

OLECHOWSKI, Thomas

DOI: 10.15170/DIKE.2023.07.01.08

egyetemi tanár, Bécsi Tudományegyetem

az Osztrák Tudományos Akadémia Jogtörténeti Bizottságának elnöke

**Kelsen és Montesquieu között
A hatalmi ágak megosztása és a demokrácia a 21. században¹**

Between Kelsen and Montesquieu. Separation of Powers and Democracy in the 21st Century

This paper is the written version of the Ordinary Professorial Inaugural Lecture „Zwischen Kelsen und Montesquieu. Gewaltenteilung und Demokratie im 21. Jahrhundert” delivered at the University of Vienna on 27 March 2023. In his writings on democracy, Hans Kelsen initially rejected Montesquieu’s concept of the separation of powers and later only hesitantly recognised it. In fact, however, in the democracy of the 21st century, both the rule of the majority and the separation of powers are indispensable to guarantee the freedom of the individual. Both elements, however, are facing new challenges and threats that need to be recognised.

Keywords: Kelsen, justice, majority principle, Montesquieu, separation of powers, democracy, autocracy

1. Kelsen demokrácia védelméről

Nem tudjuk, hogy *Hans Kelsen* székfoglaló előadását a Bécsi Tudományegyetem melyik termében és mikor tartották meg, és nem ismerjük teljes pontossággal annak témáját sem. A fennmaradt forrásokból az azonban kiderül, hogy előadását nem az ún. tiszta jogtannak szentelte, hanem a demokrácia természetével és értékével² foglalkozott. Így feltételezhető, hogy az az 1920-ban *Vom Wesen und Wert der Demokratie* címmel megjelentetett tanulmány volt *Kelsen* székfoglalójának az írott változata, amely később az egyik leghíresebb műve lett. Nem véletlen, hogy ugyan abban az évben, amikor a közreműködésével előkészített osztrák Szövetségi Alkotmánytörvényt elfogadták, fontosnak tartotta, hogy a demokrácia elméleti alapjairól írjon, annak minden érdemével és hiányosságával együtt.

Tíz évvel később *Kelsen* újabb székfoglalót tartott, ennek helyszínét és időpontját azonban már pontosabban tudjuk: 1930. november 20-át írtak, amikor *Kelsen* a Kölni Tudományegyetem aulájában az platóni igazságosságról (*Die platonische Gerechtigkeit*) beszélt. Európa ebben a tíz évben alaposan megváltozott, és ez sajnos nem pozitív változás volt. Azokat a fiatal demokráciákat, amelyek az I. világháborút követően Közép-Európában létrejöttek, a lakosság jelentős része elutasította, és *Mussolini* példájára inkább olyan „erős embert” kívánt magának, aki Németországot és Ausztriát is ki tudná vezetni a gazdasági válságból és a szociális nehézségekből. Ezeknek a változásoknak a

¹ A székfoglaló előadást magyar nyelvre fordította: *Herger Csabáné*.

² Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. A tanulmány 2020-ban Tübingenben az összegyűjtött műveit tartalmazó sorozatban, reprint kiadásban jelent meg (*Hans Kelsen Werke VI*, 122–157). Ebben a gyűjteményben a 622. oldalon található egy utalás, amely szerint a bécsi székfoglaló írott változatáról lehet szó.

következtében hagyta *Kelsen* maga mögött Bécset, és választotta tudományos tevékenysége új helyszíneként a számára ekkor még elviselhetőnek látszó Kölnt.³ Székfoglaló előadása témájának – legalábbis első pillantásra – nem sok köze volt az 1930-as évek demokrácia-válságához.

Ha azonban jobban megvizsgáljuk a választott témát, kitűnik belőle *Kelsen* meggyőződése, mely szerint az antikvitásnak mindenkor van válasza a jelenkor kérdéseire is. Nem azt bizonygatta, hogy *Platón* örök érvényű tanokat fogalmazott meg, hanem bemutatta inkább, hogy *Platón* iskolája mélyen benne élt korának politikai küzdelmeiben ahelyett, hogy a „*tiszta tudomány művelésének csendes, a világ nyüzsgésétől távol eső helye*” lett volna. Nem *Damon* s a tör a köntösében, hanem *Platón* tanítványai játszottak szerepet a szürakuszai zsarnok, *II. Dionüsziosz* uralmának a megdöntésében, *Kelsen* szerint „*a platóni akadémia nevét (...) nem éppen becsülettel övezte*”.⁴

