

## Was Montesquieu noch nicht wissen konnte Überlegungen zur Revision der Gewaltenteilungslehre

### What Montesquieu could not have known yet Reflections on a revision of the separation of powers theory

Alois Riklin

translated by T. Haefliger and V. Blandford

#### Zusammenfassung

Nach wie vor gilt Montesquieus Machtteilungslehre vielerorts als verfassungspolitisches Orakel. Dabei wird sie oft verfälscht tradiert. Aber selbst richtig verstanden scheint es fraglich, ob das Konzept 250 Jahre nach dem Tode des Meisterdenkers noch zeitgemäss ist. Der Verfasser des „Esprit des lois“ war kein Dogmatiker. Vermutlich würde er seine Machtteilungslehre auf Grund der heutigen Probleme revidieren.<sup>1</sup>

#### Missverständnisse

Vier Missverständnisse der Machtteilungslehre Montesquieus<sup>2</sup> haben Generationen von Juristen, Politikwissenschaftlern und Politikern verwirrt und verwirren sie bis zum heutigen Tag. Erstens hat Montesquieu im Gegensatz zu Sieyès<sup>3</sup>, Kant<sup>4</sup> und anderen keine strikte Machtteilung empfohlen, keine „séparation des pouvoirs“ (Der Begriff kommt bei Montesquieu nirgends vor), sondern eine gemässigte „distribution des pouvoirs“, nämlich eine Mischung von Teilungen, Verschränkungen und wechselseitigen Kontrollen.<sup>5</sup> Ausdrücklich konzidierte er der Regierung einen Anteil an der Legislativmacht durch das absolute Gesetzesveto<sup>6</sup>, dem Zweikammerparlament einen Anteil an der Exekutivmacht durch die Regierungskontrolle<sup>7</sup> sowie der zweiten Parlamentskammer einen Anteil an der Judikativmacht in ihrer Funktion als Adelsgericht und als Berufungsinstanz gegen Urteile der Geschworenengerichte.<sup>8</sup> Zweitens werden bis zum heutigen Tag in der Alltags-

#### Summary

Montesquieu's division of power theory is still widely regarded as an oracle of constitutional politics although it has often been an object of misinterpretation. Yet even if the concept is understood correctly, it appears doubtful whether it still chimes with the times 250 years after the master thinker's death. It is very likely that today's problems would prompt him to revise his division of power theory.<sup>1</sup>

#### Misunderstandings

Four misunderstandings of Montesquieu's division of power theory<sup>2</sup> have confounded generations of lawyers, political scientists and politicians, and they continue to confuse them to this day. Firstly Montesquieu, in contrast to Sieyès<sup>3</sup>, Kant<sup>4</sup> and others, did not recommend a strict *séparation des pouvoirs* (the term does not occur anywhere in Montesquieu), but a moderate *distribution des pouvoirs*, namely a mixture of divisions, combinations, and mutual interconnections.<sup>5</sup> He expressly conceded a share in the legislative power to the king in the form of an absolute legislative veto<sup>6</sup>, a share in the executive power to the bicameral parliament in the form of checks on government<sup>7</sup>, and a share in the judiciary power to the second chamber of parliament in its capacity as a court for the nobility and as an instance of appeal against rulings handed down by jury trials.<sup>8</sup> Therefore the notion „division of power“ is more appropriate to the idea of Montesquieu than „separation of

