

70/A. § [A diszkrimináció tilalma]

(1) A Magyar Köztársaság biztosítja a területén tartózkodó minden személy számára az emberi, illetve az állampolgári jogokat, bármely megkülönböztetés, nevezetesen faj, szín, nem, nyelv, vallás, politikai vagy más vélemény, nemzeti vagy társadalmi származás, vagyoni, születési vagy egyéb helyzet szerinti különbségtétel nélkül.

(2) Az embereknek az (1) bekezdés szerinti bármilyen hátrányos megkülönböztetését a törvény szigorúan bünteti.

(3) A Magyar Köztársaság a jogegyenlőség megvalósulását az esélyegyenlőtlenségek kiküszöbölését célzó intézkedésekkel is segíti.

Fontosabb alkotmánybírószági határozatok

9/1990. (IV. 25.) AB határozat, ABH 1990, 46.
64/1991. (XII. 17.) AB határozat, ABH 1991, 297.
34/1992. (VI. 1.) AB határozat, ABH 1992, 197.
61/1992. (XI. 20.) AB határozat, ABH 1992, 281.
46/1994. (X. 21.) AB határozat, ABH 1994, 260.
30/1997. (IV. 29.) AB határozat, ABH 1997, 130.
45/2000. (XII. 8.) AB határozat, ABH 2000, 344.
18/2001. (VI. 1.) AB határozat, ABH 2001, 600.
28/2005. (VII. 14.) AB határozat, ABH 2005, 209.
41/2007. (VI. 20.) AB határozat, ABH 2007, 551.

Válogatott irodalom

- Robert ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford: Oxford University Press 2002).
- BRAGYOVA András: „Egyenlőség és alkotmány. Az alkotmányos egyenlőségi szabály jelentése és alkalmazása” in: LAMM Vanda (szerk.): *Van és legyen a jogban. Tanulmányok Peschka Vilmos 70. születésnapjára* (Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó -- MTA AJI 1999) 21--66.
- HALMAI Gábor (szerk.): *A hátrányos megkülönböztetés tilalmától a pozitív diszkriminációig* (Budapest: AduPrint -- INDOK 1998)
- KISS Barnabás: *A jog egyenlősége -- az egyenlőség joga* (Szeged: Szegedi Egyetemi Kiadó -- Juhász Gyula Felsőoktatási Kiadó 2006).
- KOVÁCS Krisztina: „A hátrányos megkülönböztetés tilalma” in: HALMAI Gábor -- TÓTH Gábor Attila (szerk.): *Emberi jogok* (Budapest: Osiris 2003) 363--421.
- Doris KÖNIG -- Anne PETERS: „Das Diskriminierungsverbot” in: Rainer GROTE -- Thilo MARAUHN (szerk.): *EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz* (Tübingen: Mohr Siebeck 2006) 1114--1221.
- KRIZSÁN Andrea: „Amerikai megközelítés a faji alapú diszkrimináció értelmezésében” *Fundamentum* 2000/3. 13--32.
- SÓLYOM László: *Az Alkotmánybíraskodás kezdetei Magyarországon* (Budapest: Osiris 2001).
- SZENTE Zoltán: „A pozitív megkülönböztetés problémái” *Fundamentum* 2006/4. 17--44.

Kommentár

Tartalom

1. Szövegtörténet [1]--[8]

Gyórfi Tamás -- M. Tóth Balázs

2. A diszkrimináció tilalmát kimondó szabály különleges szerepe az Alkotmány szerkezetében, illetve az alkotmányjogi gyakorlatban [9]--[11]
3. Az egyenlőség fogalma és felfogásai [12]--[46]
 - 3.1 Az egyenlőségfelfogások közötti viszony természetéről [12]
 - 3.2 A formális egyenlőség [13]--[17]
 - 3.3 Morális egalitarizmus, a jogképesség egyenlősége, jogegyenlőség [18]--[38]
 - 3.3.1 A morális egalitarizmus eszménye [18]--[19]
 - 3.3.2 A jogképesség egyenlősége? [20]--[31]
 - 3.3.2.1 A jogképesség mint a konceptuálisan és fizikailag megszerezhető jogok tényleges birtoklása [25]--[27]
 - 3.3.2.2 A jogképesség mint a jogosultak osztályába való belépés elvi lehetősége [28]--[30]
 - 3.3.2.3 A jogképesség mint a jogok megszerzésének reális lehetősége [31]
 - 3.3.3 A jogegyenlőség tartalma [32]--[38]
 - 3.4 Jogegyenlőség *versus* esélyegyenlőség [39]--[45]
 - 3.5 Jogegyenlőség *versus* törvény előtti egyenlőség [46]
4. Előzetes dogmatikai kérdések [47]--[74]
 - 4.1 A diszkriminációtilalom terjedelmének kérdése [48]--[52]
 - 4.2 Az alkalmazott teszt erőssége [53]--[57]
 - 4.3 A normaindividualizálás problémája [58]--[71]
 - 4.3.1 Az alkotmányos alapjogok egyenlősége [58]--[63]
 - 4.3.2 Az általános egyenlőségi szabály [64]--[68]
 - 4.3.3 A diszkrimináció tilalma [69]--[71]
 - 4.4 A diszkrimináció tilalma mint hárompólusú jogviszony [72]
 - 4.5 Jog vagy állami kötelezettség a diszkrimináció tilalma? [73]--[74]
5. A kötelezettek és a jogosultak köre [75]--[85]
 - 5.1 A kötelezettek köre [75]--[81]
 - 5.2 A jogosultak köre [82]--[85]
6. A hátrányos megkülönböztetés [86]--[122]
 - 6.1 A hátrányos megkülönböztetés fogalmi elemei [86]--[89]
 - 6.2 A megkülönböztetés okozta hátrány [90]--[95]
 - 6.3 A megkülönböztetés igazolhatósága [96]--[122]
 - 6.3.1 Az igazolási teher telepítése [96]
 - 6.3.2 Az önkényesség tilalma [97]--[101]
 - 6.3.3 A világnézeti pluralizmus és az integritás értéke [102]--[108]
 - 6.3.4 A törvény céljához viszonyított egyenlőség [109]--[122]
7. Közvetett diszkrimináció [123]--[130]
 - 7.1 A közvetett diszkrimináció jelentése [123]--[124]
 - 7.2 A közvetett diszkrimináció sajátos aspektusai [125]--[130]
8. A „[S]zigorúan bünteti” [131]--[133]
9. A megkülönböztetés tilalmának különös formái [134]--[144]
 - 9.1 A faji megkülönböztetés [134]
 - 9.2 A nemzetiségi alapon történő megkülönböztetés [135]--[136]
 - 9.3 A nemek szerinti megkülönböztetés („nem”) [137]--[139]
 - 9.4 A nemi orientáció szerinti megkülönböztetés („egyéb helyzet”) [140]--[142]
 - 9.5 Az életkor szerinti megkülönböztetés („egyéb helyzet”) [143]--[144]
10. A pozitív diszkrimináció [145]--[160]
 - 10.1 A pozitív diszkrimináció fogalma [145]--[147]
 - 10.2 A pozitív diszkrimináció igazolása [148]--[155]
 - 10.3 Az esélyegyenlőség előmozdítása -- néhány AB döntés a (3) bekezdés értelmezéséhez [156]--[160]

1. Szövegtörténet

[1] Az 1949-ben kihirdetett Alkotmány „Az állampolgárok jogai és kötelezettségei” címet viselő VIII. fejezet 49. §-ában rendelkezett a diszkrimináció tilalmáról. A szakasz (1) bekezdése rögzítette, hogy a Magyar

Népköztársaság polgárai a törvény előtt egyenlők és egyenlő jogokat élveznek, a (2) bekezdés pedig büntetni rendelte a polgárok hátrányos megkülönböztetését nemek, felekezetek vagy nemzetiségek szerint.¹

[2] A rendszerváltás előtti Alkotmány egyenlőségi klauzulájának értelmezésekor a szocialista alkotmányjogi felfogás azon alaptételéből kell kiindulnunk, mely élesen szembeállította a pusztán **formális**, időnként a burzsoá jelzővel ellátott jogegyenlőséget az állampolgárok tényleges, **materiális** egyenlőségével.² Ez a megkülönböztetés alapvetően a marxista elméletnek azzal a tételével áll összefüggésben, mely a gazdasági viszonyoknak, „**az alapnak**” a primátusát hirdette a „**felépítményhez**” tartozó jogi formákkal szemben →1§[6]. Mint majd látni fogjuk, mai alkotmányos berendezkedésünk is legitim és fontos célnak tartja a társadalmi egyenlőtlenségek bizonyos fokú kiküszöbölését, így önmagában nem ez a gondolat tette problematikusá az egyenlőséggel kapcsolatos fenti megkülönböztetést. A probléma inkább abban állt, hogy a két egyenlőségfogalom ilyen szembeállítása fogalmi zavarok forrásává vált →[42], s ami sokkal fontosabb, a materiális egyenlőség előmozdítása igazolásul szolgált a „pusztán” formális jogegyenlőség korlátozásához. Ez éles ellentétben áll az egyenlőséggel kapcsolatos mai joggyakorlattal →[152].

[3] A fenti ideológiai alapvetés folyományaként a rendszerváltás előtti Alkotmány maga szegte meg az egyenjogúság követelményét akkor, amikor az alapvető jogok jogosultjaiként főszabályként a **dolgozókat** jelölte meg, „a dolgozó nép ellenségeit” pedig az elmebetegekkel együtt kirekesztette például a választójogból a 63. § (2) bekezdésében, vagy az olyan klasszikus alapjogokat, mint a szólás-, a sajtó- és a gyülekezési szabadság, pusztán „a dolgozó nép érdekeinek megfelelően” biztosította [55. § (1)]. Így az Alkotmány maga tette kérdésessé, hogy az egyenjogúság eszméjének megvalósítására komolyan törekedtek volna az alkotmányozók.

[4] Ugyancsak fontos kiemelni, hogy a hátrányos megkülönböztetés tilalmát kimondó (2) szakasz három olyan „védett tulajdonságot” jelölt meg, melynek alapján az állam nem diszkriminálhat: nem, felekezet és nemzetiség. Tekintettel arra, hogy a védett tulajdonságok felsorolása e szakaszban nem példálózó jellegű, hanem kimerítő, így ez a védelem fölöttébb **restriktív** volt. A mai szabályozás fényében különösen beszédes a **politikai vélemény** vagy a **társadalmi származás** hiánya ebben a felsorolásban, hiszen az e jellemzők alapján történő megkülönböztetés a rendszer lényeges vonásai közé tartozott, a politikai vélemény alapján történő megkülönböztetés pedig az Alkotmánynak is konstitutív jellemvonása volt. Másfelől viszont azt láthatjuk, hogy a diszkrimináció tilalma, szemben a mai alkotmányszöveggel, egyértelműen kiterjedt elvileg minden szabályozásra. (Később bevezetett terminológiánk →[48] szerint a szabályozás a **megkülönböztetés alapját** tekintve **zárt, tárgyi területét** tekintve **nyitott** volt.)

[5] Végül érdemes rámutatni e szabályozás két figyelemre méltó dogmatikai sajátosságára. Egyfelől, mai szabályozásunktól eltérően az elemzés tárgyát képező jog jogosultjai pusztán a Magyar Népköztársaság polgárai voltak, vagyis **nem minden ember** állt a hátrányos megkülönböztetés tilalmának védelme alatt. Ugyancsak eltér ez a megoldás a hatályos normaszövegtől abban, hogy az (1) bekezdés tulajdonképpen két fordulatot tartalmazott, és külön szabályozta a **törvény előtti egyenlőséget** és az **egyenjogúságot**. Ennek a kettősségnek az volt az oka, hogy a korabeli uralkodó alkotmányjogi felfogás a törvény előtti egyenlőséget elsősorban a jogalkalmazással, míg az egyenjogúságot a jogalkotással szemben támasztott követelménynek tekintette³ →[46].

[6] Az Alkotmány általános egyenlőségi klauzulájának tartalma és sorszáma az 1972-es alkotmányreformmal⁴ változott meg. A 61. sorszámot kapó paragrafus tartalmában pusztán annyi változás állt be, hogy a „polgárok” kifejezés helyére az „állampolgárok” terminus került. Ugyanakkor az egyenlőség érvényesülése szempontjából lényeges változást jelentett, hogy az új szabályozás feloldotta azt a megszorítást, amely a dolgozókra szűkítette számos alapjog jogosult körét, és a védelmet valamennyi állampolgárra kiterjesztette. Másfelől viszont az

¹ Ugyanennek a szakasznak volt egy további bek.-e is, amely a nemzetiségiek számára biztosította az anyanyelven való oktatásnak és a nemzeti kultúra ápolásának a lehetőségét. Mivel e bek.-nek a diszkrimináció tilalmát kimondó szakaszba való beillesztését dogmatikailag teljességgel indokolatlannak tartjuk, azt nem is vonjuk be elemzésünkbe.

² Lásd pl. Friedrich ENGELS sorait: „a polgári egyenlőségi követeléseket nyomon kísérik a proletár egyenlőségi követelések. Attól a pillanattól kezdve, amikor felállítják az osztályelöljogoknak az eltörlésére irányuló polgári követelést, melléje lép a maguknak az osztályoknak az eltörlésére irányuló proletár követelés. [...] A proletárok szaván fogják a burzsoáziát: az egyenlőséget ne csupán látszólagosan, ne csupán az állam területén, hanem valóságosan is, a társadalmi, gazdasági területen is vigyék keresztül.” Friedrich ENGELS: „Eugen Dühring úr tudomány-forradalmasítása (Anti-Dühring)” in: MARX és ENGELS *Válogatott művei 3.* [szerk.: RECSKI Ágnes, ford. n.] (Budapest: Kossuth 1977) 268.

³ KISS Barnabás: *A jog egyenlősége -- az egyenlőség joga* (Szeged: Szegedi Egyetemi Kiadó -- JUHÁSZ Gyula Felsőoktatási Kiadó 2006) 99--103.

⁴ 1972. évi I. tv. az 1949. évi XX. tv. módosításáról és a Magyar Népköztársaság Alkotmányának egységes szövegéről.

alapvető jogok katalógusát tartalmazó fejezet elejére került egy olyan generális szabály [54. § (2) bekezdés], amely kimondta, hogy „az állampolgári jogokat a szocialista társadalom érdekeivel összhangban kell gyakorolni”.

[7] A rendszerváltás előestéjén az IM elkészítette egy új alkotmány szabályozási koncepcióját. Ennek a koncepciónak mind az 1988. november 30-i, mind az 1989. január 30-i változata részletesen foglalkozott a jogegyenlőség kérdésével. A koncepció egyik érdekessége, hogy a jogegyenlőség általános elvét és a hátrányos megkülönböztetés tilalmát **nem az alapjokok között tárgyalta**, hanem „A Magyar Népköztársaság társadalmi rendje” (a későbbi koncepcióban: Magyarország társadalmi-politikai--gazdasági rendjének alapelvei) címet viselő résznek „Az állam és a társadalom kapcsolata elnevezésű alfejezetében”. A koncepció külön nevesítette a diszkrimináció mellett a privilegizálás és az előnyös megkülönböztetés tilalmát. A hatályos szabályozáshoz képest jelentősen **kibővítette a védett tulajdonságok körét**, külön is említve a tulajdonformák közötti szektorsemlegességet, ugyanakkor továbbra sem terjesztette ki a védelmet a politikai vélemény alapján történő diszkrimináció tilalmára. A koncepció mindkét változata letette a voksot amellett, hogy emelkedjen alkotmányos rangra az esélyegyenlőség biztosításának célja.

[8] Mivel az EKA kezdetben nem törekedett átfogó alkotmányrevízióra, ezért az Alkotmány módosítására előterjesztett javaslata nem érintette a jogegyenlőség kérdését. A NEKA-tárgyalások idején az IM-ben elkészített, 1989. augusztus 21-ére dátumozott törvényjavaslat a korábbi koncepciónak megfelelően rendelkezett az előnyös megkülönböztetés tilalmáról, és a védett tulajdonságoknak immár a jelenlegi Alkotmányban is szereplő listáját adta, azzal a különbséggel, hogy a listáról hiányzott a „nem”. A NEKA-tárgyalások során az egyenlőségi klauzula körül nem voltak heves viták, a jegyzőkönyvek tanúsága szerint a tárgyaló felek az I/1. számú munkabizottság 1989. augusztus 23-i ülésén megállapodtak az akkor még 66. §-ként számozott szakasz (1) bekezdésének szövegéről. Érdekessége ennek a megállapodásnak, hogy a védett tulajdonságok között **sem a bórszín, sem a nem nem szerepelt**. A megállapodás után 1989 augusztusában és szeptemberében keletkezett újabb IM-koncepciók is még két vonatkozásban eltértek a végleges szövegtől: a tiltott diszkriminációs okok listáján továbbra sem szerepelt a bórszín és a nem, és még mindig külön rendelkezett a szöveg az előnyös megkülönböztetés tilalmáról. A ma is hatályos szöveg így csak 1989 októberében nyerte el végső formáját, *az Alkotmány módosításáról szóló 1989. évi XXXI. törvényben*.

2. A diszkrimináció tilalmát kimondó szabály különleges szerepe az Alkotmány szerkezetében, illetve az alkotmányjogi gyakorlatban

[9] Az 1989-ben kialakított alkotmányos rendszer jellegadó alapértéke az egyenlőség; erről tanúskodik az a tény, hogy az egyenlőséggel kapcsolatos szabályok több helyen is megjelennek az Alkotmányban, s az egyenlőség mint alkotmányos érték az egyik legtöbbet használt érv az AB döntéseiben. A diszkrimináció tilalmát kimondó 70/A. § az Alkotmány számos más rendelkezéséhez vagy az AB által elfogadott számos más elvhez **úgy viszonyul, mint általános a különöshöz**, éppen ezért ezt a szabályt **általános egyenlőségi szabálynak** is lehet nevezni. Ezek közé a különös szabályok közé tartozik például a **tulajdonformák egyenlőségét** kimondó 9. § (1) bekezdés, a **bíróság előtti egyenlőséget** deklaráló 57. § (1) bekezdés, a **férfiak és nők egyenjogúságát** biztosító 66. § (1) bekezdés, az **egyenlő munkáért egyenlő bér** követelményét előíró 70/B. § (2) bekezdés, a **közteherviselés** egyenlőségét kimondó 70/I. §, vagy a **választójog** egyenlőségét deklaráló 71. § (1) bekezdés.

[10] Más értelemben is különleges azonban e jog státusa. Az alapjokok legtöbbje az életviszonyok egy jól körülhatárolható csokrát védi. A diszkrimináció tilalma ezzel szemben nem kötődik az életviszonyok tartalmilag körülhatárolható köréhez: az állam szabad mérlegelési körében eljárva, *ex gratia* aktusainál is alá van vetve a diszkrimináció tilalmát kimondó szabály megkötéseinek. Mivel a jog tipikusan címzettek és magatartások osztályaira vonatkozó általános szabályokkal látja el feladatát, így tartalmától függetlenül **minden szabály** esetében felvethető az a kérdés, hogy a jogalkotó elvszerűen, nem önkényesen vonta-e meg a szabály által érintett címzettek vagy magatartások körét. Nem ok nélkül állítja Paul KIRCHOF, hogy az egyenlőségi jog az alapjokok általános elméletéhez, nem pedig speciális tartalmához tartozik.⁵

[11] Különleges végül ez a jog **statisztikai értelemben** is. A diszkrimináció tilalmát kimondó szabály egyrészt utólagos normakontroll esetén az indítványozók által a leggyakrabban hivatkozott alkotmányhelyek egyike, másrészt a jogszabályok megsemmisítésének egyik leggyakoribb indoka.⁶

⁵ Paul KIRCHOF: „Der allgemeine Gleichheitssatz” in: Josef ISENSEE -- Paul KIRCHOF (szerk.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland V.* (Heidelberg: C. F. Müller Juristische Verlag 1992) 957.

⁶ A magyar AB tevékenységével kapcsolatban 1995-ig vannak erre vonatkozó összesítéseink. Lásd *Alkotmányos elvek és esetek* (Budapest: Constitutional & Legislative Policy Institute 1996) 636--637. Ezzel megegyezően

3. Az egyenlőség fogalma és felfogásai

3.1 Az egyenlőségfelfogások közötti viszony természetéről

[12] Az elemzés tárgyát képező szakasz központi fogalma az **egyenlőség**. Mielőtt az alkotmányszöveggel kapcsolatos dogmatikai kérdéseket részleteikben tárgyalnánk, az egyenlőség fogalmával kapcsolatos néhány elméleti kérdést vizsgálunk meg. Bár az egyenlőség az egyik legszélesebb körben elfogadott politikai érték, a lényegileg vitatott fogalmak közé tartozik. Nem meglepő hát, hogy a politikai filozófiai és alkotmányjogi irodalom az egyenlőség számos felfogását különbözteti meg. Ezért az sem véletlen, hogy a diszkrimináció tilalmának alkotmányjogi kérdéseit elemző munkák gyakran foglalkoznak az egyenlőségre vonatkozó különböző nézetekkel. Jóval kevesebb figyelmet szentel azonban ez az irodalom annak a kérdésnek, hogy mi az egyes egyenlőségfelfogások helyi értéke és **egymáshoz való viszonya**.⁷ Az egyenlőségre vonatkozó felfogások ugyanis nem egyszerűen ugyanannak az egyenlőségfogalomnak egyazon absztrakciós szinten álló, egymással versengő felfogásai: az egyenlőség különböző jelzőkkel ellátott típusai között ennél bonyolultabb viszony áll fenn, ezek gyakran különböző absztrakciós szinten elhelyezkedő fogalmak, amelyek közül az igazolás szempontjából némelyik alapvetőbb szerepet játszik, míg némelyik csupán az alapvetőbb egyenlőségfogalmakból derivált, származtatott elv.

3.2 A formális egyenlőség

[13] Az egyenlőségből származó legalapvetőbb követelmény, hogy a releváns szempontból hasonló eseteket kezeljük hasonlóan, a különbözőket pedig különbözőképpen -- ezt a követelményt a **formális egyenlőség** elvének szokták nevezni. Még pontosabban: a különböző eseteket nem egyszerűen különbözőképpen, hanem a releváns tulajdonságaik eltéréseinek megfelelően, vagyis **arányosan** kell kezelni. „Az igazságos dolog tehát az arány bizonyos esete” -- mondja ARISZTOTELÉSZ.⁸ A formális egyenlőségnek speciális helye van az egyenlőség különböző felfogásai között. A formális egyenlőségből származó **univerzalizálhatósági** követelményre éppen ezért sokan mint minden erkölcs elengedhetetlen részét képező elvre, s nem mint más elvekkel versengő értékre tekintenek.

[14] Az egyenlőség „szubsztantív” vagy materiális koncepciói **nem szemben állnak** a formális egyenlőségfogalommal, hanem **tartalommal töltik ki** annak meghatározatlan elemeit: ezek arra vonatkozó versengő elképzeléseket fogalmaznak meg, hogy mi minősül **releváns hasonlóságnak** vagy különbségnek két eset megítélésekor. Amit Herbert HART ír az igazságosságról, az az egyenlőségre is vonatkozik: „Az igazságosság tehát bizonyos mértékben két részből áll. Egy változatlan vagy állandó jellemzőből, amit a »A hasonló eseteket kezel hasonlóan!« előírás foglal össze; s egy változó vagy módosuló kritériumból, ami annak meghatározására szolgál, hogy valamely adott cél szempontjából az esetek hasonlóak-e vagy különbözőek.”⁹

[15] Mivel a diszkrimináció tilalma nem zár ki **minden** megkülönböztetést, hanem csak a megkülönböztetésnek azokat a módosításait, amelyeknek **nincsen ésszerű indokuk**, az egyenlőség érvényesülésénél az lesz a központi kérdés, hogy az egyenlőség milyen felfogása alapján ítéljük meg a hasonlóság releváns mivoltának kritériumait. Vagyis az egyenlőség megítélése mindig elméletfüggő. „Az egyenlőség mindig csak annyit tesz, hogy

SÓLYOM László: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon* (Budapest: Osiris 2001) 753. SÓLYOM László a diszkrimináció tilalmára alapított indítványok kiugró számát részint a szocializmus örökségeként tovább élő egyenlőségeszménnyel, részint azzal magyarázza, hogy az egyenlőség a laikus gondolkodás számára a legkönnyebben megfogható alkotmányos alapelv. Ausztriára, Franciaországra és Spanyolországra vonatkozóan lásd BRAGYOVA András: „Egyenlőség és alkotmány. Az alkotmányos egyenlőségi szabály jelentése és alkalmazása” in: LAMM Vanda (szerk.): *Van és legyen a jogban. Tanulmányok Peschka Vilmos 70. születésnapjára* (Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó -- MTA ÁJI 1999) 34.

⁷ Lásd pl. KISS (3. lj.) 243--253; KOVÁCS Krisztina: „A hátrányos megkülönböztetés tilalma” in: HALMAI Gábor -- TÓTH Gábor Attila (szerk.): *Emberi jogok* (Budapest: Osiris 2003) 365--370.

⁸ ARISZTOTELÉSZ: *Nikomakhoszi etika* [ford. SZABÓ Miklós] (Budapest: Európa 1987) 129 (1131a).

ARISZTOTELÉSZNÉL az egyenlőségnek ez a formája az *osztó igazságosság* vezérelve. A *kiigazító igazságosság* ezzel szemben az érdekelt személyeket eleve egyenlőnek veszi, s a sérelem helyreállítását tűzi ki célul. Vagy másképpen megfogalmazva: a kiigazító igazságosság elvonatkoztat a konkrét sérelmen túlmutató kontextustól, s az ott esetlegesen létező egyenlőtleniségtől. Uo. 131 (1132a).

⁹ H. L. A. HART: *A jog fogalma* [ford. TAKÁCS Péter] (Budapest: Osiris 1995) 186. Vagy miként ARISZTOTELÉSZ megfogalmazza: „Abban mindenki egyetért, hogy az igazságos eljárásnak a javak kiosztásában bizonyos érdemesség szerint kell történnie; csakhogy persze nem mindenki ugyanazt az érdemességet tartja irányadónak: a demokrácia hívei a szabadságot, az oligarchia hívei a gazdagságot vagy nemesi származást, az arisztokrácia hívei az erényt.” ARISZTOTELÉSZ (8. lj.) 129 (1131a).

egy adott nézőpontból elvonatkoztatunk a meglévő egyenlőtlenségektől” -- írja Gustav RADBRUCH.¹⁰ Ebből az következik, hogy elvileg egy olyan politikai rendszer hívei is, amelyben különbséget tesznek árjak és alsóbbrendű fajok, szabadok és rabszolgák, netán arisztokraták és jobbágyok között, őszintén gondolhatják, hogy ez a rendszer kielégíti az egyenlőség fenti formális felfogását, amennyiben komolyan hiszik, hogy a két csoport közötti megkülönböztetés releváns tulajdonságokon nyugszik. Ha egy alkotmány az egyenlőséggel kapcsolatban csak egy, a diszkrimináció általános tilalmát kimondó rendelkezést tartalmazna, úgy a jogegyenlőséget elfogadó és azt elutasító elméletek egyaránt őszintén hivatkozhatnának arra, hogy felfogásuk kielégíti az egyenlőség alkotmányban foglalt követelményét. A két felfogás hívei tehát ekkor nem az egyenlőség fentebb megfogalmazott formális elvében nem értenének egyet, hanem abban, hogy mi minősül morálisan releváns tulajdonságnak.

