

واکاوی مفهوم «اساس» به مثابه شرط امکان قانون اساسی با تأکید

بر اندیشه کارل اشمیت

حیدر شجاعی^۱

چکیده

قانون اساسی یکی از مفاهیم محوری در دانش حقوق عمومی است که پس از عصر روشنگری شکل گرفت و در کشورهای دموکراتیک، به اجرا درآمد. کشورهای اسلامی نیز در پی آن برآمدند تا چارچوب حکمرانی خود را بر اساس آن تعیین کنند و آرمان‌ها و ارزش‌های جامعه سیاسی خود را تجلی بخشند. بنابراین بررسی و تحلیل مفهوم «اساس» در قانون اساسی می‌تواند به هدف این تحقیق که «فهم ماهیت قانون اساسی و امکان تدوین مجدد آن در افغانستان از یک سو، و فلسفه تغییر و تعلیق آن از آغاز تأسیس تاکنون از سوی دیگر است»، کمک کند. مسئله اصلی این تحقیق این است که در میان اصول متعدد قانون اساسی، مفهوم «اساس» به چه حقیقت و وجهی حقوقی و سیاسی اشاره دارد. بی‌تردید، تحلیل این مسئله از منظر فلسفه حقوق، نیازمند واکاوی و نقد دقیق است. پرسش اصلی این مقاله این است که مفهوم «اساس» به مثابه شرط امکان قانون اساسی چیست؟ این تحقیق با روش تحلیلی-توصیفی و بر اساس اسناد کتابخانه‌ای به بررسی این موضوع پرداخته و تلاش شده است که مفهوم قانون اساسی، و به‌طور خاص مفهوم «اساس»، با تکیه بر نظریه‌های کارل اشمیت تبیین شود. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که قانون اساسی ابتدا بر مبنای یک «اساس» معتبر استوار است و در حقیقت، این اساس است که وحدت سیاسی را ممکن ساخته و تجلی‌گاه اراده عمومی می‌شود.

کلیدواژه‌ها: اساس، اساس مطلق، اساس نسبی، اساس پوزیتو، اساس ایدئال، شرط امکان قانون اساسی

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

ایمیل: Haidarshojai83@gmail.com

مقدمه

در اهمیت قانون اساسی همین بس که در هر کشوری شالوده سیستم حکومت و چارچوب و اساس حقوقی آن محسوب می‌شود. از این جهت، عالی‌ترین سند و مرجع قانونی هر کشوری است و در نظام حقوقی کشورها بالاترین ارزش و اعتبار قانونی را دارد. لذا کلیه قوانین و مقررات، الزاماً باید با آن هماهنگ باشد و هیچ مصوبه‌ای نباید با آن مخالف و مغایر باشد. (موسی‌زاده، ۱۴۰۰: ۳۸) با توجه به ماهیت قواعد که آیا جنبه «اساسی» دارد یا نه، می‌توان با دید مادی به قانون اساسی یک کشور نگریست. آنچه مربوط به ساختار سیاسی، بنیان و استخوان‌بندی دولت-کشور باشد، جزئی از قانون اساسی آن کشور است. جوامع سیاسی که مرحله آغازین تحول خود را پشت سر نهاده باشند و به درجه بلوغ و انسجام کشوری رسیده باشند، لزوماً دارای قانون اساسی هستند. حالا چه متن مشخص و تصویب شده و موضوعه‌ای زیر عنوان قانون اساسی وجود داشته باشد و چه متن مشخص نباشد؛ یعنی به شکل عرفی چنین مفهوم را القا کند. (قاضی، ۱۳۹۵: ۴۰) به عبارت دیگر، اساس دولت (Constitution) قوانینی است که ترتیب اختیارات دولت و تعیین حقوق ملت، به موجب آن ممکن می‌شود.

هر دولتی که دارای قوانین مذکور، باشد آن را دولت «با اساس» گویند، هرچند که برخی از حقوق‌دانان عدم وجود قانون اساسی را دولت بی‌اساس می‌گویند و مدعی هستند که در آن صورت، صاحبان قدرت به‌دلخواه خودشان با مردم رفتار خواهند کرد. (فروغی، ۱۳۸۲: ۲۹) هرچند ممکن است دولتی قانون اساسی داشته باشد؛ اما آن قانون مدون و مکتوب نباشد، فقط از روی عادت جاری شده باشد. در این صورت آن را قانون اساسی عادی گویند. مثلاً جزو عمده اساس دولت انگلیس عادی است؛ ولی اساس اکثر دول مدون و مکتوب است. اگر قانون اساسی دولت مکتوب باشد، موقع ظهور و تدوین آن یا در بدو ظهور دولت بوده، مثل اساس دولت‌های متحده آمریکا شمالی، یا بعد از انقلابی که در مملکت روی داده است. اکثر دول، به ترتیب دوم اساس شده‌اند. گاهی هم رؤسای دولت‌ها اساس موجود را برهم زده، اساس جدیدی برای آن معین کرده‌اند، مثل اینکه ناپلئون اول در ۱۷۹۹م. چنین کرد. فرنگی‌ها این عمل را کودتا گویند؛ یعنی عملی شدیداً برخلاف



قانون اساسی. (فروغی، ۱۳۸۲: ۳۰) در کل، قانون اساسی در حقیقت اساس، بنیاد و پایه هر دولت-کشور است که ریشه در روح آن کشور و اتحاد مردم و قدرت مؤسس دارد. چنین چیزی را نمی‌توان لزوماً در سندی مکتوب گنجاند و طبیعتاً نمی‌توان از رویه‌های موجود در خصوص اصلاح و بازنگری قانون اساسی نیز در آن استفاده کرد. اساس اعم از آنکه در متن قانون اساسی بیابید یا نیاید، بنیان یک کشور است، ریشه در قدرت مؤسس دارد و نماد اتحاد یک کشور است.