1 Alois Riklin ist emeritierter Professor für Politikwissenschaft der Universität St. Gallen.

2 Riklin, Alois (2005), *Machtteilung – Geschichte der Mischverfassung*, Darmstadt, S. 269-298.

3 Ibid., S. 317-345.

4 Kant, Immanuel (1797), *Die Metaphysik der Sitten*, Erster Teil, §§ 45/46/49.

5 Montesquieu (1748), *De l'Esprit des lois*, V/14 (letzter Abschnitt), XI/6, XI/7, XI/14, XI/18, XI/20, XII/1.

6 Ibid., XI/6, Abschnitte 52 und 57.

7 Ibid., XI/6, Abschnitte 29, 44 und 46.

8 Ibid., XI/6, Abschnitte 48 und 49.

1 Alois Riklin is Professor Emeritus of Political Science at the University of St. Gallen.

2 Alois Riklin (2006), *Machtteilung – Geschichte der Mischverfassung*, Darmstadt, pp. 269-298.

3 Ibid., pp. 317-345.

4 Immanuel Kant (1797), *The Metaphysics of Morals*, First Section, §§ 45/46/49.

5 Montesquieu (1748), *De l'Esprit des lois*, V/14 (last paragraph), XI/6, XI/7, XI/14, XI/18, XI/20, XII/1.

6 Ibid., XI/6, paragraphs 52 and 57.

7 Ibid., XI/6, paragraphs 29, 44 and 46.

8 Ibid., XI/6, paragraphs 48 and 49.

sprache, in Staatskundelehrbüchern und staatsrechtlichen Standardwerken Funktionen und Organe als austauschbare Begriffe verwendet, indem die Regierung fälschlicherweise als „Exekutive“ und das Parlament fälschlicherweise als „Legislative“ etikettiert werden, wofür freilich Montesquieu selbst durch seinen unscharfen, aphoristischen Stil mitverantwortlich ist. Drittens hat der Mainstream der verfassungsgeschichtlichen Literatur seit dem Ende des 18. Jahrhunderts einen Gegensatz zwischen der „Gewaltenteilung“ und der Mischverfassung konstruiert, obwohl Montesquieu ganz im Sinne des „gouvernement mêlé“ die Staatsmacht zwischen dem Monarchen, dem Adel und dem Bürgertum aufgeteilt hat und obwohl die heutigen so genannten Demokratien die Staatsmacht gemäss dem Muster „einer – wenige – viele“ auf monokratische, oligokratische und demokratische Elemente verteilen. Viertens werden Montesquieus Termini „pouvoir“ und „puissance“ allgemein mit „Gewalt“ ins Deutsche übersetzt, während die französische Sprache dafür wohlweislich den Begriff „violence“ verwendet. Im Sinne von Montesquieus Terminologie läge es näher, auf gut Deutsch von Machtteilung zu sprechen, nicht von Gewaltenteilung und sicher nicht von Gewaltentrennung.

Dies vorausgesetzt, scheint die Frage berechtigt, ob auch die richtig verstandene Machtteilungslehre Montesquieus noch zeitgemäss ist. Was konnte der Verfasser des „*Esprit des lois*“ vor 250 Jahren noch nicht wissen? Würde er heute angesichts der heutigen Gegebenheiten seine Machtteilungskonzeption revidieren? Vermutlich würden ihn u.a. drei Probleme beschäftigen: Gesetzgebung, friedliche Aussenpolitik und kriegerische Aussenpolitik.

### 1. Gesetzgebung

In Montesquieus Vorstellung ist das Parlament in der Gesetzgebung der aktive Akteur und die Regierung der reaktive.<sup>9</sup> Letztere hat lediglich ein nachträgliches Vetorecht, eine „*faculté d'empêcher*“. Die „*faculté de statuer*“, d.h. die Ausarbeitung, Änderung und Verabschiedung von Gesetzen obliegt dem Parlament. Heute ist es überwiegend umgekehrt: Die Regierung ist das aktive, das Parlament das reaktive Staatsorgan. Schwergewichtig liegt die Führung in der Gesetzgebung bei der Regierung. Sie ist es, die in der Regel die Initiative ergreift, die Gesetze vorbereitet und den Gesetzesentwurf in den anschliessenden Parlamentsberatungen verteidigt. Die Regierung steuert massgeblich den gesamten Gesetzgebungsprozess von der Initiative bis zur Ausführung. Sie ist in der Gesetzgebung führend und ausführend tätig. Dafür steht ihr selbst in Kleinstaaten eine

powers“. Secondly, everyday language, textbooks of political science and standard works of constitutional law use functions and organs as exchangeable terms to this very day in that the government and parliament are erroneously labelled „executive“ and „legislative“, respectively – for which, of course, Montesquieu and his unrigorous aphoristic style bear some of the responsibility. Thirdly, the literature of constitutional history has construed a dichotomy between the „separation of powers“ and the mixed constitution ever since the late 18th century, although Montesquieu – entirely in the spirit of *gouvernement mêlé* – divided up state power among the monarch, the nobility and the citizens, and although today's so-called democracies follow the pattern of „one – a few – many“ and distribute state powers among monocratic, oligocratic and democratic elements. Fourthly, Montesquieu's terms „pouvoir“ and „puissance“ are usually translated into German as „Gewalt“, which corresponds more closely to the French term „violence“. In Montesquieu's terminology it would stand to reason to speak of „Machtteilung“ [division of power] in German, as opposed to „Gewaltenteilung“, or even less suitably, of „Gewaltentrennung“.

Bearing this in mind, we seem to be justified in asking whether Montesquieu's division of power theory, properly understood, still chimes with the times. What is it that the author of *Esprit des lois* was not able to know 250 years ago? Would he revise his division of power in view of today's circumstances? It is likely that three of the problems that would concern him would be legislation, peaceful foreign politics, and belligerent foreign politics.

### 1. Legislation

In Montesquieu's concept, parliament plays the active role in legislation whilst the government plays a reactive part.<sup>9</sup> The latter merely has a subsequent power of veto, a *faculté d'empêcher*. The *faculté de statuer*, i.e. the preparation, amendment and adoption of laws is incumbent upon parliament. Today, it is largely the other way round: the government is the active organ of the state whilst parliament reacts. It is mainly the government that plays the leading role in legislation: as a rule, it takes the initiative, drafts the laws and then defends the bills in subsequent parliamentary debates. It is the predominant driving force in the legislative process from the initiative to its implementation: it directs legislation and executes its results. For this purpose, it is supported by a public administration that counts several thousand heads even in a small country – an

9 Ibid., XI/6, Abschnitt 57.

9 Ibid., XI/6, paragraph 57.

mehrtausendköpfige Staatsverwaltung zur Verfügung, eine Institution, die bei Montesquieu überhaupt nicht vorkommt. Ergänzt werden die Sachverständigen der Verwaltung durch den Beizug von aussenstehenden Experten. Hinzu kommen die von Interessengruppen bezahlten Lobbyisten, die vor und hinter den Kulissen Einfluss nehmen. Montesquieu ging zudem von einem Minimalstaat mit einigen wenigen Gesetzen aus; der moderne Leistungsstaat produziert jedoch viele Gesetze.

