

THOMAS OLECHOWSKI: HANS KELSEN. BIOGRAPHIE EINES RECHTSWISSENSCHAFTLERS. UNTER MITARBEIT VON JÜRGEN BUSCH, TAMARA EHS, MIRIAM GASSNER UND STEFAN WEDRAC (TÜBINGEN: MOHR SIEBECK 2020) 1027.

„Berkeley szupermarketjeiben gyakran látni egy kicsi barátságos embert itt nem túl szokásos sötétkék svájcisapkával, amint hozzáértő szemekkel mustrálja mind a konzervek hívogató feliratait, mind az eladónők idomait” – emlékezik vissza Max Knight a már Kaliforniában élő, idős Hans Kelsenre, az európai jogtudomány talán legnagyobb teoretikusára.<sup>1</sup> Nem a bulváros szándék miatt kezdődik ez a recenzió ezzel a kis anekdotával – ami kiegészíthető még azzal, hogy Kelsen kaliforniai dolgozószobájában Immanuel Kant és édesapja mellett Liz Taylor színésznő fotója lógott a falon<sup>2</sup> –, hanem hogy eleve Kelsen mint az ember jelenjék végre meg egy írásban.

Azonban ellentétben Carl Schmitttel, Hans Kelsen életútja kevésbé kutatott. Emiatt alakulhat ki sokakban az a kép, hogy miközben Carl Schmitt korának gyermekeként alkotott, elméleteit mindig egy-egy történelmi kontextusból érdemes leginkább olvasni, Kelsen elméletei időtől és tértől független absztrakciók. Az, hogy Kelsen nevével a tiszta jogtan jogelmélete fonódott össze, de anélkül, hogy ezen jogelmélet kialakulásának történelmi kontextusát a Schmitt-kutatásokhoz hasonló mélységgel bárki, pláne kritikailag, feltárta volna, nagyban

hozzájárult ahhoz, hogy Kelsen elismert, de sokak számára életidegen, problémaérzéketlen szerzőnek tűnhet azon Carl Schmitt-tel szemben, akinek elméleti folyamatos politikai kihívásokra reagáló *döntésekként* (is) értékelhetőek.

#### 1. KELSEN ÉLETRAJZA AZ ÉLETMŰ MÖGÖTT

Miközben Hans Kelsen elméleti munkássága – jogelméletétől a demokráciatanán át a nemzetközi jogáig – alapvetően alaposan fel van már dolgozva, Kelsen történelmi kontextusba helyezése eddig gyakorlatilag nem történt meg. Életrajzként az idei évig Rudolf Aladár Métall 1969-es, alapvetően Kelsen szóbeli elbeszéléseire támaszkodó rövidke munkája szolgált csak,<sup>3</sup> amely egyrészt eleve inkább rövid összefoglalója volt csupán az életútnak, másrészt – forrásmegjelölések hiányában – tudományos életrajznak semmiképpen sem volt nevezhető. Ezért örömteli annak híre, hogy Thomas Olechowski idénre elkészült a 2005 óta írt nagy Kelsen-életrajzával. Olechowski Prágától a Csendes-óceánig – hatalmas forrásanyagot bevonva mutat be egy életutat, amely nem csupán elméletek megszületéséről, de a 20. század viszontagságairól is szól. Ennyiben egy Kelsen-életrajz az 1881 és 1973 közötti világ „mikrotörténeteként” is értékelhető: egy bécsi, zsidó származású jogász

<sup>1</sup> Max KNIGHT: „Der Vater der Österreichischen Verfassung” in Max KNIGHT – Joseph FABRY: *A Peter Fabrizius Reader. Selected stories, exilia, verses, and essays from two worlds* (New York et al.: Lang 1994) 109.; idézi: 858.

<sup>2</sup> KNIGHT (1. vj.) 858.

<sup>3</sup> Rudolf Aladár MÉTALL: *Hans Kelsen. Leben und Werk* (Wien: Deuticke 1969).

életútján keresztül nem csak elméleteit, de elméleteinek megszületési kontextusát is megismerjük. Ezáltal pedig nem csupán – akár a bevezetésben idézett – anekdotákat olvashatunk, de magát a kelsen életművet is megérthetjük. Ahogy az államot a jogrendszerre redukáló tiszta jogtana nem érthető meg a Habsburg-monarchia szellemi és mentális háttere és hatása nélkül<sup>4</sup> – elvégre egy soknemzetiségű birodalomban tényleg felesleges keresni akár homogenitást, akár bármiféle metajurisztikus összekötő elemet a jogrendszeren kívül –, úgy plurális demokráciatana is leginkább az első köztársaság – azaz a két világháború közötti Ausztria – antiliberalis tendenciáira adott válaszként (is) olvasható; vagy a nemzetközi jog felé fordulása sem csupán a tiszta jogtan monizmusából következett, de életútjának újabb állomásából is, akár csak annak tényéből, hogy az USA-ban a nemzetközi jogtanát jobban értették és értékelték, mint a kontinentális jogszemléletre méretezett (azaz a tengerentúlon értetlenül fogadott) tiszta jogtanát. Olechowski 1005 oldalas könyve Kelsent elhelyezi tehát azon történelmi folyamatokban, amelyek elméleteinek történeti magyarázatát adhatják. Innen pedig sokkal könnyebb Kelsen gyakorlati hasznát is belátni.<sup>5</sup>