با این وصف، واقعیت آن است که حجم مقررات حقوقی در جوامع مدرن، رو به افزایش است؛ به این معنا که بی‌وقفه در حال پوشش هرچه بیشتر و متنوع‌تر «زیست اجتماعی» هستند. از این رو، مواد مندرج در این مقررات روز به روز دقیق‌تر و جزئی‌تر می‌گردد. از آنجا که قالب‌های حقوقی سازی و اساسی سازی به تناسب سنت‌های ویژه هر کشوری متفاوت است. از باب نمونه، فرهنگ‌های حقوقی و آمریکایی و فرانسوی، به شدت با هم تضاد دارند. (شوالیه، ۱۳۹۶: ۱۲۴) فرهنگ آمریکا که در سلطه و جایگاه ویژه قاضی است، به واسطه حاکمیت حقوق، رویه ممتاز دارد. از سوی، در فرانسه شاهد افزایش مقررات و قوانین هستیم؛ (همان: ۱۲۵) پدیده‌ای که می‌توان ادعا کرد امروزه همه شاخه‌های علم حقوق را تحت تأثیر قرار داده و در کشورهای مختلف و در قالب نظام‌های حقوقی با درجه‌های متنوع، نمود پیدا کرده است. با این حال، تورم هنجاری نشان دهنده این امر است که بنیان‌های نظری قوانین را بفهمیم؛ زیرا نظام‌های سیاسی-حقوقی کشورهای اسلامی، نیز با نگاه اندکی متفاوت که به قانون اساسی دارند، از جمله افغانستان، از این امر در امان نمانده است. از این رو، اغلب ساختار و میکانیزم قدرت سیاسی کشورهای اسلامی، هم بر چارچوب قانون اساسی تعین می‌یابد.

با توجه به اهمیت و ضرورت که در یک جامعه سیاسی، قانون اساسی دارد و بیانگر بنیان و استخوان‌بندی دولت است نیازمند آن هستیم که اساسی بودن قانون اساسی و در کل مفهوم اساس را مورد بحث قرار دهیم. طی بیست و چند سال اخیر، تئوری اساسی سازی شاخه‌های مختلف حقوقی را در بر گرفته است. (مؤذنی، ۱۳۹۳: ۱۲۸) اشاره به این نکته در باب شرط اساسی بودن قانون اساسی ضروری است که مراد از اساسی سازی، الزاماً این



نیست که باید حتماً موضوعات مختلف نظم حقوقی صراحتاً در متن قانون اساسی ذکر شود. هرچند ذکر هر موضوعی در قانون اساسی، به اساسی کردن آن منجر می‌شود و حذف هر موضوعی از قانون اساسی می‌تواند به غیراساسی کردن آن منتهی گردد. مثلاً شناسایی احزاب سیاسی در قانون اساسی، به اساسی سازی کثرت‌گرایی سیاسی منجر می‌شود یا اگر کشوری نظام انتخاباتی را از قانون اساسی خارج نماید و تعیین آن را در اختیار قانون‌گذار عادی قرار دهد، می‌توان از غیراساسی سازی نظام انتخاباتی در آن کشور سخن گفت. (تقی زاده، ۱۳۸۶؛ ۱۳۰) این پژوهش در پی آن است که مفهوم «اساس» را بر مبنای «تئوری اساسی» کارل اشمیت تبیین نموده و انواع آن را توضیح دهد.

۱. مفهوم اساس

به‌رغم پیچیدگی‌های که اشمیت در نوشتار خود دارد،^۱ بر آن است که تفسیر جدیدی از مفهوم اساس ارائه کند. وی تحلیلی که از قانون اساسی مدرن ارائه می‌دهد، بر تنوع اراده‌های مبتنی بر قوانین و نهادها، عنصر لیبرال و اراده ماهوی مردم متمرکز است. (kenediy, 2004: 130) او بین قانون اساسی به‌عنوان نتیجه تصمیم جمعی در تجزیه زندگی سیاسی از یک طرف و شکل و ماهیت اتحاد سیاسی و حقوقی از سوی دیگر، تمایز قائل می‌شود. (2015: 97، Countinho) به این معنا که قانون اساسی را امر متعین دانسته و آن را شامل دو بخش قانونی و سیاسی می‌داند. اولی با لیبرالیسم گره خورده و دومی با دموکراسی شناخته می‌شود. (kenediy, 2004: 125) او معتقد است که قانون اساسی روح دولت و به یک معنا، تصمیم سیاسی و بنیادین مردم است. (Shupmans, 2015: 161) نظریه اشمیت را باید در فهم تجربی (پوزیتیویستی) و در برابر فهم هنجاری کلسینی به تجزیه و تحلیل گرفت؛ زیرا او تحلیل و تفسیر را که کلسن از قانون اساسی به‌عنوان پیش‌فرض هنجاری داشت، نمی‌پذیرفت. به خاطر اینکه به باور ایشان، این تفسیر جنبه اجتماعی و واقعی قانون اساسی را برای اتحاد، اهداف، زندگی، روح و... فراموش می‌کند. به اعتقاد مورکنس، در

۱. گذشته از مسائل دشوار نویسی اشمیت او بر خلاف همه جریان‌های فکری (حتی در آلمان) حرکت نموده و در حوزه‌های مختلفی چون الهیات، فلسفه حقوق، حقوق عمومی، حقوق بین‌الملل، علم سیاست و پیوند این حوزه‌ها با هم و نیز خلق مفاهیم جدید توسط او بر دشواری اندیشه او می‌افزاید.



