



Standing on the Threshold of Law: Toward a Constitutive Methodology in Light of the Interdependence of Law and Politics

Mahnaz Bayat Komitaki ¹, Seyed Naser Soltani ², Ebrahim Dehnavi ³✉

1. Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran, Email: M_Bayat@sbu.ac.ir
2. Associate Professor of Public Law, Faculty of Law and Political Science, Farabi College, University of Tehran, Tehran, Iran, Email: naser.soltani@ut.ac.ir
3. PhD Candidate in Public Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran; (Corresponding Author), Email: Dehnavi91@gmail.com

Abstract

Received:
02/01/2026
Revised :
22/02/2026
Accepted:
10/03/2026
Published
online:
28/03/2026

The contemporary crisis of law extends beyond the mere violation of legal norms; it possesses an ontological character that may be described as the "suspension of the horizon of normativity." In such a condition, law loses its capacity to function as an instrument for ordering collective life and sustaining the structure of the state. Adopting a critical approach, this study argues that the dominant methodologies of legal scholarship—legal positivism, normativism, and interpretivism—are ineffective in confronting this threshold condition because they are grounded in the presupposition of the stability of legal order. Consequently, they either overlook the vital actions necessary for the preservation of order or relegate them to the sphere of naked force. To overcome this impasse, the article formulates the concept of the "constituent act of law." Under conditions of suspended order, such an act arises not primarily from the text of positive law but from the concrete situation itself. Through the "interpretation of the foundation" and the reconstruction of political unity, it enables the re-emergence of legal normativity. Finally, by introducing a "constitutive methodology," the article proposes a framework in which the jurist transcends legal formalism and assumes an ontological responsibility for safeguarding the conditions of possibility of law. In this capacity, the jurist acts as a constitutive subject, preventing the disintegration of the institutional order.

Keywords: Crisis of Law; Suspension of Legal Order; Constituent Act; Constitutive Methodology; Political Unity; Great Order.

How To Cite: Bayat Komitaki, M, Soltani, SN & Dehnavi, E. (2026). Standing on the Threshold of Law: Reorienting Legal Methodology in Light of the Mutual Interdependence of Law and Politics, *Journal of Comparative Public Law*, 3(1). 1-31. <https://www.doi.org/10.22091/cpl.2026.15068.1091>



Extended Abstract

This study reconceptualizes the contemporary crisis of law by shifting the framework through which such crises are conventionally understood. Its central aim is to demonstrate that the most critical legal moments cannot be reduced to increases in violations, institutional inefficiency, or temporary procedural collapse. The crisis deepens when law can no longer sustain its "horizon of normativity" a threshold condition in which the bond among norm, institution, and collective life becomes so attenuated that rule-based law cannot reproduce its ordering force through ordinary means. The study thus asks how law can preserve or recover that force when ordinary forms of legality have ceased to function. To answer this question, the study proceeds through a critical, interdisciplinary methodology that brings legal theory into dialogue with political philosophy and constitutional law. It reflects methodologically on the limits of dominant legal approaches under conditions of suspended order and seeks to formulate an alternative model of legal reasoning adequate to such conditions. It engages thinkers who have shaped debates on norm, order, constituent power, and exception, including Carl Schmitt, Hannah Arendt, Walter Benjamin, Jacques Derrida, Antonio Negri, Martin Loughlin, and Giorgio Agamben, not to construct an eclectic survey but to identify conceptual resources for reorienting legal methodology in light of the mutual interdependence of law and politics. The study understands law neither as a self-contained system detached from political conditions nor as a mere instrument of political will, but as a form of order whose authority depends upon a fundamental relationship with political unity. The study delivers a systematic critique of three influential methodological tendencies in modern legal thought: legal positivism, normativism, and interpretivism. This critique targets not their historical significance but their incapacity to think law at the "threshold" where the very conditions of legality are endangered. Positivism relies upon the relative stability of a pre-given legal order. When formally valid rules can no longer effectively order reality, positivism can only insist upon fidelity to enacted norms, incapable of conceptualizing the passage from established legality to the conditions of its re-foundation. Normativism preserves the vital insight that law cannot be reduced to coercive force, yet under suspended order its appeal to higher normativity remains detached from the concrete actions required to maintain legality. Interpretivism emphasizes continuity within an evolving legal tradition, but where the link between text, institution, and political life is fundamentally ruptured, the interpretive enterprise loses the very medium in which it operates. The crisis is therefore not merely hermeneutic but ontological, for what is at stake is the very mode of law's existence as an ordering form. The study's principal finding is that these limitations necessitate a conceptual recovery of the "constituent act of law." This concept designates neither arbitrary political will external to legality nor a simple suspension of legal norms in favor of extra-legal decision. It refers, rather, to a juridical, form-giving act that arises from within the crisis of order itself. It intervenes in the gap between reality and norm. The

constituent act emerges when ordinary legal mechanisms prove insufficient to preserve the possibility of law, yet the response must remain accountable to the intelligibility of legal order. It is a mode of intervention through which law confronts the suspension of its own horizon and endeavors to reconstruct the conditions of future normativity. Building upon this concept, the study formulates a "constitutive methodology", one of its central contributions, designed for threshold situations where the jurist can neither simply apply existing norms as though the legal order remained fully operational nor abandon legality in favor of pure political voluntarism. This methodology unfolds in five interrelated moments: first, "diagnosis", i.e., determining whether a situation involves ordinary legal difficulty or a genuine suspension of normativity; second, "risk assessment", i.e., evaluating the extent to which institutional blockage, normative erosion, and political fragmentation threaten legal continuity; third, "extraction of the norm from the situation", i.e., so that legal action does not rely upon abstract moralism imposed from outside the crisis but draws its normative content from the crisis itself; fourth, the "constitutive-interpretive act", i.e., in which the jurist remains attentive to legal tradition while acting beyond ordinary procedure to preserve or reopen legal possibility; and fifth, "legal re-absorption", i.e., through which the exceptional intervention is subsequently integrated into the established legal framework, preventing it from becoming a free-floating claim of force. The study further argues that the crisis of law cannot be understood solely at the domestic level. The weakening of the "great order", the broader structures of international legal and political authority that shape the conditions of domestic legality, reverberates upon the internal fragility of legal order. When these macro-frameworks lose efficacy, domestic institutions face intensified pressure, and law's capacity to maintain coherence diminishes correspondingly. The crisis must therefore be understood as layered and relational, connected both to political unity and to the broader orders that sustain law's intelligibility. These claims are illustrated through a case study of Imam Khomeini's decree of 17 Bahman 1366 (February 7, 1988) establishing the Expediency Discernment Council - treated as a paradigmatic instance of the constituent act. The decree was issued when ordinary legal and institutional mechanisms no longer sufficed to mediate the exigencies of governance while preserving the political-legal unity of the Islamic Republic. It neither abandoned legality nor remained imprisoned within ineffectual procedures, but operated as a juridically intelligible intervention safeguarding the condition of possibility of law itself. The subsequent constitutional entrenchment of the Council in the 1989 revision demonstrates the decisive moment of "legal re-absorption": what begins as an exceptional response is integrated into the renewed legal order. The study concludes that under conditions of suspended normativity, merely formal fidelity to ineffective rules may accelerate rather than prevent the dissolution of legality. The jurist must therefore assume an "ontological responsibility" for preserving the condition of possibility of law. This responsibility entails recognizing the normative call latent within crisis, safeguarding political unity as the foundation of legal intelligibility, and justifying those constituent acts through which legality can survive its own suspension. The constituent

act is not the negation of law. In threshold situations where ordinary legality has lost its effective horizon, it becomes the existential condition through which legal order can be preserved, regenerated, and restored to normative force.

Keywords: Crisis of Law, Suspension of the Horizon of Normativity, Constituent Act of Law, Constitutive Methodology, Political Unity, Great Order.



ایستادن در آستانه حقوق: بازآرایی روش‌شناسی علم حقوق در پرتو همبستگی متقابل حقوق و سیاست

مهناز بیات کمیتکی^۱، سید ناصر سلطانی^۲، ابراهیم دهنوی^۳

۱. استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. رایانامه: M_Bayat@sbu.ac.ir

۲. دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشکده‌های فاریابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران، رایانامه: Soltani.Naser@ut.ac.ir

۳. پژوهشگر دوره دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول). رایانامه: Dehnavi91@gmail.com

چکیده

بحران کنونی حقوق فراتر از نقض هنجارها، ماهیتی وجودی دارد که باید آن را «تعلیقِ افقِ قاعده‌مندی» نامید؛ وضعیتی که در آن، حقوق کارایی خود را به‌عنوان ابزارِ نظم‌بخشی به زیستِ جمعی و ساختارِ دولت از دست داده است. این پژوهش با اتخاذ رویکردی انتقادی نشان می‌دهد که روش‌شناسی‌های رایج در علم حقوق (پوزیتیویسم و هنجارگرایی و تفسیرگرایی)، به دلیل ابتنا بر پیش‌فرض «ثباتِ نظم»، در مواجهه با این وضعیتِ آستانه‌ای ناکارآمدند و کنش‌های حیاتی برای بقای نظم را یا نادیده می‌گیرند و یا به حوزه زورِ عریان می‌رانند. مقاله برای عبور از این بن‌بست، مفهوم «کنش مؤسس حقوق» را صورت‌بندی می‌کند؛ کنشی که در شرایط تعلیق نظم پیش از آنکه متکی به متن قانون باشد، از دل وضعیتِ انضمامی بر می‌خیزد و با «تفسیرِ اساس» و بازسازیِ «وحدتِ سیاسی»، امکانِ زایش مجدد قاعده را فراهم می‌آورد. درنهایت با معرفیِ «روش‌شناسیِ تأسیسی»، الگویی ارائه می‌شود که در آن حقوقدان با گذار از فرمالیسم حقوقی و پذیرش مسئولیتِ هستی‌شناختی در قبالِ «شرطِ امکانِ حقوق»، به‌مثابه سوزهای تأسیسی از فروپاشی شیرازه نظمِ نهادی جلوگیری می‌کند.

کلیدواژه‌گان: بحران حقوق، تعلیق نظم، کنش مؤسس، روش‌شناسی تأسیسی، وحدت سیاسی، نظم بزرگ.

تاریخ دریافت:

۱۴۰۴/۱۰/۱۲

تاریخ اصلاح:

۱۴۰۴/۱۲/۰۳

تاریخ پذیرش:

۱۴۰۴/۱۲/۱۹

تاریخ انتشار:

برخط:

۱۴۰۵/۰۱/۰۸

استناد: بیات کمیتکی، مهناز؛ سلطانی، سید ناصر و دهنوی، ابراهیم. (۱۴۰۵) ایستادن در آستانه حقوق: بازآرایی روش‌شناسی علم حقوق در پرتو همبستگی متقابل حقوق و سیاست، *حقوق عمومی تطبیقی*، ۳(۱)، ۳۱-۱.

