

**Paul F. Campos**

**Világi fundamentalizmus**

**Fordította: Ormándi Kristóf<sup>1</sup>**

„A kormányzat igazi vallás. Megvannak a dogmái, rejtélyei, papjai. Egyes egyének vitáiba keverni annyi, mint elpusztítani. Csak a nemzet értelmébe vetett politikai hit ad neki életet, aminek a szimbóluma.” - Joseph de Maistre<sup>2</sup>

Befolyásos könyve, az *After Virtue* kezdetén Alasdair MacIntyre megemlíti, hogy „a legszembetűnőbb vonása a kortárs morális diskurzusnak, hogy zömében nézeteltéréseket fejez ki, és a legjellemzőbb vonása azoknak a vitáknak, amelyekben ezeket a nézeteltéréseket kifejezik, a befejezhetetlen voltuk.”<sup>3</sup> A modern erkölcsi viták befejezhetetlen jellege abból a tényből fakad, hogy „úgy tűnik, nincs racionális módja a morális egyetértés biztosításának a kultúránkban.” MacIntyre számos példát ad ezekre a vitákra, amelyek közül egy, az abortusz morális és jogi megítéléséről szóló, különösen releváns néhány állításhoz, amelyek John Rawls *Political Liberalism* című művében hangzanak el. MacIntyre arra kér minket, hogy vegyük figyelembe a következő „karakterisztikus és jól ismert versengő erkölcsi érveket”:

- (a) Mindenkinek vannak bizonyos jogai a személyéhez kapcsolódóan, így a testéhez kapcsolódóan is. Ezen jogok természetéből következik, hogy abban a stádiumban, amikor az embrió lényegében az anya testének részét képezi, az anyának joga van kényszerből mentesen dönteni, hogy akar-e abortuszt vagy sem. Tehát az abortusz morálisan megengedhető, és törvény által megengedettnek kellene lennie.
- (b) Nem lehet az a szándékom, hogy az anyámnak abortusza kellett volna legyen, amikor terhes volt velem, kivéve talán ha biztos lett volna, hogy az embrió halott vagy komolyan sérült. De ha nem akarhatom ezt magamnak, akkor hogyan tagadhatnám meg konzisztensen másoktól az élethez való jogot, amit magamnak szánok? Megszegném az ún. Aranyszabályt, ha tagadnám, hogy egy anyának van általános joga az abortuszhoz. Így hát természetesen nem követem azt az álláspontot, hogy az abortuszt törvény által tiltani kell.
- (c) A gyilkosság rossz. A gyilkosság egy ártatlan élet elvétele. Az embrió egy azonosítható egyed, aki az újszülött csecsemőtől csak annyiban különbözik, hogy korábbi szakaszában van a felnőtt kapacitásokhoz vezető hosszú útnak; és ha minden élet ártatlan, az embrióé is az. Ha a csecsemőölés gyilkosság, az abortusz is az. Tehát az abortusz nemcsak morálisan helytelen, de törvény által tiltani kéne.<sup>4</sup>

Milyen közös tulajdonságokkal rendelkeznek az ilyen érvek, amelyek hozzájárulnak ahhoz, hogy a mi kultúránk kortárs morális vitáit ilyen hevessé és irányíthatatlanná teszik? MacIntyre különösképp kettőre koncentrál. Először is, az érvek azt jelenítik meg, amit a filozófusok „fogalmi összevethetlenségnek”<sup>\*</sup> hívnak. Vagyis hogy mindegyik érvelés logikailag érvényes akként, hogy a következtetései logikusan levezethetők a premisszáiból, bár bizonyos ponton az ellentmondó premisszákat is axiómaként kell kezelni. Ettől úgy látszik, lehetetlen összemérni az egyes álláspontok állításait a riválisokéval. MacIntyre hipotetikus diskurzusában a jogokra hivatkozó elvek összeütköznek a morális univerzalitásra hivatkozó elvekkkel; és az érvek belső konzisztenciáját tekintve olybá tűnik, nincs objektív szempontrendszer arra vonatkozólag, hogy melyiket válasszuk közülük. MacIntyre második

<sup>1</sup> A szerző a Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának doktorandusza.

<sup>2</sup> Joseph de Maistre, *Oeuvres Completes de J. de Maistre (1884-87)*, 376. o.; idézi Isaiah Berlin „Joseph de Maistre and the Origins of Fascism” in *The Crooked Timber of Humanity* (1990), 91,125-26. o.

<sup>3</sup> Alasdair MacIntyre, *After Virtue*, 2d ed. (1984), 6. o.

<sup>4</sup> Uo 6-7.o

\* conceptual incommensurability (a ford.)

pontja segít elmagyarázni az első jelentőségét. Ezek az érvek mind "személytelen racionális érveknek tüntetik fel magukat, és mint ilyenek, a személytelenségnek megfelelő stílusban jelennek meg."<sup>5</sup> Az értékítéletek valami másnak akarnak tűnni, mint az azokat tevő egyének preferenciái: az ilyen állítások valamely morális imperatívába való beleegyezésünktől függenek, amelyeknek érvényessége elméletileg független annak az embernek a nézeteitől, aki az állítást teszi. A modern morális vita befejezhetetlen természete tehát egyenes következménye egyfajta pragmatikus ellentétnek. A morális állítások legalább valamilyen fundamentális értelemben szubjektívnek tűnnek. Lévén hogy az ilyen állítások ismeretelméleti szinten homályosak, senki nem tudja demonstrálni, hogy a nő „joga” a szaporodásbeli autonómiához fontosabb, mint az embrió „joga”, hogy ne abortálják; végül az ilyen érvek önkényes kijelentések ízét idézik. A javaslattevő hite bármely morális pozícióban így végső soron annak a választásnak a kérdése, hogy az egyik állításban hisz, a másikban nem. De magukat a morális állításokat folyamatosan úgy fogalmazzák meg, hogy objektív ítéleti mércéknek feleljenek meg. Ebből következik, hogy az ellentétes akaratok csatájaként felfogható szituációk olyan szöveggörnyezetben játszódnak le, ami nemcsak megköveteli a racionális egyetértést, de olyan ügyekben jár el pontosan így, ahol nem található közös talaj az ilyen egyetértés számára.

Az *After Virtue* talán a legünnepeltebb azon mai próbálkozások közül, hogy megbirkózzunk azzal, amit egyes kortárs gondolkodók a felvilágosodott racionalizmus minden etikai diskurzusra mért katasztrofális következményeinek tekintenek. De a *Political Liberalism* nem pusztán figyelmen kívül hagyja MacIntyre művét; még csak nem is ismeri el a felvilágosodás-ellenes hagyomány létezését a nyugati politikai gondolkodásban. Valóban, ha egy olvasó tudása a morális és politikai filozófiáról Rawls professzor arra az irodalomra adott, négyszáz oldalas válaszára korlátozódna, ami *A Theory of Justice* köré nőtt, az az olvasó azt szűrné le, hogy a liberális politikaelmélet alappremisszái lényegében megdönthetetlenek. Úgy hiszem, meg kellene döbbernünk, mikor rájövünk, hogy egy, az angolul beszélő világban kiemelkedő filozófus által írt könyv – sőt mi több, olyan könyv, ami definíciószerűen leírni igyekszik az átfogó morális elméletek helyét a modern életben – nem hivatkozik Marx, Nietzsche, Kierkegaard, Heidegger, vagy bármely komolyabb szociális filozófus munkáira, akik Kant és Hegel után éltek. Még ha az ilyen kihagyások az angol-amerikai morális filozófia intézményes szűklátókörűségének tudhatók is be, mitévők legyünk a könyv azon kudarcával, hogy képtelen közvetlenül válaszolni a liberális ideológiát érintő erős kritikákra, amilyeneket MacIntyre, Michael Sander, Charles Taylor és mások tettek, vagy válaszolni Robert Nozick hiperliberális támadására a liberális jóléti állam ellen?<sup>6</sup> Az ilyen nyilvánvaló önelégültség láttán néhány kritikus egy provokatív kérdést kezdett el boncolgatni: a kortárs liberalizmus mely jellemzői teszik néhány akadémikus bajnokát olyan illiberálissá, hogy nem hajlandó a nézeteivel alapvetően ellenkező nézeteket komolyan venni?<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Uo. 8. o

<sup>6</sup> Uo.; lásd még Alasdair MacIntyre, *Whose Justice? Whose Rationality?* (1988); Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (1982); Charles Taylor, *Sources of the Self* (1989); és Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (1974). Rawls válaszol Sandel egyik alapkritikájára azzal, hogy hangsúlyozza, az eredeti álláspont, amit *A Theory of Justice*-ban kifejti, csak szemléltető eszköz, és nem szabad úgy érteni, hogy „egy bizonyos metafizikai személyfogalomra utal; például, hogy a személyek alapvető természete független a jellemző tulajdonságaiktól és előttük áll” (27). Sandel perspektívájáról Rawls elmélete fejlődésével kapcsolatban lásd Sandel szemlélését a *Political Liberalism*-ről, 107 Harv. L. Rev. 1765 (1994)

<sup>7</sup> Lásd, például, Peter Berkowitz kitűnő szemlélését Stephen Holmes *The Anatomy of Antiliberalism*-járól: „A liberálisokra és barátaikra hárul azt mondani, hogy Holmes nem tesz a liberalizmusnak szívességet azzal, hogy a liberális hiúságot legyezi. Lévén, hogy minden amit emberkéz alkotott, részleges és tökéletlen, kétséges, hogy a liberalizmus elvei biztonságban vannak, ha a bajnokai képtelenek bármit felfedezni a gyöngye pontjairól és ésszerűtlen tendenciáiról [olyan kritikusok által, mint MacIntyre].” (Peter Berkowitz: *Liberal Zealotry*, 103 Yale L.J. 1363, 1382 [1994])

Ebben az esszében arra keresek érveket, hogy a *Political Liberalism* központi koncepciója a „közösségi értelemről”<sup>\*</sup> üres, és hogy Rawls elemzése politikai ügyekről nem több mint az *ésszerű* szó sámáni kántálása. Különösen, ahogy az abortuszról szóló értekezése is mutatja, Rawls egyszerűen kijelenti, hogy egy álláspont ésszerű, aztán elítéli az ellenkező nézeteket, hogy nemcsak helytelenek, hanem a józan ész diktátumainak ellentmondóak. Az *ésszerű* fogalom így ugyanazt a performatív funkciót szolgálja Rawls elméletében, amit az *Isten* fogalom a dogmatikus vallási vitákban. Aztán Rawls liberális hit-stílusát történelmi kontextusba helyezem, és arra utalok, hogy ez a fajta hitvallás alapvető szociológiai fogalmak segítségével válik könnyebben érthetővé.

## II

Bár természetesen részleteiben elképesztően bonyolult, a *Political Liberalism* központi érve elég egyenes. Rawls szerint a liberális politikaelmélet egy talány előtt áll: „Hogyan lehetséges az, hogy idővel majd létezzen egy szabad és egyenlő polgárokból álló stabil és igazságos társadalom, ha ezeket a polgárokat alapvetően megosztják a józan észből fakadó vallási, filozófiai és erkölcsi doktrínák?”<sup>8</sup> A talány abból fakad, hogy a rawls-i liberalizmus azt állítja, hogy a szociális élet legfelsőbb politikai értelme az, hogy az embereknek rendelkezniük kell a szabadsággal, hogy meghozzák a saját döntéseiket; bár pont ezek a döntések válnak elkerülhetetlenül inkompatibilissé más emberek döntéseivel, akik nem osztják ugyanazokat a vallási, erkölcsi és filozófiai nézeteket. Hogy döntse el az állam, hogy az ütköző választások közül melyiket fogja jutalmazni vagy tiltani anélkül, hogy ugyanakkor illegitim módon gátolja azt a mindent felülíró morális imperatívát, hogy minden embernek meg kell engedni, hogy „egyenlő joga legyen az egyenlő személyes szabadságok legkiterjedtebb totális rendszeréhez, amely kompatibilis a mindenki számára fenntartott szabadság hasonló rendszerével?” Vagyis hogyan adhat egy politikai rezsim állampolgárainak szabadságot, hogy autonóm erkölcsi döntéseket hozzanak a saját átfogó hitrendszereikre alapozva? Hogy az ilyen konfliktusokat megoldja, a politikai liberalizmusnak szüksége van a választás valamely kritériumára, ami maga nem a Rawls által ésszerű átfogó doktrínaként meghatározott dolog terméke, hiszen az ilyen kritérium azt tenné szükségessé, hogy az egyik ésszerű átfogó doktrínát előnyben részesítsük a másikkal szemben. Rawls megoldásában benn foglaltatik egy éles megkülönböztetés a szociális élet közösségi és nem közösségi szféráiban megfelelő diskurzus-típusok között. Amikor az állampolgárok nagyon fontos kérdésekről döntenek – amik az „alkotmányos alapelveket”<sup>\*</sup> foglalják magukban – nem vonhatnak be olyan elveket, amelyeket kizárólag az ésszerű átfogó doktrínáikból merítenek, csak abból amit Rawls „közösségi értelemnek” nevez: „Politikai hatalomgyakorlásunk csak akkor teljesen szabályos, ha olyan alkotmánnyal összhangban gyakoroljuk, amelynek alapelveit minden állampolgár ésszerűen elvárható, hogy támogassa szabadként és függetlenként, olyan ideák és eszmények fényében, amik a józan emberi eszükből származnak. Ez a legitimitás liberális elmélete.”<sup>9</sup> Ez a gondolat, ahogy Rawls is elismeri, a demokratikus elméletekben levő hagyományból merítkezik, amely gyökerei Rousseau társadalmi szerződéséig nyúlnak vissza, különösen ennek a gondolkodónak a „közakaratról”<sup>\*</sup> alkotott fogalmához. Rawls számára a jól rendezett társadalomban sosincs megoldhatatlan politikai konfliktus ésszerű személyek között, legalábbis a társadalmi alapelvek tekintetében, mert minden értelmes ember elfogadja a közösségi ésszerűség elvárásait, és jóllehet „sok nem közösségi értelem van, de csak egy közösségi értelem

---

\* public reason (a ford.)

<sup>8</sup> John Rawls, *Political Liberalism* (1993), xxv.

\* constitution essentials (a ford.)

<sup>9</sup> Uo. 214, 137.o.

\* general will (a ford.)

[létezik]”<sup>10</sup> Ebből következik, hogy az ilyen kultúrában található őrjítő pluralitása a morális nézőpontoknak elméletben egy kielégítően monista felhangú, értelmes konszenzust kell eredményezzen az összes valóban alapvető politikai kérdésben. A liberális talány feloldódik, amikor megértjük, hogy az állampolgárok „szavazataik által szabályosan gyakorolhatják kényszerítő politikai erejüket egymás felett”, csak hogy arra kényszerítsék az összes ésszerű állampolgárt, hogy fogadják el, amit az ésszerű átfogó hitrendszerük már be kellett volna nekik bizonyítson – vagyis amit belátnának, de a hitük nem engedi, hogy megerősítést nyerjen.<sup>11</sup> És ha az emberek ragaszkodnak hozzá, hogy ilyen ésszerűtlenek legyenek, akkor a neo-Rousseauista liberális jóhiszeműen rájuk erőltetheti, hogy legyenek másmilyenek.<sup>12</sup> Rawls továbbá azt mondja, hogy a „politikai liberalizmus azt is feltételezi, hogy egy ésszerű átfogó doktrína nem utasítja el a demokratikus rendszer alapjait. Természetesen egy társadalom tartalmazhat ésszerűtlen és irracionális, akár örült átfogó doktrínákat is. Ezekben az esetekben a probléma az, hogy hogyan szorítsák korlátok közé őket, hogy ezek ne ássák alá a társadalom egységét és igazságosságát.”<sup>13</sup> Egyértelműen a legfontosabb kérdés így az lesz: hogy határozzuk meg a demokratikus rezsím alapelveinek tartalmát, amelyet a közösségi értelem megkövetel úgy, hogy minden ésszerű doktrína követője elfogadja? Itt Rawls közösségi értelemről szóló diskurzusához fordulhatunk útmutatásért, és annak alkalmazásáról a nagyon kevés, a *Political Liberalism*-ben elbeszélte politikai vitáról szóló diskurzus egyikében. Rawls következőképp számol be a közösségi értelem követelményeiről:

*„Csak ezen a módon [a közösségi értelem alapelveit elfogadva], és elfogadva, hogy egy demokratikus társadalomban a politikát sosem az vezérli, amit teljes igazságként látunk, vehetjük észre a legitimitás elve által kifejezett ideált: hogy politikailag együtt éljünk másokkal olyan elvek fényében, amelyeket mindenki józan ésszel elvárható, hogy támogasson. Amit a közösségi értelem kér, hogy az állampolgárok meg tudják magyarázni egymásnak a szavazataikat a közösségi politikai érdekek ésszerű egyensúlyban tartásával, úgy érve, hogy természetesen a mindenki által fenntartott ésszerű átfogó elvek pluralitása az állampolgárok hite szerint további és gyakran transzcendens támogatást nyújtson ezeknek az értékeknek. Bármely esetben az, hogy melyik doktrínát erősítik meg, lelkiismereti kérdés minden állampolgárnak. Igaz az, hogy a politikai értékek egyensúlyának, amelyet egy állampolgár tart, ésszerűnek kell lennie, és ésszerűnek látszania más állampolgárok számára; de nem minden ésszerű egyensúly ugyanolyan. Az egyedüli átfogó doktrínák, amik beleütköznek a közösségi értelembe azok, amik nem képesek a politikai értékek ésszerű egyensúlyának fenntartására. De hogyha ezek az elvek képesek lennének az egyensúly megtartására, hogyan is panaszkodhatna bárki rájuk? Mi kifogás eshetne?”<sup>14</sup>*

Ez a szakasz egy elképesztő állítást fogalmaz meg: azoknak, akik olyan átfogó hitrendszerek szerint élnek, amelyek a politikai értékek ésszerű egyensúlyát nem támogatják, nincs joguk panaszra, ha a közösség ellenük dönt, mert végül is más átfogó hitrendszereknek sikerül a politikai értékek ésszerű egyensúlyának fenntartása; és hogyha egy átfogó doktrína valóban ésszerű, fel fogja ismerni a szükségét, hogy utat engedjen a többinek ilyen körülmények között. Valóban figyelemre méltó az a feltevés, hogy a válasz arra a kérdésre, hogy egy átfogó doktrína a politikai értékek ésszerű egyensúlyát tartalmazza-e bizonyos kérdésben, önmagában elég átlátható ahhoz, hogy kielégítő választ nyújtson azok számára, akik átfogó doktrínái az értelmező véleménye szerint nem rendelkeznek ilyen egyensúllyal. Ennek az

<sup>10</sup> Uo. 220.o.

<sup>11</sup> Uo. 217.o.

<sup>12</sup> Joseph de Maistre úgy érvel, hogy „a Rousseau elveibe vetett hit elkerülhetetlen következménye egy olyan helyzet, ahol a népnek azt mondják vezetői: 'Azt hisztitek, hogy nem akarjátok ezt a törvényt, de biztosíthatunk benneteket, hogy akarjátok. Hogyha visszaasítjátok, lelövetünk titeket büntetésül azért, mert nem akarjátok, amit akartok', és így is tesznek.” (Berlin, „Origins of Fascism”, lásd 1. jegyzet, 150. o.)

<sup>13</sup> Rawls, lásd 7. jegyzet, xvi.

<sup>14</sup> Uo. 243.o.

állításnak az elképesztő voltát felnagyítja Rawls homályos definíciója az ésszerűségről. Rawls úgy definiálja az ésszerűt, hogy „hajlandóság igazságos együttműködési feltételek javaslására és betartására”, valamint „hajlandóság arra, hogy észrevegyük az ítélet terheit, és elfogadjuk a következményeit” a közösségi ésszerűség használatáért.<sup>15</sup> Az „ítélet terhei” alatt Rawls szimplán azt érti, hogy lévén egyes ismeretelméleti problémák jelen vannak a morális és politikai érvelésben, el kell fogadnunk az értelmes személyek közötti nézeteltérések érvényességét.<sup>16</sup> A „hajlandóság korrekt együttműködési feltételek javaslására és betartására” problematikusabb. Az, hogy van-e jelentéstartalma azon kívül, hogy jelzi, az ésszerű nem korlátozódik racionális eszköz-cél analízisre, attól függ, mennyi kontextust adunk a *korrekt* szónak. De még ha a *korrektet* úgy is értelmezzük, ahogy Rawls definiálja az igazságosság mint korrektség kontextusán belül az *A Theory of Justice*-ban, ez a korábbi definíció, ahogy sok kritikus megjegyezte, olyan meghatározatlan, hogy az olvasónak majdhogynem semmilyen támpontot nem ad, hogy bármely egyes politikai kérdésben mit jelent a politikai értékek ésszerű egyensúlya.<sup>17</sup> Hogy mennyire elképesztőek Rawls nézetei az alapvető politikai nézeteltérések értelmezésről és megoldásáról egy pluralista kultúrában, akkor válik tisztává, amikor egy ritka konkrét példát hoz fel:

*„Illusztrációként vegyük szemügyre az abortusz problémás kérdését... Tegyük fel... hogy a kérdést három fontos politikai érték mentén értelmezzük: az emberi életnek kijáró tiszteletet, a politikai társadalom szabályozott szaporodását, amelyben benne foglaltatik valamilyen módon a család, és végül a nők állampolgári egyenjogúságát. (Ezekén kívül természetesen vannak más fontos politikai értékek.) Most úgy hiszem, hogy ezen értékeknek bármely ésszerű egyensúlya megérdemelt jogot adhat egy nőnek, hogy eldöntse, befejezi-e vagy sem a terhességét az első trimeszterben. Ennek oka, hogy a terhesség korai időszakában a nők egyenjogúságának politikai értéke felülírja a többi értéket, és ez a jog szükséges, hogy erőt és tartalmat adjon neki.\* Más politikai értékek, ha beszámítjuk őket, úgy gondolom, nem befolyásolnák ezt a konklúziót. Egy ésszerű egyensúly megengedné, hogy egy nőnek ezen túl is meglegyen erre a joga, legalábbis bizonyos körülmények közt. Mindazonáltal itt nem vizsgálom a kérdést általánosságban, egyszerűen illusztrálni akarom a szövegben található álláspont lényegét, hogy úgy mond bármely átfogó doktrína, amely a politikai értékek olyan egyensúlyát tartalmazza, amely kizárja ezt a jogot az első trimeszterben, annak mértékéig ésszerűtlen.”<sup>18</sup>*

Úgy látszik, hogy Rawls számára az „értelem” és „ésszerű” tölti be azt a lexikális teret, amit más értekezésekben az „Isten”, vagy „a szentírás”, vagy „erkölcsi belátás” szavak töltenének be. Az ésszerű fogalma Rawls számára azzá válik, amit Kenneth Burke „Isten-fogalomnak” hív; és ennek az istennek a tulajdonságai – talán metafizikai státuszához illően – rejtélyesek maradnak.<sup>19</sup> Vagyis az „értelem” olyan mesterfogalomként működik, amely átível bizonyos

<sup>15</sup> Uo. 49.o.

<sup>16</sup> Uo. 54-58.o

<sup>17</sup> Lásd pl. Benjamin R. Barber, „Justifying Justice: Problems of Psychology, Measurement and Politics in Rawls”, 69 *Am. Pol. Sci. Rev.* 663 (1975): „Rawls elismeri, hogy a szabadság elsőbbsége csak akkor lép színre, 'ha egy bizonyos anyagi szintet elértek', és ez alatt a küszöb alatt a szabadságot nemcsak ellensúlyozzák, hanem elnyomják bizonyos olyan elsődleges javak, amelyek hiányában a szabadságnak nincs értelme. Attól függően, hogy hol húzzuk meg a küszöböt, még Marx is elégedett lehetne ilyen nézőponttal!” (667. o. 9. jegyz.; idézőjel kihagyva)

\* Az abortuszhoz való joggal szimpatizáló olvasók figyelmébe ajánlom Rawls érvelése következő változatának intellektuális kógenciáját: Az ok, amiért az abortuszt be kellene tiltani, az hogy a terhesség minden szakaszában az emberi életnek kijáró tisztelet felülírja a többi politikai értéket, és a tiltás szükséges, hogy erőt és tartalmat adjon ennek az értéknek.

<sup>18</sup> Rawls, lásd 7. jegyzet, 243.o. 32. jegyz. (kiemelve)

<sup>19</sup> Lásd Kenneth Burke, *Language as Symbolic Action* (1966), 46: „Sok megfigyelés[ünk] csak utalás a használatos terminológiára, amelyekben fogalmai segítségével a megfigyelések születnek... Talán a legegyszerűbb illusztrációja ennek az igazságnak, hogyha a világi és teológiai

okok felsorolásán; az „értelemre” való *hivatkozás* egyenlővé válik az értelemek *adásával*. Ennek az érvelésnek a nyilvánvaló körkörössége illusztrálja, hogyan lesz egy értekezés, amely egy racionális magyarázati modellnek tünteti fel magát, racionális értelemben megkülönböztethetetlen a tautologikus vagy érzelmi jellegű nyelvi játszmáktól, amelyekre a koherencia-elméletekkel foglalkozó személy és az erkölcsi intuicionalista nyíltabban támaszkodik.

Hogy számolhatunk el tehát Rawls fogalmi rendszerének plaszticitása és a bizonyosság, amellyel kinyilatkoztatja, hogy mit kíván a közösségi értelem egy ilyen megosztó kérdésben, mint az abortusz, meghökkenítő különállóságával? Ezen túlmenően, mi a forrása a szerző meglepő hitének abban, hogy titokzatos kinyilatkoztatását a politikai értékek ésszerű egyensúlyának szükségességéről ebben a „problémás kérdésben” elfogadják majd azok, akiknek átfogó doktrínáik az ő nézete szerint, egy „ésszerűtlen” egyensúlyt támogatnak? A választ, úgy vélem, megtaláljuk, ha történelmileg szemléljük azt a fajta politikai liberalizmust, amely az amerikai értelmiség jó részének körében a domináns ideológiává vált.

### III

Rawls megjegyzi bevezetésében, hogy a politikai liberalizmus a reformációra való reakcióként és annak utóhatásaként fejlődött ki. A tizenhatodik és tizenhetedik század vad vallási háborúi után az európai civilizáció felfedezett „egy új társadalmi lehetőséget; egy ésszerűen harmonikus és stabil pluralista társadalom lehetőségét.”<sup>20</sup> Azelőtt úgy tűnt, természetes dolog abban hinni, hogy „a társadalmi egység és egyetértés megegyezést követel[t] egy általános és átfogó vallásos, filozófiai, vagy erkölcsi doktrínában.”<sup>21</sup> Rawls azt a valószínű hipotézist állítja fel, hogy a vallási tolerancia azért alakult ki, mert „bonyolult, ha nem lehetetlen hinni azok elkárkozásában, akikkel hittél és bizalommal, hosszan és gyümölcsözően együttműködtünk egy igazságos társadalom fenntartásában.”<sup>22</sup> Ez egy fontos feltevés: ha egy kultúra valóban abban hisz, hogy a mennyei megváltás és az örök kárhozat útja is ismert és elérhető emberi akarat és tettek által, akkor bármilyen eszköz ami arra hivatott, hogy az egyéneket és a nemzeteket az üdvözülés útján tartsa nem egyszerűen indokolt, hanem szent kötelesség. A liberalizmus, amely kezdetben tolerálja az igazság sok változatát, részben egy bizonyos igazságba vetett hit elkorhadására adott válaszként jön létre. Úgy is mondhatnánk, azok hitévé válik, akik elvesztették a hitüket.<sup>23</sup>

A liberalizmus különböző vallási és szocio-politikai hitrendszernek bukásának tüneteiként és okaként jelent meg Európában. Ahogy a liberalizmus fokozatosan a felvilágosodás fő ideológiájává nőtte ki magát, számos liberális elmélet különféle magyarázatokat alkotott arra, miért veti el a dogmatikus hatalom régebbi forrásait. Például a liberalizmus legtöbb

---

motívumok terminológiáit összehasonlítjuk. Ha úgy akarsz működni, mint teológus, olyan terminológiával, amelyben az „Isten” fő fogalom, akkor az egyetlen biztos módja, hogy használod a fogalmat, és ennyi. A Biblia úgy oldja meg a kérdést, hogy az első mondatba belerakja „Istent” – és ebből a kezdeti lépésből sok következmény „szükségszerűen” jön... Én a metafizikát „félénk teológiának” neveztem el, mert a metafizikus gyakran nem élesen mondja ki az „Isten” fogalmát, mint a Biblia, hanem olyan kifejezéssel kezd, ami *kétértelműen* tartalmaz ilyen utalásokat.