Ennek a háttérnek az ismeretében válnak világossá *Platón* intelmei, melyeket *Politeia* című művében arról az ideális államról megfogalmazott, amelyben a filozófusok hivatottak uralkodni. *Kelsen* a *Politeiát* *Platón* legjelentősebb művének tartotta, mégpedig az ideák tana miatt, „*amelyek közül a legmagasabb a Jó eszméjeként jelent meg*”. Azt azonban, hogy mi a Jó, a filozófus tudja, ha másokkal nem is képes közölni; így a Jó kimondhatatlan titok marad. „*Az, hogy a filozófus az abszolút Jóról való ismeretét kimondhatatlanként eltitkolja* – mondja *Kelsen* –, *egy ezoterikus filozófia keretei között önmagában talán semmi különöset nem jelent. De mi történik akkor, ha a filozófus az államban vezető szerephez jut és ha törvényhozóvá válik?*” Az embereknek alá kellett vetniük magukat a „*Vezér tekintélyének*”, mondta *Kelsen*, ha nem is értik, hova vezeti őket. „*Platón miszticizmusa, az irracionáliszmusnak ez a legkélelősebb kifejeződése az igazolása antidemokratikus politikájának, és egyben minden autokrácia ideológiájának.*”⁵

Mindezzel *Kelsen* egy olyan fogalom párra utalt, amely demokrácia-elméletén és jogelméletén is piros fonalként vonult végig: az autokrácia, akárcsak a természetjog, egy irracionális világnézet kifejeződése, míg a demokrácia, akárcsak a jogi pozitivizmus, racionális világnézetben alapul. Persze, ahogy ezt *Kelsen* másutt kifejtette, a demokratikus szavazás nem jelent garanciát arra, hogy mindig helyes döntés születik, és példaként utalt arra a szavazásra, amely az elképzelhető legrosszabb eredménnyel járt: a nép *Barabbást* választotta *Jézus Krisztus* helyett.⁶ „*De ki lehet olyan biztos az igazságban, mint Isten Fia?*” – tette fel a kérdést *Kelsen*. Nekünk, egyszerű embereknek csak a cselekvés racionalitása és az a felismerés marad, hogy egyikünk sem, még *Platón* sem ismeri az abszolút Jót. „*Aki csak a földi bölcsességre hagyatkozik, vélekedett Kelsen, aki csak az emberi tudásnak engedi meg, hogy a társadalmi célok irányát megmutassák, az aligha igazolhatja másképp a megvalósításukhoz elkerülhetetlenül szükséges kényszeret, mint legalábbis azok többségének beleegyezésével, akiknek a javát a kényszerítő intézkedés szolgálja.*”⁷

Hitler hatalomátvételének előestéjén, 1932-ben egy másik művében *Kelsen* ismét a nemzeti-szocialisták legfőbb demokrácia-kritikáját elemezte: a szélsőjobb oldal szerint „*a többségi elv teljes mértékben alkalmatlan arra, hogy (...) ténylegesen helyes*” döntés szülessen. Azt állítják, hogy „*nem a többségnek kell döntenie, mert az ilyen döntéshozatal semmivel sem biztosítja a létrehozott rend helyességét. (...) Sokkal inkább a legjobbnak kell uralkodnia. Ez volt – Platón óta – mindig is az az érv, amivel a demokrácia ellen harcoltak,*

³ OLECHOWSKI, Hans *Kelsen* 485–493.

⁴ KELSEN, Die platonische Gerechtigkeit 297.

⁵ KELSEN, Die platonische Gerechtigkeit 306–311.

⁶ János 18:38–40.

⁷ KELSEN, Staatsform und Weltanschauung 1589f.

*anélkül, hogy képesek lettek a helyére bármiféle jobb megoldást állítani; egy olyan formula, amely negatív funkciójában éppoly magával ragadó, mint amennyire semmitmondó pozitív funkciójában. Hiszen az, hogy a legjobbnak kell uralkodnia, magától értetődik.*⁸

Újra és újra szembesülünk a tudományos életben azzal az állítással, hogy *Kelsen* nem foglalkozott a nemzetiszocializmus kérdésével, ami azonban messze nem állja meg a helyét. Amennyiben és ameddig ez ellen a rendszer ellene egyáltalán érvelni lehetett, addig *Kelsen* ezt megtette. Sőt 1930-ban, kölni székfoglalója alkalmával mondanivalója nem kevésbé volt aktuális, mint 1920-ban, a bécsi székfoglaló idején.