Gegenüber der von Bürokratie und Expertokratie unterstützten Regierungsmacht hat das Parlament heute einen schweren Stand. Es ist vorwiegend auf die „Bill-reviewing-function“ verwiesen, d.h. die Überprüfung der von der Regierung vorgeschlagenen Gesetze. Bei dieser Überprüfung wirken erneut Regierung, Verwaltung und Lobbyisten mit. Meist ist der Parlamentsentscheid auch danach nicht endgültig; vielmehr folgen Nachentscheide, sei es der Regierung (aufschiebendes oder absolutes Veto), des Verfassungsgerichts (Normenkontrolle) und/oder der Volksabstimmung (Referendum). Angesichts dieser Machtverschiebungen ist die Kennzeichnung des Parlaments als „Legislative“ ein hochgradiger Euphemismus. Auch der Rettungsversuch des deutschen Bundesverfassungsgerichts mit der Zuordnung der Gesetzgebung als Stammfunktion oder Kernfunktion an das Parlament ist eine Irreführung. Umgekehrt wird das Etikett „Exekutive“ der tatsächlichen gesetzgeberischen Führungsrolle der Regierung nicht gerecht.

## 2. *Friedliche Aussenpolitik*

Montesquieu integrierte die Aussenpolitik in die Exekutivfunktion.<sup>10</sup> Blauäugig verstand er die Aussenpolitik als Ausführung des Völkerrechts. Vor ihm hatte sie John Locke noch als Sonderfunktion erwähnt, aber mit Blick auf die Verfassungswirklichkeit festgehalten, dass sie meistens zusammen mit der Exekutivfunktion der Regierung zugewiesen sei.<sup>11</sup> Den amerikanischen Verfassungsvätern galt Montesquieus Englandkapitel als „Orakel“ der Gewaltenteilung.<sup>12</sup> Dem zweiten Präsidenten der USA, John Adams, gingen im Sinne Montesquieus selbst die marginalen ausserpolitischen Kompetenzen des Kongresses, besonders des Senats, in der Verfassung von 1787 zu weit; er hätte die gesamte Aussen- und Sicherheitspolitik gern in der ausschliesslichen Zuständigkeit des Präsidenten gesehen.<sup>13</sup> Thomas Jefferson, der dritte Präsident der USA, meinte

institution that is not as much as mentioned by Montesquieu. The officials of public administration are complemented by the consultation of external experts. Added to this, there are the lobbyists in the pay of interest groups, who exert their influence both in front of and behind the scenes. Above and beyond this, Montesquieu posited a minimum state with only a few laws; the modern productive state, however, produces many laws.

Today, parliament finds it hard to stand up to a government power that is backed up by bureaucracy, expertocracy and lobbyism. It has largely been relegated to a bill-reviewing function, i.e. to revising, amending and adopting or rejecting the bills proposed by government. Again, this control is conducted with the involvement of government, public administration and lobbyists. Usually, a parliamentary decision is not final, either; rather, subsequent decisions will be made by the government (delaying or absolute veto), the constitutional court (judicial review of constitutionality) and/or a popular vote (referendum). In view of these shifts in power, labelling parliament as the „legislative“ is an euphemism to the highest degree. The rescue attempt made by the German Federal Constitutional Court, which has allocated legislation to parliament as the latter's primary function or core function, is another deception. Conversely, the „executive“ label does not do justice to the government's actual leading role in the legislative process.

## 2. *Peaceful foreign politics*

Montesquieu integrated foreign politics into the executive function.<sup>10</sup> Rather naïvely, he conceived of foreign politics as the execution of international law. Prior to him, John Locke had mentioned it as a special function but had had, in view of constitutional reality, that it was usually assigned to the government along with the executive function.<sup>11</sup> The fathers of the US constitution regarded Montesquieu as the „oracle“ of the separation of powers.<sup>12</sup> The second President of the USA, John Adams, was in agreement with Montesquieu in that he considered even the marginal competencies that the constitution of 1787 accorded to Congress, and particularly to the Senate, to be excessive; he would have preferred to see the whole of foreign and security politics in the exclusive competence of the President.<sup>13</sup> Thomas Jefferson, the third President of the

10 Ibid., XI/6, Abschnitte 1 und 2.

11 Locke, John (1690), *Second Treatise of Government*, XII/147.

12 Madison, James (1787), in: *The Federalist Papers*, Nr. 47.

13 Walsh, Correa Moylan (1969), *The Political Science of John Adams*, New York, S. 106 f.

10 Ibid., XI/6, paragraphs 1 and 2.

11 John Locke (1690), *Second Treatise of Government*, XII/147.

12 James Madison (1787), in: *The Federalist Papers*, No. 47.

13 Correa Moylan Walsh (1969), *The Political Science of John Adams*, New York, pp. 106 f.

kurz und bündig: „Foreign affairs is executive altogether“.<sup>14</sup> Ein Aphorismus von Montesquieu ist mitverantwortlich, dass die meisten Verfassungen im Kielwasser der amerikanischen von 1787 die Aussenpolitik zur fast ausschliesslichen Domäne der Regierung erklärten. Ein Jahrhundert nach Montesquieu schrieb Alexis de Tocqueville: „Die auswärtige Politik erfordert nahezu keine der Eigenschaften, die der Demokratie eigen sind, vielmehr verlangt sie fast lauter solche, die ihr abgehen (...). Über solche verfügt weit eher ein einzelner Mann oder eine Aristokratie.“<sup>15</sup> Der lange Schatten von Montesquieu reicht über Tocqueville hinaus bis in die heutige Zeit.