<sup>20</sup> Rawls, lásd 7. jegyzet, xxv.

<sup>21</sup> Uo.

<sup>22</sup> Uo.

<sup>23</sup> Isaiah Berlin az egyet nem értés felé mutatott preliberális attitűdöt így írja le: „Melyik katolikus mondta volna, teszem azt, a tizenhatodik században: 'Megvetem a reformátusok eretnekségét, de mélyen meg hat az az őszinteség és integritás, amellyel élnek, és ahogy gyakorolják és feláldozzák magukat istenkáromló hitükért?' Ellenkezőleg, minél mélyebb az ilyen eretnekek őszintesége... annál veszélyesebbek, annál inkább kárhozatban tudják vezetni a lelkeket, és annál könyörtelenebbül irtandók, mert az eretnekség – téves nézetek az emberiség céljáról – bizonyosan veszélyesebb méreg a társadalomra nézve, mint a képmutatás vagy a színlelés, amelyek legalább nem nyíltan támadják az igaz hitet. Csak az igazság számít: hamis ügyért veszni gonosz vagy megvetendő dolog. (Isaiah Berlin, „The Apotheosis of Romantic Will”, in *The Crooked Timber of Humanity*, lásd 1. jegyzet, 207-208. o.)

változatában vannak bizonyos közös módszertani feltevések arra nézve, hogy az igazság leginkább vélemények cseréjeként vagy ütközéseként mutatható meg. De ezen a közös elköteleződésen túl a tolerancia mint egyfajta módszertani előfeltétel irányába, a modern liberalizmus különböző típusai elég eltérő magyarázatokra támaszkodnak arra, hogy miért engedik meg a hamisnak hitt vallási, politikai és filozófia eszmék terjesztését. Vállalván azt a kockázatot, hogy esetleg túl sematikusán beszélünk, három általános típusát különböztethetjük meg a liberalizmusnak a posztindusztriális társadalmakban. (Ezek persze átfedésben vannak, és sok hibridet és variánst képeznek.) A *Political Liberalism* megkülönbözteti magát kettejüktől, és a harmadikat testesíti meg.

A liberalizmus egyik változata az igazság teljes fogalma iránt érzett szkepticizmusban gyökerezik minden értékállításra vonatkozóan. A lételméleti szkeptikusok kétlik, hogy az értékállítások bármi mások lehetnének, mint az egyéni preferenciákról megfogalmazott állítások. Az ismeretelméleti szkeptikusok ezzel szemben úgy hiszik, hogy nincs semmilyen mód arra, hogy megfelelően meghatározzuk az objektív mivoltát (ha van) az ilyen értékállításoknak. Mindkét fajta szkeptikusnak jó oka van – már ha ez a szó jelent valamit egy erkölcsi szkeptikus számára – hogy ellenkezzenek egy bizonyos „igazság” társadalmi rákényszerítésével azokra, akik ezt ellenzik. Lévén hogy az erkölcsi szkepticizmus talán a legfeltűnőbb jelensége a modernségnek, természetes, hogy ez vált a liberalizmust támogató alappá a modern világban. A *Political Liberalism* nem kíván erre az öngigazolásra támaszkodni, ahogyan ez szükséges is, ha el akarja kerülni saját átfogó doktrínája ráerőltetését azokra, akik átfogó doktrínái ellenzik a szkepticizmust:

„A politikai liberalizmus nem kérdőjelezi meg, hogy sok, specifikus módon meghatározott politikai és erkölcsi igazság valós, és sokukat ésszerűnek tekint. A hit megerősítéseinek lehetséges igazságát sem vonja kétségbe. Mindenek fölött, nem azt javasolja, hogy legyünk hezitálók és bizonytalanok, még kevésbé szkeptikusak a saját nézeteink irányába. Ehelyett fel kell ismernünk a gyakorlati lehetetlenségét, hogy értelmes és működőképes politikai egyezsége jussunk az átfogó doktrínák igazságának megítélésében, pláne olyan egyezsége, amelynek az a politikai szerepe, hogy békét és egyetértést hozzon egy vallási és filozófiai különbségek által megosztott társadalomban.<sup>24</sup>

Ezt az állítást úgy is lehet érteni, hogy egy másik okra utal, amiért el kell tűrni, hogy az, amit a politikai hatalom birtokosai őszintén hisznek, alapvetően hibás és talán társadalmilag káros az alapvető kérdések szempontjából. Ha a pluralista társadalom szerkezete a bizonyos kérdésekben való megegyezést gyakorlatilag lehetetlenné teszi, akkor a bölcsesség azt diktálhatja, hogy meg se próbáljunk erőteljes konszenzusra jutni ezekben a kérdésekben. Ez a fajta bölcselkedő vagy pragmatista liberalizmus úgy vélekedik, hogy mivel a mai élet morálisan töredezett jellegű, az erkölcsi konszenzust sok esetben csak kényszerítő eszközökkel lehetne elérni, amelyek komoly sebeket ejtenének a kényszerített egyének és csoportok alapvető érdekein – olyan eredmény keletkezne, ami önmagában rossz, és végül aláásná azt a konszenzust, amelyet ezek az eszközök létrehozni rendeltettek. Ebből a nézőpontból nézve a liberalizmus egyfajta modus vivendiként üzemel azokban a kultúrákban, amelyek elvesztették a társadalmi vagy vallási koherenciát, ami megengedné az egyéni-és csoportérdekek alávetését egy egységes, átfogó politikai doktrína követelményeinek.

Annak ellenére, amit a fent idézett passzus sugall, Rawls nem támogatja a liberalizmus ilyen értelmezését, mint ahogy a morálisan szkeptikus világképben gyökerező liberalizmus felfogását sem. Számára a mindent lefedő konszenzus, ami lehetővé teszi a jól szabályozott társadalomnak, hogy megválaszolja a politikai szükségszerűség legalapvetőbb kérdéseit a közösségi értelem használatával – ahelyett, hogy bármely átfogó doktrínához fordulnánk menedékkért – nem egyszerűen bölcselkedő vagy pragmatikus kompromisszum terméke. Ez a

---

<sup>24</sup> Rawls, lásd 7. jegyzet, 63.o.

mindent lefedő konszenzus önmagában a liberalizmus társadalmi szemléltetése egyféle fundamentális erkölcsi nézetként:

„A 'modus vivendi' kifejezés tipikus használata egy olyan egyezményt jellemez két állam között, amelyek a nemzeti céljaik és érdekeik miatt szemben állnak. Ha egy egyezmény tárgyalnak meg, mindkét állam bölcsen és okosan tenné, hogy biztosítsa, az egyezmény amelyet javasol, egy egyensúlyi pontot jelent [az érdekeik között]... Hogy egy átfogó konszenzus sokban különbözik egy modus vivenditől, az világos.. [mert] a konszenzus tárgya, az igazság politikai koncepciója, önmagában egy erkölcsi koncepció. És... erkölcsi alapokon meg van erősítve, tehát magában foglalja a társadalomról, és az állampolgárokról mint személyekről alkotott fogalmakat, illetve az igazság alapelveit, és a politikai erények elbeszélését, amelyek által ezek az alapelvek emberi formát öltenek, és kifejeződnek a közösségi életben. Egy mindent lefedő konszenzus tehát nem pusztán egyetértés abban, hogy elfogadjanak bizonyos hatalmi ágakat, vagy betartanak bizonyos intézményes elveket, amelyek az egyéni vagy csoportérdekek egybeesésén alapszanak. Mindazok, akik megerősítik a politikai koncepciót, a saját átfogó szemléletükből indulnak ki, és a vallásos, filozófiai és erkölcsi alapból táplálkoznak, amelyet ez biztosít. Az a tény, hogy az emberek ugyanazt a politikai koncepciót erősítik meg más-más alapon, nem teszi a megerősítésüket kevésbé vallásossá, filozofikussá vagy erkölcsössé, hiszen az őszintén hitt elvek határozzák meg megerősítésük természetét.”<sup>25</sup>

Rawls víziója a liberalizmusról így sem szkeptikus, sem pragmatikus; ehelyett egy példa arra, amit „világi fundamentalizmusnak” hívhatunk. A világi fundamentalista úgy tartja, hogy a legfelsőbb politikai érték az, ha létrehozunk egy olyan politikai rendszert, amely a liberális elveket fogadja el a legfelsőbb politikai érték manifesztációjának. Az ésszerű átfogó doktrínák kizárása a közösségi értelem ideájából azon az alapon igazolható, hogy azok az ésszerű átfogó doktrínák *csak addig* ésszerűek, ameddig elismerik, hogy egy igazságos politikai rendszer szerepe „hogy lehetővé tegye a társadalom minden tagja számára, hogy egymás számára kölcsönösen elfogadhatóvá tegyék az alap szerződéseiket és közös intézményeiket, a közösség által elégségesnek nyilvánított okokra hivatkozva.”<sup>26</sup> A liberalizmus e variációja fundamentalistának nevezhető olyan téren, hogy tagadja a mély politikai konfliktus lehetséges legitimitását egy igazságos társadalmi renden belül. Úgy tartja, az átfogó ésszerű doktrínák mindent lefedő konszenzusa olyan irányadó (és tekintélyelvű) hangot ad a közösségi értelemnek, ami *ex cathedra* beszél, így kiiktatja a fogalmi összemérhetetlenség valódi lehetőségét, és vitákat szülő sarját, a végtelen erkölcsi egyet nem értést. Az ironia persze az, hogy ebben a győzelemittas inkarnációjában a liberalizmus azokra az igen dogmatikus rendszerekre kezd hasonlítani, amelyek ellen egykor lázadt.<sup>27</sup> Annak ellenére, hogy komolyan

<sup>25</sup> Uo. 147-48.o.

<sup>26</sup> John Rawls, „Kantian Constructivism in Moral Theory” 77 *J. Phil.* 515,516 (1980). Komoly kétértelműség jellemzi Rawls értekezésében, hogy gyakorlati szinten kinek álljon hatalmában eldönteni, mi számít a „közösségi értelemmel való szembehelyezkedésnek”, és milyen következményekkel kell, hogy járjon (ha egyáltalán vannak) ez az elhatározás. Vagyis ha az előírásai csupán óhajt fejeznek ki, felmerül a kérdés, hogy mennyire relevánsak a „valóban létező liberalizmus” politikai valóságának tükrében. Más részről – ahogy a bírói felülvizsgálatról mint a közösségi ész megnyilvánulásáról adott kommentjei sugallják – ha ez az értekezés arról szól, hogy valamilyen antidemokratikus intézmény rendelkezzen a legfelsőbb hatalommal, hogy megállapítsa, mit kíván valójában a közösségi értelem, akkor van okunk aggódni, hogy a szerző eltökélt bizalmát a saját képességeiben, hogy meg tudja állapítani, mik a helyes válaszok ezekre a kérdésekre, tükrözni fogja azok hozzáállása, akiket kineveznek, hogy biztosítsák a „közösségi értelem” gyakorlását. (231-40. o.)

<sup>27</sup> Ha ez a hasonlóság nehezen hihetőnek tűnik, figyeljük meg, hogy áll hozzá az abortusz vitás kérdéséhez két, másik kiemelkedő kortárs liberális gondolkodó által írt új könyv. Rawls-hoz hasonlóan Lawrence Tribe és Ronald Dworkin is hangsúlyozzák a nagy és látszólag irányíthatatlan morális és politikai küzdelmeket, amelyeket a Legfelsőbb Bíróság döntései okoztak e téren. De mindhárom író egyetért abban, hogy egy erkölcsös döntés, amely tényszerűen figyelembe veszi az összes érintett fél jogos érdekeit, nem pusztán elérhető cél; az ő nézeteik szerint az ilyen végkifejletet megtestesíti a meglévő alkotmányos ortodoxia. Lásd Ronald Dworkin,



és elvont szinten támogatja a vallási és erkölcsi pluralizmust, a *Political Liberalism* végső soron dicshimnusa egy olyan világi vallásnak, amelyben megvan a potenciál, hogy ugyanolyan egységes, kényszerítő, és bármilyen társadalmi igazságtól való eltérés irányába intoleráns legyen, mint a hagyományos hitrendszerek, amelyeket nevetségessé tett és trónfosztott.

#### IV

Hegel *Jogfilozófiájában* úgy érvel, hogy „Platón *Köztársasága*, amit általában az üres ideál modelljének vesznek, semmi mást nem tett, csak fogalmi szintre emelte a korabeli görög erkölcsöket.”<sup>28</sup> Hegel álláspontja az, hogy Platón utópisztikus látomása az ideális politikai közösségről a filozófus azon küzdelmének volt a terméke, hogy megbékéljen a görög városállamok aktuális állapotával. A filozófus királyok által uralt polisz Platón képzeletgazdag kísérlete, hogy megoldást találjon az i.e. negyedik századi hellén társadalom alapvető problémájára: a konfliktusra az idealizált múlt hagyományos, organikus társadalma iránti vágy, és a Platónhoz hasonló társadalmi konzervatívok által kaotikusnak és hitehagyottnak vélt individualista jelen közt.

Talán a leggyakoribb kritika Rawls munkájával szemben, hogy az eredeti álláspont lecsupaszított alanyai maguk „az üres ideál modelljei” – vagyis ilyen aszociális felfogás, hogy a személyek radikálisan megkülönböztethetők a céljaiktól, egyszerre metafizikailag inkohérens és szociológiailag abszurd. Ezeknek a kritikáknak nagy erejük van. Ami felett elnéznek, az, hogy milyen mértékben *termelik* a liberális ideológia antiszeptikus és nonpragmatikus fajtái ezeket a lecsupaszított alanyokat, akik hihetőnek és vonzóknak találják a pluralista politikai társadalomról alkotott feltűnően szegényes nézeteket, mint amelyet a *Political Liberalism*-ben is láthatunk. Mit mondhatunk a kortárs liberális értelmiséginek, aki arról ír, hogy az abortuszt az első trimeszterben nem lehet betiltani, mert a politikai értékek bármely ésszerű egyensúlya szükségessé teszi ezen jog elismerését, és aztán „megindokolja” ezt a következtetést azzal, hogy „a terhesség korai időszakában a nők egyenjogúságának politikai értéke felülírja a többi értéket, és ez a jog szükséges, hogy erőt és tartalmat adjon neki”<sup>29</sup> Az ilyen személlyel nem lehet vitatkozni, mint ahogy azokkal sem, akik egyszerűen kijelentik, hogy egy adott eredmény szükséges, mert „Isten így akarja”. A vallási fundamentalista legalább egy gazdag kulturális és intellektuális hagyományra hivatkozik, ami adhat némi támpontot, hogy azt higgyük, a jogokról és értékekről szóló állításoknak van valamiféle metafizikai jelentőségük. A liberális ideológusok, akik a toleranciát és pluralizmust ünneplik, miközben elítélnék és nemcsak tévesnek hanem a józan ésszel ellentétesnek tartanak bármilyen értelmes eltérést a saját szűkre szabott jóról alkotott képüktől, még ehhez a sovány vigaszhoz sem fordulhatnak.

Jókora adag túlegyszerűsítést igényel, hogy kijelentsük, az üres jelzők, mint „az ésszerű” akadémiai használata oly módokon, amik kielégítik a felső osztálybeli liberális egyének erkölcsi előítéleteit, szociológiai fogalmak mentén értelmezendő. Ennek ellenére figyeljük meg a következő szakaszt a *Political Liberalism* bevezetőjéből: „*Különleges hálával tartozom... Ronald Dworkinnak és Thomas Nagelnek a sok beszélgetésért, amelyek a New York-i Egyetemen szemináriumokon való részvétel közben történtek 1987-1991 között; és az igazság mint korrektség különálló nézőpontjával kapcsolatban, egy ritka megvilágosító éjféltől szóváltásért a nápolyi Santa Lucia Hotel kiürült bárjában, 1988-ban*”<sup>30</sup> Senki, aki érdeklődik a kortárs jogtudomány iránt, nem mulasztotta el megfigyelni, hogy Ronald Dworkin munkássága Rawls írásaiból táplálkozott, és azokat meg is ihlette. A hasonlóságok a *Law's*

---

*Life's Dominion* (1993), 168-72.o.; és Lawrence Tribe, *Abortion: The Clash of Absolutes* (1990), 204-8.o. Egy szilárd alapon nyugvó hit erkölcsi gőgje aligha mehetne ennél messzebbre.

<sup>28</sup> Lásd Hegel *Jogfilozófiája*, ford. T. M. Knox (1952), 10.o.

<sup>29</sup> Rawls, lásd 7. jegyzet, 243.o. 32. jegyz.

<sup>30</sup> Uo. xxxi.

*Empire* és a *Political Liberalism*-ben összegyűjtött esszék között figyelemre méltóak. Valóban, Dworkin központi állítása, hogy a „jog mint egységesség” abból áll, hogy a releváns anyagokat egybehangzóvá tesszük, a legjobb közösségi értékekkel visszhangot kap Rawls nézeteiben, hogy „egy alkotmányos rezsimben, ami rendelkezik bírói felülvizsgálattal, a közösségi értelem a legfelsőbb bíróság által adott értelmezés”, és „a legfelsőbb bíróság az a hatalmi ág, ami a közösségi értelem mintájául szolgál”.<sup>31</sup> A jog mint egységesség gondolata párhuzamos azzal, hogy a közösségi értelem legitimálja a kényszerítő államhatalom gyakorlását „összhangban egy olyan alkotmánnyal, amely alapelveit minden állampolgár ésszerűen elvárható, hogy támogassa olyan ideák és eszmények fényében, amik a józan emberi eszükből származnak.”<sup>32</sup> Formálisan ezek a fogalmak bármilyen végkifejletet előidézhetnek; gyakorlatilag mindkét ötletet úgy értelmezik a szerzőik, hogy ugyanazon politikailag vitatott eredmények szűk körét eredményezik. Ez a konvergencia nem egészen sokkoló, ha figyelembe vesszük azokat a társadalmi tényezőket, amelyek végül tartalmat adnak az olyan, egyébként végtelenül rugalmas fogalmaknak, mint az „egységesség”, „értelem”, és „elv.” Az akadémikus elemek, akik fényűző európai hotelek bárjaiban megvilágosító éjjeli beszélgetéseket élveznek, ugyanazokban az intézményekben dolgoznak, ugyanazokra a konferenciákra járnak, ugyanazon újságokat olvassák, ugyanazokban a kertvárosokban laknak, és ugyanoda küldik a gyermekeiket iskolába, ahová kiemelkedően értelmes beszélgetőtársaik. Olyannyira meglepő tehát, hogy a Jog Birodalmának szolgálói ugyanazokat az erkölcsi ítéleteket termelik újra, amelyek szájról szájra járnak a Jog Olvasócsoportja hermetikus falai közt?

---

<sup>31</sup> Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), 225-27, 254-58; Rawls, lásd 7. jegyzet, 231. o.

<sup>32</sup> Rawls, lásd 7. jegyzet, 137.o.

## A nemzetközi jog és a nagyhatalmi érdekek összecsapása Nyugat-Szaharában

István Harkai<sup>1</sup>

### Bevezetés

A Szahara nyugati szegletének, Spanyol-Szaharának, majd később Nyugat-Szaharának nevezett terület vizsgálata során e sorok írója korábban már több kísérletet tett arra, hogy bemutassa a térség és lakóinak, a saharávi népnek történetét, a kialakult konfliktus gyökereit, a konfliktusban részes feleket és a vonatkozó humanitárius és hadi jogi alapvetéseket, az emberi jogi visszaéléseket és az algériai menekülttáborok helyzetét.<sup>2</sup> Bemutatta azt is, hogy az *uti possidetis*-elv érvényesülése hogyan hatott Afrika országainak kapcsolatrendszerére, békéjére, illetve tárgyalta, hogy Nyugat-Szaharában az ENSZ miként próbálta meg a soha meg nem tartott függetlenségi népszavazást tető alá hozni a *MINURSO* keretében.<sup>3</sup> A helyzet az Atlanti-óceán keleti medencéjének eldugott szegletében továbbra sem rendezett, egy befagyott konfliktus alakult ki. Miközben Marokkó továbbra is megszállás alatt tartja Nyugat-Szahara jelentős részét, komoly veszély fenyeget, hogy az ország nélküli nemzet, főként pedig annak fegyveres része, a Polisario front esetleg radikalizálódhat.<sup>4</sup>

Jelen tanulmány tanulmány egy időskálát felvázolva igyekszik bemutatni, hogy a nyugat-szaharai események hol találkoztak a főként nyugati dominanciájú nemzetközi jogi normákkal, illetve mi az oka annak, hogy ezeket a normákat a nemzetközi közösség újra és újra, eltérő mércével tölti ki tartalommal.

### 1. A *Siyar* és a modern nemzetközi jog kollíziója

1960-ban az ENSZ Közgyűlése elfogadta az 1514. (XV) számú határozatot, amely *A gyarmati országoknak és népeknek nyújtandó függetlenségről szóló nyilatkozat* volt. E dokumentum kimondta, hogy a gyarmati rendszert mielőbb és feltétel nélkül meg kell szüntetni.<sup>5</sup> 1963-ban az ENSZ Közgyűlése Nyugat-Szaharát önkormányzatisággal nem rendelkező területnek nyilvánította.<sup>6</sup> E megállapítás helytálló volt, hiszen a tartomány 1884-től spanyol gyarmatként létezett. 1973-ban a függetlenségért síkra szálló diákok létrehozták a Polisario Frontot, amely a saharávi népet képviselte.<sup>7</sup>

1966-ban az ENSZ Közgyűlése határozatban kötelezte Spanyolországot arra, hogy mint a gyarmatot igazgató hatalom, tegyen lépéseket az önrendelkezési jogról dönteni hivatott referendum megszervezésére. Mivel a szomszédos Marokkó és Mauritánia fegyveres beavatkozás lehetőségét helyezte kilátásba egy esetleges függetlenedés esetére, ezért az ENSZ arra kérte Spanyolországot, hogy halassza el a népszavazást, ameddig tanácsadó a Nemzetközi Bíróság meg nem hozza tanácsadó véleményét az ügyben.<sup>8</sup> A két kérdés arra irányult, hogy vajon Nyugat-Szahara a spanyol gyarmatosítás idejében uratlan terület volt-e,

<sup>1</sup> Doktorandusz, Szegedi Tudományegyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Összehasonlító Jogi Intézet.

<sup>2</sup> Harkai István: Humanitárius és emberi jogi jogsértések, valamint a menekültek helyzete Afrika utolsó „gyarmatán”, Afrika Tanulmányok folyóirat, 2015. IX. évfolyam, 1. szám, 55-72. o.

<sup>3</sup> Harkai István: Négy konfliktus – négy mandátum, A nyugat-szaharai, az angolai, a namíbiai és a közép-afriai ENSZ békemissziók mandátumainak összehasonlító elemzése, Szakmai Szemle 2015. 3. szám 35-53. o.

<sup>4</sup> Harkai István: Terrorfellegek Nyugat-Szahara felett? Felderítő Szemle, XV. évfolyam 1. szám. 2016. 58-66. o.

<sup>5</sup> Kende Tamás – Nagy Boldizsár – Sonnevend Pál – Valki László: Nemzetközi jog, Complex Kiadó, Budapest, 2014. 80. o.

<sup>6</sup> Epstein, Pamela: Behind closed doors: “Autonomous colonization” in post United Nations era – The case for Western Sahara, Annual Survey of International & Comparative Law, Vol. XV. 2009. 107. o.

<sup>7</sup> Uo. 110. o.

<sup>8</sup> Uo. 111. o.

ha pedig e kérdésre a válasz nemleges, akkor milyen kapcsolat fűzte az ott élő népeket Marokkóhoz és Mauritániához.

Érdekesség, hogy az ügy alkalmat szolgáltatott arra, hogy a Nemzetközi Bíróság kifejtse véleményét a joghatóság kérdésében tanácsadó vélemények esetén. Erre azért volt szükség, mert Spanyolország vitatta, hogy a Bíróságnak van-e joghatósága az ügyben eljárni. Válaszként a Bíróság megerősítette azt az elvet Spanyolország hozzájárulására nincs szükség a joghatóság fennálltához, mivel a Bíróság tanácsadó véleményt fog megfogalmazni, amelyet az ENSZ Közgyűlése kért. Az adott állam hozzájárulásának hiánya csak peres ügyekben releváns.<sup>9</sup>

A Bíróság véleményében kifejtette, hogy Nyugat-Szahara a spanyol hódítás idején nem volt uratlan terület, mivel az ottani népek felett saját törzsfőik szuverenitást gyakoroltak, a spanyolok pedig e törzsfőnökökkel, törzsszövetségekkel léptek kapcsolatba és ismertették el fennhatóságukat. Ha Rio de Oro, vagyis a Szahara spanyol tartománya nem volt uratlan, akkor kellett, hogy legyen valamilyen kapcsolat, amely a lakosságot a szomszédos hatalmakhoz fűzte. E kérdés Bíróság által történő, Marokkó számára kedvezőtlen megválaszolása kitűnően és élesen rávilág a hagyományos iszlám nemzetközi jog, a Siyar és a nyugati dominanciájú nemzetközi rend normacsoportjának, a modern nemzetközi jognak a konfliktusára.

