

Corvinus University of Budapest
Faculty of Business Administration

CLP 5/2015

A pozitív jog csődje, etikai és jogi
szempontok, adóelkerülés

Deák Dániel

CORVINUS LAW PAPERS

ISSN 2416-0415

Corvinus Law Papers

CLP – 5/2015

The primary purpose of the Corvinus Law Papers (CLP) is to publish the results of research projects performed by those connected to the Department of Business Law as research reports, working papers, essays and academic papers. The CLP also publishes supplementary texts to be used for practical and theoretical training of students.

Editor-in-chief:

Dániel Deák (Professor of Law, Corvinus University of Budapest, Faculty of Business Administration, Department of Business Law)

Contact: daniel.deak@uni-corvinus.hu

Editor:

Dániel Bán (Senior Lecturer, Corvinus University of Budapest, Faculty of Business Administration, Department of Business Law)

Contact: daniel.ban@uni-corvinus.hu

Address of the Editorial Board:

Corvinus Law Papers – Editorial Board
H-1093 Budapest, Fővám tér 8. II/240., 242.1

Publisher:

Corvinus University of Budapest
Faculty of Business Administration
H-1093 Budapest, Fővám tér 8.

Responsible for the edition:

Dániel Deák, Professor of Law

ISSN 2416-0415

Deák Dániel

*Budapesti Corvinus Egyetem, Gazdasági Jogi Tanszék
daniel.deak@uni-corvinus.hu*

I. A tárgyi jog kiüresedése

A joggal való visszaélés problémája elvileg a jogrendszer működése egészének a kérdése, ezért a joggal való visszaélés a tárgyi joggal, a törvénnyel való visszaélést jelent (*fraus legis*). Ilyen értelemben a kérdés kezelésének alkotmányos jelentősége van. A gyakorlatban azonban igen nehéz a konkrét magatartások tárgyi joggal való összevetése, és a jogalkotói célkitűzések fényében való értékelése. Ezért a hangsúly a rendeltetésszerű joggyakorlás követelményére esik, illetve arra, hogy miként él valaki vissza jogaival („abus de droit“, „Missbrauch von Steuergestaltungsmöglichkeiten“). Vitás esetben abban kell állást foglalni, hogy miként oldható fel a felek által bemutatott és a leplezett jogi forma, vagy a jogi forma és a gazdasági tartalom összeütközéséből adódó konfliktus (ennek megfelelően alkalmazható a színlelt szerződés, vagy a joggal való visszaélés tilalmának elve).

Vannak olyan jogrendszerek, ahol a jogrendszer egészéhez való viszonyítás eleve nem lehetséges, vagy legalább is korlátozott, mert nincsenek a joggal való visszaélés megakadályozására szolgáló átfogó törvényi elvek. Ez a helyzet az angol-szász jogokban, különösen az angol jogban, ahol a bíróságok igen sokáig a kifejezett törvényi kötelezés hiányára hivatkozva nem voltak hajlandók fellépni a joggal való visszaéléssel és az adóelkerüléssel szemben.¹ Előbb Amerikában, azután másutt is megváltozott azonban a bírósági gyakorlat, és a törvény megkerülésének szándékára, illetve a valós üzleti cél hiányára való hivatkozással a joggyakorlás adott esetben konkrét módját nem találták jogszerűnek.² Azokban az országokban, ahol van tételes jogi előírás az adóelkerülés megakadályozására (pl. Németországban, Ausztriában, Magyarországon stb.), szintén előtérbe került a probléma alanyi jogi aspektusa, és szokásosan a konkrét magatartás motívumaira összpontosítanak a hatósági jogalkalmazás során, nem pedig a törvényi elvekkel való összefüggésre.

A tárgyi jog degenerálódása összefügg a hagyományos szabadságelvek átalakulásával és az állami aktivitás XX. századi kiterjedésével. Ahol a szabadságjogok már nemcsak negatív módon fogalmazhatók meg (szabadság az állami hatóságok beavatkozásával szemben), hanem pozitív módon is, vagyis az állam maga nyújt szolgáltatást (*der Staat als Leistungsträger*), sőt megjelennek kollektív jogok, a jog egyszerű formális szemléletét felváltja az értékek széles skálájából merítő, szubsztantív racionalitáson nyugvó jogértelmezés, a disztributív igazságosság megteremtéséért való állami felelősségvállalás. Olyan helyzetben, ahol köz- és magánjog közötti határvonalak elmosódnak, a tárgyi jog kategorikus iránymutató szerepe is elhalványul, és már nem zárható ki a rendszer egészét kikezdő magatartás lehetősége. Mivel a jogalkotó messze van attól, hogy *omnipotens* legyen, és egyre inkább előfordulnak törvénnyel nem szabályozható helyzetek, elkerülhetlenné válik az egyedi magatartások önmagukban való értékelése. A jóléti állam intézményi válságával együtt válságba jutnak a nagy állami projektek is, szükségessé válik a dereguláció, és

¹ *Duke of Westminster*, IRC v Duke of Westminster (1936) 19 TC 490 (1936) AC 1.

² *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 (1935).

általában csökken a jogi szabályozásba, sőt a társadalmi előrelátásba és szabályozhatóságba vetett bizalom.

Az adózás területén a joggal való visszaélés a jogilag meg nem engedhető adótervezéssel, vagyis az adóelkerüléssel azonosítható. Ebben az esetben nincs szó valamely törvényi rendelkezés kifejezett megsértéséről, mégsem kizárt, hogy megállapítható a jogellenesség. Az esetek jelentős részében persze az adóelkerüléshez („tax avoidance“; „Steuerumgehung“) társul az adókijátszás („tax evasion“; „Steuerhinterziehung“) is, ami már szabályszegés, sőt akár bűncselekmény formáját is öltheti. Adóelkerülés esetén a szokásos védekezés mindenesetre egyrészt az, hogy adókötelezettséget csak pozitív törvényi előírás állapíthat meg, másrészt pedig az, hogy a szerződéses szabadság indokolatlanul nem korlátozható. A jogbiztonság és az alkotmányos szabadságok kérdése ugyan alapvető érték, az ezekre való hivatkozás azonban nem lehet mentség a joggal való visszaélés konkrét esetében.

Az adóelkerülés problémájának feldolgozhatósága attól is függ, hogy miként fogjuk fel az adójog és a polgári jog, illetve az adóelkerülés megakadályozására irányuló adójogi elvek és törvényi rendelkezések viszonyát. Ha a színlelt ügyletek tilalma elvéből indulunk ki, fölmerül kérdésként az, hogy vajon előbb a vizsgált ügyletek polgári jogi tartalmát kell-e feltárni, és ahhoz képest megállapítani az adójogi következményeket, figyelemmel arra, hogy a felek a polgári jogi kategóriákat csak látszatként használták fel, valójában azonban eltértek a jogalkotói célkitűzéstől, és nem volt valós kereskedelmi indokuk a bemutatott ügyletek végrehajtására. Ezzel szemben másik értelmezési lehetőség szerint az adójogi tartalom a polgári jogi ügylettől függetlenül megállapítható lenne. Az adóelkerülést tiltó jog fejlődése lényegében minden országban azt hozta magával, hogy az adójogi megítélés fokozatosan elvált a polgári jogi tartalomtól, az adójog önállósodott.

Az is kérdés, hogy az adójogi elv (a polgári jogilag színlelt ügyletek adójogi következményeit azok valós tartalma alapján kell megállapítani) miként viszonyul ahhoz a különös adójogi normához, amelynek alapján adófizetési kötelezettség (pl. jövedelemadó-fizetési vagy áfa fizetési kötelezettség) megállapítható. Lehetséges értelmezés az, hogy az adóelkerülés megakadályozására irányuló, a színlelt szerződés figyelmen kívül hagyását célzó törvényi rendelkezés jelentése önmagában feltárható. E felfogás a német nyelvű irodalomban mint „Außentheorie” jelenik meg.

Ehhez képest más az a megközelítés, amelynek alapján a színlelt ügyletek tilalma adójogi elvének alkalmazása függővé tehető a kapcsolódó különös adójogi normák értelmezésétől (ez az „Innentheorie”). Ebben a megközelítésben az adójogi elvben nem látatunk többet, mint értelmezési keretet, és nem tulajdonítunk a törvényes adójogi elvnek önálló normatív tartalmat. Ekkor a az adóelkerülés mint a joggal való visszaélés általános problémája mutatkozik meg különös vetületben, és valójában nem a törvényes rend, hanem a jogok rendeltetésszerű gyakorlása, illetve a jogérvényesítés problémája merül fel. Úgy is fogalmazhatunk, a joggal való visszaélés nem a „lex”, hanem a „ius” világában értelmezhető. Az „Außentheorie”-ra alapított felfogás előnye az, hogy jól föl lehet tárni a különböző jogterületek egymáshoz kapcsolódó normáinak nyelvtani jelentését. Az „Innentheorie” felől nézve viszont hasznos lehet várni a jogalkotói célkitűzést és az adózói motívumokat hangsúlyosan figyelembe vevő teleologikus jogértelmezéstől.³

³ „Nach der Außentheorie hat § 22 BAO selbständige normative Bedeutung und tritt als eigenständiger Besteuerungstatbestand zu den anderen in den Steuergesetzen vorgeschriebenen Steuerpflichten hinzu. Die Vorschrift ist immer dann verwirklicht, wenn ein zivilrechtlicher Weg beschritten oder eine wirtschaftliche Form gewählt wird, dieser Weg oder die Gestaltungsform aber dem angestrebten wirtschaftlichen Erfolg nicht gemäß

Utóbbi a joggyakorlatban az elmúlt évtizedekben különösen hangsúlyossá vált.⁴ Ennek oka elsősorban az, hogy az adóztatás legalitására figyelemmel egyre inkább aggályosnak ítéltető meg az, hogy egy elvont tiltó jogi rendelkezésre adott esetben súlyos következményekkel járó adójogi elmarasztalást lehetne alapítani. A fejlett államok gyakorlatában előtérbe került a GAAR helyett a SAAR-típusú („special anti-avoidance rules“ – „SAAR“) rendelkezések alkalmazása.

Olyan esetekben, amikor adóelkerülést kell megítélni, különösen bizonytalan az adózói magatartásnak a törvényhozó által lefektetett célokkal való összevetése, mert nincs társadalmi közmegegyezés – nem is lehet – abban, hogy milyen legyen az ideális adórendszer. Az adózói magatartás nem szembesíthető közvetlenül etikai elvekkel, mert nincs közmegegyezés a társadalmi igazságosság konkrét megvalósíthatóságában (pl. abban, hogy milyen legyen a jövedelemközpontosítás mértéke, mennyiben lehet érvényesíteni progresszivitást a szociális biztonság elérésére figyelemmel, milyen feltételek között alkalmazhatók befektetésösztönzés céljából fiskális intézkedések, stb.). A fentiek miatt az adóelkerülés esetében még inkább igaz az, hogy nem a törvényes rendelkezések betartása vagy azok megkerülése (vagyis a joggal való visszaélés megítélésének univerzális értékei) képezik a középponti kérdést, hanem az, hogy az adózói magatartás mesterkélt-e, azt csak az adóelkerülés motiválta-e, vagy pedig valós üzleti célból és tényleges gazdasági tevékenység folytatása végett fejt ki az adózó cselekvését. Ez utóbbit nem annyira elvek alapján, hanem csak esetről esetre lehet eldönteni (itt a joggal való visszaélés partikuláris oldala jut jelentőséghez).

