

The Foundations of Legitimacy of the Unwritten Constitution

Ayat Mulaee 

Associate Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran

Maedeh Soleymani Dinani* 

Ph.D, Public Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran

1. Introduction

The constitution, as the supreme law of a nation, ensures the rule of law and citizens' rights, protects human rights, and reduces the likelihood of arbitrary government actions. The establishment of the constitution is commonly considered the most effective means of upholding constitutional values and protecting the individual's fundamental rights. However, the absence of a written document of the constitution does not necessarily imply the absence of the rule of law or of the guarantee of human rights or even of control over government actions. Nor does it conclusively indicate the full implementation of constitutional principles and values in societies governed by a written constitution. Therefore, the concept of constitutional law and the associated principles extend beyond written documents. It is now recognized that the written constitution is not the

* Corresponding Author: soleymani.m67@gmail.com

How to Cite: Mulaee, A., Soleymani Dinani, M, "The Foundations of Legitimacy of the Unwritten Constitution", The Quarterly Journal of Public Law Research, Vol. 26, No. 83, (2024), 33-68. Doi: [10.22054/QJPL.2024.75391.2926](https://doi.org/10.22054/QJPL.2024.75391.2926)

sole authoritative source of constitutional norms. Yet going beyond legal formalism and embracing the institution of the unwritten constitution requires careful examination of its foundations and functions. Simply incorporating this concept without critical reflection on its origin and functions risks incomplete understanding. The contemporary conception of the constitution is imbued with its unwritten norms, so overlooking this aspect of any legal system results in a flawed understanding of the constitution. However, introducing ideas and concepts into the national legal system requires a thorough understanding of their origins and foundations, as well as the consideration of the feasibility of aligning domestic institutions with new concepts. Otherwise, newly introduced concepts may create a patchwork in political and legal structures, thus adversely affecting society and causing significant harm. To attain a precise understanding and prevent potential abuses, emerging concepts in public law, such as the unwritten constitution, must be rigorously analyzed and explored with an eye to their origin.

Upon closer analysis, it becomes clear that the concept of unwritten constitution is not boundless, but rather operates within a specific framework and scope. Failing to grasp the foundations of this concept and inadequately explaining it can lead to increased reliance on discretionary opinions, thus causing ambiguity over the nature of practices, procedures, and rules within the constitutional law system. Consequently, certain political practices or actions may erroneously be considered part of the constitution—albeit in an unwritten form—and subsequently legitimized by being foregrounded in the political arena. Concerning the unwritten constitution, there are some scholarly efforts to clarify and dispel ambiguity surrounding this concept, yet it remains relatively unexplored in the Iranian context. There is thus a need to examine the foundations of legitimacy of the unwritten constitution, and distinguish it from merely political and ephemeral principles, rules, and procedures. In this respect, the present study tried to gain a deeper understanding of the unwritten constitution as a legal institution, shedding light on its most significant foundations

through description and analysis. It aimed to address the following research question: What is the origin and source of legitimacy of the principles, regulations, and norms that do not derive their authority from the text of the constitution but nonetheless underpin the rights and freedoms enshrined in the text?

2. Materials and Methods

As a descriptive–analytical inquiry, the present study used a library research method and note-taking to collect the data from different sources in order to examine the foundations of legitimacy of the unwritten constitution.

3. Results and Discussion

The research highlighted the necessity of a comprehensive understanding of the unwritten constitution, as a relatively nascent concept within Iran’s constitutional law system. Such an understanding would necessitate the examination of foundations of constitutional legitimacy and their analysis beyond the confines of the national constitutional framework. The approach or methodology employed in identifying the nature of the constitution plays a crucial role in narrowing down or broadening its scope and substance. For example, the formalist approach would focus on the structure and contents as delineated in the codified document, with the constitution being perceived as synonymous with its official, written provisions. The approach towards constitutional legitimacy can significantly influence both interpretation and implementation of the constitution. Therefore, adopting an extratextual approach and embracing the overarching concept of the constitution beyond its textual confines can open pathways to a broader scope of individual and public rights and freedoms.

Consider, for instance, the reason-based legitimacy approach, which rests upon the justice or efficacy of constitutional provisions. This approach bridges the divide between constitutional theory and

practice, bolstering the legitimacy of unwritten principles and values. From this perspective, the constitution derives its validity and legitimacy not from its form nor the procedure of ratification, but rather from its substantive content and valuable objectives. Consequently, the legitimacy of the unwritten constitution rests upon the same fundamental principles and substance codified in the written constitution.


Across all legal systems, it is inevitable to acknowledge the presence of an additional layer of the unwritten law alongside the written one. Unwritten principles exert influence on the implementation of written regulations, thereby limiting or broadening their scope. In this context, it becomes crucial to delve into the foundational reasons underpinning the binding nature of the unwritten constitution. The binding nature is rooted in the substantive realization of the rule of law, reliance on the requirements of natural and human rights, as well as the roles of key judicial bodies and the public in acknowledging and endorsing true principles and values of the constitution. This can delineate the boundaries of the unwritten constitution.

4. Conclusion


It is thus necessary to take heed of the concept of the unwritten constitution and its status within any legal system. The failure to provide a proper explanation of this concept can lead to increased discretionary opinions and decisions, thus causing ambiguity over the nature of practices, procedures, and rules within the constitutional law system. There is a risk that certain practices or official statements, when foregrounded in the political arena, might erroneously be perceived as integral components of the unwritten constitution, thereby gaining undue prominence.

Keywords: Unwritten Constitution, Rule of Law, Popular Sovereignty, Human Rights, Natural Rights.

مبانی مشروعیت قانون اساسی نانوشته

آیت مولائی 

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

مائده سلیمانی دینانی* 

دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

چکیده

اگرچه ایده قانون اساسی نانوشته و شناسایی این مفهوم در جوامع با سند نوشته می‌تواند بسیار چالش‌زا باشد و حتی به‌عنوان ابزاری برای دور زدن متن قانون اساسی و یا قالبی برای تبیین ماهیت ترجیحات سیاسی و مشروع‌انگاری و موجه‌سازی اعمالی قرار گیرد که در عرصه حقوق اساسی، محل مشخصی برای توضیح ندارند؛ اما پرداختن به این مفهوم و روشنگری در این عرصه نمی‌تواند از نادیده گرفتن آن مخاطره‌آمیزتر باشد. با بررسی منشأ الزام‌آوری و مبانی مشروعیت قانون اساسی نانوشته در خاستگاه اصلی خود است که مرزهای این مفهوم مشخص و راه هرگونه استفاد ترجیحی از این مفهوم گرفته می‌شود. اگر قانون اساسی نانوشته را مجموعه‌ای از قواعد حقوقی در قد و قامت قانون اساسی معرفی کنیم که در متن نوشته قانون اساسی درج نشده‌اند و نه تنها مشروعیت خود را از متن نمی‌گیرند بلکه به اصول مندرج در متن نیز اعتبار بخشیده‌اند؛ این پرسش مطرح می‌شود که چنین قواعدی مشروعیت خود را از کجا کسب می‌کنند؟ و منشأ الزام این قواعد چیست؟ در این تحقیق با روش توصیفی-تحلیلی و گردآوری مطالب به صورت کتابخانه‌ای، تلاش شده است با بررسی مفهوم قانون اساسی نانوشته و واکاوی مبانی آن در آبخور خود، پاسخ مناسبی به پرسش مطروحه داده شود.

واژگان کلیدی: قانون اساسی نانوشته، مشروعیت، حاکمیت قانون، حاکمیت مردم، حقوق طبیعی.

مقدمه

قانون اساسی عالی‌ترین قانون یک کشور است که اصل حاکمیت قانون و حقوق شهروندان را تضمین می‌کند، به‌عنوان حافظ حقوق بشر عمل می‌کند و احتمال اقدام خودسرانه دولت را کاهش می‌دهد.^۱ بنابراین اگرچه به‌نظر می‌رسد استقرار قانون اساسی مرسوم‌ترین و مؤثرترین وسیله برای تحقق ارزش‌های مشروطه و حفاظت قانونی از حقوق اساسی افراد است اما این بدان معنا نیست که در جوامع بدون سند مکتوب قانون اساسی، اصل حاکمیت قانون جریان ندارد، حقوق بشر تضمین نمی‌شود و هیچ کنترلی بر اعمال و اقدامات دولت وجود ندارد و یا حتی گویای این نیست که در جوامع مبتنی بر سند مکتوب اصول و ارزش‌های مشروطیت تماماً و به‌درستی اعمال و اجرا می‌شود. لذا اگرچه در می‌یابیم مفهوم قانون اساسی و تحقق اصول و ارزش‌های آن محدود به سند نوشته نیست و قانون اساسی مکتوب تنها منبع معتبر هنجارهای قانون اساسی نیست اما عبور از مرزهای فرمالیسم حقوقی و پذیرش بی‌چون و چرای نهاد قانون اساسی نانوشته نیز بدون تأمل جدی در مبانی آن و بررسی کارکرد این مفهوم در خاستگاه و آبخش خود، امری غیرممکن به نظر می‌رسد. به‌عبارت دیگر اگرچه درک معاصر از قانون اساسی با هنجارهای نانوشته قانون اساسی آغشته شده است و نادیده گرفتن بخش نانوشته هر نظام حقوقی به درک ناقصی از قانون اساسی منتج می‌شود؛ وارد ساختن هر اندیشه و مفهومی در سیستم حقوقی داخلی بدون دستیابی به درک صحیح و شناخت درستی از منشأ و مبانی آن و همچنین فقدان امکان -سنجی مطابقت نهادهای داخلی با چنین مفاهیمی، می‌تواند همانند یک وصله ناهمگون، ساختار سیاسی و حقوقی جامعه را تحت تأثیر قرار دهد و به آن آسیب‌های جدی وارد سازد. در این راستا برای دستیابی به شناخت دقیق و پرهیز از سوءاستفاده‌های احتمالی، این مفهوم همانند دیگر مفاهیم نوظهور در عرصه حقوق عمومی باید در خاستگاه خود مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد. در این صورت روشن می‌شود که مفهوم قانون اساسی نانوشته بی‌حد و مرز نیست بلکه چارچوب و حدود مشخصی دارد. غفلت از مبانی این مفهوم و

1. Jeffrey Jowell & Dawn Oliver, *The Rule of Law and Its Underlying Values: The Changing Constitution* (Oxford University Press, 2007) at 5-23.

