

## Concept of Constitution in Carl Schmitt's Thought

(Type of Paper: Research Article)

Fardin Moradkhani\*

### Abstract

Carl Schmitt as one of the most important legal thinkers of the twentieth century has a complex and difficult thought. On public law, Schmidt has spoken differently about both its foundations and concepts. The Constitution as one of the key concepts of public law is one of those that Schmidt has spoken about. He did not accept the common and modern understanding of the Constitution as a superior and written document and by dividing the Constitution and the constitutional laws, he concentrated his theory on the concept of constitution and spoke of four types of absolute constitution, relative constitution, positive constitution, and ideal constitution. His most disagreed with the relative constitution, that is, the prevailing conception of the Constitution, which he regarded as a departure from the true meaning of the constitution. The constitution in his thought is precisely related to the concept of constituent power and the people and plays an important role in uniting people. This article attempts to explain this concept in Schmitt's thought.

### Keywords

Absolute Constitution, Relative Constitution, Positive Constitution, Ideal Constitution, Constituent Power.

---

\* Assistant Prof., Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Bu-Ali Sina University, Hamedan, Iran (Corresponding Author). Email: moradkhani.fardin@yahoo.com  
Received: September 1, 2019 - Accepted: October 20, 2019



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International, which permits others to download this work, share it with others and Adapt the material for any purpose.



## مفهوم قانون اساسی در اندیشه کارل اشمیت

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

فردین مرادخانی\*

### چکیده

کارل اشمیت به عنوان یکی از مهم‌ترین متفکران حقوقی قرن بیستم دارای اندیشه پیچیده و دشواری است. وی در حوزه حقوق عمومی هم درباره مبانی این رشته و هم در خصوص مفاهیم آن سخنان متفاوتی گفته است. قانون اساسی به منزله یکی از کلیدی‌ترین مفاهیم حقوق عمومی از مفاهیمی است که اشمیت در خصوص آن سخنانی مهم گفته است. او فهم رایج و مدرن از قانون اساسی به عنوان سند برتر و مکتوب را نمی‌پذیرفت و با تفکیک میان اساس و قانون اساسی تمرکز نظریه خود را بر روی مفهوم اساس گذاشت و از چهار نوع اساس مطلق، اساس نسبی، اساس پوزیتیو و اساس ایده‌آل سخن گفت. بیشترین مخالفت او با اساس نسبی یعنی همان برداشت رایج از قانون اساسی بود و آن را نوعی انحراف از مفهوم واقعی اساس می‌دانست. اساس در اندیشه او نسبت دقیقی با مفهوم قدرت مؤسس و مردم دارد و نقشی مهم در اتحاد مردم بازی می‌کند. در این مقاله کوشش شده است دیدگاه‌های اشمیت در این زمینه بررسی شود.

### کلیدواژگان

اساس مطلق، اساس نسبی، اساس پوزیتیو، اساس ایده‌آل، قدرت مؤسس.

---

\* استادیار حقوق عمومی، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران.  
Email: moradkhani.fardin@yahoo.com

## مقدمه

واژه و مفهوم constitution بسیار پیچیده است و تاریخی طولانی دارد (رک: مرادخانی، ۱۳۹۷) و در طول تاریخ طبق تحقیقات محققان، معانی و شکل‌های متفاوتی داشته است (McIlwain, 1942). این واژه در گذشته اشاره‌ای به ماهیت یک کشور با ارجاع به وضعیت سیاسی آن بود و به‌عنوان مفهومی تجربی فهمیده می‌شد، اما در معنای مدرن یعنی بعد از انقلاب آمریکا و فرانسه بحث بر سر این است که قدرت دولت چگونه باید تأسیس و اجرا شود و در شکلی نظام‌مند و در یک سند قانونی بیاید. در این معنا قانون اساسی مفهومی هنجاری است (Grimm, 2016: 44). در معنای مدرن، قانون اساسی به‌عنوان قانون برتر مطرح می‌شود که بر فراز همه قوانین قرار دارد. به این ترتیب قانون اساسی نزد گذشتگان مفهوم تجربی و توصیفی در خصوص ماهیت و شکل یک کشور است و این معنا همیشه وجود داشته است، ولی در معنای دوم یا همان برداشت مدرن، قانون اساسی مفهومی هنجاری و تجویزی و محصول حوادث و اندیشه‌های دوران مدرن است (Grimm, 2016: 3).

قرن نوزدهم را عصر قانون اساسی نامیده‌اند (Grimm, 2016: 102)، زیرا با تدوین قانون اساسی در آمریکا و فرانسه در دهه‌های پایانی قرن هجدهم، در این قرن مباحث فراوانی بر سر این مفهوم و برداشت‌های متعددی از آن صورت گرفت. وقتی فرانسه و آمریکا در پایان قرن هجدهم قوانین اساسی خود را تدوین کردند، در آلمان واژه constitution هنوز به معنای قوانین اعلام‌شده توسط امپراتور فهمیده می‌شد. آنها اجرای قاعده سیاسی را قوانین بنیادین می‌نامیدند و واژه Verfassung که در زبان آلمانی معادل constitution است، به معنای تجربی استعمال می‌شد نه هنجاری (Grimm, 2016: 90). فرهنگ لغت‌های آلمان نیز در ۱۷۸۸ هنوز constitution را ویژگی یک چیز یا مجموعه ترجمه می‌کردند و اولین بار در ۱۷۹۸ در فرهنگ لغات به معنای مجموعه‌ای از قوانین بنیادین دولت آمد. البته پیش از این همبولت در ۱۷۹۲ از اساس دولت یا ورفاسونگ سخن گفت. کانت نیز معتقد بود اساس، عمل اراده عمومی است (Grimm, 2016: 95). با آنکه به تدریج در آلمان constitution به‌عنوان قانون امپراتوری معنای خود را از دست داد، اما تا ۱۸۳۰ این کلمه برای آلمانی‌ها هنوز به‌طور کامل قابل فهم نبود (Grimm, 2016: 102). برخلاف حقوقدانان حقوق اساسی فرانسه، به نظر آلمانی‌ها این مفهوم، نه یک متن و سند مکتوب که اساس رفتار دولت و به معنای موقعیت سیاسی دولت هم است (Grimm, 2016: 96). برخی از معانی این مفهوم در آلمان شامل موارد زیرند: به معنای اصل پیشرفت، به‌مثابه اداره، به‌منزله تضمین آزادی، به‌مثابه یک سند اساسی (Grimm, 2016: 103-), به‌مثابه پدیده وجودی، به‌منزله تصمیم، به‌مثابه تصمیم سیاسی، به‌مثابه مقررات نوشته (Schupmans, 2015: 128).

در میان متفکران حقوقی آلمان نیز اختلاف نظرهایی در این خصوص وجود داشت. کلسن معتقد

بود قانون اساسی هنجار برتر و دستور تاریخی است که فرایندهای وضع قانون را تنظیم می‌کند (Murkens, 2013: 30)، اما به نظر اشمیت و اسمند، قانون اساسی به معنای مطلق، یک کل را مشخص می‌کند و سیستمی از هنجارها نیست. به باور اشمیت بنیان اساس، هنجار نیست، بلکه تصمیم است و قانون اساسی درست یا واقعی فقط هنجاری نیست، بلکه واقعیتی وجودی است (Grimm, 2016: 121-122). به نظر اشمیت دستور به‌وسیله وجود سیاسی دولت معنا می‌یابد. اشمیت در این عبارات از مفهوم دولت هگلی تأثیر پذیرفته است که دولت را بالاترین شکل اتحاد اخلاقی مردم می‌داند. این فهم هگلی از دولت در کارهای اولیه او بسیار هویداست (Murkens, 2013: 41).

## قانون اساسی در آلمان

آلمان در حوزه تئوری‌های حقوق اساسی مسیری متفاوت نسبت به سایر کشورهای اروپایی طی کرده است و اندیشمندان حقوق اساسی آن نیز نظریاتی متفاوت با دیگر همگان اروپایی خود دارند. با پایان یافتن دوران اوج ایدئالیسم آلمانی که آلمان را در اندیشه فلسفی به درجات بالایی رساند، این بار نوبت اندیشه‌های حقوقی بود که خود را به نمایش بگذارند. در فاصله رایش اول ۱۸۷۰ تا پایان جنگ جهانی دوم چند نسل مهم در اندیشه حقوقی آلمان پدید آمد که بر بیشتر اندیشه‌های حقوقی قرن بیستم فرمان راندند. گیرکه، ژلینک، لاباند، کلسن، اشمیت، ایرینگ و هلر تنها برخی از این افرادند که هر کدام مجموعه‌های دقیقی از اندیشه‌های حقوقی را پی‌ریزی کردند. به گفته یکی از محققان مهم‌ترین بحث حقوق اساسی در آلمان دهه‌های پایانی قرن نوزدهم و آغازین قرن بیستم بررسی حقوق اساسی به مثابه یک دیسیپلین بود که برخی حقوقدانان بر ضرورت حقوق اساسی به‌عنوان نظامی پوزیتیو یا وضعی تأکید می‌کردند؛ مثل ژلینک و کلسن و برخی این را رد می‌کردند مثل اشمیت و اسمند. البته بعدها از حقوق اساسی به مثابه روش و نیز فلسفه حقوق سیاسی سخن گفته شد.<sup>۱</sup> مفهوم قانون اساسی در مرکز همه این بحث‌ها و رویکردها قرار داشت.

