



De iurisprudencia et iure publico

JOG- ÉS POLITIKATUDOMÁNYI FOLYÓIRAT

www.dieip.hu | www.dieip.com

VI. évfolyam

2012/4. szám

Kiadja:

Magyar Jog- és Államtudományi Társaság

mjat@mjat.hu

dieip@dieip.hu

Cím:

6725

Szeged

Alföldi u. 11. III/7.

Főszerkesztő: Paczolay Péter

Társszerkesztők:

Tóth J. Zoltán

Fejes Zsuzsanna

Kovács Endre Miklós

HU ISSN: 1789-0446



Tartalomjegyzék

Bérces Viktor:	
A védői funkció érvényesülése a fellebbviteli eljárásokban.....	2
Juhász Krisztina:	
EUPM Bosznia – az EU rendőri missziója Bosznia-Hercegovinában.....	26
Macher, Gábor:	
The Common Features of the Housing Policies and Markets of the East-Central European Countries During the Era of Socialism and the Era of Transition.....	50
Mondovics, Napsugár:	
The value of social self-reliance in the law ban	64
Nótári Tamás:	
A Lex Baiuvariorum és az alemann törvények kapcsolata joga.....	74
Pavlovits Máté:	
Pusoma Dénes ártatlan, de nem eléggé – Egy magyar példa a bírói szubjektum kizárhatatlanságára	87
Pintér Beatrix:	
FATF-típusú regionális szervezetek.....	108
Radics, Olívia:	
Justice for Sale: State Judicial Elections and Campaign Finance in the United States in the Post-Citizens United Era	115
Sulyok Márton Péter:	
A versenyt korlátozó megállapodások a magyar büntetőjogban, a Btk. 296/B § alapján	161
Vörös Judit:	
Az emberi embrió szabályozásának kérdéseiről.....	192
Recenziók:	
Mészáros Sándor – Szabó Pál:	
Nótári Tamás: Lex Baiuvariorum – a bajorok törvénye (<i>recenzió</i>).....	200
Szmodis Jenő:	
A nemzeti és európai jog kapcsolatáról – Töprengések Vörös Imre könyve ürügyén (<i>recenzió</i>)	203

*Bérces Viktor ügyvéd, megbízott előadó,
Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Kar
Büntetőjogi Tanszék*

A védői funkció érvényesülése a fellebbviteli eljárásokban

1. Bevezetés

A fellebbezés a bírósági ítéletről (és egyszersmind a bírósági eljárás egészéről való) való szakmai alapú véleménnyilvánítás kizárólagos eszköze.¹ A fellebbezés alapossága olyan szubjektum, amelynek megítélése teljes mértékben a védőre van bízva, annak korlátait legfeljebb az ügyiratok, illetőleg a védő személyes és szakmai alapú meggyőződése jelölhetik ki. Mindazonáltal egyetértek azzal az állásponttal, hogy a védői fellebbezés korrektsége nem az eredményen, hanem az alkalmasságon és a jóhiszeműségen mérhető le.²

A védőnek először is azt kell kifejeznie, hogy a fellebbezés tartalmilag csak a saját álláspontját tükrözi, és az nem egy eleve sikeresnek tekinthető indítvány. A fellebbezés egyúttal nemcsak joga, de kötelezettsége is a védőnek, amennyiben annak akár legcsekélyebb oka is fennáll.³

A védőnek a fellebbezés tekintetében való döntése, illetőleg a terhelt ilyen tartalmú döntésének befolyásolása az ügyvédi pálya egyik legfelelősségteljesebb része. Mindezt azért állítom, mert 1. nyilvánvalóan nincs garancia a fellebbviteli fórum kedvezőbb döntésére 2. a terhelt esetében könnyen „eljárési traumát” okozhat a további bírósági eljárás 3. nem elhanyagolható a fellebbviteli eljárás költségvonzata és 4. ha a védő nem él a fellebbezés jogával, lehet, hogy az ügy a szó szoros értelmében igazságtalanul, vagy legalábbis amolyan

¹ Érdekesképpen utalnék Fenyvesi kevéssé vitatható dogmatikai újítására a védői fellebbezésnek „védíratként” történő értékelése kapcsán: „ez a védői dokumentum - felfogásom szerint - az ötödik „védírat” lesz, illetve lehet az eljárásban. Az elsőt a terhelttel szembeni alapos gyanú közlésekor adhatja be a védő, indokolva miért nem látja megalapozottnak a gyanút, elsősorban jogi érvek, bűncselekmény tényállási elemek hiányában {...} A második védírat az iratismertetéskor kerülhet elő, a védő előadja érveit már a nyomozás anyagának teljes ismeretében. A harmadikat a közbenső eljárásra időzítheti a védő, mégpedig a vád ismeretében, a bírósági tárgyalás kezdetére, a vádban foglaltakat vitatva. A negyedik védírat a védő beszéd írásbeli formája, a vádbeszéd, és a vád gyengítésére, az ellenérvek jegyzőkönyvi hűségű felsorakoztatása érdekében. Az ötödik pedig az ítélet elleni fellebbezés védői érvei, részletes kifejtése, miért támadja a védő a most már írásban, részletesen is rögzített elsőfokú bírósági álláspontot.” FENYVESI CSABA: *A védő a fellebbezési eljárásban*. Jogtudományi Közlöny, 2002/7-8., 337.

² BOLGÁR GYÖRGY - KÁRPÁTI LÁSZLÓ - TRAYTLER ENDRE: *A bűnügyi védő munkája*. Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1965. 362.

³ Például azért, mert a bíróság nem alkalmazta az „enyhítő szakaszt”, intézkedés helyett büntetést szabott ki, stb.

„félkész” állapotban zárul le (ami ugyancsak magában rejti a megbízási elégedetlenség lehetőségét). Ezeket az eshetőségeket tehát a védőnek egytől-egyig figyelembe kell vennie, mielőtt dönt jelen eljárási nyilatkozatáról.

A védőnek a fellebbezéssel kapcsolatos véleménye kifejtése során mindenekelőtt abból kell kiindulnia, hogy egy bírósági határozat sohasem lehet igazságtalan, csak téves.⁴ Az ítélet kihirdetését így nem kísérheti a védő helyeslő, avagy azt ellenző magatartása, a fellebbezésben nincs helye semmiféle hangulati elemnek.⁵

„Jelentős az a jogi segítség, amelyet a védő a perorvoslatok szempontjából nyújt az érdekelteknek. A perorvoslatokkal a védő helyzete azáltal válik különlegessé, hogy ilyenkor nem az ügyfélnek sokszor kusza, bizonytalan, bonyolult előadása alapján kell álláspontját kialakítania, hanem az ügynek olyan szakaszában kerül sor tevékenységére, amikor a bíróság a tényállást a megfelelő eljárás lefolytatásával nemcsak megállapította, hanem azt jogilag is értékelte.”⁶ Ennek megfelelően, ahogy a védői megbízás létrejöttkor az ügyvédet az ügy „első bírójaként” emlegetik, úgy a perorvoslattal kapcsolatban tulajdonképpen a fellebbviteli bíróság szerepét testesíti meg, s ebben a körben megvizsgálja, hogy a bíróság által lefolytatott eljárás, és az ennek eredményeképpen hozott döntés mennyiben felel meg a törvényes követelményeknek. A védő a fellebbezésben tehát valamilyen formában bírálja a határozat megállapításait, ugyanakkor az (írásbeli) fellebbezésben nem prejudikálhat, semmilyen formában nem jósolhatja meg előre a fellebbviteli bíróság döntését.

A védő fellebbezési jogának korlátlanóságából következik, hogy jogorvoslással élhet többek között a bűnösség, a minősítés, a kiszabott szankciók és a bünyügyi költségek tekintetében. Ezenkívül kifogásolhatja az eljárásban megvalósult szabálysértéseket, a tényállás megalapozatlanságát, a bizonyítás lefolytatásának hiányosságait, stb.⁷

⁴ BOLGÁR-KÁRPÁTI-TRAYTLER i.m. 353.

⁵ A védő „véleménye ne haladja meg a jogi bírálatot és az annak megértéséhez szükséges magatartást. Törvényszerűen mondhatja, hogy az „ítélet jó,” „rossz,” „téves,” „enyhe” vagy „súlyos.” De tartózkodni kell az efféle és hasonló szövegtől, hogy {...} „elfogult,” „részrehajló,” „igazságtalan.”” BOLGÁR-KÁRPÁTI-TRAYTLER i.m. 354.

⁶ HEGYHÁTI ISTVÁN - RÉVAI TIBOR: *Jogi képviselő és védelem*. Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1964. 310.

⁷ FENYVESI: *A védőügyvéd. A védő büntetőeljárás szerepéről és jogállásáról*. Budapest-Pécs, Dialóg-Campus Kiadó, 2002. 312.

2. A védői fellebbezés tartalmával kapcsolatos elvárások. A szóban bejelentett fellebbezés előadásmódja

A fellebbezési kérelemnek a fellebbviteli fórumtól várt döntést jól körülhatárolható módon kell tartalmaznia. A ténybeli és jogi következetesség a fellebbezés esetében is elvárás, mindazonáltal ez nem zárja ki azt, hogy a védő alternatív indítványokat is tegyen e beadványában (ld. ahogy a védőbeszédben is). Az más kérdés, hogy a védő ekkor is könnyen a „joggal való visszaélés” mezsgyéjére tévedhet, ha olyan adatokra hivatkozik, amelyekre az ügyiratok egyáltalán nem utalnak.

A fellebbezés határozottságának követelménye így pusztán abban fejeződik ki, hogy annak konkrét jogszabályi rendelkezésekre, illetőleg (adott esetben) korábbi bírói döntésekre kell hivatkoznia. A vagylagos kérelmek köre ugyanakkor még a védőbeszédekénél is tágabb körben érvényesülhet, hiszen a fellebbezésről való döntés másodfokon az egész korábbi eljárás felülvizsgálatát jelenti, annak kialakítására pedig megfelelő idő áll rendelkezésre a fellebbviteli bíróságok számára.

A szóban bejelentett fellebbezések esetében a védőnek azt kell szem előtt tartania, hogy nem a jelenlévő publikumhoz fellebbez. Itt nem magánvéleményről, hanem az „általános szakmai elvárhatóság” talaján álló védői nyilatkozatról van szó. Az ítéletre tett nyilatkozat szövege tekintetében egyébiránt nincs törvényi előírás, a gyakorlatban a „Tudomásul veszem!”, illetve a „Fellebbezést jelentek be!” kifejezések használatosak.⁸ Azt ugyan mindenképpen tisztázni kell a terhelt előtt, hogy a tudomásulvétel a határozat elfogadását fejezi ki, ez a megjelölés azonban álláspontom szerint nem szabatos. Annak ugyanis elvileg csak azt kellene jelentenie, hogy a nyilatkozó személy nyugtázza, hogy a döntést „legitimnek” tekinti, tehát a bíróságot, mint eljáró szervet elismeri. Ennélfogva az lenne a helyes, ha a „Tudomásul vettem és fellebbezni kívánok!”, avagy a „Tudomásul vettem és nem kívánok fellebbezni!” fordulatokat használnák mind a védők, mind a terheltek.

⁸ Traytler írja: „a tudomásul vétel csak annak elismerése, hogy a bíróság így ítélezett, ami még nem megnyugvás a tudomásban, illetve döntésben. Az ítéletet mindenkinek tudomásul kell vennie, de nem köteles abban megnyugodni. Ha az érdekelt tudomásul vette a határozatot - azt meg is fellebbezheti.” BOLGÁR-KÁRPÁTI-TRAYTLER i.m. 356.

3. A fellebbezés indokolásával kapcsolatos védői feladatok. A fellebbezési okok egzakt megjelölésének jelentősége

A védő perorvoslati kérelmét minden esetben logikailag alátámasztható módon, (általában) hosszasan köteles indokolni. Erre több okból is szükség van, de legfőképpen azért, mert a védőbeszéd és a szóbeli fellebbezés pontos jegyzőkönyvezése elmarad az elsőfokú tárgyaláson. Részletesen indokolni természetesen csak írásban lehet, ugyanakkor még ennek elmaradása sem akadályozza annak, hogy a fellebbezés elbírálásra kerüljön.⁹ Hovatovább, nem szükséges az sem, hogy a védő helyes fellebbezési okot jelöljön meg, mivel a másodfokú bíróság teljes terjedelmében felülbírálja az elsőfokú eljárást.

Mindez természetesen nem azt jelenti, hogy a védő elhanyagolható eljárási cselekményként tekinthet e jogorvoslati nyilatkozatra. Egyrészt törekednie kell arra, hogy felesleges fellebbezést ne jelentsen be (pl. felmentésre irányuló indítvány a teljes felderítettség és az elítélt beismerő vallomásának állapotában), másrészt tartania kell magát a törvényi határidőhöz is.¹⁰ A magam részéről egyébiránt nem érzem aggályosnak, ha a fellebbezés védői indokolása teljes mértékben eltér a védő korábbi álláspontjától.¹¹

Nem tekinthetjük elfogadhatónak a „vádolt ártatlanságára”, az „eljárási hibákra”, vagy a „védelemhez való jog megsértésére” való általános hivatkozásokat. Ugyancsak nem elfogadható a bíróság tekintélyét csökkentő és a hétköznapi triviális szóhasználatának szintjére süllyedő jelzők használata (pl. „Nyilvánvalóan koncepció ítélet született!”). Mindezekkel ellentétben szakszerű a bűnösség téves megállapítására, a tényállás megalapozatlanságára, a helytelen minősítésre, a túlságosan súlyos büntetésre, avagy a bizonyítási indítvány indokolatlan elutasítására való hivatkozás.

A fellebbezés megalapozottsága tekintetében elvárt „körültekintő magatartás” nem azt jelenti, hogy csak akkor lehet fellebbezni, ha a védő teljes mértékben meg van győződve annak sikeréről. Jelen esetben tehát az is elmondható, hogy szűkülnek a védőnek a bírósággal való együttműködésre vonatkozó kötelezettségei, sőt: sok esetben nem is az a fellebbezés motivációja, hogy az elsőfokú bíróság „rossz” döntést hozott, hanem az, hogy a védő egyszerűen kedvezőbb döntést vár egy másik bírói fórumtól.

⁹ BOLGÁR-KÁRPÁTI-TRAYTLER i.m. 381.

¹⁰ A kézbesítés útján közölt ítélet ellen nyolc napon belül lehet fellebbezni /Be. 325. § (2) /.

¹¹ Felmerült a szakirodalomban az a kérdés, hogy eltérhet-e a védő az elsőfokú ítélet ellen bejelentett fellebbezésben, illetve annak részletes indokolásában az ügy korábbi szakaszában elfoglalt álláspontjától. Sztcovszkij írja: „lehetséges {...}, hogy az első fokú eljárásban elfoglalt védői álláspont téves, s ezt a tévedést az ügyvéd a fellebbezési eljárásban kellő alátámasztással feltétlenül kijavíthatja.” J.I. SZTECOVSZKIJ (Moszkva): *A védő álláspontjának kialakulása a büntetőeljárásban*. Magyar Jog, 1970/3., 103. In: FENYVESI: *A védő a fellebbezési eljárásban* i.m. 337.

a) Az anyagi büntetőjog szabályainak megsértése történő hivatkozás nem kifogásolható, ugyanakkor igencsak alkalmas arra, hogy a másodfokú bíróságot bizonytalanságban tartsa, másfelől arra is, hogy megnehezítse a soron következő tárgyalás előkészítésének fázisát. A védői álláspont erejét jelen esetben az adja meg igazán, ha az ügyvéd konkrét jogszabályhelyre hivatkozik.¹²

b) A megalapozatlanság eseteit a Be. kifejezetten felsorolja. Így megalapozatlanság fordul elő 1. a tényállás megállapításának hibái (pl. hiányosság, iratellenesség, helytelen ténybeli következtetések) 2. az ügy kellő felderítésének hiányai, illetőleg 3. az indokolási kötelezettség teljesítésének elmulasztása esetén. Ehhez számos bevett „klisé” társulhat, amelyek mentén a bíró dönt, mint például 1. az okirat megbízhatóbb, mint a tanú 2. a büntetett előéletű személy mellett sokkal inkább érvényesül az ún. „rejtett bűnösségi vélelem”, stb. Ezek létező előítéletek, és gyakran odavezetnek, hogy a tényállás nem lesz kellőképpen felderítve, tehát a vádlott bűnösségét annak ellenére állapítja meg a bíróság, hogy azt minden kétséget kizáróan bizonyította volna.

A megalapozatlanságra alapított fellebbezés legfontosabb hivatkozási alapja általában az, amikor a védő valamely adatnak, vagy ténynek a bizonyítási eljárásból való kimaradását sérelmezi. Itt arról van szó, hogy 1. az elsőfokú bíróság korábban szándékosan nem adott helyt olyan (védői) indítványnak, amely a felelősség szempontjából lényeges kérdés(ek)re kívánt volna rámutatni vagy 2. a bíróság (és az eljárás többi szereplője) merő véletlenségből hagyott figyelmen kívül olyan tényeket, adatokat, amelyeknek befolyásuk lehetett volna az ítéletre.

Ugyancsak a megalapozatlanság kategóriájába sorolható az, amikor 1. a bíróság olyan körülményt állapít meg tényként, amire az ügy irataiban nincs rögzített adat (ld. a tényállás megállapítása ellentétben áll az iratok tartalmával)¹³ vagy 2. az ítéleti indokolás teljes, vagy részleges hiányban szenved. Ez utóbbi eset külön hatályon kívül helyezési okként szerepel a Be.-ben /ld. 373. §), ami a logikus érvelés, az eljárási szereplők megfelelő kioktatásának, a kiszámíthatóságnak a követelményét támasztja az eljáró bíróságokkal szemben. A gyakorló jogászok többsége egyébiránt úgy véli, hogy a bírói határozatok indoklása gyakran szegényes, vagy teljességgel inkoherens. Ezt jól jelzi Bencze tanulmánya is, amelyben a megkérdezett

¹² BOLGÁR-KÁRPÁTI-TRAYTLER i.m. 363.

¹³ BOLGÁR-KÁRPÁTI-TRAYTLER i.m. 375.

ügyvédek közül sokan rámutattak arra, hogy az ítéletek indokolásai gyakran klisészerűen vannak megfogalmazva, s mindez a megalapozatlanság leplezése végett történik.¹⁴

A felderítetlenség fogalma külön tisztázást igényel: egy ügy nemcsak akkor felderítetlen, ha a bíróság számára - a hatóságoknak felróható okból - nem állnak rendelkezésre a ítélelhozatalhoz szükséges adatok, hanem akkor is, ha a ténymegállapítások fogyatékos adatokból születnek.¹⁵ Nem állapítható meg viszont akkor, ha a szükséges adatok eleve hozzáférhetetlenek (pl. az egyetlen szemtanú eltűnt).

A helytelen ténybeli következtetés esetében arról van szó, hogy a bíróság mindössze egyetlen lehetséges álláspontot fogad el (pl. nem egyedül, hanem többedmagával követte el a vádlott a bűncselekményt), de ez a megállapítás téves. Jelen logikai művelet egyébiránt azért áll „ingoványos talajon”, mert a bíróság egyes - már megállapított tények fennállása miatt feltételezi további tények fennállását is (pl. a vádlott egyedül nem tudta volna gyalog több km-es távolságba elcipelni az áldozatát). Ez azonban csak hipotézis, ami a védelem és a vád számára is támadási felületet jelenthet. Nem véletlen tehát, hogy az egyik leggyakoribb fellebbezési okról van szó.

c) A bíróság mérlegelési hibájára való hivatkozás tisztázása esetén mindenekelőtt az igényel magyarázatot, hogy mit is jelent maga a mérlegelés folyamata. A bíróság mérlegelési tevékenysége során a bizonyítékokat egyenként és összességükben, a közvetlenség elve alapján megvizsgálja, értékeli, és benső meggyőződése szerint¹⁶ dönt azok fennállásáról, illetőleg relevanciájáról. A „mérlegelés” kifejezés tehát tulajdonképpen egyfajta figyelemfelhívás a vád és a védelem számára, hogy a bírósági döntés támadható.¹⁷ Megjegyezném, hogy a mérlegelő tevékenység keretében lezajló döntéshozatal inkább a tagadásban lévő terheltek esetében fordul elő.

Amikor a bíróság a mérlegelés körében jut el valamilyen megállapításhoz, akkor törvényes felhatalmazás alapján jár el, tehát semmiféle eljárási szabálysértésről, avagy „önkényes ítélezésről” nem lehet szó, ezek hivatkozási alapként nem szolgálhatnak a fellebbezésben. Hegyháti és Révai szerint ugyanakkor „a bíróság mérlegelési joga ellenőrzés

¹⁴ A leggyakoribb típuseset az, amikor a bíróság ellentmondás esetében azért fogadja el inkább a tanú vallomását, mert míg a terhelt nem köteles igazat mondani, addig előbbi igen. BENCZE MÁTYÁS: *A jogalkalmazási folyamat szociológiai vizsgálata*. Kézirat. <http://www.bpugyvedikamara.hu/files/41/41019.pdf>

¹⁵ Traytler szerint „a felderítetlenség fogalmához tartozik az is, ha a bíróság valamely ügy adataként nem szereplő tudományos tétellel szembenálló tényt állapít meg. Pl.: „a strichin ideggyógyászatban nem használatos.” Ellenkezője bármely lexikonból megállapítható.” BOLGÁR-KÁRPÁTI-TRAYTLER i.m. 376.

¹⁶ FENYVESI: *A védő a fellebbezési eljárásban* i.m. 338.

¹⁷ Nagy szerint a mérlegelés lényegileg nem más, mint „az egymással ellentétes következtetésre alapot adó adatok bizonyító erejének, illetőleg megállapított konkrét múltbeli tényeknek a büntetéskiszabást - szintén ellentétes előjellel - befolyásoló súlyának egymás között történt egybevetése alapján végzett értékelése.” NAGY LAJOS: *Ítélet a büntetőperben*. Budapest, 1974., 234. In: FENYVESI i.m. 338.

alatt áll, az nem lehet parttalan, önkényes. Az ellenőrzés eszköze az indokolás, amely törvény által előírt kötelezettsége a bíróságnak. Általában, elvi érveléssel rögzíthető, hogy a mérlegelés alapján hozott döntés vagy megállapítás törvényt sért, ha 1. hiányzik a határozatból annak indokolása, vagy 2. az indokolásban a mérlegeléssel kapcsolatban kifejtettek az annak eredményeképpen hozott döntést, illetőleg megállapítást kellőképpen nem támasztják alá.”¹⁸

Külön szólnék a tanúvallomások bíróság általi mérlegelésének problematikájáról: a bíróságnak az a joga, hogy valamely tanú vallomását bizonyító tényként elfogadja avagy azt szavahihetőség hiányában elvesse, nem jelenti azt, hogy a bíróság e kérdésben önkényesen járhat el, mert jelen döntéseit szintén köteles megindokolni. Bár a fellebbviteli eljárásban a vizsgálat csupán ez utóbbi kötelezettség teljesítésére terjed ki, mégis lehet idézni a gyakorlatból olyan 1962-es (polgári) ügyet, amikor az akkori Legfelsőbb Bíróság a tanúk szavahihetőségének mérlegelés alapján eszközölt bírálatát felülvizsgálat tárgyává tette, s mellőzte az elsőfokú bíróságnak olyan megállapítását, amely szerint két kihallgatott tanút nem tekintett szavahihetőnek. A testület e határozatában aláhúzta, hogy az adott tanúk érdektelenségére vagy elfogultságára nézve az ügyben bizonyíték nincs, szavahihetőségük kizárása tehát törvényt sértett.¹⁹ Úgy vélem, jelen gyakorlatot a mai büntetőeljárásban is irányadónak kellene tekinteni.

d) Az eljárási szabálysértés, mint fellebbezési ok az eljárás valamennyi szakaszában megvalósuló szabálysértés esetében érvényesíthető (pl. nyomozati szakban nem figyelmeztetik a tanút a hamis vallomástétel törvényi következményeire; a bíróság megzavarta a védőbeszédet; a terheltnek nem tették lehetővé, hogy összefüggően előadja a vallomását, stb.). Ha különös súlyú - az ügy érdemét lényegesen befolyásoló - eljárási hibáról van szó, akkor azt a fellebbviteli fórumnak elvileg hivatalból is észlelnie kell. A védő azonban ne apelláljon erre, sőt: még a korábbi ítélet előtt meg kell kísérelnie a sérelem kiküszöbölését²⁰ azzal, hogy indítványoz, vagy észrevételez. Úgy vélem, főszabály szerint mindent el kell követnie annak érdekében, hogy a szabálysértést időben felismertesse a bírósággal, hiszen ezt kívánja a tárgyalási etika és a kollegialitás elve is. Ugyanakkor még feltétlen hatályon kívül helyezési ok²¹ esetén sem köteles a védő olyan szabályszegés miatt fellebbezni, ami nem sérti a vádlott érdekét.²²

¹⁸ HEGYHÁTI - RÉVAI i.m. 269-323. In: FENYVESI: *A védő a fellebbezési eljárásban* i.m. 338.

¹⁹ Legfelsőbb Bíróság P. törv. III. 21.691/1962/3. sz. határozat.

²⁰ BOLGÁR - KÁRPÁTI - TRAYTLER i.m. 379.

²¹ A Be. 373. § számos ilyen okot meghatároz: 1. a bíróság nem volt törvényesen megalakítva, vagy a tárgyaláson a tanács tagjai nem voltak mindvégig jelen 2. az ítélet meghozatalában a törvény szerint kizárt bíró

e) Az új tény, vagy új bizonyíték felmerülése esetében amolyan, a „védő kezében lévő piros hetes kártyalapról” van szó, amely kiváltképpen akkor hathat a meglepetés erejével, ha az valóban a bíróság előtt - az ítélethozatal megelőzően - teljességgel ismeretlen tényanyagot foglal magában. Az ilyen tartalmú védői fellebbezés általában nem hivatkozik sem megalapozatlanságra, sem mérlegelési hibára.²³ Nincs is rá szükség, hiszen olyan „patthelyzetet” eredményez, amelyben sem a vádhatóság, sem az ítéletet hozó bíróság nem tud vitapartnerré válni, hiszen az előadott állítások az adott időpontban nem cáfolhatóak meg. Az adott kérdésben való döntés csakis a másodfokú bíróság feladata lehet. Az új tény, vagy új bizonyítékot már a fellebbezés bejelentésénél (szóban) is meg lehet jelölni, ahhoz nem szükséges külön indokolással ellátott írásbeli beadvány. Azt viszont minden esetben meg kell jelölni, hogy mi az indítvány végcélja (pl. felmentés, bűnösségi alakzat módosítása, stb).

4. A fellebbezés bejelentésével kapcsolatos taktikai megjegyzések

Az, akivel az elsőfokú bíróság az ítéletet kihirdetés útján közli, a fellebbezését nyomban bejelentheti, vagy erre háromnapos határidőt tarthat fenn /Be. 325. §/. A védő értelemszerűen csakis a terhelt javára nyújthat be fellebbezést, és az elbíráló bíróság is csak úgy kezelheti azt, mint ami a terhelt javára szól.

Szóbeli bejelentés esetében ugyan a terhelt a védőjét megelőzően nyilatkozik,²⁴ de ennek a törvényi sorrendnek végtére is nincs jelentősége, hiszen a védő a vádlott hozzájárulása nélkül is fellebbezhet /Be. 324. §/.²⁵ A jogalkotó nyilvánvaló szándéka ezzel az, hogy a nyilatkozatok befolyásmentesek legyenek. Leszögezhető ugyanakkor az is, hogy egyetlen „jóváhagyó fejbólintás” elegendő ahhoz, hogy a terhelt a védő utasításait követve jelentse be a fellebbezésre irányuló szándékát. A védőnek a fellebbezési jog gyakorlása körében való önállósága pusztán annyiban korlátozott, hogy a már megtett fellebbezését a

vett részt 3. a bíróság a hatáskörét túllépte, katonai büntetőeljárás hatálya alá tartozó, vagy más bíróság kizárólagos illetékességébe tartozó ügyet bírált el, stb.

²² BOLGÁR - KÁRPÁTI - TRAYTLER i.m. 380-381.

²³ BOLGÁR - KÁRPÁTI - TRAYTLER i.m. 373.

²⁴ Álláspontom szerint ugyanakkor nem aggályos az sem, ha a védővel való értekezés után először az ügyvéd fellebbez és ahhoz csatlakozik a vádlott. Mindenesetre ilyenkor is elvárható, hogy utóbbi minimálisan nyilatkozzon a fellebbezés okáról (pl. „Ártatlan vagyok!”, stb.)

²⁵ „A védő a fellebbezési jogát a vádlott akarata ellenére is gyakorolhatja, mert a vádlott olykor saját érdekeit sem képes felismerni a jogban való járatlansága folytán, s így ez a körülmény a védelem elvének érvényesülését nem gátolhatja. A védő önálló fellebbezési joga tehát garanciális szempontból is igen fontos, amellyel kiegészítése a védő általános eljárási jogosítványainak.” CSÉKA ERVIN - KIRÁLY TIBOR - KRATOCHWILL FERENC - SZABÓNÉ NAGY TERÉZ - VARGHA LÁSZLÓ: *Magyar Büntető Eljárási Jog II.*, Budapest, 1982, 199. In: FENYVESI: *A védő a fellebbezési eljárásban* i.m. 336.

terhelt hozzájárulása nélkül nem vonhatja vissza. „Ezzel a védői fellebbezés megalapozottságát, felelősségteljességét is erősíteni kívánja a jogalkotó, másrészt pedig a terhelt érdekét tartja szem előtt.”²⁶

A fellebbezést mindaddig vissza lehet vonni, amíg a másodfokú bíróság ítélethozatalra visszavonul és azt már a későbbiekben sem lehet újból előterjeszteni.²⁷ A védő által a vádlott javára bejelentett fellebbezést előbbi csak a védenca hozzájárulásával vonhatja vissza /ld. Be. 357. § (3) bek./. Az ilyen hozzájárulást nyilván nem lehet megadottnak tekinteni az eredeti meghatalmazásra való tekintettel, ahhoz a vádlottnak a külön, kifejezett beleegyező nyilatkozata szükséges. De a tétel fordítva is igaz: a vádlott sem vonhatja vissza önhatalmúlag a védő fellebbezését, ebben a tekintetben utóbbinak is a kifejezett beleegyezése szükséges. Megjegyezném azt is, hogy a visszavonás ténye nem (mindig) azt jelenti, hogy a védő felelőtlenül, vagy szakszerűtlenül járt volna el akkor, amikor a jogorvoslati jogosultságát igénybe vette. Az álláspontjában bekövetkezett változást sok minden indokolhatja, így: 1. a vádlott személyes érdeke (pl. legyen mielőbb jogerős ítélet, mivel a másodfok vélhetően új eljárásra fogja utasítani az elsőfokú bíróságot) 2. egyéb pertaktikai ok (pl. a másodfokú eljárásban felvett bizonyítás addigi „részeredménye” nem kedvez a vádlottnak), stb.

A törvényi szabályozás mellett az ügyvédi etikai kódex sem ad további iránymutatást a védői fellebbezés gyakorlásának mikéntjével, konkrétan az azzal kapcsolatos elvárásokkal kapcsolatban.²⁸ Ez a szabályozatlanság azonban nem ok nélküli. A jogalkotó nyilvánvaló célja a fellebbezés bármilyen módon történő kötelezővé tételének elutasítása, amellyel teljes mértékben egyet tudok érteni. Még akkor sem lehet „expressis verbis” kötelezővé tenni a fellebbezést, ha az elítéltet tényleges életfogytiglani szabadságvesztésre ítélik. A rendes jogorvoslati eljárás igénybevételeiben való védői döntés kizárólag szakmai-jogalkalmazói jellegű, s mint ilyen, azt utóbbi diszkréciójára kell bízni. Az más kérdés, hogy a fellebbezés indokolatlan elmulasztása komoly szakmai presztízsveszteséget jelenthet, ugyanakkor megítélésem szerint azt sohasem szabad fegyelmi felelősség megállapítására alkalmas magatartásnak tekinteni. (Ugyanakkor korábban, amíg a halálbüntetés, mint büntetőjogi szankció életben volt, a védőnek törvényi kötelessége volt az ilyen büntetés esetében fellebbezni.²⁹)

²⁶ FENYVESI: *A védő a fellebbezési eljárásban* i.m. 336.

²⁷ BOLGÁR - KÁRPÁTI - TRAYTLER i.m. 385.

²⁸ FENYVESI i.m. 336.

²⁹ FENYVESI i.m. 336.

Kérdés: fellebbezen-e a védő akkor, ha számára nyilvánvaló a bírósági határozat vádhatósági általi tudomásulvétele? Egyáltalán hogyan szerezhet bizonyosságot a védő abban a vonatkozásban, hogy a vádló milyen fellebbezési magatartást fog tanúsítani, ha utóbbi fenntartja magának a „3 napos gondolkodási időt”? Mi a garancia arra, hogy ennek során fellebbezni fog, vagy éppen nem fog fellebbezni? Úgy gondolom, jelen kérdéskör vizsgálata kapcsán elérkeztünk az egyik legizgalmasabb taktikai kérdéshez. Előrebocsátanám, hogy e feltett kérdésekre adható válaszok pusztán generális szinten, tapasztalati úton fogalmazhatóak meg, természetesen a kizárólagosság igénye nélkül.

Mindezek alapján - általánosságban - úgy vélem, hogy 1. ha az ügyész fellebbez, a védőnek is fellebbeznie kell 2. ha az ügyész fenntartja a háromnapos gondolkodási időt, akkor legtöbbször az bizonyul hatékony megoldásnak, ha a védő haladéktalanul bejelenti a fellebbezést, mivel álláspontom szerint ezzel a másodfokú bíróság előtt is demonstrálja azt, hogy már közvetlenül a bírósági határozat kihirdetése után is aggályai vannak a határozat tartalmi vonatkozásaival kapcsolatban. (Ezenfelül semmi garancia nincs arra, hogy a védő időben tudomást szerez a vádhatóság általi fellebbezés utólagos benyújtásáról, ami miatt egyszerűen kicsúszhat a törvényi határidőből és ennek eredményeképpen - az esetleges ügyészi fellebbezés mellett - nem kerül sor védői fellebbezésre, tehát a szankció másodfokon akár súlyosbodhat is.)

A védő számára általában akkor indokolt a „háromnapos gondolkodási idő” fenntartása, ha az ügyész a határozatot tudomásul veszi. Ezen időintervallum fenntartása egyébiránt nemcsak abból a szempontból előnyös, hogy a védőnek több ideje marad az ítélet korrektségével kapcsolatos állásfoglalását kialakítania, hanem azért is, mert a védencével tisztázhatja az ítéletben foglalt joghátrány jelentőségét. A gondolkodási idő fenntartása pedig egyébként sem azt jelzi, hogy a védelem bizonytalan a saját álláspontja erejében, hanem óvintézkedés arra az esetre, ha a vád nyomban, vagy valószínűsíthetően bejelenti a fellebbezést.

Mikor nem szükséges a háromnapos gondolkodási idő védő általi fenntartása? Általában akkor, ha a vád és a védelem büntetési indítványa azonos,³⁰ a bíróság azt megítéli és mindezt a vádhatóság tudomásulvétele kíséri. Ilyenkor már valóban „felesleges szájtépésként” hathat a védői jogorvoslat, amelynek a gyakorlatban való tömeges előfordulása ráadásul nemcsak az eljáró ügyvéddel, hanem az egész ügyvédi karral szemben kellemetlen következtetésekre ad alapot (ld. Fenyvesi szerint „a „mindenáron” védői fellebbezés

³⁰ pl. azért, mert mindketten pénzbüntetést kérnek a terheltre

csökkentheti a védőügyvéd szakmai hitelességét, hiszen könnyen lehet a mindenben helytálló, ténybelileg és jogilag kifogásmentes határozat esetében nem lesz érve a másodfokú tárgyaláson.³¹⁾

Megjegyezném: némileg könnyebbséget jelent a védő számára, hogy a vád képviselője kötelező jelleggel, időben mindig megelőzi a fellebbezés bejelentése tekintetében. Az is lényeges körülmény, hogy a védő - legtöbbször és helyesen - még a tárgyalás előtt konzultál a terhelttel arról, hogy milyen ítélet az elfogadható és melyiknél lesz automatikus a fellebbezés. Ezt tekintem a legszerencsésebb megoldásnak, ennek hiányában ugyanis kellemetlen pillanatokat élhet át a védelem. Jóllehet, a védővel való érintkezés joga az eljárás ezen fázisában is messzemenőig érvényesül, illetőleg a védői fellebbezéshez nem szükséges a terhelt jóváhagyása, mégis előfordulhat, hogy a vádlott megnyugszik a számára kedvezőtlen ítéletben, majd ezt követően a védő mindenre kiterjedően fellebbez.³² Mindez nyilvánvalóan „furcsa” helyzetet teremthet a tárgyalóteremben.

Végezetül: feltétlenül kerülni kell az olyan szituációkat, amelyekből a bíróság a védő és védelem közötti akarategység hiányára következtethet. Ezek közül is a legkellemetlenebb az, amikor a terhelt fellebbez, a védő pedig tudomásul veszi az ítéletet. Az ilyen eshetőségre csak akkor kerülhet sor, ha a vádlott fellebbezése nyilvánvalóan jogszabálysértő, avagy a védelem szempontjából is bizonyítottan tekintendő tényeket, adatokat von kétségbe (pl. a szonda által megállapított véralkohol-koncentráció). Kiemelném az olyan szituációkat is, amelyekben a tárgyaláson jelenlévő hozzátartozó próbálja meg befolyásolni a terhelt és a védő közötti összhangot. A rokon (pl. feleség) általában hajlamos a „mindent megfellebbezni” típusú álláspontra helyezkedni, amellyel megzavarhatja a vádlott magatartását. Emiatt fontos, hogy ilyen környezeti behatások esetére - közvetlenül az ítélet kihirdetése után - a védő konzultációs lehetőséget igényeljen a bíróságtól.

5. A szabadlábrahelyezési kérelem, mint a fellebbezés járulékos eleme

A Be. 327. § alapján, ha az ügydöntő határozat a kihirdetéskor nem emelkedik jogerőre, a bíróság az előzetes letartóztatásról, a lakhelyelhagyási tilalomról, a házi őrizetről, a

³¹ „Az „alibi” fellebbezésnek értelmét nem látom, igen kínos perceket élhet át a védő a perbeszédkor, érdemi mondanivaló híján. Ez a védőügyvédi magatartás - látásom szerint - nem etikus, nem szolgálja az ügyvédi kar tekintélyét” - írja a szerző. FENYVESI: *A védő a fellebbezési eljárásban* i.m. 336.

³² Előfordulhat, hogy a terhelt egyáltalán nem kíván az ítélettel kapcsolatban nyilatkozni (pl. az eljárással kapcsolatos elégedetlensége miatt). A hallgatást ugyan a bíróság nem tekintheti beleegyezésnek, a védőnek mégis valamiféle minimális reakcióra kell sarkallnia védencét. BOLGÁR-KÁRPÁTI-TRAYTLER i.m. 356.

távoltartásról, az ideiglenes kényszergyógykezelésről nyomban határoz. A vádlott felmentése, próbára bocsátása, az eljárás megszüntetése esetén, vagy ha a bíróság nem szabott ki végrehajtandó vagy részben felfüggesztett szabadságvesztést, nem rendelt el javítóintézeti nevelést, illetőleg ha a felmentés esetén nem rendelt el kényszergyógykezelést, az előzetes letartóztatást, a lakhelyelhagyási tilalmat, a házi őrizetet, a távollatást, illetőleg az ideiglenes kényszergyógykezelést megszünteti, és nyomban intézkedik a vádlott szabadlábra helyezéséről.

A védők a fellebbezési ok bejelentése után szinte azonnal indítványozzák az előzetes letartóztatás megszüntetését, illetőleg enyhébb kényszerintézkedés elrendelését, vagy mindezek helyett óvadék megállapítását. Ez néha elsietett indítványnak tűnhet, két okból is: egyfelől a bíróság az eljárás ezen szakaszában hivatalból is köteles e kérdésekben dönteni, így könnyen előfordulhat az is, hogy előbb dönt a fogvatartás kérdésében, mint ahogy azt a védő indítványozná.³³ Másfelől, a védőnek az eljárás korábbi szakaszaiban is bármikor lehetősége van az adott kényszerintézkedés feloldását kérni. Tévhit tehát azt gondolni, hogy a fellebbezés egyben a szabadlábrahelyezési kérelem előterjesztésének „kizárólagos” időpontja.

Jóllehet, ha megalapozott indítványról van szó, akkor a szabadlábrahelyezési kérelem nyilván megfelelőbb lehet az ítélet után, mint az azt megelőző eljárásban. A határozat megszületése után ugyanis immár adva van egy kiszabott büntetés, ami lényegesen előrébb mutat, mint a büntetési tétel. Az eleve kilátástalan és a terhelt, valamint az egyéb megbízók által sem „forszírozott” indítványtól azonban tartózkodni kell: téves ugyanis az a felfogás, amely szerint a megnyugvás a fogvatartás helytállóságának elismerését jelenti.³⁴

Külön kell szólnunk azokról az esetekről, amikor felmentő ítélet születik, de a bíróság korábban elrendelte a terhelt előzetes letartóztatását. Erre az eshetőségre a magyar büntetőeljárás törvény is kidolgozta azt a kártalanítási rendszert, amelynek értelmében a felmentett személy anyagi kárpótlást kaphat az indokolatlanul alkalmazott kényszerintézkedés miatt. Ebben az esetben a kártalanítás összege az előzetes letartóztatással okozati összefüggésben felmerült ügyvédi munkadíj összegét is magában foglalja, amely, tekintettel arra, hogy a terheltnek valamennyi kárát meg kell téríteni, meghaladhatja a meghatalmazott védő díjaként a Be. 339. § (3) bek. alapján megtéríthető összeget, azt azonban minden esetben vizsgálni kell, hogy a büntetőeljárás keretében hozott határozat nem rendelkezett-e a védői munkadíj egy részének a megtérítéséről.³⁵

³³ BOLGÁR-KÁRPÁTI-TRAYTLER i.m. 383.

³⁴ BOLGÁR-KÁRPÁTY-TRAYTLER i.m. 383-384.

³⁵ FIT-H-PJ-2008-90. www.magyarugyvedikamara.hu/tart/index/92/1

6. A védő fellebbezési jogának érvényesülése a nemzetközi gyakorlatban

A védői fellebbezési jog biztosítása nem mindenhol olyan egyértelmű, mint Magyarországon. „Az angol jogrendszerben - például - nem alanyi jog a fellebbezés joga. Annak megengedhetőségéről külön bírói döntés születik. Nem támadható a mérlegelés, a bizonyítékok értékelése, a bűnösségi körülmények számbavétele. Fellebbezés esetén a megengedhetőség kérdésének elbírálásához - az ügyvédnek részletes és írásban konkrétan megindokolt okát kell adni a jogorvoslati kívánalomnak, tehát nem elégséges a vádlotti vagy védői bejelentés, hogy az ítélet ellen fellebbezéssel élnek és majd esetlegesen a másodfokú eljárásban fejtik ki annak indokát.”³⁶

Angliában a vádlott - feltéve, hogy elismeri bűnösségét - fellebbezhet a marasztaló ítélet és a kiszabott büntetés ellen is. Ha az ügyet első fokon esküdszék tárgyalta (ún. indictable offences), tehát súlyos bűncselekményről van szó, akkor a vádlott a marasztaló ítélet ellen főszabály szerint csak akkor fellebbezhet, ha jogkérdést vitat. Ezen túlmenően, a vád képviselője csak a kiszabott büntetés vonatkozásában fellebbezhet, ami egyben azt is jelenti, hogy az ügyész a felmentő ítéletet sem támadhatja meg. Ezek után a másodfok elvileg újratárgyalhatja az ügyet, új bizonyítékokat is vizsgálhat, valamint hatályon kívül helyezheti az elsőfokú ítéletet is, a gyakorlatban azonban új bizonyíték felvételére csak akkor kerülhet sor, ha releváns és ésszerű indoka van annak, hogy azt miért nem prezentálták a korábbi eljárás során.

Hollandiában a vádlott fellebbezhet az első fokú bíróság minden olyan ítélete ellen, amelyben a teljes felmentésére nem került sor. A holland büntetőeljárás jog egyébiránt nem differenciál a bűnösség megállapítása és a kiszabott büntetés ellen bejelentett jogorvoslat között. Mindemelllett, a vádhatóság képviselője is fellebbezhet az elsőfokú ítélet ellen - függetlenül attól, hogy a vádlottat felmentették-e. A másodfokú eljárásban a vád és a védelem egyaránt előterjeszhet új bizonyítékokat.³⁷

Az USA rendszerében a vádlottnak szintén jogorvoslati joga van a bűnösséget megállapító határozatokkal szemben. Más kérdés, hogy a fellebbviteli fórum 1. egyáltalán nem tárgyalja újra az ügyet és 2. csak lényeges jogi tévedés esetén ad helyt a fellebbezésnek. Az ügyész illetőleg a védő írásban fejt ki jogi álláspontját és a vádlott jelenléte sincs előírva

³⁶ ZAMECSNIK PÉTER: *Eltérő hagyományok, hasonló gondok (beszámoló az Angol-Magyar Büntetőpolitikai Vitaforumról)*. Kriminológiai Közlemények, 1991/38-39, 120. In: FENYVESI i.m. 336.

³⁷ KÖPF ESZTER MÁRIA: *Az angol és a holland büntetőeljárás mint az akkuzatórius és az inkvizitórius modell egy-egy tipikus példája*. Magyar Jog, 2000/4. 242.

törvényes kötelezettségként. A fellebbezésről háromtagú bírói tanács dönt.³⁸ Jelen államban egyébiránt jogkérdésnek tekinthető annak a - kontinentális jogrendszerekben ténykérdésnek tartott – felvetésnek az eldöntése is, hogy vajon a bizonyított tények elegendőek-e ahhoz, hogy a terhelt bűnösségét „okszerű kétség nélkül” meg lehessen állapítani.³⁹

A hatályos német jogban a rendes perorvoslatok: 1. a panasz (Beschwerde), amely végzések és határozatok ellen nyújtható be tény- és jogkérdésben 2. a fellebbezés (Berefung), amely ítélet ellen nyújtható be tény- és jogkérdésben 3. a semmisségi panasz (Revision), amely ítélet ellen nyújtható be, de kizárólag csak jogkérdésben. A rendes perorvoslatok devolutív és szuszpenzív hatásúak, azaz a velük megtámadott határozatot magasabb fórum elé viszik és az annak döntéséig rendszerint nem is hajtható végre.⁴⁰

7. A védői eljárási jogainak érvényesülése a másodfokú eljárásban

Ami a másodfokú bíróság felülvizsgálati jogkörének terjedelmét illeti, a Be. 348. § alapján - ha e törvény kivételt nem tesz - a fellebbezéssel megtámadott ítéletet az azt megelőző bírósági eljárással együtt felülbírálja. Az ítélet tényállásának megalapozottságára, a bűnösség megállapítására, a bűncselekmény minősítésére, a büntetés kiszabására, valamint intézkedés alkalmazására vonatkozó rendelkezéseket a másodfokú bíróság arra tekintet nélkül bírálja felül, hogy ki, milyen okból fellebbezett.

A súlyosítási tilalom törvényi előírása kétség kívül a védelem számára kedvez. A Be. 354. § alapján az elsőfokú bíróság által felmentett vádlott bűnösségét megállapítani, a vádlott büntetését, illetve a büntetés helyett alkalmazott intézkedést súlyosítani csak akkor lehet, ha a terhére fellebbezést jelentettek be. Ez irányadó akkor is, ha a másodfokú bíróság a törvény alapján bizonyítást vesz fel, és annak eredményeként súlyosabb bűncselekmény állapítható meg.⁴¹

A Be. 353. § szerint a másodfokú bírósági eljárásban bizonyításnak akkor van helye, ha az elsőfokú bíróság a tényállást nem derítette fel, vagy az hiányos, továbbá, ha a bizonyítás

³⁸ „Az esetek többségében a fellebbviteli (másodfokú) bíróság az utolsó fellebbviteli lehetőség, mert az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága és az államok legfelsőbb bíróságai többnyire megválaszthatják az általuk tárgyalni kívánt fellebbezéseket.” MAHLER i.m. 80.

³⁹ FENYVESI: *A védő a fellebbezési eljárásban* i.m. 336.

⁴⁰ FENYVESI i.m. 336.

⁴¹ Ezzel kapcsolatosan - „quasi” értelmező rendelkezésként - a Be. megjegyzi azt is, hogy a vádlott terhére bejelentett fellebbezésnek azt kell tekinteni, ami a bűnösségének megállapítására, bűncselekményének súlyosabb minősítésére, a büntetésének súlyosítására, illetve a vele szemben büntetés helyett alkalmazott intézkedésnél súlyosabbnak a megállapítására, vagy az ilyen intézkedés helyett büntetés megállapítására irányul.

az elsőfokú bírósági eljárásban megvalósult szabálysértés orvoslását eredményezheti. A bizonyítás felvételére főszabály szerint tárgyalást kell kitűzni. A másodfokú bíróság ugyanakkor mellőzi a bizonyítás felvételét olyan tényre nézve, amely a bűnösség megállapítását, a felmentést, az eljárás megszüntetését, a bűncselekmény minősítését, a büntetés kiszabását, illetve az intézkedés alkalmazását nem befolyásolta.⁴²

A Be. 357. § alapján a fellebbező a fellebbezését a másodfokú bíróságnak határozathozatal céljából tartott tanácsüléséig visszavonhatja. A vádlott javára más által bejelentett fellebbezést a fellebbező csak a vádlott hozzájárulásával vonhatja vissza (ez a rendelkezés ugyanakkor nem vonatkozik az ügyész fellebbezésére). Ami bizonyos, hogy a visszavont fellebbezést nem lehet újból előterjeszteni.

Mint már utaltam rá, a védői fellebbezés irányulhat az elsőfokú határozat rendelkező része, indokolása, vagy akár mindkét említett rész ellen. A Be. 258. § (2) bek. sorolja fel azokat az elemeket, amelyeket az ítélet és az ügydöntő végzés rendelkező része tartalmaz. Ennek alapján a védő az alábbiakat támadhatja meg a rendelkező rész elleni fellebbezésben: 1. a vádlott előzetes fogvatartására vonatkozó adatokat 2. a vádlott bűnösnek kimondását 3. a bűncselekmény, valamint az elkövetői, illetőleg elkövetési alakzat megnevezését 4. a kiszabott büntetést, illetőleg az alkalmazott intézkedést 5. az alkalmazott egyéb jogkövetkezményeket, így legfőképpen a bűnügyi költség viseléséről szóló rendelkezést.

A Be. 361. § értelmében a másodfokú bíróság a fellebbezés elintézésére nyilvános ülést tart, kivéve, ha az ügy tanácsülésen intézhető el, vagy tárgyalást kell tartani.⁴³ A másodfokú bíróság a vádlottat, valamint kötelező védelem esetén a védőt, valamint a pótmagánvádló jogi képviselőjét a nyilvános ülésre idézi, a fogva lévő vádlott előállítására iránt - idézésével egyidejűleg - intézkedik. A másodfokú bíróság a nyilvános ülésről értesíti az ügyészt, továbbá a pótmagánvádlót, a kötelező védelem esetén kívül a védőt, a sértettet, valamint azokat, akik fellebbeztek.

A Be. 363. § értelmében a másodfokú bíróság tárgyalást tart, ha 1. az ügy tanácsülésen nem intézhető el 2. bizonyítás felvétele szükséges, és az nyilvános ülésen nem lehetséges 3. a tanácsülésre, illetve nyilvános ülésre tartozó ügyet a tanács elnöke tárgyalásra tűzte ki. A 364.

⁴² Ha az ügyben a büntetékiszabási körülmények további tisztázása érdekében kizárólag a vádlott meghallgatása szükséges, a másodfokú bíróság „csupán” nyilvános ülést tart.

⁴³ A másodfokú bíróság a nyilvános ülésen 1. az elsőfokú bíróság ítéletének megalapozatlansága esetén megállapíthatja a hiánytalan, illetőleg a helyes tényállást, ha az az iratok tartalma vagy ténybeli következtetés útján lehetséges 2. az ügyben a vádlottat a büntetékiszabási körülmények további tisztázása érdekében meghallgathatja.

§ alapján a vádlottat, kötelező védelem esetén a védőt, valamint a pótmagánvádló jogi képviselőjét a tárgyalásra idézni kell.

A másodfokú eljárásban tehát a védőnek jelen kell tennie, ha arra idézik.⁴⁴ Ugyanakkor magam is úgy vélem, hogy „a védőügyvédnek értesítés esetén is kötelezettsége részt venni abban az esetben, ha ő maga is fellebbezett - legfőképpen pedig akkor, ha a terhelt felmentése érdekében, a tényállás megalapozatlanságára hivatkozva tette ezt.”⁴⁵ Nagyfokú tiszteletlenség lenne a másodfokú eljárással szemben, ha az ügyvéd „puszta papírmunkának” tekintené az elsőfok felülvizsgálatának e fontos (kizárólagos) állomását. Azt ugyan kétlem, hogy az ügy érdemi elbírálása szempontjából jelentősége volna a védő távolmaradásának, mindazonáltal maga a jelenlévő terhelt sem veszi jó néven az ilyesfajta védői hozzáállást - pláne akkor nem, ha korábban arra kapott ígéretet, hogy majd „Másodfokon alakítunk az ügyön!”⁴⁶

A Pakelli vs Németország ügyben a Bíróság megállapította a „fegyverek egyenlősége” elvének megsértését, mert a Szövetségi Legfelsőbb Bíróság megtagadta a védő hivatalbóli kirendelését a terheltet érintő kasszációs tárgyalásra. Mint kiderült, a nevezett bírói fórum nem is tartott volna tárgyalást az ügyben, a szövetségi ügyészség pedig írásban fogalmazta volna meg álláspontját, amelyet azután megfelelően továbbított volna a panaszosnak (utóbbinak így alkalma nyílt volna arra, hogy tanulmányozza az ügyiratokat és megtegye az arra vonatkozó érdemi reakcióit). „Az ügyészség állításai vitatásának lehetőségét ez alapján a panaszosnak a tárgyalások során is biztosítani kellett volna. Mivel azonban a Szövetségi Legfelsőbb Bíróság elhárította, hogy az eljárás szóbeli szakaszában védőt rendeljen ki számára, megfosztotta attól, hogy befolyásolja az ügy kimenetelét, aminek a lehetősége fennállt volna, ha az eljárás teljes egészében írásban zajlott volna le.”⁴⁷

⁴⁴ A terhelt jelenléti jogának gyakorlásával kapcsolatban írja Traytler: a védő „ne engedjen a tárgyalásra olyan vádlottat, aki {...} handa-bandázva hazudozik. De terelje oda azt, aki a bíróságnak akarja őszintén és illendően elmondani, ami fáj. A távoltartással persze csinján kell bánni, nehogy utólagos szemrehányás legyen belőle.” BOLGÁR-KÁRPÁTI-TRAYTLER i.m. 391.

⁴⁵ FENYVESI: *A védő a fellebbezési eljárásban* i.m. 339.

⁴⁶ Ami a védőknek a másodfokú tárgyaláson való jelenlétét illeti, az ezzel kapcsolatos gyakorlati problémák akkor merülnek fel, amikor a védelem nem kötelező, de a terheltnek van meghatalmazott védője. Ekkor - tekintve, hogy a védő pusztán értesítést kap - kétfajta magatartás tanúsítása jellemző: „1. Sem az értesített védő, sem a terhelt nem jelenik meg a tárgyaláson. (Ezt minden további nélkül olyan ráutaló magatartásnak tekintheti a másodfokú bíróság, mellyel nyilvánvalóvá teszik, hogy a törvényben biztosított jogaikkal nem kívánnak élni.) 2. Az értesített, meghatalmazott védő nem jelenik meg, megjelenik azonban a terhelt, aki kéri a tárgyalás elhalasztását arra hivatkozva, hogy szeretné, ha védője jelen lenne.” Akár melyik esetről is legyen szó, a másodfokú bíróság az értesített védő meg nem jelenése esetén a hatályos jogszabályoknak megfelelően lefolytathatja a másodfokú eljárást abban az esetben is, ha a terhelt egyébként kéri a tárgyalás elhalasztását. CSÁK ZSOLT: *Elvek ütközése, avagy szükséges-e a védő a fellebbezési eljárásban*. In: Büntető Eljárásjogi Olvasókönyv {szerk. TÓTH MIHÁLY}, Budapest, Osiris kiadó, 2003.152.

⁴⁷ FENYVESI i.m. 340.

A Belziuk vs Lengyelország ügyben (1998) a Bíróság szintén megállapította az Egyezmény megsértését, mivel a kérelmező - kérése ellenére - nem vehetett részt a fellebbezési tárgyaláson, hivatalos védői kirendelésre sem került sor, ugyanakkor az ügyész élt jelenléti jogával. A Bíróság értelmezése szerint ezen az egyenlőtlen helyzeten nem segített volna az sem, ha a kérelmező írásban eljuttatta volna észrevételeit a helyi bíróságra - tekintettel arra, hogy az ügyész jelen volt a tárgyaláson.⁴⁸

A Kampanis vs Görögország elleni ügyben (1995) a Bíróság azt állapította meg, hogy a kérelmező szabadsághoz és biztonsághoz való jogát megsértették, mivel nem engedélyezték személyes részvételét az ideiglenes letartóztatása kérdésében döntést hozó fellebbviteli eljárásban. A határozat kiemelte: a tisztességes eljáráshoz fűződő követelményeket az előzetes letartóztatás elleni eljárásban is érvényre kell juttatni, nem csak a fő (tárgyalási) szakban. A terheltek, illetőleg a védőnek tehát az eljárás ezen fázisában is meg kell adni a válaszadási lehetőséget az ügyészi indítvánnyal kapcsolatban.⁴⁹

A Boner vs Egyesült Királyság elleni ügyben (1994) a Bíróság megállapította, hogy Skócia megsértette az Egyezmény rendelkezéseit a büntető fellebbezési eljárás során ingyenes jogsegély biztosításának elmulasztásával, mivel a fellebbezési tárgyaláson a bűnösséget komplex jog-és ténykérdés vitatásával fellebbező kérelmező nem rendelkezett kellő szakértelemmel a fellebbezés előterjesztéséhez. Az Egyezmény megsértését tehát a Bíróság a védő kirendelésének elmulasztásával látta megvalósítotttnak.⁵⁰

A magyar gyakorlatra visszatérve: a másodfokú eljárásban természetesen hazánkban is érvényesül a „fegyverek egyenlőségének” követelménye, ugyanakkor úgy vélem, hogy a fellebbviteli tárgyaláson való jelenléti jog gyakorlásával kapcsolatban számos aggály felmerül, legfőképpen a védelem oldaláról. Ennek egyik okát abban jelölném meg, hogy ha a védő pusztán értesítést kap, akkor hajlamos az ügyet „elbogatellizálni”. A másik probléma az olyan terheltekhez köthető, akik 1. úgy tekintenek az eljárás jelen fázisára, mint ahol „a fejük felett születik meg a döntés”, következésképpen nem érzik szükségét az érdemi beavatkozásnak vagy 2. egész egyszerűen megunják a „bíróságra járkálást”. Mindez azonban nagyfokú fegyelmezetlenségre vall, s a védőnek minden körülmények között arra kell törekednie, hogy az ilyen, vagy ehhez hasonló terhelti attitűdökön változtasson.⁵¹

⁴⁸ FENYVESI: *A védőügyvéd* i.m. 107.

⁴⁹ FENYVESI i.m. 101-102.

⁵⁰ CSÁK i.m. 154 - 155.

⁵¹ „A kontradiktórikus eljárás és a közvetlenség elvének az felel meg, hogyha a másodfokú tárgyaláson az ügyész és a védő jelenléte mindig, a vádlotté pedig a törvényben megjelölt kivételes esetektől eltekintve - akkor kötelező, ha bizonyítást vesznek fel. Helyes volna ugyanis, ha a renitens vádlottak megnevelésének és

Ami a védő helyettesítésére vonatkozó bírói gyakorlatot illeti, annak alapján „nem valósul meg feltétlen eljárás szabálysértés, ha a másodfokú bíróság a fellebbezési tárgyalásra nem a terhelt meghatalmazott védőjét, hanem az elsőfokú eljárás során a meghatalmazott védő helyetteseként eljáró ügyvédet idézte meg, a fellebbezési tárgyaláson pedig ez utóbbi ügyvéd helyettese látja el a védelmet; a fellebbezési tárgyalás határnapjáról értesített terhelt pedig azért nem értesült a tárgyalás időpontjáról, mert időközben a korábbi lakóhelyéről elköltözött, de ezt a bíróságnak nem jelentette be.”⁵² „Ugyancsak nem törvénysértő, {...} ha a terheltnek az eljárás során több meghatalmazott védője közül akár az első- akár a másodfokú eljárásban csak egyikük volt jelen a tárgyaláson.”⁵³

A védőnek a másodfokú eljárásban érvényesülő észrevételezési jogával kapcsolatban megjegyzendő, hogy a jelenlegi szabályozás szerint az elsőfokú bíróság a védelem fellebbezését a másodfokú ügyészségen keresztül küldi meg a másodfokú bíróságnak, amelyet aztán a másodfokú ügyész észrevételeivel együtt továbbít a bíróságnak. Ehelyütt megjegyezném: magam is indokoltnak tartanám azon szabály bevezetését, amelynek alapján a vádhatósági észrevételt a bíróságnak történő megküldéssel egyidejűleg továbbítani kellene a védő számára is.⁵⁴ Mindez elsősorban a védekezéshez szükséges felkészülési idő meghosszabbítása miatt lenne indokolt.

Az észrevételezési jog elmaradása miatt állapított meg jogsértést a Bíróság a K.D.B. vs Hollandia ügyben, ugyanis nem adtak lehetőséget a kérelmezőnek arra, hogy a Semmitőszék előtti eljárásban a főügyész indítványára észrevételeket tegyen. Ugyanez történt a Reinhardt és Slimane-Kaid vs Franciaország (1998) elleni ügyben, ahol az eljárás ésszerű időtartamának megsértésén túlmenően a Bíróság megállapította a tisztességes tárgyalás jogának megszegését, mivel a Semmitőszék előtti eljárásban a tárgyalás nem felelt meg az elvárt követelményeknek, a panaszos terheltekkel nem ismertették az előadó bíró által készített jelentést, másrészt pedig a főügyész indítványát ugyancsak nem közölték velük.⁵⁵

„A védekezési idő és eszközök biztosítása minden jogorvoslati szinten követelmény az Emberi Jogok Európai Bírósága szerint. Ez a tétel igaz első-, másod-, és harmadfokon is, ahogy erre külön utalt is a Bíróság a Domenichini Olaszország elleni ügyben {...}

az eljárások elhúzódása kiküszöbölésének eszközei között nem szerepelne a bizonyítás lehetősége a vádlott távollétében, még ún. egyszerűbben elintézhető ügyekben sem.” CSÉKA ERVIN: *Kétfokú fellebbvitel büntetőügyekben (egykor és ma) II. Az 1896. évi Bp. kétfokú fellebbviteli rendszere. Tanulmányok Szabó András 70. születésnapjára.* Budapest, 2000. 64. In: FENYVESI: *A védő a fellebbezési eljárásban* i.m. 340

⁵² Bírósági Határozatok, 2000/4. 143. eset 267. In: FENYVESI: *A védő fellebbezési eljárásban* i.m. 340.

⁵³ BH 1999/6., 248. sz. eset, 422. In: FENYVESI i.m. 340.

⁵⁴ FENYVESI i.m. 339.

⁵⁵ FENYVESI: *A védőügyvéd* i.m. 107 - 108.

Megállapította, hogy megsértették a 6. cikk 3/b pontját (a védekezés előkészítéséhez szükséges eszközökkel való rendelkezés) azzal, hogy a kérelmezőnek ügyvédjéhez írt, a semmisségi panasz benyújtásához szükséges indokolást tartalmazó levelét felbontották, elolvasták, és a Semmitőszékhez történő benyújtásra nyitva álló tíz napos törvényi határidő után adták csak át neki, így az ügyvéd késve adta be {...} A Vacher vs Franciaország elleni ügyben az EJEB szintén megállapította a tisztességes eljárás megsértését, mivel a francia Semmitőszék, mint harmadfokú jogorvoslati fórum előtti eljárásban nem volt törvényi határidő az előkészítő irat benyújtására, a tárgyalás napjáról sem értesítették a kérelmezőt, ezáltal megfosztották a tényleges és hatékony védekezés lehetőségétől.”⁵⁶

A Van Geysseghem vs Belgium ügyben (1999) a Bíróság ugyancsak kimondta az Egyezmény megsértését, mivel a védő a fellebbviteli bíróság előtti eljárásban nem gyakorolhatta védence távolléte miatt eljárási jogait. A Bíróság indokolásában kiemelte, hogy valamennyi vádlottnak joga van az ügyvéd általi védelemhez, s nem veszíti el ezt a jogot abból az egy okból, hogy a tárgyaláson nem jelenik meg.⁵⁷

Ami a védőnek a másodfokú eljárásban megtett végindítványát illeti, aszerint, hogy tanácsulról, avagy tárgyalásról van-e szó, a védő az eljárás lezárásaképpen felszólal, illetőleg védőbeszédet mond. A kettő között nyilván semmiféle tartalmi különbözőség nincs, e terminológiai jellegű differencia pusztán arra vezethető vissza, hogy a tárgyalás esetében részletes - az elsőfokú eljáráshoz hasonló - bizonyítási eljárás folyik. Tanácsulás esetében ugyanakkor a felszólalás nem kötelező még akkor sem, ha a védő jelen van.

Ami a másodfokú eljárás során előadott perbeszédet illeti, a védőnek sokkal inkább arra kell törekednie ezzel kapcsolatban, hogy célirányos indítvánnyal „rúkkoljon elő”, azaz ilyenkor 1. szóban előterjesztett fellebbezés esetén, annál lényegesen konkrétabb és precízebb indítványt kell megfogalmaznia⁵⁸ 2. írásban előterjesztett fellebbezés esetén pedig még annak teljes részletességére való tekintettel sem hivatkozhat arra mindössze egy-két mondatban. Más kérdés, hogy a fellebbezés okainak megjelölése ilyenkor elmaradhat (sőt, az felesleges is, mivel azokat az előadó bíró amúgyis ismerteti a tárgyalás megkezdésekor).⁵⁹

A Be. 367/A. § szerint a másodfokú bíróság ügydöntő határozata ellen a védő a vádlott hozzájárulása nélkül is jogosult a fellebbezésre a harmadfokú bírósághoz. A másodfokú

⁵⁶ FENYVESI: *A védő a fellebbezési eljárásban* i.m. 341.

⁵⁷ FENYVESI: *A védőügyvéd* i.m. 109.

⁵⁸ Traytler írja: „elég gyakori, hogy az ügy előadása csak az ítélet és a fellebbezések ismertetésére szorítkozik. Ez főként akkor fordul elő, ha a fellebbezésből, illetve indokolásából nem tűnik ki közelebbről, hogy miben látja a védő a megalapozatlanságot {...} Ilyenkor, ha a védőnek sok a nem közölt kifogásolni valója, körülményes mindezekre kiterjedő előadás-kiegészítést kérni.” BOLGÁR-KÁRPÁTI-TRAYTLER i.m. 389.

⁵⁹ BOLGÁR-KÁRPÁTI-TRAYTLER i.m. 387.

bíróság határozata elleni fellebbezést a határozat kihirdetését követően a jelenlévő jogosultak szóban, a többi jogosult a kézbesítéstől számított nyolc napon belül írásban jelenthetik be a másodfokú bíróságnál. A fellebbezést az ügyésznek és a védőnek írásban indokolnia kell. Az indokolást a fellebbezésre nyitva álló határidő alatt a másodfokú bíróságnál kell előterjeszteni.⁶⁰

8. A védői feladatok jelentősége a harmadfokú eljárásban. A kétfokú perorvoslati rendszer megítélése a szakirodalomban

Mindenekelőtt azzal kezdeném, hogy a harmadfokú eljárás bevezetése meglehetősen ellentétes nézőpontokat generált a jogirodalomban. A magam részéről úgy vélem, kétségtelen előnye a bíróság határozataiban előforduló esetleges hibák orvoslásában, hátránya a pertartam elhúzódásában ragadható meg.

Kardos Sándor írja „A harmadfokú bírósági eljárásról” című írásában: „a harmadfokú eljárás 2006. július 1-én történő bevezetésének többek között az volt az indoka, hogy az akkor már működő négyszintű bírósági szervezet esetén valós szakmai érvek amellet szóltak, hogy a Legfelsőbb Bíróság maga is foglalkozzon érdemben felülbírálható, jogerőre még nem emelkedett ügyekkel. Ugyanis nehezen képzelhető el az ítélkezés egységének biztosítása, amely az Alkotmány szerint kötelessége a Legfelsőbb Bíróságnak, akkor, ha a legfőbb bírói fórum csak a korlátozott revízió elve alapján kialakított rendkívüli jogorvoslatokat bírál el vagy csak jogegységi határozatokat hoz.”⁶¹

A magam részéről nem tudok egyetérteni a bírósági reform ezen indokolásával, mivel a bírósági hierarchiában igenis szükség van egy olyan különálló, absztrakt elvi tételeket megfogalmazó, illetőleg kizárólag az alsóbb fórumok kirívóan súlyos eljárási hibáira fókuszáló csúcsszervre, amely „felülemelkedik” a mindennapos, rutinszerű ítélkezésen és „quasi alkotmánybírói” szerepkört tölt be a rendes jogszolgáltatási szervezetrendszeren belül. Mindez nem azt jelenti, hogy ne értenék egyet a harmadfokú eljárás bevezetésével.⁶²

⁶⁰ A Be. 369. § alapján a törvényben kizárt, az arra nem jogosulttól származó vagy az elkésett, a másodfokú bíróság határozata elleni fellebbezést a másodfokú bíróság elutasítja. Ha a másodfokú bíróság határozata ellen fellebbezést jelentettek be, és a fellebbezési határidő valamennyi jogosultra lejárt, a másodfokú bíróság tanácsának elnöke - a harmadfokú bíróság mellett működő ügyész útján, a pótmagánvádló fellebbezése esetén közvetlenül - a határozat írásba foglalását követően haladéktalanul felterjeszti az iratokat a harmadfokú bírósághoz.

⁶¹ <http://www.debreceniiteltotabla.hu/doc/bunteto/HarmadfokuEljaras.pdf>

⁶² Ld. Lábady szerint már a '90-es évek közepétől világossá vált, hogy az igazságszolgáltatási szervezetrendszer megreformálása nem halogatható tovább. LÁBADY TAMÁS: *Der Wiedergeburt der tafelgerichte in Ungarn*. In: Az igazságszolgáltatás kihívásai a XXI. században. Tanulmánykötet Gáspárdy László professzor emlékére {szerk. Harsági Viktória és Wopera Zsuzsa}, Budapest, Hvg-Orac Lap-és Könyvkiadó Kft., 2007., 222.

Sőt, elengedhetetlennek tartom azt, hogy teljességgel ellentétes tartalmú ítéletek esetén - a rendes jogorvoslati rendszer keretein belül - lehetőség nyíljon egy végső bírói fórumhoz való fordulásra. Az alkalmazási kör határvonalait is ésszerűnek vélem, hiszen a Be. arra már nem ad lehetőséget, hogy a fellebbező önmagában az ítélet megalapozatlanságára, vagy súlyos eljárási szabálysértésre hivatkozzon.⁶³ Pusztán azt tartom aggályosnak, hogy a Kúria jelenleg be van vonva ebbe a kibővített fellebbezési szisztémába (ld. az ítéletábrák határozatai ellen bejelentett fellebbezéseket külön elnevezéssel rendelkező bíróságnak, vagy egy másik ítéletábrák tanácsának kellene elbírálnia).

Cséka szerint jelen rendszerben „az ügyek jelentős részében elkerülhetetlen a pertartam meghosszabodása. Ez a hatás csak akkor mérsékelhető némileg, ha a másodfokú bíróság tény- és jogkérdésben teljes felülbírálati és reformatórius döntési jogkörrel rendelkezik {...}, míg a harmadfokú bíróság jogköre csak a jogkérdésekre terjed ki.”⁶⁴

Erdei szerint ugyanakkor „a kétfokú fellebbezésnek a bírói tévedések kizárása szempontjából mért jelentősége {...} nehezen tagadható.”⁶⁵ A magam részéről ezt az ismertetést érzem sarkalatosnak a harmadfokú eljárás bevezetésének indokaként, illetőleg azt, hogy bizonyos esetekben egy „harmadik szervhez” lehet fordulni a végső (jogerős) döntésért. Nem elegendő, ha bizonyos feltételek megléte esetében rendelkezésre állnak ún. „rendkívüli jogorvoslati eszközök”. Ezek ugyanis kivételes esetekre teremtődtek meg, a jogalkotónak viszont az a feladata, hogy a rendes jogorvoslati körén belül is megteremtse a maximális feltételeket annak érdekében, hogy az állampolgárok aggálytalan döntésekkel szembesüljenek. Ezzel szemben pedig nem lehet érv az ügyek elhúzódnak tendenciája sem. A bírászkodás elsődleges szempontja a minőségi döntéshozatal kell, hogy legyen.

Ami a jelenlegi szabályozást illeti, a harmadfokú eljárásban is érvényesül a revízió elve, tehát ez a fórum is felülbírálja a tényállás megalapozottságát és az eljárási szabályok megtartását.⁶⁶ Bizonyítási felvételére azonban egyáltalán nem kerül sor, és - a

⁶³ Ezek csak akkor vizsgálhatóak, ha fennáll a harmadfokú eljárás általános feltétele, vagyis az, hogy az elsőfokú, illetőleg a másodfokú bíróság eltérően döntött a vádlott elmarasztalása vagy felmentése tekintetében. Ilyenkor a bíróság egyben hivatalból, nyilvános ülésen köteles értékelni az említett körülményeket. In: *Büntetőeljárás törvény Kommentár a gyakorlat számára* (H) HVG ORAC Lap és Könyvkiadó Kft., 991.

⁶⁴ CSÉKA: *Bevezető* i.m. 114.

