visszasságok elkerülése érdekében. „Csak ezáltal lehetséges a jogszerű működés biztosítása.”⁵⁹

Ezek a megoldások rendkívül haladónak minősültek a maguk korában. Ahogy azt már fentebb is jeleztük, a közigazgatás zárt rendszere Európában csak a 19. század elején nyit a polgárság irányába. Az alattvalóból ezután lesz polgár, majd ügyfél, aki az eljárás során jogokra tesz szert. A jog uralmának közigazgatásra való kiterjesztése és a jogszerűtlen intézkedésekkel szembeni jogorvoslati lehetőség biztosítása komoly mérföldkőnek tekinthető a civil közigazgatás kialakításának útján. A fenti megoldás kétségtelenül megelőzte korát, és Európában hosszú idő telik el, míg a legtöbb államban gyökeret ereszt a közigazgatási bírászkodás.

Amerikában azonban a közigazgatás fölötti bírói kontroll kialakítása más fejlődés eredménye, mint Európában. Az Egyesült Államokban a bíróságok kompetenciájának a közigazgatásra való kiterjesztése kevesebb ellenállásba ütközött, mint az öreg kontinensen, ugyanis – Angliához hasonlóan – itt sem tettek élesen különbséget a köz- és magánjog között, kizárva ezzel például egy, a franciához hasonló, szervezetében is elkülönült közigazgatási bírósági rendszer kialakulását.⁶⁰ Ezért Amerikában sem alakulhatott ki igazi értelemben vett közigazgatási jog, ami egyébként a kontinensen is viszonylag fiatal jogágnak tekinthető.

2.3. A megyei törvényszék és a békebírák tevékenysége. Tovább vizsgálva a bíróságok közigazgatásban betöltött szerepét, újabb érdekességre lett figyelmes Tocqueville. Ez az ún. békebírói intézmény. A békebírák olyan felvilágosult személyek, akik a közember és az előjáró, a köztisztviselő és a bíró között helyezkednek el. Feladatuk a társadalom feletti őrködés. „A békebírák intézménye Angliából származik, azonban az Újvilágban megfosztották arisztokratikus jellegétől.”⁶¹ Nem választott tisztségviselők, a kormányzó nevezi ki őket 7 évre a megyékben. 3 békebíró a megyei törvényszék tagja. Ennek a szervnek a szerepe kettős.

A törvényszék a megyei ügyekben, mint közigazgatási testület jár el, azonban a községek irányába mint bírói testület jelenik meg. Ahogy azt Tocqueville is megjegyzi, ezért van az, hogy: „...a közigazgatás irányítása szinte mindig a bírói mandátum mögé rejtőzik.”⁶² Azonban a közigazgatási bírászkodás rendszere nem ennyire egyoldalú. Eddig láthattuk, hogy a hierarchia hiánya egyenes következményét képezte a bírói kontroll közigazgatásba történő bevezetésének. Azonban a megyei törvényszék bírói fórumként az évnek csak igen rövid szakaszában tevékenykedett. Ezért nem lehetett pusztán erre alapozni a végrehajtás kontrollját.

Tocqueville már egyfajta kialakult munkamegosztásról ad hírt írásában. Ennek lényege, hogy a megyei törvényszék csak abban az esetben járhat el, ha a tisztségviselő hibát követ el az igazgatásban. A megyei törvényszék csak ilyenkor hoz döntést. Azonban minden olyan esetben, amikor a tisztségviselő vétséget követ el,

⁵⁹ Uo. 126. o.

⁶⁰ Franciaországban a jogi dualizmus elvét olyan konzekvensen vitték véghez, hogy a jogi szabályozás szinte minden elemében megkettőződik, külön szabályozva valamely életviszony közjogi, valamint magánjogi vetületét.

⁶¹ Tocqueville: i.m. 116. o.

⁶² Uo. 118. o.

ügye rendes bíróság elé tartozik.⁶³ Amennyiben pedig felelősségének megállapítására bármilyen okból az igazságszolgáltatás előtt nem kerülne sor, legvégső esetben azok a személyek jogosultak felettte ítéletet mondani, akik megválasztották. Tehát amennyiben a polgárok nem elégedettek tevékenységével, leváltják.

A közigazgatási határozatok bírósági felülvizsgálatának szervezeti keretei napjainkban meglehetősen változatosak.⁶⁴ A szakirodalomban nevesített három vegytiszta és egy vegyes szervezeti modell az alábbiak szerint jellemezhető. Az első modell prototípusa a francia rendszerben alakult ki. Ennek lényege, hogy a közigazgatási határozatok bírói felülvizsgálatát olyan nagyfokú függetlenséggel rendelkező szervek végzik, amelyek nem illeszkednek be a bírói szervezetbe, de nem képeznek másik bírósági szervezetrendszer sem. A második megoldás a feladatot a rendes bírósági szervezettől elválasztott közigazgatási bíróságokhoz, mint különbíróságokhoz utalja. Ez valósul meg pl. Németországban. Az angol jogrendszerű államokban ugyanakkor a közigazgatási határozatok kontrollja, ahogy azt fentebb is láttuk, a rendes bíróságok hatásköre. És bár a második világháborút követően ezt a rendszert eredeti tisztaságában nem őrizték meg, a Tocqueville által ismertetett modell rendkívül életképesnek bizonyult. Magyar ottjártakor az alapkoncepció változatlanul hagyása mellett a „... federális bíróságok hatáskörébe tartozik bármely állami, illetve helyi hatóság aktusa felett való ítélezés, amely a polgári vagy jogi személy szabadságát illetve vagyonát érinti.”⁶⁵ Az utolsó modellt, amilyen Olaszország, vagy Belgium rendszere, azért nevezzük vegyes modellnek, mert sajátos mixtúráját képezi valamely fentebb említett két rendszernek.

2.4. A jellemzők egymáshoz való viszonya. Leszögezhetjük, hogy Tocqueville közigazgatással kapcsolatos összefoglaló megállapításainak kiindulópontja a népszuverenitás elve: „E doktrína legelső következményeként a lakosok saját maguk választják a község és a megye közigazgatási tisztségviselőit...”⁶⁶ Mivel pedig az önkormányzati tisztségviselők választás útján nyerik el pozíciójukat, sehol sem lehetett bevezetni a hierarchia szabályait. A közigazgatási hatalom felaprózódott számos személy között. A fentebb részletezett okokból pedig „...az következett, hogy be kellett vezetni, legalábbis valamilyen mértékben, a bíróságokat a közigazgatásba.”⁶⁷ A legfőbb vonások tehát, melyek az 1830-as évek észak-amerikai közigazgatását jellemzik; a települési önkormányzatok dominanciája, a tisztségviselők választása, a hierarchia hiánya, valamint a bírói kontroll bevezetése a közigazgatásba.

2.5. Kormányzati és közigazgatási centralizáció. A mű későbbi részében felmerül még egy közigazgatási fogalom pár, amelyet Tocqueville érdemesnek tart a vizsgálatra. Ezek: a centralizáció és decentralizáció. Ez a két fogalom mind a mai napig közigazgatás-szervezési alapelv. Azonban ebben a környezetben egészen új

⁶³ A bírósági eljárások azonban hivatalból nem, csak feljelentés nyomán indulhatnak meg. A jogalkotó Tocqueville meglátása szerint ezzel az egyéni érdekekre apellált.

⁶⁴ Fazekas Marianna – Ficzer Lajos (szerk.): *Magyar Közigazgatási Jog Általános Rész*, Osiris Kiadó, Budapest, 2004, 464-465. o.

⁶⁵ Erről a 14. alkotmánymódosítás rendelkezett.

⁶⁶ Tocqueville: i.m. 126. o.

⁶⁷ Uo. 126. o.

keretbe ágyazódva jelennek meg. Tocqueville ugyanis különbséget tesz kormányzati és közigazgatási centralizáció között. A különbséget az alábbi példákon keresztül ragadja meg: „Bizonyos érdekek közösek a nemzet minden része számára: például az általános törvények megalkotása vagy a nép viszonya más népekhez [...] ez jelenti véleményem szerint a kormányzás centralizálását.” [...] Más érdekek viszont a nemzetek bizonyos részeinek sajátjai, ilyenek például a községi vállalkozások. [...] összpontosítani az utóbbiak irányítását [...] nevezem a közigazgatás centralizációjának.”⁶⁸

A fenti megállapítások némi magyarázatra szorulnak, miután a centralizáció közigazgatási fogalmán túl a szerző külön nevesíti az ún. kormányzati centralizáció jelenségét.⁶⁹ Meglátása szerint: „...az Egyesült Államokban egyáltalán nincs közigazgatási centralizáció.”⁷⁰ Ez az adott időben és helyen (értsd: az 1830-as évek Észak-Amerikájában) valóban fennállhatott, amennyiben azt vesszük alapul, hogy Tocqueville csak a közigazgatásnak az önkormányzati alrendszerével (község – megye) találkozhatott. A korábbiakban már jeleztük, hogy a közigazgatás amerikai utas fejlődése eltérő pályán történt az európaihoz képest, amelynek egyik legfontosabb jellemzője az alulról építkező (ön)kormányzati rendszer korai megjelenése, valamint 'kizárólagossága' a hierarchizált és centralizált államigazgatási alrendszerrel szemben.

Az önkormányzati alrendszernek nem képezi, nem képezheti részét a hierarchizáltság és a centralizáció. „Alig lehet a hierarchiának bármiféle nyomát is felfedezni. A decentralizációt olyan fokra vitték, amelyet bármely európai nemzet csak nagy ügyel-bajjal tudna elviselni...”⁷¹ Azaz megállapítható, hogy amikor Tocqueville az amerikai közigazgatás decentralizáltságát méltatja, valójában (csak) az önkormányzati közigazgatás vizsgálatára szorítkozik. Akkoriban ugyanis a közigazgatás másik ága⁷² még embrionális korszakában volt, csupán később kezdett el kiépülni.

Magyary írásában szintén vizsgálat tárgyává teszi az államigazgatás sajátos amerikai fejlődését. Megállapítja, hogy az államigazgatási szervek létesítése Amerikában kezdetben csak egyedi feladatokhoz kötötten történt. Az eseti jelleggel létesített szervezeteknek rövid időn belül heterogén köre alakult ki, melyek egyik napról a másikra szinte áttekinthetetlené tették az államigazgatás rendszerét. Ugyanakkor merőben új megoldásnak számítottak a közigazgatásban, mivel független szervként, ún. *independent agence*-ként komoly autonómiával bírtak, amivel egyszersmind megbontották az Európában elfogadott tradicionális államigazgatásra jellemző hierarchiát is.

Ennek oka a *common law* jogrend, ami a jogi monizmus eszméjét elfogadva nem követeli meg a szigorú szervezeti alá-fölé rendeltséget. „Ebben a közegben

⁶⁸ Uo. 133. o.

⁶⁹ A centralizáció kétszintű megközelítése más gondolkodóknál is megjelenik. Magyary Zoltán pl. politikai és adminisztratív centralizációt különböztet meg, illetve Weis István ugyancsak kétféle centralizációt vizsgál. Weis István: *Bevezetés a közigazgatás alaptanaiba. A korszerű közzolgálat útja*, Budapest, 1936, 123. o.

⁷⁰ Tocqueville: i.m. 135. o.

⁷¹ Uo. 135. o.

⁷² Értsd: *state administration*.

ugyanis a magán és állami szereplők egyazon jogot alkalmazzák, ezért elegendő, ha az állami szervek tevékenységéhez kötődő hatáskört adják meg pontosan. Amennyiben ugyanis ezt az érintett szervek megsértik, felelősségük egyértelműen megállapíthatóvá válik.⁷³ Természetesen ez a megközelítés nem tette szükségessé hierarchikus viszonyok precíz kimunkálását. A felelősség kérdésének megítélése a fentiekhez hasonlóan itt is bírósági útra tartozik.

A Tocqueville által feszegetett önkormányzati decentralizáció, valamint a demokrácia közötti összefüggés későbbi korok gondolkodóit ugyancsak foglalkoztatták. Hans Kelsen például kiemeli, hogy az önkormányzat fogalmában a decentralizáció elve egyesül a demokráciával, mint az önrendelkezés eszméjével.⁷⁴ A kérdést Verebélyi Imre is hasonló szempontból vizsgálja.⁷⁵ Az egész Unióra kiterjedő, egységes államigazgatási szervezet hiányára és annak hátrányos következményeire Tocqueville is felhívja a figyelmet: „Vannak vállalkozások, amelyek az egész államot érintik, mégsem valósulnak meg, mert nincs országos közigazgatás, amely végrehajtását irányítaná.”⁷⁶

Áttérve a kormányzati centralizáció vizsgálatára megállapítható, hogy mai fogalmaink szerint egy ország kormányzása, mint a társadalom irányításának legátfogóbb területe, nem egyetlen szerv vagy személy feladata. A kormányzati tevékenység több állami szerv között oszlik meg. A modern államokban ez legtöbbször az államfőt, a kormányt, a parlamentet, esetleg még más (rendkívüli körülmények között időlegesen működő) állami szerveket jelent. Ennek fényében érthető, amikor Tocqueville a kormányzás centralizáltságát hangsúlyozza. Ugyanis meglátása szerint: „A törvényhozó testületek nap mint nap bekebeleznek valamennyit a kormányhatalomból; minden jogkört önmagukban igyekeznek egyesíteni...”⁷⁷ Lényegében a kormányzati centralizáció alatt a törvényhozó testületnek, mint a népszuverenitás legfőbb hordozójának kiterjedt, egyszersmind terjeszkedő jogkörét érti.

Manapság ez a tendencia árnyaltabban, és az egyes nemzeti sajátosságoknak megfelelően eltérő mértékben tapasztalható. Ugyanakkor kimondva vagy kimondatlanul a törvényhozó testület primátusa érvényesül valamennyi polgári demokráciában. Igaz azonban az is, hogy a törvényhozás elhúzódása, a kérdéskörök sokszínűsége, a szabályozásra váró területek kiterjedtsége és specifikus volta miatt különböző mélységben, de mindig rendezni kell a munkamegosztást a legfőbb népképviselői szerv, és más állami szervek között. A modern államokban az önálló jogalkotási jogkörön túl, számos esetben delegálnak jogalkotási jogosítványokat a Kormánynak, a minisztereknek is. Mindez azt a célt szolgálja, hogy részben tehermentesítsék a törvényhozót az alól a súly alól, amely éppen a Tocqueville által is említett kiterjedt szabályozási jogkör miatt egyre jobban nehezedik a jogalkotó vállára.

⁷³ Magyary: i.m. 48. o.

⁷⁴ Kelsen, Hans: *Az államelmélet alapvonalai*, (Fordította és előszóval ellátta: Moór Gyula), Bíbor Kiadó, Miskolc, 1997, 70. o.

⁷⁵ Verebélyi Imre: *Az önkormányzatiság alkotmányos alapjai*, in: *A helyi önkormányzatok alkotmányi szabályozása*, (szerk.: Verebélyi Imre), KJK, Budapest, 1996, 40-41. o.

⁷⁶ Tocqueville: i.m. 137. o.

⁷⁷ *Uo.* 136. o.

Érdemes megfigyelni, hogy Tocqueville szinte észrevétlenül halad végig azokon az alapvető rendező elveken, amelyek a mai modern közigazgatás-szervezésnek is az alapjait képezik. A mű korábbi részeiben nem csupán a hierarchia, de a centralizáció és decentralizáció kérdése is részletesen megvitatásra került. Magyary műve ugyancsak részletesen foglalkozik a centralizáció kérdésével. „Az amerikai gazdasági fejlődés, iparosodás egyik alapvető következménye volt, hogy olyan feladatokat állított az állam elé, amely a centralizáció erőteljesebbé válását eredményezte.”⁷⁸ Tocqueville ezt a közigazgatási centralizáció keretében helyezné el. Az 1900-as években Magyary már a föderatív, valamint az állami centralizációnak igen magas fokáról ír. Másrészről a centralizáció áthatása meglátása szerint: „... elkerülhetetlen a rendészet mellett a gazdasági életre.”⁷⁹ Ugyanígy egyre erőteljesebbnek ítélte az egyes államoknak a helyi hatóságok feletti befolyását.

2.6. Az amerikai közigazgatás hibái, hiányosságai és azok orvoslása.

Tocqueville szerint az amerikai közigazgatás pozitívumai mellett több komoly problémával küzd. Hátrányként értelmezi és a kormányzás gyengítőjének tekinti az információk hiányosságát, megosztásuk esetlegességét, ami például abban nyilvánul meg, hogy a kormányzati ügyviteli tevékenységek kapcsán hiányoznak a korábbi nyilvántartások, amelyeket a tisztviselők átadhatnak egymásnak, hogy ezáltal tanulhassanak egymástól. Meglátása szerint a demokráciában senkit sem érdekel, mit tettek előtte. Probléma továbbá, hogy a többség akarátának érvényesítése során nem kizárt az, hogy a többségi akarat időközben megváltozzon, módosuljon, ami: „... a törvényhozáson kívül óhatatlanul a végrehajtás és ezen belül a közigazgatás ingatagságát fokozza.”⁸⁰ Ha pedig a törvényhozás ingatag, akkor a törvények is gyakran változnak, ami a végrehajtást bizonytalanná teheti. Ma ezt úgy fogalmaznánk meg, hogy a jog legyen kiszámítható, mely elvárás a jogbiztonság, mint állampolgári igény fontos elemét képezi.

A kormányzat és a középosztály viszonyát taglalva úgy foglal állást, hogy mivel a demokráciában mindenki csak a maga gazdasági érdekét követi, a politikát csak az önérdek követésének tartják. A középosztály úgy kezeli a kormányzatot, mint egy vállalkozást. Csak a magánérdekek vezetik, nem pedig az eszmék vagy a közösség. A szerzésvágy miatt igénylik az emberek a kormányzati segítséget, a nagy államot, ezzel együtt pedig a nagy apparátust. A demokráciában ugyanis nő a félelem a jólét, az életszínvonal csökkenése miatt. Ezért nő a bürokratikus elit szerepe. A zűrzavartól való félelem és a jólét-szeretet vezeti a 'demokráciánépeket' a központosított kormányzat hatáskörének növeléséhez, azaz a közigazgatási centralizáció fokozásához.

Ugyanakkor látni kell, hogy Tocqueville olvasatában a centralizáció önmagában még nem elítélendő jelenség. Ő csak akkor tartja azt visszaélésre alkalmasnak, ha a kormányzati centralizáció mellett közigazgatási centralizáció is megvalósul. Ebben az esetben úgy véli, hogy elkerülhetetlen a túlhatalom kialakulása, a zsarnoki elemek megerősödése. A kormányzati és a közigazgatási centralizáció együttes meg-

⁷⁸ Magyary: i.m. 136. o.

⁷⁹ *Uo.* 136. o.

⁸⁰ Tocqueville: i.m. 359. o.

valósulása teszi lehetővé a többség zsarnokságának kialakulását, az ún. demokratikus despotizmus létrejöttét.

Tocqueville a demokrácia despotizmusáról írva annak több elemét különbözteti meg. Ezek közül számunkra a legfontosabb az erős központi hatalom, a központosított közigazgatás léte. „Amikor Tocqueville a régi rendet központosítással vádolja, valójában kora politikai tendenciája, a demokrácia nevében a zsarnoki központosítást kiteljesítő 19. századi francia politikai gyakorlat ellen emeli fel a szavát.”⁸¹ Mind a mai napig Tocqueville egyik legtöbbször idézett kitétele a többség zsarnoksága. Ennek oka az a sokkoló felismerés volt, hogy a második világháborút kirobbantó diktatúrák és parancsuralmi rendszerek tulajdonképpen nem valamely kisebbség törvénytelen uralmán, a hatalom erőszakos megragadásán és időleges bitorlásán alapultak, hanem azon a jelenségen, amit Tocqueville mintegy 100 évvel korábban demokratikus despotizmusként aposztrofált.

Ami azonban még ennél a megrázó felismerésnél is fontosabb, az nem más, minthogy Tocqueville a veszélyforrás realizálása mellett a megfelelő ellenszerre is rámutatott. A többség zsarnoki hatalmának akadályát Tocqueville nem a fékek és ellensúlyok rendszerében, a hatalmi ágak egymás irányába gyakorolt kiegyensúlyozó szerepében véli felfedezni. Szerinte a demokratikus despotizmus gátját a községi–megyei közigazgatás képezheti azáltal, hogy a végrehajtásban 'kölcsonadja' tisztviselőit az államnak. „Ha a többséget képviselő központi kormány kiadott egy fellebbezhetetlen rendeletet, utasításának végrehajtása érdekében kénytelen olyan tisztviselőkhöz folyamodni, akik egyáltalán nem függenek tőle, s akiket nem ellenőrizhet lépten-nyomon. A községi testületek és a megyei közigazgatási szervek tehát megannyi rejtett zátonyt alkotnak, melyek feltartóztatják, vagy megosztják a túlhatalom kiteljesedését. Bármilyen elnyomó is a törvény, a szabadság így menedéket találhat a törvény végrehajtásának módjában. A községi önkormányzati intézmények „... mérséklék a többség zsarnokságát, egyszersmind megkedveltetik a szabadságot a néppel, és megajándékozzák a népet a szabad lét művészetével.”⁸² Tocqueville hangsúlyozza továbbá, hogy Amerikát a zsarnokságtól a szövetségi forma és a bírói hatalom óvhatja meg. Mindezekon túl a demokratikus köztársaság fenntartásában a polgárok közügyekben való aktív részvételét is elengedhetetlennek tartja. Ennek színtere pedig a község, illetve délen a megye.

Az előbbi gondolatmenetnek jó példáját jelentheti az 1861–65 között lezajlott polgárháború utáni ún. újjáépítési (*reconstruction*) időszak. Ekkor a győztes északi államok megkísérelték társadalmi–gazdasági berendezkedésüket a déli államokban is meghonosítani. Annak érdekében, hogy a déli államok ellenállását megtörjék és az újjáépítést akadályozó megyei adminisztráció erejét csökkentse (ami a fenti gondolatmenetet követve a többségi akarat elleni ellenállás utolsó menedékét képpezte), központilag kerültek kiküldésre olyan tisztségviselők, akik a központi, azaz győztes északi (többségi) akaratot juttatták érvényre a déli (kisebbségi) akarral szemben.⁸³

⁸¹ Horkay: i.m. 23. o.

⁸² Tocqueville: i.m. 411. o.

⁸³ A gondolatmenet szempontjából hazánkban ehhez hasonló időszak volt a Bach-korszak.

IV. Összegzés

Az első és legfontosabb megállapítás, hogy a fentebb ismertetett problémák és veszélyek ellenére Tocqueville bizakodó véleménnyel van a demokráciáról. Úgy véli, hogy előbb vagy utóbb Amerika mellett Európa országai (így Franciaország) is megtalálják az igazi demokrácia felé mutató irányt. Különösen fontosnak érzi, hogy hazájában megoldást nyerjenek azok a problémák, amelyek egyelőre útját állják a demokrácia kiteljesedésének. Tocqueville valódi célja ezért az, hogy az amerikai demokrácia természetrajzán keresztül segítséget nyújtson hazája problémáinak leküzdéséhez.

Arisztokrata származása ellenére saját tapasztalataiból kiindulva elveti a nemeség vezető szerepét a folyamatok irányításában. Ez a második alapvető észrevétel. Elismeri ugyan, hogy egykoron értékek hordozói voltak, azonban mára ezek az értékek – azaz a szabadság és önkormányzás védelme – nem lelhetők fel az arisztokráciában. Ezeket az értékeket külföldi megfigyelése nyomán az amerikai községekben vélte felfedezni.

A harmadik megállapítás az előzőkkel szoros kapcsolatban áll. Látni kell ugyanis, hogy az amerikai példa valójában nem mintakép. „A francia bölcslőt elsősorban az a félelem sarkallta amerikai tanulmányútjára, hogy a demokrácia a szabadságot feláldozza az egyenlőségnek s ez a szolgaság még az ősi zsarnokságokon is túltesz.”⁸⁴ Tocqueville rá kíván világítani mindazon veszélyekre, amelyeket a demokráciának magában le kell küzdenie.

Elmondhatjuk, hogy az általa felvázolt helyzetkép meglepően pontos volt, annak ellenére, hogy csupán kilenc hónapot tartózkodott az Újvilágban, és működése alapvetően az észak-keleti területre koncentrálódott. Nagyon jól ragadta meg az amerikai jelenségeket, igyekezett azok mélyére hatolni, és minél több irányból megvizsgálni a demokrácia intézményeit. Tekintettel volt arra, hogy amit vizsgál, példa nélkül álló a maga korában, ezért munkája mentes a kategorizálási kényszer-től, a hibás azonosításoktól. Nem csupán ténymegállapításai helytállóak, de számos előrejelzése is beigazolódott.

Van azonban néhány terület, ahol meglátásai nem valósultak meg.

Kétségtelen, hogy Amerika „Tocqueville idejében a prepolitikai szendergés korszakát élte, ez a korszak azonban elmúlt [...] az Unió képesnek bizonyult arra, hogy legyőzze önmagát. (Hogy legyőzze gyengeségeit).”⁸⁵ Tocqueville ugyanis a föderatív berendezkedés méltatása mellett is szilárdan vallotta azt, hogy a szövetségi hatalom az idő előrehaladtával, fokozatosan össze fog zsugorodni, holott azóta tudjuk, hogy ennek éppen ellenkezője valósult meg.

A tévedés a következőkből eredt. Tocqueville idejében még gyakorlatilag az egykori angol kolóniák tartoztak a náluk később keletkezett szövetséghez. De a későbbi tagállamokat a század folyamán már maga a szövetség szervezte meg, ezért ezekben – a tizenhárom alapítóállammal ellentétben, – a szövetség volt a hagyományos, elsődleges politikai alakulat s az állam a későbbi. Azaz „...lakói a szövet-

⁸⁴ Cs. Szabó László: *Tocqueville és a mai Amerika*, <http://epa.oszk.hu/00000/00022/00595/18801.htm> 2. o.

⁸⁵ Balázs Zoltán: i.m. 96. o.

ségi kormányt könnyebben azonosították a nemzeti kormányzattal, mint a honalapító északkeleti államok.⁸⁶

Az amerikai egység Tocqueville által felsorolt biztosítékai is egytől egyig meggyöngültek. „Az érdekközösség Észak, Dél és Nyugat ellentétes gazdasági érdekköreire szakadt szét, az angol-szász származási közösséget elhalványította a német, skandináv, szláv, latin és zsidó bevándorlás, végül a földrajzi elszigeteltség éppen fordítva hatott ki, mint ahogy Tocqueville gondolta. A nemzeti egységet azok az események erősítették meg, amelyek időnként elszigeteltsége fölé emelték: pl. az 1898-as spanyol háború és főleg a két világháború.”⁸⁷

Tocqueville közigazgatási tárgyú észrevételei kapcsán a következő megállapítások tehetők. Mint minden más megállapítás, ezek is komplexek és beágyazódnak egy sajátos tocqueville-i gondolatrendszerbe. Fontos, hogy amikor Tocqueville amerikai közigazgatásról beszél, a szó szoros értelmében csak önkormányzati közigazgatást érthetünk alatta. A közigazgatás másik ága ekkor még nem épült ki. Leírása ezért az akkori önkormányzati egységekre és szerveikre irányul. Ugyanakkor nem pusztán strukturális módon közelíti meg a község, megye, állam, szövetségi állam fogalmát, hanem kiegészíti azt egyéb, közigazgatási jogon túli elemekkel.

Megállapítható, hogy a község központi fogalom Tocqueville számára. Egy olyan jelenség, amelyet ő vidéki intézményként nevesít és felruház a szabadság védelmének képességével. A települések robbanásszerű fejlődésével, az urbanizáció és a közlekedés következményeivel azonban már nem foglalkozhatott, mivel ezek távozása után kezdték kifejteni hatásukat. A községek, települések Tocqueville számára még érintetlenek, inkább statikus fogalmak, mellőzik a nagyvárosi agglomeráció, a metropolisz nyüzsgő, rohanó képét. Ezekkel az újabb árnyalatokkal egészíti ki az összképet Magyary, aki többek között rámutat a települések kiemelkedő szerepére, valamint a tagállamok szövetséggel szembeni devalválódására.

A közigazgatási hierarchia hiányát, a bírósági kontroll intézményét azonban kétségtelenül helyesen azonosította. Természetszerűleg az előbbi Amerikában is gyökeret vert az államigazgatás kiépülésével, de az európai megoldástól eltérően még így is a nagyobb fokú autonómiát biztosító ügynökségi modell vált általánossá.

A centralizáció kétszálú megközelítése hasonlóan találó. Lehetővé tette az önkormányzati közigazgatás hiányzó központi szintjének felismerését, valamint az állami szervek közötti kapcsolatok elkülönítését és kezelését. Annyiban talán nem helytálló már Tocqueville megállapítása, hogy a kormányzati centralizáció nem abszolutizálta a törvényhozó hatalom helyzetét. Kétségtelen, hogy a népszuverenitást hordozó testület primátusa napjainkban is fennáll, azonban fontos szerepe van a többi állami szervnek is.

A demokratikus despotizmus kérdéskörét jelen tanulmány sem kívánta elkerülni, két okból kifolyólag sem. Egyrészt azért, mert Tocqueville szemében a zsarnoki hatalom kialakulása és annak megakadályozása is erőteljesen kötődik a közigazgatáshoz, annak bizonyos jelenségeihez. Ugyanakkor észre kell vennünk, hogy az általa veszélyforrásnak titulált centralizáció, mint a demokratikus despotizmus előszobája, csak a túlzott individualizmus talaján valósulhat meg. Tocqueville szerint a

⁸⁶ Cs. Szabó: i.m. 1. o.

⁸⁷ Uo. 2. o.

demokrácia csakis az elszigetelt individuumok társadalmában válhat zsarnokivá. Ott, ahol az emberek a közügyektől elfordulva élnek. Ellenszerként az aktív politikai részvételt nevesíti, melynek legfontosabb lokális megvalósulási keretei a községek, illetve a megyék. Vagyis a despotizmus megelőzését csak az teszi lehetővé, ha a polgárok közügyekkel kénytelenek foglalkozni. Ennek eléréséhez nyújt segítséget a decentralizáció, valamint a helyhatóságok megerősítése.

Ez azért bír jelentőséggel, mert bár Tocqueville részletesen ismerteti az egyes hatalmi ágak működését, de a zsarnoksággal szembeni ellenszert nem ebben az elvben, hanem a közigazgatás decentralizációjában véli felfedezni. Az arisztokrácia eltűnésével, vagy hiányával párhuzamosan olyan 'kollektív individualitások' jelennek meg, mint a közösségi társulások, vagy a községek. Tocqueville tehát ilyen értelemben beszél a helyi önkormányzatokról is.

Azonban nem áll meg ennyinél. Nála: „Az önszerveződő község körül érdekek, szenvedélyek, kötelességek és jogok csoportosulnak, s erősen kötődnek hozzá.”⁸⁸ Tocqueville-nél a község egy minőségileg újfajta individuumot takar, mely a társadalomban szétszórt egyéni szándékokat foglalja össze, jeleníti meg. Ezek az ún. 'vidéki intézmények' azok, amelyek a magányos egyén és állam közé ékelődve, képesek a zsarnokság kialakulását megakadályozni. „A vidéki intézményeket minden nép számára hasznosnak tartom; de minden nép közül annak van leginkább szüksége rájuk, amelynek társadalmi rendje demokratikus.”⁸⁹

Itt is érezhető, hogy Tocqueville gondolkodásmódja mennyire összetett. A vidéki intézmények magukban hordozzák mindazt a jót, amit a 'régii Franciaországból' is szeretett, amelyek azonban ma már a francia nemesség által nem nyernek képviselést. Azaz a szabadságot és az önkormányzatiságot. Ezáltal válik a község sajátos tocqueville-i intézménnyé, amely egy jogi, valamint morális elemeket is magában hordozó komplex jelenség.

⁸⁸ Ocskay: i.m. 155. o.

⁸⁹ Tocqueville: i.m. 145. o.

A közhasznú nonprofit gazdasági társaságok természete és szabályozása társasági jogi szemmel

Barta Judit*

Bevezető

2009 nyarának közepén lezáródik a közhasznú társaság sokat vitatott intézményének korszaka. Nyomtalanul tűnnek majd el a Ptk.-ból és a közéletből, helyüket a nonprofit gazdasági társaságok veszik át. A közelgő dátum szolgáltatja egyik apropóját a közhasznú társaságok helyét átvevő nonprofit gazdasági társaságokról szóló jelen tanulmánynak. Az elmúlt 16 évben szakírók sora tűzte tollára a közhasznú társaságok megosztó intézményét, most eljött az ideje a nonprofit társaságok vizsgálatának. Az első fecskéken már ez is túl van, nincs olyan társasági jogi kommentár, egyetemi jegyzet, melyből legalább említés szintjén hiányoznának, sőt született a tárgykörben könyv is. Köszönhetően azonban a társasági törvény hatálybalépését követő módosításoknak és a folyton megújuló bírói gyakorlatnak, nem fogtak ki minden szelet a vitorlákból. Jelen tanulmány nem csak a friss jogszabályváltozások és bírói gyakorlat oldaláról igyekszik az eddigiekhez hozzátenni, hanem azzal is, hogy hangsúlyosan a társasági törvény egészének szemszögéből kívánja vizsgálni ezen új jogintézményt, felfedve az egyébként rejtőzködő összefüggéseket.

A nonprofit szféra megerősödése,¹ a közhasznú társaság megszületése

A kilencvenes években induló államháztartási reform keretében elfogadott, az államháztartásról szóló 1992. évi XXXVIII. törvény (a továbbiakban: Áht.) lehetővé tette a minisztériumoknak és a helyi önkormányzatoknak, hogy saját elhatározásuk alapján alapítói, illetve tulajdonosai lehessenek gazdálkodó szervezeteknek, továbbá nonprofit szervezeteknek. Ez utóbbi megvalósítása csak arra „alkalmas” szervezeti keretek között mehetett végbe. A közfeladatok természetével nem volt összeegyeztethető, figyelemmel a kapcsolódó állami támogatásokra, és a közpénzek fel-

* Egyetemi docens, Miskolci Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Kereskedelemi Jogi Tanszék

¹ Az ún. nonprofit szektor kialakulása történelmi időkre nyúlik vissza, első intézményeit a kora középkorban alapították. Lásd bővebben: Bartal Anna Mária: Nonprofit alapismeretek kézikönyve Ligatura Kiadó Budapest, 1999.

használására az, hogy ellátásukat tisztán az üzleti-gazdasági szférában tevékenykedőkre bízzák. Szükség volt olyan megoldás kidolgozására, mely minden szempontból megfelelt az elvárásoknak. A Magyar Országgyűlés éles vitát követően fogadta el azt a törvényjavaslatot, mely a Ptk.-t módosította,² ott helyezve el az új jogintézményeket. A közhasznú társaságra, a köztestületre, a közalapítványra vonatkozó szabályanyag új, az állami és civilszféra közé ékelődő jogalanyokkal gazdagította a jogi személyek sorát.

A Ptk. a közhasznú társaságra vonatkozó szabályanyagot mindösszesen négy szakaszba sűrítette, fogalmát az alábbiak szerint meghatározva: *a közhasznú társaság közhasznú – a társadalom közös szükségleteinek kielégítését nyereség és vagyonszerzési cél nélkül szolgáló – tevékenységet rendszeresen végző jogi személy*. A Ptk. csak a közhasznú szerepvállaláshoz szükséges törvényi garanciákat, mint specifikumokat szabályozta, ezen túlmenően a gazdasági társaságokról szóló törvénynek a gazdasági társaságokra irányadó közös szabályait, valamint a korlátozott felelősségű társaságra vonatkozó szabályait rendelte megfelelően alkalmazni. A közhasznú társaság így egy vegyes tulajdonságokat mutató szervezeti típus lett, amely ugyan Kft. formában működött, mégis elsődleges célja a társadalom közös szükségletét kielégítő valamely feladat ellátása és nem az üzletszerű, profitszerzésre irányuló gazdasági tevékenység.

Egyes szerzőkben a közhasznú társaság léte visszatetszést keltett, volt, aki formáját és tartalmát tekintve „szörnyszülöttnek”, közhasznú társasági formába bujtatott „pseudo társaságnak” keresztelte, nehezményezve azt, hogy szabályanyagát nem a gazdasági társaságokról szóló törvénybe, hanem a Ptk.-ba illesztette a jogalkotó.³ Török Gábor „veszélyes precedensként” értékelte, hogy a jogalkotó a gazdasági társaságokra irányadó formakényszer megkerülésével lehetővé tette a társasági törvény szabályozási keretein kívül eső „quasi gazdasági társaság” létrehozását.⁴ Fazekas Judit, másokkal ellentétben, nem tör pálcat e jogintézmény felett, mikor a jogalkotói szándékot úgy értékeli, hogy az egy atipikus társasági forma meghonosítására irányult, azzal a céllal, hogy az új szervezet elsősorban a közjót, illetőleg a társadalmi közös szükségletek kielégítését szolgálja.⁵

A közhasznú társaságok beiktatását követően született az államháztartási reform előkészítéséről szóló 1062/1996. (VI. 4.) Korm. határozat, melynek 1. számú melléklete újrhangsúlyozta a nonprofit szféra jelentőségét. Megfogalmazta, hogy az államháztartási reform az eddigi paternalista állam helyett egy – a szociális piacgazdasággal konform – szolgáltató állam modelljének kialakítását tűzi ki célként. Ez a hosszú távú, egymásra épülő, összehangolt reformlépések sorozatából álló folyamat az állami feladatok felülvizsgálatát, ellátásának hatékonysági és szakmai minőségi szempontok szerinti újraszervezését, a közpénzek racionális és átlátható

² Az 1993. évi XCII. törvény (Ptk. novella) 1994. január 01-jei hatállyal iktatta be.

³ Csillag István: A közhasznú társaságok alapításának gyakorlata és tapasztalatai In.: *Gazdaság és Jog* 1997. január, 1. szám 11. oldal

⁴ Török Gábor: *Közhasznú társaságok a szabályozás hiányosságai tükrében* In.: *Gazdaság és Jog* 1995. február, 2. szám, 6. oldal

⁵ Barta – Fazekas – Harsányi – Miskolczi Bodnár – Ujváriné: *Speciális társaságok KJK-KERSZÖV* Kiadó Budapest, 2003., 106. oldal

felhasználási rendjének kiépítését, *az államháztartáson kívüli források nonprofit szférába való bevonását foglalja magában.* Az állami szerepvállalás szűkítését egyes állami feladatoknak a nonprofit szférában, illetve a piaci szférában történő ellátásával kívánta elérni. A reform nyomán erőteljes átalakulási folyamat indult meg az egészségügy, a szociális ellátás, a felsőoktatás, sport és kultúra területén, ezen belül egyes feladatok ellátása közhasznú társasági formába helyeződött ki. Mindez kiérlelte azt az igényt, hogy a nonprofit szektort egységes szabályozás alá vonják.

A nonprofit szektor szabályozása Európa országaiban eltérő, egy vagy több jogszabály rendezi, illetve keretjellegű vagy részletes szabályokat tartalmaznak a törvények. Arra vonatkozóan, hogy mely szervezetek minősülnek közhasznúnak háromféle modell alakult ki.

„Az első modell esetében nincs megkötvé, hogy milyen típusú szervezetek minősíthetők közhasznúvá, azaz bármely jogi formájú szervezetre vonatkozhat a közhasznúság szabályozása, ha a szervezet célja közhasznúnak minősíthető és a szervezet vállalja a közhasznúsággal járó kötelezettségeket. (Nagy-Britannia, Németország)

A másik megoldás esetében csak meghatározott jogi formájú szervezetek minősülnek közhasznúnak, de ezek mindegyikére vonatkoznak a szabályok, a kedvezmények.

A harmadik modell a meghatározott jogi formájú szervezetek közül csak a közhasznúság megadott kritériumaival rendelkező szervezetekre terjesztik ki a szabályozást.

A törvény felsorolja, hogy mely szervezeti típusok minősíthetők közhasznúnak és meghatározza a közhasznúság kritériumait.⁶

A közhasznú szervezetekről szóló 1997. évi CLVI. törvény (a továbbiakban: Kszt.), 1998. január elsején lépett hatályba, ez, mint kerettörvény, felállította azokat a szabályokat, melyeknek, ha a taxatív felsorolt különböző szervezettípusok megfelelnek – saját speciális szabályozásukon túlmenően –, közjogilag is elismerten közhasznúnak minősülnek. A közhasznú jogállás megszerzésének feltétele – ettől kezdve – a külön nyilvántartásba vétel lett. Azok a közhasznú társaságok, melyek nem kérték – létesítő okiratuk megfelelő módosítását követően – nyilvántartásba vételüket, közjogi értelemben nem minősültek a továbbiakban közhasznúnak. A Kszt. által bevezetett kedvezmények sora elindította a nonprofit szervezetek civil szerveződését. Segítette a folyamatot, hogy néhány köztestület esetében a vonatkozó törvény kifejezetten lehetővé tette a közhasznú társaság alapítását,⁷ továbbá egy-egy speciális közfeladat ellátására törvényi előírás alapján közhasznú társaságot kellett létrehozni.⁸ A szereplők számának növekedésével lassan megerősödött az ún. nonprofit szektor.⁹

⁶ Részlet a közhasznú szervezetekről szóló 1997. évi CLVI. törvény miniszteri Indokolásából.

