

## تغییر غیررسمی قانون اساسی (مبانی، مصادیق و رویکردها)

فردین مرادخانی\*

تاریخ پذیرش: ۹۸/۰۷/۱۳

تاریخ دریافت: ۹۷/۰۹/۱۰

### چکیده

تغییر غیررسمی قانون اساسی یکی از موضوعات مطرح در تئوری حقوق اساسی است که ذیل بحث اصلاح قانون اساسی مطرح می‌شود. در قوانین اساسی، راه‌هایی برای اصلاح و بازنگری قانون اساسی پیش‌بینی می‌شود که در حقوق اساسی به عنوان راه‌های اصلاح رسمی قانون اساسی شناخته می‌شوند. اما قانون اساسی از طرق دیگری نیز تغییر می‌کند که به آن تغییر غیررسمی قانون اساسی گفته می‌شود. در این شیوه، متن قانون اساسی ثابت می‌ماند، اما محتوا و معنای آن تغییر می‌یابد. این شیوه در قوانین اساسی وجود دارد، اما به راحتی قابل تشخیص نیست. در میان شیوه‌های غیررسمی تغییر قانون اساسی، تفسیر قانون اساسی و رویه‌های اساسی از دیگر شیوه‌ها معروف‌ترند. این تحقیق از نوع تحلیلی و توصیفی می‌باشد و در آن کوشش شده است به این پرسش پاسخ داده شود که دلایل تغییر غیررسمی، رویکردها و شیوه‌های تغییر غیررسمی و نیز حد و مرزهای تغییر غیررسمی قانون اساسی چیست و از این طریق به دنبال مشخص کردن مبانی و روش‌های تغییر غیررسمی قانون اساسی است.

### کلیدواژگان:

تغییر غیررسمی، تغییر رسمی، تفسیر، رویه‌های اساسی، قانون اساسی.

---

\* استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان.

## مقدمه

اصلاح و تغییر قانون اساسی یکی از موضوعات مورد بحث و مناقشه در حقوق اساسی است. در دوران روشنگری، برخی فکر می‌کردند که می‌توان با نوشتن یک متن به عنوان حسن ختام، همه مسائل را پیش‌بینی کرد و دیگر نیازی به قانون جدید نیست؛ چنان‌که جان لاک در خصوص کولونی کارولینا در ۱۶۶۹ نوشت که قانون اساسی بنیادین باید مقدس و غیرقابل تغییر باشد.<sup>۱</sup> اما این اندیشه خیلی زود در مواجهه با جریان‌ها و تحولات بعدی تغییر کرد و همگان به این نکته التفات یافتند که نوشتن قانونی که همه موضوعات را پیش‌بینی کند، امکان‌پذیر نیست. از طرف دیگر، قانون توسط انسان‌ها وضع می‌شود و افکار آنان دستخوش تغییرات است. به گفته ریچارد پارکر، اولین حقیقت درباره قانون این است که هیچ چیز همیشگی نیست.<sup>۲</sup>

در میان همه قوانین، قانون اساسی اهمیت ویژه‌ای دارد؛ زیرا این قانون سند بنیادین در خصوص حکومت کشور و اداره آن است و هرگونه تغییر و بازنگری در آن، ممکن است تغییراتی در شیوه حکمرانی و نهادها به وجود بیاورد. از این رو، عالمان حقوق و نیز سیاست با احتیاط با آن برخورد می‌کنند و آن را مثل سایر قوانین نمی‌بینند؛ زیرا دولت همه قوانین را می‌سازد و مردم را ملزم می‌کند، اما قانون اساسی را مردم می‌سازند و دولت را ملزم می‌کنند.<sup>۳</sup>

یک قانون اساسی باید بتواند راه‌های تغییر و اصلاح را در خود پیش‌بینی کند و همان‌گونه که گفته‌اند یک نقشه که ناتوان از تغییر است، نقشه بدی است.<sup>۴</sup> یا به گفته ادموند بورک، یک دولت بدون وجود و پیش‌بینی ابزارها و وسایل تغییر، یک دولت بدون محافظ خواهد بود و هر نظام سیاسی به خاطر تغییر در فضای سیستم سیاسی، ارزش‌ها و... نیاز به اصلاح دارد.<sup>۵</sup> به همین دلیل یکی از بحث‌های مهم طراحی قانون اساسی<sup>۶</sup> پروسه اصلاح قانون اساسی است.

1. Roznai, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendment constitutional: The Limits of Amendment Powers*. Oxford university press. 2017. p16.

2. Ibid. p123.

3. Grimm, Dieter. "Identity and Change." *German Law Journal*. vol11, No1. 2010. P40.

4. Roznai, Yaniv. Op cit. p37.

5. Lutz, Donald. *Principle of Constitutional Design*. Cambridge University Press. 2006. p154.

6. constitutional design.

بنابر همین دلایل، در هر قانون اساسی راه‌هایی برای اصلاح آن پیش‌بینی شده است. اصلاح قانون اساسی انواع مختلفی دارد که برخی محققین به بررسی آن پرداخته‌اند.<sup>۱</sup> قانون اساسی به صورت رسمی از طریق بازنگری تغییر می‌کند که معمولاً در خود قانون اساسی شیوه بازنگری و اصلاح آن مشخص شده است. برای نمونه، قانون اساسی هلند با ۲۰۰ سال سابقه ۲۱ بار تغییر کرده است.<sup>۲</sup> یا فرانسه را آزمایشگاه قانون اساسی خوانده‌اند. قانون اساسی آلمان نیز از ۱۹۴۹ بیش از ۵۰ بار اصلاح شده است. قانون اساسی جمهوری پنجم فرانسه ۲۵ بار، قانون اساسی ۱۹۳۷ ایرلند ۲۹ بار و قانون اساسی اسپانیا دو بار اصلاح شده است. استرالیا نیز از ۱۹۴۵ بیش از ۸۰۰ اصلاحیه بر قانون اساسی ۱۹۲۰ وارد کرده است.<sup>۳</sup> در آمریکا نیز از ۱۹۸۷ تاکنون ۲۷ بار در سطح فدرال و بسیار بیشتر از آن - حدوداً ده برابر - در سطح ایالات تغییر کرده است. اصلاح رسمی قانون اساسی با ایراداتی مواجه است: در این روش قدرت ابتکار عمل و اصلاح عموماً با نهادهای حکومتی است و اگر حکومتی تن به اصلاح ندهد، به سختی می‌توان به این شیوه تمسک جست. برخی کشورها ابتکار کار در این خصوص را به مردم یا نمایندگان آنها داده‌اند که تا حدی می‌تواند بهتر باشد، اما مجلس نیز در یک دیدگاه وسیع، جزئی از نهادهای حکومت است. همچنین به تغییرات رسمی قانون اساسی نمی‌توان دل بست؛ زیرا در این صورت، هر چند سال یک بار باید قانون اساسی را تغییر داد.

همین مسائل و مشکلات باعث شد که برخی از حقوق‌دانان مدرن راه دیگری را پیشنهاد کنند. به باور آنها، تغییر قانون اساسی تنها با شیوه‌های رسمی صورت نمی‌گیرد و از طرقی غیر از آنچه در قانون اساسی آمده است، نیز قانون اساسی تغییر می‌کند که به آن شیوه‌های تغییر غیررسمی<sup>۴</sup> قانون اساسی گفته می‌شود. بنابراین می‌توان گفت اصلاح به دوگونه است: اصلاح صریح که همان راهکارهای پیش‌بینی شده در قانون اساسی است و اصلاح ضمنی که شیوه‌های غیررسمی تغییر قانون اساسی هستند. به عبارت دیگر، برخی اوقات قانون اساسی تغییر می‌کند،

1. Albert, Richard. "The Structure of Constitutional Amendment Rule." *Wake Forest Law Review*. Boston College Law School. Legal Studies Research Paper. No.326. 2014.

2. Passheir, Raiger. *Formal And Informal Constitutional Change in the Netherlands*, The Dutch Constitution beyond 200: tradition and innovation in a Multilevel Legal Order. Eleven International Publishers. 2018.p3.

3. Garliski, Zofia. Lench, Garliski. "External Review of Constitutional Amendments? International Law as a Norm of Reference." *Israel Law Review*. Vol44. Issue3. 2011. P185.

4. informal change

بدون اینکه متن تغییر کند و برخی وقت‌ها از طریق اصلاح و تغییر متن رخ می‌دهد.<sup>۱</sup> برخی از دو نوع پروسه تغییر قانون اساسی به نام تغییر حقوقی و غیرحقوقی یاد می‌کنند<sup>۲</sup> که در حقیقت همان اصلاح رسمی و غیررسمی است. این مسئله تاکنون مورد توجه جدی حقوق‌دانان ایرانی قرار نگرفته است. دو تن از محققین در مقاله‌ای طرح بحثی از این موضوع مطرح کرده<sup>۳</sup> و به وجوه مختلف این موضوع پرداخته‌اند. این مقاله به دنبال این پرسش است که تغییرات غیررسمی قانون اساسی به چه معنایی است و روش‌ها و انواع آن کدام‌اند و کوشش می‌کند برخی از وجوه این موضوع بسیار مهم را بررسی کند.

## ۱. مبانی تغییرات غیررسمی قانون اساسی

با توجه به مطالب فوق، یکی از بحث‌ها و مسائل تئوری‌های حقوق اساسی تغییر قانون اساسی<sup>۴</sup> است. مسئله این است که از یک طرف، قانون اساسی یک چارچوب همیشگی و ثابت برای حکومت فرض می‌شود و از طرف دیگر، قانون اساسی به مثابه یک نهاد باید خود را با تغییرات سازگار کند، تا همچنان معتبر باقی بماند.<sup>۵</sup> در زمانه ما با جهانی شدن اقتصاد و سیاست، نوآوری‌های تکنولوژیک، افزایش طول و سطح زندگی انسان‌ها، گسترش مذهب، مطالبات اساسی دموکراتیک و امنیت و رفاه شهروندان، تغییرات قانون اساسی بیش از پیش مهم شده‌است<sup>۶</sup> و حتی برخی از حق بر اصلاح قانون اساسی سخن گفته‌اند.<sup>۷</sup> علاوه بر این موارد، اگر قانون اساسی غیرقابل تغییر باشد، قوه مؤسس زیر سؤال می‌رود؛ زیرا مردمی که قانون را وضع کرده‌اند، ممکن است همگی مرده باشند. حال چگونه می‌توان به قوه مؤسس معتقد بود و قانون اساسی هم

1. Strauss, David. *Living Constitution*. Oxford University Press, 2010. p11.

2. Morphy, Walter. *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order*. Princeton University Press, 2007. p497.

۳. حبیب‌زاده، توکل، مصطفی منصوریان، *تحلیلی بر تغییر قانون اساسی خارج از تشریفات رسمی مصرح آن*، دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۵، شماره ۱۳.