[16] Az már nehezebb kérdés, hogy az az AB által is használt, és leginkább Ronald DWORKIN elméletéből ismert fordulat, mely szerint az államnak az embereket **egyenlő méltóságú személyként** kell kezelnie, érdekeiket egyenlő körültekintéssel és figyelemmel kell mérlegelnie,¹¹ elég erős tesztet ad-e ahhoz, hogy a jogegyenlőség **erős értelemben** vett követelményét →[17] megalapozza. Ha csak annyit állítunk, hogy mindenki érdekeit egyenlő körültekintéssel kell mérlegelni, akkor ez a teszt önmagában nem képes az erős értelemben vett jogegyenlőséget megalapozni. Kellő körültekintés után is juthat ugyanis valaki arra az eredményre, hogy az embereket különböző jogokkal indokolt felruházni. Ha ezt jelenti az egyenlő méltóságú személyként kezelés, akkor ez csupán a **mérlegelés módszerét, és nem annak eredményét** határozza meg. Ha ellenben erre az elvre hivatkozva valaki azt akarja állítani, hogy az emberek bizonyos értelemben valóban egyenlők, akkor megítélésünk szerint a méltóság fogalma további specifikációra szorul, mert maga is csak valamely további, még nem specifikált tulajdonságon alapul →[32]

[17] Sem az AB gyakorlatából, sem a hazai szakirodalomból nem rajzolódik ki egyértelmű kép arról, hogy mi a **diszkriminációtilalom** és a **jogegyenlőség** egymáshoz való viszonya. Alkalmanként a hátrányos megkülönböztetés tilalmát a jogegyenlőség részének tekintik,¹² máskor mint ugyanazon jelenség két oldaláról beszélnek.¹³ Nem állítjuk, hogy a jogegyenlőség kifejezést ne lehetne ilyen gyenge értelemben, a hátrányos megkülönböztetés részét képező vagy azzal egyenértékű eszményként interpretálni. Ha viszont a jogegyenlőség pusztán ennyit jelentene, akkor egy másik kategóriát kellene bevezetnünk annak az összefüggésnek a leírására, hogy Alkotmányunk nemcsak a megítélés módját, hanem bizonyos határok között annak **eredményét tekintve is egalitarisztikus**. A jogegyenlőség nem lehet egyidejűleg a diszkrimináció tilalmát **igazoló** és abból következő, az által **igazolt** eszmény. A továbbiakban mi a jogegyenlőség/egyenjogúság fogalmát annak **erősebb értelmében** használjuk és a **jogi pozíciók egyenlő megosztására** utalunk vele. A fentiekből adódóan úgy véljük, hogy a jogegyenlőség elve nem pusztán másképpen fogalmazza meg azt a követelményt, amely a diszkrimináció tilalmának általános elvéből már amúgy is következik, hanem az egyenlőség egy specifikusabb felfogását adja.¹⁴ A jogegyenlőség elfogadásával ugyanis **állást foglalunk abban a vitában, hogy mik az egyenlőség releváns kritériumai**, s ennek alapján mint az Alkotmánnyal össze nem férő értelmezéseket elvetjük azokat a felfogásokat, amelyek a formális egyenlőségnek a jogegyenlőség -- alább még pontosítandó -- elvét elutasító értelmezést adnak.

3.3 Morális egalitarizmus, a jogképesség egyenlősége, jogegyenlőség

3.3.1 A morális egalitarizmus eszménye

[18] Alkotmányunk éppen ezért a formális egyenlőség követelményénél erősebb értelemben is egalitárius. **Morális egalitarizmusnak** nevezhetjük azt az erkölcsi felfogást, amely szerint az államnak minden állampolgára egyenlő morális státussal rendelkezik, mert -- valamilyen morálisan releváns szempontból -- minden állampolgára egyenlő. Maga a morális egalitarizmus tétele különböző igazolásokon alapulhat. Alapulhat például azon a **teológiai** felfogáson, hogy mindannyian Isten képmására formált teremtmények vagyunk. Alapulhat azon a **liberális**

¹⁰ Gustav RADBRUCH: *Rechtsphilosophie* (Heidelberg: C. F. Müller 1999) 37.

¹¹ „A megkülönböztetés tilalma arra vonatkozik, hogy a jognak mindenkit egyenlőként (egyenlő méltóságú személyként) kell kezelnie, azaz az emberi méltóság alapjogán nem eshet csorba, azonos tisztelettel és körültekintéssel, az egyéni szempontok azonos mértékű figyelembevételével kell a jogosultságok és kedvezmények elosztásának szempontjait meghatározni” [9/1990. (IV. 25.) AB hat., ABH 1990, 46, 48.].

¹² „A jogegyenlőség lényege, hogy az állam, mint közhatalom, s mint jogalkotó köteles egyenlő elbánást biztosítani a területén tartózkodó minden személy számára. Ebben az összefüggésben nem tehet különbséget közöttük faj, szín, nem, nyelv, vallás, politikai vagy más vélemény, nemzeti vagy társadalmi származás, vagyoni, születési vagy egyéb helyzet szerint” [61/1992. (XI. 20.) AB hat., ABH 1992, 280, 281.]. SÁRI János felfogásában a megkülönböztetés tilalma az *egyenjogúság részét képezi*. Vö. SÁRI János: *Alapjogok* (Budapest: Osiris 2006) 61.

¹³ KISS (3. lj.) 162.

¹⁴ Egy ehhez hasonló álláspontra lásd BRAGYOVA (6. lj.) 25, 32.

állásponton, hogy minden ember képes kialakítani a jó élet valamilyen felfogását, önálló életcélokat megfogalmazni, minden ember önálló erkölcsi igények forrásának tekinthető. E szerint az emberek ugyan különböznek egymástól képességeiket, szorgalmukat, adottságaikat illetően, de majdnem minden ember eléggé racionális ahhoz, hogy saját életcélokat fogalmazzon meg, hogy megértsen erkölcsi indokokat, s képes legyen ezek alapján cselekedni. Maga az Alkotmány nem teszi explicitté, hogy min alapul a morális egalitarizmus tétele. Ebből a szempontból fontos az AB dogmatikája, amely az egyenlőséget az **emberi méltóság fogalmával köti össze**.

„A méltósághoz való jog másik funkciója az egyenlőség biztosítása. A »minden ember egyenlő méltósága« történelmi vívmánya az egyenlő jogképességet jelentette; azaz a formálisan egyenlő esélyt. Jelen határozatunkhoz az egyenlőségnek azt a tulajdonságát kell kiemelnünk, hogy erre a jogra épülhetnek további jogok (pl. az egyenlő méltóság jogképességként instrumentálizálva további jogok szerzésének alapja); de elvenni belőle nem lehet. Ez egyben azt jelenti, hogy a méltóság oszthatatlan és redukálhatatlan, azaz az emberi státus minimális feltétele, amely tehát egyetlen embertől sem vehető el” [23/1990. (X. 31.) AB határozat, ABH 1990, 88, 104.]

[19] A morális egalitarizmust a jog nyelvére legtömörebben a **jogegyenlőség** fogalmával fordíthatjuk le. Bár az Alkotmány szövegszerűen nem deklarálja az **egyenlő terjedelmű jogképességet**, a jogképességgel kapcsolatos 56. § alkotmánybírói értelmezése is ugyanezt az összefüggést kívánja kifejezni.

„Az emberi jogokra vonatkozó nemzetközi egyezmények -- és ezekkel összhangban az Alkotmány is -- azt mondják ki, hogy minden ember, mindenütt, feltétlenül jogképes, azaz jogalany, vagyis jogi értelemben véve »személy«. Ezzel egy hosszú -- de legalább kétszáz éve tartó -- történelmi folyamat céljai nyertek egyetemes elismerést: minden ember nemcsak »természetes állapotát«, hanem jogállását tekintve is egyenlő lett. A minden embert megillető jogképesség kizárja a rabszolgaságot; s mivel nemcsak általános, de egyenlő is, kizárja a jogképesség különböző terjedelmén alapuló (például rendi) különbségeket is” [64/1991. (XII. 17.) AB határozat, ABH 1991, 297, 308.]

3.3.2 A jogképesség egyenlősége?

[20] A probléma azonban abban rejlik, hogy az egyenlő terjedelmű jogképesség formulájának analitikai tartalma nem elég világos, és amennyiben alaposabb elemzésnek vetjük alá, úgy komoly problémákba ütközünk. Álláspontunk szerint az a két állítás, hogy (a) „X államban minden ember ugyanazon jogok alanya lehet” és (b) „X államban minden ember jogképessége egyenlő terjedelmű” -- egyenértékű. A Magyar Köztársaságban azonban megítélésünk szerint **nem minden ember lehet ugyanazon jogoknak az alanya**. Ebből az következik, hogy mai jogrendszerünkben is léteznek a jogképesség különböző terjedelmén alapuló különbségek. Ennek a következtetésnek az elhárításához vagy azt kellene bizonyítani, hogy a Magyar Köztársaságban mindenki a jogok ugyanazon együttesének alanya lehet, vagy azt, hogy a fenti két kijelentés nem egyenértékű. Ezzel természetesen nem azt akarjuk állítani, hogy ne lenne igen fontos különbség például az AB által is példaként felhozott rendi társadalom és a hatályos jogrendszerünk között. A különbség azonban nem az, hogy az egyikben mindenki ugyanolyan jogok alanya lehet, a másikban pedig nem, hanem az, hogy az egyikben a megszerzhető jogok terjedelmének különbsége általunk morálisan önkényesnek tartott kritériumokon alapul, míg a másikban nem.

[21] Amellett az álláspont mellett, hogy a fenti két állítást egyenértékűnek tekintjük, részint a nyelvtani értelmezés szól. Ha a jogképesség azt jelenti, hogy valakinek **jogai lehetnek** (az érvelés szempontjából a kötelezettségekre ugyanaz vonatkozik, mint a jogokra), akkor az egyenlő terjedelmű jogképesség azt jelenti, hogy mindenki a jogok ugyanazon halmazának lehet az alanya. Másodszor, úgy véljük, hogy az egyenlő terjedelmű jogképesség követelménye **nem következik** abból, amire azt az AB alapította, nevezetesen az emberi méltósághoz való jogból. Abból csak annyi következik, hogy a jogképesség különböző terjedelme ne önkényes kritériumokon alapuljon. Harmadszor pedig, az egyenlő terjedelmű jogképesség doktrínája normatív szempontból vagy **irreleváns**, mert sem a jogegyenlőség alább tárgyalt elvének pontosításához, következményeinek kibontásához, sem annak igazolásához nem ad hozzá semmit, vagy **inkoherens**, mert nem illeszkedik az Alkotmány több rendelkezéséhez és a diszkrimináció tilalmára vonatkozó alkotmánybírói gyakorlathoz.

[22] Három kézenfekvő ellenvetést érdemes megfontolni az itt kifejtett álláspontunkkal szemben. Az első elismeri, hogy az állampolgároknak különböző jogai lehetnek, de azt mondja, hogy az egyenlő terjedelmű jogképességet nem érinti az, hogy valaki nem lehet egy olyan jog alanya, amely eleve **nem vonatkozik** az állampolgárok azon osztályára, amelynek az illető tagja. Ha X szabály csak a pékekre, a szegényekre, a férfiakra vagy az idősekre vonatkozik, akkor azok, akik nem tagjai e csoportoknak, nem kifogásolhatják, hogy nem lehetnek az e csoportokra vonatkozó szabályokból fakadó jogok alanyai. Csakhogy így megfogalmazva ez egy olyan formális érv, amely nem képes rámutatni arra, hogy miért sérti a jogegyenlőséget a rendi társadalom, hiszen az egyes rendek a pékekhez, a szegényekhez, a férfiakhoz vagy az idősekhez hasonlóan a szabályozás számára egy **osztályt** alkotnak. Könnyen belátható, hogy ez az érv **megkerüli a valódi kérdést**. A kérdés ugyanis éppen az, hogy az adott osztály

határai megvonásának van-e ésszerű kritériuma, azaz a pékek, a szegények, a férfiak, az idősek vagy a nemesek osztályába tartozás **releváns-e** az adott jogosultság szempontjából.

[23] A második ellenvetés nem érzéketlen erre az összefüggésre, és pont arra kíván rámutatni, hogy mi különbözteti meg a hierarchikus rendi társadalmakat a jogegyenlőség elvén nyugvó mai jogrendszerektől. A rendi társadalom szempontunkból lényeges vonása, hogy maga a jogrendszer konstituál olyan -- különböző jogosultságokkal jellemezhető -- szabályozási osztályokat, amelyek esetében sem az osztály tagjává válás, sem az osztályból való kilépés **nem az egyén szabad döntésén múlik**. Vagyis a jogrendszer nem pusztán alkalmanként diszkriminál az egyén számára nem vagy alig kontrollálható valamely tulajdonság (például nemesi származás, fehér bőrszín) alapján, hanem **szisztematikusan** a szóban forgó tulajdonságot teszi meg a jogosultságok telepítésének alapjául. A jogalkotó nem esetről esetre mérlegel, hogy egy bizonyos tulajdonság milyen viszonyban áll a szabályozás céljával, hanem az adott tulajdonsághoz eleve hozzárendeli a jogok és kötelezettségek egy meghatározott készletét. Megítélésünk szerint ez az érv valóban rámutat a két társadalom egy igen lényeges különbségére, s arra, hogy mit jelent az az állítás, hogy egy társadalomban különböző jogállású vagy **státusú** személyek vannak. Csakhogy ez az argumentációs stratégia is elvételi célját, hiszen csupán azt képes kimutatni, hogy a szabályozási osztályok egy bizonyos módon való meghatározása morálisan önkényes, ebből azonban nem következik, hogy ne lehetne **nem önkényesen** különbséget tenni egyes személyek jogi státusza között.

[24] A rendi hierarchiát és a morális egalitarizmust tükröző társadalmak jogképesség-felfogása közötti különbséget úgy is meg lehetne fogalmazni, hogy míg az előbbiben bizonyos jogok megszerzésének **adminisztratív korlátai** voltak, addig az utóbbiban **elvileg mindenki alanya lehet** minden jognak. Erre utal a formálisan egyenlő esély szófordulat, amelyet az AB is használ. Ez a harmadik ellenvetés lényege. Ennek az ellenérvnek azonban legalább háromféle értelmezést lehet adni, de mindhárom problematikus.

3.3.2.1 A jogképesség mint a konceptuálisan és fizikailag megszerezhető jogok tényleges birtoklása

[25] Annak, hogy valaki nem részesül bizonyos jogosultságokból, lehetnek **konceptuális, fizikai és normatív** okai. Ennek megfelelően nem érinti a férfiak egyenlő jogképességét, hogy nem szerezhetnek olyan jogokat, amelyekkel természetük szerint csak nők rendelkezhetnek (konceptuális korlát). A kiskorúak vagy a cselekvőképességet korlátozó vagy kizáró gondnokság alatt állók nem azért nem rendelkeznek választójoggal, mert morálisan érdemtelenek arra, hanem azért, mert nem rendelkeznek azokkal a kognitív képességekkel, amelyek képessé tenné őket a jog gyakorlására (fizikai korlát). Az „elvileg minden jog alanya lehet” fordulat ebben az értelmezésben azt jelenti, hogy mindenki **rendelkezik** mindazon jogokkal, amelyek gyakorlásának nincsenek konceptuális vagy fizikai akadályai, vagy megfordítva: a jog csak azoktól tagad meg egy jogosultságot, akik nem rendelkeznek a szükséges konceptuális vagy fizikai feltételekkel.

[26] Csakhogy a jogképesség definíciója pusztán annyit mond, hogy valakinek **lehetnek** jogai. Természetesen óriási jelentősége van annak, hogy valaki azért nem lehet X jog alanya, mert ennek nem állnak fenn a megfelelő konceptuális vagy fizikai feltételei, vagy azért, mert az állam normatív korlátokat gördít X jog megszerzése elé. A jogképesség kiterjedése szempontjából azonban ennek a különbségnek **nincs relevanciája**, mindkettőnek az a következménye, hogy az illető nem lehet a kérdéses jog alanya. Ha mások X jog alanyai lehetnek, akkor a szóban forgó személy jogképességének kiterjedése nem azonos másokéval, még akkor sem, ha az állam nem állít a jog megszerzése elé normatív korlátokat. Ebben az esetben az **állam magatartásáról** mondhatnánk azt, hogy annyiban egyenlően kezeli az állampolgárait, hogy senki jogszerzése elé nem állít önálló normatív korlátokat.¹⁵ Ebből azonban nem következik, hogy a **jogalanyok** jogképessége egyenlő terjedelmű lenne. Másképpen fogalmazva: a jogképesség terjedelmére vonatkozó állítás azzal kapcsolatos, hogy a jogalany milyen jogokat szerezhet meg, nem pedig azzal, hogy maga az állam akadályokat gördít a jogosultságok megszerzése elé.

[27] Másfelől ez az értelmezés azért sem tartható, mert a hatályos magyar jog egyáltalán nem illeszkedik (s ez nem is lenne kívánatos) ehhez az interpretációhoz. Hogy csak az Alkotmánynál maradjunk, a Magyar Köztársaság területén lakóhellyel nem rendelkező vagy a közügyek gyakorlásától eltiltott magyar állampolgárok, illetőleg a nem magyar állampolgárok például nem rendelkeznek választójoggal, s ennek nem az az oka, hogy e személyek konceptuálisan vagy fizikailag alkalmatlanok lennének a választójog gyakorlására; e korlátozásoknak -- alapvetően méltányolható -- **morális okai vannak** (normatív korlát). Ha az egyenlő terjedelmű jogképesség doktrínájának a fenti értelmezést adnánk, akkor az állam csak abban az esetben nem sértené meg a doktrínát, ha mindenkinek, aki az ehhez szükséges konceptuális és fizikai feltételek birtokában van, **biztosítaná** a szóban forgó jogot. Az egyenlő terjedelmű jogképesség doktrínájának ez az értelmezése következésképpen inkoherenssé tenné a jogrendszert, hiszen annak egy sor szabályával ellenkezne, többek között sértené a hátrányos megkülönböztetés tilalmát is, mivel azonos bánásmódot követelne nyilvánvalóan különböző esetekre. (Ne feledjük azt sem, hogy a jogképesség nem pusztán az

¹⁵ Azaz olyan korlátokat, amelyek nem valamely meglévő konceptuális vagy fizikai akadályon alapulnak.

alapvető jogok megszerzésének lehetőségére vonatkozik, s nem csak az állampolgárookra terjed ki. Mind a két kiterjesztés tovább csökkenti ennek az értelmezésnek az elfogadhatóságát.)

3.3.2.2 A jogképesség mint a jogosultak osztályába való belépés elvi lehetősége

[28] A másik értelmezés eltérő tartalmat ad a normatív korlátok mibenlétének.¹⁶ Az „elvileg minden jog alanya lehet” fordulat ebben az olvasatban azt jelenti, hogy még ha valaki nem is rendelkezik mindazon jogokkal, amelyek gyakorlására konceptuális és fizikai értelemben képes, annak **nincs jogi akadály**, hogy az illető annak az **osztálynak a tagjává váljon**, amely fel van ruházva az általa megszerezni kívánt jogosultsággal.¹⁷ Vagyis „a formális esély” erre a lehetőségre vonatkozik.

[29] Gondoljuk azonban végig ennek az értelmezésnek a következményeit. Ha például az állam kizárólag Y vallás híveinek adna választójogot, ez akkor is a hátrányos megkülönböztetés világos esete lenne, ha az illető maga választotta Z vallást, és annak sincs adminisztratív akadály, hogy Z vallás hívei Y vallásra térjenek át. A hátrányos megkülönböztetés, szemben a rendi társadalom esetével, itt nem abban áll, hogy a jog az egyént annak a **státusnak a foglyává teszi**, amelybe az beleszületett, hanem abban, hogy az egyéntől ebben az esetben **méltánytalan lenne elvárni**, hogy megváltoztassa azt a tulajdonságát, amely miatt őt a jogosultságok egyéb halmazával ruházták fel, mint másokat. Ez azonban nem változtat azon, hogy a lehetőségesség semmilyen plauzibilis értelmezése szerint nem mondhatjuk, hogy Z vallás hívei számára lehetetlen lenne az Y vallásra való áttérés. Ha a „jogai lehetnek” kifejezésnek a korábban →[25] adott interpretációját követjük, akkor Z vallás híveinek jogképessége nem egyenlő terjedelmű Y vallás követőinek jogképességével, hiszen konceptuálisan mindkét csoport hívei alkalmasak a választójog gyakorlására, az egyik csoport tagjaitól az állam mégis megtagadja a választójogot. Az itt adott értelmezés szerint viszont a két csoportba tartozók jogképessége egyenlő terjedelmű, hiszen mindketten „beléphetnek” abba az osztályba, amely a választójog alanyaivá teszi őket. Vagy hogy egy másik példát vegyünk: az Alkotmány 1949-től hatályos változata csupán a **dolgozókat** ruházta fel az alkotmányos jogok legtöbbjével. Az első értelmezés szerint a dolgozók és a nem dolgozók ebből kifolyólag nem rendelkeztek azonos terjedelmű jogképességgel, míg a második értelmezés azt állítaná, hogy a két csoport jogai ugyan különböztek egymástól, jogképességük terjedelme azonban nem, hiszen elvileg bárki a dolgozók kategóriájába kerülhetett.

[30] Az egyenlő kiterjedésű jogképesség e második értelmezése, ha fogalmilag nem is inkoherens, ugyancsak problematikus. Először is, fontos azt rögzíteni, hogy ebben a felfogásban az egyenlő jogképesség doktrínája nem azt írja elő, hogy kinek milyen jogai **legyenek**, hanem csak azt, hogy kinek milyen jogai **lehetnek**. Ebből kifolyólag ez a doktrína -- bár kizárja a megkülönböztetés egyes formáit, hiszen elhárítja a jogosultságok megszerzésének bizonyos akadályait -- jól megfér a hátrányos megkülönböztetés igen eklatáns példáival is. Így azonban **el is veszíti normatív jelentőségét**, hiszen nem ad védelmet olyasmik ellen, ami ellen a hátrányos megkülönböztetés tilalmát kimondó szakasz ne védene, ugyanakkor a hátrányos megkülönböztetés tilalmát kimondó szakasz kizárja a diszkriminációnak azokat az eseteit is, amelyeket ez egyenlő kiterjedésű jogképesség doktrínája megenged.¹⁸

¹⁶ Ez az interpretáció azonban ugyanúgy ki van téve a konceptuális és fizikai alkalmatlanság problémájából kiinduló ellenérvnek →[26], mint az előző, hiszen eltérésük a normatív korlátokra szorítkozik. Így ha a normatív korlátok értelmezésére vonatkozó érvelésünk téves is, a konceptuális és fizikai alkalmatlanság érvét önmagában is elegendően erősnek tartjuk a jogképesség egyenlő terjedelmére vonatkozó doktrína cáfolatára.

¹⁷ „Az egyenjogúság nem jelenti azt, hogy minden személy jogainak és kötelességeinek »összege« egyenlő, csupán azt, hogy mindenkire nézve egyenlő módon megállapított feltételek teljesítése esetén a köz- és magánjogokat bárki megszerezheti.” SÁRI (12. l.) 60. Ha még pontosabban akarunk fogalmazni, akkor azt kell mondanunk, hogy a jogi és a nem jogi akadályok egyszerű fogalmi dichotómiája helyett valójában egy bonyolultabb és több átmenetet megengedő megkülönböztetésével állunk itt szemben. Senki nem képes megváltoztatni pl. azt a múltbeli tényt, hogy egy adott állam területén született-e, ennek a ténynek pedig messze ható jogi következményei lehetnek. Ami az ember jelenbeli tulajdonságait illeti, ezek egy része könnyen megváltoztatható, másik részük csak komoly áldozatok árán; egyes attribútumok megváltoztatására az egyik egyén nem képes, de mások igen, így a változtatás egyesek számára lehetséges, mások számára lehetetlen. Bizonyos tulajdonságokat -- nem, genetikai jellemzők -- korábban nem, míg ma már bizonyos határok között meg lehet változtatni.

¹⁸ A dilemma abban áll, hogy amennyiben az egyenlő kiterjedésű jogképesség doktrínája nem mond semmit arról, hogy kinek milyen jogai kell hogy legyenek, úgy nem véd hatékonyan a hátrányos megkülönböztetés ellen. Éppen ezért nagy a kísértés, hogy elkezdjük a doktrínát ennek megfelelően átértelmezni. Jó példája ennek a Ptk., amely a felekezethez tartozást is besorolja azon tulajdonságok közé, amely alapján a jogképesség tekintetében nem lehet különbséget tenni. Ha azonban a jogképesség egyenlő kiterjedése pusztán azt jelenti, hogy senki számára nincs adminisztratív korlátja a jogosultsággal felruházott csoportba való belépésnek, akkor a felekezetet fölösleges e

3.3.2.3 A jogképeség mint a jogok megszerzésének reális lehetősége

[31] Ha a minden ember egyenlő terjedelmű jogképeségének téziséét össze kívánjuk egyeztetni azzal a ténnyel, hogy az embereknek igen különböző jogaik vannak, meg kell elégednünk azzal, hogy a jogképeség pusztán a jogok megszerzésének esélyét biztosítja. A formális esély kifejezésnek azonban, amelyre az AB utalt a jogképeség kapcsán, többféle értelmezés is adható. A fenti értelmezésben →[28] az esély pusztán lehetőséget jelent, azt, hogy nincs adminisztratív korlátja annak, hogy valaki belépjen a jogosultak kategóriájába. Elvileg azonban elindulhatnak egy harmadik értelmezés irányába, és mondhatnánk, hogy a „jogai lehetnek” fordulat kevesebbet követel, mint a joggal való rendelkezés, de többet, mint az adminisztratív korlátok hiánya. Az az út, amely a jogosultsággal rendelkező osztályba kerülés **reális lehetőségét** kezdi el mérlesezni, óhatatlanul oda vezet azonban, hogy a több-kevesebb **fokozataiban** gondolkodjunk, és ezért **alkalmatlan** az egyenlő terjedelmű jogképeség megalapozására.

3.3.3 A jogegyenlőség tartalma

[32] Amikor azt akarjuk tisztázni, hogy mit is jelent valójában az Alkotmányban a jogegyenlőség tétele, aligha kerülhetjük meg, hogy megkíséreljük **pozitív módon** meghatározni azokat az attribútumokat, amelyek tekintetében az emberek valóban egyenlők, és amelyek az Alkotmány és az alkotmánybírói joggyakorlat szerint a jogosultságok alapjául szolgálnak. Erre azért van szükség, mert úgy tűnik, hogy **a nyitva álló három másik alternatíva mindegyike problematikus.** (a) A jogegyenlőség követelményét **nem vehetjük névértéken**, a jogosultságok tekintetében valójában nem vagyunk teljesen egyenlők. (b) Másfelől viszont, ha annyit mondunk csupán, hogy a jogegyenlőség nem minden, csupán az önkényes megkülönböztetést zárja ki, úgy **ismét visszatérünk a formális egyenlőség** →[13] **számunkra nem eléggé specifikus felfogásához.** Ebben az esetben ismételt jogi vita tárgyává lenne tehető, hogy például a rendi társadalom kielégíti-e az egyenlőség elvét, hiszen a rendi társadalom hívei éppen amellet érvelnének, hogy a különböző jogállású emberek közötti megkülönböztetés nem önkényes. Ennek az elvnek az értelmezése azon fog ugyanis megfordulni, hogy mit tekintünk e kifejezések szempontjából releváns hasonlóságnak. (c) Harmadszor pedig azon az úton sem érünk célra, ha megkíséreljük kimerítően felsorolni azokat az attribútumokat, amelyek a jogosultságok telepítése szempontjából erkölcsi értelemben nem relevánsak. Ez ugyanis reménytelen feladat, hiszen **elvileg végtelen sok variáció létezik** arra nézve, hogy a jogok telepítése szempontjából önkényes kritériumok alapján vonjunk meg embereket vagy magatartásokat bizonyos csoportjainak határait. A hátrányos megkülönböztetést tiltó jogszabályok védett tulajdonságokat meghatározó listája éppen ezért inkább csak a diszkrimináció történelmileg leggyakoribb formáit képes kiküszöbölni.

[33] Úgy véljük, **nem létezik** olyan kitüntetett tulajdonság, amely azt igazolná, hogy az embereket ténylegesen egyenlő jogokkal kellene felruházni. Valójában az Alkotmány is több szempontot használ a jogosultságok telepítésénél. Annak, hogy az Alkotmány csak hozzávetőlegesen közelíti meg a jogegyenlőség eszméjét, az az oka, hogy e kritériumok emberek **más-más halmazát** metszik ki. Nem lehet azonban vitás, hogy a jogegyenlőség e **kvalifikált formája** is radikálisan különbözik a hierarchikus rendi társadalmak jogfelfogásától. Ennek a kvalifikált jogegyenlőségnek a tartalmát akkor érthetjük meg legjobban, ha megvizsgáljuk, hogy az ember milyen tulajdonságai játszanak szerepet a jogosultságok telepítésénél.

[34] Mielőtt azonban erre a kérdésre térnénk, érdemes egy eddig nem tárgyalt összefüggést érinteni. Amikor a jogegyenlőséget a polgári átalakulás hívei a zászlajukra tűzték, az állam viszonylag kevés vonatkozásban szabályozta polgárai életét, így reálisnak tűnt az az elképzelés, hogy minden állampolgárt ugyanazok a jogok illessenek meg. Ma már azonban az állam igen kiterjedt jogi szabályozással él, s számos olyan szociális feladatot magára vállalt, amely éppen azt követeli meg, hogy bizonyos csoportokat **többletjogokkal** ruházzanak fel. A kiterjedt jogi szabályozás mellett az állampolgárok a jogosultságok más-más halmazával rendelkeznek. Ezek a jogosultságok azonban közel sem egyformán meghatározók a tekintetben, hogy az egyes állampolgárok milyen státussal rendelkeznek a politikai közösségben. E vonatkozásban az **alkotmányos alapjogoknak** van kitüntetett jelentőségük, az alkotmány írja körül ugyanis fő vonalaiban azokat a jogokat és kötelezettségeket, amelyek meghatározzák az egyén státusát a politikai közösségben.¹⁹ Éppen ezért a jogegyenlőség eszményének eleve csak az alkotmányos alapjogok tekintetében van realitása, így a továbbiakban csak ebben az összefüggésben tárgyaljuk a

felsorolásba belevenni. Ennek a tulajdonságnak a felsorolásba való felvétele amellet a feltevés mellett ésszerű, hogy az egyenlő terjedelmű jogképeségnek nemcsak a jogok elvi megszerzése lehetőségét kell mindenki számára biztosítani, hanem magukat a jogokat is. Innen nézve viszont az a kritika is ésszerűnek tűnik, hogy a Ptk. védett tulajdonságokra vonatkozó listája ma már elavult, s azt hozzá kellene igazítani az Alk.-nak a hátrányos megkülönböztetés tilalmát kimondó rendelkezéséhez. Lásd KISS (3. l.) 122. Ekkor azonban óhatatlanul visszaérünk az első értelmezéshez, amely viszont, más okból, maga is ellentétben áll a diszkrimináció tilalmával.

