

## بسترهای پیدایی و مانایی عرف اساسی در نظام‌های حقوقی - سیاسی ایران و انگلستان

سید احمد حبیب‌نژاد\*

زهرا عامری\*\*

محمدجواد حسینی\*\*\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۴/۲۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۰۷

DOI: 10.22096/law.2020.114700.1538

### چکیده

ریشه‌های عرف اساسی به بسترهای سیاسی، فرهنگی و اجتماعی هر جامعه بستگی دارد. مختصات رژیم پارلمانی در انگلستان و روابط میان رئیس کشور و رئیس دولت و سیر تطور نقش پارلمان از کارکرد مشورتی به کارویژه محوری می‌تواند هم منشأ برخی از عرف‌های اساسی و هم ناشی از این عرف‌ها باشد و با همین اهمیت در کمیت و کیفیت است که در عرف‌های اساسی برای تنظیم روابط میان دو رکن غیر مسئول (ملکه=پادشاه) و مسئول (نخست‌وزیر) و پر کردن خلأهای موجود در قانون اساسی نانوشته، از جمله در تنظیم روابط میان کابینه و پارلمان

\* دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشگاه تهران، پردیس فارابی، قم، ایران. «نویسنده مسئول»

Email: a.habibnezhad@ut.ac.ir

\*\* استادیار دانشکده حقوق، دانشگاه بجنورد، خراسان شمالی، ایران.

Email: z.ameri@ub.ac.ir

\*\*\* کارشناس ارشد حقوق عمومی، دانشگاه تهران، پردیس فارابی، قم، ایران.

Email: hosseini.publiclaw69@gmail.com



به کار گرفته می‌شود. در ایران نیز عرف‌های اساسی در حیات سیاسی - حقوقی جامعه نقش پنهان و البته مهمی را بر عهده دارند و در همه نهادهای حاکمیتی و در روابط میان این نهادها می‌توان رگه‌هایی از این عرف‌ها را مشاهده نمود که افزون بر حوزه رفتارها، تأسیس برخی نهادها مانند مجمع تشخیص مصلحت نظام یا ایجاد برخی پدیده‌ها مانند بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ نمونه‌هایی عملی از تأثیر این عرف‌هاست. مطالعه تطبیقی نشان می‌دهد بن‌مایه پیدایی عرف‌ها در انگلستان برخاسته از سنت‌هاست؛ بنابراین در انگلستان عرف‌ها مانا تر و پایدارتر هستند، اما در ایران عرف‌ها نوعاً زاده اعمال قدرت نهادهای دارای قدرت است و به همین دلیل، در پوشاندن ردای قانون به عرف‌ها می‌کوشند.

واژگان کلیدی: عرف اساسی؛ نظام حقوقی انگلستان؛ قانون اساسی؛ حقوق ایران؛ منابع حقوق اساسی.



## مقدمه

حقوق اساسی دارای منابع بسیار گسترده و متنوعی است که درخشان‌ترین جلوه آن قانون اساسی می‌باشد، ولی نباید قانون اساسی را تنها منبع حقوق اساسی در یک دولت-کشور دانست؛ هرچند برای شناخت بهتر و دقیق‌تر حقوق اساسی یک دولت-کشور باید به مطالعه چندباره متن قانون اساسی آن پرداخت، اما این امر به تنهایی ما را به شناخت ماهیت حقوق اساسی آن دولت-کشور رهنمون نمی‌سازد. از همین منظر، برای شناخت بهتر، باید دیگر منابع حقوق اساسی نیز مورد واکاوی و کنکاش قرار گیرند. با رویکردی کلاسیک می‌توان منابع حقوق اساسی یک دولت-کشور را به دو شاخه تقسیم کرد: یکم، منابع به رشته تحریر درآمده و نگاشته شده؛ بسان قانون اساسی و یا قوانین ارگانیکی و دوم، منابع برخاسته از عرف و عادت و به تعبیر بهتر، منابع نانوشته. بدون شناخت عرف‌های موجود در یک نظام سیاسی، شناخت آن نظام ابتر و ناقص و در تاریکی است.<sup>۱</sup>

مطالعه گروه نخست از منابع حقوق اساسی با دشواری چندانی روبه‌رو نیست؛ چراکه با تدقیق در متون و مراجعه به تفاسیر، می‌توان به فهم معنا و مفهوم آن نائل آمد، اما دشواری کار پیرامون گروه دوم از منابع حقوق اساسی است؛ چراکه به صورت غیر مدون، نانوشته و شکل‌پذیرند.

در نظام‌های حقوقی مختلف نقش و اهمیت منابع عرفی حقوق اساسی یکسان نیست و با توجه به نقشی که قانون اساسی مدون در نظام حقوقی آن دولت-کشورها بازی می‌کند، متفاوت است و «اهمیتی که شیوه حقوق نانوشته برای عرف می‌شناسد نظام حقوق نوشته نمی‌شناسد.» (جبارگل باغی ماسوله، ۱۳۷۸: ۲۲۹)

پرنگ‌ترین کنشگری منابع گروه دوم را باید در نظام‌های دارای حقوق متکی به عرف نظاره‌گر بود؛ چراکه عرف‌ها در این گونه رژیم‌های سیاسی از اهمیت و اعتبار بسیاری برخوردارند.

باید میان عرف‌های اساسی و عرفی که بنا بر تصریح ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری جزء منابع حقوق بین‌الملل است، تفاوت گذاشت؛ چراکه عرف در نظام حقوق

۱. نک: حبیب‌نژاد، ۱۳۹۸: ۱۳۶.

بین الملل از کنشگری دولت‌ها با یکدیگر و در مسائل مطروحه میان دو یا چند دولت آن‌هم در عرصه بین الملل به وجود می‌آید و وجهه بین المللی دارد، اما عرف‌های اساسی نشئت گرفته از کنشگری دولت و رفتار حکومت‌گران در عرصه داخلی و غالباً در داخل مرزهای یک دولت-کشور بوده و در یک مرز جغرافیایی مشخص به عنوان منبعی از حقوق اساسی ریشه می‌دواند. ذکر این نکته نیز ضروری است که وقتی صحبت از عرف‌های اساسی می‌شود مفهوم عام عرف مدنظر نیست، بلکه نوعی خاص از عرف یعنی عرف‌های شکل‌یافته در نظام حقوق اساسی مدنظر است و نباید آن را با مباحث مربوط به عرف در دیگر شعبه‌های حقوق، مانند حقوق تجارت و حقوق مدنی یکی پنداشت.

بسیاری از اندیشمندان و حقوق‌دانان معاصر عرف را یکی از منابع مسلم و مهم حقوق می‌دانند<sup>۱</sup> و آن را از بخش‌های جدانشدنی منابع حقوق می‌پندارند. در حوزه حقوق اساسی نیز بسیاری عرف را یکی از منابع حقوق اساسی برشمرده‌اند.<sup>۲</sup>

#### ۱- عرف‌های اساسی؛ مفهوم‌شناسی و ماهیت

عرف در لغت به معنای خوی، عادت و آنچه میان مردم پسندیده و متداول است، معنا می‌شود<sup>۳</sup> و مجموعه‌ای از عادت‌ها و باورها و ترم‌هاست که در جوامع بشری در طول زمان و در اثر تکرار پذیرفته شده است. در عالم حقوق به تعبیر ژنی حقوق‌دان فرانسوی، عرف مجموعه وقایعی است که وجود یک حس حقوقی را میان مردم نشان می‌دهد؛ به تعبیر بهتر «قاعدہ‌ای که به تدریج و خودبه‌خود، میان همه یا گروهی از مردم به عنوان قاعدہ‌ای الزام‌آور مرسوم شده است.» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۷۸)

حقوق‌دانان برای تحقق عرف وجود دو عنصر را ضروری می‌دانند که از آن‌ها به عنصر مادی و روانی عرف تعبیر می‌گردد. عنصر مادی بر رویه و تکرار یک رفتار و عنصر روانی دلالت بر

۱. نک: جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۴۱ و کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۷۷.

۲. نک: هاشمی، ۱۳۹۰: ۶۳ و قاضی شریعت پناهی، ۱۳۸۸: ۳۵.

۳. نک: معین، ۱۳۸۱: ۱۰۵۹.

بسترهای پیدایی و مانایی عرف اساسی در نظام‌های حقوقی... / حبیب‌نژاد و دیگران ۱۱۵

الزام‌آور دانستن آن توسط یک گروه و توده‌های انسانی و قوای عمومی دلالت دارد و وجود هر دو عنصر برای تحقق عرف لازم و ضروری است.

ساختار و اساس عرف‌های اساسی نیز متشکل از این دو عنصر است، در طول زمان تکرار شده‌اند و در موارد متعدد به یک شیوه خاص عمل شده که ایجاد رویه نموده است و پدیدآورنده این عرف‌ها کنشگران عرصه سیاست و حقوق عمومی در داخل یک دولت-کشور هستند و «بر رضایت قوای عمومی و سوابق رفتاری همگون استوار است.» (عباسی، ۱۳۸۹: ۲۵۶) و مردم، قوای عمومی، نهادهای دولتی و غیردولتی و سران حکومتی رعایت و پیروی از آن‌ها را همچون رعایت قوانین الزامی دانسته و در پندار و کردار آنان مورد احترام هستند. برای تحقق عرف اساسی وجود هر دو عنصر اساسی و مهم است، اگر رفتارها و رویه‌هایی به‌طور مکرر تکرار شوند، اما نزد قوای عمومی و شهروندان الزام و اجباری نداشته باشند، نمی‌توان به آن رفتارها عرف اساسی اطلاق نمود، بلکه صرفاً تکرار یک عمل در طول زمان است. از این رو، برای شناخت و تمیز و تشخیص این گونه عرف‌ها باید به تعاریف آن‌ها رجوع نمود و همچنین به مذاقه در ویژگی‌های آن‌ها پرداخت.