عدم تبیین درست آن می‌تواند اعمال نظرهای صلاح‌دید را افزایش داده و ماهیت اعمال، رویه‌ها و قواعد موجود در نظام حقوق اساسی را دچار ابهام سازد. چه بسا با بزرگنمایی در عرصه سیاسی، بسیاری از رویه‌ها یا اعمال سیاسی به اشتباه بخشی از قانون اساسی (البته به صورت نانوشته) تلقی شده و مشروعیت یابند.

علی‌رغم توجه برخی از محققین به حوزه قانون اساسی نانوشته و تلاش برای ایجاد شفافیت و زدودن ابهام از این مفهوم^۱، موضوع مورد بحث تاکنون به‌طور خاص و جدی از سوی پژوهشگران محترم داخلی بررسی نشده است و مبانی مشروعیت قانون اساسی نانوشته برای تبیین این مفهوم و تمیز آن از اصول، قواعد و رویه‌های صرفاً سیاسی و زودگذر همچنان مبهم است.

این پژوهش برای پاسخ به این پرسش که اصول، قواعد و هنجارهایی که قدرت الزام‌آوری خود را از متن نگرفته‌اند و حتی در مواردی خود، پایه و مبنای حقوق و آزادی‌های مندرج در متن هستند؛ مشروعیت خود را از کجا کسب می‌کنند و سرچشمه و منشأ الزام‌شان کجاست؟ در راستای درک دقیق‌تری از این نهاد حقوقی تلاش نموده و با توصیف و تحلیل مهم‌ترین مبانی قانون اساسی نانوشته، در این حوزه به روشنگری می‌پردازد.

۱. مبانی قانون اساسی نانوشته

بر اساس یک دیدگاه عمومیت‌یافته، استانداردهای اصلی مشروعیت قانون اساسی که از یک مفهوم یکپارچه از حقوق عمومی نشأت می‌گیرد، شامل دموکراسی، حقوق بشر و حاکمیت قانون است.^۲ در این راستا برای اثبات مشروعیت و الزام‌آوری قانون اساسی

۱. برای نمونه: سیدناصر سلطانی، «اصول نانوشته قانون اساسی، آنسوی متن»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۷۰، (۱۴۰۰)؛ سیدناصر سلطانی، «حقوق اساسی نانوشته (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۹)؛ فردین مرادخانی، «لایه‌های پنهان قانون اساسی»، مطالعات حقوقی، شماره ۴، (۱۳۹۹)؛ فردین مرادخانی، «دو برداشت از قانون اساسی (حقوقی و سیاسی)»، دومین همایش اصول نانوشته قانون اساسی، دانشکده‌گان فارابی قم، (۱۴۰۱).

2. Matthias Kumm, "Constitutionalism and the Cosmopolitan State", NYU Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper 423, Vol. 20, (2013), at 8.

نوشته نیز نزد حقوقدانان و پژوهشگران این حوزه، از زاویه‌های دیگری این مبانی مورد بررسی قرار گرفته است که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

۱-۱. حاکمیت قانون^۱

در میان دیدگاه‌های هنجاری قانون اساسی و مشروطه‌خواهی، پایدارترین موضوع، محدودیت قدرت عمومی بوده است. قدیمی‌ترین، مداوم‌ترین و بادوام‌ترین مبانی مشروطه واقعی هنوز همان چیزی است که تقریباً از همان آغاز بوده است؛ یعنی «محدودیت حکومت به وسیله قانون».^۲ امروزه ایده دولت قانون اساسی در اصل حاکمیت قانون تجسم می‌یابد. همه چیز در داخل دولت باید در معرض قانون قرار گیرد. به این ترتیب، قانون اساسی مجموعه‌ای از هنجارهای اساسی (اصول، قواعد و رویه‌ها) است که نه تنها قدرت دولت را محدود می‌سازد بلکه به طور کلی پایه و اساس دولت در یک جامعه خاص را تشکیل می‌دهد.^۳

دیزنهاوس با بیان اینکه ارزش‌های قانون اساسی محدود به متن نوشته شده نیست، تحقق حاکمیت قانون و زندگی تحت لوای آن را حتی در غیاب قانون اساسی نوشته شده یا لایحه کتبی حقوق، در گرو مشارکت دادرسی در تفسیر چنین ارزش‌هایی می‌داند.^۴ همچنین به عقیده دایسی، ویژگی اصلی حاکمیت قانون این است که از هیچ قانون اساسی نوشته شده‌ای ناشی نمی‌شود.^۵

از دیدگاه برخی نظریه پردازان حقوق مانند آلبرت، حاکمیت قانون نیازمند یک سیستم قانونی برای احترام به تعدادی از معیارها است. احترام به این معیارها، احترام به قانون تلقی می‌شود. یکی از معیارهای کلیدی برای حاکمیت قانون «تناسب بین قوانین اعلام شده و مدیریت واقعی آنها» است. بعبارت دیگر قوانین روی کتاب‌ها باید تا حد امکان با قوانین

1. Rule of Law.

2. Limitation of Government by Law.

3. Krisch Nico, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford Constitutional Theory (New York: Oxford University Press, 2010) at 40.

4. David Dyzenhaus, "The Unwritten Constitution and the Rule of Law", *Constitutionalism in the Charter Era*, Canada: LexisNexis, (2004), at 383.

5. Albert V Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed (Oxford University Press, 1915) at 44.

در عمل مطابقت داشته باشند. آنچه در قانون اساسی نوشته می‌شود باید بازتاب چگونگی اعمال و اجرای قانون اساسی باشد. در غیر این صورت، عدم تطابق موجود منجر به سردرگمی و احتمال رفتار اختیاری دولت می‌شود.^۱ این در حالی است که قانون اساسی نانوشته از طریق اتکا بر عمل و اجرای سیاسی، ممکن است با اعمال فشارهای قابل توجه بر دولت برای انطباق با ارزش‌های اساسی، حاکمیت قانون را به همان اندازه یا حتی مؤثرتر از یک قانون اساسی مکتوب تحقق بخشد. در واقع رویه‌های سیاسی یا کنوانسیون‌های قانون اساسی ممکن است در حفاظت از ارزش‌های اساسی نسبت به مقررات مدون، مؤثرتر عمل کنند. زیرا آنها به جای بیان اظهارات انتزاعی، شیوه‌های واقعی تعهدات اخلاقی و سیاسی جامعه را تشکیل می‌دهند.^۲

نتیجه اینکه حاکمیت قانون و به تبع آن شفافیت قوانین برای مردم تنها با نوشتن محقق نخواهد شد. هرچند مکتوب بودن قوانین ابزار بسیار مهمی در راستای شناخت و تضمین آنها به شمار می‌آید، لکن چه بسا قوانین مکتوب و پرمحتوایی که هرگز در عمل به منصفه ظهور نرسیده و یا در مقابل چه بسیار قوانین و اصول دموکراتیک که بدون اثری در متن نوشته در جامعه جریان یافته و اجرا شده است. لذا می‌توان تحت حاکمیت قانون بود اما در چارچوب سند نوشته گرفتار نشد. برای تحقق اصول و ارزش‌های اساسی مشروطیت، «تفکر مشروطه‌خواه» لازم است نه متن نوشته. ارزش‌هایی که ریشه در تفکرات جامعه دارند حتی اگر هرگز نوشته نشوند، بخشی از قانون اساسی به حساب می‌آیند و به اندازه قواعد نوشته شفاف، قطعی و لازم‌الاجرا هستند. در این حالت اداره جامعه تحت حاکمیت قانون، در گرو نظم اساسی نوشته قرار ندارد.

به اعتقاد برخی از حقوقدانان اصل حاکمیت قانون به مفهوم ماهوی ایجاب می‌کند که در غیاب سند نوشته، شرح و تفسیر ارزش‌های قانون اساسی در قلمروی نانوشته آن صورت

۱. ریچارد آلبرت، «قانون اساسی نوشته؛ خیال خام»، ترجمه حیدرعلی تیموری، دومین همایش اصول نانوشته قانون اساسی، دانشکده‌گان فارابی قم، (۱۴۰۱).

2. Jane Pek, "Things Better Left Unwritten?: Constitutional Text and the Rule of Law", *New York University Law Review*, Vol. 83, (2008), at 1993-2007.

گیرد.^۱ به بیان دیگر در صورت فقدان قانون اساسی مکتوب، قلمروی چنین ارزش‌هایی، قلمروی قانون اساسی نانوشته است.

۱-۲. حقوق طبیعی^۲ (عدالت طبیعی)

یکی از مبانی قانون اساسی نانوشته ضرورت سازگاری قانون اساسی با «اصول اولیه عدالت طبیعی» می‌باشد.^۳ هنجارهای اساسی عدالت، بخش مهمی از ساختار قانونی حکومت را تشکیل می‌دهند؛ چه در متون قانون اساسی به‌عنوان ابزاری برای دستیابی به عدالت تجلی پیدا کنند و چه نکنند.^۴

اعتقاد بنیانگذاران به حقوق طبیعی تا جایی که قانون اساسی مکتوب را مکمل حقوق طبیعی و نه به‌عنوان جایگزینی برای آن تلقی می‌نمودند، تأثیر بسزایی در تصمیمات دیوان عالی آمریکا طی سه دهه اول پس از تصویب قانون اساسی داشت. اکثر قضات بخصوص در زمینه حفظ حقوق و آزادی‌های فردی با استناد صریح به حقوق طبیعی و اصول مرتبط، برخی از مصوبات قانونی را فاقد اعتبار دانستند.^۵ زبان حق طبیعی به‌طور مداوم در مذاکرات آن‌ها استفاده می‌شد و در اعلامیه‌های اولیه حقوق ذاتی و سلب‌نشده ناشی از طبیعت به مثابه حق مشترک نوع بشر، به‌صراحت مورد استناد قرار می‌گرفت.^۶ در هر دو سطح ایالتی و فدرال، دادگاه‌ها به‌طور مداوم قوانینی را که با حقوق نانوشته در تضاد بودند، رد کردند. پیوسته، قضات آمریکا، تعهدات جبران‌نشده و هرگونه مداخله در حقوق طبیعی شهروندان را باطل اعلام نموده‌اند. علی‌رغم فقدان هرگونه لایحه کتبی حقوقی در برخی از ایالات،

1. David Dyzenhaus, op. cit. at 383.

2. Natural Rights.

3. Akhil Reed Amar, *America's Unwritten Constitution* (New York: Basic Books, 2012) at 10.

4. Beverley McLachlin, "Unwritten Constitutional Principle: What Is Going on?", *NZJPIL*, Vol. 4, (2006), at 148.

۵. برای مطالعه بیشتر در مورد جایگاه الزامات حقوق طبیعی به‌عنوان منبع اولیه حقوق اساسی در سنت مشروطه‌خواهی

(مبنای حقوق طبیعی قانون اساسی تا دهه ۱۷۸۰) رجوع کنید به:

Suzanna Sherry, "The Founders' Unwritten Constitution", *The University of Chicago*, Vol. 54, (1978), at 1130-1176.

