

Original Article

# Comparative Study of the Scope of the Islamic Republic of Iran's Constitution: From Written to Unwritten Document

Ayat Mulaee<sup>1</sup>, Mohammadreza Mojtehed<sup>2</sup>, Seyed Hossein Malakooti Hashjin<sup>3</sup>, Maedeh Soleymani Dinani<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Associate Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran.

<sup>2</sup> Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran.

<sup>3</sup> Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran.

<sup>4</sup> PhD Student of Public Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.11.7](https://doi.org/10.1001.1.24237566.1402.7.2.11.7)



[10.22080/lps.2023.24490.1423](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24490.1423)

**Received:**

November 8, 2022

**Accepted:**

January 7, 2023

**Available online:**

August 18, 2023

**Keywords:**

Written Constitution,  
Unwritten Constitution,  
Guardian Council, Basic  
Judge, Interpretation of  
the Constitution.

## Abstract

Although it seems that the written document of the constitution regulates and controls the existing constitutional order in the written constitution countries, the reality is that "politics in progress" and existing political transactions are not only not fully under the control of the written document of the constitution, but even in some cases, politics has prevailed over rights and determines the way and direction of the implementation of legal norms. As a result, focusing on the form and format of the Constitution should not prevent the examination of the content and political realities in society. The present article, with a descriptive-analytical method and by studying the opinions of the Guardian Council and other available sources, seeks to answer the question that, does Iran's constitutional law function fully according to the written constitution? This study also tries to discover more about the legal or political nature of the basic order in Iran. The result of the research indicates that in Iran's system of constitutional rights, unwritten and interpretable components link the written text of the constitution with some unwritten areas. On credit, Iran's constitution is neither completely legal nor completely political, and has both written and unwritten aspects, and the opinions of the Guardian Council are a window to understand them.

\*Corresponding Author: Ayat Mulaee

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

Email: [amulaee@tabrizu.ac.ir](mailto:amulaee@tabrizu.ac.ir)



## 1. Introduction

Although it seems that the written document of the constitution regulates and controls the existing constitutional order in the written constitution countries, the reality is that "politics in progress" and the existing political transactions are not only not fully under the control of the written document of the constitution, but even in some cases, politics prevails over rights and determines the manner and direction of the implementation of legal norms. Therefore, focusing on the form and format of the Constitution should not prevent the examination of the content and political realities in society. In other words, a political understanding of the Constitution is not always responsible for controlling political power. In addition to this, the silence of the constitution and its general language can become the basis for various and even conflicting interpretations, which makes it inevitable to go through the appearances of the law.

Considering the fact that the "written constitution" cannot deal with all issues, the ground for the interpreter of the constitution to enter the field of recognition of the constitution is provided. In written legal systems, to clarify the ambiguity through interpretation, the interpreter of the constitution links the written constitution to the "unwritten constitution". As a result, every written legal system is inevitably dependent on unwritten policies that implement the legal norms in practice. From this point of view, no constitutional law system can be completely legal or political. Therefore, the concept of "political constitution" appears when the written law does not fully control the political system of a country, and at this time, this question arises: What is the real

constitution according to which the country's policies operate? In response to this question, instead of a formalist approach (constitution based on the text of the Constitution), which limits one's view to the written constitution and its appearance, the need to adopt a functionalist approach to examine the "real constitution" is felt.

Although Iran's constitution is clearly a codified and written law and has maintained its written form since the approval of the Constitution of the Republic in 1358 and then its revision in 1368, its reliance on Sharia and the existence of some general terms and unwritten content in the constitutional document, has been the basis for the development of the procedure and performance of the Guardian Council in the matter of interpretation or supervision of the Parliament's resolutions. Whether the basic order and politics of Iran fully work according to this written constitution or not, is a question the present study seeks to answer.

## 2. Research Methodology

The data collection in the current study was done through the library method, in which the researchers studied Persian and English sources, examined interpretative and consultative theories, and also investigated the positions and procedures of the Guardian Council. This research follows a descriptive-analytical method and explains and analyzes the unwritten elements, values, and policies beyond the written text and examines their position in comparison with the written document of the Constitution. It also tries to clarify the answer to the research question by presenting concrete examples.

### 3. Findings

This study revealed that Iran's constitutional law system does not fully function according to the written constitution, but Sharia and the concepts derived from it, ethics, as well as general and interpretable principles narrow or expand the scope of the written text of the constitution and determine the flow of the text's implementation.

### 4. Conclusion

In general, the constitutional law system of the Islamic Republic of Iran is special and unique and originates from two main sources of constitutional law and Sharia. On the one hand, the "constitutional document", which has been officially approved and ratified, and its maintenance and guarantee are repeatedly examined in the institution of the Guardian Council, is the source and basis of political action, and on the other hand, "Sharia", which keeps up with the written document, is the criterion of legitimacy and acceptability of the laws and legal regulations of the country as an integral part of the constitution.

In Iran's constitutional rights system, some political facts and continuous interactions of politicians are revealed in the form of dynamics and the scope of Sharia law, and the Guardian Council's opinions are a window to understanding them. In this way, Iran's constitutional system has a written and an unwritten aspect and is neither completely legal nor completely political; sometimes, Sharia controls and guides political processes in a specific normative form and sometimes, it is in the stage of real political action that the scope and examples of Sharia are determined. It is clear that in the second part, the institution of the Guardian Council must use the utmost care and

diligence to avoid authoritarianism and prevent the excessive strengthening of the ruling power.

In addition, by gaining credibility from the behavior and procedure of political activists, some procedures and sometimes metatextual interpretations fill the empty spaces of the text, determine the way of implementing the qualifications of the written text, harmonize the text with the developments of the day, or even in some cases, replace the text and as a result, are an integral part of the general order of Iran's constitutional rights; however, considering that such procedures have not gone through the process of constitutionalism completely and are only valid until the ruling power considers them valid, it is better to make a special distinction between "procedures for the implementation of the constitution" and "the unwritten constitution" to avoid possible misunderstandings in the field of politics and take a step in the original path of constitutionalism. This is despite the fact that the unwritten constitution or the unwritten principles of the constitution come from the spirit of libertarianism and popular acceptance; such values are independent of the text, binding, and valid, and fully comply with the principles of the unwritten constitution.

### Funding

There is no funding support.

### Contribution of the Authors

This article is an extract from a doctoral thesis. Maedeh Soleimani Dinani has collected the materials and organized them with the guidance of the corresponding author, Ayat Moulai. After completing the preliminary work, the text



has been finalized using the comments and suggestions of Mohammad Reza Mojtahdi and Hossein Malkuti Hashjin.

### **Conflict of interest**

The authors declared no conflict of interest.

## علمی پژوهشی

# مطالعه تطبیقی قلمروی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ از سند نوشته تا نانوشته

آیت مولائی<sup>۱\*</sup>، محمدرضا مجتهدی<sup>۲</sup>، سید حسین ملکوتی هاشجین<sup>۳</sup>، مائده سلیمانی دینانی<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> دانشیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.

<sup>۲</sup> استاد گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.

<sup>۳</sup> استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

<sup>۴</sup> دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.11.7](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24490.1423)



[10.22080/lps.2023.24490.1423](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24490.1423)

## چکیده

هر چند به نظر می‌رسد سند مکتوب قانون اساسی در کشورهای مبتنی بر قانون اساسی نوشته، نظم اساسی موجود را تنظیم و کنترل می‌کند اما واقعیت این است که «سیاست در جریان» و داد و ستدهای سیاسی موجود نه تنها به طور کامل تحت کنترل سند نوشته قانون اساسی قرار ندارند بلکه حتی در مواردی سیاست بر حقوق چیره شده و نحوه و مسیر اجرای هنجارهای حقوقی را نیز تعیین می‌نماید. در نتیجه، تمرکز بر شکل و قالب قانون اساسی نباید ما را از بررسی محتوا و واقعیت‌های سیاسی در جریان جامعه بازدارد. نوشتار حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و با مطالعه نظرات شورای نگهبان و سایر منابع در دسترس، در پی پاسخ به این سؤال که، آیا نظم حقوق اساسی ایران به طور کامل بر طبق قانون اساسی نوشته عمل می‌کند؟ در راستای کشف بیشتر ماهیت حقوقی یا سیاسی نظم اساسی در ایران می‌کوشد. آورده‌ی تحقیق حاکی از این است که در نظم حقوق اساسی ما مؤلفه‌های نانوشته و تفسیرپذیر موجب پیوند متن نوشته قانون اساسی با برخی از حوزه‌های نانوشته می‌شود. به اعتباری، مشروطه ما نه کاملاً حقوقی و نه کاملاً سیاسی است و از هر دو وجه نوشته و نانوشته برخوردار است و نظرات شورای نگهبان دریچه‌ای برای شناخت آن‌هاست.

### تاریخ دریافت:

۱۷ آبان ۱۴۰۱

### تاریخ پذیرش:

۲۸ دی ۱۴۰۱

### تاریخ انتشار:

۱ مهر ۱۴۰۲

### کلیدواژه‌ها:

قانون اساسی نوشته، قانون اساسی نانوشته، شورای نگهبان، دادرسی اساسی، تفسیر قانون اساسی.

\* نویسنده مسئول: آیت مولائی

آدرس: دانشیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، ایمیل: [amulaee@tabrizu.ac.ir](mailto:amulaee@tabrizu.ac.ir)

دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.



## ۱ مقدمه

در حالی که مشروطه‌گرایان حقوقی بیشتر تمایل دارند تا ایده‌ی قانون اساسی را معادل با یک سند رسمی مشخص و مدون در نظر بگیرند (Law, 2010, 378) و بنابراین قائل به ایجاد هنجارهای اساسی از مسیر رسمی و در قالب سند برتر و عالی هستند که اجرای آن به وسیله مرجع مستقل قضایی تضمین می‌شود، مشروطه‌گرایان سیاسی بر شکل-گیری و تضمین هنجارهای قانون اساسی واقعی در عملکرد و رویه‌های سیاسی روزمره تاکید می‌کنند (Kálmán, 2019, 1). بنابراین، به اعتبار برداشتی سیاسی از قانون اساسی، تکیه بر قانون اساسی نوشته و توسل به نهاد دادرسی اساسی برای کنترل قدرت سیاسی همیشه پاسخگو نیست. چنانچه در بریتانیا رویه‌ها و اصول نانوشته هر چند بخشی از قانون اساسی به حساب می‌آیند اما به‌طور رسمی و از طریق مراجع قضایی لازم‌الاجرا نیستند. علاوه بر این سکوت قانون اساسی و زبان کلی آن می‌تواند زمینه‌ساز تفاسیر گوناگون و حتی متضاد شود که این خود عبور از ظواهر قانون را ناگزیر می‌سازد. لذا، تمرکز بر شکل و قالب قانون اساسی نباید ما را از بررسی محتوا و واقعیت‌های سیاسی در جریان جامعه بازدارد (مرادخانی، ۱۴۰۱، ۱-۴).

