

Az alapvető jogok biztosának Jelentése

Az AJB-3466/2013 ügyben

(Kapcsolódó ügyek: AJB-3363/2013., AJB-3402/2013., AJB-3649/2013.)

Előadó: dr. Kurunczi Gábor

Az eljárás megindítása

Az utóbbi időben több beadvány is érkezett Hivatalomhoz, amelyben a beadványozók a nemzeti dohányboltok odaítélésére kiírt koncessziós pályázatok elbírálását, azok feltételeit, a nemzeti dohányboltokban forgalmazott termékek körét, a Nemzeti Dohányboltokba történő kiskorúak belépési tilalmának szabályozását, valamint a Nemzeti Dohányboltok korlátozott számát kifogásolták. Mindemellett a sajtóból is értesültem a Nemzeti Dohányboltok működésének megkezdését követően megjelenő problémákról. Figyelemmel arra, hogy mindezek alapján nem volt kizárható, hogy több alapvető joggal összefüggő visszásság is történt, az alapvető jogok biztosáról szóló 2011. évi CXI. törvény (Ajbt.) 18. § (1) bekezdése alapján, a tisztességes eljáráshoz való jog, a tulajdonhoz való jog, a vállalkozás szabadságához való jog, valamint a gyermekek védelemhez és gondoskodáshoz való jogának érvényesülése tekintetében az ügyben átfogó vizsgálatot indítottam. A vizsgálat eredményes lefolytatása érdekében megkerestem a nemzeti fejlesztési minisztert, valamint a Nemzeti Dohánykereskedelmi Nonprofit Zrt. vezérigazgatóját. Az érintettektől rövid úton tájékoztatást és a rendelkezésükre álló iratok valamint szabályzatok megküldését kértem.

A megállapított tényállás

A megkeresett szervek által rendelkezésemre bocsátott iratok, valamint az előterjesztett panaszok alapján a következő tényállást állapítottam meg.

A beérkezett panaszok elsősorban a Nemzeti Dohányboltok (a továbbiakban: trafik) pályázati kiírását és a trafikok odaítélésének körülményeit kifogásolták. Az egyik beadványozó szerint a trafikok elnyerésére kiírt pályázatok értékelésének szempontrendszere nem volt kellően egyértelmű és világos. A panaszos szerint ugyanis az értékelési szempontok önkényesek és öncélúak voltak, így a pályázatok elbírálása lényegében ellenőrizhetetlen volt. Különösen problémásnak tartotta a beadvány, hogy nem volt kellően körülhatárolt a pályázati kiírásban az üzleti terv értékelésének szempontrendszere, holott a pályázatokra adható 120 pontból 60 pontot tett ki a benyújtott üzleti terv, ami több pályázat között kialakult azonos pontszám esetében az odaítélésről is döntött.

Ugyancsak problémásnak tartotta több beadványozó is, hogy a pályázati kiírás – a korábbi ígéretektől eltérően – nem vette figyelembe azon állampolgárok érdekeit, akik már több évtizede dohánykereskedelemből élnek, továbbá azt is, hogy a pályázatok elbírálásával szemben nem volt helye jogorvoslatnak.

További kifogásként jelent meg a beadványokban, hogy a trafikokban értékesíthető termékek köre a pályázati kiírást követően jelentősen bővült. Több panaszos is kifogásolta ugyanis, hogy amíg a fiatalok dohányzásának visszaszorításáról és a dohánytermékek kiskereskedelméről szóló 2012. évi CXXXIV. törvény (a továbbiakban: Dohánytörvény) az eredeti pályázat kiírásakor csak a dohány termékek és a szerencsejáték forgalmazására adott lehetőséget, a pályázatok benyújtásának ideje alatt, és annak lezárultával jelentősen bővítette az értékesíthető termékek körét. Így például a pályázatok benyújtásának ideje alatt (a pályázat benyújtásának határidejét azonban meg nem változtatva) kerültek be a forgalmazható termékek körébe a szeszesitalok, az üdítő italok, valamint az energjaitalok, a pályázati határidő lezárását követően pedig a fagylaltok és a jégkrémek. Ugyancsak ezzel összefüggésben érkezett beadvány arra vonatkozóan, hogy a pályázati határidő leteltét követően a jogalkotó megállapította a dohánytermékek kiskereskedelmi árrését. A

beadványozók szerint mindezek a változtatások kiszámíthatatlanná tették a pályázati eljárást, és megtévesztően hatottak mind a pályázókra, mind a pályázni kívánókra. Volt olyan beadvány is, ami azt kifogásolta, hogy azért nem pályázott trafik nyitására, mivel az eredeti, dohánytermékekre megállapított kiskereskedelmi árres és az eredetileg forgalmazható termékek körének figyelembevételével nem érte volna meg neki a trafik üzemeltetése. A pályázat lezárását követő változtatások ismeretében azonban ő is pályázott volna, amit azonban már nem tehetett meg.

A trafikokban értékesíthető termékekkel összefüggésben olyan beadvány is érkezett, ami azt kifogásolta, hogy miért lehet a trafikokban fagyaltot illetve jégkrémet árulni, holott a Dohánytörvény fő célja a gyermekek védelme. Ezen termékek azonban további vonzerőt jelentenek a kiskorú személyek számára.

Olyan beadvány is érkezett, amely azt kifogásolta, hogy – bár alapvetően egyetért azzal, hogy a trafikokban kiskorú személy ne vásárolhasson – akik kiskorú személlyel szeretnének belépni a trafikba, csak úgy tehetik azt meg, ha a gyermekek kint hagyják a bolt előtt felügyelet nélkül, ami pedig lehetetlen helyzeteket teremthet.

Mindezek mellett 2013. július 12-én a „Trafikkárosultak Mozgalma” petíciót adott át – közel húszezer aláírással – amelyben azt kérték, hogy vizsgáljam meg a trafikpályázatok elbírálását, és kérjem a pályázati eredmények megsemmisítését és új pályázatok kiírását. Végző megoldásként azt is elfogadhatónak tartanák, ha eltörölnék a „2000 lakosonként egy trafik” szabályt.

A panaszbeadványok mellett számos sajtóhír is megjelent a vizsgált kérdéssel kapcsolatban, így például, hogy sok településen egyáltalán nem nyílt trafik, még bizonyos helyeken kifejezett „dohányutcák” jelentek meg – sőt egyes helyeken egy épületben több trafik is működik. A trafikok egyenlőtlen elosztását jelzi a sajtóban megjelent azon hír is, miszerint az üdülőhelyeken hiány van trafikokból, mivel a településen megpályázható trafikok számát az állandó lakosság alapján határozták meg – azaz nem vették figyelembe a nyári időszakban megnövekedő turistaforgalmat. Ugyancsak a sajtóban jelent meg azon információ, amely szerint azokon a településeken, ahol nem volt sikeres pályázó ideiglenes kereskedelmi jogot adnak azon személyeknek, akik már több éve foglalkoznak dohánykereskedelemmel – ez az ideiglenes jog maximum egy évig, vagy egy újabb pályázati eljárásban elnyert koncessziós jog odaítéléséig él.

Érintett törvényi rendelkezések

A dohánytermékek kiskereskedelmének, így a koncessziós jog elnyerésének feltételeit a már említett Dohánytörvény szabályozza. A Dohánytörvény 4. §-a kimondja, hogy az állami vagyonnal való gazdálkodás szabályozásáért felelős miniszter (azaz a nemzeti fejlesztési miniszter, a továbbiakban: miniszter) látja el a szakmai irányítást a dohánytermékek kiskereskedelmével összefüggésben, amely során elsődleges jelleggel figyelembe kell venni a fiatalok védelmét. A Dohánytörvény 5. §-a pedig meghatározza, hogy a koncesszió átengedéséről dönteni hivatott pályázatot a miniszter írja ki, bírálja el és köti meg a nyertesekkel a koncessziós szerződést. A Dohánytörvény a 3. §-ában meghatározza, hogy fiatalok alatt a 18. életévét be nem töltött személyeket érti, és azt is, hogy melyek a trafikban forgalmazható termékek – ezzel összefüggésben utalni kell a már korábban említett törvénymódosításokra, amelyek jelentősen bővítették a forgalmazható termékek körét. A Dohánytörvény a 2. címbe részletesen foglalkozik a nyilvános pályázat kérdéseivel. Ebben meghatározásra kerül, hogy

- az állam által kiírt pályázat nyilvános (6. § (1) bekezdés).
- úgy kell kiírni a pályázatot, hogy minden olyan magyarországi településen folytatható legyen dohány-kiskereskedelmi tevékenység, ahol az állandó lakosság nem haladja meg a kétezer főt (ott minimum 1 trafik), vagy meghaladja a kétezer

főt (ebben az esetben legalább egy, és minden kétezer fő után további egy trafik legyen) (6. § (2) bekezdés).

