

مبانی مشروعیت قانون اساسی نانوشته

چکیده

اگرچه ایده‌ی 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 عرصه‌ی 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 سوال 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.

کلید واژه‌ها: «قانون اساسی نانوشته»، «مشروعیت»، «حاکمیت قانون»، «حاکمیت مردم»، «حقوق بشر»، «حقوق طبیعی».

The foundations of the legitimacy of the unwritten constitution

Abstract

Although the idea of an unwritten constitution and the identification of this concept in societies with a written document can be very challenging and even be used as a tool to circumvent the text of the constitution or as a template for explaining the nature of political preferences and legitimizing actions that do not have a specific place for explanation in the field of constitutional rights; But dealing with this concept cannot be more dangerous than ignoring it. By examining the foundations of the legitimacy of the unwritten constitution in its original origin, the boundaries of this concept are defined and the way of any preferential use is taken. If introduce the unwritten constitution as a set of legal rules of the stature of the constitution that are not included in the written text of the constitution and not only do not derive their legitimacy from the text, but also give credibility to the principles contained in the text; This question is raised, where do such rules get their legitimacy? In this research, with the descriptive-analytical method and the collection of materials in a library, an attempt has been made to give an appropriate answer to the question by examining the concept of the unwritten constitution and analyzing its foundations in its watershed.

key words: Unwritten Constitution, Legitimacy, Rule of Law, People's Sovereignty, Human Rights, Natural Rights.

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 آبشخور خود، امری غیرممکن به نظر می‌رسد.

به عبارت دیگر، اگر چه درک معاصر از قانون اساسی با هنجارهای نانوشته قانون اساسی آغشته شده است و نادیده گرفتن بخش نانوشته‌ی 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 امکان‌سنجی مطابقت نهادهای داخلی با چنین مفاهیمی، می‌تواند همانند یک وصله‌ی 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 عرصه‌ی 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 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 عرصه‌ی 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^۲، 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.

^۱ - Jeffrey Jowell & Dawn Oliver, *The Rule of Law and Its Underlying Values: The Changing Constitution*, (Oxford University Press, 2007), at 5-23.

^۲ - برای نمونه: سیدناصر سلطانی، «اصول نانوشته قانون اساسی، آنسوی متن»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ش ۷۰، (۱۴۰۰)؛ سیدناصر سلطانی، حقوق اساسی نانوشته، (تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۹)؛ فردین مرادخانی، «لایه‌های پنهان قانون اساسی»، مطالعات حقوقی، ش ۴، (۱۳۹۹)؛ فردین مرادخانی، «دو برداشت از قانون اساسی (حقوقی و سیاسی)»، دومین همایش اصول نانوشته قانون اساسی، دانشکده‌گان فارابی قم، (۱۴۰۱).

پژوهش حاضر برای پاسخ به این پرسش که اصول، قواعد و هنجارهایی که قدرت الزام آوری 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.^۱ در این راستا برای اثبات مشروعیت و الزام آوری قانون اساسی نانوشته 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^۲

در میان دیدگاه‌های هنجاری قانون اساسی و مشروطه‌خواهی، پایدارترین موضوع، محدودیت قدرت عمومی بوده است. قدیمی‌ترین، مداوم‌ترین و بادوام‌ترین مبنای مشروطه واقعی هنوز همان چیزی است که تقریباً از همان آغاز بوده است؛ یعنی «محدودیت حکومت به وسیله قانون».^۳ امروزه ایده‌ی 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 به‌طور کلی پایه و اساس دولت در یک جامعه خاص را تشکیل می‌دهد.^۴

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 اساسی در تفسیر

¹-Matthias Kumm, "Constitutionalism and the Cosmopolitan State", NYU Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper 423, Vol. 20, (2013), at 8.

²-Rule of Law.

³-Limitation of Government by Law.

⁴-Krisch Nico, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford Constitutional Theory, (Oxford University Press, New York, 2010), at 40.