4. constitutional change

5. Ginsburg, Tom, Elling, Zachary, James Melton. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge University Press, 2009. p81.

6. Oliver, Dawn, Fusaro, Carlo. *How Constitution Change A Comparative Study*. Hart Publishing Oxford, 2011. P5.

7. Grimm, op cit. p100.

داشت؟ لازم به ذکر است که تئوری‌های رسمی قانون اساسی، قدرت مؤسس را تنها راه مشروع تغییر قانون اساسی می‌دانند. در بحث تغییر قانون اساسی و اصلاح آن، چنان که یکی از محققین گفته است، می‌توان از قوه مؤسس ثانویه سخن گفت. قوه مؤسس اولیه کارش ساختن یک ساختار جدید است و قوه مؤسس ثانویه قدرت و صلاحیت ساختن و جایگزین کردن یک ساختمان موجود را دارد.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر، قوه مؤسس اولیه قدرت ساختن دارد و قوه مؤسس ثانویه قدرت اصلاح.

اگرچه از زمان پیدایش قانون اساسی، تغییر غیررسمی همواره وجود داشته، تنها چند دهه است که ذهن حقوق‌دانان را به خود مشغول داشته است. در کشورهایی که دارای متن قانون اساسی به عنوان متن برتر هستند، پذیرش این مسئله با مخالفت حقوق‌دانان سنتی مواجه شده است. حتی در یک دیدگاه ارتدکس، دیوان عالی آمریکا تنها راه تغییر قانون اساسی را اصلاح رسمی اعلام کرده است.<sup>۲</sup> طرفداران رویکرد رویه‌ای<sup>۳</sup> به قانون اساسی، معتقدند به جز طریقی که در خود قوانین اساسی پیش‌بینی می‌شود، انقلاب یا جایگزین کردن یک قانون اساسی جدید تنها شکل تغییر قانون اساسی است. اما طرفداران رویکرد ماهوی<sup>۴</sup> می‌گویند لازم نیست برای تغییر قانون اساسی همیشه دست به انقلابی سیاسی زد؛ زیرا می‌توان انقلابی در معانی حقوقی هم رخ بدهد<sup>۵</sup> و بازنگری غیررسمی وقتی است که معنی قانون اساسی تغییر می‌کند، ولی متن قانون اساسی تغییر نمی‌کند. این انقلاب در معانی - که در حقیقت تغییر غیررسمی قانون اساسی است - در فضای اجتماعی و سیاسی و خارج از حقوق اساسی رخ می‌دهد<sup>۶</sup> و تغییر در شیوه‌های اعمال سیاست می‌تواند بر معنی قانون اساسی نوشته تأثیر بگذارد.<sup>۷</sup> پیش‌تر نیز ژلینک گفته بود، متن قانون اساسی کمتر از تحولاتی که در خارج از متن قانون اساسی رخ می‌دهد، جذاب است.<sup>۱</sup> البته

1. Roznai, Yaniv. Op cit. p 150.

2. Oliver and Fusaro. Op cit. p5.

3. procedural

4. normative

5. Ulrich, K. Preuss. "The Implications of Eternity Clauses: The German Experience." *Israel Law Review*. Vol 44. Issue 3. 2011.

6. Roznai, Yaniv. "The Theory and Practice of Supra-Constitutional. Limits on Constitutional Amendment." *International & Comparative Law Quarterly*. Vol 62. Issue3. 2013. P2.

7. Griffin, Stephen. "Understanding Informal Constitutional Change." *Tulane Public Law Research Paper*. No16-1. 2016.

1. Roznai, Yaniv. Op cit. 2017. p2.

باید در نظر داشت که هر تغییر<sup>۱</sup> قانون اساسی لزوماً اصلاح<sup>۲</sup> نیست.<sup>۳</sup> برخی نیز از تفاوت اصلاح با دگرگونی<sup>۴</sup> و برخی از تفاوت اصلاح با تحول<sup>۵</sup> سخن گفته‌اند.<sup>۶</sup>

برای فهم تغییرات غیررسمی، کیت وینتینگتون از اصطلاح برساختگی<sup>۷</sup> استفاده کرده است؛ یعنی یک پروسه سیاسی خارج از تفسیر قانونی. به نظر او، جزمیت متن از طریق عمل بازیگران سیاسی حل می‌شود. وی ۸۷ نمونه از تغییرات اساسی در آمریکا را ثبت نموده که خارج از رویه‌های قانونی و اصلاحات رسمی رخ داده است؛ مثل کابینه، رئیس جمهور، استقلال کمیسیون‌های مقررات‌گذاری، ایجاد صندوق فدرال و...<sup>۸</sup>

مطالعه تغییرات غیررسمی به صورت یک تئوری، از آمریکا شروع شد. آمریکایی‌ها از همان ابتدا معتقد بودند که اگر قانون اساسی بر مبنای رضایت مردم است، پس آنها می‌توانند آن را تغییر دهند.<sup>۹</sup> بحث بروس آکرمن یکی از نظریات مهم در خصوص تغییر قانون اساسی است. به نظر او یک سری تغییرات غیر معمول و خارج از متن قانون اساسی وجود دارد.<sup>۱۰</sup> او بین دو مفهوم سیاست عادی و لحظه‌های اساسی<sup>۱۱</sup> تفاوت می‌گذارد. به باور او، وقتی سیاست در حال عادی است و مردم منفعل‌اند، می‌توان به قانون اساسی و نقش و تفسیر رسمی دادرسی اساسی دل بست. اما وقتی مردم به صحنه آمدند و فعال شدند، همان لحظه اساسی است و باید اراده آنها را پذیرفت.<sup>۱۲</sup>

1. change

2. amendment

3. Vermeule, Adrian. "Constitutional Amendments and the Constitutional Common Law." *University of Chicago, Public Law Working Paper*. No73. 2004.

4. transformation

5. evolution

6. Behenke, Nathalie. Arthur Benz. "The Politics of Constitutional Change Between Rreform and Evolution." *Journal of Federalism*, vol 39. 2008. p39.

7. construction

8. Whittington, Keith, E. *Constitutional Construction. Divided Powers and Constitutional Meaning*. Harvard university press. 2001.

9. Lutz. op cit. p152.

10. Griffin. op cit. p18.

11. constitutional moment

12. Pocoks, J.G. Terence Ball (ed). *Conceptual Change and the Constitution*. University Press Kansas. 1988. p47.

تغییر غیر رسمی، چنان که گریفین به درستی گفته است، از ناشناخته‌ترین حوزه‌های حقوق اساسی است.<sup>۱</sup> ریشه اصلی این بحث به تعریف قانون اساسی برمی‌گردد. قانون اساسی فقط نقشه قدرت نیست، بلکه انعکاسی از توزیع قدرت در سطح سیاست و جامعه است<sup>۲</sup> و فقط یک متن قضایی یا مجموعه هنجاری از قواعد نیست، بلکه بیان موقعیت فرهنگی، وسیله بیان اراده مردم، آئینه یا انعکاس میراث فرهنگی و بیان آزادی‌ها هم است.<sup>۳</sup> آنچه به عنوان متن قانون اساسی شناخته می‌شود، در حقیقت جزء کوچکی از قانون اساسی است و بخش اعظم آن با چشم غیر مسلح دیده نمی‌شود که همان باورها، رویه‌ها، کنش بازیگران سیاسی و... است. ممکن است متن به صورت اولیه باقی بماند، اما معنا تغییر کند. چنان که دیتر گریم در مقاله‌ای که به مناسبت شصت سالگی قانون بنیادین آلمان نوشته، نشان داده است اگرچه متن قانون اساسی همان است که در ۱۹۴۹ نوشته شد، اما امروز قانون اساسی آلمان چیز متفاوتی می‌باشد و تغییراتی اساسی در آن رخ داده است.<sup>۴</sup>

## ۲. تأثیر تغییر غیر رسمی بر اصول تغییرناپذیر قانون اساسی

تغییر غیررسمی در یک‌جا بسیار مهم و حیاتی است و آن بخش‌ها و اصول تغییرناپذیر قانون اساسی می‌باشد. معمولاً قوانین اساسی بخش‌هایی از خود را تغییرناپذیر و دائمی اعلام می‌کنند<sup>۵</sup> که جز با تغییر نظام سیاسی و یک انقلاب، تغییر آن بخش‌ها ممکن نخواهد شد؛ مانند اصول، قواعد، سمبل‌ها یا برخی نهادها. برای نمونه، در مجارستان ماده ۸ قانون اساسی آزادی‌های بنیادین را غیرقابل تغییر اعلام کرده است.<sup>۶</sup> در قانون اساسی ۱۷۹۸ فرانسه نیز آمده بود که شکل قانون اساسی و دموکراسی نمایندگی همیشگی و غیرقابل تغییر است. در ایران نیز طبق اصل

1. Griffin. Op cit. p1.

2. Rozani. Op cit.2013.p28.

3. Ibid.p32.

4. Grimm.Op cit. 2010. Pp 33-34.

۵. بروکه، سام، ایجاد قانون اساسی و اصول تغییرناپذیر، ترجمه مجتبی همتی. حقوق اساسی، سال هفتم، ۱۳۸۷، شماره ۹؛ غمامی، سیدمحمد مهدی و مصطفی منصوریان، تضمین محدودیت‌های اصلاح قانون اساسی با تامل بر آموزه‌های محدودیت‌های ضمنی، دانش حقوق عمومی، سال چهارم، ۱۳۹۴، شماره ۱۱.

