



Shiraz University
RICEST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 1, Spring 2025

JS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://doi.org/10.22099/jls.2024.49074.5061>



Research Article

The Swinging Pendulum of Constitutionalism in the Interaction between Constituent Power and Constitutional Rights (With Reference to the US Legal System)

Alireza Dabirnia¹, Abdul-Saeid Shojai^{2*}, Mehrad Momen³

1. Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran

2. Assistant Professor of Public Law, Payame Noor University, Tehran, Iran

3. Ph.D Student in Public Law, Department of Public Law, Faculty of Law, Qom University, Qom Iran

Article history:

Received: 08/12/2023

Accepted: 08/03/2025

Abstract

Introduction

The profound transformations in governmental structures and foundational principles since the Renaissance have given rise to pivotal concepts such as constituent power and constitutional rights, which have become determinative elements in shaping modern governance frameworks. These concepts fundamentally influence both the establishment of political authority and the protection of individual liberties. While historical political power was traditionally consolidated through hierarchical systems based on hereditary succession and trusteeship models, the modern era has witnessed a paradigm shift toward constituent and participatory approaches that have radically transformed legal and political principles. The primary objective of this research is to conduct a comprehensive examination of the dynamic interaction and inherent tension between two fundamental constitutional

Please cite this article as:

Dabirnia, A., Shojai, A.S., Momen, M (2025). The Swinging Pendulum of Constitutionalism in the Interaction between Constituent Power and Constitutional Rights (With Reference to the US Legal System). *Journal of Legal Studies*, 17(1), 201-232.
<https://doi.org/10.22099/jls.2024.49074.5061>

* Corresponding author:

E-mail address: Dr.saeedshojaei62@pnu.ac.ir

elements: constituent power as the legitimate expression of collective public will and constitutional rights as essential safeguards for individual freedoms. From this analytical perspective, the central research question emerges: Through what mechanisms and upon what foundational principles can these two critical dimensions be effectively reconciled? This study adopts a rigorous descriptive-analytical methodology, drawing upon extensive library resources and established legal theories, to investigate the complex dynamics of this interaction and to elucidate the mediating role of constitutionalism as the predominant governing ideology in contemporary states.

Methods

To thoroughly address the research objectives, this study employs a multi-layered descriptive-analytical methodology that incorporates several investigative approaches. The research process commenced with an exhaustive review of specialized constitutional law literature, systematically comparing theoretical frameworks of both conservative and progressive constitutionalism. Foundational library resources and peer-reviewed scholarly articles—particularly seminal works by prominent theorists including Loughlin, Chemerinsky, and Hirschl—formed the substantive basis for developing a precise analytical discourse. The methodological approach begins with a detailed historical analysis tracing the evolution of political power from rigid hierarchical models to more dynamic constituent frameworks, thereby establishing the necessary theoretical foundation. Subsequently, through meticulous examination of constitutional rights' role in protecting individual freedoms and shaping judicial interpretation doctrines, the research delineates the multifaceted dimensions of the interaction between constituent power and constitutional guarantees. The methodology culminates in a sophisticated textual and comparative analysis that derives the comprehensive theoretical framework of constitutionalism as an operative governance ideology.

Findings

The research yields significant findings demonstrating that constitutionalism, as an all-encompassing governance ideology, performs an indispensable mediating function in regulating the complex interplay between collective public will (manifested as constituent power) and constitutional rights protections. This ideological framework essentially represents an institutionalized equilibrium where majority preferences in political decision-making processes must be carefully balanced against inviolable protections for individual rights. The investigation reveals two predominant constitutional approaches that embody this tension: The conservative constitutional approach advocates strongly for judicial restraint principles,

seeking to limit judicial intervention in constitutional interpretation matters. This perspective elevates popular votes and legislative decisions as the primary legitimate expressions of public will, while assigning the judiciary a deliberately constrained interpretive role focused primarily on maintaining stability in constitutional principles and doctrines. In contrast, the progressive constitutional approach emphasizes the necessity of flexible constitutional interpretation methodologies that permit adaptation to evolving socio-political realities. The findings conclusively demonstrate that supreme courts in developed jurisdictions, particularly the United States, have historically played a decisive role in defining constitutional provisions and mediating conflicts between majority will and minority rights through robust judicial review mechanisms. Legal historical analysis reveals numerous landmark instances where activist courts have vigorously defended vulnerable minority groups and facilitated progressive social reforms during critical historical junctures. Furthermore, the study illuminates how the simultaneous existence of conservative and progressive constitutional paradigms inevitably generates systemic tensions, as each approach institutionalizes fundamentally different preferences regarding the appropriate balance between constitutional rights protections and constituent power expressions. While conservative philosophy stresses judicial non-interference in democratic policymaking processes, progressive ideology justifies strategic judicial intervention during constitutional crises to uphold fundamental human rights and protect marginalized groups. In essence, constitutionalism functions as a sophisticated mediating mechanism that navigates between expansive constitutional interpretation and principled judicial restraint, ultimately shaping national legal architectures and influencing macro-level policy directions.

The research additionally establishes that constitutional stability and longevity are best achieved through the deliberate use of broadly-phrased, interpretation-friendly language in constitutional provisions, enabling their continued relevance across evolving social contexts and generational changes. However, this necessary ambiguity inherently creates varying degrees of interpretive discretion and judicial review authority that remain contested in constitutional theory and practice.

Conclusion

Based on the comprehensive research results, it can be authoritatively concluded that constitutionalism serves as an exceptionally effective governance ideology for mediating between constituent power expressions and constitutional rights protections in modern political systems. Institutional tools such as judicial review enable precise yet flexible

responses to the enduring challenges arising from the tension between majority rule principles and minority rights protections, thereby playing a vital role in sustaining both justice and democracy in constitutional orders. The study ultimately demonstrates that the swinging pendulum of constitutionalism reflects the necessary and creative tension between these fundamental constitutional forces.

Keywords: Constitutionalism, Conservative Constitutionalism, Progressive Constitutionalism, Constituent Power, Constitutional Rights.

•
•





آونگ اساسی‌گرایی در تعامل میان قدرت مؤسس و حقوق اساسی (با نگاهی به نظام حقوقی ایالات متحده)

علیرضا دبیرنیا^۱، عبدالسعید شجاعی^۲، مهرداد مؤمن^۳

۱. دانشیار حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران
۲. استادیار حقوق عمومی، دانشگاه پیام نور تهران، تهران، ایران
۳. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران

تاریخ پذیرش: 1403/12/18

تاریخ دریافت: 1402/09/19

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: با توجه به تغییرات بنیادینی که در شیوه و مبانی کارکردی دولت از آغاز دوران رنسانس به وقوع پیوست، نسبت به تأسیس قدرت سیاسی و نحوه حفاظت از حقوق اساسی افراد، مفاهیمی همچون قدرت مؤسس و حقوق اساسی به‌عنوان عناصر تعیین‌کننده در ساختار حکومت معاصر شکل گرفتند. در گذشته، قدرت سیاسی بر اساس روابط نزولی و مبتنی بر ارث و امانت تثبیت می‌شد؛ اما در دوران مدرن با ظهور رویکرد تأسیس‌کنندگی و مشارکت مردم، اصول و ارزش‌های حقوقی و سیاسی دستخوش تحول شدند. هدف اصلی این پژوهش، بررسی این تعامل و تنش بین دو مؤلفه اساسی یعنی «قدرت مؤسس» به‌عنوان نمایانگر اراده و خواست عمومی و «حقوق اساسی» به‌عنوان تضمین محافظت از آزادی‌ها و حقوق فردی است. از این منظر، سؤال اصلی این پژوهش بر آن است که تنظیم‌گری میان این دو بُعد مهم چگونه و بر چه اساسی انجام می‌شود؟ پژوهش مورد نظر در تلاش است تا ابعاد این تعامل و نقش اساسی‌گرایی به‌عنوان ایدئولوژی حاکم را مورد بررسی قرار دهد.

استناد به این مقاله:

دبیرنیا، علیرضا؛ شجاعی، عبدالسعید؛ مؤمن، مهرداد (۱۴۰۴). آونگ اساسی‌گرایی در تعامل میان قدرت مؤسس و حقوق اساسی (با نگاهی به نظام حقوقی ایالات متحده). ۱۷. (۱). ۲۰۱-۲۳۲.

روش‌ها: برای دستیابی به اهداف پژوهش، روش توصیفی-تحلیلی به کار گرفته شده است. در این روش ابتدا با مرور ادبیات تخصصی در حوزه حقوق اساسی، نظریه‌های مربوط به اساسی‌گرایی محافظه‌کار و مترقی مورد مقایسه قرار گرفتند. منابع کتابخانه‌ای و مقالات تخصصی، به‌ویژه آثاری از نظریه‌پردازانی نظیر Loughlin، Chemerinsky و Hirschl، مبنای تحلیل دقیق مباحث ارائه‌شده بوده‌اند. در این پژوهش ابتدا با تحلیل تاریخی تحول مفهوم قدرت سیاسی از نظام نزولی به نظام صعودی که منجر به ظهور قدرت مؤسس شده است، زمینه نظری مورد بررسی قرار گرفت؛ سپس با توضیح نقش حقوق اساسی در حمایت از حقوق فردی و تعیین جهت‌گیری‌های قوه قضاییه در تبیین این حقوق، ابعاد مختلف تعامل میان قدرت مؤسس و حقوق اساسی ترسیم شد. بدین ترتیب، با استفاده از رویکرد تحلیل متنی و مقایسه‌ای، چارچوب نظری اساسی‌گرایی به‌عنوان یک ایدئولوژی حکمرانی استخراج شد.