با توجه به این مهم که «قانون اساسی نوشته»<sup>۱</sup> ظرفیت پرداختن به همه‌ی موضوعات را ندارد؛ زمینه‌ی ورود مفسر قانون اساسی به عرصه‌ی بازشناسی قانون اساسی فراهم می‌شود. مقام مفسر قانون اساسی؛ در نظام‌های حقوقی نوشته و در مسیر روشنگری و رفع ابهام از طریق تفسیر، قانون

اساسی نوشته را به «قانون اساسی نانوشته»<sup>۲</sup> پیوند می‌دهد. در نتیجه، ناگزیر هر نظم حقوقی نوشته به سیاست‌های نانوشته‌ای وابسته است که مسیر اجرای هنجارهای حقوقی را در عمل اجرا می‌کنند. از این منظر، هیچ نظام حقوقی اساسی نمی‌تواند به طور کامل حقوقی یا سیاسی باشد.

مفهوم «قانون اساسی سیاسی»<sup>۳</sup> زمانی نمود پیدا می‌کند که قانون نوشته به طور کامل سیستم سیاسی یک کشور را تحت کنترل نداشته باشد و در این هنگام این سوال پیش می‌آید که قانون اساسی واقعی که سیاست‌های کشور طبق آن عمل می‌کنند، چه هستند؟ در پاسخ به جای یک رویکرد فرمالیستی (مشروطه مبتنی بر متن قانون اساسی) که دیدگاه ما را به قانون اساسی نوشته و شکل ظاهری آن محدود می‌کند، نیاز به اتخاذ یک رویکرد کارکردگرایانه برای بررسی «قانون اساسی واقعی»<sup>۴</sup> احساس می‌شود (Shigong, 2010, 13).

هر چند قانون اساسی ایران به وضوح یک قانون مدون و نوشته شده‌است و از زمان تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی در سال ۱۳۵۸، و پس از آن بازنگری سال ۱۳۶۸ قانون اساسی شکل مکتوب خود را حفظ کرده‌است اما اینکه آیا نظم اساسی و سیاست ایران به‌طور کامل بر طبق این قانون اساسی نوشته عمل می‌کند یا خیر؟ سؤالی است که پاسخ به آن هدف پژوهش حاضر خواهد بود.

با وجود تحقیقات مختلفی از سوی پژوهشگران حوزه حقوق عمومی در موضوع قانون اساسی نانوشته و یا مفهوم قانون اساسی سیاسی در مقایسه با قانون اساسی حقوقی،<sup>۵</sup> تاکنون پژوهشی

انتشار و مرادخانی، فردین (۱۴۰۱)، دو برداشت از قانون اساسی (حقوقی و سیاسی)، مجموعه مقالات دومین همایش اصول نانوشته قانون اساسی، قم، دانشکدگان فارابی.

<sup>1</sup> - Written Constitution.

<sup>2</sup> - Unwritten Constitution.

<sup>3</sup> - Political constitution.

<sup>4</sup> - The real constitution.

<sup>۵</sup> - برای نمونه ن ک به: سلطانی، سید ناصر (۱۳۹۹)، **حقوق اساسی نانوشته**، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی

قابل توجهی از اصول و رویه‌های تشکیل‌دهنده‌ی نظم اساسی را نادیده بگیرد.

مفهوم قانون اساسی نانوشته با شناسایی قواعد حقوقی تقریباً در قامت قانون اساسی؛ که در متن قانون اساسی یافت نمی‌شوند، گره خورده است. لذا مجموعه هنجارهایی که در عمل و به لحاظ کارکرد، معادل با هنجارهای موجود در متن قانون اساسی هستند، معیاری از شناسایی هنجارهای اساسی در خارج از متن است (Griffin, 1996, 55). این جاست که تفاوت واقعی میان قواعد و اصول نوشته شده از نانوشته، مشخص می‌شود. آنچه که قانون اساسی نوشته را از قانون اساسی نانوشته تمیز می‌دهد، نوشتن نیست. زیرا چه بسا قواعد و اصولی به هر ترتیبی به صورت نوشته درآیند، لیکن ماهیتاً نانوشته باشند. به این ترتیب، قانون اساسی نانوشته در مفهوم کامن‌لایی، نه به این مفهوم که هیچ سند اساسی نوشته‌ای وجود ندارد بلکه به این مفهوم است که یک سند واحد مدون، مشخص و مرجع به‌عنوان قانون اساسی؛ چنانچه در کشورهای با قانون اساسی مکتوب رایج است، وجود ندارد. برای مثال، در کشوری مانند بلژیک حقوق فردی از اصول قانون اساسی نوشته شده استنباط می‌شود در حالی که در انگلستان اصطلاح اصول قانون اساسی به تصمیمات خاصی که توسط دادگاه‌ها در مورد حقوق افراد صادر می‌شود نیز تعمیم می‌یابد. یعنی یک متن واحدی به نام قانون اساسی وجود ندارد تا اصول و قواعد اساسی از آن قابل برداشت باشد (Walters, 2009, 255).

با توجه به آنچه مطرح شد، قواعد و اصول نوشته و همچنین قواعد و رویه‌های نانوشته با هم نظام کلی حقوق اساسی را تشکیل می‌دهند. به عبارت دیگر، اگر موضوع حقوق اساسی را به هر دو قواعد نوشته و نانوشته تسری بدهیم، قواعد نانوشته؛ اگر با وجود ماهیت سیاسی، بخشی از نظم وسیع حقوق اساسی خواهند بود. (سلطانی، ۱۳۹۶: ۱۰۳).

به‌طور ویژه با تمرکز بر عناصر نانوشته و یا ارزش‌ها و سیاست‌های ورای متن نوشته و بررسی جایگاه آن-ها در مقایسه با سند مکتوب قانون اساسی، به بررسی نظم حقوق اساسی ایران پرداخته است. لذا نوشتار حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و گردآوری داده‌ها به صورت کتابخانه‌ای ضمن شرح توضیحاتی کلی پیرامون موضوع، با ارائه‌ی نمونه‌های عینی، در راستای روشن شدن پاسخ سؤال تحقیق تلاش می‌کند. در این راستا، ابتدا برای درک بهتر موضوع، مفهوم و ماهیت نظم اساسی نانوشته به صورت مختصر به بحث گذاشته می‌شود. سپس در قالب نمودارهایی، «شرع» به‌عنوان مهم‌ترین منبع نانوشته در نظم حقوق اساسی ایران معرفی شده و مصادیق برگرفته از آن همچون نظرات و فتاوی ولی فقیه، حقوق و آزادی‌های افراد و موازین و مبانی اسلام که تاکنون برای اعلام مغایرت مصوبات مجلس، مبنای عمل شورای نگهبان قرار گرفته است، مورد بررسی قرار می‌گیرد. پس از آن به برخی دیگر از مفاهیم کلی مانند؛ اخلاق و فضایل اخلاقی و همچنین اصول تفسیرپذیر و جایگاه آن‌ها در رویه شورای نگهبان، اشاره می‌گردد.

## ۲ مفهوم قانون اساسی نانوشته

اگر قانون اساسی محدود به سند شکلی باشد، تمایز آن از سایر قواعد هنجاری کار ساده‌ای است. زیرا صورت و فرم قانون اساسی نوشته و نحوه‌ی تدوین و تصویب آن به روشنی قانون اساسی را از غیر آن تفکیک می‌سازد. اما اگر قانون اساسی به مفهوم اعم مدنظر قرار گیرد باید به تحلیل ماهیت قواعد اساسی و تمیز آن از قواعد غیراساسی پرداخت. در نتیجه برای تمایز قانون اساسی از غیر آن، به جای توجه به شکل و صورت باید بر محتوا و کارکرد آن تمرکز کرد. یکی از انتقادات اساسی بر فرمالیسم حقوقی و دفاع از قانون اساسی نانوشته نیز توجه به این مهم است که، صرف تمرکز بر بعد شکلی یعنی متن مدون قانون اساسی ممکن است ما را از توجه به بعد مادی قانون اساسی بازدارد و بخش



### ۳ مفاهیم نانوشته در نظام حقوق اساسی ایران

در سیستم حقوقی ایران در پی تضمین برتری قانون اساسی به‌عنوان سند سیاسی و میثاق اجتماعی، شورای نگهبان از یک سو پاسداری از اصول قانون اساسی از طریق نظارت بر قوانین و مقررات و احراز عدم مغایرت آن‌ها با قانون اساسی را عهده‌دار شده است<sup>۱</sup> و از سوی دیگر برای مراقبت از اصول و ارزش‌هایی که پایه و روح قانون اساسی را شکل داده‌اند پاسدار شرع و مسئول احراز عدم مغایرت قوانین و مقررات کشور با احکام و موازین شرعی می‌باشد. بنابراین از یک طرف پاسدار قانون اساسی بوده و اراده‌ی خود را محاط در اراده‌ی مقنن اساسی می‌داند و از طرف دیگر به استناد قانون اساسی پاسدار شرع است<sup>۲</sup> و لذا در عملکرد خود محدود به سند نوشته‌شده و در راستای پاسداری و نگهبانی از شرع و تحقق ابتدای تمام قوانین و مقررات بر آن<sup>۳</sup> لایه‌هایی از قانون اساسی را ارائه می‌دهد که به صراحت در متن قانون نوشته یافت نمی‌شود.

علاوه بر این، وجود برخی عبارات کلی و دارای محتوای نانوشته همچون اخلاق و فضایل اخلاقی در اصولی مانند اصول ۳، ۱۰ و ۱۴ قانون اساسی زمینه‌ساز توسعه رویه و عملکرد شورای نگهبان در نظارت بر مصوبات مجلس بوده است تا جایی که شورا در کنترل مصوبات مجلس علاوه بر انطباق با شرع و قانون اساسی در مواردی مطابقت مصوبه با اخلاق را نیز مورد بررسی قرار داده است.

### ۳،۱ شرع؛ منبع اصلی قانون اساسی

قانون اساسی ایران همانند بسیاری از قوانین اساسی اسلامی، هنجارهای شرعی را «منبع اصلی قانونگذاری»<sup>۴</sup> قرار داده و همواره تطبیق قوانین با موازین شرع را ایجاب می‌کند (Lombardi, 2013, 734).