Marokkó a második kérdést azzal az érveléssel próbálta alátámasztani, hogy a marokkói marokkói király elődei a déli nomád törzsek felett szuverenitást gyakoroltak. A Bíróság ezt nem fogadta el. A kifejtett véleményben hangsúlyozták, hogy a marokkói fennhatóság inkább névleges volt, de sem adót nem szedett az állandóan vándorló törzsektől, sem pedig a terület közigazgatásának megteremtésére nem tett erőfeszítést, a behatoló nyugati hódítókat pedig fegyverrel nem tartóztatta fel.<sup>10</sup>

Rabat nem minden alap nélkül hivatkozott a történelmi jogokra és vallási kötelezésekre, hiszen az iszlám hagyományos nemzetközi jogi szemlélete tartalmazott olyan formulákat, amelyek szem előtt tartásával a nyugat-szaharai marokkói igény igazolható lehetne. Ilyen volt az a vallási kapcsolat, amely marokkói szultánt a déli nomádokhoz fűzte. Csakhogy a modern nemzetközi jog és a Nemzetközi Bíróság gyakorlata nem az elavultnak tekintett, személyes szuverenitásra épít, hanem a területire. Éppen ezért elfogadhatatlan volt a Bíróság előtt az az álláspont, amely szerint azok az alattvalók, akik vallási szempontból az uralkodó szuverenitása alá tartoztak, azok politikailag is oda tartoznak. A Bíróság nem is vitatta, hogy volt vallási kapcsolat, sőt szövetség a nomádok és a marokkói szultán között, de nincs bizonyítéka annak, hogy a saharávik valóban el is fogadták a marokkói fennhatóságot.<sup>11</sup>

A Siyar több mint ezer éve került kifejlesztésre. Arra szolgált, hogy segítséget nyújtson az egységes iszlám birodalom és a világ más, nem iszlám országai közötti kapcsolatok fenntartására, definiálására. Természetét tekintve sokkal inkább az uralkodó személyéhez kapcsolódott, semmint a területiséghez. Éppen ez a megközelítés az – amellet, hogy mára valóban elavulttá vált – amely miatt elfogadhatatlan a modern nemzetközi jog számára, amely a főhatalom területhez kötött létét tartja a legfontosabbnak.<sup>12</sup>

Az iszlám „nemzetközi joga” a VIII. század közepén alakult ki, amikor jogtudósok kidolgozták az Abbászida Kalifátus és a nem iszlám államok közötti kapcsolatok rendjét. Ez a

---

<sup>9</sup> Kahan, Rebecca: Building a protective wall around terrorists—Howt the International Court of Justice’s ruling in the legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory made the world safer for terrorists and more dangerous for member states of the United Nations. *Fordham International Law Journal*, Vol. 28. Issue 3. 2004. 852-854. o.

<sup>10</sup> Western Sahara Advisory Opinion of 16 October 1975, 101. o. (<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&case=61&code=sa&p3=4> Letöltés ideje: 2016. november 22.).

<sup>11</sup> Dickson Cravens, William Samuel: The future of Islamic legal arguments in international boundary disputes between Islamic states, *Washington and Lee Law Review*, Vol. 55, Issue 2. 1998. 531. o.

<sup>12</sup> Uo. 532. o.

rend az egységes iszlám birodalom koncepcióján nyugodott, amelyben a szuverenitás letéteményese az uralkodó személye és nem a terület maga. E kettő ugyanis egy és ugyanaz. Ebben a megközelítésben minden terület, ahol muzulmán hívők élnek, az iszlám állama (dar al-islám, az iszlám háza). Ami ezen kívül esik, az a dar al-harb, a háború háza. Őket a korai jogtudósok nem is tekintették államoknak, mivel a világban csak egyetlen, unitárius iszlám állam létezhetett. A Siyar tételei ezeknek az entitásoknak az iszlámhoz fűződő viszonyrendszerét rendezték. Ezekbe bele tartozott a béke és háború joga, a foglyokkal való bánásmód követelményei, a kereskedelem.<sup>13</sup>

A Siyar szuverenitás-szemlélete megegyezik a fentebb tárgyalt uralkodóközpontú megközelítéssel. A szuverenitás letéteményese maga az uralkodó isten, emberi lény, nevezetesen a kalifa tehát csak korlátozott főhatalmat gyakorolhat. Ebben a személyközpontú teóriában teljesen lényegtelen volt, hogy az alattvalók milyen valláshoz, néphez tartoznak, ha hitük a muzulmán volt és elfogadták a kalifa főségét. A más vallásúak is a kalifától függtek, ha az iszlám birodalmában éltek. Ha elismerték a kalifa uralmát, akkor védelmet élveztek. A területiális főhatalom lényegtelenességét jól szemlélteti, hogy azok a muszlimok, akik az iszlám államán kívül éltek, úgyszintén a kalifa hatalma alá tartoztak.<sup>14</sup>

Az iszlám birodalom államok közötti főségét bizonyítja, hogy úgy tartották, a nem muzulmán államoknak csak időben korlátozott szerződéskötési képességük van, a velük kötött szerződések pedig egyébként sem alapulhatnak kölcsönös és egyenlő akaraton, mivel teljes szerződéskötési képessége kizárólag az igazhitűek birodalmának van.<sup>15</sup>

Amíg az osztatlan iszlám birodalom létezett, addig a Siyar is maradéktalanul be tudta tölteni rendeltetését. A túl nagyra nőtt – az Arab-félszigettől a Maghrebig terjedő – birodalom azonban elsősorban a földrajzi távolság és a kulturális sokszínűség, valamint a partikuláris érdekek okán feltöredezett. Az új status quo a jogtudósokat arra készítette, hogy a pluralistává váló iszlám világot beillesse a Siyar elméletvilágába, megválaszolva a kérdést, hogy hogyan kell kezelni a de facto egymástól immár függetlenné váló és külön útra lépő muzulmán utódállamokat. A realista kisebbségi álláspont végül alulmaradt azon ortodox tudósokkal szemben, akik hajlandók voltak figyelmen kívül hagyni a politikai fragmentáltságot, amennyiben az utódállamok uralkodói elismerik a kalifa vallási főhatalmát. Az oszmán törökök birodalmában aztán ez a politikai és vallási főhatalom újra egy kézben összpontosult, ám az első világháborút követő összeomlás ismét azon feladat elé állította a jogtudósokat, hogy revízió alá vegyék a Siyar avított tanait.<sup>16</sup>

Annak a kérdésnek a megválaszolására, hogy hogyan kerülhet egy terület muzulmán joghatóság alá, szintén az iszlám jog nyújt segítséget. A módzatok között találjuk a katonai hódítást, vagy alávetést, az önkéntes behódolást és más szerződéseken alapuló kapcsolatot. Ezek fontossága a kérdéses tartomány természeti erőforrásainak, tulajdonlásának meghatározásában rejlik. Az iszlám jog ugyanis különbséget tett magántulajdon, közösségi tulajdon és állami tulajdon között, attól függően, hogy hogyan jutott az adott ország az iszlám uralma alá.<sup>17</sup>

A hódítás útján szerzett területek minden muszlim közös tulajdonát, képezik, amelyet az iszlám közösség vezetőjének kell igazgatnia. Isten ugyanis az egyedüli felelőse és letéteményese a hódításnak, így nem volna helyénvaló, ha kizárólag azok között osztanák fel a szerzeményt, akik a megszerzésében közreműködtek. Magánosok csak korlátozott rendelkezési jogot szerezhettek ezeken a területeken, rendszerint a célból, hogy művelés alá

---

<sup>13</sup> Uo. 536. o.

<sup>14</sup> Uo. 537. o.

<sup>15</sup> Uo. 542-543. o.

<sup>16</sup> Uo. 538-539. o.

<sup>17</sup> Uo. 560. o.

vonják és kincseit beszedik.<sup>18</sup> Ha egy terület önként behódol és áttér az iszlámra, akkor megtarthatja az addigi birtokviszonyokat. Azok a tartományok, amelyek a fegyveres alávetési kísérleteknek sikerrel ellenálltak és szerződést kötöttek valamely muzulmán állammal, ott a birtokviszonyok hasonlóan érintetlenek maradtak.<sup>19</sup> Ha egy terület pusztaság, hasznot nem hajt, azt az iszlám is a senki földjének, vagyis uratlan területnek tekintette. Ennélfogva azon birtokbavétellel bármely muszlim magántulajdont szerezhetett.<sup>20</sup> Nyugat-Szaharát akár ilyennek is tekinthetnénk, ha nem élt volna rajta néhány 10 ezer nomád berber. A tartomány nagy része sivatag, mezőgazdasági tevékenységre teljességgel alkalmatlan, sőt maguk a saharávik sem üzték e tevékenységet, hanem szubszaharai rabszolgákra bízta a szűkös lehetőségeket nyújtó gazdálkodást.<sup>21</sup>

Ezek a kérdések különösen akkor érdekesek, ha az adott föld méhe értékes kincseket rejt. Ez Nyugat-Szaharában foszfát formájában van jelen, a parti vizek pedig halban gazdagok, hiszen ne feledjük, hogy a területi főhatalom a parti tengerre és a kizárólagos gazdasági övezetre is kiterjed a tengerjog szabályai alapján. Ha tehát elfogadná a Nemzetközi Bíróság Marokkó érvelését Nyugat-Szahara esetében, akkor a természeti kincsek kiaknázásának joga a területtel együtt a történeti-vallási hagyományoknál fogva Marokkóra szállna. Az iszlám jog szerint ugyanis ezen erőforrások kibányászása az iszlám közösség fejének feladata, aki e jogát a köz javára köteles gyakorolni.<sup>22</sup>

Marokkó tehát igyekezett meggyőzni a Nemzetközi Bíróságot arról, hogy a fentebb leírtak kellő jogalapot szolgáltatnak, hiszen a déli népek vallási kapcsolatot, sőt, szövetséget ápoltak a marokkói szultánnal, aki a próféta leszármazottja, ekképpen pedig irreleváns, hogy a szultánnak a tényleges politikai hatalma nem terjedt ki rájuk.<sup>23</sup> Ezt az álláspontot a Bíróság nem fogadta el, mivel a szultán nem gyakorolt semmiféle politikai főhatalmat Nyugat-Szaharában. Érdekesség, és ezt Ammoun bíró különvéleményében hangsúlyozta is, hogy a vallási kapcsolat igenis releváns lehet, amint az elismerésre is került Írország, Pakisztán és Banglades esetében.<sup>24</sup>

## 2. Nyugat-Szahara megrekedt státuszban

Ha a fentiek alapján követjük a Nemzetközi Bíróság tanácsadó véleményében foglaltakat, akkor azt kell, hogy mondjuk, Marokkó jogszerűtlenül eljárva, fegyveres erőszakot alkalmazva hódította meg déli szomszédját. Ezt egy olyan helyzetben tette, amelyet akár a függő jogi helyzet terminológiával is jellemezhetnénk. Ez nyilvánvalóan analógia, ám a jogintézmény egy későbbi jogszerzés lehetőségét hordozza magában a magyar polgári jog világában. A saharávik felettébb ilyen helyzetben voltak.

Mint Spanyolország gyarmata, önkormányzattal nem rendelkeztek, de a gyarmati országok függetlenségének lehetőségeket őket is megillette. A spanyolokat a fentebb már említett 1966-os ENSZ határozat kötelezte arra, hogy tegyék lehetővé, hogy a Szahara lakói népszavazáson döntsék el, kívának-e továbbra is spanyol uralom alatt élni, vagy az önrendelkezés útjára lépve függetlenednek. A gyarmattartók először vonakodtak e referendumot megtartani, ám 1975 novemberében, a Nemzetközi Bíróság véleményét követően és a marokkói „Zöld menet” nyomán Spanyol-Szahara kiürítése mellett döntöttek. Jogilag tehát egy igen izgalmas, többszereplős szituáció alakult ki. A gyarmattartó

---

<sup>18</sup> Uo. 562. o.

<sup>19</sup> Uo. 563. o.

<sup>20</sup> Uo. 564. o.

<sup>21</sup> Uo. 571-572. o.

<sup>22</sup> Uo. 566. o.

<sup>23</sup> Uo. 546-547. o.

<sup>24</sup> Uo. 548. o.

spanyolokat nemzetközi jogi normák kötelezték volna arra, hogy tegyék lehetővé, hogy a gyarmati nép gyakorolja önrendelkezését. Ezt elhalasztották, sőt, a területet a madridi szerződésben átengedték Marokkónak és Mauritániának, amely két hatalom meg is szállta a részükre biztosított területeket. A harmadik fél, a szaharávik tehát megrekedtek a gyarmati státuszban, mivel máig nem volt alkalmuk gyakorolni a nemzetközi közösség által számukra biztosított és elismert önrendelkezési jogot. Ebből következik, hogy Marokkó Spanyolország quasi gyarmatosító jogutódjának tekinthető, vagyis a szaharávik továbbra is – akár szó szerint véve is – függő jogi helyzetben vannak. Ezt támasztja alá az a tény is, hogy a háborút lezáró fegyverszünet után felállított ENSZ békemisszió, a MINURSO is feladatul kapta, hogy az évtizedek óta késő referendumot tető alá hozza.

Mivel az erőviszonyok mai állapota alapján ez a függés belátható időn belül nem fog megszűnni, ezért a szaharávik még a spanyol időkben létrehozták a maguk politikai-katonai szervezetüket, a Polisario frontot, sőt ki is kiáltották a saját államukat, a Szaharávi Arab Demokratikus Köztársaságot, amely intézményrendszert is kiépített. Az elhúzódó polgárháborúban a Polisario ugyan vereséget szenvedett Marokótól, de legitimációját és politikai befolyását nem veszítette el, sőt, bizonyos területeket is megtarthatott az ország keleti, meg nem szállt felében. Igaz ugyanakkor, hogy ezek a területek a rendes, állandó megtelepedésre, mezőgazdálkodásra és iparúzésre szinte teljességgel alkalmatlanok.

De facto tehát létezik egy nyugati-szaharai állam, amely, ha csökevényes formában is, de teljesíti az államiség minden feltételét. Ezeket a kritériumokat az 1933-ban kötött Montevideo-i Egyezmény rögzítette, amelyek a következők: 1.) állandó lakosság, 2.) körülhatárolt, meghatározott terület, 3.) kormányzat, 4.) képesség a külső kapcsolatok létesítésére.<sup>25</sup>

1974-ben a spanyol hatóságok által tartott népszavazás szerint 73.497 tősgyökeres szaharávi élt a gyarmaton. További kritériumok hiányában irreleváns, hogy az állandó lakosság letelepedett vagy vándorló életmódot folytat-e.<sup>26</sup>

Nyugat-Szahara határait még a gyarmati időkben húzták meg, így tehát azok elméletben megegyeznek Spanyol-Szahara határaival. A szaharávik egykori törzsterületének 90%-át a lakosság nagy részével és a gazdasági központokkal ugyan megszállták a marokkóiak, de fennmaradt egy keskeny keleti és déli sáv, amelyet a Polisario ellenőriz, tehát e feltétel sem szenved hiányt, legfeljebb abban, hogy a szaharávik nem tudják a teljes területet ellenőrizni, hanem a tényleges hatalmuk csak jóval kisebb országgrészre terjed ki.<sup>27</sup>

A szaharávik nem csak katonai téren vették fel a küzdelmet, hanem kiépítették a saját politikai intézményrendszerüket, választott gyűléssel, kabinettel, a szükséges bürokráciával, amely egyben a Polisario front katonai tevékenységét is irányítja. Ez a kormányzat független minden más hatóságtól, és képes arra, hogy a szaharávikat a nemzetközi porondon képviselje. Mi sem bizonyítja ezt a képességet ékebben, mint az a több mint hatvan állam, amely Nyugat-Szahara marokkóitól független kormányzatát eddig elismerte. Sőt, a Polisario vezette Nyugat-Szahara teljes jogú tagként felvételt nyert az Afrikai Unióba.<sup>28</sup>

### **3. Nyugat-Szahara természeti erőforrásainak kiaknázása**

A fentiekben e sorok szerzője igyekezett alátámasztani, hogy Nyugat-Szahara továbbra is gyarmati státuszban Marokkó megszállása alatt éli mindennapjait. Az állapot fenntartásához a nemzetközi közösség nem csak hallgatólagosan járul hozzá. Franciaország következetesen kiáll Marokkó mellett és meggátol minden törekvést az ENSZ-ben, amely a MINURSO

---

<sup>25</sup> Epstein, 2009. 119.o.

<sup>26</sup> Uo.

<sup>27</sup> Uo. 120-121. o.

<sup>28</sup> Uo. 123. o.

tevékenységét segítené elő, vagy a mandátumát bővítené. A realitás tehát az, hogy a marokkói megszállás immár tartósan állandósult, ez azonban nem teszi jogszerűvé sem a jelenléteket, sem pedig a gazdasági erőforrások kiaknázását. Mint megszálló hatalom a rabati kormányzat az okkupált tartomány természeti kincseit és jövedelmeit a saját szükségleteinek kielégítésére és gazdasági érdekeinek előmozdítására nem használhatná ki. Mindösszesen a megszálló katonaság ellátását és az adminisztráció fenntartását segíthetné vele.<sup>29</sup>

Ehhez képest azt látjuk, hogy a foszfát, a hal és az olaj felkeltette a nyugati vállalatok érdeklődését is. Utóbbi energiahordozó olyan cégek figyelmét vonzza, mint a Texaco, a Pan American Hispano Oil, a Standard Oil és a Shell,<sup>30</sup> illetve az amerikai energetikai vállalat, a Kerr McGee, a TotalFinalElf francia olajipari csoport.<sup>31</sup>

Kétségtelen tény, hogy a nyugat-szaharai befektetés csak akkor lehet nyereséges, ha a tartományban béke van és gerillaháború nem zavarja az üzletet. Ezt Marokkó többé-kevésbé szavatolni tudja, így vonzó partner. A gazdasági-politikai érdekek miatt tehát a nagyhatalmak szemet hunynak afelett a tény felett, hogy Rabat erőszak alkalmazásával foglalt el egy korábbi gyarmatot. Az ENSZ és a nemzetközi jog azonban másként látja a helyzetet. 1974-ben elfogadták az *Államok gazdasági jogainak és kötelezettségeinek chartáját*, amely a 16. cikk (2) bekezdésében kimondja, hogy egyetlen állam sem jogosult befektetéseket elősegíteni vagy ösztönözni, amely akadályt jelenthet egy erőszak alkalmazásával elfoglalt terület felszabadításában. Ezt a cselekményt főként Marokkó követi el a természeti erőforrások kiaknázásával és a világpiacokon történő értékesítésével.<sup>32</sup>

A fent nevesített charta rendelkezéseivel összecseng az ENSZ *Alapokmány*<sup>33</sup> 73. cikke, amely akként rendelkezik, hogy az önkormányzatisággal nem rendelkező területek bármiféle gazdasági hasznosítása csak a helyi lakosság egybehangzó akaratnyilatkozatával, beleegyezésével lehetséges. Ennek során az igazgatási feladatokat ellátó hatalomnak messzemenőig elő kell segítenie a politikai, gazdasági, szociális előrehaladást.<sup>34</sup>

Amennyiben helytálló a fenti következtetés, vagyis, hogy létezik egy önálló nyugat-szaharai entitás, amely a megszállt országrészekben a föld méhének és a vizek kincseinek kiaknázására jogosult lenne, akkor alaposnak tekinthetjük a Polisari azon törekvését, hogy kitiltsa az Európai Unió piacairól azokat a marokkói termékeket, amelyek az okkupált területekről származnak. Az Európai Unió Bírósága hozott is a kérdésben olyan ítéletet, amely kimondta, hogy nem alkalmazhatók a Marokkóval kötött mezőgazdasági-kereskedelmi megállapodások olyan termékek esetében, amelyek Nyugat-Szahara marokkói kézen levő régióiból származnak.<sup>35</sup> Nem csak az EU, hanem egy nem EU-tag, de EGT-tag (Európai Gazdasági Térség) ország, Norvégia is szankcionálja a azokat a norvég zászló alatt hajózó halászokat, akik nyugat-szaharai felségvizeken halásznak.<sup>36</sup>

Marokkó egyébiránt 2005-ben kötött halászati partnerségi megállapodást az Európai Unióval, amelynek értelmében a tagállamok halászati engedélyt kaptak az Atlanti-óceán nyugat-szaharai vizein. Ez egészen pontosan 119 európai halászhajónak biztosít szabad

---

<sup>29</sup> Uo. 134. o.

<sup>30</sup> Wilson, Carlos: Foreign Companies Plundering Western Saharan Resources: Who is Involved and What is Being Done to Stop This? In: Karin Arts, Pedro Pinto Leite: International Law and the Question of Western Sahara, IPJET, Oporto, 2007. 249. o.

<sup>31</sup> Epstein, 2009. 135. o.

<sup>32</sup> Wilson, 2007. 251. o.

<sup>33</sup> Charter of the United Nations (<https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf> Letöltés ideje: 2016. november 27.).

<sup>34</sup> Epstein, 2009. 134. o.

<sup>35</sup> T-512/12 - Front Polisario v Council; C-104/16 P - Council v Front Polisario and Commission.

<sup>36</sup> Connet, David: Western Sahara: Africa's last colony takes struggle for self-determination to European courts (<http://www.independent.co.uk/news/world/africa/western-sahara-africas-last-colony-takes-struggle-for-self-determination-to-european-courts-a6830216.html> Letöltés ideje: 2016. április 10.).



halászatot, amiért cserébe Rabat 144 millió Eurót kapott.<sup>37</sup> Becslések szerint az egyezmény alapján kifogott hal 70-80%-a nyugat-szaharai vizekből származik. A halászati megállapodással a legjobban Spanyolország járt, összesen 80%-át kapta az engedélyeknek.<sup>38</sup> Ezeket a megállapodásokat az említett EUB döntés részben korrigálta.<sup>39</sup> A halállomány megvédését szolgálja a Western Sahara Resources Watch nevű szervezet tevékenysége, amely az erőforrások idegenek általi bitorlását követi nyomon. A halászat megakadályozására létrehozták a „*Fishing Elsewhere*” nevű bizottságot. A bizottságban 21 tagállam delegáltjai mellett NGO-k, politikusok és szakszervezetek dolgoztak azon, hogy a halászati tevékenységet beszüntessék, a feleket pedig a szerződések módosítására kötelezzék.<sup>40</sup>

A Polisario meddő próbálkozásokat tett arra nézve, hogy a nyugati vállalatok ne a marokkóiakkal, hanem velük szerződjenek a kitermelésre. Ez a hozzáállás azonban amellet, hogy jogszerű lenne, a realitásoktól sajnos elrugaskodott, hiszen a gyakorlatban az emigráns kormánynak semmiféle hatalma, befolyása és eszköze sincs a kitermelésre, így velük nem szerződhetnek a partnerek, hanem kénytelenek félre tenni azt a nyilvánvaló tény, hogy Marokkó jogalap nélkül, sőt jogszerűtlenül birtokolja a nyugat-szaharai természeti kincseket. Ha egy vállalat „finnyásabb”, akkor is Marokkóval szerződik, éppen csak kiköti a megállapodásban, hogy a kitermelés csak az után kezdődhet majd, ha a vitatott területek státusza rendeződik.<sup>41</sup>

Többször szó esett már a foszfátról, amelynek köszönhetően Nyugat-Szahara a világ második legnagyobb foszfát-exportőre lehetne, de nem az, mivel Marokkó termeli ki és viszi a világpiacra a nyersanyagot. Amikor a spanyolok a madridi szerződésben lemondtak a területről, akkor rendezni igyekeztek a foszfát kitermelésének és a haszonból való részesedésnek a kérdését is. Ebben a felek úgy határoztak, hogy a spanyol Fosbucraa nevű vállalat tulajdona 65%-ban a marokkói államra száll, 35%-ot viszont 25 évig megtarthatnak a spanyolok.

A megszállás után a bányákban dolgozó 1600 saharávit jórészt elbocsátották, helyükre marokkóiak érkeztek, a Bu Craa-i infrastruktúra kiépítését pedig amerikai, német, francia és spanyol vállalatok végezték el. A franciák ezen felül vállalták, hogy gondoskodnak a szükséges víz rendelkezésre bocsátásáról és helyszínre szállításáról, a spanyolok pedig a foszfát kirakodásához rendelkezésre bocsátották Huelva kikötőjét.<sup>42</sup> El Ayunból évente kb. 3 millió tonna foszfát indul útnak, miközben a teljes export Marokkó és Nyugat-Szahara viszonylatában 10 millió tonnára rúg. A nyersanyagból a legtöbb az Egyesült Államokba jut, de importál Kolumbia, Mexikó, Venezuela, Ausztrália, Új-Zéland, Bulgária, Horvátország, Lengyelország és a balti államok is.<sup>43</sup>

Nyugat-Szahara vitatott hovatartozása különösen jelentős, ha a kérdést a nemzetközi kereskedelmi jog szemüvegén keresztül vizsgáljuk meg. Nem mindegy ugyanis, hogy egy adott termék honnan származik. Egy adott termék eredetét a nemzetközi kereskedelmi jog a territorialitás elve szerint határozza meg. Ha egy áru vitatott státuszú területről érkezik, akkor alapvetően két álláspont ütközik. Az egyik a *praktikus-kereskedelem megközlítés (practical-*

---

<sup>37</sup> Epstein, 2009. 135. o.

<sup>38</sup> Steinbach, Armin: The Western Sahara dispute: A case for the ECJ? Columbia Journal of European Law, Vol 18. No. 3. 2012. 418. o.

<sup>39</sup> Wilson, 2007. 262. o.

<sup>40</sup> Uo. 263. o.

<sup>41</sup> Uo. 259. o.

<sup>42</sup> Hagen, Erik: International Participation in the Phosphate Industry in Occupied Western Sahara: The Local Content and Global Participation. In: In: Karin Arts, Pedro Pinto Leite: International Law and the Qestion of Western Sahara, IPJET, Oporto, 2007. 269-270. o.

<sup>43</sup> Uo. 270-271. o.

*trade approach*), a másik pedig a *politikai-szuverenitás megközelítés (political-sovereignty approach)*, amely utóbbi bővebb ismertetésétől ehelyütt eltekintünk.<sup>44</sup>

Az első megközelítés tetten érhető az Egyesült Államok és Franciaország Marokkóval való kereskedelmében. Az USA-val kötött szabadkereskedelmi megállapodás kizárólag a kereskedelem liberalizálására irányul, nem foglalkozik azzal, hogy vitatott státuszú terület található marokkói fennhatóság alatt. Megelégszik azzal, hogy a szerződésben részes állam de facto kontrollt, („jog”)hatóságot gyakorol egy adott terület felett.<sup>45</sup>

Az Általános Vám- és Kereskedelmi Egyezmény (GATT)<sup>46</sup> a XXVI. cikk (5) bekezdés (a) pontjában említést tesz arról, hogy a rendelkezést alkalmazni kell azokra a területekre is, amelyekért a szerződő állam nemzetközi jog szerint felelős.<sup>47</sup> Márpedig Marokkó, mint megszálló hatalom felelős Nyugat-Szahara megfelelő igazgatásáért és a lakók jólétének, a térség gazdaságának előmozdításáért. Ekképpen az Európai Unió is ezt a praktikus szemléletmódot tette magáévá, amikor hallgatólagosan elfogadta, hogy Nyugat-Szahara gazdaságát és kereskedelmi életét Marokkó irányítja. Az EU-Marokkó kereskedelmi egyezményben nem is tesznek kifejezett utalást a szövegezők Nyugat-Szahara státuszára, hanem egyszerűen úgy fogalmazzák a 94. cikkben hogy az egyezmény hatálya a Marokkói Királyság területére terjed ki. Sőt, Marokkó a marokkói árukra alkalmazott kereskedelmi kedvezményeket a Nyugat-Szaharából érkező termékekre is alkalmazza.<sup>48</sup> Az EU egyébiránt hasonló megközelítést alkalmaz Taiwan esetében is. A Kínai Köztársaság a Kínai Népköztársaság diplomáciai nyomására hivatalosan el nem ismert entitás, mégis a világ egyik legdinamikusabb gazdasági szereplője, így a realitás háttérbe szorítja a politika által gyakran átítatott szuverenitás-elméleteket, amelyeket a kereskedelem kedvéért figyelmen kívül hagy.

#### **4. A realitások talaján – lehetséges jövőkép**

A fentiek során láthattuk, hogy a nemzetközi jog és a szolidaritás a szaharávik mellett van. Kétségtelenül továbbra is megilleti őket az önrendelkezési jog, amelyet nem tudtak hivatalos keretek között gyakorolni. Kikiáltották ugyan államukat, amely teljesíti is az államiság feltételeit, de szuverenitása nem terjed ki a teljes országra, mindössze annak egy kicsiny, értéktelen részét birtokolja. A többi rész Marokkó hatalmában van. Marokkó nem fog kivonulni önszántából, erre pedig kényszeríteni sem fogja a nemzetközi közösség, legalábbis egyelőre úgy tűnik, hogy nem.