چنین ارزش‌هایی می‌داند.^۱ همچنین به عقیده دایسی، ویژگی اصلی حاکمیت قانون این است که از هیچ قانون اساسی نوشته شده‌ای ناشی نمی‌شود.^۲

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. به عبارت دیگر، قوانین روی کتاب‌ها باید تا حد امکان با قوانین 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.^۳ این در حالی است که قانون اساسی نانوخته 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.^۴

نتیجه اینکه، حاکمیت قانون و به تبع آن شفافیت قوانین برای مردم تنها با نوشتن محقق نخواهد شد. هر چند مکتوب بودن قوانین ابزار بسیار مهمی در راستای شناخت و تضمین آن‌ها به شمار می‌آید، لکن چه بسا قوانین مکتوب و پر محتوایی 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 نانوخته‌ی آن صورت گیرد.^۵ به بیان دیگر در صورت فقدان قانون اساسی مکتوب، قلمروی چنین ارزش‌هایی، قلمروی قانون اساسی نانوخته است.

¹-David Dyzenhaus, "The Unwritten Constitution and the Rule of Law", *Constitutionalism in the Charter Era*, Canada: LexisNexis, (2004), at 383.

²-Albert V Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed, (Oxford University Press, 1915), at 44.

³ - ریچارد آلبرت، «قانون اساسی نوشته؛ خیال خام»، ترجمه حیدرعلی تیموری، دومین همایش اصول نانوخته قانون اساسی، دانشکده‌گان فارابی قم، (۱۴۰۱).

⁴-Jane Pk, "Things Better Left Unwritten?: Constitutional Text and the Rule of Law", *New York University Law review*, Vol. 83, (2008), at 1993-2007.

⁵-David, Dyzenhaus, *Op. Cit*, at 383.

۱-۲- حقوق طبیعی^۱ (عدالت طبیعی)

یکی از مبانی قانون اساسی نانوشته ضرورت سازگاری قانون اساسی با «اصول اولیه عدالت طبیعی» می‌باشد.^۲ 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.^۳

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.^۴ زبان حق طبیعی به‌طور مداوم در مذاکرات آن‌ها استفاده می‌شد و در اعلامیه‌های اولیه حقوق ذاتی و سلب‌نشده ناشی از طبیعت به‌مثابه حق مشترک نوع بشر، به‌صراحت مورد استناد قرار می‌گرفت.^۵ 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 جبران نشده و هرگونه مداخله در حقوق طبیعی شهروندان را باطل اعلام نموده‌اند. علی‌رغم فقدان هرگونه لایحه کتبی حقوقی در برخی از ایالات، از قانون نانوشته برای بی‌اعتبار کردن اقدامات قانونی استفاده شده است.^۶ 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 به‌صراحت ممنوع نیستند. همچنین، دادگاه ایالت ماساچوست قوانین را براساس نقض آشکار و ظالمانه اصول بنیادی نانوشته نیز باطل کرد.^۷

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 هرگونه بند تعهدات نوشته شده در قانون اساسی بر اصول عدالت طبیعی متکی بود.^۸

^۱-Natural Rights.

^۲- Akhil Reed Amar, *America's Unwritten Constitution*, (Basic Books, New York, 2012), at 10.

^۳-Beverly mclachlin, "Unwritten Constitutional Principle: What Is Going on?"; NZJPIL, Vol. 4, (2006), at 148.

^۴- 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.

^۵-Resolutions of the House of Representatives of Massachusetts, 1765 & Virginia Declaration of Rights, 1776.

^۶-Suzanna Sherry, "The Ninth Amendment: Righting an Unwritten Constitution", *Chi-Kent L. Rev.*, Vol. 64, (1988), at 1003.

^۷-Crenshaw v. Slate River Co 1828, Foster v. Essex Bank 1819 & Fletcher v. Peck 1799.

^۸-Bradshaw v. Rodgers, 20 Johns. 103, N.Y. Sup. Ct, 1822, para 735.