<https://www.doi.org/10.22091/cpl.2026.15068.1091>



نوع مقاله: پژوهشی

© نویسندگان

ناشر: دانشگاه قم

مقدمه

بحران امروزِ حقوق، چیزی فراتر از نقض قواعد یا نادیده گرفتن هنجارها در فرایندِ عادیِ حکمرانی است. نقض قانون، همزادِ تاریخی حقوق بوده و به‌تنهایی نشان‌دهندهٔ بحرانی بنیادین در ساختار دولت نیست. آنچه امروز «بحران حقوق» نامیده می‌شود، در حقیقت «تعلیق افق حقوق» است، یعنی وضعیتی که حقوق کارایی خود را به‌عنوان ابزارِ مؤثرِ نظم‌بخشی و سامان‌دهی به زیست جمعی از دست داده است. در مواجهه با قانون در عصر حاضر، تعبیر شارل-آگوستن سنت-بوو صورتی انضمامی و حقوقی به خود می‌گیرد: «ما جز بر آستانه نمی‌توانیم ایستاد! و آنجا ایستادن نیز خود کاری سترگ است» (Sainte-Beuve, 1870: 22). ما گرفتار «بحران در قاعده‌مندی» شده‌ایم. در این فضا، وفاداریِ صوری و مکانیکی به قواعد موجود دیگر حافظ و ضامنِ نظم نیست و چه‌بسا به نتایجی پیش‌بینی‌ناپذیر و خطرناک برای کلیتِ حیاتِ سیاسی بینجامد. حقوق پدیده‌ای زنده است و باید بتواند در شرایط بحرانی، ظرفیت‌های نهادیِ خود را بازتولید کند. پرسش اصلی اینجاست: وقتی افق قاعده‌مندی پوشیده شده، حقوق چگونه می‌تواند دوباره قدرت نظم‌بخشی خود را بازیابد؟ آیا در زمانه‌ای که قاعده بماهو قاعده در وضع تعلیق قرار دارد، وفاداری به قواعد پیشین همچنان راهگشاست؟ پاسخ به این پرسش‌ها، به‌ویژه با توجه به گسست‌های بنیادین و تعلیق نظم فضایی در سطوح فراملی، نیازمند نگاهی هستی‌شناختی به وضعیت حقوق در شرایط تعلیق است. برای پاسخ به این پرسش‌ها، باید نگاهی انتقادی به روش‌های رایج علم حقوق داشت. مدعای مقاله حاضر این است که مکاتبی چون پوزیتیویسم و هنجارگرایی و تفسیرگرایی، همگی تحلیل خود را بر پایهٔ نظمی «مفروض» و «باثبات» بنا می‌کنند که کمابیش از مرجعیتِ نظری و عملی برخوردار است. در این نگاه، قاعدهٔ حقوقی یا اجرا می‌شود یا نقض و کنش حقوقی همواره در کشاکشِ این دو معنا دارد. دغدغهٔ این روش‌ها، محدود به چگونگی اجرای قواعد یا شیوهٔ تفسیر آن‌ها در چارچوبی از پیش تعیین شده است.

اما این روش‌شناسی‌ها در مواجهه با «وضعیت تعلیق» کارایی ندارند؛ وضعیتی که قواعد موجود دیگر کفایت سامان‌دهی وضعیت را ندارند و در عین حال اعراض کامل از قواعد نیز به فروپاشی ساختار دولت می‌انجامد. اینجا دیگر ابتدای تحلیل بر دوگانهٔ تقلیل‌گرای «اجرا یا نقض» راهگشا نیست. کنش‌هایی پدیدار می‌شوند که چون قاعدهٔ کارآمدی وجود ندارد، «اجرا» محسوب نمی‌شوند و چون هدفشان خروج از نظم و

تخریب نهاد نیست، «نقض» هم به شمار نمی‌آیند. همین کنش‌های نامتعارف‌اند که بی‌آنکه در چارچوب‌های رایج بگنجانند، امکان حیات مجدد حقوق را فراهم می‌کنند.

این کنش‌ها دقیقاً در فاصله میان «قاعده موجود» و «ضرورت نظم آینده» رخ می‌دهند. روش‌های مرسوم به دلیل پیش‌فرض «ثبات نظم»، این فاصله را نمی‌بینند. فروکاستن کنش حقوقی به دوگانه اجرا یا نقض در وضعیت تعلیق، به معنای نادیده گرفتن همان لحظه حیاتی است که حقوق می‌تواند از خطر انحلال بگریزد. نقد ما بر روش‌های رایج، پیش از آنکه نفی‌کننده دستاوردهای آن‌ها در شرایط عادی باشد، تلاشی است برای نشان دادن مرزهای اعتبارشان در لحظاتی که حقوق ناچار است خود را از نو بیافریند. هدف این مقاله، صورت‌بندی مفهومی و روش‌شناختی «کنش مؤسس حقوق» است. در غیاب نظم مستقر، حقوق باید خود را از دل «حرکت» و «وضعیت» بازتولید کند، نه با جمود بر قواعد پیشین. کنش مؤسس، تلاشی است برای تفسیر «اساس نظم» در مواجهه با واقعیت تازه تا امکان بازسازی قانون فراهم شود. امروز که ما شاهد تعلیق «نظم بزرگ» (نظم بین‌المللی) یعنی گسست میان قواعد کاغذی و واقعیت قدرت و سرایت تبعات آن به درون مرزهای حاکمیتی هستیم، اتکای صرف به هنجارهای گذشته، بی‌اثر و حتی برای بقای نظام‌های سیاسی مرگبار خواهد بود. در چنین وضعیتی، جوامع سیاسی به «آستانه تأسیس» بازمی‌گردند؛ نقطه‌ای که تداوم حقوق تنها با کنشی ممکن می‌شود که بتواند از دل تحولات واقعی جهان، امکان تازه‌ای برای قاعده‌مندی تمهید کرده و قاعده تازه‌ای بسازد. این نوشتار با توصیف وضعیت تعلیق، از امکان «تأسیس حقوقی» دفاع می‌کند و می‌کوشد مفهوم «کنش مؤسس» را تبیین نماید.

پیش از ورود به واکاوی انتقادی مکاتب، ضروری است مراد این پژوهش از سه مفهوم کلیدی روشن شود: نخست، «آستانه حقوق» به وضعیت مرزی و لرزانی اشاره دارد که در آن قواعد پیشین توانایی نظم‌بخشی خود را از دست داده‌اند و کلیت نظام حقوقی در میانه فروپاشی و نوزایش معلق است؛ دوم، «آستانه تأسیس» همان لحظه تاریخی و گریزناپذیری است که جامعه به نقطه صفر قاعده‌مندی بازمی‌گردد و ناگزیر است «شرط امکان قانون» را از نو بنا کند. درنهایت، «کنش مؤسس» به تصمیمی اطلاق می‌شود که دقیقاً در همین فضای آستانه‌ای رخ می‌دهد؛ کنشی که به جای اجرای مکانیکی قانون پیشین یا تخطی هرج‌ومرج طلبانه، تلاشی است ارادی و فرم‌بخش برای بازتولید ظرفیت قاعده‌مندی و حفظ شیرازه نهادی در برابر فروپاشی.

مقاله برای بسط این مدعا مسیر مشخصی دارد: نخست با نقد دوگانه رایج «اجرا یا نقض»، نارسایی مکاتب موجود را در شرایط تعلیق نشان می‌دهد. سپس با تعریف «کنش مؤسس» به مثابه «تفسیر اساس»، نسبت آن را با وضعیت واقعی، وحدت سیاسی مردم و امکان جذب در سیستم حقوقی روشن می‌سازد. در ادامه نشان می‌دهیم که چگونه بحران در سطح فراملی (تعلیق نظم جهانی)، این مسئله را از بحثی نظری به ضرورتی حیاتی در سطح ملی بدل کرده است. در پایان نیز، با ارائه «روش‌شناسی تأسیسی»، چارچوبی برای استخراج قاعده از دل وضعیت انضمامی پیشنهاد می‌گردد.

۱. نابسندگی روش‌شناسی‌های رایج در فهم کنش مؤسس حقوق

۱-۱. پیش‌فرض مشترک مکاتب رایج: مفروض گرفتن نظم

مکاتب مختلف حقوقی از پوزیتیویسم حقوقی^۱ گرفته تا هنجارگرایی^۲ و تفسیرگرایی^۳ با وجود اختلاف‌های بنیادین معرفت‌شناختی در یک پیش‌فرض هستی‌شناختی اشتراک دارند، آن‌ها ثبات و استقرار نهادی نظم حقوقی را مفروض می‌گیرند. این مکاتب حقوق را همواره در وضعیتی تحلیل می‌کنند که «قاعده» از پیش موجود است و وظیفه کارگزار حقوقی، تطبیق واقعیت پیش‌ارو با آن قاعده یا تفسیر آن است. نظم حقوقی در کلیت ساختاری خود پابرجا و معتبر انگاشته می‌شود، هرچند ممکن است در سطح خرد دچار اختلال یا کژکارکرد گردد.

در این چارچوب روش‌شناختی، هر کنشی که موضوع یک قاعده حقوقی باشد، در یک دوقطبی تقلیل‌گرایانه محصور می‌شود: لزوماً یا انطباق^۴ با آن قاعده است یا تخلف^۵ از آن و شقّ سومی وجود ندارد، زیرا حقوق یک تکنیک برای جهت‌دهی به رفتار است (Kelsen, 2008: 18-19). بر همین اساس، بحران حقوق نیز در این نگاه یا به ناکارآمدی ابزارهای اجرا تقلیل می‌یابد یا به انحراف هنجاری در ساحت رفتارها. پیامد روش‌شناختی این پیش‌فرض، ناتوانی مکاتب رایج در مواجهه با لحظه‌های «آستانه‌ای» است؛ یعنی زمانی که «امکان داشتن قاعده» متزلزل شده و حقوق بیش از همیشه به نیروی تأسیسی خود نیاز دارد تا از

1. Legal Positivism

2. Normativism

3. Interpretivism

4. Obedience

5. Delict

فروپاشی شیرازه دولت جلوگیری کند. در این لحظات، صحنه به سوی قُرمی تازه در «حرکت» است و «پرسش از امکانِ نظم» دوباره مطرح می‌شود. روش‌شناسی‌های موجود، امکان‌هایی را که حقوق برای بازتأسیس نظم دارد، نادیده می‌گیرند یا آن‌ها را به حوزه‌های بیرون از حقوق مانند سیاست، مصلحت یا زور عریان می‌سپارند (Loughlin, 2010: 334-336). فهم کنش مؤسس، نیازمند خروج از افق «نظم مفروض» و ورود به سطحی است که در آن، خودِ امکانِ نظم مسئله است.

