

نگهبان قانون اساسی در اندیشه کارل اشمیت

فریدین مرادخانی* | دانشیار حقوق عمومی دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران

چکیده

دادرسی اساسی بعنوان یکی از مفاهیم مهم حقوق اساسی است که اگرچه در قرن نوزده و در آمریکا آغاز شد، اما رشد و پذیرش جهانی آن در قرن بیستم رخ داد و ابتدا کشورهای اروپایی و به تدریج دیگر کشورهای جهان نیز این سیستم را پذیرفتند. البته کشورها با توجه به نظام سیاسی و تاریخ خود، الگوهای متعددی از آن ارائه دادند. این تئوری در قرن بیستم توسط هانس کلسن در اتریش و آلمان پایه‌ریزی شد و سنت اروپایی ابتدا در برابر آن موضع گرفت. مهم‌ترین نقد بر کلسن از جانب کارل اشمیت حقوق‌دان بزرگ آلمانی ارائه شد. او معتقد بود این سیستم خلاف اصل دموکراسی است و با فضا و تاریخ کشورهای اروپایی همخوانی ندارد و اگر قرار باشد قانون اساسی نگهبانی داشته باشد شخص رئیس جمهور به‌عنوان نماد کلیت مردم کفایت می‌کند. در این مقاله کوشش شده است با نگاهی به فضای آلمان در آن عصر، مهم‌ترین ایرادات اشمیت بر دادرسی اساسی و مبانی و راه‌حل‌های او مورد بررسی قرار گیرند. ایرادات اشمیت تا به امروز از مهم‌ترین نقدهای وارد بر دادرسی اساسی محسوب می‌شوند و در بسیاری از کشورها با اشکال متعددی دوباره مطرح شده‌اند.

واژگان کلیدی: اشمیت، کلسن، دادرسی اساسی، دموکراسی، پارلمان.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
 پرتال جامع علوم انسانی

مقدمه

آلمان در قرن نوزده تا ۱۸۷۱ مجموعه‌ای از شاهان کوچک و فاقد دولت و سرزمینی واحد بود و میان این سرزمین‌ها نیز اختلافاتی وجود داشت. در آنجا بیست و پنج ایالت وجود داشت که اتریش در جنوب شرق و پروس در شمال بزرگ‌تر از بقیه بودند و پروس از همه قوی‌تر بود و مساحت و جمعیت بیشتری داشت. سرانجام در ۱۸۷۱ امپراتوری واحدی تحت عنوان رایش اول تحت نفوذ بیسمارک نخست وزیر پروس شکل گرفت که بعدها صدراعظم رایش شد. او بر دانمارک، اتریش و فرانسه هم غلبه کرده و با صنعتی کردن آلمان آن را به یک قدرت بزرگ نظامی و اقتصادی در جهان تبدیل کرد، اما شکست آلمان در جنگ جهانی اول به امپراتوری آلمان پایان داد و جمهوری وایمار شکل گرفت. در ۱۹۱۹ نمایندگان مجلس که بیشتر حقوقدان بودند یک قانون اساسی دموکراتیک را که از پیشرفته‌ترین قوانین اساسی دنیا بود وضع کردند و جمهوری وایمار تأسیس شد.^۱ جمهوری وایمار از همان ابتدا با مشکلاتی اساسی درگیر بود. هم از نظر شکل‌گیری، هم مواد قانون اساسی، هم رابطه ایالات با یکدیگر و با دولت مرکزی. سرانجام با رایش سوم جمهوری وایمار به شکست منجر شد.

این جمهوری از ۱۹۱۹ تا ۱۹۳۳ به طول انجامید و بحث‌های مهم دانش حقوقی در آن در گرفت. قانون اساسی ۱۹۱۹ یک انقلاب سیاسی-اجتماعی در آلمان بود. جنگ جهانی اول موقعیت سیاسی اروپا را تغییر داد و باعث تغییرات مهمی شد و بسیاری از کشورها از امپراتوری به سوی دولت‌های ملی رفتند و تئوری حقوق اساسی تغییر کرد. پیروزی فرانسه و انگلیس باعث غلبه اندیشه پارلمانتاریسم و نیز پذیرش اصل حاکمیت مردمی و دموکراسی‌های غیرمستقیم شد. آلمان نیز از این تحولات بی‌تأثیر نماند. قانون اساسی ۱۹۱۹ آلمان را آخرین حرف‌های قانون‌گذاری اساسی خوانده‌اند که تحت تأثیر افراد مهمی مانند هوگو پریوس نوشته شد. این قانون جایگزین موناشرشی آلمان شد و یک سیستم مبتنی بر احزاب و پارلمان تأسیس کرد. این قانون عناصر دموکراتیک متعددی داشت مثل احزاب سیاسی، انتخابات، حوزه عمومی، حق‌های بنیادین. همچنین در آن آمده بود رایش آلمان یک جمهوری است و اقتدار دولت از مردم نشأت می‌گیرد. طبق

۱. ام. دانلد هنکاک، سیاست و حکومت در بریتانیای کبیر و آلمان، ترجمه حسین نورایی، جعفر جعفری (تهران: خرسندی، ۱۳۹۳) ص ۱۹۳.

این قانون اساسی، پارلمان و نمایندگان آن را مردم انتخاب می‌کنند و رئیس جمهور هم می‌توانست پارلمان را منحل کند یا به فرماندوم ارجاع دهد. به این ترتیب نظام پارلمانی فدرال پدید آمد. همچنین رئیس جمهور اختیارات زیادی داشت و تقریباً شبیه امپراتور بود. ایالت‌ها که در این کشور فدرالی مستقل بودند در یک مجلس عالی نمایندگانی داشتند و می‌توانستند قوانین رایستاگ را وتو کنند و دوسوم رایستاگ با یک همه‌پرسی می‌توانست آن وتو را باطل کند.^۱ این قانون اساسی با نگاه بسیار دموکراتیکش برای آلمان که تجربه بیسمارک را داشت بسیار جدید بود و باعث ایجاد بحران شد؛ زیرا در این کشور هنوز بسترهای دموکراسی ایجاد نشده بود و این نگاه بسیار دموکراتیک موجب می‌شد که ثبات کشور از دست‌رفته و جریان‌های سوء استفاده‌کننده از رویه‌های دموکراتیک پدید آمده و هیچ نهادی در کشور نتواند حرف آخر را بزند.

علی‌رغم همه نوآوری‌های این قانون اساسی، تجربه وایمار به شکست منجر شد. به گفته پیتزگی این قانون اساسی و این جمهوری شکست‌خورده متولد شد، در آشفتگی زندگی کرد و در فاجعه مرد.^۲ سرانجام در ۱۹۳۳ قانون اساسی به‌عنوان نظریه سیاسی لیبرالیسم، نظم مبتنی بر قانون اساسی، نظم سیاسی، بنیان قانون، مرجع مباحث حقوقی و سیاسی و چارچوبی برای عمل سیاسی، شکست خورد و اختلاف میان ایالت‌ها و مرکز بیشتر شد.^۳ اشمیت در آثار دوره وایمار مدافع ثبات دولت و نظم قانون اساسی آلمان بود و تا ۱۹۳۳ مدافع نازی‌ها نبود. بعدها گفت علت حمایتش از نازی‌ها این بود که می‌خواست بنیان جدیدی برای نظم جدید بسازد.^۴

در چنین فضای بحرانی هانس کلسن تئوری معروف خود موسوم به «الگوی اروپایی از دادرسی اساسی» را ارائه داد و در قانون اساسی اتریش پذیرفته شد. این تئوری با نقد مهم کارل اشمیت مواجه شد. در این مقاله کوشش شده است این مساله بررسی شود که

۱. روت هنیگ، «بلندپروازی، پیروزی و پیچیدگی»، ترجمه محسن قائم مقامی، سیاستنامه، زمستان، شماره ۱۱، (۱۳۹۷)، ص ۱۲۵.

2. Nikolos Vagdoutis, Hans Kelsen and Carl Schmitt in Weimar: A Riddle of Political Constitutionalism, PHD Thesis (University of Glasgow, 2018) at 8.

۳. الن کندی، «اندیشه سیاسی اشمیت»، ترجمه محسن قائم مقامی، سیاست نامه، زمستان، شماره ۱۱، (۱۳۹۷)، صص ۱۴۵-۱۴۶.

۴. فاطمه صادقی، قدرت موسس، حاکمیت یا سیاست (تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۷) ص ۶۳.

کدام اختلافات مبنایی باعث این نقدها شد و اشمیت از چه جنبه‌هایی بر این مفهوم نقد وارد کرده و خود چه الگویی را پیشنهاد داده است.

۱. اختلافات مبنایی کلسن و اشمیت

کارل اشمیت و هانس کلسن بعنوان دو حقوقدان جوان و خوش‌آتیه در جمهوری وایمار به طرح دیدگاه‌های خود اقدام کردند. البته هر دو نفر تحصیلات خود را در دوره رایش اول به پایان برده، تاملاتی مهم کرده و برخی از آرای خود را چاپ کرده بودند و هسته اولیه فکر هر دو شکل گرفته بود. هردوی آن‌ها به نسبت بین حقوق و سیاست فکر می‌کردند^۱ و بر رابطه متدولوژیک بین تئولوژی و فلسفه حقوق تاکید می‌کردند^۲، اما بین آن دو به علت تعلق داشتن به دو سنت فکری در فلسفه حقوق تقریباً بر سر همه مسائل بنیادین در حقوق اختلاف نظر وجود داشت.

اختلاف نخست آن دو بر سر پوزیتیویسم بود. پوزیتیویسم حقوقی محصول عصر مباحث علمی است و ژلینک، لاباند و کلسن آن را در آلمان رواج دادند. در حالی که کلسن در سنت پوزیتیویستی حقوق قلم می‌زد، اشمیت معتقد بود بحران فلسفه حقوق اروپا در یک قرن از قبل و با غلبه پوزیتیویسم شروع شده است^۳ و در کتاب «الهیات سیاسی» پوزیتیویسم حقوقی کلسن را نقد کرد. البته اشمیت در عین حال منتقد ایدئالیسم آلمانی هم بود و قراردادگرایی را به‌عنوان بنیاد حقوق در آمریکا نیز رد می‌کرد.^۴ از این‌رو کلسن را بعنوان یک نئوکانتی نقد می‌کرد. به نظر اشمیت پوزیتیویسم توصیفی ناروشن در تئوری دولت به‌طور کلی و مباحث جامعه‌شناسی و تاریخی دارد.^۵ او همچنین به‌شدت مخالف فلسفه تحلیلی حقوق و نیز پوزیتیویسم جامعه‌شناسانه فرانسوی‌ها بود.