Védi Marokkót az ENSZ 2625 (XXV) *határozata az államok közötti baráti kapcsolatokról és az együttműködés nemzetközi jogi alapelveiről*.<sup>49</sup> Erre tekintettel harmadik államoknak tilos beavatkozni más államok kapcsolataiba, mivel a beavatkozás bármely formája veszélyt jelenthet a nemzetközi békére és biztonságra.<sup>50</sup> Algérián kívül más állam nem is nagyon avatkozik be közvetlenül a szaharávikat érintő konfliktusba. Marokkó keleti szomszédja ugyanis az az állam, amely a Polisario-t a kezdetektől támogatja, területén pedig menedéket biztosított a háború elől elmenekült nyugat-szaharaiaknak.

---

<sup>44</sup> Hirsch, Moshe: Rules of origin as trade or foreign policy instruments? The European Union policy on products manufactured in the settlements in the West Bank and the Gaza Strip. Fordham International Law Journal Vol. 26. Issue 3. 2002. 574. o.

<sup>45</sup> Uo. 577. o.

<sup>46</sup> General Agreement on Tariffs and Trade. Magyarországon kihirdetve az 1998. évi IX. törvénnyel.

<sup>47</sup> Hirsch, 2002. 578. o.

<sup>48</sup> Uo. 579-580. o.

<sup>49</sup> Resolution adopted by the General Assembly 2625 (XXV). Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations (<http://www.un-documents.net/a25r2625.htm> Letöltés ideje: 2016. november 27.).

<sup>50</sup> Epstein, 2009. 136. o.

A legnyugatibb arab monarchia legfőbb támogatói Franciaország és az Egyesült Államok. Nélkülük semmiféle rendezésre nem mutatkozik esély, hiszen mindkét állam vétőjoggal rendelkezik az ENSZ Biztonsági tanácsában. A két ország a XX. század második felében hagyományosan jó kapcsolatokat ápolt Marokkóval, amely jó szövetségesnek bizonyult a kommunizmus és a terrorizmus elleni harcban.<sup>51</sup> Az Egyesült Államok azért sem támogatta a nyugat-szaharai függetlenséget, mert félt attól, hogy egy szovjetbarát állam jön létre Északnyugat-Afrikában. Félelmét alátámasztotta, hogy a Polisario jó kapcsolatokat ápolt Kubával és Líbiával. Marokkóval ugyanakkor Amerikának szívéjes és szövetségi volt a viszonya. Washington nem csak katonai támogatást nyújtott fegyverek és tanácsadók formájában, hanem gazdasági téren is igyekezett a kapcsolatokat elmélyíteni. 2004-ben szabadkereskedelmi megállapodást kötött Rabattal. Emellett Marokkó az egyik legfontosabb nem Nato-tag katonai szövetségese az USA-nak.<sup>52</sup>

Ezt a szövetséget a térségben geopolitikailag és gazdaságilag egyébként is érdekelt Franciaország igyekszik „meghálálni”. Neki köszönhető többek között az, hogy a MINURSO mandátumát sohasem sikerült az emberi jogok monitorozására alkalmas mechanizmussal kibővíteni.<sup>53</sup> A párizsi kormányzat álláspontja szerint semmi szükség nincs még egy független, önmagáról gondoskodni képtelen, bukott államra, amely még jobban Algéria befolyása alá kerülne, destabilizálva ezzel a Maghreb-et. A francia diplomácia a marokkói érdekek védelmében egészen odáig merészkedett, hogy kenőpénzzel, zsarolással és fenyegetéssel afrikai országokat – például Benint, Burkina Faso-t, Csádót, Togót, a Kongói Köztársaságot – bírt rá, hogy vonják vissza a Szaharávi Arab Demokratikus Köztársaság elismerésére irányuló nyilatkozatukat.<sup>54</sup>

A déli szomszédal való békesség Spanyolország számára is stratégiai fontosságú, hiszen jelentős befektetéseket eszközöltek spanyol vállalatok Marokkóban, emellett pedig a halászat és a foszfátbányászat egyik legnagyobb haszonélvezője Spanyolország.<sup>55</sup> Spanyolország számára stratégiai fontosságú, hogy a két észak-afrikai exklávé, a Kanári-szigeteket, Ceutát és Melillát biztonságban tudja. Eppen ez és a Franco-rezsim bukása körüli bizonytalanság volt az oka, hogy Madrid átadta a Spanyol-Szahara feletti igazgatási jogokat Marokkónak és Mauritániának, hangsúlyozva ugyanakkor, hogy a két ország szuverenitását nem ismerte el. A három ország megállapodásában nem csak a közigazgatás átengedése szerepelt, hanem több, részben már említett gazdasági érdekelttség rendezése is. Ezek közé tartozott a foszfátbányászat mellett a halászat. A Marokkóval kötött megállapodás értelmében a spanyol halászok továbbra is zavartalanul halászhattak a saharai vizeken.<sup>56</sup> A spanyolok hozzáállása tehát ambivalens. Egyrésztől biztonságpolitikai kérdés, hogy Marokkóval lehetőleg jó viszonyt ápoljanak, másrésztől viszont az ibériai állam lakossága szolidáris a saharávikkal, a marokkóiakra viszont nem gondol feltétlenül jó szívvel a 2004-es terrortámadások után, amelynek elkövetői marokkói állampolgárok, és marokkói származású spanyol állampolgárok voltak.<sup>57</sup>

---

<sup>51</sup> Uo.

<sup>52</sup> Zoubir, Yahia H: Geopolitics and realpolitik as impediments to the resolution of conflict ad violations of international law: The case of Western Sahara. In.: In: Karin Arts, Pedro Pinto Leite: International Law and the Qestion of Western Sahara, IPJET, Oporto, 2007. 291. o.

<sup>53</sup> Clarke, Joe Sandler – Purvis, Katherine: Leaked cables: Morocco lobbied UN to turn blind eye to Western Sahara in 'House of Cards' operation (<http://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2015/jun/17/leaked-cables-morocco-united-nations-western-sahara-house-of-cards> Letöltés ideje: 2016. november 27.).

<sup>54</sup> Zoubir, 2007. 289. o.

<sup>55</sup> Epstein, 2009. 138. o.

<sup>56</sup> Zoubir, 2007. 293. o.

<sup>57</sup> Uo. 294. o.

Mivel a Polisario nem fogja legyőzni a számára túl erős Marokkót, a nagyhatalmak pedig nem fognak fegyverrel beavatkozni Nyugat-Szahara érdekében, ezért a szaharávik számára talán a kompromisszumos megoldás lenne a legjobb. Ez a kompromisszum a területi autonómia Marokkó állami keretein belül. Ez egyrészt legitimálhatná a marokkói jelenlétet, másrészt okafogyottává tenné a referendumot. A referendum elhalasztása, vagy lehetőség szerint kiüresítése, netán eltörlése állandó része a marokkói álláspontnak. Ha meg is tartanák a referendumot, azon a Nyugat-Szaharában élő marokkói állampolgárok is minden bizonnyal szavaznának, így a királyhű többség papíron meglenne. A valóságban azonban könnyen lehet, hogy a déli területek lakói inkább a függetlenségre szavaznának, mivel ezzel megteremthetnék az esélyét egy, a marokkói rezsimnél kevésbé elnyomó, demokratikusabb Nyugat-Szahara felépítésének.<sup>58</sup>

Ez a lépés ugyanakkor rendkívül veszélyes precedenst teremthetne. Ha a szaharávik elfogadnák az egyébként szűkös, első ízben 2007-ben tett marokkói javaslatot, ezt pedig a nemzetközi közösség is elfogadná, akkor elismerésre kerülne egy tiltott erőszak alkalmazásával elért területi növekedés. Ez kitűnő hivatkozási alap lenne később olyan esetekben, mint például a Krím-félsziget. A királyság által ajánlott autonómia egyébként is korlátozott formában nyilvánulna meg, mivel a marokkói alkotmány szerint a király abszolút hatalmat élvez a hadügyek, a külügyek, a vallási és alkotmányos kérdések terén.<sup>59</sup> Ezt a harmadik utas megoldást a Polisario nem fogadta el és Algéria sem támogatta, így a patthelyzet továbbra is fennáll.<sup>60</sup>

A világpolitika színpadának tendenciái azt mutatják, hogy a kisméretű entitásoknak, még ha nagyszámban található is rajta fontos nyersanyag, sokkal nehezebb versenyeznie a regionális hatalmakkal. Ezek vagy pusztán méretüknél fogva (pl. Kína, India, Oroszország, Egyesült-Államok, Európa, Kanada, Ausztrália, Brazília), vagy pedig gazdasági teljesítményüknek köszönhetően (Európai Unió) behozhatatlan versenylőnyt jelentenek. A harmadik világ országai kényszerűségből kénytelenek lesznek eldönteni, hogy megmaradnak a nemzetállami fragmentáltság mellett vagy egymással szövetségre lépve, kialakítva egy egységes belső politikai-gazdasági – esetleg katonai uniót – uniót, hatékonyabb és komolyanveendő szereplőkként lesznek részesei az új világrendnek. Ebben az utóbbi esetben még akkor is el kell fogadni Nyugat-Szahara új helyzetét, ha egyértelműen alátámasztható a marokkói jelenlét jogszerűtlensége.

A Maghreb országai tettek már kísérletet a regionalizációra. 1989. február 17-én Algéria, Líbia, Mauritánia, Marokkó és Tunézia Marrakeshben aláírták az Arab Maghreb Unió alapításáról szóló egyezményt. A cél a politikai és gazdasági integráció előmozdítása volt. Ha a közös kulturális, történelmi, vallási és nyelvi örökséget nézzük, akkor az északnyugat-afrikai országok uniója magában hordozta a sikeres együttműködés csíráját.<sup>61</sup>

Az arab országok azonban nem csak a Közel-Keleten, hanem Északnyugat-Afrikában is megosztottak. Ez a politikai érdekellentét pedig gátját szabja a hatékony együttműködésnek. Ilyen tüske a Maghreb államainak körme alatt például a nyugat-szaharai helyzet, amely mérgezi a viszonyt Marokkó és Algéria között, utóbbi ugyanis a szaharávik legfontosabb támogatója. De problémát szült többek között Kuvait iraki inváziójának eltérő megítélése, illetve Mauritánia és Szenegál határvitája, amely utóbbit Marokkó támogatta. Az államformák eltérése nem okozhatna gondot, ám a belső politikai berendezkedés annál inkább. Marokkó például erősen emlékeztet az abszolút monarchiára, amíg Tunéziában a rendszer sokkal nyugatosabb. Líbia mára bukott állammá vált, így rá a Maghrebi Unió felélesztésekor nem

<sup>58</sup> Uo. 286-287. o.

<sup>59</sup> Epstein, 2009. 139. o.

<sup>60</sup> Zoubir, 2007. 285. o.

<sup>61</sup> McKeon, Robert W.: The Arab Maghreb Union: Possibilities of Maghrebine political and economic unity, and enhanced trade in the world community. Dickinson Journal of International Law, Vol. 10. No. 2. 1992. 264. o.

lehetne számítani, legfeljebb csak akkor, ha rendezné súlyos belső problémáit. A nyugathoz való kapcsolódás is meglehetősen eltérő. Amíg Marokkó és Tunézia évtizedek óta nyugatbarát politikát folytat, addig Líbiában felütötte fejét az Iszlám Állam, Kadhafi regnálása alatt pedig hintapolitikát folytatott.<sup>62</sup>

Beszédes, hogy 27 éve, amikor az unió megalapítását elhatározták, a részes államok alig-alig kereskedtek egymással.<sup>63</sup> Amennyiben sikerrel építenék ki együttműködésüket, azzal megkönnyítenék beilleszkedésüket a világkereskedelembé. Nem kellene például külön-külön megállapodásokat kötni az EU-val vagy az USA-val, hanem egységes gazdasági blokként elég lenne egyszer szerződni, amely aztán minden részes félre azonos feltételekkel lenne alkalmazandó és érvényes. Az egységes fellépés a külső viszonyokban és a belső együttműködés erősítése esélyt kínálna a felzárkózásra, hiszen az arab országok mindegyike jóval fejletlenebb és kiszolgáltatottabb, mint a nyugati országok. Igaz ugyan, hogy a természeti erőforrások náluk vannak, az áruk és a tőke körforgása miatt a haszon csak részben realizálódik náluk, és az a rész is egy szűk elit kezében összpontosul. Az olaj világpiaci árának alakulására ugyan hatással lehetnek, ám az érte kapott dollárból nyugati és ázsiai luxusholmikot, gépeket, berendezéseket vásárolnak, amely a tőkét visszajuttatja a már amúgy is fejlett és gazdag országokba. A globális felmelegedés és a nyomában járó elsivatagosodás és vízhiány következtében már nem csak az ipar termékeinek importjára szorulnak rá, hanem élelmiszert és vizet is importálni kényszerülnek. Ezen a helyzeten csak a politikai viták rendezésével, egységesedéssel és regionalizálódással, majd széleskörű társadalmi, gazdasági modernizációval tudna úrrá lenni az arab világ. Mindezek ellenére úgy tűnik, hogy az Arab Maghreb Unió el fog halni, kiüresedik, pedig ennek ellenkezőjét volna tanácsos elérni.

### **Felhasznált irodalom**

Dickson Cravens, William Samuel: The future of Islamic legal arguments in international boundary disputes between Islamic states, *Washington and Lee Law Review*, Vol. 55, Issue 2. 1998. 530-576. o.

Epstein, Pamela: Behind closed doors: “Autonomous colonization” in post United Nations era – The case for Western Sahara, *Annual Survey of International & Comparative Law*, Vol. XV. 2009. 107-143. o.

Hagen, Erik: International Participation in the Phosphate Industry in Occupied Western Sahara: The Local Content and Global Participation. In: Karin Arts, Pedro Pinto Leite: *International Law and the Qestion of Western Sahara*, IPJET, Leiden, 2007. 267-271. o.

Harkai István: Humanitárius és emberi jogi jogsértések, valamint a menekültek helyzete Afrika utolsó „gyarmatán”, *Afrika Tanulmányok folyóirat*, 2015. IX. évfolyam, 1. szám, 55-72. o.

Harkai István: Négy konfliktus – négy mandátum, A nyugat-szaharai, az angolai, a namíbiai és a közép-afriai ENSZ békemissziók mandátumainak összehasonlító elemzése, *Szakmai Szemle* 2015. 3. szám 35-53. o.

Harkai István: Terrorfellegek Nyugat-Szahara felett? *Felderítő Szemle*, XV. évfolyam 1. szám. 2016. 58-66. o.

Hirsch, Moshe: Rules of origin as trade or foreign policy instruments? The European Union policy on products manufactured in the settlements in the West Bank and the Gaza Strip. *Fordham International Law Journal* Vol. 26. Issue 3. 2002 572-593. o.

Kahan, Rebecca: Building a protective wall around terrorists—Howt the International Court of Justice’s ruling in the legal consequences of the construction of a wall in the occupied

---

<sup>62</sup> Uo. 276-277. o.

<sup>63</sup> Uo. 278. o.

Palestinian territory made the world safer for terrorists and more dangerous for member states of the United Nations. *Fordham International Law Journal*, Vol. 28. Issue 3. 2004. 827-878. o.  
McKeon, Robert W.: The Arab Maghreb Union: Possibilities of Maghrebine political and economic unity, and enhanced trade in the world community. *Dickinson Journal of International Law*, Vol. 10. No. 2. 1992. 263-302. o.

Steinbach, Armin: The Western Sahara dispute: A case for the ECJ? *Columbia Journal of European Law*, Vol 18. No. 3. 2012. 415-472. o.

Wilson, Carlos: Foreign Companies Plundering Western Saharan Resources: Who is Involved and What is Being Done to Stop This? In: Karin Arts, Pedro Pinto Leite: *International Law and the Qestion of Western Sahara*, IPJET, Leiden, 2007. 249-266. o.

Zoubir, Yahia H: Geopolitics and realpolitik as impediments to the resolution of conflict ad violations of international law: The case of Western Sahara. In:Karin Arts, Pedro Pinto Leite: *International Law and the Qestion of Western Sahara*, IPJET, Leiden, 2007. 275-297. o.

### **Jogszabályok, bírósági döntések**

Charter of the United Nations (<https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>  
Letöltés ideje: 2016. november 27.).

Resolution adopted by the General Assembly 2625 (XXV). Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations (<http://www.un-documents.net/a25r2625.htm> Letöltés ideje: 2016. november 27.).

General Agreement on Tariffs and Trade. Magyarországon kihirdetve az 1998. évi IX. törvénnyel.

Western Sahara Advisory Oppinion of 16 October 1975, 101. o. (<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&case=61&code=sa&p3=4> Letöltés ideje: 2016. november 22.).

T-512/12 - Front Polisario v Council; C-104/16 P - Council v Front Polisario and Commission.

### **Internetes források**

Clarke, Joe Sandler – Purvis, Katherine: Leaked cables: Morocco lobbied UN to turn blind eye to Western Sahara in 'House of Cards' operation (<http://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2015/jun/17/leaked-cables-morocco-united-nations-western-sahara-house-of-cards> Letöltés ideje: 2016. november 27.).

Connet, David: Western Sahara: Africa's last colony takes struggle for self-determination to European courts (<http://www.independent.co.uk/news/world/africa/western-sahara-africas-last-colony-takes-struggle-for-self-determination-to-european-courts-a6830216.html> Letöltés ideje: 2016. november 23.).

## **Judicial Independence as a contemporary challenge: Perspectives from Kenya**

**Boaz Oyoo Were<sup>1</sup>**

### **Abstract**

This paper examines the concept of judicial independence in Kenya with a view to providing a deeper understanding of the challenges that work against its practical aspects. It uses a generalizable analytical framework to illuminate the relationship between judicial independence and specified essential factors normally considered as critical to strengthening the judicial independence in a democratic society. Descriptive method has been used to relate data to theory and to provide a coherent explanation on impediments to judicial independence in Kenya. The empirical analysis that draw on two datasets- the Afrobarometer and The CIRI Human Rights is provided to augment theoretical explanations. These datasets directly relate to Kenya, hence their usefulness. The work in this paper provides a detailed description of perceived challenges to judicial independence in Kenya and makes summaries on reasons why such challenges subsist.

### **Introduction**

Building and maintaining a strong culture of judicial independence is of great importance to a democratic society. Indeed, judicial independence has been seen as fundamental, not just to the rule of law, constitutionality and human rights, but also in regard to globalization, free and efficient economic activity<sup>2</sup>. Scholars of judicial independence submit that it is not only one of the basic values which lie at the core foundation of the administration of Justice, but also very useful in creating an efficient and reliable judiciary (i.e Shetreet and Forsyth 2012). Judicial independence is also seen as an imperative element of ‘fair trial’ (Bado 2014). Further, judicial independence is also seen, not as an end to itself, but as a means to achieving ends. If judges are independent, they are essentially protected from undue influences from all possible agents in society that could undermine their impartiality. Consequently, judges are more likely to uphold the rule of law, preserve the separation of powers, promote the due process of law (Geyh 2008) and provide fair adjudication.

While the desire to have an independent judiciary is fairly critical in many democratic societies, there are certain important factors (socio-political and economic) that impede this desire from being realized. Indeed, from a sociological perspective, we learn about a society better by understanding its systems and how they function, myriad conflicts that it presents, and a plethora of symbolic interactions that we experience in our day-to-day life. All these analytical frameworks are important in not only understanding legal systems, but also in describing and explaining contemporary challenges that bedevil judicial systems in a democratic society.

It is important to realize that waves of social life appear to swirl incessantly (Cotterrell 1992) around judges and magistrates as they are also human beings who experience numerous everyday encounters with creditors, debtors, landlords, tenants, families (Cotterrell 1992), and other state actors or agents. All these are social realities, and it is particularly appropriate, therefore, to understand the work that judges and magistrates do as a ‘confrontation’ between

---

<sup>1</sup> A szerző a Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar doktorandusza.

<sup>2</sup> Shimon Shetreet and Christopher Forsyth (2012). *The Culture of Judicial Independence: Conceptual Foundations and practical challenges*. Martinus Nijhoff Publishers. Boston. 2012. See preface.

justice and social realities. The common sense perception is that the intentions and motivations of judges and magistrates are more likely to be influenced by social realities. From a functionalist perspective, each aspect of society is interdependent; from symbolic interactionist, people attach meanings to symbols and then they act according to their subjective interpretation of those symbols; and from conflict perspective, unequal groups of individuals usually have conflicting values and agenda. All these perspectives may help illuminate the elusive nature of judicial independence in Kenya's democracy.

The concept of judicial independence has been linked to essential aspects such as judicial reforms, judicial selection, constitutional safeguards and the war on corruption<sup>3</sup>. The purpose of this paper therefore is to examine the efficacy of these predictions in relation to judicial independence in Kenya. The rest of this paper is organized as follows: part 2 provides a detailed treatment of judicial independence in Kenya; part 3 focuses on the methodology; part 4 provides discussion and recommendations; and part 5 makes a conclusion.

## **1. Judicial Independence in Kenya**

The concept of 'judicial independence' is fairly well recognized both by international resolutions and domestic laws of a modern democracy. The 'United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary and the role of lawyers' were endorsed by the UN General Assembly in 1985 and 1990. Subsequently, the 'Bungalore Principles of Judicial Conduct' endorsed in 2003 recognizes "judicial independence as a prerequisite to the rule of law and a fundamental guarantee of a fair trial." Judges are therefore expected to uphold and exemplify judicial independence in both their individual and institutional aspects. Some legal scholars equate judicial independence to judicial power (Fleck 2014), while Bado (2014) opines that judicial independence is a prerequisite to fair trial.

Despite its great importance, Kenya has not taken adequate concrete steps in terms of securing and preserving the concept of judicial independence. This might be attributed to the fact that practical aspects of judicial independence have proven elusive despite myriad competing theoretical predictions. A section of scholarly literature suggests that judicial independence can be achieved through broader institutional [legal and judicial] reforms (i.e Shetreet and Forsyth 2012; Bado 2014; ICJ 2005), while another group of thinkers believes that judicial independence can be realized through a fair selection process of judges (see Bado 2014; Zoll 2012). Yet, there are those who believe that weaker ethical traditions, corruption and lack of appropriate code of conduct in the judiciary are potent factors in undermining judicial independence (Shetreet and Forsyth 2012; Ackerman 2007; Arvidson and Folkesson 2010; Chodosh 2012). Still, other scholars link judicial independence to fairness in the distribution of cases (see Bado and Szarvas 2014). But each of these propositions suffer severe difficulties in evaluating the efficacy of their predictions because of the apparent lack of systematic empirical work to scientifically test and relay concrete results on these predictions. However, analyzing these predictions with a focus on the Kenya's judiciary reveals great challenges that significantly affect the institutionalization of judicial independence in Kenya.

Probably, the best starting point in understanding the nature of judicial independence in Kenya is to make reference to the Kenya's Constitution and also examine related subjects of

---

<sup>3</sup> Shimon Shetreet and Christopher Forsyth (2012). *The Culture of Judicial Independence: Conceptual Foundations and practical challenges*. Martinus Nijhoff Publishers. Boston. 2012. See preface.



much interest: the so called judicial reforms, judicial selection and judicial corruption. In one common approach, judicial independence is conceived of as “autonomy”<sup>4</sup>, where a judge is perceived to be independent and her decisions are free from undue influence from external forces or government (Rosenn 1987; Kornhausser 2002). However, some scholars view judicial independence as a two-dimensional concept: institutional independence and decisional independence.

On the one hand, institutional or relational independence is mainly concerned with the ‘autonomy’ and the capacity of the judiciary as a separate branch of government to resist encroachments from the political branches and thereby preserve the separation of powers<sup>5</sup>. For instance, Larkins (1996) views judicial independence as a scope of the judiciary’s authority as an institution in its relationship to other parts of the political system and society and its legitimacy as an entity entitled to determine what is legal and what is not. On the other hand, decisional independence concerns the capacity of individual judges to decide cases without threats or intimidation that could interfere with their ability to uphold the rule of law (Geyh 2008). Similarly, Becker (1987) takes the view that judicial independence is the degree to which judges believe they can decide and do decide consistent with their own personal attitudes, values and conceptions of the judicial role, in opposition to what others who have or are believed to have political and judicial power think about or desire in like matters<sup>6</sup>.

Judicial independence reinforces the pillars of the rule of law by insuring that law applies to everyone, laws are enforced fairly, the justice system is fair, and laws are not arbitrary. It is a concept that some countries are likely to treat with a ‘rider’. While the practical aspect of judicial independence is likely to significantly enhance the doctrine of separation of powers, the political class in many countries are less likely to be comfortable with that norm. Unless the political climate and social consensus support judicial independence, then it is a concept that will only remain fanciful, but with little efficacy. In the words of former U.S. Supreme Court Justice Sandra Day O’Connor, “It is tremendously hard to create judicial Independence, and easier than most people imagine to destroy it.” The historical dominance of the executive branch over the judiciary in Kenya has made it difficult for the Kenya’s government to respect separation of powers and create a free, fair and independent judiciary. But Kenya is party to the general rules of international law<sup>7</sup> and therefore, the Kenya’s government has a constitutional obligation to establish, respect and preserve the democratic principle of judicial independence.

Principle 1 of the United Nations (UN) Basic Principles on the independence of the judiciary asserts that, “The independence of the judiciary shall be guaranteed by the State and enshrined in the Constitution or the law of the country. It is the duty of all governmental and other institutions to respect and observe the independence of the judiciary.”<sup>8</sup> It is against this background that the Kenya’s judiciary is established as an independent body by the Constitution. Article 160(1) of Kenya’s Constitution affirms that, “In the exercise of judicial authority, the judiciary, as constituted by Article 160, shall be subject only to this Constitution and the law and shall not be

---

<sup>4</sup> See Rosenn 1987; and Kornhausser 2002.

<sup>5</sup> Geyh Gardner Charles. *Methods of Judicial Selection and their Impact on Judicial Independence*. 2008

<sup>6</sup> See Juan Carlos Donoso. *A means to an End. Judicial Independence, Corruption and the rule of law in Latin America*. 2009.

<sup>7</sup> Article 2(5) of the Kenya’s Constitution states that: The general rules of international law shall form part of the law of Kenya. And Article 2(6) states that: Any treaty or convention ratified by Kenya shall form part of the law of Kenya under this Constitution.

<sup>8</sup> The International Commission of Jurists. *Kenya: Judicial Independence, Corruption and Reform*. 2005

subject to the control or direction of any person or authority<sup>9</sup>.” Apparently, in both spirit and text, the Kenya’s Constitution recognizes and affirms the principle of judicial independence as an important aspect in safeguarding the rule of law.

Unfortunately, however, the actual realization of ‘judicial independence’ seems to be a pipe dream in Kenya. Scholars observe that although there is an international convergence, especially even in new democracies regarding what an ‘independent and an impartial court’ is, requirement for the implementation of judicial remains a challenge due to different legal systems in different countries.<sup>10</sup> But one would argue that the practical challenges regarding the principle of judicial independence is not very much about the differences that exist in terms of legal systems, but rather has much to do with ‘cultural attitude’.<sup>11</sup> To put it more bluntly, judicial independence should become a global culture in all legal systems and therefore the norms and standards of judicial independence should be upheld in all democracies. To give enough force and perspective to the aforementioned theoretical predictions, the sub-sections below provide analyses mainly on: Institutional (legal and judicial) reforms, judicial selection, judicial corruption and code of conduct, and constitutional safeguards. The idea is to evaluate whether or not these ‘essential’ aspects of creating the culture of ‘judicial independence’ have been effective or incompetent in strengthening the culture of judicial independence in the Kenya’s judiciary.