۲-۱. پوزیتیویسم حقوقی و ناتوانی در دیدن آستانه تأسیس

پوزیتیویسم حقوقی، کنش حقوقی را محدود به اجرای هنجارها و اعمال صلاحیت‌هایی می‌داند که در ساختار نظام حقوقی تعریف شده‌اند. در این رویکرد حقوق مجموعه‌ای از دستورات یا قواعد است که اعتبارشان را از منابعی چون «عادت به اطاعت» (Austin, 1832: 166)، «هنجار پایه» (Kelsen, 1967: 193-221)، «قاعده شناسایی» (Hart, 1994: 94-99)، «منابع اجتماعی» (Raz, 1979: 37-52)، «پذیرش طرح مشترک» (Shapiro, 2011: 119) یا «قرارداد میان مقامات» (Coleman, 2001: 74-102) می‌گیرند. هر کنشی تنها زمانی حقوقی است که ذیل این موازین بگنجد. این نگاه، تحلیل را به نظامی تثبیت‌شده محدود می‌کند. پوزیتیویسم توانایی توضیح نقض قاعده در درون سیستم را دارد، اما وقتی خودِ قاعده کارایی‌اش را از دست می‌دهد، آن را واقعی صرفاً سیاسی می‌نامد و از دایره تحلیل حقوقی بیرون می‌گذارد. این مکتب، لحظه تأسیس و آستانه حقوق را به یک «مفروض منطقی معرفت‌شناختی» تقلیل می‌دهد تا انسجام سیستم حقوقی را به لحاظ نظری حفظ کند.

نارسایی رهیافت‌های پوزیتیویستی زمانی آشکار می‌شود که نظم حقوقی دچار «تعلیق» گردد. در این وضعیت، شکاف میان قواعد مکتوب و واقعیت نهادی چنان عمیق است که اجرای صوری قانون، به جای حفظ ثبات، به تشدید بحران دامن می‌زند. در چنین شرایطی، مرز میان «قانونی» و «غیرقانونی» شفافیت خود را می‌بازد؛ چراکه با زوال کارآمدی قواعد تثبیت شده، معیار داوری به لایه زیرین حقوق یعنی همان پیکره اجتماعی سازمان‌یافته بازمی‌گردد. در این لایه بنیادین، بقای کلیتِ نظم بر اجرای خشکِ هنجارها تقدم وجودی دارد (Romano, 2017: 23-25). پوزیتیویسم در این بن‌بست گرفتارِ دوگانه‌ای تقلیل‌گراست:

یا پافشاری بر اجرای قواعد موجود حتی به قیمت فروپاشی نظم و یا پذیرش اینکه اعتبار حقوقی زایل شده و «زورِ عریان» جای آن را گرفته است (Kelsen, 1967: 212-215).

در این میان، کنش‌هایی نادیده می‌مانند که در شکافِ میان قاعده و واقعیت عمل می‌کنند تا پیوستگی نهادی نظم را حفظ کنند؛ کنش‌هایی که به جای نقض حقوق، در پی صیانت از امکان تداوم آن در لایه‌ای بنیادین هستند. این اقدامات که تجلی حیاتِ حقوق به مثابه یک نهادِ زنده هستند، تداعیِ گرِ آن سنخ از خشونت‌انی اند که بنیامین آن را «خشونت قانون‌گذار»^۱ می‌نامد؛ خشونت‌انی که برای تضمینِ ثباتِ خودِ نظم ظهور می‌کند (Benjamin, 1996: 236-238). این خشونت پیش از آنکه با معیارِ «حقانیتِ وسایل» سنجیده شود، با هدفِ تثبیتِ جایگاه حقوق در تاریخ اعمال می‌گردد (ibid). از سوی دیگر، همان‌طور که متیو ابوت در تحلیل خود اشاره می‌کند، این کنش‌ها بیش از آنکه یک آنا‌رشی ساده باشند، نوعی «تخریبِ خلا‌قانه» برای مواجهه با پرسش‌های دشوارِ وضعیتِ حقوق در دنیای مدرن محسوب می‌شوند تا پیوستگی نظم حفظ شود (Abbott, 2014: 1-2)؛ چراکه بقای یک نظم بیش از آنکه وابسته به صلیبت قواعد باشد، در گرو در تواناییِ آن برای بازپس‌گیریِ قلمرو در لحظاتِ بحرانی نهفته است. این کنش‌ها که تجلی حیاتِ حقوق به مثابه یک نهاد هستند، از منظرِ پوزیتیویستی، «غیرحقوقی»، «پیش‌حقوقی» یا «پس‌حقوقی» تلقی می‌شوند، زیرا هنوز در قالب قاعده‌ای معتبر صورت‌بندی نشده‌اند. اما واقعیت آن است که همین کنش‌ها امکان باز صورت‌بندی قواعد و بازسازی نظم حقوقی را فراهم می‌کنند.

پوزیتیویسم حقوقی چون حقوق را تنها در وضعیتِ «پسا تأسیس» و در مقامِ «امرِ مستقر» (مؤسّس) می‌شناسد، از درکِ «لحظه تأسیس» و «کنشِ نگهداری از امکانِ قانون» ناتوان است.^۲ آرنت نشان می‌دهد که پوزیتیویسم در «دور باطل» قانون‌گذاری گرفتار است (Arendt, 1990: 184) و به تعبیر دریدا، این مکتب از درکِ آن «خشونتِ بنیان‌گذار»^۳ که نه عادلانه است و نه ناعادلانه، ناتوان است (Derrida, 1990:).

1. Law-making violence

۲. مقصود از «نگهبانی قانون»، پاسداری از اجرای صوری و مکانیکی قواعد از پیش موجود است؛ حال‌آنکه «نگهبانی از امکانِ قانون»، به معنای حفظِ پیش‌شرط‌های مادی و نهادیِ حقوق، یعنی حفظِ انسجامِ «دولت» و وحدتِ سیاسی است که بدون آن، اصولاً زایش و اجرای قانون بلاموضوع می‌شود. تفاوت بنیادین این رویکرد با مکتب حقوق طبیعی در آن است که حقوق طبیعی، قانون را با معیارهای پیشینی و انتزاعی اخلاقی می‌سنجد و دغدغه «ارزش» دارد؛ اما در نگرشِ تأسیسی، دغدغه کاملاً هستی‌شناختی و ناظر بر حفظِ بقایِ سیاسی و نهادیِ دولت در برابر خطر فروپاشی است.

3. Founding Violence

927). «کنش‌نگهبانی از امکان قانون» در واقع پاسداری از همان لحظه آغازینی است که اعتبارش را از یک «بنیاد مرموز»^۱ می‌گیرد؛ امری که در پوزیتیویسم حقوقی به نفع «نظم مؤسس» مصادره شده است. از این منظر، کنش‌های مؤسس چون برخاسته از «اراده» هستند^۲ و هنوز در قالب یک «قاعده عام» صورت‌بندی نشده‌اند، از دایره شمول حقوق خارج انگاشته شده و «غیرحقوقی» تلقی می‌شوند (Loughlin, 2010: 333). اما واقعیت این است که همین کنش‌های ارادی، امکان بازسازی و پویایی نظم حقوقی را فراهم می‌آورند. پوزیتیویسم با نگاهی که همواره معطوف به وضعیت «پس از تأسیس» و شرایط صوری قواعد است، پویایی نهفته در لحظات بحرانی و بنیادین را نادیده می‌گیرد و بدین ترتیب، پیوند حیاتی میان حقوق و ریشه‌های مادی آن را می‌گسلد (Loughlin, 2010: 335).

پیامد این غفلت ساختاری پوزیتیویسم حقوقی این است که در لحظات بحرانی، نظم حقوقی با بن‌بستی دوگانه روبه‌رو می‌شود: یا تصلب بر قواعدی که «واقعیت اثربخش» خود را از دست داده‌اند و یا سقوط در ورطه «تصمیم‌گرایی»^۳ و پذیرش اراده صرف و زورِ عریان (Loughlin, 2014: 221). این ناتوانی نتیجه مستقیم پیش‌فرض بنیادین این رهیافت است که پیش‌تر ذکر آن رفت. پوزیتیویسم با لحاظ کردن نظم حقوقی صرفاً در وضع باثبات، نسبت به «شرط امکان بقای نظم» یعنی همان «قدرت (قوه) مؤسس» که در مرز میان حقوق و سیاست ایستاده، نابینا می‌ماند و نمی‌تواند تبیین کند که چگونه یک نظم حقوقی در تلاطم‌ها خود را بازسازی می‌کند. به عبارت دیگر در این نگاه، «قدرت مؤسس» به یک مفهوم زائد^۴ تبدیل می‌شود (ibid: 218-219).

۳-۱. هنجارگرایی و خطر اخلاقی‌سازی حقوق

رویکردهای هنجارگرا در علم حقوق، بحران را فراتر از کاهش کارآمدی یا نقض قواعد دانسته و آن را گسست نظم حقوقی از مبانی توجیه‌گرش می‌بینند. در این قرائت کنش حقوقی معتبر، به جای تبعیت کورکورانه از متن قانون، بازخوانی آن ذیل هنجارهای (بایدهای) ایدئالی است که عمل حقوقی را به مثابه بخشی از یک

1. Mystical Foundation

۲. واژه لاتین Voluntas معادل Will در زبان انگلیسی است و در تاریخ اندیشه حقوقی غالباً در تقابل با Ratio (عقل) به کار می‌رود؛ به این معنا که قانون پیش از آنکه محصول کشف یک حقیقت عقلانی باشد، محصول «اراده» و تصمیم‌ی اجباری قوه مؤسس است.

3. Decisionism

4. Redundant

کل منسجم و اخلاقی مبتنی بر یکپارچگی، عدالت و کرامت انسانی بازسازی کند (Dworkin, 1986: 225-230). این رویکرد با نفی جدایی قاطع میان حقوق و اخلاق می‌کوشد با تزریق محتوای ارزشی به کالبد قواعد، بر عوارض بحران غلبه کند. گرچه این چرخش به سوی اصول، پاسخی رهایی‌بخش به بن‌بست فرمالیسم به نظر می‌رسد، اما در شرایط «تعلیق» که اجماع بر سر خود باید‌ها فرو ریخته می‌تواند به معضلی پیچیده‌تر دامن بزند. مشکل اینجاست که هنجارگرایی نیز، دقیقاً مانند پوزیتیویسم، افق تحقق مادی قواعد را مفروض می‌گیرد و فراموش می‌کند که هرگونه تفسیر اخلاقی از حقوق، در نهایت متکی به اقتدار و توان اعمال خشونت مشروع «دولت» است. همان‌گونه که رابرت کاور به درستی اشاره می‌کند، تفسیر حقوقی همواره در «میدانی از رنج و مرگ» رخ می‌دهد و قاضی هنجارگرا نیز بازوی اجرایی دولتی است که باید توان تحمیل این خوانش اخلاقی را داشته باشد (Cover, 1986: 1601-1608).