¹⁹ Vö. BÓDIG Mátás: „Politikai filozófiai jelentésrétegek az alkotmányban” *Állam- és Jogtudomány* 2002/1--2. 10.

kérdést. Ezen a körön kívül a jogosultságok egyenlőségét nem kérhetjük számon, pusztán azt, hogy azok telepítésénél ésszerű indokokat vegyenek figyelembe. Ezt a distinkciót alátámasztja az Alkotmány szövege is, amely megkülönböztetés nélkül pusztán az emberi és az állampolgári jogokat rendeli biztosítani. Bár az AB az alapjogokon túlra is kiterjesztette a diszkrimináció tilalmából fakadó védelmet, az alkalmazott tesztek különbsége továbbra is aláhúzza az alapjogok egyenlőségének kiemelt szerepét.

[35] (A) Az Alkotmány által elismert jogosultságok egy része minden **élve született emberi lényt** megillet, függetlenül bármilyen tulajdonságától. Vagyis az emberi fajhoz tartozás és az élve születés az a két attribútum, amelynek fennállása esetén az Alkotmány bizonyos jogosultsággal felruhazza e lényeket. Az AB korai döntései a halálbüntetés vagy az abortusz kérdésében különösen nagy hangsúlyt fektettek erre az összefüggésre, biztosítani akarván minden kiszolgáltatott emberi lény jogi védelmét. „Az emberi méltóságban mindenki osztozik, aki ember, függetlenül attól, hogy mennyit valósított meg az emberi lehetőségből és miért annyit” [23/1990. (X. 31.) AB határozat, ABH 1990, 88, 104.]. Máshol azt olvashatjuk, hogy „az emberi méltóság az emberi élettel eleve együtt járó minőség”, illetve hogy az ember „méltósága nem függ tudati vagy erkölcsi állapotától, hanem életével adva van”.²⁰ Ebből tehát az következik, hogy az ember **minden tulajdonságától függetlenül** érdemes bizonyos jogokra. Bár a testület nem foglalt állást a magzat jogalanyiségének kérdésében, afelől nem hagyott kétséget, hogy véleményük szerint **nincs fogalmi akadálya** annak, hogy a magzatnak a fogantatás pillanatától értelmesen tulajdonítsunk jogokat [64/1991. (XII. 17.) AB határozat, ABH 1991, 297, 312.]. E ponton a jogképességgel kapcsolatos legalapvetőbb jogelméleti és morális kérdésekbe botlunk, s valószínűleg ezeknek a kérdéseknek a gyakorlati relevanciája az orvostudomány fejlődésével egyre nagyobb lesz. Nem magától értetődő ugyanis sem az, hogy valamennyi ilyen lény vonatkozásában értelmesen állítható, hogy azok egyáltalán jogok alanyai lehetnek, sem az, hogy egy adott fajhoz tartozás önmagában erkölcsi relevanciával bírna. E szakasz kommentárjának nem lehet feladata e kérdések tisztázása **→56§[xxx]; →54§[xxx]**, itt csak rögzítjük azt az elvet, amely a hatályos jog alapját képezi. E ponton azt az ellenvetést lehetne tenni, hogy ugyan az emberi fajhoz tartozás és az élve születés valóban attribútumai minden emberi jogokkal felruházott lénynek, azonban e lények nem ezen ismérvek, hanem egy további tulajdonság, nevezetesen az **emberi méltóság** miatt rendelkeznek jogosultságokkal. A probléma azonban az, hogy az AB igazolása ezen a ponton **körbenforgó**, mert az emberi méltósággal kívánja igazolni, hogy miért ruhazza fel a fenti két tulajdonsággal rendelkező lényeket jogokkal, ugyanakkor az emberi méltóságot ehhez a két tulajdonsághoz társítja.²¹

[36] (B) Mint már a jogképesség egyenlőségének tárgyalása során **→[25]** láttuk, léteznek olyan jogok, amelyeknek nem lehet alanya minden emberi lény. Nem azért, mert erkölcsi értelemben nem érdemelnék meg, hanem azért, mert nem rendelkeznek azokkal a **kognitív képességekkel**, amelyek e jogok gyakorlásához kellenek. Akárhogyan is húzzuk meg a jogosultságokra való alkalmasság határát általában, bizonyos jogokkal csak azok rendelkezhetnek, akik racionális lények, képesek erkölcsi érvek megértésére, képesek a választásra. A tulajdonjog esetében például, ha az illető nem is képes rendelkezni a jog tárgyával, képes lehet annak használatára vagy élvezetére. Ezzel szemben a választójog vagy az önrendelkezési jog esetében fogalmilag sem választható szét a jog tárgya és a felette való rendelkezés, itt **a rendelkezés maga a védett jogtárgy**. Nem fontos most számunkra sem az, hogy pontosan meghúzzuk a racionalitásnak azt a határát, amely az ilyen jogok gyakorlásához szükséges, sem az, hogy az ilyen jogok kimerítő katalógusát adjuk. Elég azt leszögeznünk, hogy a hatályos Alkotmány is csak az alapjogok kevésbé átfogó halmazát képes biztosítani azok számára, akik nem rendelkeznek az ügyeik viteléhez szükséges belátási képességgel.

[37] (C) Harmadszor, bár az AB retorikájában gyakran „minden ember” egyenlőségére hivatkozik, az Alkotmány az alapjogok tekintetében nyilvánvalóan nem csak az előző pontban tárgyalt kognitív alkalmasság szerint alkalmaz megkülönböztetést. Az alkotmányok mindenütt **egy-egy politikai közösség alapidokumentumai**. Egy olyan közösségé, amelyen belül **partikuláris kötelezettségek** érvényesülnek, azaz amely tagjainak egymással szemben szorosabb kötelezettségei vannak, mint a kívülállókkal szemben. E tekintetben igaza van Carl SCHMITTnek, amikor azt írja, hogy a demokrácia egyenlősége nem valamely minden emberben közös jellemvonáson alapszik, hanem azt feltételezi, hogy ezek az emberek ezen túlmenően is osztanak egy bizonyos közös jellemvonást.²² Ennek az a jogi következménye, hogy bizonyos jogosultságok eleve csupán az állampolgárokat illetik meg. A helyzet azonban annyiban bonyolultabb ennél, hogy a politikai közösséghez tartozás nem mindig ragadható meg egyetlen jellemvonással. Még az állampolgárság sem tekinthető ugyanis mindig adekvát elhatároló elvnek **→2§(2)[34]--[39]**.

²⁰ 23/1990. (X. 31.) AB hat., ABH 1990, 88, 104.; 64/1991. (XII. 17.) AB hat., ABH 1991, 297, 309.

²¹ GYÖRFI Tamás: „A tulajdonságok nélküli ember elmélete. Az Alkotmánybíróság oszthatatlansági doktrínája és ami abból (nem) következik” *Fundamentum* 1998/3. 26--27.

²² Carl SCHMITT: *Verfassungslehre* (Berlin: Duncker & Humblot 1970) 226--234.

Mint azt a választójog példája is illusztrálja, az Alkotmány a politikai közösséghez való kötődés intenzitása (rendelkezik-e valaki állandó lakóhellyel) szerint állampolgárok között is különbséget tesz.

[38] A fenti elvekben az **osztó igazságosság** egy bizonyos felfogása testesül meg. Azokat, akik a fent említett három attribútum mindegyikével rendelkeznek, vagyis az emberi fajhoz tartoznak, bírnak az ügyeik viteléhez szükséges belátási képességgel, valamint tagjai a politikai közösségnek, az Alkotmány a jogosultságok legátfogóbb halmazával ruhazza fel. Azok, akik nem rendelkeznek e három attribútum mindegyikével, ehhez képest a jogosultságoknak csak egy **szűkebb** halmazában részesülnek. A **kiigazító igazságosság** lép működésbe akkor, amikor egyeseket büntetésből fosztanak meg alapvető jogaiktól. Ezt esetenként maga az Alkotmány fogalmazza meg, mint például amikor a választójogból kizárja a közügyektől eltiltott állampolgárokat, máskor magától értetődően igazolt alapjog-korlátozásnak tekintjük ezt, mint például amikor valakit szabadságvesztéssel büntetnek.

3.4 Jogegyenlőség versus esélyegyenlőség

[39] A morális egalitarizmus és ennek jogi kifejezése, a jogegyenlőség azonban még mindig olyan absztrakt követelményeket fogalmaz meg, amelyek többféle rivális értelmezést tesznek lehetővé. A fenti elvekből további premisszák hozzáadása nélkül nem következik például semmi az anyagi javak elosztására nézve. A minimális állam libertárius hívei és a jóléti állam preferálói egyaránt a jogegyenlőség fentebb elemzett követelményét elfogadva érvelnek a materiális egyenlőség előmozdításának kívánatossága ellen vagy mellett. A fenti tétel fordítottja is igaz azonban: az egyenlő méltóságú személyként való kezelésnek -- további premisszák elfogadása esetén -- adható olyan értelmezés, amely az esélyek kiegyenlítését, bizonyos vonatkozásokban pedig esetleg az eredmények egyenlőségét is megköveteli. A magyar Alkotmány **nem semleges ebben a vitában**: rendelkezéseit együttesen olvasva kibontható egy kép arról, hogy milyen kötelezettségei vannak az államnak a nagyobb társadalmi egyenlőség előmozdítása érdekében. Számos mai alaptörvénytől eltérően Alkotmányunk az állam jellegét alapvetően meghatározó 2. § (1) bekezdésben nem használja a szociális jelzőt, de a preambulumban célként tételezi a szociális piacgazdaságot. A szociális piacgazdaságot előmozdító alkotmányos rendelkezések sorába illik, azok egyik elemének tekinthető a 70/A. § (3) bekezdése is, mely szerint „[a] Magyar Köztársaság a jogegyenlőség megvalósulását az esélyegyenlőtlenségek kiküszöbölését célzó intézkedésekkel is segíti”.

[40] A 70/A. § (3) bekezdés tartalmára vonatkozó alkotmánybírói gyakorlatot a későbbiekben részletesebben tárgyaljuk →[156]--[160]. E ponton csupán az egyenlőségkoncepciók viszonyát érintő néhány alapvető kérdést érintünk. Először is fontos látni, hogy noha az Alkotmányba foglalással az esélyegyenlőség jogi jelentőségre tett szert, maga az **esély**, szemben a jogosultsággal, nem normatív fogalom. Az az állítás, hogy két ember jogilag egyenlő, leegyszerűsítve azt jelenti, hogy jogi pozíciójuk azonos. Amennyiben viszont azt állítjuk, hogy esélyeik egyenlők, úgy nem jogi pozíciójukat tesszük mérlegre, hanem tényleges helyzetükre vonatkozó ítéletet fogalmazunk meg, amelynek jogi pozícióik csak egy részét képezik. Más fogalmi apparátussal megközelítve: a jog emberi **magatartásokat** lát el normatív minősítéssel, magatartásokat tesz megengedetté, tilossá vagy kötelezővé. E magatartásoknak azonban vannak a jog által befolyásolhatatlan **következményei**. Amikor az esélyekre vonatkozó állítást tesszünk, akkor azonban óhatatlanul mérlegelnünk kell e következményeket is.

[41] A hátrányos megkülönböztetéssel kapcsolatos két fontos fogalom, a közvetett →[123]--[130] és a pozitív diszkrimináció →[145]--[155] elemzésével később foglalkozunk. Fontos azonban itt jelezni, hogy mindkettő megértését a magatartások és a következmények közötti konceptuális megkülönböztetés teszi lehetővé. Az egyik esetben ugyanazon (értsd: ugyanazon magatartást előíró) szabály **következményeinek szignifikáns eltérése** a diszkrimináció megállapításának (nem feltétlenül elégséges) **feltétele** (közvetett diszkrimináció), míg az utóbbi esetben éppen az a különböző szabályok elfogadásának **indoka**, hogy az azonos szabályozás a következmények jelentős eltéréséhez vezetne (pozitív diszkrimináció).

[42] Alkotmányunk a vizsgált bekezdésben meglehetősen talányosan fogalmaz az egyenlőség két koncepciójának a viszonyáról. Azt állítja ugyanis, hogy az esélyegyenlőtlenségek kiküszöbölését célzó intézkedések hozzájárulnak a jogegyenlőség megvalósulásához. Ez a megfogalmazás több okból is problematikus. Egyrészt a jogi egyenlőség **normatív kategória**, amelyet jogi eszközökkel lehet megteremteni, jogi eszközökkel lehet megsérteni, s a sérelmét jogi eszközökkel lehet helyreállítani. Az esélyegyenlőség, mivel az egyenlőségnek egy másik, nem jogi dimenzióját nyitja meg, se megteremteni (megvalósítani), se növelni, se -- hiányával -- megsérteni nem tudja a jogegyenlőséget. Az értelmes állítás, hogy az esélyegyenlőség növelésével bizonyos jogok alanyai jobban tudnak élni ezekkel a jogokkal, számukra megnő ezeknek a jogoknak az **értéke**, de félrevezető azt mondani, hogy esélyeik előmozdításával jogaikban tettük őket egyenlőkké.²³ Lehet, hogy egy dimenzióban (az esélyek egyenlősége terén) ezáltal kiválóbbá tettük társadalmunkat, de ez az értékelés másik dimenziójához (jogegyenlőség) nem ad hozzá semmit.

²³ A fenti okból fogalmilag zavarosnak tartjuk az „esélyegyenlőségi egyenjogúság” kifejezést is. SÁRI (12. lj.) 62.

[43] Másodsor, mind az Alkotmánynak, mind az AB-nak -- lehangsúlyosabban ez talán éppen a jogképesség egyenlőségére vonatkozó, idézett sorokban →[19] jelenik meg -- az az álláspontja, hogy a jogegyenlőség, mint normatív állapot, **már létezik** a Magyar Köztársaság jogrendjében. A vizsgált szakasz ellenben azt sugallja, hogy a jogegyenlőség **még nem valósult meg**, ezt a folyamatot -- többek között az esélyegyenlőséget előmozdító intézkedésekkel -- elő lehet segíteni. Ha a jogegyenlőség nem „valósul meg” a jogrendben, akkor ez azt jelenti, hogy a jogrendben olyan normatív aktusok vannak, amelyek **ellentétben állnak az Alkotmánnyal**. Ilyenkor az erre felhatalmazott szerveknek az a feladata, hogy jogi eszközökkel érvényre juttassák az Alkotmány rendelkezéseit. Egészen más dolog azonban jogi aktusok kollízióját kiküszöbölni, mint egy még nem létező társadalmi állapotot létrehozni.

[44] Harmadsor, míg az esélyegyenlőség előmozdítása nem változtat a jogegyenlőség meglétén vagy hiányán, addig a jogosultságok egyenlőségének megléte vagy hiánya befolyásolhatja az esélyek egyenlőségét. **Ez a viszony azonban kontingens**. Amikor a polgári forradalmak a zászlajukra tűzték a jogegyenlőség megvalósítását, akkor ezzel alighanem a társadalmi esélyegyenlőséget is előmozdították. Vannak azonban olyan esetek, amikor egyes társadalmi csoportok esélyeit csak úgy lehet hatékonyan előmozdítani, ha a csoporthoz tartozók különjogokban részesülnek →[145]. Még ha azonban ez a gyakorlat igazolt is, s így összeegyeztethető a hátrányos megkülönböztetés tilalmával, ez semmiképpen nem jelenti azt, hogy előmozdítaná a jogegyenlőséget.

[45] Az esélyegyenlőség előmozdításának követelménye mögött az a gondolat húzódik meg, hogy a társadalmi források elosztásánál az ember részesedését elsősorban saját törekvése vagy teljesítménye kell hogy meghatározza, nem pedig olyan külső faktorok, amelyek fölött nem gyakorol ellenőrzést. Az igazságosság különböző elméletei azonban másképpen húzzák meg az egyénhez hozzátartozó **belső** és a hozzá képest **külsődleges**, ellenőrzése alatt nem álló tényezők közötti határvonalat, és másképpen ítélik meg ezek erkölcsi relevanciáját. Hogy csak egyetlen példát hozzunk: az esélyegyenlőségnek az a felfogása, amely talán legközelebb áll a fogalom hétköznapi értelmezéséhez, igazságtalannak látja, hogy egy embernek a társadalmi forrásokból való részesedését hátrányos társadalmi környezete határozza meg, de a természetes adottságokat az egyénhez képest „belsőnek” értékeli, és úgy véli, hogy a tehetségesebbek megérdemlik a jobb képességeikből fakadó előnyöket. Más elméletek viszont éppen amellet érvelnek, hogy a természetes adottságok éppúgy önkényesek és az egyén számára kontrollálhatatlanok, mint a társadalmi környezet, így az ebből fakadó hátrányok is önkényesek. Következésképpen az esélyegyenlőség fogalma önmagában **nem elég specifikus** ahhoz, hogy a társadalmi források egy meghatározott elosztását meghatározza. Másfelől még ha egyet is értenénk abban, hogy **mit követel** az esélyegyenlőség, eltérő lehet annak a megítélése, hogy **mely eszközök** tekinthetők legitimnek e cél előmozdítására. Kétségtelen például, hogy az egyes emberek teljesítményét nagyban befolyásolja, hogy gyerekként milyen nevelést és oktatást kapnak. Az ebből fakadó különbségek kiküszöbölése azonban a szülők autonómiájába történő olyan nagyfokú beavatkozással lenne csak lehetséges, amelyet kevesen tartanának igazolhatónak. E ponton tehát különösen fontos az AB-nak az a megállapítása, hogy az alapjogok az esélyegyenlőségre irányuló intézkedések megengedhetőségének határait is kijelölik →[151].

3.5 Jogegyenlőség versus törvény előtti egyenlőség

[46] Mint azt a történeti áttekintésben bemutattuk, a rendszerváltás előtt hatályban lévő Alkotmány külön fordulatban szabályozta a törvény előtti egyenlőséget és az egyenjogúságot →[5]. Ennek az volt az oka, hogy a törvény előtti egyenlőség elvét az egyenlőségnek speciálisan a **jogalkalmazásra** szabott követelményeként értelmezték. Ez az interpretáció nem következik azonban okvetlenül a kifejezés szó szerinti értelmezéséből. A törvény előtti egyenlőség elvének adható olyan kiterjesztő értelmezés is, amely felöleli mind a jogalkalmazással, mind a jogalkotással szembeni egalitárius követelményeket. Ilyen értelemben interpretálja például a kifejezést a német alkotmányjogi gyakorlat.²⁴ [A német alaptörvény általános egyenlőségi klauzulája, a 3. § (1) bekezdése ugyanis éppen a törvény előtti egyenlőség követelményét fogalmazza meg.] Való igaz azonban, hogy a törvény előtti egyenlőség elve akkor kap **a jogegyenlőségtől fogalmilag világosan elválasztható tartalmat**, ha ezzel speciálisan a jogalkalmazással szembeni követelményt fogalmazzuk meg. (Az angol jogi terminológiában sem ismeretlen az *equality before the law* és az *equality in the law* distinkció, az előbbi a törvény előtti egyenlőségre, az utóbbi pedig a jogegyenlőségre való utalással.) Azzal, hogy hatályos Alkotmányunk a törvény előtti egyenlőség kifejezés helyett a **bíróság előtti egyenlőségről** beszél, és ezt a fordulatot értelemszerűen nem az elemzés tárgyát képező általános egyenlőségi klauzulában, hanem a jogalkalmazásra vonatkozó 57. §-ban helyezte el, ezt az összefüggést juttatja világosan érvényre. Olyankor tehát, amikor az AB a törvény előtti egyenlőségről beszél, azt ennek a szűkebb egyenlőségfogalomnak a szinonimájaként használja [45/2000. (XII. 8.) AB határozat, ABH 2000, 344, 349.]. A törvény előtti egyenlőség ebben az összefüggésben egyfelől bizonyos **eljárési garanciákat** követel meg (például

²⁴ BVerfGE 1, 14, 52 (1951).

mindenki ügyeiben ugyanazok a bíróságok járjanak el, a felek perbeli pozíciója legyen egyenlő). Másfelől a törvény előtti egyenlőségből következik a **részrehajlás nélküli jogalkalmazás** követelménye: a törvényt mindenkire alkalmazni kell, akire az vonatkozik, és csakis azokra kell azt alkalmazni. Könnyen belátható, hogy ez az előírás **az egyenlőség önálló dimenzióját nyitja meg**, ugyanis egy nem diszkriminatív törvényt is lehet diszkriminatív módon alkalmazni, és egy diszkriminatív törvényt is lehet pártatlanul alkalmazni. Érdemes megjegyezni, hogy az egyenlőségnek ez utóbbi követelménye a jogállamiság eszményéből is következik →2(1)ja[xxx], hiszen tulajdonképpen nem állít mást, mint hogy a szabályokat alkalmazni kell.

4. Előzetes dogmatikai kérdések

[47] Az Alkotmány mint jogszabály jogszabályhelyekből tevődik össze. A jogdogmatikai elemzésnek viszont az a feladata, hogy a jogi normát, vagyis a jogszabályhelyekben meglévő gondolati tartalmat rekonstruálja. A jogelmélet a **norma individualizálásának** nevezi azt a gondolati folyamatot, amely a jogszabályhelyek tartalmát különálló, önálló normákra bontja.²⁵ Egyszerűbben megfogalmazva az lesz a kérdésünk, hogy a 70/A. § hány egyenlőségi szabályból áll. Ezt a problémát azonban aligha tudjuk megoldani két előkérdés megválaszolása nélkül. Ezek közül az első a **diszkriminációtilalom kiterjedésével**, míg a második **az alkalmazott teszt erősségével** foglalkozik.

4.1 A diszkriminációtilalom terjedelmének kérdése

[48] A diszkrimináció tilalmát kimondó szabály elvileg lehet **zárt** vagy **nyitott**, mégpedig két értelemben is. A **megkülönböztetés alapját** tekintve zárt egy diszkriminációs szabály, amennyiben véges azoknak az ún. védett jellemvonásoknak vagy tulajdonságoknak a köre, amelynek alapján az alkotmány tiltja a hátrányos megkülönböztetést. A **tárgyi területét** tekintve zárt akkor, ha a diszkrimináció tilalma csak bizonyos ügycsoportokra terjed ki. Nyitott akkor, ha sem a megkülönböztetés alapjául szolgáló indokok köre, sem azon ügycsoportoknak a köre nem korlátozott, amelyre a diszkriminációtilalom kiterjed. Alkotmányunk kifejezetten tiltja, hogy az állam bizonyos jellemvonások alapján megkülönböztetést alkalmazzon a területén tartózkodó személyekkel szemben. Az Alkotmány szövegébe foglalt „bármely megkülönböztetés” kitétel, majd a nevesített diszkriminációs okok után említett „egyéb helyzet szerinti különbségtételre” utalás egyértelművé teszi, hogy a megkülönböztetés alapjául szolgáló indokok körének felsorolása **nem taxatív**, hanem példálózó, tehát a hátrányos megkülönböztetés nem kizárólag a kifejezetten felsorolt ismérvek alapján lehetséges. A megkülönböztetés indokait tekintve tehát az Alkotmány diszkriminációs szabálya **nyitott**.²⁶

[49] Az AB állandó gyakorlata a diszkrimináció tilalmára vonatkozó szabályt tárgyi területét tekintve ugyancsak nyitottnak tartja. Tehát annak ellenére, hogy az Alkotmány expliciten felsorolja azokat a jogokat, amelyek tekintetében a hátrányos megkülönböztetés tilalmának érvényesülnie kell, az AB a diszkrimináció tilalmát minden jogosultság vonatkozásában vizsgálja. „[E] tilalom -- amennyiben a különbségtétel sérti az emberi méltósághoz való jogot -- kiterjed az egész jogrendszerre, ideértve azokat a jogokat is, amelyek nem tartoznak az emberi jogok, illetve az alapvető állampolgári jogok közé” [61/1992. (XI. 20.) AB határozat, ABH 1992, 281.]

²⁵ Vö. Joseph RAZ: *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of the Legal System* (Oxford: Clarendon Press²1980) 70.

²⁶ Ez a nyitottság azért tűnik indokoltnak, mert az önkényes megkülönböztetés elvileg végtelen számú kritériumon alapulhat. Képzeljünk el egy rosszindulatú diktátort, aki képes az állam minden polgára fölött mások segítségével nélkül uralmat gyakorolni, de akit mégis köt egy alkotmány. Noha nem tehet meg mindent, mégis végtelen számú önkényes szabályt alkothat, hiszen a legabszurdabb kritériumokat választhatja a szabályozás alapjául (pl. külön szabályokat hozhat a páros napon született emberekre, a 175 és 180 centiméter közötti magasságúakra, vagy azokra, akiknek vezetékneve az ábécé első harmadába tartozó betűvel kezdődik). Így elvileg nincs olyan taxatív felsorolás, amely kivédhetné egy ilyen diktátor rosszindulatú döntéseit. Gyakorlatilag viszont egy taxatív lista is azért képes hozzávetőlegesen jó védelmet biztosítani a diszkriminációval szemben, mert még egy erős kezű diktátor is csak mások segítségével képes a hatalmat gyakorolni. Ha képzeletbeli diktátorunk csak a társadalom egy viszonylag jól körülhatárolható csoportjának segítségével képes a hatalmat gyakorolni, akkor az általa választható önkényes kritériumok köre lényegesen leszűkül, hiszen a fentihez hasonló abszurd ismérvek keresztbe metszik az uralkodása biztosításához nélkülözhetetlen csoportot is.

[50] Az Alkotmány számára sok esetben mintaként szolgáló dokumentum, az Egyezmény szövegszerűen szintén csak korlátozott körben biztosítja a hátrányos megkülönböztetés elleni védelmet 14. cikkében,²⁷ azonban e cikket értelmezve az **EJEB** -- hasonlóan az AB-hoz, de mégsem változtatva a tilalmat tárgyi területét tekintve nyitottá -- **kiterjesztette** annak hatókörét egyéb esetekre is. Tekintettel arra, hogy a tágabb hatókör indokaként az EJEB (az AB-val ellentétben) nem hivatkozhatott az emberi méltóságra mint anyajogra (mivel ilyen jogot az Egyezmény nem biztosít), más dogmatikai megoldást kellett választania annak érdekében, hogy az Egyezmény 14. cikke is hatékony jogvédelmi eszköz lehessen. Hiszen ha a hátrányos megkülönböztetést tiltó rendelkezést úgy értelmezzük, hogy az csak akkor alkalmazható, ha más egyezményes jogot is megsértettek, akkor a 14. cikkre nem lesz szüksége az EJEB-nek az egyes panaszok elbírálásához, mivel a testület az AB-hoz hasonlóan „takarékosan” használja fel energiáit: ha egy panasz alapján egy cikk sérelmét már megállapította, akkor az abban állított többi jogsérelmet sok esetben nem vizsgálja. Így ha egy egyezményes jog sérült, akkor nem kell külön vizsgálni azt a tényt, hogy az összehasonlító helyzetben lévő személyek más csoportja esetében ugyanazon jog nem sérült, s ennek következtében a gyakorlat egyben diszkriminatív is.