Olechowski eközben az életművet is végigkíséri, de nem tér ki azok elméleti értékelésére – azaz egyértelmű-

en egy történeti, jogtörténeti munkát írt. Noha adódna a párhuzam Reinhard Mehring 2009-es nagy Carl Schmitt-életrajzával,<sup>6</sup> ezt maga a szerző hártja el. (21. o.) Amit egyrésről azzal indokol, hogy Mehring okkal feltételezhette: Schmitt életrajzának számos kontextusa eleve már ismert, így nem kellett egy túlságosan bevezető jellegű művet írnia (és tény, hogy Kelsen esetében, lévén az első tudományos életrajzról van szó, minden bevezető jelleggel is hat), másrésről Schmitt esetében egy sokkal szélesebb levéltári anyag áll rendelkezésre; ráadásul élete nagyrészt napi rendszerességgel vezetett naplót, számos emberrel levelezett, amely még inkább lehetővé tette Mehringnek, hogy Schmittet mint magánembert is jobban meg tudja érteni. Kelsen esetében ilyen ego-dokumentumok hiányoznak, így Olechowski, leszámítva pár Kelsennel baráti viszonyt ápoló ember visszaemlékezéseit, valamint néhány még élő rokonnal készült interjút, főleg Kelsen közéleti pályáivét tudta megrajzolni. Éppen a közéleti fókusz biztosítja, hogy Kelsen ne absztrakció maradjon, hanem lássuk az embert és korát, ugyanis még egy tiszta jogtan esetében sem nélkülözhető a kialakulás és a hatás történeti kontextusa. A bevezetőben közölt kis anekdota tehát nem tipikus a könyvben, eleve ritkák azok a leírások, amelyekben Kelsent mint embert ennyire közelről lehetne látni.

Kelsen apai ágon galíciai, anyai ágon morvaországi zsidó családból származott; 1881-ben született Prágában, bécsi édesapja ugyanis előtte pár évvel

<sup>4</sup> Manfred BALDUS: „Hapsburgian Multiethnicity and the »Unity of the State«. On the Structural Setting of Kelsen’s Legal Thought” in Dan DINER-Michael STOLLEIS (szerk.): *Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition* (Gerlingen: Bleicher 1999) 18–20.

<sup>5</sup> A jogási életrajzírás fontosságáról az elméletek kontextusának megértéséhez ld. R. Gwynedd PARRY: „Is Legal Biography Really Legal Scholarship?” *Legal Studies* 2010/2. 224–227.

<sup>6</sup> Reinhard MEHRING: *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biographie* (München: Beck 2009); magyar recenziója: TECHET Péter: „Carl Schmitt 1933 előtt és után” *Valóság* 2011/7. 1–11.

kereskedőként odaköltözött. Négyéves kora után Kelsen már Bécsben élt, csehül eleve nem is tudott. Bécsben a zsidó polgárság által kedvelt Akademisches Gymnasiumot végezte, többek között évfolyamtársa volt Ludwig von Mises, a neves neoliberais közgazdász, akivel élete későbbi szakaszaiban is kapcsolatban maradt. Már a gimnázium elvégzése után, 1905-ban keresztelekedett ki, a római katolikus vallást vette fel, de amikor házasságot kötött, váltott: a szabadelvűbbnek tartott (például a válást is elfogadó) evangélikus válásra.<sup>7</sup> Felesége, Margarete Bondi egy neves prágai talmudista család sarja volt. Kelsen Bécsben tanult jogot, egy szemeszter erejéig Heidelbergbe ment, hogy Georg Jellinek szemináriumain vehessen részt – bár a tudós nem tett rá emberileg pozitív benyomást. Először a bécsi Exportakadémián dolgozott az egyetem elvégzése után; az első világháború idején, amikor többek között az osztrák-magyar katonai vezetés kettéválasztását,<sup>8</sup> valamint a birodalom demokratikus föderalizációját<sup>9</sup> javasolta – a hadügyminiszter stábjának volt a tagja, majd a köztársaság megalakulásakor a szociáldemokrata kancellár, Karl Renner mellé került, majd ebben a minőségében dolgozott ki több alkotmányterveze-

tet is. A mai napig is érvényes 1920-as Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), azaz az osztrák alkotmány, „atyjának” számít, noha vitatott, hogy mennyire csak Kelsen munkája lenne ez (véltetően nem csak az övé, a politikai döntéseket eleve nem ő hozta, a szerepe – talán az alkotmánybíráskodás bevezetésén kívül – inkább csak jogtechnikai volt). Még I. Károly császár nevezte ki rendkívüli egyetemi tanárrá Bécsben, rendes egyetemi tanári pozíciót a köztársaság alatt nyert.

Kelsen a tudományos közéletbe az 1911-ben megjelent habilitációs írásával (*Hauptprobleme der Staatsrechtlehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*)<sup>10</sup> robbant be, amiben gyakorlatilag – noha pozitivistá alapokon állt – leszámolt a kor amúgy pozitivistá jogszemléletének számos elemével, amennyiben konzekvens és logikailag éles ideológiakritika alá vetette mind a természetjogot, mind a kor törvénypozitívizmusát. Olechowski egyenesen azt írja, hogy ezen könyvvel „vonult be a modernitás a jogtudományba”. (141. o.) Kelsen ideológiakritikai és dekonstruktivistá iránya már itt megjelenik, gyakorlatilag későbbi művei tekinthetők eme habilitációs írás folytatásainak is, de a jelentős különbség az, hogy a *Hauptproblemében* Kelsen még statikus jogképet vallott, a jogkonkretizáció felé csak Adolf Merkl joglépcsőtanának saját elméletébe integrálása után fordult,<sup>11</sup> ami azután igazán lehetővé tette

<sup>7</sup> Abban az Ausztriában, ahol a házassági jogot az ABGB egyházi joghatóságba ualta, nem volt mindegy, hogy valaki evangélikus vagy katolikus jog szerint köt-e házasságot.

<sup>8</sup> Hans KELSEN: „Zur Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich-Ungarns (1917)” in Matthias JESTAEDT (szerk.): *Hans Kelsen Werke (HKW), Band 3: Veröffentlichte Schriften 1911–1917* (Tübingen: Mohr Siebeck 2010) 615–629.

<sup>9</sup> Hans KELSEN (anonym): „Die Stellung der Kronländer im Gefüge der österreichischen Verfassung. Eine Rundfrage” *ÖZÖR* 1917/1918. 1–2.

<sup>10</sup> Hans KELSEN: „Hauptprobleme der Staatsrechtlehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze” in Matthias JESTAEDT (szerk.): *HKW, Band 2/1: Veröffentlichte Schriften 1911* (Tübingen: Mohr Siebeck 2008) 2–878.