اندیشه اشمیت، مفهوم امر سیاسی و مفهوم قانون اساسی ابزاری برای درک دولت هستند. (Murkens, 2013:45) از یک سو، کلمه «اساس» باید به عنوان اساس دولت و یا به تعبیر روشن تر، اتحاد سیاسی مردم و موقعیت کلی اتحاد سیاسی و نظم اجتماعی در یک دولت انضمامی و به واقع حاضر و مشخص درک شود و از سوی دیگر، در معنای لفظی و در هیئت تاریخی، دولت موجودیت یگانه یک ملت است. همه ویژگی های این تصویر از موجودیت و ملت معنای خود را از خصلتی مشخص از امر سیاسی می گیرند. (اشمیت، ۱۳۹۵: ۴۹، ۵۰) بنابراین به نظر اشمیت اساس نمی تواند فقط شامل سیستم هنجاری های قانونی، برای تنظیم شکل اراده سیاسی و اجرایی قدرت دولت باشد، بلکه اشاره به موقعیت سیاسی انضمامی دولت هم است. در این اندیشه مفهوم اساس در حوزه ای که وراى متن قانون اساسی نوشته است، ریشه دارد و روح، زندگی انضمامی و وجود دولت است. (مراد خانی، ۱۴۰۰: ۴۸۰)

اشمیت معتقد است که مفهوم اساس، معانی متکثر و متفاوتی دارد. وی سعی دارد که آن را با ادبیات حقوقی توضیح دهد. اساس را در مفهوم مطلق شامل همه اشیا، اجزا، انسان ها، کار و فعالیت مشترک می داند که در عالم هستی وجود دارد؛ زیرا هر چیزی که در عالم وجود دارد، منظم در یک «اساس» است؛ اما اساس دولت، شکل وجودی دولت است. برای توضیح این نکته، تبیین می کند که اساس در این مفهوم، به موقعیت و وضعیت کاملی اشاره دارد که در آن شرط امکان اتحاد سیاسی کلیه افراد و اشخاص جامعه، به عنوان یک کل ممکن شود. در معنای دوم «اساس» به مفهوم مطلق یا همچون کل، نوعی خاص از نظم سیاسی و اجتماعی است. به برداشت مراد خانی، اشمیت معتقد است که اساس، سیستمی از هنجارها است. بدین معنا، همان چیزی که امروز آن را «قانون اساسی» می دانیم، خود اساس است. هرچند او اضافه می کند که منظور اشمیت از قانون اساسی، فرق می کند؛ (مراد خانی، ۱۴۰۰: ۴۸۰) اما توضیح نمی دهد که چگونه قانون اساسی «اساس» است؟ به نظر می رسد در معنای دوم، بر مبنای کتاب آموزه اساس یا تئوری اساسی، کارل اشمیت، اساس را به مفهوم فرم می داند؛ یعنی به رغم اینکه اساس «فرم خاص» از دولت است که جزئی از هر دولتی است، مثل دولت موناشری، آریستوکراسی و یا دموکراسی

و... این فرم، از هستی سیاسی دولت غیر انفکاک است؛ اما واژه فرم، متضمن چیزی بالفعل موجود است یعنی یک «وضعیت» نه چیزی از سنخ اصل حقوقی، قاعده حقوقی حتی فرمان هنجاری. (Schmitt, 2008:59) بنابراین دولت اساس ندارد، بلکه خود با تعیین بخشی که در قالب و فرم‌های خاص دارد، خود اساس است.

در معنای سوم، معنای اساس یک امر «دینامیک» وحدت سیاسی است نه ایستاتیک؛ یعنی همواره نوشونده است. به عبارت دیگر، وحدت سیاسی باید خود را روزا روز از دل آرمان‌ها، نظرات و منافع متضاد و گوناگون، فرم ببخشد و خود را به انسجام برساند. (60: Schmitt, 2008) پس از این توضیح اشمیت، از چهار نوع اساس سخن گفته و پرده برمی‌دارد: اساس مطلق (الف) اساس نسبی (ب) پوزیتیو (ج) و اساس ایدئال (د) که در ادامه بحث خواهد شد.

۲. انواع اساس

۲-۱. مفهوم مطلق اساس (اساس به مثابه یک کل)

اصطلاح اساس^۱ (Constitution) معانی متعددی دارد. در معنای عام آن، هر چیزی اعم همه انسان‌ها، اشیا، هر کار و فعالیت مشترکی منظم در یک «اساس» است و هر آن چیزی که ممکن است، می‌تواند یک اساس داشته باشد. هرچند معنای خاص و متمایز این کلمه بیرون نمی‌آید. با این حال، فهم درست از آن، به این وابسته است که معنای اصطلاح «اساس» به اساس «دولت» محدود شود؛ یعنی معادل وحدت سیاسی مردم فهم شود. در این معنای محدود و معین، «اساس» می‌تواند بر نفس دولت دلالت کند و درواقع، یک دولت یگانه و معین همچون یک وحدت سیاسی یا به مثابه یک نوع و فرم انضمامی خاص از هستی دولتی توصیف شود. (Schmitt, 2008: 50)

۱. اکثر از مترجمان و حقوقدانان ایرانی، در مواجهه با مفهوم Constitution آن را به «مشروطه» برگردانده‌اند. واقعیت آن است که ترجمه این واژه نتیجه التفات به معلوم است نه علت. چرا که «اساس» هر امر، آن امر تأسیس شده را به خود مشروط می‌کند. بنا بر این، مفهوم «Constitution» معنای مشروط را نیز با خود حمل می‌کند. البته این مشروطیت نه هسته معنایی آن بلکه یکی از پی‌آیندها و تبعات با «اساس» بودن امور است. جرمی والدرون حقوقدان آمریکایی، در گفتاری که با عنوان «مشروطه گرایی: یک نگاه شکاکانه» ارائه کرده، جهان را انگلیسی زبان را نیز گرفتار برداشت تقلیل گرایانه از معنای Constitution معرفی می‌کند (Waldron, 2010, p4) به نظر می‌آید در میان فارسی زبان تنها کسی که ملتفت به این مفهوم بوده محمد علی فروغی بوده است که، از دولت‌های با اساس و بدون اساس سخن به میان آورده است.