پس از جنگ جهانی اول آلمانی‌ها اغلب نئوکانتی بودند که خود به دو دسته تقسیم می‌شدند: یا متعلق به مکتب ماربورگ بودند یا متعلق به مکتب جنوب غربی. ماربورگی‌هایی مثل استاملر، کوهن و نانتورپ بر اتونومی شخصی، خرد انسانی و اراده محض تأکید می‌کردند. این نظریه در سیاست و حقوق به رشت‌اِشتات<sup>۲</sup> یا دولت حقوقی منجر شد. اما نئوکانتی‌های جنوب غرب مثل هنریش ویکوت بر عقل عملی، اصول جهانی انتزاعی یا ارزش‌ها، اعمال و سیاست‌های انسانی تأکید می‌کردند (Seitzzer, 2008: 3-4).

1. see: murkens

2. Rechtsstaat

اندیشه نئوکانتی حوزه وسیعی را در فلسفه و حقوق شامل می‌شود (Schupmans, 2015: 18-24) و بخش‌هایی از تفکر افرادی مانند وبر، آدرنو، بنیامین، کلسن، اشمیت، ایرلس، اتوبونر، لوکاج، متأثر از نئوکانتی‌هاست و این تنوع متفکران، فهم آن را دشوار می‌کند. بعد از شکست آلمان در جنگ جهانی اول تفکر نئوکانتی سقوط کرد. با این حال کلسن به‌عنوان یک نئوکانتی در ۱۹۲۰ پیش‌نویس قانون اساسی اتریش را نوشت و از سیستم هنجارها سخن گفت (Seitzer, 2008: 5).

اشمیت هم در کارهای اولیه‌اش تحت تأثیر نئوکانتی‌ها و مدعی جهانی بودن حقوق بود، اما از همان آغاز با آنها همدل نبود. نئوکانتی‌ها معتقد بودند دولت وقتی آغاز می‌شود که قانون اساسی داشته باشد و اشمیت مخالف این سخن بود. او در نمایندگی، مشروعیت و قانونیت هم با آنها اختلاف داشت و معتقد بود نئوکانتی‌ها حقوق را به حقوق رسمی یا شکلی فرو کاسته‌اند. به نظر او امر سیاسی پیش از قانون وجود دارد و قانون نمی‌تواند به مشروعیت قوه مؤسس بینجامد و اساس دولت را فراتر از دولت نمی‌دید. به هر حال با غلبه مباحث ضدکانتی بعد از ۱۹۱۸ او هم به تدریج از کانتی‌ها فاصله گرفت (Seitzer, 2008: 8-9).

در آن سال‌ها نحله پوزیتیویسم بیشترین طرفدار را در فلسفه حقوق داشت و پوزیتیویست‌ها اغلب نئوکانتی بودند. مهم‌ترین پوزیتیویست آن عصر آلمان لاباند بود. او که در پی یک دولت محدود بعد از بیسمارک بود، مفهوم شخص حقوقی در حقوق خصوصی را به حوزه حقوق عمومی برد و بر این باور بود که دولت می‌تواند قانون را وضع و اجرا کند، اما مثل همه اشخاص حقوقی نمی‌تواند فراتر از قانون باشد و به‌عنوان یک شخص حقوقی تعهداتی در قالب قانون اساسی دارد. (Seitzer, 2008: 11).

مخالفت اشمیت با پوزیتیویسم دلایل مختلفی داشت. ماکس وبر که بر اشمیت تأثیر زیادی گذاشته است، پایه‌های تئوری پوزیتیویستی حقوق را رد و بر دغدغه‌های اجتماعی و فرایندهای حقوقی دولت تأکید کرد. او علاوه بر اثرپذیری از وبر این نظر پوزیتیویست‌هایی مانند لاباند و کلسن را نمی‌پذیرفت که حقوق از لحاظ سیاسی بی‌طرف است و فقط شامل هنجارها می‌شود و مخالف این ایده بود که دولت حقوق را می‌آفریند یا می‌توان بحث‌های مربوط به شخص حقوقی را از حقوق خصوصی به حقوق عمومی آورد (Seitzer, 2008: 12-13).

در آلمان قرن نوزدهم مباحث متعددی در خصوص دانش حقوق و نظریه دولت وجود داشت که به پدیدار شدن رویکردهای جدیدی منجر شد. یکی از این مسائل نگاه به نظریه دولت و حقوق بود. بسیاری با رویکرد توصیفی و تجربی به دولت، ماهیت قانون، قانون اساسی، نهادها، ساختار و کارکردهای آن می‌نگریستند، اما رویکرد دیگری هم وجود داشت که خاستگاه تاریخی دولت و تاریخ اجتماعی و سیاسی آن را می‌دید (Murkens, 2013: 10). در رویکرد اول آنچه وجود داشت، صرفاً توصیف می‌شد، ولی در رویکرد دوم شرایط تاریخی، سیاسی و

اجتماعی محملی برای توضیح نظریه دولت بود. برای نمونه هرمان هلر از منظر دوم دولت را برآمده از شرایط تاریخی یک کشور می‌دانست. ژلینک نیز در همین زمینه بین دو دسته از تئوری‌های اجتماعی - تجربی و هنجاری از دولت تمایز می‌نهاد.

در آلمان آن عصر همچنین حقوق به‌مثابه علم در آرای کسانی مانند لاباند و گِربِر مورد بحث قرار گرفت (murkens, 2013: 18)، توضیح آنکه بسیاری بر این باور بودند که حقوق را نمی‌توان یک علم محسوب کرد و بیشتر فن و تکنیک است، اما در این برداشت جدید، حقوق به‌عنوان یک دانش و علم تحلیل شد و دولت می‌توانست موضوع علم حقوق باشد. حقوق در قرن نوزدهم آلمان گذشته از مباحث مذکور تحت تأثیر ساوینی نیز بود و این سبب شد که علم محسوب شدن حقوق در این کشور تلقی خاصی پیدا کند. در دیدگاه طرفداران ساوینی حقوق برخلاف علوم تجربی، فرایندی صرفاً عقلانی و محصول مستقیم عصر روشنگری نبود، بلکه مثل شعر، رمان و مذهب جزئی از فرهنگ ملی و انعکاس روح ملی بود، ولی پوزیتیویست‌هایی مانند کلسن در پی آن بودند که حقوق را به‌مثابه یک سیستم علمی محض معرفی کنند که ریشه در اقتدارهای فراقانونی مثل خدا، طبیعت، تاریخ، جامعه‌شناسی یا سیاست ریشه نداشته باشد (Murkens, 2013: 32)، یعنی درست مخالف مسیری که ساوینی می‌رفت.

اشمیت در چنین فضایی به تأمل در خصوص مفاهیم حقوق عمومی می‌پرداخت و اگرچه به بحث‌های آمریکا، انگلیس و فرانسه نظر داشت، بیشتر می‌کوشید به رقیبان فکری خود در آلمان پاسخ داده و در سنت آلمانی آرای خود را ارائه دهد. تأملات او در خصوص قانون اساسی همچون بسیاری دیگر از مفاهیم اندیشه او با فضای فکری آن زمان تفاوت داشت و در منظومه پیچیده‌ای ارائه می‌شد.

## تعریف اساس<sup>۱</sup> در اندیشه اشمیت

اشمیت کوشش کرد تفسیر جدیدی از مفهوم قانون اساسی ارائه دهد. تحلیل او از قانون اساسی مدرن بر تنوع اراده‌های بیان‌شده در قوانین و نهادها، عنصر لیبرال و اراده ماهوی مردم متمرکز است (kenedey, 2004: 130). اشمیت بین قانون اساسی به‌عنوان نتیجه و غایت تصمیم جمعی در تجربه زندگی سیاسی از یک طرف و شکل و ماهیت اتحاد سیاسی و حقوقی از طرف دیگر تفاوت قائل می‌شود (Coutinho, 2015: 97) و قانون اساسی را شامل

۱. یک نکته مهم در خصوص نظریه اشمیت نبود معادل دقیق برای بسیاری از واژه‌ها و مفاهیم او در سایر زبان‌هاست. در اینجا واژه constitution را اساس و اصطلاح constitutional laws را به قوانین اساسی ترجمه می‌کنیم. این معادل در زبان فارسی سابقه دارد و فروغی معادل اساس را به‌کار برده است. به هر حال constitution لزوماً قانون نیست و بنیاد و اساس هر کشور است.