Adóelkerüléssel kapcsolatban tehát nem elsősorban azt a kérdést lehet föltenni, hogy az adózói magatartás mennyiben hozható összhangba adott esetben a társadalmi igazságossággal, hanem inkább azt, hogy az adóelőny megszerzése nem jelent-e hátrányt a társadalomnak. A hangsúly tehát a gyakorlatban nem az egyenlőségeszményre vagy az adókötelezettség általában vett teljesítésére esik, hanem az egyéni boldogulás és a kollektív jólét közötti

ist (objektives Element). Zusätzlich muss aber der ungewöhnliche, ungebräuchliche und unangemessene Weg in der Absicht beschränkt werden, Abgaben zu umgehen, also die Entstehung des Abgabenspruchs zu verhindern oder hin- auszuschieben (subjektives Element). Nach der Innentheorie ist das in § 22 BAO angesprochene Umgehungsproblem nicht eine Besonderheit des Steuerrechts, sondern ein allgemeines Rechtsproblem, das sich auf allen Gebieten der Rechtsordnung in grundsätzlich gleicher Weise stellt. Gesetzesumgehung ist nichts anderes als ein Problem des Wirkungsbereichs des Gesetzes. Denn bei jedem Umgehungsversuch geht es um die Frage, ob eine Gesetzesbestimmung auf den Umgehungsversuch noch anzuwenden ist und der Umgehungsversuch daher misslingt oder ob die Gesetzesbestimmung nicht anzuwenden ist und der Umgehungsversuch doch gelingt. Darüber gibt die Interpretation der jeweiligen Gesetzesbestimmung Auskunft, die darüber entscheidet, ob ein bestimmter Sachverhalt von einer Gesetzesbestimmung noch erfasst wird oder nicht. ... § 22 BAO führt daher lediglich den bereits in § 21 BAO anklingenden Grundsatz der wirtschaftlichen Anknüpfung des Steuerrechts aus und betont damit die Notwendigkeit einer Interpretation, die den wirtschaftlichen Sinn und Zweck der Steuervorschriften beachtet. Die Steuerpflicht kann demnach nie auf § 22 BAO, sondern nur auf den jeweiligen Steuertatbestand gestützt werden. Als bloßer Interpretationshinweis hat § 22 BAO keine selbständige normative Bedeutung.“ Michael Lang, Christian Massoner, „Die Grenzen steuerlicher Gestaltung in der österreichischen Rechtsprechung“, in: Michael Lang, Josef Schuch, Claus Staringer (Hrsg.), *Die Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Internationalen Steuerrecht*, Linde, Wien, 2009, pp. 17-18.

⁴ „Die hier untersuchten Entscheidungen zeigen auch, dass der VwGH § 22 BAO in erster Linie dann im Sinne der Außentheorie versteht, wenn er sich nach wie vor einer nackten Wortlautinterpretation verpflichtet erachtet und davor zurückscheut, sich verstärkt am Ziel und Zweck der von ihm auszulegenden Rechtsvorschriften zu orientieren. Die juristische Methodenlehre hat längst aufgezeigt, dass der Wortlaut einer Vorschrift lediglich am Beginn – und nicht am Ende – des Interpretationsvorgangs steht. Die Wortlautinterpretation hat keineswegs generell Vorrang gegenüber teleologischen, systematischen oder historischen Argumenten.“, Michael Lang, Christian Massoner, op.cit. p. 48.

egyensúly keresésére. A valós kereskedelmi cél követése ezért legalizálja az adózó magatartását még akkor is, ha egyébként az adózó adóelőnyhöz jut.

Amikor az uniós jogot értelmezni kell egy nemzeti bíróság által referált konkrét esetben, akkor az EU Bíróság szembetalálja magát az uniós joggal, pontosabban az alapvető szabadságokkal való visszaélés problémájával. Ennek során a hangsúly arra esik, hogy az ügyre vonatkozó nemzeti törvényi rendelkezések nem valósítják-e meg valamely alapvető EU szabadság korlátozását, és ha igen, a korlátozás igazolható-e, vagy a nemzeti jogalkalmazásban nem merül-e fel a hátrányos megkülönböztetés problémája. Az EU Bíróság ebből következően elsősorban a jogegyenlőség elvont eszméjéhez méri a konkrét esetet, és ennek alapján következtet az alapvető szabadságok gyakorlásának, illetve az adótervezésnek a megengedhető vagy meg nem engedhető módjára.

Az EU Bíróság jogalkalmazása megreked a tárgyi jog értelmezésének szintjén, mert az egyedi ügyben nem az EU Bíróság, hanem a nemzeti bíróság hoz végleges döntést, mint ahogy a jogvita a nemzeti bíróság előtt is kezdődött. Az EU Bíróság ezért nem juthat el a konkrét adózói magatartás értékeléséig, és így nem egészítheti ki a tárgyi jogi tesztet a joggyakorlás konkrét módjának értékelésével. Ugyanakkor a nemzeti bíróság elveszíti az ügy érdemi megítéléséhez szükséges támasztékot annyiban, hogy a tárgyi jog – mint fent láttuk – kiüresedik. Az EU Bíróság és a nemzeti bíróságok eljárása tehát egyaránt féloldalas: az előbbi nem jut el az egyedi magatartás értékeléséig, az utóbbi nem tudja alátámasztani az egyedi magatartás értékelését a tárgyi jog kielégítő értelmezésével. A kétféle féloldalasság egyidejű jelenléte joghézagot eredményez, amit kétségtelenül könnyen kihasználhatnak az adóelkerülésre játszó adózók.

A XX. század első felében kiteljesített pozitivistá hagyomány (Kelsen, Hart) szerint a jogot olyan normák zárt rendszereként foghatjuk fel, amelyek érvényesülésének középponti szervező eleme az államilag biztosított kényszer. E normák ugyanakkor a tárgyi jog olyan rendszerében jelennek meg, amely tisztán az instrumentális racionalitás szabályai szerint értelmezhető, és amelyben a jogilag értékelhető magatartás maradéktalanul betudható a törvényben megfogalmazott elvárásoknak. Ami a jogrendszerbe bekerül, vagyis ami joggá válik, csak jogi eszközökkel értékelhető, ha viszont a tárgyi jog eszközeivel bármely okból nem lehetséges valamely magatartás értékelése, akkor ahhoz nem lehet jogkövetkezményt fűzni.

Ennek következtében az adóelkerülés – amelynek során különös törvényi rendelkezést nem sértenek meg – jogilag nem szankcionálható. Ez az álláspont fejeződik ki klasszikus módon a Duke of Westminster ügyben hozott bírósági döntésben.⁵ Innét nézve a joggal való visszaélés paradox módon csak jogon kívüli eszközökkel (pl. etikailag) marasztalható el. A jogi értékelésnek legfeljebb annyiban jut hely, hogy a jogrendszer egészét gyengítő magatartás jogellenesnek tekinthető, de ennek sincs tételes jogi alapja. A joggal való visszaélés, illetve az adóelkerülés kezelhetlenségének a problémája abból a csapdahelyzetből adódik, hogy a jogalkalmazók a vizsgálandó tárgyhoz képest alkalmatlan vonatkoztatási rendszert vesznek fel. A jog fenti pozitivistá értelmezésében a joggal való visszaélés valóban paradox jelenség.

Az állampolgárok és vállalkozások, valamint a hatóságok között kialakulhat olyan gyümölcsöző párbeszéd, amelynek folyamán a diskurzus és együttműködés révén szerencsés esetben meg lehet találni a jogalkalmazás alkalmas formáit, és el lehet jutni a minden érdekelt

⁵ Lord Tomlin: "Every man is entitled, if he can, to order his affairs so that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be".

fél számára megfelelő döntéshez. Ez annál is inkább lehetséges, mert piacgazdaságban, politikai demokráciában, és a jog uralmát biztosító alkotmányos rendben érvényesül a szubszidiaritás elve, aminek következtében a polgárok maguk járnak el önállóan, szuverén módon meghozva döntéseiket. Ebből a nézőpontból a megszerzett jövedelem nem adóköteles, hacsak törvény annak nem nyilvánítja, és a magánjogilag szabályozott ügyleteket nem minősíthetik át adójogi szempontból, hacsak meg nem állapítható meg az, hogy azok mesterkélték, és nélkülözik a valós gazdasági motívumot, illetve üzleti célt, mivel hogy kizárólag adóelkerülésre irányulnak. Kétségtelen tehát az, hogy az adózók igen széles körben autonómiát élveznek, mert az adójogi szabályozás csak kiegészítő jellegű lehet a magánjogilag szabályozott cselekvési formák megválasztásának szabadságához képest.

Az adóhatóságok számára demokráciában áthághatatlan korlátot jelent az, hogy csak azt tehetik meg, amire kifejezett törvényi felhatalmazásuk van. Ahol viszont a törvényhozó hallgat, a magánjog elvei érvényesülhetnek, ami mindenki számára irányadó, beleértve a hatóságokat is. Ezért fordulhat elő pl. az, hogy feltételes adómegállapítás során az adózó és az adóhatóság magánjogilag is értékelhető megállapodást köt. Vannak olyan országok (Magyarország nem ilyen), ahol éppen ezért az adóhatóság nem is térhet el egyoldalúan a feltételes adómegállapításban rögzített feltételektől még akkor sem, ha jogszabályi változás következik be (erre a tartós feltételes adómegállapítás révén ma már kivételesen Magyarországon is lehetőség kínálkozik). Kizárt természetesen az ilyen megállapodás akkor, ha az adózóról megállapítható, hogy nem jóhiszeműen járt el (pl. elhallgatott az ügy megítélése szempontjából fontos információt).

II. Adóelkerülés megakadályozására hivatott doktrínák

Adóelkerülés és adókijátszás egyaránt meg nem engedett eszközök, de előbbi esetben tételes jogi rendelkezés megsértése nem valósul meg, utóbbi esetben viszont igen. Utóbbi esetben megtörténik a jog által megengedhető határok átlépése, előbbiben viszont nem.⁶ Lassan gyökeresedett meg az a felfogás a magyar adójogban, hogy a jogok gyakorlása nem jelenthet parttalanságot. Előbb a színlelt ügyletek polgári jogi fogalmából kiindulva törekedett az adóhatóság a vizsgált ügyleteket azok valós tartama alapján megítélni, majd a bírói gyakorlat kialakította az adójoggal való visszaélés tilalmának doktrínáját, amit később a törvényhozó szentesített.⁷

A joggal való visszaélés bírálata annak a felfogásnak a terméke, amelynek alapján fellépünk a joggyakorlás egyoldalú megközelítésével szemben. Ez utóbbi szerint a jogok gyakorlása korlátozhatatlan (*qui suo iure utitur, neminem laedit*). A valóságban azonban nem zárható ki az, hogy a joggyakorlás mások számára terhet jelenthet. Ekkor viszont el kell elfogadnunk azt, hogy a joggyakorlás egyúttal felelősséget is jelent, amiből kötelezettségek is fakadnak (*honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere*). Az adóelkerüléssel szembeni fellépést az teszi lehetővé, hogy a jogot kritikus helyzetekben nem lehet csupán annak betűje

⁶ A német nyelvű gyakorlatban adóelkerülést és adókijátszást („Steuerumgehung“; „Steuerhinterziehung“) hasonló értelemben különböztetik meg. A jog kifejezett megsértése megkülönböztetendő a joggal való visszaéléstől („Rechtsüberschreitung“; „Rechtsmissbrauch“; „exces du droit“; „l’abus du droit“).

⁷ A 724/B/1994. AB határozatból (ABH 1995. 706. o.) kitűnik, hogy az adóhatósági minősítés nem jelenti a szerződéskötési szabadság megsértését, és a tulajdonjog megsértését sem, valamint az adóhatóságnak a felek által bemutatott jogi formától való indokolt eltérése nem sérti jogállamiság elvét sem. Az 1/1998. KJE határozatból megtudható, hogy az olyan ajándékozáshoz nem fűzhető adójogi kedvezmény, amely nem jár az adományozó részéről valós áldozattal, mert sérti a joggal való visszaélés tilalmának elvét azzal, hogy az adózó nem a jogalkotó céljaival összhangban, hanem a törvényt megkerülve járt el. A 2/1998. KJE határozatból hasonló gondolatmenet olvasható ki szövetkezeti üzletrészek apportálásával kapcsolatban.

szerint értelmezni (Aussentheorie), hanem tekintettel kell lenni az alkalmazandó jogi rendelkezések jogrendszerben elfoglalt helyzetére, és a jogalkotó feltárható céljaira, és ehhez képest az adózó magatartásának tényleges gazdasági következményeire (Innentheorie).