ملاحظه‌ی رویه و سوابق مراجع قضایی نشان می‌دهد که حقوق طبیعیِ 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 طبیعیِ قرن هجدهم، مخزنی از اصول الزام‌آور حقوقی را ایجاد کرد که می‌توانست توسط قضات به‌عنوان یک قانون اساسی نانوشته و مکمل قانون نوشته شده، ترسیم شود.^۱

هر چند بعدها ایده‌ی قانون اساسی به‌عنوان 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، به‌مثابه منبع اصلی حقوق اساسی داد. اما از آن رو که ساختار و نظریه‌ی قانون اساسی مکتوب، مظهر اعتقاد بنیانگذاران به حقوق طبیعی است و توافق مفسران مدرن بر پایه‌گذاریِ قانون اساسی مکتوب بر مبنای حقوق طبیعی و ایجاد یک 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 به‌گونه‌ای استفاده می‌کند که آن را به‌عنوان منبعی از حقوق اساسی قابل اجرا؛ هر چند نانوشته، حفظ نموده است.^۲

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.^۳ لذا به نظر می‌رسد شناسایی اصول نانوشته قانون اساسی، مانند مفاهیم عدالت، وجود نوعی نظم طبیعی را پیش‌فرض می‌گیرد. هر چند 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.^۴

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.^۵ 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 از قانون اساسی به رسمیت شناخته شوند. از این منظر، حقوق طبیعی گاه به‌مثابه زیربنا و گاهی نیز به‌عنوان مکمل سند قانون اساسی

¹-Thomas C Grey, "Do We Have an Unwritten Constitution?", Stan. L. Rev, Vol 27, (1975), at 703.

²-Robert P, George, "Natural Law, the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review", Fordham L. Rev, Vol. 69, (2001), at 2270.

³-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.

⁴- McLachlin, Op. Cit, at 149.

⁵- Sherry, Op. Cit, at 1010.

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 ارائه‌ی 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 ارائه‌ی 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.

۱-۳- حقوق بشر^۵

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.^۶

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 «فراتر از قدرت انسان و دولت برای انکار یا لغو»، تمایل به ایجاد چارچوبی از قانون بین‌المللی را نشان می‌دهد که از طبیعت تبعیت می‌کند.^۷

^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*, (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.

^۳-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*, No. 1, Vol. 103, (2003), at 145-148.

^۵-Human Rights.

^۶-See: Eric Mack, *John Locke*, (A&C Black, New York, 2009).

^۷-Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments, The Limits of Amendment Powers*, (Oxford University Press, 2017), at 82.

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.^۱ تا جایی که در ماده ۱۶ اعلامیه حقوق بشر فرانسه آمده است: «جامعه‌ای که حقوق بشر در آن تضمین نشده است ... فاقد قانون است.»^۲

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.^۳ بنابراین، هنجارهای قانونی بین‌المللی می‌تواند یک مبنا مهم برای ایجاد یا به‌روزرسانی چارچوب هنجاری سیستم‌های قانونی ملی فراهم کند. به بیان دیگر، هیچ‌کس نمی‌تواند رویکرد متضمن یک حقیقت پیشینی که ممکن است دارای جنبه‌هایی از رویه‌های موجود و کنوانسیون‌های اجتماعی اما خارج از سلسله مراتب استاندارد قواعد حقوقی^۴ 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، به جای 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 فرا قانون 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 شده‌است 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.^۵

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.^۶ در این مفهوم،

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

۲ - The French Declaration of the Rights of Man of 1789.

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

۴ - برای مطالعه بیشتر در مورد سلسله مراتب قواعد حقوقی نگاه کنید به: همان، صص ۴۶-۴۷.

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

۶ - Abdullahi Ahmed An-Naim, *Islam and the Secular State Negotiating the Future of Sharia*, (Harvard University Press, 2008), at 113.