<sup>11</sup> Hans KELSEN: „Vorrede zur zweiten Auflage” in Hans KELSEN: *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (Tübingen: Mohr 1923) XII–XIV.

számára a jogalkotás és a jogalkalmazás közötti klasszikus különbség mint a jogi gondolkodást meghatározó, Kelsen által elvetett dualizmusok (állam/jog, közjog/magánjog, alanyi jog / tárgyi jog stb.) egyikének dekonstrukcióját is.

Kelsen számára az 1920-as évek aztán a karrier kiteljesedése volt: 1919-ben még nincs negyvenéves, de életre szólóan alkotmánybíróvá választják (pártsemleges jelöltként), eközben egyetemi tanár, és 1920-ban a bécsi jogi fakultás dékánja lesz. A húszas években vesz részt a weimari köztársaság jogi vitáiban jogtudósként, valamint – és ez kevésbé ismert – alkotmánybíróként és a bécsi szociáldemokratákhoz közelálló *public intellectuel*ként<sup>12</sup> az első köztársaság politikai vitáiban. Különösen ez utóbbit fontos hangsúlyozni – és nem csak azért, mert a weimari *Methodenstreif*ban való részvétele, főleg Carl Schmitt-tel kialakult vitája sokszorosan dokumentált és elemzett<sup>13</sup> –, ugyanis alkotmánybíróként mutatkozott meg leginkább a jogalkalmazásnak a joglépcsőtanból következő jogalkotó (azaz lényegileg politikai)<sup>14</sup> jellege a gyakorlatban is, amennyiben Kelsen is alkotmánybíróként – akár szigorú jogdogmatikai szempontból a helytelen döntést is bevállalva (de Kelsen

elméletében eleve a helyes és helytelen döntés közötti különbség a jogerő és a „*Fehlerkalkül*” révén relativizálódik)<sup>15</sup> – politikai ügyekben aktív szerepet vitt.<sup>16</sup>

## 2. KELSEN MINT ALKOTMÁNYBÍRÓ: MINDENKÉPPENI POLITIKAI SZEREP

Mint ismert: az osztrák első köztársaságot jelentősen meghatározta a „vörös Bécs” és az 1920 után mindvégig jobboldali szövetségi kormányzat közötti politikai és kulturális konfliktus, ami sokszor jogi álarcban jelent meg, azaz jogi döntést igényelt, de annak minden politikai következményével. Mivel az alkotmánybíróság hatásköri vitákat is eldöntött, már önmagában annak kérdése, hogy egy-egy területen a tartománynak vagy a szövetségi kormányzatnak van-e hatásköre, „a vörös Bécs” vonatkozásában nagyon is politikai kérdésé vált. Akár arról volt szó, hogy a szövetségi kormányzat betilthatja-e Arthur Schnitzler *Reigen* (*Körtánc*) című darab-

<sup>15</sup> A „szabad mérlegelés” („*freies Ermessen*”) kérdésköréhez, amely a jogalkalmazás konstitutív és nem determinatív jellegét biztosítja (egyben „a helytelen döntés” kategóriáját a jogerő és a jogalkalmazásba beépített tévedési lehetőség, a „*Fehlerkalkül*” mellett értelmetlenné teszi) ld. Thomas ELSNER: *Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre. Rechtsstrukturtheoretische Überlegungen zur Rechtsbindung und zur Letztentscheidungskompetenz des Rechtsanwenders* (Berlin: Duncker & Humblot 2011) 124., 138–140., 144–146.

<sup>16</sup> Ewald WIEDERIN: „Hans Kelsen als praktischer Verfassungsrechtler” in Niktias ALIPRANTIS – Thomas OLECHOWSKI (szerk.): *Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts. Ergebnisse einer internationalen Tagung an der Akademie von Athen am 12. April 2013 aus Anlass von Kelsens 40. Todestag*, (Wien: Manz 2014), 115–117.

<sup>12</sup> Ld. kiállítását (többedmagával) a szociáldemokrata párt mellett az 1927-es választási kampányban: „Eine Kundgebung des geistlichen Wien” *Arbeiter-Zeitung* 1927. 04. 20., 1.

<sup>13</sup> Összefoglaló bevezetesként az egész *Methodenstreif*hoz ld. Manfred GANGL: „Einleitung: Die Weimarer Staatsrechtsdebatte” in Manfred GANGL: (szerk.): *Die Weimarer Staatsrechtsdebatte. Diskurs- und Rezeptionsstrategien* (Baden-Baden: Nomos 2011) 9–40.

<sup>14</sup> Ld. többek között Tamara EHS: „Das politische Moment der Verfassungsgerichtsbarkeit” in Elif ÖZMEN (szerk.): *Hans Kelsens Politische Philosophie* (Tübingen: Mohr Siebeck 2017) 139–141.

jának bécsi bemutatását,<sup>17</sup> vagy hogy a temetkezés kérdése szövetségi hatáskör-e (azaz a Bécsben felépíteni tervezett és a katolikus egyház által élesen támadt krematóriumot a főváros ellenében megakadályozhatja-e a szövetségi kormány)<sup>18</sup> – mind olyan kérdések voltak, amelyekben az alkotmánybíróság bármikénti döntése *volens nolens* politikai karaktert nyer (ennyiben a gyakorlat igazolta Kelsen téziséét a jogalkalmazás jogalkotói jellegéről). De *in concreto* az is látható, hogy Kelsen (mint az alkotmánybírák többsége) többször is „a vörös Bécs” érdekében döntött. Hozzá kell persze tenni: nem mindig volt ennyire egyértelmű a politikai irányultság, voltak olyan kérdések, amelyekben nem állapították meg Bécs tartományi hatáskörét,<sup>19</sup> amiért Kelsennek különösen egyik alkotmánybíró társával, a jogi (és bármilyen) diploma nélküli Friedrich Austerlitz-cel, a szociáldemokrata *Arbeiter-Zeitung* főszerkesztőjével nem is volt jó a viszonya. (431. o.)