2. A tudatlan többség érdekeinek védelme?

Természetesen fel lehet tenni azt a kérdést is, hogy ma, a 21. században van-e jelentősége a témának. Nos, *Kelsen* fejtegetései aktuálisabbnak tűnnek ma, mint valaha voltak. Korunk problémái nem kisebb súlyúak, mint a 90 évvel ezelőttiek, sőt, talán nagyobbak és erőteljesebbek, mint bármikor voltak az emberiség történelmében. Bankcsődök, gazdasági válságok, járványok, háborúk és menekültek – olyan jelenségek, amelyek újra és újra előfordultak a múltban is. Az a tény azonban, hogy az emberiség a Földgolyót is hajlandó elpusztítani, egyedülálló.

De mi köze mindennek a demokráciához? Igen sok, ahogy ezt többek között a skót közgazdász, *Graeme Maxton* megfogalmazta, aki 2014 és 2018 között a Római Klub (*The Club of Rome*) főtitkára volt. 2020-ban kiadott *Globaler Klimanotstand* című könyvében azt állította, hogy a nyugati demokrácia nagyban felelős azért, hogy az emberiség a szakadék szélére kormányozza magát. „*A vízhiány, az áradások, a tűzvészek és az éhínségek egyre több emberéletet fognak követelni az elkövetkező években*” – írta nyomatékos szavakkal,⁹ megjegyezve ugyanakkor, hogy túl sok ember, különösen befolyásos politikusok még mindig „*téves nézeteket*” vallanak a klímaváltozás okairól és következményeiről. *Maxton* ezt a megállapítást elsősorban a neoliberais gazdasági elméleteknek tulajdonította. A neoliberalizmus megrontotta demokráciánkat, és „*zombidemokráciává*” változtatta azt, amelyeknek kevés köze van az ókori görög világ demokráciájához. Korunk államai közül az, amely leginkább az antik hellén mintához hasonlítható, nem más, mint a Kínai Népköztársaság! A „*többség meggyőzésének problémája*” – vezette tovább a gondolatmenetet *Maxton* – „*nem ismert Kínában, és nem létezett az ókori görög világban sem, mivel azok, akik a döntéseket meghozták (...) egy jól tájékozott kisebbséget alkotnak, akiknek az a felelősségük (...), hogy megvédjék a többség érdekeit*”.¹⁰

De mi tekinthető a többség érdekének? *Maxton* olyan részletesen leírta az éghajlatváltozás pusztító következményeit, hogy úgy vélte, nem kell külön felsorolnia ezeket az érdekeket. Ennek ellenére is feltehető a kérdés: mi a többség érdeke? Hogyan kezelhető az éghajlati válság, és hogyan lehet ezt a célt összeegyeztetni társadalmunk más céljaival, például a társadalmi igazságtalanságok elleni küzdelemmel, a családpolitikával vagy a járványok elleni küzdelemmel? Egy jól tájékozott kisebbség fog-e dönteni a tudatlan többség jólétéről? Ez a megfogalmazás *Michael Stolleis* egyik írására emlékeztet, amelyben azt magyarázta, hogy a nemzetiszocialista államban mit értettek a közjó fogalmán. Ez nem volt szerinte más, „*mint amit a nép közjónak tekintene, ha minden egyén rendelkezne azszal az átlátással és tapasztalattal, amivel a hatalomgyakorló rendelkezik*”.¹¹

⁸ Kelsen, *Verteidigung der Demokratie* 234.

⁹ Maxton, *Globaler Klimanotstand* 47.

¹⁰ Maxton, *Globaler Klimanotstand* 84.

¹¹ Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht* 304.