تفاوت هنجارگرایی با پوزیتیویسم این است که برای حفظ نظم، به جای تکیه بر اعتبار صوری، بر انسجام هنجاری تکیه می‌کند. این رویکرد در شرایط عادی نقشی اصلاح‌گرانه دارد، اما در وضعیت تعلیق جایی که پیوند هنجار و واقعیت قدرت گسسته شده و «اجتماع اصولی»^۱ فرو ریخته است این نحو اخلاقی‌سازی حقوق به نوعی انتزاع هنجاری می‌انجامد. هنجارگرایی در این لحظه با اصرار بر اصولی که پایگاه مادی خود را از دست داده‌اند، سعی دارد «تضاد وجودی» میان نیروهای سیاسی را به «اختلاف بر سر ایدئال‌ها» تقلیل دهد. نتیجه این وضعیت، تولید «حقوق انتزاعی ناتوان» است: حقوقی که شاید در آسمان باید‌ها معتبر باشد، اما بر روی زمین سفت واقعیت، فاقد قابلیت اجرایی برای مهار بحران یا بازتأسیس نظم است (Schmitt, 1988: 48-52).

نکته محوری این است که در شرایط تعلیق نظم، «هستی» نظم سیاسی بر «چیستی» اخلاقی آن مقدم می‌شود؛ زیرا بدون وجود نظم اصلاً امکانی برای تحقق ایدئال‌ها نیست. اگر ساختار حقوقی نتواند حداقلی از انسجام نهادی و اقتدار سیاسی را حفظ کند، افق داور هنجاری نیز فرومی‌ریزد. از این رو اخلاقی‌سازی حقوق در چنین وضعیتی، اگر بخواهد جایگزین «کنش مؤسس» شود، ناخواسته به تضعیف همان ایدئال‌هایی می‌انجامد که قصد دفاع از آن‌ها را دارد (Loughlin, 2010: 340-343). سخن بر سر نفی ارزش‌ها نیست،

بلکه تأکیدی بر نحوی تقدّم وجودی است: در شرایط تعلیق، پرسش نخست، به جای آنکه معطوف به پرسش «کدام اصل عادلانه‌تر است؟» باشد، معطوف به این است که «کدام کنش می‌تواند شرط امکان قاعده‌مندی را احیا کند؟» تنها پس از تثبیت این «بنیاد مادی» است که ارزش‌ها دوباره می‌توانند موضوع داوری حقوقی قرار گیرند. هنجارگرایی با نادیده گرفتن این تقدم، حقوق را به «اخلاقیاتی ناتوان» فرو می‌کاهد؛ زیرا هنجارهای ارزشی انتزاعی، در غیاب ساختار مادی و اقتدار سیاسی دولت، فاقد نیروی اجرایی و تضمین‌گر برای مهار بحران و بازسازی نظم‌اند (Schmitt, 2004: 54-56).

۴-۱. تفسیرگرایی و محدودیت افق متن‌محور

رویکردهای تفسیرگرا و نص‌محور^۱ کنش حقوقی را در افق «فهم و بازسازی معنا» صورت‌بندی می‌کنند. در این چارچوب، حقوق با عبور از قواعد خشک و اصول انتزاعی، در قامت «سنتی زنده» و نظامی معنادار تلقی می‌شود که انسجام آن با تفسیر مداوم حفظ می‌گردد. اینجا کنش حقوقی به‌ویژه کنش قضایی ماهیتی روایی و هرمنوتیکی می‌یابد؛ تلاشی برای پیوند دادن گذشته به آینده تا «بهترین خوانش ممکن» ارائه شود و زنجیره معنایی حقوق قطع نگردد (Dworkin, 1986: 47-53). این رویکرد در شرایط بسامان^۲ زمانی که هنوز افق معنایی مشترکی برقرار است نقشی حیاتی دارد. تفسیرگرایی با عبور از جمود فرمالیستی، به حقوق اجازه می‌دهد تا تحولات اجتماعی را به‌جای یک شوک بیرونی، در قامت بخشی از «تطور درونی سنت» هضم و نمایندگی کند. اما چشم اسفندیار این رویکرد، درست در نقطه «گسست» یا وضعیت تعلیق نظم آشکار می‌شود.

در وضعیت تعلیق چالش اصلی، فراتر از «ابهام معنایی» یا «تعارض تفاسیر»، همان گسست هستی‌شناختی میان متن و وضعیت انضمامی است. قواعد ممکن است به‌طور صوری حاضر باشند، اما نسبت خود را با اعمال قدرت و تهدیدهای وجودی از دست داده‌اند. تمرکز صرف بر ظرافت‌های تفسیری در چنین لحظه‌ای، خطر «بت‌وارگی متنی»^۳ را در پی دارد: یعنی ندیدن این واقعیت که متن در غیاب افق قاعده‌مندی، توان ساماندهی را از دست داده است. وقتی بستر نهادی آسیب ببیند، متن قانون هرچقدر هم منسجم تفسیر شود

1. Textualism/Originalism

2. Normalcy

3. Textual Fetishism

توان «سامان‌دهی هنجاری» را می‌بازد و به ادبیاتی بی‌دفاع در برابر زور بدل می‌شود (Cover, 1986: 1601-1608).

تفسیرگرایی، در مواجهه با این گسست، معمولاً یکی از دو راه را در پیش می‌گیرد. یا به تفاسیر هرچه موسّع‌تر و کش‌دارتر متوسل می‌شود تا هر طور شده از دل همان متون موجود پاسخی برای وضعیت بحرانی استخراج کند و یا از ورود به حوزه‌های سکوت متن پرهیز می‌کند. در هر دو حالت، امکان «زایش قاعده از دل وضعیت» از دست می‌رود. نکته کلیدی آن است که تفسیرگرایی نیز مانند دو مکتب دیگر، «افق تداوم روایی حقوق» را پیش‌فرض می‌گیرد (این پیش‌فرض که می‌توان با تفسیر درست، روایت حقوقی را بی‌وقفه و بدون گسست ادامه داد). اما در شرایط تعلیق، مسئله دقیقاً «گسست روایت» و لکنت زبان حقوق است. جایی که روایت بازمی‌ایستد، تفسیر کافی نیست و حقوق نیازمند تصمیمی است که افق تازه‌ای بگشاید. محدودیت بنیادین تفسیرگرایی، در تقلیل «کنش حقوقی» به «کنش تفسیری» است. کنش مؤسس گرچه از تفسیر بهره می‌برد، به آن محدود نمی‌شود؛ زیرا دغدغه آن پیش از خوانش متن، «حفظ امکان داوری» است. توجیه این تقدم در آن است که تا زمانی که پیش‌شرط مادی و نهادی لازم برای اجرای حکم (یعنی ساختار یکپارچه دولت) از طریق یک تصمیم تأسیسی حفظ نشود، ظرافت‌های تفسیر متنی عملاً بلا‌موضوع و فاقد ضمانت اجرا خواهند بود (Loughlin, 2010: 336-338).

۵-۱. غیاب کنش مؤسس در روش‌های رایج

واکاوی انتقادی پوزیتیویسم، هنجارگرایی و تفسیرگرایی، یک خلأ ساختاری مشترک را آشکار می‌کند: غیاب مفهومی و روش‌شناختی «کنش‌هایی» که حقوق را در لحظات فروپاشی ممکن می‌سازند. روش‌شناسی‌های رایج، کنش حقوقی را در افق نظمی «مفروض» تحلیل می‌کنند؛ نظمی که باید اجرا شود، یا به ارزش‌های بالاتر (ایدئال‌ها) ارجاع یابد و یا تداوم روایی‌اش با تفسیر ممکن گردد. درست به دلیل همین پیش‌فرض استقرار، آن‌ها قادر به دیدن و مضمون‌پردازی^۱ کنش‌هایی نیستند که نه کاملاً درون این نظم می‌گنجند و نه بیرون از حقوق قرار می‌گیرند.

در پوزیتیویسم این کنش‌ها «غیرحقوقی» نامیده شده و به سیاست تبعید می‌شوند. در هنجارگرایی نیز به دلیل آلودگی به عنصر زور، «نامشروع» یا «فاقد خلوص اخلاقی» تلقی می‌گردند. در تفسیرگرایی نیز آنجا که روایت دچار لکنت می‌شود، یا با تفاسیر متکلفانه پُر می‌شوند و یا حقوق دچار فلج معنایی می‌گردد. در هر سه حالت، آن لحظه حیاتی که حقوق باید خود را «از نو» ممکن سازد، از تحلیل بیرون می‌ماند. پیامد این نابسندگی‌ها، فروکاستن حقوق به نظامی صوری، اخلاقی ناتوان یا روایتی صرفاً متنی است. پژوهش حاضر بر آن است تا این خلأ را با صورت‌بندی «کنش مؤسس حقوق» پر کند؛ کنشی که در «آستانه» میان واقعیت و هنجار عمل می‌کند و حقوق را از خطر انحلال می‌رهاند.

پیامد گریزناپذیر این نابسندگی‌ها آن است که حقوق یا به نظامی صوری و بی‌اثر (منفصل از واقعیت قدرت) فروکاسته می‌شود، یا به اخلاقی آرمانی اما «ناتوان» بدل می‌گردد و یا به روایتی متنی محدود می‌شود که دیگر توان پیوند با وضعیت انضمامی را ندارد. در چنین اقی بسته‌ای، هر کنشی که بخواهد از فروپاشی نهایی نظم جلوگیری کند، ناچار یا «غیرحقوقی» نامیده می‌شود و یا به‌عنوان امری استثنایی، بیرونی و خطرناک طرد می‌گردد. در پاسخ به این بن‌بست، پژوهش حاضر بر آن است تا این خلأ بنیادین را با صورت‌بندی نظری «کنش مؤسس حقوق» پر کند؛ کنشی که در شرایط تعلیق نظم، به‌جای قرار گرفتن در بیرون حقوق، دقیقاً در «آستانه» میان واقعیت و هنجار عمل می‌کند و با بازتولید «امکان قاعده‌مندی»، حقوق را از خطر فروپاشی و انحلال می‌رهاند (Agamben, 2005: 28-31).

۲. کنش مؤسس حقوق در شرایط تعلیق نظم

۱-۲. ریشه‌شناسی بن‌بست: سلطه منطق دوتایی

ریشه بحران در روش‌شناسی‌های رایج را باید در لایه‌های عمیق‌تر «عقلانیت حقوقی مدرن» جست‌وجو کرد. همان‌طور که پیش‌تر آمد، دستگاه معرفتی علم حقوق برای مهار جهان پیچیده واقعیت، کنش‌ها را در شبکه‌ای مفهومی و دوگانه سامان‌دهی می‌کند: یک کنش یا «اجرای قاعده»^۱ است و یا «نقض قاعده»^۲. این خط‌کشی قاطع تا زمانی که نظم حقوقی ثبات دارد، شرط امکان قضاوت و ضامن امنیت حقوقی است؛

1. Compliance

2. Transgression

زیرا تکلیف تابعان حقوق را در برابر امر مجاز و ممنوع روشن می‌سازد. اما این ماشینِ دوگانه‌ساز در «وضعیت تعلیق» کارکرد خود را از دست می‌دهد.