[51] Az EJEB a 14. cikk alkalmazhatóságával kapcsolatban a *Belgian Linguistic*-ügyben²⁸ megállapította, hogy annak elégséges feltétele az, ha a kérelem egy másik, az Egyezmény által **védelem körébe** tartozik. A védelmi kör (*ambit*) fogalmának egyértelmű definíciója nem áll rendelkezésünkre, de lényegében annyit jelent, hogy a hátrányos megkülönböztetésnek más egyezményes alapjoggal kapcsolatban kell állnia.²⁹ Természetesen amint az Egyezmény tizenkettedik kiegészítő jegyzőkönyve hatályba lép, amely tárgyi területét tekintve nyitottan tiltja a diszkriminációt, az Egyezményben biztosított jogok és nem biztosított jogok, valamint a védelmi terület fogalmának gyakorlati jelentősége elavul.³⁰

[52] Az EJEB gyakorlata alapján érdemes felhívni a figyelmet arra is, hogy a hátrányos megkülönböztetés és a megalázó bánásmód közötti **határvonal nem éles**, és szélsőséges esetben a diszkrimináció megvalósíthat megalázó bánásmódot is. Ezt állapította meg a Bizottság az *East African Asians versus United Kingdom* ügyben,³¹ ahol az Egyesült Királyság által alkalmazott megkülönböztetést (Uganda és Kenya függetlenné válása után a brit állampolgárságukat megtartó, de az afrikai kontinensen maradó személyek nem léphettek be Nagy-Britannia területére) az Egyezmény 3. cikkébe ütköző megalázó bánásmódnak értékelte. A két tilalom közötti ilyen értelemben vett kapcsolatot a méltóság fogalma teremti meg,³² és a méltóság sérelmének foka alapján dönthető el esetről esetre, hogy az indokolatlan különbségtétel „csak diszkriminatív”, vagy egyben megalázó bánásmódnak is minősül.

4.2 Az alkalmazott teszt erőssége

[53] A diszkrimináció tilalmára vonatkozó joganyag egyik fontos vonása, hogy az AB **két külön tesztet alkalmaz** a megkülönböztetések alkotmányosságának megítélése során, attól függően, hogy a különbségtétel emberi, állampolgári jog vagy egyéb jog tekintetében valósul meg. A tesztek eltéréseinek magyarázatával alább részletesen foglalkozunk →[107], így itt csak a tesztek rövid ismertetésére szorítkozunk.

[54] A 30/1997. (IV. 29.) AB határozat fejtette ki, hogy az AB más mércét alkalmaz az alkotmányos **alapjogokat érintő diszkriminációra** (a szükségesség-arányosság tesztjét, vagyis az általános alapjogi tesztet →8[xxx]), és más mércét arra az esetre, ha a diszkriminációtilalmat az **alapjogokon kívüli egyéb jogok** tekintetében vizsgálja. Az alapjognak nem minősülő, egyéb jogra vonatkozó hátrányos megkülönböztetés vagy más korlátozás alkotmányellenessége akkor állapítható meg, ha a sérelem összefüggésben áll valamely alapjoggal, végső soron az emberi méltóság általános személyiségi jogával, és a megkülönböztetésnek, illetve korlátozásnak nincs a tárgyilagos mérlegelés szerint ésszerű indoka, vagyis **önkéntes** (ABH 1997, 130, 139--140.). Így abban az esetben, ha például

²⁷ 14. cikk: A jelen Egyezményben meghatározott jogok és szabadságok élvezetét minden megkülönböztetés, pl. nem, faj, szín, nyelv, vallás, politikai vagy egyéb vélemény, nemzeti vagy társadalmi származás, nemzeti kisebbséghez tartozás, vagyoni helyzet, születés szerinti vagy egyéb helyzet alapján történő megkülönböztetés nélkül kell biztosítani.

²⁸ *Belgian Linguistic case*, judgment of 23 July 1968, Series A no. 6.

²⁹ A hivatkozott belga nyelvi esetben →[28. l.] pl. a belga állam az oktatást nem biztosította egyenlő feltételekkel anyanyelven az állampolgárok számára. Habár ez az oktatáshoz való jogot nem sértette, az oktatással kapcsolatban valósított meg hátrányos megkülönböztetést. Az oktatáshoz való jogot pedig az Egyezmény első kiegészítő jegyzőkönyvének 2. cikke garantálja.

³⁰ A tizenkettedik kiegészítő jegyzőkönyvről részletesen lásd KOVÁCS Krisztina: „A diszkrimináció-tilalom kiterjesztése az Emberi Jogok Európai Egyezményében” *Fundamentum* 2000/4. 27--33.

³¹ *East African Asians v. the United Kingdom*, Commission Report, 14 December 1973, DR 78.

³² A méltóság fogalmát -- mint említettük -- nem használja az Egyezmény, azonban az EJEB természetesen ismeri azt, mint amely impliciten pl. a megalázó bánásmód fogalmából levezethető.

ex gratia juttatások odaítélésekor teszt különbséget az állam személyek különböző csoportjai között, a megkülönböztetés alkotmányosságának igazolásához elegendő azt megmutatnia, hogy a különbségtételnek ésszerű oka van, például ezzel kívánja növelni a gyermekvállalási hajlandóságot vagy valamely társadalmilag fontos, az Alkotmánnyal összeegyeztethető célt szolgálni.

[55] Abban az esetben azonban, ha egy szabályozás valamely alapjog gyakorlását egy társadalmi csoportnak lehetővé teszi, míg egy másiknak nem, akkor a rendelkezés alkotmányosságának vizsgálata arra fog irányulni, hogy létezik-e olyan alkotmányos alapjog (vagy alkotmányos közérdek), amelynek érvényesüléséhez elengedhetlenül **szükséges** a különbségtétel, s azt is vizsgálja ebben az esetben az AB, hogy a hátrányos megkülönböztetéssel okozott alapjogsérelem **arányban áll-e** a szabályozás révén elérhető előnnyel. Fontos megjegyezni, hogy lényegileg minden olyan, alapjogot sértő szabályozás, amely nem vonatkozik minden személyre, diszkriminatív is, de ezeket az eseteket az AB nem feltétlenül a 70/A. § alapján bírálja el, hiszen az adott alapjog megsértésének megállapítása önmagában elegendő a szabályozás megsemmisítéséhez.

[56] A gyakorlatban azonban az **AB nem teljesen következetes** az alkalmazott teszt tekintetében. Nem alapjogi diszkriminációs eset volt (pontosabban nem annak alapján bírálta el az esetet az AB) az a 20/1999. (VI. 25.) AB határozatban vizsgált kérdés, hogy a Btk. alkotmányellenesen különböztette-e meg a vérfertőzés tényállásában az elkövetőket szexuális orientációjuk alapján. Az indokolásban az AB kifejtette, hogy „[a]z Alkotmánybíróság gyakorlata szerint az »egyéb helyzet« szerinti különbségtételnél azt kell vizsgálni, hogy van-e annak »tárgyilagos mérlegelés szerint ésszerű oka«” (ABH 1999, 159, 163.), összekeverve a védett jellemvonást a védett jog jellegével. Van olyan vélemény is, amely szerint „az Alkotmánybíróság gyakorlatát vizsgálva nem mutatkozik lényeges eltérés a mércék szigorúságában aszerint, hogy a megkülönböztetés alapjogra vagy nem alapjogra vonatkozik-e”.³³

[57] Magunk azt gondoljuk, hogy a gyakorlat „megbicsaklása” és a SÓLYOM László által e vonatkozásban kritizált dogmatikai következetlenség nem jelenti azt, hogy a különbségtétel ne érvényesülne az AB gyakorlatában. A különbségtétel az alkalmazott mérce szempontjából indokolt (a védelem szintjének a megkülönböztetéssel érintett jog vagy védett tulajdonság jellegéhez igazítása az Amerikai Egyesült Államok Legfelső Bírósága és a német alkotmánybíróság gyakorlatában is fellelhető), a téves AB határozatok pedig joggal kritizálhatók, de **az elvi különbségtételt nem mossák el**.

4.3 A normaindividualizálás problémája

4.3.1 Az alkotmányos alapjogok egyenlősége

[58] A diszkriminációtilalom terjedelmének és az alkalmazott teszteknek a vizsgálata után visszatérhetünk ahhoz a feladathoz, hogy elemeire bontsuk a 70/A. §-t. Mivel a (2) bekezdés visszautal az (1)-re, így a közöttük lévő kapcsolat első ránézésre nyilvánvaló. Ezzel szemben a (3) bekezdés az első kettőtől **jól elkülöníthető egységet** képez, és önálló egyenlőségi elvet fogalmaz meg. Ezzel a bekezdéssel kommentárunk utolsó részében →[10] foglalkozunk, a következőkben az első két bekezdésre összpontosítva figyelmünket.

[59] A szövegből az is egyértelműen következik, hogy az (1) bekezdés különbségtétel nélkül **biztosítja** az emberi és állampolgári jogokat, míg a (2) bekezdés szigorúan **büntetni rendeli** az ilyen megkülönböztetéseket. Ez utóbbi kifejezés jelentését alább érintjük →[131]–[133], most ahhoz a kérdéshez fordulunk, hogy mit biztosít az (1) bekezdés.

[60] Azzal, hogy az Alkotmány megkülönböztetés nélkül biztosítja az emberi és az állampolgári jogokat, tulajdonképpen a **jogegyenlőség** fentebb elemzett →[32]–[38] eszményét emeli alkotmányi rangra. Az alkotmányos jogok telepítése tekintetében ezzel a jogalkotó maga végzi el annak mérlegelését, hogy mi az egyenlőség megítélésénél a hasonlóság releváns kritériuma. E jogok telepítésében nemcsak a megítélés módjának kell egyenlőnek lennie, hanem (hozzávetőlegesen) az eredménynek is.

[61] Némi magyarázatra szorul ennek a rendelkezésnek a funkciója. A problémát az veti fel, hogy az alkotmányos jogok egyenlő telepítését ez a szakasz önmagában **nem képes garantálni**. Az, hogy bizonyos alkotmányos jogok tekintetében az egyes állampolgárok pozíciója egyenlő-e, annak függvénye, hogy miként rendelkeznek az **ezeket biztosító normák**. Amennyiben valamely konkrét alkotmányos jogot maga az Alkotmány nem egyenlően biztosít, úgy a vizsgált szakasz ez ellen nem nyújthat semmilyen védelmet. Jól illusztrálja ezt a problémát az egyenlőségre vonatkozó korábbi, a szövegtörténet kapcsán már érintett szabályozás →[3]. Az Alkotmány 49. § (1) bekezdése hiába garantálta, hogy a polgárok egyenlő jogokat élveznek, mivel az egyes alkotmányos jogok alanyai általában a **dolgozók** voltak, így a jogegyenlőség nem érvényesülhetett. Úgy véljük tehát, hogy abban a vonatkozásban, amennyiben a „**biztosít**” kifejezést a **felruház** vagy **elismer** értelmében használjuk, ennek a rendelkezésnek csupán szimbolikus és **legitimációs** funkciója van.

³³ SÓLYOM (6. lj.) 410.

[62] Más a helyzet, ha a „biztosít” kifejezés nemcsak annyit jelent, hogy az állam elismeri azt, hogy az állampolgárok egy adott jog alanyai lehetnek, hanem megkülönböztetés nélkül **érvényesíti** is a szóban forgó jogot az Alkotmány alatti normákban. Ekkor sem magától értetődő még azonban e rendelkezésnek a funkciója. Ha az állam csak egyes állampolgárok alkotmányos jogait sérti meg, míg másokét nem, akkor az állampolgár hivatkozhat ugyan a diszkrimináció tilalmára, de éppúgy hivatkozhat arra a jogra is, amelyet az állam éppen megsértett. Vagyis ennyiben a diszkrimináció tilalmát kimondó szabály **főlősleges**.

[63] A fenti érv miatt ez a norma csak abban az esetben kap önálló funkciót, ha a diszkrimináció tilalmára az alapjogokkal kapcsolatban olyankor is lehet hivatkozni, **ha az alapjogsértés nem lenne megállapítható**. Ez a konstrukció nem ismeretlen az emberi jogok védelmét ellátó bíróságok gyakorlatában. A diszkriminációtilalom megállapításának ilyen esetben az a feltétele, hogy a megtámadott norma az alapjog védelmi területét érintse, alapjogokra vonatkozzon, az azonban nem feltétel, hogy meg is sértse a szóban forgó alapjogot.

4.3.2 Az általános egyenlőségi szabály

[64] A 70/A. § (2) bekezdése alapján „[a]z embereknek az (1) bekezdés szerinti bármilyen hátrányos megkülönböztetését a törvény szigorúan bünteti”. Az Alkotmány szóhasználata ezen a ponton nem egészen egyértelmű. Elvileg lehetséges a szövegnek olyan értelmezést adni, amely „az (1) bekezdés szerinti” kitélt csak a védett tulajdonságok listájára vonatkoztatja.³⁴ E szerint az értelmezés szerint bármely hátrányos megkülönböztetés, amely az (1) szakaszban felsorolt védett tulajdonságok alapján történik, alkotmányellenes. Ha ezt az értelmezést fogadnánk el, úgy a (2) bekezdés nem csupán annyiban tenne hozzá az (1) bekezdéshez, hogy büntetni rendelné az alapjogokat érintő megkülönböztetést, hanem annyiban is, hogy -- korábbi terminológiánkat használva -- zártból **nyitottá tenné** a diszkriminációtilalom tárgyi területét →[48].

[65] A nyelvtani értelmezést követve azonban aligha adható az Alkotmánynak ilyen értelmezés. A (2) bekezdés nem csupán az (1) bekezdésben felsorolt védett tulajdonságokra, hanem az (1) bekezdés **egészére** utal vissza. Vagyis csakis az emberi és állampolgári jogok vonatkozásában megnyilvánuló hátrányos megkülönböztetést rendeli büntetni az Alkotmány.

[66] Mint azt azonban láttuk →[49], az AB a diszkrimináció tilalmát előíró szabályt az 54. §-ban foglalt emberi méltósághoz való jogra hivatkozva kiterjesztette az alapjogokon túlra is, a jogrendszer egészére. Vagyis a diszkrimináció tilalmát megfogalmazó norma tárgyi területét tekintve **de facto nyitott szabályként működik**. Noha a diszkriminációval kapcsolatos joggyakorlatot a szakirodalom egybehangzó módon a 70/A. § szakasz alatt tárgyalja, az AB joggyakorlatának értelmezése alapján megítélésünk szerint az az álláspont sem lenne képviselhetetlen, hogy a diszkrimináció közvetlenül nem a 70/A. §-ba, hanem az **emberi méltósághoz való jogot** biztosító 54. § (1) bekezdésébe ütközik. A testület érvelésében ugyanis a nem alapjogokat érintő diszkrimináció csak **akkor** alkotmányellenes, ha sérti az emberi méltóságot. Az emberi méltóság sérelme e felfogásban nemcsak velejárója, hanem **indoka** is az alkotmányellenes diszkriminációnak →[95].

[67] Mivel az AB gyakorlata tárgyi területét tekintve nyitottként kezeli a diszkriminációs szabályt, így a formális egyenlőséggel →[13]–[17] és a jogegyenlőséggel kapcsolatos →[18]–[38] korábbi elemzésre támaszkodva az a következtetésünk, hogy a 70/A. § első két bekezdéséből együttesen **két egyenlőségi szabály** bontható ki. Az egyik azt követeli meg, hogy az alapjogok vonatkozásában az állampolgárok jogi pozíciója (hozzávetőlegesen) egyenlő legyen, a másik pedig azt, hogy a nem alapjogok vonatkozásában mindenki egyenlő bánásmódban részesüljön.

[68] Ez ellen az álláspont ellen azt a kézenfekvő ellenvetést lehetne tenni, hogy mindkét esetben ugyanazt az elvet fogalmazza meg a törvényhozó, csak az alapjogok esetében az egyenlő bánásmód megítélésénél erősebb indokokat követel. A magunk részéről egy már többször hangsúlyozott megfontolás miatt szerencsésebbnek tartjuk, ha itt két különböző egyenlőségi szabályról beszélünk: a nem alapvető jogok esetében **a releváns hasonlóság megítélése nyitott kérdés**, amelyet az Alkotmány a jogalkotó és az AB kompetenciájába utal. Az alapjogok esetében azonban az alkotmányozó **maga jelölte ki a releváns hasonlóság megítélésének főbb kritériumait**, így nemcsak a mérlegelés módját, hanem jórészt annak eredményét is meghatározza.³⁵

³⁴ Egy ilyen értelmezés lehetőségét veti fel polemikus élel SÁNDOR Judit: „A szabályozás csapdái és dilemmái. Variációk egy leendő törvényre” in: HALMAI Gábor (szerk.): *A hátrányos megkülönböztetés tilalmától a pozitív diszkriminációig* (Budapest: AduPrint -- INDOK 1998) 53.

³⁵ Hadd éljünk itt egy analógiával álláspontunk alátámasztására. Az AB szerint a jogállamiság elvéből következik, hogy a jogalkotó az egyenlő bánásmód által védett területen kívül sem hozhat önkényes normákat. „Maga a jogbiztonság azonban azt a tartalmi követelményt is támasztja, hogy ne kerülhessen sor önkényes döntésekre. A törvényességi óvás intézményét többek között azért minősítette alkotmányellenesnek az Alkotmánybíróság, mert a jogosultak teljesen szabad mérlegelési jogköre az óvás emelésére a bírói eljárások kiszámíthatóságát és a jogerő

4.3.3 A diszkrimináció tilalma

[69] A magyar jogirodalomban BRAGYOVA András képviseli azt a nézetet, hogy a fentebb tárgyalt két elv mellett létezik az alkotmányos egyenlőségnek egy harmadik összetevője. Ennek oka abban rejlik, hogy BRAGYOVA szerint az általános egyenlőségi szabály megkülönböztetendő a diszkrimináció tilalmától. „A diszkrimináció tilalma az alkotmányos egyenlőségi szabály különleges esete: ez olyan megkülönböztetés, amely tartalmára tekintet nélkül alkotmányellenes (azaz eleve igazolhatatlan).”³⁶

[70] Vannak az embernek olyan jellemvonásai, mint például a bőrszín, származás, nem vagy világnézet, amelyek nagyon kevés legitim cél követése esetén lehetnek releváns osztályozási kritériumok, továbbá a történelemben a leggyakrabban szolgáltak a diszkrimináció alapjául. Ezeket vagy az alkotmányozó, vagy a bírói gyakorlat kivette az általános egyenlőségi elv alól, s külön is nevesítette. Kérdés, hogy e nevesített esetek pusztán úgy viszonyulnak-e az absztraktabb egyenlőségi elvhez, mint különös az általánoshoz: az alkotmányozók vagy a bíróságok csak **illusztrálják az általános elvet** és példát szolgáltatnak arra. Vagy éppen ellenkezőleg: az alkalmazott **igazolás szintje is megváltozik** ilyenkor, s ezekben az esetekben a jogalkotónak a pusztán ésszerűségi kritériumnál szigorúbb követelményt kell kielégítenie. Az utóbbi megoldásra jó példa lehet az amerikai Legfelső Bíróság gyakorlata: éppen abból kiindulva, hogy az ezeken a tulajdonságokon alapuló kategóriaképzés általában nem szolgálhat semmilyen legitim célt, sőt az ilyen kategorizálásnál nagy valószínűséggel éppen a diszkrimináció a cél, s hogy a történelmi tapasztalatok alapján ezek voltak a jogtalan diszkrimináció leggyakoribb forrásai, az ilyen megkülönböztetésnek szigorú összefüggésben kell állnia valamilyen fontos céllal.³⁷ Az ún. gyanús kategóriaképzés (*suspect classes*) esetében az alapjoghoz hasonló teszt követelményét kell a jogalkotónak kielégítenie ahhoz, hogy a szabályozás alkotmányosnak minősüljön.

[71] Megítélésünk szerint azonban ez a megkülönböztetés a magyar gyakorlatban nem tartható. Az általános egyenlőségi szabály **a megkülönböztetés alapját tekintve nyitott**, mivel a példálózó felsorolással megadott diszkriminációs indokok mellett az Alkotmány bármely „egyéb helyzet” szerinti önkényes megkülönböztetést is tilt. BRAGYOVÁNAK igaza lenne akkor, ha az AB gyakorlata a megkülönböztetés meghatározott indokaihoz más-más tesztek társítana. A példálózóan felsorolt tulajdonságok alapján történő megkülönböztetést azonban BRAGYOVA álláspontjával szemben az Alkotmány **nem zárja ki eleve**, pusztán igazolási kötelezettséget ír elő az ilyen megkülönböztetések esetére. Mivel azonban ez **az igazolási kötelezettség**, szemben az alapjogok terén mutató eltérő bánásmódtól, **nem különbözik** az egyéb helyzetek szerinti diszkriminációra vonatkozó igazolási kötelezettségtől, nem tudjuk elvszerűen elválasztani a diszkrimináció tilalmát az általános egyenlőségi tesztől. (BRAGYOVA érvelése akkor állná meg a helyét, ha a magyar AB gyakorlatában a nem alapjogok tekintetében történő megkülönböztetésnek léteznének olyan esetei, amelyekre egyfajta közepesen erős vizsgálat vonatkozna.)

4.4 A diszkrimináció tilalma mint hárompólusú jogviszony

[72] A diszkrimináció tilalmát megfogalmazó szabálynak az az egyik megkülönböztető vonása, hogy míg az alapjogok általában **kétpólusú viszonyrendszerben** értelmezhetők, addig a szóban forgó szabály csupán **hárompólusú** viszonyrendszerként írható le. Logikai értelemben lehetséges, hogy az állam egyedül X állampolgár valamely alapjogát csorbítsa. A diszkrimináció azonban fogalmilag feltételezi, hogy az államnak X állampolgárával szembeni bánásmódját összehasonlíthassuk az Y állampolgárral szembeni bánásmódjával. Csak valakivel összehasonlítva, valaki máshoz képest lehet egy adott személyt egyenlően vagy egyenlőtlenül kezelni.

4.5 Jog vagy állami kötelezettség a diszkrimináció tilalma?

[73] A hátrányos megkülönböztetés tilalmával kapcsolatban felvethető dogmatikai kérdés, hogy tekinthetjük-e a megkülönböztetéstől mentes bánásmódot egyáltalán **alanyi jognak**, vagy helyesebb ebben az

intézményét teljesen bizonytalanná tette [16/1991. (IV. 20.) AB hat., ABH 1991, 66, 67.]. Általában is megállapítható, hogy a törvényhozói vagy jogalkalmazói önkény a jogállammal nem fér össze” [35/1994. (VI. 24.) AB hat., ABH 1994, 197, 215-216.]. Az *egyetlen* egyenlőségi szabály mellett érvelők álláspontjából az következne, hogy a szabadság önkényes korlátozását tiltó általános elvhez képest mondjuk a szólásszabadságot biztosító szabály nem tekinthető önálló normának, mivel a szólásszabadság korlátozása sem kategorikusan kizárt. A szólásszabadság is korlátozható, ha a korlátozás nem önkényes, a különbség tehát csak abban van a szólásszabadság és a szabadság önkényes korlátozását tiltó elv között, hogy más, nem alapjogokat érintő magatartásokkal összevetve a szólásszabadság esetében erősebb tesztet kell alkalmazni.

³⁶ BRAGYOVA (6. l.) 47.

³⁷ Vö. KRIZSÁN Andrea: „Amerikai megközelítés a faji alapú diszkrimináció értelmezésében” *Fundamentum* 2000/3. 13--32.

esetben pusztán az **államot terhelő kötelezettségről** beszélni. Ez a kérdés két ok miatt merül fel, így ezeket érdemes átgondolni. Egyrészt a jogokból általában az következik, hogy a jogosult **igényt** tarthat arra, hogy az állam meghatározott módon bánjon vele. A diszkriminációtilalom esetében azonban az állam gyakran **mérlegelési jogkörén belül jár el**. Senkinek nincs alkotmányos joga például ahhoz, hogy adókedvezményben részesüljön. Ha azonban az állam X állampolgárának adókedvezményt ad, akkor a vele minden releváns vonatkozásban hasonló helyzetben lévő Y állampolgárnak is joga lesz az adókedvezményhez. Ebből a szituációból úgy tűnik, mintha ilyenkor nem vagy csak feltételes értelemben beszélhetnénk jogokról. Csakhogy ami bennünket itt érdekel, az nem az állampolgár adókedvezményhez fűződő, feltételesen létező alkotmányos joga, hanem a hátrányos megkülönböztetéstől mentes bánásmóddhoz fűződő joga, amelyből az említett feltételes jog származik. Az állampolgár arra vonatkozó, jogilag is védett igénye, hogy ne alkalmazzanak vele szemben diszkriminatív bánásmódot, nem tartozik a törvényhozó mérlegelésének körébe, s **nem is feltételes**. Éppen ezért abból, hogy a diszkrimináció tilalmából csak feltételesen származnak bizonyos jogok, nem következik, hogy maga a diszkriminációtól mentes bánásmód joga feltételes lenne.

[74] A másik lehetséges érv az ellen, hogy itt valódi jogról beszéljünk, abból származik, hogy a jogok tipikusan olyan igényeket védenek, amelyek teljesítésétől az állam csak erős érvekre támaszkodva tekinthet el. Az tehát, folytatódna ez az érv, hogy ebben az esetben valódi jogról beszélhetünk-e, annak az előzetes kérdésnek a megválaszolásától függ, hogy milyen erős követelményeket támaszt a hátrányos megkülönböztetés tilalma az állammal szemben. Ha az állam viszonylag könnyen, a szabályozás pusztá ésszerűségére hivatkozva alkalmazhat hátrányos megkülönböztetést, akkor itt valóban problematikus jogosultságról beszélni. Ám ha az állam szigorú igazolási kötelezettségnek kell hogy eleget tegyen, úgy a jogosultság kifejezés használata nem indokolatlan. Ez a kérdés így továbbvezet bennünket a hátrányos megkülönböztetés igazolhatóságának kérdéséhez →[96]--[122].

5. A kötelezettek és a jogosultak köre

5.1 A kötelezettek köre

[75] A diszkrimináció tilalmát kimondó szabály egyik alapvető kérdése, hogy kikkel szemben állapít meg kötelezettségeket az Alkotmány. Az nem kétséges, hogy **az állam nem alkalmazhat** hátrányos megkülönböztetést állampolgáraival szemben. Ám a szabálynak nem az állam az egyetlen kötelezettje. Az AB is megállapította a 45/2000. (XII. 8.) AB határozatban, hogy a **magánszférában** megvalósuló hátrányos megkülönböztetés **is tilalmazott** az elemzett alkotmányhely alapján (ABH 2000, 344, 349.).

[76] Azonban nyilvánvaló, hogy a **magánszféra teljes köre nem lehet kitéve** minden esetben a megkülönböztetés tesztjének, hiszen az sértené az emberi méltóságból fakadó önrendelkezéshez (54. §) valamint a magánszférához (59. §) való alapjogot. Amennyiben az egyén minden magatartása ki lenne téve a nyilvános igazolás kötelezettségének, akkor a polgároknak az állam által érinthetetlen szférája szűnne meg, ami összeegyeztethetetlen a **magánszféra-közsféra jogállami elválasztásával**.

[77] Fontos azt is figyelembe venni, hogy a megkülönböztetés igazolásának tipikus módjaként a különbséget tevő bizonyítja, hogy az alkalmazott eltérő bánásmódnak az adott életviszonnal összefüggő ésszerű oka van. Azonban az **intimszférán belül** hozott döntések jelentős hányada esetében nem is beszélhetünk „racionális mérlegelésről”, hanem a **választás és a különbségtétel döntő oka irracionális**, illetve érzelmi alapon nyugszik, így az életviszony természete zárja ki annak lehetőségét, hogy a döntést hozó személy ésszerű indokokra támaszkodva igazolja választását, melyben egyúttal szükségszerűen megkülönböztetés testesül meg. Avagy egy abszurd példával élve: nem lehet alkotmányos alapon megkívánni, hogy bórszínre való tekintet nélkül essünk szerelembe.

[78] A magánszférában hozott döntések kivonását a diszkriminációtilalom hatálya alól egy ettől független elvvel is igazolhatjuk, ez pedig John Stuart MILL **kárelve**,³⁸ amelynek értelmében az állam nem jogosult beavatkozni azokba az életviszonyokba, illetve nem korlátozhatja azoknak a döntéseknek a meghozatalát, amelyek nem alkalmasak elvileg sem arra, hogy más jogát vagy jogos érdekét érintsék, ezáltal sértsék. Ezen elv értelmében a nyilvánosan meg nem jelenő választások azért sem tartoznak a hátrányos megkülönböztetést tiltó norma hatálya alá, mert **nincs másik alapjog**, melynek védelme indokolná az autonóm döntések korlátozását. Annak meghatározásában, hogy a magánszemélyek által tanúsított magatartások közül melyek tartozhatnak az egyenlő bánásmód követelményének hatálya alá, érdemes figyelembe venni egyes létező jogi megoldásokat is.

³⁸ John Stuart MILL: „A szabadságról” in: John Stuart MILL: *A szabadságról. Haszonelvűség* [ford. PAP Mária] (Budapest: Helikon 1980) 26--27.