در فرهنگ حقوقی آکسفورد، عرف‌های اساسی رویه‌های مرتبط با ساختار عملکرد مقام سلطنت، دولت‌مردان، پارلمان و رویه‌های قضایی که قانوناً الزام‌آور نیستند، اما به‌طور معمول به‌گونه‌ای پیروی می‌شوند که گویی قانون هستند، تعریف شده است.<sup>۱</sup> در این تعریف به هر دو عنصر مادی و معنوی عرف‌های اساسی، یعنی تکرار (رویه بودن عرف‌ها) و الزام‌آور بودن عرف‌ها به‌رغم قانون نبودنشان به‌صراحت اشاره شده است.

دایسی در کتاب «مقدمه‌ای بر مطالعه حقوق اساسی»، عرف‌های اساسی را عبارت از: «تفاهم‌ها، عادات یا راه و رسمی می‌داند که اگرچه آن‌ها رفتار برخی از سران عالی‌قدرت و بعضی از مقامات رسمی را تنظیم می‌نمایند، اما در واقع قانون نیستند و از این رو، توسط محاکم به اجرا در نمی‌آیند و این بخش از حقوق اساسی به عرف‌های اساسی یا قانون حقوق اساسی اخلاقی نام بردار گشته است.» (Dicey, 1885: 277) در واقع، دایسی معتقد است که عرف‌های

1. See: Oxford dictionary of law, 2006: 119.

اساسی قاعده‌هایی هستند که قانون در معنای مضیق نبوده است؛ اما برای کنترل استفاده از قدرت و اختیارات سلطنتی و حکومتی به اجرا گذاشته می‌شوند.

از دیدگاه وی، عرف‌های اساسی قواعدی هستند که حاصل عملکرد قانون‌گذار و نیز دستاورد فعالیت دستگاه قضایی نیستند؛ بلکه عادات و رویه‌های مرتبط با رفتار حکومت‌گران و سران قدرت هستند که به وسیلهٔ محاکم قضایی حمایت نمی‌گردند، اما جزء قواعد رفتاری عرصه حقوق اساسی به شمار می‌آیند. اینکه این قواعد حقوقی ناخواسته که به وسیله قانون‌گذار و یا از طریق رویه قضایی به وجود نیامده‌اند، نظر مشابهی است که مورد تأکید مارشال نیز می‌باشد.<sup>۱</sup> به گفته جنینگز، عرف‌ها پوشش‌هایی هستند که استخوان‌های خشک و بی‌روح قانون را می‌پوشانند<sup>۲</sup> و به گفته هسلگرو، این عرف‌ها توافق‌های ضمنی و مقدری‌اند که نتیجه رویه‌های طولانی ناشی از کنشگری مقامات سلطنتی و پارلمانی می‌باشند و در غیاب قواعد رسمی به کار می‌آیند.<sup>۳</sup>

کدهای سیاسی و قاعده‌های کلی و تئوری‌های کلی تصدیق شده و همهٔ کدها و نظام‌نامه‌های راهنمای اشخاص عمومی که در نظام حقوق اساسی بریتانیا رشد و نمو یافته‌اند، تعبیر دیگری است که در تعریف عرف از سوی نویسندگان مختلف بیان شده است<sup>۴</sup> و اریک بارنت عرف‌های اساسی را قواعد غیر حقوقی می‌داند که اختیار و تعهد بخش‌های مختلف دولت و قوه مجریه و روابط میان آن‌ها را بیان می‌نماید.<sup>۵</sup>

با دقت در تعریف‌های ارائه شده توسط اندیشمندان مختلف، می‌توان این گونه بیان داشت که عرف‌های اساسی قواعد و رویه‌های غیر رسمی و نانوشته موجود در یک نظام حقوقی - سیاسی هستند که به وسیلهٔ نهادهای یک دولت - کشور یا اشخاص حقیقی یا حقوقی عرصه سیاست و حقوق، به ویژه رفتار و کنشگری حکومت‌گران و قوای عمومی به منصفه ظهور و بروز می‌رسند و به‌طور مکرر در طول زمان تکرار می‌شوند و همگان بر الزامی بودن رعایت آن‌ها متفق‌القول و

1. See: Marshall, 1984: 216.

2. See: Jennings, 1959: 81.

3. See: Haselgrove, 2004: 1.

4. See: Haselgrove, 2004: 1.

5. See: Barendt, 1998: 42.

بسترهای پیدایی و مانایی عرف اساسی در نظام‌های حقوقی... / حبیب‌نژاد و دیگران ۱۱۷

متفق‌الرفتراند؛ البته می‌توان در کنار مفهوم عرف اساسی از رویه‌های اساسی نیز گفتگو کرد که بنا بر تعریفی «رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی قواعد نانوشته‌ای هستند که روش تفصیلی اجرای صلاحیت‌های مندرج در قانون اساسی را تعیین می‌کنند.» (سلطانی، ۱۳۹۶: ۹۷)

## ۲- عرف‌های اساسی؛ ریشه‌یابی

پیدایی ریشه‌ها و بن‌مایه عرف‌های اساسی از اهمیت بسیاری برخوردار است. گاهی عرف‌ها بر مبنای توافقات خاص و ویژه‌ای که صورت می‌گیرند، به وجود می‌آیند و استقرار می‌یابند؛ برای نمونه در فرانسه تقسیم وظایف نخست‌وزیر و رئیس‌جمهور در مواردی توسط عرف‌ها تعیین می‌گردد که این عرف‌ها ناشی از توافق رئیس‌جمهور و نخست‌وزیر فرانسه در خلال سال‌های ۱۹۸۶ تا ۱۹۸۸ صورت پذیرفته است که به صورت عرف جایگاه خود را تثبیت نموده‌اند.<sup>۱</sup>

در صورت پدیداری یک عرف آن هم بر اثر توافق، کار تشخیص چگونگی و حتا زمان تشکیل آن با دشواری زیادی روبه‌رو نیست؛<sup>۲</sup> ولی برخی از عرف‌ها از آداب و رسوم و عادت‌های سیاسی نشئت گرفته‌اند و حاصل سنت‌ها و رویه‌های تاریخ‌اند.<sup>۳</sup> به این مفهوم که ریشه در تاریخ و آداب و رسوم جوامع و حیات اجتماع بشری دارند. رفتار مهم و معنی‌دار کنشگران عرصه سیاست و قدرت به صورت بالقوه توانایی تبدیل به عرف را دارد؛ چراکه «عرف حقوق اساسی زمانی ایجاد می‌شود که نهادی قانونی، عادت‌های قانونی مشخصی را به‌طور مداوم و بدون هیچ‌گونه مخالفتی از سوی دیگر نهادهای عمومی تکرار کند و در تحقق ثبات و خاصیت الزام‌آور بودن آن نقش داشته باشد.» (پروین، ۱۳۹۵: ۲۳۹)

معمولاً شناسایی و تشخیص این‌گونه عرف‌ها و ریشه‌یابی آن‌ها آسان نیست، اما عرف‌هایی که در طول زمان تکرار شوند و مورد پذیرش عمومی به‌عنوان یک امر واجب و لازم‌الاطاعه قرار گیرند و به وسیله مردم و نهادهای عمومی مورد احترام باشند، به‌عنوان بخشی از قواعد در یک نظام حقوقی و سیاسی مورد استناد و استفاده قرار می‌گیرند.

1. See: Barendt, 1998: 40.

2. See: Pak Kwan, 2002: 3.

3. See: Hood Phillips & Jackson, 2001: 142.

در بریتانیا، بسیاری از عرف‌ها پسماند رویه‌ها و فرمول‌های سیاسی قرون هجدهم و نوزدهم میلادی هستند که در طول تاریخ تکرار شده تا به جامعه‌ی امروزی رسیده‌اند آن‌هم در اثر طی کردن پروسه‌های طولانی و تکرار و عدم شکسته شدن در طول زمان، برای نمونه عرفی که ملکه انگلستان را ملزم به توشیح قوانین پارلمان بریتانیا می‌نماید از زمان سلطنت ملکه آن<sup>۱</sup> در سال ۱۷۰۷ که از توشیح قوانین امتناع ورزید تا به امروز توسط هیچ مقام سلطنتی شکسته نشده و هنوز پابرجاست.

نتیجه اینکه با دقت در این گونه عرف‌ها می‌توان به این تحلیل رسید که عرف‌های اساسی مانند تمامی عرف‌های دیگر نانوشته‌اند و شناسایی و تهیه لیستی از آن‌ها کار ساده‌ای نیست و پیدایی موجودیت آنان با دشواری همراه است.