Kelsen alkotmánybíróként mindenképpen alakította az első köztársaság politikai életét.<sup>20</sup> Ennek legmarkánsabb példája a házassági jog körül kialakult vitában vállalt szerepe,<sup>21</sup> ami áttételesen

a jobboldali kormányok alkotmánybíráskodás elleni támadásaihoz – és végül Kelsen távozásához – vezetett. Röviden arról van szó, hogy Ausztriában – ellentétben Magyarországgal<sup>22</sup> – a Monarchia idején nem vezették be a polgári házasságot, az ABGB értelmében a házassági jog alapvetően a házasulandók egyházának szabályai szerint alakult, ami a katolikusok esetében azt jelentette, hogy a házasságot nem lehetett felbontani, tehát nem volt lehetőség a válásra akkor sem, ha csak az egyik fél volt katolikus (ABGB § 111). Ez alól egyetlen kivétel volt: lehetőség volt a tartományi előjárásnál felmentést kérni a válás tilalma alól (ABGB § 83). Miután 1918 után először Alsó-Ausztriában, majd utána Bécsben a szociáldemokraták voltak hatalmon, gyakorlatilag automatikusan megadták a válás tilalma alóli feloldást (*Dispens*), ami olyan új házasságok megkötéséhez vezetett – több tízezer számra –, amelyek esetében nem volt mindig világos, hogy a kivételnek (azaz a házasság felbontásának) vagy a főszabálynak (a válás tilalmának) kell-e érvényesülnie. Eleve – és ez a jogvitában is fontos szerepet kap – kettévált a *Dispens* kérdése (tehát, hogy felbontható-e kivételesen egy katolikus házasság is államilag), illetve azon kérdéssé, hogy mindezek után köthető-e új házasság, vagy az továbbra is kimerítené a bigamia büntetőjogi tényállását.

Több esetben is bíróság előtt támadta meg az egyik fél a korábbi házastárs új

*Eherecht in Österreich 1918–1938.* (Frankfurt am Main: Klostermann 1999).

<sup>22</sup> A magyar polgári házasság bevezetése Magyarországon is klerikális reakciót váltott ki, az ezzel kapcsolatos „kulturharcról” ld. Moritz Csáky: *Der Kulturkampf in Ungarn. Die kirchenpolitische Gesetzgebung der Jahre 1894/95* (Graz et al.: Böhlau 1967).

<sup>17</sup> *Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes* (VfSlg), 8/1921.

<sup>18</sup> VfSlg 206/1923.

<sup>19</sup> Ld. többek között VfSlg 90/1922 (a bécsi Hausbesorgerordnung alkotmányosságáról); VfSlg 190/1922 (bécsi lakáspolitikáról); VfSlg 1114/1928 (a bécsi Straßenpolizeigesetz alkotmányosságáról); VfSlg 1208/1929 (a bécsi Theatergesetz alkotmányosságáról).

<sup>20</sup> Kelsen alkotmánybírói ténykedésének áttekinthető, kissé rövid és felületes (de eddig egyedüli) elemzéseként ld. Robert WALTER: *Hans Kelsen als Verfassungsrichter* (Wien: Manz 2005).

<sup>21</sup> Magához az egész jogi ügyhöz ld. Ulrike HARMAT: *Ehe auf Widerruf? Der Konflikt um das*

házasságát, és a bíróság a legtöbb esetben az új házasság érvénytelenségét mondta ki, ezzel gyakorlatilag – noha *de jure* az új házasságról, nem pedig a korábbi felbontásáról döntött – *de facto* a *Dispens* intézményét támadta, elvégre az új házasságot éppen azért lehetett megkötni, mert a korábbi házasságot állami hatóság a *Dispens* révén felbontotta. A polgári jogi bíróságok ítéletei gyakorlatilag azt jelentették tehát, hogy az egész házassági jogi helyzetet teljes jogbizonytalanság jellemezte, ugyanis nem lehetett egyértelműen számítani arra, hogy a tartományi közigazgatás által megadott felmentést a válás tilalma alól (és az ez alapján kötött új házasságot) a polgári jogi bíróságok is elfogadják majd. Az alkotmánybíróságnak a kérdéssel legelőször 1926-ban kellett foglalkoznia, amikor egy bécsi ügyvéd a válás alóli felmentés után kötött újabb házasságot érvénytelenítő polgári jogi bírósági ítéletet hatásköri konfliktusra hivatkozva (Art. 138 B-VG) – ami szerinte a felmentést megadó közigazgatás és az azt érvénytelenítő bíróság között áll fenn –, megtámadta az alkotmánybíróság előtt.

Az alkotmánybíróság legelső, 1926-os döntésében még tagadta a hatásköri konfliktus meglétét, mondván: különböző ügyekről van szó, elvégre a közigazgatás a házasság felbontásáról döntött, a bíróság pedig az új házasságról. Kelsen azonban ellenezte ezt a nézetet, ami abban az értelemben, hogy a polgári házasság bevezetése melletti egyesületek munkájában részt vett, nem volt meglepő. Azért, hogy ezt a *politikai* célját – azaz legalábbis a házasság felbonthatóságát és új házasság kötését – elérhesse, kidolgozta azon elméletét, miszerint a bíróság és a közigazgatás

egymásnak nem alárendelt, mindketten jogalkalmazók (de egyben ezért jogalkotók is),<sup>23</sup> azaz kialakulhat köztük hatásköri ütközés, amikor is az elsőként döntő szervnek kell igazat adni. Ennek alapján Kelsen, aki 1926 után előadóként sikeresen győzte meg ebbéli véleményéről alkotmánybíró társait, azt vallotta: egyrészt a közigazgatás és a bíróság ugyanarról az ügyről dönt (ugyanis a bíróság is gyakorlatilag a felmentésről dönt, amikor a felmentés alapján kötött új házasságot érvényteleníti), másrészt ennek értelmében az elsőként döntő közigazgatás az ügyet lezárta, a bíróság azt nem ítélni meg újból: tehát, ha a közigazgatás megadja a felmentést a válás alól, akkor az az alapján kötött házasságot bíróság már nem bírálhatja felül. Az érvelést az osztrák jogtudomány a mai napig helytelennek tartja, (475. o.) mondván: Kelsen egy látszathatásköri vitát generált, ugyanis a közigazgatás és a bíróság egyrészt két külön témában – tehát nem ugyanarról (a közigazgatás a válás tilalmáról, a bíróság pedig az új házasságról) – döntött, másrészt eleve a bíróság jogosult felülbírálni a közigazgatás döntéseit. Ha esetleg Kelsen jogdogmatikailag tévedett is, sikeresen győzte meg a saját álláspontjáról a többséget, azaz 1926-tól az alkotmánybíróság folyamatosan érvénytelenítette a válás alóli felmentés után kötött házasságok polgári bíróság általi érvénytelenítését, ezzel *de facto* bevezette a válás intézményét, hiszen a főszabályt teljességgel felülírta a kivétel. Az, hogy Kelsen tévedett-e az érvelésekor, két szempontból is mindegy. Egyrészt a jogalkalmazás és jogalkotás azonosság-