یافته‌ها: یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که اساسی‌گرایی به‌عنوان یک ایدئولوژی جامع حکمرانی، نقش واسطه‌ای مهم در تنظیم تعامل میان اراده عمومی (قدرت مؤسس) و حقوق اساسی دارد. این ایدئولوژی در اصل نشانگر تعادلی است که در آن هرگاه خواست اکثریت در تصمیم‌گیری‌های سیاسی مطرح شود، باید با حفاظت از حقوق فردی تعادل برقرار شود. از یک سو، رویکرد محافظه‌کارانه اساسی‌گرایی به بازنگری قضایی به‌عنوان ابزاری برای محدود کردن مداخله قضات در تفسیر قانون اساسی اعتقاد دارد، زیرا در این دیدگاه، ترجیح بر آن است که رأی مردمی و تصمیم‌های مقننه به‌عنوان بازنماینده اراده عمومی به اعمال بپردازند و قوه قضاییه نقش تفسیرکننده محدود و تثبیت‌کننده اصول داشته باشد. از سوی دیگر، رویکرد مترقی اساسی‌گرایی به انعطاف‌پذیری در تفسیر مفاد قانون اساسی و امکان تغییر و تطبیق آن بر اساس تحولات اجتماعی و سیاسی تأکید می‌کند. مطابق یافته‌ها، دادگاه‌های عالی در کشورهایی نظیر ایالات متحده از طریق بازنگری قضایی نقش کلیدی در تبیین مفاد قانون اساسی و تنظیم تعارض میان خواست عمومی و حقوق فردی ایفا کرده‌اند؛ به‌طوری‌که تاریخچه حقوقی این کشور نشان‌دهنده تحولاتی است که در مواقع بحرانی، مدافع حقوق اقلیت و فراهم‌کننده فضای برای اصلاحات اجتماعی بوده است.

همچنین این پژوهش نشان می‌دهد که وجود دو پارادایم اساسی‌گرایانه - محافظه‌کار و مترقی - در عمل موجب بروز تعارضاتی نیز می‌شود، زیرا هر یک از این رویکردها دارای نهادهای سازي متفاوتی از اصل ترجیح میان حقوق اساسی و قدرت مؤسس هستند. درحالی‌که رویکرد محافظه‌کار بیشتر بر اصل عدم دخالت قضات در سیاست‌گذاری تأکید دارد، رویکرد مترقی به ضرورت مداخله قضایی در موارد بحرانی برای حمایت از حقوق بشر و اقلیت‌ها استناد می‌کند. به‌بیان دیگر، اساسی‌گرایی عمل‌ماجرایی از میانجی‌گری میان تفسیر گسترده و محافظت نسبی از اصول است که در نهایت در تعیین سیاست‌های

کلان و ساختارهای حقوقی نهایی کشورها منعکس می‌شود. یافته‌های پژوهش همچنین به این نکته اشاره دارد که ثبات و دوام قانون اساسی مستلزم استفاده از زبان و عبارات نسبتاً مبهم در مفاد آن است تا بتوانند در طول زمان با تغییرات اجتماعی، معنا و مفهوم خود را حفظ کنند؛ امری که به نوبه خود منجر به ایجاد مجوزهای متفاوت برای تفسیر و بازنگری قضایی شده است.

نتیجه‌گیری: بر اساس نتایج به‌دست‌آمده، می‌توان گفت اساسی‌گرایی به‌عنوان یک ایدئولوژی حکمرانی، ابزاری کارا برای میانجی‌گری میان قدرت مؤسس و حقوق اساسی در نظام‌های مدرن محسوب می‌شود. استفاده از ابزارهایی نظیر بازنگری قضایی امکان تنظیم دقیق و انعطاف‌پذیر برخورد با چالش‌های ناشی از تعارض میان اراده اکثریت و حفاظت از حقوق فردی را فراهم آورده و نقش مهمی در تضمین عدالت و دموکراسی ایفا می‌کند.

واژگان کلیدی: اساسی‌گرایی، اساسی‌گرایی محافظه‌کار، اساسی‌گرایی مترقی، قدرت مؤسس، حقوق اساسی.



«دولت و ملت دو برادرند که به هم بروند و از یکدیگر جدا نباشند»

تاریخ بیهقی، 432 هجری، ص 913.

سرآغاز¹

عصر رنسانس نقطه عطف تاریخ حکمرانی محسوب می‌شود. طی این دوره بود که رابطه حاکم و مردم دچار تغییرات بنیادی شد. تا قبل از این دوره، رابطه حاکم و مردم یک رابطه نزولی بود؛ منشأ قدرت حاکم عواملی غیر از خواست و اراده ملت بود. در عصر رنسانس بود که رابطه قدرت سیاسی با مردم به صورت صعودی شد. بر این اساس، عنصر خواست و اراده ملت بنیادی‌ترین عامل تأسیس و ایجاد قدرت سیاسی محسوب شد؛ و بر همین اساس بود که اندیشه حقوق عمومی مدرن مطرح و از قدرت سیاسی تحت عنوان قدرت عمومی یاد شد و منشأ آن به بنیانی تحت عنوان قدرت مؤسس² رنگ تازه گرفت. به اقتضای این تغییر مسیر ماهوی رابطه قدرت سیاسی و قدرت مؤسس، هدف وجودی قدرت سیاسی هم متحول شد. در رابطه نزولی قدرت سیاسی با مردم، از آنجایی که منشأ تأسیس این قدرت ریشه در عواملی مثل وراثت، امانت و یا عوامل دیگر داشت و اینکه عنصر مردم فاقد نقش تأسیس‌کنندگی در ایجاد این قدرت بوده است، غایت بنیادین قدرت سیاسی به حفاظت و حمایت از حقوق اساسی ارتقا یافت. در همین راستا، با هر عنصری که در صدد نقض این حقوق بنیادین برمی‌آمد، مقابله می‌کرد؛ گویی دولت و قدرت سیاسی پدیده‌ای است که در ذیل عنصر و مؤلفه مردم قرار دارد.

می‌توان رویکرد دولت مبتنی بر رابطه نزولی را با توجه به عدم نقش مردم در موجودیت آن، یک رویکرد جوهر و هدف-بنیاد نام‌گذاری کرد. در رابطه صعودی، مردم در موجودیت قدرت سیاسی نقش تأسیس‌کنندگی دارند و این قدرت مؤسس همواره از ظرفیت ایجاد ساختار سیاسی جدید برخوردار است؛ دولت و قدرت سیاسی نسبت به مردم موجودیتی ثانوی و در طول آن دارد. قاعدتاً، مصالح و منافع این موجود، با واسطه و ثانوی و در ذیل منافع و مصالح قدرت مؤسس قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر، مصالح و منافع قدرت سیاسی همان مصالح

1. واژه حقوق در این نوشتار عمدتاً به معنی حق‌ها (rights) است.

قدرت مؤسس است. به اقتضای این تغییر، رویکرد قدرت سیاسی هم به رویکرد ابزار و مکانیسم-بنیاد تبدیل شد. ظهور نقش تأسیس‌کنندگی قدرت مؤسس در قدرت سیاسی و رویکرد مکانیسم-بنیاد این قدرت منجر به تغییر اهداف بنیادی و ذاتی قدرت سیاسی شد؛ به طوری که هدف ذاتی دولت از حفظ مصالح خودش به حمایت و حفاظت از حقوق اساسی تغییر پیدا کرد.

امروزه و در میان نظریه‌پردازان، این تغییر و تحولات حول قدرت سیاسی ذیل موارد سه‌گانه بالا امری پذیرفته شده است؛ همان چیزی که در عصر جدید و با مذاقه در قدرت‌های سیاسی شکل گرفته، قابل لمس است و شکل‌گیری مدل‌های مختلف حکمرانی را به همراه داشته است. به طور کلی، از عوامل اصلی این مدل‌ها می‌توان به نوع نگاه به جایگاه خواست و اراده ملت به عنوان قدرت مؤسس در تأسیس قدرت سیاسی و میزان وابستگی تعیین مؤلفه‌ها و قلمرو حقوق اساسی به عنوان غایت ذاتی قدرت سیاسی اشاره کرد.

بر اساس مقدمات بالا، مسئله و سؤال این پژوهش بدین شکل قابل طرح است: تنظیم‌گری و اولویت‌بخشی مؤلفه‌های قدرت مؤسس به عنوان عنصر بنیادین قدرت سیاسی و حفظ حقوق اساسی مردم به عنوان رسالت ذاتی این قدرت در اثرگذاری هر کدام بر دیگری به چه صورت و با چه کیفیتی انجام می‌پذیرد؟ فرضیه این پژوهش هم در راستای پاسخ به این سؤال بدین شکل است که اساسی‌گرایی¹ به عنوان یک ایدئولوژی² حکمرانی با استفاده از ابزارهایی

1. نگارندگان نیک آگاه هستند در ادبیات حقوق عمومی ایران، مطالب بسیاری در این حوزه ذیل عباراتی نظیر دستورگرایی، مشروطه‌گرایی و مشروطه‌خواهی منتشر شده است. باری، به‌زعم ایشان، این عبارات معادل‌های دقیقی برای مفهوم constitutionalism متعارف در گفتمان حقوق عمومی غرب نیستند و اساساً مفهوم‌سازی درستی از آن در ادبیات حقوق عمومی ایران نضج نیافته است. در همین راستا، نوشتار حاضر یکی از مجموعه آثار نگارندگان در تلاش برای شاکله بندی دوباره این مفهوم و گفتمان کلیدی، ذیل عنوان «اساسی‌گرایی» است. همچنین برای اجتناب از خلط مباحث، در نوشتار حاضر از استناد به آثار محققان بومی پرهیز شده است. گفتنی است، در نوشتار تحت داوری دیگری با عنوان «پدیدارشناسی اساسی‌گرایی در ایران معاصر» به بازخوانی خوانش‌های موجود از این مفهوم در گفتمان حقوق عمومی ایران با استناد به آثار محققان ایرانی، به تفصیل پرداخته شده است؛ بنابراین، از برخی توضیحات در این خصوص، در مقاله حاضر قلم گرفته شده است و مقاله حاضر درواقع یکی از تکلمه‌های موجود در تلاش برای جابایی و مفهوم‌سازی صحیح از اندیشه اساسی‌گرایی است.

2. واژگان ایده و ایدئولوژی در این نوشتار متفاوت انگاشته و استفاده شده‌اند.

همچون بازنگری قضایی به تناسب و به فراخور ضرورت یا ویژگی‌های خود، کار تنظیم‌گری این دو مؤلفه مهم قدرت سیاسی مدرن را به عهده دارد.