Mindazonáltal jogállamban nem lehet attól eltekinteni, hogy az adófizetésre kötelezés alapja tételes jogi előírás (malum prohibitum). Kifejezett kötelezés nélkül, csupán következtetések révén, spekulatív úton (malum per se) adójogi kötelezettséget nem lehet megállapítani. Adóelkerülés során tárgyi és alanyi jog, „lex“ és „ius“ összeütközésbe kerülnek egymással. Az adóelkerülés azért elítélendő, mert szétfeszíti a jog belső rendjét. Az adózó csak külsődlegesen igazodik a joghoz, valójában azonban kikezdi annak integritását.

A joggal való visszaélés általános szankciója a kártérítés. Az adójogban az adófizetési kötelezettség megállapítására kerül sor, ami párhuzamba állítható a kártérítési felelősséggel. Kártérítés azért jár, mert valakinek a károkozás felróható. A törvény szerint fizetendő adó meg nem fizetése a társadalomnak okozott kár, aminek az ellentételezése az adókötelezettség utólagos megállapítása (a pótlékokkal és bírságokkal együtt).⁸ Az adózó magatartásának megértéséhez abból kell kiindulni, hogy piacgazdasági szereplő számára az adófizetés teher, amely minimalizálendő. Az adóelkerülés megállapítására irányuló adóhatósági eljárás során meg kell érteni az adózó cselekvésének valós motívumait, tiszteletben tartva cselekvési autonómiáját. Ezt követheti csak a jogi korrekciót megalapozó adóhatósági minősítés.

Az európai országokban, de ma már világszerte is elterjedt az adóelkerülés megakadályozására hivatott, törvénybe foglalt elvek (GAAR) alkalmazása. Még az Egyesült Államokban is bevezettek 2010-ben tételes jogi definíciót.⁹ Az adóelkerülés megakadályozására irányuló elvek („general anti-avoidance principle” – "GANTIP") alkalmazása lehetővé teszi komplex helyzetek kezelését, figyelembe véve jogi és nem jogi megfontolások sorát. Ekkor ugyanis a szabályok merev követéséhez képest tágabb mozgástér kínálkozik.

Általánosnak tekinthető az a jogfejlődés, hogy az adójogi minősítés fokozatosan töltődik fel sajátos adójogi szakmai tartalommal, és ezáltal az adójogi megközelítés elválik a polgári jogi megítéléstől. Az utóbbi évek fejleménye viszont a kifejlődött GAAR intézményével szembeni kétségek egyre erőteljesebb megfogalmazása. A jogbiztonság szempontjára figyelemmel előtérbe kerültek a SAAR által adott szabályozási módszerek, és a GAAR tekintetében is inkább az „Innentheorie“ felől megvalósuló megközelítések. A teleologikus értelmezés hangsúlyozása felerősíti a jogrendszer belső összhangjára való hivatkozást, és paradox módon az önálló adójogi megközelítés ellen hat, miközben korábban a fejlődést abban észleltük, hogy az adójogi minősítés önállósodott.

A fentiekből levonhatjuk azt a következtetést, hogy a polgári jog mint mögöttes joganyag felértékelődik, ugyanis kulcsfontosságúvá válik az, hogy mennyire sikerül feltárni az egyébként adójogilag minősítendő történések valós gazdasági tartalmát, amihez viszont a gazdasági elszámolásokat és a szerződéses kapcsolatokat kell látnunk és bemutatnunk a maguk valóságában. Miáltal a jog integrációjára nagyobb hangsúly kerül, megerősítést nyer

⁸ Paul Kirchhof, „Legalität, Gestaltungsfreiheit und Belastungsgleichheit als Grundlagen der Besteuerung“; in: *Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht*, Herausgeg. von Rainer Hüttemann, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2010, p. 24.

⁹ Sec. 7701 (o) Internal Revenue Code; Karen B. Brown, „Comparative regulation of corporate tax avoidance: An overview“; in: *A comparative look at regulation of corporate tax avoidance*; Ed. by Karen B. Brown, Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2012, p. 15.

az, hogy a polgári jog az adójog másodlagos joga, ahogy azt már tárgyaltuk az adójogi fikciók keletkezési folyamatának nyomon követése során, az adójogi érvényesítés és a horizontális koordináció összefüggésében.

A gyakorlatban át kellene hidalni a távolságot az adókötelezettség minimalizálására irányuló vállalati magatartás és azon igény között, hogy az adóelkerülés megítélése morális kérdés. Ezt nem segíti elő az olyan bírósági gyakorlat, amelynek során a bíróság az adóelkerülés feltárására irányuló igyekezetében elszakad a jogbiztonság követelményétől akkor, amikor az ügyletek jogi formájának meg nem felelő, attól eltérő gazdasági tartalomra következtet.¹⁰ Az angol-szász világban az adóelkerüléssel szembeni fellépés alapja hagyományosan az, hogy a jogi forma szerint feltárható viselkedést gazdasági tartalma alapján próbálják megítélni. Európában nem annyira a piacgazdasági viselkedés pozitív tartalmából indulnak ki a jogalkalmazó hatóságok, hanem a joggyakorlás társadalmi rendeltetéséből, és az ebből adódó korlátokból.¹¹

Az Alpoktól délre különös nehézségekbe ütközött az adóelkerüléssel szembeni fellépés jogi alapjainak kidolgozása. A francia forradalmat követően a népszuverenitást kifejező törvényhozás igen erős pozícióhoz jutott, amihez képest a bíróságokra úgy tekintettek, hogy túlzott aktivizmusuk csorbítaná a törvényhozás hatalmát, és így felborítaná a hatalmi ágak közötti egyensúlyt. Hasonlóképpen akadályt jelentett az, hogy a közigazgatás nagyon erősen a törvényességi követelmények alá rendelődvé kénytelen működni. Ezért külön szervezet alakult ki a közigazgatáson belül a közigazgatási szervek tevékenysége jogszerűségének felülvizsgálatára (Conseil d'Etat; concilio dello stato), ami nem hagyott mozgásteret az adóelkerüléssel szembeni fellépéshez.¹²

GAAR vagy GANTIP alkalmazásának jogállamban korlátai vannak. Inkább kell törekedni SAAR alkalmazására, vagyis az adóelkerülés különös megakadályozására irányuló szabályok alkalmazására (pl. ellenőrzött külföldi társaságokra irányuló, vagy alultőkésítési szabályok révén). Az adóhatóságok és bíróságok túlzott aktivizmusa egyrészt fellazítja a joguralmi rendet, másrészt veszélyeztetheti a hatalmi ágak egyensúlyát azzal, hogy hatalmat von el spontán módon a törvényhozástól, amire azonban nincs alkotmányos felhatalmazása.¹³ Különösen veszélyes lehet analógiák alkalmazása, aminek következtében az adókötelezettséget a hatóságok nem szűkítik, hanem bővítik.¹⁴

Az adóelkerüléssel szembeni hatósági fellépés értékelendő a legalitás, az adótervezés szabadsága (Steuergestaltungsfreiheit) és az adóterhek viselésében való törvény előtti egyenlőség (Belastungsgleichheit) alkotmányos elvei tükrében. A két utóbbi ebben az összefüggésben kevésbé érdekes, mert a szerződéses szabadságba való beavatkozásra a

¹⁰ Judith Freedman, "Defining taxpayer responsibility: In support of a general anti-avoidance principle", *British Tax Review*, 2004, at 332, *University of Oxford, Faculty of Law, Legal Studies Research Paper Series*, Working Paper No. 14/2006, p. 333. A jogbiztonság javítására vonatkozóan rendszerbe foglalt ajánlások fogalmazhatók meg. Ennek példáját l. Rachel Anne Tooma, *Legislating against tax avoidance*, Online Books IBFD (accessed 28 Feb. 2012), p. 112. A rugalmasabb európai álláspont tanulságos lehet a brit reformtörekvések megfogalmazása során is. Yuri Grbich, "New modalities in tax decision-making: Applying European experience to Australia", *eJournal of Tax Research*, No. 7 (2004), p. 125.

¹¹ Marco Greggi, "Avoidance and abus de droit: The European approach to tax law", *eJournal of Tax Research*, No. 6 (2008), p. 23.

¹² M. Greggi, *ibid.*

¹³ Wolfgang Schön, "Legalität, Gestaltungsfreiheit und Belastungsgleichheit als Grundlagen des Steuerrechts"; in: *Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht*, Herausgeg. von Rainer Hüttemann, loc. cit. pp. 52-53.

¹⁴ *Ibid.* p. 54.

pénzügyi kormányzatoknak igen széles körben van lehetősége, a törvény előtti egyenlőség pedig elvont mérce, amely csak akkor jut jelentőséghez, ha más alapjogok sérelme nem állapítható meg. A jogbiztonság elvéből azonban egyenesen következik az, hogy az adófizetésre kötelezésnek világos törvényi tényálláson kell alapulnia (Tatbestandsgebundenheit).¹⁵ Az államnak nemcsak az adókötelezésben kell a jogállamiság szempontjait érvényesíteni, hanem az adóösztönzők alkalmazásában is, ami annál is inkább kényes feladat, mert a vállalkozási szabadságot gyakorló polgárok esetében nem könnyű felmérni azt, hogy miképpen fognak viszonyulni az adóösztönzőkhöz, hiszen másféle ösztönzők előbbiek igénybe vételétől eltéríthetik őket.¹⁶

Az adóelkerüléssel szembeni fellépés jogi megalapozása során először abból indulhatunk ki, hogy a gazdasági ügyleteknek különös hasznossága van, illetve figyelembe kell venni azt, hogy az adófizetés visszaélésszerű elmulasztása felróható magatartással kárt okoz (negatív hasznosság). Másrészt úgy is gondolkodhatunk, hogy az adóelkerülés az igazságosság és szolidaritás elveinek, és ezen keresztül az egyenlőség-elv egyetemes értékének megsértése. Áthidalhatatlannak tetsző nehézséget okoz az adóelkerüléssel szembeni fellépésnél az, hogy nem látszik kiküszöbölhetőnek a jogrend belső ellentmondása.

A jog alkalmazása során a formális racionalitás nem nélkülözhető. Ez azt jelenti, hogy az egyes cselekmények csak annak megfelelően értékelhetők jogilag, hogy megfeleltethetők-e a jogi előírások által közvetített elvárásoknak, vagyis a valóságos cselekmények betudhatók-e a jogszabályban rejlő hipotézisnek. Ezek után dönthető el, hogy valamely magatartás jogszerű-e. E formális logikára alapított értékelési mechanizmus nem működik akkor, ha az értékelendő cselekmények nem járnak jogi rendelkezések megsértésével, mégis kikezdi a jogrendszer egységét. Mivel formális értékelési eljárással nem fogható be az a magatartás, amely aláássa a jog integritását, elkerülhetetlen lesz az ellentmondás a formális értékelés és a jogrend egységének valóságos meggyengülése között.

Ebből az ellentmondásból a pozitív jog zárt rendjében mozogva nem lehet kilépni. Ehhez a külső körülményeket kell felmérni. Kézenfekvő természetjogi alapon etikai normákat kívülről és felülről beemelni a jogi gondolkodásba. Ekkor viszont lemondunk a jog mint autonóm rendszer elismerésének lehetőségéről. Lehetséges mindazonáltal a környezettel való kommunikáció révén visszatérni a pozitív joghoz.

