

لایه‌های پنهان قانون اساسی

فردین مرادخانی*

چکیده

قانون اساسی به عنوان سند مهم، یک نظام حقوقی مفهومی بسیار پیچیده و دارای لایه‌های پنهان است. تجربه قانون اساسی در دو سده اخیر نشان داده است این مفهوم علاوه بر متن و اصول نوشته بر روی کاغذ، دارای لایه‌ها و اصولی نانوشته هم هست که در عمل و در اجرا توسط کنشگران عرصه سیاسی پدید می‌آیند. اگر این اصول و لایه‌ها نادیده گرفته شوند میان واقعیت موجود در یک جامعه و کلمات متن، گسلی عمیق ایجاد خواهد شد. به این ترتیب، متن قانون اساسی راکد شده و تحولات سیاسی به آن بی‌توجه خواهند ماند. در این مقاله کوشش شده است این مسئله بررسی شود که این اصول از کجا نشئت می‌گیرند و تاریخچه این بحث و مبانی آن به کجا بر می‌گردد. همچنین برخی از مهم‌ترین لایه‌های پنهان قانون اساسی که در متن نمی‌آیند مانند رویه‌های اساسی، عرف اساسی، شبه قانون اساسی، قوانین عادی برتر، اصول فراقانون اساسی، اصول خارج از قانون اساسی توضیح داده شده‌اند.

واژگان کلیدی: اصول نانوشته، رویه‌های اساسی، قانون اساسی، لایه‌های پنهان، نظم اساسی.

*استادیار گروه حقوق عمومی دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران

سرآغاز

در حقوق اساسی همچون سایر شاخه‌های حقوق و علوم انسانی تا نظریه‌ها مشخص نشوند چیزی درباره عمل مشخص نخواهد شد و تا زمانی که ما نظریه و رویکردمان را مشخص نکنیم، نمی‌توانیم توضیح دقیقی از مصادیق و مفاهیم آن ارائه دهیم. از همین رو، نظریه‌ها را به مثابه نقشه یا طرح در حقوق عمومی مطرح کرده‌اند که می‌توانند راه را نشان دهند. حقوق عمومی حقوقی ثابت و ایستا نیست، بلکه حقوقی در حال تحول و حرکت است که متأثر از تاریخ هر کشور، سیاست، جهان پیرامون و حوادث سیاسی است. برای فهم حقوق اساسی به عنوان یکی از شاخه‌های اصلی حقوق عمومی باید تاریخ و سیاست و نظریه دولت را بفهمیم و گرنه حقوق اساسی یک چیز ناقص خواهد بود.

قانون اساسی یکی از مهم‌ترین ارکان حقوق اساسی و از مفاهیم دشوار و پیچیده نظریه‌های حقوق اساسی است. در یونان این واژه وجود نداشت، اما در زبان لاتین در زمان امپراتوری روم واژه *constitutio* وجود داشت که به معنای اصول حکومت کشور^۱ به کار می‌رفت. بعدها جمع آن *constitutions* به مجموعه‌ای از قوانین وضع شده به وسیله حاکم گفته می‌شد که در سده‌های میانه، کلیسا آن را به عنوان قوانین شرعی پذیرفت (Sartory, 1962:853). البته در همین زمان گاهی برای یک فرمان شاهانه نیز به کار برده می‌شد (McIlwain, 1947:22). در روم قوانینی نیز در رابطه با اجرای قدرت عمومی وجود داشت که به آن‌ها نه *constitution* که قوانین بنیادین^۲ گفته می‌شد که این مفهوم به معنای قانون اساسی در دوران مدرن نزدیک‌تر است. واژه *constitution* به صورت امروزی از انگلستان آمده است. در این کشور، براکتون در ۱۲۳۶ از اصطلاح *new constitution* استفاده کرد که اشاره‌ای به بخشی از مگناکارتا بود که به آزادی‌ها می‌پرداخت. این اصطلاح در انگلستان، همچنین به معنای مصوبه‌ای اداری وضع شده توسط پادشاه هم بود که شبیه معنای رومی بود و اولین بار اسقف هال در ۱۶۱۰ از

1. status rei publicae
2. legal fundamental

اصطلاح اساس کامن ولث اسرائیل^۱ به معنای قدرت قانونی که دولت به کار می‌برد استفاده کرد (McIlwain, 1947:23-24). با این حال، در همان زمان سیر ادوارد کوک وقتی constitution را به کار می‌برد معنای مدرن را در نظر نداشت و به کل شکل کامن‌لای قدیم انگلیس و قوانین بنیادین در آن قلمرو ارجاع می‌داد. اومانیست‌های رنسانس نیز از این واژه، ترکیب مجموعه انسانی را می‌فهمیدند.

اولین استفاده از این اصطلاح به معنا مدرن بعد از جنگ‌های مدنی انگلستان در ۱۶۴۲ رخ داد (Husecraft, 2008:32-33). این مفهوم پس از تحولات معنایی بسیار با انقلاب فرانسه و امریکا شکل و معنای جدیدی یافت و به عنوان نوشته بالاترین سند حقوقی هر کشور معرفی شد (Pocoks, 1988:12). البته کشورهایمانند انگلستان این تعریف را نپذیرفتند و در آنجا قانون اساسی مجموعه‌ای از قوانین، نهادها و عرف‌ها است که از اصول عقلانی معین برای خیر عمومی نشأت می‌گیرند. (Stourzh, 2007:ch 2) قانون اساسی در سنت غربی برای کنترل قدرت دولت و اینکه قدرت چگونه باید به کار برده شود یک ضرورت است (Fenwick & Phillipson, 2003:3) و کارکردهای آن نیز شامل تشکیل حکومت و اعلام حق‌های افراد است. (Yong, 2007:416-422).

با انقلاب امریکا و فرانسه مفهوم قانون اساسی تغییر کرد و معنای جدیدی از آن به عنوان سندی مکتوب برای دفاع از حق‌های بنیادین مطرح شد که سندی دنیوی و حداقلی است که اراده مردم در آن مهم است (Prutsch, 2013:2) و برای تأسیس مجموعه نهادهای حکومتی به کار می‌رود. قانون اساسی در دوران مدرن گاه به معنای ماهیت یک کشور و نظام سیاسی آن و گاه قانونی مرتبط با تأسیس و اجرای قاعده سیاسی در متنی مشخص است. اولی مفهومی توصیفی تجربی و دومی هنجاری و تجویزی است (Grimm, 2016:31). معنای تجربی از گذشته دور وجود داشته است، اما معنای هنجاری متعلق به دوران مدرن است که از انقلاب امریکا به بعد مطرح شد. فضای فکری در زمان پیروزی انقلاب امریکا و فرانسه اعتقاد به قانون‌گذاری توسط انسان بود و اینکه انسان توانایی پیش‌بینی همه‌چیز را با تکیه بر عقل خود دارد. از این

۱. The Constitution of the Common-wealth of Israel

رو قانون اساسی را به مثابه یک تولید و ساخته انسان تلقی می‌کردند که همه چیز را می‌توان در آن جای داد و به نوعی متن محوری اعتقاد داشتند. به همین دلیل، برخی از محققان حقوق اساسی بر این باورند که قانون اساسی متنی است که توسط انسان ساخته می‌شود و به وجود می‌آید و لزوماً با تاریخ و فرهنگ و سنت‌ها نسبتی ندارد. برای نمونه، هانا پیتکین معتقد است قوانین اساسی پیدا نمی‌شوند بلکه ساخته می‌شوند (Ginsbury, 2012: 10). ایده ساختن و نه پیدا کردن قانون اساسی در دوران مدرن و با انقلاب امریکا و فرانسه شروع شد، اما بسیاری دیگر از محققین که در این مقاله نیز بر آرای آن‌ها تأکید شده است بر این باورند که قانون اساسی از دل سنت‌ها، تاریخ، فرهنگ و سیاست یک کشور برمی‌آید و نه ساخته که پیدا می‌شود.

در اندیشه متن محوری، قانون اساسی را صرفاً یک متن می‌دانند که توسط یک مرجع خاص تصویب شده و شیوه‌های خاص بازنگری نیز در آن پیش‌بینی شده است و اگر اتفاقی بخوهد در بیرون از این متن بیفتد خلاف قانون اساسی است. این در حالی است که متن قانون اساسی جزء کوچک و برآیند بیرونی قانون اساسی است. می‌توان گفت قانون اساسی به مثابه یک کوه یخ است که متن مصوب مجلس مؤسسان، قله این کوه یخ است. قانون اساسی علاوه بر متن مجموعه‌ای است از عرف‌ها، رویه‌های اساسی،^۱ هنجارها، سنت‌ها، تصمیم‌های قضایی و اعمالی است که در یک کشور اجرا می‌شوند و از چیزی فراتر از اسناد تشکیل شده است. امروزه در بسیاری از کشورهای دارای قانون اساسی نوشته، این اصول به رسمیت شناخته شده‌اند. به گفته آدام تامکینز این مسئله که کشورهای دارای قانون اساسی نوشته، دارای بخش‌های نانوشته هم هست چیز عجیبی نیست؛ همان‌گونه که قانون اساسی نانوشته انگلیس در بسیاری موارد نوشته است (Yong, 2007: 410). حتی بسیاری در این خصوص آن‌قدر پیش رفته‌اند که عمل را مهم‌تر از متن دانسته‌اند. چنانکه راسکو پوند قانون را نه در کتاب که در عمل می‌دانست (Turpin & Tomkins, 2007: 3) یا هولمز گفته بود قانون اساسی یک تجربه است، همان‌گونه که همه زندگی یک تجربه است (Fallon, 2004: 1).

1. Constitutional convention

این نگاه در کشورهایمانند انگلستان همیشه وجود داشته است. قانون اساسی انگلیس مجموعه‌ای پیچیده‌ای از قواعد، رویه‌ها و سنت‌هاست که قدرت و اعمال حکومت را توصیف و تنظیم می‌کند (Fallon, 2004:4). به گفته دایسی قانون اساسی انگلیس در برگیرنده همه قواعدی است که مستقیم یا غیرمستقیم به توزیع یا اجرای قدرت حاکم در دولت می‌پردازند و کارکردهای اساسی در سیستم حقوقی یا هنجارهای حقوقی هستند که خارج از آن چیزی هستند که قانون اساسی نامیده می‌شود (Yong, 2007:411). در کشورهای دارای قانون اساسی نوشته این مفهوم اگرچه از آغاز وجود داشته است، اما به عنوان یک بحث علمی سابقه زیادی ندارد.