Discussions in subsequent sub-sections use an overarching or a generalizable analytical framework known as ‘ideological polarization’ to provide a coherent relational perspectives between judicial independence and the aforementioned theoretical predictions. This ‘ideological polarization’ framework advances an important, new understanding of how the enforcement of judicial independence is more often than not problematic because of ‘ideological distance’ between groups of individuals, hence diverging relational interests of certain specific actors in society. In so doing, each discussion undertaken under each sub-section herein provides fresh insights into understanding the challenges that pose threats to judicial independence. To be more precise, the usage of the word ‘ideological’ derives from the word ‘ideology’, which for the purposes of this paper refers to inducement, [incentive, persuasion, a belief or sets of beliefs]. The analytical framework is oversimplified to enable ease of grasp and appreciation.

Dalton (2008), Curini and Hino 2012, and Sartori (1976) have long concluded in their analyses of political parties that ideological polarization is one of the most established and discussed indicators of political party systems. This understanding can be extrapolated into the study of judicial systems. Every society is made up of fragmented and polarized groups of individuals on the basis of interests. For instance, sometimes judges want to uphold their code of ethics and apply rational and fair adjudication while political actors want to weaken existing legal norms or act with impunity to achieve selfish interests. There can never be a peaceful co-existence between the two groups of individuals in society. They hold different belief systems and clearly, there is an ‘ideological distance’ between them. Their belief systems are distance apart. Political actors may then use intimidation and influence to force judges to co-opt or give in to their [politicians’] belief system-ill-designs. That is how judicial independence gets weakened, threatened and subordinated. Detailed treatment of this analytical frame is provided in the sub-sections hereunder.

---

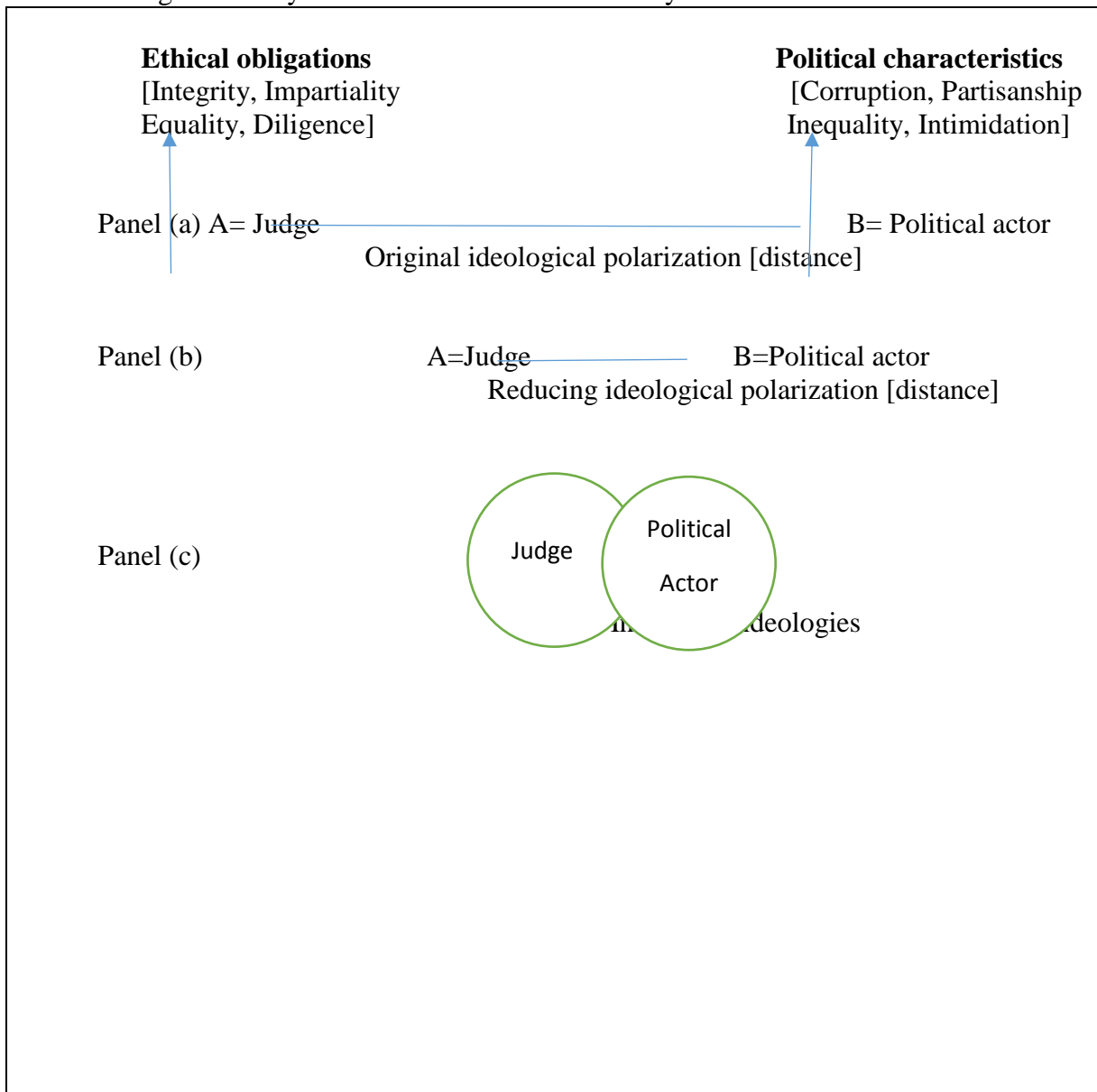
<sup>9</sup> *The Constitution of Kenya 2010*. Article 160(1): The Judicial Independence.

<sup>10</sup> Attila Bado. *Fair Trial and Judicial Independence: Hungarian Perspectives*. 2014. ix

<sup>11</sup> Shimon Shetreet and Christopher Forsyth. *The Culture of Judicial Independence: Conceptual Foundations and Practical Challenges*. Boston, Martinus Nijhoff Publishers. 2012.

Figure 2.1 below provides an analytical model- a broad, generalizable analytical framework for purposes of appreciating challenges to judicial independence. It operates on the concepts of ‘ideological polarization’ and ‘ideological distance’.

Fig. 2.1 Analytical Model: Generalizable analytical framework



Source: Author

The generalizable analytical framework in figure 2.1 above represents a phenomenon whereby there are potential rational actors. In other words it represents a rational ‘game’ between two sets of actors. In order for the game to play out, it makes the assumptions that there are a set of players, in this case: a judge and a political actor. The political actor could also be replaced by a litigant or other influential persons who want to restrain or influence justice. The other assumption is that all players are rational in the sense that each player understands any action that he or she takes would affect his expected benefit. Judges for example, are normally assumed to care about their reputation in the bench and therefore any decision they make should be seen as independent, impartial, competent, and possessing unquestionable integrity. Political actors on

the other hand also care about their reelection and their actions must be geared towards instrumental gains that would enhance their bid for reelection. Politicians care more about resources, amassing wealth, and serving their own interests and some interests of their constituents. For a politician to succeed in all these, he or she cannot be fully innocent of corruption, intimidation, inequality and partisanship. The other assumption that is made is that there is a set of action for each player and the final assumption is that, each player expects a set of payoffs.

The game is simplified and moves as follows: a judge cares about his reputation in the bench and wants to maintain ethical obligations [integrity, impartiality, independence, competent] of the bench. On the other hand, political actor cares about his reelection and wants to create resources using all manner of tactics [corruption, intimidation, political influence]. The two actors are obviously at two distant, in fact, extreme poles of ideologies. If the judge is strictly professional and loath external influence in adjudication, he or she will resist any attempt by the political actor to narrow the gap of the ideological distance. If this gap is maintained and remains constant at its original as shown in panel (a) of figure 2.1, then the judge is more likely to uphold his decisional independence. No external influence will corrupt the decisional independence of members of the bench and a fair adjudication is therefore guaranteed. However, if the judge allows the ideological distance to reduce (panel b) to a level of ideological interaction shown in panel c of figure 2.1, then he is likely to indulge in corruption and impartiality and this would very likely interfere with his decisional independence, hence the threat to judicial independence.

The ideal scenario for justice and social order in society would be when both actors hold moral norms and share similar ideologies: integrity, impartiality, wise, and respectful. In this case, whenever the two actors' ideological distances reduces to a level of interaction (panel c), the product of that interaction is a 'social order' of justice. When there is harmony and cohesion of moral norms in society, then the moral obligation for upholding judicial independence is strengthened. Judicial independence can be said to mirror the social order of the society. But this is only possible when the society respects social norms. Durkheim, (1897/1997); Parson (1937), Merton (1942), and Dahrendorf (1958) had long laid emphasis on social norms as prerequisite condition for the establishment of social order in any society. Norms also can strongly restrain individuals from self-interests (Winter, Rauhult and Helbing 2012). According to Robert K. Merton, when moral norms are legitimized in terms of institutional values, societal norms then become moral consensus. Indeed, many of our daily activities are governed by social norms, which set the rules of how we ought to behave (Winter et al. 2012).

As classic examples of how political actors can use intimidation to influence the bench, there are three important phenomena to draw on. Firstly, in the 2017 Kenya's presidential elections in Kenya that was held on August 8, 2017, the electoral body (Independent Electoral and Boundaries Commission) of Kenya declared the incumbent (Mr. Uhuru Kenyatta) to have won an election by 54 percent over his closest rival (Mr. Raila Odinga) who had obtained 45 percent. Mr. Odinga successfully launched an election dispute at the Kenya's Supreme Court and the Supreme Court nullified the presidential election terming it as "null and void" due to several irregularities and illegalities that failed to comply with the Kenya's Constitution and the election laws<sup>12</sup>. After the Supreme Court verdict, President Kenyatta was angered and openly attacked the Chief justice and other judges of the Supreme Court whom he accused of deliberately nullifying

---

<sup>12</sup> <http://edition.cnn.com/2017/09/01/africa/kenya-election/index.html>

his victory. The President even went ahead and termed the bench as “*wakora*” a Swahili word for crooks or thugs<sup>13</sup>.

"Unajua hapo hawali nilikuwa Rais mtarajiwa, lakini sasa Maraga na watu wake wamesema hii ipotee, sasa Maraga na hao wakora wake wajue mimi ni Rais aliyekalia kiti. (As you all know, I had been declared as the president-elect, but Maraga (Chief Justice) and his people have decided that I lose it. But Maraga and his team of thugs should know that I am the sitting President)," Uhuru said at Burma Market.<sup>14</sup> Then the following day at State house Nairobi, President Uhuru revisited the issue and shocked the public with his vicious attack of the Supreme Court. "President Uhuru Kenyatta and his deputy William Ruto this afternoon used a nationally televised meeting to call as "stupid" the Supreme Court judges who nullified the August 8 presidential election and threatened to deal with them if Jubilee is re-elected in the fresh election ordered by the court".<sup>15</sup> "We shall revisit this thing. We clearly have a problem. Who even elected you? Were you? We have a problem and we must fix it,"<sup>16</sup> a visibly angry Uhuru declared at State House, Nairobi, where he and Ruto summoned Jubilee governors and members of the county assembly from around the country. Kenya's Citizen TV and KTN channels carried large part of the meeting live.

The Supreme Court ordered for a fresh election within 60 days based on the Constitutional provision. However, the NASA coalition headed by Mr. Raila Odinga felt that the national electoral body was being unduly influenced by the executive to bungle elections in favor of President Kenyatta. The electoral body set the fresh presidential elections on October 26 and even before this date, there were again several petitions launched in the Supreme Court to call off and postpone the elections because the electoral body had not fully complied with the constitutional requirements for conducting a fresh election. Then on the eve of October 25, which was the day the Supreme Court had scheduled to hear the pre-election petition before the October 26 fresh elections, a driver cum security agent of the Deputy Chief Justice was attacked and shot by unknown people. Then on October 25 when the Supreme Court was supposed to sit, only 2 judges out of 7 showed up. The Chief Justice who turned up with one of the judges addressed the Court and said that one judge was reportedly unwell and hospitalized and the Deputy Chief Justice was attending to her official driver who had been shot the previous evening. However, the remaining three other judges were simply unable to come<sup>17</sup>. This saw the Supreme Court suffer an 'artificial' quorum hitch. So the petition hearing was called off and postponed to later date, obviously after the fresh presidential election that was to take place on October 26.

Speculations were rife, however, that the judges were under threat by the executive and that is why there was a quorum hitch. The shooting of the Deputy Chief justice's driver was also viewed by some citizens as part of the intimidation of the judiciary by the executive. Whether this was true or not, it remains unconfirmed. But regarding the President issuing direct threats to the judiciary was seen as an executive influence on the judiciary.

In 2016, there were similar political threats to judicial independence by political actors. One of the notable threats was issued by the National Assembly Majority Leader Aden Duale who

---

<sup>13</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=Jae0oYSd210>

<sup>14</sup> <http://www.kenyafreepress.com/top-stories/2017-elections/2621/uhuru-calls-supreme-court-judges--stupid---thugs---threatens-to-fix-court-if-he-wins-new-poll>

<sup>15</sup> <http://www.kenyafreepress.com/top-stories/2017-elections/2621/uhuru-calls-supreme-court-judges--stupid---thugs---threatens-to-fix-court-if-he-wins-new-poll>.

<sup>16</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=W-jo2729P6w>

<sup>17</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=vIFI9a8O1jc>

was quoted in the national news media saying that he “will not be intimidated from presenting a notice of motion to discuss the conduct of Justice George Odunga in Parliament in January next year”<sup>18</sup> [2017]. This followed censure by the Law Society of Kenya<sup>19</sup>, Chief Justice David Maraga and CORD principals over his criticism of Justice Odunga. Mr. Duale stated on social media that the Constitution under Article 94 gives him the legislative powers to file a motion to discuss the conduct of a sitting judge. “I will be on record as the first Member of Parliament in independent Kenya who will bring a motion to discuss the conduct of a sitting judge,” he declared. He indicated that as per the Standing Order 87, he intends to give notice of motion to discuss the conduct of Judge Odunga when house resumes in January 2017. He reiterated that any citizen can petition the Judicial Service Commission for the removal of the CJ or any other judge as per the constitution. “I would also want to remind CJ @dkmaraga that any citizen can petition the JSC for his removal or any other judge as per the constitution.”<sup>20</sup>

To summarize on how the analytical model in figure 2.1 works and based on the aforementioned happenings, it is apparent that acts of intimidation and threats by political actors are real. If judges stand by their ethical obligation and don’t allow themselves to be swayed by political threats or intimidations, then the concept of judicial independence is more hopeful. However, if judges allow the ideological distance between them to reduce to a level of interaction then judicial independence is likely to be threatened resulting in lack of justice and social disorder in society. Such ideological interactions should only be allowed when they are all purely based on moral norms, which guarantee justice and social order in society. This social order should be seen as the plinth or pedestal for underpinning judicial independence.

In the next sub-sections, factors perceived to be influencing judicial independence: judicial reforms, judicial selection, judicial corruption and constitutional safeguards are given profound treatment. Discussions provided in each of the sub-sections are grounded in relevant sociological theories and the generalizable analytical model in figure 2.1 above. The main focus is to make logical arguments on each of these theoretical predictions and make conclusions on how they potentially influence judicial independence in Kenya.

### **1.1 Judicial Reforms in Kenya**

In recent years, there has been a reform engine fueled by both international and local forces on the need to reform legal and judicial systems in in many developing countries. For instance, Kenya, Ghana, Burkina Faso, Uganda, Sri Lanka, Mozambique, Costa Rica, Ethiopia, Zambia, Nigeria, Tunisia and many others have undertaken some form of legal and judicial reforms under the auspices of the World Bank and the United Nations.<sup>21</sup> The overarching objective of these reforms is to strengthen judicial institutions. Kenya has therefore been ‘proactive’ on matters of judicial reforms. The initial judicial reforms started back in 1998 when the late Chief Justice Z.R. Chesoni appointed a committee of experts to look into a raft of issues that were bedeviling the judiciary: inefficiency, incompetence and corruption. The Chief Justice stressed that there was

---

18

[https://www.hiiraan.com/news4/2016/Dec/139505/duale\\_to\\_file\\_motion\\_to\\_discuss\\_justice\\_odunga\\_s\\_conduct.asp](https://www.hiiraan.com/news4/2016/Dec/139505/duale_to_file_motion_to_discuss_justice_odunga_s_conduct.asp)

x

<sup>19</sup> <https://citizentv.co.ke/news/lsk-condemns-duale-for-threatening-judge-152728/>

20

[https://www.hiiraan.com/news4/2016/Dec/139505/duale\\_to\\_file\\_motion\\_to\\_discuss\\_justice\\_odunga\\_s\\_conduct.asp](https://www.hiiraan.com/news4/2016/Dec/139505/duale_to_file_motion_to_discuss_justice_odunga_s_conduct.asp)

x

<sup>21</sup> See the ICJ Report on Kenya: Judicial Independence, Corruption and Reform. April 2002.

need for the Kenya's judiciary to inspire public confidence since the Kenyan public viewed judiciary with fear and suspicion. This called for the need to take appropriate steps to improve the image and performance of the judiciary in the administration of justice. These reforms were being fashioned against the spectacle of the historical dominance of the executive branch over the judiciary.

It is conceivably necessary to bring into emphasis that the initial judicial reforms in Kenya failed to establish a framework for a truly independent judiciary. Little attention was paid to the principle of 'judicial independence' as far as the initial reforms were concerned. The fact that judicial appointment was still squarely the ambit of the President meant that the executive arm of government still had a lot of influence in the administration of the judiciary. In other words, the Kenya's President remained a symbol of authority, influence and interaction in the judiciary. To give this phenomenon more perspective, symbolic interactionists believe that people attach meanings to symbols, and then they act according to their subjective interpretation of those symbols. In other words, since the President was perceived as the symbol of authority in the judiciary, it made it difficult for judges to be impartial, especially in adjudicating cases in which the executive had considerable interest.

The second attempt at introducing judicial reforms in Kenya was in 2003 after a political transition from President Daniel Arap Moi to President Mwai Kibaki in 2002. Another committee of experts was established headed by Justice Evans Gicheru, Judge of the Court of Appeal. The task of this committee was to outline the modalities and oversee the implementation process of the previous committee's recommendations and proposals. Corruption was seen as one of the major obstacles to justice delivery by the Kenya's judiciary. Addressing corruption as an obstacle to the rule of law, the new government led by President Kibaki set up the "Integrity and Anti-Corruption Committee of the Judiciary in Kenya to implement its policy known as *"radical surgery."*<sup>22</sup> This committee was headed by Justice Aaron Ringera who was also a judge of the superior court. Following the release of the Ringera Report in 2003, five out of nine Court of Appeal justices, 18 out of 36 High Court justices and 82 out of 254 magistrates were implicated as corrupt.<sup>23</sup> The government then ordered the publication of their names, which then appeared in the national press.

In a blatant display of raw, naked executive intimidation, the impugned judges and magistrates were issued a two-week ultimatum either to resign or be dismissed. They were never given a chance to mount a legal defense in fair and impartial proceedings. Some of them voluntarily opted to retire while a few others decided to challenge dismissal in court. In what was again seen as bare-knuckle interference of the executive on the Kenya's judiciary, President Kibaki single-handedly appointed 28 acting High Court judges to replace the 18 who were dismissed. The appointment process raised serious concerns as to the 'casual' manner in which judges were appointed. Many people voiced concerns that the new judges may have been appointed in response to political, tribal and sectarian interests since there was lack of transparency or merit-based system in their appointment. This further fueled public disenchantment with the judiciary. The selection process undermined the public confidence in the quality of those named to the bench.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> International Commission of Jurists. Kenya: Judicial Independence, Corruption and Reform. April 2005. The ICJ is a worldwide network of judges and lawyers united in affirming international law and rule of law principles that advance human rights.

<sup>23</sup> See the ICJ Report on Kenya: Judicial Independence, Corruption and Reform. April 2005.

<sup>24</sup> See the ICJ Report on Kenya: Judicial Independence, Corruption and Reform. April 2005.

In both instances of undertaking the so called ‘judicial reforms’, it is apparent that the Kenya’s judiciary was beholden to the executive interests and was more likely to pander to political partisans rather than being impartial. More emphatically, the spirit of judicial independence was subjected to a ‘mockery’. Based on the aforementioned, a mere mentioning of “Judicial Independence” in Kenya would probably fail to throb many hearts. But one may ask, why would this be the case? The spirit of judicial independence in Kenya seems likely, one of the most ‘tortured’ virtues of Kenya’s democratic principles. Despite the fact that judicial independence is being perceived as the first necessary ‘ingredient’ in the Kenya’s justice system, this great virtue has produced less full and complete effects of judicial efficacy.

From a functionalist perspective, each aspect of society is interdependent and contributes to society’s functioning as a whole. If all goes well, the parts of society produce order, stability, and productivity. If all goes wrong, the parts of society then must adapt to recapture a new order, stability and productivity. Clearly, what can be deduced from the judicial reforms in Kenya is “all goes wrong” situation, instead of “all goes well” in regards to the independence of the judiciary. All goes wrong because the executive arm has undue control over the judiciary. The remedy required to restore stability and order to the judicial independence is for the Kenya’s executive to observe and respect the separation of powers doctrine.

The third round of judicial reforms in Kenya came about with the promulgation of the new 2010 Constitution. This is the Constitution that established the Supreme Court of Kenya and Hon. Justice Willy Mutunga was appointed as its President and the Chief Justice. “We found a judiciary that was designed to fail,” said Willy Mutunga, Kenya’s new chief justice, in a speech four months after his June 2011 confirmation to the post. “We found an institution so frail in its structures; so thin on resources; so low on its confidence; so deficient in integrity; so weak in its public support that to have expected it to deliver justice was to be wildly optimistic.”<sup>25</sup>

The reforms under the new Constitution mainly focused on establishment of new courts, strengthening system of administration and creation of an all-inclusive Judicial Service Commission (JSC), which is a body in charge of recruiting, appointing and disciplining judges. The first new Court that was established under this new Constitution is the Supreme Court of Kenya. Other courts established were the Environment and Land Court and the Employment and Labor Relations Court. Regarding strengthening system of administration, the Constitution created the position of Chief Registrar to improve service delivery. It also enabled the recruitment of 28 judges and additional magistrates through a vetting process that were seen as positive steps in the reform aimed at strengthening of justice in the country. But even with these reform efforts, their contribution to Kenya’s judicial independence has not been adequate and effective. Even if we take, for instance, the creation of an all-inclusive JSC as ‘ideal’ for recruiting competent and impartial judges, the composition of the newly established JSC is still problematic.

Article 171 (1) of the Kenya’s Constitution asserts that, “There is established the Judicial Service Commission.”<sup>26</sup> The Commission consists of the Chief Justice who is also the Chairperson of the Commission, one Supreme Court Judge elected by the judges of the Supreme Court, one Court of Appeal judges elected by the judges of the Court of Appeal, one High Court judge and one magistrate, the Attorney-General, two advocates elected by the members of the Statutory body responsible for professional regulation of advocates, one person nominated by the

---

<sup>25</sup> <http://kenyalaw.org/kenyalawblog/progress-report-on-the-transformation-of-the-judiciary/>

<sup>26</sup> The Constitution of Kenya 2010. Article 171(1). Establishment of Judicial Service Commission.



Public Service Commission, and two non-lawyer representatives appointed by the President with the approval of the National Assembly. Out of the 11 members of this Commission, 4 of them are directly under the authority and control of the executive. The fundamental question that should then be asked is this: Does this purportedly all-inclusive JSC have the capacity to recruit and select impartial judges and strengthen judicial independence in Kenya's democracy?

The interesting thing about the Kenya's Judicial Service Commission is that 5 of its members are drawn from the bench through an election process by other judges of the bench. As is the practice in other civil law jurisdictions such as Hungary and Turkey where judges are appointed through independent bodies, such as Judicial Councils comprised mostly of judges,<sup>27</sup> the Kenya's Judicial Service Commission (JSC) serves a similar purpose of selecting judges. However, one would see that there is a lively debate regarding who should appoint judges to the JSC, who should be appointed and which procedure should be used? In Kenya, judges of the bench who are interested in becoming members of the JSC are required to campaign and pitch to be elected by their fellow colleagues. Just before leaving office in 2016, Chief Justice Willy Mutunga himself witnessed corruption in the judiciary when members of the bench were campaigning for new elections for the membership posts in the JSC. Justice Mutunga lamented that "elections to the country's Judicial Service Commission had been riddled with bribery." He observed that "It causes me a lot of pain that an election involving judges and magistrates would be corrupt," Justice Mutunga said, adding that there was evidence to back up his allegations. "Can you imagine a judge bribing another judge so that they can vote for them?" he asked.<sup>28</sup>

The question that one may ask is this: what should the Kenya's Chief Justice have done after witnessing 'first-hand' corruption in the Judiciary? The answer to this question can be successfully traced to the Kenya's Constitution. Indeed, if the Chief Justice was really disturbed about bribery and corrupt practices by members of the bench, then since by his own admission there was sufficient evidence to show that some judges were involved in bribery, then the first step he should have taken was to report the matter to the Judicial Service Commission (JSC) for disciplinary purposes. Article 172 (1) (c) of the Kenya's Constitution asserts that functions of the JSC include: appointing, receiving complaints against, investigating and removing from office or otherwise discipline registrars, magistrates, other judicial officers and other staff of the judiciary. No sources has confirmed that the Chief Justice ever took any action against the corrupt members of the bench. This inaction by the Chief Justice undoubtedly leaved a dent on his ability to rein in corruption in the Judiciary and the President and the Chief Justice. It also became clear that the judiciary was condoning corruption by members of the bench. One would then wonder how a corrupt bench would fairly and competently adjudicate on corruption cases that come before them.

Chapter 6 of the Kenya's Constitution on Leadership and Integrity under Article 173 (2) (a) states that "The guiding principles of leadership and integrity include- selection on the basis of personal integrity, competence and suitability, or election in free and fair elections." Better still, under Article 166 (2) (c) of the Kenya's Constitution-"Each judge of the Superior Court shall be appointed from among persons who-have a high moral character, integrity and impartiality."<sup>29</sup> This law requires that all appointed or elected State officers must be men and women of personal integrity, competence and suitability. This conceivably means that even the incumbent judges

---

<sup>27</sup> Prof. Neppi Modona, member of the Venice Commission said so in a regional seminar on "Independence and Integrity of the Judiciary" held in Istanbul Turkey, 28-29, June, 2012.

<sup>28</sup> <http://www.dw.com/en/corruption-scandal-in-kenyan-judiciary/a-19071166>.

<sup>29</sup> The Constitution of Kenya 2010. Article 166 (2) (c).

(members of the bench) were appointed to the bench based on those moral and merit standards. If that was the criteria used by the JSC in appointing judges to the bench then it means that the practical aspects of personal integrity by members of the bench is also questionable. It sadly points to the fact that however fair the merit-based selection of judges is, it still does not usually translate into selecting judges of high moral standards to the bench.