6. Resolutions of the House of Representatives of Massachusetts, 1765 & Virginia Declaration of Rights, (1776).

از قانون نانوشته برای بی اعتبار کردن اقدامات قانونی استفاده شده است.^۱ در پرونده‌های ایالت ویرجینیا بین سال‌های ۱۷۸۸ و ۱۸۲۸، قضات به قوانین بنیادی نانوشته‌ای مانند «اصول عدالت طبیعی» و «قانون طبیعی» استناد کرده‌اند. به عقیده قاضی پارکر، قوانینی که «به‌طور آشکار برخی از احکام قانون اساسی و یا حقوق افراد را نقض می‌کند» در بازبینی قضایی باید باطل اعلام شود. چنین قوانینی خلاف قانون اساسی خواهند بود، اگر چه به صراحت ممنوع نیستند. همچنین، دادگاه ایالت ماساچوست قوانین را براساس نقض آشکار و ظالمانه اصول بنیادی نانوشته نیز باطل کرد.^۲

بر خلاف ویرجینیا و ماساچوست، نیویورک تا سال ۱۸۲۱ فاقد حقوق مکتوب بود. با وجود این، مهم‌ترین حق نانوشته؛ یعنی حق جبران خسارت ناشی از تصاحب اموال خصوصی مردم، علی‌رغم فقدان هر گونه بند تعهدات نوشته شده در قانون اساسی بر اصول عدالت طبیعی متکی بود.^۳

ملاحظه رویه و سوابق مراجع قضایی نشان می‌دهد که حقوق طبیعی نانوشته از منظر بنیانگذاران قانون اساسی آمریکا؛ همانند قانون اساسی نوشته شده، حقوق قانونی است که از طریق مکانیسم بررسی قضایی قابل اجرا می‌باشد. به عبارت دیگر، سنت حقوق طبیعی قرن هجدهم، مخزنی از اصول الزام‌آور حقوقی را ایجاد کرد که می‌توانست توسط قضات به عنوان یک قانون اساسی نانوشته و مکمل قانون نوشته شده، ترسیم شود.^۴

هر چند بعدها ایده قانون اساسی به عنوان قانون موضوعه یعنی قانونی که توسط بشر تصویب می‌شود، رشد و توسعه یافت و اتکا به اصول حقوق طبیعی به تدریج جای خود را به دیدگاه قانون اساسی مکتوب به مثابه منبع اصلی حقوق اساسی داد. اما از آن‌رو که ساختار و نظریه قانون اساسی مکتوب، مظهر اعتقاد بنیانگذاران به حقوق طبیعی است و توافق مفسران مدرن بر پایه‌گذاری قانون اساسی مکتوب بر مبنای حقوق طبیعی و ایجاد یک

1. Suzanna Sherry, "The Ninth Amendment: Righting an Unwritten Constitution", Chi-Kent L. Rev, Vol. 64, (1988), at 1003.

2. Crenshaw V. Slate River Co 1828, Foster v. Essex Bank 1819 & Fletcher V. Peck 1799.

3. Bradshaw V. Rodgers, 20 Johns. 103, N.Y. Sup. Ct, 1822, para 735.

4. Thomas C Grey, "Do We Have an Unwritten Constitution?", Stan. L. Rev, Vol. 27, (1975), at 703.

قانون اساسی مطابق با الزامات آن استوار می‌باشد، همواره این بحث زنده در میان پژوهشگران حقوقی وجود داشته است که قانون اساسی از حقوق طبیعی به گونه‌ای استفاده می‌کند که آن را به‌عنوان منبعی از حقوق اساسی قابل اجرا هرچند نانوشته حفظ نموده است.^۱

بنابر استدلال والترز، نظریه حقوق اساسی نانوشته در راستای اثبات برتری حقوق طبیعی، عقل صحیح یا اصول جهانی اخلاق سیاسی و حقوق بشر بر قانونگذاری مطرح شده است.^۲ لذا به نظر می‌رسد شناسایی اصول نانوشته قانون اساسی مانند مفاهیم عدالت، وجود نوعی نظم طبیعی را پیش‌فرض می‌گیرد. هرچند بر خلاف آن، به جای تکیه بر الهیات به‌عنوان منبع اصول نانوشته‌ای که فراتر از اعمال قدرت دولتی است، این اصول برگرفته از تاریخ، ارزش‌ها و فرهنگ ملت است که در چارچوب قانون اساسی آن نگریسته می‌شود.^۳ پرواضح است، توسل به نهایی بودن و انحصاری بودن متن قانون اساسی و حاکمیت مطلق متن بدون ارزیابی اصول عدالت، یک دیدگاه پوزیتیویستی صرف است که می‌تواند به نتیجه‌ای مانند «هیچ فرقی نمی‌کند... اگر فرمان حاکم چیزی جز تحمیل اراده شخصی و اختیاری خود نباشد؛ نظم همچنان مستلزم تسلیم شدن در برابر آن است» منتهی گردد.^۴ علاوه بر این چنین دیدگاهی محدود و نسبی‌گرایانه است. زیرا در دسترس بودن هر حقیقتی بالاتر از آنچه جامعه خاصی قبلاً برای تجسم در قانون اساسی مکتوب خود انتخاب کرده است را انکار می‌کند.

رویکرد حقوق طبیعی این امکان را فراهم می‌کند تا آن دسته از حقوق و آزادی‌هایی که صراحتاً در سند نوشته قانون اساسی به رسمیت شناخته نشده‌اند؛ با شناسایی، تایید و رویه‌سازی از سوی نهادهای رسمی و بازیگران سیاسی، به‌جای گذر از مسیر دشوار و بعضاً غیر قابل دسترس اصلاحات رسمی، از مسیر سهل‌الوصول‌تر و مطلوب‌تری به‌عنوان بخشی

1. Robert P, George, "Natural Law, the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review", *Fordham L. Rev.*, Vol. 69, (2001), at 2270.

2. Mark D Walters, "The Common Law Constitution in Canada: Return of *Lex non Scripta* as Fundamental Law", *UTLJ*, Vol. 51, No. 2, (2001), at 136.

3. McLachlin, *op. cit.* at 149.

4. Sherry, *op. cit.* at 1010.

از قانون اساسی به رسمیت شناخته شوند. از این منظر، حقوق طبیعی گاه به مثابه زیربنا و گاهی نیز به عنوان مکمل سند قانون اساسی که شکاف‌های موجود در متن را پر می‌کند، تلقی می‌شود.^۱ بنابراین، نهاد قانون اساسی نانوشته بر مبنای نظریه حقوق طبیعی، فرصت‌های بیشتری را برای شناسایی و حفظ حقوق بشر فراهم می‌کند.^۲ به اعتقاد برخی از محققان، حقوق بشر در قانون اساسی نانوشته به نحو بهتری مورد حمایت قرار می‌گیرد، زیرا در مقایسه با قانون اساسی نوشته، توانایی بیشتری برای تغییر و انطباق با تحولات جامعه و نگرش‌های اجتماعی دارد.^۳ به عبارت دیگر، قانون اساسی نانوشته نهاد منعطفی است که به ارائه دامنه وسیع‌تری برای ایجاد یا تکمیل قوانین مربوط به حمایت از حقوق بشر و گنجاندن آن در چارچوب حقوقی یک کشور کمک شایانی می‌کند.

به اعتقاد برخی از محققین، یک قانون ممکن است «الزام‌آور» باشد زیرا مطابق با تمام رویه‌های مورد نیاز در یک نظام قانونگذاری خاص تصویب شده است؛ اما «نامشروع» باشد زیرا این رویه‌ها برای ارائه تضمین‌هایی مبنی بر عادلانه بودن قانون کافی نیستند.^۴ به عبارت دیگر تنها آن قانون اساسی که شامل رویه‌های کافی برای حمایت از حقوق طبیعی باشد، می‌تواند ادعای مشروعیت داشته باشد.

۱. برای مطالعه در مورد نظریات زیربنا و شکاف مراجعه کنید به:

Stephen E Sachs, "The Unwritten Constitution and Unwritten Law", *University of Illinois Law Review*, No. 5, (2013), at 1837.

Mark D Walters, *Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism* (Cambridge University Press, 2009) at 256.

۲. از این نظرگاه، حقوق بشر حقوقی جهانی است که برای همه انسان‌ها قابل حصول است و توسط دولت تعریف نشده است، بلکه از طریق اصول حقوق طبیعی تکامل یافته است.

3. Chetan Trivedi, "The Unwritten Constitution Provides Greater Opportunities for Human Rights: A Comparative Analysis of the Constitution of India and U.K.", *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 4, Iss. 4, (2021), at 1619.

۴. برای مطالعه بیشتر نگاه کنید به:

Randy E Barnett, "Constitutional Legitimacy", *Columbia Law Review*, Vol. 103, No. 1, (2003), at 145-148.

۳-۱. حقوق بشر^۱

ریشه حقوق بشر با ریشه تمدن بشری در هم تنیده است و حقوق بشر از زمان تمدن‌های اولیه وجود داشته است. چنانچه جان لاک در قرن هفدهم، در بحث و بررسی پیرامون حقوق طبیعی تاکید کرد که این حقوق از طریق قرارداد اجتماعی قابل تسلیم و واگذاری نیست.^۲

مقدمه اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ با به رسمیت شناختن «کرامت ذاتی و حقوق برابر و مسلم همه اعضای خانواده انسانی» آغاز می‌شود. این اعلامیه با شناسایی برخی از حقوق بشر به عنوان «فرا تر از قدرت انسان و دولت برای انکار یا لغو»، تمایل به ایجاد چارچوبی از قانون بین‌المللی را نشان می‌دهد که از طبیعت تبعیت می‌کند.^۳ بنابراین، زبان حق طبیعی در جریان موضوعه شدن، به «حق بشر» به عنوان مجموعه‌ای از قوانین بنیادین که ذاتی فرد است و فارغ از اینکه در مجموعه قوانین دولت‌ها به تصویب رسیده باشد یا خیر؛ باید به رسمیت شناخته شود، تغییر یافته است.^۴ تا جایی که در ماده ۱۶ اعلامیه حقوق بشر فرانسه آمده است: «جامعه‌ای که حقوق بشر در آن تضمین نشده است ... فاقد قانون است.»^۵

طبق یک تقسیم‌بندی، در مقابل قواعد اساسی معمولی؛ قواعد فرادستوری قرار دارد که احکام آن باید بر سایر هنجارهای قانون اساسی تحمیل شود و لذا یکی از مبانی قانون نانوشته تضمین و حمایت از قواعد حقوق بشری و فطری موجود در اعلامیه‌های حقوق است که سایر قواعد اساسی باید از آن تبعیت کنند؛ هرچند در متن نوشته برخی از کشورها مورد شناسایی قرار نگرفته و یا با محدودیت‌های اجرایی فراوانی روبه‌رو است.^۶ بنابراین هنجارهای قانونی بین‌المللی می‌تواند یک مبنا مهم برای ایجاد یا به‌روزرسانی چارچوب

1. Human Rights.

2. See: Eric Mack, *John Locke* (New York: A & C Black, 2009).

1. Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments, The Limits of Amendment Powers* (Oxford University Press, 2017) at 82.