1. Tens Meierhemner and Oliver Simon, *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (Oxford: Oxford University Press, 2016) at 519.

2. Elln Kenedey, *Constitutional Failure, Carl Schmitt in Weimar* (London: Duke University Press Loandon, 2004) at 88.

3. Ibid. at 11.

4. Nikolos Vagdoutis, op. cit. at 140.

5. Jo Eric khushal Murkens, *From Empire to Union Conceptions of German Constitutional Law Since 1871* (Oxford: Oxford University Press, 2013) at 11.

اختلاف دوم بر سر مبنا و نقطه آغاز حقوق عمومی بود که کلسن آن‌ها را هنجار و اشمیت تصمیم می‌داندست. کلسن را یک نرماتیو-پوزیتیو خوانده‌اند.^۱ او بر این باور بود که هنجار، اساس حقوق است و همه اعمال حقوقی باید با هنجارها مطابقت کنند. در مقابل، اشمیت بر واقعیت و امر واقع تاکید می‌کرد و بر این باور بود که نمی‌توان به هنجارها دل بست. به نظر اشمیت نظام حقوقی بر تصمیم ایستاده است نه هنجار. او در ۲۴ سالگی نوشت حقوق فرم نیست، بلکه تصمیم و حکم است و آنچه بعدها تصمیم‌گرایی سیاسی نامید همان سخن است.^۲ او در رساله "سه نوع اندیشه قضایی" تفاوت‌های خود را در این خصوص با کلسن مشخص کرد. هر دو معتقد بودند که باید کاری در خصوص ساختار هنجارها انجام شود، کلسن معتقد بود هنجارهای حقوقی خودتوجیه هستند، ولی اشمیت واقعیت سیاسی را می‌دید.^۳ اشمیت بر این باور بود که قدرت واقعی بالاترین قدرت حقوقی است و از خلأ بین حقوق و واقعیت سخن می‌گفت.

اختلاف سوم بر سر مفهوم حاکمیت بود. به نظر کلسن بعد از دولت، دومین مفهوم مهم در حقوق، حاکمیت است.^۴ اعتبار قوانین نه از منبع بالا و با ارجاع به اخلاق و سیاست بلکه از دولت می‌آید و قانون اساسی سند برتر است.^۵ او حاکمیت را مساله‌ای در حقوق می‌دانست که با تدوین قوانین همه وجوه آن حل می‌شود. مقالات اول و دوم رساله "الهیات سیاسی" اشمیت یعنی حاکم بعنوان تصمیم‌گیرنده در موقعیت استثنایی به طور مستقیم در پاسخ به کلسن مطرح شده بودند.^۶ حاکم اشمیت قوانین را می‌آفریند و

1. Ibid. at 24.

2. Tens Meierhemner and Oliver. Simon. op.cit, at 458.

3. Elln Kenedey.op. cit. at 118.

4. Jo eric khushal Murkens. op.cit. at 19.

5. Ibid. at 30.

۶. برخلاف این دیدگاه که حاکم اشمیت را پاسخی به اندیشه کلسن می‌داند جورج آگامبن معتقد است این مفهوم نه پاسخی به کلسن که پاسخی دقیقی به مقاله والتر بنیامین تحت عنوان "در نقد خشونت" است و خشونت حاکمانه الهیات سیاسی پاسخی است به خشونت ناب مطرح شده در مقاله بنیامین آن هم به مدد شکلی از قدرت که نه قانون را وضع می‌کند نه حفاظت می‌کند، بلکه آن را به حالت تعلیق در می‌آورد. تز هشتم بنیامین درباره مفهوم تاریخ این است که وضعیت اضطراری که در آن به سر می‌بریم خود همان قاعده است. به گفته آگامبن، بنیامین، اشمیت را می‌ستود و اشمیت در کتاب هملت یا هکوبا ۱۶ سال بعد از مرگ بنیامین به او استناد می‌کرد. اشمیت بعدها در نامه‌ای در ۱۹۷۳ نوشت: کتاب درباره هابز " تلاشی برای پاسخ به بنیامین که متأسفانه نادیده گرفته شده" بوده است

حاکمیت در اندیشه او یک مفهوم تئولوژیک است.^۱ اشمیت از حاکم در وضع استثنایی سخن می‌گفت. به نظر اشمیت مساله حاکم در اندیشه کلسن با حذف آن حل شده است.^۲ و تئوری کلسن در هم‌آمیزی تئولوژی و متافیزیک است.^۳ در اندیشه او مسأله مرکزی برای حاکمیت، جمع شدن با واقعیت و قانون بود. او نگاه به حاکمیت بعنوان قدرت دائمی و فهم واقعی از حاکمیت در حقوق بین‌الملل و برداشت کلسنی از آن بعنوان نظم قانونی را رد می‌کرد و آن‌ها را بعنوان یک واقعیت سیاسی می‌پذیرفت.^۴ به نظر او برخلاف دیدگاه کلسن، حاکم می‌تواند خارج از موقعیت قانون بایستد. مخصوصاً در وضع استثنا که حاکم در این وضع تصمیم می‌گیرد و در آن واحد درون و بیرون نظام قانونی است. به نظر او حاکمیت یک مفهوم استاندارد در تئوری دولت یا یکی از ویژگی‌های قانون اساسی نیست؛ بلکه یک محدود و مرزی است.^۵

اختلاف بعدی بر سر نوع دموکراسی بود. کلسن طرفدار دموکراسی پارلمانی و اشمیت مخالف پارلمنتاریسم بود. اشمیت در تعریف دموکراسی به رویکرد روسویی بازمی‌گشت و کلسن آن‌ها را اجماع نیروهای موجود در قدرت می‌دانست. به همین دلیل کلسن بر دموکراسی تاکید می‌کرد و مخالف اتحاد و یگانگی بود،^۶ اما اشمیت مساله هویت و اتحاد را مهم می‌دانست. دموکراسی به نظر کلسن رابطه صلح‌آمیز میان گروه‌های اجتماعی متفاوتی است که در بازی سیاست دموکراتیک در یک موقعیت برابر مشارکت می‌کنند.^۷ اما به نظر اشمیت، کلسن با تاکید بیش از حد بر نسبی‌گرایی و پلورالیسم، اراده مردم را که مبنای دموکراسی است فراموش می‌کند.

(آگامبن، جورجو، والتر بنیامین در برابر کارل اشمیت، مندرج در: *قانون و خشونت*، گزیده مقالات، آگامبن، اشمیت...، مراد فرهادپور، امید مهرگان، صالح نجفی، (تهران: رخداد نو، ۱۳۸۹) صص ۱۵۵-۱۶۲.

1. Jo Eric Khushal Murkens, op. cit. at 53.
2. Schmitt, Carl. *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Trans. George Schwab (Chicago and London: University of Chicago Press, 1985) at 21.
3. Nikolos Vagdotis, op cit. at 165.
4. Jo Eric Khushal Murkens, op.cit. at 51.
5. Ibid. at 52.
6. Elln Kenedey, op.cit. at 88.
7. Hans Kelsen, *The Essence and Value of Democracy*, ed. by Nadia Urbinati and Carlo Invernizzi Accetti, Trans. Brian Graf (Lanham: MD: Rowman& Littlefield, 2013).

آن‌ها در سایر زمینه‌ها نیز اختلاف نظر داشتند. برای نمونه کلسن دوآلیست بود و بین هست و باید فرق می‌گذاشت و اشمیت بیشتر همگلی و مخالف دوآلیسم و ضدکانتی بود.^۱ مفهوم اتحاد از دیگر جهات اختلاف آن‌ها بود که اشمیت برخلاف پلورالیسم کلسن بر مفهوم اتحاد و یگانگی تاکید می‌کرد.

اختلاف کلسن و اشمیت بر سر نگرهبان قانون اساسی ریشه در مبانی فوق داشت. دادرسی اساسی برای این بود که هیچ قدرتی نتواند خودسرانه عمل کند. با آنکه بسیاری دادرسی اساسی را یکی از کنترل‌های مورد نیاز دموکراسی دانسته‌اند، اما به نظر اشمیت این دادگاه یک خطر واقعی است.^۲ منطق کلسن منطق حاکمیت قانون بود و دادگاه اساسی در آن معنا می‌یافت. در منطق کلسنی نه دادگاه اساسی و نه سایر قوانین می‌توانند به معنای سیاسی کامل حاکم باشد؛ اما در منطق اشمیت دولت خودش نگرهبان نهایی دستورات است، نه اینکه دولت حاصل حاکمیت قانون باشد.^۳

۲. کلسن و دادرسی اساسی

دادرسی اساسی یک قرن قبل از اروپا در آمریکا به وجود آمده بود، اما در نظام‌های سیاسی و حقوق اروپا مورد پذیرش قرار نگرفته بود. (اگرچه سی‌س بعد از انقلاب فرانسه پیشنهادی در این خصوص داد، اما مورد پذیرش قرار نگرفت). کلسن در ۱۹۱۸ دانشیار دانشگاه وین و تابع ژلینک بود. ژلینک در ۱۸۸۵ پیشنهاد ایجاد دادگاه قانون اساسی را برای اتریش ارائه داده بود. به نظر ژلینک پارلمان ضامن حقوق اساسی بود، اما چون هر لحظه امکان سوءاستفاده پارلمان از قدرت وجود دارد، به قضاوت سیاسی و دادرسی اساسی نیاز است.^۴ کلسن به تبعیت از او در ۱۹۱۸ از دادگاه قانون اساسی سخن گفت و مقاله "طرحی برای فعال کردن یک دادگاه قانون اساسی" را نوشت. البته طرح او

1. Tens Meierhemner and Oliver, Simon, op.cit. at 513.

2. Coutinho, Lars, Pereira, Massimo, Latorre- Steven Smith (ed) *Judicial Activism Can Interdisciplinary Approach to American and European Experiencing* (New York: Springer Press, 2015) at 100.

3. Ibid. at 123-124.

4. Tamara Ebs, "Fleix Frankfurt, Hans Kelsen and the Practice of Judicial Review", Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, (2013), available at: https://www.zaoerv.de/73_2013/73_2013_3_a_451_482. Pdf, at 458.