Diese Lösung der Machtteilung ist heute sehr viel fragwürdiger als im 18. Jahrhundert. Denn seit dem 19. Jahrhundert, vor allem aber seit dem Zweiten Weltkrieg ist ein immer dichter werdendes internationales Netzwerk wechselseitiger Abhängigkeiten entstanden. Der Hauptgrund dafür sind echte Probleme, welche die nationalen Grenzen sprengen: der Raubbau an nicht erneuerbaren Rohstoffen, das Abholzen der Tropenwälder, der Ausstoss von Schadstoffen, die Vergiftung der Böden, die Verseuchung der Meere, der Klimawandel, das durch den Menschen bewirkte Aussterben von Arten in der Pflanzen- und Tierwelt, die Ausbreitung von Seuchen, die Zunahme von Natur- und technischen Grosskatastrophen, die ungewissen Folgen der Gentechnologie, die Endlagerung radioaktiver Abfälle, die ungleichen Bildungschancen, die Arbeitslosigkeit, die Jugendarbeitslosigkeit, die Armut, der Hunger, die Migration, der Rassismus, die Folter, die Massenvertreibungen, die Völkermorde, scheiternde Staaten, das organisierte Verbrechen, der Drogenhandel, die Proliferation von Massenvernichtungsmitteln, der Terrorismus, der Staatsterrorismus, die unverhältnismässige Einschränkung der Freiheitsrechte zur Abwehr des Terrorismus, die systematische Verletzung der Menschenrechte, das Wiederaufkommen des Präventivkrieges – all dies sind grenzüberschreitende internationale Probleme. Internationale Probleme kann man nicht nur national lösen. Nationale Abschottungsversuche sind eine untaugliche Vogel-Strauss-Politik. Die internationale Politik durchdringt immer stärker die Innenpolitik. Es gibt kaum mehr Politikbereiche ohne internationale Dimension, ohne internationalen Koordinations- und internationalen Kooperationsbedarf. Nicht nur die Aussenministerien befassen sich mit der internationalen Politik; alle Ministerien aller Länder sind mit internationalen

USA, said pithily: „Foreign affairs is executive altogether“.<sup>14</sup> One of Montesquieu's aphorisms is partially responsible for the fact that most constitutions in the wake of the US constitution of 1787 made foreign affairs into the virtually exclusive domain of the government. One century after Montesquieu, Alexis de Tocqueville wrote: „Foreign politics demand scarcely any of those qualities which are peculiar to democracy; they require, on the contrary, the perfect use of all those in which it is deficient. [...] These are the qualities which more especially belong to an individual or an aristocracy“<sup>15</sup>. Montesquieu's long shadow reaches beyond Tocqueville right into the present time.

This solution of the division of power is now much more dubitable than in the 18th century. Ever since the 19th century, but particularly since the Second World War, an increasingly dense international network of mutual interdependencies has emerged. The main reason for this are genuine problems which transcend national borders: the over-exploitation of non-renewable raw materials, the destruction of tropical forests, the emission of pollutants, the contamination of soils, the pollution of the sea, climate change, the anthropogenic extinction of species in flora and fauna, the spread of diseases, an increase in large-scale natural and technical disasters, the uncertain consequences of genetic technology, the final storage of radioactive waste, inequality of opportunity in education, unemployment, youth unemployment, poverty, hunger, migration, racism, torture, ethnic cleansing, genocide, failing countries, organised crime, drug trafficking, the proliferation of weapons of mass destruction, terrorism, state terrorism, the disproportionate restriction of civil liberties in the war against terrorism, systematic violations of human rights, the re-emergence of preventive warfare – all these are border-crossing international problems. International problems cannot be solved at a national level alone. National attempts at closing the borders are as useful as burying one's head in the sand. International politics interpenetrates domestic politics to an increasing degree. There are hardly any political spheres left which do not have international dimensions and which do not require international coordination and international cooperation. It is not only the foreign ministries that are concerned with international politics; rather, all the ministries of all countries are confronted with international problems. In order to cope with these, international organisations have been established.

14 Vile, Maurice John (1967), *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, S. 60 f.

15 Tocqueville, Alexis de (1835/40), *De la Démocratie en Amérique*, Zitiert nach der deutschen Übersetzung: *Über die Demokratie in Amerika*, München 1976, S. 263 f.

14 Maurice John Vile (1967), *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, pp. 60 f.

15 Alexis de Tocqueville (1835/40), *De la Démocratie en Amérique*, quoted from the English translation: *Democracy in America*, London 1994, pp. 232 f.

Problemen konfrontiert. Um sie zu bewältigen, sind Internationale Organisationen geschaffen worden. Täglich wird international verhandelt, bilateral und multilateral, regional und universal, innerhalb und ausserhalb internationaler Konferenzen und Organisationen.