تصمیم یک دولت در مورد تصویب قانون اساسی یا چگونگی 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 به جای 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 براساس 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 «رفتار یا مجازات ظالمانه، غیرانسانی یا تحقیرآمیز» را ممنوع می‌کند. همچنین، بند حمایت برابر اصلاحیه چهاردهم قانون اساسی که «حفاظت برابر از قوانین» را تضمین می‌کند، شباهت زیادی با بند ۷ اعلامیه دارد.^۵

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 رفتارندوم را نمی‌توان در مورد ... لغو حقوق و آزادی‌های بشر و شهروند، که در فصل سوم قانون اساسی کنونی برای آن

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.

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

مقرر شده است، مطرح کرد.^۱ و یا به موجب مواد ۴۴۱ و ۴۴۲ قانون اساسی اکوادور «اصلاحات با استفاده از فرآیندوم تنها در صورتی ممکن است که آن‌ها هیچ محدودیتی بر حقوق اساسی بشر و ضمانت‌های آن اعمال نکنند»^۲

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.^۳

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»^۴ مورد انتقاد قرار می‌گیرند.^۵

۱-۴- حاکمیت مردمی^۶

دموکراسی آمریکا بر این اصل استوار است که مردم سرچشمه‌ی قدرت و اقتدار سیاسی هستند و سند قانون اساسی تجسم مکتوب اراده آن‌هاست. 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.^۷ 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.^۸ همچنین، از نظر ویلز «قانون اساسی حاکم نیست بلکه تنها جلوه‌ای از حاکمیت مردم است؛ زیرا به جای کنترل مردم، توسط مردم کنترل می‌شود و می‌تواند توسط آن‌ها همان طور که قبلاً ایجاد شده است، دیگر ایجاد نشود»^۹ بنابراین، استدلال شده است، پایه‌ی 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.^{۱۰}

^۱- Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyası [constitution of the republic of azerbaijan], 1995, amended (2016), art 155.

^۲-constitución de la república del ecuador [constitution of the republic of ecuador], 2008, amended (2012), arts 441, 442.

^۳ - ایجاد معضل قانون اساسی بدون مبانی مشروطیت:

^۴-Unconstitutional States with a Constitution.

^۵- Jiang Shigong, "Written and Unwritten Constitutions: A New Approach to the Study of Constitutional", SAGE Publications, (2010), at 14.

^۶-Popular Sovereignty.

^۷ - Raymond Ku, "Consensus of the Governed: The Legitimacy of Constitutional Change", Fordham L. Rev, Vol. 64, (1995), at 557.

^۸-Andrew G I Kilberg, "We the People: The Original Meaning of Popular Sovereignty", Virginia Law Review, Vol. 100, (2014), at 1073.

^۹-Hugh Evander Willis, "The Doctrine of Sovereignty Under the United States Constitution", Virginia Law Review, (1929), at 475.

^{۱۰}- Amar, Op. Cit, at 285.

در حال حاضر مبانی حقوق اساسی مدرن را نمی‌توان در یک اساسِ حقوق طبیعی صرف جستجو کرد. هرگونه تلاشی در این راستا، در معرض سوءظن غیر دموکراتیک بودن قرار 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 به‌عنوان یک اصل قانونی برای رژیم حقوقی خود و در نتیجه به‌عنوان 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 منعکس‌کننده 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 به‌عنوان یک عنصر ذاتی و ضروری هر چند نانوشته از قانون اساسی؛ توسط مردم که به‌عنوان یک قانونگذار مستقل عمل می‌کنند، تصویب شده است.^۴

ارزش سیاسی مشروطه‌خواهی باید براساس اعتماد به توانایی مردم برای ایجاد نظم هنجاری از طریق وضع قوانین و نوشتن قانون اساسی باشد اما همچنین براساس 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 ناپدید شده باشد. لذا یکی از دلایل الزام‌آوری 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.^۶ از این رو، یکی از انتقادات جدی بر فرمالیسم حقوقی این است که به‌طور غیر قانونی «دست مرده گذشته»^۷ را بر اراده‌ی اکثریت فعلی برتری می‌دهد؛ امری که به شدت با حاکمیت مردمی به‌مثابه منبع اصلی مشروطیت، ناسازگار است.^۸

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.