⁶⁵ ERDEI ÁRPÁD: *Az inkvizíciós és a kontradiktórius vonások a büntető eljárási jogrendszerekben*. Jogtudományi Közlöny, 1998/4., 130.

⁶⁶ Balla szerint „a másodfokú eljárás alapvetően ténybeli felülvizsgálatra, míg a harmadfokú eljárás pedig jogkérdésekben való döntésre hivatott”. BALLA LAJOS: *A harmadfokú eljárás néhány aktuális kérdése*. <http://www.debreceniiteltotabla.hu/doc/bunteto/HarmadfokujeljarasNehanyAktualisKerdese.pdf>

megalapozatlanság esetét kivéve⁶⁷ - teljes mértékben érvényesül a tényálláshoz kötöttség elve is (azaz a harmadfokú bíróság kötve van a másodfok által megállapított tényálláshoz). Mindemellett: a harmadfok reformációs jogköre is szűkebb a büntető anyagi jog szabályainak alkalmazása tekintetében, mivel az a főkérdések közül csak a bűnösség, illetőleg a felmentés, valamint az ezekkel szorosan összefüggő járulékos kérdésekre terjed ki.⁶⁸

A fentiek alapján pusztán logikai úton is kikövetkeztethető, hogy a védői (és ügyészi) feladatok kevésbé jelentősek - legfőképpen a bizonyítási eljárás fogyatékosai miatt. A „tárgyalás” kifejezés használatát ehelyütt már mellőzi a törvény és a nyilvános ülés kitűzésére is meglehetősen szűk körben ad lehetőséget. A védői jelenlét szempontjából mindez azt jelenti, hogy az ügyvéd idézésére főszabály szerint csak akkor kerül sor harmadfokon, ha az ügyiratok alapján nem lehet szó a vádlott felmentéséről, illetőleg az eljárás megszüntetéséről.⁶⁹ Más kérdés, hogy a nyilvános ülésen a védői részvétel kötelező és annak elmulasztása miatt nincs helye igazolásnak.⁷⁰

Ami a védőnek a másodfokú határozattal szembeni fellebbezési jogát illeti, az önálló, tehát nem szükséges hozzá a védenca hozzájárulása.⁷¹ Ugyanakkor ezen jogorvoslati eszközzel ilyenkor is értelemszerűen csak a terhelt javára élhet.

Némi megszorítást jelent a törvényi határidők vonatkozásában, hogy a másodfokú bíróság határozata elleni fellebbezés esetében - a határozat kihirdetését követően - a jelenlévő jogosultak számára nincs lehetőség az ún. „háromnapos gondolkodási idő” fenntartására.⁷² A törvény ezáltal olyan indirekt elvárást fogalmaz meg a védővel szemben (is), amelynek lényege, hogy azonnal reagálnia kell a másodfokú határozat esetleges hibáira, vagy egyéb mulasztásaira. Ez az elvárás azonban jogos, hiszen a Be. olyan fellebbezési okokat taxál,⁷³ amelyek értelmezése nem igényel különösebb megfontolást.

A Be. 367/A. § (2) bek. rögzíti, hogy az ügyész a vádlott terhére és javára is fellebbezhet. Ebből következően a vádlott és védője csak a vádlott javára jelenthet be

⁶⁷ Id. megalapozatlanság esetében - ha a rendelkezésre álló iratok alapján lehetséges, a harmadfokú bíróság hivatalból kiegészítheti vagy helyesbítheti a tényállást

⁶⁸ BALLA i.m. <http://www.debreceniitlotabla.hu/doc/bunteto/HarmadfokuEljarasNehanyAktualisKerdese.pdf>

⁶⁹ Ld. Be. 392. § b) pont

⁷⁰ Be. 394. § (3) bek.

⁷¹ Be. 367/A. § d) pont.

⁷² A korábbi szabályokhoz hasonlóan a többi jogosult a kézbesítéstől számított nyolc napon belül írásban jelentheti be a másodfokú bíróságnál a fellebbezést /Be. 367/A. § (3) bek./.

⁷³ A Be. ezen eljárási szakban már szűkebb körben teremti meg a fellebbezés lehetőségét: így akkor, ha a másodfokú bíróság a büntetőjog szabályainak megsértésével 1. olyan vádlott bűnösségét állapította meg, illetőleg olyan vádlott kényszergyógykezelését rendelte el, akit az elsőfokú bíróság felmentett, vagy vele szemben az eljárást megszüntette 2. olyan cselekmény miatt állapította meg a vádlott bűnösségét, amelyről az első fokú bíróság nem rendelkezett 3. az első fokon elítélt vádlottat felmentette, vagy vele szemben a büntetőeljárást megszüntette /386. § (1) bek./ .

fellebbezést. Mindebből az is következik, hogy a Be 386. § (1) bek. a) pontja esetén mind az ügyésznek, mind a vádlottnak és a védőnek van jogorvoslati joga. Részbeni felmentés, vagy az eljárást megszüntető végzés esetében azonban a vádlott és a védő fellebbezése evidens módon kizárt, mivel az csakis a terhelt terhére irányulhatna.

Azt, hogy a védő fellebbezhet a felmentés-megszüntetés kedvezőbb jogcíme érdekében is, Somogyi több okból sem tartja helytállónak, mivel nehézkesek véli a különböző jogcímek rangsorolását: „épp ezért halad a törvényhozó is abba az irányba, hogy a felmentés jogcímeit egyenértékűsíti, így az jelenleg már csak a Be. 331. § (1) bekezdése alapján történhet, és ennek okait általánosságban szabályozza a Be. 6. § (4) bekezdése. Végül kiemelendő, hogy a felmentés nem megfelelő jogcímét önmagában a törvény nem ismeri el másodfellebbezési okként. Ha az elsőfokon bűncselekmény hiányában felmentett vádlott felmentésének jogcímét a másodfokú bíróság bizonyítottság hiányára változtatja, fel sem merül a másodfellebbezés lehetősége. A törvényhozó kiemelte, hogy a másodfellebbezést csak a legsúlyosabb kérdésekben való eltérő döntés esetén engedélyezi, a felmentés jogcíme pedig nem ilyen akkor sem, ha mindkét fokon felmentő rendelkezés született, de akkor sem, ha az ügyész által nem sérelmezett felmentés másodfokon történt.”⁷⁴

Ha a Be. harmadfokú eljárásra vonatkozó szabályait vesszük alapul, akkor egyet kell értenem a fenti okfejtéssel. Ugyanakkor általánosságban nem értek egyet azzal az állásponttal, amely a felmentő ítélet indokai - így a bűnösség és a bizonyítottság hiánya - között nem tesz súly szerinti megkülönböztetést. Egyrészt számos olyan jogszabályt lehet idézni egyéb jogágakba tartozó normák esetében is, amelyekben a jogalkotó más és más jogkövetkezményt fűz a felmentő ítéletek különböző formáihoz (pl. a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló 2004. évi CXL. törvény 121. § (1) bek. d) pontja alapján a közigazgatási ügyben hozott döntést meg kell semmisíteni, ha annak tartalmát bűncselekmény befolyásolta, feltéve hogy a bűncselekmény elkövetését jogerős ítélet megállapította vagy ilyen ítélet meghozatalát nem a bizonyítottság hiánya zárja ki). Ha pedig más jogági szabályok jelentőséget tulajdonítanak a jelzett differenciának, akkor a büntető eljárási jognak még inkább meg kellene teremtenie annak lehetőségét, hogy ne csak teljességgel ellentétes tartalmú ítéletek, hanem a felmentés indokolásában rejlő ellentmondások esetében is lehetőség nyíljon a fellebbezésre, mégpedig a másodfokú bíróság határozatával szemben is. Ez olyan alapkövetelmény, ami jelenleg szükségessé tenné a

⁷⁴ SOMOGYI GÁBOR: *A másodfokú bíróság ügydöntő határozata elleni fellebbezés lehetőségének elvei és gyakorlata.* http://www.fovarosi.birosag.hu/szellemimuhely/a_masodfoku_birosag.pdf

harmadfokú eljárás alkalmazási körének újragondolását, a fellebbezési okok taxációjának kibővítését.

*Juhász Krisztina tudományos segédmunkatárs,
Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Politológiai Tanszék*

EUPM Bosznia – az EU rendőri missziója Bosznia-Hercegovinában

1. Bevezetés

Az 1999-ben az EU közös kül-és biztonságpolitikája keretében elindított európai biztonság-és védelempolitika történetének egyik kiemelkedően fontos állomását jelenti az EU Bosznia-Hercegovinában elindított első válságkezelő missziója, az EUPM Bosznia.

A délszláv háborúkkal kapcsolatos európai tehetetlenség után a 2000-es évek elején az Európai Uniónak alkalma nyílt arra, hogy az ENSZ rendőri missziójának munkáját folytatva bebizonyítsa, az újonnan létrehozott politikaterület, az európai biztonság-és védelempolitika keretében igenis képes önálló műveletek indítására, irányítására és ellenőrzésére. Az EUPM 2003. január 1-jei elindításáról a Tanács 2002. március 11-én elfogadott 2002/210/CFSP együttes fellépése rendelkezett.

A dokumentum értelmében a misszió felhatalmazása az alábbi tevékenységekre terjedt ki:

- tanácsadás, megfigyelés, valamint ellenőrzés biztosítása egy, az európai és nemzetközi normák alapján működő fenntartható, professzionális és többnemzetiségű rendőri szervezet kiépítésénél;
- segítségnyújtás a helyi hatóságoknak a szervezett bűnözés és a korrupció elleni nyomozások megszervezésében és lefolytatásában;
- a boszniai nyomozóhatóságok operatív képességeinek és kapacitásának fokozása;
- a rendőrség és az ügyészség, valamint a rendőrség és a büntetés-végrehajtási rendszer közötti együttműködés minőségének javítása;
- egy átlátható és elszámoltatható rendőri szervezet kiépítése Boszniában.

Jelen tanulmány célja, hogy áttekintse a 2012. június 30-án lezárt EUPM Bosznia-Hercegovina történetét, megvizsgálva annak mandátumát, felépítését, tevékenységeit, az elért eredményeket, valamint kapcsolatát a Boszniában működő egyéb nemzetközi és európai uniós szereplőkkel, rávilágítva azokra a nehézségekre, amelyekkel az EU első polgári

válságkezelési missziója szembesült mind Bosznia belső jellemzői és a délszláv háborúk öröksége miatt, mind a nemzetközi közösség és az Európai Unió nem minden esetben megfelelő helyzetértékelése okán.

2. Az előzmények

A hidegháború éveiben blokkon kívüli országgént különleges helyzetnek örvendő Jugoszlávia súlyos problémával találta szemben magát 1990-ben a tagköztársaságokban lezajlott demokratikus választások eredményeképpen, ugyanis a legtöbb köztársaságban nacionalista pártok kerültek hatalomra. Az új szlovén és horvát kormány sokkal inkább egy laza konföderáció keretei között képzelte el az együttműködést, míg a Slobodan Milosevic vezette Szerbia egy centralizált szövetségi államot preferált. Az említett országok 1991-es elszakadására Szerbia katonai fellépéssel válaszolt, amelyek más-más időtartamban és intenzitásban vezettek háborúhoz Szlovéniában és Horvátországban.

Bosznia-Hercegovina 1992 márciusában kiáltotta ki függetlenségét, amelyet az Európai Közösség a következő hónapban el is ismert. A helyett, hogy ezzel az aktussal Brüsszel megelőzte volna a fegyveres konfliktust –mint ahogyan azt eredetileg remélte– szerb irreguláris csapatok támadtak muszlimok lakta falvakra és városokra Kelet-Boszniában, majd a Jugoszláv Néphadsereg is csatlakozott a támadásokhoz. Pár hónapon belül eszkalálódtak a harcok a horvát-bosnyák koalíció és a szerbek között. A háborúnak a NATO katonai intervenciója, illetve a washingtoni közvetítéssel megkötött daytoni békeszerződés vetett véget 1995 végén. Az 1995. december 14-én Párizsban aláírt megállapodás értelmében Bosznia-Hercegovina nemzetközi jogilag fennmaradt, de két széles önállósággal bíró országrészre, úgynevezett entitásra oszlik: a terület 51%-át birtokló Bosnyák-Horvát Föderációra (Föderáció) és a területek 49 %-a fölött regnáló Szerb Köztársaságra. A Föderáció tíz további kantonra osztható, amelyek némelyikét horvát, némelyikét bosnyák dominancia jellemzi. A daytoni békeszerződés negyedik melléklete tartalmazza Bosznia-Hercegovina alkotmányát, amelynek értelmében Bosznia-Hercegovina központi állami intézményeinek¹ hatáskörébe tartozik a külpolitika; a külkereskedelem; a vámügyek; a monetáris politika; az állami intézmények költségvetésének meghatározása, a Bosznia-Hercegovina nemzetközi kötelezettségvállalásaiból adódó pénzügyek; a bevándorlás és menekültügy; a nemzetközi és az entitások közti bűnügyi együttműködés, beleértve az

¹ Parlamenti Közgyűlés, Elnökség, Minisztertanács, Alkotmánybíróság, Központi Bank.

Interpollal való kapcsolattartást; a közösségi és nemzetközi kommunikációs rendszerek kiépítése és működtetése; az entitások közti szállítás és fuvarozás szabályozása, valamint a légi forgalom ellenőrzése. Az entitások saját elnökkel, parlamenttel és kormánnyal rendelkeznek, hatáskörükbe tartozik -többek között- a szomszédos államokkal való párhuzamos kapcsolattartás Bosznia-Hercegovina szuverenitásának és területi integritásának tiszteletben tartása mellett, nemzetközi szerződések kötése a Parlamenti Közgyűlés beleegyezésével, valamint a területükön tartózkodó személyek biztonságát szavatolni képes rendvédelmi szervek felállítása és működtetése.

A boszniai rendőrség mind jogilag, mind politikailag, mind etnikailag megosztott volt ez idő tájt. A szerződés értelmében a rendőrség megszervezése és fenntartása az entitások hatáskörébe tartozik. A Szerb Köztársaság, amely a Föderációnál centralizáltabb entitás, egységes rendőri szervet hozott létre, amely csak területi alapon oszlott további egységekre. Ezzel szemben a Föderáción belül tizenegy különböző és egymástól független rendőri erő jött létre: tíz kantonbeli rendőrség és egy szövetségi szintű rendőrség, amelynek a feladata a kantonhatárokon átnyúló bűncselekmények üldözése volt. Ráadásul Brcko Körzetnek, amely nemzetközi felügyelet alá került, saját rendőrsége volt. Ezek a rendőri erők mind méretükben, mind a tevékenységüket meghatározó szabályokban és eljárásokban rendkívül eltérő képet mutattak.²

A fent említett fragmentáltságon túl Bosznia politikai és rendőrségi kultúrája nagy mértékben mutatott eltérő képet a Nyugat-Európában kialakult struktúráktól, és két súlyos negatív örökséggel kellett megbirkóznia, amelyek a háború előtti Jugoszláviában gyökereztek. Egyrészt meg kell említenünk a rendőrség operatív tevékenységébe való politikai beavatkozás jelenségét, másrészt a jugoszláv rendőrség szervezeti kultúrájából adódó számos működési rendellenességet, úgy mint a túlságosan centralizált rendőrségi döntéshozatalt, továbbá a felelősségi viszonyok tisztázatlanságát vagy éppen azok teljes hiányát.³ A háború végével a boszniai rendőrség tehát az alábbi kihívásokkal szembesült:

- intézményi fragmentáltság;
- politika és etnikai befolyásoltság,
- diszfunkcionális szervezeti kultúra;

² Thomas Mühlmann: The police mission EUPM in Bosnia 44. p.

In: Michael Merlingen - Rasa Ostrauskaitė (edited): European Security and Defence Policy. An implementation perspective London Routledge 2008

³ Meg kell jegyeznünk, hogy a háború alatt a fenti jellemzőkkel bíró, ám korábban integrált rendőrség felbomlott -alapvetően az etnikai törésvonalak mentén-, és kulcsszerepet játszott a különböző etnikai csoportokat érintő atrocitásokban, különösen a Szerbiában.

- a politikai szélsőségek és a bűnözés közötti szimbiózis.

3. Az ENSZ Főmegbízott és a Nemzetközi Rendőri Erő tevékenysége

A háborút követően a nemzetközi közösség hozzálátott, hogy Bosznia-Hercegovinát a nyugati politikai és gazdasági értékrendnek megfelelően újjáépítse. A daytoni békeszerződés értelmében az ország lényegében nemzetközi igazgatás alá került, amelyen belül kiemelendő a kulcspozíciót betöltő ENSZ Főmegbízott (High Representative- HR) és hivatalának tevékenysége. A daytoni békeszerződés tizedik melléklete tartalmazza a békeszerződés végrehajtásának polgári aspektusait. Ennek keretében kell biztosítani az infrastruktúra helyreállítását és a gazdaság rekonstrukcióját, az alkotmányos és politikai intézményrendszer kiépítését, az emberi jogok tiszteletben tartásának biztosítását, valamint a szabad és tisztességes választások lebonyolítását. A fenti feladatok ellátása érdekében a szerződés számos nemzetközi intézményt hozott létre, és ruházott fel hatáskörrel. Ezen intézmények tevékenységét hivatott összehangolni az ENSZ Főmegbízott (Főmegbízott) tisztsége, amelynek mandátuma az alábbiakra terjed ki:

- ellenőrzi a daytoni békeszerződés végrehajtását;
- szoros kapcsolatot tart fenn a békeszerződés polgári aspektusainak végrehajtásában illetékes intézményekkel és biztosítsa azok együttműködését;
- koordinálja Bosznia-Hercegovina polgári intézményeinek tevékenységét, tiszteletben tartva azok autonómiáját. Ezen intézmények kötelesek segíteni a Főmegbízottat feladatainak teljesítése során, elsősorban a rendelkezésükre álló összes információ átadásával;
- elhárítja a békeszerződés polgári aspektusainak végrehajtását akadályozó nehézségeket;
- részt vesz a donor szervezetekkel folytatott találkozókön;
- meghatározott időközönként jelentést készít a békeszerződés végrehajtásának folyamatáról az Egyesült Nemzetek Szervezete, az Európai Unió, az Amerikai Egyesült Államok, az Orosz Föderáció, a szerződő felek (Bosznia-Hercegovina, Horvát Köztársaság, a Jugoszláv Szövetségi Köztársaság⁴, továbbá a két entitás, a Bosnyák-Horvát Föderáció, valamint a Szerb Köztársaság) és a többi érdekelt kormány, valamint szervezet részére.

⁴ Amely ma már Szerbia, Montenegró, valamint a vitatott státuszú Koszovó.

- iránymutatást ad a Nemzetközi Rendőri Erők Biztosának.

A Főmegbízott munkáját a Főmegbízott Hivatala (Office of High Representative- OHR) segíti, amelynek központja Szarajevóban található, és amely az alábbi szervezeti egységeket öleli fel:

- Politikai Osztály;
- Gazdasági Osztály;
- Jogi Osztály;
- Közbiztonsági Tanácsadó Egység;
- Sajtó Osztály.

A szarajevói központon kívül három regionális képviselőt tart fenn a hivatal: Banja Lukában, Mostárban és Brcko Körzetben.

A Békevégrehajtó Tanácsot (Peace Implementation Council- PIC) a daytoni békeszerződés tárgyalásainak sikeres lezárása után, az 1995. december 8-9. között Londonban tartott konferencián hozták létre. A testület azon ötvenöt országból és szervezetből álló fórum, amelyek valamilyen módon támogatják a bosznia-hercegovinai békefolyamatot.⁵ Az ötvenöt tagon felül változó számú megfigyelő is részt vesz a PIC munkájában. A konferencián létrehozták továbbá a Békevégrehajtó Tanács Irányító Testületét (Steering Board- SB), amely a Főmegbízott elnökletével a PIC végrehajtó szerve. Az Irányító Testület tagjai: Kanada, Franciaország, Németország, Olaszország, Japán, Oroszország, Nagy-Britannia, Egyesült Államok, az EU soros elnöke, az Európai Bizottság, valamint az Iszlám Konferencia Szervezete, amelyet Törökország képvisel.

Az Irányító Testület háromhavonta ülésezik, fő feladata, hogy a Főmegbízottat politikai iránymutatásokkal lássa el. A Főmegbízott személyére is ez a testület tesz ajánlást, amelyet ezt követően az ENSZ Biztonsági Tanácsa hagy jóvá.

A Főmegbízott mandátuma eredetileg a boszniai békeépítési folyamatban résztvevő nemzetközi szereplők tevékenységének koordinálására terjedt ki, azonban a Békevégrehajtó

⁵ A Békevégrehajtó Tanács tagjai: Albánia, Ausztria, Belgium, Bosznia-Hercegovina, Bulgária, Kanada, Kína, Horvátország, Csehország, Dánia, Egyiptom, a Jugoszláv Szövetségi Köztársaság, Macedónia, Franciaország, Németország, Görögország, Magyarország, Írország, Finnország, Olaszország, Jordánia, Luxemburg, Malajzia, Marokkó, Hollandia, Norvégia, Omán, Pakisztán, Lengyelország, Portugália, Románia, Orosz Föderáció, Szaúd-Arábia, Szlovákia, Szlovénia, Spanyolország, Svédország, Svájc, Törökország, Ukrajna, Nagy-Britannia, Egyesült Államok. Ezen országokon felül a Főmegbízott, Brcko Körzet választott bírói testülete, az Európa Tanács, az Európai Újjáépítési és Fejlesztési Bank, az Európai Bizottság, a Vörös kereszt Nemzetközi Bizottsága, a NATO, a Nemzetközi Valutaalap, az Európai Biztonsági és Együttműködési Szervezet, a volt Jugoszlávia területén elkövetett bűncselekmények kivizsgálására felállított Nemzetközi Törvényszék, az ENSZ, az ENSZ Emberi Jogi Főbiztosa, az ENSZ Menekültügyi Főbiztosa, az ENSZ Észak-Szlavóniai Átmeneti Adminisztrációja (UNTAES-1998 januárjában feloszlatták) és a Világbank.

Tanács Irányító Testületének 1997-es bonni találkozásán újraértelmezték, és módosították a Főmegbízott mandátumát, sokkal erősebb végrehajtó hatáskört is biztosítva számára a polgári válságkezelés területén. A felhatalmazás kiterjesztése egy korábban példátlan hatalmat adott a Főmegbízott kezébe, amellyel az, főleg a 2002 és 2006 között „regnáló” Paddy Ashdown élt is.⁶

A Főmegbízott és hivatalának tekintélye azonban 2006 óta fokozatosan csökkent. Ennek okaként elsősorban az a döntés jelölhető meg, miszerint a rendőrségi és az alkotmányreform meghirdetésével párhuzamosan 2005-ben bejelentették a Főmegbízotti Hivatal 2006. júniusi bezárását, illetve, hogy a Paddy Ashdownt követő Főmegbízott, Christian Schwarz-Schilling jóval gyengébb mandátummal lett felruházva 2006-ban, mint előde. A Békevégrehajtó Tanács Irányító Testülete 2008 februárjában az alábbi célkitűzések realizálását tűzte ki a Főmegbízotti Hivatal bezárásának feltételül:

- az állami vagyon elosztása a központi állam és az entitások között;
- a katonai vagyonelemek elosztása;
- Brcko Körzet jogállásának rendezése;
- pénzügyi stabilitás biztosítása;
- a joguralom és a jogállamiság megszilárdítása Boszniában;
- Stabilizációs és Társulási Megállapodás aláírása az EU-val;
- valamint az Irányító Testület kedvező helyzetértékelő jelentése Boszniáról.

A Nemzetközi Rendőri Erő (International Police Task Force- IPTF) létrehozásáról szintén a Daytoni békeszerződés rendelkezett, mégpedig annak tizenegyedik melléklete. Ennek értelmében az IPTF élén a megbízott állt, akit az ENSZ Főtitkára nevezett ki az ENSZ Biztonsági Tanácsával folytatott konzultációt követően. Az IPTF felett a Főmegbízott gyakorolt ellenőrzést, ennek keretében iránymutatásokkal láthatta le az IPTF-megbízottat, aki rendszeres időközönként jelentést volt köteles készíteni a Főmegbízott számára tevékenységéről.

Az IPTF mandátuma az alábbi feladatok ellátására terjedt ki:

- ellenőrizte, megfigyelte és felügyelte a boszniai rendvédelmi szervek tevékenységét, beleértve a kapcsolódó igazságszolgáltatási szervezetek munkáját is;
- tanácsadó tevékenységet folytatott a helyi rendvédelmi szervek számára;
- képzéseket szervezett a helyi rendvédelmi szervek személyi állománya számára;
- segítette a helyi rendvédelmi szervek munkáját;

⁶ Ashdownt a The Times Paddy King-ként emlegette.

- megállapította a közrendet veszélyeztető fenyegetéseket, és tanácsokkal látta el a helyi rendvédelmi szerveket azok kezelésével kapcsolatban;
- tanácsadó tevékenységet folytatott a boszniai kormányzervek mellett a hatékony és fenntartható működésű polgári rendvédelmi szervek kialakítása céljából.

Az IPTF egyik legfontosabb célkitűzése az volt, hogy nyilvántartásba vegye, majd megvizsgálja a boszniai rendvédelmi szervek tagjait, majd ezt követően eltávolítsa azokat, akik nem megfelelően képzettek vagy háborús bűnök elkövetésével hozhatók összefüggésbe. Ennek az átvilágítási és igazolási eljárásnak az eredményeképpen számottevően csökkent a rendőrség létszáma a közvetlenül a háború utáni időszakban jellemző 50-60 ezerről 2002 végéig megközelítőleg mintegy 16 ezer főre.⁷

Az alkalmatlan személyek eltávolításával párhuzamosan az IPTF hozzálátott a kisebbségi csoportokból való nagyobb számú toborzáshoz. A későbbiekben az IPTF részt vett az állami szintű rendőrség megszervezésében és megerősítésében. Az entitásokban – Szarajevóban és Banja Lukában– rendvédelmi egyetemek nyíltak, 2000-ben létrejött az Állami Határszolgálat (State Border Service- SBS), majd 2002-ben az Állami Információs és Védelmi Ügynökség (State Information and Protection Agency- SIPA).

AZ ENSZ Főtitkár 2001 közepén vetette fel az IPTF Boszniából való kivonásának lehetőségét, ám szinte ezzel egy időben többen is felhívták a figyelmet arra, hogy az IPTF eredményei ellenére, messze nem sikerült biztosítani a rendvédelmi szervek megfelelő működését az országban, továbbra is gondot jelent –többek között– az állomány nem megfelelő képzettsége, az alulfizettség és ezzel összefüggésben a korrupció, valamint a rendőri szervek politikai és etnikai befolyásoltsága. Felmerült tehát annak szükségessége, hogy az ENSZ missziót kövesse egy, az IPTF sikereit őrző, illetve a rendőrségi szektor további fejlesztését célzó, elsősorban regionális, tehát európai felelősségvállalás, illetve ennek manifesztációjaként egy európai rendőri misszió. Elsőként az Európai Biztonsági és Együttműködési Szervezet (EBESZ) jelezte szándékát, miszerint kész folytatni az IPTF munkáját Boszniában. Majd nem sokkal ezt követően –elsősorban a franciák ösztönzésére– az EU felismerte, hogy milyen lehetőségeket rejtene magában egy önálló EU-misszió. Egyrészt annak demonstrálását, hogy az EU kész egy fokozottabb szerepvállalásra a Nyugat-Balkán biztonságának szavatolásában, másrészt annak bizonyítását, hogy a frissen kialakított európai biztonság-és védelempolitika a tagállamok gyakorlatban is működő együttműködését jelenti.

⁷ Thomas Mühlmann: The police mission EUPM in Bosnia 46. p.
In: Michael Merlingen - Rasa Ostrauskaitė (edited): European Security and Defence Policy. An implementation perspective London Routledge 2008

2001 novemberében egy felderítő, majd 2002 elején egy tényfeltáró küldöttséget delegált a Tanács Boszniába. 2002 februárjában pedig sor került a hivatalos felajánlásra, miszerint az EU kész rendőri missziót indítani Boszniában.

4. AZ EUPM mandátuma és szervezeti felépítése

Az unió első polgári válságkezelési műveleteként elindított EUPM jogalapját a Tanács 2002/210/CFSP együttes fellépése jelentette, amely 2003 januárjától 2005 decemberéig jelölte meg a misszió időtartamát (EUPM1), amit ezt követően négyszer hosszabbítottak meg: 2006. januártól 2007 decemberéig (EUPM2), 2008. januártól 2009 decemberéig (EUPM3), 2010 januárjától 2011 decemberéig (EUPM4), valamint 2012 januárjától 2012 júliusáig (EUPM5). A válságkezelési művelet fenti fázisait nem pusztán a Tanács meghosszabbításról hozott normatív döntései alapján célszerű elkülöníteni, hanem az alapján is, hogy a mandátum-meghosszabítások során hogyan módosult a tanácsi felhatalmazás tartalma, illetve, hogy ezzel összefüggésben mire helyeződött át az EUPM tevékenységének fókuszja. Az EUPM 2003. január 1-jén történő elindítását egy elő-tervezési (2001. december-2002. január) és egy tervezési időszak (2002. március-2003. január) előzte meg. Az elő-tervezési fázisban a Tanács három tényfeltáró missziót küldött Szarajevóba, azzal a céllal, hogy azok felmérjék az ENSZ égisze alatt működő IPTF eredményeit, és összegyűjtsék a Boszniában indítandó művelethez szükséges információkat. A későbbiek során azonban világossá vált, hogy a tényfeltáró küldöttségek mandátumának rövidege, valamint a tény, hogy a tevékenységük kizárólag a fővárosra terjedt ki, számtalan hiányosság és félreértés forrása lett a tervezési időszakban. Az úgynevezett tervezési időszakban az EUPM előkészítését a Tervező Csoport végezte 2002. április 15. és 2002. december 31. között, amelynek feladata a Műveleti Konceptió (Concept of Operations-CONOPS) és az ezen alapuló Műveleti Terv (Operation Plan-OPLAN) és Stratégiai Végrehajtási Terv (Mission Strategy Implementation Plan-SiP) kidolgozása volt. Munkája során szoros együttműködést alakított ki a Tanács Főtitkárságával, az IPTF-el, és az országban jelen levő egyéb nemzetközi szereplőkkel, többek között az Egyesült Államok Igazságügyi Minisztériuma által felügyelt Nemzetközi Bűnüldözői Képzési Támogatóprogram (International Criminal Investigative Training Assistance Programme-ICITAP) résztvevőivel. A fenti műveleti dokumentumok elkészítésén túlmenően a Tervező Csoport felmérte, hogy mely helyi rendvédelmi erőkhöz és azok mely szervezeti egységeihez történjen majd az EUPM keretén belül működő rendőrök telepítése, kidolgozta az áruk és

szolgáltatások beszerzésére irányuló eljárások rendjét, valamint elkészítette az EUPM rendőreinek, civil szakértőinek és a nemzetközi állományának munkaköri leírásait. Az előtervezési időszak hiányosságaiból is fakadóan a tervezési időszakban nem sikerült minden esetben pontosan felmérni az EUPM működéséhez szükséges infrastrukturális, pénzügyi, technikai igényeket, és ez a misszió első időszakának programjaira és projektjeire rányomta a bélyegét.⁸

Az EUPM1-nek meglehetősen széles, ugyanakkor sok esetben nehezen értelmezhető felhatalmazást adott a Tanács. A misszió mintegy ötszáz fős állományának elsődleges feladata az volt, hogy a legjobb európai és nemzetközi gyakorlatnak megfelelően működő rendőri struktúrát hozzon létre Boszniában. Ennek érdekében a misszió segítő (mentoring), ellenőrző (monitoring) és felügyeleti, vizsgálati (inspecting) tevékenységet folytatott. Mind a feladat, mind a tevékenységek meghatározása kapcsán azonban kérdések merültek fel. Egyrészt az EUPM elindításakor nem létezett egy közös megegyezésen alapuló katalógusa a legjobb európai gyakorlatnak a rendőrségi igazgatást, illetve a rendvédelmet illetően, másrészt nem volt világos, mit kell vizsgálati tevékenység alatt érteni, hiszen az EUPM nem rendelkezett végrehajtó jogkörökkel a tanácsi felhatalmazás értelmében.⁹

Ráadásul a rendvédelemre koncentráló mandátummal a Tanács figyelmen kívül hagyta az ENSZ azon tanácsát, hogy a rendőrségi reform sikerének záloga a „holisztikus” megközelítés, azaz az egész jogállami intézményrendszer kiépítését és megszilárdítását célzó misszió. Az EU döntése, miszerint nem követi saját missziója megszervezésénél az ENSZ ajánlását, nem elvi egyet nem értésen alapult.

Ahogy Michael Merlingen és Rasa Ostrauskaité rámutattak, három okra vezethető vissza az EU „leszűkítő értelmezése”: Egyrészt a jogállami szektor egészének reformját már korábban az ENSZ Főmegbízott és annak hivatala koordinálta; másrészt az EU nem sokkal a missziót megelőzően határozta meg –szerintük meglehetősen óvatosan– a polgári válságkezelési területeteket, amelynek figyelmen kívül hagyása az európai biztonság-és védelempolitika hitelességét kérdőjelezte volna meg; harmadrészt az EU –létével az EUPM az első önálló missziója– nem volt még kész egy olyan integrált programra, amely a jogállami

⁸ Sanela Osmanovic-Vukelic: 10 Years of EU Police Mission. The Story of the EU Police Mission in Bosnia and Herzegovina Sarajevo June 2012 pp.28-31.

http://www.eupm.org/Documents/10_Years_of_EUPM_in_BiH-ENG.pdf (2012.10.15.)

⁹ Mivel nem léteztek egységesen elfogadott európai, illetve nemzetközi standardok a rendvédelmet illetően az EUPM elindításakor, a misszió elsősorban az abban részt vevők személyes tapasztalataira, illetve a támogató államok gyakorlatára támaszkodott.

intézményrendszer minden szegmensét felöleli.¹⁰ Személy szerint a szerzőpáros által másodikként említett okkal nem értek egyet, hiszen az Európai Tanács 2000 júniusában Santa Maria da Feira-ban megrendezett találkozásán meghatározott polgári válságkezelési területek az alábbiak: a rendőrség, a jogállamiság megszilárdítása, a polgári közigazgatás támogatása, valamint a polgári védelem. Egy komplex, és a rendvédelem területén túlnyúló misszió elindítása tehát nem mondott volna ellent a polgári válságkezelési területek ilyen módon való meghatározásának.

Az EUPM Bosznia úgynevezett nem végrehajtó jellegű rendőri misszió volt, amelynek tagjai tehát rendvédelmi tevékenységet nem folytathatnak. A programban részt vevő rendőröket az állami és az entitásokbeli közép és felső szintű rendőri egységekhez vezényelték, beleértve Brcko Körzetét is. Ezen felül mind a Szerb Köztársaság, mind a Föderáció belügyminisztériumába, a rendvédelmi egyetemekre és az állami szintű Biztonsági Minisztériumhoz rendeltek EUPM-tanácsadókat. Az átlagos szolgálati idő egy év volt, és annak érdekében, hogy minimalizálják a személyi állomány fluktuációjával járó nehézségeket, rotációs rendszerben történt a régi és az új állomány cseréje. Az uniós tagállamok mellett harmadik országok is részt vettek a misszióban: Kanada, Izland, Norvégia, Oroszország, Svájc, Törökország, valamint Ukrajna.

Az EUPM célja az volt, hogy kidolgozzon egy, az EU által alkalmazott új szemléletű rendőrségi reform-modellt, amelynek lényege a helyi szereplők részvétele a reformfolyamatokban (local ownership model). A helyi rendvédelmi szervek megfelelő szintű részvételét volt hivatott biztosítani a Rendőri Irányító Testület (Police Steering Board- PSB), amely a helyi rendvédelmi szervek legmagasabb rangú vezetőiből, a misszió vezetőjéből és rendőreiből állt. A PSB-nek jogilag semmilyen hatásköre nem volt, az informális egyeztetés fórumául szolgált. Alacsonyabb szinten munkacsoportok keretei között történt a konzultáció az EUPM által meghatározott hét projekt területén. Szintén a helyi erők részvételének fórumául szolgált a Rendőri Ügyekben Illetékes Miniszteri Konzultáció (Ministerial Consultative Meeting on Police Matters), amely eredetileg az IPTF keretein belül jött létre, majd az EUPM átvette, 2005-ben átalakította és átnevezte Rendőri Együttműködési Miniszteri Tanácsá (Ministerial Council for Co-operation on Police Matters). Összehasonlítva a két egyeztető fórum profilját, a PSB a rendőrségi reform operatív kérdéseivel, míg a Miniszteri Tanács a politikai aspektusaival foglalkozott. Mivel a

¹⁰ Michael Merlingen-Rasa Ostrauskaité: European Union Peacebuilding and Policing London Routledge 2006 61. p.

programok és projektek végrehajtása sok esetben elhúzódott, illetve megakadt amiatt, hogy senki nem érezte hatáskörébe tartozónak azok kivitelezését, 2004 nyarán felállították az úgynevezett projektvégrehajtó testületeket (project implementation boards).¹¹

Az EU boszniai missziójának élén a misszióvezető állt, akit a Miniszterek Tanácsa nevezett ki a külügyi-és biztonságpolitikai főképviselő javaslata alapján. Az első misszióvezető Sven Frederiksen volt, majd 2004-ben bekövetkezett hirtelen halálakor Kevin B. Carty-t nevezték ki misszióvezetővé, aki az EUPM1 végéig, azaz 2005 decemberéig töltötte be ezt a tisztséget. A dán nemzetiségű Frederiksen személye egyszerre jelentett előnyt és hátrányt az induló EU misszió számára, Frederiksen ugyanis egyrészt már az IPTF-ben is részt vett, így személye elősegítette a két rendőri misszió átadás-átvételi folyamatát, másrészt azonban éppen ez a személyi kontinuitás okozott nehézséget abban, hogy az EU első polgári válságkezelési missziója önálló arculattal rendelkezzen, és a helyi lakosság számára egyértelműen az EU-hoz legyen köthető. Mind a misszióvezető, mind két helyettese beszámolási kötelezettséggel tartozott az EU külügyi-és biztonságpolitikai főképviselője felé az EU boszniai különleges megbízottján keresztül. Az EUPM főparancsnoksága Szarajevóban volt, ezen felül négy regionális iroda működött Szarajevóban, Banja Lukában, Mostárban és Tuzlában. A regionális irodák különböző területekért voltak felelősek, és számos eredményt tudtak felmutatni az EUPM munkája kapcsán. A Szarajevói Regionális Iroda főtanácsadója, Marko Rode hangsúlyozta, irodájuk számos olyan kiemelt fontosságú ügy kezelését követte nyomon, amelyben a Föderáció rendőrsége volt illetékes, továbbá közös oktatások szervezésével segítették elő a rendőrök és az ügyészek közötti együttműködés minőségének javítását.¹² A szervezett bűnözés elleni harc keretében tartott pénzügyi vizsgálatok területén ért el kiemelkedő eredményeket a Banja Lukában működő regionális iroda. A Mostárban működő iroda tevékenységének fókuszában egyrészt az információs rendszerek felállítása, a különböző rendvédelmi szervek közötti információcsere fejlesztése, valamint a rendőrség, az ügyészség, a bíróságok és a büntetés-végrehajtási szervek közötti együttműködés elősegítése állt. Karl-Heinz Schenk, a tuzlai iroda főtanácsadója három területet jelölt meg, amelyben irodájuk kiemelkedő eredményt tudott felmutatni: a szervezett bűnözés és korrupció elleni nyomozások előkészítése és irányítása, a rendőri szervek feletti politikai befolyás elleni

¹¹ Uo.63. p.

¹² European Union Police Mission in Bosnia and Herzegovina Mission Magazine No. 90 December 2011 5. p.

védelem, valamint a srebrenicai megemlékezés békés lebonyolításában illetékes rendőri szervek és egyéb hatóságok munkájának összehangolása.¹³

Az EUPM főparancsnokságon belül számos szervezeti egység biztosította a misszió mandátumának végrehajtását. Az Irányító Iroda rendeltetése a misszió vezetésének, irányításának elősegítése volt, amely maga is további egységekre és irodákra tagolódott. A Politikai Iroda feladata a legfrissebb boszniai politikai folyamatok nyomon követésével megfelelő politikai tanácsadás nyújtása volt a misszió vezetésének, a Jogi Iroda különböző jogi szempontú értékeléseket, véleményeket és tanácsokat biztosított a misszió vezetése és résztvevői számára, a Tájékoztató és Kommunikációs Központ a misszió munkájával kapcsolatos tájékoztató tevékenységet látta el mind a közvélemény, mind a Boszniában működő egyéb nemzetközi szereplők irányába.

Az Adminisztratív és Támogató Szolgálat feladata az EUPM mindennapi működéséhez szükséges feltételek biztosítása volt, amely a misszió 2003-as indulásakor – előzetes tapasztalatok hiányában– nem kis feladatot rótt a szolgálatra. Végül a Stratégiai Tanácsadó Egység szintén további szervezeti elemekre bomlott, úgy mint a Büntető Igazságszolgáltatási Csoport, Gazdasági Bűncselekmények és Korrupció elleni Csoport, Jogi és Szabályozási Csoport, Letartóztatási/Fogvatartási Csoport, Bevándorlási Csoport, Vizsgálati Csoport, valamint az egyes programokért, illetve projektekért felelős egységek: a rendőrségi reformért, a közpénzügyekért, a határellenőrzésért, az ügyészségért és a rendőrségi koordinációért felelős csoportok. A fent említett egységek feladata a misszió szakmai hátterének biztosítása volt.

5. Az EUPM tevékenysége

A misszió stratégiai végrehajtási terve négy célt fogalmazott meg az EUPM-el kapcsolatban:

- intézményépítés és kapacitásfejlesztés;
- a szervezett bűnözés és korrupció elleni harc;
- a pénzügyi átláthatóság és fenntarthatóság kialakítása;
- a rendőrség függetlenségének és elszámoltathatóságának biztosítása.

A fenti négy prioritási terület megvalósítását hét nagyobb program, illetve az ezeken belül létrehozott mintegy százhusz projekt volt hivatott biztosítani.

¹³ Uo.5. p.

A bűnügyi rendőrségi program a szervezett bűnözés különböző formái elleni fellépés fontosságát hangsúlyozta. A program keretében –többek között– a helyi nyomozóknak biztosítottak képzéseket, tanúvédelmi rendszert építettek ki, országsszerte átszervezték a bűnügyi osztályokat, a bűnügyekkel kapcsolatos információk gyűjtésére, elemzésére és megosztására fókuszáló projektet indítottak, amelynek részeként egy, az egész ország területéről hívható 24 órás bűnügyi forróvonalat létesítettek.

A büntető igazságszolgáltatási program keretében az EUPM egy bírósági, illetve törvényszéki rendőrség kiépítését és felügyeletét koordinálta mind központi állami szinten, mind az entitásokban és Brcko Körzetben. A törvényszéki rendőrök feladata elsősorban a bírósági tárgyalások rendjének, valamint a bírák biztonságának szavatolása. A program alatt futó másik projekt a büntetőeljárás nyomozati szakaszának hatékonyságát volt hivatott elősegíteni, többek között a tanú-és gyanúsított-kihallgatás gyakorlatának, valamint a rendőrségi jegyzőkönyvek készítésének területén nyújtott tanácsadással, illetve továbbképzések szervezésével.

A 2004-ben elindított *rendőri oktatási és gyakorlati program* két célt tűzött ki. Egyrészt megpróbált egységes keretet biztosítani a korábban már elindított - és más programok alatt futó- rendőri képzéseknek, másrészt új képzési projekteket indított.

A belügyi program fókuszában egy átlátható felügyeleti mechanizmus kiépítése állt, amelynek segítségével biztosítani tudják a rendőrök elszámoltathatóságát mind a feletteseik, mind a közvélemény irányában. A rendőrök IPTF általi átvilágítási és igazolási eljárása is azt a célt szolgálta, hogy olyan rendőri állomány működjön Bosznia szerte, amelynek minden tagja elfogadja a nemzetközi emberi jogi standardokat, és ezeknek megfelelően látja el tevékenységét. Már ennek keretében megszülettek azok a rendelkezések, amelyek egy megbízható belső ellenőrzési rendszer felállítását célozták, azonban a végrehajtás fázisában megakadt ez a folyamat. Lényegében tehát az EU rendőri missziójára hárult a feladat, hogy ezt a felügyeleti rendszert az egész országra kiterjedően működésbe hozza. Ennek keretében az EUPM segítségével rendőrségi panaszirodák nyíltak, amelyek lehetőséget teremtettek a rendőri visszaélések és egyéb szabálytalanságok bejelentésére. Szintén a program részeként úgynevezett szakmai standard egységeket (professional standards units) hoztak létre, amelyek rendeltetése azon belső vizsgálatok lefolytatása, amelyeket az állampolgári bejelentések alapján indultak.

A rendőri igazgatási program több projektet ölelt fel. A közkapcsolati projekt rendőrségi szóvivőknek szervezett kommunikációs tréningeket, továbbá segítséget nyújtott

különböző információs kampányok és rendőrségi nyílt napok szervezéséhez. A személyzeti igazgatással foglalkozó projekt legfontosabb feladata a politikai befolyás kiiktatása a személyzeti politikából, valamint a rendőrök motivációs rendszerének kiépítése volt. Ez utóbbi keretében egy modern karrierépítési rendszer létrehozatalát célozták meg. A rendőri igazgatási program részét képezte továbbá a pénzügyi átláthatóságot, valamint a szigorú költségvetési ellenőrző mechanizmusokat célzó projekt is. Ennek során két dolgot kívánt az EUPM biztosítani, egyrészt a belügyminisztériumokon belül elkülönített rendőrségi költségvetés kialakításával a rendőrség pénzügyi függetlenségének biztosítását, másrészt a rendőrségi költségvetés hatékonyabb és fenntartható felhasználásának szavatolása érdekében egyfajta pénzügyi ellenőrzés létrehozatalát. Az EUPM ezen projektjét a Főmegbízott Hivatala, az Európai Bizottság, az Egyesült Államok Nemzetközi Fejlesztési Ügynöksége, valamint nem kormányzati tanácsadó szervek sora támogatta.

A közrendvédelmi és biztonsági program két nagy projektre bomlott. Az egyik a nagy tömegmegmozdulások –úgy mint sportrendezvények, demonstrációk– rendjének megfelelő biztosításával foglalkozott, a másik a háború alatt elmenekülők lakóhelyükre történő biztonságos visszatérését volt hivatott támogatni. Ez utóbbi során az EUPM együttműködött más, a témában kompetens nemzetközi szervezetekkel, így az ENSZ Menekültügyi Főmegbízottjával is. Az egyik legnagyobb probléma, amelyet az EUPM a kérdéses területen azonosított, hogy a helyi rendőrség sok esetben az etnikai motivációjú bűncselekményeket más büntetőjogi minősítés alapján kezelte. 2004 végén az EUPM olyan speciális fórumokat hozott létre Bosznia szerte, amelyek keretében a menekültek, a helyi rendőrség és a kormányzat képviselői meg tudták vitatni a visszatérők biztonságával kapcsolatos problémákat, illetve feladatokat.

Az EUPM egyik legalapvetőbb célját, azaz az *állami szintű rendvédelmi szervek kiépítését szolgálta az a program*, amelynek keretében két állami szintű, centralizált szerv került felállításra, az Állami Határszolgálat (State Border Service- SBS) és az Állami Nyomozó és Védelmi Ügynökség (State Investigation and Protection Agency- SIPA). Ugyan mindkét szervezetet eredetileg még az IPTF keretében állították fel, az ENSZ misszió lezárulásakor a SIPA csak papíron létezett, az SBS pedig komoly hiányosságokkal küzdött.¹⁴ Az SBS-t 2000 júniusában állították fel mint határőr, valamint vám-és pénzügyőr szolgálatot, azonban az EUPM 2003-as megindításakor nyilvánvalóvá vált, hogy a szervezet komoly

¹⁴ Michael Merlingen-Rasa Ostrauskaité: European Union Peacebuilding and Policing London Routledge 2006 pp. 70-71.

hiányosságokkal küzd, ezért a misszió egyik fő célkitűzése volt egy képességfejlesztési program elindítása. A projekt végrehajtása érdekében egy többségükben németekből álló, hetven fős csoportot, az úgynevezett „SBS keresztapákat” telepítettek az SBS-hez. A projekt keretében technikai, gyakorlati képzéseket tartottak a helyi határ-, vám-és pénzügyőröknek, többek között a hamis dokumentumok felismerése, valamint a vízumkiadáshoz szükséges kérdőívek, illetve igénylőlapok összeállítása és elbírálása területén.

A SIPA 2002-ben került felállításra, azzal a céllal, hogy az államügyész kérésére bizonyos személyek és objektumok védelmét biztosítsa, illetve hogy egy központi állami szintű információs központként segítse a bűnügyekkel kapcsolatos információcserét a különböző decentralizált rendőrségek között. Amikor 2003-ban megkezdte munkáját az EUPM, a SIPA-t felállító jogszabály átalakítása mellett döntöttek, amelynek elkészítésében a Főmegbízott Hivatala is részt vett. Ennek eredményeképpen az eredetileg tervezettnél szélesebb jogkörrel ruházták fel a szervezetet, beleértve egy erősebb végrehajtó hatáskört is, amelynek segítségével a SIPA kulcsszerepet tölthet be a szervezett bűnözés elleni küzdelemben.¹⁵ Az elsősorban brit rendőrök segítségével kivitelezett projekt keretében az EUPM segítséget nyújtott a SIPA szervezetének kialakításában, a szervezeti és működési szabályzat kidolgozásában, a projekt későbbi fázisában pedig az információszerzés, -elemzés, -felhasználás és -csere megfelelő szintű biztosításában. A SIPA-val kapcsolatos személyi kérdések több fejtörést okoztak, mint maga az intézményépítés, ugyanis a SIPA-t létrehozó törvény értelmében az ügynökség legmagasabb beosztású személyi kinevezései a Minisztertanács hatáskörébe tartoznak. A testületben hónapokig tartó politikai vita –melyik tisztségre milyen etnikumú személyt nevezzenek ki– végül oda vezetett, hogy a nemzetközi közösség nyomására a Főmegbízott nevezte ki az ügynökség igazgatóját, és további három vezető beosztású személyt.

Az SBS és a SIPA felállításán túl az EUPM segítséget nyújtott az állami szintű Biztonsági Minisztérium, valamint a boszniai Interpol Iroda felállításában is.

6. A műveletek végrehajtása során felmerült problémák

A hosszú tervezési időszak ellenére az EUPM számos komoly problémával szembesült a misszió kezdetén. Az infrastrukturális feltételek biztosítása, a konkrét rendőrségi reformtervek kialakítása és a végrehajtási tervek kidolgozása különösen nehéz feladatnak bizonyult. A

¹⁵ Uo. 71. p.

tagállamok nem tettek meg mindent a misszió mandátumának ellátása érdekében, például a kezdeti lelkesedés után fokozatosan csökkentették a művelet rendelkezésére bocsátott rendőrök számát, ráadásul a támogató és az ellenőrző feladatokat ellátó közép-és vezető beosztású rendőri vezetők felkészültsége is hiányosnak bizonyult néhány esetben. Az EUPM1 esetében problémásnak mutatkozott, hogy a rendőrségi reformot nem egy integrált jogállami szemléletű folyamatként kezelte, amelyben a rendőri, az igazságszolgáltatási és a büntetés-végrehajtási területek fejlesztésének egyforma figyelmet szenteltek volna. Ez a probléma meghatározta az EUPM2 kezdeti tevékenységét is, ugyanakkor a misszió ideje alatt a rendőrség és az ügyészség közötti együttműködés elősegítése érdekében már felállításra került a Büntető-igazságszolgáltatási Határterületi Egység (Criminal Justice Interface Unit).

Az EUPM kapcsolata és együttműködése az ENSZ Főmegbízottal nem volt mindig zökkenőmentes. A Főmegbízott a legerősebb hatáskörrel rendelkező nemzetközi szereplő Boszniában, aki 2002 és 2011 között kettős státusszal rendelkezett, mert egyúttal az Európai Unió különleges megbízottjának (EU Special Representative-EUSR)¹⁶tisztségét is betöltötte. 2011-ben szétvált a két státusz, a Főmegbízott tisztségét az osztrák Valentin Inzko, míg az EU különleges megbízotti posztját a dán nemzetiségű Peter Sorensen látja el. Az EUPM mandátumát meghatározó együttes fellépés az EUPM utasítási láncába helyezte az EU különleges megbízottját, amely többek között abban nyilvánul meg, hogy a misszióvezető a különleges megbízotton keresztül tartozik tájékoztatási kötelezettséggel az EU külügyi és biztonságpolitikai főképviseelőjének felé. Az EUPM kezdeti időszakában, egészen pontosan 2002 és 2006 között, a brit Paddy Ashdown töltötte be a főmegbízotti és különleges megbízotti tisztséget, ám az első kettős státuszt betöltő „szuperképviseelő” sokáig vonakodott az EU által rendelkezésére bocsátott személyi állománnyal együttműködni, továbbra is kizárólag a Főmegbízotti Hivatal munkatársait tartotta kompetensnek. Ez a hozzáállás azt eredményezte, hogy a Főmegbízotti Hivatal munkatársai nem partnerként, hanem egyre inkább beosztottként tekintettek az EUPM és a különleges megbízotti hivatal állományára.¹⁷ Csak az EUPM későbbi szakaszában és a tagállamok politikai nyomásának hatására változott meg Ashdown

¹⁶ Az EU különleges megbízottjai az EU politikáinak és érdekeinek képviselői, a világ konfliktusos területein támogatják a béke, a stabilitás és a jogállamiság helyreállítását, lényegében az EU külügyi és biztonságpolitikai főképviseelőjének munkáját segítik a mandátumukban szereplő régióban. Jelenleg nyolc különleges képviselő működik: Koszovóban, a Dél-Kaukázusban, Bosznia-Hercegovinában, Dél-Mediterráneumban, Szudánban, Közép-Ázsiában, Afganisztánban és az Afrikai Uniónál.

¹⁷ Sok esetben a Főmegbízott és hivatala az EUPM megkerülésével keresett meg és kötött megállapodást a helyi rendőri vezetőkkel.

és a Főmegbízotti Hivatal hozzáállása.¹⁸ Ez a meglehetősen rapszodikus munkakapcsolat egész projektek sikerességére nyomta rá bélyegét. Itt említendő meg a boszniai rendőrség újjászervezésének projektje, amelynek lebonyolítására Ashdown 2004 júliusában egy bizottságot állított fel. Az újjászervezés lényegében a fragmentált boszniai rendőrség egységes rendőri szervezetrendszerbe integrálását jelentette, amely alapfeltétele volt a biztonsági szektor reformjának. A bizottság elnöke az egykori belga miniszterelnök, Wilfried Martens lett, tagjai a helyi politikai és rendőri vezetők, illetve az EUPM misszióvezetője voltak. A bizottság sokáig még az újjászervezés EU által meghatározott elveit sem tudta elfogadni a szerb képviselők ellenállása miatt. Csak 2005 októberében sikerült az újjászervezés három alaplevelében megállapodni a bizottságon belül, amikor már olyan nagy nemzetközi nyomás nehezedett a szerbekre, hogy kénytelenek voltak feladni az ellenállásukat. Ezt követően azonban a végrehajtásban mutatkoztak nehézségek, amikor a szerbek visszaléptek korábbi kötelezettség-vállalásaikból. Mivel a rendőrség újjászervezése központi jelentőségű szegmense volt a boszniai nemzetközi szerepvállalásnak, a program koordinálása a főképvisező hatáskörébe került az EUPM támogató tevékenységével. A program során messze nem került fel-, illetve kihasználásra az EUPM kapacitása, amely –sok más körülmény mellett– hátrányosan befolyásolta a program kivitelezését.

Problémásnak mutatkozott az EUPM együttműködése az EU boszniai katonai missziójával is. Az EUFOR Althea elindításáról a Tanács 2004. július 12-én elfogadott 2004/570/CFSP együttes fellépése rendelkezett. Az EUFOR Althea ugyanis meglehetősen szélesen értelmezve mandátumát, létrehozta saját - mégpedig fegyveres- rendőri erejét, az Integrált Rendőri Egységet (Integrated Police Unit-IPU), amely gyakran végzett szervezett bűnözés elleni műveleteket az EUPM és a helyi rendőri erők tájékoztatása nélkül. Ez a lépés mind az EU biztonság- és védelempolitikáján belül, mind a helyi hatóságok között zavart okozott, ugyanis nem volt világos, ki az illetékes a boszniai rendvédelmi szervek reformjában, illetve a szervezett bűnözés elleni harcban. A későbbiekben, a két művelet mandátumának összehangolását követően, az EUPM-et jelölték meg a rendvédelemmel kapcsolatos tevékenységek fő letéteményeseként.¹⁹

¹⁸ Thomas Mühlmann: The police mission EUPM in Bosnia 53. p.
In: Michael Merlingen - Rasa Ostrauskaitė (edited): European Security and Defence Policy. An implementation perspective London Routledge 2008

¹⁹ Michael Merlingen: The EU Police Mission in Bosnia and Herzegovina (EUPM) 164. p.
In: Giovanni Grevi, Demien Hally, Daniel Keohane (edited): European Security and Defence Policy. The First 10 Years (1999-2009)
http://www.iss.europa.eu/uploads/media/ESDP_10-web.pdf (2011.12. 05.)

A Boszniában uralkodó alkotmányos, belpolitikai, illetve etnikai sajátosságokból is számos nehézség támadt az EU műveletének végrehajtása során. Legalább három, egymással összefüggő körülmény említendő meg a boszniai viszonyokkal összefüggésben:

- a daytoni örökség kapcsán létrejött gyenge központi államhatalom és az etnikailag megosztott kormányzati rendszer;
- a folytatódó politikai-etnikai polarizáltság és az etnikumok közötti bizalmatlanság;
- gazdasági alulfejlettség;

2006 folyamán több tényező is hozzájárult ahhoz, hogy a boszniai rendezés folyamata megtorpant. 2006 során az entitásokban két karizmatikus és konfrontatív politikus került a hatalomba, a Szerb Köztársaságban Milorad Dodik, aki 1998 és 2000 között már egyszer volt kormányfő, a Föderációban pedig Haris Silajdzic. Dodik a nyugati diplomáciai nagy reménységének számított, azonban később az egyik legnagyobb tévedésének bizonyult.²⁰ Sikeresen akadályozta a rendőrségi reformra irányuló uniós erőfeszítéseket, amelynek eredményeképpen az eredeti terveknek csak egy legyengített változata realizálódott a 2008-as rendőrségi törvénnyel. Szintén sikeresen állt ellen minden Bosznia-Hercegovina központi államhatalmát erősíteni kívánó törekvéssel szemben, ráadásul Montenegró és Koszovó függetlenségének példája nyomán támadást indított a boszniai állam legitimitása ellen, évek óta lebegtetve egy függetlenségről szóló népszavazás kiírását. Dodik megtagadva a Főmegbízott néhány kötelező döntésének végrehajtását a Szerb Köztársaság területén, eredményesen ásta alá a korábban szinte korlátlan tekintéllyel bíró Főmegbízotti Hivatal tekintélyét.²¹ Az igazsághoz tartozik, hogy a Főmegbízotti Hivatal státuszának meggyöngyülését maga a nemzetközi közösség indította el, amikor 2005-ben a rendőrségi reform és az alkotmányreform meghirdetésével egy időben bejelentették közelgő bezárását. Ez a lépés lényegében azt az üzenetet hordozta a szerbek és Dodik számára, hogy mindkét reform kapcsán az időhúzásra kell játszani, hiszen a nemzetközi jelenlét megszüntetése Bosznia-Hercegovinában belátható időn belül bekövetkezik. 2006-ban ráadásul a keménykezű Paddy Ashdown utódként egy jóval gyengébb mandátum birtokában a német Christian Schwarz-Schilling került a főmegbízotti székbe.

²⁰ Márkus László: Bosznia-Hercegovina: tizenöt évvel Dayton után Nemzet és Biztonság 2010. november 7. p.

²¹ Uo.8. p.

7. Az EUPM Bosznia eredményeinek értékelése

A Daytoni szerződés egy igen fragmentált alkotmányos rendszert és rendvédelmi szervezetet hagyott örökül Boszniában, és amíg a szervezett bűnözés az egész országot behálózta, a nyomozóhatóságok munkáját gátolta a rendőri szervek szeparáltsága és az igazságszolgáltatási határterületeken mutatkozó együttműködés hiánya. A helyzetet súlyosbította a helyi politikai erők megosztottsága, a hatalomban részes nacionalista politikusok makacssága és ezzel párhuzamosan a Főmegbízott esetenként indokolatlanul nagy szerepe és keménykezű politikája. Az etnikai feszültségek eredményeképpen a rendőri vezetők kinevezése túlpolitizálódott, amely sok esetben a kinevezések megakasztását, elhalasztását, illetve a Főmegbízott beavatkozását eredményezte.

A misszió tevékenységét vizsgálva az EUPM1 képességfejlesztési programokat, illetve bűnügyi és rendőrségi igazgatási programokat tervezett végrehajtani. Az EUPM1 állományának feladata elsősorban ezen programok végrehajtásának nyomon követése, ellenőrzése volt, továbbá a járőrök és a középszintű rendőri vezetés segítése a napi rutin feladatok hatékony megszervezésben, a rendőri vezetők segítése a műveleti képességek hiányosságából fakadó nehézségek kiküszöbölése, valamint a rendvédelmi igazgatás és a stratégiák kialakítása területén.

A 2006 januárja és 2007 decembere között futó EUPM2 már egy csökkentett létszámú rendőri misszió volt, amelynek keretében 200 nemzetközi rendőr és civil szakértő folytatta az EUPM1 munkáját, azaz egy professzionális és többnemzetiségű rendőrség megszervezését, ugyanakkor az EUPM2 mandátuma nagyobb hangsúlyt fektetett a szervezett bűnözés elleni harcra. A rendőrségi reformhoz szükséges jogszabályok –amelyek a boszniai rendőrség szövetségi szinten történő centralizálását célozták– meghozatalára azonban nem került sor, mivel az EUPM2 mandátuma lényegében a boszniai alkotmányozási holtpontra idejére esett.

Az EUPM3 tevékenysége már sokkal szerencsésebbnek bizonyult: 2008 áprilisában kerültek elfogadásra az új rendőrségi törvények, amelyek megerősítették a szövetségi állam rendőrséggel kapcsolatos kompetenciáját, létrehozva a szövetségi szintű intézmények sorát, többek között a Rendőri Szervek Koordinációs Igazgatóságát. Az EUPM3 tehát lényegi lépéseket tett a rendőrségi reform ellenőrzése és támogatása területén.

A fentiekén túlmenően az EUPM2 és az EUPM3 tevékenysége a boszniai rendőrség szervezett bűnözés elleni harcához szükséges képességeinek fejlesztésére is fókuszált. A műveletek bűnügyi tanácsadóinak munkája kiegészült a büntető jogszolgáltatásban jártas

szakemberek munkájával, akiknek elsődleges feladata a rendőri-ügyészi együttműködés fejlesztése volt. Ennek érdekében közös rendőrségi-ügyészségi képzéseket szerveztek, továbbá ajánlásokat fogalmaztak meg a bűnüldözési és igazságszolgáltatási szervek együttműködésének fokozásával kapcsolatosan. Mindkét művelet folytatta az EUPM1 munkáját a rendőrségi tevékenység átláthatóságának és elszámoltathatóságának fokozása területén. Ennek során ellenőrizték, és szükség esetén kivizsgálták a politikai ellenőrzés gyakorlatát a rendőrség tevékenysége felett.²²

Az EUPM3 és EUPM4 tevékenységének középpontjában a 2009-ben megfogalmazott stratégiai célok álltak: a korrupció és szervezett bűnözés elleni harc, a rendőrségi reformtörvények megfelelő végrehajtásnak segítése, és végül a rendőrség elszámoltathatóságának, átláthatóságának növelése. A szervezett bűnözés területén az EUPM célja elsősorban a boszniai rendvédelmi erők együttműködésének elősegítése volt, amelyben a Biztonsági Minisztériumnak szánt központi szerepet. Emellett a rendőrség és az igazságszolgáltatás kooperációjának magasabb szintre emelésén fáradozott. A korrupció és a szervezett bűnözés visszaszorítása érdekében továbbá a boszniai rendvédelmi erőkkel közösen közvéleményt tájékoztató projekteket indított, annak érdekében, hogy fokozzák a lakosság aktivitását az ilyen jellegű bűncselekmények felderítésben. A 2009-es „Merj” (Dare) elnevezésű kampány során szembesítették az embereket a korrupció és a szervezett bűnözés mindennapi életüket is érintő hatásaival, valamint biztonságos és anonimitást biztosító kommunikációs csatornákat alakítottak ki a bűncselekményekkel kapcsolatos információk áramoltatására. Az egyik legfontosabb ezek közül a Krimolovci (Bűnvadászok) elnevezésű forróvonal és website volt. A kampány szimbólumának a homokórát választották, két dolgot jelezve: egyrészt, hogy eljött az ideje a szervezett bűnözés és korrupció elleni küzdelemben való állampolgári részvételnek, másrészt, hogy a bűnözői hálózatok ideje meg van számlálva. A kampány hatására a rendőrség és a lakosság közötti együttműködés szorosabbá vált, amit alátámasztott a Krimolovci forróvonalra érkezett hívások száma is. A beérkezett információk segítségével több kábítószer- és emberkereskedelemmel foglalkozó szervezett bűnözői csoportot sikerült felszámolni Boszniában. A bűnüldözés területén elért sikereken túlmenően a kampány 2009-ben elnyerte az Európai Kiválósági Díjat is. 2010-ben egy újabb kampány indult „A korrupció elvesz tőled mindent” címmel. A kampány a korrupció minden

²² Michael Merlingen: The EU Police Mission in Bosnia and Herzegovina (EUPM) pp.164-165.
In: Giovanni Grevi, Demien Hally, Daniel Keohane (edited): European Security and Defence Policy. The First 10 Years (1999-2009)
http://www.iss.europa.eu/uploads/media/ESDP_10-web.pdf (2011.12. 05.)

formájával foglalkozott, de különösen hangsúlyozta a mindennapi életben előforduló „ajándékozás” ellenében történő ügyintézés elleni fellépés fontosságát. A figyelemfelhívás a legkülönbözőbb társadalmi csoportokat és intézményeket célozta meg, egyetemek, kórházak és nem kormányzati szervezetek csatlakoztak hozzá, úgynevezett Korruptióellenes Nagykövetségeket létrehozva. A kampánnyal párhuzamosan felállításra került az állami szintű Korruptióellenes Ügynökség, illetve a rendőri szerveken belül korruptióellenes stratégiákat fogadtak el, amelyek alapján belső vizsgálatok is indultak. A kampány eredményeként 2010 szeptemberében 61 szervezett bűnözéssel vádolt személyt tartóztattak le, közöttük 20 rendőrt.²³

A rendőrség megfelelő szintű elszámoltathatóságának és átláthatóságának biztosítása azért volt kiemelkedően fontos, mert a nemzetközi rendőrök által készített közvélemény-kutatások azt mutatták: komoly bizalomhiány állt fent az állampolgárok és a boszniai rendőri erők között. Ez nem pusztán a rendőrség legitimitásával kapcsolatos kérdésként merült fel, hanem a rendőrség mindennapos tevékenységére is rányomta a bélyegét, az emberek ugyanis vonakodva szolgáltattak bűnügyekkel kapcsolatos információkat az inkompetensnek tartott rendőrségnek. A közvélemény bizalmi indexének növelése érdekében az EUPM „Erősebben, gyorsabban, jobban” elnevezéssel indított kampányt a rendőri munka és annak eredményeinek propagálására. A kampány fókuszában egy modern, dinamikus TV-sorozat állt, amelynek célja –többek között– rendőrségi laboratóriumok, műveleti központok bemutatásával és rendőrök részvételével a rendőri tevékenység különböző területeinek bemutatása volt. Emellett nyílt napokon, egyéb közösségi eseményeken, TV-és rádióadásokon keresztül folyt a kampány, amelynek eredményeképpen szignifikánsan nőtt a közvélemény bizalma a rendőrséggel szemben.²⁴

2011-ben az Európai Unió Tanácsa úgy értékelte, hogy az EUPM elvégezte azokat a feladatokat, amelyekre 2002-ben vállalkozott, és ezért 2012. június 30-ával befejezi munkáját. Az EUPM5 időszaka tehát a misszió lezárásának időszaka volt, amelynek során biztosítani kellett, hogy a rendőrségi reform és a boszniai rendvédelmi erők támogatása a misszió lezárását követően is folytatódjon, elsősorban az előcsatlakozási támogatási eszközök (Instruments for Pre-accession-IPA) segítségével. Az EUPM misszióvezetője, Stefan Feller

²³ Sanela Osmanovic-Vukelic: 10 Years of EU Police Mission. The Story of the EU Police Mission in Bosnia and Herzegovina Sarajevo June 2012 pp.103-104.

http://www.eupm.org/Documents/10_Years_of_EUPM_in_BiH-ENG.pdf (2012.10.15.)

²⁴ Sanela Osmanovic-Vukelic: 10 Years of EU Police Mission. The Story of the EU Police Mission in Bosnia and Herzegovina Sarajevo June 2012 106.p.

http://www.eupm.org/Documents/10_Years_of_EUPM_in_BiH-ENG.pdf (2012.10.15.)

nem győzte hangsúlyozni, hogy Bosznia nem marad magára a rendvédelmi erők átalakítása ügyében az EUPM után sem: „Bosznia nem marad támogatás nélkül, de az EU eszköztárában a megfelelő változás következik be”.²⁵ A boszniai rendvédelmi erőkkel közösen tájékoztató kampány indult, amelynek célja az együttműködés és a misszió eredményeinek közvéleménnyel való megismertetése volt. 2012. június 7 és 8. között az EUPM kétnapos konferenciát szervezett az EU Biztonsági Tanulmányok Intézetével közösen „Az Európai Unió Rendőri Missziójának hatásai Bosznia-Hercegovinában 2002 és 2012 között” címmel, azzal a céllal, hogy a tízéves boszniai polgári válságkezelést és annak eredményeit elemezzék.

8. Következtetések

Az EUPM 2003 és 2012 közötti tevékenységének legfontosabb eredményei a helyi rendőri erők elszámoltathatóságának fokozása –elsősorban a belső ellenőrzési egységek felállításával és munkájuk nyomon követésével–, a rendőrök képzésének professzionalizálása, új szemléletű, diszkriminációmentes humán erőforrás-politika kialakítása (ez alatt elsősorban a nemi és etnikai hovatartozás figyelmen kívül hagyását kell érteni), illetve a szervezett bűnözés elleni sikeres harc egyik feltételeként a központi állami szintű rendvédelmi szervek kiépítése. Ugyanakkor a rendőrségi reform nem tekinthető befejezettnek, hiszen a szervezett bűnözés és a korrupció²⁶ magas foka –elsősorban a Szerb Köztársaságban–, valamint a központi állami szintű rendőri intézmények ember- és forráshiánya továbbra is komoly problémát jelent, amelyre csak Bosznia további politikai és gazdasági fejlődése jelenthet megoldást. Pillanatnyilag azonban egyik sem kecsegtet túl sok sikerrel. Boszniában a 2010. októberi törvényhozási és elnökválasztások után több mint egy évig húzódó kormányválság bontakozott ki, amelyet csak 2011. december végére sikerült hosszas alkudozások árán megoldani. A válságban nagy szerepet játszó etnikai polarizáltság és bizalmatlanság máig meghatározó jellemzője Boszniának, amely folyamatosan az ország szétszakadásával és szélsőséges esetben akár egy újabb háborúval is fenyeget.

Az az államszervezet és közjogi berendezkedés, amelyet a daytoni szerződés határozott meg Bosznia számára, mára már az ország fejlődésnek egyik legjelentősebb

²⁵ Sanela Osmanovic-Vukelic: 10 Years of EU Police Mission. The Story of the EU Police Mission in Bosnia and Herzegovina Sarajevo June 2012 113.p.
http://www.eupm.org/Documents/10_Years_of_EUPM_in_BiH-ENG.pdf (2012.10.15.)

²⁶ A korrupció egyik táptalaját éppen a fenntarthatatlan méretű és bonyolultságú államapparátus jelenti.

kerékkötőjévé vált, és mindenképpen reformra szorul. A rendkívül gyenge központi államhatalom, az ország extrém mértékű decentralizáltsága²⁷, valamint az ezekből származó gyakorlati és anyagi tehertételek sora Bosznia további stabilizációjának, fejlődésének és az euroatlanti intézményekbe való integrációjának gátjává vált. Az ország gazdasági növekedését alaposan visszavetette a globális pénzügyi és gazdasági válság. 1996 és 1999 között a GDP megközelítőleg 30 százalék körüli éves növekedést mutatott, amelyben nagy szerepe volt az EU-ból származó mintegy öt milliárd eurós segélynek. A 2000-es évektől kezdve lelassult a növekedés üteme, de továbbra is évi 6-8 százalékot ért el, azonban a 2008-ban kirobbant válság hatására Bosznia 2009-ben már 2,9 százalékos csökkenést produkált. Ráadásul az állam gazdasági teljesítőképességét meglehetősen megterheli, hogy a hatalmas államapparátus az ország éves GDP-jének ötven százalékát emészti fel.²⁸

Bosznia–Hercegovina tehát átalakításra szorul mind közjogi, mind gazdasági tekintetben, és ezt az átalakulást a nemzetközi közösségnek, és kiemelten az Európai Uniónak támogatnia kell. Az EUPM lezárulását követően a kapcsolattartás és a támogatás intézmény- és eszközrendszere átalakult. A boszniai EU-delegáció élén álló különleges megbízott, Peter Sorensen, valamint a Stabilizációs és Társulási Folyamat, és az annak eredményeként aláírt stabilizációs és társulási megállapodás²⁹ adja az EU és Bosznia-Hercegovina együttműködésének keretét. Az Unió az Előcsatlakozási Támogatási Eszköz (Instrument for Pre-accession Assistance-IPA) keretében nyújt pénzügyi segítséget az országnak, azonban a források felhasználása sok esetben késedelmes, mert a különböző kormányzati szintek között nincsen összhang és megfelelő párbeszéd az európai uniós ügyek intézése területén. Mivel a rendvédelmi erők működésének támogatása a továbbiakban az IPA-n keresztül történik, ezért a rendőrségi reform jövője szempontjából kulcsfontosságú, hogy világos, átlátható és hatékony rendszere épüljön ki az uniós ügyek koordinálásának Bosznián belül.