در این مصداق، اساس «شرط تام وحدت و نظم» سیاسی خواهد بود؛ اما می‌تواند به معنای «نظام بسته‌ای هنجارها» باشد و با یک وحدت، مرتبط دانسته شود. البته نه وحدتی که به‌طور انضمامی وجود دارد، بلکه وحدتی برآمده از اندیشه یا یک «وحدت ایدئال». در هر دو مورد، مفهوم «اساس» مطلق است؛ زیرا بر یک «کل» دلالت دارد. علاوه بر این، امروزه شکلی گفتار غالب است که هر مجموعه از «قوانین موضوعه» را که به شیوه‌ای خاص وضع شده است، یک اساس می‌خواند. بدین ترتیب، اساس و قانون اساسی یکسان پنداشته می‌شود. هر قانون اساسی منفرد، می‌تواند مانند یک اساس ظاهر شود و بدین جهت، مفهوم اساس نسبی می‌شود. در این حالت، این مفهوم دیگر دخیلی به یک تمامیت یک پارچه، یک نظم و یک وحدت ندارد، بلکه صرفاً شامل تعداد اندک، متوسط یا زیادی از مقررات موضوعه منفرد به شیوه خاص وضع می‌شود. به برداشت اشمیت تعریف متداول کتاب‌های حقوق اساسی این است که یک اساس برابر است با هنجار بنیادین یا قانون پایه، معنایی که «بنیادین» در اینجا دارد تا حد زیادی مبهم است. [تنها چیزی که می‌توان گفت این است که] این اصطلاح اغلب به چیزی به لحاظ سیاسی مهم یا غیرقابل نقض اشاره دارد و درست همان‌طور که اصطلاحاتی مانند حقوق‌های «بنیادین»، «مهار» و امثالهم چنین است. (Schmitt, 2008: 50) اساس در معنای مطلق، بدواً بر آن شکلی انضمامی از وجود دلالت دارد که یکی از مفروضات ملایم و همراه با هر وحدت سیاسی است که هرکدام را به ترتیب بررسی می‌کنیم:

۱. **در معنای نخست؛** اساس معادل است با شرط مشترک و انضمامی وحدت سیاسی و نظم سیاسی یک دولت مشخص. وحدت سیاسی و نظم اجتماعی بخشی از هر دولتی است. اساس در این معنا، عبارت است از برخی اصول وحدت و نظم، نوعی صلاحیت تصمیم‌گیری که در موارد بحرانی تعارض منافع و قدرت فصل الخطاب است. این شرط مشترک وحدت سیاسی و نظم اجتماعی را می‌توان یک اساس نامید. پس این واژه بر یک نظام یا مجموعه‌ای از اصول و هنجارهای حقوقی دلالت نمی‌کند که ساخت اراده دولت و فعالیت‌های اجرایی دولتی خود را با آن تنظیم می‌کند و نظم محصول بدیهی تبعیت از آن خواهد بود. این کلمه عملاً تنها بر یک دولت یگانه

انضمامی_همچون دولت آلمان، فرانسه، انگلستان_در هستی سیاسی انضمامی‌اش دلالت می‌کند. دولت دارنده یک «اساس» نیست که خود را «مطابق آن» شکل (Form) بخشیده و اراده خود را طبق آن اعمال کند. دولت عین «اساس» است. به عبارت دیگر، دولت شرط به‌واقع حاضر و نحوی وضعیت «وحدت» داشتن و «نظم» داشتن است. (Schmitt, 2008: 60) اگر که این اساس پایان یابد، دولت هم پایان خواهد یافت. اساس «روح» دولت است؛ یعنی حیات انضمامی و هستی یگانه آن است. ایسوکراتس اساس را روح شهر می‌خواند.

۲. در معنای دوم؛ نوعی خاص از نظم سیاسی و اجتماعی است. در این مورد، اساس به معنای نوع انضمامی استیلا و پیروی است؛ زیرا در واقعیت اجتماعی بدون استیلا و پیروی نظم و وجود ندارد. اساس یک فرم خاص حکومت است که جزئی از هر دولتی است و از هستی سیاسی دولت جداشدنی نیست. برای مثال مونارشی، آریستوکراسی یا دموکراسی یا هر تقسیمی که فرم‌های دولت را بدان منقسم کنند. در این معنا اساس معادل «فرم دولت» است. در اینجا واژه «فرم» نیز متضمن چیزی بالفعل موجود است. یک «وضعیت» نه چیزی از سنخ اصل حقوقی یا فرمان هنجاری، حتی در این معنا نیز هر دولتی به‌وضوح یک اساس دارد؛ زیرا دولت همواره متناظر است با یکی از فرم‌های که دولت‌ها در قالب آن‌ها وجود دارند. حتی در این معنا اگر بگوییم «دولت یک اساس است» دقیق‌تر سخن گفته‌ایم. دولت مونارشی است، آریستوکراسی است، دموکراسی است، جمهوری شورایی است و صرفاً «دارنده» اساس مونارشیکیال یا غیره نیست. اساس، نوع «فرم‌ها»^۱ است. (Schmitt, 2008: 60) مثلاً یک انقلاب موفق به‌طور مستقیم به برقراری یک وضعیت جدید و به اتکای خود، تأسیس یک اساس جدید منجر می‌شود. بدین رو، در آلمان پس از گذار نوامبر ۱۹۱۸، نمایندگان شورای مردم می‌توانستند در اعلامیه ۹ دسامبر ۱۹۱۸ از «اساس وضع شده جدید از طریق انقلاب» سخن بگویند.

۳. در معنای سوم؛ معنای اساس یک امر «دینامیک» وحدت سیاسی است نه

1. forma formsrum.