در چنین وضعیتی، ذهنیت حقوقی معمولاً خود را میان دو گزینه مخیر می‌بیند: یا «اصلاحات جزئی» در چارچوب رویه‌های موجود و یا «انقلاب» و خروج کامل از نظم حقوقی. اما پرسش بنیادین این است آیا راه سومی وجود دارد که بدون افتادن در دام گسست انقلابی، از جمود بی‌حاصل بر قواعد ناکارآمد نیز بپرهیزد؟ پاسخ در مفهوم «کنش مؤسس»^۱ نهفته است. در لحظه تعلیق، ما با سنخ متفاوتی از کنش مواجه می‌شویم که ماهیتش در دوقطبی «تبعیت یا تخطی» نمی‌گنجد. این کنش «اجرا» نیست، چون قاعده کارآمدی وجود ندارد و «نقض» هم نیست، زیرا منطق درونی آن معطوف به نجات امکان حقوق است. روش‌شناسی‌های رایج به دلیل فقدان ابزار نام‌گذاری این «منطقه خاکستری»، ناچارند این کنش حیاتی را یا به‌عنوان امری «غیرحقوقی» به قلمرو زور عریان برانند و یا آن را به‌عنوان یک «تابهنجاری»^۲ طرد کنند (Loughlin, 2010: 334-336).

اصلاحات جزئی در شرایط فرسایش «کلیت نظم»، مانند تعمیر دیوارهای خانه‌ای است که پی آن در حال نشست است؛ تلاشی مکانیکی که روح قانون را نادیده می‌گیرد. از سوی دیگر، انقلاب به معنای گسست کامل و پذیرش خطر بازگشت به «وضعیت طبیعی» است. کنش مؤسس اما راهکاری است برای تبدیل تهدید فروپاشی به فرصت نوزایش؛ تلاشی برای «نجات قانون از طریق بازگشت به لحظه تأسیس». در این معنا، حقوقدان به‌جای دور انداختن قانون یا جمود بر متن خشک آن می‌پرسد: «اراده بنیادین شکل دهنده این نظم یا همان قوه مؤسس^۳ چه بوده است؟»

۲-۲. تعریف کنش مؤسس حقوق

کنش مؤسس حقوق را باید به‌طور ایجابی، نیرویی «فرم‌بخش» تعریف کرد؛ کنشی که در شرایط تعلیق قواعد مستقر، از دل وضعیت انضمامی برمی‌خیزد و با تحمیل شکلی از نظم بر ماده بی‌شکل واقعیت، امکان تازه‌ای برای قاعده‌مندی می‌آفریند. این کنش برخلاف کنش‌های عادی حقوقی، «درون» قواعد پیشین

1. Constituent Action

2. Anomaly

3. Constituent Power

نمی‌گنجد، اما «بیرون» از حقوق نیز قرار ندارد؛ بلکه جایگاه آن در «آستانه» است: مرزی لغزنده که در آن، حقوق هنوز تثبیت نشده، اما اراده معطوف به آن موجود است (Arendt, 1990: 179-185).

تفاوت بنیادین کنش مؤسس با «تخلف» در جهت‌گیری غایی آن است. تخلف حرکتی است معطوف به نفی اعتبار و تضعیف امکان داوری. حال آنکه کنش مؤسس، دقیقاً معطوف به «بازسازی مرجعیت» و احیای شرط امکان داوری است. ازاین‌رو، کنش مؤسس بیش از آنکه «قاعده‌گریز» باشد، ماهیتاً پدیده‌ای «قاعده‌زا» است. این رخداد زمینه صورت‌بندی مجدد هنجار یا نهاد حقوقی را فراهم می‌آورد و بدین‌سان، به جای آنکه دشمن حقوق انگاشته شود، «نیروی پیشران» و شرط امکان تداوم آن محسوب می‌شود (Negri, 1999: 1-15). حاکم در وضعیت استثنایی یا «اساس موجود را حفظ می‌کند و نظم را اعاده می‌گرداند، یا اساس جدیدی برای هستی سیاسی ملت خود می‌آفریند» (سلطانی و احمدی ۱۴۰۳: ۱۲۲).

دقیق‌ترین تعبیر برای کنش مؤسس در وضعیت‌های آستانه‌ای، «تفسیر اساس» است. در شرایط عادی، حقوقدان به تفسیر «متن» می‌پردازد؛ اما وقتی متن در برابر سیالیت واقعیت ناکارآمد می‌شود، باید به «اساس» یا «نیت بنیادین» نظم رجوع کند. اساس قانون، همان «جهت‌گیری وجودی» و «تصمیم سیاسی کلانی» است که نظم حقوقی بر آن بنا شده است. پرسش حقوقدان در این لحظه چنین است: «قصد قانون‌گذار مؤسس از تأسیس این نظم چه بوده است؟» پاسخ به این پرسش، بازخوانی آن «قصد» در افق «اکنون» است (Ackerman, 1991: 65). برای مثال اگر قصد بنیادین «حفظ کرامت» یا «تضمین عدالت» بوده و اکنون اجرای‌صوری یک قاعده ناقض آن است، کنش مؤسس حکم می‌کند که برای «وفاداری به اساس»، باید از «ظاهر متن» عبور کرد.

۲-۳. نسبت کنش مؤسس با وضع انضمامی

کنش مؤسس همواره از «وضع انضمامی» آغاز می‌شود، نه از متن انتزاعی؛ مقصود لحظه‌ای است که امکان «وحدت سیاسی» و «انسجام نهادی» به‌مثابه پیش‌شرط‌های مادی وجود حقوق به خطر افتاده است. کنش مؤسس پاسخی حقوقی به این خطر است. توجه به وضعیت به‌دور از تسلیم شدن به مصلحت‌سنجی دلبخواهی، تلاشی است برای تشخیص اینکه کدام آرایش حقوقی می‌تواند «شیرازه زیست جمعی به‌مثابه یک وحدت سیاسی» را حفظ کند. کنش مؤسس، میانجی میان «واقعیت» و «قاعده» است (Schmitt, 1987: 23).

57-43 (2004) و دقیقاً در نقطه‌ای عمل می‌کند که اصرار بر قُرم سابق به فروپاشی می‌انجامد و رها کردن قُرم نیز به هرج و مرج ختم می‌شود.

۴-۲. تمایز کنش مؤسس از تصمیم سیاسی و زور عریان

یکی از مخاطرات نظری، خلطِ کنشِ مؤسس با «تصمیم‌گرایی» است. در تصمیم‌گرایی، اراده حاکم قانون را تعلیق می‌کند تا نظم را با تصمیمی شخصی برقرار سازد، اما کنشِ مؤسس ماهیتی متفاوت دارد. در اینجا، حقوقدان یا کارگزارِ حقوقی به دور از میل شخصی و منحصرأً با اتکا به «ضرورت حفظ وحدت سیاسی» عمل می‌کند. مشروعیتِ این کنش ریشه در «قوة مؤسس» مردمی دارد که در جست‌وجوی فرمی برای تداوم حیاتِ جمعی خویش‌اند (Negri, 1999: 25).

بنابراین کنشِ مؤسس اگرچه در لحظه اجرا ممکن است از تشریفاتِ صوری فاصله بگیرد، همواره خود را در برابرِ «اساسِ نظم» پاسخ‌گو می‌داند. خشونتِی که ذاتاً تکین و گریزپا باشد و تن به هیچ صورت‌بندی کلی ندهد، «اعمالِ زورِ عریان» است و از دایره حقوق بیرون می‌ماند. معیارِ دقیقِ تفکیک، «قابلیتِ بازجذبِ حقوقی» است. ساختارِ کنشِ مؤسس به گونه‌ای است که «می‌توان» در آینده آن را در قالب قاعده، رویه یا نهادِ حقوقی صورت‌بندی کرد. همین «تعهد به قاعده‌مندیِ آینده» (Lindahl, 2013: 155-168) است که ماهیتِ آن را از اراده خودسرانه دیکتاتور (که پاسخگو به هیچ افقِ کلی و حقوقی نیست) متمایز می‌سازد. کنشِ مؤسس، «مسئولیت‌پذیرانه» است. لذاست که تأکید می‌شود کنشِ مؤسس با هدفِ تأسیسِ قانون انجام می‌شود، نه برای رهایی از قیدِ قانون.

۵-۲. پیوند کنشِ مؤسس با حفظ وحدتِ سیاسی مردم

در تحلیلِ نهایی، کنشِ مؤسس حقوق را باید در پیوندِ وجودی با مسئله «وحدتِ سیاسی» فهم کرد. وحدتِ سیاسی در اینجا، فراتر از یک «قرارداد اجتماعی» صوری میانِ افرادی انتزاعی (آن گونه که در لیبرالیسم کلاسیک تصویر می‌شود)، به معنای «اراده اگزیستانسیال» یک ملت برای تداومِ زیستِ خود در قالبِ یک «کُل واحدِ سیاسی» است. بدین لحاظ، غایتِ کنشِ مؤسس، بیش از آنکه حل و فصلِ یک تعارضِ حقوقی جزئی باشد، معطوف به جلوگیری از «فروپاشی قُرم سیاسی» است.

بدون حفظ این هسته سخت وحدت، امکان هرگونه قاعده‌مندی، داوری و حتی منازعه حقوقی منتفی است؛ چراکه حقوق همواره نیازمند بستری از «همبستگی پیشین» است تا بتواند در آن عمل کند. از این رو، کنش مؤسس همواره ناظر به تداوم یک «ما» ی سیاسی است؛ «ما» بی که اگر فاقد صورت‌بندی حقوقی شود، به سرعت به توده‌ای بی‌شکل یا جماعتی متخاصم فرومی‌کاهد. این پیوند، معیار بنیادین دیگری برای سنجش مشروعیت کنش فراهم می‌کند: هر کنشی که به نام تأسیس، شیرازه همبستگی سیاسی را از هم بگسلد، حتی اگر در کوتاه‌مدت کارآمد باشد، در نهایت با نابود کردن «سوژه جمعی»، علیه شرط امکان حقوق عمل کرده است.