[79] Az EU antidiszkriminációs tárgyú irányelvei³⁹ a határvonal meghúzásában azt az elvi megközelítést választották, hogy felsorolták azokat az egyébként a magánszférába tartozó élethelyzeteket, amelyek esetén a magánszemélyek cselekvései is az irányelvek hatálya alá tartoznak. Ez a jogtechnikai megoldás arra utal, hogy a vélelem szerint a magánszférán belüli választások tekintetében az egyének nem kötelesek számot adni az alapul szolgáló döntések indokairól, kivéve, ha ezt a jog kifejezetten megköveteli. Az irányelvek által meghatározott területek között található többek között a foglalkoztatáshoz, a szakmai továbbképzéshez való hozzáférés, a foglalkozási és alkalmazási körülmények meghatározása, valamint a szakmai érdekvédelmi szervezetekben való tagsággal kapcsolatos döntések. (Az irányelvek hatályáról azok 3. cikke rendelkezik.) Az uniós irányelvek végrehajtását megvalósító, az egyenlő bánásmódról és az esélyegyenlőség előmozdításáról szóló 2003. évi CXXV. törvény értelmében a magánszemélyek az alábbi négy esetben kötelesek megtartani az egyenlő bánásmód követelményét: (a) aki előre meg nem határozott személyek számára szerződés kötésére ajánlatot tesz vagy ajánlattételre felhív; (b) aki az ügyfélforgalom számára nyitva álló helyiségeiben szolgáltatást nyújt vagy árut forgalmaz; (c) az állami támogatás felhasználása során létrejövő jogviszonyai tekintetében az állami támogatásban részesülő egyéni vállalkozó, jogi személy, illetve jogi személyiséggel nem rendelkező szervezet az állami támogatás igénybevételeitől kezdődően mindaddig, amíg az állami támogatás felhasználását az arra jogosult szerv a rá vonatkozó szabályok szerint ellenőrizheti; valamint (d) a munkáltató a foglalkoztatási jogviszony, az utasításadásra jogosult személy a munkavégzésre irányuló egyéb jogviszony, illetve az ezekkel közvetlenül összefüggő jogviszonyok tekintetében.

[80] Mindegyik eset közös jellemzője, hogy a magánszemély magatartása kilép a magánszféra keretei közül, s a nyilvános cselekvések körébe kerül. Az autonómiával és a magánszférával kapcsolatosan fent rögzítettekkel összhangban kizárja a törvény hatálya alól a családjogi viszonyokat, a hozzátartozók közötti jogviszonyokat, mivel ezek tipikusan olyan életviszonyok, amelyekben az objektív racionalitás szerepe elhanyagolható. A magyar szabályozás az államnak és az egyháznak az Alkotmány 60. § (3) bekezdése szerinti elválasztása következményeként kiveszi a szabályozás hatálya alól az **egyházi autonómia** alapján hozott döntéseket is.

[81] Összefoglalva a fentieket azt mondhatjuk, hogy az állami szervek **minden intézkedésük során** kötelesek megtartani az egyenlő bánásmód követelményét, míg a magánszemélyek cselekvései csak akkor tartoznak a szabály hatálya alá, ha a magánszféra, az autonómia védelme vagy egyéb alkotmányos indok (például az egyházi autonómia) **nem teszi szükségessé** a szabály tárgyi hatályának szűkítését. Utóbbi esetben a szabályozás alkotmányossága esetről esetre vizsgálendő, melynek során az említett elvekre kell figyelemmel lenni.

5.2 A jogosultak köre

[82] A kérdés másik oldalát jelenti az, hogy kik az egyenlő bánásmódhoz való jog jogosultjai, illetve lehet-e aszerint különbséget tenni, hogy az egyébként a szabály személyi hatálya alá tartozók milyen jog tekintetében kérnek jogvédelmet az őket ért hátrányos megkülönböztetéssel szemben.

[83] Az AB viszonylag korán lefektette, hogy az alkotmányhely által védett csoport tagjai nemcsak magánszemélyek, hanem **jogi személyek is lehetnek**. „Bár az Alkotmány 70/A. §-a az emberi, illetve állampolgári jogok tekintetében tiltja a megkülönböztetést, az Alkotmánybíróság álláspontja szerint a megengedhetetlen megkülönböztetés tilalma -- alanyi és tárgyi összefüggésében -- a jogi személyekre (az államra) is vonatkozik” [59/1992 (XI. 6.) AB határozat, ABH 1992, 271, 273.]. Így az Alkotmány értelmében a hátrányos megkülönböztetés tilalmára bármely jogalany hivatkozhat, ha megítélése szerint egy jogszabály sérti az egyenlő bánásmód követelményét.

[84] Azzal, hogy **tehető-e különbség a védett jogok köre között**, az AB először 1992-ben foglalkozott, a 34/1992. (VI. 1.) AB határozatban, megállapítva, hogy alkotmányellenes diszkrimináció valósul meg, ha a jogalkotó a nem vagyoni kártérítés feltételül szabja azt, hogy a személyiségi jog megsértése álljon kapcsolatban a társadalmi életben való részvétellel, vagy egyébként az élet tartós és súlyos megnehezülését eredményezze. Határozatában az AB lefektette, hogy „[a]z általános személyiségi jog alkotmányos összefüggésében a jognak (így a polgári jognak is) nemcsak az egyes (egyedi) személyeket kell egyenlő méltóságú személynek tekinteni és kezelni, hanem magának a **személyiségnek a különböző szintjeit és tartalmi vonatkozásait tekintve sem lehet különbséget tenni**. A személy általános személyiségi joggal védett meghatározott dimenzióit illetően sem nyugodhat tehát a jogok elosztása olyan szempontokon, amelyek a személyeket mint tulajdonosokat, mint vagyoni jogok alanyait, mint névvel, küllemmel, személyes adatokkal, nem nevesített személyiségi jogokkal stb. rendelkező személyeket nem egyenlőként kezelik.

³⁹ 2000/43/EK irányelv a személyek közötti, faji vagy etnikai származásra való tekintet nélküli egyenlő bánásmód elvének alkalmazásáról; 2000/78/EK irányelv a foglalkoztatás és a munkavégzés során alkalmazott egyenlő bánásmód általános kereteinek létrehozásáról.

Az egyenlő méltóság alapjogán esik csorba, s ezért alkotmányellenes, ha a jog [...] egyes személyhez fűződő jogok tekintetében tartalmilag kirekesztő szabályozással él” (ABH 1992, 192, 197.; kiemelés -- a szerzők).

[85] Felmerülhet az a kérdés is, hogy a hátrányos megkülönböztetés **kizárólag élő személyek közötti különbségtétel esetén valósulhat-e meg**, vagy esetleg „összehasonlítható helyzetben lévő társadalmi csoportnak” minősülhet a jövő generáció is. Szigorúan dogmatikai értelemben a válasz kategorikus nem, hiszen jogképességgel kizárólag élve született személyek rendelkezhetnek, így jogosultságok alanyai is csak már létező személyek lehetnek. Azonban szólnak mind erkölcsi, mind alkotmányos érvek amellet, hogy a jövő generáció érdekeit is figyelembe kell vennie az államnak az alapvető döntések meghozatalakor. Az alkotmányos indokok körében itt utalunk arra, hogy a Magyar Köztársaság léte önmagában alkotmányos érték, a nemzet, mint politikai közösség fennmaradásának elősegítése és érdekeinek védelme az Alkotmány egyik funkciója; erre utalnak azok az alkotmányos normák, amelyek legalább részben a fennmaradáshoz és fejlődéshez szükséges feltételeket fogalmazzák meg (6. §, 16. § és 18. §). A jövő generáció érdekeinek alkotmányos jelentőségére utal az a tény is, hogy az Országgyűlés az *állampolgári jogok országgyűlési biztosáról szóló 1993. évi LIX. törvény* 2007. évi módosításával létrehozta a jövő nemzedék országgyűlési biztosának tisztségét, az országgyűlési biztos feladatát pedig az alapvető jogok védelmében határozta meg. Így lehet amellet érvelni, hogy **a jövő generációnak vannak alkotmányosan védendő jogai**. Ez a kérdés a diszkrimináció kapcsán még nem merült fel az AB előtt, de az említett érvek alapján ha erre sor kerülne, az indítványt a testületnek indokolt lenne érdemben elbírálnia.

6. A hátrányos megkülönböztetés

6.1 A hátrányos megkülönböztetés fogalmi elemei

[86] A dogmatikai elemzés következő kérdése, hogy mi az a magatartás, amelyet az elemzés tárgyát képező szakasz tiltani rendel. Mint azt a norma szövege is világossá teszi, az Alkotmány nem mindenféle, hanem csupán a hátrányos megkülönböztetés tilalmát rendeli el. A hátrányos megkülönböztetésnek öt, dogmatikai **önállóságot nyert** „elkövetési alakzata” van, amelyeket a vonatkozó közösségi irányelvek, valamint az azok végrehajtását elvégző Ebktv. is használ. Így a hátrányos megkülönböztetés körében beszélhetünk **közvetlen hátrányos megkülönböztetésről, közvetett hátrányos megkülönböztetésről, szegregációról, zaklatásról és megtorlásról**. A közvetlen és a közvetett hátrányos megkülönböztetés különbségéről alább részletesen lesz szó →[123]. A szegregáció a kimutatható materiális hátrányt nem okozó jogellenes elkülönítést jelenti.⁴⁰ A zaklatás és a megtorlás pedig olyan elkövetési forma, amelyet normaalkotással megvalósítani nem lehet, ezért ezekkel itt nem foglalkozunk.⁴¹

[87] A hátrányos megkülönböztetést az irodalom gyakran **négy fogalmi elemre** bontja.⁴² E szerint hátrányos megkülönböztetésről akkor beszélünk, ha (a) a jog eltérő bánásmódot alkalmaz emberekkel szemben; (b) az eltérő bánásmód valamely olyan tulajdonságon alapul, amely az egyént egy szabályozási osztályba sorolja be; (c) az eltérő bánásmód hátrányt okoz a szóban forgó csoporthoz tartozóknak és (d) az eltérő bánásmód nem igazolható.

[88] Álláspontunk szerint azonban megkérdőjelezhető, hogy ennek a definíciónak az első két elemére szükség van. Amennyiben az eltérő bánásmód csak annak a ténynek a semleges rögzítése kíván lenni, hogy a jog egyes személyekkel szemben **eltérő előírásokat fogalmaz** meg, úgy ez az elem azért nem szükséges része a definíciónak, mert a hátrányos megkülönböztetés **esetenként éppen abban áll, hogy a jog ugyanazt a bánásmódot alkalmazza** releváns szempontból eltérő esetekre. Az az objektív elem tehát, hogy a jog más előírást fogalmaz meg címzettek különböző csoportjaira nézve, nem szükséges fogalmi eleme a hátrányos megkülönböztetésnek. Ezzel nem azt akarjuk állítani, hogy nem lehet relevanciája annak a kérdésnek, hogy a jog eltérő vagy azonos bánásmódot ír-e

⁴⁰ Ha az elkülönítésen túlmenően is jelentkezik hátrány, akkor közvetlen vagy közvetett hátrányos megkülönböztetéssel állunk szemben.

⁴¹ Az Ebktv. 10. § (1) bek. szerint *zaklatásnak* minősül az az emberi méltóságot sértő, szexuális vagy egyéb természetű magatartás, amely az érintett személy védett tulajdonságával függ össze, és célja vagy hatása valamely személlyel szemben megfélemlítő, ellenséges, megalázó, megszegyenítő vagy támadó környezet kialakítása. A *megtorlás* a 10. § (3) bek. szerint az a magatartás, amely az egyenlő bánásmód követelményének megsértése miatt kifogást emelő, eljárást indító vagy az eljárásban közreműködő személlyel szemben ezzel összefüggésben jogsérelmet okoz, jogsérelem okozására irányul vagy azzal fenyeget.

⁴² Lásd Doris KÖNIG -- Anne PETERS: „Das Diskriminierungsverbot” in: Rainer GROTE -- Thilo MARAUHN (szerk.): *EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz* (Tübingen: Mohr Siebeck 2006) 1142. 47. msz.

elő a címzettek különböző csoportjaira. Ez a mozzanat megítélésünk szerint az igazolhatóság kérdésénél, ezen belül is a **bizonyítási teher telepítésénél** kap szerepet →[96].

[89] Ami a második fogalmi elemet illeti, fontos leszögezni, hogy azzal önmagában semmilyen probléma nincsen, hogy az egyénre mint bizonyos **tulajdonságok hordozójára** és így egy bizonyos **csoporthoz** vonatkozik valamely szabályozás. Az **univerzalizálhatóság** erkölcsi követelménye éppen azt követeli, hogy amennyiben X-re vonatkozóan helyesnek, elfogadhatónak tartunk egy adott rendelkezést, úgy készen kell állnunk arra, hogy az X-szel releváns vonásaiban azonos helyzetben lévő minden személyre is elfogadjuk az adott rendelkezést. Ez csak akkor lehetséges, ha a rendelkezés X-re mint bizonyos -- erkölcsileg releváns -- tulajdonságok hordozójára vonatkozik. Az univerzalizálhatóság követelménye **illegitimé teszi** az *ad hominem* érvek alkalmazását, vagyis azokét az érveket, amelyek X-re a maga **egyedisége** miatt vonatkoznak. Amennyiben az embert bizonyos tulajdonságok hordozójaként éri megkülönböztetés, úgy ez **annak függvényében önkényes**, **hogy** mennyiben tekinthető relevánsnak az adott jellemvonás a szabályozás szempontjából. Ha azonban tulajdonságaitól függetlenül vonatkozik rá a szabályozás, akkor az **per definitionem önkényesnek** tekinthető. Álláspontunk szerint Y-t ugyanúgy hátrányos megkülönböztetés sújtaná, ha egy rendelkezés személy szerint csak őt magát zárna ki a választójogból, mintha az állam vallása miatt fosztaná meg ettől a jogától, egyidejűleg kizárva mindazokat, akik Y-nal azonos vallásúak. A jog tipikus esetben szabályokkal vezérli az emberi magatartásokat, vagyis emberek és magatartások osztályaira fogalmaz meg előírásokat. Ebből azonban csak annyi következik, hogy a hátrányos megkülönböztetés tipikus esetben bizonyos tulajdonságok hordozójaként éri az embert, az azonban nem, hogy e nélkül az elem nélkül ne beszélhetnénk hátrányos megkülönböztetésről. A fenti érvek miatt a következőkben két további elemre összpontosítunk. Egyrészt a megkülönböztetés okozta hátrány természetét, másrészt annak igazolhatóságát vizsgáljuk meg.

6.2 A megkülönböztetés okozta hátrány

[90] A megkülönböztetés önmagában értéksemleges kifejezés. Akkor válik diszkriminációvá, amikor valamilyen hátrányt okoz és ez nem igazolható: az Alkotmány csak a hátrányos megkülönböztetést tiltja. Az AB gyakorlatában eddig nem fejtette ki részletesen, miben áll a diszkrimináció okozta hátrány. A lehetséges magyarázatokat érdemes két fő típusba besorolni.⁴³ Az egyik magyarázat szerint ha az állam jogi pozíciók elosztásánál megfelelő indokok nélküli megkülönböztetést alkalmaz, akkor ez **önmagában, minden további hatásától függetlenül hátrányosnak minősül**, s ezért alkotmányellenes. Az ilyen megkülönböztetés azért okoz hátrányt, mert **igazságtalan**. Az állam a jogosultságok allokációja során az igazolhatatlan megkülönböztetéssel az osztó igazságosság elvét sérti meg.

[91] A másik csoportba a diszkriminációnak azok a szűkebb értelmezései tartoznak, amelyek az igazságtalanság elszívését önmagában nem tekintik olyan következménynek, amely kimerítené a hátrány itt megkövetelt fogalmát. Az igazságtalan bánásmód csak **valamely további hatása** révén okoz releváns értelemben vett hátrányt s válik diszkriminatívá. A diszkrimináció itt a **sérelem** fogalmával mutat analógiát.⁴⁴ Ahogy nem minden igazságtalan bánásmód tekinthető sérelemnek, úgy nem minden megkülönböztetés okoz releváns értelemben hátrányt. Azt a kérdést, hogy miben áll ez a további hatás, a versengő elméletek különbözőképpen válaszolják meg.

[92] Az amerikai alkotmányjogi irodalomban létezik egy befolyásos, gyakran **proceduralistának** nevezett elmélet, amely szerint az alkotmányos korlátok legfontosabb funkciója, hogy a **demokratikus folyamat nyitottságát** biztosítsák.⁴⁵ Ezen értelmezés szerint a diszkrimináció azért rossz, mert meg nem engedhető, **illegitim preferenciákat** visz be a kollektív döntéshozatali eljárásba: a más csoportokkal kapcsolatos preferenciák ugyanis gyakran rosszindulaton, előítéleten vagy éppen közömbösségen alapulnak. Mivel ez a megközelítés a demokratikus döntéshozatal **bemeneti** oldalára helyezi a hangsúlyt, központi szerepet juttat a **szándék** fogalmának.

[93] A jogalkotói szándék mibenléte sokféleképpen megragadható, és az arra vonatkozó felfogások is igen eltérők, hogy miként lehet rekonstruálni ezt az intenciót. Úgy véljük azonban, hogy a szándék fogalmának plauzibilis értelmezései alapján az AB joggyakorlatáról a proceduralista felfogás segítségével nem lehet számot adni. Mivel itt most a diszkrimináció **közvetlen** formájáról van szó, aligha értelmes az a kérdés, hogy a jogalkotó **tudatosan** részesített-e hátrányban bizonyos csoportokat. (Például tudatosan tagadott-e meg a nőktől a jogalkotó egy olyan adókedvezményt, amelyet megadott a férfiaknak?) Ugyancsak alkalmazhatatlannak tűnik az a teszt, amely azt a **hipotetikus kérdést** teszi fel, hogy akkor is így döntött-e volna a törvényhozó, ha felcseréljük az előnyben

⁴³ KÖNIG -- PETERS (42. l.j.) 1143--1146. 51--53. msz.

⁴⁴ John GARDNER: „Liberals and Unlawful Discrimination” *Oxford Journal of Legal Studies* 1989. 1, 4.

⁴⁵ John Hart ELY: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1980).

részesített és a hátránnyal sújtott csoportot.⁴⁶ Értelmesen kérdezhetjük viszont, hogy a hátrányt okozó szabály mögött volt-e valamilyen további **motiváció**, mondjuk a nőekkel szembeni **rosszindulat** vagy **előítélet** vezette-e a jogalkotót döntéséhez. Ez a kérdés azonban a magyar alkotmánybírósági gyakorlat szerint teljességgel irreleváns. A testület ugyanis nem a döntés születésének **magyarozatára**, hanem a hátrányos szabályozás **igazolhatóságára** kérdez rá. A releváns kérdés nem azt a formát ölti, hogy „miért úgy döntött a jogalkotó, hogy...?” vagy „miként döntene a jogalkotó, ha...?”, hanem „igazolható-e a jogalkotó által alkalmazott hátrányos bánásmód?”. Megítélésünk szerint a fenti indokok miatt az is félrevezető lenne, ha mindössze **eljárási szerepet** tulajdonítanánk az AB által használt pusztá ésszerűségi tesztnek.⁴⁷ A bíróság ugyanis nem egyszerűen azt vizsgálja, hogy **mérlegelt-e** bizonyos indokokat a jogalkotó, hanem azt is, hogy a mérlegelés megítélése szerint **helyes volt-e**. Másképpen megfogalmazva: nem a demokratikus procedúra bemeneti oldalát teszi mérlegre a testület, hanem annak eredményét.

[94] A fenti gondolatmenet továbbvezet bennünket azokhoz az elméletekhez, amelyek nem az **eljárási hibára** vagy a **folyamatra**, hanem a jogszabály által okozott **sérelemre**, vagyis az **eredményre** helyezik a hangsúlyt.⁴⁸ A megkülönböztetés egyes formái által okozott hátrány kumulálódva bizonyos csoportokat **alárendelt helyzetbe** hoz a társadalomban. Máskor a diszkrimináció főként nem a közvetlenül okozott hátrány, hanem annak szimbolikus jelentősége miatt aggályos. **Stigmatizálja, lealacsonyítja, megalázza** azokat, akiket ér. A sérelem ilyenkor elsősorban nem abban áll, hogy a társadalom forrásaiból a diszkrimináltak méltánytalanul részesülnek, hanem abban, hogy az állam megtagadja tőlük kultúrájuk, identitásuk **elismerését**. Egyéni önbecsülésünk elválaszthatatlan annak a kultúrának az elismerésétől, amelyhez tartozunk. „Ha semmibe veszik vagy nevetségessé teszik a kultúrát, tagadják az értékét, és így tovább, az bánt engem és sérti a méltóságomat” -- írja Joseph RAZ.⁴⁹ Elismerés hiányában azok, akiket a hátrányos megkülönböztetés sújt, nem érezhetik magukat a politikai közösség egyenrangú tagjainak. Ez utóbbi szófordulat nemcsak az emberi méltóságra hivatkozó individualista érv segítségével tölthető meg tartalommal, hanem kaphat egy olyan republikánus értelmezést is, mely szerint a hátrányos megkülönböztetés a politikai közösség integrációjának hiányához és diszfunkciókhoz vezet. Gondolatmenetünk szempontjából nem szükséges most sem pontosan artikulálni, sem szétszálazni ezeket az érveket. Kétségtelen ugyanis, hogy az AB gyakorlata az általános egyenlőségi szabály alkalmazásakor az igazolhatatlan megkülönböztetés esetében **nem követel meg semmilyen további sérelmet** ahhoz, hogy az kimerítse a hátrányos megkülönböztetés kritériumát. Vagyis a fenti szempontok nem ahhoz szükségesek, hogy egy egyébként igazolhatatlan megkülönböztetés egyben hátrányos legyen, hanem legfeljebb az **igazolhatóság megítélésében** kapnak szerepet és lépnek be az érvelésbe.

[95] Végül érdemes a diszkrimináció által okozott hátrány tárgyalásánál még egy körülményre kitérni. Mint azt korábban láttuk, az AB szóhasználata szerint a nem alapjogokat érintő megkülönböztetés csak akkor alkotmányellenes, ha sérti az emberi méltósághoz való jogot [61/1992. (XI. 20.) AB határozat, ABH 1992, 280, 280.]. Ez a megfogalmazás azt sugallhatja, hogy léteznek a hátrányos megkülönböztetésnek olyan formái, amelyek sértik, és olyanok, amelyek nem sértik az emberi méltóságot. Következésképpen a bíróságnak először az lenne a feladata, hogy megállapítsa, sérti-e a megkülönböztetés az emberi méltóságot. Csak ha ezt igenlően válaszolta meg, akkor lenne indokolt a **következő lépésben** eldönteni, hogy a megkülönböztetés igazolható-e. Valójában azonban ezt a közbülső lépést sohasem teszi meg a testület: az igazolhatatlan megkülönböztetés az AB joggyakorlata szerint *per definitionem* sérti az emberi méltóságot. Ennek megértéséhez fontos látni, hogy az emberi méltósághoz való jog maga is kétarcú jelenség. A méltósághoz való jogból egyfelől az következik, hogy meghatározott módon **mérlegeljék** az érdekeinket. Még abban az esetben is, ha érdekeink a mérlegelés során alulmaradnak, az államnak kötelessége azokat mérlegelnie, és ez a kötelezettség **abszolút**. Másfelől a méltóságból az következik, hogy az állam bizonyos bánásmódokat senkivel szemben nem alkalmazhat. Ez a kötelezettség azonban **nem abszolút**; ebben a vonatkozásban az emberi méltósághoz való jogot is lehet korlátozni. Amennyiben az állam igazolhatatlan különbséget tesz polgárai között, úgy mindig sérti a méltóságból fakadó első követelményt. Nem azért, mert ez különösebb hátrányt okozna, hanem azért, mert ilyenkor az érdekeinket nem vették kellő módon figyelembe. Ebben az esetben a méltóság sérelme és a mással összevetve igazolhatatlanul hátrányos bánásmód **ugyanannak az éremnek a két oldala**, ezért nincs szükség az igazolhatatlan különbségtételen kívül még külön igazolni a méltóság sérelmét. Az igazolhatatlan különbségtétel **azért rossz**, mert sérti a méltóságunkat, de a méltóságunk sérelme **abban áll**, hogy indok nélkül hátrányosabb bánásmódot alkalmaznak velünk szemben másokkal összevetve. Gyakran

⁴⁶ Ezt nevezi David STRAUSS „csoportcsere” tesztnek. Lásd David A. STRAUSS: „Discriminatory Intent and the Taming of Brown” *The University of Chicago Law Review* 1989. 956--957.

⁴⁷ Vö. KOVÁCS (7. lj.) 391.

⁴⁸ A két elmélet típus szembeállítására magyarul lásd KRIZSÁN Andrea: „A szándéktól az eredményig. Az amerikai bírói gyakorlat tesztjei és a magyar megoldás körvonala” in: HALMAI (37. lj.) 23--28; SÁNDOR (34. lj.) 61--66.

⁴⁹ Joseph RAZ: „Multikulturalizmus -- liberális szempontból” [ford. JOHN Éva] *Café Babel* 1996/3. 81.

azonban a diszkrimináció a méltósághoz való jogból fakadó **második követelményt is megsérti**. Lealacsonyítja, megalázza, másodrangú polgárrá teszi az embert →54§[xxx]. Ez a sérelem azonban joggyakorlatunk szerint nem feltétele a hátrányos megkülönböztetés megállapításának, hanem (adott esetben) egy azon túli második alapjogsérelem.

6.3 A megkülönböztetés igazolhatósága

6.3.1 Az igazolási teher telepítése

[96] Mielőtt annak taglalásába bocsátkoznánk, hogy mikor igazolható a megkülönböztetés, fontos tisztáznunk egy előzetes kérdést. Amint azt a formális egyenlőség elvének tárgyalásánál láttuk →[13], ez az elv azt követeli, hogy a hasonló eseteket kezeljük hasonlóképpen, míg az eltérő eseteket kezeljük az eltérésük függvényében eltérően. Ezt a megfogalmazást azonban egy vonatkozásban feltétlenül pontosítanunk kell most. Ha a hasonló és az eltérő bánásmód mellett egyformán erős érveket kellene felhozni, akkor az itt tárgyalt elv nem az **egyenlőség elve** lenne, hanem azzal az előírással lenne egyenértékű, hogy a normákat mindig igazolni kell. A fenti elv azért az egyenlőség elve, mert az igazolási terhet **aszimmetrikusan telepíti**: az igazolás sikertelenségének esetén egyenlő bánásmódot kell alkalmazni.⁵⁰ Nem azt kell tehát bizonyítani, ha a jog a címzettjeivel szemben egyenlő bánásmódot kíván alkalmazni, hanem azt, ha el akar térni az egyenlőség elvétől. Ha az eltérő bánásmódra van megfelelő indokunk, úgy a megkülönböztetés **megengedhető**. Ám ebből nem következik, hogy ha nincs megfelelő indokunk az egyenlő bánásmódra, úgy eltérő bánásmódot **kellene** alkalmazni. Az igazolási teher telepítése pont arra ad választ, hogy amennyiben sem az egyenlő, sem az eltérő bánásmód mellett nincsenek nyomós érvek, úgy az **igazolás sikertelenségének terhét kinek kell viselnie**. Az egyenlőség elvéből az következik, hogy azoknak, akik az eltérő bánásmódot látják kívánatosnak.

6.3.2 Az önkényesség tilalma

[97] A formális egyenlőség elvéből →[13] fakadóan a hátrányos megkülönböztetés megítélésében kulcsszerepe van annak a kérdésnek, hogy két eset között mikor áll fenn releváns hasonlóság vagy különbség.⁵¹ Következtetésünk az volt, hogy a releváns hasonlóság mibenléte nem állapítható meg általánosságban. Ennek a vizsgálatnak csak akkor van értelme, ha megtaláljuk azt a vonatkoztatási pontot, azt a *tertium comparationis*, amelyből nézve, amely felől megítélhetjük két dolog hasonlóságát. Bizonyos tények, bizonyos emberi attribútumok erkölcsi elvek fényében kapnak erkölcsi relevanciát. Éppen ezért azt, hogy két eset részleges ténybeli hasonlósága erkölcsileg releváns-e, csak ezen erkölcsi elvek fényében állapítható meg, vagyis a hasonlóság és a különbség **elméletfüggő**.

[98] A diszkrimináció tilalmára vonatkozó szabályt alkalmazó bíróságokat gyakran éri az a kritika, hogy két csoport hasonlóságáról mint ténykérdésről próbálnak dönteni.⁵² Noha az összehasonlítandó esetek közötti hasonlóság valóban ténykérdés, mint azt fenti elemzésünk is jelzi, az érvelésnek nem azt kell bizonyítania, hogy két csoport között létezik ténybeli hasonlóság, hanem azt, hogy ez a ténybeli hasonlóság **releváns-e**. Az érvelésnek ez a lépése viszont óhatatlanul **értékítéletet** feltételez.