یکی از مهم‌ترین دشواری‌های راقم این سطور در نوشتن این مقاله انتخاب عنوانی برای موضوع این مقاله بود. اینکه قانون اساسی را تنها در متن نوشته خلاصه کرد برای شناختن نحوه عملکرد نظام سیاسی کافی نیست، زیرا در این صورت میان قانون اساسی و واقعیت سیاسی یک خلأ و گسل به وجود خواهد آمد که از آن به عنوان «معمای قانون اساسی» یاد می‌کنند. دیدن قانون اساسی در متن، تصویری ناقص و نارسا از قانون اساسی به نمایش خواهد گذاشت. از این رو باید از متن قانون اساسی فراتر رفت تا بتوان قانون اساسی را فهمید و درک کرد؛ به عبارت دیگر به جز متن قانون اساسی که توسط مجلس مؤسسان نوشته می‌شود، قانون اساسی دارای لایه‌های دیگری هم هست که در متن مصوب قانون اساسی نیستند. از این رو از اصطلاح لایه‌های پنهان برای توضیح آن‌ها در این مقاله استفاده شده است. لازم به توضیح است که منظور از پنهان، لزوماً مخفی بودن آن‌ها نیست، زیرا برخی از این لایه‌ها مانند تفاسیر دادرسی اساسی کاملاً آشکار هستند و منظور از پنهان بودن، بیرون بودن از متن قانون اساسی مدنظر است؛ به عبارت دیگر منظور از این لایه‌ها، لایه‌های خارج از متن قانون اساسی است. برای نمونه، بخش مهمی از قانون اساسی امریکا در جای دیگری غیر از متن قانون اساسی امریکا قرار دارد از جمله محاکمه و استیضاح رئیس‌جمهور، محاکمه اعضای کنگره، اختصاص قدرت تفسیر. همچنین اعلام معنی قانون اساسی به قضات و نیز نمادها و آرمان‌های مردم امریکا در متن قانون اساسی نیستند (مراد خانی، ۱۳۹۷: ۱۰۳).

مشکل دیگر در نوشتن این مقاله رابطه این مفهوم با اصول نانوشته قانون اساسی بود. در چند سال اخیر در ایران موضوعی به نام اصول نانوشته قانون اساسی مطرح شده است و همایش و مقالاتی هم درباره آن برگزار و نوشته شده است. قانون اساسی، علاوه بر اصول نوشته، دارای اصول نانوشته‌ای نیز است که در فرهنگ سیاسی، تاریخی و اجتماعی مردم یک سرزمین مخصوصاً بازی کنشگران سیاسی ریشه دارد (مراد خانی، ۱۳۹۷: ۱۰۲) و طی سال‌های اجرای قانون اساسی در کنار برخی اصول نوشته، اصل نانوشته‌ای شکل می‌گیرد (سلطانی، ۱۳۹۶: ۹۴-۹۵). اهمیت اصول نانوشته تا حدی است که برخی حقوقدانان معتقدند قوانین اساسی نوشته بخشی از قانون اساسی نانوشته هستند نه اینکه قانون اساسی نانوشته برخی از قانون اساسی نوشته باشد (Wheare, 1951: 19). طبق این برداشت، بسیاری از اصول و عناصر قانون اساسی به وسیله فرآیند رسمی یعنی قانون‌گذاری تصویب نشده و بنابراین نانوشته‌اند. اصول نانوشته اصول گستره وسیعی را شامل می‌شود و می‌تواند برخی از لایه‌های قانون اساسی را توضیح دهند. میان لایه‌های پنهان و اصول نانوشته رابطه نزدیکی وجود دارد و برخی از مواردی که در این مقاله ذکر شده‌اند جزو مصادیق اصول نانوشته هم آمده‌اند و در حین بحث بارها اصول نانوشته را در کنار لایه‌های پنهان یا لایه‌های خارج از قانون اساسی آورده‌ایم. علت اینکه در عنوان این مقاله از اصطلاح اصول نانوشته استفاده نشده این است که برخی از لایه‌های پنهان قانون اساسی یا همان لایه‌های خارج از قانون اساسی؛ نوشته هستند. از این رو اصطلاح اصول نانوشته نمی‌توانست همه مصادیق این مفهوم را پوشش دهد. در این مقاله کوشش شده است با روش توصیفی-تحلیلی مبانی و برخی از مصادیق این لایه‌های پنهان شرح داده شوند، زیرا مصادیق این مفهوم منحصر به موارد مطرح شده در این مقاله نیستند و اعمال و آرای دادرسی اساسی در هر کشور و اعمال سیاسی رهبران و حتی احزاب و سایر کنشگران سیاسی را هم می‌توان جزو مصادیق این مفهوم آورد.

در این مقاله کوشش شده است ابتدا تاریخچه مطرح شدن لایه‌های خارج از متن قانون اساسی در محافل آکادمیک مورد بررسی قرار گیرد. سپس این مسئله مورد تحلیل

قرار گرفته است که این لایه‌های پنهان یا خارج از متن قانون اساسی دارای چه مبانی و کارکردهایی هستند و برخی از مهم‌ترین واژگانی که در ادبیات نظریه‌های حقوق اساسی برای این مفهوم به کار برده می‌شوند توضیح داده شوند. در قسمت بعدی مقاله مهم‌ترین نمونه‌های این لایه‌های پنهان طرح شده‌اند که شامل رویه‌های اساسی، عرف اساسی، تفسیر قانون اساسی، قانون عادی برتر، هاردبال‌های اساسی، شبه قانون اساسی، اصول فرا قانون اساسی و اصول خارج از قانون اساسی هستند.

۱. تاریخچه مطرح شدن لایه‌های پنهان

بحث از لایه‌های پنهان قانون اساسی که در مواردی از آن تحت عنوان قانون اساسی نانوشته نیز یاد کرده‌اند اگرچه بسیار قدیمی است و ویلیام بنت مونرو از نخستین کسانی بود که از اهمیت قانون اساسی نانوشته سخن گفت (Munro, 1930) اما به صورت یک بحث زنده آکادمیک در ۱۹۷۵ و با مقاله مهم توماس گری مطرح شد که این سؤال را مطرح کرد که آیا در یک کشور دارای قانون اساسی نوشته می‌توان گفت قانون اساسی نانوشته هم وجود دارد و اصولی از قانون اساسی آن کشور به صورت نانوشته هستند؟ (Grey, 1975) والتر مورفی و همکاران نیز با طرح این سؤال که قانون اساسی چیست؟ از اصول نانوشته قانون اساسی در امریکا سخن گفتند (Murphy, Fleming, Barber, 1986). کریستوفر تدمن، مایکل مور، اسکالیا، سوزان شری، رومن فلد، آدرین ورمول و بسیاری از محققین حقوق اساسی وارد این بحث شدند و مطالب بسیار مهمی درباره این اصول و این جنبه از قانون اساسی مطرح شد و بحث داغ آکادمیک در خصوص آن شکل گرفت (McLachlin, 2006: 147).

چنانکه اشاره شد سابقه این بحث در حقوق اساسی قدیمی‌تر از دهه‌های پایانی قرن بیستم است. برخی از متفکران از همان ابتدای شکل‌گیری قانون اساسی به معنای مدرن، متوجه این نکته شدند که نمی‌توان یک متن را حسن ختام همه امور دانست و حوادث سیاسی هر لحظه در حال تغییر و تحول‌اند و اگر متن را تنها منبع تلقی کنیم ممکن است نهادهای سیاسی و سایر کنشگران مسیر متفاوتی را در پیش بگیرند و متن

را کنار بگذارند. بسیاری از محققین از کارل لوئیس در دهه ۱۹۳۰ تا اسکریچ، فریمان و آکرمن این اصول و حوزه را به رسمیت شناخته‌اند. مورخینی مانند گوردون وود (Wood, 1969) و پالمر (Palmer, 1959) وجود این اصول را در امریکا نشان داده‌اند. یکی از محققین از چیزی به نام رئالیسم اساسی یاد می‌کند و می‌گوید رئالیسم اساسی اهمیت قانون اساسی را از طریق اعمال آن در واقعیت می‌بیند (Palmer, 2006: 592- 533). حقوقدانانی مانند بروس آکرمن نیز در کتاب ما مردم^۱ این ایده را پی گرفتند و بر این تأکید کردند که نظم سیاسی از هنجارهایی که خارج از سنت رسمی هستند تشکیل شده است. به باور این محققان قانون اساسی نانوشته از عرف‌ها، سنت‌های اساسی و ارزش‌های آرمانی تشکیل شده است و فرایندهای قضایی، سنت‌ها و اخلاق جزو این دسته هستند (Repaczyink, 1988: 191). حتی گفته شده است قانون اساسی امریکا شامل حقوق بنیادین، موضوعه، طبیعی و حق‌های انسانی می‌شود؛ خواه این موارد در متن قانون اساسی اعلام بشوند یا نشوند (Sherry, 1987: 1134).

نتیجه این مباحث پیچیده، پذیرش اصول نانوشته و لایه‌های پنهان قانون اساسی در کشورهای دارای قانون اساسی نوشته بود. امروزه در نظریه‌های اساسی تقریباً تردیدی وجود ندارد که قانون اساسی علاوه بر منابع متنی دارای منابع خارج از متن^۲ هم است، مانند اسناد بنیادین (اعلامیه استقلال) اسناد مربوط به شکل‌گیری و اصلاح قانون اساسی (مثل رسایل فدرالیست‌ها) فلسفه سیاسی و اخلاقی (ارزش‌ها، اخلاق فضیلت، قرارداد اجتماعی، عدالت به مثابه انصاف) هنجارهای اجتماعی (سیستم اعتقاد و رفتارها) و عمل‌نهادها (تصمیم‌های قضایی، قانون‌گذاری، سنت‌ها) (Solum, 2013: 1949) البته این اصول معمولاً با چشم غیرمسلح دیده نمی‌شوند و از آنجا که در متن قانون اساسی نیستند در جایی خارج از متن قانون اساسی قرار دارند و در طول تاریخ، جزئی از اساس آن کشور شده‌اند. برای نمونه برخی از اصول نانوشته امریکا شامل موارد زیر هستند: روش و شیوه انتخاب رئیس مجلس سنا در امریکا که معاون رئیس‌جمهور هم

1. We the people
2. Extra textual

است (Amar,2012:6)؛ فرایند استیضاح رئیس‌جمهور در امریکا نیز از طریق همین اصول به وجود آمده است (Amar,2012:43) حتی کلمه اکثریت نیز در قانون اساسی نیامده است و این نیز از اصول نانوشته قانون اساسی امریکاست (Amar,2012:56). مجمع‌گزینندگان^۱ نیز محصول عمل و رویه احزاب، کابینه محصول عرف، دادرسی اساسی محصول آرای دیوان عالی و قانون‌گذاری بنیادین محصول عمل کنگره است و همه این‌ها جزئی از قانون اساسی امریکا محسوب می‌شوند.