⁷ A hegyközségekről szóló 1994. évi CII. törvény 52. § (2) bekezdés, a tervező- és szakértő mérnökök, valamint építészek kamaráiról szóló 1996. évi LVIII. törvény 24. § (3) bekezdés, az Országos Magyar Vadászkomoráról szóló 1997. évi XLVI. törvény 27. § (4) bekezdés.

⁸ Pl.: A hitelintézetekről és a pénzügyi vállalkozásokról szóló 1996. évi CXII. törvény 176/A. § (2) bekezdése kimondja, hogy pénzügyi intézmény felszámolójának vagy végelszámolójának csak a Fel-

„A nonprofit szektor az elmúlt tíz év olyan szervezeteit gyűjtötte magába, amelyek a társadalom megkülönböztetett szereplői, és amelyek beékelődtek egyrészt az állam, másfelől a polgári társadalom közé, mint annak harmadik eleme. Pontosabban a hagyományos állami és magánszektor megkülönböztetés helyett, a gazdasági magánszektor kettéosztódott egy profit és egy nonprofit szektorra.”¹⁰

A közhasznú társaságok alapítói körét megvizsgálva, elmondható, hogy többségükben a központi költségvetési intézmények és az önkormányzatok az alapítók, főként egy személyben. (Előfordult, hogy központi költségvetési szerveket szüntettek meg és szervezték ki tevékenységüket közhasznú társaságba.)¹¹ A tendencia tartósan bizonyult annak ellenére, hogy az ún. „üvegseb törvény”¹² jelentősen szigorította az alapítás és működtetés feltételeit, a közpénzekkel való gazdálkodás átláthatóbbá tétele céljából. A törvény alapján előírásra került, hogy a többségi állami befolyás alatt álló gazdálkodó szervezeteknél minden esetben létre kell hozni a felügyelő bizottságot, szigorították a közhasznú szervezeteknél a közpénzek felhasználására vonatkozó szabályokat is, kimondva, hogy a törvény hatályba lépése után közalapítvány és az államháztartás alrendszereihez kapcsolódó vagyonból közhasznú társaság kizárólag akkor hozható létre, ha az megfelel a közhasznú szervezetekről szóló törvény rendelkezéseinek. A kilencvenes években meghirdetett államháztartási reform részeként megindult, gazdasági társaságokat és közhasznú társaságokat alapító hullám, a költségvetési szervek jogállásáról és gazdálkodásáról szóló 2008. évi CV. törvény rigorózus rendelkezéseinek érezhetően megtört.

A törvény miniszteri indokolása hangsúlyozza, hogy a költségvetési szerv attól költségvetési szerv – az állami, az önkormányzati és a köztestületi költségvetési szerv egyaránt –, hogy a részére az alapító által pénzügyi és szakmai tartalommal, különféle módszerekkel meghatározott költségvetésből (a közpénzekre szükségse-
rűen jellemző korlátosságot kifejezve) a folyamat egészére szabályozott módon

ügyelet által *létrehozott* közhasznú társaság jelölhető ki. Ilyen közhasznú társaságot – ha törvény másként nem rendelkezik – kizárólag pénzügyi intézmény felszámolására, illetve végelszámolására lehet kijelölni. A területfejlesztésről és a területrendezésről szóló 1996. évi XXI. törvény 16. § (2) bekezdése rögzíti, hogy a regionális fejlesztési tanács a régió fejlesztési programja megvalósításával összefüggő fejlesztési döntéseinek az előkészítésére a régió belüli területfejlesztési intézmények információellátásának javítására, a kistérségi fejlesztési tanácsok munkájának segítésére közhasznú társaságot *hoz létre*. A közhasznú társaság elláthatja a titkársági feladatokat is.

⁹ 2007-ben 62.407 szervezet működött a nonprofit szférában, 40%-uk alapítványként, míg 38.675 társas szervezetként. A szektor szervezeteinek 5%-a közhasznú társaság. Ezek túlnyomó része az oktatáshoz, szociális ellátáshoz, kultúrához, sporthoz, szakmai érdekképviselethez, településfejlesztéshez, egészségügyhöz volt köthető. A közhasznú státust szerzett szervezetek aránya 48%, a kiemelkedően közhasznú nyilvántartásba vettek aránya 6%. A bevételek összege meghaladta a 964 milliárd forintot. Lásd még: A nonprofit szektor legfontosabb jellemzői 2007-ben In.: Statisztikai Tükör III. évfolyam 16. szám 2007. március 16. (A Központi Statisztikai Hivatal honlapján ez az utolsó, legfrissebb adatinformáció.)

¹⁰ Dr. Bognár Piroska: A közhasznú társaságok HVGORAC Kiadó, Budapest 2001., 16. oldal

¹¹ Pl.: Autópálya Kezelő Közhasznú Társaság, Gabonatermesztési Kutató Közhasznú Társaság, Árvízvédelmi és Belvízvédelmi Központi Szervezet Közhasznú Társaság, Magyar Nemzeti Filharmonikus Zenekar, Énekkar és Kottatár Közhasznú Társaság.

¹² A közpénzek felhasználásával, a köztulajdon használatának nyilvánosságával, átláthatóbbá tételével és ellenőrzésének bővítésével összefüggő egyes törvények módosításáról szóló 2003. évi XXIV. törvény.

gazdálkodik, felette az állam kijelölt szervezete útján irányítási/felügyeleti jogokat gyakorol. A törvény ezért egyértelműen fellép a közfeladatok ellátásának túlzott és deformált kiszervezése, mesterséges „civiljogi-kereskedelmi jogi” formákba bújtatása (és a már lezajlott ilyen irányú folyamat) ellen. Ilyen ellátási módnak abban az esetben van legitimitása, ha a költségvetési szervi feladat-megoldás lehetősége – vizsgálat alapján – kimerült, az alapfeladatok és kapcsolódó, de más jellegű feladatok piaci környezetben, ilyen jellegű forrásra terhelhetők, illetve a működés infrastrukturális hátterét illetően az indokolt. A törvény bár nem tiltja, hogy az államnak és különböző szerveinek nonprofit gazdálkodó szervezete legyen, de szűkíti és csak a mindenképpen szükséges mértékre szorítja, sőt még bizonyos esetekben a viszsza-szerveződést is előírja.

A Ptk. és a gazdasági társaságokról szóló törvény kodifikációjának hatása a közhasznú társaságokra

„A közhasznú társaság olyan jogintézmény, amely megalakulásától kezdve támaszkodások kereszttüzében áll, közjogi és civiljogi elemek keverednek benne, így egyik területhez sem tartozik igazán, és amely úgy fest, közel másfél évtizedes pályafutását követően végleg megszűnik.”¹³

A társasági jog kodifikációja során kérdésként merült fel, hogy indokolt-e a közhasznú társaság, mint önálló jogi személy fenntartása, hiszen a közhasznúság közjogi jellegű minősítés, és ez a Kszt. által felsorolt számtalan szervezeti formát is látva, nem kapcsolódik a jogi személy egy kifejezett típusához, hanem működési kérdés. A Kodifikációs Bizottság egységesen úgy foglalt állást, hogy a közhasznú társaság, mint önálló jogi személy megszüntethető, a közhasznúság bármely társasági forma működési jellemzője lehet. A közhasznú társaságok különleges jogintézményének sorsát a párhuzamosan folyó Ptk. kodifikáció és az ennek alkalmából megfogalmazott azon új koncepció pecsételte meg végleg, hogy a kódex csak a jogi személyekre irányadó közös szabályokat tartalmazza majd, az egyes jogi személyekre alkalmazandó speciális normák – amennyiben fenntartásuk szükséges – az egyes külön törvényekben foglaljanak helyet.¹⁴

Mindez a társasági törvény általi szabályozás malmára hajtotta a vizet. A társasági törvény alkotói azonban látták azt a problémát, hogy a gazdasági társaságok üzletszerű gazdasági tevékenysége és nyereségorientált, vagyonszerzési célja nem összeegyeztethető a Kszt. előírásaival, gazdasági társaság nem nyerheti el emiatt a közhasznú jogállást, szükséges egy köztes megoldás létrehozása. A gazdasági társaságokról szóló 2006. évi IV. törvény (a továbbiakban: új Gt.) így egy újfajta, jogilag szabályozott működési lehetőséggel, de nem egy új társasági formával gazdagodott. A társaságok választhatják a nem nyereség-orientált (non-profit) működés lehetőségét, ami ugyanakkor nem jelenti azt, hogy ezek egyben automatikusan

¹³ Sárközy Tamás: Közhasznú társaság a közjog és magánjog határán in.: Kilényi Géza ünnepi kötet Szent István Társulat Budapest, 2006., 379. oldal

¹⁴ A T/5949. számú törvényjavaslat a Polgári Törvénykönyvről, ennek megfelelően, a jogi személyek általános szabályait és egyedül az alapítványt, mint jogi személytípust szabályozza.

közhasznúnak is tekinthetők. A (teljes vagy részleges) non-profit működés a tagok (részvényesek) döntési autonómiájába tartozó, magánjogi jellegű kérdés, míg a közhasznúsági kategória „odaítélése” az állam közjogi minőségben meghozott döntését igényli.

Megoldásra várt még az a leginkább technikai probléma, hogy hogyan történjen a közhasznú társaság, mint szervezeti típus, hazai jogrendszerből történő kiiktatása. Ennek első lépéseként, a Gt. átmeneti rendelkezései megtiltották újabb közhasznú társaságok alapítását, második lépésként két évet biztosítottak a már bejegyzett közhasznú társaságok működésének megszüntetésére.

Az új Gt. – néhány rendelkezéstől eltekintve – 2006. július 1-jén, a nonprofit gazdasági társaságokról rendelkező 4. § pedig 2007. július 1-jén lépett hatályba. Ezt követően közhasznú társaság már nem alapítható. A 2007. július 1.-ig bejegyzett, vagy bejegyzés alatt álló közhasznú társaságok 2009. június 30-ig működhetnek a közhasznú társaságokra irányadó szabályok szerint; 2009. július 1-jén hatályát veszti a Ptk. közhasznú társaságra vonatkozó szabályanyaga.

A közhasznú társaság 2007. július 1-jét követő két éven belül, azaz 2009. június 30-ig

- társasági szerződése módosításával nonprofit korlátolt felelősségű társaságként működhet tovább,
- más nonprofit gazdasági társasággá alakulhat át,
- vagy jogutód nélküli megszűnését határozhatja el.

A határidő eredménytelen eltelte után a cégbíróság a társasággal szemben a megszűntnek nyilvánítás törvényességi felügyeleti intézkedést alkalmazza.

A nonprofit gazdasági társaság jogi természete, elhatárolási kérdései, helye a társasági törvényben

Evidens kérdés, hogy milyen ismérvek alapján tehetünk különbséget gazdasági társaság és nonprofit gazdasági társaság között, továbbá hogyan illeszkedik a gazdasági társaságok joganyagába e sajátos forma.

A Gt. nem határozza meg a gazdasági társaság fogalmát, melynek vélhető oka, hogy az valójában egy gyűjtő kategória, amelybe eltérő szervezeti felépítésű és jogi természetű társasági formák tartoznak. Kifejezett definíció helyett ezért inkább a gazdasági társaságok közös ismérvének megragadására helyezi a hangsúlyt. A Gt. 3. § (1) bekezdés közös ismérvként az alapítás célját jelöli meg, kimondva, hogy gazdasági társaságot *üzletszerű közös gazdasági tevékenység* folytatására alapítják a felsorolt jogalanyok. Az üzletszerűség jelentését Gadó Gábor a következőkben ragadja meg: „Az üzletszerűség alapvetően gazdasági kockázatvállalás mellett (nyereségben-vesztésben osztozás) állandósult, tehát huzamos gazdasági tevékenységet igényel.”¹⁵ Az üzletszerű közös gazdasági tevékenység szükségszerűen magában hordozza a nyereségre, jövedelemszerzésre való törekvést is. Novotni Zoltán professzor a társasági jogviszony jogi természete kifejtésekor hang-

¹⁵ Sárközy Tamás (szerk.): Társasági törvény, Cégtörvény 2006-2007. HVGORAC Kiadó, Budapest 2007, 67. oldal

súlyozza, hogy a társasági szerződési kapcsolat sajátos azért is, mert míg a szerződéseknel általában eltér az alanyok érdeke, addig a társasági jogviszonyra a felek érdekazonossága a jellemző, az önként elfogadott közös cél megvalósítása mindnyájuk közös érdeke, az érdekazonosság általában kockázatközösséget és *nyereségcentrikusságot* jelent.¹⁶

Az első, önálló magyar kereskedelmi törvény,¹⁷ mely tervezetének kidolgozásával Apáthy Istvánt bízták meg, olyannyira magától értetődőnek tartotta a kereskedelmi társaságok jövedelemszerzésre irányuló célját, hogy ezt nem is kívánta külön hangsúlyozni, jellemzőik meghatározásakor.

A tervezet vitájakor éppen ezért hangsúlyt kapott azon kérdés, hogy a kereskedelmi törvény hatálya kiterjedjen-e olyan társaságokra, amelyeknél a tevékenység tárgyát nem kereskedelmi ügyletek képezik. Az alapul szolgáló német kereskedelmi törvény először nem engedte szabályait azon részvénytársaságokra kiterjeszteni, melyek tevékenységét nem kereskedelmi ügyletek képezik. Ezt a különbségtételt aztán egy későbbi keletű birodalmi törvény megszüntette, a részvénytársaságokat, tekintet nélkül a tevékenységük tárgyát képező ügyletekre, a kereskedelmi törvény szabályai alá helyezte. A magyar tervezet, mely egyben Apáthy javaslata volt, azt az álláspontot képviselte, hogy a törvény nem adhat kereskedői jelleget oly egyesüléseknek, melyek tényleg ilyeneknek nem tekinthetők, és ha a részvénytársaságokat kivétel nélkül mégis kereskedelmi társaságoknak nyilvánítja, oly *fictiát* állít fel, mely a dolgok természetén követ el jogosulatlan erőszakot. A kereskedelmi törvény nem lehet zsinórmérték azon jogviszonyokra nézve, melyek lényegük szerint a kereskedelem körébe nem tartoznak. Nem szabad a kereskedelmi társaságok történeti fejlődését ignorálni, azokat a társulás általános szabálya szerint rendezni, így teljesen helytelen azon törekvés, mely például a jótékonyági, vagy szórakozási célból keletkezett részvénytársaságokat a kereskedelmi viszonyból eredő *associatiókkal* egyenlő elbánás alá helyezné.¹⁸ A vita során mégis a német megoldást fogadták el, figyelemmel azon nehézségekre, melyek a részvénytársaságok megkülönböztetéséből a gyakorlati életben támadhatnának. Mindezek ellenére Apáthy kereskedelmi jogi könyvében fenntartja azt az elvet, hogy a nyereségre, állandó jövedelemre irányzott szándék képezi azon *criteriumot*, melynek alapján az egyes vállalatok jogi természete meghatározható.¹⁹

Nagy Ferenc a dualizmus korának kiemelkedő kereskedelmi jogásza kézikönyvében megemlíti, hogy a magánjogi és kereskedelmi társaságok elhatárolásánál a jogi szabályozásban annak volt differenciáló hatása, hogy a társaság magánjogi vagy kereskedelmi ügyletekkel foglalkozott. A közkereseti és betéti társaságok esetében, ezek csak akkor tekintendők kereskedelmi társaságoknak, ha kereskedelmi ügyletekkel foglalkoznak, míg a részvénytársaságoknál és szövetkezeteknél maga a társaság formája a minősítésre mérvadó és nem a tevékenység.²⁰

¹⁶ Novotni Zoltán: A magyar társasági jog Miskolc, 1990, 2. oldal

¹⁷ 1875. május 16-án szentesítést nyert 1875. évi XXXVII. törvény

¹⁸ Dr. Apáthy István: Kereskedelmi Jog Budapest, 1876. Eggenberger féle könyvkereskedés kiadása 94. oldal

¹⁹ Dr. Apáthy István: id. mű 95. oldal

²⁰ Nagy Ferenc: A Magyar kereskedelmi jog kézikönyve Budapest, 1884., 148. oldal

A gazdasági társaságokról szóló 1988. évi VI. törvény (a továbbiakban: első Gt.) igyekezett következetes maradni abban, hogy gazdasági társaságként azokat a formációkat szabályozta, melyek tevékenysége üzletszerű gazdasági tevékenységre irányult, csak kivétalként és meghatározott társasági formában, nem gazdasági, hanem kooperációs társaságként (egyesülés), a tevékenységet jól körülhatárolva, engedte a nem profitorientált gazdasági tevékenység folytatását.

„Az 1968-as gazdasági reform eredményeként jelentkező közös vállalat és az egyesülés bennmaradt a Gt.-ben a négy hagyományos kereskedelmi társasági forma mellett. A közös vállalatot csak a harmadik Gt. törölte a társasági formák közül, az egyesülés viszont – bár kikerült a társasági formák közül – bennmaradt a Gt.-ben és mint jogi személy koordinációs nonprofit szervezet forrt ki „végérvényesen” a magyar jogban.”²¹

A gazdasági társaságok szabályozásának történetében e jogilag is megerősített koncepció fellazulását az 1997. évi CXIV. törvény (a továbbiakban: második Gt.) 3. § (4) bekezdése jelentette, amely lehetőséget biztosított arra, hogy törvény előírása alapján gazdasági társaság nyereségszerzésre nem irányuló közhasznú tevékenységre vagy más közfeladat ellátására alakuljon. A szabályozással lényegi változás következett be az első Gt.-hez képest, mert a közhasznú tevékenység folytatása, illetve közfeladat ellátása gazdasági társaság keretei között is lehetővé vált. Az ilyen célra alapított gazdasági társaság a Gt.-ben szabályozott társasági típusok bármelyikét választhatta. Ennek mintájára hozták létre a Magyar Televízió Részvénytársaságot, a Magyar Rádió Részvénytársaságot és a Duna Televízió Részvénytársaságot.²²

Ezeket az egyszemélyes, zártkörűen működő részvénytársaságokat a rádiózásról és televíziózásról szóló 1996. évi I. törvény 64. § (1) bekezdése alapján a nemzeti közszolgálati rádió, illetőleg a televízió feladatainak ellátására hozta létre a Magyar Rádió Közalapítvány, illetőleg a Magyar Televízió Közalapítvány. A törvény 75. § (5) bekezdése rögzíti, hogy e részvénytársaságok – a főtevékenység elősegítése érdekében – vállalkozási tevékenységet végezhetnek. A nyereséget kizárólag a közszolgálati műsorszolgáltatás folytatására, fejlesztésére, illetve vállalkozásainak fejlesztésére használhatják fel.

Az új Gt. 4. § (1) bekezdése, ezt a második Gt. által megkezdett – és bizonyos történelmi hagyományokkal is bíró – folyamatot kiteljesítve, engedi, hogy gazdasági társaság nem jövedelemszerzésre irányuló közös gazdasági tevékenység folytatására is létrejöjjön, bármelyik gazdasági társasági formában. A törvény ezt, az alapvetően nem jövedelemszerzésre létrehozott gazdasági társaságot nevezi *nonprofit gazdasági társaságnak*, Harsányi Gyöngyi találóan „ál” gazdasági társaságnak.²³

²¹ Sárközy Tamás: Húsz éves a gazdasági társaságok törvényi szabályozása In.: *Gazdaság és Jog* 2009. január, 1. szám, 4. oldal

²² Nochtá Tibor - Zókai Ferenc – Zumbok Ferenc: *A gazdasági társaságokról szóló törvény magyarázata* Magyar Hivatalos Közlönykiadó Budapest, 2007., 22. oldal

²³ Harsányi-Miskolczi-Ujváriné: *Társasági jog* Novotni Kiadó Miskolc, 2008., 22. oldal

Látható, hogy már első kereskedelmi törvényünk megszületésekor engednie kellett a jogalkotónak abból, hogy a kereskedelmi/gazdasági társaságok szabályozását csak olyan társaságokra terjessze ki, melyek tisztán jövedelemszerző gazdasági tevékenységet folytatnak. A szabályozás alkalmazhatósága ehelyett, a társasági forma, mint a tevékenység kifejtésének kerete irányába tolódott el.

A nonprofit gazdasági társaság nem elkülönült önálló cégforma, hanem az új Gt. általános szabályai közé beágyazott rendelkezés folytán, bármely gazdasági társasági formában alapítható, azzal a közös jellemzővel, hogy tevékenysége nem jövedelemszerzésre irányul. A gazdasági társaság és nonprofit gazdasági társaság közötti egyik, szabályozáson alapuló, elkülönítési ismérv, a jövedelemszerzésre irányuló, üzletszerű gazdasági tevékenység folytatása, vagy nem folytatása. A gazdasági társaságok e törvényes „kétarcúságát”, Kisfaludi András próbálja egységbe fogni, amikor, szintetizálva jellemzőiket, kísérletet tesz egy egységes gazdasági társasági fogalom meghatározására: „... a gazdasági társaság a tagok által üzletszerű gazdasági tevékenység vagy jövedelemszerzésre nem irányuló, nonprofit tevékenység ellátására létrehozott, a tagoktól elkülönült, önálló jogalany, amelynek a tevékenységhez szükséges indulóvagyon a tagok bocsátják a társaság rendelkezésére”.²⁴

Megvizsgálva az egyes társaságok definícióit, a nonprofit működés, mint lehetőség nem okoz zavart Kft. és Rt. esetében, ezekben a specifikumokon kívül annyi szerepel, hogy gazdasági társaságok. Közkereseti- és betéti társaság fogalmában viszont hangsúlyt kap, hogy a tagok a társasági szerződéssel üzletszerű, közös gazdasági tevékenység folytatására vállalnak kötelezettséget, ami viszont a nonprofit működést kizárja. *A törvényi szabályozás összhangja e vonatkozásban nem teremtődött meg.*

Az új Gt. az üzletszerű gazdasági tevékenység folytatásának lehetőségét azért nem zárja ki teljesen, a nonprofit gazdasági társaság kiegészítő jelleggel folytathat ilyen tevékenységet, viszont megszorítja annyiban, hogy e tevékenységből származó nyereség a tagok (részvényesek) között nem osztható fel, az a társaság vagyonaát gyarapítja. A törvény megfogalmazása kísértetiesen hasonlít a Ptk. közhasznú társaságra vonatkozó rendelkezéseihez. Az üzletszerű közös gazdasági tevékenységet folytató gazdasági társaságok esetében a törvény a nyereségből való részesedés jogát olyannyira védte, hogy az első Gt. 22. §-a minden társaságra vonatkozóan szabályozta a *societas leonina* tilalmát. Ez semmisnek minősítette az olyan társasági szerződési rendelkezést, amely valamely tagot a nyereségből, vagy a veszteség viseléséből kizár. A második Gt. lazított az általános tilalmon, és csak a jogi személyiséggel nem rendelkező társasági formáknál írta elő. Az új Gt. 90. § (1) bekezdése Kkt., és így Bt. vonatkozásában továbbra is rögzíti, hogy semmis az a megállapodás, amely valamely tagot a nyereségből vagy a veszteségből kizár. A nonprofit működés esetében a Gt. 4. § éppen ezt teszi.

A gazdasági társaság és nonprofit gazdasági társaság között a nyereségfelosztás kötelezettsége, vagy tilalma a másik, szabályozott elkülönítési ismérv.

²⁴ Kisfaludi András: Társasági jog Complex Kiadó, Bp 2007., 55. oldal és Sárközy Tamás (szerk.): Társasági törvény, cégtörvény HVGORAC Kiadó Budapest, 1997., 45. oldal

Érdekes megjegyezni, hogy a gyakorlatban kialakultak olyan működési célok, pl. holdingot irányító társaságok, klaszter-társaságok, melyeknél nem a jövedelemszerzés a cél, illetve projekt társaságok, melyeknél nem a tagi jövedelemszerzés a cél, hanem a társaság növekedése, ez utóbbi megoldásaként egyes szerzők pont ezt az elkülönítési ismérvet igyekeznek a társasági szerződés eszközével felpuhítani. Az új Gt. a jogi személyeknél a *societas leonina* tilalmát nem mondja ki, emiatt egyesek amellett foglalnak állást, hogy nincs törvényi akadálya annak, hogy a tagok olyan társasági rendelkezést vegyenek fel szerződésükbe, amely szerint valamely tagot, vagy valamennyit kizár az osztalékhoz való jogból. Példaként épp a nonprofit gazdasági társaságokat hozzák fel, ahol maga a Gt. állítja fel ezt tilalomként. „... amely kötelezettséget a törvény a nonprofit társaságok esetében előír, a nem nonprofit, nyereségorientált társaságok esetében szerződés előírhatja.”²⁵

A nonprofit gazdasági társaság alapítása, megszűnése, közhasznú nyilvántartásba vétele

Bár az új Gt. valamennyi gazdasági társasági formában lehetővé teszi nonprofit gazdasági társaság alapítását, vannak más jogszabályok, melyek kifejezetten csak a jogi személy formában történő alapítást engedik (A hegyközségekről szóló törvény, a tervező- és szakértő mérnökök, valamint építészek kamaráiról szóló törvény, az Országos Magyar Vadászkomáromról szóló törvény, stb.).

A formaválasztás szabadságát korlátozza továbbá az Áht. 95. § (1) bekezdése, miszerint költségvetési szerv csak olyan gazdálkodó szervezetben vehet részt, vagy alapíthat, amelyben felelőssége nem haladja meg vagyoni hozzájárulása mértékét, és amelyben – törvény eltérő rendelkezése hiányában – legalább többségi befolyással rendelkezik. Ugyanezt a korlátot állítja fel a helyi önkormányzatokról szóló 1990. évi LXV. törvény 80. § (3)-(4) bekezdése.

A jogi korlátokon túl azonban vannak olyan gazdasági sajátosságok, melyek, tekintettel az egyes társaságok természetére, szintén gátolják a szolgáltatást. Ilyen például a nyilvános részvénytársasági forma, melynek részvényei gyakorlatilag attól forgalomképesek, hogy tulajdonosai osztalékra jogosultak, illetve tőzsdei bevezetés esetén az eladásból-vételből árfolyamnyereséget realizálhatnak. A nonprofit gazdasági tevékenység és a nyereségfelosztás tilalma jószerével mindkettőt ellehetetleníti. Annak idején, a közhasznú társaságokra vonatkozó szabályanyag elfogadásakor, a részvénytársaság szabályainak a közhasznú társaságra való alkalmazhatóságát a törvényjavaslat azért mellőzte, mivel a nyereség felosztásának tilalma folytán a közhasznú Rt. részvényeit a gyakorlatban senki sem adná-venné, a részvénytársaság nem fizetne osztalékot, az a társaság vagyonát gyarapítaná, ráadásul azt a közhasznú célszerű tevékenységre kellene fordítani. Csak kiegészítő tevékenységként végezhetne üzletszerű gazdasági tevékenységet, ami a piacon való kelen-dőséget összességében a forgalomképtelenség felé tolná el.

²⁵ Balásházy Mária: A nyereségben való részesedés joga és a társaság megszűnéséhez kapcsolódó vagyoni jogok szabályozási lehetőségei a Kft.-ben In.: *Gazdaság és Jog* 2008. december, 12. szám 8-12. oldal.

„Várhatóan a nonprofit részvénytársaság egy vagy néhány részvényesből álló zártkörűen működő részvénytársasági formában terjed majd el, ahol az alapító tagok már a társaság létesítésekor lemondanak a működés során képződött nyereségről, amellyel a részvény fogalmi meghatározása jelentősen átértékelődik.”²⁶ Az alapítás körében jelentkező technikai korlát, hogy nonprofit gazdasági társaság iratmintával nem alapítható, mert a nyereségfelosztás tilalma miatt az iratminta szövegének változtatására lenne szükség, ami a jelenlegi merev szabályozás szerint nem lehetséges, „a társasági szerződés tartalmát kizárólag a kitöltött szerződésmintába foglalt rendelkezések alkotják”.²⁷ A *differentia specificát* a kívülállók számára egyébként a társaság elnevezése adja, ugyanis a *nonprofit jelleget a cégnevében* a társasági forma megjelölésénél *fel kell tüntetni*.

Nonprofit gazdasági társaság nem csak alapítással, hanem *átalakulással* is létrejöhét, oly módon, hogy már működő gazdasági társaság legfőbb szerve elhatározza a nonprofit gazdasági társaságként való továbbműködést. A törvény a létrehozásnál érvényesülő azon rugalmasságát, hogy nonprofit gazdasági társaság már működő gazdasági társaságból átalakulással is létrehozható, a jogutóddal történő megszűnés körében elveszíti. Nonprofit gazdasági társaság más társasági formába csak nonprofit jellegének megtartásával alakulhat át, nonprofit gazdasági társasággal egyesülhet, illetve nonprofit gazdasági társaságokra válhat szét, tilos viszont a gazdasági társasággá történő átalakulás. A szigorítás valószínűleg abból fakad, hogy a Ptk. a közhasznú társaságok esetében - egy törvénymódosítást követően - hasonlóan tiltotta a gazdasági társasággá történő átalakulást, mert kiderült, hogy a közhasznú társaságok által élvezett kedvezményeket az alapítók kihasználva, az átalakult gazdasági társaságba mentették át, még egy lépéssel később különböző jogcímenek történő juttatásként megszerezve azt.

A nonprofit gazdasági társaságok a közhasznú nyilvántartásba vétel nélkül semmilyen adó-, illeték-, egyéb kedvezményt nem élveznek, vonatkozásukban ez a szigorítás indokolatlan.

Az új Gt. hangsúlyozza, hogy külön törvény (Kszt.) határozza meg, hogy a nonprofit gazdasági társaság milyen előfeltételek fennállása esetén minősül közhasznú szervezetnek és ehhez milyen követelményeket kell teljesítenie.²⁸ Ez egyrészről azt jelenti, hogy a Gt. 9. §-ába foglaltaknak megfelelően²⁹, a Gt. engedi, hogy a társasági szerződés tartalmát nem csak a saját, hanem egy másik törvény, a Kszt., rendelkezései is figyelemmel lehessen megállapítani. Másrészről jelenti azt is, hogy a nonprofit gazdasági társaság nem minősül automatikusan közhasznúnak, ez a status csak akkor illeti meg, ha a közhasznú nyilvántartásba bejegyezték. Az új Gt., feleslegesen duplikálva a Kszt. előírásait, kimondja, hogy a közhasznú tevékenységet a társasági szerződésben (alapszabály, alapító okirat) meg kell határozni.

²⁶ Dr. Bognár Piroska: A nonprofit társaságok HVGORAC Kiadó Budapest, 2006., 251. oldal

²⁷ Gt. 11. § (4) bekezdés

²⁸ Gt. 4. § (5) bekezdés

²⁹ A Gt. 9. (1) bekezdése rögzíti, hogy a tagok e törvény, illetve más jogszabályok keretei között a társasági szerződés (alapszabály, alapító okirat) tartalmát szabadon állapíthatják meg, e törvény rendelkezéseitől azonban csak akkor térhetnek el, ha ezt a törvény megengedi.

A közhasznú szervezeti minőséget – a társaság alapításakor, vagy később – kérelemre, a cégjegyzéket vezető megyei (fővárosi) cégbíróság állapítja meg. A közhasznú nyilvántartás kétfokozatú; közhasznú vagy kiemelkedően közhasznú. *A közhasznú szervezeti jelleget a cégnévben a nonprofit gazdasági társaság feltűnetheti.*

Ha a *közhasznú szervezetnek minősülő* nonprofit gazdasági társaság jogutód nélkül megszűnik, úgy a tartozások kiegyenlítése után a társaság tagjai (részvényesei) részére csak a megszűnési saját tőke összege adható ki, legfeljebb a tagok (részvényesek) vagyoni hányadának teljesítéskori értéke erejéig.³⁰ Az ezt meghaladó vagyont a *cégbíróság* a társasági szerződés (alapszabály, alapító okirat) rendelkezései szerint fordítja közcélokra. Ilyen rendelkezés hiányában a cégbíróság a megmaradt vagyont a megszűnő nonprofit gazdasági társaság közhasznú tevékenységével azonos vagy ahhoz hasonló közérdekű célra fordítja.³¹ A törvényszövegből az a következtetés vonható le, hogy a vagyonfelosztási korlát kizárólag a közhasznú nyilvántartásba bejegyzett nonprofit gazdasági társaságok esetében érvényesül, a közhasznú jogállást nem szerzett nonprofit gazdasági társaságok, a társasági formájukra irányadó Gt. szabályok szerint, e korlátozásra tekintet nélkül, adhatják ki tagjaiknak a hitelezők kielégítését követően megmaradó vagyont.

A megkötés valószínű indoka, hogy a közhasznú jogállást szerzett nonprofit gazdasági társaság személyes illetékmentességet, társasági adókötelezettséget érintő adókedvezményt, illetve, ha társadalmi közös szükséglet kielégítéséért felelős szervvel szerződése van a feladat ellátására, a cél szerinti tevékenységből származó bevétele, az erre a célra adott adomány, közvetlen állami juttatás társasági adómentességet élvez,³² továbbá egyéb kedvezményeket élvezhet. Saját tőkéje így olyan elemeket is tartalmaz, amelyek jellegüknél fogva nem illethetők, illetve gazdagíthatják tagjait (részvényeseit). A tagok részére megszűnéskor emiatt csak vagyoni hozzájárulásuk adható ki, de az is csak a teljesítéskori érték erejéig. Amennyiben megszűnéskor a saját tőke kevesebb, mint a jegyzett tőke, a tag természetesen nem kaphatja vissza vagyoni hozzájárulását teljes értékben, csak a saját tőke összegéig.

³⁰ Gt. 4. § (6) bekezdés

³¹ Gt. 4. §. (6) bekezdés

³² A Kszt. 6. § (1) bekezdése határozza meg a közhasznú szervezeteket illető kedvezményeket, és sorolja fel azokat a jogszabályokat, amelyek e kedvezmények mértékéről rendelkeznek (a társasági adóról és az osztalékadóról szóló 1996. évi LXXXI. törvény, a személyi jövedelemadóról szóló 1995. évi CXVII. törvény, az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény, a helyi adókról szóló 1990. évi C. törvény, továbbá az irányadó más jogszabályok szerinti mértékben és feltételek szerint).

a) a közhasznú szervezetet illető kedvezmények:

1. a létesítő okiratában meghatározott cél szerinti tevékenysége után társasági adómentesség,
2. vállalkozási tevékenysége után társasági adókötelezettséget érintő kedvezmény,
3. helyi adókötelezettséget érintő kedvezmény,
4. illetékkedvezmény,
5. egyéb - jogszabályban meghatározott - kedvezmény.

Az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény 5. § (1) bekezdésének m) pontja csak 2009. január 1-től lépett hatályba, innentől kezdve részesülnek a közhasznú, és kiemelkedően közhasznú nonprofit gazdasági társaságok teljes személyes illetékmentességben. A közhasznú nyilvántartásba nem vett nonprofit gazdasági társaságokra e kedvezmény nem vonatkozik.

Szabályozás hiányában nyitott kérdés marad, hogy ez, a jogutód nélküli megszűnés esetén érvényesülő vagyonkiadási korlát, alkalmazható-e az átalakulásban részt venni nem kívánó taggal való elszámoláskor, illetve jegyzett tőke leszállításakor. A ki nem adható vagyon sorsáról a tagok rendelkezhetnek a társasági szerződésben, ha ezt nem teszik, az alapítványi szabályokhoz hasonlóan, a cégbíróság a megszűnő nonprofit gazdasági társaság által folytatott közhasznú feladathoz azonos vagy hasonló közérdekű célra fordítja a megmaradt vagyont. Természetesen a társasági szerződéssel történő szabályozás lehetősége nem jelenti azt, hogy a tagok a vagyon sorsáról szabadon rendelkezhetnek, akár magáncélra is fordíthatják, azt minden esetben közcélra kell fordítani.³³

**A közhasznú nonprofit gazdasági társaságok létesítő okiratának
tartalmára vonatkozó Kszt. előírások, a hozzá kapcsolódó
bírói gyakorlat, valamint a Gt. szabályainak összevetése**

A közhasznú jogállás megszerzése fő szabály szerint, önkéntes alapon történik, az alapítók önálló döntési jogkörébe tartozik ennek elhatározása, kivétel, ha törvény, vagy törvény felhatalmazása alapján más jogszabály kötelezővé teszi ezt. Az Áht. 104/A. § (1) bekezdése és a Kszt. 27. §-a például előírja, hogy az államháztartás alrendszeréhez kapcsolódó vagyonból közhasznú társaság (nonprofit gazdasági társaság) csak a külön törvényben meghatározott közhasznú szervezetként hozható létre.³⁴

³³ A társasági adóról és az osztalékadóról szóló 1996. évi LXXXI. törvény (TaoTV.) 13/A. § a közhasznú és kiemelkedően közhasznú nonprofit gazdasági társaság részére, az adóalap meghatározása vonatkozásában, biztosít kedvezményt, felsorolja azokat a tényezőket, melyek csökkentik az adózás előtti eredményt.

A TaoTV. 20. § (1) bekezdés e) pontja, utalva a 6. számú Melléklet E) pontjára, biztosít adómentességet, a törvényben megállapított kedvezményezett tevékenységből elért bevétel után a közhasznú, illetve kiemelkedően közhasznú nonprofit gazdasági társaságnak.

TaoTV. 6. számú Melléklet E) pont:

A közhasznú, a kiemelkedően közhasznú nonprofit gazdasági társaság jövedelem- és vagyonszerzésre irányuló, vagy ezt eredményező gazdasági tevékenységéből e törvény alkalmazásában nem minősül vállalkozási tevékenységnek:

1. a közhasznú tevékenységből származó bevételnek az a része, amely a társadalmi közös szükséglet kielégítéséért felelős szervvel – helyi önkormányzattal vagy a költségvetési fejezettel, illetve a fejezetten belül önálló költségvetéssel rendelkező intézménnyel – folyamatos szolgáltatás teljesítésére megkötött, a szolgáltatásért felszámítható díj mértékét és a díj változtatásának feltételeit is tartalmazó szerződés alapján folytatott tevékenységből származik;
2. az 1. pont szerinti tevékenységhez kapott támogatás, juttatás;
3. a szabad pénzeszközök betétbe, értékpapírba való elhelyezése után a hitelintézettől, az értékpapír kibocsátójától kapott kamatnak, illetve az állam által kibocsátott értékpapír hozamának olyan része, amelyet a közhasznú tevékenység bevétele az összes bevételben képvisel azzal, hogy a bevételt mindkét esetben e kamat és hozam nélkül kell számításba venni.

³⁴ Érdeességként jegyezzük meg, hogy az Országgyűlés előtt van a Kszt. módosítási javaslata, mely azzal az új (5) bekezdéssel egészíti ki a Kszt. 27. §-át, hogy ez a nyilvántartásba vételi kötelezettség nem vonatkozik az állami tartálékgazdálkodási feladatokat ellátó szervezetre. Az ország gazdaságbiztonsági tartalékkészleteit kezelő Tartálékgazdálkodási Nonprofit Korlátolt Felelősségű Társaság nem tud ugyanis megfelelni a közhasznú szervezetként történő nyilvántartásba vétel törvényi feltételeinek, mivel feladatainak egy része és gazdálkodása államtitoknak minősül, mely nem hozható nyilvánosságra.

A nyilvántartásba vétel szigorú feltételeit a Kszt. több paragrafusban tartalmazza, ezeket a nyilvántartásba vételt kérőnek a rá irányadó speciális szabályokon túl kell teljesítenie. Miután a Kszt. keretjellegű jogszabály és nem csak a nonprofit gazdasági társaságokra, hanem különféle jellemzőkkel bíró egyéb jogalanyokra is alkalmazni kell, valamennyi egyedi jogszabállyal nem tudja megteremteni a teljes összhangot. Ezt illusztrálja az igen intenzív és helyenként eltérő bírói gyakorlat, közigazgatási jogegységi határozat,³⁵ illetve a törvény időnkénti, illeszkedést segítő módosítása. A Kszt. és új Gt. egymásra vetítése azért is indokolt, mert eddig egy, a Ptk. által és a Gt. által jól körülbástyázott jogintézmény, a közhasznú társaság vonatkozásában kellett alkalmazni a Kszt. szabályait is, a nonprofit gazdasági társaságok megjelenése, ezt az időközben „szinkronizált szabályozást” megszünteti, több, eltérő arcra kell, a már megformált maszkot ráhúzni. Az illesztés részletkérdéseinek megoldása pedig valószínűleg a bírói gyakorlatra vár majd.

