

درآمدی بر مفهوم و موازین عرف حقوق اساسی

خیرالله پروین*

دانشیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۹۵/۲/۱۹؛ تاریخ پذیرش: ۹۵/۶/۲۷)

چکیده

عرف حقوق اساسی از مهم‌ترین زمینه‌های تکمیل و رفع خلأهای موجود در قانون‌های اساسی مدون است و با وجود برخی مخالفت‌های اولیه، امروزه در زمینه جایگاه و نقش شاخص و مؤثر آن تردیدی وجود ندارد. ابعاد مهمی از عرف حقوق اساسی تابع نظریه عمومی حاکم بر کارکرد عرف حقوقی است و از جمله قراین تأییدکننده این امر، می‌توان به ایفای نقش توأمان دو عنصر مادی و معنوی در تکوین و اثرگذاری آن اشاره کرد. درجه اثرگذاری عرف حقوق اساسی و حدود تأثیر آن بر نصوص قانونی موجود، زمینه‌ساز ارائه تقسیم‌بندی مشهوری از این مفهوم شده است که بر اساس آن سه کارکرد تفسیری، تکمیلی و تعدیلی عرف از یکدیگر متمایز شده‌اند. در این میان، با توجه به برخی مشابهت‌های موجود میان فرایند تکوین و تأثیرگذاری رویه قضایی و عرف حقوق اساسی؛ این مشابهت‌ها را می‌توان به‌مثابه مبانی نظری توسعه صلاحیت دادگاه‌های قانون اساسی و عامل مهمی برای فراهم کردن زمینه ایفای نقش مؤثرتر این دادگاه‌ها قلمداد کرد.

واژگان کلیدی

تفسیر، حقوق اساسی، عرف، عمومیت، عنصر معنوی.

مقدمه

موازن عرفی در دانش حقوق اساسی در دو قالب به نسبت متفاوت و با عناوین قانون اساسی عرفی و عرف حقوق اساسی نقش ایفا می‌کنند. برخلاف مفهوم قانون اساسی عرفی که بر جنبه غیرمدون قانون اساسی و تدوین آن در قالب متونی متکثر و وابسته به یکدیگر ناظرند، عرف حقوق اساسی بر پایه زمینه‌های متفاوت و در فضای متمایزی از آن تکوین و سامان یافته است. این فضای متمایز بر شرایطی مبتنی است که در آن با وجود قانون اساسی مدون و با وجود نهایت دقت در تدوین و تنظیم آن؛ بسیاری از زوایا و ابعاد آن در هاله‌ای از ابهام و ناروشنی قرار دارد و همین امر، ضرورت به‌کارگیری عرف و عادت‌های وابسته به حقوق اساسی را در مسیر تکمیل و اصلاح آن آشکار می‌کند. ضرورتی که کمابیش در سایر حوزه‌های حقوقی نیز وجود دارد و با شدت و ضعف متفاوتی، به دخالت عرف در تکمیل خلأهای حقوقی موجود می‌انجامد.

این نقش شاخص و بنیادین موجب شده است تا عرف حقوق اساسی به‌طور خاص و مفهوم مطلق عرف به‌طور عام، امروزه به یکی از مهم‌ترین منابع دانش حقوق مبدل شود و حتی در کشورهای دارای قانون اساسی مدون نیز، به‌عنوان یکی از منابع رسمی حقوق اساسی مطرح شود. البته اشاره به این نکته نیز ضروری است که ایفای نقش عرف، با توجه به کارکردهای متفاوت تفسیری، تکمیلی و تعدیلی آن شاید در ابعاد متفاوتی صورت گیرد و به‌همین دلیل نمی‌توان لزوماً به الگوی واحدی در این زمینه دست یافت. زیرا اثربخشی عنصر عرف در حوزه روابط و مناسبات حقوقی با توجه به ماهیت متفاوت شاخه‌ها و حوزه‌های مختلف دانش حقوق، از طریق رویکردها و ابزارهای گوناگونی صورت می‌گیرد و با توجه به گستره موضوع؛ در این نوشتار تنها به تبیین عرف حقوق اساسی و ابعاد متنوع آن خواهیم پرداخت.

واقعیت آن است که با وجود ایفای این نقش تأثیرگذار از جانب عرف، پژوهش‌ها و مطالعات مستقل چندانی در زمینه آن صورت نگرفته و برخی از آثار موجود در این زمینه

نیز تنها مفهوم مطلق عرف حقوقی را بررسی کرده‌اند. با توجه به این خلأ موجود در ادبیات حقوقی و با عنایت به اهمیت روزافزون عرف حقوق اساسی، در نوشتار حاضر در پی آنیم تا با تبیین مبانی، عناصر و رویکردهای حاکم درباره این مفهوم، به این پرسش مهم پاسخ دهیم که کیفیت اثرگذاری عرف حقوق اساسی بر کاستی‌ها و خلأهای حقوقی موجود در ساختار قدرت سیاسی، تابع چه مؤلفه‌ها و عواملی است.

در پژوهش حاضر و در مقام پاسخگویی به این پرسش مهم، ضمن تبیین مفهوم عرف حقوق اساسی، ابعاد مختلف آن نیز به روشی توصیفی - تحلیلی بررسی خواهند شد تا با تکیه بر نتایج حاصل از آن بتوان به درک مؤلفه‌ها و عوامل مورد اشاره نائل شد. بر این اساس مقاله حاضر در چهار بخش اصلی، به ترتیب به بررسی زمینه‌های نظری و تعریف عرف حقوق اساسی، دیدگاه‌های صاحب‌نظران در زمینه این مفهوم و بالأخره عناصر و انواع آن می‌پردازد.

زمینه‌های نظری و تعریف عرف حقوق اساسی

پذیرش دو اصل بنیادین در رابطه با شیوه به‌کارگیری قواعد و موازین عرفی در حقوق اساسی، امروزه به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مبانی نظری رسمیت یافتن مفهومی به نام عرف حقوق اساسی مطرح است. بر اساس اصل نخست، عرف هرگز به لغو یا تغییر یک قاعده قانونی مشخص و مکتوب در حقوق اساسی نمی‌انجامد، زیرا یک قاعده قانونی حتی اگر برای مدت طولانی نیز اجرا نشود، ارزش خود را از دست نمی‌دهد. مطابق اصل دوم نیز برای عرف این امکان وجود دارد که در صورت عدم تصریح به وجود آن در سند قانون اساسی، باز هم براساس شروط مشخصی که در قانون اساسی مکتوب آمده، در برخی مسائل مؤثر واقع شود و در صورت نبود صراحت لازم در برخی متون، آن را تفسیر کند.

با توجه به دو اصل فوق در حقوق اساسی معاصر نیز دیدگاه‌ها و نظرهای حقوقدانان در زمینه نقش عرف در حقوق اساسی دستخوش تغییر و تحول بوده و تنها نقطه مشترک تفاسیر مختلف، تأکید بر اهمیت عرف حقوق اساسی در تکمیل خلأهای موجود در متن قانون اساسی و تفسیر برخی اصول مبهم و پیچیده آن است (بدرالدین و عوضه، ۲۰۰۲: ۸۸).

در تبیین مفهوم عرف حقوقی می‌توان گفت که آنچه افراد برای مدتی طولانی آن را تکرار و احساس عمیقی نسبت به آن پیدا می‌کنند، باید به‌عنوان عادت الزام‌آوری شناخته شود و در این میان عرف نیز به‌عنوان یک مسئله الزام‌آور و اجراشدنی، زمانی نقش خود را ایفا خواهد کرد که در بطن روابط حقوقی به‌طور صریح یا ضمنی مورد پذیرش و تبعیت قرار گیرد.

در کنار این مفهوم مطلق از عرف، عرف حقوق اساسی^۱ عبارت است از رویه و مجموعه عادت‌هایی که در قالب تکرار عملکرد زمامداران و مجریان امور در یک کشور ایجاد می‌شوند و قوای عمومی را به پیروی از خود ملزم می‌کنند، به‌گونه‌ای که به‌تدریج به قاعده کلی و الزام‌آوری برای قوای عمومی تبدیل می‌شوند (خلیل، ۱۹۷۱: ۸۸).

به این ترتیب، عرف حقوق اساسی در حقیقت مجموعه منظمی از اعمال حکومتی و نتایج آن است که بر اثر اجرای قانون اساسی ایجاد و به‌تدریج از وصف الزامی برخوردار شده است. در حقیقت این عرف متشکل از عاداتی است که قوای عمومی در امور مربوط به نظام حاکم در یک کشور، با توافق دیگر بخش‌های هیأت حاکمه، آن را دنبال می‌کنند (عبدالعزیز شبحا، ۱۹۹۴: ۸۹)، زیرا برای ایجاد یک عادت قانونی کافی است که یکی از قوای عمومی به اجرای آن اقدام کند و سایر قوای عمومی که متأثر از این عادت هستند با آن مخالفتی نداشته باشند. بنابراین عرف حقوق اساسی بر تکرار عمل متمرکز بوده است و تکامل آن بر اساس شیوه مشخص و در قالب قانون معین و لازم‌الاجرای در میان مردم صورت می‌پذیرد.