To summarize discussions on judicial reforms in Kenya, it is very clear from the aforementioned that Kenya has been able to undertake a raft of judicial reforms. However, in the process of undertaking these reforms, the executive is still seen as interfering in the judicial selection process. Also, while the Judicial Service Commission is said to be independent, it is not necessarily impartial because it consists of 4 members who are directly under the executive authority. Finally, it is apparent that even the already appointed judges who sit in the bench and serve as members of the Judicial Service Commission get their appointments to the JSC through bribery of their fellow judges to win elections to serve as a member of the JSC. This therefore implies that the executive interference on the judiciary, the impartiality of the JSC and corruption among judges are strong impediments to judicial independence and they cannot simply be defeated by judicial reforms. This makes judicial reforms in Kenya look like a weak exercise incapable of effectively strengthening judicial independence.

Parsons (1951, 1971) had long observed that society is made up of systems and sub-systems. In fact, Parson emphasized that a society is a system of interdependent parts that tend toward equilibrium. This equilibrium means a state of harmony or calm in society due to social order. In this case, it can be said that the executive system, the judicial selection system and the judicial system all work together in quest for instituting judicial reforms. However, these systems need to function fairly in order to assure social order. For instance, democratic political systems must embrace and respect separation of powers and checks and balances. This enables our democratic systems to operate optimally, hence a society with no conflict. Parsons also observed equilibrium is attained through social control-that is, sanctions imposed either informally through norms and peer pressure or through formal organizations, such as courts of law.

Drawing on Parsons' insights, it can be said that corruption among judges can be mitigated formally or informally through peer pressure. The Chief Justice, after witnessing first-hand judicial corruption among judges should have reported the matter to the JSC for formal action. At the same time, members of the bench including the Chief Justice should have informally castigated their colleagues for engaging in bribery for purposes of winning election to serve as members of the JSC. In this particular discussion, it can be emphatically said that each system has an obligation to demonstrate manifest functions. According to Merton (1968), manifest functions are actions that contribute to equilibrium that are tended to be recognized by members of society.

To summarize on this discussion, Solomon (2007) observed that it is both perplexing and incomprehensible why widespread, ambitious and costly institutional reforms lead only to limited results. The answer to addressing institutional failure could probably be linked to cultural attitudes, especially if they subordinate societal moral norms. In applying the analytical model in figure 2.1, it can be said that when systems that lack moral norms reduce their ideological distance to the level where their ideologies interact (panel c), then the outcome of that interaction is a social disorder. For instance, if you have an executive system that is impartial, a judicial selection body that is impartial and a judiciary that is impartial, then there is very little guarantee for the institutional independence of the judiciary. Judicial reforms in Kenya must aim at building a strong culture of judicial independence.

## 1.2 Judicial Selection in Kenya

Methods of judicial selection and their impact remain a contested debate. There are about four basic models of judicial selection: contested elections, legislative appointment, merit selection and gubernatorial appointment.<sup>30</sup> In some countries, however, the head of state appoints judges as a formal duty, but nomination or actual selection is done by political institutions such as legislature, executive or the judiciary itself. In Thailand, for example, each judge is appointed by the King, but only after the candidate has passed a judicial exam presided over by the courts, and then serve a one-year term of apprenticeship. This type of system can be considered one in which the judiciary plays the primary role, notwithstanding formal appointment by the King.<sup>31</sup>

Different countries with common law or civil law legal systems may use one or a variety of the above methods depending on the stipulated law on judicial appointment. The U.S. system, which is a common law system, for example, uses election for some state judges, and gubernatorial appointment in some states, but not at the Federal level. In Hungary, which is a civil law system, a merit-based selection is normally used through some version of appointment by a judicial council is used.<sup>32</sup> Likewise, Kenya, which is a common law system also uses a merit-based selection through an ‘independent’ body known as the Judicial Service Commission.

Whichever method that is being employed to select judges, there is no single agreed method that is perceived to be superior to the others. They all have merits and demerits and no particular method can be said to guarantee judicial independence. Selection through an electoral system could be good for legitimacy and accountability reasons, but could be bad in the sense that it involves partisanship and therefore is unlikely to insure judicial independence. This method may also raise biasness and prejudice concerns. Merit-based selection could be good in terms of appointing the most qualified legal experts to the bench, but this does not in itself guarantee fairness and impartiality by the bench and is therefore also does not guarantee judicial independence. Appointment by political institutions such as the legislature could also be good in terms of legitimacy and accountability, but it might also raise concerns of pandering to political interests and thus less likely to insure independence of judges. This makes the practical realization of ‘judicial independence’ a contemporary challenge in many democracies around the world.

Article 166(1) of the Kenya’s Constitution asserts that: “The President shall appoint (a) the Chief Justice and the Deputy Chief Justice, in accordance with the recommendation of the Judicial Service Commission (JSC), and subject to the approval of the National Assembly; and (b) all other judges, in accordance with the recommendation of the Judicial Service Commission. Article 171(1) of the Constitution establishes the Judicial Service Commission and prescribes its membership, which includes 4 judges of the superior courts (High court, Court of Appeal and Supreme Court), one Magistrate, the Attorney-General, 2 advocates, 1 member of the Public Service Commission and 2 members appointed by the President with the approval of the National Assembly. It is apparently clear that out of these 11 members, 4 of them are directly under the executive authority or control. Even though the Kenya’s JSC is perceived to be an all-inclusive in its membership, questions still arise as to whether it is capable of impartially selecting impartial judges and fair enough to make fair selection.

---

<sup>30</sup> United States Institute of Peace. Judicial Appointments and Judicial Independence. January, 2009.

<sup>31</sup> United States Institute of Peace. Judicial Appointments and Judicial Independence. January, 2009.

<sup>32</sup> Bado Attila. Fair Trial and Judicial Independence: Hungarian Perspectives. 2014.

Although the JSC is seen to consist of highly qualified individuals from different professions (legal and non-legal professionals), the selection process is to a large extent driven by politics. For instance, in regard to the appointment of the Chief Justice or the Deputy Chief Justice, the new Kenya's 2010 Constitution clearly stated that the JSC shall advertise for vacant positions in the judiciary then only qualified individuals are allowed to apply for vacant slots. Upon receiving applicants' requests, the JSC is required to carefully go through all the applications and then shortlist the most qualified candidates. Once the shortlisting has been done, the JSC sends out messages to all the shortlisted candidates to appear for an interview. During the interview, the past history, performance and conduct of each candidate is brought to public scrutiny and the candidate has to defend his or her past record.

Upon the completion of all interviews, the JSC was required by the Constitution to forward only one name for the position of Chief Justice and only one name for the position of the Deputy Chief Justice to the President for appointment. However, due to political interests in judicial affairs, the majority ruling party (Jubilee coalition) made amendment to this critical part of the Constitution and the JSC will now be required to forward 3 names of candidates to the President for appointment instead of one name. This new law came into effect on December 15, 2015. Once the President makes his appointment of his preferred individual, he then forwards that name to the National Assembly and the Senate for approval or disapproval. In most cases, Kenya's Parliament usually approves Presidential appointees.

The Law Society of Kenya (LSK), which is a professional organization of all registered Kenyan advocates faulted the Kenya's National Assembly for making amendments to the law and thereby making it possible for the executive to interfere with the independence of the judiciary. The LSK went to Court to challenge the constitutionality of the new law arguing that it amended critical sections of the Judicial Service Act therefore interfering with judicial independence. "The Act as amended fundamentally upsets the doctrine of Separation of Powers between the three arms of government and should be suspended because the independence of the judiciary is at stake. The Constitution has clearly stated that the Judicial Service Commission (JSC) shall forward one name of a qualified person to the President for nomination as Chief Justice or Deputy Chief Justice but the Act has come up with a formulation requiring JSC to forward three names," said LSK through senior counsel Nzamba Kitonga. Unfortunately, Kenya's court declined to suspend law giving President the appointment power and the LSK lost the suit.<sup>33</sup>

According to international standards, judges must be appointed through strict selection criteria through fair and transparent process, which must be effective in safeguarding against appointments for wrong motives. International standards also require the authorities in charge of judicial selection and appointment of judges to be independent of the executive and legislative powers. Based on these standards, the Kenya's method of judicial selection and appointment still falls below the international standards. Although Kenya has an 'independent' body (JSC) mandated to recruit judges and magistrates, the body is not purely delinked from the executive and the legislative influence and is therefore less likely to guarantee fair selection and judicial independence.

In comparison to other jurisdictions, Hungary under civil legal system uses Judicial Council, which is a body equivalent to Kenya's Judicial Service Commission. The Venice Commission, in its Judicial Appointments Opinion concluded that an "appropriate method for guaranteeing

---

<sup>33</sup> Kenya's Daily Nation Newspaper. Kenya: Court Declines to Suspend Law Giving President Appointment Power. January 6, 2016.

judicial independence is the establishment of a Judicial Council, which should be endowed with constitutional guarantees for its composition, powers and autonomy and that such a Council should have a decisive influence on the appointment and promotion of judges and disciplinary measures against them.” Since Hungary is a member of the European Union, its judicial selection method is bound by the Venice Commission.

The question that really matters is whether these judicial selection bodies (Judicial Service Commission or Judicial Council) can really guarantee a fair selection process that would eventually strengthen judicial independence. In Kenya, we have the so called merit-based selection of judges. Without being cynical, the process of merit-based selection is justifiable and needs to be encouraged. However, due to symbolic interaction factors, this process is less likely to engender efficacious outcome, hence its inability to guarantee judicial independence. A better way to understand this is to consider the fact that Kenya is a multi-ethnic society and the country appears to be deeply divided along ethnic lines. Using the analytical framework of symbolic interactionism, Kenyans tend to favor members of their own ethnic tribe or political group more than those from outside their ethnic tribe or political group. Belonging to a particular ethnic community or political party is seen as a symbol that can either earn somebody a job or deny him, irrespective of his or her competence, academic qualifications and stellar credentials. Substantial subjectivity usually plays out and tends to override objectivity when it comes to “in-group” and “out-group” symbols of identity. This also applies to the judicial selection committee in Kenya.

Although the Kenya’s Judicial Service Commission is said to be an ‘independent’ body and consists of professionals, the selection process cannot be said to be fully innocent of symbols of tribe and partisan politics. Strict professionalism is less likely to play a bigger role when it comes to judicial selection in Kenya. This is because members of the selection committee subtly apply the concept of ideological distance to candidates during the interview, and they make favorable approval of the candidate whose ideological distance (tribe and partisan politics) is closer to theirs. In essence, ideological polarization exists even among members of the selection committee and selection of candidates is based on the ideological distance. There is need, however, for merit plan selection system to be more transparent and strictly nonpartisan for its efficacy to be realized.

When judges are selected based on ideological distance (ethnicity, political affiliation), that is, when their identity ideology interacts with some members of the selection committee, then they are likely to reciprocate that gesture by establishing cooperation with those who selected him. This cooperation, based upon reciprocity, continues and each party has an incentive to cooperate for mutual benefits. The judge feels obligated to cooperate because he doesn’t want to ‘Burn Bridges’ while the selection party also feels obligated to cooperate due to anticipated [future] litigation payoffs. In other words, each party has an incentive to cooperate<sup>34</sup>. In summary, merit-based judicial selections that are affected by ideological distance are more likely to influence the decisional independence of judges. Any time the ideological distance is reduced to a level of ideological interaction involving a judge and a member of the selection committee as is shown in figure 2.1 above, then professionalism gets subordinated and the whole merit-based system is turned into partisan-based system. This cannot assure the decisional independence of a judge.

To summarize on this discussion, when the executive system’s ideology, judicial selection system’s ideology and the judicial system’s ideology are based on moral norms, even if their

---

<sup>34</sup> Adapted from Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*. New York: Basic Books, 1984.

ideological distance is reduced to a level where they interact as seen in panel c of figure 2.1, then the outcome of that interaction will always be a social order that contributes to equilibrium in society. Institutional independence of the judiciary can be said to be that social order, hence equilibrium.

### 1.3 Judicial Corruption and Code of Professional Responsibility in Kenya

Maintaining the integrity and improving the competence of the bench to meet the highest standards of adjudication should be the unequivocal ethical responsibility of every judge. Fundamentally, good character in the members of the bench is essential to the preservation of judicial dignity and integrity of courts. This requires that judges should be of good moral character. A judge's fiduciary duty should be of the highest order and he or she must not represent interests adverse to justice as doing so would amount to travesty of justice. Neither should judges allow their private interests to conflict with those of litigants. It is very likely that a financial interest in the outcome of litigation might result in the maladministration of justice in courts. It is a fair characterization of judge's responsibility to stand as a shield and to ward off corruption. Corruption according to Black's Dictionary is characterized as: illegality; a vicious and fraudulent intention to evade the prohibitions of the law; moral turpitude or exactly opposite of honesty involving intentional disregard of law from improper motives; an act done with an intent to give some advantage inconsistent with official duty and the rights of others.<sup>35</sup>

To provide more perspectives on the issue of ethics, judges need to uphold both normative and practical ethics. On the one hand normative ethics ask questions such as: what is the best way, broadly understood, to live [as a judge]? Are there general principles, rules, guidelines that we should follow, or virtues that we should inculcate, that help us distinguish right from wrong and good from bad?<sup>36</sup> On the other hand, practical ethics ask questions such as: how should we behave in particular situations [as judges]? When should we tell the truth? Under what circumstances can or should we resist gifts or inducements? How should we relate to the political and social environment around us? Most important, however, judges need to understand that ethics is primarily a matter of practice-and not a matter of abstract moral knowledge.<sup>37</sup> Inadequate knowledge of normative ethics is more likely to weaken the enforcement of practical ethics and thus resulting into loose morals such as indulgence in corruption by judges. In fact, judges should find acts of corruption or bribery sufficiently repulsive that they would thereby be motivated to refrain from indulging.

Scholars agree that a non-corrupt judiciary is a fundamental condition for the endorsement of rule of law and the ability to guarantee basic human rights in society. The judiciary must therefore be an independent and fair body that fights corruption, not the other way around.<sup>38</sup> Further, the effects of corruption might be detrimental and more likely to break down the very core of rule of law and this may lead to corrupt judges neglecting fundamental principles such as equality, impartiality, propriety and integrity (Arvidson and Folkesson 2010). The question that must be grappled with is whether the Kenya's judiciary has taken the right steps in ensuring that

---

<sup>35</sup> Henry Campell Black. *Black's Law Dictionary*. 4th Edition. West Publishing Co. 1968. P. 414

<sup>36</sup> B. F. Skinner. *Science and Human Behavior*. Toronto, Ontario. The Macmillan Company. 1953.

<sup>37</sup> B. F. Skinner. *Science and Human Behavior*. Toronto, Ontario. The Macmillan Company. 1953.

<sup>38</sup> Amelie Arvidsson and Emelie Folkesson. *Corruption in the Judiciary: Balancing Accountability and Judicial Independence*. 2010.

mechanisms of judicial independence are strengthened so as to prevent corruption within the judiciary itself.

Prior to the 2002 political transition from President Daniel Arap Moi to President Mwai Kibaki, the Kenya's judiciary was widely known to be corrupt. In fact, when the new government took office (the Kibaki administration), it addressed corruption as an obstacle to the rule of law and vowed to deal with the vice. To be seen to be wedding rhetoric with action, the new government set up the "Integrity and Anti-Corruption Committee of the Judiciary in Kenya" to implement its policy known as "radical surgery." The report of this committee saw several judges retiring due to implications in various corrupt practices. While this measure was seen as a step in the right direction to clean up the Kenya's Judiciary of corruption and to restore public confidence in the Judiciary, it would only last for a few months if not weeks. This was the case because the intended judicial reforms failed to establish a framework for truly independent and accountable judiciary.

In May 2002, an Advisory Panel of Eminent Commonwealth Judicial Experts visited Kenya to give recommendations and proposals on the Judiciary and in their report, they indicated that there was rampant corruption in the Kenya's Judiciary and bluntly stated that "complaints of corruption exceeded level that can be expected or tolerated."<sup>39</sup> Further, in a survey conducted in September 2002 by the International Commission of Jurists to (ICJ) assess the perceptions of the Kenyan public (consumers of justice) on judicial reforms and the impact on the administration of justice in Kenya, 92 percent of the responses indicated that the civil division of the Court was corrupt followed by criminal division at 83 percent, commercial division at 73 percent and family division at 42 percent.<sup>40</sup> A similar ICJ report in 2005 concluded corruption in the administration of justice, including the judiciary, has been a serious impediment to the rule of law in Kenya. The report indicated that "while corruption is a principal obstacle to the proper functioning of an independent judiciary in Kenya, anti-corruption measures themselves must be implemented in a way that strengthens and does not weaken the separation of powers and the independence of the judiciary."<sup>41</sup>

The new 2010 Kenya's Constitution under Article 173 (1) established a fund to be known as the 'Judiciary Fund' and gave the Chief Registrar of the judiciary the responsibility of managing the fund. Article 173 (2) of the 2010 Constitution states that: "The Fund shall be used for administrative expenses of the Judiciary and such other purposes as may be necessary for the discharge of functions of the Judiciary. In essence, the 2010 Constitution gave the Kenya's judiciary some latitude on how to manage its own finances without strict regulations. What followed in 2013 was a shock to the nation. Chief Registrar of the judiciary, Gladys Boss Shollei and seven senior officials were charged with massive corruption including irregular procurement of building materials<sup>42</sup>.

Judiciary Chief Registrar Gladys Shollei was then sacked by her employer, the Judicial Service Commission (JSC), over allegations that she misused Sh2.207 billion. The JSC president Chief Justice Dr. Willy Mutunga said she (Shollei) had been fired for incompetence, misbehavior, violation of the code of conduct for judicial officers, insubordination and violation

---

<sup>39</sup> International Court of Jurists. *Kenya: Judicial Independence, Corruption and Reform*. April 2005.

<sup>40</sup> International Commission of Jurists: *Strengthening Judicial Reforms in Kenya, Volume IV Performance Indicators: Public Perceptions of the Court Divisions, Children's Court and the Anti-Corruption Court*. 2002.

<sup>41</sup> International Court of Jurists. *Kenya: Judicial Independence, Corruption and Reform*. April 2005.

<sup>42</sup> <http://mobile.nation.co.ke/news/JSC-sends-Gladys-Shollei-packing/1950946-2038778-format-xhtml-bsvl6r/index.html>

of Chapter Six and Article 232 of the Constitution. Article 232 asserts the values and principles of public service, which include (a) high standards of professional ethics and (b) efficient, effective and economic use of resources. In a detailed statement, Dr Mutunga said Mrs Shollei had admitted 33 allegations in which Ksh1.7 billion “is at risk or has been lost”. Mrs Shollei allegedly also denied another 38 allegations in which Sh250 million was lost. The JSC stated that her responses to allegations involving Sh361 million were “mixed, flippant and flimsy”. “Having fully appreciated the allegations served on her, and having read the responses, and noting that she elected to appear in person before the commission, and after in-depth interrogation of all issues, it is the unanimous resolution of the commission that the Chief Registrar of the Judiciary is hereby removed from office with immediate effect,” said Dr Mutunga<sup>43</sup>.

In its 2015 Corruption Index, Transparency International (TI) ranked Kenya as a highly corrupt Country in the East African region, ahead of Uganda, Tanzania, Burundi and Rwanda. Kenya was ranked 139 out of 167 countries.<sup>44</sup> According to the International Commission of Jurists report of 2002, corruption had taken root in every sector of Kenya that even the Judiciary could not escape it.<sup>45</sup> “Various reports published, especially from mid-eighties to date have indicated that corruption is very serious in the Judiciary. Thus the Judiciary is no longer viewed to be above suspicion and consequently, many people no longer look up to it as the protector and guarantor of citizens’ rights and freedoms. On many numerous occasions, government officials and the wealthy have used this institution to get illegal orders for their own selfish interests without due consideration to the law and or people’s rights.”<sup>46</sup> It is therefore little surprising that a few years ago, Mazingira Institute, (a domestic transnational organization and an activist progressive participant in local and global social process), launched a vigorous campaign against judicial corruption using the slogan “Why hire a lawyer when you can buy a judge?” This clearly shows how judicial corruption in Kenya had gotten out of hand.

Just recently in 2016, one of the Kenya’s Supreme Court justices was accused of allegedly receiving bribes to influence an election petition case before the Supreme Court. The Judicial Service Commission received complaints of the alleged offense and accordingly advised the Kenya’s President to constitute a tribunal to investigate the accused judge<sup>47</sup>. The President then appointed a seven-member tribunal to investigate Justice Philip Tunoi’s conduct in connection with an election petition lodged by Ferdinand Waititu against his opponent, Nairobi Governor Dr. Evans Kidero<sup>48</sup>. It was alleged that Justice Tunoi received a bribe of \$2 million to rule in favor of Governor Evans Kidero. The then Law Society of Kenya (LSK) President, Mr. Eric Mutua reiterated that “If the allegations against the judge are true, then the judge must have taken this money on behalf of at least two or three other judges” sitting on the bench. This case was seen as the first of its kind to test the credibility of the Kenya’s Supreme Court which was established when the country promulgated a new constitution in 2010. Article 168 (1) (b) of the Kenya’s Constitution asserts that “A judge of a Superior Court may be removed from office on

---

<sup>43</sup> <http://mobile.nation.co.ke/news/JSC-sends-Gladys-Shollei-packing/1950946-2038778-format-xhtml-bsvl6r/index.html>

<sup>44</sup> Reported by Fred Muvunyi (AP, Reuters). Deutsche Welle News). 24-02-2016. Deutsche Welle (DW) is a Germany’s International broadcaster.

<sup>45</sup> See the 2015 Corruption Index on Kenya by the Transparency International.

<sup>46</sup> International Commission of Jurists: *Strengthening Judicial Reforms in Kenya, Volume IV Performance Indicators: Public Perceptions of the Court Divisions, Children’s Court and the Anti-Corruption Court*. 2002.

<sup>47</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=gTR5qJkusaQ>

<sup>48</sup> <https://www.standardmedia.co.ke/article/2000189409/justice-philip-tunoi-bribery-claims-jolt-judiciary>



the grounds of—a breach of a code of conduct prescribed for judges of the Superior Courts by an Act of Parliament.”

Unfortunately, however, even before the sitting tribunal completed its hearing on the matter, it got disbanded. This was because there was a concurrent case going on at the Supreme Court lodged by Justice Philip Tunoi challenging the decision of the JSC to retire him at the age of 70, which was the official retirement age as per the new 2010 Constitution, instead of being retired at the age of 75, which was the official retirement age of judges according to the old Constitution. Justice Tunoi had argued that since he was hired under the old Constitution which provided for his retirement age at 75, the new Constitution’s age requirement of 70 should not affect him. The Supreme Court, however decided to uphold the Court of Appeal decision, which had decided that justice Tunoi’s retirement age should be at 70 and not 75. When the judge was being investigated, his age was already past 70 with some months. The tribunal decided to disband without completing its work because it now treated justice Tunoi as a retired judge who the Tribunal did not have any authority or a mandate to investigate. Based on the aforementioned happening, whether or not it was true that justice Tunoi accepted bribe from Governor Evans Kidero remained mere speculation since the tribunal did not give its verdict<sup>49</sup>.

The Kenya’s new Chief Justice, David Maraga, who came into office in 2016 and having only stayed in office for a few months admitted there was corruption in the Judiciary. According to Justice Maraga, 10 percent of the staff in the judiciary including judges and clerks were involved in graft which was tainting the name of the institution<sup>50</sup>. Up to this far, a lucid account has been provided of alleged bribery, corruption and misconduct by judges and staff members of the Kenya’s judiciary. The focus hereafter then should be on how the potent of corruption in the Kenya’s judiciary influences (impedes or weakens) its judicial independence.

There are contradicting and perhaps, stimulating views as to whether it is the presence of judicial corruption that impedes judicial independence or the other way round, which is, presence of judicial independence impedes judicial corruption. Some people see judicial corruption as responsible for undermining the rule of law. One the one hand, some scholars argue that the presence of judicial corruption compromises the capacity of the judiciary to be an independent and impartial arbiter<sup>51</sup>. Arvidsson and Folkesson (2010) makes interesting observation on the relationship between corruption and judicial independence and concludes that corruption weakens judicial independence<sup>52</sup>. On the other hand, there are those who argue that the presence of judicial independence weakens judicial corruption<sup>53</sup>. “Bearing in mind the independence of the judiciary and its crucial role in combating corruption, each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its legal system and without prejudice to judicial independence, take measures to strengthen integrity and to prevent opportunities for corruption

---

<sup>49</sup><http://www.nation.co.ke/news/Tribunal-ends-Sh200m-bribery-probe-Tunoi/1056-3269652-f3eflaz/index.html>

<sup>50</sup> <https://www.standardmedia.co.ke/article/2000220603/there-is-corruption-in-the-judiciary-says-chief-justice-david-maraga>

<sup>51</sup> Views expressed by Mr. James Sitienei, an advocate of the High Court of Kenya and an attorney of the defunct Kenya Anti-Corruption Commission. The views were made during his 2010 presentation on “Corruption in Kenyan Judiciary” at the University of Passau, Germany.

<sup>52</sup> Amelie Arvidsson and Emelie Folkesson. *Corruption in Judiciary: Balancing Accountability and Judicial Independence*. 2010.

<sup>53</sup> Juan Carlos Donoso. *A means to an End. Judicial Independence, Corruption and the rule of law in Latin America*. 2009.

among members of the judiciary” (United Nations Convention Against Corruption, Article 11)<sup>54</sup>. Apparently, even according to the UN Convention Principles, judicial independence is critical to preventing judicial corruption.

To summarize on this discussion, judges cannot be said to be some “Angels” sitting in the bench. They are also human beings who experience numerous everyday encounters with creditors, debtors, landlords, tenants, families (Cotterrell 1992), and other state actors or agents. They also want to enjoy their freedom and rights of investing and owning properties. Even though their conduct of judges is strictly regulated by code of ethics, it is very likely that normative conflict may arise and if the judge is not very careful about preventing himself from co-optation, then he would be in essence allowing the ideological distance between himself and the other actors (political agents, creditors, business partners, family members) to significantly reduce to a level of ideological interaction. When that happens, then the ethical norms of the judge may get subordinated and the judge will be co-opted in the immoral norms in society. It is only moral norms that play an important role in establishing social order in society. Immoral norms may, however, establish cooperation of actors whose intentions are inimical to social order. This phenomenon may lead to threats on the decision independence of the judge.

#### **1.4 Constitutional Safeguards to Judicial Independence in Kenya**

Kenya has been able to provide constitutional safeguards for members of the bench by ensuring that all judges enjoy security of tenure and earn better salary so that they can comfortably do their job without fear or favor. Article 167 of the Kenya’s Constitution asserts, “Tenure of office of the Chief Justice and other judges.” This law requires judges to work until they reach the age of 70 then they can retire. The usual retirement age for all public servants in Kenya is at 60 years. Also, Article 160 (4) says that subject to Article 168 (6) of the Constitution, the remuneration and benefits payable to, or in respect of, a judge shall not be varied to the disadvantage of that judge, and the retirement benefits of a retired judge shall not be varied to the disadvantage of the retired judge during the lifetime of that retired judge. Further, Article 160 (5) of the Kenya’s Constitution says that, “A member of the Judiciary is not liable in an action or suit in respect to anything done or omitted to be one in good faith in the lawful performance of a judicial function.