۳. تعلیق نظم بزرگ و دگرگونی جایگاه کنش حقوقی

۳-۱. تعلیق نظم بزرگ به مثابه وضعیت تاریخی جدید

برای فهم ضرورت کنش مؤسس در حقوق عمومی معاصر، باید پیوند ارگانیک میان «حکمرانی داخلی» و «نظم فضایی بین‌المللی» را بازشناسی کرد. پدیده «تعلیق» با عبور از مرزهای دولت‌ملت یا نظام‌های حقوقی داخلی (وضعیت اضطراری کلاسیک) به سطحی فراگیرتر یعنی سطح «نظم بزرگ» یا «فضای بزرگ»^۱ سرایت کرده است.

قواعدی که در سده گذشته نقش چارچوب بالادستی را برای تنظیم روابط میان دولت‌ها و مهار تعارضات ایفا می‌کردند، در بزنگاه‌های خطیر امروز کارکرد خود را از دست داده‌اند. تعلیق نظم بزرگ به این معنا نیست که قواعد و اسناد حقوق بین‌الملل از میان رفته‌اند یا بوروکراسی نهادهای جهانی برچیده شده است. مسئله یک «گسست ساختاری» میان ادعای جهان‌شمولی قواعد و واقعیت تکه‌تکه شده اعمال قدرت است. در این وضعیت، حقوق بین‌الملل از مقام «قانون محدود کننده» تنزل یافته و به «تکنیک استراتژیک»^۲ بدل می‌شود؛ ابزاری که به جای مهار قدرت، در خدمت توجیه حقوقی جنگ و مدیریت منازعه توسط همان متولیان نظم جهانی به کار می‌رود (Kennedy, 2006: 89-92). نتیجه زوال اطمینان عملی به کارکرد مهارکنندگی قواعد در لحظات حیاتی است.

1. Großraum

2. Lawfare

به بیان دقیق‌تر، تعلیق نظم بزرگ نشانگر شکافی پرنشدنی میان «زبان حقوق» و «واقعیت قدرت» در مقیاس سیاره‌ای است. حقوق بین‌الملل همچنان به‌عنوان «زبان مشروعیت‌بخشی» حضور دارد، اما توان «سامان‌دهی هنجاری» را از دست داده است. این شکاف فراتر از یک انحراف موقتی یا تخلف قابل اصلاح، نشانگر ورود ما به یک گسل تاریخی است؛ وضعیتی که خود امکان کنش حقوقی مؤثر در سطح جهانی را دگرگون می‌سازد.

۳-۲. پیامد روش شناختی تعلیق نظم بزرگ برای حقوقدان

هنگامی که تعلیق نظم بزرگ رخ می‌دهد، وضعیت حقوقی به حالتی میل می‌کند که می‌توان آن را «بی‌پشتوانگی حقوقی» نامید: زبان حقوقی حاضر است، متون و معاهدات موجودند، نهادها نیز بوروکراسی خود را حفظ کرده‌اند، اما در لحظات تعیین‌کننده، ضمانت عملی قاعده‌مندی فرومی‌ریزد. در چنین وضعی، اصرار بر تکرارِ صوریِ هنجارهای پیشین بی‌آنکه «کنشی مؤسس» برای تبدیل وضعیت به قاعده صورت گیرد به نوعی مونولوگ یا «خودتنهانگاری حقوقی»^۱ می‌انجامد؛ یعنی شکل‌گیری گفتاری خودبسنده که تنها در ذهن کارگزار حقوقی معنادار است، نه در واقعیت در حال تحول و متخاصم جهان.

حقوقدان در این شرایط دیگر نمی‌تواند «ثبات» و «کارآمدی» نظم جهانی را پیش‌فرض تفسیر خود قرار دهد. اهمیت این امر آنجاست که فروپاشی افق تنظیم‌گر جهانی، مستقیماً بحران را به درون مرزها پمپاژ کرده و ساختار حکمرانی داخلی را به چالش می‌کشد. از منظر روش‌شناختی، نهاد حقوقی باید اتکای مکانیکی به قواعد فراملی را کنار بگذارد تا بتواند بر اولویت حقیقی خود یعنی «حفظ امکان نظم حقوقی داخلی» و صیانت از بقای نهاد دولت تمرکز نماید (Dyzenhaus, 2006: 50-53). این چرخش واکنشی است برای صیانت از هسته سخت حقوق در برابر آشوب بیرونی.

مثال روشن این امر وضعیت نظام‌های سیاسی است که زیر فشار محاصره اقتصادی، تهدید نظامی یا «جنگ حقوقی»^۲ قرار دارند. اگر دولتی در محاصره قدرتی مسلط، بخواهد رویه‌های گند و قواعد «وضعیت عادی» را در نظام اداری و تقنینی خود به نحو صوری رعایت کند بی‌آنکه ظرفیت‌های حقوقی و نهادی خود را متناسب با تهدید بقا بازآرایی نماید درواقع حکم فلج شدن نظام حکومتی خود را امضا کرده است. زیرا او

1. Legal Solipsism

2. Lawfare

قواعدی را مفروض گرفته که طرف مسلط، خود را به آن‌ها ملتزم نمی‌داند و پیامد آن فروپاشی درونی است. به تعبیر قاضی رابرت جکسون، اگر دادگاه منطق حقوقی را با واقعیت عملی و ضرورت‌های بقای سیستم بیگانه سازد، «منشور حق‌ها را به پیمان خودکشی تبدیل خواهد کرد» (Terminiello v. City of Chicago, 1949). سخن در اینجا بیش از آنکه دعوت به نقض حقوق باشد، فراخوانی برای فهم این واقعیت است که حقوق داخلی در شرایط تعلیق محیط پیرامونی، تنها با «کنش مؤسس» زنده می‌ماند؛ کنشی که با عبور از فرمالیسم، ظرفیت‌های لازم برای قاعده‌مندی و اداره بحران را بازتولید کند.

در تعلیق نظم بزرگ، وظیفه حقوقدان تشخیص ماهیت وضع انضمامی و استخراج امکان قاعده‌مندی از دل آن است: گاه با وضع قاعده نو و گاه با تفسیری تأسیسی. این کنش به‌منزله حرکت از «وضعیت» به سوی «قاعده» است، نه خروج از دایره حقوق تا قابلیت بازجذب حقوقی و توجیه‌پذیری مشروعیت‌بخشی آتی تضمین گردد.

۳-۳. وحدت سیاسی مردم به مثابه «لنگر هستی‌شناختی» حقوق

در جهانی که «نظم بزرگ» معلق است، مسئله «انسجام درونی» یا «وحدت سیاسی» از دغدغه‌ای امنیتی فراتر رفته و به بنیادی‌ترین مسئله «حقوق» بدل می‌شود. در اینجا، مقصود از وحدت سیاسی، تداوم «فرم سیاسی» مردمی است که بتوانند خود را ذیل یک نهاد سرپرست و یک نظم حقوقی مشترک بازشناسی کنند، تعارضات اجتناب‌ناپذیر خود را در چارچوبی واحد کانالیزه نمایند و از سقوط به ورطه پراکندگی، آشوب و نهایتاً در غلتیدن به جنگ داخلی بگریزند. بدون حفظ این فرم متمرکز نه تنها امنیت، بلکه خود «امکان داوری»، توزیع حق‌ها و «امکان قاعده‌مندی» به نحو نهادی از میان می‌رود (Heller, 2019: 230-245).

از این رو، معیار سنجش اعتبار کنش حقوقی در شرایط تعلیق تغییر می‌کند: معیار داوری در اینجا با عبور از انطباق مکانیکی با متون، همان «اثر وجودی» کنش بر حفظ وحدت سیاسی کالبد جامعه است. این یک معیار «حقوقی» است؛ زیرا حقوق عمومی همواره نیازمند بستری از یک «ما»ی سیاسی منسجم و نهادینه شده است. تأکید بر تقویت «ساخت قدرت ملی» و «ظرفیت حکمرانی» در این افق بیش از آنکه به معنای تقدیس قدرت یا دادن چک سفید امضاء به دستگاه حکومت باشد، نشان دهنده آن است که حقوق باید بتواند «بنیان‌های مادی» لازم برای تداوم خود نظم را تولید کند. حقوقدانی که نسبت به این ضرورت نهادی

بی‌اعتنا باشد، شاید در ساحت انتزاع از حقوق دفاع کند، اما در واقعیت تیشه به ریشه «شرط امکان حقوق» زده است (Loughlin, 2000: 209-215).

۳-۴. دگرگونی نقش حقوقدان: از تکنیسین به کنشگر انسجام

در این افق بحرانی، نقش حقوقدان و نهادهای حقوقی دچار دگردیسی بنیادین می‌شود. کارگزار حقوقی دیگر نمی‌تواند به نقش «تکنسین صوری» یا مفسر منفعل قناعت کند؛ بلکه باید مسئولیت هستی‌شناختی «حفظ شرط امکان قانون» را بر عهده گیرد. او باید هر کنش تفسیری یا تأسیسی را با این معیار بسنجد: آیا این تصمیم، شیرازه وحدت سیاسی جامعه و توانمندی نهاد دولت را تحکیم می‌کند یا آن را در دام فرمالیسم به سمت گسست و اضمحلال می‌راند؟

این تغییر نقش به معنای سیاست‌زدگی حقوقدان یا توجیه قدرت خودکامه نیست. برعکس، این نوعی «وفاداری رادیکال» به منطق درونی حقوق است: وفاداری به این اصل که بدون بستر منسجم مادی، هیچ قاعده‌ای اجرا نمی‌شود. کنش مؤسس، «ایستادن در نقطه صفر مسئولیت» است؛ جایی که سوژه حقوقی می‌پذیرد نجات کلیت «قانون»، گاه در گرو عبور موقت از «متن» و بازسازی امکان و ساختار «نظم» است (Schmitt, 2015: 79-90).

۳-۵. پیوند کنش مؤسس با تقویت ساخت قدرت ملی

در نهایت کنش مؤسس حقوق در مواجهه با پیامدهای تعلیق نظم بزرگ، پیوندی ناگسستنی و اجتناب‌ناپذیر با مسئله «تحکیم ساخت قدرت ملی» می‌یابد. نهاد حقوق، اگر نتواند به تولید و تقویت «ظرفیت‌های نهادی»^۱ و «سرعت تصمیم‌سازی در وضعیت اضطراری» و «تاب‌آوری ساختاری» یک جامعه یاری رساند، به سرعت به زبانی بی‌اثر و زینتی بدل می‌شود. از این رو، کنش حقوقی مؤسس همواره واجد بُعدی «سازنده» در نسبت با اقتدار حاکمیتی است؛ بی‌آنکه به «ابزار محض» زور غیر پاسخگو فروکاسته شود.