### ۳- عرف‌های اساسی؛ کارویژه‌ها و وظایف

عرف‌های اساسی قواعدی هستند که خودشان قانون در معنای خاص کلمه نمی‌باشند،<sup>۲</sup> ولی مردم و حکومت‌گران رعایت آن‌ها را ضروری می‌دانند و نقش بسیار مهمی در عرصه حقوق اساسی دارند که چه بسا قوانین نوشته از چنین وضعیتی برخوردار نباشند؛ برای نمونه در بریتانیا عرف‌های اساسی تأثیر بسزایی در نظام حقوق اساسی آن دیار داشته و بسیاری از صاحب‌نظران نقش این دسته از قواعد را پررنگ‌تر از قواعد نوشته می‌دانند و حتا گفته می‌شود که راندگی نظام حقوقی بریتانیا از سیستم موناشرسی به حکومت پارلمانی، ناشی از نقش این عرف‌ها بوده است. این امر که مقامات عمومی و رسمی چگونه باید از اقتداراتی که دارند، استفاده نمایند موضوعی می‌باشد که بیشتر توسط عرف‌های اساسی مشخص شده است و عمل کنشگران عرصه سیاست را تحدید حدود می‌نماید.<sup>۳</sup>

عرف‌های اساسی در هر سه قوه یک دولتکشور ممکن است نقش‌آفرین باشند، روابط سیاسی و پارلمانی میان اعضای قوه مجریه و مقننه را تنظیم نمایند، روابط میان دو مجلس

1. Anne.

2. See: Whittington, 2013: 106.

3. See: Whittington, 2013: 115.



بسترهای پیدایی و مانایی عرف اساسی در نظام‌های حقوقی... / حبیب‌نژاد و دیگران ۱۱۹

پارلمان را سامان بخشند (عرف پارلمانی) و در قوه قضاییه نیز ممکن است در دعاوی و بررسی‌های قضات چهارچوب‌های خاصی را تنظیم نماید؛ هرچند در صورت تعارض میان قوانین و عرف‌های اساسی، دادگاه‌ها ملزم به رعایت و اجرای قانون هستند. به تعبیر دیگر، قوانین پشتوانه حمایت دادگاه‌ها و مراجع قضایی را دارند اما عرف‌ها از این پشتوانه برخوردار نیستند.<sup>۱</sup> و در صورت تعارض و تقابل میان این دو، قاضی موظف به رعایت قوانین است؛ چراکه نداشتن ضمانت اجرا و فقدان الزام حقوقی از مشخصه‌های عرف اساسی است؛ یعنی به دلیل عدم اجرای آن‌ها نمی‌توان فرد را به محکمه جلب نمود و برای آن مجازات در نظر گرفت، اما آنچه به این عرف‌ها پشتوانه اجرا و رشد و تکامل می‌بخشد انتقاد جرایم و مطبوعات، فشار افکار عمومی و گروه‌ها، فشار جامعه و همچنین انتقاد منتقدان از فرد و یا نهادی است که رفتار متفاوت و خارج از عرف داشته باشد. از سوی دیگر، الزامی دانسته شدن و لازم‌الرعايه بودن قواعد عرفی در نزد مردمان و دولت‌مردان بر اعتبار و مستلزم‌الرعايه بودن این قواعد می‌افزاید. نقض بی‌دلیل عرف‌ها برای اشخاص و یا احزاب و نهادهای نقض‌کننده می‌تواند بی‌اعتباری سیاسی به همراه داشته باشد؛ برای نمونه بارون الکساندر فردریک داگلاس هوم جانشین مک میلان (نخست‌وزیر بریتانیا که در اثر بیماری استعفا داده بود) در اکتبر ۱۹۶۳ گردید و تا یک سال بعد در این مقام باقی ماند، اما این امر که نخست‌وزیر رئیس مجلس لردها نیز باشد در نزد عامه و در عرف پذیرفته شده نبود و وزرای کابینه قبلی حاضر نشدند برای هوم نیز وزیر باشند. در نتیجه، حزب محافظه‌کار که هوم نیز عضو آن بود با بحران روبه‌رو شد و کابینه او دومین کابینه کم‌عمر بریتانیا در قرن بیستم شد و حزب محافظه‌کار موقعیت سیاسی خود را که از سال ۱۹۵۰ به‌عنوان حزب حاکم دارا بود، از دست داد و در نهایت وی از رهبری استعفا داد. هوم در سال ۱۹۶۴ در انتخابات عمومی نیز شکست خورد.

عرف‌های اساسی بیشترین نقش را در قوه مجریه دارا هستند و روابط میان سران قوه مجریه با یکدیگر و با دیگر قوا و نهادهای عمومی را تنظیم می‌نمایند. در بریتانیا از عرف‌های اساسی برای پر کردن فضاهاى خالی عرصه حقوق اساسی که ممکن است به‌وسیله متون نوشته تکمیل نشده

1. See: Pak Kwan, 2002: 1 & Heard, 2005: 19.

باشند، استفاده می‌شود؛<sup>۱</sup> برای نمونه، عرف‌ها سخنرانی ملکه برای آغاز دوره تقنینی جدید را سامان می‌بخشند، اختیارات مقام سلطنت را محدود نموده و روابط دولت و پارلمان را تنظیم می‌کنند.<sup>۲</sup> همچنین، اصل مسئولیت جمعی کابینه و عدم حضور مقام سلطنت در جلسه‌های کابینه و همچنین داشتن حداقل یک اجلاس در سال برای پارلمان بریتانیا، از جمله مواردی است که توسط عرف‌های اساسی پایه‌گذاری شده‌اند که مربوط به قوه مجریه و اعمال این قوه است.<sup>۳</sup>

همان‌طور که اشاره شد، عرف‌های اساسی توسط پارلمان در مقام مقنن ایجاد نمی‌گردند و حاصل پروسه قانون‌گذاری نیستند و همچنین زاده عملکرد قضات و قوه قضاییه نیز نمی‌باشند؛ هرچند در مواردی ممکن است به این عرف‌ها استناد شود، اما محل اصلی رشد و نمو عرف‌های اساسی قوه مجریه و عملکرد کنشگران این عرصه می‌باشد و حاصل عملکرد قوه مجریه و سران حکومتی هستند که می‌توانند برای پر کردن خلأهای ساختار قانونی دولت و قوه مجریه نیز به کار گرفته شوند. در اینجا عرف‌های اساسی، قواعد مهمی را مقرر می‌دارند؛ برای نمونه در بریتانیا قانون خاصی وجود ندارد که نخست‌وزیر را منصوب نماید، بلکه این انتصاب و احراز مقام توسط عرف‌های اساسی خلق و تکوین می‌گردد.<sup>۴</sup>

همچنین نظام حقوق اساسی آن دیار از نخست‌وزیر و کابینه و مسئولیت شخصی وزرا در برابر پارلمان و درباره فعالیت‌های شخصی‌شان به اختصار بحث نموده است<sup>۵</sup> که این امر توسط عرف‌های اساسی تا حدودی جبران شده است؛ چراکه قدرت اجرایی در انگلستان بر سه پایه استوار است: قوانین پارلمان، کامن‌لا و عرف‌های اساسی.<sup>۶</sup>

از منظری دیگر، مقام سلطنت در انگلستان از اختیارات ویژه‌ای همچون توشیح قوانین و انتخاب نخست‌وزیر برخوردار است که در نظام حقوقی بریتانیا از آن به عنوان اختیارات ویژه سلطنتی یاد می‌شود؛ اما این اختیارات مطلق و نامحدود نیستند، بلکه توسط عرف‌های اساسی محدود

1. See: Whittington, 2013: 105.

2. See: Barendt, 1998: 40.

۳. نک: مؤتمنی طباطبایی، ۱۳۸۸: ۲۳۳.

4. See: Pak Kwan, 2002: 2.

5. See: Heard, 2005: 20 & Barendt, 1998: 113.

6. See: Political and Constitutional Reform Committee, 2015: 8.

بسترهای پیدایی و مانایی عرف اساسی در نظام‌های حقوقی... / حبیب‌نژاد و دیگران ۱۲۱

می‌گردند و بر اساس عرف موجود مقام سلطنت باید رهبر حزب پیروز را به‌عنوان نخست‌وزیر انتخاب کند. عرف‌های اساسی ملزم‌کننده مقام سلطنت به مشورت و همکاری با کابینه و وزرا در امور مختلف هستند و پادشاه بر این اساس اختیارات خود را اعمال می‌نماید. همچنین، در مورد انحلال مجلس نیز این امر تا حدود بسیار زیادی تحت لوای قواعد عرفی قرار دارد.<sup>۱</sup>

در بسیاری موارد عرف‌های اساسی سامان‌دهنده روابط و عملکرد دولت‌های محلی با دولت مرکزی در انگلستان هستند و این عرف‌ها اختیارات دول محلی را تحدید حدود می‌کنند و سبب تحمل‌پذیری دیگر قوانین می‌شوند و به باور بسیاری از اندیشمندان، عدم حضورشان سبب دشواری ادامه حیات قوانین می‌گردد.<sup>۲</sup>