These constitutional safeguards serve to embolden judges so that they can do their work with courage and diligence. However, the aforementioned discussion reveal that even with all these constitutional protection of judges and the judiciary, the Kenya’s executive and legislative arms still have unfettered nerves to berate judges and intimidate the judiciary. This further makes the plinth of judicial independence in Kenya to be on shaky ground. Unleashing attacks on the judiciary, especially if it is being done by the executive serve as strong signals or symbols of threat to judicial independence. It reveals that both the judiciary and the executive are not on the one side of moral norms. As the analytical model in figure 2.1 reveals, if the ideological distance is at panel (a), then the executive issues threats to reduce that distance to a level of panel (c) where it can actually force the judiciary to give in to its (executive’s) ill-designs. The outcome of this co-optation is likely to be a social disorder (impartiality), hence lack of independence of the judiciary.

---

<sup>54</sup> USAID. *Reducing Corruption in the Judiciary*. June 2009. This was a USAID Program Brief prepared by DPK Consulting, a Division of ARD, Inc.

## 2. Methodology

Descriptive research method has been employed for the treatment of the topic of this paper. This method is more attractive because the main interest here is to be able to describe specific behavior in regards to judicial independence as they occur in the Kenya's society. According to Aggarwal (2008) descriptive research is very useful for gathering of information about prevailing conditions or situations for the purpose of description and interpretation<sup>55</sup>. This type of research method is not simply used for amassing and tabulating facts but includes proper analyses, interpretation, comparisons, identification of trends and relationships.

## 3. Data and Analysis

Specifically, datasets used draw on two different survey research design conducted by the Afrobarometer, and The CIRI Human Rights Data. Survey research design is important as it employs applications of scientific method by critically analyzing and examining the source materials, by analyzing and interpreting data, and by arriving at generalization and prediction<sup>56</sup>. Afrobarometer is a pan-African, non-partisan research network that conduct public attitude surveys on democracy, governance, economic conditions, and related issues in more than 35 countries in Africa. It collects and publishes high-quality, reliable statistical data on Africa. Two batteries of (survey) questions that specifically focus on judicial corruption in Kenya were selected. The first question asked respondents their perception on corruption among judges and magistrates in Kenya, while the second survey question asked respondents about their trust on courts of law in Kenya. These two questions are considered important in unravelling the perceived level of judicial corruption in Kenya for the period between 2005 and 2011. Afrobarometer has an online statistical tool for data visualization and it was effectively used to visualize data presented in section 3.2 below. The data has mainly been visualized in form of bar charts and pie charts and thus provides a summary of the entire question regarding perceived judicial corruption in Kenya.

The CIRI Human Rights Dataset contains standards-based quantitative information on government respect for 15 internationally recognized human rights for 2002 countries annually from 1981-2011. In particular, the dataset contains a variable known as INJUD (independence of the judiciary), which indicates the extent to which the judiciary is independent of control from other external sources of power. Since the topic of study focuses exclusively on Kenya, observations on the variable INJUD are extracted from this dataset to illustrate the extent of judicial independence in Kenya for the period between 1981 and 2011. The illustration is lucidly provided using raw data in a table format.

### 3.1. Statistical Results

Statistical results presented in figures below contain two survey questions from the Afrobarometer. The first question was asked in rounds 3 to 6 of the Afrobarometer survey and it mainly examined perception on corruption involving judges and magistrates in Kenya from 2005 to 2015. Responses to this question are presented in the bar charts below. The second question is

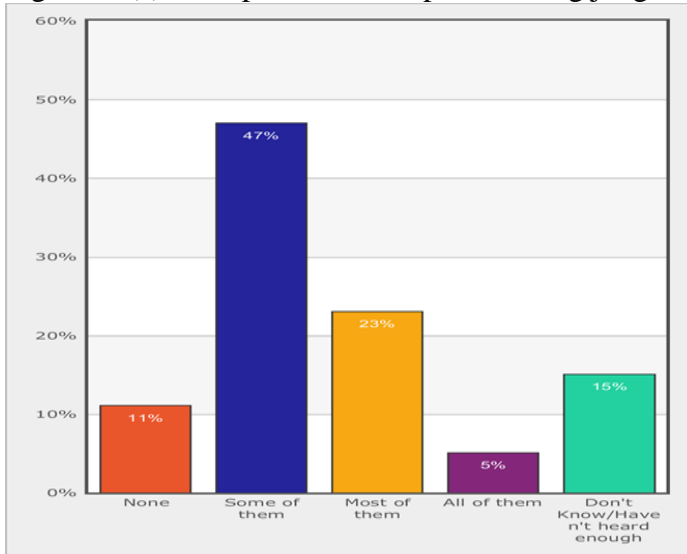
---

<sup>55</sup> Aggarwal, Y. (2008). *Science of Educational Research*, 1st ed. Nirmal Book Agency.

<sup>56</sup> Jackson, S.L. (2009). *Research Methods and Statistics: A Critical Thinking Approach 3rd edition*. Belmont, CA: Wadsworth.

focusing on the perceived trust in courts of law in Kenya from 2005 to 2015. Responses to this question are provided in pie charts below.

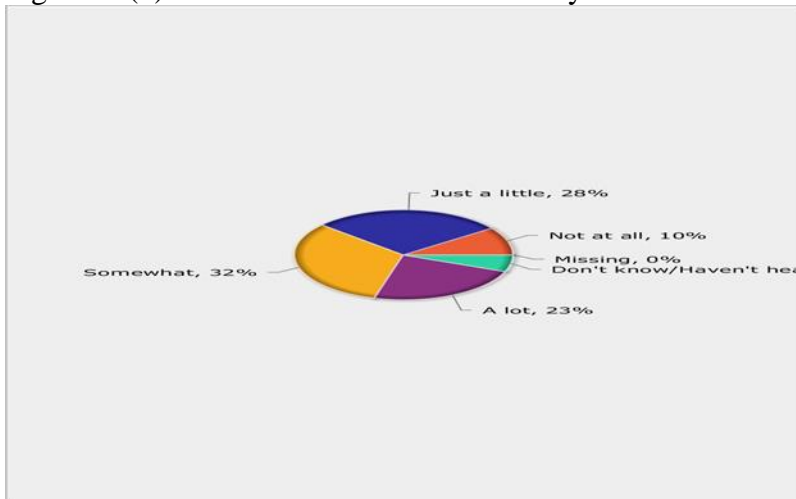
Fig. 3.2.1(a) Perception on corruption among judges and magistrates in Kenya



Source: Afrobarometer Survey (R3 2005/2006) on judicial corruption in Kenya

The bar chart above represents round 3 of public responses on perceived corruption among judges and magistrates in Kenya between 2005 and 2006. A total of 1,278 respondents took the survey and 135 of them (10.5 percent) felt that none of judges and magistrates were corrupt, 600 (46.7 percent) believed that some judges and magistrates were corrupt, 290 (22.7 percent) believed that most judges and magistrates were corrupt, 67 (5.3 percent) felt that all judges and magistrates were corrupt, and 187 (14.6 percent) answered that they were not aware whether judges and magistrates were corrupt.

Fig. 3.2.1(b) Trust on Courts of Law in Kenya

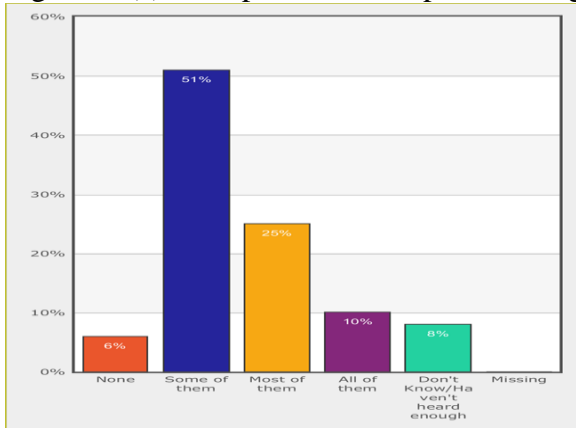


Source: Afrobarometer Survey (R3 2005/2006) on trust on courts in Kenya.

The pie-chart in fig. 3.1 (b) above represents Afrobarometer survey R3 conducted between 2005/2006 results. The survey question asked a total of 1,278 respondents how much they trusted courts of Kenya. 127 of the respondents (9.9 percent) said they don't trust courts of law at all, 360 (28.2 percent) said they trusted courts of law just a little, 412 (32.2 percent) said that they somewhat trust courts of law, 299 (23.4 percent) said they trusted courts of law a lot, while 74

(5.8 percent) answered they didn't anything about courts of all and 6 (0.5 percent) failed to answer.

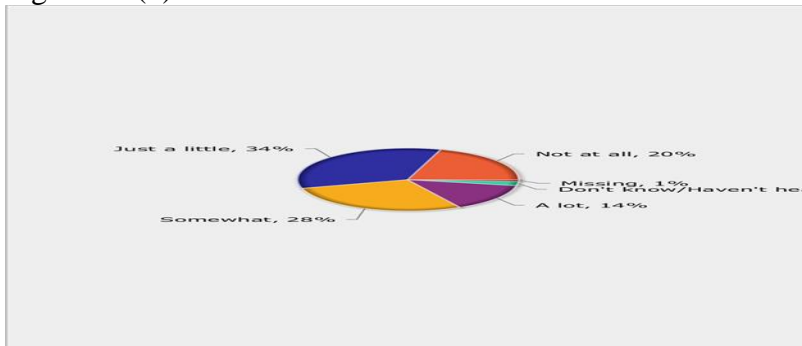
Fig.3.2.2 (a) Perception on corruption among judges and magistrates in Kenya.



Source: Afrobarometer Survey (R4 2008/2009) on judicial corruption in Kenya

The bar chart above represents round 4 of public responses on perceived corruption among judges and magistrates in Kenya between 2008 and 2009. A total of 1,104 respondents took the survey and 63 of them (5.7 percent) felt that none of judges and magistrates were corrupt, 563 (51 percent) believed that some judges and magistrates were corrupt, 278 (25.2 percent) believed that most judges and magistrates were corrupt, 113 (10.3 percent) felt that all judges and magistrates were corrupt, 86 (7.8 percent) answered that they were not aware whether judges and magistrates were corrupt, and 2 (0.2) failed to answer.

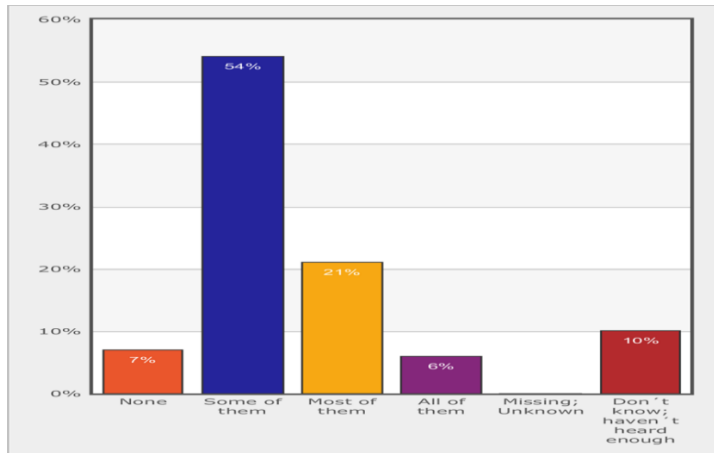
Fig. 3.2.2 (b) Trust on Courts of Law



Source: Afrobarometer Survey (R4 2008/2009) on trust on courts in Kenya

The pie-chart in fig. 3.2 (b) above represents Afrobarometer survey R4 conducted between 2008/2009 results. The survey question asked a total of 1,104 respondents how much they trusted courts of Kenya. 225 of the respondents (20.3 percent) said they don't trust courts of law at all, 379 (34.3 percent) said they trusted courts of law just a little, 308 (27.9 percent) said that they somewhat trust courts of law, 156 (14.1 percent) said they trusted courts of law a lot, while 25 (2.2 percent) answered they didn't anything about courts of all and 12 (1.1 percent) failed to answer.

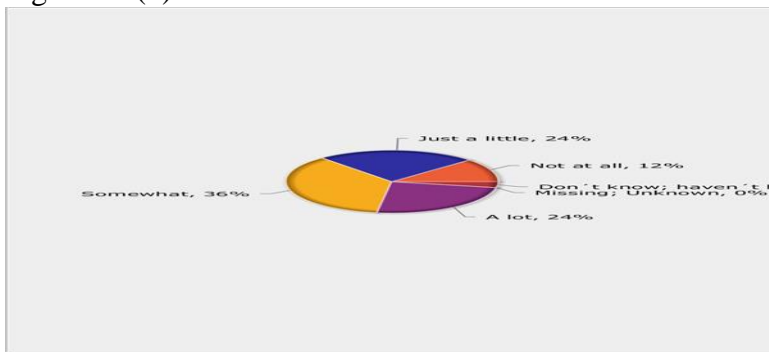
Fig. 3.2.3 (a) Perception on corruption among judges and magistrates in Kenya



Source: Afrobarometer Survey (R5 2011/2013) on judicial corruption in Kenya

The bar chart above represents round 5 of public responses on perceived corruption among judges and magistrates in Kenya between 2011 and 2013. A total of 2,399 respondents took the survey and 172 of them (7.2 percent) felt that none of judges and magistrates were corrupt, 1,305 (54.4 percent) believed that some judges and magistrates were corrupt, 516 (21.5 percent) believed that most judges and magistrates were corrupt, 152 (6.4 percent) felt that all judges and magistrates were corrupt, 251 (10.5 percent) answered that they were not aware whether judges and magistrates were corrupt, and 3 (0.1) failed to answer.

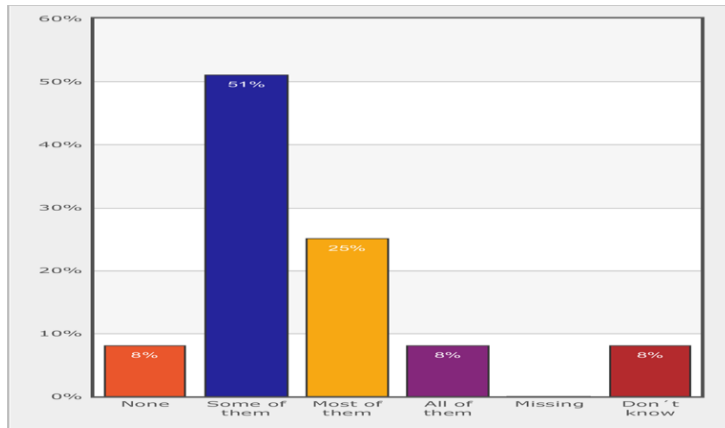
Fig. 3.2.3 (b) Trust on Courts of Law



Source: Afrobarometer Survey (R5 2011/2013) on trust on courts in Kenya

The pie-chart in fig. 3.2.3 (b) above represents Afrobarometer survey R5 conducted between 2011/2013 results. The survey question asked a total of 2,399 respondents how much they trusted courts of Kenya. 281 of the respondents (11.7 percent) said they don't trust courts of law at all, 564 (23.5 percent) said they trusted courts of law just a little, 874 (36.5 percent) said that they somewhat trust courts of law, 587 (24.5 percent) said they trusted courts of law a lot, while 10 (0.4 percent) answered they didn't anything about courts of all and 82 (3.4 percent) failed to answer.

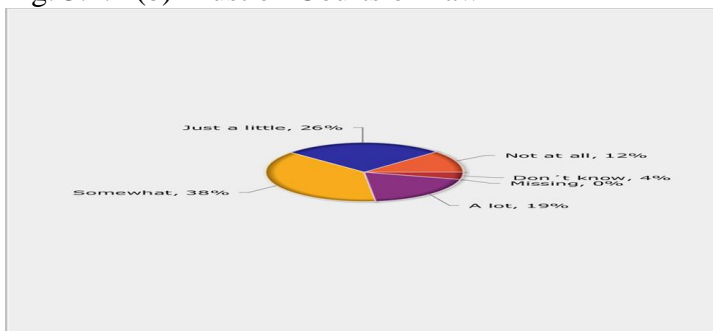
Fig 3.2.4 (a) Perception on corruption among judges and magistrates in Kenya



Source: Afrobarometer Survey (R6 2014/2015) on judicial corruption in Kenya

The bar chart above represents round 5 of public responses on perceived corruption among judges and magistrates in Kenya between 2014 and 2015. A total of 2,397 respondents took the survey and 183 of them (7.6 percent) felt that none of judges and magistrates were corrupt, 1,228 (51.2 percent) believed that some judges and magistrates were corrupt, 590 (24.6 percent) believed that most judges and magistrates were corrupt, 198 (8.3 percent) felt that all judges and magistrates were corrupt, 193 (8.0 percent) answered that they were not aware whether judges and magistrates were corrupt, and 4 (0.2) failed to answer.

Fig. 3.2.4 (b) Trust on Courts of Law



Source: Afrobarometer Survey (R6 2014/2015) on trust on courts in Kenya

The pie-chart in fig. 3.2.4 (b) above represents Afrobarometer survey R6 conducted between 2014/2015 results. The survey question asked a total of 2,397 respondents how much they trusted courts of Kenya. 298 of the respondents (12.4 percent) said they don't trust courts of law at all, 613 (25.6 percent) said they trusted courts of law just a little, 920 (38.4 percent) said that they somewhat trust courts of law, 459 (19.1 percent) said they trusted courts of law a lot, while 2 (0.1 percent) answered they didn't anything about courts of all and 105 (4.4 percent) failed to answer.

Based on the above statistics and illustrations, it is apparent that the Kenya's Judiciary is not innocent of corruption and that makes it vulnerable to influence by powerful forces (political and economic agents) in society, hence its inability to remain impartial in the administration of justice. In the paragraph below, a similar illustration of perceived level of judicial independence in Kenya is provided. The variations in the level of judicial independence could be attributed to change of political administration that comes with its own level of impunity. If the level of impunity is so high under any administration, then that is very likely to translate into a weaker judicial power and lack of judicial autonomy and vice versa.

Table 3.2 below represents raw data on the perceived level of judicial independence in Kenya from 1981 to 2011. The raw data is extracted from "The CIRI Human Rights Dataset, graciously

provided by David Cingranelli, David Richards, and Chad Clay (2014). The CIRI Human Rights Dataset contains standards-based quantitative information on government respect for 15 internationally recognized human rights for 2002 countries annually from 1981-2011. Since the focus of this paper is on judicial independence in Kenya, the CIRI dataset is of great relevance since it elaborates on the perceived level of judicial independence for consecutive years amounting to 30. A specific variable coded as INJUD is used in the CIRI Dataset to operationalize a variable called “judicial independence”. INJUD is indexed on a scale of 0-2 with 0 indexing “not independent”, 1 indexing “partially independent”, and 2 indexing “generally independent”.

Table 3.1. Level of perceived judicial independence in Kenya: 1981-2011

| Country | Year | Judicial Independence Score | Interpretation        |
|---------|------|-----------------------------|-----------------------|
| Kenya   | 1981 | 2                           | Generally Independent |
| Kenya   | 1982 | 2                           | Generally Independent |
| Kenya   | 1983 | 2                           | Generally Independent |
| Kenya   | 1984 | 2                           | Generally Independent |
| Kenya   | 1985 | 2                           | Generally Independent |
| Kenya   | 1986 | 1                           | Partially Independent |
| Kenya   | 1987 | 2                           | Generally Independent |
| Kenya   | 1988 | 1                           | Partially Independent |
| Kenya   | 1989 | 1                           | Partially Independent |
| Kenya   | 1990 | 1                           | Partially Independent |
| Kenya   | 1991 | 1                           | Partially Independent |
| Kenya   | 1992 | 0                           | Not Independent       |
| Kenya   | 1993 | 0                           | Not Independent       |
| Kenya   | 1994 | 0                           | Not Independent       |
| Kenya   | 1995 | 0                           | Not Independent       |
| Kenya   | 1996 | 1                           | Partially Independent |
| Kenya   | 1997 | 1                           | Partially Independent |
| Kenya   | 1998 | 1                           | Partially Independent |
| Kenya   | 1999 | 1                           | Partially Independent |
| Kenya   | 2000 | 1                           | Partially Independent |
| Kenya   | 2001 | 1                           | Partially Independent |
| Kenya   | 2002 | 1                           | Partially Independent |
| Kenya   | 2003 | 1                           | Partially Independent |
| Kenya   | 2004 | 1                           | Partially Independent |
| Kenya   | 2005 | 0                           | Not Independent       |
| Kenya   | 2006 | 0                           | Not Independent       |
| Kenya   | 2007 | 0                           | Not Independent       |
| Kenya   | 2008 | 0                           | Not Independent       |
| Kenya   | 2009 | 0                           | Not Independent       |
| Kenya   | 2010 | 0                           | Not Independent       |
| Kenya   | 2011 | 0                           | Not Independent       |

Source: The CIRI Human Rights Dataset (1981-2011).



As is abundantly clear from table 3.1 above, between 1981 and 1987, the Kenya's judiciary was perceived as generally independent, except in 1986 when it was seen as partially independent. Between 1988 and 1991, the Kenya's judiciary was viewed as partially independent, an indication that it was beginning to lose some judicial power. The years between 1992 and 1995, the Kenya's judiciary was perceived as not independent, and this simply means that it had substantially lost its constitutionally guaranteed judicial autonomy. In the years between 1996 and 2004, the Kenya's judiciary was again viewed as partially independent, a very optimistic indication that the judiciary was clawing back its lost power. However, between 2005 and 2011, the Kenya's judiciary was again perceived as not independent, a clear indication that some powerful forces were out to frustrate the justice system.

#### **4. Discussion and Recommendations**

Factors considered to be affecting the culture of judicial independence in Kenya, and in this case, judicial reforms, merit-based selection of judges, judicial corruption and constitutional safeguards of the judiciary reveal considerable theoretical challenges that are likely to impede the practical aspects of judicial independence. To mitigate these challenges, the Kenya's authority needs to work on ways of entrenching moral norms that would consistently engender and assure social order in society. While these factors are important for predicting the concept of judicial independence, there is a dearth of empirical work to ascertain their efficacy. The available data is so disjointed and scattered and thus makes it impossible to conduct rigorous analysis. Also, theories linking judicial independence to other variables-essential aspects of judicial independence that have been discussed here are still fairly less developed and therefore a lot of empirical observations and testing are still required in order to augment their explanatory power.

It would be absolutely naïve not to mention a number of caveats in relation to the shaping of this work. Firstly, the analytical model used in figure 2.1 may not be a perfect model to provide a logical reasoning behind challenges to moral norms and social order in society, and in this case, the challenges to the practical aspects of judicial independence. It cannot be ruled out that the model probably needs further modification in order to make it more reliable and consistent when it comes to testing theory. Secondly, the dataset used in section 3 (The Afrobarometer Dataset and The CIRI Human Rights Dataset) are not well synchronized. While the CIRI dataset is available from 1981 to 2011, the Afrobarometer Dataset used is from 2005 to 2015, thus making the analysis of the pattern of relationship between corruption and judicial independence in Kenya more difficult. There needs to be dataset from a single entity or source that provides all the variables for predicting judicial independence. Finally, the work presented here does not make any claim of causality between the predictor variables and judicial independence. However, it provides logical descriptions that provides a platform for more rigorous explanatory work and hypotheses testing.

#### **5. Conclusion**

Judicial independence is critical to the administration of justice in a judicial system. However, it has become an elusive concept to practice. Despite predictions that judicial independence can be secured through judicial reforms, merit-based selection of judges, elimination of judicial corruption, and constitutional safeguards for the judiciary and judges, all these essential aspects still do not guarantee an autonomous judiciary. The best way to realize judicial independence is to first and foremost entrench moral beliefs in society, so firmly

grounded, such that it becomes impossible to change such beliefs. Once a society entrenches moral beliefs, then societal norms become respected and social order automatically follows. As it is now, society is replete with conflicting ideological positions to the extent that unpopular ideological positions are being reinforced through political influence and corruption so as to insubordinate popular ideologies. When unpopular ideologies corrupt and overpower popular ideologies, social disorder sets in and that is why even if judicial reforms are implemented, merit-based judicial selection is enforced, institutions to fight against corruption are created and constitutional safeguards are provided, all these essential aspects remain ineffective in assuring judicial independence. In a nut shell, the culture of judicial independence can only be founded on a pedestal of entrenched societal moral beliefs. Lack of this moral pedestal contributes significant threat to judicial independence and that is likely the main reason as to why establishing the culture of judicial independence has remained a great challenge in Kenya.

## References

- Aggarwal, Y. (2008). *Science of Educational Research*, 1st ed. Nirmal Book Agency.
- Arvidsson, A.; and Folkesson, E. (2010). *Corruption in Judiciary: Balancing Accountability and Judicial Independence*.
- Axelrod, R. (1984). *The Evolution of Cooperation*. New York: Basic Books.
- Bado, A. (2014). *Fair Trial and Judicial Independence: Hungarian Perspectives*. (Ed).Switzerland: Springer International Publishing.
- Black, C. H. (1968). *Black's Law Dictionary*. 4th Edition. West Publishing Co.
- B. F. Skinner. *Science and Human Behavior*. Toronto, Ontario. The Macmillan Company. 1953.
- Dodek, A.; and Sossin, L. (2010). *Judicial Independence in Context*. (Eds).Toronto: Irwin Law Inc.
- Donoso, C. J. (2009). *A means to an End. Judicial Independence, Corruption and the rule of law in Latin America*.
- Jackson, S.L. (2009). *Research Methods and Statistics: A Critical Thinking Approach 3rd edition*. Belmont, CA: Wadsworth.
- Geyh, G. C (2008). *Methods of Judicial Selection and their Impact on Judicial Independence*.
- Shetreet, S.; and Forsyth, C. (2012). *The Culture of Judicial Independence*. (Eds). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- USAID. *Reducing Corruption in the Judiciary*. June 2009. This was a USAID Program Brief prepared by DPK Consulting, a Division of ARD, Inc.

## A bírák kiválasztásának összehasonlító elemzése

Zsurzsa Zsolt<sup>1</sup>

### Bevezetés

A modern, demokratikus állam-berendezkedésekben a hatalmi ágak elválasztásának elvének valamilyen szintű érvényesülése a rendszerhű működés legkardinálisabb pontja. A végrehajtó és a törvényhozó hatalom elkülönítése az ilyen államok többségében jól definiált, az alkotmányjog ezen kapcsolat alapján állapítja meg egy állam kormányformáját. Azonban a bírói hatalom egyértelmű, éles elkülönítése a másik kettő hatalmi ágtól ritkábban képezi részletes vizsgálat tárgyát. A bírói hatalom letéteményesei, a bíróságok, s az azok személyi állományát adó bírák függetlenségét és pártatlanságát a különböző államok többféle módon igyekeznek biztosítani. A legkülönbözőbb jogszabályok mellett, amelyek a tényleges szervezeti elkülönülést szolgálják, a 20. század második felétől kezdődően egyre hangsúlyosabb szerepet kapott a bírói függetlenség és pártatlanság szavatolásában a bírák kiválasztásának, kinevezésének folyamata. Bár utóbbi szempont első ránézésre csupán szimbolikus, protokolláris szerepet tölt be a bírói hatalom gyakorlására nézve, a bírák kiválasztási eljárása ugyanúgy nagyban befolyásolhatja egy állam bírósági rendszerének függetlenségét, mint a szervezet. Elég csak azokat a heves hazai és külföldi bírálatokat említeni, amelyek azt követték, hogy a 2010-es magyarországi kormányváltást követően a kormány intézkedéseinek következtében az újonnan megszervezett Országos Bírósági Hivatal – az Országgyűlés által - kétharmados többséggel megválasztott elnöke megkapta azt a jogosultságot, hogy gyakorlatilag kizárólagos irányítása alá vonja a bírák kiválasztását és a bíróságok vezetőinek kinevezését. Egyes vélemények ezáltal egyenesen a bírói döntések teljes átpolitizálását vízionálták, ám ez a veszély a teljes bírósági szervezetet nem fenyegethette.

