

Dialog der Rechtskulturen

*Die Rechtsstaatlichkeit in der Bundesrepublik
Deutschland und der Islamischen Republik Iran*

Konferenz vom 18.09.2011 bis 25.09.2011

Dialogue of Legal Cultures

*The Rule of Law in the Federal Republic of
Germany and the Islamic Republic of Iran*

Conference from 18 to 25 September 2011

Dokumentation der Vorträge
Documentation of the Lectures

Inhaltsverzeichnis/Table of Content/فهرست

Dr. Javad Tahmasabi	
اصل 167 قانون اساسی و حاکمیت قانون	1
Prof Dr. Hans Michael Heinig	
Gewaltenteilung im demokratischen Rechtsstaat	11
Prof. Dr. Sedigheh Vasmaghi	
موانع حاکمیت قانون در جمهوری اسلامی ایران	19
Dr. Friederike Wapler	
Das Recht auf Gehör bei Gericht und im Verwaltungsverfahren.....	36
Dr. Silvia Tellenbach	
Grundlegende Anforderungen an einen rechtsstaatlichen Strafprozess	45
Dr. Mansour Rahmdel	
The right to counsel in Iranian criminal justice system.....	52
Prof. Dr. Andreas Paulus / Dr. des. Roman Lehner	
Die Rolle der Gerichtsbarkeit im Rechtsstaat.....	60
Prof. Dr. Christine Langenfeld	
Der Inhalt des Gesetzes	76
Dr. Fazel Maybodi	
تأثیر عادلانه بودن قانون در اجرای قانون	91
Prof. Dr. Seyedali Mahmoudi	
ایران معاصر و چالش مدرنیسم، مدرنیزاسیون و دموکراسی	95

Dr. Javad Tahmasabi

اصل 167 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و حاکمیت قانون

مقدمه

چنانچه قانونگذار برای ارتکاب یا ترک عملی مجازات پیش‌بینی ننموده باشد، آیا می‌توان به استناد اصل یک صد و شصت و هفتم قانون اساسی و ماده (214) قانون آیین دادرسی کیفری، مبادرت به تعیین کیفر نمود یا خیر؟ جواب این پرسش موضوع مقاله حاضر است.

اصل 167 قانون اساسی مقرر داشته: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

ماده 214 قانون آیین دادرسی کیفری مصوب 1378 مقرر داشته: «رای دادگاه باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن صادر شده است. دادگاه مکلف است حکم هر قضیه را در قوانین مدون بیابد و اگر قانونی درخصوص مورد نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و دادگاه‌ها نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض یا ابهام قوانین مدون از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند.»

با عنایت به پیچیدگی روابط اجتماعی در عصر حاضر، رعایت اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، پیش از گذشته ضروری به نظر می‌رسد. برای اینکه مردم با آسودگی خاطر اعمال و وظایف خود را انجام دهند و به فعالیت‌های اجتماعی مبادرت ورزند، قانون از قبل باید به شهروندان و مخاطبین خود هشدار لازم را بدهد. بدین معنا که اعمال ممنوع را دقیقاً و با وضوح لازم در قالب قوانین و مقررات به اطلاع مردم برساند. در این صورت مردم با آسایش خاطر و بدون دغدغه و ترس، روابط خود را با دیگران تنظیم نموده و به انجام اعمال اجتماعی خود مشغول می‌گردند. این همان جنبه روانشناختی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌هاست که علاوه بر فراغ بال مردم در انجام امور خود، بهداشت روانی و آسایش خاطر را نیز به ارمغان می‌آورد.

شریعت اسلام کسی را مواخذه نمی‌نماید مگر اینکه قبلاً با ارسال رسول و انزال کتب اوامر و نواهی الهی را به مردم ابلاغ نموده باشد و عقاب بلابیان را قبیح و مورد نکوهش می‌داند. از نظر سیاسی نیز مردم به موجب قرارداد اجتماعی در قالب قانون اساسی به عنوان میثاق ملت و حکومت، سرزنش و تنبیه قانون شکنان را صرفاً در صورتی اجازه می‌دهند که از قبل به موجب قوانین اعلام شده باشد.

قضات به عنوان مجریان قانون تا حدی که قوانین تاب تغییر دارند می‌توانند مصادیق اعمال مجرمانه را تعیین نمایند، نه خود مستقلاً مبادرت به وضع عنوان مجرمانه کنند؛ گرچه در بعضی از سیستم‌های حقوقی دنیا، قیاس حقوقی را وارد نظام حقوقی خود نموده و تا حدودی از اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها عدول شده است؛ از جمله قانون جزای (1926) شوروی سابق که مقرر می‌داشت: «اگر عمل ارتكابی از نظر اجتماعی خطرناک

باشد، لیکن در قانون موجود به صراحت برای آن مجازات پیش‌بینی نشده باشد، مسئولیت مرتکب آن بر اساس ماده یا موادی از قانون جزا تعیین می‌شود که از نظر ماهیت مشابه با آن عمل ارتكابی را قابل مجازات بدانند.»

به موجب قانون ژوئن 1935 آلمان نیز «هرکس جرمی را مرتکب شود که قانون برای آن مجازات تعیین کرده باشد یا عملی را انجام دهد که بنابر اصول بنیادی و اساسی قانون جزا و به موجب فطرت پاک ملت آلمان شایسته مجازات باشد، تنبیه خواهد شد.»

امروز با عنایت به اینکه اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌هایی که از اصول راهبردی و مهم در اسناد حقوق بشر می‌باشد، کلیه کشورها در قوانین اساسی خود این اصل را پذیرفته‌اند. حتی در نظامیهای «کامان‌لو» نیز گرچه جرایم و مجازات‌ها مبتنی بر قوانین مدون نیستند، اما پایبندی به کیس‌های «کامان‌لو» سبب شده است که خللی به این اصل وارد نیاید.

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به موجب اصل سی و ششم که مقرر می‌دارد: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه‌های صالح و به موجب قانون باشد.» این اصل مهم پذیرفته شده است. با عنایت به اینکه برداشتهای متفاوتی از اصل یک صد و شصت و هفتم قانون اساسی در خصوص ضرورت پایبندی به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها وجود دارد، در این جستار ضمن نگاهی اجمالی به تاریخچه این اصل، به بررسی این اختلاف نظرها خواهیم پرداخت. سپس در نتیجه‌گیری اعلام می‌نماییم که قضات می‌توانند به تجویز این اصل و مقررات مشابه در قوانین عادی دست به جرم‌انگاری بزنند یا اینکه این مهم صرفاً از وظایف قوه مقننه است و دخالت قضات در قانونگذاری، نقض اصل مهم تفکیک قواست؟

بخش اول

نگاهی گذرا به سابقه اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها

1- اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها قبل از حقوق کیفری مدرن

در حقوق کیفری نظام‌های باستانی از جمله قوانین حمورابی و هیتی‌ها و اورنمو، جرایم در مجموعه‌های خاص تدوین می‌شد، اما اصل قان

ونی بودن جرایم و مجازات‌ها به مفهوم امروزی در آن زمان پیش‌بینی نشده است. البته همین احصای جرایم در مجموعه‌های مدون، تلویحاً حکایت از اعتقاد به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها دارد. در قرون وسطا، قوانین مدون به شکل فعلی وجود نداشت و جرایم و مجازات‌ها ناشی از اداره حکام بود که افراد را به دلخواه تحت تعقیب و محاکمه قرار می‌دادند.¹

¹ حقوق کیفری، عمری چهار هزار ساله دارد؛ اما نقطه عطف حقوق کیفری مدرن، انقلاب 1789 فرانسه می‌باشد.

دانشمندانی از قبیل «مونتسیکو» و «سزار بکاریا» با انتقاد از محاکمات خشن و سلیقه‌ای کلیسایی ضرورت وجود قوانین را به طور اعم و اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها را به طور خاص، مانع از خودکامگی و تعدی به حقوق مردم از ناحیه حکام و سلاطین می‌دانستند.²

«سزار بکاریا» در کتاب خود تحت عنوان «رساله جرایم و مجازات‌ها» می‌گوید: «تنها بر پایه قوانین می‌توان کیفرهای متناسب با جرایم را تعیین کرد و این اختیار خاص تنها به قانونگذار که نماینده جامعه‌ای است که بر اساس یک قرارداد اجتماعی تشکیل یافته است، تعلق دارد. قاضی (که خود عضو جامعه است) نمی‌تواند در باب چندی و چونی کیفر عضو دیگر همین جامعه، عادلانه تصمیم بگیرد و کیفری که از حدود پیش‌بینی شده در قانون فراتر رفت، کیفری برابر قانون و کیفری افزون بر آن است. بنابراین، یک قاضی نمی‌تواند به نشانه حمیت و مصلحت اجتماعی، کیفر یک شهروند بزهارار را افزایش دهد.» (بکاریا، 1377، ص 34)

اکثر نویسندگان، سرچشمه فکری اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در حقوق کیفری مدرن را، در افکار «سزار بکاریا» جستجو می‌کنند. گرچه ریشه‌های فکری این اصل در حقوق کیفری اسلام به وضوح قابل ملاحظه است.

2- اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در حقوق کیفری اسلام

گرچه در کتابهای فقها و دیگر منابع فقهی، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها به معنای امروزی مورد توجه قرار نگرفته است، اما با مطالعه بعضی از قواعد فقهی و آیات و روایات می‌توان این اصل را استنباط کرد.

آیه 15 از سوره اسراء، به نوعی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها را تأیید می‌نمایند. این آیه مقرر می‌دارد: «و ما کنا معذبین حتی نبعث رسولاً»؛ یعنی، ما هیچ قومی را عذاب نمی‌کنیم مگر اینکه از قبل پیامبری را برای آنها فرستاده باشیم. سوره طلاق آیه 7 نیز مقرر می‌دارد: «لایکلف الله نفساً الا ما اتیها» یعنی خداوند هیچ کس را مکلف نمی‌کند مگر در قبال توانی که به او داده است.

روایات زیادی نیز در تأیید اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها وارد شده است از جمله حدیث رفع که از حضرت رسول (ص) نقل شده است که فرمودند: «رفع عن امتی تسعه اشیا الخطأ و النسیان و ما استکروهوا علیه و ما لا یعلمون و ...» اموری که مردم به آن علم ندارند در کنار خطا و فراموشی و ... از عوامل رافع مسئولیت کیفری محسوب گردیده است.

در روایات دیگری آمده است که «الناس فی سعه ما لا یعلمون» یعنی مردم نسبت به آنچه که نمی‌دانند در گشایش هستند.

قاعده عقلی «قبح عقاب بلا بیان»، از ابتدای تاریخ فقه شیعه که عقل را به عنوان یکی از منابع به حساب آورده، در رأس اصول عقلی قرار گرفته است. (محقق داماد، 1380، ص 15)

² این کتاب در سال 1764 م انتشار یافت و اولین پرتوهای حقوق کیفری مدرن ناشی از افکار این نویسنده می‌باشد.

مفاد این قاعده اجمالاً عبارت از این است که مادام که عملی در شرع نهی نگردیده و اگر هم نهی شده است، آن نهی به مکلف ابلاغ نشده، چنانچه شخصی مرتکب این عمل گردد، مجازات او عقلاً قبیح و زشت است. (پیشین) علاوه بر قاعده قبح عقاب بلا بیان، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها به سایر اصول و قواعد فقهی از جمله قاعده درأ، اصل اباحه و اصل برائت نیز مستظهر است.

3- اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در اسناد بین‌المللی

در سال 1948 که اولین اعلامیه جهانی حقوق بشر به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل رسید، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در ماده (11) این اعلامیه به شرح ذیل بیان شده:

«هیچ کس برای انجام یا عدم انجام عملی که در موقع ارتکاب آن عمل به موجب حقوق ملی یا بین‌المللی جرم شناخته نمی‌شده است، محکوم نخواهد شد.» (ناصرزاده، 1378، ص29)

ماده (15) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب 16 دسامبر 1966 مجمع عمومی سازمان ملل متحد، که دولت ایران نیز در سال 1354 آن را تصویب کرده است، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها را مورد حمایت قرار داده است. در حال حاضر این اصل مورد پذیرش کنوانسیون اروپایی حقوق بشر قرار گرفته و در اساسنامه دیوان کیفری دایمی بین‌المللی نیز در مواد (22 و 23) به شرح ذیل آمده است. در ماده 22 می‌خوانیم: «هیچ کس به موجب این اساسنامه مسئولیت کیفری نخواهد داشت مگر اینکه عمل وی در زمان وقوع منطبق با یکی از جرایمی باشد که در صلاحیت دیوان است.» ماده (23) مقرر می‌دارد: «مجازات شخصی که توسط دیوان محکوم می‌شود فقط مطابق با مقررات این اساسنامه تعیین خواهد شد.»

4- اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در حقوق ایران

این اصل در متمم قانون اساسی 1325 برای اولین بار به صورت قانون موضوعه در حقوق ایران مورد توجه قانونگذار واقع شده؛ اصل دوازدهم قانون فوق مقرر می‌دارد:

«حکم به جزای هیچ مجازاتی نمی‌شود مگر به موجب قانون.»

در قانون مجازات عمومی نیز، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در سال 1304 در قالب مواد (2 و 6) مورد توجه قرار گرفت.³

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، به رغم اختلاف نظرهایی که پیرامون رعایت اصل قانونی بودن جرم و مجازات به مفهوم امروزی آن به خصوص در مبحث تعزیرات وجود داشت، این مهم به صراحت در اصل سی و ششم قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.» و اصول سی و هفتم و یک صد و شصت و نهم نیز که به نوعی بر رعایت این اصل تاکید دارند، پذیرفته

³ در قانون راجع به مجازات اسلامی سال 1361 نیز در مواد (2 و 6) این اصل پذیرفته شده بود.

شده است. ماده (2) قانون مجازات اسلامی به شرح ذیل بر رعایت اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها تاکید دارد: «هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد جرم محسوب می‌شود.» آنچه سبب گردید که پیرامون ایراد خدشه به این اصل، بحث‌هایی مطرح شود، شیوه نگارش اصل یک صد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی است که موضوع گفتار بعدی می‌باشد.

بخش دوم

بررسی نظر موافقین و مخالفین جرم انگاری قضایی

طرح بحث

از اصل یک صد و شصت و هفتم قانون اساسی و ماده (214) قانون آیین دادرسی کیفری، دو برداشت متفاوت وجود دارد.

اول: چنانچه برای فعل یا ترک فعلی که به موجب فتاوی معتبر قابل تعزیر می‌باشد، در قانون مجازاتی وضع نشده باشد، یعنی از نظر قانونی عمل جرم نباشد، می‌توان با رجوع به منابع معتبر فقهی برای مرتکب تعیین کیفر نمود.

دوم: این اقدام با اصل قانونی بودن جرم و مجازاتها منافات دارد؛ چون این اصل در قانون اساسی و ماده (2) قانون مجازات اسلامی و اسناد معتبر بین‌المللی پذیرفته شده است. تعریف جرم و تعیین مجازات بدون پیش‌بینی قانون ممکن نیست و اصل یک صد و شصت و هفتم قانون اساسی و مقررات عادی مشابه، صرفاً ناظر به موردی است که مفهوم کلمات و عبارات قانون واضح نباشد یا در تعیین مصادیق یک تعریف قانونی تردید وجود داشته باشد که در این صورت برای وضوح مفاهیم می‌توان به منابع معتبر فقهی رجوع شود.

حال به بررسی مبانی استدلال طرفداران این نظریه‌ها می‌پردازیم.

مبحث اول:

نظریه موافقین با جرم انگاری قضایی

این دسته اعتقاد دارند که با عنایت به صراحت منطوق اصل یک صد و شصت و هفتم قانون اساسی و مقررات عادی که ابتدا این موضوع در ماده (289) قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب 1361 و سپس به موجب ماده (29) قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو و پس از آن ماده (8) قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب سال 1373 و در حال حاضر به موجب ماده (214) قانون آیین دادرسی کیفری مصوب 1378 حاکمیت دارد، قاضی مکلف است در صورت سکوت یا اجمال یا نقص و یا تعارض قوانین، یعنی به طور کلی در هر کجا نتواند حکم قضیه مطرح شده را از قوانین مدون استنباط کند، به منابع فقهی و فتاوی معتبر رجوع می‌کند و برای عمل مورد نظر در صورتی که از نظر فقهی قابل مجازات باشد، تعیین کیفری نماید. بدیهی است این اقدام، عدول از اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها محسوب نمی‌شود؛ زیرا همین منابع و فتاوا که قاضی مجاز به رجوع به آنهاست، به موجب قانون جزو منابع قانونی و در حکم آن شمرده شده‌اند؛ در نتیجه از اجرای اصل قانونی بودن

جرائم و مجازات‌ها، عدولی صورت نگرفته است. مضافاً این که صراحت مقررات مورد نظر جایی برای تفسیر و برداشت غیر از این نگذاشته است. در این خصوص از کمیسیون پاسخگویی استفتانات شورای عالی قضایی استفتاء گردیده که در جواب اعلام نموده است:

«با توجه به اینکه ماده (289) قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب 1367 صرفاً در مقام بیان وظایف دادگاه‌های کیفری از لحاظ موجه و مستدل بودن احکام صادر شده و از لحاظ لزوم رسیدگی به شکایات مطرح شده از طرف شکات و عدم جواز خودداری از رسیدگی به شکایات مطرح شده از طرف شکات و عدم جواز خودداری از رسیدگی و صدور حکم مقتضی به بهانه سکوت یا نقص یا ... می‌باشد و به دادگاه‌های حقوقی اصلاً نظر ندارد و با توجه به اطلاق و عموم ماده فوق‌الاشعار (اطلاق از لحاظ کلیه «حکم» که شامل حد و قصاص و تعزیر و جبران خسارت و ضرر و زیان (دیه و ارش) مصدوم و مجروح و مقتول می‌گردد و عموم از نظر کلمه «هر قضیه» که شامل قضایایی که فقط موجب حد می‌شود یا تنها موجب قصاص یا فقط موجب تعزیر یا منحصرأ مستلزم پرداخت دیه می‌شود، یا قضیه‌ای که مرکب از همه این چهار کیفر یا بعضی از آنها بشود، می‌باشد و با عنایت به اینکه مقتضای این اطلاق و عموم مستفاد از ماده مذکور آن است که همان طوری که دادگاه‌های کیفری (در مورد هیچ یک از قضایایی که رسیدگی به آنها در صلاحیت دادگاه کیفری است) نمی‌تواند به بهانه سکوت یا اجمال یا نقص یا متعارض قانون امتناع از رسیدگی نمایند؛ همچنین نمی‌توانند به همین بهانه و به صرف اینکه جرم بودن یک قضیه در قوانین جزایی مدون یافت نمی‌شود، حکم به برائت متهم صادر نمایند و از طرفی موظف کردن دادگاه به طور اطلاق و عموم حتی در غیر مورد دیات و قصاص به مراجعه به منابع فقهی معتبر یا فتاوی مشهور و صدور حکم قضیه با استناد به آنها موجه نبوده، بلکه بنابر این فرض، لازم بود که در غیر مورد قصاص و دیات دادگاه‌ها مکلف باشند با استناد به اصل برائت مبادرت به صدور حکم برائت نمایند. لذا مراجعه کردن دادگاه به منابع معتبر فقهی جهت تشخیص اینکه قضیه مطرح شده از نظر شرع مقدس اسلام جرم است یا خیر و صدور حکم به مجازات بر مبنای منابع فقهی اشکال ندارد؛ زیرا که این رویه مغایرتی با مقررات مندرج در ماده (2) قانون راجع به مجازات اسلامی و همچنین با مفاد اصل سی و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ندارد. برای اینکه هر فعل یا ترک فعلی که از نظر فتاوا جرم باشد، به مقتضای اطلاق و عموم ماده (289) مذکور جرم به حکم قانون محسوب می‌شود و متهم نیز مجرم تلقی می‌گردد و مجازات مرتکب در این صورت مجازات به موجب قانون خواهد بود.»

در حال حاضر تعداد اندکی از قضات دادگاه‌ها بر پایه این استدلالها، هر کجا در قوانین مدون برای فعل یا ترک فعلی که به موجب منابع فقهی قابل تعزیر است، مجازات مقرر نشده باشد، تعیین کیفر می‌نمایند.

مبحث دوم:

نظریه مخالفین با جرم‌انگاری قضایی

اداره حقوقی قوه قضاییه از زمره مخالفین با جرم‌انگاری قضایی است؛ و در نظرات مختلفی از جمله نظرات شماره 1369/12/18-7/6381 و 1362/12/10-7/4998 و 69/1/8/6/243 و 1362/12/10-7/60/73 را با جعل جرم و مجازات توسط قضات اعلام نموده است. جهت استحضار خوانندگان محترم نظریه اخیر عیناً نقل می‌گردد.

سوال: با توجه به ماده (2) و قسمت دوم ماده (29) قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو و شعب دیوان عالی کشور مصوب سال 1368، که قضات را مکلف می‌نماید با استناد به منابع فقهی معتبر، حکم قضیه را صادر نمایند و دادگاه‌ها نمی‌توانند به بهانه سکوت و یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزد؛ اعلام فرمایید که اولاً: بین مادّین مذکور تعارض وجود دارد یا نه؟ ثانیاً: در مورد برخی از محرمات شرعی که در قانون مدون برای آن مجازاتی تعیین نشده، می‌توان با استناد به ماده (29) افراد را تعقیب نمود یا خیر؟

نظریه مشورتی اداره حقوقی:

طبق اصل قانونی بودن جرم و مجازات و اینکه هیچ عملی جرم نیست مگر آنکه قانوناً برای آن مجازات تعیین شده باشد که مورد قبول قانونگذار جمهوری اسلامی ایران نیز هست و این معنا در ماده (2) قانون راجع به مجازات اسلامی⁴ به نحو صریح و منجز تصریح و معین شده است؛ از طرفی این اصل در شرع انور نیز با عبارت قبح عقاب بلابیان مورد تأیید می‌باشد. بنابراین، نه در قوانین مصوب و نه در شرع موردی نمی‌توان یافت که جرم باشد ولی قبلاً برای آن مجازاتی تعیین نگردیده باشد. بنابراین، هرگاه قضیه‌ای مطرح شود که در قانون برای آن مجازاتی تعیین نشده است باید گفت آن عمل جرم نبوده و قابل طرح در محاکم هم نمی‌باشد. اعمال مقررات ماده (29) قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک⁵ و دو جایی مورد پیدا می‌کند که در قضایای مطرح شده حکم صریحی در قانون نباشد یا با عبارات و کلماتی مجمل و مبهم و غیرروشن، احکام بیان شده که در ابتدا معنای آن غیر معلوم است بایستی به متون فقهی و فتاوی معتبر رجوع نمود؛ چنانچه معانی حق الله و حق الناس که در مواد (290)، قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری و (159) قانون تعزیرات از آنها اسم برده شده است در قانون تعریف نشده یا جرایم قابل گذشت در قانون احصا نشده، یا بعضی جرایم قابل گذشت بودن آن محل تامل است، مانند سرقت تعزیری که آیا بعد از رفع امر الی الحاکم قابل گذشت هست یا نه و از این نوع مسائل، که با مراجعه به فتاوی فقهی، دادگاه باید در مورد آنها تعیین تکلیف نماید. به عبارت دیگر، اجازه ماده (29) برای حل این نوع مشکلات قانونی است و به هیچ وجه افاده جعل جرایم جدید که در قانون برای آنها مجازاتی تعیین نشده است نمی‌نماید. توضیحاً اضافه می‌شود که با وجود ماده (2) قانون راجع به مجازات اسلامی، موردی که از جهت جرم بودن یا نبودن مبهم باشد وجود ندارد تا به فتاوی رجوع شود؛ زیرا اگر برای عملی در قانون مجازاتی مقرر شده باشد جرم است و الا جرم نیست. شق ثالثی هم وجود ندارد.» استدلال بیشتر در این مورد را به مبحث بعدی واگذار می‌کنیم.

مبحث سوم: تحلیل نظرات

⁴ ماده (2) قانون راجع به مجازات اسلامی، مصوب سال 1361 به شرح زیر است:
ماده (2): «هر فعل یا ترک فعل که مطابق قانون قابل مجازات یا مستلزم اقدامات تأمینی و تربیتی باشد، جرم محسوب است و هیچ امری را نمی‌توان جرم دانست مگر آنکه به موجب قانون برای آن مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی تعیین شده باشد.»
⁵ ماده (29) قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو و شعب دیوان عالی کشور مصوب سال 1368:
ماده (29): «احکام دادگاه‌های کیفری باید مستدل و موجه بوده، مستند به مواد قانونی و اصولی باشد که براساس آن حکم صادر شده است. دادگاه‌ها مکلفند حکم هر قضیه را در قوانین مدونه بیابند و اگر قانونی نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نمایند و دادگاه‌ها نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند.»

با عنایت به سابقه اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و اجماعی که امروزه در حقوق دنیا برای رعایت آن وجود دارد و دلایل مستحکم فقهی در تائید آن از جمله آیات متعدد قرآن کریم و نقشی که این اصل جهت رعایت حقوق و آزادی انسانها دارد، نمی‌توان به راحتی از این اصل مهم عدول نمود. بنا به دلایل ذیل، بر اساس اصل یک صد و شصت و هفتم قانون اساسی و ماده (214) قانون آیین دادرسی کیفری، نمی‌توان جعل جرم و مجازات نمود؛ بلکه این مقررات در راستای تقویت اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، قضات را مکلف می‌نماید برای یافتن مفاهیم اصطلاحات فقهی و عبارت تخصصی و تعیین مصادیق دقیق عناوین مجرمانه و شمول یا عدم شمول عنوان مجرمانه بر مواردی که حکم صریحی در خصوص آنها وجود ندارد، به منابع فقهی و فتاوی مشهور به عنوان سرچشمه‌های بسیاری از احکام پیش‌بینی شده در قانون، مراجعه نماید.

1- اولین دلیل، دلیل اجتماعی است. بدین معنا که در اجتماع پیچیده امروز و روابط بغرنج موجود، انسانها به عنوان اعضای این اجتماع باید حدود اعمال ممنوع خود را بدانند و به راحتی بتوانند نتایج هر عملی را پیش‌بینی نمایند تا با فراغ بال بتوانند به فعالیت روزمره خود ادامه دهند.

2- دلیل دوم، روانشناختی است؛ یعنی برای تحقق بهداشت روانی و آسودگی خاطر شهروندان باید قوانین و مقررات از حداکثر وضوح برخوردار باشند و فهرست اعمال ممنوع احصا گردد تا همواره افراد در پی هر عمل از تعقیب قانونی در هراس نباشند.

3- تکلیف قاضی ماذون دایر بر استخراج احکام از منابع فقهی و حتی تشخیص فتاوی معتبر که نوعی اجتهاد فقهی است، تکلیف بما لا یتطاق می‌باشد.

4- بدیهی است با عنایت به گستردگی فتاوی معتبر و منابع فقهی، اطلاع از تمامی آنها برای مردمی که می‌خواهند اعمال و رفتار خود را بر اساس این متون قانونی تنظیم نمایند کاری است نه تنها دشوار، بلکه غیرممکن و در نتیجه، تحمیل مجازات بر مرتکبین این اعمال تنبیه بلابیان است که شرع انور آن را قبیح می‌داند.

5- بر فرض محال که مردم را مکلف به دانستن کلیه فتاوی معتبر و مسلط بر منابع فقهی بدانیم، اعمال خود را با کدام فتوا تطبیق دهند، آیا فتاوی معتبر از نظر تک تک مردم همان است که قاضی رسیدگی کننده آن را فتاوی معتبر می‌داند؟

6- واضح است بر اساس دستورات فقهی: «التعزیر لکل عمل محرم» یعنی، هر عمل حرامی از سوی حاکم اسلامی، قابلیت تعزیر را دارد؛ چنانچه این تاسیس را وارد حقوق موضوعه نماییم، پیامد آن تحمل مجازات بر بسیاری از روابط خصوصی و شخصی است از جمله دروغ‌گویی، غیبت، ترک صلاه و روزه، بی‌احترامی به پدر و مادر... آیا حقوق جزا این اجازه را دارد تا بدین حد وارد خلوت مردم شود و در روابط شخصی و خصوصی آنها که هیچ‌گونه ضرر اجتماعی و تعدی به حقوق دیگران را در پی ندارد، تجسس و مجازات نماید؟ این امر با اصل مسلم پذیرفته شده ممنوعیت تجسس در روابط افراد که در قرآن کریم، اسناد حقوق بشر و قانون اساسی جمهوری اسلامی مورد توجه قرار گرفته، منافات ندارد؟

7- دلیل دیگر سیاسی است؛ بدین معنا که ایجاد محدودیت در روابط و اعمال انسانها باید به موجب قانون باشد و اعمال ممنوع را قانون تعیین می‌کند، نه اراده افراد. هر تنبیهی مستلزم وجود قانونی است که قبلاً به مردم ابلاغ شده باشد و این شرط در میثاق مردم و دولت؛ یعنی قانون اساسی، پذیرفته شده است.

8- از نظر قضایی نیز با مشکل مواجه خواهیم شد؛ زیرا هر قاضی بنا به تشخیص و برداشت خود از منابع فقهی و فتاوی معتبر اتخاذ تصمیم می‌نماید و رویه واحدی بین محاکم برای برخورد با موضوعات مشابه وجود نخواهد داشت. برداشت مردم از برخورد سلیقه‌ای و متفاوت همواره فقدان اجرای عدالت را گوشزد می‌نماید.

9- دلیل دیگر، اینکه عمل به اصل یک صد و شصت و هفتم قانون اساسی، زمینه اجرای اصول مهم دیگری از جمله اصل بیست و یکم و یک صد و شصت و نهم و ماده (2) قانون مجازات اسلامی که جمله‌گی دلالت بر رعایت اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها دارند را از بین می‌برد. لذا به نحوی باید عمل نمود که تمام اصول قانون اساسی در کنار هم قابل استناد و اجرا باشند؛ زیرا «الجمع مهما امکن اولی من الطرح».

10- آخرین نکته این است که منظور از اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها که دلایل زیادی برای حاکمیت و ضرورت آن بیان شده، این است که عناوین مجرمانه و مجازات دقیق آنها با صراحت و وضوح تمام باید از سوی قوه مقننه تصویب و به اطلاع مردم برسد. ارجاع کلی به منابع گسترده و گاهی متفاوت و متهافت که اشراف بر آنها از یک طرف و عدم وضوح آنها از طرف دیگر برای مجریان قانون و مردم بسی دشوار است، نمی‌تواند منطبق با مفهوم اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها باشد.

با این توصیف، جای عمل به اصل یک صد و شصت و هفتم قانون اساسی و ماده (214) قانون آیین دادرسی کیفری کجاست؟

پاسخ این سوال این است که اکثر قوانین جزایی، برگرفته از متون فقهی است و یا ریشه در اصل فقهی و فتاوی معتبر دارد. بر این اساس، هر کجا اجمال، ابهام، یا سکوتی در قانون وجود دارد، بدیهی است برای تفسیر و واضح شدن مفاهیم باید به سرچشمه‌های آنها رجوع کرد. این امر به معنای تعیین مجازات برای اعمالی که ممنوعیت آنها مورد توجه قانونگذار نبوده، نمی‌باشد. بلکه چنانچه در تعیین مجازات مصادیق جرم خاصی مثل سرقت یا زنا یا قتل عمد و... تردید وجود داشته باشد، باید به منابع فقهی و فتاوی معتبر رجوع کرد تا دریافت که آیا این مصداق خاص سرقت، قتل عمد و... می‌باشد یا خیر؟ و یا ممکن است ابهامات دیگری در برداشت از مقررات قانونی پیش آید. از جمله در ماده (1043) قانون مدنی می‌خوانیم: «نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده، اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری است...» حال چنانچه دختری بدون اذن پدر ازدواج نماید عمل وی زنا است یا خیر؟ بدیهی است برای تشخیص حکم این موضوع، راهی جز رجوع به منابع فقهی نیست. در اینجا با مراجعه به فقه، جعل جرم نمی‌کنیم؛ بلکه در خصوص یکی از مصادیق جرم «زنا» که مورد تردید است، تعیین تکلیف می‌نماییم. ممنوعیت زنا در قانون اعلام شده؛ اما در تعیین مصداق آنها ابهام وجود دارد که باید به منابع فقهی رجوع کرد.

مورد دیگر از مصادیق اصل یک صد و شصت و هفتم قانون اساسی و ماده (214) قانون آیین دادرسی کیفری، تشخیص قابل گذشت یا غیر قابل گذشت بودن جرایم و یا تشخیص مفهوم واژه‌های حق‌الله و حق‌الناس است. هر کجا

حکم جرمی از این حیث که حق الله است یا حق الناس و یا قابل گذشت می‌باشد یا اینکه مرتکب آن علاوه بر تعدی به حقوق شخص خاص به حقوق جامعه نیز تجاوز نموده و باید به رغم گذشت شاکی خصوصی تعقیب شود و نتوان حکم این قضیه را از قوانین موجود استنباط نمود، باید به منابع فقهی مراجعه کرد.

با توجه به اینکه تقسیم‌بندی جرایم علیه تمامیت جسمانی، به جرایم عمد و شبه عمد و خطای محض و در حکم شبه عمد مبنای فقهی دارد و هر کجا نتوانیم نوع جرم را از این حیث، با استفاده از مقررات مدون موجود تعیین نماییم، باید به سرچشمه این تقسیم‌بندی، یعنی فتوای معتبر رجوع کرد.

از این نوع اجمال، ابهام و سکوت در قوانین بسیار است و اصل یک صد و شصت و هفتم قانون اساسی، ناظر به این مقولات است، نه مراجعه به فتاوی معتبر برای تعیین کیفر در مورد اعمالی که مصداق هیچ یک از عناوین مجرمانه قانونی نمی‌باشند.

نتیجه‌گیری

حاکمیت قانون در حقوق کیفری با پابندی به «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها» مفهوم پیدا می‌کند. با توجه به اینکه در اصل 36 قانون اساسی و ماده 2 قانون مجازات اسلامی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها پذیرفته شده است هیچ تفسیری نمی‌تواند با نص صریح این مقررات منافات داشته باشد. علی‌رغم این رفع این ابهامات و جلوگیری از برداشتهای مختلف، ضرورت دارد در صورت اصلاح قانون اساسی، به اصلاح اصل یک صد و شصت و هفتم نیز توجه خاص مبذول گردد و متن آن به نحوی تدوین شود که با تاکید بر اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، به این اختلاف نظرات پایان دهد. در اصلاحات قانون آیین دادرسی کیفری نیز ضرورتی به ابقاء ماده 214 بنظر نمی‌رسد و حذف آن اولی است.

منابع

- 1- بکاریا، سزار، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه دکتر محمدعلی اردبیلی، نشر میزان، چاپ دوم، بهار 1377، ص 34.
- 2- ربک، محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، بخش جزایی، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوم، 1380، فصل نخست.
- 3- به نقل از ناصرزاده، هوشنگ، اعلامیه حقوق بشر، انتشارات جهاد دانشگاهی، زمستان 1372، چاپ اول، ص 4.
- 4- اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و سند نهایی کنفرانس دیپلماتیک رم، ترجمه دفتر امور بین‌المللی قوه قضاییه جمهوری اسلامی ایران، چاپ دوم، تیرماه 1378، ص 29

Prof Dr. Hans Michael Heinig
-Gewaltenteilung im demokratischen Rechtsstaat-

Einleitung

Seit alters her unterscheidet man verschiedene Funktionen im Staatsleben. Bereits bei Aristoteles finden wir dazu Ausführungen. Klassisch wurde die Unterscheidung von Legislative, Exekutive und Judikative dann mit dem der Aufklärung verpflichteten Vernunftrecht und seiner Positivierung durch das moderne Verfassungsrecht ab Ende des 18. Jahrhunderts. Montesquieu, John Locke und die Schöpfer der Federalist Papers sind bis heute die maßgeblichen Referenzautoren jeder ideengeschichtlichen Annäherung an den Grundsatz der Gewaltenteilung. Vollmundig erklärte die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789: Ein Staat ohne Trennung der Gewalten besitzt keine Verfassung.

Doch was meint Gewaltenteilung genauer? Zwischen verschiedenen materiellen Staatsfunktionen unterscheidet wohl jede Verfassung. Selbst Verfassungen im rein formellen Sinne kennen insoweit eine Scheidung verschiedener Gewalten – so etwa die Verfassung des Vatikanstaats, der letzten absoluten Monarchie in Europa (sie sind dort nur in einer Hand verbunden).

Wenn wir in einem Dialog der Rechtskulturen gemeinsam über Gewaltenteilung nachdenken wollen, sollten wir methodisch sehr bewusst vorgehen. Verschiedene Perspektiven auf das Phänomen sind zu unterscheiden: Ideengeschichtliche Annäherungen, generalisierte normative Aussagen im Sinne einer allgemeinen Staats- und Verfassungslehre, die Rechtsvergleichung mit den ihr eigenen Methoden, deskriptiv oder analytisch ansetzende politikwissenschaftliche Beobachtungen und schließlich die normativ-rechtsdogmatische Betrachtung im Hinblick auf eine ganz konkrete Verfassungsordnung.

Für unseren Gesprächskontext scheinen mir vor allem vier Fragenkreise interessant. Sie können nicht alle im Rahmen dieses Vortrags behandelt werden, seien aber als Anregungen für die weitere Diskussion kurz benannt:

1.) Zunächst gilt es, die positive Verfassungsordnung kurz in den Blick zu nehmen und die konkrete rechtliche Ausformung der Gewaltenteilung kennenzulernen. Dazu werde ich sogleich ausführlicher kommen.

2.) Im Anschluss lassen sich vorherrschende Vorstellungen über Sinn und Zweck der Gewaltenteilung kritisch befragen. Ich teile die These, dass Gewaltenteilung selbst ein normativ sehr schwach konturiertes Konzept ist, das erst in Verbindung mit anderen verfassungsrechtlichen Bestimmungen Profil entwickelt.¹ Die Gewaltenteilung nach dem deutschen Grundgesetz wird geprägt durch das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip, die wiederum sehr detailliert im Grundgesetz entfaltet werden.

3.) Rechtsvergleichend macht wegen dieser Prägung durch andere Verfassungsbestimmungen ein Vergleich zwischen einer deutschen und einer iranischen Version der Gewaltenteilung wenig Sinn, wenn man nicht den weiteren normativen Kontext in den Blick nimmt. Insbesondere wird man die Unterschiede zwischen einer säkular begründeten Demokratie westlichen Verfassungstyps (Deutschland) und einer religiös begründeten und durch religiöse „Maßstäbe“ begrenzten Semi-Demokratie (Iran) stets bedenken müssen. Dann allerdings wird die übergreifende Frage nach dem jeweiligen Sinn gewaltenteiliger Strukturen wissenschaftlich durchaus interessant. So schien mir nach den Eindrücken im letzten Jahr etwa die *politische* Funktion der Unabhängigkeit der Justiz im Iran und in Deutschland zu differieren. Die religiöse Prägung der Rechtsordnung bewirkt im Iran eine ermäßigte Bindung der Richter an parlamentarisch verabschiedete Gesetze. In Verbindung mit der ausgeprägten organisatorischen Verselbständigung der Justiz kommt der Rechtsprechung im Iran so eine den demokratisch gewählten Organen stark gegenläufige Funktion zu.