اختیارات نخست‌وزیر درباره انحلال پارلمان و زمان برگزاری انتخابات جدید از جمله مسائل مهم دیگر تبیین‌شده توسط عرف است؛ چراکه در قانون تنها دوره‌ای پنج‌ساله برای پارلمان معین شده است، اما زمان انحلال آن نامعین است و غالباً نخست‌وزیر بر اساس عرف‌ها درباره آن تصمیم‌گیری می‌کند و همین عرف‌ها هستند که ملکه را ملزم به دادن رضایت برای انحلال مجلس می‌کند؛ البته در صورتی که این درخواست مخالف منافع ملی کشور نباشد.<sup>۳</sup>

استعفا دولت در صورت شکست در پارلمان و یا به دست نیاوردن رأی اعتماد یکی از مسائل دیگری است که امروزه به‌صورت یک عرف قطعی پذیرفته شده است که این امر در سال ۱۹۷۹ و به هنگامی که حزب کارگر رأی اعتماد خود را در مقابل طرح حزب مخالف از دست داد به خوبی آشکار گردید.<sup>۴</sup>

از سوی دیگر، عرف‌های اساسی در بسیاری موارد پرکننده خلأهای موجود در قوانین اساسی نیز هستند و به‌عنوان ابزاری برای حفظ متن قانون اساسی و همراه شدن با تحولات روز و ایجاد تعادل میان این دو نیاز، یعنی جلوگیری از تغییر مداوم متن قانون اساسی و در نظر گرفتن مسائل جدید به کار گرفته می‌شوند؛ به این صورت که گاه برای تفسیر اصول مجمل قانون اساسی در صحنه حاضر

1. See: Barendt, 1998: 112.

2. See: Heard, 2005: 19.

3. See: Barendt, 1998: 119-120.

4. See: Barendt, 1998: 119-121.

می‌گردند و عرف‌ها تفسیرکننده قانون اساسی تلقی می‌شوند و گاهی پوشش‌دهنده موارد سکوت غیر تعمدی قانون اساسی هستند. البته در مواردی که دارای تکرار در زمان و الزام‌آور دانسته شدن توسط قوای عمومی باشند که در این موارد تکمیل‌کننده و تکامل‌دهنده قانون اساسی در موارد سکوت و یا تفسیرکننده متون مدون قانون اساسی در صورت ابهام و اجمال هستند که این امر سبب جلوگیری از بازنگری مداوم قوانین اساسی، به‌ویژه در نظام‌های حقوقی دارای قانون اساسی سخت و انعطاف‌ناپذیر و جلوگیری از تغییر رسمی قانون اساسی به‌وسیله قانون‌گذار می‌گردد که این امر بنا بر تعبیر سر ایور جنینگ سبب تازه نگه‌داشتن قانون اساسی بدون تغییر، همراه با گسترش دادن ایده‌های جدید می‌گردد. در کشورهایی مانند آلمان که عرف‌های حقوق اساسی گسترش نیافته‌اند در موارد بی‌شمار، متن قانون اساسی دچار بازنگری و دوباره‌بینی شده است.<sup>۱</sup>

عرف‌های اساسی برای تفسیر متن قانون اساسی نیز کاربرد دارند و در مواردی جای خالی میان متن و چگونگی اجرای قانون اساسی را پوشش می‌دهند. در تاریخ سیاسی ایالات متحده آمریکا رویه‌هایی وجود دارد که به عرف‌های اساسی شخصیت می‌بخشند و این عرف‌ها برای تفسیر دامنه تعیین‌ناپذیر و نامعلوم متن قانون اساسی به کار گرفته می‌شوند؛ برای نمونه در آغاز فعالیت سیاسی حکومت‌گران ایالات متحده بر اساس قانون اساسی، رئیس‌جمهور جرج واشنگتن<sup>۲</sup> به بحث پیرامون معنای توصیه مندرج در قانون اساسی که توسط سناتورها ارائه می‌شود، پرداخت؛ چراکه لازمه توصیه سناتورها و دامنه آن به‌خوبی و به‌روشنی مشخص نشده بود. از این منظر، عرف‌ها و رویه‌های تاریخی پیشین مربوط به قانون اساسی به کار آمدند و به تعیین محدوده توصیه سناتورها و شیوه عملکرد آنان پرداختند.<sup>۳</sup>

خاصیت به‌روز شدن عرف‌های اساسی با توجه به تغییر اوضاع و احوال شرایط و حادث شدن شرایط جدید، سبب پیشرفت حقوق اساسی در بسیاری از موارد شده است؛ مشروط بر آنکه مغایر و مخالف قوانین موجود نباشند که این امر از اهمیت بسیاری در دولت-کشورهایی که دارای قانون اساسی سخت هستند برخوردار است.

1. See: Barendt, 1998: 43.

2. George Washington.

3. See: Whittington, 2013: 108-113.

بسترهای پیدایی و مانایی عرف اساسی در نظام‌های حقوقی... / حبیب‌نژاد و دیگران ۱۲۳

نقش عرف‌ها در سیستم‌های حقوقی - سیاسی که بازنگری قانون اساسی با پیچیدگی‌های خاصی روبه‌رو است و با جلب نظر مردم از رهگذر همه‌پرسی همراه است و یا در دولت کشورهای فدرال که نیازمند اتفاق آرا دول عضو است از اهمیت بیشتری برخوردار است؛ چراکه با پیدایی عرفی خاص و پیروی همگان از آن عرف دیگر نیازی به بازنگری در متن قانون اساسی نیست. البته این مضمون مخالفانی دارد که معتقدند گسترش عرف‌ها به این شکل سبب کم‌رنگ شدن حاکمیت قانون در جامعه می‌شود، اما باید توجه داشت که شکل‌گیری یک عرف اساسی و پیروی از آن تا جایی اعتبار دارد که مخالفتی با قانون و حتا اصول کلی حقوقی نداشته باشد. چرایی عرف‌های اساسی پر کردن خلأهای قانون و کمک‌یار بودن قانون است و نباید به آن‌ها به‌عنوان نقطه مقابل قانون نگریسته شود؛ زیرا عرف‌های خلاف قانون اساسی و حقوق مکتسبه افراد از اعتباری برخوردار نیستند.

#### ۴- عرف‌های اساسی؛ ضرورت تدوین یا عدم ضرورت؟

اینکه در صورت پذیرش یک قانون اساسی مکتوب در کشورهایی که نظام حقوق اساسی نانوشته دارند، آیا عرف‌های اساسی نیز باید مدون شوند یا خیر موضوع پرسش بسیاری از صاحب‌نظران است. در پاسخ بدین پرسش که آیا ماهیت و هدف عرف‌ها اجازه تدوین آن‌ها را می‌دهد یا خیر نظراً متفاوتی مطرح گردیده که در چهار دسته مختلف قابل تقسیم‌بندی است: تدوین و اجرای عرف‌ها به‌صورت قانون؛ تدوین و واگذاشتن آن‌ها به‌عنوان دستورالعمل‌های غیرحقوقی؛ تدوین منتخبی از عرف‌ها و عدم تدوین آن‌ها.

در دیدگاه نخست، میل به قطعیت مبنای ضرورت تدوین است، آن‌چنان‌که این قطعیت حقوق اساسی را آسان‌تر قابل دسترسی نماید. در بریتانیا کد وزارتی نمونه‌ای از مجموعه عرف‌های تدوین شده است که توسط دولت و برای عملکرد وزرا در پارلمان منتشر شده است. قرار دادن قوانین در کنار یکدیگر برای یک موضوع معین می‌تواند مفید باشد؛ به طوری که آن‌ها به آسانی در دسترس عموم باشند. این سخن گرچه درست است و دسترسی آسانی را ارائه می‌دهد، اما باید توجه داشت بیشتر عرف‌ها همانند عرف‌های مربوط به کد وزارتی به‌صورت مستقیم بر شهروندان دولت تأثیر نمی‌گذارند. آن‌ها آن قدر بر افراد تأثیر ندارند که نیاز به تنظیم سندی قابل

دسترسی را توجیه نمایند، به‌ویژه هنگامی که مشکلاتی را در نظر بگیریم که هنگام تدوین هر عرفی بروز آن محتمل است.<sup>۱</sup> دیدگاه دیگر با حمایت از تدوین منتخبی از عرف‌ها و نه همه آن‌ها، معتقد است عرف‌های خاصی را که بر عموم اثر می‌گذارند، می‌توانیم تدوین کرده و به باقی کاری نداشته باشیم. در استرالیا روش مشابهی پذیرفته شده است که بیانیه‌ای از عرف‌های اساسی اصلی را که بر دولت فدرال اثر می‌گذارند، دارد.<sup>۲</sup> بریتانیا نیز می‌تواند از این روش برای تنظیم عرف‌های خاصی استفاده کند، اما قانوناً آن‌ها را لازم‌الاجرا نکند.