بر همین اساس و برای تبیین موضوع، پژوهش حاضر در چهار مبحث کلی تقسیم‌بندی می‌شود. ابتدا، به جنبه ایدئولوژیک اساسی‌گرایی و انواع آن می‌پردازیم. در ادامه، جنبه هویت جمعی اساسی‌گرایی مورد بحث قرار می‌گیرد. سپس، چالش‌ها و رهنمودهایی حول اساسی‌گرایی را مورد بررسی و تحلیل قرار می‌دهیم. در نهایت، اساسی‌گرایی را بر مبنای نظام بازنگری قضایی مورد واکاوی قرار خواهیم داد.

1. جنبه ایدئولوژیک اساسی‌گرایی

اصطلاح «اساسی‌گرایی» در جغرافیای گفتمان عمومی، متضمن معانی مختلفی است. با این حال، هراندازه که اساسی‌گرایی از پذیرش یک تعریف و معنی واحد سر باز می‌زند (ButleRitchie, 2004: 3)، این مفهوم دارای غایت و هویت منسجم در ادبیات حقوق اساسی و سیاسی است (Farinacci-Fernós, 2018: 4). کارویژه اساسی‌گرایی - به عنوان یکی از مؤلفه‌های حکمرانی کارآمد - تضمین سازواری مصوبات و اقدام‌های مقننان و مجریان با شئون و اراده قدرت مؤسس است که در قانون اساسی تبلور یافته است (Babie & Bhanu, 2022: 33). مسامحتاً، در تبیین اساسی‌گرایی می‌توان گفت این پدیده زمانی ظهور پیدا می‌کند که یک قانون اساسی به‌طور کلی دارای سه ویژگی ارائه یک طرح جامع برای استقرار دولت است؛ تقسیم، راهبری و تحدید قوای حکمرانی برای صیانت از حقوق و آزادی‌های فردی بر اساس اصل دولت - نمایندگی است و ایجاد یک چهارچوب حکمرانی پایدار بر اساس حقوق بنیادین باشد. در مرحله بعد حکمرانی شکل گرفته نیز در پی استقرار یک نظام حقوق اساسی تحت صیانت و نظارت یک قوه قضاییه مستقل است. از این رهگذر، قانون اساسی قادر است جایگاه واقعی خود را در بیان هویت سیاسی جمعی یک ملت و به عنوان مبنای نظری حکمرانی و یک سنجه قابل اعتنا برای محک آن تثبیت کند (MacDonnell, 2013: 637, 647).

بر مبنای توضیحات بالا وجود یک قانون اساسی مدون¹ برای برآورده کردن معیارهای بالا در یک جامعه اساسی‌گرا (مبتنی بر نظم بر خواسته از قانون اساسی) اجتناب‌ناپذیر اما ناکافی است. به عبارت دیگر، به نظر می‌رسد قانون اساسی متناسب با یک جامعه اساسی‌گرا بایستی حاوی ویژگی‌های بالا باشد. نویسندگان غربی البته بین «اساسی‌گرایی» و «دموکراسی اساسی»² تفاوت قائل هستند. به‌زعم این‌ها، «دموکراسی اساسی» ابزاری برای تثبیت خود-آیینی و خود-حاکمیتی است (Bowie, 2020: 1652; Brown-John, 1999: 567; Weller, 2005: 1). این فرآیند از طریق طراحی نهادهایی مانند قوه مقننه و قوه مجریه که ترجیحات عمومی را به سیاست عمومی تبدیل می‌کند، صورت می‌پذیرد؛ در صورتی که اساسی‌گرایی حافظ و حمایتگر دموکراسی راستین است. در همین راستا نگاه اساسی‌گرایانه در حالت افراطی خود، قانون اساسی - که خود شأنش را از قدرت مؤسس می‌گیرد - را قدسی می‌شناسد و هرگونه صلاحیتی را مادون و مآذون از آن می‌داند. از همین روی، برخی اندیشمندان حوزه حقوق اساسی، امروزه کمتر از دموکراسی (مردم‌سالاری) و بیشتر از ژورستوکراسی³ (محکمه‌سالاری) یاد می‌کنند (Albert, 2017: 182)؛ بنابراین و منطقاً، برای حفظ دموکراسی راستین، باید بر اساسی‌گرایی لگام زد. باین‌حال، اگرچه این دو همدیگر را محدود می‌کنند، نمی‌توان انکار کرد که دموکراسی مولود و محصول اساسی‌گرایی است. درواقع، یک حکومت اساسی‌گرا، لزوماً رگه‌های دموکراتیک را در خود دارد و تداوم اساسی‌گرایی ناگزیر بر شالوده دموکراسی استوار است.

می‌توان گفت اگرچه اساسی‌گرایی در قرن بیستم به بلوغ کامل رسید اما ریشه‌های آن بسیار قدیمی‌تر است. این مفهوم ریشه در اندیشه‌های روشنگری دارد، به‌ویژه در یک ایدئولوژی لیبرال که در پی حمایت از حقوق تثبیت‌شده با ایجاد یک نظام حکمرانی و دستگاه حکومت محدود بود. اساسی‌گرایی همچنین مدیون ایده‌های جان لاک در مورد حقوق طبیعی است که بر آزادی‌های منفی متمرکز بود - حق‌رهایی از دخالت دولت. از طرفی باید گفت که قوانین اساسی نه‌تنها برای تأمین آزادی منفی بلکه برای تسهیل مثبت نظم اقتصادی مبتنی بر بازار و تضمین حق بر توسعه اقتصادی نیز ضروری هستند (Gould, 2022: 2062).

1. استفاده از واژه مدون، برای تأکید بر این موضوع است که یک قانون اساسی کارآمد، لزوماً مکتوب نیست.

2. constitutional democracy

3. Juristocracy

بر اساس اصل اساسی‌گرایی، شأن قانون اساسی فراتر از خلق، توانمندسازی و تحدید نهادهای حکومت است. از دیگر کارکردهای قانون اساسی این است که این قانون به‌عنوان نمادی از هویت سیاسی-جمعی عمل می‌کند و انسجام اجتماعی را با فراهم کردن زمینه‌های مشارکت معنادار، گفتمان عمومی و وحدت ملی برای شهروندان پیش می‌برد (Loughlin, 2022: 112-113). قوه قضائیه نیز به‌عنوان تبیین‌گر قانون اساسی، بیش از تفسیر قانون عادی یا حل منازعات وظیفه دارد. این قوه باید همچنین نقش ابزاری قانون اساسی در سازمان‌دهی دولت را با نقش نمادین آن در قامت مانیفست ارزش‌های ملی تطبیق دهد (Loughlin, 2022: 122). بدین ترتیب، دادگاه عالی قانون اساسی با تصمیم‌های خود در خصوص مطابقت قوانین با اُس و نص و مَر قانون اساسی که بر روح ملت دمیده می‌شوند، حمایتگر و محافظ هویت سیاسی جامعه می‌شود (Loughlin, 2022: 138).

می‌توان گفت پیدایش اساسی‌گرایی ناشی از تلاقی دو اندیشه تاریخی مهم است؛ یکی قدرت مؤسس: این ایده که حاکمیت در اختیار مردمی است که قدرت آن‌ها قبل‌تر و خارج از هر ساختار قانون اساسی وجود دارد (Schmitt, 2008: 125; Loughlin, 2022: 85-86) و دیگری ظهور حقوق اساسی است. شاهد مثال این ظهور و نقش قدرت مؤسس، گذار از یک دیدگاه فلسفی-سیاسی حقوق طبیعی به یک رژیم حقوقی است که حمایت از حقوق فردی در گرانیگاه آن قرار دارد (Loughlin, 2022: 89-95). در یک نظم مبتنی بر حق،¹ اقتدار حکومت بر ظرفیت آن برای حمایت از منافع افراد دارای حق استوار است که ابزار اصلی چنین حمایتی، قانون اساسی است.

گاهی ممکن است خواست عمومی افراد با سیاست‌های مشروع حکومت در تعارض باشد؛ بدون تردید، یکی از ابعاد زیست سیاسی-اجتماعی، پذیرش این موضوع است (Waldron, 2022: 1372). ریچارد وولهایم (1969) این دشواره را «یک تناقض در نظریه دموکراسی» نامید، زیرا یک شهروند ممکن است یک سیاست عمومی را از آن‌جهت که او به آن رأی منفی داده مناسب نداند؛ یا در سوی دیگر، بایستی سیاستی تصویب شود، زیرا مبتنی بر ذائقه عمومی و منتخب اکثریت است. بیشترین نگرانی که در مورد کار یک مجلس

1. rights-based order

قانون‌گذاری دموکراتیک بیان می‌شود این است که چون آن‌ها بر اساس اکثریت سازمان‌دهی می‌شوند، رویه‌های قانون‌گذاری ممکن است مقوم استبداد اکثریت باشد. این نگرانی به قدری گسترده و به عنصری آشنا در فرهنگ‌های سیاسی تبدیل شده است که نیاز به محدودیت‌های نظارتی قضایی در تصمیم‌ها و اقدام‌های قانون‌گذاری کم‌وبیش بدیهی و موجه شده است (Waldron, 2022: 1395). اختیارات قانون‌گذاری نامحدود در این مجالس ممکن است اقلیت‌ها را در رابطه با اکثریت مورد ظلم یا تبعیض قرار دهد، زمینه‌های انکار و نقض حقوق آن‌ها را فراهم آورد و یا منافع مشروع آن‌ها را به‌طور ناروایی تابع منافع اکثریت قرار دهد (Waldron, 2022: 1396).

بر این اساس می‌توان در باب نقش «اساسی‌گرایی» نسبت به قدرت مؤسس و حقوق اساسی گفت که اساسی‌گرایی برای میانجی‌گری تنش اجتناب‌ناپذیر میان این دو پدیدار می‌شود. اساسی‌گرایی تعیین می‌کند که چه زمانی اراده مردم باید جای خود را به حقوق فردی بدهد و چه زمانی حقوق فردی باید تسلیم خواست عمومی شود. البته ناگفته هویداست یک قانون اساسی مدون، حتی اگر بخواهد دقیق باشد، نمی‌تواند چگونگی کاربرد مفاهیم تفسیرپذیر مانند آزادی، برابری و کرامت را در موقعیت‌های احتمالی متفاوت به‌طور قطعی تبیین کند. بلکه، قضات از میان غایات متعارض که هرکدام مدعی بهترین قرائت از ارزش‌های قانون اساسی هستند، گزینش می‌کنند. هم‌زمان که قضات همچنان از ارزش‌های لیبرال کلاسیک - که سالیان دراز به اساسی‌گرایی جان بخشیده‌اند - محافظت می‌کنند، در سال‌های اخیر طراحان و قضات قانون اساسی نیز حقوق اساسی را به هدف مشخص حفظ آزادی فردی از طریق حفاظت از نظم مبتنی بر بازار به کار گرفته‌اند (Gould, 2022: 2062-63).