A Kszt. 4. §-a előírja, hogy a közhasznú szervezet létesítő okiratának elengedhetetlenül tartalmaznia kell:

*a) Milyen, e törvényben meghatározott közhasznú tevékenységet folytat...*³⁶

ra, illetve tevékenysége ugyan közfeladat, azonban csak részben sorolható be a törvény által megjelölt közhasznú tevékenységek közé.

³⁵ 4/2006. Közigazgatási Jogegységi Határozat a közhasznú szervezet létesítő okiratának tartalmáról, amely csak egyes, kiemelten kezelt kérdések vonatkozásában ad egységes iránymutatást.

³⁶ A közhasznú tevékenységek felsorolását a Kszt. 26. §-a tartalmazza:

1. egészségmegőrzés, betegségmegelőzés, gyógyító-, egészségügyi rehabilitációs tevékenység,
2. szociális tevékenység, családsegítés, időskorúak gondozása,
3. tudományos tevékenység, kutatás,
4. nevelés és oktatás, képességfejlesztés, ismeretterjesztés,
5. kulturális tevékenység,
6. kulturális örökség megóvása,
7. műemlékvédelem,
8. természetvédelem, állatvédelem,
9. környezetvédelem,
10. gyermek- és ifjúságvédelem, gyermek- és ifjúsági érdekképviselés,
11. hátrányos helyzetű csoportok társadalmi esélyegyenlőségének elősegítése,
12. emberi és állampolgári jogok védelme,
13. a magyarországi nemzeti és etnikai kisebbségekkel, valamint a határon túli magyarsággal kapcsolatos tevékenység,
14. sport, a munkaviszonyban és a polgári jogi jogviszony keretében megbízás alapján folytatott sporttevékenység kivételével,
15. közrend és közlekedésbiztonság védelme, önkéntes tűzoltás, mentés, katasztrófa-elhárítás,
16. fogyasztóvédelem,
17. rehabilitációs foglalkoztatás,
18. munkaerőpiacon hátrányos helyzetű rétegek képzésének, foglalkoztatásának elősegítése - ideértve a munkaerő-kölcsönzést is - és a kapcsolódó szolgáltatások,
19. euro-atlanti integráció elősegítése,
20. közhasznú szervezetek számára biztosított - csak közhasznú szervezetek által igénybe vehető - szolgáltatások,
21. ár- és belvízvédelem ellátásához kapcsolódó tevékenység,
22. a közforgalom számára megnyitott út, híd, alagút fejlesztéséhez, fenntartásához és üzemeltetéséhez kapcsolódó tevékenység,
23. bűnmegelőzés és az áldozatvédelem.

Közhasznú tevékenység alatt a Kszt. a saját maga által felsorolt és a létesítő okiratban szereplő, azon tevékenységeket érti, melyek a társadalom és az egyén közös érdekeinek kielégítésére irányulnak.

A 4/2006. Közigazgatási jogegységi határozat alapján, a bírói gyakorlat megkívánja, hogy a létesítő okirat ne csak az adott Kszt.-ben szereplő tevékenységet nevezze meg, annak ezen belüli pontos tartalmát szövegesen is ki kell fejteni. A bíróságok figyelmet fordítanak arra, hogy a szövegszerűen megfogalmazott tevékenység ténylegesen besorolható legyen a Kszt. által hivatkozott és megjelölt közhasznú tevékenységi kategóriába.

A Gt. 2008. december 27.-étől hatályba lépett módosítása, a tevékenységi kör meghatározását, illetve annak szükségességét rugalmasan kezeli. A létesítő okiratnak csak azon tevékenységeket kell tartalmaznia, amelyeket a társaság a cégjegyzékben feltüntetni kíván, ráadásul minden olyan tevékenység megjelölhető - statisztikai nomenklatúra szerinti besorolásra tekintet nélkül - amit törvény nem tilt, vagy nem korlátoz. A gazdasági társaság, a társasági szerződésben meghatározott tevékenységen belül, bármely gazdasági tevékenységet folytathat, amit az állami adóhatóságnak bejelent.³⁷ A két törvény szabályozása és a kapcsolódó bírói gyakorlat a tevékenység meghatározása tekintetében „jól megfér” tehát egymással.

b) Ha tagsággal rendelkezik, nem zárja ki, hogy tagjain kívül más is részesülhessen a közhasznú szolgáltatásaiból...

A 4/2006. Közigazgatási jogegységi határozat szerint a szolgáltatásokhoz való szabad hozzáférést a létesítő okiratnak biztosítani kell, így ki kell térni arra, hogy a kívülállók részéről való igénybevételt kifejezetten megengedi, vagy azt kell tartalmaznia, hogy ezt nem zárja ki. A bírói gyakorlat azon kérdést, hogy mely szervezetek rendelkeznek tagsággal (egyesület, köztestület), kiterjesztően értelmezi, egyes megyei bíróságok az egy, illetve néhány tagból álló nonprofit gazdasági társaságok esetében is megkívánják a fenti előírás teljesítését.

Az nem követelmény, hogy a közhasznú tevékenységet az országban minden potenciális személy részére nyújtani kelljen, a közhasznú szervezet céljának, feladatának, működésének, a támogatandó személyek egy meghatározott csoportjához, vagy adott személyhez, intézményhez, illetve területhez való kapcsolódása önmagában még nem jelenti a kedvezményezettek körének zártságát (pl. adott megyei kórház érsebészeti osztályán kezelt betegek ellátásának segítése, az osztály dolgozóinak szakmai képzése, meghatározott állami intézmény által gondozottak utósegítése, stb.).³⁸

c) Vállalkozási tevékenységet csak közhasznú céljainak megvalósítása érdekében, azokat nem veszélyeztetve végez...

A Kszt. megfogalmazásában vállalkozási tevékenység a jövedelem- és vagyonszerzésre irányuló vagy azt eredményező gazdasági tevékenység, amely lényegében ugyanaz, mint amit Gt.-ben meghatározott üzletszerű gazdasági tevékenység

³⁷ Gt. 12. § (1) bekezdés c) pont és (2) bekezdés

³⁸ BH1999/391., BH1999/482., BH1999/483., BH2000/571.

alatt értünk. A bevétellel járó cél szerinti tevékenység, valamint a közhasznú tevékenységhez nyújtott támogatás viszont nem minősül vállalkozási tevékenységnek.³⁹

*d) Gazdálkodása során elért eredményét nem osztja fel, azt a létesítő okiratában meghatározott tevékenységére fordítja...*⁴⁰

Ez a Gt. nonprofit gazdasági társaságokra vonatkozó előírásához képest szigorúbb szabály, a Gt. szerint, a ki nem osztott nyereség a gazdasági társaság vagyonát gyarapítja, ami szélesebb körű lehetőséget biztosít a felhasználásra.⁴¹

e) Közvetlen politikai tevékenységet nem folytat, szervezete pártoktól független és azoknak anyagi támogatást nem nyújt...

Közvetlen politikai tevékenység alatt a Kszt. a pártpolitikai tevékenységet, továbbá országgyűlési képviselői, megyei, fővárosi önkormányzati választáson történő jelölt állítását érti.⁴² A bírói gyakorlatban kialakult álláspont szerint, politikai párt, mint egyszemélyes alapító, illetve tulajdonos által működtetett közhasznú társaság jogszerűen nem igényelheti közhasznú nyilvántartásba vételét.⁴³ A nyilvántartásba nem kerülő nonprofit gazdasági társaságok alapítói köréből a pártok nincsenek kizárva.

A legfőbb szervre vonatkozó előírások. A Kszt. 7. § (1) bekezdése általános érvényű szabályként kimondja, hogy *a legfőbb szerv és az ettől elkülönült képviselő és ügyintéző szerv ülései nyilvánosak.*⁴⁴ Ez az előírás ütközhetne a Gt. 19. § (2) bekezdésével, mely szerint a legfőbb szerv ülésén a gazdasági társaság tagjai, valamint a társasági szerződés rendelkezési alapján meghívottak vehetnek részt, azonban a Kszt. 7. § (2) bekezdés a) pontjának azon előírásával, hogy a közhasznú szervezet létesítő okiratának kell a nyilvánosságról szóló rendelkezést tartalmaznia, feloldódik. A képviselő és ügyintéző szerv, a gazdasági társaságok esetében, a részvénytársaságoknál ölt egyedül testületi formát, az igazgatóság üléseinek nyilvánosságához való viszonyáról a Gt. nem szól, hiszen a gazdasági életben ezen ülések zártsága, a belső és külső működés szempontjából is evidencia, az üzleti titok védelméről nem is szólva.

Figyelemmel azonban arra, hogy a közhasznú nonprofit gazdasági társaságok közpénzek felett diszponálhatnak, feladatukat a társadalom érdekében valósítják meg, közjogi kedvezményeket élveznek, tevékenységüket jórészt nem a versenyszférában fejtik ki, a nyilvánosság biztosítása indokolt és nem érdeksértő. A nyilvánosság egyébként csak a közhasznú tevékenységgel, szolgáltatással és a közhasznú gazdálkodással kapcsolatos témakörökre szorítkozik. A nyilvánosság alóli kivéte-

³⁹ Kszt. 26. § 1) bekezdés

⁴⁰ A Kszt. e tilalmat nem csak a társasági szerződéstartalmán keresztül érvényesíti, hanem a gazdálkodási szabályok rögzítésénél is, amikor a 14. § (1) bekezdésében kimondja, hogy a közhasznú szervezet gazdálkodás során elért eredményét nem oszthatja fel, azt létesítő okiratában meghatározott tevékenységre kell fordítania.

⁴¹ Gt. 4. § (3) bekezdés

⁴² Kszt. 26. § d) pont

⁴³ BH2002/67., EBH2001/538.

⁴⁴ BH2000/38. A közhasznú szervezet létesítő okiratának kötelezően tartalmaznia kell a legfőbb szerv üléseinek nyilvánosságára vonatkozó szabályokat

leket a létesítő okiratban kell rögzíteni. E körben szabályozni kell, hogy mely esetekben lehet zárt vagy csak részben zárt (meghatározott személyek részvételével) ülést tartani.⁴⁵ A nyilvánosságot, ami alatt a szolgáltatás igénybevevőit kell érteni, értesíteni kell az ülés tartásáról. A bírói gyakorlat az igénybevevők körétől függően elfogadja a postai úton, a társaság ügyintézési helyén kifüggesztett hirdető táblán, vagy helyi, illetve országos sajtó útján történő tájékoztatást is.

Amennyiben a legfőbb szerv több tagból (személyből) áll, a létesítő okiratnak tartalmaznia kell az ülésezések gyakoriságára (évi egy alkalomnál kevesebb nem lehet), az ülések összehívásának rendjére, és a napirend közlésének módjára vonatkozó rendelkezéseket is.

A jogi személy nonprofit gazdasági társaságok esetében a Gt. tartalmaz idevágó szabályokat, melyek a létesítő okiratba átemelhetők, a Gt. szerint ezek azonban a létesítő okiratnak nem kötelező tartalmi elemei. A Kkt. és Bt. formában működő nonprofit gazdasági társaságok esetében, a Gt. általános és speciális szabályai már ilyen segítséget sem nyújtanak, hiszen maga a törvény is a részletes szabályok kidolgozását a társasági szerződésre bízta.⁴⁶

Az egy tagból (személyből) álló legfőbb szervre vonatkozó előírások. A gazdasági társaságokról szóló törvény 168. § (1) bekezdésében foglalt azon rendelkezést,⁴⁷ hogy az egyszemélyes társaságnál a legfőbb szerv hatáskörébe tartozó kérdésekben az egyedüli tag dönt és erről a vezető tisztségviselőket írásban köteles értesíteni, azzal az eltéréssel kell alkalmazni, hogy a döntéshozatalt megelőzően a tag (személy) köteles a felügyelő bizottság, valamint a vezető tisztségviselők véleményének megismerése érdekében ülést összehívni, vagy írásos véleményüket beszerezni.⁴⁸ Az írásos vélemények, illetve az ülésről készült jegyzőkönyvek nyilvánosak.

Az egy tagból (személyből) álló legfőbb szerv esetén a létesítő okiratnak rendelkeznie kell:

a) a véleményezési jog gyakorlásának módjáról (ez írásban, vagy ülés tartásával történhet),

b) abban az esetben, ha a véleményezési jogot ülésen gyakorolják - a határozatképesség kivételével - az ülésezés gyakoriságáról, az ülések összehívásának rendjéről, a napirend közlésének módjáról, ülések nyilvánosságáról és a határozathozatal módjáról,

c) minden egyébről, amit a Kszt. a több tagból álló legfőbb szerv esetén előírt kötelező tartalmi elemként.

A szabályozás nincs tekintettel arra, hogy nem minden nonprofit gazdasági társaságnál működik felügyelő bizottság, illetve egyszemélyes alapítású társaság lehet részvénytársaság is, a hivatkozott § viszont kifejezetten csak a Kft.-re vonatkozik,

⁴⁵ KGD 2002. 2. szám, 65. oldal

⁴⁶ Gt. 92. § (1) bekezdés

⁴⁷ Gt. 168. § (1) bekezdés: Az egyszemélyes társaságnál a taggyűlés hatáskörébe tartozó kérdésekben az egyedüli tag dönt, és erről a vezető tisztségviselőket írásban köteles értesíteni.

⁴⁸ 21/2001. (VI. 21.) AB határozat megállapította, hogy a Kszt. 7. § (1) bekezdés a) pontja az egyszemélyes közhasznú társaságok vonatkozásában alkotmányellenes. Emiatt a 2001. évi CVI. törvény új szabályozást iktatott be a Kszt-be.

kiindulva a korábbi, közhasznú társaságokra irányadó szabályozásból.⁴⁹ Az is figyelemre kívüli maradt, hogy a Gt. 168. § (2) bekezdése szerint, amennyiben az egyedüli tag természetes személy, az alapító okirat rendelkezhet úgy, hogy a tag jogosult az ügyvezetésre és képviseletre. A két szabály együttes alkalmazása mellett, ez azt jelenteni – felügyelő bizottság hiányában –, hogy a taggyűlés hatáskörét gyakorló természetes személy tag, amennyiben ügyvezető is, saját magával táncskozik.

A vezető tisztségviselők összeférhetetlenségére vonatkozó rendelkezések. A Kszt. a vezető tisztségviselők körét szélesebben értelmezi, mint a Gt., mert idesorolja az üzletvezetőn, ügyvezetőn, az igazgatóság elnökén és tagjain (a vezérigazgató valamiért kimaradt a felsorolásból) kívül a felügyelő bizottság elnökét, és tagjait is.⁵⁰ A Gt. az összeférhetetlenségi szabályok külön társasági szerződésben történő rögzítését egyetlen társaság esetében sem kívánja meg. A vezető tisztségviselőkre vonatkozóan összeférhetetlenségi szabályokat a Gt. és a Kszt. is tartalmaz,⁵¹ a Gt. a felügyelő bizottsági tagok összeférhetetlenségének szabályozását úgy oldja meg, hogy visszautal a vezető tisztségviselőkre vonatkozó szabályokra,⁵² önálló összeférhetetlenségi szabály viszont, hogy munkavállaló nem lehet a felügyelő bizottság tagja, a munkavállalói képviselet biztosításának kivételével.⁵³ A 4/2006. *Közigazgatási jogegységi határozat* az összeférhetlenségi szabályok rögzítésekor elegendőnek tekinti, azok részletes leírása helyett, az e szabályokra történő utalást.

A Kszt. 8. § (2) bekezdése szerint, nem lehet a felügyelő bizottság elnöke vagy tagja az a személy, aki

a) a vezető szerv (legfőbb szerv és az ügyintéző képviseleti szerv) elnöke vagy tagja *(a Gt. csak a felügyelő bizottsági tagságot és az ügyvezetést tartja összeegyeztethetetlennek);*

b) a közhasznú szervezettel a megbízatásán kívüli más tevékenység kifejtésére irányuló munkaviszonyban vagy munkavégzésre irányuló egyéb jogviszonyban áll, ha jogszabály másképp nem rendelkezik *(a Gt. csak a munkavállalókra terjeszti ki az összeférhetetlenséget);*

c) a közhasznú szervezet cél szerinti juttatásából részesül – kivéve a bárki által megkötés nélkül igénybe vehető nem pénzbeli szolgáltatásokat, és a társadalmi szervezet által tagjának a tagsági jogviszony alapján nyújtott, létesítő okiratnak megfelelő cél szerinti juttatást –; illetve

d) az a)–c) pontban meghatározott személyek hozzátartozója *(a Gt. csak a közeli hozzátartozókra terjeszti ki az összeférhetetlenségi szabályait).*

A Kszt. 8. § (2) bekezdés a) pontjába foglalt összeférhetlenségi szabály vonatkozásában két, egymásra tekintettel is, megkérdőjelezhető Legfelsőbb Bírósági ítélet született.

⁴⁹ Gt. 283. § (1) bekezdése

⁵⁰ Kszt. 26. § m)

⁵¹ Gt. 23. § és 25. §, Kszt. 8. § (2) és 9. § (1)

⁵² Gt. 36. § (3) bekezdés

⁵³ Gt. 36. § (2) bekezdés

A BH2003/382. számú jogesetben a Legfelsőbb Bíróság kimondta, hogy az önkormányzat képviselője nem lehet a közhasznú társaság felügyelő bizottságának tagja, ha a közhasznú társaság egyedüli tagja az önkormányzat. A jogeset szerint az S. Kht. kérelmet terjesztett elő, melyben felügyelő bizottsági tagok törlését és bejegyzését is kérte. A cégbíróság 2002. 02. 25-én kelt hiánypótló végzésében felhívta a közhasznú társaságot olyan felügyelő bizottsági tagok választására, akik nem tagjai a Kht. egyedüli tulajdonosa, az önkormányzat közgyűlésének. A cégbíróság 2 felügyelő bizottsági tag vonatkozásában a bejegyzési kérelmet elutasította. Végzése indoklásában kifejtette; a bejegyezni kért felügyelő bizottsági tagok az önkormányzati közgyűlés tagjai. Az önkormányzat a bejegyzést kérő Kht. egyedüli tagja. Az adott tényállás mellett a Kszt. 8. §-ának (2) bekezdése kizárja, hogy a közgyűlés tagja a Kht. felügyelő bizottságának tagja legyen. Rámutatott: a közélet tisztasága, a közpénzek felhasználásának korrekt ellenőrzése azt kívánja meg, hogy a közhasznú társaság működésének és gazdálkodásának ellenőrzését olyan személyek lássák el, akik nem érintettek a tulajdonosi jogok gyakorlásában.

A Kht. fellebbezett, melynek során előadta, hogy az önkormányzat közgyűlése 62 főből áll. Az, hogy négy önkormányzati képviselő egyben a Kht. felügyelő-bizottságának tagja, nem veszélyezteti a közpénzek korrekt ellenőrzését, sőt elősegíti, mert így hatékonyabban érvényesül a társadalmi közös szükséglet kielégítéséért felelős szervvel – az önkormányzattal – évenkénti jelentős támogatási összegre kötött megállapodás teljesítésének folyamatos figyelemmel kísérése és ellenőrzése. A Legfelsőbb Bíróság megítélése szerint az elsőfokú bíróság ítélete helyes volt, az adott tényállás mellett az önkormányzat képviselője nem lehet a Kht. felügyelő bizottságának tagja. A Kszt. 8. §-ának (2) bekezdése ugyanis ezt a kizáró okot tételesen, egyértelműen tartalmazza.

A BH2005/224 jogeset során hozott ítélet szerint, *nincs jogi akadálya annak, hogy a közhasznú társaság felügyelő bizottsági tagja legyen annak a települési önkormányzatnak a képviselője, amely önkormányzat a közhasznú társaság tagja.* Alperesi közhasznú társaságnak két tagja van, a H. Megyei Jogú Város Önkormányzata, valamint a H.-i Vagyonkezelő és Szolgáltató Részvénytársaság. A társaság felügyelő bizottságának tagjaként 2002. november 18-án megválasztották H. L.-t, aki egyben a H.-i Megyei Jogú Város Önkormányzatnak a képviselője is. Az ügyészség kérte a bíróságot, hogy H. L.-t felügyelő bizottsági tagként bejegyző végzésének jogszabálysértését állapítsa meg, és kötelezze az alperest a jogszabálysértő állapot megszüntetésére. Álláspontja szerint a cégbejegyző végzés azért jogszabályellenes, mert H. L. önkormányzati képviselő, és ily módon nem lehet a közhasznú társaság felügyelő bizottságának a tagja. A két tisztség között összeférhetetlenség áll fenn.

Alperes a kereset elutasítását kérte. Álláspontja szerint a kéttagú közhasznú társaság esetében nem merülhet fel a személyi összeférhetetlenségnek a kérdése. Közhasznú társaság esetében a legfőbb szerv a tagok összességéből áll. A Kszt. 8. § (2) bekezdés a) pontja alapján azt kell vizsgálni, hogy a taggyűlés tagja, vagyis maga a társaság tagja az, akit az adott esetben a felügyelő bizottsági tagságra megválasztanak, avagy attól különböző személynek tekintendő. A perbeli közhasz-

nú társaságnak két tagja van. Az önkormányzati képviselő felügyelő bizottsági tag, nem azonos a közhasznú társaságnak a tagjával. A Kszt. hivatkozott rendelkezése tehát nem zárja azt ki, hogy az önkormányzati képviselő felügyelő bizottsági tagságot létesítsen közhasznú társaságban.

A második Gt. és az új Gt.⁵⁴ is azt mondja ki, hogy az egyszemélyes társaságoknál (Kft., Rt.), taggyűlés, illetve közgyűlés nem működik, a társaság legfőbb szervének hatáskörében az egyedüli tag írásban határoz. A fenti jogesetben az egyedüli tag az önkormányzat, akit a polgármester képvisel, és egyikük sem azonosítható az önkormányzati képviselőtestülettel, mint ahogy erre a kéttagú közhasznú társaság esetében rá is mutatott a bíróság. Hangsúlyozni kell, hogy annak eldöntése, hogy az önkormányzat, mint alapító azonosítható-e a képviselőtestülettel, vagy sem, nem múlhat azon, hogy hány személyes az általa alapított társaság, ez kizárólag a hatályos és irányadó jogszabályok rendelkezéseire figyelemmel dönthető el.

A Kszt. 9. § (1) bekezdésében megfogalmazott összeférhetlenségi ok a Gt.-t meghaladó önálló szabályt fogalmaz meg, fel kell hívni azonban a figyelmet, hogy ez valamennyi vezető tisztségviselő, azaz a felügyelő bizottsági tagok vonatkozásában is érvényesül. Ennek értelmében, a közhasznú szervezet megszűntét követő két évig nem lehet más közhasznú szervezet vezető tisztségviselője az a személy, aki olyan közhasznú szervezetnél töltött be – annak megszűntét megelőző két évben legalább egy évig – vezető tisztséget, amely az adózás rendjéről szóló törvény szerinti köztartozását nem egyenlítette ki. A belső szabályozási autonómia jegyében a közhasznú nonprofit gazdasági társaság dönthet úgy, hogy működéséhez elegendő garanciát nyújtanak a törvényi előírások, de alkothat további, egyéniesített összeférhetlenségi szabályokat is.

Ha a közhasznú szervezet működését és gazdálkodását ellenőrző, a vezető szervtől elkülönült szerv, felügyelő szerv létrehozása kötelező, ennek létrehozására, hatáskörére és működésére vonatkozó szabályokat. Az új Gt. – a Ptk. közhasznú társaságnál irányadó szabályával ellentétben – nem teszi külön kötelezővé a nonprofit gazdasági társaságok esetén felügyelő bizottság létrehozását, hanem az általános szabályok érvényesülnek. A Gt. kötelező erővel csak a nyilvános részvénytársaságnál írja elő létesítését, a zártkörűen alapított részvénytársaságok esetében pedig a kisebbségi szavazatokkal rendelkező részvényesek belátására bízta. Bármely társasági forma esetében kötelező azonban, ha törvény a köztulajdon védelme érdekében, illetve a társaság által folytatott tevékenységre figyelemmel előírja, vagy ha a munkavállalókat megillető ellenőrzési jogok gyakorlása érdekében a tv. így rendelkezik.⁵⁵

A Kszt. abban az esetben rendelkezik kötelezően létrehozásáról, ha a közhasznú szervezet éves bevétele meghaladja az ötmillió forintot.⁵⁶ A bíróságok azon az elven, hogy csak a Kszt. rendelkezéseinek megfelelő szervezetet vehetnek nyilván tartásba, kéri, hogy az éves bevétel alakulásáról, még új szervezet nyilvántartásba vételekor is, nyilatkozzanak. Ha a bevételről nincs nyilatkozat, nem tudják megállá-

⁵⁴ Gt. 19. § (5) bekezdés

⁵⁵ Gt. 33. § (2) bekezdés

⁵⁶ Kszt. 10. § (1) bekezdés

pítani, hogy kötelező, vagy sem felügyelő bizottság létrehozása.⁵⁷ A Kszt., figyelemmel arra, hogy olyan szervezetek is kérhetik közhasznú nyilvántartásba vételüket, amelyekre vonatkozó speciális jogszabály felügyelő szervre vonatkozó rendelkezéseket egyáltalán nem tartalmaz, szabályozza 11. §-ában ennek feladat-és hatáskörét, ugyanakkor a Gt. általános része is tartalmaz idevágó rendelkezéseket.

A két törvényszöveg egybevetésekor az alábbiak állapíthatók meg:

- A Gt. a Kszt.-n túl szabályozza a felügyelő bizottság összetételét, taglétszámát, működését, határozatképességét, határozathozatalának módját;
- Mindkét törvény az ügyrend önálló megállapításáról szól, azzal, hogy a Gt. előírja az ügyrend legfőbb szerv általi jóváhagyását;
- A Gt. a legfőbb szerv ülésén való részvétel lehetőségét biztosítja, a Kszt. a vezető szerv, tehát a legfőbb szerven kívül az ügyintéző és képviselő szerv ülésén való részvételt is, de csak, ha a létesítő okirat így rendelkezik;
- A Kszt. szerint a közhasznú szervezet működését és gazdálkodását ellenőrzi, a Gt. szerint – ez bizonyos értelemben szűkebb – az ügyvezetést ellenőrzi;
- A Gt. szerint a vezető tisztségviselőktől felvilágosítást kérhet, a Kszt. szerint ezen túlmutató jelentést is;
- A Gt. a társaság könyveinek és iratainak megvizsgálása körében külön szakértő bevonását is engedi a felügyelő bizottságnak;
- A Kszt. szerint köteles az intézkedésre jogosult vezető szervet tájékoztatni és összehívását kezdeményezni, ha arról szerez tudomást, hogy a közhasznú szervezet működése során jogszabálysértés, vagy a szervezet érdekeit egyébként súlyosan sértő esemény történt, melynek elhárítása, enyhítése, a vezető szerv döntését teszi szükségessé, vagy a vezető tisztségviselők felelősségét megalapozó tény merült fel. Amennyiben az intézkedésre jogosult vezető szervet 30 napon belül nem hívják össze, a felügyelő szerv is megteheti ezt, ha pedig a szükséges intézkedést az összehívott szerv nem teszi meg, haladéktalanul köteles értesíteni a törvényességi felügyeletet ellátó szervet.
- A Gt. ettől annyiban tér el, hogy nem általában a működés jogszabályba ütköző volta, hanem csak az ügyvezetés jogszabályba ütköző tevékenysége alapozza meg az összehívás jogát, illetve, ha az ügyvezetés ténykedése a társasági szerződés vagy a legfőbb szerv határozatába ütközik. A felügyelő bizottság közvetlenül és egyből jogosult ilyenkor a legfőbb szerv összehívására. A Gt. a felügyelő bizottságot nem hatalmazza fel a törvényességi felügyeleti szervhez fordulás eszközeivel, amire a *Kszt. szerint viszont köteles*.

A közhasznú nyilvántartásba vett nonprofit gazdasági társaság felett a törvényességi felügyeletet a Kszt. 21. §-a alapján, a közhasznú működés tekintetében, a reá irányadó szabályok szerint, az ügyészség látja el, a Gt. 17. § (2) bekezdése értelmében, a cégnyilvánosságról, a bírósági cégeljárásról és a végelszámolásról szóló 2006. évi V. törvény hatálya alá tartozó kérdésekben pedig a társaság székhelye szerint illetékes cégbíróság. A felügyelő bizottságnak ennek megfelelően, el kell tudni döntenie, hogy az adott ügy melyik törvényességi felügyeleti szerv hatáskörébe tartozik.

⁵⁷ BH2003/3

Szükséges megjegyezni, hogy a Ptk. a közhasznú társaságok esetében kötelezően előírta könyvvizsgáló választását, amit az új Gt. mellőz, így e vonatkozásban az általános szabályok érvényesülnek. A Gt. 41. § (1) bekezdése szerint a könyvvizsgáló választása akkor kötelező, ha ezt a számviteli törvény a gazdasági társaság számára kötelezővé teszi, vagy a társasági szerződés egyébként előírja. A számviteli törvény szerinti egyes egyéb szervezetek beszámolókészítési és könyvvezetési kötelezettségének sajátosságairól szóló 224/2000. (XII. 19.) Korm. rendelet 19. § (1) bekezdése értelmében kötelező a könyvvizsgálat annál a közhasznú szervezetnél, amelynél a vállalkozási tevékenységből elért éves (éves szintre átszámított) (ár)bevétel az üzleti évet megelőző két üzleti év átlagában meghaladja a 100 millió forintot.

A létesítő okiratnak tartalmaznia kell a közhasznú szervezet éves beszámolója jóváhagyásának módjára vonatkozó szabályokat.

A Gt. valamennyi társasági forma esetében a legfőbb szerv hatáskörébe utalja a számviteli törvény szerinti beszámoló elfogadását. A fő szabály továbbra is az ülés tartása, de már egyetlen kérdésben sem érvényesül az a megkötés, hogy azt ülésen kell elfogadni. A társasági szerződés, ha a Gt. eltérően nem rendelkezik, határozhatja meg azokat az ügyeket – így például a számviteli törvény szerinti beszámoló elfogadását is – amelyről ülés tartása nélkül, írásban, vagy más bizonyításra alkalmas eszköz felhasználásával határozhatnak.⁵⁸ Elfogadása egyszerű szótöbbséggel történik, a létesítő okirat minősített többséget is előírhat. A Kszt. idézett előírását a Gt. jelenlegi, rugalmas keretei között kell a létesítő okiratban szabályozni.

A közhasznú szervezet létesítő okiratának⁵⁹ vagy – ennek felhatalmazása alapján – belső szabályzatának rendelkeznie kell:

- a) olyan nyilvántartás vezetéséről, amelyből a vezető szerv döntésének tartalma, időpontja és hatálya, illetve a döntést támogatók és ellenzők számaránya (ha lehetséges személye) megállapítható,
- b) a vezető szerv döntéseinek az érintettekkel való közlési, illetve nyilvánosságra hozatali módjáról,
- c) a közhasznú szervezet működésének, szolgáltatásai igénybevétele módjának, beszámoló közlésének nyilvánosságáról,
- d) a közhasznú szervezet működésével kapcsolatosan keletkezett iratokba való betekintés rendjéről.

A 4/2006. *Közigazgatási jogegységi határozat* értelmében az a) pontnak megfelelő külön nyilvántartás lehet, pl. a határozatok tára, de akár a vezető szerv üléseiről készült lefűzött jegyzőkönyvek is alkalmasak erre.

A Gt. Kft. taggyűlésére⁶⁰ és Zrt. közgyűlésére⁶¹ irányadó szabályai között van-

⁵⁸ A 2007. évi LXI törvény 35. § (1) bekezdésével módosított Gt. 20. § (2) bekezdés.

A módosítás következtében valamennyi társasági formánál hatályon kívül helyezték azt a külön rendelkezést, hogy a beszámoló jóváhagyása csak a legfőbb szerv ülésén történhet.

⁵⁹ Amennyiben a kötelező előírásokat nem a létesítő okirat tartalmazza, akkor a közhasznú jogállást kérnék kötelező benyújtani a létesítő okirat mellett a belső szabályzatot is. BH2000/38., KGD 2000/8-9.

⁶⁰ Gt. 146. § (1)-(2) bekezdés

⁶¹ Gt. 238. § (1)-(2) bekezdések

nak kifejezetten olyan rendelkezések, melyek szerződésbe történő beemelésével e kritérium kivétel nélkül teljesíthető. Zrt. igazgatósága és a Kkt., Bt. tagjainak gyűlése vonatkozásában azonban, megfelelő törvényi rendelkezés hiányában, vagy a már említett Gt. szabályokat lehet analógiaként alkalmazni, vagy újakat kell alkotni. A Gt. a létesítő okiratban egyébként nem teszi e tárgykört kötelezően szabályozás tárgyává.

A döntések érintettekkel való közlési, illetve nyilvánosságra hozatala megvalósítható az ügyintézés helyén kifüggesztett hirdetőtábla, továbbá helyi, vagy országos sajtó, illetve honlapon való közzététel útján.

A működés és a beszámolókészítés nyilvánossága szabályozása körében több jogszabályi előírásra is figyelemmel kell lenni. *A számviteli törvény szerinti egyes egyéb szervezetek beszámolókészítési és könyvvizelési kötelezettségének sajátosságairól* szóló 224/2000. (XII. 19.) Korm. rendelet 20. § (1) bekezdése a cégbírószágon bejegyzett közhasznú szervezet, így a nonprofit gazdasági társaságok vonatkozásában is kimondja, hogy köteles a jóváhagyásra jogosult testület által elfogadott beszámolóját – kötelező könyvvizsgálat esetén a könyvvizsgálói záradékot vagy a záradék megadásának elutasítását is tartalmazó független könyvvizsgálói jelentéssel együtt – az adott üzleti év mérlegfordulónapját követő 150 napon belül letétbe helyezni, a (2) bekezdés ezen túlmenően, ennek közzétételére is kötelez. A (4) bekezdés szerint, mind a letétbe helyezés, mind a közzététel megvalósul azzal, ha a közhasznú nonprofit gazdasági társaság a kormányzati portál útján, elektronikusan megküldi ezeket a céginformációs szolgálat részére.

A Kszt. 14. § (3) bekezdése alapján az államháztartás alrendszeraitől – a normatív támogatás kivételével – kapott támogatásból igénybe vehető támogatási lehetőségeket, azok mértékét és feltételeit a sajtó útján nyilvánosságra kell hozni. A közhasznú szervezet által nyújtott cél szerinti juttatások bárki által megismerhetők. A Kszt. 19. § (1) bekezdése az éves beszámolón túl, közhasznúsági jelentés készítését is előírja, elfogadása a legfőbb szerv hatáskörébe tartozik, tartalmát a Kszt. határozza meg. A közhasznú szervezet éves közhasznúsági jelentésébe bárki betekinthet, illetőleg abból saját költségére másolatot készíthet. A közhasznú szervezet a közhasznúsági jelentését a tárgyévet követő évben, legkésőbb június 30-áig saját honlapján, ennek hiányában egyéb, a nyilvánosság számára elérhető módon köteles közzétenni.

Jogszabálysértő, ha a közhasznú szervezet csak szűk körben ad lehetőséget az iratokba való betekintésre, pl. csak meghatározott személyeknek, csak meghatározott iratokba. Az iratokba való betekintés rendjét részben technikailag kell szabályozni (hol, mikor kerülhet rá sor), részben érdemben (mely iratokba nem lehet betekinteni, vagy csak az érdekeltség igazolását követően lehet betekinteni, pl.: üzleti titkot tartalmazó iratok, vagy a zárt ülés jegyzőkönyve, személyes adatokat tartalmazó iratok, stb.).⁶² Amennyiben nem a létesítő okirat tartalmazza az itt felsoroltakat, akkor a közhasznú jogállást kérőnek kötelező benyújtani a létesítő okirat mellett, a belső szabályzatot is a nyilvántartásba vételkor.⁶³

⁶² KGD 2002. 2. szám, 65. oldal

⁶³ Lásd még BH2000/38

Kiemelkedően közhasznú szervezet nyilvántartásba vételének további feltétele, hogy közhasznú tevékenysége olyan közfeladat legyen, amelyről törvény vagy törvény felhatalmazása alapján más jogszabály rendelkezése szerint, valamely állami szervnek vagy a helyi önkormányzatnak kell gondoskodnia. A kiemelkedően közhasznú szervezet tevékenysége és gazdálkodása legfontosabb adatait a helyi és az országos sajtó útján is köteles nyilvánosságra hozni,⁶⁴ ennek többletköltségei miatt a legtöbb közfeladatot ellátó közhasznú szervezet nem kéri a kiemelt közhasznúsági fokozatba vételét – ez ugyanis nem kötelező –, megelégszik csupán a közhasznú fokozattal. Megjegyezzük, hogy a jelenlegi kedvezményrendszer mellett, a közfeladatot ellátó közhasznú szervezetek nem élveznek többletkedvezményeket, így az alacsonyabb fokozat választása nem érinti őket hátrányosan

Összegzés

A közhasznú társaságok működésének nonprofit gazdasági társasági formában való továbbfolytatása – amennyiben a nonprofit korlátolt felelősségű társaságot választják továbbműködési formaként – a társasági szerződés jelentéktelen módosításával, különösebb probléma nélkül megvalósítható, de az átmeneti rendelkezések továbbra is kínálnak lehetőségeket. Az új Gt. átmeneti szabályai időben, technikailag és tartalmilag is lehetővé teszik a közhasznú társaságok zökkenőmentes „felszámolását”. A nonprofit gazdasági társaságok szabályanyagának beépítése az új Gt. joganyagába – és nem más, esetleg külön jogszabályba – elsősorban működési formájuknak és nem természetüknek köszönhető, e tendencia gyökerei az első önálló kereskedelmi törvényünkig nyúlnak vissza. A nonprofit gazdasági társaságok joganyagát magába sűrítő egyetlen paragrafus, bár a Gt. rövidnek nem mondható újrakodifikálása során született, és rendelkezik jogtechnikai előzményekkel, mégsem nevezhető alaposan kimunkált szabályozásnak, az új Gt. több, egyéb rendelkezésével nem teremtődött meg a koherencia, illetve mutatkoznak hiányosságok. Található átfedés a Kszt. és az új Gt. szabályai között, pl. a közhasznú nonprofit gazdasági társaság közhasznú tevékenységének társasági szerződésben való kötelező rögzítése. A szabályozás több helyen a volt közhasznú társaságokra vonatkozó rendelkezéseket vette át, anélkül, hogy figyeltek volna arra, pl., hogy a nonprofit gazdasági társaságok bármely gazdasági társasági formában működhetnek, így az egyszemélyes alapítású nonprofit gazdasági társaságnál a Kszt.-ben csak a Kft.-re történik utalás, Rt.-re nem, továbbá a jogutóddal történő átalakulás korlátait a Gt. – indokolatlanul – nem csak a közhasznú nonprofit gazdasági társaságokra, hanem a nonprofit gazdasági társaságokra is alkalmazni rendeli, stb. Az új Gt. nonprofit gazdasági társaságokra vonatkozó rendelkezései nem veszik figyelembe az egyes társaságok specialitásait, Kkt., Bt. definíciója, ugyanitt a *societas leonina* tilalma és a nonprofit működési forma ütköznek egymással, vagy nem terjednek ki a nonprofit működéstől idegen kérdések rendezésére, mint osztalékelsőbbiségi részvény,

⁶⁴ Kszt. 5. §

likvidációs hányadra vonatkozó elsőbbségi részvény kibocsáthatósága, törzstőkéen, alaptőkéen felüli vagyonból történő tőkeemelés lehetősége, stb.

Több kérdés rendezése is a bírói gyakorlatra vár majd. A közhasznú nonprofit Kkt. és Bt. esetleges megjelenésével, az alapítókra jelentős feladat vár a tekintetben, hogy a Kszt. által megkívánt társasági szerződési tartalmi elemeket – átemelhető Gt. szabályok hiányában – kitalálják. A lehetséges megoldások törvényességi szűrése szintén a bírói és ügyészi gyakorlatra vár a későbbiekben.

Az új Gt. és Kszt. szabályai egymásra vetítésének eredményeként megállapítható, hogy a Kszt. helyenként szigorúbb, vagy többletkövetelményeket támasztó rendelkezései nem ütköznek a Gt. előírásaival, a két szabályanyag tartalmilag is alkalmazható párhuzamosan, ami köszönhető többek között annak, hogy a Gt. számos esetben megengedő a társasági szerződés, létesítő okirat javára, illetve a Kszt. olyan kötelező tartalmi elemeket követel meg, melyek a Gt. által nem szabályozottak.

Emberi jog és büntetőjog

Sándor István Zoltán*

Bárd Károly: *Emberi jogok és büntető igazságszolgáltatás Európában. A tisztességes eljárás büntetőügyekben – emberjog-dogmatikai értekezés.* Budapest: Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó Kft., 2007, 317 o.