[99] Annak tehát, aki a hátrányos megkülönböztetéssel kapcsolatos minden kérdésre választ kívánna adni, egy átfogó igazságosságelmélettel kellene rendelkeznie, és annak fényében kellene megítélnie, hogy két eset

⁵⁰ E pontnál Robert ALEXYS érvelését követtük. Lásd Robert ALEXYS: *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford: Oxford University Press 2002) 270--272. Egy ezzel részlegesen ütköző álláspontra nézve lásd Joel FEINBERG: *Társadalomfilozófia* [ford. KROKOVAY Zsolt] (Budapest: Osiris 1999) 149. Lehetséges, hogy FEINBERGnek igaza van abban, hogy az igazságosság eszméjéből nem következik minden körülmények között az egyenlőség melletti vélelem. Egy olyan ember példáját hozza fel az egyenlőség melletti vélelem cáfolatául, aki vagyona egy részét fiára, másik részét egy vadidegenre hagyja. Ebben a kontextusban, teszi hozzá, éppen az szorul igazolásra, hogy miért bánt az örökgyógyó egyenlően e két emberrel. Úgy véljük azonban, hogy az általunk elemzett szűkebb kontextusban, vagyis amikor az államról és az állampolgárokról van szó, tartható az az állítás, hogy az egyenlőtlen bánásmódot alkalmazón nyugszik az igazolás terhe.

⁵¹ A magyar szakirodalomban BRAGYOVA András képviseli azt a nézetet, hogy az egyenlőségi szabály alkalmazása mindig két *norma* összehasonlítását igényli. Lásd BRAGYOVA (6. lj.) 42. A magunk részéről nem osztjuk ezt az álláspontot. Az összehasonlításához mindig szükség van legalább *két csoportra*, de ebből nem következik, hogy ez egyben mindig *két norma* összehasonlítását igényelné. Ehhez BRAGYOVÁNAK szüksége van az *implicit norma* fogalmára. Uo. 43. Nem világos azonban, hogy egy jogi normából logikailag következő normatív állítást miért kellene normának tekintenünk.

⁵² KÖNIG -- PETERS (42. lj.) 1170--1171. 101. msz.

részleges ténybeli hasonlósága erkölcsi szempontból releváns-e. Nevezük a hátrányos megkülönböztetés **ideális elméletének** azt az elméletet, amely birtokában van az igazságosság valamennyi elvének, s ily módon képes minden esetben helyesen állást foglalni abban a kérdésben, hogy két eset eltérő kezelése igazolható-e.⁵³

[100] Nem nehéz megállapítani, hogy a hátrányos megkülönböztetés vizsgálatánál az AB gyakorlata lényegesen **eltér** az itt vázolt ideális elmélettől. A testület tényleges gyakorlatának leírásához az **önkényesség tilalmának** követelménye adja meg a kulcsot. „Az Alkotmánybíróság azt is kimondja, hogy ha nem eleve jogosultak megkülönböztetéséről van szó, akkor csak az követelhető meg, hogy a nem egyenlő kezelésnek ésszerű oka legyen, azaz ne minősüljön önkényesnek” [16/1991. (IV. 20.) AB határozat, ABH 1991, 58, 61.]. Mind az önkényesség tilalma szóhasználat, mind az AB gyakorlata azt támasztja alá, hogy a testület által alkalmazott vizsgálati teszt **jóval megengedőbb** az itt vázolt ideális elméletnél. A hatalommegosztásból következő intézményi megfontolások ugyanis azt kívánják, hogy a törvényhozó -- szabad cselekvési területén belül -- nagyobb mérlegelési jogot élvezzen, s ezért a bírák nagyfokú diszkréciót adjanak a jogalkotónak az általa megfelelőnek ítélt kategóriák kiválasztásában [35/1994. (VI. 24.) AB határozat, ABH 1994, 197, 214.]. A magyar gyakorlat azonban, nagyjából a némethez hasonlóan, még így is jóval szigorúbb, mint az amerikai.⁵⁴ Az utóbbi -- elsőbbséget adva az intézményi megfontolásoknak -- igen nagy toleranciát mutat a túl széles vagy túl szűk szabályokkal szemben, s csak minimális racionalitást követel meg, azaz általában csak olyankor avatkozik be, amikor a törvényhozó által választott klasszifikáció vagy teljesen önkényes, vagy nagyon nem megfelelő. Ezzel szemben a másik két alkotmánybíróság -- nagy súlyt adva a célhoz viszonyított egyenlőségnek -- sokkal inkább hajlandó a jogalkotói kategóriaválasztást a törvény céljának fényében felülvizsgálni.

[101] A hátrányos megkülönböztetés ideális elmélete azt követeli meg, hogy igaz vagy helyes erkölcsi elvek fényében ítéljük meg két eset releváns hasonlóságát és különbségét. A két emberrel szemben alkalmazott eltérő bánásmód csak akkor igazolható **valóban**, ha a közöttük lévő ténybeli eltérés **a helyes erkölcsi elvek fényében** releváns. A gyakorlatban alkalmazott alkotmánybírósági vizsgálat ezzel szemben pusztán azt követeli meg, hogy a megkülönböztetésnek valamilyen **ésszerű indoka** legyen. Egy nem önkényes, bizonyos fokig ésszerű cselekvési indok azonban nem okvetlenül helyes. Az önkényesség **az erkölcsi helytelenség erős formája**.⁵⁵ Az egyenlőséggel kapcsolatos alkotmányjogi gyakorlat megértéséhez megítélésünk szerint minden elméletnek számot kell adnia arról, hogy a hasonló esetek hasonló kezelésének ideális elvéből **miként jutunk** el ahhoz a gyenge teszthez, amely a megkülönböztetés esetében pusztán ésszerűséget követel meg a jogalkotótól.⁵⁶ Ezt az összefüggést két lépcsőben tárgyaljuk.

6.3.3 A világnézeti pluralizmus és az integritás értéke

[102] A hátrányos megkülönböztetés tilalmára vonatkozó ideális elmélet azt feltételezi, hogy az azonos vagy eltérő bánásmód a hasonlóság vagy különbség valóban releváns kritériumain alapul. A modern politikai közösségeknek azonban az egyik jellegadó vonásuk a **világnézeti pluralizmus**, s ilyen körülmények között mindig **vitatott marad**, hogy két eset hasonlóságának vagy különbségének melyek a valóban releváns kritériumai. A helyes erkölcsi nézetek önmagukban nem nyilvánulnak meg számunkra, közvetlenül mindig csak egyes emberek erkölcsi **vélekedéseivel** szembesülünk. Ilyen körülmények között a modern politikai közösségeknek ki kellett alakítaniuk azokat az eljárásokat és eszközöket, amelyek világnézeti pluralizmus esetén is lehetővé teszik a közös cselekvést. A mai alkotmányos államokban ezt a szerepet a **demokratikus döntéshozatali eljárás** látja el, amely az erkölcsi nézeteltéréseket a többségi elv segítségével dönti el. Ennek az lesz a következménye, hogy a helyesre vonatkozó valamely vitatott erkölcsi felfogás -- legalábbis időlegesen -- a közösség minden tagja számára kötelezővé válik.

⁵³ Érdemes itt világossá tenni, hogy az egyenlőség szempontjából az erkölcs egészen belül miért van kitérítetett szerepe az igazságosság kérdéseinek. Ez abból adódik, hogy az igazságosság analitikusan kötődik az egyenlőség eszméjéhez. Az igazságosságra vonatkozó állítások ugyanis mindig egy személynek egy másik személyhez viszonyított pozíciójára, annak igazolhatóságára vonatkoznak. Vagyis az igazságosság, az egyenlőséghez hasonlóan, relációs fogalom →[72].

⁵⁴ A német és az amerikai vonatkozásokhoz lásd Donald P. KOMMERS: *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Durham and London: Duke University Press 1997) 290. Természetesen e vizsgálat szigorúsága sem mindig állandó, időnként rigorózusabbá, időnként enyhébbé válik. Lásd Gerald GUNTHER: „The Supreme Court 1971 Term. Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection” *Harvard Law Review* 1972. 1.

⁵⁵ ALEXY (50. l.) 274.

⁵⁶ Az egyenlőséggel kapcsolatos magyar irodalom szinte soha nem teszi explicitté, miként következik az egyenlőség ideális elméletéből a pusztán ésszerűségi teszt. Egy tipikus példa erre a gondolati ugrásra KOVÁCS (7. l.) 366.

[103] A világnézeti pluralizmus körülményei között, mint arra Ronald DWORKIN rámutatott, elvileg többféle eljárás létezik arra vonatkozóan, hogy miképpen válasszuk ki a versengő erkölcsi felfogások közül a hivatalos rangra emelhető.⁵⁷ A **méltányosság** elve azt kívánja, hogy a választás során egyforma súlyt adjunk a versengő erkölcsi nézetek képviselőinek. Ez az elv azonban önmagában semleges abban a tekintetben, hogy egy vitás kérdésben a közösség egésze belső vagy külső kompromisszum árán adjon egyenlő súlyt a versengő erkölcsi felfogásoknak. A **belső kompromisszum** azt jelenti, hogy a versengő erkölcsi felfogások egyikét sem hagyjuk koherens módon érvényesülni, hanem azok között, például támogatóik arányszáma alapján, kompromisszumot kötünk. DWORKIN példáját használva: ha a társadalom egyik fele gyilkosságnak tekinti az abortuszt, míg a másik fele az önrendelkezési jog gyakorlásának, akkor méltányos az a szabályozás, amely minden második abortuszt engedélyez, hiszen így az igazságosság két versengő felfogása ugyanolyan súllyal esik latba a törvény megalkotása során. DWORKIN emellett érvel, hogy a világnézeti pluralizmus körülményei között a méltányosság mellett létezik **egy önálló politikai érték, az integritás**, és ez magyarázza, hogy erkölcsi intuíciónk miért utasítja el a fentihez hasonló „öszvér megoldásokat”. Az integritás ugyanis, lényege szerint, csak az erkölcsi felfogások külső kompromisszumával egyeztethető össze: ilyenkor a kompromisszum arra vonatkozik, hogy melyik igazságossági koncepció töltsen ki tartalommal a törvényt. A méltányosság ebben az esetben a versengő erkölcsi felfogások közötti választásban érvényesül, vagyis abban, hogy ezek közül **melyik** érvényesüljön, s nem abban, hogy egy szabályozáson belül az egyes igazságosság-felfogások **mennyiben** érvényesüljenek. A fenti példát használva ebből az következik, hogy az abortusszal kapcsolatos valamelyik álláspontot koherensen érvényre kell juttatnunk, s nem fogadhatunk el olyan fajta megoldást, amely a releváns szempontból hasonló esetek között önkényes különbséget tesz. Ezt az összefüggést úgy is kifejezhetnénk, hogy az integritás az egyenlő bánásmód követelményének a világnézeti pluralizmus körülményeire szabott formája.⁵⁸

[104] Amennyiben az alkotmánybíróságok a saját maguk által helyesnek tartott erkölcsi elveket avatnák a megkülönböztetés igazolhatóságának eldöntésénél a hasonlóság és különbözőség relevanciájának kritériumává, úgy az alkotmánybírók erkölcsi vélekedései szisztematikusan a törvényhozó erkölcsi vélekedései fölé kerekednének, mivel a hátrányos megkülönböztetés tilalma elvileg bármilyen tárgyú szabálynál előfordulhat →[10]. Ez a megoldás a törvényhozó hatalom teljes alkotmánybírósági kontrollját tenné lehetővé és szükségessé, ami igen komoly legitimációs problémákat vetne fel. Azzal, hogy az alkotmánybíróságok a diszkrimináció tilalmának megítélésénél egy gyenge ésszerűségi tesztet alkalmaznak, azt fogadják el, hogy két eset hasonlóságának vagy különbözőségének a megítélésénél nem írják fölül szisztematikusan saját erkölcsi meggyőződésükkel a törvényhozó erkölcsi vélekedéseit. Az, hogy egy megkülönböztetés nem önkényes, ebben a kontextusban azt jelenti, hogy még ha én magam nem is fogadom el a hasonlóság és a különbözőség relevanciájának megítéléséhez alkalmazott erkölcsi felfogást, elfogadom a szóban forgó felfogásnak az **erkölcsi státusát**. Elfogadom azt a tényt, hogy létezik az enyémtől különböző erkölcsi perspektíva, és **abból a perspektívából** az egyenlő/eltérő bánásmód megindokolható. A mondottakból kifolyólag az önkényesség nem egyszerűen a helytelenség egy **erős** formája →[101], hanem azt jelenti, hogy a megkülönböztetés még egy másik erkölcsi perspektívát elfogadva sem támasztható alá.

[105] A fentiek miatt a hátrányos megkülönböztetés alkotmánybírósági vizsgálatánál a *tertium comparationis*, a hasonlóság és eltérés megítélésére szolgáló vizsgálati perspektíva nem a bíróság helyesnek tartott saját erkölcsi vélekedése kell hogy legyen, hanem az a **cél** vagy **értelem**, amely a törvényt áthatja, az az igazolás, amely a törvény szabályai mögött áll.⁵⁹ Bármilyen problematikus is ennek a célnak vagy értelemnek a megállapítása →Bev[teleologikus értelmezés], annyi mindenesetre leszögezhető, hogy más feladat saját erkölcsi vélekedésünk perspektívájából ítéletet mondani két eset releváns hasonlósága fölött, és más a törvény értelmét feltárva, annak perspektívájából megítélni a hasonlóság vagy eltérés relevanciáját. Ezt a gondolatot úgy is kifejezhetjük, hogy a hasonlóság relevanciájának megítélésére vonatkozó kompetencia **megoszlik** a jogalkotó és az AB között.

[106] A hátrányos megkülönböztetés ideális elméletétől az önkényesség tilalmát előíró gyenge tesztig vezető úton kitüntetett jelentősége van annak a dogmatikai megoldásnak, hogy a bíróság csak a **legitim** (alkotmányosan megengedett) **cél** meglétét vizsgálja. Vagyis a cél kiválasztása tekintetében nem érvényesíti a testület az erkölcs általa helyesnek vélt elveit. Tegyük fel, hogy a jogalkotó úgy dönt, bizonyos szociális juttatásokat a rászorultság elve alapján oszt el. Tegyük fel továbbá, hogy az AB minden tagja azt az erkölcsi álláspontot képviseli, hogy az anyagi források tekintetében az érdem szerinti elosztásnak kellene érvényesülnie. Ebben az esetben a hátrányos megkülönböztetés ideális elmélete felől közelítve képzeletbeli törvényünk alkotmányellenes lenne, hiszen a bírók úgy gondolnák, hogy a rászorultok és a nem rászorultok közötti megkülönböztetés az anyagi

⁵⁷ Ronald DWORKIN: *Law's Empire* (London: Fontana 1986) 176--190.

⁵⁸ Ez az eszmény egyébként sok szempontból hasonlít ahhoz, amelyet BRAGYOVA a német irodalom nyomán *Systemgerechtigkeith*nek nevez. Lásd BRAGYOVA (6. l.) 58, 63--65.

⁵⁹ Ez nem jelenti azt, hogy a törvényhozó által kifejezetten hivatkozott célokra kellene az értelmezésnek szorítkoznia. Vö. KOVÁCS (7. l.) 391.

források elosztása szempontjából önkényes kritérium, hiszen annak *ex hypothesi* az érdekek alapján kellene történnie. A valóságban ezt a döntést nem engedné meg a bíróság számára az alkalmazott teszt. Ha a rászorultak támogatása legitim törvényhozói cél, márpedig bizonyosan az, akkor a bíróság csak azt vizsgálhatja, hogy a rászorultsági kritériumhoz képest elvszerűen vonta-e meg a szabályozási osztályokat a jogalkotó. Erre az összefüggésre utal az a gyakori szóhasználat, hogy az AB-nak az adott **szabályozási koncepción belül** kell vizsgálnia a megkülönböztetés igazolhatóságát.

[107] A fenti fogalmi keret annak értelmezéséhez is hozzájárul, hogy miért indokolt az AB-nak különböző módszert alkalmaznia annak függvényében, hogy a megkülönböztetés **alapjogok** tekintetében történik vagy a szabályozás **nem érint alapjogokat**. Míg a nem alapjogok tekintetében történő megkülönböztetés vizsgálatánál az AB saját erkölcsi vélekedései érvényesítésével teljesen felülírná a jogalkotó erkölcsi felfogását, addig az alapjogok vonatkozásában ez csak részlegesen történhet meg. Ebben az esetben ugyanis a hasonlóság és a különbözőség relevanciájának **fő kritériumait maga az Alkotmány rögzíti**. Noha természetesen e kritériumok érvényesítése sem zárja ki az értékelő mozzanatot, más lenne a bíróság mérlegelési szabadsága akkor, ha a hasonlóság és a különbözőség relevanciájának kritériumait teljesen a saját erkölcsi felfogásának megfelelően formálhatná, és megint más akkor, amikor az alapjogok egyenlő biztosításával az alkotmányozó már állást foglalt a szabályozás fő paramétereit illetően.

[108] Fentebb amellet érveltünk, hogy abban az esetben, amikor az állam nem alapjogok tekintetében különböztet emberek között, az AB-nak a **törvény értelméből** vagy **céljából** kell kiindulnia a hasonlóság és a különbözőség relevanciájának megállapításánál. Ez azt sugallja, hogy a bíróság soha nem vizsgálhatja felül a törvény céljait, és a megkülönböztetés megengedhetőségének megállapításánál mindig arra kell szorítkoznia, hogy a törvényben megtestesülő célt szem előtt tartva érvényesül-e az egyenlő bánásmód. Ez azonban némi kvalifikációra szorul. Magát a törvény célját is felülvizsgálhatja ugyanis az AB abból a szempontból, hogy az **nem ütközik-e alapjogokba**. Az ugyanis indokolt, hogy az AB ne írja felül a törvényhozónak a helyesre és célszerűre vonatkozó vélekedéseit, de ez utóbbiaknak is tiszteletben kell tartaniuk az alapjogokat. Az alapjogok érintettsége esetén éppen ezért indokolt az a szigorúbb vizsgálat, amelyet az AB alkalmazni szokott.

6.3.4 A törvény céljához viszonyított egyenlőség

[109] Az eddigiekben a világnézeti pluralizmus intézményelméleti következményeivel magyaráztuk, hogy miért tér el (indokoltan) az AB-nak a megkülönböztetés igazolhatóságára vonatkozó gyakorlata attól az ideális elmélettől, amely két eset hasonlóságának és eltérésének megítéléséhez az erkölcs helyesnek vélt elveit használja relevanciakritériumként. Ennek az eltérésnek az a lényeges következménye, hogy az AB tipikus esetben nem saját helyesnek vélt erkölcsi nézetei fényében ítéli meg a megkülönböztetés megengedhetőségét, hanem azt vizsgálja, hogy **a törvény célját** szem előtt tartva sérült-e az egyenlő bánásmód elve. Az alkotmánybírósági gyakorlat azonban egy másik okból is eltér a fentebb vázolt ideális elmélettől. Ennek magyarázata abban keresendő, hogy a jog tipikus esetben **általános szabályok révén irányítja az emberi magatartásokat**. A következő lépésben ezért azt kell megvizsgálunk, hogy a hasonló esetek hasonló kezelésének erkölcsi elve mit jelent a szabályok vonatkozásában.

[110] A szabályok fogalmi eleme, hogy címzettek és magatartások **osztályaira** vonatkozó általános előírásokat fogalmaznak meg. Az általánosítás mindig **kiemeli** a konkrét jelenség bizonyos vonásait, míg **eltekint** annak más tulajdonságaitól. Ezáltal minden szabály létrehoz bizonyos osztályokat, csoportokat, így minden szabály esetében felvethető az a kérdés, hogy mi a **csoportképző ismérv**, s a jogalkotó megfelelően húzta-e meg a csoport határvonalait. A szabályok esetében a fentebb kifejtett indokok miatt érdemes tehát a szabály célját vagy mögöttes igazolását tekinteni annak a szempontnak, amely felől a hasonlóság relevanciáját megítélhetjük. Ebből következően a jogalkotónak úgy kell kiválasztania a szabály alkalmazási körét, hogy az igazodjon a szabály céljához vagy igazolásához.

[111] Formalizált módon a következőképpen fogalmazhatjuk meg ezt az összefüggést: tegyük fel, hogy egy csoport (akár a címzetteké, akár a magatartásoké) valamennyi tagja rendelkezik *a* tulajdonsággal -- ez avatja e csoportot *A* osztállyá --, ám ezeknek csak bizonyos elemei rendelkeznek *b* tulajdonsággal; s tegyük fel továbbá, hogy ez a *b* tulajdonság áll **releváns összefüggésben** a szabály céljával. Tegyük fel végül, hogy egy másik csoport minden eleme rendelkezik *c* jellemvonással -- ez avatja e csoportot *C* osztállyá --, s ennek az osztálynak bizonyos elemei szintén rendelkeznek a szabály célja szempontjából releváns *b* tulajdonsággal. Az általunk vizsgált szabály akkor **optimális**, ha az **mindenkire** kiterjed, aki rendelkezik a releváns *b* tulajdonsággal, ugyanakkor **senkire** nem terjed ki, aki nem rendelkezik azzal. A szabály akkor **teljesen önkényes**, ha csak olyanokra terjed ki, akik nem rendelkeznek a releváns *b* tulajdonsággal. Ugyanakkor ha a szabály csak az *A* vagy a *C* osztályra vonatkozik, akkor **egyszerre túl széles és túl szűk** is, hiszen (ha *A*-ra vonatkozik, akkor) olyanokra is kiterjed, akikre nem kellene (az *A* osztály azon tagjaira, akik nem rendelkeznek *b* jellemvonással), illetve nem terjed ki olyanokra, akikre ki kellene terjednie (a *C* osztály azon tagjaira, akik rendelkeznek *b* tulajdonsággal).

[112] Az AB-nak három körülményt kell általában vizsgálnia egy adott szabállyal kapcsolatban. Először, mint azt már korábban említettük, meg kell állapítania és meg kell vizsgálnia a szabállyal elérni kívánt **célt**. Másrészt vizsgálnia kell a kérdéses **releváns összefüggés erősségét**. Ez viszonylag könnyen teljesíthető kritérium, mert ebben az esetben -- a további komplikációk bevezetése nélkül -- elégséges egy **minimális erősségű** összefüggés megállapítása is. Ez az a pont, ahol **lényegesen eltér** az alapjogok által nyújtott védettség a szimpla ésszerűségi tesztnél. Itt ugyanis csupán minimális valószínűségnek kell meglennie. Harmadszor pedig, s ez okozza a diszkrimináció szempontjából a legtöbb problémát, az AB-nak azt is vizsgálnia kell, hogy a jogalkotó a **megfelelő osztályt választotta-e ki**. Abból, hogy egy csoport bizonyos elemei esetében megállapítható a releváns összefüggés, még nem következik, hogy az mindegyik esetében megállapítható lenne. Ezért érdemes elválasztani az összefüggés erősségének és az osztály kiterjedésének a kérdését.

[113] A fenti elemzési séma nemcsak arra ad választ, hogy nem túl széles vagy szűk-e a szabály, hanem arra is (legalábbis első lépésként), hogy nem diszkriminatív-e. Példánkban *b* jellemvonást tekintettük a szabály célja szempontjából releváns tulajdonságnak, s feltételeztük, hogy mind az *A*, mind a *C* osztály bizonyos elemei rendelkeznek *b* tulajdonsággal, míg más elemei nem rendelkeznek azzal. Tegyük fel továbbá, hogy a törvényhozó az *A* osztály összes tagjának **megtilt** egy bizonyos magatartást. Ha a **cél-eszköz viszony** az a vonatkoztatási pont, amelyből az egyenlőséget vizsgáljuk, úgy ez a szabály **túl tágan** vonja meg a releváns osztály határát, következésképpen az *A* osztály egyedeit nem részesíti egyenlő bánásmódban, hiszen hátrányosan különbözteti meg az *A* osztály azon egyedeit, amelyek nem rendelkeznek *b* tulajdonsággal, s akikre ennél fogva a szabálynak nem kellene kiterjednie. Ugyanakkor ez a szabály, amely a *C* osztály egyik elemére sem vonatkozik, előnyben részesíti a *C* osztály azon egyedeit, amelyek rendelkeznek a releváns *b* tulajdonsággal, mert rájuk a szabálynak ki kellene terjednie. A szabály célját szem előtt tartva ugyanis csak akkor beszélhetnénk egyenlő bánásmódról, ha a szabály mindazokra kiterjedne, és csak azokra terjedne ki, akik rendelkeznek a releváns tulajdonsággal.

[114] Egy példával megvilágítva: annak a szabálynak a szempontjából, amely a választójogi jogosultságot telepíti, az a (legalábbis az egyik) releváns tulajdonság, hogy valaki rendelkezik-e a jog gyakorlásához szükséges kognitív képességekkel. A jog ezt a kérdést részint úgy kezeli, hogy a nagykorúsághoz köti a szóban forgó jogosultságot. A szabály akkor lenne **optimális**, ha **mindazok**, és **csakis azok** rendelkeznének választójoggal, akik birtokában vannak a szükséges képességeknek. Könnyen belátható azonban, hogy a nagykorúsághoz kötött választójogi jogosultság szabálya egyszerre **túl átfogó**, hiszen nem minden nagykorú rendelkezik a szükséges képességekkel, és **túl szűk**, hiszen nem csak nagykorúak rendelkezhetnek ezekkel a képességekkel. Vagyis a választójogi szabály a törvény célját szem előtt tartva indokolatlanul **előnyben részesíti** azokat a személyeket, akik bár betöltötték a szükséges korhatárt, nincsenek birtokában a megfelelő képességeknek, és indokolatlanul **hátránnyal sújtja** azokat a személyeket, akik bár nem töltötték be az előírt korhatárt, rendelkeznek a szükséges képességekkel.⁶⁰

[115] Az eddigiek során feltételeztük, hogy a szabályok túl széles és túl szűk jellege ugyanazt a problémát veti fel, azaz a két eset **szimmetrikus**. A valóságban azonban nem ez a helyzet: a szabályok túl szűk jellege **speciális problémákat vet fel**; a bírók sokkal toleránsabbak azzal szemben. Ha ugyanis a törvényhozó az adott csoportra vonatkozó szabályokat már meghozta, akkor joggal gondolhatjuk, hogy **már mérlegelte**, vajon a kérdéses csoport minden képviselője rendelkezik-e a releváns tulajdonsággal. Ha azonban túl szűk a szabály, akkor elvileg fennáll még annak a lehetősége, hogy a törvényhozó a későbbiekben egy olyan csoportra is kiterjessze a szabályozást, amelyre az adott esetben még elmulasztotta megtenni. A törvényhozótól sem várható el ugyanis, hogy egy problémát mindig egyszerre, ugyanabban a törvényben szabályozzon. Ez azonban nem zárja ki, hogy egy jogszabály hiánya alapozza meg az alkotmányellenességet vagy hogy a szakaszolásnak ne lennének meg a maga feltételei.⁶¹

[116] Ha a „törvény céljához viszonyított egyenlőség” követelményét következetesen alkalmazzuk, akkor arra a furcsa következtetésre kellene jutnunk, hogy csak az optimális törvények nem sértik a diszkrimináció tilalmának elvét. A hatalommegosztásból folyó intézményi megfontolásokon túl más érv is szól amellett, hogy miért kell a bíróságoknak óvatosnak lenniük az egyenlőségi jog alkalmazásakor. A törvény céljához viszonyított egyenlőség az egyenlőségnek egy absztrakt, de koherens felfogását adja, amelyet érdemes az egyenlőség többi fogalmától megkülönböztetnünk. Ugyanakkor ez nem feltétlenül esik egybe az egyenlő bánásmód még átfogóbb, absztraktabb követelményével. Most már elválasztva egymástól a két fogalmat: következik-e a törvény céljához viszonyított egyenlőség sérelméből az egyenlő bánásmód jogának sérelme? Ennél a következtetésnél óvatosnak kell lennünk. A túl széles vagy/és túl szűk mivolta a szabályoknak ugyanis nem valamely patológikus tulajdonsága, hanem

⁶⁰ A tv. célját szem előtt tartó egyenlőség koncepciójának részletesebb elemzését lásd GYÖRFI Tamás: *Az alkotmánybírászkodás politikai karaktere* (Budapest: INDOK 2001) 132--146.

⁶¹ Lásd pl. 28/1991. (VI. 3.) AB hat., ABH 1991, 88, 92.

általános velejárója. A szabályoknak gyakran éppen az az értelmük, hogy **kiszámíthatóbbá teszik a döntéseket,** illetve hogy időt és energiát megspórolva **hatékonyabbá** teszik a döntéshozatalt.