اندیشه مشروطه‌خواهی در ایران آشکارا با شریعت اسلام گره خورده و هرگز از آن جدا نبوده است. بررسی مذاکرات مجلس خبرگان جایگاه شریعت اسلام را در ذهن طراحان قانون اساسی روشن‌تر می‌کند. چنانچه موسوی تبریزی می‌گوید: «بحث مطابقت با شرع یا قانون اساسی اساساً ایراد دارد چراکه قانون اساسی ما یعنی مجموعه ضوابطی که از قرآن و احادیث مستفاد می‌شود» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ۸۵) و یا در جایی دیگر حسینعلی منتظری می‌گوید: «ما تنها قانون اساسی تصویب خواهیم کرد که زیربنای تمام قوانینش قرآن و سنت پیغمبر باشد. اگر پایه طرح قانون اساسی براساس این مسائل نباشد از نظر ما ساقط و بی اعتبار است» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۱۰۷). همچنین در راستای تاکید بر الزام‌آوری شرع؛ مستقل از متن قانون اساسی، مقدم مراغه‌ای بیان می‌کند: «مردم ایران با اتکا به ایمان و معتقدات اسلامی خود یکپارچه رهبری امام خمینی را پذیرفته‌اند. امام خمینی برای احراز رهبری به قانون اساسی استناد نکرده است و نفوذ و قدرتی که امام دارد منبعث از قانون اساسی مدون نیست بلکه سرچشمه نیروی

اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است. به این ترتیب در این اصل حکومت موازین شرع بر قانون اساسی مورد تصریح قرار گرفته است.

4 - The Chief Source of Legislation.

۱ - اصول نود و یکم، نود و چهارم و نود و هشتم قانون اساسی.

۲ - موضوع اصل نود و یکم قانون اساسی.

۳ - موضوع اصل چهارم قانون اساسی؛ از یک سو گستره اصل چهارم نسبت به همه اصول قانون اساسی به نوعی این اصل را به یکی از اصول فرا قانون اساسی تبدیل نموده است و از سوی دیگر آنچنان عام الشمول نگارش شده است که هر گونه مقرر-ای در جمهوری اسلامی ایران، مشمول آن خواهد شد. طبق اصل چهارم: کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی،



التزام به روح حاکم بر قانون اساسی است. در یک نظام اسلامی، به جای مجموعه‌ای از قوانین دقیق و مدون که امروزه به‌طور گسترده‌ای به‌عنوان ویژگی اصلی قانون نوشته مورد توجه قرار می‌گیرد، «شریعت» در اصل بیشتر شبیه یک بحث زنده در مورد کشف ایده‌های به صلاح جامعه از راه عقل و اجتهاد نقش‌آفرین می‌شود (Lloyd, 2008, 37). در نتیجه، شرع در مقایسه با سند مکتوب قانون اساسی، ماهیتی نانوشته دارد.

شرع در جایگاه منبع اصلی و البته نانوشته قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بارها و بارها از سوی نهاد شورای نگهبان مبنای رد مصوبات مجلس شورای اسلامی قرار گرفته است. فراوانی استناد به شرع در نظرات شورای نگهبان حاکی از منبع و مبنای بودن این مهم در نظام حقوق اساسی ایران است. برای درک بهتر جایگاه شرع در نظام حقوق اساسی ایران و اثبات هم‌ترازی آن با سند مکتوب قانون اساسی، علی‌رغم ماهیت نانوشته‌ی آن، پس از بررسی موارد اعلام مغایرت مصوبات مجلس با شرع و قانون اساسی، طی ده دوره چهار ساله، نتایج حاصل از بررسی به شرح ذیل گزارش می‌شود:<sup>۲</sup>

**شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی،** (۱۳۸۵)، دوره پنجم، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تهران: نشر دادگستر؛ **مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی،** (۱۳۹۱)، دوره ششم، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تهران: اداره چاپ و انتشار معاونت حقوقی ریاست جمهوری؛ **مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی،** (۱۳۸۹)، دوره هفتم، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات؛ **مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی،** (۱۳۹۲)، دوره هشتم، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان؛ **مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی،** (۱۳۹۶)، دوره نهم، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.

رهبری امام اسلام است که به ذات دارای نیرو است» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ۳۷۴).

به‌طور کلی، شریعت در نظام‌های حقوقی اسلامی منبع اصلی قانون اساسی نوشته تلقی شده و با وجود سند نوشته همواره به‌عنوان یک منبع نانوشته و بخش جدایی‌ناپذیر قانون اساسی اثرگذار بوده است.<sup>۱</sup> در یک نظام حقوقی اسلامی، «شرع» در جایگاه منبع اصلی حقوق اساسی، فراتر از سند مکتوب قرار گرفته و به هنجارهای قانون اساسی محتوا می‌بخشد. تفکر و اجتهاد به‌عنوان عنصری پویا و زاینده شرایط متحول و متغیر اجتماعی، مدنظر قرار گرفته است (میرموسوی، ۱۳۸۴: ۱۰۷). علاوه بر این، اداره زندگی دنیوی و برقراری نظم و جلوگیری از هرج و مرج به عنوان غایت و کارکرد اصلی شریعت زمینه‌ساز ورود مصلحت در شریعت و سیالیت مفهوم آن در پرتو تحولات اجتماعی گشته است (میرموسوی، ۱۳۸۴: ۳۷۰). بنابراین، با توجه به کارکرد «اجتهاد» و «مصلحت» به‌عنوان دو عنصر پویای شرع برای استنباط احکام شرعی؛ متناسب با ضروریات هر عصر، ایده مشروطه اسلامی نه یک تبعیت صرف از اصول قانون اساسی و نه پایبندی فرمالیستی به نوشته‌های آن بلکه در حقیقت همان

۱ - چنین استدلالی از منظر مکتب کارکردگرایی (Functionalism)؛ یعنی نقش، عمل، اثر و کارکردی که یک پدیده در جامعه از خود به جای می‌گذارد، قابل طرح و دفاع است.

۲ - ن ک به: **مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی،** (۱۳۹۰)، دوره اول، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات؛ **مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی،** (۱۳۸۹)، دوره دوم، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تهران: اداره چاپ و انتشار معاونت حقوقی ریاست جمهوری؛ **مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی،** (۱۳۸۵)، دوره سوم، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تهران: نشر دادگستر؛ **مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی،** (۱۳۸۵)، دوره چهارم، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تهران: نشر دادگستر؛ **مجموعه نظرات**



جدول ۱: داده های مورد بررسی در اعلام مغایرت با شرع

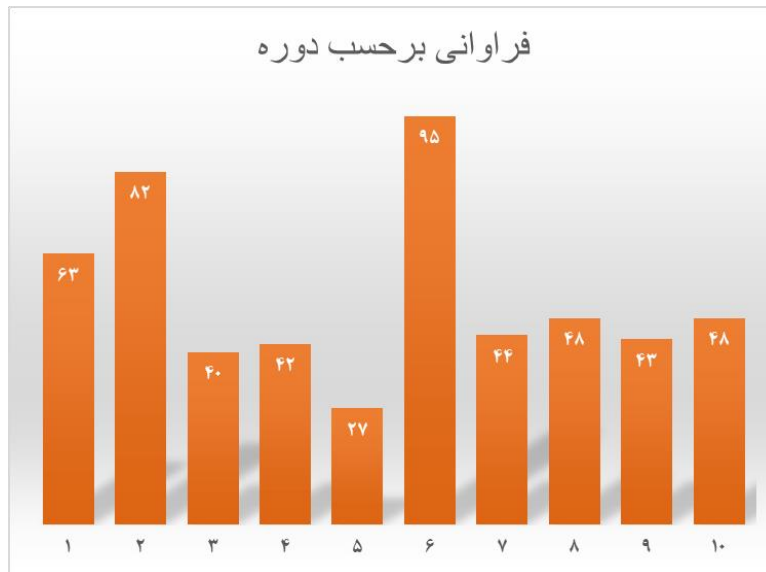
سال	دوره	فراوانی
۱۳۵۹-۱۳۶۳	۱	۶۳
۱۳۶۳-۱۳۶۷	۲	۸۲
۱۳۶۷-۱۳۷۱	۳	۴۰
۱۳۷۱-۱۳۷۵	۴	۴۲
۱۳۷۵-۱۳۷۹	۵	۲۷
۱۳۷۹-۱۳۸۳	۶	۹۵
۱۳۸۳-۱۳۸۷	۷	۴۴
۱۳۸۷-۱۳۹۱	۸	۴۸
۱۳۹۱-۱۳۹۵	۹	۴۳
۱۳۹۵-۱۳۹۹	۱۰	۴۸

جدول ۲: داده های مورد بررسی در اعلام مغایرت با قانون اساسی

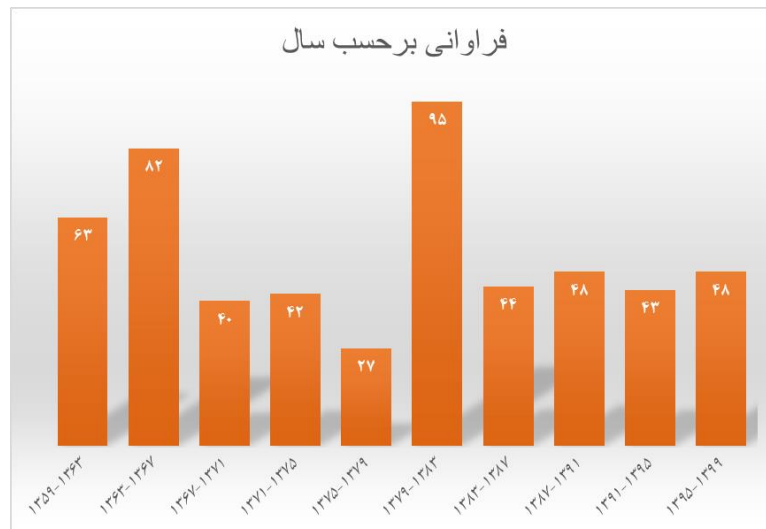
سال	دوره	فراوانی
۱۳۵۹-۱۳۶۳	۱	۷۸
۱۳۶۳-۱۳۶۷	۲	۸۰
۱۳۶۷-۱۳۷۱	۳	۶۱
۱۳۷۱-۱۳۷۵	۴	۹۷
۱۳۷۵-۱۳۷۹	۵	۷۷
۱۳۷۹-۱۳۸۳	۶	۱۱۴
۱۳۸۳-۱۳۸۷	۷	۹۰
۱۳۸۷-۱۳۹۱	۸	۱۳۵
۱۳۹۱-۱۳۹۵	۹	۹۲
۱۳۹۵-۱۳۹۹	۱۰	۷۲

اساسی ایران، داده‌های مورد بررسی در قالب نمودارهای میله‌ای به شرح ذیل ترسیم شده است.