دیدگاه‌های صاحب‌نظران در زمینه عرف حقوق اساسی

همان‌طور که اشاره شد، صاحب‌نظران در زمینه جایگاه حقوقی عرف حقوق اساسی دیدگاه‌های متفاوتی را مطرح کرده‌اند. البته این اختلاف نظرها با طرح نظریه‌ای کلی درباره حقوق اساسی و اذعان به نقش عرف و توجه به اجرای آن به‌عنوان منبع مهمی برای حقوق

1. La coutume constitutionnelle

اساسی امروزه تا حدی خاتمه یافته است (سرحال، ۲۰۰۲: ۱۸۲). با این حال مروری بر این دیدگاه‌ها شاید در مسیر آشنایی با تحولات عرف حقوق اساسی مفید واقع شود. امروزه گروهی از صاحب‌نظران، وجود دو سنت اقتدارگرا و آزادیخواه را در حقوق عمومی، خاستگاه قواعد عرفی حقوق اساسی تلقی می‌کنند و نقش این قواعد را در حقوق اساسی بسیار قدیمی‌تر از آنچه می‌دانند که امروزه تصور می‌شود (دومیشل و لالومی‌یر، ۱۳۷۶: ۲۴). به اعتقاد آنها همین امر موجب شده است تا مسئله عرف موجب اختلاف‌های زیادی میان صاحب‌نظران حقوق اساسی شود، آن هم در شرایطی که سایر منابع حقوق اساسی کمتر مورد مناقشه و اختلاف بوده‌اند و بر سر اجرای آنها چالشی وجود ندارد (Geny 1954: 316).

البته این نزاع و اختلاف فکری، در نهایت موجب شده است تا جایگاه عرف حقوق اساسی در ساختار نظام‌های قانونی بنا به دلایلی که برشمرده خواهد شد، به‌ویژه با پیشرفت تدوین قانون‌های اساسی و همگام با گسترش مبانی دموکراسی (که لزوم استفاده از اصول و مبانی مکتوب را در تدوین اسناد قانونی مورد توجه قرار می‌دهد) به‌تدریج کمرنگ شود. با این حال، نقش عرف حقوق اساسی همچنان مورد تأکید برخی از صاحب‌نظران بوده و گروهی بر این باورند که در عمل این مفهوم حتی با گذشت زمان طرفداران بیشتری یافته است، زیرا بسیاری از مؤلفان بزرگ و حقوقدانان مطرح آن را به رسمیت شناخته‌اند و تنها گروه اندکی بوده‌اند که به مخالفت با آن برخاسته‌اند. هرچند همین مخالفت اندک ولی برنامه‌ریزی شده اثر حقوقی کافی را بر روی این مفهوم بر جای گذاشته است (سرحال، ۲۰۰۲: ۱۸۲). در این بخش، به بررسی و تحلیل دیدگاه‌های مخالف و موافق در زمینه عرف حقوق اساسی می‌پردازیم:

الف) دیدگاه‌های مخالفان عرف حقوق اساسی

کاره دی مالبرگ صاحب‌نظر مشهور حقوقی که در آثار خود به مفاهیم ظاهری و شکلی توجه بیشتری دارد، هرگونه ارزش قانونی عرف را رد می‌کند و اعتقاد دارد مؤسسان عرف برای توجیه یک اتفاق هر بار به سراغ آن می‌روند و این یعنی یک امر اتفاق افتاده،

خود نیازمند برخورداری از پشتوانه مستندات قانونی است. وی معتقد است از آنجایی که قانون اساسی احترام به شیوه‌های معین و معلوم را برای تفسیر رویدادهای حقوقی به‌خوبی مطرح می‌کند، جایز نیست که قاعده حقوقی به‌صورت عرفی تشکیل شود. به‌معنای دیگر قانون اساسی به منزله قانونی است که قدرت مضاعفی^۱ دارد و از لحاظ مفهومی شکل واضح و روشنی دارد که در شرایط حاکمیت آن، رجوع به عرف حقوقی بی‌معناست (Carre de Malberg, 1922, P: 582).

موریس هوریو حقوقدان فرانسوی نیز معتقد است انحراف‌هایی که در نتیجه اقدامات سازمان‌های دولتی و عمومی ایجاد می‌شود، به‌منزله اشتباهات قانون اساسی^۲ است و در عین وجود آنها نمی‌توان ارزش برتر قانون اساسی و تفوق آن را بر عرف‌های حقوقی انکار کرد (Haurious 1929, p: 260).

پروفسور ایسمن نیز می‌گوید: نظام‌های حقوق به‌اهمال و کاستی قانون‌ها توجهی ندارند و تا زمانی که قانون اساسی قانون برتر و بالاتر است، امکان تغییر آن وجود ندارد، مگر با قانون اساسی جدید و بر اساس تدوین اصول دلخواه (سرحال، ۲۰۰۲: ۱۸۳).

لالومی یر با کاره دی مالبرگ در مخالفت با مقوله عرف و تأکید بر تعارض آن با مفهوم قانون اساسی مدون هم‌عقیده است؛ از نظر او هرگونه تغییر در قانون اساسی تنها بر اساس شیوه‌های ذکرشده در قانون اساسی صحیح خواهد بود (J. Laferriere: 1944, p.2et sl). با این حال او تصریح دارد که می‌توان عرف تکمیل‌کننده‌ای را پذیرفت که میان احکام قانونی نفوذ می‌کند، ولی آن را تغییر نمی‌دهد و در قبال مسئله‌ای که حل نشده است قاعده‌ای را ایجاد می‌کند^۳ و البته این قاعده به‌هیچ‌وجه بالاتر از قواعد مربوط به قانون اساسی مکتوب

1. UneLoiPossedantUne Puissance Renforcee.

2. Faussements de la Constitution

۳. این همان تعبیراتی است که بعضی آن را نابودکننده مفهوم قانونی عرف می‌دانند. در این زمینه

رک:

J. Chevallier: La Coutume in R.D.P.Loc, Cit, p.1388, Note.38.

قرار نمی‌گیرد. این دیدگاه که در تعارض با اصول حاکم بر عرف حقوق اساسی است، مورد حمایت پروفیسور جرج پیردو و گروه دیگری از صاحب‌نظران قرار دارد، به‌ویژه پس از آنکه موریس هوریو این اعتقاد را مطرح کرد که کسانی که از عرف برای توجیه حالت‌هایی از واقعیت استفاده می‌کنند؛ همواره اذعان دارند که این حالت‌ها به نصوص قانونی استنادپذیر نیستند. جرج پیردو در تکمیل این دیدگاه، با ملاحظه تفاوت قانون‌های اساسی انعطاف‌پذیر و انعطاف‌ناپذیر این اعتقاد را مطرح کرد که در کشوری که دارای قانون اساسی سخت و انعطاف‌ناپذیر باشد، عرف حقوق اساسی چه از نوع ایجادکننده قانون و چه از نوع تغییردهنده، تکمیل‌کننده یا حتی تفسیرکننده آن، قادر به ایفای نقش نخواهد بود. پیردو تأکید می‌کند که اذعان به ارزش قانونی عرف به منزله آن است که باید اراده مردم و اراده علنی و صریح مطرح‌شده در متن قانون اساسی را به رسمیت شناخت. به‌علاوه از آنجایی که ایجاد عرف به ساختار منسجم حقوق اساسی لطمه می‌زند؛ اگر مردم بخواهند آن را تغییر دهند باید این کار را به‌طور علنی انجام دهند.

ژاک شوالیه نیز در تحلیلی کلی، مسائل مطرح‌شده در استدلال‌های مربوط به موافقان نقش عرف به‌عنوان منبع حقوق اساسی را به‌نوعی تأیید می‌کند، ولی در عین حال با هر گونه اعمال انعطاف در زمینه پذیرش نقش عرف حقوق اساسی مخالف است و در واقع مطلقاً وجود عرف را به‌عنوان مقوله حقوقی و طرح و پذیرش آن را به‌عنوان منبع مستقیم حقوق اساسی رد می‌کند، مگر اینکه در متن قانون اساسی به آن اشاره شده باشد.