Mikró szinten (pl. az adóigény horizontális érvényesítésénél, adóhatóság és adózó együttműködése, közös jogértelmezése során) az adott helyzetben cselekvők jogi és nem jogi kódokban való gondolkodása lehetővé teszi azt, hogy a nem jogi értékelési elemek beépülnek a jogi értékelési folyamatba, ezáltal jogiasodnak, ami visszahat a nem jogi környezetre, amelyet viszont áthat, átformál az együttműködő szereplők körül kialakuló, funkcionális alrendszerben megszerveződő jog. Ezen a ponton rendszer és környezete közötti interakció során jogi reflex jön létre. Ezzel nem oldódik meg az a probléma, hogy makró szinten a pozitív jog kudarcot vall, mivel nem lehet szabadulni hagyományos jogi eszközökkel attól a hatástól, hogy a jogi normák formális betartása és a jogrendszer egységének tényleges gyengítése ellentmondásban vannak egymással. Ez az ellentmondás azonban a jogi reflex mechanizmusa révén mikró szinten, adott szereplők között (pl. feltételes adómegállapítás során) feloldhatóvá válik.

¹⁵ Ibid. p. 59.

¹⁶ Reuven S. Avi-Yonah, "Corporate social responsibility and strategic tax behavior", *Univ. of Michigan Law School, John M. Olin Center for Law and Economics Working Paper Series*, 2006, Paper No. 65, pp. 27-28.

III. A jogkövetés kötelezettsége, jogi fizika és fenomenológia

1. A jognak való engedelmesség

A jognak való engedelmességre vonatkozó jogi elméletek száma jelentősen nőtt az elmúlt évtizedekben. Kiemelhető William Ross elmélete a „prima facie” kötelezettségekről, vagy később John Rawls ún. reflektív ekvilíbrio elmélete. Az adókijátszás és az adóelkerülés eltérést jelent attól, ami jogszerű, méltányos és igazságos. Gyakran együttesen fordulnak elő. Közös vonásuk, hogy az adóbevételek megrövidítéséhez vezetnek, egyébként azonban egymástól különböznek. Az adókijátszás jogszabálysértést jelent: rés keletkezik annak következtében, hogy az adózók tényleges magatartása eltér a tételes adójogi előírásoktól. Ezzel szemben az adóelkerülés nem vezet törvénysértéshez. Inkább a törvény megkerüléséről beszélhetünk, miáltal az adózók megsértik a jogrend integritását.

A politikai demokrácia (a jogegyenlőség elve) és a jogállamiság iránti elkötelezettség azt az elvárást közvetíti az állampolgárok felé, hogy elhiggyék, a társadalmi rendszer – beleértve a jogrendet – ténylegesen működik. E feltételezések nélkül nincs értelme megkívánni a jognak való engedelmességet és nem értelmezhető a jogrend integritása sem. Az adótörvények ideális esetben világos útmutatást jelentenek az adózóknak, az adók beszedése pedig nyilvánvalóan az adózók törvény iránti engedelmességén alapul.

A tökéletes működés elméleti feltételezésén túl – ami a jog makró szintű megközelítésére utal –, különböző utak és módok vezethetnek a jog mikro aspektusainak megértéséhez. Ez utóbbiak nem váltják fel a makró világ általános jogi mechanizmusait, hanem inkább kiegészítik azokat. Lehetséges, hogy a valóság két szintje között összhang alakul ki, de a konfliktusok sem zárhatók ki. Léteznek olyan egyéni helyzetek, amikor a jog makró világának eszközei az egyébként helyes és teljesnek tűnő tárgyi jog meglete ellenére nem nyújtanak az adózóknak elégséges irányítást. Ezekben az esetekben csak remélhetjük, hogy a probléma megoldható, feltéve hogy az érintettek képesek formális és informális megállapodások kidolgozásával, feljegyzések, emlékeztetők és más jogi dokumentumok készítésével mikro helyzetükben koherenciát teremteni.

Nem gondolhatjuk, hogy az adóelkerülés problémája és más devianciák teljességükben megérthetők lennének egyszerűen a hagyományos nézet alapján, miszerint az adótörvényekben ellentmondások vagy inkonzisztencia csak véletlenül fordulhatnak elő, és hogy a jogkövetői magatartásokban megmutatkozó kirívó szabálytalanságok egyszerűen kiküszöbölhetők, amint a jelzett defektusok kikerülnek a tárgyi jogból, miután úgymond kijavítják a törvényekben rejlő hibákat. A jognak való meg nem felelés (adókijátszás), különösen pedig a joggal való visszaélés (adóelkerülés) túlmutat a jog makró mechanizmusain, és a „lex” és „ius” viszonyában rejlő strukturális egyensúlytalanságokra irányítják a figyelmet.

Az adókijátszás (tax evasion) nem azonos azzal a potenciális adóbevételekben bekövetkező veszteséggel, ami adókijátszás hiányában egyébként beszedhető lenne. Ha az adók beszedése hatékonyabb lenne, az adózók magatartása sem maradna változatlan, és így az adóbeszedésre szolgáló valós gazdasági körülmények is megváltoznának.¹⁷ A jog gazdasági elmélete (law

¹⁷ Luigi Alberto Franzoni, „Tax evasion and tax compliance”, Boudewijn Bouckaert, Gerrit De Geest, (eds.), *Encyclopedia of law & economics*, University of Ghent, Edward Elgar Publishing Limited, Find Law, 1996-2000, p. 53.

and economics) szerint az adókijátszás mintegy beékelődik a gazdasági valóság és az adók tisztán jogi konstrukciója közé.¹⁸

Az adókijátszás szoros kapcsolatban áll az adózatlan gazdasággal és más olyan bűncselekményekkel, mint a csalás, pénzmosás, számviteli fegyelem megsértése, vesztegetés, stb. Az adóelkerülés (tax avoidance) az adókijátszáshoz hasonlóan büntetendő, bár sok esetben csaknem lehetetlen azt az illetékes hatóságnak az adóelkerülést bizonyítani. Az adóminimalizálás gyakorta az adóösztönzők alkalmazásának közvetlen eredménye. Ezért azután nehéz azt mondani, hogy a fiskális ösztönzők alkalmazása könnyen megalapozható lenne az adójog általános elvei alapján.

A jog gazdasági elemzéséből többnyire arra következtethetünk, hogy az adókijátszást és időnként még az adóelkerülést is tulajdonképpen abból a szempontból kellene vizsgálni, hogy a gazdasági döntések mennyire hatékonyak. Ebben az összefüggésben az adókijátszás hátrányos a nemzetgazdaságnak, mivel csökkenti az adóbevételeket. Az adókijátszás a kis- és középvállalkozásokra jellemző. A multinacionális vállalatok helyzete különbözik ettől, mivel lehetőségük van a különböző jogrendszerek közötti mozgásra, és ez által még akkor is képesek adóterheik minimalizálására – sokszor agresszív adótervezéssel –, ha tartózkodnak a jogsértéstől.

Az adókijátszás leghátrányosabb hatása – az állami bevételek csökkenésén túl – az, hogy eltorzítja a gazdasági versenyt. Azok, akik betartják az adótörvényeket, versenyhátrányba kerülnek. Az adópolitikát szintén hátrányosan érinti az adókijátszás. Az adóztatás ugyanis tökéletlen eszköznek bizonyul a kormányzati célok elérésére, mivel az adókijátszás következtében az előre jelzett feltételek nem maradnának változatlanok.¹⁹

Az adóigazgatás működtetésének az a funkciója, hogy megszüntesse az ellentéteket azon tényezők között, ami észlelhető, és ami bizonyítható. Az adókijátszás leküzdéséhez a szabálytalanságok felismerése jelenti a kulcsot, adóelkerülés esetén pedig a bizonyítás sikere a döntő az adóhatóság számára. Az adóbeszedés hatékonyabb lehet, ha az adóhatóság él az adóbecslés vagy az adózóval való alkukötés, illetve a feltételes adómegállapítás eszközével (ahelyett, hogy a formális üzleti kimutatásokra támaszkodna). Az is egy lehetőség, hogy az adóbeszedés feladatát szerződéssel átruházza magánfelekre (outsourcing), különös tekintettel a hátralékos adókövetelések behajtására.²⁰ Egyedi esetekben az adóhatósággal való alkukötés adott esetben jobb megoldást jelenthet, mint az adóztatás merev, „a priori” szabályaihoz való ragaszkodás.

A gazdasági és jogi intézményeket a történeti sajátosságok egyedi esetekben megmutatózó sokféleségére összpontosítva kell tanulmányoznunk, ha figyelemmel vagyunk arra, hogy jog és társadalom történeti kontextusban jelenik meg. Az ilyen gondolkodás a jog materiális megközelítéséhez vezet. Ezzel ellentétben a jog tanulmányozásában összpontosíthatunk a jogintézmények működésének logikájára azok történeti összefüggéseitől elvonatkoztatva. Ez a megközelítés a jogintézmények konceptuális – formalisztikus – leírását vonja maga után. Ennek során törekedhetünk a betöltött funkciók, valamint a jogintézmények által kialakított struktúrák feltárására, vagy arra, hogy milyen interakció jött létre az egyedi jogintézmény és környezete között.

¹⁸ Ibid., p. 54.

¹⁹ Ibid., p. 55.

²⁰ Ibid., pp. 66-67.

Normálisan működő társadalomban széles körben tiszteletben tartják a jogszabályokat. Változó lehet azonban, hogy mik a jogkövetés (a jognak való engedelmesség) indokai. A kérdés arra irányul, hogy vajon elfogadhatjuk-e „prima facie” erkölcsi és jogi kötelezettségek létezését. Ha igen, akkor a jognak való engedelmesség általános kötelezettsége szintén meghatározható. Még ha „prima facie” kötelezettségeket nem ismerünk is el, az könnyen belátható, hogy a normáknak való általános engedelmességnek kell léteznie egy társadalomban.

Az engedelmesség minden bizonnyal olyan társadalmi környezetből fakad, amelyben jogok csak a társadalmi kötelezettségekre figyelemmel, azok betartásával együtt gyakorolhatók. Az egyének – habár kikényszeríthető jogokkal rendelkeznek – kénytelenek a közösség működtetésének szükségletéből fakadó korlátokhoz is igazodni. A jogkövetés jogilag értelmezhető kötelezettsége végül is a sajátos történeti körülmények között megnyilvánuló közjóra vezethető vissza.

Más megközelítésben a jogkövetés kötelezettsége a társadalmi létezés megállapodásokon nyugvó szemléletével összefüggésben magyarázható meg. John Rawls szerint a jogkövetés kötelezettsége szerződéses ígéreteken nyugszik. Úgy érvel, hogy létezik egy hallgatólagos társadalmi szerződés, amelynek alapján az állampolgárok engedelmességet ígérnek az államnak, az állam pedig polgárainak kedvezményeket és védelmet nyújt. Ahhoz, hogy kiküszöbölhető legyen a természetes adottságok eloszlásában rejlő önkényesség, Rawls az általa bevezetett hipotetikus társadalmi szerződés fogalma révén olyan egyéneket előfeltételez, akik általános érvényű társadalmi szabályokat alakítanak ki, mielőtt még hozzájutnának azokhoz a javakhoz, amelyek birtoklása egymástól megkülönböztetné őket.

Az „eredeti pozícióban” vagy „a tudatlanság leple mögött” mindenki ugyanazokat a szabályokat részesíti előnyben, mert mindenki azonos mindenki mással. Ezek az „eredeti” jogalanyok, vagy a jog noumenális tárgyai, akik racionálisak abban az értelemben, hogy mindegyikük a preferenciák koherens álláspontjával bír a rendelkezésre álló lehetőségek tekintetében. A társadalmi szabályoknak a potyautas (free-rider) pozíción felülemelkedő álláspontja minden társadalmi szerződéses elmélet alapja. A törvényeknek köszönhetően lehetséges az intézményes kényszerítés, ami végső soron vélelmezett önkéntes és egyhangú megállapodás alapján nyer igazolást.²¹

Nem tekinthető magától értetődőnek, hogy a polgári engedetlenség igazolható lenne. Az olyan jogi elméletben azonban, ahol a jogi normák autoritásukat és integritásukat felsőbb fokú értékkel bíró erkölcsből vagy a természetjogból nyerik, nem zárható ki a pozitív joggal szembeni ellenállás helyeslése. Ezzel szemben a jog tisztán analitikus megközelítésében, ahol a jog és az erkölcs – illetve a pozitív és a természetes jog – elkülönül egymástól, a polgári engedetlenségnek nincs tere. A jogot ez esetben feltétlenül tiszteletben kell tartani mindaddig, amíg az érvényes (és hatályos). Fejlett jogrendszerekben mindazonáltal kifinomult csatornák léteznek, melyeken keresztül az érvényes jogszabályok megváltoztathatók.