1-1. انواع اساسی‌گرایی

همان‌طور که در مبحث قبل اشاره شد اساسی‌گرایی به‌عنوان یک ایدئولوژی که فرای قانون اساسی و اساسی‌سازی¹ قرار دارد، رابطه بین قدرت مؤسس و حقوق اساسی را به اقتضای شرایط

1. اساسی‌گرایی یک ایدئولوژی و اساسی‌سازی یک فرایند است؛ این فرایند متضمن تسری آن ایدئولوژی در سازمان حکمرانی عمومی است. این دو، در تعامل تثلیثی امر سیاسی، امر حقوقی و امر عمومی نضج گرفته و

و بر اساس مؤلفه‌های ایدئولوژیک خود تنظیم می‌کند. در این بخش به دو پارادایم متعارف از اساسی‌گرایی یعنی محافظه‌کار¹ و مترقی²، تعریف، ویژگی‌ها و مؤلفه‌های آن‌ها می‌پردازیم.

1-1-1. اساسی‌گرایی محافظه‌کار

به‌طور کلی اساسی‌گرایی محافظه‌کار دارای دو گرایش اصلی است. گرایش اول، گرایش کلاسیک است. این گرایش بر مبنای محدودیت قضایی است. گرایش کلاسیک برای دادگاه‌ها نقش محدودی در تفسیر قانون اساسی قائل است. محافظه‌کاران طرفدار محدودیت قضایی، ابطال قضایی اقدام‌های مقام‌های منتخب را عملی ضد-اکثریتی می‌دانند، زیرا این عمل تصمیم‌های دادگاه‌ها را جایگزین تصمیم‌های اکثریتی می‌کند که این مقام‌ها به نمایندگی آن‌ها اقدام می‌کنند؛ به تعبیر دیگر، شایسته‌تر آن است که دادگاه‌ها نسبت به بازیگران سیاسی احترام بیشتری قائل باشند. در گرایش محافظه‌کار بر مبنای محدودیت قضایی، دادگاه‌ها در نظارت تفسیری بر قانون اساسی فاقد نقش تعیین‌کننده‌ای هستند (Marshall, 2011: 1253).

گرایش دوم اساسی‌گرایی محافظه‌کارانه، اصالت‌گرایی³ است. اصالت‌گرایان⁴ معتقدند که بهتر است دادگاه‌ها خویشن‌داری قضایی پیشه کنند. بر این اساس، باز هم به‌مثابه گرایش اولی، اصل بر عدم دخالت دادگاه در تصمیم‌گیری تفسیری-تطبیقی از قانون اساسی است؛ اما بر اساس این گرایش و در تفاوت با گرایش اولی، تغییر در معنای اصلی می‌تواند مبنای مداخله قضایی باشد. به باور این گروه از محافظه‌کاران، چنین رویکردی دارای دو فایده است؛ نخست اینکه قانون اساسی را به‌عنوان سندی برتر معرفی می‌کند که به جنبه الزام‌آوری آن پایبند است و دیگر اینکه مانع استفاده قضات از قانون برای اعمال اولویت‌های سیاست‌گذاری فرای حقوق و قانون اساسی و اساسی‌گرایی می‌شود؛ بنابراین در این گرایش از اساسی‌گرایی محافظه‌کارانه، قضات می‌بایست در استفاده از قانون برای نظارت بر تصمیم‌ها و اقدام‌های مقام‌ها خویشن-تن-

مفصل‌بندی می‌شوند. در نوشتار دیگری از «سلسله گفتارهای در باب اساسی‌گرایی» که در دست تألیف است، نگارندگان به تبیین ابعاد این دو، اشتراکات و تفاوت‌های آن‌ها، به تفصیل پرداخته‌اند.

1. Conservative constitutionalism

2. Progressive constitutionalism

3. Originalism

4. همچنین می‌توان معادل نص‌گرایی (textualism) را با مسامحه برای آن متصور بود.

داری پیشه کنند و پایبند به اساسی گرایشی باشند (Gienapp, 2021: 321-360; Colby & Smith, 2009: 239; Smith, 2010: 707).

طرفداران گرایش محافظه کارانه، ادعا می کنند که مردم - نه دادگاه - بهترین داوران برای تفسیر قانون اساسی هستند. قضات باید قانون را اجرا کنند نه اینکه آن را وضع کنند. این گرایش، فرضیه نانوشته و نامشروع عدم اشتباه دادگاهها را انکار می کند. از دیدگاه این گرایش دادگاهها ممکن است در اجرای برخی از ارزشها که قانونگذاران بر آنها اصرار می کنند، اهمال کنند و نظرات خود را اعمال کنند؛ به عنوان مثال، قانون احیای آزادی مذهبی نشان داد که دادگاهها در اعمال برخی ارزشها تفریط کنند و در نتیجه قدرت عمومی و تصمیم گیری نهادهایی متولی برای اداره خود را از آنان سلب می کنند (Tushnet, 2000: 126). وویگت این نگرانی را با کلمات زیبایی جمع بندی می کند، «اگر مجرای قانون گذاری بر حاکمیت قضات استوار باشد، حکومت قانون متزلزل خواهد شد» (Voigt, 2005: 2).

بیش از دو قرن است که اندیشمندان و دولتمردان نسبت به مبانی قانونی و مشروعیت قضایی قوانین مصوب مقام های عمومی فدرال اختلاف نظر و بحث وجدل کرده اند. برخی بر این باورند که نمی توان مبنای مستدل در متن قانون اساسی برای بازنگری قضایی یافت، زیرا هیچ ماده قانون اساسی به طور خاص و صریح اجازه بازنگری قضایی قوانین فدرال را نمی دهد. این اندیشمندان در کنار منتقدان اقدام های دیوان عالی فدرال، بازنگری قضایی را معضل ضد اکثریتی بیان می کنند که اراده عمومی را ناکام می گذارد و از این رو ضد دموکراتیک است. از اواخر قرن نوزدهم، اندیشمندان متعددی در ایالات متحده با نگارش مقالات متعدد، بازنگری قضایی را مورد تشکیک و حمله قرار دادند. این دسته از نگارندگان معتقدند که قوه قضاییه نمی تواند و نباید یک قانون کنگره را به دلیل آنچه دادگاهها مغایرت با قانون اساسی تفسیر می کنند، لغو کند، زیرا در این صورت، کنگره مجاز است این حکم دادگاهها را به دلیل خروج از صلاحیتشان نادیده بگیرد.

همچنین، بازنگری قضایی با تفویض صلاحیت به قضات غیر منتخب برای جایگزینی قواعد قانون اساسی قدیمی با خواست و ذائقه عمومی اکثریت حاضر، دموکراسی را مخدوش می کند. انتقادات از نهاد بازنگری قضایی در دهه چهل قرن بیستم هم زمان با ریاست جمهوری

روزولت و مخالفت دیوان عالی فدرال با طرح اقتصادی او¹ تشدید شد. از نظر منتقدین، در این پرونده دیوان دیدگاهی مضیق از اصل بازرگانی² و مفهوم موسعی از آزادی های اقتصادی را تحمیل کرد تا بخش قابل توجهی از قوانین طرح اقتصادی روزولت را مغایر با قانون اساسی اعلام کند. در نهایت، علیرغم مخالفت های دیوان، طرح رئیس جمهور در سال 1937 به تصویب و مرحله اجرایی رسید. در مورد این طرح و مشروعیتش در آن زمان دیدگاه های مختلفی وجود داشت، اما مسئله مهم تر، پیامد آن و ظهور موجی از مجادله های دانشگاهیان و روشنفکران بود که اساس بازنگری قضایی را به چالش کشیدند (Prakash & Yoo, 2003: 9).

به عبارت دیگر می توان گفت که در اساسی گرایي محافظه کارانه، در اصل محدودیت قضایی نسبت به تصمیم گیری در خصوص قانونی بودن مصوبات و اقدام های مقننان و مجریان (مقام های منتخب) با سنجهی قانون اساسی اتفاق نظر وجود دارد، اما در کیفیت و کمیت این محدودیت اختلاف نظر وجود دارد؛ به طوری که معتقدان به گرایش کلاسیک قائل به صلاحیت تحدیدی قضایی گسترده برای دادگاه ها در تفسیر قوانین و تطبیق آن ها با قانون اساسی هستند ولی طرفداران گرایش اصالت گرایي، با نگاهی مضیق تر، معتقد به محدودیت قضایی دادگاه ها در تصمیم گیری تفسیری از قانون اساسی صرفاً در چهارچوب کلی معنای اصلی قانون اساسی هستند. بر این اساس، در صورت خدشه و نقض به متن اصلی قانون اساسی، دادگاه ها در جهت جلوگیری از این نقض، قدرت تصمیم گیری در مورد مطابقت مصوبات با قانون اساسی را دارند؛ ولی در صورت عدم خدشه و نقض معنای اصلی قانون اساسی، صلاحیت دادگاه ها برای تصمیم گیری در این مورد بایستی محدود باشد.

1-1-2. اساسی گرایي مرقی (ایدئولوژی اساسی گرایي مرقی)

همان طور که اشاره شد نگاه مرقیانه روی دیگر سکه اساسی گرایي است که خود دارای مؤلفه هایی است که بر پایه آن ها نوع خاصی از تنظیم گیری بین قدرت مؤسس و حقوق اساسی شکل می گیرد. در ادامه به تبیین مؤلفه های اساسی گرایي مرقی می پردازیم.