Bei all diesem Treiben liegt die Federführung überwiegend bei den nationalen Regierungen und Verwaltungen. Den nationalen Parlamenten bleibt fast nur der Nachvollzug. Erst recht in den Internationalen Organisationen, in der UNO, im Internationalen Währungsfonds, in der Welt handelsorganisation, bei den G8, G9 und GX-Gipfeln, in der OSZE, in der NATO, ja selbst in internationalen und supranationalen Organisationen mit parlamentarischen Organen wie dem Europarat und der Europäischen Union haben vor allem die nationalen Regierungen das Sagen, und in der Europäischen Union tagen die Ministerräte als hauptsächliche Gesetzgeber sogar hinter verschlossenen Türen. Die Folge ist eine gewaltige Machtverschiebung zugunsten der nationalen Regierungen auf Kosten der nationalen Parlamente. Die machtheftigen Verfassungen haben mit dieser Entwicklung zu Gouvernokratien nicht Schritt gehalten. Zwar werden die Staaten durch gouvernementale und nichtgouvernementale Internationale Organisationen sowie multinationale Unternehmen konkurrenziert. Dennoch sind die Staaten, vertreten durch die Regierungen, nach wie vor die wichtigsten internationalen Akteure. Montesquieus Machtteilungskonzeption ist in Bezug auf die friedliche Aussenpolitik anachronistisch.

### 3. *Kriegerische Aussenpolitik*

Schwerwiegender noch ist das parlamentarische Defizit im Rahmen der kriegerischen Aussenpolitik, vor allem bei einem der fundamentalsten aussenpolitischen Entscheide, dem Kriegsentscheid. Zwar liegt die Kriegserklärung in der Regel in der Kompetenz der Parlamente. Aber Kriegserklärungen sind nicht mehr üblich. Auf dem Höhepunkt des Vietnamkrieges konfrontierte Senator Fulbright als Vorsitzender der aussenpolitischen Kommission des Senats den amerikanischen Aussenminister mit der Frage, was geschähe, wenn der Kongress den Abbruch des Krieges beschlösse. Der Aussenminister antwortete kühl, dann bestünde ein Problem der Verfassungsauslegung. Das war die höfliche Umschreibung für einen nach seiner Meinung untauglichen Übergriff in das „executive privilege“ des Präsidenten.

Aufgrund der Erfahrung des Vietnamkrieges beschloss der amerikanische Kongress den *War Power Act*. Danach kann der Präsident bis zu 60 Tage ohne Zustimmung des Kongresses im Ausland militärisch intervenieren. Er allein

There are daily international negotiations: bilateral and multilateral ones, regional and universal ones, inside and outside international conferences and organisations.

In this entire hive of activities, the principal responsibility lies overwhelmingly with national governments and their public administrations. Virtually all that remains for national parliaments to do is to follow suit. Even more so in the international organisations, in the UN, in the International Monetary Fund, in the World Trade Organisation, at the G7, G8 and GX summits, in the OSCE, in NATO, indeed even in international and supranational organisations with parliamentary organs such as the Council of Europe and the European Union, it is primarily the national governments that hold sway, and the European Union's main legislators, the councils of ministers, even meet behind closed doors. The consequence is an immense shift of power towards national government at the expense of national parliaments. The constitutions that stipulate a division of power have not kept abreast of this development towards governocracy. Although states are in competition against governmental and non-governmental international organisations and multinational companies, they – as represented by their governments – remain the most important international players. In respect of peaceful foreign politics, Montesquieu's division of power concept is anachronistic.

### 3. *Belligerent foreign politics*

Parliament's lack of power is even more momentous in the context of belligerent foreign politics, primarily with regard to one of the most fundamental decisions in foreign affairs: the decision to wage war. As a rule, declarations of war are in the competence of parliament; however, declarations of war are no longer customary. At the high point of the Vietnam War, Senator Fulbright, the Chairman of the Senate Foreign Relations Committee, confronted the US Secretary of State with the question as to what would happen if Congress resolved to terminate the war. The Secretary of State coolly answered that this would create a problem of constitutional interpretation. This was a polite way of referring to something he regarded as inappropriate: an encroachment of the President's executive privilege.

The Vietnam War experience prompted the US Congress to adopt the *War Powers Act*. According to this law, the President is entitled to conduct a military intervention in a foreign country for 60 days without congressional con-

entscheidet über den Einsatz von Nuklearwaffen. Wo blieben die „checks and balances“, als der Kongress dem Präsidenten ein halbes Jahr vor dem Irak-Krieg 2003 die Blankovollmacht erteilte, ob, wann, mit welchen Mitteln und aus welchen Gründen er den Krieg auslösen will und dies mit oder ohne UNO-Mandat, völkerrechtskonform oder völkerrechtswidrig? Mit Ausnahme von zwei Senatoren herrschte im Kongress in den Tagen des Kriegsbegins totales Schweigen zum Krieg: „Business as usual“ war die Losung. Entspricht das der Vorstellung einer gewaltenteiligen Demokratie? Die demokratische Kontrolle des Kriegentscheids ist enorm wichtig, nachdem man aus Erfahrung weiss, dass Krieg für den militärisch-industriell-energiwirtschaftlichen Komplex ein höchst lukratives Geschäft ist und zwar ein doppeltes, zuerst durch die Lieferung der Zerstörungsmittel, dann durch die Beteiligung am Wiederaufbau, wobei die Profiteure ausserhalb der Gefahrenzone bleiben.