- minden trafik elnyerésére külön kell pályázni (6. § (4) bekezdés).
- a pályázatokat minél szélesebb körben közzé kell tenni (7. § (2) bekezdés).
- a pályázati kiírásnak tartalmaznia kell a pályázat elbírálásának szempontjait, amelyek során kötelező elemként kell, hogy megjelenjen az engedély meg nem adásának feltételrendszere – így például 1 millió forintot meghaladó vám- vagy adóbírság, vagy 30 napon túli köztartozás, stb. (13. § (5) bekezdés) – valamint az is, hogy előnyben kell részesíteni a pályázók közül: a megváltozott munkaképességűt, az egybefüggően 3 hónapja álláskeresőt, olyan személyt, aki ilyen személyeket foglalkoztat (7. § (3) bekezdés).
- a koncessziós szerződések 20 évre kell megkötöni, és dohány-kiskereskedelmi tevékenység a pályázattal érintett településen belül bárhol gyakorolható (7. § (4)-(5) bekezdés).
- a pályázati kiírásnak tartalmaznia kell a gazdasági, jogi, személyi és tárgyi feltételek meghatározását, a dohány-kiskereskedelemmel összeférhető tevékenységeket, a pályázat benyújtásának határidejét és helyét, valamint minden további követelményt, szempontot és információt (7. § (6) bekezdés).
- a dohány-kiskereskedelmi tevékenység folytatása során törekedni kell arra, hogy a fiatalok ne juthasson dohánytermékhez; ennek érdekében amennyiben kiskorú személy tartózkodik, a trafik területén fel kell őt szólítani az üzlethelyiség elhagyására, és ameddig azt el nem hagyja, minden értékesítési tevékenységet fel kell függeszteni (16. §).

Érintett pályázati kiírások

A vizsgálat során két – a Nemzeti Fejlesztési minisztérium (a továbbiakban: NFM) és a Nemzeti Dohánykereskedelmi Nonprofit Zrt. (a továbbiakban: NDN Zrt.) által is megküldött – pályázati kiírás tartalmára kellett figyelemmel lenni. Az első pályázati kiírás 2012. december 15-én, míg az első pályázat során meg nem kötött koncessziós szerződésekre kiírt pótlólagos pályázat – a 2013. március 29-én közzétett eredménytelenségi hirdetménnyel érintett 1417 település vonatkozásában – 2013. május 2-án került nyilvánosságra.

A 2012. december 15-én kiírt pályázatban meghatározásra kerültek a koncessziós tevékenység folytatásának jogi (alkalmazandó jogszabályok, a szerződés megkötésének ideje, működéshez szükséges engedélyek köre stb.), személyi, gazdasági (a megfizetendő koncessziós díjak mértéke, annak megfizetési határideje) és tárgyi (pl. a trafik külső kinézetének követelményeit) feltételei, valamint a pályázat benyújtásának követelményei. Személyi feltételként került rögzítésre a kiírásban, hogy csak 18. életévét betöltött bel- és külföldi természetes személy pályázhat, dohány-kiskereskedelmi tevékenységet azonban csak gazdasági társaságként, vagy egyéni vállalkozóként folytathat. A pályázati kiírás is rögzítette a pályázatból kizártak körét, így pl. azt, aki büntetett előéletű, akinek adó- vagy vámtartozása áll fenn, akinek 30 napot meghaladó köztartozása van, aki a vámhatóság vezetője vagy annak közeli hozzátartozója, esetleg alkalmazottja, illetve aki ellen dohánytermékkel összefüggő bűncselekmény miatt eljárás folyik. *Fontos azonban rögzíteni, hogy a pályázati kiírás nem követelte meg a pályázótól, hogy korábban dohány-kiskereskedelmi tevékenységet folytasson.* A kiírás rögzítette továbbá a trafikban forgalmazható termékek körét, a fogyasztók tájékoztatásának kötelezettségét, a nagyvállalatokkal és az NDN Zrt.-vel való együttműködés kötelezettségét, az adattovábbítást, és a fiatalok védelmére vonatkozó követelményeket (így pl. a belépési tilalmat, vagy az árusítási tilalmat).

A pályázat benyújtásának követelményei között meghatározta a kiírás a pályázat benyújtásának határidejét (ami az első kiírás esetében 2013. február 13. volt), a pályázati díjat

és a pályázati biztosíték mértékét (amelyet a kiíró a sikertelen pályázat esetében visszautalt), a pályázat beadásának módját és az egy személy által maximálisan benyújtható pályázatok számát (ami országosan korlátlan, városonként/kerületenként azonban maximum 5 pályázat lehetett sikeres, azzal a feltétellel, hogy egy személy nem birtokolhatja a település/kerület összes dohány-kiskereskedelmi jogát). Emellett rögzítette a kiírás a pályázatok tartalmára és a csatolandó mellékletek körére (pl. adatlap, ajánlati formalevél, tevékenységi formáról való nyilatkozat, személyes adatok stb., és az üzleti terv) vonatkozó előírásokat is.

A kiírás tartalmazta a pályázatok elbírálásának szempontjait is. A pályázati kiírás törzs része általánosságban rögzítette, hogy a pályázatok elbírálásáról egy – minisztériumok által delegált tagokból álló – bíráló bizottság dönt, akik településenként a legtöbb pontot kapott pályázatokat hirdetik ki győztesként. A kiírás 4. számú melléklete rögzítette a konkrét értékelési szempontokat és az azokra adható pontszámokat – amelyek közül az üzleti tervre adható pontok (1-60) száma a maximálisan kiosztható pontok jelentős részét képezte.

A kiírás mindegyik értékelési szemponthoz írásbeli magyarázatot is fűzött, amelyek közül érdemes kiemelni az üzleti terv értékelésének iránymutatását: eszerint az üzleti terv tartalmazza a tevékenység gyakorlása során végezni kívánt üzletszerű gazdasági tevékenység bemutatását. Az üzleti terv egy legalább 3, de maximum 5 évre szóló (legfeljebb 10 oldalas) koncepció, amely bemutatja a pályázó szakmai életútját, képesítéseit és egyéb kompetenciáit – amelyek alkalmassá teszik a trafik üzemeltetésére –, a pályázó üzleti céljait, a célok elérésének tervezett módját, ismerteti az igénybeveendő külső és belső erőforrásokat, demonstrálja azok várható eredményeit, tartalmazza a tevékenység biztonságos és folyamatos végzéséhez szükséges feltételek megteremtéséhez szükséges eszközöket, a forgalmazni kívánt dohánytermékek választékára vonatkozó elképzeléseket, a tevékenység rentábilis megvalósításához szükséges gazdasági elképzeléseket, valamint mindazokat az egyéb információkat, amelyeket a pályázó fontosnak tart (így pl. megvalósíthatóság, megalapozottság stb.).

Az NDN Zrt. és az NFM válaszában kiemelte, hogy az üzleti terv pontszámításban való hangsúlyosságának célja elsősorban az volt, hogy a trafik koncessziókat elnyerő személyek maradéktalanul betartsák a Dohánytörvény alapelveit és célkitűzéseit. Az NFM azt is kifejtette továbbá, hogy az üzleti terv pontszámításban való hangsúlyosságának további célja volt az is, hogy élet- és piacképes vállalkozások jöjjenek létre, amelyek előzetes felmérése, csak az üzleti terv döntő súlyú értékelésével lehetséges. Az NFM válaszában azt is hangsúlyozta, hogy az üzleti tervek elkészítésének szempontrendszere a pályázati kiírásban pontosan rögzítve volt, így mindenki számára megismerhető volt, és ezért ezek betartásával az üzleti terv alkalmas volt arra, hogy közgazdaságilag is megalapozott képet nyújtson a pályázók jövőbeli tevékenységének várható potenciáljáról. Az NFM az üzleti tervvel összefüggésben arról tájékoztatott, hogy a pályázatok elbírálása során *jelenthetett pozitív elbírálást az a tény, hogy a pályázó korábban hasonló tevékenységet végzett.*

Az NFM és az NDN Zrt. a pályázati kiírást követő (elsősorban a forgalmazható termékek körére vonatkozó) jogszabályi változtatások vonatkozásában kiemelte, hogy kiíró a módosítás hatályba lépését megelőzően, *2013. február 4-én közzétette a pályázati kiírás módosítását és kiegészítését, amelyben a pályázatok beadási határidejét 2013. február 13. napjáról 2013. február 22. napjára módosította.* Ezzel az NFM és az NDN Zrt. álláspontja szerint a kiíró elősegítette, hogy a pályázóknak elegendő idő álljon rendelkezésére pályázatok új jogszabályi feltételekhez igazodó üzleti tervének összeállítására, valamint a már benyújtott pályázatok esetében egy alternatív üzleti terv benyújtásának lehetőségére.

Az első pályázati kiírás lezárultát követően közzétett eredménytelenségi hirdetmény alapján 1417 település vonatkozásában 2013. május 2-án új pályázati kiírás került közzétételre. Ezen kiírás az NFM és az NDN Zrt. tájékoztatása szerint érdemben megegyezik a korábban megjelent kiírással – természetesen a határidők megváltoztatásával. Eltérésként

jelent meg azonban az újabb pályázati kiírásban, hogy a benyújtási feltételek között már nem írja elő a kiíró a pályázati biztosíték rendelkezésre bocsátásának kötelezettségét. *Az újabb pályázati kiírás sem tartalmazza tehát, hogy a már régebb óta dohány-kiskereskedelemmel foglalkozó személyek előnyben részesülnének a pályázati elbírálás során.* A második pályázati kiírás benyújtásának határideje 2013. június 30-án járt le, a kiíró még nem közölte azok eredményét.

