



## Living Constitution: History and Approaches

- Faeghe Chalabi** \*  Ph.D Student, Public Law Department,  
Faculty of Law and Social Sciences,  
University of Tabriz, Tabriz, Iran
- Seyed Hosein  
Malakooti Hashtjin**  Assistant Professor, Public Law Department,  
Faculty of Law and Social Sciences,  
University of Tabriz, Tabriz, Iran
- Mohammd Reza  
Mojtahedi**  Professor, Public Law Department, Faculty  
of Law and Social Sciences, University of  
Tabriz, Tabriz, Iran
- Ayat Mulaee**  Assistant Professor, Public Law Department,  
Faculty of Law and Social Sciences,  
University of Tabriz, Tabriz, Iran

### Abstract

The constitution should be a symbol of flexibility in the face of social challenges. In most constitutions, it is possible to amend the constitution through a formal revision. The difficulty of the formal reform process has led constitutionalist democracies to believe that a formal revision of the constitution cannot be the only way to achieve the desired goal of meeting the constitution with the needs of society, parties, and people on the constitution in the constitutional law. In this respect, two approaches of originality and dynamism are noteworthy. The controversy between the originalists and the dynamic constitution suggests that in addition to the formal method, constitutions can be reviewed and changed informally. In this article, the concept and principles of the dynamic constitution as a new theory, survey the limits of living constitution interaction in the face of the originalist constitution, the relationship between the living constitution and the legitimacy of the political system, and its confrontation with the rule of law are examined. The main goal of this article is to provide the basis for further research and localization of the present theory by examining the dimensions and challenges of the forthcoming issue to address the shortcomings of the Iranian constitution in the face of the current challenges of the constitution.


**Keywords:** Living Constitution, Flexibility, Originality, Rule of Law, Legitimacy.

\* Corresponding Author: f.chalabi@tabrizu.ac.ir


**How to Cite:** Chalabi, F., Malakooti Hashtjin, S. H., Mojtahedi, M. R., Mulaee, A., "Living Constitution; History and Approaches", The Quarterly Journal of Public Law Research, 24(75), (2022), 183-216. Doi: 10.22054/QJPL. 2022. 59956. 2605

## قانون اساسی پویا: تاریخچه و رویکردها

دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

فائقه چلبی \* 


استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

سید حسین ملکوتی هشتجین 

استاد گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

محمد رضا مجتهدی 

استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

آیت مولائی 

### چکیده

قانون اساسی می‌بایست سمبل پویایی و انعطاف‌پذیری در مواجهه با چالش‌های نوپدید اجتماعی باشد. در اغلب قوانین اساسی دنیا امکان اصلاح قانون اساسی از طریق بازنگری رسمی پیش‌بینی شده است. با این وجود دشواری فرآیند اصلاحات رسمی، دموکراسی‌های مشروطه‌گرا را به این رویکرد رهنمون شده است که بازنگری قانون اساسی به طریق رسمی نمی‌تواند تنها راه نیل به هدف مطلوب یعنی همراهی قانون اساسی با اقتضائات جامعه و مطالبات سیاسیون، احزاب و مردم از قانون اساسی باشد. در این خصوص در ادبیات حقوق اساسی دو رویکرد منشاگرایی و پویایی شایان توجه است. مناقشه میان منشاگرایان و حامیان قانون اساسی پویا حاکی از آن است که قوانین اساسی غیر از فرآیند اصلاحات رسمی از طرق دیگر نیز قابل بازبینی و تغییر است. در این نوشتار مفهوم و مبانی قانون اساسی پویا بعنوان یک نظریه نو در عرصه نظریات قانون اساسی، حدود تعامل قانون اساسی پویا در مواجهه با قانون اساسی منشاگرا، نسبت قانون اساسی پویا با مشروعیت نظام سیاسی و تقابل یا تعامل آن با حاکمیت قانون بررسی شده است. هدف اصلی این مقاله آن است که با بررسی ابعاد و چالش‌های موضوع پیش‌رو، زمینه تحقیقات بعدی و بومی‌سازی نظریه حاضر را جهت رفع نارسایی‌های قانون اساسی ایران در مواجهه با چالش‌های روز قانون اساسی فراهم آورد.

**واژگان کلیدی:** قانون اساسی پویا، بازنگری، انعطاف‌پذیری، منشاگرایی، حاکمیت قانون، مشروعیت.

\* نویسنده مسئول: f.chalabi@tabrizu.ac.ir

## مقدمه

یکی از غایات نخستین قانون اساسی، یافتن روش‌هایی شایسته و خردمندانه برای همزیستی مسالمت‌آمیز منابع، هنجارها، خواست‌ها و مطالبات گوناگون و متضاد در کنار هم است؛<sup>۱</sup> در این راستا باید این واقعیت را پذیرفت که فهم و درک قانون اساسی با گذر زمان و به موازات پیشرفت فناوری، جمعیت، اقتصاد، سیاست و متناسب با محیط و وقایع پیرامونی آن تغییر می‌کند.<sup>۲</sup> قانون اساسی به همان اندازه که می‌بایست سبیل دوام و خدشه‌ناپذیری باشد به همان اندازه باید با گذر زمان پویایی و انعطاف‌پذیری خود را در رویارویی با چالش‌های نوپدید جامعه حفظ نماید.<sup>۳</sup> از این رو برای نیل به این مهم، تدوین کنندگان قوانین اساسی از جمله *توماس جفرسون*<sup>۴</sup> بر این باورند که قانون اساسی بایستی از نسلی به نسل دیگر بازنویسی شود. جمله معروف جفرسون که «مردگان نباید بر زندگان حکمرانی کنند و دنیا متعلق به زندگان» است گویای همین امر است.<sup>۵</sup> جفرسون بخوبی بر این واقعیت آگاه بود که نادیده انگاشتن انعطاف‌پذیری و پویایی قانون اساسی به بهای بقای نسخه اصلی آن، نه تنها پاسخگوی انتظارات نسل‌های آینده از قانون اساسی نیست؛ بلکه مختل‌کننده روند رشد و بلوغ جامعه سیاسی است.<sup>۶</sup>

*ماکیاولی*<sup>۷</sup> و (تا حد کمتری) *کارل شmitt*<sup>۸</sup> معتقدند که امور سیاسی از امور حقوقی مستقل هستند و تفسیر قانون اساسی باید به گونه‌ای باشد که قانون اساسی از آسمان به زمین نیفتاده بلکه بخشی از سازوکارها و اقتضائات جامعه سیاسی است.<sup>۹</sup> ضرورت‌ها و مصالح ناشی از حفظ بنیان جامعه، ارائه خدمات و اداره امور کشور موجب تقدم امر

۱. علی اکبر گرجی از ندریانی، در تکاپوی حقوق اساسی، چاپ سوم (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۴) ص ۱۱.

۲. فیروز اصلانی و عبدالمجید رحمانیان، «بررسی اعتبار حقوقی اصول تغییرناپذیر قانون اساسی با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۱۷، (بهار و تابستان ۹۶)، ص ۵۶.

3. Ginsburg, Tom, James Melton, Zachary Elkins, *The Endurance of National Constitutions* (New York: Cambridge University Press, 2009) at 81.

4. Thomas Jefferson.

5. Jefferson Wrote to James Madison in September 1789, Available at <https://founders.archives.gov>.

6. Ginsburg, Tom, James Melton, Zachary Elkins, op.cit. at 20.

7. Machiavelli.

8. Carl Schmitt.

۹. مارتین لاگلین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ چاپ دوم (تهران: انتشارات نی، ۱۳۸۸) ص ۱۲۰.

سیاسی بر امر حقوقی می‌شود. آنها بر این باورند؛ تقدم امر سیاسی موجب تغییرپذیری متن قانون می‌شود از این رو قانون اساسی مکتوب هرگز نمی‌تواند تمامی احکام و قواعد نهفته در رویه‌ها و عرف‌های سیاسی را در بر گیرد حتی اگر متن قانون اساسی چنین ادعایی هم داشته باشد؛ تعارضات و اختلافات سیاسی چنان پویایی دارند که جامعیت ادعایی متن قانون اساسی را به چالش می‌کشند.<sup>۱</sup> در واقع در مبانی حقوق عمومی مدرن، اصل بر پویایی است و تحرک در حوزه هنجارها، موضوعی اجتناب‌ناپذیر تلقی می‌شود.<sup>۲</sup> رندی<sup>۳</sup> معتقد است میان قانون اساسی مکتوب و آنچه به اجرا در می‌آید تفاوت آشکار است، در واقع قانون همان است که به اجرا در می‌آید.<sup>۴</sup> ویرس<sup>۵</sup> بر این باور است قانون اساسی مکتوب هر کشور شامل یک بخش نانوشته<sup>۶</sup> نیز هست و قانون اساسی نوشته بخشی از قانون اساسی نانوشته است و بین متن مکتوب<sup>۷</sup> و آنچه در واقعیت موجود است همیشه یک گسل و خلا وجود دارد که این گسل به وسیله «قانون اساسی پویا»<sup>۸</sup> پر می‌شود.<sup>۹</sup>

به باور *رادلف اسمند*<sup>۱۰</sup> قانون اساسی فقط یک هنجار نیست بلکه یک واقعیت است و بعد از تصویب حیات دارد و تنها یک متن نیست و جامعه به معنای کل آن است و نباید قانون اساسی را پایان تمام مباحث تلقی کرد. قانون اساسی باید بر اساس اوضاع و احوال تفسیر و تغییر یابد.<sup>۱۱</sup> بنابراین پس از وقوع برخی جریانات سیاسی و جابجایی‌ها در توازن

۱. سید ناصر سلطانی، حقوق اساسی نانوشته گفتارهایی درباره عرف‌های اساسی در نظام حقوق اساسی فرانسه (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۹) صص ۳۳-۳۴.

2. Sandholtz W. & Stiles K, *International Norms & Sycles of Change* (London: Oxford University Press, 2009) at 32.

3. Randy E. Barnett.

۴. رندی بارنت، «مشروعیت قانون اساسی»، ترجمه عباسعلی کدخدایی، عبدالعلی محمدی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۰، (زمستان ۱۳۸۴)، ص ۵.

5. Whears.

6. Unwritten.

7. Written.

8. Living Constitution.

9. Wheare, K. C. (Kenneth Clinton), *Modern Constitutions* (New York: Oxford University Press, 1951) at 19.

10. Rudolf Smend.

11. Murkens, Joeric Kushal, *From Empire to Union Conceptions of German Constitutional Law Since 1871* (London: Oxford University Press, 2013) at 56-58.