Manapság gyakori jelenség a fasizmus bunkósbotjának a meglengetése, ami hirtelen véget vet minden vitának. Mindez távol áll tőlem, mert az éghajlatváltozás létező probléma, és mindenkor jogos az is, hogy elgondolkodjunk, mivel lehetne javítani a demokráciánkon. Másrészt azonban a párhuzamok túl nyilvánvalóak ahhoz, hogy figyelmen kívül hagyjuk őket. *Maxton* nyíltan támogatta és támogatja „a jelenlegi demokratikus rendszer ideiglenes felfüggesztését” és „éghajlati és szociális fejlesztési szakértőkből álló kormányok” felállítását, amelyek egy sor vésztörvényt fogadnának el a bolygó megmentése érdekében. Kifejezetten hivatkozott Ausztria példájára, ahol „2019-ben egy technokrata szakértői csoportot bíztak meg a kormányzással”.¹² Közismert azonban, hogy a 2019-es szakértői kormány nem azért jött létre, hogy megoldja a klímaválságot vagy bármilyen más nagy társadalmi problémát, hanem hogy nyugodt kormányzást folytasson egy felfokozott politikai légkörben mindaddig, amíg a szuverén, a nép a választásokon el nem dönti, hogyan lehet tovább lépni. Ez a szakértői kormány semmiféle diktatórikus jogkörrel nem rendelkezett, és mint minden korábbi és későbbi osztrák szövetségi kormány, mind a szövetségi elnök, mind a Nemzeti Tanács bizalmától függött, azaz kétszeresen demokratikus legitimitációval rendelkezett.

Maxton azonban nyilvánvalóan egy olyan vezetőre gondolt, mint a köztársasági Róma diktátorai, akiket hat hónapos időtartamra azzal a céllal neveztek ki, hogy rendkívüli helyzetet rendkívüli hatalommal kezeljenek. *Maxton*, aki újra és újra a görög demokráciára hivatkozik, nyilvánvalóan nem rendelkezik kellő ismerettel a római alkotmánytörténetről, különben tudná, hogy hova vezetett *Cornelius Sulla* vagy *Iulius Caesar* diktatúrája. De a jelek szerint a római történelmet nem csak ő felejtette el. Az 1933. évi államcsíny 90. évfordulója alkalmából nemrégiben végzett SORA-felmérés szerint az osztrákok 22%-a szeretne egy olyan „erős vezetőt”, akinek nem kellene a parlament és a választások miatt aggódnia, és csak 57% utasítja el ezt, szemben a 2007-es 72%-os nemleges válasszal.¹³ A számok tragikusak, és megdöbbentő, hogy a *Führer* szót olyan elfogulatlanul használják, mint ahogy *Max Weber* és *Hans Kelsen* tette azt 1920-as években, mintha az 1930-as és 1940-es évek nem is léteztek volna. Igen, *Kelsen* még az 1920-as években is egészen öntudatosan írt a vezetőválasztás (*Führerauslese*) különböző típusairól. A demokrácia és az autokrácia közötti döntő különbségnek azt a kérdést tartotta, hogy ezt a vezetőt demokratikusan választották-e meg vagy sem. Ez az a pont, ahol kritizálnom kell *Kelsent*, vagy legalábbis meg kell állapítanom, hogy a demokrácia elméletéről szóló diskurzus jelentősen átalakult az elmúlt 90 évben. Az az állam, amelyben a demokratikus elem a választások megtartására korlátozódik, már nem tekinthető demokráciának, legalábbis a nyugati világban. Ez legutóbb 2022 szeptemberében vált világossá az Európai Parlament sajtóközleményében, amely szerint Magyarország nem demokrácia, hanem ún. „választási demokrácia”.¹⁴ Ez a koncepció azonban olyan paradoxont tartalmaz, ami miatt nem igazán alkalmas a tisztánlátás megteremtésére. Helyesebbnek tűnik – az osztrák alkotmányos dogmatikával összhangban – úgy fogalmazni, hogy a demokratikus elv csak egy azon elvek közül, amelyek egymásra hatásukban garantálják az egyes emberek egyenlőségét és szabadságát, valamint a társadalmi békét. *Gerald Stourzh* ezért a nyugati típusú demokráciára az „*isonómia*”, az „*egyenlőség rendje*” kifejezést javasolta, amely azonban még nem vált általánosan elfogadottá.¹⁵ Ez a koncepció elsősorban az emberi jogok

¹² MAXTON, Globaler Klimanotstand 93.

¹³ <https://orf.at/stories/3307512/> (2023. március 4-i hír, letöltés: 2023. június 15.).

¹⁴ Lásd az Európai Parlament 2022. szeptember 15-i sajtóközleményét (220909IPR40137). A közlemény a Magyarország helyzetével foglalkozó PO8_TA(2018)0340 számú határozatra vonatkozott, melyben azonban a „választási autokrácia” fogalmát nem említették meg.

¹⁵ STOURZH, Die moderne Isonomie 75.

létezésére és hatékony védelmére utalt, ami kétségtelenül helyeselhető. Egy másik elv azonban még jelentősebbnek tűnik számomra. Az ókori Rómában a diktátort mindenekelőtt az különböztette meg a konzuloktól, hogy hatalmát nem kellett megosztania egy második személlyel, azaz minden hatalom az ő kezében összpontosult. Így a római köztársaság kora óta a hatalom megosztása tekinthető a kulcsnak ahhoz, hogy egy állam szabadon működjön.