دو بخش قانونی و سیاسی می‌داند که اولی با لیبرالیسم و دومی با دموکراسی شناخته می‌شوند (Kenedey, 2004: 125) و معتقد است قانون اساسی روح دولت یعنی تصمیم سیاسی و بنیادین مردم است (Schupmans, 2015: 161).

نظریه اشمیت در مقام تحلیل فهم تجربی قانون اساسی در برابر فهم هنجاری است. او تفسیر کلسن از قانون اساسی به عنوان قانون هنجاری را نمی‌پذیرفت، زیرا معتقد بود این تفسیر جنبه اجتماعی و واقعی قانون اساسی را برای اتحاد، اهداف، زندگی، روح و ... فراموش می‌کند. در اندیشه اشمیت مفهوم امر سیاسی و مفهوم قانون اساسی ابزاری برای درک دولت هستند (Murkens, 2013: 45). به همین دلیل کلمه اساس باید به عنوان اساس دولت یا به عبارت دیگر اتحاد سیاسی مردم، موقعیت کلی اتحاد سیاسی و نظم اجتماعی در یک دولت مشخص درک شود. به نظر اشمیت اساس نمی‌تواند فقط شامل سیستم هنجارهای قانونی برای تنظیم شکل اراده سیاسی و اجرای قدرت دولت باشد، بلکه اشاره‌ای به موقعیت سیاسی انضمامی<sup>۱</sup> دولت هم است. در این اندیشه مفهوم اساس در حوزه‌ای که ورای متن قانون اساسی نوشته است، ریشه دارد و روح، زندگی انضمامی و وجود دولت است.

اشمیت بر این باور است که واژه و مفهوم اساس معانی متفاوتی دارد و می‌کوشد این معانی مختلف را توضیح دهد. در معنای اول یا عام هر چیزی در عالم اساسی دارد و اساس دولت، شکل وجودی دولت است، به عبارت دیگر موقعیت یا وضعیت کاملی که در آن اتحاد سیاسی همه افراد جامعه به عنوان یک کل ممکن می‌شود. در معنای دوم اساس، سیستمی از هنجارهاست؛ یعنی همان چیزی که امروزه با عنوان قانون اساسی می‌شناسیم که البته او مخالف این برداشت است، زیرا به باور او اساس با آنچه ما قانون اساسی می‌دانیم، فرق دارد (Schmitt, 2008: 59). به گفته او دولت اساس ندارد، بلکه دولت خودش اساس است و اساس روح دولت در حیات انضمامی آن است. در معنای سوم اساس نوع خاصی از دستور اجتماعی و سیاسی و معادل شکل دولت یا به تعبیر اشمیت فرم فرم‌هاست (Schmitt, 2008: 60)، زیرا همه فرم‌ها و شکل‌ها در یک کشور از اساس آن کشور نشأت می‌گیرند. معنای چهارم اساس، اصل ضرورت اتحاد سیاسی است. به گفته اشمیت این معنا با مفهوم ادغام که اسمند آن را مطرح کرده بود و مفهوم چارچوب سیستماتیک لورنس فون اشتاین نزدیک است (Schmitt, 2008: 61). دولت در اینجا به عنوان امر وجودی فهمیده می‌شود و اساس دولت، شکل آزاد اراده دولت است. اشمیت پس از این سخنان پیچیده در تعریف و معانی مختلف اساس از چهار نوع یا مفهوم اساس سخن می‌گوید: اساس مطلق، اساس پوزیتیو، اساس نسبی و اساس ایده‌آل که در ادامه بررسی می‌شوند.

1. concrete  
2. form of forms



## ۱. مفهوم مطلق اساس

مفهوم مطلق اساس در اندیشه اشمیت بسیار مهم است، زیرا مفهوم پوزیتیو و ایده‌آل اساس، در نهایت از ویژگی‌های اساس مطلق برخوردار شده و مخالف با اساس نسبی محسوب می‌شود. در آن زمان در آلمان برداشت کلسن از قانون اساسی که مورد قبول سنت فرانسوی و آمریکایی از قانون اساسی هم بود، در حال رشد بود. کلسن قانون و نظام حقوقی را مجموعه‌ای از هنجارها می‌دید که هر هنجار اعتبار خود را از هنجار پیشین می‌گیرد و در نهایت هنجار معتبر فرض گرفته می‌شود (Kelsen, 2006: 115-116). همچنین قانون اساسی در رأس سلسله‌مراتب قوانین و هنجارها قرار داشت.

اشمیت منطق کلسن را زیر سؤال می‌برد، به اعتقاد او در اندیشه کلسن توجیه دقیقی برای قانون اساسی و برتر بودن آن وجود ندارد. در منطق کلسن قانون اساسی به این دلیل قانون برتر و معتبر است که باید قانون برتر باشد و در صورت برتر نبودن ارزش خود را از دست می‌دهد و این اعتبار را از درون خودش به دست می‌آورد (Schmitt, 2008: 64). به نظر اشمیت اگر طبق نظر پوزیتیویست‌هایی مثل کلسن حقوق از اخلاق جدا باشد، پس هنجار بنیادین، یک دستور است که توجیه خود را خارج از خود نمی‌گیرد. به نظر اشمیت باید اراده قدرت مؤسس سازنده قانون را مبنای اساس قرار داد (Stacey, 2011: 600) و از آنجا که اراده دولت در خلأ نمی‌تواند وجود داشته باشد، اتحاد سیاسی این کار را انجام می‌دهد. به گفته او اساس آلمان معتبر است، زیرا مردم آلمان به آن عنوان اساس داده‌اند (Schmitt, 2008: 65).

مفهوم مطلق اساس که در مخالفت با قانون اساسی هنجاری کلسن مطرح شد، مجموعه‌ای از قواعد یا قوانین است که تشکیل دهنده دولت هستند. این مفهوم شبیه مفهوم پولیتی در اندیشه ارسطوست. ارسطو وقتی از صدوپنجاه اساس در یونان سخن می‌گفت، معتقد بود هر کدام یک موقعیت و وضعیت وجودی دارد که روح آن شهر و مرجع اتحاد آن است (Stacey, 2008: 63; Schmitt, 2011: 599). اشمیت این فهم را برداشت مطلق از اساس می‌داند.

اساس به عنوان یک کل یا اتحاد بر دو نوع است: یکی معنای انضمامی است؛ یعنی رفتار انضمامی و وجودی یک اتحاد سیاسی و دومی به معنای هنجاری است، یعنی سیستم بسته‌ای از هنجارهای برتر یا غایی. معنای انضمامی به سه دسته تقسیم می‌شود: نخست دولت خودش یک اساس است؛ یعنی اساس، برخی مقررات مربوط به روح یک کشور و اتحاد مردم است که نقطه وجودی اجتماع سیاسی است؛ دوم اساس، شکل دولت است، برای مثال دموکراسی، جمهوری یا موناشری؛ سوم اساس، ادغام دینامیک است، یعنی فرایندی که افراد با آن در یک اجتماع سیاسی ادغام می‌شوند. در معنای هنجاری هم اساس به سه دسته قابل تقسیم است؛ نخست اساس، فرمان است، یعنی هنجار برتری است که یک دستور قانونی را با اتحاد همه مردم با هم جمع

می‌کند؛ دوم اساس، اراده قدرت مؤسس است؛ سوم اساس، تدوین است، یعنی متنی نوشته که اصل اتحاد و رفتار انضمامی وجودی در آن قرار دارد (Schupmans, 2015: 162).

به باور اشمیت اساس می‌تواند به معنای سیستم بسته‌ای از هنجارهای برتر و غایی یا به عبارت دیگر مساوی با هنجار هنجارها<sup>۱</sup> باشد؛ یعنی همه هنجارهای موجود در نظام حقوقی یک کشور، ریشه در این هنجار دارند. در این دیدگاه اساس، وضعیت وجودی یا دینامیک نیست، بلکه قانون قوانین است (Schmitt, 2008: 62). در این عقیده اساس به‌عنوان هنجار بنیادین معتبر است (Schmitt, 2008: 64). در حقیقت این همان معنایی است که از انقلاب فرانسه و آمریکا مطرح شد و کلسن هم طرفدار آن بود. به نظر اشمیت اتحاد منطقی هنجارها و سیستم‌ها در متنی به نام قانون اساسی مبهم و ناروشن است، زیرا اتحاد مردم آلمان در ۱۸۱ اصل مندرج در قانون اساسی ممکن نیست رخ دهد و چنین متنی نمی‌تواند وجود سیاسی مردم آلمان را به نمایش بگذارد. به نظر اشمیت به‌طور طبیعی، اساس، پدیده‌ای سیاسی و وجودی است و فقط در زمان‌های عادی یعنی وضعیت غیراستثنا، کاربرد آن به استفاده از قوانین اساسی کاهش می‌یابد.