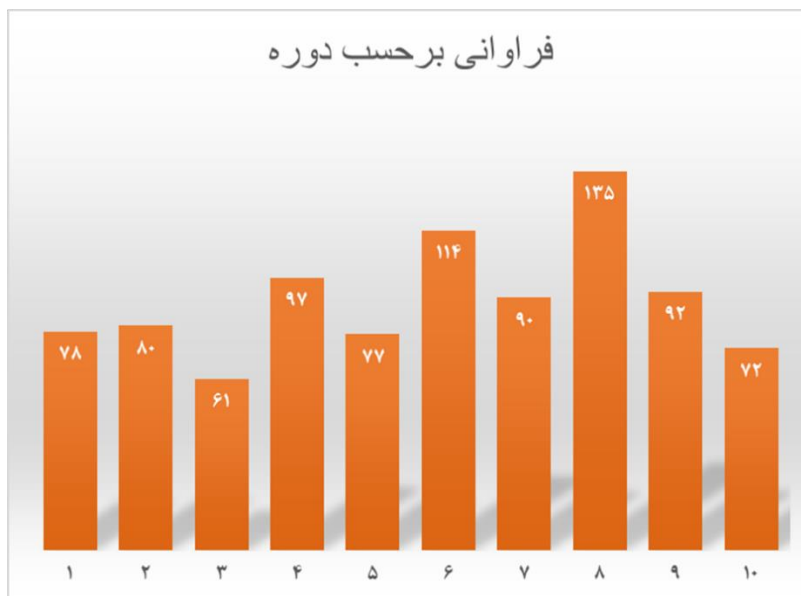
در راستای فراهم ساختن امکان مقایسه داده‌ها و درک رابطه شرع و قانون اساسی در نظم حقوق



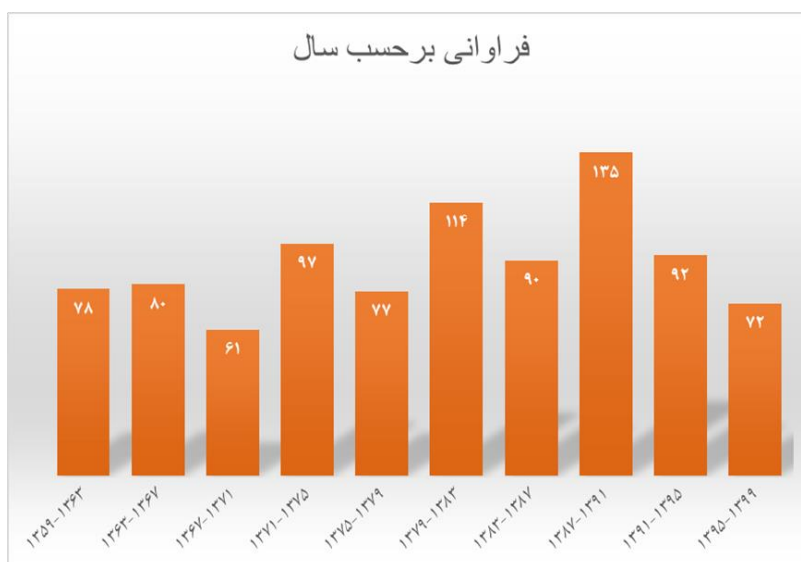
نمودار میله‌ای ۱: مغایرت با شرع بر حسب دوره



نمودار میله‌ای ۲: مغایرت با شرع بر حسب سال



نمودار میله‌ای ۳: مغایرت با قانون اساسی بر حسب دوره



نمودار میله‌ای ۴: مغایرت با قانون اساسی بر حسب سال

نظریات پیرامون حقوق طبیعی و نانوشته مانند؛ بی-  
اعتباری قوانین سازگار با قانون اساسی مکتوب، اما  
مغایر با سایر منابع حقوق اساسی (Sherry, 1378):  
1143) هم راستا است. به بیان دیگر، اگرچه در موارد  
بسیاری مصوبه مورد بررسی از سوی نهاد شورای  
نگهبان مغایرتی با سند قانون اساسی نداشته است  
ولی همان مصوبه به دلیل رعایت نمودن موازین  
شرعی با عدم پذیرش این نهاد رو به رو شده است.

همانگونه که از نمودارهای فوق قابل برداشت است؛  
بررسی مطابقت کلیه مصوبات با شرع در نظارت  
شورای نگهبان در همه ادوار از اهمیت ویژه‌ای  
برخوردار بوده است و همگام با بررسی مطابقت  
مصوبات با قانون اساسی نقش موثری در تصویب  
یا رد این مصوبات ایفا نموده است. جایگاه شرع در  
رویه و عمل شورای نگهبان به‌عنوان «مکمل و  
زیربنای سند قانون اساسی»، به روشنی با برخی از

۱۳۹۰: ۱۳۶۱/۰۷/۲ (مجموعه نظرات شورای نگهبان، ۱۰۲ و ۱۰۸).

در مواردی حتی شورای نگهبان مجلس را مکلف نموده تا قوانین را طبق نظر ولی فقیه تنظیم یا اصلاح نماید. برای نمونه؛ در لایحه تشکیل پست جمهوری اسلامی ایران مورخ ۱۳۰ / ۰۷ / ۱۳۶۵ (مجموعه نظرات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ۸۴۹) و همچنین لایحه مجازات اسلامی مصوب،<sup>۲</sup> بر اصلاح مصوبه طبق فتوای رهبری تأکید شد و در لایحه اهداف، وظایف و تشکیلات وزارت علوم، تحقیقات و فناوری مصوب ۱۳۸۱ شورا با این استدلال که، نظر مقام معظم رهبری به نحو مشخص منظور نشده است مصوبه را خلاف موازین شرع تشخیص داد.<sup>۳</sup>

همچنین، در قانون الحاق يك تبصره به ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در موضوع دیه اقلیتهای دینی که معادل دیه مسلمان قرار داده شده بود، اگر چه خلاف بودن حکم با موازین شرعی تصریح می‌شود، اما نظر حکومتی ولی فقیه ارجح دانسته می‌شود. (مجموعه نظرات شورای نگهبان، ۱۳۹۸: ۸۳۴) علاوه بر این، اعلام مغایرت شرعی بسیاری از مواد قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ به دلیل مخالفت با فتاوی امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله و یا فتاوی رهبری و حتی رد صلاحیت یکی از پیروان اقلیت‌های مذهبی از سوی شورای نگهبان در پنجمین دوره شورای شهر یزد در سال ۱۳۹۶، به دلیل مغایرت با نص فرمایشات بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران در صحیفه نور و در نتیجه مغایرت با موازین شرعی درخور توجه است.<sup>۴</sup>

مزید بر موارد فوق، طبق نظر شورا، ماده ۱۲ لایحه قانون مجازات ۱۳۹۱ مبنی بر اینکه «هرگاه رجوع به اصل ۱۶۷ لازم شود مقام قضایی از رهبری استفتاء می‌نماید.» با این توضیح که «در مواردی که رهبری فتوایی ندارد و قاضی می‌تواند از منابع معتبر

مغایرت با شرع از سوی شورای نگهبان از ابتدای کار تاکنون با اشاره به عناوین خاصی مطرح شده است و این شورا در قالب مصادیق مختلفی از قطعی شدن مصوبات مجلس جلوگیری نموده است. در ذیل برخی از مهم‌ترین مصادیق مغایرت با شرع از منظر شورای نگهبان آمده است.

### ۳/۱/۱ احکام و نظرات ولی فقیه

یکی از موارد مهم در رویه و نظرات شورای نگهبان، معیار قرار دادن احکام و فتاوی ولی فقیه به‌عنوان حکم شرعی و میزان سنجش اسلامی بودن قوانین و مقررات مجلس است. در این راستا، علی‌رغم نظر تفسیری شورا<sup>۱</sup> و با وجود اینکه اصل نود و ششم قانون اساسی تشخیص را به اکثریت فقهای شورای نگهبان نسبت می‌دهد، ملاحظه‌ی عملکرد این نهاد در سال‌های اخیر حاکی از این است که، رویه‌ی نانوشته‌ای مبنی بر اعتقاد به فتاوی معیار بودن نظرات ولی فقیه ایجاد شده است و موارد ارجاع به آن مصادیق گسترده‌تری پیدا کرده است. در این حالت، علاوه بر اینکه در صورت اختلاف نظر فقهای شورای نگهبان با رهبری، نظر ایشان مقدم می‌گردد، در مواردی حتی فقها رأسا در پی نظر مقام رهبری بر می‌آیند و با کشف نظر ایشان، ابتدای قوانین و مقررات با آن را مورد بررسی قرار می‌دهند. به این ترتیب، اخیراً سخنان و فتاوی وی در جایگاه مبنایی برای قضاوت در دادرسی‌های اساسی به شمار می‌رود (ابراهیم‌پور و یوسف‌زاده، ۱۳۹۸: ۳۷).

برخی از مواردی که شورای نگهبان نظرات فقهی ولی فقیه را معیار انطباق مصوبات با شرع قرار داده عبارت است از؛ نظر شورا در خصوص طرح اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰/۱۲/۲۹، همین‌طور نظر شورا در خصوص لایحه تکمیل و نحوه استفاده از شهرک‌ها و مجتمع‌های ساختمانی نیمه تمام متوقف مورخ

۲ - نظریه شماره ۹۱/۳۰/۴۸۱۱۵ مورخ ۱۳۹۱/۰۷/۱.

۳ - نظریه شماره ۸۱/۳۰/۱۹۴۳ مورخ ۱۳۸۱/۰۹/۵.

۴ - نظریه شماره ۹۶/۱۰۲/۳۶۱۹ مورخ ۱۳۹۶/۰۹/۲۷.

۱ - «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی به طور نظر فتوایی با فقهای شورای نگهبان است.» نظریه تفسیری شورای نگهبان شماره ۲۴۳۷ مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱.



جزو منابع حقوق اساسی کشور و در زمره‌ی معیار و میزان شرع در بررسی مصوبات مجلس از سوی شورای نگهبان قرار می‌گیرد.<sup>۳</sup> بر مبنای چنین استدلالی، احکام و موازین شرع و به تبع آن احکام حکومتی به‌عنوان بخشی از نسخه‌ی غیرمدون قانون اساسی (شرع) می‌تواند حوزه گسترده و نانوشته‌ای از عمل در اختیار فقهای شورای نگهبان برای تایید یا رد مصوبات مجلس در راستای انطباق مصوبات با شرع و یا در امر تفسیر قانون اساسی قرار دهد. واضح است که چنین نتیجه‌ای صرفاً در گرو شناسایی احکام حکومتی (و نه فتاوی یا نظرات ولی‌فقیه) به-مثابه احکام شرع است.