Az érintett alapvető jogok

- *a tisztességes eljáráshoz való jog* (Alaptörvény XXIV. cikk (1) bekezdés: „Mindenkinek joga van ahhoz, hogy ügyeit a hatóságok részrehajlás nélkül, tisztességes módon és ésszerű határidőn belül intézzék. A hatóságok törvényben meghatározottak szerint kötelesek döntéseiket indokolni.”)
- *a tulajdonhoz való jog* (Alaptörvény XIII. cikk: „(1) Mindenkinek joga van a tulajdonhoz [...]”)
- *a vállalkozás szabadságához való jog* (Alaptörvény M. cikk (1) bekezdés: „Magyarország gazdasága az értékteremtő munkán és a vállalkozás szabadságán alapszik”, Alaptörvény XII. cikk (1) bekezdés: „Mindenkinek joga van a munka és a foglalkozás szabad megválasztásához, valamint a vállalkozáshoz [...]”)
- *a gyermek védelemhez és gondoskodáshoz való joga* (Alaptörvény XV. cikk (5) bekezdés: „Magyarország külön intézkedésekkel védi [...] a gyermekeket [...]”; Alaptörvény XVI. cikk (1) bekezdés: „Minden gyermeknek joga van a megfelelő testi, szellemi és erkölcsi fejlődéshez szükséges védelemhez és gondoskodáshoz.”)

A vizsgálat megállapításai

I. Az alapvető jogok biztosának feladat- és hatáskörét, valamint ennek ellátásához szükséges vizsgálati jogosultságokat az alapvető jogok biztosáról szóló 2011. évi CXI. törvény (Ajbt.) határozza meg. Az Ajbt. 18. § (1) bekezdésének a) pontja és a 18. § (2) bekezdésének a) pontja szerint az alapvető jogok biztosához bárki fordulhat, ha megítélése szerint közigazgatási szerv, illetve állami vagy önkormányzati feladatot ellátó, illetve e feladat ellátásában közreműködő szerv tevékenysége vagy mulasztása a beadványt tevő személy alapvető jogát sérti vagy annak közvetlen veszélyével jár (a továbbiakban együtt: visszásság), feltéve, hogy a rendelkezésre álló közigazgatási jogorvoslati lehetőségeket – ide nem értve a közigazgatási határozat bírósági felülvizsgálatát – már kimerítette, vagy jogorvoslati lehetőség nincs számára biztosítva.

Az Ajbt. 18. § (2) bekezdés a) pontja alapján a Nemzeti Dohánykereskedelmi Nonprofit Zrt. – mint állami feladatot ellátó szerv – közszolgáltatást végző szervnek tekinthető. A (2) bekezdés utolsó fordulata alapján azonban a közszolgáltatást végző szerv kizárólag e tevékenységével összefüggésben vizsgálható.

Az Alaptörvény 30. cikk (1) bekezdése értelmében az alapvető jogok biztosa alapjogvédő tevékenységet lát el. Az Alaptörvény 30. cikk (2) bekezdéséből következően az elsődleges feladata, hogy az egyéni alapjogokkal kapcsolatos visszásságokat kivizsgálja és kivizsgáltassa, továbbá, hogy azok orvoslását kezdeményezze. Az Alaptörvény rendszerében tehát az alapvető jogok biztosa nem általános törvényességi felügyeletet gyakorol a jogszabályok betartása felett, hanem abból a szempontból folytatja le vizsgálatait, hogy az érintettek alapjogai érvényesültek-e vagy alkotmányos visszásság merült fel. Az alapvető jogok biztosa csak az Ajbt. 18. §-a alapján hatáskörébe tartozó kérdésekkel összefüggésben folytathat le vizsgálatot, és csak az azokkal kapcsolatban megállapított alapjogi visszásságok megszüntetésére hívhatja fel a vizsgálattal érintett szerveket. Nem tartozik azonban az alapvető jogok biztosának hatáskörébe az egyedi jogviták eldöntése, és az egyedi ügyekben való jogorvoslat biztosítása sem, tekintettel arra, hogy az alapvető jogok biztosának eljárása

elkülönül a közigazgatási és a bírói jogorvoslat rendszerétől. Mindezeket túl fontos megjegyezni, hogy az Ajbt. alapján az alapvető jogok biztosa a vizsgálata során megállapított visszasságokkal kapcsolatban ajánlást tehet, vagy kezdeményezést fogalmazhat meg a vizsgálattal érintett szerv vagy ajánlás esetében annak felügyeleti szerve részére a visszasság orvoslása érdekében. Nem jogosult azonban nyomozati tevékenység lefolytatására, és arra sem, hogy egy pályázati eljárásban az összes pályázatot egyenként értékelje.

II. Az alapvető jogok biztosa egy adott társadalmi probléma mögött álló összefüggésrendszer feltárása során autonóm, objektív és neutrális módon, kizárólag alapjogi érvek felsorakoztatásával és összevetésével tesz eleget mandátumának. Az ombudsmani intézmény megalakulása óta az állampolgári jogok országgyűlési biztosa következetesen, zsinórmértékként támaszkodott az Alkotmánybíróság alapvető jogállami garanciákkal és az alapjogok tartalmával kapcsolatos elvi megállapításaira, valamint – az ombudsmani jogvédelem speciális vonásainak megfelelően – alkalmazta az alapjog-korlátozás alkotmányosságát megítélni hivatott egyes alapjogi teszteket.

Magyarország Alaptörvényének és az alapvető jogok biztosáról szóló 2011. évi CXI. törvény hatályba lépésével az alapvető jogok biztosaként is követni kívánom a fenti gyakorlatot, így míg az Alkotmánybíróság eltérő álláspontokat nem fogalmaz meg, *eljárásom során irányadónak tekintem a testület eddigi megállapításait*. Mindezt alátámasztandó, az Alkotmánybíróság maga a 14/2013. (VI. 17.) AB határozatában arra mutatott rá, hogy „az Alkotmánybíróság a hatályát veszttett alkotmánybírósági határozat forrásként megjelölésével, a lényegi, az adott ügyben felmerülő alkotmányossági kérdés eldöntéséhez szükséges mértékű és terjedelmű tartalmi vagy szövegszerű megjelenítéssel hivatkozhatja vagy idézheti a korábbi határozataiban kidolgozott érveket, jogelveket.”

1. Az alkotmányos alapjogok és alapelvek tekintetében

1.1. *Az Alaptörvény XXIV. cikkének (1) bekezdése szerint mindenkinek joga van ahhoz, hogy ügyeit a hatóságok részrehajlás nélkül, tisztességes módon és ésszerű határidőn belül intézzék. A hatóságok törvényben meghatározottak szerint kötelesek döntéseiket indokolni.*

A tisztességes eljáráshoz való jog az alkotmánybírósági gyakorlatban a független és pártatlan bírósághoz való jog, illetve a jogállam fogalmából eredő eljárási garanciák védelmének egymásra vonatkoztatásából tartalmilag levezetett alkotmányos alapjog.¹ Az Alkotmánybíróság határozatban utalt arra, hogy a tisztességes eljáráshoz való jog abszolút jog, amellyel szemben nem létezik mérlegelhető más alapvető jog vagy alkotmányos cél, mert már maga is mérlegelés eredménye.² Az Alkotmánybíróság szerint a tisztességes eljárás követelménye olyan minőség, melyet az eljárás egészének és körülményeinek figyelembevételével lehet megítélni.³ Ezért egyes részletek hiánya ellenére éppúgy lehet az eljárás méltánytalan, igazságtalan, vagy nem tisztességes, mint az összes részletszabály betartása esetén.

Fontos, hogy a jogállamiság és az abból fakadó tisztességes eljárás követelményének nem csak a szabályozási szinten, hanem a jogalkalmazó szervek mindennapi gyakorlatában is folyamatosan érvényesülnie kell. Az Alaptörvény XXIV. cikkének érvényesüléséhez tehát nem elegendő, ha a hatóságok betartják az ügy elintézésére irányadó anyagi és eljárási jogszabályokat, hanem szükséges az is, hogy mind az egyedi ügyintézés, mind az arra irányadó jogszabályok segítsék az ügyféli jogok érvényesülését.