با ژلینک تفاوت‌هایی داشت؛ زیرا ژلینک از دادگاه قانون اساسی به خاطر ضد پارلمان بودن دفاع می‌کرد، اما کلسن ضد پارلمان نبود. او در ۱۹۱۱ در کتاب "مسائل اصلی در تئوری حقوق عمومی" برخلاف ژلینک از پارلمان دفاع کرد و آن را ارگان مردم در مقابل ارگان دولت نامید.^۱ سرانجام با کمک کارل رنر، رهبر حزب دموکرات که دوست نزدیک کلسن بود ایده او پذیرفته شد و کلسن نیز از ۱۹۲۰ تا ۱۹۲۹ در دادگاه قانون اساسی اتریش عضو شد.

طرح این ایده در اروپا با مشکلاتی مواجه بود. مشروطیت اروپا بر تفکیک قوا و برتری پارلمان ایستاده بود و در تئوری تفکیک قوا نیز ناظری برای قانون‌گذاری پیش‌بینی نشده بود و سه قوه از همدیگر جدا بودند. در اروپا همچنین یک بدبینی تاریخی به قضاوت وجود داشت و بین دو کارکرد سیاسی (تقنینی و سیاسی) و قضایی تفکیک قائل می‌شدند و کنترل قضایی بر مصوبات مقننه ممنوع بود؛ اما در عصر جدید، الگوی آمریکایی و کلسنی در دموکراسی‌های تک‌کثرگرا مورد پذیرش قرار گرفت که در آن دادرسی اساسی، قانون اساسی را تضمین می‌کند. اساس دفاع کلسن از دادگاه قانون اساسی، دفاع از دموکراسی است^۲ که در کتاب "اساس و ارزش دموکراسی" از آن دفاع کرده بود. او طرفدار دموکراسی لیبرال، پارلمانی و تک‌کثرگرا بود. به نظر کلسن دادگاه قانون اساسی که با قوه مقننه تقسیم قدرت می‌کند یک نقش سیاسی دارد و عملش صرفاً قضایی نیست.^۳

هنگامی که کلسن از کنترل اساسی پارلمان در یک دموکراسی تک‌کثرگرا در مفهوم مدرن سخن گفت، این سخن مورد نقد استادان حقوق عمومی قرار گرفت و در مجمع سالانه اساتید حقوق عمومی آلمان در ۱۹۲۸ بین هاینریش تریپل و کلسن بحثی در خصوص موضوع دادرسی اساسی رخ داده و تریپل در پذیرش این موضوع تردید کرد.^۴ در ۱۹۲۹ کلسن در نوشته‌ای به نام "ماهیت و توسعه قضاوت اساسی" مباحثی را مطرح

1. Sare Legi, "Hans Kelsen and Austrian Constitutional Court", *Revista Co Herenra*, Vol. 9, No. 160, (2012), at 277.

2. Sare Legi, *op. cit.* at 293.

3. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Harvard: Harvard University Press, 1945) at 272.

4. Lars Vinx, *The Guardian of the Constitution Hans Kelsen and Carl Schmitt of the Limits of Constitutional Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), at 7.

کرد که به الگوی کلسنی منجر شد و اشمیت کتاب نگهبان قانون اساسی را در پاسخ او در ۱۹۳۱ نوشت.

در جمهوری وایمار پذیرش دادرسی اساسی با دشواری‌هایی مواجه بود. مساله اینجا بود که در متن قانون اساسی وایمار دادگاه قانون اساسی پیش‌بینی نشده بود. به نظر کلسن اگر قانون اساسی تضمینی نداشته باشد یک قانون درجه دو خواهد شد.^۱ همچنین به نظر او یک دولت فدرال به دادگاه قانون اساسی نیاز دارد تا بتواند اختلاف بین مرکز و ایالات را حل کند.^۲ به نظر کلسن دلایل قوی وجود ندارد که فعالیت مقننه نمی‌تواند و نباید تحت دادرسی اساسی قرار بگیرد و اتفاقاً ممکن و ضروری است که مورد نظارت قرار گیرد.^۳ اما در عین حال با تفویض گسترده به دادگاه قانون اساسی هم مخالف بود و گفته بود "این معنای قانون اساسی نیست" که در زمان ما شبیه دیدگاه جرمی والدرون است. والدرون می‌گوید دادگاه قانون اساسی یک قدرت مطلق دارد که در برابر اکثریت مردم و پارلمان می‌ایستد که مصوبه‌ای را وضع کرده‌اند و این معنای قانون اساسی نیست.^۴

کلسن در اقدامی دیگر بین قانون‌گذاری مثبت و منفی تمایز قائل شد.^۵ او بر بی‌طرفی دادگاه تاکید می‌کند و عمل دادگاه را قانون‌گذاری منفی می‌داند که با آفرینش آزاد قانون توسط پارلمان (قانون‌گذاری مثبت) فرق دارد و تنها در پرونده‌های محدود رخ می‌دهد و بوسیله اصول کلی و خطوط راهنما و... محدود می‌شود.^۶ او ضمن تفکیک بین این دو نوع قانون‌گذاری گفت دادرسی اساسی ابزاری برای دفاع از حقوق اساسی بعنوان قانون برتر فراهم می‌کند.^۷ اینکه چرا کلسن این صلاحیت را به دادگاه داده است برای این بود که در تئوری لیبرال به قضایه اهمیت می‌دادند و کلسن هم آن را قوه بی‌طرف

1. Lars Vinx, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy* (Oxford: Oxford University Press, 2007).

2. Lars Vinx, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, op. cit. at 9.

3. Ibid. at 8.

4. Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", *Yale Law Journal*. No. 116, (2006), at 1348.

5. Alec Stone Sweet, "Constitutional Courts and Parliamentary Democracy (Special Issue on Delegation)", *West European Politics*, Vol. 25, No.1, (2002), at 81.

6. Hans Kelsen. op.cit. 2013 at 48.

7. Alec Stone Sweet, op.cit. at 85.

می‌خواند. البته او می‌گفت باید از عبارات و اصطلاحات مبهم در قانون اساسی اجتناب کرد، زیرا در این صورت به‌عنوان قانون‌گذاری منفی، کنترل قضایی توسعه خواهد یافت که در اندیشه او قابل پذیرش نبود.^۱

۳. نقدهای اشمیت بر پارلمان و دموکراسی

پیروزی فرانسه و انگلیس بعد از جنگ جهانی اول باعث گسترش پارلمانتاریسم شد،^۲ اما اشمیت با پارلمانتاریسم، حاکمیت پارلمان و نمایندگی سیاسی مخالف بود و سیستم پارلمانی را نوعی موناشرشی طبق قانون اساسی می‌دانست.^۳

او به چند دلیل مخالف حکومت پارلمانی بود. نخست اینکه به نظر او حکومت پارلمانی از اینکه به آلمان یک رهبر سیاسی بدهد ناتوان است.^۴ دوم اینکه حالت تکثرگرایی پارلمان با اتحاد مردم آلمان که رئیس‌جمهور آن‌ها نمایندگی می‌کند مخالف است.^۵ سوم اینکه او با مفهوم نمایندگی مخالف بود. اشمیت در کتاب "کاتولیسیم رومی و شکل سیاسی" از نمایندگی سیاسی انتقاد کرد و در کتاب "مفهوم امر سیاسی" هم به نقد دموکراسی پارلمانی و نمایندگی سیاسی پرداخت. او با استناد به روسو می‌گوید مردم نمی‌توانند نمایندگی شوند، زیرا آن‌ها باید حاضر باشند و انتخابات با رأی فردی و شخصی، دموکراتیک نیست، زیرا شهروندان از یک فرد سیاسی به یک شخص خصوصی کاهش می‌یابند. چهارم اینکه به نظر اشمیت پارلمان در انگلیس در یک مبارزه با شاه پدید آمد و قرار نیست همه اروپا این اتفاق را تجربه کند. پنجم به نظر او سیستم پارلمانی یک سیستم سیاسی است که بورژوازی به وجود آورده است.^۶ علت دیگر

1. Coutinho.lattorre and smith, op.cit. at 98.

2. Janis Pleps, "Protect of the Constitutional order after World War", *Juridiskā zinātne Law*, Vol. No. 7, (2014), at 64.

3. Carl Schmitt. *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Trans, and Introduction Ellen Kennedy (Cambridge: MA: MIT Press, 1985), And Schmitt, Carl 'The Dictatorship of the President of the Reich according to Article 48 of the Weimar Constitution' in: Carl Schmitt, *Dictatorship, From the Origin of the Modern Concept of Sovereignty to Proletarian Class Struggle*, Trans: Michael Hoelzl and Graeme Ward (Cambridge: Polity Press, 2014).

4. Lars Vinx, Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy, op. cit. at 13.

5. Coutinho.lattorre and smith, op.cit. at 96.

6. Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, Trans by Seitzer, J, (Durham: Duke University Press, 2008), at 330.

مخالفت با دموکراسی پارلمانی این بود که به نظر او پارلمان نتیجه تقسیم پلورالیستی قدرت است و قادر نیست تصمیم‌های سیاسی به نام مردم به‌عنوان یک کل بگیرد. به نظر اشمیت در سیستم پارلمانی جدید و تمایز بین جامعه و دولت، دولت موقعیت خود یعنی استقلال فراتر از نزاع‌های احزاب را از دست داده و به وسیله اکثریت پارلمانی کنترل می‌شود.^۱ اشمیت دولت مبتنی بر قوه مقننه را ایده لیبرال‌های قرن نوزده می‌داند که معتقد بودند قوه مقننه مجمع نمایندگی است که به صورت دموکراتیک انتخاب می‌شوند و تنها در برابر وجدان خود و انتخاب‌کنندگان مسئول هستند. آن‌ها قوانین کلی را وضع می‌کنند که ادارات، قوه قضاییه و مردم ملزم به اجرای آن می‌باشند. ایده آل لیبرال‌ها آن است که پارلمان حامی حق‌های افراد شود، ولی اشمیت می‌گفت این کار با این دولت میسر نمی‌شود زیرا پذیرش سیستم احزاب و تکثرگرایی باعث شده است آن‌ها با حربه‌های مختلف کرسی‌های پارلمان را در دست بگیرند و با توافق‌های نهانی با هم عملاً مردم را کنار بگذارند. ایراد دیگر او این بود که نباید سیستم پارلمانی را به دموکراسی پیوند زد. به نظر اشمیت دموکراسی و پارلمانتاریسم بدون هم می‌توانند وجود داشته باشند و لازمه هم نیستند. علاوه بر این، ایده برابری همگانی در دموکراسی با ایده حاکمیت پارلمانی در دموکراسی قابل جمع نیست.^۲

علاوه بر همه ایرادات فوق به نظر او سازوکار حاکم بر پارلمان نیز با ایرادات زیادی مواجه است. سلطه احزاب، سیاست کارگزینی غیرحرفه‌ای آنان، حکومت آماتورها، بحران‌های بی‌وقفه دولت، بی‌هدفی و سطحی بودن نطق‌های پارلمانی، سطح در حال نزول شیوه‌های تعامل پارلمانی، روش‌های کارشکنی و اشکال تراشی برای انحلال مجلس، سوءاستفاده از مصونیت‌ها و امتیازات پارلمانتاریستی توسط اپوزیسیون رادیکال که خود پارلمانتاریسم را به سخره می‌گیرد، عمل شرم‌آور افزایش حقوق نمایندگان مجلس و ترکیب نامیمون نمایندگان مجلس تنها نمونه‌هایی از مشکلات سیستم پارلمانی هستند. گذشته از این، در پارلمان‌ها تصمیم‌های واقعی نه در مذاکرات علنی مجلس، بلکه در کمیسیون‌ها روی می‌دهد و حتی فراتر از آن در جلسات غیرعلنی رهبران فراکسیون یا

1. Lars Vinx. Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy, op. cit. at 10.

۲. کارل اشمیت، مفهوم امر سیاسی، ترجمه سهیل صفاری (تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۲) ص ۹۴.