6. Roznai, Yaniv. Op cit.2017.p18.

۱۷۷ محتوای اصول مربوط به اسلامی بودن نظام و ابتدای کلیه قوانین و مقررات بر اساس موازین اسلامی و پایه‌های ایمانی و اهداف جمهوری اسلامی ایران و جمهوری بودن حکومت و ولایت امر و امامت امت و نیز اداره امور کشور با اتکا به آرای عمومی و دین و مذهب رسمی ایران تغییر ناپذیر است. به باور محققین، علت ذکر این موارد ارتباط آنها با بنیان‌ها و ساختارهای پایه‌ای نظام سیاسی جمهوری اسلامی است.<sup>۱</sup>

برخلاف گفته جان الستر، اصول تغییرناپذیر عموماً اصولی سمبلیک نیستند<sup>۲</sup> و گستره آنها وسیع‌تر است و برخی آنها را روح قانون اساسی دانسته‌اند. از مواردی که در قوانین اساسی غیر قابل اصلاح اعلام می‌شوند، می‌توان به شکل و سیستم حکومت اشاره کرد؛ مثلاً جمهوری یا پادشاهی. همچنین ساختارها و نهادهای حکومت مانند سنا و مجلس نیز در برخی موارد در این دسته قرار می‌گیرند. سومین مورد، ایدئولوژی‌های اساسی هستند؛ مانند اسلام در کشورهای مسلمان. چهارمین مورد، حق‌های بنیادین است. به طور خلاصه، اصولی مثل اسلام، زبان رسمی، سکولاریسم، حکومت قانون، سیستم چند حزبی، تمامیت ارضی، استقلال، استقلال قضایی، حاکمیت مردم و... از مواردی‌اند که عموماً در قوانین اساسی تغییرناپذیر اعلام می‌شوند. طبق یک تحقیق از ۱۹۲ قانون اساسی نوشته، ۸۲ قانون یعنی ۴۲ درصد دارای اصول غیرقابل اصلاح‌اند و از ۵۳۷ قانون اساسی در گذشته و حال، ۱۷۲ قانون یعنی ۳۲ درصد همه قوانین اساسی‌اند که تاکنون به تصویب رسیده و بخش‌هایی از خود را غیر قابل اصلاح اعلام کرده‌اند.<sup>۳</sup> برخی می‌گویند باید به این بخش‌ها احترام گذاشت و از آنها حفاظت کرد.<sup>۴</sup> به گفته برخی از محققین، این درست نیست که بگوییم این موارد را نمی‌توان اصلاح کرد، بلکه نمی‌توان آنها را اصلاح صریح و رسمی کرد.

۱. علم الهدی، حجت‌الله و مصطفی منصوریان، مبنا ماهیت و تضمین محدودیت‌های بازنگری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۷، شماره ۱۹، تقی زاده جواد و معصومه فدایی جویباری، بررسی اصل ۱۷۷ قانون اساسی با تاکید بر مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۲، شماره ۶۳.

2. Elster, Jon. "Constitutionalism in Eastern Europe an Introduction". *The University of Chicago Law Review*. No58. 1991. P26.

3. Halmal, Gabor. "Internal and External Limits of Constitutional Amendment. Sovereignty". <https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/Professors/Halmal/Constitutional-Amendment-Power.pdf>. 2017. P 36.

4. Roznai, Yaniv. Op cit. 2017. p22.



برای این دسته از اصول، ویژگی‌های پنج‌گانه‌ای برشمرده‌اند.<sup>۱</sup> نخست اینکه نگهدارنده‌اند، یعنی ارزش‌های اساسی قانون اساسی را حفظ می‌کنند. به گفته اولریش، این اصول، افسانه بنیان‌گذار را حفظ می‌کنند؛ مثل مفهوم «ما مردم» در قانون اساسی آمریکا.<sup>۲</sup> همچنین از دموکراسی در برابر توتالیتریانیسم حفاظت می‌کنند. احتمالاً علت غیرقابل تغییر اعلام کردن این اصول آن است که همواره ترسی وجود دارد که ارزش‌های مرکزی جامعه نقض شود.<sup>۳</sup>

دوم اینکه دگرگون شونده‌اند، یعنی یک اتفاقی افتاده و به خاطر یک دگرگونی که رخ داده است، یک اصل غیرقابل تغییر اعلام شده است؛ برای مثال، در قانون اساسی آلمان دموکراسی و کرامت انسانی غیرقابل تغییر اعلام شده‌اند و این به خاطر تجربه جمهوری وایمار بوده است. قوانین اساسی همیشه سعی می‌کنند بین خودشان و گذشته یک خط ترسیم کنند و خود را یک دوره جدید در واکنش به نقص‌ها و جنایت‌های دوره قبل معرفی کنند و انعکاسی به ترس‌هایی‌اند که از رژیم گذشته ناشی شده است.

سوم اینکه امیدوارکننده‌اند، یعنی امید بنیان‌گذاران را نشان می‌دهند و آینده‌ای روشن‌تر را نوید می‌دهند. به عبارت دیگر، انعکاسی به عدم موفقیت‌های گذشته و نوید آینده بهترند.

چهارم اینکه متناقض‌اند؛ قانون اساسی عموماً برای مدیریت و حل اختلافات معین مورد استفاده قرار می‌گیرد. برخلاف ویژگی اول که از ارزش‌های انسانی مشترک حفاظت می‌کرد، در اینجا سعی می‌شود از مسائلی که بر سر آنها اختلاف اساسی وجود دارد، حمایت شود؛ زیرا اگر این کار انجام نشود، ممکن است جامعه با مشکلات اساسی روبرو شود. یک مثال مهم در این خصوص، ماده ۵ قانون اساسی آمریکا است که از آزادی تجارت بردگان سخن می‌گفت.

پنجم اینکه نوعی سرهم‌بندی<sup>۴</sup> است. اصل واژه از کلود لویی استراوس، انسان‌شناس فرانسوی، است. منظور از این مفهوم، ایجاد ترکیب جدیدی است که از چیزها و عناصر موجود و دم‌دستی که در دسترس همگان قرار دارد، به وجود آمده است. مارک توشنت آن را وارد حقوق اساسی کرد. یعنی بخش‌هایی از یک قانون اساسی مجموعه‌ای است از آنچه در زمان وضع قانون

1. Ibid. p26.

2. Ulrish. Op cit. p26.

3. Roznai, Yaniv. Op cit. p27.

4. bricolage

اساسی وجود داشته است و نویسندگان به صورت تصادفی آنها را انتخاب کرده‌اند و در حقیقت یک سازش بین نیروهای موجود در زمان وضع آن است.

غیر قابل اصلاح اعلام کردن، لزوماً واکنشی برای دفاع از اصول اساسی و رسم‌های خاص نیست، بلکه اتفاقاً گاهی از ارزش‌هایی حمایت می‌کند که می‌توانند به سادگی یک مصالحه را نشان دهند و بنابراین باید به زمینه تاریخی آن هم توجه کرد؛ چنان که بسیاری از مواد قوانین اساسی آمریکا حاصل حضور اروپایی‌هاست.<sup>۱</sup>

### ۳. رویکردهای تغییر غیررسمی قانون اساسی

چنان که یکی از محققین تغییرات غیررسمی قانون اساسی گفته است، در این خصوص سه رویکرد وجود دارد.<sup>۲</sup>

#### ۳.۱. رویکرد پوزیتیویستی

رویکرد پوزیتیویستی به دو نوع تقسیم می‌شود: پوزیتیویست‌های حقوقی ارتدکس، تنها راه اصلاح را از طریق بازنگری می‌دانند. طبق این نگرش، تنها روش تغییر قانون اساسی از راه‌هایی است که در قانون پیش‌بینی شده‌است.<sup>۳</sup> اما در نگرش پوزیتیویسم حقوقی موسع، برخی موارد را به عنوان منابع تغییر غیررسمی قانون اساسی می‌پذیرند؛ مانند تصمیم‌های قضایی، ابر مصوبات<sup>۴</sup> و اصلاحات شبه اساسی.<sup>۵</sup> این نگرش این امکان را به وجود می‌آورد که تغییرات در نقشه و طرح قانون‌گذار اساسی و مفسر رسمی دیده شود و باعث می‌شود بین تغییرات اساسی و غیراساسی تفکیک قائل شد.<sup>۶</sup> اما این عیب را هم دارد که بیش از اندازه هنجارهای قانون اساسی را محکم می‌پندارد. در حالی که به نظر می‌رسد، تغییرات غیررسمی قانون اساسی این نکته را پذیرفته‌اند که هنجارهای گذشته ممکن است بدون اینکه بازیگران سیاسی متوجه شوند، تغییر کنند. همان‌گونه

1. Roznai, Yaniv. Op cit. p35.

2. Passsheir, Raiger. *Informal Constitutional Change Constitutional Change Without Constitutional Amendment in Comparative Perspective*. Amsterdam university press. 2017. ch 2.

3. Passsheir, Raiger. 2018 op cit. p6.

4. super- statute

5. Albert, Richard. "Quasi Constitutional Amendment." *Buffalo Law Review*. Vol. 65. 2016.

6. Passsheir, Raiger. op cit. p7.

که فوسارو و الیور نشان داده‌اند، تغییرات اساسی ضرورتاً محصول اقتدار و مقامات مشروع نیستند و این تغییرات ممکن است در حوزه اجتماع و اقتصاد باشند، نه حقوق.<sup>۱</sup>

### ۳.۲. رویکرد کامن لا

دومین نگرش کامن لا است.<sup>۲</sup> آنها مخالف این برداشت پوزیتیویست‌ها هستند که قانون اساسی خودمختار است. به نظر آنها، هنجارهای رسمی و قانون اساسی وابسته به عمل و رویه سیاسی است و هر زمان امکان دارد روش‌های اصلی حکومت تغییر کند.<sup>۳</sup> آنها به چیزی معتقدند که قانون اساسی زنده<sup>۴</sup> نامیده می‌شود؛ یعنی فهم و عمل بازیگران سیاسی. این نگرش اجازه می‌دهد تحولات جهان واقعی را که در پشت متن قانون اساسی است، به عنوان منبع حقوق اساسی تلقی کرد و این عیب را دارد که قواعد اصلی قانون اساسی را بسیار متزلزل می‌داند و نیز بین تغییرات اساسی و غیراساسی تفاوتی قائل نمی‌شود.<sup>۵</sup>

### ۳.۳. رویکرد نهادی-تاریخی

آنها این قسمت دیدگاه پوزیتیویست‌ها را نمی‌پذیرند که تنها راه تغییر قانون اساسی از روش رسمی است و این قسمت نگرش کامن لا را نیز رد می‌کنند که با هر عمل سیاسی قانون اساسی تغییر می‌کند.<sup>۶</sup> به باور آنها، متن قانون اساسی در زمینه<sup>۷</sup> نهادی که آن متن در آن اعمال می‌شود، فهمیده می‌شود.<sup>۸</sup> در این نگرش، تفسیر قانون اساسی بین جهان واقعی و متن قانون اساسی رابطه برقرار می‌کند و از متن فراتر می‌رود. این نگرش از هر کدام از دو رویکرد یک قسمت را می‌پذیرد. از یک طرف ادعا می‌کند که هنجارهای اساسی رسمی استحکام و اقتدار دارند و در

1. Oliver and Fusaro. Op cit. p407.

2. Strauss, David. "Common law Constitutional Interpretation." *University Chicago Law Review*. Vol63.No3. 1997.

3. Liewellyn, Karl. "The Constitution As an Institution." *Colombia Law Review*. Vol 34. No1. 1934. P34.

4. living constitution

5. Passsheir, Raiger. Op cit. p9.

6. Passsheir, Raiger. op cit. p9.

7. context

8. Amar, Akhil, Reed. *Americans Unwritten Constitution the Precedent and Principle We Live By*. New York: Basic books .2012. P333.