3. Az államszervezet szerkezetének kérdése

Közel 30 évvel ezelőtt, 1995. március 14-én *Karl Korinek* a bécsi Juridicumban székfoglaló előadásában azt állította, hogy „*a lényegi különbség az autokratikus alkotmányok (...) és a demokratikus-pluralista államok alkotmányai között (...) az állami hatalomgyakorlás koncentrációjának vagy megosztottságának a kérdésére adott válaszban rejlik*”, ezzel is hangsúlyozva a hatalommegosztási doktrína aktualitását. *Korinek* számára a hatalommegosztás elve „*államszervezetünk szerkezeti elve*”, amelyet nem szabad „*a montesquieu-i értelemben vett klasszikus államhatalmi funkcióknak, azaz a törvényhozásnak, a végrehajtásnak és a bírói hatalomnak a szervezeti megosztására redukálni*”.¹⁶

És ezzel el is érkeztem *Montesquieu*-höz, tanulmányom címének második ikonikus alakjához. *Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu* nem egyetemi tanár volt. Fiatalon megörökölte nagybátyja elnöki tisztségét a bordeaux-i parlamentben, amit tíz évig, 1716-tól tíz éven át töltött be. 1726-ban eladta a pozícióját és inkább utazásokat tett, többek között Angliába is ellátogatva.¹⁷ A korabeli Franciaország és Anglia politikai rendszere nem is különbözhetett volna jobban egymástól. Az elsőben egy abszolút uralkodó ült a trónon, aki soha nem mondta azt magáról, hogy „*az állam én vagyok*”, és ha őszinték vagyunk, ezt aligha állította volna bárki is XV. *Lajos*-ról, szemben dédapjával, XIV. *Lajossal*, akinek ezt a mondást tulajdonítják. A király ugyanis önkényesen uralkodott, egyedül alkotott jogot, és annak alkalmazása során szinte minden területen érvényesíthette az akaratát, ha alkalomadtán a parlamentek heves ellenállásába ütközött is ennek során.

Ezzel szemben a Csatorna túloldalán egy olyan király uralkodott, aki francia kollégájához képest szinte erőtlennek tűnhetett. A törvényhozás a Lordok Háza és az Alsóház kezében volt; 1707 óta egyetlen király sem befolyásolta a parlamenti döntéseket, és ma sem teszi ezt. A bíróságok függetlenek voltak, és csak formálisan hozták meg ítéleteiket „*a király nevében*”; és ami a legfontosabb: nemcsak a polgári és a büntető jog területén, hanem sok más ügyben is (a kereskedelmi jogtól az utak és hidak fenntartásán át a szegények jólétéig) bírói testületek, illetve az utóbbi ügyekben békebírák voltak a jogalkalmazók. Így magára a királyra nemigen maradt más, mint a külügyek és a hadviselés területe. Nos, ezt az országot látogatta meg *Montesquieu* 1726 után több alkalommal is, és itt választották 1730-ban a *Royal Society* tagjává. Tizennyolc évvel később, 1748-ban jelent meg híres könyve *De l'Esprit des Lois* címmel, melyben külön fejezetben írt *Anglia Alkotmányáról*. Mit várhatnánk mást ebben a fejezetben, ha nem a korabeli angol alkotmányos rendszer ismertetését, még akkor is, ha gondolatmenetét azzal kezdi, hogy minden államban három hatalom van, nemcsak Angliában?

Ami ezt a három hatalmat illeti, az első *Montesquieu* *puissance législative*-nak, törvényhozó hatalomnak nevezi. Ez a hatalom alkotja a törvényeket és szünteti meg azok hatályát. A második a

¹⁶ KORINEK, Von der Aktualität der Gewaltenteilungslehre 151.

¹⁷ Lásd hozzá: OLECHOWSKI, Verwaltungsgerichte, Verwaltungstribunale und Verwaltungssenate 379–396.

végrehajtó hatalom a nemzetközi jogtól függő ügyekre vonatkozóan; ennek alapján határoznak háború és béke kérdésében, fogadják más államok követségeit, valamint biztosítják az ország biztonságát. A harmadik a végrehajtó hatalom a polgári ügyekben; ennek körében döntenek az egyének közötti vitákat és büntetik a bűncselekményeket.