1.2. *A tisztességes eljáráshoz való jog az emberi méltósághoz való jogból is*

¹ 315/E/2003. (X. 7.) AB határozat

² 6/1998 (III. 11.) AB határozat, 14/2004. (V. 7.) AB határozat

³ 6/1998 (III. 11.) AB határozat

levezethető alapvető jog. A tisztességes eljárás követelménye minden olyan eljárásra vonatkozik, amelyben valamely természetes vagy jogi személy az állam jogalkalmazói tevékenysége által érintett. Az Alaptörvény XXIV. cikke az Európai Unió Alapjogi Chartájába foglalt megfelelő ügyintézéshez, a „jó közigazgatáshoz” való jog követelményeként fogalmazza meg a bíróságokon kívül a közigazgatási hatósági eljárásokra vonatkozóan is a tisztességes eljárás kívánalmát.

A hivatkozott és idézett, a tisztességes eljáráshoz való jogot megfogalmazó alaptörvényi rendelkezéseket az ismertetett alkotmánybíróági tartalommal szükséges értelmezni. Így tekintettel kell lenni arra, hogy a konkrét eljárásoknak meg kell felelniük minden tekintetben a „tisztességesség” követelményének, ami magában foglalja a jogszabályi rendelkezések alkotmányosságát éppen úgy, mint az adott eljáró állami szerv ilyen minőségű eljárási cselekményeit. Ez utóbbi egyébként felöli azokat az állami szerv, vagy annak képviselőjében eljáró személy által tanúsított magatartásokat is, amelyek nincsenek jogszabályban pontosan nevesítve, illetve eljárási alapelv szintjén adottak.

1.3. *Az Alaptörvény XIII. cikke szerint mindenkinek joga van a tulajdonhoz és az örökléshez. A tulajdon társadalmi felelősséggel jár. Tulajdont kisajátítani csak kivételesen és közérdekből, törvényben meghatározott esetekben és módon, teljes, feltétlen és azonnali kártalanítás mellett lehet.*

Az Alkotmánybíróság következetes gyakorlata szerint az alkotmányjogi tulajdonvédelem nem feltétlenül követi a polgári jogit.⁴ Az Alaptörvény XIII. cikkének védelme ugyanis nem csupán a dologi jogokra (ingókra és ingatlanokra) terjed ki, hanem a vagyoni értékkel bíró jogosultságokra, továbbá az ún. közjogi várományokra is. Ugyanakkor az alkotmányjogi tulajdon tartalmát a közjogi és magánjogi kötöttségekkel együtt kell érteni.

Az Alkotmánybíróság a *tulajdonhoz való jog* korlátozásának megítélésére, szemben más alapjogokkal nem a szükségességi-arányossági tesztet, hanem a közérdekűségi tesztet alkalmazza. A korlátozásánál az alkotmányossági vizsgálat egyik szempontja a másik alapvető jog, alkotmányos érték vagy cél érvényesülésének szükségessége, vagy a közérdek miatt fennálló szükségesség. A közérdek alapján történő tulajdonkorlátozásnál az Alkotmánybíróság nem tekinti elégséges alapnak, hogy a jogszabály általánosságban hivatkozik a korlátozást szükségessé tevő közérdekre, szabad hatósági mérlegelési jogkörben hagyva annak meghatározását, hogy konkrétan milyen tulajdoni tárgyakra kell a korlátozást alkalmazni. A közérdeket jogszabályban úgy kell meghatározni, hogy konkrét ügyben a közérdekből történő korlátozás szükségességét bíróság ellenőrizhesse. A vizsgálat másik szempontja itt is az arányosság: ugyanis a korlátozással elérni kívánt cél fontosságának és az ennek érdekében okozott alapjog-sérelem súlyának összhangban kell állnia.⁵

1.4. *Az Alaptörvény M) cikk (1) bekezdése úgy fogalmaz, hogy Magyarország gazdasága az értékkeremtő munkán és a vállalkozás szabadságán alapszik, a XII. cikk (1) bekezdése pedig kimondja, hogy mindenkinek joga van a munka és a foglalkozás szabad megválasztásához, valamint a vállalkozáshoz.*

Az Alaptörvény szerint Magyarország gazdasága olyan piacgazdaság, amely a különböző tulajdonformák egyenrangúságának, valamint a vállalkozás és verseny szabadságának alkotmányosan elismert elve alapján működik. A vállalkozás szabadsága és a vállalkozáshoz való jog tehát a piacgazdaság egyik lényeges eleme, amelynek alapjogi státuszából következik, hogy korlátozása ellen nemcsak az Alaptörvény nyújt védelmet, hanem amennyiben a jogszabályi korlátozás nem a piacgazdaság előmozdítását, kiegészítését szolgálja – lényeges tartalmát tekintve – még törvényhozási úton is korlátozhatatlan. A vállalkozás jogának alapjogi minőségéből tehát az következik, hogy az csak akkor és

⁴ Elsőként: 64/1993. (XII. 22.) AB határozat

⁵ Vö. 17/2008. (III. 12.) AB határozat

annyiban korlátozható, amikor és amennyiben a korlátozás végső eszközének fennállnak az alkotmányos indokai.

Más Alkotmánybírósági határozatok is azt erősítik meg, hogy az Alaptörvényben meghatározott vállalkozás joga alapjognak minősül. A vállalkozás jogának alapjogi minőségéből pedig az következik, hogy az csak akkor és olyan mértékben korlátozható, amennyiben a korlátozás végső eszközének fennállnak az alkotmányos indokai. Az Alkotmánybíróság számos határozatában követett eddigi gyakorlata szerint a korlátozás akkor nem alkotmányellenes, ha az az elérni kívánt alkotmányos cél szempontjából elkerülhetetlen és arányos mértékű.⁶

Az alkotmánybírósági gyakorlat rámutat azonban arra is, hogy a vállalkozás joga nem abszolutizálható, és különösen nem korlátozhatatlan: senkinek sincs alanyi joga meghatározott foglalkozással kapcsolatos vállalkozás, sem pedig ennek adott vállalkozási jogi formában való gyakorlásához. A vállalkozás joga annyit jelent – de annyit alkotmányos követelményként feltétlenül – hogy az állam ne akadályozza meg, ne tegye lehetetlenné a vállalkozóvá válást.⁷

1.5. Az Alaptörvény XV. cikk (5) bekezdése szerint Magyarország külön intézkedésekkel védi [...] a gyermekeket [...], az Alaptörvény XVI. cikk (1) bekezdése szerint pedig minden gyermeknek joga van a megfelelő testi, szellemi és erkölcsi fejlődéshez szükséges védelemhez és gondoskodáshoz.

A gyermekek jogairól szóló ENSZ egyezményt az ENSZ Közgyűlése 1989. november 20-án egyhangúan fogadta el és 1990. szeptember 2-án lépett hatályba. A következő évtizedben az ENSZ tagállamok – két ország kivételével – ratifikálták. Ezzel az Egyezmény a legszélesebb körben elismert nemzetközi emberi jogi szerződéssé vált. Magyarország, mint az Egyezményt ratifikáló országok egyike,⁸ nemzetközi kötelezettséget vállalt, hogy érvényesíti a gyermekek alapvető jogait és gyakorlatban alkalmazza az egyezmény előírásait.

Az Egyezmény legjelentősebb előrelépése, hogy a gyermekeket *személyeknek* és *állampolgároknak* ismeri el, akik képesek arra, hogy aktív szerepet játsszanak emberi jogaik megélésében. A gyermek így módon sokkal inkább társadalmi szereplő, semmint erőtlen és hangtalan gyámolítottja a családnak és a társadalomnak. Az Egyezmény a gyermek jogairól bevezette és hangsúlyozza azt a felfogást, miszerint a gyermekek jogokkal bíró személyek, átmenetet képezve a szükségletek kielégítésére alapozott politikától a jogok és az egyéni érdekek tiszteletén alapuló politika irányába.

Az Egyezményben részes államok, a dokumentum 24. cikkében elismerték a gyermeknek a lehető legjobb egészségi állapothoz való jogát, valamint, hogy orvosi ellátásban és *gyógyító-nevelésben* részesülhessen, és erőfeszítéseket tesznek annak biztosítására, hogy egyetlen gyermek se legyen megfosztva az ezeknek a szolgáltatásoknak az igénybevételére irányuló jogától.

A korábbi Alkotmány⁹ 67. § (1) bekezdésében foglaltak szerint a Magyar Köztársaságban minden gyermeknek joga van a családjá, az állam és a társadalom részéről arra a védelemre és gondoskodásra, amely a megfelelő testi, szellemi és erkölcsi fejlődéséhez szükséges. Az alkotmányi felsorolás (család, állam, társadalom) egyben „rangsornak” is tekinthető: a gyermeknek elsődlegesen a családtól kell a szükséges védelmet és gondoskodást megkapnia. Ezt egészíti ki, meghatározott esetekben pedig pótolja, illetve helyettesíti az

⁶ Lásd: 20/1990. (X. 4.) AB határozat

⁷ Lásd: 54/1993. (X. 13.) AB határozat

⁸ Kihirdette az 1991. évi LXIV. törvény

⁹ 1949. évi XX. törvény

állami intézményvédelem.¹⁰ Ez a fajta sorrend fakad a vonatkozó nemzetközi dokumentumok rendelkezéseiből, valamint ezt diktálja a gyermek mindenekfelett álló érdeke, de ezt támasztja alá az Alkotmánybíróság gyakorlata is. A gyermeknek e joga tehát megalapozza az állam alkotmányos köteletségét a gyermek fejlődésének védelmére. Az állam alatt nem pusztán a Magyar Államot, mint jogi személyt kell jelen esetben érteni, hanem – a különböző jogszabályokban meghatározott feladat- és hatáskörében eljárva – valamennyi, ezért tételesen meg nem határozható állami- és önkormányzati szervet is.