لیکن ماهیت عرف‌ها به‌خودی‌خود مانع این ایده‌های به‌ظاهر منطقی می‌شود. عرف‌ها نه تنها منعطف هستند، بلکه محتویات و چشم‌اندازشان نیز در طی زمان مبهم است.<sup>۳</sup> تعیین عرف‌ها یک وظیفه دشوار است و عدم قطعیتشان مناقشات بسیاری به وجود می‌آورد؛ برای نمونه در سال ۱۹۵۵، سر آنتونی ادن<sup>۴</sup> درخواست کرد که لرد سیلزبوری<sup>۵</sup> را به‌عنوان وزیر امور خارجه منصوب کند؛ اما چون بر اساس یک عرف، وزیر امور خارجه باید توسط مجلس عوام تعیین شود، نتوانست این کار را به سرانجام برساند. با این وجود، لرد هوم<sup>۶</sup> در سال ۱۹۶۰ و توسط هارولد مک میلان<sup>۷</sup> به‌عنوان وزیر امور خارجه تعیین شد و لرد کارینگتون<sup>۸</sup> نیز در سال ۱۹۷۹ توسط مارگارت تاچر<sup>۹</sup> به این منصب رسید. امری که در آغاز به‌عنوان یک عرف در نظر گرفته می‌شد در نهایت به یک قاعده عام و کلی تبدیل شد.<sup>۱۰</sup> این موضوع صراحتاً عدم قطعیت عرف‌ها و اینکه چرا تدوین تنها بخشی از عرف‌ها غیر قابل تصور است را نشان می‌دهد. دیدگاه سوم اما با استناد به اینکه با وجود ابهامات، عرف‌ها رعایت می‌شوند به دلیل مشکلاتی که در صورت عدم رعایت آن‌ها از نظر قانونی و سیاسی بروز خواهد کرد، معتقد است اگر روشن شود که عرف‌های مشخصی در صورت نقض پیامدهای جدی دارند، معقول است که بخشی را تحت عنوان قانون اجرا و تدوین کرد.<sup>۱۱</sup> با فرض پذیرش

1. See: Bradley, 2015: 29.

2. See: Brazier, 2008: 165.

3. See: Bogdanor & Vogenauer, 2008: 42.

4. Sir Antony Eden.

5. Lord Sailsbury.

6. Lord Home.

7. Harold Macmillan.

8. Margaret Thatcher.

9. Lord Carrington.

10. See: Bogdanor & Vogenauer, 2008: 55.

11. See: Leyland, 2007: 27.

این رویکرد، این پرسش مطرح می‌شود که چطور عرف‌ها را رده‌بندی کرده و چرا آن‌هایی که مهم نیستند به عنوان عرف ارزش ندارند. مهم‌ترین دیدگاه، آسان‌ترین روش را در این می‌داند که اصلاً عرفی تدوین نشود.<sup>۱</sup> بریتانیا هیچ‌وقت قانون اساسی مدونی نداشته و عرف‌های درون این قانون اساسی غیر مدون نیز مجموعه روشنی از قوانین قابل پیروی نبوده است. در قانون اساسی تدوین‌نشده بریتانیا، عرف‌ها به صورت غیر مشروط پیروی نشده<sup>۲</sup> و ممکن است دولت یک عرف اساسی قابل پیروی را در صورتی که با پیروی از آن عدالت محقق نشود، کنار بگذارد. اجرای قانونی یا تدوین عرف‌های غیرعملی، مسائلی بر دولت یا دادگاه‌هایی تحمیل خواهد کرد که هیچ حق انتخابی ندارند، ولی باید عرف‌ها را اجرا کنند.

بدون تدوین، عرف‌ها برای جدیدترین شرایط سیاسی قابل به‌کارگیری خواهند بود<sup>۳</sup> و نمی‌توان آن‌ها را نادیده گرفت؛ بلکه در مواقع لازم به کار گرفته می‌شوند. این استدلال در حمایت از عدم تدوین عرف‌های اساسی است. جنکینز<sup>۴</sup> معتقد است: «... بدون عرف‌ها، قانون اساسی مکانیزم‌های مدرن و دموکراتیکش را از دست می‌دهد.» (Jenkins, 2009: 103) وی اشاره می‌کند که عرف‌های اساسی انعطاف را به یک چهارچوب قانونی سفت‌وسخت وارد می‌کنند و همچنین قانون اساسی می‌تواند بر اساس نیازهای متغیر دولت، به‌روز نگه داشته شود.<sup>۵</sup> در سال ۲۰۰۶ هم مجلس اعیان و هم مجلس عوام انگلیس شروع به بررسی تدوین عرف‌های خاصی کردند که بر مجلس اعیان و قانون‌گذاری اثر می‌گذاشت؛<sup>۶</sup> اما این ایده رد شد، چون به نظر تدوین عرف‌ها با هدف عرف که ایجاد انعطاف است، مغایر بود. تدوین عرف‌ها قابلیت انطباقشان را هنگام تغییر شرایط و پیشرفت‌های اجتماعی کاهش خواهد داد. آن‌ها نباید از نظر قانونی لازم‌الاجرا شوند و نباید برای حفظ این مزیتی که قانونی اساسی دارد، تدوین شوند.<sup>۷</sup> با در نظر گرفتن این استدلال‌ها و ماهیت عرف‌ها، روشن است که راحت‌ترین روش این است که آن‌ها را همان‌طور که هستند بپذیریم و انعطافی را که آن‌ها برای قوانین اساسی ما

1. See: Brazier, 2008: 164.

2. See: Marshall, 1980: 216.

3. See: Marshall, 1980: 217.

4. Jenkins.

5. See: Leyland, 2007: 25.

6. See: Ewing & Bradley, 2010: 28.

7. See: Brazier, 2008: 164.

به ارمان می‌آورند پذیرا باشیم. باید اشاره کنیم که عرف‌ها نقش مهمی در کشورهای با قوانین اساسی مکتوب ایفا می‌کنند؛ چون هر چه میزان سختی قانون اساسی بیشتر باشد، نیاز به مزایای سازگاری‌های غیررسمی که عرف‌ها ایجاد می‌کنند بیشتر خواهد بود؛ بنابراین اگر کشوری همچون بریتانیا قانون اساسی مکتوبی داشته باشد، قاعده‌های غیررسمی، منعطف و غیرحقوقی باید به‌عنوان بخشی از قانون اساسی این کشور به کارشان ادامه دهند؛ همانند آن چیزی که در صدها سال گذشته مشاهده کردیم.

#### ۵- عرف‌های اساسی در نظام حقوقی ایران

نظام حقوق اساسی ایران از لحاظ منابع، از ریشه‌هایی ارتزاق می‌نماید که مشابه دیگر نظام‌های حقوقی معاصر بوده و افزون بر متن مصوب قانون اساسی سال ۱۳۵۸ دارای منابع دیگری نیز است؛ از جمله دکترین حقوقی، تفاسیر نهادهای قانون اساسی مانند شورای نگهبان، قوانین و مقررات عادی و آئین‌نامه داخلی مجلس و... اما جایگاه عرف‌های اساسی در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران به‌عنوان یکی از منابع حقوق اساسی محل تدقیق است؛ چراکه قانون اساسی مدونی در ۱۷۷ اصل به‌هنجارمندی قدرت و تحدید حدود دامنه اختیارات حکومت پرداخته است. این جامعیت شاید کمترین جایگاه جلوه‌گری برای عرف‌های اساسی باقی بگذارد؛ ولی در رژیم‌های مبتنی بر عرف و عادت و نظام‌های حقوقی کامن‌لا مانند انگلستان نقش این عرف‌ها بسیار پررنگ‌تر است. در واقع «رویه‌های اساسی در کشورهای دارای قانون اساسی نانوخته مانند انگلستان مفهومی ریشه‌دار، قوی و پذیرفته‌شده است که با توجه به وضعیت خاص این کشور و برداشت آن‌ها از قانون اساسی امری عجیب نیست؛ اما در کشورهایی که دارای قانون اساسی نوشته هستند نیز رویه‌های اساسی به‌عنوان بخشی از قانون اساسی نانوخته این کشورها حضور دارند که نقش مهمی را در تحولات حقوق اساسی بازی می‌کنند.» (مرادخانی، ۱۳۹۷: ۱۰۹)

برای شناسایی این عرف‌ها در نظام حقوق اساسی ایران باید نظاره‌گر عملکرد قوای عمومی، مقامات عالی‌رتبه کشوری و سران حکومتی بود تا بتوان به شناسایی آن‌ها در صورت دارا بودن ویژگی تکرار و تداوم و الزام‌آوری پرداخت.



بسترهای پیدایی و مانایی عرف اساسی در نظام‌های حقوقی... / حبیب‌نژاد و دیگران ۱۲۷

همان‌طور که پیش‌تر پیرامون عرف‌های اساسی بحث شد این عرف‌ها دارای ویژگی انعطاف‌پذیری و شکل‌گیری‌اند؛ با این توضیح که چون غالباً نانوشته‌اند، قابلیت بالایی برای هم‌نوا شدن با مقتضیات زمانه را دارا هستند. از این رو، در مواردی که با سختی بازنگری قوانین اساسی روبه‌رو هستیم ایجاد و شکل‌گیری این عرف‌ها تا حدود زیادی می‌تواند جایگزین بازنگری و سبب منعطف کردن متون مدون اساسی گردند.

از همین منظر، نقش این عرف‌ها و ایجاد آنان در نظام حقوقی ایران بسیار بااهمیت است؛ چراکه تجربه تاریخی نشان داده که نظام سیاسی کمترین نرمش را نسبت به تغییر قانون اساسی داشته است و دارد و تاکنون به‌جز سال ۱۳۶۸ هیچ‌گونه تغییر و بازنگری در قانون اساسی را پذیرفته و اصول آن تاکنون دست‌نخورده باقی مانده است.