²⁷ A kantonokat is beleszámítva, 14 kormánya és 13 közigazgatási szintje van Boszniának, valamint több, mint száz minisztérium működik az ország területén.

²⁸ Molnár Tamás: Egy újabb eltékozolt éven van túl Bosznia-Hercegovina http://kitekinto.hu/europa/2012/01/03/egy_ujabb_eltetkozolt_even_van_tul_bosznia-hercegovina/ (2012. 02. 05.)

²⁹ A stabilizációs és társulási megállapodást ugyan a felek ratifikálták, de még nem lépett hatályba.

Felhasznált irodalom

European Union Police Mission in Bosnia and Herzegovina Mission Magazine No. 90
December 2011

Juhász József: A délszláv háborúk Napvilág kiadó Budapest, 2007.

Márkus László: Bosznia-Hercegovina: tizenöt évvel Dayton után Nemzet és Biztonság 2010.

Michael Merlingen: The EU Police Mission in Bosnia and Herzegovina (EUPM) pp.164-165.

In: *Giovanni Grevi, Demien Hally, Daniel Keohane (edited)*: European Security and Defence Policy. The First 10 Years (1999-2009)

http://www.iss.europa.eu/uploads/media/ESDP_10-web.pdf (2011.12. 05.)

Michael Merlingen-Rasa Ostrauskaité: European Union Peacebuilding and Policing London
Routledge 2006

Molnár Tamás: Egy újabb eltékozolt éven van túl Bosznia-Hercegovina

http://kitekinto.hu/europa/2012/01/03/egy_ujabb_elt kozolt_even_van_tul_bosznia-hercegovina/ (2012. 02. 05.)

Thomas Mühlmann: The police mission EUPM in Bosnia

In: *Michael Merlingen - Rasa Ostrauskaité (edited)*: European Security and Defence Policy.
An implementation perspective London Routledge 2008

Sanela Osmanovic-Vukelic: 10 Years of EU Police Mission. The Story of the EU Police
Mission in Bosnia and Herzegovina Sarajevo June 2012

http://www.eupm.org/Documents/10_Years_of_EUPM_in_BiH-ENG.pdf
(2012.10.15.)

*Macher, Gábor PhD Student,
Széchenyi István University Faculty of Law
Doctoral School of Law and Political Sciences*

The Common Features of the Housing Policies and Markets of the East-Central European Countries During the Era of Socialism and the Era of Transition¹

1. Introduction

The aim of my work is to give a brief overview of the common features of the housing markets of the East-Central European countries during the era of socialism and the era of transition. First I will reveal the main characteristics of housing market in the socialist era. Then I will discuss the time of transition and within it one of the most controversial issues of this time: privatization.

Housing is one of the most important sectors of the economy since it has a direct influence on the lives of the people.²

Our starting point is the “*East European housing model*” as described by József Hegedűs and Iván Tosics.

The common origin for the housing policies of the East European countries is in this model, and its main feature was *property rights* and the *planning system*. The system of property rights had changed in all the East European countries at the end of the 1940s. In some countries it meant the introduction of a totally new legal system; in other countries it “only” meant the modification of the regulation of property rights. But the result was the same everywhere. State organizations, maintenance companies and state enterprises took control over the whole rental sector. The planning system was a political category. The definition of planning is the following: power over the distribution of the economic resources of society,

¹ This study is the written version of the presentation which was held by the author in Pécs at the 4th International Interdisciplinary Grastyán Conference Pécs 2012.

² Palacin, Jose and Shelburne, Robert C.: The private housing market in Eastern Europe and the CIS. http://www.unece.org/fileadmin/DAM/oes/disc_papers/ECE_DP_2005-5.pdf p. 37. downloaded 06.04.2012

which meant that the key decisions were made by this planning system, for instance the reduction of the influence of the demand side by low wage levels.³

In the “East European housing model,” the state controlled both the demand and the supply of housing and did not allow market conditions. Typical characteristics were the measures against “luxury dwellings,” the policy of “closed cities” and the “one family one dwelling” principle.⁴ The difference among the housing systems of the East European countries was how important the state was regarding these characteristics.⁵

2. The Socialist Era

In the socialist orthodoxy housing, was considered more a “social” than an “economic” sector.⁶

It is possible to set up *a general pattern of development* and divide the socialist era into certain periods regarding housing policies but the dates of the periods may differ in each country:

- the 1950s: efforts to establish total control over the housing sector by the state, the level of housing production was low,
- late 1950s: the housing question got higher priority due to the growing political unrest and by the will to improve living standards and satisfy housing needs,
- the late 1960s and 1970s: huge state building industries were established and new state construction became the dominating factor because of optimistic future forecasts and rapid economic development,
- from the end of the 1970s: to avoid the collapse of the housing market, private housing was granted more space. The economic crisis put an end to the growing state housing sector, since state housing placed a heavy burden on the state budget,

³ József Hegedűs and Iván Tosics (1992): Past tendencies and recent problems of the East European housing model. In: Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): *The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union*. Routledge. pp. 253-254.

⁴ József Hegedűs and Iván Tosics: A Közép-kelet Európai lakásrendszerek átalakulása, http://www.eukn.org/Hungary/hu_en/E_library/Housing/Housing_Policy/Housing_Policy/Transformation_of_the_East_Central_European_Housing_Systems p. 1. downloaded 06.04.2012

⁵ József Hegedűs and Iván Tosics: A Közép-kelet Európai lakásrendszerek átalakulása, http://www.eukn.org/Hungary/hu_en/E_library/Housing/Housing_Policy/Housing_Policy/Transformation_of_the_East_Central_European_Housing_Systems p. 1. downloaded 06.04.2012

⁶ József Hegedűs – Stephen K. Mayo – Iván Tosics: Transition of the housing sector in the East Central European countries. http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACA825.pdf p. 2. downloaded 06.04.2012

- in the 1950s and 1960s political factors dominated the changes, which meant that the periods which fell into these decades were more unified.⁷

Here are the characteristics that different authors considered as the “common features” of the East European housing model:

Bengt Turner mentions the following:

- the introduction of socialism after the Second World War meant the nationalization of private property and the wipeout of private landlords, or the restriction of their rights,
- properties were put in the hands of the local political committees, which were responsible for the allocation and maintenance of dwellings,
- construction of public housing in high-rise estates,
- extreme shortage of dwellings. The means to justify such a housing policy of shortages were different, but the aim was the same: to ensure a sufficient construction of flats under state supervision,
- when the socialists seized state power, the share of home ownership was large in most of these countries and the socialist countries tried to starve the home ownership sector,
- during the 1970s and 1980s, the housing sector changed and a favorable policy emerged.⁸

According to *Paul Balchin* the common features were:

- almost the complete absence of a private rental sector,
- the shortage of dwellings,
- owner-occupation received little assistance from the state,
- private landlords had very restricted rights,
- the level of house building increased in the 1970s,
- top priority was given the investment in heavy industry and not in the construction of flats,
- the landlord was the state, represented by a local, state owned maintenance companies,

⁷ József Hegedűs and Iván Tosics (1992): Past tendencies and recent problems of the East European housing model. In: Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): *The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union*. Routledge. p. 256.

⁸ Turner, Bengt (1992): Housing reforms in Eastern Europe. In: Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): *The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union*. Routledge. p. 2.

- low rents were set by the central government and utilities were subsidized.⁹

He also mentions some flaws of the systems, like 1) the costs of producing housing and the costs of associated services were not reflected in the rent; 2) the large supply subsidies were badly targeted, and usually went to households who lived in better, bigger units; 3) low rents prevented household mobility and encouraged under occupancy. The system did not force families to move to a more appropriate accommodation when the family decreased; 4) tenants enjoyed ownership rights; 5) rents failed to cover maintenance and repair costs.¹⁰ The following section gives details about some of these features.

Private property

Government decisions could change the proportion of private ownership. In the East European countries, even the security of private property was different, but the occupants of state-owned flats enjoyed some right to transfer their right of occupancy through the black market. There was a contradiction in this socialist housing system. Theoretically the state had almost total control over the private sphere of society, but individuals and firms had a huge influence over the real use of property.¹¹

Rents, housing prices, subsidies

In the socialist period, rents were below maintenance and operation costs.¹² At the end of the 1980s, rents covered only about the 20-30% of the operating costs, and in 1990s the rents in the East European countries were lower than the “normal level” in West Europe: around 5.7 % of the household incomes instead of 15,9 % in Western Europe.¹³ Costs of heating and electricity in 1990 were still below market prices.¹⁴ The selling prices of housing were also distracted from market prices and were high compared to the low rental prices relative to incomes.¹⁵ It was hard to get a flat allocated, but the families, who were lucky

⁹ Balchin, Paul (1996): Introduction to housing in transition. In: Paul Balchin (ed.): Housing Policy in Europe. Routledge. pp. 231-236.

¹⁰ Balchin, Paul (1996): Introduction to housing in transition. In: Paul Balchin (ed.): Housing Policy in Europe. Routledge. pp. 236-237.

¹¹ József Hegedűs and Iván Tosics (1992): Past tendencies and recent problems of the East European housing model. In: Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union. Routledge. p. 254.

¹² József Hegedűs – Stephen K. Mayo – Iván Tosics: Transition of the housing sector in the East Central European countries. http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACA825.pdf p. 24. downloaded 06.04.2012

¹³ József Hegedűs and Iván Tosics: A Közép-kelet Európai lakásrendszerek átalakulása, http://www.eukn.org/Hungary/hu_en/E_library/Housing/Housing_Policy/Housing_Policy/Transformation_of_the_East_Central_European_Housing_Systems pp. 5-6. downloaded 06.04.2012

¹⁴ József Hegedűs – Stephen K. Mayo – Iván Tosics: Transition of the housing sector in the East Central European countries. http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACA825.pdf p. 9. downloaded 06.04.2012

¹⁵ József Hegedűs – Stephen K. Mayo – Iván Tosics: Transition of the housing sector in the East Central European countries. http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACA825.pdf p. 3. downloaded 06.04.2012

enough to get a one received more than “just a flat,” a “Christmas present” as well of state subsidies.¹⁶

Although communal ownership of land, (one of the three main factors of production), was at the heart of the communist ideology, an *informal property market* existed in most of the transition countries.¹⁷ This informal or “second” housing market came to being because of the flaws of the housing system.¹⁸ The lack of a well developed rental market restricted mobility.¹⁹

Many large households occupied small dwellings and many small families occupied large dwellings compared to the market economies.²⁰

The *housing shortage* was a permanent phenomenon, both in quality and quantity. Governments tried to solve the problem by eliminating the qualitative housing shortage, but as Kornai stated, a housing policy which tries to eliminate the housing shortage from the supply side is hopeless, since the demand for dwellings is almost insatiable.²¹ The housing shortage was mainly caused by the rent policy which did not force the households to economize with costs, and this and the surplus in the private sector in the form of unused, empty private dwellings led to an irrational use of the existing housing stock.²²

Housing had a low priority in the socialist investment policy, which was in contradiction with the socialist ideology of housing which stated that the role of housing is very important; it was one of the main proofs of the superiority of the system. As a result of these two different points of view, from the 1960s the state budgets of the East European

¹⁶ József Hegedűs and Iván Tosics (1992): Past tendencies and recent problems of the East European housing model. In: Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): *The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union*. Routledge. p. 255.

¹⁷ Charman, John: *Central and Eastern Europe: the Development of the Real Estate Market in the Transition Economies* <http://www.lincolnst.edu/subcenters/property-valuation-and-taxation-library/dl/charman.pdf> p. 2. downloaded 06.04.2012

¹⁸ József Hegedűs and Iván Tosics: *A Közép-kelet Európai lakásrendszerek átalakulása*, http://www.eukn.org/Hungary/hu_en/E_library/Housing/Housing_Policy/Housing_Policy/Transformation_of_the_East_Central_European_Housing_Systems p. 1. downloaded 06.04.2012

¹⁹ Palacin, Jose and Shelburne, Robert C.: *The private housing market in Eastern Europe and the CIS*. http://www.unece.org/fileadmin/DAM/oes/disc_papers/ECE_DP_2005-5.pdf p. 7. downloaded 06.04.2012

²⁰ József Hegedűs – Stephen K. Mayo – Iván Tosics: *Transition of the housing sector in the East Central European countries*. http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACA825.pdf p. 7. downloaded 06.04.2012

²¹ Kornai János: *A hiány*. Közgazdasági és Jogí Könyvkiadó, Budapest, 1982. p. 519. For more details see pages 518-526.

²² József Hegedűs and Iván Tosics (1992): Past tendencies and recent problems of the East European housing model. In: Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): *The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union*. Routledge. p. 256.

countries on housing were increased and resulted in a huge mass construction programs.²³ The main form of mass construction became the prefab panel technology, which was not cheaper compared to the traditional construction methods, but much faster.

There are some institutions which strengthen the housing market, but they did not exist during the socialist era. A well functioning real estate market consists of the following interacting institutions and sectors like the banking, construction, insurance the legal system and government. This structure has been established in different East Central European countries with varied speed. The Länder of the former GDR were the fastest to adapt to the new system).²⁴

3. The Era of Transition

Around 1989 there market conditions began to be introduced in the economies of the socialist East European countries where the GDR, Poland, and Hungary were starting to accept private companies. This was a reaction to the worsening economic situation. The housing situation was very unsatisfactory regarding quality and space. In some countries, the changes in the housing market and housing policy came earlier than the changes in the other areas of the economy.²⁵

The split from the common model was caused by political changes in Yugoslavia, or by economic changes in Hungary. These countries decreased the state dominance over some sectors, and developed important sub-models. In these countries, the changes came earlier in the housing sector than the in political sector.²⁶

The starting point of the changes in housing policies was that past policies had caused the housing sector to perform quite differently from the market-type housing sectors. The new

²³ József Hegedűs and Iván Tosics (1992): Past tendencies and recent problems of the East European housing model. In: Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): *The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union*. Routledge. p. 255.

²⁴ Palacin, Jose and Shelburne, Robert C.: *The private housing market in Eastern Europe and the CIS*. http://www.unece.org/fileadmin/DAM/oes/disc_papers/ECE_DP_2005-5.pdf p. 8. downloaded 06.04.2012

²⁵ Turner, Bengt (1992): *Housing reforms in Eastern Europe*. In: Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): *The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union*. Routledge. p. 1.

²⁶ József Hegedűs and Iván Tosics (1992): Past tendencies and recent problems of the East European housing model. In: Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): *The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union*. Routledge. p. 257.

governments had to restructure the housing policies under the pressure of the macroeconomic and political situation.²⁷

According to Bengt Turner, the changes were caused by the push and pull factors:

- push factors were: the increasing unpopularity of high rise estates, mass construction could not solve the problems of housing shortage etc.,
- a pull factor was the growing trend towards privatization.²⁸

Two new trends emerged: *privatization and democratization*, and had serious consequences for the housing sector, but the housing never played a significant role in the political changes.²⁹

3.1. Privatization

Privatization is described by Hegedűs-Mayo-Tosics as “the biggest wealth transfer” in such a short period.³⁰

The administrative features of privatization were different among the countries. In the most of the countries it was administrated at the national level, but in Latvia, Poland, the Czech Republic at the local level, which resulted in a very different treatment of similar households.³¹

Privatization was quick in countries that had high rates of private ownership in Hungary, Bulgaria, Slovenia, Romania, and took longer in Poland, Slovakia, the Czech Republic. It created a tenure structure in which owner occupation was high higher than in France or Germany.³²

Paul Balchin differentiates amongst three different forms of privatization:

²⁷ József Hegedűs – Stephen K. Mayo – Iván Tosics: Transition of the housing sector in the East Central European countries. http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACA825.pdf p. 1. downloaded 06.04.2012

²⁸ Turner, Bengt (1992): Housing reforms in Eastern Europe. In: Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union. Routledge. p. 3.

²⁹ József Hegedűs and Iván Tosics (1992): Past tendencies and recent problems of the East European housing model. In: Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union. Routledge. p. 258.

³⁰ József Hegedűs – Stephen K. Mayo – Iván Tosics: Transition of the housing sector in the East Central European countries. http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACA825.pdf p. 1. downloaded 06.04.2012

³¹ József Hegedűs – Stephen K. Mayo – Iván Tosics: Transition of the housing sector in the East Central European countries. http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACA825.pdf p. 16. downloaded 06.04.2012

³² Palacin, Jose and Shelburne, Robert C.: The private housing market in Eastern Europe and the CIS. http://www.unece.org/fileadmin/DAM/oes/disc_papers/ECE_DP_2005-5.pdf pp. 4-5. downloaded 06.04.2012

- properties were transferred from state ownership to their former private owners or to their heirs through the process of restitution (Poland, Czech Republic),
- state cooperatives were converted into condominiums (Czechoslovakia in 1992., Poland in 1993.),
- state housing was sold to existing tenants at a discount prize.³³

From a different point of view, Iván Illés defines the following forms of privatization:

- Transferring the flats to tenants free or at very low prices. This form was not used in the GDR, and in Bulgaria it had little importance since 93% of the flats were already privately owned.
- Restitution: returning flats to the original owners was an important form of privatization in the GDR, in the Czech Republic, and Slovakia.³⁴
- In countries in which the communist distribution ideologies were taken seriously, the privatization process caused serious tension. To solve this problem, the governments introduced a system of “privatization by coupons.” In the Ukraine, flats were transferred into the ownership of households for free. The households who did not rent flats, but had bought the flats before privatization or had already paid the price were given a certain amount of money in coupons. Unfortunately the coupons lost their value very quickly.³⁵

Privatization was interpreted by most of the Eastern European housing officials as “the transfer of public rental housing to individuals.” The problems with this interpretation were that:

- it only functioned with extremely low selling prices because of the low incomes of these countries,
- maintenance problems were not solved with the privatization
- the housing stock was sold for a very low prices as a way to make money quickly.³⁶

³³ Balchin, Paul (1996): Introduction to housing in transition. In: Paul Balchin (ed.): Housing Policy in Europe. Routledge. pp. 239-240.

³⁴ By 1994 most of the countries had restituted between 2-10% of their public housing stock. József Hegedűs – Stephen K. Mayo – Iván Tosics: Transition of the housing sector in the East Central European countries. http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACA825.pdf p. 20. downloaded 06.04.2012

³⁵ Illés Iván (2002): Közép- és délkelet Európa az ezredfordulón Átalakulás, integráció, régiók. Dialóg Campus. Budapest-Pécs. pp. 174-175.

³⁶ József Hegedűs and Iván Tosics (1992): Past tendencies and recent problems of the East European housing model. In: Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union. Routledge. p. 260.

The main philosophy of privatization should have been the following: “not to hand out but rather to place it into the hands of a better owner,³⁷” – as József Hegedűs and Iván Tosics quote Kornai.³⁸

With privatization a new situation arose for households:

- prices of basic goods increased. Earlier there was a high state subsidy for these goods,
- high standard and high quality services and goods became available for high prices. Demand was limited only by purchasing power, not by shortages.³⁹

In Hungary, Slovenia, Albania, Croatia, Bulgaria, Lithuania, Romania a housing system developed due to privatization characterized by the following features:

- high share of owner occupied housing⁴⁰,
- very small public rental sector,
- insignificant private rental sector.⁴¹

More institutions became active in the housing sector. After restrictions on property rights were lifted, the investment in housing became even more attractive and speculative tendencies emerged. With the changes, the state practically withdrew⁴² from the housing market.⁴³

After introducing market conditions into the housing system, it became clear that investment in state housing and in renovation would only be possible if the rents were

³⁷ Better owners are nonprofit organizations, cooperatives, local governments. József Hegedűs and Iván Tosics (1992): Past tendencies and recent problems of the East European housing model. In: Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union. Routledge. p. 260.

³⁸ József Hegedűs and Iván Tosics (1992): Past tendencies and recent problems of the East European housing model. In: Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union. Routledge. p. 260.

³⁹ József Hegedűs and Iván Tosics (1992): Past tendencies and recent problems of the East European housing model. In: Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union. Routledge. p. 262.

⁴⁰ A lot of poor families had to become owners without the proper means for renovation and maintenance. József Hegedűs – Stephen K. Mayo – Iván Tosics: Transition of the housing sector in the East Central European countries. http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACA825.pdf p. 47. downloaded 06.04.2012

⁴¹ József Hegedűs – Stephen K. Mayo – Iván Tosics: Transition of the housing sector in the East Central European countries. http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACA825.pdf p. 47. downloaded 06.04.2012

⁴² The private-sector investment had been expected to compensate – in the social housing sector – the reduction of state assistance. Balchin, Paul (1996): Introduction to housing in transition. In: Paul Balchin (ed.): Housing Policy in Europe. Routledge. p. 238.

⁴³ József Hegedűs and Iván Tosics (1992): Past tendencies and recent problems of the East European housing model. In: Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union. Routledge. p. 258.

increased to market prices and subsidies were better targeted to lower-income households. These were the expectations but the changes proceeded slowly.⁴⁴

Rent increases were inevitable; experts agreed that such rents needed to be high enough to cover the minimum maintenance costs. The introduction of a household-oriented subsidy system was essential, since housing subsidies are among the few means which are compatible with market conditions and have equalizing effects. However, problems emerged like the shortcomings of the administrative systems, poor registration of household's income and political arguments that it is too centralizing.⁴⁵

The physical condition of the multi-family rental stock depended on the availability and on the allocation of subsidies. The majority of the housing stock deteriorated whilst rental houses with higher status residents and in better locations were kept in a good shape. These homes had been privatized first, and the remaining part consisted of low quality, run down buildings.⁴⁶

According to Hegedűs-Mayo-Tosics, the transition period can be divided into two phases:⁴⁷

In the *first phase*, the main goals were to dissolve the key elements of the previous system, to strengthen individual property rights, decrease state control and state subsidies etc. The sector acted as a “shock absorber,” since “...the sector was in effect set free to respond to the forces of economic restructuring, with few government led initiatives to support levels of production and investment, with massive drops in subsidies for housing and with little in the way of coordinated planning to expand or even maintain the sector's role in the economy, but with regulations limiting the direct effects of price increases on the population.”⁴⁸ The politicians used the housing sector as a vehicle for easing the pain caused by the economic restructuring by privatizing the state rental housing stock at low prices. With greater macroeconomic stability and with the restructuring the housing system, the *second phase*

⁴⁴ Balchin, Paul (1996): Introduction to housing in transition. In: Paul Balchin (ed.): Housing Policy in Europe. Routledge. p. 238.

⁴⁵ József Hegedűs and Iván Tosics (1992): Past tendencies and recent problems of the East European housing model. In: Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union. Routledge. pp. 260-261.

⁴⁶ József Hegedűs – Stephen K. Mayo – Iván Tosics: Transition of the housing sector in the East Central European countries. http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACA825.pdf p. 24. downloaded 06.04.2012

⁴⁷ József Hegedűs – Stephen K. Mayo – Iván Tosics: Transition of the housing sector in the East Central European countries. http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACA825.pdf pp. 34-41. downloaded 06.04.2012. In the following I sum up the main features of these two phases.

⁴⁸ József Hegedűs – Stephen K. Mayo – Iván Tosics: Transition of the housing sector in the East Central European countries. http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACA825.pdf pp. 34-35. downloaded 06.04.2012

began. Following problems were mentioned by Hegedüs-Mayo-Tosics in the year 1996. In the second phase there was: 1) the restructuring of the tenure system, 2) distorted prices and affordability problems, 3) housing quality and quantity, 4) housing production and investment, 5) housing finance reforms, 6) subsidies, 7) institutional discrepancies. The main aim of the second phase was to move towards a market housing system in which the housing sector is a normal part of the whole economic system. It does not require too many budgetary resources and is operated by the logic of the regulated market economy. The main problems in the second phase were problems of institutional discrepancies, housing affordability and housing market disequilibrium.⁴⁹

At the beginning of the transition there was the theory that the housing sector should contribute to the stability of the economy and to the restructuring, and a second the theory of “repressed demand.” During socialism the investment in housing was smaller than demand, which meant that the liberation of the market would increase the demand for dwellings. These two theories were not verified at the time since the housing sector did not contribute to the stability of the economy because housing construction decreased after 1988 and the shift towards market took longer than expected. In the first period of the transition, the housing sector was more a shock-absorber and did not have a marketizing effect.⁵⁰

In Eastern Europe the legal system needed for the operation of multiple apartment buildings did not exist before the beginning of the privatization. People became owners without existing rules and regulations on how to maintain buildings⁵¹. A proper financial system was missing; mortgages practically did not exist, and interest rates were low and subsidized.⁵²

⁴⁹ The first two problems can be discussed on a general level, whilst the third one on sub-regional level. József Hegedüs – Stephen K. Mayo – Iván Tosics: Transition of the housing sector in the East Central European countries. http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACA825.pdf p. 41. downloaded 06.04.2012

⁵⁰ József Hegedüs and Iván Tosics: A Közép-kelet Európai lakásrendszerek átalakulása, http://www.eukn.org/Hungary/hu_en/E_library/Housing/Housing_Policy/Housing_Policy/Transformation_of_the_East_Central_European_Housing_Systems pp. 11-12. downloaded 06.04.2012

⁵¹ In Poland –for instance - the form “block of condominiums” did not exist until January, 1995; and people who lived in privatized flats had to pay the rent still to local governments and their ownership was not recorded in the cadastral register. József Hegedüs and Iván Tosics: A Közép-kelet Európai lakásrendszerek átalakulása, http://www.eukn.org/Hungary/hu_en/E_library/Housing/Housing_Policy/Housing_Policy/Transformation_of_the_East_Central_European_Housing_Systems endnote 11. downloaded 06.04.2012

⁵² József Hegedüs and Iván Tosics: A Közép-kelet Európai lakásrendszerek átalakulása, http://www.eukn.org/Hungary/hu_en/E_library/Housing/Housing_Policy/Housing_Policy/Transformation_of_the_East_Central_European_Housing_Systems p. 13. downloaded 06.04.2012

4. Summary

The failure of the planning system and the unclear regulation of the property rights played an important role in the collapse of the East European housing model. At the end of the 1970s, it became clear that more radical changes were required than had been presumed before.⁵³ The countries of Eastern Europe introduced market conditions into their economies because of economic and political pressure at the end of the 1980s. At the beginning of the 1990s, the centrally planned economies had been replaced which was a shock therapy.⁵⁴ In supporting private ownership⁵⁵, the governments saw a solution to avoid social unrest, which could have followed the unsatisfactory economic and housing situation; and liberalization of the attitude towards ownership brought a lot of changes in the housing market as it became possible to build privately owned individual dwellings, and to form private cooperatives (in some countries), which were allowed to purchase buildings that had belonged to the public sector.⁵⁶

With the privatization of the housing stock, the whole housing policy *had to be based on a different political philosophy*. However, privatization did not solve all the problems which emerged during socialism, and created some new problems and mistakes, like:

- privatization to sitting tenants. In the most of these countries this had happened before the establishment of a workable form of mixed and private ownership,
- restitution of property to former owners. It had been conceived in the absence of clear policies to establish a safety net capable of easing the burden the transition had imposed on tenants,
- energy prices had been quickly moved to world level, but other prices like rents were not raised to this level,
- privatization reduced the housing stock available for rental, since the tenants became owners,

⁵³ József Hegedűs and Iván Tosics (1992): Past tendencies and recent problems of the East European housing model. In: Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union. Routledge. p. 257.

⁵⁴ Balchin, Paul (1996): Introduction to housing in transition. In: Paul Balchin (ed.): Housing Policy in Europe. Routledge. p. 231.

⁵⁵ Private housing existed during the socialist era, but there were elements absent which were needed to establish market conditions. Palacin, Jose and Shelburne, Robert C.: The private housing market in Eastern Europe and the CIS. http://www.unece.org/fileadmin/DAM/oes/disc_papers/ECE_DP_2005-5.pdf p. 37. downloaded 06.04.2012

⁵⁶ Turner, Bengt (1992): Housing reforms in Eastern Europe. In: Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union. Routledge. p. 3.

- the housing stock was sold cheaply which quickly raised a large amount of revenue for the state - low-price strategy.⁵⁷

After the privatization period was over, the countries in East Europe *had to compare with the new situation* and had to establish a market controlled housing system.

⁵⁷ József Hegedűs – Stephen K. Mayo – Iván Tosics: Transition of the housing sector in the East Central European countries. http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACA825.pdf p. 12 downloaded 06.04.2012. ; Palacin, Jose and Shelburne, Robert C.: The private housing market in Eastern Europe and the CIS. http://www.unece.org/fileadmin/DAM/oes/disc_papers/ECE_DP_2005-5.pdf p. 7. downloaded 06.04.2012 and Balchin, Paul (1996): Introduction to housing in transition. In: Paul Balchin (ed.): Housing Policy in Europe. Routledge. p. 239.

References

- Balchin, Paul* (1996): Introduction to housing in transition. In: *Paul Balchin (ed.): Housing Policy in Europe*. Routledge., London, pp. 231-243.
- Charman, John*: Central and Eastern Europe: the Development of the Real Estate Market in the Transition Economies <http://www.lincolninst.edu/subcenters/property-valuation-and-taxation-library/dl/charman.pdf> downloaded 06.04.2012
- Illés Iván* (2002): Közép- és délkelet Európa az ezredfordulón Átalakulás, integráció, régiók. Dialóg Campus. Budapest-Pécs
- József Hegedűs – Stephen K. Mayo – Iván Tosics*: Transition of the housing sector in the East Central European countries. http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACA825.pdf downloaded 06.04.2012
- József Hegedűs and Iván Tosics* (1992): Past tendencies and recent problems of the East European housing model. In: *Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union*. Routledge, London and New York pp. 253-265.
- József Hegedűs and Iván Tosics*: A Közép-kelet Európai lakásrendszerek átalakulása, http://www.eukn.org/Hungary/hu_en/E_library/Housing/Housing_Policy/Housing_Policy/Transformation_of_the_East_Central_European_Housing_Systems downloaded 06.04.2012
- Kornai János*: A hiány. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1982.
- Palacin, Jose and Shelburne, Robert C.*: The private housing market in Eastern Europe and the CIS. http://www.unece.org/fileadmin/DAM/oes/disc_papers/ECE_DP_2005-5.pdf downloaded 06.04.2012
- Turner, Bengt* (1992): Housing reforms in Eastern Europe. In: *Bengt Turner, József Hegedűs and Iván Tosics (eds.): The Reform of Housing in Eastern Europe and the Soviet Union*. Routledge, London and New York pp. 1-4.

*Mondovics, Napsugár PhD Student,
University of Pécs Faculty of Law
Doctoral School of Law and Political Sciences*

The value of social self-reliance in the law

“Civil society is supposed to be inhabited by men and women who are capable of respecting one another, and more importantly, who are capable and ready to do tasks that motivate others to follow suit, thus creating, gradually, the tools for civic action. These are self-conscious men and women who are not afraid, and neither do they have any reason to be afraid, so they are civilians.”¹

1.

The subject of my research, *social self-reliance*, is without doubt closely related to solidarity, even though in Hungarian specialized literature the two terms are not taken to be synonymous nor are they combined. However, when reading elaborations on the meaning of solidarity—regardless of whether the term’s generic sense or its treatment in jurisprudence is the issue at hand—one comes across definitions and descriptions that correlate with the concept of social self-reliance. The present paper will attempt to prove the above on the basis of the generic sense of these terms.

1.1.

In its generic sense, solidarity is the mutual responsibility, based on a sense of connection, between members of a given community, and the consequent assistance to individuals or groups of people belonging to the community. In other words,² it means identifying ourselves with our fellow-men; assisting the ones in need by improving their condition,³ acting supportively, driven by sympathy.⁴ It might be interpreted as a secular equivalent to the commandment to “love thy neighbour”.⁵

¹ Ralf Dahrendorf: Betrachtungen über die Revolution in Europa. DVA: Stuttgart. 1990. In: Máté Szabó: Autónoμία és etatizmus a magyar civil társadalomban. Politikatudományi Közöny 2009

² Nóra Chronowski: Szolidaritás az Alkotmányban és azon túl? Közjogi Szemle, 2010/1. p. 16.

³ Pál Sonnevend: Szolidaritás és jog. Vigilia 2009 (10 September)

⁴ Gábor Kardos: A szolidaritás határai. Liget 2008/3

⁵ Beáta Farkas: A szolidaritás a társadalmi-gazdasági szeveződésben. Vigilia 2009

Solidarity might be described to consist of two “components”, that is, to manifest both emotions of solidarity and the consequent *acts* of solidarity;⁶ the latter bearing particular importance for our discussion. In fact, social self-reliance—inasmuch as we follow the term’s semantics—*stresses* the importance of *active assistance and care*. For this reason, social self-reliance is charity towards those in need, an attitude of taking up voluntary work, which naturally presupposes emotions of solidarity as well. In addition to care, the second component of this collocation of words designates society, which is, above all, where answers are given, and solutions are offered, to specific needs. It designates men, women, youth, or self-organised groups of these, who are ready to make sacrifices for creating and supporting “institutions that benefit other people while being, predictably, »loss-making« for the individual”.⁷

Let me recall here, in connection with the above, that certain authors point out, right at the subject of these two “components” (emotions+activity), a *fault-line*; that is, the fact that the lack or weakness of emotions unavoidably lead to a forced activity when solidarity is to be achieved. Hence studies, respectively, indicate the existence of “coerced”,⁸ “compulsory”,⁹ or “nationalized”¹⁰ solidarity. It would be worth examining, at this point, the reasons that may contribute to the formation of this fault-line,¹¹ the factors that deepen it; as well as the ways in which willingness, attention, helpfulness may be reunited and combined with activities, deeds of charity. Such research, though, would lead me far from the purposes of the present paper, therefore I will limit myself to get back to this fault-line when examining the values inherent to social care or coerced solidarity.

When attempting to draw the boundaries between solidarity and social care one may rightfully argue that social care is never (directly) coerced, nor is it compulsory or nationalized; on the contrary, it is always an activity based on self-organization, volunteering, one’s own determination to act. Social care, to put it in a different perspective, always *involves two*, whereas solidarity (rather) involves three participants. As to the latter, we have already stated that it is the readiness to “supportive activity”. The current governments, by

⁶ Chronowski: *op.cit.* p. 16.

⁷ Chronowski: *op.cit.* p. 16.

⁸ Lajos Bokros: *Verseny és szolidaritás. ÉletésIrodalom, Bp., 2004.p. 41.*

⁹ Chronowski: *op.cit.*p. 18.

¹⁰ Kardos: *op.cit.*

¹¹ Several disciplines have attempted to address these particular questions, including economics and sociology as the most fertile grounds for the quest for answers. In many a different wording, still the same question is raised: where do the limits for the re-distribution of wealth lie?

means of taxation and social affairs, are compelled to nationalize this readiness,¹² that is to say, the state, as a third party, gets involved in the control and implementation of the acts of solidarity that stem from individuals or groups within society. On the other hand, social care does not expect the state to intervene, but it is quicker, more efficient, and more realistic at noticing and offering solutions to individual needs.¹³

Not least, we need to make a brief digression on the fact that the concept of social care (since it is focused on care) is in a sense narrower than that of solidarity; however, in its *scope* and its areas of fruition may be even wider than that. Suffice it to think of social needs like organizing education for children belonging to the same world-view or interest, religious, ethnic groups; like establishing the so-called “social chain of groceries”; or giving work opportunities to members of a local community (a village or a town district). Although beneath such acts of collaboration there also lie the principles of mutual assistance and solidarity arising from the realization of shared interests, we tend not to use the term “solidarity” to designate them.

To wrap up the above, one may conclude that social care, too, runs on the same principle of solidarity, but it offers *direct* solutions to the diverse social needs, breaking up with paternalistic–etatistic approaches, without employing the state and its institutions.

1.2.

Social care can not be researched without taking “social solidarity”¹⁴, “civilian solidarity”, or “solidarity on a social scale”¹⁵ into consideration, which point to the state’s social responsibility already established by the Constitution and other provisions. In this respect the legislation on the subject matters that are the closest to our topic—that is, the act on social security benefits, or social law—set forth among their goals to establish rules governing the legal relationship within the framework of social security that are “in harmony with the requirements consistent with independent liability and self-support”.¹⁶ This entails that

¹² Kardos: *op.cit.*

¹³ In her study, when approaching solidarity from the angle of economics, Chronowski points out that in A. Smith’s and M. Friedman’s theory it is not primarily up to the state, but to civil society to eliminate social inequalities; whereas J. Keynes’ alternative theory would see the state as a re-distributor to guarantee solidarity.

¹⁴ Chronowski: *op.cit.*

¹⁵ Sonnevend: *op.cit.*

¹⁶ Act LXXX of 1997 on the Eligibility for Social Security Benefits and Private Pensions and the Funding for These Services, Section 1.

whereas social solidarity bears legal relevance, the same may not be said about social self-reliance. Since the latter, as we have already concluded, is not performed by means of the state, it is “a matter of morals, rather than of law”.¹⁷

From the viewpoint of legal regulations on the two concepts, there lies the difference that, whereas provisions for promoting social solidarity, on the one hand, are included in both (a) the Fundamental Law (see e.g. the obligation to contribute to the performance of state and community tasks, in Article O; or the protection of human dignity, in Article III), and (b) lower legislation; attention to social self-reliance, on the other hand, is chiefly given in (c) provisions that aim at stimulating it and giving it legal grounding and framework (by way of tax cuts, benefits, or subsidies), as well as in (d) programmes and strategies that do not qualify as legal measures.

1.3.

Not least, it is justified to detach social self-reliance also from individual self-reliance. Individual self-reliance will be important for an interpretation of solidarity from the viewpoint of economics, as an alternative, or a supplement, to tax burdens covering social rights and expenses. Individual self-reliance may be interesting for a research on the values and the nature of social care if one wishes to emphasize activity and care, and one wishes to point out the role of our own responsibility. Getting back to our earlier comparison, individual self-reliance is a model comprising one participant, where individuals are limiting their own current interests for themselves, and not for another/others. One may rightly ask the question whether by promoting individual self-reliance we can promote social self-reliance, and if so, what may be the results?

2. A model for social self-reliance

2.1.

Please allow me to proceed on the tracks of the model for social self-reliance I have outlined so far; firstly, by examining the main character of this model, that is, the civilian. What kind

¹⁷ Sonnevend: *op.cit.*

of attitudes, patterns of thinking and acting are characteristic of the civil society that is, unlike etatism, ready to serve the community?

As I have just posited, social self-reliance is a matter of morals, rather than of law, given that it can not be imposed upon anyone by legislation as a compulsory measure. This is the reason why its manifestations are chiefly nourished by religious norms, as well as non-faith-based moral rules, civic organisational provisions, norms of decency, which are offered syntheses by disciplines like psychology, sociology, social psychology, anthropology, economics, political science and religious studies. A willingness to do good to others may find expression in a variety of ways; in the form of donation, organised voluntary activity, or altruism.¹⁸ Research has produced numerous theories for defining the dynamics of forms of behaviour that go against self-interest. It has been formulated that unselfish behaviour is related to *individual values*,¹⁹ and it may be motivated by empathy, emotional ties, friendship, a wish to create harmony, a sense of responsibility for others, faith in equality between humans and in a fairer world, a desire to offer donation and self-sacrifice, an expression of trust towards our fellow men, the psychological “gain” of the joy over the improvement in other people’s condition, the realization of the similarity between members of the community, an expectation that the good deed is going to be returned, or our own demands towards ourselves. I would highlight the following theories among all those that have attempted to chart the dynamics of unselfish assistance to other people, charity, pleasure in giving presents, charitable activity:

- Comte traced the phenomenon back to *Humanism* and to sincere commitment to humanity.
- Durkheim surmised that people look after members of their communities as a result of *social integration*.
- Mauss perceives the social assertion of „*old-time morals*” in social and social security legislation.
- The individual would be risking to be ousted should he not respect the norms of the community – Polányi argued.

¹⁸ I use the partition of the latest sociology researches for social self-reliance and social responsibility. Mészáros-Kostyál-Mester: Kutatás a társadalmi felelősségről és az önkéntes munkát nem végzők attitűdjeiről. Nemzeti Család- és Szociálpolitikai Intézet 2011

¹⁹ RékaVályi: Az altruizmus jelensége a társadalomtudományban. 2008. <http://www.tarsadalomkutatas.hu/kkk.php?TPUBL-A-833/kotojelek2007/TPUBL-A-833.pdf>

- Godelier's theory reckoned with the boundaries of the state, which is unable to rectify ostracism of economic origin, and therefore it is *compelled* to collect tribute (that is, to impose taxes).
- Kant viewed social sensibility as an *elemental feature* of human nature.

Whichever of these theories should we choose to adopt, we may conclude that social self-reliance rests upon *an intrinsic urge to assume responsibility*, and thus “it spurs one to be demanding, committed, willing to make sacrifices, and efficient”²⁰ in social relationships. It is an individual value, a civic virtue, articulated in autonomous thinking and action. Civilian culture shows itself in social activity, in diverse initiatives by civilians; initiatives, which, for that matter, involve citizens mobilizing their own capital and creativity for the sake of society at large.²¹

This form of social responsibility—may it stem from morals, religion, or patriotism—does not exclude for it to be “linked to some varieties of legal responsibility”,²² and does not exclude for an externally motivated sense of responsibility to be internalized over time, by means of the regulative effects of legal norms. And it is important here to recall to mind the role of the state and the law, as supporting characters, in furthering the power and efficiency of social self-reliance *by recognizing, promoting, and protecting it*.

2.2.

I have already dwelt on the fact, on the occasion of conceptual definitions, that solidarity, as one of the several possible responses to social needs, offers solutions to the single needs independently of state intervention, namely, independently of the constitutional guarantees of social security and retirement pension. In this respect social needs appear as fundamental rights in law, regardless of whether they are stipulated by international sources of law, national constitutions or lower-degree legislation. Studies on the subject, therefore, approach social needs from the standpoint of social law, researching in the single measures their guarantees, their enforceability, their protection by the constitution, and raising over and over again the question on the extent of social rights and benefits.

Unlike such studies, this paper will attempt to shed light on the state in side-role from two different angles: (a) out of the various evolutionary stages of the rule of law, which

²⁰ Antal Ádám: Fenntarthatófejlődés-fenntarthatójogállam. Acta Humana, Bp. 2005. p. 50.

²¹ Máté Szabó: *op.cit.*

²² Ádám: *op.cit.*

variety²³ corresponds to which essential requirements from the viewpoint of a civil society that thinks responsibly about social matters; and (b) which ones are the sources of law and positive contents in the system of legislation which contribute to the creation of social self-reliance.

a) The oft-changing function of the liberal rule of law is based on the voluntary self-organisation of citizens, and promulgates free market competition. Within this framework, the state, in the role of a *night watch*, interferes only to a minimal extent with the regulation of relationships within society. The welfare state—also known as *social state*, and not without any reason—has been clearly established for mitigating social tensions, and has interfered, by making efforts to look after its citizens, with the relationships governed by both private and labour law. The diverse groups within society have become increasingly demanding towards the social state for its provisions and services,²⁴ so the state limits the self-regulating operations of the free-market economy. The *constitutional* rule of law has adopted numerous solutions by the liberal and social state, including the regulation of social issues. However, it has done so with a novelty: the constitution of the constitutional rule of law is based on a continuously expanding set of values. For the constitutional rule of law it is natural to engage in debates and bargains with civil society—also in matters pertaining to fulfilling social needs, which are important for our present study. Having given the above sketchy outline, we may posit that the “night watch state” (see North American democracy) does not approach the issue at hand from the angle of social security and of state guarantees to social rights, but it gives ample ground for civil society to provide. The possibility for civil society not to wait for solutions by the state to solving social problems is also an inherent feature to constitutional rule of law—obviously, depending on the kind of values it ordains to protect in the constitution.

b) The measures that compel citizens to behaviour that goes against self-interest are exceptional. Not even the state’s social responsibility towards the underprivileged is set forth in constitutions prior to the nineteenth century, not to mention similar obligations to citizens. This is also characteristic of the Hungarian constitution currently in force. Among lower-degree measures we find exceptions

²³ I refer the statement of Ádám: despite of there is no uniform in comparing liberal, social and constitutional rule of law the different value of these is unmistakable. Ádám: *op.cit.*

²⁴ Ádám: *op.cit.*

such as the obligation to provide assistance and the obligation to pay maintenance allowances,²⁵ which, by their nature, are not general measures, but they presuppose an immediate mortal danger or the existence of family ties.

So what kind of legal instruments may a legislator apply when attempting to protect certain components of social self-reliance, like voluntary activity or donation?²⁶

- The legislator protects bottom-up initiatives of society, recognizes liberty of association and self-organization primarily by recognizing the *right of association* set forth in the constitution.²⁷
- On the legislative scale the most important measure on voluntary activity is Act LXXXVIII of 2005 (on voluntary activities in the public interest), in which “voluntary activities on the part of individuals or communities which are based on the solidarity of members of society and which are carried out for the benefit of others as an expression of the independent actions of citizens and without recompense are recognised”, and then goes on to define more efficient voluntary activities as the goal of legislation. It was in this spirit that last year’s legislation saw the introduction of a novel “recommendation” for voluntary activity in both higher education and civil service.
- Act CCIV of 2011 on higher education linked the completion of studies in higher education to voluntary activity inasmuch as students may gain credit points by engaging in voluntary activity instead of taking up optional courses.
- The new bill on public education (of 2011) stipulates, with effect from the 1st of January, 2016, that high school diplomas may be issued upon completion of 50 hours of “*public service*”.
- Act CXCIX of 2011 on public officials (Act CXCIX of 2011) was a novelty inasmuch as it introduced several measures for public officials on optional voluntary activities in the public interest.

With the above measures the legislator clearly expressed the intention to highly esteem social solidarity and community service, and to exert regulative influence on them. The legislator has also created the institutional structure (voluntary activities in the public interest), designating several institutions and bodies to whom civilians may turn if they wish to take up

²⁵ Chronowski: *op.cit.* p. 17.

²⁶ The hungarian researches distinguish the individual and organized donation, the organized voluntary activity and the social work among relatives. In this paper I’d like to use only donation and voluntary activity to reduce the concepts.

²⁷ „Everybody has right to organize institutions and to join them.” Fundamental Law Article VIII.

voluntary work or community service. Within the institutional structure churches; local and regional authorities engaged in public service tasks; social, educational, and health-care institutions, as well as foundations that have signed contracts with the state for these purposes, are explicitly named. The legislator also designated the social institutions that are entitled to collect and utilize private donations, and—in strict relation to this, albeit in a separate act of legislation—the legislator also defined not-for-profit status (Act CLXXV of 2011 on the Freedom of Association). Act CCVI of 2011, as well as executive decree n. 305/2011 indicates churches as the bodies that are entitled to collect donations.

- Act L of 2003 on the national civilian minimum programme sets forth guarantees for the work of social institutions and foundations in order to secure their financial sources.
- The best example for reviving the attitude of philanthropy is the so-called “act on the 1 percent” (Act CXXVI of 1996) designed to teach taxpayers to finance community purposes without imposing risks or expenses on them.

One should not disregard that the EU, in addition to the domestic legal environment, also has a stimulating effect on legislation in Hungary.

- The UN declared the year 2001 to be the International Year of Volunteering, at the tenth anniversary of which, on proposal of the European Council,²⁸ 2011 was announced as the European Year of Volunteering.²⁹ In relation to volunteering, the programme set the following objectives as Union interest: to facilitate the process of becoming a volunteer, to reward volunteering by officially recognizing the acquired skills, to improve the quality of voluntary work, and to popularize it. The legal measures regard volunteering as a pivotal factor in democracy and active European citizenship, and defines it as an activity “which is undertaken of a person’s own free will, choice and motivation, and is without concern for financial gain.”

The decision calls to mind the programmes that have also been established with the aim of promoting volunteering: the Lifelong Learning programme,³⁰ the programme Europe for Citizens,³¹ the European Voluntary Service of the Youth in Action Programme.³²

²⁸ 2010/37/EK <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:017:0043:0049:HU:PDF>

²⁹ 1270/2010. (XII. 8.) Korm. határozat

³⁰ 1720/2006/EK (15th on Nov 2006)

³¹ 1904/2006/EK (12th of Dec 2006)

³² 1719/2006/EK (15th of Nov 2006)

- The decision provides for financing to spread information on volunteering, it calls the media to support objectives related to volunteering, and it allocates 8M Euros to the whole programme.
- The European Commission had published in 1997 its “Communication on promoting the role of voluntary organisations and foundations in Europe” annexed to the Final Act of the Amsterdam Treaty. The communication made mention of social politics, civilian involvement and the aspect of historical progress.
 - The Council and the member states in their decision and recommendation³³ assign an important role to voluntary work in the area of youth policy too. The Hungarian law on higher education, public education and higher education and civil service, adopted in 2011, was envisaged in the same vein.
 - In March 2008 the European Parliament adopted a “Report on the role of volunteering in contributing to economic and social cohesion”.

3. Instead of a conclusion

Professor AntalÁdám, when analysing the present postmodern era, arrives at the conclusion that the state and social units are dependent on each other to defeat social threats: “coordinated efforts are the order of the day”.³⁴ In this context there is a novel cooperation, that of “entrusting private enterprises with providing public services” such as the burdens of social assistance. A current question to address is whether state authorities intend to establish cooperation between the public and civilian sectors by means of stimulating private and civilian initiative, or through budgetary resources. The latter, since it covers social benefits using taxpayer Forints, would necessarily lead us back to the issue of “state solidarity”. Nonetheless, the NGO’s, the private sector without doubt play an important part in social affairs, given that they stimulate the state system, compelling it to engage in innovation and reforms.³⁵ It would be a crucial minimum requirement for financing to become independent from central and local budgets, which, for the time being, does not seem to be imminent.³⁶ The main reason for this is the weakness of civic virtues, the undeveloped state of civilian culture, and the lack of civilian traditions.

³³ Recommendations (2nd of Jun 2002, 16th of Nov 2007, 20th of Nov 2008 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:017:0043:0049:HU:PDF>)

³⁴ AntalÁdám: Alkotmányi értékek és alkotmánybíráskodás. Osiris. Bp. 1998. p.13.

³⁵ BalázsKrémer: Az NGO kultuszáról. Esély. 1996. 2.sz. p. 53.

³⁶ Balázs Zoltán: Lassú civilizálódás. PolitikatudományiSzemle. XVIII/3. 172-175.o.

Nótári Tamás habilitált egyetemi docens,
Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Polgári Jogi és Római Jogi Tanszék
MTA Társadalomtudományi Kutatóközpont
Jogtudományi Intézet, tudományos munkatárs

A Lex Baiuvariorum és az alemann törvények kapcsolata¹

Jelen írásunkban a 737 és 743 között keletkezett *Lex Baiuvariorumot*,² vagyis az írásba foglalt bajor *Volksrechtet*³ vizsgáljuk abból a szempontból, hogy mennyiben és mely pontjain hatott tá az alemann népjog, amellyel kétséget kizáróan szoros rokonságot mutat, lévén hogy mindkét *Volksrecht* a délnémet népjogok közé tartozik.

Az alemann népjog két változatban maradt ránk: a régebbi változatot a kutatás *Pactus Alamannorum*ként, az újabbat pedig *Lex Alamannorum*ként tartja számon. Eckhardt azt feltételezte ugyan, hogy a *Pactus* a hetedik, a *lex* pedig a VIII. századból származik, azonban a két változat közti időbeli különbség nem, vagy legalábbis aligha tisztázható teljes biztonsággal. A *Pactus* bevezető mondata a Meroving-dinasztiából származó Chlothar királyt említi⁴ mint törvényalkotót, a szakirodalom azonban a tekintetben megosztott, hogy ezen uralkodó személyében I. (511–561), II. (584–629) vagy pedig IV. Chlothar királyt (717–719) kell-e látnunk. Schott véleménye szerint I. Chlothar mint törvényalkotó nem jöhet számításba,⁵ Eckhardt viszont IV. Chlothart zárja ki mint törvényalkotót, lévén hogy véleménye szerint ezen uralkodó nem rendelkezett kellő politikai hatalommal a jogalkotói

¹Jelen tanulmány a 4.2.2.B-10/1-2010-0015 számú TÁMOP-projekt(Identitäten: Kulturen und Minderheiten im Donaauraum) keretében készült.

²A *Lex Baiuvariorum* szövegét és kommentárral ellátott fordítását lásd Nótári T.: *Lex Baiuvariorum – A bajorok törvénye*. Szeged 2011. A történelmi környezethez a korabeli történetírás tükrében lásd Nótári T.: *Források Salzburg kora középkori történetéből*. Szeged 2005; *A salzburgi historiográfia kezdetei*. Szeged 2007; *Bavarian Historiography in Early Medieval Salzburg*. Passau 2010.

³A *Lex Baiuvariorum* vonatkozásában bővebben lásd Merkel, J.: *Das Bairische Volksrecht*. Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde 11. 1858. 533–687; Schwind, E. v.: *Kritische Studien zur Lex Baiuvariorum III*. Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde 37. 1912. 415–451; Kottje, R.: *Die Lex Baiuvariorum – das Recht der Baiern*. In: Mordek, H. (Hrsg.): *Überlieferung und Geltung normativer Texte des frühen und hohen Mittelalters*. Sigmaringen 1986. 9–23; Eckhardt, K. A.: *Die Lex Baiuvariorum. Eine textkritische Studie*. Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte 38. Breslau 1927; Landau, P.: *Die Lex Baiuvariorum: Entstehungszeit, Entstehungsort und Charakter von Bayerns ältester Rechts- und Geschichtsquelle*. München 2004.

⁴*Lex Alamannorum Prologus, Incipit pactus lex Alamannorum. Et sic convenit ... Domno Chlothario rege ubi fuerunt XXXII duces et XXXIII episcopi et XLV comites*.

⁵Schott, C.: *Lex Alamannorum. Faksimile Ausgabe des Codex Sangallensis 731*. Augsburg 1993. 15.

munka elvégzéséhez, illetve elfogadtatásához, s ily módon a *Pactus* megalkotójának II. Chlothart tekinti.⁶ Krusch Martell Károly személyében véli felfedezni a törvény megalkotóját, s véleménye szerint IV. Chlothar csupán azért került említésre a törvény bevezetőjében, mert a *maior domus*nak nem volt, nem lehetett meg a törvényalkotáshoz szükséges királyi (szakrális) legitimációja.⁷ Konrad Beyerle ezzel szemben úgy foglal állást, hogy Martell Károlynak aligha lehetett szüksége a tényleges befolyásától megfosztott utolsó Merowing nevének legitimációs célzattól történő feltüntetésére.⁸ Schott a *Pactusszerzőjének* II. Chlothart tekinti, s kiemeli, hogy e törvényű nyelvezete a *Lex Ribuariához*, illetve a *Lex Salica* későbbi változataihoz hasonlítható; ezzel szemben a *Lex Alamannorum*ot Lantfrid jogalkotói tevékenységére vezeti vissza.⁹ II. Chlothar szerzősége mellett látszik szólni azon tény is, hogy 626 vagy 627 szeptemberében a Clichy-i Zsinaton negyven püspök, továbbá egy apát és egy diakónus is jelen volt (utóbbi mint megbízott), s e létszám hasonló nagyságrendet mutat, mint a *Pactus*ban olvasható leírás adatai.¹⁰

A *Lex Alamannorum conpositiós* rendelkezéseit (amelyek a *Pactus Alamannorum*ból eredeztethetők) megelőzik, akárcsak a *Lex Baiuvariorum*ban az egyház, illetve a herceg jogállására vonatkozó szabályok. A *Lex Alamannorum*ból egyértelművé válik, hogy a kompilátorok a *Pactus* szabályait tartalmilag is továbbfejlesztették.¹¹ A *Lex Alamannorum* szinte valamennyi kézírata bevezető mondatában Chlothar királyt nevezi meg mint törvényalkotót, és csupán két kézirat utal ehelyütt Lantfrid hercegre – ezen kézirati osztályon belül éppen ezért két szerkesztési fázis eredményeként *Lex Alamannorum Chlotharianáról*, valamint *Lex Alamannorum Lantfridianáról* tesz említést a szakirodalom. A *Lex Alamannorum* esetében Eckhardt abból indul ki, hogy az I. Lantfrid herceg idején, a *Pactus* alapul vételével keletkezett, amely véleményt az ún. *Lantfridiana*-kéziratok bevezető mondata is alátámasztani látszik, és ennek megfelelően e változat valamikor 712 és 725 között születhetett meg; Mayer szerint a *Pactus*, a *Lex Alamannorum* és a *Lex Baiuvariorum* egy korábbi, általunk nem ismert előzményből vezethetők le.¹² A *Lex Alamannorum* további negyvennyolc kézírata a *Pactus* címéhez hasonló *inscriptiót* tartalmaz bevezető mondatában, ami

⁶ Eckhardt, K. A.: *Germanenrechte, II/1*. Weimar 1934. VII.

⁷ Krusch, B.: *Die Lex Baiuvariorum. Textgeschichte, Handschriftenkritik und Entstehung*. Berlin 1924. 38–163.

⁸ Beyerle, K.: *Lex Baiuvariorum. Lichtdruckwiedergabe der Ingolstädter Handschrift*. München 1926. LXIV.

⁹ Schott 1993. 16.

¹⁰ Fastrich-Sutty, I.: *Die Rezeption des westgotischen Rechts in der Lex Baiuvariorum*. Erlanger juristische Abhandlungen 51. Köln 2001. 85.

¹¹ Schott 1993. 12.

¹² Mayer, E.: *Die oberdeutschen Volksrechte*. Leipzig 1929. 4. ssk.

felveti azon kérdést, hogy Lantfrid nevét vajon miért helyettesítették be Chlotharéval. Amira véleménye szerint ezen, a *Pactus Alamannorum* figyelembe vételével történt frank átdolgozásra Lantfrid halála után, vagyis 730 és 743 között kerülhetett sor.¹³ Merkel azon felosztási rendszere, amely három különböző szerkesztési szintet – *LexAlamannorum Chlothariana*, *LexAlamannorum Lantfridiana*, *LexAlamannorumKarolina*– kíván megállapítani,¹⁴ a kézirati hagyomány alapján nehezen támasztható alá.¹⁵ Lévén, hogy a *LexAlamannorum* keletkezésére vonatkozóan éppúgy hiányoznak a közvetlen és megbízható források, mint a *LexBaiuvariorum* megszületését illetően, a szakirodalom ugyanúgy megosztott a szerkesztés egységes munkaként, illetve lépésenként történt elvégzése tekintetében. Természetesen a *LexAlamannorumra* is vonatkozik Brunner azon véleménye, mely szerint annak alapjául – akárcsak a *Lex Baiuvariorum* forrásául – egy általunk nem ismert Meroving törvény szolgált;¹⁶ e nézetet azonban a modern szakirodalom túlnyomó része alaptalannak minősíti.¹⁷

A *Lex Alamannorum* és a *Lex Baiuvariorum* közötti kapcsolat feltérképezése szempontjából elsődlegesen azon kérdés merül fel, hogy vajon a két *lex* kölcsönösen hatott-e egymásra, illetve hogy e hatás egyirányú-e, vagy pedig esetleg a két törvény valamiféle közös előképre tekint vissza. A *Lex Alamannorum* és a *Lex Baiuvariorum* mind szerkezetében, mind szabályozási rendszerében számos hasonlóságot mutat: az első két *titulus* az egyházra és a hercegre vonatkozó rendelkezéseket tartalmaz, amelyek közül – tekintettel a normák hasonlóságára – több hasonló, ám csupán a szabályozási tárgy jellege miatt hasonló megfogalmazást alkalmaz, számos azonban szó szerinti egyezéseket is mutat. Ezekon felül azonban néhány, a *Lex Baiuvariorum* más *titulusaiban* található passzust is érdemes megvizsgálni a *Lex Alamannorummal* mutatkozó rokonsága szempontjából.¹⁸

A szabad ember eladásának szankcionálása a *Lex Baiuvariorum*ban két szöveghely tárgyat képezi. A kilencedik *titulus* rendelkezése szerint az, aki egy szabad embert elrabol és elad, köteles szabad állapotába visszahelyezni, a sértettnek negyven, a kincstárnak pedig szintén negyven *solidust* fizetni; ha azonban nem tudja visszavásárolni, akkor maga a tolvaj

¹³ Amira, K. v.–Eckhardt, K. A.: *Germanisches Recht, I. Grundriß der germanischen Philologie 5/1*. Berlin 1960⁴. 58.

¹⁴ Merkel, J. (ed.): *Leges Baiuvariorum*. MHG LL III. Hannover 1863. 1–182.

¹⁵ Fastrich-Sutty 2001. 87.

¹⁶ Brunner, H.: *Über ein verschollenes merowingisches Königsgesetz des 7. Jahrhunderts*. In: *Abhandlungen zur Rechtsgeschichte, I*. Weimar 1931. 598–621.

¹⁷ Schott 1993. 16.

¹⁸ Fastrich-Sutty 2001. 269.

elveszíti szabadságát.¹⁹ E rendelkezés a *Lex Alamannorum* mutat átfedést, amely szerint az eladó köteles az eladott személyt korábbi *status*ába visszahelyezni, valamint számára negyven *solidust* fizetni; ha azonban nem tudja visszahozni, akkor – ha az eladottnak voltak örökösei – kétszer nyolcvan, ha pedig nem, kétszáz *solidust* tartozik fizetni.²⁰

A *Lex Baiuvariorum* tizenhatodik *titulus*ának rendelkezése szerint az, aki egy szabadon született embert eladott, köteles visszahelyezni szabadságába, valamint a sértettnek negyven *solidust*, a vevőnek pedig a vételár kétszeresét fizetni; ha nem tudja visszavinni, akkor vérdíjával, azaz százhatvan *solidusszal* kell megváltania rokonai felé, nőknél pedig e számítást kétszeresen kell alkalmazni.²¹ E szabály a *Codex Euricianusszal* áll átfedésben.²² Ezen felül a *Lex Baiuvariorum* két szöveghelye közötti szó szerinti átfedés is szembeötlő, lévén hogy mindkét esetben egy, a szabadságát utólag bizonyítani képes szabad személy eladásáról van szó, akit vissza kell vinni lakóhelyére (*reducere*), és vissza kell helyezni előző *status*ába (*restituere libertatem*), valamint *compositio* illeti meg.

A *Lex Visigothorum* szintén foglalkozik a szabad ember eladásának tényállásával: eszerint a szabad gyermek eladása esetén az elkövetőt át kell adni a sértett rokonainak mint rabszolgát, akik eladhatják, vagy akár meg is ölhetik, illetve követelhetik tőle az eladott személy váltságát; ha azonban az eladott gyermeket az elkövető vissza tudja szerezni, akkor az emberölési *compositio* felét tartozik csupán megfizetni, s ennek elmulasztása esetén rabszolgává válik.²³ A vizigót norma felépítése a bajor fordítottja, ami az eredeti *status* visszaállíthatóságát illeti; a gót norma szerint az elkövetési tárgy csak gyermek lehet, míg a

¹⁹*Lex Baiuvariorum* 9, 4. *Si quis liberum hominem furaverit et vendiderit, et exinde probatus fuerit, reducat eum et in libertatem restituat, et cum XL solidis conponat eum. In publico vero XL solidos solvat propter praesumptionem, quam fecit. Et si eum revocare non potuerit, tunc ipse fur perdat libertatem suam pro eo, quod conlibertum servitio tradidit, si solvere non valet werageld parentibus; et amplius non requiratur*

²⁰*Lex Alamannorum* 46. *Si quis liberum ex terminos vindiderit, revocet eum infra provinciam et restituat eum libertati et cum XL solidis conponat. Si autem revocare non potest, cum widrigildo parentibus solvat. Id est bis octuaginta solidos, si heredem reliquit. Si autem heredem non reliquit, cum CC solidis conponat.*

²¹*Lex Baiuvariorum* 16, 5. *Si quis ingenuum vendiderit, cum ille suam haberet libertatem, is qui eum vendiderit, reducat eum in loco suo et restituat ei libertatem, sicut prius habuit, et conponat ei cum XL solidos, excepto quod emptori in duplum pretium, quod accepit, cogatur exolvere. Similis ratio dupliciter de feminis servetur. Et si eum vel illam vendiderit, et illum reducere non poterit, tunc cum werageldo conponat, hoc est CLX solidos solvat parentibus*

²²*Codex Euricianus* 290. *Si quis ingenuum vendiderit, cum ille suam probaverit libertatem, servum aut praetium servi ab illo, qui vendidit, accipiat ille sibi, quem vinditum fuisse constiterit, excepto quod emptori in duplum praetium, quod accepit, cogatur exsolvere. Haec et de mulieribus forma servetur*

²³*Lex Visigothorum* 7, 3, 3. *Qui filium aut filiam alicuius ingenui vel ingenue plgaverit vel sollicitaverit et in populo nostro vel in alias regiones transferri fecerit, huius isceleris auctor patri aut matri fratribusque, si fuerint, sive proximis parentibus in potestate tradatur; ut illi occidendi aut vendendi eum habeant potestatem, aut, si voluerint, compositionem homicidii ab ipso plagiatore consequantur, id est solidos CCC; quia parentibus venditi aut plagiati non levius esse potest, quam si homicidium fuisset admissum. Quod si eum es pergerinis ad propria potuerit revocare, plagiator CL solidos, hoc est medietatem homicidii, exolvat, aut si non habuerit, und conponat, ipse subiaceat servituti.*

bajor szerint bármely szabad ember; a vizigót szabály pedig szabad lehetőséget biztosít a sértett rokonainak az elkövető megölése, rabszolgává tévése, illetőleg fizetésre kényszerítése között; továbbá a *fiscus*nak fizetendő büntetés hiányzik a vizigót szabályból. A bajor és a vizigót szabály e ponton annyiban is egybecseng, hogy az eladott személy visszaszerzése esetén az emberölésért fizetendő *compositio* felét kell lerónia az elkövetőnek – mindazonáltal a *Lex Baiuvariorum* kompilátorai e passzus tekintetében a *Lex Alamannorum* alapjául is szolgáló szabályt vettek mintául, amint ezt a filológiai momentumok indokolják. Mindezekből egyértelművé válik, hogy a bajor *lex* e két előírása egyfelől a *Lex Alamannorum*, másfelől a vizigót törvény elegye, ami a forráshasználat kiváló példáját adja. A *Lex Baiuvariorum* és a *Lex Alamannorum* fent idézett szöveghely, valamint a *Lex Baiuvariorum* első két *titulusa* tekintetében a Schwind által felvetett egyezések és átvételek tekintetében Fastrich-Sutty megalapozottan elutasító álláspontra helyezkedik, lévén hogy a nyelvi azonosságok csupán a szabályozás tárgya miatt látszanak indokoltnak. A *Lex Salicá*ból történt átvétel tekintetében Fastrich-Sutty szintén elutasítóan foglal állást – noha Schwind itt is közvetlen átvételt akart kimutatni. Fastrich-Sutty nézete annyiban látszik megalapozottabbnak, hogy az azonosság mindössze bizonyos, a germán népjogban szokásos fordulatok (*si quis/si aliquis*) tekintetében mutatható ki, a *Lex Baiuvariorum* tényállása azonban mind megfogalmazásában, mind szankciójában jóval differenciáltabb, mint a *Lex Salicá*.²⁴

Tekintsük át a következőkben a *Lex Baiuvariorum* első két *titulusa* és a *Lex Alamannorum* közötti átfedéseket, először az egyházra, majd a hercegre vonatkozó *caputokat* megvizsgálva!

A bajor törvény szerint az, aki javait lelke üdvéért az egyháznak akarja ajándékozni, szabad rendelkezési joga van, miután fiainak kiadta örökrészüket, s ezt sem a király, sem a herceg, sem senki más nem tilthatta meg neki. (E rendelkezés különbséget tesz a közönséges és a hűbérbirtok, illetve a szabadok és a nemesek között, tekintve, hogy a hűbérbirtok eladományozásához a király, illetve a herceg engedélyére volt szükség.) Amit ajándékozott, okirattal kell megerősítenie, és hat, vagy több tanút kell igénybe vennie, akiknek kezüket az okiratra kell tenniük, majd az okiratot az oltárra kell helyeznie,²⁵ és a vagyont át kell adnia az adott templomban szolgáló papnak. Innentől fogva e vagyon az egyház tulajdonát képezi, s azt csak a *defensor ecclesiae*²⁶ adhatta másnak hűbérül.²⁷ A *Lex Alamannorum*ban a *Lex*

²⁴ Fastrich-Sutty 2001. 273.

²⁵ Vö. *Regula Sancti Benedicti* 59.

²⁶ A *defensor ecclesiae* szerepéhez vö. *Traditio Frisingensis* Nr. 156. 190. 194. 200. 372. 406. 408. 412. 434. 458. 655. 658. 661.

*Baiuvariorum*hoz képest mindössze a következő különbségek mutatkoznak. Ha valaki vagyonát, vagy önmagát az egyháznak akarja átadni, azt senki, sem a herceg, sem a gróf nem tilthatja meg neki. Az okirat elkészítése mellett hat, vagy több tanút kell igénybe venni, az okiratot – akárcsak a bajor jogban – az oltárra kell helyezni, s inntől fogva e vagyon az egyház tulajdonát képezi.²⁸

A *Lex Baiuvariorum* következő rendelkezése szerint amennyiben valaki az egyház vagyona ellen jogtalanul pert akar indítani, vagy az egyház vagyonából valamit el akar venni (akár az adományozó, akár annak örökösei, akár bárki más), Isten ítéletét és az egyház büntetését vonja magára, a világi bírónak pedig három uncia aranyat köteles fizetni, s az egyháznak az elvett vagyont kétszeresen meg kell térítenie.²⁹ Az alemann törvény ugyanezen tényállás kapcsán akként rendelkezik, hogy az egyház vagyonát elvenni szándékozó személy – aki lehet maga az adományozó, annak örököse, vagy bárki más – egyfelől Isten ítéletét, valamint (s itt jóval egyértelműbb a megfogalmazás, mint a *Lex Baiuvariorum*ban) az *excommunicatiót* vonja magára, továbbá pedig az adománylevélben rögzített büntetést és a kincstár számára a békepénzt köteles megfizetni, valamint az elvett vagyont vissza kell adnia az egyháznak.³⁰ Ily módon látható, hogy a nyelvi azonosságok ellenére a *Lex Baiuvariorum* kompilátorai nem szolgaián másolták a *Lex Alamannorum* szövegét, hiszen a szankció terén jelentős eltérések mutatkoznak a két rendelkezésben.