²¹ Serge-Christophe Kolm, „Distributive justice”, in: R.E. Goodin, Ph. Pettit (eds.), *A companion to contemporary political philosophy*, Blackwell, Oxford, 1993, pp. 448 and 450. Hart a „fair play” szabályaira hivatkozva az alábbiak szerint érvel az engedelmisségi kötelesség mellett: „... when a number of persons conduct any joint enterprise according to rules and thus restrict their liberty, those who have submitted to these restrictions when required have a right to a similar submission from those who have benefited by their submission.” H.L.A. Hart, „Are there any natural rights?”, *Philosophical Review*, Vol. 64 (1955); Malcolm B.E. Smith, Malcolm B.E. Smith, „The duty to obey the law”, in: D. Patterson (ed.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, Blackwell, Oxford, 1996, p. 466.

Elvileg feltételezhetjük, hogy az egyedi jogi kapcsolatok kialakulását mindig megelőzi egy előzetes, jogilag értékelhető kötelék, mely az egyes jogi normák követése által jön létre. Ez az előzetes jogi kapcsolat visszavezethető egy „prima facie” kötelezettségre, amely benne rejlik a jogkövető személyek intuícióiban.²² Ez a jogilag szervezett kapcsolatok kialakulásának olyan magyarázata, amely institucionalizmusnak nevezhető. Kommonalizmusnak is tekinthető, William Ross meta-etikája szerint ugyanis a jogkövetés képessége mindenkiben veleszületett. Úgy érvel, hogy a szocializáció folyamán intuitívan észleljük a „prima facie” kötelezettségek növekvő halmazát, amelyek minden erkölcsi ítélet alapját képezik. Ross ezért azt állítja, hogy döntő fontosságú feloldani az erkölcsi természetű konfliktusokat a legerősebb köteleességekhez való feltétlen folyamodás révén, amikor a jogkövető még nem mérlegeli a normakövetés esetleges következményeit.

Ross hisz az erkölcsi értékek objektivitásában és az egyén azon képességében, hogy kövesse ezeket az értékeket, beleértve a jogszabályokat is. A jog megvalósulására vonatkozó magyarázata azonban nem katekiztikus meta-etikán nyugszik. Nézőpontjában – szemben Kanttal – az erkölcsösség az értelmi belátás révén nem tárható fel. Nála az erkölcs nem tanítható.²³ Ennélfogva – és mivel a kommonalisták feltételezik, hogy az emberek megszerezték valamilyen módon a közösségi erkölcs kezdetleges tudását –, nem feltételezhetjük, hogy a normák megvalósulása a tanulási folyamatba zárt korlátok átlépésének lenne a függvénye.²⁴

A különböző katekiztikus érvek kidolgozottsága és fontossága ellenére csekély valószínűsége van a feltételezésnek, hogy közönséges emberek filozófusok segítségét kéri annak eldöntéséhez, hogy egyénileg vagy közösségben miként kellene cselekedniük. Még inkább komoly akadály az erkölcsi értékek kialakítása során megtanítani azt, hogy a modern (és posztmodern) társadalom belsőleg differenciált és viszonylagosan önálló alrendszerek széles skáláján értelmezhető, ahol az egyes alrendszerek saját logikájuk szerint szerveződnek. Az európai társadalom funkcionálisan differenciált rendszerre fejlődött. Minden egyes alrendszer a saját kommunikatív eljárásait és működése elsőbbségét hangsúlyozza.²⁵ Ilyen helyzetben az erkölcsi megfontolások nem tudják befolyásolni az embereket, hacsak kifejezetten nem emelik be azokat valamilyen módon az alrendszer belső logikájába.

A jog tisztán analitikus megközelítésében az adókiátszás nem igazolható. Mindegy, hogy az adófizetés kötelezettsége a jogkövetés általános kötelezettségére vezethető-e vissza, amely a társadalmi kölcsönhatásokból származik, vagy egy hipotetikus szerződésre, mely szerint az adófizetésért cserébe ellentételezés igényelhető. Ebből a szempontból nincs jelentősége annak sem, hogy vajon „prima facie” kötelezettségek elismerhetők-e, vagy hogy a jog feltételezése a jog magvát képező társadalmi parancs koncepcióján nyugszik-e.

²² Ross a következőt javasolja (The right and the good, op. cit.) a törvénynek való engedelmisségi kötelezettség meghatározására: „Thus . . . the duty of obeying the laws of one’s country arises partly (...) from the duty of gratitude for the benefits one has received from it; partly from the implicit promise to obey which seems to be involved in permanent residence in a country whose laws we know we are expected to obey, and still more clearly involved when we ourselves invoke the protection of its laws (...), and partly (...) from the fact that its laws are potent instruments for the general good.”

²³ M.B.E. Smith, op.cit. p. 468.

²⁴ Ibid., pp. 471-472.

²⁵ Niklas Luhmann, „The world society as a social system”, in: Donald McQuarie (ed.), Readings in contemporary sociological theory: from modernity to post-modernity, loc. cit. (from: N. Luhmann, „The world society as a social system”, *International Journal of General Systems*, Vol. 8, No.3/1982), pp. 30-31.

A természetjog értékeinek összefüggésében viszont az adókijátszás megbocsátható. A természetes jog feltételezése magába foglalja a lehetőséget, hogy bár egy zárt rendszerben a jogi és nem jogi értékek konfliktusban lehetnek egymással, az ellentmondások feloldhatók azáltal, hogy az alacsonyabb helyre besorolt (jogi) értékek a magasabb fokú (akár erkölcsi) értékekkel felválthatók. Ezért az adójog megsértése kivételes helyzetekben igazolható olyan értékekkel, melyek magasabb rendűek, mint a pozitív jog értékei. Figyelemre méltó, hogy a joggazdaságtan hatékonyság-alapú szemléletében, ahol az adókijátszás vagy adóelkerülés a valóság és a közpénzügyi jog megjelenítése közötti diskrepanciaként jeleníthető meg, az a kérdés egyáltalán nem merül fel, hogy az adóelkerülés jogszerű lehet-e, és leértékelődik az adókijátszás és az adóelkerülés közötti megkülönböztetés jelentősége.

2. Jogi koherencia

Valamely elmélet elsősorban monizmusa és egységessége miatt nevezhető koherensnek. Az ilyen elmélet arra épül, hogy az alkalmazott elvek megfeleltethetők egymásnak, és az egyes tételek ezekből az elvekből következnek.²⁶ A koherencia elmélet a valóság hagyományos elméletének – melyet korrespondencia elméletnek nevezhetünk – az alternatíváját jelenti. A korrespondencia elmélet szerint az egyes tételek – amennyiben helyesek – megfeleltethetők a való világ tényeinek (azokkal korrespondálnak). Azon az optimista szemléleten nyugszik, hogy léteznek tőlünk független dolgok, és ezekben a dolgokban megtalálható a lényeg, ami racionálisan feltárható. A korrespondencia elmélet az alapvető meggyőződésekből kiindulva az igazság lineáris igazolásának a képét sejteti. Ezzel ellentétben a koherencia elmélet nem egyenes vonalakkal írható le, hanem mintegy pókhálóként jeleníthető meg.²⁷

A korrespondencia elmélet makró perspektívájától eltérően a koherencia elmélet képviselője a világot annak mikro perspektívájában vizsgálja. A társadalom fenomenológiájától különböző társadalmi fizika az egyes társadalmi csoportokkal és azok kapcsolataival (különösen azok konfliktusaival) vagy a hatalmi mechanizmusokkal foglalkozik. Ezzel szemben a fenomenológiai nézőpont olyan társadalmi gyakorlatra irányul, amelyben kis csoportokban kölcsönös elvárások – és ezzel összefüggésben diskurzus – bontakoznak ki. Habermas azt állítja, hogy a késői kapitalizmusban a társadalmi tervezés adminisztratív folyama nem mentes nyugtalanító és egymástól széttartó hatásoktól. Ezek a hatások gyengítik a hagyományok legitimációs képességét: „Amikor már nem vitathatatlanok többé, az érvényességre való igényük csak párbeszéd útján stabilizálható. Így azután a kulturális szempontból egyébként nyilvánvaló dolgokban bekövetkező kényszerítő erejű változás következtében átpolitizálódnak az élet olyan területei is, amelyek korábban még a magánélet terrénumának tartozékai voltak.” (saját fordítás).²⁸

A társadalom makró perspektívájában a társadalmi struktúrák objektivációi az erőforrások elosztása és újraelosztása folyamatában alakulnak ki a tőkéért és a szűkös javakért folyó versenyben. Ahogy Bourdieu állítja, az erőforrásokat a társadalmi térben rendelkezésre álló tőke (gazdasági, kulturális, szociális és szimbolikus tőke) nagysága szerint osztják el.

²⁶ Ken Kress, „Coherence”, in: D. Patterson (ed.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, pp. 532-533.

²⁷ *Ibid.*, p. 535.

²⁸ „The resource of 'value', siphoned off by the tax office, has to make up for the scanty resource of 'meaning'. Missing legitimations have to be replaced by social rewards such as money, time and security.” Jürgen Habermas, „What does a crisis mean today? Legitimation problems in late capitalism”, in: Donald McQuarrie (ed.), *Readings in contemporary sociological theory: from modernity to post-modernity*, op.cit. [from: J. Habermas, „What does a crisis mean today? Legitimation problems in late capitalism”, *Social Research*, Vol. 40, No. 4 (Winter 1973)], p. 154.

A társadalom mikro perspektívájában e társadalmi erőforrások a tőke különböző megnyilvánulási módjainak relatív súlya alapján rendeződnek el. A társadalom mikro szegmensének szemszögéből nézve a javak makró szintű elosztását azok hitelesítik, akik képesek helyesen felmérni „hic et nunc” személyes helyzetüket, szükség szerint hozzáigazítva a változó körülményekhez. Valamely személy egyedi társadalmi helyzetének a sajátos értelmezése az embereket arra indítja, hogy az egymással folytatott interakcióban az objektív helyzetüknek megfelelő távolságot tartsanak fenn egymástól, illetve megőrizték a társadalomban elfoglalt rangjukat.²⁹

A modern normatív elméletekben alkalmazott koherencia módszertan jól kifejezhető Rawls úgynevezett reflektív ekvilibrium technikájával, aki azt feltételezi, hogy a normatív kérdésekről való döntéseket az átlagos intelligenciával rendelkező egyéneknek kell meghozni olyan ideális körülmények között, amelyek előmozdíthatják a személyi integritást, a tárgyilagosságot és az éleslátást.³⁰ Így a jog koherenciája csak a reflektív ekvilibrium megvalósítása révén érhető el. A reflektív ekvilibrium a jog állapota, melyet azok hoztak létre, akik a joggal összhangban cselekszenek. A koherencia nem egyszerűen azt jelenti, hogy az egyedi esetekben alkalmazott jogi normák koherensek egymással. Szükséges a címzettek nagy száma is, akik a jogot megvalósítják, és a jogi normákkal, valamint társadalmi környezetükkel összhangban cselekszenek.