وی در پایان می‌گوید: «در حقوق فرانسه و قانون اساسی آن، امور قانونی به‌صورت بنیادین و اصلی باقی می‌مانند و اگر بخواهیم از عرف حقوق اساسی صحبت کنیم، باید بگوییم که این مفهوم تلاشی نظری برای مخالفت با این امور بنیادین است و البته بدیهی است که اعمال این‌گونه تلاش‌ها با مفهوم امور قانونی مغایر است» (J. Chevallier: Loc. cit, p.1375-1416).

ب) دیدگاه‌های موافقان عرف حقوق اساسی

برخلاف جریان فکری پیش‌گفته که مخالف مقوله عرف حقوق اساسی است، جریان علمی

دیگری غالباً مرجعیت عرف حقوق اساسی را می‌پذیرند و بر آن تکیه می‌کند. از مهم‌ترین نمایندگان این گروه می‌توان به لئون دوگی اشاره کرد که توانست مقوله عرف حقوق اساسی را در نظریه عمومی خود وارد کند. دوگی حق را مخلوق دولت نمی‌داند، بلکه حق را مفهومی ورای دولت و فراتر از آن می‌شمارد و به‌همین دلیل دولت را شایسته ورود به عرصه قانونگذاری معرفی می‌کند. البته دوگی معتقد است این دخالت، صفت حقوقی به این قبیل قواعد نمی‌دهد و تنها یک اتفاق اجتماعی است.

قاعده اخلاقی یا اقتصادی به تدریج به امری قانونی تبدیل می‌شود و زمانی که در افراد جامعه نفوذ می‌کند، این افراد قدرت زیادی در سرکوب هرگونه حرکت مغایر با این قاعده مهم دارند. به‌معنای دیگر دوگی میان قواعد قانونی تدوین‌شده از سوی دولت و قواعد قانونی مردمی که از دل جامعه برآمده و با احساسات اجتماعی و عدالت همراهند، تفاوت قائل است. قانون وضع‌شده همان چارچوبی است که قاعده قانونی مردمی بیان می‌کند و شاید چارچوب مکتوب یا عرفی داشته باشد. نقش قانونگذار در اینجا با نقش عرف یا احکام دادگاه‌ها تفاوتی ندارد و از همین رو هیچ دلیلی برای برتری دادن قانون مکتوب بر قانون عرفی دیده نمی‌شود. (L. Duguit: 1327, p.65)

پروفسور لوئی رولان و ژرژ سل از طرح دوگی در تأیید قاعده عرفی حقوق اساسی الگو گرفته‌اند و آن را ناشی از تلاش‌های جامعه برای تبدیل آن به قواعد الزام‌آور دانسته‌اند. در حالی که رنه کاپیتان ایده عملی و واقعی‌تری را ارائه می‌کند. قانون وضع‌شده از نظر وی، قانون وضع‌شده از سوی قانونگذار نیست، بلکه قانون اجراشدنی و محترمی در نزد مردم جامعه است و هر قاعده‌ای که این صفات را دارا باشد؛ حتی در فرض غیرمکتوب بودن باید جزو قانون‌های وضع‌شده قلمداد شود. با توجه به این تحلیل باید پذیرفت که عرف حقوق اساسی امکان لغو قانون اساسی سخت و انعطاف‌ناپذیر را نیز دارد، زیرا این عرف برآمده از بطن مردم بوده و ارتباط حقوق اساسی با مواضع مردم به این شکل است که عرف را باید مؤسس حتمی و دائمی قانون‌های اساسی دانست. قدرت تأسیسی عرف در باور کاپیتان یکی از نشانه‌های حاکمیت ملی است و با این توصیف، عرف بر اراده قانونگذار (که وضع قوانین را برعهده دارد) حاکم است.

در راستای احیای این افکار و گسترش آن در میان عموم مردم، بیشتر صاحب‌نظران حقوق اساسی در جمهوری پنجم فرانسه این شیوه را دنبال کردند. موريس دوورژه در پاسخ به تمام توجیهاات نظری ارائه‌شده و با بررسی قواعد اجراشدنی، چنین نتیجه‌گیری می‌کند که هر متن قانون اساسی همواره در معرض تغییر، تبدیل و اصلاح به‌وسیله عرف قرارداد (Duverger, 1970, p: 740).

اما آندره هوریو میان تعاملات حقوق اساسی به‌عنوان قواعد غیرمکتوب که برای تکمیل متون مکتوب استفاده می‌شوند و نیز عرف‌های حقوق اساسی مرتبط با فقدان قانون اساسی مکتوب تفاوت قائل است (هوریو، ۱۹۷۴: ۲۸۵). از سوی دیگر در حالی که مارسل پرلو در مرجعیت مطلق عرف و نقش تأسیسی آن تردیدهایی دارد، (Prelot 1974, p: 208). جرج ودل با پذیرش این نقش مطلق بر این باور است که عرف حتی متن مکتوب را نقض می‌کند. در مقابل، جرج بیردو معتقد است که دیدگاه‌های مخالف در قبال عرف تا حدی از نظر قانونی و نظری توجیه‌پذیرند و بر واقعیت مسلّمی مبتنی است که براساس آن مغایرت عرف با متن قانونی مکتوب پذیرفتنی نیست و تنها باید با نقش تفسیری یا تکمیلی آن موافق بود (G.Burdeau: p.: 292 - 293).

به این ترتیب صاحب‌نظران (Gicquel, 2000, p: 161) در زمینه تأیید مرجعیت قاعده حقوقی عرفی تقریباً به اجماع می‌رسند، اجماعی که برخی آن را به شرایطی وابسته می‌دانند که به متن قانون اساسی جمهوری پنجم فرانسه مربوط است و معتقدند مبنای آن به آنچه بازمی‌گردد که در تعاملات موجود در سایه نظام‌های سیاسی مطرح است هستند (شوالیه، پیشین: ۱۳۸۹) به‌ویژه آنکه این تعاملات حقوق اساسی از تأیید مردم برخوردارند و به همه‌پرسی گذاشته می‌شوند و اعتراض به آن یا لغو آن ناکام می‌ماند، همان‌طور که در شورای قانون اساسی فرانسه این امر به‌درستی مورد تأکید قرار گرفت^۱ (M.Prelet, 1974, p: 208).

۱. شورای قانون اساسی فرانسه درخواست رئیس مجلس سنای این کشور را در سال ۱۹۶۲ در رابطه با استناد ژنرال دوگل به اصل ۱۱ قانون اساسی برای اصلاح مقررات مربوط به چگونگی انتخاب رئیس‌جمهور رد کرد و آن را موکول به بررسی مجدد کرد:

D- M.Prelet: Droit Constitutionnel, Institutions Politiques, Paris, Dauoz, 1974, p.208.

به هر حال انکار نقش عرف‌های حقوق اساسی به‌طور کلی، چندان آسان نیست و بیشتر صاحب‌نظران در این زمینه نظریه‌ای را پذیرفته‌اند که به‌موجب آن عرف همانند قانون مکتوب ارزش حقوقی دارد. با این تفاوت که برخی آن را برخاسته از اراده مردم و برخی نیز برخاسته از اراده مسئولان می‌دانند.

بر این اساس، عرف شیوه‌ای است برای اعمال ضمنی حاکمیت در یک کشور، از جانب قوه اصلی مؤسس که هیچ محدودیتی برای برنامه‌های آن وجود ندارد و هیچ‌کس نمی‌تواند برای آن چارچوبی تعیین کند. شاید این وضع در سطح تغییر یا اصلاح قانون اساسی یا جایگزینی آن به‌طور علنی از طریق انجام دادن همه‌پرسی، یا به‌طور ضمنی از طریق عرف صورت گیرد و هیچ ابهامی در عملکرد قدرت مؤسس ایجاد نشود. در نظام‌های سلطنتی نیز عرف الزام‌آور است، زیرا به موافقت قدرت برتر بستگی دارد و احترام مداوم و ثابت از طرف پادشاه موجب قبول و رضایت او از این قدرت می‌شود. عرف در حقیقت قانون مورد قبول افراد، البته به‌طور ضمنی است و بیانگر اراده هیأت حاکم یا سیاست رسمی یک کشور است. البته این عرف در کشورهای صاحب دموکراسی بیانگر اراده خود مردم است که اقتدارات را به قوای عمومی تفویض کرده‌اند.

به‌همین دلیل پیردو اعتقاد دارد زمانی که قانون اساسی مکتوب وضع می‌شود، در ضمن آن اصولی نیز برای تغییر قانون اساسی ذکر می‌شوند و این وضع مانند سایر اصول نشأت گرفته از جنبه قانونی آن است. از این رو احترام به آن ضروری است و نباید به بهانه جایز بودن عرف، آن را اراده‌ای غیرمردمی و متغیر تلقی کرد. (G. Burdeau: p.294-295).