1. New Deal

2. Commercial Clause

گرایش مترقیانه اساسی‌گرایی، دارای دو مؤلفه عمده است. اولین مورد تقریباً به دو قرن پیش برمی‌گردد، زمانی که جان مارشال، قاضی ارشد دیوان عالی فدرال اظهار داشت «ما نباید هیچ‌گاه فراموش کنیم که این قانون اساسی است که ما در حال تبیین آن هستیم {...و...}» قرار است تا اعصار آینده دوام بیاورد و در نتیجه با بحران‌های مختلف امور بشری سازگار باشد. به‌زعم مارشال، مؤسسين دوراندیشانی بودند که خوب می‌دانستند کاربست اصولی که ایجاد کردند لزوماً درگذر زمان تکامل می‌یابد. بر این اساس، آن‌ها کوشیدند اصول بنیادینی را ایجاد کنند که ملت جدید را به‌سوی آینده‌ای نامطمئن صیانت و راهبری کند و آن‌قدر کوتاه‌بین نبودند که تنها به دنبال رسیدگی به چالش‌های خاص آن زمان ملت باشند. به همین دلیل، مؤسسين تعمداً از عبارات گسترده و تفسیرپذیری مانند آزادی بیان،¹ الزامات شایسته قانون² و حمایت در برابر قوانین³ استفاده کرده‌اند؛ بلکه نسل‌های آینده از ذکاوت، قضاوت و تجربه زیسته خود استفاده کنند تا در هر زمان به فراخور مقتضیات همان زمان، به این اصول گسترده معنایی مناسب بدهند.

بنابراین، اولین مؤلفه اساسی‌گرایی مترقی درک این موضوع است که اصول مندرج در قانون اساسی در طول زمان تغییر نمی‌کنند، اما کاربرد آن اصول باید به فراخور تحولات جامعه و پویایی ادراک تجربی ما، تکامل یابد. مؤلفه دوم اساسی‌گرایی مترقی به این سؤال می‌پردازد که چگونه دادگاه‌ها برای مفاد با بافت باز⁴ و تفسیرپذیر قانون اساسی معنای مشخصی ارائه دهند. پاسخ به این سؤال از دو بُعد قابل ارزیابی است. اول اینکه، از آنجاکه قانون اساسی مبتنی بر اصول حکمرانی دموکراتیک است، عموماً دادگاه‌ها باید ذائقه عمومی را لحاظ کنند. در مرحله دوم، مادامی‌که دلایل خاصی برای زیر سؤال بردن اقدام‌های اکثریت وجود داشته باشد، مانند وضع قوانین غیرمنصفانه و غیر دموکراتیک که بر اقلیت‌ها تأثیر ناگوار می‌گذارند، یا قوانینی که از اساس مشروعیت فرآیندهای دموکراتیک را زیر سؤال می‌برند، نظارت و بازنگری قضایی ویژه موردنیاز است.

1. اصلاحیه اول

2. اصلاحیه پنجم و چهاردهم

3. اصلاحیه چهاردهم

اینکه بگوئیم هیچ جامعه‌ای نمی‌تواند دموکراتیک باشد مگر اینکه قوه مقننه آن دارای قدرت مستقل باشد، سهل‌انگارانه و شروع یک انحراف بزرگ است. تحدید و تفکیک قوا، اگر بخواهد دوام و تأثیر خود را حفظ کند، مستلزم اتخاذ رویکردی برای میانجی‌گری مستقل بین قوا و کاهش تنش‌های اجتناب‌ناپذیر مرزهای قدرت است که در فرآیند حکمرانی به وجود می‌آید. بر این اساس تفسیر قانون اساسی توسط دادگاه‌ها به هیچ وجه نباید باعث ایجاد تصور برتری قوه قضاییه بر قوه مقننه شود؛ بلکه مفروض است که خواست و قدرت عمومی بر هر دو برتری دارد و هرگاه اراده قوه مقننه، در تقابل با روح اراده عمومی مصرح در قانون اساسی قرار گیرد، قضات باید دومی را معیار قرار دهند نه اولی. قضات بایستی آراء خود را بر اساس اصول بنیادین تنظیم کنند. به طور مثال، حق بر زیست آبرومندانه، مالکیت خصوصی، آزادی عقیده و بیان، کیش و آیین، تظاهرات و اجتماعات و سایر حقوق اساسی را نمی‌توان در معرض رأی قرار داد، زیرا این حقوق وابسته به نتیجه هیچ انتخاباتی نیستند.

بر اساس توضیحات بالا اینکه گفته شود حقوق و آزادی‌های مدنی صرفاً از مجرای و به واسطه فرآیندهای سیاسی معمول در دادگاه‌ها قابل محافظت هستند، فاقد مبنای در تاریخ حقوق عمومی است، زیرا گاه این قانون‌گذاران در قوه مقننه و مجریان در قوه مجریه هستند که از حقوق و آزادی‌های مدنی محافظت می‌کنند و دادگاه‌ها ناتوان هستند؛ اما در مجموع به نظر می‌رسد که وجود و مداخله مستمر قوه قضاییه در حمایت از حقوق بنیادین افراد انکارناپذیر بوده است. از طرف دیگر، حمایت از اقلیت‌ها و حقوق آن‌ها نمی‌تواند به اکثریت واگذار شود. به یک معنا، می‌توان گفت برای دوام همراه با سلامت سازمان قدرت و سازمان جامعه مدنی، قوه قضائیه، با همه تنگناها و کاستی‌هایش، یک بایسته است (Chemerinsky, 2004a: 690).

علیرغم تفسیر بالا طرفداران اساسی‌گرایی مرفقی معتقدند که بازنگری قضایی ممکن است ایده ناخلفی باشد که می‌تواند در بعضی مواقع جنون‌آمیز و ضد اکثریتی باشد. با این حال، بازنگری قضایی نهادی فرا-قانون اساسی یا غیرقانونی نیست؛ بلکه، بازنگری قضایی در متن و ساختار قانون اساسی، آن گونه که مؤسسان آن را تدوین و تصویب کردند، ریشه دارد و فی‌نفسه محل مشروعیت، قانونیت و عقلانیت است (Prakash & Yoo, 2003: 7). در این میان، قضات بایستی به مثابه تسهیلگران و نه صرفاً کارگزاران یا اصلاح‌کنندگان قانون اساسی عمل

کنند که هدف مشترک آنها در همکاری با مؤسسان قانون اساسی و قدرت مؤسس، نزدیک کردن جامعه سیاسی به تحقق عدالت است (Sager, 2004: 70-83).

مهم‌ترین نقد بر گرایش مترقیانه را هیرشل در دهه اول هزاره سوم (2006، 2008، 2009) طرح کرده است. هیرشل از قضایی‌سازی سیاست، محکمه‌سالاری و نگاهداشت هژمونیک این قدرت صحبت می‌کند. نظریه ابداعی هیرشل نشان می‌دهد که تمسک دولت‌ها به اساسی‌گرایی یا بازنگری قضایی صرفاً از روی نوع‌دوستی، همدردی با حقوق بشر، یا احساس وجوب و وثوق آن نیست. در عوض، مادامی‌که نخبگان سیاسی، اقتصادی و قضایی در یک دولت، قدرت خود را در معرض تهدید می‌بینند، تمایل دارند این کار را انجام دهند. به‌عنوان مثال، هنگامی‌که شکاف‌های اجتماعی عمیق‌تر می‌شود و ممکن است خود را در معرض هیجانات توده‌ای بیابند، به جهت حفظ قدرت خود، آنها قدرت سیاسی را از فرآیند تصمیم‌گیری دموکراتیک به دادگاه‌ها منتقل می‌کنند. به عبارت دیگر، وقتی توده‌ها تهدید به شورش می‌کنند، نخبگان از دموکراسی روی برمی‌گردانند و از بازنگری قضایی حمایت می‌کنند تا موقعیت‌های قدرت خود را مستحکم کنند (Hirschl, 2009: 190-191).

روی هم رفته، اساسی‌گرایی مترقی مبتنی بر درک صحیح از زمانی است که فرایند دموکراتیک مستلزم مداخله قضایی است و در بیشتر شرایط، دخالت قضایی لازم نیست. همچنین زمانی که محصول فرایندهای دموکراتیک ممکن است آسیب‌زا باشد، مداخله قضایی لازم است.

2-1. مقایسه اساسی‌گرایی مترقی با اساسی‌گرایی محافظه‌کار

ممکن است از بحث‌های پیشین این استنباط حاصل شود که نظرات اساسی‌گرایان مترقی با هم‌تایان محافظه‌کار خود نسبت به تنظیم تعامل میان قدرت مؤسس و حقوق اساسی بیش از آنچه معمولاً تصور می‌شود اشتراکاتی دارند. به‌طور مثال، اساسی‌گرایان مترقی مانند نظریه محدودیت قضایی محافظه‌کاران، اهمیت احترام (و اطاعت) دادگاه‌ها نسبت به تصمیم‌ها و اقدام‌های مقام‌های منتخب را به رسمیت می‌شناسند و تنها مواقعی که چنین احترامی موجه نباشد، دادگاه‌ها را مجاز به مخالفت می‌دانند.

همچنین، اساسی گرایي مترقی همانند اصالت گرایي، اصول مندرج در قانون اساسی را ثابت می شناسد؛ باین حال، در بیان وجوه تفاوت میان اساسی گرایي محافظه کارانه و مترقیانه می توان گفت نوع مترقیانه آن برخلاف گرایش اصالت گرایي محافظه کارانه، تحقق دیدگاه مؤسسين را مستلزم به کارگیری آن اصول و تغییرات احتمالی متعاقب آن در طول زمان می داند. به یک معنا، می توان این تفاوت را از یک جوهره و اساس اما در سطوح متفاوتی از انتزاع توصیف کرد. به بیان دیگر، محافظه کاران مفاد قانون اساسی را در سطح نسبتاً محدودی از انتزاع تفسیر می کنند و تحلیل های خود را با خوانش های دقیق از متن و به اصطلاح معنای اصلی گره می زنند، درحالی که مترقیان مفاد قانون اساسی را در طیف اصول وسیع تری تفسیر می کنند. پرواضح است تفاوت بین این دو رویکرد می تواند منجر به تفسیرهای متفاوت شود.

منازعه میان مترقیان و محافظه کاران بر سر نتیجه است، نه رویکرد. این در حالی است که محافظه کاران می کوشند تفاوت بین دیدگاه های خود و مترقیان را در حیطه ی رویکرد و متدولوژی ترسیم کنند. آن ها ادعا می کنند که مواضع محافظه کارانه محصول پیروی از یک رویکرد بی طرفانه است، درحالی که مترقیان ارزش های خود را در قانون اساسی داخل می کنند (Chemmerinsky, 2004b: 59).