A jogszabályok kibocsátása és végrehajtása a makró szintű jogi események kérdése. A jogszabályok azonban olyan fontos elemekkel egészülhetnek ki – amelyek már a jog mikro aspektusaként jelennek meg –, mint a magánszemélyek alkukötései a hatóságokkal vagy a nagyvállalatok által összefüggő szerződések hálózata révén létrehozott „magánalkotmányok”. Kress úgy érvel a jogra vonatkozó koherencia elméletében, hogy „a jog egy varrat nélküli háló..., holisztikus..., a precedensek mintegy gravitációs erővel hatnak a jog egészére...” (saját fordítás).³¹ A joggal való visszaélés bizonyosan a jognak ugyancsak olyan problémája, amely legjobban holisztikus nézőpontból vizsgálható.

A jog közönséges fizikája nem mond többet, mint azt, hogy az emberek milyen módon igyekeznek sajátos problémáikat megoldani jogi és nem jogi eszközökkel. E problémák megoldására rendező elveket kidolgozni csak az absztrakció igen magas fokán lehet, távol a napi valóságtól. Ennek oka az, hogy a jogilag releváns helyzetek gyakran változó alakot öltenek magukra. Ennél fogva tartani lehet attól, hogy a gyakorlati problémák nem oldhatók meg a széles körben elismert jogi és pénzügyi elvek (joggal való visszaélés tilalma, megbízható és valós összkép, stb.) egyszerű segítségül hívásával. Ha egy jogrendszerben egymással konfliktusban lévő jogszabályok merülnek fel, akkor a jogszabályok aktuális rendjének kialakításakor a „lex specialis” rendesen megelőzi a „lex generalist”. Ennek következtében a túlságosan absztrakt elvek alkalmazásának a területe behatárolódik.

A jogi fenomenológia szempontjából a jogok nem gyakorolhatók korlátlanul. Ellenkezőleg, csak az egyedi esetben tisztázható, a körülményektől függően, hogy vajon a jogokat rendeltetésszerűen vagy azzal visszaélve gyakorolták-e. Tipikusan a koherencia kérdése

²⁹ Pierre Bourdieu, in: Donald McQuarrie (ed.), *Readings in contemporary sociological theory: from modernity to post-modernity*, Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1995 [from: P. Bourdieu, „Social space and symbolic power”, *Sociological Theory*, Vol. 7, No. 1 (Spring 1989)], pp. 325-326.

³⁰ J. Rawls, *A theory of justice*, loc. cit. Továbbá: J. Rawls, „Outline of a decision procedure for ethics”, loc. cit. Ken Kress, „Coherence”, in: D. Patterson (ed.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, loc. cit. p. 535.

³¹ *Ibid.* p. 536.

eldönteni azt, hogy adott helyzetben az egyéni jogok gyakorlása a jog rendeltetésszerű működésének megfelelő-e. E tekintetben nem hagyatkozhatunk az olyan makró intézményekre, mint társadalmi osztályok vagy redisztributív hatalmi mechanizmusok működése. Ezért a jogalkotó részéről alaptalan lenne azt feltételezni, hogy könnyű dolog egyedi ügyeket előzetesen kialakított elvek alapján eldönteni, illetve abban dönteni, hogy a jogalanyok az egyes jogaikat helyesen gyakorolják-e, még ha a törvényhozó egyébként helyesen mérte is fel a társadalmi körülményeket. Nem elegendő azt vizsgálni, hogy a vizsgálat alá vont magatartások összhangban vannak-e a jogrendszer alapelveivel, hanem esetről esetre meg kell vizsgálni az egyedi körülményeket. Ezáltal az egyedi cselekvések joggal való összhangját és a jog koherenciáját újra és újra meg kell vizsgálni.

A jog megszokott statikus nézetéből adódó feltételezés ellenére a jogi normák valódi jelentése bizonytalan lehet, mivel az egyedi esettől függően változhatnak. Ennek oka az, hogy a körülményektől függően a jogi normák különböző elemei hívhatók elő. Egy korrespondencia elmélet operacionális, feltéve, hogy a jogi döntéseknél figyelembe vehető tények nem változnak meg hirtelenül és átfogó módon. Abban az esetben, ha a jogintézmények releváns jelentésében nincs stabilitás, nem érhető el harmónia a jogi normák és az állandóan változó külső valóság között. Más tekintetben azonban elérhető harmónia, ahogy az éppen a koherencia elméletben megfogalmazásra kerül. A jogintézmények szűk mikro relációiban lehetséges elérni harmóniát, ha egyébként az alkalmazandó normák konzisztensek és az egyes relációkba bevont emberek olyan kommunikációs módokat alakítottak ki, amelyek megfeleltethetők a sajátos esettel.

A feltételes adómegállapítás iránti kérelem a jogi fizikában kellő gyanakvással kezelendő. A kritikusok különböző okokra hivatkozhatnak a feltételes adómegállapítás vagy a vitarendezés más alternatív formáinak tárgyalásakor. Először is, a feltételes adómegállapítás privilégiumokat eredményezhet, ami pedig sérti a jogegyenlőség elvét. Másodsorban, a hatóságtól elvárják, hogy pártatlan legyen, ami természetesen nem lehetséges egy alkukötés során. E megfontolásokra tekintettel fontos, hogy a jogszolgáltatás számára az alku lehetséges tárgyát és formáját illetően alkotmányos korlátokat állítsanak fel. Például megakadályozható, hogy a települési önkormányzatok a megegyezés folyamán a jövőre nézve bizonyos adószabályok megalkotását ígérjék.

Az alkukötést alkotmányos megfontolásokból korlátozni szükséges. Ez azt is jelenti, hogy bizonyos ponton túl a közhatalmi megfontolásokra alapítva a szerződések, így a magánjogi alakzatok alárendelődnek a közjognak. Végül, a feltételes adómegállapítás megengedésével a jogbiztonság elve is sérelmet szenvedhet, mivel nem lehetséges előre kiszámítani a feltételes adómegállapítás eredményét, így pedig a jog elveszítheti kiszámíthatóságát.

A tőke és a javak elosztása és újraelosztása során kialakuló makró viszonyok kiegészíthetők az alkukötés mikro relációival, miközben az ebbe bevont emberek rekonstruálhatják a magatartásukra nézve irányadó kommunikációs eszközöket és megfelelhetnek egy koherens normarendszernek. Az adózás fontos szerepet játszik a társadalmi termelést és a társadalmi értékek újraelosztását központosító hatalom mechanizmusainak működtetésében. Rawls második igazságossági elve (a differencia elv) második előzetes feltételével kapcsolatban (a hivataloknak és a betölthető pozícióknak nyitottaknak és átláthatóknak kell lenniük)³² a társadalmi igazságosság olyan sajátos mechanizmusként mutatkozhat meg, amelynek

³² John Rawls, "A Kantian conception of equality", V. Held. (ed.), *Property, profits and economic justice*, Belmont, Wadsworth, 1980 [from: J. Rawls, "A Kantian conception of equality", *Cambridge Review* (February 1975)], pp. 201-203.

segítségével lehetséges korrigálni a tőke és a javak elosztása során kialakult egyenlőtlenségeket. E korrekciós mechanizmus egy adott országban olyan pénzügyi politika segítségével hozható működésbe, amely nemcsak a juttatások szétosztására irányul, hanem amelynek révén a gazdasági stabilitás és a redisztributív igazságosság céljai is követhetők.

IV. Jogi technika és helyes jog

Az adóelkerülés – vagy inkább joggal való visszaélés – akkor fordul elő, ha a jogot megkerülik, de nyílt jogsértésre nem kerül sor. Nem történik joggal való visszaélés, ha az egyéni cselekedetek nemcsak a jog betűjével, hanem annak szellemével is összhangban vannak, ha a jogrend integritását előmozdítják, nyilvánvalóvá téve ezzel azt, hogy mi az érvényes jog. A jog mélyebb vizsgálata fölveti a jog érvényességének a kérdését, vagyis azt, hogy a jogi normáknak kategorikusan ki kellene zárni a kétértelműséget a jogrendszerből. A jog érvényességének fogalma megközelíthető egyebek mellett oly módon, hogy a jogot a jogi technikák és a helyes jog összefüggésében tárgyaljuk.

Már Aquinoi Tamás fölteszi a kérdést, hogy szabad-e adott esetben eltérni a törvény betűjétől annak érdekében, hogy hűek maradjunk a törvény szelleméhez, és igenlően válaszol (*Summa Theologica*, I-II. 96.6.). A törvény betűje és szelleme közötti összeütközés problémáját szemlélhetjük a természetes és a pozitív jog viszonyára figyelemmel. A jog kétségtelenül fogalmilag kettősséget rejt magában, hiszen egyfelől természetes, mert a társas létezés előfeltételeként általános érvényű magatartási mintákat ír elő, másfelől viszont pozitív, mivel politikailag megszervezett, időszerű partikuláris érdekeket közvetít formalizált módon. Évszázadokon keresztül a jog természetes oldalát tekintették meghatározónak.

A pozitív jog egyoldalú tiszteletét csak a XX. század hozza meg. Még a marxizmus is, amely erősen hangsúlyozza a jog osztálykötöttségét, természetes eszmei alapon áll, hiszen a történelmi haladás léptékében mérve a jogot, azt aláveti a társadalmi igazságosság kiteljesedésének és előrevetíti a jog elhalását. Az, hogy a természetesség inkább kitűnik, mint a pozitív elem, magától értetődő kellene, hogy legyen, hiszen a társadalom egyéni érdekekre szabdaltságával szemben itt az értékkövető személy védelmének a szempontja kerül előtérbe, aminek minden emberi megnyilatkozásban alapvetőnek kell lennie.

A tételes jogon túlmutató helyes jogot a jogszerűség és ténybeliség összefüggéskörében kell keresnünk. Normativitás és ténybeliség a „Sollen” és az annak megfelelő „Sein” fogalmi síkján (ahol a „legyen” szempontja érvényesül a „van” szempontjával szemben), vagyis érvény (Geltung) és hatásosság (Wirksamkeit) mentén ábrázolható. A normativitás a végrehajtás során átmegy ténybeliségbe, a ténybeliség pedig magában hordja a mintákat a normativitásra figyelemmel.³³ Normativitás és ténybeliség egymásba való átalakulásának fő színtere az egymásba kapcsolódó jogalkotás és jogalkalmazás, amelynek a folyamatát célszerű lépcsőzetes struktúrában láttatni. A jogrend érvényessége nem az akaratok és cselekvések, a jogalkalmazói döntések vagy törvényhozási határozatok tényeire vezethető vissza, mivel ezekkel csak az adott jogrend tartalma tölthető ki. Az érvényesség Kelsen megfogalmazásában arra az alaphipotézisre vezethető vissza, hogy a hipotetikus alapszabály a jog végső forrása, ti. a normaalkotás szempontjából a legfelsőként tételezhető jogi szabály,

³³ H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses vom Staat und Recht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1928 (zweite Aufl.), p. 96. H. Kelsen, *The pure theory of law*, transl. by Max Knight, Berkeley, University of California Press, 1967, pp. 201-205.

amely transzcendens módon értelmezhető és egy végső autoritással azonosítható, de amely képes méríteni a szokásjogból is.³⁴

A jog a társas kapcsolatokra irányul ugyan, de a jog érvényességét nem valamely külsődleges (politikai, erkölcsi) igazolásban kell keresni, hanem magának a jogrendnek a belülről kihordott egységében. Amennyiben a jog érvénye mégis kívülről meghatározott, az csak hipotetikus érvényű, az egyedi jogi tartalmakhoz képest meghatározatlan lehet. Hobbes ezt úgy fejezi ki, hogy felállítja az „auctoritas, non veritas facit legem” tételét. Eszerint egy jogrendszer nem igényli a külsődleges legitimációt. Így nem szükséges még a Kelsen által megfogalmazott hipotetikus alapnormára sem támaszkodni. Az érvényes jog leírása elegendőnek tűnik magából, ahol a sajátos történelmi körülményekre irányadó szokásjog helyettesítheti a hipotetikus normákból eredő transzcendens értékeket. Egy ország szokásjoga magában foglalhatja az alkotmányos gyakorlat számára való elvvé válás lehetőségét. Ez a tradíció egyaránt elhelyezhető a jogrendszer alján és tetején, amennyiben vagy a törvényi rendelkezések ernyője alatt létrejövő joggyakorlat lényegét fejezi ki, vagy pedig azokat a legmagasabb szintű előfeltevéseket, amelyeken az érvényes jogrendszer nyugszik, és amelyeken a törvények is alapulnak. A jogrendszer érvényessége ebben az összefüggésben a jog belső erőinek köszönhetően reprodukálható.