⁶-Pavlos, Eleftheriadis, "Two Doctrines of the Unwritten Constitution", *European Constitutional Law Review*, Vol.13, (2017), p 545.

⁷-The Dead Hand of the Past.

⁸-Lael K, Weis, "Constitutional Amendment Rules and Interpretive Fidelity to Democracy", *Interpretive Fidelity to Democracy*, Vol. 38, (2014), at 242.

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 تشکیل دهنده»، اختیارات پیشا قانون اساسی، فرا قانون اساسی، نهفته و غیرقابل انکار مردم برای اجرای مفاد قانون اساسی یا تجدید نظر کامل قانون اساسی فعلی یا حتی تهیه پیش نویس یک قانون اساسی در خلأ منع قانونی را شامل می‌شود. بنابراین، مردم به عنوان سازندگان و دارندگان اصلی قدرت می‌توانند اصول و ارزش‌های ویرای متن نوشته را تأیید کنند.^۱

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.^۲

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 هم شامل بازنگری آن است.^۳ برای نمونه؛ چهاردهمین اصلاحیه قانون اساسی ایالت متحده، تبعیض نژادی را غیرقانونی نمی‌دانست؛ در بهترین حالت، تدوین کنندگان 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 شده‌ی قانون اساسی امریکا هستند.^۴

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

اگرچه عموماً در نظام‌های حقوقی نوشته، قوانین به عنوان منبع اصلی و انحصاری حقوق شناخته می‌شود و از دریچه‌ی 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 به عنوان منابع حقوقی گرایش داشته است.^۵ 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 نانوشته تلقی می‌شود.

^۱-Markku, Suksi, *Bringing in the People: A Comparison of Constitutional Forms and Practices of the Referendum*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), at 6-25.

^۲-Ilan, Wurma, *The Original Understanding of Constitutional Legitimacy*, Brigham Young University Law Review, (2014), at 680.

^۳ - فردین مرادخانی، «اصلاح قانون اساسی؛ فلسفه، قواعد و محدودیت‌ها»، مطالعات حقوقی، ش ۲، (۱۴۰۱)، ص ۳۱۷.

^۴-Goodwin, Liu & Pamela S, Karlan; Christopher H, Schroeder, *Keeping Faith with the Constitution*, (Oxford University Press, 2010), at 38.

^۵ - حسن و کیلیان، «جایگاه رویه قضایی و قانون به عنوان منابع حقوق در دکترین حقوق»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال نوزدهم، ش ۵۸، (۱۳۹۷)، صص ۶۵-۶۴.

به اعتقاد لبرتون اصول کلی حقوقی اصول نانوشته‌ای است که از خلال سنت‌های حقوقی (فرانسه) و توسط قضات رشد پیدا کرده است. و 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.^۱ به طور کلی می‌توان اصول حقوق را اصولی کلی و دایمی معرفی کرد که منشأ وضع قواعد جزئی و نماینده ارزش‌های حقوقی حاکم بر جامعه به حساب می‌آیند.^۲ به نظر می‌رسد نظریه‌ی دورکین مبنی بر اینکه «حقوق تقریباً برای همه مسائل راه‌حل دارد»، تأکیدی بر احراز و پرده‌برداری از اصول حقوقی نانوشته از طریق یک فرآیند تفسیری است که درحقیقت 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.^۳