2. Az ügy érdeme tekintetében

A Dohánytörvény elfogadását követően egy beadvány érkezett a Hivatalomhoz (AJBH-3774/2013.), amelyben a beadványozó a Dohánytörvény több §-ának és a nemzeti vagyonról szóló 2011. évi CXCVI. törvény 12. § (1) bekezdés 1) pontjának megsemmisítését kérte, arra való hivatkozással, hogy a dohánytermékek kiskereskedelmi értékesítésének állami monopóliumba vétele, és annak kizárólag koncessziós szerződések keretében történő átengedése, sérti a tulajdonhoz való jogot és vállalkozás szabadságához való jogot.

Ahogy korábban már arra utaltam, a tulajdonhoz való jog Alaptörvényben értelmezett megközelítése nem feltétlenül követi a polgári jogi megközelítést, ugyanis azt bizonyos közjogi (és magánjogi) kötöttségekkel együtt kell értelmezni. A tulajdonhoz való jog korlátozásának kérdést mindig az Alkotmánybíróság által alkalmazott közérdekűségi teszt tükrében kell megvizsgálni. Ennek során vizsgálni kell a korlátozás (jelen esetben a dohánytermékek kizárólagos állami tulajdonba vételének kérdését) célját és a közérdek miatt fennálló szükségességét, valamint az elérni kívánt céllal okozott alapjogsérelem súlyosságának arányosságát. A vállalkozás szabadásához való jog vonatkozásában pedig ismételten hangsúlyozni kell, hogy *a vállalkozás joga nem abszolutizálható, és különösen nem korlátozhatatlan*, azaz senkinek sincs alanyi joga meghatározott foglalkozással kapcsolatos vállalkozás, sem pedig ennek adott vállalkozási jogi formában való gyakorlásához.

Az Alkotmánybíróság több esetben is foglalkozott már bizonyos tevékenységi körök kizárólagos állam tulajdonba vételének kérdésével. A 677/B/1995. (XI. 13.) AB határozatában az Alkotmánybíróság a gyógyszerterek létesítéséről és működésük egyes szabályairól szóló 1994. évi LIV. törvény (a továbbiakban Gysztv.) egyes rendelkezéseit vonta vizsgálata alá. Az indítványozó a Gysztv. azon rendelkezését támadta, miszerint *„a személyi jogot pályázat kiírása nélkül annak a gyógyszerteret vezetésére jogosult gyógyszerésznek kell engedélyezni, akit az Állami Vagyonügynökség privatizációs eljárása keretében a közforgalmú gyógyszerteret kiírt pályázat nyertesének nyilvánít.”* Abban az ügyben az indítványozó álláspontja szerint e rendelkezés értelmezése alapján „bátorodtak fel az önkormányzatok, hogy szakmai kompetenciát vindikáljanak maguknak”, ezáltal meghatározó szerephez jutottak a gyógyszerterek üzemeltetése és működtetése terén. Később egy másik indítvány is érkezett az Alkotmánybírósághoz, ami szerint a Gysztv.-nek nem a szakmai garancia biztosítása a valódi célja, hanem a vállalkozási lehetőségek közigazgatási kiosztása. Az Alkotmánybíróság a beadványokat elutasította, és az indokolásban kifejtette, hogy az Alkotmánybíróság nem vizsgálja a jogszabályok célszerűségének, hatékonyságának, valamint igazságosságának a kérdéseit,¹¹ valamint azt is, hogy a Gysztv. megfogalmazott szabályai a vállalkozáshoz való jog szükséges és arányos korlátjának tekinthetők – ugyanis a gyógyszerészeti területen megvan a megfelelő súlyú alkotmányos indok a vállalkozás szabadságának korlátozására. Mindez megfelelően irányadó a dohánytermék-kiskereskedelmi tevékenységre is, azzal, hogy ott az alkotmányos indokot a fiatalok védelme jelenti.

¹⁰ Részletesen lásd később, továbbá lásd: HAJAS Barnabás - SCHANDA Balázs: *A gyermekek jogai*, In JAKAB András (szerk.): *Az Alkotmány kommentárja*, Századvég, Budapest, 2009. 2390-2393.

¹¹ Lásd bővebben: 772/B/1990 (II. 18.) AB határozat

A 1094/B/2006. (II. 19.) AB határozatában az Alkotmánybíróság (utalva korábbi gyakorlataira) szintén a Gysztv. közforgalmú gyógyszertárakra működtetésére és megnyitására vonatkozó rendelkezésével összefüggésben megállapította, hogy az Alkotmány a tulajdonjogot az egyéni cselekvési autonómia anyagi alapjaként részesíti védelemben. A védelem terjedelme a közjogi és magánjogi korlátokkal együtt értelmezhető, függ a jogosultság alanyától, tárgyától és funkciójától, valamint a korlátozás módjától.¹² A határozat indokolásában megállapította az Alkotmánybíróság, hogy a meghatározott lakosságszámhoz kötött személyi jog, illetve az új gyógyszertárak létesítése engedélyezésének lakosságszámhoz kötése lényegében létszámkorlátozást valósít meg: egy település nagyrészt változatlan összlakosság-száma meghatározott számú közforgalmú gyógyszertár működtetését teszi lehetővé. Az Alkotmánybíróság rámutatott, hogy az Alkotmány 13. §-a – ahogyan egyébként az Alaptörvény az azzal e tekintetben tartalmilag megegyező XIII. cikke – azonban a tulajdon elvonása, illetve korlátozása ellen biztosít védelmet, és nem jelenti azt, hogy a jogalkotónak a vagyoni értékű jog piaci értékállóságát garantálnia kellene.

A dohánytermék-kiskereskedelem vonatkozásában mindezek alapján megállapítható, hogy a vállalkozás szabadságához való jog korlátozása jelen esetben kiállja a szükségesség-arányosság próbáját.

A korábban idézett Alkotmánybírósági döntéseket is figyelembe véve, a tulajdonhoz való jog korlátozására a közérdekűségi teszt figyelembe vételével kerülhet sor. A közérdekűségi teszt vonatkozásában az első kérdés, amit vizsgálni kell a tulajdonhoz való jog korlátozásának szükségessége. A korlátozást az teheti szükségessé, ha egy másik alapjog vagy valamely alkotmányos érdek illetve cél érvényesülése azt indokolttá teszi. A dohánytermékek kiskereskedelme esetén ez az alkotmányos érdek a fiatalkorúak védelme. Lényeges hangsúlyozni, hogy a fiatalkorúak védelmével összefüggésben az állam kockázattérítésként folytat az intézményvédelmi kötelezettségének teljesítése érdekében. Az államnak azt kell biztosítania, hogy a gyermeket minél kevesebb káros hatás érje, és ezt úgy tudja leghatékonyabban megvalósítani, ha az őt érő kockázatok minimalizálja. Az állam mérlegelési jogkörébe tartozik, hogy a jelenleg fennálló halót elegendőnek tartja-e (ez a Dohánytörvény elfogadásakor, mindössze a fogyasztóvédelmi törvény tilalmi szabálya volt, amely kimondta, hogy 18 év alatti személy dohányterméket nem vásárolhat). Ennek fényében az állam azon döntése, hogy a dohánytermékek kiskereskedelmét állami monopóliumba veszi, értékelhető a fiatalkorúak védelmére irányuló intézkedésként. Ez a cél, pedig megfigyelhető azon alkotmányos érdeknek, ami a tulajdon (hiszen egy tevékenységhez való jogosultságot is tulajdonnak tekinthetünk) korlátozását szükségessé teszi. Arányossági oldalról pedig megállapítható, hogy a gyermekek védelemhez való jogának biztosítása arányossá teszi ezen jogosultság (tulajdon) korlátozását, különösen annak tükrében, hogy az állam koncessziós szerződések útján azokat tovább adja a természetes személyek részére. *Mindezek alapján megállapítható, hogy a dohánytermék-kiskereskedelem állami monopóliumba vétele – a dohánytermékek speciális jellege miatt – nem sérti a tulajdonhoz való jog alkotmányos elvét.*

További kérdésként merült fel, hogy a fiatalkorúak védelme érdekében indokolt volt-e a dohánytermék-kiskereskedelem állami monopóliumba vétele. A kérdés tisztázása érdekében érdemes pár nemzetközi példát megvizsgálni. Európa északi részén található országok közül számos országban találunk példát az alkoholtermékek koncessziós árusítására. Svédországban, Norvégiában, Finnországban és a már nem Skandináviához tartozó Izlandon ezen felül állami monopólium a borok, tömény szeszek, likőrök árusítása is (Izlandon még sört sem lehet venni a „sarki kisboltban”). Az északi országok közül talán a svédek korlátozása a legismertebb, mivel náluk alakult ki először ez a rendszer, melynek komoly

¹² 64/1993. (XII. 22.) AB határozat

történelmi hagyományai is vannak. Az alkohol termékek állam monopóliumba vételének elsősorban egészségügyi okai voltak: a túlzott mértékű alkohol fogyasztás visszaszorítása volt az elsődleges cél, ami alkotmányosan is indokolhatóvá tette ezen termékek kiskereskedelmi árusításának monopolizálását.