Az érvényes jog e koncepciója tisztán analitikus jogszemlélet terméke, amely elkülönül az erkölcsi szempontoktól vagy a természetes jog értékeitől. Eltérően a jog koherenciájától, az érvényes jog e fogalma a jog makró kategóriája marad, a jogrendszerre mint egészre vonatkozik és független azoktól a szubjektivista módszerektől, amelyek a sajátos helyzetekben irányadó kommunikációs módszerek rekonstrukciójára irányulnak. Ez új-kantiánus megközelítés, amely különbözik a fenomenológiától, mely utóbbi szerint az erkölcsi értékek – és végső soron a jogi normák – a kommunikáció belső, szubjektív módszereiből következnek.

Az érvényes jog magva a helyes jog, amely benne rejlik egy adott pozitív jogi intézményben, és amelynek feltárásához először az adott jogi intézményhez illeszkedő „jogi gondolatot” (Rechtsgedanke) kell föllelni. A jogi gondolat a jogi fogalmakhoz (pl. cselekvőképesség, a jogok érvényesítési módja stb.) képest az általános érvényű meghatározó forma. A jogi fogalmak ugyan maguk is meghatároznak valamit egy egyedi helyzetben, amennyiben kihatnak az érzékileg feltárható anyagra, a jogi gondolathoz mint a jogi elképzelés átfogó rendezést megvalósító eleméhez képest azonban maguk is meghatározottak.³⁵ Az „eszményi” a jogi gondolatban kifejeződő rendező elemek együttesére irányul mint olyan irányjelző, amely az egyedi magatartással megközelítendő (bár el nem érhető). Az eszményi végeredményben az emberi törekvésekben lehetőség szerint megmutatkozó, fogalmilag értelmezhető egységre irányul, az emberi törekvésekben rejlő harmóniát rejti lehetőség szerint magában.³⁶

A helyes jog fogalmának jobb megértése érdekében ugyancsak ki kell térni a „technikai” és az „elméleti” (tisztá) jogtudományra (reine Rechtslehre). A technika a végérvényes mértéket megelőző megismerési feladat megnyilvánulása, és mint ilyen, csupán behatárolt célra irányul. A technikai megismerés során az ember az elmélettel szemben az elméletileg már levezett fogalmakkal operál új megismerési területen, miközben a megismerő maga is fogalmakat alkot.

³⁴ Ibid. pp. 93-94; H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, J. Springer, Berlin, 1925, pp. 233-234.

³⁵ Rudolf Stammler, *Die Lehre vom richtigen Recht*, Buchhandlung des Waisenhauses (Franksche Stiftungen; neue bearb. Aufl.), Halle (Saale), 1926, pp. 14-16.

³⁶ Ibid. pp. 17-18.

A technikai tudomány nem valamely feltétlen fogalmi egységre irányul, hanem csak olyan gondolati rendszerre, amely közvetlenül anyagi adottságok által meghatározott. Az elmélet ehhez képest már az adott terület teljességét elérő megismerési fokozat.³⁷ Lehet beszélni pl. irányítási technikákról (tiltás, kompenzáció stb.), aminek alkalmazásához képest az érdemi szabályok egymástól nagyon különbözőek lehetnek.³⁸ A technikai és elméleti jogtudomány Stammler felfogásában egyaránt az ismeretkritikai módszertan talaján áll, amely a cselekvő személyek tudati tartalmából kikövetkeztethető, objektíve érzékelhető valóság elemzésén alapul.³⁹

A „helyes jog” (richtiges Recht) a tételes jogban megjelenő jogi gondolatot hűen visszatükröző jog. A helyes jog maga a pozitív jog, de csak amennyiben meghatározott követelés, igenlés vagy tagadás keretében visszavezethető a jogi akaratban rejlő, egységes szemléletet előfeltételező alapgondolatra.⁴⁰ Minden egyedi jogtétel potenciálisan magába foglalja a helyes jogot, a tételes jog benső szerkezetének megfelelően lehetőség szerint arra irányul, hogy helyes joggá váljék.⁴¹ A helyes jog és a jogi eszmény kibontakozásának, illetve követésének a lehetősége ellenére látni kell azt, hogy a jog – a hittel és az erkölccsel ellentétben – nem lehet végső cél vagy lelki vezérfonal (Terentius-szal együtt mondhatjuk: summum ius summa iniuria -- a jogi szabályozási eszközökre való túlzott hagyatkozás a szabályozás kisiklásához vezet).⁴²

A helyes joghoz képest a „méltányosság” (Gelindigkeit) alapján nem általános érvényű döntést lehet kimondani, mint a helyes jogot megvalósító döntésnél, hanem olyan igazodási pontot nyerhet a jogkövető személy, amely a társadalmi eszményhez igazodva segít kiválasztani a helyes joggal összhangban lévő döntést. A méltányosság (επιεικεια) -- mint döntési szempont -- a „stricti iuris” (szigorú értelemben vett jogi) megoldáshoz (δικαιοσυνη) képest a korrekció lehetőségét rejti magában vitás helyzetekben (ennyiben hasonlít arra, amit az angol jogban „equity”-nek neveznek). A méltányosság nem foglal magába formaalkotó eszmét, de alkalmazása megkönnyíti a döntéshozó dolgát abban, hogy kiválasszon egy helyes szabályt. Az egyedi helyzetben alkalmazandó méltányosság is a tételes jog történeti anyagába van ágyazva, és a döntéshozó nem kap készen egy általános érvényű normát, amelyet alkalmazhatna a konkrét helyzetre. A méltányosság mégis arra készíti a döntéshozót, hogy maga keresse meg a helyes jogot.⁴³

³⁷ Ibid. p. 21, 39-40.

³⁸ Nem áll messze Stammler elméletétől Kelsen felfogása, aki szerint a jog érvényesítése az átfogóan és következetesen alkalmazandó, szervezett kényszer kilátásba helyezése révén biztosítható. Amikor az ilyen kényszer különböző módjai jutnak kifejezésre (pl. tilalmazásban, reparációban, redisztribúcióban stb.), akkor társadalomirányítási, közelebbről jogi technikák mutatkoznak meg. Hans Kelsen, “The law as a specific social technique”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 9 (1941-42), p. 79.

³⁹ Ibid. p. 34; 41.

⁴⁰ „Richtiges Recht ist ein positives Recht dann, wenn es in seinem bestimmten Fordern und Verneinen die Rücksicht auf den einheitlichen Grundgedanken des rechtlichen Wollens überhaupt als wesentlichen Richtpunkt innehält.” Ibid. p. 45.

⁴¹ Ibid. pp. 56-57.

⁴² Ibid. pp. 58-59.

⁴³ Ibid. pp. 174-175.

V. Közgazdasági értékelés és pénzügyi információ

A társaságok saját tőkéjének védelme valamennyi országban fontos. Különös hangsúllyal vetődik fel a kérdés Magyarországon, ahol a pénzügyi- és adórendszer a kontinentális, ezen belül a német kulturális mintán nyugszik. Magyarországon a társadalmi-gazdasági környezet nemcsak azt követeli meg a könyvelőktől, hogy a befektetőknek nyújtsanak információt. Az éves beszámoló a címzettek szélesebb körének szól, így olyan érdekcsoportoknak, mint például a hitelezők, és különösen az adóigénnyel fellépő állam. Ebben az összefüggésben a tőke védelme – szorosan kapcsolódva az óvatosság számviteli elvéhez – átfogó tételes normákon nyugszik.⁴⁴

A tőke védelme a társasági jogban, a számvitelben és az adózásban nem a jogi rendelkezéseknek való szoros nyelvtani megfelelés egyszerű problémája. Ennél fontosabb a megbízható és hiteles üzletvezetési és elszámolási módok kialakítása. Az elmúlt évtizedekben a számviteli gyakorlat fokozott mértékben függvényévé vált a társadalmi-gazdasági környezet alakulásának. A számvitel nem tekinthető többé úgy, mint amely csupán a gazdasági értékek számba vételének egyszerű módszertani kerete.

A globalizálódó tőkepiacokon egyre nagyobb számban megjelenő összetett tranzakciók esetében az eszközök (és kötelezettségek) nem értékelhetők elkülönülten. Inkább az üzleti értékelés módszere (equity) alkalmazandó. Ennek megfelelően csak a körülményektől függően tárható fel az a nyereség vagy veszteség, amely az adott piaci szegmensben használt eszközökkel való gazdálkodásból származik. Ez összefügg azzal, amit Oliver Williamson eszköz-függőségnek (asset-specificity) hív.⁴⁵ Az információ egyszerű számszaki-formai helytállóságán túl egyre fontosabbá válik a beszámolók felhasználói számára a pénzügyi információ megbízhatósága. Tanulságok vonhatók le a mai gazdasági életben abból a tényből, hogy az információ, amely igaz, nem szükségszerűen valós is. Például a nem várt (windfall) jövedelmeknek (pl. kártérítésből származó jövedelem) ugyanolyan készpénz hatása van, mint egyéb jövedelemnek, jóllehet nem szerves része a vállalat üzletmenetének. A valódiság fogalma tehát összetetté válik, és jelentése környezet-érzékeny.

A vállalati vagyonnal való gazdálkodás folyamatában megmutatkozó értékek csak akkor mérhetők fel érdemben és teljes körűen, ha tekintettel vagyunk a vállalat működési mechanizmusaira. A vállalati teljesítmény mérése során figyelemmel kell lennünk arra, hogy

⁴⁴ J. Baetge, H. Berndt et al., "German accounting principles: an institutionalized framework", *Accounting Horizons*, Vol. 9, No. 3 (September 1995), p. 92.