نیروهای جامعه تغییرات نانوشته‌ای در قانون اساسی رخ می‌دهد و اگر حقوقدانان در چنین شرایطی همچنان به شرح و تفسیر الفاظ و عبارات نوشته قانون اساسی ادامه دهند و بر مسائل صوری و ظواهر قانون تاکید کنند توضیحات آنان غیرواقعی و پوچ جلوه می‌کند در واقع قانونی را پشتیبانی می‌کنند که دیگر اعتبار و ارزش واقعی ندارد و نیرویی از اجرای آن پشتیبانی نمی‌کند. کاستی نظریه «محدود نمودن قانون اساسی به متن مکتوب»<sup>۱</sup> زمانی آشکار می‌شود که قانون اساسی مکتوب در توضیح چگونگی جابجایی توازن نیروها عاجز می‌ماند.<sup>۲</sup>

فروکاستن قانون اساسی به یک قانون و صرف دریافت حقوقی از آن، اشتباه محض است و چنانچه کارل اشمیت گفته است به سان فروکاستن کل به جز است. کارل اشمیت بخوبی در پی نقد نظریه «محدود نمودن قانون اساسی به متن مکتوب» برآمده است و چنین استدلال می‌کند که اساس جامعه یک کل است در حالی که متن نوشته در مقایسه با آن صرفاً یک جزء است. بنابراین یکی انگاشتن این دو فروکاستن اولی به دومی است. نظام قانون اساسی که در متن نوشته منعکس شده زمانمند و متغیر است. این یک حقیقت آشکار است که نظام حکمرانی دائماً در حال تغییر است؛ چرا که این نظام به هیچ وجه همچون یک کل یا مجموعه کامل طراحی نشده و اگر سازگاری و هماهنگی در آن هست محصول هماهنگی بی وقفه اجزای آن با یکدیگر است. از این رو قانون اساسی یکبار در شکل قانون اساسی مکتوب بکار می‌رود و بار دیگر در معنایی که نشان دهنده مناسبات و روابط در ساختار حکومت است که الزاماً به متن نوشته فروکاسته نمی‌شود بلکه فراتر از آن است.<sup>۳</sup>

اگرچه یکی از متداول‌ترین راهکارها برای همراهی قانون اساسی مکتوب با تغییرات اجتناب‌ناپذیر پیش گفته، بازنگری از طریق اصلاحات رسمی و طی نمودن فرایند آن مطابق تمهیدات قانون اساسی مکتوب است اما تشریفات بازنگری رسمی در بسیاری از موارد مشتمل بر سازوکارهای بسیار سختگیرانه و طولانی از جمله انحصار ابتکار بازنگری در قانون اساسی به مقام یا مقام‌های خاص و محدود، بررسی تخصصی موضوعات

---

1. Restricting the Constitution to the Written Text.

۲. سید ناصر سلطانی، پیشین، ص ۲۶۵.

۳. پیشین، ص ۲۹.

پیشنهادی برای اصلاح توسط یک گروه یا کمیسیون خاص یا تصویب پیشنهادها پس از شورهای متعدد و با نصاب‌های رأی بالا، لزوم تأیید مردم در یک همه‌پرسی و اعلام تغییرناپذیری برخی از اصول است؛<sup>۱</sup> بنابراین در مقام عمل متن قانون اساسی نمی‌تواند هم‌تا با تغییرات محیط پیرامون خود تغییر نماید.

از این رو این مقاله در پی پاسخ به این پرسش است که نسل‌های آینده چگونه می‌توانند در گزینش نظام سیاسی که به‌زعم حقوقدانان<sup>۲</sup> مهمترین و اصلی‌ترین نماد آن قانون اساسی است به نحو فعال و واقعی مشارکت نمایند و اگر خواهان تغییر قانون اساسی مطابق با واقعیت اجتماع باشند، غیر از فرآیند اصلاحات رسمی چه راهی پیش‌روی آنهاست؟ واقعیت این است که یکی از آفت‌هایی که دامن‌گیر مباحث حقوق عمومی در ایران شده؛ غرق شدن در مباحث تئوری بدون توجه به واقعیات عملی است. بررسی حقوق اساسی در ایران بیشتر آرمانگراست تا واقعگرا؛ این در حالی است که حقوق اساسی واقعی در رویه قضایی، عملکرد زمامداران، احزاب و در بطن جامعه شکل می‌گیرد. بنابراین مطالعات قانون اساسی در ادبیات حقوقی ایران نیازمند بازسازی و بازنگری است. این مقاله نیز در پی تبیین و بحث پیرامون کاستی‌ها و خلأهای بزرگ در نظریه حقوق اساسی ایران است. حقوقدانان ایرانی از مطالعه در خصوص یکی از مهمترین مباحث روز حقوق اساسی یعنی قانون اساسی پویا چشم‌پوشی نموده و مطالعات حوزه حقوق اساسی را به دایره بسته حقوق اساسی مکتوب محدود می‌نمایند. از این رو در مباحث پیش‌رو مفهوم و مبانی قانون اساسی پویا بعنوان نظریه‌ای نو در عرصه نظریات قانون اساسی، حدود تعامل قانون اساسی پویا در مواجهه با قانون اساسی منشأگرا، نسبت قانون اساسی پویا با مشروعیت نظام سیاسی و تقابل یا تعامل آن با حاکمیت قانون بررسی می‌گردد و در پی آن است که با بررسی ابعاد و چالش‌های موضوع پیش‌رو، زمینه تحقیقات بعدی و بومی‌سازی نظریه حاضر را جهت رفع نارسایی‌های قانون اساسی ایران در مواجهه با چالش‌ها و نیازمندی‌های روز جامعه فراهم آورد.

۱. سید حجت الله علم الهدی، مصطفی منصوریان، «مبنا، ماهیت و تضمین محدودیت‌های بازنگری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۱۹، سال هفتم، (بهار ۱۳۹۷)، ص ۲.  
 ۲. سید محمد قاری سیدفاطمی، «حق تعیین سرنوشت و مسئله نظارت بر انتخابات: نظارت تضمینی در مقابل نظارت تحدیدی»، مجله مدرس علوم انسانی، شماره ۹۷، (سال ۱۳۸۲)، ص ۱۳۰.

## ۱. پیشینه بحث

عبارت «قانون اساسی پویا»<sup>۱</sup> از عنوان کتابی از «هوارد لی مک باین»<sup>۲</sup> که برای اولین بار در سال ۱۹۲۷ منتشر شد، اتخاذ شده است. بعد از او تاثیرگذارترین کاربرد این اصطلاح در سال ۱۹۸۶ توسط قاضی ویلیام برنان<sup>۳</sup> در آمریکا بوده است: سرچشمه عبارت «قانون اساسی پویا» مبهم است. این عبارت توسط نماینده هیولگاره<sup>۴</sup> در سخنرانی او در صحن مجلس در اوایل سال ۱۸۳۷ استفاده شد. لگاره از این عبارت برای بیان این عقیده استفاده کرد که قانون اساسی تابعی از اعتقادات و نگرش شهروندان است و نه صرفاً یک سند مکتوب. این اولین نمونه‌ای است که اصطلاح قانون اساسی پویا در آن بکار رفته است. آنها می‌گویند قانون اساسی مرده نیست، زنده است.<sup>۵</sup> در اوایل قرن بیستم نیز فرانس تروپه<sup>۶</sup> اذعان داشت که قانون اساسی آمریکا علاوه بر سند مکتوب دارای بخش‌های نانوشته نیز می‌باشد.<sup>۷</sup> ویلیام بنت<sup>۸</sup> نیز در سال ۱۹۳۰ بر اهمیت قانون اساسی پویا تاکید ورزید.<sup>۹</sup> تحولاتی که حاصل این نظریات بودند، منجر به مباحث بسیار مهم در آمریکا تحت عنوان «نظریه قانون اساسی پویا»<sup>۱۰</sup> شد. بعدها والتر مورفی<sup>۱۱</sup> با طرح این سؤال که قانون اساسی چیست؟ از اصول نانوشته قانون اساسی در آمریکا سخن گفت و بحث قانون اساسی پویا به یکی از مباحث مهم حقوق اساسی آمریکا - خصوصاً در نظریات تفسیری قانون اساسی - تبدیل شد.<sup>۱۲</sup>

1. Living Constitution.
2. Howard Lee McBain.
3. William Brennan.
4. Hugh Legare.
5. Lawrence B.Solum, "Legal Theory Lexicon: Living Constitutionalism", (November: 2018), Available at <https://lsolum.typepad.com/legaltheory>.
6. France Trope.
7. Thorpe, Francis N. The Constitutional History of the United States (Chicago: Callaghan & Company Press, 1902) at 95.
8. William Bent.
9. MunroWilliam Bennett, The Makers of the Unwritten Constitution, Fred Morgan Kirby Lectures (New York: Lafayette College, 1930) at 1.
10. Living Constitution Theory.
11. Walter Murphy.
12. Murphy, Walter & James E. Fleming, Sotirios A. Barber, American Constitutional Interpretation (NewYork: Foundation Press, 1986) at 16.

البته این بحث مختص آمریکا نیست، در فرانسه نیز بحث‌های آکادمیک در این زمینه پررنگ است. در کانادا نفوذ این نظریه تا جایی است که به قانون اساسی استعاره می‌زنند و از آن با عنوان «درخت زنده»<sup>۱</sup> یاد می‌کنند.<sup>۲</sup> قانون اساسی کانادا که از آن به «درخت زنده» یاد می‌شود، طیف گسترده‌ای از استدلال‌ها و رویه‌های اساسی را در صدور احکام حقوقی لحاظ نموده و تحول قانون اساسی مکتوب را ممکن نموده است. تلاش دادگاه کانادا از سال ۱۹۹۱ تا ۲۰۰۱ در قضایای دو پرونده *Kindler v. Canada* و *Burns v. USA* و طرح این قضیه که آیا استرداد یک شخص به ایالات متحده جهت مجازات اعدام، ناقض منشور حقوق و آزادی‌های دولت کانادا است یا خیر؟ نمونه بارز تغییر غیر رسمی قانون اساسی و رویکرد کانادا در به رسمیت شناختن قانون اساسی پویاست.<sup>۳</sup> به گفته پروفسور دونالد کومرز<sup>۴</sup> دادگاه آلمان بر نقش خود به عنوان عامل هماهنگ کننده حقوق و تعهدات متناقض مندرج در قانون اساسی در جهت ایجاد انسجام و اتحاد بین قانون اساسی و جامعه آلمانی واقف است. توضیحات کومرز در مورد رویکرد آلمان نشانگر این است که آلمانی‌ها مفهوم قانون اساسی را بعنوان یک «قانون پویا»<sup>۵</sup> پذیرفته‌اند.<sup>۶</sup> نظریه «منشاگرایی»<sup>۷</sup> نیز برای اولین بار در دهه‌های ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰ بعنوان پاسخی محافظه کارانه نسبت به فعالیت و سواستفاده‌های دو تن از قضات دیوان عالی کشور آمریکا به نام «وارن و برگر»<sup>۸</sup> به منصفه ظهور نشست. طرفداران منشاگرایی بر این باور بودند که قضات دیوان عالی تحت لوای «قانون اساسی پویا» بجای کاربرد قانون اساسی مکتوب، ترجیحات خود را جایگزین آن می‌کنند. آنها معتقد بودند که معنای قانون اساسی با گذشت زمان باید ثابت بماند. پیش فرض‌های نظری آنان موجب شد کسانی که

1. Living Tree.

2. Vicki C. Jackson, "Constitutions as Living Trees? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors", Georgetown University Law Center, 75 Fordham L. Rev. (2006), at 931.

3. Leonardo Pierdominici, "The Canadian Living Tree Doctrine as a Comparative Model of Evolutionary Constitutional Interpretation", Vol. 9, Issue 3, (2017), at 7-8.