### ۳،۱،۲ حقوق و آزادی‌های افراد

فرض بر این است حقوق و آزادی‌های بنیادین فردی و اجتماعی در متن قانون اساسی، از شرع به‌عنوان منبع اصلی قانون اساسی سرچشمه می‌گیرد. از این نظرگاه، مشروطیت و حقوق بشر اگرچه نه به‌عنوان ملزومات اسلام اما حداقل امور سازگار با اسلام است. (AnNaim, 2008: 20)

بنابراین، یکی از مصادیق مغایرت با شرع در نظرات شورای نگهبان، مواردی بوده است که به علت نادیده گرفتن حقوق فردی مصداق مغایر شرع بودن شناخته شده است. برای نمونه؛ در لایحه انتخابات و اصلاحیه بعضی از مواد قانون تشکیلات شوراهای اسلامی و ... مصوب ۱۳۶۵، شورا، ضرورت «احترام به شرافت و آبروی افراد در اسلام و بررسی صلاحیت اشخاص به‌گونه‌ای که موجبات هتک حیثیت و آبرو را فراهم نسازد» را معیار مطابقت با

اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را استنباط کند، الزام قاضی به استفتاء از رهبری مغایر با اصل ۱۶۷ شناخته شد» برخلاف قانون اساسی اعلام شد. (مجموعه نظرات شورای نگهبان، ۱۳۹۶: ۱۹۷) مفهوم مخالف نظریه، این مهم را گوشزد می‌نماید که در مواردی که رهبری فتوا دارد قاضی موظف است به فتاوی ایشان رجوع کند. این در حالی است که منطوق اصل ۱۶۷ چنین تأکیدی را دربرنمی‌گیرد.

در بررسی طرح استفساریه تبصره ۷ ماده ۹ قانون اصلاح قانون مطبوعات مصوب ۱۳۷۹ و همین‌طور طرح یک فوریتی اصلاح ماده ۶ قانون مطبوعات<sup>۲</sup>، مغایرت با مرقومه مقام رهبری؛ مبنی بر مشروع نبودن و به مصلحت نظام و کشور نبودن تغییر قانون مطبوعات، معیار خلاف موازین شرع قرار گرفتن طرح مذکور از سوی شورا قرار گرفت.

در مورد ماهیت احکام حکومتی توافق کلی وجود ندارد. به طوری که برخی با استناد به نظر علامه طباطبایی مبنی بر اینکه «مقررات متغیّری که از جانب والی وضع می‌شود، اگرچه لازم‌الاجرا و لازم‌الاطاعه است؛ ولی در عین حال، شریعت و حکم خدایی شمرده نمی‌شود»، احکام متغیّری که حاکم بنا به مصلحت و بر اساس مقتضیات زمان و مکان وضع می‌کند را از دایره احکام شرعی خارج نموده و استدلال می‌کنند که نظارت شورای نگهبان در این قسم از احکام منتفی است و لذا رد مصوبات مجلس به دلیل مخالفت با حکم حکومتی را از مقوله اختیارات شورای نگهبان خارج می‌دانند. (کدیور، ۱۳۸۲) در حالی که دیدگاه مقابل، احکام، اوامر و نواهی فقیه و اجد الشرایط را از مصادیق احکام شرعی تلقی نموده‌اند. به این اعتبار احکام حکومتی

۱- نظریه شماره ۵۳۸۸/۳۰/۸۲ مورخ ۱۳۸۲/۰۸/۱۷.

۲- نظریه شماره ۲۲۸۵/۳۰/۸۱ مورخ ۱۳۸۱/۱۰/۲۹.

۳- ن. ک. به: الهام، غلامحسین (۱۳۸۹)، «جایگاه حکم حکومتی در قانون اساسی»؛ خسروپناه، عبدالحسین، (۱۳۷۸)، «جایگاه مصلحت در حکومت ولایی»، مجموعه مقالات، امام خمینی و حکومت اسلامی، احکام حکومتی و مصلحت، تهران، موسسه تنظیم و نشر

آثار امام خمینی، ۲۵۰؛ محسن ملک افضلی اردکانی، «حکم حکومتی در قانون اساسی و جایگاه آن در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، حکومت اسلامی، سال شانزدهم، ش ۴، ۱۳۹۰، ۶۰؛ شریفی، عنایت (۱۳۹۴)، «منشأ الزام در احکام فقهی و شرعی»، نشریه حقوق اسلامی، ش ۴۴، صص ۷۹-۸۰.

داشته باشد. در حقیقت، این نظریه‌ی برآمده از اجتهاد فقهای شورای نگهبان، اطلاق موجود در اصل ۱۳ را مقید نموده است. (نیکونهاد و زندیه، ۱۳۹۸: ۱۱۳)

به غیر از حوزه حقوق فردی، اطلاق موازین و یا مبانی اسلام در اصول مختلف قانون اساسی موجب برداشت‌های مختلف نهاد دادرسی اساسی از این مفهوم در کنترل مصوبات مجلس شده است. برای مثال؛ در بررسی لایحه متمم قانون بودجه سال ۱۳۶۹ یکی از مصادیق مغایرت با موازین اسلام، «تضعیف نظام جمهوری اسلامی» اعلام شده است.<sup>۵</sup> همچنین، در جریان بررسی طرح ایجاد سازمان نظام پرستاری جمهوری اسلامی ایران اطلاق ماده ۲۲ طرح مذکور خلاف «موازین مستنبط از مبانی اسلامی» شناخته شد.<sup>۶</sup> به این ترتیب تحت یک تفسیر موسع، نه تنها مغایرت با مبانی اسلامی بلکه مغایرت با موازین مستنبط از این مبانی نیز می‌تواند موجبات رد مصوبه مجلس را فراهم نماید. چنین نظری از دریچه‌ی سند نوشته قانون اساسی محلی برای توضیح ندارند.

### ۳،۲ اخلاق و فضایل اخلاقی

اصول و ارزش‌های اخلاقی؛ صرف‌نظر از این‌که در متن قانون نوشته شده باشند یا خیر، هنجارهای مستحکمی هستند که بر تمام هنجارهای قانون اساسی برتری دارند و نه تنها در برابر لغو اکثریت، بلکه از هر گونه لغو انسانی در امانند. در حالی که هنجارهای اخلاقی؛ چه آن‌ها را پذیرفته باشیم یا خیر، به نیروی خود و به‌صورت خود اجرا عمل می‌کنند اما هنجارهای حقوقی وجود خود را به مؤلفه‌های خاص، چه از طریق تصویب عمدی و چه از طریق تکامل عرف، مدیون هستند. (Huscroft, 2008: 277)

بنابراین موضوع اصلی این نیست که آیا باید اصول اخلاقی را قانون اساسی کرد یا خیر، بلکه آیا هنجارهای اخلاقی باید در کنترل مصوبات مجلس

شرع بودن مصوبه تلقی نموده است.<sup>۱</sup> احتی در نظر دیگری شورای نگهبان سلب حق «آزادی انتخاب» را به دلیل اینکه یکی از حقوق اساسی بشر به حساب می‌آید، مغایر با موازین شرع می‌شناسد.<sup>۲</sup> چنین رویکردی به وضوح نمایانگر هم‌سویی موازین شرع در دیدگاه شورای نگهبان با حقوق و آزادی‌های بشر به‌عنوان یکی از منابع و مبانی قانون اساسی نانوشته می‌باشد. در این راستا، نظریه شورا در بررسی لایحه آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۰ مبنی بر «نادرستی قرار دادن حقوق جامعه در مقابل حدود و مقررات الهی (شرع)»<sup>۳</sup> بر ادعای هم‌سویی شرع و حقوق عمومی صحه می‌گذارد. اشاره به چنین مصادیقی نشان می‌دهد، شورای نگهبان می‌تواند از ماهیت پویای شرع به نفع حقوق و آزادی‌های نانوشته و غیر مصرح در متن بهره بگیرد.

### ۳،۱،۳ موازین و مبانی اسلام و مفاهیم مشترک با آن

حقوق و آزادی‌های فردی هر چند صراحتاً در سند قانون اساسی به رسمیت شناخته شده‌اند، ممکن است در حوزه اجرا و در تطابق با اصول شریعت قلمرو محدودتری پیدا کرده و وسعت معنایی خود را از دست بدهند. برای نمونه می‌توان به نظر شورای نگهبان در پاسخ به استفساریه ریاست قوه قضاییه در خصوص اصل سیزدهم قانون اساسی اشاره نمود که به موجب آن «دادگاه‌های اسلامی باید بر اساس موازین اسلامی حکم کنند مگر در مواردی که شارع مقدس احکام مربوط به احوال شخصیه اهل کتاب را امضا فرموده است.»<sup>۴</sup> طبق این نظر، اقلیت‌های دینی در خصوص احوال شخصیه‌شان مادامی که اختلافی پیش نیامده آزادند اما در صورت حدوث اختلاف و مراجعه به دادگاه، مرجع قضایی مکلف است براساس موازین شریعت اسلامی به صدور رأی مبادرت کند، مگر اینکه براساس موازین اسلام، تنفیذی در خصوص احوال شخصیه اهل کتاب وجود

۴ - نظریه تفسیری شماره ۱۷۹۴ مورخ ۱۳۶۸/۱۲/۱۵.

۵ - نظریه شماره ۱۱۶۲ مورخ ۱۳۶۹/۰۹/۱۸.

۶ - نظریه شماره ۸۰/۲۱/۲۱۰۳ مورخ ۱۳۸۰/۰۶/۱۱.

۱ - نظریه شماره ۶۱۹۷ مورخ ۱۳۶۵/۰۳/۲۸.

۲ - نظریه شماره ۶۸۳۶ مورخ ۱۳۶۵/۰۷/۸.

۳ - نظریه شماره ۹۰/۳۰/۴۶۱۴۱ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۲۳.