حتی در کمیته‌های بیرون از مجلس گرفته می‌شوند و به این شیوه کل نظام پارلمانتاریستی سرانجام نمای بدشکل حاکمیت احزاب و منافع اقتصادی است.^۱ او با دولت حزبی و سیستم احزاب هم مخالف بود و با توجه به تجربه وایمار، پذیرش احزاب سیاسی و پارلمانی در آلمان را منوط به آن می‌دانست که این احزاب در جستجوی راهکارهای لازم جهت تأمین رفاه سراسر جامعه مدنی، باید با حاکم یعنی رئیس جمهور منتخب متحد شوند.^۲ اشمیت دولت را یک اتحاد سیاسی می‌دانست و اصرار می‌کرد در دموکراسی پارلمانی مردم نمی‌توانند به صورت واقعی حاضر باشند.^۳ طبق قانون اساسی وایمار احزاب مخالف قانون اساسی می‌توانستند با عدم اعطای رأی اعتماد، حکومت را زمین‌گیر (ماده ۵۴) و در صورت داشتن اکثریت رایستاگ هر قانون عادی را تصویب کنند (ماده ۶۸). به نظر برخی حقوقدانان حتی در صورت برخورداری از اکثریت مشخصی می‌توانستند در قانون اساسی هم بازنگری کنند. سرانجام اینکه هیچ راهی برای مقابله با یک حزب ضد قانون اساسی که به شیوه قانونی به قدرت رسیده وجود نداشت و اشمیت مخالف این رویه بود.^۴

او به جز مخالفت با پارلمان از تعارض دموکراسی و لیبرالیسم نیز سخن می‌گوید. به نظر او لیبرالیسم و دموکراسی همدیگر را نفی می‌کنند و پیوند میان لیبرالیسم و دموکراسی پیوندی کاملاً اتفاقی است. در لیبرالیسم همه انسان‌ها در انسانیت برابرند و بر فرصت برابر تأکید می‌شود؛ اما دموکراسی به دنبال برابری واقعی است. لیبرال-دموکراسی این دو برداشت را در هم می‌آمیزد.^۵ اشمیت معتقد است پیوند لیبرالیسم و دموکراسی در قرن نوزدهم به رژیمی به نام دموکراسی پارلمانی منجر شد که موقعیتی را ایجاد می‌کند که اصل این همانی حاکم و مردم که مختص شکل دموکراتیک است، با اصل نمایندگی که خاص سلطنت است در کنار هم قرار می‌گیرند. به نظر او اصل پارلمانتاریسم در حکم

۱. کارل اشمیت، «دموکراسی و پارلمانتاریسم»، ترجمه کورش برادری، قابل دسترسی در:

<https://iranglobal.info/node/24395>

۲. کارل اشمیت، *الهیات سیاسی، چهار فصل در باب حاکمیت*، ترجمه طاهر خدیو (تهران: رخداد نو، ۱۳۹۳) ص

۲۱.

3. David Dyzenhaus, "Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?", *The American Political Science Review*, Vol. 91, No. 1, (1997), at 481.

۴. کارل اشمیت، *الهیات سیاسی*، پیشین، ص ۱۹.

5. Richard Bellamy. *Rethinking Liberalism* (London and New York, 2000) at 73.

اولویت قوه مقننه بر مجریه نه به تفکر دموکراسی که به جهان لیبرالیسم تعلق دارد؛ و دموکراسی غیرمستقیم یا مبتنی بر نمایندگی برخلاف آنچه به طور معمول گفته‌اند به علت عدم امکان دموکراسی مستقیم ایجاد نشده است، بلکه برای فهم آن باید به این اصل لیبرالیستی رجوع کرد که از خلال نزاع بدون محدودیت آرا و عقاید می‌توان به حقیقت رسید و همه این‌ها بدون در نظر گرفتن دموکراسی مطرح می‌شود. به نظر او با دموکراسی پارلمانی این‌همانی بین حکومت‌کننده و حکومت شونده که ذاتی دموکراسی است ناممکن می‌شود. به این ترتیب دموکراسی و لیبرالیسم همدیگر را نفی می‌کنند، احزاب به گروه‌های فشار تبدیل می‌شوند و پرسش‌های اخلاق، دین و اقتصاد به حوزه خصوصی می‌روند.^۱ به نظر اشمیت قرن نوزده قرن غلبه دموکراسی بود که به‌عنوان یک آرزو و غایت دیده می‌شد، اما هنگامی که به آن دست یافتند، متوجه شدند دموکراسی می‌تواند خطرناک هم باشد و در عین حال هم با سوسیالیسم و هم با لیبرالیسم ادغام شده و هم ارتجاعی و هم محافظه‌کار باشد. به گفته پرودون اگر قرار باشد همه از دموکراسی بهره ببرند، پس این مفهوم تنها یک تشکیلات است و محتوایی ندارد؛ اما اگر قرار باشد یک روش باشد باید مشخص شود چه ویژگی‌هایی باید داشته باشد.

برخلاف اشمیت، کلسن پارلمان را نتیجه تقسیم کار و آزادی‌های سیاسی می‌دانست.^۲ به نظر کلسن مردم پیش از دولت یا قانون اساسی وجود ندارند و دموکراسی مرتبط با پارلمانتاریسم بعنوان تنها شکل سازگار با جوامع پیچیده مدرن است.^۳ به نظر کلسن، دموکراسی از ۱۷۸۹ تا ۱۸۴۸ شروع شد و به پارلمانتاریسم منجر شد. او کل قرن هیجده و نوزده را جنگ برای پارلمانتاریسم و برای پایان دادن به دیکتاتوری مطلقه و قرن نوزده و بیست را مبارزه علیه امتیازات آریستوکراتیک می‌دانست.^۴ کلسن در دفاع از دموکراسی نوشت خاستگاه دموکراسی، عدم امکان رسیدن به حقیقت است. از آنجا که هیچ‌گاه همگونی واقعی به دست نمی‌آید، پس باید دموکراسی آرمانی را به نفع دموکراسی واقعی کنار بگذاریم. کلسن برخلاف اشمیت، احزاب و پارلمان را ابزاری ضروری برای

۱. شاننال موفه، تکثرگرایی و دموکراسی مدرن: دور و بر اشمیت، مندرج در: قانون و خشونت، گزیده مقالات، آگامبن، اشمیت...، مراد فرهادپور، امید مهرگان، صالح نجفی (تهران: رخداد نو، ۱۳۸۹) صص ۳۵۸-۳۶۰.

2. Coutinho.latorre and smith, op.cit. at 95.

3. Ibid. at 94.

4. Nikolos Vagdoutis, op.cit. at 228.

شکل‌گیری اداره دولت می‌داند که در شرایط کنونی هیچ انتخابی به جز این دو گزینه نخواهد بود: دموکراسی چون جوهر و دموکراسی چون رویه. سخن اشمیت از این جهت درست بود که دموکراسی بدون همگونی ممکن نمی‌شود، اما سخن کلسن هم از این جهت درست بود که توافق همگانی ممکن نیست و از آن جهت اشتباه می‌کرد که دموکراسی رویه است.^۱

برداشت اشمیت از دموکراسی محصول چند چیز است: اعتقاد به مفهوم روسویی و مخالفت با نمایندگی سیاسی، نگرش او به پارلمان به عنوان نوعی موناشرشی اساسی و ایده دولت توتال. او از دموکراسی خالص سخن می‌گفت^۲ و کوشش می‌کرد نقش مردم پررنگ شود. اینکه بعدها کسانی مانند آکرمن از سقوط و انحطاط جمهوری آمریکا سخن گفتند، نشان می‌دهد مساله‌ای که اشمیت مطرح می‌کرد تا به امروز زنده است.^۳

اولیور لیبسوس معتقد است که ریشه اختلافات اشمیت و کلسن بر سر تئوری دموکراسی بوده است.^۴ هر دوی آنها برداشت متفاوتی از مردم در قانون اساسی داشتند. به نظر اشمیت دموکراسی قبل از قانون اساسی و حقوق اساسی وجود داشته است، اما به نظر کلسن، دموکراسی محصول و تولید حقوق اساسی است و مردم قبل از دولت و قانون اساسی وجود ندارند؛ زیرا دموکراسی از نظر کلسن رابطه بین آزادی فردی و جمعی، اجتماع فرهنگی و اجتماعی، فهم روش پلورالیست، اصل اکثریت، نمایندگی سیاسی از طریق انتخابات آزاد، مشروعیت دموکراتیک به صورت رویه‌ای و نه ماهوی است که همه با قانون اساسی ممکن می‌شوند. در نگرش کلسن به دموکراسی، پارلمان محل منافع متضاد احزاب است. او دولت و قانون اساسی را به عنوان اتحاد سیاسی مردم می‌فهمید و معتقد بود دموکراسی به وسیله قانون و رویه‌های آن شکل می‌گیرد و بدون کنترل، ایجاد دموکراسی ناممکن است.^۵

اشمیت برخلاف کلسن محافظه کار، یک متفکر هویت‌خواه بود. او دموکراسی را بعنوان مجموعه‌ای واحد از مردم می‌دید و معتقد بود رئیس جمهور در شرایط بحرانی

۱. شانتال موفه، پیشین، ص ۳۷۳.