مطرح کردن اصول نانوشته و لایه‌های دیگر قانون اساسی همواره با ایرادهایی از سوی متن محوران مواجه بوده است و سؤالاتی مطرح شده است که آیا این اصول از لحاظ قضایی قابل اجرا هستند؟ (Leclaiia,2011:405) و مشروعیت آن‌ها از کجا می‌آید؟ (Leclaiia,2011:427). به همین دلیل بسیاری از کشورها به این نتیجه رسیدند که به طور رسمی این اصول را بپذیرند. هندوستان از ۱۹۷۱ اصول نانوشته را پذیرفت (Krishnamurthy,2009). معروف‌ترین پذیرش اصول نانوشته در کشورهای دارای قانون اساسی نوشته در کانادا رخ داد. دیوان عالی کانادا اصول نانوشته قانون اساسی را هم در تفسیر و هم در سنجیدن اعتبار قوانین و اعمال حکومت یا همان دادرسی اساسی پذیرفت و اعلام کرد این اصول خلأهای قانون اساسی نوشته را پر می‌کنند (Millein,2005:107). دیوان عالی این کشور رسماً اعلام کرد اصول نانوشته بخشی از نظم اساسی^۲ کانادا هستند و به صراحت حقوق طبیعی، سنت کامن‌لا و محدودیت‌های خارجی را مورد پذیرش قرار داد (Goldsworthy,2011:279). همچنین دموکراسی، مشروطیت، حاکمیت قانون، فدرالیسم و احترام به حقوق اقلیت‌ها به عنوان چهار اصل نانوشته قانون اساسی در این کشور مطرح شدند (Leclaiia,2001:399).

قانون اساسی به گفته یکی از محققین عناصر چهارگانه‌ای دارد که باید با هم تنظیم و هماهنگ باشند. این عناصر شامل متن، اصول قانونی برتر نانوشته، ساختارهای نانوشته و ابزارها و تکنیک‌های نانوشته مفسر قانون اساسی هستند (Amar,2012:481).

1. Electoral college
2. Constitutional order

برای نمونه پدران امریکا از همان ابتدا فهمیدند که حق‌های اساسی مثل قانون اساسی قدیم و قانون طبیعی جزو مواردی هستند که در متن قانون اساسی نیامده‌اند (Robenfeld, 2011: 208). همچنین مقالات فدرالیست‌ها، اعلامیه فیلادلفیا، ارزش‌های سیاسی و اخلاقی همگی از ارزش‌هایی هستند که با همدیگر خصلت کلی حقوق اساسی امریکا را می‌سازند (Solum, 2013: 1947). این قوانین بنیادین و اصول و ارزش‌ها را از طریق اکثریت، رفراندوم یا سایر طرق نمی‌توان ملغی کرد.

۲. مبانی و کارکردهای لایه‌های پنهان قانون اساسی

باید این مسئله را پذیرفت که هر قانون اساسی ناتمام است (Amar, 2012: ch12)، زیرا هیچ متنی نمی‌تواند همه چیز را بیان کند. حقوق اساسی و قانون اساسی حوزه‌های فعال و زنده‌ای هستند که در چالش‌های عملی و نظریه‌ای رشد می‌یابند (Law, 2005: 7). قانون اساسی باید بتواند خود را با شرایط تطبیق دهد (Ginsburg & Elkins, 2009: 81) در غیر این صورت یا از میدان بازی خارج می‌شود یا اینکه باید هرچند سال یک بار متن را تغییر و آن را با شرایط جدید تطبیق داد که این کار نیز با این ایراد مواجه است که اساس یک کشور را نمی‌توان دستخوش تغییرات لحظه‌ای کرد.

برای حل این مسئله، حقوق‌دانان حقوق اساسی به این نتیجه رسیده‌اند که پشت کلمات، معانی و نکات ضمنی وجود دارد (Amar, 2012: 98) و هر قانون اساسی دارای بخش‌های نانوشته و ضمنی است (McLachlin, 2006: 227). به این ترتیب قانون اساسی یک قانون برتر است که بخش‌هایی از آن در قسمت‌های نانوشته یا خارج از متن قانون اساسی قرار دارد. اهمیت این بخش به حدی است که می‌توان ادعا کرد بدون آن، درک قانون اساسی نوشته غیرممکن و غیرقابل فهم خواهد بود. قانون اساسی نانوشته در جایی خارج از قانون اساسی است و ممکن است قانون اساسی نوشته را حمایت کند (Amar, 2012: 74).

برخی معتقدند اصول نانوشته، یک اصل مهم در حقوق یعنی احترام به قانون را از بین می‌برند و طبق یک قاعده قدیمی قانون تنها باید در کتاب باشد

(McLachlin, 2006: 154). در پاسخ به این ایراد دو نکته توسط حقوقدانان حقوق اساسی مطرح شده است: نخست اینکه اصول نانوشته هرگز نباید با طرح، نقشه، اهداف مرکزی بیان شده و عناصر بنیادین قانون اساسی نوشته در تعارض باشد (Amar, 2012: 74). دوم اینکه افول اهمیت قانون بعد از جنگ جهانی دوم از عوامل رشد بحث اصول نانوشته شد. حوادث بعد از جنگ جهانی دوم باعث شد پارلمان منبع انحصاری قانون نباشد و توجه به هنجارهای بنیادین رشد کند و گفته شود مشروعیت دموکراسی از هنجارهایی می‌آید که فراتر از قوانین و عمل مجریه هستند. اصولی مانند حاکمیت قانون، حقوق بشر و حکمرانی خوب از مواردی تلقی شدند که قوای حکومت باید آن‌ها را اجرا کنند (McLachlin, 2006: 151-2). همچنین گفته شده است هر سیستم حقوقی بر پایه‌های سیاسی بنا شده است و منبع اعتبار قانون، خارج از قانون اساسی است. در هر کشور قاعده‌های پیشا قانون اساسی وجود دارد و مشروعیت آن سیستم به پذیرش قاعده پیشا قانون اساسی مرتبط است (Key, 1987: 75) شبیه همان چیزی که کلسن تحت عنوان هنجارهای بنیادین مطرح کرد و در جایی خارج از متن قانون اساسی قرار دارند.

قانون اساسی یک متن گویا است که بیشتر از سازمان‌ها، اصول، ساختار و فرایندها سخن می‌گوید و علاوه بر متن قانون اساسی، منابع فرامتنی نیز در این سند وجود دارند (Solum, 2013: 1947). این منابع فرامتنی در تفسیر و برساختن آن نقش مهمی دارند. برای نمونه در امریکا اعلامیه استقلال، معاهده یورک، رسایل فدرالیست‌ها، اسناد خارج از متن قانون هستند که باعث غنای زمینه متن می‌شوند (Solum, 2013: 1955).

این لایه‌های پنهان کارکردهایی نیز دارند. یکی از مهم‌ترین کارکردهای لایه‌های پنهان ایجاد محدودیت‌هایی در قانون اساسی است. در حقوق اساسی هر کشور محدودیت‌هایی وجود دارد که توسط ارگان‌های سیاسی ایجاد شده‌اند (Reeder, 1913: 443) یا تأکید می‌شود که حق‌های اساسی نمی‌توانند نادیده گرفته شوند ولو در قانون اساسی نیامده باشند. برای نمونه، عدالت طبیعی و حق‌های طبیعی فراتر از مصوبات قوه مقننه محسوب می‌شوند و آرای دادگاه هم این را تأیید کرده‌اند (Reeder, 1913: 452). یکی دیگر از کارکردهای اصلی این لایه‌ها تغییر غیررسمی قانون

اساسی است. در نظریه‌های حقوق اساسی از دو روش تغییر قانون اساسی سخن می‌گویند. تغییر گاه به وسیله فرایندهای قانونی یا همان بازنگری در قانون اساسی و گاه از طرق غیررسمی و از طریق فرایندهای سیاسی رخ می‌دهد (Griffin, 2006: 52) که کنشگران سیاسی در این میان نقش مهمی دارند. تغییر قانون اساسی خارج از راه‌های قانونی یک نکته کلیدی در نظریه‌های حقوق اساسی است. بروس آکرمن به خوبی نشان داده است چگونه خارج از قانون اساسی اتفاقاتی می‌افتد و بر این باور است که اصلاحاتی خارج از فرایند رسمی بازنگری صورت می‌گیرد که همان تغییر غیررسمی قانون اساسی است.

فقدان پذیرش این لایه‌ها و اصول نانوشته باعث ایجاد خلأ و گسل میان متن و واقعیت می‌شود و یکی از آثار آن در حقوق اساسی، پیدایش قانون اساسی شرم‌آور است. البته پیدایش قانون اساسی شرم‌آور دلایل بسیار زیادی دارد که یکی از آنها عدم پذیرش لایه‌های پنهان است. قانون اساسی به مثابه عالی‌ترین سند حقوقی یک کشور، قدرت را محدود و حقوق شهروندان را تضمین می‌کند، اما صرف اینکه قانون اساسی در کاغذ وجود داشته باشد به معنای محدودیت قدرت و تضمین حقوق شهروندی نیست، بلکه این موضوع بستگی به چیدن درست قدرت و درک درست از واقعیت‌ها دارد. پژوهش‌های جدید در کنار دسته‌بندی‌های متعارف مانند تقسیم قانون اساسی به شکلی، ماهوی؛ قانون اساسی را به موفق، ناکام و شرم‌آور نیز تقسیم می‌کنند. قانون اساسی شرم‌آور به آن دسته قوانین اساسی اطلاق می‌شود که با واقعیت‌های اجتماعی فاصله معناداری دارند؛ به عبارت دیگر این گونه قوانین هیچ ارتباطی با واقعیت‌های حاکم در اجتماع نداشته و صرفاً اصولی مندرج در کاغذند. همچنین، قانون اساسی شرم‌آور قوانینی هستند که با اراده مردم سازگاری ندارند. قانون اساسی شرم‌آور با بحث نقض قانون اساسی و ناکامی قانون اساسی فرق دارد، چون ناکامی و نقض قانون اساسی زیرشاخه‌های قانون اساسی شرم‌آور است. ناکامی قانون اساسی در فلسفه وجودی آن (مشروطیت، حاکمیت قانون) لزوماً مترادف قانون اساسی شرم‌آور نیست،

اما موجودیت این شاخص‌ها می‌تواند در تشدید شرم‌آوری قانون اساسی تأثیرگذار باشد. مسئله اصلی در مفهوم قانون اساسی شرم‌آور وجود خلأ و فاصله میان جامعه و قانون اساسی است. هرچند هیچ معیاری برای تشخیص این موضوع نیست، اما هر قدر که میان احکام قانون اساسی و واقعیت‌های اجتماعی فاصله وجود داشته باشد، همان قدر قانون اساسی شرم‌آورتر است (Law & Mila, 2013:880). نوع دیگری از قانون اساسی شرم‌آور این است که ممکن است یک قانون اساسی نظام استبدادی را پیش‌بینی کند.