اساس مطلق با مفهوم امر سیاسی اشمیت نیز مرتبط و هماهنگ است. هر دو وضعیت جامعه سیاسی را تعریف می‌کنند و در پی وحدت هستند. اشمیت استدلال می‌کند که دولت، اساس است و اساس مطلق، روح امر سیاسی و هستی موجود در جامعه است و به‌عنوان مبنایی برای تعیین ارزش‌های مشتق شده و قوانین جامعه ارائه می‌شود (Schupmans, 2015: 162). او همچنین اساس مطلق را به‌عنوان نهادی پویا تعریف می‌کند که افراد را در اجتماع ادغام و با همدیگر متحد می‌کند، به طوری که آنها می‌توانند اراده خود را در آن ببینند. سرانجام، اساس مطلق و امر سیاسی محصول خواسته‌های وجودی‌اند. درحالی‌که همپوشانی بین این دو مفهوم شایان توجه است، اختلافاتی مهم میان امر سیاسی و اساس مطلق وجود دارد. امر سیاسی دارای رابطه ضروری با دولت نیست، ولی اساس مطلق دقیقاً ایده شکل‌گیری دولت و نظم سیاسی است (Schmitt, 2008: 60) که وضعیت دولت را کدگذاری و شکل دولت را تعریف می‌کند و توضیح می‌دهد که چگونه سیاست‌های عادی رخ می‌دهد. اساس در معنای مطلق وضعیت سیاسی‌ای را توصیف می‌کند که جامعه را تشکیل می‌دهد. به این ترتیب، اساس هم امر سیاسی و هم طرحی برای نهادینه کردن آن توسط دولت است (Schupmans, 2015: 164).

## ۲. مفهوم نسبی اساس

مفهوم نسبی اساس نسبت به دیگر مفاهیم اساس برای ما قابل فهم‌تر است، زیرا اشمیت آنچه را

1. norm of norms

که در آمریکا و فرانسه در سندی مکتوب تحت عنوان قانون اساسی خوانده می‌شود، اساس نسبی می‌نامد. در مفهوم نسبی، اساس هنجارهایی است که در سند مشخصی می‌آیند. در این معنا اساس یعنی مجموعه‌ای از قوانین که طبق آن حق‌های فردی در سند واحدی می‌آیند و سازمان‌های دولت نیز توسط آن منظم می‌شوند. به نظر او این مفهوم از اساس غیرقابل استفاده است (vinx, 2013: 99). به باور او برداشت نسبی، قوه مؤسس را نادیده می‌گیرد و این برداشت قانون‌گذاری از طریق رویه‌های خاص را توسعه می‌دهد، درحالی‌که دلیل مشروعیت اساس این است که بیان اراده قوه مؤسس است. مفهوم نسبی اساس همچنین راه را بر روی فهم نخبان قانون اساسی باز کنند و سبب می‌شود نهادی به نام دادرسی اساسی شکل بگیرد که در اندیشه اشمیت قابل قبول نبود (vinx, 2013: 101).

به گفته اشمیت اساس نسبی، اساس به معنای دقیقش نیست. در این سند ممکن است برخی اصول مربوط به اساس باشند و برخی نباشند، زیرا اساس را هرگز به صورت کامل نمی‌توان نگاشت. برای نمونه در قانون اساسی وایمار عباراتی وجود دارد، مانند رایش یک جمهوری است یا حاکمیت به مردم تعلق دارد، به باور اشمیت این عبارات، هنجار بنیادین و قانون‌ها هستند. در قانون اساسی نسبی، اساس به‌عنوان یک کل و قوانین اساسی به‌عنوان جزئیات معادل هم قرار می‌گیرند و گنج‌کننده است. همچنین در این مفهوم اساس از قوانین اساسی به مفهوم شکلی تمایز داده نمی‌شود، درحالی‌که این دو با هم فرق دارد (Schmitt, 2008: 67). محتوای مفهوم اساس گوناگون و چندعاملی است و نمی‌توان آن را فقط به اساس نوشته تقلیل داد. در این مفهوم، اساس نوشته بر مقررات تأکید دارد و با اساس واقعی یک کشور معادل گرفته می‌شود. به این ترتیب اساس هم مثل بقیه قوانین، به قانون تبدیل می‌شود؛ درحالی‌که اساس، قانون نیست. (Schmitt, 2008: 68). اساس در حقیقت مجموعه‌ای از هنجارها، مقررات سازمانی، رویه‌های قانون‌گذاری، برنامه‌های راهنما و... است (Schmitt, 2008: 70). به نظر اشمیت برداشت نسبی از اساس یا همان برداشت غالب سبب شده است سایر معانی اساس بررسی نشوند. به این ترتیب مفهوم اساس در میان قوانین اساسی فردی و نوشته گم می‌شود. به این ترتیب اساس در مفهوم نسبی مجموعه‌ای از قوانین و مقررات است و همین جاست که تفکیک مهم اشمیت بین اساس و قوانین اساسی مطرح می‌شود (Schmitt, 2008: 67-70-71).

در تئوری دولت اشمیت، دولت یک کل است و بر امر سیاسی انحصار دارد. هنگامی‌که مفهوم اساس، نسبی می‌شود، یعنی اساس تنها سندی نوشته تلقی می‌شود و این به معنی حذف حس ششم از نظریه دولت است. به نظر اشمیت در مفهوم نسبی، حقوقدانان حقوق اساسی برای متمایز کردن اساس از سایر قوانین سعی می‌کنند برای این سند ویژگی‌هایی تعریف کنند تا به این ترتیب بتوانند آن را از قوانین عادی متمایز سازند. برای نمونه آن را در سند خاصی به نام قانون اساسی قرار می‌دهند و اعلام می‌کنند تغییر و اصلاح این سند شرایط

خاصی دارد، اما این کافی نیست (Schmitt, 2008: 73). اساس نسبی، طبق نظر او در حقیقت شکل متزلزل یا ناامیدکننده‌ای از قانون اساسی تاریخی و معنی هنجاری از اساس مطلق است (Schupmans, 2015: 165).

هدف اصلی انتقاد اشمیت از اساس نسبی، نقد بر پوزیتیویسم حقوقی است، اما نگرانی عمیق‌تر او این است که برداشت نسبی راه را برای استبداد از طریق قاعده اکثریت باز می‌کند. او بر این باور است که مفهوم نسبی اساس نمی‌تواند به‌عنوان منبع وحدت در یک کشور عمل کند (Schmitt, 2008: 67) و هیچ‌گونه راهنمایی در مورد وضعیت سیاسی یک جامعه ارائه نمی‌دهد و این حق به احزاب داده می‌شود که در شرایط بحرانی مانند وضعیت اضطراری یا استثنایی و همچنین برای جلوگیری از احزاب دیگر بعد از به‌دست آوردن اکثریت در مجلس، به نردبان قدرت بعد از بالا رفتن از آن لگد بزنند (schupmans, 2015: 167). به اعتقاد او در قرن بیستم، نسبی کردن اساس سبب استبداد اکثریت شده است و اکثریت از قدرت خود برای تصویب قوانینی علیه یکدیگر و تضمین منافع خود استفاده می‌کنند. همچنین در این برداشت قانون اساسی به‌خصوص برای دستکاری‌های غیرمعمول توسط نخبگان و قدرت‌های غیرمستقیم آسیب‌پذیر است (schupmans, 2015: 168).

### ۳. مفهوم پوزیتیو (وضعی) اساس

برای جلوگیری از این تعارض‌ها اشمیت بر مفهوم پوزیتو اساس تأکید می‌کند که در آن اساس یک شکلی محکم و استوار از وجود جمعی است (vinx, 2013: 101). طبق این تئوری، اساس، نه قوانین اساسی که در یک متن می‌آیند، بلکه نظم اجتماعی پایدار و سخت است (vinx, 2015: 10). در برداشت پوزیتیو، نگهبان اساس می‌تواند قدرت عمومی را اجرا کند و باید به قدرت مؤسس توجه داشته باشد و این نگهبان فقط نهادی قضایی صرف نیست و سیاسی است. همچنین درحالی‌که در مفهوم نسبی، اساس مجموعه‌ای از هنجارهای قانونی است که می‌توانند به‌عنوان قانون اساسی معرفی شوند، در برداشت پوزیتو، اساس شکل منسجمی از وجود جمعی است که در جامعه سیاسی وجود دارد (vinx, 2013: 102).