I. Bevezetés

Az emberi jogok kialakulásának folyamata több ezer évet ölel át. Ahhoz, hogy a büntetőjog vagy egyáltalán az eljárásjogok kapcsán emberi jogokról, tisztességes eljárásról vagy terhelti jogokról tudjunk beszélni, igen sok időnek kellett eltelnie a modern emberi jogok eredetének tekinthető 1215-ös Magna Chartától.

A modern értelemben vett emberi jogok korunk vívmányai. A huszadik század közepén látva a korábbi évek, évtizedek visszaéléseit és sérelmeit, az emberi jogok előtérbe kerültek, és a nemzetközi védelmük is egyre erőteljesebbé vált. A nemzetközi emberi jogi egyezmények között pedig meghatározó lett az ENSZ 1945-ös alapokmánya, illetve az 1950. november 4-én elfogadott Római Egyezmény.

Az Egyezmény rendelkezéseinek végrehajtására illetve felügyeletére létrejött az Emberi Jogok Európai Bírósága (*European Court of Human Rights*). A Bíróság pedig az évek folyamán fontos tényezőjévé vált az emberi jogok védelmének.

Bárd Károly *Emberi jogok és büntető igazságszolgáltatás Európában* című munkája éppen ennek az egyezménynek, és az általa életre hívott bíróság gyakorlatának egy szeletét mutatja be; mégpedig a büntetőügyekben a tisztességes eljárás elvét és az Egyezményt vizsgálja meg.

II. A szerzőről és munkásságáról

Bárd Károly 1951-ben született, 1975-ben fejezte be tanulmányait az Eötvös Loránd Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karán, majd 1978 és 1981 között elvégezte az ELTE Bölcsészettudományi Kar szociológia kiegészítő szakát.

1975 és 1990 között az ELTE Büntető Eljárásjogi Tanszékének oktatója volt, 1986-ban szerezte meg az állam-és jogtudományok kandidátusa tudományos fokozatot.

* Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Kar, doktorandusz; Gödöllői Városi Bíróság, fogalmazó.

1984-ben és 1985-ben Bécsben a Büntelmegelőzési Központban, illetve Helsinkiben az ENSZ szakértőjeként dolgozott. 1987-től 1990-ig igazságügyi miniszterhelyettesé történő kinevezéséig a Németh-Békés-Vékás ügyvédi irodában végzett munkát. 1990 és 1997 között az Igazságügyi Minisztérium nemzetközi jogi, emberi jogi- és kegyelmi ügyekért valamint a büntetőjogi kodifikációért felelős helyettes államtitkára lett. Kormányzati munkája megszűnését követően ismét a Budapesti Ügyvédi Kamara tagjaként dolgozott, majd 2000-ben csatlakozott a Marosi, Préda és Társa Ügyvédi Irodához.

1997 és 2000 között a budapesti székhelyű Alkotmány-és Jogpolitikai Intézet tudományos igazgatója volt, 2000 óta a New York államban akkreditált Közép-Európai Egyetem professzora, ahol az Emberi Jog programot vezeti. Az ELTE Állam- és Jogtudományi Karának docense.

Számos nemzetközi szervezet munkájában vesz részt, 1993 óta tagja az ENSZ Európai Büntelmegelőzési Intézete tanácsadó testületének és főtítkárhelyettese a Nemzetközi Büntetőjogi Társaságnak (AIDP).¹

Bárd Károly tudományos munkássága igen széles, számos tanulmánya jelent meg, melyekben főként elsőszámú szakterületével, az emberi jogokkal foglalkozik.

Központi helyet kapott nála a tisztességes eljárás részjogosítványainak elemzése, elsősorban az emberi jogok és alapvető szabadságjogok védelméről szóló Európai Emberi Jogi Egyezmény tükrében. Ezzel kapcsolatosan számos művet publikált főként a kilencvenes években. Az emberi jogokkal kapcsolatos művei például: *A bíróság előtti tisztességes eljáráshoz való jog és döntés a büntetőjogi felelősségről.* – *Az Emberi Jogok Európai Egyezményének 6. cikke* (Acta Humana. 1992/6-7. 66-98. o.), *A büntető törvények visszamenőleges hatályának tilalma.* – *Az Emberi Jogok Európai Egyezményének 7. cikke* (Acta Humana. 1992/6-7. 99-101. o.), *A pártatlan bírósághoz való jog az Európai Emberi Jogi Egyezményben és a büntető igazságszolgáltatás rendszere* (Szabó András ünnepi kötet. 1998. 34-41. o.).

Foglalkozott emellett a gazdasági bűnözés kérdéseivel, a büntető- és kriminálpolitikával, a büntetés végrehajtás, a szervezett bűnözés, és a büntetőjog jövőjével kapcsolatos dogmatikai kérdésekkel.

Számos alkalommal publikált idegen – főleg német és angol – nyelven, több alkalommal pedig társszerzőként működött közre elsősorban büntetőjogi és eljárásjogi tankönyvek készítésénél.

III. Emberi jogok és büntető igazságszolgáltatás Európában

1. A mű keletkezése és szerkezete. Bárd Károly munkássága során – mint korábban említettem – számos alkalommal elemezte az emberi jogok helyzetét, a strasbourgi gyakorlatot és a tisztességes eljárás kérdéskörét. Ez a műve mégis kiemelkedik a számos folyóiratban megjelent tanulmánya közül, hiszen jelen esetben

¹ A szerző életrajzána megírásához az alábbi forrásokat használtam fel: <http://btt.sze.hu/>, <http://mp-co.hu/?page=ugyvedek&PHPSESSID=8c51702284d225e8547e922f54c4d694>, <http://www.ajk.elte.hu/index.asp?URL=http://www.ajk.elte.hu/KarSzervezete/Alkalmazottak/118753013.html>

egy igen kimerítő, összetett, nagyobb lélegzetű munkáról kell beszélnünk. A szerző könyvében így nyilatkozik munkájáról, melyet címében egy, a tisztességes eljárással kapcsolatos dogmatikai értekezésnek nevez:

„A könyv írásának kezdetén elsősorban az foglalkoztatott, hogy mennyiben járulhat hozzá a strasbourgi Emberi Jogi Bíróság az európai államok igazságszolgáltatási rendszereinek közelítéséhez. A vizsgálat során aztán olyan alapvető kérdésekkel szembesültem, mint az igazságszolgáltatás szerepe a demokráciában, a tisztességes eljáráshoz való jog helye az alapjogok rendszerében vagy a jogokról való lemondás és annak korlátai. Elsősorban a strasbourgi esetjog alapján elemzem a tisztességes eljárás azon elemeit, amelyek értelmezésében mind a mai napig bizonytalanság észlelhető a magyar joggyakorlatban: mit kíván a bírói pártatlanság, hogyan teremthető meg az összhang a véleménynyilvánítás szabadsága és a bíróságok tekintélyének megőrzése iránti érdek között, mi legyen a törvénysértően megszerzett bizonyítékok sorsa, meddig terjed a hallgatás joga? Nos, ezekről a kérdésekről szól a könyv. Meg sok minden másról...”

A mű öt nagyobb szerkezeti egységből áll. A legelső fejezet, mely a *Bevezetés* címet viseli az Európai Emberi Jogi Bíróság (a továbbiakban a Bíróság) szerepéről szól a nemzetek, illetve általában az európai igazságszolgáltatás vonatkozásában.

Ezt követi a tanulmány „igazi mondanivalója”, mely a tisztességes eljárással kapcsolatos gondolatok kifejtése. Az első fejezet eltér a másik három azt követőtől, hiszen jelen esetben a szerző az eljárással kapcsolatos általános kérdéseket vitatja meg, míg a többi fejezetben főként néhány általa kiemelt joggal kapcsolatos nézetet osztja meg az olvasóval.

Az egyes fejezetek két vagy három kisebb részre tagolódnak, melyek szintén – általában három – egységre vannak bontva. A nagyobb szerkezeti egységek felépítése többnyire a probléma felvetését, az Egyezményvel való viszonyát, a strasbourgi bíróság gyakorlatának bemutatását, helyenként kritikáját, specialitásokat és a mondanivaló magyar viszonyokra történő kivetítését tartalmazzák.

2. A mű tartalma. 2. 1. Bevezetés – Az Európai Emberi Jogi Bíróság szerepe a büntető igazságszolgáltatás modelljének alakításában. A könyv legelső szerkezeti egysége a nemzeti eljárásjogok közelítésének kérdésével és az Európai Emberi Jogi Bíróság ebben betöltött szerepével foglalkozik.

Az anyagi jogi szabályok közelítése a nemzeti jogok között lassan mindennapos esemény lesz. A folyamat főleg a huszadik század második felében vett lendületet, és ebben kiemelkedő szerepe van az Európai Uniónak, az Európa Tanácsnak, az ENSZ-nek és a Nemzetközi Büntetőbíróságnak. Az egyes államok egyre több büntetőjogi tényállást határoznak meg azonos vagy hasonló módon, hiszen ez lényegesen megkönnyíti a határokon átnyúló bűnözéssel szembeni küzdelmet. Emellett a bűnügyi együttműködés egyéb formái is (például Európai Elfogatóparancsról szóló kerethatározat) segítik az államokat a bűnözés elleni harcban.

Az eljárásjogokban nem lelhető fel ugyanakkor az a harmonizációs aktivizmus, mint amit az anyagi jognál megtalálhatunk, ami a szerző szerint azért különösen érdekes, mert ezek célja az anyagi jogi szabályok érvényre juttatása. A különböző országok ítéleteinek elismerése megkövetel ugyanakkor bizonyos fokú jogközelí-

tést. Találunk arra törekvéseket, hogy ezen a területen is közelítsük jogrendszerünket (az Európai Unió Bizottságának 2003-as Zöld Könyve részben erre tesz kísérletet), illetve vannak regionális és globális kísérletek, ezek azonban egyelőre mégsem olyan eredményesek.

Az okokat többfelé kereshetjük; ilyenek az igazságszolgáltatási szervezet felépítése, és a kulturális tényezők. A társadalmi-történeti tapasztalatok, a korszellem és a közösség társadalomlélektani jellemzői az egyes büntetőperekben erősen tükröződnek, jelen vannak. Így az anyagi jog érvényre juttatása mellett az adott kulturális közeghez való viszony is megjelenik az eljárásjogban. Meglátásom szerint ezeken belül, vagy ezen túl vannak olyan jogrendszerek is, melyek makacsul ragaszkodnak a már bevált, vagy régi idők óta létező hagyományos intézményeik megtartásához, ami szintén gátját képezi egy közös – esetleg ésszerűbb – eljárásjog kialakításának.

Egyes nemzetközi jogi egyezmények azonban nem feltétlenül a (közvetlen) jogharmonizáció céljából jöttek létre. A Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya, illetve más – így az Európa Tanács égisze alatt elfogadott – egyezmények elsősorban azon alapvető eljárási garanciákat fektetik le, amelyeket minden civilizált országban be kellene tartani.

Az Emberi Jogok Európai Bíróságának szerepe a kezdetekben a tagállamok közti egyenlőség erősítésében és az emberi jogok értékének megőrzésében, fejlesztésében visszafogottsága miatt igen csekély volt. Félték attól, hogy egy aktív Bíróság az Egyezmény létét fenyegethetné.

Nem is minősítették a nemzeti jogszabályokat kezdetben, csupán az egyezményesértést mondták ki. A szubszidiaritás elvét figyelembe véve és a közvetlenség elve alapján a nemzeti bíróság bizonyosan jobban tud dönten az előtte felmerülő tények vonatkozásában, ha meghagyják a nemzeti hatóságoknak a mérlegelés szabadságát.

A Bíróság nem növelheti az Egyezmény által meghatározott védelmi szintet, csak az elmaradott országok felzárkóztatásában segíthet. Ez a szerep korántsem lebecsülendő, hiszen a felállított védelmi szint fenntartása szempontjából igen fontos.

A kezdeti idők visszafogottságából az Egyezmény 32. cikke² jelentette a kitörési lehetőséget, mely alapján az Egyezményt és az ahhoz tartozó jegyzőkönyveket a Bíróság jogosult értelmezni.

Az Európai Emberi Jogi Bíróság önmegtartóztatásának eredménye az egyéni panasz lehetőségének elfogadása lett az államok részéről. A konkrét ügyek ugyanakkor nem egyszer mutatták ki, hogy bizonyos jogszabályok önmagukban is sértetik az Egyezményben előírt jogokat. Mivel az államok vállalták az 1. cikk³ alapján

² 32. Cikk – A Bíróság joghatósága

1. A Bíróság joghatósága az Egyezmény és az ahhoz csatlakozó jegyzőkönyvek értelmezésével és alkalmazásával kapcsolatos minden olyan ügyre kiterjed, amelyet a 33., a 34. vagy 47. Cikknek megfelelően elé terjesztettek.

2. Ha a Bíróság joghatósága vitatott, a kérdésben a Bíróság határoz.

³ 1. Cikk – Kötelezettség az emberi jogok tiszteletben tartására

A Magas Szerződő Felek biztosítják a joghatóságuk alatt álló minden személy számára a jelen Egyezmény I. fejezetében meghatározott jogokat és szabadságokat.

az Egyezményben foglaltak biztosítását, így kötelességük az állandó jogsértések kiküszöbölése is.

A Bíróság ítéletei nem érintik a tagállamok azon jogát, amelyet a Parlamenti Közgyűlés határozata is leszögez: „elsősorban a nemzeti hatóságok kötelezettsége, hogy biztosítsák az Egyezményben foglalt jogokat és szabadságjogokat.”⁴

Bárd Károly végezetül megemlíti, hogy az Emberi Jogok Európai Bírósága lassan egyfajta európai legfelsőbb bíróság vagy alkotmánybíróság szerepe felé kacsingat, hiszen a nemzeti bíróságok döntéseit ugyan nem változtathatja meg, és nem helyezheti hatályon kívül, de megmutathatja, hogy miként kellene az egyezményesértést orvosolni, így az országok jogi megoldásain változtatni.⁵

A mű bevezető fejezete tulajdonképpen előkészítő szerepet játszik, problémákat és kérdéseket vet fel, melyek megválaszolására a későbbiekben tesz kísérletet.

2.2. A tisztességes eljáráshoz való jog és a büntetőperbeli megismerés. A tisztességes eljáráshoz való jog kiemelkedő jelentőséggel bír a Bíróság esetjoga szerint. Felmerül a kérdés, hogy vajon azért ilyen fontos, mert a demokratikus berendezkedés szempontjából alapvető intézményről van szó; csak akkor lehet egy állam demokratikus, ha biztosítja a *fair* eljárást, vagy más oka van ennek?

A szerző abból indul ki, hogy sehol nem szerepel a demokratikus állam fogalmi ismérvei között a tisztességes eljárás garanciája, sokkal inkább van szó a közösségi önkormányzás, a politikai részvétel, az egyesülési jog és a véleménynyilvánítás szabadságának központi szerepéről, mikor a demokrácia alappilléreit keressük.

A nemzetközi egyezményekben ugyanakkor igen nagy jelentőséget tulajdonítanak a tisztességes eljárásnak, – így az 1949-es genfi konvenció 1977-es II. kiegészítő jegyzőkönyvében megjelenik, hogy a tisztességes eljárás még háború esetén is kötelező, akárcsak a Nemzetközi Büntetőbíróság 1998-as statútumában. A védelem magas szintjének oka pedig az, hogy az élethez, testi épséghez való jog, a kínzás tilalma csak ennek a jognak a széles körű védelmével érhető el.

Előfordulhatnak esetek, hogy valamilyen – akár a tisztességes eljáráshoz tartozó – részjogosítvány korlátozására van szükség. Az emberi jogi Bíróság szerint az eljárás akkor is lehet tisztességes, ha nem minden részgarancia áll teljes mértékben rendelkezésre, de összességét tekintve az eljárás egésze tisztességesnek mondható és vice versa. Előfordulhat, hogy minden garanciát betart az eljáró fórum, az eljárás mégsem tekinthető összességét tekintve tisztességesnek.

A *fair* eljárás kapcsán tehát egy nem nevesített *abszolút jogról* van szó, mely derogációt nem tűr.

Akkor miért fontos mégis a demokráciák számára? A választ Bárd Károly az Egyezmény Statútumának preambulumban fedezte fel, mely azt sugallja, hogy a törvények uralma, – mely a demokrácia alapintézménye – az emberi jogokból és az alapvető szabadságokból nyeri erejét. Ha pedig a Bíróságon a demokrácia fogalmát

⁴ Parlamenti Közgyűlés 1226 (2000) sz. Határozat, 2. bek. Lásd bővebben: Bárd Károly: *Emberi jogok és büntető igazságszolgáltatás Európában*, Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó Kft, 2008, 29-30. o.

⁵ Lásd *i.m.* 9-31. o.

ilyen széles értelemben használják, akkor az eljárás biztosítékainak is kiemelkedő jelentősége kell, hogy legyen.⁶

A fejezet második szerkezeti egysége a tisztességes eljárás és a szabad bizonyítás problematikájával foglalkozik. Teszi mindezt a formális és szabad bizonyítási rendszerek elemzésével. Nincs értelme ugyanakkor a különbségtételnek, ha elfogadjuk azt a gondolatot hogy a büntetőeljárásnak csupán egyetlen funkciója van, nevezetesen az igazság kiderítése és számára lényegtelen az alapvető jogok védelme.

A nem a tényállás megbízhatóságát biztosítani hivatott normák egyik csoportja a szűkebb értelemben vett eljárási garanciák csoportja. Ezek a tisztességes eljárás biztosítékai, melyek csak a terhelteket illetik meg. A másik ilyen csoport kapcsán a szerző megemlíti az ún. szubsztantív értékek fogalmát. Ezek szintén nem a tényállás megbízhatóságát biztosítják, hanem más, önálló értékeket, mint például a magánszféra vagy az emberi méltóság.⁷

Lehet-e lazítani a tisztességes eljárás követelményein a bűncselekmények súlya alapján? – teszi föl a kérdést Bárd Károly. A terrorizmus vagy a maffia-bűnözés esetén igazolható-e az enyhébb processzuális védelem?

A válasz az, hogy attól függ. A fair eljáráshoz való jog, mint korábban szó volt róla abszolút érvényű, de egyes részjogosítványait korlátozni lehet. A korlátozható jogok körét a Bíróság pedig a nem nevesített jogosítványokra szűkíti, például a fegyverek egyenlőségének jogára vagy a hallgatáshoz való jogra, feltéve, ha a többi jogosítvány megfelelő garanciát nyújt. A nevesített jogoktól való totális jogfosztás sérti az Egyezményt, de például a véleménynyilvánítás szabadságától való megfosztás akár igazolható is lehet.

Csupán a bűncselekmény súlyos vagy enyhe volta miatt nem lehet eltérni a védelmi szinttől. A strasbourgi gyakorlat nem tesz engedményt például ha az ügy gyors befejezése érdekében kellene engedni a védelmi szintből enyhe bűncselekmények esetén, súlyos esetekben pedig épp ellenkezőleg, esetleg még több garanciára lehet szükség. A szubsztantív jogok azonban nem ilyen abszolútak, kiemelkedő súlyú bűncselekményeknél így elképzelhető a korlátozásuk.⁸

Elgondolkodtató ugyanakkor véleményem szerint, hogy egy súlyos bűncselekmény, mint például a maffia-bűncselekmények, vagy a terrorcselekmény esetén miért szükséges nagyobb védelem. Tény, hogy akiket ilyen cselekmények elkövetésével vádolnak, azok nagyon sokat veszíthetnek, mégis, ha a szigorúbb követelmények miatt az elkövetőket nem sikerül felelősségre vonni, az a társadalom tagjai körében igen megrendítené az igazságszolgáltatásba vetett bizalmat, nem is beszélve annak kockázatáról, amit az ilyen veszélyes személyek szabadlábon maradása jelenthet. Az anyagi jogban is előfordul, hogy egyes körülmények fennállása (mint például háború vagy közveszély) esetén súlyosabban minősülnek bizonyos cselekmények, éppen a körülmények változásának köszönhetően megnövekedett súlya miatt. Meglátásom szerint nem feltétlenül igazolható így az egyén védelmi

⁶ Lásd *i.m.* 35-46. o.

⁷ Lásd *i.m.* 48-53. o.

⁸ Lásd *i.m.* 54-65. o.

szintjének a megemelése, hiszen a társadalom összességében sokkal többet veszíthet.

Láthatjuk, hogy a Bíróság tevékenységével nem az anyagi, sokkal inkább az eljárásjogok közelítésében vállal tevékenyen szerepet. Ennek legkézenfekvőbb oka, hogy a nemzeti bíróságoktól nem veheti át azok szerepét, így csak olyan kérdésekben nyilatkozhat, melyeket az államok a szerződésben vállaltak.

A Bíróság tevékenységének köszönhetően számos ország módosította az Egyezményt sértő eljárási törvényeit, és alakította egyezménykonform megoldásokká, vagy a korábbi bírói gyakorlatát volt kénytelen megváltoztatni.⁹

A processzuális igazságosság, avagy a tisztességes eljárás térhódításának kezdetét a szerző az 1948-as Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozatára, illetve az ENSZ Egyezségokmányára vezeti vissza. A fair eljárás common lawból eredő fogalma mintegy a nemzetszocializmusra történő válaszként értékelhető.

Az igazság kiderítése nem mindig egyszerű, lévén nem mindig állnak rendelkezésre a megfelelő számú és erejű bizonyítékok. Bárd Károly Trechselre hivatkozik, aki szerint az eljárási igazságosság az igazsághoz hozzáférés egyik alapvető indikátora. Ennek oka, hogy ha a védelem kellő lehetőséget kap, az a jogalkalmazás és jogértelmezés szempontjából alapvető jelentőségű lehet; a perbeli megismerés fogyatékoságait pótolhatja, és nem róható fel vele szemben az a kritika, hogy kivitelezhetetlen, mint például egy-egy perben a tényállás feltárása.¹⁰

A szerző az első fejezet végét a büntetéskiszabás szakaszára, és a fiataikorúakra vonatkozó eljárásjogi kérdéseknek szenteli, elsősorban az Egyesült Államok processzuális jogának reformjai tükrében. Különösen két kérdés foglalkoztatja; egyik, hogy a tisztességes eljárás szabályanyaga mennyiben veszti érvényét a büntetéskiszabásnál, a másik pedig, hogy a büntető törvénykönyvek is tartalmaznak speciális rendelkezéseket a fiatalokra, kérdés, hogy a tisztességes eljárás esetében kell-e eltérő szabályozást alkalmaznunk az ő vonatkozásukban.

Egyesek szerint a bűnösség kimondása után a „szabadság” iránti érdeket nem kell méltányolni, de addig meg kell adni a védekezés eszközeit. Emellett a rehabilitációt legjobban szolgáló szankció megállapításában is gátolná a bíróságokat, ha a fair eljárás normáit a büntetéskiszabás fázisában is alkalmazniuk kellene.

Ez tulajdonképpen azt jelentette, hogy az Egyesült Államok bíróságai minden, az elítélttel kapcsolatos információt felhasználhattak, olyat is, amely nem szerepelt adott esetben az iratokban, vagy amit az elkövető tagadott. A változást az 1984-es Sentencing Reform Act hozta, mely nem szüntette meg ugyan a bírói mérlegelést, csak szempontokat adott a büntetések kiszabásához, ezáltal korlátozta az értékelhető információk körét. A háttérben filozófiai okok állnak, melyek egyik része szerint a büntetőjog növekvő szigora az, ami megköveteli az eljárási garanciák növelését a területen. A másik főbb érvcsoport pedig attól a tendenciától való félelem, hogy amennyiben a korábbi rendszer állna fenn, úgy kevesebben ismernék be tettsüket vagy mondanának le a tárgyalásról tudván, hogy nem csak az iratok alapján ítélnék meg őket.

⁹ Lásd *i.m.* 66-74. o.

¹⁰ Lásd *i.m.* 75-77. o.

A kérdéskör strasbourgi szemszögből történő vizsgálata alapján egyértelműen látható, hogy a büntetés kiszabásának szakaszában is szükséges a fair eljárás, hiszen csak ez tudja garantálni a személyek azonos szintű védelmét. A bűnösség kimondásával ugyanis nem száll át a bizonyítási teher a vádlottra.¹¹

Evidensnek tűnik számomra is, hogy a terheltek nem kerülhetnek ítélethirdetés után azért kedvezőtlenebb helyzetbe, hogy olyan tények vagy ismeretek alapján szabnak rájuk ki büntetést, melyeket a bíróság nem vizsgált, vagy nem vizsgálhat meg, így közvetlenül nem bizonyosodhatott meg azok igaz vagy hamis voltáról. Nem jelenti mindez azt, hogy a vádlott életvitelének vagy büntetett előéletének ne lehetne kihatása a büntetés mértékére amennyiben ezt a jogszabályok értékelhetőnek tekintik.

A fiatalokkal kapcsolatban is heves elméleti csatározások voltak. Az ún. gyermekjóléti (welfare) modell képviselői ugyanis az állami paternalizmusba vetett hitüknek adtak hangot. Ha a szülők képtelenek gyermekeikről gondoskodni és ezáltal bűnelkövetők lesznek, akkor mindez az államra hárul. A deviáns fiatalnak pedig egyetlen joga van csupán, hogy gondoskodjanak róla. Mindez pedig a rehabilitáció – így a fiatalkorú – érdekében történik. Ha ezt az olvasatot nézzük, akkor tényleg nincs sok értelme az eljárási garanciális szabályoknak.

A következő lépcsőfok a 19. század végén az volt, amikor a fiatalokat is a felnőtteket azonos módon bírálták el. A fiatalok egyre durvább bűncselekményeket követnek el, ők a jövő bűnözői, egyes csoportjaik reszocializációja szinte lehetetlen. Maga döntött a bűnöző életmód mellett, ezzel mintegy felnőtté vált; így ugyanúgy kell vele szemben eljárni.

A 20. század elejére azonban nyilvánvalóvá vált, hogy a fiatalok azonos módon történő kezelése nem megoldás, és kezdtek kialakulni az államok többségében a speciális, kifejezetten a fiatalkorúakra vonatkozó igazságszolgáltatási rendszerek.

Az 1960-as években a Szövetségi Legfelsőbb Bíróság kimondta a fiatalkorúak önvádra kötelezése tilalmának jogát, illetve, hogy nekik is keresztkérdezési joguk van. Ezek a döntések a korábbi jóléti modellt az alapjaiban ingatták meg.

Az Emberi Jogok Európai Bírósága a nyolcvanas évektől kezdte vizsgálni a fiatalkorúak jogaival kapcsolatos panaszokat. Megállapították, hogy nem sérti az Egyezményt, ha a fiatalkorúak eljárásában nem ugyanazok a garanciák, mint általában, ami tulajdonképpen a jóléti modell részben történő elismerésének is tekinthető. Így például a nyilvánosság széles körben történő kizárása az ilyen tárgyalásokról a tisztességes eljárással összeegyeztethető, sőt meg is kívánja.¹²

A fiatalkorúakkal kapcsolatos speciális eljárások véleményem szerint annyiban igazolhatók, amennyiben képesek elősegíteni azt a célt, amit a magyar Btk. a büntetések és intézkedések során előír; azaz ha az eljárások speciális jellege a fiatalkorúak érdekében, azok fejlődése miatt és reszocializációjukat elősegítve történik. Ha azonban mindez csak az eljárás bonyolultabbá tételéhez vezet, és a terheltek társadalomba történő visszailleszkedésében nem segít, akkor nem szabad átesnünk a ló túloldalára azzal, hogy minden körülmények között ragaszkodunk a fiatalokkal történő eltérő bánásmód alkalmazásához.

¹¹ Lásd *i.m.* 78-85. o., ill. 91-94. o.

¹² Lásd *i.m.* 85-90. o., ill. 94-98. o.

Az első szerkezeti egység összességét tekintve folytatja a *Bevezetésben* megkezdett gondolatokat, a tisztességes eljárással kapcsolatos általános kéréseket vitat meg a bírói gyakorlat tükrében. Az ezt követő három fejezet pedig három, a szerző által kiemelt jog, illetve jogcsoport – a pártatlan bíróhoz való jog, a bizonyítással kapcsolatos jogok, és a hallgatás jogának – a tartalmát és jelentőségét fejti ki szintén strasbourgi szemszögből.

2.3. A pártatlan bíróhoz való jog az Európai Emberi Jogi Egyezményben és a büntetőeljárás rendszere. A fejezet három nagyobb egységből tevődik össze. A szerző legelőször az Egyezmény szempontjából vizsgálja a pártatlanságot, illetve ennek elemeit. Ezt követően tárgyal néhány, a pártatlanság során felmerülő kiemelt kérdéskört, míg végezetül a bírók pártatlanságát helyezi el több jelentős érdek – különösen a bírák méltóságának és a bíróságok tekintélyének védelme – viszonylatában.

Az Egyezmény 6. cikkének első bekezdése ezzel a mondattal kezdődik: *Mindenkinek joga van arra, hogy ügyét a törvény által létrehozott független és pártatlan bíróság tisztességesen nyilvánosan és ésszerű időn belül tárgyalja, és hozzon határozatot polgári jogi jogai és kötelezettségei tárgyában, illetőleg az ellene felhozott büntetőjogi vádak megalapozottságát illetően.* A bírónak tehát függetlennek, pártatlannak kell lennie, és a bíróságot törvény hozza létre. A három egymással szorosan összefüggő kérdésből Bárd Károly ezúttal a pártatlanság kérdéskörét vizsgálja, melynek a semlegességen kívül része, hogy a bíró önmaga korábbi ítéleteitől, illetve véleményétől is függetlenedni tudjon.

A bíró csak az ügyre vonatkozó körülményeket vizsgálhatja, és semlegesnek kell lennie. Nem jelenti ugyanakkor a Bíróság gyakorlata szerint a 6. cikk megsértését önmagában az, hogy az eljárásban a döntéshozók között van egy érintett, ha általában véve megvan a megfelelő egyensúly.

A bírók elfogultságának vizsgálata számos esetben igen nehézkes, mivel ők maguk ezt nyíltan nem szokták kimondani. Kétféle „teszt” van ilyen esetekben, az egyik az ún. szubjektív teszt, mely a bíró személyes meggyőződését hivatott vizsgálni, míg az ún. objektív teszt az elfogultságot aláátmasztó tényeket keresi.

A strasbourgi gyakorlat szerint nem feltétlenül kell kizárni az eljárásból azt a bírót, aki a hatályon kívül helyezett határozat meghozatalában részt vett (*Ringeisen ügy*), úgyszintén nem hivatkozhat utólag a vádlott elfogultságra, ha tudta, hogy a vizsgálóbíró részt vehet az ítélő tanácsban, és az ő kizárását az eljárás elején nem kérte (*Bulut ügy*).¹³

A „funkcióhalmaz” azonban aggályos lehet; ha a bíró bíróként és vádlóként is eljár ugyanabban az ügyben, elsősorban a vizsgálóbírói rendszerekben. Előnye, hogy az ügyet az elejétől kezdve ismeri, a nagy kérdés csupán az, hogy tudja-e függetleníteni magát a korábbi szakban hozott döntéseitől és véleményétől. Bárd Károly szerint amennyiben nem, akkor saját bírói mivoltát kérdőjelezi meg.

A nyomozási bíróval kapcsolatban felmerül ugyanez a kérdés, de a szerző véleménye szerint önmagában az, hogy valaki dönt egy terhelt letartóztatásáról, nem

¹³ Lásd *i.m.* 105-118. o.

azt jelenti, hogy a bűnösségét állapította meg, hanem sokkal inkább azt, hogy a nyomozó hatóság gyanúja nem ésszerűtlen. A félreértés a hagyományos kontinentális felfogásban keresendő, ahol a bírót, mint ítélkezőt látjuk, holott rendkívül fontos, ha nem fontosabb feladatai vannak az eljárás törvényességének és az emberi jogoknak a betartatásában is, ahogyan azt a Bíróság is vallja.

A bírák előkészítő eljárásban betöltött szerepét vizsgálva ugyanazon bírók részvétele az eljárás ezen, és későbbi szakaszában önmagában nem egyezményesítő, de elmondható, hogy a korábbi szakaszban történő bírói aktivizmust nem jó szemmel nézi a strasbourgi fórum. Ugyanakkor a *Fey ügyben* kimondta: csak az előkészítő eljárásban hozott intézkedések természete és terjedelme alapján dönthető el mindez. Nem minden strasbourgi bíró látja ezt így, Martens bíró szerint a bírókba vetett bizalomnál fontosabb az igazságszolgáltatás ésszerűsége és gördülékenységége. Bárd Károly szerint ezzel szemben úgy véli, hogy a kisebb súlyú ügyekben előnyben lehetne részesíteni az eljárás gyorsabb befejezését a funkció-elkülönítés kívánalmával szemben. Sőt, akad olyan nézőpont is (Trechsel bíró), aki szerint fiatalokúak esetén éppenséggel az lenne célszerű, ha nem mindig valami ismeretlen járna el, hanem valaki olyan, akit már megszoktak, aki iránt bizalommal vannak. A Bíróság tehát következetlen ebben a kérdésben, és a szerző szerint ezzel akaratlanul is lejjebb viszi a védelmi szintet.¹⁴

Amennyiben a régi magyar büntető eljárásjog szemszögéből nézzük a témát, akkor nem találjuk meg ezt a problémát. A Bp. ugyanis kizárta, hogy a „főtárgyaláson” ítélőbíró vagy jegyzőkönyvvezető legyen az, aki az ügyben valamely bírói tevékenységet fejtett ki. Úgyszintén kizárta azokat a személyeket is, akik az ügy előbbi elintézésével az ítélet hozásában részt vettek.¹⁵ Bárd Károly ezzel szemben a bírák ilyen körülmények között történő kizárása esetén a beléjük, a pártatlanságukba vetett bizalom csorbulását látja.

Érdekes kérdést vet fel az ún. büntetőparancs kérdésköre. A Bíróság előtt ugyanis még nem volt példa olyan panaszra, hogy azokban az országokban ahol nincs kizárva a bíró a tárgyalás mellőzése eljárás után a tárgyalásból, az mennyiben sérti a pártatlanság elvét.

Bárd Károly így a kérdést a Svájci Szövetségi Bíróság és a magyar Alkotmánybíróság szemszögéből közelíti meg. A svájci bíróság szerint a bíró oldaláról kell szemlélni a dolgot: mennyiben veszélyezteti, mennyiben van hatással a korábbi döntése az ügyre, mert ha ugyanazt a kérdést kell eldöntenie, amiben már korábban döntött, akkor féltő, hogy nem lesz elég nyitott. A magyar Alkotmánybíróság szerint nem aggálymentes az ilyen eljárás, mégis az ügyek ésszerű időn belül való befejezése érdekében talán lehet ilyen engedményt tenni.

A svájci és magyar fórumok tehát nem ugyanúgy értelmezik a 6. cikk tükrében egyazon bíró eljárását a büntetőparancs esetén.

A büntetőparancs intézménye önmagában nem ellenkezik az Egyezményvel, erre született már strasbourgi döntés. Tárgyalás kérése esetén pedig fennáll a súlyosítási tilalom, így tulajdonképpen a terhelt nem kerülhet hátrányosabb helyzetbe, és természetesen joga van a fellebbezésre is. (Véleményem szerint egyébként sem

¹⁴ Lásd *i.m.* 119-135. o.

¹⁵ Vö. Auer György: *Magyar büntető eljárásjog*, Gergely R. Könyvkereskedése, Budapest, 1938, 54. o.

az a jellemző, hogy ártatlanok kérik a tárgyalásmellőzéses eljárást, így az ártatlanok elítélésének valószínűsége igen minimális.) Ezek alapján a szerző úgy látja, hogy nem akadhat fent a Bíróság rostáján ez az intézmény, nem tartja ugyanakkor szerencsésnek az Alkotmánybíróság gazdaságossági szempontokból történő értékelését.¹⁶

Az Alkotmánybíróság döntése kapcsán Bárd Károly kifejti a tisztességes eljárás összetevőivel kapcsolatos elméletét. A tisztességes eljárás – tágabb értelemben – áll egyrészt a bírósággal és bíróval szembeni követelményekből (törvény által felállított bíróság, független, pártatlan), a nyilvános tárgyalás jogából, az ésszerű időn belüli döntésből és a szűkebb értelemben vett tisztességes eljárásból (*fairness*). Ez utóbbiba pedig az Egyezmény 6. cikk 3. bekezdésébe¹⁷ tartozó jogok, az implicit jogok egy része (másik részük természetesen, mivel természetük „rejtett”, így a tágabb értelemben vett tisztességes eljárás elemei), illetve az ártatlanság véelme tartozik.

A felsorolt elemek természetüknél fogva különböző jellegzetességgel bírnak. A nyilvánosság például védi az egyént, de a közösség ellenőrző szerepét is betölti. Nem abszolút jog, bizonyos esetekben korlátozható, de a vádlott nem mondhat le róla, mert nem csak őt, hanem a közösséget is illeti. Az ésszerű időn belüli elbírálás is kétarcú jogosítvány. Közös benne és a nyilvánosság elvében, hogy mindkettő célja az igazságszolgáltatásba vetett bizalom növelése. Egyeneműek, és ezen oknál fogva pedig egyik jog hiánya képes kompenzálni a másikat; „a büntetőparancs anulálja a nyilvánosságot, de a gyors elintézés erősíti az igazságszolgáltatásba vetett bizalmat.”¹⁸

A nevesített és implicit fairness jogosítványok viszont csak a vádlottat illetik meg, és funkciójuk az ártatlan elítélés elleni védelem. Néhányukról le is lehet mondani, mint például a tanúkhöz történő kérdésfeltevés jogáról, vagy a vád megismerésének jogáról. Nem lehet lemondani ugyanakkor a védőhöz való jogról, ez ugyanis az igazságszolgáltatás iránti bizalom erősítését szolgáló jog. A fairness jogosítványok külső, fairnessen kívüli érdekből való korlátozásának jogszerűsége mindig mérlegelés függvénye. Igazolhatósága pedig az azonos funkciót teljesítő elemek összevetésével állapítható meg.

A pártatlanság több funkcióval rendelkező elv, amellettt hogy a közbizalmat növeli, az ártatlanul elítélés ellen is véd. Kompenzálása csak egyik oldalról lehetséges.

¹⁶ Lásd *i.m.* 136-143. o.

¹⁷ 6. Cikk 3. Minden bűncselekménnyel gyanúsított személynek joga van - legalább - arra, hogy
a) a legrövidebb időn belül tájékoztassák olyan nyelven, amelyet megért, és a legrészletesebb módon az ellene felhozott vád természetéről és indokairól;
b) rendelkezék a védekezésének előkészítéséhez szükséges idővel és eszközökkel;
c) személyesen, vagy az általa választott védő segítségével védekezhessék, és ha nem állnak rendelkezésre eszközök védő díjazására, amennyiben az igazságszolgáltatás érdekei ezt követelik meg, hivatalból és ingyenesen rendeljenek ki számára ügyvédet;
d) kérdéseket intézzen vagy intéztessen a vád tanúihoz és kiegészíthesse, a mentő tanúk megidézését és kihallgatását ugyanolyan feltételek mellett, mint ahogy a vád tanúit megidézik, illetve kihallgatják;
e) ingyenes tolmács álljon rendelkezésére, ha nem érti vagy nem beszéli a tárgyaláson használt nyelvet.

¹⁸ Lásd *i.m.* 145. o.

Az eljárás lassúsága, de megbízhatósága az igazságszolgáltatásba vetett bizalmat elfogadható szinten tartja.

A pártatlan bíróhoz való jog, ha számunkra sérthetetlennek és magasztosnak tartott jog is, az eljáráson kívülről is sérelmet szenvedhet. Az Egyezmény ugyanis biztosítja a véleménynyilvánítás szabadságának jogát, márpedig nem egyszer fordul elő, hogy a média egy-egy vitatott ítélet kapcsán keresztűzbe veszi a döntéshozókat, sokszor gyalázkodó hangnemben, vagy ítélethozatal előtt nyomásgyakorló szándékkal.

A bíróságok tekintélyének védelme és a pártatlanság védelmezése így megkívánja adott esetben egy másik jog – nevezetesen a véleménynyilvánítás szabadságának – korlátozását.

A hivatalos személyek és közszereplők rágalmozásában, gyalázásában az Alkotmánybíróság erősen vitatott határozatai magasabb tűrési szintet állapítottak meg. Ezek szerint az egyenlő társadalmi megbecsülés illúzió csupán. Bárd Károly szűkebbre venné a közszereplők és a hivatalos személyek – köztük a bírák – sérelmére elkövethető becsületsértés és rágalmozás körét.¹⁹ Meglátásom szerint is túrhetetlen a bíróság tekintélyének, vagy tágabb értelemben az igazságszolgáltatásnak ilyen fokú negatív megkülönböztetése, hiszen a bíróság intézményének társadalmi megbecsülése alapvető fontosságú, tekintélyvesztésük pedig az egész rendszerbe vetett bizalmat is megingathatja.

A szerző a továbbiakban azt tárgyalja, hogy a bírák esetén lehetséges-e a többi hivatalos személytől, illetve a közszereplőktől eltérő védelmi szintet meghatározni.