عین حال فهم و عمل نهادی را به رسمیت می‌شناسد.<sup>۱</sup> در این نگرش تغییر غیررسمی از طریق تفسیر و نیز رویه‌های اساسی<sup>۲</sup> رخ می‌دهد و بازیگران سیاسی سعی می‌کنند یک پل بین گسل قانون اساسی رسمی و جهان واقعی ایجاد کنند.

#### ۴. روش‌های تغییر غیررسمی قانون اساسی

در خصوص روش‌های تغییر غیررسمی قانون اساسی اتفاق نظری میان اندیشمندان این حوزه وجود ندارد. به باور برخی از محققین، سه روش تغییر غیررسمی قانون اساسی عبارت‌اند از: تفسیر قضایی، مصوبات پارلمان و عمل مجریه.<sup>۳</sup> برخی دیگر راه‌های تغییر غیررسمی را شامل تفسیر و رویه‌ها دانسته‌اند. در شورای اروپا نیز کمیسیون ونیز در سال ۲۰۰۹ در گزارشی اعلام کرد که اصلاح رسمی تنها راه تغییر قانون اساسی نیست و حتی در برخی کشورها مهم نیست و دو راه تغییر قانون اساسی عبارت‌اند از: تفسیر قضایی و کانون‌شن‌های سیاسی نانوشته<sup>۴</sup> که یا متعارض با متن نوشته‌اند یا از آن حمایت می‌کنند.<sup>۵</sup> برخی نیز عرف حقوق اساسی را به این فهرست اضافه کرده‌اند. مورد دیگر عوض شدن تفکر و دیدگاه سیاسی و اجتماعی است. یکی از محققین در یک تحقیق مهم به خوبی نشان داده است که بسیاری از موضوعات حقوق اساسی و قانون اساسی آمریکا به مرور زمان تغییر کرده‌اند. برای نمونه، مسائلی مثل آزادی بیان، قاعده اکثریت، نقش مذهب، حق رأی و... در زمانی که قانون اساسی آمریکا وضع شد، بعدها کاملاً تغییر پیدا نمود، بدون اینکه قانون اساسی تغییر کند.<sup>۶</sup> برخی نیز معتقدند طرق غیر رسمی تغییر قانون اساسی را طریق قوانین عادی، تفسیر قانون اساسی، اعمال قوه مجریه، عرف‌های سیاسی و عدم به کارگیری قطعی مندرجات قانون اساسی صورت می‌گیرد.<sup>۷</sup> منظور از عدم به کارگیری قطعی

1. Passsheir, Raiger.op cit. p9.

2. Constitutional conventions

3. Albert,Richard. "How Unwritten Constitutional Norms Change Written Constitutions." *Dublin University Law Review*.Forthcoming.No38. 2015. P389.

4. unwritten political convention

5. European Commission for Democracy Theory Law. (Venice commission) *Final Draft Eeport on Constitutional Amendment Procedure*.Strasburg,2009. Para 109.

6. Amar. Op cit.2012.

۷. حبیب زاده و منصوریان، پیشین،ص ۹۳.

مندرجات قانون اساسی، یعنی مقرره‌ای در قانون اساسی وجود دارد که به کار برده نمی‌شود و منشأ اثر نیست و مفاد قانون اساسی به واسطه عدم اجرا منسوخ یا متروک شده‌اند.<sup>۱</sup>

چنان‌که در رویکرد نهادی-تاریخی و نیز کنوانسیون ونیز به درستی اشاره شده است، تفسیر و کانونش‌ها دو روش اصلی تغییر غیررسمی قانون‌اند که در ذیل به آنها اشاره خواهیم نمود.

#### ۴.۱. تغییر غیررسمی قانون اساسی به وسیله رویه‌های اساسی

کانونش‌ها یا رویه‌های اساسی یکی از بخش‌های محل بحث و اختلاف در حقوق اساسی می‌باشند.<sup>۲</sup> بر سر ترجمه آنها در زبان فارسی اتفاق نظری وجود ندارد. یکی از محققین رویه‌های مربوط به اجرای قانون اساسی را پیشنهاد داده است.<sup>۳</sup> نخستین بار دایسی در بخش سوم کتاب خود به رویه‌های اساسی پرداخت و آنها را وارد مباحث آکادمیک کرد.<sup>۴</sup> او معتقد است رویه‌های اساسی رفتارها، عادات یا اعمالی‌اند که مربوط به حوزه اعمال و اختیارات قوه مجریه، شاه، پارلمان و قضائیه می‌باشند.<sup>۵</sup> پس از دایسی، جنینگ مهم‌ترین سخنان را در خصوص رویه‌های اساسی در انگلستان نوشت. دایسی قواعد حقوقی را از رویه‌های اساسی جدا می‌کرد، اما جنینگ می‌گفت این دو نمی‌توانند جدا باشند؛ زیرا بدون رویه‌های اساسی، سایر منابع حقوق اساسی خصوصاً قانون‌گذاری و رویه قضایی کاملاً مبهم‌اند.<sup>۶</sup> جنینگ معتقد بود در هنگام بررسی یک رویه اساسی سه پرسش باید مطرح شود. ۱- چه سابقه‌ای وجود دارد. ۲- آیا بازیگران این سابقه معتقدند باید به آن ملزم بود. ۳- چه دلیلی برای این قاعده وجود دارد.<sup>۷</sup> بنابراین، سابقه اساسی رویه و رویه اساسی بدون وجود سابقه یک خانه بی‌پایه و پی است.<sup>۸</sup>

۱. همان.

۲. رک: مرادخانی، فردین، *بررسی مفهوم رویه‌های اساسی در حقوق اساسی*، فصلنامه مطالعات حقوقی، دوره یازدهم، بهار ۱۳۹۸، شماره ۱.

۳. سلطانی، سیدناصر، *اعتبار سنتی عرف و رویه‌های قانون اساسی*، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال ششم، پاییز و زمستان، ۱۳۹۶، شماره ۳.

4. Dicey, Albert. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Liberty. 1982. pp 277-317.

5. Barnett, Hillarie. *Understanding Public Law*. Rutledge-Cavendish publishing. 2010. p19.

6. Caulfield, Megan. "Constitutional Convention in the U.K: Should They be Codified?". *Manchester study law Review*. vol. 12. 2012. p42.

7. Jennings, Ivor. *The law and the constitution*, University of London Press. 1959. p136.

8. Heard, Andrew. *Canadian Constitutional Convention The Marriage of Law and Politics*. Oxford University Press. 2013. p9.

رویه‌های اساسی نه تنها در کشورهای دارای قانون اساسی عرفی، بلکه در کشورهای دارای قانون اساسی نوشته نیز حضور دارند. این مفهوم در کشورهای نوشته، قواعد غیررسمی‌اند که رفتار سیاسی را تنظیم می‌کنند. آنها در عمل و رویه سیاسی پدید می‌آیند؛ یعنی بازیگران 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. نکته مهم در خصوص رویه‌های اساسی این است که باید سطحی از توافق بین نیروهای سیاسی موجود در جامعه بر روی آنها وجود داشته باشد و این اساسی‌ترین ویژگی آنهاست.

منابع ایجاد رویه‌های اساسی متعددند. عمدتاً آنها از طریق سنت‌ها به وجود می‌آیند. یعنی عملی توسط بازیگران سیاسی یا سنت‌های موجود در حیات سیاسی آنقدر انجام می‌شود که توسط همگان مورد پذیرش قرار می‌گیرد. گاه نیز از طریق یک پروسه یا فرایند یا توافق متقابل احزاب به وجود می‌آیند. به هر حال یک رویه اساسی زمانی تأسیس می‌شود که پذیرش کلی نسبت به آن وجود داشته باشد و توسط مردم و نهادها پذیرفته شود. آنها یک توافق رویه‌ای غیرمکتوب و غیررسمی‌اند که توسط دولت و نهادها به رسمیت شناخته شده‌اند، برای فهم چگونگی کارکرد دولت بسیار حیاتی‌اند و ویژگی ایستا ندارند. یکی از افراد مهم در این حوزه در خصوص چگونگی عمل کردن و تعهدآوری رویه‌ها می‌گوید: یک رویه ممکن است نه به این علت که توسط سیستم سیاسی پذیرفته شده است، بلکه به این علت که بهتر به هدف‌های اساسی می‌رسد، مورد پذیرش قرار بگیرد.<sup>۱</sup> رویه‌های اساسی را باید خارج از متن قانون اساسی دید؛ به همین دلیل برخی به آنها بخش‌های خارج از قانون اساسی گفته‌اند.<sup>۲</sup> آنها در خلأ بین واقعیت و اصول یا واقعیت و متن پدید می‌آیند. به زبان دیگر متن یک چیز را می‌گوید و واقعیت در حال جریان چیز دیگری را نشان می‌دهد و رویه‌های اساسی کوشش می‌کنند این خلأ را پر کنند.

1. Marshall, Geoffrey. *Constitutional Conventions The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford Clarendon Press, 1984. p11.

2. Yong .Ernest. "The Constitution outside the Constitution." *Yale law Journal*. No117. 2007. P p 408-415.

اگرچه کلسن می‌گفت قانون اساسی به وسیله عرف و رویه نمی‌تواند اصلاح شود یا تغییر یابد، اما همان‌گونه که ریچارد آلبرت به دقت نشان داده است، کانونشن‌ها می‌توانند قانون اساسی را اصلاح کنند. به باور او، آنها به دو طریق معنای متن قانون اساسی را تغییر می‌دهند: نخست ادغام یا ترکیب چیزی جدید در متن قانون اساسی بدون نوشتن یک متن جدید و دوم انکار کردن و از بین بردن غیررسمی متن قانون اساسی بدون نقض رسمی آن.<sup>۱</sup> در روش اول چیزی به قانون اساسی اضافه می‌شود و در روش دوم چیزی از آن کم می‌شود.