اساس یک هنجار یا مجموعه‌ای از هنجارها نیست، بلکه شکل بنیادین دستور محکم اجتماعی و سیاسی است که از تصمیم قوه مؤسس و مردم نشأت می‌گیرد. برای نشان دادن این برداشت، اشمیت به قانون اساسی وایمار یعنی قانونی که از تصمیم مردم آلمان نشأت می‌گیرد، ارجاع می‌دهد. قانون اساسی وضع‌شده توسط مجلس مؤسسان بیان انتخاب بنیادین مردم آلمان است و مشروعیت قوانین اساسی از قوه مؤسس ناشی می‌شود. اساس توسط مردم ساخته می‌شود و تداوم می‌یابد. البته مردم می‌توانند خودشان برای یک قانون اساسی جدید و متفاوت تصمیم بگیرند (vinx, 2015: 10).

به اعتقاد او اساس را نباید یک مقررہ یا مصوبه یا قانون دانست. در معنای پوزیتو، اساس از عمل قدرت مؤسس پدید می‌آید نه قرارداد و به سبب اراده سیاسی معتبر است، اما قوانین اساسی به دلیل فرض گرفتن اساس معتبرند (Schmitt, 2008: 75-76). قوانین اساسی تنها بر پایه اساس معتبرند و مقدمه لازم آنها اساس است (اشمیت، ۱۳۹۷: ۲۰۱). قبل از تأسیس هر گونه هنجار تحت عنوان قانون اساسی یک تصمیم بنیادین وجود دارد که قدرت مؤسس را به دوش می‌کشد و اساس به منزله اتحاد این تصمیم سیاسی است. به باور او اعلامیه استقلال آمریکا و اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه که قبل از متن قوانین اساسی این دو کشور نوشته شدند، بخشی از اساس این دو کشورند، حتی اگر در قوانین اساسی نیایند. همچنین برخی مقررات در قانون اساسی وایمار وجود دارد که نمی‌توان آنها را قانون اساسی دانست، بلکه اساس آلمان هستند (Schmitt, 2008: 78). در مقدمه قانون اساسی ۱۸۷۱ و ۱۹۱۹ آلمان تصمیم سیاسی محکم و بی‌پرده بیان شده است (اشمیت، ۱۳۹۷: ۲۰۴). به این ترتیب اساس آلمان یا هر کشور دیگری دربرگیرنده تصمیم‌های سیاسی است که ممکن است برخی از آنها در متن قانون اساسی باشند و ممکن است نباشند (Schmitt, 2008: 82).

مفهوم پوزیتو بر روی وجدان و تصمیم سیاسی ایستاده است. به گفته معروف او اتحاد مردم آلمان با ۱۸۱ ماده به دست نمی‌آید و وجود سیاسی مردم مهم است. بنیاد اساس نمی‌تواند با هنجار یا قانون محدود شود و قدرت سازنده تصمیم سیاسی مهم است (Murkens, 2013: 46). یک اختلاف اساسی در کشور نیز تنها با تصمیم اساسی حل می‌شود. سوگند مندرج در قوانین اساسی هم سوگند به اساس است، یعنی شکل وجود سیاسی. همچنین اساس پوزیتو از تغییر از طریق قدرت مؤسس مصون است و در نگرش اشمیت فقط قدرت مؤسس می‌تواند این کار را بکند (vinx, 2015: 11).

مفهوم اساس پوزیتو رابطه‌ای دقیق و محکم با مفهوم اساس مطلق دارد (Schmitt, 2008: 77). اساس مطلق در مورد اساس به عنوان یک اصل وحدت است و اساس پوزیتو هنگامی که به هدف خود می‌رسد، بر اساس مطلق تمرکز می‌کند. به عبارت دیگر اساس پوزیتو عینیت یافتن اساس مطلق است. اساس پوزیتو یک تصمیم است، همان گونه که در لحظات بحرانی و وضعیت استثناء، یک قدرت مستقل، باید تصمیم نهایی را اعلام کند. بنابراین، ارتباط نزدیکی بین امر سیاسی و اساس پوزیتو وجود دارد (Schmitt, 2008: 165).

اشمیت بین اساس و قوانین اساسی یا هنجارهای قانونی خاص دربرگیرنده یک سند اساسی نوشته نیز تمایز قائل شد. فهم مفهوم اساس تنها در تمایز بین این دو ممکن و قابل فهم می‌شود. او این تفکیک را برای مشخص کردن تفاوت اساس پوزیتو و نسبی مطرح می‌کند. اساس به نظر او یک هنجار قانونی یا مجموعه‌ای از هنجارها نیست، بلکه شکل بنیادین دستور اجتماعی و سیاسی است که در تصمیم قوه مؤسس وجود دارد. او بر مردم تأکید می‌کند و در

باور او تصمیم مردم می‌تواند قانون اساسی را بشکند (vinx, 2015b: 11). به باور او مفهوم اساس، در مفهوم قوانین اساسی فردی گم می‌شود، زیرا بسیاری از مقررات در قوانین اساسی نوشته موضوعاتی هستند که با بنیاد اساس دولت مرتبط نیستند. این مقررات ممکن است از منظر هنجارگرایی و صرفاً در چشم‌انداز حقوق پوزیتیو بنیادین باشند. برای اشمیت، اساس مفهوم ماهوی و معتبری است و تنها به این علت که از قدرت یا اقتدار ساختن قوانین و دولت نشأت می‌گیرد، یک وضعیت انضمامی از اتحاد سیاسی است. در این وضعیت، دولت اساس ندارد، بلکه خودش اساس است. فهم این اندیشه بر این برداشت تکیه دارد که دولت موضوع ایستایی نیست، بلکه با توجه به نقش مردم مفهومی پویا و در حال حرکت است (loughlin, 2013: 9)، البته اسمند در ۱۹۲۸ کتاب ورفاسونگ و ورفاسونگ رشت از اساس پوزیتیو و قانون اساسی غیرپوزیتیو سخن گفت و به باور برخی محققان اشمیت در طرح این تفکیک از او وام گرفته است (Murkens, 2013: 55; Grimm, 2016: 120).

#### ۴. مفهوم ایده‌آل اساس

مفهوم دیگر مفهوم ایده‌آل اساس یا اساس در یک مفهوم نمونه‌ای است (Schmitt, 2008: 89). اساس ایده‌آل، اساس پوزیتیو را تکمیل می‌کند. اشمیت می‌نویسد به دلایل سیاسی، آنچه به‌عنوان یک قانون اساسی درست یا واقعی نام‌گذاری شده است، اغلب فقط به یک آرمان خاص از قانون اساسی مربوط می‌شود (Schmitt, 2008: 87). به این ترتیب هر قانون اساسی یک ایده‌آل دارد که سایر اصول حول آن می‌چرخند. به باور او مفهوم ایده‌آلی اساس، در نظام بورژوازی سیستم تضمین آزادی‌های بورژوازی، تقسیم قدرت و قانون اساسی نوشته است (Schmitt, 2008: 90-92). همچنین قانون اساسی مارکسیستی - بلشویستی شامل هر قانون اساسی می‌شود که حقوق مالکیت فردی را رد کند، زیرا این مسئله آرمان و ایده‌آل آن اندیشه است. اساس ایده‌آل، نسخه سیاستمدارانه اساس مطلق است و چون اشمیت در اندیشه سیاسی بر تمایز دوست و دشمن تأکید می‌کند، اساس ایده‌آل او هم بر این مفهوم می‌ایستد. از این رو حتی مفاهیمی مانند آزادی، عدالت، نظم عمومی و امنیت تفسیر خاص می‌شوند و همه چیز ذیل ایده‌آل دوست و دشمن قرار می‌گیرد (Schmitt, 2008: 89-90). به نظر می‌رسد اساس ایده‌آل عینیت دادن به امر سیاسی و تصمیم‌های اساسی است (Schupmans, 2015: 165).