Anerkennenswerterweise stellte sich der britische Premierminister Tony Blair unmittelbar vor Kriegsausbruch dem Unterhaus, obwohl er dazu gemäss der ungeschriebenen britischen Verfassung nicht verpflichtet gewesen wäre. Es war eine hochstehende, bewegende Debatte. Auf einem anderen Blatt steht die Regierungspropaganda. Inzwischen wissen wir, dass die amerikanische und die britische Regierung im Vorfeld des Irak-Krieges 2003 das eigene Parlament, die eigene Bevölkerung und die Weltöffentlichkeit, wenn nicht durch Kriegslügen, so doch mindestens durch aufgebauschte Geheimdienstkenntnisse, gefälschte Dokumente und Halbwahrheiten über vermutete Massenvernichtungswaffen und eine angebliche Komplizenschaft mit al-Kaida täuschten. Über zwei Drittel der Amerikaner glaubten zur Zeit des Irak-Krieges, der Tyrann von Bagdad gehöre zu den Hintermännern der Terror-Anschläge auf das World Trade Center und das Pentagon, und die amerikanische Regierung liess sie lange Zeit in diesem Irrtum.

Man kennt diese Art von Irreführung der eigenen Bevölkerung aus der Zeit des Vietnam-Krieges.<sup>16</sup> Im August 1964 wurde in der Bucht von Tonkin ein US-Zerstörer von nordvietnamesischen Torpedobooten beschossen. Die amerikanische Regierung gab sich empört über den angeblichen Überraschungsangriff. Die Pentagon Papers brachten nachträglich an den Tag, dass der Zwischenfall eine gezielte amerikanische Provokation war. Sie hatte zum Zweck, den amerikanischen Kongress zu veranlassen, dem Präsidenten die Vollmacht für ein stärkeres Engagement in

sent. He alone decides on the use of nuclear weapons. Where were the „checks and balances“ when six months before the Iraq War in 2003, Congress gave the President carte blanche to decide whether, when, by what means and for what reasons he wanted to trigger the war, with or without a UN mandate, in compliance with international law or in violation of it? With the exception of two senators, Congress was completely silent about the war during the days when it was being started: the motto was „business as usual“. Does this tally with the idea of a democracy characterised by the division of power? A democratic control of the decision to wage war is of enormous importance as we know from experience that war is a highly lucrative business for the military/industrial/energy complex in a two-fold manner: first through the supply of weapons of destruction and then through participation in reconstruction, with the profiteers remaining outside the danger zone.

To do him justice, the British Prime Minister Tony Blair reported to the House of Commons immediately before the start of the war although the UK's unwritten constitution would not have obliged him to do so. The debate was moving and of a high quality. The government's propaganda, however, is a different kettle of fish. In the meantime, we have learnt that in the run-up to the Iraq War in 2003, both the US and the British government deceived their own parliaments, their own peoples and the world's general public, if not through war lies, then at least through „sexed up“ intelligence, falsified documents and half-truths about supposed weapons of mass destruction and alleged accompliceship with al-Qaida. At the time of the Iraq War, more than two thirds of US Americans believed that the tyrant of Baghdad was one of the wire-pullers behind the attacks on the World Trade Center and the Pentagon, and the US government did not correct that error for a long time.

This way of deceiving the country's own population is reminiscent of the time of the Vietnam War.<sup>16</sup> In August 1964, a US destroyer was attacked by North Vietnamese torpedo boats. The US government pretended to be indignant about the alleged surprise attack. The Pentagon Papers subsequently revealed that the incident was a concerted US provocation. Its purpose was to prompt the US Congress to provide the President with the power to increase the deployment of forces in this undeclared war, which was also highly controversial among the US general

16 Riklin, Alois (2004), „Wahrhaftigkeit in der Politik“, in: Alois Riklin (Hrsg.), Wahrhaftigkeit in Politik, Recht, Wirtschaft und Medien, Bern/Göttingen, S. 36-38.

16 Alois Riklin (2004), „Wahrhaftigkeit in der Politik“, in: Alois Riklin (ed.), Wahrhaftigkeit in Politik, Recht, Wirtschaft und Medien, Berne/Göttingen, pp. 36-38.

diesem unerklärten, auch in der amerikanischen Öffentlichkeit heiss umstrittenen Krieg zu erteilen. Die Täuschung funktionierte. Der Kongress verabschiedete die Tonkin Resolution und der Vietnam-Krieg eskalierte.