Szembevetendő, hogy *Montesquieu* felismerte a két hatalom alapvető hasonlóságát, amit *Kelsen* később olyan vehemenciával hangsúlyozott, hogy az alkotmánybírói bukásáért részben őt magát is okolni lehetett. Csak a fogalmak egyszerűsítése érdekében javasolja *Montesquieu* azt, hogy tágabb kontextusban az egyiket *puissance de juger*-nek, a másikat pedig *puissance exécutive par excellence*-nek nevezzük.¹⁸ Elgondolkodtató, hogy azok a politikai területek, amelyeket ma a közigazgatás kifejezéssel társítunk, nem kerültek említésre. Ki fogja alkalmazni a kereskedelmi törvényt, az erdőtüvényt, a közúti közlekedési törvényt? *Montesquieu* idejében Angliában nem a király, hanem a békebírók tették ezt, ezért jogos a feltételezés, hogy *Montesquieu* ezeket a területeket is a *droit civil*-nek, azaz a bíróságok által érvényesítendő ügynek tekintette, hasonlóan ahhoz, ahogy napjainkban az EJEB az Emberi Jogi Egyezmény 6. cikkét értelmezi.

Ha pedig *Montesquieu*s korában, a 18. század közepén a *Habsburg* örökös tartományokra is rápillantunk, úgy azt látjuk, hogy itt a bíróságok nem csak az egyének egymás közötti jogvitáiban jártak el, hanem az egyéneknek az állammal szembeni kereskedelmi, erdészeti vagy közúti közlekedési joggal kapcsolatos ügyeiben is. Csak több évtizeddel később, a 18–19. század fordulóján kezdődött el az a folyamat, melynek során a végrehajtás és az igazságszolgáltatás viszonyában az első javára történt eltolódás, és így 1848-ban, amikor az igazságszolgáltatás a függetlenségét megszerezte, már csupán a polgári ügyek és azok a büntető ügyek tartoztak a hatáskörébe, melyekben különösen súlyos büntetést helyeztek kilátásba.¹⁹ Csak az 1867-ben, 1988-ban és 2012-ben megvalósított alkotmányreformokkal tolódott el ez a határ újra a másik irányba azzal, hogy előbb egyfokú, majd kétfokú közigazgatási bírósági rendszert állítottak fel, azaz ma a határok megközelítőleg ugyan ott találhatók, ahol *Montesquieu*s korában voltak. Ennyire aktuális tehát a francia báró tana mintegy háromszáz év elteltével is.

4. Az állami funkciók osztottsága és a demokrácia

S hogy milyen elmarasztaló ítéletet mond *Kelsen* *Montesquieu*-ről? Szavait idézve „csak elméleti rövidlátás vagy politikai szándék képes a hatalommegosztás elvét demokratikusnak beállítani. *Montesquieu* a szabadság garanciájaként hivatkozott rá, állítólag az angol alkotmányból merítve, ahol akkoriban ugyan hiába keresték volna. Valódi értelme valószínűleg az volt, hogy az abszolutizmusból az alkotmányosság keretei közé szorult uralkodó számára végső felsőbbiséget biztosítson a parlamentben összpontosuló néphatalom felett”.²⁰ *Kelsen* kritikája kétségtelenül jogos. A hatalommegosztásnak abban a formában, ahogy azt *Kelsen* ismerte, azaz ahogyan Ausztriában 1918-ig létezett, kevés köze volt az angol modellhez, és vitathatatlan tény az is, hogy

¹⁸ MONTESQUIEU, Vom Geist der Gesetze, 11. könyv 6. fejezet 216. A művet német nyelvre fordító Kurt Weiganddal ellentétben e sorok szerzője azon a véleményen van, hogy a *puissance* szónak hatalmat kell jelentenie ahhoz, hogy *Montesquieu* nézeteit követhessük; más kérdés, hogy ez a kifejezés alkalmas-e a törvényhozás, az igazságszolgáltatás és a közigazgatás körülírására. Ebben tehát *Kelsen*t célszerű követni, aki a funkciók szót részesíti előnyben. Vö. KELSEN, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates 214–248.

¹⁹ OLECHOWSKI, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich 423.

²⁰ KELSEN, Vom Wesen und Wert der Demokratie 139.

az uralkodó összehasonlíthatatlanul erősebb volt a végrehajtó hatalom területén, mint a törvényhozás kérdésében. Ez azonban önmagában még nem indokolja a hatalommegosztás elvének elvetését.