حالت اول یعنی ادغام یا ترکیب ممکن است به وسیله احساس خلاً یا بی‌اعتباری پدید آید. این حالت مربوط به زمانی است که رویه‌های اساسی مربوط به موضوعی اند که در متن قانون اساسی نیست و یک خلاً احساس می‌شود. برای مثال، در قانون اساسی آمریکا، رئیس‌جمهور برای چهار سال انتخاب می‌شود. در خصوص انتخاب مجدد او سخنی گفته نشده بود و رویه‌های اساسی این خلاً را پر کردند.<sup>۲</sup> همچنین ممکن است به علت ادغام و پالایش به وجود بیایند که برعکس حالت اول (که در قانون اساسی یک موضوع نیامده بود) در این حالت، یک مسئله در حال حاضر در قانون اساسی مطرح است و رویه اساسی چیزی جدیدی را به فهم ما از قانون اساسی اضافه می‌کند که با متن قانون اساسی و نقشه آن تعارض ندارند. مثلاً در قانون اساسی کانادا آمده بود که اصلاح قانون اساسی از طریق پارلمان انگلیس است، اما در عمل به گونه‌ای اجرا شد که همه چیز در خود کانادا حل می‌شد.<sup>۳</sup>

حالت دوم (انکار و از بین بردن) زمانی رخ می‌دهد که رویه‌ها جای متن را می‌گیرند که خود بر دو حالت اند: حالت اول انکار به وسیله آفریدن یک خلاً است؛ یعنی یک رویه می‌تواند از لحاظ کارکردی و به صورت غیررسمی چیزی از یک قانون اساسی نوشته را حذف کند و یک خلاً در آن مکان ایجاد کند. به عبارت دیگر بخشی از قانون اساسی را غیرقابل استعمال می‌کند و اصلی از قانون اساسی هرگز اجرا نمی‌شود.<sup>۴</sup> در این حالت، بازیگران سیاسی چیزی را به وجود می‌آورند و برای آینده عمل می‌کنند. برای مثال، در قانون اساسی ۱۸۶۷ کانادا آمده است که حکومت

1. Albert. Op cit, 2015. P391.

2. Albert. Op cit. 2015. P394.

3. Ibid. p396.

4. Ibid. p400.

فدرال قدرت رد مصوبات محلی را دارند، اما این مسئله هرگز مورد استفاده قرار نگرفته است. یعنی رویه‌ها اجازه نداده‌اند که حکومت فدرال این حق اساسی خود را به کار ببرد. حالت دوم جایگزینی است. این روش از حالت قبلی فراتر می‌رود و رویه‌های اساسی با یک قاعده محکم در قانون اساسی تعارض می‌یابند.<sup>۱</sup> یعنی یک عمل سیاسی نانوشته جایگزین متن قانون اساسی می‌شود. نقطه مرکزی هر چهار حالت، آفریدن یک رویه اساسی است. در ایران نیز می‌توان به نوعی این مسئله را مطرح کرد. البته مشکل در اینجاست که تاکنون رویه‌های اساسی به عنوان یک موضوع مستقل در حقوق اساسی ایران مطرح نشده‌اند، اما در برخی تک‌نگاری‌ها به وجوهی از این مفهوم اشاره شده است. برای نمونه یکی از نویسندگان در مقاله‌ای تأکید کرده که انتخاب برخی از وزرا با تأیید رهبری، تغییر غیررسمی قانون اساسی توسط رویه‌های اساسی است.<sup>۲</sup>

#### ۴.۲. تفسیر و تغییر غیررسمی قانون اساسی

یکی از مهم‌ترین مسائلی مربوط به قانون اساسی تفسیر آن متن است. درباره تفسیر قانون اساسی، شیوه‌ها و اصول آن بسیار نوشته‌اند،<sup>۳</sup> اما آنچه کمتر بدان پرداخته شده، نقش تفسیر در اصلاح و تغییر غیر رسمی قانون اساسی است. به بیان دیگر، مفسر رسمی قانون اساسی با تفسیر متن، در حقیقت محتوا و معنای آن را تغییر می‌دهد. برخی محققین به خوبی نشان داده‌اند چگونه دادگاه‌های قانون اساسی با تفسیر قانون اساسی آن را می‌آفرینند.<sup>۴</sup> 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. حتی بسیاری مواقع با

1. Ibid.p401.

۲. سلطانی، سیدناصر، پیشین.

۳. رک: خلف‌رضایی، حسین، مصطفی منصوریان، مکاتب و رویکردهای تفسیر قانون اساسی، پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل ۹۳۱۳۰۰۳۴، ۱۳۹۳؛ جعفری، محمد حسین، اصول حاکم بر تفسیر قانون اساسی در ایران و آمریکا، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۲؛ جعفری، محمد حسین و همکاران، مطالعه تطبیقی تفسیر قانون اساسی، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۶.

4. Elster, Jon, "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process." *Duke Law Journal*. No45. 1995.



تفسیر قانون اساسی چیزی به قانون اساسی اضافه می‌گردد. برای نمونه، در برخی کشورها حق‌های مربوط به کار در قانون اساسی نیامده‌اند، اما مفسر آن را پذیرفته است.<sup>۱</sup> به این ترتیب، دادرسی اساسی خود را جای بنیان‌گذار می‌گذارد که از آن تحت عنوان معمای تابع‌سازی هم یاد شده است؛ یعنی چگونه دادگاه‌هایی که توسط قانون اساسی ساخته شده‌اند، آن را محدود می‌کنند.<sup>۲</sup> تفسیر دارای این مزیت هم است که باعث می‌شود متن قانون اساسی همچنان زنده بماند. در تفسیر قانون اساسی، دو مسئله مهم است: اینکه واضعان چگونه آن را می‌دیدند و چگونه فهم خود را توسعه دهیم.<sup>۳</sup>

برای چندین دهه، دو رویکرد در خصوص تفسیر قانون اساسی وجود داشت: یکی منشأگرایی که بر این نگرش بنا شده که قانون اساسی مجموعه‌ای از قواعد است که به وسیله بنیان‌گذاران بنا شده است و کار مفسر تعیین آنچه آنها خواسته‌اند، است. به نظر آنها متن قانون اساسی باید مبنای تفسیر باشد. قاضی بلیک در دهه ۴۰ تا ۶۰ در دیوان عالی آمریکا مهم‌ترین طرفدار منشأگرایی بود.<sup>۴</sup> تئوری دست‌گذشتگان<sup>۵</sup> نیز در این رویکرد بسیار مهم است. این رویکرد به شدت مورد مخالفت قرار گرفته است و هرکول دورکین، قانون اساسی زنده و فلسفه جامعه‌شناسانه بنجامین کاردوزو نقدهایی بر این نگرش بودند که هر کدام چارچوبی برای تفسیر قانون اساسی پیشنهاد دادند.

روش دیگر تفسیر، قانون اساسی زنده است. قانون اساسی زنده -یعنی قانون در عمل- به وسیله شاخه‌های سیاسی و قضایی و بر طبق افکار عمومی ساخته می‌شود. سوزانا شری سال‌ها قبل این پرسش را مطرح کرد که آیا باید قانون اساسی را همان‌گونه دید که واضعان می‌دیدند یا نه. به نظر او دادگاه‌ها به چیزهایی خارج از متن قانون اساسی برای تعیین اعتبار عمل حکومت توجه می‌کنند.<sup>۶</sup> به گفته اشترواس، نیز یک قانون اساسی خوب باید دو چیز را فراهم کند: از یک

1. Shigong, Tiong. "Written and Unwritten Constitution: A New Approach the Study of Constitutional Government in China." *Modern chain*. 2010. p22.

2. Roznai, Yaniv. Op cit. 2017p187.

3. Sherry, Suzanna. "The Founders Unwritten Constitution." *The University of Chicago Law Review*. Vol 54. No4. 1987. P1127.

4. Strauss. op cit. 2010. P29.

5. the dead hand of pass

6. Sherry. Op cit .

طرف قابلیت انعطاف و به‌روزآمد شدن داشته باشد و از طرف دیگر انعکاس مجموعه‌ای از اصول و ارزش‌های جامعه باشد.<sup>۱</sup> به باور او، قانون اساسی آمریکا چون از روش‌شناسی کامن‌لا استفاده کرده است، هر دو ویژگی را دارد.<sup>۲</sup> طبق این روش‌شناسی، قانون در طول زمان با تعداد زیادی از تصمیم‌ها در پرونده‌های خاص توسعه می‌یابد و هر تصمیم قضایی جدید با رویه‌های تأسیس شده قبلی هماهنگ است. در این رویکرد، دادگاه به یک پرسش پاسخ می‌دهد و پرسش مشابهی در پرونده‌های مشابه پدید می‌آید و میراث قضایی شکل می‌گیرد و هر تفسیری از قانون اساسی باید با فضای رایج کلمات در متن قانون اساسی سازگار باشد و مفاهیم هنجاری متن قانون اساسی با اخلاق رایج گره بخورند. قانون اساسی زنده در حقیقت احترام به صدای مردم است.

منشأگرایی زنده<sup>۳</sup> که جک بالکین پیشنهاد داده است، برای جمع بین قانون اساسی زنده و منشأگرایی بوده است.<sup>۴</sup> به نظر او، باید بین کارکرد قانون اساسی به عنوان قانون برتر<sup>۵</sup> یعنی یک منبع آرزویی از ارزش‌ها، قانون بنیادی،<sup>۶</sup> یعنی قانون برتر در کشور، و قانون مردمان،<sup>۷</sup> یعنی دستاورد ما و تولید و کوشش‌های ما، به عنوان مردم فرق نهاد.<sup>۸</sup> این رویکرد شبیه منشأگراها، تاریخی است، اما به اصول اخلاقی هم توجه و تأکید می‌کند که دادگاه باید به تاریخ ملت، سنت حقوقی و سنت‌های حقوقی توجه کند.<sup>۹</sup> به باور این دسته، یک تفسیر خوب از قانون اساسی فقط بر فرهنگ لغت تکیه نمی‌کند، بلکه بر ماهیت و کارکرد نهادها و نیز بر ارزش‌های سیستم سیاسی تأکید می‌کند.<sup>۱۰</sup>

1. Strauss.op cit. 2010. P1.

2. Ibid. p34.

3. living originalism

4. Goldsworthy,Jeffry. "Constitution culture democracy and unwritten principle". *Illinois Law Review*.No 3. 2012. P683.

5. higher law

6. basic law

7. laws people

8. Goldsworthy. Op cit. p 686.

9. Mcconnel, Michal. "Tradition and Constitutional Before the Constitution." *University of Illinois Law Review*. Nol. 1998. P174.