اساسی گرایي به عنوان یک فلسفه متمایز حکمرانی و یک ایدئولوژی، آرام آرام در جغرافیای نظام سیاسی غرب جایگاه خود را تثبیت کرد. بر اساس این ایدئولوژی، قانون اساسی ظرف خالی نیست که بتوان هرگونه تعهدی را در آن ریخت، بلکه خود ارزش ها، منطق و تعهدات هنجاری خاص خود را دارد (Gould, 2022: 2060). تلقی اساسی گرایي به مثابه یک ایدئولوژی به ما این امکان را می دهد که تلاقی آن را با ترقی گرایي ارزش گذاری کنیم.

2. جمعی بودن اساسی گرایي به منزله یک هویت

همان طور که در بالا اشاره شد، اساسی گرایي در یک معنا نماد هویتی افراد و جمعیت موجود در یک جامعه سیاسی است. بنا بر همین ویژگی است که از اساسی گرایي به عنوان یک ایدئولوژی یاد می شود که در چهارچوب کلی آن موارد دیگری از جمله قدرت مؤسس، حقوق اساسی، قانون اساسی و تفکر اساسی سازی قرار می گیرد. کار ویژه این ایدئولوژی، تنظیم گری مناسبات و تعاملات میان قدرت مؤسس و حقوق اساسی از مجرای وضع یک قانون اساسی کلی و عمومی

است. به‌واقع، یک قانون اساسی کارآمد و پویا به‌عنوان ظرف و حوزه قلمرویی اساسی‌گرایی است که به اقتضای نیاز افراد جامعه سیاسی دائماً در حال بازتنظیم رابطه حقوق اساسی و قدرت مؤسس است؛ بنابراین، می‌توان گفت ویژگی تنظیم‌گری اساسی‌گرایی بر مبنای معیارهای پذیرفته‌شده و پیشینی است؛ یکی از این معیارها هویت جمعی یک جامعه سیاسی است.

بر این اساس، تحت لوای اساسی‌گرایی، قانون اساسی نه‌تنها ساختارهای حکمرانی، بلکه هویت ملی را نیز شکل می‌دهد. در این رابطه، قانون اساسی به‌گونه‌ای عمل می‌کند که همه افراد در یک جامعه سیاسی¹ بتوانند بدون توجه به تفاوت‌هایشان، در اطراف آن جمع شوند. این نقش در نظم میهن‌پرستانه (مبتنی بر قانون) اساسی نهفته شده است که بر اساس آن هنجارها، ارزش‌ها و به‌طور غیرمستقیم‌تر، رویه‌های قانون اساسی لیبرال-دمکراتیک، هسته اصلی فرهنگ سیاسی یک کشور هستند (Loughlin, 2022: 106-18). به لحاظ تاریخی، دولت-ملت‌ها توانستند از رهرو پیشینه قومی، مذهبی یا فرهنگی مشترک شهروندان خود، همبستگی اجتماعی ایجاد کنند. قائلین به این نظریه معتقدند که به همین دلیل است که ما به قانون اساسی نه‌تنها به‌عنوان یک ابزار، بلکه به‌عنوان نمادی از ارزش‌هایی که می‌توانیم انسجام و ادغام اجتماعی را در یک جامعه سکولار، نوین‌باد و از‌نظر فرهنگی ناهمگون بازسازی کنیم، روی می‌آوریم (Loughlin, 2022: 113).

این سازوکار به ما در توضیح اینکه چرا نسخه‌های میهن‌پرستی اساسی در زمینه‌هایی برجسته هستند که نمی‌توان به میراث مشترک جمعیتی یا فرهنگی برای ایجاد وحدت تکیه کرد، کمک می‌کند. به‌طور مثال، ایالات متحده آمریکا با توجه به وسعت سرزمینی‌اش، تنوع آن و تمسک به تاریخی که دستخوش سرکوب‌های نژادی و قومیتی است، نمونه‌ای آشکار از این موضوع است. احترام به قانون اساسی در ایالات متحده به اواخر قرن هجدهم، بسیار قبل‌تر از موج‌های مهاجرت که به‌طور قابل‌توجهی باعث کثرت در ملت شده است، بازمی‌گردد.

تمرکز بر مسئله کثرت روشن می‌کند که چرا احترام به قانون اساسی می‌تواند برای مترقیان معاصر کاربرد سیاسی خاصی داشته باشد. انسجام (وحدت) در کثرت به مدت نیم‌قرن به‌عنوان یک سنگ محک مترقی‌گرایانه بوده است. با توجه به این تعهد، مترقیان استدلال می‌کنند که

1. polity

قانون اساسی، همه آمریکایی‌ها را، علیرغم اختلاف‌هایشان، گرد هم آورده است. سانفورد لوینسون بیان می‌کند: «یکی از دلایل تأکید بر احترام به قانون اساسی، درک این نکته است که ممکن است هیچ مبنای دیگری برای متحد کردن ملتی از گروه‌های بسیار متفاوت وجود نداشته باشد» (Levinson, 2011: 73).

3. چالش‌ها و رهنمودهای اساسی گرایي مرفی

بر اساس مطالب بالا به نظر می‌رسد که یکی از ابهام‌های موجود در موضوع پژوهش حاضر تعارضی باشد که میان اساسی‌گرایي به‌عنوان ایدئولوژی و اساسی‌گرایي از نوع مرفیانه آن وجود دارد؛ زیرا بر اساس جنبه ایدئولوژیک اساسی‌گرایي به نظر می‌رسد که قوه قضاییه می‌تواند در شرایطی و بر اساس مواردی همچون هویت جمعی، اراده قدرت مؤسس را نادیده بگیرد و مؤلفه‌های زیست جمعی و حقوق اساسی را ملاک عمل و تفسیر خود از قانون اساسی به‌عنوان حوزه قلمرو اساسی‌گرایي قرار دهد. از طرف دیگر، بر مبنای جنبه مرفیانه اساسی‌گرایي، بروز و ظهور نخبگان و اراده اکثریت نمی‌تواند معطوف به محدودیت قضایی قرار گیرد. در ادامه، در دو مبحث تحت عنوان چالش‌ها و رهنمودها در حوزه اساسی‌گرایي به شرح این ابهام خواهیم پرداخت.

3-1. در برابر اساسی‌گرایي

همان‌طور که اشاره شد اساسی‌گرایي یک ایدئولوژی حکومت‌داری است که پیوندی ناخوشایند با ترقی‌گرایي¹ دارد. در برابر اساسی‌گرایي اثر نسبتاً جدید مارتین لاگلین (2022)، بررسی جامعی از اساسی‌گرایي به‌عنوان یک ایدئولوژی ارائه می‌کند. لاگلین، اساسی‌گرایي به سبک ایالات متحده را از بیرون نظاره می‌کند. او توضیح می‌دهد که چگونه یک قانون اساسی مکتوب می‌تواند اساسی‌گرایي ایجاد کند و به همین خاطر اذعان می‌کند قانون اساسی مفهومی است متمایز که فلسفه خاصی از حکومت‌داری را بیان می‌کند (Loughlin, 2022: 7). از نظر لاگلین، این فلسفه با مختصات خاصی از جمله

1. progressivism

دولت محدود و قدرت‌های تفکیک‌شده‌ای که توسط یک قوه قضائیه نظارت می‌شود که خود مطابق با اصول منطق عمومی عمل می‌کند و در آن قانون اساسی هویت سیاسی رژیم را بیان می‌کند، قابل‌شناسایی است (Loughlin, 2022: 6-7). عنوان انتخابی لاگلین موضع‌گیری او را آشکار می‌کند: او استدلال می‌کند که اساسی‌گرایی یک ایدئولوژی مخرب است که مانع دموکراسی می‌شود و حکمرانی عمومی را با معطوف کردن توجه به دادگاه‌ها به‌عنوان محل مناسب برای تسهیل عدالت اجتماعی مخدوش می‌کند (Loughlin, 2022: 195-202).

این نگاه و نقد لاگلین با گرایش مهمی در سنت ترقی‌گرایانه اساسی‌گرایی که بر تصمیم‌ها و اقدام‌های قانون‌گذاری متمرکز است و اولویت را به قدرت مؤسس اعطا می‌کند، همخوانی دارد. دیگر اینکه، همان‌طور که اشاره شد بر اساس نگاه مترقیانه از اساسی‌گرایی، دادگاه‌ها در باب نظارت بر قانون اساسی دارای محدودیت بیشتری هستند (Gould, 2022: 2057). می‌توان گفت از نگاه لاگلین مؤلفه‌های حقوق اساسی به نسبت خواست و اراده قدرت مؤسس که در قاموس رأی اکثریت تعیین می‌کند در اولویت ثانوی قرار می‌گیرد؛ بنابراین، تحلیل لاگلین به اولین چالش پیش‌روی مترقی‌ها اشاره می‌کند: به نظر می‌رسد که اساسی‌گرایی از نوع مترقیانه آن دارای اشکالاتی است. به نظر می‌رسد که نمی‌توان با لاگلین در مورد برتری مطلق ترقی‌گرایی که مبتنی بر رجحان خواست عمومی یا همان اراده قدرت مؤسس است، هم‌نظر بود؛ زیرا موارد و مصادیق بسیاری از جمله حقوق اقلیت‌ها وجود دارد که مانع از هجسه ترقی‌گرایان علیه دادگاه‌ها در اولویت‌بخشی حقوق اساسی بر قدرت مؤسس می‌شود. درنهایت، به نظر می‌رسد که موضوع اصلی و بنیادی در بحث اولویت‌بخشی به حقوق اساسی یا اراده قدرت مؤسس، تحت تأثیر شرایط حاکم بر جامعه سیاسی است که دادگاه‌ها در بعضی موارد از طریق نظارت خود به آن جامعه عمل می‌پوشانند.