4.) Schließlich sollte man in einem Dialog der Rechtskulturen rechtstatsächliche Beobachtungen einbeziehen und politikwissenschaftliche Erkenntnisse mit berücksichtigen. Dann wäre insbesondere nach Faktoren zu fragen, die normative Vorgaben zur Gewaltenteilung unterlaufen, ersetzen oder auch ergänzen. Für ein parlamentarisches Regierungssystem, wie es Deutschland kennt, wäre etwa die Rolle politischer Parteien zu beleuchten. Sie stehen in gewisser Weise quer zum Raster funktionaler Gewaltenteilung und unterspülen gleichsam auch institutionell-organisatorische Differenzierungen. In Parteivorständen werden Gesetzgebungs- und

¹ Dazu *M. Cornils*, Gewaltenteilung, in: O. Depenheuer/C. Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, S. 657 ff.

Regierungsfragen gleichermaßen behandelt und zuweilen sogar die Besetzung von hohen Richterämtern.

Im Iran scheinen politische Parteien als hochaggregierte Organisationen dagegen eine geringere Bedeutung zu spielen, zugleich aber das Potential für eine Gleichschaltung unterschiedlicher Staatsfunktionen größer zu sein. Gruppenbildungen entlang materieller Interessen und ideologischer Grabenkämpfe dürften dabei eine Rolle spielen. Damit könnte man vielleicht erklären, warum nach den Protesten im Iran im Kontext der letzten Präsidentenwahlen die von der Gewaltenteilung erhoffte Gewaltenmäßigung versagte und, folgt man den durch die Europäische Union ausgesprochenen Darlegungen zu Sanktionen gegen namentlich aufgeführten Einzelpersonen, aus allen drei Gewalten Funktionsträger an unverhältnismäßiger Repression und exzessiver Gewaltanwendung zur Niederschlagung beteiligt waren.² Andererseits scheint aus westlicher Sicht auch jenseits solcher Ausnahmesituationen die Kluft zwischen geschriebener Verfassung und sozialer Wirklichkeit im Iran signifikanter zu sein als in freiheitlich-demokratischen Verfassungsstaaten, so dass man vielleicht auch noch einmal allgemein über Divergenzen im Verfassungsverständnis und in den Verfassungsfunktionen sprechen müsste.

Gewaltenteilung nach dem deutschen Grundgesetz

1. Gewaltenteilung meint üblicherweise die Aufgliederung der Staatsgewalt in drei Staatsfunktionen, nämlich Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung. Diese werden „institutionell organisatorisch sowie personell unterschiedlichen Organen zugewiesen“.³ Gewaltenteilung spiegelt sich auf drei Ebenen wider: auf der der materiellen Funktion, deren Institutionalisierung (welches Organ ist zuständig) und der ausführenden Personen (Organwalter).

Zu dieser horizontalen Gewaltenteilung tritt in vielen Staaten eine vertikale Gewaltenteilung. Sie ist in Bundesstaaten wie der Bundesrepublik Deutschland

² VO (EU) 359/2011 vom 12. April 2011 über restriktive Maßnahmen gegen bestimmte Personen, Organisationen und Einrichtungen angesichts der Lage in Iran (ABl. L 100/1).

³ W. Heun, Gewaltenteilung, in: Ev. Staatslexikon, Neuausgabe, Stuttgart 2006, Sp. 801.

besonders ausgeprägt. Die Staatsgewalt wird dann auf mehrere Entitäten mit eigenstaatlichem Charakter verteilt.

2. Die materielle Unterscheidung zwischen drei Kernfunktionen ist in Art. 20 Abs. 2 GG in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Grundsatz der Volkssouveränität benannt: Dort heißt es: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.“ Staatsgewalt wird demnach durch das Volk unmittelbar insbesondere durch Wahlen ausgeübt und mittelbar durch besondere Organe der Legislative, Exekutive und Judikative. Das Handeln aller drei Gewalten muss sich deshalb auch auf den Volkswillen zurückführen lassen. Hier zeigt sich anschaulich, dass nach dem Grundgesetz die Gewaltenteilung enge Bezüge zum Demokratieprinzip aufweist; zugleich ist die Gewaltenteilung aber auch Ausdruck der Rechtsstaatlichkeit, indem politische Herrschaft rechtlich konstituiert und kompetentiell gebunden wird. Im Detail lassen sich dieser rechtsstaatlichen Dimension vier Funktionen zuschreiben:⁴ Durch Gewaltenteilung soll die Ausübung der Staatsgewalt gemäßigt werden – Mäßigungsfunktion. Die Unterscheidung zwischen den materiellen Staatsfunktionen und ihre Wahrnehmung durch verschiedene Organe sollen „zur sachgerechten und rationalen Organisation des Staates beitragen“ – Rationalisierungsfunktion. Sie soll aber auch der gegenseitigen Kontrolle der Staatsorgane dienen – Kontrollfunktion. Und schließlich soll durch dergestaltete Machtbegrenzung zugleich der Schutz der Freiheit des einzelnen befördert werden – grundrechtliche Schutzfunktion.

Das Bundesverfassungsgericht hat diese verfassungsrechtlichen Zielsetzungen in einer Leitentscheidung einmal wie folgt umschrieben:

„Die in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG normierte Teilung der Gewalten ist für das Grundgesetz ein tragendes Organisations- und Funktionsprinzip. Sie dient der gegenseitigen Kontrolle der Staatsorgane und damit der Mäßigung der Staatsherrschaft (vgl. BVerfGE 3, 225 [247]; stRspr). Dabei zielt sie auch darauf ab, daß staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die

⁴ Hierzu *H. Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier, GG, Bd. 2, 2. Aufl., Tübingen 2006, Art. 20 (Rechtstaat) Rn. 68.

dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen (vgl. BVerfGE 68, 1 [86]).⁵

3. Die institutionell-organisatorische Zuweisung der Wahrnehmung der dreigliedrigen Staatsgewalt erfolgt im Grundgesetz teils funktions-, teils organbezogen. Das Grundgesetz ist so aufgebaut, dass nach dem Grundrechtsteil zunächst einzelne Staatsorgane behandelt werden. Im Anschluss werden dann Gesetzgebung, Gesetzesausführung und Rechtsprechung näher behandelt. Erst durch das Zusammenwirken von organ- und funktionsbezogenen Normen ergibt sich der spezifische Charakter der Gewaltenteilung nach dem Grundgesetz. Im Grundsatz gilt dabei, dass Bundestag und Bundesrat die Gesetzgebung wahrnehmen, die vollziehende Gewalt der Regierung und den ihr nachgeordneten Behörden anvertraut ist, und die Rechtsprechung durch Gerichte wahrgenommen werden.

4. Nur mit einem Satz will ich auf die personelle Dimension der Gewaltenteilung eingehen. Sie wird vor allem durch eine Vielzahl von Inkompatibilitätsvorschriften geprägt. So können Richter nicht zugleich Organen der beiden anderen Gewalten angehören.

5. Im Detail sind die Dinge komplizierter, viel komplizierter, als bisher dargestellt: Akte der Gesetzgebung können vom Parlament unter bestimmten Voraussetzungen an die Regierung delegiert werden – die Bundesregierung führt also nicht nur Gesetze aus, sondern erlässt auch welche (Art. 80 GG). Der Bundestag nimmt im Grunde eine exekutive Funktion wahr, wenn er Auslandseinsätzen der Armee zustimmen muss (Parlamentsvorbehalt).⁶ Unabhängige Organe wie die Bundesbank (also die Notenbank) oder der Bundesrechnungshof als Instrument der Haushaltskontrolle entziehen sich dem direkten Zugriff der Regierung und üben doch exekutive Funktionen aus. Und die Rechtsprechung wirkt teils gesetzesersetzend (Richterrecht) oder kraft Kontrollfunktion an der Schnittfläche zur Gesetzgebung – mit der Gefahr des Übergriffs, so das Bundesverfassungsgericht im Verhältnis zu Bundestag und Bundesrat, wenn Parlamentsgesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin kontrolliert werden.

⁵ BVerfGE 95, 1 (15).

⁶ Zu einem solchen Zustimmungsgesetz BVerfGE 90, 286 (381).

Solche Erscheinungen sind nicht ohne weiteres Verletzungen der Gewaltenteilung, sondern eher Ausdruck einer komplexen Trias von Trennung, Zuordnung und Überschneidung. „Gewaltenteilung“ wird deshalb in neueren wissenschaftlichen Publikationen zum Thema mit guten Gründen als „Gewaltengliederung“ thematisiert, um dem Eindruck entgegenzutreten, Teilung sei mit strikter Trennung gleichzusetzen.⁷

In den Worten des Bundesverfassungsgerichts nochmals: „Das Prinzip der Gewaltenteilung ist nirgends rein verwirklicht. Es bestehen zahlreiche Gewaltenverschränkungen und -balancierungen. Das Grundgesetz fordert nicht eine absolute Trennung, sondern die gegenseitige Kontrolle, Hemmung und Mäßigung der Gewalten. Allerdings muß die in der Verfassung vorgenommene Verteilung der Gewichte zwischen den drei Gewalten gewahrt bleiben. Keine Gewalt darf ein von der Verfassung nicht vorgesehenes Übergewicht über eine andere Gewalt erhalten. Keine Gewalt darf der für die Erfüllung ihrer verfassungsmäßigen Aufgaben erforderlichen Zuständigkeiten beraubt werden (vgl. BVerfGE 9, 268 [279 f.]; 22, 106 [111]; 34, 52 [59]; stRspr). Der Kernbereich der verschiedenen Gewalten ist unveränderbar. Damit ist ausgeschlossen, daß eine der Gewalten die ihr von der Verfassung zugeschriebenen typischen Aufgaben verliert.“⁸

Vor diesem Hintergrund entschied das Bundesverfassungsgericht, die Planung eines großen Infrastrukturprojekts wie einer mehrspurigen Fernstraße um eine Stadt herum sei vom Gepräge eine typische Verwaltungsaufgabe, die nur ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Gemeinwohlgründe vom Parlament in Form eines Gesetzes vorgenommen werden dürfe.

5. Die differenzierte Wahrnehmung unterschiedlicher materieller Staatsfunktionen wird durch eine Vielzahl weiterer Bestimmungen im Grundgesetz und daraus abgeleiteter Grundsätze abgesichert und ausgestaltet. Auf einige dieser Normkomplexe werden wir noch ausführlich zu sprechen kommen:

- Schutz des *parlamentarischen Gesetzgebers* bewirken etwa die teils dem Rechtsstaatsprinzip, teils dem Demokratieprinzip zuzuordnenden Grundsätze des Vorrangs und Vorbehaltes der Gesetze (Parlamentsgesetze gehen anderen

⁷ C. Möllers, Gewaltengliederung, Tübingen 2005.

⁸ BVerfGE 95, 1 (15) .

Rechtsnormen – außer dem GG – vor; Eingriffe in Grundrechte bedürfen einer parlamentsgesetzlichen Grundlage).⁹ Die Regierung ist zudem nach dem Grundgesetz auf das Vertrauen des Parlamentes angewiesen (Art. 67, Art. 68 GG). Andernfalls wird die Regierung neu besetzt oder der Bundestag neu gewählt.

- Andererseits hat das Parlament gegenüber der *vollziehenden Gewalt* einen Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung zu achten. Das setzt der parlamentarischen Untersuchung von Regierungshandeln und parlamentarischen Fragerechten gewisse Grenzen.¹⁰ Ebenso darf die Organisationsgewalt der Regierung, ihr Selbstbestimmungsrecht über ihre Organisationsstruktur, nicht durch den Gesetzgeber beseitigt werden.¹¹ Die Rechtsprechung darf das Verwaltungshandeln nur auf seine Rechtmäßigkeit, nicht aber auch auf seine Zweckmäßigkeit hin überprüfen.

- Die Eigenständigkeit der Rechtsprechung gegenüber den anderen beiden Gewalten schließlich ist besonders stark ausgeprägt: die Rechtsprechung ist ausschließlich staatlichen Gerichten anvertraut, die organisatorisch gegenüber den Organen der Verwaltung und Gesetzgebung verselbständigt sind. Rechtsprechungsaufgaben werden ausschließlich von unabhängigen Richtern ausgeübt, die nur an Recht und Gesetz gebunden sind, aber keiner Weisung unterliegen.

Soweit ein kurzer Überblick zur Gewaltenteilung im Grundgesetz. Erlauben Sie mir zum Schluss noch einen kurzen Ausblick zu den Grenzen generalisierter Aussagen über „Gewaltenteilung“ als verfassungstheoretische Konzeption.

Leistungsfähigkeit „der“ Gewaltenteilung?

Ich erwähnte eingangs bereits, dass der Grundsatz Gewaltenteilung Aufnahme in sehr unterschiedliche Systeme der verfassungsrechtlichen Organisation politischer Herrschaft findet: Präsidialdemokratien, parlamentarisch-repräsentative Demokratien, Ordnungen mit schwacher oder starker direktdemokratischer Beteiligung, stark föderalisierte Gebilde und Zentralstaaten mit schwachen regionalen Autonomierechten.

⁹ Zu Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes im Überblick *H. Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier, GG, Bd. 2, 2. Aufl., Tübingen 2006, Art. 20 (Rechtstaat) Rn. 92ff, 105ff

¹⁰ Zum Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung *H.H. Klein*, in: T. Maunz/G. Dürig, GG, 62. Ergänzungslieferung, München 2011, Art. 44 Rn. 147ff.

¹¹ Zur Organisationsgewalt der Regierung *E.-W. Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin 1964; *M. Oldiges*, Die Bundesregierung als Kollegialorgan, Köln 1983.

Trotz dieser gravierenden Unterschiede zwischen den Systemen soll Gewaltengliederung stets gleiches bewirken: Machtteilhabe, Machteffektivierung und Machtbegrenzung. Doch die Legitimation, Einhegung und Optimierung politischer Herrschaft sind teilweise gegenläufige Anliegen; ihnen wird man gleichzeitig nur durch eine rechte Balance der Gewalten gerecht. Der Gedanke tauchte in der Antike schon unter dem Stichwort „Mischverfassung“ auf. Wenn aber zugleich das Organdesign der Verfassungsordnungen erheblich differiert, kann es nicht die eine, richtige Balance von Gewalten geben, sondern nur den jeweiligen Gegebenheiten angepasste Balancierungen. Was dann „Balance“ heißt, welche normativen Vorgaben dem Gedanken der Gewaltenteilung zu entnehmen sind, lässt sich abstrakt, unter Absehung des sonstigen Verfassungsrechts und der politischen Determinanten kaum bestimmen.¹² Gewaltenteilung im Sinne einer irgendwie gearteten Ausgliederung der Funktionswahrnehmung jedenfalls bewirkt für sich weder per se Machtbegrenzung noch Demokratisierung noch eine effektive Wahrnehmung von Staatsaufgaben.

Gerade die Machtbegrenzung ist auf weitere rechtsstaatliche Absicherungen angewiesen. Gesetzesvorrang, Gesetzesvorbehalt, Bestimmtheitsgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsprinzip als Bindungen der Verwaltung oder die Unabhängigkeit der institutionell ausgelagerten, aber durch spezifische Grundrechte auf einen bereichsspezifischen Individualschutz verpflichteten Justiz sind solche rechtsstaatlichen Zentralgarantien, mit denen wir uns in den nächsten beiden Tagen ja noch im Detail beschäftigen werden. Eine intelligente Gewaltengliederung kann dann dazu beitragen, solchen verfassungsrechtlichen Selbstbindungen des Staates zur sozialen Wirksamkeit zu verhelfen. Ohne Einbettung in eine auch auf gesellschaftliche Realisierung gerichtete Kultur des Rechtsstaates hingegen bleibt der Gewaltenteilungsgrundsatz im normativen Gehalt schwach. Ohne seine spezifische Einbindung in das elaborierte verfassungsrechtliche Instrumentarium des demokratischen Rechtsstaates vermag die Gewaltenteilung weder zur Legitimation noch zur Rationalisierung noch zur Zivilisierung politischer Herrschaft etwas maßgeblich beizutragen.

¹² Eine legitimationstheoretische Rekonstruktion auf rechtsvergleichender Grundlage bei C. Möllers, *Die drei Gewalten*, 1. Aufl., Weilerswist 2008.

به نام خدا

مقدمه

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با رویکرد حاکمیت بخشیدن به احکام و قوانین اسلامی که از آن به شریعت اسلامی تعبیر می شود ، تدوین شده است . اصل چهارم قانون اساسی بر این نکته ، بدین گونه تصریح کرده است : " کلیه قوانین و مقررات مدنی ، جزایی ، مالی ، اقتصادی ، اداری ، فرهنگی ، نظامی ، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد . این اصل بر اطلاق یا عموم همه ی اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است " .

احکام و قوانین اسلامی به باور مسلمانان ، احکامی هستند که توسط فقها بیان می شوند . به عبارت دیگر فقها مفسر شریعت اسلامی هستند . بر اساس همین باور است که در اصل مذکور ، تشخیص موضوع ، یعنی اسلامی بودن یا نبودن قوانین و مقررات بر عهده ی فقهای شورای نگهبان گذاشته شده است . در واقع ، معیار تشخیص ، نظر فقهاست . به همین موضوع در اصل 91 نیز تصریح شده است .

فقها دامنه ی شریعت را چنان گسترده می دانند که معتقدند همه ی موضوعات در زندگی ما دارای حکمی شرعی است که فقیه آن را بیان می کند و آن حکم لازم الاجرا است . بر اساس همین عقیده ی قابل نقد و مبالغه آمیز است که در اصل 4 آمده است که همه ی قوانین و مقررات مدنی ، جزایی تا مالی و اقتصادی و نظامی و فرهنگی باید بر اساس موازین اسلامی و به عبارت دیگر مطابق نظر فقها باشد . اما مگر اسلام واقعا برای همه ی موضوعات که روز به روز با دگرگونی جوامع و اعصار ، بر شمار آنها افزوده می شود ، دارای حکم است و آیا این احکام بیان شده است که فقها آن را کشف نموده ، برای ما بازگو کنند ؟ پر واضح است که چنین نیست . فقها با رای و سلیقه و بضاعت فکری و میزان دانش خود از قرآن و سنت ، احکامی را بیان کرده ، آنها را احکام شریعت نام می گذارند . باور به وجود احکام برای همه موضوعات در اسلام و عقیده به اینکه فقها قادر به استنباط احکام شریعت هستند ، چنان قطعی و مسلم دانسته شده که در قانون اساسی ، اختیار تمامی امور ملت و کشور و سرنوشت آنان در همه ی ابعاد به فقها سپرده شده است . در اصل 4 تصریح شده که اصل مذکور بر همه ی اصول قانون اساسی و قوانین دیگر حاکم است . این عبارت تاکید مضاعفی است بر تام الاختیار بودن فقها و حاکمیت رای آنان . چرا که در اصول متعدد ، بر این مطلب تاکید شده است . مثلا هنگامی که از آزادی ها و حقوق سخن رانده می شود معمولا قید " مشروع " ، " اسلامی " یا " مطابق موازین اسلامی " و مانند اینها به دنبال آن ذکر می شود مانند اصل های 9 ، 10 ، 20 ، 21 و 24 .

حاکمیت فقه و فقها فقط محدود به حوزه قانونگذاری نمی شود ، بلکه این حاکمیت شامل همه ی شیونات کشور بوده ، با عبارات گوناگون ، در اصول متعدد بر آن تصریح و تاکید شده است . طبق اصل پنجم ، ولایت و

رهبری بر عهده ی فقیه است . مطابق اصل 99 نظارت بر انتخابات ریاست جمهوری ، مجلس شورای اسلامی ، مجلس خبرگان رهبری و همه پرسی و نیز بر اساس بند 9 اصل 110 تایید صلاحیت نامزدهای ریاست جمهوری ، فقط نامزدهای ریاست جمهوری از وظایف شورای نگهبان محسوب شده است . اما شورای نگهبان کلمه ی " نظارت " در اصل 99 را به گونه ای تفسیر نموده که بر اساس آن ، تایید صلاحیت نامزدهای مجلس شورای اسلامی و مجلس خبرگان رهبری را نیز از اختیارات خود دانسته است .

و اما طبق قانون اساسی ، قانون معتبر و لازم الاجرا در واقع همان آرای فقهاست که احکام شرعی خوانده می شود تا آنجا که می توان چنین استنباط کرد که اگر قانون مورد تایید فقها نباشد ، معتبر نیست . اصل 93 بر این استنباط صحه می گذارد ، آنجا که می گوید ، مجلس بدون شورای نگهبان اعتبار ندارد .

هدف جوامع بشری از وضع قانون و استقرار دولت ، دست یافتن به حقوق انسانی و برپا داشتن عدالت است . مفهوم " عدالت " و " حق " نیز نسبی است و با تحولات جوامع و تغییر عوامل گوناگون ، دگرگون می شود . انسان با تحمل سختی ها و مشکلات فراوان در طول تاریخ به این تجربه ی ارزشمند دست یافته که حق و عدالت را با مراجعه به عقل جمعی تعریف کند . به همین منظور مجالس قانون گذاری با برگزاری انتخابات تشکیل می شود تا در این مجالس با وضع قوانین حق و عدالت تعریف و اجرایی شود . این در حالی است که مطابق قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ، تعریف حق و عدالت که روح قوانین است ، نه بر عهده عقل جمعی و نه حتی کارشناسان ، که بر عهده فقهاست . بینش حاکم بر قانون اساسی و نظام فقهی جمهوری اسلامی موانعی جدی را بر سر راه حاکمیت قانون قرار داده است که در این مقاله به بحث پیرامون چهار مورد اصلی آن می پردازیم :

1- کم ارزش بودن نظرات علمی و کارشناسی در قانونگذاری

2- وجود راههای فراقانونی

3- عدم استقلال قوای حاکم بر کشور

4- اصالت بخشیدن به نظام

کم ارزش بودن نظرات علمی و کارشناسی در قانون گذاری

در اصل چهارم قانون اساسی تاکید شده که همه ی قوانین و مقررات در همه زمینه ها از مدنی و جزایی تا اقتصادی و نظامی باید بر اساس موازین اسلامی باشد و چنانکه در ذیل اصل بیان شده ، مقصود از اسلامی بودن این قوانین آن است که به تایید فقهای شورای نگهبان برسد . در اینجا این پرسش مهم مطرح می شود که آیا به راستی اسلام حکم همه ی این موضوعات را بیان کرده است ؟ اسلام در کدام منبع و ماخذ احکام مربوط به بانکداری ، نظام اقتصادی و بیمه یا معاملات بین المللی و مانند آن را بیان نموده است ؟ دو منبع مورد مراجعه فقها برای استنباط احکام شرعی قرآن و روایات است که آن را حاکی از سنت می دانند . در هیچیک از این دو منبع در باره ی موضوعات جدید سخنی گفته نشده و حکمی در رابطه با آنها بیان نشده است .

عقیده به وجود حکم همه ی موضوعات در اسلام ، عقیده ایست که بر پاره ای فرضیات و دلایل عقلی و کلامی استوار شده که این دلایل بطور جدی قابل نقد و مناقشه است واز آنجا که بحث اصلی این مقاله نیست به آن نمی پردازیم . اما به عنوان نمونه فقط به بیان نظر یکی از فقها و اصولیون معاصر در این رابطه اشاره می کنیم .

" محمد تقی حکیم " می گوید : "هیچ چیزی از انسان با اراده صادر نمی شود مگر آنکه در شریعت حکمی برای آن وجود دارد ، پس تمام آنچه که از پیامبر صادر می شود – پس از ثبوت عصمت وی – حتما ولابد در مقام تشریح حکم ، صادر می شود"¹ . " حکیم " برای ادعای خود دلیلی را ذکر نمی کند . او این عقیده را چنان بدیهی می داند که نیازی به اثبات آن نمی بیند . شاید عدم احساس نیاز اثبات چنین ادعایی بزرگ و موثر در زندگی مسلمانان از آن روی باشد که این عقیده شهرت فراوان دارد و تا کنون کسی بطور جدی در مقام مناقشه و ایجاد خدشه به این عقیده بر نیامده است .

فقها بر این عقیده اند که همه ی افعال ، اقوال و اقراریر پیامبر کاشف از حکم شرعی است و بر این اساس حکم موضوعاتی را که در زمان پیامبر وجود داشته ، از سنت آن حضرت – با تعریف خاص خود از سنت – اخذ نموده و تحت عنوان اقراریر یا احکام امضایی ، بسیاری از قوانین و آداب و سنن پیروان اولیه اسلام را نیز وارد حوزه شریعت اسلامی کرده اند . در حالی که اسلام نقشی در وضع این قوانین نداشته و حتما باید گفت که این قوانین منحصر به مسلمانان نیز نبوده است . در همان روزگار بسیاری از این قوانین و سنن مشترک میان قبایل گوناگون حجاز و پس از اسلام ، مشترک میان مسلمانان و مشرکان و حتا یهودیان بوده است . مثلا طلاق در اکثر قبایل حجاز و نیز در میان یهودیان در اختیار مردان بوده است.² با توجه به آنچه بیان شد در حوزه قوانین مدنی و جزایی ، قوانین جاری در زندگی مسلمانان اولیه ، حکم شرعی خوانده می شود . با همین تعبیر نیز قوانین مدنی و جزایی و حقوق خانواده در جمهوری اسلامی ایران بر اساس فقه شیعه تنظیم و تصویب شده است . عقیده به وجود حکم شرعی برای همه ی موضوعات ، فقط منحصر به موضوعاتی نمی شود که در قرآن و سنت وجود دارد . به عبارت دیگر منحصر به موضوعاتی نمی شود که در زندگی پیروان اولیه ی اسلام مطرح بوده است بلکه این عقیده به همه ی موضوعات تعمیم می یابد و شامل موضوعات جدید نیز می شود .مانند بانکداری ، بیمه و در اینگونه موضوعات ، فقها معتقدند که با مراجعه به عمومات قرآنی و روایی حکم شرعی این موضوعات را استنباط می کنند . در حالی که مراجعه به عمومات و تطبیق آنها با موضوعات ، کاری است تفسیری و سلیقه ای و نتیجه ی آن هر چه باشد ، نمی تواند حکم شرعی نام بگیرد . زیرا واقعا این حکم توسط شارع بیان نشده است . اختلاف نظر موجود در میان فقها نیز خود دلالت بر دخالت سلیقه و رای افراد در استنباط احکام دارد . اختلاف نظر در میان فقها حتا در موضوعاتی که آیات و روایاتی در خصوص آنها وجود دارد ، دیده می شود چرا که تفسیر فقها از هر یک از آیات و روایات و نحوه ی استفاده از آنها در استنباط احکام با دیگری تفاوت دارد . بدیهی است که اختلاف نظر در موضوعاتی که اساسا آیه و روایتی در باره ی آنها در دست نیست ، بیشتر خواهد بود . نگارنده معتقد است از آنجا که اسلام واقعا حکم همه ی موضوعات را بیان نکرده

¹ اصول العامه للفقہ المقارن ، محمد تقی حکیم ، ص 122 ، مؤسسه آل البیت للطباعه والنشر ، چاپ دوم ، 1979 م
² گنجینه ای از تلمود ، راب ، ا کهن ، فصل زندگی خانواده ، گفتار دوم در ازدواج و طلاق ، ص 185-188 ، چاپخانه زیبا ، 1350 ش

است ، نام نهادن "حکم شرعی" بر نظر و فتوای فقها به ویژه در موضوعات جدید، کاری است ناپسند و ناروا که دارای تبعات منفی فراوان برای اسلام و جامعه است که در اینجا فقط به بررسی این نتیجه و اثر می پردازیم که عقیده ی مذکور موجب بی توجهی به نظر کارشناسان و متخصصان می شود . یکی از عقاید مورد توجه تدوین کنندگان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران همانا این باور بوده است که حکم و قانون همه ی موضوعات را باید از اسلام یافت بدین ترتیب اظهار نظر نهایی در همه ی قوانین و تطبیق آنها با موازین اسلامی بر عهده ی شش فقیه شورای نگهبان ، واگذار شده است³ ، در حالی که موازین اسلامی مشخص و قطعی نیست . برای روشن شدن این مطلب که حاکمیت فقه موجب ضعف پایه های علمی و کارشناسی در قانون گذاری می گردد به بیان دو مثال می پردازیم:

مثال اول

در منابع فقهی شیعی⁴ ، دیه ی مرد مسلمان بر اساس قوانین پیروان اولیه ی اسلام یکی از اقلام شش گانه ی زیر دانسته شده است :

صد شتر

دویست راس گاو

هزار راس گوسفند

دویست دست حله ی یمانی

هزار دینار (پول طلای رایج در صدر اسلام)

ده هزار درهم (پول نقره رایج در صدر اسلام)

بر اساس این باور که اقلام تعیین شده ی مذکور به عنوان دیه ، حکم شرعی و الهی است ،

در قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران نیز دیه ، به همین ترتیب تعیین شده است :

"دیه ی قتل مرد مسلمان ، یکی از امور شش گانه ی ذیل است که قاتل در انتخاب هر یک از آنها مخیر می باشد و تلفیق آنها جایز نیست :

1-یکصد شتر سالم و بدون عیب که خیلی لاغر نباشد.

2-دویست گاو سالم و بدون عیب که خیلی لاغر نباشد .

3-یک هزار گوسفند سالم و بدون عیب که خیلی لاغر نباشد .

4-دویست دست لباس سالم از حله های یمن

³ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ، اصول 4 ، 91 و 94
⁴ جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام شیخ محمد حسن النجفی المکتب الاسلامیه ، ج 43 ص 32-33 واللمعه دمشقیه محمد بن جمال الدین مکی العاملی (شهید اول) ، کتاب دیات ، ص 261 ، دارالفکر قم ، 1411 ه ق و منابع دیگر

5- یک هزار دینار مسکوک سالم و غیر مغشوش که هر دینار یک مثقال شرعی طلا به وزن 18 نخود است .

6- ده هزار درهم مسکوک سالم و غیر مغشوش که هر درهم به وزن 12.6 نخود نقره می باشد⁵ "

اما عملاً این قانون اجرا نمی شود . چرا که اجرای این قانون با مشکلاتی روبرو خواهد شد که پاره ای از آنها عبارت است از :

الف- سه مورد از موارد ششگانه ی مذکور یعنی حله ی یمنی ، دینار و درهم امروزه کار برد ندارد . حله ی یمنی ، دو قطعه پارچه ی بافت یمنی بوده است که هنگام ظهور اسلام برای تازه مسلمانان لباسی مرغوب محسوب می شد⁶ ، چرا که حجاز در آن روزگار خود دارای صنعت نساجی قابل توجه نبود و اکثر تازه مسلمانان از لباس های مرغوب و مناسب برخوردار نبودند ، به همین جهت پارچه های بافت یمنی که توسط بازرگانان به مکه آورده می شد برای مسلمانان و دیگر مردمان آن منطقه ارزشمند بود .

امروزه استفاده از دو قطعه پارچه به عنوان لباس ، حتا در حجاز نیز مرسوم و متداول نیست . درهم و دینار مذکور نیز پول نقره و طلای رایج در زمان ظهور اسلام بوده که اکنون وجود ندارد .

ب- تهیه و تحویل سه مورد دیگر یعنی صد شتر ، دویست گاو و هزار گوسفند، کاری است سخت و در بعضی موارد ناممکن . مثلاً شتر در ایران چندان مورد استفاده نبوده ، تهیه ی آن مشکل است . علاوه بر اینکه تهیه ی این اقلام برای پرداخت کننده ی دیه مشکل است ، تحویل گرفتن آن نیز - در صورت تهیه ی آن - برای گیرنده دیه نه تنها در مناطق شهری ، بلکه در مناطق روستایی نیز مشکل است . تحویل گرفتن و نگهداری دهها گاو ، گوسفند یا شتر و یافتن مشتری برای فروختن آن با شرایط امروز زندگی قابل تصور نیست .

ج- ارزش اقلام سه گانه ی موجود یعنی صد شتر و دویست گاو و هزار گوسفند ، امروزه با یکدیگر برابر نیستند.

اینها پاره ای از مشکلات قابل تصور است که می تواند به طور جدی مانع اجرای قانون مذکور شود . کمی تأمل و مطالعه در زندگی مسلمانان اولیه که در حجاز می زیستند برای ما روشن می سازد که اقلام شش گانه ی یاد شده ، اموال مورد نیاز آنان در زندگی روزمره اعم از شهری و روستایی بوده است . آنان در واقع اقلام دیه را با توجه به شرایط زندگی و اموال مورد نیاز خود تعیین کرده بودند . توجه به شرایط و مقتضیات زندگی در قانون گذاری امری است عاقلانه و اجتناب ناپذیر که معمولاً جوامع گوناگون بدان توجه دارند و حتا پیروان اولیه ی اسلام نیز به آن توجه می کردند . در غیر اینصورت قانون و قانون گذاری ، کاری مهم و عبث خواهد بود . چنانکه قانون یاد شده هم اکنون در ایران قانونی است مهم و بلا استفاده . اگر چه این ماده ی قانونی در قانون مجازات اسلامی وجود دارد اما عملاً سالانه قوه قضاییه مبلغی را به عنوان دیه ، تعیین و اعلام می کند . جالب توجه این است که مبلغ تعیین شده نیز تناسبی با هیچکدام از اقلام مذکور در ماده 297 ندارد . مثلاً مبلغ دیه در سال 1390 (م 2011) شصت و هفت میلیون و پانصد هزار تومان است . در حالی که ارزش هزار گوسفند در همین سال حدود هفت برابر مبلغ یاد شده است . استفاده از شتر نیز اساساً در ایران معمول نیست . لذا قیمت

⁵ قانون مجازات اسلامی ، ماده 297 ص 94 ، تدوین جهانگیر منصور ، 1381 ش

⁶ المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام ، جواد علی ، جلد 7 ص 598 و 597 ، مکتبه النهضه ، بغداد ، 1413 هـ ق

معینی ندارد. معلوم نیست معیار قوه قضاییه در تعیین مبلغی پول به عنوان دیه چیست؟ و این مبلغ چه تناسبی با قانون یاد شده دارد. تعیین مبلغی از پول رایج کشور به عنوان دیه، و مهمل گذاشتن قانون مذکور که در باور فقهای شورای نگهبان و بسیاری از فقها، همچنان حکم شرعی است، نشان دهنده این واقعیت است که قوانین باید با شرایط روز هر جامعه و مردم آن سازگار باشد. در غیر این صورت قانون در اجرا با مشکل مواجه خواهد شد و در نتیجه نظم و عدالت که هدف اجرای قانون است، استقرار نخواهد یافت.

مثال دوم

نظر مشهور فقهای امامیه در باره ی سن بلوغ چنین است که آنان دختر را با 9 سال قمری یعنی 8 سال و 9 ماه شمسی و پسر را با 15 سال قمری یعنی حدود 14 سال و 7 ماه شمسی، شرعاً بالغ می دانند.⁷ این بدان معناست که آنان دختر 9 ساله و پسر 15 ساله را بزرگ سال و مسیول همه ی اعمال خود می دانند. چنانکه صاحب جواهر نیز تاکید میکند، بلوغی که تکلیف در عبادت بر آن مترتب می شود، همان بلوغی است که سایر تکالیف مانند حدود، قصاص و دیات نیز بر آن مترتب می شود.⁸ در قانون مدنی جمهوری اسلامی نیز به تبع نظر مشهور فقهای امامیه، سن بلوغ دختر 9 سال قمری و سن بلوغ پسر 15 سال قمری دانسته شده است.⁹ در قانون مجازات اسلامی نیز به همین مطلب این گونه اشاره شده است: " منظور از طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد."¹⁰

قانون مجازات اسلامی در واقع سن مسیولیت کیفری را برای دختر و پسر 9 و 15 سال قمری می دانند. این قانون مبتنی بر فقه، مخالفت بسیاری از حقوقدانان و کارشناسان را برانگیخته، بویژه در سالیان اخیر موجب بروز چالش های فراوانی شده است. بسیاری از کارشناسان سنین مذکور را سن مسیولیت کیفری نمی دانند و معتقدند که دختر 9 ساله و پسر 15 ساله کودک هستند. آنان معتقدند که سن مسیولیت کیفری باید به 18 سال افزایش یابد. بر اساس قانون یاد شده چنانچه دختران و پسران پس از بلوغ شرعی و قبل از 18 سالگی مرتکب جرایمی شوند که مجازات آنها در قانون، مرگ تعیین شده، چنین مجازاتی در باره ی آنان همانند بزرگسالان اعمال می گردد. انجام اعدام هایی بر همین اساس اعتراضات فراوانی را برانگیخته است. قوانین مذکور از یکسو مورد اعتراض بسیاری از کارشناسان و حقوقدانان است و از سوی دیگر با برخی قوانین و مقررات جاری در تعارض است به گونه ای که موجب افزایش ابهامات و مخالفت ها می شود. مثلاً شرکت افراد زیر 18 سال اعم از دختر و پسر در انتخابات ممنوع است، افراد زیر 18 سال اجازه افتتاح حساب بانکی، اخذ گواهینامه رانندگی و اخذ گذرنامه بطور مستقل ندارند. در واقع، مقررات جاری، افراد زیر 18 سال را دارای استقلال و صالح برای پذیرش مسیولیت مدنی نمی داند. هنگامی که افراد زیر 18 سال دارای صلاحیت برای پذیرش مسیولیت مدنی شناخته نمی شوند، چگونه می توان آنان را دارای مسیولیت کیفری دانست؟

⁷ جواهر الکلام، کتاب الحجر، ج 26 ص 10-15

⁸ همان منبع، ص 41

⁹ مجموعه قوانین (قانون اساسی و مدنی)، جهانگیر منصور، تبصره 1 ذیل ماده 1210، نشر دوران، چاپ 12، 1381 ش

¹⁰ قانون مجازات اسلامی، تبصره 1 ذیل ماده 49

باید تاکید نمود که از یکسو شورای نگهبان قانون منع شرکت افراد زیر 18 سال در انتخابات را تایید نموده و آنرا مطابق موازین اسلامی دانسته و از دیگر سو ، هم آنان قوانین یاد شده در قانون مدنی و مجازات اسلامی را نیز تایید کرده و آنرا هم مطابق موازین اسلامی دانسته است . این تعارضات از آن روی به وجود آمده است که در تشخیص سن بلوغ و مسیولیت کیفری به نظر کارشناسان توجه نشده است . بی توجهی به نظرات علمی و کارشناسی ، قوانین را با تعارض مواجه ساخته ، ارزش و اعتبار آنها را زیر سوال برده ، و در مقام اجرا نیز آنها را با مشکلات جدی روبرو ساخته است . از نظر بسیاری از کارشناسان و حقوقدانان ترتب مسیولیت کیفری بر سنین 9 و 15 سال برای دختر و پسر ، عادلانه نیست . ملاک فقهای حاکم بر جمهوری اسلامی در شناخت عدالت با ملاک بسیاری از کارشناسان و نیز افکار عمومی متفاوت است . در حالیکه اگر قانون در نظر اکثریت مردم در یک جامعه عادلانه شناخته نشود ، مسلماً در اجرا با مشکل روبرو خواهد شد . بعلاوه چنین قانونی هرگز نمی تواند موجب استقرار عدالت در جامعه گردد . اگر قوانین مبتنی بر نظرات علمی و کارشناسی و متناسب با شرایط و مقتضیات زندگی مردم نباشد ، فاقد اعتبار و کارایی لازم خواهد بود . دو مثال یاد شده نمونه هایی است از قوانین بسیاری که با زندگی امروز مردم ایران سازگاری ندارد و لذا نمی تواند به اجرای عدالت کمک کند . برخی مجازات ها مانند تازیانه زدن ، سنگسار و یا قطع دست¹¹ نیز از جمله قوانینی هستند که در ایران با چالش مواجه بوده ، مورد اعتراض عده ی بسیاری قرار دارد و با معیارهای کنونی ، عادلانه شناخته نمی شوند .