10. Repaczyink ,Andrezet. "The Ninth Amendment and the Unwritten Constitution the Problem of the Constitutional Interpretation." *Chicago-cent Law Review*. Vol 64. Issue 1. 1998. P178.

برخی نیز بر این باورند که قانون اساسی باید بر اساس ارادهٔ مردم تفسیر شود. جفرسون در سال ۱۷۸۹ م نوشت: «زمین متعلق به زندگان است و یک نسل نمی‌تواند نسل‌های بعد را ملزم کند». رابطه و نسبت نسل‌های آینده با ما، مثل استقلال یک ملت از یک ملت است.<sup>۱</sup> آکرمن در آمریکا در همین فضا، تئوری مهم دموکراسی دوآلیست را مطرح کرد. با این حال، برخی می‌گویند قانون اساسی نباید بر اساس ارادهٔ مردم، بلکه باید بر اساس خرد و عدالت تفسیر شود.<sup>۲</sup> به باور آنها، بخشی از قانون اساسی آمریکا محصول و تولید اراده و بخشی محصول خرد است و تعارض بین خرد و اراده همیشه بوده است. این تعارضی است بین آنچه باید انتخاب بشود و آنچه باید ساخته بشود. به نظر می‌رسد قانون اساسی سنتزی بین ارادهٔ مردم و علم سیاست است؛ یعنی هماهنگی بین ارادهٔ مردم و تأملات علمی. به عبارت دیگر، هم مردم باید رضایت داشته باشند و هم از لحاظ علمی صحیح باشد.<sup>۳</sup> به هر حال، چنان‌که دیتر گریم گفته‌است، اگرچه تفسیر، قدرتی فراتر از متن به مفسر نمی‌دهد، مفسر معنا را تغییر می‌دهد.<sup>۴</sup> تفسیر، خلأ واژه‌های انتزاعی و کلی موجود در متن و موقعیت واقعی و صحیحی را که متن در آن اعمال می‌شود، پر می‌کند.<sup>۵</sup> برای نمونه، در آلمان از سال ۱۹۵۷، دیوان عالی از حق‌های بنیادین به وسیلهٔ تفسیر دفاع کرد. نویسندگان ایرانی نیز به این مسئله دقت نظرهایی داشته‌اند و در برخی مقالات بر تفاوت تفسیر قانون اساسی با سایر قوانین تأکید نموده<sup>۶</sup> و ضمن اشاره به دو رویکرد اصلی منشأگرایی و غیر منشأگرایی نشان داده‌اند که رویکرد شورای نگهبان در ایران عموماً رویکردی منشأگرا بوده است.<sup>۷</sup> برخی نیز ضمن تأکید بر قصدگرایی دادرسی اساسی در ایران، کوشش کرده‌اند

1. Strauss.op cit. 2010. P24.

2. Mcconnel. Op cit. p174.

3. Kahn,Paul. "Community in Contemporary Constitutional Theory." *Faculty Scholarship Paper*. Vol 99. No1. 1989. P2.

4. Grimm.op cit. 2010.p41.

5. Ibid.p40.

۶. بهادری جهرمی، محمد، جایگاه حقوقی تفسیر رسمی قانون اساسی در مقایسه با متن قانون اساسی با تأکید بر نظام حقوقی ایران، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال پنجم ۱۳۹۵، شماره ۱۴.

۷. پروین، خیرالله، بهنام مبصری، بررسی نسبت میان هرمنوتیک حقوقی و آرای تفسیری شورای نگهبان، فصلنامهٔ مطالعات حقوق عمومی دوره ۴۷، ۱۳۹۶، شماره ۲؛ خلف‌رضایی، حسین، رویکردهای تفسیر قانون اساسی؛ با نگاهی به نظریات شورای نگهبان، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال سوم، ۱۳۹۳، شماره ۷.

برداشت‌های جدیدی از آن ارائه دهند.<sup>۱</sup> شاید بتوان گفت که شورای نگهبان در ایران از قاعده تغییر غیررسمی قانون اساسی مستثنا نیست و با تفاسیری که از برخی از اصول قانون اساسی در ایران ارائه داده است، باعث تغییر غیر رسمی این اصول شده است. البته بررسی مشخص کردن این مصادیق نیازمند نوشته‌های مستقلی است.

### ۴.۳. سایر موارد تغییر غیررسمی قانون اساسی

به گفته پیتربا برل، قانون اساسی فقط یک متن قضایی یا مجموعه‌ای از قواعد هنجاری نیست، بلکه یک درک فرهنگی است و انعکاسی از یک فضای فرهنگی و بنیادها و انتظارات جامعه<sup>۲</sup> و مجموعه‌ای از تاریخ، عرف، ارزش‌ها، سنت‌ها، تاریخ و آزادی‌هاست. آنها با هم هویت قانون اساسی را تشکیل می‌دهند و این هویت هرگز ایستاتیک نیست.<sup>۳</sup> چنان‌که اشاره شد، کانونشن‌ها و تفسیر دو مورد اصلی تغییر غیررسمی قانون است. اما به جز این دو، موارد دیگری را نیز برای تغییر غیررسمی برشمرده‌اند. عرف اساسی یکی از مفاهیم مهم حقوق اساسی است. عرف برخلاف کانونشن‌ها یا رویه‌های اساسی که اعمال بازیگران در عرصه سیاست است، عملی حقوقی محسوب می‌شود و در همه شاخه‌های دانش حقوق از حقوق بین‌الملل تا حقوق خصوصی به عنوان یکی از منابع حقوق شناخته می‌شود. عرف دارای دو رکن مادی و معنوی است. در رکن مادی، سخن از عملی است که مربوط به زمامداری می‌باشد و در رکن معنوی اعتقاد و جنبه الزام‌آوری آن مطرح است. این عمل باید ویژگی‌هایی نیز داشته باشد که حقوق دانان حقوق اساسی عمومیت، تکرار، عدم ابهام، استمرار و اجماع را از مهم‌ترین این ویژگی‌ها ذکر کرده‌اند. عرف اساسی به سه نوع تقسیم می‌شود: عرف مفسر یا تفسیرکننده قانون اساسی که ابهام قانون اساسی را رفع می‌کند. عرف مکمل یا تکمیل‌کننده قانون اساسی که نقص‌های قانون اساسی را

۱. مزارعی، غلامحسین، قصدگرایی در تفسیر قانون اساسی مندرج در: **در تکاپوی حقوق عمومی**. به کوشش علی اکبرگرچی. تهران: انتشارات جنگل. ۱۳۹۴.

2. Haberer, Peter. "The Constitutional State and its Reform Requirements." *Ratio Juris*. Vol13. Issue1. 2000.

3. Jacobsohn, Gary jeffrey. *constitutional identity*. Harvard college law. 2006.

رفع می‌کند و عرف معدل یا تعدیل‌کننده قانون اساسی که چیزی را به قانون اساسی اضافه یا حذف می‌کند.<sup>۱</sup>

«ابر مصوبات»؛<sup>۲</sup> این اصطلاحی است که توسط اسکریچ و فریجان نخستین بار به کار گرفته شد و به قوانین عادی اشاره می‌کند که یک چارچوب نهادی یا هنجاری جدیدی به وجود می‌آورند و اگر چه توسط نهادی غیر از قوه مؤسس، یعنی قانون‌گذار عادی، به وجود می‌آیند، به علت اهمیت فراوان آنها و اینکه موضوعی را بررسی می‌کنند که وضعیت جدید یا نهاد جدیدی را به وجود می‌آورد، اهمیت اساسی پیدا می‌کنند و حتی دادگاه‌ها هم برای آنها اهمیت بیشتری قائل می‌شوند و ارزش شبه قانون اساسی پیدا می‌کنند. برای مثال، دولت باید بر مبنای خیر عمومی قانون‌گذاری کند، یا اینکه باید به اصل حاکمیت مردمی وفادار باشد.<sup>۳</sup>

«شبه قانون اساسی»؛<sup>۴</sup> این اصطلاح در کانادا برای قوانینی به کار برده می‌شود که حتی علی‌رغم تصویب قوانین متضاد و متعارض با آنها، باز هم باقی می‌مانند و مورد استفاده قرار می‌گیرند و این خلاف رویه‌ای است که در خصوص سایر قوانین وجود دارد. آنها معمولاً در نظام حقوق اساسی مورد تأیید قرار گرفته‌اند و تا زمانی که به صراحت توسط قانون‌گذار نسخ یا لغو نشوند، باقی می‌مانند. برای مثال، 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 می‌خواهند از نسخ ضمنی قانون در آینده جلوگیری کنند. در کانادا 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 این

۱. برای دیدن مفهوم عرف اساسی شرایط و انواع آن رک: عباسی، بیژن، **عرف در حقوق اساسی**، حقوق اساسی، ۱۳۸۵، شماره ۶ و ۷؛ پروین، خیرالله، **درآمدی بر مفهوم و موازین عرف حقوق اساسی**. پژوهش‌های فقهی، دوره دوازدهم، ۱۳۹۵، شماره ۲؛ پروین، خیرالله، **از قانون اساسی عرفی تا عرف حقوق اساسی**. فصلنامه حقوق دوره ۴۳، ۱۳۹۲، شماره ۲؛ کاپیتان، رنه، **عرف اساسی**، ترجمه سید ناصر سلطانی. مندرج در از ← **حق‌مداری تا حکومت قانون مجموعه مقالات اهدایی به دکتر محمدمحمدی گرگانی**، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶.

2. super statutes.