قوانین با شرع و قانون اساسی محدود شده است. (حبیب‌نژاد و منصوری، ۱۳۹۸: ۲۱۶-۲۲۶) اما با وجود این، شورای نگهبان نسبت به تصریحات اخلاقی قانون اساسی مسئول است و حتی در امر تفسیر قانون اساسی نیز نسبت به مسائل اخلاقی بی‌توجه نخواهد بود. از یک سو، طبق یک باور کلی، اعتبار قانون در انطباق با ارزش‌ها و اصول اخلاقی سنجیده می‌شود و از سوی دیگر، کلی‌گویی و ابهامات قانون اساسی فضای قابل‌توجهی را برای استدلال مستقل دادرس تحت‌تأثیر مفهوم نانوشته اخلاق و عدالت باقی می‌گذارد. در نتیجه دادرس اساسی به‌عنوان ضامن برترین قانون در جامعه، نمی‌تواند از مواجهه با این بعد اخلاقی قانون جلوگیری کند. (Stumpf, 41-44: 1952) بنابراین، پیوند اصول مختلف سند قانون اساسی با ارزش‌های اخلاقی و گسست-ناپذیری شرع از اخلاقیات، موجب می‌شود، نهاد شورای نگهبان هم در کنترل مصوبات مجلس با قانون اساسی و هم در بررسی مطابقت قوانین با شرع، ناگزیر به صیانت از اخلاق و فضایل اخلاقی بپردازد (مظهری و جنگجوی، ۱۴۰۰: ۷۰-۷۹).

ارزش‌های اخلاقی به دلیل پیوند عمیق با حقوق طبیعی<sup>۱</sup> و برخورداری از نیروی الزام‌آوری مستقل از متن؛ از سوی طرفداران قانون اساسی نانوشته، به‌عنوان یکی از «منابع فرامتنی قانون اساسی»<sup>۲</sup> در نظر گرفته می‌شوند. به عقیده‌ی آن‌ها «ارزش‌های اخلاقی حتی اگر مستقیماً مخالف متن قانون اساسی باشند، نیروی الزام‌آوری خواهند داشت.» (Solum, 1966: 2013) بنابراین به نظر می‌رسد، رویکرد و رویه شورای نگهبان در بررسی مطابقت قوانین با اخلاقیات، با نظر حقوقدانان حقوق اساسی نانوشته هم راستا است.

قابل ذکر است، استدلال‌های اخلاقی براساس اصولی هستند که به‌طور عینی قابل‌اثبات نیستند.

مدنظر شورای نگهبان قرار گیرد و مغایرت با آن‌ها موجبات رد مصوبه را فراهم سازد؟

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ارجاعات بسیاری به اخلاق دارد. برای نمونه؛ در بند ۱ اصل سوم ایجاد محیط مساعد برای رشد فضایل اخلاقی یکی از تکالیف دولت شمرده شده است. طبق اصل دهم، هرگونه برنامه‌ریزی در حوزه خانواده باید بر پایه حقوق و اخلاق بنا شود. در اصل چهاردهم، بر وظیفه مسلمانان به رعایت اخلاق حسنه در برابر غیر مسلمانان تأکید شده است. در اصل صد و بیست و یکم، رییس جمهور موظف و متعهد به ترویج اخلاق در کنار ترویج دین شده است. اصل هشتم به صراحت دعوت به خیر را که امری اخلاقی است در زمره وظایف دولت و مردم آورده است. همچنین در فصل سوم قانون اساسی، بسیاری از حقوق شناخته شده برای افراد ملت احکام اخلاقی ارزشمند و قابل احترامی هستند که صورت حقوقی پیدا کرده‌اند. بنابراین، رعایت هنجارهای اخلاقی یکی از حدود مقرر قانونگذاری و روح همه قوانین تلقی می‌شود. به عبارت دیگر، هیچ قانونی نمی‌تواند در تضاد با الزامات اخلاقی باشد.

در همین راستا، شورای نگهبان برخی از مصوبات مجلس را به استناد احکام اخلاقی مندرج در قانون اساسی مورد مخالفت قرار داده است. برای مثال؛ در قانون انتخابات عدم ذکر وابستگی به رژیم سابق یا هواداران احزاب منحل به‌عنوان افراد فاقد صلاحیت کاندیداتوری به استناد بند ۱ اصل ۳ مورد مخالفت شورا قرار گرفت. همچنین اطلاق ماده ۱۹ طرح نظام پزشکی که مستلزم تجویز عضویت افراد ناصالح بود، مغایر با قانون اساسی اعلام شد. پر واضح است، بررسی مطابقت قانون با اخلاق در زمره وظایف مستقل شورای نگهبان به حساب نمی‌آید و این شورا به تصریح قانون اساسی به بررسی عدم مغایرت

Roznai Y (2017), Unconstitutional Constitutional Amendments, The Limits of Amendment Powers, Oxford University Press, 80.

<sup>2</sup>- Extra textual sources.

<sup>۱</sup> - حقوق طبیعی «نظام هنجارهای حقوقی نیست، بلکه نظام والاترین اصول اخلاقی است و با ماهیت قانون به‌عنوان یک نهاد اجتماعی که معیار خاصی از قابل‌پیش‌بینی بودن را فراهم می‌کند، ناسازگار خواهد بود» ن ک به:



جهت بی عیب و نقص است. امیدواریم با این اصولی که تصویب می‌شود راه نظام اسلامی سازنده-مان باز شود و تکامل آن هم بر عهده آیندگان باشد» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۱۲۰۶)، به لحاظ شرعی قلمرو اختیارات این نهاد مشمول توسعه گشت و تکامل این اصل به دست آیندگان سپرده شد. لذا تمام اختیارات رهبری در قانون اساسی ذکر نشده و در بن‌بست‌های قانونی و اجرایی اختیارات ویژه‌ای برای این نهاد قابل برداشت است که بنا به تعبیر برخی چنین برداشتی، پویایی قوانین از طریق تطبیق آن‌ها با شرایط متغیّر زندگی اجتماعی را فراهم می‌آورد. (ارسطا و برومند، ۱۳۹۸: ۱۴)

در این راستا، دامنه و مصادیق بند اول اصل ۱۱۰ و همچنین توابع اصل ۵۷ قانون اساسی آنچنان نامحدود و غیر قابل شمارش است که بسیاری از نظرات شورای نگهبان در راستای رد مصوبات مجلس به دلیل مغایرت مصوبه با این دو اصل مهم و تفسیرپذیر قانون اساسی بوده است. این تفسیرپذیری وسیع می‌تواند بخش نوشته‌ی قانون اساسی را به لایه‌های نانوشته‌ی آن پیوند بزند.

برای نمونه؛ شورای نگهبان طبق نظریه‌ی<sup>۲</sup>، طرح حمایت از مدیریت، احداث، تجهیز و نوسازی مساجد و نمازخانه‌های کشور را به دلیل اینکه مقام رهبری در خصوص اداره امور مساجد اقداماتی را توصیه نموده‌اند و مصوبه مجلس امور مساجد را به سازمان اوقاف واگذار نموده است، مغایر اصل ۵۷ تلقی نمود. لذا از منظر شورا، صلاحیت قانونگذاری مجلس منوط به این است که به صلاحیت‌های انحصاری رهبری؛ قابل برداشت از اصل ۱۱۰ قانون اساسی، ورود نکرده نباشد و به عبارت دیگر رهبری در مورد آن صراحتاً اظهار نظر ننموده باشد.

وسعت بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی تا جایی است که در برخی از نظرات اخیر شورا، عدم مطابقت با سیاست‌های کلی و یا عدم اعمال نظرات

یعنی بین اصل اخلاقی انتزاعی و زمینه‌ی عینی که باید در آن عمل کند، شکاف زیادی وجود دارد. لذا ممکن است تفسیر قانون اساسی و یا بررسی قوانین در پرتو معیارهای اخلاقی، بر دیدگاه‌های اخلاقی شخصی استوار گردد مگر اینکه دادرسی اساسی از اصول و ارزش‌هایی دفاع کند که به نوعی «اخلاق ملی» تلقی می‌شوند و مقبولیت عام دارند. همان ارزش‌های اساسی نانوشته است که زیربنای متن نوشته قانون اساسی را تشکیل می‌دهد. شورای نگهبان باید در بررسی و تطبیق مصوبات مجلس با اخلاقیات همواره این مهم را مد نظر قرار دهد.

### ۳٫۳ اصول تفسیرپذیر و مفاهیم کلی

علاوه بر شرع و اخلاقیات که منبع و مبنایی در ورای متن نوشته قانون اساسی برای رویه و نظرات نهاد شورای نگهبان فراهم ساخته‌اند، در مواردی حوزه نامحدود برخی از اصول قانون اساسی مانند اصل ۱۱۰ و اصل ۵۷؛ که با توسیع قدرت تفسیر شورای نگهبان همراه است، زمینه‌ساز آشکارسازی عرصه‌ی نانوشته‌ای در پس آن اصول گشته است.

در حالی که شورای نگهبان وظایف رهبری را از نظر قانونی منحصر در امور مذکور در اصل ۱۱۰ قانون اساسی شناخته بود<sup>۱</sup> و آن‌گونه که مباحثات مجلس خبرگان قانون اساسی برمی‌آید، تلاش شد تا با بیان تمام وظایف و اختیارات رهبری در اصل مذکور این اصل مفید حصر باشد. (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۱۱۶۲) ولی چنانچه در پایان مباحثات مجلس خبرگان اساسی پیرامون وظایف و اختیارات رهبری نیز آمده است؛ «برای اطلاع ملت ایران عرض می‌کنم. ما یک هفته برای تکمیل شدن و پخته شدن این اصل به بحث و گفتگو پرداختیم. خواستیم تا آن‌جا که در توان نمایندگان است بتوانند با اظهارنظر خودشان این اصل را ساخته‌تر و کامل‌تر کنند. در عین حال مدعی نیستیم که هیچ اصلی از این اصول از هر

<sup>۲</sup> - نظریه شماره ۹۴/۱۰۲/۴۱۸ مورخ ۱۳۹۴/۰۲/۱۵.

<sup>۱</sup> - نظریه شماره ۱۰۲۲۴ مورخ ۱۳۶۶/۱۱/۱۴.



نوشته در تفسیر است. برای مثال؛ نظریه شورای نگهبان<sup>۶</sup> مبنی بر مغایرت لایحه انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۶۲ با «حق طبیعی انتخاب شدن و انتخاب کردن» و محرومیت افراد از این حق، بسیار درخور توجه است. در این نظریه بدون اشاره به اصل خاصی از قانون اساسی، حق انتخاب شدن و انتخاب کردن در زمره حقوق طبیعی و ذاتی افراد بشر شناخته شده است. چنین مواردی که شورای نگهبان با اتخاذ رویکرد اخلاقی وظیفه‌گرایانه<sup>۷</sup> و بدون جانبداری‌های شخصی و یا سازمانی و در راستای حفظ و تضمین حقوق و آزادی‌های مردم دست به تفسیر زده است، حائز اهمیت است. از منظر چنین رویکردی مقام مفسر در هر شرایطی خود را موظف به رعایت اصول و ارزش‌های اخلاقی در امر تفسیر می‌داند حتی اگر این اصول در متن قانون اساسی تصریح نشده باشند.