Az Európai Emberi Jogi Egyezmény szerint nem csak és kizárólag a jó hírnév védelme érdekében korlátozható a véleménynyilvánítás szabadsága, hanem a bíróságok tekintélyének és pártatlanságának fenntartása is indoka lehet.²⁰ A másik oldalon pedig azok az érvek állnak, melyek a hatalommal szembeni adott esetben szükséges kritikának adnak hangot, amellet, hogy kissé furcsának tűnik az is, hogy a bíróságok maguk döntenek jogaik megsértése esetén. Az a 36/1994. (VI. 24.) AB határozatban megemlített lehetőség, hogy a kormány és a közhivatali betöltők helyzetüknél fogva más módon is tudnak választ adni az őket ért kritikákra a bírák esetében nem áll fenn.

Angolszász területeken a *contempt of court*, a bíróság megsértése lehet a véleménynyilvánítás egyik korlátja. Ez a bíróság tekintélyét védő eszköz azonban inkább eljárási szankció (rendzavarás esetén például), vagy más országokban külön

¹⁹ Lásd *i.m.* 149-160. o.

²⁰ 10. Cikk - Véleménynyilvánítás szabadsága

1. Mindenkinnek joga van a véleménynyilvánítás szabadságához. Ez a jog magában foglalja a véleményalkotás szabadságát és az információk, eszmék megismerésének és közlésének szabadságát országhatárokon tekintet nélkül és anélkül, hogy ebbe hatósági szerv beavatkozhasson. Ez a Cikk nem akadályozza, hogy az államok a rádió-, televízió- vagy mozgókép vállalatok működését engedélyezéshez kössék.

2. E kötelezettségekkel és felelősséggel együtt járó szabadságok gyakorlása a törvényben meghatározott, olyan alakszerűségeknek, feltételeknek, korlátozásoknak vagy szankcióknak vethető alá, amelyek szükséges intézkedéseknek minősülnek egy demokratikus társadalomban a nemzetbiztonság, a területi sértetlenség, a közbiztonság, a zavargás vagy bűnözés megelőzése, a közegészség vagy az erkölcsök védelme, mások jó hírneve vagy jogai védelme, a bizalmas értesülés közlésének megakadályozása, vagy a bíróságok tekintélyének és pártatlanságának fenntartása céljából.

bűncselekményekként értékelt cselekmények büntetése (hamis tanúzásra rábírás), hazánkban így ez nem lenne megoldás. (Mindazonáltal nem tartanám az ördög művének, ha a magyar rendszer az angolszászhoz hasonlóan erőteljesebben fellépne az eljárást zavaró személyek ellen.)

Bárd Károly összességében tehát arra a következtetésre jut, hogy nem a bírák magasabb tūrés szintjét igazolja az igazságszolgáltatás kivételes szerepe a jogállamban, hanem a sérelmükre elkövetett becsületüket és tekintélyüket sértő nyilatkozatok szankcionálását.²¹

2.4. Az Emberi Jogi Egyezmény és a bizonyítás a büntetőeljárásban. Az utolsó előtti fejezet tulajdonképpen három kérdéskör mélyebb vizsgálatára vállalkozik. Az egyik a vádlott személyes részvételére vonatkozó dilemmák ismertetése, másik a terheltekkel való konfrontáció jogának területe, míg a harmadik a törvényesen beszerzett bizonyítékok felhasználhatóságának lehetőségei.

A tanúk elsődleges információforrások a perben, meghallgatásuk így általában nagy jelentőséggel bírhat, mégsem feltétlenül kötelező, ha vallomásuk nem fontos az ügy eldöntése szempontjából. A strasbourgi bíróság ezt önmagában nézi, hiszen a ténymegállapítás folyamatába nincs beleszólása a szubszidiaritás elve alapján, kivéve, ha úgy látják, hogy a nemzeti bíró ezzel minden ésszerűséget nélkülözött és önkényesen járt el.

A vádlott részvétele az eljárásban azért lényeges, hogy az interakció során a bíróság teljesebb képet kaphasson a vádlott személyiségéről, és a terhelt élhessen azon jogosítványaiival, melyekhez személyes jelenléte szükséges. Cherif Bassiouni szerint azonban a személyes jelenlét korántsem tartozik a nemzetközileg elfogadott alapvető jogok körébe, hiszen a nemzeti alkotmányok legtöbbször mellőzik a megemléztetés az alapvető jogok között.

1993 óta, amikor az említett amerikai professzor a témakört megvizsgálta Bárd Károly szerint nagyot változott a világ. Sokszor a terheltek tudva, hogy ezzel elhúzzák az eljárást szándékosan nem vesznek részt rajta, vagy a börtönből megszökve ismeretlen helyre távoznak. Elég ez ahhoz, hogy velük szemben ne lehessen eljárni?

Korábban voltak nemzetközi bíróságok, melyek eljárhattak a terhelt távollétében (például a Nürnbergi Katonai Törvényszék), de egy ilyen eljárással azt kockáztatják, hogy a külvilág számára azt sugallják, hogy képtelenek betölteni szerepüket, mert nem tudják a tagállamaiknál elérni, hogy a vádlott megjelenését biztosítani tudják.

Egyáltalán nem biztos, hogy ez a jövő útja. A nemzeti szabályozások sem homogének, előfordulnak olyan megoldások, melyek engedik az eljárást részben vagy egészben a terhelt távollétében. Így a német jog szerint lehet nyomozni a terhelt távollétében, de a tárgyaláshoz már szükséges, hogy megjelenjen az ún. engedetlenégi eljárás eseteit kivéve. Ez utóbbi kisebb jelentőségű bűncselekményeknél létezik, mikor a vádlott szabályszerű idézés ellenére nem jelenik meg. Egyéb esetekben, mivel a vádlott alapjoga az érveinek a bíróság előtt való előadása, meg kell teremteni ennek lehetőségét.

²¹ Lásd *i.m.* 165-175. o.

Az Emberi Jogok Európai Bírósága csak szűk körben tartja elfogadhatónak - valószínűleg angolszász mintát követve – a terhelt távollétében történő eljárást. A kanadai jog szerint ezzel ellentétében még kézre kerítését követően sem követelheti a vádlott, hogy jelenlétében tárgyaljanak, ennek célszerűségéről a bíróság dönt.

A kontinentális jogok kevésbé zárkoznak el ettől a lehetőségtől, itt azonban lehetőség van a jogerő feloldására is szemben a common law országok jogával. A tendencia pedig inkább efelé billen, a common law országok is kezdenek engedni és szélesebb körben lehetővé tenni a távollévővel szembeni eljárást. A jogközelítésben pedig a Bíróság gyakorlatának komoly szerepe volt.²²

Kérdésként merül fel, hogy a terhelt jelenléthez való joga személyes jogosultság, amiről le lehet mondani (mint az Egyesült Államokban vagy Kanadában), vagy pedig közpolitikai kérdés, és nem lehet a belátására bízni, hogy élni kíván-e vele.

A szerző korábban említett fairness fogalmához nyúlik vissza és fejti ki, hogy ennek a fogalomnak a részjogosítványai az ártatlanok téves elítélését hivatottak megakadályozni, személyes jogosultságok, melyek igénybeviteléről vagy elvetéséről az érintett dönthet. Ugyanakkor a jelenléthez való jognak más funkciója van, mégpedig az igazságszolgáltatás felépítésével kapcsolatosan, így a terhelt egyoldalúan nem mondhat le róla. Az összefüggés azonban ez utóbbi esetben nem közvetlen, így Bárd Károly véleménye szerint nem ellentétes az Egyezményvel az a jogrendszer, amely lehetővé teszi a terhelt számára, hogy ne éljen ezen jogával. Az erre vonatkozó lemondásnak azonban önkéntesnek és egyértelműnek kell lennie.

Amennyiben esetleg a tárgyaláson való részvételt kötelességként fognánk fel, a hatóságoknak mindent meg kellene tennie azért, hogy a vádlott jelen is legyen. Elvileg a jelenlétre kényszerítés nem sérti az Egyezmény tisztességes eljárással kapcsolatos jogait, ami nem jelenti, hogy esetleg más emberi jogokat nem érinthet.

Az igazságszolgáltatást könnyen ellehetetlenítheti a terhelt azzal, hogy állandóan távol van olyan esetekben, amikor jelen kellene lennie, illetve ha szökésben van vagy tárgyalóképtelen állapotban jelenik meg. Ilyen esetek igazolnák a távollétben történő eljárást. A terhelt jelenlétre kényszerítése pedig jogsértésekhez vezethet²³ – írja a könyv, és teszem hozzá, könnyen előfordulhat, hogy ottléte ellenére egyáltalán nem lesz a per aktív résztvevője.

Sajátos problémaként jelenik meg a terhelteknek a vád tanúival történő konfrontációhoz való joga. A 6. cikk alapján a vádlott a pert alakíthatja, és a tisztességes eljárás sérelmét jelenti, ha adott esetben valamilyen bizonyíték megvizsgálásánál nem lehet jelen.

Két főbb csoportja van az ilyen eseteknek. Az egyik azon tanúk köre, akik nyomozás során tett vallomásukat a tárgyaláson nem kívánják elmondani. Vallomásuk felolvasható bizonyos jogrendszerekben, és akár ez alapján is születethet ítélet. A strasbourgi bíróság elutasítja a csupán ilyen bizonyíték alapján történő elítélést, és a 6. cikk sérelmét állapítja meg, mivel nincs módja a terheltek megkérdőjelezni a bizonyíték hitelességét. Az ilyen ügyekben a vádlott ismeri a tanúkat, de vagy az ügyek gyors lezárása végett, vagy pedig a tanúk, sértettek fizikai vagy lelki védel-

²² Lásd *i.m.* 177-190. o.

²³ Lásd *i.m.* 191-204. o.

me miatt nem kötelezik őket a tárgyaláson történő részvételre. (A bejelentő áldozatok 13%-át, a tanúk 9%-át fenyegetik meg Angliában egy felmérés szerint. Közülük 22% nem tesz feljelentést félelemből. Írországban 100% a fenyegetettség a nemi erkölcs elleni bűncselekményeknél.²⁴)

Más a helyzet az ún. anonim tanúk esetén, akiknek főleg a szervezett bűnözés elleni küzdelemben fontos a védelme. A Bíróság esetjoga rendkívül gazdag, de mára már letisztult. Ebből kiderül, hogy az Egyezmény nem biztosít korlátlan jogot a tanúk kikérdezésére.

A leginkább támogatott megoldás a holland, melyben a nyomozási szakban egy speciális bírói eljárásban először arról dönt a bíró, hogy indokolt-e az anonimitás. Ez után a bíró hallgatja meg a tanút, akihez kérdéseket a védő vagy a gyanúsított írásban tehet. Csak anonim tanú vallomása alapján pedig tilos marasztaló ítéletet hozni.

A 6. cikk 3. bekezdése d) pontjának a korlátozása során többféle okra szoktak hivatkozni: a tanú hozzátartozói minősége, a tanú zaklatástól vagy veszélytől való megóvása, szexuális bűncselekmények áldozatainak védelme vagy pedig egyéb, operatív szempontok (mint például a tanú előkerítése lehetetlen vagy rendkívül időigényes).

A tanúk védelme kapcsán óhatatlanul felmerül annak a kérdése, hogy ez esetben mások érdekeire is figyelemmel kell lenni az eljárás folyamán. A büntetőeljárás nem veszélyeztetheti a tanúk életét vagy testi épségét. Más a helyzet az eljárás elhúzódtására hivatkozás esetén, ez ugyanis nagyon szűk körben lehet csak magyarázat.

Ami a magyar megoldást illeti, nálunk nem vehető figyelembe a tanú nyomozási szakban tett vallomása, ha a tárgyaláson él a vallomástétel megtagadásának jogával, de ha ezt jogosulatlanul tagadja meg, vagy elhunyt, vagy egészségi állapota miatt képtelen vallomást tenni. Tizennegyedik életévét betöltött tanú meghallgatására csak szűk körben van mód, úgyszintén hazánkban is létezik a különösen védett tanú intézménye, stb. A Be. ugyanakkor igyekszik a vádlottat esetlegesen érő hátrányokat tompítani, ha feltételezhető, hogy a tanú nem tud jelen lenni a tárgyaláson, akkor a nyomozati bíró kihallgathatja, akár csak a kiskorút. A különösen védett tanúkkal kapcsolatos eljárásban pedig a holland mintát vettük át azzal az eltéréssel, hogy nem mondtuk ki, hogy az ítélet nem alapulhat csak és kizárólagosan ilyen vallomáson.²⁵

Bárd Károly nem szólt a műben egy viszonylag új, mégis talán egyre inkább használt módszer, a videokonferencia strasbourgi megítéléséről. Tény, hogy a zárt-célú távközlő hálózat útján történő tárgyalás tartása esetén létezik valamilyen kapcsolat a vád tanúi és a terhelt között, kérdéseket tehet fel és reagálhat a tanú által elmondottakra, mégsem tudhatja hogy kicsoda a választ adó ha képe vagy hangja eltorzított. Bizonyára a megoldás megüti a Bíróság által megkövetelt tisztességes eljárással kapcsolatos szintet, ezért nem került említésre.

A szerző felveti annak lehetőségét, hogy ha létezne olyan nemzeti szabály az országokban, amely felszólítaná a bírókat döntéseiknél a nemzeti jognak a

²⁴ Kertész Imre: A még különösebben védett tanú, *Belügyi Szemle*, (2001) 11, 39. o.

²⁵ Lásd *i.m.* 209-226. o.

strasbourgi joggal összhangban történő értelmezésére, akkor lényegesen kevesebb panasz érkezne ehhez a Bírósághoz. Sokszor előforduló jelenség ugyanis, hogy egy nemzeti jogszabály máshogy történő értelmezésével önmagában megoldható lenne egy-egy probléma. Kérdés azonban, hogy az egyébként is túlterhelt bírák mennyire lennének képesek vizsgálni a strasbourgi jogot, illetve mit csinálnának, ha eltérő hazai gyakorlatot tapasztalnak. Persze egy jól elkészített jogszabály, és egy megfelelő információs központ az ilyen kérdésekre is megadná a választ.

Nem szól az Egyezmény a törvénysértően beszerzett bizonyítékok sorsáról sem. Képezheti-e jogsértés útján beszerzett bizonyíték a büntetőeljárás tárgyát? Bárd Károly Beling gondolataiból kiindulva vázolja fel az alaphelyzetet, és keresi a választ a garanciális szabályok és a szubsztantív értékeket oltalmazó rendelkezések vizsgálatával.

Beling szerint a pozitív bizonyítási szabályok rendszerint elvezetnek az igazsághoz, míg a negatívak járhatatlan úthoz hasonlóak, akik erre tévednek, azok bizonyosan eltévednek. A bizonyítási tilalmak, mint harmadik csoport ezeken túl valami idegent visznek be az eljárásba, egy járható utat zár le ezzel a jogalkotó valamilyen megfontolásból.

A legnagyobb probléma ilyen esetekben, hogy a törvénytelen módon beszerzett bizonyítékok hitelt érdemlősége igencsak megkérdőjelezhető. A Jogok és Szabadságok Kanadai Kartája szerint csak az összes körülmény mérlegelésével állapítható meg, hogy mennyiben lehet elfogadni az ilyen bizonyítékokat. Amennyiben ezek az igazságszolgáltatás tekintélyvesztését eredményeznék, mindenképpen ki kell zárni őket.

Strasbourg nem szól bele ebbe a kérdésbe, és mint korábban szó volt róla az Egyezmény szövege sem ad eligazítást. Ha azonban az eljárás egészéből a tisztességes eljárás megsértése következne, akkor természetesen meg kell állapítani a 6. cikk sérelmét.²⁶

Magyar viszonyokra kivetítve az új Be.²⁷ változást hozott a korábbi bizonytalan jogértelmezés tekintetében, az arányosság elvének, személyiségi jogok tiszteletben tartásának és az emberi méltóság figyelembe vételének követelményét írja elő. Az említett fogalmakat jelentéssel azonban a bírói gyakorlat fogja majd kitölteni.²⁸

²⁶ Lásd *i.m.* 227-231. o.

²⁷ 60. § (1) Az eljárási cselekmények végzésekor az emberi méltóságot, az érintettek személyiségi jogait és a kegyeleti jogot tiszteletben kell tartani, és biztosítani kell, hogy a magánéletre vonatkozó adatok szükségtelenül ne kerüljenek nyilvánosságra.

77. § (1) A bizonyítási eszközök felderítése, összegyűjtése, biztosítása és felhasználása során e törvény rendelkezései szerint kell eljárni. Jogszabály elrendelheti a bizonyítási cselekmények teljesítésének, a bizonyítási eszközök megvizsgálásának és rögzítésének, valamint a bizonyítási eljárások lefolytatásának meghatározott módját.

(2) A bizonyítási cselekmények végzésekor az emberi méltóságot, az érintettek személyiségi jogait és a kegyeleti jogot tiszteletben kell tartani, és biztosítani kell, hogy a magánéletre vonatkozó adatok szükségtelenül ne kerüljenek nyilvánosságra.

78. § (4) Nem értékelhető bizonyítékként az olyan bizonyítási eszközökből származó tény, amelyet a bíróság, az ügyész vagy a nyomozó hatóság bűncselekmény útján, más tiltott módon vagy a résztvevők eljárási jogainak lényeges korlátozásával szerzett meg.

²⁸ Lásd *i.m.* 232-239. o.

Nagyon megfontoltnak tartom a magam részéről a Bíróság ilyen módon, azaz az eljárás tisztességességét összességében történő megítélését, hiszen szélsőséges esetben akár az is előfordulhat, hogy a hatóságnak nem áll módjában, akár időhiányban például egy lehallgatásra engedélyt beszereznie, vagy azért mert az engedélyt kibocsátó szerv dolgozói között is fellelhető a gyanúsítottakhoz közel álló néhány személy. Más kérdés, hogy adott jogrendszer előírhat olyan szabályt, hogy ilyen esetben egy utólagos jóváhagyás esetleg legitimálhatja az eljárást.

2. 5. A hallgatás joga. A könyv utolsó nagy szerkezeti egysége a terhelt csöndben maradási jogáról, hallgatásáról szól. Bárd Károly eltérően a korábbi jogok tárgyalásától, igen nagy terjedelemben foglalkozik ennek a speciális jognak a kialakulásával, történetével.

Eredetét a talmudi jogbölcseletben látja; senkitől sem várható el, hogy saját vesztét okozza. A gondolat, a *nemo tenetur* elve megjelenik a XI-XII. századi egyházi írásokban, mégis igazi bölcsője az irodalom szerint Anglia. Ott a 18. században vált gyakorolható joggá, igaz a vádlottak vallomását nem értékelték teljes jogú bizonyítási eszköznek. A kontinentális inkvizitórius perben pedig csak a hallgatás volt az, amivel a terhelt menthette magát.

A huszadik században több nemzetközi egyezmény is megemlíttette ezt a jogot, mint például az ENSZ Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya, a genfi egyezmények, vagy pedig a Nemzetközi Büntetőbíróság Statútuma. Hazánkban a terheltet 1989-től figyelmeztetni kell kihallgatása előtt arra, hogy nem köteles vallomást tenni.

A hallgatáshoz való jog korlátozásaként jelent, jelenik meg, hogy adott esetben ún. engedetlenségi vagy makacssági büntetést szabnak ki azokkal szemben, akik élnek ezzel a lehetőségükkel, vagy a hallgatást a bűnösséget alátámasztó bizonyítékként értékelik. Ennek háttere az a benthami gondolat, hogy „az ártatlanság a megszólalás, míg a bűnösség a hallgatás jogát igényli.” A legújabb kísérlet ennek a jognak a korlátozására a nemzetközi terrorizmus térhódításával jelent meg, Alan Dershowitz egyenesen a „visszafogott” kínvallatás alkalmazásának megfontolásáról elmélkedik.²⁹ A kontinentális jog eltérő hozzáállását Bárd Károly leginkább abban látja, hogy a *common law* országokban a formális bizonyítási rendszer maradványai miatt inkább hajlanak arra, hogy egyes kérdéseket a büntetőjogon kívüli más módszerek alkalmazásával oldjanak meg.³⁰

Ez valóban így van, hiszen például a terrorcselekmények hovatartozásával kapcsolatban több nézet is létezik. A hagyományos kontinentális felfogás igyekszik megtartani a cselekményt a büntetőjog keretein belül (így az ilyen cselekmények terheltjei számára biztosítani kell az eljárási garanciákat vagy azok nagy részét), míg az Egyesült Államokban elterjedt, a terroristáknak hadviselő félként (ilyenkor a

²⁹ Dershowitznak a kínvallatással kapcsolatosan speciális elgondolása van. Elmélete alapján egy ún. „kínzási engedély” (torture warrant) birtokában, melyet bíró adhatna ki, törvényes keretek között lehetne szabályozni a kényszervallatást. Természetesen ő is csak kivételes helyzetekben tenné ezt lehetővé, amennyiben közeli veszélyről lenne szó, és a veszély más módon nem hárítható el. Lásd bővebben: Eric A. Posner – Adrian Vermeule: *Terror in the Balance – Security, Liberty, and the Courts*, Oxford University Press, 2007, 208-209. o.

³⁰ Lásd *i.m.* 243-250. o.

genfi egyezmények alá tartoznak), vagy inkább különleges ún. kombattánsként történő értékelése. Utóbbi kategória pedig kívül esik bármilyen jogi szabályozáson. Az ún. kombattánsok vád nélkül fogva tarthatóak és nincs joguk jogi képviselőhöz sem. Ez alól az sem jelent kivételt, ha a fogvatartott személy amerikai állampolgár.³¹

A hallgatás jogát az emberi jogi egyezmény nem említi, ami – hasonlóan a korábban említett jogokhoz – nem jelenti, hogy a gyakorlatában ne fordult volna elő.

A hallgatás joga értelmezhető a véleménynyilvánításhoz való jog speciális változatának is, az Európai Emberi Jogi Bizottság annak is tekintette, míg a Bíróság a tisztességes eljárás egyik elemének nem nyilvánította 1993-ban a *Funke ügyben*.

A probléma azért jelentős, mert ugyan a magánszférához való jogot (akár ennek is tekinthetjük a hallgatás jogát) vagy a véleménynyilvánítás jogát lehet korlátozni ha szükséges, az arányosság követelményének megfelelően, míg a tisztességes eljárástól és annak részjogosítványától teljesen nem lehet senkit megfosztani.

A Bíróság a fent említett döntésében csak deklarálta a részjogosítványként történő elismerést, annak tartalmát nem fejtette ki. Az ítélet felborzolta a kedélyeket, mivel a kényszer minden formáját tiltja. Így ujjlenyomat, vérminta, vagy okiratok átadására kötelezés mind-mind jogsértő lehet, mely könnyen ellehetetlenítheti a nyomozó hatóságokat, főleg a pénzügyi-gazdasági bűncselekmények esetén.

A *Saunders* ügyben rájött a Bíróság, hogy korábban „túl okosan” döntött, és maga tömte be az általa kivájt rést. Kimondták, hogy a fent említett elv nem vonatkozik azon bizonyítékokra, melyeket kényszerrel szereztek meg, de a terhelt akaratától független léte van (például lefoglalt okirat, vérminta, vizeletminta, DNS). Szinonimaként használták ugyanakkor az indoklásban az önvádolás alóli mentesség jogát és a hallgatás jogát. Ezzel kapcsolatban a szerző osztja Martens bíró különvéleményét, mely szerint a két jog az általános és különös viszonyában áll egymással, és a hallgatás joga csupán a válaszadás megtagadására korlátozódik.

Bárd Károly szembe száll a Bíróság azon indoklásával, hogy az okiratot sajátossága miatt kell eltérő módon kezelni a hallgatás jogától. Az okirat megszerzése érdekében alkalmazott kényszer (például házkutatás) teljesen más, mint a vallomás kicsikarása, amellettt hogy a Bíróság csak a terhelt akaratától önálló léttel bíró iratok beszerzését tartja egyezménykonformnak, így a házkutatás során véletlenül megtalált ilyen okirat sem lenne felhasználható, noha más, korábbi ügyekben ezek felhasználását nem tartották aggályosnak.

Amennyiben a hallgatás jogát és az önvádra kényszerítés egyéb eseteit a Bíróság külön kezelné, megoldódhatna számos probléma. Előbbi ugyanis az eljárás *fairness* eleme, azaz az ártatlanok elítélési lehetőségét csökkenti, míg a mentesség többi esete pedig a 8. cikk szerinti magánszféra védelmének hatálya alá esne. Ezzel megoldhatnánk a gordiuszi csomót, és nem lenne szükség a hallgatáshoz való joggal kapcsolatos kérdések utólagos korrigálására.³²

A hallgatás jogának vizsgálatakor felmerül a jog esetleges korlátozásának kérdése. Mivel a szerző szerint ez a jog a *fairness*, így a tisztességes eljáráshoz való jog implicit részjogosítványa, ezért abszolút jog, és ettől nem lehet megfosztani a

³¹ Lásd bővebben: John Yoo: Courts at War, *Cornell Law Review*, (2006) 2., 573-601. o.

³² Lásd *i.m.* 251-272. o.

terheltet még a bűncselekmény súlyára való hivatkozással sem. Ez a védelem azonban nem érvényesül korlátlanul a Bíróság gyakorlata alapján, és mivel az Egyezményben külön nem nevesített jogról van szó, így a strasbourgi fórum jelöli ki a határait. Indoka pedig az, hogy a jog csak úgy tudja betölteni funkcióját, ha nem kell érte aránytalan árat fizetni.

Külön problematikát jelent a vádlott korábban, esetleg más ügyben tett, vagy visszavont vallomásának felolvasása; ez emberi jogait sértheti, mely nem igazolható az igazság kiderítésére való törekvéssel, hiszen a vádlott méltósága és a tisztességes eljárás követelményei is sérülhetnek.

Számos jogrendszer a terheltre hátrányos következtetést von le a vallomástétel megtagadásából, ezt ugyanis a bűnösség jelének vélik. Egy észak-írországi jogszabály a terrorizmussal gyanúsított személyek esetén feljogosítja a bíróságot, hogy a hallgatásból a megfelelő következtetéseket nyugodtan vonja le.

A Bíróság nem tartja kizártnak a hallgatás értékelését, de elutasítja azt, ha valakit csupán emiatt tekintenek bűnösnek. Az Alkotmánybíróság és a Supreme Court az Egyesült Államokban szintén egyetért ebben: előfordul, hogy az érintett rossz stratégiát választ, tudja, hogy hallgatásából mire lehet következtetni.

Bárd Károly a jog specialitását a korábban említetteken túl abban látja, hogy jelen esetben nem pozitív *fairness* jogról van szó, hanem negatívról: gátat szab a hatósági beavatkozásnak és tiltja a nyilatkozat beszerzéséhez a kényszer alkalmazását. A pozitív *fairness* jogosítványokat ezzel szemben sokkal védhetőbbek, és morálisan elutasítandónak tartunk mindenfajta korlátozást az ő viszonyukban. A tanúk magánszféráját vallomástételkor figyelmen kívül lehet hagyni, míg a terheltnek vallomástétele esetén ez a garancia biztosan nem szavatolható.

Mindazonáltal önmagából a hallgatásból hátrányos következtetés levonása a szerző szerint tarthatatlan, hiszen a jog értéktelenedése további korlátozásokhoz vezethet a terheltnek vonatkozásában. A jogalkotók felelőssége, ha emiatt több ártatlant ítélnék el, márpedig a *fairness* normáknak épp az lenne a célja, hogy akár azzal, hogy bűnösök esetleg megmeneküljenek az igazságszolgáltatás alól az ártatlanok elítélésének valószínűségét minimalizálják.³³

A hallgatás jogával kapcsolatban több gondolat is felvetődik az emberben. Az 1896-os Bp. is megemlítette hazánkban ezt a lehetőséget; ha a terhelt kijelenti, hogy nem bűnös, de nem kíván nyilatkozni, ezt tiszteletben kell tartani. Ugyanúgy azt is, ha csak egyes kérdésekre nem kíván válaszolni. Ilyenkor a hatóság vallo-másra „ugyancsak nem unszolja, hanem úgy ebben, mint az előbbi esetben csak arra figyelmezteti, hogy viselkedése az eljárás folytatását nem befolyásolja, míg ő esetleg megfosztja magát a védelem eszközeitől.”³⁴

A vádlottak erről a védekezési lehetőségről való lemondása pedig ugyanúgy hátrányos lehet, mint az a tény, hogy ha tiltják is, de a bírók mindig levonnak valamilyen következtetést a vádlott passzivitásából, hiszen a józan ész azt kívánja, hogy akit jogtalanul támadnak, az fellépjen a védelme érdekében.

³³ Lásd *i.m.* 272-294. o.

³⁴ Bünvádi perrendtartás 1896: XXXIII. t.-c. 133-134.§ Elemzését lásd: Auer György: *Magyar bünvádi eljárási jog*, Gergely R. Könyvkereskedése, Budapest, 1938, 162-163. o.

Előfordulhat tehát a hallgatás jogával kapcsolatban több variáció is. Egyik esete, amikor a vádlott egyes kérdésekre nem kíván válaszolni, másik, mikor kijelenti azt, hogy ártatlan – és mintegy nevetségesnek tartva az ellene felvonultatott vádak – nem kíván szólni, illetve a harmadik, mikor egyáltalán nem nyilatkozik semmire, még a bűnösségére sem. Véleményem szerint mindegyik pont esetében találunk igazolást a hallgatás hátrányként történő elismeréséhez. Első esetben furcsa lehet a szelektálás, illetve, hogy konkrétan milyen kérdéseket kerül a vádlott, második esetben az, hogy miért nem fejti ki a védekezését, ha ártatlan, míg az utolsó vonatkozásában, hogy miért tagad meg minden együttműködési lehetőséget a hatóságokkal.

A szerzővel ellentétben nem tartom azonban mindenképp felett állónak a hallgatás jogát. Szélsőséges esetben, ha például készül merényletről vagy súlyos bűncselekményről tud valaki, akkor erkölcsi kötelessége szólni róla. Nyilvánvaló azonban, hogy mivel terheltekről van szó, sem önmagát, sem társait, sem pedig hozzátartozóit nem kívánja hátrányosabb helyzetbe hozni. Az anyagi jog egyébiránt értékeli a bűnös hallgatását (feljelentés elmulasztása) bizonyos súlyos bűncselekmények esetén, és többnyire csak a hozzátartozóknak ad kibúvási lehetőséget.

Nézetem szerint csínján kell bánni ezzel a joggal, mivel általában a terhelteknek semmi más célja nincs, csak az, hogy passzivitásukkal – tudván vagy remélvén, hogy nem értékelik hátrányukra – az eljárást elhúzzák, vagy pedig a bíróságot döntésképtelen helyzetbe hozzák. A vélelem ugyanis az, hogy nem az ártatlanok élnek a hallgatás jogával, hanem azok, akiknek van mit titkolnia. Természetesen csupán azért, mert valaki hallgat nem ítéltető el, ha nincs ellene bizonyíték, de itt nem feltétlenül erről van szó, a hatóságok már bizonyítékok birtokában és egy vád alapján viszik az illetőt a bíró elé.

IV. Összegzés

A könyv címe *Emberi jogok és büntető igazságszolgáltatás Európában. A tisztességes eljárás büntetőügyekben – emberijog-dogmatikai értekezés* segíti az olvasót abban, hogy ezt az írást hol helyezheti el az emberi jogokkal kapcsolatos munkák körében. Nem csupán egy jogesetgyűjteményről van szó, s nem is néhány strasbourgi döntés elemzéséről, sokkal inkább egy – a címből is következő – filozófiai alapokat és az egyes jogoknál történeti jelleget is bemutató tanulmányt foghatunk a kezünkbe. A kötet ugyan az európai büntető igazságszolgáltatásra hegyezi ki mondanivalóját, mégsem lehet megkerülni benne néha a távolabbi kitekintést; például az Egyesült Államok joggyakorlatára, vagy a más kontinensekre jellemző nemzetközi emberi jogi egyezményekre.

A mű rendkívül gazdag lábjegyzetekben, feldolgozott egyezményekben és főleg jogesetekben. Széles repertoárját ismerhetjük meg az Emberi Jogok Európai Bírósága esetjogának, és sokszor láthatjuk, hogy mennyiben változott a döntéshozók hozzáállása egy-egy jogintézményhez. A számtalan ügy vizsgálata során mégsem veszünk el ezek tengerében, hiszen a szerző az egyes eseteket ügyesen fonja fel elsődleges mondanivalója fonalára.

A tárgyalt kérdéseket nem csak és kizárólag az esetjog alapján elemzi, hanem sokszor az elméleti háttérre és történeti gyökereire tekintettel mutatja be. Némely fejezet végén még összegzést is találunk, mely az adott témakör legfontosabb mondanivalóját fűzi csokorba, mintegy felkészítve az olvasót egy újabb, a korábbiakra épülő gondolatsorra. A legfontosabb kérdésekben, mint például a fair eljárás, a *fairness* fogalma, vagy ezek részjogosítványainak tárgyalásakor nem sajnálja az időt arra, hogy a lényeget alaposan, néha talán már szájbarágósan is kielemezze.

Bárd Károly nem feledkezik meg a magyar vonatkozásokról sem, ahol lehet, mondandójába beleépíti a magyar büntető eljárásjog, a bírói gyakorlat, és az Alkotmánybíróság döntéseiben megjelenő kapcsolatokat is.

A könyv összetettsége ellenére mégsem tartozik a nehéz, csak a téma szakértői által érthető olvasmányok közé. Felépítésében, logikájában bárki számára követhető. Az egyes jogeseteket nem kell az olvasónak kívülről fűjnia ahhoz, hogy megértse a hozzá kapcsolódó gondolatokat, hiszen a szerző mindezeket vagy a törzsszövegben vagy a lábjegyzetekben – néha több alkalommal is – ismerteti, sőt amennyiben bővebben szeretnénk vizsgálni őket, a kötet végén található esetmutatóban könnyen megtalálhatjuk az egyes ügyeket és azok számát.

Ami számomra szokatlan volt, hogy a mű végén nem található „epilógus”, vagy egy a gondolatokat összefoglaló fejezet. Ez véleményem szerint arra utalhat, hogy Bárd Károly korántsem érezte úgy, hogy az emberi jogok kérdéskörét, és a tisztességes eljáráshoz való jog egyes részelemeit egy, mintegy háromszáz oldalas munkába lehetne tömöríteni. Sokkal inkább gondolhatja az olvasó, hogy idővel következik majd egy, a jelen gondolatokat követő hasonlóan érdekes folytatás is.

Az igen komplex, és igényes dogmatikai megalapozású mű mindenkinek ajánlott, akik részben vagy egészben ismerik a strasbourgi bíróság tisztességes eljárásra vonatkozó eljárását, de olyanoknak is, akik csak most szeretnének ebbe bővebb bepillantást nyerni. Egyes kérdések megközelítése pedig terepet adhat a későbbiekben a szakma eltérő nézeteit valló képviselői számára vitára, illetve további, a fair eljárás elemeit feldolgozó munkák készítésére. Összességében a könyv igen nagy munkával és precizitással összeállított tanulmány, mely mély betekintést enged az Emberi Jogok Európai Bíróságának tisztességes eljárásra vonatkozó esetjogába, ennek esetleges jövőbeli alakulásának lehetőségeire, és még számos más kérdésbe.

A nemzetközi jog jogiságának kérdéséhez*

MARTON GÉZA**

Jog-e a nemzetközi jog? És ha igen, mi címen tarthat igényt e nevezetre? Ez az a kérdés, melyet a háború eseményei az elméleti vizsgálódások csendes műhelyeiből előrántva égetően praktikussá, úgyszólván mindennapi megbeszélés tárgyává tettek. A laikus publikum – ideértve a jogászközönség nagy részét is – a rendszerré vált s gyakran elrémitő visszaélések hatása alatt lemondó tagadással felelt e kérdésre s hajlandó lett az eseményekben a nemzetközi jog teljes csődjét látni s attól a jog elnevezésre való igényt is megtagadni. Ezen a közfelfogáson nemigen tudtak változtatni azok az igen tekintélyes helyekről, a nemzetközi jog külföldi és hazai kiváló művelői ajkáról jött megnyilatkozások sem, melyek a napi események közeli szemhatárán felülemelkedve, a nemzetközi jognak a jelen megpróbáltatásaiból újult erővel és fénnel leendő kiemelkedését és a jövőben az eddiginél messze kiterjedtebb és hathatósabb uralmát jósolják.

Közvélemény és jogászi irodalom azonban, – ez utóbbi is a hadiesemények felrészítő hatása alatt állva, – egyaránt inkább a nemzetközi jog mai krízise szempontjából és elkerülhetetlenül bizonyos érzelmi árnyalattal tárgyalják a kérdést, nem igen tudva a jelen és közelmúlt izgató jelenségeinek hatóköréből visszavinni azt a hideg, objektív, tudományos vizsgálódás azon területére, ahova annak eldöntése mégis tartozik s ahol az már a háború előtt is, mint különös aktualitás nélkül is elsőrendű érdekességű téma, sokszor foglalkoztatta az elméket.¹

* Különlenyomat az Ügyvédek Lapjából, Budapest, 1916., „Globus” Pénzüntézetek Műintézete és Kiadóvállalat Részvénytársaság.

** Marton Géza (1880–1957) a magyar romanisztika és civilisztika kiemelkedő alakja. 1907-től a máramarosszigeti, majd 1919-től a kecskeméti református jogakadémián tanított, 1921-től a debreceni, 1937-től 1957-ig pedig a budapesti egyetem tanára volt. 1939-ben a Magyar Tudományos Akadémia levelező tagjává választotta, munkásságát 1957-ben Kossuth-díjjal ismerték el.

¹ A kérdés irodalma (mellőzve a közkézen forgó rendszeres nemzetközi jogi munkákat) a következő: Lászon: *Das Culturideal und der Krieg*. Berlin, 1868. U. a. *Prinzip und Zukunít des Völkerrechts*, Berlin, 1871. Martens: *Le fondement du droit international*, *Rev. ae aroit intern.* 1882. 244 s. k. Rollin – Jacquemyens: *Les principes philosophiques du droit intern.*, *Rev. d. dr. int.* 17. és 18. köt. Pillét: *Le droit intern, public, ses éléments, son domain, son objet*. *Rev. gén. d. droit int.* 1. köt. Kebedgy: *Contribution a l'étude de la sanction du droit intern.* *R. de dr. int.* 29. köt. (1897.) 113-125. Fricker: *Das Problem des Völkcrrechts*. *Zschr. f. d. ges. Staatswiss.* 28. köt. U.a.: *Noch einmal das Problem des Völkerrechls*. U.o. 34. köt. Triepel: *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899. Pfenninger: *Der*

Bár a háborús aktualitás kapcsán, de az érintett érzelmi momentumok teljes kihagyásával legyen szabad itt revízió tárgyává tenni a kérdést. Azt hiszem, a háború mai stádiumában már megvan az enemű tárgyiágos vizsgálódásnak is jogosultsága, másfelől a háború ma már leszűrhető tanulságai is nem egy pontra fognak új, megvilágítást vetni. Talán az ellen sem fog senki illetékességi kifogást emelni, hogy nem céhbeli író, hanem más jogterületek munkása mondja el az alábbi lapokon a kérdéssel kapcsolatos jogdogmatikai és jogtörténeti reflexióit.

I. Az argumentum, melyre támaszkodva a pesszimista közvélemény a nemzetközi jogtól a jogiság minőségét megtagadja, az, hogy a nemzetközi jognak nincs pozitív, tételezett és intézményesen is biztosított szankciója. Hogyan volna jog egy megállapodás, egy szabály, melyet az erősebb tetszése szerint félrelökhet? Micsoda jog az, melyet a legdurvább megsértés után sem követ a kényszer, az ellenszegülő akarat apodiktikus erejű meghajlítása, vagy ha kell, megtörése?

Be kell vallani, hogy ez argumentum nyomasztó súlyát éreznie kell minden gondolkodó főnek, bármily szeretettel és vágyódással csüggjön is a nemzetközi jog létén és erősödésén. És be kell látni azt is, hogy a közvélemény itt valóban velejénél fogta meg a dolgot, midőn a szankció hiányában látja a nemzetközi jog jogi minőségének akadályát.

Ugyanez a főérv a nemzetközi jog jogiságának tudományos tagadói részéről is.² Mert az a másik két szempont, melyet ez elméleti kétkedők még felhozni szoktak: 1. hogy a nemzetközi jognak nincs szervezett törvényhozása, 2. nincsenek szervezett bíróságai, – nagyon keveset mond. Az első pontra nézve elég rámutatni a szokásjogra, mely hajdan kizárólagos, de ma is bedughatatlan és jelentőségében le nem becsülhető forrása az államon belüli jognak, ami világosan mutatja, hogy a jogszabályt megteremtheti maga a szervezetlen társadalom minden törvényhozó orgánium jelenléte nélkül is; a második pontban említett hiány pedig lényegében a szankció hiányával függ össze, mert hisz a bíróság épp a szankció megvalósítója, így ennek hiánya külön ellenargumentumként nem szerepelhet.