²⁷*Lex Baiuvariorum* 1, 1. *Ut si quis liber persona voluerit et dederit res suas ad ecclesiam pro redemptione animae suae, licentiam habeat de portione sua, postquam cum filiis suis partivit. Nullus eum prohibeat; non rex nec ulla persona habeat potestatem prohibendi ei. Et quicquid donaverit, villas terra mancipia vel aliqua pecunia, omnia quaecumque donaverit pro redemptione animae suae, hoc per epistulam confirmet propria manu sua ipse, et testes adhibeat VI vel amplius si voluerit; inponant manus suas in epistulam, et nomina eorum notent ibi, quem ipse rogaverit. Et tunc ipsam epistulam ponat super altare, et sic tradat ipsam pecuniam coram sacerdote, qui ibidem servit. Et post haec nullam habeat potestatem, nec ipse nec posterius eius, nisi defensor ecclesiae ipsius beneficium praestare voluerit ei; sed apud episcopum defendantur res ecclesiae, quicquid apud Christianos ad ecclesiam Dei datum fuerit.*

²⁸*Lex Alamannorum* 1, 1. *Si quis liber res suas vel semet ipsum ad ecclesiam tradere voluerit, nullus habeat licentiam contradicere ei, non dux, non comes nec ulla persona, sed spontanea voluntate liceat christiano homini Deo servire et de propriis rebus suis semet ipsum redimere. Et, qui voluerit hoc facere, per cartam de rebus suis ad ecclesiam, ubi dare voluerit, firmitatem faciat et testes sex vel septem adhibeat, et nomina eorum ipsa carta contineat, et coram sacerdote, qui ad eandem ecclesiam deservit, super altare ponat, et pro poetas de rebus ipsis ad illam ecclesiam in perpetuum permaneat.*

²⁹*Lex Baiuvariorum* 1, 2. *Si quis aliqua persona contra res ecclesiae iniuste agere voluerit vel de rebus ecclesiae abstrahere voluerit, sive ille, qui dedit, vel de heredes eius aut qualicumque homo praesumpserit, imprimis incurrat in Dei iudicio et offensionem sanctae ecclesiae, et iudici terreno persolvat auri uncias III, et illas res ecclesiae reddat et alia similia addat, rege cogente vel principe, qui in illa regione iudex est.*

³⁰*Lex Alamannorum* 1, 2. *Et si aliqua persona aut ipse, qui dedit, vel aliquis de heredibus eius post haec de ipsas res de illa ecclesia abstrahere voluerit, vel aliquis homo, quicumque persona hoc praesumpserit facere, incurrat in Dei iudicio et excommunicationem sanctae ecclesiae et affectum, quod inchoavit, non obteneat et multa illa, quae carta continet, prosolvat et res illas ex integro reddat et fredo in publico solvat, sicut lex habet.*

A *Lex Baiuvariorum* szerint ha valaki egyházi vagyont lop, minden dolog után *niungeldót*, vagyis kilencszeres váltságot köteles fizetni, ha viszont tagadná tettét, a lopott dolog értékének megfelelően esküt kell tennie az oltárra – egy *saica* miatt egyedül, két, vagy három *saica* miatt egészen egy *tremisséig* egy eskütárssal, inentől négy *tremisséig* három eskütárssal köteles esküt tenni. Ha nagyobb összeget lopott, így például lovat, ökröt, tehenet, vagy bármi nagyobb értéket, hat eskütárssal kell esküt tennie; ha azonban a templomi felszerelésből lopott el valamit kilencszeres *conpositiót*, vagyis huszonhétyszeres értéket kell fizetnie, tagadása esetén pedig tizenkét eskütárssal kell esküt tennie az oltárra.³¹ A *Lex Alamannorum* vonatkozó rendelkezésének bizonyos részei mind tartalmukat, mind fogalmazásmódjukat tekintve feltűnő egyezést mutatnak a bajor normaszöveggel. Az alemann törvény nem tesz említést a kisebb értékű lopásokról, hanem azonnal az egyházi tulajdonban álló, nagyobb értékű vagyontárgyak (rabszolga, szolgáló, ökör, ló stb.) eltulajdonításának szankciójáról szól, ám a huszonhétyszeres váltságot ezekre, és nem a templomi felszerelésekre írja elő. Tagadás esetén ugyanúgy az oltárra – méghozzá a lopott értéknek megfelelő, ám az értékhatárok tekintetében közelebről nem részletezett számú eskütársakkal együtt – teendő esküt teszi kötelezővé.³²

A *Lex Baiuvariorum* rendelkezése szerint az, aki az egyházi személyek megölése és megsértése kapcsán több *caputot* is tartalmaz: egyet az alsóbb egyházi rendbe tartozókról (aldiakónusokról, lektorokról, exorcistákról, akolitusokról és hosztiáriusokról), egyet a papokról és diakónusokról, és egyet a püspökökről. Ha valaki egy aldiakónust, lektort, exorcistát, akolitust, hosztiáriust³³ szidalmaz, megüt, megsebez, vagy megöl, annak a kétszeresét köteles fizetni, mint amit a sértett *statusa* indokolna, ha nem volna egyházi

³¹*Lex Baiuvariorum* 1, 3. *Si quis res ecclesiae furaverit et exinde probatus fuerit, de quaecumque rem 'niungeldo' solvat, id est IX capita restituat. Etsi negare voluerit, secundum qualitatem pecuniae iuret in altare, de qua ecclesia furaverit. De una saica solus iuret de duas saicas vel III et usque ad tremisse cum uno sacramentale iuret; deinde usque ad IV tremisses cum tres sacramentales iuret. Et si ampliorem pecuniam furaverit, aut cavallum aut bovem aut vaccam vel quicquid plus valet de IV tremisses, et negare voluerit, tunc cum VI sacramentales iuret et ipse sit semptimus, in altare coram populo et presbitero. Si autem de ministerio ecclesiae aliquid furaverit, id est calicem aut patenam vel pallam aut quaecumque re de infra ecclesia furaverit et probatus fuerit, 'triuniungeldo' solvat, hoc est ter nove restituat. Et si negare voluerit, secundum qualitatem pecuniae iuret cum XII sacramentales in ipso altare.*

³²*Lex Alamannorum* 6. *Si quis res ecclesiae furaverit et convictus fuerit, ut solvatur, unamquamque rem, quam furavit, tres novigeldos solvat aut servum aut ancillam aut bovem aut caballum aut quaecumque animal vel ceteras res, quae ad ecclesiam Dei pertinent. Si post furtum inventus fuerit, ita solvat, ut superius scriptum est. Si autem negare voluerit, secundum qualitatem pecuniae ita iuret cum suis sacramentalibus in ipso altare, cui res furtivas abstulit, coram sacerdote vel ministro eius, quem pastor ecclesiae iusserit audire sacramentum.*

³³ A felsorolt egyházi tisztségek megegyeznek az Isidorus (*Etymologiae* 7, 12. 13) által említettekkel, annyi különbséggel, hogy a *Lex Baiuvariorum* a *psalmistákat* nem említi.

személy; ugyanezen rendelkezés vonatkozik a szerzetesekre is.³⁴ A bajor törvény szerint ha valaki egy papot, vagy diakónust, megsért, vagy megsebesít, háromszoros vérdíjat köteles fizetni, ha pedig megöli, a diakónus után kétszáz, a pap után háromszáz *solidust* kell *conpositi*óként fizetnie azon templomnak, ahol az áldozat szolgált; továbbá a kincstárnak negyven *solidus*békepenzt tartozik fizetni.³⁵

A *Lex Alamannorum* szerint aki plébánost (*presbyter parochianus*) megver, megcsonkít, vagy más módon testi sértést okoz neki, a szabad személyek után fizetendő *conpositio* háromszorosát tartozik megfizetni; ha pedig megöli, hatszáz *solidust* köteles fizetni azon templomnak, ahol a pap szolgált, illetve annak a püspöknek, akihez a plébánia tartozott.³⁶ A diakónus ellen a papok esetében is említett módon (testi) sértést elkövető személy kétszeres *conpositi*ót fizet, ha pedig megöli, háromszáz *solidust*.³⁷ A szerzetesek esetében ugyanezen szabály érvényesül.³⁸ A többi egyházi személy – az alemann törvény nevesítése szerint a kántor és a lektor – megsértése esetén a nemzetségük egyéb tagjainak megsértése, illetve megölése esetén szokásos *conpositio* fizetendő, s ezen felül még egyharmad rész.³⁹

A püspök megölésének szankciója a *Lex Baiuvariorum*ban teljességgel egyedi: az elkövető a királynak, a népnek, vagy a püspök rokonainak annyi aranyat köteles fizetni,

³⁴*Lex Baiuvariorum* 1, 8. *Si quis ministros ecclesiae, id est subdiaconum, lectorem, exorcistam, acolitum, hostiarium, de istis aliquem iniuriaverit aut percusserit vel plagaverit vel occiderit, conponat hoc dupliciter, sicut solent componere parentes eius. Illi, qui sunt ministri altaris Dei, duplicem compositionem accipiant, alii autem clerici conponantur, sicut parentes eorum. Monachi autem, qui secundum regulam in monasterio vivunt, et illi duplici conponantur secundum genealogiam suam, ut reverentia sit Dei et pax eis, qui illi deserviunt.*

³⁵*Lex Bauvariorum* 1, 9. *Si quis presbiterum vel diaconum, quem episcopus in parrochia ordinavit vel qualem pleps sibi recepit ad sacerdotem, quem ecclesiastica sedis probatum habet, illi iniuriam fecerit vel plagaverit, tripliciter eos conponat. Si eum occiderit presbyterum, solvat CCC solidos auro adpreciatos; si aurorum non habet, donet alia pecunia mancipia terra vel quicquid habet, usque dum impleat; diaconum vero cum CC solidis solvat; utrisque ad illam ecclesiam, ubi ministri fuerunt, episcopo requirente et duce cogente, qui in illa provincia sunt ordinati. Et pro freto in puplico solvat solidos XL, ut exinde sit reverentia sacerdotum. Et honor ecclesiasticus non condemnetur neque praesumptio crescat in plebe.*

³⁶*Lex Alamannorum* 13. *Si quis autem presbyterum parochianum iniuriaverit aut fustaverit aut mancaverit vel quaecumque iniuriam fecerit, in triplum conponatur; et si eum occiderit, DC solidos eum conponat aut ad ecclesiam, ubi servit, aut ad episcopum, de cui parochia fuit*

³⁷*Lex Alamannorum* 14. *Si quis diaconum, qui euangelium coram episcopum legit et revestitus ante altare officium fungit, si quis eum aliqua iniuria fecerit vel fustaverit vel placaverit vel mancaverit, dupliciter eum conponatur; et si eum occiderit, CCC solidos conponat.*

³⁸*Lex Baiuvariorum* 1, 8. *Monachus autem, qui sub regula in monasterio conversatus fuerit et ab aliquo aliquas iniurias, sicut superius diximus, passus fuerit, ita ut diaconus similiter.*

³⁹*Lex Alamannorum* 15. *Clerici autem sicut ceteri parentes eorum ita conponantur gradu in ecclesia publica lectionem recitat, vel gratalem vel alleluia coram episcopo in publico cantaverit, et aliqua iniuria passus fuerit, sicut superius diximus, conponatur, quomodo parentes eius conponantur, et tertia pars super haec addatur in compositionem.*

amennyit a halott püspök ólomból kiöntött öltözete nyom.⁴⁰ A törvény itt átveszi az emberölés esetén a pogány gyakorlat szerint szokásos *conpositio* mértékét, vagyis az áldozat aranyban lemért súlyát. A püspöknek okozott *iniuriát*, valamint megcsönkítését és megverését az alemann törvény a püspök nemzetségének más tagjai esetén járó *conpositio* háromszorosával sújtja, megölése esetén pedig a királynak, vagy a hercegnek, illetve esetegesen az egyházmegyének a herceg megölése esetén előírt *conpositiót* – vagyis a törvény a püspököt a herceggel úgyszólván egyazon méltóságban kezeli – kell megfizetnie az elkövetőnek.⁴¹ Meg kell említenünk, hogy míg a bajor törvény a magasabb méltóságoktól az alacsonyabbak felé haladva, addig az alemann fordítva adja meg az egyházi személyek sérelme esetén fizetendő *conpositió*s összegeket.

A *Lex Baiuvariorum* részletesen rendelkezik az egyházi jobbágyságok és rabszolgák által teljesítendő szolgáltatásokról és adókról is: ennek keretében pontosabb szabályozza a tizedfizetést, a legelőpénzt, a len, a méz és az aprójószág után fizetendő járandóságot, a robotot, amely testet ölthet szállításban, föld megművelésében, építkezési és javítási munkálatokban, vagy akár mészégetésben, s a saját földön végzett munkával azonos időt ölel fel, vagyis heti három napot.⁴² A *Lex Alamannorum* rendelkezése ehhez képest jóval szerényebb terjedelmű, és tartalmát tekintve is eltérő; az átfedés – ám ez a szabályozás tárgyából fakad – mindössze annyi, hogy az egyházi földön teljesítendő munka heti három

⁴⁰*Lex Baiuvariorum* 1, 9. *Si quis episcopum, quem constituit rex vel populus elegit sibi pontificem, occiderit, solvat eum regi vel plebi aut parentibus secundum hoc edictum. Fiat tunica plumbea secundum statum eius, et quod ipsa pensaverit, aurum tantum donet, qui eum occidit.*

⁴¹*Lex Alamannorum* 12. *Si quis episcopum aliquam iniuriam fecerit vel placaverit vel fustaverit vel manaverit, omnia tripliciter componatur, sicut et ceteri parentes eius compositionem habebunt. Haec si melius dicamus, sicut et duce ita in omnibus eos componatur; et si occisus fuerit, sicut et illum ducem ita eum solvat aut rege aut duce aut ad ecclesiam, ubi pastor fuit.*

⁴²*Lex Baiuvariorum* 1, 13. *De colonis vel servis ecclesiae, qualiter serviant vel quale tributa reddant. Hoc est agrario secundo estimationem iudicis; provideat hoc iudex secundum quod habet donet: se XXX modis III modios donet, et pascuaria dissolvat secundum usum provinciae. Andecenas legitimas, hoc est pertica X pedes habentem, IV perticas in transverso, XL in longo, arare, seminare, claudere, colligere, trahere et recondere. A tremisse unusquisque acola ad duo modia sationis excollegere et recondere debent et seminare, collegere; et vineas plantare fodere propaginare, precidere, vindemiare. Reddant decimum fascem de lino; de apibus X vasa, pullos IV, ova XV reddant. Parafretos donent, aut ipsi vadant ubi eis iniunctum fuerit. Angarias cum carra faciant usque L lewas, amplius non minentur. Ad casas dominicas stabilire, fenile, granica vel tunino recuperanda petituras rationabiles accipiant, et quando necesse fuerit, omnino componant. Cance furno, ubi prope fuerat, ligna aut petra L homines faciant; ubi longe fuerat, C homines debeant expetiri, et ad civitatem vel ad villam, ubi necesse fuerit, ipsam calcem trahantur. Servi autem ecclesiae secundum possessionem suam reddant tributa. Opera vero III dies in ebdomada in dominico operent, III vero sibi faciant. Si vero dominus eius dederit eis boves aut alias res, quod habet tantum serviant, quantum eis per possibilitatem inpositum fuerit; tames iniuste neminem obprimas.*

napot ölel fel.⁴³ Ez alapján nem valószínűsíthető, hogy az átvétel lehetőségével komolyan kellene kalkulálnunk.

A vasárnapi munkavégzés kapcsán a *Lex Baiuvariorum* a következőképpen rendelkezik. Ha egy szabad ember vasárnap szolgálai – vagyis fizikai – munkát végez (ökröt fog be, kocsit hajt ki), veszítse el a jobbfeleli ökröt; ha pedig mezőgazdasági, vagy más szolgálai munkát végez vasárnap, egyszer, illetve kétszer fenyítésben kell részesíteni. Haezt követően sem „javul meg”, ötven botütés, ha pedig ezután – mintegy többszörös visszaesőként – követi el a tettet, vagyona harmadának elvesztése sújtja. Ha pedig még ekkor sem hagy fel magatartásával, rabszolgává válik. Ha pedig rabszolga az elkövető, első alkalommal veréssel kell megfenyíteni, második alkalommal pedig jobb kezét veszíti el.⁴⁴ Az alemann törvény akként rendelkezik ugyanezen kérdésben, hogy a szabad embert, ha vasárnap szolgálai munkát merészel végezni, három alkalommal – pontosabban: a harmadik alkalomig – veréssel kell megfenyíteni, ezt követően vagyona harmadát, végezetül pedig szabadságát veszíti el.⁴⁵ A két törvénytöredék szóhasználata, illetve a szankció azonos volta – többszöri testi fenyítés, részleges vagyonekobszás, rabszolgává tétel – arra enged következtetni, hogy ezen esetben átvétellel, illetve közös forrással van dolgunk az alemann és a bajor joganyag tekintetében.

A *Lex Baiuvariorum* azon rendelkezése, mely szerint aki a király, vagy a tartományi herceg seregében lázadást szít, amely mások halálához vezet, egyrészt hatszáz *solidus conpositi*ót köteles fizetni, másrészt pedig hálás lehet a királynak, illetve a hercegnek, ha megkíméli életét,⁴⁶ szintén átfedést mutat az alemann törvénnyel. A *Lex Alamannorum* szerint

⁴³*Lex Alamannorum* 22. *Servi enim ecclesiae tributa sua legitime reddant: quindecim silcas de cervisa, porcum valentem tremisse uno, panem modia duo, pullos quinque, ova viginti. Ancillae autem opera inposita sine neglecto faciant. Servi dimidium sibi et dimidium in dominico arativum reddant; et si super haec est, sicut servi ecclesiastici ita faciant tres dies sibi et tres in dominico.*

⁴⁴*Lex Baiuvariorum* 1, 14. *Si quis dominico operam servilem faecerit liber homo, si bovem iunxerit et cum carro ambulaverit, dextrum bovem perdat; si autem secaverit fenum vel collegerit aut messem secaverit aut collegerit, vel aliquid opus servile fecerit die dominico, corripitur semel vel bis. Et si non emendaverit, rumpatur dorso eius L percussiones. Et si iterum praesumpsit operare die dominico, auferatur de rebus eius tertiam partem. Et si non cessaverit, tunc perdat libertatem suam et sit servus, qui noluit in die sancto esse liber. Si servus autem, pro tale crimine vapuletur. Et si non emendaverit, manum dexteram perdat...*

⁴⁵*Lex Alamannorum* 38. *Ut die Dominico nemo opera servile praesumat facere, quia hoc lex prohibuit et sacra scriptura in omnibus testavit. Si quis servus in hoc vitio inventus fuerit, vapuletur fustibus. Liber autem corripitur usque ad tertium. Si autem post tertiam correptionem in hoc vitio inventus fuerit et deo vacare die Dominico neglexerit et opera servile fecerit, tunc tertiam partem de hereditatem suam perdat. Si autem super haec inventus fuerit, ut die Dominico honorem non inpendat et opera servile fecerit, tunc coactus et probatus coram comite, ubi tunc dux ordinaverit, in servitio tradatur et, qui noluit Deo vacare, in sempiternum servus permaneat.*

⁴⁶*Lex Baiuvariorum* 2, 4. *Si quis in exercitu, quem rex ordinavit vel dux de provincia illa, scandalum excitaverit infra propria hoste, et ibi homines mortui fuerint, componat in publico DC solidos. ...Et ille homo, qui haec commisit, benignum inputet regem vel ducem suum, si ei vitam concesserint.*

a saját segerében olyan felkelést szító személy, amelyben másokat megölnék, teljes vagyonekobbzással sújtandó, valamint vagy halállal lakol, vagy pedig száműzetésbe kell mennie.⁴⁷ Az átfedés ugyanakkor sokkal inkább tartalmi, mintsem nyelvi, lévén hogy a bajor törvény e tényállást részletesebben taglalja, s úgy rendelkezik, hogy a megölt személyek után is vérdíjat kell fizetnie az elkövetőnek, valamint a kincstár számára hatszáz *solidust* köteles fizetni – ezzel szemben az alemann törvény teljes vagyonekobbzással sújtja az elkövetőt. A bajor *lex* a halálbüntetést a király, illetve a herceg elbírálására bízta, az alemann törvény azonban kötelező jelleggel írja elő annak (vagy pedig a száműzetésnek) kiszabását. Itt kell megemlíteni, hogy mindkét törvény tárgyalja ugyan a hadseregben elkövetett lopást, azonban míg a bajor törvény ennek keretében (amellett, hogy példaként kiemeli a lószerszám ellopását) különbséget tesz a szabad és a rabszolga *statusú* elkövető között, s az utóbbit kézlevágással, az előbbit pedig negyven *solidus* büntetéssel és az ellopott dolgok visszaadásának kötelezettségével sújtja,⁴⁸ addig az alemann törvény a hercegi és a királyi sereg mint elkövetési hely között differenciál, az előbbi esetében kilencszeres (*novigeldo*), az utóbbiában pedig huszonhatszerez (*tres novigeldo*) megtérítést ír elő.⁴⁹

A *Lex Baiuvariorum* rendelkezése szerint a trónörökös, amennyiben apja ellen lázad, vagyis le akarja taszítani trónjáról – noha az (s ehelyütt a törvény részletes felsorolást ad) még alkalmas az uralkodásra, vagyis képes törvényt tartani, csatába menni, a nép felett ítélkezni, férfi-módra lóra ülni, fegyverét erőteljesen elhajítani, nem süket, sem vak, és minden tekintetben képes a király parancsát teljesíteni –, meg kell fosztani öröklési jogától, s apja belátásán múlik, hogy száműzi-e, akárcsak az, hogy könyörületből valamiféle örökrészt kíván-e neki juttatni. Fivérei szintén nem kötelesek neki semmit sem adni, s amennyiben egyedüli fiúként éli túl apját, a király mérlegelésére van bízva, hogy neki adja-e az örökséget (vagyis a hercegi méltóságot), vagy másnak.⁵⁰ A *Lex Alamannorum* e tényállást meglehetősen

⁴⁷ Vö. *Lex Alamannorum* 26, 1. *Si quis in exercitu litem commiserit, ut a ut cum clamore populus concurrat cum armis, et ibi pugna orta fuerit inter proprium exercitum, et aliqui ibi occisi fuerint, ipse homo, qui hoc commisit, aut vitam perdat aut in exilium eat, et eius res infiscentur in publico.*

⁴⁸ *Lex Baiuvariorum* 2, 6. *Si quis in exercitu aliquid furaverit, pastoria, capistro, freno, feltro vel quecumque involaverit et probatus fuerit: si servus est, perdat manus suas; dominus vero eius ipsam rem, si habet, reddat. Si autem liber homo hoc fecerit, cum XL solidis redimat manus suas, et quod tulit reddat.*

⁴⁹ *Lex Alamannorum* 27, 1–2. *Si quis in exercitu, ubi rex ordinaverit exercitum, aliquid furtum fecerit, novem vicibus novigeldos solvat, quidquid involatus fuerit. Si autem dux exercitum ordinaverit, et in illo fisco aliquid furaverit, tres novigeldos solvat; et si iurare voluerit, secundum qualitatem pecuniae iuret.*

⁵⁰ *Lex Baiuvariorum* 2, 9. *Si quis filius ducis tam superbus vel stultus fuerit, vel patrem suum dehonoreare voluerit per consilio malignorum vel per fortiam, et regnum eius offerre ab eo, dum pater eius adhuc potest iudicium contendere, in exercitu ambulare, populum iudicare, equum viriliter ascendere, arma sua vivaciter baiulare, non est surdus nec cecus, in omnibus iussionem regis potest implere: sciat se ille filius contra legem fecisse et de hereditate patris sui esse deiectum et nihil amplius ad eum pertinere de facultatibus patris sui. Et hoc in potestate patris sui erit, ut exiliet eum si vult. Nihil aliud habeat potestatem, nisi per misericordiam*

hasonlóan szabályozza, s a bajor törvényhez hasonlóan kiemeli a trónörökös lázadása kapcsán a rossz tanácsadók felelősségét, valamint azon körülményt, hogy a hercegnek még uralkodói képességeinek birtokában kell lennie, hogy a trónörökös lázadása büntettnek minősüljön. Ugyanakkor az alemann törvény nem említi az uralkodói feladatok gyakorlása kapcsán mindazon tevékenységeket, amelyek a bajor törvényben olvashatók, hanem megelégszik a hadsereg vezetésének és a ló megülésének kiemelésével. Az alemann rendelkezés szerint a herceg kizárhatja fiát az öröklésből, és belátása szerint száműzheti, valamint fivérei szintén nem kötelesek neki részt juttatni apjuk örökéből. Amennyiben a lázadó trónörökös volna az egyetlen utód, aki túléli apját, a király döntésén múlik, hogy őt helyezi-e hatalomba – amennyiben, s e kitétel a bajor törvényben nem szerepel, a király lába elé veti magát, hogy könyörödjön hercegi méltóságáért –, vagy mást.⁵¹ A két törvény azonos tárgyú rendelkezése kétségkívül kapcsolatban áll egymással, lévén hogy a szabályozás, illetve a büntetés jellege azonos, ugyanakkor közvetlen filológiai egyezés, vagyis sem a szóhasználat, sem a mondatfűzés nem mutat szorosabb egyezést.

A hercegi udvarban viszály, illetve harc – a *Lex Baiuvariorum* szóhasználata szerint *scandalum*, a *Lex Alamannorum*é szerint *pugna* – kiobbantását a két törvény némiképp eltérően szabályozza. A bajor törvény az okozott kár megtérítését írja elő, valamint a *fiscus* számára negyven *solidus* megfizetését, illetve úgy rendelkezik, hogy amennyiben rabszolga az elkövető, jobbjaival bűnhődjék.⁵² Az alemann törvény ezzel szemben az okozott kár háromszoros megtérítését, valamint a kincstár számára hatvan *solidus* megfizetését írja elő.⁵³

pater eius dare ei voluerit. Et si supervixerit patrem suum et alios fratres habuerit, non dent ei portionem, quare contra legem peccavit in patrem suum. Et si ille solus heredes eius supervixerit patrem suum, in regis exit potestate; cui volt donet, aut illi aut alteri.

⁵¹*Lex Alamannorum* 35.1–2. *Si quis dux habet filium contumacem et malum, qui rebellare conetur contra ipsum patrem suum per stultitiam suam vel per consilium malorum hominum, qui volunt dissipare provinciam, et hostiliter surrexit contra patrem suum, dum adhuc pater eius potes est et utilitatem regis potest facere, id est exercitum gubernare, equum ascendere, utilitatem regis implere, et filius eius eum vult dishonorare aut per raptum regnum eius possidere, non obtineat quod inchoavit. Et si pater eius eum vicerit et apprehendere potuerit in sua sit potestate, aut exiliet eum de provincia, aut ubicunque transmittat eum, aut regi domino suo; et de hereditate paterna amplius ad eum nihil pertineat, quia illicitam rem contra patrem suum fecit. Et si fratres habuerit, ipsi fratres inter se per voluntatem regis dividant hereditatem patris eorum; illi autem, qui rebellavit contra patrem suum, non dent portionem inter ipsos. Et si amplius non fuerit, nisi ille unus, qui rebellavit, tunc illa hereditas, quam ille dux habuit, post mortem eius in potestate regis sit, cui vult donet, aut illi filio ducis, qui rebellavit, si potuerit per servitium hoc ad pedes regis conquirere, aut si alii vult dare, in sua sit potestate.*

⁵²*Lex Baiuvariorum* 2, 10. *Si quis in curte ducis scandalum commiserit, ut ibi pugna fiat per superbiam suam vel per ebrietatem, quicquid ibi factum fuerit, omnia secundum legem conponat, at propter stultitiam suam in publico conponat solidos XL. Si servus alicui est, qui haec commiserit, manus perdat. Nullus umquam praesumat in curte ducis scandalum comittere.*

⁵³*Lex Alamannorum* 33. *Si quis in curte ducis pugnam commiserit, et ibi clamor ortus fuerit, et concursio populi facta fuerit per eius commissum, quicquid ibi factum fuerit per concursum eius, qualiscumque homo neglexerit*

A hercegi udvarban elkövetett lopás esetén a *Lex Baiuvariorum* a lopás szokásos *conpositio*jának (vagyis a kilencszeres érték megtérítésének) háromszorosát (azaz huszonhétszeres megtérítést ír elő – megjegyzendő, hogy a törvény nem jelzi *expressis verbis*, hogy a cselekménynek a herceg tulajdona ellen kell irányulnia, hanem a hercegi udvart mint elkövetési helyet jelöli meg.⁵⁴ A *Lex Alamannorum* szabályozása hasonlít ehhez annyiban, hogy a háromszor kilencszeres megtérítést írja elő, azonban nem a hercegi udvarban elkövetett lopásról, hanem a herceghez tartozó, vagyis a hercegi tulajdonban álló dolgok ellopása kapcsán rendelkezik.⁵⁵

A herceg parancsának, illetve az általa küldöttjelzésnek (így példának okáért pecsétnek, vagy gyűrűnek) a semmibevétele esetén a *Lex Baiuvariorum* tizenöt *solidus* megfizetését írja elő a kincstár számára,⁵⁶ ezzel szemben a *Lex Alamannorum* e büntetést tizenkét *solidus*ban határozza meg.⁵⁷ Megjegyzendő, hogy számos esetben, amikor a *Lex Alamannorum* tizenkét *solidus conpositio* megfizetését rendeli el, ezen összeg a bajor törvényben következetesen tizenöt *solidus*ra rúg.⁵⁸

A *Lex Baiuvariorum* – valamint az Ascheimi Zsinat⁵⁹ – úgy rendelkezik, hogy a törvénykezési gyűléseket, a *placitum*okat az adott hónap elején, vagy tizenöt nappal később kell megtartani,⁶⁰ ezzel szemben a *Lex Alamannorum* heti, illetve – amennyiben békésebb idők uralkodnak – kéthetenkénti *placitum*tartást ír elő.⁶¹ Tehát e ponton, noha mindkét törvény ugyanazon kérdéskört szabályozza, sem tartalmi, sem nyelvi átfedés nem mutatható ki köztük.

et aliquid contra legem fecerit, tripliciter conponat. Ille autem, per cuius vocem vel opera haec contentio orta fuerit, LX solidos in publico conponat.

⁵⁴*Lex Baiuvariorum* 2, 12. *Si quis infra curte ducis aliquid involaverit, quia domus ducis domus publica est, 'triuniungeld' conponat, hoc est ter nove conponat liber homo.*

⁵⁵*Lex Alamannorum* 32. *Si quis de rebus, quae ad ducem pertinent, aliquid furatus fuerit, ter novigeldos conponat et ibi fredum non reddat, quia res dominicae sunt et tripliciter conponuntur.*

⁵⁶*Lex Baiuvariorum* 2, 13. *Si quis iussionem ducis sui contempserit vel signum, quale usus fuerit dux, transmiserit, aut anulum aut sigillum, si neglexerit venire aut facere, quod iussus est, XV solidos per neglecto donet in publico...*

⁵⁷*Lex Alamannorum* 28, 1. *Si quis sigillum ducis neglexerit aut mandatum vel signum, qualecumque mandavit, XII solidis sit culpabilis...*

⁵⁸ Így például *Lex Alamannorum* 36, 4.

⁵⁹ Vö. *Synodus Aschaimensis* 15.

⁶⁰*Lex Baiuvariorum* 2, 15. *Ut placita fiant per Kalendas aut post XV dies, si necesse est, aut ad causas inquirendas, ut sit pax in provincia.*

⁶¹*Lex Alamannorum* 36, 1. *Ipsium placitum fiat de sabbato in sabbatum, aut quali die comes aut centenarius voluerit a septem in septem noctes, quando pax parva est in provincia; quando autem melior, post XIV noctes fiat conventus in omni centena...*

*Pavlovits Máté,
Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar*

Pusoma Dénes ártatlan, de nem eléggé - Egy magyar példa a bírói szubjektum kizárhatatlanságára

„A bíróság magatartása kísértetiesen hasonlít ahhoz az esethez, amikor az orvos bennhagyja a beteg gyomrában a kendőt. Előbb-utóbb kiderül, hogy ez tulajdonképpen orvosi előírás, vagyis a szakma összezár.” [Ragályi Elemér]¹

Ékes példa a bírói szubjektum kirekeszthetlenségére Pusoma Dénes 16 évvel ezelőtti büntetőpere.

Pusoma Dénest 1995-ben jogerősen hat év szabadságvesztésre ítélték egy idős ivádi asszony meggyilkolása miatt, később azonban kiderült: az idős asszonyt két másik személy gyilkolta meg. Pusoma kártérítési pert indított Magyar Elemér ügyvéddel a Magyar Állam ellen. A nincstelen, munkanélküli, cigány fiatalembert kiszabadulása után lakóhelyi környezete elutasította, apró uzsorakölcsönök miatt elveszítette azt a rozzant viskót is, amelyben lakott. Teljes kitzasztottságában felakasztotta magát.

A Pusoma-ügy, annak nyomozati, valamint bírósági eljárásával jól mutatja, hogy az állami intézmények türelmetlenül, gögösen, lényegében felelősségvállalás nélkül ítélnék meg számukra egyértelműnek tűnő látszatok alapján kisebbségi helyzetben, súlyos hátrányok között élő, a maguk védelmére nem képes embereket.

Az ún. 'cigány perekben' a nem roma résztvevők értékítéletei, attitűdjei, előítéletei meghatározó szereppel bírnak számos eljárás kimenetelét illetően.

„A Pusoma-ügy olyan kudarc, amelyet valahol mégis sikertörténetnek gondolok. Az ártatlan ember meghurcoltatásából drámát írtam, amely később Ragályi Elemér *Nincs kegyelem* című filmjének alapjául szolgált. Az alkotást az idei Filmszemlén mutatták be, s megkapta a legjobb rendezésért járó díjat. Az ezzel járó nyilvánosság talán segíteni fog, hogy

¹ index.hu/bulvar/pusoma522h 2011. július 11.

néhány bíró elgondolkodjon, mielőtt hasonló ügyben meggondolatlan ítéletet hoz”² - mondja Magyar Elemér.

A bíró személyiség perbeli szerepének vizsgálata esetén megkerülhetetlen, hogy a jogi realista mozgalomról szót ejtsünk.

1. Jogi realizmus

A XX. század szociológiai és pszichológiai jellegű – főként amerikai – jogelméleti megközelítései a jogot a bírói gyakorlat döntéseivel azonosították, így minden olyan körülményt vizsgálat tárgyává tettek, ami a bírói döntés meghozatalában szerepet játszhat. Ezek az irányzatok rámutattak azokra a különbségekre, amelyek az akadémiai vizsgálódások és a tényleges ítélkezési gyakorlat között feszülnek.

A kodifikációk idejében alakult jogelméletek hittek még az elfogulatlan eljárásban, az előítéletektől mentes, racionális határozathozatalban, valamint annak reális lehetőségében, hogy a bírói szubjektum kizárható a döntéshozatalból. Ezzel szemben az 1920-as évektől a 1940-es évekig működő jogi realista mozgalom képviselőinek meggyőződése szerint a fenti illúziók ellenére rengeteg tényező befolyásolja a bírakat.

A pragmatikus jogszociológiából fejlődött ki részben maguk a bírák (Carl Llewellyn és Jerome Frank), részben az 'akadémiai' jogtudomány képviselőinek köszönhetően az a jogi realizmus, amely „hangsúlyozott szkepszissel közeledett a jog felé, és a pragmatikus szociológia kezdeti tételeit a szélsőséges megfogalmazásokig vitte.”³

Az amerikai jogi realisták azt állították, hogy a tényleges döntés másképp megy végbe, mint amivel a bírák lefedik meghozott döntéseiket. „A bírói döntésben a nem-tudatos meghatározók vizsgálatát emelték ki, mert igazán ez alapján döntenek megítélésük szerint a bírák, még ha aztán le is fedik ezt látszat magyarázatokkal.”⁴ A realisták igyekeztek a szociológia, a pszichológia és más rokon tudományok előtt szélesre tárni a bírói döntéshozatal folyamatát.

² Doros Judit: *Ügyvéd, lepukkant autóval*. <http://www.nol.hu/archivum/archiv-482757> - 2011. július 11.

³ Kulcsár Kálmán: *Jogszociológia*. Kulturtrade Kiadó, Budapest. 1997. 47-48. pp.

⁴ Pokol Béla: *Jogelmélet és joggyakorlat*. Rejtjel Kiadó, Budapest. 2000. 65. p.

„Azt vallják, hogy a jog valódi arcát nem a normákból, precedensekből ismerhetjük meg, valójában a jogalkalmazás az az alkotóelem, amely szignifikánsan meghatározza a jog lényegét.”⁵

Jerome Frank, – aki a realisták közül kiemelten foglalkozott a bírói döntés pszichológiájával - állítja: „*a bíró pusztán azáltal, hogy felölti talárját, még nem fog szert tenni [...] mesterséges gondolkodásmódra.*”⁶

Frank a pszichológiára hivatkozik: „a pszichológusok szerint az ítéletalkotás ritkán indul egy premisszával”⁷, melyet aztán egy konklúzió követne. Sokkal inkább egy konklúzióval kezdődik, melyhez próbálják az indokolt premisszát megtalálni. Tehát a döntéseiket a bírák egy kísérleti konklúzióból visszafejtve dolgozzák ki. Ezen kísérleti konklúzió az ítélkező ösztöneiből, megérzéséből táplálkozik. Frank úgy gondolja, hogy a bírók igazságérzetét kétségtelenül befolyásolják a hatályos jogszabályok és precedensek, valamint a bírák neveltetése, etnikai és gazdasági háttere.

A kérdés az, hogy miből táplálkoznak azok a megérzések, amelyekre a döntéshozók ítéleteiket építik. A jogi elvek és szabályok mellett mindenképpen hatnak politikai, gazdasági és morális előítéletek, ugyanakkor a véleményalakításban résztvevő tényezők sokféle és bonyolult kölcsönhatásban állnak, és a vizsgált személy tulajdonságaitól függenek. A kizárólagosan egyedi tényezők fontosabb okai az ítéleteknek, mint bármiféle gazdasági, politikai vagy morális elfogultság.

Először is, „a politikai vagy gazdasági előítéleteket nemegyszer elnyomja egy adott személy vagy csoport iránt érzett ellenszenv vagy vonzalom – a személyes élettapasztalattól függően.”⁸ Másodszor látnunk kell, hogy „az apró és személyes behatások az eljárás során végig jelen vannak, azaz a bírónak a tanúk, az ügyvéd vagy a felek iránti rokon, illetve ellenszenv a per során végig dolgozik.”⁹

A bíró személyisége hangsúlyos szerepet kap a megismerési folyamatban is. A tények megismerése a jogszabályra tekintettel megy végbe, így a megállapított tényállás bizonyos értelemben mesterséges, kognitív és normatív elemeket mindenképpen tartalmaz. Másrésztől

⁵ Szabadfalvi József: *Tradíció és kritika*. A kritikai jogi gondolkodás múltja és jelene. http://jog.unideb.hu/documents/tanszekek/jogbolcseleti/tansegdletek/kritikai_jogi_gondolkods.pdf 6.p. 2011. július 7.

⁶ Jerome Frank. *Bíraskodás az elme ítélőszéke előtt* (Válogatott írások). Szerk.: Badó Attila. Szent István Társulat, Budapest. 2006. p. 53. [a következőkben: Frank]

⁷ Frank i.m. p. 52.

⁸ Frank i.m. p. 56.

⁹ Frank i.m. p. 56.

maga a megismerés a logika kontrolljának van alávetve, szabályozott processzuális folyamatban alakul ki, az eredményt a bírónak bizonyítania és indokolnia kell.

A jogalkalmazás során a jogalkalmazói személyiség nem passzív. Először is hatnak rá olyan tényezők, amelyek a bíró egyéni szerepfelfogásában tűnnek ki. Ennek kialakulása egy hosszú és bonyolult szocializációs folyamat eredménye. Másodszor a bíró személyisége megmutatkozik az adott szituáció értékelésében. Ebben pedig jelentős szerepet játszik a bíró társadalmi viszonyokhoz való kötöttsége, politikai nézetei, ambíciói, törekvései és az eljárásban részt vevők érvelése.

Pound szerint „a realisták azért tartják lehetetlennek az elvek és a szabályok egyenlő alkalmazását az egyedi eset térben és időben egyaránt sajátos körülményeire, mert teljesen lehetetlen pszichológiailag, hogy az ember függetlenítse magát a tevékenységét befolyásoló, valójában pedig meghatározó szubjektív tényezőktől.”¹⁰

A döntésben rejlő megismerési folyamat, már mint megismerési folyamat önmagában is, de a bíráskodáshoz köthető sajátosságainál fogva különösképpen előtérbe helyezi a megismerő, azaz a bíró személyét. Ha pl. a döntés következményei 'előrelátásának' tudományos vagy technikai jellegű lehetőségei korlátozottak, akkor a bíró tapasztalatai, emberismerete, gyakorlata stb. nagyobb hangsúlyt kap. Nem kétséges, hogy minden megismerés, a tények észlelése és a tényekből levont következtetések szubjektív elemet visznek a megismerés folyamatába, a bírói megismerés ráadásul annyiban is sajátos, hogy eleve értékelő jellegű. Az értékelési elemekkel telített megismerés szubjektív vonását pedig aligha vitathatjuk, a bíró személyéhez tapadó tényezők, a bíró képzettsége, logikai képessége, általános emberi tapasztalata, politikai állásfoglalása, mélyen társadalmi viszonyaiban gyökerező értékei, stb. még inkább jelentősek.

2. A Pusoma-ügy

A büntetőeljárás¹¹:

Az elkövetési magatartás 1994. március 16-án az esti órákban történt és másnap reggel 7 és 8 óra közötti időben a szomszéd találta meg a sértettet az asztal alatt, véresen, a földön fekvő.

¹⁰ Pound, Roscoe: *Law in Books and Law in Action*. 44 American Law Review. 1930. h.n.

¹¹ Tájékoztató a Heves Megyei Bíróságon Pusoma Dénes büntető ügyében lefolytatott eljárásról és az azt követő kártalanítási perrel. 2007. május 22.

Március 17-én a rendőrségen a tanúk közül a sértett lánya és veje elmondták, hogy előző nap a délelőtti órától kb. délután 15-16 óráig a sértett házában, az udvaron és kertben ketten dolgoztak, akiket a sértett fogadott fel a munkára. Dél körül megjelent ott Pusoma Dénes, aki a gallyakat szedte össze, de ebédkor a sértett mondta neki, hogy ő nem kap ebédet, mert őt nem hívta dolgozni. Ezt követően Pusoma Dénes el is ment, majd a délután folyamán 14-15 óra közötti időben ismét megjelent, ekkor őt az egyik kerti munkás behívta, bementek a konyhába és két pohár bort adott neki.

Pusoma Dénes édesanyja legelső vallomásában előadta, hogy délután 15 órakor jött haza a fia, pénzt nem adott neki, azt mondta, hogy nem kapott semmit, és már aznap nem is ment sehová. Elmondta, hogy a fia amióta a katonaságtól leszerelt, kb. 2 éve nem dolgozik sehol, segínyt nem kap, ő tartja el a nyugdíjából, alkalmi munkákat végez. Később azt mondta, hogy a déli órákban jött haza először a fia, adott neki egy döglött tyúkot, hogy főzze meg, majd újra elment és csak este 9 óra körül jött haza.

A szomszéd, aki a sértettet megtalálta, elmondta, hogy a testvére, aki ugyan szellemi fogyatékos, azért azt el tudja mondani, hogy látta előző nap Pusoma Dénest a sértett házában leselkedni. A szellemi fogyatékos személyt is kihallgatták, aki elmondta, hogy világosan és világosan látta, amint Pusoma a meggyilkolt sértett házába bemeleg, majd onnan véres ruhában távozik. Az elmeorvos-szakértő – aki a tanút megvizsgálta – szakvéleményében állította, hogy nagy valószínűséggel igaz, amit a tanú mond.

A rendőrök gyanúját tovább táplálta, hogy némelyek tudtak arról az 'elszámolási vitáról' is, amely Pusoma Dénes és a sértett között feszült, s melynek nem is annyira a kerti munkákért járó készpénzes fizetség, hanem az ebéd és az ebéd után járó pohárka bor volt inkább a tárgya.

Az eljárásnak ebben a szakaszában Pusoma Dénest is tanúként hallgatták meg, tagadta, hogy bármi köze lenne a cselekményhez. Azt nem tagadta, hogy ott volt, de azt állította, hogy délután 15 óra tájékán elment, majd hazament és már nem ment el otthonról. Elmondta, hogy járt a sértett konyhájában, de a szobában nem.

A március 19-i tanúvallomása viszont teljesen összefüggéstelen. A rendőrségi jegyzőkönyv szerint a következő vallomást teszi: „Emlékszem, hogy álmodtam valamit, de most nem ugrik be, hogy mi volt az. Van, amikor látom az egész testét, van amikor csak félig. Úgy emlékszem, hogy álmomban a jobboldalán volt véresebb az arca, féloldalán feküdt.

Képzeletemben megjelenik az asztal négy lába Róza mama mellett. Nem tudom, hogy nekem két fejem van?”¹²

Március 20-án a nyomozóhatóság őrizetbe veszi Pusoma Dénest, gyanúsítottként ekkor hallgatják ki először. Ekkor azt mondja, rosszul esett neki, hogy ő nem kapott ebédet, de nem haragudott, nem bántotta a sértettet: „nem bántottam a nénit, nem tudom, miért mondja anyám, hogy nem voltam otthon. Ha hazamegyek, leszúrom, mert hazudott.”

Március 23-án van az előzetes letartóztatás tárgyában a meghallgatás, a meghallgatáson nem tesz vallomást, elrendelik az előzetes letartóztatását. Nem fellebbez ekkor sem, tudomásul veszi az előzetes letartóztatását elrendelő határozatot.

Több tanú elmondja, hogy aznap 17-18 óra közötti időben felfigyeltek két idegen férfira, akik a sértett háza közelében voltak. Ezen személyek kilétét nem sikerült megállapítani, mert senki sem ismeri őket. (Később kiderül, hogy ők voltak a tényleges elkövetők.)

Eközben folyik a nyomozás. Pusoma házában, amely egy tizenöt négyzetméteres faluvégi helyiség volt, a rendőrök tárgyakat foglaltak le, amelyek alapján sikeres szagazonosítást is végeztek: Pusoma Dénes tárgyainak szagát a kutya megismerte az áldozat lakásán is, a komód előtti térben. A szagazonosítást két kutyával is elvégzik, mind a két kutya rögzített szagot öt esetből ötször azonosnak jelzi Pusoma Dénes szagával, és a többi más személyektől vett szagminta azonosságát a rögzített szaggal kizárja. Pusoma Dénes viszont azt állítja, hogy nem volt a szobában, ahol a szagot rögzítették.

Pusoma Dénes zárkatársa előadja, hogy neki a vádlott részletesen elmesélte az eseményeket, és elismerte, hogy ő járt a sértettnél, de csak pénzt akart, nem akarta bántani. Elmondta, hogy Pusoma egy csomagot is adott neki, hogy ha előbb szabadul, adja oda egy ügyvédnek. Ő kíváncsiságból felbontotta a csomagot, és egy levelet talált benne, amelyben Pusoma Dénes beismeri a cselekményét. A bírósági eljárásban Pusoma Dénes egyáltalán nem tesz vallomást, semmilyen védekezést nem terjeszt elő. Írásszakértő állapítja meg, hogy a beismerő vallomást ő írta.

A bíróság ismételten megvizsgáltatta a vádlottat elmeorvos-szakértővel, ismét személyiségzavart állapítanak meg, skizofrén elemekkel. A szakértői vélemény szerint a vádlott tisztában van a helyzetével, egészséges védekezésre képes.

¹² Egri Városi Bíróság 18. P. 21.279/2001/5.

A bíróság Pusoma Dénest halált okozó testi sértés és rablás kísérletének büntetőjogi bűnösnek találta 1995. április 19-én és 6 év szabadságvesztésre ítélte.

A védő három napot tart fenn nyilatkozat tételére, de nem jelent be fellebbezést, így az ítélet jogerőre emelkedik.

A vádlott 1995. június 6-án beadványban fordult az eljáró bíróhoz, hogy perújrafelvételt kér, mert ártatlan. A bíró kioktatja, hogy milyen esetekben van helye perújításnak, és ha perújítást kíván kezdeményezni, forduljon az ügyészhez.

1996. május 22-én a Heves Megyei Főügyészség perújítási indítványt terjeszt elő Pusoma Dénes javára, mert egy másik büntető ügyben olyan információ került a birtokába, hogy a sértett elleni cselekményt két másik személy követte el.

A Heves Megyei Bíróság 1996. március 30-án kelt végzésében elrendeli Pusoma Dénes szabadlábra helyezését.

1996. december 9-én a bíróság a korábbi ítéletet hatályon kívül helyezi, és a vádlottat jogerősen felmenti a vád és következményei alól.

1994. március 20-tól 1995. április 19-ig volt előzetes letartóztatásban, 1996. május 30-ig pedig jogerős büntetését töltötte.

1997. január 9-én nyújtott be keresetet képviselőjében Dr. Magyar Elemér ügyvéd 2.260.000.-Ft. kártalanítás érdekében.

1997. június 3-án emelt vádat a Heves Megyei Főügyészség a később valódinak bizonyult elkövetők ellen, 1999. június 4-én született meg az ítélet, amely az elkövetőt 7 év börtönre ítélte.

1997. augusztus 6-án holtan találták Pusoma Dénest.

A polgári eljárás¹³:

Pusoma Dénes 1997. január 14-én indított pert a Magyar Állam ellen kártérítés megfizetése iránt. A per tárgyalására a bíró a határnapot az 1997. július 1. napján kelt végzésével 1997. október 29. napjára tűzte ki.

A kitűzött tárgyaláson jelentette be a jogi képviselő, hogy Pusoma Dénes 1997. augusztus 5.-én meghalt. Pusoma Dénes jogutódai az elhunyt testvéreinek gyermekei lettek, a perben a Magyar Államot az Igazságügyi Minisztérium képviselte.

¹³ Tájékoztatás a Heves Megyei Bíróságon Pusoma Dénes büntető ügyében lefolytatott eljárásról és az azt követő kártalanítási perrel. 2007. május 22.

A jogutódok 2.000.000.-Ft nem vagyoni, és 234.000.-Ft vagyoni kár megfizetésére irányuló keresetét az Egri Városi Bíróság elutasította. Az elsőfokú bíróság ítélete ellen a felperesek fellebbeztek és az eredeti kereseti kérelmüket módosítva kérték, hogy a bíróság kötelezze az alperest az 1994. március 23. napjától 1995. április 23. napjáig előzetes letartóztatásban eltöltött időre tekintettel elmaradt jövedelemként 117.000.-Ft, valamint nem vagyoni kárként további 1.000.000.-Ft megfizetésére.

A Heves Megyei Bíróság az elsőfokú bíróság ítéletét fellebbezett részében hatályon kívül helyezte és az elsőfokú bíróságot ebben a körben a per újabb tárgyalására utasította.

A megismételt eljárásban az Egri Városi Bíróság az eljárást felfüggesztette a Pusoma Dénes elleni büntető iratok Legfelsőbb Bíróságtól való visszaérkezéséig.

Az iratok visszaérkezése után az Egri Városi Bíróság 2001. november 21. napján kelt ítéletével a felperesek keresetét elutasította. Ítéletét a Be. 383.§. /3/ bek. b./ pontjára alapította, miszerint az előzetes letartóztatásban töltött időre a terhelt felmentése esetén sincs helye kártalanításnak, ha a terhelt neki felrőhatóan okot szolgáltatott arra, hogy a bűncselekmény gyanúja reá terelődjék.

Ekként értékelte többek között a kézzel írt 'beismerő tanúvallomás' című iratot, valamint azt, hogy tagadta, hogy a sértett szobájában járt volna, holott a szagminta ennek ellentmondott. Álláspontja szerint elvárható lett volna, hogy a valóságot feltáró tanúvallomást tesz és a hatóság előtt valótlan tény nem állít.

A Heves Megyei Bíróság 2002. február 21. napján ítéletével az elsőfokú bíróság ítéletét az indoklást még tovább kibővítve helybenhagyta.

A felperesek felülvizsgálati kérelmét a Legfelsőbb Bíróság 2003. november 6-án kelt végzésével elutasította.

A Heves Megyei Bíróság tájékoztatót tartott a Pusoma-ügyről 2007. május 22.-én, több mint tizenkét évvel az elsőfokú bírósági ítélet után. A Bíróság elnöke, Hunyadi-Buzás Ágnes levonta saját következtetéseit az ügyben:

„Az eset szakmai elemzése a Büntető Kollégiumban megtörtént: további eljárásra nem volt szükség, mert az eljáró bíró semmilyen szakmai szabályt nem szegett meg, azt, hogy három rendelkezésére álló bizonyítékot értékelt, nem lehet a terhére róni.

Az öngyilkosságot követő államigazgatási eljárásban *nincs adat arra, hogy Pusoma Dénes halála a bírósági eljárás következménye lett volna*. Sorsa szívszorító, megrázó, egy

többszörösen hátrányos helyzetű ember tragikus története, azonban *a bírósági szervezet működésére vonatkozó általánosító következtetések levonására nem alkalmas.*”

3. Az eljárás értékelése

A téves bírói ítéletek döntő többsége meghatározott okokra vezethető vissza. Ezek a következők:

- (i) társadalmi nyomás a bűnös megtalálására,
- (ii) szavahihetetlen tanúk,
- (iii) ellentmondásos szakértői vélemények,
- (iv) spiclik a bünvádi eljárásban,
- (v) jogszerűtlenül szerzett bizonyítékok,
- (vi) meggyőző bizonyítékok hiánya,
- (vii) hatékony védelem hiánya.

Pusoma Dénes ügyére és a hozott ítéletre az előbbi hét elemből legalább négy biztosan hatással volt.

A Heves megyei bíróság sajtótájékoztatója egyetlen egy esetben tölthette volna be funkcióját: amennyiben nem önmaguk mentetegetése, öngazolása történik, hanem a Kollégium képesnek mutatkozik arra, hogy – sorra véve és elemezve azokat az elképesztő történéseket, amelyek mind a nyomozást, mind a bírósági eljárást végigkísérték – levonják a nyilvánosság előtt a megfelelő következtetéseket.

Vajon hogy nem tűnt fel sem a tájékoztatót tartó, sem a Pusoma-ügyben eljáró bíróságnak, hogy a „rendőrség már az eljárás kezdetétől fogva garanciális szabályok egész sorát szegte meg?”¹⁴

Mielőtt Pusoma Dénest a nyomozás során először ’közönséges’ tanúként kihallgatták volna, egy-két órával korábban már az analfabéta édesanyját nyilatkoztatták ’ismeretlen tettes elleni bűnügyben’, ám a gyanúsítotthoz való viszonya rovatba megjegyzésként azt gépelték bele, hogy az édesanyja. Vagyis Pusoma Dénes már tanúkénti kihallgatása előtt gyanúsított volt. Édesanyját a nyomozás során többször kihallgatták, ám egyetlen alkalommal sem

¹⁴ Dr. Magyar Elemér, Ragályi Elemér: *A bíróság felmentette önmagát*. Élet és Irodalom: LI. évfolyam 23. szám, 2007.

közölték vele, hogy mint hozzátartozó egyáltalán nem köteles vallomást tenni a fia állítólagos bűncselekményére vonatkozóan.

Pusomának a nyomozás során tett, az álmáról szóló vallomásáról nem tudhatták a nyomozók, hogy azért ismeri-e a bűncselekmény részleteit, mert ő az elkövető, vagy azért, mert a faluban hallotta azt. Naponta többször hallgatták ki, nem tudni miért, de több esetben jegyzőkönyv sem készült.

Pusomát – annak ellenére, hogy már az ügy első számú gyanúsítottja volt – többször is tanúként hallgatták meg, mégsem közölték vele egyetlen alkalommal sem, hogy joga van a válaszadás megtagadására, valamint ügyvédi képviselőhöz is. Egyetlen jegyzőkönyvben sem található adat arra nézve, hogy a gyanúsítottat kioktatták volna jogaira, sőt az erre vonatkozó formanyomtatványokat a nyomozók nem töltötték ki. A bíróságnak az sem szűrt szemet, hogy a bírósági eljárását megelőzően egyetlen egyszer sem találkozott kirendelt védőjével.

A vádlott bűnösségét három bizonyítékot mérlegelve állapította meg a bíróság:

- (i) a vádlott kétes körülmények között tett, saját kezű beismerő vallomása,
- (ii) egy szellemi fogyatékos tanú vallomása,
- (iii) a szagazonosítás eredménye.

(i) Mind a mai napig tisztázatlanok a 'beismerő' vallomás keletkezési körülményei, kezdve a *vamzer* cellatárs, annak ügyvédje, a nyomozó hatóság valamint egyes ügyészek 'együttműködésével'. Presztízskérdésként kezelték a rendőrök az ügyet – állítja a cellatárs – és ígéretekkel, fenyegetésekkel, fizikai erőszakkal kényszerítették arra, hogy Pusomából beismerő vallomást csikarjon ki. „A cellatárs elmondta, hogy május 24-ével kezdődő közös idejünkben több ízben keresték fel rendőrtisztek: "Engem május végén keresett meg két tiszt, hogy ennek a fiúnak milyen csínyje van. Ha segítek, akkor jobb ellátást kapok, de rosszabb is lehet, mert bűnpártolással vádolhatnak, ami öt év. Hetente látogattak, választási lehetőségem nem volt. Próbálták meggyőzni: folyamatosan zaklattak a BV-intézetben." A cellatárs ekkor még csak annyit tudott Pusomától, hogy a nyakába akarnak varrni valamit.”¹⁵ A bírósági vallomásában hozzáteszi, hogy bár szólt a nyomozó ügyésznek, de az ügyvédje szerint felesleges próbálkozni.

Mindezek ellenére a bíróság a következőket fogadta el: Pusoma önként adja át az iratot a cellatársának, azzal a feltétellel, hogy amennyiben előbb szabadul, juttassa el az ügyvédjének. A zárkatárs viszont felbontja és négy hónapon át egyezkedik a hatóságokkal az

¹⁵ Izing Antal: *Pusoma kontra magyar állam. Ön elé tárom a papírlapot*. Hetek. 2001. április. 21. (V/16)

átadás feltételeiről. Pedig csupán egyetlen dologról szólt az egész: „szüntessék meg az előzetesét, és akkor ő átadja Pusoma biztos helyen lévő beismerőjét, és ha kell, terhelőt vall róla.”¹⁶

(ii) Kérdés ugyanacsak, hogy a bíróság az elmebeteg szemtanú szavahihetőségét vizsgáló ellentétes szakértői véleményeket miért nem járta alaposabban körül. Nem tudni miért fogadta el indokolás nélkül éppen azt a szakértői állásfoglalást, miszerint a tanú észlelőképességének hihet a döntéshozó, ugyanis „*a tanú megértő képessége 'feltűnően jó', ugyanis a tanú a vizsgálat lefolytatásakor mikor a szemének becsukására kérték, akkor azt 'megtette'.*”¹⁷

(iii) Nem ismeretes ugyanakkor az sem, hogy a bíróságnak miért nem tűnt fel, hogy a helyszínen készült fényképek egyike sem tartalmazta a kutyás szagazonosítás mintájának rögzítési helyét, valamint, hogy a helyszíni szemle során rögzített nyomokat tartalmazó jegyzőkönyv egyszerűen említést sem tesz a szagrögzítés megtörténtéről.

A bíróság egyáltalán nem fordított figyelmet az esetleges más elkövetőre, elkövetőkre utaló adatokra.

Logikailag fontos elem, hogy „a gyilkosság napján sokan látták a délutáni siroki busszal Ivád községbe érkezni azt a fajta férfit, akinek a puszta érkezése nyugtalanságot okoz kisebb falvakban. Többen látták aznap, hárman is vallották ezt tanúként, közülük egy ember azt is mondta, hogy akár felismerné, ha elébe vinnék. D. Alex érkezésének ténye mégsem hozhatta lázba a rendőrséget annyira, hogy esetleg keressék, és ha megtalálták, olyan intenzitással kérjenek tőle információt ivádi ténykedéséről, mint Pusoma Dénestől. Ezt a szálát egészen egyszerűen nem vették fel.”¹⁸ Annak ellenére nem, hogy a helyszínen ismeretlen személytől származó lábnyomot találtak, sőt néhány falubeli a sértett halálát megelőzően gyanús ismeretleneket látott a sértett házában közelében, s mint utóbb kiderült ők voltak a tényleges elkövetők.

A tárgyaláson, amikor azt kérdezték Pusomától, hogy fellebbez-e, „hebegett-habogott, a maga módján okoskodott, s végül mondandóját úgy értékelték, hogy az nem fellebbezés.”¹⁹ A kirendelt ügyvédnek eszébe sem jutott felvilágosítani védencét arról, hogy joga van a fellebbezéshez. Arról nem is szólva, hogy az ügyvéd sem adott be ilyen tárgyú kérelmet.

¹⁶ Uo.

¹⁷ Dr. Magyar Elemér, Ragályi Elemér: *A bíróság felmentette önmagát.* ÉS.

¹⁸ Izing Antal: *Pusoma kontra magyar állam. Ön elé tárom a papírlapot.* Hetek.

¹⁹ Uo.

Pusoma felmentése utáni kártalanítási kérelme minden polgári bírói szinten elutasításra talált. Ezek a fórumok egyöntetűen rendben találtak mindent, nem másra hivatkozva, mint hogy valamennyi itthoni fórum hasonlóképpen látta. Az összezárás annyira jól sikerült, hogy a valódi tettest elítélő bíróság indokolásában nem mulasztotta el felhívni a figyelmet: Pusoma Dénest nem illeti kártalanítás. Az már más kérdés, hogy mi keresnivalója van ennek éppen ebben az indokolásban.

Alaptalannak találták kártalanítási kérelmét, mert felróhatóan okot szolgáltatott arra, hogy a bűncselekmény gyanúja rá terelődjék. Tette mindezt mint 'tanú', többek között azzal, hogy a nyomozóknak zavaros álmairól beszámolt. A hatóság félrevezetéséről pedig csak annyit, hogy a 'beismerő' levelet nem a hatóságnak, hanem saját ügyvédjének címezte.

Számos esetben jellemző a magyar jogszolgáltatásra, hogy a bíróság előtt nagyobb súllyal esnek latba a rendőri bizonyítékok, mint a tárgyaláson elhangzottak, és amennyiben a terhelt vagy a tanú vallomása ezektől eltér, akkor nem egyszer a rendőrségi bizonyítékoknak hisznek. Ugyancsak megfigyelhető, hogy az eljáró hatóságok rendszeresen megelégednek a formális ügyvédi szereppel, sőt védőkirendelési gyakorlatukat is ehhez igazítják. Pénz hiányában az ember pedig csak közülük válogathat.

Világosan látható, hogy a Pusoma Dénes bűnösségét megállapító bírósági ítélet hemzseg a hibáktól. A bíróság sajtótájékoztatóján Ragályi Elemér idézte a téves ítéletek okait elemző tanulmányt: arra a felvetésére, hogy a fenti okok közül melyik játszhatott közre a téves ítéletben, a bíróság jelen lévő vezetői állították, hogy egyik sem.

A hatóságok utólagos állásfoglalása:

I. 2007. május 3.-án Lomnici Zoltán, a Legfelsőbb Bíróság akkori elnöke a Magyar Televízió *Este* című műsorának vendége volt, ahol többek között a Pusoma-ügyről kérdezték.

Már a beszélgetés elején megállapította, hogy nincsen nyilvános adat arra nézve, hogy hány ügyben tévedett a magyar bíróság a rendszerváltás óta, így teljesen felesleges őt erről kérdezni.

A kérdésre, hogy látta a Pusoma Dénesről készült filmet a válasz az volt, hogy még nem volt alkalma megnézni, de a történetet ismeri. Újabb kérdés: „Lett-e bármiféle következménye ennek a téves bírói ítéletnek?” „Ennek a konkrét ítéletnek az utóéletéről nem tudok, nem vizsgáltuk ezt a kérdést, de általánosságban elmondhatom, hogy a bírói tévedések esetén lehet következmény” – magyarázza.

A további, az ügyet firtató kérdésekre statisztikai adatok érkeznek: „Évente több mint négyszázezer ítéletet hoznak a bíróságok, kilencszázezer nem peres ügyben határoznak, és a peres ügyek 86 százaléka egy éven belül jogerőre emelkedik, zömmel azért, mert nem fellebbezik meg, a megfellebbezett ügyek kb. ötven százalékánál megváltoztató vagy hatályon kívül helyező döntés születik.”

"Elnök úr, miért nem volt vizsgálat a Pusoma-ügyben?" - kérdezi a riporter.

"Ezt nem tudom pontosan megmondani, több mint tíz évvel ezelőtti esetről van szó, nem én voltam akkor még a Legfelsőbb Bíróság elnöke, tehát ezzel a kérdéssel közvetlenül nem is foglalkozhattam."

"Az az ember, vagy az a bíró, aki ítéletet hozott a Pusoma-ügyben, ítélkezik-e még? Hozott-e ítéletet többször is?" – érkezik a kérdés.

"Jeleztem, hogy több mint tíz évvel ezelőtti ügyről volt szó, ezt nem tudtam megvizsgálni. Ha előzetesen felkérnek, akkor természetesen utána nézek, ezt nem tudom megmondani."

A műsorvezető D. Bányász Gergő ezután megkérdezi: „Miként lehetséges, hogy általában a romákat marasztaló ügyekről derül ki, hogy a bírák téves ítéletet hoznak: Pusoma, Burka és Gán fivérek, tehát véletlen, hogy valamennyi roma származású? Van-e rasszizmus a bírói karban?"

A Legfelsőbb Bíróság elnöke biztos benne, hogy nincs, sem az ügyészek, sem a rendőrök között, Magyarországon szerinte a szélsőséges nézetekre nincs fogékonyság, csupán elszigetelt jelenségekről lehet szó. „A Mazsihisszel tartottunk – mondja – egy közös megbeszélést, és elmondták, hogy nincs semmiféle adatuk arra, hogy a rasszizmus jelen lenne a bírói karban, ilyen jellegű panasz nem volt. A roma szervezetekkel is volt hasonló megbeszélés három esztendővel ezelőtt, és nem voltak ilyen panaszok.”

(„Horváth Aladár, a Roma Polgárjogi Szervezet vezetője szerint semmilyen érdeminek nevezhető megbeszélést nem tartottak három éven belül. Egy alkalommal számos más civil szervezettel együtt protokolláris rendezvényen találkoztak az elnökkel.”²⁰)

II. Az esettel kapcsolatban a megyei főügyészség ügyésze, dr. Konkoly-Thege László is megszólalt²¹, aki a Pusoma-ügy perújítási eljárásában vett részt a vádhatóság képviselőjeként.

²⁰ Kovács Zoltán: *Nem látta*. Élet és irodalom. LI. Évfolyam 19. szám. 2007.

²¹ Heves online: *Pusoma-ügy: a gyanú, a vád és az ítélet is téves volt*. 2008 –

www.heol.hu/heves/kek-hirek-bulvar/pusoma-ugy-a-gyanu-a-vad-es-az-itelet-is-tevedes-volt-141979 -
2011. július 11.

„Pusoma Dénest elítélték – magyarázza –, mert bántalmazta özv. P. J.-nét. Utóbb kiderült, hogy nem ő tette. Erre nem lehet azt mondani, hogy nem tévedtek az igazságszolgáltatás szervei. A gyanú, a vád, az ítélet mind tévedés volt. Ám azt feltételezni, hogy a hatóságok szándékosan Dénest akarták elmarasztalni, egyszerűen nem igaz!”

„Az ügyész mondja meg, milyen bizonyítékokat kell beszerezni, hogy a tényállás felderített legyen, s vádat lehessen emelni. Gondoskodik arról, hogy a bizonyítékokat teljes mértékben begyűjtsék. Felügyelnie kell a nyomozást. A bizonyítékokat értékelnie kell. Meghatározza, ha szembesíteni, vagy kihallgatni kell még embereket. Mindezek alapján mondhatja meg, mi történt a múltban. A történetek felderítése alapvetően rendőrségi feladat, de hasznos, ha ezt az ügyésszel kölcsönösen teszik. Mindezek után lehet kimondani, hogy ami történt, az bűncselekmény volt vagy sem, ha igen, akkor milyen büntényről van szó és a bűntény elkövetésének megalapozott gyanúja kivel szemben áll fenn.

Ha a fentiek olajozottan, folyamatukban jól működnek, akkor nem kerülhet sor olyan tévedésre, mint a Pusoma-ügyben. Szerintem az ivádi eset kapcsán betartották a hatóságok az előírásokat. S lám, mégis tévedés történt. A Pusoma-ügy a magyar igazságszolgáltatásban kivételes példa. Itt három fő bizonyíték szerepelt. Dénes szagmintája a szobaszekrényben, a szomszéd szemtanú elmondása és a Pusoma beismerő vallomását tartalmazó levél. Ezek alapot adtak arra az okszerű következtetésre, hogy Dénes jogtalanul ment be az idős nő lakásába, s őt bántalmazta. Nem volt más olyan bizonyíték, ami igazán mérlegelésre adhatott volna okot. Kivéve Dénesnek a tagadó vallomásai. Személyre szólóan az adatok mind Dénesre mutattak. Még az is szerepet játszott, amikor azt nyilatkozta, hogy nem alszik jól, mert álmában a nénit látja véresen a bútorok között.”

Kitér arra is, hogy azt tapasztalja, hogy sajnos a tárgyalásokon a bíróságok sokszor túlzottan támaszkodnak a vádban foglaltakra. Holott a nyilvánosság és a közvetlenség büntetőeljárásai alapelve segíthetné a tisztázást. Véleménye szerint még akkor sem támaszkodhat csak a vádiratra a bíróság, amikor a vádlott teljes beismerésben van. Hát még, amikor tagad! Ám szerinte „a Pusoma-ügyben a bíróság legfeljebb azért hibáztatható, mert sokkal erősebben kellett volna kételkednie. Lehetett volna jobb a rendőrségi nyomozás is, s az ügyész és a rendőrség együttműködése is lehetett volna hatékonyabb, de a védelemnek is ki kellett volna használnia minden rendelkezésére álló eszközt.”

4. Cigányok az igazságszolgáltatásban

Pusoma Dénes eljárásával kapcsolatban jogosan merül fel a következő kérdés: elképzelhető, hogy Magyarországon a cigány vádlottakat, pusztán etnikai hovatartozásuk miatt hátrányos megkülönböztetés érhet?

Loss Sándor és H. Szilágyi István kutatásukban²² arra keresték a választ, hogy a cigányság vajon rendelkezik-e olyan sajátos, eltérő kulturális mintákkal, amelyek hatással vannak a jogszolgáltatáshoz, valamint a joghoz való viszonyára.

Kutatásukban a bírósági tárgyaláson, a felek között zajló interakció egészét tanulmányozták, amelyben szükségszerűen megjelennek a nem roma résztvevők értékítéletei, előítéletei és attitűdjei, másrészt a romáknak a többségi társadalom által működtetett igazságszolgáltatással kapcsolatos sajátos kulturális mintái is. Arra próbáltak választ találni, hogy vajon létezik-e 'cigány per', amely eltérő jegyeket mutat az olyan perekhez képest, amelyekben az ügyben szereplő felek (leginkább a vádlottak) nem romák.

A tárgyalások során szerzett tapasztalatok azt mutatták, hogy a cigányoknak „a bírósággal való kommunikációját gyakran zavarja, hogy nem mindig értik a jogi szakkifejezéseket (pl. bűnsegéd) vagy egyes idegen szavakat (pl. inzultálás), néha pedig egészen hétköznapi kifejezéseket is 'fordítania' kell a bírónak (pl. családi állapot – ezt a romák gyakran a gyermekek számára vonatkozó kérdésként értelmezik). A meg nem értett kérdéseket többször ismételni kell számukra, válaszaik sokszor ellentmondásosak, érthetetlenek, gyakran olyan távoli, múltbeli eseményekre hivatkoznak, amelyek az eljárás tárgyához nem kapcsolódnak.”²³ Gyakran okoznak bizonyításbeli nehézségeket a zavaros, értelmetlen válaszok, vagy éppen a vádlott vallomásának hiánya.

E jelenségek nyilvánvalóan összefüggésben vannak a romák aluliskolázottságával, és esetenként az általuk beszélt helyi nyelvjárással.

Egy másik tárgyaláson megfigyeltek szerint a bíró következetesen olyan idegen szavakat használt, amelyeket a vádlott nyilvánvalóan nem értett: „Érte-e önt valamilyen atrocitás? Inzultálták-e önt?” Majd csak a kínos csend után kérdezte meg, hogy „Megverték-e?”

A bírák nyíltabban hangot adtak a romákkal szembeni esetleges ellenérzéseiknek a tárgyalás előtt vagy után az ülnökökkel, illetve az ügyésszel folytatott beszélgetéseik során.

²² Loss Sándor – H. Szilágyi István: *A cigány per*. Beszélő 2001/4

²³ Egyed Mária: *Cigányok az igazságszolgáltatásban*. Esély. 1996/5. 78-88. pp.

Például az egyik tárgyalás előtt – miközben az egyik vádlott elővezetésére váraoztak – a bíró azzal a fordulattal kezdte az ügy ismertetését az ülnököknek, hogy „Fognak majd itt nekem összevissza hazudozni ezek a cigányok!”

A vizsgált ügyekben a (kirendelt) ügyvédek közös jellemzője – korra és nemre tekintet nélkül – „a már-már felháborító érdektelenség és felkészületlenség. Gyakran láthatóan idegesíti az ügyvédeket, hogy végig kell ülniük a tárgyalást: közben ki-be járkálnak, vagy ügyvédjelölteket ültetnek be maguk helyett, akik koruknál és szakmai tapasztalataik hiányánál fogva képtelenek szakszerűen ellátni a védelem feladatát (vagy bármiféle emberi kontaktust létesíteni védencükkel).”

Úgy tűnik, hogy a tárgyalásokon az ügyvédek legfontosabb célja az ügyekre fordított energia minimalizálása volt, ezért „gyakran az olyan elemi lépéseket sem tették meg védencük érdekében, amelyek elmulasztása egy harmadéves joghallgató számára is feltűnt.” „Ilyen körülmények között érthető, hogy a romák gyakran jobban bíznak a bírák jóindulatában, mint saját védőikben, akik néha azt sem tudják, hogy éppen milyen ügyre ültek be. Ez a megfigyelés egybevág a felmérés eredményével, miszerint a fogva tartott romák 42,6 százaléka volt elégedetlen ügyvédjével.”

A megfigyelt tárgyalások legkarakteresebb közös vonása a 'gyorsaság'. Ha egyszer megjelennek a tárgyalás megtartásához szükséges személyek, akkor utána már „megy minden, mint a karikacsapás.”

Ebben nagy szerepe van persze az ülnökök, a vád és a védelem passzivitásának, „de a bírák is mindent megtesznek ennek érdekében: a tényállással kapcsolatos minden ellentmondást, bizonytalanságot igyekeznek a bizonyítékok szabad mérlegelésének címén 'saját hatáskörben' rendezni.” Nem számít, ha a terhelt megváltoztatja a nyomozati vallomását, ha nem ismeri el minden vádpontban bűnösségét, vagy ha nyolc sértett közül csak egy ismeri fel a vádlottat.

„A rítus egy olyan formalizált cselekvési sor, amelynek nincs önmagában vett értelme vagy jelentése, legalábbis a rítuson kívül álló számára is magától értetődően racionalizálható, megfejthető értelme vagy jelentése. A rítus szereplői viszont már a rituális cselekvéssor megkezdése előtt tisztában vannak annak menetével és végkifejletével.” Ez közelebbről a 'cigány per' vonatkozásában azt jelenti, hogy az akkuzatórius per eljárási formái között valójában nem folyik érdemi jogvita.

A per a résztvevőknek nem szolgál meglepetésekkel, valójában még valódi alternatívákat sem kínál fel. „A romák számára – legyenek bármennyire iskolázatlanok is – teljesen világos, hogy ők már akkor elveszítették a pert, amikor cigánynak születtek.”

„A bíró szempontjából sincs sok értelme és tétje a tárgyalásnak, hiszen sokszor a vádirat alapján, tárgyalás nélkül is kiszabhatná az ítéletet – a (kirendelt) védelem úgyszemint fellebbezne –, amelyről előre tudja, hogy semmilyen büntetési célt nem érhet el vele, mert a vádlott iskolázottsága és vagyoni helyzete eleve kilátástalanná teszi, hogy valaha is kikeveredjen a megélhetési bűnözés életformájából vagy valamelyik bűnöző szubkultúrából.”

A szerzők szerint, „ha meg kívánjuk szüntetni a ’cigány pert’, s ha nem akarjuk, hogy a továbbiakban a bíróságok akaratlanul is a kirekesztés és az előítéletek megerősítésének intézményes eszközeiként működjenek, akkor arra kell törekedni, hogy rítusokból valódi jogvitákká alakítsuk át az efféle ügyeket. Ennek legáltalánosabb feltételeit nyilván elsődlegesen a társadalmi érintkezések és a politika világában kell megteremtünk, ez azonban nem jelenti, hogy a jog világában maguk a jogászok ne tehetnének sok mindent a joghoz való hozzáférés elősegítése érdekében. Ezt szolgálhatná a civil kezdeményezésen alapuló ingyenes jogsegélyszolgálatok megteremtése, a kirendelés helyett a közvédő intézményének bevezetése, vagy a teljesen formális, üres ülnökrendszer reformja.”

5. A bírói felelősség, a bírói hiba

A Heves Megyei Bíróság sajtótájékoztatóján érintette a bírói hibás döntéssel járó felelősség kérdését. Ezzel kapcsolatban elhangzott:

A hatályos Alkotmány kimondja: az igazságszolgáltatás a bíróságok feladata.

A bíró mérlegeli a bizonyítékokat, értékeli a rendelkezésre álló adatokat és tényeket. A tévedés lehetőségét tisztességes eljárás esetén sem tudja kizárni a rendszer, de a bíróság törekszik azt a lehető legkisebb mértékűre csökkenteni. Ezt szolgálják a különböző eljárási garanciák és a büntetőeljárás alapelvek, köztük a társas bíráskodás elve, valamint az immár háromfokú büntető eljárás is.