4. Donald Komers.

5. Living Law.

6. Ginsburg Tom, James Melton, Zachary Elkins, op.cit. at 31.

7. Originalism.

8. Warren and Burger.



این برداشت از قانون اساسی را تأیید کردند، خود را اصیل<sup>۱</sup> بخوانند. بتدریج مناقشات میان منشاگرایان و حامیان پویایی اوج گرفت و آثار زیادی را در عرصه سیاست و مطالعات دانشگاهی به خود اختصاص داد.<sup>۲</sup>

## ۲. مناقشه منشاگرایان و حامیان قانون اساسی پویا

قانون اساسی پویا ثمره مناقشه میان منشاگرایان و حامیان قانون اساسی پویا است که از زمان تدوین قانون اساسی ایالات متحده آمریکا آغاز شده و در چند دهه اخیر به اوج خود رسیده است. این مناقشه با این پرسش اصلی آغاز می‌شود که آیا متن قانون اساسی باید بر مبنای فهم و برداشت قوه موسسی که در زمان تدوین و تصویب قانون اساسی گرد هم جمع شده‌اند، تفسیر و اجرا شود و تنها راه تغییر آن طی نمودن پروسه رسمی اصلاحات است؟ یا اینکه قانون اساسی را باید بعنوان یک کالبد زنده در نظر بگیریم که به موازات مقتضیات زمان، ارزش‌ها و نیازهای جامعه معاصر، مدام در حال تحول و تغییر است؟ اگر چنین است چگونه قانون اساسی را در هماهنگی با فهم و مطالبات معاصران و مجریان قانون اساسی بازبینی نماییم که میراث گذشتگان ما و مشروعیت سند مکتوب حفظ شود؟<sup>۳</sup>

در ابتدا از بعد معنایی شروع می‌کنیم، معانی اصطلاحات «منشاگرایی» و «قانون اساسی پویا» مورد اختلاف است و حقوقدانان تعاریف متفاوتی از این دو اصطلاح ارائه داده‌اند. فرهنگ لغت انگلیسی آکسفورد، منشاگرایی را «تعبیر قضایی قانون اساسی تعریف می‌کند که هدف آن دنبال کردن اهداف اصلی تهیه‌کنندگان آن است»<sup>۴</sup> حقوقدانان بر این امر متفقند «منشاگرایی» که گاهی از آن تحت عناوین «متن‌گرایی»<sup>۵</sup> و «نیت‌گرایی»<sup>۶</sup> نام می‌برند به مثابه یک نظریه مطرح در قانون اساسی بر دو اصل عمده تأکید دارد: اصل

1. Original.

2. Jonathan Gienapp, "Constitutional Originalism and History", Process is the Blog of the Organization of American Historians, The Journal of American History, (2017), Available At: <http://www.processhistory.org/originalism-histor>.

3. Richard F. Duncan, "Justice Scalia and the Rule of Law: Originalism vs. the Living Constitution", Vol. 29, (2016), at 12-13.

4. Oxford English Dictionary, "Judicial Interpretation of the Constitution which Aims to Follow Closely the Original Intentions of Its Drafters", (2004).

5. Textualism.

6. Intentionalism.

ثبات<sup>۱</sup>: بدین معنی که مفهوم قانون اساسی در طول زمان ثابت است. اصل محدودیت<sup>۲</sup>: بدین معنی که عمل به قانون اساسی باید در راستای معنای اصلی قانون اساسی باشد.<sup>۳</sup>

منشاگرایان به اتفاق بر این باورند که معنای متن قانون اساسی در زمان تصویب هر اصل تنظیم و مقرر شده است. اما منتقدان ادعا می‌کنند که پابندی به اصل ثبات به دو دلیل ممکن نیست؛ نخست اینکه معنای ثابت هنگام ظهور حقایق و رویدادهای جدید می‌تواند منجر به دکتترین جدید در قانون اساسی شود؛ برای مثال قواعد اجرایی قانون اساسی ممکن است در پاسخ به فناوری‌های جدید مانند اینترنت تغییر کنند. دوم، حداقل برخی از مقررات قانون اساسی حاوی اصطلاحاتی مبهم یا متناقضند؛ این مقررات قوانین روشنی را ارائه نمی‌دهند. چنین مقرراتی دامنه عدم ثبات متن را ایجاد می‌کنند.<sup>۴</sup>

در مقابل هنگامی که «قانون اساسی پویا» توسط حقوقدانان بعنوان یک نظریه قانون اساسی مورد استفاده قرار می‌گیرد، باید به نقطه مقابل نظریه منشاگرایی اشاره نماید؛ «نلسون تب»<sup>۵</sup> و «رابرت تای»<sup>۶</sup> اظهار داشتند که تعریف «قانون اساسی پویا» تنها با فرض تقابل آن با منشاگرایی ممکن خواهد بود. بنابراین این نظریه برخلاف منشاگرایی بر این باور است که معنای قانون در طول زمان تغییر می‌کند و عمل به قانون اساسی باید در پاسخ به تغییر شرایط و ارزش‌های روز جامعه باشد.<sup>۷</sup> قانون اساسی پویا با این تئوری پا به عرصه میدان گذاشت که قانون اساسی باید متناسب با تحول و پیشرفت تکنولوژی، اقتصاد، فرهنگ، سیاست و انتظارات هر نسل تغییر یابد. قانون اساسی پویا معتقد است که دستیابی به چنین مطلوبی از طریق پروسه پیچیده و طولانی بازننگری رسمی حاصل نمی‌شود و در چنین شرایطی از قانون اساسی نمی‌توان توقع همراهی با تغییرات گاه به گاه جامعه را داشت. قانون اساسی پویا به مرور زمان تکامل می‌یابد و خود را با شرایط

---

1. Fixation.

2. Constraint Principle.

3. Lawrence B. Solum, "Originalism Versus Living Constitutional: The Conceptual Structure of the Great Debate", Printed in U.S.A., Vol. 113, No. 6, (2019), at 1247.

4. Ibid. at 6.

5. Nelson Tebbe.

6. Robert L. Tsai.

7. Nelson Tebbe & Robert L. Tsai, "Constitutional Borrowing", 108 MICH. L. REV. 459, (2010), at 514.

جدید سازگار و هماهنگ می‌سازد بدون آنکه طی پروسه رسمی مورد بازنگری قرار گیرد.<sup>۱</sup>

منشاگرایان بر رویکرد طرفداران پویایی معترضند و ادعا می‌کنند این رویکرد که اصول قانون اساسی با گذر زمان بایستی تغییر نماید، سبب می‌شود دیگر نیازی به قانون اساسی نداشته باشیم. قانون اساسی پویا مسلماً قابلیت تحول دارد و قطعاً توسط فرد یا افراد و یا نهادهایی تغییر می‌یابد در نتیجه، قانون اساسی پویا نه تنها قانون اساسی نیست بلکه حتی قانون هم به حساب نمی‌آید. بنابراین در مقام تفسیر و عمل تنها مقاصد و نیات قوه موسس قانون اساسی است که باید ملاک قرار گیرد.<sup>۲</sup> اسکالیا<sup>۳</sup> در یکی از کتب مهم خود که با همکاری برایان گارنر<sup>۴</sup> تألیف نموده است، اظهار می‌دارد: «قانون اساسی، یک سند مکتوب است. از این رو، معنی آن تغییر نمی‌کند؛ عبارتی، هر معنی‌ای که در زمان تصویب داشت، اکنون نیز همان معنی را دارد.»<sup>۵</sup> اسکالیا ادعا می‌کند که قانون اساسی مکتوب بعنوان تنها منبع قانون شناخته می‌شود چرا که معتقد به دموکراسی هستیم و قانون اساسی مکتوب نشانگر خواست و اراده مردم است. با این وجود، قضات و حقوقدانانی که با روش پویایی و با تبعیت از حقوق عرفی و تفسیر قضایی اصرار به تحمیل فهم خود از قانون اساسی دارند در پی غصب اختیار قانونگذاری هستند.<sup>۵</sup>

در مقابل نظریه قانون اساسی پویا بر این باور است که منشاگرایان در پاسخ به سوالاتی نظیر اینکه منظور از معانی و مقاصد اصلی قوه موسس، همان معانی مورد نظر مؤلفان قانون اساسی است یا معانی مورد نظر تصویب کنندگان؟ و یا آن دسته از معانی که در زمان تصویب مفاد قانون اساسی، مورد پذیرش افکار عمومی قرار گرفته است؟ ناتوانند و برای این قبیل سوالات پاسخ قانع کننده و شفافی ارائه نمی‌دهند. اگر باور منشاگرایان این باشد که منشاگرایی تنها در برخی موارد می‌تواند رویکرد صحیح باشد، در آن صورت بایستی دست کم به دو سوال دیگر پاسخ دهد؛ اول اینکه که کدام اصل تعیین کننده زمان

1. Zachary Elkins, James Melton, Tom Ginsberg, "The Lifespan of Written Constitution", American Law & Economics Association Annual Meetings, (2007), at 19.

2. Skalia.

3. Bryan A. Garner.

4. Richard F. Duncan, op.cit., at 15.

5. Lawrence B. Solum, "Originalism Versus Living Constitutional: The Conceptual Structure of the Great Debate", Printed in U.S.A., Vol. 113, No, (2019).

خروج از منشاگرایی است؟ و اگر در موارد خاصی در پی کنار گذاشتن منشاگرایی برآیم، چه چیزی را جایگزین آن خواهیم کرد؟ باید این واقعیت را بپذیریم که حتی منشاگرایان اگر در مواردی خاص از اصول نظری خود خارج شوند؛ خود را به طرفداران قانون اساسی پویا تبدیل می‌نمایند.<sup>۱</sup>

منشاگرایان، اصلی‌ترین نقد وارده بر قانون اساسی پویا را «شخصی‌سازی قانون»<sup>۲</sup> می‌دانند؛ بدین معنی که در نظریه پویایی، دیدگاه‌های شخصی نهادهای نظارتی و مفسرین جایگزین قانون اساسی می‌شود. در مقابل، حامیان پویایی بر این باورند که اتهام مذکور در مورد منشاگرایی نیز قابل طرح است. منشاگرایان خود متهم به شخصی‌سازی قانون اساسی هستند. آنها چنین استدلال می‌کنند که برداشت‌های منشاگرایان از قانون اساسی عمدتاً حامل پیامی‌هایی هستند که شخص بررسی‌کننده به دنبال آن است؛ در واقع منشاگرایان نیز ناگزیر از دخالت مقاصد و اغراض شخصی خود هنگام تفسیر و برداشت نیات قوه مؤسس هستند.<sup>۳</sup>

قانون اساسی پویا اذعان می‌کند حتی در صورتی که نسبت به چستی مقاصد قوه مؤسس آگاهی داشته باشیم مثلاً یقین داشته باشیم که اصلاحیه دوم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا، حق نگهداری سلاح گرم در خانه را برای دفاع از شهروندان تضمین می‌نماید؛ باید بپذیریم بنیانگذاران این حق را برای جامعه خودشان که کشوری کوچک و همگن بوده تعریف کرده‌اند که در مقایسه با جهان امروز، سلاح‌ها از نوع اولیه و ساده و قابلیت سلاح‌ها و افراد محدود بود. نتیجه اینکه قانونگذاران آن زمان همان حق را برای جامعه امروزی ما قائل نبوده‌اند. اگر آنها تصویری از جامعه قرن بیست و یکم داشتند، حتماً می‌گفتند که استفاده از سلاح‌های گرم بایستی به طور حتم قاعده‌مند شوند.<sup>۴</sup>

عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان برآنند که هیچیک از این دو نظریه ناسازگار نمی‌توانند خلاهای قانون اساسی را پر کنند و باید در پی گزینه‌های دیگر باشیم. آنان معتقدند که عناصر منشاگرایی و قانون اساسی پویا را باید با هم ترکیب کرد. این نظریه توسط

1. David A. Strauss, op.cit., at 17.

2. Personalization of the Law.

3. Robert Bork, "The Struggle over the Role of the Court", Sept. 17, (1982), at 1138.

4. David A. Strauss, op.cit., at 21.

پروفسور جک بالکین در کتاب خود با عنوان «منشاگرایی پویا»<sup>۱</sup> مطرح شده است. وی استدلال می‌کند که نظریه قانون اساسی پویا منحصر به فرد است اما جامع نیست. وی نظریه‌هایی را که برخی از عناصر قانون اساسی پویا و برخی از عناصر منشاگرایی را تأیید می‌کنند، دیدگاه ترکیبی می‌نامد که ضمن حفظ جایگاه و اهمیت قانون اساسی مکتوب بر پویایی آن نیز صحنه می‌گذارند.<sup>۲</sup>

### ۳. ماهیت قانون اساسی پویا

ماهیت و منشا پیدایی قانون اساسی پویا از دیگر مباحثی است که توجه مخالفان و موافقان این نظریه را به خود جلب کرده و در این خصوص نظریات متفاوتی وجود دارد.