نکته ظریف در اینجا است که تقویت ساخت قدرت ملی در این چارچوب، بیش از آنکه یک هدف ایدئولوژیک یا سیاسی بیرونی باشد، «شرط امکان درونی» تداوم نهاد حقوق است. حقوق برای آنکه «حقوق» بماند (و نه موعظه اخلاقی یا کلماتی روی کاغذ)، نیازمند بدنه‌ای مادی است که بتواند هنجار را

1. State Capacity

در جهان واقع محقق کند. نادیده گرفتن این نسبت حیاتی، حقوق را از درون تهی و بی‌دفاع می‌سازد؛ زیرا هنجار حقوقی ذاتاً خودبسنده نیست و برای تحقق واقعی و انضمامی در جامعه، نیازمند پشتیبانی مادی و اقتدار نهاد دولت است. حقوقی که از مواجهه با «واقعیت سخت قدرت» بگریزد و دامن خود را آلوده ضرورت‌های تأسیس نکند، به موعظه‌ای اخلاقی تنزل یافته و دیر یا زود از صحنه واقعیت حذف خواهد شد (Heller, 2019: 235-238).

۳-۶. تعلیق نظم بزرگ به مثابه «لحظه حقیقت»

در تحلیل نهایی، پدیده «تعلیق نظم بزرگ» فراتر از یک بحران گذرا، حکم یک آزمایشگاه روش‌شناختی را دارد: میدانی که در آن، عیار مفاهیم علم حقوق آشکار می‌شود و روشن می‌گردد که رویه‌های حقوقی در کدام نقطه همچنان نیرویی زنده و سامان‌بخش برای اداره جامعه‌اند و در کدام نقطه به «الفاظی تهی و تشریفاتی» فروکاسته شده‌اند. در این آزمایشگاه، جمود بر ظواهر متون پیشین بدون جسارت ورود به کنش مؤسس و بازاریابی نهادی به جای آنکه نشانه فضیلت باشد، از نوعی «نیهیلیسم هنجاری» پرده برمی‌دارد که درنهایت به فروپاشی واقعی ظرفیت‌های ملی و انحلال سوژه حقوقی مستقل می‌انجامد.

ازاین‌رو، واکاوی وضعیت نظام بین‌الملل در این پژوهش، تلاشی بود برای انتقال مفهوم «کنش مؤسس» از سطح انتزاع نظری به سطح «ضرورت انضمامی» حقوق داخلی. در این سطح پرسش از چگونگی بقای حقوق در سایه تهدیدات کلان، با خروج از قالب یک تفنّن فکری و معماپردازی آکادمیک، به یک «امر وجودی» برای نظام‌های حکمرانی بدل می‌شود؛ امری که مرز میان «تداوم حیات مدنی ذیل یک نظام حقوقی کارآمد» و «سقوط به برهوت بی‌قانونی» را ترسیم می‌کند. در عصر تعلیق، نظم حقوقی درون‌مرزی تنها به شرط «تأسیس مداوم» و اتکا به نیروی زنده و پویای قوه مؤسس، قابلیت تاب‌آوری خواهد داشت (Negri, 1999: 30-33).

۴. روش‌شناسی تأسیسی: الگوی کنش حقوقی در شرایط تعلیق نظم

۴-۱. نقطه عزیمت روش‌شناسی تأسیسی: وضعیت، نه قاعده

روش‌شناسی تأسیسی با جابه‌جایی نقطه آغازین تحلیل شکل می‌گیرد. روش‌های معمول از «قاعده» شروع می‌کنند و می‌کوشند واقعیت را با آن تطبیق دهند؛ اما این روش‌شناسی از «وضعیت» آغاز می‌کند. اینجا

مقصود از «وضعیت»، فراتر از داده‌های خام آماری، اشاره به «لحظه‌ای بحرانی» دارد که در آن کلیت نظم و امکان قاعده‌مندی در خطر است. در این نگاه وضعیت یک «فراخوانِ هنجاری» است؛ هشداری که نشان می‌دهد شکاف میان واقعیت و متن قانون دیگر قابل چشم‌پوشی نیست. روش‌شناسی تأسیسی، حقوق را دقیقاً در همین شکاف احضار می‌کند تا از دل واقعیت، نظم نوینی استخراج کند (Schmitt, 2005: 12-15).

۲-۴. گام نخست: تشخیص وضعیت و توصیف آن

نخستین گام در روش‌شناسی تأسیسی، تشخیص دقیق وضعیت و توصیف آن است. مقصود ما در اینجا، به‌دور از یک توصیف سیاسی، داوری ارزشی یا مصلحت‌جویی، دستیابی به یک «تشخیص حقوقی دقیق» از وضعیت و داوری در باب «اعتبارِ کارکردیِ هنجار» است. از سوی دیگر، این یک تشخیص حقوقی بنیادین است (نه امری فنی یا تکنیکی)؛ زیرا مستقیماً به امکان داوری و قاعده‌مندی مربوط می‌شود. این گام، لحظه‌ای است که حقوقدان درمی‌یابد شکاف میان «قواعد اعلامی» و «واقعیت اعمال قدرت» به نقطه بحرانی رسیده است؛ نقطه‌ای که در آن، اصرار بر اجرای مکانیکی متن، به جای نظم‌بخشی، به تولید آنومی یا تضعیف انسجام سیستم می‌انجامد. این نقطه‌ای است که ما آن را «تعلیق افقی قاعده‌مندی» نامیدیم. ناتوانی از برداشتن این گام دو پیامد دارد: یا حقوقدان به جمود صوری بر قواعد پیشین می‌افتد و به تولید حقوق بی‌اثر کمک می‌کند، یا با انکار حقوق، به تصمیم‌گرایی عریان تن می‌دهد. روش‌شناسی تأسیسی دقیقاً برای پرهیز از این دو افراط طراحی شده است.

۳-۴. گام دوم: تحلیل خطر فروپاشی انسجام

پس از تشخیص وضعیت و توصیف آن، حقوقدان باید خطرات واقعی فروپاشی انسجام حقوقی و سیاسی را تحلیل کند. این تحلیل، معطوف به پاسداری از «عناصر قوام‌بخش نظم» است. پرسش کلیدی این است: اگر وضعیت تعلیق ادامه یابد، کدام‌یک از ارکان نظم اعم از زیرساخت‌های نهادی، امنیتی، اقتصادی یا نمادین در معرض زوال قرار می‌گیرند؟ و زوال آن‌ها چه پیامدی برای نظم حقوقی و امکان داوری حقوقی در صحنه پیش‌رو خواهد داشت؟ این مرحله را نیز نباید با «مصلحت‌سنجی سیاسی» (به معنای ماکیاولیستی آن) خلط کرد. این گام در حقیقت توجه به «صورت حقوقی ضرورت» است. در اینجا مفاهیمی همچون

«وحدت ملی» یا «قدرت دولت» به عنوان «پیش شرط‌های مادی حقوق» موضوع محاسبه و تحلیل قرار می‌گیرند.

۴-۴. گام سوم: استخراج هنجار از دل وضعیت

هسته روش‌شناسی تأسیسی در این گام شکل می‌گیرد: کشف امکان قاعده در دل آشوب وضعیت. حقوقدان به جای جست‌وجوی قاعده‌ای آماده در کتاب قانون می‌پرسد: کدام صورت‌بندی حقوقی می‌تواند نظم را در این لحظه خاص بازتولید کند؟ قاعده در اینجا، به جای نزول از آسمان انتزاع، در فرآیند اصطکاک حقوق با واقعیت صورت‌بندی می‌شود. این عمل، نه جعل دلبخواهی قانون که پاسخی حقوقی به اقتضائات اجتناب‌ناپذیر وضعیت است. کارویژه اصلی حقوقدان در این مرحله «تعیین حدود»^۱ است. او پس از شناسایی حرکت جامعه، به جای تسلیم محض در برابر آن (که به پوپولیسم می‌انجامد)، می‌کوشد «نیرو» را به «نهاد» و «حرکت» را به «قاعده» تبدیل کند. حقوقدان با ابزار «تفسیر اساس»، فرمی حقوقی پیشنهاد می‌دهد که بتواند وضع جدید را کانالیزه کند. پرسش این است: اگر اراده مؤسس امروز با این وضع مواجه می‌شد، چه فرمی را برمی‌گزید؟ این «حدگذاری نوین»، لحظه زایش قانون است. هنر حقوقدان مؤسس، ساختن مجرای قانونی برای حرکت انضمامی است تا از تبدیل شدن آن به خشونت عریان جلوگیری کند.

۴-۵. گام چهارم: کنش ترکیبی (تفسیری-تأسیسی)

کنش حقوقی در این روش‌شناسی، ماهیتی «دووجهی» می‌یابد. حقوقدان از یک سو به ذخیره متنی (قوانین، رویه‌ها، اصول) ارجاع می‌دهد تا پیوستگی نظم حقوقی را حفظ کند و از سوی دیگر، آن‌ها را در افقی رادیکال و تازه «بازخوانی» می‌کند تا پاسخ‌گوی وضعیت تعلیق باشند. این کنش به جای آنکه صرفاً نقض قانون یا اجرای تحت‌اللفظی آن باشد، کنشی است که قانون را «از درون دگرگون می‌سازد» تا بتواند همچنان زنده و داوری‌پذیر باقی بماند. در این معنا، تفسیر با عبور از تکرار ملال‌آور گذشته، به لحظه‌ای بدل می‌شود که روایت حقوقی، با جهشی کیفی، افق تازه‌ای می‌یابد. این همان نقطه تلاقی تفسیر و تأسیس است (Dyzenhaus, 2006: 54-58).

۴-۶. گام پنجم: پیش‌بینی داوری و بازجذب حقوقی

آخرین گام «تضمین بازگشت به حقوق» است. هر کنش مؤسس باید به گونه‌ای معماری شود که قابلیت «بازجذب حقوقی» داشته باشد؛ یعنی بتوان در آینده آن را به‌عنوان قاعده یا رویه‌ای مشروع بازشناسی کرد. این قابلیت، مرز قاطع میان «کنش مؤسس» و «استبداد» است. کنشی که ذاتاً گریزپا باشد و تن به هیچ صورت‌بندی کلی ندهد، «حقوقی» نیست. روش‌شناسی تأسیسی با التزام به این «افق داوری متأخر»، وفاداری خود را به منطق درونی حقوق حفظ می‌کند.

«حد» جدیدی که برای حرکت جامعه تعریف می‌شود، باید بتواند باب گفت‌وگو را میان قانون و شهروندان بگشاید. قانونی که صرفاً فرمانی خشک باشد، در وضعیت تعلیق شنیده نمی‌شود؛ اما قانونی که حاصل «به سخن درآوردن اساس» باشد و پاسخی به نیازهای وجودی جامعه بدهد، مشروعیت‌آفرین است. هدف نهایی روش‌شناسی تأسیسی، بازسازی «وحدت سیاسی» در پس‌اند رخداد و در آئینه اصول بنیادین است.