3. Eskridge, William John, Ferejohn. "super-statute", *Duke Law Journal*. Vol50. 2001.

4. Quasi constitution

دسته‌اند.<sup>۱</sup> در دهه ۱۹۷۰، برای نخستین بار دیوان عالی کانادا از این اصطلاح استفاده کرد و این مقررات را به رسمیت شناخت. برخی آنها را ضروری قانون اساسی خوانده‌اند.<sup>۲</sup>

موارد دیگری نیز در برخی از تحقیقات به عنوان روش‌های تغییرات غیررسمی قانون اساسی ذکر شده‌اند؛ برای نمونه در آمریکا کنگره می‌تواند قوانینی را در خصوص شرح مقررات اساسی به تصویب برساند که به قانون‌گذاری بنیادی<sup>۳</sup> معروف‌اند. اعمال قوه مجریه در کشورهایی که دارای نظام ریاستی‌اند، نیز از جمله مواردی است که می‌تواند به تغییر غیررسمی قانون اساسی منجر شود. برای نمونه، استفاده از گزینه حمله نظامی در آمریکا توسط رئیس‌جمهور بدون اجازه از مجلس که بارها صورت گرفته است. اعمال احزاب سیاسی نیز می‌تواند به تغییر غیررسمی منجر شود. برای نمونه، شیوه انتخاب رئیس‌جمهور و فرایند آن در آمریکا عملی است که توسط احزاب سیاسی به وجود آمده است. اعمال سیاسی رهبران نیز می‌تواند به تغییر قانون اساسی منجر شود. برای نمونه، در ایران تغییر غیررسمی اصل ۴۴ قانون اساسی از طریق ابلاغ سیاست‌های کلی نظام نمونه‌ای از تغییر غیررسمی یکی از اصول قانون اساسی است.<sup>۴</sup>

## ۵. حد و مرزهای تغییر قانون اساسی

مسئله مهم دیگر در خصوص تغییر غیررسمی قانون اساسی حدود و ثغور این کار است. به گفته راجر شرمن، از پدران قانون اساسی آمریکا، قانون اساسی عمل مردم است و باید همیشگی باقی بماند، اما اصلاح، عمل حاکمان است. بنابراین با اصلاح قانون اساسی نمی‌توان همه آن را خراب کرد و قانون اساسی جدیدی ساخت.<sup>۵</sup> این بحث‌ها در سه دهه نخست قرن بیستم بسیار پررنگ شد و برخی می‌گفتند اصلاح هیچ مرزی ندارد. اما برخی در مخالفت با این سخن می‌گفتند اصلاح باید واقعاً اصلاح باشد نه اینکه یک قانون اساسی جدید بسازد و اینکه اصلاح

1. Albert. Op cit. 2016. And Heils, John. *Quasi-constitutional Laws of Canada*. Irwin Law Inc. 2018.

2. MacDonnell, Anessa. "A Theory of Quasi-Constitutional Legislation." *Osgood Hall Law Journal*. No 53. 2016.

3. Basic Legislation

۴. برای دیدن نظر مخالف رک: طحان نظیف، هادی و مصطفی منصوریان، **سیاست‌های کلی اصل ۴۴؛ بازنگری غیررسمی قانون اساسی یا استفاده از ظرفیت اصل ۴۴**، دانش حقوق عمومی، سال پنجم، ۱۳۹۵.

5. Roznai, Yaniv. Op cit. p39.

قانون اساسی نمی‌تواند از طرح و هدف قانون اساسی دور شود. به گفته مورفی، اصلاح قانون اساسی نمی‌تواند قانون اساسی را ویران کند.<sup>۱</sup>

محدودیت‌های اصلاح دو دسته‌اند: محدودیت‌های صریح و ضمنی. محدودیت‌های صریح همان است که پیش‌تر به آنها اشاره کردیم؛ یعنی مواردی که قانون اساسی صراحتاً اعلام می‌کند که غیرقابل اصلاح است. اما منظور از محدودیت‌های ضمنی، یعنی ساختارهای بنیادین، روش‌های اساسی میراث یک کشور و هویت اساسی.<sup>۲</sup> البته یک دسته دیگر هم هست که به فرا قانون اساسی<sup>۳</sup> معروف و شامل دو قسمت است: حقوق بین‌الملل و حقوق طبیعی یا حقوق بشر. قواعد حقوق بین‌الملل و حقوق طبیعی اصلاح قانون اساسی را محدود می‌کنند. حتی جورج والد پیشنهاد داد که از حق‌های بنیادین جهانی پدید بیاید که اصلاح قانون اساسی در کشورهای جهان را محدود کند.<sup>۴</sup>

در اصلاح غیررسمی قانون اساسی چند نکته مهم را باید در نظر گرفت: نخست اینکه اصلاح در بستر دموکراسی و ارزش‌های مورد تأیید دانش حقوق عمومی و نقش مردم صورت می‌گیرد. یعنی قرار نیست اصلاح غیررسمی بستری را فراهم کند که نظام حقوق اساسی مدرن را زیر پا گذارد؛ دومین نکته مهم این است که قانون اساسی همچنان معیار و مبناست و اصلاح قانون اساسی نمی‌تواند قانون اساسی را ویران کند، نباید اصول اساسی آن را تخریب کند و باید از ارزش‌های اساسی حراست شود.<sup>۵</sup> باید توجه داشت که قانون اساسی ارزش‌های یکسان ندارد<sup>۶</sup> و همه اصول آن یکدست نیست. یک متخصص حقوق اساسی باید بتواند ارزش‌ها و اصول قانون اساسی را طبقه‌بندی کند. آنچه قوام و دوام یک قانون اساسی بر آن مبتنی است، نمی‌تواند با اصلاحات غیررسمی از بین برود.

1. Roznai, Yaniv. Op cit. p142.

2. Roznai, Yaniv. "Toward a Theory of Unamendability." *Public Law and Legal Theory Series Workable paper*. No15. 2012.

3. Supra- constitution

4. Roznai, Yaniv. Op cit. 2017, p84.

5. Ibid. p144.

6. Morphy, Walter. "An Ordering Constitutional Value." *Southern California Law Review*, No53. 1979.

مسئله مهم دیگر در اصلاح قانون اساسی، محیط جامعه است. زیرا قانون اساسی در یک جامعه حضور و وجود دارد. قانون اساسی فقط یک ساختار نیست، بلکه یک ابزار ارگانیک هم است و مفهوم قانون اساسی زنده به همین اشاره می‌کند. قانون اساسی یک درخت زنده و در حال رشد و تحول است و با پیشرفت‌های فرهنگی و فلسفی آن جامعه تحول می‌یابد و مانند یک انسان بنیانش باقی می‌ماند.<sup>۱</sup> یعنی اگرچه چهره و شکل ظاهر انسان از تولد تا مرگ بارها تغییر می‌کند، اما بنیان و چارچوب او یکی است. قانون اساسی نیز چنین است و علی‌رغم همه تغییرات، قرار نیست بنیاد و چارچوبش تغییر کند. از این رو گفته‌اند که قانون اساسی یک کد ژنتیک است<sup>۲</sup> و از طریق آن می‌توان به بنیاد و اساس یک کشور پی برد. به گفته جوزف رز، قانون اساسی آمریکا یک خانه است که دویست سال پابرجا مانده و اگرچه بارها تغییر کرده، اما اساس آن پابرجاست.<sup>۳</sup> اگر کسی معتقد باشد که اصلاح قانون اساسی باید در قسمت‌های اساسی قانون اساسی نیز دست ببرد، این دیگر اصلاح رسمی یا غیررسمی نیست، بلکه تغییر اساسی است و بی‌شک مردم می‌توانند سیستم حکومت خود را تغییر دهند، اما آن از طریق اصلاح نخواهد بود و برای این کار باید از قدرت مؤسس استفاده کنند.<sup>۴</sup>

---

1. Roznai, Yaniv. Op cit. p147.

2 Ibid. p149.

3 Raz, Joseph. *Between Authority and Interpretation On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford University Press. 2009. p370.

4 Roznai, Yaniv. Op cit. p149.



## نتیجه گیری

قانون اساسی به عنوان یکی از مهم‌ترین مفاهیم حقوق عمومی دارای پیچیدگی‌های فراوانی است و در همه کشورهای که سنتی قوی در حقوق اساسی دارند، مباحث بسیاری درباره آن مطرح است که عموماً در تئوری‌های حقوق اساسی مطرح می‌شوند. یکی از این مباحث، تغییرات و اصلاحات قانون اساسی است که خود به دو قسمت تغییرات رسمی و غیررسمی تقسیم می‌گردد و هر کدام دارای زیرشاخه‌ها و بحث‌های متعدد و پیچیده‌ای است. تمرکز این مقاله بر روی تغییرات غیررسمی قانون اساسی بود و کوشش کرد و جوهی از این بحث بسیار پیچیده را مطرح کند. حقوق‌دانانی که رویکردهای پوزیتیویستی به حقوق دارند، معتقدند چیزی به جز متن نمی‌تواند در قانون اساسی نقش داشته باشد. حقوق‌دانانی که دارای رویکردهای کلاسیک و رسمی‌اند نیز با این مفاهیم چندان هم‌دل نیستند و جنبه قداست و اهمیت متن قانون اساسی را نمی‌توانند از نظر دور نگه دارند. همچنین از این دل‌نگران‌اند که طرح این مباحث به سلب آزادی‌ها منجر شود. علی‌رغم اهمیت این دغدغه‌ها نمی‌توان از طرح این مباحث در حقوق اساسی چشم پوشید؛ زیرا در این صورت متن به سمتی خواهد رفت و واقعیت جامعه به سمتی دیگر و بر شکاف‌ها افزوده خواهد شد.

این بحث‌ها دیرگاهی است که در بسیاری از کشورهای جهان مطرح شده است و مطرح کردن آنها در ایران می‌تواند به بحث‌های جدیدی دامن بزند. برای نمونه بررسی گردد که آیا قانون اساسی ایران نیز در این چهار دهه از طرق غیررسمی تغییر یافته و این تغییرات در کدام حوزه‌ها و از چه روش‌هایی صورت گرفته است. آیا می‌توان کانونشن‌ها را در نظام حقوقی ایران پذیرفت و آیا تفاسیر شورای نگهبان توانسته است قانون اساسی را از طرق غیررسمی تغییر دهد. طرح هر کدام از این پرسش‌ها نیازمند تحقیقات مستقلی است. اما در این مسئله تردیدی نیست که تا زمانی که مباحث نظری این بحث‌ها مشخص و مطرح نگردد، نمی‌توان به نحو دقیق و علمی در مورد ایران سخن گفت.