«ایستاتیک». بدین مفهوم که همواره نوشونده است. به عبارت دیگر، وحدت سیاسی باید خود را روزا روز از دل آرمان‌ها، نظرات و منافع متضاد و گوناگون فرم ببخشد و خود را انسجام ببخشد. (Schmitt, 2008: 60)

۲-۲. مفهوم نسبی اساس

نسبی کردن مفهوم اساس، یعنی به جای یک اساس وحدت یافته در کلیت خود، تنها قانون اساسی منفرد وجود دارد. در این مفهوم اشمیت، اساس را بر مبنای صورتی تعریف می‌کند که بیرونی و فرعی است. با این حال، اساس در معنایی نسبی، یعنی قانون اساسی منفرد. اینکه قانون اساسی سازمان اراده دولت را تنظیم می‌کند یا خیر، نسبت به این مفهوم «صورتی» بی تفاوت است؛ یعنی دیگر به طور کل، پرسیده نمی‌شود که چرا یک مقرر اساسی باید «بنیادین» باشد. به باور اشمیت، این صورتی بودن، همه چیز را غیرقابل تشخیص می‌کند و درواقع، هر آن چیزی که در قانون اساسی آمده است آن را برابر می‌سازد. این نگاه، همه چیز را یک اندازه نسبی می‌کند. (Schmitt, 2008: 68) برای اینکه اشمیت، تعریف نسبی اساس را با تعیین مصداق تبیین کند، ادعا می‌کند که از چنین مقررات در قانون اساسی جمهوری وایمار نیز می‌شمارند که با نگاهی به این مقررات بلافاصله روشن می‌گردد که آن‌ها به معنای «قانون قانون‌ها»ی بنیادین نیستند. برای مثال، اصل ۱۳۲ را در نظر بگیرید که می‌گوید: «تجمعات در فضای آزاد می‌تواند به موجب قانون موضوعه رایش، مشروط به اطلاع قبلی شود و در صورت وجود یک خطر مستقیم برای امنیت عمومی، می‌تواند ممنوع شود». بند سوم از اصل ۱۲۹ الزام کرده است که «محرمانه بودن اسناد شخصی کارمند دولت، تضمین شده است». طبق اصل ۱۴۳ «معلم‌ان مدارس عمومی دارای حق‌ها و تکالیف بوده و کارمندان دولت هستند». بند ۲ اصل ۱۴۴ اعلام نموده که «نظارت مدارس از سوی کارمندان دولتی متخصص صورت می‌پذیرد که سمت رسمی داشته باشند». طبق بند ۳ اصل ۱۴۹ «دانشکده‌های الاهیات در دانشگاه‌ها باید حفظ و نگهداری شوند». همه این مقررات موضوعه که وقتی در قالب «قانون اساسی» یک کاسه شدند و به قوانین اساسی بدل شده‌اند. (Schmitt, 2008: 68)

ایشان ذیل این اصول، استدلال می‌کند که این قبیل تفصیلات اساسی، در رویکرد مطلقاً «فرم‌گرایانه» و «نسبی‌گرایانه» به حقوق، همه به یک اندازه، «بنیادین» هستند. در این نگاه بند یکم از اصل یک قانون اساسی وایمار که می‌گوید «رایش آلمان یک جمهوری است» و بند یکم از اصل ۱۲۹ که می‌گوید «اموال خصوصی کارمندان دولت مصون است» هر دو «هنجارهای پایه» و قانون قانون‌ها» و از این قبیل هستند. با این وجود، بدیهی است که در چنین مصادیقی از فرمالیزاسیون، این مقررات فردی به هیچ‌وجه ویژگی اساسی بودن را حفظ نمی‌کنند. برعکس، مقررات بنیادین اصیل نیز به سطح تفصیلات قانون اساسی فرو کاسته می‌شود. (Schmitt, 2008: 67-68) هدف اصلی انتقاد اشمیت از اساس نسبی، نقد بر پوزیتویسم حقوقی است؛ (مراد خانی، ۱۴۰۰: ۶۸۴) اما نگرانی عمیق‌تر او این است که برداشت نسبی راه را برای استبداد از طریق قاعده اکثریت باز می‌کند. او باور دارد که مفهوم نسبی اساس نمی‌تواند به عنوان منبع وحدت در یک کشور عمل کند (Schmitt, 2008: 67) و هیچ‌گونه راهنمایی در مورد وضعیت سیاسی یک جامعه ارائه نمی‌دهد.

۲-۳. مفهوم «پوزیتیو» از اساس

در ذیل این مفهوم، اشمیت تعریف اساس را یک تمایزگذاری مشخص می‌کند. او باور دارد که تنها زمانی می‌توان مفهوم اساس را به دست آورد که فرد میان «اساس» و «قانون اساسی» تمایز بنهد. ایشان مخالفت خود را درواقع، این‌گونه نشان می‌دهد: «قابل قبول نیست که ابتدا «اساس» را در انبوهه‌ای از قوانین اساسی منفرد منحل کنیم و سپس قانون اساسی را با ارجاع به برخی ویژگی‌های بیرونی یا حتی بر طبق روش اصلاح و تغییر آن تعریف نماییم؛ زیرا با این نگاه، هم مفهوم ذاتی نظریه دولت و هم مفهوم بنیادین نظریه اساسی به کلی گم می‌شوند». (Schmitt, 2008: 75) به خاطر انتقاد از چنین روش و رویکردی، او بر هانس کلسن که خود یکی از پوزیتویست‌ها و تجربه‌گرا است انگشت انتقاد می‌گذارد و اشاره می‌کند که این یک اشتباه بود که یک معلم مشهور حقوق عمومی مرتکب شده بود و ادعا کرد که تبدیل اساس به «نوعی قانون موضوعه نتیجه فرهنگ سیاسی معاصر است». (Bernatzik, 26: 1899) او پس از تمایز گذاری، تصریح می‌کند که قانون اساسی به



مفهوم پوزیتو، به عنوان تصمیم کامل در مورد نوع و شکل وحدت سیاسی است. به برداشت وینکس، اشمیت می‌خواهد با وصف تمایزگذاری فوق الذکر به این موضوع ورود کند که اساس، نه قوانین اساسی که در یک متن می‌آیند، بلکه نظم اجتماعی پایدار و سخت است. (Vinx, 2013: 101)