اگر قانون اساسی بتواند مطابق آنچه در قانون اساسی آمده عمل کند و با واقعیت‌های اجتماعی و اراده مردم سازگار باشد این نوع قانون اساسی را نمی‌توانیم قانون اساسی شرم‌آور قلمداد کنیم (Law & Mila, 2013:880). لازم به ذکر است که امروزه برخی از پژوهشگران مفهوم قانون اساسی شرم‌آور را در برابر قانون اساسی موفق استفاده کرده و سعی می‌کنند با مقایسه کردن قانون اساسی با واقعیت‌های اجتماعی، عرف‌های سیاسی، فرهنگ سیاسی و تفسیرهای قانون اساسی میزان موفقیت و کیفیت قانون اساسی را مورد سنجش و بررسی قرار دهند (Riphenburg, 2005:31).

طرح مسئله قانون اساسی نانوشته و لایه‌های پنهان قانون اساسی در یک کشور همواره به صراحت نبوده است و محققین از اصطلاحات متعددی استفاده کرده‌اند تا نشان دهند قانون اساسی فقط چیزی که در متن آمده نیست. در ادامه به برخی از این اصطلاحات اشاره خواهیم کرد.

نظم مبتنی بر قانون اساسی^۱ اصطلاح مهمی در نظریه‌های حقوق اساسی است. در این معنا اساس یک کشور چیزی فراتر از متن قانون اساسی است و شکل‌گیری اساس یک کشور نیازمند یک روند طولانی است که ممکن است تا اینکه شکل بگیرد چندین قانون اساسی در آن کشور عوض شود. نظم اساسی شامل عرف‌ها، رویه‌ها، فرم‌ها، سنت‌ها، ساختارهای اداری، سهم احزاب و تصمیم‌های قضائی می‌شود و فراتر از متن است. از این رو ممکن است کشوری قانون اساسی نداشته باشد، اما نظم اساسی داشته

1. constitutional order

باشد یا کشوری دارای متن قانون اساسی باشد اما نظم اساسی نداشته باشد. برخی محققین از اصطلاحاتی دیگری مانند قانون اساسی واقعی^۱ یا قانون اساسی تاریخی^۲ استفاده کرده‌اند که برای فهم آن‌ها باید از متن قانون اساسی فراتر رفت. برخی نیز از قانون اساسی مخفی^۳ یا همان لایه‌های پنهان قانون اساسی که دیده نمی‌شوند سخن گفته‌اند (Shigong, 2010: 19). برخی نزدیک به همین معنا از اصطلاح قانون اساسی ضمنی^۴ یاد کرده‌اند که هر قانون اساسی علاوه بر مواد ذکر شده در متن، موادی ضمنی هم دارد (Solum, 2013: 1954). اصول ضمنی قانون اساسی اختیاراتی هستند که طبق قانون اساسی مجاز هستند، هرچند که در قانون اساسی بیان نشوند. یک نمونه معروف از آن‌ها این است که بعد از اولین انتخابات امریکا وزیر خزانه‌داری، الکساندر همیلتون برنامه واضح و شفافی را تدوین کرد که باعث ترس و اضطراب در ضدفدرالیست‌ها شد. همیلتون، معتقد بود که بدهی ملی یک نعمت ملی خواهد بود و به دلایل اقتصادی معتقد بود این بدهی‌ها می‌تواند به عنوان پشتوانه برای اتحاد ایالات عمل کند. هنگامی که همیلتون برنامه خود را برای تأسیس بانک امریکا ارائه داد که از بانکداری انگلیس الگوبرداری شده بود، این طرح با مخالفت‌هایی روبرو شد. بسیاری در آن زمان استدلال می‌کردند که قانون اساسی این اختیار را به کنگره نداده است. با این حال، همیلتون، رئیس‌جمهور واشنگتن را ترغیب کرد که هر چیزی که صریحاً توسط قانون اساسی ممنوع نباشد، تحت اختیارات ضمنی مجاز است و سرانجام این طرح در سال ۱۷۹۱ به تصویب رسید.

قانون اساسی زنده^۵ از دیگر اصطلاحاتی است که برای این حوزه از آن استفاده می‌شود و بیشتر در تفسیر قانون اساسی کاربرد دارد که در کشورهایی مانند امریکا به سرعت رواج پیدا کرد و سپس وارد سایر کشورها شد. در این دیدگاه قانون اساسی همانند یک موجود زنده و یک بدن زنده است که همواره در حال تغییر و تحول بوده

-
1. Real constitution
 2. Historic constitution
 3. Secret constitution
 4. Implied constitution
 5. Living constitution

ولی چارچوب کلی آن هنوز باقی مانده است و ما باید این تغییرات را بفهمیم. در این معنا قانون اساسی سندی است برای فراهم کردن عدالت و تفسیر قانون اساسی در پرتو اصول و مسائلی که جامعه در حال حاضر با آن‌ها مواجه است صورت می‌گیرد.

برخی بر این باورند که قانون اساسی، کد ژنتیک^۱ یک کشور است و همچنان که ژنتیک یک فرد آمیزه‌ای از میراث گذشتگان و حال اوست، قانون اساسی نیز دربردارنده همه خصائل و ویژگی‌هایی یک ملت و نظام سیاسی آن است و از طریق آن می‌توان به بسیاری از ویژگی‌های آن کشور پی برد. برخی نیز از اصطلاح هویت اساسی^۲ نیز استفاده کرده‌اند که ترکیبی از فرهنگ، تاریخ، عرف، ارزش‌ها، سنت و در نهایت متن قانون اساسی است. به اعتقاد این محققین قانون اساسی دارای دو جلوه در کاغذ و روح است و ممکن است قانون اساسی بارها در کاغذ تغییر کند، اما روح آن تغییر نکند و سر جای خود باقی بماند؛ یعنی فهم روح قانون اساسی چیزی فراتر از متن و قانون است و قانون اساسی را نباید صرفاً در یک متن کوچک یا یک رویکرد شکلی کوچک دید. روح حاکم بر هر قانون اساسی که اصول و موازین نانوشته هستند ریشه در علت موجد نظام سیاسی مستقر یا تصمیم قوه مؤسسی دارند که نظم جدید را بنیاد نهاده و نظم پیشین را کنار گذاشته است و این روح را نمی‌توان نوشت و در کاغذ آورد (سلطانی، ۱۳۹۸: ۱۷۵).

۳. مهم‌ترین نمونه‌های لایه‌های پنهان

لایه‌های پنهان قانون اساسی دارای مصادیق متعددی است که در ادامه کوشش می‌شود برخی از مهم‌ترین آن‌ها شرح داده شوند. همان‌گونه که در مقدمه ذکر شد این لایه‌ها به‌هیچ‌وجه منحصر به این موارد نیستند و موارد متعدد دیگری را نیز می‌توان به این فهرست اضافه کرد. در سال‌های اخیر در ایران به مواردی از این لایه‌های پنهان مانند رویه‌های اساسی، عرف اساسی و تفسیر اشاراتی شده است و به نحوی هرچند

1. Genetic code

2. Constitutional identity

بسیار کم‌رنگ وارد ادبیات حقوقی ایران شده‌اند، اما بسیاری از این مصادیق در حقوق اساسی ایران بحث نشده‌اند.

۳-۱. رویه‌های اساسی^۱

یکی از مهم‌ترین لایه‌های پنهان قانون اساسی، رویه‌های اساسی است (برای دیدن شرحی از این مفهوم در زبان فارسی رک: مرادخانی، ۱۳۹۷ و سلطانی، ۱۳۹۶). این اصطلاح نخستین بار توسط دایسی مطرح شد (Dicey, 1982: 277-317) و بعدها جنینگز این بحث را ادامه داد (Jenings, 1959: 136). در این مفهوم، کنشگران و کنشگران سیاسی در اجرای قانون اساسی اعمالی انجام می‌دهند که این اعمال با تکرار توسط آن‌ها و توافق توسط دیگر کنشگران سیاسی برای یک مدت طولانی و نیز پذیرش توسط افکار عمومی به تدریج به رسمیت شناخته می‌شوند. اساسی‌ترین ویژگی این مفهوم، توافق بین کنشگران سیاسی در خصوص آن‌هاست. آن‌ها رویه‌ها و اعمالی هستند که نحوه اجرای اصول قانون اساسی را تعیین می‌کنند و بیرون از دایره حقوق نیستند و پدیدآورندگان آن کنشگران سیاسی‌اند. این کنشگران همان نهادهای برخاسته از قانون اساسی‌اند که در چهارچوب صلاحیتی که قانون اساسی به ایشان داده عمل می‌کنند و آیین و روشی را که مقرر کرده است رعایت می‌کنند (سلطانی، ۱۳۹۶: ۹۴-۹۵) و باید در جایی خارج از متن قانون اساسی به دنبال رویه‌های اساسی بود (Albert, 2015: 4). به گفته محققین حقوق اساسی، برخلاف عرف اساسی که معمولاً قانون اساسی را تکمیل می‌کنند و با قانون اساسی فهمیده می‌شوند رویه‌های اساسی خودشان قانون اساسی هستند (اردان، ۱۳۸۹: ۹۴) در اینکه رویه‌ها از کجا می‌آیند و نشأت می‌گیرند اختلاف نظرانی وجود دارد. آن‌ها از خلأ بین واقعیت و اصول یا واقعیت و متن پدید می‌آیند. واقع‌گراها معتقدند که باید از دل حوادث سیاسی به دنبال آن‌ها بود، اما کسانی مانند مایکل اکشات معتقدند رویه‌ها فقط در مسیر تاریخ یک کشور فهمیده می‌شوند. به باور مارتین لاگالین نظریه اوکشات می‌تواند به فهم اینکه چگونه رویه‌ها، فهم‌ها و عمل‌ها در مسیر تاریخ تحول یافته است

1. Constitutional convention

کمک زیادی بکند (Loughlin, 1992: 102). در این اندیشه برخلاف واقع‌گراها این موارد باید از مسیر تاریخ یک کشور فهمیده شوند.