#### حدومرزهای اصلاح اساس

یکی از بحث‌های مهم در نظریه‌های حقوق اساسی تغییر قانون اساسی و حدومرزهای آن است. اغلب قوانین اساسی سازوکارهای دشواری برای تغییر در خود پیش‌بینی می‌کنند. اینکه

اگر گذشتگان تصمیم و اراده خود را در متن قانون اساسی گنجاندند، آیندگان تا چه حد ملزم به آن هستند؟ آیا نویسندگان قانون اساسی می‌توانند موادی از قانون اساسی را تغییرناپذیر اعلام کنند؟ آیا از روش‌های غیررسمی نیز می‌توان قانون اساسی را تغییر داد؟ نقش دادرسی اساسی در این میان تا چه حد است؟ آیا بازنگری در قانون اساسی همان وزن تأسیس قانون اساسی را دارد؟ و سؤالات بسیار دیگری که در خصوص تغییر قانون اساسی وجود دارد. نظریه اشمیت در مفهوم قانون اساسی نیز این مسئله را به‌دقت بررسی کرده و اشمیت را به یکی از مهم‌ترین نظریه‌پردازان این حوزه مبدل ساخته است. اشمیت نکات بدیعی را در این خصوص مطرح کرده است. یکی از نکات او تفکیک بین حالت‌های مختلف تغییر قانون اساسی است. او میان نقض، تعلیق و اصلاح اساس و قوانین اساسی تفاوت قائل می‌شود. به باور او نقض و تخطی از قانون اساسی وقتی است که متن قانون اساسی زیر پا گذاشته می‌شود (Schmitt, 2008: 147)، اما تعلیق قانون اساسی امری موقتی است که در مواقع استثنا انجام می‌گیرد که وقفه موقت در شیوه‌های اجرای قانون اساسی است (Schmitt, 2008: 144). اساس در اندیشه او تعلیق‌ناپذیر است، اما قانون اساسی می‌تواند در وضعیت استثنایی معلق شود. اصلاح نیز فرایندی است که از طریق آن بازنگری در قانون اساسی رخ می‌دهد.

برای بازنگری حد و مرزهایی وجود دارد و نمی‌توان از طریق بازنگری، اساس یک کشور را منحل کرد (Schmitt, 2008: 150)، زیرا اصلاح اساس، نقض اساس و حتی نقض قوانین اساسی نیز نیست (Schmitt, 2008: 154). او بین قدرت سازنده اساس و قدرت اعطاشده برای بازنگری اساس فرق می‌گذارد و این دو را هم‌عرض نمی‌داند (Schmitt, 2008: 153). قدرت مؤسس فقط اختیاراتی دارد که قدرت مؤسس به او داده است. از این رو قدرت اصلاح به نظر اشمیت محدود است (Schmitt, 2008: 146). همچنین اساس چه در متن قانون اساسی بیاید و چه نیاید، قابل اصلاح و بازنگری نیست، زیرا قدرت مؤسس نمی‌تواند توسط قوای مؤسس محو شود، اما از آنجا که اراده دموکراتیک غیرمحدود است و چون مردم حاکم‌اند، تنها آنها می‌توانند هر چیزی را نقض کنند (Schmitt, 2008: 300) و هیچ محدودیتی بر اراده دموکراتیک وجود ندارد (Schmitt, 2008: 286). این تمایزات بسیار دقیق پیچیدگی اندیشه اشمیت را در این حوزه نشان می‌دهد. او در اینجا از تفکیک بین قوانین اساسی و اساس نیز استفاده می‌کند. ماده ۷۶ قانون اساسی وایمار در مورد تغییر قانون اساسی بود و برای این کار تشریفات خاصی را اعلام کرده بود (Schmitt, 2008: 74). به نظر او قوانین اساسی می‌توانند طبق پروسه ماده ۷۶ تغییر کنند، اما اساس را نمی‌توان از این طریق تغییر داد. به عبارت دیگر، موادی از قانون اساسی نوشته را که مربوط به اساس کشورند، نمی‌توان با فرایند بازنگری تغییر داد (Schmitt, 2008: 79). همچنین قوانین اساسی می‌توانند در وضعیت استثنا معلق شوند، اما اساس تعلیق‌ناپذیر است (Schmitt, 2008: 80). او می‌گوید اساس پوزیتیو مصون از تغییر است، زیرا برآمده از قدرت

مؤسس مردم است. به باور او قدرت تغییر یا تجدیدنظر در قوانین اساسی ریشه در نهادهایی مانند مجلس مؤسسان دارد، اما قدرت سازنده اساس امری مهم تر است. وقتی قدرت سازنده اساس وجود دارد، دیگر نیازی به انقلاب و نقض قوانین اساسی نیست (Meierhemner, 2016: 140). از این رو به باور او تنها یک انقلاب می تواند قانون گذار اساسی و اساس و نوع قبلی قدرت سازنده اساسی را نقض کند، زیرا مردم حق دارند که یک تأسیس انضمامی جدید و اساس جدیدی در هر زمان به وجود بیاورند (Kenedey, 2004: 109) و اساس مشروعاً نمی تواند از راهایی که انتخاب مردم را نقض می کند، تغییر یابد. به این ترتیب تغییر بنیادین فقط توسط قوه مؤسس ممکن است. به این ترتیب به نظر اشمیت باید بین اصلاح قانون اساسی و انقلاب فرق گذاشت و قدرت اصلاح مطلق نیست (Rios, 2010: 223).

### مفهوم اتحاد در اندیشه اشمیت

فهم اندیشه اشمیت در خصوص قانون اساسی و تفسیرهای منحصر به فرد او تنها در منظومه فکری او ممکن است از حوصله این مقاله خارج است. با این حال دو مفهوم در اندیشه اشمیت می تواند در فهم ما از تفاسیر او در این حوزه کمک کند: مفهوم اتحاد و مفهوم قدرت مؤسس. برداشت اشمیت از قانون اساسی به عنوان یک وضعیت از مفهوم اتحاد سیاسی مردم نشأت می گیرد (Dyzenhaus, 1997b: 492). اشمیت در تئوری اساسی در پی اتحاد واقعی همه مردم با هم بود (Kenedey, 2004: 122). مردم مساوی با اتحاد سیاسی و این اتحاد مساوی با دولت است. به نظر او اساس، اتحاد سیاسی مردم آلمان است، آن هم اتحادی که قبل از هنجارهای مندرج در قانون اساسی وجود داشته است (Coutinho, 2015: 96; vinx, 2015: 11). به اعتقاد او چیزی به نام جامعه سیاسی وجود ندارد و هر چه هست، اتحاد سیاسی یا اجتماع سیاسی است. از این رو به مفهوم جامعه سیاسی و رقابت سیاسی به عنوان اندیشه های لیبرالی اعتقادی ندارد (Murkens, 2013: 50). به این ترتیب اشمیت در نظریه خود با تأکید بر وجود واقعی یا همان اتحاد سیاسی مردم مسیر خود را کلسن که بر قانون اساسی به مثابه هنجارهای بنیادین تأکید می کرد، جدا می کند (Murkens, 2013: 48). او در گامی دیگر در فصل هفتم کتابش میان قرارداد اجتماعی و قرارداد اساسی فرق می نهد و می گوید قرارداد اساسی اتحاد سیاسی را فرض می گیرد (Schmitt, 2008: 112-113). اشمیت بر اراده ماهوی به عنوان وجود سیاسی مردم تأکید می کند که اساس را پدید می آورد و فولک یا همان مردم آلمان را مهم می داند و قرارداد اجتماعی را به عنوان لحظه ای اساسی یا منبع اساس و اتحاد سیاسی مردم رد می کند (Murkens, 2013: 47). به نظر اشمیت قانون اساسی محصول موقعیت تاریخی خاص و در حقیقت اتحاد سیاسی مردم است. دولت نیز به مثابه اتحاد سیاسی مردم، یک فرض صرف نیست



و از طریق فرایندهای تاریخی به وجود می‌آید و بنیاد اساس، قرارداد اجتماعی نیست، بلکه تصمیم و اراده حاکم است. به نظر او قدرت مؤسس یک اراده سیاسی است که بالای هر شکل و موضوع سیاسی قرار دارد و این وجود سیاسی انضمامی است و اتحاد سیاسی، اساس را تأسیس می‌کند (Loughlin, 2013: 8). به این ترتیب اشمیت بر اتحاد سیاسی مردم و قدرت سازنده اساس تأکید می‌کند، اما هیچ تعریف مشخصی از اتحاد نمی‌دهد.