با این وصف، در برداشت پوزیتو، نگهبان اساس می‌تواند قدرت عمومی را اجرا کند و باید به عنوان قدرت مؤسس توجه داشته باشد و این نگهبان فقط در نهادی قضایی صرف نیست، بلکه سیاسی است. همان‌طور که در مفهوم نسبی، اساس را با ویژگی‌ها و عناصر متفاوت و برداشت متمایز که از آن داشت، آن را مجموعه‌ای از هنجارهای قانونی می‌دانست. در این نگاه نیز، اساس انعکاس شکل منسجمی از وجود جمعی است که در یک جامعه سیاسی وجود دارد. (2Vinx, 2013: 10) در مفهوم اساس به معنای پوزیتو، اساس هنجار یا مجموعه‌ای از هنجارها نیست، بلکه شکل بنیادین و دستور محکم و استوار اجتماعی و سیاسی است که از تصمیم قوه مؤسس و مردم نشئت می‌گیرد. در این حالت، کنش پایه‌گذاری یک اساس، شامل مجموعه‌های مجزای هنجارها نمی‌شود. دقیق برعکس، این کنش از طریق یک تصمیم تک مرحله‌ کلیت وحدت سیاسی را در نسبت با فرم وجودی خاص آن تعیین می‌کند. این کنش فرم و نوع وحدت سیاسی که وجودش قبلاً فرض گرفته شده را «تأسیس می‌کند». او به خاطر خلط نشدن این مقوله که وحدت سیاسی با تأسیس اساس به وجود می‌آید آن را نفی نموده و می‌گوید: «موضوع این نیست که وحدت سیاسی نخست در جریان «تأسیس یک اساس» می‌آید، بلکه این است که اساس در معنایی پوزیتو تنها شامل تعیین آگاهانه فرم کامل خاصی است که وحدت سیاسی در مورد آن تصمیم گرفته است. این فرم بیرونی می‌تواند خود را اصلاح کند و فرم‌های بنیادین جدید می‌تواند بدون پایان یافتن وحدت سیاسی مردم معرفی شود».

او برای ساده‌سازی مسئله، تبیین می‌کند که سوژه که توانایی کنش داشته باشد، همواره جزئی از فرایند اساس گذاری است. چنین تصمیمی یک تصمیم آگاهانه است که وحدت سیاسی به آن رسیده است و البته از زاویه قوه اساس گذاری آن را فراهم نموده است. اشمیت، با پشتوانه استدلال که به شکل انضمامی و به‌طور مصداقی بدان چنگ زده و برداشتش را

مبنی بر اینکه اساس باید همواره یک دولت جدید تأسیس کند، نفی می‌کند و با آوردن چند نمونه از تأسیس کشورهای جدید (مانند جریان تأسیس ۱۷۷۵ ایالات متحده آمریکا، تأسیس چکسلواکی در سال ۱۹۱۹ و فرانسه در سال ۱۷۸۹ و تأسیس روسیه در ۱۹۱۸) استدلالش را کامل می‌داند. در همه این موارد، اساس به مثابه تصمیم‌گیری آگاهانه برای تعیین وجود سیاسی در قالب فرم انضمامی وجود خود، ظهور یافت. بنابراین اساس اعتبار خود را از صحت هنجاری کسب نمی‌کند؛ زیرا اساسی که به واسطه اراده سیاسی موجود، آن هم به واسطه آنچه آن را وضع می‌کند، معتبر است. اساس به این مفهوم در واقع عینیت یافتن اساس مطلق است. (Schmitt, 2008: 77)

او با چند واسطه منطقی و به تعبیر حقوقی، با چند قاعده گذاری، قانون اساسی را بر پایه یک اساس معتبر می‌داند که آن اساس هم نیازمند یک تصمیم سیاسی است که این تصمیم نیز مقدم بر قانون اساسی است. به عبارت واضح‌تر، تصمیمی که از سوی قدرت یا اقتداری اتخاذ شده و وجود آن بالفعل به لحاظ سیاسی موجود است. نظریه اشمیت درباره منطق حاکمیت و شکل‌گیری نفس قانون در وضعیت استثنایی، احتمالاً بهترین و گویاترین مثال برای فهم «منطق استثنا» به مثابه گره‌گاه یا مضمون و مسئله مشترک «مهم‌ترین روندها در نظریه معاصر» است. (آگامبن و دیگران: ۱۴۰۱، ۱۸) بی‌گمان هر تصمیم سیاسی حق بودن و حق وجود داشتن خود را با خودش دارد. برای واضح شدن این ادعا، به اصل ۷۴ بند الف، تمسک می‌جوید و می‌گوید: ترکیب «وجود، یکپارچگی، امنیت و اساس» را می‌توان در آنجا به شکل کاملاً روشن ملاحظه نمود که به نوبه خود از قانون فدرال آلمان مصوب ۱۸ آگوست ۱۸۳۶ اقتباس شده است. این قانون فدراسیون اعلام کرد که هر اقدامی علیه وجود، یکپارچگی، امنیت یا اساس فدراسیون آلمان که از سوی هر یک از ایالات فدراسیون انجام گیرد، همچون حد اعلائی خیانت یا خیانت علیه سرزمین داوری و مجازات خواهد شد. همچنین قانون اساسی سوئیس مصوب ۲۹ می ۱۸۷۴ در مقدمه خود اعلام می‌دارد که هدف از میثاق تقویت فدراسیون و همچنین حفظ ارتقای «وحدت، قدرت و شرف» ملت سوئیس است.

قانون اساسی فدرال اعلام می‌کند که هدف فدراسیون: «دفاع از استقلال سرزمین پدری



علیه بیگانگان، بهره‌مندی صلح و نظم داخلی... است». لذا هیچ قانون اساسی نیست که فاقد این مفاهیم وجودی باشد. (Schmitt, 2008: 76-77) از جهت دیگر، سوگند مندرج در قوانین اساسی هم سوگند به اساس است. بدین معنا که شکل وجود سیاسی است. علاوه بر آن، تغییر اساس با امعان نظر به اقتضای پوزیتیو بودن از طریق قوه مؤسس مصون است و فقط قدرت مؤسس است که می‌تواند آن را تغییر دهد. (2Vinx, 2013: 10) اساس پوزیتیو، عینیت یافتن مفهوم مطلق و سرانجام یک تصمیم است؛ زیرا اختلاف اساسی در کشور با تصمیم اساسی حل می‌شود یا به بیان حقوقی، همان‌گونه که در لحظات بحرانی و وضعیت استثنا، یک قدرت مستقل، باید تصمیم نهایی را اعلام کند، در این مفهوم نیز تصمیم سیاسی حرف نهایی را می‌زند. اگر از منظر اشمیت بنگریم در این مفهوم بین امر سیاسی و اساس پوزیتیو، رابطه نزدیک برقرار می‌گردد. (Schmitt, 2008: 165)