#### ۳-۱. قانون اساسی پویا یک رویکرد تفسیری است

برخی از حقوقدانان در تفسیر قانون صرفاً بر الفاظ و عبارات قانون تکیه دارند.<sup>۳</sup> آنها بر این باورند که قانون باید صرفاً همانگونه که در زمان تصویب ادراک شده و مطابق نیت واضعان آن تفسیر شود. در مقابل عده‌ای برای رهایی از تعبد به تن قانون، رویکردهای آفرینشگرایانه را برگزیده‌اند و با تکیه بر استدلال‌های فلسفی، امکان استناد به قصد قانونگذار (نیات قوه موسس قانون اساسی) را با چالش مواجه کرده‌اند.<sup>۴</sup>

رایج‌ترین تقسیم‌بندی مکاتب تفسیری، تقسیم‌بندی بر اساس رویکرد منشاگرا یا تفسیر معطوف به متن و رویکرد غیرمنشاگرا یا تفسیر معطوف به مخاطب و غایت است.<sup>۵</sup> مکاتب منشاگرا به دو دسته متن‌گرایی و قصدگرایی طبقه‌بندی می‌شوند. مکاتب متن‌گرا در پی

---

1. Living Originalism.

2. Brettscneider, op.cit.

۳. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۲) ص ۱۷۱.

۴. عباسعلی کدخدایی و محمد بهادری جهرمی، «ضرورت تفسیر قانون اساسی در پرتو ویژگی‌های این قانون»،

فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۸، شماره ۱، (بهار ۱۳۹۷)، ص ۳.

۵. حسین خلف رضایی، «رویکردهای تفسیر قانون اساسی؛ با نگاهی به نظریات شورای نگهبان»، سال سوم، شماره ۷،

(بهار ۱۳۹۳)، ص ۲.

یافتن همان معنایی هستند که در ابتدای کار و زمان تصویب قانون مد نظر بوده است؛ در مکتب قصدگرایی قاضی مطابق با قصد و نیت قانونگذار، قانون را تفسیر می‌نماید.<sup>۱</sup>

مکاتب غیرمنشاگرا بر عکس مکاتب منشاگرا بر این عقیده‌اند شرایط و اوضاع حاکم بر قانون است که به آن معنی می‌دهد و واژگان دارای معنای ثابت و محصلی در طول زمان نیستند. دو رویکرد بارز این مکتب، مکتب رئالیسم و مکتب «فرآیند حقوقی»<sup>۲</sup> است. مکتب فرآیند حقوقی بر این باور است قانون باید بر اساس ارزش‌ها و اهداف عمومی قانون که در طول زمان متغیرند؛ تفسیر گردد.<sup>۳</sup> مکتب رئالیسم بر این باور است که حقوق در حقیقت در محاکم شکل می‌گیرد نه در پارلمان و در رای دادگاه‌ها بازتاب می‌یابد نه در قانون.<sup>۴</sup> برخی از رویکردهای پویا بجای تفسیر قانون اساسی اقدام به تقنین قانون می‌کنند. در واقع قضات دادگاه‌های اساسی، بیشتر قانون اساسی را می‌سازند تا اینکه آن را تفسیر نمایند.<sup>۵</sup> بعنوان مثال دادگاه عالی کانادا تایید کرده است که برخی بندهای قانون اساسی «مبهم» و «باز» است و یک معنی معین از زبان آن آشکار نیست. اصطلاحات مورد استفاده از هرگونه سیاق مشخص سیاسی، تاریخی و فلسفی خالی هستند و شرح واضحی به همراه ندارند. همچنین اذعان کرده است که ماهیت هنجارهای حقوق اساسی را نمی‌توان با مراجعه به فرهنگ لغت و تکیه بر قصد و نیت مراجع تدوین قانون اساسی دریابیم. طبق نظر دادگاه عالی کانادا، ارزش‌های قانون اساسی نباید در طول زمان یخ بزنند و توانایی رشد و توسعه مطابق با نیازهای جامعه را نداشته باشند و تفسیر قانون اساسی باید پویا و متضمن به مقصود باشد.<sup>۶</sup>

۱. اسدالله یآوری و پرهام مهرآرام، «تفسیر قضایی در حقوق عمومی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۲، سال هشتم دوم، (تابستان ۱۳۹۷)، صص ۲۶۵-۲۷۰.

2. Legal Process.

3. William Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation* (Harvard University Press, 1994) at 729.

۴. شهرام کیوانفر، مبانی فلسفی تفسیر قانون (تهران: انتشارات تهران، ۱۳۹۰) ص ۱۳۶.

5. Jack M. Balkin, "The New Originalism and the Uses of History", *Fordham Law Review*, Vol. 82, (2013), at 641.

6. Luc. B Tremablay, "General Legitimacy of Judicial Review and Fundamental Basis of Constitutional Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23, No 4, (2003), at 536.

شورای قانون اساسی فرانسه در بسیاری از موارد دست به تفسیر غیرمنشاگرا از قانون اساسی زده است و هنجارهای جدیدی را وارد قانون اساسی نموده است. نکته مهم در رویکرد فرانسه این است که شورای قانون اساسی در اغلب موارد در راستای دفاع از حقوق و آزادی‌های فردی و جمعی یا پاسداری از اصول دموکراسی و حاکمیت قانون دست به تفسیر پویا زده است. آنها بر این باورند که دادگاه‌ها باید قانون را به گونه‌ای تفسیر کنند که به بهترین وجه رضایت اکثریت مردم یا نمایندگان آنها حاصل شود حتی اگر با هنجارهای قانونی و قانون اساسی که به طور دموکراتیک به تصویب رسیده‌اند و ادعای اقتدار مشروع دارند در تضاد باشند.<sup>۱</sup>

قانون اساسی پویا در آمریکا بیش از هر کشوری وابسته به رویکرد تفسیر غیرمنشاگرا است و دیوان عالی ایالات متحده بیش از سایر دادگاه‌های قانون اساسی به رویه قضایی متکی است. دادگاه‌ها مجموعه‌ای از استدلال‌ها و تکنیک‌های تحلیلی را بکار می‌گیرند که فراتر از نص قانون بوده و برآمده از احکام صادره قبلی، هدف قانون اساسی و تحركات احزاب و نیروهای سیاسی می‌باشد.<sup>۲</sup> این امر تا جایی است که در قریب به اتفاق مطالعات حوزه قانون اساسی پویا تفسیر قضایی و قانون اساسی پویا در کنار یکدیگر قرار دارند. تقریباً بیشتر نظریه پردازان از جمله دیوید اشتراوس و جاستیس اسکالیا در آثار مکتوب و سخنرانی‌های خود قانون اساسی پویا را نشأت گرفته از دادگاه و تفسیر قضایی عنوان می‌کنند.<sup>۳</sup> عرف و رویه قضایی از جمله منابع مهم تفسیر قانون اساسی پویا هستند که در ذیل بررسی می‌گردد:

### ۱-۱-۳. عرف

دیوید اشتراوس از حامیان اصلی قانون اساسی پویا بر این باور است که قانون اساسی مبتنی بر پایه‌های نظام حقوق کامن لا قرار دارد و عرف یکی از منابع اصلی پیدایش قانون اساسی پویا است.<sup>۴</sup> به طور کلی دو نظریه رقیب پیرامون کیفیت تبدیل یک چیز به قانون وجود دارد. یکی از این دو نظریه، قانون را در قالب دستوری از جانب رئیس تعریف

1. Ibid. at 534.

2. Leonardo Pierdominici, op.cit., at 3-4.

۳. از جمله این نظریه پردازان دیوید اشتراوس و جاستیس اسکالیا.

4. David A. Strauss, "Do We Have a Living Constitution", University of Chicago Law School, 59 Drake Law Review 973, (2011), at 984.

می‌کند. رئیس در اینجا لزوماً فرد دیکتاتور نیست و می‌تواند قانونگذار باشد که به صورت دموکراتیک انتخاب می‌شود. طبق این نظریه، قانون به این دلیل الزام‌آور است که شخص یا نهاد صادر کننده آن به دلایلی اعم از حق خدادادی پادشاهان یا نسخه مدرن آن مشروعیت دموکراتیک، قدرت و اختیار صدور چنین فرمان<sup>۱</sup> الزام‌آوری را داشته است. با این حال قانون در تحلیل نهایی، فرمانی معتبر از جانب یک شخص است. بنابراین اگر در پی تبیین چیستی قانون باشیم، آنچه رئیس یا حاکم دستور داده، قانون تلقی خواهد شد.<sup>۲</sup>

رویکرد دوم، رویکرد قانون عرفی است که رقیبی قدرتمند برای نظریه فرمان تلقی می‌شود. ماهیت وجودی و زمان پیدایش عرف تابع دستور کسی نیست. عرف‌ها منشأ و خاستگاه مشخصی ندارند. پیدایش و توسعه آن تدریجی است نه دفعی و لحظه‌ای و نیز می‌تواند محصول تکاملی نسل‌های مختلف باشد. بدون شک تمامی نظام‌های مشروطه‌گرا، وابسته به منبعی قدیمی یعنی همان قانون عرفی هستند که ریشه در سنت‌ها و سوابقی دارد که در طول زمان انباشته شده‌اند. اصول بنیادین مهمترین حوزه‌های حقوق خصوصی - دارایی‌ها، مسئولیت مدنی و قراردادها - نه از طریق تقنین بلکه از طریق قوانین عرفی و تجمیع احکام قضایی توسعه یافته است.<sup>۳</sup>

قواعد عرفی از قرن هجدهم به بعد علاوه بر اینکه نقش مهمی در رشد و بالندگی قوانین اساسی مکتوب داشته‌اند در تفسیر قوانین اساسی به منزله ابزار انعطاف‌بخش و هماهنگ کننده قوانین مکتوب با تحولات اجتماعی و سیاسی زمان، کارایی شگرفی داشته‌اند.<sup>۴</sup> نظریه منشأ عرفی قانون، قابلیت سازگاری با اقتضائات جوامع را بیش از نظریه فرمان می‌تواند داشته باشد؛ زیرا قوای مؤسس قانون اساسی بیشتر در پی تبیین جوانب نظری و قانونی هستند و جوانب عینی و عملی قوانین اساسی معمولاً مغفول می‌ماند.<sup>۵</sup>