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.^۴ اصل انصاف، اصل برابری، اصل تناسب، اصل عدم تبعیض و اصل برائت از جمله مهم‌ترین اصول کلی حقوق هستند که با طرح و گسترش نظریه‌ی «حکمرانی خوب» و از رهگذر رویه‌ها و آراء نهادهای دادرسی پا به عرصه ظهور نهادند. برای نمونه؛ از زمان تأسیس شورای قانون اساسی فرانسه تا کنون، 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^۵ و این اثباتی بر رویه‌ای بودن اساس حراست از حقوق و آزادی‌ها و نقش بی بدیل دادگاه‌های قانون اساسی در پشتیبانی از حقوق و آزادی‌های بنیادین، با تکیه بر تفسیر مبتنی بر اصول کلی حقوقی است.^۶

^۱ - مهدی هداوند و علی مشهدی، *اصول حقوق اداری در پرتو آراء دیوان عدالت اداری*، چاپ سوم، (تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳)، صص ۲۸-۲۷.

^۲ - محسن صادقی، *اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه*، چاپ دوم، (تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۲)، ص ۴۳.

^۳ - مسلم آقایی طوق و سجاد مردانی، «استناد به اصول حقوقی در آرای دیوان عدالت اداری»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ش ۶، (۱۴۰۰)، ص ۱۶۶.

^۴ - فرانسوا لوشر، *دادگستری اساسی*، ترجمه سید مجتبی واعظی، (تهران، نشر جاودانه-جنگل، ۱۳۹۰)، صص ۶۰-۶۲.

^۵ - همان، ص ۶۳.

^۶ - 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).

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.^۱ 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 نماینده‌ی 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؛ لازمه‌ی مشروعیت قوانین اساسی محسوب می‌شود.^۲ از سوی دیگر، بسیاری از نظریه‌پردازان استدلال می‌کنند؛ مشروعیت قوانین اساسی 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، کارآمد است.^۳ 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 توجیه کافی برای مشروعیت فراهم کند. زیرا قوانین اساسی علاوه بر اینکه باید نماینده و مظهر اراده یک ملت باشند، نیازمند توجیهات اخلاقی و دلایل منطقی برای برخورداری از مشروعیت هنجاری^۴ هستند.^۵ 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.^۶ برای نمونه؛ قانون اساسی آلمان به شدت تحت تأثیر نیروهای خارجی بوده و نمی‌توان آن را مخلوق

¹-Richard H Fallon, *Implementing the Constitution (Legitimacy and the Unwritten Constitution)*, (Harvard University Press, 2001), at 120.

²-Vicki C Jacson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, (Oxford University Press, 2010), at 155.

³-Joseph Raz, *On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries*, In Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, (Cambridge University Press, 1998), at 152.

⁴-Normative Legitimacy.

⁵-Alon Harel & Adam Shinar, "Two Concepts of Constitutional Legitimacy", *The Hebrew University of Jerusalem Faculty of Law*, (2022), at 4.

⁶- Joseph Raz, "The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception", *Minnesota law review*, Vol. 90, (2006), at 118- 119.

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؛ به ویژه اصول حاکمیت قانون و دولت رفاه اجتماعی است.¹ مورد آلمان نشان می‌دهد که قانون اساسی مبتنی بر عقل لزوماً قانونی 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 نانوشته است. چنانچه، بریتانیا مدت‌ها تحت قانون اساسی کاملاً نانوشته زندگی کرده‌است. 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، زیر بنای قانون نانوشته است.² رویکرد حقوق کامن‌لا، دیدگاه قابل دفاعی از قانون اساسی نانوشته 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 محدوده‌ی خاصی و تنها به روش‌هایی که ریشه در ارزش‌های مشروعیت دارند. تنها به این طریق مفهوم قانون اساسی زنده ملعبه‌ی دست بازیگران سیاسی قرار نخواهد گرفت.³

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 متخصسان بین‌المللی حقوق بشر، ایجاد قوانین اساسی ملی است که به‌طور کلی به درک جهانی از استانداردهای بین‌المللی حقوق بشر، چه در ماهیت و چه در اجرا، وفادار باشند.⁴ برخلاف سوابق تاریخی، موارد اخیر دخالت بین‌المللی به جای تحمیل، بر مشاوره و همکاری متمرکز است که عموماً ناشی از تأثیرات نظم کلی قانون اساسی بر کشورهای همسایه، اطمینان از رعایت تعهدات حقوقی

¹-Elfes Case, 6 Bverf GE 32 (1957) Available at <https://germanlawarchive.iuscomp.org>.