2. David Dyzenhaus, op.cit. at 480.

3. Bruce Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic* (Cambridge (Mass): Belknap Press of Harvard University Press, 2010) at 83.

4. Coutinho, latorre and smith, op.cit. at 92.

5. Ibid. at 94-96.

می تواند اتحاد مردم را تضمین کند و حتی دولت و قانون اساسی هم نمونه هایی از اتحاد مردم هستند و دموکراسی ارجاع و اشاره ای است به هویت جمعی نه بالانس منافع متکثر. به نظر او لیبرال ها پارلمان را به مکان احزاب برای رسیدن به منافع خودشان تبدیل کرده اند. اشمیت بدنبال دولت توتال و همه گیر بود و معتقد بود دولت آلمان حداقل به صورت بالقوه یک دولت توتال است.^۱

۴. اشمیت و دادرسی اساسی

اختلافات کلسن و اشمیت بر سر اصول مهم و شیوه نگرش آن دو به مسائل، خود را از جنبه عملی در موارد متعددی نشان داد که اختلاف بر سر نگاهان قانون اساسی معروف ترین آن ها شده است. علت شهرت این اختلاف، گذشته از بحث های زیادی که بر سر آن در گرفته است شاید به دلیل کاربردی بودن و مبتلا به بودن بحث هم باشد. نزاع اشمیت و کلسن بر سر نگاهان قانون اساسی به گفته دیوید دایزنهاوس یک نمونه عالی از نزاع هایی است که میان حقوقدانان رخ داده است.^۲

چنانکه پیشتر اشاره شد کلسن در اوایل قرن بیستم الگویی برای دادرسی اساسی در اروپا پیشنهاد داد که در ماده ۱۳۷ قانون اساسی اتریش پذیرفته شد. در قانون اساسی وایمار نهادی برای نگاهانی از قانون اساسی پیش بینی نشده بود. ولی در ماده ۱۹ قانون اساسی دادگاهی به نام *Staatsgerichtshaft* یا دادگاه عدالت در خصوص موضوعات دولت تأسیس شده بود که اختلاف بین ایالات و دولت فدرال را رسیدگی می کرد^۳ که یک مرجع و دادگاه کامل در الگوی دادرسی اساسی نبود. این نهاد صلاحیت انحصاری برای کنترل و بازنگری در قوانین را نداشت و نمی توانست قانون مغایر با قانون اساسی یا سایر مصوبات پارلمان را باطل کند.^۴ این تأسیس به بحث های نظری در خصوص ماهیت و محدودیت های قدرت اجرایی طبق ماده ۴۸ و ارتباط ماده ۱۹ و ماده ۴۸ منجر شد.

1. Lars Vinx, Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy, op.cit. at 10.

2. Dyzenhaus, David, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* (Oxford: Clarendon Press, 1997) at 122.

3. Elln Kenedey. op.cit. at 81

4. Lars Vinx. Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy, op.cit. at 4.

اشمیت چون مخالف دادگاه قانون اساسی بود، برای یافتن یک راه حل، سرخ ماده ۴۸ قانون اساسی رفت. اشمیت در این نزاع بر قدرت رئیس جمهور طبق ماده ۴۸ تاکید کرد و معتقد بود در یک موقعیت بحرانی تنها یک قدرت سیاسی می تواند در شرایط استثنا تصمیم بگیرد.^۱ به این ترتیب حمایت از قانون اساسی در اندیشه اشمیت باید به یک نهاد سیاسی داده شود که شبیه ایده بنژامین کنستانت در مورد قدرت بی طرف و خنثی بود که از نظم قانون اساسی حفاظت می کند.

یکی از عللی که او این اختیار را به رئیس جمهور داد مخالفت او با مفهوم دادرسی اساسی بود. او چند ایراد مهم بر دادرسی اساسی وارد می کند. نخست اینکه در اندیشه اشمیت مقررات قانون اساسی محصول تصمیم است^۲ و نمی توان آن را به احکام دادگاهها فروکاست. دوم اینکه او بر خلاف کلسن استدلال می کرد دادرسی اساسی از قدرت مشروع یک دادگاه تجاوز می کند. به نظر اشمیت در کنترل قضایی، نقش قاضی محدود است و او نمی تواند به جای قانون گذار وارد شود و محتوای هنجارها را تغییر دهد، زیرا در نظریه تفکیک قوا، صلاحیت قوه قضاییه و قضات محدود شده است و نمی توانند وارد صلاحیت قانون گذاری شوند. دادگاه باید بر اساس مصوبات مجریه و مقننه عمل کند، نه اینکه فراتر برود. این در حالی است که قضات در دادرسی اساسی به مثابه یک قانون گذار واقعی عمل می کنند ولی صلاحیت چنین کاری را ندارند.^۳ سوم اینکه اشمیت مخالف کنترل دادگاه بر قوه مقننه و نیز تفسیر قانون توسط این مرجع بود^۴ و معتقد بود نظریه قانون گذاری منفی کلسن نمی تواند مشکل را حل کند.

چهارمین ایراد این بود که به نظر اشمیت دعاوی که به این مرجع می آیند و باید در خصوص آن تصمیم گرفته شود موضوعاتی سیاسی هستند، در حالی وظیفه ذاتی دادگاه تصمیم حقوقی است. به نظر اشمیت موضوعات سیاسی در حقوق اساسی نباید از موضوعات حقوقی جدا شوند.^۵ او مدعی بود که حقوق اساسی و حقوق بین الملل شکل هایی از حقوق سیاسی هستند و نمی توانند به وسیله دادگاهها - حداقل نه به طور

1. Ibid. at 5.

2. Lars Vinx. Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy, op.cit. at 9.

3. Coutinho.lattorre and smith, op.cit. at 97.

4. Carl Schmitt. *Constitutional Theory*, op.cit. at 164.

5. Ibid.

کامل - اعمال، تضمین یا نگهداری شوند.^۱ او تاکید می‌کند نمی‌توان با حاکمیت قانون مسائل سیاسی را حل و فصل قضایی کرد. به باور اشمیت بحث نگهداری قانون اساسی از یک برداشت انتزاعی و غلط از نظریه حاکمیت قانون ناشی شده و دادرسی اساسی دستاورد مشروطیت بورژوازی است که امکان هر حکومت اصیل و واقعی را تخریب می‌کند.^۲ به نظر او دادگاه قانون اساسی باید محدود به موضوعاتی شود که یک تصمیم قضایی هستند و مسائل نظم عمومی و امنیت، موضوعاتی سیاسی هستند و نه قضایی و دادگاه نباید در خصوص آنها تصمیم بگیرد، زیرا قضاوت برای تصمیم‌های سیاسی اقتدار کافی و حتی مشروعیتی ندارند.^۳ کلسن در پاسخ اشمیت نوشت نمی‌توان بین تصمیم سیاسی و قانون تفکیک قائل شد و هر تصمیم قضایی سیاسی هم هست.^۴

اشمیت همچنین دادرسی اساسی را خلاف دموکراسی می‌دانست. به نظر او این شیوه باعث می‌شود آریستوکرات‌ها و قضاوت نهاد جدیدی شکل بدهند و در آن تصمیم بگیرند و مردم همچنان از حضور در صحنه بازمانند.^۵ به این ترتیب عده‌ای از افراد به جای همه مردم تصمیم گرفته و حتی اراده پارلمان را هم نادیده می‌گیرند. به نظر کلسن از دیدگاه سیاسی ضرورتاً بین دادرسی اساسی و دموکراسی ناسازگاری وجود ندارد و حتی دموکراسی در پرتو آن می‌تواند بدرستی عمل کند و ممکن شود، اما اشمیت می‌گفت از دیدگاه حقوقی توسعه چنین صلاحیت‌هایی به دادگاه اساسی یک خطر واقعی برای قانونگذاری است.^۶

علاوه بر ایرادات فوق به نظر اشمیت مدل آمریکایی نظارت قضایی برای کشور آلمان مناسب نیست، زیرا در آمریکا تمایز و تفکیک بین جامعه و دولت و همچنین تمایز بین کارکرد قضایی و کارکرد سیاسی وجود دارد، اما در اروپا نمی‌توان آن الگو را پیاده

1. Lars Vinx, "Carl Schmitt and the Analogy between Constitutional and International Law", *Global Constitutionalism*, Vol. 21, Issue 1 (March 2013), at 94.

2. *Ibid.* at 97.

3. Thoms Olehwoski, *The Ceginning of Constitutional Justice in Europe*, in: *Law and Formation of Modern Europe Perspective from the Sociology of Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014) at 89.

4. Lars Vinx, Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy, *op.cit.* at 13.

5. Coutinho.lattorre and smith. *op.cit.* at 95.

6. *Ibid.* at 100.

کرد.^۱ به نظر او این تئوری در آمریکا همچنین با چک و بالانس نسبتی دارد و تئوری قاضی مارشال فقط در خصوص تعارض قوانین عادی با هنجارهای اساسی صحیح است،^۲ اما قضات نباید حق تفسیر قانون اساسی را داشته باشند.

اشمیت و کلسن هر دو می‌پذیرفتند که تئوری سیاسی لیبرالیسم تفکیک بین سیاست و حقوق را فرض گرفته است و موقعیت خاص قوه قضاییه و قانون اساسی لیبرال بر این فرض استوار است، اما تفسیر آن‌ها در این خصوص فرق می‌کرد. کلسن قضاوت‌های سیاسی را یک داوری بی‌طرف می‌دانست؛ اما به نظر اشمیت بی‌طرفی توسط قوه قضاییه نمی‌توانست انجام شود و یک قوه قضاییه سیاسی نمی‌تواند حامی قانون اساسی باشد و از آن دفاع کند.^۳ آنچه کلسن می‌خواست در جمهوری وایمار به قوه قضاییه بدهد در اندیشه اشمیت به قوه مقننه و مجریه تعلق داشت که منتخب مردم بودند و به نام مردم عمل می‌کردند.^۴

به این ترتیب به نظر اشمیت دادگاه قانون اساسی که طبق ماده ۱۹ جمهوری وایمار تأسیس شده است نباید وظیفه نگهداری قانون اساسی را برعهده داشته باشد و این وظیفه را به رئیس جمهور بر اساس ماده ۴۸ قانون اساسی اعطا کرد.