---

1. Command.

2. David A. Strauss, op.cit., at 37.

3. Ibid.

۴. خیرالله پروین، «از قانون اساسی عرفی تا عرف حقوق اساسی»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۳، شماره ۲، تابستان

۱۳۹۲، ص ۸۰

۵. همان، ص ۸۴



نقش عرف تا جایی است که در جمهوری سوم فرانسه از آن بعنوان یکی از شیوه‌های بازنگری قانون اساسی نام برده‌اند. لئون دوگی<sup>۱</sup> در تایید نقش عرف و توانایی قواعد عرفی در تغییر قوانین اساسی اظهار داشته: عرف دقیقاً به مانند قواعد حقوق موضوعه به تبیین قواعدی می‌پردازد که ناشی از عملی اجتماعی با خواستگاه مردمی است. از این رو عرف می‌تواند به طور مستقیم در روند تحولات قانون اساسی نقش داشته باشد. رنه کاپیتان نیز در خصوص نقش عرف‌های ناسخ و دگرگون‌کننده قانون اساسی اظهار می‌دارد که حقوق موضوعه را تنها نباید در قوانین مکتوب و مصوب پارلمان‌ها جست بلکه باید آنها را در مرحله عمل مورد بررسی قرار داد و بر این امر تاکید دارد که عرف همانند قانون از اراده مردم سرچشمه می‌گیرد.<sup>۲</sup>

این در حالی است که از نظر یک منشاگرا، فرمان در آن زمان که یک اصل به قانون اساسی الحاق می‌شود، صادر شده است و ما ملزم به پیروی بی‌چون و چرا و آشکار از آن هستیم. واقعیت این است دریافت فرمان از سوی قوه مقننه‌ای که در سال گذشته انتخاب شده است، یک موضوع است و ملزم شدن از جانب قوه موسسی که قانون اساسی را چند ده سال یا حتی چند صد سال قبل به تصویب رسانده است، موضوعی دیگر. در مجموع رویکرد قانون عرفی، دست کم از چهار جنبه نسبت به نظریه فرمان یا رویکرد منشاگرایانه برتری دارد:

\* رویکرد قانون عرفی عملی‌تر، اثربخش‌تر و انعطاف‌پذیرتر است. منشاگرایی مستلزم آن است که قضات و مفسرین، تاریخ‌شناس باشند. اما قانون عرفی در پی آن است که ضمن برداشت از احکام گذشته با مفاهیمی اساسی چون انصاف، عدالت، سیاست و ... همراه باشد.

\* رویکرد قانون عرفی، موجه‌تر است. نظریه قانون عرفی، چرایی تبعیت ما از احکام قضایی گذشته را بخوبی تشریح می‌نماید. به پیروی از بورکی که اذعان می‌دارد: گاهی مواقع گذشته لزوماً انباری از خرد نیست و ممکن است محصولی از رویدادشناسی یا بدتر از آن انباشتی از بی‌عدالتی باشد؛ بی‌تردید رویکرد قانون عرفی از انعطاف‌پذیری کافی

1. Leon Doggie.

۲. بیژن عباسی، «نقش عرف در حقوق اساسی»، نشریه حقوق اساسی، شماره‌های ۶ و ۷، (۱۳۸۵)، صص ۱۶۴-۱۶۶.

جهت پررنگ تر کردن نقش اخلاق، انصاف، سیاست مطلوب و در عین حال همراهی با احکام گذشته برخوردار است.

\* رویکرد قانون عرفی همان چیزی است که در مقام عمل اجرا می‌شود. بعنوان مثال در آمریکا دست کم در حوزه‌های بحث برانگیز؛ اصول قانون اساسی، محصول برداشت‌های منشاگرایان نیستند بلکه بر آئیند عرف‌های سیاسی می‌باشند و در عمل قانون اساسی مبتنی بر اصولی چون انصاف و سیاست اجتماعی و ... است.

\* رویکرد قانون عرفی، صریح و شفاف است. صراحت یکی از ویژگی‌های مهم و نادیده گرفته شده قانون عرفی بویژه در قیاس با نظریه فرمان است. رویکرد قانون عرفی صراحتاً پیش‌بینی می‌کند که نهادهای مفسر، تحت تأثیر چه دیدگاه‌هایی قرار دارند در حالی که این امر در نظریه فرمان مشهود نیست.

منشاگرایان از این امر واهمه دارند که اگر بخواهیم جولان قانون اساسی پویا و به تبع آن قانون عرفی را در نظام قانون اساسی بپذیریم با یک ساختمان بی در و پیکر و بدون چهارچوب مواجه می‌شویم که نهادهای ناظر و مفسر می‌توانند از هر مبنا و ایده‌ای استفاده کنند و طبعاً مشروعیت قانون اساسی پویا متزلزل می‌گردد. وقتی گفته می‌شود قانون اساسی پویا از طریق انباشت و تحول عرف شکل گرفته و توسعه می‌یابد، نظریه‌پردازان قانون پویا پاسخ می‌دهند که قانون اساسی پویا نمی‌تواند بدون چهارچوب عمل کند؛ اگرچه این نوع از تحول که مشخصه قانون اساسی پویا می‌باشد، نظام‌مند نیست و شباهتی به مسائل ریاضی و الگوریتمی ندارد.<sup>۱</sup>

بنیامین کاردوزو<sup>۲</sup> یکی از بزرگترین قضات قانون عرفی آمریکا در تشریح این موضوع چنین می‌گوید: «علت و انگیزه نهایی وضع قوانین، تأمین رفاه و ساماندهی جامعه است. قانونی که از هدف نهایی خود منحرف شود، نمی‌تواند علت وجودی خود را توجیه نماید. منظور این نیست که مفسرین، گماشته شده‌اند تا قوانین موجود را به میل خود و به نفع مجموعه دیگری از قوانینی که آنها را عاقلانه و به مصلحت می‌دانند، کنار گذارند. منظور این است زمانی که از قضات درباره میزان گسترش و یا محدودسازی

1. David, A. Strauss, "Do We Have a Living Constitution", op.cit., at 997.

2. Benjamin Cardozo.

قوانین موجود سوال می‌شود، آنها بایستی اجازه دهند تا مسیر پیش‌رو جهت و مسافت خود را بر مبنای رفاه و خواست جامعه تعیین نماید.<sup>۱</sup>

### ۲-۱-۳. قانون اساسی پویا یک رویه اساسی است

برخی از حقوقدانان از جمله ریچارد آلبرت<sup>۲</sup> و مارشال گوفری<sup>۳</sup> بر این باورند که قانون اساسی پویا «رویه‌های قانون اساسی» هستند. رویه‌های قانون اساسی تصمیماتی هستند که از بازیگران عرصه سیاست ناشی می‌شوند؛ این تصمیمات به لحاظ حقوقی الزام‌آورند چرا که از نهادهای برخاسته از قانون اساسی صادر شده‌اند اما حکم مندرج در این قواعد را نمی‌توان به موارد دیگر تسری داد. این قواعد به این دلیل معتبرند که با قواعد بالادستی خود هماهنگ هستند؛ یعنی این قواعد نانوشته باید با روح قانون اساسی سازگار باشند تا بتوان آن را در زمره رویه‌های قانون اساسی شناخت.<sup>۴</sup>

دایسی<sup>۵</sup> حقوقدان برجسته انگلیسی اولین کسی بود که به طور مستقل از این مفهوم سخن گفت و بخشی از کتابش را به رویه‌های اساسی اختصاص داد. دایسی از مخالفان منشاگرایی است؛ وی برخلاف تعریف فوق بر این باور است که رویه‌های اساسی مجموعه‌ای از عرف‌ها، قواعد کلی و سنت‌های غیر الزام‌آورند.<sup>۶</sup> دایسی قوانین اساسی را به دو دسته تقسیم می‌نمود که یکی قانون است بعنوان قواعد عام و دیگری رویه‌های اساسی هستند که به رسمیت شناخته نمی‌شوند. بعد از دایسی، جنینگ<sup>۷</sup> به بررسی منظم

1. David A. Strauss, *The Living Constitution* (London: Oxford University Press, 2010) at 39.

2. See Albert Richard, "How Unwritten Constitutional Norms Change Written Constitutions" (Boston College Law School, 2015).

3. See Marshall Geoffery, *Constitutional Conventions the Rules and Forms of Political Accountability* (Oxford University Press, 1987).

۴. سیدناصر سلطانی، «اعتبارسنجی عرف و رویه‌های قانون اساسی»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۱۸، (پاییز و زمستان ۱۳۹۶)، ص ۹۷.

5. Dicey.

6. Albert Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London: Liberty Classe Press, 1982) at 277.

7. Jening.

رویه‌های اساسی پرداخت، وی عنصر سابقه (عرف) را مهمترین عنصر پیدایش رویه اساسی می‌دانست.<sup>۱</sup>

ایده تغییر غیررسمی قانون اساسی توسط رویه‌های اساسی امری پذیرفته شده است. کمیسیون ونیز در سال ۲۰۰۹ در گزارشی اعلام کرد که اصلاحات رسمی تنها راه تغییر قانون اساسی نیست و رویه‌های اساسی نانوشته را بعنوان یکی از راه‌های تغییر قانون اساسی معرفی نمود.<sup>۲</sup>

### ۲-۳. قانون اساسی پویا پیش‌نویسی از قانون اساسی مکتوب است

برخی از مخالفان قانون اساسی پویا از جمله اسکالیا و ریچارد دنکن<sup>۳</sup> بر این باورند که «قانون اساسی پویا» صرفاً پیش‌نویس<sup>۴</sup> قانون اساسی است بدون آن که ضمانت اجرا یا قدرت الزام آور داشته باشد و این پیش‌نویس تا زمانی که طی پروسه بازنگری رسمی وارد عرصه قانون اساسی مکتوب با ضمانت اجرای قانونی نشود قانون اساسی تلقی نمی‌گردد. همانطور که پیشتر اشاره شد الزام به اصلاحات رسمی سخت‌تر از آن است که بتوان به آن بعنوان ابزاری واقع‌بینانه برای تغییر قانون اساسی نگریست. اگر معتقد به لزوم داشتن قانون اساسی پویا باشیم، در این صورت باید بپذیریم که قانون اساسی در عمل چیزی فراتر از متن آن است. برآیند این تفکر آن است که اصلاحات رسمی، روش‌های فرعی هستند و واقعیت، همان قانون اساسی پویا است که برای اثبات این ادعا نکات زیر از سوی حقوقدانان مطرح می‌شود:

● گاهی اوقات اصول قانون اساسی علی‌رغم عدم تغییر متن قانون اساسی دچار تغییر می‌شوند.

● برخی تغییرات قانون اساسی در حالی همچنان مورد عمل قرار می‌گیرد که اصلاحیه‌ای که مسبب آن بوده است، منسوخ اعلام می‌شود.

۱. فردین مرادخانی، «بررسی مفهوم رویه‌های اساسی در حقوق اساسی»، مجله مطالعات حقوقی، دوره دهم، شماره چهارم، (زمستان ۱۳۹۷)، صص ۱۰۸-۱۱۰.