۴. نگاه کنید به: مارتین لاگلین، *مبانی حقوق عمومی*، ترجمه محمد راسخ (تهران: نشر نی، ۱۳۸۸) صص ۲۷۸-۲۷۳.

5. The French Declaration of the Rights of Man of 1789.

۶. ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، *بایسته‌های حقوق اساسی*، چاپ سی‌ام (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷) صص ۴۸-۴۷.

هنجاری سیستم‌های قانونی ملی فراهم کنند. به بیان دیگر، هیچ کس نمی‌تواند رویکرد متضمن یک حقیقت پیشینی که ممکن است دارای جنبه‌هایی از رویه‌های موجود و کنوانسیون‌های اجتماعی اما خارج از سلسله‌مراتب استاندارد قواعد حقوقی^۱ باشد را رد کند؛ در حالی که چنین رویکردی تعهدات حقوقی جامعه را به شکل بهتری به تصویر می‌کشد.

اگر حقوق بشر به عنوان بازتابی از حقوق طبیعی و جهانی مبتنی بر خدا، جهان یا عقل، بجای حقوق موضوعه صرف در نظر گرفته شود، آنگاه می‌توان استدلال کرد که حقوق طبیعی برای همه مردم بدون هیچ استثنایی به موجب این ادعا که قانون طبیعی منبع نهایی اقتدار است، قابل اعمال است. بر این اساس می‌توان ادعا کرد که حقوق بشر باید فوق قانون اساسی در نظر گرفته شود و اگر ادعای فراقانون اساسی بودن حقوق بشر معتبر فرض شود، به این معنی است که می‌تواند حاکمیت مردم را بدون نیاز به ارائه صریح در قانون اساسی محدود کند. در نتیجه دادرسان اساسی قادر خواهند بود، اصلاحیه قانون اساسی که به‌طور مردمی تصویب شده است را در صورت نقض حقوق طبیعی صرف نظر از اینکه آیا قانون اساسی وجود حقوق طبیعی را به رسمیت می‌شناسد یا خیر، مغایر با قانون اساسی اعلام کنند.^۲

به‌طور کلی، هدف اساسی حقوق بشر تضمین حمایت موثر از حقوق بنیادین تمام افراد بشر در همه جای جهان بویژه در کشورهایی است که این حقوق به‌عنوان حقوق اساسی ضمانت نشده‌اند. این واقعیت که این حقوق، همان‌گونه که در مقدمه اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ آمده است: «برای تمام مردم و ملل معیاری مشترک برای دستیابی ارائه می‌دهد»، بدان معنا است که هر نظام مشروطه ملی یا رژیم مشروع باید همواره در تلاش برای حمایت از آنها باشد.^۳ در این مفهوم، تصمیم یک دولت در مورد تصویب قانون اساسی یا چگونگی

۱. برای مطالعه بیشتر در مورد سلسله‌مراتب قواعد حقوقی نگاه کنید به: همان، صص ۴۶-۴۷.

2. Nugraha Ignatius Jordan, "Popular Sovereignty and Constitutional Referendum: Can "The People" Be Limited by Human Rights?", *German Law Journal*, Vol. 23, (2022), at 40.

3. Abdullahi Ahmed AnNaim, *Islam and the Secular State Negotiating the Future of Sharia* (Harvard University Press, 2008) at 113.

اجرای آن دیگر تنها یک موضوع داخلی نیست، بلکه بخشی از سیاست بین‌الملل است. کشورهای در حال توسعه تحت تأثیر قوانین اساسی توسعه یافته در سطح جهانی، در فرآیند ملت‌سازی خود متعهد به تصویب یک قانون اساسی نوشته شده مطابق با استانداردهای حقوق بشری بین‌المللی هستند. در غیر این صورت، آنها توسط جامعه بین‌المللی به رسمیت شناخته نخواهند شد. یعنی مطابقت با قوانین بین‌المللی معیاری برای مشروعیت تلقی می‌شود.^۱ حتی آنجا که قانون‌های اساسی ملی و نظام‌های حقوقی از تصدیق صریح و فراهم آوردن الزامات حقوق بشری باز می‌مانند، حقایق کنونی روابط بین‌المللی در عمل، حداقلی از رعایت مساوات و عدم تبعیض در قبال تمام شهروندان را تضمین می‌کند.^۲

برخلاف یک باور کلی که قانون اساسی هر کشور را بیانگر هویت ملی منحصر به فرد آن کشور قلمداد می‌کند، شواهد تجربی حاکی از تأثیر الزامات و هنجارهای بین‌المللی حقوق بشر بر متون قانون اساسی ملی و کارکرد سیستم حقوق بشر بین‌المللی در فراهم ساختن یک مبنای هنجاری متمایز برای حفاظت از حقوق اساسی به‌عنوان حقوق بشر بجای حقوق شهروندان و به‌عنوان ابزار تأمین برخی از شکاف‌های مهم در قوانین اساسی داخلی^۳ بویژه توسعه قانون اساسی آمریکا در دوره ۱۹۴۸ تا ۱۹۷۶ بوده است. بنابراین بسیاری از قواعد حقوق بشر مانند ممنوعیت «رفتار یا مجازات ظالمانه، غیرانسانی یا تحقیرآمیز» یک ویژگی منحصر به فرد از قانون اساسی داخلی بر اساس یک هویت ملی متمایز نیست. در مقابل، عنصر مرکزی «اخلاق سیاسی جهانی حقوق بشر»^۴ است که در قوانین اساسی ملی متعدد و اسناد بین‌المللی حقوق بشر تدوین شده است. در نتیجه به لحاظ ماهوی، قوانین اساسی در اکثر کشورهای جهان شباهت‌های قابل توجهی با یکدیگر دارند. تا جایی که حقوق بنیادین مورد حمایت قانون اساسی در برخی کشورها به‌عنوان حقوق بشر در نظر گرفته می‌شود. برای نمونه اصلاحیه هشتم قانون اساسی آمریکا در مورد ممنوعیت «مجازات‌های بی‌رحمانه و غیر معمول» مانند بند ۵ از اعلامیه جهانی حقوق بشر است که

1. Roznai, op. cit. at 87.

2. AnNaim, op. cit. at 19.

3. Stephen Gardbaum, "Human Rights as International Constitutional Rights", The European Journal of International Law, Vol. 19, No. 4, (2008), at 764-767.

4. The Global Political Morality of Human Rights.

«رفتار یا مجازات ظالمانه، غیرانسانی یا تحقیرآمیز» را ممنوع می‌کند. همچنین بند حمایت برابر اصل‌حیه چهاردهم قانون اساسی که «حفاظت برابر از قوانین» را تضمین می‌کند، شباهت زیادی با بند ۷ اعلامیه دارد.^۱

در برخی از قوانین اساسی بر ممنوعیت لغو یا محدودیت حقوق و آزادی‌های بشر حتی از طریق رفتارندم و ابراز حاکمیت مردمی تصریح شده است. به این ترتیب، تغییر یا اصلاحات قانون اساسی حتی اگر به صورت عمومی وضع شده باشند، در معرض محدودیت‌های حقوق بشر قرار دارند. برای مثال طبق ماده ۱۵۵ قانون اساسی جمهوری آذربایجان «پیشنهادها برای رفتارندم را نمی‌توان در مورد ... لغو حقوق و آزادی‌های بشر و شهروند، که در فصل سوم قانون اساسی کنونی برای آن مقرر شده است، مطرح کرد»^۲ و یا به موجب مواد ۴۴۱ و ۴۴۲ قانون اساسی اکوادور «اصلاحات با استفاده از رفتارندم تنها در صورتی ممکن است که آنها هیچ محدودیتی بر حقوق اساسی بشر و ضمانت‌های آن اعمال نکنند»^۳.

ذکر این نکته ضروری است که در پذیرش و اساسی‌سازی، همواره این واقعیت باید در نظر گرفته شود که قانون اساسی بیان رسمی سازمان‌های سیاسی واقعی است که در یک فرهنگ خاص ظهور می‌کنند. لذا اساسی‌سازی اصول و ارزش‌های فراملی باید با در نظر گرفتن و در هماهنگی با سنت‌های فرهنگی ملی صورت گیرد. در غیر این صورت، شکاف بزرگی بین متن قانون اساسی و واقعیت نظم سیاسی پدیدار می‌شود.^۴

1. David L Sloss, "Sovereignty and National Constitutions", U. ST. Thomas L.J., Vol. 17, (2021), at 627-640.

2. Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyası [Constitution of the Republic of Azerbaijan], 1995, Amended (2016), Art 155.

3. Constitución de la república del ecuador [constitution of the republic of ecuador], 2008, amended (2012), arts 441, 442.

۴. ایجاد معضل قانون اساسی بدون مبانی مشروعیت.