### قدرت مؤسس مبنای اساس

قدرت مؤسس از مفاهیم کلیدی حقوق عمومی مدرن است و اشمیت هم از این مفهوم بهره فراوانی برده است. از قرن هجدهم و با انقلابات دموکراتیک مفهوم مردم مهم شد. در اعلامیه آمریکا گفته شد مردم حق جایگزینی و نقض هر اراده‌ای را دارند. سی‌یس نیز در انقلاب فرانسه از ملت به جای مردم استفاده کرد که قدرت تأسیس سیاسی دارد و اعلام کرد حکومت، قدرت مؤسس است. به گفته سی‌یس نه تنها ملت تابع قانون اساسی نیست، بلکه نمی‌تواند و نباید باشد (Loughlin, 2013: 3). با این حال او پذیرفت که مردم اقتدار حاکمیت خودشان را از طریق نمایندگان اعمال می‌کنند و قدرت مؤسس تنها از طریق قدرت مؤسس اعمال می‌شود. قدرت مؤسس منبع همه قوانین است و نیاز به وجود قانونی ندارد و سایر قدرتها یعنی نهادهای قانونی و سیاسی مؤسس و ساخته شده به وسیله قدرت مؤسس هستند (Ries, 2012: 5). بعدها بریس بین قدرت مؤسس سازنده قانون اساسی و قدرت مؤسس اصلاح آن تفاوت قائل شد (Bryce, 1901). قدرت مؤسس بر روی قدرت مؤسس ایستاده است، اما نسبت به نهادهایی که تأسیس می‌کند مؤسس است (Stacey, 2011: 602).

بعد از سی‌یس و بریس، اشمیت مفهوم قدرت مؤسس را به شکل دیگری بسط و توسعه داد (Schmitt, 2008: 126-129). اشمیت معتقد است با نظریه نمایندگی، مردم به حاکمی تبدیل می‌شوند که نمی‌توانند حاکمیت خود را اجرا کنند. قدرت مؤسس قرار نیست فقط در وضعیت فوق‌العاده باشد و با بسط نظر سی‌یس قدرت مؤسس را منبع کلی همه فرم‌هایی می‌داند که درباره وجود سیاسی تصمیم می‌گیرند (Rios, 2010: 206). به اعتقاد او قانون اساسی به سبب ویژگی اراده سیاسی که آن را تأسیس کرده است، معتبر است (Schmitt, 2008: 76). اشمیت (Rios, 2010: 208)، نه اینکه بنابر نظر کلسن به هنجار برگردد. او از قدرت یا اقتدار ساختن تصمیم جامع و انضمامی که ورای شکل و فرم وجود سیاسی است، سخن گفت (Schmitt, 2008: 125). طبق ایده پیشینیان قدرت مؤسس بعد از تصویب قانون اساسی منتفی می‌شود، اما اشمیت معتقد است انتخابات یا رأی، شکل‌هایی از اراده مردم هستند و اراده مردم شکل خاصی ندارد و هیچ‌وقت منتفی نمی‌شود و مردم همیشه حی و حاضرند (Meierhemner, 2016: 138). اشمیت به دنبال یک قدرت مؤسس است که به هیچ قانون موضوعه‌ای محدود

نشود (Ries, 2012: 1). او بر یک سنت قدیمی حاکمیت مردمی ایستاده است و از نقش اراده مردم سخن می‌گفت و مردم را اصل می‌دانست (Stacey, 2011: 589).

در دموکراسی‌های مدرن مردم حاکم‌اند و قدرت مؤسس متعلق به آنهاست. اشمیت دموکراسی را به مثابه هویت تعریف و بر حاکمیت مردم تأکید می‌کرد و در پی ارائه تئوری سیستماتیک مشروعیت دموکراتیک بود (Kalyvas, 2008: 88). او به دنبال مفهوم حاکمیت هابز و بدن و مفهوم قدرت مؤسس سی‌یس معتقد بود حاکمیت از آن مردم است و تقسیم‌نشده، غیرقابل نمایندگی و غیرقابل انتقال است (Kalyvas, 2008: 98).

در نظریه اساسی او اساس، عمل قوه مؤسس است (اشمیت، ۱۳۹۷: ۲۰۱) و جز از طریق اراده و به دست آوردن وحدت سیاسی ممکن نمی‌شود (اشمیت، ۱۳۹۷: ۲۰۷) قدرت مؤسس یا سازنده اساس قدرت ساختن هر تصمیم جامع و انضمامی را دارد. تصمیم در این عبارت کلیدی است. به نظر او تصمیم، با فرم‌های هنجاری که وضع می‌شوند، متفاوت است و وجود سیاسی را تعریف می‌کند و هر قاعده اساسی از تصمیم و اراده قدرت مؤسس نشأت می‌گیرد. اساس بر یک فرم بنا نشده است، بلکه بر تصمیم سیاسی یا شکلی از وجود خودش یعنی یک وجود سیاسی بنا شده است. به عبارت دیگر، وجود سیاسی انضمامی، قدرت ساختن اساس را دارد. از آنجا که قدرت سازنده اساس تقسیم‌نشده است، تقسیم آن به سه قوه ممکن نیست و خودش بنیاد جامع همه قدرت‌ها و تقسیم قدرت‌هاست (Schmitt, 2008: 125). به گفته او در سده‌های میانه تنها خدا موقعیت اساس را داشت، زیرا همه قدرت‌ها از خدا نشأت می‌گرفتند، یعنی خدا قدرت مؤسس بود. اما تئوری سی‌یس در فرانسه آن را به مردم یا ملت داد (Schmitt, 2008: 126).

مردم به عنوان حاملان قدرت سازنده اساس ثابت و سازمان‌یافته نیستند (Schmitt, 2008: 131)، از این رو دولت، اتحاد واقعی مردم است و مردم سوژه هر تعریفی از دولت هستند (Schmitt, 2008: 138). از آنجا که مردم قدرت سازنده اساس هستند و خودشان اساس را اعطا می‌کنند (Schmitt, 2008: 225)، از این رو بالاتر از اساس قرار دارند (Schmitt, 2008: 268). اراده سازنده اساس یعنی مردم، اراده بی‌واسطه و قبل و بالاتر از هر چیزی است (Schmitt, 2008: 132) و از طریق تصمیم سیاسی بنیادین بیان می‌شود. به این ترتیب قدرت مؤسس به وسیله هیچ قانونی محدود نمی‌شود و به خصوص اجرای قدرت مؤسس نباید از طریق انتخابات اداره و محدود شود و با انتخابات و همه‌پرسی قدرت مؤسس کاهش یابد (Ries, 2012: 7; Schmitt, 2008: 128). او می‌گوید قانون اساسی وایمار به درستی بر حاکمیت مردم تأکید می‌کند، اما با یک اشتباه آن را با نمایندگی محدود کرده است و این در حقیقت نقض قدرت مؤسس است. این در حالی است که در سنت ارسطو تا روسو نمایندگی چنین جایگاهی ندارد. به نظر اشمیت هر نوع هنجار قانونی حتی قانون اساسی این اراده مؤسس را فرض می‌گیرد (Schmitt, 2008: 76).

اما قدرت مؤسس را چگونه اجرا کنیم؟ در الهیات سیاسی کسی این استحقاق را دارد که اعمال او را اساس می‌سازد، مانند پرنس یا مردم به‌عنوان یک اتحاد ارگانیک.

### تأثیر آرای اشمیت بر حقوق‌دانان حقوق عمومی

اشمیت بر متفکران بعد از خود در حوزه‌های مختلف دانش حقوق به‌خصوص حقوق عمومی تأثیر زیادی گذاشته است. نقدهای زیادی بر تئوری اشمیت وارد شده است. به باور منتقدان ابهام‌های موجود در نظریه او و تأکید بیش از اندازه بر قدرت مؤسس و اتحاد مردم به‌مثابه یک کل و تجسم آن در یک دولت توتال یا همه‌گیر و نیز بی‌اهمیت کردن متن قانون اساسی و ارائه تعریف مبهمی از اساس راه را برای حکومت‌های ضد‌مردمی با شعار مردم باز می‌کند، زیرا هیچ معیار دقیقی برای اعمال نظریات او وجود ندارد. با این حال در خصوص مباحثی که در این مقاله بحث شد، مباحث اشمیت توسط برخی محققان بسط داده شد. تعریف او از قوه مؤسس توسط متفکران بزرگی به بحث گذاشته شده و خوانش‌هایی نو از آنها صورت گرفته است. در آمریکا تأکید بر حاکمیت مردم توسط کسانی مانند آکرمن پی گرفته شد که بر تمایز بین دو لحظه دموکراسی، ساختارهای پایه‌ای و نظم قانونی تأکید بسیاری می‌کند (Ackerman, 1993ch1; Kalyvas, 2008: 163-174; Stacey, 2011: 599). برخی معتقدند پرونده‌های دشوار دورکین نیز مثل نظر اشمیت در خصوص تصمیم در وضعیت استثناست (Dyzenhaus, 1997a: 15). یکی دیگر از محققان معتقد است نظریه اشمیت استثنای آمریکایی را فعال کرده است (kahn, 2005). آدرین ورمول و اریک پاسنر نیز به نظریه اشمیت در آمریکا و رابطه اقتصاد در حقوق می‌پردازند (Vermeule & Posner, 2011). کالیواس نیز در کتاب *دموکراسی، سیاست و وضعیت اضطراری* سعی کرده است نظریه اشمیت را بازسازی کند (kalyvas, 2008). مارتین لاگلین هم به ارائه نظریه‌ای در خصوص قدرت مؤسس با تکیه بر اشمیت دست می‌زند (loughlin, 2013). دو محقق دیگر به پیوند تصمیم‌گرایی و نهادگرایی در اندیشه اشمیت پرداخته‌اند (corce & Salvatore, 2013). تئوری‌های تغییر قانون اساسی نیز به‌شدت متأثر از اشمیت هستند و تفاسیر او از مفهوم قانون اساسی موجب دگرگونی‌هایی در این مفهوم شد و مباحثی مانند لایه‌های پنهان قانون اساسی، اصول نانوشته قانون اساسی، تغییرات غیررسمی قانون اساسی، قانون اساسی واقعی، قانون اساسی زنده، قانون اساسی سیاسی به‌شدت متأثر از اندیشه اشمیت هستند. به اعتقاد بسیاری از محققان، تصمیم‌گرایی اشمیتی بر هنجارگرایی کلسنی اولویت دارد، به‌خصوص به‌علت رویکردش به قدرت مؤسس و قانون اساسی. قانون اساسی یک وجود سیاسی است و بین هنجار یعنی قانون اساسی نوشته و عمل یعنی راه موجود و نیز بین حاکمیت یا نمایندگی و حاکم یا قدرت مؤسس فاصله وجود دارد که باید آنها را به هم ربط داد و نظریه اشمیت در این خصوص راهگشاست (loughlin, 2013: 12).