[117] Tegyük fel például, bizonyosan tudjuk, hogy az *A* osztály egyes tagjai, akik valamennyien rendelkeznek *a* tulajdonsággal, nem rendelkeznek valamennyien a szabály célja szempontjából releváns *b* tulajdonsággal. A kérdéses *b* tulajdonság megállapítása azonban bonyolult és költséges vizsgálatot tesz szükségessé. Ugyanakkor az *a* tulajdonság megléte már első látásra mindenki számára **könnyen megállapítható.** A törvényhozó tudja, hogy a *b* tulajdonság áll a szabály céljával releváns összefüggésben. Ugyanakkor a *b* tulajdonság, amely nehezen megállapítható, rendszerint együtt jár a könnyen megállapítható *a* tulajdonsággal. Ez a körülmény ésszerűvé teszi, hogy a törvényhozó az *a* tulajdonság meglétéhez kapcsolja a szabályozást, ugyanakkor a szabályozás ilyen ésszerűsége nem változtat azon, hogy a szabály az *A* osztály egyedeit -- a törvény célját mérceként tekintve -- nem részesíti egyenlő bánásmódban, hiszen bizonyos egyedei nem rendelkeznek a releváns *b* tulajdonsággal. És megfordítva: a célhoz viszonyítva egyenlőtlen bánásmód nem teszi a szabályt ésszerűtlenné, s nem jelenti azt, hogy a hátrányosan megkülönböztetett fél érdekeit ne vették volna figyelembe.

[118] Vagy tegyük fel, hogy csak *a, b, c, d* és *e* tulajdonságok együttes megléte áll releváns összefüggésben a szabály által elérni kívánt céllal. Ebben az esetben ha a szabályozást csak az *a* tulajdonság meglétéhez kötjük, a törvény célját szem előtt tartva bizonyosan nem kezeljük a szóban forgó osztály valamennyi képviselőjét egyenlően; ellenben drasztikusan **egyszerűsítjük a döntéshozatalt.** A szabály -- a törvény célját szem előtt tartva -- tehát kétségtelenül diszkriminatív. Ugyanakkor amennyiben elfogadjuk, hogy a törvényhozó választása egyszerűsíti a döntéshozatalt, úgy azt nem tekinthetjük teljesen ésszerűtlennek.

[119] Tegyük fel végül, hogy a releváns *b* tulajdonság meglétének megállapítása olyan **értékítéletet** követel, amelynek vonatkozásában a társadalom tagjai között nincs általános egyetértés. Éppen ezért a *b* tulajdonság szabályba foglalása esetén nehezen kalkulálható a döntés eredménye. Az *a* tulajdonság viszont egy olyan **leíró kategóriára** utal, amelyet a társadalom minden tagja könnyen és egyértelműen azonosítani tud. Ilyenkor is ésszerű az *a* tulajdonság meglétéhez kötni a szabályozást, hiszen ez sokkal kiszámíthatóbbá teszi a döntéshozatalt. A szabályok annál drasztikusabban egyszerűsítik a döntéshozatalt, minél kevesebb tényezőt kell a döntéshozónak figyelembe vennie; annál több időt és energiát spórolnak meg, minél könnyebben megállapítható a kérdéses tulajdonság, s annál kiszámíthatóbbá teszik a döntést, minél inkább egyenmősítenek egyébként nem egyenmő dolgokat. Minél jobban szolgálják azonban ezeket az értékeket a szabályok, annál valószínűbb, hogy megsértik az egyenlő elbánás elvét. Ha tehát következetesen érvényesíteni szeretnénk a törvény céljához viszonyított egyenlőség elvét, fel kellene adnunk a szabályok kínálta előnyök néhány legjelentősebbjét. Ennek pedig beláthatatlan következményei lennének nemcsak a jogrendszerre, de a mindennapi életünkre is. Látnunk kell azt is, hogy a szóban forgó esetekben, bár az egyenlőség bizonyos értelemben megsérül, a megkülönböztetés ilyenkor nem feltétlenül ésszerűtlen, s ekkor sem mondhatjuk azt, hogy a hátrányosan érintett fél érdekeit ne mérlegelték, azokat súlytalanok tekintették volna. Hiszen a szabály alkalmazásának előnyei, a kiszámíthatóság és a hatékonyság azok a szempontok, amelyek az érdekek mérlegelésénél az egyenlőség szemben a mérleg másik serpenyőjébe kerülnek. Úgy látszik tehát, ilyenkor is kielégül az a követelmény, mely szerint mindenki érdekeit mérlegelni kell.

[120] Érdemes egy jellemző példát felidézni az AB gyakorlatából, amelynek segítségével jól illusztrálhatók elméleti tételeink. Az 52/1995. (IX. 15.) AB határozattal elbírált indítványok önkényesnek és diszkriminatívnak tartották azokat a szempontokat, amelyek alapján a törvényhozó megállapította a családi pótlékra jogosító rászorultsági kritériumokat. A törvényhozó kizáró feltételként határozta meg a 10 millió forintot meghaladó lakás és üdülő ingatlanvagyon s a 2 millió forintot meghaladó személygépkocsi-vagyon. Az AB a következőképpen kommentálta a törvényhozó eljárását: „Azt sem elemezte a testület: mi tette indokolttá épp a lakás és üdülő ingatlanvagyon és a személygépkocsi értékének kizáró feltételként való megjelölését, holott a luxusyachttól a helikopterig, valamint a védett műtárgyaktól álló műgyűjteménytől a sok tízmillió forintos értéket megtestesítő üzemi, kereskedelmi és iroda célját szolgáló ingatlanokig rendkívül széles a skálája az egyén és a család vagyoni helyzetét megjelenítő olyan vagyontárgyaknak, amelyek közül a példaként említettek a hatósági nyilvántartások alapján épp úgy figyelemmel kísérhetők, mint a kizáró feltételként megjelöltek” (ABH 1995, 230, 233-234.).

[121] Példánkban a szabály nyilvánvalóan nem optimális, hiszen a rászorultság hiánya, mint arra a bíróság érvelése teljes joggal rámutat, más esetekben is fennáll. Ugyanakkor láthatjuk, hogy (a) a szabályozás a rászorultság hiányának a **legkönnyebben azonosítható eseteit** választotta ki; (b) a számos vizsgálható lehetőség közül csak **néhányat** ragadott ki, azokat, amelyek a **legtípikusabb** vagyontárgyakra utalnak; (c) a rászorultság hiányának **sok mérlegelést kívánó** kategóriája helyébe pontos határvonalak meghúzására alkalmas, **kvantifikálható** értékeket állít. Vagyis a döntés tartalmának szuboptimalitása olyan ár, amelyet a döntéshozatal egyszerűsödéséért általában meg kell fizetnünk.

[122] A döntés egyszerűsítése azonban csak amellet érv, hogy az nem volt önkényes, teljesen indokolatlan, s az egyenlőtlenül kezelt érdekei sem voltak a mérlegelés során súlytalanok. De egyben jelenti-e az önkényesség

hiánya azt is, hogy a szóban forgó személyek érdekeit kellő mértékben, azonos körülményekkel vették volna figyelembe? Jelenti-e azt, hogy a hátrányosan kezelt érdekeit nem tekintették súlytalannak, egyben azt is, hogy azoknak kellő súlyt tulajdonítottak? Aligha. A józan ész azt súgja, hogy *a priori* nem részesíthetjük a szabály hatékonyságát és kiszámíthatóságát sem előnyben. Nehezen védhető ugyanis az az álláspont, hogy a kiszámíthatóság és a hatékonyság bármilyen kismértékű növelésének oltárán mindig fel kellene áldoznunk a fenti értelemben vett egyenlő elbánás értékét. Példánkhoz visszatérve: az autók és lakások tulajdonosainak hátrányos megkülönböztetése csak akkor igazolható, ha az egyéb, esetenként jóval nagyobb értékű vagyontárgyak nem tipikusak (hiszen a néhány tipikus esetre koncentráció megoldás csökkenti a figyelembe veendő tényezők körét, s így hatékonyabbá teszi az eljárást), és tulajdonlásukat lényegesen nehezebb megállapítani (ellenkező esetben a szabály betartatása ésszerűtlenül költséges lehet).

7. Közvetett diszkrimináció

7.1 A közvetett diszkrimináció jelentése

[123] A közvetett diszkrimináció fogalma a magyar jogi gyakorlatban sokáig nem volt használatos, sem az alkotmányjog, sem az alacsonyabb szintű jogszabályok alkalmazása során. A fogalom arra utal, hogy **a hátrányos megkülönböztetés elkövethető burkolt módon is**, vagyis úgy, hogy maga a hátrányos megkülönböztetés megvalósító rendelkezés egyáltalán nem tartalmaz utalást valamely védett tulajdonságra (ekkor valósul meg a közvetlen hátrányos megkülönböztetés), azonban olyan -- látszólag semleges -- megkülönböztetést ír elő, melynek alkalmazásakor egy meghatározott védett tulajdonsággal rendelkező csoport tagjait lényegesen hátrányosabban érinti a szabály, mint a társadalom többi tagját. Az Ebktv. az antidiszkriminációs tárgyú uniós irányelvekkel összhangban a közvetett hátrányos megkülönböztetést olyan **látszólag semleges rendelkezésként definiálja**, melynek eredményeként a **védett tulajdonsággal rendelkező személyek csoportja lényegesen nagyobb arányban kerül kedvezőtlenebb helyzetbe**, mint a velük összehasonlítható helyzetben lévő személyek másik csoportja.

[124] Az EU esélyegyenlőségi és antidiszkriminációs törekvései az amszterdami szerződés előtti nemi és nemzeti megkülönböztetés tilalmának szabályozásából alakultak ki. Ennek a folyamatnak az egyik mérföldköve volt a közvetett diszkrimináció koncepciójának kidolgozása.⁶² Az EuB is számos ügy kapcsán foglalkozott a közvetett diszkrimináció fogalmával a belső piacon történő szabad áru-, személy- és szolgáltatásmozgással összefüggésben, először a *Sotgiu v. Deutsche Bundespost* ügyben.⁶³ Joggyakorlata során a közvetett diszkrimináció fogalmának pontos meghatározásáig nem jutott el, de az alatt lényegében olyan (védett tulajdonságra közvetlenül nem utaló) kritérium alkalmazását érti, amely aránytalanul hátrányos hatást gyakorol egy védett csoportra.⁶⁴ Az EuB a közvetett diszkrimináció kimentéséhez azt követeli meg, hogy a megkülönböztetést alkalmazó fél bizonyítsa: (a) a megkülönböztetésnek valós gazdasági indoka (*real need*) vagy jogszerű célja (*legitimate aim*) volt; (b) a különbségtétel alkalmas a kívánt cél elérésére; (c) s a különbségtétel szükséges volt.⁶⁵

7.2 A közvetett diszkrimináció sajátos aspektusai

[125] A közvetett hátrányos megkülönböztetés a közvetlen diszkriminációval összevetve több tekintetben is sajátos. Egyrészt nem kizárt, hogy **a szabály diszkriminatív jellege csak annak alkalmazása során tárul fel**, mert a normaszöveg lehetővé teszi a nem diszkriminatív alkalmazást is, azonban a hatóságok szabályértelmezési/alkalmazási gyakorlata következtében a gyakorlati megvalósítás egy jól körülhatárolt társadalmi csoportot lényegesen hátrányosabban érint. Erre volt példa a *Yick Woo*-eset,⁶⁶ amelyben az Egyesült Államok Legfelső Bírósága először állapította meg, hogy egy látszólag semleges szabály alkalmazása egy népcsoport (a

⁶² Megjegyzendő, hogy a férfiak és nők egyenlő bérezéséről szóló 75/117/EEC tanácsi irányelv meghatározza e szabályok implementációját, utalva az egyenlő bérezésre mint a „nemi alapú megkülönböztetések minden nemű tiltására”. Később az EuB a *Defrenne kontra Sabena II.* ügyben (43/75. sz. Defrenne-ügyben 1976. április 8-án hozott ítélet [EBHT 1976., 445. o.] kijelentette, hogy az irányelv szándéka támogatni a szabályok átültetését azzal a céllal, hogy felszámolja a közvetett diszkrimináció minden jövőbeni formáját. Helen MEENAN: „Introduction” in: Helen MEENAN (szerk.): *Equality Law in an Enlarged European Union* (Cambridge: Cambridge University Press 2007) 18.

⁶³ 152/73. sz. Sotgiu-ügyben 1974. február 12-én hozott ítélet [EBHT 1974., 153. o.].

⁶⁴ Lásd pl. 96/80. sz. Jenkins-ügyben 1981. március 31-én hozott ítélet [EBHT 1981., 911. o.] 13. pontja.

⁶⁵ Lásd *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von hatz*, judgment of 13 May 1986 (Case 170/84).

⁶⁶ *Yick Wo v. Hopkins* 118 U.S. 356 [1886].

kínaiak) elleni diszkriminációhoz vezethet. A támadott törvény megtiltotta a mosodák faépítményekben való üzemeltetését, s ennek alapján a nem kínai engedélykérőknek egy kivétellel megengedték üzemük további működtetését, míg minden kínai kérelmezőnek megtiltották azt. A Legfelső Bíróság az eset kapcsán megállapította, hogy a jogalkotó szándékától függetlenül a jogszabály alkalmazása a 14. alkotmánykiegészítéssel ellentétesen sérti az egyenlő bánásmód elvét, ezért alkotmányellenesnek minősítette.⁶⁷

[126] Ez az értelmezés **összhangba hozható a magyar AB dogmatikájával is**. Abban az esetben, ha egy olyan szabály vezet hátrányos megkülönböztetéshez, amely egyébként alkalmazható lenne alkotmányosan is, a testület megteheti, hogy az „élő jog doktrínájára” hivatkozva⁶⁸ alkotmányos követelményeket állapít meg a jogszabály alkalmazásával kapcsolatban, vagy szélsőséges esetben meg is semmisítheti azt.

[127] A közvetett hátrányos megkülönböztetés „természetével” kapcsolatos az is, hogy **bizonyos esetekben** az ilyen módon diszkriminatív szabály vonatkozásában **az előzetes normakontroll alkalmazhatósága fogalmilag kizárt**, ugyanis a szabály kihirdetése és alkalmazási gyakorlatának kialakulása előtt nem lehet megállapítani, hogy az diszkriminatív eljárásról fog-e vezetni. Azonban ez a megszorítás nem szükségszerű, ugyanis lehetnek olyan megkülönböztetések, amelyek egyik nevesített védett tulajdonsággal sem állnak közvetlenül kapcsolatban, alkalmazásuk mégis szükségszerűen kedvezőtlenebb bánásmódot eredményez bizonyos védett tulajdonsággal rendelkező személyek számára. Így ha egy ágazati jogszabály azt írja elő, hogy egy adott állást csak 170 centiméternél magasabb személyek tölthetnek be, akkor a szabály alkalmazásával kapcsolatban egyértelműen kijelenthető, hogy az a nőket hátrányosabban fogja érinteni, mert a nők átlagosan alacsonyabbak, mint a férfiak, ezért kisebb eséllyel felelhetnek meg ennek az alkalmazási kritériumnak. Ezért amennyiben a jogalkotó nem tudja igazolni, hogy a magasságra vonatkozó előírásnak az adott munkakörben ellátandó feladatok szempontjából tényleges relevanciája van, akkor a szabály közvetett diszkriminatív jellege már alkalmazása megkezdése előtt megállapítható.

[128] Sajátossága a **közvetett diszkrimináció megállapításának** az is, hogy az adott esetben szükségessé teheti **tények vizsgálatát is**, ami idegen az alkotmánybíráskodás természetétől. Ugyanis abban az esetben, ha a normaszövegből nem szükségszerűen következik a szabály hátrányos alkalmazása, akkor a diszkriminációtilalom megsértésének megállapításához az szükséges, hogy bizonyított legyen: meghatározott társadalmi csoport ténylegesen kedvezőtlenebb helyzetbe került a vitatott szabály alkalmazásának következtében, ez pedig hatásvizsgálatot feltételez.

[129] Kérdéses, hogy **a bizonyítási teher melyik félen** nyugszik ebben az esetben, vagyis mi történik akkor, ha sem a szabály alkotmányellenességét indítványozó nem tudja bizonyítani minden kétséget kizáróan valamely védett csoport hátrányos megkülönböztetését, sem az AB nem tudja megállapítani, hogy a szabály alkalmazása hogyan érintette az egyes társadalmi csoportokat. Álláspontunk szerint az AB-nak is indokolt az EU és az Ebktv. által használt megoldáshoz fordulnia ilyen esetben: az indítványozótól elegendő megkövetelni, hogy **valósínűsítse a közvetett hátrányos megkülönböztetés bekövetkeztét**, s a jogalkotón legyen annak terhe, hogy minden kétséget kizáróan bizonyítsa, az indítványozó által állított tényállapot nem valós.⁶⁹ A védett csoportok védelme ugyanis azt követeli meg, hogy különös gondossággal járjunk el minden olyan szabály megalkotása vagy alkalmazása során, amely magában rejt a diszkrimináció veszélyét. Abban az esetben, ha a hátrányos megkülönböztetés megvalósulására ésszerű tények utalnak, akkor kisebb kockázatot vállalunk azzal, ha ellenbizonyítás hiányában a szabályt nem engedjük érvényesülni, mint azzal, ha a jogalkotó szabadságára, autonómiájára (demokratikus közérdek meghatározása) hivatkozva minden kétséget kizáró bizonyítást követelünk meg az indítványozóktól.

[130] Végül sajátos **a hátrány fogalma** is a közvetett diszkrimináció tekintetében. Mint fentebb említettük →[94], az AB a hátrány bekövetkeztéhez az önkényes megkülönböztetésen túl nem követeli meg semmilyen hátrány bekövetkeztét a (közvetlen) hátrányos megkülönböztetés megállapításához, mert az önkényesség önmagában sérti az emberi méltóságot. A közvetett hátrányos megkülönböztetésnek ezzel szemben fogalmi eleme, hogy a szabály eredményeként a védett tulajdonsággal rendelkező személyek csoportja lényegesen nagyobb arányban kerül kedvezőtlenebb helyzetbe, mint a velük összehasonlítható helyzetben lévő személyek másik csoportja. Ennek alapján a közvetett hátrányos megkülönböztetés megállapításának előfeltétele az, hogy a szabály legalább **elvileg** legyen **alkalmas** arra, hogy **materiális hátrányt** eredményezzen. Ugyanis ha a jogszabály explicit módon nem tesz

⁶⁷ A közvetett diszkrimináció esetében a hatályos szabályok sem követelik meg a „bűnös szándékot” ahhoz, hogy a hátrányos megkülönböztetésért való felelősség megállapítható legyen. A kedvezőtlenebb helyzet önmagában a hátrányos megkülönböztetés megállapításához vezethet, sikertelen kimentés esetén.

⁶⁸ 57/1991. (XI. 8.) AB hat., ABH 1991, 272, 283. -- a jogszabály alkalmazásának gyakorlata általánossá és normává szilárdult állapotában alkotmánybírói vizsgálat tárgya lehet.

⁶⁹ Ez a követelmény áll összhangban a fentebb kifejtettekkel is →[96].

különbséget egyének között védett tulajdonság alapján, akkor nehéz elképzelni, hogy önmagában egy nevesített védett tulajdonsággal közvetlenül kapcsolatban nem álló megkülönböztetés alkalmas egy meghatározott védett csoport méltóságának sérelmét eredményezni.

8. A „[S]zigorúan bünteti”

[131] A hátrányos megkülönböztetéssel szemben alkalmazandó törvényi büntetés kötelezettsége szintén felvet alkotmányjogi kérdéseket. Ugyanis nem egyértelmű, hogy a „szigorúan bünteti” fordulat **mit követel meg az alkotmányhely végrehajtását végző jogalkotótól**. Az AB ezzel két határozatában foglalkozott. A 45/2000. (XII. 8.) AB határozatban arról kellett döntenie a testületnek, hogy mulasztásban megnyilvánuló alkotmányellenes helyzetet idézett-e elő az állam azzal, hogy (akkor még) nem alkotott meg átfogó diszkriminációellenes törvényt (ABH 2000, 344, 344.), míg a 41/2007. (VI. 20.) AB határozat abban a kérdésben hozott döntést, hogy alkotmányellenes mulasztásnak minősül-e az, hogy állam nem nyilvánította önálló bűncselekménnyé a hátrányos megkülönböztetés tilalmának megszegését (ABH 2007, 551, 551).

[132] Az előbbi határozat lefektette, hogy az elemzett alkotmányhely alapján **a jogrendszer egészének kell a hátrányos megkülönböztetés lehetőségét kizárnia**, illetve a hátrányos megkülönböztetés védelmi eszközeit és garanciáit megteremtenie. Azonban e határozat leszögezte azt is, hogy nem csupán a közhatalom birtokában lévő szervek alkalmazhatnak hátrányos megkülönböztetést hatósági eljárásuk során -- vagy akár azon kívül is --, hanem **a civil szféra szereplői is tanúsíthatnak egymással szemben alkotmányosan meg nem engedett diszkriminatív magatartást**, s ezt szem előtt tartva kell a jogalkotónak kialakítania a garanciákat és a szankciókat (ABH 2000, 344, 349.). Ebből következően a magánszférában megvalósuló hátrányos megkülönböztetés is szankcionálandó az Alkotmány 70/A. (2) bekezdése alapján. A 45/2000. (XII. 8.) AB határozat értelmében az átfogó diszkriminációellenes törvény hiánya nem eredményezett alkotmányellenes mulasztást, mert a különböző jogágak hátrányos megkülönböztetést tiltó és szankcionáló rendelkezései együttesen megfelelő védelmet biztosítottak a hátrányos megkülönböztetés ellen.⁷⁰

[133] A 41/2007. (VI. 20.) AB határozat rögzítette, hogy **a diszkrimináció elleni küzdelem eszköze részben a büntetőjog is**, hiszen annak legsúlyosabb eseteit a Btk. is büntetni rendeli (népirtás, apartheid, a nemzeti, etnikai, faji vagy vallási csoport tagja elleni erőszak stb.). Ezen túlmenően azonban **az állam nem köteles önálló tényállásként szankcionálni a hátrányos megkülönböztetést**, tekintettel az alkotmányos büntetőjoggal kapcsolatosan kidolgozott elvekre (*ultima ratio*, szükségesség-arányosság teszt, széles körű törvényhozói kompetencia a társadalomra való veszélyesség értékelésében) (ABH 2007, 551, 561.562). A 20/1999. (VI. 25.) AB határozat rögzítette azt is, hogy „[a]z Alkotmánybíróság nem jogosult arra, hogy új bűncselekményi tényállások megállapítására kötelezze a jogalkotást, sem arra, hogy különös részi tényállások részleges megsemmisítésével addig nem büntetendő magatartásokat is büntethetővé tegyen” (ABH 1999, 159, 163.), ennek alapján a mulasztás e tekintetben nem is valósulhatott meg.

9. A megkülönböztetés tilalmának különös formái

9.1 A faji megkülönböztetés

[134] A faji megkülönböztetés fogalmának jogszabályi meghatározását az 1969. évi 8. törvényerejű rendelettel kihirdetett, **a faji megkülönböztetés valamennyi formájának kiküszöböléséről** New Yorkban, 1965. december 21-én elfogadott **nemzetközi egyezmény** 1. cikke nyújtja, ennek értelmében: „a faji megkülönböztetés kifejezés minden olyan különbségtételt, kizárást, megszorítást vagy előnyben részesítést jelent, amelynek alapja a faj,

⁷⁰ A döntést élesen kritizálta HALMAI Gábor, aki szerint a döntés -- többek között -- azért is hibás volt, mert a magyar jogrend akkor nem tartalmazott olyan szabályokat -- egyébként ma sem --, amelyek megalkotását egyes hátrányos megkülönböztetés elleni egyezmények és egyéb jogforrások kifejezetten megkövetelik. Így a faji megkülönböztetés valamennyi formájának kiküszöböléséről 1965-ben elfogadott egyezmény a faji megkülönböztetés elleni küzdelem keretében megköveteli pozitív intézkedések meghozatalát. Lásd HALMAI Gábor: „Hátrányos passzizmus” *Fundamentum* 2000/4. 73. Emellett megjegyezhetjük azt is, hogy a foglalkoztatási irányelv 5. cikke megköveteli a tagállamoktól, hogy az egyenlő bánásmód elve érvényesülésének biztosítása érdekében a fogyatékosok számára ésszerű intézkedéseket (*reasonable accommodation*) vezessenek be, amelyek segítségével a fogyatékos esélyegyenlősége a munka világában realitássá válik. A magyar jog ilyen kötelezettséget azonban nem ír elő mind a mai napig.

a szín, a leszármazás, a nemzetiségi vagy etnikai származás, és amelynek célja vagy eredménye politikai, gazdasági, társadalmi, kulturális téren vagy a közélet bármely más terén az emberi jogok és alapvető szabadságjogok elismerésének, egyenrangú élvezetének vagy gyakorlásának megsemmisítése vagy csorbítása.” Ennek alapján a nemzetközi joggal összhangban kijelenthető, hogy a faji megkülönböztetés nem más, mint a faj (rassz), bőrszín, leszármazás, nemzetiségi vagy etnikai származás alapján történő különbségtétel összefoglaló megnevezése. Az, hogy milyen rasszok vannak, tudományos (antropológiai) szakkérdés; a bőrszín szerinti különbségtétel empirikusan észlelhető különbségekre reagál. Társadalmi származás szerinti különbségtételre történeti példa a feudalizmusban a nemesi előjogok rendszere -- ilyen megkülönböztetésnek tekinthető az egyén felmenőinek valamely jellemzője alapján az utóddal kapcsolatosan tett minden megkülönböztetés.

9.2 A nemzetiségi alapon történő megkülönböztetés

[135] A nemzetiségi alapú megkülönböztetést azért indokolt külön tárgyalni, mert erre vonatkozóan a **magyar jogrend is ad törvényi definíciót** a Nek. tv. 1. § (2) bekezdésében (a törvény, preambuluma szerint, az Alkotmányban foglalt elvekre tekintettel is került megszövegezésre), melynek értelmében nemzeti és etnikai kisebbség minden olyan, a Magyar Köztársaság területén legalább egy évszázada honos népcsoport, amely az állam lakossága körében számszerű kisebbségben van, tagjai magyar állampolgárok, és a lakosság többi részétől saját nyelve és kultúrája, hagyományai különböztetik meg, egyben olyan összetartozás-tudatról tesz bizonyosságot, amely mindezek megőrzésére, történelmileg kialakult közösségeik érdekeinek kifejezésére és védelmére irányul. **Az AB-t természetesen nem akadályozhatja a törvényi definíció** abban, hogy nemzeti vagy etnikai alapú hátrányos megkülönböztetés miatt állapítsa meg egy jogszabály alkotmányellenességét, hiszen a törvényi definíció az AB-t nem köti. Így például annak ellenére, hogy a Nek. tv. hatálya alá nem tartoznak a zsidók, az AB minden további nélkül minősíthetne egy, a zsidók hátrányos megkülönböztetését tartalmazó jogszabályt a tárgyalt védett tulajdonság alapján megvalósított hátrányos megkülönböztetésnek (természetesen több védett tulajdonság is számításba jöhet még).

[136] A nemzetiséghez szorosan kapcsolódhat a nyelv szerinti megkülönböztetés kérdése is. Ennek az alkotmányos tilalomnak a következménye, hogy a különböző eljárásokban (polgári, büntető, államigazgatási, egyéb) mindenki jogosult az anyanyelvét vagy az általa értett más nyelvet használni az eljárás teljes folyamatában.

9.3 A nemek szerinti megkülönböztetés („nem”)

[137] A nemek szerinti alkotmányellenes különbségtétel már az első határozatokban megjelent. A 10/1990. (IV. 27.) AB határozat az özvegyi nyugdíj folyósítása tárgyában benyújtott indítvány nyomán az AB megállapította, hogy az özvegy neme alapján a juttatás tekintetében alkotmányosan különbséget tenni nem lehet (ABH 1990, 50, 53.).

[138] A nők hadkötelezettségéről szóló, 46/1994. (X. 21.) AB határozatban viszont megállapította a testület, hogy a női nem sajátosságai, illetőleg a hagyományosan betöltött társadalmi szerep szolgálhat a nők előnyben részesítésének alkotmányos alapjául, így az a tény, hogy fegyveres katonai szolgálatra a férfiakkal ellentétben egyáltalán nem voltak kötelezhetőek, nem hátrányos megkülönböztetésnek, hanem pozitív diszkriminációnak minősült (ABH 1994, 260, 267.). Ugyanezt állapította meg az AB az öregségi nyugdíjhatárral kapcsolatos törvényi szabályozás vizsgálata során, amikor rámutatott: az alacsonyabb öregségi nyugdíjkorhatárnak a nők esetében a női nem sajátosságaival összefüggő oka van [32/1997. (V. 16.) AB határozat, ABH 1997, 161, 163.], ugyanakkor alkotmányellenes megkülönböztetésnek minősült ugyanezen szabályozásban az, hogy a felnevelt gyermekek számához kapcsolódó karkedvezményes nyugdíjra a férfiak csak akkor lettek volna jogosultak, ha egyedül nevelték gyerekeiket, míg a nők abban az esetben is, ha férjükkel közösen.