این اصول در متن قانون‌های اساسی آمده و امروزه این نظر پذیرفته شده است که عرف حقوق اساسی تنها در قالب متن قانون اساسی تجلی نمی‌یابد، بلکه عمل به آن مستلزم گذشت زمانی طولانی است که در جریان اجرای آن احتمالاً اراده مردم و قدرت برتر در زمینه آن تغییر خواهد کرد. اما مسئله اصلی نظریه جایگزینی اراده خاموش مردم با اراده علنی آنها یا مقایسه این دو با یکدیگر نیست، بلکه در تغییر نقش اراده‌هاست که از آن به‌عنوان تمرین یا تعاملی یاد می‌شود که بررسی آن در سایه دلایلی صورت می‌گیرد که پیش‌تر به برخی از آنها از قبیل تعدیل اصولی و متنی اشاره کردیم. گروهی اعتقاد دارند که

قانون اساسی عرفی تنها در نظامی حاکمیت دارد که ساختار سیاسی آن بر عرف و عادت‌ها مبتنی باشد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۸: ۱۹۱) در حالی که پذیرش این نکته با توجه به اقتدار عرف حقوق اساسی و اصول کلی حقوقی در بسیاری از نظام‌های سیاسی با تردید روبه‌رو خواهد بود.

با این حال می‌توان گفت که عرف حقوق اساسی بدون تعامل با قانون اساسی شکل نمی‌گیرد. برای تأکید بر این موضوع باید به نظریات برخی از صاحب‌نظران درباره اهمیت این موضوع با وجود قدیمی بودن آن اشاره کرد. این دسته از صاحب‌نظران اعتقاد دارند که هیچ قانون اساسی عرفی یا مکتوبی به‌طور مطلق وجود ندارد و در هر دوی این قانون‌ها عرف جایگاه خود را حفظ کرده است و این جایگاه با گسترش متون مکتوب و ارزش و مدت اجرای آنها ارتباط نزدیک و انکارناپذیری دارد و کاملاً مرتبط است (Barthélemy et Duez, 1933, p: 188).

عناصر عرف حقوق اساسی

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، عرف حقوق اساسی زمانی ایجاد می‌شود که نهادی قانونی، عادت‌های قانونی مشخصی را به‌طور مداوم و بدون هیچ‌گونه مخالفتی از سوی سایر نهادهای عمومی تکرار کند و در تحقق ثبات و خاصیت الزام‌آور بودن آن نقش داشته باشد. از این‌رو عرف حقوق اساسی دارای دو عنصر مادی و معنوی خواهد بود.

الف) عنصر مادی^۱

رکن مادی از شرایط اساسی ایجاد عادت‌های قانونی محسوب می‌شود و زمامداران و مقامات عمومی در یک کشور در تحقق آن نقش مهمی دارند. این رکن در تعریفی کلی عبارت است از تکرار قاعده غیرمکتوبی در مسئله‌ای قانونی. با این حال تعریف فوق تعریفی بسیار کلی است و در تبیین بیشتر آن باید گفت عادت فوق باید دارای ویژگی‌های

کلی باشد و از سوی قوای عمومی یا یکی از قوا و نهادهای حاکم در کشور، بدون مخالفت خاصی اجرا شود. به علاوه اجرای این قاعده باید به صورت برنامه‌ریزی شده باشد و در حقیقت عادت قانونی باید به طور مستمر و بدون وقفه عملی شود.

حقوقدانان نیز همواره به لزوم وجود دو عنصر کلیت و وضوح در عادت‌هایی تأکید کرده‌اند که هیأت قانونی آنها را تکرار و ایجاد می‌کنند تا به این شیوه از پیدایش اختلاف جلوگیری کنند.^۱

برای تحقق رکن مادی عرف حقوق اساسی چند شرط لازم است که به تکرار، عمومیت، وضوح و ثبات آن مربوط می‌شود:

۱. **تکرار:** بر این اساس باید یک شیوه و رویه برای مدت زمان به نسبت طولانی تکرار، اجرا یا تفسیر شود، زیرا انجام دادن یک عمل برای یک بار موجب ایجاد یک عادت نمی‌شود. بلکه عمل باید به طور مداوم تکرار شود و یک بار اجرای آن صفت الزام‌آور بودن را به آن نمی‌بخشد. بر این اساس علمای حقوق اساسی نیز تکرار یک عادت را برای تحقق رکن مادی عرف حقوق اساسی شرط می‌دانند و در این میان برخی رکن مادی عرف را همان تکراری دانسته‌اند که به منزله اقرار و شهادت تمامی مردم نسبت به وجود قاعده‌ای قانونی تلقی می‌شود (متولی، ۱۹۶۴: ۸۹).

۲. **ثبات:** اجرا یا تفسیر عرف حقوق اساسی باید از عنصر ثبات نیز برخوردار باشد. به این معنا که عادت‌ها و رویه تکرار شده قبلی، اگر دچار عدم ثبات و استقرار مناسب باشند، به تفسیرهای متناقضی ختم خواهند شد که خود ضرورت وجود عنصر ثبات را در عرف حقوق اساسی بیشتر آشکار می‌کند (پرلو، ۱۹۹۸: ۹۸).

۳. **عمومیت:** شرط عمومیت که برای تحقق رکن مادی عرف حقوق اساسی ضروری

۱. در این زمینه به محسن خلیل، منبع پیشین و ابراهیم شیخا، القانون الدستوری و النظم الدستوریه ۱۹۹۴ مراجعه کنید.

2. La Constance

3. La Généralité

محسوب می‌شود به این معناست که یک عمل یا شیوه اجرا شده توسط یکی از قوای عمومی، به تدریج به یک عادت تبدیل شود و تمامی قوای حاکم در کشور بدون هیچ‌گونه اعتراضی به آن ملزم شوند. زیرا اگر اجرای آن عمل با اعتراض یکی از دستگاه‌های دولتی روبه‌رو شود، حتی با وجود تکرار به ایجاد هیچ عرفی منجر نخواهد شد. دلیل امر مذکور آن است که اعتراض مداوم به رویه و شیوه اجرایی یکی از دستگاه‌های عمومی موجب خواهد شد تا شرط عمومیت (که برای تحقق رکن مادی آن لازم است) از بین برود.

۴. **وضوح و صراحت:** باید مصادیق عرف حقوق اساسی که موجب اجرا یا ارائه تفسیری روشن و کلی از متن قانون می‌شوند، روشن و صریح باشند. پس هر گونه اجرا یا تفسیر عرفی را که به وسیله یکی از قوای مربوط و بر اساس شرایط خاص آن انجام می‌گیرد، نمی‌توان الزاماً برداشت صحیحی از مفهوم عرف تلقی کرد.

۵. **اجماع و توافق نظر:** اجماع نهادهای قانونی و افکار عمومی برای شکل‌گیری عرف حقوق اساسی ضروری است. زیرا قدرت حقوقی یک عرف به میزان اجماع بر سر آن بستگی دارد. به همین دلیل اجرا یا تفسیر هر متنی در حقوق اساسی (که از سوی بخشی از افکار عمومی به عنوان ناقض قانون اساسی قلمداد می‌شود) نقطه آغاز شکل‌گیری عرف حقوق اساسی نیست.

چهار عنصر فوق، رکن مادی عرف حقوق اساسی را تشکیل می‌دهند. علاوه بر لزوم فراهم شدن عنصر مادی برای عرف حقوق اساسی، عنصر معنوی نیز در تداوم تعامل و توافق میان شهروندان در زمینه مضمون این عرف و تبدیل آن به قاعده حقوقی الزام‌آور نقش مهمی دارد که در ادامه به بررسی آن پرداخته خواهد شد.

ب) عنصر معنوی

علاوه بر لزوم وجود عنصر مادی، وجود عنصر معنوی نیز برای ایجاد یک رویه ثابت حقوقی ضرورت دارد. زیرا بدون وجود عنصر معنوی عرف حقوق اساسی صورت

پایداری نخواهد داشت. رکن معنوی به این معناست که عادت و رویه حقوقی در ساختار قوای حاکم و افکار عمومی ثابت و به این ترتیب به امر الزام‌آور، مورد احترام و اجراشدنی تبدیل شود. عنصر معنوی در حقیقت لزوم اعتقاد مقامات و قوای عمومی و همچنین مردم، به وجود قاعده عرفی لازم‌الاجراست و این اعتقاد و ارتباط اخلاقی نیز باید عمومیت یابد و اندیشه ضرورت وجود آن حق^۱، باید به مثابه معیار مناسبی برای ورود آن از طریق عرف به نظم قانونی یک کشور، به رسمیت شناخته شود. این امر به تفکیک و تمایز عادت‌ها و رسوم اجتماعی، از عرف‌های برخوردار از قابلیت تبدیل به قواعد حقوق اساسی منجر شده است (F. Labarthe: 1935.p: 236)، زیرا برخلاف دسته نخست که بیشتر بر اجماع مردم بر سر عادت‌های اخلاقی و اجتماعی مبتنی است، دسته دوم بر پذیرش عام قواعد بنیادین حاکم بر جوامع تکیه دارد.^۲

بنابراین برای ایجاد عرف حقوق اساسی باید دو رکن مادی، یعنی تبدیل شدن عمل یا شیوه‌ای به یک عادت ثابت و کلی و رکن معنوی یعنی نفوذ عادت در میان مردم و تبدیل شدن آن به یک قاعده قانونی الزام‌آور فراهم شود.