## نتیجه گیری

اشمیت به عنوان یکی از بزرگ‌ترین متفکران حقوقی قرن بیستم اندیشه بسیار پیچیده‌ای دارد و فهم اندیشه‌های او نیازمند دقت نظر زیادی است. این دشواری علل متعددی دارد؛ از یک طرف سنت تفکر حقوقی آلمان با دیگر سنت‌های اروپایی و آمریکایی تفاوت دارد و بسیاری از مفاهیم پذیرفته شده در آن سنت‌ها در آلمان معنای دیگری دارد و مسیر دیگری را طی کرده‌اند. همچنین سنت حقوقی آلمان پیوندهایی ناگسستنی با فلسفه و ایدئالیسم آلمانی دارد که آن را پیچیده‌تر می‌کند. گذشته از این مسائل دشوارنویسی اشمیت، خلاف همه جریان‌های فکری (حتی در آلمان) حرکت کردن او، نوشتن 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.

اشمیت در خصوص بسیاری از مباحث مبانی حقوق عمومی و مفاهیم حقوق عمومی تأملات نابی کرده است که بررسی هر کدام از آنها نیازمند نوشته‌های مستقلی است. در این مقاله صرفاً یکی از این مفاهیم یعنی قانون اساسی بررسی شد. کتاب *تئوری اساسی* مهم‌ترین نوشته او در حقوق اساسی است. در نظریه او مفهوم رایج از قانون اساسی نقد می‌شود و با تکیه بر میراث اروپا از عصر هلنی تا زمانه خودش برداشت‌های جدیدی از این مفهوم ارائه می‌کند. او بر این باور است که معنای جدید قانون اساسی که بعد از انقلاب فرانسه و آمریکا پدید آمد و قانون اساسی به متنی اطلاق شد که بالاترین سند حقوقی یک کشور است و توسط مجمعی خاص به تصویب می‌رسد و اصلاح آن فرایند خاصی دارد، معنای درستی از این مفهوم نیست. قانون اساسی در حقیقت اساس و بنیاد و پایه یک کشور است که ریشه در روح آن کشور و اتحاد مردم و قدرت مؤسس دارد و چنین چیزی را نمی‌توان در سندی نوشته گنجانند و طبیعتاً نمی‌توان از رویه‌های موجود در خصوص اصلاح و بازنگری قانون اساسی نیز در آن استفاده کرد. او با تفکیکی میان قوانین اساسی و اساس تکیه خود را بر مفهوم اساس می‌گذارد و با ارائه چهار برداشت از این مفهوم وجوه مختلفی از آن را ارائه می‌دهد. اساس در اندیشه او چه در متن قانون اساسی بیاید یا نیاید، بنیان یک کشور است و ریشه در قدرت مؤسس دارد و نماد اتحاد یک کشور است.

## منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب‌ها

۱. مرادخانی، فردین (۱۳۹۸)، «بررسی مفهوم قانون اساسی: تکوین و تحول»، مندرج در مجموعه مقالات همایش اصول نانوخته قانون اساسی. قم: دارالعلم.

## ب) مقالات

۲. اشمیت، کارل (۱۳۹۷)، «مفهوم وضعی اساسی»، ترجمه سید ناصر سلطانی، فصلنامه سیاست‌نامه، ش ۱۰، صص ۱۹۸-۲۱۲.

## ۲. انگلیسی

### A) Books

1. Bryce, Viscount James (1901), *Studies in History and Jurisprudence*, New York: Oxford University Press.
2. Corce, Mariano & Salvatore, Andreas (2013), *the legal theory of Carl Schmitt*. Routledge. routledge a glasshouse book
3. Coutinho, Lars pereira, Massimo Latorre- Steven smith(ed) (2015), *judicial activism. can interdisciplinary approach to American and European experiencing*, springer, press.
4. Dyzenhaus, David (1997b), *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford: Clarendon Press.
5. Grimm, Dieter (2016), *Constitutionalism (past, present, future)*, oxford university press.
6. Kahn, Paul (2005), *putting liberalism in its place*, Princeton university press
7. Kalyvas, Andreas (2008), *Democracy and the politics of the extra ordinary Max Weber, Carl Schmitt and Hannah Arndt*, Cambridge university press
8. Kelsen, Hans (2006), *General Theory of Law and State*, reprint of 1949 ed. New Brunswick, N.J.: Transaction Publishers.
9. Kenedey, Elln (2004), *Constitutional failure. carl schmit in Weimar*, London: duke university press.
10. Loughlin, martin (2013), "The concept of constituent power", *Critical Analysis of Law Workshop, University of Toronto*.
11. McIlwain, Charles Howard (1947), *Constitutionalism: ancient and modern*, Amagi books are published by Liberty Fund, Inc
12. Meierhemner, Tens ;Oliver Simon.ed (2016), *The oxford handbook of carl Schmitt*, Oxford: Oxford University Press
13. Moradkhani. Fardin(2018)"Examining the concept of the constitution: creation and development". *Proceedings of the Conference on the Unwritten Principles of the Constitution*. Qom: Dar Al-Alam Publications (In Persian).
14. Murkens, Jo eric khushal (2013), *From Empire to Union: Conceptions of German Constitutional Law since 1871*, Oxford university press.
15. Schmitt, Carl (2008), *Constitutional Theory* (ed. and trans. Seitzer, J.), Durham:248Duke University Press.
16. Schupmans, Benyamin (2015), *Leviathan run aground: Carl Schmitt theory and militate democracy*, THESIS PHD. Colombia university.
17. Stacey, Richard (2011), *Constituent Power and Carl Schmitt's Theory of*

*Constitution in Kenya's Constitution-Making Process*. International Journal of Constitutional Law.

16. Vermeule, Adrian; Posner, Eric (2011), *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, New York: Oxford University Press.
17. Vinx, Lars (2015b), *Carl Schmitt and problem of constitutional guardianship in The Contemporary Relevance of Carl Schmitt*. In : Law, Politics, Theology Matilda Arvidsson, Leila Brännström, Panu Minkkinen, Chapter 2.
18. Vinx, Lars (2015a), *Translation, introduction, and notes by The guardian of the constitution Hans Kelsen and Carl Schmitt of the limits of constitutional law*, Cambridge university press.

#### **B) Articles**

19. Dyzenhaus, David (March 1997a), "Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?" *The American Political Science Review*, Vol.91, No.1, pp. 121-134.
20. Ries, Joel Colon (2012), "Carl Schmitt and constitution power in Latin American court: the case of Venezuela and Colombia", *Victoria university of wellington research paper*, Vol.2, No. 2, pp 365-388.
21. Rios, Joel Colon (2010), "The legitimacy of the juridical democracy and limitation of constitutional reform", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 48, pp 199-245.
22. Schmitt, Carl (2018). "The Concept of the positive constitution" translated by Seyed Nasser Soltani, *quarterly of siyasatnameh*. No10, pp198-212 ([In Persian](#)).
23. Seitzner, Jeffrey (2008), "introduction to Schmitt," Carl. *Constitutional Theory*, Durham:248Duke University Press, pp 1-50.
24. Vinx, Lars (2013), "Carl Schmitt and the analogy between constitutional and international law", *global constitutionalism*, Vol .21, issue 1, March, pp 91-124.