۲-۴. مفهوم ایدئال اساس

کارل اشمیت در مفهوم اساس به معنای ایدئال به این امر می‌پردازد که به دلایل سیاسی، آنچه به عنوان اساس «واقعی» یا «اصیل» نامیده می‌شود، اغلب بیشترشان تنها با ایدئال خاصی از اساس مطابق دارد. (Schmitt, 2008: 89) او برای اینکه این ادعا را با استدلال همراه کند، بحثشان را این‌گونه پی می‌گیرد که پیامد شیوه سخن گفتن معمول در منازعه سیاسی این است که هر حزب مبارز تنها قانون اساسی منطبق با خواسته‌های سیاسی خود را به عنوان اساس واقعی می‌شناسد. اگر تعارض‌های سیاسی و اجتماعی اصولی بسیار قوی باشند. با تقریب خوبی می‌توان نتیجه گرفت که یک حزب نام اساس را به طور کلی برای هر قانون اساسی که خواسته‌هایش را برآورده ننماید انکار می‌کند. به طور خاص، بورژوازی لیبرال یک مفهوم ایدئال معین از اساس را در مبارزاتش علیه پادشاهی مطلقه وضع نمود و آن را به مثابه مفهوم اساس به معنای کلی شناسایی کرد. (Schmitt, 2008: 89) از منظر گفتار لیبرالیسم بورژوازی تنها زمانی اساس وجود دارد که مالکیت خصوصی و آزادی شخصی تضمین شود. برعکس، برای دیدگاهی با گرایش مارکسیستی، اساسی که اصول حکومت بورژوایی، یعنی به طور خاص اصول مربوط به مالکیت خصوصی را به رسمیت می‌شناسد.

از دیدگاه اعتقادی و مذهبی، یک دولت تنها زمانی اساسی واقعی دارد که موقعیت اجتماعی و اقتصادی کلیسا احترام گذاشته و فعالیت عمومی آزاد و خودمختاری کلیسا را تضمین کند و از نهادهای آن، به‌عنوان بخشی از نظم عمومی محافظت کند و به همین مفهوم برداشت‌های متفاوت به تعداد دیدگاه‌ها و اعتقادات سیاسی گوناگون مفاهیم و اساس وجود دارد. (Schmitt, 2008: 90) یک شخص تنها زمانی از اساس سخن می‌گوید که مطالبات آزادی بورژازی تأمین شده و یک نفوذ سیاسی قاطع برای بورژوازاها تأمین و تضمین شود. با این وجود دیگر آشکار نیست که هر دولتی «اساس» دارد، بلکه دولت‌های با اساس و دولت‌های بی‌اساس وجود دارند. (فروغی، ۱۳۸۲: ۲۹) دولت‌های «اساسی / مشروطه» و دولت‌های «غیراساسی / غیر مشروطه»، حتی شخص می‌تواند از «تأسیس یک دولت اساسی»، سخن بگوید؛ یعنی از تأسیس دولتی که با یک اساس معنای خاص کلمه متناظر باشد. (Schmitt, 2008: 89) سخنی که به باور او، اگر یک برنامه سیاسی خاص در پس پشت این تلقی از اساس نباشد، بی‌معنا خواهد بود. در تاریخ اساس مدرن، یک مفهوم ایدئال خاص چنان با موفقیت تثبیت شد که قرن هجدهم تنها قوانین اساسی مطابق با خواسته‌های آزادی بورژوایی و حاوی ضمانت‌های خاصی برای این نوع آزادی «اساسی» نامیده شد. این مفهوم که مساوی با نظام تضمین آزادی‌های بورژوایی است، مبتنی بر تقسیم اساس آزاد و غیرآزاد^۱ که بی‌نهایت مبهم و نا روشن است (Schmitt, 2008: 90-92) و در نهایت مفهوم ایدئال اساس، نسخه سیاستمداران^۲ اساس مطلق است؛ زیرا اشمیت، در اندیشه سیاسی و مفهوم امر سیاسی بر تمایز دوست و دشمن تأکید می‌کند. اساس ایدئال او هم بر همین اصول و مفهوم استوار است. بدین رو حتی مفاهیمی همچون آزادی، عدالت، نظم عمومی و امنیت تفسیر خاص می‌شوند و در یک کلام، همه این مفاهیم ذیل ایده دوست و دشمن قرار می‌گیرد؛ (Schmitt, 2008: 89-90) یعنی اساس ایدئال از منظر اشمیت، عینیت داد.

۱. اشمیت در کتاب حقوق اساسی تطبیقی اش به «قوانین اساسی آزاد» می‌پردازد. از منظر او قوانین اساسی آزاد، عبارت‌اند از قوانین اساسی انگلستان، ایالات متحده آمریکا و فرانسه و همچنین قوانین اساسی که تحت تأثیر این‌ها بوده‌اند و با نوع آنها مطابقت دارند. قوانین اساسی سلطنت مشروطه آلمان و قانون اساسی رایش آلمان در سال ۱۸۷۱ مورد توجه قرار نمی‌گیرند؛ زیرا قانون اساسی آزاد از این نوع نیستند. در مقابل، قانون اساسی وایمار در سال ۱۹۱۹ البته در ویرایش‌های جدید آن، مورد توجه قرار گرفته است.