در حال حاضر، بسیاری از کشورهای در حال توسعه به دلیل عدم اجرای حمایت قانونی از حقوق بشر اغلب به عنوان «کشورهای غیرمشروطه‌ی دارای قانون اساسی»^۱ مورد انتقاد قرار می‌گیرند.^۲

۴-۱. حاکمیت مردمی^۳

دموکراسی آمریکا بر این اصل استوار است که مردم سرچشمه قدرت و اقتدار سیاسی هستند و سند قانون اساسی تجسم مکتوب اراده آنها است. از این رو ادعای مشروعیت بنیانگذاران قانون اساسی مکتوب آمریکا نه بر حق الهی پادشاهان، بلکه بر اساس حق «ما مردم» برای اداره خود استوار بود.^۴ جیمز ویلسون در کنوانسیون پنسیلوانیا اعلام کرد: «حقیقت این است که قدرت برتر، مطلق و غیرقابل کنترل در اختیار مردم باقی می‌ماند» و «مردم، سرچشمه دولت» هستند.^۵ همچنین از نظر ویلز «قانون اساسی حاکم نیست بلکه تنها جلوه‌ای از حاکمیت مردم است؛ زیرا بجای کنترل مردم، توسط مردم کنترل می‌شود و می‌تواند توسط آنها همان طور که قبلاً ایجاد شده است، دیگر ایجاد نشود.»^۶ بنابراین استدلال شده است پایه الزام‌آوری و مشروعیت قانون اساسی مبتنی بر نظریه حاکمیت مردم است و مشروعیت قانون اساسی به تعهد مستمر به اصل «حکومت مردم، توسط مردم، برای مردم» بستگی دارد.^۷

در حال حاضر مبانی حقوق اساسی مدرن را نمی‌توان در یک اساس حقوق طبیعی صرف جستجو کرد. هرگونه تلاشی در این راستا در معرض سوءظن غیر دموکراتیک بودن قرار

1. Unconstitutional States with a Constitution.

2. Jiang Shigong, "Written and Unwritten Constitutions: A New Approach to the Study of Constitutional", SAGE Publications, Vol. 36, No. 1, (2010), at 14.

3. Popular Sovereignty.

4. Raymond Ku, "Consensus of the Governed: The Legitimacy of Constitutional Change", Fordham L. Rev, Vol. 64, (1995), at 557.

5. Andrew G I Kilberg, "We the People: The Original Meaning of Popular Sovereignty", Virginia Law Review, Vol. 100, (2014), at 1073.

6. Hugh Evander Willis, "The Doctrine of Sovereignty Under the United States Constitution", Virginia Law Review, (1929), at 475.

7. Amar, op. cit. at 285.

خواهد گرفت. زیرا ظاهراً چنین نگرشی قدرت مستقل مردم برای تعیین شرایط زندگی سیاسی خود را انکار می‌کند.^۱

مردم قانون اساسی را از طریق یک فرآیند خاص با یک حکم دموکراتیک خاص به تصویب رساندند.^۲ به عقیده عمار، از این تعهد سیاسی می‌توان به نتیجه حقوقی خاصی دست یافت؛ اگر ما قانون اساسی را مشروع بدانیم و به آن عمل کنیم، پس باید حاکمیت مردمی را به عنوان یک اصل قانونی برای رژیم حقوقی خود و در نتیجه به عنوان یک منبع بالقوه از قواعد حقوقی بپذیریم. تنها حاکمیت مردمی می‌تواند توضیح دهد که چرا قانون اساسی بر قانون عادی برتری دارد. اگر متن نوشته شده به اصل نانوشته حاکمیت مردمی بستگی داشته باشد، آنگاه باید در پرتو آن اصل تفسیر شود حتی اگر در هیچ یک از اصول آن چنین چیزی تصریح نشود.^۳ بر مبنای چنین استدلالی، حاکمیت مردمی یک منبع نانوشته از قواعد حقوق اساسی خواهد بود. شناسایی قواعد اساسی و برتری قانون اساسی بر دیگر قوانین، نقشی است که کنوانسیون‌های اجتماعی که منعکس کننده موافقت گسترده و عمیق مردم در هر نظام حقوقی هستند به آن اعطا می‌کنند. لذا قانون اساسی نانوشته، یک قانون اساسی منبعث از حاکمیت مردمی است. برای مثال، حق آزادی بیان در امریکا به عنوان یک عنصر ذاتی و ضروری هر چند نانوشته از قانون اساسی، توسط مردم که به عنوان یک قانونگذار مستقل عمل می‌کنند، تصویب شده است.^۴

ارزش سیاسی مشروطه خواهی باید بر اساس اعتماد به توانایی مردم برای ایجاد نظم هنجاری از طریق وضع قوانین و نوشتن قانون اساسی باشد اما همچنین بر اساس آگاهی ناشی از این حقیقت است که هیچ سطحی از قانونگذاری یا نوشتن قانون اساسی تمام آنچه که مردم نیاز دارند را تولید نمی‌کند.^۵ بدین ترتیب هیچ دلیلی وجود ندارد که تصور کنیم قدرت دموکراتیکی که قانون اساسی را به تصویب رسانده است، ممکن است به هر دلیلی

1. Lars Vinx, *Carl Schmitt's Defence of Sovereignty* (Cambridge University Press, 2015) at 119-120.

2. Akhil Reed, Amar, op. cit. at 52.

3. Ibid. at 285.

4. Ibid. at 52-53

5. Walters, op. cit. at 275.

ناپدید شده باشد. لذا یکی از دلایل الزام آوری قانون نانوشته این است که قانون اساسی در طول زمان رشد می‌کند و شکل کامل‌تری به خود می‌گیرد و در صورت سازگاری با ارزش‌های مشروطیت از سوی دارندگان اصلی قدرت یعنی مردم به‌طور ضمنی مورد تأیید قرار می‌گیرد.^۱ از این رو یکی از انتقادات جدی بر فرمالیسم حقوقی این است که به‌طور غیرقانونی «دست مرده گذشته»^۲ را بر اراده اکثریت فعلی برتری می‌دهد؛ امری که به شدت با حاکمیت مردمی به مثابه منبع اصلی مشروطیت ناسازگار است.^۳

در همین راستا مارکو سوکسی توضیح می‌دهد در حالی که «قدرت اصلاح رسمی» بالاترین قدرت هنجاری تعریف شده و محدود در قانون اساسی است، «قدرت تشکیل‌دهنده»، اختیارات پیشا قانون اساسی، فراقانون اساسی، نهفته و غیرقابل انکار مردم برای اجرای مفاد قانون اساسی یا تجدیدنظر کامل قانون اساسی فعلی یا حتی تهیه پیش‌نویس یک قانون اساسی در خلأ منبع قانونی را شامل می‌شود. بنابراین مردم به‌عنوان سازندگان و دارندگان اصلی قدرت می‌توانند اصول و ارزش‌های ورای متن نوشته را تأیید کنند.^۴

بنا بر دیدگاهی، حاکمیت واقعی مردم در گرو وجود اصول و قواعدی محکم (چه نوشته و چه نانوشته)، برای محدود ساختن قدرت دولت در برابر مردم است. در نتیجه آزادی، هرگز با اعلامیه‌های کاغذی تضمین نمی‌شود و با نبود آنها نیز از بین نمی‌رود.^۵ از دیدگاه طرفداران اصلاح قانون اساسی یکی از دلایل اصلی مشروعیت اصلاح، حاکمیت مردم است. به عقیده آنها قانون اساسی محصول رضایت مردمی است، پس مردم می‌توانند آن را تغییر بدهند. لذا حاکمیت مردم نسبت به قانون اساسی هم شامل نوشتن و

1. Pavlos, Eleftheriadis, "Two Doctrines of the Unwritten Constitution", *European Constitutional Law Review*, Vol. 13, (2017), P. 545.

2. *The Dead Hand of the Past*.

3. Lael K Weis, "Constitutional Amendment Rules and Interpretive Fidelity to Democracy", *Interpretive Fidelity to Democracy*, Vol. 38, (2014), at 242.

4. Markku, Suksi, *Bringing in the People: A Comparison of Constitutional Forms and Practices of the Referendum* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993) at 6-25.

5. Ilan, Wurma, *The Original Understanding of Constitutional Legitimacy*, *Brigham Young University Law Review*, (2014), at 680.

هم شامل بازنگری آن است.^۱ برای نمونه چهاردهمین اصلاحیه قانون اساسی ایالات متحده، تبعیض نژادی را غیرقانونی نمی‌دانست؛ در بهترین حالت، تدوین‌کنندگان آن، دیدگاه روشنی نسبت به این موضوع نداشتند. علاوه بر این، در مورد اعتقاد بنیانگذاران به محافظت زنان از تبعیض جنسیتی بر مبنای اصلاحیه چهاردهم تردید وجود دارد. با این حال، این گزاره‌های اصلی اکنون ویژگی‌های حل و فصل شده قانون اساسی آمریکا هستند.^۲

۵-۱. اصول کلی حقوقی در پرتو کارکرد تأسیسی دادرسی اساسی

اگرچه عموماً در نظام‌های حقوقی نوشته، قوانین به‌عنوان منبع اصلی و انحصاری حقوق شناخته می‌شود و از درجه فرمالیسم حقوقی شناسایی هرگونه نقشی برای تقنین قضایی به معنای الزام‌آور بودن رویه قضایی مشکل می‌نماید، اما در چند دهه گذشته، نظام‌های حقوقی از حیث منابع حقوقی به سمت نوعی همگرایی و توازن میان قانون و رویه قضایی به‌عنوان منابع حقوقی گرایش داشته است.^۳ لذا تفاسیر، نظرات و رویه‌های نهادهای قانون اساسی بخصوص نهاد دادرسی اساسی در شناسایی یا تبیین اصول کلی و بنیادین حقوقی نیز یکی از موجهات و مبانی قانون اساسی نانوخته تلقی می‌شود.

به اعتقاد لبرتون اصول کلی حقوقی اصول نانوخته‌ای است که از خلال سنت‌های حقوقی (فرانسه) و توسط قضات رشد پیدا کرده است. به بیان بوفاندو اصول حقوقی، قواعد حقوقی غیرمدونی هستند که ارزش قانون اساسی داشته و حتی به استثناء برخی از مواد صریح قانونی نمی‌توان آنها را کنار گذاشت.^۴ به طور کلی می‌توان اصول حقوق را اصولی کلی و دائمی معرفی کرد که منشأ وضع قواعد جزئی و نماینده ارزش‌های حقوقی حاکم بر

۱. فردین مرادخانی، «اصلاح قانون اساسی؛ فلسفه، قواعد و محدودیت‌ها»، مطالعات حقوقی، شماره ۲، (۱۴۰۱)، ص ۳۱۷.

2. Goodwin, Liu & Pamela S, Karlan; Christopher H, Schroeder, *Keeping Faith with the Constitution* (Oxford University Press, 2010) at 38.

۳. حسن و کیلیان، «جایگاه رویه قضایی و قانون به‌عنوان منابع حقوق در دکترین حقوق»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال نوزدهم، شماره ۵۸، (۱۳۹۷)، صص ۶۵-۶۴.

۴. مهدی هداوند و علی مشهدی، *اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری*، چاپ سوم (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳) صص ۲۸-۲۷.