Als Immanuel Kant in der schönen Abhandlung „Zum ewigen Frieden“ glaubte, Republiken würden sich schwer tun, Kriege zu beginnen, weil die eigene Bevölkerung, welche ja die Hauptlasten zu tragen habe, nicht leicht zu gewinnen sei<sup>17</sup>, da hat er nicht voraussehen können, welche Mittel heute Regierungen in Demokratien einsetzen, um das eigene Parlament, die eigene Bevölkerung und die Weltöffentlichkeit durch selektive Information und vorsätzliche Desinformation irrezuführen. Er konnte auch nicht voraussehen, dass eine hochgerüstete Republik einen schwachen Gegner mit geringen eigenen Verlusten besiegen kann und die eigenen Opfer überwiegend aus den politisch vernachlässigbaren unteren sozialen Schichten rekrutiert, darunter Einwanderer, denen man das amerikanische Bürgerrecht in Aussicht stellt, wenn sie zuvor bereit sind, Leib und Leben aufs Spiel zu setzen, sowie ergänzt durch hochbezahlte Söldner von Privatfirmen. Bezeichnenderweise werden die toten, verwundeten und verkrüppelten Soldaten bei Nacht und Nebel in die Heimat zurückgeflogen, und die Bestattungen finden möglichst diskret statt. Die Rechnung des Pentagon ist freilich nicht ganz aufgegangen, weil angesichts des Irak-Schlamassels ein erheblicher Teil der Nationalgarde aufgeboten werden musste.

Die Hypothese von der Friedfertigkeit der Demokratien ist durch das Konzept des vorsorglichen Präventivkrieges in Frage gestellt. Die spanische Regierung verfügte die Beteiligung am Irak-Krieg ohne Konsultation des Parlaments und gegen den Widerstand der Mehrheit der eigenen Bevölkerung. Ebenfalls gegen den Widerstand der Mehrheit der eigenen Bevölkerung sandten die Regierungen Italiens, Polens und Japans Truppen zur Unterstützung der kriegerischen Besetzung des Irak; von anderen Staaten in der „Koalition der Willigen“ weiss man es, mit Ausnahme offenkundiger Diktaturen, nicht so genau. All das konnten Kant und Montesquieu nicht voraussehen.

#### *Revisionsdesiderata*

Was würde wohl Montesquieu an seiner Machtteilungskonzeption ändern, wenn er wüsste, was wir heute wissen? Müsste er nicht zum Schluss kommen, dass die heutigen Verfassungen den Parlamenten in der Gesetzgebung zu viel und in der Aussenpolitik zu wenig zutrauen?

<sup>17</sup> Kant, Immanuel (1795), Zum ewigen Frieden, Erster Definitivartikel.

public. The deception worked. Congress passed the Tonkin Gulf Resolution, and the Vietnam War escalated.

When Immanuel Kant, in his beautiful treatise *Towards Eternal Peace*, expressed his belief that republics would find it difficult to start wars because their own populations, who would have to bear the main burden, would not be easily persuaded<sup>17</sup>, he was unable to predict the means that governments in today's democracies use to mislead their own parliaments, their own peoples and the world's general public through selective information and intentional disinformation. Nor could he predict that a highly armed republic would be able to defeat a weak opponent with scant losses of its own, with its own victims largely originating from the politically negligible lower social strata, among them immigrants who are promised US citizenship if they first express their willingness to risk life and limb, as well as highly paid mercenaries from private companies. Significantly enough, the dead, wounded and crippled soldiers are flown back home under cover of darkness, and the funerals are staged as discreetly as possible. Still, the Pentagon's plans did not work out since in view of the Iraq debacle, a substantial part of the National Guard had to be called up.

The hypothesis of the peacefulness of democracies is cast into doubt by the concept of preventive warfare. The Spanish government ordered troops to participate in the Iraq War without consulting parliament and against the resistance of a majority of its own population. The governments of Italy, Poland and Japan also sent troops to support the armed occupation of Iraq against the resistance of a majority of their peoples; whether other countries of the „coalition of the willing“ did so, too, is less well known – with the exception of obvious dictatorships. All this could not have been foreseen by Kant and Montesquieu.

#### *Desiderata for revision*

What changes, then, would Montesquieu make to his division of power concept if he knew what we know now? Would he not have to come to the conclusion that today's constitutions give too much weight to parliament's role in legislation while giving too little weight to its role in for-

<sup>17</sup> Immanuel Kant (1795), *Towards Eternal Peace*, First Definitive Article.

Drei verfassungspolitische Desiderata dürften den Intentionen Montesquieus entsprechen:

1. Vermutlich würde sich Montesquieu realistischerweise mit der vorwiegend reaktiven Rolle des Parlaments in der Gesetzgebung abfinden. Er würde sich wohl auf die Stärkung der „Bill-reviewing-function“ konzentrieren und in dieser Absicht vorschlagen, Honoratioren-, Miliz- und Halbberufsparlamente durch reine Berufsparlamente mit starker personeller Infrastruktur zu ersetzen.

2. Vermutlich würde Montesquieu der Regierung die übermässige Verantwortung für die friedliche Aussenpolitik entziehen und das Parlament an der Führung der Aussenpolitik stärker beteiligen. Einmal mehr sei daran erinnert, dass zweihundert Jahre vor Montesquieu der verkannte Florentiner Staatsdenker Donato Giannotti eine ausgewogenere aussenpolitische Machtteilung zwischen Regierung, Senat und Grosse Rat verlangt hat. Überhaupt scheint Giannottis Machtteilungslehre auch für die heutige Zeit praktikabler und realitätsnäher als die Montesquieu'sche.<sup>18</sup>

3. Vermutlich würde Montesquieu militärische Interventionen im Ausland von einer Ermächtigung des Parlaments abhängig machen, verdeckte völkerrechtswidrige Operationen im Ausland verbieten und die parlamentarische Kontrolle der Geheimdienste verstärken. Zwar kann es vorkommen, dass die Zeit für eine parlamentarische Ermächtigung fehlt. In diesem Fall sollte das Parlament die Kompetenz haben, den Abbruch der Intervention anzuordnen.