انواع عرف حقوق اساسی

گاهی نقش عرف به تفسیر متون و اسناد قانونی محدود می‌شود و گاهی نیز به حل و فصل نقص‌های این متون می‌پردازد و آنها را تکمیل و برطرف می‌کند، گاه نیز تغییر متون قانونی را در پی دارد.

با آنکه بیشتر علمای حقوق اساسی اذعان دارند که عرف از قدرت قانون (به‌عنوان یکی

1. Opinio Juris- OpinioNecessitatis

۲. از جمله اصول قواعد عرفی حقوق اساسی می‌توان به حضور رئیس قوه قضاییه در کنار رئیس جمهور در هنگام ادای سوگند در مجلس شورای اسلامی اشاره کرد یا استماع سخنرانی رئیس جمهور فرانسه توسط حاضران در مجمع ملی را به‌صورت ایستاده مثال زد. همچنین اقدامات نخست‌وزیری که مأمور تشکیل کابینه در لبنان شده است و با نخست‌وزیران سابق دیدار می‌کند و برای تشکیل کابینه با آنها مشاوره می‌کند و پس از انتصاب به نخست‌وزیری به‌طور هفتگی با رئیس مجلس نمایندگان و رئیس جمهور ملاقات می‌کند.

از منابع رسمی قواعد حقوقی در کشورهای دارای قانون اساسی مکتوب) برخوردار است، در تعیین ارزش قانونی هر یک از انواع عرف با توجه به نقش‌های گوناگون آنها اختلاف نظر وجود دارد. همین امر زمینه‌ساز ارائه تقسیماتی از عرف حقوق اساسی شده است (پروین، ۱۳۹۰: ۴۵). عرف حقوق اساسی که در کنار قانون اساسی مدون مطرح است، نقش‌های مختلفی دارد که عبارتند از: نقش تفسیرکننده، تکمیل‌کننده و تغییردهنده یا تعدیل‌کننده.

الف) عرف تفسیرکننده^۱

پیچیدگی‌ها و ابهامات موجود در متن قانون اساسی موجب می‌شود که عرف به تفسیر آن اقدام کند. عرف تفسیرکننده، قاعده قانونی جدیدی را ایجاد نمی‌کند، بلکه بر اساس قواعد قانونی موجود (که صراحت و وضوح چندانی ندارند) شکل می‌گیرد. بنابراین عرف تفسیرکننده عرفی خواهد بود که هدف از آن تفسیر متون پیچیده در قانون‌های اساسی مکتوب است و به تعیین معنای مشخص از میان معانی متعدد برای یک قاعده یا یک متن در قانون اساسی می‌پردازد.

عرف تفسیرکننده، تنها اثرگذاری حقوقی اصول قانون اساسی مکتوب را تسهیل می‌کند و در مسیر تحقق این هدف، با اکتفا به تفسیر قواعد قانونی موجود، در مقام ایجاد قاعده حقوقی جدیدی نیست. با این حال پیوستگی تفسیر یک قاعده حقوقی به خود آن قاعده، تا آنجاست که می‌توان تفسیر یک قاعده را جزء جدایی‌ناپذیری از خود آن قاعده دانست و این اعتقاد را مطرح کرد که تبیین یک قاعده حقوقی بدون تکیه بر تفسیر آن امکان‌پذیر نیست. همین علقه و پیوستگی، صاحب‌نظران حقوق اساسی را بر آن داشته است تا کارکرد عرف تفسیرکننده را فراتر از عنصری در مقام بازنگری بدانند و تحول و تکامل تدریجی نظام‌های سیاسی را نیز گاه به نقش و تأثیر این نوع از عرف‌های حقوق اساسی نسبت دهند.

نقش این نوع عرف تنها به تفسیر مفاهیم پیچیده و مبهم محدود است و کارکرد آن تنها به بیان کیفیت اجرای اصولی که در متن قانون اساسی آمده‌اند، منحصر می‌شود. اهمیت عرف تفسیرکننده در اسناد قانونی مختصر و خلاصه‌شده، بیش از پیش آشکار می‌شود. این مسئله درباره قانون اساسی جمهوری سوم فرانسه در سال ۱۸۷۵ کاملاً روشن بود، زیرا عرف نقش مهمی در تفسیر و توضیح بسیاری از اصول این قانون اساسی ایفا کرد. به‌عنوان نمونه اصل سوم این قانون اساسی (که به وظیفه رئیس‌جمهور در زمینه اجرای قانون به‌عنوان رئیس قوه مجریه مربوط بود) تفسیر عرفی شد. این مسئله از آنجا مطرح شد که رئیس‌جمهور باید ضمن صدور آیین‌نامه لازم برای اجرای قانون‌ها، باید اجرای خود قوانین را نیز تضمین می‌کرد (بسیونی، ۱۹۹۳: ۴۳۰).

در هر حال امروزه بیشتر حقوقدانان به ارزش قانونی عرف تفسیرکننده اذعان دارند، زیرا این عرف در حقیقت جزئی از متن قانون اساسی است. سازوکار عرف تفسیرکننده مطابق با قانون‌های اساسی انعطاف‌پذیر تنظیم شده است. زیرا اصلاح و بازنگری قانون‌های اساسی انعطاف‌پذیر همانند تغییر و اصلاح قانون‌های عادی انجام می‌گیرد و این برخلاف قانون‌های اساسی انعطاف‌ناپذیری است که اصلاح و بازنگری آنها بر اساس اصول و شیوه‌های خاص دنبال می‌شود.

ب) عرف تکمیل‌کننده

عرف مکمل، وجود هر گونه نقص یا کاستی در قانون اساسی مکتوب را روشن می‌کند و این نقص‌ها شامل موارد مختلفی است. از جمله زمانی که قانون اساسی نسبت به تنظیم موضوعی از موضوعات قانونی ساکت است، عرف قانون اساسی به‌منظور تکمیل قانون اساسی مکتوب، موضوع و مسئله فراموش‌شده را یادآور می‌شود. بنابراین عرف مکمل، برخلاف عرف تفسیرکننده بر متن قانون اساسی مکتوب استناد ندارد.

حقوقدانان اتفاق نظر دارند که عرف مکمل مانند عرف تفسیرکننده دارای قدرت قانون اساسی است. یعنی زمانی که در قانون اساسی مکتوب، به موضوعی سهواً اشاره نشده باشد و مقامات عمومی به این نتیجه برسند که بر اساس عادت‌ها و شیوه‌های تثبیت‌شده می‌توان

آن نقص را جبران کرد، از عرف مکمل کمک می‌گیرند تا از ایجاد خلأهای قانونی جلوگیری شود.

صاحب‌نظران در رابطه با ارزش قانونی عرف تکمیل‌کننده سه دیدگاه دارند: دیدگاه نخست چنین است که این نوع عرف قدرت قانونگذاری عادی دارد، یعنی ارزش قانونی آن فراتر از قانونگذار عادی نیست و به اندازه قانونگذار اساسی هم نیست، زیرا قدرت عرف به قدرت قانونگذار بازمی‌گردد و قانونگذار اراده صریحی ندارد که به قانونگذاری‌های مبتنی بر عرف (که در سایه قانون اساسی انعطاف‌ناپذیر انجام می‌گیرند) قدرتی در حد قانونگذاری‌های اساسی ببخشد (عصفور، ۱۹۷۴: ۴۶).

از منظر دیدگاه دوم این عرف با عرف تفسیرکننده تا حد زیادی هم‌تراز و هم‌سنگ است، زیرا عرف مکمل در حقیقت مسائل فراموش شده توسط واضع قانون اساسی را تفسیر می‌کند. بر این اساس طرفداران دیدگاه مذکور اعتقاد دارند که عرف تکمیل‌کننده قدرت قانونی عرف تفسیرکننده را دارد و بنابراین قدرت عرف تکمیل‌کننده معادل قدرت اصول قانون اساسی مکتوب است، البته به شرط آنکه مخالفت علنی با متن قانون اساسی نداشته باشد (بدوی، ۱۹۷۰: ۶۲).