2. Commission of the Council of Europe Final Draft Report on Constitutional Amendment Procedure, Strasburg, (2009).

3. See Richard F. Duncan, "Justice Scalia and the Rule of Law: Originalism Vs. the Living Constitution", University of Nebraska College of Law, (2016), Vol. 29, (2016).

4. Draft.

● اصلاحات رسمی قانون اساسی صرفاً تغییراتی را که پیشتر در قانون اساسی پویا اتفاق افتاده است؛ طی فرآیند بازنگری رسمی تصویب می‌نمایند. در واقع تغییرات انجام شده به واسطه قانون اساسی پویا منجر به اصلاحات رسمی می‌شوند.

● هنگامی که اصلاحیه‌ها علی‌رغم عدم تغییر جامعه تصویب می‌شوند، این قبیل اصلاحات نادیده گرفته می‌شوند و در نهایت تا زمانی که جامعه به سطح درک اصلاحات برسد تاثیر چندانی بر جای نخواهند گذاشت.<sup>۱</sup>

داوری نهایی در خصوص ماهیت قانون اساسی پویا یکی از مهمترین و چالش برانگیزترین مباحث پیرامون نظریه پویایی است. در عمل باید پذیرفت قانون اساسی پویا، قانونی چندروشی و التقاطی است که دربرگیرنده مقاصد اصلی قوه موسس و هدف قانونگذار، نظریات تفسیری، رویه‌های اساسی، ارزش‌ها و مبانی اخلاقی، چالش‌ها و تحولات جدید جامعه است که النهایه در کنار متن مکتوب به حیات خود ادامه می‌دهد و نمی‌توان آن را محصول یک برداشت یا نظریه خاص دانست.<sup>۲</sup>

#### ۴. مشروعیت قانون اساسی پویا

یکی از محورهای اساسی اختلاف نظر میان «منشاگرایان» و طرفداران «قانون اساسی پویا» بحث پیرامون مشروعیت<sup>۳</sup> قانون اساسی پویاست. آنچه در باب مشروعیت محل منازعه است منشا و منبع مشروعیت یا عبارتی پاسخ به این پرسش است که یک قانون چه هنگام مشروع است و تعهد به دستورات خود را الزام آور می‌سازد؟

دایره المعارف فلسفی دانشگاه استنفورد در سال ۲۰۱۷ سه منشا مشروعیت را رضایت<sup>۴</sup>، نتایج سودمند<sup>۵</sup> و تصویب دموکراتیک<sup>۶</sup> اعلام می‌نماید. در مفهوم مدرن از مشروعیت نیز، نظامی مشروع شناخته می‌شود که ظرفیت تاسیس قدرت سیاسی را به صورت مستمر برای مردم مورد شناسایی قرار دهد<sup>۷</sup> و به طریق اولی قانونی مشروع شناخته

1. David A. Strauss, *The Living Constitution*, op.cit. at 116 – 117.

2. Leonardo Pierdominici, op.cit., at 3.

3. Legitimacy.

4. Consent.

5. Beneficial Consequences.

6. Democratic Approval.

7. Political Legitimacy, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, First Published Thu Apr 29, 2010; Substantive Revision Mon Apr 24, (2017).

می‌شود که توانایی انعکاس خواست و اراده مردم را در خود داشته باشد. به عقیده لاگلین مردم مقدم بر هر چیز و منشا و منبع هر چیزند؛ اراده مردم همیشه قانون است در حقیقت ملت خود قانون است.<sup>۱</sup> در مفهوم مدرن قانون اساسی، نقش مردم بسیار برجسته است و حکومت بر رضایت حکومت شوندگان متکی است. از این رو مشروعیت قانون اساسی متکی به مردم است.<sup>۲</sup>

کارل اشمیت اذعان می‌کند که قانون اساسی یک تصمیم است و اساس تصمیم قوه موسس است. وی مردم را قوه موسس می‌داند و بر این باور است که متن قانون اساسی برای اصلاح صرفاً به تصمیم اساسی که همان تصمیم مردم است احتیاج دارد.<sup>۳</sup> استمرار مشروعیت قانون اساسی منوط به تولید دائمی قدرت سیاسی از سوی قوه موسس است. قانون اساسی زمانی مشروع است که تمام اجزای آن انعکاسی از اراده سیاسی هر نسل باشد.<sup>۴</sup>

رندی / بارت این اندیشه را که قانون اساسی بوسیله مردم یا با تکیه بر رضایت مردم ایجاد شده است مشروعیت دارد به چالش می‌کشد. وی بر این باور است که ابتدای قانون اساسی بر خواست و اراده مردم باید واقعی و اجماعی (به اتفاق آرا) باشد نه صوری و اکثریتی. به علاوه باید راهی برای نشان دادن عدم رضایت نیز موجود باشد. بنابراین چیزی کمتر از رضایت همگانی تکلیف به اطاعت از قانون اساسی و مشروعیت آن را به ارمغان نمی‌آورد و هیچ نظامی نمی‌تواند مدعی این حد از رضایت باشد.<sup>۵</sup>

بارت در پی توجیه مشروعیت قانون اساسی از طریق دیگر منابع برمی‌آید و ادعا می‌کند قانون اساسی برای مشروع بودن باید الزاماتی فراتر از رضایت مردم داشته باشد. بنابراین هر قانون باید به دقت بررسی شود که آیا برای حمایت از حقوق دیگران - بدون اینکه به گونه ناروایی حقوق کسانی را که آزادیشان محدود می‌شود نقض کند - ضروری

۱. مارتین لاگلین، پیشین، ص ۱۵۴.

2. Donber Peter, Martin Loughlin, *The Twilight of Constitutionalism* (London: Oxford Press, 2010).

۳. لاگلین مارتین، پیشین، ص ۲۵۴.

۴. محمدحسین زارعی، علیرضا دبیرنیا، «قدرت موسس و پویایی قانون اساسی»، تحقیقات حقوقی ویژه‌نامه، شماره ۱۴، (۱۳۹۲)، ص ۲۲۵.

۵. رندی ا بارت، پیشین، صص ۶-۴۵.

است؟ یا بعبارت دیگر این قانون با حقوق بنیادین افراد سازگار است؟ در واقع در صورت عدم امکان اخذ رضایت مردم، فرآیند قانونگذاری مشروع باید به گونه ای باشد که تضمیناتی فراهم کند تا قوانین عادلانه به تصویب برسند. در این شرایط قانونگذاری مشروع و دستورات آن از نظر وجدانی و اخلاقی الزام آورند.<sup>۱</sup>

انگلیسی‌ها معتقدند قانون اساسی آنها قانونی بر پایه عقل، خرد و عدالت می‌باشد که در اثر یک پروسه طولانی شکل گرفته و مشروعیت خود را از این طریق بدست آورده است. از نظر پتیت، یک دولت زمانی عادل است و قانون اساسی آن مشروعیت دارد که نظم اجتماعی را مستقر سازد و آزادی را بدون برتری یکی بر دیگری برای همه شهروندان به ارمغان آورد. اگرچه قانونگذاری بر پایه عدالت و ملازمات اخلاقی با الزامات واقعی منشأگرایی مغایر نیست اما حقیقت آن است که منشأگرایان بر این باورند مشروعیت قانون اساسی صرفاً بر پایه متن مکتوب است که ماحصل قوه مؤسس است و تغییر آن هم با اصلاحات رسمی و مجدداً در راستای نیت قوه مؤسس قابل تصور است. این در حالی است که به تعبیر حامیان پویایی، قانون اساسی نشأت گرفته و پاسخگوی نیازها و چالش‌هایی است که جامعه با آن مواجه است و مبنای مشروعیت اصلی خود را علاوه بر توافق جامعه بر آن از طریق ملازمات اخلاقی و قوانین طبیعی دریافت می‌کند.<sup>۲</sup> البته همانطور که پیش از این بحث شد آفرینش قانون به شیوه پویا در نمونه‌های عملی مثل کشورهای فرانسه، کانادا و آمریکا حاکی از آن است که در راستای گسترش حقوق و آزادی‌های بنیادین پر و بال گرفته و توازن نیروهای دمکراتیک و ابزارهایی چون احزاب سیاسی در این کشورها توافق و رضایت ضمنی جامعه را عملاً ساده و ممکن نموده است.<sup>۳</sup>

موضوع دیگر اینکه نظارت قضایی دادگاه‌ها بر قانون اساسی یکی دیگر از منابعی است که مشروعیت قانون اساسی پویا را تضمین می‌نماید. حامیان قانون اساسی پویا ادعا می‌کنند که صرف این حقیقت که یک قانون اساسی توسط اکثریت مردم یا نمایندگان

---

۱. رجوع کنید به رندی ابارنت، ترجمه عباسعلی کدخدایی و عبدالعلی محمدی، «مشروعیت قانون اساسی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، زمستان، شماره ۷۰، (۱۳۸۴).

۲. همان.

3. Lawrence B. Solum, op.cit. at 34.

آنها پذیرفته و تصویب می‌شود لزوماً موجب نمی‌شود که بر قانونی دیگر مستولی گردد. به همین دلیل در جایی که تعارض بین دو قانون وجود دارد، دادگاه باید قانونی را حمایت کند که نشان دهنده خواست مردم است. در غیر اینصورت اعمال اراده نسل گذشته از قدرت شهروندان معاصر برای تعیین دموکراتیک ارزش‌ها، خط‌مشی‌ها و خواست‌های آنان می‌کاهد. آکرمن<sup>۱</sup> اذعان می‌کند که: «این یک اقدام ضد دموکراتیک است که آخرین اراده مردم را به دلیل عدم تطابق با تصمیم قبلی رد کنیم. مردم باید حق عوض کردن نظر خود را داشته باشند و گرنه دموکراسی نخواهیم داشت. اینکه به قانون مصوب پیشین پایبند باشیم یک اشتباهی است که در طول زمان خودنمایی می‌کند. دادگاه‌ها باید قانونی را اجرا کنند که به بهترین وجه رضایت مردم را نمایان سازد. قانون اساسی پویا حتی اگر با هنجارهای قانون اساسی که به طور دموکراتیک به تصویب رسیده است و ادعای اقتدار مشروع دارد در تضاد باشد، نمی‌توان نتیجه گرفت که قانون اساسی مکتوب لزوماً باید بر قانونی که در مقام عمل جاری است غلبه کند»<sup>۲</sup>.