وجود راههای فراقانونی

در باور فقها ارزش و اعتبار قوانین با ارزش و اعتبار احکام شرعی یکسان نیست . اگر کسی از احکام شرعی سرپیچی کند، مرتکب گناه شده ، اما سرپیچی از قوانین موجب گناه نمی شود ، هر چند که در قانون ، مجازاتی برای آن وجود داشته باشد . همین باور در ذهن بسیاری از مسلمانان نیز وجود دارد و موجب تمایز قوانین از احکام شرعی شده است . به گونه ای که ممکن است یک مسلمان با ارتکاب یک فعل خلاف شرع ، احساس گناه کند ، اما همین احساس را هنگام زیر پا گذاشتن قانون ندارد . در یک حکومت دینی از آنجا که چنین نگرشی به قانون از راس هرم قدرت آغاز شده ، به سطوح مختلف قدرت تسری می یابد، لذا قانون کارایی خود را در برابر نظرات فقها به ویژه فقهای صاحب قدرت از دست می دهد . قانون همواره می تواند به صلاحدید فقهای حاکم تغییر کند . زیرا نظر آنان ، رای شارع است . نکته بسیار مهم و قابل توجه اینست که فقها و مجتهدین ، خود را ملزم به تبعیت از آرا و نظرات دیگران نمی دانند و حتا این امر را که " تقلید " نامیده می شود بر خود حرام می دانند¹² و آن را فقط برای مردم عادی لازم می شمارند . هر یک از فقها و مجتهدین به باور خود یک قانونگذار و شارع است و پیروانی دارد که از آرای او تبعیت می کنند حتا اگر آرای او بر خلاف قوانین جاری باشد . بنابراین آنچه گفته شد ، فقهای صاحب قدرت ، شان و مرتبه خود را فرا تر از قانون دانسته ، خود را ملزم به

¹¹ قانون مجازات اسلامی ، مانند مواد 83 ، 84 ، 88 و 196 و 201

¹² التفتیح فی شرح عروه الوثقی ، آیت الله خویی ، جلد 1 ص 35 و استفتایات آیت الله مکارم شیرازی ، جلد 1 ص 28

پیروی از قوانین نمی دانند . چرا که قوانین زاییده و مخلوق آنان است و ایشان می توانند هر لحظه به صلاحدید خود عمل کنند . این عقیده خطرناک و آناارشیستی به طور مجمل وبدون توضیح وتفصیل در برخی اصول قانون اساسی آمده است . عملکرد فقهای صاحب قدرت در طول سه دهه گذشته نشان داده است که آنان دارای چنین عقیده ای هستند . اکنون به نمونه هایی از اختیارات فراقانونی در قانون اساسی که مبتنی برعقیده مذکور است اشاره می کنیم :

در اصل 107 آمده است : " رهبر منتخب مجلس خبرگان ، ولایت امر و همه ی مسیولیت های ناشی از آن را بر عهده خواهد داشت " .

در اصل 57 ولایت امر با قید " مطلقه " آمده است : " قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارتند از : قوه ی مقننه ، قوه ی مجریه و قوه ی قضاییه که زیر نظر ولایت مطلقه امر وامامت امت که طبق آینده این قانون اعمال می گردند . این قوا مستقل از یکدیگرند . "

در اصل 107 به کلمه " ولایت امر " و مسیولیت های ناشی از آن اشاره شده بدون آنکه روشن شود منظور از همه ی مسیولیت های ناشی از آن چیست . در اصل 57 نیز به " ولایت مطلقه امر " اشاره شده ، بدون ارایه تعریف مشخصی از آن .

اگر مسیولیت ها و وظایف و اختیارات رهبری منحصر به موارد محدودی است که قانون آنرا مشخص می کند ، آوردن قید " مطلقه " زاید می شود . تاملی در وظایف و اختیارات رهبری که در اصل 110 آمده است نشان می دهد که اختیارات او محدود به قانون نیست . در بندهای 1 و 2 ذیل این اصل ، تعیین سیاست های کلی نظام و نظارت بر حسن اجرای آن سیاست ها بر عهده رهبری نهاده شده است . در بند 7 حل اختلاف وتنظیم روابط قوای سه گانه نیز از وظایف و اختیارات رهبری دانسته شده است . این سه بند نشان می دهد که موقعیت رهبری فراتر از قوای سه گانه است . او فراتر از قوه ی مقننه قرار دارد و به تصریح اصل 57 ، قوه مقننه نیز مانند دیگر قوا تحت نظر او عمل می کند . در این صورت نمی توان تصور کرد که رهبری تابع مصوبات مجلس باشد . در هیچیک از اصول قانون اساسی عملکرد رهبری به قوانین مصوب مجلس محدود نشده ، بلکه از برخی اصول فهمیده می شود ، رهبری فرادست قوا قرار دارد و به تنظیم روابط آنها با میل و صلاحدید خود می پردازد . (در این باره دردو بخش آینده بیشتر سخن خواهیم گفت) .

بند 8 ذیل اصل 110 به گونه ای بر وجود اختیارات فراقانونی برای رهبری صحه می گذارد . در این بند یکی از وظایف و اختیارات رهبری " حل معضلات نظام که از طریق عادی قابل حل نیست ، از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام " دانسته شده است . در این بند مشخص نشده که منظور از معضلاتی که از طرق عادی قابل حل نیست ، کدام معضلات است . به نظر می رسد تشخیص این امر نیز بر عهده رهبری گذاشته شده است . از مفاد این بند فهمیده می شود که این معضلات می تواند از طرق غیر عادی حل شود . چرا که از طرق عادی قابل حل نیست . طرق غیر عادی را می توان طرقی دانست که در قانون پیش بینی نشده است به عبارت دیگر مقصود از طرق غیر عادی ، تدابیر و تصمیمات جدید ، فوق العاده و غیر قانونی است . زیرا اگر معضلاتی از راهای قانونی قابل حل باشد ، دیگر نیازی به اتخاذ تدابیر غیرعادی نخواهد بود . در این بند اشاره شده : " با نظر مجمع تشخیص مصلحت نظام " . باید تاکید کرد که وجود این قید چندان مهم و موثر نیست . زیرا طبق اصل

112 ، اعضای ثابت و متغیر مجمع تشخیص مصلحت نظام و به عبارت دیگر کلیه اعضای این مجمع را رهبری تعیین می کند . این مجمع دارای استقلال نیست و صرفاً در رابطه با رهبری نقش مشورتی را ایفا می کند و نظرات مشورتی آن نیز برای رهبری لازم الاجرا نیست . زیرا بر این نکته در هیچیک از اصول اشاره نشده ، یعلاوه از آنجا که کلیه اعضای مجمع توسط رهبری منصوب می شوند ، این تشکیلات در جایگاه و موقعیتی قرار ندارد که رهبر ، خود را ملزم به تبعیت از نظرات آن بداند . بند مذکور (بند 8) به رهبری اختیاراتی کاملاً فراقانونی اعطا میکند و می توان این بند را یکی از تفاسیر و تعاریف قید " مطلقه " دانست . وجود اختیارات فراقانونی برای رهبری براساس عقیده دینی حاکم بر قانون اساسی که پایه های آن در اصل دوم شمرده شده ، مضموم و ناپسند نیست . زیرا رهبر ، فقیه است و نظرات او عین احکام شرع و آرای شارع محسوب می شود . در اینجا به دو نمونه از عملکرد رهبران جمهوری اسلامی اشاره میکنیم که حکایت از اختیارات فراقانونی رهبری دارد . مقصود از فراقانونی ، فراتر از قوانین عادی است که توسط مجلس به تصویب می رسد .

نمونه اول ، کشتار هزاران نفر از ایرانیان در سال 67 با مجوز آیت الله خمینی است . این عده معترضان و مخالفانی بودند که در دادگاه ها محاکمه و بر اساس قوانین موجود به تحمل حبس محکوم شده بودند . آیت الله خمینی با استفاده از اختیارات فراقانونی خود و بر حسب وظایف و مسیولیت های ولایت امر ، مجوز اعدام آنان را صادر نمود . بند 8 مورد بحث این رفتار را توجیه می کند .

نمونه دوم ، کشتار ده ها نفر از ایرانیان معترض به نتیجه انتخابات سال 88 در خیابان ها و بازداشت گاه ها ، بازداشت هزاران نفر از معترضان بدون رعایت قوانین و شکنجه آنان در زندان ها و محکوم کردن آن ها به حبس های طولانی بر خلاف قوانین ، جلوگیری از تجمعات و راه پیمایی ، جلوگیری از فعالیت احزاب و گروه ها ، بستن روزنامه ها و نشریات و نیز واداشتن زندانیان به اعتراف علیه خویش و نمایش دادن آن از تلویزیون را می توان نام برد . در حالیکه امور یاد شده مخالف اصول 24 ، 26 ، 27 ، 32 ، 36 و 38 قانون اساسی است .

علاوه بر رهبری که بطور گسترده و چشم گیری در قانون اساسی از اختیارات فراقانونی برخوردار است و این اختیارات می تواند به طور گسترده موجب نقض قوانین و بی اعتباری آنها شود ، اصل 167 نیز قابل تامل است . در این اصل آمده است : "قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد ، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر ، حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه ی سکوت ، یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد ." در این اصل استنباط شخص قاضی از منابع اسلامی و نیز فتاوی فقها در عرض قوانین مصوب قرار گرفته است . این اصل تا حدی می تواند جایگاه متزلزل قانون و امر قانون گذاری را نشان دهد . میزان تجربه و تسلط قاضی به قوانین بر میزان فهم و درک او از قوانین وحل و فصل تعارضات میان قوانین موثر است . ممکنست یک قاضی ، قوانینی را در باره ی یک موضوع مجمل بداند ، اما قاضی دیگر همان قوانین را در باره ی همان موضوع مجمل ندانسته و برای صدور رای ، کافی و گویا بداند . امکان مراجعه به گزینه فتوا در عرض قوانین با توجه به وجود فتاوی متفاوت ، امر قضاوت ، اجرای قانون و استقرار عدالت را با مشکل مواجه می کند . به ویژه آنکه در جمهوری اسلامی برخی قوانین بر اساس فقه شیعی تعبیر کرده و برخی بدون تغییر باقی مانده است . همین موضوع موجب عدم انسجام قوانین و وجود تعارض در آنها شده است . واگذاری حل و فصل این مشکل به رای

و سلیقه قاضی موجب هرج و مرج و عدم وحدت رویه در قضاوت می شود. در اینجا در مقام بررسی آثار و تبعات اجرای اصل مذکور نیستیم، بلکه نکته قابل توجه اینست که در اصل یاد شده، معنا و مفهوم قانون در جمهوری اسلامی بیان، و "فتوا" با قانون برابر دانسته شده است. در حالیکه فتوا برداشت و استنباط شخصی فقیه است، اما قانون در دنیای امروز مبتنی بر نظر نمایندگان منتخب مردم است. در واقع قانون در دنیای امروز و در نظام های دموکراتیک و غیر دینی به گونه ای تصویب می شود که بتواند مقبولیت عمومی پیدا کند. به همین جهت است که مجالس قانون گذاری تشکیل شده، نمایندگان مردم در این مجالس به امر وضع قانون می پردازند. در واقع انسان، با پشت سر گذاشتن قرن ها تجربه، امروز، دیگر قانون مبتنی بر رای و نظر یک نفر یعنی شخص حاکم و یا یک گروه صاحب قدرت را معتبر نمی داند و برای استقرار عدالت، قانونی را معتبر می شناسد که مورد قبول اکثریت ملت باشد. اما در قانون اساسی جمهوری اسلامی، شیوه قانون گذاری همچنان مانند روزگاران گذشته و مطابق رای و نظر فرد یا گروه خاص می باشد. اختیارات فراقانونی و نیز معتبر بودن فتوا در کنار قانون، به اعتبار قوانین لطمه و آسیب جدی وارد ساخته است. در این باره به ذکر مثالی دیگر می پردازیم:

بر اساس ماده 16 قانون حمایت خانواده مصوب سال 53، مرد جز در موارد خاص نمی تواند همسر دوم اختیار کند. اگر مردی بدون رعایت این قانون با زن دیگری ازدواج کند، به موجب ماده 17 قانون حمایت خانواده به شش ماه تا یک سال زندان محکوم می شود. همین مجازات شامل همسر جدید در صورت آگاهی از تاهل مرد و نیز عاقد و سردفتر می شود. فقهای شورای نگهبان با این عقیده که دارا بودن چند همسر از حقوق شرعی مردان بوده و ممانعت از آن خلاف شرع است، اعلام نمودند که مجازات شوهر، همسر دوم و سر دفتر غیر شرعی است.¹³ این در حالی است که قوانین مذکور تغییر نکرده و شورای نگهبان نیز وظیفه قانون گذاری ندارد، بلکه طبق اصل 91 قانون اساسی هر گاه مجلس قوانینی را تصویب نمود، آنرا به شورای نگهبان ارسال می کند و این شورا موظف است قوانین را از جهت عدم مغایرت آنها با شرع و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد. قانون حمایت خانواده در سال 1353 پیش از انقلاب اسلامی به تصویب رسیده و تا کنون تغییر نکرده است و شورای نگهبان راسا حق اظهار نظر در این مورد را ندارد، اما اعلام نظر مذکور از سوی این شورا، به قضات این امکان را می دهد که با توجه به اصل 167 قانون اساسی (که قبلا آمد) قوانین مربوط به ازدواج مجدد و مجازات متخلفین را نادیده بگیرند و بدین ترتیب مردان نیز به راحتی می توانند بدون ترس از مجازات اقدام به ازدواج مجدد نمایند چنانکه در طول سه دهه گذشته مردان بسیاری بدون اجازه همسر اول و یا اجازه دادگاه، همسر دوم اختیار کرده اند و این موضوع یکی از عوامل افزایش طلاق بوده است.

اختیارات فراقانونی فقهای صاحب قدرت در جمهوری اسلامی اعم از رهبری، فقهای شورای نگهبان، وزیر اطلاعات و رییس قوه قضاییه که هر دوی به موجب قانون باید فقیه و مجتهد باشند (14) و حتا فقهای وابسته به حکومت، یکی از عوامل بسیار موثر در نقض قوانین و گسترش رفتارهای غیر قانونی به ویژه از سوی دستگاه های حکومتی بوده است.

¹³ قوانین و مقررات مربوط به خانواده، جهانگیر منصور، ص 391، 1381 ش

عدم استقلال قوای حاکم بر کشور

استقلال و تفکیک قوای سه گانه ی حاکم بر کشور ، راهکاری است که اندیشمندان و فلاسفه برای کنترل قدرت ، جلوگیری از استبداد و تمرکز قدرت به آن دست یافته اند و نظام های جمهوری و دموکراتیک می کوشند از این راهکار استفاده کنند . در نظامهای استبدادی و فردی به ویژه نظام های ابتدایی روزگاران قدیم قوای سه گانه در اختیار فرد یا گروه حاکم بوده است. به موازات توسعه جوامع و افزایش علم و آگاهی ، انسان کوشیده است نظام سیاسی را نیز توسعه دهد ، به گونه ای که حتی الامکان قدرت توزیع شده ، تحت کنترل و نظارت مردم و نهادهای مردمی قرار گیرد تا بدین ترتیب هر چه بیشتر از فساد و بی عدالتی و استبداد جلوگیری شود . در این بخش از مقاله ، نگارنده در صدد است تا موضوع تفکیک و استقلال قوا را بطور مختصر در قانون اساسی جمهوری اسلامی مورد بررسی قرار دهد . زیرا نگارنده معتقد است استقلال واقعی قوا از یکدیگر از عوامل بسیار مهم و موثر در حاکمیت قانون است چرا که در صورت استقلال قوا در نظام های دموکراتیک یک نهاد مردمی وظیفه وضع قوانین را بر عهده دارد . دو نهاد مستقل دیگر یعنی قوای مجریه و قضاییه هر یک قوانین مربوط به خود را اجرا می کنند . هر چه این سه نهاد ، مردمی تر باشند و بر اساس انتخابات آزاد و عادلانه شکل گیرند عملکرد آنها بهتر خواهد بود . قوانینی وضع خواهد شد که نزد عموم مردم مقبولیت بیشتری داشته و امکان نظارت قوا و اعمال هرچه بهتر قوانین افزایش خواهد یافت . در بررسی موضوع تفکیک قوا در جمهوری اسلامی یکی از اصول قابل توجه اصل 57 قانون اساسی است . در این اصل که متن کامل آن قبلاً آمد به استقلال قوای سه گانه ی مقننه ، مجریه و قضاییه به گونه ای قابل توجه و تأمل اشاره شده است . در صدر این اصل بیان شده که قوای سه گانه مذکور زیر نظر ولایت مطلقه امر عمل می کنند و سپس در ذیل اصل آمده که این قوا مستقل از یکدیگرند . برای دریافتن مفهوم استقلال که در این اصل به آن اشاره شده ، لازم است اصول دیگر قانون اساسی را نیز که با این بحث ارتباط دارد مورد توجه قرار دهیم :

الف - در اصل 93 تصریح شده که مجلس شورای اسلامی بدون شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد .

ب - طبق اصل 91 و 96 شورای نگهبان وظیفه بررسی مصوبات مجلس و تطبیق آنها با شرع و قانون اساسی و نهایتاً رد و تایید آنها را بر عهده دارد . در اینجا نکته مهم اینست که شورای نگهبان که فرادست مجلس قانون گذاری قرار دارد ، دارای چه ترکیبی است و اعضای آن چگونه انتخاب می شوند .

پ - طبق اصل 91 ، شورای نگهبان دارای 12 عضو می باشد که 6 تن از آنان فقیه و 6 تن حقوق دان هستند . فقهای ششگانه توسط رهبری منصوب می شوند و اما 6 حقوق دان توسط رییس قوه قضاییه به مجلس شورای اسلامی معرفی شده و با رای مجلس انتخاب می شوند . رییس قوه قضاییه خود به موجب اصل 157 و بند 6 اصل 110 توسط رهبری نصب میشود . در واقع باید گفت که شش حقوق دان شورای نگهبان نیز با یک واسطه منصوب رهبری می باشند . بدین ترتیب تمام 12 عضو شورای نگهبان که فرادست مجلس و بسیاری از امور اساسی کشور قرار دارد ، منصوب رهبری هستند .

ت - در صورتیکه میان مجلس و شورای نگهبان در باره مصوبه مجلس اختلاف نظر پیش آید ، به این معنا که شورای نگهبان مصوبه مجلس را خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس نظر شورای نگهبان را

تامین نکند ، مصوبه مذکور جهت تصمیم گیری نهایی طبق اصل 112 به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع می شود . این در حالیست که اعضای این مجمع مطابق اصل یاد شده منصوب رهبری هستند . در واقع مصوبه مجلس از شورای نگهبان که نهادی وابسته به رهبری است به مجمع تشخیص مصلحت نظام که باز هم نهادی است وابسته به رهبری ارجاع می شود .

ث - رییس قوه قضاییه طبق اصل 157 و بند 6 اصل 110 توسط رهبری منصوب می شود . این در حالیست که قوه قضاییه در اصل 156 قوه ای مستقل خوانده شده است . همچنانکه در اصل 57 قوای سه گانه مستقل از یک دیگر دانسته شده اند

ج - بر اساس بند 7 اصل 110 یکی از وظایف و اختیارات رهبری " حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه گانه " شمرده شده است . در حالیکه منظور از اختلاف میان قوا و تنظیم روابط میان آنها معلوم و مشخص نیست بدین ترتیب تشخیص این امور بر عهده رهبری نهاده شده است . به عبارت دیگر رهبری در تمام موارد اختلاف میان قوا می تواند مداخله کرده و اختلاف را با صلاحدید خود حل کند . حتا اگر راهکار قانونی برای حل اختلاف پیشبینی شده باشد مانند سوال نمایندگان مجلس از مقامات مسیول و یا استیضاح دولتمردان و یا عزل آنان با رای عدم اعتماد و یا عدم کفایت و یا پیگیری قضایی تخلفات دستگاه های حکومتی .

چ - به موجب اصل 98 تفسیر قانون اساسی بر عهده شورای نگهبان است .

ح - مطابق اصل 99 نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری ، مجلس شورای اسلامی ، ریاست جمهوری و مراجعه به آرای عمومی و همه پرسی بر عهده شورای نگهبان است . شورای نگهبان کلمه ی " نظارت " را در این اصل به گونه ای تفسیر کرده که به موجب آن رد و تایید صلاحیت نامزدها در انتخابات مجلس خبرگان رهبری و مجلس شورای اسلامی از حقوق و وظایف این شورا محسوب می شود . در حالی که طبق بند 9 اصل 110 فقط تایید صلاحیت نامزدهای ریاست جمهوری بر عهده شورای نگهبان است .

با توجه به آنچه که در باره قوای سه گانه از اصول متعدد قانون اساسی بیان شد ، نکات زیر به دست می آید :

- قوای سه گانه زیر نظر رهبری عمل می کنند .

- شورای نگهبان که اعضای آن منصوب رهبری هستند فرادست مجلس بوده ، مجلس بدون این شورا اعتباری ندارد حتا رد و تایید صلاحیت نامزدهای مجلس بر عهده همین شورا است .

- رییس قوه قضاییه منصوب رهبری است .

- رد و تایید صلاحیت نامزدهای ریاست جمهوری بر عهده شورای نگهبان و به عبارت دیگر بر عهده رهبری است .

- رد و تایید صلاحیت

نامزدهای مجلس خبرگان رهبری که طبق اصل 111 باید فرادست رهبری قرار داشته باشد بر عهده شورای نگهبان و به عبارت دیگر بر عهده رهبری است .

رهبری حق همه گونه مداخله در امور قوای سه گانه را دارد .

از نکاتی که بیان شد می توان نتیجه گرفت که قوای سه گانه وابسته به بالاترین قدرت حاکم بر کشور یعنی رهبری بوده ، اما از یکدیگر مستقل دانسته شده اند . علاوه بر قوای سه گانه مجلس خبرگان رهبری و مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز وابسته به رهبری هستند زیرا همانطور که بیان شد رد و تایید صلاحیت نامزدهای مجلس خبرگان رهبری بر عهده شورای نگهبان است و اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز توسط رهبری منصوب می شوند . بدین ترتیب مفهوم استقلال قوای سه گانه از یکدیگر ، استقلال آنها در ساختار اداری است و نه استقلال واقعی ، به گونه ای که موجب توزیع قدرت و کنترل آن شود. حتماً مجلس خبرگان رهبری که وظیفه انتخاب رهبر و نظارت بر عملکرد وی را برعهده دارد نیز خود ، فرودست رهبری قرار گرفته و صلاحیت اعضای آن توسط رهبری به تایید میرسد . آیا مقصود دانشمندان و فلاسفه ای همچون منتسکیو از پیشنهاد راهکار استقلال قوا چنین استقلالی بوده است؟ همان گونه که قبلاً بیان شد ، دست یابی به چنین راهکاری نتیجه تلاش برای زدودن استبداد و تمرکز قدرت در فرد یا گروهی خاص و ایجاد امکان نظارت مردم بر قدرت حاکم بوده است . حال آنکه طبق قانون اساسی جمهوری اسلامی ، قدرت ، متمرکز در فرد رهبری است و او هر قدر از قدرت خود را که بخواهد می تواند به منصوبین خود واگذار کند . این مدل قدرت ، همان مدل استبدادی محض است که اندیشمندان برای خلاصی از فساد و تباهی ناشی از آن استقلال قوا را مطرح کردند . قوای سه گانه هنگامی از یکدیگر مستقل اند که قدرتی فرادست آنها نباشد و هر سه قوه مشروعیت خود را بطور مستقل از مردم کسب کنند و هیچیک از قوا نتوانند در کار دیگری اخلال نموده بلکه بر یکدیگر نظارت کنند و از قدرت برابر برای جلوگیری از نقض قوانین برخوردار باشند تا بدین ترتیب حاکمیت قانون را تحقق بخشند . مجلس شورای اسلامی به موجب اصل 76 " حق تحقیق و تفحص در تمام امور کشور را دارد " . بر اساس این اصل مجلس عهده دار نظارت بر عملکرد همه دستگاه ها و نهاد های حکومتی است ، اعم از عملکرد نهاد های زیر مجموعه رهبری ، ریاست جمهوری ، قوه قضاییه و اما با توجه به ساختار قدرت و حق دخالت نامحدود رهبری در امور قوای سه گانه هیچیک از این قوا مستقلاً نمی تواند بر کار دیگری نظارت نماید . زیرا رهبری می تواند با صلاحدید خویش هر یک از قوا را از انجام کاری که مخالف خواست و اراده او باشد باز دارد . مثلاً اگر مجلس بخواهد به موجب اصل 89 رییس جمهور ویا هر یک از وزیران را استیضاح و بر کنار نماید ، رهبری می تواند به موجب بند 7 اصل 110 به حل اختلاف این قوا بپردازد و مانع انجام وظایف قانونی مجلس گردد چرا که حقوق قانونی رهبری بر حقوق قانونی مجلس و دیگر قوا اولویت و برتری دارد . به همین ترتیب چنانچه قوه قضاییه از قانون تخلف کند مجلس استقلال و توان لازم را برای ممانعت از آن ندارد . در نتیجه قوانین مصوب مجلس هر چند که از تایید رهبری به واسطه شورای نگهبان ویا مجمع تشخیص بر خوردار است ، اما بدون نظر او امکان اجرا ندارد و مهمل و بیهوده است . در چنین ساختاری امکان نظارت بر عملکرد نهاد ها و مجازات متخلفین وجود ندارد و بدین ترتیب زمینه سالم و مساعدی برای حاکمیت قانون فراهم نیست . با توضیحاتی که گذشت استقلال قوا در جمهوری اسلامی فقط یک استقلال شکلی و سوری است و نه استقلال واقعی ، به گونه ای که نتیجه آن توازن و کنترل قدرت و حاکمیت قانون شود . قوای سه گانه در ساختار سیاسی جمهوری اسلامی سه بازوی قدرت حاکم هستند که نه توان نظارت بر یکدیگر را دارند و نه امکان کنترل قدرت را . کارکرد استقلال قوا این است که قدرت متمرکز را به سه قوه موازی با وظایف متفاوت تقسیم می کند ، به گونه ای که قدرت این سه بخش برابر بوده ، بتوانند بر یکدیگر نظارت کرده از نقض قوانین و رشد فساد و استبداد

جلوگیری کنند . در جمهوری اسلامی آشکارا قدرت در دست یک فرد تمرکز یافته و او سه قوه را در اختیار خویش دارد . در حالیکه هر یک از قوا دارای تشکیلات و سازمان عریض و طویل است . دارا بودن تشکیلات جداگانه به معنای استقلال قوا نیست . رهبری نه تنها قوای سه گانه ، بلکه نیروهای نظامی و انتظامی و حتا صدا و سیما را نیز در اختیار دارد¹⁴ . این ساختار سیاسی از نظر تمرکز قدرت در یک فرد حتا واپسگراتر از ساختار های استبدادی سلطنتی در تاریخ ایران است . باید گفت به هر نسبتی که قدرت در فرد یا گروهی متمرکز شود حاکمیت قانون ، امکان استقرار عدالت و دستیابی به حقوق انسانی کاهش می یابد . لذا از نظر حاکمیت قانون ، وضعیت ایران را در دوران جمهوری اسلامی می توان بسیار ناگوار و نامطلوب دانست .

اصالت بخشیدن به نظام

حکومت ایران که در اصل دوم قانون اساسی به عنوان " نظام " از آن یاد شده ، جمهوری اسلامی است . " جمهوری اسلامی " مرکب از دو واژه و دو مفهوم است . واژه " جمهوری " در این ترکیب این انتظار را از نظام و حکومت ایران ایجاد می کند که همه ی امور مبتنی بر رای و انتخاب مردم باشد و مردم بر سر نوشت خویش حاکم باشند . در اصول 6 و 56 به حاکمیت انسان بر سر نوشت خویش و مبتنی بودن امور کشور بر رای مردم چنین اشاره شده است :

اصل 6 : " در جمهوری اسلامی ایران امور کشور باید به اتکای آرا عمومی اداره شود از راه انتخابات ، انتخاب رییس جمهور ، نمایندگان مجلس شورای اسلامی ، اعضای شوراها و نظایر اینها و یا از راه همه پرسی در مواردی که در اصول دیگر این قانون معین می گردد ."

اصل 56 : " حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست و هم او انسان را بر سر نوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است . هیچکس نمی تواند این حق الهی را از انسان سلب کند یا در خدمت منافع فرد یا گروهی خاص قرار دهد . ملت این حق خدا داد را از طرقی که در اصول بعد می آید اعمال می کند ."

و اما از واژه " اسلامی " نیز چنین توقعی به وجود می آید که نظام ، مطابق با موازین و تعالیم شناخته شده اسلامی باشد و امور کشور بر اساس عدل و انصاف اسلامی اداره شود . در اصول متعدد چنانکه قبلا آمد بر این نکته تاکید شده که کلیه قوانین و مقررات باید مبتنی بر فقه و موازین اسلامی باشد و به همین منظور برای تطابق اداره امور کشور و نیز قوانین با موازین اسلامی ، در راس هرم قدرت یک فقیه به عنوان رهبر و ولی مطلق امر و نیز شورایی به نام شورای نگهبان (که شرح آن پیش از این گفته شد) قرار داده شده است . به نظر می رسد تدوین کنندگان قانون اساسی مایل بوده اند به هر دو جزء " جمهوری " و " اسلامی " اصالت بخشند . در واقع آنان در صدد بوده اند نظام جدید را از یکسو بر خواست و اراده ملت و از سوی دیگر بر خواست و اراده فقهای حاکم بنا کنند . در پایان آخرین اصل قانون اساسی یعنی اصل 177 آمده است : "... محتوای اصول مربوط به اسلامی بودن نظام و ابتدای کلیه قوانین و مقررات بر اساس موازین اسلامی و بر پایه های ایمانی و اهداف

¹⁴ قانون اساسی اصل 157 و ماده واحده مصوب 29/2/1362 مجلس شورای اسلامی

جمهوری اسلامی ایران و جمهوری بودن حکومت و ولایت امر و امامت امت و نیز اداره ی امور کشور با اتکا به آرا عمومی و دین و مذهب رسمی ایران تغییر ناپذیر است ."

در عبارت پایانی قانون اساسی به سه رکن تغییر ناپذیر اشاره شده که یک رکن ، مقوم جمهوریت نظام است که آن رکن ، اداره امور کشور با اتکا به آرا عمومی است . دو رکن دیگر مقوم اسلامیت نظام است که عبارتند از :
1- مبتنی بودن قوانین و مقررات بر موازین اسلامی که منظور از آن در اصول متعدد ، فقه و آرا فقها و بطور خاص مبتنی بودن بر آرا فقهای شورای نگهبان است . 2- ولایت امر که منظور از آن رهبری است .

ارکان مورد اشاره تغییر ناپذیر خوانده شده اند . با نگاهی گذرا به عبارت مذکور چنین به نظر می رسد که باید توافقی میان جمهوریت و اسلامیت وجود داشته باشد چرا که هر دو اصل و تغییر ناپذیر خوانده شده اند هر چند که بر اسلامیت در همین عبارت پایانی نیز تاکید بیشتری شده و ارکان آن نسبت به جمهوریت بیشتر است . با مروری بر این عبارت چنین تصور می شود که مردم بر سرنوشت خویش حاکم بوده ، بر اداره امور کشور و قدرت حاکم نظارت دارند . اما آیا به راستی چنین توافقی می تواند با توجه به اصول قانون اساسی به وجود آید ؟ لازمه ایجاد این توازن ، برابری قدرت مردم با قدرت حاکم و عدم تعارض میان اسلامیت و حقوق انسانی ملت است . چنانکه در قانون اساسی آمده ملت حاکمیت خود را با اتکا به آرای خود در انتخابات اعمال می کند . اما همانطور که در بخش پیش بیان شد شورای نگهبان که اعضای آن منصوب رهبری هستند انتخابات را از آغاز تا پایان در کنترل خویش دارد . این شورا قبل از آغاز انتخابات رد و تایید صلاحیت نامزدها را بر عهده دارد ، در طول برگزاری انتخابات بر صندوق ها و شمارش آرا اشراف داشته و اینگونه بر انتخابات ، اعمال نظارت می کند . به علاوه در پایان انتخابات رد و تایید نتیجه شمارش آرا را نیز وظیفه خود می داند . این نحوه نظارت بر انتخابات که مورد انتقاد بسیاری از مردم در طول سالیان گذشته بوده ، تفسیر شورای نگهبان از " نظارت " در اصل 99 است . بدین ترتیب شورای نگهبان " نظارت بر انتخابات " را دخالت در انتخابات تفسیر کرده است . با توجه به این شیوه برگزاری انتخابات ، مردم قدرت مستقل در انتخابات ندارند و عملاً آرا مردم در کنترل کامل قدرت حاکم قرار دارد . لذا رکن " جمهوریت " رکنی ضعیف و از کار افتاده است . و اما بررسی وضعیت اسلامیت نظام نشان میدهد که اسلام برابر با نظر رهبری و فقهای منسوب وی دانسته شده است . زیرا تطبیق قوانین با اسلام و قانون اساسی از یکسو و تفسیر قانون اساسی از سوی دیگر بر عهده شورای نگهبان است که تحت نظارت رهبری عمل می کند . این در حالیست که همواره برخی اسلام شناسان ، فقها و مجتهدین با بعضی نظرات و عملکرد رهبری و فقهای شورای نگهبان مخالف بوده ، آنها را مغایر اسلام دانسته اند . می توان گفت که تفسیر از اسلام نیز محدود به آرای تعدادی انگشت شمار از فقهای صاحب قدرت شده است . این وضعیت ناشی از آنست که تفسیر اسلام ، قانون اساسی ، برگزاری انتخابات و دیگر مقدرات کشور همه بر عهده فقهای وابسته به قدرت نهاده شده است و نه اسلام شناسان و اندیشمندان مستقل . در این میان آنچه که اصالت و برتری یافته نه جمهوریت و نه اسلامیت بلکه رهبری و قدرت اوست که گویا همه اصول قانون اساسی برای قدرت بخشیدن به او وضع شده است . جمع بندی و تحلیل اصول قانون اساسی به ضمیمه تجربه عملی آن در 33 سال گذشته این نتیجه را به دست می دهد که منظور از " نظام " و " جمهوری اسلامی " همانا رهبری است که از آن به " ولایت مطلقه امر " تعبیر شده است . به عبارت دیگر اراده رهبری هم مظهر اراده ملت و هم مظهر اراده

اسلام و خداوند معرفی شده است بر همین اساس انجام همه امور کلیدی از تعیین سیاست های کلی نظام ، نظارت بر حسن اجرای آن ، حل معضلات نظام ، فرماندهی کل نیروهای نظامی و انتظامی، عزل و نصب فقهای شورای نگهبان ، رییس قوه قضاییه ، رییس صدا و سیما ، تنظیم روابط میان قوا و ... تماما به او سپرده شده است.¹⁵ علاوه بر اینکه مفهوم نظام در وجود رهبری خلاصه شده ، برای حفظ آن نیز تدابیری فراقانونی پیش بینی شده است . در بند 8 اصل 110 در شمار وظایف و اختیارات رهبری آمده است : " حل معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیست از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام " این عبارت کلی به رهبری اجازه میدهد که با تفسیر و صلاحدید خود ویا اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام که منصوبان او هستند ، معضلات نظام و راه مقابله با آنها را تعیین کند . از عبارت مذکور می توان چنین فهمید که اعمال راههای غیر قانونی برای حل معضلات نظام مجاز است . موید این برداشت جمله معروف بنیانگذار جمهوری اسلامی است که : " حفظ نظام از اوجب واجبات است " تا آنجا که برای حفظ آن می توان از حقوق مردم ، قوانین و حتا موازین اسلام نیز عبور کرد . در اصل 112 به همین نکته اشاره شده است . در این اصل آمده است که اگر شورای نگهبان مصوبه مجلس را خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن " مصلحت نظام " ، نظر شورای نگهبان را تأمین نکند ، مصوبه مذکور برای تشخیص مصلحت به مجمع تشخیص مصلحت نظام فرستاده می شود . این اصل راه را برای عبور از موازین شرع و قانون اساسی نیز برای تأمین مصلحت نظام گشوده است . در اینجا می توان یک تضاد آشکار را ملاحظه کرد . بدین معنا که جمهوری اسلامی با هدف تحقق موازین اسلامی ، شکل گرفته اما خود به ارزشی فراتر از موازین اسلامی تبدیل شده است تا آنجا که برای حفظ آن می توان از موازین اسلامی و هر آنچه که اسلام بر آن تأکید نموده مانند حفظ جان و حقوق مردم عبور کرد .

اصول 45، 150 و 151 نیز یکی از وظایف اصلی قوای نظامی را حفظ نظام می داند . در اصل 176 نیز در شمار وظایف شورای عالی امنیت ملی آمده است " ... بهره گیری از امکانات مادی و معنوی کشور برای مقابله با تهدیدهای داخلی و خارجی "

و اگذاری تفسیر قانون اساسی ، تشخیص معضلات نظام و انتخاب راه مقابله با آن و نیز تعریف تهدیدات داخلی و مانند آن به قدرت حاکم ، تهدید بزرگی برای حقوق مردم ، آزادی ها و فراتر از آن حاکمیت قانون است . زیرا بدین ترتیب با صلاحدید قدرت حاکم قوانین می تواند در شرایط مقتضی نقض شود و هر گونه رفتار غیر قانونی و سرکوب برای حفظ قدرت فردی و گروهی و یا حفظ نظام جمهوری اسلامی – که تنها یک ساختار سیاسی است و مشروعیت خود را طبق اصل اول قانون اساسی از رای مردم بدست آورده است – توجیه شود .