از منظری دیگر، تغییرات جدی و بنیادین در جامعه و تغییر روابط حکومت‌گران و حکومت‌شوندگان و ایجاد نیازها و نگرش‌های جدید به مسائل مختلف، پیش روی جامعه ایرانی است. پس از یک‌سو، عدم تمایل حکومت برای تغییر قانون اساسی مشهود است و از سوی دیگر، نیازهایی جدید در جامعه سر برآورده که شاید قانون اساسی موجود توان پاسخ‌گویی به آن‌ها را نداشته باشد. در اینجاست که نقش عرف‌های اساسی آشکار می‌گردد؛ چراکه در صورت شکل‌گیری این عرف‌ها در رژیم سیاسی موجود می‌توان بدون نیاز به تغییر متن مدون قانون اساسی، با ایجاد عرف‌ها و رویه‌های خاص و استمرار آن‌ها درصدد پاسخ‌گویی به مسائل و نیازهای جدید برآمد.

#### ۵-۱- عرف‌های اساسی و ریشه‌های آن در ایران

ریشه برخی از عرف‌های اساسی در ایران را می‌توان ناشی از ضرورت‌های زمان جنگ ایران و عراق دانست؛ مانند تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام<sup>۱</sup> که به فرمان امام خمینی در دوران جنگ و برای حل برخی از مشکلات اساسی در ایران به وجود آمد و بعد در قانون اساسی ایران (اصل ۱۱۲) وارد گردید. می‌توان از پاسخ امام به برخی نگرانی‌ها درباره اختیارات مجمع در آن زمان به این ریشه پی برد: «آنچه در این سال‌ها انجام گرفته در ارتباط با جنگ بوده است.

۱. نک: سلطانی، ۱۳۹۶: ۹۸۳-۹۹۶.

مصلحت نظام و اسلام اقتضا می‌کرد تا گره‌های کور قانونی سریعاً به نفع مردم و اسلام بازگردد. (امام خمینی، ۱۳۷۰: ۲۱ / ۲۰۳)

برخی دیگر از عرف‌های اساسی در ایران ریشه در گستره اختیارات ولی فقیه دارد؛ برای نمونه می‌توان نقش مقام رهبری در انتخاب وزیر دفاع را که به یک عرف اساسی مبدل شده است و رؤسای جمهور در این باره خود را با رهبر هماهنگ می‌نمایند، ناشی از آن دانست که مقام رهبری، فرماندهی کل قوا را نیز بر عهده دارد.<sup>۱</sup>

همچنین شاید بتوان ریشه نام‌گذاری در آغاز سال را که توسط رهبری صورت می‌گیرد و نوعی الزام معنوی برای قوای حاکم، برای پیشبرد اهداف برآمده از نام‌گذاری ایجاد می‌نماید را ناشی از اختیار رهبری در تعیین سیاست‌های کلی نظام دانست.<sup>۲</sup>

بعضی از عرف‌های اساسی ناشی از روابط دوستانه در سطوح حاکمیتی بود؛ برای نمونه هرچند حضور شهردار تهران در جلسات هیئت دولت در آیین نامه هیئت دولت پیش‌بینی نشده بود، حضور شهردار تهران در جلسات هیئت دولت در زمان دولت سازندگی، ناشی از روابط حسنه طرفین بود و در دولت‌هایی که این رابطه حسنه وجود نداشت، امکان این حضور منتفی شد.

ضرورت‌های اقتصادی نیز توانسته است سهمی در عرف اساسی نظام حقوق عمومی ایران داشته باشد. در حالی که اصل ۴۴ ظهور در دولتی بودن اقتصاد در ایران دارد، ولی ضرورت‌های اقتصادی، عرفی اساسی را در این خصوص با تدوین سیاست‌های کلی نظام و اصل ۴۴ قانون اساسی (مصوب ۱۳۸۴) و تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ (مصوب ۱۳۷۸) تأسیس نمود و شورای نگهبان - به عنوان مرجع تفسیر قانون اساسی - را نیز با خود همراه کرد.

در حقوق اساسی ایران نیز الزام‌های عرف‌های اساسی را می‌توان در دو دسته بزرگ تقسیم‌بندی نمود. دسته‌ای از این عرف‌ها که بیشتر در حوزه ولایت فقیه و رهبری قرار می‌گیرند از پشتوانه اجرایی بسیار بیشتری برخوردارند و رهبری می‌تواند از اختیارات موجود در قانون

۱. نک: بند ۴ اصل ۱۱۰.

۲. نک: بند ۱ اصل ۱۱۰.

بسترهای پیدایی و مانایی عرف اساسی در نظام‌های حقوقی... / حبیب‌نژاد و دیگران ۱۲۹

اساسی برای اجرایی کردن آن‌ها استفاده کند. بر اساس اصل پنجاه و هفتم قانون اساسی، قوای سه‌گانه «زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت» است و بر اساس خوانش از ولایت فقیه، مقام رهبری می‌تواند از احکام حکومتی برای الزام به عمل یا منع از عملی استفاده کند که نمونه‌هایش را در قضایای صدور حکم حکومتی در مجلس ششم برای توقیف بررسی طرح اصلاح قانون مطبوعات یا در دولت نهم برای منع صدور حکم معاونت اول ریاست جمهوری مشاهده می‌کنیم.

حتا دستور بازنگری در قانون اساسی در سال ۱۳۶۸، درحالی‌که چنین امکانی در نص قانون اساسی ۱۳۵۸ وجود نداشت، می‌تواند نمونه‌ای از نقش رهبری در ایجاد یک عرف اساسی دانست.

در برخی از عرف‌های اساسی نیز فشار افکار عمومی نقش مهم را ایجاد می‌نماید که در صورت عدم رعایت آن عرف‌ها، پرسش‌ها و بازتاب‌هایی را در جامعه و وجدان عمومی به وجود می‌آورد. حضور رهبری در مراسم ارتحال امام خمینی و سخنرانی در آن، پیام نوروزی رهبری در آغاز هر سال یا سخنرانی رهبری در آستان قدس رضوی در آغاز سال می‌تواند از این‌گونه عرف‌ها برشمرده شود.

گاهی شورای نگهبان در تفسیر اصول قانون اساسی (مانند اصل ۸۶) به سخنان امام خمینی استناد می‌نماید<sup>۱</sup> که می‌توان این را رویه شورای نگهبان در ایجاد یک عرف اساسی در تفسیر قانون اساسی دانست.

۱. «با عنایت به: ۱. مشروع مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در خصوص اصل هشتاد و ششم، حاکی از اینکه مصونیت ریشه اسلامی ندارد و تمام مردم در برابر حق و قانون الهی یکسان و برابرند و هر فردی که در مظنه گناه یا جرم قرار گیرد قابل تعقیب است و اگر شکایتی علیه او انجام گیرد دستگاه قضایی باید او را تعقیب کند؛ ۲. اصول متعدد قانون اساسی و از آن جمله اصول نوزدهم و بیستم دایر بر برخورداری همه ملت ایران از حقوق مساوی؛ ۳. اختصاص موضوع اصل هشتادوشش مربوط به اظهارنظر و رأی نمایندگان در مجلس و در مقام ایفای وظایف نمایندگی و عدم ملازمه آن با ارتکاب اعمال و عناوین مجرمانه؛ ۴. عدم توجیه شرعی منع تعقیب یا توقیف مجرم؛ ۵. نظر مبارک حضرت امام خمینی به عنوان ناظر و راهنمای تدوین قانون اساسی دایر بر ضرورت پرهیز از هتک حرمت اشخاص و لزوم جبران آن در مجلس و رسیدگی توسط قوه قضائیه؛ «اصل هشتاد و ششم قانون اساسی در مقام بیان آزادی نماینده در رابطه با رأی دادن و اظهارنظر در جهت ایفای وظایف نمایندگی، در مجلس است و ارتکاب اعمال و عناوین مجرمانه از شمول این اصل خارج است و این آزادی منافعی مسئولیت مرتکب جرم نمی‌باشد.»

## ۵-۲- عرف‌های اساسی و قانون اساسی ایران

با توجه به مطالب گفته‌شده، عرف در نظام حقوق اساسی ایران می‌تواند با عرف‌های اساسی در انگلستان متفاوت باشد. ایران نظامی با حقوق نوشته (رومی-ژرمنی) است و تکیه‌اش بر قوانین مکتوب و این نظام در تمام ساحت حقوق- از وضع و تفسیر و اجرا- حاکم است. شهروندان هنوز با مبانی عرف اساسی آشنا نیستند و فرهنگ جامعه همواره به دنبال استدلالی مبتنی بر قانون مدون و مکتوب است.

ضرورت دقت در ایجاد عرف اساسی و یا به رسمیت شناختن آن در ایران باید با حساسیت بیشتری پیگیری شود، به‌ویژه اینکه نباید به نام عرف‌سازی، شکستن متون و نصوص قانونی، به‌ویژه در جایی که نصوص روشنی دارد به رویه‌ای تبدیل گردد که بنیان‌های یک نظام حقوقی را به هم می‌ریزد.

نباید هر عمل خلاف نصوص قوانین به‌ویژه قانون اساسی را به‌محض انجام از سوی صاحبان قدرت سیاسی و قوای حاکمه به‌مثابه عرف اساسی تلقی نماییم. این‌گونه عمل کردن تنها به لوث شدن مفهوم بسیار شایسته عرف اساسی می‌انجامد و راه را برای قانون‌شکنی توسط صاحبان قدرت بازمی‌نماید.