²-Seshauna Wheatle, "Common Law Constitutionalism Through Methodology", McGill Law Journal, Vol. 65, (2019), at 348.

³-David A. Strauss, *The Living Constitution*, (Oxford University Press, New York, 2010), at 5.

⁴-Harel & Shinar, *Op. Cit*, at 27.

بین‌المللی و یا کمک به دولت‌سازی در جوامع پس از جنگ ناشی می‌شود.^۱ برای نمونه، سازمان ملل متحد، طی یادداشت‌هایی تحت 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 کشورهای 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 تحت عنوان حقوق همگانی مبتنی بر قانون اساسی^۵ شناخته می‌شود.^۶ از این رو نتیجه گرفته می‌شود، مجموعه‌ی 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 مشروطیت 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 ناظر بر حقوق و آزادی‌های بنیادین و اصول و هنجارهایی که ایجادکننده و موسس نهادها و ساختارهای اضافی بر بدنه‌ی حقوق اساسی هستند، قائل به تفکیک شد. با این توضیح که، هر چند قانون اساسی نوشته قدرت و برتری خود را از شکل و قالبی که در آن ریخته شده و از شرایط و تشریفاتی (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 کاربرد 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

^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.

^۲ - Guidance Note.

^۳ - [https://www.un.org/ruleoflaw/files/Guidance Note United Nations Assistance to Constitutionmaking Processes Final.pdf](https://www.un.org/ruleoflaw/files/Guidance%20Note%20United%20Nations%20Assistance%20to%20Constitutionmaking%20Processes%20Final.pdf).

^۴ - Cheryl Saunders, "International Involvement in Constitution Making", Melbourne Legal Studies Research Paper Series No. 839, University of Melbourne, (2019), at 7.

^۵ - Generic Rights Constitutionalism.

^۶ - Harel & Shinar, Op. Cit, at 31.

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 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 به کار گرفته می‌شود در تضییق 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 بواسطه‌ی چنین رویکردی اصول و ارزش‌های نانوشته، به مبنایی محکم - تری 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 همه‌ی نظام‌های حقوقی لاجرم گریزی از این واقعیت که در کنار قانون نوشته لایه‌ی دیگری تحت عنوان قانون نانوشته وجود دارد، نیست. اصول نانوشته موجب تغییر و تحولاتی بر اجرای قواعد نوشته می‌شود و دامنه آن‌ها

^۱ - علی‌اکبر جعفری ندوشن، بررسی تطبیقی کارویژه‌های شورای نگهبان در ایران، فرانسه و آمریکا، چ اول، (تهران، انتشارات مرکز اسناد انقلاب اسلامی،

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 دادرسی اساسی و مردم در شناسایی و اعتباربخشی به اصول و ارزش‌های واقعی قانون اساسی تأکید می‌کند و این جاست 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 صلاح‌دیدگی را افزایش داده و ماهیت اعمال، رویه‌ها و قواعد موجود در نظم حقوق اساسی را دچار ابهام سازد. چه بسا با بزرگنمایی در عرصه‌ی سیاسی، بسیاری از رویه‌ها یا نظرات رسمی به اشتباه بخشی از قانون اساسی نانوشته تلقی شده و قوت بیشتری یابند.

منابع

کتاب‌ها

- جعفری ندوشن، علی اکبر، بررسی تطبیقی کارویژه‌های شورای نگهبان در ایران، فرانسه و آمریکا، چ 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).
- لاگین، 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 آراء دیوان عدالت اداری، چاپ سوم، (تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳).