A bűnösség kérdésében történő eltérő állásfoglalás nem hiba. Hibáról akkor van szó, ha a következtetés nem okszerű, vagy ha a bíró megsérti a törvényt.

„A bíró függetlenségének egyik garanciája, hogy igazgatási vezetője nem vonhatja felelősségre döntései tartalmáért.

Ez nem a bíró egyéni érdekeit szolgáló privilégium, a függetlenségre nem a bírónak van szüksége, hanem az állampolgároknak.

A törvények a számonkérhetőséget, az ellenőrzés lehetőségét, a felelősség vállalását szigorúan körülhatárolt szabályok mellett biztosítják:

- (i) A bíró munkáját tevékenysége megkezdését követő 3 év elteltével, majd 6 évenként két alkalommal értékeli és minősíti.
- (ii) Lehetőség van a bíró szakmai alkalmasságának megvizsgálására és alkalmatlanság esetén elmozdítására.
- (iii) A bírónak van fegyelmi felelőssége.
- (iv) A bírónak van kártérítési felelőssége.
- (v) A bíró magatartása, a bíróság tevékenysége, illetve mulasztása esetén panasszal lehet élni.
- (vi) A bírói etikai kódexben foglaltak megsértése etikai vétségnek minősül.”²⁴

„A Pusoma-ügyben első fokon eljáró bíró még ítélkezik, nem követett el olyan hibát, amely az elmozdítását indokolhatná, hiszen bírói jogkörében eljárva a rendelkezésére álló bizonyítékokat mérlegelte, nem sértette meg a tisztességes eljárás szabályait. A fellebbezés lehetőségéről – a jegyzőkönyv tanúsága szerint is – a vádlott számára részletes tájékoztatást adott, amellyel sem ő, sem a védője nem élt. A bíró munkája értékelése során fel sem merült alkalmatlansága, fegyelmi vagy etikai vétsége.”²⁵ – jelentette ki a bíróság elnöke.

6. Konklúzió

A jogi realisták munkáikban megfogalmazzák, hogy egy bíró politikai vagy gazdasági előítéleteit nemegyszer elnyomja egy adott személy vagy csoport iránt érzett ellenszenvé vagy vonzalma, a személyes élettapasztalattól függően. A bíró személyisége megmutatkozik az adott társadalmi-történeti szituáció értékelésének tudatosságában, amelyben jelentős szerepet játszik többek között a bíró társadalmi viszonyokhoz való kötöttsége és az eljárásban részt vevők argumentálása. Ha a döntés következményei előrelátásának tudományos vagy technikai jellegű lehetőségei – például a bizonyítás – korlátozottak, akkor a bíró tapasztalatai, emberismerete, gyakorlata nagyobb hangsúlyt kap.

²⁴ Tájékoztató a Heves Megyei Bíróságon Pusoma Dénes büntető ügyében lefolytatott eljárásról és az azt követő kártalanítási perről. 2007. május 22.

²⁵ Uo.

A jogállami intézmények diszkriminatív működése a szervezetrendszer válságának határozott jele. Az igazságszolgáltatás metszete a társadalomnak, és láthatjuk, hogy az etnikai diszkriminációtól az igazságszolgáltatás sem mentes.

Magyar Elemér következőképpen fogalmaz egy interjúban: „Azt hittem, legalább a rendszerváltás komoly változást hoz, de tévedtem. Talán annyi változás van, hogy létrejött a kisebbségvédelem, ami elképzelhetetlen lett volna a szocializmusban, hiszen az emberi jogok akkor még tabutémának számítottak. Beszélni ma már lehet, viszont abban nincs változás, hogy ugyanúgy megsértik az emberi jogokat, mint akkor. Évtizedekkel ezelőtt is nagyon nehéz helyzetben volt a magyarországi cigányság, igen rossz körülmények között éltek. Akkor figyeltem föl arra, hogy bűnbakként használják őket, mintha az egész bűnözést a cigányság hajtaná végre: sok a cigány, ezért sok a bűnöző. Miközben én meg azt látom, hogy ők az áldozatai a rendszernek, ennek az egész darálónak, amit úgy hívnak, hogy igazságszolgáltatás.”²⁶

A néhány ismert, súlyos következményekkel járó igazságszolgáltatási tévedés tapasztalataiból tudható, hogy a cigány terheltek esetében a vádemeléshez és a bűnösség megállapításához gyengébb bizonyítékok is elégségesek. Kutatások támasztják alá azt is, hogy a cigányok bíróság előtti kezelése telítve van a hátrányos társadalmi helyzetet súlyosbító körülménnyel, megalázó helyzettel és kommunikációval.

Sok vidéki bírósági épületben senkit nem engednek be biztonsági okokra hivatkozva, sőt, fel is tüntetik, hogy csak idézésre tartózkodhatnak a bírósági épületben. Ez is a cigányokat sújtja, hiszen a cigányok azok, akik nagyon gyakran családostul mennek. Őket fosztják meg attól, hogy szem- és fültanúi legyenek a tárgyalásnak. „Sok-sok apró cserép az, ami azt mondatja velem, hogy megtalálhatóak a rasszista vonások a bírósági ítéletekben”²⁷ – állítja Magyar Elemér.

Pusoma Dénes mindig is rendszeren kívülinek számított falujában, Ivádon. A jóformán írástudatlan, alkalmi munkákból tengődő, napról-napra élő cigány férfi formálatlan gondolatai, különcsége, dühkitörései mind a nyomozó hatóság, mind a bíróság gyanúját erősítették az eljárás során. Letartóztatása után a falu megkönnyebbült, az egyik helyi lakos nem mulasztotta el tanúvallomását (ami a gyilkossághoz, vagy az ügyhöz kapcsolódó

²⁶ *Cigányok ügyvédje* - interjú Magyar Elemérről, Pusoma Dénes polgári peres ügyvédjével. Hetek. 2006. febr. 3.

²⁷ Uo.

semmilyen tény nem tartalmazott) kijelenteni, hogy a falu nagyon fél a vádlottól, ezért egyáltalán nem bánnák, ha hosszabb ideig nem eresztenék ki a börtönből.

A mindenáron gyors eredményt produkálni törekvő nyomozók, akik már az elején 'tudták', hogy a magányosan élő falubeli öreget Pusoma Dénes gyilkolta meg, mindvégig úgy is 'nyomoztak', hogy ez az előítéletük igazolódjon. Ezt követte egy több ponton már-már bohócszerű bírói eljárás, amelyet Pusoma Dénes maga nem is nagyon értett. Jogi segítség híján csak súlyos szabadságvesztés lehetett az ítélete.

Hosszú távon – mondják a cinikusok – nem számít, ha a bíróságok tévesen állapítják meg a tényállást, és ennek következményeként téves döntéseket hoznak, amíg a közvélemény erről nem értesül. Itt van az ártatlanul elítéltek problémája. A büntetés egyik fontos célja, hogy elrettentsen másokat a bűnözővé válástól. Az ártatlanok elítélése és megbüntetése pontosan olyan hatékonyan szolgálja az elrettentést, mintha a bűnelkövetővel tették volna, feltéve, hogy a hibákat ritkán fedezik fel és hozzák nyilvánosságra. Kellemetlen az elítéltnak, de társadalmilag jótékony hatású.

Szabadulása után alkalmi munkát nem kapott többé senkitől. Anyja a fia ellen folyó eljárás idején meghalt. „A felkavart életű ember a legsötétebb nyomorba, az üres házba került vissza a börtönből. Nem tudta folytatni még ott sem, ahol abbahagyatták vele. A lehető legmélyebbre csúszott a helyi társadalomban.”²⁸

„Ismét és ezredszer kiviláglik, hogy továbbra sincs felelős, mindenki ártatlan, csak Pusoma Dénes bűnös akkor is, ha nem követett el semmit.”²⁹

„És óhatatlanul eszünkbe jut, hány embert darálhattak még be ennél kisebb súlyú, így még egyszerűbben lezavarható esetekben. Nem lehet ugyan bizonyítani, hogy Pusoma Dénest cigánysága miatt érte hátrány, valószínű, hogy más szegény, tanulatlan, kiszolgáltatott emberrel is megeshetett volna ugyanez. De ha a hátrányos helyzethez még előítéletek is járulnak, végképp nincs menekvés.”³⁰

²⁸ Tamás Tibor: *Pusoma végzete: belehalt a szabadulásba*. www.nol.hu/archivum/archiv-480188 2011. július 11.

²⁹ Tóth Ágnes Veronika: *Aki szegény, az a legszegényebb*. www.revizoronline.com/article.php?id=128 2011. július 11.

³⁰ *Cigányok ügyvédje* - interjú Magyar Elemérrel, Pusoma Dénes polgári peres ügyvédjével. *Hetek* 2006. február 3.

Felhasznált irodalom

- Cigányok ügyvédje - interjú Magyar Elemérrel, Pusoma Dénes polgári peres ügyvédjével.*
Hetek. 2006. február 3.
- Egyed Mária:* Cigányok az igazságszolgáltatásban. Esély, 1996/5.
- Heves online: Pusoma-ügy: a gyanú, a vád és az ítélet is téves volt.* 2008 –
www.heol.hu/heves/kek-hirek-bulvar/pusoma-ugy-a-gyanu-a-vad-es-az-itelet-is-
tevedes-volt-141979 - 2011. július 11.
- Izing Antal:* Pusoma kontra magyar állam. Ön elé tárom a papírlapot. Hetek. 2001. április. 21.
(V/16)
- Jerome Frank:* Bíráskodás az elme ítélőszéke előtt (Válogatott írások). Szerk.: *Badó Attila.*
Szent István Társulat. Budapest. 2006.
- Kovács Zoltán:* Nem látta. Élet és irodalom. LI. Évfolyam 19. szám. 2007.
- Kulcsár Kálmán:* Jogszociológia. Kulturtrade Kiadó. Budapest. 1997.
- Loss Sándor – H. Szilágyi István:* A cigány per. Beszélő 2001/4.
- Dr. Magyar Elemér, Ragályi Elemér:* A bíróság felmentette önmagát. Élet és Irodalom: LI.
évfolyam 23. szám, 2007. június 8.
- Magyar Televízió:* Az este. 2007. május 3.
- Pokol Béla:* Jogelmélet és joggyakorlat. Rejtjel Kiadó. Budapest. 2000.
- Szabó József:* A jogbölcselet vonzásában. Válogatott tanulmányok: Hol az igazság? (A bíró
lélektani problémái). Bíbor kiadó. Miskolc. 1942.
- Tájékoztató a Heves Megyei Bíróságon Pusoma Dénes büntető ügyében lefolytatott
eljárásról és az azt követő kártalanítási perről.* 2007. május 22.

*Pintér Beatrix PhD-hallgató,
Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Büntetőjogi Tanszék*

FATF-típusú regionális szervezetek

1. Bevezetés

1989. júliusában Párizsban a hét vezető gazdasági hatalom (G7) – az EK Bizottsága elnökének részvételével – éves, hagyománnyá vált csúcstalálkozóján egyhangú határozatot hozott, egy kifejezetten a pénzmosás elleni küzdelem céljából létrehozandó nemzetközi szervezet, a Financial Action Task Force on Money Laundering (Pénzügyi Akció Csoport, FATF/GAFI) felállításáról, melynek elsődleges feladata az egyes országokban kimunkált nemzeti programok összehangolása, a hatóságaik közötti kapcsolatok erősítése, valamint a Baseli Nyilatkozat és a Bécsi Konvenció alapelveinek gyakorlati megvalósítása.¹

Később csatlakozott a szervezethez az OECD több tagországa, az Arab-öböl menti országok és egyes távol-keleti országok illetve az EU tagállamai is. Az Akciócsoport megelőző intézkedésekkel kívánja a bankok és a pénzintézetek pénzmosásra történő felhasználását megakadályozni, továbbá kölcsönös információ cserét és együttműködést biztosít a tagok között. A kormányközi szervezet titkárságának székhelye Párizsban egybeesik az OECD központi irodájával.

Az előbbieket nyomán a FATF korlátozza a tagjai sorába való felvételt, ugyanakkor a pénzmosás elleni küzdelem szükségessé teszi további nemzetközi szervezetek létrehozását. Az FATF mintájára létrehozott szervezeteket az FATF-stílusú regionális intézményeknek is nevezik az angol elnevezés FATF-style regional body (FSRB) nyomán. Ezek a szervek egy viszonylag jól körülhatárolható földrajzi területen fekvő államok sorát ölelik fel az ésszerűség és átláthatóság követelményének szem előtt tartásával.

¹ Lásd: http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,en_32250379_32236836_1_1_1_1_1,00.html

2. Ázsiai és Csendes-óceáni Országok Csoportja a Pénzmosás Ellen – APG

Az Ázsiai és Csendes-óceáni Országok Csoportja a Pénzmosás Ellen (Asia/Pacific Group on Money Laundering, röviden: APG) elnevezésű szervezetet 1997 februárjában alapította 13 állam Bangkokban. Az alapító tagok között vannak olyan államok, amelyek az FATF tagjai is (Ausztrália, Kanada, India, Kína, Japán, Korea, Új-Zéland, Szingapúr és az Amerikai Egyesült Államok). Ennek a szervezetnek jelenleg 41 ország a tagja (Afganisztán, Ausztrália, Banglades, Bhutáni Királyság, Brunei Szultánátus, Kambodzsa, Kanada, Kína, Cook szigetek, Fidzsi, Hong Kong, India, Indonézia, Dél-Korea, Laosz, Makaó, Malajzia, Maldív-szigetek, Marshall-szigetek, Mongólia, Mianmar, Nauru, Nepál, Új-Zéland, Niue, Pakisztán, Palau, Pápua Új-Guinea, Fülöp-szigetek, Szamoa, Szingapúr, Salamon-szigetek, Sri-Lanka, Tajvan, Thaiföld, Kelet-Timor, Tonga, Egyesült Államok, Vanuatu, Vietnam²), amelyek közül többen a FATF-nak is alapítói voltak (így például az USA és Japán).

A szervezet küldetése a következő: közreműködni a pénzmosás, a szervezett bűnözés és a terrorizmus finanszírozása elleni globális küzdelemben, pénzmosás-ellenes intézkedések fejlesztése által az ázsiai és csendes-óceáni térségben. A szervezet a következő célokat tűzte ki maga elé:

- Útmutatást ad a veszélyeztetett területek és a gyenge pontok tekintetében a jelenlegi AML / CFT rendszerben a joghatóságok azonosítására,
- Útmutatást ad a bíróságok számára, hogy a forrásokat hatékonyan és eredményesen használják fel, amikor végrehajtják a szükséges intézkedéseket,
- Fokozni kell a megfelelőséget és a hatékonyságot, hogy az egyes jogrendszerek megértsék az FATF 40 ajánlás valamint a 9 kiegészítő ajánlás megértését és végrehajtását,
- Engedélyezni kell a kölcsönös értékelő ajánlások alapján az átlátható kritériumok előtérbe helyezését,
- Végrehajtó ügynökségek

² <http://www.apgml.org/apg-members> (2012. 09. 05.)

3. Karib-térségi Pénzügyi Akciócsoport- CFATF

Az 1990-es évek elején alakult akciócsoport a legrégebbi FATF-típusú szervezet. A Caribbean Financial Action Task Force csoportnak 29 tagja van (Aguilla, Antigua és Barbuda, Arua, Barbados, Belize, Bermuda, Kajmán-szigetek, Curaçao, Dominika, Dominikai Köztársaság, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haiti, Honduras, Jamaica, Montserrat, Nicaragua, St. Martin, St. Kitts és Nevis, St. Lucia, St. Vincent és Grenadine-szigetek, Suriname, Bahamák, Trinidad és Tobago, Turks és Caicos-szigetek, Venezuela, Virgin-szigetek).³

2011-2015. közötti időre a CFATF stratégiai tervet fogadott el, melynek legfontosabb elvei:

- Az általános politikai kötelezettségvállalás megerősítése,
- A folyamatban lévő munkákat továbbfejlesztni, hogy biztosítsák a modern technológia révén a nagyobb hatékonyságot, átláthatóságot és a modern technológia révén az elszámoltathatóságot,
- A legjobb működési szabályzatok dokumentálása és nyomon követése,
- A műszaki kapacitás és a nemzetközi szabványok teljesítésének betartása a pénzmosás és a terrorizmus finanszírozása leküzdésére,
- A technikai segítségnyújtás és képzési programok összehangolása,
- Következetes és hatékony hozzájárulás a globális szabványok kidolgozásához,
- A CFATF regionális és nemzetközi bemutatása, tevékenységének ismertetése,
- Egy erős és hatékony szervezet építése a barátság és a partneri kapcsolat fényében.

További jelentős hatással bíró elvek a stratégiai tervben:

- lehetséges új tagok bevonása az egyezménybe,
- felkészülés a negyedik körre,
- A nemzeti, az ágazati szint valamint az IMF és Világbank közötti együttműködés kereteinek fejlesztése
- A globális pénzügyi válságra megoldást jelenthez az alábbiak vizsgálata: a migráció jelentősége növekszik, a kereskedelmi egyezmények számának valamint az idegenforgalom csökkenése miatt lassul a fejlődés üteme, a fejlesztési projektek számának csökkenése, a munkanélküliség növekszik, adóbevételek csökkentése,

³ https://www.cfatf-gafic.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1566&Itemid=410&lang=en
(2012. 09. 07.)

- Az adóparadicsomból származó kezdeményezések a globális gazdasági és pénzügyi válság, melyet néhány CFATF tagállam számára felülvizsgálni javasolt a Gazdasági Együttműködési és Fejlesztési Szervezet valamint a Pénzügyi Stabilitási Tanács által.⁴

4. Dél-Amerikai Pénzmosás Elleni Csoport - (GAFISUD)

A Dél-Amerikai Pénzmosás Elleni Csoportot (Financial Action Task Force on Money Laundering in South America – GAFISUD) 2000 decemberében alapították, rövidített elnevezése a spanyol név kezdőbetűiből származik. Jelenleg 12 tagja van (Argentína, Bolívia, Brazília, Chile, Columbia, Costa Rica, Ecuador, Mexikó, Panama, Paraguay, Peru, Uruguay).

A Dél-Amerikai Pénzmosás Elleni Csoport alapelvei közé tartozik:

- az FATF 40 Ajánlása és 9 Kiegészítő Ajánlás teljes körű és hatékony végrehajtása,
- Az ügynökségek értékelik tevékenységüket és részt vesznek az ellenőrzésben.
- A kölcsönös értékelő jelentések elkészítésénél figyelemmel kell lenni a függetlenség, pontosság, tárgyilagosság, minőség és határidő elvére,
- Lehetővé kell tenni a teljes körű párbeszédet a kölcsönös értékelés során az ellenőrzést folytatók és az adott ország képviselői között,
- Biztosítani kell minél szélesebb körben a dokumentumok megismerhetőségét.⁵

5. Közel-Keleti és Észak-Afrikai Pénzügyi Akció Munkacsoport (MENAFATF)

A Közel-Keleti és Észak-Afrikai Pénzügyi Akció Munkacsoportot (Middle East and North Africa Financial Action Task Force) 2004-ben hozták létre Bahreinben a tagországokban a pénzmosás visszaszorítására. A szervezet székhelye Bahreinben van. Tagja Jordánia, az Egyesült Arab Emirátusok, Bahrein, Algéria, Tunézia, Szaúd-Arábia, Szudán, Szíria. Irak, Omán, Katar, Kuvait, Libanon, Líbia, Egyiptom, Marokkó, Mauritánia, Jemen.

A MENAFATF célkitűzései és elvei közé tartozik:

- elfogadják és jogrendszerükbe építik az FATF 40 ajánlását továbbá a 9 kiegészítő ajánlást,

⁴ https://www.cfatf-gafic.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=295&Itemid=414&lang=en (2012. 10. 04.)

⁵ http://www.gafisud.info/pdf/PrincipiosClavesenEvaluacionesMutuas_2.pdf (2012. 10. 04.)

- alkalmazni az Egyesült Nemzetek Szövetsége által megkötött szerződéseket és megállapodásokat,
- együttműködés más nemzetközi szervezetekkel,
- együttműködés a tapasztalatok kicserélése érdekében
- olyan hatékony rendszert kialakítani, amely összhangban van a kulturális értékekkel, a nemzeti jogrendszerekkel és alkotmányos keretek között. ⁶

6. Kelet- és Dél-Afrikai Pénzmosás Elleni Csoport

A Kelet- és Dél-Afrikai Pénzmosás Elleni Csoport (Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group - ESAAMLG) 1999-ben jött létre Tanzániában. Jelenleg 15 tagja van (Botswana, Comore-szigetek, Kenya, Lesotho, Malawi, Mauritius, Mozambik, Mauritánia, Namíbia, Dél-Afrika, Szváziföld, Seychelle-szigetek, Tanzánia, Uganda, Zambia, Zimbabwe). Célkitűzései közé tartozik:

- a tagországok fejlesszék és honosítsák meg a pénzmosás elleni intézkedéseket,
- a tagországok az intézkedéseket, nemzetközi találkozók eredményeit kapcsolódva a nemzeti stratégiák kiépítéséhez, továbbá tájékoztatják egymást az elért eredményekről,
- a pénzmosással foglalkozó szervezetek fejlesztése
- az ESAAMLG Titkárságának iránymutatásai és az utolsó pénzmosással kapcsolatos eredmények alkalmazása, a felmerülő kockázatok kezelése az érdekeltek és az FATF között,
- a tagországok által regionális szervezetek létrehozása a pénzmosással kapcsolatos ajánlások alkalmazására,
- a tagországok által a nem tagországok ösztönzése a régióban az együttműködésre és a pénzmosás és a terrorizmus elleni küzdelemben csatlakozzon a szervezethez.
- Fenntartható és hatékonyan működő ESAAMLG Titkárság.⁷

⁶ <http://menafatf.org/topiclist.asp?ctype=about&id=426> (2012. 10. 25.)

⁷ http://www.esaamlg.org/documents_storage/2009-5-19-11-25-14_esaamlg_strategic_plan_2009-2012.pdf (2012. 09. 06.) 3. o.

7. Eurázsiai Pénzmosás Elleni Munkacsoport⁸ - EAG

Az eurázsiai pénzmosás elleni munkacsoportot (Eurasian Group on prevention of money-laundering and terrorist financing) 2004-ben hozták létre Moszkvában. Jelenleg Fehéroroszország, Kína, India, Kazahsztán, Kirgizisztán, Oroszország, Tadzsikisztán, Türkmenisztán, Üzbegisztán a tagjai. Célkitűzési között ugyanúgy szerepel a FATF 40 ajánlásának valamint a 9 kiegészítő ajánlás alkalmazása, a pénzmosás elleni küzdelem eszközeinek fejlesztése. jogalkotási és egyéb intézkedések megtétele a FATF 40 Ajánlásán és a 9 Kiegészítő Ajánlásán alapulva, nemzetközi együttműködés és tevhnikai segítségnyújtási programok nemzetközi szervezetekkel, egyéb testületekkel és érdeklődő államokkal, valamint a pénzmosás és terrorizmus finanszírozása tekintetében kialakuló tendenciák figyelemmel kísérése és elemzése, továbbá a küzdelem leghatékonyabb eszközeinek átvétele és alkalmazása a nemzeti jogrendszer sajátosságaira figyelemmel.

8. Nyugat-afrikai Pénzmosás Elleni Kormányközi Akciócsoport – GIABA

A Nyugat-afrikai Pénzmosás Elleni Kormányközi Akciócsoportot (Inter-Governmental Action Group against Money Laundering in West Africa - GIABA) 2000-ben alapította a Nyugat-afrikai Államok Gazdasági Közössége. Székhelye Dakarban található. Tagjai: Benin, Zöld-foki Köztársaság, Elefántcsontpart, Gambia, Ghána, Guinea, Bissau-Guinea, Libéria, Mali, Niger, Nigéria, Szenegál, Sierra-Leone és Togo. Alapító szerződését 2006-ban felülvizsgálták. Célkitűzései között szerepel, hogy a tagország gazdaságát, bankrendszerét terrorizmus finanszírozása bűncselekménytől, javítani az erőfeszítéseken a bűncselekmények elleni közdelemben, a szoros együttműködés megkövetelése a tagországoktól, a pénzmosás és a terrorizmus finanszírozása elleni küzdelem, biztosítani a harmonizációt és az intézkedés elfogadásának összehangolását, az értékelésnek a saját és a kölcsönös értékelésen kell alapulnia szorosan kapcsolódva az FATF követelményeihez, ösztönözni más afrikai országot csatlakozását.⁹

⁸ http://www.eurasiangroup.org/history_mission.php (2012. 09. 28.)

⁹ http://www.giaba.org/about-giaba/28_mission-and-vision.html (2012. 10. 01.)

9. Az Európa Tanács által a Pénzmosás Ellenes Intézkedések Értékelésére Kijelölt Szakértői Bizottság

Az Európa Tanács által a Pénzmosás Ellenes Intézkedések Értékelésére Kijelölt Szakértői Bizottságot (Council of Europe Select Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures – PC-R-EV) az Európa Tanács hozta létre, hogy az Európa Tanács tagjai és más, nem tag országok által létrehozott pénzmosás elleni intézkedések megfelelőségét vizsgálja¹⁰. 2002. óta Moneyval néven folytatja tevékenységét. Jelenleg 47 ország a tagjai (Albánia, Andorra, Örményország, Ausztria, Azerbajdzsán, Belgium, Bosznia-Hercegovina, Bulgária, Horvátország, Ciprus, Csehország, Dánia, Észtország, Finnország, Franciaország, Grúzia, Németország, Görögország, Magyarország, Izland, Írország, Olaszország, Lettország, Lichtenstein, Litvánia, Luxemburg, Málta, Moldova, Monaco, Montenegro, Hollandia, Norvégia, Lengyelország, Románia, Oroszország, San Marino, Szerbia, Szlovákia, Szlovénia, Spanyolország, Svédország, Svájc, Macedónia, Törökország, Ukrajna, Nagy-Britannia).¹¹

A FATF-típusú regionális szervezetek vizsgálata azért is időszerű, mert a szervek többsége célkitűzéseiben a 2012-es év változásokat hozott, reformokat hajtottak végre és tagjaik sorait is bővítették létrehozásuk óta. A cikk röviden és tömören erről a változásról kívánt tudósítani és áttekintést nyújtani.

¹⁰ Dr. Gál István László: A pénzmosás elleni küzdelem közgazdasági és büntetőjogi kérdései; PhD értekezés, 85. o.

¹¹ <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/> (2012. 10. 22.)

*Radics, Olívia*¹ LL.M. Candidate,
The George Washington School of Law

Justice for Sale: State Judicial Elections and Campaign Finance in the United States in the Post-Citizens United Era

“I never felt so much like a hooker down by the
bus station in any race I’ve ever been in as I did
in a judicial race.”

Ohio Supreme Court Justice Paul Pfeifer²

1. Introduction

Campaign finance law currently – or rather, consistently – occupies much of American political discussion. A quintessentially American tradition and at the same time a significant – if at times overlooked – aspect of this issue is state judicial elections. Almost entirely uniquely,³ the United States elects a majority of its state judges.⁴ While traditionally judicial

¹ E-mail: oradics@law.gwu.edu. I would like to thank Tamás Nagy for his relentless support and friendship. This Article is dedicated to my husband, for everything.

² Adam Liptak & Janet Roberts, *Campaign Cash Mirrors a High Court’s Rulings*, N.Y. TIMES, Oct. 1, 2006. Available at: <http://www.nytimes.com/2006/10/01/us/01judges.html?pagewanted=all> (last visited January 20, 2012).

³ The only other countries that hold some form of judicial elections are Switzerland and Japan, and as of fairly recently, Bolivia, where they elected national judges for the first time in October 2011. For more on the Bolivian judicial elections, see: <http://www.bbc.co.uk/news/world-latin-america-15294746> (last visited February 1, 2012); <http://af.reuters.com/article/energyOilNews/idAFN1E79C13P20111013?pageNumber=1&virtualBrandChannel=0> (last visited February 1, 2012). In Japan, Supreme Court justices are appointed by the Cabinet (with the Chief Justice appointed by the Emperor), and their retention is decided by the people at the first general election of members of the House of Representatives following their appointment. The review continues to be held every 10 years. See: <http://www.courts.go.jp/english/system/system.html>. In Switzerland, judges in some smaller cantons are directly elected by the people. In larger cantons, judges are elected by parliamentary deputies. See: Herbert M. Kritzer, *Law is the Mere Continuation of Politics by Different Means: American Judicial Selection in the 21st Century*, 56 DEPAUL L. REV. 423, 431 (2007). In France, to highlight another example, commercial court judges are elected by tradesmen and manufacturers. See: Rachel Paine Caufield, *The Curious Logic of Judicial Elections*, 64 ARK. L. REV. 249, 258-259 (2011). The *en masse* election of judges in the U.S. clearly baffles other nations. As Hans Linde, a retired justice on the Oregon Supreme Court, said: “(t)o the rest of the world... American adherence of judicial elections is as incomprehensible as our rejection of the metric system”. In: Adam Liptak, *U.S. Voting for Judges Perplexes Other Nations*, N.Y. TIMES, May 25, 2008, <http://www.nytimes.com/2008/05/25/world/americas/25iht-judge.4.13194819.html>.

elections used to be low-salient events, the situation has undergone a dramatic transformation in recent years, with these elections going from low-cost, docile occasions to “noisier, nastier, costlier campaigns.”⁵ Needless to say, this transformation – according to several academic commentators and a large portion of the members of the judiciary branch – has a significant negative impact on the prestige of the justice system and citizen trust in the rule of law. Charles Geyh sums up some of the most pressing concerns regarding judicial elections in what he calls the “Axiom of 80”:

“(1) Roughly 80% of the public prefers to select its judges by election and does so; (2) Roughly 80% of the electorate does not vote in judicial elections; (3) Roughly 80% of the electorate cannot identify the candidates for judicial office; and (4) Roughly 80% of the public believes that when judges are elected, their decisions are influenced by the campaign contributions they receive.”⁶

As we shall see in the coming sections, judicial elections are problematic for a number of reasons. Increased spending in these races – especially by interest groups and corporations, some of whom will later be represented in cases in front of the very same judges whose campaigns they have supported financially – may lead to corruption or the appearance of corruption, which can undermine judicial independence and citizen trust in the integrity and impartiality of the judicial system. It is also doubtful how much judicial accountability – while an important democratic goal – is served by elections in which voters often have very little, if any, knowledge about candidates and accordingly have little incentive to vote.

In Part II., I shall lay out how increased spending and a more lenient campaign finance environment following the Supreme Court’s 2010 decision in *Citizens United v. Federal Election Commission*⁷ has affected judicial elections, and has led to intensified and often nastier judicial campaigns with a predominant role accorded to campaign money. In Part III., I discuss the evolution of the various judicial selection methods used in the U.S. in a historical perspective. In Part IV., the importance of the balance between judicial independence and judicial accountability in a democracy is examined, especially with regard to counter-majoritarianism, judicial review and judicial function, with solutions offered in Part V.

⁴ Federal judges – in accordance with Art. III. of the U.S. Constitution – are appointed for a life term. U.S. CONST. art. III.

⁵ Roy A. Schotland, *New Challenges to State Judicial Selections*, 95 GEO. L. J. 1077, (2007) (quoting Richard Woodbury, *Is Texas Justice for Sale?*, TIME, Jan. 11, 1988, at 74).

⁶ Charles Gardner Geyh, *Why Judicial Elections Stink*, 64 OHIO ST. L. J. 43, 52 (2003).

⁷ *Citizens United v. FEC*, 130 S.Ct. 876 (2010).

2. State Judicial Elections – Current Status

2.1. Numbers Don't Lie

The change we are witnessing in the nature, volume and tone of judicial elections is the result of a combination of several things. For one, although this is certainly not a new development, the majority of cases (95%) are heard by state courts and not federal courts,⁸ and today the influence of the state justice system over everyday citizen life is non-neglectable. While at the dawn of American jurisprudence, state judges were not important because state courts were not important, the situation at present couldn't be more different. State courts decide an enormous amount of high-profile, high-dollar cases in torts, medical malpractice, products liability and other key areas, besides handling a large number of criminal cases.⁹ Supreme courts throughout the states face a growing number of cases that have sweeping policy implications, which naturally raise the stakes in litigations and attract attention to state judicial elections. In today's increasingly partisan, divisive political atmosphere, state courts often become the centre of ideological battlegrounds. Michael Buenger notes: "Unlike the past, state courts are finding themselves at the center of, and not the periphery of, many divisive political maelstroms."¹⁰

All this, of course, means that interests groups of all kinds have not only recognized their pronounced interest in the composition of these courts, but they have also been trying to exert an influence over the selection of the judges by way of campaign contributions or independent spending. These efforts, combined with a more lenient campaign finance climate, have lead to record-breaking spending in state judicial elections, a tendency that shows no signs of stopping. This has resulted in rising campaign costs, and generally more high-profile elections. Consequently, current campaign costs are often well in the millions for a single judicial seat.¹¹ In the past decade, fundraising has doubled in state judicial campaigns in more than twenty states¹². Out of the twenty-two states that elect their supreme court judges, twenty

⁸ See: Edward Lazarus, *As Retired Justice O'Connor Speaks Out Against the Problems Plaguering State Judicial Elections, the Supreme Court Still Refuses to Allow Reform*, FindLaw: Legal Professionals, <http://writ.lp.findlaw.com/lazarus/20080228.html>, February 28, 2008.

⁹ *Id.*

¹⁰ Michael L. Buenger, *Of Money and Judicial Independence: Can Inherent Powers Protect State Courts in Tough Fiscal Times?*, 92 KY.L.J. 979, 1020 (2003).

¹¹ Liptak & Roberts, *supra* note 1.

¹² Adam Skaggs, Brennan Center for Justice, *Buying Justice: The Impact of Citizens United on Judicial Elections* 3 (2010), available at: <http://www.brennancenter.org/page/-/publications/BCReportBuyingJustice.pdf?nocdn=1>. Between 2000 and 2009, fundraising reached \$206.4

set fundraising records between 2000 and 2009.¹³ Independent spending, especially on television advertising, also set records in the past decade. Between 2000 and 2009, \$93.6 million was spent on television advertising in connection with judicial elections.¹⁴ The trend of rising fundraising costs and independent spending continued, with a total of \$38.5 million spent on state high court elections in 2009-2010 alone.¹⁵ \$16.8 million was spent on television advertising in the same period, the most in judicial elections so far, and the number of television ads also rose.¹⁶ A new development in this arena is that even high court judges running for retention – thus without competition – were targeted by negative TV ads.¹⁷ TV advertising was financed, in the most part, by non-candidate, independent spenders, and in the case of the costliest campaigns, this was done so in a four-to-one ratio.¹⁸

Campaigns for state judicial seats have transformed into a war, where the weapon of choice is money. Not only have the costs of running a state judicial campaign risen enormously, especially for high court seats, independent spending has also significantly increased and the tone of the competition has turned more aggressive than ever before. Now, as indicated earlier, even incumbent high court judges running for retention are targeted by negative ads from outside groups.¹⁹ In a chilling turn of events, for instance, three Iowa justices running for retention were targeted by a conservative campaign that attacked the justices for their vote to lift the ban on same-sex marriage in the state.²⁰ The campaign quickly became a heated clash of ideologies and views on social issues. All three justices lost their

million in state supreme court elections in 20 states across the nation, going up from \$83.3 million between 2000 and 2009. Candidate fundraising topped \$45 million in *three of the last five election cycles*.

¹³ DRI – The Voice of the Defense Bar, *Without Fear or Favor in 2011: A New Decade of Challenges to Judicial Independence and Accountability*, at 12, 2011. Available for download at: <http://www.luc.edu/law/news/pdfs/~1794745.pdf> (last visited July 16, 2012) (hereinafter: *Without Fear of Favor in 2011*).

¹⁴ *Id.* at 13. 2008 itself was a record-shattering year in this respect. More television ads were aired than ever before in supreme court judicial contests, and \$20 million was spent in races for 26 supreme court seats.

¹⁵ Brennan Center for Justice, National Institute on Money in State Politics & Justice at Stake Campaign, *The New Politics of Judicial Elections 2009-2010: How Special Interest “Super Spenders” Threatened Impartial Justice and Emboldened Unprecedented Legislative Attacks on America’s Courts*, 3, October 2011; <http://newpoliticsreport.org/site/wp-content/uploads/2011/10/JAS-NewPolitics2010-Online-Imaged.pdf>.

¹⁶ *Id.* at 13-14. 46,659 television ads ran in 2009-2010, compared to 35,720 in the previous non-presidential election cycle.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Prior to 2010, retention elections received much less notice from interest groups than other judicial elections. But in 2010, 12% of all election spending was in relation to retention elections, as compared to the 1% of the entire previous decade. *Id.* at 7-8.

²⁰ *Id.* at 9.

seats, and their defeat, engineered by tightly organized, well-funded conservative forces, was intended as a nationwide warning to judges.²¹

Another interesting development, as a report by the Brennan Center for Justice notes, is that in several states, a handful of “super spenders” tend to dominate the judicial elections.²² In 2010, business and conservative groups were prominently featured among the top ten super spenders nationwide.²³ There is a general tendency for single-issue interest groups to become more and more involved in elections.²⁴ Lawyers and lobbyists contributed the most by sector in 2010, followed by business interests and political parties.²⁵

This also means that the information that reaches the larger public about candidates is often controlled by only a handful of donors, which makes the question of an informed citizenry all the more pertinent, especially since lack of knowledge and apathy on voters’ part with regards to judicial candidates is endemic. This is an important facet of the debate around judicial elections, since some commentators argue that more spending and more ads mean better informed voters.²⁶ In view of the fact that the information comes from limited sources with clear interest in the outcome of the race, I’d argue that this is not strictly so. It is also necessary to note that success in judicial campaigns is strongly correlated to spending; just like in elections for other public offices, those candidates that spend the most have the best chance of winning a seat.²⁷ Thus it matters who and under what conditions can contribute to or spend on state judicial campaigns, and how this affects the state justice systems.

²¹ *Id.*

²² *Id.* at 5.

²³ *Id.* A good example of the kind of interest group over-spending that we are talking about here is the year 2000 judicial campaign in Ohio, where the U.S. Chamber of Commerce – in an effort to unseat incumbent judges on the Ohio Supreme Court with whose jurisprudence it disagreed – and its interest groups far outspent the total spending by the candidates, the organizations that supported the candidates and both political parties. For a detailed account and analysis of this campaign, see: David Goldberger, *The Power of Special Interest Groups to Overwhelm Judicial Election Campaigns: The Troublesome Interaction between the Code of Judicial Conduct, Campaign Finance Laws, and the First Amendment*, 72 U. CIN.L. REV. 1, 4-11 (2003).

²⁴ Chris W. Bonneau & Melinda Gann Hall, *Mobilizing Interest: The Effects of Money on Citizen Participation in State Supreme Court Elections*, 52 AM. J. POL. SCI. 457, 459 (2008). See also: Michael R. Dimino, *Counter-Majoritarian Power and Judges’ Political Speech*, 58 FLA. L. REV. 53, 92-93 (2006): “In recent years, however, as judicial elections have become opportunities for referenda on the justice system generally, interest groups have used the courts as means for influencing policy in myriad subject areas. Notably, tort liability and the role of religion in society and government have been salient campaign themes.”

²⁵ Goldberger, *supra* note 22, at 6.

²⁶ See: CHRIS W. BONNEAU & MELINDA GANN HALL, IN DEFENSE OF JUDICIAL ELECTIONS (2009); Bonneau & Hall, *supra* note 23, (arguing that campaign spending might have a positive effect on the democratic process by increasing citizen participation).

²⁷ Rachel Paine Caufield, *Reconciling the Judicial Ideal and the Democratic Impulse in Judicial Retention Elections*, 74 MO. L. REV. 573, 580 (2009).

2.2. The Supreme Court Steps in the Arena

Besides the – often negative – attention that judicial elections have received in recent years, the Supreme Court has also entered the debate and has issued several important decisions in the past decade, starting with *Republican Party of Minnesota v. White*²⁸ in 2002, and two other key decisions in 2009 and 2010: *Caperton v. A.T. Massey Coal Company*²⁹ and *Citizens United v. Federal Election Commission*.³⁰

In *Republican Party of Minnesota v. White*, the Court held the “announce clause” of the Minnesota Supreme Court’s canon of judicial conduct unconstitutional; the clause prohibited candidates for judicial office from announcing their views on disputed legal or political issues.³¹ In a 5-4 decision, written by Justice Scalia, the Court found that Minnesota’s announce clause violated the First Amendment because it is a content-based restriction and because it affects a category of speech that lies at the core of First Amendment protection: speech about the qualification of candidates for public office.

Since 1858, Minnesota has elected all of its judges by popular – and since 1912 – nonpartisan elections.³² Since 1974, its code of judicial conduct has prohibited a candidate for a judicial office from announcing his or her views on disputed legal or political issues.³³ In 1996, Gregory Wersal, a candidate for associate justice of the Minnesota Supreme Court, distributed literature in the course of the campaign criticizing prior decisions of the court, notably on abortion, welfare and crime.³⁴ Due to the resulting investigation, and being wary of the ethical implications of such a procedure on his law practice, Wersal eventually withdrew from the race, but in 1998, he ran again for the same office, and after seeking an advisory opinion from the Minnesota Lawyers Professional Responsibility Board, he filed a lawsuit challenging the constitutionality of the announce clause in view of the First Amendment.³⁵

²⁸ *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765 (2002).

²⁹ *Caperton v. A.T. Massey Coal Company*, 129 S. Ct. 2252 (2009).

³⁰ *Citizens United v. F.E.C.*, 130 S.Ct. 876 (2010).

³¹ “Announcing”, as the Court in *White* pointed out, is different than promising to decide a legal issue a certain way. The Minnesota code of judicial conduct had a separate section, the “pledges and promises clause”, that prohibits judicial candidates from making pledges or promises of conduct in office, other than faithful and impartial performance of the duties that come with the office. *White*, 536 U.S. at 770.

Also, according to the Minnesota jurisprudence, the announce clause meaning was narrowed by the following interpretations: it did not apply to past decisions and it reached only issues that were likely to come before the candidate. *Id.* at 771-772.

³² *See: infra* note 135.

³³ Minn. Code of Judicial Conduct, Canon 5(A)(3)(d)(i) (2000).

³⁴ *White*, 536 U.S. at 768-769.

³⁵ *Id.* at 769-770.

The Supreme Court found the announce clause unconstitutional in light of the First Amendment.³⁶ It held that the clause was not narrowly tailored to serve a compelling governmental interest, or any interest at all,³⁷ and that this kind of restriction “prohibits speech on the basis of content and burdens a category of speech that is ‘at the core of our First Amendment freedoms’ – speech about the qualifications of candidates for judicial office.”³⁸ Citing its decision in *Wood v. Georgia*³⁹, the Court stated: “The role that elected officials play in our society makes it all the more imperative that they be allowed freely to express themselves on matters of current public importance.”⁴⁰ In the Court’s opinion, letting judicial candidates express their opinions on disputed legal and political questions serves to provide the voting population with more information about the qualification and views of the candidates, thereby enhancing the political debate.⁴¹

Even before *White*, judicial elections had become more and more intense and aggressive in many states across the U.S.; nevertheless, the post-*White* world promises an aggravation of the situation that – as the Brennan Center for Justice notes – cannot be “overstated”.⁴² Although judicial candidates are still not allowed to make “pledges and promises”, they can now clearly state their views on legal and political matters that are likely to end up before them once they are on the bench. Although no express promises can be made, a judge can still make it quite clear on what side of an issue he or she stands; often, such statements would be expected of him or her in exchange for contributions to the campaign. Big donors might feel the need to pressurize candidates to issue such statements as a condition of their donations, and in a system where the more is spent on a judicial campaign, the bigger the chance of winning, judges will no doubt feel an enhanced pressure to issue such

³⁶ It is important to mention that the Minnesota version of the announce clause that the Court found unconstitutional was the oldest of two announce clauses in use at the time. The newer version, adopted by the American Bar Association and a growing number of states, is considerably less restrictive on candidate speech since it allows them to make position statements, but still restricts them from making statements that “commit or appear to commit the candidate with respect to cases, controversies or issues that are likely to come before the court”. The newer version’s constitutionality was not touched upon by the Court in *White*. *Id.* 773 n.5. (quoting the Model Code of Judicial Conduct Canon 5(A)(3)(d)(ii) (2000); Goldberger, *supra* note 22, at 20.

³⁷ *White*, 536 U.S. at 776. The governments interests identified by respondents in support of the restriction were preserving the impartiality and the appearance of impartiality of the state judiciary. *Id.* at 775.

³⁸ *Id.* at 774.

³⁹ *Wood v. Georgia*, 370 U.S. 375 (1962).

⁴⁰ *Id.* at 781-782, quoting *Wood v. Georgia*, 370 U.S., at 395.

⁴¹ *See id.* at 782.

⁴² *See*: Brennan Center for Justice, *Republican Party of Minnesota v. White: What does the decision mean?* Available at: http://www.brennancenter.org/content/resource/republican_party_of_minnesota_v_white_what_does_the_decision_mean/ (last visited June 11, 2012).

statements, especially with regards to certain “hot button” issues.⁴³ Needless to say, even if these statements were not promises per se, they could easily be interpreted as such later on by the donors, the judge, and the general public, doing irreparable damage to the image of the judiciary, not to mention the actual harm that might arise from the derailment of fairness and impartiality in the justice system. The original objective of these judicial canons, protecting the impartiality and independence of the judiciary and limiting the public influence on its members in the course of their decision-making,⁴⁴ is still protected to a certain extent after *White*, but the foundations are shaking.

In its 2009 decision in **Caperton v. A.T. Massey Coal Company**, the Court set the constitutional standards for judicial recusal or disqualification. The Supreme Court of Appeals of West Virginia, in a 3-2 decision, reversed a jury verdict of \$50 million. Prior to the decision, one of the justices, Justice Brent Benjamin, denied a recusal motion that was based on the fact that the justice had received campaign contributions “in an extraordinary amount” from Don Blankenship, the board chairman and principal officer of the A. T. Massey Coal Company that had been found liable for the damages by the jury in the verdict on appeal.⁴⁵

In 2002, a West Virginia jury awarded Caperton⁴⁶ the sum of \$50 million in compensatory and punitive damages against A.T. Massey Coal Company for fraudulent misrepresentation, concealment and tortuous interference with existing contractual relations.⁴⁷ In 2004, the state trial court denied Massey’s post-trial motion challenging the verdict and damages award, and in 2005, the trial court denied Massey’s motion for judgment as a matter of law.⁴⁸ Between the verdict and the appeal, West Virginia held its 2004 judicial elections. Don Blankenship, knowing that it would be the Supreme Court of Appeals of West Virginia that would review the appeal in the case, decided to support Brent Benjamin, an attorney, who sought to replace one of the justices on the court.⁴⁹ Besides contributing the \$1,000 statutory maximum to Benjamin’s campaign committee, Blankenship also donated almost \$2.5 million to a §527 organization supporting Brent for office, thereby accounting for more than two-thirds of the total donations raised.⁵⁰ Moreover, Blankenship spent over half a million dollars

⁴³ *Id.*

⁴⁴ Dimino, *supra* note 23, at 109.

⁴⁵ *Caperton v. Massey*, 129 S.Ct. at 2256-2257.

⁴⁶ Petitioners were Hugh Caperton, Harman Development Corp., Harman Mining Corp., and Sovereign Corp. Sales (hereinafter Caperton). *Id.* at 2257.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.*

on independent expenditures in support of Benjamin.⁵¹ As the Court stated: “To provide some perspective, Blankenship’s \$3 million in contributions were more than the total amount spent by all other Benjamin supporters and three times the amount spent by Benjamin’s own committee.”⁵² Perhaps not surprisingly, considering such a well-funded campaign, Benjamin won the election.

Before Massey filed its appeal, Caperton moved to disqualify Justice Benjamin from deciding the case under the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, as well as the West Virginia Code of Judicial Conduct, based on the campaign involvement of Don Blankenship. Justice Benjamin denied the motion, finding “no objective information” to show bias or prejudice in his case. In 2007, the Court reversed the jury verdict of \$50 million, with Justice Benjamin joining the majority opinion. Following the verdict, the parties moved to dismiss three justices.⁵³ Upon rehearing, with Justice Benjamin as now acting chief justice, Caperton moved once again for disqualification, arguing that the justice had failed to apply the correct legal standard in the case, and also introducing the results of a public opinion poll that showed that 67% of West Virginians harbored doubts as to the fairness and impartiality of Justice Benjamin.⁵⁴ The verdict was once again reversed, following Justice Benjamin’s decision not to withdraw as judge from the case.

In its 5-4 opinion written by Justice Kennedy, the Supreme Court stated that the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment required the recusal of Justice Benjamin, due to the “serious risk of actual bias”. The Court concluded that “there is a serious risk of actual bias – based on objective and reasonable perceptions – when a person with a personal stake in a particular case had a significant and disproportionate influence in placing the judge on the case by raising funds or directing the judge’s election campaign when the case was pending or imminent.”⁵⁵ Due process can also require recusal “whether or not actual bias exists or can be proved.”⁵⁶ The Court argued that although not every campaign contribution by a litigant is suspect, this case merits special attention due to the contribution’s relative size as compared to

⁵¹ *Id.* The independent expenditures were spent on direct mailings, letter campaigns and television and newspaper ads in support of Brent Benjamin.

⁵² *Id.*

⁵³ Justice Maynard, who granted Caperton’s recusal motion, was photographed vacationing on the French Riviera with Don Blankenship while the appeal was pending, while on the other side, Justice Starcher also granted the recusal motion, based on his public criticism of Blankenship’s role in the 2004 judicial elections. *Id.* at 2258.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.* at 2263-2264.

⁵⁶ *Id.* at 2265.

the total amount of campaign contributions to Benjamin's campaign.⁵⁷ Based on that, the Court found that Blankenship's campaign contributions "had a significant and disproportionate influence in placing Justice Benjamin on the case."⁵⁸ It also had a bearing on the outcome that the contributions to the campaign were made while the case was still pending, and it was reasonably foreseeable that Benjamin, if elected, would be involved in deciding the case.⁵⁹ Although falling short of an explicit, quid pro quo agreement, Blankenship made his significant contributions to Benjamin's campaigns at a time when he had a serious stake in the outcome of a case that would come before the very same court that Benjamin sought to be a member of; in a way, it can be said that Blankenship chose his own judge.⁶⁰ All this led to the Court to hold that there was a serious, objective risk of actual bias, unconstitutional under the Due Process Clause, which required Justice Benjamin's recusal.

While the significance of *Caperton v. Massey* cannot be denied, the recusal standards it set are not clearly defined and thus might prove to be hard to apply in practice. It's important to note that *Caperton v. Massey* is one of the rare cases that raise judicial disqualification to the level of constitutionality; usually this area is left to be regulated by legislative action, and as the Court concluded, application of this constitutional standard should be used only in rare, exceptional cases, such as the one at hand.⁶¹ Nevertheless, *Caperton v. Massey* can be an important building block in a comprehensive regime to fight corruption and bias in the judicial branch. Thirteen states have already proposed more stringent recusal and disqualification rules. Proposals usually take two forms: they either establish threshold contribution amounts above which a judge becomes automatically disqualified (*per se rules for disqualification*), or they require independent review and adjudication of recusal motions.⁶² Any regime of recusal and disqualification, however, can be effective only if accompanied by adequate campaign finance regulation, especially with regards to disclosure and disclaimer.

As one hand gives, the other takes away. As a significant step towards "noisier, nastier, costlier campaigns",⁶³ the Court's 2010 decision in **Citizens United v. FEC**, rejecting

⁵⁷ *Id.* at 2263-2264.

⁵⁸ *Id.* at 2264.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.* at 2267.

⁶² Lo, Londenberg, Nims & Weinberg, *Spending in Judicial Elections: State Trends in the Wake of Citizens United*, 31 (2011), available at: <http://www.uchastings.edu/public-law/docs/judicial-elections-report-and-appendices-corrected.pdf> (last visited July 11, 2012).

⁶³ *Supra* note 4.

decades of settled law, opened the floodgates to corporate money in elections by removing formerly existing restrictions on independent expenditures. In a decision involving electioneering communications⁶⁴ before a general election under the Bipartisan Campaign Reform Act (hereinafter 'BCRA'), the Court found political speech – regardless of the identity of the speaker – a protected form of speech, thereby affording corporations the same speech rights as natural persons.⁶⁵

As a result of the sweeping decision in *Citizens United*, corporations are currently allowed to use general treasury funds for political spending instead of resorting to separate segregated funds, and there is no limit to the amount they can spend on political activity. The effects of this decision can already be felt to a great extent in the political scene with record spending in the 2010 midterms and an expected spending of cosmic proportions in the 2012 presidential elections.⁶⁶ The creation of SuperPACs – another consequence of the decision –

⁶⁴ An electioneering communication is any broadcast, cable or satellite communication that refers to a clearly identified federal candidate, is publicly distributed by a television station, radio station, cable television system or satellite system for a fee, and is distributed within 60 days prior to a general election or 30 days prior to a primary election to federal office, as defined by § 203 of the Bipartisan Campaign Reform Act of 2002, Pub. L. No. 107-155, 116 Stat. 81 (2002).

⁶⁵ The facts of *Citizens United* are the following: in January 2008, *Citizens United*, a nonprofit organization, released a documentary ('Hillary'), critical of then-Senator Hillary Clinton, who was at the time a candidate for the Democratic Party's Presidential nomination. In anticipation of making Hillary available on cable television through video-on-demand within 30 days of primary elections, *Citizens United* produced several television ads to run on broadcast and cable television. These plans potentially conflicted with several provisions of Section 203 of the BCRA that regulates the purchase of electioneering communications made within 60 days of a general election or 30 days of a primary election. Section 203 did not allow corporations or labor unions to fund electioneering communications from their general treasury funds (with certain exceptions), and even permissible electioneering communications were subject to the disclosure and disclaimer requirements of the Act.

Citizens United, in anticipation of possible penalties, sought an injunction to block the Federal Election Commission from enforcing these sections on the grounds that they violated the First Amendment to the United States Constitution. The United States District Court for the District of Columbia did not grant the request, noting that the Supreme Court of the United States upheld Section 203 of the BCRA in *McConnell v. FEC*, 540 U.S. 93 (2003) (restricting campaign spending by corporations and unions). The Supreme Court, however, reversed the judgment of the court below, overruling *McConnell* and *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990) (upholding restrictions on corporate spending to support or oppose political candidates).

⁶⁶ According to a report by Public Citizen, spending by outside groups reached \$294.2 million in the 2010 election cycle. This is a 427% increase from the last mid-term elections in 2006, when outside spending topped at \$68.9 million. It is even more worrying that more than 75% of the \$294.2 million was spent by groups that accepted contributions larger than \$5,000 or that did not reveal the sources of their money, and nearly half of the \$294.2 million came only from ten groups. *See*: <http://www.citizen.org/documents/Citizens-United-20110113.pdf> (last visited March 8, 2012). As for the 2012 presidential elections, as of this moment, they are still very much under way. Nevertheless, there are several political watchdogs, news sites and nonprofit research groups tracking the flow of money into the election cycle. *See e.g.*: <http://www.opensecrets.org/pres12/> (last visited March 8, 2012); <http://elections.nytimes.com/2012/campaign-finance> (last visited March 8, 2012); http://www.huffingtonpost.com/2012/02/21/2012-presidential-campaigns_n_1292214.html (last visited March 8, 2012).

has also radically transformed the campaign finance field.⁶⁷ Although more attention has been focused on political elections, judicial elections have also been affected by the decision in *Citizens United*. Justice Stevens' powerful dissent in the case warned of the possible consequences of the majority's decision with regards to the judicial branch:

“The consequences of today's holding will not be limited to the legislative or executive context. The majority of the States select their judges through popular elections. At a time when concerns about the conduct of judicial elections have reached a fever pitch... the Court today unleashes the floodgates of corporate and union general treasury spending in these races.”⁶⁸

At present, there is no real check on corporate donations to state judicial campaigns.⁶⁹ Regulation is up to the states. Although some states have banned direct corporate contributions to such campaigns, corporate money usually finds other ways to reach the candidates, now in the form of increased independent expenditures.⁷⁰ The impact of the decision on judicial elections can be especially severe if we consider – as the Brennan Center for Justice points out – that record-breaking special interest spending had already occurred before the *Citizens United* decision, when around half the states had prohibitions against corporate general treasury spending in elections.⁷¹ Now with these types of restrictions being deemed unconstitutional, spending in judicial elections might truly spin out of control. Such

⁶⁷ SuperPACs came into existence starting from July 2011, following the decision of the D.C. Circuit Court of Appeals in *SpeechNow.org v FEC*, 599 F.3d 686 (D.C. Cir. 2010).

PACs or (political action committees) have been around since the 1940s; they were first organized by labor unions to circumvent regulation prohibiting them using their general treasury funds to make contributions to candidates for federal office. PACs collected voluntary contributions from union members and used these separate segregated funds for political contributions. Due to changes introduced in the 1974 Amendments to Federal Election Campaign Act, PACs started to rise in number and importance from the 1970s. Act of Oct. 15, 1974, Pub. L. No. 93 – 443, 88 Stat. 1263, amending the Federal Election Campaign Act of 1971, Pub. L. No. 92-225, 86 Stat. 3.

In *SpeechNow*, the D.C. Circuit ruled that individual contributions to advocacy groups (tax-exempt groups organized under Section 527 of the Internal Revenue Code, or ‘527s’) may not be limited, and limits on annual individual contributions are unconstitutional. The decision came as a consequence of *Citizens United*, which identified a single Government interest acceptable to restrict contributions to political speech: corruption or the appearance of corruption. Justice Kennedy held in *Citizens United* that “independent expenditures, including those made by corporations, do not give rise to corruption or the appearance of corruption”, *Citizens United*, 130 S.Ct. at 909. This part of the opinion led the Circuit Court in *SpeechNow* to hold that since independent expenditures do not corrupt, neither do contributions to groups that make them. Previously, PACs (political action committees) were not allowed to accept corporate or union contributions at all (nor individual contributions in excess of \$5,000). In light of *Citizens United*, the D.C. Circuit held in a unanimous decision that such restrictions were no longer understood as constitutional.

SuperPACs are thus the new PACs, but with a significant advantage: they can raise unlimited sums of money from individuals, corporations and labor unions and use that to advocate for and against political candidates.

⁶⁸ *Citizens United*, 130 S.Ct. at 968.

⁶⁹ CPA Amicus Brief, at 4.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Supra* note 11, at 2.

spending can substantially hinder judicial impartiality and potentially influence the outcome of cases. Even if it does not, the mere appearance of inappropriateness or corruption can erode citizen trust in the judiciary and weaken the prestige of the institution, not to mention the loss of faith in the rule of law. We will no doubt see a rise in situations comparable to *Caperton v. Massey*, and the effect that this can have on the perceived fairness and impartiality of the judiciary, not to mention its actual one, could indeed be devastating.⁷²

2.3. Money Is Not the Only Problem

Money – whatever the source and goal of donation – is not the sole concern of judicial elections. Voter apathy is also an issue of increased importance. Elections only work if voters possess knowledge – real, substantive knowledge – about the candidates. This is not so in judicial elections. As noted by Charles Geyh, in his Axiom of 80,⁷³ roughly 80% of voters are unable to identify judicial candidates in elections. Without information on the candidates' abilities and qualifications for the job, voting for judges becomes a random act, a far cry from the democratic ideal of popular elections and the form of judicial accountability or voter control these elections would – at least in theory – aim to establish over state judges.⁷⁴

According to some commentators, one of the main reasons why voters possess so little information about judicial candidates and why they do not feel the need to gather more information about them is the relatively little stake they have in the outcome of these elections, as compared to, for instance, legislative elections, where the outcome can have a more direct bearing on a voter's life.⁷⁵ With the exception of certain high-visibility topics – where the personal values of voters also come to play⁷⁶ – that attract voters to the voting booths, and that often drive voters to search out information on the candidates on their own account, most voters have little interest in acquiring information about judicial candidates, and in fact have little interest in the technicalities involved in the day-to-day work of a judge, which should arguably also form an important part of the decision about the abilities of the

⁷² *Id.*, at 1.

⁷³ *See supra* note 5.

⁷⁴ It is worth noting that in the merit selection system, discussed in detail in part III., retention elections – since they are usually non-competitive – attract even less voters than traditional judicial elections. *See*: Kelly J. Varsho, *In the Global Market for Justice: Who is Paying the Highest Price for Judicial Independence?*, 27 N. ILL. U. L. REV. 445, 469- 470 (2007).

⁷⁵ Goldberger, *supra* note 22, at 28.

⁷⁶ *Id.* at 31-32.

candidates.⁷⁷ That is why today's more salient, ideologically laden judicial elections often attract more voters, and often result in more information being readily available and accessible about the candidates, and the issues.

This, however, raises an additional issue: the – often limited – information that voters come to possess about the candidates tend to come from only a few sources, namely those with the biggest purse and the most at stake, which can often lead to a debate that is seriously skewed. Interest group spending on judicial elections also tends to result in putting heightened emphasis on single, ideology-heavy issues, and can transform judicial campaigns into political battlegrounds, whilst the focus on the candidates' abilities and credentials often becomes lost. Against this backdrop, the ancillary question arises, and one that I do not attempt to answer here: shouldn't voter education be a part of any judicial election systems? And if so, whose responsibility is to provide voters with basic information on the function of the judiciary and the professional background of the candidates? When, at what age should voter education start?⁷⁸

An added issue with asking voters to evaluate judicial candidates in elections – be they contested or non-contested – is that a large proportion of voters lacks the legal knowledge necessary for this kind of evaluation to be truly about the qualities that make or break a good judge.⁷⁹

Judicial evaluations can form an important part of providing voters with well-rounded information about the candidates for judicial seats. Several states have established official mechanism to evaluate judicial performance – first in the framework of retention elections⁸⁰ – in order to provide more information about the candidates to voters.⁸¹ These Judicial

⁷⁷ *Id.* at 28-31.

⁷⁸ Former Supreme Court Justice, Sandra Day O'Connor founded iCivics in 2009, to “reverse Americans’ declining civil knowledge and participation.” The website offers free educational materials, aimed at the younger generations. *See*: <http://www.icivics.org/>. There are similar civic education-minded websites, providing free educational materials about the U.S. constitutional system. *See e.g.*: the Annenberg Classroom, <http://www.annenbergclassroom.org/>; Center for Civic Education, <http://new.civiced.org/>; Campaign for the Civic Mission of Schools, <http://www.civicmissionofschools.org/>; Citizenship Counts, <http://citizenshipcounts.org/>; C-SPAN Classroom, <http://www.c-spanclassroom.org/>; Discovering Justice, <http://www.discoveringjustice.org/>; The American Bar Association's Division for Public Education, http://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/educational_resources/teaching_resource_guides/resources_for_teachers_students.html; Federal Judicial Center, <http://www.fjc.gov/>; Constitutional Rights Foundation Chicago, <http://www.crfc.org/>; Street Law, <http://www.streetlaw.org/en/home>, to name but a few.

⁷⁹ *See*: Caufield, *supra* note 26, at 576.

⁸⁰ These states were Alaska, Arizona, Colorado, Tennessee and Utah.

⁸¹ B. Michael Dann & Randall M. Hansen, *Judicial Retention Elections*, 34 LOY.L.A.L.REV.1429, 1438 (2001). For an overview of judicial performance evaluation commissions by state, *see*:

Performance Evaluation Commissions had as their primary objective the provision of information to voters that would help them in making a choice in judicial elections, but have come to serve various other purposes besides that, such as providing feedback for judges.⁸² The commissions are usually made up of lawyers, judges and members of the public, with an aim at being sufficiently diverse.⁸³ As for dissemination of reports, every state follows a different practice, whether it is sending out reports by mail to all registered voters or putting information on a website.⁸⁴ Although how much voters actually rely on the information provided by these commissions is often contested,⁸⁵ nevertheless, judicial performance evaluation should be a part of any elective system in some form, in order to provide voters with reliable information about the candidates running for judicial office.⁸⁶

Another issue that is raised with regards to state judicial elections and judicial selection methods more generally is whether the quality of judges is influenced by the type of selection method that is in use in a state. Rachel Paine Caufield examines the issue in detail, and based on the Chamber of Commerce Institute for Legal Reform rankings for state judges in 2010, she notes that selection methods do count: with regards to fairness, competence, and overall quality, as well as judicial ethics and discipline, merit-selected judges are usually better ranked.⁸⁷ This result suggest that the selection method in use for judges has a direct bearing on the quality of judges, a factor that should weigh heavily in the discussion.

Another issue arising with regards to elections is diversity on the bench. It is important to note that – according to several studies – judicial selection methods have an effect on bench diversity as well.⁸⁸ Since diversity is linked to the promotion of legitimacy, justice, equality

<http://contentdm.ncsconline.org/cgi-bin/showfile.exe?CISOROOT=/judicial&CISOPTR=218> (last visited June 14, 2012).

⁸² Dann & Hansen, *supra* note 80, at 1438-1439.

⁸³ *Id.* See also: Marla N. Greenstein, Dan Hall & Jane Howell, *Improving the Judiciary through Performance Evaluations*, reprinted from Chapter 19, *Improving the Judiciary through Performance Evaluations.*” GORDON M. GRILLER, E. KEITH STOTT, JR, *THE IMPROVEMENT OF THE ADMINISTRATION OF JUSTICE*, 7TH EDITION, 2001. Available at: http://www.ncsconline.org/WC/Publications/KIS_JudPerJudiciaryPub.pdf (last visited June 14, 2012).

⁸⁴ Dann & Hansen, *supra* note 80, at 1439.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ For the American Bar Association’s Black Letter Guidelines for the Evaluation of Judicial Performance, see: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/jd/lawyersconf/pdf/jpec_final.authcheckdam.pdf (last visited June 14, 2012). For a review of the methodology and success of the Alaska, Arizona, Colorado and Utah programs – to achieve a sense of how these work – see Greenstein, Hall & Howell, *supra* note 82.

⁸⁷ Caufield, *supra* note 2, at 275-276. I am talking about merit selection in detail in Part III.

⁸⁸ It is just as important to note that according to several other commentators and studies, there can be no link established between judicial selection methods and diversity on the bench. Malia Reddick, Michael J. Nelson, and Rachel Paine Caufield, *Examining Diversity on State Courts: How Does the Judicial Selection Environment Advance – and Inhibit – Judicial Diversity?*, 2010. Available at:

and fairness in a number of important ways, the importance of enhancing diversity on the bench cannot be overstated.⁸⁹ Since findings vary from court level to court level and significantly differ with regards to gender and racial diversity, the framework of this Article does not permit me to examine the issue in the detail that it would deserve; nevertheless, it is essential to note that the linkage between bench diversity and selection methods has to feature as a significant part in the debate around judicial election.⁹⁰

2.4. Restrictions on State Judicial Campaigns

As noted in the previous section on key Supreme Court decisions regarding state judicial elections, there are various restrictions pertaining to these campaigns. Some of these restrictions are part of the federal election canon and state election laws applying to all elections,⁹¹ while other restrictions apply specifically to judges and they are usually contained in state codes of judicial conduct.

Regarding election law, as the Supreme Court has indicated, federal law and jurisprudence is the starting point for regulation.⁹² As for campaign expenditures by outside parties, *Citizens United* will no doubt lead to – and to a certain extent, has already done so – significant consequences in this area, as alluded to previously. Spending by advocacy groups, corporations and even unions will no doubt intensify in state judicial elections, especially for state supreme court seats.

Prior to *Citizens United*, twenty-two states prohibited corporations from using general treasury funds for independent expenditures and two other states placed severe restrictions on corporate campaign spending.⁹³ These restrictions are now considered unconstitutional under

http://www.judicialselection.us/uploads/documents/Examining_Diversity_on_State_Courts_2CA4D9DF458DD.pdf (last visited June 14, 2012).

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ The above cited Article by Reddick, Nelson and Caufield contains an excellent study on the relationship between judicial selection methods and gender and racial diversity, broken down to court levels, and taking into account a number of factors, such as the legal framework, regional differences, and political environment, to name but a few. The study establishes the importance of treating and examining gender and racial diversity differently, as well as the importance of conducting separate studies per court levels. *Id.*

⁹¹ For a state-by-state crack down of campaign finance regulation, see the summary of American Judicature society. Available at http://www.judicialselection.us/judicial_selection/campaigns_and_elections/campaign_financing.cfm?state (last visited June 13, 2012).

⁹² Ciara Torres-Spelliscy, *Transparent Elections After Citizens United*, Brennan Center for Justice, 5(2011) (Arguing that federal regulation represent the floor, not the ceiling, with regards to campaign finance regulations, with reference to *McConnell v. FEC*, 540 U.S. 93 at 207-08 (2003)(quoting Buckley)).

⁹³ Skaggs, *supra* note 11, at 8.

Citizens United; some state legislatures have started to repeal the laws that put them in place, and in others, state courts have invalidated such laws.⁹⁴ Even prior to *Citizens United*, up until the adoption of the Bipartisan Campaign Reform Act of 2003, corporations could escape the limits of campaign finance law by using the “issue advocacy” loophole.⁹⁵ Nevertheless, in the states that had restrictions on corporate campaign spending, corporations did in fact spend significantly less in judicial races.⁹⁶ Now with *Citizens United*, corporations can freely use their general treasuries to fund independent ads, even if they can’t contribute directly to campaigns, and the result will no doubt be increased corporate – and union – spending. As the Brennan Center for Justice notes, in those states where campaign spending by corporations was not restricted previously, corporate spending represented a much greater proportion of overall election spending than in those states where restrictions were in place.⁹⁷ As for other “big spenders”, such as political action committees and now SuperPACs, and special interest groups that are not in the corporate form, they can spend as before on supporting such campaigns.⁹⁸ In fact, their spending will probably increase with SuperPACs on the rise and with increased spending by everyone else.

At the same time, disclosure rules are still constitutional after *Citizens United*. As Ciara Torres-Spelliscy for the Brennan Center for Justice argues, these rules need to be strengthened in this new campaign finance climate to provide for transparency in the democratic process, despite the increase in the influx of money in elections.⁹⁹ Contribution

⁹⁴ See e.g. *Ritter v. FEC*, 227 P.3d 892 (Colo. 2010).

⁹⁵ The issue advocacy loophole was a consequence of one of the most (in)famous campaign finance decisions in the U.S., *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976). *Buckley*, in interpreting the 1974 Federal Election Campaign Act Amendments (‘FECA’), *supra* note 66, distinguished between issue advocacy and express advocacy. The independent expenditure limitations of the law – in the Court’s construction – only applied to “expenditures for communications that in express terms advocate the election or defeat of a clearly identified candidate for federal office”. *Buckley*, 424 U.S. at 44. Thus advertising that uses the “magic words” of “Elect John Doe” or “Defeat Jane Doe” is subject to campaign finance regulations. Issue advertising, that is advertising that avoids the use of these terms, is not subject to the restrictions that apply to express advocacy; placing burdens on such speech would be a violation of the First Amendment. The Bipartisan Campaign Finance Reform Act of 2002 did away with the issue ad loophole by creating a new category (electioneering communications) that are now subject to disclosure and regulation. I have written elsewhere in detail about campaign finance regulations in the U.S., including *Buckley* and the express/issue advocacy question. See: Olivia Radics, *Campaign Finance Law and Corporate Political Speech in the U.S. in Light of Citizens United v. FEC*, *De Iurisprudentia et Iure Publico*, 2011/3. Available at: http://dieip.hu/2011_3_10.pdf. See also: Goldberger, *supra* note 22, at 38-39; Trevor Potter and Kirk L. Jowers, *Speech Governed by Federal Election Laws*, *THE NEW CAMPAIGN FINANCE SOURCEBOOK* (Anthony Corrado et als. eds., Brookings Institute 2005), at 205-231; Torres-Spelliscy, *supra* note 91, at 4.

⁹⁶ Skaggs, *supra* note 11, at 8.

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ Goldberger, *supra* note 22, at 40.

⁹⁹ Torres-Spelliscy, *supra* note 91, at 3.

limits – for now – are also still constitutional, as long as they are not too low.¹⁰⁰ There is, however, a concentrated attack against campaign finance legislation in general, and the coming years will be decisive with regards to its fate.¹⁰¹

Campaign activity by judges and judicial candidates themselves is severely restricted. Notwithstanding the effect of *White*, judicial candidates still face a number of restraints with regards to their contact and communication with voters.¹⁰² The American Bar Association amended portions of the Model Code of Judicial Conduct in the aftermath of *White*. While the “announce clause” has been eliminated since 2001, the “pledges and promises” clause has been reinforced.¹⁰³ A newly added section of the Model Code requires disqualification if the judge “while a judge or a candidate for judicial office, has made a public statement, other than in court proceeding, judicial decision or opinion, that commits or appears to commit the judge to reach a particular result or rule in a particular way in the proceeding or the controversy”,¹⁰⁴ and according to Rule 2.10, judges may not make public statements regarding pending or impending cases.¹⁰⁵ Other relevant parts of the Canon emphasize the importance of freedom from external influences with regards to judges’ conduct, such as freedom from fear from criticism, the impermissibility of allowing familial, social, financial or other interests influence the decision-making of the judge, and the Canon also states that “the judge shall not convey or permit others to convey the impression that any person or organization is in a position to influence the judge.”¹⁰⁶ These restrictions are often reflected to one extent or another in state judicial conduct codes as well, and they restrict the speech of judges and judicial candidates during their campaign for office as well as their time on the bench.

¹⁰⁰ *Randall v. Sorrell*, 548 U.S. 230 (2006) (invalidating Vermont’s contribution limits, ranging from \$200 to \$400).

¹⁰¹ See e.g.: <http://prospect.org/article/citizen-bopp> (last visited July 13, 2012).

¹⁰² Goldberger, *supra* note 22, at 16.

¹⁰³ See: Cynthia Gray, Center for Judicial Ethics, *Developments Following Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765 (2002), 1 (2012). Available at: <http://www.ajs.org/ethics/pdfs/DevelopmentsafterWhite.pdf> (last visited June 14, 2012). This report also discusses changes made by each state in the aftermath of the *White* decision regarding speech by judges and disqualification of judicial candidates and judges.

¹⁰⁴ ABA Model Code of Judicial Conduct Canon 2.11 (A)(5).