## فهرست منابع

## الف) منابع فارسی

## کتاب

۱. جعفری، محمد حسین، *اصول حاکم بر تفسیر قانون اساسی در ایران و آمریکا*، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۲.
۲. جعفری، محمد حسین و همکاران، *مطالعه تطبیقی تفسیر قانون اساسی*، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۶.
۳. کاپیتان، رنه، عرف اساسی، ترجمه سید ناصر سلطانی. *مندرج دراز حق مداری تا حکومت قانون مجموعه مقالات اهدایی به دکتر محمد محمدی گرگانی*، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶.
۴. مزارعی، غلامحسین، *قصدگرایی در تفسیر قانون اساسی مندرج در: در تکاپوی حقوق عمومی*. به کوشش علی اکبرگرگی. تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۴.

## مقاله

۵. بروکه، سام، *ایجاد قانون اساسی و اصول تغییر ناپذیر*، ترجمه مجتبی همتی، حقوق اساسی، سال هفتم، ۱۳۸۷، شماره ۹.
۶. بهادری چهرمی، محمد، *جایگاه حقوقی تفسیر رسمی قانون اساسی در مقایسه با متن قانون اساسی با تاکید بر نظام حقوقی ایران*، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال پنجم، ۱۳۹۵، شماره ۱۴.
۷. پروین، خیرالله، *درآمدی بر مفهوم و موازین عرف حقوق اساسی*، پژوهشهای فقهی، دوره دوازدهم، ۱۳۹۵، شماره ۲.
۸. پروین، خیرالله، *از قانون اساسی عرفی تا عرف حقوق اساسی*، فصلنامه حقوق دوره ۴۳، ۱۳۹۲، شماره ۲.

۹. پروین، خیرالله و بهنام مبصری، **بررسی نسبت میان هرمنوتیک حقوقی و آرای تفسیری شورای نگهبان**، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دوره ۴۷، ۱۳۹۶، شماره ۲.
۱۰. تقی زاده جواد و معصومه فدایی جویباری، **بررسی اصل ۱۷۷ قانون اساسی با تاکید بر مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی**، تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۲، شماره ۶۳.
۱۱. حبیبزاده، توکل و مصطفی منصوریان، **تحلیلی بر تغییر قانون اساسی خارج از تشریفات رسمی مصرح آن**، دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۵، شماره ۱۳.
۱۲. خلفرضایی، حسین و مصطفی منصوریان، **مکاتب و رویکردهای تفسیر قانون اساسی**، پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل ۹۳۱۳۰۰۳۴، ۱۳۹۳.
۱۳. خلفرضایی، حسین، **رویکردهای تفسیر قانون اساسی؛ با نگاهی به نظریات شورای نگهبان**، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال سوم، ۱۳۹۳، شماره ۷.
۱۴. سلطانی، سیدناصر، **اعتبارسنجی عرف و رویه‌های قانون اساسی**، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال ششم، پاییز و زمستان، ۱۳۹۶، شماره ۳.
۱۵. طحان نظیف، هادی و مصطفی منصوریان، **سیاستهای کلی اصل ۴۴؛ بازنگری غیررسمی قانون اساسی یا استفاده از ظرفیت اصل ۴۴**، دانش حقوق عمومی، سال پنجم، ۱۳۹۵.
۱۶. عباسی، بیژن، **عرف در حقوق اساسی**، حقوق اساسی، ۱۳۸۵، شماره ۶ و ۷.
۱۷. علم الهدی، حجت الله و مصطفی منصوریان، **مبنا ماهیت و تضمین محدودیت های بازنگری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۷، شماره ۱۹.
۱۸. غمامی، سیدمحمد مهدی و مصطفی منصوریان، **تضمین محدودیتهای اصلاح قانون اساسی با تامل بر آموزه‌های محدودیتهای ضمنی**، دانش حقوق عمومی، سال چهارم، ۱۳۹۴، شماره ۱۱.
۱۹. مرادخانی، فردین، **بررسی مفهوم رویه‌های اساسی در حقوق اساسی**، فصلنامه مطالعات حقوقی، دوره یازدهم، بهار ۱۳۹۸، شماره ۱.

## ب) منابع انگلیسی

**Books**

20. Amar, Akhil, Reed. *Americans Unwritten Constitution the Precedent and Principle We Live By*. New York: Basic books .2012.
21. Barnett, Hillarie. *Understanding Public Law*. Rutledge-Cavendish publishing. 2010.
22. Dicey, Albert. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Liberty. 1982.
23. Ginsburg, Tom. Elling. Zachary. James Melton. *the endurance of national constitutions-* Cambridge University press. 2009.
24. Heard. Andrew. *Canadian Constitutional Convention the Marriage of Law and Politics*. Oxford University Press. 2013.
25. Heils, John. *Quasi-constitutional Laws of Canada*. Irwin Law Inc. 2018.
26. Jacobsohn. Gary jeffry. *constitutional identity*. Harvard college law. 2006.
27. Jenings. Ivor. *The law and the constitution*, University of London Press. 1959.
28. Lutz, Donald. *Principle of Constitutional Design*. Cambridge University Press. 2006.
29. Marshall, Geoffrey. *Constitutional Conventions The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford Clarendon Press. 1984.
30. Morphy, Walter. *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order*. Princeton University Press. 2007 .
31. Oliver, Dawn, Fusaro, Carlo. *How Constitution Change A Comparative Study*. Hart Publishing Oxford. 2011.
32. Passsheir, Raiger. *Formal And Informal Constitutional Change in the Netherlands*, The Dutch Constitution beyond 200: tradition and innovation in a Multilevel Legal Order. Eleven International Publishers. 2018.
33. Passsheir, Raiger. *Informal Constitutional Change Constitutional Change Without Constitutional Amendment in Comparative Perspective*. Amsterdam university press. 2017.
34. Pocoks, J.G. Terence Ball (ed) . *Conceptual Change and the Constitution*. University Press of Kansas. 1988.
35. Raz, Jozeph. *Between Authority and Interpretation On the Theory of Law and Practical Reaso*. Oxford University Press. 2009.

36. Roznai, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendment constitutional: The Limits of Amendment Powers*. Oxford university press. 2017.
37. Strauss, David. *living constitution*. Oxford university press. 2010.
38. Whittington, Keith, E. *Constitutional Construction. Divided Powers and Constitutional Meaning*. Harvard university press. 2001.

### Articles

39. Albert, Richard. "The Structure of Constitutional Amendment Rule." *Wake Forest Law Review*. Boston College Law School. Legal Studies Research Paper. No. 326. 2014.
40. Albert, Richard. "Quasi Constitutional Amendment." *Buffalo Law Review*. Vol. 65, 2016.
41. Albert, Richard. "How Unwritten Constitutional Norms Change Written Constitutions." *Dublin University Law Review*. Forthcoming. No. 38. 2015.
42. Behenke, Nathalie. Arthur Benz. "The Politics of Constitutional Change Between Reform and Evolution." *Journal of Federalism*, vol 39. 2008.
43. Caulfield, Megan. "Constitutional Convention in the U.K: Should They be Codified?" *Manchester study law Review*. vol. 12. 2012.
44. Elster, Jon. "Constitutionalism in Eastern Europe an Introduction". *The University of Chicago Law Review*. No. 58. 1991.
45. Elster, Jon. "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process." *Duke Law Journal*. No. 45. 1995.
46. Eskridge, William. John, Ferejohn. "super-statute", *Duke Law Journal*. Vol. 50. 2001.
47. European Commission for Democracy Theory Law. (Venice commission) *Final Draft Report on Constitutional Amendment Procedure*. Strasburg, 2009.
48. Garliski, Zofia. Lench. Garliski. "External Review of Constitutional Amendments? International Law as a Norm of Reference." *Israel Law Review*. Vol. 44. Issue 3. 2011.
49. Goldsworthy, Jeffrey. "Constitution culture democracy and unwritten principle" *Illinois Law Review*. No. 3. 2012.
50. Griffin, Stephen. "Understanding Informal Constitutional Change." *Tulane Public Law Research Paper*. No. 16-1. 2016.
51. Grimm, Dieter. "Identity and Change." *German Law Journal*. vol. 11, No. 1. 2010.
52. Haberle, Peter. "The Constitutional State and its Reform Requirements." *Ratio Juris*. Vol. 13. Issue 1. 2000.

53. Halmal, Gabor. "Internal and External Limits of Constitutional Amendment. Sovereignty". <https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/Professors/Halmal/Constitutional-Amendment-Power.pdf>. 2017.
54. Kahn, Paul. "Community in Contemporary Constitutional Theory." *Faculty Scholarship Paper*. Vol 99. No1. 1989.
55. Liewellyn, Karl. "The Constitution As an Institution." *Columbia Law Review*. Vol 34. No1. 1934.
56. MacDonnell, Anessa. "A Theory of Quasi-Constitutional Legislation." *Osgood Hall Law Journal*. No 53. 2016.
57. McConnel, Michal. "Tradition and Constitutional Before the Constitution." *University of Illinois Law Review*. No1. 1998.
58. Morphy, Walter. "An Ordering Constitutional Value." *Southern California Law Review*, No53. 1979.
59. Repaczynski, Andrezej. "The Ninth Amendment and the Unwritten Constitution the Problem of the Constitutional Interpretation." *Chicago Law Review*. Vol 64. Issue 1. 1998.
60. Roznai, Yaniv. "Toward a Theory of Unamendability." *Public Law and Legal Theory Series Workable paper*. No15. 2012.
61. Roznai, Yaniv. "The Theory and Practice of Supra-Constitutional. Limits on Constitutional Amendment." *International & Comparative Law Quarterly*. Vol 62. Issue3. 2013.
62. Sherry, Suzanna. "The Founders Unwritten Constitution." *The University of Chicago Law Review*. Vol 54. No4. 1987.
63. Shigong, Tiong. "Written and Unwritten Constitution: A New Approach the Study of Constitutional Government in China." *Modern China*. Vol36. No1. 2010.
64. Strauss, David. "Common law Constitutional Interpretation." *University Chicago Law Review*. Vol63.No3. 1997.
65. Ulrich, K. Preuss. "The Implications of Eternity Clauses: The German Experience." *Israel Law Review*. Vol 44. Issue 3. 2011.
66. Vermeule, Adrian. "Constitutional Amendments and the Constitutional Common Law." *University of Chicago, Public Law Working Paper*. No73. 2004.
67. Yong, Ernest. "The Constitution outside the Constitution." *Yale Law Journal*. No117. 2007.