بنابراین در جاییکه قواعد حقوق اساسی تعدیل‌پذیر است دادگاه‌ها این حق را خواهند داشت که آنها را مطابق با ارزش‌های روز تفسیر کنند حتی اگر استخراج این ارزش‌ها از چارچوب متن قانون اساسی ممکن نباشد. نتیجه اینکه نظارت قضایی از طرق مختلف موجب افزایش و پیشرفت دموکراسی و مشارکت مدنی می‌شود و سبب تولید و تصحیح فرآیند دموکراتیک می‌گردد مثلاً زمانیکه اقلیت از مشارکت در اعمال سیاسی محروم می‌شوند یا زمانی که برخی از حقوق در راستای عمل به متون قانونی مکتوب نقض می‌شوند و از آن جایی که هدف دموکراسی افزایش خودحکومتی و افزایش آزادی، برابری، احترام به تعدد دیدگاه‌های مختلف در جامعه است؛ نظارت قضایی مشروعیت خود را بر اساس دیدگاه بارنت از نتایج عملکرد خود در راستای حفظ و تقویت آزادی‌ها دریافت می‌کند و مشروعیت قانون اساسی پویا بسته به این است که آیا اجرای آن موجب ایجاد، حفظ و تقویت قانونگذاری دموکراتیک می‌شود یا خیر؟ زمانی که این شرایط حاصل شود، قانون اساسی مستقل از شخصیت، منبع و ماهیت آن مشروعیت خواهد داشت.<sup>۳</sup>

1. Ackerman.

2. Luc.B Tremablay, op.cit. at 6-11.

3. Lawrence B. Solum, op.cit., at 33.



## ۵. حاکمیت قانون در قانون اساسی پویا

یکی دیگر از مباحث بحث برانگیز در باب مناقشه حامیان پویایی و منشاگرایی این است که منشاگرایان مدعی اند قانون اساسی پویا در تقابل با اصل حاکمیت قانون<sup>۱</sup> قرار دارد. در نگاه پوزیتیوستی<sup>۲</sup> می توان موضع منشاگرایان در این مورد را درست تلقی کرد؛ زیرا هدف اصلی اندیشه حاکمیت قانون، رهانیدن حوزه سیاست و قدرت از چنبره امور نامعین و بی قاعده است. نخستین سنگ بنای اندیشه حاکمیت قانون، ستیز با زمامداری فراقانونی است. بنابراین تردیدی نیست که پذیرش اصول نانوشته یعنی اصولی که در قانون اساسی مکتوب به آن ارجاعی صورت نگرفته می تواند نقض غرض باشد و کشور را با سیالیت عدم تعیین و انعطاف روبرو سازد. از همین روست که حقوقدانان مکتب پوزیتیویست معتقدند سکوت، ابهام و اجمال در ساختار نظام سیاسی نه به عنوان جزء ضروری از مصالحه میان امر حقوقی و امر سیاسی بلکه خلأیی خطرناک است.<sup>۳</sup>

در مقابل، طرفداران پویایی بر این باورند حاکمیت تنها در مظاهر قانونی از جمله قوانین مکتوب محدود نمی شود و معتقدند رویکرد پوزیتیوستی در حقوق عمومی ناکارآمد و نارساست و در صورتی که بپذیریم قانون اساسی پویا در تقابل با حاکمیت قانون است پویایی نظام حقوق عمومی را نفی می کنیم.

آنها استدلال می کنند که نظریه حاکمیت قانون متضمن دو مفهوم اساسی است: اول اینکه اعمال و تصمیمات دولت باید منطقی و توجیه پذیر باشد و دوم اینکه این توجیحات باید قانونی و حقوقی باشند. در واقع بر اساس نظریه شکلی حاکمیت قانون، تمامی مقامات و نهادهای سیاسی باید تابع قانون باشند. برداشت شکلی از حاکمیت قانون به تنهایی نمی تواند کافی به مقصود باشد و محتوا و درون مایه قوانین نیز باید مبتنی بر حمایت از کرامت انسانی و تقویت حقوق و آزادی های بنیادین باشد. بنابراین برداشت شکلی از حاکمیت قانون بدون توجه به بعد ماهوی آن خالی از فایده خواهد بود.<sup>۴</sup> به تعبیر افلاطون قانون باید ترغیب شهروندان را در پی داشته باشد والا در عمل

1. Rule of Law.

2. Positivism.

۳. سید ناصر سلطانی، پیشین، ص ۹.

۴. علی اکبر گرجی ازندریانی، حاکمیت قانون و حقوق اساسی، چاپ شده در کتاب تکاپوی حقوق اساسی، چاپ

سوم (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۴) صص ۲۵۶ و ۲۷۱.

کسی از آن پیروی نمی‌کند. مهمترین ویژگی‌های ترغیب‌کننده قانون عبارتند از: ۱- پاسخگویی به نیازهای جامعه، ۲- منعکس‌کننده نظر اکثریت، ۳- تامین‌کننده منفعت عموم، ۴- منطبق با اخلاق، ۵- معطوف به عدالت، ۶- مستمر، ۷- کارآمد، ۸- انجام‌شدنی و ۹- پیشرو. بنابراین در کشوری که بستر قانون اساسی آن به ویژگی‌های حاکمیت قانون از نظر ماهوی بی‌توجه باشد؛ حاکمیت قانون محقق نخواهد شد.<sup>۱</sup> در قانون اساسی پویا، اصول و قواعد تنها منبعث از متن مکتوب نیست بلکه تفاسیر قضایی، عرف و رویه‌های اساسی و ... بیانگر اصولی هستند که خود این اصول متأثر از حقوق طبیعی، حقوق الهی و فطری، اصول اخلاقی، تاریخی و حقوق بنیادین بشر که اصولی جهانشمول و تغییرناپذیر و فطری هستند و در همه زمان‌ها و مکان‌ها بر روابط کلیه انسان‌ها حاکم بوده و قانونگذاری در راستای این اصول گام برمی‌دارد.<sup>۲</sup> به علاوه اصول قانون اساسی نباید با حقوق بنیادین در تعارض باشد؛ در واقع بعد از جنگ جهانی دوم دیگر پارلمان تنها منبع قانون نیست و مشروعیت قوانین فراتر از عمل قوه مجریه و مقننه است. در هر نظامی قواعدی پیش از قانون اساسی وجود دارد که مشروعیت آن سیستم به پذیرش این اصول پیشا قانون اساسی که کلسن از آن به هنجارهای بنیادین تعبیر می‌کند بستگی دارد.<sup>۳</sup>

دایسی، نظریه پرداز بریتانیایی، مدلی از حاکمیت قانون را بیان می‌کند که توسط نظریه قانون اساسی پویا حمایت می‌شود. دایسی با مثالی از قانون اساسی بریتانیا چنین استدلال می‌کند که حاکمیت قانون سه مفهوم را شامل می‌شود. دو مورد اولی مشهورند: بی‌طرفی و تساوی در برابر قانون. اما ویژگی سوم چیزی است که آن را مدل دایسی برای میل به حاکمیت قانون می‌نامند. ویژگی سوم می‌گوید اصول قانون اساسی منبع نیستند بلکه خودشان نتیجه نظارت و تصمیمات دادگاه‌های اساسی‌اند که حقوق و آزادی‌های بنیادین

۱. محمد راسخ، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری (تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴) صص ۴۴ تا ۲۷.

۲. سید محمد قاری سیدفاطمی، حقوق بشر در جهان معاصر (تهران: مرکز انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۲) ص ۸۰.

۳. فردین مرادخانی، «لایه‌های پنهان قانون اساسی»، مطالعات حقوقی، دوره دوازدهم، زمستان، شماره ۴، (۱۳۹۹)، ص ۲۴۵.

را تضمین و تعیین می‌کنند. در واقع اصول قانون اساسی نتیجه قوانین عادی‌اند. بر این اساس جمله او که می‌گوید: «قانون اساسی نتیجه حقوق فردیست و توسط دادگاه‌ها تفسیر و اجرا می‌شود» نهایتاً بدین معنی است که «قانون اساسی نتیجه شرایط اعمال و تصمیمات شهروندان است» که توسط دادگاه‌ها تفسیر و اجرا می‌شود. حاکمیت قانون دایمی می‌گوید هیچ تصمیم یا عمل حکومتی مطابق با قانون نیست مگر اینکه با حقوق بنیادین مطابقت داشته باشد.<sup>۱</sup>

دیوید دایزنهاوس<sup>۲</sup> در باب حاکمیت قانون و قانون اساسی پویا چنین استدلال می‌کند که حاکمیت قانون زمانی برقرار است که نظم حقوقی یعنی تعهد به پیروی از ارزش‌های بنیادین را فراهم آورد، یعنی همان نظم حقوقی که قانون اساسی پویا با هماهنگی نمودن قانون اساسی مکتوب با اقتضائات روز بوجود می‌آورد. قانون، محصول رابطه بین حاکمان و کسانی است که بر آنان حکومت می‌شود. بنابراین هر آنچه نظم روابط بین این دو را فراهم آورد قانونی مبتنی بر ارزش‌های حاکمیت قانون است.<sup>۳</sup>

بعبارت دیگر هرچه یک قانون به لحاظ زمانی از شکل اصلی خود که در ابتدا به تصویب رسیده است فاصله بگیرد، الزام کسانی که تحت فرمان آن قانون هستند به مقاصد اولیه آن قانون سخت‌تر می‌شود. ملاحظات حاکمیت قانون به پیروی از قانون مکتوب و پایبندی به متن اصلی به مرور زمان تضعیف می‌شود و مقبولیت این ادعا که نص قانون دارای معانی کاملاً ثابتی هست تخطئه شده است؛ همین امر منجر به قبول نظریه حاکمیت قانون نوین شده است. بدین معنی که حاکمیت قانون تنها به معنای پیروی از اصول مکتوب نیست.<sup>۴</sup>

1. Luc. B Tremablay, op.cit. at 34-36.

2. David Dyzenhaus.

3. David Dyzenhaus, "The Unwritten Constitution and Rule of Law", University of Toronto - Faculty of Law/Department of Philosophy, (2004).

4. Luc.B Tremablay, op.cit. at 9.

## نتیجه‌گیری

همگان بر این باورند در صورتی که قانون اساسی سندی حقوقی تلقی شود که سال‌ها قبل تصویب شده و مانند یک کتاب مقدس به آن نگریسته شود سرنوشتی جز نابودی قانون اساسی مکتوب و به تبع آن جامعه به ارمغان نخواهد آمد. قانون اساسی مکتوب، سند کوتاهی است که تنها چندین مرتبه اصلاح گردیده است و حتی اصلاحات نیز زمانی اتفاق می‌افتند که جامعه به سطح درک تغییر آن رسیده باشد. بنابراین جامعه کنونی نیازمند قانون اساسی به‌روز، کارآمد و سازگار با اقتضائات جامعه است. فلسفه پیدایش قانون اساسی پویا و مناقشه‌پردازان آن با منشاگرایان پیرامون همین موضوع است. باید پذیرفت قانون اساسی پویا نیز با محدودیت‌هایی مواجه است، به همین دلیل تعیین چهارچوب و آستانه مانور قانون اساسی پویا و نسبت آن با حاکمیت قانون و مولفه‌های مشروعیت، رسالتی مهم است که قانون اساسی پویا باید به آنها پاسخ دهد. تجربه عملی جوامعی چون کانادا و آمریکا نمایانگر آن است که قانون اساسی پویا در کنار متن مکتوب به خوبی خلاها و چالش‌های روز جامعه را مدیریت می‌کند. از این رو این مقاله در پی پاسخ به این پرسش بود که نسل‌های آینده چگونه می‌توانند در گزینش نظام سیاسی که به‌زعم حقوقدانان، مهم‌ترین و اصلی‌ترین نماد آن قانون اساسی است مشارکت نمایند و اگر خواهان تغییر قانون اساسی مطابق با واقعیت اجتماع باشند، غیر از فرآیند اصلاحات رسمی چه راهی پیش روی آنهاست؟ که در پاسخ به این پرسش مبانی و رویکردهای نظریه قانون اساسی پویا بعنوان نظریه‌ای که در پی انتقاد از نظریه قانون اساسی منشاگرا پدید آمده است مطرح گردید و در مناقشه دیدگاه‌های مطروحه می‌توان گفت اتخاذ راهی میانه که نظریه منشاگرایی پویا پرچمدار آن است می‌تواند ضمن حفظ جایگاه قانون اساسی مکتوب، پویایی قانون اساسی را نیز حفظ نماید و قانون اساسی می‌تواند با هماهنگی با تحولات اجتماع، کارکردهای خویش را ایفا نماید.