تفسیر اشمیت از ماده ۴۸ در پرتو دو مفهوم دیکتاتوری و وضعیت استثنا در اندیشه او فهمیده می‌شود. وضعیت استثنا همان وضعیتی است که حاکم در آن تصمیم اتخاذ می‌کند که هم نظریه تصمیم از آنجا می‌آید و هم مفهوم حاکمیت. او ماده ۴۸ را کمکی به وضعیت استثنا می‌دانست. به این ترتیب اشمیت می‌گفت همان کسی که در وضعیت استثنا تصمیم می‌گیرد - یعنی حاکم - باید نگهبان قانون اساسی باشد.

او از مفهوم دیکتاتوری هم برداشت و تفسیری متفاوت داشت که به مباحث جمهوری روم برمی‌گشت. کتاب "درباره دیکتاتوری" او بحثی درباره دو نوع دیکتاتوری کمیساری یا حاکم است و در آن از ماده ۴۸ بسیار استفاده کرده است. دیکتاتوری حاکم از بحران موجود در یک کشور استفاده می‌کند و قانون اساسی فعلی را ملغی می‌کند. ولی

1. Ibid. at 97.

2. Lars Vinx, "Carl Schmitt and the Analogy between Constitutional and International Law", op.cit. at 103.

3. Elln Kenedey, op.cit. at 162.

۴. الن کندی، همان، ص ۱۵۰.

دیکتاتوری کمیساریایی به جهت اعاده نظم است تا قانون اساسی فعلی احیا شود یعنی همان سیستمی که در جمهوری روم برقرار بود که در وضعیت بحرانی سنا به فردی مانند سنار مقام دیکتاتور اعطا می‌کرد و او موظف بود با در اختیار گرفتن قدرت زیاد، کشور را به حالت قبل و آرامش بازگرداند. به نظر او ماده ۴۸ قانون اساسی نوع دوم دیکتاتوری است که بر تداوم نظم قانونی و ایماز پافشاری می‌کند^۱ و رئیس جمهور به دنبال احیاست، زیرا اگر رئیس جمهور دیکتاتور، حاکم باشد (شبهه یک موناشرش مطلقه) قدرت مؤسس مطلق داشت و فراتر از قانون اساسی نوشته شده بود. ولی در آلمان رئیس جمهور یک دیکتاتور حاکم نیست که این قدرت را داشته باشد قانون اساسی را بسازد و خودش به نام مردم اجرا کند. بنابراین نگهبان قانون اساسی یک اقتدار مطابق قانون اساسی است و اختیارات او صلاحیت قانون را فرض می‌گیرد. نگهبان به عنوان حمایت کننده از حق‌ها یا حمایت کننده از دستور اجتماعی و سیاسی است و اشمیت نگهبان قانون اساسی را به معنای دومی می‌گیرد که رئیس جمهور این کار را انجام می‌دهد. همچنین نگهبان قانون اساسی به نظر اشمیت قدرت مؤسس و مؤسس را به هم مرتبط می‌کند.

از آنجا که دیکتاتوری رئیس جمهور شکلی از نگهبانی قانون اساسی است، اشمیت آن را مطلق نمی‌داند و محدودیت‌هایی را برای آن برمی‌شمارد. به نظر او دیکتاتور فراتر از چارچوب حقوقی قانون اساسی عمل نمی‌کند، زیرا قدرت رئیس جمهور طبق ماده ۴۸ و طبق صلاحیتی است که قانون اساسی به او داده است و مقید به سه پیش فرض شده است: اولاً اینکه وضعیت اضطراری باید اعلام شود، دوم قدرت فوق‌العاده باید تعریف شود و سوم دیکتاتوری، محدود به زمان خاص است و با پایان یافتن وضعیت استثنا دیکتاتوری هم پایان می‌یابد.^۲ در غیر این صورت اختیارات بی‌حدومرزی به رئیس جمهور می‌دهد و می‌تواند خطرناک باشد.

اینکه رئیس جمهور قدرتی محصور در قانون اساسی دارد در اندیشه اشمیت قابل فهم است. او در کتاب "قانونیت و مشروعیت" نوشت: این فرض که قانون اساسی شامل ابزاری قانونی برای بی‌اثر کردن خود شود مضحک و پوچ است و از آن پوچ‌تر آن که

۱. کارل اشمیت، *الهیات سیاسی*، پیشین ص ۱۷.

۲. میثائیل هونزلز، گرهام، وارد، مقدمه *ویراستاران*، مندرج در: *الهیات سیاسی بخش دوم*، ترجمه لایلا چمن‌خواه

(تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۲) ص ۳۱.

قانون اساسی محلی برای نابودی نظم سیاسی برآمده از خود را در اختیار می‌گذارد. به همین دلیل در مقاله "سوءاستفاده از قانونیت" نوشت کسانی که در ۳۱ جولای، ناسیونال-سیوسیالیست‌ها را به اکثریت برسانند کارشان احمقانه است. آنان به این جنبش امکان تغییر قانون اساسی، شکل دادن یک اقتدار الهی و محو اتحادیه‌های صنفی و امثال آن را می‌دهند. آنان آلمان را به تمامی در اختیار این گروه می‌گذارند.^۱

اما متن ماده ۴۸ چه می‌گفت و اشمیت چگونه نگهبان قانون اساسی را از آن استنباط می‌کرد. این ماده درباره اختیار فوق‌العاده رئیس جمهور در وضعیت اضطراری و تعلیق بخش‌هایی از قانون اساسی بود. طبق ماده ۴۸ اگر یک ایالت در انجام وظایفش قصور ورزد، رئیس جمهور حق کاربرد زور برای وادار ساختن ایالت به انجام وظایفش را دارد. همچنین اگر در جمهوری آلمان نظم و امنیت به‌طور جدی و مخاطره‌بافتد و دچار اختلاف شود رئیس جمهور می‌تواند تدابیر لازم را جهت اعاده نظم و امنیت عمومی اتخاذ نماید و در صورت لزوم با بکارگیری نیروهای مسلح مداخله نماید. به این منظور او می‌تواند موقتاً حقوق اساسی مقرر در اصول ۱۱۴ (آزادی شخصی) ۱۱۵ (مصونیت دارایی) ۱۱۷ (عدم تفتیش مراسلات) ۱۱۸ (آزادی بیان و مطبوعات) ۱۲۳ (اجتماعات) ۱۲۴ (احزاب و انجمن‌ها) ۱۵۳ (مصادر اموال) را به صورت جزئی یا کامل در حالت تعلیق در آورد (۱۷) به گفته آلن کندی ماده ۴۸ یک «قانون اساسی ذخیره شده» بود.^۲

پرسش او این بود که آیا قسمت دوم قسمت اول را تعدیل می‌کند؟ یعنی مواد ذکر نشده را شامل نمی‌شود؟ او نشان داد که این دو قسمت توسط کمیته‌های جداگانه‌ای تدوین شده‌اند و قسمت اول این‌گونه بود که رئیس جمهور می‌تواند به کمک نیروهای مسلح مداخله نماید و تدابیر لازم را جهت اعاده نظم و امنیت عمومی اتخاذ کند، اما این قسمت تغییر کرد ولی قسمت دوم که با عبارت "به این منظور" آغاز می‌شود بدون تغییر ماند.^۳ اشمیت در نظریه قانون اساسی نیز در تفسیر این ماده نوشت: از زمان تعلیق یک هنجار قانون اساسی، این هنجار دیگر فاقد اعتبار می‌شود و محدودیت‌هایی که این هنجار برای قوه مجریه تعیین می‌کند نیز در هر زمینه‌ای به حالت تعلیق درمی‌آید. به طوری که نه

۱. کارل اشمیت، *رمانتیسیم سیاسی*، ترجمه سهیل صفاری (تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۳) ص ۶.

۲. آلن کندی، همان، ص ۱۵۲.

۳. کارل اشمیت، *الهیات سیاسی*. پیشین، ص ۱۸.

قواعد قانون اساسی و نه هنجارهای بعدی قادر به محدود کردن عمل نیستند. به این ترتیب تعلیق تنها به معنای نقض قانون اساسی در همه موارد نیست، بلکه به معنای از دست رفتن اعتبار قانون هم هست. تعلیق، اصلاح هم نیست.^۱ اصلاح از طریق فرایند بازنگری رخ می‌دهد؛ اما تعلیق، وقفه موقت در شیوه‌های اجرای قانون اساسی است. البته تخطی و نقض با هردوی این‌ها فرق دارد زیرا در آنجا قانون اساسی تغییر نمی‌کند، بلکه زیر پا گذاشته می‌شود. او وقتی در ۱۹۳۳ می‌گفت نباید به احزاب ضد قانون اساسی رأی داد یعنی به اصلاح قانون اساسی معتقد بود.^۲ اشمیت با استناد به سخنی از لونتس فون اشتاین که گفته بود قانون اساسی جلوه گاه جامعه است و به محضی که جامعه مورد هجوم بیگانه قرار بگیرد باید خارج از محدوده قانون اساسی و حدود قانون جنگید،^۳ استدلال می‌کند رئیس جمهور در شرایط تعلیق می‌تواند قسمت‌هایی از قانون اساسی را نادیده بگیرد. البته باید تاکید کرد که اشمیت میان قانون اساسی و اساس تفکیک قائل می‌شود. اساس در اندیشه او غیر قابل نقض و تعلیق است، اما قانون اساسی می‌تواند در وضعیت استثنایی معلق شود. اساس عمل قوه مؤسس است^۴ و جز از طریق اراده و بدست آوردن وحدت سیاسی ممکن نمی‌شود.^۵

رئیس جمهور در اندیشه اشمیت یک قدرت بی طرف است که به روش دموکراتیک توسط مردم انتخاب می‌شود^۶ و بعنوان قدرتی بی طرف نگهبان قانون اساسی است. کلسن نظریه اشمیت را خطرناک خواند. به نظر او حاکم نمی‌تواند یک فرد باشد و دادگاه عالی حافظ قانون اساسی است و اشمیت را متهم می‌کند که با وارد کردن مفهوم قدرت بی طرف و خنثی علایق سیاسی واقعی‌اش را پنهان می‌کند. کلسن می‌گفت او با این سخنان به سمت دیکتاتوری می‌رود.^۷

۱. میثائیل هونزلز، گرهام، وارد، پیشین، ص ۳۰.

۲. الن کندی، همان، ص ۱۵۲.