### Módszertan

Dolgozatomban a bírák függetlenségét és pártatlanságát biztosítani kívánó bírói kiválasztási rendszereket kívánom bemutatni. Ennek keretében rá kívánok világítani arra, hogy az általam példaként hozott államok rendszereiben megvalósul-e, és ha igen, milyen mértékben valósul meg a bírák kiválasztásánál és kinevezésénél a politikától való elhatárolódás, a társadalom reprezentativitásának érvényesítése, valamint a szakmai rátermettség kritériumainak betartása. Egyúttal azt is taglalni kívánom, hogy a különböző államokban a bírók kiválasztása milyen szervekhez kötődik és ezek mennyire függetlenek a kormányzati hatalomtól.

---

<sup>1</sup> A szerző a Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar jogász szakos hallgatója.

## 1. USA

Az Amerikai Egyesült Államok az az ország, amelyben a világon egyedülként már létrejöttkor alkotmányi szinten kinyilvánították, hogy az államot a hatalmi ágak elválasztása és a hatalmi ágak közötti „checks and balances” érvényesítése mellett fogják működtetni. Ennek megfelelően a bírói függetlenség garantálását is zászlajukra tűzték, ám mind a mai napig felmerül a kérdés, hogy a bírák kiválasztásának amerikai rendszere lehetővé teszi-e azt, hogy a részrehajlás nélküli törvénykezés akadálymentesen megvalósuljon. Nevezetesen azért, mert az Egyesült Államokban kapcsolódnak legjobban össze a bíróságok a politikával.

Föderatív állam lévén az USA-ban határozottan különbséget kell tenni a tagállami és a szövetségi bírák választási rendszerei között. A szövetségi bíróságok bíráinak kinevezése a szenátus jóváhagyása alapján az elnököt illeti meg, amely azt eredményezi, hogy a kiválasztási eljárás igencsak átpolitizált: egy-egy elnök ciklusa alatt rendszerint túlnyomó részben az elnök pártját legalább támogató jelöltek neveznek ki, annak ellenére, hogy az 50-es évek óta az Amerikai Jogász Szövetség egy speciális bizottsága is vizsgálja a jelöltek alkalmasságát. A reprezentativitás igényeire nem igazán vannak figyelemmel. Ezen túlmenően a szövetségi bírók rendkívül szűk körét kivéve, ahol a bírák kinevezése élethossziglan szól (pl. Szövetségi Legfelsőbb Bíróság bírái), a választott bíró-jelöltek meghatározott időre (15 évre) nyernek kinevezést, reális tehát a veszély, hogy a bírók az éppen hatalmon lévő párt érdekeinek megfelelő ítéleteket hoznak előmenetelük érdekében. Ebből leszűrhető, hogy a bírói előmenetelben a politikai kapcsolatok hatalmas jelentőséggel bírnak. Az sem válik a bírósági rendszer hírnevének javára, hogy jól elkülöníthetőek a demokrata és a republikánus irányultságú bírák ítéletei, nevezetesen a demokrata bírák határozottan nagyobb arányban hoznak liberálisabb szellemű ítéleteket.

A tagállami bírák kiválasztási folyamata jelentős fejlődésen ment keresztül a szövetségi állam létrejötte óta, s számos, jelentősen eltérő típusa alakult ki. Eleinte élethossziglani kinevezésüket tisztán kormányzati döntés hozta létre, majd ezt számos államban a bírának a nép általi közvetlen választása váltotta fel. A közvetlen választási rendszereknek kialakultak ún. pártos és nem pártos típusai, melyek abban különböztek, hogy a jelöltek neve mellett feltüntetésre kerül-e az, hogy melyik párt „színeiben” kíván valaki bírói kinevezést kapni, vagy nem. Azonban a 20. század első felétől kezdve egyre gyakrabban érte kritika a közvetlen választási metódust, ennek eredményeként pedig újabb módszereket dolgoztak ki. Elsőként Missouri államban fogadták el azt a bírói kiválasztási rendszert, melyben egy jogászokból és laikusokból álló bizottságra ruházták a kormányzói kinevezésre előterjesztett jelöltek listájának összeállítását. Ezek később oly módon differenciálódtak, hogy egyes tagállamokban a kormányzónak kötelező volt a tagállami bizottság listájáról jelölte(ke)t kineveznie, míg más államokban a lista csupán ajánlás a kormányzónak, a döntést saját belátása alapján hozhatja meg. Ezen kívül, mára csak pár államban alkalmaznak egy további rendszert, ahol a tagállami törvényhozó testület a bírói kiválasztás jogosultja.

A legtöbb kritika természetesen a pártos közvetlen választást érte a 20. század elejétől kezdődően. Nem is csoda, hiszen ebben a rendszerben a bírákat a politikai pártok rendszerint nyíltan támogatják, amely finoman szólva aggályos a pártatlanság és a szakmai rátermettség kritériumára nézve. Emellett egy eredményes választás az Egyesült Államokban rendkívül nehéz egy megfelelő kampány nélkül, amely sokszor tetemes összegeket emészt fel, ez pedig óhatatlanul azt engedi feltételezni, hogy a bírákat - megválasztásuk esetén – ítélezésükben olykor nagyban befolyásolhatja a támogató párt iránt érzett hála. Nem lényegtelen az a fenntartás sem, hogy a bírák, akiket megválaszt egy közösség, nem fogják-e ezen közösség akaratát a jog elé helyezni, akár a jogszerűtlenség dacára is? A rendszer kritikusai azt is felhozzák érveik között, hogy a bírákat megválasztó polgárok nem mindig rendelkeznek azzal az ismeretanyaggal, amely objektív döntésükhöz szükséges volna.

Ugyanakkor, mindenképpen megemlítendő a fenti kételyekre válaszul adott érv, miszerint a „teljes semlegesség” álcája semmiképpen sem érvényesíthető maradéktalanul, így nem problematikus a pártok bevonása a bírói kiválasztásba. Véleményem szerint azonban a bírákra nézve a pártok növekvő pénzügyi támogatása a kampányok során nagyobb hatással bír, mint a nem pártos kiválasztási rendszerekben a „rejtett” politikai irányultság.

Mára a tagállamok legnagyobb része a bizottság általi bíró-kiválasztási szisztémát alkalmazza, amelyben az érdemközpontúság a leginkább érvényesíthető. Egyes államokban azonban a korporatív kiválasztási rendszert kiegészítik az ún. megerősítő szavazással (retention election). Ez nem a bírák szelekcióját befolyásolja, hanem gyakorlatilag egy, már hivatalban lévő, bíraskodást végző bíróról nyilváníthatnak véleményt az állampolgárok. Bár a megerősítő szavazás a bírák kiválasztásának pártpolitikai jellegét csökkentheti a pártos választási rendszerhez képest, nem elfeledendő, hogy a procedúra adott esetben „bíróbuktatások” eszközévé is válhat.

Mindent egybevéve megállapítható, hogy az USA-ban az elmúlt évszázadban végbe ment változások eredményeképpen a tagállamok többségében a szakmaiság követelményére fókuszálva történik a bírák szelekciója, ám kikerülhetetlen megemlíteni azt, hogy a tagállamok egy jelentős részében, valamint a szövetségi bíróságok egészében továbbra is kirívóan magas mértékben van jelen az átpolitizáltság a bírák kiválasztásában, illetve a bírák előmenetelében is. Ez a jövőben is az érdemközpontúság háttérbe szorulását eredményezheti, ami az igazságszolgáltatás üzemzavaraihoz vezethet.

Az Egyesült Államok a világ etnikailag legszínesebb országaként a társadalom reprezentativitására a bírók állományában elméletben elengedhetetlen szükségességként tekint. Ennek megfelelően léteznek is törekvések a nemi és etnikai diverzitás biztosítására a bírák körében, ám statisztikai tanulmányok világítanak rá, hogy az amerikai szövetségi és tagállami bíróságok bírái még napjainkban is túlnyomó többségben fehér férfiak, míg a nők, a színes bőrűek és a különböző etnikumok relatív alacsony arányban nyernek bírói kinevezést, s ez a közeljövőben sem várható, hogy jelentősen változna.<sup>2</sup>

## 2. Németország

A hatályos német alaptörvény megannyi más kontinentális példához hasonlóan a történelmi előzmények után kardinális kérdésként kezelte azt, hogy a hatalmi ágak elválasztása a legfelsőbb szintű jogforrásban is kinyilvánításra kerüljön. Ezáltal a bírói függetlenség igénye elméleti szinten megnyilvánul, ám a gyakorlatban felmerülhetnek kétségek a bírák függetlenségét és pártatlanságát illetően. Németországban – a legtöbb európai országtól eltérő módon – máig nem hoztak létre olyan központi bírósági tanácsot vagy hivatalt, amelyre a végrehajtó hatalom átruházta volna azt a nagy múltra visszatekintő jogosultságát, mely szerint a bírák kinevezését megelőzően azok kiválasztása is megilleti – attól függetlenül, hogy a tagállami bíróságok egy része a helyi szabályozásnak megfelelően szélesebb tevékenységi körrel rendelkezik a kiválasztás területén.

Németországban határozottan elkülönül a szövetségi- és a tagállami szintű bírói szervezet és a bírák kiválasztási rendszere is. A szövetségi bírakat (akik csupán 5 %-át teszik a teljes bírói állománynak) egy szövetségi szintű bizottság választja ki, amely 16 szövetségi parlamenti képviselőből, valamint a 16 tartomány igazságügyi minisztereiből tevődik össze. Ebből következően egyértelműen állítható, hogy a bírák kiválasztását párt- és ideológiai érdekek hatják át. Ezt a jelenséget tovább erősíti az, hogy Németországban a politikai

---

<sup>2</sup>JONATHAN K. STUBBS: A Demographic History of Federal Judicial Appointments by Sex and Race: 1789–2016, *Berkeley La Raza Law Journal*, Vol. 26, Art. 4; MALIA REDDICK - MICHAEL J. NELSON - RACHEL PAINE CAUFIELD: Racial and Gender Diversity on State Courts: An AJS Study, *Judges Journal*, 2009, Vol. 48, No. 3

szerepvállalás kizáró oka a bírói kiválasztásnak, a politikai pártban való tagság nem összeférhetetlen a bírói hivatással, sőt, a kiválasztási eljárásban az egyes jelölteknel kinyilvánításra kerül azok politikai hovatartozása is. Különösen érvényesül a kiválasztás átpolitizáltsága a szövetségi alkotmánybíróságok esetében, ahol a bírói testületek tagjainak egyik felét a szövetségi gyűlés, másik felét pedig a szövetségi tanács választja. Mivel a bírójelöltek politikai irányultsága köztudott és a bírák választásához kétharmados többség szükséges, a kiválasztási procedúra könnyen a politikai szeszélyek „áldozatává” válhat.

A tartományi bíróságok szintjén némi eltérést tapasztalhatunk a szövetségi szinthez képest. Míg egyes tartományokban a bírói testületeket is bevonják a kiválasztási eljárásba, a legtöbb államban ugyancsak egy bizottság végzi a bírák kiválasztását, ám itt már bírók is tagjai a testületnek – ettől függetlenül azonban ezen a szinten is a tartományi gyűlések képviselői vannak túlsúlyban. Baden Württembergben egyedülként csak akkor kerül sor egy kiválasztást végző bizottság felállítására, ha a főszabály szerint eljáró bírói testület (Präsidentialrat) elutasítja a minisztérium bíró-jelöltjét. A tagállami szinten a politikai befolyás valamelyest mérsékeltebb mérvű érvényesülése mellett a szakmai rátermettség követelménye is biztosítva van oly módon, hogy a próbaidő letelte után csak a legjobb tudományos eredményekkel rendelkező jelöltek nyernek végső kinevezést.

Összefoglalva az állapítható meg, hogy míg az alsóbb fokú bíróságok szintjén – ahol a bírók nagyobb szerephez jutnak – mind a bírák kiválasztásánál, mind a későbbi előmenetelüknél nagyobb súllyal mérlegelik a szakmai képességeket, s minél inkább feljebb vizsgálódunk a bírósági szervezetrendszerben, annál jobban jelenik meg a politikai pártok érdekeinek előmozdítása. Fontos azonban megjegyezni, hogy a politikai befolyásoltság erős ellensúlyát képezi az automatikus szignálás intézménye, amely által nem fordulhat elő, hogy részre hajló bíróhoz kerüljenek bizonyos ügyek. Emellett meg kell jegyezni, hogy a szakmaiság további érvényesülését erősíti az is, hogy a német bírók egy adott bírósági szinten eltöltött, meghatározott idő után nyerhetnek előléptetést felsőbb szintre, amely értelemszerűen nagyobb szakmai felkészültségre enged feltételezni. Az angolszász rendszerekben növekvő jelentőségű reprezentativitás érvényesítése iránti törekvés nem jellemző, viszont a kinevezett bírák többsége az ezredforduló után már nő volt; az etnikumok azonban nehezen juthatnak bírói kinevezéshez, mivel a német nemzetiség a bíróvá válás feltétele.<sup>3</sup> Végül érdemes megemlíteni, hogy bár az ismertett német bírói kiválasztási rendszer immáron több évtizede működik ezen formájában, ez nem jelenti azt, hogy így is fog maradni. Az ezredforduló után kezdődően először arra merült fel az igény, hogy a szövetségi bírákat kiválasztó bizottságban bírók is helyet kapjanak, 2009-ben pedig már egy konkrét reformtervezet látott napvilágot, amelynek értelmében a tartományi szintű bíróságokon egy kizárólag jogászokból álló tanács lett volna a bíróságok öngazgatását ellátó szerv – ezáltal pedig egyúttal a bírákat választó szerv is.<sup>4</sup> A tervezetet elvetették, azzal, hogy indokolatlan változtatásokat tartalmaz, amelyek nem növelnék a szervezet hatékonyságát, de így is egy jelentős lépés lehet a bírák bevonása felé a bírói kiválasztási rendszerben.<sup>5</sup>

### 3. Anglia és Wales

A common law őshazájában (itt: Anglia és Wales), ahol 1689 óta működik a világ legrégebbi alkotmányos monarchiája, az ezredforduló tájéka előtt a bírói hatalom államhatalmon belüli helyzete sajátos képet mutatott, s ez a bírák kinevezésében és

<sup>3</sup> FIONA O'CONNELL - RAY MCCAFFREY: Judicial Appointments in Germany and the United States

<sup>4</sup> Diskussionsentwurf für ein Landesgesetz der Selbstverwaltung der Justiz (18.03.2009).

<sup>5</sup> BADÓ ATTILA (SZERK.): Fair Trial and Judicial Independence. Hungarian Perspectives (Springer, Cham – Heidelberg – New York – Dordrecht – London, 2014.) 50. p.

kiválasztásában is megnyilvánult. Az említett fordulópont előtt a bíraskodás és a törvényhozás szervezetenként nem vált el egymástól. A Lordok Házában helyet foglaló lord főbírók (law lords) a törvények megalkotása mellett értelmezhetők is azokat, s 1876-tól a legfelső common law bírói fórumot is alkották: a Fellebbezési Jogi Bizottságot, melynek tagja volt a kormányzatot képviselő lordkancellár is.<sup>6</sup> Azonban az államhatalmi rendszer így is demokratikusan tudott működni, a lordkancellárnak a bírák kinevezésénél is volt jogi hatalma, azonban ezzel túlnyomórészt nem élt vissza.

Az ezredforduló idején viszont az állam is idejét látta a bírói hatalom formális elkülönítésének a többi hatalmi ágától. A bírói kinevezési rendszer többlépcsős átalakulásnak indult: 1997-től már nemcsak az kaphatott bírói kinevezést, aki királynői tanácsadói címmel rendelkező barrister ügyvéd volt, hanem bárki, aki jogász végzettséggel rendelkezett és alkalmasnak találtatott a tisztség betöltésére. 2001-ben felállításra került a Commission for Judicial Appointments, amely állandó bizottságként a bírói kinevezések folyamatos felügyeletét és az azokkal kapcsolatos egyéni panaszok kivizsgálását látta el. A bírói hatalom jelentős elválása a végrehajtó hatalomtól 2005 és 2006 folyamán ment végbe: 2005-től kezdve a felső bíróságokra csak pályázat útján lehetett kinevezést nyerni, míg 2006-ban felállították a Judicial Appointments Commission-t.<sup>7</sup> Utóbbi bizottság, mely ténylegesen átvette a bírák jelölésének jogát a kinevezés előtt, azt a célt hivatott szolgálni, hogy a bírák kiválasztása egy olyan testület révén történjen, mely szavatolja, hogy a jelöltek közül érdemeiknek megfelelően, s egyúttal a reprezentativitás megteremtését szem előtt tartva választanak: a 15 tagú bizottságban laikusok, bírák és más jogász szakmát képviselő szakemberek igyekeznek biztosítani a bírói függetlenséget garantáló megfelelő kiválasztást. Emellett, a törvény a bírák politikai befolyásoltságának lehetőségét is igyekszik kizárni: a bírák uralkodó általi kinevezésére a lordkancellárnak olyan személyekre kell javaslatot tennie, akik nem képviselhetnek pártérdeket.<sup>8</sup> Az érdem alapú választás feltételének teljesítésére még a kontinentális gyakorlatból is merítettek: egyre nagyobb mértékben alkalmaznak tesztfeladatokat a jelöltek pontosabb differenciálására. Mindezen túl, még egy teljesen független, új ombudsmani tisztséget is létrehoztak, amely bármely, a bírák kiválasztási eljárásával kapcsolatos egyéni panasz kivizsgálását végzi.

Összességében elmondható, hogy a common law őshazájában a bírói függetlenséget a szakmai rátermettség és a politikai befolyás kizárásának tekintetében igen hatékonyan megvalósítják, azzal együtt is, hogy a kormányzatnak elméleti szinten meg van a lehetősége – de a gyakorlatban ezzel jellemzően nem él - befolyásolni a kiválasztást a lord kancelláron keresztül. Bár a személyi állomány diverzitása tekintetében is élen járnak, Lord Thomas legfőbb bíró véleménye szerint is még legalább 50 évnek kell eltelnie, hogy a bírák közt a nemek és a különböző etnikumok aránya kellő mértékben reprezentatív legyen.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Appellate Jurisdiction Act, 1876

<sup>7</sup> Constitutional Reform Act, 2005 alapján

<sup>8</sup> Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007

<sup>9</sup> <https://www.theguardian.com/law/2015/oct/20/judiciary-making-progress-diversity-says-lord-chief-justice> (2016. november 6-i letöltés)

#### 4. Magyarország

Magyarországon a bírák kiválasztásának sajátos, az előbbieken ismertetett rendszerekhez képest egy többszörösen tagolt szisztémája alakult ki napjainkra. Egy központi, külön jogszabály<sup>10</sup> által felállított pontrendszer alapján, az adott szintű bíróság (törvényszék vagy ítélőtábla) bírói tanácsa – az objektív, és az általa adott szubjektív pontok összesítése alapján - a bírósági szint elnökéhez terjeszt egy javaslatot, melyben a pályázati rangsorban első helyen álló jelöltet javasolják kinevezésre való felterjesztésre. A bíróság elnökét a tanács javaslata nem köti teljes mértékben, a pályázati rangsorolásban első helyet meg nem szerző, de a rangsorban második vagy harmadik jelöltet is felterjeszthet az Országos Bírói Hivatal elnökéhez. Az OBH elnöke viszont szintén nem köteles a felterjesztő bírósági elnök által javasolt jelölt felterjesztésére a köztársasági elnök általi kinevezésre, ugyanis ő is dönthet úgy, hogy a pályázati rangsorolás alapján második vagy harmadik jelöltet választja. Ebben az esetben azonban választását indokolással meg kell küldenie az Országos Bírói Tanácsnak, amely vagy egyetért az OBH elnökének javaslatával, vagy nem ért egyet, s ekkor a bírósági elnök rangsorolása szerinti első jelöltet kell az OBH elnökének felterjesztenie a köztársasági elnök általi kinevezésre. A kúriai bírójelöltek esetén a Kúria elnöke a pályázat végső elbírálója.

Ebből a meglehetősen bonyolult rendszerből is kitűnik, hogy a pályázati rangsorolás elméletben elenyésző mozgásteret enged az érdemközpontú kiválasztás érvényesítésétől való elmozdulásra. A politikai befolyásoltság és nyomásgyakorlás a bírói kiválasztási rendszerre ugyanakkor elméleti szinten nem zárható ki, mivel az eljárásban kardinális szerepet betöltő OBH-elnököt az Országgyűlés választja, s bár az Országos Bírói Tanács egy kizárólag bírákból álló testületként vélelmezhetően teljes mértékben szakmai szempontokat szem előtt tartva gyakorol felügyeletet kiválasztási döntéseivel szemben, a gyakorlatban az tapasztalható, hogy az OBT érdemben ritkán mond ellent az OBH elnökének. Mítöbb, az is aggályokra adhat okot, hogy egy karrierbírói rendszerben, ahol az ügyek szignálása minden bírósági szinten az OBH elnöke által kinevezett elnökök vagy ez utóbbiak által kinevezett vezetők hatásköre, lehetséges, hogy a jövőbeni előmenetelüket szem előtt tartva olyan bírákra oszthatják az ügyeket, akikről úgy gondolják, hogy a politika érdekeinek megfelelő ítéletet hozhatnak. Megjegyzendő, hogy Magyarországon sem a bírák sem a bíró-jelöltek politikai irányultságát nem vizsgálják.

A magyar bírák szelekciójában a társadalom-összetételnek megfelelő reprezentativitás szempontja is sajátos módon mutatkozik meg. A világon rendkívül ritka módon a magyar bírók többsége nő, így az az angolszász országokban jellemző jelenség, hogy abba az irányba történnek törekvések, hogy a női nem aránya a bírák állományán belül növekedjen, teljesen hiányzik. Az etnikailag Európa- és világviszonylatban is közel homogén társadalom révén az etnikai sokszínűség követelményének a bírák összetétele nagyrészt megfelel, ám hiányoznak az olyan állami törekvések, amelyek a bírói állományban az egyes nemzetiségek képviselőit következetesen támogatnák.

Konklúzióként az a megállapítás tehető, hogy míg a bírák magyarországi kiválasztási szabályozása, illetve rendszere a társadalom reprezentativitásának biztosítására a bírák személyi állományában nem törekszik, a szakmai rátermettség érvényesítését pedig relatíve magas szinten véghezviszi, s bár a bíró-jelöltek politikai irányultságát nem vizsgálják ám a gyakorlatban számos lehetőség mutatkozik arra, hogy „rés keletkezzen a bírói pártatlanság pajzsán”, a politikai befolyásoltság veszélye révén. A bírák előmenetelében a kapcsolati tőke szignifikáns elemként jelentkezik, és ez sajnálatos módon szintén veszélyt jelenthet a pártatlanságra abban a tekintetben, hogy az egyes bírák olyan ítéleteket hozhatnak, melyeknél

<sup>10</sup> 7/2011 (III.4.) KIM rendelet a bírói álláspályázatok elbírálásának részletes szabályairól és a pályázati rangsor kialakítása során adható pontszámokról



nem a jogszerűséget, az igazságosságot akarják előmozdítani, hanem azt, hogy ítéleteik és kapcsolataik révén magasabb pozíciót szerezzenek meg.

### **Összegzés**

A legáltalánosabb konklúzióként az vonható le, hogy valószínűleg egyik bírói szelekciós rendszer sem tökéletes, talán nem is lehet ilyet alkotni. Mindegyik magában hordozza a lehetőségét a politikai befolyásoltságnak, kisebb vagy nagyobb mértékben. Véleményem szerint az Angliában és Walesben érvényesülő kiválasztási rendszerben valósulnak meg együtt leginkább mindazon kritériumok, – a szakmaiság hangsúlyossága, a politikai befolyásoltság minimalizálása és a társadalom reprezentáltsága a bírói állományban – melyek egy tisztességes és törvényes bírói eljárást, s általában a bírói függetlenséget a legnagyobb mértékben garantálni tudják. Ugyanakkor érdemes megemlíteni, hogy az elmúlt évtizedekben a kontinentális országok is jelentős lépéseket tettek abba az irányba, hogy a szakmai rátermettség primátusát mind az új bírák kiválasztásánál, mind a már gyakorló bírák előmenetelénél érvényesítsék. Egyre több országban alkalmazzák a versenyvizsga-rendszert a bírák kiválasztásánál (pl. Spanyolország, Franciaország, Anglia-Wales), valamint a bírói előmenetelnél is erősítik a meritokratikus kiválasztást a pályázati eljárások, valamint a kötelező bírói gyakorlati idő mértéke által (pl. Olaszország, Németország). A külföldi kiválasztási rendszerekhez képest a magyar kiválasztási rendszer kielégítő mértékben tesz eleget a szakmai rátermettség elvének érvényesítésének. A politikai befolyás lehetősége az OBH elnökének a bírák kiválasztásában meglévő nagy súlya miatt elvben sajnos nem elhanyagolható, ennek orvoslására egy olyan szisztéma jelenthetne megoldást, ahol olyan személy vagy testület látja el a köztársasági elnök elé való felterjesztést, aki/amely lehetőleg teljes mértékben politikával összefüggésbe nem hozható. Természetesen ezek csak elvi feltevések, melyek nem jelentik azt, hogy a jelenlegi rendszerben ne működhetne pártatlan bíráskodás, de vitathatatlan, hogy a fenti felvetés szerinti gyakorlatban kisebb lehetőség volna a bíráskodás diszfunkcionalitására.

Felhasznált irodalom

- BADÓ ATTILA (SZERK.): Fair Trial and Judicial Independence. Hungarian Perspectives; Springer, Cham; Heidelberg – New York – Dordrecht – London; 2014. p. 27-58.
- BADÓ ATTILA (SZERK.): A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika. Összehasonlító jogi tanulmányok (Gondolat Kiadó), Budapest, 2011 p. 39-64
- Bencze Mátyás – Badó Attila: A magyar bírósági rendszer hatékonyságát és az ítélezés színvonalát befolyásoló strukturális és személyi feltételek – A magyar jogrendszer állapota c. kötet, Budapest, 2016 p. 433-441
- FIONA O’CONNELL - RAY MCCAFFREY: Judicial Appointments in Germany and the United States, Research and Information Service Research Paper for the Northern Ireland Assembly, Belfast, 2012
- JONATHAN K. STUBBS: A Demographic History of Federal Judicial Appointments by Sex and Race: 1789–2016, Berkeley La Raza Law Journal, Vol. 26, Art. 4, 2016
- MALIA REDDICK - MICHAEL J. NELSON - Rachel Paine Caufield: Racial and Gender Diversity on State Courts: An AJS Study, Judges Journal, Vol. 48, No. 3, 2009
- Tribunals, Courts and Enforcement Act, 2007
- Appellate Jurisdiction Act, 1876
- Constitutional Reform Act, 2005
- 2011. évi CLXII. törvény a bírák jogállásáról és javadalmazásáról
- 7/2011 (III.4.) KIM rendelet a bírói álláspályázatok elbírálásának részletes szabályairól és a pályázati rangsor kialakítása során adható pontszámokról
- [https://ballotpedia.org/Judicial\\_selection\\_in\\_the\\_states](https://ballotpedia.org/Judicial_selection_in_the_states) (2016. november 6-i letöltés)
- <https://www.theguardian.com/law/2015/oct/20/judiciary-making-progress-diversity-says-lord-chief-justice> (2016. november 6-i letöltés)