در اصل 175 آمده است : " در صدا و سیمای جمهوری اسلامی ایران ، آزادی بیان و نشر افکار با رعایت موازین اسلامی و مصالح کشور باید تأمین گردد ... "

عبارت فوق به صراحت موید آنست که آزادی بیان و نشر افکار گوناگون و جریان آزاد اخبار و اطلاعات که از حقوق مسلم مردم است قربانی مصالح کشور و موازین اسلامی می شود که این هر دو (مصالح کشور و موازین

¹⁵ قانون اساسی ، اصل 110

اسلامی) توسط حاکمیت تبیین و تفسیر می شود. از بررسی اصول متعدد به دست می آید که رکن جمهوریت یعنی قدرت ملت رکنی معتبر نیست و تاب ایستادگی و مقاومت در برابر قدرت مطلق حاکم را ندارد و در چنبره این قدرت اسیر و گرفتار است، بلکه قدرت حاکم هرگونه که بخواهد این رکن را تعبیر کرده و به میل خود در میدان سیاست به بازی می گیرد. بدین ترتیب با توجه به بخشهای چهار گانه ی نوشتار حاضر می توان گفت که مفهوم قانون در جمهوری اسلامی مفهوم رایج آن در نظام های دموکراتیک نیست، بلکه برآمده از اراده و صلاحدید قدرت حاکم است. از همین روی در بسیاری از موارد قوانین، نزد کارشناسان و صاحب نظران و حتا عامه مردم از مقبولیت برخوردار نیست. به علاوه اگر چه این بستر قانون و قانونگذاری جای نقد و اشکال فراوان دارد، اما حتا قوانین وضع شده در چنین بستری نیز ضمانت اجرایی لازم را ندارد و حاکمان و دستگاههای حاکمه نه تنها خود را ملزم به اجرای قوانین نمی دانند، بلکه با توجیحات شرعی در شرایط گوناگون بنا بر مصالح حاکمیت، قوانین را به میل خود تغییر داده، تعبیر می کنند. چنانکه بیان شد قانون در جمهوری اسلامی یک قرارداد اجتماعی لازم الاجرا و ملاک تشخیص درست از نادرست شناخته نمی شود. به همین جهت مصالح کشور، مصالح نظام و مصالح حاکمان بر قانون برتری داشته و قانون، سخن قاطع و حرف آخر نیست. امکان فرار از قانون و نقض آن با توجیحات گوناگون وجود دارد و این عوامل، حاکمیت قانون را متزلزل ساخته است.

Dr. Friederike Wapler
-Das Recht auf Gehör bei Gericht
und im Verwaltungsverfahren-

Mein Thema – das „Recht auf Gehör vor Gericht und im Verwaltungsverfahren“ – mag aus der Perspektive des internationalen Rechts überraschend eng erscheinen. Im internationalen Recht ist das Recht auf Gehör kaum einmal gesondert geregelt, sondern erscheint als Teil des allgemeinen Rechts auf ein faires Verfahren (*due process of law*), etwa in Art. 14 Abs. 1 des Internationalen Pakts für bürgerliche und politische Rechte oder in Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention.¹ Nur für das Strafverfahren finden sich in diesen Vorschriften speziellere Regelungen, etwa das Recht, sich selbst zu verteidigen oder das Fragerecht.

Im deutschen Grundgesetz wird das Recht auf ein faires Verfahren aus dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip abgeleitet.² Daneben enthält das Grundgesetz einige einzelne Verfahrensrechte, von denen ich drei kurz nennen möchte:

Verfahrensrechte im Grundgesetz

Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet den Zugang zum Gericht (*Rechtsweggarantie*).³ Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG enthält das *Recht auf den gesetzlichen Richter*.⁴ Damit wird die Unparteilichkeit der Gerichte gesichert. Art. 103 Abs. 1 GG schließlich sorgt dafür, dass diejenigen, die von einem Rechtsstreit betroffen sind, ihre eigene Perspektive im

¹ Art. 14 Abs. 1 IPbPR: „Alle Menschen sind vor Gericht gleich. Jedermann hat Anspruch darauf, dass über eine gegen ihn erhobene strafrechtliche Anklage oder seine zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen durch ein zuständiges, unabhängiges, unparteiisches und auf Gesetz beruhendes Gericht in billiger Weise und öffentlich verhandelt wird. [...]“; Art. 6 Abs. 1 EMRK: „Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. [...]“

² Art. 20 Abs. 3 GG: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“

³ Art. 19 Abs. 4 GG: „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. [...]“

⁴ Art. 101 Abs. 1 GG: „Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.“

Verfahren äußern können: das *Recht auf Gehör*.⁵ Dieses Recht scheint mir besonders interessant, weil in ihm der allgemeine Grundsatz der Gerechtigkeit und Fairness mit einer subjektiven, individualrechtlichen Perspektive verbunden wird.

Ideengeschichte

Ideengeschichtlich geht das Recht auf Gehör in Deutschland auf zwei Wurzeln zurück: Wir finden schon im Mittelalter eine Pflicht des Gerichts, beide Parteien eines Rechtsstreits anzuhören, etwa ab dem 12. Jahrhundert.⁶ Das Gehör erscheint hier als eine objektive Bedingung für einen unparteilichen Prozess und eine gerechte Entscheidung. Die beteiligten Parteien anzuhören, ist also eine notwendige Voraussetzung dafür, dass die Gerichte eine gute, gerechte, weil gut informierte und unparteiliche Entscheidung treffen können.

Aus der Perspektive der Menschen, die von einem Rechtsstreit betroffen sind, geht es beim Recht auf Gehör aber um noch mehr: Sie wollen nicht nur der unparteilichen Weisheit des Gerichts ausgeliefert sein, sondern sie wollen ihre Belange im Rechtsstreit *selbst* zur Geltung bringen und angehört werden. Den betroffenen Menschen Gehör zu gewähren, ist also auch ein Ausdruck von Respekt. Dies ist die menschenrechtliche Dimension des Rechts auf Gehör. Wir finden sie in Amerika und Frankreich im 18. Jahrhundert in den frühen Verfassungen und Menschenrechtserklärungen; in Deutschland in der verfassungsrechtlichen Diskussion etwa ab dem 19. Jahrhundert.⁷ In den Verfassungstext aufgenommen wurde das Recht auf Gehör in Deutschland allerdings erst in das westdeutsche Grundgesetz von 1949, eben in den bis heute geltenden in Art. 103 Abs. 1. Ein Beweggrund dafür lag seinerzeit auch darin, sich von der willkürlichen Justiz des nationalsozialistischen Staates abzugrenzen; man hatte die

⁵ Art. 103 Abs. 1 GG: „Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.“

⁶ Sachsenspiegel, Landrecht, 1. Buch, Art. 62, § 7: „Der Richter soll immer den [vor Gericht stehenden] Mann fragen, ob er seines Vorsprechers Wort gutheiße und zwischen zweier Männer Rede [Rede der beiden Parteien] das Urteil erfragen. Fragt er nach seinem [eigenen] Gutdünken und nicht, wie es das Recht verlangt, so schadet oder nützt er damit weder dem einen noch dem anderen.“ [Übersetzung nach Sachsenspiegel-Online der Herzog-August-Bibliothek Wolfenbüttel, <http://www.sachsenspiegel-online.de/cms/meteor/jbrowser/index.jsp?id=49>, dort Bild Nr. 78. Die Übersetzung findet sich unter „Volltexte“.]

⁷ Vgl. die Bill of Rights, 1791: „No person [...] shall [...] be deprived of life, liberty, or property, without due process of law.“ Siehe zu dieser Entwicklung auch Rüping 1976, 12 ff.; Wesel 1997, Rn. 273.

Hoffnung, auf diese Weise das Vertrauen der Bürger in die Justiz wieder herzustellen. Die menschenrechtliche Dimension des Rechts auf Gehör erscheint in der Systematik des Grundgesetzes als Ausdruck des Respekts vor der Menschenwürde: Niemand darf zum bloßen Objekt eines gerichtlichen Verfahrens gemacht werden.⁸

Berechtigte

Das Recht auf Gehör steht jeder Person zu, die durch ein gerichtliches Verfahren in ihren Rechten betroffen ist. Das sind vor allem die unmittelbaren Prozessbeteiligten, u.U. aber auch Drittbetroffene wie Nachbarn oder Konkurrenten.

Grundsätzlich ist das Recht auf Gehör daran gebunden, dass die Betroffenen verfahrensfähig sind. Geht es um höchstpersönliche Entscheidungen, werden vor Gericht aber auch Personen angehört, die nicht verfahrensfähig sind. Ein Beispiel: Vor dem Familiengericht sind Minderjährige in der Regel mit 14 Jahren verfahrensfähig (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG). Angehört werden Kinder aber auch schon, wenn sie jünger sind (§ 159 FamFG⁹). Dies gilt jedenfalls dann, wenn es um Entscheidungen geht, die für das Kind eine hohe persönliche Bedeutung haben – bei welchem Elternteil oder an welchem Ort sie leben, ob und wie häufig sie einen geschiedenen Elternteil sehen, mit wem sie in die Ferien fahren, ob eine einschneidende Operation durchgeführt werden soll etc. Das Gericht soll dann einerseits ermitteln, was das Kind selbst möchte, um eine gute Entscheidung treffen zu können – das ist wieder die objektive Seite des Rechts auf Gehör. Gleichzeitig ist es aber ein Recht des Kindes, an Entscheidungen beteiligt zu werden, die seine Belange betreffen – dies entspricht den Vorgaben des Art. 12 UN-KRK¹⁰.

⁸ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 9, 89 (95); BVerfGE 55, 1 (6); vgl. Art. 1 Abs. 1 GG: „Die Würde des Menschen ist unantastbar.“

⁹ § 159 FamFG: „(1) Das Gericht hat das Kind persönlich anzuhören, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat. [...] (2) Hat das Kind das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet, ist es persönlich anzuhören, wenn die Neigungen, Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind oder wenn eine persönliche Anhörung aus sonstigen Gründen angezeigt ist. [...]“

¹⁰ Art. 12 UN-KRK: „(1) Die Vertragsstaaten sichern dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife. (2) Zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter

Inhalt

Was den Inhalt des Rechts auf Gehör betrifft, so muss man fragen: Welche Bedingungen müssen in einem Verfahren gegeben sein, damit der Einzelne seine Belange *wirksam* zum Ausdruck bringen kann und das Gericht *alle* beteiligten Standpunkte erfährt? Dazu genügt es nicht, den Beteiligten zu irgendeinem Zeitpunkt Gelegenheit zu geben, etwas zu dem Verfahren zu sagen. Damit die Beteiligten sich *fundierte* äußern können, müssen sie wissen, worum es in dem Verfahren geht und in welchem Stadium es sich befindet. Und damit sie mit ihrer Stellungnahme tatsächlich Einfluss nehmen können, muss das Gericht sie *zur Kenntnis nehmen* und *berücksichtigen*. Das Recht auf Gehör verlangt also die Information, die Gelegenheit zur Stellungnahme und die Beachtung durch das Gericht.¹¹

Information

Das Gericht muss die Beteiligten über wichtige Verfahrensschritte informieren: Einleitung des Verfahrens, Verhandlungstermine, Beweisergebnisse, Anträge etc. Es muss die Beteiligten auch darauf hinweisen, wenn es seiner Entscheidung eine Vorschrift zugrunde legt, die im Verfahren bisher nicht zur Sprache gekommen ist, oder wenn es von seiner ständigen Rechtsprechung abweichen möchte (Verbot von *Überraschungsentscheidungen*).¹² Darüber hinaus wird auch das Recht auf *Akteneinsicht* aus dem Recht auf Gehör abgeleitet (§ 147 StPO, § 100 VwGO¹³).

Nicht ganz einig sind sich die deutschen Rechtswissenschaftler darüber, ob auch das Recht auf einen *Rechtsbeistand* aus Art. 103 Abs. 1 GG folgt. Dafür spricht, dass das

oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden.“

¹¹ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 64, 135.

¹² Vgl. § 265 Abs. 1 StPO: „Der Angeklagte darf nicht auf Grund eines anderen als des in der gerichtlich zugelassenen Anklage angeführten Strafgesetzes verurteilt werden, ohne dass er zuvor auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes besonders hingewiesen und ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben worden ist.“

¹³ § 147 StPO: „(1) Der Verteidiger ist befugt, die Akten, die dem Gericht vorliegen oder diesem im Falle der Erhebung der Anklage vorzulegen wären, einzusehen sowie amtlich verwahrte Beweisstücke zu besichtigen. [...] (7) Dem Beschuldigten, der keinen Verteidiger hat, sind auf seinen Antrag Auskünfte und Abschriften aus den Akten zu erteilen, soweit dies zu einer angemessenen Verteidigung erforderlich ist, der Untersuchungszweck, auch in einem anderen Strafverfahren, nicht gefährdet werden kann und nicht überwiegende schutzwürdige Interessen Dritter entgegenstehen. [...]“; § 100 Abs. 1 VwGO: „Die Beteiligten können die Gerichtsakten und die dem Gericht vorgelegten Akten einsehen.“

Recht in vielen Bereichen so komplex ist, dass Laien jedenfalls in schwierigen Verfahren allein kaum in einen gleichrangigen Dialog mit dem Gericht treten können.¹⁴ Das Bundesverfassungsgericht aber leitet das Recht auf anwaltlichen Beistand nicht aus dem Recht auf Gehör, sondern aus dem allgemeinen Recht auf ein faires Verfahren bzw. konkreter aus dem Gebot der Waffengleichheit ab.¹⁵ Wie auch immer: Das Recht auf Vertretung durch einen Anwalt gilt in Deutschland vor allen Gerichten und auch in behördlichen Verfahren, natürlich vor allem auch im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren.

Äußerung

Das Recht auf Gehör muss in der Regel *vor* der Entscheidung des Gerichts gewährt werden, damit die Äußerung die Entscheidung überhaupt beeinflussen kann.¹⁶ Es muss nicht notwendig mündlich gewährt werden; auch eine schriftliche Stellungnahme kann dem Recht auf Gehör genügen. Sie verbietet sich allerdings, wenn es um Fragen geht, die gerade von der persönlichen Erscheinung eines Beteiligten abhängen, etwa wenn die Ernsthaftigkeit einer Glaubensüberzeugung oder einer Gewissensentscheidung beurteilt werden muss.¹⁷ Es gibt einige wenige Entscheidungen, zu denen *kein* Gehör gewährt werden muss; dies betrifft vor allem Verfahren, in denen es gerade auf den Überraschungseffekt ankommt, z.B. wenn ein Beschuldigter in Untersuchungshaft genommen werden soll und Fluchtgefahr besteht. In diesen Fällen müssen die Betroffenen aber nachträglich die Gelegenheit bekommen, Stellung zu nehmen.¹⁸ Sonst könnte der Hinweis auf „Gefahr im Verzug“ oder allgemein auf die Eilbedürftigkeit einer Sache dazu genutzt werden, Gehörsrechte zu umgehen. Eine Umgehung wäre es auch, unangemessen kurze Fristen zu setzen; die Beteiligten müssen ausreichend Zeit haben, über ihre Äußerung und ihre Prozessstrategie nachzudenken.

¹⁴ Vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz & Dürig 2011, Art. 103 GG, Rn. 103 m.w.N.

¹⁵ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 9, 124 (132); Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE) 51, 111 (112).

¹⁶ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 9, 89 (98); BVerfGE 65, 227 (233 f.).

¹⁷ Bundesverwaltungsgericht, 9.2.2010 – 10 C 13/09, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 2011, 366-370.

¹⁸ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 9, 89 (98).

Berücksichtigung

Schließlich hat ein Recht auf Gehör weder für das Individuum einen Sinn noch fördert es die Unparteilichkeit des Gerichts, wenn das Gericht die Äußerungen nicht zur Kenntnis nimmt. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird beispielsweise diskutiert, ob das Recht auf Gehör verletzt ist, wenn ein Richter in der Verhandlung schläft. Dieser Fall wird aber auch unter dem Gesichtspunkt verhandelt, ob das Gericht ordnungsmäßig besetzt ist, ob also ein schlafender Richter ein „gesetzlicher Richter“ im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist.¹⁹ Wie dem auch sei, die Rechtslage in diesen Fällen lässt sich etwa wie folgt zusammenfassen: Ein fest schlafender Richter verletzt das Recht auf Gehör bzw. das Recht auf den gesetzlichen Richter. Ein Richter, der sichtbar mit dem Schlaf kämpft, verletzt es nicht. Das Recht auf Gehör verlangt also zuallererst, was eigentlich schon aus Gründen der Höflichkeit selbstverständlich sein sollte: dass das Gericht allen Prozessbeteiligten aufmerksam zuhört.

Genau so wichtig aber ist, dass das Gericht die Äußerungen der Beteiligten auch in seiner Entscheidungsfindung berücksichtigt. Hieraus ergibt sich die Pflicht des Gerichts, seine Entscheidungen zu begründen und dabei auf den Vortrag der Beteiligten einzugehen. Denn dies ist die einzige Möglichkeit zu überprüfen, ob das Gericht die Argumente aller Seiten wirklich abgewogen hat. Die Begründungspflicht findet sich in allen deutschen Verfahrensordnungen. Sie wird flankiert von Klauseln, nach denen das Gericht keine Tatsachen und Beweisergebnisse verwerten darf, zu denen die Beteiligten sich nicht äußern konnten.²⁰ Dazu eine neuere Entscheidung aus dem Zuwanderungsrecht:²¹ Ein Mann aus Gambia beantragte Asyl und schilderte, was ihm in seinem Heimatland an politischer Verfolgung widerfahren war. Das Gericht lehnte seinen Antrag in erster Instanz mit der Begründung ab, nach der bisherigen Erfahrung des Gerichts mit Asylbewerbern aus Gambia sei der Vortrag des Mannes unglaubwürdig. Die Entscheidung wurde in zweiter Instanz wegen Verletzung des

¹⁹ Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), 24.1.1986 – 6 C 141/82, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1986, 438; BVerwG, 15.11.2004 – 7 B 56/04 (jurion).

²⁰ Siehe z.B. § 108 VwGO: „(1) Das Gericht entscheidet nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. (2) Das Urteil darf nur auf Tatsachen und Beweisergebnisse gestützt werden, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten.“

²¹ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, 5.7.2011 – A 9 S 1583/11, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 2011, 1115.

rechtlichen Gehörs aufgehoben, weil das Gericht weder in der Verhandlung noch in der Entscheidungsbegründung erklärt hatte, welche Erfahrungen es genau mit Asylbewerbern aus Gambia gemacht hatte. Gerichte müssen also auch offenlegen, mit welchem Vorverständnis sie an einen Fall herantreten, und soweit es nicht um Selbstverständlichkeiten geht, müssen sie auch sogenannte „gerichtsbekannte“ Umstände mit den Beteiligten erörtern.

Rechtsmittel

Ein paar Worte noch zu den prozessualen Mitteln gegen Verletzungen des rechtlichen Gehörs: Wo es möglich ist, kann das Anhörungsrecht in der nächsten Instanz nachgeholt werden. Dies ist nicht unumstritten, weil es dem Betroffenen eine Instanz raubt, aber es ist in Deutschland gängige Praxis. Was aber ist, wenn das Recht auf Gehör in der letzten möglichen Instanz verletzt wird? Bis vor einigen Jahren blieb den Betroffenen in diesen Fällen wenig mehr als die Verfassungsbeschwerde. Im Jahr 2003 urteilte das Bundesverfassungsgericht, dass es in solchen Fällen ein zusätzliches Rechtsmittel geben muss.²² Daraufhin wurde die sogenannte „Anhörungsrüge“ in die Verfahrensordnungen aufgenommen.²³ Wird das Recht auf Gehör in letzter Instanz verletzt, kann der Betroffene eine Rüge bei dem Gericht einlegen, das die letztinstanzliche Entscheidung getroffen hat. Weist das Gericht die Rüge zurück, bleibt immer noch die Verfassungsbeschwerde als letztes Mittel, um das Recht auf Gehör geltend zu machen.

Anhörungsrechte im Verwaltungsverfahren

Das Recht auf Gehör wird nach dem Grundgesetz ausdrücklich nur für Verfahren vor Gerichten gewährt. Dies entspricht der Rechtslage im internationalen Recht. Eine neue Entwicklung kann derzeit aber im Recht der Europäischen Union beobachtet werden: Die EU-Grundrechtecharta, die am 01.12.2009 in Kraft getreten ist, proklamiert ein „Recht auf gute Verwaltung“ (Art. 41 Abs. 1 EU-Charta). Die gute Verwaltung umfasst ausdrücklich ein Recht auf Gehör (Art. 41 Abs. 2); die Vorschrift gilt allerdings nur in Verfahren bei den Institutionen der EU, nicht unmittelbar in den Mitgliedstaaten.

²² Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 107, 395.

²³ Gesetz über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Anhörungsrügensgesetz) v. 14.12.2004, Bundesgesetzblatt (BGBl.) 2004, 3220.

In Deutschland aber besteht schon seit Jahrzehnten Einigkeit darüber, dass es Anhörungsrechte auch im Verwaltungsverfahren geben muss (§ 28 VwVfG²⁴). Gegenüber dem Gehör vor Gericht bestehen allerdings einige Einschränkungen: Anhörungsrechte hat im Verwaltungsverfahren nur, wer durch die Entscheidung in seinen Rechten beeinträchtigt würde.²⁵ Ist das Ergebnis für den Adressaten positiv, wird etwa eine Genehmigung erteilt, muss die Behörde ihn nicht anhören. Stellt jemand einen Antrag auf eine solche Leistung und lehnt die Behörde diesen Antrag ab, so muss nach der Rechtsprechung ebenfalls nicht angehört werden; dies ist allerdings streitig, weil die Ablehnung eines Antrags faktisch durchaus nachteilige Wirkungen auf den Betroffenen hat.²⁶

Im Verwaltungsverfahren gibt es zudem deutlich mehr Fälle, in denen das Recht auf Gehör beschränkt werden darf. Eine große Fallgruppe sind polizeiliche Maßnahmen: Wenn die Polizei jemanden vorläufig festnimmt oder eine Schlägerei trennt, muss sie die Betroffenen in der Regel vorher nicht anhören.

Im Übrigen hat es selten ernsthafte Konsequenzen, wenn eine Behörde Anhörungsrechte verletzt, weil dieser Verfahrensfehler geheilt werden kann (§ 45 VwVfG²⁷): Die Anhörung kann im bis ins verwaltungsgerichtliche Verfahren hinein nachgeholt werden. Das heißt: Was die Verwaltung versäumt, kann das Gericht korrigieren, indem es die Beteiligten anhört. Diese Regelung ist in Deutschland allerdings umstritten. Viele Rechtswissenschaftler halten sie für verfassungswidrig oder meinen jedenfalls, dass sie restriktiv ausgelegt werden muss.²⁸ Denn wenn die Anhörung noch im Gerichtsverfahren nachgeholt werden kann, so lädt dies die Verwaltung gewissermaßen dazu ein, mit dem Recht auf Gehör unaufmerksam umzugehen. Eine Verfahrensgarantie

²⁴ Art. 28 Abs. 1 VwVfG: „Bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, ist diesem Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern.“

²⁵ Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE) 66, 184.

²⁶ Für ein Anhörungsrecht z.B. Ritgen, in: Knack & Henneke 2010, § 28 VwVfG, Rn. 8.

²⁷ § 45 VwVfG: „(1) Eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 44 nichtig macht, ist unbeachtlich, wenn 1. der für den Erlass des Verwaltungsaktes erforderliche Antrag nachträglich gestellt wird; 2. die erforderliche Begründung nachträglich gegeben wird; 3. die erforderliche Anhörung eines Beteiligten nachgeholt wird; 4. der Beschluss eines Ausschusses, dessen Mitwirkung für den Erlass des Verwaltungsaktes erforderlich ist, nachträglich gefasst wird; 5. die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird. (2) Handlungen nach Absatz 1 können bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden.“

²⁸ So z.B. Mayer, in: Knack & Henneke 2010, § 45 VwVfG, Rn. 45.

aber, deren Verletzung für die Verpflichteten ohne Folgen bleibt, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht viel wert – dies gilt natürlich nicht nur für das Recht auf Gehör.

Zitierte Literatur

Meyer, Hubert. 2010. Kommentierung in: Hans Joachim Knack & Hans-Günther Henneke (Hg.). *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG). Kommentar*. 9. Aufl. Köln: Heymanns.

Ritgen, Klaus. 2010. Kommentierung in: Hans Joachim Knack & Hans-Günther Henneke (Hg.). *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG). Kommentar*. 9. Aufl. Köln: Heymanns.

Rüping, Hinrich. 1976. *Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren*. Berlin: Duncker & Humblot.

Schmidt-Aßmann, Eberhard. 2011. Kommentierung in: Theodor Maunz & Günther Dürig (Hg.), *Grundgesetz*. Bd. 1, 61. Ergänzungslieferung 2011, München: Beck.

Wesel, Uwe. 1997. *Geschichte des Rechts: Von den Frühformen bis zur Gegenwart*. München: Beck.

Für den **Rechtsvergleich** siehe auch:

Ellisie, Hatem. 2010. Rule of Law in Islamic modeled States, in: Matthias Koetter & Gunnar Folke Schuppert (Hg.), *Understandings of the Rule of Law in various Legal Orders of the World*, Rule of Law Working Paper Series Nr. 13, [http:// wikis.fu-berlin.de/download/attachments/69533704/Ellisie+Islamic+modeled+States.pdf](http://wikis.fu-berlin.de/download/attachments/69533704/Ellisie+Islamic+modeled+States.pdf).

Senior-Faress, Mina. 2003. *Rule of Law and Fair Trial. Collected papers from the second round table under the EU-Iran human rights dialogue Brussels, 14-15 march*, Copenhagen: Institut for Menneskerettigheder.

Tabari, Keyvan. 2007. The Rule of Law and Politics of Reform in Post-Revolutionary Iran, in: Said Amir Arjomand (Hg.). *Constitutionalism and Political Construction*. Leiden: Brill, 115-138.

Ders. 2003. Nation-Building, Modernization and Postcolonial Reconstruction: The Rule of Law and the Politics of Reform in Post-Revolutionary Iran, *International Sociology* 18, 96-113.

Dr. Silvia Tellenbach

-Grundlegende Anforderungen an einen rechtsstaatlichen Strafprozess-

Rechtsstaatlichkeit bedeutet nach der Definition des Staatsrechtslehrers Klaus Stern die Ausübung staatlicher Macht auf der Grundlage von verfassungsmäßig erlassenen Gesetzen mit dem Ziel der Gewährleistung von Menschenwürde, Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit.¹

Rechtsstaatlichkeit kann, wie diese Definition schon erkennen lässt, eine Reihe unterschiedlicher Ausprägungen haben, die sowohl verfahrensmäßiger wie inhaltlicher Art sein können. Verfahrensmäßig bedeutet sie, dass die staatliche Gewalt in allen ihren Erscheinungsformen an das Gesetz gebunden ist. Dieses muss aber seinerseits bestimmten inhaltlichen Anforderungen Genüge leisten, nämlich den zentralen Werten von Menschenwürde, Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit. Wie das im Einzelfall zu verwirklichen ist, ergibt sich nicht allein aus dem Grundgesetz und aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, sondern wird durch die Rechtsprechung nicht nur der Strafgerichte, sondern auch des deutschen Verfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte konkretisiert. Das deutsche Recht kennt nämlich ähnlich wie die Europäische Menschenrechtskonvention das Institut der Verfassungsbeschwerde (Art. 90 BVerfGG), die es nur in wenigen Staaten gibt.² Sie gibt jedem Bürger das Recht, sich an das Verfassungsgericht zu wenden, wenn er sich durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte verletzt sieht und er zunächst den Rechtsweg ausgeschöpft hat. Dadurch kommt auch das Verfassungsgericht relativ häufig dazu, sich zu strafprozessrechtlichen Fragen zu äußern.

Im Folgenden soll skizziert werden, wie sich das Gebot der Rechtsstaatlichkeit auf den Strafprozess auswirkt. Dabei ist natürlich aus Zeitgründen eine Auswahl zu treffen, wobei das Gewicht hier überwiegend auf die Situation des Beschuldigten gelegt werden soll. Das Strafprozessrecht muss zum einen die Gesellschaft vor dem Verbrecher

¹ Stern, Kap. 20 III 1, S. 781.

² Beispielsweise in Spanien. In der Türkei ist die Einführung für 2012 vorgesehen.

schützen (Ermächtigungsfunktion oder Verpflichtungsfunktion). Zum anderen aber muss es den Einzelnen vor dem Strafrecht schützen (Garantiefunktion). In Erfüllung dieser Aufgaben hat es die materielle Wahrheit zu ermitteln, muss also auch zur Auffindung der materiellen Wahrheit tauglich sein, ferner hat es für die Durchsetzung der Gerechtigkeit und des Rechtsfriedens zu sorgen.³ Freilich können die Rechte eines Beschuldigten und die Rechte anderer Beteiligten, beispielsweise des Opfers oder der Gesellschaft auch im Namen des Rechtsstaats miteinander kollidieren. Dann ist es die Sache der Gerichte einen sorgsam abgewogenen Ausgleich zu finden.⁴

Eine wichtige Ausprägung des Rechtsstaatsgedankens liegt darin, dass das Handeln staatlicher Behörden berechenbar sein muss, dass es also an Gesetze gebunden ist und nicht auf Willkür oder gar Zufall beruhen darf. Grundlage eines jeden Strafprozesses ist der Anfangsverdacht, dass der Beschuldigte eine Strafvorschrift verletzt hat. Ein zentrales Erfordernis ist hier das Gebot, dass keine Strafe ohne ein Gesetz ergehen darf, das auf verfassungsmäßige Weise zustande gekommen ist, also das Prinzip des *nullum crimen, nulla poena sine lege* (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB).⁵ Hält der Gesetzgeber ein Verhalten für strafwürdig, so muss er das in einem Gesetz festlegen. Dabei muss er allerdings dem ultima ratio-Prinzip folgen und darf eine Strafvorschrift nur dann erlassen, wenn kein milderes Mittel zum Schutz des Rechtsguts möglich ist.⁶

Dieses Gesetz muss dem Bürger klar und eindeutig sagen, was er nicht tun darf oder auch in manchen Fällen, was er tun *muss*. Ferner müssen die Konsequenzen des Zuwiderhandelns benannt werden. Das bedeutet jedoch nicht, dass für eine Straftat nur eine einzige Strafe bestimmt werden darf. Es ist vielmehr möglich, für die Konsequenzen einen Strafraum festzulegen, also beispielsweise, dass ein Diebstahl eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe nach sich zieht (§ 242 StGB). Aber das Gericht muss in seinem Urteil die Höhe der verhängten Strafe genau begründen.

³ Zu den Gemeinwohlbelangen bei der Strafverfolgung vgl. im Einzelnen *Niemöller*, RdNr.12-16.

⁴ Zum Spannungsverhältnis zwischen diesen Zwecken vgl. *Schwarz*, S. 334.ff.

⁵ Zum Gesetzlichkeitsprinzip und seinen Ausprägungen hier und im folgenden *Zuck*, ZAP Fach 19 - 704-706.

⁶ Hierzu *Niemöller*, RdNr. 6-8.

Das Gericht muss gegebenenfalls den Wortlaut eines Gesetzes auslegen; der noch mögliche Wortsinn markiert hier aber die äußerste Grenze zulässiger Auslegung.⁷ Das Gericht selbst kann keine Strafnorm schaffen. Es darf auch keine bestehende Strafnorm durch Analogie ausweiten. Mit anderen Worten: Analogie zu Ungunsten des Täters ist verboten. Selbst wenn das Gericht das Verhalten eines Angeklagten nach allen sittlichen und moralischen Grundsätzen für verwerflich hält, aber keine Strafnorm besteht, die auf das Verhalten des Angeklagten anzuwenden ist, dann muss es diesen freisprechen. Es kann nicht etwa aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder aus Regeln des Kirchenrechts oder des Völkerrechts Strafnormen ableiten. Wohl aber ist die Anwendung von Analogie *zugunsten* des Täters zulässig.⁸

Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde (§ 1 StGB). Die Strafvorschrift muss zur Zeit der Begehung der Straftat in Geltung gewesen sein (§ 2 Abs. 1 StGB). Wurde sie erst nach der Tat erlassen, so darf sie nicht auf den Angeklagten angewendet werden. Hat aber ein Gesetz zur Zeit der Straftat bestanden, das auf den Angeklagten anwendbar war und wurde es später aufgehoben, so kann er ebenfalls nicht mehr danach bestraft werden. Haben zur Tatzeit und zur Urteilszeit unterschiedliche Strafdrohungen bestanden, so ist diejenige Vorschrift anzuwenden, die für den Angeklagten günstiger ist (§ 2 Abs. 3 StGB).⁹

Eine weitere Ausprägung des Rechtsstaats ist das Prinzip des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 GG). Bei jedem strafrechtlichen Verfahren muss im Voraus feststehen, vor welchem Gericht es zu führen ist. Dafür ist durch gesetzliche Regelungen und durch Geschäftsordnungspläne in den Gerichten Vorsorge zu treffen. Diese Regelung dient dazu, die Objektivität des Verfahrens sicher zu stellen und Manipulationen und sachfremde Einflüsse bei der Bestimmung des Gerichts zu vermeiden. Ferner soll sie auch dem Vertrauen der Rechtssuchenden und der Öffentlichkeit in die Gerichte dienen. Ein Richter muss von äußeren Beeinflussungen unabhängig und gegenüber den Parteien unparteiisch sein.¹⁰ Er darf nicht befürchten müssen, sein Amt zu verlieren oder an eine

⁷ *Fischer*, § 1 RdNr. 10 mit weiteren Nachweisen.

⁸ *Fischer*, RdNr. 10a.

⁹ Zum Gesetzlichkeitsprinzip *Niemöller*, RdNr. 9.

¹⁰ Zum gesetzlichen Richter *Schwarz*, 338.

andere Stelle versetzt zu werden, wenn er ein Urteil spricht, das dem Staat nicht genehm ist.

Der Strafprozess hat die grundlegenden Rechte des Beschuldigten zu wahren. Dabei steht an erster Stelle dessen Menschenwürde. Das bedeutet, dass der Prozess ihn nicht zum Objekt des Verfahrens herabwürdigen darf, sondern ihm die Möglichkeit geben muss, seine Interessen und Sichtweisen zu artikulieren. Heute wird hier, besonders unter dem Einfluss von Artikel 6 Europäischen Menschenrechtskonvention, von dem Erfordernis eines fairen Strafverfahrens gesprochen.¹¹ Aus dem Grundgesetz lässt sich der Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht (Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 2 Abs. 1 GG) herleiten.¹²

Für den Beschuldigten gilt die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK). Er muss also solange als unschuldig angesehen werden, bis ihm die Tat und seine Schuld nachgewiesen und er aufgrund dessen rechtskräftig verurteilt worden ist.¹³ Die Unschuldsvermutung hat nicht nur das Gericht, sondern auch schon die Staatsanwaltschaft bei ihren Ermittlungen zu berücksichtigen. Sie darf nicht nur einseitig die Umstände sammeln, die den Angeklagten belasten, sondern hat auch die Umstände zu ermitteln und zu bewerten, die für seine Entlastung sprechen (§ 160 Abs. 2 dtStPO).

Die Unschuldsvermutung bedeutet auch, dass der Beschuldigte während des Verfahrens keinen Praktiken unterzogen werden darf, die im Ergebnis bereits auf eine Strafe hinauslaufen.¹⁴ Wer ohne zwingenden Grund so lange in Polizeihaft und Untersuchungshaft gehalten wird, dass derweilen sein Geschäft zugrunde geht, ist so gut wie bestraft, selbst wenn er hinterher frei gesprochen wird.

Zu den wichtigsten Grundsätzen eines fairen Verfahrens zählt, dass der Beschuldigte nicht bloß Objekt des Verfahrens,¹⁵ sondern als Verfahrensbeteiligter Subjekt mit eigenen Rechten und Pflichten ist, das durch sein Handeln den Gang des Verfahrens

¹¹ Zum Grundsatz des fairen Verfahrens gem. Art. 6 EMRK *Frowein/Peukert*, Art. 6.

¹² BVerfGE 57,250,274, *Zuck*, Fach 19-704, 711f., *Meyer-Gößner*, Einl. RdNr. 19.

¹³ Zur Unschuldsvermutung vgl. *Niemöller*, RdNr.24.

¹⁴ Vgl. *Schwarz*, 337.

¹⁵ *Zuck*, Fach 19- 713.

beeinflussen, insbesondere bei einer Beweisaufnahme in einer öffentlichen Hauptverhandlung die gegen ihn erhobenen Vorwürfe entkräften kann. Im Strafverfahren muss Waffengleichheit zwischen der Staatsanwaltschaft als Anklagebehörde und dem Beschuldigten beziehungsweise Angeklagten herrschen.¹⁶

Der Beschuldigte hat das Recht, zum Tatvorwurf zu schweigen und nicht zur Sache auszusagen.¹⁷ Niemand darf ihn zwingen, eine Aussage zu machen und sich womöglich selbst zu belasten. Das ergibt sich aus der Menschenwürdegarantie in Art. 1 und dem Freiheitsrecht in Art. 2 des Grundgesetzes.¹⁸ Folter und Misshandlung, in Art. 104 Abs.1 GG verboten, verstoßen gegen die Menschenwürde, auf deren Achtung auch derjenige Anspruch hat, der einer Straftat verdächtig ist.¹⁹ Auch Mittel wie zum Beispiel Ermüdung, Täuschung, Hypnose, ferner körperliche Eingriffe, Verabreichung von Mitteln aller Art, Quälerei oder das Versprechen eines Vorteils sind nach § 136 a dtStPO verboten.²⁰ Aussagen, die unter Verstoß gegen dieses Verbot zustande gekommen sind, dürfen im Strafprozess ausnahmslos nicht verwertet werden.²¹

Andererseits muss der Beschuldigte ein Recht auf umfassendes rechtliches Gehör haben (Art. 103 I GG)²² – wir haben dazu eben schon einen Vortrag gehört, aber ich möchte noch einmal hervorheben, was das im Strafprozess bedeutet. Der Beschuldigte muss das Recht haben, seine Position deutlich zu machen. Dazu ist ihm als erstes die Möglichkeit zu bieten, sich in jeder Phase des Strafverfahrens sachkundigen Rats zu bedienen, also einen Verteidiger zu haben (§ 137 Abs.1 dtStPO).²³ Nach älteren Gesetzbüchern bestand oft noch kein Recht, sich im Ermittlungsverfahren der Hilfe eines Anwalts zu bedienen.²⁴ Mittlerweile hat sich die Einsicht durchgesetzt, dass viele, möglicherweise irreversible Weichenstellungen bereits im polizeilichen oder staatsanwaltlichen

¹⁶ Niemöller, RdNr. 21, *Schwarz*, 339f..

¹⁷ Angaben zu seiner Person kann er jedoch nicht verweigern.

¹⁸ Niemöller, RdNr. 18.

¹⁹ Meyer-Goßner; § 136 a dtStPO, RdNr. 1.

²⁰ Meyer-Goßner, § 136a dtStPO, RdNr. 6-11.