عرف اساسی ابزاری است برای تأمین نیازهای نوین و جدید جامعه که از طریق نصوص خشک و متون غیرقابل انعطاف قانونی قابلیت برآورده شدن را ندارد؛ بنابراین هدف از عرف اساسی، حفظ حقوق و آزادی‌های شهروندان است نه افزایش اقتدار صاحبان قدرت.

عرف اساسی می‌تواند در تفسیر متون حقوق عمومی ازجمله قانون اساسی، به‌ویژه در جایی که پس از سالیانی نیاز به بازخوانی مجدد برای همراهی با خواست‌ها و نیازها و مطالبات جدید شهروندان دارد، به کار آید و البته استفاده از این عرف‌های اساسی تفسیری باید بسیار محتاطانه و با دقت انجام پذیرد.

بدون شک نمی‌توان و شاید به صلاح نباشد که عرف‌های اساسی را به‌صورت مکتوب درآورد؛ ولی می‌توان شهروندان را با این منبع حقوقی مهم آشنا ساخت و آنان را در ایجاد یا پذیرش

بسترهای پیدایی و مانایی عرف اساسی در نظام‌های حقوقی... / حبیب‌نژاد و دیگران ۱۳۱

عرف‌های اساسی مشارکت داد. گفتگو از عرف‌های اساسی راه را برای پذیرش یا انتقاد از این منبع حقوقی باز می‌گذارد و می‌تواند نقش بسیار زیادی در پویایی و نیز ضمانت اجرای آن‌ها داشته باشد.

به نظر می‌رسد نظام سیاسی جمهوری اسلامی ایران نتوانسته است این ارتباط را با مردم در حوزه عرف‌های اساسی برقرار نماید و برای شهروندان آگاهی‌های لازم در خصوص عرف‌های اساسی ارائه نشده است. گفتگو با شهروندان در خصوص مصادیق و چگونگی شکل‌گیری این منبع حقوقی می‌تواند در تقویت و استواری عرف‌های اساسی بسیار نقش داشته باشد و به افزایش سواد حقوقی آنان و در نتیجه افزایش مشارکت شهروندان در اداره امور کشور بینجامد که مورد نظر قانون‌گذار اساسی<sup>۱</sup> ما نیز بوده است.

### نتیجه‌گیری

حقوق اساسی توأم‌ترین شاخه حقوقی در نظام‌های سیاسی معاصر است؛ چراکه به دلیل اهمیت مطالب مورد تأکید، همه جنبه‌های زندگی را دربر می‌گیرد و سامان‌دهنده همه روابط میان لایحه‌های اجتماعی یک جامعه سیاسی است.

حقوق اساسی دارای بن‌مایه‌هایی است که آن را تشکیل و شاکله آن را شکل می‌دهند که مهم‌ترین آن قانون اساسی است، ولی تمام آن نیست؛ به تعبیر بهتر قانون اساسی یکی از منابع حقوق اساسی است و ما برای شناخت کامل نظام حقوق اساسی یک دولت - کشور نیازمند مطالعه دیگر منابع هستیم که یکی از آن‌ها عرف اساسی است. عرف اساسی مجموعه قواعد غیر حقوقی نانوشته حاصل کنشگری کنشگران عرصه قدرت و قوای عمومی است. نانوشته و منعطف است و ریشه در آداب و رسوم و تاریخ یک نظام سیاسی دارد و قابلیت تعویض و تطبیق با مسائل جدید را داراست؛ اگرچه دارای الزام قانونی نیست، اما دارای نقش پررنگی در نظام‌های حقوقی عرفی است.

۱. نک: اصل ششم قانون اساسی: «در جمهوری اسلامی ایران امور کشور باید به اتکا آرا عمومی اداره شود.»

عرف‌های اساسی قاعده‌هایی هستند که قانون مصوب پارلمان نمی‌باشند؛ اما از عملکرد مقامات عمومی مانند پادشاه، نخست‌وزیر و کابینه، اعضای پارلمان و دیگر مقامات عمومی به وجود آمده و به علت تکرار و الزامی تلقی شدن آن‌ها در نزد همگان، جلوه اجرایی اجباری گرفته و سامان دهنده روابطی در عرصه حقوق عمومی داخلی دولت - کشورها شده است.

عرف‌های اساسی از آن دسته قواعدند که ریشه در تاریخ حیات سیاسی یک جامعه دارند و از آداب و رسوم سیاسی و رفتار و تکاپوی کنشگران عرصه قدرت عمومی جامعه پدید آمده است و در طول زمان تکرار و تبدیل به رویه و قاعده‌هایی شده‌اند که نزد همگان الزام‌آور تلقی شده است و جزء منابع حقوق اساسی برخی از کشورها مثل بریتانیا هستند و نقش پررنگی در عرصه حقوق عمومی و حقوق اساسی آن بازی می‌کنند.

باید توجه داشت که در حقوق اساسی انگلستان عرف‌های اساسی از دیربگی و دیرندگی بسیاری برخوردارند و محصول تاریخ پرحادثه حقوق اساسی بریتانیای کبیر هستند؛ اما در ایران عرف‌های اساسی سابقه چندانی ندارند و به‌ویژه پس از انقلاب اسلامی نمود بیشتری یافته و از خلال روابط نهادهای گوناگون موجود در بستر حقوقی - سیاسی پس از انقلاب فرصت بروز و خودنمایی گرفته‌اند، اما در انگلستان دهه‌ها و شاید سده‌ها از عمر بعضی از عرف‌های اساسی می‌گذرد. این سابقه طولانی ضمانت اجرای قوی‌تری در نزد اشخاص و نهادهای نظام حقوق اساسی انگلستان ایجاد نموده است.

از منظری دیگر، با وجود قانون اساسی متقن و مدون موجود در ایران، عرف‌های اساسی فرصت بروز و ظهور کمتری نسبت به انگلستان دارند و قانون اساسی موجود همانند هم‌اوردی توأمند یک‌تاز میدان حقوق اساسی ایران است و در بیشتر موارد، عرف‌های اساسی را یارای تقابل با آن نیست؛ اما در نظام حقوقی انگلستان و در بستر نظام حقوقی کامن‌لا، عرف‌های اساسی حرف‌های جدی‌تری برای گفتن دارند و کنشگری آنان پررنگ‌تر از ایران و دیگر نظام‌های رومی-ژرمی است. از دیگر وجوه افتراق عرف‌های اساسی در این دو نظام، اصرار نظام حقوقی ایران بر قانون شدن بعضی از عرف‌هاست، رویکردی که

بسترهای پیدایی و مانایی عرف اساسی در نظام‌های حقوقی... / حبیب‌نژاد و دیگران ۱۳۳

در انگلستان کمرنگ و حتا بی‌رنگ است و تدوین عرف به صورت قانون نوشته، در حقوق آن دیار مدخلی از اعراب ندارد. برای سال‌های متمادی، عرف‌ها سخنرانی و نطق ملکه برای دوره تقنینی جدید را سامان بخشیده‌اند و تاکنون به عنوان یک عرف باقی مانده‌اند؛ اما در ایران پیام رهبری در افتتاحیه مجلس بعدها به صورت قانون در آیین‌نامه داخلی مجلس وارد گردید و لباس قانون بر تن کرد.

باید این نکته را نیز در نظر داشت که عرف اساسی در انگلستان الهام‌گرفته از سنت‌ها و رویه‌های عملی است؛ ولی در ایران از لابه‌لای روابط نهادهای دارای قدرت برخاسته است. در انگلستان چون این عرف‌ها ریشه در سنت‌ها و آیین‌های جاری در جامعه انگلیسی دارد، از ضمانت اجرای قوی‌تری برخوردار است و واکنش جامعه نسبت به نقض آن‌ها شدت بیشتری دارد؛ اما در مقابل در ایران عرف‌های اساسی به متن و بطن جامعه ایرانی رسوخ چندانی پیدا نکرده و ناآشنایی با این عرف‌ها هم در میان کنشگران عرصه سیاست و هم مردم جامعه مشهود است و در نظام حقوق اساسی ایران عرف‌های اساسی اندک‌اندک در حال شفاف‌تر شدن هستند و اکنون می‌توان نمونه‌های بارزتری را در این خصوص مثال زد؛ مشورت رئیس‌جمهور با رهبر در انتخاب برخی از وزرا، تشکیل مجمع تشخیص پیش از ذکر این نهاد در قانون اساسی، برخی از احکام حکومتی صادرشده از سوی رهبری و یا تفسیر عملی اصل ۴۴ قانون اساسی. با شکل‌گیری و شناسایی عرف‌های اساسی در نظام حقوقی ایران می‌توان به منعطف شدن قانون اساسی نزدیک‌تر شد؛ چراکه در نظام سیاسی جمهوری اسلامی ایران همانند دیگر نظام‌های دارای قانون اساسی مدون، غالباً تغییر و بازنگری قانون اساسی با دشواری‌های بسیار همراه است. از این رو، توسعه و گسترش عرف‌های اساسی می‌تواند روشی مناسب برای پر کردن موارد سکوت قانون اساسی باشند و از این منظر به عنوان ابزاری کمکی به غنی‌تر شدن حقوق اساسی کمک‌های فراوانی نماید.