در همین راستا، اساسی‌سازی حقوق و در نتیجه آن توانمندسازی قضایی از رهرو این فرایند، تدبیر و تبانی نخبگان - سیاسی، اقتصادی و قضایی - برای نگاهداشت هژمونیک قدرت خود است. هیرشل معتقد است که تعامل راهبردی میان این نخبگان - (الف) نخبگان سیاسی در معرض تهدید که به دنبال جداسازی سیاست‌گذاری و ترجیحات

سیاستی خود از فراز و نشیب‌های حکمرانی دموکراتیک هستند؛ (ب) نخبگان اقتصادی که به دنبال تحدید صلاحیت‌های دولت و ترویج یک چهارچوب اقتصادی مبتنی بر بازار آزاد و (ج) نخبگان قضایی و دادگاه‌های عالی ملی که به دنبال افزایش نفوذ سیاسی و اعتبار بین‌المللی خود هستند - تعیین‌کننده زمان، وسعت و ماهیت تفسیر و استیلای قانون اساسی است. هیرشل معتقد است که این راهبرد باعث پیشبرد عدالت اجتماعی نمی‌شود و حتی ممکن است مانع آن شود. درنهایت، هیرشل مدعی است که دادگاه‌های عالی مقررات عمومی و دولتی را تهدیدی برای آزادی و برابری انسان‌ها، حتی مهیب‌تر از نهادهای بخش خصوصی، تلقی می‌کنند (McClain & Fleming, 2005: 146-47).

2-3. کیفی بخشی در حوزه اساسی‌گرایانه مرفی

همان‌طور که اشاره شد یک نقد بنیادین به اساسی‌گرای مرفی این است که مردم و نمایندگان منتخب آن‌ها، به‌جای قضات غیرمنتخب، بایستی هویت سیاسی ملت را تعریف کنند و در ساخت تصمیم‌های سیاست عمومی مشارکت کنند (Loughlin, 2022: 124-132). این استدلال برای ارزیابی اساسی‌گرای بر مبنای نظریه دموکراتیک بسیار مهم است، اما تمرکز تنها بر این اصل عالی، می‌تواند یک سؤال پراگماتیک را مبهم باقی بگذارد: برندگان و بازندگان اساسی‌گرای به‌راستی چه کسانی هستند؟

ماحصل برتری قضایی، دادگاه‌هایی است که به‌عنوان بزنگاهی برای رد و ایراد مصوبات و اقدام‌های نمایندگان ذائقه عمومی عمل می‌کنند. صلاحیت دادگاه‌ها برای رد اعمال ناقض قانون اساسی، سازوکاری تحت عنوان بازنگری قضایی را به روند قانون‌گذاری اضافه می‌کند که از مجرای آن دادگاه‌ها می‌توانند سیاست‌های مرفیانه و هم محافظه‌کارانه را خنثی کنند. بااین‌حال، با تعمیق در عملکرد این دو گروه در سیاست‌گذاری درمی‌یابیم که بازنگری قضایی درمجموع سیاست‌های مرفیانه را بیشتر از سیاست‌های محافظه‌کارانه پس‌زده است. دادگاه‌ها در برخی نظام‌های سیاسی، با اجرایی کردن حقوق مثبت، دولت‌ها را مجاب به ایجاد برنامه‌ها و انجام هزینه‌های عمومی کرده‌اند. البته در برخی نظام‌های سیاسی دیگر، در دفاع از حقوق منفی مردم، دادگاه‌ها صرفاً ملزم به اجرایی کردن حقوق و آزادی‌های عمومی شده‌اند. به‌عنوان مثال، دیوان عالی ایالات‌متحده معمولاً این شیوه را انجام داده است و اغلب گفته می‌شود که قانون اساسی

ایالات متحده به طور مرسوم از حقوق و آزادی‌های منفی محافظت کرده است تا حقوق و آزادی‌های مثبت. بر همین اساس، می‌توان بازنگری قضایی معمول در نظام قضایی و حکمرانی ایالات متحده را به عنوان مانعی در مسیر اقدام‌های مترقیانه مقننان و مجریان، حداقل در مورد سیاست‌های تنظیم‌گری و دولت رفاهی توصیف کرد که در آن میل به استقرار یک حکومت مقتدر مرکزی وجود دارد، حکومتی که مداخله‌گر است تا منفعل (Law, 2008: 723; Prakash & Yoo, 2003: 887-982; Wellington, 1982: 486-520; Rostow, 1952: 193).

البته، در برخی مسائل، شناسایی قانون اساسی به عنوان منشور حقوق و آزادی‌های منفی و در نتیجه آن مداخله محدود دادگاه‌ها در تصمیم‌ها و اقدام‌های مقام‌های عمومی، می‌تواند قواعد بازی را به نفع مترقیان تسهیل کند. از آنجایی که مترقیان بیش از محافظه‌کاران در صدد تغییر¹ هنجارهای موجود از رهگذر سیاست‌گذاری عمومی هستند، به نظر منطقی می‌رسد که تلاش‌ها برای پیگیری این سیاست‌ها از طریق دادگاه‌ها آماج واکنش‌های تند باشد. باین حال، اتکا به دادگاه‌ها به عنوان بازیگران و تسهیلگران تغییر اجتماعی، آسیب‌های خود را نیز برای مترقیان به همراه دارد. گاهی، اصلاحاتی که توسط دادگاه‌ها انجام می‌شود، به‌ویژه در مورد مسائل اجتماعی چالش‌برانگیز، واکنش‌های تند بیشتری را نسبت به اصلاحات مشابه که از مجرای تصمیم‌ها و اقدام‌های مقام‌های عمومی صورت می‌پذیرد، ایجاد می‌کند. به بیان ساده‌تر، در شرایطی که تصمیمی توسط دادگاه‌ها اتخاذ می‌شود و با آنچه توسط مقام‌های عمومی تصویب می‌شود، ماهیتاً تفاوتی ندارد، اما واکنش‌های متفاوتی را در پی دارد، زیرا آنچه در نزد افکار عمومی معیار و ملاک محسوب می‌شود صرفاً این است که تصمیم برآمده از مرجع و نهادی دموکراتیک باشد.

4. اساسی‌گرایی در نظام بازنگری قضایی قانون اساسی

به نظر می‌رسد ظهور اساسی‌گرایی از ایده‌های سیاسی یک مسئله حائز اهمیت و غیرقابل چشم‌پوشی است. بر این اساس که حول تلاقی دو مؤلفه مهم یعنی قدرت مؤسس و حقوق فردی نظرات مختلف و بعضاً متفاوتی ارائه شده است. این ایده‌های سیاسی در قالب

1. برخلاف محافظه‌کاران که اغلب در صدد تثبیت ارزش‌های موجود هستند.

راهبردهای مختلف در باب برتری قضایی ظهور و بروز یافته‌اند. به‌عنوان مثال، برخی از نظریه‌پردازان، انقلاب‌های حقوق فردی قرن بیستم در چندین دموکراسی بالغ را به فشارهای سازمان‌های جامعه مدنی و حقوقدانان فعال نسبت می‌دهند (Cohen & Arato, 2016: 370-374). برخی دیگر از اندیشمندان هم به مجموعه‌ای از بازیگران اشاره می‌کنند (Epp, 1998) و ظهور ژوریس‌توکراسی را به همگرایی انگیزه‌های راهبردی سه گروه از نخبگان نسبت می‌دهند: نخبگان سیاسی که از جدا کردن سیاست‌گذاری از کنترل دموکراتیک مستقیم سود می‌برند، نخبگان اقتصادی که قدرت قضایی را راهی برای حمایت از حقوق مالکیت خصوصی و اقتصاد بازار آزاد می‌دانند و نخبگان قضایی که در تکاپوی تثبیت قدرت و افزایش منزلت خود هستند. با تمرکز بر سازمان قدرت در ایالات متحده، می‌توان دریافت که انگیزه‌های راهبردی رهبران سیاسی و به‌ویژه رؤسای جمهور، دلیل ظهور بازنگری قضایی است. به نظر می‌رسد در بیشتر تاریخ آمریکا، رؤسای جمهور ارجاع به دادگاه و ترغیب آن به نقش‌پذیری فعال در حل‌وفصل اختلافات قانون اساسی را به صلاح خود تشخیص داده‌اند (Hirschl, 2009; Lovell & Lemieux, 2006: 100; Hirschl, 2004: 6-11; Goldstein, 2004; Guarnieri & Pederzoli, 2002).

از ویژگی‌های مهم اساسی‌گرایی، عام و کلی بودن و ماندگاری بالای نوع قوانین اساسی است که این خود باعث دوام بالای متون قانون اساسی می‌شود. بر اساس همین ویژگی‌ها است که بسیاری از بندهای مناقشه‌آمیز در متون قوانین اساسی یا هرگز اصلاح نشده‌اند و یا به‌سختی و به‌ندرت اصلاح شده‌اند؛ به‌طوری‌که می‌توان اذعان کرد اصلاحات رسمی هم به‌ندرت انجام می‌شود و هم به‌ندرت به موضوع‌هایی مربوط می‌شود که بیشترین نگرانی عمومی در مورد آن‌هاست. در نتیجه، قانون اساسی عملاً از مجرای تصمیم‌های مراجع عالی قضایی، بدون تغییر در متون اصلاح و به‌روزرسانی می‌شود. به‌عنوان مثال، می‌توان به رویه دیوان عالی فدرال آمریکا در این زمینه اشاره کرد. دیوان در موارد متعددی، خوانش‌های متعارف از مفاد قانون اساسی را از مجرای صدور رأی، از جمله انقلاب حقوق در دهه 1960، تغییر داده است (Ware, 2012: 1087). اگر اصلاح رسمی قانون اساسی آسان‌تر بود، چنین تغییرهایی احتمالاً از رهگذر فرایند متمم و اصلاحیه قابل انجام بود. در عوض، ماهیت شکننده

این سند متعارف منجر به استقرار دادگاه عالی‌ای شده است که به‌عنوان تنها نهاد قادر به اصلاح قانون اساسی عمل می‌کند.