Az amerikai kontinensen az Egyesült Államokban és Kanadában találkozhatunk az alkoholos italok forgalmazásának korlátozásával. Az USA-ban nagy hagyományai vannak a mérsékelt alkoholfogyasztás propagálásának, jelenleg 18 államban van érvényben olyan szabályozás, mely koncentrálna és koncessziós rendszerbe helyezi a borok, sörök, és röviditalok árusítását. Az amerikai rendszer ugyanakkor államról államra változó képet mutat, van, ahol az állam kezében összpontosul a kiskereskedelmi eladás is, és van olyan, ahol ezt magánboltok végzik külön engedéllyel. Washington államban például épp idén június elsejével privatizálták a „likőrboltokat”. Az is államonként változik, hogy milyen alkoholtartalmú italokat árusíthatnak csak a *liquor store*-okban, Utah-ban már a 3,2 százalékos söröket sem lehet bárhol megvenni, míg Idahóban a 16 alkoholszázalék feletti italok tartoznak az állami terjesztés hatálya alá.

Mindezek alapján is jól látható, hogy a dohánytermékek kiskereskedelmének állam tulajdonba vétele hasonló az említett példákban felsorolt országokban történő alkoholárusítási korlátozásokhoz. Ahogyan ezekben az országokban az alkohol árusítás vonatkozásában (lásd egészséghez való jog védelme), úgy Magyarországon a dohánytermékek-kiskereskedelmének monopolizálása esetében is (fiatalkorúak védelme) *megtalálható azon alkotmányos érdek, amely szükségessé és egyben arányossá teszi a tulajdonhoz való jog korlátozását.* Mindemellett fontos megjegyezni azt is, hogy a dohánytermékek esetében az állami monopóliumba vétel alkotmányosságához, nem feltétlenül szükséges külön alkotmányos érdeket sem megjelölni, elegendők pusztán az általános népegészségügyi szempontok is. Így pl. Ausztriában a *Tabakmonopolsgesetz* nem jelöl meg külön alkotmányos érdeket a dohánytermékek állami monopóliumba vételéhez, mégis alkotmányosnak tekinthető az ottani szabályozás is. *Mindezek alapján a tulajdonhoz való jog sérelmét állító beadványt elutasítottam.*

A dohánytermék-kiskereskedelmére kiírt koncessziós pályázatok elbírálásának értékelése

A vizsgálat során beérkezett beadványok közül számos panasz irányult a trafikok üzemeltetésére és az ehhez kapcsolódó koncessziós szerződések megkötésére kiírt pályázati eljárás, valamint a pályázatok elbírálásának vizsgálatára. Ezek elsősorban a pályázati kiírás értékelési szempontrendszerét, a pályázat benyújtásának ideje alatt bekövetkezett számos jogszabályi változást, valamint a döntéssel szembeni jogorvoslat hiányát kifogásolták.

Mindenekelőtt fontos kiemelni, hogy a trafikokra kiírt pályázatok nagy számára való tekintettel, az eredményének tartalmi felülvizsgálatára, az egyes pályázatok külön-külön történő (egyedi) áttekintésére nincs hatásköröm, ezért a jelentésben csak a pályázati kiírás, és a pályáztatás általános szempontjainak vizsgálatára tértem ki. Fontos hangsúlyozni, hogy a pályázati eljárásban felmerülő adatvédelmi kérdések vizsgálatára a Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság, az esetleges büntetőjogi kérdések vizsgálatára pedig a nyomozó hatóságok jogosultak. A szerződésekkel kapcsolatos polgári jogi jogviták eldöntésére pedig bíróságok rendelkeznek hatáskörrel.

Fontos kiemelni, hogy a jogállamiság alkotmányos elvéből levezetett jogbiztonság elve nem csak a jogalkotás, hanem a jogalkalmazás során is megköveteli az egyértelmű, világos megfogalmazást. *Egy az állam által (de minden más egyéb (magán)szerv, így akár alapítványok, cégek stb. által) kiírt pályázat során is fontos követelmény, hogy a pályázat elbírálásának szempontrendszerét pontosan és egyértelműen, a jogbiztonság elvével összhangban határozzák meg.* Abban az esetben ugyanis, ha a bírálati szempontok között

olyan elem található, aminek a pontos értékelése szubjektív alapon nyugszik az „gumi-szabályként” fog működni, és túlságosan szubjektívvá teszi a pályázatok elbírálását. A dohánytermékek kiskereskedelmének odaítélésére kiírt pályázatok meghatározták a bírálati szempontrendszerét. A kiírás a legfeljebb kiosztható 120 pont egy részét tételesen – az adott feltétel teljesítése esetén megszerzett pontszám megjelölésével – meghatározza. E feltételek teljesítése során tehát nem az adható pontok intervallumát határozza meg, hanem egyfajta automatizmust kapcsol a feltételek teljesítéséhez, illetve azok teljesítésének vállalásához a pontozás során. Így pl. abban az esetben, ha a pályázó vállalta, hogy munkanapokon legalább 12 órán keresztül nyitva tart, akkor ezért 12 pontot kapott a pályázati anyagának ezen elemére. A kiosztható további 60 pont (azaz az elérhető pontszám 50%-a) azonban egyetlen elemre: az üzleti tervre volt adható. Itt azonban – ellentétben az előbb említett elemekkel – nem konkrét pontszámok kerültek meghatározásra, hanem az üzleti tervre adható pontok meglehetősen tág (1-60 pont), és további elemekre nem bontott intervalluma. A pályázati kiírás ugyan meghatározta, hogy az üzleti tervnek hogy kell felépülnie, milyen szempontoknak kell megjeleníteniük benne, nem rögzítette azonban, hogy az egyes kötelező elemekre elemenként hány pont adható, vagy valamely elem hiánya miatt kell-e, illetve milyen mértékű pontlevonást alkalmazni – mindemellett az üzleti terv súlyát növelte az is, hogy amennyiben két pályázat között pontegyenlőség volt, a „jobb”, vagyis magasabb pontszámot elérő üzleti terv döntött a két pályázó között. *Megállapítottam, hogy mindezek miatt nem volt kellően egyértelmű, és világos az üzleti terv értékelési szempontrendszere, ami így alkalmas lehetett arra, hogy az egyes pályázatokról való döntések szubjektív alapon szülessenek meg, ami azonban a tisztességes eljáráshoz való jog alkotmányos alapelveivel összefüggő visszásságot okoz.* Mindemellett utalni szeretnék arra is, hogy bár az üzleti terv értékelésére vonatkozó előírások ugyan említés szintjén rögzítették azon szempontot, hogy figyelembe kell venni az üzleti terv értékelése során a pályázó szakmai életútját és tapasztalatait (így például, hogy már évek, évtizedek óta folytat dohány kereskedelmi tevékenységet), az NFM válaszából az derült ki, hogy ezen szempont bár *jelenthetett* pozitív elbírálási szempontot, nem volt hangsúlyos a pályázati eljárás során.

Ugyancsak a jogbiztonság és a tisztességes eljárás alapelveiből vezethető le azon követelmény, miszerint bármilyen eljárásban, így egy pályázati eljárásban is fontos feltétel, hogy a jogszabályi környezet változatlan maradjon a pályázati eljárás során (így pl. a pályázat benyújtásának ideje alatt). Abban az esetben amennyiben mégis változás következne be (akár pozitív, akár negatív irányba) arra csak is a pályázat benyújtási határidejét megelőzően, és csak a pályázati határidő olyan mértékű megváltoztatásával lehetséges, amire a pályázók megfelelő módon reagálni tudnak. Ugyanis amennyiben bármelyik feltétel nem teljesül, a pályázati eljárás sérteni fogja a tisztességes eljáráshoz való jogot, mivel bizonyos pályázókat hátrányosabb helyzetbe hoz más pályázókkal szemben. A dohánytermék-kiskereskedelmi koncessziós jogok elnyerésére első körben (2012. december 15-én) kiírt pályázatban meghatározott forgalmazható termékek köre, a pályázati idő alatt jelentősen bővült. A pályázat kiírásakor ugyanis csak dohánytermék és szerencsejáték értékesítését tette lehetővé a Dohánytörvény (a dohánytermékek vonatkozásában akkor még nem határozta meg a kiskereskedelmi árrést), ami a beadványok szerint sok személyt elriasztott a pályázat benyújtásától (a likvid működés bizonytalansága miatt). Az eredeti pályázati kiírás szerint a pályázatok benyújtásának végső határideje 2013. február 13-a volt, 2013. február 4-én az NFM, mint kiíró azonban módosította a pályázati benyújtásának határidejét (2013. február 22-ére), mivel folyamatban volt a Dohánytörvény olyan módosítása, ami a forgalmazható termékek körét jelentősen bővítette (pl. üdítő itallal, energia itallal, újsággal stb.). Ezt a módosítást 2013. február 18-án fogadta el az Országgyűlés, tehát mindössze 4 nappal a kitölti határidő előtt – az elfogadás előtt a pályázók csak a törvényjavaslatot ismerhették meg. Az NFM és az NDN Zrt. szerint a módosított határidő elegendő volt arra, hogy a pályázók