Mindenesetre azonban az elsősorban említett argumentum, a szankció hiánya, magában véve is elég súlyos ahhoz, hogy azokat, kik viszont a nemzetközi jog jogiságát védelmezik, e törekvésüknél a legkomolyabb feladat elé állítsa. Az elválasztó kritériumul ugyanis, mely a jogi normákat egyéb társadalmi (erkölcsi, vallási, szokás-, divat-, illembeli) normáktól megkülönbözteti, mindenesetre – mondjuk egyelőre így – legszembetűnőbben az a körülmény kínálkozik, hogy a jogparancs megvalósulása szervezett kényszerrel van biztosítva, ellenben a többi parancsoké nincs. Annak tehát, aki a nemzetközi parancs jogiságát állítja, szükségképpen az alábbi két alternatíva egyikét kell választania és követnie: a) vagy – elismerve a szankció fogalomalkotó szerepét a jogban –, e szankció meglétét kell bizonyítania a nemzetközi jognál is, vagy b) arra az elvi álláspontra kell helyezkednie, hogy a szankció nem lényeges kelléke a norma jogiságának.

Rechtsbegriff und seine Anwendung auf das Völkerrecht Areh. f. öff. Recht 17. köt. (1902.) — A háborús irodalom idevonatkozó részének bibliográfiáját 1.: Kriegsrecht-Spruchsammlung 1914/1915. der Deutschen Jur. Zeitung 9. s. k. I.

² Az irodalmat I. Lasson-nál: Prinzip u. Zukunft des Völkerrechts 157. s. k. 11. Despagne-nél: Cours de droit international public, 40. §.

Mindkét útnak vannak követői. Az első csoportba tartozók a nemzetközi jog szankcióját fennforogni látják azokban az óriási horderejű hátrányos következményekben, melyeket a nemzetközi szabályok negligálása maga után vonna a szabálysértő államra a nemzetközi társadalom többi tagjaitól eredőleg, továbbá a történelmi igazságszolgáltatásban, („*Die Weltgeschichte ist das Weltgericht*” – Schiller), a közvélemény nyomásában, stb.³

Azonban azt hiszem, ez érvelés fogyatékoságát nem nehéz kimutatni. Az a nyomás, melyet a többi államok remélhető magatartása gyakorol az egyes államra a nemzetközi szabályok megtartása érdekében, kétségtelenül garanciája ugyan – mint Liszt óvatosan kifejezi magát – a nemzetközi jognak, azonban garanciája, és pedig nagysúlyú, messze kiható garanciája van általában az összes társadalmi parancsok fontosabbjainak is. A kérdés nem is az, hogy van-e garanciája a nemzetközi jognak, hanem az, hogy ez a garancia azonos-e azzal a szankcióval, mely a jogszabályokat jellemzi. Már pedig azt hiszem, minden különösebb bizonyítgatás nélkül is belátható, hogy ez a garancia éppen nem az a fix, tételes, feltétlen erővel ható szankció, melyet a jog fogalma megkíván. Ha valaha lehetett ez iránt kétely, úgy azt a mostani háború eseményei minden látó ember szeme előtt eloszlatták. E garancia, ha képes is rendes, békés időkben a nemzetközi jog szabályait precíz érvényesülésre juttatni, úgyszólván teljesen felmondja a szolgálatot a háborús izgalmak közepette, tehát éppen akkor, mikor a legnagyobb szükség volna rá. Különben is szemmel látható, és az alábbi fejtegetések során még bővebb megvilágítást is fog nyerni, hogy működése még a békés nemzetközi szabályok hátterében is teljesen az erkölcssparancs szabályozatlan szankciójával azonos.

Az e csoportba tartozó írók nézetével tehát itt nem látjuk szükségét bővebben foglalkozni.

Nagyobb figyelmet érdemel azonban a másik nézet, azoknak az íróknak nézete, kik elvileg tagadják, hogy a szankció fogalomalkotó kelléke volna a norma jogiságának s ez alapon állítják a nemzetközi jog jog-voltát.

E csoport hívei tételük bizonyítását legkönnyebben úgy vélik teljesíthetni, hogy utalnak arra, hogy az államonbelüli jogban is vannak szankciótlán tételek (*leges imperfectae*), amelyeknek jogiságát még sem lehet tagadni, amiből önként következnék, hogy a szankció nem elengedhetetlen kelléke a jognak, így annak hiánya nem akadályozza a nemzetközi jog jogvoltának sem. Ilyen szankciótlán jogi normáként szokták felhozni a magánjogból a természetes *obligatio*-kat, az államjogból az alkotmányjog legfőbb, legvégső tételeit.⁴

Mielőtt tovább mehetnénk, le kell számolnunk ez ellenvetéssel.

Ami először is a természetes *obligatio*-kra való hivatkozást illeti ez teljesen helytelen és jogosulatlan. A természetes *obligatio* ugyanis nem szankciótlán, hanem csupán a rendestől eltérő, annál gyengébb szankciójú tétel. A magánjogok rendes szankciója

³ Így Liszt: *Völkerrecht* 1. §. II. 3. (Liszt könyvének utolsó (10-ik), a háború alatt megjelent kiadását nem volt módomban használni. Az idézés a 9. kiadás után történt.) Bonfils: *Lehrb. d. Völkerr.* 29. §. Kebedgy: *Revue de dr. int.* 29. 113. s. k. Despagnet: *Cours* 39. §. – Nálunk Csarada: *Nk. jog* 12. 1. Gralz: *Nk. jog.* 4. 1. (futólagosan).

⁴ Ullmann: *Völkerr.* 2. kiad. 15. 1., Despagnet: *Cours* 3. kiad. 43. 1., az utóbbiakra Jhering is: *Der Zweck im Recht*, 4. kiad. 251. s. k. I. Thon: *Rechtsnorm und subj. Recht* 67.1.

a kereset. Ez a kereset az csupán, ami a naturális *obligatio*nál hiányzik, de egyéb szankciók vannak (a teljesítés visszakövetelésének megtagadása, kompenzáció, zálogjogi s egyéb megerősítés lehetősége, stb.). A szankció csak tartalmilag más, mint rendesen: nem direkt kikényszerítés, hanem a *condictio indebiti* megtagadása, *exceptio*-adás etc. Ez a szankció, bár kevésbé súlyos, de formailag épp oly fix, szervezett, határozott, aminő a jogi szankció általában: a lerótt naturális tartozás visszakövetelését tiltó parancs mögött épp úgy áll az állam összes bírói, végrehajtói hatalma, mint a fizetést rendelő parancs mögött. Ha pedig valaki naturális *obligatio* alatt akarja érteni a fenténél tágabb értelemben és az általánosan követett nyelvhasználattól eltérőleg az olyan tartozást is, amelynek egyáltalában semmi jogi hatálya nincs, (V. ö. Windscheid: Pand. II. 287. §. 3. és 4. jegyz. pl. közelállók részéről keresztelési, lakodalmi ajándékok adására, kapott ajándék viszonzására, stb. vonatkozó kötelezettséget): akkor az ilyen „tartozás” csakugyan nem jogi tartozás, az ennek teljesítésére szóló parancs csakugyan nem jogparancs.

Sokkal nehezebb a dolog a másodsorban említett alkotmányjogi tételeknél. Minden alkotmány, az államélet legmagasabb szervezeteinek működését szabályozó részeiben tartalmaz oly tételeket, melyeknek kényszererővel való biztosítása kivihetetlen. Ilyen pl. a mi közjogunknak az a tétele, hogy a király magát megkoronáztatni, a hitlevelet kiadni, az alkotmányra esküt tenni, az országgyűlést három hó alatt összehívni tartozik, stb. Ezeket a tételeket szankcióval ellátni lehetetlenség, mert nincs elfogadható mód a szankció megszervezésére. „Az államhatalmi kényszerítő gépezet egy bizonyos pontján be kell állania annak, hogy a kényszerítettség megszűnik és csak a kényszerítés marad meg, épp úgy, mint egy másik, ellenkező ponton a kényszerítés szűnik meg és csak a kényszerítettség marad fenn” – mondja Jhering (i.m. 254.). A legfőbb államhatalmi szerv felelőtlen, mert nincs alkalmas mód jogilag felelőssé tenni, éppen mert legfőbb. S ezen nem változtatnak negatív jellegű hatalomkorlátozások (ellenjegyzés, ellenőrző államszervek, etc.), mert ezek szerepe inkább csak teoretikus. S lehet-e mégis mondani, hogy a szóban forgó alkotmányszabályok nem jogszabályok? Jhering szerint semmi kétség: nem lehet. Ha pedig egyszer e szabályok lehetnek jogszabályok szankció nélkül is, miért ne lehetne jog a nemzetközi jog is?

Látnivaló, hogy az az alternatíva, melybe e logikai következtetés állítja a nemzetközi jog jogiságának tagadóit, súlyos. Vagy jogszabály az államélet legfőbb nyilvánulásait szabályozó alkotmánytételek csoportja: akkor a nemzetközi jog is lehet az: vagy nem jog ez utóbbi: akkor az előbbi sem az.

A kérdést helyesen nem érzelmi, jogpolitikai szempontok vagy vágyakozások, hanem a jelenségek objektív vizsgálata döntheti el. Néznünk kell tehát közelebbről: jogszabályok-e csakugyan az említett alkotmányjogi tételek?

II. Mi az, ami a jogszabályt általában megkülönbözteti a többi társadalmi szabályoktól?

Emberi intézmények vezérprincípiumát s így elsődleges kritériumát az a cél adja, amelynek azok az intézmények szolgálatában állanak. Ez a cél azonban a mi kérdésünkre nem adhat feleletet, mert az valamennyi társadalmi normarendszerrel közös, lévén úgy a jogi, mint az erkölcsi, szokás-, illem-, divatbeli. Sőt a vallási szabályozásnak is közös célja az emberek közti békés, eredményes együttműködés

biztosítása, milliók cselekvőségének összhangbahozatala. Kell tehát másodlagos szempontokat keresnünk, melyek e rokon szabálysok csoportok differenciálódását előidézik és megmagyarázzák.

Ily másodlagos kritériumul nem szerepelhet az egyes parancsnemek által rendezett életviszonyok mineműsége, mert ugyanazt az életviszonyt a jog, morál, szokás, vallás, illem parancsai egyszerre szabályozhatják. Nem szerepelhet a szabályozás tartalmi különbsége sem, mert jogparancs és erkölcs-, vallás-, illemparancs tartalma gyakran azonos. A különbség tehát okvetetlenül másutt van.

Mutatkozik egy ilyen különbség egyfelől a jogparancsok, másfelől a többi társadalmi parancsok közt annak a speciális iránynak különbözőségében, melyből kiindulva e parancsok a közös célt, a békés és eredményes társadalmi együttműködést szolgálni és megvalósítani akarják. A morál – lehetne mondani – az emberi cselekedeteket a cselekvő belső lelkületéhez, a jóról és rosszról, helyesről és helytelenről alkotott fogalmához, a vallás az istenségről formált képzeletéhez, az illem az esztétikai szépérzék, a külső csín követelményeihez méri.

De hát a jog? Nem nehéz meggyőződni, hogy az emberi cselekvéseket szabályozó társadalmi parancsok ily alapon való osztályozásában a jognak nincs helye. Lehetetlen ugyanis a jogparancs részére egy, a többi társadalmi parancsétól eltérő feladatot, önálló, amazokétól különböző célt megjelölni. A jogparancs a többi parancscsoportok mindegyikével összefér: az erkölcsnek, vallásnak, illemnek bármely parancsa adandó esetben lehet jogparancs is. Példákat felesleges felhozni, ilyenekkel bármely tankönyv szolgál. Ez mutatja, hogy a jogparancs megkülönböztetése más osztályozási alapon nyugszik.

Ezzel ezt a megkülönböztetési alapot akár elintézettnak is tekinthetnők. Azonban a továbbiak kedvéért célszerű lesz – még némi kitérés árán is – e kapcsolatban közelebbi szemlélet alá venni azt a viszonyt, mely egyrészt a jogparancs, másrészt a többi társadalmi parancsok közt mutatkozik. Főleg irányítanunk kell e vizsgálatot a jogparancs és morálpáncs egymáshoz való viszonyára, mivel az érintkezés a kettő között a legszorosabb és leggyakorlatibb, ezért a pontos megállapítás itt a legkívánatosabb. Egyébként az itt mondandók többé – kevésbé találai fognak a vallási, illem, stb. parancsokra is.

Mindenekelőtt néhány alapvető észrevételt kell előrebocsátanom.

Először is kifogásolnom kell azt az ingadozó, pontatlan nyelvhasználatot, mellyel a morálpáncs megjelölésénél gyakran, sőt általánosan találkozunk. Morálpáncs alatt kettőt szokás érteni: 1. azt a belső sugallatot, melyet az ember lelkében érez egy adott helyzetben való miként cselekvésre vonatkozólag, 2. azt a külső direktívát, melyet körülöttünk élő embertársaink közfelfogása szab elő cselekvésünkre nézve. Ezt a kettőt szokás a morál szó átfogó köpenye alatt önkényesen cserebe-relni, holott nyilvánvaló, hogy a kettő között lényeges különbség van. Így az első értelemben veszi a morál szót Merkel (Jur. Encykl. 70. s. k. §.) s ebből vezeti le a jog és morál különbségét abban, hogy a jog az ember külső magatartására, a morál a cselekvés belső indokaira vonatkozik, s míg a jog kétoldalú valami, mely egyrészt kötelességeket, másrészt jogosítványokat állapít meg, addig a morál (és vallás) parancsai csak kötelességeket ismernek: a parancsnek „szerezd felebarátodat”, nem felel meg a másik oldalról jog erre a szeretetre. Felfogásom szerint a

morálparancs illetén felfogása akkor, mikor a morálról a joggal párhuzamban beszélünk, teljesen helytelen. A jog külső rendező hatalom; ezzel helyesen csak a másodsorban említett értelmű morált, mint szintén külső rendező tényezőt lehet egy sorba állítani. Amaz a másik morálparancs, mely a cselekvő belső lelkivilága rejtekében működik, melynek egyedüli törvényhozója és bírója az önlelkiismeret, elsikamlík minden külső megítélés alól (ha csak, ritka esetben nem vet arra egy vagy más körülmény véletlenül fényt). Nem e belső morálsugallat értékét akarom lebecsülni, csak azt akarom hangsúlyozni, hogy ennek, mint belső valaminek, a joggal, mint külső magatartást szabályozó tényezővel való párhuzamba állítása helytelen. E belső morál, bár tartalmát legtöbbször a külső, társadalmi morálból meríti, amennyiben az egyén saját morálját – egyes kivételes, emelkedett szellemtől eltekintve, – rendszerint a társadalom moráljától kölcsönzi, működésében egészen más jellegű, mint a külső morálparancs. Teljesen a cselekvő egyéni önmeghatározása lévén, voltaképpen nem is „parancs”, hisz a parancs parancsolót tételez fel, önmagának pedig senki sem parancsolhat, épp úgy, mint hogy hajánál fogva nem emelheti fel magát. Ezért az egyén belső gondolatvilága (számára szóló efféle morálparancsok: „légy becsületes, könyörületes szívű, hű”, stb. (Merkel i.m. 74. §.), lényegileg nem egyebek, mint jó tanácsok. Éppen, hogy e jó tanácsokat valamiképpen parancsokká emelje, szokta kölcsönkérni a morál a vallás túlvilági szankcióit, hogy a hozzájuk nem férő földi szankciót pótolja. Ellenben a második értelemben vett morálparancs valóságos parancs, mert megvan a társadalom visszahatásában a szankciója s amely külső cselekvésekben mutatkozván, a társadalom ellenőrzése alá is esik. A fukar gazdag, aki életmentőjének belső lelki gyötrelmek közt adja át a jutalmat, a társadalom morálja szerint cselekedett, bár szó sincs róla, hogy cselekvése a belső morálparancsnak „légy hálás jóltevőd iránt” kifolyása volna. S erre a belső morálparancsra már nem áll Merkel azon tétele sem, hogy a morális kötelességnek a másik oldalon nem felel meg jogosultság. Igenis megfelel, csupán csak hogy e jogosultság nem fix, precíz, mint a jogi igény, nincs mással biztosítva, mint a morálfenntartó társadalom együttérzésének, illetve az ellenféllel szemben való rosszallásának felhívhatásával. Az a morálparancs: „légy könyörületes”, rám nézve, ha nyomorba jutottam, bizonyos igényt állapít meg gazdag atyámfiaival szemben a támogatásra, melyet, ha ő fukaron nem teljesít, szankcióul felhívom panaszommal (lásd a *querela inofficiosi testamenti*-t!) ismerőseink körének rosszallását a kötelességmegtagadó rokon ellen. Az a kaszinói morálparancs, hogy „fizesd meg kártyaadósságodat”, a nyertes részéről a nemfizető vesztesel szemben a kaszinói igazságszolgáltatás szerint megindítható megtorló eljárásban (kigolyózás) találja a keresetet pótló szankcióját. A nyertesnek valóságos (morális) igénye (*Anspruch*) van a fizetésre e szabályok szerint.⁵ Körülbelül állanak a mondottak a belső vallásos meggyőződés és a vallás parancsai szerint való külső élésre is.

Másodszor: a morálparancsot gyakran szokás élesen elkülöníteni egyéb társadalmi parancsoktól, a szokás, illem, divat, stb. parancsaitól. Ezt az elválasztó törekvést támogatja a németeknél az ő nyelvükben meglevő külön megjelölés (Morál –

⁵ A „szubjektív” és „objektív” morál összecserélése ellen Weigelin is: Der Begriff der Sitte. Arch. f. R. u. Wirtsch. phil. 1913. (8. k.) 325. 1.

Sitte). Nem mehetek bele az idevágó nézetek ismertetésébe és kritikájába. (Lásd ezt Weigelin i. h. 324-328.) Szerintem minden kísérlet, mely lényegileg mást akar látni a morálban, mint más társadalmi parancsnemekben (*Sitte*), hiábavaló törekvés. Morál és *Sitte* között lehetetlen más különbséget találni, mint amennyit a nyelvhasználat tesz köztük, midőn a fontosabb parancsok csoportját jelzi a morál, az alacsonyabb rendűket a „*Sitte*” névvel.⁶ A különbség tehát csak *quantitativ*. Hol van a határ, azt precízen megmondani nem lehet s az a társadalom felfogása szerint változó is. Erkölc-, vallás-, illem- és divatszabályok egyébként egymásközt is összefonódva jelentkeznek. Az erkölcsre és vallásra ez szembeszökő, de ugyanez áll az illem és divatszabályokra is, melyek, ha nem egyenesen az előbbiek szolgáltatában is, de mindenesetre amazokkal összhangban állanak. (Pl. a női ruhaviselet nemcsak az ízlés, de a szemérem és nemi erkölcs kívánalmaihoz is igazodik.) Általában egy társadalom morálja visszatükrözik vallási életében, a társadalmi érintkezés formáiban, illem-, divatszabályaiban is. Az erkölcsparancs, vallásparancs, stb. megjelölés tehát csak nagyjában jelöli egy parancs tendenciájának főirányát. És ennél még ne feledjük azt sem, hogy bármilyen gonddal igyekezzünk is e társadalmi parancsokat színezetük szerint elválasztani egymástól, a most kiemelt vegyes színezetű normáktól eltekintve, még mindig maradnak színtelen társadalmi normák, melyeket egyik csoportba sem lehet beosztani. Ilyen színtelen normák pl. az ún. lényeges szokások: a szokásos időrendbeosztás, a mindennapi életrend, üzleti, látogatási órák, forgalmi szabályok („jobbra térj”, etc.) megtartására vonatkozó parancsok. Hogy ezek is valóságos parancs-jelleggel nehezednek az emberre, azt nem lehel tagadni. Gondoljunk arra, mi lenne, ha valaki pl. a hajdani római szokás szerint a hajnali órákban tenne látogatásokat! Gondoljunk a közelben életbeléptetett nyári időszámítás, a kereskedők közt közös megállapodással életbeléptetett üzleti záróórak, szocialista munkásszervezetek által megállapított munkaszervezés-szabályok, stb. kényszerítő jellegére.

Végül még egy harmadik észrevételt! Amikor a jogot a morállal összevetik, rendszerint a magán- és büntetőjognak az egyén személyi és vagyoni érdekeit védő szabályait szokás párhuzamba állítani az egyetemes emberi morálnak hasonló célt szolgáló szabályaival, ellenben nem igen szokás kiemelni azt, hogy a morál parancsai kiterjednek az egyénnek a közhöz való viszonya szabályozására is, hogy van egy állampolgári morál is, amelynek parancsai épp úgy kísérik, helybenhagyják, kiegészítik, segítik, pótolják az állampolgári jogi köteleességek rendszerét, mint az egyetemes emberi morál parancsai a magán- és büntetőjog parancsait. A közterhekben arányos részt venni, a fenyegetett haza védelmére fegyverbe állni, a törvényeknek, hatóságoknak engedelmeskedni, működésüket előmozdítani, esküdtbírói szolgálatot teljesíteni, tanúskodni, stb. nemcsak jogi, de morális köteleesség is. Ez az állampolgári morál az, melyet az emberiség legnagyobbjai, egy Szókratész, Krisztus, az apostolok, stb. hirdettek. Ez az állampolgári morál rendszerint

⁶ Weigelin i. h. 326. – Pulszky Á. (A jog- és állambölcs. alaptanai, Budapest, 1885. 249. 1.) az erkölcsöt szintén úgy fogja fel, mint amely a másik három parancsnem (vallás, jog, illem) mindazon mozzanatait egyesíti, amelyek mint egyszersmind észszerűen múlthatatlanok, és mint az ember fogalmához mértén fontosnak fogatnak fel...

épp úgy párhuzamosan halad az állampolgári joggal, mint ahogy az általános emberi morál rendszerint kíséri a magán- és büntetőjog szabályait, de a kettő épp úgy, mint amott, el is térhet egymástól. Az állampolgári morál megengedhet oly magatartást, melyet a tételes jog tilt, parancsolhat olyat, melyet az nem rendel. A fináncot kijátszani a kevésbé finom állampolgári érzékkel bíró nagy tömeg morálja előtt ma sem szégyen, az ötvenes-hatvanas években egyenesen virtus volt, s megfordítva, adót fizetni egy párt-obstrukció előidézte exlexben a józan felfogású polgárnak morális kötelessége volt, katonai szolgálatba állani a fegyverképes angol állampolgárra nézve védkötelezettség hiányában is morális kötelességnek tekintett, épp úgy, mint nálunk hadikölcsönre jegyezni tehetség szerint, sőt azon felül is. Eppen, mint ahogy egy „gavallér” párbajozik minden büntetőkódex ellenére is és fizeti kártyaadósságát, habár az nem perelhető is.

Nézzük most már közelebbről a jogparancs és morálparancs különbségét.

A kettő egymáshoz való viszonyára nézve azt szokás tanítani, hogy a jog és morál egyugyanazon célra tör ugyan és ebben egymást támogatja is, de alapjában véve a jog a moráltól különbözik. A két parancsrendszer két külön világ, melynek egyes részei találkoznak ugyan, de anélkül hogy a kettő egybeolvadna.⁷

Ez a felfogás nézetem szerint alapjában téves.

A jogparancsrendszer nem párhuzamos, hanem a morálparancsrendszerrel egybeeső, azzal nagyban-egészben azonos társadalmi normakör. E kettő nem két dolog, hanem egyugyanazon dolognak két fokozatban való megnyilvánulása.

E megállapítás első pillanatra ellenkezni látszik a tényekkel. Egész sereg jogszabály van, melyet – úgy látszik, hogy nem fed morálszabály és megfordítva. Mi köze volna annak a jogszabálynak, hogy a fellebbezést hol, mennyi idő alatt, hány példányban kell beadni, vagy, hogy a külföldről behozott dohány vámföntja után hány aranykrajcár vámot kell fizetni, stb... mi köze volna ennek a morálhoz!? És viszont a morálnak számos tétele nem kelt visszhangot semmiféle jogszabályban.

E szemléletmód azonban nagyon felületes. Az a jogparancs, mely a fellebbezés beadásáról, a dohány behozatali vámjáról rendelkezik nem önálló jelentőségű jogparancs, hanem csak tizedleges vagy húszadlagos részletkifejtése annak a parancsnak, hogy „adós fizess”, illetve, hogy fizetésekképességed szerint járulj a közterhekhez. Ha ama tizedleges részlettel visszavisszük az alapparancsra, melynek hajtása rögtön szembetűnik a részletben elhalványult morális tartalom. De még tovább kell mennünk. Maga ez a parancs is: „adós fizess”, „járulj a közterhekhez” nem a végső alapparancs, hanem ez is csak részletezése annak a legmélyebben fekvő, egyetlen jogi alapnormának: „élj úgy, ahogy a társadalom békés harmóniája és sikeres együttműködése megköveteli”. Ez az, amit Ulpianus – már maga is kissé részletezve – a jog lényegéül feltár (D. 1. 1. 10.): *Juris praecepta haec sunt: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Ez az alapnorma pedig teljesen azonos jognál és erkölcsnél. Ezt támogatja az államban szervezkedett társadalom jogi normarendszerének minden tétele, amint másfelől ennek kifejtése a társadalom morálrendszerének minden parancsa.

⁷ Szász-Schwarz: Parerga 3. Kohler. Arch. f. R. u. Wirtsch.-Phil. 1916. 397.

Jog és morál tehát alapjában és egészében azonos, egységes valami. Ezen nem változtat az, hogy a részletekben a két normakör szabályai között eltérések, sőt összeütközések is lehelnek (párbaj, kártyaadósság, etc.). Ennek magyarázata rendszerint az, hogy a társadalom morális felfogása nem egységes, s a jog, mely az egyik felfogáshoz, talán a kisebbségihez, csatlakozod, ezzel szükségképpen szembe kerül a másikkal, (pl. párbaj). Bár lehet az is, hogy az egységes társadalmi morállal helyezkedik szembe a jog, pl. egy despota, egy hódító joga. Ez az utóbbi azonban szemmel láthatólag abnormális, beteges állapot, mely a mi tételünket nem ronthatja le. Rendes viszonyok közt, egészséges társadalomban jog és morál szükségképpen azonos.

Jog és erkölcs viszonyára teljesen ráillik az, amit Szászy-Schwarz oly találóan ír a törvényjog és szokásjog egymáshoz való viszonyáról (Parerga 64. I.): „A szokásjog, ha a törvény szankcionálja, ezáltal saját erején kívül a törvény erejére is támaszkodik: a szokásjog ilyenkor törvényjoggá is lett. Viszont valamely törvénytétel hosszú alkalmazás folytán oly állandó gyakorlattá lehet, hogy idővel már nemcsak azért követik, mert a törvény parancsolja, hanem azért is, mert szokássá vált: ilyenkor a törvényjog egyúttal szokásjoggá is lett”. A morálparancs is, ha a jog szankcionálja, azért mert jogparancssá is lett, nem szűnik meg továbbra is morálparancs lenni, és viszont a jogparancs, ha a társadalom azt befogadja, morálparancssá is válik, bár természetesen marad továbbra is jogparancs.

Csak a jog és morál egymáshoz való viszonyának illetően felfogása képes helyesen megmagyarázni a szokásjognak a törvényjoghoz való viszonyát, a szokásjognak a törvénnyel egyenlő érvényét, sőt törvényrontó erejét. A szokásjogi parancs ugyanis nem más, mint egy oly morálparancs, melyet a társadalom az erre hivatott törvényhozó szerv megkerülésével emelt jogparancssá. A jogparancsok keletkezése ugyanis kétféle úton-módon történhetik. Lehet, hogy egy, az életviszonyok által megkívánt parancsot előbb a szervezetlen társadalom morálparancsként érlel meg és a társadalom nyomása kényszeríti a törvényhozót, hogy e parancsot jogparancssá emelje. Ha pedig a törvényhozó netalán késlekednék, akkor megteszi a jogparancssá emelési maga a szervezetlen társadalom a szokásjog erejével. Lehet azonban, hogy megfordítva: előbb a törvényhozó léptet életbe egy parancsot jogparancsként, melyet aztán, ha beválik, a társadalom magáévá tesz, morálparancsként is befogad. (Ez utóbbi módon mentek be az állampolgári moráltudatba nálunk az 1848-iki törvényhozás jogegyenlősítő törvényei.) Egy új jogszabály élete azonban mindig attól függ, hogy a társadalom morálja befogadja-e. Ha nem, akkor azt a morális közvélemény ereje *desvetudba* hajtja vagy helyét törvényrontó szokás útján más parancssal pótolja. Íme, ami egészséges társadalomban a törvénynek az életérőt megadja, az az, hogy a törvény tartalma a társadalom moráljából fakad, s ami a szokásjognak a törvénnyel egyenlő, sőt azt lerontani tudó erőt kölcsönzi, az az, hogy a szokásjogban, épp úgy mint a törvényjogban, a társadalom morálparancsa tör fel érvényesülésre, csupán csak, hogy nem rendes utón (törvényhozás), hanem a törvényhozó megkerülésével. Mindkét féle jogban a tartalom azonos, csak a létrejövétel külsősége más. Az egyik a társadalom moráljának – mondhatnók – törvényes, a másik törvénytelen gyermeke, a vérbeli kapocs azonos.

Vagyis a viszony jog és erkölcs között ez: a jogparancs mindig erkölcsparancs is, mert ha nem az, ha a társadalom erkölce nem fogadja be, akkor kérelmelhetetlenül elsorvad. A kettő közt ellentét csak beteges viszonyok között lehetséges és csak ideig-óráig tarthat. Viszont azonban megfordítva nem áll a tétel. Az erkölcsparancs a maga rugalmasabb, finomabb lényénél fogva túlterjedhet és túl is terjed azon a területen, ahova a jog a maga nehézkes eszközeivel befér. Minden civilizált társadalomban vannak a társas életnek olyan megnyilvánulásai, melyekhez a jogi szabályozás nem férközhet.

Azaz a viszony így áll: a jogparancsnak önálló tartalma soha sincs. A jogparancs tartalma mindig egy morálszabály, (esetleg vallási, divat-, illemszabály, vagy színtelen társadalmi parancs) illetve egy morálszabálynak részletező kifejezése, mely utóbbi esetben könnyen lehet, hogy a morális színezet a részletezésben elvész. Egy csepp víz színtelen, a tenger kék. Pedig nyilvánvaló, hogy a csepp vízben is az ég azúrja tükrözik. A jogiság tehát a parancsnak nem tartalmát, hanem formai minőségét jelzi. Jogi tartalom nincs, csak jogi forma van. A jogparancs nem más, mint egy bizonyos formát öltött morális (esetleg vallási stb.) parancs. Teljességgel lehetetlen jogi és egyéb társadalmi parancsok között tartalmi különbséget találni.⁸ A *honeste vivere* (erkölcsparancs) mindig magába öleli az *alterum non laedere, suum cuique tribuere* jogi parancsait.

Ez a forma, ez a külső megjelenés adja meg tehát a parancsnak a jogi jellegét, ez lesz a parancs jogiságának kritériuma. Kérdés, miben áll ez a forma?

Az elválasztó kritériumot jogparancs és más társadalmi parancsok közt irodalmunkban Szászy-Schwarz (Parerga 4-5.) szemmeláthatólag Thon gondolatmenetére támaszkodva, abban látja, hogy a jogállami parancs, az erkölcs stb. parancsa társadalmi parancs. Ez a felfogás azonban nem helytálló és pedig két okból. Először, ha a mai állapotra nézve igaz is, mint ahogy szerintem is igaz, hogy a jog kizárólag az államhatalomtól ered,⁹ ez nem szükségképpen van így, hanem ez csak

⁸ Jhering: Zweck i. R. I. 331. Szászy-Schwarz: Parerga 4. felvesz ily tartalmi különbséget Merkel (Enc. 70–71. §.), azonban ő a morált a belső morál értelmében veszi, amit visszautasítottunk.

⁹ Ezt a tételt nem rontja le a szokásjog léte. A szokás ugyan hajdan, mielőtt az állam, a jogalkotást és jogkiszolgáltatást monopolizálta volna, önálló (sőt eredetileg egyetlen) forrása volt a jognak, mióta azonban az állami jogmonopólium fennáll, a szokásjog csupán a törvényhozó nyílt vagy hallgatólag engedélyének köszöni nem ugyan létét, de jogi kötelező erejét. A szokásjog kérdése körül forgó vita (1. az irodalmat Windscheid-nál: Pand. I. 13. §. 1. j. és Szászy-Schwarznál: Parerga 58. s. k.) a kérdés helytelen felállításából nyer tápot. Nem az a kérdés: miért van szokás, hanem az, hogy a szokásbeli szabály jogi jellegét honnan veszi? Állami jogmonopólium mellett nyilván a törvényhozó engedélyéből. Az okos törvényhozó ugyanis, belátva, hogy semmiféle előleges körütekintés az életet ki nem meríteti, elvként elfogadja jogszabályul azt, amit a szokás produkál. (Blanketta-törvény.) Ha pedig egy törvényhozó az ellenkező álláspontra helyezkedve, a szokásjogot eltiltja, akkor, feltéve, hogy a tilalmat keresztül is tudja vinni, a szokás csakugyan nem fog bírni jogi jelleggel. Ha pedig a tilalmat nem tudja keresztülvinni, ez azt jelenti, hogy a jogi szabály (a tilalom) alulmaradt a nemjogi (erkölcsi) szabállyal való harcban s az utóbbi vált joggá. Ez egy csendes, részleges forradalom, mert hisz mi egyéb a forradalom, mint a társadalom morális felfogásának győzelme a fennálló jogi berendezkedésen a jogváltoztatás előírt formáin kívül. (Épp úgy, mint a rothadás, rozsdásodás ugyanaz az égési folyamat, mint a lánggal-égés vagy dinamitexplozió.) Szászy-Schwarz (i.m. 59.) önmagával némileg ellenlétnben (v. ö. i.m. 4. lap. 2. bek.) szintén a szokásjog érvényének a törvényhozó engedélyéből való levezetése ellen nyilatkozva, azt a példát hozza fel: „Azért, hogy a szomszédomat agyonüthetném, még nem vagyok oka az ő életének”. A példa, a mondottakból láthatólag rossz. A helyes példa ez: Ha a szomszédom hívatlanul megjelenik az én névnap vacsorámon és én megmarasztom: a vacsorán való részvételének

egy adott helyzet. Mindenki tudja, hogy régente, minden nép ősjogában, a jog nem volt állami vagy nem kizárólag állami volt, s viszont lehet idő, mikor ismét nem lesz kizárólag állami, ha t. i. a nemzetközi jog túlnő az állam keretein (L. alább.)

Másodszor még a mai állapot mellett sem fogadható el az államiság a jogot az erkölctől elválasztó kritériumul, mert téves az a beállítás, hogy a jog kizárólag állami, az erkölcs kizárólag társadalmi jelenség. Ez az elválasztás nem lehetséges. A jogra már fentebb kimutattuk, hogy az nemcsak állami, hanem társadalmi tényezőktől nyeri erejét, most megfordítva hangsúlyoznunk kell, hogy az erkölcs sem kizárólag társadalmi, hanem állami jelenség is. Az állam először is magáévá tesz erkölcsi, vallási parancsokat is, azokat tanintézetek, egyéb intézményei, hatóságai, kiadványai, esetleg államegyháza által propagáltatja anélkül, hogy ezen, az állam által felkarolt morális és vallásparancsok jogparancsokká válnának. De az állam egyenesen maga is bocsát ki ilyen eljárási szabályokat, melyek nem elég alkalmasak arra, hogy a jogparancs precíz, tételezett formájába volnának önthetők. A közegészségi törvény jogi parancsoló rendelkezései mellett ott vannak a kormánynak füzetekben, falragaszokon terjesztett, iskolákban tanított utasításai, pl. a tüdővész, kolera elleni védekezésről, a mezőgazdasági törvény rendelkezései mellett a gazdaságnak szóló felhívások okszerű mezőgazdasági eljárások követésére, állati, növényi betegségek ellen való védekezésre, stb. Gondoljunk aztán az állami jutalmazások rendszerére. Minden egyes állami jutalmazás mögött egy jogparancsra emelkedni nem tudott állami direktíva áll. A hős katonának adott érdemkereszt, a kitűnő tisztviselőnek, érdemes iparosnak, stb. adott rendjel azt az állami parancsot fedi: „Légy hős”, „Teljesítsd legjobb erődből hivatalos, illetve polgári kötelességedet” (A parancs megfordítottja: „ne légy gyáva”, „ne légy hanyag”, a katonára, tisztviselőre nézve már jogparancs is, az iparosra még nem!) Természetesen mindezen parancsokban is állami és társadalmi jelleg összeolvad, úgy, hogy nehéz a parancs eredetét határozottan az állami tényezőket megjelölni, bár hisz ránk nézve nem is a parancs eredete a fontos, hanem az, ami kétségtelen, hogy ezeket az állam is magáénak vallja. Vannak azonban olyan morálpárancsok is, melyeken az állami eredet jobban kimutatható, vagy éppen szembeötlő, pl. ilyen az oroszországi pánszlávizáló törekvés, az angol bojkott-irányzat német árukra (*made in Germany*), a hazai ipar pártolására irányuló propaganda, patronázs-mozgalom nálunk, stb. Tisztán állami morál pl. pénzügyi kihágások feljelentésére, csempészet megakadályozására való buzdítás. (Természetesen mind e célokat az állam jogszabályokkal is igyekszik szolgálni, de ahol ez már sikeresen nem megy, ott morálszabályokat is felhasznál.)

Téves tehát Szász-Schwarz azon állítása: „A jogszabályokat az állam állítja fel, az illem- és erkölcsszabályokkal a társadalom.” Nem áll ez sem úgy, ha a felállítja szónak azt az értelmet adjuk: létrehozza, megteremti, sem úgy, ha azt értjük alát-

bizonyára oka az is, hogy ő odajött, de kétségtelenül oka az is, hogy én nem utasítottam ki. Sőt ránk nézve ez utóbbi a fontosabb ok. A szokás is van a törvényhozó megkérdése nélkül, de hogy, a jogi rendezésben szóhoz juthat, az a törvényhozó engedélyétől függ. E nélkül volna az, ami: erkölcsi tényező.

ta: megvalósítja, fenntartja. Az első szembeszökő. A legalapvetőbb jogi normákat: „ne ölj, ne lopj, ne bánts a másét, fizess adósságodat”, nem az állami törvényhozó találta ki, hanem jogként vette át már a szokástól. Viszont az erkölcsszabályok számos új normával gyarapodtak azáltal, hogy az állam bizonyos magatartást rákényszerített polgáira, akár jogszabály formájában, mely aztán lassan morálszabállyá erősült, akár egyenesen morálszabályképp. De nem állhat meg a tétel úgy sem, hogy a jogot az állam tartja fenn, a morált a társadalom, ilyen elválasztás látuk, nem lehetséges. Ez csak arra, a lentebb beteges állapotnak minősített esetre talál, mikor az állami jogot egy, az egész társadalom közmeggyőződésével hadilábon álló halalmi tényező (despota, hódító) tartja fenn. Itt a jog csakugyan csupán az államhatalom birtokosán nyugszik, a morált a társadalom felfogása képviseli. De világos, hogy ez az eset a legkivételesebb s épp oly világos, hogy mikor a jog kritériumát keressük, ily abnormis esetre nem lehet építeni.

Összefoglalva, eredményünk az, hogy az államiság nem lehet a parancs jogi voltának kritériuma, először, mert csak akcidentális tulajdonsága az a mai jogparancsnak, másodszor, mert még így sem kizárólagos, hanem számos erkölccsparancssal közös tulajdonsága.

Felfogásom szerint a jog és erkölcs közti különbséget nem lehet másban találni, mint abban, hogy a jognak biztosított, szervezett és feltétlen ható erővel megvalósított kényszerszankciója van, az erkölcsnek pedig ilyen nincs. Az erkölcs szankciója az azt fenntartó társadalmi (vagy állami) tényezők részéről való szabályozatlan, határozatlan, ingadozó visszahatás: egyfelől dicséret, elismerés, méltánylás, jutalmazás, másfelől rosszállás, gáncs, megvetés, lenézés, legsúlyosabb esetekben kiközösítés, vagy spontán, szervezetlen erőszakkal való megrendszabályozás (*lynch*).