۳-۲. عرف‌های اساسی

عرف از منابع اصلی حقوق در کنار قانون و رویه قضایی است و در بیشتر شاخه‌های حقوق از آن بحث می‌شود. در برخی شاخه‌ها مانند حقوق بین‌الملل بسیار وسیع و در برخی شاخه‌ها مانند حقوق جزا پررنگ نیست. در حقوق اساسی نیز عرف که به عرف اساسی معروف است از منابع این دانش است. در تعاریف عرف اساسی آمده است که رویه‌ای است مرسوم میان قوای عمومی، دولتمردان یا زمامدارانی که به دلیل تکرار آن در طول زمان آن را همانند حقوق شمرده و از آن پیروی می‌کنند (عباسی، ۱۳۸۸: ۴۲) یا رویه و مجموعه عاداتی که در قالب تکرار عملکرد زمامداران و مجریان امور در یک کشور ایجاد می‌شوند و قوای عمومی را ملزم به پیروی از خود می‌کنند (پروین ۱۳۹۳: ۱۲۶). عرف دارای عنصر مادی و عنصر معنوی است (برای دیدن این دو عنصر رک پروین ۱۳۹۵؛ عباسی ۱۳۸۵) که عنصر مادی فعل یا ترک فعلی است که تکرار شود و بر سر آن اجماع وجود داشته باشد. تکرار، تداوم، وضوح، عمومیت، ثبات و اجماع از مهم‌ترین شروط عنصر مادی هستند. در عنصر معنوی نیز اعتقاد و الزام به آن مطرح است. در خصوص منبع بودن عرف اختلافات زیادی وجود دارد. برخی از بزرگان حقوق اساسی معتقدند عرف منبعی غیر الزامی است و عده‌ای دیگر آن را از منابع اصلی می‌دانند که الزامی است. افرادی مانند کاره دومالبر، هوریو، اسمن و شوالیه معتقدند که قاعده اساسی را فقط قوه مؤسس خلق می‌کند و عرف، غیر الزامی است؛ اما کسانی مانند رنه کاپیتان، دوگی و ژرژسل از موافقان این مفهوم هستند و مشارکت اشخاص را در خلق قواعد اساسی مهم می‌دانند (پروین، ۱۳۹۵: ۲۳۶-۲۳۴). نکته مهم دیگر در خصوص عرف‌های اساسی این است که آن‌ها در نسبت با متن قانون اساسی فهمیده می‌شوند و متن اهمیت خود را حفظ می‌شود. همان‌گونه که یکی از محققین گفته است فصاحت عرف نمی‌تواند با سماجت متن پهلو بزند و بر آن فائق آید (سلطانی، ۱۳۹۸:

۱۸۷). تقسیم‌بندی انواع عرف‌های اساسی نیز بر اساس رابطه با قانون اساسی فهمیده می‌شود. بر این اساس عرف‌های اساسی را به سه نوع عرف تفسیرکننده قانون اساسی، عرف تکمیل‌کننده قانون اساسی که نقص قانون اساسی را تکمیل می‌کند و عرف تعدیل‌کننده قانون اساسی که چیزی به قانون اساسی اضافه یا کم می‌کند؛ تقسیم کرده‌اند (پروین ۱۳۹۵: ۲۴۶-۲۴۳؛ کاپیتان، ۱۳۹۶).

۳-۳. تفسیر

همان‌گونه که در مقدمه اشاره شد منظور از مصادیق مورد بحث در این مقاله لایه‌هایی است که در متن قانون اساسی نیستند ولی جزئی از قانون اساسی هستند و برخی از آن‌ها اتفاقاً نه نانوشته بلکه نوشته هستند، اما در درون متن قانون اساسی نیستند. معروف‌ترین نمونه این دسته، تفاسیر دادرس اساسی است. در خصوص تفسیر قانون اساسی اگرچه در ایران ادبیاتی وجود دارد، (برای نمونه رک. جعفری ۱۳۹۲؛ جعفری و همکاران، ۱۳۹۶) اما به این جنبه مهم تفسیر یعنی آفریدن قانون اساسی کمتر پرداخته شده است. تفسیر قانون اساسی بخشی از لایه‌های خارج از متن قانون اساسی است. در بسیاری از کشورها دادرس اساسی متن قانون اساسی را یک متن دارای بافت باز می‌داند که نیاز به تفسیر دارد. به گفته قاضی مارشال نباید فراموش کنیم که ما به عنوان دادرس اساسی، متن قانون اساسی را توسعه می‌دهیم؛ به عبارت دیگر دادرس اساسی، قانون اساسی را به چیزی فراتر از آنچه در متن آمده است تبدیل می‌کند و قانون اساسی را به چیزی بیشتر از متن تبدیل می‌کند (Shigong, 2010: 21). در حقیقت تفسیر قانون اساسی اضافه کردن اصولی به قانون اساسی است و با هر تفسیر، گویی اصلی جدید به قانون اساسی اضافه می‌شود. در تفسیر، متن قانون اساسی ثابت می‌ماند، اما این مفسر است که زمانی می‌گوید زنان حق گرفتن مناصب سیاسی را ندارند و زمانی دیگر می‌گوید دارند یا نمایندگان مصونیت دارند یا ندارند. به این ترتیب تفسیر قانون اساسی با مشخص کردن معنای متن، در حقیقت متن را تغییر می‌دهد و چیزی بر آن می‌افزاید. برای نمونه، در برخی کشورها حق‌های مربوط به کار در قانون اساسی نیامده‌اند، اما

مفسر آن را پذیرفته است (Shigong, 2010: 22). بسیاری از مواردی که امروزه در قانون اساسی امریکا وجود دارند بعد از تصویب قانون اساسی و با تفاسیر پدید آمدند مثل آزادی بیان، قاعده اکثریت، نقش مذهب، حق رأی، قانونی بودن خدمت اجباری (Amar, 2012: 51). بسیاری از تصمیم‌های مهم دیوان عالی نیز خواندن بین خطوط و اضافه کردن چیزی به متن است.

دهه ۱۹۸۰ اوج بحث‌های تفسیر در محافل آکادمیک بود. در کنار دو رویکرد اصلی تفسیر قانون اساسی یعنی منشأگرایی که بیشتر به دنبال آن است که واضعان قانون اساسی چه چیزی در نظر داشتند و قانون اساسی زنده که قانون اساسی در عمل را مدنظر قرار می‌دهد، رویکرد سومی به نام سنت‌گرایی هم وجود دارد که قانون اساسی را در پرتو اعمال و سنت‌ها و قانون تفسیر می‌کند. برای نمونه افرادی مانند جک گرین، رویلی پاتول و هارتوک نشان داده‌اند که حقوق انگلستان چه تأثیر زیادی بر حقوق امریکا داشته است و پدران قانون اساسی امریکا متأثر از بحث قانون اساسی قدیم و حق‌های انگلیسی بوده‌اند (McConnell, 1998: 175-176). تفسیر قانون اساسی در امریکا در روش نیز متأثر از کامن‌لاست. طبق رویکرد کامن‌لا، حقوق در طول زمان به عنوان محصول تحول تعداد زیادی از تصمیم‌ها در پرونده‌های خاص توسعه و تکامل می‌یابد. سیستم کامن‌لا باعث می‌شود هر تصمیم قضایی جدید با رویه‌های تأسیس شده قبلی هماهنگ باشد (Bustamante & Goncalves, 2016: 288). در این رویکرد دادگاه ابتدا به یک سؤال پاسخ می‌دهد، سپس سؤال مشابهی در پرونده‌های مشابه پدید می‌آید و میراث قضایی شکل می‌گیرد. به گفته محققین یک قانون اساسی خوب باید دو چیز را فراهم کند. از یک طرف قابلیت انعطاف و به روز داشتن داشته باشد و از طرف دیگر مجموعه‌ای از اصول و ارزش‌های جامعه باشند. به نظر او قانون اساسی امریکا چون از روش‌شناسی کامن‌لا استفاده کرده است هر دو ویژگی را دارد (Bustamante & Goncalves, 2016: 279-288).

۳-۴. قانون عادی برتر یا ابر مصوبات^۱

نمونه دیگری از لایه‌های خارج از متن قانون اساسی که نوشته هم هستند قانون عادی برتر است. این اصطلاح برای اولین بار در سال ۲۰۰۱ توسط دو تن از محققین به نام ویلیام اسکریج^۲ و جان فریجان^۳ به کار برده شد و به برخی از قوانین اشاره دارد که توسط قانون‌گذار در مجلس یک کشور تصویب می‌شوند، اما از آنجا که نهاد جدیدی را مطرح یا موضوعی بسیار با اهمیت را بحث می‌کنند اهمیتی در شأن قانون اساسی پیدا می‌کنند و دادگاه‌ها هم آن‌ها را ارج می‌نهند. این نویسندگان معتقدند که قوانین عادی همگی هم‌عرض نیستند و برخی از آن‌ها برترند (Eskridge & Ferejohn, 2001: 1275). قوانین عادی برتر به مصوبه‌هایی از پارلمان اطلاق می‌شود که حدود اختیارات و اهمیت آن در تناسب با سایر قوانین بیشتر است. این نوع قوانین به شیوه کار نهادها و شیوه قانون‌سازی می‌پردازند. آن‌ها هرچند از سایر قوانین موضوعه برترند، اما از قانون اساسی جایگاه پایین‌تری داشته و ذیل آن هستند. پس می‌توان گفت قانون عادی برتر مجموعه‌ای از قوانینی است که در مورد چارچوب قوانین یا ساختار نهادها هستند و مهم‌ترین ممیزه این قوانین در مقابل سایر قوانین این است که قانون عادی برتر تأثیر زیادی بر سایر قوانین دارد و گاه قوانین دیگر در چارچوب این نوع قوانین به تصویب می‌رسند (Eskridge & Ferejohn, 2001: 1215). برای نمونه در امریکا کنگره می‌تواند قوانینی را در خصوص شرح مقررات اساسی به تصویب برساند که به قانون‌گذاری بنیادی^۴ معروف‌اند که این قوانین را می‌توان قانون عادی برتر نامید.

ریشه‌های مفهوم قانون عادی برتر به تاریخ انگلستان برمی‌گردد. در سیستم حقوقی کامن‌لا با آنکه خلأ قوانین توسط رویه قضایی پر می‌شود، اما بازهم در مواردی نیاز است که قانون‌گذاری صورت گیرد. قوانین جدید دو حالت دارد: ۱. قوانین عادی ۵ (که

1. super statutes
 2. William Eskridge
 3. John Ferejohn
 4. Basic Legislation
 5. ordinary statutes

به مباحث جدید می‌پردازند) و باید با کامن‌لا سازگار باشد؛^۲ قوانین ترمیمی^۱. قوانین نوع دوم، قانون عادی برترند و می‌توانند بر قوانین دیگر غلبه کنند و در ایجاد سایر قوانین نقش داشته باشند. این موضوع بعدها در مستعمره‌نشین‌های امریکا نیز مورد توجه قرار گرفت و پدران قانون اساسی امریکا تأکید کردند که منبع حقوق در ایالات باید قوانینی باشد که پائین تر از قانون اساسی قرار دارند، اما از سایر قوانین برتری دارند (Eskridge & Ferejohn, 2001: 1218). در مورد اینکه کدام قانون، قانون عادی برتر است یکی از شاخص‌ها این است که قوانین چقدر در سیاست ملی و ایجاد قواعد حقوقی نقش دارد. قانون ضد انحصار شرم^۳، از نمونه قانون‌های عادی برتر است. این قانون پیرامون ممنوعیت انحصار و اصول رقابت بین شرکت‌ها تنظیم و توسط کنگره تحت ریاست بنیامین هریسون تصویب شد. به باور پژوهشگران این قانون چارچوب قانونی برای تنظیم سایر قوانین ترسیم می‌کند (Eskridge & Ferejohn, 2001: 1231).