²¹ Meyer-Goßner, § 136a dtStPO, RdNr. 27. Vgl. dazu den Fall des Frankfurter Vize-Polizeipräsidenten Daschner, der einen Beschuldigten mit Folter bedroht hat, in der Erwägung, dadurch das Leben eines Kindes retten zu können, dessen Entführung dem Beschuldigten vorgeworfen wurde. Siehe dazu die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte 5. Sektion, vom 1.6.2010, AZ 22978/05, EuGRZ 2010, 417-444.

²² Vgl. dazu Meyer-Goßner, Einl., RdNr.23ff, *Zuck*, Fach 19-713, *Schwarz*, 339.

²³ *Zuck*, Fach 19-714 mit weiteren Nachweisen.

²⁴ Beispielsweise im französischen Code d'instruction criminelle von 1808, siehe *Pfützner/Adams/Neumann* S. 264ff.

Ermittlungsverfahren erfolgen und dass es darum dringend notwendig ist, dem Beschuldigten das Recht auf einen Verteidiger bereits von Anfang des Verfahrens an zu gewähren. Mit dem Verteidiger muss der Beschuldigte jederzeit sprechen und korrespondieren können, ohne dass diese Kommunikation überwacht wird. Ferner muss der Verteidiger, um seine Aufgabe umfassend erfüllen zu können, Zugang zu allen verfahrenserheblichen Informationen haben. Das bedeutet vor allem ein frühzeitiges und möglichst umfassendes Einsichtsrecht in die Akten, das nur aus zwingenden Gründen eingeschränkt werden kann, § 147 dtStPO, nämlich nur während des Ermittlungsverfahrens, wenn das Einsichtsrecht den Untersuchungszweck gefährden könnte.²⁵

In einer Zeit, in der viele Menschen in anderen als ihren Geburtsländern leben, hat auch die Frage der Sprache höheres Gewicht gewonnen. Ein Beschuldigter kann seine Rechte nur wahrnehmen, wenn er sich sprachlich präzise und auch in Einzelheiten verständlich machen kann. Daher hat er ein Recht auf einen kostenlosen Dolmetscher, wenn er der Gerichtssprache nicht ausreichend mächtig ist (Art. 6 Abs. 3 lit.a und e EMRK). Ein Haftbefehl ist ihm in einer für ihn verständlichen Sprache zu übergeben (§ 114a dtStPO). Ausländische Staatsangehörige haben ein Recht darauf, dass die diplomatische Vertretung ihres Heimatlands informiert wird. Darüber sind sie ausdrücklich zu belehren (§ 114 b dtStPO).

Die Freiheit der Person ist eine weitere wichtige Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips.²⁶ Sie bedeutet, dass auch während des Strafverfahrens Freiheitsentziehungen nur äußerst sparsam angeordnet werden dürfen. Nur wenn der verfassungsrechtlich zulässige Zweck nicht anders zu erreichen ist, kann sie angeordnet werden und zwar grundsätzlich nur durch den Richter und nur bei Vorliegen eines dringenden Tatverdachts und eines Haftgrunds (§ 114 dtStPO). Festnahmen durch die Polizei sind nur vorläufig möglich und der Festgenommene muss unverzüglich, das heißt ohne schuldhaftes Zögern und jedenfalls während einer kurz bemessenen Frist von einem Tag dem Richter zur Entscheidung vorgeführt werden (Art. 104 GG, § 128 Abs.1 dtStPO). Eine persönliche

²⁵ Die Einsicht in Protokolle über eine Vernehmung des Beschuldigten und über Ermittlungshandlungen, bei denen der Verteidiger ein Anwesenheitsrecht hat, sowie in Sachverständigengutachten darf nie verweigert werden.

²⁶ Vgl. dazu Zuck, Fach 19 - 708-710, Schwarz, 338.

Gegenüberstellung mit dem Richter ist geboten, ebenfalls um dem Beschuldigten die Möglichkeit zu geben, seine Position zu vertreten und dem Richter die Möglichkeit zu geben, sich aus eigener Anschauung ein Bild von dem Beschuldigten zu machen.

Als letztes sei hier das Verbot der Doppelbestrafung genannt, der Grundsatz, der als *ne bis in idem* oder auch als *non bis in idem* bekannt ist. Ist wegen einer Straftat ein Urteil ergangen, sei es eine Verurteilung oder sei es ein Freispruch, so darf wegen dieser Tat kein zweites Strafverfahren stattfinden (Art. 103 Abs. 3 GG).²⁷

Literaturhinweise

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Aufl. München 2012.

Frowein, Jochen Abr./Peukert, Wolfgang, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. Kehl 2009.

Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 54. Aufl. München 2011.

Niemöller, Martin, Strafgerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas/Dollinger, Franz-Wilhelm (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl. München 2005, S. 107-128.

Pfützner, Peggy/Adams, Sabine/Neumann, Leveke, Rahmenbedingungen, Vorgaben, Grundlagen und Entwicklung des Strafrechts in Frankreich, in: Ulrich Sieber/Karin Cornils (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung: Allgemeiner Teil – Teilband 1, Freiburg-Berlin 2009, S.191-276.

Schwarz, Kyrrill-A., Verfassungsgewährleistungen im Strafverfahren, JURA 2007, 334-342.

Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I., Begriffe und Grundlagen des Staatsrechts Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl. München 1984.

Zuck, Rüdiger, Die spezifisch verfassungsrechtlichen Gewährleistungen eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens, ZAP - Zeitschrift für die Anwaltspraxis Fach 19, 703-718 (Nummer 10 v. 15.05.2009).

²⁷ Zuck, Fach 19 - 707f.

Dr. Mansour Rahmdel

-The right to counsel in Iranian criminal justice system-

Introduction

‘The right to counsel embraces a number of protections: the right to representation in criminal proceedings which may lead to incarceration; the right to be free from governmental interference in the attorney-client relationship; the right to representation at all "critical stages" of the prosecution; the right to be free from representation by counsel laboring under an actual conflict of interest; and the right to competent defense counsel. In all of these cases, the central inquiry is whether the defendant tried fairly. If he or she was, the inquiry ends, for no violation has been stated’. (Joe Margulies, pp. 673-725) But, the present paper only discusses the matter from the view point of having a lawyer.

Iran has joined the international covenant on civil and political rights and according to article 9 of Iranian civil law the international treaties are like notional laws and have the same force. ‘The term "legal assistance" is used in the United Nations text instead of a term such as ‘counsel’ to make it clear that the accused has a right to representation not only by a lawyer but by anyone to whom he cares to entrust his case.’ (David Harris, pp. 352-378.)

The need for defendants to be legally represented in criminal cases is perhaps so obvious that the fact that lawyers may be seen giving advice hardly seems to require explanation. The reason is that the power of the state is so clearly superior to the defendant that he/she needs help against the mistakes and wrongdoing. The appearance of lawyers in criminal cases on a routine basis has been a feature of Iranian criminal justice system since one hundred years ago. (Jalaladdin Madani, p. 270.) It is recognized that the growth in criminal legal aid during the past years was widely related to a major expansion in the size of the legal profession.

If the prosecutor has many possibilities to prove his claim, the accused should have the same possibilities and facilities. One of the most important possibilities is having a counsel, to whom the accused can refer and he as an expert can present the claim of the accused rightly and defend him according to legal rules and principles.

So, it can be said that if the end of justice and spirit of justice is fairness, each side should have equal opportunity to prepare its own case and to lay evidence fully, freely and fairly before the court. This necessarily involves preparation. Such preparation is far more effective from the point of view of justice, if it is made with the aid of skilled legal advice.

The right to counsel in the Constitution

According to article 35 of the Constitution: 'Both parties to a lawsuit have the right in all courts of law to select an attorney, and if they are unable to do so, arrangements must be made to provide them with legal counsel'.

So, it seems that the right to counsel and to be defended by a lawyer is a constitutionally guaranteed right of the accused. This article has considered two dimensions of the right:

- 1) The accused can afford having a counsel and he himself appoints his lawyer,
- 2) He cannot afford to pay for the lawyer and he goes undefended. In the latter case the court is required to go into the cause and if on account of poverty he is unable to engage a lawyer, he shall be assigned a lawyer at the expense of the state. If a defendant is too poor to hire an attorney, "though he be not guilty, he faces the danger of conviction because he does not know how to establish his innocence."
(Pamela S. Karlan, pp. 670-724.)

It is clear that 'the principle of equality of arms and/or fair trial would be violated if one failed to provide a party who did not have sufficient financial resources with free legal aid in order to place him on an equal footing with the other party, represented by a party. This can also cause problems as regards the right of access to the courts, as the court has already observed on one occasion.' (European Commission for Democracy through law, P. 16.)

The right to information about having a lawyer

'According to the case law of ECtHR the right to contact a legal advisor – as part of the general right to legal assistance which is covered by Art. 6§3b and c ECHR-arises immediately upon arrest. (Taru Spronken, Gert Vermeulen, Dorris de Vocht and Laurens Van Puyenbroeck, P. 16.)

In Iranian criminal justice system, there is no legal obligation to inform the suspect of his right to legal assistance on his choice or free of charge. Article 35 of the Constitution only refers to the right of counsel, and the statutes have referred to it with some details, but none of the police officers or judges has any obligation of informing the suspect or accused to have a counsel. But, if he accused who has been informed of his/her right to counsel, the judges have an obligation to accept him as a lawyer of the accused.

When does the right to defense begin?

Iranian Constitution has not referred to the start point of having a right to counsel. It seems that as:

- 1) It has not been forbidden in the Constitution and as article 32 of the Constitution explicitly refers to the right of the accused to know the cause of his arrest immediately after arrest,
- 2) Article 128 of the criminal procedure code refers to the right of the accused to have a lawyer,
- 3) Item 3 of the law of protection of legitimate freedoms and the rights of citizens the prosecution offices and the courts are obliged to supply the possibility of having access to the lawyer, (ratified on 11 May 2004)

It seems that the right to have a lawyer begins from the moment that the accused is informed of his/her charge by summon or when he is arrested. In other words, whatever has not been forbidden is regarded as admissible.

The right to counsel in the primary investigation

In the primary investigation process article 128 of the ICPC allows the accused to have only one lawyer.¹ Because of the density of files referred to every investigation judge or

¹ The accused can have a counsel accompanying him. The counsel without interfering with the investigation, can state his/her words in order to detect the truth, defending the accused or performance of the law. His/her words should be recorded in the in the process verbal.

Note: In cases which the subject is secret or attendance of any person other than the accused is leading to the corruption, and in crimes against security of the country, presence of counsel needs the permission of the court.

interrogator, most part of the investigation is done by police officers. The police have always recognized that at this point of the process suspects are at their most vulnerable point and the prospects of obtaining a confession from them greatest. So, they prefer the accused not to have a lawyer. The problem is that, according to article 128 the lawyer is not allowed to interfere with the investigation, but he/she can only mention some points in defending his client or not infringement of his rights by the judge after the investigation is finished. In construing the phrase 'after finishing the investigation' there is a difference between interrogators and there is no common idea in this field. Some of them believe that it means the whole investigation and when the file is ready to get the final defense from the accused and issue the indictment, whereas some others believe that it refers to the investigation that is done in every session that the accused attends at the prosecution office. So, it is clear how the situation in the police station is. In practice, the police officers do not allow the lawyers to defend their client at the police station and ask them to refer to the investigation judge.

The note of this article has imposed much more restrictions upon the right to counsel. According to this note the judge can prevent the lawyer to attend at the investigation session:

- 1) When his presence is leading to the corruption,
- 2) When the case is secret,
- 3) In crimes against security of the country.

In the third state the definition is somehow clear and every lawyer has some information about it by looking at the penal code, but the concept of corruption and secret is very broad and the judge construes them. His interpretation can lead to injustice. Some believe that item 3 of the law regarding the right to counsel ratified in 1990 which has referred to the right to counsel in the stage of primary investigation without referring to the restrictions mentioned in article 128 (note) has implicitly abolished the note of article 128. (Ali Khaleghi, p. 151.) But, ratification of article 130 of the forth program for economic, social and cultural development in 2004 in which the legislature has repeated the same restrictions, indicates of no changes in this field.

In fact, the judge who deprives the lawyer of attending at the session should justify his decision, but as there is not any criteria to adapt to, the way is always open to the judges to prevent the lawyers to attend the session. In practice, it could happen in political

cases and crimes which outrage the public feelings like rape or other sexual crimes. Regarding the political crimes the argument is that perhaps the lawyer asks his/her client not to tell the truth and not to confess and regarding the crimes which could outrage the public feelings like sexual crimes in Iranian culture, the judge may ask the accused or the victim some private questions.

In special courts for clergymen, the accused is not allowed to have a non-clergyman lawyer. According to the note 1 to the law regarding the right to counsel ratified in 1990, in special courts for clergymen the court will give a list of clergymen lawyers and the accused can appoint one of them as his lawyer. So, the accused is not allowed to determine whoever he likes.

Right to refuse

Here the point is that whether the accused can waive to have a counsel. This question is posed in cases in which the trial should be done in the presence of a lawyer. For example, according to note 1 of article 186 of the ICPC in crimes which require death penalty or life imprisonment attendance of the lawyer at the main trial session is necessary and according to note 2 of the law regarding the right to counsel, trials without attendance of the lawyer are invalid, (Iranian supreme court has abolished some verdicts because of breaching of the right to counsel. For example in a kind of verdict s numbered 71/62 and 119/65 and 15 which are like a law and should be followed in similar cases the supreme court abolished the verdicts. Mahdi Kamalan, pp 329 and 401.) but second part of note 1 of article 186 (ICPC) allows the accused to waive his right to have a lawyer in sexual crimes which carry death penalty. But, it seems that allowing the accused to waive his right is not correct. 'The reason is that criminal matters relate to the society and public order. The lawyer, in fact, defends the law and the society and follows right performance of the law. So, the accused cannot interfere with the defense of the society and right performance of the law.' (Mahmoud Akhondi, p. 190.).

The point is that if it is right to have a counsel and it is up to the owner of a right whether to use or to waive it and if a right could be waived, why note 1 of article 186 of the ICPC does not allow the accused to waive his right in other cases which do not carry capital punishment or life imprisonment?

It seems that in crimes which carry capital punishment or life imprisonment because of the importance of the crimes the legislator does not allow the owner of the right to waive his right. So, it does not change its nature, it is likewise a right, but a kind of right which could not be waived. So, in these cases it could not be argued that choice of legal assistance of a lawyer is a personal matter of the accused. If he is not interested in being represented by a lawyer no one can impose a lawyer upon him, but from the legislator's view point in these cases preparation of defense is far more effective from the point of view of justice, if it is made with the aid of skilled legal advice- advice so valuable that in the gravest of criminal trials, when life or death is at stake, the very state which undertakes the prosecution of the accused also provides him, if poor, with such legal assistance. So, 'the duty of providing a legal counsel for the defense of the accused which is cast upon the State flows from the unique form of judicial relationship that exists between the individual and the social is state.' (Manjula Batra, p. 63)

If the accused is being represented by a lawyer who is not his own choice, but appointed by the court whether in crimes which carry capital punishment or other crimes, the accused has a right to ask the court to alter him as has been referred to it in article 187 of the ICPC. This article has allowed the accused to refuse to accept the appointed lawyer when he reasonably thinks that the lawyer could not realize his benefits. For example, if the appointee is a relative of the second party of the lawsuit, or the second party is a servant of the lawyer or the lawyer is a heir of the second party or has declared his opinion about the case as an expert or judge or witness or referee or he has a favor in the case or he had himself a criminal or civil lawsuit with the accused.

The right to counsel in the courts

The accused must have confidence in his lawyer. So, he has a right to choose a lawyer himself. Usually the accused choose their lawyers and they can so easily rely on the lawyers who are their own choice. It is clear that the chosen lawyer is an acceptable lawyer for the accused which can help him more effectively than the lawyer who is appointed by the court and in fact 'the right to assistance of counsel means the right to effective assistance'. (Virginia Law Review, pp. 1005-1006.) Although, the problem of ineffective representation may arise even when the defendant has engaged his own attorney. (The University of Chicago Law Review, pp. 718-725) But, in case the accused cannot afford to pay the fee, he should inform the court of his inability.

ICPC gives courts a power to grant legal aid to penurious defendants on trial on indictment on their request. (article 186 of ICPC) So, the court does not grant legal aid without his/her request. In fact, while the obligation that legal aid for trials in the criminal courts is the norm, but in practice, grant only in certain specified circumstances. According to article 186 of ICPC the court has no obligation to grant legal aid to the accused without request of the accused unless in crimes which carry capital punishment or life imprisonment.

Summing up

The right to counsel and to be defended by a legal practitioner of his choice is a valuable right conferred on a person whose personal liberty is in jeopardy by reason of his being accused of any offence, or against whom any proceedings of criminal nature have been taken. It is a constitutionally guaranteed option and seems absolute in itself. But, as in some crimes which carry so harsh punishments, non-attendance of the lawyer could endanger the life of the accused totally, the legislator forces the accused to have a lawyer. So, it seems that although having a lawyer or being defended by a lawyer in per se is a right, which could be waived by the accused, in crimes requiring capital punishment or life imprisonment it could not be waived by the accused.

The lawyer should be appointed by the accused on his choice, but in case of his inability the court assigns a lawyer. The court can ask the opinion of the accused about the person it assigns to him- and if the accused knows a lawyer, the court can assign him.

ICPC has provided some restrictions to the right to counsel. In the primary investigation stage, the accused can only have one lawyer and the lawyer cannot interfere with the investigation and in the special courts for clergymen, only the clergy lawyers can defend the accused.

Bibliography

Akhondi, Mahmoud. (1993), Tehran, Islamic Farhang and ershad publications.

CARRINGTON, PAUL D. THE RIGHT TO ZEALOUS COUNSEL, Duke Law Journal, Vol. 1979, No. 6, Symposium on Law and Ethics (Dec., 1979), pp.1291-1308.

Joe Margulies, Joe. Resource Deprivation and the Right to Counsel, The Journal of Criminal Law and Criminology (1973-), Vol. 80, No. 3 (Autumn, 1989),pp. 673-725

Harris, David. The Right to a Fair Trial in Criminal Proceedings as a Human Right, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 16, No. 2 (Apr., 1967), pp. 352-378.

Karlan, S. Pamela. (1992) DISCRETE AND RELATIONAL CRIMINAL REPRESENTATION: THE CHANGING VISION OF THE RIGHT TO COUNSEL , *Harvard Law Review*, Vol. 105, No. 3. pp. 670-724.

Kamalan, Mahdi , collection of verdicts unifying the practice of the courts, 2008,(Kamalan publication, Tehran.

Khaleghi, Ali. (2009), *Criminal Procedure*, Tehran, second edition, Shahre Danesh Publication.

Madani, Jalaladdin. (1999), *Criminal Procedure*, Tehran, Paidar Publications.

Manjula Batra, Manjula. (1989), protection of human rights in criminal justice administration, a study of the rights of accused in Indian and Soviet legal systems. Deep & Deep Publications, p. 63.

Spronken, Taru, Vermeulen, Gert, Dorris de Vocht and Laurens Van Puyenbroeck, (2009) *EU Procedural Rights In Criminal Proceedings*, Makula: Antwerp, Apeldoorn, Portland.

Criminal Law. Right to Assistance of Counsel, *Virginia Law Review*, Vol. 28, No. 7 (May, 1942), pp. 1005-1006.

Euoropean Commission for Democracy through law, (2000) *The right to a fair trial*, Collection Science and technique of democracy, No. 28. Council of Europe publishing.

The Substance of the Right to Counsel, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 17, No. 4 (Summer, 1950), pp. 718-725

-Die Rolle der Gerichtsbarkeit im Rechtsstaat-

Einleitung: Gerichtsbarkeit im Grundgesetz

Beginnen wir mit dem Blickwinkel des Verfassungsrichters. Dieser muss immer in zwei verschiedene Richtungen blicken: Er ist einerseits Recht und Gesetz unterworfen, beides beruht auf der Entscheidung des demokratischen Parlaments. Andererseits ist es seine Aufgabe, die Grundrechte auch gegen die parlamentarischen Mehrheiten zu schützen, da sie auch für das Parlament beim Erlass von Rechtssätzen verbindlich sind und beachtet werden müssen. Beide Aspekte sind also gleichermaßen in die Betrachtung einzubeziehen. Unterschiede bestehen aber in der demokratischen Legitimation. Der Richter ist nicht im gleichen Maß demokratisch legitimiert wie das unmittelbar vom Volk gewählte Parlament, auch wenn natürlich eine mittelbare Legitimierung vorhanden ist und vorhanden sein muss, wobei die notwendige „ununterbrochene Legitimationskette“¹ im Sinne der Rückführbarkeit aller staatlichen Gewalt auf das Volk und seine parlamentarische Repräsentanz bei der Verfassungsgerichtsbarkeit kürzer ist – auf die entsprechenden Wahl- bzw. Berufungsverfahren werde ich später noch eingehen – als bei der Fachgerichtsbarkeit, bei der die Exekutive stärker eingebunden ist. Die Hauptquelle der richterlichen Legitimation ist vielmehr die Bindung an und die Aufrechterhaltung von „Gesetz und Recht“, wie dies Art. 20 Abs. 3 GG formuliert. Dabei ist der Richter insbesondere auch an die Grundrechte gebunden, Art. 1 Abs. 3 GG. Zu diesen Grundrechten gehört unter anderem Art. 19 Abs. 4 GG, wonach der Rechtsweg zu den Gerichten gewährleistet sein muss, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten (womöglich) verletzt wird.

Insgesamt sind zahlreiche justizspezifische Grundrechte von den Gerichten zu achten. Jedermann hat Recht auf (gerichtliches) Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG, die Freiheitsentziehung ist nur unter bestimmten Umständen aufgrund eines förmlichen Gesetzes, d.h. eines Parlamentsgesetzes, gestattet (Art. 104 GG). Für die Verhängung von Strafen gelten besonders strenge Bestimmtheitsanforderungen, welche sich in dem

¹ Vgl. Klein, in: MD-GG, 62. EL 2011, Art. 38, Rn. 42.

Grad der an den Gesetzgeber zu stellenden Anforderungen noch vom allgemeinen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot abheben, ein Rückwirkungsverbot sowie eine Garantie gegen Mehrfachbestrafung hinsichtlich derselben Tat (Art. 103 Abs. 2, 3 GG). Schließlich garantiert das Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, dass genau der oder die Richter über den Fall entscheiden, die das Gesetz im Voraus bestimmt hat. Auf diese justizgrundrechtlichen Gewährleistungen werde ich noch eingehen.

Weitere Garantien bei Freiheitsentzug enthält die Europäische Menschenrechtskonvention in Art. 5 und in Art. 6. Wie das Bundesverfassungsgericht zuletzt in seinem Urteil vom 04. Mai dieses Jahres zur Sicherungsverwahrung bestätigt hat,² muss die Europäische Menschenrechtskonvention von allen deutschen Gerichten hinreichend beachtet werden. Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte müssen hierbei in einer Weise berücksichtigt werden, dass nur aus verfassungsrechtlichen Gründen von ihnen abgewichen werden darf³ – die der Zweite Senat im vorliegenden Fall zur Sicherungsverwahrung nicht erkennen konnte.

All diese Rechte werden von den Gerichten kontrolliert, wobei die „ordentliche“ Gerichtsbarkeit in Deutschland in nicht weniger als fünf Gerichtszweige aufgeteilt ist. Neben der eigentlichen „ordentlichen“ Gerichtsbarkeit für Zivil- und Strafsachen bestehen die Arbeits-, Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit.

Über all diesen Gerichtsbarkeiten schwebt gewissermaßen die „außerordentliche“ Gerichtsbarkeit des Bundesverfassungsgerichts. Es entscheidet in den in Art. 93 GG aufgelisteten Fällen insbesondere über Streitigkeiten zwischen den Bundesorganen oder Bund und Ländern, über Vorlagen der Gerichte wegen Verfassungswidrigkeit von Gesetzen sowie – zahlenmäßig bei weitem am häufigsten – über Verfassungsbeschwerden der Bürger wegen Verletzungen ihrer Grundrechte durch den Bund bzw. die Länder. Gem. Art. 100 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht ein Gesetzesverwerfungsmonopol, d.h. dass formelle Parlamentsgesetze von der ordentlichen Gerichtsbarkeit angewendet werden müssen, es sei denn, sie legen sie dem Bundesverfassungsgericht zur Erklärung ihrer Verfassungswidrigkeit vor.

² 2 BvR 2365/09 ; 2 BvR 740/10; 2 BvR 2333/08; 2 BvR 1152/10; 2 BvR 571/10.

³ Ebenda, Leitsatz 2.

Am größten sind also die Fallzahlen der Verfassungsbeschwerde, gefolgt von den Richtervorlagen, insg. 10.000 im Jahr. Die Verfassungsbeschwerden werden zunächst von der Gerichtsverwaltung, dem sog. Allgemeinen Register, auf ihre Zulässigkeit hin überprüft. Hält die Gerichtsverwaltung sie für unzulässig, teilt sie dies dem Beschwerdeführer mit, der dann entscheiden muss, ob er an der Verfassungsbeschwerde festhalten will. Wenn er darauf besteht, dann kommt der Fall zum berichterstattenden Richter und dessen Mitarbeitern, die einen durch ein sog. Votum begründeten Entscheidungsvorschlag machen. Sobald der Richter mit diesem einverstanden ist, wendet er sich mit dem Votum an die anderen beiden Mitglieder der grundsätzlich zunächst zuständigen Kammer (§§ 15 a, §§ 93 b ff. BVerfGG). Wenn diese den Vorschlag mit oder ohne Änderungen ebenfalls unterschreiben, kann die Kammer hierdurch Verfassungsbeschwerden entweder gar nicht erst zur Entscheidung annehmen oder aber ihnen gleich stattgeben (§ 93 b BVerfGG). Letzteres setzt allerdings voraus, dass sie dafür nur Rechtssätze anwenden muss, deren Auslegung in der Rechtsprechung des Gerichts schon im Wesentlichen geklärt ist (§ 93 c Abs. 1 S. 1 BVerfGG).

Alle anderen Fälle gehen in einen der beiden Senate aus jeweils 8 Richtern; zur Nichtigerklärung von (Teilen eines) Gesetzen ist dies zwingend vorgesehen (§ 93 c Abs. 1 S. 3 BVerfGG). Auch hier steht, um dem genannten Grundrecht auf den gesetzlichen Richter zu genügen, auf Grundlage einer abstrakten Geschäftsverteilung von vornherein fest, welchem Senat ein Fall zuzuordnen ist; lediglich in seltenen Zweifelsfällen entscheidet ein besonderes richterliches Gremium (§ 14 Abs. 5 BVerfGG).

Schon die hohen Fallzahlen der Verfassungsbeschwerden demonstrieren, wie wichtig die Grundrechte in diesem System genommen werden – das System befindet sich an den Grenzen seiner Belastbarkeit, weil zum Teil querulatorische Verfassungsbeschwerden ohne verfassungsrechtlichen Gehalt die Richter an der Erfüllung ihrer eigentlichen Aufgaben hindern.

Gerichtsbarkeit im Allgemeinen

Rechtsstellung der Richter

Von besonderer Bedeutung ist die Rechtsstellung der Richter. Nach dem Grundgesetz sind sie unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen (Art. 97 Abs. 1). Versetzung und Abberufung können gegen ihren Willen nur durch richterlichen Beschluss erfolgen.

Selbst bei Verfehlungen sind die Richter durch besondere Verfahren zu ihrer Amtsenthebung geschützt (Art. 97 Abs. 2). Die Exekutive kann daher weder Einzelweisungen erteilen noch Verwaltungsvorschriften erlassen oder die Geschäftsverteilung bestimmen.⁴

Allerdings führt die Unabhängigkeit der Richter nicht so weit, dass sich die Richter auch selbst verwalten oder gar die Richterschaft sich selbst (personell) ergänzen könnte. Vielmehr geht auch hier alle Staatsgewalt vom Volk aus. Und das bedeutet eben auch, dass die Finanzverantwortung bei Parlament und Exekutive liegt, in der Regel beim Justizminister des Bundes oder des Landes. Nur das Bundesverfassungsgericht genießt als Verfassungsorgan eine Sonderstellung und verwaltet sich selbst. Es hat einen eigenen Haushaltsplan im Bundeshaushalt. Aber auch das Bundesverfassungsgericht ist insoweit dem Budgetrecht des Parlaments unterworfen.

Rechtsprechung und Richtervorbehalt

Wann kann überhaupt von rechtsprechender Gewalt, der dritten Gewalt neben Legislative und Exekutive, gesprochen werden? Das Grundgesetz selbst definiert den Begriff nicht, setzt ihn in Art. 92 voraus. Hier heißt es, dass sie den Richtern anvertraut ist und durch das Bundesverfassungsgericht sowie durch Gerichten des Bundes und der Länder ausgeübt wird. Auch das Bundesverfassungsgericht hat den Begriff der Rechtsprechung nicht genau definiert, sondern vielmehr eine Typisierung vorgenommen. Danach liegt Rechtsprechung dann vor, wenn eine hoheitliche Tätigkeit „verfassungsrechtlich“ oder „traditionell“ bzw. durch den Gesetzgeber als solche qualifiziert wird.⁵

Im ersten Fall vertraut das Grundgesetz selbst judikative Aufgaben Richtern an, wie soeben dargestellt bezüglich des Bundesverfassungsgerichts, aber auch z.B. in Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG, wonach die ordentliche Gerichtsbarkeit zu entscheiden hat, wenn bei einer gesetzmäßigen Enteignung, die stets dem Eigentümer gegenüber entschädigungspflichtig ist, die Höhe dieser Entschädigung im Streit steht.

⁴ Vgl. Hillgruber, in: MD-GG, 62. EL 2011, Art. 97, Rn. 75; Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, 12. Ed. 2011, Art. 97, Rn. 10.

⁵ Vgl. BVerfG NJW 2001, 1048, 1052 *m.w.Nachw.*

„Traditionelle“ und in der Regel auch gesetzlich vorgesehene Rechtsprechung wird im Ergebnis – und hier zeigt sich zugleich eine funktionelle Sichtweise – angenommen, wenn letztverbindlich ein Rechtsstreit entschieden wird und zwar nach rechtlicher Beurteilung, in einem bestimmten Verfahren und durch einen unabhängigen Dritten.⁶ Klassische Rechtsprechungsgebiete sind danach v.a. die bürgerliche Rechtspflege und die Strafrechtspflege.⁷

Der Richter im Sinne des Grundgesetzes ist durch Unabhängigkeit, Unparteilichkeit sowie ein Mindestmaß an fachlicher Kompetenz gekennzeichnet.⁸ Zur Sicherung der Unabhängigkeit müssen Richter daher grundsätzlich planmäßige und hauptamtlich angestellte Berufsrichter sein,⁹ ehrenamtliche Richter dürfen dementsprechend nur neben und nicht anstelle von Berufsrichtern eingesetzt werden, wie es traditionsbedingt etwa in der Strafrechtspflege üblich ist, wo häufig (ehrenamtliche) Schöffen neben den Berufsrichtern eingesetzt werden.

Zur Garantie der Unparteilichkeit müssen für eine Streitpartei verfahrensmäßige Möglichkeiten bestehen, den Richter wegen Befangenheit abzulehnen.¹⁰ Besteht etwa in einem Strafverfahren die Besorgnis, dass ein Richter in der Sache befangen, also nicht unvoreingenommen ist, kann der Angeklagte, aber z.B. auch die Staatsanwaltschaft, nach § 24 der Strafprozessordnung (StPO) den Richter ablehnen. Über die Ablehnung entscheidet das Gericht einschließlich des abgelehnten Richters nur, wenn das Ablehnungsgesuch ganz offensichtlich unzulässig ist, z.B. weil es nicht begründet wurde oder weil es nur der Verzögerung des Verfahrens dient (§ 26 a StPO). In diesem Fall muss der Zurückweisungsbeschluss des Gerichts aber einstimmig erfolgen (§ 26 a Abs. 2 S. 2 StPO). Zudem kann der Antragsteller gegen diesen Beschluss sofortige Beschwerde einlegen, so dass das nächsthöhere Gericht entscheidet (§ 28 Abs. 2 StPO).

⁶ Vgl. Pieroth, in: JP-GG, 11. Aufl. 2011, Art. 92, Rn. 3 f.; Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, 12. Ed. 2011, Art. 97, Rn. 5; Hillgruber, in: MD-GG, 62. EL 2011, Art. 97, Rn. 46 („Kombinierte Anwendung des materiellen und funktionellen Rechtsprechungsbegriffs“).

⁷ Vgl. BVerfG NJW 1967, 1219, 1220.

⁸ Vgl. Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, 12. Ed. 2011, Art. 97, Rn. 19.

⁹ Vgl. Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, 12. Ed. 2011, Art. 97, Rn. 17.

¹⁰ Vgl. BVerfG NJW 1967, 1123.

Ansonsten entscheidet das Ausgangsgericht über das Vorliegen der möglichen Befangenheit unter Ausschluss des abgelehnten Richters (§ 27 StPO). Weist es das Gesuch als unbegründet ab, kann auch hiergegen sofortige Beschwerde zum nächsthöheren Gericht eingelegt werden (§ 28 Abs. 2 StPO).

Was das Mindestmaß an fachlicher Kompetenz angeht, so kann auf die bereits zur Unparteilichkeit angesprochene Voraussetzung verwiesen werden, dass grundsätzlich Berufsrichter Recht sprechen sollen und Laienrichter nur daneben eingesetzt werden können. Abweichungen hiervon werden nur in Ausnahmefällen zugelassen, z.B. bei den Berufsgerichten der Rechtsanwälte, die über Verstöße von Rechtsanwälten gegen die Berufsordnung entscheiden.¹¹ Hier muss – zumindest gilt das für das am Ort der jeweiligen Rechtsanwaltskammer einzurichtende Anwaltsgericht – gar kein Berufsrichter Mitglied der Spruchkammer sein, ein wirklicher „Laie“ ist natürlich auch nicht involviert, weil die Mitglieder des berufsrechtlichen Spruchkörpers Rechtsanwälte (§ 94 Abs. 1 BRAO) sind und somit zumindest die Befähigung zum Richteramt haben, also Richter sein könnten. Bei einem Berufsgericht für Ärzte z.B. muss zumindest der vorsitzende Richter diese Befähigung aufweisen, in der Praxis ist er häufig sogar Berufsrichter, ihm werden ärztliche Kollegen als Beisitzer zur Seite gestellt.¹²

Gerichtsbarkeit

Die Organisation der Gerichtsbarkeit ist durch die bundesstaatliche Kompetenzordnung gekennzeichnet. In Art. 30 GG wird angeordnet, dass alle staatlichen Aufgaben durch die Länder ausgeübt werden, es sei denn, dass das Grundgesetz selbst eine andere Regelung trifft oder zulässt. Es besteht also eine Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Länder für alle drei staatlichen Gewalten. Für die Judikative wird dies in Art. 92 GG nochmal aufgenommen, wenn es heißt, dass die rechtsprechende Gewalt durch das Bundesverfassungsgericht, die im Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und ansonsten durch Gerichte der Länder ausgeübt wird.

¹¹ Vgl. BVerfGE 48, 300.

¹² Vgl. etwa § 68 Abs. 1 des Niedersächsischen Kammergesetzes für die Heilberufe.

Zum Bundesverfassungsgericht wurde ja schon gesagt, dass das Grundgesetz in Art. 93 verschiedene Zuständigkeiten vorsieht, v.a. für Streitigkeiten zwischen Bundesorganen oder zwischen Bund und Ländern, für die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Bundes- oder Landesgesetzen sowie für Verfassungsbeschwerden wegen möglicher Grundrechtsverletzungen durch Bundes- oder Landesstaatsgewalt.

Daneben ordnet Art. 95 GG an, dass in allen Gerichtszweigen der Bund den jeweils obersten Gerichtshof, also die letzte (in der Regel dritte) Instanz, einrichtet, d.h. einzurichten verpflichtet ist. Es handelt sich also um obligatorische Bundesgerichte.¹³ Wenn ein oberster Gerichtshof des Bundes einen Rechtsstreit in letzter Instanz entscheidet, übt er hierbei folgerichtig Bundesstaatsgewalt aus. Die verschiedenen Gerichtszweige sind kurz zu nennen: der Bundesgerichtshof in Karlsruhe ist der oberste Gerichtshof in Zivil- und Strafsachen (wobei von fünf Strafsenaten einer in Leipzig angesiedelt ist), das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig in Verwaltungssachen, das Bundesarbeitsgericht in Erfurt für arbeitsrechtliche Streitigkeiten, das Bundessozialgericht in Kassel für sozialgerichtliche Streitigkeiten sowie der Bundesfinanzhof in München für Streitigkeiten aus dem Bereich des Finanzrechts, also vor allem des Steuerrechts.

Ebenfalls obligatorisch ist nach Art. 95 Abs. 3 GG die Einrichtung eines Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes zur Wahrung der Rechtseinheitlichkeit ihrer Rechtsprechung. Der Gemeinsame Senat muss angerufen werden, wenn ein oberster Gerichtshof des Bundes in einer Rechtsfrage von einer ergangenen Entscheidung eines anderen obersten Gerichtshofs des Bundes oder des Gemeinsamen Senats selbst abweichen will (§ 2 Abs. 1 RsprEinhG). Seine Entscheidung ist dann für den anrufenden Gerichtshof bindend (§ 16 RsprEinhG). Der Gemeinsame Senat setzt sich zusammen aus den Präsidenten aller obersten Gerichtshöfe des Bundes sowie jeweils aus bestimmten Richtern der im konkreten Fall beteiligten Senate (§ 3 RsprEinhG).

¹³ Vgl. Herzog, in: MD-GG, 62. EL 2011, Art. 95, Rn. 4.

Hiervon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen Abweichungen zwischen Senaten desselben obersten Gerichtshofes anstehen, hierzu trifft das Grundgesetz keine Regelung. Der Bund hat aber gesetzlich (im Gerichtsverfassungsgesetz und in den Fachgerichtsgesetzen¹⁴) bestimmt, dass in solchen Fällen ein Großer Senat bei dem jeweiligen Gerichtshof entscheidet. Eine Besonderheit besteht beim Bundesgerichtshof, weil dieser mit Zivil- und Strafsachen zwei Gerichtszweige abdeckt. Hier bestehen nach § 132 GVG ein Großer Senat für Zivilsachen und ein Großer Senat für Strafsachen für Unstimmigkeiten innerhalb der Zivilsenate oder innerhalb der Strafsenate. Stehen Divergenzen zwischen einem Zivilsenat und einem Strafsenat an, so entscheiden die Vereinigten Großen Senate (§ 132 Abs. 2 Var. 3 GVG).