Ennek a gondolatnak egy részét, nevezetesen a joggal kapcsolatos kényszer-elemet emelte ki hatalmas erejű fejtegetéseivel Jhering (*Der Zweck im Recht*, I. köt. VIII. fejelet 10.). Az ő megállapításai e tekintetben – nézetem szerint – minden támadással szemben, (melyek egyikére-másikára alább még visszatérünk) megdöntetlenül állnak. Jhering felfogása ellen legfeljebb egy kifogás emelhető, az, hogy az nem teljes. Jhering a kényszer szükségét emeli ki meggyőző erővel, de emellett háttérbe szorult tárgyalásaiban a másik, szintén fogalomalkotó fontosságú elem: a kényszerszankció szervezettsége, fix, precíz volta. Ez elemnek fontosságát nem nehéz felismerni. Ennek bővebb taglalásába azonban itt nem szándékozom belemenni, egyrészt, mert már eddig is messzire nyúlt kitérésemet még messzebb vinné, másrészt, mert magam is a Jhering által kiemelt kényszer-elemet tartom a főfontosságúnak, ami mellett céljaimhoz képest e másik fogalmi kellék felvétele további bizonyítás nélkül is megállhat.

Vagyis röviden: jogparancs egy oly parancs, melynek megtartása állandó, szervezeti, fix kényszerszankcióval van biztosítva. Minden más parancs, mely e tulajdonságok bármelyikével nem bír, nem jogparancs.

III. Az olvasó talán kissé hosszadalmasnak tartja azt a kerülő utat, melyen át a jogfogalom e meghatározásáig eljutottam. Azt hiszem azonban, hogy ha figyelembe veszi azt a súlyos következményt, mely e meghatározásból szerintem megke-rülhetetlen kényszerűséggel folyik, meg fogja érteni, hogy e következmény levonása előtt még egyszer, mintegy az utolsó pillanatban is, szemlét tartottam az összes

lehetőségek felett. Ez a következmény ebben áll: Ha igaz az, hogy a jog kritériuma a fentebb körülírt kényszerszankcióban rejlik, akkor azok a szankcióatlan alkotmány-jogi tételek, melyek körül tárgyalásunk forog, nem jogparancsok.

E következmény oly súlyos, hogy mielőtt tovább mennék, még foglalkoznom kell egy nagyon tekintélyes helyről, Thon (*Rechtsnorm und subjectives Recht* 5-11. l.) részéről jött ellenvetéssel, aki a jog fogalmának a kényszerre alapítása ellen energikusan tiltakozik. Annál inkább kell ezt tennem, mert Thon eszmemenetét újabban hazai jogtudományunk egyik kiválósága Szász-Schwarz is magáévá tette. (Parerga 12-13., Új irányok 136. s. k.)

Thon így érvel: Az úgynevezett jogi kikényszerítés, mely a normaszegést követi, nem áll egyébből, mint új normák életrehívásából vagy régi normák megszüntetéséből. Az első tételt: „ne lopj”, követi egy második, a bíróhoz intézve: „ítéld el a tolvajt”, s ha netalán a bíró is ellenszegülne, egy harmadik, a bíró fegyelmi hatóságához intézve és így tovább, egy negyedik, ötödik, míg végül a láncolat végződik valahol, az állam legfőbb szervénél, ahol természetesen további norma többé nem követheti az előzőket. Ilyenformán minden norma végeredményében egy szankcióatlan normán nyugszik, amiből folyik, hogy a szankció, a kényszer, nem lényeges kritériuma a jog fogalmának

Thon érvelése nagyon szellemes, de csak részben igaz. Igaz t. i. csak annyiban, amennyiben a jog működésének, a szankció alkalmazásának módját leírja, de teljesen téves az a következmény, melyet ebből levon, az t. i., hogy tehát, mivel minden norma végső tagozatában egy szankcióatlan normán nyugszik, maga a szankció, a kényszer, nem lényeges alkatrésze a jognak. Thon ugyanis teljesen figyelmen kívül hagyja azt a hatalmas súrlódást, nehézkedési tényezőt, mely a jelzett normaláncolat egyes szemei között a valóságban mutatkozik. Nézzük csak, hogy működik ez a láncolat az életben! Az első tételt: „ne lopj”, követi a második: „bíró, ítéld el a tolvajt, végrehajtó közeg hajtsd végre az ítéletet”. Milliő esetre alig fog egy is esni, mikor a bíró, a végrehajtó közeg szándékosan, – mert hisz csak ez jöhet itt figyelembe, – megtagadja az engedelmisséget a neki szóló második normának. És ha akad is normaszegő bíró vagy végrehajtó: az elképzelhető legkisebb valószínűség szól amellett, hogy a fegyelmi hatósághoz szóló harmadik, negyedik, stb. parancs is siket fülekre találjon, s a folyamat eredménytelenül végződjék az utolsó, már eleve szankcióatlan normánál. És ha előáll ez az eset – száz-kétszáz évben egyszer! – ez a forradalom, a jogrend felbomlása, ami kétségtelenül lehető, de egy oly lehetőség, melynek fennforgása miatt nem lehet az állami gépezet kényszerítő erejét tagadásba venni, nem lehet azt mondani, hogy a jog nem kényszerít, mivel hogy csak parancsokat bocsát ki. Igaz, az, hogy a gyilkos halállal lakol, nem oly közvetlen folyománya az ő tettének,¹⁰ mint ahogy az elektromos áramvezeték megérintése előidézi az érintő halálát, de a bizonyosság – emberi számítás szerint és az emberi gépezet tökéletlenségét leszámítva, – épp úgy megvan amott is. Egy közönséges példával legyen szabad kísérnem Thon érvelését. A kötél tudvalevőleg úgy készül, hogy a folytatólagosan egymás mellé helyezett kenderszálakat a mun-

¹⁰ V. ö. Thon i.m. 8. lap: „...die Hinrichtung des Mörders ist keineswegs die Reehlsfolge des Mordes. So wenig das Gesetz das Verbrechen zu hindern vermochte, so wenig vermag es an den Mord ohne weiteres den Tod des Thaeters zu knüpfen...”

kás egyszerűen, minden ragasztóanyag vagy más efféle hozzáadása nélkül fonallá, a fonalakat kötéllel sodorja. Egyik kenderszál fogja le másikat. A legutolsó szálakat nem fogja semmi, mindössze a munkás ezeket bizonyos fogásokkal eligazítja, hogy szét ne bomoljanak. Ha a végét megkeresem a kötélnek, nehézség nélkül szétbonthatom azt szálaira. Ki fogja azt mondani mégis, hogy az, akit ezzel a kötéllel megkötöttek, nincs megkötve, hogy a kötél nem szorít, mert hogy ha a végét sikerülne megbontanom, szálaira volna szétszedhető? Ez a súrlódási tényező az, melyet Thon figyelmen kívül hagy. Ez pedig valóságos realitás. Az a tolvaj, az az adós, aki arra számítva szegné meg a jogi parancsot, hogy forradalom is van a világon, amely végső elemzésben a tulajdont védő, a fizetést rendelő norma feje felett is lebeg, nagyon pórul járna! Az a kényszer, melyet a jogi normák felkelteni tudnak, és pedig teljes emberi bizonyossággal tudnak: untig elegendő arra, hogy azt a jog alkatelemei közé skrupulus nélkül felvehessük.¹¹

Itt áll tehát előttünk a következmény rendületlen valóságában: ha a kényszer lényeges eleme a jognak, akkor a szankcióatlan alkotmányjogi normák nem jogparancsok.

Jhering, mint érintettük, kidomborítva a kényszert, mint a jog lényeges tényezőjét, e következmény alól abban keres kibúvót, hogy ezt a kényszert meglevőnek mondja a szóban forgó tételeknél is. Csupán annak organizációját ismeri el hiányosnak. *„Die Organisation des Zwanges kann hier mit der Rechtsnorm nicht gleichen Schritt halten, letztere trägt begrifflich ganz dieselbe Gestalt an sich und erhebt praktisch denselben Anspruch unweigerlicher Befolgung wie überall, aber der Zwang bleibt hinter der Norm zurück...“* (I.m. 325. l.) Azonban ez sem kielégítő magyarázat. A kényszer, mely elmarad a norma mögött, egyszerűen nincs. Ha én, el akarva utazni hazulról, lekéstem a vonatról, épp úgy otthon vagyok, mintha el sem akartam volna utazni. Jhering a kényszer „hátramaradását” a norma mögött úgy képzei, hogy az nem tökéletes, szabályozott, szervezett, abszolút erejű alakjában mutatkozik, mint ahogy ezt az állami kényszernél látjuk, hanem az ősi, tökéletlen formájában, a szabályozatlan, szervezetlen erőszak, az önhatalmú jogérvényesítés formájában lép fel. (a nemzetközi jogban háború, emitt forradalom). „Ha valaki, mint ahogy én is, – folytatja Jhering, – nem riad vissza attól, hogy visszadatálja a jog létét az önhatalomnak és az ököljognak minden nép által valamikor átélt korszakába: akkor annak nem lehetnek kételyei, hogy ítélje meg a fenti jelenségeket”. A párhuzam valóban logikus és megvesztegető. Azonban ha valami, akkor éppen a normatan az, amely meg kell, hogy győzzön arról, hogy e kérdésben csakis a Jheringével ellentétes álláspontot foglalhatjuk el, azaz a jog lé-

¹¹ Azt is szokás mondani, hogy „a jog nem mérítheti létét abból mintegy *ex post*, hogy megsértik, ami nélkül pedig a kényszerrel való helyreállítás jelensége föl nem merülhet.” (Grosschmid: Magánjogi előadások 3-1. l.) Igazán nem minősíthetem másnak ezt az érvelést, mint félreértésnek. A jogparancs nem akkor születik meg, mikor valaki megsérti és ezzel a szankció tényleges alkalmazását kihívja, hanem akkor, mikor az állam kibocsátja azzal a nyomatékkal, hogy „ha pedig valaki e normát megsérti, akkor ilyen és ilyen szankciót fogok alkalmazni”. Elvégre képzelhető olyan norma is, melyet soha senki sem sért meg. Viszont igen gyakori, hogy a norma megsértetik, de a szankció valami okért (a tettes szökése, ismeretlensége stb.) elmarad. A sértés azért marad jogsértés. Nem a szankció tényleges alkalmazásán, hanem az azzal való és adandó esetben (emberi biztossággal) be is váltandó megfenyegetettségen van a súly.

tét mindkét párhuzamos esetben tagadnunk kell. A jog annyi, mint parancs. Parancs pedig csak a cselekvőn kívül álló tényezőtől jöhet. Amíg tehát egy oly, a parancs-adresszátusztól különböző tényező nincs, mely a jognak Jhering szerint is lényeges két elemét: magát a normát és az ennek biztosítására szolgáló szankciót meg nem teremti és meg nem valósítja, addig jogról beszélnünk nem lehet. S amint fentebb kizártuk a társadalmi parancs fogalmából a csupán a cselekvő belső erkölcsiségében működő erkölcsparancsokat, épp úgy ki kell zárunk a szankció fogalmi köréből a cselekvő saját belátásán nyugvó bosszúakciót, egyrészt, mert ennek mértéke, bírása a cselekvőn kívül nincs, másrészt mert hatályossága teljesen a felek erőviszonyaitól függ. Jogparancsokat csakis a felek felett feltétlen erővel kiemelkedő tényező hozhat létre. Kétségkívül az önhatalom nagyjában ugyanazt a célt szolgálta abban az őskorban, melyet ma az állami szankció szolgál, de azért az önhatalom egyáltalában nem azonos a mai jogkikényszerítéssel. A kellőt azonosítani épp oly beszédmód, mint azt mondani, hogy a teve a sivatag hajója, a kézirat-másoló barát a középkor könyvnyomdása. Majd ha Arábia sivatagjain a mai karavánutakon vasútvonalak épülnek, ilyen szabadsággal el lehet mondani, hogy a gőzmozdony elődje ez utakon a teve volt, de nyilvánvaló, hogy azért a teve nem gőzmozdony!

Egyébként az ősi jog jogiságának kérdésére alább még részletesebben visszatérünk.

Hogy e szankcióatlan alkotmányjogi normákat, dacára annak, hogy mögöttük, mint Jhering is beismeri, a kényszer „elmarad”, mégis mi alapon lehessen jogi normának tekinteni, arra Jhering két okot hoz fel: először, „mert az egész intézmény, melynek ezek csak kis részét alkotják, jogi jellegű”, másodsor: „mert ezek a törvényhozás intenciója szerint ugyanazt az ellentmondás-nélküli megtartást és érvényt igénylik, melyek az összes többi normáknál kényszer útján valósíttatnak meg”.

Egyik érvnek sincs súlya. Ami az elsőt illeti, az az intézmény, melynek egy részét e normák alkotják, t. i. az állami rend fenntartására szolgáló normarendszer, tartalmilag különféle színezetű (morális, vallási, illembeli, stb.) vagy színtelen normákból áll. E normák egy része, tegyük hozzá: nagyobb része, jogi formát kapott azáltal, hogy kényszersmegvalósítással, mint szankcióval láttatott el, legyen bár tartalma akármilyen színezetű. Legtöbbször morális parancsok (az állampolgári vagy ált. emberi morál parancsai) lesznek ezek, de vannak vallási (koronázás, kir. eskü), illembeli (cím-, címer-, zászlóhasználat, „Felség” megszólítás, stb.) és vannak színtelen parancsok is, (pl. hogy a költségvetési év mikor kezdődjék, etc). Bármelyik nyerhet jogi jelleget az említett módon. Ha ez a mód nem adatik meg, akkor a parancs marad az, ami volt. S ezzel adva van a kérdésben forgó szankcióatlan államjogi parancsok mineműsége: azok nagyjára morálparancsok, esetleg vallás-, illemparancsok, stb. Az, hogy mi, mivel e parancsok túlnyomó része jogi jellegű, megszoktuk, hogy azok összegét jognak nevezzük, ezen nem változtat semmit. Az igazi jogparancsok közé, tartalmi közösségük révén, befoglalunk morális, vallási, illemparancsokat, stb. is. Természetesen ezek is részei a rendszernek, habár nem jogparancsok. Egy példa megvilágít. Egy természettudós könyvet ír – teszem – az elektromosságról, összegyűjti az elektromosságra vonatkozó észleleteket, s ezeket

rendszerbe foglalja. Kutatásai során egyszer elérkezik a legalapvetőbb kérdéshez: mi hát az elektromosság. Erre közvetlen észlelete nincs, felállít tehát egy hipotézist. E hipotézis része lesz az ő (észleleteit összefoglaló) tudományos rendszerének, de azért a hipotézis nem észlelet.

Még kevesebbet mond a másik érv. Az, hogy a törvényhozás intenciója szerint e parancsok jogi parancsoknak vannak szánva, még nem jelenti, hogy valóban azok is. Az intenció és a megvalósítás két dolog. Ha én balladát akarok írni, de a poéma, melyet írtam, nem felel meg a ballada fogalmának, az legjobb igyekezetem dacára sem lesz ballada. Ha a törvényhozó a parancs jogiságának feltételeit nem tudja megteremteni, akkor a kibocsátott parancs nem jogparancs. Itt vége a törvényhozői mindenhatóságnak. Inkább lehetne azt mondani, hogy abban, hogy e parancsok valódi természete már eddig is általánosan fel nem ismertetett, a jog tudományos magyarázóinak az az intenciója a főtényező, hogy e parancsok valódi lényegének eltakarása, azoknak jogparancsokul feltüntetése által e parancsok tekintélyét növeljék. Azonban ez először is nem tudományos álláspont, másodszor e törekvés feledi, hogy a parancs súlya nem attól függ, hogy az jog- vagy morálparancsnak minősül-e. Minden tankönyv szolgál példákkal arra, hogy a szervezetlen erkölcsparancs sokszor erősebb a jogparancsnál (párbaj etc.).

Ezzel kapcsolatban még egy megjegyzést. A jogról itt vallott felfogás bizonyára nem fog helyeslésre találni sokaknál, kik a jogban egy bizonyos önálló létű szellemi tényezőt, egy „élő hatalmat” látnak, mely az emberekben belsőleg él, amelynek eszméje benne gyökerezik a társas együttlétben, stb.¹² E felfogásnak a mi fogalomhatározásunk bizonyára nem felel meg. Azonban e nézet követői egy alapvető tévedésben vannak. Fent láttuk, hogy lehetetlen jog és egyéb társadalmi parancsok között tartalmi különbséget tenni. Az, ami a jogot joggá teszi, tehát nem a tartalom, hanem a forma. A jog formájában – mint láttuk – a legváltozatosabb tartalom elfér, a legfelségesebből a leghétköznapiig. Már most az az „élő hatalom” bizonyára nem a formában, hanem a tartalomban rejtőzködik. Azt a jogszabályt, hogy a fellebbezést 15 nap alatt két példányban és egy felzettel kell beadni, hogy a dohány vámfontja után ennyi és ennyi aranykrajcár vám jár, bizonyára a „jogeszme” legrajongóbb híve sem fogja „élő hatalomnak” tekinteni, hanem annak tekinti a társas élet létfeltételeit magukba foglaló alapnormákkal. Ezek a normák pedig tartalmuk szerint morálparancsok. Vagyis az, ami a jogban „élő hatalom”, az a jogparancs hüvelyében rejlő morális tartalom. Ez azonban élő hatalom akkor is, ha jogi hüvelyt nem nyer, amint ezt az éppen most tárgyalt szankcióatlan alkotmány tételek legfényesebben illusztrálják.

IV. Hosszasan foglalkoztunk a szankcióatlan államjogi tételek jogiságának kérdésével, de szükség volt ezt tennünk, mert ez az a pont, melyen az egész kérdés megfordul. Ha ez alkotmányjogi tételek lehetnek – szankcióatlanul is – jogtételek, akkor lehet jog a nemzetközi jog is. Vizsgálatunk eredménye íme az, hogy a szóban forgó

¹² V.ö. pl. Grosschmid: Magánj. előad. 1-2. és 7.1.: „A joguralom alapeszméje emberi lényünkkel adott felsőbb isteni sugallat, mely ekként önönmagán nyugszik, miként az égi testek rendszerében az állócsillag”.

tételek nem jogtételek. S ezzel a nemzetközi jog jogiságának szerintem legnyomósabb argumentuma elesett.

De e vizsgálat haszna nem merül ki e negatív megállapításban: a fentebb elmondottak megadják a pozitív útmutatást is a nemzetközi jog problémájának eldöntésére, melynek birtokában most már röviden és egyenesen megadhatjuk a feleletet arra a kérdésre, hogy mik hát a nemzetközi jog parancsai, ha nem jogparancsok? Az elmondottakból világos, hogy nem egyebek, mint egy, a kultúremberiség egyetemet átfogó morál, egy világpolgári morál parancsai. Mint morálparancsok, ugyanazzal a szankcióval lépnek fel, mely a morálparancsoknak általában sajátja: a morált fenntartó társadalom szervezetlen kényszerével, mely a morállelens magatartás elítélésében, rosszallásában, megvetésében, a tett felett való közfelháborodásban, a morálsértőtől való visszahúzódásban, annak a nemzetközi társadalomból való kiközösítésében, esetleg spontán, szervezetlen szövetkezéssel való megrendszabályozásában nyilvánkozik.

Ez eredmény és az alapjául szolgáló megfontolások világánál elvesztik minden súlyukat azok az argumentumok, melyeket a nemzetközi jog fent (1.) a második csoportba sorozott védelmezői annak jogisága melleit még felhoznak.

E védelmezők argumentációja általában egyre megy ki: ők elválasztják a jogot az ennek megvalósítására a jog mögött álló kényszerből s az előbbinek az utóbbtól független létét vitatják.

Igy Ullmann (*Völkerrecht*, 2. kiad. 17. l.), Thonra támaszkodva vitatja a normának a kényszerből való függetlenségét s ebből akarja levezetni a norma önálló jogi létét. A szankció és kényszer hozzákötése az elsődleges jogparancsokhoz – mondja – másodlagos jelenség. A jog gyakorlati hatékonyságai ugyanis elsősorban az ember erkölcsi természete és a normák nélkülözhetetlenségének felismerése biztosítja. E szabályszerinti jelenség mellett a jogszabály nemkövetése mint szinguláris jelenség szerepel mellyel szemben, tehát csupán másodsorban, lép elő a jogot érvényesítő eszközök szükségé. E megerősítés módja időről-időre változik a történet folyamán, a konstans és stabil elem a norma. Lehet beszélni befejezett (szankciós) és befejezetlen normákról, de a normák befejezetlensége nem fosztja meg őket jogi minőségüktől.

Ebben igaz az is, hogy a normák megtartásán elsősorban az ember morális természete őrökdi, – sőt éppen azt mondtuk fentebb, hogy minden jogparancs tartalmilag morálparancs, az állampolgári vagy egyetemes emberi morál parancsa; igaz az is, hogy a szankció másodlagos jelenség (*Begleitererscheinung*). Csak a konklúzió nem igaz, mert hisz épp ez a kíséző, másodlagos jelenség az, ami a normát jogi normává teszi, nélküle marad, ami volt: erkölcsi norma.

Ugyanez az alapgondolat mutatkozik Marténs-nél (*Völkerrecht* I. köt., 1., 2. §. és *Revue de droit intern.* 1882. 252. s. k. l.) és Despagnet-nél (Cours 38-40. §.). Szerintük is különböztetni kell egyrészt a jog maga („*das Recht an sich*”, „*le Droit envisagé en lui-meme, comme notion rationnelle conçue par l'esprit et reconnue par la conscience humaine*”), másrészt ennek külső nyilvánulása, praktikus alkalmazása között. Az előbbi szükségszerűleg előáll úgy az egyének közt, mint az államokban organizálódó társadalmak közt: *ubi societas, ibi ius*. „*Il y a donc ainsi fatalement un Droit des rapports entre les Etats comme il y a de toute*

necessite un Droit de l'organisation interieure dans chaque societe particuliere." (Despagnet.) Legfeljebb annyit lehet szemére háyni a nemzetközi jognak, hogy az rosszul van precizírozva – törvényhozó hatalom hiányában, kétes alkalmazású és kevésbé hatékony – bírói hatáság és biztosított szankció híján. Ezt a szankciót is megtalálja Despagnet bizonyos mértékben a történelmi igazságszolgáltatásban és a közvélemény erejében. A szervezett kényszermegvalósítás – mondja – nem lehet fogalmi eleme a jognak, mert a jog érvényét elsősorban az alattvalók közmeggyőződésének köszöni, s ez adja meg igazi pozitív jellegét, amivel szemben a bíróságok működése csak kivételes lehet, hisz az ő hatalmuk sohasem volna elég a tömeg ellenállásának legyőzésére.¹³

Nyilvánvaló hogy az, amit Martens és Despagnet „a jog maga” alatt értenek, nem más, mint a jog tartalmát képező morálparancs, ami természetszerűleg megvan a nemzetközi jogban is, csupán az hiányzik, ami ezt a tartalmat éppen joggá tenné, a forma, az organizált megvalósítás. Az az érv pedig, hogy a jog pozitív jellegét nem az utóbbinak, hanem a polgárok közakarattal való alávetésének köszöni, egyáltalában nem áll, hisz ez a közalávetés minden erkölcs- illem- stb. parancsnak is jellemzője. Igaz ez adja meg a parancsnak, a jogparancsnak is a belső erőt, de nem a jogi jelleget.

V. Igen gyakran visszatérő argumentum a nemzetközi jog jogiságának védői részéről az utalás arra a párhuzamra, melyet az ősi állapotban levő államonbelüli magán- és büntetőjog a mai nemzetközi joggal felmutat. Miként a nemzetközi jogban a háború, úgy amott az egyén önhatalma, bosszúakciója a végső szankciója a jognak, miután az állam még nem foglalkozik a jogrend fenntartásával. E párhuzamba állításnál az írók kétségtelennek tételezik fel amaz ősi jog minden vitán kívül álló jogiságát, s innen az argumentum ereje a nemzetközi jogra nézve is.

A hasonlat kétségkívül frappáns, s már ezért is megérdemelné a bővebb kiaknázást. Ezenfelül azonban – látni fogjuk – az összehasonlítás annyi érdekes szempontot vet fel, annyi termékeny gondolatot kelt, hogy azt semmiképpen nem lehet egy futó, felületes utalással elintézni. Csodálatosképpen még sem akadtam az – igaz, korlátozott rendelkezésemre álló – irodalomban e párhuzam alaposabb kiaknázására. Csak általánosságban tartott megjegyzésekkel lehet találkozni. (Jhering i.m. 326., Ullmann i.m. 15., Despagnet 43. etc.) Csupán a most folyó világháborúkeltette irodalomban találtam egy tanulmányt Leonhard breslaui professzor tollából. (*Der Wert der Kriegereignisse für die Privatrechtsgeschichte*. Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphil. Vili. [1915] 490-500. és IX. 1-11.) mely ugyanezt a párhuzamot igyekszik értékesíteni a tudomány javára, de éppen a megfordított irányban: nem az ősi jogról vonva következtetést a jelen nemzetközi jogára, hanem a mai háborús eseményekben mutatkozó tünetekről következtetve a homályban elvesző őskor jogállapotára. Látnivaló, hogy Leonhard alapgondolata ugyanaz, mint amelyet mi alább következő fejtegetéseink bázisává teszünk: a két jog hasonlósága feljogosít egyikről a másikra való következtetésekre. Mindössze Leonhard szerencsésebb

¹³ Körülbelül az ismertetett argumentumokat variálja Hompel: Deutsche Richterzeitung 1910. 5/6. sz.

helyzetben van, mint mi leszünk: ő a háború szemünk előtt lefolyó, közvetlen megfigyelés alá eső jelenségeiből következtet a feledés ködébe vesző múltra, míg mi csak a múlt töredékesen fennmaradt emlékeit hasznosíthatjuk a nemzetközi jog jelenére és jövőjére vonatkozó következtetéseink számára. Azonban még e korlátozott összehasonlítási lehetőség mellett is a feladat oly kecsegtetőnek, az eredmény oly kifizetőnek látszik, hogy szükségesnek és háládatosnak tartjuk ezt az összehasonlítást a részletekbe behatóan elvégezni.

Mint Leonhard, úgy mi is, összehasonlításunk mintájául elsősorban a római ősjogot vesszük, főleg e jog sajátos fejlődésmódja miatt. Ismeretes ugyanis a római jognak az a konzervatív vonása, hogy az az idők folyamán szükségessé vált reformokat lehetőleg a meglevő intézmények kímélésével létesítette, az új tartalmat lehetőleg a régi formába öntötte, s ezáltal a régi formát megőrizvén, következtetést enged az annak a formának megfelelő eredeti tartalomra, mely az idők folyamán feledésbe ment. Nem úgy, mint a lepke, mely előbbi hernyóalakját levetkőzve, mai alakjában nyomát sem őrzi a múltnak, fejlődött e jog, hanem olyformán ment az új joganyag beszívargása, mint a kovakő-lerakódás, mely az elkorhadtt ősvilági növények képét, melyeknek üresen marad helyére lépett, híven visszaadja. E tulajdonságánál fogva a római jog jóval messzebb időkbe enged behatolni pillantásunkat, mint amelyből első jogtörténeti adataink származnak. Nincs még egy nép, melynek jogában világosabban felismerhetőbbek lennének például annak nyomai, hogy hogyan jutott a jogi gondolkodás addig, hogy az egyesek közt felmerülő magántermészetű viták eldöntését a közhatalom képviselőjére bízta – s ez az, ami bennünket főleg érdekel –, mint a római. (V.ö. Girard: *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*. 39. lap.)

A rómaiak abban a korszakban, mikor múltjuk a történelem előtt derengeni kezd, részben már átestek azon a korszakon, melyben az egyes egyén jogának érvényesítése, személyének és vagyonának védelme a saját maga, vagy háznépe, rokonai, nemzetsége erejére volt utalva, részben – és pedig nagyobb részben – azonban az még náluk is uralkodott.

Reális, megbízható adatok alapján tudjuk, hogy Róma életének abban a korszakában, melyet a hagyomány a királyság korául ismer, már volt Rómában állami bíráskodás úgy büntető, mint magánjogi ügyekben. A király a köz erejével üldözi nemcsak az állam, az istenek ellen irányuló sértéseket, hanem bizonyos, lényegükben egyes magánegyén ellen irányzott, de távolabbról a közérdeket érintő vagy a közerkölcsöket felháborító cselekményeket is pl. határsértés, patrónusi, kliensi kötelességek megszegése, a feleség eladása, a szülők bántalmazása, megölése, sőt később általában az ölés. (Girard i.m. 34.) A király részt vesz továbbá a sértett magánbosszújára hagyott deliktumokból vagy általában a *civilis* természetű igényekből keletkezett perek intézésében vagy legalább vezetésében is. Viszont azonban a király bíráskodása egyrészt nem imperatív és kizárólagos, másrészt, főleg civilperekben, még bizonytalan, tétova, befejezetlen. Közüldözés tárgyát tevő bűnesetekben konkurál vele s meg is előzheti egyrészt a köz minden tagjának a *homo sacer*-rel szemben fennálló szabad bosszújoga, másrészt a bűnös atyjának vagy familiájának a bűnös felett gyakorolt házi büntetőjoga. (V.ö. Girard i.m. 36., Mommsen: *Rom. Strafrecht* 17.), magánjogi természetű vitákban pedig a király bíráskodásának

bevonása csak egy mesterkélt fogással, a szántszándékkal provokált hamis eskü segítségével, mely a királyt, mint az állam vallási fejét, közbelépésre ösztönzi, vált lehetségessé, s az ítélet végrehajtását, mely már a királyt nem érdekli, vagy az ön-hatalom vagy egy másik rafinált mesterfogás, az előre adott perbeli kaució (*praedes litis et vindictiarum*) biztosította.

Bizonyos, hogy a királyi bíraskodást, mint minden más népnél, a rómainál is a tiszta magánigazságszolgáltatás korszaka előzte meg, mikor úgy a közt, mint az egyest ért bármely sérelem megtorlása az érdekelt vagy érdekeltek szabad bosszúakciójára volt bízva. Ez az időszak, mely a homéroszi kor görög törzseinél még megtalálható, minden kétség nélkül megvolt a római népnél, illetőleg az idők folyamán egységes rómaivá olvadt népeknél is. Világos bizonyossága ennek a legrégibb római performa, a *legis actio*-k performája, mely nem egyéb, mint szabályozott, fix formákba öntött képe az önhatalmú jogérvényesítésnek.

Próbáljuk megjeleníteni ennek a tiszta magánbosszú korának képét. Nagyon tanulságos lesz ennek szemlélete.

Amit ma magánjognak és büntetőjognak nevezünk, az a szó mai értelmében ebben a korszakban nincs meg. Mindenekelőtt teljesen jogosulatlan beszédmód ebben a primitív korban a büntetőjogi sérelmet a magánjogtól megkülönböztetni. A kettő közt különbséget manapság is csak a szankció eltérő volta tesz: ebben a korban pedig a szankció ugyanaz, t. i. a sértett megtorló támadása. A sértett pedig az őt ért támadások közt nem lát minőségi, legfeljebb csak mennyiségi különbséget: egyik támadás súlyosabb lehet, mint a másik, de lényegében egyképpen támadásnak tűnik fel előtte minden oly cselekvés, mely az ő érdekeivel ellenkezik, annál is inkább, mert hiszen közismert dolog, hogy a primitív ember nem a cselekvő belső intencióját, hanem a külső eredményt nézi csupán: csak a sértés okozta fájdalmat érzi, s ez egyaránt bosszúra ösztönzi őt, akár szándékos rosszakarat vezette a sértőt, akár véletlenül, akaratlanul követte el a sértő cselekményt. (Girard i.m. 32. lap. I. j. Jhering: *Geist des röm. Rechts*, 5. kiad. 126-127. l.) Jellemző e tekintetben az, hogy még, a 12 táblás törvény is ismeri a lopásnál a házkutatás intézményét azzal a hatállyal, hogy a lopott dolog megtalálása a ház gazdájának bűnösségét minden további nélkül megállapítja s őt *fur manifestus*-szá teszi. Ugyancsak a 12 táblás törvény joga szerint a hitelező még ugyanazt a bosszúakciót intézi nemfizető adósa ellen, mint a tolvaj ellen, mikor *manus iniectio*-val fogságába ejti s az eljárás végén rabszolgaként eladja vagy megöli. Ha mindenáron mai terminusokat akarunk tehát használni, sokkal inkább jogosult volna azt mondani, hogy e korban nincs magánjog, csak büntetőjog van. Azonban ez sem helyeselhető, mert jog a mai értelemben egyáltalában nincs. Megölnek, megrabolnak valakit: a sértett vagy hozzátartozói dolga bosszút állani a sértőn. Ám, hogy e bosszú sikerül-e vagy nem, az tisztán erő kérdése. Ha a bosszú sikerül, épp úgy nem mondhatni, hogy a bosszuló jogát érvényesítette, mint ahogy nem mondhatni, ha a sértő marad felül, hogy a legyőzöttnek nem volt joga. Van sérelem, esetleg van megtorlás, de nincs jog és nincs jogtalanság, nincs deliktum és nincs büntetés, nincs jogi felelősségrevonás. Mindez csak a küzdőktől különböző harmadik személyek szempontjából lehetne. A küzdők közt van erősebb és gyengébb, de hogy melyiknek van joga, azt csak egy tőlük független harmadik tényező mondhatná meg.

Ilyen harmadik pedig nincs. Ez nem azt jelenti, mintha a harmadik személyek nem formálnának véleményt a küzdők ügyében. A körülöttük lefolyó harc okvetetlenül kell, hogy érdekelje őket, hisz a harc heve esetleg őket is fenyegeti. Van már közvélemény is, azonban ez a közvélemény nem aktív. Ha csak valami különös ok nem vonja beavatkozásra a szemlélőket, azok tétlenek maradnak, mert hisz miért tegyék ki magukat mások ügyében a harc esélyeinek. Hiányzik még náluk ehhez a felismerése a mindenki ügyét rendező jogrend szükségességének. Megmaradnak tehát a logikai, mondjuk erkölcsi ítéletnél, de ezt az ítéletüket nem váltják tettekben nyilatkozó jogi meggyőződésre. A jog pedig, ha lényegében nem más is, mint logikai ítélet emberi életviszonyok helyes berendezéséről, jogi minőségét azáltal nyeri, hogy ez az ítélet nem marad meg a pusztá kontempláció, a pusztá belső mérlegelés terén, hanem külsőleg érvényesülni kíván.

Nem ilyen sötétén, sőt nagyon is színesen és bizonyos tetszélgeccsel festi Jhering (*Geist d. röm. R.* I. 121. sk. I.) e régi kor állapotát. Ő a magánbosszú korának most ismertett berendezkedése dacára is el tudja képzelni a jogeszmé uralmát. Jhering így ír: „Nem a véletlen uralkodott itt a jog helyett, nem a küzdő felek rendelkezésére álló fizikai erő adta meg a döntést, hanem a jogeszmé már megvalósult itt is, bár tökéletlen módon. Aki az elszenvetett jogsérelem miatt önségélyhez volt kénytelen fordulni, nem volt a maga erejére utalva: a jogtalanság a jogérzetnek ugyanazt a fellázadását hívta ki a közben, mint ő benne magában, a fizikai erő túlsúlya rendszerint a jogosult oldalán volt. A jogérzetben benne van a megvalósulásra való törekvés, s annak sérelme, habár csak az egyest éri is, az összességben is mozgásba hozza ezt a törekvést. Ha nem talál szervezett orgánusra, mely megvalósítsa: maga veszi kezébe annak megvalósítását. Ha nincs is bíró, ki a bűnöst felelősségre vonja, ezt mégis eléri a büntetés, talán biztosabban és gyorsabban, mint kifejlett szervezetű büntetőigazságszolgáltatásnál; es ist die Volksjustiz, welche die verletzte Volksmoral zur Anerkennung bringt”.

Azt hiszem azonban, e kép, melyet Jhering fest, inkább lelkes, mint reális. Legjobban meggyőződést szerezhethünk erről, ha néhány példát keresünk abból az őskorból, melyben ez a tiszta magánbosszú-rendszer dívott. Ilyen példát nem vehetünk a rómaiaktól, mert az ő ismert történetük már innen esik a tiszta magánbosszú korán, de igenis találunk a velük rokon görög népnél, melynek múltjából fennmaradt dokumentumaink még visszanyúlnak ebbe a korba. Így nevezetesen a homéroszi kor még a tiszta magánigazságszolgáltatás korszaka. Lássunk ebből néhány klasszikus példát. Az egyiket Aiszchylosz Agamemnon-jából veszem. Aiszchylosz ugyan nem egykorú tanú, azonban az idézet még sem lesz teljesen nyomaték nélküli, egyrészt, mert Aiszchylosz-ról, aki „Homérosz asztaláról szedegette morzsáit”, feltehető, hogy híven tükrözi vissza a homéroszi kor gondolatvilágát, másrészt, mert leírása mögött a történelmi esemény megerősítő tanúsága van, s egyébként az magában véve is a legnagyobb mértékben plauzibilis, ha az ember beleképze magát a kor viszonyaiba.

Agamemnon hazaérkezik Trójából. Palotájában szeretőjével szövetkezett gyilkos neje, Klytaimnesztra tőre várja és sújt le rá. A palota előtt álldogáló kar, (a közvélemény tragédiái kifejezője), melyet Kasszandra vészes szavai már előre tájékoztattak, hogy mi történik a palotában, hallja a király halálkiáltásait, s bár a végbemenő

rémletről meg van a maga szilárd erkölcsi felfogása, melynek egy jelenettel alább így ad kifejezést:

Ki ölt – öletik. Bűnhődik a vétkes.
S amíg Zeusz él, igaz marad ez:
Bűnért bűnhődni kell. Ez a végzet... (Várady A. ford.)

mégis tétlenül, habozva, tanakodva áll a palota előtt. Íme a vonatkozó részlet:

Kar: Elkövetve már a rémtett... hallik a király szaván.
Fontoljuk meg gyorsan, sebtén, hogy most mit tévők legyünk?

- Kar: 1. Halljátok imé véleményem: hívjuk itt
A népet össze mind hamar palotája elé...
2. Berontanunk azonnal, nézetem szerint
Jobb, és kivont kardokkal kell ítélni ott.
3. Valóban én is ehhez járulok s akarom:
Tegyünk, de gyorsan! Nincs idő halasztanunk.
4. Belátni könnyű – ez csupán a bevezetés:
Utána mi jó, a zsarnokság leszen.
5. Mi késlekedve állunk – ámde ők, kik a
Késlekedők hírére letiprák: tesznek ám!
6. Még nem tudom, minő tanácsot adjak én,
Tanácskozzunk előbb a tettesek felől.
7. Ezt vallom én is és belátni nem tudom,
Hogyan lehessen holtat szóval költenünk?
8. S halálveszélytől félve engedjünk nekik,
Jövő uraink s e ház bemocskolóinak?
9. Nem... én eltérni nem tudom. Inkább halált!
A zsarnokságnál bárminő sors édesebb.
10. De tán, mit e feljajdulás jelez: nekünk
Meg kéne győződnünk: meghalt-e a király?
11. S ha biztos az, – következik a tanácskozás,
Mert más a sejtés – más a tiszta látomás.
12. Ezt támogatni mindig hajlandó vagyok.
Tudjuk meg azt, Atreusz fiából hogy mi lett?

Vagyis a nép a régóta várvavárt, szeretett király csúfos, brutális legyilkolása láttára sem rohan, – mint Jhering gondolja – azonnal, gondolkodás nélkül bosszút állani, s bár a fölháborodás első percében úgy látszik, hogy a szörnyű eset tette készíti, mégis lassanként felülkerekedik a szokásos meggyőződés, hogy a bosszúállás a családtagok dolga, s a kar elvonul, beérve azzal a jóslattal:

Ha még akármilyen tájon él
Oresztész – és Tyehé oltalma mellett visszatér:
E két gonosz dicső legyilkolója lesz.

Idézhetem továbbá magából az Iliászból Achillesz viszályát Agamemnonnal. Agamemnon brutálisan, erőszakkal elveszi Achillesz rabnőjét. E lettét nemcsak

Achillesz, de az egész görögség durva jogsértésnek fogja fel. (V.ö. Nesztor beszédét Agamemnonhoz, 9. ének: „Harca igaz bérét el is vetted tőle...” Baksay ford.) Achillesz a sértés pillanatában tényleg bosszúra is gondol, kardjához kap (1. ének) s az eposz szerint csak Pallasz közbenjárása (értsd: a józan megfontolás, Agamemnon nagy hatalmának figyelembe vétele) téríti el ettől. Dacára azonban e közfelfogásnak, a görögök fejedelmei magára hagyják Achilleszt és túrik a rajta esett sérelmet, féken tartva kétségkívül Agamemnon nagy tekintélye által, (aminél azonban megjegyzendő, hogy Agamemnon nem ura a körülötte levő szuverén fejedelmeknek, csak feje az alkalmi hadiexpedíciónak).

De legjobban illusztrálja e kor viszonyait ezért legtanulságosabb harmadik példám: az Odyszeianak az a része, (22. és 24. ének), mely Odyszeusz bosszúját meséli el a kérőkön.

Odyszeusz hazatérve Itakába, végrehajtja bosszúját a kérőkön. Jellemző a bosszú oka is, melyet maga Odyszeusz így tár fel, megismertetvén magát a férfiterembe beszorított kérőkkel:

„Hah! Cudar eb fajzat, nem hittétek hazajöttöm
Széles Trója alól, s felevétek szép palotámat
S rettenetes cudarul bánátok rabnóimmal
S éltemben feleségemnek keziért epedétek!” (Kemenes ford.)