۳-۵. هاردبال‌های اساسی^۴

این اصطلاحی است که نخستین بار مارک تاشنت آن را به کار برد. هاردبال به نوعی فعالیت سخت و بدون ملاحظه که نوعی سرسختی نیز در آن وجود دارد اشاره می‌کند. به باور او هاردبال‌های اساسی عبارت است از مجموعه ادعاها^۴ و سنت‌های^۵ قوای سه‌گانه مقننه، قضاییه و اجراییه که با توافقات و برداشته‌های پیش‌اساسی ناهماهنگ‌اند؛ هرچند ممکن است عملکرد قوای یادشده با اصول و دکترین حقوق اساسی یک کشور مطابقت داشته باشد و از دکترین اساسی موجود دفاع می‌کنند. دلیل استفاده از واژه هاردبال این است که نهادهای حقوقی رویکرد خاصی را اتخاذ کرده و در ادامه دادن شیوه اتخاذ شده تأکید می‌کنند و ترک رویه ایجاد شده برای آن‌ها دشوار است. فلذا کنشگران سیاسی خود را در وضعیت حساسی می‌بینند و فکر می‌کنند که

1. remedial statutes
 2. Sherman Antitrust Act of 1890
 3. Constitutional hardball
 4. Claims
 5. Practice

اعمال سیاسی‌شان در شکست و یا پیروزی حریفان یا همان احزاب مخالف آن‌ها نقش بسزایی دارد (Tushnet, 2004: 523). به باور تاشنت همه کنشگران اصلی سیاسی از هاردبال‌ها استفاده می‌کنند.

هاردبال‌ها یک استراتژی سیاسی هستند و بخشی از عنصر یا پدیده‌ای هستند که جک بالکین و استنفورد لوسیول از آن به عنوان مزاحمت حزبی یاد کرده‌اند (Balkin, 2001). به باور بالکین هنجارهای حقوقی همیشه به طور مستقیم عملی نمی‌شود، بلکه با گذر زمان مطابق واقعیت‌های اجتماعی - سیاسی هماهنگ می‌شوند. گاه با گذر زمان، قواعد جدیدی در دل قوانین ایجاد می‌شود و این همان چیزی است که تاشنت آن را هاردبال‌های اساسی نام نهاده است. به نظر بالکین هرکسی که پیرامون تاریخ قانون اساسی و فرآیندهای تغییر قانون اساسی مطالعه کرده باشد به درستی می‌داند که تاشنت نظریه جالب و مفیدی پیرامون حرکت کنشگران قدرت از یک قاعده به سمت قاعده دیگر ارائه کرده است (Balkin, 2008: 579).

شاید بهترین نمونه هاردبال‌های اساسی، پرونده مربوط به تعویق و تأخیر انداختن تأیید قضات باشد که توسط دموکرات‌ها در مجلس سنا در برابر نامزدهای معرفی شده توسط رئیس‌جمهور بوش در سال ۲۰۰۲ برای دیوان عالی مطرح شد. اقدام‌های دموکرات‌ها و پرونده تشکیل شده با مقررات داخلی سنا مطابق بود و قانون اساسی نیز صراحتاً به سنا اختیار داده است که در امور داخلی نظامنامه داخلی خود را تصویب کند. جمهوری‌خواهان استدلال می‌کردند که پرونده تنظیم شده برای تأخیر در تأیید قضات در مغایرت با قانون اساسی قرار دارد. در استدلال ارائه شده توسط جمهوری‌خواهان تأکید شده بود که باید میان به تعویق انداختن تصویب قانون عادی و به تعویق انداختن تأیید قاضی نامزد شده برای نهاد قضایی تفاوت قائل شد. هرچند تمایزات مشخصی میان موضوع یادشده وجود نداشت و برخی به مطلق بودن صلاحیت دیوان در زمینه تعویق تصویب قوانین معتقدند، اما برخی دیگر این موضوع را فسادزا قلمداد می‌کردند. اگر این موضوع را با پیشینه رویکرد اتخاذی در زمینه نامزدان قضات دیوان عالی آمریکا مقایسه کنیم درمی‌یابیم که مطابق قانون اساسی آمریکا قضات

عالی جزو صلاحیت‌های رئیس‌جمهور است. مطابق رویه ایجاد شده، رئیس‌جمهور با توجه بر اصل رعایت استقلال قوه قضائیه معرفی قضات را نمی‌تواند به تعویق بیندازد، چون با تأخیر در معرفی قضات ممکن است رئیس‌جمهور مقاصدی چون اعمال فشار به دیوان عالی را دنبال کند. در واقع این موضوع در حد رویه ضعیف پیشا اساسی است و سنا این را به رسمیت شناخته بود؛ بنابراین پرونده تأخیر تأیید قضات توسط سنا عدم رعایت توافق پیشااساسی پنداشته شد. واکنش جمهوری خواهان نیز جالب بود. برخی از جمهوری خواهان اظهار کردند که دادخواستی برای مغایرت عمل دموکرات‌ها با قانون اساسی در دیوان عالی مطرح خواهند کرد (Tushnet, 2004: 524-525). به هر حال وقتی که یک حزب در کاخ سفید پیروز می‌شود از اعضای حزب خود در دیوان عالی بر می‌گزیند. رئیس‌جمهور موقعیت سیاسی حزبش را گسترش می‌دهد و قضات هم فهم از قانون اساسی را تغییر می‌دهند (Tushnet, 2004: 529). استیضاح رئیس‌جمهور کلینتون، همچنین تلاش نمایندگان جمهوری خواه در ایالات کلرادو و تگزاس برای تجدیدنظر در برنامه حوزه‌بندی انتخاباتی در سال ۲۰۰۳ مثال دیگری از هاردبال‌های اساسی است (Fishkin & David, 2018: 920).

۳-۶. شبه قانون اساسی^۱

این اصطلاح که برخی آن‌ها را ضروری قانون اساسی نیز خوانده‌اند (MacDonnell, 2016) در حقوق اساسی کانادا ریشه دارد و برای قوانینی به کار برده می‌شود که حتی علی‌رغم تصویب قوانین متضاد و متعارض با آن‌ها، باز نیز باقی می‌مانند و مورد استفاده قرار می‌گیرند و این خلاف رویه‌ای است که در خصوص سایر قوانین وجود دارد، زیرا قاعده کلی در امر قانون‌گذاری این است که وضع قوانین جدید که در مغایرت با قوانین قدیم قرار بگیرد به معنای نسخ ضمنی قوانین قبلی است و دلیل این موضوع این است که دو قانون متناقض هرگز در یک زمان اجرا نمی‌شوند. نسخ ضمنی همچنین مفهوم حاکمیت پارلمانی را تأیید می‌کند، یعنی این ایده را تقویت

1. Quasi constitution

می‌کند که مجلس یا قوه مقننه نمی‌تواند با هیچ محدودیتی بیرونی، از جمله اقدام‌های گذشته قوه مقننه محدود شود. برخلاف این سخنان شبه قانون اساسی‌ها معمولاً در نظام حقوق اساسی مورد تأیید قرار گرفته‌اند و تا زمانی که به صراحت توسط قانون‌گذار نسخ یا لغو نشوند باقی می‌مانند.

این اصطلاح قبل از سال ۱۹۷۴ وجود نداشت و اولین بار در یکی از آرای دیوان عالی کانادا توسط بورا لاسکین مطرح شد (MacDonnell, 2016: 513). امروزه در کانادا این امر رواج دارد که قانونی وضع می‌شود و اعلام می‌کند که از سایر قوانین گذشته و آینده برتر و بالاتر است و به این ترتیب می‌خواهند از نسخ ضمنی قانون در آینده جلوگیری کنند. شبه قانون اساسی نسبت به سایر قوانین عادی برتری داشته و چارچوبی برای سایر قوانین تعریف می‌کند. البته این قوانین ممکن است لغو یا اصلاح نیز بشوند، ولی به هر حال جزئی از قانون اساسی تلقی می‌شوند. اعلامیه حق‌های کانادا و نیز قانون زبان رسمی از مصادیق این دسته هستند (Heils, 2018, Albert, 2016).

شبه قانون اساسی‌ها بر قوانین بعد از خود برتری دارند و معمولاً این نکته در یک بند یا ماده از آن قانون به نام بند یا ماده اولویت^۱ یادآوری می‌شود. این بند برای دستیابی به هدف حفظ تقدم در مقابل قوانین بعدی، ذکر می‌شود. معمولاً در این بند اشاره می‌شود که این قانون فقط با یک قانون بعدی قابل نسخ یا محدود کردن است و در آن به طور مشخص بیان شود که این قانون جدید بند اولویت قانون قبلی را لغو می‌کند (MacDonnell, 2016: 510). به عنوان مثال در بند ۱ (۱) قانون حقوق بشر آلبرتا^۲ در کانادا آمده است: این قانون غیر قابل نسخ است مگر در مواردی که به صراحت توسط قانون‌گذار اعلام شود که مغایر این قانون عمل شود. همچنین در اعلامیه حقوق کانادا که در سال ۱۹۶۰ توسط پارلمان کانادا به عنوان یک آیین‌نامه معمولی تصویب شد، لغو و کاهش تعهدات موجود در این اعلامیه واجد تشریفات خاصی است (Hovius, 1982: 33).

1. Supremacy Clause
2. Alberta Human Rights act.

۳-۷. اصول فراقانون اساسی^۱

اصول یا هنجارهای فراقانون اساسی از دیگر اصطلاحات به کار برده شده در این حوزه است. آلمانی‌ها و فرانسوی‌ها از این اصطلاح بیشتر سخن گفته‌اند. منظور آن‌ها از این اصطلاح چیزی است که در متن قانون اساسی نیست، ولی جزئی از قانون اساسی و حتی فراتر از آن است که شامل حقوق طبیعی و حقوق بین‌الملل می‌شود (Roznai, 2017: 71-102). فراقانون اساسی زمانی است که اصولی را که در قانون اساسی پیش‌بینی نشده بر اصول مندرج در آن مرجح بدانیم. مصداق این اصول اعلامیه‌های حقوق بشر و معاهدات بین‌المللی است. برای نمونه همه اصول اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه مجموعه‌ای را تشکیل می‌دهند که می‌توان آن را عبارت (فرا دستوری) و یا (مافوق قانون اساسی) توصیف کرد (Rozani, 2013: 558) و حتی قوه مؤسس هم نمی‌تواند به این اصول لطمه‌ای وارد آورد. دوگی و هوریو نیز بر فراقانون اساسی بودن اعلامیه حقوق بشر و شهروند تأکید کرده‌اند (گرچی، ۱۳۸۲: ۲۴۸).