دیدگاه سوم وضعیتی بینابین را در نظر دارد و در یک حالت، محدود شدن عرف را با ابزارهایی مانند تعیین راهکارهای اجرای اصول قانون اساسی می‌پذیرد و در واقع در فرض مزبور نیز عرف مکمل با عرف تفسیرکننده مطابقت پیدا می‌کند. لالومی یر که از جمله طرفداران این دیدگاه محسوب می‌شود، مثالی را مطرح می‌کند و می‌گوید متن قانون اساسی فرانسه که در سال ۱۸۷۵ تدوین شده است، بیان می‌دارد که برای تشکیل پارلمان باید رأی‌گیری عمومی صورت گیرد؛ در حالی که به مستقیم یا غیرمستقیم بودن آن اشاره‌ای نمی‌کند. با توجه به اینکه بر اساس عرف حقوق اساسی فرانسه از سال ۱۸۴۸ رأی‌گیری و انتخابات سراسری باید به‌طور مستقیم باشد، روند انتخابات بر اساس این عرف ادامه می‌یابد تا نقصی که در متن قانون اساسی سال ۱۸۷۵ وجود دارد، برطرف شود (بسیونی، ۱۹۹۳: ۴۳۲).

اما درباره اینکه کدام یک از این دیدگاه‌ها به تبیین مناسب نقش عرف مکمل می‌پردازد، باید گفت دیدگاه دوم که به‌زعم برخی گرایش غالب در میان صاحب‌نظران است، تحلیل مناسب‌تری ارائه می‌کند. زیرا عرف مکمل وظیفه تکمیل هر گونه کمبود یا برطرف کردن تمامی خلأهای حقوقی ناشی از غفلت قانونگذار را بر عهده دارد. بنابراین عرف تکمیل‌کننده، عرف تغییردهنده متون قانون اساسی محسوب نمی‌شود، بلکه به عرف تفسیرکننده نزدیک‌تر است و به این ترتیب شأن قانون اساسی مکتوب را دارد و دارای قدرت الزام‌آور است (بسیونی، ۱۹۹۳: ۴۳۳).

ج) عرف تعدیل‌کننده

عرف تعدیل‌کننده، تغییر اصول قانون اساسی را از طریق اضافه یا حذف کردن اصولی به آن دنبال می‌کند. از این‌رو دو نوع عرف تعدیل‌کننده وجود دارد: عرفی که با اضافه کردن اصلی به اصول قانون اساسی آن را تغییر می‌دهد و عرفی که با حذف اصلی از اصول، برای تغییر آن گام برمی‌دارد. در حالت اول لازم است قانون اساسی، مسئله مشخصی را تعیین کند و عرف تغییردهنده از طریق اضافه کردن اصلی به اصول آن، به تنظیم این مسئله بپردازد.

برخی از صاحب‌نظران وجود عرف تغییردهنده را با توجه به ماهیت قانون‌های اساسی انعطاف‌ناپذیر نفی کرده‌اند، زیرا از نظر گروه مذکور، تغییر این نوع قانون اساسی مستلزم اجرای شیوه‌ها و اقدامات ویژه‌ای است که در متن خود قانون اساسی به آن اشاره می‌شود و معمولاً در آن به عرف تعدیل‌کننده و نقش آن در اصلاح قانون اساسی اشاره‌ای نمی‌شود. با این حال بیشتر صاحب‌نظران امکان تغییر قانون اساسی را از طریق حذف یا اضافه کردن اصلی به اصول آن پذیرفته‌اند. دلیلش هم آن است که عرف حقوقی بر اساس تعریفی که پیش‌تر از آن ارائه شد، به‌عنوان یک عادت و رویه به‌وسیله قوای عمومی شکل می‌گیرد و قبول و رضایت کلی مردم یا عدم مخالفتشان با آن شرطی ضروری است. عرف خواسته مردم را بیان می‌کند و تا زمانی که حاکمیت و نقش اصلی از آن ایشان است، این عرف قدرت تغییر اصول و متن قانون اساسی را دارد.

در عرصه‌های واقعی و مطالعات علمی نیز بسیاری از کشورها به صحت نظر دوم (که) نظر غالب صاحب‌نظران است) اذعان دارند.

در رابطه با اجرای عرف تعدیل‌کننده قانون اساسی می‌توان به اصل ۵۳ قانون اساسی لبنان پیش از اصلاحات سال ۱۹۹۰ اشاره کرد. بر اساس این اصل رئیس‌جمهور، وزیران را تعیین و از میان آنها یک نفر را به‌عنوان نخست‌وزیر انتخاب می‌کرد. بر اساس ظاهر متن، تعیین وزیران پیش از تعیین شخص نخست‌وزیر است، زیرا در خود متن این اصل نیز آمده است: رئیس‌جمهور نخست‌وزیر را از میان وزیران انتخاب می‌کند. در حالی‌که قواعد عرفی حقوق اساسی بر خلاف روند فوق عمل می‌کند. زیرا رئیس‌جمهور در وهله اول نخست‌وزیر را تعیین می‌کند و سپس وزیران را بر اساس پیشنهادهای نخست‌وزیر برمی‌گزیند. اصلاح قانون اساسی لبنان در سال ۱۹۹۰ این عرف را در چارچوب جدیدی و در اصل ۵۳ قانون اساسی به‌صورت قانونی درآورد.

از نمونه‌های عرف تغییردهنده از طریق اضافه کردن اصول، می‌توان به قانون اساسی ۱۸۷۵ فرانسه اشاره کرد که در آن عرف قانون اساسی بر اساس اعمال پارلمان شکل گرفت و قوه مجریه مسئول وضع قواعد عمومی مهمی بر اساس برخی تشریفات شد. در حالی‌که پارلمان از قبل اختیارات لازم را برای وضع قانون‌های مختلف بر طبق قانون اساسی داشت. مثال بارز برای عرف تغییردهنده از طریق حذف اصول نیز موضوع خودداری رؤسای جمهور فرانسه از استفاده از حق تشکیل مجمع ملی این کشور است که از سال ۱۸۷۷ تا ۱۹۴۰ اعمال شد.

صاحب‌نظران حقوق اساسی در زمینه مشروعیت عرف تغییردهنده و تعیین ارزش حقوقی اختلاف‌نظر دارند و دیدگاه‌های مختلفی را بیان کرده‌اند. به‌طور کلی در این زمینه سه نظر وجود دارد:

۱. عرف تغییردهنده فاقد مشروعیت است و هیچ ارزش قانونی ندارد. در این نظر چنین استدلال می‌شود که عرف قابلیت ندارد که اصول قانون اساسی مکتوب به‌ویژه اصول انعطاف‌ناپذیر آن را تغییر دهد و برای ایجاد چنین تغییری، باید شیوه‌های معینی را دنبال

کند. بر این اساس، اعمال عرف تغییردهنده به منزله تجاوز به قانون اساسی است، زیرا به موجب آن اراده قوای حاکم که این عرف را دنبال می‌کند، فراتر از اراده مردم و حاکمیت (که در سند قانون اساسی به آن پرداخته شده است) خواهد بود.

۲. عرف تغییردهنده مشروعیت دارد و تنها به منزله بیان مستقیم اراده مردم برای اعمال حاکمیت کامل است و در آن هیچ بحثی در زمینه حق مردم برای تغییر متن قانون اساسی (که پیش‌تر به آن اذعان شده بود) وجود ندارد.

طرفداران این عقیده خود به دو گروه تقسیم شده‌اند. گروهی معتقدند عرف تغییردهنده همان قدرت متن قانون اساسی را دارد و قدرت آن فراتر از قدرت قانون‌های عادی است. زیرا اگر عرف تغییردهنده دارای قدرت قانون عادی باشد، این عرف هرگز رأساً متن قانون اساسی را تغییر نمی‌دهد؛ زیرا قاعده‌ای قانونی که در مرتبه پایین‌تر قرار دارد، قاعده قانونی دیگری را که از آن بالاتر است، تغییر نمی‌دهد (محسن خلیل، ۱۹۷۱: ۵۷۴).

این در حالی است که گروه دوم معتقدند قدرت عرف تغییردهنده با قدرت قانونی قانون‌های عادی برابر است.