<sup>23</sup> Hans KELSEN: *Justiz und Verwaltung* (Wien: J. Springer 1929) 7., 12–15.

ga okán természetes, hogy egy bírói ítélet is jogot alkot (azaz politikai), másrésztől – amint már fentebb írtam – a tévedés eleve bele van kalkulálva a joglépcsőtanban leírt dinamikus jogkonkretizációs folyamatba („*Fehlerkalkül*”).<sup>24</sup> Mivel a bíró döntése teljességgel a felső norma által nem meghatározható („*freies Ermessen*”), a „tévedés” kategóriája is – amely csak akkor bírna értelemmel, ha a jogalkalmazás nem lenne egyben jogalkotás is, hanem teljes mértékben előre meghatározható és meghatározandó eredményre kellene vezetnie – a merkl-kelseni dinamikus jogalkalmazásméletben relatívvá válik.

A házassági jog körüli vita nagyon jól mutatja, hogy Kelsen elméletei egyáltalán nem légüres térben születtek, hanem azok egyrésztől konkrét alkalmazást nyertek (tehát a tiszta jogtan igenis a joggyakorlat számára is hasznos elmélet). Másrésztől Kelsen egy-egy konkrét helyzetre való reflexióit elméleti szinten fogalmazta újra, így például a közigazgatás és igazságszolgáltatás azonosságáról szóló elméletei ezen házassági jogi vita fényében olvasandók és ekként már nem száraz, absztrakt elméletnek, hanem nagyon is politikai kiállásnak tűnnek egy adott korszak kontextusában. Ha viszont nem ismerjük a történeti kontextust – például azt, hogy az osztrák alkotmánybíróság progresszív ügyek érdekében miként alakította az ország politikai napirendjét –, akkor Kelsen elméletei időtől és tértől független, az egeből alászállt abszt-

rakciókként jelennek meg. Kelsen azonban nagyon is része volt korának: az első köztársaság vitáiban alakítólag vett részt, elméleti apparátusát, valamint alkotmánybírói pozíciójából adódó hatalmát pedig mozgósította a számára fontos politikai ügyek érdekében.

Ez persze a bukásához is vezetett, főleg a házassági jog körüli vitákban a jobboldali sajtó nagyon élesen kezdte támadni. 1929-re pedig a jobboldali szövetségi kormányzatban megfogalmazódott az alkotmánybíráskodás lefejezésének célja. Az alkotmánybíráskodás korlátozását „politikátlanításának” nevezte álnaivan a keresztényszociális kormányzat – mintha a bírói szerep lehetne eleve mechanikus és automatikus jogalkalmazás –, de a tényleges cél – amint Adolf Merkl rámutatott – az „átpolitizálás” (más célok érdekébe állítás) volt.<sup>25</sup> Noha az alkotmánymódosítás után, ami az addig élethosszig szóló alkotmánybírói mandátumokat megszüntette, Kelsen a szociáldemokraták jelöltjeként visszatérhetett volna a bíróságra, ezt már nem vállalta, inkább Kölnbe távozott, ahol professzori állás várta.

### 3. A PLURÁLIS DEMOKRÁCIA VÉDELMEBEN

Kölnben, ahol professzori állását Konrad Adenauer akkori polgármester is támogatta, anyagilag a bécsi állásainál is jobban megbecsülten az alkotmányjog mellett a nemzetközi jog oktatását is megkezdhette, noha e tantárgy a korabeli német jogi fakultások tanterveiben ritkán fordult csak elő. 1930. novemberi

<sup>24</sup> Ld. Adolf Julius MERKL: „Justizirrtum und Rechtswahrheit (1925)” in Dorothea MAYER-MALY-Herbert SCHAMBECK-Wolf-Dietrich GRUSSMANN (szerk.): Adolf Julius Merkl: *Gesammelte Schriften I/1* (Berlin: Duncker & Humblot 1993) 375–377.

<sup>25</sup> Adolf Julius MERKL: „Der »entpolitisierte« Verfassungsgerichtshof” *Der österreichische Volkswirt* 1930/23. 509–511.

nyitóelőadásán a platóni igazságról és szerelemről beszélt,<sup>26</sup> alapvetően az abszolút igazság veszélyességét hangsúlyozva, ami mind a természetjog-kritikus jogelméletének, mind a plurális demokráciaelméletének alapja. A téma megint nem pusztán absztrakt, hanem nagyon is az adott történelmi kontextusba illeszkedik, elvégre Kelsennek éppen egy autoriter irányba csúszó Ausztriából kellett elmennie abba a Németországba, amely 1930-ban még demokrácia volt, de a rá három évre bekövetkező események előszelét már nagyon is érezni lehetett; miközben Kelsen az abszolút igazságot hirdető autoritarizmussal szemben a relativista demokráciát még akkor védte meg előadásában, amikor ennek politikai tétje lehetett (1930-ban), a cikkek már akkor jelentek meg (1933-ban), amikor a kérdés eldőlt a zsarnokság javára.