¹⁰⁵ ABA Model Code of Judicial Conduct Canon 2.10 (A). Several state codes of judicial conduct also prohibit the candidates from speaking on pending cases. See: Goldberger, *supra* note 22, at 22-23 (arguing that this kind of restriction denies voters access to information that is of immediate relevance, and it provides for a one-sided flow of information, since the incumbent judge, who is involved in deciding the pending case, cannot respond to criticism or attacks regarding his past handling of the case by his challengers).

¹⁰⁶ ABA Model Code of Judicial Conduct, Canon 2.4(A)(B)(C). In comment, the Canon states: “Confidence in the judiciary is eroded if judicial decision making is perceived to be subject to inappropriate outside influences.”

As for campaign and political activities, judges are severely limited in these in order to preserve their independence. Candidates are generally not permitted to hold political office,¹⁰⁷ or to endorse political candidates,¹⁰⁸ identify as affiliated with a political party,¹⁰⁹ or contribute to political campaigns,¹¹⁰ and they are also prohibited from accepting endorsements from political parties,¹¹¹ or “personally solicit, or accept campaign contributions for the private benefit of the judge, the candidate, or others.”¹¹² There are, however, several exceptions from these rules, contained in Rule 4.2 of the Canon, that allow candidates in certain selection methods to participate in some of the above activities during their campaign.¹¹³ Nevertheless, judges and judicial candidates cannot personally solicit campaign contributions, but they can campaign on their own behalf and are allowed to establish campaign committees that can solicit funds for them.¹¹⁴

These rules create significant obstacles for judges to engage in campaign activities, especially with regards to communication with the voters and seeking contributions, in order to ensure impartiality and the appearance of impartiality and independence on the part of the candidates and judges. In other words, the rules serve to insulate judges – as much as possible – from outside influence. Nevertheless, this insulation – while necessary to strengthen judicial independence and impartiality – can also backfire, especially when interest groups and corporations flood judicial campaigns with money and negative attack ads, often leaving the candidates – whether challengers or incumbents – without effective ways to respond. While it is absolutely certain that all of the above rules, as said, are necessary to protect the independence of judges and the judiciary, it is also probable that to ensure the continued integrity, impartiality and independence of the judicial branch and individual judges, it is not necessarily these rules that need to be pulled tighter. Regulation must come from the campaign finance side, and other methods for the selection of state judges must be examined as well.

¹⁰⁷ ABA Model Code of Judicial Conduct Canon 4.1 (A)(1).

¹⁰⁸ ABA Model Code of Judicial Conduct Canon 4.1 (A)(3).

¹⁰⁹ ABA Model Code of Judicial Conduct Canon 4.1 (A)(6).

¹¹⁰ ABA Model Code of Judicial Conduct Canon 4.1 (A)(4).

¹¹¹ ABA Model Code of Judicial Conduct Canon 4.1 (A)(7).

¹¹² ABA Model Code of Judicial Conduct Canon 4.1 (A)(8).

¹¹³ ABA Model Code of Judicial Conduct Canon 4.2.

¹¹⁴ ABA Model Code of Judicial Conduct Canon 4.4.

3. Judicial Selection Methods in a Historical Perspective

Although the main focus of this Article is state judicial elections, for a comprehensive understanding of state judiciaries, all methods of selection for state judges currently or previously employed need to be examined in a historical context. The method(s) that a country chooses to select members of its judiciary branch is of a formative force with regards to its constitutional balance¹¹⁵. As Sandra Day O'Connor said in 2009: "The question of how we choose our judges, whom we entrust to uphold and interpret our laws, speaks to foundational principles of our judiciary and, indeed, our nation."¹¹⁶

Even during the revolutionary period, the selection method of judges was a question of primary importance. As Lawrence Friedman notes:

"American statesmen were not naïve; they knew that what judges believed, and who they were, made a difference. How judges were to be chosen and how they were supposed to behave was a political issue in the Revolutionary generation... State after state – and the federal government – fought battles over issues of selection and control of the judges."¹¹⁷

The states initially favored *appointment*. This principally meant legislative appointment,¹¹⁸ in large part to avoid the stigma that was attached to colonial era judges who were appointed by the executive branch and who were usually loyal to the Crown.¹¹⁹ The legislative appointment of judges meant that voters had at least an indirect say in the selection of judges; it also reinforced the American ideal of checks on power from below.¹²⁰ Another reason for establishing legislative control over the appointment of state judges was the fact that in colonial times – as well as in the years after the Revolution –, the demarcation line between

¹¹⁵ See: Mark S. Cady & Jess R. Phelps, *Preserving the Delicate Balance between Judicial Accountability and Independence: Merit Selection in the Post-White World*, 17 CORNELL J. L. & PUB. POL'Y. 343, 346 (2008)

¹¹⁶ Sandra Day O'Connor, *The Essentials and Expendables of the Missouri Plan*, Earl F. Nelson Lecture, University of Missouri School of Law (presented at the University of Missouri School of Law, Feb. 27, 2009). Available at: <http://law.missouri.edu/lawreview/docs/74-3/OConnor.pdf>. (last visited July 16, 2012).

¹¹⁷ Lawrence M. Friedman, *A HISTORY OF AMERICAN LAW* 80 (3rd ed. 2005).

¹¹⁸ Among the thirteen original states, eight provided for legislative appointment by one or both houses, and five used gubernatorial appointment with concurrence by the legislation. Most states provided for lifetime appointment, with good behavior. Joseph R. Grodin, *Developing a Consensus of Constraint: A Judge's Perspective on Judicial Retention Elections*, 61 S. CAL. L. REV. 1969, 1970 (1988).

¹¹⁹ See also F. Andrew Hanssen, *Learning about Judicial Independence: Institutional Change in the State Courts*, 33 J. LEGAL STUD. 431, 440 (2004). See also: Grodin, *supra* note 117, 1970. As Grodin notes, the King's power to appoint and remove judges was deeply resented by the colonist; the Declaration of Independence listed amongst one of its grievances the Crown's such power.

¹²⁰ *Id.* at 81. See also: Hanssen, *supra* note 118, 440.

judicial and lawmaking functions was still not clear: “To early Americans, lawmaking and judging were not the essentially distinct activities that they would become.”¹²¹ Thus, the first twenty-nine states used legislative appointment for selecting their judges.¹²²

This shift from executive appointment to legislative appointment was followed by another shift – this time towards elections – during the presidency of Andrew Jackson (1829-1837).¹²³ Two developments lead here: the emergence of what came to be called “Jacksonian democracy”, a movement – spearheaded by the President himself – that emphasized the importance of popular control over democratic institutions and lead to a rise in direct elections and an eroding trust in elected legislatures,¹²⁴ and at the same time, as state constitutions started to contain more elements of control over the legislative branch, the state judiciary naturally started to emerge as the executor of this control.¹²⁵ Other forces, such as court reformers, were intent on providing the judicial branch with its own “independent base of power” and to raise its prestige by removing the power of selection from the legislature.¹²⁶ Thus one objective was to provide more independence to the judiciary from the appointing legislative or in some cases, executive branch, and another – sometimes perceived as contrary – goal was to increase judicial accountability to the populace, in part by lessening “the power of judges to impose a vision of society different from the people’s.”¹²⁷ This latter objective expressed criticism and resentment towards the countermajoritarian role that the majority of the Founders envisioned for the judiciary during the Revolutionary period.¹²⁸

¹²¹ Hanssen, *supra* note 118, at 444.

¹²² Cady & Phelps, *supra* note 114, at 349.

¹²³ *Id.* at 349.

¹²⁴ Hanssen, *supra* note 118, at 445-446. Legislatures were increasingly viewed with criticism for providing “special favors” and for incurring debts and deficits.

¹²⁵ *Id.* at 447-448.

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ Michael R. Dimino, *Pay No Attention to That Man Behind the Robe: Judicial Elections, the First Amendment, and Judges as Politicians*, 21 YALE L. & POL’Y REV. 301, 311 (2003).

¹²⁸ John M. Walker, Jr., *Politics and the Confirmation Process: The Importance of Congressional Restraints in Safeguarding Judicial Independence*, 55 SYRACUSE L. REV. 1, 2 (2004): “The American constitutional experience rested, at the bottom, on an attempt to reconcile majoritarian rule, on the one hand, with the evident danger of majoritarian intemperance and oppression, on the other. Central to the Framers’ idea of necessary restraint on majoritarian rule was that majority power should be diffused and separated among the various branches of government. To achieve this separation, the Framers determined not only to separate the executive from the legislature, (...) but also to free the judicial branch from any direct influence by the legislature.”

These sentiments lead to the introduction of election of state judges in several states,¹²⁹ most notably in the ones that entered the Union following Jackson's presidency,¹³⁰ but some former states in the Union also changed their constitutions accordingly.¹³¹ The first state to elect at least some of its judges was Georgia (1812), and the first state to elect all of its judges was Mississippi (1832).¹³² By the Civil War, 24 of 34 states used popular elections to select members of their judiciary.¹³³ These popular elections were conducted along *partisan* lines, which were presumed to provide voters with more information regarding the political ideology of otherwise often little known judicial candidates.¹³⁴

Towards the end of the 19th century, it became clear that partisan elections do not provide real independence for the judicial branch, and in fact they are prone to render judges dependent on the very same political forces that they were supposed to shield them from.¹³⁵ As an alternative to partisan elections and as a means to limit the influence of special interest and other political forces, *nonpartisan judicial elections* started to gain popularity, and by 1927, twelve states adopted this method.¹³⁶ Some states adopted and then soon abandoned nonpartisan elections, mainly because voters were unable to make informed choices about candidates without party labels.¹³⁷ At the same time, judicial candidates were still preselected by the political parties, therefore it was soon recognized that nonpartisan elections offered little remedy to the problem of judicial dependence.¹³⁸

¹²⁹ As Steven Croley notes, it is difficult to pinpoint what exact factors lead to the adoption and rise of state judicial elections; this was probably the result of a number of parallel events and developments, such as the rise of Jacksonian democracy, the much criticized decision in *Marbury v. Madison*, that strengthened the role of the judicial branch in whole, judicial corruption, resistance to common law traditions, to name but a few. Steven P. Croley, *The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law*, 62 U.CHI.L. REV. 689, 717 (1995).

¹³⁰ All of the new states in the Union – joining after 1846 – chose popular election to select at least some of their judges until Alaska's admission in 1959. Larry C. Berkson & Rachel Caufield, JUDICIAL SELECTION IN THE UNITED STATES: A SPECIAL REPORT 1 (2005); <http://www.ajs.org/selection/docs/Berkson%205-09.pdf> (last visited April 20, 2012). See also: Rachel Paine Caufield, *In the Wake of White: How States are Responding to Republican Party of Minnesota v. White and How Judicial Elections are Changing*, 38 AKRON L. REV. 625, 627 (2005); Ferris K. Nesheiwat, *Judicial Restraint: Resolving the Constitutional Tension Between First Amendment Protection of Political Speech and the Compelling Interest in Preserving Judicial Integrity During Judicial Elections*, 24 QUINNIPIAC L. REV. 757, 758 (2006).

¹³¹ Cady & Phelps, *supra* note 114, at 349.

¹³² Berkson & Caufield, *supra* note 129, 1. See also: Caufield, *supra* note 129, 626-627.

¹³³ Berkson & Caufield, *supra* note 129, at 1.; Caufield, *supra* note 129, at 627.

¹³⁴ Judith L. Maute, *Selecting Justice in State Courts: The Ballot Box or the Backroom?*, 41 S. TEX. L. REV. 1197, 1204 (2000). There are also indications that more people vote when there is more information available about the candidates, such as party support.

¹³⁵ Cady & Phelps, *supra* note 114, at 350. See also: Berkson & Caufield, *supra* note 129, 1.

¹³⁶ Caufield, *supra* note 129, at 627. The first instance of using nonpartisan elections was in Cook County, Illinois, in 1873, based on an initiative by judges. See also: Berkson & Caufield, *supra* note 129, at 2.

¹³⁷ Caufield, *supra* note 129, 627.

¹³⁸ Berkson & Caufield, *supra* note 129, at 2. See also: Caufield, *supra* note 2, at 253.

As criticism of nonpartisan and partisan elective methods grew stronger, the search for a new method for selecting judges began anew. *Retention election* was used for the first time in California in 1934.¹³⁹ This system filled judicial vacancies by gubernatorial appointment with approval by a commission.¹⁴⁰ Not long after the initial appointment, judges thus appointed faced an uncontested retention election, where the voters would decide whether to keep them in their position or not.¹⁴¹ In 1937, the ABA endorsed retention election for judges.¹⁴²

As a parallel development, in 1906, Dean Pound's speech on *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* powerfully argued against the intertwinement of courts and politics: "Putting courts into politics and compelling judges to become politicians, in many jurisdictions has almost destroyed the traditional respect for the Bench."¹⁴³ In 1914, Albert Kales, a law professor at Northwestern University and director of research at the American Judicature Society put into practice the needed change Dean Pound talked about, and developed a plan of *merit selection*.¹⁴⁴

His original plan involved nomination of judicial candidates by a diverse and nonpolitical nominating commission set up by the state that also contained lay members. Appointees were to be selected by a chief justice.¹⁴⁵ This was later modified so that the final selection was to be made by the executive branch or a legislative body.¹⁴⁶ The plan was adopted in 1937 by the ABA, and included the element that judges thus selected must stand for periodic, non-competitive retention elections after their initial appointment expires.¹⁴⁷ These uncontested elections would provide for the accountability of judges by giving the public a chance to evaluate judges from time to time. Since the first state to apply this plan was Missouri in 1940, the merit selection plan is often referred to as the "Missouri Plan".¹⁴⁸ Thus the Missouri plan in essence adopted and refined the California retention election

¹³⁹ Attila Badó, A bírák kiválasztása, a tisztességes eljárás és a politika. A Pártatlanság megdönthető védelme, 54, in A BÍRÓI FÜGGETLENSÉG, A TISZTESSÉGES ELJÁRÁS ÉS A POLITIKA, (Attila Badó ed., Gondolat Kiadó 2011).

¹⁴⁰ Dann & Hansen, *supra* note 80, at 1442.

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ Roscoe Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, 29 A.B.A. Rep. 395 (1906).

¹⁴⁴ Jona Goldschmidt, *Selection and Retention of Judges: Is Florida's Present System Still the Best Compromise? Merit Selection: Current Status, Procedures, and Issues*, 49 U. MIAMI L. REV. 1, 8 (1994).

¹⁴⁵ *Id.* at 8.

¹⁴⁶ *Id.* at 9.

¹⁴⁷ *Id.* at 10.

¹⁴⁸ *Id.* at 2. The plan is sometimes also referred to as the merit plan, the Kales plan or the commission plan. Berkson & Caufield, *supra* note 129, at 2.

plan.¹⁴⁹ Currently twenty states use retention elections in some form; many use the Missouri Plan, while others have added a senate approval element or have modified the Plan in some way.¹⁵⁰

Merit selection plans intend to combine elements of judicial independence (initial selection by a nonpolitical commission based on “merit”) and judicial accountability (aimed to be ensured by periodic retention elections).¹⁵¹ This “best of both worlds” approach has been embraced by a large number of states and is currently in use in some form at some level of state judicial elections in thirty seven states and the District of Columbia.¹⁵² Although in recent times, fewer states have converted to its use than in the first decades after its conception, nevertheless those that have, have not abandoned it for a different method.¹⁵³

Merit selection does preserve the right to vote for judges, amidst the framework of retention elections, but this right to vote is conserved only in a diminished form.¹⁵⁴ And while merit selection places emphasis on the quality of the candidates selected, and the elimination of partisanship from the selection process, it is important to note that the appointment process is not entirely free from the latter, since governors often choose their appointees based on political affiliation.¹⁵⁵ It is also worth noting that voter apathy in merit plans is even more endemic than in elections; the non-competitive nature of the race seems to stymie interest in the candidates and often leads to decreased voter turnouts.¹⁵⁶ Critics also argue that voter choice is narrowed with the use of noncompetitive retention elections, and that these elections rarely result in a loss for the incumbent judge.¹⁵⁷ As Rachel Paine Caufield notes, however, this argument implies that elections only reach their purpose if an incumbent judge is

¹⁴⁹ *Supra* notes 143-147.

¹⁵⁰ Dann & Hansen, *supra* note 80, at 1443. For a state-by-state comparison, *see*: <http://www.impartialcourts.org/pdf/State-by-State.pdf> (last visited June 14, 2012).

¹⁵¹ Caufield, *supra* note 26, at 573-575.

¹⁵² *See*: http://www.judicialselection.us/uploads/documents/Judicial_Merit_Charts_0FC20225EC6C2.pdf (last visited April 20, 2012); http://www.judicialselection.us/judicial_selection/methods/selection_of_judges.cfm?state= (last visited April 20, 2012). The American Judicature Society also published a summary of the current status of the merit selection plan on its website, containing a state-by-state breakdown, available at: http://www.judicialselection.us/uploads/documents/Judicial_Merit_Charts_0FC20225EC6C2.pdf (last visited April 20, 2012).

¹⁵³ Caufield, *supra* note 2, at 255.

¹⁵⁴ Geyh, *supra* note 5, at 55-56.

¹⁵⁵ *Id.* at 56.

¹⁵⁶ *See*: Varsho, *supra* note 73, 469-470; Dann & Hansen, *supra* note 80, at 1437.

¹⁵⁷ A study of retention elections between 1964-2006 by Larry Aspin shows that retention elections still routinely result in a confirmation of the incumbent judge. Larry Aspin, *Judicial Retention Election Trends 1964-2006*, 90 JUDICATURE 208, 213 (2007).

removed.¹⁵⁸ Despite the criticism, it seems that most states that have adopted a merit selection system for choosing some or more of their judges are content with their choice. The plan seems to afford a carefully balanced compromise between the complementary goals of judicial accountability and judicial independence, the subjects of the following section. Another important factor to take into account with regards to merit selection plans is that they tend to result in judges who rank better in terms of competence, fairness and quality, as well as judicial ethics, than judges chosen by other selection methods.¹⁵⁹

As discussed above, currently the following judicial selection systems are in use in the U.S.: gubernatorial or legislative appointment, partisan, non-partisan and retention elections, and a hybrid system (election/appointment)/the merit plan.¹⁶⁰ As you can see, these selection methods are either appointment or election-based, or a combination of these. At present, thirty-nine states elect at least some of their judges,¹⁶¹ but only eight states select all of their judges through partisan elections.¹⁶² Thirteen states use nonpartisan elections to select judges.¹⁶³ Altogether, 9 out of 10 of all state judges (87%) run in election either to gain their seat in the first place or to retain it.¹⁶⁴ Even merit selection plans tend to contain an elective element in the form of retention elections, which despite their non-competitive nature, still establish a form of voter control. Elections are thus a core element of the judicial selection system in the U.S. on the state level, and are unlikely to be easily overhauled.

As discussed in detail in the following section, two concepts: judicial independence and judicial accountability have the most to do with defining the direction in which a state goes in selecting a method.¹⁶⁵ States prioritizing judicial accountability will lean towards judicial elections, whereas states favoring judicial independence will probably opt for appointment or merit selection plans.

¹⁵⁸ Caufield, *supra* note 26, 577.

¹⁵⁹ *See supra* note 85.

¹⁶⁰ Cady & Phelps, *supra* note 114, at 349. Selection methods for the judiciary are outlined in the state constitutions. *See:* http://www.judicialselection.us/judicial_selection/reform_efforts/altering_selection_methods.cfm?state= (last visited April 20, 2012).

¹⁶¹ Dorothy Samuels, *The Selling of the Judiciary: Campaign Cash 'in the Courtroom'*, N.Y. TIMES, April 14, 2008. Available at: <http://www.nytimes.com/2008/04/15/opinion/15tues4.html> (last visited January 17, 2012). The American Judicature Society has compiled comprehensive information on judicial selection processes in each state, providing an invaluable database for such inquiries. *See:* <http://www.judicialselection.us/> (last visited January 17, 2012).

¹⁶² Without Fear or Favor in 2011, *supra* note 12, at 26.

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ Skaggs, *supra* note 11, at 2.

¹⁶⁵ Cady & Phelps, *supra* note 114, at 347.

4. Judicial Independence and Judicial Accountability

“An accountable judiciary without any independence is weak and feeble. An independent judiciary without any accountability is dangerous.”

Stephen B. Burbank¹⁶⁶

4.1. Judicial Independence

The lack of a uniform method of selection for state judges is symbolic of the absence of understanding regarding the role and status of the judiciary. As David E. Pozen notes, “Americans are conflicted about how we select our judges because we are conflicted about what we want them to do.”¹⁶⁷ America wants its judges to be independent from the other branches of government, it wants them to be above the reach of politics, but it also wants them to be accountable to the people in some ways – usually by way of popular elections. Elections provide a way to exercise the control from below that Americans are so fond of, but it also renders the judges susceptible to political and ideological battles, which stands at odds with the neutrality and impartiality that is required of them.¹⁶⁸ Thomas Jefferson wrote of the judicial function: “When one undertakes to administer justice, it must be with an even hand, and by rule; what is done for one must be done for everyone in an equal degree.”¹⁶⁹ It is the independence of the judiciary that can assure that this is so, but too much independence is also considered dangerous. This is why “judicial elections, including retention elections, illustrate profound and irreconcilable tensions” in American democracy.¹⁷⁰

At issue here are two concepts: judicial *independence* and judicial *accountability*. Over the course of the American history of judicial selection, these two concepts have battled for recognition and dominance, with varying success in achieving balance.¹⁷¹ As Malia Reddick writes:

¹⁶⁶ Stephen B. Burbank, *What Do We Mean by “Judicial Independence”?*, 64 OHIO ST. L. J. 323, 325 (2003).

¹⁶⁷ David E. Pozen, *The Irony of Judicial Elections*, 108 COLUM. L. REV. 265, 272 (2008).

¹⁶⁸ See e.g.: Goldberger, *supra* note 22, at 1.: “The widespread use of judicial elections to select state judges continues to create a serious tension between our respect for elections as a preferred mechanism to select our state court judges and our desire to have judges who are sufficiently removed from politics to be fair and impartial decision-makers.”

¹⁶⁹ Thomas Jefferson, as quoted in Caufield, *supra* note 2, 251.

¹⁷⁰ Caufield, *supra* note 26, at 573.

¹⁷¹ See: Without Fear or Favor in 2011, *supra* note 12, at 21.

“Generally, judicial independence refers to the common law tradition of a judiciary that is institutionally immune from outside political pressures in the resolution of individual cases, whereas judicial accountability comports with democratic principles and allows the judiciary to be responsive to changes in public opinion.”¹⁷²

The United Nations defined the contours of judicial independence in the 1985 *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* by emphasizing decision-making by judges “without any restrictions, improper influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter for any reason”.¹⁷³ In 2007, the American Bar Association endorsed this definition.¹⁷⁴

It is important to note that judicial independence is important in both the *institutional* sense (i.e. that the entire judicial branch should be independent from pressure from the other two branches of power, as in the doctrine of the separation of powers), and as *decisional* independence, which concerns the individual judge’s freedom from outside influence in the decision-making process.¹⁷⁵ In the American democratic system, both aspects of judicial independence are invaluable: institutional independence – firmly established for the federal judiciary in *Marbury v. Madison*¹⁷⁶ – is essential in drawing constitutional boundaries around the legislative and the executive branch in order to exercise a check over them, whereas decisional independence is necessary to insure judicial integrity and impartiality. As John Ferejohn and Larry Kramer note: “Independent judging makes it possible that substantive

¹⁷² Malia Reddick, *Merit Selection: A Review of the Social Scientific Literature*, 106 DICK. L. REV. 729, 729 (2002).

¹⁷³ U.N. Dept. Int’l Econ. Soc. Affs., U.N. Secretariat, Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Aug. 26-Sept. 6, 1985, *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, 59, U.N. Doc. A/CONF.121/22/Rev.1 (1985), available at: <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/i5bpj.htm>.

Certain forms of pressure are inevitable and permissible, as John A. Ferejohn and Larry D. Kramer note, such as the legislature changing the applicable law, a fact that needs to be expressed in judicial decisions as well. John A. Ferejohn & Larry D. Kramer, *Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint*, 77 N.Y. U. L. REV. 962, 965 (2002).

¹⁷⁴ See: David Pimentel, *Reframing the Independence v. Accountability Debate: Defining Judicial Structure in Light of Judges’ Courage and Integrity*, 57 CLEV. ST. L. REV. 1, 4-5 (2009).

¹⁷⁵ *Id.* at 11.

¹⁷⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Interestingly, although not surprisingly, given the background of *Marbury v. Madison*, Thomas Jefferson, who had been a supporter of life tenure for judges to ensure independence for the branch, argued for limited terms and election for judges following *Marbury v. Madison*. Concerns about unelected judges intensified in the aftermath of this groundbreaking decision. Croley, *supra* note 128, at 715.

rules adopted now will be reliably upheld in the future, even in the face of strong temptations to do otherwise.”¹⁷⁷

This leads us to our next point: the judiciary also has the responsibility to provide protection for the minority from the preferences of a perpetually shifting majority by upholding individual rights. This “countermajoritarian independence”¹⁷⁸ concerns both institutional and decisional independence, and it is through the concept of *judicial review* that it has gained reality – and teeth – in the U.S. Judicial review is what ties together the concept of democracy – rule by many, – and constitutionalism – the creation of restraints on the will of the majority, in order to protect individual rights, usually in the form of a constitution – in the American system of government, since it is the judiciary that is charged with the authoritative interpretation of the Constitution.¹⁷⁹

Judicial review has changed much about the way the public sees the judiciary.¹⁸⁰ By exercising judicial review, the branch that was formerly seen as the weakest even by the Founders themselves,¹⁸¹ suddenly gained power, as noted by Rachel Paine Caufield.¹⁸² Many express and have long expressed dissatisfaction and alarm at the judiciary’s power to overrule the majority’s decisions. This is to be expected. But a fundamental tenet of the American justice system is that one of its core functions “may be to protect the minority from the ‘tyranny of the majority’”.¹⁸³ The Founders, as Erwin Chemerinsky points out, were very much wary of majoritarianism; quoting Charles Beard, he writes: “majority rule was

¹⁷⁷ Ferejohn & Kramer, *supra* note 172, at 967.

¹⁷⁸ Sambhav N. Sankar, *Disciplining the Professional Judge*, 88 CALIF. L. REV. 1233, 1238-1239 (2000).

¹⁷⁹ Croley, *supra* note 128, at 702-707.

¹⁸⁰ Another facet of this issue is that the perception and popularity of the current Supreme Court and its decisions have a definitive influence on how the population perceives judicial review. Jill Lepore writes in a *The New Yorker* article: “What people think about judicial review usually depends on what they think about the composition of the Court. When the Court is liberal, liberals think judicial review is good, and conservatives think it’s bad. This is also true the other way around.” Jill Lepore, *Benched: The Supreme Court and the Struggle for Judicial Independence*, *NEW YORKER*, June 18, 2012, at 78.

¹⁸¹ Note how Alexander Hamilton wrote of the weakness of the judicial branch as compared to the other two branches in *The Federalist No. 78*: “(...)the judiciary is beyond comparison the weakest branch of the three departments of power, (...) it can never attack with success either of the other two, and (...) all possible care is requisite to enable it to defend itself against their attacks. It equally proves, that though individual oppression may now and then proceed from the courts of justice, the general liberty of the people can never be endangered from that quarter, (...) so long as the judiciary remains truly distinctive from both the legislature and the Executive.” In a footnote, Hamilton concludes, citing Montesquieu: “Of the three powers above mentioned, the judiciary is next to nothing.” Alexander Hamilton, *The Federalist No. 78*. Available at: <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm> (last visited June 11, 2012).

¹⁸² Caufield, *supra* note 2, at 260.

¹⁸³ Pimentel, *supra* note 173, at 5.

undoubtedly more odious to most of the delegates to the Convention than was slavery.¹⁸⁴

James Madison thus wrote of the dangers inherent in the power of the majority:

“Wherever the real power in a Government lies, there is the danger of oppression.

In our Governments the real power lies in the majority of the Community, and the invasion of private rights is chiefly to be apprehended, not from acts of Government contrary to the sense of its constituents, but from acts in which the Government is the mere instrument of the major number of the constituents.”¹⁸⁵

This perspective was very much in line with the common sentiment during the 18th century that the legislative was indeed the most dangerous branch due to its close ties to the people.¹⁸⁶ Specifically during the revolutionary period in America, both the judiciary and the executive were thought of as relatively weak branches, and thus much less effort was made to draw boundaries around them to constrain their power.¹⁸⁷ At the same time, neither the executive, nor the judiciary was strong enough at first to exercise the kind of check on the legislature that had been originally conceived under the plan of separation of powers.¹⁸⁸

Besides the legislative and executive branches, today majoritarian pressures can come from other sources as well, such as the media.¹⁸⁹ Moreover, in today’s more intensive election climate, majoritarian pressures often become amplified through campaign spending by interest groups. As a result, state judicial elections become more and more similar to legislative elections: they are – as referred to earlier – “noisier, nastier, costlier”,¹⁹⁰ and it is the independence of the judiciary that becomes endangered in the process.

Judicial independence, as it stands today, is the result of a lengthy process, and is continuously shaped by the circumstances of every era, similarly in many ways to the institution of judicial review. In the first decades of the Republic, the judiciary was far from being the veritable third branch of power that it later became. Judicial independence mostly

¹⁸⁴ Erwin Chemerinsky, *Foreword: The Vanishing Constitution*, 103 HARV. L. REV. 43, 65(1989).

¹⁸⁵ Letter from James Madison to Thomas Jefferson (Oct. 17, 1788), as quoted in Ferejohn & Kramer, *supra* note 172, at 968.

¹⁸⁶ John Ferejohn, *Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence*, 72 S. CAL. L. REV. 353, 378 (1999).

¹⁸⁷ *Id.* at 379. As it turned out later, however, the power of the federal executive branch was underestimated by the Framers, and the executive was not timid in exercising more control over the judiciary than what was acceptable for an independent judicial branch. A good example of this is the battle over the makeup of the judiciary by Presidents John Adams and Thomas Jefferson. An interesting remark from Ferejohn is that the president was most dangerous to the judicial branch when he was most popular with the people – the same danger that Madison and others alluded to with regards to the legislature. *Id.* at 380-381.

¹⁸⁸ *Id.*

¹⁸⁹ Ferejohn & Kramer, *supra* note 172, 969-971.

¹⁹⁰ *Supra* note 4.

converged around the independence of individual judges or decisional independence, while institutional independence received significantly less attention.¹⁹¹ Emblematic of this is the fact that early constitutions generally left the structure of the courts unregulated.¹⁹² This also meant that originally legislatures still possessed significant influence over court structure, and the separation of powers principle was far from being realized. As Michael Buenger notes, “modern concepts of the judiciary’s institutional independence (...) are the result of a long evolutionary process, not the result of universal acceptance present at the Foundation of the Republic.”¹⁹³

On the federal level, it is mostly the power to decide whether a law passes constitutional muster – exercising judicial review – that has elevated the judiciary to become a separate branch,¹⁹⁴ whereas decisional independence was provided for by lifetime tenure and secure compensation.¹⁹⁵ On the state level, it took a series of structural transformations, such as the increasing supervisory roles of supreme courts and the introduction of modern court administration – at the most basic level – to reach the kind of institutional independence that we traditionally talk about with regards to the judiciary.¹⁹⁶ Individual independence never reached the same level as for federal judges, since lifetime tenure is not granted to state judges, and also because elections are still used in some form to select an overwhelming majority of state judges, and this also diminishes judicial independence.

The judiciary branch’s independence – in an institutional sense and both on the federal and state level – is also somewhat curtailed by the legislative branch’s power over their creation, and of the “purse”, their budget, as well as by the legislation’s power to determine the jurisdiction of the courts,¹⁹⁷ and the executive branch’s power over the “sword” – the enforcement of judicial decisions.¹⁹⁸ In Alexander Hamilton’s words:

“(...)In a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution (...). The Executive not only dispenses the honors, but

¹⁹¹ Michael L. Buenger, *supra* note 9, 1002-1005.

¹⁹² *Id.* at 1007-1008.

¹⁹³ *Id.* at 1009.

¹⁹⁴ *Id.* at 1024-1025.

¹⁹⁵ Mira Gur-Arie & Russell Wheeler, *Judicial Independence in the United States: Current Issues and Background Information*, Available at: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/JudIndep.pdf/\\$file/JudIndep.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/JudIndep.pdf/$file/JudIndep.pdf) (last visited May 4, 2012).

¹⁹⁶ Buenger, *supra* note 9, at 1016-1021.

¹⁹⁷ Ferejohn & Kramer, *supra* note 172, 984-987.

¹⁹⁸ Ferejohn & Kramer, *supra* note 172, at 982-983.

holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatsoever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.” (*emphasis in the original*)¹⁹⁹

It is also important to remark that complete decisional independence does not exist, nor should it be pursued as an objective.²⁰⁰ As many commentators urge, judicial independence – as well as judicial accountability, as we shall come to see – should serve as a “means to an end”,²⁰¹ the end being a judiciary that is impartial, that is true to the rule of law and that holds itself to consistent adjudicatory standards. In order for judicial independence to reach this end, it needs to be balanced by a certain degree of judicial accountability in order to ensure democratic control over the judiciary and to provide safeguards against arbitrary decision-making. In theory, everyone seems to agree readily that judicial independence and judicial accountability should and could easily co-exist and complement each other. It is in the practical application of these concepts that problems tend to arise.

4.2. Judicial Accountability

It is challenging to draw clear margins around judicial independence, since – as alluded to earlier – a certain degree of accountability is necessary to complement it. Judicial accountability serves a number of functions that are often so intertwined that we fail to properly distinguish them. It is connected to establishing and maintaining public confidence in the courts – very much like judicial independence is for other reasons –, and it is a means of providing democratic control over the judiciary. We cannot forget that – especially with the evolution of judicial review – the judiciary is still a political branch, although admittedly much less than the executive and the legislative branches. While it is true that judges cannot be as responsive to the will of the populace as other elected officers need to be, nevertheless,

¹⁹⁹ The Federalist No. 78, *supra* note 180.

²⁰⁰ For once, the separation of powers dictates that none of the three branches can exercise full independence in disregard of the decisions of the other two branches. *See*: Burbank, *supra* note 165, at 327.

²⁰¹ Burbank, *supra* note 165, at 324. *See also*: Ferejohn & Kramer, *supra* note 172, at 963-964.

certain political concerns have always surrounded the function and status of the judiciary, and more and more so today, as judges make more and more policy decisions, be this a welcome development or not. That is also why the complete independence of the judicial branch will never be realized; nor should it. At the same time, while a certain degree of judicial accountability is a necessary feature of democracy, judges cannot be held accountable to the public will – or whim – in the same way as members or officials of the other branches need to be responsive. It is indeed this feature that makes the judicial branch unique and is in many ways a cornerstone of its status as a veritable third branch.²⁰²

Judges also need to be held accountable to the rule of law.²⁰³ It is imperative, as Sambhav Sankar notes, that “neutral principles rather than a judge’s personal preferences motivate her decision”.²⁰⁴ Moreover, judges need to adhere to certain standards of conduct and behavior – both on and off the bench.²⁰⁵ All this is essential for the legitimacy and integrity of the court system. Errors are unavoidable, but a difference should be drawn between honest mistakes and decisions that blatantly disregard the law. In the former case, correction is needed; in the latter, accountability is unavoidable. As Tennessee Justice Adolpho Birch put it: “Judicial independence is the judge’s right to do the right thing, or, believing it to be the right thing, to do the wrong thing.”²⁰⁶ Admittedly, outside the realm of theory, deciding the difference between an honest mistake and a deliberate overstepping of legal boundaries is a hard task, especially since probably no judge would admit to intentional wrong-doing.

For federal judges, accountability is ensured through the *politicized appointment process* and the possibility of *impeachment*.²⁰⁷ Following the appointment process, federal judges are tenured for life, which provides considerable insulation to members of the federal judiciary, especially considering the rather scarce use of the impeachment procedure.

With regards to the state judiciary, the states have recourse to a number of disciplinary methods when it comes to holding judges accountable for their actions in the course of or outside their work. *Impeachment* is one way to do so. Nearly all fifty states have the possibility of impeachment set out in their respective constitution, mostly with the

²⁰² Sankar, *supra* note 177, at 1238 - 1239.

²⁰³ Pimentel, *supra* note 173, at 15-16. *See also*: Charles Gardner Geyh, *Rescuing Judicial Accountability from the Realm of Political Rhetoric*, 56 CASE W. RES. 911, 916 (2006).

²⁰⁴ Sankar, *supra* note 177, at 1237 – 1238.

²⁰⁵ *Id.* at 1238.

²⁰⁶ Linda Greenhouse, *Judges Seek Aid in Effort To Remain Independent*, N.Y. TIMES, Dec. 10, 1998, at A20.

²⁰⁷ Sankar, *supra* note 177, at 1239.

legislative branch making the decision.²⁰⁸ The usual grounds for the procedure are “gross misconduct”, some type of “malfeasance”, or “maladministration”, to name but a few.²⁰⁹ Impeachment is not a common practice in the states, and as the American Judicature Society notes, in the past fifteen years only two judges have been successfully impeached.²¹⁰

Other removal options include the *legislative address*, provided for by only sixteen state constitutions, and as the AJS notes, a “remnant of colonial times”,²¹¹ *recall elections* for serious offenses,²¹² and *judicial conduct commissions*.²¹³ Judicial conduct commissions – first established in California in 1960 and now existing in every state – are the most used disciplinary method for state judges.²¹⁴ The procedure usually starts with a confidential investigation prompted by a complaint from a member of the public; after formal charges, a hearing is held which ends with a vote by the commission on the charges.²¹⁵ Sanctioning power resides either with the commission or upon the recommendation of the commission with the supreme court of the state.²¹⁶

4.2.1. Elections as Disciplinary Control

Besides the above disciplinary actions, which serve as a means of control, today *elections* are considered by many to serve as the primary vehicle for exercising a check over state judges.²¹⁷ Due to a lack of information about the candidates, their abilities and qualities on the voters’ part, judicial elections rarely, if ever, serve truly disciplinary purposes; rather, voters – if they vote at all – vote against unpopular decisions and therefore the main, and

²⁰⁸ American Judicature Society, Methods of Removing State Judges, http://www.ajs.org/ethics/eth_impeachment.asp (last visited May 3, 2012).

²⁰⁹ Usually the impeachment procedure starts with a House of Representatives vote on the impeachment. If it passes, the procedure follows in the state Senate with a trial, and a Senate vote on whether or not to convict.

Id.

²¹⁰ *Id.*

²¹¹ The legislative or bill of address allows the legislature to vote for the removal of a judge. This often requires gubernatorial consent as well. Most states use impeachment instead of legislative address these days. It is also a much broader category than impeachment, and covers a wide range of causes for removal. *Id.*

²¹² Recall elections exist only in a few states, and are applied only for serious offenses. It is a two-part process, starting with a recall petition from voters presented to elections officials, and in case the requisite number of signatures is met and there are no successful challenges to the petition, a recall election takes place where the judge is removed if the majority votes for his or her recall. *Id.*

²¹³ *Id.*

²¹⁴ *Id.*

²¹⁵ *Id.*

²¹⁶ Sanctions can range from reprimand through censure, fine, suspension, involuntary retirement to removal. *Id.*

²¹⁷ Geyh, *supra* note 5, at 49.

perhaps only, objective that judicial elections can in all fairness serve is democratic accountability.²¹⁸

The problem with using elections as the primary tool for disciplinary control is manifold. Judges may fear that as a consequence of their decisions, which can run contrary to the public will, they might lose reelection; this of course can influence their impartiality.²¹⁹ It is a dangerous development if judicial campaigns become a standardized vehicle for removing judges whose decisions run counter to the sentiments of the majority, and this is exactly the kind of danger that Madison warned about.²²⁰ It is worth noting that many special interest groups that target specific incumbent judges with whose prior decisions, judicial philosophy or political leanings they disagree, intend their well-funded, often very negative campaigns to send a message to other judges who might be of the same political or judicial sentiment.²²¹ It is hard – or in fact, almost impossible – to establish how often these warnings achieve their objective, but we can probably all agree that even one occasion is more than enough.

To serve a truly disciplinary purpose, voters should possess adequate information about judicial candidates, their credentials and their work on the bench. As noted earlier,²²² and as studies indicate, currently this is not the norm. Without reliable and adequately in-depth information about the candidates, it is hard to surmise that elections can serve the kind of disciplinary function that some commentators claim they do. It is also worth noting that the qualities that make a judge good at his profession do not always coincide with the qualities required to run a successful judicial campaign: “The worst of judges may run the best of campaigns and be reelected.”²²³

4.2.2. Elections as a Means of Democratic Control

Aside from the sort of disciplinary control that elections have come to signify, their other primary purpose is to hold judges accountable to the populace, especially since the judiciary has the power to overrule executive and legislative decisions: decisions that are made by

²¹⁸ Sankar, *supra* note 177, 1250-1251.

²¹⁹ Geyh, *supra* note 5, at 51-52.

²²⁰ *See supra* note 184.

²²¹ *See supra* note 20.

²²² *See supra* note 5.

²²³ IRENE A. TESTITOR & DWIGHT B. SINKS, JUDICIAL CONDUCT ORGANIZATIONS 2 (1980), as quoted in Sankar, *supra* note 177, at 1250.

elected, and thus accountable, officials. As discussed earlier, democratic accountability is an integral part of the system of checks and balances with regards to all three branches of power, including the judiciary. Complete independence cannot be a realistic or even desirable objective in a well-functioning democracy. Nevertheless, while judicial accountability is a necessary and complementing counterweight to judicial independence, judicial elections carry with them the danger of exposing the candidates to the same dangers that they had been threatened by from the other branches before their institutional independence was carved out. As Ferejohn and Kramer state: “Separating the judiciary from the other branches of government means little if judges are then subjected directly to the very same pressures that caused us to mistrust executive and legislative influence in the first place.”²²⁴

As detailed in Part II., these pressures are very real, and can have a profound effect on the functioning of the political system. Special interests have long tried to influence the legislative and executive branches; lobbying and fundraising for political campaigns provide the perfect avenues for that. With a laxer campaign finance environment – due to the deregulative impact of recent Supreme Court decisions, such as *Citizens United* –, campaign fundraising is spinning out of control for all three branches of government.²²⁵ Even judicial elections have become more high profile compared to previous decades, and money has taken center stage.²²⁶ As noted earlier, interest groups and corporations are foremost among the supporters of judicial campaigns. Many of those who donate or spend on these campaigns will at some point be involved in a case that may end up in front of the very judge whose campaign they had previously supported, as was the case in *Caperton v. Massey*. Obviously, when this happens, the impartiality of the judge is called into question, and grave doubts emerge as to whether due process was realized for all parties.²²⁷

Judicial elections may not be in and of themselves harmful to the image (and reality) of an impartial judiciary. It is elections coupled with robust campaign spending that distorts this otherwise democratic process.²²⁸ Lack of voter knowledge about the candidates is an additional facet of this issue. In other words, while elections may not be the best method for selecting state judges, they are not inherently bad for justice and due process, and can serve

²²⁴ Ferejohn and Kramer, *supra* note 172, at 969.

²²⁵ See *infra* Section II. 2.

²²⁶ See *infra* Section II. 1.

²²⁷ Brief of the Center for Political Accountability and the Carol and Lawrence Zicklin Center for Business Ethics Research as Amici Curiae Supporting Petitioners, *Caperton v. A.T. Massey Coal Company*, 129 S. Ct. 2252 (2009) (No. 08-22).

²²⁸ See: Brief of the Brennan Center for Justice at NYU School of Law et al. as Amici Curiae Supporting Petitioners, *Caperton v. A.T. Massey Coal Company*, 129 S. Ct. 2252 (2009) (No. 08-22).

accountability. Elections are, however, prone to many dangers, especially when money is allowed free reign. Corruption and the appearance of corruption or outside influence over judicial decisions can prove to be lethal to the integrity of the judiciary.

If the population loses faith in the integrity and fairness of the judicial system, the result can be devastating for this branch. As former Chief Justice of the Supreme Court of Texas, Thomas R. Phillips notes, “the authority of the ‘least dangerous branch’ rests almost entirely on the voluntary compliance with its rulings by the other branches of government and by the public at large”.²²⁹ In this respect, not only the actual independence of the court matters, but also its perceived impartiality and fairness.²³⁰ A lack of trust in the judiciary can impair the functioning of the entire democratic process; citizens who perceive the judiciary as biased might look for alternative ways to solve their disputes.²³¹

Fighting corruption and the appearance of corruption must start from the inside. It is very hard to control private interests attempting to exercise undue control over judges, especially in today’s deregulated and laxer campaign finance environment, not to mention the fact that beyond a certain point – what point that may be is, as it stands now, subject to an often fluctuating Supreme Court interpretation of free speech rights, – tempering with the individual rights of political participants in the marketplace of free speech will most likely be deemed unconstitutional. American constitutional jurisprudence has traditionally afforded robust protections to the freedom of speech, on several occasions to the hindrance of other constitutional rights. The current Supreme Court fully extended these robust protections to corporations as well with *Citizens United*, and corporations’ war chests can be almost bottomless, not to mention the fact that many of them have serious stakes at litigations in state courts. As for other forms of restraint on private actors – economic or social, – those might be even harder to establish from both a constitutional and democratic standpoint.²³² As John Ferejohn notes:

“(…)It is also clear that the democratic branches are dangerous as well, and that constitutional protections that private interests enjoy appropriately provide them with powerful protections against governmental attempts to check their powers or regulate their actions. Therefore, we should expect that, within a liberal

²²⁹ The Honorable Thomas R. Phillips, *Electoral Accountability and Judicial Independence*, 64 OHIO ST. L. J. 137, 144 (2003).

²³⁰ See: Commission to Promote Public Confidence in Judicial Elections, *Judicial Elections Report*, at 1. Available at: <http://www.nycourts.gov/reports/JudicialElectionsReport.pdf>.

²³¹ *Id.*

²³² Ferejohn, *supra* note 185, at 370 - 371.

democracy, the problem of private interests inappropriately influencing legal processes is likely to be chronic.”²³³

The problem is indeed chronic, as testified to by the numbers involved. But what are the solutions?

5. A Way Out? - Solutions

There is no shortage of proposed solutions to the dilemma presented by state judicial elections. The proposals differ in approach: some aim to reform election law, or more specifically, they would tighten campaign finance regulations, whereas others would initiate a change in selection methods, or they would eliminate judicial elections altogether.

1) Eliminating Contested Judicial Elections

Time and time again, the proposal to eliminate contested elections altogether arises, with merit selection being advanced as a replacement for elections.²³⁴ There have already been efforts to that extent in some states. In November 2010, Nevada held a ballot to decide whether to eliminate judicial elections and replace them with merit selection for high court judges; the ballot measure was defeated.²³⁵ Other states have also manifested plans to replace contested elections with some form of merit plan.²³⁶

While merit selection has proven to be a workable, balanced compromise between judicial independence and accountability, and is free from many of the flaws of judicial elections, it is – for the foreseeable future at least – quite improbable that contested elections will be dispensed with altogether in the fifty states. For now, competitive judicial elections seem to be much too ingrained in a majority of the states as a means of holding judges accountable to the populace; change will come slowly, or not at all in many places, as the Nevada ballot indicates.

²³³ *Id.* at 371.

²³⁴ Skaggs, *supra* note 11, at 13.

²³⁵ Associated Press, Nevada Voters Reject Judicial Ballot Measures, LAS VEGAS SUN, Nov. 3, 2010, available at <http://www.lasvegassun.com/news/2010/nov/03/nv-nevada-measures-2nd-ld-writethru/>.

²³⁶ Skaggs, *supra* note 11, at 13. Efforts are under way in Pennsylvania, Ohio and Minnesota to introduce merit selection as a replacement for competitive election.

2) *Campaign Finance Reform*

a) *Public Financing Plans for Judicial Elections*

In case traditional, competitive elections are here to stay, there are also suggestions to make elections cleaner; the adoption of public financing plans – perhaps similar to the one already in place for presidential elections²³⁷ – is one example.²³⁸ As a report by the Brennan Center for Justice points out, there is a wide range of models available – developed for various state and local elections in the past decades – that could serve as a guideline in the development of public financing system(s) for judicial elections.²³⁹ Based on the type of election for which it would be used (contested or retention elections, for instance), these models can be accordingly tailored.²⁴⁰ Within the public financing system, the most common variants are: direct cash grants to candidates, financing the campaigns fully or partially, complemented by an agreed spending limit for the candidates; tax breaks or cash refunds that reimburse campaign contributors to a certain extent; and in-kind benefits, such as free or reduced-priced advertising.²⁴¹

The first full public financing system for judicial elections was introduced in North Carolina in 2004.²⁴² Other states, such as Kentucky, Wisconsin (which would be rejoining), and Ohio, are also considering joining the public financing system in 2012.²⁴³ Indirect reimbursements in the form of tax breaks or cash refunds to campaign contributors can be combined with partial public funding, or can stand alone; their advantage is that they

²³⁷ The presidential public financing systems allows qualified presidential candidates to receive federal government funds to pay for their campaigns in both the primary and general elections. National political parties also receive federal funds for their nominating conventions. The first public funding program for presidential elections was administered by the Federal Election Commission in 1976, chiefly as part of the reform efforts in the aftermath of the Watergate scandal. The public financing system was set up by the 1974 FECA Amendments. 2 U.S.C. §431 et seq. (Public Law 92-225). In order to be eligible, candidates must agree to spending limits in their campaign. The system is financed from dollars voluntarily checked off by taxpayers on their federal income tax returns.

For a summary of the presidential public financing system, see: <http://www.fec.gov/pages/brochures/pubfund.shtml> (last visited June 26, 2011).

²³⁸ Skaggs, *supra* note 11, at 12.

²³⁹ Deborah Goldberg, Brennan Center for Justice, *Public Funding of Judicial Elections: Financing Campaigns for Fair and Impartial Courts*, 3, (2002), available at: http://brennan.3cdn.net/41535ba38d3d460fc6_kwm6b1ecu.pdf (last visited June 26, 2012).

²⁴⁰ *Id.* at 4.

²⁴¹ *Id.* at 6-7.

²⁴² *Id.* at 9. Such a scheme is in place in Minnesota, where both of these advantages have been noted in publicly financed judicial elections.

²⁴³ Bill Raftery, *New Public Financing Systems for Judicial Elections to be Considered in Kentucky, Ohio & Wisconsin*, Jan. 18, 2012, available at <http://gaveltogavel.us/site/2012/01/18/new-public-financing-systems-for-judicial-elections-to-be-considered-in-kentucky-ohio-wisconsin/> (last visited July 16, 2012).

encourage constituent support and reduce the size of contributions, and thus can have a positive effect on overall campaign spending.²⁴⁴

Deborah Goldberg argues that the system that would promote impartial courts best is the full public funding system, since this scheme reduces the most the influence of money on elections, and thus, on candidates.²⁴⁵ At the same time, it might also serve to advance diversity on the bench by encouraging qualified candidates without the support of a wealthy community as well as minority or women candidates to enter the race when they would otherwise be discouraged to do so.²⁴⁶ A full public financing system for judicial elections could be complemented with in-kind benefits – such as free television time or voter guides – that would also be useful in providing more information about the candidates.²⁴⁷ Also according to Goldberg, such a system would need to be complemented with contribution limits for those candidates that opt out of the public funding system, as well as adequate reporting requirements and adequate public access to the data thus gathered.²⁴⁸

b) Tightening Disclosure and Disclaimer Rules

As noted earlier, Citizens United has radically transformed the campaign finance landscape, and has made a significant step towards deregulation, by undoing limits on independent expenditures. Although tightening campaign finance rules would no doubt benefit state judicial elections by restricting the amount of money flowing into these elections, as a result of the Court's decision, the playing field in this area is very limited for regulators. Limits on independent expenditures are thus prohibited under the First Amendment after Citizens United, as has been reaffirmed (with regards to corporations) by the Court in a 5-4 decision in *American Tradition Partnership, Inc. v. Bullock* in June 2012.²⁴⁹ This means that many states

²⁴⁴ Goldberg, *supra* note 238, at 9.

²⁴⁵ *Id.* at 10.

²⁴⁶ *Id.*

²⁴⁷ *Id.*

²⁴⁸ *Id.* at 11-12. Reporting requirements should cover both candidates that participate in the public funding system and candidates that don't. It should also cover third party independent expenditure. Although reporting requirements exist in every state that holds judicial elections, full disclosure often fails because of campaign finance loopholes, such as the Supreme Court-orchestrated difference between express and issue advocacy (only spending on express advocacy needs to be reported). *Id.* at 14. For the difference between express and issue advocacy, *see: supra* note 94.

²⁴⁹ 567 U.S. (2012). The Supreme Court overturned a Montana Supreme Court decision that upheld a 1912 voter-approved ban on corporate political spending.

that have previously prohibited corporate and union spending in campaigns now find themselves in a radically transformed campaign finance landscape.²⁵⁰

However, other forms of campaign finance restrictions could still be applied in a constitutional manner in state judicial elections and these avenues of regulation gain added significance and urgency in today's laxer campaign finance climate. Campaign finance disclaimer²⁵¹ and disclosure rules have been constantly upheld as constitutional in the past three decades by the Supreme Court.²⁵² As corporate and union spending intensifies across the board, campaign finance disclosure becomes one of the primary tools of providing transparency in these elections. Since corporations and other big spenders often use intermediaries other than PACS, such as trade associations or other nonprofit entities, to hide their involvement in campaigns, existing state disclosure rules may have to be reformed to the extent that they could continue to provide effective disclosure to the public about such spending.²⁵³

Stringent and enforceable disclaimer and disclosure rules – especially if they provide easy access to reporting and data for the public – can be essential in providing the electorate with much needed information about the source of money in judicial campaigns, whilst potentially discouraging corrupt practices as well.²⁵⁴ “Sunlight is said to be the best of disinfectants”, Justice Brandeis famously said in 1913.²⁵⁵ Indeed. Transparency is the first baseline in campaign finance law; in the absence of effective, enforced disclosure laws, everything else stands on shaky foundations. So far, twenty-seven states have proposed more stringent disclosure and disclaimer rules, and thirteen states have passed such legislation, usually focusing on independent expenditures.²⁵⁶

²⁵⁰ Torres-Spelliscy, *supra* note 91, at 6.

²⁵¹ A campaign finance disclaimer is “a statement placed on a public communication that identifies the person(s) who paid for the communication and, where applicable, the person(s) who authorized the communication.” <http://www.fec.gov/pages/brochures/notices.shtml> (last visited July 11, 2012).

²⁵² Torres-Spelliscy, *supra* note 91, at 3, 8.

²⁵³ *Id.*

²⁵⁴ Torres-Spelliscy, *supra* note 91, at 8-9.

²⁵⁵ Louis D. Brandeis, *What Publicity Can Do*, Harper's Weekly, Dec. 20, 1913, at 10; electronic copy available at: http://c0403731.cdn.cloudfiles.rackspacecloud.com/collection/papers/1910/1913_12_20_What_Publicity_Ca.pdf (last visited July 5, 2012).

²⁵⁶ Lo, Londenberg, Nims & Weinberg, *supra* note 61, 25.

c) *Contribution Limits*

Contribution limits are still considered constitutional, and several states have proposed such limits, either in the form of a uniform limit on the amount that can be donated by any person or entity, or in the form of specific contribution limits for corporations.²⁵⁷ Contribution limits have been continuously upheld as constitutional by the Supreme Court in the past decades.²⁵⁸ Ever since *Buckley v. Valeo*, the Supreme Court has been adamant in treating contributions and independent spending differently. As the Court held: “a contribution serves as a general expression of support for the candidate and his views, but does not communicate the underlying basis for the support”.²⁵⁹ Since a contribution is more symbolic in nature than an expenditure, its expressive content does not have a direct relation to its quantity, or “the quantity of communication by the contributor does not increase perceptibly with the size of his contribution, since the expression rests solely on the undifferentiated, symbolic act of contributing”; therefore a cap on contributions does not affect the nature of the act and as such, does not pose a direct threat to free political speech.²⁶⁰ Capping contributions is thus less problematic from a constitutional standpoint than capping independent expenditures, which – more than simple gestures of support – aim to communicate a person’s own ideas. At the same time, the danger of *quid pro quo* corruption and bias is more pronounced in the case of campaign contributions than with independent expenditures, where – at least, theoretically – spenders do not coordinate their spending with the candidates.²⁶¹ Limiting contributions to judicial campaigns is thus still a constitutional option, as long as the rules are drawn narrowly.

Unfortunately, limiting contribution usually has the effect of increasing independent expenditures.²⁶² Besides, contribution limits can only be effective if tied with an effective disclosure regime, and constitutional only if they are not too low.²⁶³

²⁵⁷ *Id.* at 35. New Mexico has proposed a flat ban on attorney contributions to judicial campaigns. *Id.* at 36.

²⁵⁸ Low contribution limits were, however, struck down by the Court in *Randall v. Sorrell*, 548 U.S. 230 (2006) (invalidating Vermont’s contribution limits, ranging from \$200 to \$400). The Court reasoned that “contribution limits that are too low can also harm the electoral process by preventing challengers from mounting effective campaigns against incumbent officeholders, thereby reducing democratic accountability.” *Randall v. Sorrell*, 548 U.S., at 548-549.

²⁵⁹ *Buckley*, 424 U.S. at 21.

²⁶⁰ *Id.*

²⁶¹ *Id.* at 26-27.

²⁶² Lo, Londenberg, Nims & Weinberg, *supra* note 61, at 37-38.

²⁶³ *Id.* at 37. *See also: supra* note 257.

d) *Limiting Corporate Spending*

Corporate spending is endemic in all elections, judicial elections being no exception, and in the aftermath of Citizens United, this spending will no doubt only intensify. While limiting independent expenditures or making corporations to spend only through their PACs and not their general treasury funds is unconstitutional in light of the First Amendment, limits on corporate contributions to judicial campaigns will likely still be upheld against constitutional challenges.

Another option that is being pursued more intensively in both federal and state legislation is requiring shareholder (or sometimes board) consent for political spending.²⁶⁴ “Managerial misuse of shareholders’ money” has been a significant driving force behind campaign and corporate law regulations in the past century.²⁶⁵ Corporate political spending is often correlated with a negative effect on future excess returns in the long run, and is often indicative of deeper agency problems within firms.²⁶⁶ Unfortunately, neither corporate statutes, nor campaign finance law – especially after Citizens United – has managed to regulate such spending effectively.

The United Kingdom has successfully reformed its corporate political spending climate in 2000. While the U.K. allows for direct corporate donations in elections, since 2000,²⁶⁷ British companies are required to disclose political contributions to their shareholders, and even more importantly, they have to ask for permission from their shareholders before making such donations.²⁶⁸ It would of course be inconvenient, and next to impossible, to request shareholder authorization before each and every political expenditure that a company wishes to make. Under the British system, managers ask for a political budget for a year or longer for a certain sum, and shareholders vote on this proposal.

²⁶⁴ Lo, Londenberg, Nims & Weinberg, *supra* note 61, at 43-44.

²⁶⁵ Adam Winkler, *McConnell v. FEC, Corporate Political Speech, and the Legacy of the Segregated Fund Cases*, 3 ELECTION L.J. 361, 362 (2004).

²⁶⁶ Rajesh K. Aggarwal, Felix Meschke & Tracy Wang, *Corporate Political Donations: Investment or Agency*, 15. Available at: <http://ssrn.com/abstract=972670> (last visited July 13, 2012).

²⁶⁷ Political Parties, Elections, and Referendums Act, c. 41 §§ 139, 140 sched. 19 (2001), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/41/notes/contents>. The Companies Act was amended in 2006 to exclude trade unions from this rule. More interestingly, directors are jointly and severally liable for unauthorized political spending. Companies Act c. 46 §§ 369, 374 (2006). *See also*: Ciara Torres-Spelliscy, *Corporate Campaign Spending: Giving Shareholders a Voice*, fn. 56 (Brennan Center for Justice, 2010). Electronic copy available at: http://brennan.3cdn.net/54a676e481f019bfb8_bvm61vakn.pdf (last visited July 13, 2012); Ciara Torres-Spelliscy, *Corporate Political Spending & Shareholders’ Rights: Why the U.S. Should Adopt the British Approach*, quoting *TSC Indus v. Northway, Inc.*, 426 U.S. 438, 449 (1976) at 51 (Brennan Center for Justice, 2010). Electronic copy available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1474421 (last visited July 13, 2012).

²⁶⁸ Torres-Spelliscy, *supra* note 266, at 16.

Experiences with the reform in Britain have been positive. In general, corporate political spending has significantly dropped in the U.K. post-2000.²⁶⁹ While there is a general tendency to refrain more from political spending, several corporations, such as British Airways, decided to forgo such spending altogether.²⁷⁰ Most political budget requests have been approved by shareholders, but at least on one occasion, shareholders have refused to accept such a budget.²⁷¹

Although this is without a doubt a very different election climate as compared to state judicial elections, nevertheless, prior shareholder consent, together with director liability in case spending occurs without shareholder approval, could be established as a requirement for corporate political spending in the U.S. as well. In fact, efforts at introducing a model similar to the British one has been under way. The Shareholder Protection Act,²⁷² sponsored by Rep. Michael Capuano (D-MA8), was reintroduced in Congress in July 2011; the Act aims to amend the Securities and Exchange Act of 1934 to require a shareholder authorization before a public company can make political expenditures.²⁷³ Among the states, to date only Iowa has passed legislation requiring board (and not shareholder) consent for corporate political expenditures.²⁷⁴ This provision has so far passed constitutional muster.²⁷⁵

Other proposals to reign in corporate political spending have included adoption of a new constitutional amendment to overturn Citizens United. Five states (Hawaii, New Mexico, California, Vermont, and Rhode Island) have already passed resolutions calling for a

²⁶⁹ Torres-Spelliscy, *supra* note 266, at 53-54.

²⁷⁰ Torres-Spelliscy, *supra* note 266, at 57.

²⁷¹ Torres-Spelliscy, *supra* note 266, at 59.

²⁷² The bill was re-introduced in Congress July, 2011: H.R. 2517--112th Congress: Shareholder Protection Act of 2011. (2011). In *GovTrack.us (database of federal legislation)*. Retrieved December 22, 2011, from <http://www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=h112-2517>. Also: S. 1360--112th Congress: Shareholder Protection Act of 2011. (2011). In *GovTrack.us (database of federal legislation)*. Retrieved December 22, 2011, from <http://www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=s112-1360>.

²⁷³ For a brief summary on the proposed bill, see Lucian Bebchuk's blog post at <http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2011/07/14/the-re-introduction-of-the-shareholder-protection-act/> (last visited July 16, 2012). The Act would require public companies to disclose to their shareholders the amounts and recipients of their political spending each year. The Act would also require a board of directors vote on corporate expenditures on political activities. As a third requirement, shareholder authorization of certain political expenditures would be necessary. All three rules would be mandatory for public companies, and would greatly improve transparency in corporate political spending, as well shareholder control over the corporation's assets, and it is quite possible that such increased control over corporate assets would reign in excessive corporate political spending too.

²⁷⁴ Lo, Londenberg, Nims & Weinberg, *supra* note 61, at 48.

²⁷⁵ *Id.*; Iowa Right to Life Committee, Inc. v. Smithson, 750 F.Supp.2d 1020 (S.D. Iowa 2010)

constitutional amendment saying that corporations are not people.²⁷⁶ Another would request an amendment that would add language to the First Amendment to exclude campaign finance regulation.²⁷⁷ It is absolutely certain that for such a constitutional amendment proposal to be taken seriously, a nationwide consensus and real momentum is necessary. As noted, so far only five states have adopted resolutions to that extent, which is far from promising.²⁷⁸

e) Recusal and Disqualification

The Supreme Court's decision in *Caperton v. Massey* provides litigants with a procedural due process right to request recusal by a judge who has financial stake in the litigation.²⁷⁹ This right only makes sense, of course, if adequate campaign finance disclosure rules are in place that can shed light on excessive funding of judicial campaigns by current or prospective litigants.²⁸⁰ Therefore the tightening of disclaimer and disclosure rules in state judicial elections is the first step in order for *Caperton v. Massey* to be applicable in practice. So far, thirteen states have proposed new, strict disqualification and recusal rules.²⁸¹ Proposals usually take two forms: either establishing threshold contribution amounts above which a judge becomes automatically disqualified (*per se rules for disqualification*), or requiring independent review and adjudication of recusal motions.²⁸² In light of *Caperton v. Massey*, it is likely that these proposals would pass constitutional muster.

6. Conclusion

Since the Founding Era, there has been an ongoing debate about the function and nature of the judiciary in the U.S. This debate is today more important than ever, and a significant part of the national conversation necessarily must turn around the method of selecting state judges, who decide a significant majority of cases and who are more and more involved in making decisions with serious, sweeping policy consequences.

²⁷⁶ See:

http://www.amend2012.org/site/c.8qKOJXMvFaLUG/b.7939705/k.1AA3/Reverse_Citizens_United_because_only_people_are_people.htm (last visited July 13, 2012).

²⁷⁷ Lo, Londenberg, Nims & Weinberg, *supra* note 61, at 59.

²⁷⁸ As Lo, Londenberg, Nims & Weinberg note, the two constitutional amendments introduced in the 111th U.S. Congressional session have both failed. *Id.*; H.J. Res 13, 111th Cong. (2010); H.J. Res. 68 111th Cong. (2010).

²⁷⁹ Torres-Spelliscy, *supra* note 91, at 11.

²⁸⁰ *Id.* at 12.

²⁸¹ Lo, Londenberg, Nims & Weinberg, *supra* note 61, at 30.

²⁸² *Id.* at 31.

Currently, the majority of state judges are elected in one form or another. Elections, especially popular elections, can be useful as a means for establishing judicial accountability to voters, but it also renders the judicial branch less independent and more vulnerable to outside influence. In today's deregulated campaign finance environment, the situation of judicial elections nationwide is especially dire, with judicial elections becoming more money- and issue-driven and aggressive than ever before. More money can mean more conversation, but it can also mean corruption, loss of integrity and impartiality, and majoritarian pressures for the judiciary; although more money can mean more communication, that communication often tends to center more around hot-button issues that divide the population, and less around the function of the judiciary.

A change is thus needed. While there is no shortage of reform proposals, the bigger question is how many, if any, of these will manage to go through. It is doubtful that popular elections will be altogether dispensed with for selecting state judges, but retention elections seem to offer a workable compromise, creating a delicate balance between judicial independence and judicial accountability. While retention elections are not free from faults,²⁸³ studies suggest that they result in judges who rank better in terms of competence, fairness and quality, as well as judicial ethics, than judges chosen by other selection methods.²⁸⁴ This regime has been applied with success in several states and the District of Columbia,²⁸⁵ and has not been abandoned by any state that has adopted it.²⁸⁶

On the campaign finance front, full or partial public financing of judicial could eliminate many of the dangers inherent in competitive elections, such as corruption or bias, or the appearance of these. These regimes are considered constitutional, as are disclosure and disclaimer rules, and contribution limits, at least for now. Disclosure and disclaimer rules are the first baseline in any effective campaign finance regime, and they are also the foundation of any effective recusal and disqualification regime for state judges. These methods, tied with other proposals, such as shareholder protection plans, could also help reign in ever-increasing corporate political spending.

Any of the above proposals, or indeed, any combination of them, would be useful in maintaining and improving the health and integrity of the state judiciary. The judiciary serves an essential function not only as the third branch of government and as adjudicator, but also as

²⁸³ See *supra* notes 153-156.

²⁸⁴ See *supra* note 158.

²⁸⁵ See *supra* note 151.

²⁸⁶ See *supra* note 152.

a protector of individual and minority rights in the face of ever-shifting majoritarian pressures and preferences. As such, the judiciary is an essential part in the democratic vision that the Founders drew up, but it can only be so if its integrity and impartiality is rigorously maintained and safeguarded. A regime where judicial elections can be bought, where money and not professional ability decides elections, and where litigants can pick their own judges, does not fit in with such vision. Naturally, a certain amount of judicial accountability is called for, but disciplinary actions other than elections, or non-competitive retention elections should be enough to serve this purpose. The importance of judicial independence, however, and the appearance and reality of an unbiased state judiciary cannot be understated.

Sulyok Márton Péter PhD-hallgató,
Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Nemzetközi Magánjogi Tanszék

A versenyt korlátozó megállapodások a magyar büntetőjogban, a Btk. 296/B § alapján

1. Bevezetés

Magyarországon a '80-as években megindult gazdasági rendszerváltozással kezdetét vette a piacgazdaság kibontakozása, amely a politikai fordulatot követően számos új intézmény meghonosítását és régi intézmény felélesztését eredményezte. Ilyen volt a piacgazdaság motorját jelentő gazdasági verseny védelmére létrehozott szabály- és intézményrendszer is, amely az európai mintákat követve teremtette meg újra a gazdasági versenyjogot Magyarországon.¹ Az antitröszt szabályok és az összefonódás-kontroll szabályainak érvényesítésére² létrejött a Gazdasági Versenyhivatal (GVH), amely differenciált szankciórendszerrel lépett fel a jogsértő vállalkozásokkal szemben.³ A versenyjogi jogsértések esetén egyfelől a GVH állapított meg közigazgatási szankciót (magatartási kötelezettséget írt elő vagy bírságot szabott ki), másfelől pedig a polgári bíróságoknak volt lehetősége alkalmazni a Tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvényben (Tpvt.) meghatározott jogkövetkezményeket, illetve a versenykorlátozás következményei miatt a kártérítés szabályait. Tehát a jogsértő magatartást kizárólag közigazgatási és polgári jogi jogkövetkezmények fenyegették.

Másfél évtizeddel a versenytörvény elfogadása után merült fel az igény arra, hogy a versenyjogi jogsértések egy csoportjára, nevezetesen a versenykorlátozó megállapodások⁴ esetére büntetőjogi jogkövetkezményt is alkalmazni lehessen. Ennek indokai többértékek, de a domináns faktor a korábbi szankciórendszer elégtelensége volt. A kiszabott bírságot ugyanis gyakran nem fizették meg a vállalkozások, illetve ha meg is fizették, az mindig a jogsértő

¹ Lásd a 1990. évi LXXXVI. törvényt, majd pedig az 1996. évi LVII. Törvényt.

² A tisztességtelen piaci magatartás szabályainak alkalmazása a polgári bíróságok hatáskörébe tartozott és tartozik ma is.

³ Tpvt. 77-78. §

⁴ Tanulmányomban a megállapodás fogalmát tág értelemben használom, és beleértem a megállapodások mellett az összehangolt magatartást, illetőleg a vállalkozások társulásának döntését is. (Nagy Csongor István: Kartelljogi kézikönyv. HVG-ORAC, 2008. 269-270. o.)

vállalkozást terhelte, az elkövető személyét legfeljebb a vállalkozás megtérítési igénye fenyegette. Ráadásul egyes szektorokban beárazható volt a pénzbírság várható összege⁵, így az érintett gazdasági szereplők számára az pusztán egy tényezővé vált a kockázatelemzésben. Mindez azt eredményezte, hogy a vállalkozások szempontjából nem volt különösebb elrettentő ereje a versenyhatósági fellépésnek, a polgári jogi jogérvényesítés pedig csak papíron létezett.⁶ Másfelől kialakult egyfajta társadalmi igény a versenyjogi jogsértések kriminalizációja iránt. A vállalkozások oldaláról ezt az igényt az az érdek táplálta, hogy kiiktassák a gazdasági életből azokat a személyeket, akik szinte következmények nélkül juttatják jogtalan versenyelőnyhöz saját vállalkozásukat a verseny torzításával, gazdasági kárt okozva ezzel a piac többi résztvevőjének.⁷ A társadalom szélesebb rétegei pedig többnyire morális megfontolásból igényelték a hathatósabb szankcionálást, főleg a nagy médiavisszhangot kapott eseteket követően. Harmadsorban felismerte a jogalkotó, hogy bizonyos versenyjogi jogsértések különösen jelentős kárt okozhatnak a közvagyonban úgy, hogy a polgári jogi reparáció esélye emellett meglehetősen csekély. Ez főleg azokban az esetekben fordulhat elő, amikor az állami szerv gazdasági szereplőként jelenik meg a piacon⁸, hogy a gazdasági verseny előnyeit kihasználva tudjon valamit venni vagy eladni.

Ezen érdekek metszéspontjában született meg a versenyjogi jogsértések kriminalizációjának szándéka. A jogalkotó a versenykorlátozó két vagy többoldalú magatartások köréből kiemelt két olyan csoportot, amelyek nemcsak a gazdasági verseny működését sértik, hanem a közvagyon felhasználásának hatékonyságát is veszélyeztetik.⁹ E két csoport a koncessziós és a közbeszerzési eljárásokban megvalósuló versenykorlátozó megállapodások¹⁰ köre, melynek centrumában az a problematika áll, hogy a pályázók közötti verseny korlátozása esetén a nyertessel szerződést kötő másik fél, amely tipikusan valamilyen költségvetési forrásból gazdálkodó szervezet, nem részesül a gazdasági verseny előnyeiből,

⁵ Mezei Péter: „Wanted: Antitrust Criminals”. Criminalisation of cartel law with a special view to Hungary (In: New Journal of European Criminal Law: 2011/2.)

⁶ Lásd a Bizottság Fehér Könyvét az EK trösztellenes szabályainak megsértésén alapuló kártérítési keresetekről. SEC (2008) 165. végleges.

⁷ Az Országgyűlés által 2008. június 2-án elfogadott Tvpt-t módosító törvény új szabályként vezette volna be, hogy a horizontális durva kartellben részes vállalkozás vezető tisztségviselője két évig nem lehet gazdasági társaság vezető tisztségviselője. A köztársasági elnök azonban előzetes normakontrollt kezdeményezett a törvény aláírása előtt, és az Alkotmánybíróság a 19/2009. (II. 25.) AB határozatában megállapította a rendelkezés alkotmányellenességét, és megsemmisítette.

⁸ Fontos hangsúlyozni, hogy a Btk. 296/B § azokra a tényállásokra fókuszál, amelyekben az állami szerv gazdasági szereplőként van jelen a piacon, nem pedig közhatalomként. Ennek félreértelmezése ugyanis – hibásan – a hivatali bűncselekmények szemléletmódját igyekszik ráerőltetni a tényállásra.