جامعه به حساب می‌آیند.^۱ به نظر می‌رسد نظریه دور کین مبنی بر اینکه «حقوق تقریباً برای همه مسائل راه‌حل دارد»، تأکیدی بر احراز و پرده برداری از اصول حقوقی نانوشته از طریق یک فرآیند تفسیری است که در حقیقت ارزش‌های مورد التزام یک نظام حقوقی را آشکار می‌سازد. به باور وی در فرض عدم وجود قاعده‌ای معتبر، قاضی باید با ورود به فرآیند تفسیر و با استناد به اصولی که مقتضای عدالت یا انصاف هستند، حکم درست را صادر نماید.^۲

تغییر و تحول در قواعد مستخرج از متن نوشته قانون اساسی بر مبنای اراده دادرس در برخی سنت‌های حقوقی همچون آمریکا تا جایی است که حقوق اساسی را حقوق قضایی خوانده‌اند. چنین تعبیری برای شورای قانون اساسی فرانسه نیز در جایی که قواعد دستوری را فراتر از نص قانون و الفاظ آن به کار می‌گیرد، معنای موسعی به آن می‌بخشد و یا اصول کلی همچون اصل آزادی را در جنبه‌های عینی‌اش مورد حمایت قرار می‌دهد، به وضوح قابل تسری است.^۳ اصل انصاف، اصل برابری، اصل تناسب، اصل عدم تبعیض و اصل برائت از جمله مهم‌ترین اصول کلی حقوق هستند که با طرح و گسترش نظریه «حکمرانی خوب» و از رهگذر رویه‌ها و آرای نهادهای دادرسی پا به عرصه ظهور نهادند. برای نمونه از زمان تأسیس شورای قانون اساسی فرانسه تاکنون، تأکید بر اصل برابری تقریباً در نیمی از تصمیمات صادره توسط این شورا به چشم می‌خورد. مثال بارزتر، حمایت از حق دفاع است که گستره و عناصر آن در رویه شورای قانون اساسی تبیین شده است بدون اینکه هیچ متن قانون اساسی به چنین امری تصریح نموده باشد^۴ و این اثباتی بر رویه‌ای بودن اساس حراست از حقوق و آزادی‌ها و نقش بی‌بدیل دادگاه‌های قانون اساسی در پشتیبانی

۱. محسن صادقی، *اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه*، چاپ دوم (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۲) ص ۴۳.

۲. مسلم آقایی طوق و سجاد مردانی، «استناد به اصول حقوقی در آرای دیوان عدالت اداری»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۶، (۱۴۰۰)، ص ۱۶۶.

۳. فرانسوا لوشر، *دادگستری اساسی*، ترجمه سید مجتبی واعظی (تهران: نشر جاودانه-جنگل، ۱۳۹۰) صص ۶۰-۶۲.

۴. همان، ص ۶۳.

از حقوق و آزادی‌های بنیادین، با تکیه بر تفسیر مبتنی بر اصول کلی حقوقی است.^۱

۲. نسبت سنجی مشروعیت قانون اساسی نانوشته در مقایسه با سند نوشته

عموماً فرض بر این است که مشروعیت قانون اساسی مکتوب مبتنی بر رضایت است، در حالی که قانون اساسی نانوشته به دلیل عدم احراز رضایت فاقد مشروعیت است. برای خدشه به چنین استدلالی گفته می‌شود: حتی اگر متن نوشته قانون اساسی متکی بر رضایت اکثریت مردم باشد، در جایی که سیاست در جریان و اعمال بازیگران سیاسی در انطباق با متن قانون اساسی پیش نمی‌رود و اصول و ارزش‌های دموکراسی به گونه‌ای که در متن پیش‌بینی شده است جاری نمی‌شود؛ رضایت اکثریت نمی‌تواند استبداد اقلیت را توجیه نماید و به اعمال و رویه‌های در جریان مشروعیت بخشد. علاوه بر این، رضایت مردم نسبت به قانون اساسی نمی‌تواند به‌عنوان وسیله‌ای برای محدود کردن انتخاب‌هایشان در آینده تعبیر شود.^۲ در نتیجه به صرف تکیه بر عنصر رضایت، قانون اساسی نوشته لزوماً نمی‌تواند نسبت به قانون اساسی نانوشته از مشروعیت بیشتری برخوردار باشد. بخصوص اینکه در یک جامعه دموکراتیک تا زمانی که رویه‌های قانونی به سطحی از پذیرش عمومی دست نیابند، ادامه‌دار نخواهند شد. از این منظر، مشروعیت قانون اساسی نانوشته بر همان مبانی مفهومی قانون اساسی مکتوب استوار است.

به‌طور کلی دو رویکرد در مورد مشروعیت قانون اساسی وجود دارد: از یک سو، معمول است که قانون اساسی باید نماینده اراده و نمایانگر هویت، شخصیت و ارزش‌های ملتی باشد که بر آن حکومت می‌کند و به اعتقاد بسیاری از محققین، این نمایندگی که عموماً از طریق همه‌پرسی و یا انتخابات محقق می‌شود؛ لازمه مشروعیت قوانین اساسی محسوب می‌شود.^۳ از سوی دیگر بسیاری از نظریه‌پردازان استدلال می‌کنند مشروعیت قوانین اساسی

1. Natasa Danelciuc-colodrovschi, "The Principle of Equality in the French Constitutional Council's Case-Law: What Changes After Ten Years of Ex Post Review Implementation?", Aix Marseille University, (2020).

2. Richard H Fallon, *Implementing the Constitution (Legitimacy and the Unwritten Constitution)* (Harvard University Press, 2001) at 120.

3. Vicki C Jacson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era* (Oxford University Press, 2010) at 155.

نه به دلیل نمایندگی بلکه به دلیل ترویج عدالت و ابتنای بر عقل است. در چنین مواردی، مشروعیت قانون اساسی مبتنی بر این واقعیت است که عادلانه، منصفانه و کارآمد است.^۱ در این راستا می‌توان گفت: اگرچه اراده مردم در ایجاد قانون اساسی و اعتقاد به الزام‌آوری آن یکی از شروط لازم برای اثبات مشروعیت قانون اساسی است اما به نظر می‌رسد نظریه نمایندگی به تنهایی نمی‌تواند برای مشروعیت توجیه کافی فراهم کند. زیرا قوانین اساسی علاوه بر اینکه باید نماینده و مظهر اراده یک ملت باشند، نیازمند توجیحات اخلاقی و دلایل منطقی برای برخورداری از مشروعیت هنجاری^۲ هستند.^۳ چنانچه از سخنان راز نیز قابل برداشت است قانون اساسی، مشروعیت خود را با شناسایی صحیح دستورات عقل و راهنمایی ما برای عمل مطابق آن به دست می‌آورد.^۴ برای نمونه قانون اساسی آلمان به شدت تحت تأثیر نیروهای خارجی بوده و نمی‌توان آن را مخلوق واقعی ملتی دانست که بر آن حکومت می‌کند. به بیان دیگر حتی اگر قانون اساسی آلمان ابزار تحمیل شده توسط قدرت اشغالگر نامیده نشود، قانونی نیست که آزادانه توسط مردم آلمان تصویب شده باشد و نمی‌تواند مدعی نمایندگی آنها (حداقل در زمان تصویب) باشد. بنابراین مشروعیت قانون اساسی آلمان مبتنی بر رضایت عمومی، تأیید و وفاداری داوطلبانه مردم آلمان به قانون اساسی و یا حتی به دلیل اعتقاد به اینکه هویت مردم آلمان را منعکس می‌کند، نیست. در عوض همانگونه که دادگاه آلمان بیان می‌کند؛ مشروعیت آن به دلایل عقلی ماهوی و نهادی یعنی به دلیل سازگاری با عالی‌ترین ارزش‌های یک نظام آزاد و دموکراتیک و مطابقت با اصول بنیادین و نانوشته قانون اساسی بویژه اصول حاکمیت قانون و دولت رفاه اجتماعی است.^۵ مورد آلمان نشان می‌دهد که قانون اساسی مبتنی بر عقل لزوماً قانونی

1. Joseph Raz, *On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries*, In Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press, 1998) at 152.

2. Normative Legitimacy.

3. Alon Harel & Adam Shinar, "Two Concepts of Constitutional Legitimacy", *The Hebrew University of Jerusalem Faculty of Law*, Vol. 12, No. 1, (2023), at 4.

4. Joseph Raz, "The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception", *Minnesota Law Review*, Vol. 90, No. 1003, (2006), at 118- 119.

5. *Elfes Case*, 6 Bverf GE 32, (1957), Available at: <https://germanlawarchive.iuscomp.org>.

نیست که در ابتدای امر به صورت یک سند مشخص توسط مردم، قضاوت‌ها یا هویت عینی آنها شکل گرفته است. به بیان دیگر چنین قانونی اعتبار خود را مدیون شکل و نحوه تصویب خود نیست بلکه قدرت و اعتبارش را از محتوا و اهداف ارزشمندی که محقق می‌سازد، دریافت می‌کند.

مشروعیت قانون اساسی مبتنی بر عقل به وضوح مبنایی قابل دفاع برای اثبات مشروعیت قانون اساسی نانوخته است. چنانچه بریتانیا مدت‌ها تحت قانون اساسی کاملاً نانوخته زندگی کرده است. هنجارهایی که در حقوق کامن‌لا وجود دارند، اقتدار خود را نه از یک منبع نوشته بلکه از ترکیب عقل و عمل کسب می‌کنند. به همین دلیل گفته می‌شود که عقل، زیربنای قانون نانوخته است.^۱ رویکرد حقوق کامن‌لا، دیدگاه قابل دفاعی از قانون اساسی نانوخته است که نشان می‌دهد، قانون اساسی می‌تواند توأم با فراهم نمودن اصول محکمی که یک قانون اساسی به آن نیاز دارد، تکامل یابد و با شرایط متغیر جامعه سازگار شود اما تنها در محدوده خاصی و تنها به روش‌هایی که ریشه در ارزش‌های مشروطیت دارند. تنها به این طریق مفهوم قانون اساسی زنده ملعبه دست بازیگران سیاسی قرار نخواهد گرفت.^۲ مشارکت بین‌المللی در تدوین قوانین اساسی مصداقی دیگر از مشروعیت قانون اساسی مبتنی بر عقل است. این مداخلات گاهی (اما نه همیشه) به دعوت دولت، توسط نهادهای سازمان ملل، سازمان‌های غیردولتی و سازمان‌های بین‌المللی حقوق بشر، بر ساختار و محتوای قوانین اساسی جدید تأثیر می‌گذارد، آن را شکل می‌دهد و می‌تواند به آن مشروعیت بخشد. چنین مداخلاتی عموماً به منظور وارد ساختن بعد عقل به قانون اساسی انجام می‌گیرد. آرمان متخصصان بین‌المللی حقوق بشر، ایجاد قوانین اساسی ملی است که به طور کلی به درک جهانی از استانداردهای بین‌المللی حقوق بشر، چه در ماهیت و چه در اجرا وفادار باشند.^۳ برخلاف سوابق تاریخی، موارد اخیر دخالت بین‌المللی بجای تحمیل، بر مشاوره و همکاری متمرکز است که عموماً ناشی از تأثیرات نظم کلی قانون اساسی بر

1. Seshaua Wheatle, "Common Law Constitutionalism Through Methodology", *McGill Law Journal*, Vol. 65, No. 2, (2019), at 348.