Kölnben Kelsen folytatta részvétele a weimari alkotmányjogi vitákban; noha a legfontosabb viták már az 1920-as években lezajlottak, a frontvonalakat jelző írások Erich Kaufmann, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Hermann Heller és Rudolf Smend részéről ekkora már megszülettek. Kelsennek a kölni időszakban alapvetően Smenddel volt egy különvita,<sup>27</sup> amely Smend részéről személyeskedő – bár végül nem közölt – választ szült (501. o.); valamint Carl Schmitt-tel

a híres – számos helyen megírt és dokumentált<sup>28</sup> – nagy vitája az alkotmánybíráskodásról, amit Kelsen jogelméletileg egyértelműen megnyert. Schmitt jogelméleti érvei, miszerint az alkotmánybíráskodás ellentmondana a bíráskodás szigorúan jogalkalmazó jellegének,<sup>29</sup> még saját elméleteivel is ellentétben álltak. Schmitt korábban ugyanis maga is azt vallotta, hogy a döntés a jog (és egyben a bíráskodás) központi kategóriája, ekként a jogalkalmazás sohasem csak jogalkalmazás, hanem ugyanannyira jogalkotás is (és ebben gyakorlatilag Kelsennel vallott megegyező nézeteket).<sup>30</sup> Azaz egyértelmű volt, hogy Schmitt nem annyira jogelméletileg akarta cáfolni a kelseni alkotmánybíráskodást – erre nem is volt képes, jogelméleti érvei egy álnaiv jogalkalmazás-elméletéről szóltak –, hanem *politikailag*.

Azzal, hogy 1932-ben Carl Schmitt is a kölni egyetemre került, a weimari *Methodenstreit* két sztárja egyazon egyetemen oktatott. Számos alapkérdésben egyezett amúgy a véleményük (a jog inkább döntés, mint törvény; politika és jog összefüggése; a bírói ítélet nem deklaratív, hanem konstitutív-akarati aktus; a demokrácia összefügg a homogenitás kérdésével stb.), csak egészen eltérő következtetéseket von-

<sup>26</sup> Az előadás később cikkekkel bővítve megjelent: Hans KELSEN: „Die platonische Gerechtigkeit” *Kant-Studien. Philosophische Zeitschrift* 1933/1–2. 91–117; illetve Hans KELSEN: „Die platonische Liebe” *Imago – Zeitschrift für psychoanalytische Psychologie, ihre Grenzgebiete und Anwendung* 1933, 225–255.

<sup>27</sup> Hans KELSEN: *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung* (Wien: Springer 1930).

<sup>28</sup> Például itt: Olivier BEAUD- Pasquale PASQUINO (szerk.): *La controverse sur „le gardien de la constitution” et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt* (Paris: Panthéon-Assas 2007).

<sup>29</sup> Carl SCHMITT: *Der Hüter der Verfassung* (Berlin: Duncker & Humblot 1996) 19–23.

<sup>30</sup> Egyik első könyvét szentelte annak bizonyítására, hogy a bírói ítélet nem mechanikus jogalkalmazás, ld.: Carl SCHMITT: *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (Berlin: Otto Liebmann 1912).



tak le,<sup>31</sup> ami mögött sok tekintetben személyes és kulturális-mentális ellentétek állhattak. Kelsen nagyon is üdvözölte Schmitt érkezését, kereste is a barátságát – amint egy levélben írta neki: „Meg vagyok róla győződve, hogy minden tudományos ellentét ellenére emberileg nagyon jól meg fogjuk egymást érteni”.<sup>32</sup> Schmitt egy ideig Kelsen barátkozási szándékát először hűvösen elutasította. (531. o.) Kelsen őszinte érdeklődése Schmitt iránt, akiben legfeljebb tudományos ellenfelet, de semmiképpen sem schmitti értelemben vett politikai ellenséget látott, szintén mutatja – amint Olechowski többször is hangsúlyozza –, hogy Kelsennek a tudományos életben az ellenkező véleményekkel szemben tanúsított toleranciája, ami az alapvető érdeklődéséből és relativizmusából fakadt, „legendás” volt. (342. o.) Arról, hogy igazából politikai alapú ellentéteket se vitt át személyes ellenségeskedésbe, tanúskodik baráti viszonya az osztrák keresztényszociálisok vezérével, Ignaz Seipel atyával, (248. o.) valamint a nemzeti liberális *deutschnational* (azaz Kelsennel politikailag szemben álló) tábor által jelölt egykori alkotmánybíróvársával, Julius Ofnerrel (430. o.).

Amikor azonban Kelsen politikai – egészen pontosan származásbeli – okok miatt távozni kényszerült 1933-ban a kölni egyetemről, ugyan a kölni egyetem jogi kara egy tiltakozó levelet megfogalmazott, de Carl Schmitt még ezt se volt hajlandó aláírni. (553. o.)

<sup>31</sup> Volker NEUMANN: „Antipoden des Staats- und Völkerrechts: Hans Kelsen und Carl Schmitt” in Manfred GANGL (szerk.): *Die Weimarer Staatsrechtsdebatte. Diskurs- und Rezeptionsstrategien* (Baden-Baden: Nomos 2011) 103–105.

<sup>32</sup> Idézi: MEHRING (6. l.) 295.

#### 4. TÁVOZÁS A NEMZETKÖZI JOGBA ÉS AZ USA-BA

Kelsen 1933-ban, ötvenharmadik születésnapja előtt teljes bizonytalanságban volt: Kölnben megszűnt az állása, Bécsbe nem hívták vissza, igaz, az ottani helyzet is egyre inkább rosszabbodott politikailag. Az, hogy már 1930-tól előadásokat tartott Genfben és Hágában, Kelsen számára most segítségül jött, hogy ebbe az irányba – ami egyben tematikusan még erősebb nemzetközi jogi fókuszot jelentett – induljon el. 1933-ban azonban a csehszlovák oktatásügyi miniszter, a szlovák szociáldemokrata Ivan Dérer felkérése is elérte, aki a prágai Német Egyetemen kívánt Kelsen számára állást találni. Az ottani professzorok és diákok többsége azonban már a szudétanémet nemzetiszocialisták hatása alatt állt, ami Kelsen számára egyértelművé tette: ha el is fogadja a prágai állást, a biztonságosabb és kozmopolitább Genfben vonul emigrációba, ahol – noha jóval kisebb lehetőségekkel és fizetéssel, mint Kölnben – a Nemzetközi Tanulmányok Egyetemi Intézetében (IUHEI) kapott oktatói státuszt. A prágai állás lehetőségét az is megnehezítette, hogy Kelsen egyik korábbi tanítványa, Fritz Sander, akivel az 1920-as évek elején éles vitába keveredett, miután Sander a közjog és a teológia (az állam és az isten) közötti kelsen-i párhuzamot az ő hasonló gondolatának plagizálásaként értékelte (321. o.), szintén a prágai Német Egyetemen volt professzor.