مهم‌ترین نمونه از این مفاهیم، حق‌های طبیعی هستند که ورای قانون اساسی نوشته قرار دارند. برای مثال در امریکا حق‌های افراد ریشه در کامن‌لا و همچنین فرمان کلونی‌ها و سنت‌های طولانی در بریتانیا و امریکا دارند. از این رو می‌توان از «قانون اساسی قبل از قانون اساسی» سخن گفت (Mcconnel, 1988: 175). اگرچه برخی از قوانین اساسی به حق‌ها اشاره کرده‌اند، اما همه حق‌ها در قوانین اساسی نیستند (Repaczyink, 1988: 179). مثلاً حق‌های یک انگلیسی^۲ بخشی از سنت انگلستان هستند ولی لزوماً در متن نیستند. حتی مگناکارتا این حق‌ها را به وجود نیاورده، بلکه تنها آن‌ها را مدون کرده است (Repaczyink, 1988: 178-180). در ابتدا تنها حقوق طبیعی در جرگه اصول مافوق قانون اساسی قرار می‌گرفت، ولی پس از دهه پنجاه میلادی اصول حقوق بین‌الملل بسیار پررنگ شدند (Tietel, 2004) و دادگاه‌های آلمان رأی‌های مهمی را در این خصوص صادر کردند (Roznai, 2017: 83). حتی برخی برتری حقوق بین‌الملل را

1. Supra constitution

2. rights of Englishman

پذیرفته‌اند (Roznai, 2017: 89). چنانکه قانون اساسی سوئیس قواعد بین‌الملل را برتری داده است. در اتحادیه اروپا در سال‌های اخیر از برتری قوانین فراملی یا همان مقررات اتحادیه اروپا بر قوانین اساسی کشورها نیز سخن رفته است. مهم‌ترین مرجعی که می‌تواند برتری حقوق بین‌الملل را به رسمیت بشناسد دادگاه‌ها هستند. برخی گفته‌اند قاضی مکلف است در صورت تعارض آن‌ها با قواعد فروتر به آن‌ها برتری داده و این همان چیزی است که نتیجه آن اصل مافوق قانون اساسی است (گرجی، ۱۳۸۲: ۲۶۱). دادرسی اساسی باید هنگام تعارض بین یک هنجار فراقانون اساسی و یک هنجار دستوری، اولی را مرجح شمرده و مجری دارد (گرجی، ۱۳۸۲: ۲۵۳-۲۵۱). حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که اگر صلاحیت کشف اصول فراقانون اساسی متعلق به دادگاه است، آیا نمی‌توان گفت قاضی، قدرت مؤسس را به دست آورده است؟

برخی معتقدند مفهوم فراقانون اساسی بودن به عنوان مجموعه هنجارهای حقوقی برتر از قانون اساسی باید مطرود تلقی شوند و هنجارهای اخلاقی یا هنجارهای مربوط به یک مرام سیاسی را فراقانون اساسی بنامیم. همچنین برخی از حقوقدانان بر امتناع منطقی مفهوم هنجارهای فراقانون اساسی تکیه می‌کنند. آن‌ها معتقدند فراقانون اساسی بودن در حالت محض خود بر فرض وجود قواعد برتر از قانون اساسی متکی است و نه بر قواعدی که توسط خود قانون اساسی شکل گرفته‌اند. در این حالت این قواعد به حداقلی از وجود عینی نیازمندند تا با توسل به آن بتوانیم این اصول را کشف کنیم (گرجی، ۱۳۸۲: ۲۷۵-۲۶۶).

۳-۸. اصول خارج از قانون اساسی^۱

اصطلاح اصول یا هنجارهای خارج از قانون اساسی به اعمالی و حق‌هایی اشاره دارد که در قانون اساسی پیرامون آن بحث خاصی مطرح نشده است. در مورد اعمال باید گفت قانون اساسی در برخی موارد مردم را از انجام برخی از اعمالی نه منع می‌کند و نه آزاد گذاشته است. به عنوان مثال، قانون اساسی هیچ حکمی در مورد پوشیدن و یا

1. Extra-Constitutional

نپوشیدن کلاه یا کت و شلوار ندارد و مردم در پوشیدن آن‌ها تام‌الاختیارند، پس می‌توان گفت تصمیم اتخاذی یک شهروند در مورد پوشیدن کلاه امر خارج از قانون اساسی است. این مسئله در حقوق اساسی هم نمود پیدا می‌کند. برای نمونه، طبق ماده ۵ و ۷ قانون اساسی امریکا کنوانسیون‌های ملی ایالت‌ها می‌تواند اصلاحیه‌های قانون اساسی را به کنگره پیشنهاد کند، اما قانون اساسی امریکا در مورد تهیه پیش‌نویس اصلاحیه قانون اساسی توسط کنوانسیون ملی ایالات حکم خاصی ندارد؛ بنابراین بحث مربوط به تهیه پیش‌نویس اصلاحیه قانون اساسی توسط کنوانسیون‌های ملی ایالت‌ها بحثی خارج از قانون اساسی است. چنین موضوعی دو بار، در ۱۸۶۱ و در سال ۱۷۸۷ اتفاق افتاده است (Natelson, 2018). یک عمل خارج از قانون اساسی ممکن است طبق قانون عادی، قانونی یا غیرقانونی باشد. همانند تصمیم‌گیری در مورد پوشیدن کلاه که می‌تواند در قانون عادی حکمی درباره آن وجود داشته باشد، زیرا وضع قانون در این موارد به قانون‌گذاران عادی بستگی دارد و این نهادها می‌تواند برخی از اعمال اجتماعی را منع و آزاد بگذارند؛ اما در مورد حق‌های خارج از قانون اساسی بحث متفاوت است. اینجا هدف از حق خارج از قانون اساسی، حقی است که انسان‌ها ذاتاً و بدون در نظر داشتن قانون‌گذاری در قانون اساسی، از آن برخوردارند. طبق این ایده اگر تعارضی میان حقوق خارج از قانون اساسی^۱ و قانون اساسی رخ دهد حق‌های ذاتی انسان ارجحیت دارد.

فرجام سخن

قانون اساسی مفهومی بسیار پیچیده است و علاوه بر اینکه تاریخ طولانی دارد بارها نیز تحول معنایی پیدا کرده است. در نظریه‌های حقوق اساسی از این مفهوم بسیار سخن گفته‌اند و ادبیات بسیار وسیعی در مورد آن شکل گرفته است. یکی از موضوعات و مباحث مهم در این خصوص لایه‌های پنهان قانون اساسی، اصول نانوشته قانون اساسی و لایه‌های خارج از قانون اساسی است. حقوقدانان حقوق اساسی به زودی به

1. Extra Constitutional Rights

این مسئله پی بردند که اگر قانون اساسی را در متن نوشته و در یک سند محدود کنند گسلی پرنشدنی میان واقعیت و آنچه در متن قانون اساسی هست به وجود خواهد آمد. این روند به تدریج باعث خواهد شد قانون اساسی به متنی بی اعتبار تبدیل شود که همواره نقض می شود. از طرفی دیگر حوادث سیاسی و تحولات حقوقی با سرعت بسیار پیش می روند و قانون اساسی از آن ها عقب خواهد ماند. همچنین فهم کنشگران حقوقی و سیاسی از متن متفاوت است و بر مشکلات خواهد افزود. مسائلی از این دست باعث شد حقوقدانان این موضوع را مطرح کنند که قانون اساسی به جز متن، دارای لایه های دیگری نیز هست که بسیاری از آن ها با چشم غیر مسلح دیده نمی شوند. این لایه ها از علل اصلی تداوم و ماندگاری قانون اساسی به عنوان اساس و بنیان یک نظام سیاسی و حقوقی هستند. این لایه ها باعث می شوند متن قانون اساسی بتواند سال ها دوام بیاورد و در مدت کوتاهی بازنگری و اصلاح نشود. همچنین باعث می شوند پیوندی ناگسستنی میان حقوق اساسی و قانون اساسی به وجود بیاید و از رویکردهای متن محوری مطلق و رویکردهای پوزیتیویستی اجتناب شود. نیازی به گفتن نیست که حقوقدانان متن محور و حقوقدانان کلاسیک با این مفاهیم سر سازگاری ندارند و نمی توانند آن ها را هضم کرده و بپذیرند، زیرا به باور آن ها قانون اساسی در متن محصور است و نمی توان برای آن اصول دیگری در نظر گرفت.

در این مقاله کوشش شد ضمن اشاره ای به پیدایش قانون اساسی و علت مطرح شدن لایه های پنهان قانون اساسی و کارکردهای این مفهوم، به برخی از مهم ترین مصادیق آن اشاره شود. در میان مصادیق این مفهوم در این مقاله، مفهوم رویه های اساسی، عرف اساسی، تفسیر قانون اساسی، هاردبال های اساسی، شبه قانون اساسی، اصول فراقانون اساسی و اصول و حق های خارج قانون اساسی بررسی شدند. ناگفته پیداست که درباره هر کدام از این مفاهیم مباحث بسیار زیادی را می توان مطرح کرد که در یک مقاله نمی گنجد و این مقاله از طرح یک بحث مهم در نظریه های حقوق اساسی فراتر نمی رود. نکته دیگر اینکه مصادیق این مفهوم منحصر به این موارد نیستند. برای نمونه اعمال و آرای دادرسی اساسی در هر کشور و اعمال سیاسی رهبران و حتی

احزاب و سایر کنشگران سیاسی را هم می‌توان جزء مصادیق این مفهوم آورد. همچنین از ورود به این مسئله که آیا این مفاهیم در حقوق اساسی ایران نیز وجود دارند یا نه عامدانه اجتناب کرده‌ایم. بی‌شک قانون اساسی ایران نیز همانند همه قوانین اساسی دیگر لایه‌های پنهانی دارد که خود می‌تواند موضوع مقالات مستقلی باشد. راقم این سطور بر این باور است تا زمانی که این بحث‌ها در حوزه نظریه‌های حقوق اساسی تبیین و مطرح نشوند به سختی بتوان آن‌ها را در حقوق اساسی ایران به کار برد. از این رو این مقاله تمرکز خود را بر این بخش و نگاه متمرکز کرده است.