علاوه بر این، در نظریه تکمیلی شورا<sup>۸</sup> راجع به اصلاح پاره‌ای از مواد قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵، اطلاق عبارت «منافات با فرهنگ اسلامی» مطروحه در تبصره یک ماده ۹ قانون مذکور؛ بدون اشاره به اصلی از اصول نوشته در قانون اساسی، خلاف اصل آزادی و در نتیجه خلاف قانون اساسی در نظر گرفته شده است.

همچنین شورا، اطلاق «ممنوعیت تبلیغ علیه داوطلب» مطروحه در ماده ۷۱ لایحه انتخابات ریاست جمهوری را به این علت که «بحث و انتقاد-های متعارف از آراء و برنامه‌ها و عملکرد سیاسی، اقتصادی و اجتماعی» را نیز شامل می‌شود، بدون ارجاع به اصل خاصی از قانون اساسی مغایر با قانون اساسی شناخت.<sup>۹</sup> به عبارتی در این نظریه حق بر

مجمع تشخیص مصلحت نظام مغایر با بند ۱ اصل ۱۱۰ و در نتیجه مغایر با موازین شرع شناخته شده است. یعنی چنین مواردی با مفهوم «مغایرت با شرع» مترادف در نظر گرفته شده و با عرصه‌ی نوشته‌ی مفهوم شرع پیوند داده شده است.<sup>۱</sup> همچنین، نظریه شورا در خصوص بررسی «طرح اختصاص درصدی از درآمد حاصله از پخش مسابقات ورزشی ... به فدراسیون ورزش»، مبنی بر رد مصوبه به دلیل ایجاد مانع در اجرای سیاست‌های مقام رهبری درخور توجه است.<sup>۲</sup>

در جریان بررسی طرح «سنجش و پذیرش دانشجو در دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی کشور»، شورا، عدم رعایت سیاست‌های کلی نظام و مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی را مصداق مغایرت با اصل ۵۷ قانون اساسی تلقی کرده است.<sup>۳</sup> اخیراً نیز عدم رعایت مصوبات شورای عالی فضای مجازی، ذیل مغایرت با اصل ۵۷ قانون اساسی مورد ایراد شورا قرار می‌گیرد.<sup>۴</sup> همچنین، می‌توان به نظریه شورا در بررسی لایحه بودجه سال ۷۹ اشاره نمود. در این نظر، دادن مجوز ورود خودرو به گونه‌ای که در تبصره ۱۴ آمده بود، از سوی شورای نگهبان «مغایر با روح و جهت‌گیری کلی اقتصادی مورد نظر قانون اساسی» شناخته شد.<sup>۵</sup> رد مصوبه مجلس به دلیل مغایرت با روح کلی اقتصادی قانون اساسی بدون اشاره به اصل مشخصی از متن قانون، حاکی از شناسایی ماهیت قانون اساسی و رای متن نوشته شده است.

در این بین، برخی از تفاسیر شورای نگهبان که حقوق و آزادی‌های مردم را نه در چارچوب متن بلکه در پس‌زمینه‌ی اهداف کلی و ارزش‌های مشروطه بیان می‌کند مصداقی از ظهور قانون اساسی

۱ - نظریه شماره ۹۰/۳۰/۴۴۵۱۴ مورخ ۹۰/۰۸/۲۶، نظریه شماره ۹۳/۱۰۲/۱۸۲۲ مورخ ۹۳/۰۶/۱۳۹۳؛ نظریه شماره ۹۵/۱۰۰/۵۰۳۲ مورخ ۹۵/۱۱/۱۹.

۲ - نظریه شماره ۸۰/۲۱/۲۴۲۵ مورخ ۸۰/۰۷/۲۸.

۳ - نظریه شماره ۹۲/۳۰/۵۱۵۶۴ مورخ ۹۲/۰۵/۳۰.

۴ - نظریه شماره ۹۵/۱۰۰/۱۰۳۲ مورخ ۹۵/۱۱/۱۹.

۵ - نظریه شماره ۷۸/۲۱/۶۳۵۷ مورخ ۷۸/۱۲/۲۳.

۶ - نظریه شماره ۱۰۶۴۱ مورخ ۱۳۶۲/۱۱/۲۷.

۷ - برای مطالعه بیشتر در مورد رویکرد اخلاقی وظیفه‌گرایانه ن ک به: محمد مظهری و فرزاد جنگجوی، «رویکردهای اخلاقی شورای نگهبان در تفسیر قانون اساسی با توجه به حقوق و آزادی‌های شهروندان»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ش ۴، ۱۴۰۰، ۱۵۶۲-۱۵۶۴.

۸ - نظریه شماره ۲۳۷۰ مورخ ۱۳۶۳/۰۹/۲۹.

۹ - نظریه شماره ۳۶۸۱ مورخ ۱۳۶۴/۰۳/۲۵.

نوشته و یا به تعبیر برخی از طرفداران قانون اساسی زنده «شبه قانون اساسی»<sup>۱</sup> تلقی گردد. (MacDonnell, 2016: 515) ضمن اینکه، این‌گونه نظرات شورا به روشنی با حق حاکمیت مردم به- عنوان یکی از مبانی مهم قانون اساسی نوشته و همانگونه که مک کلین می‌گوید؛ به‌عنوان «تصوری نیرومند در ذهن پایه گذاران اولین قوانین اساسی» (McClain, 1902: 536)، مطابقت دارد.

بنابر آنچه تا کنون مطرح شد، به نظر می‌رسد آن دسته از نظرات و تفاسیر شورای نگهبان که سیاست‌های واقعی حاکم را نمایان می‌کند، بیانگر داد و ستدهای حقیقی عرصه سیاست است و یا می‌تواند مسیر اجرای اصول قانون اساسی را بدون تغییر متن نوشته با تغییر و تحول مواجه سازد، به تعبیر برخی از صاحب نظران حقوق، رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی<sup>۲</sup> و بخشی از نظم کلی حقوق اساسی (فراتر از متن نوشته) هستند. اما با توجه ویژه به هدف مشروطه‌گرایی یعنی محدود ساختن قدرت دولت و تحقق حاکمیت قانون از یک سو و صیانت از حقوق فردی و آزادی‌های عمومی از سوی دیگر، تنها رویه و قواعدی می‌توانند به سطح قانون اساسی به مفهوم خاص دست یابند که شرط «سازگاری و انطباق با ارزش‌های مشروطیت» را دارا باشند در غیر این صورت با دوام نخواهند بود.

در این راستا، در مواردی که امکان افتادن در دام اقتدار گرایی و اعطای قدرت به نهادهای حقوق اساسی؛ بیش از آنچه در متن قانون آمده است، وجود دارد، نهاد مفسر و دادرس اساسی بیش از هر نهاد دیگری باید در ارائه نظر و تفسیر با احتیاط عمل کند.

با یک رویکرد کارکردگرا، در وهله اول هر آنچه که علی‌رغم کارکرد اساسی موثر، به‌طور رسمی در سند قانون اساسی نمود نیافته است، می‌تواند قانون

«آزادی بیان» و مصادیق آن یعنی «حق بر اظهارنظر و انتقاد» به‌عنوان حقوق ذاتی بشر از سوی شورای نگهبان مورد تأکید قرار گرفته است. تأکید بر حقوق فی‌الذات و اساسی که نیاز به تصریح در متن ندارند، نشان می‌دهد نظر این نهاد با نظر حقوقدانان طبیعی و نوشته همسو است. زیرا همانطور که عمار یکی از طرفداران نظریه قانون اساسی نوشته معتقد است، برخی از حقوق و آزادی‌ها به‌عنوان عناصر ذاتی و ضروری؛ هرچند نوشته، از قانون اساسی وجود دارد که شاید بدون این حقوق خود قانون اساسی اصلاً به وجود نمی‌آمد. مثلاً حق آزادی بیان به‌عنوان یک جز اصلی از قانون اساسی آمریکا حتی قبل از تصویب لایحه حقوق؛ که به‌صورت متنی حق آمریکایی‌ها را برای بیان از طریق سخنرانی، مطبوعات، دادخواست و گردهمایی تدوین کرده بود، وجود داشت. (Amar, 2012: 55) و یا همانطور که در انکار ضرورت گنجاندن بند حمایت از آزادی تجمع در متن قانون اساسی آمریکا بیان شده است؛ «حق تجمع، حق بدیهی و غیرقابل انصرافی است که مردم از آن برخوردارند. این قطعاً چیزی است که هرگز زیر سوال نخواهد رفت. مجلس به سادگی نیاز چندانی به برشمردن بی‌چون و چراترین حقوق نمی‌بیند، زیرا چنین حقوقی چه برشمرده شده باشند و چه نشده باشند، به وضوح وجود داشته اند.» (Rotunda, 1989: 16) به اعتقاد برخی از حقوقدانان، «این‌ها حقوقی هستند که از منظر قانون اساسی نوشته، برای شیوه زندگی دموکراتیک ما اساسی هستند.» (Sherry, 1978: 1165) لذا همواره باید در تفسیر قانون اساسی مد نظر قرار گیرند.

بنابراین، چنین موضعی از سوی شورای نگهبان، از این جهت که الزامات و تعهدات قانون اساسی مانند؛ ارتقای برابری و حفاظت از منافع اساسی افراد را برآورده می‌کنند، می‌تواند بخشی از قانون اساسی

<sup>۱</sup> - Quasi-Constitutional.

<sup>۲</sup> - قواعد نوشته‌ای که روش تفصیلی اجرای صلاحیت‌های مندرج در قانون اساسی را تعیین می‌کنند. ن ک به سلطانی،

سید ناصر، «اعتبارسنجی عرف و رویه‌های قانون اساسی»، دانش حقوق عمومی، ش ۱۸، ۱۳۹۶، ۹۷.



از یک وجه نوشته و یک وجه نانوشته برخوردار است و به اعتباری مشروطه ما نه کاملاً حقوقی و نه کاملاً سیاسی است. گاهی شرع به صورت هنجاری مشخص، کنترل‌کننده و هدایتگر جریان‌های سیاسی است و گاهی نیز در مرحله اجرا و عمل سیاسی واقعی است که دامنه و مصادیق شرع مشخص می‌شود. واضح است که در قسم دوم، نهاد شورای نگهبان باید نهایت دقت و اهتمام را برای پرهیز از اقتدارگرایی و جلوگیری از تقویت بیش از حد قدرت حاکمه به کار گیرد.