Genfben Kelsen nagyon jól érezte magát – és főleg a kölni vagy bécsi eseményeket látva: *egyelőre* biztonságban volt. (579. o.) Itt több emigránsal is tartotta a kapcsolatot, így többek között egykori iskolatársával, Ludwig

von Mises-szel vagy egy másik liberális közgazdással, Friedrich August von Hayekkel, aki Bécsben Kelsennél és Othmar Spann-nál írta doktori disszertációját. Genf azért is fontos hely, mert itt fejezte be a *Tiszta jogtant*, amelyben jogelméletét összefoglalta – igaz, lényegi elemei egyrésztől már a habilitációs írásában (de legalábbis annak második, a joglépcsőtannal bővített kiadásában), másrésztől különösen strukturált és érthető módon kifejtve az 1925-ös *Allgemeine Staatslehre*-ben megjelent. Ennyiben az 1934-es *Tiszta jogtan* nem hozott újdonságot a kelseni életműben. Eközben Prágában végül 1935-re – Tomáš G. Masaryk államelnök közbenjárására – kapott a Német Egyetemen professzori állást. Noha a csehszlovák állampolgárságot Jan Kelsen néven felvette, nem költözött a szülővárosába, hanem csak az előadások idejére ment oda. A körülmények azonban addigra olyan rosszak lettek politikailag a Német Egyetemen, hogy Kelsen a náci diákok zavargásai miatt gyakorlatilag alig tudta az előadásait megtartani. (621. o.) Csak három évig tartott eleve ez a prágai intermezzo, Csehszlovákia feldarabolása után nem kívánt már visszatérni, közben pedig az *Anschluss* miatt Bécsben maradt rokonságának is menekülnie kellett. Édesanyját például ezután sohasem látta: Auguste Kelsen Bécsből Jugoszláviába, Bledbe menekült, ott élte túl a zsidóüldözéseket is, és ott halt meg 1951-ben, amikor már fia rég az Egyesült Államokban élt. Kelsen helyzete 1938-ra anyagilag is megromlott, ugyanis a német állam, amely 1938-ban az osztrákot is megszállta, mind a bécsi és kölni professzorsága, mind az osztrák alkotmánybírói ténykedése után megtagadta a nyugdíjfizetést.

1940-ben tehát feleségével úgy döntött, hogy emigrál az USA-ba, noha biztos állásajánlata nem volt. 1940. június 21-én érkezett meg a Kelsen házaspár New Yorkba. Kelsen ekkor már majdnem hatvanéves; új életet kellett kezdenie egy országban, amelynek tudományos életének nem csak nem volt része, de eleve az angolszász jogszemlélettől idegen is a kelseni neokantiánus jogfilozófia, másrésztől eleve a nyelvet se tudta túlságosan jól. New Yorkban a Rockefeller Alapítványtól kapott először ösztöndíjat. Próbálkozásai, hogy valamely keleti parti jogi fakultáson végleges professzori álláshoz jusson, nem jártak sikerrel, de a Harvardon kapott egy vendégelőadó pozíciót. Az USA-ban amúgy több osztrák emigránssal – mind a szociáldemokrata, mind a katolikus-monarchista emigrációból – kapcsolatot tartott. Miközben egyrésztől igyekezett tiszta jogtanának főbb téziseit angolra fordítani, ezzel az amerikai tudományos életbe bevezetni,<sup>33</sup> még inkább egyértelmű lett a nemzetközi jogi kutatási irány az életművében, ami a második világháború alatti újjáépítési tervek kapcsán nagyon is relevánssá vált politikailag.

A keleti parton csak két évet maradt a Kelsen házaspár, 1942 szeptemberétől – immáron végső otthonukként – a kaliforniai Berkeleybe költöztek, ahol Kelsen először szintén csak előadó, majd később professzori állást kapott. Los Angeles az első város, ahol Kelsen életében először – hatvannégy évesen – vett egy saját házat. Kelsen két lánya közül Anna (Hannah) még a második világháború előtt Jeruzsálembe távozott, ahol hozzáment egy ottani orvoshoz,

<sup>33</sup> Ld. Hans KELSEN: *General Theory of Law and State* (Cambridge MA: Harvard UP 1945).

Rolf Oestreicherhez (később, a második világháború után ő is az USA-ba költöztek); a másik lánya, Maria pedig a házassága révén Illinoisba távozott, ahol a mezőgazdaságban dolgozott. Kelsen a második világháború alatt kapcsolatban állt az amerikai kormányzattal, szakvéleményeket írt nemzetközi jogi kérdésekben, a második világháború után pedig a nürnbergi törvényszék kapcsán igazolta a visszamenőleges hatály alkalmazhatóságát<sup>34</sup> – ami amúgy elméleteiből egyértelműen következett is, elvégre Kelsen számára a jog döntésként jelenik meg, azaz mindig *ex post facto*, ennyiben pedig *eo ipso* visszamenőleges hatályú.