átgondolják pályázati szándékukat, illetve, hogy módosíthassak a már benyújtott üzleti tervüket. Ezzel szemben a vázolt folyamatból egyértelműen megállapítható, hogy a pályázat benyújtását ilyen mértékben befolyásoló változtatás, jelentős mértékű bizonytalanságot és kiszámíthatatlanságot eredményezett mind a már pályázók, mind a pályázatot pont a forgalmazható termékek szűk köre miatt be nem nyújtó személyek esetében. A kiíró által meghosszabbított határidő, a Dohánytörvény módosításának elfogadási időpontjához képest, egyértelműen elégtelennek minősíthető, ezért megállapítható, hogy a pályázat során a jogszabályi környezet ilyen mértékű átalakítása sértette a tisztességes eljáráshoz való jogot.

További problémaként jelent meg a jogszabályi változtatásokkal összefüggésben, hogy az első körben kiírt pályázat benyújtásának határidejét követően – a 2013. május 21-én elfogadott törvény értelmében – újabb jelentős változtatás következett be a forgalmazható termékek körében (értékesíthetővé vált pl. a fagylalt, jégkrém), illetve a dohánytermékek kiskereskedelmi árésének (az árás 10 %-ban rögzítésével) vonatkozásában is. Az új szabályok ismeretében azonban csak a ki nem osztott koncessziókra kiírt újabb pályázaton indulók pályázhattak (ennek benyújtási határideje 2013. június 30-a volt). *Megállapítható, hogy a pályázat lezárását követő ilyen mértékű jogszabályi változtatás is alkalmas arra, hogy a tisztességes eljáráshoz való joggal összefüggő visszasságot okozzon – mivel ezen módosítás eredményezhette egyes személyek pályázattól történő távolmaradását – annak ellenére, hogy az első körben kiírt pályázaton részt vevők ugyanazon feltételek ismeretében nyújthatták be pályázataikat.*

A jogorvoslati lehetőség kizártsága

Ugyancsak több beadványozó kifogásolta, hogy a pályázatok elbírálásával szemben nem volt lehetőség jogorvoslat benyújtására. Ennek kapcsán az NFM válaszában arra hivatkozott, hogy a koncesszióról szóló 1991. évi XVI. törvény sem ad lehetőséget jogorvoslatra, így ennek megfelelően a pályázati kiírás sem biztosított erre jogosultságot.

Ezzel összefüggésben meg kell vizsgálni az Alaptörvény XXVIII. cikk (7) bekezdését, amely kimondja, hogy mindenkinek joga van ahhoz, hogy jogorvoslattal éljen az olyan bírósági, hatósági és más közigazgatási döntés ellen, amely a jogát vagy jogos érdekét sérti. Az Alaptörvény a jogorvoslathoz való jogot az alkotmányos alapjogok között rögzíti. A jogorvoslathoz való jog tárgyát tekintve a bírói, illetőleg a hatósági döntésekre terjed ki, és mint alkotmányos alapjog immanens tartalma, az érdemi határozatok tekintetében a más szervhez ugyanazon szervezeten belüli magasabb fórumhoz fordulás lehetőségét takarja.¹³

Az Alkotmánybíróság érveléséből is látható, hogy *nem sérti az Alaptörvény rendelkezéseit a pályázatnak azon része, ami a dohánytermék-kiskereskedelemre kiírt koncessziós pályázatok elbírálásával szemben kizárja a jogorvoslati lehetőséget.* Hiszen nem bírói vagy hatósági döntésről van szó, és mivel a pályázatok elbírálója az NFM, így nincs ugyanazon szervezeten belül semmilyen magasabb fórum, ami a jogorvoslati kérelmet elbírálná.

Gyermekvédelmi szempontok a Dohánytörvény vonatkozásában

Több beadvány is érintette a trafikokkal összefüggésben a fiatalkorúak (gyermek) védelmének kérdését. A legtöbbet érintett terület a gyermekek trafikokba történő belépésének kérdése volt. Ezzel összefüggésben a beadványozók között egyetértés mutatkozott a tekintetben, hogy a gyermekek trafikokba történő belépésének korlátozása helyes jogalkotói lépés, hiszen ezzel is megakadályozható a gyermekek dohányzásra történő rászakása, illetve a káros hatásoktól való megóvása. Abban a tekintetben azonban már nem volt egyetértés a

¹³ 5/1992 (I. 30.) AB határozat

panaszosok között, hogy a gyermek semmilyen körülmény esetén se léphessen be a trafik területére. Ennek oka a sajtóban is többször megjelent azon felvetés volt, miszerint az a nagykorú személy, aki gyermekkel érkezik a trafikba, egyedül kell, hogy hagyja a gyermeket, amíg ő a trafikban vásárol – mivel a trafikba a Dohánytörvény szerint kiskorú személy nem léphet be, sőt amennyiben belép, minden árusítási tevékenységgel fel kell hagyni, amíg a kiskorú személy a trafikot el nem hagyja (Dohánytörvény 16. §).¹⁴ További észrevételként jelent meg, hogy a Dohánytörvény 2013. május 21-ei módosítását követően már fagyaltot és jégkrémet is lehet árusítani a trafikokban, ami nagyobb vonzerőt jelent a gyermekek számára. *Elöljáróban le kell azonban szögezni, hogy ezen kérdés nem érinti a gyermekek trafikokból történő kitiltási szabályának vizsgálatát, mivel egy termék értékesítése nem fog relevanciával bírni a belépési tilalom értékelésére.*

Mindenekelőtt meg kell vizsgálni a gyermek védelemhez és gondoskodáshoz való jogának kérdését, elsősorban az állam intézményvédelmi kötelezettségének vonatkozásában. *A magánszférában a gondoskodás és a védelem kötelessége elsősorban a szülőket illeti.* E kötelezettség a gyermek megfelelő testi, szellemi, erkölcsi fejlődésének bizonyítását jelenti, tehát mindazt a szülői felügyeletet, ami e kötelezettség teljesítését szolgálja. A szülői felügyelet tehát elsősorban kötelesség. Az állam vonatkozásában a gyermek védelemhez és gondoskodáshoz való joga, csak a szülői kötelezettségeket követően jelenik meg. *Az államnak e joggal összefüggésben kötelessége megfelelő testi, szellemi és erkölcsi fejlődést biztosítani a gyermek részére, és ennek érdekében az államnak alkotmányos kötelessége a gyermek fejlődésének védelme. Ez az állami kötelesség alkotmányos alapot nyújt arra, hogy a törvényhozó, vagy a bíróság a gyermek alapjog gyakorlását (jelen esetben a szabad mozgáshoz való jogát) korlátozza.*¹⁵ Ennek keretében az államnak a gyermeket a fejlődésére káros hatásokon (pl. dohány, alkohol, szexuális tartalmú tárgyak) kívül, az olyan kockázatvállalásoktól is meg kell óvnia, amelyekkel kapcsolatban életkoránál (az ettől függően feltételezett testi, szellemi, erkölcsi és társadalmi érettségénél) fogva nem képes megismerni és értékelni sem a választható lehetőségeket, sem pedig választása következményeit.¹⁶ Elsődleges felelőssége azonban a szülőknek van, az állam csak a gyermek fejlődésének súlyos és konkrét sérelme vagy veszélyeztetése esetén avatkozik be. Ennek tükrében azonban jogszabály – *prevenciós célokból* – tilthatja, hogy alkoholt, dohányterméket vagy szexuális tartalmú árut értékesítsenek gyermekek számára.

Az állam a gyermek védelemhez és gondoskodáshoz való jogának intézményvédelmi kötelezettsége teljesítése során, a védelmi kötelesség érdekében korlátozhatja a gyermek alapjogait: elsősorban az alapján, hogy a gyermek általában érett-e az önálló döntésre, másfelől pedig, hogy mi a döntés tárgya – vagyis mihez kell az érettség. *Mindez pedig az állam kötelességévé teszi, hogy a gyermek személyiségfejlődéséhez szükséges védelmet és gondoskodást nyújtson, ami egyrészt vonatkozik az egyértelműen káros hatások távoltartására, másrészt magában foglalja azt, hogy az állam a gyermek személyiségét, így az egész jövőbeli életét meghatározó súlyos kockázatvállalást is elhárítsa.*¹⁷ Márpedig a trafikokba történő belépési tilalom, a gyermek szabad mozgáshoz való jogának korlátozásával a kockázatvállalás elhárítására irányuló szándéknak tekinthető, így nem valósít meg alapjogi sérelmet. Fontos, hogy ez nem a Dohánytörvény megítélésének vagy értékelésének kérdése, hanem a gyermek védelemhez és gondoskodáshoz való jogának intézményvédelmi

¹⁴ Ennek kapcsán az utóbbi időben többször megjelent a sajtóban, hogy kiskorú személyeket is kérdezés nélkül kiszolgáltak a trafikban. Ezen kérdés vizsgálata azonban nem tartozik a hatáskörömbé. Ennek ellenőrzésére a Fogyasztóvédelmi Hatóság jogosult.