منابع

الف. فارسی

- اردان، فیلیپ (۱۳۸۹) حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، ترجمه رشید انصاریان، اهواز: انتشارات دانشگاه شهید چمران اهواز.
- پروین، خیرالله (۱۳۹۵) «درآمدی بر مفهوم و موازین عرف حقوق اساسی»، پژوهش‌های فقهی، دوره دوازدهم شماره ۲، صص ۲۲۹-۲۵۶.
- پروین، خیرالله (۱۳۹۳) مبانی حقوق عمومی، تهران: انتشارات سمت.
- جعفری، محمد حسین و همکاران (۱۳۹۶) مطالعه تطبیقی تفسیر قانون اساسی، تهران: انتشارات مجد.
- جعفری، محمد حسین (۱۳۹۲) اصول حاکم بر تفسیر قانون اساسی در ایران و آمریکا، تهران: انتشارات مجد.
- سلطانی، سید ناصر (۱۳۹۶) «اعتبارسنجی عرف و رویه‌های قانون اساسی»، دانش حقوق عمومی، شماره ۱۸، پاییز و زمستان، صص ۹۱-۱۱۰.
- سلطانی، ناصر (۱۳۹۸) «آیا می‌توان اصول نانوشته قانون اساسی را نوشت؟ بررسی چند نمونه در فرانسه و ایران» مندرج در مجموعه مقالات اصول نانوشته قانون اساسی، قم: انتشارات دارالعلم.
- عباسی، بیژن (۱۳۸۸) مبانی حقوق اساسی، تهران: انتشارات جنگل.

کاپیتان، رنه (۱۳۹۶) حقوق اساسی نانوشته، ترجمه سید ناصر سلطانی مندرج در از حق‌مداری تا حکومت قانون، مجموعه مقالات اهدایی به استاد محمد محمدی گرگانی، تهران: خانه اندیشمندان علوم انسانی صص ۳۵۱-۳۷۱.

گرگی، علی‌اکبر (۱۳۸۲) «مناظره لویی فاورو و ودل، فراقانون اساسی بودن و حاکمیت»، نشریه حقوق اساسی، شماره اول، سال اول، صص ۲۳۹-۲۸۴.

مراد خانی، فردین (۱۳۹۷) «بررسی مفهوم رویه‌های اساسی در حقوق اساسی»، مطالعات حقوقی، دوره دهم شماره چهارم، زمستان، صص ۹۹ - ۱۲۷.

ب. انگلیسی

- Abert, Richard (2016) "Quasi Constitutional Amendment", Buffalo Law Review, Vol.65, No.4, pp. 739-770.
- Albert. Richard (2015) "How Unwritten Constitutional Norms Change Written Constitutions", Dublin University Law Journal, Vol.38, No2, pp. 1-26.
- Amar, Akhil, Reed (2012) Americans Unwritten Constitution The Precedent and Principle We Live By, New York: Basic Books.
- Balkin, Jack (2001) "Understanding the Constitutional Revolution". Virginia Law Review, Vol.87, No. 6. pp.1045-1104.
- Balkin, Jack M. (2008) "Constitutional Hardball and Constitutional Crises ", Quinnipiac Law Review, Vol. 26, pp.579-598
- Bustamante, Thomas, Bernardo, Goncalves (eds) (2016) Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism. London: Springer Press
- Dicey, Albert (1982) Introduction to the study of the Law of the Constitution. London: Macmillan Press.
- Eskridge, William. and Ferejohn, John, (2001) "Super-statutes", Duke Law Journal, Vol. 50, No.5, pp.1215-1256.
- Fallon, Richard (2004) The Dynamic Constitution an Introduction to American Constitutional Law And Practice, Cambridge: Cambridge University Press
- Fenwick, Helen, Gavin Phillipson (2003) Text, Cases and Materials on Public Law and Human Rights, New York: Cavendish Publishing.
- Fishkin. Joseph & Posen. David (2018) "Asymmetric Constitutional Hardball", Columbia Law Review, Volume 118, No.3, pp.915-982.
- Garliski, Zofia, Lench, Garliski (2011) "External Review of Constitutional

- Amendments? International Law as a Norm of Reference”, *Israel Law Review*, Vol. 44, issue. 3, pp. 343-368.
- Ginsburg, Tom, James Melton, Zachary Elkins (2009) *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Ginsbury, Tom, (ed) (2012) *Comparative Constitutional Design*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Goldsworthy, Jeffrey (2011) ”Unwritten Constitutional Principle”, *University of Queensland Law Journal*, Vol. 30, No.1, pp. 673-810.
- Grey, Thomas (1975) “Do We Have an Unwritten Constitution”, *Stanford Law Review*, Vol. 27, No.3, pp.703-718.
- Griffin, Stephan (2007) “Constituent Power and Constitutional Change in American Constitutionalism”. In: Loughlin, Martin, Walker, Neil.(2007) *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional*, New York: Oxford University Press, pp. 49-67.
- Grimm, Dieter (2016) *Constitutionalism (Past, Present, Future)*, Oxford: Oxford University Press.
- Heils, John (2018) *Quasi-constitutional Laws of Canada*, Toronto: Irwin Law Inc.
- Hovius, Berend (1982) “The Legacy of the Supreme Court of Canada's Approach to the Canadian Bill of Rights: Prospects for the Charter”, *McGill Law Journal*, Vol. 28. No. 2, pp.32-58.
- Huscraff, Hrant (ed) (2008) *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, Cambridge : Cambridge University Press.
- Jenings, Ivor (1959) *The Law and the Constitution*, London: University of London Press.
- Key, Richard (1987) ”The Illegality of the Constitution”, *Constitutional Commentary*, Vol 4, No. 57, pp. 57-80.
- Krishnamurthy, Vivek (2009) “Colonial Cousins: Explaining India and Canada's Unwritten Constitutional Principles”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 34, Issue.1, pp. 207:239.
- Law, David (2005) “Generic constitutional law”, *Minnesota Law Review*, Vol. 89, No. 5, pp. 652-742.
- Law, David & Versteeg, Mila (2013) ”Sham Constitution”, *California Law Review*, Vol. 101, Issue 4, pp. 863-952.
- Leclaire, Jean (2011) ”Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles”, *Queens Law Journal*, Vol. 27, pp. 389-443.
- Loughlin, Martin, (1992) *Public Law and Political Theory*, London: Clarendon Press.
- MacDonnell, Vanessa (2016) "A Theory of Quasi-Constitutional Legislation", *Osgoode Hall Law Journal*, No. 53, Issue. 2, pp. 508-539
- McConnell, Michal (1998) “Tradition and Constitutional before the

- Constitution", University of Illinois Law Review, Vol.80, No.1, pp.173-193.
- McIlwain, Charles Howard (1947) *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New Jersey: Lawbook Exchange Ltd.
- McLachlin, Beverley (2006) "Unwritten Constitutional Principle What's is Going On?", *New Zealand Journal of Public and International Law*, No. 4, pp.147-164.
- Millein,Rey (2005) "The Independence of the Bar: An Unwritten Constitution Principle", *La Revue du Barreau Candain*, Vol. 84. No.1, pp.107-130.
- Munro, William Bennett (1930) *The Makers of the Unwritten Constitution*. Fred Morgan Kirby Lectures, New York: Lafayette College.
- Murphy, Walter. James E. Fleming, Sotirios A. Barber (1986) *American Constitutional Interpretation*, New York: Foundation Press.
- Natelson. Rob (2018) "Unconstitutional? Extra-Constitutional? What's the Difference? available at: <https://i2i.org/unconstitutional-extra-constitutional-whats-the-difference/> See in 2019/10/21
- Palmer, Robert Roswell (1959) *The Age of the Democratic Revolution: A Political History of Europe and America, 1760-1800*, Princeton: **Princeton** University Press.
- Palmer, Matthew (2006) "Using Constitutional Realism to Identify the Complete Constitution", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 54, No. 3, pp. 587-636.
- Pocoks,J.G.Terence Ball (ed) (1988) *Conceptual Change and the Constitution*, Kansas: University Press of Kansas.
- Prutsch. Markus (2013) *Making Sense of Constitutional Monarchism in post Napoleonic France and German*, Basingstoke: Palgrave Macmillan
- Pryor, Judith (2007) "Unwritten Constitution, British Exceptionalism and New Zealand Equivocation", *European Journal of English Studies*, Vol. 11, Issue. 1, pp. 1-24.
- Reeder,Robert (1913) "Constitutional and Extera-constitutional Restraints", *University Pennsylvania Law Review*, Vol. 61, issue. 7, pp. 441-457.
- Repaczyink, Andrezet (1988) "The Ninth Amendment and the Unwritten Constitution the Problem of the Constitutional Interpretation", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 64, Issue. 2, pp.177-210.
- Riphenburg, C.J. (2005) "Afghanistan's Constitution: Success or Sham?" *Middle East Policy*, Vol. 12, Issue. 1, pp. 31-43.
- Robenfeld, Jed (2001) "The New Unwritten Constitution", *Duke Law Journal*, Vol. 51, No.1, pp. 289-305.
- Roznai, Yaniv (2013) "The Theory and Practice of Supra- Constitutional. Limits on Constitutional Amendment", *International & Comparative*

- Law Quarterly, Vol. 62, Issue.3, pp.557-579.
- Roznai, Yaniv (2017) *Unconstitutional Constitutional Amendment Constitutional: The Limits of Amendment Powers*, Oxford: Oxford University Press.
- Sartori, Giovanni (1962) "Constitutionalism: a Preliminary Discussion", *The American Political Science*, Vol. 56, No.4, pp. 853-864.
- Sherry, Suzanna (1987) "The Founders Unwritten Constitution", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 54, No. 4, pp.1127-1177.
- Shigong, Toing (2010) "Written and Unwritten Constitution: A New Approach the Study of Constitutional Government in China", *Modern China Review*, Vol. 36, No. 1, pp.11-45.
- Solum, Lawrence (2013) "Originalism and the Unwritten Constitution", *University of Illinois Law Review*, Vol.2013, No.5, pp.1935-1984.
- Stourzh, Gerald (2007) *From Vienna to Chicago and Back: Essays on Intellectual History and Political Thought in Europe and America*, Chicago: University of Chicago Press.
- Tietel, Ruti (2004) "Comparative Constitutional Law in a Global Age. Book Review", *Harvard Law Review*, Vol. 117, No. 8, pp. 2570-2596.
- Turpin, Colin, Adan, Tomkins (2007) *British Government and the Constitution- 6ed.* Cambridge : Cambridge University Press.
- Tushnet, Mark, (2004) "Constitutional Hardball", *John Marshall Law Review*, Vol. 37, Issue. 2, pp. 523-553.
- Wheare, Kenneth Clinton (1951) *Modern Constitutions*. Oxford: Oxford University Press
- Wood, Gordon (1969) *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Carolina: University of North Carolina Press.
- Yong, Ernest (2007) "The Constitution Outside the Constitution", *Yale Law Journal*, Vol. 117, issue. 3, pp. 408-473.