علاوه بر این، اگرچه برخی از رویه‌ها و بعضاً تفاسیر فرامتنی؛ با کسب اعتبار خود از طرز عمل و رویه‌ی کنشگران سیاسی، فضاهای خالی متن را پر می‌کنند، نحوه‌ی اجرای صلاحیت‌های متن نوشته را تعیین می‌کنند، متن را با تحولات روز هماهنگ می‌سازند و یا حتی در مواردی جایگزین متن می‌شوند و در نتیجه بخش جدایی‌ناپذیر نظم کلی حقوق اساسی ما هستند اما بهتر است برای پرهیز از سوء برداشت‌های احتمالی در عرصه سیاست و قدم برداشتن در مسیر اصیل مشروطه‌خواهی، بین «رویه‌های اجرای قانون اساسی» و «قانون اساسی نانوشته» به مفهوم اخص تمایز قائل شویم. با این توضیح که، چنین رویه‌هایی روند مشروطه‌خواهی را به‌طور کامل طی ننموده‌اند و تنها تا زمانی اعتبار دارند که قدرت حاکم آن‌ها را معتبر بداند. این در حالی است که قانون اساسی نانوشته یا اصول نانوشته قانون اساسی، بر آمده از روح آزادی‌خواهی و مزین به اخذ پذیرش مردمی هستند. چنین ارزش‌هایی مستقل از متن، الزام‌آور و دارای اعتبار هستند و با مبانی قانون اساسی نانوشته به‌طور کامل مطابقت دارند.

اساسی نانوشته تلقی گردد اما برای عبور از روی ریل‌های اصیل مشروطیت و پرهیز از خروج ناآگاهانه از آن، ما تنها اصول، قواعد یا رویه‌هایی را قانون اساسی نانوشته می‌شناسیم که برآمده از روح آزادی‌خواهانه‌ی مشروطه‌گرایی و در راستای اهداف واقعی قانون اساسی باشد. دیگر رویه‌ها یا قواعد شکل‌گرفته در طول زمان هر چند بخشی از سیاست در جریان و عمل واقعی قانون اساسی را شکل می‌دهند و لذا بخشی از نظام کلی حقوق اساسی هستند اما هرگز نمی‌توانند به سطح قانون اساسی به مفهوم اخص دست یابند.

## ۴ نتیجه‌گیری

همانطور که ملاحظه شد، نظم حقوق اساسی ایران به‌طور کامل بر طبق قانون اساسی نوشته عمل نمی‌کند. شرع و مفاهیم برگرفته از آن، اخلاق و همچنین اصول کلی و تفسیرپذیر، محدوده‌ی متن نوشته قانون اساسی را تضییق یا توسعه می‌بخشند و جریان اجرای متن را مشخص می‌سازند.

به‌طور کلی، نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران نظامی ویژه و منحصر به فرد است که از دو منبع اصلی سرچشمه می‌گیرد: قانون اساسی و شرع. از یک سو «سند قانون اساسی» که به‌طور رسمی مورد تایید و تصویب رسیده است و به‌طور مکرر حفظ و تضمین آن در نهاد شورای نگهبان مورد بررسی قرار می‌گیرد، منبع و مبنای عمل سیاسی است و از سوی دیگر «شرع» که پا به پای سند نوشته و به‌عنوان بخش جدایی‌ناپذیر مشروطه، معیار مشروعیت و مقبولیت قوانین و مقررات حقوقی کشور قرار می‌گیرد.

در نظام حقوق اساسی ما، برخی از حقایق سیاسی و تعاملات مستمر بازیگران عرصه سیاست در قالب پویایی و گستردگی دامنه شرع نمایان می‌شوند و نظرات شورای نگهبان دریچه‌ای برای شناخت آن‌هاست. بدین ترتیب نظام مشروطه ما

## References

- Amar, A. R. (2012), *America's Unwritten Constitution*, Basic Books, New York.
- AnNaim, A. (2008), *Islam and the Secular State Negotiating the Future of Sharia*, Harvard University Press.
- Annotated report of the deliberations of the Parliament of the Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, (1985), the first to the thirty-first session, the General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Council, First Edition. (in persian)
- Annotated report of the deliberations of the Parliament of the Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, (1985), 32nd to 50th session, General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Council, First Edition. (in persian)
- Arasta, M. J, & Broumand, M. (2019). Original structural requirements in the Islamic Republic of Iran's constitutional rights, *Knowledge Quarterly of Public Law*, Vol 25. (in persian)
- Ebrahimpour, A. & Yousefzadeh. M. (2019). Analysis of the reference to the Fatwas of the Velayat Faqih authority in the views of the Guardian Council, *Proceedings of the First National Conference on the Unwritten Principles of the Constitution*, Qom: Darul Alam Publishing House. (in persian)
- Griffin, S. M. (1996), *American Constitutionalism*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey.
- Habibnejad, S. A. & Mansouri Borojni, M. (2019), *Areas of ethics in the constitution of the Islamic Republic of Iran with an emphasis on the approach of religious government*, *Philosophy of Religion*, Vol 16. (in persian)
- Huscroft, G. (2008), *Expounding the Constitution; Essays in Constitutional Theory*, University of Western Ontario, Cambridge University Press.
- Kadivar, Mohsen, (2003), *The Sharia of the Guardian Council against the Law of the Majlis, reflection of thought*. (in persian)
- Kálmán, P. (2019), *Patterns of constitutionalism: who has the final word?, Judicial-legislative relations in Europe*, *Constitutionalism in the European Union and the constitutional interaction between the West and East of Europe Public Hearing/ Committee on Constitutional Affairs/ European Parliament*, Brussels.
- Khosropanah, A. H. (1999). *The position of expediency in provincial government*, A collection of essays on Imam Khomeini and Islamic government, governmental rulings and expediency, Tehran: Imam Khomeini's Writing and Publishing Institute. (in persian)
- Law, D. S. (2010), *Constitutions, The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*.
- Lloyd, C. (2008), *English Common Law and Islamic Sharia: Principled Agreement in the Path Towards Democracy*.



- Lombardi, C. B. (2013), Constitutional Provisions Making Sharia "A" Or "THE" Chief Source of Legislation: Where Did They Come From? What Do They Mean? Do They Matter?, AM. U. INT'L L. REV.
- MacDonnell, V. (2016), A Theory of Quasi-Constitutional Legislation, Osgoode Hall Law Journal, Vol 53.
- McClain, E. (1902), Unwritten Constitutions in the United States, Harvard Law Review, Vol 15, No. 7.
- Malek Afzali Ardakani, M. (2011), Government ruling in the Constitution and its position in the fundamental rights of the Islamic Republic of Iran, Islamic Government, vol. 4. (in persian)
- Mazhari, M. & Jangjoy, F. (2021), Ethical Approaches of the Guardian Council in the Interpretation of the Constitution with Respect to Citizens' Rights and Freedoms, Public Law Studies Quarterly, Vol. 4. (in persian)
- Mazhari, M. & Jangjoy, F. (2021), an analysis of the place of ethics in the views and opinions of the Guardian Council, Ta'ala Law Quarterly, vol. 3. (in persian)
- Mir Mousavi, S. A. (2005), Islam, tradition, modern government, Tehran: Nashrani, first edition (in persian)
- Moradkhani, F. (2022), two interpretations of the constitution (legal and political), collection of articles of the second conference on the unwritten principles of the constitution, Qom, Farabi School. (in persian)
- Murrill, B. J. (2018), Modes of Constitutional Interpretation, Congressional Research Service.
- Nikonhad, H. & Zandieh, Z. (2019), Islamic standards of government on the application and generality of the principles of the constitution in the procedure of the jurists of the Guardian Council; A procedural look at the effects of Shariah supervision on the principles of the Constitution, Knowledge of Public Law, Vol 24. (in persian)
- Rotunda, R. D. (1989), Interpreting an Unwritten Constitution, Harvard journal of Law & Public Policy, Vol 12.
- Sharifi, Enayat, (2015), The Origin of Obligation in Jurisprudence and Sharia Laws, Islamic Law Journal, Vol. 44. (in persian)
- Sherry, S. (1978), The Founders' Unwritten Constitution, The University of Chicago, Vol 54.
- Shigong, J. (2010), Written and Unwritten Constitutions: A New Approach to the Study of Constitutional Government in China, Modern China, 36(1).
- Solum, L. B. (2013), Originalism and the Unwritten Constitution, Georgetown University Law Center.
- Soltani, S. N. (2020), Unwritten Basic Rights, First Edition, Tehran: Publishing Company. (in persian)
- Stumpf, S. E. (1952), The Moral Element in Supreme Court Decisions, Vanderbilt Law Review, Vol 6.
- The collection of opinions of the Guardian Council on the approvals of the Islamic Council. (2011), The first

- period, Tehran, Research Center of the Guardian Council, Vice President for drafting, revising and publishing laws and regulations of the Presidential Legal Office. (in persian)
- The collection of opinions of the Guardian Council on the approvals of the Islamic Council. (2010), The second period, Research Center of the Guardian Council, Printing and Publishing Office of the Legal Vice President. (in persian)
- The collection of opinions of the Guardian Council on the resolutions of the Islamic Council. (2006), The third period, the Research Center of the Guardian Council, Tehran: Dadgstar Publishing. (in persian)
- The collection of opinions of the Guardian Council on the approvals of the Islamic Council. (2006), The 4th period, Research Center of the Guardian Council, Tehran: Dadgstar Publishing. (in persian)
- The collection of opinions of the Guardian Council on the approvals of the Islamic Council. (2006), The 5th period, Research Center of the Guardian Council, Tehran: Dadgstar Publishing House. (in persian)
- The collection of opinions of the Guardian Council on the resolutions of the Islamic Council. (2012), The 6th period, Research Center of the Guardian Council, Tehran: Printing and Publishing Department of the Presidential Legal Office. (in persian)
- The collection of opinions of the Guardian Council on the resolutions of the Islamic Council. (2010), The 7th period, Research Center of the Guardian Council, Tehran: Vice-President of Compilation, Revision and Publication of Laws and Regulations. (in persian)
- The collection of opinions of the Guardian Council on the resolutions of the Islamic Council. (2013), The 8th period, Tehran: Research Institute of the Guardian Council. (in persian)
- The collection of opinions of the Guardian Council on the resolutions of the Islamic Council, (2017), The 9th period, Tehran: Research Institute of the Guardian Council. (in persian)
- Walters, M. D. (2009), *Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism*, Cambridge University Press.
- Yaniv, R. (2017), *Unconstitutional Constitutional Amendments, The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press.