2. David A. Strauss, *The Living Constitution* (New York: Oxford University Press, 2010) at 5.

3. Harel & Shinar, *op. cit.* at 27.

کشورهای همسایه، اطمینان از رعایت تعهدات حقوقی بین‌المللی و یا کمک به دولت‌سازی در جوامع پس از جنگ ناشی می‌شود.^۱ برای نمونه، سازمان ملل متحد طی یادداشت‌هایی با عنوان «یادداشت راهنمایی»^۲ نوع کمکی را که در فرآیند تدوین قانون اساسی ارائه می‌کند شرح می‌دهد.^۳ همچنین سازمان‌های منطقه‌ای مثل کمیسیون ونیز در شورای اروپا، به کشورهای عضو یا کشورهایایی که از آن مشاوره می‌خواهند، در تدوین قانون اساسی کمک می‌کنند.^۴ این همگرایی در تدوین قانون اساسی که منجر به شباهت‌های اخیر مفاد قوانین اساسی در کشورهای مختلف شده است با عنوان حقوق همگانی مبتنی بر قانون اساسی^۵ شناخته می‌شود.^۶ از این رو نتیجه گرفته می‌شود مجموعه مشاوره و همکاری در تدوین قانون اساسی بر اساس الگوهای خاص و هنجارهایی که در سطح بین‌المللی مطلوب تلقی می‌شود، پیش می‌رود و لذا بعید است که بتوان مشروعیت این هنجارها را به‌طور کامل و صرفاً به پذیرش عمومی و یا نهاد نمایندگی در سطح داخلی نسبت داد. در چنین مواردی، مشروعیت مبتنی بر عقل می‌تواند نقش مهمی در مشروعیت بخشیدن به چنین مقرراتی داشته باشد.

به‌طور کلی با تکیه بر چنین مبانی و استدلالاتی می‌توان گفت اگر ساختارهای قانون اساسی هر چند نانوشته ولی در تطابق با ارزش‌های اصیل مشروعیت باشند، مردمی و مشروع تلقی می‌شوند. در غیر این صورت با هنجارهای نانوشته اما غیرمشروطه مواجه خواهیم بود یعنی قواعد و اصولی که هر چند نظم اساسی ما را هدایت می‌کند و تصمیمات اساسی ما را شکل می‌دهد اما با هویت و ماهیت اصول مشروطه همخوانی ندارد. لذا باید بین اصول نانوشته

۱. برای مطالعه بیشتر نگاه کنید به:

Philip Dan & Zaid Al-Ali, "The internationalized Pouvoir Constituant – Constitution-Making Under External Influence in Iraq, Sudan and East Timor", Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 10, (2006), at 423- 429.

2. Guidance Note.

3. United Nations Assistance to Constitutionmaking Processes Final, [https://www.un.org/ruleoflaw/files/Guidance Note of the Secretary – General](https://www.un.org/ruleoflaw/files/Guidance%20Note%20of%20the%20Secretary%20-%20General), Last seen 10/02/2023.

4. Cheryl Saunders, "International Involvement in Constitution Making", Melbourne Legal Studies Research Paper Series, University of Melbourne, No. 839, (2019), at 7.

5. Generic Rights Constitutionalism.

6. Harel & Shinar, op. cit. at 31.

ناظر بر حقوق و آزادی‌های بنیادین و اصول و هنجارهایی که ایجادکننده و مؤسس نهادها و ساختارهای اضافی بر بدنه حقوق اساسی هستند، قائل به تفکیک شد. با این توضیح که هرچند قانون اساسی نوشته، قدرت و برتری خود را از شکل و قالبی که در آن ریخته شده و از شرایط و تشریفات (وضع و تصویب) که به موجب آن پدید آمده است، کسب می‌کند اما قدرت قانون اساسی نانوشته و الزام‌آوری آن نیز در اثر و نتیجه‌ای که از خود برجای می‌گذارد و اهداف ارزشمندی که محقق می‌سازد، نهفته است. قانون اساسی نانوشته برآمده از ریشه‌دارترین و اصیل‌ترین تعهدات قانون اساسی و تفکرات مشروطه‌گرایی هر نسل است. بنابراین اگرچه در وهله اول، هر آنچه که علی‌رغم کاردکرد اساسی موثر، به‌طور رسمی در سند قانون اساسی نمود نیافته است، می‌تواند قانون اساسی نانوشته تلقی گردد اما برای عبور از روی ریل‌های اصیل مشروطیت و پرهیز از خروج ناآگاهانه از آن؛ ما تنها اصول، قواعد یا رویه‌هایی را قانون اساسی نانوشته معرفی می‌کنیم که برآمده از روح آزادی‌خواهانه مشروطه‌گرایی و در راستای اهداف قانون اساسی باشد. اگر مجریان و مفسران قانون اساسی بتوانند بر مبنای سلیقه و ترجیحات شخصی بر ساختارهای موجود در قانون اساسی بیفزایند و چنین رویه‌ای به‌عنوان اصول قانون اساسی نانوشته تلقی گردد خطر بزرگی در مقابل اصل حاکمیت قانون و تحقق آزادی‌های شهروندان بوده و با عموم مبانی نظام‌های مبتنی بر قانون اساسی مغایر است.

به بیان دیگر اصل برتری قانون اساسی، ضامن حفظ ثبات و تداوم ساختار سیاسی کشور و جلوگیری از ایجاد خدشه به اصول و ارزش‌هایی است که دستاورد اراده ملی به حساب می‌آیند و نقض این اصول خدشه به اراده ملی تلقی می‌شود. علاوه بر این، اصل کنترل قوه مقننه و مهار قدرت قانونگذاری بر ممنوعیت نقض اصول و مسلمات حقوق اساسی بخصوص منع نقض حقوق و آزادی‌های فردی دلالت دارد.^۱ در نتیجه هرگونه تفسیر یا رویه‌ای که با اهداف و مبانی این اصول هم‌سو نباشد؛ از منظر حقوقی قابل پذیرش

۱. علی‌اکبر جعفری ندوشن، بررسی تطبیقی کارویژه‌های شورای نگهبان در ایران، فرانسه و آمریکا، چاپ اول (تهران: انتشارات مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۵) صص ۳۷-۳۵.

نیست و نظرات و رویه‌هایی که توجیه حقوقی نداشته باشند و در قالب مفاهیم حقوقی قابل درک نباشند نمی‌توانند قانون اساسی نام بگیرند.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

شناخت درست از مفهوم نسبتاً نوظهور قانون اساسی نانوشته در نظام حقوق اساسی ایران، تنها در پرتو بررسی مبانی مشروعیت قانون اساسی و تحلیل این مبانی در سطحی ورای نظم اساسی داخلی امکان‌پذیر است.

رویکرد و روشی که برای شناسایی ماهیت قانون اساسی بکار گرفته می‌شود در توضیح یا توسعه دامنه و محتوای آن موثر است. اگر با یک رویکرد شکلی بر فرم و شکل قانون اساسی تمرکز کنیم قانون اساسی و قواعد آن همان چیزی است که در سند مشخص و مدون به‌طور رسمی گنجانده شده است. لذا از آنجایی که رویکرد موجود نسبت به مشروعیت قانون اساسی می‌تواند بر روش تفسیر و همچنین نحوه اجرای قانون اساسی اثرگذار باشد؛ از طریق یک رویکرد فرامتنی و درک مفهوم کلی قانون اساسی ورای سند نوشته می‌توان به حوزه‌های گسترده‌تری از حقوق و آزادی‌های فردی و عمومی دست یافت.

برای نمونه رویکرد مشروعیت مبتنی بر عقل - که بر عدالت یا کارآمدی مقررات قانون اساسی استوار است - شکاف بین نظر و عمل قانون اساسی را کاهش می‌دهد و بواسطه چنین رویکردی اصول و ارزش‌های نانوشته، به مبنای محکم‌تری برای مشروعیت دست می‌یابند. از این نظرگاه، قانون اساسی اعتبار و مشروعیت خود را نه از شکل و نحوه تصویب خود بلکه از محتوا و اهداف ارزشمندی که محقق می‌سازد، دریافت می‌کند و در نتیجه مشروعیت قانون اساسی نانوشته بر همان مبانی اصلی و ماهوی قانون اساسی مکتوب استوار می‌گردد.

به‌طور کلی در همه نظام‌های حقوقی، لاجرم گریزی از این واقعیت که در کنار قانون نوشته لایه دیگری تحت عنوان قانون نانوشته وجود دارد، نیست. اصول نانوشته موجب تغییر و تحولاتی بر اجرای قواعد نوشته می‌شود و دامنه آنها را توضیح یا توسعه می‌بخشد. در این راستا آنچه مهم است توجه به مبانی و دلایل الزام‌آوری قانون اساسی نانوشته است

که بر تحقق ماهوی اصل حاکمیت قانون، تکیه بر الزامات حقوق طبیعی و حقوق بشر و همچنین جایگاه دادرس اساسی و مردم در شناسایی و اعتباربخشی به اصول و ارزش‌های واقعی قانون اساسی تأکید می‌کند و اینجاست که حد قانون اساسی نانوشته از غیر آن مشخص می‌شود.

لذا ضروری است مفهوم قانون اساسی نانوشته و تبیین جایگاه آن در هر نظام حقوقی نادیده گرفته نشود. زیرا غفلت از این مفهوم و عدم تبیین درست آن می‌تواند اعمال نظرهای صلاح‌دید را افزایش داده و ماهیت اعمال، رویه‌ها و قواعد موجود در نظم حقوق اساسی را دچار ابهام سازد. چه بسا با بزرگنمایی در عرصه سیاسی، بسیاری از رویه‌ها یا نظرات رسمی به اشتباه، بخشی از قانون اساسی نانوشته تلقی شده و قوت بیشتری یابند.

تعارض منافع

تعارض منافع وجود ندارد.