۳. کارل اشمیت، مفهوم امر سیاسی، ترجمه صالح نجفی، مندرج در: قانون و خشونت، گزیده مقالات، آگامبن، اشمیت...، مراد فرهادپور، امید مهرگان، صالح نجفی (تهران: رخداد نو، ۱۳۸۹) ص ۱۱۵.

۴. کارل اشمیت، «مفهوم وصفی اساسی»، ترجمه سیدناصر سلطانی، سیاست نامه، پاییز، شماره ۱۰، (۱۳۹۷)، ص ۲۱۰.

۵. همان، ص ۲۰۷.

6. Thoms Olehwoski, op.cit. at 90.

۷. میثائیل هونزلز، گرهام، وارد، پیشین، ص ۳۲.

۵- نقش رئیس جمهور در اندیشه اشمیت

چرا اشمیت به رئیس جمهور چنین اختیاری می‌دهد. این مساله در آلمان سابقه داشت. هوگو پریوس و ماکس وبر پیشتر در مورد لزوم یک رئیس جمهور مقتدر در آلمان بحث کرده بودند و سخنان اشمیت در ادامه آن مباحث مطرح شد. پریوس پیشنهاد یک رئیس جمهور منتخب را داد تا در برابر مطلقیت پارلمان بایستد و بالانس قدرت را پدید آورد.^۱ پریوس متأثر از گیر که بود. نظریه انجمنی گیر که در کتاب «حق تشکیل انجمن در آلمان» در ۱۸۶۸ مطرح شده بود و طرفداران زیادی داشت. گیر که بنیانگذار نظریه انجمنی بود و می‌گفت اراده دولت یا حاکم منبع نهایی قانون نیست، بلکه دولت ابزار مردم است. هوگو پریوس بر اساس نظریه انجمنی گیر که جامعه را انجمن‌های تأسیس شده‌ای می‌داند که نیازمند انحصار قدرت نیست و بدون حاکمیت می‌تواند به راه خود ادامه دهد.^۲

پریوس دولت را به مثابه یک همکاری و انجمن و وبر دولت را به مثابه انحصار می‌دید.^۳ وبر با پیشنهاد پریوس برای انتخاب مستقیم رئیس جمهور برای هفت سال موافق بود، اما با تعادل قدرت مخالفت می‌کرد و به دنبال رئیس جمهور قوی بود.^۴ هر دو مخالف الگوی آمریکایی یا فرانسوی برای آلمان بودند، ولی وبر معتقد بود الگوی آمریکایی برای آلمان مزایایی دارد.^۵ البته دیدگاه وبر با مدل آمریکایی کمی فرق داشت؛ زیرا او طرفدار وزرای منتخب پارلمان بود که در برابر آن نهاد پاسخگو باشند. وبر همچنین پیشنهاد یک رئیس جمهور کاریزماتیک را داد^۶ و در مناظره‌ای با لودندرف در مورد دموکراسی گفت: در دموکراسی، مردم رهبری را برمی‌گزینند که به او اعتماد دارند و شخصیت کاریزماتیک او می‌تواند جلوی پیامدهای ملال‌انگیز بروکراسی را بگیرد.^۷ در جمهوری وایمار انتخابات نظام پارلمانی به صورت مستقیم، همگانی، برابر و با رأی مخفی برگزار می‌شد و افراد منتخب، نمایندگان کل مردم آلمان و مطیع وجدان خود

1. Nikolos Vagdoutis, op.cit. at 65.

۲. کارل اشمیت، الهیات سیاسی، پیشین، ص ۵۰.

3. Nikolos Vagdoutis, op.cit. at 69.

4. Lars Vinx, Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy, op.cit. at 12.

5. Nikolos Vagdoutis, op.cit. at 70.

6. Ibid. at 80.

۷. برایان ترنو، ماکس وبر از تاریخ تا مدرنیته، ترجمه زهرا عبدی (تهران: نگارستان اندیشه، ۱۳۹۸) ص ۱۹۳.

بودند؛ اما سیستم انتخاباتی به این ترتیب بود که احزاب باید لیست بدهند و مردم از لیست آنها نمایندگان خود را انتخاب کنند. به این ترتیب احزاب بین مردم و پارلمان قرار می‌گرفتند و مردم به‌طور مستقیم نماینده انتخاب نمی‌کردند. این حکومت پلورالیستی احزاب، مانع از انجام توافق می‌شد و نوعی اختلاف شدید به وجود آورده بود و دولت‌ها در آلمان بسیار متزلزل بودند و سقوط می‌کردند، زیرا با هر توافق جدیدی میان احزاب، آرایش نیروهای قدرت به هم می‌خورد و دولت اکثریت پارلمانی را از دست می‌داد. به نظر اشمیت فقط یک حکومت مقتدر می‌توانست به این اختلافات پایان دهد و قدرت بی‌طرف رئیس‌جمهور را برای این کار مناسب می‌دید.^۱

طبق مواد ۴۱ تا ۵۹ قانون اساسی وایمار، رئیس‌جمهور اختیارات فراوانی داشت. او با رأی مستقیم مردم انتخاب می‌شد. دوره‌اش هفت‌ساله بود، می‌توانست رفراندوم برگزار کند، رئیس‌دولت بود، نماینده مردم در مجامع بین‌المللی محسوب می‌شد، فرمانده کل قوا بود و در تشکیل دولت‌ها با رأی اعتماد پارلمان نقش داشت. ماده ۴۸ نیز به دولت مرکزی این اختیار را می‌داد که کنترل هر ایالتی که توان انجام وظایفش را طبق قانون ایالتی یا قانون اساسی ندارد را بگیرد و رئیس‌جمهور ملزم بود همه تصمیم‌هایی که طبق این بند اعمال می‌کرد را به اطلاع رایستاگ برساند و در صورت تقاضای رایستاگ آن را ملغی کند. با این حال حدود اختیارات رئیس‌جمهور محل اختلاف بود.^۲ در وایمار تنها رئیس‌جمهور بود که توسط مردم به صورت مستقیم انتخاب می‌شد و طبق ماده ۴۸ می‌توانست پارلمان را کنار گذاشته و کشور را ریاستی کند و حق اعلام وضعیت اضطراری را هم داشت. این اختیارات باعث شد که در ۱۹۳۳ رئیس‌جمهور ۶۰ حکم اضطراری صادر کند.^۳

اشمیت به دنبال یک فرد قوی بود که بتواند جمهوری وایمار را اداره کند و به احزاب پلورالیستی و اختلافات تمام‌نشدنی آنها که کشور را با عدم ثبات مواجه کرده بود پایان دهد.^۴ او با تئوری دیکتاتوری و تئوری سیاسی خود می‌خواست از طریق ماده ۴۸ قبل از

۱. الن کنیدی، همان، ص ۱۴۷.

۲. همان، ص ۱۴۹.

۳. مهدی تدینی، «آلمان بین دو انقلاب»، سیاستنامه، زمستان، شماره ۱۱، (۱۳۹۷)، ص ۹۱.

4. Elln Kenedey, op.cit. at 156.

نخستین بحران جمهوری، راه‌حلی پیدا کند. در اندیشه او اجرای همه قوانین و حتی قانون اساسی نیاز به تضمین شدن توسط اعمال دیکتاتوری فراقانونی دارد.^۱ به نظر او رئیس‌جمهور در وضعیت اضطراری دیکتاتوری را اجرا می‌کند و با تفسیر ماده ۴۸ معتقد بود پارلمان حاکم نهایی نیست و رئیس‌جمهور باید جایگزین احزاب شود،^۲ اما کلسن این را قبول نداشت. در اندیشه کلسن دموکراسی ابتدای مشروطه است.^۳ کلسن از یک صلح و سازش قانونی دفاع می‌کرد که برای حل اختلاف‌ها باشد، ولی اشمیت یک آفریده فراقانونی می‌خواست که از هژمونی اجتماع ماهوی دفاع کند که پایه‌های دموکراسی صحیح را بریزد.^۴ به گفته اشمیت، رئیس‌جمهور نماد اراده سیاسی مردم آلمان است. او مردم را یک کل واحد می‌داند - نه همچون کلسن سازگاری گروه‌های اجتماعی - به نظر او رئیس‌جمهور اتحاد مردم آلمان را در مواقع بحران حفظ می‌کند و باید نگهبان قانون اساسی باشد.

یکی از دلایل مهم اشمیت در دادن این نقش به رئیس‌جمهور انتخاب مستقیم او توسط مردم بود. مردم به‌عنوان قوه مؤسس در اندیشه او مفهومی کلیدی است. به نظر اشمیت مردم به مثابه یک کل فراتر از قانون‌گذار و اراده او هستند. او قدرت مؤسس را یک عنصر سیاسی می‌داند و می‌گفت اراده سیاسی همیشه بالاتر از قانون اساسی است و ملت نیاز ندارد و نمی‌تواند نماینده داشته باشد و نمایندگی سیاسی نمی‌تواند در حوزه عمومی رخ دهد.^۵ در تفکر اساسی اشمیت، تصمیم قدرت مؤسس پیشاقتانونی است و از اراده مردم دفاع می‌کند. مردم در اندیشه او مساوی با اتحاد سیاسی است. این قدرت مؤسس دارای بالاترین درجه مشروعیت دموکراتیک است و باید بتواند ساختار قانون اساسی را تغییر دهد و اصلاح کند. شاید بتوان گفت او به یک نوع پله‌بیسیت اعتقاد داشت. او معتقد بود نباید اراده مردم را کنار گذاشت. در اندیشه او مردم یک وجود سیاسی هستند که اراده خود را از طریق انتخاب رئیس‌جمهور اعلام می‌کند. رئیس

1. Lars Vinx, Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy, op.cit. at 12.

۲. میثائیل هونزل، گرهام، وارد، پیشین، ص ۳۱.

3. Lars Vinx. Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy, op.cit. at 15.

4. Ibid. at 16.

5. Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, op.cit. at 48.

جمهور نیز اراده عمومی را نمایندگی می‌کند.^۱ یکی از دلایل مخالفت او با دادرسی اساسی در همین جاست که او از حاکمیت مردم دفاع می‌کند. به نظر او اگر هم قرار است کاری انجام شود قدرت مؤسس به وسیله تصمیم سیاسی این کار را انجام می‌دهد و رئیس جمهور صالح‌ترین فرد برای این کار است.