⁴⁵ „The behavioral starting points in Williamson’s theorizing are, first, Herbert Simon’s concept of bounded rationality, which produces contractual incompleteness and a need for adaptive, sequential decision making, and, secondly, opportunism, defined as ‘self-interest seeking with guile’, which has the implication that contractual agreements need various types of safeguards, such as ‘hostages’ (for example, the posting of a bond with the other party). ... Given bounded rationality and uncertainty, these are determined by what has increasingly become the central character in Williamson’s analysis, namely asset-specificity. Assets are highly specific when they have value within the context of a particular transaction but have relatively little value outside the transaction. This opens the door to opportunism.” Nicolai J. Foss, Henrik Lando, Steen Thomsen, "The theory of the firm", Boudewijn Bouckaert, Gerrit De Geest, (eds.), *Encyclopedia of law & economics*, loc. cit. p. 640; Oliver Williamson az eszköz-függőség fogalmát a tranzakciós költségek elméletéből vezeti le: "By way of illustration, transaction cost economics attributes many of the problems of complex contracting to a hitherto little remarked but, in fact, widespread condition of "asset specificity" (which is a measure of asset redeployability and gives rise to the hazard of bilateral dependency)." Oliver E. Williamson, *The mechanisms of governance*, Oxford University Press, New York, Oxford, 1996, pp. 13, 26, 59-60. "The organization of economic activity is massively influenced by the degree to which the transactions under examination are supported by assets that are specific to the parties." p. 143.

a vállalati struktúra implicit megállapodásokon nyugszik, illetve sajátos kommunikációs hálóban értelmezhető. A nem kielégítő szerződéses modellek (incomplete contracting models) azon a feltevésen alapulnak, hogy költséges bonyolult szerződéseket készíteni, és ezért nem elkerülhető az ún. ex post szabályozás.⁴⁶

A cégek legitimitásának „ex post” magyarázatai közül kiemelhető az ún. hallgatóságos szerződéses elmélet (implicit contract theory). Ennek alapján a társaságokon belüli és a társaságok közötti kapcsolatokban a jogi szabályozás nem hagyományos formái – mint magatartási kódexek vagy hallgatóságos szerződések – tárhatók fel. Az ilyen intézmények kialakulása visszavezethető a társadalmi tér mikró aspektusaira, ahol a racionális gondolkodás, a kommunikatív valóság és a diskurzus láthatóvá válik: „Amikor nehéz teljes egészében a körülményektől függő szerződést írni, például amikor bizonyos változók vagy ex ante meghatározhatatlanok, vagy ex post ellenőrizhetetlenek, az emberek gyakran hagyatkoznak íratlan viselkedési kódexekre, vagyis hallgatóságos szerződésekre. Ezek magukat hajtják végre olyan értelemben, hogy minden egyes fél megfelel a másik fél (ésszerű) elvárásainak a retorziótól és az együttműködés megsértésétől való félelmében. A hallgatóságos szerződéses elméletekben rejlő alapvető elgondolás az, hogy a hallgatóságos szerződések különbözően működnek a cégeken belül és a cégek között.” (saját fordítás).⁴⁷

A cégekre vonatkozó másik lehetséges ex post magyarázat alapján a társaságokban egy kommunikációs hálózat keretét láthatjuk meg: „...a szerzők a céget úgy látják, mint egy kommunikációs hálózatot, amelyet azért hoztak létre, hogy minimalizálják mind az új információ beszerzésének költségét, mind pedig az információ megbízottakhoz való eljuttatásának a költségeit. A kommunikáció költséges, mivel a megbízottaknak időbe kerül felfogni a mások által küldött információt, de az időfelhasználás csökkenthető azáltal, hogy specializáció megy végbe a az információ különös típusának feldolgozásától függően. ... Amikor a specializációból származó haszon nagyobb, mint a kommunikáció költségei, akkor csapatok (céghez hasonló szervezetek) jönnek létre.” (saját fordítás).⁴⁸

A tulajdonosi jogok és a tulajdon feletti ellenőrzés intézményes szétválásának a tükrében a jogi szabályozás egyes területein kétségessé vált az, hogy kifejezhető-e instrumentális racionalitás és költséghatékonyság. A nagyvállalati tőkekoncentráció és tulajdoni dekoncentráció korában a társadalmi-gazdasági értékelési módok megváltoztak és a társadalmi megegyezés kontextus-függővé vált. Ilyen helyzetben szükséges a felszínen megfigyelhető cserearányok mögé nézni és a gazdaság új realitásai felé tekinteni.⁴⁹

Arisztotelész ugyan a gazdaságot inkább a kiigazító, mint a szétosztó igazságosság szempontjából vizsgálta, a cserértékre összpontosítva, hangsúlyozza azonban, hogy a pénz használata cseregazdaságban is társadalmi előítéletekkel feltételezett. A mennyiségek egyszerű kifejezése a gazdaságon kívüli megfontolások miatt korrekcióra szorul. Ezen az úton haladva a szám szerinti egyenlőség kiegészíthető a gazdasági mérhetőségben rejlő viszonyosság koncepciójának bevezetésével. Bizonyos javak csak akkor mérhetők össze egymással, ha az egymásnak megfeleltethető javak pénzügyi fogalmakkal kifejezhetők. A társadalmi közmegegyezésből származó pénz csak akkor működhet mint általános egyenértékes, ha az összemérés közös nevezője megteremthető a viszonyosságon alapuló

⁴⁶ Ibid., p. 634.

⁴⁷ Ibid., p. 642.

⁴⁸ Ibid., p. 643.

⁴⁹ B-G. Ekholm, P. Troberg, „Quo vadis true and fair view?“, *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*, Vol. 7, No. 1 (1998), p. 113.

arányosítással. Ez a pénz Arisztotelész által bevezetett úgynevezett antipeponthikus szemlélete [Nikomakhoszi etika (5.8)].

Az utóbbi évtizedben egyre gyakrabban tapasztalható jelenség az, hogy a gazdaság reális és monetáris oldalai mintegy egymásba csúsznak és a reálgazdasági értékek monetizálódnak. Világos példa erre az ún. „securitisation”, amelynek során pénzügyileg homogén, de egymástól különböző követelések csomagként történő értékesítésére kerül sor, miközben a követeléseket megszerző pénzügyi közvetítő az akvizíciót abból finanszírozza, hogy az átvett követeléseket biztosítékként felhasználva értékpapírokat (kötvényt, részvényt vagy hibrid papírokat) bocsát ki. Nemcsak az lehet problematikus, hogy a monetáris és nem monetáris értékek összekeverednek ebben a rendszerben. Sokkal komolyabb probléma az, hogy különösen nehézé válik az egyes jogok (és kötelezettségek) egymástól való világos elhatárolása olyan körülmények között, hogy végbemegy az átruházott eszközök újrastrukturálása, és így az újraparendezett eszközök átértékelése. Az eszközök és kötelezettségek valós értékelése ezek után nemcsak – és nem is elsősorban – attól függ, hogy miként értékelhetők az alapul fekvő egyedi fizikai eszközök, hanem az adott eszközállomány által létrehozott új értéknyalábot kell felmérni.

További kérdés, hogy vajon adott esetben a követeléseket átruházó személy (originator) eszközeit végérvényesen (consecutively) átruházta-e. Nem világos, hogy vajon elkülöníthető-e egymástól kétféle ügylet, vagyis a követelések átruházása készpénz ellenében, valamint újgenerációs értékpapíroknak az átvett eszközökkel biztosított kibocsátása. Kockázat- és funkcióelemzés során lehetséges arra a következtetésre jutni, hogy a közvetítőt figyelmen kívül kell hagynunk, és így a hitelezők (befektetők) közvetlenül az adóssal szemben léphetnek fel, aki nem használhatja fel pajzsként a követeléseket átvevő közvetítőt. Az a gyanú, hogy a felek mesterségesen színlelt szerződések sorát alakítják ki, különösen életszerű olyankor, ha a (harmadik személy) befektetők követelését az értékpapírokat kibocsátó pénzügyi közvetítő olyan kintlevőségekkel biztosítja, amelyek a befektetők saját bankjukkal szembeni adósságából származnak. A felszínen a befektető követelése nem kapcsolható össze a saját adósságával, az ügyletsorozat gazdasági tartalma egészében azonban ezt a következtetést sugallja.

A pénzügyi követelés értékét behatárolja az is, hogy a kibocsátást biztosító eszközök külön csoportokba, mintegy pénzügyi barázdákba rendezhetők (trenching). Ennek következtében ugyanolyan értéknagyságok a tulajdonosok számára nagyon is eltérő hasznosságot képviselhetnek, attól függően, hogy miként sikerül vonzó portfóliót összeállítani a meglévő eszközökből. Ily módon a fizetési áramok csak az egyes fizetési kötelezettségek helyi értékétől függően értékelhetők.

A különböző ügyletek közötti határok elmosódása következtében szembesülni kell azzal a problémával, hogy vajon szétválaszthatók-e egymástól a mérlegen belüli és az azon kívüli elemek. A jogász számára az a fő probléma, hogy miként azonosíthatók a szerződéses jogok és kötelezettségek abban az esetben, amikor az átruházott eszközök feletti ellenőrzést az átruházó személy részben visszatartotta. A szerződéses jogok és kötelezettségek kiegészíthetők fiduciárius jogokkal és kötelezettségekkel, ami tovább bonyolítja a helyzetet, mivel a szerződésben biztosított jogok gyakorlását a fiduciárius kötelezettségek behatárolhatják, ami viszont kihat a jogok értékelésére.⁵⁰

⁵⁰ R.D. Ellis, "Securitization vehicles, fiduciary duties, and bondholders' rights", *Journal of Corporation Law*, Vol. 24, No. 2 (1999), p. 295.

VI. Adójogi deviancia

Többféle – jogon túlmutató -- következtetés vonható le az adóelkerülés, és ennek kapcsán az adójogi deviancia elemzéséből. Először is, szigorúan analitikus keretek között az adóelkerülés aligha igazolható az állampolgári engedtlenségre való hivatkozással. Egy olyan elgondolt rendszerben, ahol a jogi normák érvényessége a normák hierarchikus rendjében tisztán a másik normához fűződő viszony értelmezési keretében, az aktuális jogi hagyomány tükrében határozható meg, a jogkövetés mindenkor megvalósul, ha létezik érvényes és hatályos jog (jogszabályokból, precedensekből és tudományos magyarázatokból összetevődő pozitív jog). A jog intakt rendszerét nem fenyegethetik az erkölcs és a természetes jog kívülről jövő, felforgató értékei. E tekintetben közömbös az, hogy a jogkövetés kötelezettségének érzetét, illetve az engedelmességi kötelezettség kialakulását hogy magyarázzuk. Értelmezhetjük úgy, mint a minden emberben benne rejlő képességet, vagy akár mint „prima facie” kötelezettséget is.

A jogok társadalmi rendeltetésüknek megfelelő gyakorlása olyan probléma, amely a jogérvényesítést formalizált hatósági eljárásban megkísérlő jogalanyok társadalmi terében, vagyis a törvény előtti egyenlőség és jogállamiság elveire alapított hivatalos jog világában, egy makró világban lényegében értelmezhetetlen, ami azonban nem tűnik föl, amíg nem szaporodnak meg a joggal való visszaélés esetei. Ekkor viszont nyilvánvalóvá válik, hogy a pozitív jog esetenként képtelen rendező elvet adni. A problémák feloldása csak mikró helyzetben lehetséges (pl. adóalany és adóhatóság alkuja, vagy a vállalatok közötti szerződés vagy informális megállapodásokkal teremtett „magánalkotmány” révén). Ilyen kivételes helyzetekben van esély diskurzus kialakulására, amelynek folyamatában a jogvita részesei mintegy a „tudatlanság fátylát” levetve megegyezésre juthatnak, a jog integritását előmozdítandó (elérhetővé válik a Rawls-féle reflektív ekvilíbrio). Végül is a kialakuló koherencia kérdése eldönteni azt, hogy adott helyzetben az egyéni jogok gyakorlása a jog rendeltetészerű működésének megfelelő-e.

Ezen túlmenően, a jog makró mechanizmusainak egyre feltűnőbb zavarai nemcsak a mikró léptékű mozgásra érzékeny fenomenológiai megközelítést értékelik fel, hanem ráirányítják a figyelmet arra a problémára is, hogy egyre nehezebb megtalálni az adott helyzetben „helyes” jogot az érvényes jogban. Az érvényes jog új-kantiánus koncepciója szuverén és tisztán analitikus szemlélet terméke, amely elkülönül az erkölcsi szempontoktól vagy a természetes jog értékeitől. Eltérően a jog koherenciájától, az érvényes jog e fogalma is a jog makró kategóriája marad, a jogrendszerre mint egészre vonatkozik és független azoktól a mikró-orientált módszerektől, amelyek a sajátos helyzetekben irányadó kommunikációs módszerek rekonstrukciójára irányulnak. Mégis összevethető a fenomenológiai nézetekkel, amennyiben a gondolkodás itt is reláció-függő, mivel az egyes jogi normák érvényessége a kapcsolódó másik jogi normához fűződő viszonya révén határozható meg egy zárt rendszerben. A gazdaság nemzetköziesedése és a pénzügyi globalizáció egyre inkább kikényszeríti azt, hogy megszabaduljunk a felvilágosodás terhes örökségétől, a nemzetállami keretek közé zárt tételes jogtól mint egyedül érvényes jogtól. Ezzel szemben nagyobb jelentőséghez juthat a „helyes”, illetve az „eszmei” jog feltárásának a feladata az egyedi problémával adekvát jogelvek rugalmas és invenciózus alkalmazása révén.