مقاله‌ها

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

In Persian

- Aghaei Touq, Muslim and Mardani, Sajjad, "Reference to Legal Principles in the Opinions of the Administrative Court", *Scientific Quarterly of Modern Administrative Law Research*, 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).
- 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, *Foundations of Public Law*, Translated by Mohammad Rasekh, Tehran, Ney Publishing, 2010).
- Luscher, Francois, *Constitutional Justice*, Translated by Seyyed Mojtaba Vaezi, (Tehran, Javadane-Jengal Publishing, 2010).
- Moradkhani, Fardin, "The Hidden Layers of the Constitution", *Legal Studies*, 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, Seyyed Nasser, *Unwritten Constitutional*, (Tehran, Publishing Company, 2020).
- Sadeghi, Mohsen, *Legal Principles and Their Place in the Subject Law*, Second Edition, (Tehran, Mizan Publishing, 2012).
- Soltani, Seyyed Nasser, "Unwritten Principles of the Constitution; Beyond the Text", *Public Law Research*, 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, No. 58, (2017).

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*, (Published by Basic Books, New York, 2012).
- Dicey, Albert V, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed, (Macmillan and Co, London, 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, Jeffrey & 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, (Oxford University Press, New York, 2010).
- Liu, Goodwin, & Karlan, Pamela S; Christopher H, Schroeder, *Keeping Faith with the Constitution*, (Oxford University Press, 2010).
- Mack, Eric. *John Locke*, A&C Black, (New York, 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*", No. 1, Vol. 103, (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, (2020).
- Dyzenhaus, David, "The Unwritten Constitution and the Rule of Law", Constitutionalism in the Charter Era, Canada: LexisNexis, (2004).
- Eleftheriadis, Pavlos, "Two Doctrines of the Unwritten Constitution", European Constitutional Law Review, Vol. 13, (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, (2001).
- Gardbaum, Stephen, "Human Rights as International Constitutional Rights", The European Journal of International Law, No. 4, Vol. 19, (2008).
- Harel, Alon & Shinar, Adam, "Two Concepts of Constitutional Legitimacy", The Hebrew University of Jerusalem Faculty of Law, Cambridge University Press, (2022).
- Kilberg, Andrew G. I, "We the People: The Original Meaning of Popular Sovereignty", Virginia Law Review, Vol. 100, (2014).
- Ku, Raymond, "Consensus of the Governed: The Legitimacy of Constitutional Change", Fordham L. Rev, Vol. 64, (1995).
- Kumm, Matthias, "Constitutionalism and the Cosmopolitan State", NYU Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper 423, Vol. 20, (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, (2008).
- Raz, Joseph, "The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception", Minnesota Law Review, Vol. 90, (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 No. 839, University of Melbourne, (2019).
- Shigong, Jiang, "Written and Unwritten Constitutions: A New Approach to the Study of Constitutional", SAGE Publications, (2010).
- Sherry, Suzanna, "The Ninth Amendment: Righting an Unwritten Constitution", Chi-Kent L. Rev, Vol. 64, (1988).
- Sherry, Suzanna, "The Founders' Unwritten Constitution", The University of Chicago, Vol. 54, (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, Iss. 4, Vol. 4, (2021).

- Walters, Mark D, "The Common Law Constitution in Canada: Return of Lex Non Scripta as Fundamental Law", UTLJ, No. 2, Vol. 51, (2021).
- Weis, Lael K, "Constitutional Amendment Rules and Interpretive Fidelity to Democracy", Interpretive Fidelity to Democracy, Vol. 38, (2014).
- Wheatle, Sshauna, "Common Law Constitutionalism Through Methodology", McGill Law Journal, Vol. 65, (2019).
- Willis, Hugh Evander, "The Doctrine of Sovereignty Under the United States Constitution", Virginia Law Review, (1929).
- Wurma, Ilan, "The Original Understanding of Constitutional Legitimacy", Brigham Young University Law Review, (2014).