Azaz Odyszeusz a vagyoni sérelmet emeli ki első sorban, amint ezt egyébként lépten-nyomon halljuk az Odyszeiában a kérők főbűneként felróva. Tehát vagyoni sérelemre ilyen vérengző bosszú helyénvalónak látszott!

A bezárt teremben összeszorult kérők hullanak Odyszeusz nyilai alatt, mikor megjelenik, Mentor alakját öltve magára Pallasz. A küzdő felek mindegyike, csak Mentort látván benne, igyekszik befolyásolni, Odyszeusz a maga részére nyerni a harcban segítőtársul:

„Hős daliás Mentor, ne feledd bajtársad a bajban,
Aki veled sok jót művelek s társad vagyok úgy is.”

a kérők pedig fenyegetéssel elriasztani:

„Rá ne vegyen Mentor, csali szóval a bajnok Odyszeusz,
Hogy vele együtt küzdj s harcolj a vidám daliákkal.
Tervünket, fogadom, hogy imígy váltjuk mi valóra:
Hogyha e kettőt itt megölők, az atyát s fiúsarját,
Téged ölünk majd meg, mivel e födeles palotában
Ilyeneket mívelsz s a fejeddel fogsz te fizetni.
Élteteket miután elvettük a gyilkos acéllal,
Birtokodat, mely künn a mezőn, vagy szép palotádban,
Összekeverjük majd a dicső Odyszeusz vagyonával
S lányaidat s fiaid szintén a halálba taszítjuk,
S kedves nőd se legyen velük sziklás Itakában.”

(Hogy anticipáljam az alább következő összehasonlítást: nem szakasztott ekként igyekeznek-e a küzdő államok befolyásolni ma is a semleges államokat, melyeknek segítő közbelépését remélhetik vagy tartaniuk kell tőle?)

A bosszú művét befejezte Odyszeusz. Jól tudja, hogy a bosszúra következik az ellenbosszú a megölt kérők családjai részéről, ezért bezáratja a kapukat, hogy a hír idő előtt ki ne szivárogon s időt nyerjen összeszedni híveit s készülni a támadásra; reggel siet ki mezei birtokára, hol hű emberei vannak. Elterjedvén a hír, a megölt kérők hozzátartozói felverik a várost s összegyűjtik a népet:

És miután felgyűlt a gyűlés s rendekbe verődtek,
Eüpeithesz kele föl köztük s ő szólt legelőször,
Mert szeretett fiáért szörnyű búbánat epeszté,
Antinoszért, akit legelőbb gyilkolt meg Odyszeusz.
Érte siránkozván, szólt könnyáztatta szemekkel:
„Óh feleim, sok ezernyi csapást hoz a ránc ez az ember:
Legjava hőseinket rohamos gályákra vitette
S elveszté a hajókkal együtt daliás fiainkat,
Itthon meg megölé a kephallének kitűnőit.
Rajta tehát, mielőtt fövényes Piloszba sietne.
Vagy szentelt Éliszbe, vitéz epeiok mezejére:
Fogjuk el őt, mert mindörökön rajtunk e gyalázat
S még unokáinknál is szégyen lesz neveinken.
Ha fiaink s gyereink vesztét boszulatlanul álljuk.
Élni se vágyódnám keserűségemben e földön
És inkább szállnék közzéje kihalt feleinknek:
Fel, mielőtt elszöknének boszuló kezeinktől!”
Így szóllott s zokogott s megszánta valasvalamennyi.

Erre Medón¹⁴ szólt nekiök bölcs, röpke szavakkal.
Halljunk szót, itakébeliek, mert bajnok Odyszeusz
Nem mivelé ezeket dacára a mennybelieknek.
Enszemeim látták istent, amint Odyszeusznek
Oldala mellett állt, a híres Mentorra hasonlón.
Olykor Odyszeusz előtt tűnt fel bosszúra tüzelve.
Olykor a kérők közt dult-fult a remek palotában,
Kik sűrűn hullottanak el, leterülve a padlón
Szóla s ijedtében valamennyi halálszinüvé lett.
Csak Halitharszesz hős, az elaggott, szól vala köztük;
Ő maga tudta csupán a multakat és a jövőndőt
Jóakaró szívvvel szóllott e szárnyas igéssel:
„Ős itakébeliek, hallgassatok im szavaimra:
Jó feleim, mindezt a saját vétségtek okozta,
Nem hallgatván rám, sem Mentor népvezetőre,

¹⁴ A híradó, akit Odyszeusz Telemachosz szavára megkímélt az öldöklésnél, aki tehát hálás volt iránta.

Nem tiltották fiúsáraitoknak a vétet,
Kik butaságukban bűnöket bűnökre tetéztek:
Felfalták vagyonát, feleségét sérteni merték
Ily nagy bajnoknak, kirül azt hitték, haza nem tér.
Hajtsatok énrám most, legyen úgy, amiként javasolom:
Egy tappot se meggyünk, hogy a vészbe magunk ne rohanjunk!"
Egy fele nagy zajjal szökkent fel a szárnyas ígére,
Más fele meg veszteg maradott sűrű nagy tömegekben...

Érdekes képe ez annak, mint igyekeznek a küzdő felek saját részükre megnyerni az érdektelen szemlélők segítségét, de egyúttal annak is, hogy ugyanannak a cselekménynek minősítése milyen ingatag, milyen eltérő az érdekeltek megvilágításában és az érdektelenek előtt. Az itakébeli népgyűlés minden egyes tagja át volt hatva attól a meggyőződéstől, hogy a gyilkolást meg kell bosszulni: ám nem volt, aki eldöntse, Odyszeusz tette gyilkolás-e, mint az érdekeltek mondták, vagy maga is jogos bosszú, mint az öreg, higgadt és érdektelen Halitharszesz állította. Mindenki ment tehát a saját meggyőződése után: az egyik fél harcra, a másik békésen és közömbösen házába. Szervezett szankció és ennek intézményes megvalósítása hiányában a bosszú jogának hangoztatása nem más, mint pusztá harci jelszó az érdekelt szájában.

Íme a szankció az, amely joggá teszi a közfelfogást, amennyiben annak az egyes konkrét esetben való érvényesülését biztosítja. Szankció nélkül nincs jog. Vagy ha úgy tetszik: van jog *in abstracto*, van jogszabály, objektív jog, de nincs jogosultság *in concreto*, nincs alanyi jog. Mommsen mondja *Römisches Strafrecht*-je előszavában: „*Strafrecht ohne Strafprozess ist ein Messergriff ohne Klinge*”; ilyen pengétlen késnyél a jog általában biztosított, szervezeti szankció nélkül!

Lehetetlen, hogy az olvasó ne látna minden figyelmeztetés nélkül is azt a párhuzamot, azt az azonosságot, melyet a vérbosszú e primitív korának joga korunk nemzetközi jogának állapotával felmutat. A nemzetközi jog a homéroszi idők korát éli! Az egymás mellett, de egymástól és egy közös felsőségtől függetlenül szervezkedett nemzetközi jogalanyok, az államok, ugyanazt a szuverén öngazdagszolgáltatást gyakorolják, mint ama primitív kor egyénei. Egymás cselekményeit kizárólag saját érdekeik szemüvegén át nézve, az érdekeikbe ütköző cselekményben akár vagyoni jellegű károsodást idézzen az elő, akár egzisztenciájuk elleni támadást foglaljon magában, egykép az önhatalom eszközeivel megtorlandó jogtalanságot látnak, s mint ama primitív ember, a sértésben nem minőségi, hanem csupán mennyiségi különbséget látva, alkalmazzák az erősebb vagy gyengébb megtorlás eszközét, a retorziót, a represszáliákat, blokádot vagy – *ultima ratio*ként – a háborút.¹⁵ A vitán kívülálló semlegeseknek épp úgy megvan a maguk véleménye a harcolók ügyéről a konkrét esetben, mint a homéroszi kor embereinek meg-

¹⁵ A mai tételes nemzetközi jog szempontjából nem egyéb tehát a fogalmakkal való játéknál, ha egyes írók (lásd Csarada: Nemzetk. jog 142. § és az ott id. irodalmat) nemzetközi büntettekről, nemzetközi kötelekekről *ex delicto* beszélnek. A fentiek után, azt hiszem, felesleges szót pazarolni e beszédmód helytelenségének bizonyítására.

volt, sőt vannak jelentékeny számmal előre megállapított a szokásban, tudósok irataiban, nemzetközi szerződésekben, kongresszusok megállapodásaiban gyökeredző absztrakt szabályai a közfelfogásnak az államok nemzetközi érintkezéséről, a békében és harcban követendő eljárásról, mint ama primitív kornak is meg voltak a hasonló szabályai az egyesek egymás iránt tanúsítandó magatartásáról: azonban a nemzetközi felfogás éppen olyan inaktív, mint volt amott: a nemzetközi szabályok megsértése kiváltja ugyan a művelt társadalom közrosszállását, de e közrosszállás éppen olyan tehetetlenül, tétován, tanácstalanul áll a sérelemmel szemben, mint az aischyloszi kar a király meggyilkoltatásának szörnyű tényével szemben. Az erkölcsi ítélet nem tud jogi ítéletté erősödni. Van közfelfogás, de nincs jog. Vagy ha úgy tetszik, van objektív nemzetközi jogszabály, de nincs konkrét, szubjektív nemzetközi jog és köteletség, mert nincs tényező, mely a szabályt parancssá tegye. Van késnyél, de nincs penge.

Vonjuk le tanulságainkat.

A párhuzam az ősi jog és a mai nemzetközi jog között valóban megkapó, de nemcsak hogy nem bizonyít semmit a nemzetközi jog jogisége mellett, de a következtetés egyenesen a másik irányban visszafojthatatlan; nemcsak a nemzetközi jog, de amaz ősi jog sem jog a szó mai értelmében. Ami abban megvan, az a morális tartalom, mely a jogi formát még nem öltötte magára. E jogi forma elképzelhetetlen mindaddig, míg az egyén „joga” megítélésénél és megvalósításánál a maga (háznépe, rokonsága) belátására-cselekvőségére van utalva, a körülötte levő társadalom részéről pedig csak szervezetlen, laza együttérzésre, morális támogatásra számíthat. Ebben az őskorban lehet szó erkölcsről, közfelfogásról, de jogról nem.

A jog léte (természetesen még tökéletlen, befejezetlen, de mégis a jogiség első, határozottan felismerhető vonásaival bíró léte) ott kezdődik, amikor maga a társadalom teszi meg az első lépéseket az erkölcsszabály érvényrejuttatása körül. Érdekes, hogy ezek az első lépések nem a direkt szankció megteremtésére, hanem a magán-szankció (a bosszú) szabályozására és pedig egyenesen annak korlátozására irányulnak. A társadalom először nem a jog- (erkölcs-) sértések ellen, hanem a megtorlás túlkapásai ellen lép fel. Az első igazi jogszabályok az őskornak azok a tételei, melyek a bosszú gyakorlását bizonyos feltételekhez kötik, amely szabályok megtartását a társadalom a maga közerejével ellenőrizte. Száz és ezer eseten szerzett tapasztalat megmutatta, hogy a bosszú gyakorlása ürügyül szolgálhatott mások jogtalan megtámadására, ezért kiképződik az a meggyőződés, hogy a bosszú gyakorlása csak akkor jogosult, ha annak előfeltétele, a jogsérelem, mindenki előtt kézzelfoghatóan be van bizonyítva. Enélkül a bosszúakció a közbékét fenyegető rendzavarás, mely mindenki nyugalma, jólétét veszélyezteti, mely ellen tehát mindenkinek fel kell lépnie. Innen jön az a minden nép ősjogában fellelhető követelmény, hogy a bosszúakciónak és az alapját képezett sérelemnek nyilvánosnak, közismertnek, kétségtelennek kell lenni.¹⁶ Ilyenné teszi pedig a tettenkapás, a sér-

¹⁶ V.ö. Jhering: Geist d. r. R. 1., 122.. Leist: Graeco-italische Rechtsgeschichte 298.. Pernice: Zschr. der Savigny-Stiftung 17., 191. etc.

tett lármája, mely a szomszédokat odacsődíti, ha ez nem lehetséges, bizonyos rigorózus, ünnepélyes formák közölt való rábizonyítása a büntettnak a tettesre, minő a civiljogi *lance et licio* házkutatás a lopott dolog után, mely körülbelül azonos alakban minden indogermán nép ősjogában megtalálható.

Csak jóval később teszi meg a társadalom a további lépéseket: megszabva a bosszú korlátait, melyeken túl az nem terjedhet: maximálva a megtorlást a *talión* vagy egyébként (mint pl. a tolvaj rabszolgaságra vetésében *furtum manifestum* a 12 táblás törvény szerint), amiből aztán még később a büntetések tarifális megállapítása a kár bizonyos többszörösében fejlődik ki.

A direkt szankció, a társadalom közerejével való megtorlás csak későbbben lépett fel, s ekkor is csak egyes kivételes esetekben, a társadalom egészét fenyegető cselekmények ellen. Már ez a kivételesség is bizonyítéka az időbeli utóbb keletkezésnek. Az őstintézmények korát rendszerint messze visszadatáló hagyomány is alig egynéhány deliktumot tud visszautalni a királyság korszakába, holott ezzel szemben pl. Leist a *lance et licio* házkutatás eredetét, amely már jogi szabály a mi értelmünkben is, több mint 2000 évvel teszi Krisztus előttre! (I.m. 247.) A magánjogi állami igazságszolgáltatás pedig alig előzhette meg néhány századnál több idővel a 12 táblás törvénykönyvet.

Érdekes az is, hogy a közüldözés első formája is nem egyéb, mint a magánbosszú generalizálása: a bűnös kiszolgáltatása a mindenki szabad bosszújának (*homo sacer*). A súly azonban itt már a mindenki szón van. Nemcsak a sértett gyakorolhatja a bosszút, de mindenki ellenőrizheti a norma megtartását, ami körülbelül annyit is jelentett, hogy mindenki tartozik is gyakorolni ezt a bosszút. A társadalmi erkölcs elérkezett arra a fokra, amidőn a jogsértés bizonyos esetekben már nemcsak a sértett, de mindenki ellen irányulónak appercipiáltatik.

Foglaljuk össze az eredményeket.

A nemzetközi jog nem jog, mert hiányzik belőle az az elem, mely joggá tenné: a szervezett szankció. Ugyanez okért nem jog az ősi jog sem, mielőtt a társadalom a nyilvános szankcionálás első szerveit meg nem teremti. Mindkettő csak morálszabály, mely még nem nyerte meg a formát, mely a morális tartalmat joggá minősíti. E hiányzó jogi formát az ősi jog – lassú fejlődéssel – meg tudta szerezni magának. Mit várhatunk ez irányban a nemzetközi jogtól?

VI. A háború szomorú tapasztalataitól felriasztott közvélemény, midőn a nemzetközi jog jogiságát tagadásba veszi, ezzel a nemzetközi jog értékébe, a nemzetközi szabályok teljesítőképességébe vetett bizalmában való csalódásának akar kifejezést adni. Viszont azok a tudósok, kik a nemzetközi jog jogiságát vitatják, legtöbbször ezzel e szabályok tekintélyének, súlyának, erejének növelését akarják szolgálni.

Mindegyik helytelen álláspont. A szabály súlyát nem külső formája, hanem tartalma adja meg. A nemzetközi jog tartalma a világpolgári morál parancsrendszere: a nemzetközi jog akkora nyomatékkal bír, amilyen intenzitással ég az egyetemes emberi összetartozandóság, a világot átfogó kultúra, haladás, rend iránti szükségérzet a művelt emberiség millióinak lelkében. Emellett másodlagos kérdés, hogy a tartalom minő formában jelentkezik. Ama szükségérzet mindig meg fogja teremteni a tartalom adott fejlődésfokának megfelelő megnyilvánulási formát. E forma legfel-

jebb indiciumul szolgálhat, fokmérőjéül a tartalmat képező erkölcsi szabály evolúciójának.

Tekintve azt a primitív, hátramaradt formát, melyben a nemzetközi jog ma megjelenik, első pillanatra szomorú következtetést lehetne levonni a nemzetközi jogra nézve. A huszadik század nemzetközi joga a homéroszi idők államonbelüli jogával egy színvonalon!

Ez aránytalanul nagy hátramaradását a nemzetközi jognak az állami jog mögött egyedül az a körülmény magyarázza, hogy a nemzetközi jog a legújabb idők szülötte. A nemzetközi jog tudósai a vesztfáliai békétől (1648.) szokták számítani ennek keletkezését, voltaképpen azonban az csak a gőzgépekre alapított közlekedés elterjedése óta számítható, azaz a nemzetközi jog a XIX. század szülötte. A nemzetközi jog gyermek-, sőt csecsemőkorát éli! Ha ezt a nemzetek életében elenyészően csekély időszakot összevetjük azokkal a hosszú évezredekkel, melyek bizonyára lepereregtek addig, míg az emberi társadalom fejlődése a homéroszi kor társadalmának mértékéig is eljutott, ítéletünk bizonyára sokkal kedvezőbbé válik e legifjabb jogág fejlődőképességére nézve. Minden jel arra mutat, hogy a XIX. század szülötte fejlődésének arányaiban lépést tart és lépést fog tartani a gőz, az elektromosság szárnyán rohanó kor arányaival.

Nem szabad, hogy lerontsák ezt a feltevésünket a nemzetközi jognak a jelen háborúban elért kudarcai sem. Ezek a kudarcok a nemzetközi jog mai gyámoltalan, primitív szabályozásának kudarcai, de nem jelentik a nemzetközi szabályban rejlő morális tartalom csődjét. Hogy ez így van, arról tanúskodik a kultúrnépek millióinak az a kínos felhördülése, mely a nemzetközi szabályok sérelmét követte. Nem kiált-e bosszú, megtorlás, szankció után az egész művelt világ a sérelmek okozói ellen, kiket barbár fenevadaknak, a kultúra szégyenfoltjainak, az emberi minőségi meggyalázóinak minősített? Nem igyekeznek-e maguk a sérelmek okozói is letagadni, elleplezni, szépítgetni eljárásukat önmaguk és mások előtt a parancsoló szükség, a jogos visszatörlesztés, stb. ürügyeinek előrángatásával? Van-e csak egyetlen józan ember is, aki e sérelmek tényéből azt a következtetési vonja le, hogy mivel a nemzetközi jog szabályai, a mai világrengés megpróbáltatásai között nem bizonyultak mindig elég erőseknek, tehát el kell vetni az egész nemzetközi jogot és feladni minden reményt, hogy azt a jövőben jobban beváló szabályozássá erősíthessük? Nem ellenkezőleg a megerősítés lehetőségét és szükségességét hangsúlyozzák-e mindkét hadviselő államcsoport hivatalos és nemhivatalos orgánumai? A harccal járó izgalmas állapot következménye csupán, hogy mindegyik fél saját eljárását tartja korrektnek, ellenfelét nevezi barbarságnak.

Majd ha a vihar elül és a lehiggadt kedélyekbe visszatér a józan ítélet, innen is, túl is felül fog kerekedni a háború tapasztalatain szerzett az a belátás, hogy a nemzetközi jog szabályai nem maradhatnak meg a mai primitív állapotukban. A háború nagyon is jó alkalom volt, hogy a milliók közvéleményének figyelmét ráterelje a nemzetközi jog fogyatékoságára. Ez az intenzív közérzés, a megfelelő szabályozás általános szükségérzete ekkor meg fogja teremni a maga gyümölcsét. És ez nem lehet más, mint törekvés e szabályok igazi jogi formába öntésére, a kényszer-szankció létrehozására, mert szankció nélkül nincs jog.

Itt van azonban az a pont, ahol a nemzetközi szabályok bevégzett jogparancsokká való alakulása nehézségbe ütközik. Értem annak a szervezetnek hiányát, mely a szankciót megadni hivatva és erre képes is lenne. Államok fölötti kényszerről lévén szó, ez a szervezet is csak államok fölötti lehet. Ilyen pedig nincs. Ez az ok, mely az írókat nagyon tartózkodó, sőt igen gyakran elutasító álláspont elfoglalására viszi e kérdésben. Még egy Jhering is tagadja a nemzetközi kényszerszabályozás lehetőségét! (*Zweck* I. 326.)

Azt hiszem, e bizalmatlanság teljesen megokolatlan s magyarázatát abban leli, hogy az írók a nemzetközi jog említett átalakulását szükségképpen egy, az államok felett alakulandó, törvényhozói, bírói, végrehajtói halalommal felruházott államon túli államszervezet kialakulásával hozzák kapcsolatba, ami szükségképp a mai államok államiságának feladását, a nemzetközi jognak ezen új, magasabb szervezet belső jogává való átalakulását jelentené. (V.ö. Merkel: *Jur. Encykl.* 871. §., Ullmann i.m. 13. lap, 2. j. etc.)

E felfogás téves. Ugrás nemcsak a természetben, de a társadalom fejlődésében sincs. Lehet, hogy ez lesz a fejlődés egy távolabbi foka, – amit hinni, mint én magam is hiszem, vagy nem hinni ma még inkább a szubjektív hajlandóság, mint tárgyi argumentáció dolga, – de ezt megelőzően, közbevetőleg átmeneti alakzatok elkerülhetetlenek. Primitív berendezkedésről, mint ami a mai nemzetközi jogé, egyszerre átlépni befejezett alakulatra, amilyen amahhoz viszonyítva az állami jog, lehetetlenség.¹⁷

E tekintetben ismét hasznos tanulságokkal szolgál az ősi jog. Ha a nemzetközi jog jelene csaknem hajszálról hajszálra egybevág a magánbosszú jogának állapotával, akkor logikusan fel lehet tenni, hogy a továbbfejlődésre is, – legalább nagy általánosságban – útmutatást kereshetünk amaz ősi jog fejlődésében.

Ne higgye senki, hogy az őskorban a magánbosszút felváltó állami szankció egyszerre készen állott elő a semmiből. Fentebb már láttuk, mint kezdte meg az ősi jog működését előbb a magánbosszú szabályozásával, mikor a bosszú megindíthatását a sértés kézzelfogható bizonyításához (tettenérés, *conclamatio*, házkutatás) kötötte, majd mikor annak mértékét meghatározta (*talio*, az érték többszöröse, amihez járult később a kötelező kompozíció-rendszer). Úgyszintén láttuk, hogy a közbüntetés első formájában nem egyéb, mint a magánbosszú generalizálása (*homo sacer*) s csak azután fejlik ki a közhatalmi direkt szankció. Tegyük hozzá, hogy ez a közbüntetés is még évszázadokon át a legkiáltóbb esetekre szorítva a törpe kivételt képezte. Rendszerként maradt még hosszú, hosszú századokon át a magánigazságszolgáltatás a legegényibb, a sértetten kívülállók által legkevésbé érzett jogsértésekre, különösen a vagyoni vitákra. A római ősi jog érdekesen mutatja, milyen mesterkélt, bár zseniális, fogásra volt szüksége az egyre növekedő jogérzéknek, hogy az állam fejét úgyszólván rákényszerítse ezen viták elbírálására.

¹⁷ Egy szellemes és egyelőre legalább olvasmánynak érdekes kísérletei az összes művelt nemzeteket összefogó internacionális alkotmány tervezetére 1. Lórimernél: *Le problème final du droit international* (Rev. de dr. intern. 9. köt. 1877. 163–206. lap.) Érdekes, hogy Lorimer a proponált nemzetközi kormány szervezet megalkotásánál mintául bevallotta az osztrák-magyar monarchia szervezetét veszi. (199. lap.)

Esküre (*sacramentum*) kényszeríteni a vitázó feleket, hogy így a homlokegyenest ellenkezőt állító felek közül az egyik okvetlenül kénytelen legyen hamisan esküdni s ezzel a királynak, a vallás fejének, beavatkozása megokolt és szükséges legyen! Bizonyára ezt a fogást a praxis precedens esetek nyomán, hol a felek önként esküdöztek ellentétesen jogaik bizonyítására, találta ki és állandósította. Vagy esküszik a fél, s ezzel kihívta a király döntését, vagy nem esküszik, s ezzel ítéletet mondott maga felett. Valóban ritka zseniális fogás, mely nem kisebb dicséretére válik annak a népnek, mely a magánjoggal megajándékozta az emberiséget, mint későbbi jogtudósai ragyogó fejtegetései! A végrehajtás aztán már nem tartozik a királyra: jön ismét az önhatalom, de már ez is a maga szabályozott, garanciákkal ellátott formájában (*manus iniectio*).

Nyújthatnak-e a most elmondottak némi ujjmutatást a nemzetközi jog remélhető jövő fejlődésére nézve? Lehet-e várni, hogy az a folyamat, mely lejátszódott az egyesek között, ismétlődni fog az államok jogában is?

Jelenségek csak úgy ismétlődnek, ha a létrehozó tényezők azonosak. De azonos-e a mai államok, mint nemzetközi jogi egységek helyzete az őshajdankor egységeinek helyzetével?

Bizonyára nem teljesen.

Az első különbség, melyet fel lehetne hozni, az, hogy míg a mai államok izolált, független egyedek, addig azon régi kor emberei közt már voltak bizonyos leszármazási, családi, vallási, védelmi, gazdasági kapcsolatok és szervezetek, melyek készen adva, és alkalmasak is voltak ahhoz, hogy a jogszolgáltatás feladatát, a jog szankcionálását magukra vegyék, ma pedig erre előbb új szervezetnek kell kialakulnia.

Ez az ellenvetés kevésbé nyomós. Láttuk ugyanis, hogy amaz őskorban is az első lépéseket nem a már létező állami szervezet tette meg, hanem attól függetlenül az egyesek közvéleménye a szokásban működő eleven erő hatalmával és a szervezetlen közvélemény nyomásával teremtette meg a magánbosszú első korlátait, és csak viszonylag későn veszi igénybe az állami szervezet közreműködését. Egyébként bizonyos nemzetközi szervezkedések, melyekre a további fejlődés támaszkodhatik, a mai államok közt is vannak már.

Lényegesebbnek látom azonban a vitázó felek és a körülöttük levő semleges társadalom erőbeli viszonyai közt levő különbséget amaz őskorban és a mai nemzetközi életben. Ott két-három-négy vitázó féllel vagy családdal szemben állt az érdektelen, semleges családok elnyomó sokasága, mely véleményét mindig, vagy legalább rendszerint minden kétség nélkül rá tudta kényszeríteni a vitázókra. Emitt kevés számú nagyhatalom és szintén korlátozott számú kis állam közt nincs meg a semlegeseknek az az elnyomó majoritása, mely az objektív közvélemény, az objektív nemzetközi jog parancsát a háborúba keveredett államokra oly feltétlen biztossággal rá tudná diktálni, különösen, mivel a földrajzi helyzet, műveltségi különbségek által elválasztott nemzetekben sokszor nincs meg a beavatkozáshoz szükséges érdekelttség, ekként a számbajöhető semlegesek száma még kisebbre redukálódik.

Hogy ez a különbség fogja-e éreztetni hatását és mennyiben, azt végérvényesen még nem lehet eldönteni. Egyelőre azonban annyi megállapítható, hogy a

nemzetközi jog továbbfejlődése teljesen azt az irányt látszik venni, melyen az ősi jog haladt.

A hágai békekonferenciák két legfontosabb eredménye: a nemzetközi vizsgáló bizottságok és az állandó nemzetközi választott bíróság céljuk szerint teljesen egybevágnak az ősi primitív jog első jogi természetű berendezéseivel.

A nemzetközi vizsgáló bizottságoknak ugyanaz a feladatuk, ami az ősjogban a tettenéréskor megkívánt *conclamatió*nak, a szomszédok, tanúk odacsóditásának, az ünnepélyes kutató ceremóniának volt, t. i. a lényállás hiteles tisztábahozatala, hogy az szándékos félremagyarázásokkal ne szolgálhasson ürügyül alaptalan támadásra. Ennek óriási fontosságát fent (V.) felhozott példáink világosan mutatják.

A választott bíróság *expediens*éhez is bizonyára gyakran fordultak amaz őskor emberei is (a király, mint választott bíró). Ők sem vitték vitás ügyeiket mindig fegyveres elintézésre. Megvan a párhuzam abban is, hogy a mai nemzetközi választott bíróság funkciója is bevégeződik ott, ahol az ősi választott bíróság végződött, t. i. az ítélethozatallal. A végrehajtás már az erő vagy a belátás dolga. Ez az utóbbi mindenesetre hasonlíthatatlanul nagyobb a mai államoknál, mint az ősi embernél volt, s ez viszi őket az ítélet önként való teljesítésére. Valamint a vizsgáló bizottságok ténymegállapításainál is ez a nagyobb belátás, ez a nagyobb morális felelősségérzet az, mely e bizottságok működését olyan üdvös hatásúakká teszi a háború kiküszöbölhetése szempontjából.

Az a közös fogatkozás azonban, mely ez idő szerint még a nemzetközi vizsgáló bizottságok és választott bíróságok intézményét amaz őskori párhuzamos berendezésekkel összevetve hátrányosan jellemzi, az, hogy ez utóbbiaknál a vitázó fél alávetése kényszerítőleg biztosítva volt, az előbbieknél pedig ez ma még csak jámbor kívánság. E tekintetben a nemzetközi jog még nem érte el ama primitív jog fejlettségi fokát, bár egyébként igen szép eredményeket tud felmutatni már is. (Alabama-affaire, hulli eset, etc.)

Azt hiszem, nem hiú remény, ha a fejlődéstől e téren sokat várunk. Kétségtelennek tartom, hogy a mai háború tanulságai alapján egy újabb megállapodás sokkal energikusabb és hatékonyabb intézkedéseket fog tenni, mint az eddigiek. Amit a primitív kor emberei meg tudtak tenni a magánbosszú szabályozásában, azt ne tudnák megtenni a huszadik század államai?

Azonban különböztessünk! Válasszuk el először is a háború kiküszöbölhetésének vagy korlátozásának lehetőségét a nemzetközi jog békés és hadiszabályai kényszerítő megtartásának kérdésétől.

Lehetséges-e a háborút végleg kiküszöbölni a nemzetek életéből? Vérmérséklet szerint feleljen e kérdésre ki-ki. De ha lehetségesnek tartja is valaki, mint ahogy én is erre hajlok, akkor is tisztán kell látnia, hogy ez a legnehezebb kérdés, mely ha teljeseedik is egykoron, a fejlődés betetőzője lesz.¹⁸ Amint hogy a múltban is azt

¹⁸ Azok a meglepően határozott nyilatkozatok, melyek a legutóbbi hetekben a két szembenálló államcsoport vezető államférfiinak ajkáról a békekötés utáni nemzetközi szervezkedésre vonatkozólag Londonban és Berlinben elhangzottak, arra mutatnak, hogy a fejlődés útja e tekintetben sem olyan beláthatatlan, vigasztalan messzeségbe vesző, mint azt eddig általánosan hitték. Az, amit elméleti és gyakorlati kételkedők annyiszor bélyegezte utópiának, íme komoly reálpolitikusok szavaiból csöndül hozzánk, mint a háború szörnyű áldozatai árán megérni, megvalósulni készülő ígélet. Nem kell odaadni magunkat a reménynek, hogy már a háború után, az első fellángolásra lehetséges lesz egy oly

láttuk, hogy a bosszú szabályozása, korlátozása, évezredekkel megelőzte annak kiküszöbölését.

Azonban ezért, mert a végcél messze, tagadjuk meg a fejlődés lehetőségét? Ha a háborút kiküszöbölni egyelőre nem lehet is, vajon nem lehetne-e korlátok közé szorítani?

A mai világfelfordulás, elismerem, a lelkeket szkeptikusabbakká tette – és méltán – mint amilyenek akár csak pár évvel ezelőtt is voltak. De gondoljuk meg, hogy a maihoz hasonló megrázkódtatás éppen egy száz évvel ezelőtt érte csak a világot, ellenben a bécsi kongresszus óta egész sereg háborút viseltek a világ civilizált nemzetei egymás közt. Vajon ezen háborúk egyike sem lett volna megfelelő be rendezések, megfelelő szervezkedés mellett elkerülhető? Világrengések vannak és lesznek, amint hogy az államok belső életében sem kerülhető el végképp a forradalom, a belső jogrend felbomlása. Mégis, feladjuk a jogrend szilárdságába vetett hitünket, mert lehet forradalom, feladjuk-e a nemzetközi élet békés szabályozhatóságának reményét, mert lehet, hogy e szabályozás nagy időközönként felbomolhat?

Már e háború folyama alatt is energikus hangok hallatszanak egyes semleges államok, különösen az amerikai Unió részéről a háború okozta károk és veszedelmek miatt, melyek a semlegesek polgárait érik. A semlegesek ébredeznek. Nem közömbös nekik, hogy háború van-e vagy nincs. Világos, hogy a nemzetközi érintkezés fokozatos növekedésével arányban nő ezután még inkább a semlegesek érdekeltisége, mely okvetlenül a nemtörődés mai álláspontjának feladására fogja kényszeríteni őket. Hogy mi és mennyi valósul meg ez irányban a jelen háború után, azt megmondani nem lehet. Jóslásokba bocsátkozni felesleges is. Egy bizonyos, s ez az, hogy a haladás másként nem képzelhető, mint a semlegesek kilépésével a tétlen szemléletből, mert csak bennük lehet meg az a hatalom, mely a háború-indítás mai önkényes formáját bizonyos garanciákhoz fűzni képes. A háború nem lesz kiküszöbölhető egyszerre, de meg lehet állapítani a jogosnak ismert háború feltételeit és lehet gondoskodni ezen feltételek komoly érvényesítéséről.

Az első bizonytalan, ingadozó kísérlet ez irányban tudvalevőleg a hágai konferenciákon már szintén megtörtént, amennyiben a semlegesek beavatkozási joga legalább negatívumokban biztosított, hogy maga a közvetítés nem tekinthető barátságtalan lépésnek. Ami kívánatos, a beavatkozás pozitív biztosítása, egyrészt ennek a semlegesekre, másrészt a viszályban levő államokra nézve kötelező tételével. Legalább is a vizsgáló bizottságok működése volna kötelezővé teendő. Ám legyen háború, ha ez már elkerülhetetlen, de a civilizált államok társadalmának legalább ahhoz van joga, hogy tisztán lássa, jogérvényesítő vagy pedig rabló hadjá-

szilárd békeszervezetet létesíteni, mely a háborút mindörökké kizárná az emberi élet jelenségei közül. De hogy a bekövetkezendő szervezkedésnek sikerülni fog a háború veszélyét jelentékenyen korlátozni, az iránt kétségem nincs. Az említett londoni és berlini beszédek fényes bizonyágai annak, hogy a nemzetközi jog fejlődése a jövőben mennyivel gyorsabb ütemben fog haladni, mint ahogy haladt a régmúltban.

rattal áll-e szemben. S e tekintetben a vizsgáló bizottság intézménye jelentőségében szinte túlemelkedik a választott bíróság felett.¹⁹

Ami a másik kérdést, a nemzetközi békés és háborús érintkezés, különösen a hadviselés, megállapított nemzetközi szabályainak kényszerítő erővel való felruházását illeti, felfogásom szerint itt kell és itt lehet leghamarabb tenni és eredményt érni el.

A békés érintkezés szabályainak megtartása ellen eddig sem lehet kifogás. E téren a nemzetközi jog szabályai a praxisban ugyanolyan bevégezetheggyel jelentkezenek, mint az államonbelüli jogéi, sőt az államok szinte még fokozottabb, féltékenyebb gonddal őrködnék azok megtartásán, mint a belső jog érvényesülésén. A békés nemzetközi jog szabályainak megtartására elegendő garancia az államok jól felfogott önérdeke. E tekintetben tehát valóságos túlfeljlődés mutatkozik a nemzetközi jog javára a belső joggal szemben, mert hisz a szankció az utóbbinál is egy szükséges rossz, egy a körülmények által megkívánt áldozat, az ideál voltaképpen ez utóbbinál is a jogparancs önkéntes teljesítése volna (ami aztán éppen a parancs jogi jellegét megszüntetné). Ami a tömegnél az egyesek csekély intelligenciája, ingatag erkölcsisége miatt kivihetetlen, azt az államok nagyobb belátása, erkölcsi jóhírnevükre való féltékenysége lehetővé teszi,

Csak a háborús érintkezés az a pont, ahol a szemrehányás joggal éri a mai gyámoltalan szabályozást, ahol éppen ezért a közvélemény ereje bizonyára elemi erővel fog követelni gyökeres átalakítást. A szabályok megvolnának: itt érezhető azonban legjobban a szankció hiánya. A belátás és az erkölcsi önmegbecsülés szavát itt a küzdelem izgalmái gyakran elnyomják. S ezt a szankciót meg is lehet és meg kell teremteni. A második hágai konferencia megtette ez irányban is a kezdeményező lépést, kimondván a kártérítési kötelezettséget arra a hadviselő félre, amelyik megszegi a konferencia által megállapított hadiszabályzat rendelkezéseit. Ha ez a szankció nem elég, amint hogy a mai háborúban hatástalannak bizonyult, gondoskodni kell, és lehet is, erősebb, hathatósabb megtorlásról, mely szükség esetén az illető államnak a nemzetközi jogközösségből való kizárása is lehet. (Wlassics: Jogállam 1915. 316. lap.) Az államok társadalma ugyanazt a büntetést fogja ezzel alkalmazni, melyet a primitív társadalmak alkalmaztak – egyéb büntető

¹⁹ A háború lehetőségének csökkentésére igen jó hatású volna ez ősi jog azon fogásának bevezetése a nemzetközi ügyleti jogba, mely abban állt, hogy a nyilvánosság az ügylet érvényességének feltételévé tétetett. Az ósrómai jognak nagyon jó okai voltak arra, hogy a *mancipatio* érvényét öt *civis pubes Romanus* és a hatósági hites mérlegtartó közreműködéséhez kösse. A szerződés körül felmerülhet viták, félremagyarázások nagy részét lehetetlenné tette ezzel az egyszerű óvóintézkedéssel. Át kell plántálni ezt a szabályt a nemzetközi jogba. (E követelmény sem, új dolog!) Az öt *civis Romanus* és a mérlegtartó szerepét játszaná a nyilvánosság, az alkotmányos államok parlamentjeinek ellenőrzése. Ha egyszer nemzetközi szabállyá lenne, hogy csak a nyilvános, publikált szerződések és megállapodások bírnak nemzetközi jogi kötelező erővel a háborúcsináló diplomaták dolga sokszorosan megnehezülne. Elképzelhetők volnának-e olyan vakmerő szerződésesegések és félremagyarázások minőknek tanúi voltunk e háború folyama alatt, ha a nagyközönség, úgy a saját állam, mint az ellenség és a semleges államok közönsége, a szerződés szövegével kezében, ellenőrizhetné diplomatái lépéseit. Vajon, eljutott volna-e pl. Anglia is a háború örvényéig, ha a közismerten hatalmas angol közvéleménynek évekkel előzőleg módja lett volna elbírálni a titokban tartott egyezményeket, melyek Anglia magatartását lekötötték?

szervezet híján – az egyesre, aki a köz érdeke ellen való magatartást tanúsított: a kiközösítést.

E tekintetben is véleményem szerint ez a háború fog fordulópontot képezni. Kellett, hogy legyen skandalum! A skandalum megvan: az üdvös reakció elkerülhetetlen.

Ne feledjük, hogy az államonbelüli jog fejlődésének is minden fontosabb *étape*-jét a visszaélésektől végsőkéig elkeserített közvélemény felháborodott kitörése létesítette. A római 12 táblás törvény a patríciusok vérig-húsig menő kizsákmányoló üzelmének eredménye volt, csakúgy, mint ahogy a modern alkotmányjog és büntetőjog a XIV. és XV. Lajosok zsarnoki kényuralmának, az erre bekövetkezett visszahatásnak köszönheti kialakulását. Csak a háborús joggal való visszaélésekre lenne hatástalan a közvélemény elemi felháborodása? Semmi okunk nincs ezt feltételezni.

A római 12 táblás törvény meghagyja a hitelezőnek azt a jogot, hogy fizetésképtelen adósát fogságába ejtse s az eljárás végén akár meg is ölhesse; de szigorúan előírja az előzetes fogság részleteit: hány napig köteles az adóst megkötözve tartani, hány font súlyú bilincset verhet rá, mennyi lisztet tartozik neki adni, ha ez nem akarja önmaga élelmezni magát, hányszor tartozik kivezetni a vásárra, hogy valaki megszánva az adóst, kiválthassa.... A jövő nemzetközi joga, ha egyelőre nem lesz is elég erős arra, hogy a háború barbár intézményét végképpen a történelmi régiségek lomtárába száműzze, annyi ereje bizonyára lesz, amennyi a *decemviri* törvényének volt, hogy legalább az emberiség legelemibb követelményeinek biztosítására szilárd garanciákat teremtsen a háborúban is!