۳. این دیدگاه میان عرف تغییردهنده از طریق اضافه کردن و عرف تغییردهنده از طریق حذف اصول تفاوت قائل است؛ به طوری که به مشروعیت عرف تغییردهنده از طریق اضافه کردن اصول اذعان دارد و آن را دارای قدرتی قانونی می‌داند که در متن قانون اساسی متجلی شده است و می‌توان اثر آن را در تغییر این متون مشاهده کرد، ولی به مشروعیت عرف تغییردهنده از طریق حذف اصول اعتقاد ندارد و از جنبه عملی آن را به رسمیت نمی‌شناسد (کامل لیل، ۱۹۶۸: ۴۷).

گروهی نیز معتقدند که تمام آنچه از قاعده حقوقی مکتوب یعنی متن قانون اساسی نشأت می‌گیرد، شاید در قالب عرف و در راستای فهم عمیق متون حقوق اساسی به کار برود. لویی برون^۱ معتقد است که عرف همان شیوه‌ای است که همانند ذوب لایه‌های زیرین پوسته زمین، بدون هیچ وقفه‌ای روابط اجتماعی را تغییر می‌دهد و تنها منبع قانون

است (کامل لیله، ۱۹۶۸: ۵۱). در مقابل گروه دیگری از صاحب نظران، جایگاه منابع عرفی را در تدوین متن قانون اساسی مکتوب رد می‌کنند و نقش آن را مورد تردید جدی قرار می‌دهند.

رابطهٔ رویهٔ قضایی و عرف حقوق اساسی

سازوکار ایجاد و تأثیرگذاری عرف حقوق اساسی، مشابهت‌های بسیاری با تحقق فرایندهای فوق در قالب رویهٔ قضایی دارد. رویهٔ قضایی، مجموعهٔ قواعد استنباط‌شده از احکام، آرا و تصمیمات صادرشده از سوی دادگاه‌ها و محاکم مختلف است. در هر نظام حقوقی، دادگاه‌ها مسئول اجرای قانون و مکلف به تلاش برای پوشاندن خلأهایی هستند که در جریان عمل به احکام و اجرای قانون‌ها ایجاد می‌شوند. همچنین دادگاه‌ها اساساً ملزم به تفسیر قانون و حل و فصل نقص‌ها و خلأهای آن هستند و باید از انجام دادن هر گونه اقدام خلاف قانون اجتناب کنند.

دادرس باید به احقاق حق و تفویض انعطاف به قانون پردازد و تا حدی کار قانونگذار را انجام دهد. وی در مواجهه با قانون و واقعیت بنا به اعتقاد هانس کلسن به اجرای قاعدهٔ قانونی بر اساس واقعیت‌های پیش روی خود اقدام می‌کند (H. Kelssen: 1962, p.319) و بر همین پایه است که صاحب نظران معتقدند که رویهٔ قضایی از اصلی‌ترین منابع حقوق محسوب می‌شود.

البته گروهی بر این باورند که دادرس در حکم خود تنها به قاعدهٔ مطرح‌شده در میان مردم استناد می‌کند و آن را ایجاد نمی‌کند، ولی با این حال باید گفت که قاعدهٔ عرفی همواره وجود دارد و قاضی هر بار در چارچوب مواجهه با قانون از آن تجاوز می‌کند. پروفیسور ژاک شوالیه معتقد است که این دیدگاه یعنی قانون به‌مثابهٔ نتیجهٔ قانونگذاری جانشین اسباب وضع خود و از جمله موازین عرفی شود، در حالی که در چارچوب حقوق، ژاک شوالیه نیز مانند دیگر حقوقدانان معتقد است که قاعدهٔ عرفی، پیش از حکم دادرس مطرح نیست، بلکه قاعدهٔ جدیدی است که در نتیجهٔ دخالت دادرس در یک مسئلهٔ ایجاد می‌شود. (H. Battifol, 1962, p.42).

از سوی دیگر، پروفیسور هانری باتیفول بر این باور است که دادگاه‌ها همواره قانون را به دور از بررسی عرفی آن مطرح می‌کنند و حکم در نتیجه یک نگرش و بررسی عقلانی صادر می‌شود. بر اساس این دیدگاه، دادگاه‌ها دستگاه‌های دولتی تصمیم‌گیرنده هستند و نقطه پیوند آنها با قوه قانونگذاری همانند رابطه قانون با رویه قضایی است که ارتباط تنگاتنگ دو قوه مقننه و قضاییه را نشان می‌دهد.

با وجود تأیید رویه قضایی به عنوان منبع مستقل حقوق، رابطه دادگاه‌ها با عرف در واقع همان رابطه‌ای است که دادگاه‌ها با قانون‌های عادی یا اصول کلی حقوقی دارند. به عبارت دیگر وجود متن قانونی صریح یا قاعده عرفی ثابت شده و باارزش موجب می‌شود که دادگاه‌ها در راستای اجرای قانون عمل کنند. همین ملاحظه درباره قانون‌های اساسی عرفی نیز وجود داشته است، زیرا نامشخص بودن هنجارهای عرفی در این دسته از قانون‌های اساسی اجرای آنها را با اشکال‌هایی روبه‌رو و همین امر زمینه توجه به قانون‌های اساسی مدون را فراهم کرده است (قاضی، ۱۳۸۸: ۴۴).

بر همین اساس از منظر طرفداران قانون‌های اساسی مدون، نیاز اصلی نظام حقوقی تفسیر مضیق این قانون‌ها بدون ایجاد و تأسیس یک قاعده حقوقی عرفی است. اما بر خلاف این دیدگاه و با وجود نقش گسترده دادگاه‌ها در تفسیر و استنباط از قانون‌های اساسی مدون، این احتمال می‌رود که حکم دادگاه در عمل به مثابه راهکاری برای ایجاد یک قاعده حقوقی عرفی تلقی شود و رویه قضایی نقش مرجع مهمی را در زمینه ایجاد چنین قواعدی ایفا کند.

اگر عرف را مجموعه تکرارهای یک شیوه و عمل بدانیم، رویه قضایی نیز به نوبه خود مجموعه‌ای از احکام و تصمیمات توافق‌شده خواهد بود.^۱ صورت کلی صدور قانون‌های

۱. پروفیسور شوالیه موضع خود را در قبال عرف در سطح بین‌المللی این‌گونه تشریح می‌کند که عرف منبعی از منابع حقوق بین‌الملل هم هست. به‌ویژه آنکه در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری از آن نام برده شده است و در بسیاری از پرونده‌ها نظیر پرونده تنگه کورفو در سال ۱۹۴۹ و در پرونده هند در سال ۱۹۶۰ و دریای شمال در سال ۱۹۶۹ به آن استناد شده است. با وجود این وی معتقد است که ادعان قضات دیوان

اجتماعی نیز نشأت گرفته از ارزش‌های اجتماعی و مطالبات جامعه و اعضای آن است (رباط، ۱۳۸۹: ۶۴). در عرصه اجرا نیز احکام دادگاه‌ها همان شیوه‌های مورد توجه دستگاه‌های حکومتی هستند که برای ایجاد یک قاعده عرفی صادر شده‌اند و تأثیر قانونی و الزام‌آور خود را هم دارند. البته این تأثیرگذاری تنها به طرف‌های دعوا محدود نمی‌شود، بلکه در زمینه احکام دادگاه‌ها نیز وضعیت به همین گونه است. پس در جایی که قانون حکمی ندارد یا مفاد آن مجمل است، این امر خود به منزله مجوزی برای رجوع دادرس به عرف و عادت‌های مسلم به منظور تکمیل و رفع اجمال و تعارض قانون خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۸۵). عرف باید در جامعه جریان یابد تا به منبع گسترده و برجسته‌ای برای حقوق اساسی تبدیل شود. با گسترش نقش رویه قضایی، دادگاه‌هایی که نقش محدودی در تکوین حقوق اساسی دارند و در قالب دادگاه‌های قانون اساسی نقش ایفا می‌کنند، به تعمیق پدیده عرف و گسترش توجه به آن در عرصه‌های مختلف، از جمله در بخش‌های مختلفی از قانون اساسی کمک خواهند کرد، زیرا به باور صاحب‌نظران، عرف و عادت‌ها به مثابه زیربنای بنیانی هستند که حقوق بر روی آن ساخته شده است^۱ (داوید، ۱۳۷۸: ۱۲۱) و می‌توان این نقش گسترده را در تمام شعبه‌های علم حقوق مشاهده کرد.