Ezen a ponton szükséges újra *Karl Korinek*re utalni: a demokrácia természetesen már nem az uralkodó és a nép közötti szuverenitás megosztásáról szól, különösen azért nem, mert minden jog a néptől származik. Csakis bizonyos funkciók elosztásáról lehet szó, és ezért helyesebb, ha a hatalmak megosztása helyett funkciómegosztásról beszélünk. Mint ahogy ez rendszerint történik, az a szövetségi alkotmány, amelynek kidolgozásában *Hans Kelsen* részt vett, olyan alkotmány volt, amely inkább összekötötte egymással a hatalmi ágakat, ami a törvényhozás és a végrehajtó hatalom viszonyát illeti. Csak az 1929. évi alkotmányreformmal erősödött fel ismét a hatalommegosztó jelleg, és vezetett el ahhoz a hatalmi egyensúlyhoz, ahogyan azt ma ismerjük, és amely – különösen a közelmúltban – a lehető legjobban bevált.

De hogyan jellemezhető a törvényhozás és az igazságszolgáltatás kapcsolata? *Hans Kelsen* helyesen ismerte fel, hogy az uralkodók csak azért akarták és tudták biztosítani a bírák függetlenségét, mert a szabályozás mértéke a polgári jog és a bírói hatáskörbe tartozó büntetőjog területén aránytalanul nagyobb volt, mint a közigazgatási jog területén. Száz évvel ezelőtt a szabad mérlegelés elve meghatározó szerepet töltött be a közigazgatási jogalkalmazásban, ami gyakorlatilag szükség-szerűvé tette azt, hogy a közigazgatás hierarchikus felépítésű legyen, beavatkozási és utasítási joggal a legfelsőbb szintről a legalsóig. A többszintű közigazgatási bíráskodásnak és mindenekelőtt – a demokratikusan legitimált közigazgatási hatóságok helyett – a közigazgatási bíróságok érdemi döntési jogkörének a kialakulásával azonban komoly demokráciaelméleti probléma merült fel.

Mindez a szélesebb nyilvánosság előtt csak 2017-ben tudatosult, amikor a Szövetségi Közigazgatási Bíróság – legalábbis egyelőre – megakadályozta a bécs-schwechati repülőtér harmadik kifutópályájának megépítését azzal, hogy döntésében kompromisszumot kötött a környezetvédelem és a gazdaságpolitika között, amiről egy demokráciában valójában csak egy demokratikusan választott szerv vagy egy ettől függő testület dönthetett volna. Mindenesetre ezen az érvelésen alapult az Alkotmánybírósághoz benyújtott panasz. Az Alkotmánybíróság a Szövetségi Közigazgatási Bíróság határozatát anélkül helyezte hatályon kívül, hogy erre a demokráciaellenes politikai érvelésére kifejezett hivatkozott volna, és ezzel az ügy kikerült a nyilvánosság érdeklődési köréből.²¹ Az alapprobléma azonban továbbra is fennáll: a közigazgatási bíráskodásról szóló törvény 2012. évi módosítása nagymértékben befolyásolta a hatalmi ágak szétválasztását, és jelentősen erősítette alkotmányunk jogállamisági elvét, azonban mindez egyúttal a demokratikus elv gyengülésével járt.²²

Ez a megállapítás első pillantásra ijesztő, de nem kellene annak lennie. Az osztrák demokrácia elég erős ahhoz, hogy ellenálljon egy ilyen visszaesésnek, annál is inkább, mert ezen az áron a jogállamiság aránytalanul többet profitált. A jogállamiság elve és a hatalommegosztás elve pedig ugyanolyan fontos, mint a demokratikus elv. Az, hogy e három elv viszonylatában, valamint ezen elvek és a szövetségi alkotmány egyéb alapelvei között feszültség keletkezzen, végső soron elkerülhetetlen. Mégis úgy vélem, hogy a hatalmi egyensúly Ausztriában továbbra is működőképes, még-

²¹ VfGH 29. 6. 2017 E 875/2017-32, E 886/2017-31, lásd: Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofs, Neue Folge (VfSlg) Nr. 20185.

²² Lásd hozzá: OLECHOWSKI, Die dritte Flughafenpiste und das Ende des Kelsen-Merkl'schen Verwaltungsmodells 1–16.

hozzá olyan mértékben, hogy egy szerv cselekvőképességének átmeneti kudarca vagy átmeneti korlátozása sem fajul azonnal államválsággá. Ezt igazolt a 2019-es kormányválság és a 2016-os szövetségi elnökválasztás esete is.