البته چنان‌که گفته شد باید توجه داشت هنگامی که از عرف اساسی صحبت می‌کنیم این امر به معنای پذیرش مشروعیت همه مصادیق آن نیست، بلکه دو سطح را از هم جدا می‌نماییم؛ در سطح اول امکان دارد کنشی سیاسی - حقوقی را عرف اساسی بدانیم و در سطح دوم به دنبال

آن هستیم که آیا این عرف اساسی «موجه» و «مشروع» است یا خیر. برای مشروعیت و موجه بودن عرف اساسی باید دقت داشت که از عرف‌های اساسی باید برای تطبیق نصوص اساسی با نیازهای متحول و به‌روز اجتماعی بهره‌گرفت و غایت عرف‌های اساسی، توسعه و تحکیم حقوق و آزادی‌های شهروندان و تأمین منافع عمومی باشد و نه خوانش‌های یک‌طرفه؛ زیرا مطابق نص صریح مقدمه قانون اساسی «حکومت از دیدگاه اسلام، برخاسته از موضع طبقاتی و سلطه‌گری فردی یا گروهی نیست.»



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



## کتاب‌نامه

### الف- کتب و مقالات

#### الف-۱: فارسی

- پروین، خیرالله (۱۳۹۲)، «از قانون اساسی عرفی تا عرف حقوق اساسی»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۳، شماره ۲، صص ۷۹-۹۹.
- پروین، خیرالله (۱۳۹۵)، «درآمدی بر مفهوم و موازین عرف حقوق اساسی»، مجله پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۲، شماره ۲، صص ۲۲۹-۲۵۵.
- جبارگل باغی ماسوله، علی (۱۳۷۸)، درآمدی بر عرف، چاپ اول، قم: مرکز انتشارات حوزه علمیه قم.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶)، مقدمه عمومی علم حقوق، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش.
- حبیب‌نژاد، سیداحمد (۱۳۹۸)، «عرف پارلمانی نیمه پنهان حقوق پارلمانی»، تدوین و گردآوری جمعی از نویسندگان، مجموعه مقالات نخستین همایش ملی اصول نانوشته قانون اساسی، قم: دارالعلم، صص ۱۳۱-۱۴۶.
- سلطانی، سیدناصر (۱۳۹۶)، «اعتبارسنجی عرف و رویه‌های قانون اساسی»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال ششم، شماره ۱۸، صص ۹۱-۱۱۰.
- سلطانی، سیدناصر (۱۳۹۶)، «مجمع تشخیص مصلحت نظام پیش از بازنگری نمونه‌ای از یک اصل نانوشته قانون اساسی»، مجموعه مقالات حج اندیشه، قم: انتشارات دانشگاه مفید، صص ۳۸۳-۳۹۶.
- سلطانی، سیدناصر (۱۳۹۸)، «آیا اصول نانوشته قانون اساسی را می‌توان نوشت؟ بررسی چند نمونه در ایران و فرانسه»، گردآوری جمعی از نویسندگان، مجموعه مقالات نخستین همایش ملی اصول نانوشته قانون اساسی، قم: دارالعلم، صص ۱۷۳-۱۹۰.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۸)، حقوق اساسی، چاپ سیزدهم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.

- عباسی، بیژن (۱۳۸۵)، «عرف در حقوق اساسی»، نشریه حقوق اساسی، سال چهارم، دوره ۴، شماره ۶ و ۷، صص ۱۶۱-۱۶۹.
- عباسی، بیژن (۱۳۸۹)، «کتکاشی در منابع حقوق اساسی»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۳، صص ۲۴۷-۲۶۰.
- قاضی شریعت‌پناهی، سیدابوالفضل (۱۳۷۵)، گفتارهایی در حقوق عمومی، چاپ اول، تهران: دادگستر.
- قاضی شریعت‌پناهی، سیدابوالفضل (۱۳۸۸)، بایسته‌های حقوق اساسی، چاپ سیزدهم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ ۶۹، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- مرادخانی، فردین (۱۳۹۷)، «بررسی مفهوم رویه‌های اساسی در حقوق اساسی»، فصلنامه مطالعات حقوقی، دوره ۱، شماره ۴، صص ۹۹-۱۲۷.
- معین، محمد (۱۳۸۶)، فرهنگ معین، چاپ چهارم، تهران: ادنا.
- موسوی، سیدروح اله (۱۳۸۹)، صحیفه امام (مجموعه آثار امام خمینی)، چاپ پنجم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- هاشمی، سیدمحمد (۱۳۹۰)، حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، چاپ اول، تهران: بنیاد حقوقی میزان.

الف-۲: لاتین

- Bailey, S H; Michael Gunn; David Ormerod & Ching Jane (1996). *Modern English Legal System*, 3rd Edition, London: Sweet & Maxwell.
- Barendt, Eric (1988). *An Introduction to Constitutional law*, United States: Oxford University Press.
- Bogdanor, V. & Stefan Vogenauer (2008). "Enacting a British Constitution: Some Problem", *Public Law*, No. 38, pp. 38-57
- Bradley, A.W & K.D Ewing (2010). *Constitutional and Administrative Law*, 15th Edition, UK: Longman.

- Brazier, Rony (2008). *Constitutional Reform: Reshaping the British Political System*, UK: Oxford University Press
- Caulfield, Megan (2012). "Constitutional Conventions in the United Kingdom: Should they be codified?", *Manchester student law review*, Vol. 1, No. 42, pp. 41-48.
- Constitutional, Convention (2006). *Definition of Constitutional Convention from Oxford Dictionary of law*, UK: Oxford University Press.
- De Smith, Stanley & Rodney Brazier (1994). *Constitutional and Administrative Law*, 7th Edition, London: Penguin Books
- Delegation of the panel on constitutional (2001). *Report on Duty visit to Study the Systems of Executive Accountability in the United Kingdom, France and Germany*, UK: affairs on the Ministerial code in the United Kingdom.
- Dicey, Albert Venn (1885). *An Introduction to the study of the law of the constitution*, Liberty Classics, Reprint Originally Published, London: Macmillan.
- Fourth Report of Session (2012). *Do we need a constitutional convention for the UK?*, UK: House of Commons Political and Constitutional Reform Committee
- Hackney Blackwell, Amy (2008). *The Essential law Dictionary*, Canada: Sphinx publishing.
- Heard, Andrew (2005). "Constitutional Conventions and Parliament", *Canadian Parliamentary Review*, Vol. 28, No. 2, pp. 19-22.
- House of Commons (2015). *The UK constitution, a summary with options for reform*, London: Political and Constitutional Reform Committee.
- Jennings, Sir Ivor (1959). *The law and Constitution*, UK: University of London press.
- Kenneth Rogers, James (2007). "the other way to Amend the constitution: the article V constitutional convention Amendment Process", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 30, No. 3, pp. 1005-1022.
- Larson, Edward J & Michael P. Winship (2005). *The Constitutional Convention: A Narrative History from the Notes of James Madison*, New York: The Modern Library.
- Leyland, Peter (2007). *The Constitution of the United Kingdom*, Oxford: Hart Publishing.
- Markwell, Donald (2016). *Constitutional Conventions and the Headship of State*, Australia: Connor Court publishing

- Marshall, Geoffrey (1980). *Constitutional Theory*, UK: Clarendon Press.
- Marshall, Geoffrey (1984). *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability*, UK: Oxford University Press.
- Pak Kwan, Chau (2002). *Some Basic Information on Constitutional Conventions*, Hong Kong: legislative council secretariat research and library services division.
- Phillips, O. Hood & Paul Jackson (2001). *Constitutional and Administrative Law*, London: Sweet & Maxwell (A Thomson Company).
- Votes cast for and against proposed constitutional conventions and also proposed constitutional amendments (2001). *Excerpted from the Manual for the Use of the Legislature of the State of New York*, New York: Department of State.
- Walters, Mark D (2011). "The Law behind the Conventions of the Constitution: Reassessing the Prorogation Debate", *Journal of parliamentary and political law*, Vol. 4, No. 5, pp. 131-154.
- Whittington, Keith E (2013). "The Status of unwritten constitutional convention in the united states", *University of ILLINOIS law review*, Vol. 2013, No. 5, pp. 1847-1870.
- William, Payao (2009). *Constitutional Convention: A Decision-Making Activity*, Central Middle School Quincy, Massachusetts: designed for 8 grade social studies student.

ب- وبسایت(های) اینترنتی

- «Bits Of law», Study Note (2012). Available at: [www.bitsoflaw.org/public/constitutions/study-note/degree/source-conventions](http://www.bitsoflaw.org/public/constitutions/study-note/degree/source-conventions).
- «Constitution of The United States, National Constitution Center», Available at: [www.constitutioncenter.org](http://www.constitutioncenter.org).
- «Constitutional and administrative law, the E-Book Division Nationwide Mediation Academy Co Lt electronically», Corbett Haselgrove-Spurin (2004). Available at: [www.nadr.co.uk](http://www.nadr.co.uk).
- «Topical information for parliamentarians TIPS-1E», Constitutional Convention (2006). Available at: <http://lpintrabp.parl.gc.ca/apps/tips/index-e.asp>.