¹⁵ HAJAS-SCHANDA i.m. 2390-2391.

¹⁶ 21/1996. (V. 17). AB határozat

¹⁷ Lásd továbbá: AJB-2323/2012. számú ügyben készült jelentést.

intézkedéseként értelmezhető rendelkezés. A kérdés vonatkozásában alapjogi konfliktus a szülő és a gyermek között nem áll fenn, hiszen egyfelől ahogyan azt korábban említettem a gyermek védelemhez és gondoskodáshoz való joga elsősorban a szülőre ró kötelességet, így az ő szabad mozgáshoz és tartózkodási hely szabad megválasztásához való jogának sérelme nem merülhet fel. *A gyermeket megillető jog szülőkre rótt kötelezettsége megköveteli azt az önkorlátozást, hogy a gyermek jelenlétében ne menjen be a trafikba, különösen úgy nem, hogy közben a gyermeket az üzlethelyiségen kívül hagyja – hiszen ezzel nem tenne eleget a gyermek védelemhez és gondoskodáshoz való jogából fakadó szülői kötelességének.*

Az államnak tehát intézményvédelmi kötelezettségének teljesítése során lehetőségei fakadnak a gyermek fejlődésének védelmére. Mint ahogyan arra már utaltam, az állam a gyermek nyilvánosság előtti tevékenységét – így pl. a szeszes italhoz, dohánytermékekhez, szexuális vonatkozású árucikkekhez, pornográf tartalmakhoz való hozzáférését – szabályozhatja, és ezzel általános intézményvédelmi hálót emelni. A kockázat minimalizálásra törekvés keretében, az állam köteles arra is, hogy legalább a nyilvánosság szférájában ne engedje meg, hogy a gyermek olyan tevékenységet folytasson, amelyek a testi, szellemi és erkölcsi fejlődésére káros hatással lehetnek. Különösen megnöveli a kockázatot, ha olyan kérdésekben való nyilvános elköteleződésről van szó, amelyek megítélése a társadalomban kifejezetten ellentmondásos abban az értelemben, hogy széles körben negatív megítélés alá esik.¹⁸ Egyértelmű, hogy az állam azon rendelkezése, miszerint a gyermekek nem léphetnek be a trafik területére korlátozza a gyermek szabad mozgáshoz és a tartózkodási hely szabad megválasztásához való jogát. Az Alkotmánybíróság azonban a már említett 21/1996. (V. 17) határozatában rámutatott, hogy a gyermek védelemhez és gondoskodáshoz való jogával összeütköző másik alapjog korlátozhatósága vonatkozásában mindig egyedi mérlegelést kell elvégezni, és a szükségességi-arányossági teszt próbája során, figyelemmel kell lenni a korlátozással védendő értékre (pl. a gyermek egészséges erkölcsi fejlődése), és a megelőzendő kockázat veszélyének mértékére. *Mindezek figyelembevételével azonban a gyermek szabad mozgáshoz és tartózkodási hely szabad megválasztásához való jogának korlátozása szükségesnek és arányosnak tekinthető.*

Számos európai országban láthatunk példát hasonló korlátozásokra a gyermekek védelme vonatkozásában, mind az alkoholos termékekkel, mind a dohánytermékekkel, mind a szexuális segédeszközökkel és termékekkel kapcsolatosan. Az alkohol árusításának szigorú szabályozását láthatjuk a korábban említett skandináv országokban, de emellett megállapítható, hogy Európa egyetlen országában sem lehet alkoholt, vagy épp dohányterméket vásárolni 18. életévét be nem töltött személynek, sőt Nagy-Britanniában 21. életév betöltése alatt nem szolgálnak ki senkit alkohollal vendéglátó egységekben. Az alkohol árusításának korlátozása mellett találunk példát a szexuális segédeszközök és termékek árusításának korlátozására is. Magyarországon is csak számos korlátozó szabály betartása mellett lehet ilyen termékeket árulni, bár az árusításukra nincs állami monopól jog meghatározva. A szexuális termékek értékesítésével foglalkozó kiskereskedelmi üzletek vonatkozásában is azt láthatjuk, hogy ezekbe a helyiségekbe Európa legtöbb országában kiskorú személy be sem léphet, mint ahogyan az Magyarországon is megfigyelhető.

Mindezek alapján tehát megállapítható, hogy a Dohánytörvény azon rendelkezése, miszerint kiskorú személy a trafikba nem léphet be, *nem tekinthető szükségtelen és aránytalan korlátozásnak, mivel a Dohánytörvény preventív módon igyekszik megvédeni a kiskorú személyeket az őket érő káros hatásoktól, így ebben a tekintetben nem állapítható meg alapjogi visszásság.*

¹⁸ 21/1996. (V. 17). AB határozat

Felhívom ugyanakkor a jogalkotó figyelmét, hogy hasonló preventív szemléletű fellépésre lenne szükség a gyermekek drogokkal és pszichotróp anyagokkal szembeni védelme vonatkozásában is, és a represszív szemléletű állami fellépés helyett vagy mellett nagyobb hangsúlyt kellene fektetni ezen a területen is a megelőzésre, és a kockázatvállalás minimalizálására.¹⁹

A dohány törvénnyel kapcsolatosan felmerülő egyéb szempontok

További észrevételként, panaszként jelent meg a beérkező beadványokban, a trafikok területi elosztásának és korlátozott számának problémája. A panaszokból és a sajtóban megjelent hírekből ugyanis megállapítható, hogy a területi elosztás szabályozásának hiányában, és az állandó lakosság szám alapján történő trafikszámok meghatározása által, előálltak olyan helyzetek, ami alapján bizonyos helyeken több km-t kell megtennie annak a személynek, aki dohányterméket szeretne vásárolni, még más helyeken egy épületben több trafik is megnyitott. Ugyancsak problémaként jelent meg, hogy az üdülő helyeken állandó lakosság szám alapján megállapított trafikszám, a nyáron megnövekedett forgalommal nem számolt, így túlzott kereslet hárult az érintett dohányboltokra.

Mindenekelőtt fontos rögzíteni, hogy a jogalkotónak szabad mérlegelési joga van abban a tekintetben, hogy az állami tulajdonba vett dohánytermék-kiskereskedelmi jogokat milyen területi elosztásban, és mekkora számban adja koncesszióba. *Ezért ezzel összefüggésben alapjogi visszásság megállapítását nem tartom indokoltnak.* A jogalkotó figyelmébe ajánlom azonban annak megfontolását, hogy *a kiosztható trafikszámok növelésével (akár úgy, hogy a 2000 lakosonként kiosztható trafikok számát megnövelik, akár úgy, hogy indokolt esetben bizonyos helyeken ideiglenes árusítási engedélyeket adnak ki) orvosolható lenne számos probléma, így például lehetőség nyílna olyan helyeken is újabb trafikok megnyitására, ahol a közelben nem nyílt dohánybolt, vagy épp azokon a helyeken, ahol a megnyitott trafik forgalma nagyobb a vártnál.* Természetesen a pályázati kiírás tartalma ebben az esetben helyzet és hely specifikussá lenne tehető (így biztosítva a trafikokkal le nem fedett területek helyzetének megoldását).

Intézkedéseim

A jelentésemben feltárt, alkotmányos jogokkal összefüggő visszásságok orvoslása, jövőbeni bekövetkeztük lehetőségének a megelőzése érdekében, az Ajbt. 32. § (1) bekezdése alapján felkérem a nemzeti fejlesztési minisztert, hogy

- tegye meg a szükséges intézkedéseket annak érdekében, hogy a jövőben kiírt koncessziós pályázati kiírásokban pontos(a)bban határozzák meg a bírálati szempontokat és az azokra adható pontszámokat, különösen az üzleti terv értékelésének vonatkozásában;
- fordítson fokozott figyelmet arra, hogy a pályázat benyújtásának határidejét közvetlenül megelőzően, valamint a pályázati határidő letelte és a beérkezett pályázatok elbírálása között a jogszabályi környezetet csak különösen indokolt esetben és kizárólag akkor változtassák meg, ha azzal egyidejűleg a pályázat benyújtásának határidejét is annak megfelelően módosítják.

Budapest, 2013. július

Prof. Dr. Szabó Máté sk.

¹⁹ Lásd részletesen: AJB-1092/2011. számú ügyben készült jelentést, továbbá: AJB-3536/2009. számú és OBH-2464/2007. számú jelentéseket.