## تعارض منافع

تعارض منافع وجود ندارد.

## ORCID

Faeghe Chalabi		<a href="https://orcid.org/0000-0002-7517-5660">https://orcid.org/0000-0002-7517-5660</a>
Seyed Hosein Malakooti Hashtjin		<a href="https://orcid.org/0000-0002-3111-0136">https://orcid.org/0000-0002-3111-0136</a>
Mohammad Reza Mojtahedi		<a href="https://orcid.org/0000-0001-9049-0901">https://orcid.org/0000-0001-9049-0901</a>
Ayat Mulaee		<a href="https://orcid.org/0000-0001-7084-1890">https://orcid.org/0000-0001-7084-1890</a>

## منابع

### کتاب‌ها

- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمینولوژی حقوق* (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۲).
- راسخ، محمد، *بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری* (تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴).
- سلطانی، سیدناصر، *حقوق اساسی نانوشته گفتارهایی درباره عرف‌های اساسی در نظام حقوق اساسی فرانسه* (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۹).
- کیوانفر، شهرام، *مبانی فلسفی تفسیر قانون* (تهران: انتشارات تهران، ۱۳۹۰).
- گرجی ازدریانی، علی اکبر، *در تکاپوی حقوق اساسی*، چاپ سوم (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۴).
- لاگین، مارتین، *مبانی حقوق عمومی*، ترجمه محمد راسخ، چاپ چهارم (تهران: انتشارات نی، ۱۳۹۶).

### مقاله‌ها

- اصلانی، فیروز، رحمانیان، عبدالمجید، «بررسی اعتبار حقوقی اصول تغییرناپذیر قانون اساسی با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، بهار و تابستان، سال ششم، شماره ۱۷، (۱۳۹۶).
- پروین، خیرالله، «از قانون اساسی عرفی تا عرف حقوق اساسی»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۳، تابستان، شماره ۲، (۱۳۹۲).
- رندی ابارنت، «مشروعیت قانون اساسی»، ترجمه عباسعلی کدخدایی و عبدالعلی محمدی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، زمستان، شماره ۷۰، (۱۳۸۴).
- خلف رضایی، حسین، «رویکردهای تفسیر قانون اساسی؛ با نگاهی به نظریات شورای نگهبان»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، بهار، سال سوم، شماره ۷، (۱۳۹۳).

- زارعی، محمد حسین و دبیرنیا، علیرضا، «قدرت موسس و پویایی قانون اساسی»، تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه، شماره ۱۴، (۱۳۹۲).
- سلطانی، سید ناصر، «اعتبارسنجی عرف و رویه‌های قانون اساسی»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال ششم، پاییز و زمستان، شماره ۱۸، (۱۳۹۶).
- کدخدایی، عباسعلی و بهادری جهرمی، محمد، «ضرورت تفسیر قانون اساسی در پرتو ویژگی‌های این قانون»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۸، بهار، شماره ۱، (۱۳۹۷).
- عباسی، بیژن، «نقش عرف در حقوق اساسی»، نشریه حقوق اساسی، شماره‌های ۶ و ۷، (۱۳۸۵).
- علم الهدی، سید حجت الله و همکاران، «مبنا، ماهیت و تضمین محدودیت‌های بازننگری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۱۹، بهار، سال هفتم، (۱۳۹۷).
- قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، «حق تعیین سرنوشت و مسئله نظارت بر انتخابات: نظارت تضمینی در مقابل نظارت تحدیدی»، مجله مدرس علوم انسانی، شماره ۹۷، (۱۳۸۲).
- مرادخانی، فردین، «لایه‌های پنهان قانون اساسی»، مطالعات حقوقی، دوره دوازدهم، زمستان، شماره ۴، (۱۳۹۹).
- مرادخانی، فردین، «بررسی مفهوم رویه‌های اساسی در حقوق اساسی، مجله مطالعات حقوقی»، دوره دهم، زمستان، شماره ۴، (۱۳۹۷).
- یآوری، اسدالله، مهرآرام، پرهام، «تفسیر قضایی در حقوق عمومی»، مجله حقوقی دادگستری، تابستان، شماره ۱۰۲، (۱۳۹۷).

## References

### Books

- A. Strauss, David, *The Living Constitution* (London: Oxford University Press, 2010).
- Bork, Robert, *The Struggle Over the Role of the Court* (United States Court Southern District of New York: Archived (PDF), from the Original on Sept. 17, 1982), Retrieved August 17, 2007.

- Dicey, Albert, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London: Liberty Classe Press, 1982).
- Donber, Peter, Loughlin, Martin, *The Twilight of Constitutionalism*, (London: Oxford Press, 2010).
- Ginsburg, Tom, James Melton, Zachary Elkins, *The Endurance of National Constitution* (New York: Cambridge University Press, 2009).
- Gurji Azandriani Ali Akbar, in the struggle for constitutional rights, third edition (Tehran: Jangal Publications, 2015).
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *Legal Terminology* (Tehran: Ganj Danesh Publications, 1993).
- Keivanfar Shahram, *Philosophical Foundations of Law Interpretation* (Tehran: Tehran Publications, 2011).
- Laughlin Martin, *Basics of Public Law*, Translated by Mohammad Rasekh, 4th Edition (Tehran: Nei Publications, 2017).
- MunroWilliam Bennett, *The Makers of the Unwritten Constitution*, Fred Morgan Kirby Lectures (New York: Lafayette College, 1930).
- Murkens, Jo Eric Kushal, *From Empire to Union Conceptions of German Constitutional Law Since 1871* (Oxford University Press, 2013).
- N. Eskridge William, *Dynamic Statutory Interpretation* (Harvard University Press, 1994).
- Sandholtz W.&Stiles, *International Norms & Sycles of Change* (London: Oxford University Press, 2009).
- Thorpe, Francis N., *The Constitutional History of the United States* (Chicago: Callaghan & Company Press, 1902).
- Murphy, Walter, Fleming, James E., Sotirios A. Barber, *American Constitution Interpretation* (New York: Foundation Press, 1986).
- Rasakh, Mohammad, *Theoretical Foundation for Reforming the Legislative System* (Tehran: Islamic Council Research Center, 2005). [In Persian]

- Soltani Seyed Nasser, the Unwritten Laws of the Constitution, Speeches about Basic Customs in the French Constitutional Law System (Tehran: Sahami Publishing Company, 2020). [In Persian]
- Wheare, K. C. (Kenneth Clinton), *Modern Constitutions* (New York: Oxford University Press, 1951).

## Articles

- Aslani, Firooz, Rahmanian, Abdolmajid, "Examining the Legal Validity of Unchangeable Principles of the Constitution with a View to the Constitution of the Islamic Republic of Iran", *Quarterly Journal of Public Law Knowledge*, Vol. 6, (2017). [In Persian]
- A. Straus, David, "Do We Have a Living Constitution?", *University of Chicago Law School*, 59 *Drake Law Review* 973, (2011).
- Alamolhoda, Sayyed Hojjatollah, Mansourian, Mostafa, "The Basis, Nature and Guarantee of the Revision Restrictions in the Constitution of the Islamic Republic of Iran", *Quarterly Journal of Public Law Knowledge*, Vol. 19, (2018). [In Persian]
- Balkin, Jack. M, "The New Originalism and the Uses of History", *Fordham Law Review*, Vol. 82, (2013).
- B. Solum, Lawrence, "Originalism Versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate", *Printed in U.S.A.* Vol. 113, No. 6, (2019).
- B. Solum, Lawrence, "Legal Theory Lexicon: Living Constitutionalism", (November: 2018), Available at [https:// lsolum.typepad.com/legaltheory](https://lsolum.typepad.com/legaltheory).
- Barent, Rendy. E., "The Legitimacy of the Constitution", Abbasali Kadkhodae, Abdol Ali Mohammadi, *Low and Political Science*, Vol. 70, (2005). [In Persian]
- Commission of the Council of Europe Final Draft Report on Constitutional Amendment Procedure, (Strasburg: 2009).
- Elkins, Zachary, James Melton, Tom Ginsberg, "The Lifespan of Written Constitution", *American Law & Economics Association Annual Meetings*, (2007).



- F. Duncan, Richard, "Justice Scalia and the Rule of Law: Originalism vs. the Living Constitution", Vol. 29, (2016).
  
- Ghari Seyed Fatemi, S M, "The Right to self - Determination and Monitoring Public Election: Guaranteed Monitoring against Restricted Monitoring", Comparative Law Researches, Vol. 97, (2003). [In Persian]
  
- Jonathan, Gienapp, "Constitutional Originalism and History", Process is the Blog of the Organization of American Historians, The Journal of American History, (2017), Available at [http:// www. processhistory. org/originalism-histor](http://www.processhistory.org/originalism-histor).
  
- Jefferson Wrote to James Madison in September 1789, Available at: <https://founders.archives.gov>.
  
- Kadkhodaei, Abbasali, Mohammad Bahadori Jahromi, "The Necessity for Interpretation of the Constitution in the Light of its Specifications", Public Law Studies Quarterly, Vol. 48, (2018). [In Persian]
  
- Khalaf Rezaei, Hossein, "Approaches to Constitutional Interpretation; with Regard to the Guardian Council's Decisions", Quarterly Journal of Public Law Knowledge, Vol. 7, (2014). [In Persian]
  
- Moradkhani, Fardin, "Review of Constitutional Convention in Constitutional Law", Journal of Legal Studies, Vol. 10, (2018). [In Persian]
  
- Moradkhani, Fardin, "The hidden layers of the constitution", Journal of Legal Studies, Vol. 12, (2021). [In Persian]
  
- Pierdominici, Leonardo, "The Canadian Living Tree Doctrine as a Comparative Model of Evolutionary Constitutional Interpretation", Vol. 9, Issue 3, (2017).
  
- Parvin, Kheirollah, "From Custom Constitution to Custom Constitutional Law", Private Law Studies Quarterly, Vol. 43, (2013). [In Persian]
  
- Sloltani, Sayyed Naser, "Accreditation of the Constitutional Customs and Precedents", Quarterly Journal of Public Law Knowledge, Vol. 6, (2018). [In Persian]
  
- Tremablay, luc. B, "General Legitimacy of Judicial Review and Fundamental Basis of Constitutional Law", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 23, No. 4, (2003).

- Jackson, Vicki C., "Constitutions as Living Trees? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors", Georgetown University Law Center, 75 Fordham L. Rev., (2006).

- Yavari, Assadollah, Mehraram, Parham, "Judicial Interpretation in Public law", The Judiciary Law Journal, Vol. 102, (2018). [In Persian]

- Zarei, Mohammad Hosein, Dabir Nia, Alireza, "The Power of the Founder and the Dynamics of the Constitution", Legal research, Vol. 14, (2013). [In Persian]

#### Thesis

- Dyzenhaus, David, "The Unwritten Constitution and Rule of Law", University of Toronto, Faculty of Law, Department of Philosophy, (2004).