Daneben sind nach Art. 96 GG fakultative Bundesgerichte¹⁵ erlaubt für gewerblichen Rechtsschutz (hiervon hat der Bund teilweise, nämlich für das Patentrecht Gebrauch gemacht durch die Einrichtung des Bundespatentgerichtes in München; vgl. § 65 Abs. 1 PatG), für das Wehrstrafrecht (hiervon hat der Bund keinen Gebrauch gemacht) sowie u.a. für Disziplinarsachen gegen Beamte des Bundes, Bundesrichter und Soldaten. Hier sind zum Beispiel die Truppendienstgerichte für Soldaten (§ 69 Abs. 1 WDO) oder der besondere Senat am Bundesgerichtshof für Disziplinarsachen gegen Bundesrichter (§ 61 DRiG)¹⁶ zu nennen. Bis 2004 existierte ein Bundesdisziplinargericht mit Sitz in Frankfurt am Main für Bundesbeamte. Inzwischen sind aber alle diesbezüglichen Disziplinarsachen dem Verwaltungsrechtsweg zugewiesen (§ 45 S. 1 BDG), so dass keine besondere Bundesdisziplinargerichtsbarkeit für Bundesbeamte mehr besteht. Freilich bleibt ein oberster Gerichtshof des Bundes als letztinstanzliches Fachgericht und somit als obligatorisches Bundesgericht zuständig, beim Bundesverwaltungsgericht ist hierfür ein besonderer Senat (sog. „D-Senat“) eingerichtet.

In allen übrigen Fällen, also in der ersten oder zweiten Instanz (soweit letztere nicht bereits die letzte Instanz darstellt und somit der Bundesobergerichtsbarkeit unterfällt;

¹⁴ §§ 11 VwGO, 41 SGG, 45 ArbGG, 11 FGO.

¹⁵ Vgl. Herzog, in: MD-GG, 62. EL 2011, Art. 95, Rn. 8.

Man kann freilich letzteres auch als nicht gesondert auf Art. 96 Abs. 4 GG gestützten Teil der ordentlichen (Ober-) Gerichtsbarkeit sehen; vgl. Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, 12. Ed. 2011, Art. 96, Rn. 11; a.A. Herzog, in: MD-GG, 62. EL 2011, Art. 96, Rn. 45.

vgl. § 115 Abs. 1 FGO) der genannten Gerichtszweige, errichten die Länder eigene Gerichte. Dies sind in der ordentlichen Gerichtsbarkeit im engeren Sinne, also in Zivil- und Strafsachen, die Amtsgerichte, die Landgerichte und die Oberlandesgerichte. Um sich die Größenordnungen zu vergegenwärtigen: In Niedersachsen, mit knapp 8 Millionen Einwohnern das viertbevölkerungsreichste Land der Bundesrepublik, existieren 80 Amtsgerichte, 11 Landgerichte und 3 Oberlandesgerichte (Braunschweig, Celle und Oldenburg). Amtsgerichte werden stets erstinstanzlich tätig, Oberlandesgerichte zumeist als Rechtsmittelgerichte gegen amts- oder landgerichtliche Entscheidungen (§§ 119, 120 Abs. 4, 121 GVG). Landgerichte werden u.a. je nach Streitwert im Zivilrecht (§§ 71 Abs. 1, 23 Nr. 1 GVG) oder nach Maßgabe der zu erwartenden Strafe im Strafrecht (§§ 74, 24 GVG) erstinstanzlich oder als Rechtsmittelgerichte (§§ 72 Abs. 1, 73 Abs. 1, 74 Abs. 3 GVG) für die Amtsgerichte tätig.

Für die Verwaltungsgerichtsbarkeit bestehen in Niedersachsen sieben Verwaltungsgerichte für die erste Instanz und ein Oberverwaltungsgericht (Lüneburg) für die zweite Instanz. Es existieren zudem acht Sozialgerichte für die erste Instanz in der Sozialgerichtsbarkeit. Hier besteht für Niedersachsen die Besonderheit, dass in der zweiten Instanz zusammen mit dem Land Bremen auf staatsvertraglicher Grundlage¹⁷ ein gemeinsames Landessozialgericht (Celle) betrieben wird. In der Arbeitsgerichtsbarkeit gibt es in Niedersachsen 15 erstinstanzliche Arbeitsgerichte und ein Landesarbeitsgericht (Hannover) für die zweite Instanz. In der Finanzgerichtsbarkeit gibt es insgesamt nur zwei Instanzen, so dass das Land hier nur für eine Instanz Gerichte einrichten muss: in Niedersachsen geschehen durch die Errichtung eines einzigen, für das ganze Land zuständigen Finanzgerichts (Hannover).

All diese Landesgerichte üben als Teil der rechtsprechenden Gewalt der Länder folgerichtig Landesstaatsgewalt aus, unabhängig davon, ob sie zur Entscheidung des Rechtsstreits Bundes- oder Landesgesetze anwenden müssen.

¹⁷ Staatsvertrag zwischen dem Land Niedersachsen und der Freien Hansestadt Bremen über ein gemeinsames Landessozialgericht vom 10. Dezember 2001.

Von alledem unberührt bleibt aber die Bundesgesetzgebungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Art. 108 Abs. 6 GG) zur Regelung des gerichtlichen Verfahrens, zur Festlegung des Instanzenzugs und zur allgemeinen Zuständigkeitsabgrenzung. Der Bund legt also gesetzlich die Gerichtsverfassung fest (GVG) und regelt darin z.B., dass in Zivilsachen grundsätzlich in erster Instanz die Landgerichte zuständig sind, wenn der Streitwert 5.000 € übersteigt (§§ 71 Abs. 1, 23 Nr. 1 GVG). Er bestimmt im GVG auch, wie die zuständigen Zivilkammern zu besetzen sind (in der Regel mit drei Berufsrichtern; vgl. § 75 GVG). Die Länder entscheiden aber frei, wie viele Landgerichte sie einrichten, wo diese angesiedelt werden und legen selbst die Gerichtsbezirke fest. Der Bund legt daneben die Verfahrensordnungen der einzelnen Gerichtszweige fest, also die Zivilprozessordnung, die Strafprozessordnung, die Verwaltungsgerichtsordnung u.s.w.

Entsprechend der bundesstaatlichen Kompetenzordnung entscheidet auch der Bund über die personelle Besetzung der Bundesgerichte und jedes Land, als Ausprägung seiner Personalhoheit, über diejenige seiner Landesgerichte. Für das Bundesverfassungsgericht bestimmt das Grundgesetz selbst in Art. 94 Abs. 1 GG, dass die Bundesverfassungsrichter je zur Hälfte vom Bundestag und vom Bundesrat gewählt werden, wobei der Bundestag hierfür einen Wahlausschuss aus 12 Mitgliedern bestellt (§ 6 Abs. 2 BVerfGG). Der Bundesrat wählt „seine“ Richter demgegenüber im Plenum (§ 7 BVerfGG). Die Berufung der Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes erfolgt im Zusammenwirken von Exekutive und Legislative: Nach Art. 95 Abs. 2 GG entscheiden über die Berufung der Bundesrichter der zuständige Bundesminister (derzeit Bundesjustizminister für BGH, BVerwG und BFH und Bundesminister für Arbeit und Soziales für BAG und BSG) gemeinsam mit einem aus Landesministern und Vertretern des Bundestags zusammengesetzten Richterwahlausschuss. Interessanterweise – es handelt sich ja um Gerichte in Trägerschaft des Bundes – ordnet Art. 95 Abs. 2 GG an, dass im Wahlausschuss die 16 zuständigen Ressortminister der Länder gemeinsam mit derselben Anzahl von vom Bundestag zu bestimmenden Mitgliedern vertreten sind.

Die Länder können selbst die Regelungen für die Berufung ihrer Landesrichter bestimmen. Art. 98 Abs. 4 GG erlaubt den Ländern hierfür zur Stärkung der

demokratischen Legitimation eigene Landesrichterwahlausschüsse einzurichten, die dann mit dem Landesjustizminister gemeinsam über die Anstellung von Landesrichtern entscheiden. Von dieser – nicht zwingenden – Möglichkeit haben derzeit 9 Länder Gebrauch gemacht.¹⁸ Die Mitglieder der Wahlausschüsse werden in diesen Ländern von den Landesparlamenten bestellt. In den übrigen Ländern entscheidet letztverantwortlich allein der Landesjustizminister, hierfür wird z.B. derzeit in Niedersachsen eine Auswahlkommission aus je einem Vertreter der Ministeriums, des zuständigen Oberlandesgerichts und der dazugehörigen Generalstaatsanwaltschaft gebildet.

Verfahrensmindestregeln (Art. 101 ff. GG)

Neben den gesetzlichen Verfahrensregeln, die der Bund kraft seiner oben genannten Gesetzgebungskompetenz anordnet, bestimmt auch das Grundgesetz selbst besonders wichtige Verfahrensgrundsätze, die unbedingt einzuhalten sind. Dazu gehört zunächst der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG), zu dem gestern schon vorgetragen wurde.

Daneben besteht der Grundsatz des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 1 GG). Das bedeutet, dass die Zuständigkeit eines Richters stets aufgrund einer generell-abstrakten Regelung angeordnet werden muss, so dass eine einzelfallbezogene und willkürliche Richterauswahl ausscheidet.¹⁹ Die grundlegenden Zuständigkeiten trifft zunächst, wie bereits angesprochen, der Bund durch Gesetz, z.B. hat die Zuständigkeit für Streitsachen aus Wohnraummiete stets das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Mietsache liegt (§§ 23 Nr. 2 a GVG, § 29 a Abs. 1 ZPO). Durch Landesgesetz sind weiterhin die Gerichtsbezirke festgelegt worden (z.B. für Niedersachsen: Gesetz über die Organisation der ordentlichen Gerichte – GerOrgG mit Anlage). Innerhalb des so zuständigen Amtsgerichts erfolgt die Zuordnung zur konkreten Abteilung bzw. zum konkreten Richter vermittelt eines Geschäftsverteilungsplanes. Dieser Plan muss ebenfalls abstrakt und im Voraus die Zuständigkeit der Abteilung / des Richters

¹⁸ Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Thüringen; vgl. auch mit Verweis auf die landesgesetzlichen Grundlagen die Übersicht bei Herzog, in: MD-GG, 62. EL 2011, Art. 98, Rn. 49.

¹⁹ Vgl. Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, 12. Ed. 2011, Art. 101, Rn. 11.

festlegen. Dies erfolgt in der Praxis häufig so, dass z.B. jede Zivilabteilung eine Nummer erhält (z.B. 1-7) und die eingehenden Sachen fortlaufend durchnummeriert und dann im Turnus an die Abteilungen verteilt werden (Abteilung 1 erhält Sache Nr. 1, 8, 15 etc.). Der zuständige Richter muss also (theoretisch) im Zeitpunkt der Einreichung der Klage bereits feststehen.

Neben dem eingangs genannten Recht auf einen effektiven Rechtsschutz gegen alle Akte öffentlicher Gewalt (Art. 19 Abs. 4 GG) lässt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip selbst (Art. 20 Abs. 3 GG) auch für zivilrechtliche Streitigkeiten ein Justizgewährleistungsanspruch ableiten.²⁰ Der Staat, der das Gewaltmonopol für sich beansprucht, muss dem Bürger, welcher seine privatrechtlichen Ansprüche grundsätzlich nicht mit Gewalt verfolgen darf, dafür eine Rechtsschutzmöglichkeit zur Verfügung stellen.

Aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt sich zudem das Recht auf ein faires Verfahren,²¹ aus dem z.B. folgt, dass aus Fehlern, die das Gericht macht, den Verfahrensbeteiligten keine Nachteile erwachsen dürfen.

Der Grundsatz „nulla poena sine lege“ (Art. 103 Abs. 2 GG) verbietet Bestrafung ohne hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage, aufgrund von Gewohnheitsrecht oder von richterlichen Analogiebildungen sowie die rückwirkende Bestrafung. Das Prinzip des „ne bis in idem“ (Art. 103 Abs. 3 GG) verbietet, dass jemand nach strafrechtlicher Belangung in einer Sache in selbiger ein weiteres Mal bestraft wird.

Bei Freiheitsentziehungen ist bedeutsam, dass diese nur vom Richter angeordnet werden dürfen (Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG). Exekutivorgane, z.B. Polizeibeamte, dürfen Personen nur ausnahmsweise ohne vorherige richterliche Anordnung und dann auch nur vorübergehend festnehmen, wenn bei vorheriger Einholung einer richterlichen Anordnung die Erreichung des Zweckes der Festnahme gefährdet wäre (Gefahr im

²⁰ Vgl. BVerfGE 107, 395, 406 f.

²¹ Vgl. Jarass, in: JP-GG, Art. 20, Rn. 31 a f.

Verzug).²² Hier ist das Bundesverfassungsgericht streng: zumindest zur Tageszeit muss die Erreichbarkeit eines Richters gewährleistet sein.²³ An Sonn- und Feiertagen wird man überdies das Bereitstehen eines richterlichen Bereitschaftsdienstes verlangen müssen.²⁴

In Fall der Anordnung durch die Exekutive selbst ist unverzüglich die richterliche Entscheidung einzuholen (Art. 104 Abs. 2 S. 2-4, 3 GG), spätestens noch am Tage der Festnahme selbst, wenn die Festnahme wegen des Verdachts einer Straftat, spätestens vor Ablauf des Folgetages, wenn die Festnahme aus anderen Gründen, z.B. zur Gefahrenabwehr erfolgt ist.

Schließlich ist noch Art. 102 GG zu nennen, wonach die Todesstrafe abgeschafft ist und – nach überwiegender Auffassung – wegen der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG auch durch Verfassungsänderung nicht wiedereingeführt werden darf.²⁵

Diese Mindeststandards gerichtlicher Verfahren finden sich im Wesentlichen auch in den Art. 5-7 EMRK.

Verfassungsgerichtsbarkeit

Zum Schluss, um den Kreis zu schließen, sind noch ein paar Worte zur Verfassungsgerichtsbarkeit zu sagen. Hervorzuheben ist, dass das deutsche Recht dem sogenannten Trennungmodell folgt, wonach die Verfassungsgerichtsbarkeit als „außerordentliche“ Gerichtsbarkeit von der sonstigen „ordentlichen“ Gerichtsbarkeit getrennt ist. Damit unterscheidet es sich z.B. von Großbritannien, wo gar keine Verfassungsgerichtsbarkeit existiert, oder den USA, bei denen zwar kein institutionell eigenständiges Verfassungsgericht existiert, aber der Supreme Court verbindlich die Verfassung auslegt.

²² Vgl. Dürig, in: MD-GG, 62. EL 2011, Art. 104, Rn. 34.

²³ Vgl. BVerfGE 105, 239, 248.

²⁴ Vgl. Rüping, in: BK-GG, Art. 104, Rn. 72; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 104, Rn. 64.

²⁵ Vgl. Jarass, in: JP-GG, 11. Aufl. 2011, Art. 1, Rn. 18 *m.w.Nachw.*

Eine quasi-verfassungsgerichtliche Zuständigkeit kommt hierzulande noch dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg zu, dessen Rechtsprechung zu den Rechten aus der Europäischen Menschenrechtskonvention von allen deutschen Staatsorganen, insb. auch den Gerichten, weitgehend berücksichtigt werden muss.²⁶ Der Europäische Gerichtshof (EuGH) in Luxemburg entscheidet schließlich u.a. über die Auslegung des europäischen Primärrechts, also der EU-Verträge, mithin gewissermaßen über das „Verfassungsrecht“ der EU.

Eine weitere Besonderheit besteht darin, dass das Bundesverfassungsgericht selbst ein Verfassungsorgan ist. Es unterliegt daher keiner staatlichen Aufsicht. Gleichwohl kann es selbstverständlich nicht Partei eines Bundesorganstreitverfahrens (vor sich selbst) sein.

Das Bundesverfassungsgericht besteht, wie gesagt, aus zwei Senaten à 8 Richtern. Der 1. Senat ist als „Grundrechtssenat“ v.a. für Verfassungsbeschwerden zuständig, der 2. Senat u.a. für Streitigkeiten zwischen Bundesverfassungsorganen. Will ein Senat von der Rechtsprechung des anderen abweichen, entscheidet das Plenum des Gerichts (§ 16 Abs. 1 BVerfGG). Zur Arbeitsbeschleunigung richten die Senate die eingangs genannten aus je 3 Richtern bestehenden Kammern ein (§ 15 a BVerfGG), die v.a. über die Nichtannahme von unbedeutenden Verfassungsbeschwerden oder unzulässigen Richtervorlagen entscheiden (§§ 93 b, 81 a BVerfGG). Die Kammer kann wie gesagt offensichtlich begründeten Verfassungsbeschwerden auch stattgeben, wenn die betreffende verfassungsrechtliche Frage schon entschieden wurde (§ 93 c Abs. 1 S. 1 BVerfGG).

Schließlich ist noch die praktische Bedeutung der wissenschaftlichen Mitarbeiter hervorzuheben (§ 13 GeschO BVerfG), die die Richter unterstützen und gerne scherzhaft als „3. Senat“ bezeichnet werden.

Zur Richterwahl ist ja schon einiges gesagt worden, ergänzend sei noch auf folgendes verwiesen. Bundesverfassungsrichter müssen mindestens 40 Jahre alt sein und dürfen keinem anderen Verfassungsorgan angehören (§ 3 Abs. 1, 3 BVerfGG). Am wichtigsten ist für die Bundesverfassungsrichter, dass sie nicht wiedergewählt werden können,

²⁶ Vgl. BVerfGE 111, 307 (Görgülü).

sondern fest für (einmalig) 12 Jahre gewählt sind (vgl. § 4 Abs. 1; aber natürlich früher zurücktreten können). Bei Erreichen der Altersgrenze von 68 Jahren scheidet ein Richter automatisch aus (§ 4 Abs. 1, 3 BVerfGG).

Das Bundesverfassungsgericht ist übrigens nicht das einzige deutsche Verfassungsgericht. Jedes der 16 Länder verfügt kraft seiner Verfassungsautonomie über eine eigene Landesverfassungsgerichtsbarkeit, die zuständig ist zur Feststellung von Verletzungen von Landesverfassungsrecht, z.B. im Rahmen von Streitigkeiten zwischen Landesverfassungsorganen desselben Landes.

Die hervorgehobene Stellung und umfassende Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgericht kann aber auch Probleme bereiten, denn schließlich dürfen die Kompetenzen der anderen Verfassungsorgane, insb. des Parlaments, nicht wesentlich beeinträchtigt werden. Dies ist im Einzelnen eine Frage der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Gesetzes billigt das Bundesverfassungsgericht z.B. dem Gesetzgeber einen Einschätzungsspielraum bei der Frage der Effektivität des Gesetzes zu.²⁷ Eher zurückhaltend ist das Gericht gegenüber der Bundesregierung bei außen- und verteidigungspolitischen Maßnahmen.²⁸ Letztlich geht es hier um den Gewaltenteilungsgrundsatz genauso wie um das Prinzip der gegenseitigen Organtreue.²⁹ Und auch innerhalb der Judikative muss sich das Bundesverfassungsgericht zurückhalten. Es will und soll keine „Superrevisionsinstanz“ sein und überprüft letztinstanzliche Entscheidungen der einzelnen Gerichtszweige nur im Hinblick auf die Verletzung von spezifischem Verfassungsrecht, also z.B. darauf, ob Bedeutung und Tragweite der Grundrechte verkannt wurden oder ob gegen die genannten verfassungsrechtlichen Verfahrensgrundsätze verstoßen wurde.³⁰

Komplizierter ist das Verhältnis zum Europäischen Gerichtshof vor dem Hintergrund, dass die Bundesrepublik auf die Ausübung bestimmter Hoheitsrechte aufgrund grundgesetzlicher Ermächtigung (Art. 23 GG) durch Ratifizierung der EU-Verträge verzichtet hat. Ist nun kann unklar oder streitig, ob ein EU-Rechtsakt sich noch im

²⁷ Vgl. BVerfGE 110, 177, 194.

²⁸ Vgl. BVerfGE 84, 90, 127 f.; 90, 286, 389.

²⁹ Vgl. Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, 12. Ed. 2011, Art. 93, Rn. 5 ff.

³⁰ Vgl. BVerfGE 18, 85, 92; 34, 269, 280; 115, 320, 367.

Rahmen der Verträge hält, kann man dies als europarechtliche Frage ansehen, so dass der Europäische Gerichtshof zu ihrer Beantwortung zuständig wäre, man kann aber auch fragen, ob sich die EU noch im Rahmen dessen bewegt, wozu sie aufgrund von Art. 23 GG ermächtigt wurde, für diese Überprüfung wäre an sich das Bundesverfassungsgericht zuständig. Sehr stark vereinfacht gesagt, erkennt es den Vorrang des Gerichtshofs grundsätzlich an, behält sich aber „für Notfälle“ eine Reservekompetenz vor.³¹ Insgesamt betont das Bundesverfassungsgericht zudem das kooperative Verhältnis zwischen den beide

³¹ Vgl. grundlegend BVerfGE 37, 271 (Solange I) und 73, 339 (Solange II); zuletzt 123, 267 (Lissabon) und 126, 286 (Honeywell).

Prof. Dr. Christine Langenfeld

-Der Inhalt des Gesetzes*-

Einführung¹

Jedes Gesetz will gelten; es will beachtet werden. Dies setzt voraus, dass es so gestaltet ist, dass es von seinen Adressaten befolgt werden kann, und dass die Betroffenen auch zur Beachtung des Gesetzes bereit sind. Gesetze benötigen Akzeptanz bei den Betroffenen. Kein Gesetz kann auf Dauer Befolgung erwarten, wenn es von der Mehrheit der Betroffenen abgelehnt wird. Der demokratische Rechtsstaat setzt in einem solchen Fall darauf, dass sich im Parlament eine Mehrheit findet, die ein Gesetz, das seine Akzeptanz verloren hat, durch eine Neuregelung ersetzt. In Deutschland beobachten wir zurzeit allerdings eine gegenläufige Entwicklung. Zwei Beispiele: Unter dem Eindruck der Ereignisse im japanischen Kernkraftwerk Fukushima erreichte die ohnehin weit verbreitete Ablehnung der friedlichen Nutzung der Atomenergie in der deutschen Bevölkerung weiter an. Erst kurz zuvor (Dezember 2010) hatte der Bundestag auf Vorschlag der Bundesregierung die Verlängerung der Laufzeiten der Kernkraftwerke um weitere 8 bzw. 14 Jahre beschlossen und damit den im Jahr 2000 vereinbarten Ausstieg aus der Kernenergie nicht aufgekündigt, aber zeitlich weiter hinausgeschoben. Dem stärker werdenden politischen Druck gab die Bundesregierung - nicht zuletzt angesichts anstehender, als politisch besonders bedeutsam eingeschätzter Landtagswahlen – überraschend schnell nach. Am Bundestag vorbei verfügte sie zunächst ein dreimonatiges Moratorium für die zuvor per Gesetz beschlossene Laufzeitverlängerung. Dieses Moratorium war rechtlich eigentlich nicht existent, da das vom Bundestag verabschiedete Laufzeitverlängerungsgesetz weiterhin galt. Zugleich wurden die vor 1980 in Betrieb genommenen Kernkraftwerke für eine Dauer von drei Monaten, während derer eine erneute Sicherheitsüberprüfung erfolgen sollte, vom Netz genommen. Ob das geltende Atomgesetz, auf das sich die zuständigen Behörden hierbei

* Dieser Beitrag ist bereits an folgender Stelle publiziert worden, Werner Heun (Hrsg.), Das Gesetz, Fünftes deutsch-taiwanesisches Kolloquium, Nomos-Verlag im Erscheinen.

¹ Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

beriefen, eine derartige befristete Stilllegung tragen konnte, ist mehr als zweifelhaft.² Das zweite Beispiel betrifft das von der Deutschen Bahn seit vielen Jahren verfolgte Projekt des Stuttgarter Tiefbahnhofs „Stuttgart 21“. Das Projekt war durch die zuständigen politischen Instanzen – Landtag und Stadtrat – demokratisch beschlossen worden; es hatte die notwendigen Genehmigungsverfahren durchlaufen. Als die ersten Bagger rollten, „wachten“ die Bürger auf und es erhob sich mächtiger Protest, der seinen Ausdruck in den so genannten Montagsdemonstrationen³ fand, an denen sich Bürger aller Schichten beteiligten. Als die Situation zu eskalieren drohte, wurde eine Schlichtung einberufen, die die Lage zunächst beruhigte, ohne allerdings das Problem selbst zu lösen. Der Druck der „Straße“ hat dazu geführt, dass das demokratisch beschlossene Projekt „Stuttgart 21“ jedenfalls einstweilen gestoppt worden ist. Atomausstieg und Stuttgart 21 haben gemeinsam, dass in beiden Fällen bestehende gesetzliche Vorschriften beiseite geschoben bzw. ihnen ihre legalisierende Wirkung für ein bestimmtes genehmigungspflichtiges Vorhaben abgesprochen wurde: Ein Gesetz wird per Moratorium einstweilig außer Geltung gesetzt; auf der Grundlage gesetzlicher Vorschriften erteilte Genehmigungen werden in Frage gestellt. In einer Situation politischer Bedrängnis werden Gesetze, welche das politische Handeln begrenzen und steuern sollen, zu einer von mehreren Variablen im politischen Prozess degradiert. Eine solche Entwicklung, die die Bindung staatlichen Handelns an das staatliche Gesetz unter dem Druck öffentlicher Erregung relativiert, stellt im demokratischen Rechtsstaat einen ernsten und besorgniserregenden Vorgang dar. Die Auswirkungen auf das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung sind nicht absehbar, zumal sich in der jüngeren Zeit derartige Fälle über die genannten Beispiele hinaus häufen.⁴ Umso wichtiger ist es,

² Die Bundesregierung stützte sich auf § 19 Abs. 3 Atomgesetz idF vom 8. 12. 2010 (BGBl. I 1817), der im Fall einer akuten Gefährdung oder eines rechtswidrigen Zustandes aufsichtsrechtliche Maßnahmen zulässt. Die Änderung der „Sicherheitsphilosophie“ – etwa unter dem Eindruck eines Atomunfalls in einem anderen Staat - ist davon freilich nicht erfasst.

³ Die so genannten Montagsdemonstrationen sind ein wichtiger Bestandteil der friedlichen Revolution in der DDR im Herbst 1989. Der Begriff bezeichnet die gegen das DDR-Regime gerichteten Demonstrationen, die seit dem Herbst 1989 zunächst in Leipzig, aber auch in zahlreichen anderen Städten der ehemaligen DDR, regelmäßig am Montag, stattfanden.

⁴ Zu nennen sind weiter das Gesetz über die Sperrung kinderpornographischer Seiten im Internet (Gesetz zur Erschwerung des Zugangs zu kinderpornographischen Inhalten in Kommunikationsnetzen vom 17.2.2010, BGBl. I S. 78), welches per ministeriellem Erlass zur Zeit nicht angewandt wird und die im Wehrpflichtgesetz a.F. festgelegte Wehrpflicht. Obwohl eine die Wehrpflicht beseitigende Änderung des Wehrpflichtgesetzes noch nicht verabschiedet worden war, wurde die Wehrpflicht

heute alle Bemühungen darauf zu richten, die Wirkkraft des Gesetzes als zentrales Instrument politischer Gestaltung in der Demokratie, seine Bindungskraft und die mit ihm verbundene Rechtssicherheit wieder verstärkt in den Blick zu nehmen ebenso wie die verfassungsrechtlich festgeschriebenen parlamentarischen Verfahren zum Erlass bzw. zur Änderung von als überholungsbedürftig erkannten Gesetzen. Danach ist und bleibt das Parlament der maßgebliche Akteur.

Die Überzeugungskraft von Gesetzen (nicht ihre Geltung als solche) hängt freilich auch ab von ihrer Qualität.⁵ Ihr Inhalt muss bestimmte Leitziele beachten. Diese sind: Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit, kurz: Rationalität. Es handelt sich hierbei um Oberbegriffe, die eine bestimmte Grundidee beschreiben und hinsichtlich ihres normativen Gehalts näher konkretisiert werden müssen. Dies möchte ich im Rahmen dieses Vortrages tun. Nach einem kurzen Blick auf das Verhältnis von Gesetzgebungsverfahren und Gesetzesinhalt und das Gesetz als Rechtssatz werde ich mich den inhaltlichen Anforderungen an ein „gutes Gesetz“ zuwenden. Hierbei werde ich mich u.a. auf die Gesetzgebungslehre und die von ihr herausgearbeiteten Kriterien für ein „gutes Gesetz“ beziehen.

Gesetzgebungsverfahren und Gesetzesinhalt

Zunächst aber sind einige Bemerkungen zum Gesetzgebungsverfahren und seiner Beziehung zum Inhalt eines Gesetzes erforderlich. Insoweit ist zunächst zu konstatieren, dass allein das Gesetzgebungsverfahren die Einhaltung der oben genannten Leitziele oder – kürzer – die Qualität von Rechtsnormen nicht garantiert, sondern hierfür sind materiale Prinzipien entscheidend. Allerdings ist das Verfahren, sofern es richtig ausgestaltet ist, geeignet, eine gewisse Güte des Gesetzes zu gewährleisten. Darauf hat Starck in seiner Schrift zum Gesetzesbegriff zu Recht hingewiesen.⁶ In einem demokratisch verfassten Rechtsstaat folgt das Gesetzgebungsverfahren – idealerweise - verfassungsrechtlichen Vorgaben, die für Öffentlichkeit, Transparenz, Kompromiss und

bereits zum Januar 2011 ausgesetzt. Mittlerweile ist das entsprechende Gesetz ergangen (Wehrrechtsänderungsgesetz vom 11. 4. 2011, BGBl. I S. 678).

⁵ Ob die im Folgenden darzulegenden Qualitätsmaßstäbe freilich denjenigen entsprechen, die die öffentliche Meinung in der Atomfrage bzw. im Falle von Stuttgart 21 veranlasst haben, sich gegen bestehende gesetzliche Regelungen zu wenden, mag hier dahinstehen.

⁶ Christian Starck, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970, S. 169 ff.

Vernunft stehen. Das Gesetzgebungsverfahren ist so verfasst, dass das Ringen um die beste Lösung auf der Grundlage möglichst umfassender Information über die tatsächlichen Verhältnisse, die Gegenstand der gesetzlichen Regelung sein sollen, ermöglicht wird. Sachkunde und Kompetenz können jederzeit in den Gesetzgebungsprozess eingespeist werden und schlagen sich – wiederum idealerweise – in der gesetzlichen Regelung nieder. Die Beteiligung aller im Parlament vertretenen politischen Gruppierungen am Gesetzgebungsprozess bietet eine gewisse Gewähr für ein gerechtes Gesetz, welches alle betroffenen Interessen in einen vernünftigen Ausgleich bringt. Im Geschäft des politischen Alltags sind diese Grundsätze freilich einem erheblichen Abrieb ausgesetzt, der die Grenze des Hinnehmbaren überschreiten kann.

Die Aufwändigkeit des förmlichen Gesetzgebungsverfahrens impliziert weiter, dass es sich bei einem Gesetz um eine Regelung von einigem Gewicht handelt, die mit der besonderen Legitimation des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens ausgestattet werden soll. Insoweit besteht auch an dieser Stelle eine Beziehung zwischen Inhalt und Verfahren. Welche Inhalte einer gesetzlichen Regelung bedürfen, wird verfassungsrechtlich u.a. durch den Gesetzesvorbehalt determiniert. U.a. deswegen, weil es auch andere verfassungsrechtliche Gründe gibt, jenseits des den Vorbehalt auslösenden Eingriffs in Freiheit und Eigentum, die eine Entscheidung durch das Parlament in der Form eines Gesetzes verlangen. Insofern dürfen Gesetzesbegriff und Vorbehaltsbegriff nicht miteinander verwechselt werden.⁷

Das Gesetz als Rechtssatz

Die Frage, ob ein Gesetz ein Rechtssatz ist, ist eine Strukturfrage. Sie ist von der Frage, ob ein Gesetz vernünftig und zweckmäßig, ob es verfassungsrechtlich zulässig ist oder nicht, zu trennen. Es besteht heute Einigkeit, dass eine Rechtsnorm, die in einem förmlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen worden ist, ein Gesetz und zugleich Rechtssatz ist. Ich darf mich an dieser Stelle wiederum auf Starck beziehen, der die Struktur eines Rechtssatzes folgendermaßen beschrieben hat: „Danach besteht die Struktur eines Rechtssatzes in der gedanklichen – entweder hypothetischen oder

⁷ Starck, aaO., S. 173.

kategorischen – Verknüpfung eines von der Wirklichkeit abstrahierten Tatbestandes mit einer möglichen Rechtsfolge, die Wirklichkeit werden soll und daher in irgendeiner Weise des Vollzuges bedarf.“⁸ Auf das Gesetz trifft dieser Befund regelmäßig zu, es zielt, ausgehend von einer Abstraktion von der Wirklichkeit auf die Gestaltung derselben. Insofern ist durchgängig anzunehmen, dass der Gesetzgeber mit dem Erlass eines Gesetzes auch einen Rechtssatz geschaffen hat. Dies gilt auch für Einzelanordnungen wie etwa den durch Gesetz festgestellten Haushaltsplan, der seine Bedeutung mit dem Vollzug des Haushalts verliert.

Allgemeinheit des Gesetzes

Dazu werden wir im nachfolgenden Vortrag Einiges hören. Deswegen möchte ich mich auf einige wenige Bemerkungen beschränken. Der allgemeine Charakter eines Gesetzes tritt besonders hervor, wenn ein Gesetz eine abstrakte und generelle Regelung enthält. Eine Rechtsnorm, d.h. auch ein Gesetz ist abstrakt, wenn es dem Ziel dient, „wiederholt auf vergleichbare, unbestimmt viele Fälle angewendet werden zu können. Sie abstrahiert das von der konkreten Fallgestaltung Typische und schafft damit Anknüpfungspunkte für den prinzipiellen Rechtsvergleich. Ihre wiederholte Anwendbarkeit bewirkt, dass nicht bei jeder Rechtsanwendung die grundlegenden Sach- und Wertungsfragen erneut entschieden werden müssen.“⁹ Zum generellen Charakter hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt: „Eine Norm ist dann ein generelles Gesetz und kein Einzelfallgesetz, wenn sich wegen der abstrakten Fassung des gesetzlichen Tatbestandes nicht genau übersehen lässt, auf wie viele und welche Fälle es Anwendung findet.“¹⁰ Allerdings sind Einzelfallgesetze durchaus zulässig, sofern bei grundrechtsbeschränkenden Gesetzen Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG und im Übrigen der Gleichheitssatz beachtet sind. Dennoch: In einem System funktionierender Gewaltenteilung muss das Maß der Gesetzesallgemeinheit hoch sein. Gesetzesallgemeinheit sichert Übersichtlichkeit und Erwartungssicherheit. In einer differenzierten Gesellschaft bedarf staatliche Tätigkeit prinzipiell einer gewissen

⁸ Starck, aaO., S. 185.

⁹ Hermann Hill, Einführung in die Gesetzgebungslehre, 1982, S. 18.

¹⁰ BVerfGE 10, 242; 25, 396; 31, 263; 36, 400.

„abstrakten Programmierung“,¹¹ die ausgehend von einer typisierenden Betrachtung der Wirklichkeit diese mit Verlässlichkeit zu gestalten sucht. In einem System der Gewaltentrennung obliegt die Schaffung derartiger Regelungen dem Gesetzgeber. Zugleich hat die Verpflichtung auf die Allgemeinheit des Gesetzes – wie Hofmann es formuliert hat – disziplinierende Wirkung; sie schafft „heilsamen Abstand von Personen und Situationen“¹² und dient damit der Wahrung von Gleichheit und Freiheit in der Gesetzgebung.

Weitere materiale Charakteristika des Gesetzes

Gerechtigkeitspostulate – Wann ist ein Gesetz ein „gutes“ Gesetz?

Die Gesetzgebungslehre

Die allgemeine Klage über die übergroße Quantität von Gesetzen – ob diese berechtigt ist und vor allen Dingen, ob der Adressat dieser Klage, der Gesetzgeber, dafür (allein) die Verantwortung trägt, sei dahin gestellt – wird begleitet von der Sorge über die mangelnde Qualität von Gesetzen und dem Ruf nach dem guten Gesetz. Dieser Frage, d.h. der Frage nach dem Inhalt eines guten Gesetzes möchte ich im Folgenden nachgehen. Hierbei soll u.a. Rückgriff auf die Gesetzgebungslehre genommen werden. Diese befasst sich im Gegensatz zur traditionellen Rechtsdogmatik und zur juristischen Methodenlehre, deren zentrales Anliegen die „Nachbearbeitung der Produkte von Gesetzgebung ist“, nicht mit dem Rechtszustand nach Erlass eines Gesetzes, sondern damit, wie – um eine prägnante Formel von Schuppert zu verwenden - gute Gesetze beschaffen sein sollen und wie man sie „produziert.“¹³ Hierbei wird der Blick gerichtet auf rechtsstaatlich begründete Gesichtspunkte wie etwa die Zweckmäßigkeit und die Wirksamkeit eines Gesetzes, Effektivität, Dauerhaftigkeit, aber auch Widerspruchsfreiheit, Einfachheit und Verständlichkeit. Diese Parameter für ein „gutes“ Gesetz wirken in vielfältiger Weise zusammen. Der Grad ihrer Konkretisierung zu einem justiziablen Maßstab mit der Folge, dass aus ihnen konkrete, gerichtlich überprüfbare Anforderungen an den Inhalt und die Ausgestaltung eines Gesetzes folgen,

¹¹ Hasso Hofmann, Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes, in: C. Starck (Hrsg.), Die Allgemeinheit des Gesetzes, 1987, S. 9, 43.

¹² Hofmann, aaO., S. 46.

¹³ Gunnar Folke Schuppert, Gute Gesetzgebung. Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre, Zeitschrift für Gesetzgebung ZG, Sonderheft 2003, S. 4.

ist allerdings unterschiedlich ausgeprägt. So wird man die Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit einer Regelung eher zu einem justiziablen Maßstab verdichten können als etwa die nur wenig griffigen und im weiten Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers liegenden Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit oder der Widerspruchsfreiheit. Zu berücksichtigen ist auch, wie das Bundesverfassungsgericht deutlich gemacht hat, die „Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts mit Rücksicht auf den Normzweck“.¹⁴ Rechtsstaatliche Maßstäbe werden umso präziser und strikter, je intensiver „auf der Grundlage der betreffenden Regelungen in grundrechtlich geschützte Bereiche eingegriffen werden kann.“¹⁵ Besonders deutlich ist dies im Bereich des Strafrechts: Hier müssen höchste Standards in Hinblick auf Klarheit und Nachvollziehbarkeit der Norm gelten. In jedem Fall aber bedeutet Verfassungsbindung kein an den Gesetzgeber gerichtetes Optimierungsgebot, sondern die Verpflichtung auf gewisse Mindestanforderungen, denen ein Gesetz genügen muss.

Insgesamt folgt aus dem Vorangegangenen, dass die Bedeutung der von der Gesetzgebungslehre bereit gestellten Parameter für ein „gutes“ Gesetz, auch wenn sie rechtsstaatlich begründet sind, nicht nur in der Formulierung justiziabler Standards, sondern auch und vielleicht sogar vor allen Dingen darin liegt, eine analytische Grundlage für die Beurteilung von Gesetzen unter dem Gesichtspunkt der Gesetzgebungsklugheit bereitzustellen. Klugheitsregeln sollen den Gesetzgeber bei der Entscheidung über den Inhalt eines Gesetzes leiten; sie zielen auf Selbstkontrolle des Gesetzgebers.¹⁶

Zweckmäßigkeit und Folgerichtigkeit eines Gesetzes

Gestatten Sie mir, mich im Folgenden zu beschränken und nur auf einige wenige der o.g. Parameter für ein „gutes“ Gesetz näher einzugehen.