⁹ Lásd a 2005. évi XCI. törvény miniszteri indokolását. (T/16127. számú törvényjavaslatához fűzött indokolás)

¹⁰ Versenyjogi értelemben a versenykorlátozó megállapodás fogalma alatt nemcsak magát a szűk értelemben vett megállapodást kell érteni, hanem az összehangolt magatartásokat és a vállalkozások társulásának döntését is. (Tpvt. 11. §)

azaz vagy az ár fog eltérni a piaci ártól vagy az áru illetve szolgáltatás minősége és mennyisége. ¹¹Közbeszerzés esetén a kínálati oldalról korlátozhatják a piaci versenyt a kartellező vállalkozások, koncessziós eljárás esetén pedig a keresleti oldalról.

A kriminalizáció közvetlen történeti előzménye az volt, hogy számos kartellre derült fény a 2001. és 2006. közötti út- és vasútépítési közbeszerzések vonatkozásában, és a GVH határozatai szerint nem egy vállalkozás vett részt folyamatosan több kartellben úgy, hogy korábban a versenyhatóság már bírságolta hasonló jogsértés miatt.¹² Ebből levonható volt az a következtetés, hogy a versenyhatósági bírság nem bizonyult elég elrettentő erőnek a jogsértéstől való tartózkodáshoz. A Btk-t módosító törvény miniszteri indokolása is azt emeli ki a kriminalizáció szükségességéből, hogy bizonyos versenyjogot sértő magatartásokkal szemben nem volt elégséges a versenyhatósági eljárás.

Téves azonban a miniszteri indokolás azon része, amely szerint a magyar jogrendszerben 2005-ben a versenytorzító magatartásokkal szembeni fellépés kizárólag a GVH eljárásában érvényesült.¹³ Közbeszerzési eljárásokban ugyanis a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a 2005-ben hatályos Kbt.) amellett, hogy alapelvi szinten és egyes tételes rendelkezésiben is tiltotta a gazdasági versenyt sértő cselekményeket, lehetővé tette azt, hogy a Közbeszerzési Döntőbizottság fellépjen a tisztességes versenyt sértő esetekben, részben saját eljárása során, részben pedig a GVH értesítése útján.¹⁴ A Döntőbizottság alkalmazta is ezt eljárása során, bár minden esetben az ajánlatkérő cselekményeként¹⁵, vagyis olyan határozat nem ismert, amelyben az ajánlattevők versenytorzító magatartását értékelte volna. Emellett említésre méltó, hogy a törvény lehetővé tette, hogy az ajánlatkérő kizárja az eljárásból azt az ajánlattevőt és alvállalkozót, akivel szemben öt évnél nem régebben jogerősen megállapították a Tptv. 11. §-ba vagy az EKSZ 81. cikkébe [ma EUMSZ 101. cikke] ütköző, a versenyeztetési eljárásban elkövetett jogsértést.¹⁶ Másrészt téves a miniszteri indokolás azon megállapítása is, hogy kizárólag igazgatási eszközök útján történt a versenytorzító magatartások elleni fellépés, ugyanis a bíróságok is

¹¹ Vö. 2003. évi CXXIX. törvény preambuluma

¹² Nagy Csongor István: i.m. 747. o.

¹³ Busch Béla (szerk.): Büntetőjog. Különös rész (HVG-Orac, Budapest, 2009, nyolcadik átdolgozott kiadás). 516.o.

¹⁴ Lásd különösen a 2003. évi Kbt. 334. § (3) bekezdését, illetőleg a 2011. évi Kbt. 146. § (3) bekezdését és a 2. § (1) bekezdését.

¹⁵ Lásd például a Közbeszerzési Döntőbizottság D.722/2011. és D.723/2011. sz. határozatait, valamint a D.138/2002. sz. határozatát.

¹⁶ 2003. évi CXXIX. törvény 61. § (1) bekezdés b) pont, illetőleg a 2011. évi CVIII. törvény 57. § (1) bekezdés b) pontja. Megjegyzendő azonban, hogy ennek alkalmazása nem automatikus, hanem az ajánlatkérő döntésén múlik.

eljárhattak versenykorlátozó megállapodások ügyében, polgári peres eljárás keretében. Egyfelől ugyanis a Tptv. rendelkezéseivel ellentétes versenykorlátozó megállapodás, mint jogszabályba ütköző szerződés, ex lege semmis, és ebből következően különféle kötelmi jogviszonyokat érint az ilyen megállapodás jogellenességének kimondása.¹⁷ Másfelől a versenykorlátozás, különösen annak árfelhajtó következménye kártérítési igényt alapozhat meg, aminek megtérítése iránt ugyancsak a bíróságok előtt lehet fellépni.¹⁸ Az igaz azonban, hogy büntetőjogi tényállás nem vonatkozott a kartellezésre korábban, így egy addig érintetlen jogterületre, az antitrösztjog terebélyesítésébe is belépett a büntetőjog 2005-ben.

A tényállás a 2005. évi XCI. törvénnyel került a Btk-ba, megteremtve ezzel annak lehetőségét, hogy a tényállásszerű cselekményt a polgári jog reparatív és a közigazgatási jog represszív jogkövetkezménye mellett büntetőjogi szankció is fenyegetse. A kriminalizáció nemzetközi példákat követ¹⁹ és alapvető célja, hogy a büntetőjogi fenyegetéssel elrettentse a jogsértéstől a potenciális elkövetőket. Hangsúlyozandó, hogy ez a bűncselekménytípus gyakran kapcsolódik a szervezett bűnözéshez, illetve táptalaja a korrupciónak, és súlyosan károsíthatja a közvagyon, ezért a pusztán büntetőjogi fenyegetettség mellett a stigmatizáció is fontos célja a rendes piaci működést súlyosan megzavaró magatartás kriminalizációjának.²⁰

A Btk. új, 296/B §-ban foglalt törvényi tényállása számos olyan, a versenyjogban ismert fogalmat tartalmaz, amelyeket maga a büntető törvény nem definiál. Ezért nagy a kísértés, hogy a versenyjogban kialakult jelentést tulajdonítsuk a büntetőjogi tényálláselemeknek is, azonban ez egyrészt nem szükségszerű, másrészt pedig felvetheti a „*nullum crimen sine lege*” elv sérelmét.²¹ Egyes álláspontok szerint a 296/B § tényállása olyan keretdiszpozíciót tartalmaz²², amelyet a Tptv. és az EUMSZ 101. cikke, valamint a Kbt. és a koncessziós törvény tölt meg tartalommal. Ennek azonban ellentmondani látszik az a tény, hogy semmilyen utalás nincs a törvényszövegben a keretet kitöltő normára vagy legalább annak forrására, ellenben tartalmaz egy részletekbe menő, de tartalmilag mégiscsak nyitott

¹⁷ Legalább utalás szintjén meg kell említeni, hogy a Tptv. 7. § szerint „*Tilos a versenyztetés – így különösen a versenytárgyalás, a pályáztatás –, az árverés, a tőzsdei ügylet tisztaságát bármilyen módon megsérteni. E tilalmat csak azokra a magatartásokra kell alkalmazni, amelyeket e törvény más rendelkezése vagy külön törvény nem szabályoz.*” Mivel a Tptv. 11. §-a „szabályozza” a versenykorlátozó megállapodásokat, a Btk. 296/B § szerinti tényállásra 2005 előtt sem volt alkalmazható a Tptv. 7. §-a.

¹⁸ Lásd: Nagy Csongor István: Kártérítési felelősség kartelljogsértések esetén: Gondolatok a Tptv. új szabályai kapcsán (In: Magyar Jog: 2009/9). Igaz ugyan, hogy ezen eljárások a mai napig is gyerekcipőben járnak, de a jogi lehetőség 2005-ben is megvolt már a kártérítési perre.

¹⁹ Lásd: Gerencsér Ágnes: Büntetőjogi szankciók a versenyjogban. (www.gvh.hu): 6-11. o.

²⁰ Mezei Péter: i.m. 3-4. o.

²¹ Dr. Gyula József: A csődbűncselekmények de lege ferenda (In: Büntetőjogi Kodifikáció: 2008/1.): 11-13. o.

²² Kaszás Ágnes Roxán: Össztűz alatt, avagy a kartelltilalom hazai és uniós vetületeinek együttes hatása (In: Jogelméleti Szemle: 2010/1), valamint: Kartellező bűnözők (In: Cégvezetés: 2005/92. szám)

leírást az elkövetésre. Másik álláspont szerint a törvényi tényállás egy „nem klasszikus keretnorma”, amelyet mégiscsak a fenti jogszabályok töltenek meg tartalommal.²³ Mivel a tényállás értelmezése körében felmerülő dilemmákat alapvetően befolyásolja az, hogy keretdiszpozícióként tekintünk-e a törvényi tényállásra, ezért úgy vélem, szükséges kimondani, hogy a 296/B § törvényi tényállása nem keretdiszpozíciót tartalmaz, hanem egy a keretdiszpozíció szándékával megalkotott leíró diszpozíciót. Ebből következően a jogalkalmazó keze nincs megkötve az értelmezés során. Támaszkodhat a versenyjogban, valamint a közbeszerzési és koncessziós jogban kialakult értelmezésekre, de kialakíthatja a büntetőjog saját értelmezését is.

2. A tényállás elemzése

Versenyt korlátozó megállapodás közbeszerzési és koncessziós eljárásban

296/B. § (1) Aki a közbeszerzési eljárás, illetve a koncesszióköteles tevékenységre vonatkozóan kiírt nyílt vagy zártkörű pályázat eredményének befolyásolása érdekében az árak (díjak), illetőleg egyéb szerződési feltételek rögzítésére, illetve a piac felosztására irányuló megállapodást köt, vagy más összehangolt magatartást tanúsít, és ezzel a versenyt korlátozza, büntetett követ el, és öt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(2) Az (1) bekezdés szerint büntetendő az is, aki a közbeszerzési eljárás, illetve a koncesszióköteles tevékenységre vonatkozóan kiírt nyílt vagy zártkörű pályázat eredményének befolyásolása érdekében a vállalkozások egyesülete, a köztisztviselő, az egyesülés és más hasonló szervezet olyan döntésének a meghozatalában vesz részt, amely a versenyt korlátozza.

(3) A büntetés vétség miatt két évig terjedő szabadságvesztés, ha az (1) és (2) bekezdésben meghatározott cselekményt jelentős értéket meg nem haladó közbeszerzési értékre követik el.

(4) Nem büntethető az (1)–(3) bekezdésben meghatározott bűncselekmény

²³ Csépai Balázs – Ujvári Ákos: A versenyt korlátozó megállapodás közbeszerzési és koncessziós eljárásban való büntethetőségének kérdésköre (In: Jogtudományi Közlöny: 2006/6): 221. és 225. o.

elkövetője, ha a cselekményt, mielőtt az a hatóság tudomására jutott volna, a hatóságnak bejelenti, és az elkövetés körülményeit feltárja. Hatóság alatt a verseny- vagy pénzügyi felügyeletet ellátó szerveket és a közbeszerzésekkel kapcsolatos jogorvoslati eljárást lefolytató szervet is érteni kell.

2.1. Jogi tárgy

A tényállás védett jogi tárgya kettős. Egyrészt mivel a koncessziós eljárásban mindig, a közbeszerzési eljárásban pedig túlnyomórészt költségvetési szerv dönt a közpénzek, illetőleg a kizárólagos jogok²⁴ hasznosításáról, a döntést jogellenes módon befolyásoló piaci szereplők az állami vagyon hatékony felhasználásához fűződő társadalmi érdeket sértik. Másfelől pedig ezen eljárások a piaci verseny mechanizmusaira épülnek, ezért a koncessziós és közbeszerzési eljárásban kartellező vállalkozások a gazdasági verseny védelméhez fűződő társadalmi érdeket is sértik.

Téves a törvény miniszteri indokolásában a "*pénzügyi támogatások rendszerének törvényes működésének*" jogi tárgyként való megjelölése²⁵, mivel sem a koncessziós eljárásban, sem pedig a közbeszerzési eljárásban nincs szó pénzügyi támogatásról. Mindkét eljárás visszterhes, szinallagmatikus jogügylet létrehozására irányul, melynek alapján a nyertes pályázó koncessziós díjat fizet, illetőleg árut értékesít vagy szolgáltatást nyújt. Ugyancsak pontatlannak vélem a „*verseny szabadsága és a szabadpiac korlátozástól mentes működése*” védett jogi tárgyként való megjelölését²⁶. A verseny szabadsága mint alkotmányos cél a korábbi Alkotmány dimenziójában intézményrendszer kiépítését írta elő az állam számára, a vállalkozáshoz való jog védelme érdekében.²⁷ Az Alkotmánybíróság több határozatában kimondta, hogy a verseny szabadsága nem alapjog²⁸, hanem alkotmányos cél, amelynek „*állami elismerése és támogatása megköveteli a gazdasági forgalommal*

²⁴ A koncessziós eljárás tipikusan nem közpénzek felhasználására irányul, hanem valamely kizárólagos jog gyakorlásának ideiglenes átengedésére. E kizárólagos jognak vagyoni értéke van, és ezért a hasznosításának hatékonysága ugyanúgy mérhető, mint a közpénzek felhasználásáé. Lásd: 1991. évi XVI. törvény 1. §

²⁵ Lásd a 2005. évi XCI. törvény miniszteri indokolását, valamint: Busch Béla (szerk.): i.m. 517. o.; Hováth Tibor – Lévay Miklós (szerk.): Magyar büntetőjog – Különös rész. 2. kötet (Complex, 2006): 286. o.; Molnár Gábor: Gazdasági bűncselekmények (HVG-Orac, 2009): 67. o.

²⁶ Lásd a 2005. évi XCI. törvény miniszteri indokolását, továbbá: Busch Béla (szerk.): i.m. 517. o.; Hováth Tibor – Lévay Miklós (szerk.): i.m. 286. o.; Molnár Gábor: i.m. 67. o.

²⁷ Lásd a 108/B/2010. AB határozatot.

²⁸ Kezdetben még szabadságjognak tekintette az Alkotmánybíróság a verseny szabadságát. Lásd 46/1992 (IX. 26.) AB határozat.

*kapcsolatos alapjogok objektív, intézményvédelmi oldalának kiépítését.*²⁹ Az Alaptörvény M) cikk (2) bekezdése ugyancsak valamiféle intézményvédelmi alapvetést rögzít, azonban már nem a statikus versenyszabadságra, hanem a verseny dinamikus tisztaságára vonatkoztatva. A verseny szabadságát mint állami feladatot tehát egyáltalán nem sérti vagy veszélyezteti a bűncselekmény, hanem csak a verseny tisztaságát.

A „szabadpiac korlátozástól mentes működésének” jogi tárgyként való megjelölése más okból is téves megközelítést feltételez. Egyrészt ugyanis fogalmilag hibás meghatározás, mert sehol nem működik és nem is cél a tökéletes, korlátozásmentes szabadpiac. Maga a versenyjog is éppen a piaci működést szorítja bizonyos korlátok közé annak érdekében, hogy egy ideálisként definiált struktúrát és működést tartson fenn. A szabályozott ágazatokban pedig fokozottan igaz az, hogy a jogalkotó korlátozza a szabadpiacot különféle megfontolásokból (pl. ellátásbiztonság, piaci tökéletlenségek kiküszöbölése stb.). Másrészt fontos észrevenni, hogy a bűncselekmény kizárólag közbeszerzési és koncessziós eljárásban sérti vagy veszélyeztetni a piaci működést, más piacokon nem, így az nem a versenyt általában sérti vagy veszélyezteti, hanem csak a két nevesített eljárásban folyó versenyt.

Megjegyzendő továbbá, hogy a közbeszerzési eljárás fogalma nemcsak azokat az eljárásokat foglalja magába, amelyeket arra kötelezett szervek folytatnak le, hanem azon beszerzési eljárásokat is, amelyekre a beszerző saját döntése alapján a Közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény (Kbt.) rendelkezéseit kell alkalmazni. A Kbt. 5. § szerint meghatározott szervek kötelesek beszerzéseiknél alkalmazni a törvényt, azonban bárki más is dönthet úgy, hogy a Kbt. szerint folytatja le a beszerzését, és ilyen esetben a teljes törvény vonatkozni fog az eljárására.³⁰ Ebből következően pedig nem csak a törvényben meghatározott szervek folytatnak le közbeszerzési eljárást, vagyis téves a miniszteri indokolás azon része, amely csak e kötelező kör eljárására utal a védett jogi tárgy meghatározása körében.

Mindezek alapján tehát a tényállás jogi tárgya álláspontom szerint a közbeszerzési és koncessziós eljárásokban megnyilvánuló piaci verseny tisztaságához, valamint a közpénzek (és atipikusan a magánvagyon) és kizárólagos jogok hatékony felhasználásához fűződő társadalmi érdek, melyeket a tényállásszerű elkövetés sért vagy veszélyeztet.

²⁹ Lásd a 21/1994 (IV. 16.) AB határozatot, a 31/1994 (VI. 2.) AB határozatot, valamint a 76/2008 (V. 29.) AB határozatot.

³⁰ Kbt. 6. § (1) bekezdés h) pontja

2.2. Elkövetési magatartás

A tényállás háromféle elkövetési magatartást értekel: megállapodás kötése, más összehangolt magatartás és vállalkozások társulásának döntése. Ezek fogalmát a Btk. nem határozza meg pontosabban³¹, ami némi garanciális kockázatot hordoz magában. Elméletileg háromféle megoldást követhet a büntetőjogi ítélkezési gyakorlat: a polgári jog terminológiáját veszi át, a versenyjog gyakorlatát alkalmazza, vagy kidolgoz önálló büntetőjogi fogalmakat. Amellett, hogy a polgári jog nem igazán tud mit kezdeni az összehangolt magatartás fogalmával, az elsőként vázolt megoldás legnagyobb kritikája a valóság, ugyanis a gyakorlatban nem mindig születik a versenyt korlátozó vállalkozások között polgári jogi értelemben vett szerződés. A versenyjog természetesen jól ismeri ezen elkövetési magatartások jelentését. Mivel azonban a Tpv. definíciója híján a gyakorlat alakította ki az értelmezési kereteket, a büntetőjogi jogalkalmazásban a versenyjogi gyakorlatra utalás elméletileg felvetheti a „*nullum crimen sine lege*” elv sérelmét. Bár ugyanez igaz lehet a harmadikként vázolt lehetőségre is, ráadásul a versenyjog és a büntetőjog eltérő rendszere és terminológiája nem teszi lehetővé az értelmezés egyszerű átvételét, a védett jogi tárgyra és a jogi fogalmak koherenciájának igényére tekintettel mégis az volna kívánatos, ha a büntetőjog a lehetőségekhez képest követné a versenyjogi értelmezést.

Jóllehet a versenyjogi gyakorlat már kialakította e magatartások értelmezési tartományát, de arra is mutatott példát, hogy számos esetben elmosódnak a határvonalak nemcsak az egyes magatartások között (pl. összehangolt magatartás és megállapodás)³², hanem a tényállásszerű és nem tényállásszerű magatartások között is (pl. összehangolt magatartás és párhuzamos magatartás). A gyakorlatban kikristályosodott értelmezés szerint a megállapodás két vagy több vállalkozás akarategyezségének kinyilvánítása, amely a verseny jogellenes befolyásolását célozza vagy ilyen hatással jár, illetve járhat. Fontos kiemelni egyrészt, hogy nem azonos a polgári jogi szerződés fogalmával, mert a megállapodásnak még csak érvényesnek sem kell lennie, hanem elég, ha van a felek között egy kinyilvánított akarategyezés.³³ Az sem akadály a versenyjog-ellenesség megállapításának, ha a felek nem tartották be a megállapodás jogsértő rendelkezését³⁴, mert a versenyjog rendszerében a versenykorlátozó cél is elegendő a jogsértés megállapításához. Másfelől viszont nem jön létre

³¹ Csépai Balázs és Ujvári Ákos szerint a Btk-beli „megállapodás”-fogalom gyakorlatilag lefedi a koncepció versenyjogi tartalmát. Csépai Balázs – Ujvári Ákos: i.m. 222. o.

³² A megállapodás és az összehangolt magatartás fogalmának elhatárolására lásd: Nagy Csongor István: Kartelljogi kézikönyv. HVG-ORAC, 2008. 270-335.o.

³³ Vj-74/2003. 75. bekezdés

³⁴ Vj-154/2002. 60. bekezdés

versenyjogi értelemben megállapodás akkor, ha a felek egybehangzó akarata csak látszólagos, vagyis a közös szándék kifejeződik, de az egyik fél ténylegesen máshogy cselekszik, mint a kifejezett, megtevesztő szándéka.³⁵ A megállapodás nemcsak egy magatartással hozható létre, hanem egymással tartalmilag és időben összefüggő magatartások sorozataival is.³⁶ A versenyjog tehát egy meglehetősen széles megállapodás-fogalommal dolgozik. Itt már megmutatkozik a két jogterület közti törésvonal jelentősége is, ugyanis a büntetőjogi megközelítésben – ha az a „*nullum crimen sine lege*” elvet érvényesítve nem a Tpv. 11. §-ának gyakorlatát követi – nem elegendő a versenyellenes cél az elkövetési magatartás tényállásszerűségéhez.

Az összehangolt magatartás mindazon cselekményeket magában foglalja, amelyeknél a felek között megvan a közös szándék, de nem ölt testet kifejezett megállapodásban. A két magatartás közötti legtipikusabb különbség a közös akarat kifejeződése, illetve annak hiánya. A megállapodás ugyanis történhet írásban vagy szóban, vagy akár ráutaló magatartással is, feltéve, hogy a másik fél már kinyilvánította saját szándékát. Ha a felek közös szándéka mindegyikük oldalán csak a piaci magatartásukban nyilvánul meg, akkor összehangolt magatartás állapítható meg. A két magatartás közötti határvonal elmosódását azok a jogesetek bizonyítják legjobban³⁷, ahol a GVH megállapíthatónak vélte a megállapodás létrejöttét³⁸ vagy az összehangolt magatartás³⁹ megtörténtét annak ellenére, hogy valamelyik fél passzív maradt a másik fél kifejezett szándékát követően, feltéve hogy a passzív fél nem határolódott el nyilvánvalóan a szándékok összehangolásától.⁴⁰ A versenyjogi gyakorlatban az összehangolt magatartás egyfajta szubszidiárius tényállásként is működik a megállapodáshoz képest abban az értelemben, hogy ha az egybecsengő szándékok kifejeződése és egyeztetése nem bizonyítható, akkor az összehangolt magatartás megtörténte állapítható meg, hiszen a megállapodás szükségszerűen magában hordozza a magatartások összehangolását is. A kartelljogban ugyanis a jogkövetkezmények megállapítása szempontjából irreleváns, hogy megállapodás vagy összehangolt magatartás valósult-e meg.⁴¹ Mivel a büntetőjogban ezzel szemben garanciális jelentőségű a tényállásszerű elkövetési magatartás megtörténetének megállapítása és ennek indokolása, hasonló nagyvonalúság aligha lehetséges a 296/B §

³⁵ Vj-102/2004. 284. bekezdés

³⁶ Vj-102/2004. 270. bekezdés

³⁷ Vj-114/2002. 53-57. bekezdés

³⁸ Vj-74/2003. 76. bekezdés

³⁹ Vj-13/2002. 80. bekezdés

⁴⁰ Az ehhez kapcsolódó esetek összehasonlító elemzésére lásd: Nagy Csongor István: A vertikális megállapodás mint a kartelltilalom küszöbfogalma: összehasonlító jogi elemzés és értékelés (In: Versenytükör: 2011/1.)

⁴¹ Polypropylene ügy (86/398/EEC)

alkalmazása során. Következésképp a büntetőjogi gyakorlatra hárul majd az a feladat, hogy kidolgozza az elhatárolás világos szempontjait.

Bár e két elkövetési magatartás nem válik el élesen egymástól, fontos megkülönböztetni azokat a jogszerű párhuzamos magatartástól, melynek során a vállalkozások a piaci körülmények változása miatt, párhuzamosan alakítják ki cselekvési stratégiájukat. Ilyennek tekinthető az az eset, amikor a vállalkozások valamely közös input költség emelkedését követően - minden megállapodás vagy összehangolás nélkül – egyidőben emelik az áraikat. Ugyancsak jogszerű az a párhuzamos magatartás, amely a szűk oligopol piacokon alakulhat ki, ahol a kevés szereplő a piaci interdependencia miatt inkább követi egymás nem-versengő magatartását, mintsem hogy fokozzák a verseny intenzitását. Amikor tehát egy közbeszerzési eljárás ajánlattevői egymás szándékát nem ismerve jutnak el hasonló vagy azonos ajánlat megtételéhez, nem beszélhetünk összehangolt magatartásról, mert az árképzésük nem egy közös akarat kifejeződésén alapul, hanem a párhuzamos magatartás normális piaci mechanizmusán.

A vállalkozások társulásának döntése általában kevesebb fejtörést okoz a jogalkalmazónak. Ami szembetűnő a (2) bekezdés szerinti elkövetési magatartás diszpozíciójában az az, hogy az (1) bekezdéssel szemben itt már megjelenik a vállalkozás fogalma. Versenyjogi szemszögből nézve ez aligha meglepő, azonban megint egy olyan fogalommal találja szemben magát a büntetőbíróság, amelynek jelentéstartalmát át lehet venni más jogterületről vagy kialakítható a büntetőjog saját értelmezése a vállalkozási minőségre. Ezzel kapcsolatban két dolgot kell rögzíteni: egyrészt némely esetben a versenyjog számára sem mindig magától értetődő, hogy hol húzódnak a vállalkozás-fogalom határai⁴², másrészt fontos kiemelni, hogy a versenyjogi gyakorlatban kialakult jelentéstartomány tágabb a büntetőjog „*gazdálkodó szervezet*” fogalmánál.⁴³ Ugyancsak érdekes értelmezési kérdés rejlik a „*más hasonló szervezet*” fordulatában, amely olyan tágra nyitja az interpretáció kapuját, hogy gyakorlatilag a célzatosan versenykorlátozó hatású döntés meghozatala önmagában tényállásszerűvé teszi az elkövetési magatartást. A döntés fogalmát illetően arra kell figyelemmel lenni, hogy a versenyjogi gyakorlat nemcsak a formális határozathozatalt érti ez alatt, hanem minden más, hasonló jellegű döntést (pl. ajánlás, szabályzat elfogadását stb.) is.⁴⁴

Már itt fontos hangsúlyozni, hogy a versenyjog nemcsak a versenykorlátozás szándékával kifejtett cselekedeteket minősíti jogellenesnek, hanem az ilyen hatású

⁴² Case C-309/99, valamint Vj-180/2004. 42. bekezdés, illetőleg Vj-60/2006. 73. bekezdés

⁴³ Csépai Balázs – Ujvári Ákos: i.m. 222. o.

⁴⁴ Vj-180/2004. 45-50. bekezdések

cselekményeket is, függetlenül a felek szándékától. Ettől eltérően a Btk. csak a versenykorlátozó szándékon alapuló elkövetési magatartásokat kriminalizálja, tehát a két jogterület fókusza jelentősen eltér egymástól.

A tényállásszerű elkövetési magatartás megállapítása nemcsak a fent tárgyaltak miatt igényel különös figyelmet, hanem amiatt is, hogy a Btk. 296/B § (1) bekezdésének értelmezése némileg bizonytalan. Ugyanis a jogszabálysöveg nyelvtani és cél szerinti értelmezése más jelentést eredményez. A törvényszöveg szerint „*Aki [...] az árak (díjak), illetőleg egyéb szerződési feltételek rögzítésére, illetve a piac felosztására irányuló megállapodást köt, vagy más összehangolt magatartást tanúsít [...] büntettet követ el [...].*” Az (1) bekezdés nyelvtani értelmezése szerint csak akkor tényállásszerű az elkövetési magatartás, ha a megállapodás ár rögzítésre, egyéb szerződési feltételek rögzítésére vagy piacfelosztásra irányul, valamint akkor, ha ezeken kívüli, más összehangolt magatartásnak minősül.⁴⁵ Következésképp az ár rögzítő és a piacfelosztó összehangolt magatartás nem tényállásszerű a nyelvtani értelmezés szerint, mint ahogy az a megállapodás sem, amelyben a felek például a kibocsátott termék mennyiségét korlátozzák a piaci ár magas tartása érdekében. Ez a jelentés azonban aligha tartható, ráadásul a fentiekén túl számtalan további nehézséget gördítene a jogalkalmazó elé azzal, hogy a kétféle elkövetési magatartás megvalósítási módjait élesen elvágja egymástól.

A nyelvtani értelmezési mód tehát valószínűtlen következtetéshez vezet, ezért inkább a cél szerinti értelmezési mód látszik helyesnek.⁴⁶ Eszerint az (1) bekezdésbeli elkövetési magatartások akkor tényállásszerűek, ha az árak vagy díjak rögzítésére, a piac felosztására vagy egyéb szerződési feltételek rögzítésére irányulnak. Az összehangolt magatartás ezenkívül akkor is, ha „más”. Az árak és a díjak rögzítése, valamint a piac felosztása klasszikus versenyjogi tényállások, amelyek főszabály szerint versenyjog-ellenesek, tekintettel arra, hogy közvetlenül alkalmasak a piaci verseny korlátozására. Az egyéb szerződési feltételek rögzítése magában foglalhat számos tényállást, amelyek közül néhány alkalmas lehet a verseny befolyásolására, mások nem.

A piac felosztása⁴⁷ vonatkozhat a piac földrajzi vagy vevők közötti felosztására.

⁴⁵ A „vagy” szó előtti vessző a magyar nyelv szabályai szerint tagmondathatárt jelöl (Magyar Tudományos Akadémia: A magyar helyesírás szabályai. 11. kiadás. Akadémiai Kiadó, 1985. 243. pont), és ebből következően egy „választó” mellérendelő összetett mondat lesz az alárendelő összetett mondat mellékmondata. Mivel a mellérendelő összetett mondatokban a tagmondatok önálló mondatrészekkel rendelkeznek, az egyik állítmányra vonatkozó mondatrészek nem vonatkoznak a másik tagmondat állítmányára.

⁴⁶ Vö. Alaptörvény 28. cikk.

⁴⁷ Vj-162/2004. 242. bekezdés, valamint Vj-21/2005.

Mindkét esetben arra irányul a felek szándéka, hogy valamilyen szempont szerint megosszák a piacot és vállalják, hogy egymás piacán nem versengenek. Ennek többféle megvalósulási módja van. Eredményezheti azt, hogy csak egy pályázó tesz ajánlatot, vagy azt, hogy a többi pályázó irreális („vesztő”) ajánlatot tesz.⁴⁸ Ugyancsak előfordulhat, hogy a csak látszólagos versenytárs visszavonja a pályázatát annak érdekében, hogy csak az előre meghatározott pályázó ajánlata legyen eredményesen értékelhető. Sajátos módja a piacfelosztásnak, amikor több eljárást osztanak fel egymás között a felek úgy, hogy egy előre meghatározott rend szerint mindig más pályázó teszi a nyertes ajánlatot.⁴⁹ Az is piacfelosztásnak minősül, ha egy közbeszerzési eljárás több részét osztják fel egymás között a felek, hiszen ezzel az egyes részekhez kapcsolódó verseny korlátozódhat.

Az árrögzítés tipikus formája az, hogy a felek meghatároznak egy árszintet, amely alatt nem tesznek ajánlatot.⁵⁰ Speciális formája az árrögzítésnek, amikor a felek nem versenytársai egymásnak, hanem a szállító kötelezi a vevőjét egy viszonteladási árszint megtartásához, így a viszonteladó csak meghatározott kereten belül alakíthatja ki az ajánlati árát. Ennek különösen akkor lehet versenykorlátozó hatása, ha valamennyi ajánlattevőt hasonló árrögzítés köt, vagy más ok miatt (pl. a szállító nem látja el megfelelő minőségű vagy mennyiségű áruval) nem tudnak versengő ajánlatot tenni.

Az egyéb szerződési feltételek rögzítése sok mindenre vonatkozhat, de csak akkor tényállásszerű az elkövetés, ha alkalmas a közbeszerzési vagy koncessziós eljárás eredményének befolyásolására, és a verseny korlátozását eredményezi. Az egyik elkövetési mód e körben a kibocsátás korlátozása, amellyel a felek a termékértékesítés volumenének korlátozására vállalnak kötelezettséget, vagy mennyiségi kvótákat alkalmaznak. Ez a fajta elkövetés a kínálat korlátozásával torzítja a piacot. Ellentétes előjelű, de hasonló hatású korlátozás az, ha a felek a piaci szintnél magasabban rögzítik a kínált termék legkisebb kiszerezését, és ezzel arra kényszerítik a vevőt, hogy a tényleges szükségleténél nagyobb mennyiséget vásároljon.

Az egyes elkövetési magatartások egyidőben többféleképpen is tényállásszerűek lehetnek⁵¹, és közös bennük, hogy különféle mechanizmusokkal kompenzálják az együttműködő vállalkozást azért, hogy ténylegesen ne versenyezzen. A korlátozott verseny ártorzító hatása miatt a privilegizált vállalkozás az extraprofitból képes ellentételezni a

⁴⁸ Vj-20/2005, Vj-40/2005, valamint Vj-102/2004. 235. bekezdés

⁴⁹ Vj-27/2003.

⁵⁰ Vj-100/1998.

⁵¹ Vj-130/2006, Vj-102/2004. 235. bekezdés, valamint Vj-162/2004. 242. bekezdés, illetőleg Vj-174/2007.

versenytársak együttműködését, akár fiktív számla kibocsátásával, vagy akár az elnyert szerződés teljesítésébe alvállalkozóként való bevonásával.⁵²

Legalább utalás szintjén érdemes megemlíteni, hogy bár a Btk. 296/B § csak a versenykorlátozó megállapodásokra (összehangolt magatartásokra és döntésekre) fókuszál, azonban a vállalkozások összefonódása is rendszerint megállapodáson alapul. Ezért nem elképzelhetetlen, hogy a büntetőjog rendszerében is tényállásszerű lehet egy nem engedélyezett összefonódás akkor, ha az egyik vállalkozás azért vásárol fel egy másikat, hogy az ne tegyen versengő ajánlatot a közbeszerzési eljárásban. Ugyanígy tényállásszerű lehet az, ha valaki befolyásoló részesedést szerez több vállalkozásban azért, hogy meghatározhassa azok ajánlatát egy adott koncessziós eljárásban.

2.3. Az elkövetési tárgy

A bűncselekmény elkövetési tárgyát nem határozza meg a törvényi tényállás. A jogirodalomban általában az ajánlatot tekintik tárgynak, amely alapján a beszerző vagy a koncesszióba adó meghozza a döntését arról, hogy kivel köt szerződést.⁵³ Álláspontom szerint azonban ez túlzottan leszűkítő értelmezés. A versenykorlátozó eredmény kiváltására alkalmas elkövetési magatartás ugyanis egyfelől megnyilvánulhat éppen abban, hogy valaki nem tesz ajánlatot, másrészt pedig a közbeszerzési és koncessziós eljárás különböző fázisaiban különböző tárgyakra nézve is kifejtethető az elkövetés. Közbeszerzési eljárásban például az ajánlattételt megelőzően a részvételre jelentkezés is minősülhet elkövetési tárgynak. A folyamat másik végén pedig a jogorvoslati kérelem visszavonása ugyancsak tárgya lehet az elkövetésnek.

2.4. Az elkövetés ideje

A koncessziós eljárásbeli elkövetési magatartás csak a koncessziós pályázat kiírása után fejthető ki tényállásszerűen. Mivel az elkövetés célzata az eredmény befolyásolása, a magatartás egészen addig kifejtethető, amíg az eljárás eredménye jogorvoslattal megtámadható. Ezt követően ugyanis már nem alkalmas az elkövetési magatartás az eredmény befolyásolására. Ami a közbeszerzési eljárásbeli elkövetést illeti, a törvényszöveg nem

⁵² Vj- 138/2002; Vj-56/2004; Vj-28/2003, Vj-74/2004, illetőleg Vj-154/2002. 77. bekezdés

⁵³ Lásd: „A versenykorlátozó megállapodások tilalmához fűzött jogkövetkezmények” (www.gvh.hu), valamint Gerencsér Ágnes: i.m. 14. o.; illetve Csépai Balázs – Ujvári Ákos: i.m. 225. o.

határozza meg az elkövetési magatartás kifejtésének kezdő időpontját.⁵⁴ A végső időpont ez esetben is az eljárás eredményének anyagi jogerőre emelkedése, vagyis a jogorvoslati lehetőségek kimerülésének időpontja. Tényállásszerű lehet tehát az elkövetés akkor, ha a Közbeszerzési Döntőbizottság által a közbeszerzési eljárás eredményével kapcsolatban folytatott jogorvoslati eljárás alatt az ajánlattevők megállapodnak egyikük visszalépéséről az ajánlati kötöttség lejártát követően. Ugyancsak tényállásszerű lehet, ha a jogorvoslati eljárást kérelmező fél visszavonja a kérelmét amiatt, mert az eljárásban nyertes fél alvállalkozóként bevonja a teljesítésbe.⁵⁵

2.5. Eredmény

A Btk. 296/B § vegyes törvényi tényállása az elkövetési magatartás mellett értékeli az eredményt is, ez pedig a verseny korlátozása. Ez a meglehetősen problematikus tényálláselem számos kérdést vet fel, amelyek alapvetően két csoportba sorolhatók. Egyik fontos kérdéscsoport, hogy ki és hogyan állapítsa meg az eredmény bekövetkezését, tekintettel arra, hogy roppant összetett és bonyolult szakkérdéseket kell megválaszolni.⁵⁶ A szubsztantív kérdések pedig a verseny korlátozásának definíciójához kötődnek.⁵⁷ Jóllehet, a törvény miniszteri indokolása utal a versenyt korlátozó és nem korlátozó megállapodások különbségére, illetőleg a konzorciumi szerződés sajátosságaira⁵⁸, de annak felismeréséig nem jut el, hogy a verseny korlátozása különbözik a versenyjogi szempontból jogsértő magatartásoktól. Fontos azonban kiemelni, hogy a verseny korlátozása nem azonos a versenyjogi jogsértés fogalmával. A versenyjog ugyanis egyfelől tágabb, másfelől pedig szűkebb megközelítést alkalmaz. Annyiban mindenképpen tágabb a versenyjogi jogalkalmazás, hogy nemcsak a versenyt ténylegesen korlátozó magatartásokat minősíti jogellenesnek, hanem a versenyt csak torzító, illetve az ilyen szándékú magatartásokat is, másfelől pedig nemcsak a tényleges versenyt korlátozó vagy korlátozni szándékozó magatartásokat, hanem a potenciális piacon folyó potenciális versenyét is, ami azt jelenti, hogy verseny nélküli, hipotetikus piacon is elkövethető versenykorlátozó magatartás. A másik

⁵⁴ Csépai Balázs és Ujvári Ákos szerint a közbeszerzési eljárásban is csak az eljárás megindulásának pillanatától lehet tényállásszerű a cselekmény, előtte büntetlen előcselekménynek minősül. (Csépai Balázs – Ujvári Ákos: i.m. 227.o.)

⁵⁵ Vj-28/2006

⁵⁶ Mezei Péter: i.m. 5. o.

⁵⁷ Ezzel kapcsolatos tisztázandó kérdés az is, hogy van-e a tényállás értékelése szempontjából jelentősége a versenykorlátozás és a versenytorzítás közti különbségtételnek.

⁵⁸ Lásd a 2005. évi XCI. törvény miniszteri indokolását.

oldalról viszont szűkebb a versenyjog megközelítése, amennyiben számos, a piaci versenyt ténylegesen korlátozó, de valamilyen jogpolitikai okból mégsem tiltott magatartást jogszerűnek minősít. Alapvetően két csoportja van az ilyen privilegizált magatartásoknak: az egyik a csekély jelentőségű megállapodások, a másik pedig a mentesülő megállapodások köre.

Akkor minősül egy megállapodás csekély jelentőségűnek, ha a felek és a tőlük nem független vállalkozások együttes piaci részesedése nem haladja meg a tíz százalékot az érintett piacon.⁵⁹ Ezek körében az a jogpolitikai cél érvényesül, hogy a részes felek piaci súlya olyan csekély, hogy csak jelentéktelen mértékben képesek a piaci versenyt befolyásolni.⁶⁰ A piaci részesedési küszöbre tekintet nélkül tilosak azonban a horizontális árkartellek, piacfelosztó kartellek és mennyiségi kartellek.⁶¹ Következésképp a Btk. 296/B § összefüggésében horizontális viszonyban az „egyéb feltételekben való megállapodás” és a „más összehangolt magatartás” fordulata az, amely esetében a nem versenyjog-ellenes, de versenykorlátozó és ennél fogva büntetendő cselekmény szóba jöhet. Vertikális viszonyban pedig valamennyi jogszerű, *de minimis* megállapodás fennakadhat a büntetőjog hálóján.

A versenyjogi tilalom alóli mentesülés másik típusának jogpolitikai alapja az, hogy bizonyos megállapodások annak ellenére, hogy torzítják a versenyt, ésszerűségi megfontolások alapján mégis megengedettek, mivel több előny származik belőlük, mint hátrány.⁶² A mentesülés négy alapvető feltétele, hogy a megállapodás hatékonysági előnyöket hordoz magában, oly módon, hogy a verseny korlátozása elengedhetetlen a hatékonysági előny eléréséhez, amelynek méltányos része eljut a fogyasztókhoz, és nem teszi lehetővé a verseny kizárását. A Tpv. 17. §-ban meghatározott iménti feltételek keretén belül létrejöttek úgynevezett csoportmentességi rendeletek is, amelyek bizonyos megállapodásokat speciális

⁵⁹ Tpv. 13. §

⁶⁰ Jóllehet, a Versenytanács az Vj-58/2004. ügyben a csekély jelentőségű kartellek jogpolitikai indokait akként határozta meg, hogy bizonyos megállapodások a súlyuknál fogva alkalmatlanok a verseny korlátozására („A 13. § azzal a törvényhozói szándékkal született, hogy vannak ugyan megállapodások, amelyek érintik a versenyt, de csekély súlyuknál fogva nem alkalmasak arra, hogy hátrányosan befolyásolják azt. A csekély súlyú megállapodások tehát nem alkalmasak arra, hogy a piaci folyamatokat megzavarják, a versenyt akadályozzák, korlátozzák vagy torzítsák, mivel az abban részt vevő felek piaci súlya jelentéktelen.”), két tényező mégis arra utal, hogy nem a versenykorlátozás hiánya alapozza meg az eltérő szabályozást, hanem annak csekély súlya. Egyrészt ugyanis csekély jelentőségű árkartell és piacfelosztó kartell esetén szándék nélkül is, pusztán hatása alapján érvényesül a tilalom, ami azt sugallja, hogy mégis lehet olyan hatása az ilyen csekély súlyú megállapodásoknak, amely a versenykorlátozás általános tilalmába ütközik. Másfelől pedig a szabályozás struktúrája árulkodik arról, hogy voltaképpen az általános kartelltilalom alóli kivételről van szó, nem pedig arról, hogy az ilyen, úgynevezett „bagatell kartellek” fogalmilag nem versenykorlátozóak. Ellenkező esetben ugyanis redundancia lenne kivételként meghatározni azt, ami per definitionem nem is tartozik a főszabály alá. Következésképp, álláspontom szerint a csekély jelentőségű kartellek is versenykorlátozóak fogalmilag, csak nem versenyjog-ellenesek.

⁶¹ Pázmándi Kinga (szerk.): Magyar versenyjog (HVG-Orac, Budapest, 2011). 203-206. o.

⁶² Pázmándi Kinga (szerk.): i.m. 200-201. o.

szabályok alkalmazása mellett mentesítenek az általános kartelltilalom alól. Tehát e körben is olyan megállapodásokról van szó, amelyek bár korlátozzák a versenyt, bizonyos ésszerűségi megfontolások miatt mégis jogszerűek. Jóllehet, az árörögzítés mentesítést kizáró megállapodás, a maximált ár rögzítése és az aktív eladások területi korlátozása már jogszerű szerződési feltétel lehet.

Mindebből következően számos olyan megállapodás létezik, amelyek fogalmilag korlátozzák ugyan a gazdasági versenyt, de mégsem minősülnek a versenyjog szempontjából jogsértőnek. Az ilyen megállapodások büntetőjogi megítélése igencsak problematikus akkor, ha a büntetőjogi terminológia nincs összhangban a versenyjogival. Eklatáns példája lehet ennek egy olyan tényállás, ahol a gépjárművek szállítója és annak kereskedői úgy tesznek ajánlatot különféle közbeszerzési eljárásokban, hogy a közöttük lévő megállapodás a csoportmentességi rendeletnek megfelelő módon maximált árat határoz meg vagy felosztja a piacot.⁶³ Ez ugyanis a versenyjog szempontjából jogszerű, de a Btk. rendszerében tényállásszerű lehet, hiszen de facto korlátozza a versenyt.

A Btk. 296/B § materiális bűncselekményt tartalmaz, ami csak akkor tényállásszerű, ha a verseny korlátozása az elkövetési magatartással okozati összefüggésben bekövetkezik. Az eredmény bekövetkeztéig csak kísérlet valósul meg. Jóllehet, egyes vélemények szerint „*a verseny korlátozása az elkövetési magatartások szükségképpeni következménye*”⁶⁴, azonban ez a szükségszerűség nem áll fenn a valóságban. Ezért nem valósul meg befejezett bűncselekmény a verseny korlátozásának hiánya miatt akkor, ha a célzatos elkövetési magatartás ellenére a felek nem cselekszenek a megállapodásnak, összehangolásnak vagy döntésnek megfelelően, vagy ha az elkövetési magatartás a felek szándékától függetlenül nem okozza a verseny korlátozását. Ez utóbbira példa lehet az, amikor a felek bár megállapodnak a piac felosztásában, de egyikük kivételével a többiek egyébként sem tudnának érvényes ajánlatot tenni a közbeszerzési vagy koncessziós eljárásban – a megállapodás hiányában sem –, mert nem felelnek meg és nem is képesek megfelelni a közbeszerzési vagy koncessziós alkalmassági feltételeknek. Ilyenkor valójában nincs verseny a felek között, amit a megállapodásuk korlátozhatna. Ellenben akkor, ha a felek megállapodnak az árörögzítésben, de végül az egyikük „kiugrása” folytán ő teszi a nyertes ajánlatot, vagy ha egy a felektől független, a megállapodásban nem részes harmadik vállalkozás nyeri el a szerződést, akkor a megállapodásban részes és az eljárásban nem nyertes fél vonatkozásában már

⁶³ 19/2004. (II. 13.) Korm. rendelet 3. § (1) bekezdés a)-b) pontok

⁶⁴ Busch Béla (szerk.): i.m. 521.o., valamint Molnár Gábor: i.m. 77. o.

tényállászerűen megvalósul a bűncselekmény befejezett alakzata.

A verseny korlátozása kapcsán szükséges kiemelni, hogy a versenyhatások vizsgálatához először azonosítani kell azt a piacot, amelyen folyó versenyt a magatartás érint (érintett piac). Ez egyrészt alapja a további elemzésnek, másrészt megszabja a vizsgáldás keretét, ezért mindig gondos mérlegelést igényel a meghatározása. A GVH gyakorlatában az érintett termékpiac közbeszerzések esetén a közbeszerzés tárgya.⁶⁵ Feltéve, hogy a büntetőügyben eljáró bíróság is hasonló piacmeghatározást alkalmazna, a verseny korlátozása mindig csak az adott közbeszerzési eljárás keretein belül történhet meg. Ennek azért van jelentősége, mert ilyen piacmeghatározás mellett az, hogy az ajánlatkérő milyen szűkre szabja a megajánlható termékek körét, illetve hogy milyen értékelést alkalmaz a nyertes kiválasztására, kívül esik a büntetőjogi tényállás keretein, mivel az nem az érintett piacon történik, hanem az maga határozza meg az érintett termékpiacot. Másként fogalmazva, ha az ajánlatkérő akár megállapodás alapján, akár más megfontolásból úgy alakítja ki az ajánlati felhívást (részvételi felhívást, ajánlattételi felhívást, műszaki leírást stb.), hogy az árujellemzők különbségei miatt valójában nem lesz tényleges verseny az ajánlattevők között, az nem az érintett piacon zajló versenyt korlátozza, hanem az érintett termékpiacot szűkíti le. Természetesen ez a Kbt. rendelkezéseibe ütközhet, azonban a büntetőjogi összefüggésből nézve nem a közbeszerzés tárgyának termékpiacát korlátozza, hanem általában a beszerezhető termékek piacát.⁶⁶ Egy példán illusztrálva, ha az ajánlatkérő úgy manipulálja a műszaki leírást, hogy indokolatlanul csak egy bizonyos termékkel lehessen elnyerni a közbeszerzési szerződést, az – bár a Kbt. 123. § (7) bekezdésébe ütközhet – az ezen szerzési tárgy köré rajzolt termékpiacon folyó versenyt nem korlátozza. Ha ugyanis a jogalkalmazó a kínálati helyettesíthetőség alapján tágabban határozná meg az érintett termékpiacot, mint az adott közbeszerzés tárgya, azzal a beszerzőnek azt az alapvető jogát korlátozná, hogy maga határozhassa meg a beszerzés tárgyát, aminek egyenes következménye lenne, hogy a beszerzőnek a saját preferenciái helyett a piacot kellene elsődlegesen szem előtt tartania⁶⁷, ez pedig irracionális és meglehetősen abszurd következtetés.

Más lenne a helyzet, ha az ajánlatkérő az ajánlattevők körét korlátozná indokolatlanul, például az alkalmassági kritériumok meghatározásával. Amennyiben ugyanis ez az indokolatlan korlátozás nem függ össze szorosan a beszerzendő termékkel, úgy már a

⁶⁵ Lásd: Vj-66/2006. 21. bekezdés, valamint Vj-162/2004: 379-380. bekezdések

⁶⁶ Lásd a Közbeszerzési Döntőbizottság D.383/2011. sz. határozatát. (40.o.)

⁶⁷ Jóllehet, a Kbt. 22. § az ajánlatkérő kötelezettségévé teszi a kínálati piac vizsgálatát, ez azonban semmiképpen sem annulálhatja a beszerzés tárgyának szuverén meghatározásának jogát, amennyiben az megfelel a Kbt. tételes rendelkezéseinek.

termékpiacon folyó verseny korlátozódik, ebből fakadóan pedig tényállásszerű lehet az ilyen ajánlatkérői magatartásra irányuló megállapodás. Mindebből az következik, hogy az ajánlatkérő oldalán cselekvő személy elméletileg képes korlátozni a piaci versenyt pusztán azzal, hogy indokolatlanul szűkíti le a potenciális ajánlattevők körét. Tehát egy arra irányuló megállapodás (vagy magatartás összehangolás), hogy az ajánlatkérő egyes ajánlattevőt indokolatlanul előnyös vagy hátrányos helyzetbe hozzon, tényállásszerű lehet. Ugyanakkor egy arra irányuló megállapodás, hogy egyes termékeknek kedvezzen, már nem lenne tényállásszerű, mert nem a versenyt korlátozza, hanem a piacot magát.

Végül szükséges kiemelni, hogy az eredmények ok-okozati összefüggésben kell állnia az elkövetési magatartással. Ennek hiánya miatt nem tényállásszerű a magatartás közbeszerzési eljárásban, ha olyan vállalkozás tesz nyertes ajánlatot, amely bár nem volt részese a versenykorlátozó megállapodás megkötésének, de utóbb tudomást szerzett arról, és annak ismeretében alakította ki a cselekvését. Ilyenkor a nyertes ajánlattevő kétségkívül haszonélvezője a versenytársak jogellenes magatartásának, azonban a verseny korlátozása nem az ő magatartásának következménye.

2.6. A bűncselekmény alanya

A törvény miniszteri indokolása szerint *„a törvény szerinti bűncselekmény alanya a gazdálkodó szervezet [Btk. 137. § 17. pont] ügyvezetésre vagy képviselőre feljogosított tagja, tisztségviselője, alkalmazottja, illetve a gazdasági társaság tagja lehet, aki a gazdálkodó szervezeten belüli tevékenysége vagy pozíciója révén érdekeltje a piaci versenynek és a versenytársakkal „megállapodást köthet”, illetőleg aki a vállalkozások társadalmi szervezete, a köztestület, az egyesülés és más hasonló szervezet döntésének meghozatalában részt vesz.”*⁶⁸

A törvény szövegéből egyértelmű, hogy csak a megállapodást kötő, a magatartást összehangoló vagy a döntésben részt vevő személy lehet tettes, harmadik személy vállalkozás képviselője legfeljebb részes lehet.⁶⁹ A tettesség szempontjából közömbös az, hogy a közbeszerzési vagy koncessziós eljárásban ajánlatot is tesz-e ez a vállalkozás vagy – esetleg éppen a magatartások összehangolására tekintettel – nem.

⁶⁸ A 2005. évi XCI. törvény miniszteri indokolása

⁶⁹ Képviselő alatt itt mindazon személyeket értem, akik a vállalkozás nevében cselekszenek, függetlenül attól, hogy formálisan van-e képviselői joguk. Példaként említhető, hogy egy vállalkozás egyedüli tagja, ha nem egyben vezető tisztségviselője is a társaságnak, akkor nem képviselheti azt harmadik személyek irányában. Mivel azonban a vezető tisztségviselő kijelölése és visszahívása kizárólag az ő döntésén múlik, aligha kétséges, hogy érdemben tudja befolyásolni a vállalkozás magatartását.

A bűncselekmény alanyának további vizsgálatát megelőzően érdemes felidézni a versenyjogi megközelítést. A Tpv. úgy határozza meg a személyi hatályát, hogy az „*kiterjed a természetes és jogi személyek, valamint a jogi személyiség nélküli gazdasági társaságok – ideértve a külföldi székhelyű vállalkozás magyarországi fióktelepét is a VI. fejezetben szabályozott magatartások kivételével – (a továbbiakban az előzőek együtt: vállalkozás) Magyarországon területén tanúsított piaci magatartására, kivéve, ha törvény eltérően rendelkezik.*”⁷⁰ A versenyjog alanya tehát a „vállalkozás”. Ezt a fogalmat a GVH gyakorlata tovább tágította, kimondva hogy a vállalkozás fogalma „*olyan gyűjtőfogalom (definíció), amely a társadalom minden tagját, szervezetét potenciálisan a Tpv. alanyi hatálya alá vonja. [...] A Tpv. alkalmazhatósága szempontjából az alanyi hatálynak nincs korlátozó tartalma. A Tpv. alkalmazhatósága szempontjából ugyanis a hatály ('piaci magatartás') bír meghatározó jelentőséggel.*”⁷¹ Ebből következően a versenyjogi jogsértést bárki, gazdasági vagy nonprofit társaság, állami szerv vagy akár egyetlen személy is elkövetheti, ha piacosiható tevékenységet végez. Ezt összevetve a 296/B § miniszteri indokolásának fent idézett szövegével látható, hogy a jogpolitikai szándék többszörösen leszűkítette a potenciális tettesek körét a versenyjogi jogalanyokhoz képest. Az első szűrő a gazdálkodó szervezetre való utalás, amely a Btk. 137. § 17. pontja szerinti alanyi kört foglalja magába. Már itt is megmutatkozik a különbség a versenyjog funkcionális alanyi hatálya és a büntetőjogi tényállás – miniszteri indokolásban – formálisan meghatározott alanyi hatálya között. A második szűrő az érintett vállalkozásoknak a jogsértésért felelős képviselőit, valamint a testületi döntés meghozatalában résztvevő személyt határozza meg.

Mivel a törvényi tényállás szövege – a miniszteri indokolással ellentétben – semmilyen formai vagy tartalmi szűkítést nem tartalmaz a bűncselekmény alanyára nézve, a tettesség megállapításának egyetlen ismérve az elkövetési magatartáshoz való viszony. Eszerint tettes az, aki valaki mással célzatosan megállapodik az árrögzítésben, piacfelosztásban vagy más szerződési feltételben. E tekintetben irreleváns az, hogy a megállapodást kötő személy, ha nem a maga nevében jár el, jogosult-e képviselni azt, akinek nevében megállapodik. Ugyancsak közömbös, hogy a megállapodást kötő vagy az általa képviselt személy egyáltalán lehet-e alanya a közbeszerzési vagy koncessziós eljárásnak. Mindebből látható, hogy a miniszteri indokolás formális szempontok mentén túl szűken határozta meg az alanyi kört, hiszen a vállalkozástól teljesen független természetes személy is

⁷⁰ Tpv. 1. § (1) bekezdés

⁷¹ Vj-60/2006. 71-72. bekezdés

megkötheti a megállapodást, nemcsak a képviselőre feljogosított személy. Az összehangolt magatartás tettese ugyancsak az a személyi kör lehet, aki egy vállalkozás magatartását egy másikéval összehangolja. Mindkét elkövetési magatartás kifelé, pontosabban egy meghatározott másik fél felé irányuló cselekmény, vagyis közömbös az, hogy a tettesnek van-e ráhatása a vállalkozás belső működésére. Következésképp semelyik elkövetési magatartásnak nem szükségképpen tettese a vállalkozás tagja vagy vezető tisztségviselője még akkor sem, ha egyértelmű utasítást ad egy másik személynek a magatartások összehangolására vagy megállapodás megkötésére.

Az elkövetési magatartáshoz való viszony egyben azt az alanyi kört is kijelöli, amely nem lehet a bűncselekmény tettese. Csak részesként felelhetnek azok, akik egy a részes vállalkozásoktól független harmadik személyként (vagy vállalkozásként) „közvetítenek” a felek között a követendő magatartás kialakításában. E harmadik személy nem lesz részese a megállapodásnak vagy magatartásnak, de az ő révén jön létre a versenyt torzító mechanizmus. Különösen igaz ez a testületi döntések meghozatala során. Ugyancsak részesként felel a vállalkozás vezető tisztségviselője vagy tagja, ha bár nem vett részt a megállapodás megkötésében vagy a magatartások összehangolásában, utasítást adott e cselekedetekre.

Érdekes kérdést vet fel, hogy azon személyek magatartása tényállásszerű lehet-e akiknek cselekménye a versenyjog dimenziójában nem jogsértő. Tipikusan akkor állhat fenn ilyen helyzet, amikor egy anyavállalat és a leányvállalata köt megállapodást. A közbeszerzési törvény terminológiájában mindkettő lehet potenciális ajánlattevő, sőt, még az is életszerű, hogy egy közbeszerzés egyik részére az egyikük tesz ajánlatot, egy másik részére pedig a másikuk, és nem versenyeznek egymással a két részben. Ez nem sérti a versenyjog szabályait, ha azonos döntési centrum köré épül az anya- és leányvállalata, továbbá ha nincs elkülönült üzletpolitikájuk, mert ez esetben egyetlen vállalkozásnak minősülnek⁷², és így fogalmilag nem jön létre közöttük megállapodás, annak versenyjogi értelmében. Kétségtelen ugyanakkor, hogy van a különböző jogalanyok között egy polgári jogi megállapodás vagy összehangolt magatartás, amely befolyásolja a közbeszerzési eljárás eredményét. Itt tehát megint megmutatkozik a versenyjog és a büntetőjog megközelítésmódja közötti különbség. A választ a tényállás eredményénél kapjuk meg, mert ez a magatartás bár tényállásszerű, nem jár az eredmény bekövetkezésével. Másfelől azonban esetleg kísérletként minősülhet az ilyen, versenyjogilag nem tiltott magatartás.

Nem egyértelmű a Btk. szövegéből, hogy a megállapodás vagy összehangolt

⁷² Tóth Tihamér: Az Európai Unió versenyjoga (Complex, 2007, Budapest): 96-97. o.

magatartás csak horizontális viszonyban lévő vállalkozások esetén tényállásszerű-e vagy vertikális viszonyban is. Az egyik megközelítés szerint, mivel mind a közbeszerzési eljárásban, mind pedig a koncessziós eljárásban a résztvevők szükségszerűen versenytársai egymásnak, ezért a tényállás csak a horizontális kartellekre vonatkozik.⁷³ Erre utal a törvény miniszteri indokolása is, amikor kifejti, hogy „A törvény által beiktatott tényállás csak a horizontális kartellekre vonatkozik, mivel a tényállás koncessziós és közbeszerzési eljárásban megvalósított versenykorlátozó magatartásokat szankcionálja, ahol is a pályázók illetve ajánlattevők szükségképpen versenytársai egymásnak.”⁷⁴ Ez azonban nem teljesen igaz, mert egy közbeszerzési eljárás különböző részei kapcsolódhatnak egymáshoz vertikálisan is, és ebben az esetben az egymással nem versengő ajánlattevők is vertikális viszonyban lesznek egymással (pl. új gépjármű beszerzése és flottamenedzsment). Azonban még egy egyszerű árubeszerzésnél is elképzelhető, hogy az ajánlattevő viszonteladási ár rögzítését vállalja a szállítója felé azzal, hogy a szállító csak magasabb áron adja el a terméket más potenciális ajánlattevőknek. További példa lehet a vertikális versenykorlátozásra a kizárólagos forgalmazási megállapodás, amely alapján a szállító egy adott földrajzi piacon csak egy meghatározott vevőnek értékesíti a terméket. Ezek kétségtelenül sértik a versenyt, különösen akkor, ha a szállító erőfölényben van, és kétségtelenül vertikális természetű megállapodás. Látható tehát, hogy a tényállás szövege nemcsak a horizontális megállapodások esetén teszi lehetővé a büntetőjogi fellépést, hanem a vertikális megállapodások és összehangolt magatartások esetén is.

Az egyik legvitatottabb kérdés a 296/B § értelmezésekor, hogy vajon a közbeszerzési vagy koncessziós eljárás kiírója oldalán cselekvő személy lehet-e a bűncselekmény alanya. Egyik álláspont szerint nem lehet, mivel a tényállás csak horizontális kartellekre vonatkozik, a kiíró és a nyertes pályázó között pedig vertikális megállapodás jön létre.⁷⁵ A másik álláspont szerint csak részesként lehet felelősségre vonni a kiírót.⁷⁶ Egy harmadik álláspont szerint tettes is lehet a kiíró, ha maga koordinálja a pályázók magatartásának összehangolását.⁷⁷

Álláspontom szerint a kiíró oldalán eljáró személy lehet részese a bűncselekménynek mind felbujtóként, mind pedig bűnsegédként. A tettesség kérdését illetően érdemes a

⁷³ Busch Béla (szerk.): i.m. 521.o., valamint Horváth Tibor – Lévay Miklós (szerk.): i.m. 287. o., illetőleg dr. Szentkúti Dániel: A magyar közbeszerzési jog versenyjogi kérdései (www.gvh.hu) 101. o.; Gerencsér Ágnes: i.m. 16. o.

⁷⁴ A 2005. évi XCI. törvény miniszteri indokolása

⁷⁵ dr. Szentkúti Dániel: i.m. 101. o.

⁷⁶ Lásd „A versenykorlátozó megállapodások tilalmához fűzött jogkövetkezmények” (www.gvh.hu), valamint Gerencsér Ágnes: i.m. 16. o., illetőleg Molnár Gábor: i.m. 80. o.

⁷⁷ Csépai Balázs – Ujvári Ákos: i.m. 225. o.

versenykorlátozó eredményről írtakból kiindulni. Mivel a beszerzés vagy koncessziós jog tárgyának meghatározása a kiíró egyedüli joga, annak manipulálása nem vezethet a verseny korlátozásához. S minthogy az ár rögzítés és a szerződési feltételek rögzítése a közbeszerzési vagy koncessziós eljárás tárgyához kapcsolódik, ezen elkövetési magatartások nem vezethetnek a tényállásbeli eredményhez. A piacfelosztás és a más összehangolt magatartás azonban már alkalmas lehet a verseny korlátozására. Figyelembe véve a tényállásszerű célzatot, megállapítható, hogy atipikusan ugyan, de elméletileg fennállhat az eljárás eredménye befolyásolásának célzata a kiíró oldalán. Bár életszerűbbnek tűnik, hogy a kiíró valamilyen korrupciós előnyért cselekszik, nem elképzelhetetlen, hogy valamilyen okból mégis közvetlenül érdekelt abban, hogy befolyásolja az eljárás eredményét, például azért mert részvényese a kedvezményezett ajánlattevőnek. Ugyancsak tényállásszerű lehet, ha a koncesszióba adó képviselője a pályázat során egyeztet a pályázókkal, hogy ki melyik részre milyen tartalmú pályázatot adjon be, mert valamilyen okból közvetlenül érdekelt az eredmény befolyásolásában.

Úgy tűnik tehát, hogy lehet tette a bűncselekmények a pályázat kiírójának képviselője, a pályázatokat lebonyolító, értékelő vagy az eljárásban másként részt vevő személy. Mindazonáltal figyelembe kell venni, hogy a 296/B §-ban szabályozott tényállás nem a hűtlen kezelés, hivatali visszaélés⁷⁸ vagy a vesztegetés egyik alelete, hanem kifejezetten a piaci szereplők magatartására fókuszál. Ennek megfelelően csak akkor lehet a kiíró képviselőjének büntetőjogi felelősségét tettesként megállapítani, ha valamilyen módon a másik oldalra (ajánlattevő, pályázó) jellemző érdekek mentén cselekszik, vagyis például az ajánlatkérő a piaci logikát felrúgva ajánlattevőként gondolkodik. Nem vitatva azt, hogy észrevehető társadalmi igény mutatkozik az állami oldalon cselekvő személyek hatékonyabb felelősségre vonására, nehezen lenne kivitelezhető, hogy dogmatikai bakugrások nélkül lehessen e törvényi tényállás keretében értékelni a vevő „vevői” magatartását az „eladók” versenytorzító magatartásának megállapításánál. Arra kell tehát figyelemmel lenni, hogy a Btk. 296/B § centrumában nem a közbeszerzések és a koncessziós eljárások tisztasága áll, hanem az ilyen eljárásokban folyó piaci verseny védelme, valamint a közvagyon hatékony felhasználásához fűződő társadalmi érdek védelme. Következésképp megállapíthatónak vélem a kiíró oldalán cselekvő személy tettességét, de csak szűk körben.

⁷⁸ Lásd: BH. 2002.471.

2.7. Bűnösség

A Btk. 296/B. § célzatos bűncselekmény, amely csak egyenes szándékkal követhető el. Az elkövető szándékának át kell fognia, hogy a magatartása a közbeszerzési vagy koncessziós eljárás eredményét befolyásolja. A törvény szövegéből arra lehet következtetni, hogy a célzatnak egy bizonyos, meghatározott közbeszerzési vagy koncessziós eljárásra kell vonatkoznia. Ez kérdésessé teszi azt, hogy az olyan piacfelosztó megállapodások, amelyek nem egy bizonyos közbeszerzési eljárásra vonatkoznak, hanem általában a piacra, beleértve valamennyi jövőbeli közbeszerzést is, az vajon tényállásszerű-e. Mivel a tényálláselemek mindegyikének fenn kell állnia a befejezett bűncselekmény megállapításához, valószínű, hogy az ilyen, hosszú időn át tartó intézményesült kartellek esetén is tényállásszerű az elkövetés akkor, amikor a felek tudomást szereznek egy konkrét közbeszerzési vagy koncessziós eljárásról, és nem függesztik fel a versenykorlátozó gyakorlatot.

Az eredmény befolyásolása fogalmilag felöleli az elkövetőre nézve kedvezőbb és kedvezőtlenebb hatást is, tehát nem szükséges a célzatnak arra irányulnia, hogy az elkövető által képviselt vállalkozás legyen az eljárás nyertese. Ebből következően az is tényállásszerű lehet, ha két vállalkozás abban állapodik meg egymással, hogy egyikük sem ad be ajánlatot egy koncessziós pályázatra. Tovább haladva e gondolatmenetben, az eljárás eredménye nemcsak a nyertes pályázó kiválasztását jelenti, hanem egyben a nyertes pályázatét is. Ebből pedig az következik, hogy az olyan megállapodás is tényállásszerű lehet, amellyel a felek nem a nyertes személyét akarják meghatározni, hanem csak az ajánlati árat.

Az eredményre nem kell kiterjednie a célzatnak. Ez annak a helyzetnek a lehetőségét is magában hordozza, hogy az azonos vállalkozáscsoportba tartozó vállalkozások a versenykorlátozás célzata nélkül állapodnak meg egymással abban, hogy csak az egyikük tesz ajánlatot a közbeszerzési eljárások egyes fajtáiban, a másikban pedig a másik vállalkozás. Amellett, hogy ez a fentebb vázoltak tükrében nem minősül versenyjog-ellenes magatartásnak (mert a megállapodást kötők nem minősülnek külön vállalkozásnak, és ennél fogva fogalmilag nem is jön létre közöttük megállapodás), a magatartásuk kétségkívül piacfelosztó hatású és a közbeszerzési eljárás eredményét befolyásolja, tehát a Btk. rendszerében tényállásszerű lehet.

Fontos kitérni itt arra is, hogy amíg a versenyjog megközelítésében nemcsak a szándékos versenykorlátozások szankcionálандók, hanem a gondatlan, az úgynevezett „naiv kartellek” is, és az olyan magatartások is, amelyek a gondatlanság szintjét sem érik el, mert a jogalanyoknak nem kellett tudnia magatartása versenykorlátozó természetéről, addig a Btk. kizárólag az egyenes szándékkal elkövetett magatartást kriminalizálja. Ezért ha egy szakmai

szervezet vagy kamara egységes áremelésről dönt az előtt, hogy a közbeszerzési vagy koncessziós eljárásról tudomást szerezne, a Btk. 296/B § összefüggésében a célzat hiánya miatt nem lenne tényállásszerű, még ha versenyjogi szempontból jogellenes is.

A konzorciumi szerződés ugyancsak nem az eredmény befolyásolását célozza, hanem az elnyerhető szerződés teljesítésére vonatkozik, ezért főszabályként esetében sem áll fenn a tényállásszerűség.⁷⁹

2.8. Stádiumok

A bűncselekmény befejezetté válásához az szükséges, hogy az elkövetési magatartással okozati összefüggésben korlátozódjon a verseny. Minthogy a verseny korlátozottsága nem azonos a versenyjogi jogellenességgel, tartalmilag is a büntetőbírószágra fog hárulni a versenykorlátozás megállapításának feladata akkor, ha az adott ügyben nem született korábban már megállapító versenyhivatali határozat. Ez nemcsak azért nehezíti meg a büntetőbírószágot, mert piacelemzést kell végezniük a hatások megállapításához, hanem azért is, mert választ kell adni arra a kérdésre, hogy mikor korlátozott a verseny. Egyes álláspontok szerint a verseny a megállapodás megkötésével szükségszerűen korlátozódik.⁸⁰ Ennek kritikája, hogy a felek nem feltétlenül tartják be a megállapodást, és ilyen esetben a kifejezett közös szándék ellenére sem korlátozódik a verseny de facto. A második lehetséges pont az ajánlatok benyújtásának pillanata, mert ekkor eldől, hogy ki milyen magatartást folytatott. A harmadik szakaszhatár az ajánlatkérő vagy koncesszióba adó döntése a szerződéskötésről, amikor realizálódik az, hogy valójában nem versengő ajánlatok közül választ.⁸¹ Az elméletileg következő releváns időpont a közbeszerzési vagy koncessziós szerződés megkötése.⁸² Ezt követik a jogorvoslati eljárás egyes szakaszai. A válasz a versenykorlátozás fogalmának értelmezésétől függ. Ha ugyanis két piaci szereplő nem versengő magatartását már a verseny korlátozásának tekintjük, akkor lényegében a közös szándék kifejeződésétől, vagyis a megállapodás megkötésétől kezdve korlátozott lehet a verseny. Más megközelítésből viszont, ha a megállapodásban nem részes harmadik fél már tud versengő módon cselekedni, akkor az adott ügylet szempontjából lényegében irreleváns,

⁷⁹ A konzorcium lényege az, hogy a különböző vállalkozások egymás tevékenységét kiegészítve alakítják ki az ajánlati dokumentációt, és együttműködve valósítják meg a kivitelezést. (Lásd a Fővárosi Ítéltábla 2.kf.27.097/2010/3. sz. ítéletét)

⁸⁰ Molnár Gábor: i.m. 77. o., valamint Busch Béla (szerk.): i.m. 521.o., illetőleg Kaszás Ágnes Roxán: i.m.

⁸¹ Csépai Balázs – Ujvári Ákos: i.m. 226. o.

⁸² Vö. „A versenykorlátozó megállapodások tilalmához fűzött jogkövetkezmények” (www.gvh.hu)

hogy a nem nyertes ajánlattevők megállapodás alapján vagy más miatt nem tettek nyertes ajánlatot. Úgy tűnik tehát, hogy nem spórolható meg az esetről esetre történő piacelemzés a verseny korlátozottságának megállapítása során.

Mindazonáltal a verseny mindaddig korlátozható, amíg a közbeszerzési vagy koncessziós eljárást lezáró döntés jogerőre nem emelkedik, illetőleg amíg a feleket nem terheli az ajánlati kötöttség. Az elkövetés tehát az ajánlati kötöttség beálltával és az eljárást lezáró döntés jogerőre emelkedésével válik bevezetetté.

Az eredmény bekövetkeztéig kísérleti szakaszban van az elkövetés. A megállapodás esetében az ajánlattétel teremt meg a kísérlet fázisát, összehangolt magatartás esetén az első összehangolt cselekmény kifejtése, tényállásszerű döntés esetében pedig a döntésre irányuló konkrét intézkedések megtételével válik kísérletté az elkövetés.⁸³

2.9. Rendbeliség

A bűncselekmény rendbelisége a közbeszerzési és koncessziós eljárások számához igazodik, függetlenül attól, hogy hány megállapodás, összehangolás vagy döntés születik.⁸⁴ Ebből következően egy több évre szóló magatartás annyi bűncselekményt valósít meg, ahány eljárásban a felek összehangoltan cselekszenek az eredmény befolyásolásának célzatával. A több részből álló közbeszerzési eljárásban több részre vonatkozó tényállásszerű elkövetés folytatónak minősül.