A második világháború után Kelsen többször is tett hosszabb előadói körutakat Európában (Németországban is több helyen tartott előadásokat, de főleg a számára legkedvesebb Genfben tért sokat vissza). Bécsben is többször felkereste, ahol már 1947-ben a tudományos akadémia tagjává választották, de tényleges visszatérésre se Kelsen, se az új osztrák állam, amely az 1920-as „kelsen-i” alkotmányt vette ismét elő, nem gondolt. Az, hogy Bécsben az antiszemita hangulat milyen hosszú ideig megvolt Kelsen ellen, mutatja, hogy a hatvanas évekig a (neve ellenére is) német nacionalista Taras Borodajkewicz a Világkereskedelmi Főiskolán – a későbbi közgazdaságtudományi egyetem elődjén – folyamatosan zsidózhatta (egyben helytelenül „kohnozhatta”) Kelsent. Borodajkewiczet még diákként a későbbi szociáldemokrata politikusok, Ferdinand Lacina, Hannes Androsch és

a későbbi államfő, Heinz Fischer jelentették fel. Az események 1965-ra annyira elfajultak, hogy Borodajkewicz hívei (az akkori FPÖ fiataljai), valamint a szocdemek egymásnak estek Bécs belvárosában, a borodajkewiczisták egyike pedig az összecsapások közepette megölte Ernst Kirchwegert, a náci koncentrációs táborok egyik túlélőjét. (906. o.) Kelsen ebben az évben le is mondta a Bécsbe tervezett útját.

Kelsen nyolcvanéves kora felett is rendszeresen publikált, vagy akár – H.L.A. Harttal például személyesen, Ulrich Kluggal pedig írásban – vitákat vállalt be. 1966-ban közölte először, hogy többet nem kíván publikálni. Szellemi állapota ettől kezdve rohamosan romlott, élete utolsó éveiben a borotválkozással is felhagyott. Miután felesége 1973 elején szívinfarktusban meghalt, Kelsent a lánya egy kaliforniai öregek otthonában helyezte el, itt érte a halál pár héttel felesége halála után, 1973. április 19-én. Kérésüknek megfelelően mindkettőjük hamvait a Csendes-óceánba szórták.

##### 5. EGY ÉLETRAJZ FONTOSSÁGA: AZ AKTUALIZÁLÁS LEHETŐSÉGE

Régis Ponsard teszi fel Kelsen-elemzésében azt az elsöre – pláne a ridegnek, absztraktnak, hűvösnek tetsző osztrák jogász kapcsán – furcsa kérdést, hogy „mik voltak szerzőként az álmai”.<sup>35</sup> Kelsen munkáiban a jogot – annak rendszerét és *jog szerinti* működését (azaz a jogrendszer saját logikáját) – talán a mai napig nem utolért (pláne nem cáfolt)

<sup>34</sup> Ezirányú kutatásait még a háború alatt megkezdte, ld. Hans Kelsen: „Collective and individual responsibility in international law with particular regard to punishment of war criminals” *California Law Review* 1943, 530–571.

<sup>35</sup> Régis PONSARD: „Kelsen, quel sens?” in Thomas HOCHMANN-Xavier MAGNON-Régis PONSARD (szerk.): *Un classique méconnu: Hans Kelsen* (Paris: Mare & Martin 2019) 34.

következetes logikával tudta leírni, de az elméletek mögött – főleg ha nem akarjuk azokat megmervíteni, hanem a jelen kihívásaira is válaszokat akarunk belőlük nyerni – meg kell látni a szerzőt és a kontextusát (egyben az „álmait”): azon szellemi környezetet, amelyben nevelkedett (egy multikulturális birodalom fővárosát és annak hatását); azon jogi iskolákat, amelyek korában hatottak (azaz a főleg államlegitimációs célokkal megfogalmazott törvénypozitivizmust és az ideológiai célokat elrejtő természetjogot); azon politikai kihívásokat, amelyek között alkotott, amelyekre reagált (a „vörös Bécs” harcát a klerikalizmussal); és különösképpen a mindezekből adódó és megérthető célokat, amelyek érdekében műveit írta. Márpedig éppen a kontextus mutatja, hogy csupán tudományos *tiszta* érdeklődésből nem születnek művek, azoknak mindig vannak történelmi előzményei, okai. Azzal, hogy a kutatás – bár csak nagyon lassan – talán Kelsen történelmi kontextusai felé fordul – amint e sorok szerzője is saját kutatási projektjében teszi –, egyrészt persze Kelsen „tisztasága” a történelemmel és politikával „beszennyeződik”, másrészt ekként elméletei immáron nem magukban állnak, hanem egy konkrét szerző konkrét történelmi helyzetekben – nem utolsósorban politikai célokat is követő – reflexióiként jelennek meg.

De éppen ezen „beszennyezés” és történelmi kontextualizáció teszi lehetővé, hogy Kelsent ne olyan „távol” érezzük magunktól, amennyire logikus elméletei – ha csak magukban nézzük őket – joggal tűnhetnek. Azaz éppen azoknak, akik „Kelsent” a gyakorlatban is hasznosítani szeretnék, kell látniuk: Kelsen maga is része volt a gyakorlatnak – akár aktivista, a jogdogmatikai tévedéseket

is a politikai célok érdekében bevállaló alkotmánybíróként, akár a bécsi szociáldemokráciához közelálló értelmiségiként, akár az amerikai kormányzat terveit szolgáló nemzetközi jogászként –, ekként jogelméletének történelmi kontextualizálása ugyan elveszi jogtanának „tisztaságát”, de lehetővé teszi mai és jövőbeli használhatóságát.<sup>36</sup>

Olechowski Kelsen-életrajza értékesleg kronológiával veszi végig Kelsen életét. Ezzel azonban megteremti a kelseni jogelmélet kutatásában is a „történelmi fordulat” lehetőségét, amely egy egyszerűre kritikusabb és politikaiabb (azaz az „egekből” lehozott) Kelsen-olvasatot tehet lehetővé.

*Techet Péter\**

<sup>36</sup> A nemzetközi jog története kapcsán hasonló érvel – azaz tudatosan vállalt anakronizmussal – szorgalmazza Anne Orford a történelmi kontextualizálást és annak jelenkori politikai vitákban való felhasználását: ANNE ORFORD: „The past as law or history? The relevance of imperialism for modern international law” *IILJ Working Paper* 2012/2. 9.; ill. ANNE ORFORD: „On international legal method” *London Review of International Law* 2013. 175–177.

\* Tudományos munkatárs, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie, 79098 Freiburg im Breisgau, Werthmannstr. 4, 2. OG. E-mail: [peter.techet@jura.uni-freiburg.de](mailto:peter.techet@jura.uni-freiburg.de).