Zum Erfordernis, dass jede Normsetzung elementaren Gerechtigkeitsvorstellungen entsprechen muss, führt das Bundesverfassungsgericht aus: Wenn gesetzliche

¹⁴ BVerfGE 102, 254 (337).

¹⁵ BVerfGE 83, 130 (145).

¹⁶ Gregor Kirchhof, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, S. 191.

Anordnungen als Recht gelten sollen, können sie „diese Qualität nicht lediglich dadurch erlangen, dass sie von der staatlichen Macht im jeweils vorgesehenen Verfahren gesetzt sind, sondern dass sie darüber hinaus inhaltlich nicht fundamentalen Prinzipien der Idee der Gerechtigkeit widersprechen dürfen.“¹⁷ Zu diesen Prinzipien gehört zunächst die Zweckmäßigkeit (oder Sachgemäßheit) einer Regelung. Jedes Gesetz muss eine Reihe von Vorgegebenheiten, die tatsächlichen Bedingungen, in die hinein es geschaffen werden soll, berücksichtigen. Es handelt sich hier um äußere Umstände, die der Gesetzgeber vorfindet wie wirtschaftliche und gesellschaftliche Verhältnisse, klimatische Bedingungen, Stand und Grad der Technik, aber auch um kulturelle Gegebenheiten, die der Mensch selbst erzeugt hat wie Wertvorstellungen, Traditionen etc.¹⁸ Diese Gegebenheiten muss ein vernünftiger Gesetzgeber berücksichtigen, wenn es ihm an der Zweckmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung gelegen ist.

Mit der Folgerichtigkeit, d.h. der inneren Stimmigkeit eines Gesetzes, hatte sich das Bundesverfassungsgericht im Fall des Rauchverbots in Gaststätten zu befassen.¹⁹ Im konkreten Fall hatte ein Landesgesetzgeber ein Rauchverbot erlassen, welches das Rauchen in Gaststätten grundsätzlich verbot, aber zugleich die Möglichkeit eingeräumt, abgetrennte Raucherräume für rauchende Gäste einzurichten. Es handelte sich mithin nicht um ein absolutes, sondern ein relatives Rauchverbot, das auch den Belangen der Raucher und Gaststättenbetreiber entgegen kommen sollte. Gleichzeitig war deutlich, dass die Einrichtung eines abgetrennten Raucherraumes für die in Deutschland weit verbreitete Eckkneipe, die regelmäßig nur über einen Gastraum verfügt, aus tatsächlichen Gründen regelmäßig nicht möglich war. Der Betrieb als reine Raucherkneipe schied nach dem Gesetz aber aus. Für die Eckkneipenbesitzer wirkte sich das Rauchverbot daher als absolutes Rauchverbot aus. Hierin sah das Bundesverfassungsgericht - auf dem Hintergrund der dem Gesetz zugrunde liegenden Konzeption eines relativen Rauchverbots - einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) der Kneipenbesitzer. Der Gesetzgeber wäre vielmehr gehalten gewesen, den besonderen Belastungen dieser besonderen Gruppe von Gaststättenbesitzern durch entsprechende Regelungen entgegen zu kommen. Dies habe

¹⁷ BVerfGE 54, 67 (68).

¹⁸ Hans Schneider, Gesetzgebung, 3. Aufl., 2002, S. 38 f.

¹⁹ BVerfG, Urteil vom 30.7.2008, EuGRZ 2008, 527 (538 f.).

der Gesetzgeber unterlassen. Auf die Notwendigkeit der Erreichung des gesetzgeberischen Ziels habe er sich nicht berufen können, da das Gesetz gerade kein absolutes Rauchverbot verhängt habe. Rechtsdogmatisch verarbeitet das Bundesverfassungsgericht das Gebot der Folgerichtigkeit unter Rückgriff auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (i.V.m gleichheitsrechtlichen Wertungen).

Rechtssicherheit und Widerspruchsfreiheit²⁰ der Rechtsordnung

Der Gesetzgeber hat bei der Gestaltung eines Gesetzes weiter darauf zu achten, dass die Rechtsordnung nicht in sich widersprüchlich wird. Die Einheit der Rechtsordnung muss gewahrt bleiben. Das Postulat von der Einheit der Rechtsordnung ist Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips, das Rechtssicherheit für den Bürger verlangt. Als Normadressat muss sich der Bürger in seinem Verhalten auf das Gesetz einrichten können. Dies setzt die Klarheit und Bestimmtheit des Gesetzes voraus und die Verlässlichkeit der Rechtsordnung, d.h. die Widerspruchsfreiheit nicht nur des einzelnen Gesetzes, sondern der Rechtsordnung insgesamt. In temporaler Hinsicht bedeutet Rechtssicherheit Vertrauensschutz.

In Hinblick auf den Rückgriff auf das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als justiziables Maßstab für die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes hat das Bundesverfassungsgericht bislang Zurückhaltung geübt. In der Tat ist nicht einfach auszumachen, ab wann die Rechtsordnung widersprüchlich ist. Auch sind regelrechte Normkollisionen, in denen die Anwendung der betroffenen Normen auf einen Sachverhalt zu unterschiedlichen Ergebnissen führt, von Wertungswidersprüchen zu unterscheiden. Ein solcher wird nur unter engen Voraussetzungen zu bejahen sein. Angenommen hat das Bundesverfassungsgericht das Vorliegen eines Wertungswiderspruches etwa im Fall einer kommunalen Verpackungssteuer, die auf die Einweggeschirre von Fast-Food-Betrieben verhängt worden war.²¹ Diese Regelung stand nach Ansicht des Gerichts im Widerspruch zu Zielsetzung und Systematik des

²⁰ Die Folgerichtigkeit eines Gesetzes kann dann, wenn sie nicht in Bezug zur Rechtssicherheit steht, als ein Aspekt der Widerspruchsfreiheit betrachtet werden. Im Fall des Rauchverbots allerdings bestand für die „Eckkneipenbesitzer“ durchaus Rechtssicherheit.

²¹ BVerfGE 98, 106.

Abfallrechts des Bundes. Denn das Bundesgesetz setze im Gegensatz zur kommunalen Verpackungssteuer, das die Müllvermeidung zum Ziel habe, auf Kooperation in der Abfallwirtschaft. Welche der einen Widerspruch begründenden Regelungen im konkreten Fall zurücktreten müsse, bestimme sich – so das Gericht – „grundsätzlich nach dem Rang, der Zeitenfolge und der Spezialität der Regelungen.“²² Vorliegend hatte die abgabenrechtliche Regelung der Kommunen der Sachregelung des Bundes zu weichen.

Die Tragweite des Grundsatzes der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung ebenso wie Frage, ob ihm eigenständige verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt, ist in der Literatur zu Recht umstritten.²³ In der Tat hatte das Bundesverfassungsgericht den Fall der Verpackungssteuer letztlich unter Rückgriff auf das Verhältnis von Sachgesetzgeber und Steuergesetzgeber, d.h. kompetenzrechtlich geklärt. Handelt es sich um eine echte Normkollision, ist diese methodisch mittels der anerkannten Kollisionsregeln aufzulösen: Nach der in Art. 31 GG enthaltenen Kollisionsregel bricht Bundesrecht widersprechendes Landesrecht. Etwaige Widersprüche zwischen zeitlich aufeinander folgenden Gesetzen werden nach Maßgabe des Grundsatzes *lex posterior derogat legi inferiori* bewältigt; spezielle Regelungen gehen den Allgemeinen vor. Hinzu tritt der Gleichheitssatz, der ebenfalls spezifische Anforderungen an die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung stellt. Nach alledem dürfte die wesentliche Bedeutung des Grundsatzes von der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung in der Bereitstellung einer Klugheitsregel liegen, an der sich die Gesetzgebung ausrichten sollte.

Inhalt und Gesetzestechnik

Was bedeutet Gesetzestechnik?

In der Gesetzgebungslehre von Hill heißt es: „Unter Gesetzestechnik versteht man Fragen der Entscheidungsformulierung und der optimalen Fassung des Regelungsgehalts eines Gesetzes.“²⁴ Die damit verbundenen Grundanforderungen fasst

²² AaO., S. 131.

²³ Alexander Hanebeck, Die Einheit der Rechtsordnung als Anforderung an den Gesetzgeber, *Der Staat* 41 (2002), S. 429 (451); Hans D. Jarass, Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als verfassungsrechtliche Vorgabe, *AöR* 2001, S. 588, kritisiert die engen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts.

²⁴ Gesetzgebungslehre, 1982, S. 96.

Hill unter dem Leitziel der Funktionsgerechtigkeit eines Gesetzes zusammen. Hierunter versteht er zum einen die „Adressatengerechtigkeit“, d.h. die Gesetze müssen für die betroffenen Bürger verständlich sein, und zum anderen die „Anwendungsgereetheit“. Gemeint ist damit die Vollziehbarkeit durch die Verwaltung und die Kontrollfähigkeit durch die Gerichte (Justiziabilität).²⁵ Nur wenn ein Gesetz „funktionsgerecht“ in diesem Sinne ist, kann es die mit ihm intendierte Steuerungswirkung entfalten.

Aspekte der Gesetzestchnik berühren die Systematik eines Gesetzes und seine Regelungsstruktur: Handelt es sich bei dem Gesetz um eine Muss- oder eine Ermessensvorschrift? Auf welcher Abstraktionshöhe bewegt sich die gesetzliche Regelung: Ist sie eher kasuistisch gefasst, d.h. auf den Einzelfall bezogen oder enthält sie eher generalklauselartige Regelungen? Inwieweit erfolgt die inhaltliche Ausfüllung der Normbestandteile durch die Rezeption außergesetzlicher Regelungen oder Grundsätze? Ist das Gesetz präzise und verständlich formuliert? Freilich können gerade Präzision und Verständlichkeit in ein Spannungsverhältnis zueinander geraten.²⁶ Denn nicht jedes Sachgebiet lässt sich mit allgemein verständlichen Formulierungen regeln. Dies gilt insbesondere für komplizierte technische Sachverhalte, deren präzise Regelung regelmäßig die Verwendung von Fachausdrücken erfordert, was wiederum auf Kosten der Verständlichkeit gehen kann. Dies ist solange nicht zu beanstanden, als die Adressaten des Gesetzes mit der verwendeten Fachsprache und der zugrunde liegenden Rechtsmaterie vertraut und daher in der Lage sind, das Gesetz zu verstehen und seinen Anordnungen zu folgen. Demgegenüber sollten sich Gesetze, die sich an den Normalbürger richten, um Allgemeinverständlichkeit bemühen; es muss dem Gesetzgeber ein Grundanliegen sein, möglichst einfache und klare Regelungen zu schaffen. Ich darf an dieser Stelle auf das so genannte „Denksport-Erkenntnis“ des Österreichischen VGH verweisen, wonach das Rechtsstaatsprinzip verletzt ist, wenn ein Gesetz „nur mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksportaufgaben verstanden werden kann.“²⁷ So weit sollte es nicht kommen! Das „Denksport-Erkenntnis“ des österreichischen VGH,

²⁵ AaO.

²⁶ Hill, aaO., S. 130, fasst dies unter die Adäquanz eines Gesetzes.

²⁷ G 81/82/90 u.a., VfSlg 12.420/1990 (1. Leitsatz), zit. nach Gregor Kirchhof, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, S. 317 Anm. 738.

das in der Unverständlichkeit des Gesetzes im konkreten Fall eine Verletzung des Rechtsstaatsprinzips sah, macht deutlich, dass Anforderungen an die Funktionsgerechtigkeit im Einzelfall zum scharfen Maßstab werden können, an dem Gesetze justiziabel gemessen werden können.

Zur Verbesserung der Situation in Deutschland könnte etwa daran gedacht werden, das Mandat des im Jahr 2006 für die Bundesebene geschaffenen Nationalen Normenkontrollrates²⁸, dem alle Gesetzentwürfe des Bundes vorzulegen sind, zu erweitern über die Prüfung der durch ein Gesetz verursachten Bürokratiekosten hinaus auf die Kontrolle der sprachlichen Adäquanz eines Gesetzes.

Inhalt und Gesetzestechnik

Die Mängel eines Gesetzes rühren nicht nur von Fehlleistungen im Bereich der äußeren Gesetzestechnik – unsystematischer Aufbau, misslungene Darstellung der vom Gesetzgeber intendierten Regelungsinhalte etc. –, sondern haben vielfach inhaltliche Gründe. Verfehlen die Inhalte eines Gesetzes den Regelungszweck, weist das Gesetz innere Widersprüche auf, fügt es sich nicht ein in den bereits vorhandenen Rechtsbestand mit der Folge der Entstehung von Wertungswidersprüchen²⁹, beruhen die getroffenen Regelungen auf einer unzutreffenden Wahrnehmung der Wirklichkeit, verstrickt sich das Gesetz in Detailregelungen, macht auch die beste Gesetzestechnik aus einem „schlechten“ Gesetz kein „gutes“ Gesetz. Fordern Gesetzesvorbehalt und Verhältnismäßigkeitsprinzip immer weiter gehende Differenzierungen, kann der Gesetzgeber dem freilich auch nicht ausweichen. Das Ergebnis sind unübersichtliche, kasuistische Einzelfallregelungen, hochanfällig für Umgehungen, lückenhaft und deswegen alsbald wieder ergänzungsbedürftig. Betrachtet man z.B. die jüngeren Entwicklungen im Bereich des Ausländerrechts, wird das Problem offenkundig. Der Trend geht hier – ausgelöst nicht zuletzt durch die Rechtsprechung des Straßburger Menschenrechtsgerichtshofs – zu einer immer stärkeren menschenrechtlichen Überformung dieses Rechtsgebiets. Besonders gut zeigen lässt sich dies am Beispiel des

²⁸ Gesetz vom 14.8.2006, BGBl. I S. 1866.

²⁹ Sehr plastisch das Beispiel von Hermann Hill, Gesetzgebungslehre, S. 99 f.: „Der Gesetzgeber strebt mit bestimmten Normen einen bestimmten Zweck an, versagt aber durch andere Normen diejenigen Maßnahmen, die allein als Mittel zur Erreichung jener Zwecke in Betracht kommen.“ Vgl. zur Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung bereits oben V. 1 c.

Ausweisungsrechts. Im Wege der Ausweisung kann ein Staat den rechtmäßigen Aufenthalt von Ausländern beenden. Vom Instrument der Ausweisung machen Staaten insbesondere gegenüber straffällig gewordenen Ausländern Gebrauch. Die vom deutschen Gesetzgeber vorgenommenen – und immer noch in Geltung befindlichen – Typisierungen, die je nach Schwere der begangenen Straftaten und der bisherigen Aufenthaltsdauer des Ausländers zwischen Muss-, Soll- und Ermessensausweisung unterscheiden und insofern bereits sehr differenziert gefasst sind, sind heute durch die Rechtsprechung überholt. An ihre Stelle ist eine Einzelfallprüfung getreten, die insbesondere auch die Lebenssituation der Betroffenen mit berücksichtigen soll.³⁰ Was folgt hieraus für den Gesetzgeber? Letztlich bleibt ihm nur der Versuch, die bei der Einzelfallprüfung zu berücksichtigenden Gesichtspunkte gesetzlich vorzugeben. Rechtssicherheit geht damit freilich dennoch verloren: Denn entscheidend ist die Verwaltungspraxis vor Ort, die sehr unterschiedlich sein kann. Nicht mehr das Gesetz steuert letztlich das Ausweisungsgeschehen, sondern die Verwaltung. Dies ist insofern geradezu paradox, als dies ein Ergebnis einer immer stärkeren grundrechtlichen Überformung des Ausweisungsrechts ist. Und eigentlich gilt doch: Je intensiver die grundrechtliche Betroffenheit, desto engheriger – so jedenfalls lehren uns Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitsgrundsatz – muss der Gesetzgeber selbst steuern. Dies ist ihm allerdings wegen der grundrechtlich begründeten Notwendigkeit einzelfallgerechter Entscheidungen praktisch unmöglich. Der Gesetzgeber wird damit in die zweite Reihe verwiesen. Verkehrte Welt!

Schlussendlich darf an dieser Stelle der Hinweis auf den immer stärker werdenden Einfluss des EU-Rechts nicht fehlen, das der Gesetzgeber in nationales Recht umzusetzen hat. Vielfach ist das europäische Richtlinienrecht, um das es hier im Wesentlichen geht, Ergebnis eines schwer errungenen politischen und rechtskulturellen Kompromisses. Die hieraus resultierende begriffliche und dogmatische Unklarheit stellt den nationalen Umsetzungsgesetzgeber, der die Norm stimmig in das eigene Rechtssystem einfügen muss, vor zusätzliche Probleme.

³⁰ Zum Ganzen näher Christine Langenfeld, Menschenrecht auf Aufenthalt? Neue Entwicklungen im Recht der Ausweisung von „verwurzelten“ Ausländern, in: FS für Roman Herzog, 2009, S. 247 (mit zahlreichen Nw. zu Rspr. und Lit.).

Rolle der Rechtsdogmatik

Der beschriebene Befund lässt die Rechtsdogmatik in ihrer Bedeutung hervortreten. Ihre Aufgabe ist es, das geltende Recht auszulegen und anwendungsfähig zu machen, kurz, die Funktionsgerechtigkeit einer Norm, sofern sie sich nicht aus sich selbst heraus ohne weiteres ergibt, sicherzustellen. Offene Rechtsbegriffe sind in Hinblick auf das gesetzgeberische Ziel auszulegen, die Kohärenz einer Regelung durch die Auflösung innerer Widersprüche ist herzustellen, Differenzierungen sind dort, wo sie geboten sind, vorzunehmen ebenso wie Einschränkungen bzw. Erweiterungen des Anwendungsbereichs der Norm durch Auslegung zu begründen sind.

Rechtsdogmatische Arbeit vollzieht sich nicht nur am geltenden Gesetz, sondern leistet auch Vorarbeit für anstehende Gesetzgebungsvorhaben. Insofern hat die Rechtsdogmatik immer auch rechtspolitische Relevanz. Besonders bedeutsam war ihre Rolle für das Verwaltungsrecht, das in Deutschland erst 1976 in Teilen im Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes und parallel dazu im Recht der Länder kodifiziert worden ist.³¹ Andere neuartige Rechtsgebiete wie etwa das Internetrecht im weitesten Sinne harren ihrer rechtsdogmatischen Durchdringung; das bereits geltende Recht ist auf neue Herausforderungen hin auszurichten. Hierbei ist auch die zunehmende Internationalisierung des Rechts zu berücksichtigen. Aufgabe der Rechtsdogmatik ist es hier, ihren Beitrag zu einem funktionsgerechten Zusammenwirken von Rechtsnormen im Mehrebenensystem zu leisten.

Schluss

Ich komme zum Schluss. Die Gründe für „schlechte“ Gesetze sind vielfältig und miteinander verwoben. Sie liegen nicht nur in der Sphäre des Gesetzgebers, sondern auch außerhalb seines Einflusses.³² Zugleich wurden im Vorangegangenen aber auch die Herausforderungen deutlich, denen sich der Gesetzgeber und die Rechtswissenschaft stellen müssen. Hierbei bietet die Lektüre der Vorlesungen über die Gesetzgebungsklugheit von Christian Thomasius, gehalten an der Universität Halle im

³¹ Dazu näher Christian Starck, Rechtsdogmatik und Gesetzgebung im Verwaltungsrecht, in: ders. (Hrsg.), Gesetzgebung und Dogmatik, 1989, S. 106.

³² So Christian Starck, Überlegungen zur Gesetzgebungslehre, in: Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG), 1988, S. 1 (17).

Jahre 1702, reichlich Inspiration. Es scheint, als ob die Gesetzgebung damals vor ähnlichen Problemen gestanden hätte wie heute. Und zur Abhilfe schlägt Thomasius eigentlich auch die gleichen Rezepturen vor wie heute. So heißt es im Kapitel XII zu den Regeln der wissenschaftlichen Gesetzgebungsklugheit: „§ 10. Es ist töricht, nicht über Gesetze in dem Sprachgebrauch zu verfügen, den das Volk versteht. (...) § 12. Es ist töricht, einander widersprechende Gesetze zu haben. (...) § 14. Ein Gesetz muss kurz und klar sein. Je mehr Wörter, umso größer sind Unverständlichkeit und leeres Gerede.“³³ Kann man es besser sagen?

³³ Christian Thomasius, Vorlesungen über die Gesetzgebungsklugheit, in: Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), *Prudentia Legislatoria*, S. 95 (204).

Dr. Fazel Maybodi

-تاثیر عادلانه بودن قانون در اجرای قانون-

بشر از دیرباز برای فرار از هرج و مرج و خودسری و خودکامگی حاکمان، به دنبال تدوین قانون و در پی آن حاکمیت قانون، به گونه ای که همگان در برابر آن یکسان باشند، بوده است. در مورد مبنای مشروعیت قانون و حاکمیت قانون، از یونان باستان تا کنون، از فیلسوفان و غیر فیلسوفان، نظرات گوناگونی ارائه گشته است. در کنار تمامی نظریات، یک جمله همه جا نمایان است و آن این است که قانون باید عادلانه باشد و همگان در برابر حاکمیت آن یکسان باشند. حاکمیت قانون، در یک جمله، یعنی: جلوگیری از استفاده خودسرانه و مستبدانه از قدرت در تصمیم گیریهای حکومتی. حاکمیت قانون در برابر حاکمیت فرد و حاکمیت دیکتاتور مابانه است. در حاکمیت قانون چند مسئله مهم و اساسی وجود دارد. به تعبیر دیگر برای قانون چند ویژگی عمومی می توان تصور کرد: 1- عادلانه بودن قانون 2. روشن بودن مبنا و مشروعیت قانون. 3- اصل تساوی 4- کلی بودن قانون 5- برخورداری از ضمانت اجرا 6- اصل تناسب میان جرم و مجازات 7- اصل استقلال در قوه قضاییه. (استقلال قوه قضاییه بیشتر برای آنجا است در دعوی که طرف آن دولت است، قانون به نفع دولت و به زیان مقابل او حاکم نشود. در قوه قضاییه باید میان حکومت و مردم قضاوت عادلانه صورت گیرد و اصل وجود هیئت های منصفه در دادگاه های مطبوعاتی و سیاسی برای همین است.) ممکن است ویژگی های دیگری هم باشد که در این جا نیامده است.

پرداختن به هر یک از این ویژگیها زمان زیادی می طلبد که در این جا مجال آن نیست. تنها به یکی از نکات مهمی که در این جا باید مورد بحث قرار گیرد، اشاره میکنم. و آن تاثیر شفافیت مشروعیت و عادلانه بودن قانون در حاکمیت قانون است.

زمانی سقراط می گفت قانون به صرف قانون بودن عادلانه است یعنی عدالت یک صفت پس از قانونی است؛ برخی از متفکران نیز این مبنا را قبول دارند. در ادبیات دینی هم آمده است که پادشاه ستمگر بهتر از فتنه بی قانونی است. ولی غالب فیلسوفان حقوق چنین چیزی رانمی پذیرند. و می گویند عدالت یک مقوله پیش از قانونی است و اگر عدالت پشتوانه قانون نباشد، آن قانون عادلانه نیست. دلیل این امر روشن است. می دانیم قانون از جنس امر ونهی است و می خواهد اختیارات آدمی را محدود کند. حتی در حریم خصوصی افراد مداخله نماید. امر ونهی کردن یکی از خصایص مهم قاعده حقوقی است. نمی توان قاعده حقوقی ای رایافت که در آن خصیصه امر ونهی کردن وجود نداشته باشد. در قانون جمله خبری وجود ندارد و در مقام نقل واقعیت نیست. اگر هم جمله خبری وجود دارد، به گفته علمای علم اصول، که متدولوژی فقه است، آمریت آن بیشتر است. حال که قانون از جنس امر ونهی کردن است، چه کس و یا چه کسانی و با چه پشتوانه ای می توانند و یا حق دارند آدمیان را از راه قانون، امر ونهی نمایند؟ و اصولاً انسان به عنوان انسان چنین حقی را دارد؟ و یا این حق فقط در انحصار خداوند است؟ و اگر در انحصار خداوند است آیا هر چه خدا گفت می شود عدل و یا امر ونهی خداوند متکی و مبتنی بر مفاسد و مصالح و عدالت موجود در میان آدمیان است. مثالها ان مسیحی مانند سنت آگوستین که عدالت را انطباق بانظم الهی می دانست و توماس آکویناس که قانون بشری را الزوما انعکاسی از قوانین الهی میدانست و اشاعره در اسلام که می گفتند هر آن چه خدا بگوید عدل است، اینها عدالت را یک مقوله پس از دینی و پس از قانونی می دانستند. خواهیم

گفت که این دیدگاه یکی از مشکلات و موانع اجرای قانون است. چون در قانون پاره ای از حقوق آدمی ستانده می شود در کنار حق، تکلیف و تعهد ایجاد می کند. بنابراین، این که می گوئیم چه کسی حق قانون گذاری دارد، یعنی چه کسی حق دارد پاره ای از حقوق مرا بگیرد و مرا محدود کند. و معنای حاکمیت قانون محدود کردن انسان است. و اصل اولیه در انسان ها این است که تن به محدودیت ندهند. جز این که بدانند این محدودیت دارای مشروعیت و عادلانه است و به سود جامعه باز می گردد. به تعبیر برخی فلاسفه فایده همه گانی یگانه منشا عدل است. در آن صورت آیا قوانینی که منشا مشروعیت آن جنبه الهی و متافیزیکی دارد بیشتر عادلانه است و حاکمیت پیدا می کند و آدمیان تن به حاکمیت آن می دهند؟ یا قوانینی که منشا مشروعیت آنان عرف و توافق اجتماعی است؟ فرق بارز این دو در این است که در قوانین عرفی، بر اساس تعریف جدید، توافق عامه در مشروعیت آن وجود دارد ولی در قوانین شرعی توافق عامه وجود ندارد؛ بلکه مشروعیت آن ممکن است به رای یک نفر، مثلاً، فقیه یا متولی دین برگردد. می دانیم از ویژگی های جامعه مدنی توافق عامه یا قرارداد اجتماعی است. مهم ترین تمایز جامعه مدنی با جامعه پیش از آن مبنای مشروعیت دولت و قانون است. یکی از فرقه های قوانین شرعی و الهی با قوانین عرفی همین است که در قوانین شرعی نظر شخص، مثلاً فقیه، ملاک مشروعیت است، اگر فقهی فتوا داد که باید در زنا محصنه رجم کرد، این قانون در محاکم جزایی شرعی می شود و ممکن است قاضی بر اساس آن، چنین حکمی را اجرا نماید. ولی در توافق عامه و قرارداد اجتماعی چنین نظری صورت قانون به خود نمی گیرد. در حکومت هایی که رابطه میان حاکم و مردم رابطه فرماندهی و فرمانبرداری نیست و یک نوع میثاق ملی حاکم است، قوانین آن نیز بر اساس میثاق ملی مشروعیت پیدا می کند. ممکن است گفته شود در جایی که مبنای میثاق ملی باشد و توافق اجتماعی ملاک مشروعیت قانون قرار گیرد، راه برای حاکمیت قانون هموارتر است؟ و اختلاف در میان اقوام و ملل و مذاهب کمتر صورت می گیرد و یا صورت نمی گیرد؟ هر چند در اسلام در مورد حاکمیت قانون نسبت به مذاهب و ادیان مختلف پیش بینی شده است. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول 12 و 13 در مورد احوال شخصیه اقلیتهای مذهبی مانند ارث و طلاق و امثال آن بر اساس محاکم قضایی آنان قانون حاکمیت پیدا می کند. اما در قوانین عمومی و جزایی همه در برابر قانون یکسانند.

در میان نظام های حقوقی موجود از قبیل: رومی ژرمنی، کامن لا (common law) سوسیالیستی، قانون تلمود، مسیحی کلیسایی و اسلام همه یا به نظام حقوقی الهی برمی گردند و یا به به نظام حقوقی بشری. یعنی مبنای مشروعیت قوانین و عادلانه بودن آن یا به کتب مقدس منتهی می شود و یا به قوانین نوشته و یا نانوخته بشری. باید دید در مقایسه میان این دو، کدام در حاکمیت قانون موفقتر بوده اند. هر چند قضاوت در این باره آسان نیست. اما با نگاه تاریخی و آماری می توان تا حدودی به این مسئله راه پیدا کرد.

از آن جا که تخصص این جانب تا حدودی به قوانین اسلامی برمی گردد، می خواهم بگویم که به نظر بنده در قوانین اسلامی (غیر از قوانین عبادی که جای بحث دارد) جایگاهی برای تقسیم قوانین به بشری و الهی وجود ندارد. به یک معنا قوانین الهی به همان قوانین عقلایی و عرفی باز می گردد. و عدل یک مقوله پیش از دینی و در سلسله علل احکام است. عدل خداوند در قانون همان عدلی است که آدمیان در زندگی می فهمند. و هر چه عقل آدمیان حکم می کند، خدا نیز به همان حکم می کند. در قرآن کریم جایی از عدالت تعریف نگشته بلکه پی گیری عدالت توصیه گشته و در آیات مختلف امر به قسط و عدالت شده ولی مصادیق آن به عهده آدمیان زمان خود انهاده است. ممکن

است قانونی در روزگار پیشین عادلانه تلقی می‌گشته، اما در این روزگار عادلانه نباشد. مانند قانون برده داری و یا ازدواج با دختر در سن نه سالگی و امثال آن. و یا ارسطو عدالت را رفتار برابر با افراد برابر می‌دانست. در هر صورت خداوند، در پاره ای موارد، این اختیار را به عرف و حوزه حکومت داده است تا برای مصلحت و بهبود زندگی آدمیان قانون وضع نماید و با قانون موجودی را تغییر دهند. و عرف را به عنوان ظرف قانون بشناسد. قوانینی که اسلام در هنگام بعثت امضا کرد و آنها را، به تعبیر امام علی، در اسلام به جریان انداخت، همان قوانینی بود که پیشینیان وضع کرده بودند و اسلام همان قوانین موضوعه را حاکمیت بخشید. چون مناسب با عرف روزگار خود بود. در حاکمیت قانون این اصل را باید منظور داشت که عرف جامعه باید به پذیرش حاکمیت قانون تن دهد. اگر قانونی از بالا تحمیل شود که عرف جامعه ظرفیت پذیرش آن را نداشته باشد، حاکمیت آن دشوار خواهد بود. لهذا دین اسلام به عنوان یک مکتب حقوقی این اصل را در زمان پیامبر لحاظ کرد. و یک همخوانی میان عرف و قوانین موجود وجود داشت. و این تلازم و همخوانی به اصل عدالت برمی‌گردد که از اصول بعثت پیامبران است. همه گان بر این اصل وفاق دارند که روح قانون عدالت است. به عقیده خیلی از فلاسفه حقوق، مبنای حقوق عدالت است. مردم از آن جهت در برابر قانون تسلیم هستند که قانون تامین کننده عدالت است. قانون منهای عدالت قانون نیست. در گذشته، زور معیار قانون بود و حق مساوی زور تلقی می‌گشت. در اسلام، بویژه در نگاه شیعی و اعتزالی، عقل و عدالت معیار قانون است. در کنار «حق مساوی است با زور»، «حق مساوی است با عدالت» می‌نشیند. مراد عدالت در این جا چیست؟ هر چند معنای این واژه روشن است؛ اما از کانت به این سونظرهای نسبتاً نزدیکی ارایه گشته است. کانت می‌گفت هر عملی که بنیادس بر این باشد که آزادی هر کس با آزادی کسان سازگار گردد. و در نگاه جان راولز عدالت در اصل عبارت است از حذف امتیازات بی وجه و ایجاد تعادلی واقعی در میان خواسته های متعارض انسانها در ساختار یک نهاد اجتماعی. اما مراد عدالت در قانون همان تامین مصلحت عامه و جامعه است. و تامین مصلحت هر جامعه ای بعهده عرف و عقلای آن جامعه است. در نتیجه قانونی که عرفی و عقلایی باشد، جنبه الهی نیز دارد و حاکمیت آن نیز آسانتر خواهد بود. شاید اشکالی بر این سخن وارد شود که چه کسی عدالت را تعیین می‌کند؟ به نظرمی رسد تا حدودی مطالب فوق به این سوال پاسخ داده باشد. جان راولز که به عنوان فیلسوف عدالت شناخته می‌شود، میگوید عدالت صفت نهاد اجتماعی است و این نهادهای اجتماعی هستند که مصادیق عدالت را تامین می‌کنند. و غایت نهادهای اجتماعی رسیدن به عدالت است. ما این معیار در مجازات کیفری بیشتر می‌توانیم بفهمیم. اصلی که در مجازات کیفری وجود دارد این است که باید میان جرم و جریمه تناسب وجود داشته باشد. اگر مجازات مجرم در عرف جامعه بیش از جرم تلقی شود، و یا مجازات به گونی قانونی شود که تاثیری در مجرم نگذارد، این قانون عادلانه نخواهد بود. و حاکمیت این قانون مواجه با مشکلات سیاسی و اجتماعی خواهد شد. چنان که در پاره ای کشورهای اسلامی که قایل به اجرای حدود هستند، این مشکل را دارند. و همواره متهم به نقض حقوق بشر می‌شوند. در این جا لازم می‌دانم سخنی را از آدم اسمیت بیاورم.

آدم اسمیت می‌گوید: «انسان تشکیلاتی تصویری کند که می‌تواند اعضای مختلف یک جامعه بزرگ را، به همان سادگی که دست قادر به چیدن مهره های شطرنج است، منظم کند. او در نظر نمی‌گیرد که مهره های شطرنج اصل حرکتی دیگری جز دستی که آنها را جابجا میکند ندارد؛ ولی در صفحه شطرنج بزرگ جامعه انسانی، هر یک از این مهره ها، اصل حرکتی خاص خود را دارد که با اصل حرکتی ای که قانون گذار ممکن است انتخاب و بر او تحمیل کند کاملاً متفاوت است. اگر این دواصل با هم سازگار بوده و در یک جهت عمل کنند، بازی جامعه

انسانی به راحتی و هماهنگی پیش می رود، و به احتمال زیاد توأم با خرسندی و موفقیت خواهد بود. ولی اگر آنها مخالف و یا متفاوت باشند، بازی به گونه ای رقت انگیز ادامه

خواهد یافت و جامعه همیشه در غایت آشفتگی به سر خواهد برد. «اهتمام فیلسوفان سیاست و حقوق این است که میزان جرایم در جامعه کم شود. یکی از راه های وصول به آن، تناسب جرم و مجازات است. و هر چه بتوان از تعزیرات بدنی کاست و به تادیبات روحی رو آورد، میزان موفقیت بیشتر است. لهذا، نخست مجرم را یک بیمار روحی می بینند. در حاکمیت قانون اگر این اصل لحاظ نگردد، یعنی اصل عدالت قانونی در مجازات، قانون را به بی راهه بردن است. در این جا به سخن نخست بر می گردم و نتیجه می گیرم که:

1- در حاکمیت قانون باید منشا مشروعیت و عادلانه بودن آن را لحاظ کرد.

2- قانون به صرف قانون بودن عادلانه نمی شود. بلکه نخست باید پشتوانه عدالت داشته باشد.

3- در اسلام، بویژه در نگاه شیعی، عدالت پیش از امر و نهی خداوند وجود دارد. و دستورات الهی بر اساس عدالت موجود در میان مردم است.

4- در قرآن و روایات اسلامی تعریف جامع و مانع و از پیش داده شده ای برای عدالت ارایه نشده است. عدالت قانونی چیزی است که در میان مردم و با توجه به زمان و مکان و مصالح جامعه و بناهای عقلا در هر عصری مناسب با آن تعریف می شود و صفت نهادهای اجتماعی است. لهذا ممکن است قانونی در عصری عادلانه تلقی شود و در عصر دیگر نه.

5- مشکلی که در برخی جوامع سنت گرا وجود دارد، عدم پاسخ گویی حاکمیت قانون در کاهش جرم است. شاید یکی از علل آن عادلانه نبودن قانون و یا عدم تناسب جرم و مجازات است. لذا باید جریمه هارا متناسب با معیارهای علمی و هم شان با روزگار قانونی کرد.

Prof. Dr. Seyedali Mahmoudi

-ایران معاصر و چالش مدرنیسم، مدرنیزاسیون و دموکراسی-

مقدمه

چگونگی دستیابی جامعه‌های انسانی به دموکراسی همواره از مسائل و دلمشغولی‌های اصلی انسان در دوران جدید بوده است. این مسأله فقط به کشورهای در حال توسعه محدود نمی‌شود، بلکه در تاریخ سده‌های اخیر به‌ویژه از دوره روشنگری در سده هجدهم میلادی تاکنون، در کشورهای توسعه‌یافته نیز موضوع بحث و گفت‌وگو بوده و هست. در ادبیات دموکراسی‌خواهی و پی‌افکندن جامعه‌های دموکراتیک، معمولاً سه مفهوم اصلی در نوشته‌ها و گفته‌ها بیشتر به کار می‌روند. این سه مفهوم عبارت‌اند از: «مدرنیته»¹ (تجدد). «مدرنیسم»² (نوگرایی) و «مدرنیزاسیون»³ (نوسازی). برای پرداختن به این موضوع بنیادین که یک جامعه چگونه می‌تواند به دموکراسی دست‌یابد، روشن ساختن این سه مفهوم از نظر معنی و تفاوت آنها با یکدیگر، گامی ضروری است.

برای نیل به هسته سخت موضوع این مقاله و مطرح کردن فرضیه یا مدعای اصلی، سه پرسش زیر مهم به‌منظر می‌رسند:

1. مدرنیته، مدرنیسم و مدرنیزاسیون، هر یک چه معنایی دارند و دارای چه وجوه تمایزی با یکدیگر هستند؟
2. آیا مدرنیزاسیون بدون مدرنیسم به دموکراسی می‌انجامد؟
3. هرگاه رسیدن به دموکراسی در جامعه، بسته به عینیت‌یافتن مدرنیسم و مدرنیزاسیون باشد، اولویت با کدامیک است: مدرنیسم یا مدرنیزاسیون؟

در پرتو پرسش‌های بالا - که می‌کوشم در حد امکان به آنها پاسخ بدهم -، فرضیه من از این قرار است: تحقق دموکراسی در یک جامعه، در گرو مدرنیزاسیون برپایه مدرنیسم است. موضوع این نوشتار ماهیتی فلسفی-جامعه‌شناختی دارد؛ زیرا از سویی بحث دموکراسی در دوران مدرن و تدقیق مفهوم‌های مدرنیته، مدرنیسم و مدرنیزاسیون و نسبت آنها با دموکراسی از درون‌مایه نظری و فلسفی برخوردار است؛ از سوی دیگر، تطبیق تجربه‌های دموکراتیک (که در مقاله حاضر با اشاره‌هایی به ایران معاصر همراه است) با مبانی نظری، ما را به قلمرو جامعه‌شناسی دعوت می‌کند.