می‌توان گفت نقش بازنگری قضایی دادگاه عالی قانون اساسی زمانی کارآمد و مفید است که اصول مندرج در قانون اساسی هم به‌صورت عام و قابل تأویل حداکثری مندرج شوند تا قابلیت انطباق با پویایی جامعه سیاسی و ذائقه عمومی در نسل‌های مختلف را داشته باشد و هم دارای انعطاف‌ناپذیری حداکثری باشد تا به‌آسانی دستخوش اصلاحات و تغییرات در این اصول مندرج نباشد. تنها در این صورت است که بازنگری قضایی قانون اساسی به فراخور نیازهای افراد یک جامعه سیاسی، منجر به استفاده حداکثری از ظرفیت‌های قانون اساسی می‌شود. این ویژگی در قانون اساسی ایالات متحده قابل مشاهده است، به‌طوری‌که اصلاح رسمی قانون اساسی ایالات متحده سخت‌تر از هم قوانین اساسی ایالت‌ها و هم قوانین اساسی مکتوب بسیاری از کشورهای دیگر است. یقیناً اگر مؤسسان رویه‌های اصلاحی سست‌تری را تصویب می‌کردند، متن قانون اساسی بسیار انعطاف‌پذیرتر می‌شد. حتی اگر توماس جفرسون بر موضع خود - که بهتر است قانون اساسی در هر نسل از نو نگاشته و تصویب شود - اصرار می‌کرد، هرچند امروزه به نظر غیرمعمول می‌رسد، متن قانون اساسی انعطاف بیشتری می‌داشت (Loughlin, 2022: 7-8). اگر تنها کمی از ثبات متن قانون اساسی کاسته می‌شد، سیاست و فرهنگی که طی دو قرن گذشته پدید آمده است می‌توانست متفاوت‌تر باشد.

زبان مختصر و قابل تأویل قانون اساسی نیز به ظهور اساسی‌گرایی کمک می‌کند. قانون اساسی، به‌ویژه مفاد حقوق فردی آن، حاوی عبارات بازتفسیری مانند آزادی بیان، الزامات شایسته و حمایت برابر قانون است. چنین زبانی موقعیت‌های بی‌بدیلی برای تبیین‌کنندگان آن خلق می‌کند که به آن‌ها اجازه می‌دهد بر تصمیم‌ها و اقدام‌های مقننان، مجریان و دولت‌های محلی نظارت کنند. با توجه به اهمیت حقوق فردی مانند آزادی بیان و برابری نژادی در فرهنگ سیاسی ایالات متحده، دادگاه عالی که محدوده حقوق فردی را تعریف می‌کند، تبیین‌کننده اخلاق سیاسی کشور نیز می‌شود.

درست است که انعطاف‌ناپذیری و قابلیت تأویل قانون اساسی ایالات متحده، فضایی را برای دادگاه‌ها فراهم می‌کند تا نقش پررنگی در زیست سیاسی مردم ایفا کنند؛ اما این عوامل

دیرپا و قدیمی هستند، درحالی که نسخه اساسی گرایي که در حال حاضر در ایالات متحده حاکم است، نوپا و جدیدتر است.

فرجام سخن

در مدل صعودی رابطه حاکمیت و مردم، قدرت مؤسس نسبت به قدرت سیاسی شأن تأسیس کنندگی دارد و به اقتضای این نقش، کارکرد و هدف ذاتی دولت هم در راستای خواست و اراده ملت قرار می گیرد. در یک تقسیم بندی کلی حقوق مردم به دودسته حقوق فردی و حقوق اجتماعی تقسیم می شود. می توان گفت که حقوق اساسی در قلمرو و مؤلفه های خود شامل هر دو دسته حقوق می شود. تنظیم اراده قدرت مؤسس در تشکیل قدرت سیاسی و کارکردهای این قدرت از جهت انطباق و یا حل تعارض میان این دو در الگویی به نام اساسی گرایي انجام می شود. اساسی گرایي یک ایدئولوژی حکمرانی محسوب می شود که وظیفه میانجی گری بین قدرت مؤسس و حقوق اساسی را به عهده دارد؛ به این ترتیب که چه هنگام بر اساس اراده قدرت مؤسس، ذائقه عمومی به صورت اکثریتی و جمعی به نسبت حقوق فردی در اولویت قرار گیرد و چه هنگام حقوق فردی مردم به نسبت خواست عمومی ارجح باشد. ذیل اساسی گرایي، دو پارادایم محافظه کارانه و مترقیانه قابل ترسیم است. پارادایم محافظه کارانه بازنگری قضایی تصمیم ها و اقدام های مقام های عمومی منتخب را عملی ضد اکثریتی قلمداد می کند و بر این اساس قائل به محدودیت قضایی است. پارادایم مترقیانه هم به ابتدای تفسیرپذیر و قابل تأویل بودن مفاد قانون اساسی، قائل به درک صحیح از زمانی است که فرایند دموکراتیک مستلزم مداخله قضایی است و رعایت ترجیحات اکثریت را به اقتضای شرایط زمانی و مکانی قبول می کند.

قدردانی

نگارندگان بر خود لازم می دانند از داوران و ویراستار مجله مطالعات حقوقی برای بازبینی پیش نویس مقاله و توصیه های ارزشمند ایشان قدردانی کنند.

References

- بی‌هقی، ابوالفضل (1375 ق). تاریخ بی‌هقی، به تصحیح دکتر علی اکبر فیاض با مقدمه دکتر محمد جعفر یاحقی (1375)، مشهد: انتشارات دانشگاه فردوسی.
- Albert, R. (2017). How a court becomes supreme: Defending the constitution from unconstitutional amendments. *Maryland. Law Review*, 77(1), 181.
- Babie, P. T., & Bhanu, A. P. (2022). The Form and Formation of Constitutionalism in India. *Laws*, 11(2), 33-41.
- Beyhaqhi, A. (1053). Beyhaqhi Chronicle, edited by Ali Akbar Fayyaz with an introduction by Mohammad Jafar Ya-Haghi (1996). Mashhad: Ferdowsi University Publication [In Persian].
- Bowie, N. (2020). The Constitutional Right of Self-Government. *The Yale Law Journal*, 130 (7), 1652.
- Brown-John, C. L. (1999). Self-Determination, Autonomy and State Secession in Federal Constitutional and International Law. *South Texas Law Review*, 40(2), 567.
- ButleRitchie, D. T. (2004). Critiquing Modern Constitutionalism. *Appalachian Journal of Law*, 3(1), 37.
- Chemerinsky, E. (2004a). In defense of judicial review: The perils of popular constitutionalism. *University of Illinois Law Review*, 18(1), 637-689.
- Chemerinsky, E. (2004b). Progressive and Conservative Constitutionalism as the United States Enters the 21st Century. *Law and Contemporary Problems*, 67(3), 53-62.
- Cohen, J. L., & Arato, A. (2016). Civil society and political theory. In *Democracy: A Reader* (pp. 370-374). Columbia University Press.
- Colby, T. B., & Smith, P. J. (2009). Living originalism. *Duke Law Journal*, 59(1), 239.
- Epp, C. R. (1998). *The rights revolution: Lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. University of Chicago Press.
- Farinacci-Fernós, J. M. (2018). Post-liberal constitutionalism. *Tulsa Law Review*, 54(1), 4.
- Gienapp, J. (2021). Written Constitutionalism, Past and Present. *Law and History Review*, 39(2), 321-360.
- Goldstein, L. F. (2004). From democracy to juristocracy. *Law & Society Review*, 38(3), 611-629.
- Gould, J. S. (2022). Puzzles of Progressive Constitutionalism, *Harvard Law Review*, 135(8), 2053-2062.
- Guarnieri, C., & Pederzoli, P. (2002). *From Democracy to Juristocracy. The Power of Judges*. Oxford University Press.

- Hirschl, R. (2004). Juristocracy- Political, not Juridical. *The Good Society*, 13(3), 6-11.
- Hirschl, R. (2006). The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, 75(2), 721-754.
- Hirschl, R. (2008). The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*, 11(1), 93-118.
- Hirschl, R. (2009). *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press.
- Law, D. S. (2008). A theory of judicial power and judicial review. *Georgetown Law Journal*, 97(1), 723-802.
- Levinson, S. (2011). *Constitutional faith*. Princeton University Press.
- Loughlin, M. (2014). The concept of constituent power. *European Journal of Political Theory*, 13(2), 218-237.
- Loughlin, M. (2022). *Against Constitutionalism*. Harvard University Press.
- Lovell, G. I., & Lemieux, S. E. (2006). Assessing juristocracy: Are judges rulers or agents. *Maryland Law Review*, 65(1), 100-114.
- MacDonnell, V. A. (2013). The constitution as framework for governance. *University of Toronto Law Journal*, 63(4), 624-654.
- Marshall, W. P. (2011). Progressive Constitutionalism, Originalism, and the Significance of Landmark Decisions in Evaluating Constitutional Theory. *Ohio Student Law Journal*, 72(6), 1251-1276.
- McClain, L. C., & Fleming, J. E. (2005). Constitutionalism, judicial review, and progressive change. *Texas Law Review*, 84(2), 433-470.
- Prakash, S. B., & Yoo, J. C. (2003). The origins of judicial review. *The University of Chicago Law Review*, 70(3), 887-982.
- Wollheim, R. (2016) *A Paradox in the Theory of Democracy*. In *Democracy: A Reader*, eds. Blaug, R. & Schwarzmantel, J., pp. 177-78. New York: Columbia University Press.
- Rostow, E. V. (1952). The democratic character of judicial review. *Harvard Law Review*, 66(2), 193-224.
- Sager, L. G. (2004). *Justice in Plainclothes: a theory of American constitutional practice*. Yale University Press.
- Schmitt, C. (2008). *Constitutional theory*. Duke University Press.
- Smith, P. J. (2010). How different are originalism and non-originalism? *Hastings Law Journal*, 62(2), 707-736.
- Tushnet, M. (2000). *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton University Press.
- Voigt, S. (2005). *The Economic Effects of Judicial Accountability: Some Preliminary Insights*. University of Kassel Press.
- Waldron, J. (2006). The core of the case against judicial review, *The Yale Law Journal*, 115(6), 1346-1406.

- Ware, L. (2012). Civil rights and the 1960s: A decade of unparalleled progress. *Maryland Law Review*, 72(4), 1087-1095.
- Weller, M. & Wolff, S. (2005). *Autonomy, Self-Governance and Conflict Resolution: Innovative Approaches to Institutional Design in Divided Societies*. Routledge.
- Wellington, H. H. (1982). The nature of judicial review. *The Yale Law Journal*, 91(3), 486-520.