نتیجه‌گیری

اهمیت و جایگاه عرف در حقوق اساسی از توضیح و تبیین بی‌نیاز است. این جایگاه و نقش گسترده در قالب حاکمیت قانون‌های اساسی عرفی و حضور موازین عرفی در قانون‌های اساسی مکتوب تجلی یافته و نقش عرف را در حقوق اساسی و بنیادین به نقش ممتاز و بی‌بدیلی مبدل کرده است. با این حال این مفهوم دیرینه و اثرگذار در موارد بسیاری

بین‌المللی دادگستری به نقش عرف ما را متوجه یک سابقه اجتهادی (رویه) برای عرف می‌کند که به تدریج به منبعی برای حق تبدیل شده است و دیگر تنها یک قاعده عرفی (که به آن استناد شده است) نیست. بنگرید به:

J. Chevallier: Loc.cit, o.1404-1405.

۱. تفاوت میان عرف و احکام دادگاه به مرجع مؤسس هر یک از آنها بازمی‌گردد. آرای دادگاه‌ها برخلاف عرف نباید بر اثر تکرار مواضع و تصمیمات صادرشده از سوی مجموعه‌ای از افراد ایجاد شوند.

جز از طریق تبیین عناصر و ارکان مفهوم مطلق آن چندان شناخته شده نیست. عناصر مادی و معنوی عرف حقوق اساسی به منظور ارائه تعریف مشخصی از این مفهوم تبیین و بررسی می‌شوند و انطباق عملکرد نهادهای قانونی با عناصر اختصاصی هر یک، نظام عرفی حقوق اساسی را به روشنی تبیین می‌کند. این نظام عرفی در قالب انواع عرف تفسیرکننده، مکمل و ناسخ عمل خواهد کرد و تأثیرات عرف بر سند قانون اساسی و سایر قواعد بنیادین حاکم بر جامعه را آشکار می‌کند. با این حال نقش هریک از عناصر فوق با ارکان و عناصر دیگر متفاوت است و مبانی الزامی بودن موازین عرفی در برخی از این ارکان نمود بیشتری دارد. این امر زمینه‌ساز آرا و اندیشه‌های گوناگون و گاه متعارضی است که به‌ویژه در زمینه کارکرد عرف ناسخ با یکدیگر تفاوت دارند، زیرا در حالی که حوزه عمل‌گرا در دیدگاه‌های حقوق اساسی، جایگاه عرف ناسخ را به‌طور کامل به رسمیت می‌شناسد، حوزه نظری با تکیه بر دلایلی از قبیل عدم پیش‌بینی موازین عرفی به‌عنوان قواعد بازنگری و اصلاح قانون اساسی، عمل به آن را نوعی اجتهاد در مقابل نص می‌داند و بر آن تشکیک می‌کند. این رویکرد به‌ویژه با گرایش نظریه‌پردازان حقوق اساسی به حاکمیت برتر قانون اساسی تا مدت‌ها گرایش برتر بود، ولی با این‌همه سابقه تحولات عرف حقوق اساسی در دو سده اخیر، پذیرش دیدگاه نخست را تا حدی محتمل‌تر کرده است، به‌ویژه آنکه در حوزه نظری نیز مبانی عرفی حقوق اساسی با گذشت زمان به جنبه عملی خود نزدیک و در نظام‌های حقوقی انگلستان، فرانسه و ایالات متحده آمریکا از زمینه مناسبی برای به‌کارگیری و پذیرش برخوردار شده است.

منابع

الف) فارسی

۱. پروین، خیرالله (۱۳۹۱). *اصول و مبانی حقوق اساسی*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول.
۲. داوید، رنه، کامی ژوفره اسپینوزی (۱۳۹۲). *درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر*، ترجمه و تلخیص سید حسین صفائی، نشر میزان.
۳. داوید، رنه (۱۳۹۲). *نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر*، ترجمه سید حسین صفائی و دیگران، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
۴. دومیشل، آندره و پی‌یر لالومی یر (۱۳۷۶). *حقوق عمومی*، ترجمه ابوالفضل قاضی، تهران، نشر دادگستر.
۵. رباط، ادمون (۱۳۹۳). *مقدمه حقوق اساسی*، ترجمه خیرالله پروین، تهران، انتشارات جنگل.
۶. ضیائی بیگدلی، محمد رضا (۱۳۹۲). *حقوق بین‌الملل عمومی*، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۷. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۳). *حقوق اساسی*، تهران، نشر میزان.
۸. عبدالعزیز شیخا، ابراهیم (۱۳۸۰). *کلیاتی درباره قانون اساسی*، ترجمه سرور دانش، قم، انتشارات سلسال.
۹. قاضی، ابوالفضل (۱۳۹۲). *بایسته‌های حقوق اساسی*، تهران، نشر میزان.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران، شرکت سهامی انتشار.

ب) عربی

۱۱. ابراهیم شیخا، مصطفی جمال و بشیل ابراهیم سعد (۲۰۰۲). *النظریه العامه للقانون*، بیروت، منشورات الحلبي.

١٢. آندره هوریو (١٩٧٤). *المؤسسات السياسييه والقانون الدستوري*، ترجمه على مقلد، بيروت، الاهليه للنشر.
١٣. احمد سرحال (٢٠٠٦). *القانون الدستوري والنظم السياسييه*، بيروت، مؤسسه الجامعيه للدراسات والنشر والتوزيع.
١٤. بدرالدين، غسان و عواضه، على (٢٠٠٢). *المؤسسات السياسييه والقانون الدستوري*، بيروت، دار نشر.
١٥. ثروت بدوى (١٩٧٠). *النظم السياسييه*، الجزء الاول، النظرية العامه للنظم السياسييه، قاهره، دارالنهضة العربييه.
١٦. حسن عبدالفتاح (١٩٧١). *النظم السياسييه والقانون الدستوري*، قاهره، دارالفكر العربي.
١٧. شيحا، ابراهيم عبدالعزيز (١٩٩٤). *القانون الدستوري والنظم الدستورييه*، ج ١، بيروت، الدارالجامعييه.
١٨. عبدالغنى بسيونى (١٩٩٣). *عبدالله، النظم السياسييه والقانون الدستوري*، بيروت، الدارالجامعييه.
١٩. عصفور، سعد (١٩٧٤). *المبادئ الاساسيه فى القانون الدستوري والنظم السياسييه*، اسكندريه، منشاء المعارف.
٢٠. كلود ليكلرك (١٩٨٤). *القانون الدستوري والنظم السياسييه*، بيروت، الطبعة الرابعه.
٢١. مصطفى جمال و بشيل ابراهيم سعد (٢٠٠٢). *النظرية العامه للقانون*، بيروت، منشورات الحلبي.
٢٢. محمد كامل ليله (١٩٦٨). *النظرية السياسييه*، الدوله والجكومه، قاهره، دارالفكر العربي.
٢٣. مارسل پريلو (١٩٨٤). *النظم السياسييه والقانون الدستوري*، بيروت، الاهليه للنشر.
٢٤. محسن خليل (١٩٤٤). *قضاء ادارى لبنان*، الاسكندريه، درس المقارنه.
٢٥. متولى، عبدالحميد (١٩٦٤). *القانون الدستوري والانظمه السياسييه*، الجزء الاول، الطبعة الثالثه.

۲۶. حوری، عمر (۲۰۰۸). القانون الدستوري، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.

ج) انگلیسی

27. Barthélemy et Duez (1933) : Traité de Droit Constitutionnel, Paris
28. Carre de Malberg (1922) : Contribution a la theorie Generale de l'etat, Paris
29. Carre de Malberg (1933) : Confrontation de la Formation du Droit Par Degres Avec les Institutions par le droit Positif Français. Paris
30. D- M. Prelot (1974) Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Paris, Dalloz
31. F. Geny (1954) Methodes d'interpretation et Sources en son Droit Prive Positif, Paris
32. F. Labarthe (1935): Les Moeurs Politiques et la Réforme de L'Etat, Paris
33. G. Burdeau (1945): Traité de Science Politique, Paris
34. H. Kelsen (1962): Theorie Pure de Droit, Paris, Dalloz
35. H. Battifol (1962) : La Philosophie du Droit, P.U.F
36. J. Laferriere (1944) : La Coutume constitutionnelle in R.D.P et scl. en France et al'Etranger
37. J. Chevallier: La Coutume in R.D.P. Loc, Cit.
38. J. Gicquel (2000) : Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Montchrestien-Delta
39. J. Gicquel (2000): Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Delta
40. L. Duguit (1927): Traité de Droit Constitutionnel, 3 édition
41. M. Hauriou (1929): Précis de Droit Constitutionnel,
42. M. Duverger (1970) : Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, P.U.F, Paris
43. M. Prelot (1974): Droit Constitutionnel et Institutions, Paris, Dalloz
44. Maurice Duverger (1996) Manuel de Droit Constitutionnel et de Science Politique 5e éd
45. P. Amselek (1983): Le Role de la Pratique Dans la Formation du droit, R.D.P
46. R. Capitant (1933) : Regimes parlementaires Melanges Carre de Malberg
47. S. Arné (1962) : Le President du Conseil des Ministres Sous La IV Republique