البته نباید فکر کرد که اشمیت قانون اساسی را تعطیل می‌کند. چنانکه پیشتر ذکر شد یک نکته مهم در اندیشه اشمیت تمایز نهادن او بین مفهوم اساس و قانون اساسی است. اساس بنیان یک کشور است و ممکن است در متن قانون اساسی بیاید یا نیاید، اما متن قانون اساسی چیز دیگری است و اتفاقاً ممکن است مواردی از اساس در درون آن بیاید. برای نمونه مواردی مانند مردم آلمان به خود اساس اعطا کردند، حاکمیت ناشی از ملت است، دولت آلمان جمهوری است را نمی‌توان قانون اساسی دانست و اساس هستند و رئیس جمهور بعنوان منتخب مردم نگهبان این اساس است.

نتیجه‌گیری

دادرسی اساسی بعنوان یکی از مهم‌ترین مفاهیم حقوق عمومی در قرن بیستم مورد پذیرش بیشتر کشورهای جهان قرار گرفت. این مفهوم هم از زمانی که در آغاز قرن نوزده در آمریکا مطرح شد و هم از دهه‌های آغازین قرن بیستم در اروپا تا به امروز، همواره محل بحث و نقدهای جدی بوده است. یکی از مهم‌ترین و معروف‌ترین نقدها بر دادرسی اساسی از جانب کارل اشمیت طرح شده است. یکی از دلایل این شهرت، گذشته از ایرادات جدی وارده توسط او این بود که این ایرادات در مقابل واضح این اندیشه در اروپا یعنی هانس کلسن مطرح شده است. هر دوی این افراد در زمانه‌ای پرآشوب زیستند و استادانی بزرگ را درک کردند. هر یک از آنها به یک مکتب متفاوت حقوقی تعلق داشت. در سیاست نیز مسیر آن دو از هم جدا شد و به احزاب سیاسی متفاوت گرویدند.

در این نوشته کوشش شد یکی از اختلافات آنها یعنی مساله نگهبان قانون اساسی مورد بررسی قرار گیرد. این بحث از چند جهت برای ما ایرانیان حائز اهمیت است. نخست اینکه بحث دادرسی اساسی در چند دهه اخیر در تئوری‌های حقوق اساسی وارد و

1. Ibid. at 247.

عالم گیر شده است و سخن از دموکراسی‌های مبتنی بر قانون اساسی نیز گفته می‌شود. هم دادرسی اساسی و هم دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی با مشکلات نظری متعددی درگیر هستند؛ اما در ایران مانند دیگر اندیشه‌های وارداتی، از نقد و چالش‌های آن‌ها خبری نیست و منتقدین و موافقین، آن را به سطح بحث‌های نازل ژورنالیستی و نزاع‌های سیاسی ارباب قدرت فرو می‌کاهند. با آنکه چهار دهه از تأسیس شورای نگهبان قانون اساسی در ایران می‌گذرد، بحث‌ها و تبادل اندیشه‌ای در تئوری حقوق اساسی در خصوص آن به نحو جدی صورت نگرفته است. دوم، بومی بودن اندیشه‌هاست. اندیشمندان بزرگ اندیشه ملی دارند و در خصوص زمانه و کشوری که در آن زندگی می‌کنند نظر داده و راهکارهایی برای برون‌رفت از مشکلات ارائه می‌دهند. اشمیت به درستی به مشکل احزاب و سیستم پارلمانی در آلمان آن روز پی برده بود و آن را خطری جدی می‌دانست. او تئوری مارشال در آمریکا و سیستم پارلمانی در انگلستان را برآمده از سنت‌ها و شرایط سیاسی آن کشورها می‌دانست و پی برده بود که وارد کردن آن‌ها در آلمان مشکلاتی را به وجود خواهد آورد. سوم اینکه به قول *دایزنهاوس* راه‌حل‌های آن دو از تئوری حقوقی آن‌ها نشات می‌گرفت، زیرا بدون داشتن تئوری در حقوق نمی‌توان به دنبال یافتن راهکار و پاسخ برای پرسش‌های حقوق اساسی بود.

منابع

کتاب‌ها

- اشمیت، کارل، *الهیات سیاسی چهار فصل در باب حاکمیت*، ترجمه طاهر خدیو (تهران: رخداده نو، ۱۳۹۳).
- اشمیت، کارل، *رمانتیسم سیاسی*، ترجمه سهیل صفاری (تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۳).
- اشمیت، کارل، *مفهوم امر سیاسی*، ترجمه سهیل صفاری (تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۲).
- اشمیت، کارل، *مفهوم امر سیاسی*، ترجمه صالح نجفی، مندرج در: *قانون و خشونت*، گزیده مقالات، آگامبن، اشمیت...، مراد فرهادپور، امید مهرگان، صالح نجفی (تهران: رخداده نو، ۱۳۸۹).
- آگامبن، جورجو، *والتر بنیامین در برابر کارل اشمیت*، مندرج در: *قانون و خشونت*، گزیده مقالات، آگامبن، اشمیت...، مراد فرهادپور، امید مهرگان، صالح نجفی (تهران: رخداده نو، ۱۳۸۹).

- ترنر، برایان، *ماکس وبر از تاریخ تا مدرنیته*، ترجمه زهرا عبدی (تهران: نگارستان اندیشه، ۱۳۹۸).
- صادقی، فاطمه، *قدرت موسس، حاکمیت یا سیاست* (تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۷).
- موفه، شانتال، *تکنرگرایی و دموکراسی مدرن: دور و بر اشمیت*. مندرج در: *قانون و خشونت، گزیده مقالات، آگامبن، اشمیت...*، مراد فرهادپور، امید مهرگان، صالح نجفی (تهران: رخداد نو، ۱۳۸۹).
- هنکاک، ام داندل، *سیاست و حکومت در بریتانیای کبیر و آلمان*، ترجمه حسین نورایی، جعفر جعفری (تهران: خرسندی، ۱۳۹۳).
- هونلز، میثائیل، *گرهام، وارد، مقدمه ویراستاران*، مندرج در: *الهیات سیاسی بخش دوم*، ترجمه لیلا چمن خواه (تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۲).

مقاله‌ها

- اشمیت، کارل، «مفهوم وصفی اساسی»، ترجمه سیدناصر سلطانی، *سیاست‌نامه*، پاییز، شماره ۱۰، (۱۳۹۷).
- اشمیت، کارل، «دموکراسی و پارلمانتاریسم»، ترجمه کورش برادری، قابل دسترسی در: <https://iranglobal.info/node/24395>
- تدینی، مهدی، «آلمان بین دو انقلاب»، *سیاست‌نامه*، زمستان، شماره ۱۱، (۱۳۹۷).
- کندی، الن، «اندیشه سیاسی اشمیت»، ترجمه محسن قائم مقامی، *سیاست‌نامه*، زمستان، شماره ۱۱، (۱۳۹۷).
- هنیگ، روت، «بلندپروازی، پیروزی و پیچیدگی»، ترجمه محسن قائم مقامی، *سیاست‌نامه*، زمستان، شماره ۱۱، (۱۳۹۷).

References

Books

- Ackerman, Bruce, *The Decline and fall of the American Republic* (Cambridge (Mass): Belknap Press of Harvard University Press, 2010).
- Bellamy, Richard, *Rethinking Liberalism* (London and New York, 2000).
- Coutinho Lars, Pereira Massimo, Latorre- Steven Smith (Ed) *Judicial Activism Can Interdisciplinary Approach to American and European Experiencing* (New York: Springer Press, 2015).

- Dyzenhaus, David, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* (Oxford: Clarendon Press, 1997).
- Kelsen. Hans, *The Essence and Value of Democracy*, ed. by Nadia Urbinati and Carlo Invernizzi Accetti, Trans, Brian Graf (Lanham, MD: Rowman& Littlefield, 2013).
- Kelsen. Hans *General Theory of Law and State, Cambridg* (Harvard: Harvard University Press, 1945).
- Kenedey. Elln. *Constitutional Failure, Carl Schmitt in Weimar* (London: Duke University Press Loandon, 2004).
- Meierhemner, Tens, Oliver, Simon, *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (Oxford: Oxford University Press, 2016).
- Murkens, Jo Eric Khushal, *From Empire to Union Conceptions of German Constitutional Law since 1871* (Oxford: Oxford University Press, 2013).
- Olehwoski, Thoms, *The Beginning of Constitutional Justice in Europe. In: Law and Formation of Modern Europe Perspective from the Sociology of Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014).
- Schmitt, Carl 'The Dictatorship of the President of the Reich according to Article 48 of the Weimar Constitution' in: Carl Schmitt, *Dictatorship, From the Origin of the Modern Concept of Sovereignty to Proletarian Class Struggle*, Trans: Michael Hoelzl and Graeme Ward (Cambridge: Polity Press, 2014).
- Schmitt, Carl. *Constitutional Theory*. Trans by Seitzer, J (Durham: Duke University Press, 2008).
- Schmitt, Carl, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Trans, George Schwab (Chicago and London: University of Chicago Press, 1985).
- Vinx, Lars, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy* (Oxford: Oxford University Press, 2007).
- Vinx. Lars, *the Guardian of the Constitution Hans Kelsen and Carl Schmitt of the Limits of Constitutional Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2015).

Thesis

- Vagdoutis, Nikolos. *Hans Kelsen and Carl Schmitt in Weimar: A Riddle of Political Constitutionalism*, PHD Thesis (University of Glasgow, 2018).

Article

- Dyzenhaus, David, "Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?", *The American Political Science Review*, Vol. 91, No. 1, (1997).
- Ebs, Tamara, "Fleix Frankfurt, Hans Kelsen and the Practice of Judicial Review", *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, (2013), available at: [https:// www. zaoerv. de/ 73_ 2013/73_ 2013_ 3_ a_ 451_ 482.pdf](https://www.zaoerv.de/73_2013/73_2013_3_a_451_482.pdf).
- Legi, Sare, "Hans kelsen and Austrian Constitutional Court", *Revista Co Herenra*, Vol. 9, No. 160, (2012).
- Pleps, Janis, "Protect of the Constitutional order after World War", *Juridiskā zinātne Law*, Vol. No. 7, (2014).
- Sweet, Alec Stone, "Constitutional Courts and Parliamentary Democracy (Special Issue on Delegation)", *West European Politics*, Vol. 25, No.1, (2002).
- Vinx. Lars, "Carl Schmitt and the Analogy between Constitutional and International Law". *Global Constitutionalism*, Vol. 21, issue 1(March 2013).
- Waldron, Jeremy, "The Core of the Case against Judicial Review", *Yale Law Journal*, No. 116, (2006).