۵. نمونه‌ای از کنش مؤسس: عبور از بن‌بست حکمرانی در تجربه جمهوری اسلامی

کاربست روش‌شناسی تأسیسی در عرصه حقوق عمومی داخلی را می‌توان در یکی از بزنگاه‌های تاریخی جمهوری اسلامی ایران ردیابی کرد: فرمان ۱۷ بهمن ۱۳۶۶ امام خمینی رحمته‌الله مبنی بر تشکیل «مجمع تشخیص مصلحت نظام». این رخداد، نمونه ظهور یک «کنش مؤسس» برای نجات ظرفیت حکمرانی از بن‌بست فرمالیسم رویه‌ای است.

در میانه دهه شصت، ماشین قانون‌گذاری کشور دچار فرسایش و انسداد کارکردی شده بود. از یک سو، شورای نگهبان بر اساس وظیفه ذاتی خود، قرائتی مبتنی بر فقه سنتی از موازین شرع و اصول قانون اساسی قرار داشت و بر این اساس به ارزیابی مصوبات مجلس می‌پرداخت و از سوی دیگر، ضرورت‌های برآمده از جنگ تحمیلی و نیاز به بازسازی اقتصاد سیاسی کشور، مستلزم تصمیم‌گیری‌های مهم و تحولات ساختاری بود. تراکم تعارضات میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان بر سر مصوبات تقنینی، وضعیتی را پدید آورد که در آن، وفاداری صرف به مکانیسم‌های تقنینی مستقر، ساختار حکومت را در اداره امور روزمره کشور دچار مشکل کرده و به نحوی بن‌بست نهادی ختم شده بود.

در پاسخ به این انسداد (گام اول: تشخیص خلأ هنجاری) و با درک خطری که در کمین ظرفیت اداره کشور بود (گام دوم: تحلیل خطر)، فرمان ۱۷ بهمن صادر شد. بنیان‌گذار جمهوری اسلامی با اتکا به جایگاه ولایت امر به‌عنوان تجلی قوه مؤسس در ساختار سیاسی ایران با صدور دستوری خطاب به ریاست وقت مجلس، نهادی را بنیان نهادند که گرچه فراتر از متن قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ بود، اما کاملاً در «درون منطق حفظ نهاد دولت» و «ظرفیت اداره» تعریف می‌شد (گام سوم و چهارم). مأموریت این نهاد، گشودن گره‌های کور از طریق معیار «مصلحت نظام» بود. این فرمان، پیش از آنکه نفی نظم حقوقی باشد، گامی در جهت تأسیس نوین قاعده‌مندی بود که هدفش نجات سیستم از توقف بود.

وجه تمایز و اهمیت نظری این رخداد در آن است که این نهاد نوپدید، در بی‌صورتی حقوقی باقی نماند. این نهاد به‌جای تقلیل یافتن به یک فرمان سیاسی موقت، در بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸، صورت‌بندی حقوقی یافت و نهادینه شد. اصل ۱۱۲ قانون اساسی، مجمع تشخیص مصلحت نظام را رسماً وارد معماری حقوق عمومی ایران کرد. این همان تجلی «بازجذب حقوقی» (گام پنجم) است: کنشی که در ابتدا در «آستانه» و از سر ضرورت و با اقتدار حاکمیتی رخ داد، با نجات ظرفیت حکمرانی در لحظه خطر، خود را در افق ماندگار قانون تثبیت کرد.

از منظر نظری، این واقعه مرز دقیق میان «تصمیم‌گرایی سیاسی» و «کنش مؤسس حقوقی» را ترسیم می‌کند. این اقدام به جای خروج از حقوق، تلاشی برای «بازتولید حقوق» با هدف حل بحران بود؛ تلاشی برای بازآرایی نظم جهت تداوم امکان دآوری. فرمان ۱۷ بهمن، لحظه‌ای بود که حقوق در جمهوری اسلامی ایران، با نشان دادن «شجاعت تأسیس»، خود را از انجماد رهانید.

نتیجه‌گیری

این پژوهش بر یک فرضیه بنیادین استوار بود: «بحران معاصر حقوق» را نمی‌توان به مفاهیمی تقلیل‌گرایانه همچون نقص، تعارض یا نقض قواعد در رویه‌های عادی نهادهای قضایی یا اداری فروکاست و با اتکالی صرف بر روش‌هایی فنی همچون «تنقیح» به حل آن همت گماشت. آنچه وضعیت امروز را چه در فروپاشی نظم فراملی و چه در بن‌بست‌های تقنینی داخلی بحرانی می‌سازد، «تعلیق افق حقوق» است؛ جایی که نهادهای مستقر، توانایی نظم‌بخشی به زیست جمعی و حفظ انسجام ساختار دولت را از دست می‌دهند. در

این اتمسفر، حقوق در وضعیتی «آستانه‌ای» قرار می‌گیرد. آستانه، لحظه لرزان میان «نوزایش» و «فروپاشی» است. حقوقدان در این معنا، بر لبه‌ای باریک ایستاده است.

یکی از دستاوردهای محوری این تحلیل، افشای پارادوکسی مهلک در مکاتب رایج علم حقوق بود: جمود بر متون حقوقی موجود در شرایط تعلیق، بیش از آنکه نشانه وفاداری به حکومت قانون باشد، عامل تسریع‌کننده انحلال عملی آن است. اصرار بر اجرای صوری قواعدی که پایگاه مادی و ضمانت اجرایی خود را باخته‌اند، حقوق را به زبانی بی‌اثر و خطرناک بدل می‌سازد؛ زبانی که امکان تصمیم‌گیری سریع و تداوم حیات جمعی را از سوژه حاکم سلب می‌کند. در چنین وضعی «وفاداری شکلی»، به ابزار ویرانی نظم نهادی تبدیل می‌شود.

تحلیل نشان داد که حقوق در لحظات تعلیق، تنها از طریق کنش‌هایی تداوم می‌یابد که در چارچوب‌های رایج نمی‌گنجند.

«کنش مؤسس حقوق»، کنشی است که از دل وضعیت انضمامی برمی‌خیزد و با اتکا به منطق تأسیس، امکان تازه‌ای برای قاعده‌مندی می‌گشاید. این کنش، شرط امکان بقای حقوق است. حقوق با توانایی کشف و صورت‌بندی نسبت میان «وضعیت» و «قاعده» زنده می‌ماند. در این افق، سیمای حقوقدان دگرگون می‌شود. او با عبور از جایگاه حافظ صرف متون، حامل «مسئولیتی تأسیسی» است: مسئولیت تشخیص شکاف‌های هستی‌شناختی و مشارکت در معماری کنش‌هایی که امکان نظم را بازسازی کنند. ایفای این مسئولیت، وفاداری عمیق‌تر به منطق درونی حقوق است؛ زیرا بدون انسجام و وحدت سیاسی حداقلی، نظم حقوقی ناممکن است.

سخن آخر آنکه، این مقاله دفاعی بود از حقوق به مثابه «نیروی فرم‌بخش زیست جمعی». در جهانی که نظم‌های بالادستی معلق‌اند و ساختارهای داخلی دولت‌ملت‌ها آماج بحران‌های ترکیبی قرار دارند، اعتبار حقوق در گرو شجاعت آن برای بازتأسیس مدام خویش است. پرسش نهایی در حقوق عمومی معاصر، به جای آنکه معطوف به «چگونگی انطباق رفتار با قانون مستقر» باشد، بر این مدار می‌گردد که «کدام کنش تأسیسی می‌تواند نهاد حقوق را از خطر فلج‌شدگی و فروپاشی برهاند؟» پاسخ تنها در عبور از تنگ‌نظری‌های روش‌شناختی، درک ماهیت سیاسی حقوق و استقبال از «شجاعت تأسیس» نهفته است.

منابع

سلطانی، سید ناصر و احمدی، کاظم (۱۴۰۳). «مقام حاکم در وضعیت استثنایی؛ نظریه دیکتاتوری اشمیت». *مجله حقوق عمومی تطبیقی*، دوره ۱، شماره ۴.

References

- Abbott, Mathew. "The Creature before the Law." In *The Figure of This World: Agamben and the Question of Political Ontology*, 106–122. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2014.
- Ackerman, Bruce. *We the People, Volume 1: Foundations*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991.
- Agamben, Giorgio. *State of Exception*. Translated by Kevin Attell. Chicago: University of Chicago Press, 2005.
- Arendt, Hannah. *On Revolution*. London: Penguin Books, 1990.
- Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. London: John Murray, 1832.
- Benjamin, Walter. "Critique of Violence." In *Selected Writings: Volume 1, 1913–1926*, edited by Marcus Bullock and Michael W. Jennings, 236–252. Cambridge, MA: Belknap Press, 1996.
- Coleman, Jules L. *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Cover, Robert. "Violence and the Word." *Yale Law Journal* 95, no. 8 (1986): 1601–1608.
- Derrida, Jacques. "Force of Law: The 'Mystical Foundation of Authority'." *Cardozo Law Review* 11 (1990): 919–1045.
- Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.
- Dyzenhaus, David. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- Heller, Hermann. *The Theory of the State*. Translated by David Dyzenhaus. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. Translated by Anders Wedberg. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1945.
- Kelsen, Hans. *Pure Theory of Law*. Translated by Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967.
- Kennedy, David. *Of War and Law*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- Lindahl, Hans. *Fault Lines of Globalization: Legal Order and the Politics of A-Legality*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Loughlin, Martin. *Sword and Scales: An Examination of the Relationship Between Law and Politics*. Oxford: Hart Publishing, 2000.
- Loughlin, Martin. "The Idea of Public Law." *Oxford Journal of Legal Studies* 25, no. 1 (2005): 153–178.
- Loughlin, Martin. *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Loughlin, Martin. "The Concept of Constituent Power." *European Journal of Political Theory* 13, no. 2 (2014): 218–237.
- Negri, Antonio. *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State*. Translated by Maurizia Boscagli. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999.
- Raz, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Romano, Santi. *The Legal Order*. Translated by Mariano Croce. London: Routledge, 2017.

Sainte-Beuve, Charles-Augustin. "Fénelon: Sa correspondance spirituelle." In *Causeries du lundi*, vol. X, 3rd ed., 1–25. Paris: Garnier Frères, 1870.

\Schmitt, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Translated by Ellen Kennedy. Cambridge, MA: MIT Press, 1988.

Schmitt, Carl. *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*. Translated by G. L. Ulmen. New York: Telos Press, 2003.

Schmitt, Carl. *On the Three Types of Juridistic Thought*. Translated by Joseph Bendersky. Westport, CT: Praeger, 2004.

Schmitt, Carl. *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Translated by George Schwab. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

Schmitt, Carl. *The Guardian of the Constitution*. Translated by Lars Vinx. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Shapiro, Scott J. *Legality*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.
In Persian

Soltani, Seyed Naser, and Ahmadi, Kazem (2024). "The Sovereign's Position in the State of Exception; Schmitt's Theory of Dictatorship." *Journal of Comparative Public Law*, Vol. 1, No. 4, pp. 100-123.