¹ Modernity
² Modernism
³ Modernization

یکی از مشکلات رایج در گفتارها، نوشتارها و گفت و گوها- حتی در برخی از محیط های علمی و دانشگاهی-، به کار بردن سه مفهوم مدرنیته، مدرنیسم و مدرنیزاسیون به جای یکدیگر و به صورت مترادف است. این امر نشان دهنده خلط میان این سه مفهوم با همدیگر است. آشکار است که بکار گرفتن نادرست و غیر دقیق این مفهوم ها، بدون این که وجوه تمایز آنها معلوم شود، موجب آشفتگی، ابهام و بدآموزی در فهم درست آن ها می شود و چه بسا در میدان عمل، پی آمد های منفی در بر داشته باشد. پیرامون پرسش نخست این مقاله می توان گفت مفهوم های مدرنیته، مدرنیسم و مدرنیزاسیون، در برگزیده ادبیاتی گسترده است که پیشینه آن به ژان ژاک روسو در سده هجدهم میلادی می رسد. روسو نخستین اندیشه وری است که واژه مدرنیست⁴ را همان گونه به کار برد که بعدها در سده های نوزدهم و بیستم رواج یافت.⁵ این مقاله در صدد تبیین دیدگاه های گوناگون در باره مفهوم های یاد شده نیست؛ بلکه می کوشد تصویری روشن از آن ها ارائه کند تا در پرتو آن، به نسبت این مفهوم ها با دمکراسی پردازد.

یکی از نظریه پردازان بزرگ مدرنیته در روزگار ما، مارشال پرمن (1940-) است که در کتاب مشهور خود *هرآنچه سخت و استوار است* دود می شود و به هوا می رود، تجربه مدرنیته، به بحث پیرامون سه گانه مدرنیته، مدرنیسم و مدرنیزاسیون پرداخته است. پرمن «مدرنیته» را وجه خاصی از تجربه حیاتی می داند که مردان و زنان سراسر جهان در آن شریک اند. مدرن بودن در نگاه او، تعلق داشتن به محیطی است سرشار از تجربه ها و دگرگونی ها، و درنوردیدن تمامی مرزهای جغرافیایی و قومی، طبقاتی و ملی، دینی و ایدئولوژیکی. به تعبیر پرمن، «مدرن بودن یعنی تعلق داشتن به جهانی که در آن، به قول مارکس، «هرآنچه سخت و استوار است، دود می شود و به هوا می رود.»⁶ زندگی مدرن از اندیشه ها، دانش ها، و تجربه های گوناگون بهره جسته است. کشفیات بزرگ، نو آوری ها و پیشرفت های صنعتی و فن آورانه به این زندگی کمک کرده اند. این فرایند پیچیده، بینش و فرهنگی باز و پویا به انسان عطا می کند و به او این امکان را می دهد که با هموعان خویش از نعمت همسخنی، همکنشی و همبودی بهره مند شود. چنین پدیده ای را «مدرنیسم» می نامیم.»⁷ مدرنیزاسیون»، اما، فرایند دگرگونی های سیاسی، اجتماعی و اقتصادی است که در شهرنشینی، تاسیس دولت و بنیان نهادن ساختارها و نهادها به مثابه فرایندهای عینی، تبلور می یابد. بر این اساس، تجربه مدرنیته، روایتی تاریخی است که از همنشینی مدرنیسم و مدرنیزاسیون با ما سخن می گوید.

پرمن در تجربه مدرنیته، تاریخ مدرنیته را به سه مرحله بخش می کند. مرحله نخست، حدوداً از سده شانزدهم آغاز می شود و تا پایان سده هجدهم تداوم می یابد. در این مرحله، مردمان بدون داشتن درک دقیق و روشنی از تجربه زندگی مدرن و داشتن آگاهی ناچیزی از اجتماع مدرن، در پی جست و جوی واژگان مناسب برای

⁴ Modernist

⁵ مارشال پرمن، *هرآنچه سخت و استوار است* دود می شود و به هوا می رود، تجربه مدرنیته، ترجمه مراد فرهادپور، تهران، طرح نو، 1386، چاپ ششم، ص 17.

⁶ همان، ص 14.

⁷ همان، ص 15.

توصیف این وضعیت جدید هستند. مرحله دوم با جنبش انقلابی دهه 1790 آغاز می شود که انقلاب کبیر فرانسه با سربرآوردن یک جمهور⁸ بزرگ مدرن، نقطه عطف آن است. سپس در سده نوزدهم، مردمانی که به این جمهورمدرن تعلق دارند، چگونگی زیستن در جهان های غیر مدرن را از لحاظ مادی و معنوی به یاد می آورند. این دوگانگی درونی و حس زیست همزمان در دو جهان متفاوت، ایده های مدرنیزاسیون و مدرنیسم را به بار می آورد و شکوفا می سازد. مرحله سوم به سده بیستم اختصاص دارد. این مرحله شاهد گسترش فراگیر مدرنیزاسیون در جهان است. فرهنگ جهانی و رشد یابنده مدرنیسم در عرصه هنر و اندیشه پیروزی های بزرگی به دست می آورد. اما از دیگر سو، گرچه جمهور مدرن همچنان گسترش می یابد، اما « به شمار کثیری از پاره های پراکنده تجزیه می شود که هر یک با زبان خصوصی و قیاس ناپذیر خویش سخن می گویند...»⁹

تاریخ مدرنیته نشان می دهد که این پدیده امری خلق الساعه نبوده است، بلکه به مثابه فرایندی پویا، چالشگر و رشدیابنده، در طول سده ها به تدریج مراحل زایش، بالندگی و بلوغ خویش را طی کرده است. اگر سده شانزدهم میلادی را سرآغاز برآمدن مدرنیته بگیریم، اینک مدرنیته در ابتدای دومین دهه از پنجمین سده عمر خویش است. دوران مدرن، منشا دگرگونی های بزرگ و خیره کننده در قلمرو دانش، فلسفه، هنر، ادبیات، صنعت و فن آوری است؛ اما فلسفه در این میان نقش تعیین کننده ای داشته است و دارد، زیرا تغییرات بنیادین در عرصه تجربه و عمل در این دوران، از پدید آمدن دگرگونی در معرفت شناسی، جهان شناسی و انسان شناسی سرچشمه می گیرد که فلسفه متکفل آن است.

اندیشه ها و ارزش هایی که مدرنیسم را می سازند، سرچشمه هایی در برآیند تلاش های فیلسوفان، نظریه پردازان و دانشمندان دارند که در مکتب های فکری و فلسفی بازتاب یافته و سپس در چارچوب اصولی صورتبندی شده است. مدرنیسم از آبشخور هایی نظری تغذیه می کند که در درازنای تاریخ به ویژه از دوران نوزایش به این سو، به تدریج فراهم آمده اند. اگرچه مکتب های گوناگون سیاسی- فلسفی به مثابه پیش زمینه های مدرنیسم با یکدیگر اختلاف هایی دارند، اما می توان چارچوب مشترکی میان آنچه پیشنهاد کرده اند، به دست آورد. بر این اساس، شالوده های اصلی مدرنیسم عبارتند از: عقلانیت، تکثرگرایی، آزادی، برابری، حقوق بشر، مدارا، حاکمیت مردم و قانون گرایی. پیداست که این مفاهیم از جایگاهی نظری برخوردارند، اما می توانند در گستره جامعه های انسانی، تحقق و عینیت یابند. چنان که گذشت، مدرنیزاسیون، دربرگیرنده پدیده هایی عینی، قابل مشاهده و تجربه پذیراند که در دوران جدید با بهره گیری از دانش های بشری و تجربه های مترکم تاریخی، در جامعه تعین یافته اند. پدیده های مدرنیزاسیون عبارتند از: ارتباطات، وسایل حمل و نقل، جاده ها؛ نهادهای علمی، مانند دانشگاه ها، مراکز پژوهشی و کتابخانه ها؛ نهادهای سیاسی، مانند مجلس نمایندگان مردم، دولت، دادگستری؛ و بنیان های تجاری و صنعتی و مالی، مانند بازار، اتاق های بازرگانی، اتحادیه های صنفی، کارخانه ها، پالایشگاه ها، بانک ها و مراکز بورس.

⁸ Public

⁹ همان، ص 16.

مدرنیزاسیون، بدون مدرنیسم

اکنون به نسبت میان مدرنیزاسیون و مدرنیسم می‌پردازم که ناظر به دومین پرسش این مقاله است. اگر جامعه‌ای بدون شناخت دقیق سرچشمه‌های مدرنیسم به جهان مدرنیسم وارد نشد و صرفاً با انگیزه و عزم پولادین به کار نو سازی کشور پرداخت، آیا در مسیر تحقق بخشیدن به دموکراسی گام برداشته‌است؟ در پاسخ می‌توان گفت: ممکن است از رهگذر مدرنیزاسیون، نمی‌توانیم از ییم دموکراسی به جامعه سرایت کند، اما، مدرنیزاسیون به خودی خود، یک ملت و کشور را بدون برخورداری از سرمایه بزرگ مدرنیسم به دموکراسی نمی‌رساند.

در ایران معاصر، از دوران قاجاریه و هنگام کارگزاری عباس‌میرزا (نایب‌السلطنه)، کشور ما طعم مدرنیزاسیون را چشید و نخستین تجربه‌ها را در این وادی با اقداماتی همانند تأسیس کارخانه توپ‌ریزی، نظم-دادن به قشون، راه‌اندازی برخی صنایع کوچک و همچنین ترجمه شماری از آثار علمی، فنی و ادبی مغرب‌زمین آغاز کرد.¹⁰ این تجربه ابتدایی، در دوران صدارت میرزاتقی‌خان امیرکبیر با تأسیس دارالفنون و اقدامات دیگر، گسترش و تداوم یافت. این دو نمونه، گزینش مدرنیزاسیون فارغ از آگاهی عمیق و احساس نیاز جدی به اخذ اصول و مبانی تجدد در ایران بود.¹¹

در دوران جنبش مشروطه‌خواهی مردم ایران، کوشش‌های اندیشه‌وران و دانشمندان ایرانی در فهم و اقتباس شالوده‌های مدرنیسم با کامیابی‌هایی همراه بود. در میان این بزرگان می‌توان از میرزا ملکم‌خان، سید جمال‌الدین اسدآبادی، زین‌العابدین مراغه‌ای، میزا یوسف خان مستشارالدوله، میرزا فتحعلی آخوندزاده، میرزا آقاخان کرمانی و عبدالرحیم طالبوف نام برد.

متأسفانه جامعه عقب‌افتاده ایران در آن روزگار - که به شدت در تب آتشین احساسات و شعار می‌سوخت و با استعداد عجیبی بسوی خشونت تمایل نشان می‌داد-، امکان گفت‌وگو، مفاهمه و نقد سازنده را از نخبگان جامعه سلب کرد. مدرنیزاسیون پس از مشروطه در دوران رضاشاه پهلوی جامه عمل به خود پوشید. در ایران برای نخستین بار ارتش منظم تشکیل شد، ساختارهای دولتی پدید آمد، کشور صاحب دانشگاه، موزه و کتابخانه ملی شد، راه‌های ارتباطی گسترش یافت و راه‌آهن سراسری تأسیس گردید. دادگستری بنیاد نهاد شد. مردم صاحب شناسنامه شدند و امور ثبتی و وقایع اربعه (تولد، ازدواج، طلاق و مرگ) به نظم درآمد، و نظام وظیفه در کنار تحصیلات جدید سامان یافت. همه این‌ها و ده‌ها کار دیگر که به همت صاحبان دانش و صنعت و تجارت به انجام رسید، چیزی جز مدرنیزاسیون نبود. در آن دوره، برنامه‌ای مدون و راهبردی برای پدیدآوردن شالوده‌های نظری در راستای نو سازی ایرانی فراهم نیامد.

مدرنیزاسیون ایران در دوران پادشاهی محمدرضاپهلوی، کمابیش، تداوم راهی بود که در روزگار پهلوی اول آغاز شده بود، منتهی در ابعادی گسترده‌تر و در دوره زمانی طولانی‌تر. در این دوره، تجارت و صنعت ایران در

¹⁰ درباره زندگی، شخصیت و اصلاحات عباس‌میرزا (نایب‌السلطنه) رجوع شود به ناصر نجمی، عباس میرزا، تهران، انتشارات علمی، 1374. صص 68-97 و 125-128 و 345-341.

¹¹ در باره اصلاحات امیر کبیر رجوع شود به: فریدون آدمیت، امیر کبیر و ایران، تهران، انتشارات خوارزمی، 1354، چاپ چهارم.

بخش‌های دولتی و خصوصی توسعه یافت، به شمار دانش‌آموختگان با گسترش مراکز آموزشی افزوده شد، ناوگان حمل‌ونقل هوایی روزآمد گردید، ارتش ایران به مهارت‌ها و جنگ‌افزارهای جدید مجهز شد و تا حدودی از شمار بی‌سوادان- که در دوران مشروطه به نود درصد جمعیت ایران می‌رسید- کاسته شد. ایران صاحب کارخانجات ذوب‌آهن، ماشین‌سازی و تراکتورسازی گردید، شماری از درجه‌داران و افسران وظیفه به عنوان سپاهیان دانش، بهداشت، ترویج و آبادانی و دین به روستاها و نقاط دور دست گسیل شدند تا در بهبود وضع محرومان بکوشند. این همه، به معنی تمرکز سیاست‌گذاران و برنامه‌ریزان و مجریان کشور به امر نوسازی و غفلت و یا تغافل آنان در اهتمام نسبت به تربیت جامعه ایران در جهت نیل به دموکراسی از رهگذر فهم عمیق و همه‌جانبه مدرنیسم بود. تحمیل فضای امنیتی و خفقان در جامعه - که ساواک و پلیس عاملان اصلی آن بودند- بستن راه‌های گفت‌وگوی آزاد، محدودیت رسانه‌های گروهی و اعمال ممیزی (سانسور)، مقابله با تاسیس و فعالیت احزاب سیاسی و نهادهای مدنی - که در سال‌های پایانی دوران پهلوی، به یک حزب واحد فرمایشی (رستاخیز) فروکاسته شد -، از موانع اصلی در برابر ریشه دواندن مدرنیسم در جامعه ایران بود.

پرسشی که اکنون مطرح می‌شود این است که آیا اندیشه‌وران سیاسی، برنامه‌ریزان و دولتمردان ایران در دوران پادشاهی پهلوی نمی‌دانستند که مدرنیزاسیون در غیبت مدرنیسم، مانند آن است که خواهیم ساختمانی بسازیم بدون این که درکی از جغرافیا و تاریخ و فضا و فرهنگ محیط خود داشته باشیم؟ آنان بدون طی کردن مقدمات لازم، ناگهان در مورد مدرنیزاسیون به اجماع رسیده‌بودند، و چنانکه علی میرسپاسی به درستی اشاره می‌کند، توسعه به عنوان بخشی از مدرنیته، با ترجمه ای تقلیل‌گرایانه، به کل آن بدل گشته بود.¹² این مقدمات لازم، دارای دو مرحله اصلی است. نخست، درک مدرنیسم و انس گرفتن با فضای آن، با رجوع به سرچشمه‌های اصلی این پدیده، همراه با نقد آن. دوم، اقتباس آگاهانه از پدیده مدرنیسم با نگاهی ژرف به ساختار و درونمایه فرهنگی جامعه ایرانی و سپس صورت‌بندی اصولی بنیادین که از پس گفت‌وگو و نقادی میان ایرانیان فراهم آمده باشد. آشکار است که پدیده عقلانی و جهانشمول مدرنیسم می‌بایست پذیرفته‌شود و آنچه با شرایط فرهنگی جامعه ایران هماهنگی ندارد، در فرایندی دیالکتیکی با گزینشی آگاهانه و نقادانه فراجنگ آید. پس از این دو مرحله است که نوبت به مدرنیزاسیون می‌رسد.

پرسش دیگری که رخ می‌نماید این است که چرا در دوران قاجاریه و پهلوی، اراده‌ای یگانه در کار مدرنیزاسیون ایران از قوه به فعلیت رسید، اما موضوع بنیادین مدرنیسم جدی گرفته نشد؟ چرا نوسازی ارتش، ایجاد راه‌آهن، تأسیس ذوب‌آهن، مقدمات برخورداری از انرژی هسته‌ای و ده‌ها نمونه دیگر تحقق یافت، اما آزادی از رهگذر تأسیس بنیادهای مطبوعاتی، احزاب، نهادهای مدنی، انتخابات و هم‌چنین فرهنگ پرسشگری و نقادی، نهادینه نشد؟ چرا ممیزی اعمال شد و قانون اساسی و دیگر قوانین موضوعه از سوی مجلس، دولت، دستگاه قضایی و شخص پادشاه به کرات نقض گردید؟ چرا خشونت و شکنجه جای مدارا و حرمت‌نهادن به ارزش ذاتی انسان را گرفت، و چرا فساد سیاسی، مالی و اخلاقی، همراه با اختلافات طبقاتی گسترش یافت؟

¹² علی میرسپاسی، دموکراسی و حقیقت، تهران، طرح نو، 1381، ص 133.

در پاسخ می‌توان به دلایل و علل مختلفی اشاره کرد که مهم‌ترین آن‌ها را این قرار است:

1. پیچیدگی مفهومی نسبت مدرنیته، مدرنیسم و مدرنیزاسیون که لازمه درک و فهم آن، تأملات نظری با دسترسی به سرچشمه‌های موضوع در اندیشه‌های فیلسوفان بزرگ بود. از سوی دیگر، کار دشوارتر، فراهم ساختن مدلی از دموکراسی برای ایران بود که از خاستگاهی ایرانی برآید و بر مدار عقلانیت و آزادی، مقتضیات فرهنگ ایرانی را در نظر بگیرد.

2. استبداد سیاسی بزرگترین مانع ورود مدرنیسم به ایران بود. حاکمان خودکامه کم و بیش با تحقق مدرنیزاسیون مشکلی نداشتند، اما هنگامی که از آزادی، برابری، حاکمیت مردم و حقوق اساسی ملت سخن به میان می‌آمد، آنان دچار وحشت می‌شدند و به شدت با این مفهوم‌ها به مقابله و مبارزه برمی‌خواستند؛ زیرا مدرنیسم را تهدیدی در برابر قدرت مطلقه، مادام‌العمر و موروثی خود می‌دانستند. اگر مدارس میرزا حسن رشديه به رشد آگاهی و خردورزی جوانان ایران می‌انجامید، ناصرالدین‌شاه نمی‌توانست نسبت به آن روی موافق نشان بدهد. از این رو، طبیعی بود که فرجام کار رشديه به زندان و شکنجه بیانجامد و نخستین مدارس نوین و نوپای ایرانی با هجوم وحشیانه اوباشی مواجه شود که از سوی خودکامگان اجیر شده بودند.¹³

3. ناامنی و یا نگرانی از بروز ناامنی در ایران، چه در بعد داخلی و چه منطقه‌ای، حاکمان را از دست‌زدن به اصلاحات قانونی و دموکراتیک بر حذر می‌داشت. آنان می‌ترسیدند که با ظاهر شدن آفتاب آزادی در افق ایران، نظم سلطانی که بر مدار استبداد، خفقان، ظلم، سرکوب و فسادشکل گرفته بود، در گرمای این آفتاب همچون یخ ذوب شود.¹⁴

بنابراین، دریافتیم که مدرنیزاسیون ایران بی‌اعتنا به مدرنیسم نمی‌توانست به دموکراسی بیانجامد، چراکه شرط تحقق دموکراسی، مدرنیزاسیون پس از درک و پذیرفتن مدرنیسم و انس گرفتن با ارزش‌های آن است. بدون مدرنیسم، می‌توان به مدرنیزاسیون دست زد، (صرف نظر از این که این نوسازی، هماهنگ، همه‌جانبه و مداوم باشد، یا ناهماهنگ، یکسویه و کوتاه مدت)، اما این مدرنیزاسیون به دموکراسی نمی‌انجامد بلکه پا در هوا و معلق باقی می‌ماند.

مدرنیسم یا مدرنیزاسیون، اولویت با کدام است؟

پاسخگویی به پرسش سوم این مقاله، تا این جا به میزان زیادی انجام یافته است. در راه رسیدن به جامعه‌ای دموکراتیک می‌باید از مدرنیسم آغاز کرد و آنگاه دست به کار مدرنیزاسیون شد. این که از مدرنیسم آغاز کنیم، چه معنایی دارد؟ به نظر من، پس از تدوین و صورتبندی اصول عقلانیت، آزادی، تکثرگرایی، برابری، حقوق بشر، مدارا و حاکمیت مردم، در فرایندی گفتگویی و نقادانه، رسیدن به وفاق ملی کاری اساسی است. این وفاق

¹³ در باره میرزا حسن رشديه و اقدامات او در نوسازی آموزش و پرورش ایران، و تنگناهایی که استبداد قاجاریه برای او پدید آورد، مراجعه شود به: ماشالله آجودانی، مشروطه ایرانی، تهران، نشر اختران، 1382، صص 150-142 و 260-272 و 482-512.
¹⁴ در مورد ناامنی در ایران و تأثیرات آن بر توسعه و نوسازی ایران، مراجعه شود به: حبیب‌الله پیمان، ایران، بی‌ثباتی و ناامنی پایدار، تهران، انتشارات قلم، 1387؛ محمد علی همایون کاتوزیان، تضاد دولت و ملت، نظریه تاریخ و سیاست در ایران، ترجمه علیرضا طبیب، تهران، نشر نی، 1384، چاپ سوم، به ویژه مقاله «آزادی و لجام گسیختگی در انقلاب مشروطیت»، صص 189-149.

دارای دو وجه مدنی و حکومتی است. وجه مدنی آن، توافق بر سر این اصول میان نخبگان جامعه اعم از روشنفکران، دانشمندان، مدیران بخش خصوصی و سران احزاب و نهادهای مدنی است. وجه حکومتی آن، توافق سران حکومت در مورد ضرورت پذیرش این اصول به عنوان گزینه‌ای عاقلانه‌تر، خوبتر و کارآمدتر به مثابه سنگ بنای نوسازی در مدیریت بهینه جامعه است. آشکار است که رسیدن به این وفاق دوسویه از طرف مردم و حکومت، امری به غایت دشوار و مستلزم تلاش فراوان، صبوری و کار درازمدت و مرحله به مرحله است. مردم و حکومت در گفتگویی صمیمانه و نقادانه بایستی در مورد پذیرش این اصول یکدیگر را قانع کنند و به توافق برسند. اگر به کشورهای دموکراتیک به دقت نظر کنیم، درمی‌یابیم که در مورد مدرنیسم میان شهروندان و حاکمان وفاق وجود دارد، اختلاف نظرها مربوط به موارد نادر و خاص است. این اختلافات نیز از رهگذر ساز و کارهای دموکراتیک به توافق و یا مصالحه می‌انجامد.

هنگامی که مدرنیسم پذیرفته شود، مدرنیزاسیون می‌تواند با طرح و نقشه و بدون مانع و دست‌انداز عمده، به تدریج دموکراسی را در جامعه محقق سازد. بدین‌سان، دموکراسی در سپهر عمومی¹⁵ و در نظام سیاسی، بسترساز نیل به همبستگی از طریق توافق، مصالحه و سازش در میان شهروندان و همچنین میان نهادهای مدنی و حاکمیت سیاسی می‌شود. یکی از ارزش‌های مدرنیسم، حق آزادی فردی و اجتماعی در چارچوب قانون است. اگر مردم و نظام سیاسی، هر دو در برخورداری از آزادی در حدود قانون، به باور مشترک برسند، می‌توان گفت که این اصل بنیادین را در عالم نظر پذیرفته‌اند. گام بعدی، تحقق آزادی در جامعه است. نشانه چنین پذیرشی، آزادی بیان، قلم، انتشارات، تأسیس احزاب و نهادهای مدنی و برپایی اجتماعات مسالمت‌آمیز در چارچوب قانون است. اگر این روند در جامعه‌ای عینیت یابد، می‌گوییم این جامعه به دموکراسی دست یافته‌است؛ چراکه در گام نخست، آزادی را به مثابه حق پذیرفته و در گام دوم، این پذیرش و باور را در ساختارهای قانونی متبلور ساخته‌است. مثال دیگر، اصل تفکیک قوا در نظام سیاسی دموکراتیک است. در آغاز می‌باید فلسفه تفکیک وظایف قوای سه‌گانه قانونگذاری، اجرایی و قضایی از سوی کنشگران در سپهر عمومی و از سوی حاکمان در دایره قدرت سیاسی پذیرفته شود. اگر در این مورد میان مردم و حکومت اتفاق نظر حاصل گردد، تفکیک قوا عینیت خود را در ساختار دموکراتیک نشان خواهد داد. در چنین حکومتی، قدرت اجرایی در کار مجلس دخالت نمی‌کند و حریم اختیارات نمایندگان مردم را مورد تجاوز قرار نمی‌دهد. همچنین دستگاه قضایی از اعمال نفوذ دولت در امان است تا بتواند مأمّن نظم شهروندان ستمدیده باشد. در برابر، مجلس و دستگاه قضایی، دولت را با زیرپانهادن قانون مورد هجوم و تعرض قرار نمی‌دهند. آشکار است که اجرای اصل تفکیک قوا، به افزایش مشروعیت و کارآمدی حاکمیت کمک می‌کند؛ پس چرا باید با نقض این اصل بنیادین، حکومت از چشم مردم بیافتد، اعتماد مردم از حاکمان سلب شود و حکومت با ناکارآمدی به هاویه بحران‌های سیاسی فرو افتد؟ نمونه دیگر، پذیرش اولویت امنیت ملی و منافع ملی بر منافع فردی و گروهی است. چنین شاخصی، جامعه‌های دموکراتیک را از غیر دموکراتیک جدا می‌کند. پابندی به دو اصل امنیت ملی و منافع ملی به مثابه سنگ‌بنای حاکمیت دموکراتیک، نشانه‌ای از باور به مدرنیسم و گرایش به مدرنیزاسیون بر مدار عقلانیت است.

¹⁵ Public Sphere

گفت‌وگو، وفاق، دموکراسی

واپسین موضوع این نوشتار چگونگی دستیابی به دموکراسی از رهگذر مدرنیسم و مدرنیزاسیون است. گفته شد که راه رسیدن به سر منزل مقصود در زیست اجتماعی، نیل به وفاق جمعی است. به باور من، تا زمانی که بر سر راه وصول به دموکراسی، در مورد مدرنیسم و سپس مدرنیزاسیون به وفاق نرسیم، تحقق دموکراسی به معنای درست کلمه ناممکن خواهد بود. امکان دارد نام حکومت خود را دموکراتیک یا جمهوری بگذاریم و حتی اوصافی همانند لیبرال، سوسیال، مسیحی و اسلامی را نیز به آن‌ها بیافزاییم، اما این نام‌گذاری‌ها، بازی با کلمات است و حکومتی بر مدار عقلانیت، اخلاق و کارآمدی فراهم نمی‌آورد. آیا «جمهوری عربی یمن»، «جمهوری عربی سوریه» و «جمهوری دموکراتیک خلق کره»، حکومت‌هایی دموکراتیک اند؟ آیا نشانه‌ای از نفوذ و رسوخ مدرنیسم در ساختارهای حکومتی این کشورها به چشم می‌خورد؟ آیا دولت‌هایی با حاکمیت‌های استبدادی مدام‌العمر و موروثی زیر نام جمهوری و دموکراسی، به واقع نظام‌هایی آزاد و دموکراتیک هستند؟ طبیعی است که باید میان دموکراسی واقعی یعنی دموکراسی به مثابه برون داد مدرنیسم و مدرنیزاسیون - با کاریکاتورهایی به اسم دموکراسی که پوششی برای پنهان کردن انواع استبداد و خودکامگی است - فرق گذاشت.

برای رسیدن به وفاق جمعی پیرامون سه‌گانه مدرنیسم، مدرنیزاسیون و دموکراسی، راهی جز گفتگوی مداوم، نقادانه، صمیمانه، دلسوزانه و فروتنانه وجود ندارد. نخست لازم است کنشگران در سپهر عمومی با یکدیگر به گفتگو بنشینند و مسایل اساسی و حیاتی جامعه را مورد تجزیه و تحلیل قرار دهند. سپس حاصل اجماع نظر خود را با حاکمیت در میان بگذرند. فرایند رسیدن به وفاق ملی - که از وفاق حداقلی آغاز می‌شود و به وفاق حداکثری می‌انجامد - در جامعه‌هایی مانند ایران، بسیار طولانی، دشوار، نفس‌گیر و کند است. هرگونه مطلق‌گرایی، جزمیت، خود همه‌انگاری، تکروی، قانون‌شکنی، عدم شفافیت و طمع‌ورزی، آفت‌های مرگبار گفتگو در جهت رسیدن به وفاق ملی هستند. بایستی این راه طولانی و دشوار را با بردباری، آگاهی، درایت و از خودگذشتگی پیمود. مهار کردن عواطف و احساسات و فرو نهادن دو حس ویرانگر شیفتگی و نفرت، کلید طلایی گشودن باب گفتگوهای سازنده و گشاینده گره از کارهای فرو بسته است.

گسترش ظرفیت‌های ارتباطی میان انسان‌ها، به فرایند وفاق ملی کمک می‌کند و آن را شتاب می‌بخشد. انقلاب ارتباطات و انفجار اطلاعات از طریق گسترش فضاها و مجازی در شبکه جهانی اینترنت، امکان گفتگوی آزاد میان افراد در سپهر عمومی را در جامعه جهانی به واقعیتی دست‌یافتنی و سهل‌الوصول مبدل ساخته است. کنشگری در فضاها و مجازی، سپهر عمومی را در سطوح ملی، منطقه‌ای و جهانی، آن هم به نحو برابر، به گونه‌ای باور نکردنی، ظرفیت و فراخی بخشیده است.

درک و پذیرش مدرنیسم و موانست با آن، پیش از وارد شدن به فرایند مدرنیزاسیون، کاری کارستان و رخدادی مبارک و معنی‌دار است. یکی از معانی آن این است که ما بر سر اصول و در پی آن، سیاست‌گذاری‌ها و برنامه‌ریزی‌ها با یکدیگر توافق می‌کنیم، نه این که به عنوان مثال، من و شما باهم توافق کنیم که به قدرت برسیم و دیگران را از قدرت به ریز بکشیم و یا نگذاریم فرصتی برای دستیابی به قدرت بیابند. فهم و هضم مدرنیسم به معنی پذیرش روش‌هایی با سه ویژگی مشخص است؛ یعنی روش‌هایی که «عقلانی‌تر»، «منصفانه‌تر» و «کارآمدتر» باشند. اگر در مورد روش سیاستمداری و اعمال قدرت به اجماع رسیدیم، آن وقت دموکراسی، خود،

ساز و کار دستیابی به قدرت را به ما نشان خواهد داد. در جامعه دموکراتیک، همگان امکان رسیدن به قدرت از رهگذر رقابت آزاد و برابر را دارا هستند؛ جامعه که در آن اقلیت می‌تواند در فرایندی رقابت‌آمیز و با ارایه برنامه، به تدریج به اکثریت تبدیل شود؛ جامعه‌ای که در آن، حکومت در برابر مفهوم‌های خیر و سعادت، ادیان و مذاهب، سنت‌ها و آیین‌ها، بیطرف است و این موارد را به انتخاب آزادانه شهروندان وامی‌گذارد.¹⁶

هرگاه مدرنیسم با اقبال ملی در وفاقی جمعی به مثابه فرهنگ برتر پذیرفته‌شود و مدرنیزاسیون بر شالوده مدرنیسم بنا نهاده‌شود، آنگاه می‌توان شاهد تحقق مدرنیته بود. مدرنیته در این حیطة، یعنی نو شدن، روزآمد شدن و اندیشه‌ها، راهبردها و راه‌های رسیدن به نظمى انسانی، عادلانه و اخلاقی را بازآفرینی و تجدید کردن. به این معنی، انسان مدرن‌بودن، به معنی «فرزند زمان خویشتن» بوده‌است.¹⁷

فراموش نکنیم که دموکراسی در هر کشور و در قلمرو هر جامعه‌ای، کم‌وبیش رنگ و بوی فرهنگ و زیست‌بوم آن جامعه را به خود می‌گیرد. دموکراسی، فرهنگی است که هم تأثیر می‌گذارد و هم تأثیر می‌پذیرد. از این رو است که ما در جهان امروز، دموکراسی محض یا ناب نداریم. می‌توانیم در ترکیب‌هایی مانند سوسیال‌دموکراسی، دموکراسی لیبرال، دموکراسی مسیحیان و دموکراسی مسلمانان، انواعی از دموکراسی را در سپهری متکثر و متنوع مشاهده کنیم. نادیده‌گرفتن این تجلی رنگین‌کمانی از دموکراسی - به عنوان انسانی‌ترین، بهترین و کارآمدترین حکومتی که نوع بشر تاکنون پدید آورده -، فرار از واقعیت‌ها است. فراموش نکنیم که واقعیت‌گریزی در راه گفتگوی مدنی برای دستیافتن به دموکراسی، سم مهلک است. دموکراسی نمی‌تواند با استبداد و خودکامگی جمع شود. بنابراین، حکومت‌های مطلقه و مادام‌العمر فردی - که تخته بند قانون‌سنجی، دروغ‌گویی، ریاکاری و اعمال خشونت‌اند -، هرگز نمی‌توانند ردای دموکراسی به بر کنند و چماق آزادی‌سنجی و نقض مداوم حقوق بشر را در زیر آن پنهان سازند. دموکراسی نمی‌تواند جذب نظام‌های فکری و حکومتی استبدادی از هر نوع آن شود. به قول مولانا در مثنوی معنوی:

نرم‌ره کاندیرین ارض و سماست

جنس خود را همچو گاه و کهریاست

نوریان مَر نوریان را طالب‌اند

¹⁶ در ارتباط با موضوع بیطرفی (Neutrality) از منظر فلسفی، مراجعه شود به: سید علی محمودی، «تحلیل و ارزیابی دکترین‌های بیطرفی در حوزه فلسفه سیاسی و اخلاق»، مجله سیاست خارجی، شماره 3، سال پنجم، پاییز 1370؛ هم چنین سید علی محمودی، عدالت و آزادی، تهران، نشر اندیشه معاصر، 1376، فصل سوم. در باره مفهوم خیر (Good) و نسبت آن با حق (Right)، مراجعه شود به: سید علی محمودی، «چرا اولویت حق بر خیر شالوده آزادی و دموکراسی است؟»، درباره چیستی و پیامد‌های اجتماعی - سیاسی دو آموزه «اولویت حق بر خیر» و «اولویت خیر بر حق» در فلسفه سیاسی»، آیین، شماره 24 و 25، آذر و دی 1388.

¹⁷ علی ابن ابی طالب (ع)، «المرء ابنُ ساعتیه»، انسان، فرزند زمان خویش است، عبد الواحد بن محمد تمیمی آمدی، غرر الحکم و درر الکلم، با مقدمه و تصحیح و تعلیق میر جلال الدین حسینی ارموی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، 1366، جلد نخست، ص 122، حدیث 447.

نگران نباشیم که حکومت های استبدادی بتوانند دموکراسی را به نفع مطامع و منافع خودش صادره کنند. این کار، شدنی نیست. دموکراسی با درخشندگی و روشنگری خود، پرده‌های فریب و نفاق را خواهددرید. نور و ظلمت هرگز نمی‌توانند با یکدیگر متحد شوند.

برآیند گفتگو در دو سطح سپهر عمومی و قلمرو حکومتی، می‌تواند به وفاق بیانجامد. اما فراموش نکنیم که وفاق حداقلی – یعنی وفاقی که اکثریت مطلق شهروندان با اصول آن موافقت و همراهی کنند – هدفی است که می‌تواند دسترسی به آن زیاد دشوار نباشد. جان‌رالز در *لیبرال بیسم سیاسی* در واپسین سال های زندگی پربار خود، به این نتیجه رسید که «اجماع همپوشان»¹⁹ میان شهروندان در جامعه‌های دموکراتیک، راهحلی خردمندانه برای زیستن اخلاقی انسان‌ها در کنار یکدیگر است؛ زیستی که می‌تواند همراه با برخورداری از حقوق و آزادی‌های فردی و اجتماعی برای نیل به خوشبختی باشد.²⁰

ایران امروز، با پشت سر نهادن تجربه‌های گرانسنگ تاریخی از جنبش مشروطه‌خواهی تاکنون، برای ادامه حیات خود راهی جز طی منازل مدرنیسم، مدرنیزاسیون و دموکراسی ندارد. بدین‌سان، جامعه ایران می‌تواند نوشوندگی و تجددِ درون‌زا را با سرافرازی تجربه کند. امیدوارم مرحله گذار به دموکراسی – که اینک ایرانیان در مسیر پیمودن راه درشت و پرپیچ و خم آن هستند –، سرانجام ما را به منزلگاه نهایی یعنی جامعه‌ای با مناسبات دموکراتیک برساند.

کتابنامه

- آجودانی، ماشاءالله، *مشروطه ایرانی*، تهران، نشر اختران، 1382.
- آمدی عبد الواحد بن محمد تمیمی، *غرر الحکم و درر الکلم*، با مقدمه و تصحیح و تعلیق میر جلال الدین حسینی ارموی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، 1366.
- آدمیت، فریدون، *امیر کبیر و ایران*، تهران، انتشارات خوارزمی، 1354، چاپ چهارم.
- برمن، مارشال، *هرآنچه سخت و استوار است دود می‌شود و به هوا می‌رود*، تجربه مدرنیته، ترجمه مراد فرهادپور، تهران، طرح نو، 1386، چاپ ششم.
- پیمان، حبیب‌الله، *ایران، بی‌ثباتی و ناامنی پایدار*، تهران، انتشارات قلم، 1387.
- کاتوزیان، محمد علی همایون، *تضاد دولت و ملت، نظریه تاریخ و سیاست در ایران*، ترجمه علیرضا طیب، تهران، نشر نی، 1384، چاپ سوم.

¹⁸ جلال الدین محمد مولوی، مثنوی معنوی، به تصحیح و مقابله و همت محمد رضائی، تهران، کلاله خاور، 1361، چاپ چهارم؛ بیت نخست، دفتر ششم، ص 395؛ بیت دوم، دفتر دوم، ص 80.

¹⁹ Overlapping Conesus

²⁰ John Rawls, *Political Liberalism*, New York, Colombia University, Lecture IV. The Idea of an Overlapping Consensus, pp. 133-150.

محمودی، سید علی، «تحلیل و ارزیابی دکترین های بیطرفی در حوزه فلسفه سیاسی و اخلاق»، مجله

سیاست خارجی، شماره 3، سال پنجم، پاییز 1370.

محمودی، سید علی، عدالت و آزادی، تهران، نشر اندیشه معاصر، 1376.

مولوی، جلال الدین محمد، مثنوی معنوی، به تصحیح و مقابله و همت محمد رضائی، تهران، کلاله خاور، 1361، چاپ
چهارم.

علی میرسپاسی، دمکراسی و حقیقت، تهران، طرح نو، 1381

نجمی، ناصر، عباس میرزا، تهران، انتشارات علمی، 1374.

John Rawls, *Political Liberalism*, New York, Colombia University, 1993.