Ausztria büszke lehet erre a megállapításra, különösen, ha összehasonlítjuk az osztrák helyzetet a lengyelországi vagy akár az izraeli változásokkal: nem a demokrácia válságáról van szó ezekben az államokban, hanem a hatalmi funkciók közötti egyensúly bomlott meg vagy ennek a veszélye fenyeget. Mi szükséges ahhoz, hogy ezt az egyensúlyt megtarthassuk? Önmagában még egy tökéletes alkotmány sem tudná egy demokratikus jogállam kudarcát megakadályozni, ahogy ezt Ausztriában a Nemzeti Tanács és az Alkotmánybíróság pontosan 90 évvel ezelőtti megszüntetése bizonyítja. Nemcsak megfelelő normákra van szükség, hanem olyan emberekre is, akik felelősségteljesen kezelik ezeket a normákat. Befejezésül nem *Kelsen*, hanem *Montesquieu*-t szeretném idézni: „*Egy monarchikus vagy despotikus kormányzat fennmaradásához vagy támogatásához nincs szükség különösebb bátorságra. Az egyik alatt a törvény ereje szabályoz mindent, vagy tart össze mindent; a másik alatt az uralkodó örökké hatalmas karja. Egy népi államban azonban egy további hajtóerőre is szükség van: az erényre.*”²³

Felhasznált irodalom és források

- KELSEN, Hans: Vom Wesen und Wert der Demokratie. Tübingen 1920 (reprint: Hans Kelsen Werke VI. Tübingen 2020, 122–157)
- KELSEN, Hans: Die platonische Gerechtigkeit. In: Kant-Studien 38, 1933, 91–117. (reprint: KLECATSKY, Hans R. et al (szerk.): Die Wiener rechtstheoretische Schule. Stuttgart – Wien 2010², 289–312.
- KELSEN, Hans: Staatsform und Weltanschauung. Tübingen 1933. (reprint: KLECATSKY, Hans R. et al (szerk.): Die Wiener rechtstheoretische Schule. Stuttgart – Wien 2010², 1575–1590.
- KELSEN, Hans: Verteidigung der Demokratie. Blätter der Staatspartei 1932/2. sz. 90–98. (reprint: JESTAEDT, Matthias – LEPSIUS, Oliver (szerk.): Verteidigung der Demokratie. Tübingen 2006, 229–237.
- KELSEN, Hans: Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates. In: Kant-Festschrift zu Kants 200. Geburtstag. Berlin 1924, 214–248.
- KELSEN, Hans: Vom Wesen und Wert der Demokratie. In: Hans Kelsen Werke VI. Tübingen 2020, 139.
- KORINEK, Karl: Von der Aktualität der Gewaltenteilungslehre. Journal für Rechtspolitik 1995/3. sz. 151–163.
- MAXTON, Graeme: Globaler Klimanotstand. Warum unser demokratisches System an seine Grenzen stößt. München 2020
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat de: Vom Geist der Gesetze. Reclam-Ausgabe Stuttgart 2011
- OLECHOWSKI, Thomas: Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Tübingen 2021²
- OLECHOWSKI, Thomas: Verwaltungsgerichte, Verwaltungstribunale und Verwaltungssenate. BRGÖ 2016/6. sz. 379–396.
- OLECHOWSKI, Thomas: Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich. BOGDANDY, Armin von et al (szerk.): Handbuch Ius Publicum Europaeum VIII: Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren. Heidelberg 2019, 423.
- OLECHOWSKI, Thomas: Die dritte Flughafenpiste und das Ende des Kelsen-Merklischen Verwaltungsmodells. In: KRONSCHLÄGER, Florian et al (szerk.): Recht vielfältig – Perspektiven des Öffentlichen Rechts. Wien 2018, 1–16.
- Sajtóközlemény, Európai Parlament, 220909IPR40137 (2022. szeptember 15.)
- STOLLEIS, Michael: Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht. Berlin 1974
- STOURZH, Gerald Die moderne Isonomie. Wien – Köln – Weimar 2015
- VfGH 29. 6. 2017 E 875/2017-32, E 886/2017-31. In: Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofs, Neue Folge (VfSlg) Nr. 20185

²³ MONTESQUIEU, Vom Geist der Gesetze 3. könyv 3. fejezet 120.