Selbst wenn diese Forderungen verwirklicht würden, wäre es naiv zu glauben, dass damit die Welt der Machtteilung in Ordnung wäre. Jede Lösung birgt Stärken und Schwächen und unbeabsichtigte Nebenwirkungen. Machtteilung ist immer eine Gratwanderung zwischen der Gefahr der Blockierung und der Gefahr der Machtballung. Ersteres kann eintreten, wenn sich die verschiedenen Akteure, beispielsweise zwei Parlamentskammern, bis zur Handlungsunfähigkeit ausmanövrieren, was Montesquieu aufgrund der sachimmanenten Dynamik glaubte ausschliessen zu können.<sup>19</sup> Letzteres ist der Fall, was Montesquieu als Fehlentwicklung voraussah<sup>20</sup>, wenn eine Regierung über die Mehrheit im Parlament verfügt und die Parlamentsmehrheit unter der Fuchtel der Fraktionsdisziplin die Regierung gar nicht kontrollieren will, sondern

eign affairs? Three constitutional desiderata are likely to match Montesquieu's intentions:

1. Probably Montesquieu would be realistic enough to come to terms with parliament's reactive role in the legislative process. Very likely he would focus on a reinforcement of the bill-reviewing function and thus propose to replace parliaments made up of notables and part-timers by professional parliaments with a strong personnel infrastructure.

2. Probably Montesquieu would divest the government of its excessive responsibility for peaceful foreign politics and involve parliament more strongly in the conduct of foreign affairs. Once again, it is useful to be reminded that the undervalued Florentine constitutional thinker Donato Giannotti called for a more balanced division of power in foreign affairs between the government, the senate and the grand council two hundred years before Montesquieu. When all is said and done, Giannotti's division of power theory appears to be more practicable and realistic for the present time than Montesquieu's.<sup>18</sup>

3. Probably Montesquieu would also make military interventions in foreign countries contingent on authorisation by parliament, prohibit undercover operations in foreign countries that are in violation of international law, and reinforce parliamentary control of secret services. It may, of course, happen that there is no time for parliamentary authorisation; in such cases, parliament should have the competence to order operations to be terminated.

Even if these demands were to be realised, it would be naïve to think that all would be well in the world of the division of power. Every solution has strengths and weaknesses, as well as unintended side-effects. The division of power is always a tightrope walk between the danger of stalling and the danger of a concentration of power. The former may happen if the various players – such as two chambers of parliament – outmanoeuvre each other until they are powerless to act, which Montesquieu believed could be ruled out owing to the dynamism inherent in the system.<sup>19</sup> The latter – an aberration that was predicted by Montesquieu<sup>20</sup> – is the case if a government holds a parliamentary majority and that parliamentary majority is cowed by party discipline and does not want to check the government, but supports it through thick and thin, like „voting

18 *Giannotti, Donato* (1997), *Die Republik Florenz (1534)*, Hrsg. u. eingel. v. Alois Riklin, Übers. u. kommentiert v. Daniel Höchli, München, S. 55-62, 243, 256-259.

19 *Montesquieu* (1748), *De l'Esprit des lois*, XI/6, Abschnitt 56.

20 *Ibid.*, XI/6, Abschnitt 37.

18 *Donato Giannotti* (1997), *Die Republik Florenz (1534)*, edited and introduced by Alois Riklin, translated by Daniel Höchli, Munich, pp. 55-62, 243, 256-259.

19 *Montesquieu* (1748), *De l'Esprit des lois*, XI/6, paragraph 56.

20 *Ibid.*, XI/6, paragraph 37.

durch Dick und Dünn wie „Stimmvieh“ (Max Weber) unterstützt; dann bleibt nur noch der Appell der Opposition an die Öffentlichkeit, die kritische Aufmerksamkeit der Medien und die zeitliche Machtteilung aufgrund der Aussicht auf einen Regierungswechsel nach den nächsten Wahlen.

Für immer gültig aber bleibt die Sentenz Montesquieus: Weil der Mensch, der Macht besitzt, dazu neigt, diese Macht zu missbrauchen, ist es notwendig, die Macht aufzuteilen, so dass der eine Machtträger den andern am Machtmissbrauch behindert.<sup>21</sup>

cattle“ (Max Weber); the only thing that remains in such a situation is the opposition's appeal to the general public, the media's critical attention, and the division of power over time owing to the prospect of a change of government after the next elections.

What will remain valid for ever, though, is Montesquieu's dictum that constant experience shows us that every man invested with power is apt to abuse it, and to prevent this abuse, it is necessary from the very nature of things that power should be a check to power.<sup>21</sup>

---

21 Ibid., XI/4.

---

21 Ibid., XI/4.