نتیجه گیری

ضمن اینکه مفهوم اساس معانی متکثر و متفاوت دارد، طبق یک دسته بندی به چهار نوع تقسیم می شود. اساس مطلق، اساس نسبی، اساس پوزیتو و اساس ایدئال. اساس در مفهوم مطلق شامل همه اشیا، اجزا، انسان ها، کار و فعالیت مشترک می شود که در عالم هستی وجود دارد؛ زیرا هر چیزی که در عالم وجود دارد، منضم در یک «اساس» است و سه برداشت از آن می شود. در معنای نخست (اساس به مثابه یک کل)، شکل وجودی دولت و نظم اجتماعی یک دولت مشخص است؛ یعنی اشاره به موقعیت و وضعیت کاملی دارد که در آن شرط امکان اتحاد سیاسی کلیه افراد و اشخاص جامعه به عنوان یک کل ممکن شود. در معنای دوم (اساس به مفهوم مطلق یا همچون کل) «فرم خاص» از دولت می باشد. که جزئی از هر دولتی است؛ مثل دولت مونارشی، آریستوکراسی و یا دموکراسی... و به تعبیر این فرم، از هستی سیاسی دولت غیر انفکاک است؛ اما واژه فرم، متضمن چیزی بالفعل موجود است؛ یعنی یک «وضعیت» نه چیزی از سنخ اصل حقوقی، قاعده حقوقی حتی فرمان هنجاری. بنابراین، دولت اساس ندارد، بلکه خود با تعین بخشی که در قالب و فرم های خاص دارد، خود اساس است. در معنای سوم (اساس به مثابه یک کل) معنای اساس یک امر دینامیک وحدت سیاسی یا همواره نوشونده است نه ایستاتیک.

دومین معنای اساس، نسبی است یعنی یک اساس وحدت یافته در کلیت که در هیئت قانون اساسی منفرد ظهور می یابد. در این مفهوم، اساس بر مبنای صوری تعریف می شود که بیرونی و فرعی است. باین حال، اساس در معنایی نسبی، یعنی قانون اساسی منفرد. هرچند این صوری بودن، همه چیز را غیرقابل تشخیص می کند. این قبیل تفصیلات اساسی، در رویکرد مطلقاً «فرم گرایانه» و «نسبی گرایانه» به حقوق، همه به یک اندازه، «بنیادین» هستند با این وجود، بدیهی است که در چنین مصادیقی از فرمالیزاسیون، این مقررات فردی به هیچ وجه ویژگی اساسی بودن را حفظ نمی کنند و مقررات بنیادین اصیل نیز به سطح تفصیلات قانون اساسی فرو کاسته می شود.

سومین معنای اساس، پوزیتو است که در نقد و تعریض اندیشه هانس کلسن مطرح می شود؛ زیرا کلسن، قانون اساسی را به مفهوم پوزیتویستی فهم کرده و به عنوان تصمیم





کامل در مورد نوع و شکل وحدت سیاسی می‌دانست؛ اما اشمیت، با وصف تمایزگذاری بین قانون اساسی و اساس، به این موضوع ورود می‌کند که اساس، نه قوانین اساسی که در یک متن می‌آیند، بلکه نظم اجتماعی پایدار و سخت است.

چهارمین نوع اساس، اساس ایدئال است که مفهوم ایدئال اساس، نسخه سیاستمداران^{۵۶} اساس مطلق است؛ زیرا اشمیت همانطوری که در اندیشه سیاسی و مفهوم امر سیاسی بر تمایز دوست و دشمن تأکید می‌کند، اساس ایدئال او هم بر همین اصول و مفهوم استوار است. لذا حتی مفاهیمی چون آزادی، عدالت، نظم عمومی و امنیت تفسیر خاص می‌شوند و همه این مفاهیم ذیل ایده دوست و دشمن قرار می‌گیرد و وجه حقوقی و سیاسی پیدا می‌کند.



فهرست منابع

منابع فارسی

۱. اشمیت، کارل، (۱۳۹۵)، *مفهوم امر سیاسی*، (ترجمه: سهیل صفاری)، تهران: نشر نگاه معاصر.
۲. آگامبن، جورج و دیگران، (۱۴۰۱)، *قانون و خشونت* (گزیده مقالات)، تهران: نشر نی.
۳. تقی زاده، جواد، (۱۳۸۶)، «مسئله اساسی سازی نظم حقوقی» پژوهش های حقوقی، دوره ۶، شماره ۱۱، بهار و تابستان.
۴. شوالیه، ژاک، (۱۳۹۶)، *دولت پسامدرن؛ مطالعه تطبیقی تحولات معاصر در حقوق اساسی و اداری*، (ترجمه: سید مجتبی واعظی)، تهران: نشر مجد.
۵. فروغی، محمدعلی، (۱۳۸۲)، *حقوق اساسی یعنی آداب مشروطیت دول*، تهران: نشر کویر.
۶. قاضی، سید ابوالفضل، (۱۳۹۵)، *بایسته های حقوق اساسی*، تهران: نشر میزان.
۷. مراد خانی، فردین، (۱۴۰۰)، «مفهوم قانون اساسی در اندیشه کارل اشمیت» فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۱، شماره ۲.
۸. موسی زاده، ابراهیم، (۱۴۰۰)، *حقوق اساسی*، تهران: نشر دادگستر.
۹. مؤذنی، روح الله، (۱۳۹۳)، *حقوق عمومی اقتصادی*، تهران: نشر مجد.

منابع انگلیسی

10. Schmitt, Carl.(1899) Constitutional theory. Bernatzik_Grunhhuts Zeitschrift Fur Das Privat_und Offentllich Resht DeGegenwart, Vol.
11. Vinx Lars (2013), Carl Schmitt and the analogy between constitutional and International law” globol caotitutinalsm, Vol.21, issue 1, Marc.
12. Waldron, Jeremy.(2010). Constitutionaalism: A Skeptical View.philip A. Hart Memorial Lecture.
13. Schupmans, Benyamin (2015), Leviathan run aground: Carl Schmitt theory and militate democracy, THESIS PHD. Colombia university.

14. Murkens, Jo eric khushal (2013), From Empire to Union: Conceptions of German Constitutional Law since 1871, Oxford university, press.
15. Countinho, lars pereira and massimo latorr-Steven smith.(2015) judicial activism. Can interdisciplinary approach and European experiencing, experiengar,press.
16. Kenedey, Elln (2004), Constitutional failure. carl schmit in Weimar, London: duke university press.