[139] E határozatokból láthatóan a nemek között megkülönböztetés, amennyiben az a nemek sajátos jellemzőivel magyarázható, ésszerű különbségtételnek és pozitív diszkriminációnak minősül az AB gyakorlatában, míg az eltérő okból történő megkülönböztetés -- egyéb alkotmányos helyekre is tekintettel -- „jó eséllyel” alkotmányellenes.⁷¹

9.4 A nemi orientáció szerinti megkülönböztetés („egyéb helyzet”)

[140] A szexuális irányultság (egy személy szexuális vonzódásának és viselkedésének nemi irányultsága) nem nevesített védett tulajdonság az Alkotmány szövegében, habár az említett EU irányelvek, valamint az Ebktv. is ismeri e megkülönböztetési alapot. Az AB is foglalkozott a 70/A. § (1) bekezdése alapján a nemi orientáció szerinti hátrányos megkülönböztetéssel. A 14/1995. (III. 13.) AB határozat megállapította, hogy „az élettársat és a hozzátartozók tágabb körét felölelő szabályozásban önkényes, s ezért az emberi méltóság sérelme miatt az

⁷¹ E körben lásd még 28/2000. (IX. 8.) AB hat., ABH 2000, 174.

Alkotmány 70/A. §-ába ütköző megkülönböztetés az, ha a közös háztartásban érzelmi és gazdasági közösségben együtt élő személyek közül az azonos neműekre a jogszabály nem vonatkozik. Sőt, a kérdéses jogszabályok akkor töltik be hiánytalanul céljukat, ha az ilyen kapcsolatra is kiterjednek” (ABH 1995, 82, 85-86.).

[141] Ennek alapján az AB szerint „**egyéb helyzet**” szerinti hátrányos megkülönböztetésnek minősül a **szexuális orientáció szerinti hátrányos megkülönböztetés**, amit a testület megerősített a 20/1999. (VI. 25.) AB határozat indoklásában is (ABH 1999, 159, 163.).

[142] A szexuális irányultsággal kapcsolatban született további határozatok következetesen elismerték, hogy a szexuális orientáció egyéb helyzetnek minősül a diszkriminációtilalom szempontjából. Ennek alapján semmisítette meg a 37/2002. (IX. 4.) AB határozat a Btk. természet elleni fajtalanságot tiltó szakaszát, mert az bűncselekménnyé nyilvánította az azonos neműek közötti beleegyezésen alapuló szexuális kapcsolatot akkor, ha azt tizennyolcadik életévét betöltött személy nála fiatalabb személlyel létesítette (ABH 2002, 230, 248.). Az AB álláspontja szerint a szabályozás azért volt diszkriminatív, mert ugyanilyen szexuális kapcsolat nem volt jogellenes akkor, ha heteroszexuális személyek között jött létre, a két csoport között pedig nem mutatható ki alkotmányosan releváns különbség.

9.5 Az életkor szerinti megkülönböztetés („egyéb helyzet”)

[143] A 18/2001. (VI. 1.) AB határozat, amely annak a szabálynak az alkotmányossági vizsgálatát végezte el, hogy diszkriminatív-e a 60. életévüket betöltött férfiak által igénybe vett reprodukciós eljárások állami egészségbiztosítás általi támogatásának kizárása, megállapította, hogy **az életkor szerinti különbségtétel „egyéb helyzet” szerinti megkülönböztetésnek minősült**, amely a vizsgált esetben alkotmányellenes volt, mert az érintett jogalanyok egy részét nem kezelte egyenlő méltóságú személyként az azonos alkotmányossági megítélés alá eső más személyekkel (ABH 2001, 600, 605.).

[144] Az életkor szerinti megkülönböztetéssel foglalkozott az 1596/B/1990. AB határozat, amely megállapította, **hogy életkor szerint lehet alkotmányosan különbséget tenni** az alkotmánybírói pozíciót betöltők között, **mert az életkor ugyanúgy ésszerűen szabható alkalmassági követelményként** a tisztség betöltésével szemben, mint a megfelelő szakmai gyakorlat vagy éppen a szakképzettség (ABH 1991, 615.). A tisztség betöltésével szemben előírt alsó életkori határral kapcsolatban érdemben hasonló érvelést tartalmaz az 1350/B/1992. AB határozat (ABH 1993, 619.) is.

10. A pozitív diszkrimináció

10.1 A pozitív diszkrimináció fogalma

[145] A pozitív diszkrimináció fogalma **megtévesztő**, hiszen a diszkrimináció hátrányos megkülönböztetést jelent, a **pozitív hátrány azonban értelmetlen fogalom**.⁷² A pozitív diszkrimináció valójában pozitív megkülönböztetést jelent; az angol terminológia, a megerősítő intézkedés (*affirmative action*) pontosan arra utal, hogy **az intézkedés célja nem más, mint bizonyos társadalmi csoporthoz tartozó személyek előnyben részesítése** mindazon személyekhez képest, akik nem rendelkeznek a társadalmi csoportot elhatároló védett tulajdonsággal. A kifejezést először J. F. KENNEDY elnök használta az egyenlő foglalkoztatási esélyek garantálásának érdekében hozott elnöki rendeletében 1961-ben.⁷³

[146] Mint már említettük →[42], **az Alkotmány 70/A. § (3) bekezdése szerencsétlenül fogalmaz**, amikor az esélyegyenlőség kiküszöbölését célzó intézkedéseket a jogegyenlőség megvalósításához tartja szükségesnek. Ez a megközelítés a kifejtettek szerint azért kifogásolható, mert a **jogegyenlőség normatív fogalom, míg az esélyegyenlőség tényállapotra vonatkozik**, emellett azonban azért is megtévesztő, mert a **megerősítő intézkedés következtében tipikusan eltérő jogosultságokkal rendelkeznek az állampolgárok**. Jól mutatja a jogi és a ténybeli

⁷² Erre hívja fel a figyelmet a 30/1997. (IV. 25.) AB hat.-ban KILÉNYI Géza alkotmánybíró is, aki a kifejezést „nyelvészeti torzszüleménynek” nevezi (ABH 1997, 130, 148.). Lásd még LEHOCZKYNÉ KOLLONAY Csilla és részben GYULAVÁRI Tamás hozzászólását az előnyben részesítés téma kapcsán a Fórum rovatban, *Fundamentum* 2006/4. 71--78, 67--71. A fogalomnál használhatóbbnak tűnik -- az egyébként szintén okkal kritizálható -- fordított diszkrimináció megnevezés, amennyiben ez alatt azt értjük, hogy annak esetében személyek csoportja között az előnyök vagy jogosultságok elosztása során úgy teszünk különbséget, hogy a korábban alkalmazott megkülönböztetések következtében hátrányt szenvedett csoportot részesítjük előnyben, vagyis a történelmileg hátrányosan megkülönböztetett csoport pozíciója „megfordul”.

⁷³ *Executive order* 10925.

egyenlőség közötti különbséget JOHNSON elnök beszéde, melyben így fogalmazott: „Nemcsak a szabadságot keressük, hanem a lehetőséget -- nemcsak a törvény előtti egyenlőséget, méltányosságot, hanem az emberi képességek kibontásának egyenlőségét --, nemcsak az egyenlőséget mint jogot és elvet, hanem az egyenlőséget mint társadalmi tényét és eredményt.”⁷⁴

[147] Az elemzett bekezdés jelentése ezek fényében sommásan fogalmazva az, hogy **az állampolgárok jogosultságai közötti különbségtétel nem alkotmányellenes akkor, ha a megkülönböztetés célja az, hogy a társadalom tagjai egyenlő feltételekkel, megközelítőleg azonos eséllyel tudják gyakorolni alkotmányos alapjogaikat.** Vagy ahogy az AB ezt megfogalmazta: „Az Alkotmánybíróság állandó gyakorlata szerint az azonos személyi méltóság jogából esetenként következhet olyan jog is, hogy a javakat és esélyeket mindenki számára (mennyiségileg is) egyenlően osszák el. De ha valamely -- Alkotmányba nem ütköző -- társadalmi cél vagy alkotmányos jog csakis úgy érvényesíthető, hogy e szűkebb értelemben vett egyenlőség nem valósítható meg, akkor az ilyen pozitív diszkrimináció nem tekinthető alkotmányellenesnek” [9/1990. (IV. 25.) AB határozat, ABH 1990, 46, 47.].

10.2 A pozitív diszkrimináció igazolása

[148] A pozitív diszkrimináció alkotmányosságának igazolásaként számos érvet szokás felhozni. Az egyik érv, hogy a szélsőségek kiegyenlítése **megelőzi a konfliktusok kialakulását**, illetve eszkalálódását, így hozzájárul a társadalmi harmónia megteremtéséhez. Másik érvként felmerülhet az is, hogy az **egyenlő méltóság megkövetel egy minimális szociális egyenlőséget is**, mert senki nem állíthatja őszintén, hogy a teljes esélytelenséggel jellemezhető helyzetben lévőek (például a hajléktalanok) ugyanúgy képesek megőrizni önbecsülésüket és autonómiájukat, mint szerencsésebb társaik, az emberi méltóságnak ezek pedig szükséges feltételeit képezik. Egy harmadik megközelítés szerint a pozitív diszkrimináció alkotmányosan **igazolt, ha bizonyított, hogy a társadalomban léteznek olyan szisztematikus diszkriminatív gyakorlatok, amelyek a polgárok meghatározott csoportjait közvetlenül vagy közvetve megakadályozzák alkotmányosan garantált jogaik egyenlő élvezetében.** Az ARISZTOTELÉSZ-féle kiigazító igazságosság követelményei alapján az államnak kötelessége fellépni e súlyos igazságtalanságok ellen. Erre tipikus esetben akkor van szükség, ha akár a polgári jogi, akár a büntetőjogi felelősségre vonás nem alkalmas az egyenlőtlen ségek orvoslására (például azért, mert olyan intézményesült gyakorlatok érvényesülnek a társadalomban, amelyek esetében nem lehetséges jogi felelősséget megállapítani; részben így működik az oktatási diszkrimináció), vagy akkor, ha az intézményesült diszkriminatív magatartás konkrét esetben bizonyíthatatlan, de hatásai statisztikailag bizonyítottan kétségtelenül hátrányosabb helyzetbe hozzák a meghatározott védett tulajdonsággal rendelkező csoport tagjait (ez a helyzet a munkahelyi diszkrimináció esetében). Ezekben a helyzetekben az egyetlen állami eszköz a jogok egyenlő élvezetének előmozdítása érdekében az, ha a diszkriminált csoportok tagjainak a többséghez viszonyítva többletjogokat biztosítanak. Szokták a megerősítő intézkedéseket úgy is igazolni, mint amelyek a múltban történt szisztematikus hátrányos megkülönböztetés következményeinek felszámolásához, illetve jóvátételéhez szükségesek; az afroamerikaiakat megillető többletjogosultságokat szokásosan ez utóbbi indokra hivatkozva tartják igazoltnak. Egy ettől eltérő indoka az előnyben részesítésnek az, hogy **ezek segítségével ellensúlyozhatók az önhibájukon kívül hátrányos helyzetbe került társadalmi csoportok hátrányai** (például fogyatékosoké, vagy a mélyszegény családból származó, szegregált környezetben felnőtt romáké), hisz a javak elosztására nem lehet érdemi hatása olyan körülményeknek, amelyek alakulásáért az egyének nem tehetőek felelőssé.⁷⁵

[149] A jelen pont tárgyául szolgáló alkotmányhely kodifikálásának elsődleges jelentősége az, hogy annak alapján egyértelmű: **az állam jogszerűen tehet különbséget az állampolgárai között abban az esetben, ha célja az esélyegyenlőség előmozdítása.** Vagyis az Alkotmány maga nevesíti, hogy az esélyegyenlőség előmozdítása alkotmányosan megengedett cél, így az (1) bekezdés alapján fennálló diszkriminációtítilalom alól kivételt képeznek az

⁷⁴ President Lyndon B. Johnson's Commencement Address at Howard University: „*To Fulfill These Rights.*” June 4, 1965.

⁷⁵ Létezik a pozitív diszkrimináció igazolhatóságával kapcsolatban egy eltérő stratégia is, amely alapvetően arra hivatkozik, hogy elsődlegesen nem az előnyben részesített személy, hanem a társadalom számára hasznos az előnyben részesítés. E körben szokás utalni arra, hogy pl. a kvótarendszerek alkalmazása munkahelyi vagy oktatási intézményekben történő felvételi eljárások során a sokszínűséget segíti elő, ami egy jól működő demokráciában elengedhetetlen, de említhető az is, hogy amennyiben diszkriminál egy állami szerv, akkor szuboptimális döntéseket hoz, mert a pozíciók betöltése során kizárja a jelöltek közül az esetleg tehetségesebb, de szegregált közösség tagjait. Az érvek és igazolások részletes bemutatásához lásd SZENTE Zoltán: „A pozitív megkülönböztetés problémái” *Fundamentum* 2006/4. 17--45.

ilyen célból tett megkülönböztetések. A megkülönböztetés terjedelmével és alkotmányosságának igazolhatóságával kapcsolatban szükséges néhány szempontra felhívni a figyelmet.

[150] Az egyik szempont az, hogy **az előnyben részesítés igazoltsága idővel megszűnhet** abban az esetben, ha a megerősítő intézkedések által támogatott csoport egyenlőtlen pozíciója bármilyen okból már nem áll fenn. Míg az olyan megkülönböztetések, amelyek célja nem az előnyben részesítés, fennmaradhatnak időbeli korlát nélkül, mivel igazolhatóságuk nem függ kontingens tényektől, hanem közvetlenül normatív indokokra támaszkodik, addig a pozitív diszkrimináció hátrányos megkülönböztetéssé válhat akkor, ha a támogatni kívánt társadalmi csoport előnyben részesítésének szüksége már nem áll fenn. Ez teszi az AB számára atipikussá a pozitív diszkriminációt célzó normák alkotmányossági felülvizsgálatát: annak során ugyanis nem pusztán a normákat kell vizsgálnia, hanem abban a ténykérdésben is állást kell foglalnia, hogy bizonyított-e a támogatni kívánt társadalmi csoport hátrányos helyzete.

[151] A pozitív diszkrimináció alkotmányos vizsgálatával kapcsolatban másrészt arra is szükséges figyelemmel lenni, hogy az AB a 21/1990. (X. 4.) AB határozatban leszögezte: „Bár a társadalmi egyenlőség mint cél, mint társadalmi érdek, megelőzhet egyéni érdeket, de nem kerülhet az egyén alkotmányos jogai elé” (ABH 1990, 73, 75.). Ebből az következhetne, hogy az esélyegyenlőség előmozdítása érdekében nem lehetséges olyan eszközt felhasználni, mely az egyének között alapjogok tekintetében tesz különbséget. Ez lenne például a helyzet akkor, ha egy **kvótarendszer**⁷⁶ alapján az országgyűlési képviselői helyek meghatározott százalékát a nők számára tartanák fenn. Ebben az esetben a szabály előnyben részesítené a nőket passzív választójoguk érvényesítése tekintetében, hiszen nem kizárt, hogy kvóták nélkül a kvótákkal kijelölt helyekre is férfiakat választanának meg, tehát a női jelöltek **nagyobb eséllyel** indulnának a választásokon. Amennyiben az „egyenlő alkotmányos jogai elé” fordulatot úgy értelmezzük, hogy semmilyen tekintetben nem tehető különbség személyek között alapjogaik tekintetében, akkor ez a szabály a szükségesség-arányosság teszt alkalmazása nélkül is alkotmányellenesnek minősülne, míg a nem alapjogok közötti megkülönböztetés esetén a gyengébb ésszerűségi tesztet kell alkalmazni a norma alkotmányosságának vizsgálata során.

[152] A fordulatnak azonban adható egy másik jelentés is, melynek értelmében az pusztán arra utal, hogy nem lehetséges az esélyegyenlőséget olyan módon előmozdítani, hogy annak érdekében valamely alapjogot ténylegesen korlátoznánk, vagyis nemcsak az alapjog gyakorlásának esélyével kapcsolatban teszünk különbséget az egyes állampolgárok között, hanem egyben **normatívan korlátozzuk** is a valamely alapjog gyakorlására vonatkozó jogosultságot. Ennek értelmében például alkotmányellenes volna egy olyan szabály, amely a férfiak 20%-ától megvonná a passzív választójogot annak érdekében, hogy az összes jelölthöz viszonyítva nagyobb arányt képviseljenek a nők, s ennek következtében nagyobb eséllyel válasszák meg őket. Álláspontunk szerint az utóbbi értelmezés a helytálló, ugyanis nem szól érv mellett, hogy amennyiben az esélyegyenlőség előmozdítása úgy valósítható meg hatékonyan, ha ehhez az alapjogok tekintetében kell különbséget tenni, akkor ezt ne tegyünk meg akkor, ha ezzel párhuzamosan más személyt alapjogának gyakorlásában nem korlátozunk. Alátámasztja ezt az álláspontot SÓLYOM László megállapítása is, melynek értelmében „a pozitív diszkrimináció természetesen érinthet eleve jogosultakat is, az ex gratia juttatás és a pozitív diszkrimináció egymást csak részben fedő körök”.⁷⁷

[153] Fontos felhívni a figyelmet arra is, hogy egy csoport előnyben részesítése minősülhet az egyenlő bánásmód követelményéből fakadó kötelezettség teljesítésének, ugyanakkor pozitív diszkriminációnak is -- a különbségtételnek pedig messzemenő alkotmányos következményei vannak. Ugyanis amennyiben olyan előnyben részesítést mulaszt el az állam, amely következik az egyenlő bánásmód követelményéből, akkor egyben alkotmányos kötelezettségét is megsérti, míg ha pozitív diszkriminációs intézkedés marad el, akkor arra jogsértésként hivatkozni az AB előtt nem lehet →[155]. Ezért el kell tudnunk határolni egymástól a két esetet. Vegyünk ehhez két klasszikus példát, az akadálymentesítést és az egyetemi felvételik esetén a többletpontok adását bizonyos hátrányos helyzetű csoportból származó felvételizőnek. Az előbbi elmaradását az egyenlő bánásmód megsértésének szokás gondolni, míg az utóbbi esetben ez a lehetőség föl sem merül. De mi a különbség a két eset között, milyen megfontolás húzódik meg az eltérő ítéletek mögött?

[154] A válaszhoz először emlékeztetnünk kell arra, hogy az egyenlő bánásmód elvéből két követelmény is fakad: a különböző eseteket különbözőképpen kell kezelni, a hasonlókat viszont hasonlóan. Abban az esetben, ha egy jogszabály szabályozási koncepciója szerint az előnyben részesített és az előnyben nem részesített személyek nem képeznek homogén csoportot, akkor az egyenlő bánásmód követelményéből kényszerítő erővel következik a

⁷⁶ A kvóták alkalmazásával kapcsolatos részletes elemzéshez lásd KOVÁCS Kriszta: „Az igazságos kvóta” *Fundamentum* 2006/4. 5--16.

⁷⁷ SÓLYOM (6. l.j.) 414.

különbségtétel,⁷⁸ hiszen annak elmaradása lenne alkotmány sértő (mert a különböző eseteket azonosan kezelnék). Abban az esetben azonban, ha az előnyben részesített és nem részesített társadalmi csoportok homogén csoportot képeznek, pozitív diszkriminációról beszélünk, mert azonos jogi pozícióban lévő személyek között teszünk különbséget a lehetőségek vagy javak elosztásakor. Állításunk az, hogy az akadálymentesítés során (és a hozzá hasonló esetekben) a fogyatékos és nem fogyatékos személyek heterogén csoportot képeznek, így a közintézmények (vagy tágabban a közszolgáltatások) egyenlő feltételekkel való hozzáférhetővé tételének elmaradása alkotmány sértő, míg az egyetemi felvételre jelentkező (tehát bizonyos értelemben szintén közszolgáltatásokat igénybe venni kívánó) hátrányos helyzetű és nem hátrányos helyzetű személyek homogén csoportot képeznek, így az előnyben részesítés ez utóbbi esetben nem kötelezettség, hanem igazolásra szoruló lehetőség. Az állításunk bizonyításához pedig egy tesztet érdemes elvégezni.

[155] Amennyiben valamely CS csoport számára E előnyt biztosítunk, amelyet ugyanakkor nem biztosítunk F csoportnak, szükséges vizsgálni, hogy a szabályozás céljára figyelemmel az előny biztosítása F csoport számára jelentene-e ténylegesen valamilyen előnyt. Amennyiben a válaszuk igen, akkor a két (valamely jellemző alapján egyébként eltérő tulajdonságú) csoport homogén csoportot képez, míg nemleges válasz esetén heterogén csoportokról beszélünk, így a köztük lévő különbségtétel nem pozitív diszkrimináció. Ha ezt a gondolat kísérletet a fenti két példán elvégezzük, akkor az akadálymentesítés esetén arra jutunk, hogy a nem fogyatékos személyeknek nincs szükségük a közintézményekhez való hozzáféréshez például rámpára, míg a mozgáskorlátozott személyeknek igen, így a szabályozási koncepció fényében a két társadalmi csoport heterogén csoportot képez, az eltérő helyzet eltérő szabályozást és a javak eltérő elosztását kívánja meg („egyenlő tisztelet és figyelem” mindenki szempontjaira), ezzel szemben a többletpontok ténylegesen javítanák a nem hátrányos helyzetű személyek felvételi esélyét, ezért olyan előnyről van szó, amely mindkét csoport esetében ténylegesen előnyként jelentkezik, amelyek ezért alkotmányjogilag homogén csoportot képeznek, esetükben az előnyben részesítés diszkrecionális állami döntés függvénye.⁷⁹

10.3 Az esélyegyenlőség előmozdítása -- néhány AB döntés a (3) bekezdés értelmezéséhez

[156] Az AB értelmezésében az esélyegyenlőséget megvalósító intézkedésekre vonatkozó (3) bekezdés **nem keletkeztet alanyi jogot a pozitív diszkrimináció kikényszerítésére**, vagyis arra nem lehetséges alkotmányosan hivatkozni, hogy egy jogszabály azért alkotmányellenes, mert bár megfelel a diszkriminációtólomból fakadó követelménynek, nem segíti elő az esélyegyenlőséget. „Az alkotmány a pozitív diszkriminációt, mint az esélyegyenlőtlenségek kiküszöbölését szolgáló intézkedéseket, a 70/A. §-ban állami feladatként határozza meg. Ebből egyértelműen következik, hogy a pozitív diszkrimináció meghatározott formájára alanyi jogként hivatkozni nem lehet, arra alkotmányosan követelés vagy igény nem alapítható” (650/B/1991. AB határozat, 1992, 660, 661.).

[157] Ugyanakkor a 422/B/1991. AB határozat értelmében az Alkotmány 70. § (3) bekezdése **konkrét intézkedéseket sem határoz meg**, ennek alapján a jogalkotó az alkotmányos keretek között szabadon válogat az esélyegyenlőség előmozdítására alkalmas eszközök között (ABH 1992, 471, 472.). A szabály ezen értelmezéséből pedig az is következik, hogy az Alkotmány **nem garantálja a teljes materiális egyenlőséget**, pusztán nem tiltja az olyan intézkedéseket, amelyek pótlólagos esélyt biztosítanak a hátrányos helyzetű személyek csoportjának arra, hogy „beérjék” hátránnyal nem rendelkező társaikat. Ezért sem egy esélyegyenlőséget potenciálisan előmozdító konkrét intézkedés elmaradása nem lesz alkotmányellenes s nem valósít meg mulasztásos alkotmány sértést, sem az, ha egy hátrányos helyzetű csoport esélyegyenlőségét előmozdító állami normák teljes mértékben hiányoznak a jogrendszerből. A **kedvezményezettek körének** és az **aktuális közérdeknek** a meghatározása a demokratikusan megválasztott testületek hatásköre, az AB-nak nincs joga e tekintetben kontrollt gyakorolni.⁸⁰

[158] Az AB a pozitív diszkriminációval meglepő módon hamarabb foglalkozott, mint a hátrányos megkülönböztetéssel. A már említett 9/1990. (IV. 25.) AB határozat →[147] abban a kérdésben hozott döntést, hogy alkotmányellenes diszkriminációnak minősül-e az a jogszabályi rendelkezés, amelynek értelmében

⁷⁸ Emlékeztetőül: hátrányos megkülönböztetésről is csak akkor beszélünk, ha homogén csoportba tartozó személyek között tesz különbséget a jogalkotó.

⁷⁹ Azt nem állítjuk, hogy a teszt minden elképzelhető esetre alkalmazható, de azt igen, hogy ahol a modell működik, ott hasznosnak bizonyul. Ennek alapján lehet keretek közé szorítani a pozitív diszkrimináció olyan túlbuzgó, indokolatlan használatát, amely pl. lényegében minden szociális juttatást a fogalom alá vonna: a fogyatékosoknak járó állami támogatás vagy a terhes nőnek járó egyes előnyök (pl. egyes orvosi vizsgálatok) azért nem esnek ebbe a körbe, mert a nem fogyatékos személy vagy nem terhes nő nem is tudná hasznosítani a juttatásokat, így valójában nem megkülönböztetésről beszélünk, hanem különböző helyzetek eltérő kezeléséről.

⁸⁰ Ezzel ellentétesen döntött az AB a 28/2005. (VII. 14.) AB hat.-ban, a 70. § (3) bek.-ére alapozva a mulasztásos alkotmány sértés megállapítását (ABH 2005, 290, 313.).

adókedvezményben részesülnek azok, akik saját háztartásukban legalább három (egyedülálló szülő esetében legalább kettő) gyermeket nevelnek (ABH 1990, 46, 46--49.). Az indítványozó álláspontja szerint ez a szabály alkotmányellenesen tesz különbséget a gyerekek között abból a szempontból, hogy hány testvérük van, illetve a szülei közös háztartásban élnek-e, továbbá különbséget tesz a szülők között is az adóteher tekintetében. Az AB határozatában megállapította, hogy a gyermekeknek nincs arra joguk, hogy a szülei adókedvezményben részesüljenek, viszont mind a szülőknek, mind az államnak kötelezettsége a gyermekekről való megfelelő gondoskodás, amelynek része a szociális biztonság megteremtése. Az adókedvezményről szóló jogszabály pedig erre a kötelezettségre figyelemmel juttat előnyöket a több gyermeket nevelő szülőknek, ezzel elősegítve a hátrányos helyzetben lévő gyermekek esélyeinek kiegyenlítését, mivel a három vagy egyedülállóként két gyermek nevelése releváns szempontból hátrányos helyzetnek minősül, így az indítványt a testület elutasította.

[159] A 652/G/1994. AB határozat arról döntött, hogy nem alkotmányellenes-e az a tény, hogy a családi pótlék szabályozásáról szóló jogszabály nem tartalmazta azt az előírást, hogy annak mértékét minden évben az inflációval arányosan kell emelni (ABH 1998, 574, 580--581.). Tekintettel a már ismertetett elvre, mely szerint senkinek nincs alanyi joga az Alkotmány 70/A. § (3) bekezdése alapján állami támogatásra, az AB az indítványt elutasította.

[160] A 792/B/1997. AB határozat során a testület abban a kérdésben hozott döntést, hogy az Alkotmány 70/A. § (3) bekezdése alapján alkotmányellenes-e, hogy a Kormány a társadalmi-gazdasági, illetve infrastrukturális szempontból elmaradott térségek jegyzékébe nem vett fel egy olyan önkormányzatot, amely sokkal rosszabb gazdasági helyzetben volt, mint a jegyzékben szereplő néhány egyéb önkormányzat (ABH 1999, 753, 755.). Az indítványozó álláspontja szerint ez sértette az Alkotmány hivatkozott előírását, mert a valóságos helyzetet figyelmen kívül hagyva részesítette támogatásban az egyes önkormányzatokat. Az AB álláspontja szerint a Kormány a vonatkozó jogszabályokban meghatározott területfejlesztési célok, előírások, valamint az állami költségvetés lehetőségeinek figyelembevételével, az egyes települések gazdasági-társadalmi fejlettségi mutatóinak, az infrastrukturális adatoknak és a munkanélküliek számának alapul vételével dönt a társadalmi-gazdasági és infrastrukturális szempontból elmaradott, illetve az országos átlagot jelentősen meghaladó munkanélküliséggel sújtott települések köréről. Az, hogy a Kormány milyen adatok, mutatók és számítási módok alapján határozza meg az elmaradott települések körét, nem alkotmányossági kérdés. Az AB-nak az alkalmazott mutatók, számítási módok célszerűségének, helyességének megítélésére nincs hatásköre, s mivel a kifogásolt jegyzék összeállítása alapjául alkalmazott **mutatók nem önkényesek és minden önkormányzat vonatkozásában azonosan alkalmazták őket**, ezért hátrányos megkülönböztetés sem valósult meg. Így az indítványt a testület elutasította.