2.10. Privilegizált eset és büntethetőséget megszüntető ok

A bűncselekmény privilegizált, vétségi alakzata valósul meg akkor, ha „*jelentős értéket meg nem haladó közbeszerzési értékre*” követik el. Egyrészt azt kell kiemelni, hogy a minősítés feltétele a közbeszerzési értékhez⁸⁵ kapcsolódik, vagyis koncessziós eljárásban nem valósulhat meg a privilegizált alakzat, csak közbeszerzési eljárásban való elkövetés esetén. Másrészt fontos hangsúlyozni, hogy a versenykorlátozás mértéke ugyancsak figyelmen kívül marad. Jóllehet, a verseny korlátozottságának mértékét alighanem lehetetlen lenne számszerűsíteni, de vannak nyilvánvaló fokozatbeli különbségek. Következésképp egy 45 millió forint értékű közbeszerzési eljárásban való kartellezés a verseny korlátozásának

⁸³ Busch Béla (szerk.): i.m. 522.o.

⁸⁴ Busch Béla (szerk.): i.m. 522. o.

⁸⁵ A közbeszerzés értékének meghatározására lásd a Kbt. 11-18. §-ait.

mértékétől függetlenül is csak vétség, amíg egy kisebb értékű koncessziós eljárásban való kartellezés még akkor is büntett, ha a verseny csak kis mértékben korlátozódik a magatartás nyomán.

A törvény miniszteri indokolása a társadalomra veszélyesség alacsonyabb fokával magyarázza e privilegizált esetet. Hozzáteszi továbbá, hogy a koncessziós eljárás esetén nem áll fenn ilyen indok, a koncesszióköteles tevékenységek jellegére való tekintettel. Ez a megközelítés azért problematikus, mert a tényállás kettős védett jogi tárgya közül csak az egyikre van figyelemmel, a piaci verseny védelméhez fűződő társadalmi érdek sérelmének mértékére nem. Érdeemes itt felidézni, hogy bár a miniszteri indokolás szerint a versenykorlátozó megállapodásokkal szembeni versenyhatósági fellépés elégtelensége hívta életre ezt a tényállást, ugyanakkor az új Btk. miniszteri indokolása már arról ír, hogy a kodifikáció során felmerült annak lehetősége, hogy a tényállást kiterjesszék valamennyi versenykorlátozó megállapodásra, de végül maradt a jelenlegi koncepció, amely csak a közbeszerzési és koncessziós eljárásra fókuszál. Ennek indokaként arra hivatkozik, hogy „*a kartelltilalom [...] a versenyjog eszköztárával megfelelő védelmet biztosít*” a versenykorlátozó megállapodásokkal szemben. Mindeközben a Tpv. nem változott meg lényegesen, hanem ugyanazt az eszközrendszert másként ítéli meg a jogalkotó, hét év elteltével. Ez egyben arra is magyarázatul szolgál, hogy miért értékelődött fel a védett jogi tárgyak között a közvagyon hatékony felhasználásához fűződő érdek szerepe, valamint hogy miért ehhez kapcsolódik a tényállás privilegizált alakzata.

Büntethetőséget megszüntető okként nevesíti a tényállás azt az esetet, amikor az elkövető a hatóság tudomására hozza a cselekményt és feltárja az elkövetés körülményeit még azelőtt, hogy az a hatóság tudomására jutott volna. Fontos kiemelni, hogy e bejelentés a kartellnek kizárólag a nyomozó hatóság tudomására hozását jelenti, és nem azonos a versenyhatóság előtt megtehető bejelentéssel. A rendelkezés jelentősége a 2009. évi XIV. törvénnyel a Tpv-be iktatott, úgynevezett engedékenységi politika⁸⁶ érvényesülésében rejlik. Az eredményesebb hatósági fellépés érdekében ugyanis európai mintára a magyar versenyjogban is meghonosodott az a speciális eljárás, amely különféle kedvezményeket ad azoknak a jogsértő vállalkozásoknak, akik segítenek feltárni a piacon működő kartelleket. Az engedékenységi politika egyik célja, hogy ösztönözze a vállalkozásokat arra, hogy a részvételükkel működő kartelleket a többi résztvevőt megelőzően jelentsék be a hatóságnak,

⁸⁶ A magyar versenyjogi gyakorlatban „*A kartellek feltárását segítő engedékenységi politika alkalmazása*” című, 3/2003. sz. GVH elnöki közlemény honosította meg az engedékenységi politikát.

valamint hogy ezzel, a kartelltagok egymás iránti bizalmának csökkentésén keresztül a kartellezésre való hajlandóságot is csökkentese. A kemény horizontális kartelleket elsőként bejelentő és bizonyítékokat szolgáltató vállalkozás esetében a bírság kiszabása mellőzhető. Amikor a bírság mellőzésének törvényi feltételei nem állnak fenn, de a vállalkozás bizonyítékokat szolgáltat egy kartell vonatkozásában, akkor az elsőként bejelentő vállalkozás 30-50% mértékű bírságcsökkentésre jogosult, a második bejelentő 20-30% mértékű csökkentésre, a harmadik pedig 0-20% mértékű csökkentésre.

A büntetőjogi szabályozás hiányossága ugyanakkor, hogy ha a bejelentéskor már tudomása volt a nyomozó hatóságnak a bűncselekményről, akkor a büntetőjogi mentesülés kizárt. Amíg tehát a versenyjogi szabályok szerint a másodikként, harmadikként bejelentő fél is részesül bizonyos kedvezményben a jogkövetkezmények megállapításakor, addig a bűncselekményt önként feltáró személy komoly kockázatot vállal, hiszen ha nem tőle értesül a nyomozó hatóság elsőként a bűncselekményről, akár azért mert már eljárási cselekményt foganatosított, akár azért mert a kartellben részes másik fél már bejelentést tett, akkor nemcsak gyanúba keveri önmagát, hanem gyakorlatilag bizonyítási eszközöket szolgáltat önként a hatóságnak az önmagával szembeni eljáráshoz. Ez a kockázat pedig nincs párhuzamban az engedékenységi politika lényegével, hanem éppen kontraproduktív, így aligha lenne olyan elkövető, aki élne vele.⁸⁷ Ezt a jogalkotó is felismerte, és az új Btk-ban némileg korrigálta a büntető törvény és a versenyjogi szabály közti diszkrepanciát.

3. A tényállás újraszabályozása az új Btk-ban

Versenyt korlátozó megállapodás közbeszerzési és koncessziós eljárásban

420. § (1) Aki a közbeszerzési eljárás, illetve a koncesszióköteles tevékenységre vonatkozóan kiírt nyílt vagy zártkörű pályázat eredményének befolyásolása érdekében az árak, díjak, egyéb szerződéses feltételek rögzítésére vagy a piac felosztására irányuló megállapodást köt, vagy más összehangolt magatartást tanúsít, és ezzel a versenyt korlátozza, büntetett miatt egy évtől öt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(2) Az (1) bekezdés szerint büntetendő, aki a közbeszerzési eljárás, illetve a

⁸⁷ Az ellentétes álláspontra lásd: Juhász Ágnes: Közbeszerzés a versenyjog határán (In. Miskolci Jogi szemle: 2010/2.): 152.o.

koncesszióköteles tevékenységre vonatkozóan kiírt nyílt vagy zártkörű pályázat eredményének befolyásolása érdekében a vállalkozások egyesülete, a köztestület, az egyesülés és más hasonló szervezet olyan döntésének a meghozatalában vesz részt, amely a versenyt korlátozza.

(3) A büntetés vétség miatt két évig terjedő szabadságvesztés, ha az (1) vagy (2) bekezdésben meghatározott bűncselekményt jelentős értéket meg nem haladó közbeszerzési értékre követik el.

(4) Nem büntethető az (1)-(3) bekezdésben meghatározott bűncselekmény elkövetője, ha a cselekményt, mielőtt az a büntető ügyekben eljáró hatóság tudomására jutott volna, a hatóságnak bejelenti, és az elkövetés körülményeit feltárja.

(5) Nem büntethető az (1)-(3) bekezdésben meghatározott bűncselekmény elkövetője, ha a cselekmény elkövetésekor olyan vállalkozás vezető tisztviselője, tagja, felügyelő bizottságának tagja, alkalmazottja vagy ezek megbízottja, amely - mielőtt a versenyfelügyeleti ügyekben eljáró hatóság az ügyben vizsgálatot indított volna - a cselekményre kiterjedően a versenykorlátozás tilalmáról szóló törvény szerinti bírság mellőzésére alapot adó kérelmet nyújtott be, és az elkövetés körülményeit feltárja.

(6) A büntetés korlátlanul enyhíthető, különös méltánylást érdemlő esetben mellőzhető azzal szemben, aki a bűncselekmény elkövetésekor olyan vállalkozás vezető tisztviselője, tagja, felügyelőbizottságának tagja, alkalmazottja vagy ezek megbízottja, amely a versenyfelügyeleti ügyben eljáró hatóságnál a cselekményre kiterjedően a versenykorlátozás tilalmáról szóló törvény szerinti bírság mellőzésére vagy csökkentésére alapot adó kérelmet nyújtott be, és az elkövetés körülményeit feltárja.

A 2013. július 1-jével hatályba lépő új Btk. kisebb változtatásokkal átvette a jelenleg hatályos tényállást, és a 420. §-ban szabályozza a közbeszerzési és koncessziós eljárásbeli versenykorlátozó megállapodást. A törvény miniszteri indokolása szerint a kodifikáció során felmerült annak lehetősége, hogy a törvényi tényállást kiterjesszék valamennyi kartellre, végül azonban ez nem történt meg. Ennek indoka, hogy „a kartelltilalom megszegése a

*versenyjog eszköztárával megfelelő védelmet biztosít, a bűncselekmény kiterjesztése valamennyi ilyen visszaélésre inkább veszélyeket hordozna magában, mintsem megfelelő eredménnyel kecsegtetne.*⁸⁸ Az új tényállás pontosította az elkövetési magatartást, amennyiben egyértelműsítette, hogy az elkövetési magatartás megvalósulhat mind az árak rögzítésével, mind pedig a díjak rögzítésével. Emellett a büntetési tételkeret alsó határát egy év szabadságvesztésben határozza meg az új kódex, az öt éves felső határ megtartása mellett.⁸⁹

Jelentősebb újítás, hogy a korábbi büntethetőséget megszüntető ok mellett két újabb privilegizált esetet is bevezet a törvény. Az új (5) bekezdés szerint az az elkövető sem büntethető, aki olyan vállalkozásnak volt képviselője, amely a bírság mellőzésére alapot adó kérelmet nyújtott be és az elkövetés körülményeit feltárta, mielőtt a versenyhatóság az ügyben vizsgálatot indított volna. Az ugyancsak új (6) bekezdés pedig a büntetés korlátlan enyhítését vagy mellőzését teszi lehetővé az olyan vállalkozások nevében eljáró elkövetőkkel szemben, amelyek versenyhatóság felé tett bejelentése nem alapozza meg a bíróság mellőzését, hanem csak annak csökkentését. Alapvető különbség az első – jelenleg is hatályos – és a második két, új privilegizált eset között, hogy az előbbi a jogsértésnek a nyomozó hatóság tudomására hozásán alapul, az utóbbiak pedig a versenyhatóságén. Ugyancsak kiemelendő, hogy az első esetben csak a bejelentő elkövető mentesül a büntethetőség alól, az utóbbi esetekben pedig mindazok az törvényben felsorolt személyek (vezető tisztségviselő, tag, felügyelőbizottsági tag, alkalmazott vagy ezek megbízottja) részesülnek a kedvezményből, akik a bejelentő vállalkozáshoz tartoznak, függetlenül attól, hogy ők maguk tettek-e bejelentést. Az időkorlátok is különbözőek a háromféle privilegizált esetben. A nyomozóhatóság felé tett bejelentés határideje a hatóságnak a cselekményről való tudomásszerzése, a második eseté a versenyhatóság vizsgálati eljárásának megindítása, a harmadik eset határideje pedig az előzetes álláspont versenyhatóság általi közlését vagy az iratbetekintés kezdő napját megelőző nap.

Legkedvezőbb helyzetben tehát az az elkövető van, aki elsőként tesz bejelentést és szolgáltat bizonyítékokat mind a nyomozóhatóságnál, mind pedig a versenyhatóságnál, hiszen egyfelől saját személyében nem lesz büntethető, másfelől pedig a versenyhatósági bírság a vállalkozásával szemben mellőzhető. Látható tehát, hogy az új Btk. ezen bekezdései már

⁸⁸ Lásd: Miniszteri indokolás a T/6958. számú törvényjavaslathoz. 475. o.

⁸⁹ Érdemes megemlíteni, hogy a Jogi személlyel szemben alkalmazható büntetőjogi intézkedésekről szóló 2001. évi CIV. törvény lehetővé teszi a jogi személy megszüntetését és a pénzbírság kiszabását is akkor, ha a szándékos bűncselekményt a 2. § szerint követik el úgy, hogy az a jogi személy javára előny szerzését célozta vagy eredményezte.

jobban illeszkednek az engedékenységi politika szabályaihoz, és nem gátolják a versenyjogi célok érvényesülését.

4. A tényállás kritikája és de lege ferenda javaslatok

Nem ismert olyan ítélet, amelyben a büntetőbíróság a Btk. 296/B §-át alkalmazta volna. Ennek a legvalószínűbb oka, hogy számos eljárási jellegű és anyagi jogi problémát vet fel a tényállás. Egyfelől ugyanis általában hiányzik a kellő szakértelem a két jogterület együttes alkalmazásához, másrészt pedig a két jogterület eltérő rendszere miatt olyan emberi jogi kérdések merülnének fel az eljárás során, amelyek a bizonyítékok beszerzésének legalitását, az önvádra kötelezés tilalmát és a „*ne bis in idem*”-elv lényegét tennék mérlegre, és egyelőre nem adnak megnyugtató választ.⁹⁰ Mindemellett azonban fontos kiemelni, hogy anyagi jogi megközelítésben sem tűnik könnyen alkalmazhatónak a tényállás. Ezt részben a terminológiai bizonytalanságok okozzák, részben pedig a tényállás mögött álló jogpolitikai célok homályossága. Ennek egyik igazolásaként is felfogható az, hogy a törvénytörvény nem mindenben felel meg a miniszteri indokolásban kifejtetteknek.

Bár a magatartás kriminalizációja jogpolitikai oldalról indokolt, és szükség van az egyes versenyjogi jogsértések büntetőjogi fenyegetettségére, a tényállás alkalmazhatóságához azonban jelentős újragondolás és átstrukturálás szükséges. E körben elsőként arra kell figyelemmel lenni, hogy a büntetőjog megközelítése és módszere számos ponton lényegesen eltér a versenyjog megközelítési módjától. Ezért elsősorban a terminológia összehangolására lenne szükség. Ennek egyik lehetséges útja a keretdiszpozíció alkalmazása lenne, amely megfelelően hivatkozik a közbeszerzési és koncessziós eljárásban megvalósuló, versenytörvény szerinti jogsértésre. Bár ez elméletileg felvetheti a „*nullum crimen sine lege*” elv sérelmét⁹¹, a másik oldalról nézve nyilvánvaló, hogy a világos büntetőjogi tényállás és a kiszámítható jogalkalmazás mégis a jogbiztonság egyik záloga.⁹²

A leíró diszpozíció megtartása esetén feltétlenül szükségesnek vélem annak egyértelműsítését, hogy a kriminalizáció jogpolitikai szándéka csak a horizontális kartellekre irányul-e vagy a vertikális megállapodásokra is. Állásponatom szerint nem indokolt csak a versenytársak közötti megállapodásra szűkíteni az alanyi kört, mert ugyan a versenyjogi megítélés szempontjából valóban enyhébb elbírálás alá esnek a vertikális megállapodások, e

⁹⁰ Mezei Péter: i.m.

⁹¹ Földvári József: Magyar büntetőjog. Általános rész (Osiris, Budapest, 1998) 55.o., valamint dr. Gyula József: i.m. 11.o.

⁹² Megjegyzendő e körben, hogy az 1/1999. Büntető jogegységi határozat a Btk. 2. §-ának alkalmazhatóságát kiterjeszti a keretdiszpozíciót tartalmazó tényállásokra is.

tényállásban nem pusztán a versenyt védi a büntetőjog, hanem a közvagyon hatékony felhasználását is. Ebből a szempontból pedig irreleváns, hogy milyen viszonylatban jön létre az a megállapodás, amely a piaci árnál magasabb beszerzési értéket vagy alacsonyabb koncessziós díjat eredményez.

A bűnösség körében azt lenne érdemes újragondolni, hogy szükséges-e fenntartani a célzatot a tényállásszerű elkövetéshez? Ha ugyanis a közvagyon hatékony felhasználásához fűződő társadalmi érdek mint védett jogi tárgy valóban prioritást élvez a verseny tisztaságával szemben, akkor az eshetőleg szándékkal történő elkövetés az alanyi oldal kiszélesítésével hathatósabb védelmet nyújtana az olyan versenykorlátozásokkal szemben, amelyek nem egy-egy közbeszerzésre vagy koncessziós eljárásra vonatkoznak, hanem hosszú időn át tartanak, így általánosságban és tartósan zavarják meg a piaci működést, beleértve a közvagyon felhasználására irányuló eljárásokat is.

A 296/B §-ban értékelt eredmény az, ami álláspontom szerint a legnagyobb akadálya a jelenlegi tényállás alkalmazhatóságának. Egyrészt célszerű lenne a versenykorlátozás fogalmát felcserélni a versenyjog-ellenesség fogalmával annak érdekében, hogy létrejöjjön a koherencia a büntetőjogi és a versenyjogi terminológia között. Másrészt ezt az elkövetés módjaként kellene értékelni, nem pedig annak eredményeként. A versenyjog-ellenesség elkövetési módként való megfogalmazása egyben szükségtelenné tenné a jelenlegi példálózó felsorolást. Amennyiben elfogadjuk, hogy a bűncselekmény elsődleges jogi tárgya a közvagyon hatékony felhasználáshoz fűződő érdek, úgy a cselekmény ezt sértő eredménye nem maga a versenykorlátozás vagy a versenyjog-ellenesség, hanem a közbeszerzési és koncessziós eljárás eredményének befolyásolása. Ez azt is jelenti, hogy a cselekmény eredményeként viszont ezt a befolyásolást kellene tényálláselemmé tenni.

Összefoglalásként elmondható, hogy egy méltányolható jogpolitikai indokból született meg a Btk. 296/B §-ban szabályozott törvényi tényállás, azonban a tényálláselemek átgondolatlan meghatározása miatt szinte teljesen alkalmazhatatlan. Mindazonáltal nem kétséges, hogy egy jelentősebb átfogalmazás után komoly jelentőségre tehet szert a gazdasági bűnözés visszaszorításában.

Vörös Judit ügyvédjelölt,
Galavits, Ábrahám & Kondacs Ügyvédi Iroda (Budapest)

Az emberi embrió szabályozásának kérdéseiről

1. Előszó

Napjainkban úgy tűnik, a jogalkotók egyre inkább felismerik az emberi élet, személyiség mint *érték* védelmének fontosságát. A civiljogi szférában az ember pusztá létezésénél fogva, ahogyan Gyöngyösi Zoltán fogalmaz, a legfontosabb társadalmi értékteremtő- és hordozó.¹ Erre tekintettel az élet szinte minden területén garanciális jogi normák hivatottak védeni születésétől haláláig, sőt azután is bizonyos esetekben, gondoljunk csak a szerzői vagy az öröklési jogra. Az in vitro (méhen kívüli) művi megtermékenyítés eredményeként létrejött és be nem ültetett embrióknál nem egyértelmű ez a védelem. Mi áll ennek a háttérében? Véleményem szerint a jogi státusz megítélésének tisztázatlan volta, hogy az embrió tekinthető-e embernek, illetve jogalanynak. Egyre többen feszegetik ezt a témát; ezzel az összegzéssel elsősorban a hazai anomáliákra igyekszem rávilágítani, érintve a nemzetközi szabályozást.

2. A nemzetközi jogi szemlélet

A hatályos nemzetközi jogban véleményem szerint sajátosan tükröződik a klasszikus természetjogi vagy tradicionális szemlélet, eszerint az élethez való jog a fejlődő emberi életet a fogantatástól kezdve megilleti.² Ez a nézet elsősorban az Európai Parlament és az Európa Tanács dokumentumaiban manifesztálódott.

A Parlament által 1989-ben elfogadott jelentésekben a fenti álláspont tisztán érvényesül. A *Rothley-jelentés* expressis verbis elutasítja az ember tárgy mivoltát, a személyiség feltétlen elismerését szorgalmazza. A *Casini-jelentés* szerint a magzatot

¹ Gyöngyösi Zoltán: Az élet és a test feletti rendelkezés joga. Budapest, HVG-ORAC Lap-és Könyvkiadó Kft., 2002. 23.

² Jobbágyi Gábor: A méhmagzat életjoga. Budapest, Pacem in Utero E., 1994. 232.

(embriót) megilleti az élethez, a genetikai identitáshoz, a családhoz, valamint az emberi személy védelméhez való jog.³

Az Európa Tanács dokumentumai is az embriók védelmét helyezik előtérbe, ugyanakkor ezek meglátásom szerint nem tekinthetők teljes mértékben a hagyományos természetjogi felfogás produktumainak. Az emberi embrió, valamint a magzat diagnosztikai, terápiás, tudományos, ipari és kereskedelmi célú felhasználásáról rendelkező 1046/1986. számú ajánlás kimondja az élet folyamat-jellegét, és tiltja a megkülönböztetést az emberi élet első (embrionális) szakaszaiban, azonban nem pontosítja ezeket.⁴ A contrario lehetséges diszkrimináció későbbi életszakaszban? Az 1100/1989. számú ajánlás, amely az emberi embrió és magzat tudományos kutatásokban való alkalmazásáról szól, szintén tagadja az emberi élet diszkontinuitását és kikerüli az embrió meghatározásának problémáját. Az ajánlás értelmében az embriót szervezetként fokozatos differenciálódás, egyúttal folyamatosan biológiai és genetikai identitás jellemzi.⁵

A fenti ajánlások a soft law („puha jog”) részét képezik, azaz nem rendelkeznek jogilag kötelező erővel, ellentétben az emberi jogokról és a biomedicináról szóló 1997-es *Bioetikai vagy Oviedói Egyezmény*vel, amelyet a 2002. évi VI. törvény transzformált a magyar jogrendbe. A 18. cikkének 1. pontja kimondja: „Amennyiben az embriókon végzett in vitro kutatást törvény megengedi, a törvénynek megfelelő védelmet kell biztosítani az embrió számára.”⁶ A rendelkezés, amellet, hogy az embriókísérletek szabályozását tagállami hatáskörbe utalja – Jobbágyi Gábor álláspontját idézve –, azt sugallja, a nemzetközi megállapodás nem tekinti az embriót emberi lénynek.⁷

3. A magyar szabályozás

Amíg a fentiekben bemutatott nemzetközi dokumentumok hallgatnak az embrió meghatározásáról, ezáltal jogi státuszáról, addig a magyar szabályozás már kísérletet tesz a definiálására. Ezzel összefüggésben további különbség, hogy a hazai joganyagban inkább

³ Jobbágyi Gábor: Orvosi Jog. Budapest, Szent István Társulat, 2005. 83.

⁴ Recommendation 1046 (1986) on the use of human embryos and fetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes.
<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta86/erec1046.htm> (2012.10.21.)

⁵ Jobbágyi: i. m. (3. jegyzet) 83.

⁶ Az Európa Tanácsnak az emberi lény emberi jogainak és méltóságának a biológia és az orvostudomány alkalmazására tekintettel történő védelméről szóló, Oviedóban, 1997. április 4-én kelt Egyezménye: Az emberi jogokról és a biomedicináról szóló Egyezmény, valamint az Egyezménynek az emberi lény klónozásának tilalmáról szóló, Párizsban, 1998. január 12-én kelt Kiegészítő Jegyzőkönyve kihirdetéséről szóló 2002. évi VI. törvény szerinti fordítás.

⁷ Jobbágyi: i. m. (3. jegyzet) 84.

redukcionista elemek figyelhetők meg; a liberális-redukcionista nézőpontok nem vagy csak bizonyos időponttól ismerik el az embrió személyi voltát.⁸

Navratyil Zoltán tanulmányában rámutat, hogy az egészségügyről szóló 1997. évi CLIV. törvény (továbbiakban: Eütv.) más-más elnevezéseket alkalmaz az élet fejlődési „lépcsőfokaihoz” igazodva. Az *embrió* fogalmi körét egy konkrét időintervallumra szűkíti le: minden élő emberi embrió a megtermékenyítés befejeződése után a terhesség 12. hetéig.⁹ Tehát a jogszabály elismeri, az embrió a megtermékenyítéssel „jön létre”. A törvény szerint *magzat a méhen belül* fejlődő emberi lény a terhesség 12. hetétől.¹⁰ Az Eütv. kontextusában a reprodukciós eljárás során testen kívül létrejött és be nem ültetett embriót¹¹ a méhmagzat jogállása a *beültetés napjától* illeti meg.¹² A jogszabályi rendelkezések összevetéséből kitűnik, hogy a magyar jogban az *in vitro* embrió nem emberi lény, valamint nem részesül a méhmagzatnak kijáró védelemben.¹³ Ez ellentétes a magzati élet védelméről szóló 1992. évi LXXIX. törvény preambulumaival: „a *fogantatással* induló magzati életet tisztelet és védelem illeti meg.”¹⁴ A megfogalmazásból véleményem szerint kitűnik, hogy a törvény már a megtermékenyítéstől magzatnak tekinti a fejlődő emberi életet. A jogszabályon belüli és a jogszabályok közötti fogalomzavar odavezetett, hogy a kialakuló emberi élet teljesen megalapozatlanul más-más „státusszal” rendelkezik az „elhelyezkedésétől” függően. Az *in vitro* embrió esetében az Eütv. nem használja a „tulajdöntárgy” kifejezést, de a vele való rendelkezési jog mint tulajdonjogi részjogosítvány (embrióadományozás- és letét) szabályai ezt sejtetik.

Gyöngyösi Zoltán a jogalkotóhoz hasonlóan instrumentális, ám annál szélsőségesebb álláspontot fogalmaz meg, eszerint a tulajdonjog az ivarsejtekre is kiterjedhet. Az embrió petesejt és spermium egyesülésével jön létre, a Ptk. 134. § (1) bekezdése szerinti dologegyesülésként fogható fel, amelyen a szülők közös tulajdont szereznek.¹⁵

További joghézagokkal, értelmezési problémákkal szembesülhetünk a korábbi Alkotmány bizonyos rendelkezéseinél és az alkotmánybírói gyakorlatban is.

⁸ Lásd részletesebben *Jobbágyi*: i.m. (2. jegyzet) 232., 238-240.

⁹ Eütv. 165. § a) pont

¹⁰ Eütv. 165. § b) pont

¹¹ Eütv. 167. § (4) bekezdés, 175. § (1) bekezdés

¹² Eütv. 179. § (3) bekezdés második mondata

¹³ *Navratyil Zoltán*: Az asszisztált reprodukciós eljárások a jogi szabályozás tükrében – különös tekintettel az *in vitro* embrió helyzetére. Debreceni Jogi Műhely – OTDK különszám. (2005.07.01.) 16. <http://www.law.klte.hu/jogimuhely/extra%20issue/Navratyil%20Zoltan%20-%20Az%20assziszt%20reprodukci%20F3s%20elj%20E1r%20E1sok.pdf> (2012.10.21.)

¹⁴ *Navratyil*: i. m. 15.

¹⁵ *Gyöngyösi*: i. m. 293.

Minden embert megillet a jogképesség¹⁶ – a polgári jog egyik legfontosabb kitétele. Ennek alapján jogokat szerezhet, kötelezettségeket vállalhat, feltéve, hogy élve születik.¹⁷ Az emberi jogképesség törvényi rögzítettsége annak látszatát keltheti, hogy a természetes személyek jogképessége az államtól származik. Azonban az „ember alapvető jogi helyzetének jellemzője, hogy jogképessége független bármely tulajdonságától”, vallja az Alkotmánybíróság,¹⁸ azaz valójában az ember az ember-volta miatt jogképes. Ha tehát elismerjük az in vitro embrió ember-voltát, jogképesség illeti meg.

A jogképesség ugyanakkor egy formális kategória, hiszen a jogalkotó a természetes személyeken kívül mást is a jogalanyok körébe vonhat, például jogi személyeket vagy a jogi személyiséggel nem rendelkező gazdasági társaságokat. Hogy az embert el lehessen választani egyéb jogalanyoktól, kell lennie valamilyen választóvonalnak, egy „többletnek”, amely az emberi minőség alapja. Az Alkotmánybíróság szerint ez az élethez és az emberi méltósághoz való jog, amelyek a testület felfogásában korlátozhatatlanok.¹⁹ Az élethez és az emberi méltósághoz való jog ilyenfajta értelmezése mintegy ellentétbe került az előző alaptörvény alábbi rendelkezéseivel. Az 1949. évi XX. törvény 54. § (1) bekezdése úgy fogalmazott, hogy „minden embernek veleszületett joga van az élethez és az emberi méltósághoz, amelyektől senkit nem lehet önkényesen megfosztani.” Egy másik alkotmányi rendelkezés [8. § (2) bekezdés] viszont azt tartalmazta, hogy alapvető jogok lényeges tartalmát törvény nem korlátozhatja. A jogszabályhelyek relációja azt a lehetőséget vetette fel, hogy ezek szerint az élethez és az emberi méltósághoz való jog, amit az Alkotmány az alapjogok körében tárgyalt, *nem önkényesen* korlátozható. Egyáltalán, mi minősül önkényesnek és mi számít visszaélésnek?

Schmidt Péter alkotmánybíró szerint az alkotmányon belüli diszharmónia feloldása nem az Alkotmánybíróság feladata.²⁰ Ugyanakkor éppen a testület fejtette ki, hogy amióta minden ember jogképességét (formálisan) elismerték, az „ember” *normatív* fogalom, s mint

¹⁶ A Magyar Köztársaság Polgári Törvénykönyvéről szóló 1959. évi IV. törvény (továbbiakban Ptk.) 8. § (1) bekezdése

¹⁷ Ptk. 9. §

¹⁸ 64/1991 (XII.17.) AB határozat
<http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1FC1F8A864CBF10DC1257A25004774D8?OpenDocument>
(2012.10.21.)

¹⁹ 64/1991 (XII.17.) AB határozat
<http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1FC1F8A864CBF10DC1257A25004774D8?OpenDocument>
(2012.10.21.)

²⁰ Schmidt Péter alkotmánybíró különvéleménye a 23/1990. (X.31.) AB határozathoz.
<http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/D6F629C50A3584DDC1257A2500477C9E?OpenDocument>
(2012.10.21.)

ilyen kategória, illetve a hozzákapcsolódó élethez és emberi méltósághoz való jog nem eshet az Alkotmány normavilágán kívül.²¹ Vagy mégis?

A *monista* felfogás szerint az élethez és az emberi méltósághoz való jog nem választható el egymástól, az ember lényegét, olyan magvát képezi, amely transzcendens, minden (alap)jog forrása, előfeltétele. A jog számára megfoghatatlan, hozzáférhetetlen, így mint legfőbb értéket „csupán” védheti. Ha nem így tesz, akkor beszélhetünk önkényességről.²²

Alkotmányellenes és önkényességnek tekinthető, ha a jogalkotás visszavesz az ember eddig elért pozíciójából,²³ ennek vetületeként az in vitro embriónak nem biztosít az élethez való jog hiányában legalább valamilyen szintű „védelmi hálót”. A monista nézet – az élethez és az emberi méltósághoz való jog egységének megfogalmazása mellett – szerintem abban a vonatkozásban is visszaköszön az alkotmánybírói álláspontban, miszerint önmagában a keletkező emberi élet is védendő, amelyet annak alapjogi értékére és biológiai kontinuitására vezet vissza. A védelmi minimumot az állam *objektív* intézményvédelmi kötelezettsége alapozza meg.²⁴ Ez alapjogi kontextusban értékelhető, a magyar szakirodalomban uralkodó álláspont, hogy a *szubjektív* életvédelmi kötelezettséggel (individuális igény, jogosultság védelmének előírása) együtt alkotja az ún. *alapjogi jogvédelmet*.²⁵

Az alapjogi jogalanyiség és a polgári jogi jogképesség kapcsolatát illetően kiemelendő Majtényi Balázs tanulmánya. Eszerint a korábbi Alkotmány 56. §-át, ami a Ptk. 8. § (1) bekezdéséhez hasonlóan a minden embert megillető jogképességről szólt, az Alkotmánybíró az alapjogi jogalanyiség deklarációjának tekint, pedig az legfeljebb az Alkotmány másik rendelkezéséből, a 8. § (1) bekezdéséből volt kiolvasható: „A Magyar Köztársaság elismeri az ember sérthetetlen és elidegeníthetetlen alapvető jogait, ezek

²¹ 64/1991 (XII.17.) AB határozat
<http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1FC1F8A864CBF10DC1257A25004774D8?OpenDocument>
(2012.10.21.)

²² Sólyom László alkotmánybíró párhuzamos véleménye a 23/1990. (X.31.) AB határozathoz.
<http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/D6F629C50A3584DDC1257A2500477C9E?OpenDocument>
(2012.10.21.)

²³ 64/1991 (XII.17.) AB határozat
<http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1FC1F8A864CBF10DC1257A25004774D8?OpenDocument>
(2012.10.21.)

²⁴ 48/1998. (XI.23.) AB határozat
<http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/7EB8D121E43C3D93C1257A2500477346?OpenDocument>
(2012.10.21.)

²⁵ *Zeller Judit*: A testen kívül létrejött embriók morális és jogi státusa a reprodukcióhoz való jog és a tudományos kutatás tükrében. Pécs, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának Doktori Iskolája, 2009. 51.
http://doktori-iskola.law.pte.hu/files/tiny_mce/File/Archiv2/Zeller_Judit_doktori_ertekezes_nyilv.pdf
(2012.10.21.)

tiszteletben tartása és védelme az állam elsőrendű kötelessége.” A testület értelmezésében az alapjogi jogalanyiség a polgári jogi jogképesség mintájára egyenlő terjedelmű, egyúttal – a közjogi jogalanyiséggal rokon vonást mutatva – kifejezi, hogy minden ember az alapjogok teljes körével egyaránt rendelkezhet.²⁶ Véleményem szerint az Alkotmánybíróságnak az élethez és az emberi méltósághoz való jog oszthatatlansága, korlátozhatatlansága melletti érvelése nincs összhangban a testület „igazságos egyenlőség” felfogásával. Mint Majtényi is utal rá, az alapjogoknál a megszereshető jogok terjedelme nem egyenlő,²⁷ a polgári jog törekszik erre. Az egyenlő terjedelmű alapjogi jogképességet megcáfolja például – témánkra levetítve – az embrió-megsemmisítés megengedhetősége. Megjegyezném, az Alkotmány már hivatkozott 8. § (2) bekezdése is ezt látszott megerősíteni. Az *igazságos egyenlőség* pedig a közjogban értelmezhető követelmény: a különböző csoportok jogainak elhatárolása nem történhet önkényes szempontok szerint.²⁸ A jogegyenlőség már eleve szerepelt az Alkotmány 70/A. §-ában, az 56. § valójában egy polgári jogi alapelvet emelt alapjogi szintre.²⁹ Ez utóbbi sem érvényesül azonban az in vitro embriónál.

Az anyatesten kívüli embrió a hatályos öröklési jogi szabályozás alapján a méhmagzathoz képest szűkebb körben lehet dologi váromány alánya. Visszautalva az Eütv. 179. § (3) bekezdés második mondatára, csak a beültetés időpontjától rendelkezik a méhmagzat státuszával, de a Ptk. 9. §-a szerint ez már a fogantatásától megilleti, amennyiben élve születik. Az in vitro embriónál tehát a feltételes vagyoni jogi jogképességnek kritériuma a *beültetés*.³⁰ Mi a helyzet, ha a megtermékenyítés és a beültetés között az apa meghal vagy más az in vitro embrió javára végrendelkezik, és „azt” beültetik az anya méhébe, majd élve születik?

A fentiek alapján látható, hogy a magzathoz hasonlóan az in vitro embrió „jogalanyiségének” kérdése sem a vonatkozó jogszabályok, sem a korábbi Alkotmány alapján nem eldönthető. Az Alkotmánybíróság szerint az alternatívák közül, tudniillik jogalanyak; személynek minősül-e vagy em, egyik sem vezethető le az előző alaptörvényből, amely nem definiálta az embert. A magzat, közvetve az in vitro embrió jogalannyá minősítése; az

²⁶ Majtényi Balázs: A polgári jogképesség alapjogi garanciája – az Alkotmány 56. paragrafus. *Közjogi Szemle* 2009. 1. sz. 49.

<http://kozjogiszemle.hu/korabbiszamok/category/7-2009elso.html?download=52%3A20091majtenyi> (2012.10.21.)

²⁷ Majtényi: i. m. 50.

²⁸ Majtényi: i. m. 50.

²⁹ Majtényi: i. m. 51.

³⁰ Navratyl: i. m. 22.

„emberi státusznak ez a kiterjesztése ugyanis a jogi ember-fogalomnak az alapjogok szempontjából fontos elemeit [...] valójában lényegesen nem érinti.”³¹

4. A kérdés szabályozása az Alaptörvényben

A 2012. január 1-jén hatályba lépett Alaptörvény az eddig bemutatott rendelkezésekhez képest minőségileg más és alkotmánybíróági gyakorlatot tükröző fordulatokat tartalmaz. A II. cikke kimondja: „Az emberi méltóság sérthetetlen. Minden embernek joga van az élethez és az emberi méltósághoz, a magzat életét a fogantatástól kezdve védelem illeti meg.” Azzal, hogy külön mondatban kiemeli az emberi méltóság sérthetlenségét, véleményem szerint mintegy megbontja az élethez és az emberi méltósághoz való jog egységét. A jelentősége abban áll, hogy alkotmányosan rögzíti az objektív életvédelmi kötelezettséget a magzat esetében. Ez az alkotmányos követelmény hivatkozási alapja lehet a jövőben az abortusz korlátozásának vagy kizárásának. A probléma a cikkellyel, hogy egyelőre, részletszabályozás hiányában azt sejteti számomra, hogy a *fogantatástól* tekinti a fejlődő emberi életet magzatnak, miközben a magzat jelenlegi jogi fogalma alapján úgy tűnik, a *méhen belül* fejlődő emberi lényt vonja a hatálya alá. A méhmagzatban és az in vitro embrióban azonban közös „fogalmi elem” a megtermékenyítés.

A korábbi Alkotmánnyal szemben az Alaptörvény I. cikk (3) bekezdésének második mondata cizelláltabban határozza meg az alapvető jogok korlátozhatóságának a kereteit, átvéve az Alkotmánybíróság által kimunkált *szükségesség-arányosság* tesztet: „Alapvető jog más alapvető jog érvényesülése vagy valamely alkotmányos érték védelme érdekében, a feltétlenül szükséges mértékben, az elérni kívánt céllal arányosan, az alapvető jog lényeges tartalmának tiszteletben tartásával korlátozható.” Ez a rendelkezés lehetőséget ad arra, hogy az egészséghez való jog, illetve a tudományos kutatás szabadsága érdekében korlátozzák az embrió védelmét, de ugyanígy az *alkotmányos érték* szerepeltetésével meg is alapozhatja azt.

5. Záró gondolatok

Hazánkban a kedvezőtlen demográfiai mutatók javításának egyik lehetséges módja, ha az in vitro megtermékenyítés minél szélesebb körben elérhetőbbé válna. Viszont amíg a testen

³¹ 64/1991 (XII.17.) AB határozat
<http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1FC1F8A864CBF10DC1257A25004774D8?OpenDocument>
(2012.10.21.)

kívüli embriót jogi értelemben tárgyként kezelik, erre vajmi kevés esély van. Égető szükség lenne egy átfogó regulációra, hogy a védelem mértékét ne befolyásolja a megtermékenyítés helye és körülményei. Hiszen *Csányi Vilmos* szavaival élve: „Nagyon kevés olyan érték van, ami minden kultúrában megtalálható. Ezek legtöbbje biológiával kapcsolatos, mint az élet tisztelete [...]”

Hol kezdődik azonban jogi szemszögből az emberi élet? A korábban elemzett gondolatmenetével az Alkotmánybíróság nyitva hagyta ezt, jogon kívüli területre száműzve, amelynek alapján – Kant nyomán – az ember önmagában való cél, nem eszköz, nem lehet öncélú őssejtkutatás, klónozás vagy más tudományos beavatkozás tárgya, s ezzel vissza is tértünk kiinduló gondolatunkhoz, az értékek dimenziójához.

Mészáros Sándor,
Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar

Szabó Pál tudományos segédmunkatárs,
Szegedi Tudományegyetem Bölcsészettudományi Kar
Történeti Segédtudományok Tanszék

Nótári Tamás: *Lex Baiuvariorum* – a bajorok törvénye¹

Nemcsak a jogtörténészek számára hiánypótló vállalkozás eredménye ez a könyv, amely a közelmúltban jelent meg Nótári Tamás tolmácsolásában és kísérő tanulmányaival, hanem a történészeknek is. A sokoldalú szerzőnek, ezúttal a középkori bajor történelem és jog avatott szakértőjének szisztematikusan végzett tudományos kutatásának is fontos állomása e kötet. Mintegy boltívben a zárókő, egyfajta összegzése és pillanatnyi lezárása az e tárgyban végzett munkájának. Hiszen fel kell idéznünk Nótári Tamásnak ezen a területen megjelentetett korábbi forráskiadványait és monográfiáit: a középkori Salzburg forrásaiból és a salzburgi historiográfia kezdeteiről. (*Források Salzburg kora középkori történetéből*. Szeged, Lectum, 2005; *A salzburgi historiográfia kezdetei*. Szeged, Szegedi Középkorász Műhely, 2007; *Bavarian Historiography in Early Medieval Salzburg*. Passau, Schenk, 2010.)

Immár a középkori bajor jog és történelem olyan forráskötetét tarthatjuk kezünkben, amely mindkét diszciplína ismeretét feltételezi olvasójától, és amely mindkét tudományág magyar kutatóinak alapvető forrásmunkájává lép elő. Hiánypótló ez a kötet már csak azért is, hiszen – sajnálatos módon – a középkori jogforrások a történelmi szöveggyűjteményeink lapjaira szorultak vissza, sokszor a cikkelyek közül válogatott formában. Pedig a kora középkorról szóló csekély számú források megnövelik az utókorra fennmaradt, és írásba foglalt *lexek* forrásértékét. Így a *Lex Baiuvariorum* is az 788-as frank annexióig önálló Bajor Hercegség legkorábbra datálható írott forrása. E könyv azonban nemcsak forrás- és fordításközlés. Örvendetes módon a szerző közli ugyanis a magyar fordítással párhuzamosan az általa használt latin szöveget is, amelyet néhány helyen önállóan rekonstruált. E kétnyelvű *editió*ban a kutatók számára így a bajor jogintézmények és szabályok, valamint a középkori (jogi) latin nyelv magyar nyelvi megfelelői, fordítási megoldásai visszakereshetők,

¹ Fordította, jegyzetekkel ellátta, az előszót és a kísérő tanulmányt írta Nótári Tamás. Lectum Kiadó, Szeged, 2011. 266. p.

elemezhető, követhető. A fordítás nyelvi lektora, a szerző egykori szegedi tanára, Galántai Erzsébet volt.

A „modern” szakirodalomban a *Lex Baiuvariorum* kapcsán az első munkák közé tartozik Johann Nepomuk Mederer 1793-ban megjelent kiadása, a *Leges Baiuvariorum oder ältestes Gesetzbuch der Baiuvarier, nach einer uralten Handschrift ins Teutsche übersetzt* (Ingolstadt, 1793). Paul Roth *Über Entstehung der Lex Bajuvariorum* című munkájában (München, 1848) a *Lex Baiuvariorum*ot lépésenként kialakult, szerkesztése során nem egységesített munkának nevezte. Az első – Nótári által is felhasznált – mérvadó szövegkiadás a Savigny-tanítvány, Johannes Merkel munkája volt, amelyet a *Monumenta Germaniae Historica* számára készített. Heinrich Brunner 1901-ben megjelent munkájában a *Lex Baiuvariorum*ot egy VII. századi, ismeretlen Meroving törvényből vezette le, Ernst von Schwind 1926-ban adta ki a *Monumenta Germaniae Historica*ban a *Lex Baiuvariorum*ot. A *Lex Baiuvariorum* számára a *Monumenta* szerkesztősége önálló bizottságot állított fel. Bruno Krusch szerint a *Lex Baiuvariorum*ot 729-ben Martell Károly hirdette ki – ezzel Krusch a Bajor Hercegség vazallusi státusza mellett érvelt már jóval a Nagy Károly-féle annexió előtt. Konrad Beyerle 1926-os faksimile kiadása, amit Nótári is felhasznált, kijelentette, hogy a *Lex Baiuvariorum* egy egyházi *auctorra* megy vissza, nevezetesen a niederalteichi kolostor alapító apátjára, Eberswindre. Konrad Beyerle nézeteivel öccse, Franz Beyerle szállt szembe, aki szerint a *Lex Baiuvariorum* jóval a VIII. század előtt keletkezett. Szerinte a *Lex Baiuvariorum* jelentős része már 614 előtt létrejött, s ennek megfelelően a *Lex Baiuvariorum* az egykori provinciák késő antikvitás kori kulturális színvonalának bizonyítéka.

A bajor törvény az egyik legjobban áthagyományozódott törvény a délnémet népjogok közül. Valóban, hiszen igen terjedelmes, 23 címből álló törvényt olvashatunk. Elsősorban a személyi jog köréből (egyháziakra, a hercegre, a bajor *genealogiákra*, a szabadokra és szolgákra, a nőkre vonatkozóan), majd az egyes bűncselekményekről, egyéb károkozásokról, a magánjogi jogügyletekről és az állatokról. A törvény szövegét értelmező jegyzetek egészítik ki. A szerző ugyanebben a kötetben teszi közzé a bajor történelemmel és joggal foglalkozó kísérőtanulmányait is. A Karoling–Agilolfing viszály állomásait, az önálló Bajor Hercegség megszűnésének tárgyalását követi az egyházszerkezet kialakulása és a bajor törvény keletkezés története. Azonban III. Tasziló, az utolsó bajor herceg alakja az egész kísérőtanulmányon végigvonul. Tasziló 788-ban tartott pere jó alkalom a szerzőnek arra is, hogy a korabeli lehetséges tényállások megállapításával bírói ítélet rekonstrukciót végezzen. A törvényben meghatározott vérdíjak nagysága alapján jó példát látunk arra is, hogyan lehet e

törvénymüzből a bajor *genealogiák* súlyát, a társadalmi szerkezetet és annak átalakulását, valamint a szabadokon és szolgákon kívül számos köztes személyállapot elkülönítését megállapítani. Továbbá egy frappáns fogalmi meghatározást a *marca* és a *commarcanus* törvényben előforduló eseteiben.

Mégis, talán a hazai érdeklődésre leginkább számot tartó kérdés újrafelvetéseként, a szerző a *Lex Baiuvariorum* Szent István törvényeire gyakorolt hatását vizsgálja. A bajor joganyag felől közelítve a magyar írott joghoz, értékes adalékokat nyújt Endlicher, Závodszy, Schiller, Madzsar és legutóbb Zlinszky János eddigi megállapításaihoz. Bármennyire is keressük a pontos jogi analógiákat a szomszédos jogi régiókban, nem feledhetjük el azonban Szent István első dekrétumának *Prologus*ából, hogy: „*minden egyes nép saját törvényeivel él*” és ezt fogalmazta meg a bajor törvény előszava is: „*minden egyes nép a szokásjog alapján magának alkotott törvényeket*”.

*Szmodis Jenő egyetemi adjunktus,
Eötvös Loránd Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Állam- és Jogelméleti Tanszék*

A nemzeti és európai jog kapcsolatáról – Töprengések Vörös Imre könyve ürügyén

Minden bizonnyal napjaink és közeljövők legalapvetőbb kérdései közé tartoznak azok a problémák, amelyeket Vörös Imre professzor, az MTA levelező tagja tesz alapos elemzés tárgyává legújabb, *Csoportkép Laokoóonnal – A magyar jog és az alkotmánybírászkodás vívódása az európai joggal* című kötetében (MTA Társadalomtudományi Kutatóközpont Jogtudományi Intézet, Budapest, 2012. 127 p.). Az is kétségtelen, hogy a munka – példás szerénységgel – címében csupán a magyar jogi szférának a vívódására utal, holott a mű lényegesen mélyebb, egyúttal szélesebb körű elemzéseivel voltaképpen azt az igen fontos problémát feszegeti, hogy az egyes tagállamok belső, nemzeti jogai milyen viszonyban állnak az uniós joggal. E kérdéskört pedig alapvetően az egyes alkotmánybíróságok gyakorlata alapján, azok ítélezésének tükrében teszi analízis tárgyává, hogy azután az egyes részmegállapítások szintéziseként az olvasó elé tárja következtetéseit, immár kifejezetten a magyar és az európai uniós jog kapcsolatára vonatkozóan. Az sem kétséges, hogy a munka a benne tárgyalt kérdések fontossága és a feldolgozás alapossága, nem utolsósorban eredetisége okán a későbbi kutatások számára alpműnek, megkerülhetetlen hivatkozási pontnak tekinthető. Mielőtt azonban a monográfia főbb megállapításainak ismertetésébe fognánk, a kötet általános méltatása körében elengedhetetlen utalni arra, hogy a merőben szakirodalmi szöveg egésze a legszélesebb olvasóközönség számára is jól érthető, jól követhető, elegáns stílusban íródott. A tudományos művekre szerencsés esetben jellemző polemikus hangvétele pedig olyan dinamikát kölcsönöz a tárgyalásnak, amely folyamatosan ébren tartja, sőt fokozza az olvasó érdeklődését.

A kötet bevezetesként magyar, angol és német nyelvű összefoglalót ad a műről, amelyet a szerző előszava követ, amelyben a munka keletkezésének körülményein, valamint a kötetnek a hazai jogfejlődés legutóbbi fejleményeivel való összefüggéseinek túl utalás történik bizonyos metodológiai kérdésekre is. A munka ezután hat fejezetben végzi el kitűzött feladatát, a nemzeti jog és az uniós jog kapcsolatának vizsgálatát. A szakirodalomban

De iurisprudencia et iure publico

203

kifejezetten üdítőnek, sőt példaértékűnek tekinthető az I. Tézisek című rövid fejezet, amely majdnem háromezer esztendő európai fejlődésének adja történelemfilozófiai dimenziókat felvillantó rövid áttekintését a mitologikus időktől, a nyugati racionalizmuson és – annak mintegy ellenhatásaként jelentkező – irracionális tendenciákon át egészen napjainkig, az európai jogközösség megszületéséig. A II. fejezet, amelynek címe Néhány alkotmánybíróság esete az európai joggal, a magyar a cseh, a német és a francia alkotmánybíróság néhány fontos, elvi jelentőségű döntésén keresztül vázolja fel az egyes bírói fórumok állásfoglalását a nemzeti és az uniós jog viszonyáról. A III. fejezet az európai uniós jog néhány olyan fontos, az integráció szempontjából kitüntetett jelentőségű területének fejlődését mutatja be kritikai analízis útján, mint a versenyjog, a nemzetközi kollíziós magánjog, nemzetközi társasági jog, vagy az uniós polgárság. A IV. fejezet a jogelmélet szempontjából talán leginkább releváns kérdést, az európai uniós jog mibenlétét tárgyalja, mégpedig alkotmányjogi aspektusból. A mű V. fejezete – tulajdonképpen összegzése – a kutatási eredményeket a hazai jogrend vonatkozásában vonja le, részletesen bemutatva az uniós és a magyar jogrendszer viszonyát. A kötet VI., Kitekintés című fejezete – igencsak aktuális módon, ám továbbra is szigorúan tudományos igénygel – a nemzetközi gazdasági viszonyok alakulásának tükrében tekint a mű alapproblémájára, a nemzeti jogoknak az uniós joggal való kapcsolatára, latolgatva egyúttal a lehetséges fejlődés perspektíváit is.

A szerző mindjárt a magyar Alkotmánybíróság gyakorlatának elemzése körében utal arra a helyzetre, amely egyúttal a monográfiában tárgyalt alapproblémát involválja. Arra tehát, hogy az Európai Unió olyan sajátos állami entitás, amely nem egyszeri aktsussal, mintegy a „semmitől” jött létre, hanem fokozatosan, mégpedig nagy múltú államok folyamatos, mindig kiegészülő szerződéses rendszeréből. Ennek során az állami szuverenitások bizonyos mértékű leépítése és átruházása valósult meg. Kialakult egy, az öt létrehozó államoktól független entitás annak sajátos jogrendszerével együtt, sőt: éppen az által. Ebben a helyzetben szükségképpen merült, merül fel nem csupán az egyes entításoknak, de az általuk konstituált jogrendszereknek a viszonya. A szerző igen plasztikusan mutat rá arra, hogy a magyar Alkotmánybíróság még Magyarország taggá válása előtt kialakított egy olyan elvi álláspontot, amely éles határvonalat – a szerző kifejezésével „tűzfalat” – húz az Unió joga és a hazai jog között. Ennek a szemléletnek bizonyos maradványai azt követően is fennmaradtak, hogy az ország 2004-ben taggá vált. A 4/1997 (I.22.) AB határozat a magyar Társulási Egyezmény vonatkozásában úgy foglalt állást, hogy nemzetközi szerződés tekintetében csak előzetes normakontrollra van hatásköre, ám nem zárta ki annak lehetőségét,

hogy a szerződést kihirdető magyar jogszabály alkotmányosságát utólag is vizsgálja, nem érintve döntésével az államot a már megkötött szerződés alapján terhelő nemzetközi kötelezettségeket. E döntés már implikálta tehát az Alkotmánybíróság gyakorlatának az a később is érvényesülő tendenciáját, hogy az uniós joggal viszonylag óvatosan bánik, vele szemben többé-kevésbé kitérő politikát folytat, viszont, az annak alapján megszülető hazai joganyag vonatkozásában következetesen érvényre juttatja az Alkotmányban foglalt rendelkezéseket, mégpedig egy olyan szuverenitáskonceptió alapján, amely csupán mérsékelten veszi figyelembe az integrációból adódó közjogi átrendeződést.

Helyesen mutat rá a szerző arra, hogy ugyanez az óvatosság érhető tetten a 17/2004.(V.25) AB határozatban is, amely szintén nem kívánt közvetlenül szembenézni a közösségi jog alkotmányossági vizsgálatának kérdésével, hanem kizárólag az implementációt szolgáló magyar jogszabály kérdésében foglalt állást. Az Alkotmánybíróság ekkor rámutatott arra is, hogy a magyar jogszabály külön vizsgálendő, mivel az nem azonos magával az uniós rendelkezéssel, tekintettel arra, hogy a magyar szabályozás nem pusztán közzé teszi az uniós előírást, hanem mintegy operacionalizálja is azt. Hangsúlyozni kell, külön elismerést érdemelnek a szerzőnek azok a fejtegetései, amelyek rendkívül érzékenyen mutatnak rá az egyes alkotmánybíróságok – így a magyar testület – döntéseiben alakot öltő szellemre és szemléletre, bizonytalanságokra és nyomon követhető törekvésekre. A jog szelleme és működésének lényege ugyanis alighanem ezekben a mozzanatokban ragadható meg: e koncepcionális tényezők reprodukálódnak időről-időre az újabb és újabb döntésekben, kialakítva így egy sajátos ítélkezési kultúrát, egyúttal megszilárdítva magát a jogrendet. Hogy aztán ez a jogrend tartalmi és axiológiai oldalról hogyan minősíthető, ez természetesen már egészen más kérdés.

Rendkívül érdekesítő és sok tanulsággal szolgáló a szerzőnek az ún. szerencsejáték ügyben hozott, 1053/E/2005 AB határozattal kapcsolatos elemzése, amelynek nyomán kimutatja, hogy az Alkotmánybíróság nem tekinti alkotmányellenesnek a magyar jog mulasztás útján fennálló ütközését uniós joggal. Ugyanennek a határozatnak arra a fontos tételére is felhívja a szerző a figyelmet, amely kimondja, hogy az EU-t létrehozó és módosító szerződéseket szerződéses eredetük ellenére nem nemzetközi szerződésként kezeli. Ez egyúttal – immár a taggá válás tényének szem előtt tartása nyomán – finom elmozdulást jelentett a Társulási Megállapodással kapcsolatos alkotmánybírósági állásponthez képest, mely utóbbi még figyelmen kívül hagyta a társulásból adódó sajátos státusz létrejöttét. Az ügyeleti díjak kérdésében hozott döntés azonban – azáltal, hogy csupán a jövőre nézve

semmisítette meg az EU-s szabályozással ellentétes hazai normát, miközben azt a rendes bíróságok ítélezésük során már mellőzték az uniós előírások elsőbbsége és közvetlen hatálya okán – ismételten kifejezésre juttatta az AB fokozott óvatosságát az EU-s jog és a hazai jog viszonyának kérdésében. Ez esetben ugyanis már nem szabályozási mulasztással összefüggésben, hanem a hazai és az uniós jog kifejezett ellentéte esetén sem mondta ki a megsemmisítést visszamenőleges hatállyal.

Másrészt viszont – vélhetően előremutatónak szánt élel – a testület ez alkalommal megfogalmazta, hogy az uniós jog a hazai jogrendszer része, mivel Magyarország az EU tagja. A szerző egyébként igen logikus érvek alapján vonja kétségbe, hogy az EU-s jog a belső jog része volna, és akként foglal állást, hogy az uniós joga a hazai jogrendszertől különböző, sajátos jogrendszert alkot. Ezen a ponton – merőben jogelméleti-jogfilozófiai élel – hangsúlyozni szükséges, hogy e kérdésben az állásfoglalást különösen problematikusá éppen az a helyzet teszi, amelyet a szerző maga is vázolt a kérdéskör exponálásaként. Nevezetesen az EU létrejöttének atipikus, fokozatos jellegét. E körülményre tekintettel ugyanis ebben a kérdésben bajosan alkalmazhatók azok az elméleti megközelítések, amelyek a jogtudomány eddigi fejlődése során, mégpedig a nemzetállami fogalomrendszerben fogant szuverenitáskonceptió szem előtt tartásával alakultak ki.

Ha elfogadjuk az EU állami entitását és saját jogrendszerének létét, egyúttal egy mérsékelt pozitivistikus megközelítést alkalmazunk, úgy kifejezetten a szerző érvelésére kell hajlanunk. Nincs ugyanis sem olyan uniós, sem pedig belső rendelkezés, amely az uniós jognak a belső jog részeként való meghatározását adja. Ha azonban jogszociológiai oldalról, a tényleges hatályosulás kérdésének előtérbe helyezésével vizsgáljuk a problémát, akkor érvek sorakoztathatók fel az uniós jognak a belső jog részeként való meghatározása mellett. A kérdésben azonban – álláspontom szerint – meghúzódik az EU-nak mint sajátos entitásnak a minőségével kapcsolatos azon dilemma, amelyet a szerző a IV. fejezetben tárgyal. A német szakirodalom jelentékeny része és a német alkotmánybírósági gyakorlat – amint az a szerző kiváló kötetéből is kitűnik – többé-kevésbé következetesen Staatenverbund-ként és nem mondjuk Bundesstaat-ként említi az Uniót. E körülmény azonban nem pusztán arra utal, hogy – akár más államokban – Németországban is erős az ellenérzés a föderatív Európa víziójával szemben, hanem arra is, hogy a szövetségi állam fogalmától megkülönböztetett *államszövetség* alkalmasabbnak tűnik az Unió természetének zárójelbe helyezésére.

Az EU-nak mint szövetségnek a meghatározása ugyanis a *szereződéses* jelleget állítja előtérbe, mégpedig a sajátos *entitással* járó jelleg rovására. A szerződéses felfogás azonban –

amelynek az elemei nyomokban a magyar alkotmánybíróvási gyakorlatban is kimutathatók – egy olyan megközelítést implikál, amely az uniós szabályokból eredő jogok és kötelezettségek alanyának alapvetően a tagállamokat tekinti. Ebben a megközelítésben az EU – mint közelebbről meghatározni nem kívánt szövetség – által létrehozott normák „következmenyei lényegében az államokon állnak be”. Ez a szemlélet még akkor is tetten érhető, ha senki nem vonja kétségbe nyíltan, hogy az uniós normák jelentős részének jogosítottjai és kötelezettjei közvetlenül az uniós polgárai. E szemlélet azonban alighanem az EU létrejöttének nemzetközi jogi eredetével függ össze, amely nemzetközi jogban alapvetően az *államok* állnak egymással jogviszonyban. Az a magyar alkotmánybíróvási álláspont tehát, amely az EU-s jogról azt vélelmezi, hogy a hazai jog része, kimondatlanul is a német Staatenverbund-koncepció alapján áll, és a nemzetállami szuverenitás elsőbbségét, valamint – ezzel összefüggésben – az államon beálló joghatásokat valló, de legalábbis ezeket előtérbe helyező elméleti megközelítést implikál.

Megjegyzendő, hogy a kötet a IV. fejezetében – az egyes alkotmánybíróvási gyakorlatok és bizonyos európai jogterületek elemzése után – tér rá az EU és az EU-s jog mibenlétének rendkívül izgalmas és alapvető jelentőségű kérdésére. Megítélésem szerint azonban az ezzel kapcsolatos problematika olyannyira fundamentális, és az egyéb témák helyes megértését olyannyira feltételező természetű, hogy célszerű lett volna ennek tárgyalását a kötet elején, de legkésőbb a magyar Alkotmánybíróvási gyakorlatának elemzését követően elhelyezni. Természetesen érthető a gyakorlati problémák iránt különösen fogékony szerző törekvése, hogy ehhez az elvi jelentőségű kérdéskörhöz már az EU-s joggal összefüggő praxis releváns részével felvértezett olvasókat vezessen el. A dolog azonban fordítva is igaz, az egyes praxisok és intézmények olvasói megközelítését nagyban elősegítették volna azok az elvi ismeretek, amelyeket a szerző a IV. fejezetben tár elénk.

A szerző a magyar alkotmánybíróvási gyakorlatának tárgyalását alapvető tanulságok levonásával zárja. A testület sarkalatos jelentőségű ítéleteinek alapján a)-tól f)-ig hat pontban összegzi azokat a tételeket, amelyeket a belső és az EU-s jog viszonyával kapcsolatosan a testület gyakorlatából le lehet szűrni, majd e tételeket kritikai vizsgálat alá veszi. E körben rámutat, hogy az Alkotmánybíróvási mércéként ugyan kizárólag az Alkotmányt (az Alaptörvényt) alkalmazhatja, és eddigi gyakorlata során kifejezetten törekedett is arra, hogy erre szorítkozzék, ám az ún. csatlakozási-integrációs klauzula igenis megnyitja az utat az európai jognak az alkalmazása előtt. Ez pedig nem csupán a perben ítélező bíróságok

számára lehetőség, de az Alkotmánybíróság számára is. Ám mindjárt azt is tegyük hozzá, hogy itt alighanem kötelezettségről is szó van.

A kötet európai kitekintése mindjárt egy közép-európai, volt szocialista ország, Csehország alkotmánybírósági működésének elemzésével indul. A szerző itt üdvözli azt az újszerű felfogást, amelyet a cseh alkotmánybíróság a népszuverenitás-felfogás újraértelmezésével kialakított, rámutatva arra, hogy az nem azonosítható az állam szuverenitásával, amely utóbbiból – a népszuverenitás sérelme nélkül – bizonyos jogosítványok az Unióra szálltak. A szerző jelentős teret ad a német alkotmánybíróság, a Bundesverfassungsgericht elvi jelentőségű munkája bemutatásának. Rámutat arra, hogy e szervezet nagy hangsúlyt helyez annak ellenőrzésére, hogy az EU-s joganyag megfelelő felhatalmazás birtokában, annak keretei között születik-e. A német szakirodalom tükrében vázolja azt a meglehetősen defenzív pozíciót, amelyet a német alkotmánybíróság elfoglal az – általa a nemzeti jog konkurenciájának tekintett – uniós joggal szemben. Utal arra is, hogy a 18-19. században kialakult „alkotmányjogi világmép” milyen módon képezi gátját az EU-ról, illetve az EU jogállásáról való, új szerű gondolkodásnak. Érzékelteti azonban azt a fejlődési vonalat is, mely az EU létének szinte csak tudomásul vételétől elvezet egy olyan álláspontig, amely távlatilag már egy szövetségi államot feltételez. A német alkotmánybíróság gyakorlatát elemző fejezetben előkerülnek olyan, az EU mibenlétét érintő, alapvető fontosságú értelmezési módok, amelyekre a szerző rendszeresen a már említett IV. fejezetben tér vissza. Plasztikusan mutatja be, miként vezeti le a német testület az integráció feletti nemzeti ellenőrzési jogot abból a felfogásából, hogy a tagállamok voltaképpen az integrációs szerződések urai. Ernst Joachim Mestmäckert idézve hangsúlyozza azonban, hogy a szuverenitás mint a független és legfelsőbb közhatalom régen elvesztette már fogalmi egyértelműségét. Ehhez csupán azt fűzhetjük hozzá, hogy külön, alapos vizsgálat tárgya lehetne, hogy a XVI. századtól, különösen Bodintól kezdődően körvonalazódó szuverenitáskonceptió valaha is érvényes volt-e a maga tisztaságában.

A német alkotmánybírósági felfogás azonban abból a szempontból mindenképpen védhetőnek tűnik, hogy a hagyományos felfogás szerint a szuverenitás *eredeti* jogalkotói hatásköröket feltételez, míg az EU vitathatatlanul *származékos*, az integrációs szerződések által megszerzett jogköröket gyakorol. A szerző gyakran használt kifejezésével élve azonban ez a helyzet is „dupla fenekű”, ugyanis pontosan a nyugati szuverenitáskonceptió megszületésével szinte egy időben, annak egyoldalúságait korrigálандó fogalmazódtak meg a jog- és államfilozófiában az ún. szerződéselméletek. Ezek pedig az eredeti jogalkotói

hatáskört birtokló szuverén létrejötte vonatkozásában éppúgy egy előzetes társadalmi szerződést vélelmeztek, mint ahogyan az EU-t és annak hatalmát is államok megállapodása, ha nem is társadalmi szerződése, de integrációs megállapodása konstituálja. Mindettől természetesen tökéletesen független kérdés, hogy a modern szociálpszichológia és humánétológia alaposan megcáfolta a társadalmi szerződéses elméleteket, és rámutatott a hatalom kialakulásának spontán, eredeti úton létrejövő természetére.

A szerző a német alkotmánybírósági működés kritikai elemzését és értékelését végül annak bemutatásával zárja, hogy a német testület – a magyar viszonyok számára is példamutató módon – miként hagy széles teret az alkotmányos jogvédelemnek az alkotmányjogi panasz alkalmazhatóságával kapcsolatos, megengedő gyakorlata által. Az európai gyakorlat sarkalatos, voltaképpen paradigmaszerű, koncepcionális vonásainak analízisét egy viszonylag új francia jogintézmény, és az azzal kapcsolatban kialakított európai álláspont elemzése zárja. A Franciaországban a 2008-as alkotmánymódosítás nyomán 2009-ben elfogadott un. organikus törvény bevezette az előzetes alkotmányossági kérdés intézményét. A perben eljáró bíróságok ennek alapján – mielőtt az Európai Bírósághoz fordulnának előzetes kérdésükkel – egy szigorúan meghatározott eljárási rendben előterjesztést kell, hogy tegyenek a Franciaországban az alkotmánybíróság feladatait ellátó Conseil Constitutionnel-hez, az Alkotmányjogi Tanácshoz, amennyiben valamely jogszabálynak az alkotmányosságba és az uniós jogba való egyidejű ütközését tapasztalják. Ennek az intézménynek a bevezetése anyagi jogilag ugyan nem érintette az uniós jog elsőbbségét, azonban eljárásjogi szempontból késleltette annak közvetlen alkalmazhatóságát. Ezt az ellentmondást a felső bíróság (Cour de Cassation) ítéletével úgy igyekezett feloldani, hogy kimondta, nincs akadálya annak, hogy a perbíróság *ideiglenes intézkedéssel* biztosíthatja uniós jog érvényesülését. Az Európai Bíróság méltányolva a nemzeti jogszolgáltatás erőfeszítéseit az uniós joggal való összhang megteremtésére – maga is kompromisszumot keresve – az „együtműködő alkotmányosság” elve alapján nem kifogásolta a francia szabályozást.

A kötet egyes európai alkotmánybíróságok elvi jelentőségű gyakorlatának bemutatását követően az uniós versenyjog, a nemzetközi kollíziós magánjog jog, a nemzetközi társasági jog és az uniós polgárság kérdéseit tárgyalja mint olyan területeket, amelyek a gazdasági és politikai integráció szempontjából stratégiai jelentőségűek. A tisztességtelen gazdasági tevékenység uniós szabályozásának magyarországi implementálásával kapcsolatban igen élesen, ám annál indokoltabban mutat rá azokra a szakszerűtlenségekre, amelyek a belső

szabályozás korrekciójának szükségességét vetik fel. E sorok írója 2008-ban maga is részt vett az ún. UCP irányelv hazai jogba való átültetésének előkészítésében, és az egyeztetések során szerzett tapasztalataival messzemenően igazolni tudja a szerző fenntartásait. Ez esetben is tetten érhető volt ugyanis a hazai túlszabályozásra való hajlam, amely legtöbb esetben egyfajta szakmai bizonytalanságnak a „biztos, ami biztos” alapú kompenzálásából eredt. Nem vitatva tehát a közhatalom politikai természetét, elengedhetetlennek tűnik azonban, hogy a közigazgatás és a jogszabály-előkészítés mind fokozottabban vegye igénybe a tudományos műhelyek tapasztalatait ahelyett, hogy a pártpolitika leképeződésének adjon színteret.

A szerző a versenykorlátozásra vonatkozó szabályokkal összefüggésben rámutat a belső jog részét képező eljárási szabályok alapvető, adott esetben az anyagi jogosultság érvényesíthetőségét is érzékenyen érintő fontosságára. A nemzetközi kollíziós magánjog körében a jogválasztás szabadságát és annak korlátait érintő alapvető dogmatikai kérdéseket tárgyal a monográfia, rámutatva a szerződéses viszonyokon belüli és az azokon kívüli lehetőségek lényegi különbségeire. A nemzetközi társasági jog vonatkozásában a szerző elsősorban a *honosság* kérdésével kapcsolatos problémákat veszi vizsgálat alá, érintve azoknak olyan alapvető jogintézményekkel való összefüggéseit, mint például a végelszámolás és a felszámolás. Különösen sok tanulsággal szolgál az uniós polgárság kérdésének tárgyalása, amely – a még éppen csak formálódó – jogterületnek a kiváló bemutatását a szerző külön tanulmányban is elvégezte. Rendkívüli jelentőségűnek tartom a szerző azon elemzését, amelyet a nemzeti és az uniós állampolgárság viszonya, valamint az uniós állampolgárság jogi tartalma körében fejt ki.

A kötet már többször említett, jogelméleti, állam- és jogbölcseleti relevanciájú IV. fejezete kiválóan mutatja be az EU-val és annak jogával kapcsolatos jellemző nézeteket, amelyek közül az az álláspont tekinthető uralkodónak, amely az Unióban egy *sui generis* képződményt kell látni, amely így nem minősül sem szövetségi államnak, sem pedig nemzetközi szervezetnek. Gert Nicolaysent idézve a szerző említést tesz az EU-nak mint „állam alatti” szerveződésnek a meghatározásáról is, amely jól tükrözi a többségi német álláspont nemzetállam-központú, szerződéses, és a „szerződés urai”-ról szóló szemléletét. Kiválóan mutatja be az ún. szerződéses alkotmány fogalmát amely éppen azáltal különbözik a hagyományos értelemben vett, nemzetállami alkotmányoktól, hogy jelenleg nincs „mögötte” egy európai szövetségi állam, amelynek vonatkozásában – mint ilyet – értelmezni lehetne. E fejezetben a szerző – utalva a hagyományos közjog-magánjog felosztás meghaladottságára is – strukturális áttekintést ad az EU joganyagának rendszeréről, hangsúlyozva egyúttal azokat a

dogmatikai nehézségeket is, amelyek egy kiforrott, communis opiniónak tekinthető rendszerezés előtt állnak.

A monográfia V. fejezete az addig tárgyalt témák nyomán leszűrt következtetések tükrében tér vissza a magyar alkotmánybírói gyakorlat elemzésére és értékelésére. Rámutat, hogy a belső és az uniós jog már amiatt is különálló, párhuzamosan létező, mellérendelt jogrendszernek tekintendők, mert érvényességük, hatályosságuk alapja, jogforrási eredetük, jogpolitikai irányultságuk eltérő. E gondolatsor, különösen, ha a szerző – az e monográfiában több helyen fellelhető megállapításokat kifejezetten ebből a nézőpontból egységbe rendezve – külön tanulmányban is közzétenné, olyan jelentőségű *jogelméleti distinkció* magjává válhatna, amelyet Peschka Vilmos a jogalkotás útján születő és a jogalkalmazás útján létrejövő jog vonatkozásában egykor megállapított. A szerző ezen a helyen is kitér a jogszabályi rendszerezésből adódó problematikára, amely szorosan összefügg az uniós jogrendszer sajátos, a hagyományos rendszerezési kategóriáknak ellenálló természetével. Elméleti igényvel veszi sorra azokat a valós és lehetséges eseteket, amelyekben a hazai jog és az uniós jog összeütközése felmerül, illetve felmerülhet. Az együttműködő alkotmányosság elvének fényében vizsgálja az Alkotmánybíróság óvatos, az EU jogát tiszteletben tartó, ám annak alkotmányos vizsgálatát kerülni igyekvő gyakorlatát. Végül az alkotmány olyan, az eddigieknél egyértelműbb rendelkezésére tesz javaslatot, amely az Alkotmánybíróság iránymutató gyakorlatának hiányát pótlandó, eloszlathatja a kétségeket a többek között hatásköri problémát is jelentő kérdéssel kapcsolatosan.

A monográfia VI. fejezete elsősorban az elmúlt évek gazdasági válságának tükrében teszi elemzés tárgyává nem csupán a monetáris unió problematikáját, de egy, a jövőben talán aktuálissá váló fiskális unió lehetőségeit is.

Aligha túlzás azt állítani, hogy Vörös Imre legújabb monográfiája – az elemzés mélysége, a feldolgozott irodalom terjedelme, adatok számossága, a téma kezelésének rendszeressége, nem utolsósorban következtetései megalapozottsága és újdonsága okán – a nemzeti jogrendszerek és az uniós jog kapcsolatát érintő további kutatások alapvető forrásmunkájává válik.