ORCID

Ayat Mulaee



<https://orcid.org/0000-0001-7084-1890>

Maedeh Soleymani
Dinani



<https://orcid.org/0000-0002-8395-2175>

منابع

کتاب‌ها

- جعفری ندوشن، علی اکبر، بررسی تطبیقی کارویژه‌های شورای نگهبان در ایران، فرانسه و آمریکا، چاپ اول (تهران: انتشارات مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۵).
- سلطانی، سیدناصر، حقوق اساسی نانوشته (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۹).
- صادقی، محسن، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، چاپ دوم (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۲).
- قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷).

- لاگلین، مارتین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ (تهران: نشر نی، ۱۳۸۸).
- لوشر، فرانسوا، دادگستری اساسی، ترجمه سید مجتبی واعظی (تهران: نشر جاودانه- جنگل، ۱۳۹۰).
- هداوند، مهدی و مشهدی، علی، اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری، چاپ سوم (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳).

مقاله‌ها

- آقایی طوق، مسلم و مردانی، سجاد، «استناد به اصول حقوقی در آرای دیوان عدالت اداری»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره ۳، شماره ۶، (۱۴۰۰).
- آلبرت، ریچارد، «قانون اساسی نوشته؛ خیال خام»، ترجمه حیدرعلی تیموری، دومین همایش اصول نانوشته قانون اساسی، دانشکده گان فارابی قم، (۱۴۰۱).
- سلطانی، سید ناصر، «اصول نانوشته قانون اساسی، آنسوی متن»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۲، شماره ۷۰، (۱۴۰۰).
- مرادخانی، فردین، «لایه‌های پنهان قانون اساسی»، مطالعات حقوقی، دوره ۱۲، شماره ۴، (۱۳۹۹).
- مرادخانی، فردین، «دو برداشت از قانون اساسی (حقوقی و سیاسی)»، دومین همایش اصول نانوشته قانون اساسی، دانشکده گان فارابی قم، (۱۴۰۱).
- وکیلان، حسن، «جایگاه رویه قضایی و قانون به‌عنوان منابع حقوق در دکترین حقوق»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۹، شماره ۵۸، (۱۳۹۷).

References

Books

- Annaim, Abdullahi Ahmed, *Islam and the Secular State Negotiating the Future of Sharia* (Harvard University Press, 2008).
- Amar, Akhil Reed, *America's Unwritten Constitution* (New York: Published by Basic Books, 2012).

- Dicey, Albert V, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed (London: Macmillan and Co, 1915).
- Fallon, Richard H, *Implementing the Constitution (Legitimacy and the Unwritten Constitution)* (Harvard University Press, 2001).
- Jacson, Vicki C, *Constitutional Engagement in a Transnational Era* (Oxford University Press, 2010).
- JowellJ, Effrey & Oliver, Dawn (ed.), *The Rule of Law and Its Underlying Values: The Changing Constitution* (Oxford University Press, 2007).
- Krisch, Nico, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Post-National Law*, Oxford Constitutional Theory (New York: Oxford University Press, 2010).
- Liu, Goodwin, Karlan, Pamela S & Christopher H, Schroeder, *Keeping Faith with the Constitution* (Oxford University Press, 2010).
- Mack, Eric. *John Locke* (New York: A & C Black, 2009).
- Raz, Joseph, *On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries*, In Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press, 1998).
- Strauss, David A, *The Living Constitution* (Oxford University Press, New York, 2010).
- Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments, The Limits of Amendment Powers* (Oxford University Press, 2017).
- Suksi, Markku, *Bringing in the People: A Comparison of Constitutional Forms and Practices of the Referendum* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993).

- Vinx, Lars, *Carl Schmitt's Defence of Sovereignty* (Cambridge University Press 2015).
- Walters, Mark D, *Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism* (Cambridge University Press, 2009).

Articles

- Barnett, Randy E, "Constitutional Legitimacy", *Columbia Law Review*, Vol. 103, No. 1, (2003).
- Dan, Philip & Al-Ali, Zaid, "The Internationalized Pouvoir Constituant – Constitution-Making Under External Influence in Iraq, Sudan and East Timor", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 10, (2006).
- Danelciuc-colodrovschi, Natasa, "The Principle of Equality in the French Constitutional Council's Case-Law: What Changes After Ten Years of Ex Post Review Implementation?", *Aix Marseille University*, No. 150, (2020).
- Dyzenhaus, David, "The Unwritten Constitution and the Rule of Law", *Constitutionalism in the Charter Era, Canada: Lexis Nexis*, No. 5, (2004).
- Eleftheriadis, Pavlos, "Two Doctrines of the Unwritten Constitution", *European Constitutional Law Review*, Vol. 13, No. 3, (2017).
- Grey, Thomas C, "Do We Have an Unwritten Constitution?", *Stan. L. Rev*, Vol. 27, (1975).
- George, Robert P, "Natural Law, the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review", *Fordham L. Rev*, Vol. 69, No. 6, (2001).

- Gardbaum, Stephen, “Human Rights as International Constitutional Rights”, *The European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 4, (2008).
- Harel, Alon & Shinar, Adam, “Two Concepts of Constitutional Legitimacy”, *The Hebrew University of Jerusalem Faculty of Law, Cambridge University Press*, Vol. 12, No. 1, (2022).
- Kilberg, Andrew G. I, “We the People: The Original Meaning of Popular Sovereignty”, *Virginia Law Review*, Vol. 100, No. 5, (2014).
- Ku, Raymond, “Consensus of the Governed: The Legitimacy of Constitutional Change”, *Fordham L. Rev*, Vol. 64, No. 2, (1995).
- Kumm, Matthias, “Constitutionalism and the Cosmopolitan State”, *NYU Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 423, Vol. 20, No. 2, (2013).
- Mclachlin, Beverley, “Unwritten Constitutional Principle: What Is Going on?”, *NZJPIL*, Vol. 4, (2006).
- Nugraha, Ignatius Yordan, “Popular Sovereignty and Constitutional Referendum: Can “The People” Be Limited by Human Rights?”, *German Law Journal*, Vol. 23, (2022).
- Pek, Jane, “Things Better Left Unwritten?: Constitutional Text and the Rule of Law”, *New York University Law Review*, Vol. 83, No. 6, (2008).
- Raz, Joseph, “The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception”, *Minnesota Law Review*, Vol. 90, No. 1003, (2006).
- Sachs, Stephen E, “The Unwritten Constitution and Unwritten Law”, *University of Illinois Law Review*, No. 5, (2013).

- Saunders, Cheryl, “International Involvement in Constitution Making”, Melbourne Legal Studies Research Paper Series, University of Melbourne, No. 839, (2019).
- Shigong, Jiang, “Written and Unwritten Constitutions: A New Approach to the Study of Constitutional”, SAGE Publications, Vol. 36, No. 1, (2010).
- Sherry, Suzanna, “The Ninth Amendment: Righting an Unwritten Constitution”, Chi-Kent L. Rev, Vol. 64, No. 3, (1988).
- Sherry, Suzanna, “The Founders' Unwritten Constitution”, The University of Chicago, Vol. 54, No. 4, (1978).
- Sloss, David L, “Sovereignty and National Constitutions”, U. ST. Thomas L.J, Vol. 17, No. 2, (2021).
- Trivedi, Chetan, “The Unwritten Constitution Provides Greater Opportunities for Human Rights: A Comparative Analysis of the Constitution of India and U.K.”, International Journal of Law Management & Humanities, Vol. 4, No. 4, (2021).
- Walters, Mark D, “The Common Law Constitution in Canada: Return of Lex Non Scripta as Fundamental Law”, UTLJ, Vol. 51, No. 2, (2021).
- Weis, Lael K, “Constitutional Amendment Rules and Interpretive Fidelity to Democracy”, Interpretive Fidelity to Democracy, Vol. 38, No. 240, (2014).
- Wheatle, Sessauna, “Common Law Constitutionalism Through Methodology”, McGill Law Journal, Vol. 65, No. 2, (2019).
- Willis, Hugh Evander, “The Doctrine of Sovereignty Under the United States Constitution”, Virginia Law Review, Vol. 437, (1929).

- Wurma, Ilan, “The Original Understanding of Constitutional Legitimacy”, Brigham Young University Law Review, No. 4, (2014).

In Persian

Books

- Ghazi Shariat Panahi, Abulfazl, *Precis du Droit Constitutionnel* (Tehran: Mizan Publishing, 2008).
- Hadavand, Mahdi & Mashhadhi, Ali, *Principles of Administrative Law in the Light of the Opinions of the Administrative Court*, 3rd Edition (Tehran: Khorsandi Publishing, 2013).
- Jafari Nadushan, Ali Akbar, *Comparative Study of the Functions of the Guardian Council in Iran, France and America*, first Edition (Tehran: Islamic Revolution Center Publications, 2007).
- Loughlin, Martin, *Fundations of Public Law*, Translated by Mohammad Rasekh, Tehran: Ney Publishing, 2010).
- Luscher, Francois, *Constitutional Justice*, Translated by Seyed Mojtaba Vaezi, (Tehran: Javadane-Jengal Publishing, 2010).
- Soltani, Seyed Nasser, *Unwritten Constitutional* (Tehran: Publishing Company, 2020).
- Sadeghi, Mohsen, *Legal Principles and Their Place in the Subject Law*, Second Edition (Tehran: Mizan Publishing, 2012).

Articles

- Aghaei Touq, Muslim & Mardani, Sajjad, "Reference to Legal Principles in the Opinions of the Administrative Court", Scientific Quarterly of Modern Administrative Law Research, Vol. 3, No. 6, (2022).
- Albert, Richard, "Unwritten Constitutional; Illusion", Translated by Heydar Ali Teimuri, The Second Conference on the Unwritten Principles of the Constitution, Farabi Schools of Qom, (2022).
- Moradkhani, Fardin, "The Hidden Layers of the Constitution", Legal Studies, Vol. 12, No. 4, (2020).
- Moradkhani, Fardin, "Two Perceptions of the Constitution (Legal and Political)", The Second Conference on the Unwritten Principles of the Constitution, Farabi Schools of Qom, (2022).
- Soltani, Seyed Nasser, "Unwritten Principles of the Constitution; Beyond the Text", Public Law Research, Vol. 22, No. 70, (2021).
- Vakilian, Hassan, "The Place of Judicial Procedure and Law as Sources of Law in Legal Doctrine", Public Law Research Quarterly, 19th Year, Vol. 19, No. 58, (2017).

استناد به این مقاله: مولائی، آیت و سلیمانی دینانی، مائده، «مبانی مشروعیت قانون اساسی نانوشته»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۶، شماره ۸۳، (۱۴۰۳)، ۳۳-۶۸.
Doi: 10.22054/QJPL.2024.75391.2926



The Quarterly Journal of Public Law Research is licensed under a Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License