

از قانون اساسی عرفی تا عرف حقوق اساسی

خیرالله پروین*

دانشیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۱۰/۱۹ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۱/۷/۲۵)

چکیده:

عرف به مثابه یکی از قواعد الزام آور، از منظر صاحب نظران در شمار منابع حقوق موضوعه جای می گیرد. با این حال تبیین جایگاه آن در حقوق اساسی نیز نیازمند شناخت سابقه حضور عرف در اسناد بنیادین حاکم بر جوامع بشری می باشد. تقسیم مشهور قوانین اساسی به دو نوع عمده مدون و عرفی، تنها تبیین کننده بخشی از این جایگاه گسترده خواهد بود؛ زیرا تقسیم فوق به باور بسیاری از صاحب نظران تقسیمی نسبی است و قوانین اساسی مدون نیز در موازین و ساختارهای خود از زمینه‌های عرفی برخوردارند. از سوی دیگر مفاهیم مشابهی چون اصول کلی حقوقی باید به نحوی از موازین عرفی و اصول اساسی حاکم بر قوانین اساسی متمایز گردند، زیرا ادغام و تفکیک این دو مفهوم از یکدیگر، موجب آثار عملی بسیاری در نظام های حقوقی می باشد. به علاوه ساز و کارهای تکوین هر یک از این دو مفهوم نیز متفاوت است و موازین عرفی بر عناصر عمده مادی و معنوی تکیه دارند. در این بین تحولات عرف حقوق اساسی نیز مسیری متمایز را می پیماید. زیرا گستره این تحولات در برخی نظام های حقوقی بیش از نظام های دیگر است و نقش متفاوت عرف در تکوین قواعد بنیادین و اساسی در نظام های حقوقی مختلف، تا حد زیادی به آرای صاحب نظران حقوق عمومی در خصوص جایگاه عرف در نظام حقوق اساسی کشورها نیز تسری یافته است. از این رو برای دستیابی به تلقی مشترکی از نقش عرف در حقوق اساسی، قدر متیقن نقش عرف یعنی نقش تفسیر کننده آن را باید پذیرفت و به نقطه اتفاق صاحب نظران بسنده کرد.

واژگان کلیدی:

قانون اساسی، عرف، عرف تکمیلی، حقوق اساسی، قوانین اساسی مکتوب، عرف اسلامی.

مقدمه

عرف را در کنار قانون، رویه قضایی و آرا و اندیشه‌های صاحب‌نظران از منابع اصلی قواعد حقوقی دانسته‌اند. نقش عرف در تکوین این قواعد بیشتر نقشی فرعی و غیر مستقیم است. با این حال در شاخه حقوق عمومی نیز عرف نقش مهمی را در تدوین قواعد مربوط به ارکان حکومت و ساز و کارهای اجرایی نظریات حقوق اساسی ایفا کرده است. تا پیش از آغاز نهضت تدوین قوانین اساسی در اواخر قرن هجدهم قواعد عرفی به مثابه قواعد الزام آوری که برای حکمرانان و هیأت حاکمه لازم الاجرا بود، نقش اصلی را در تدوین قواعد نانوشته حقوق اساسی ایفا می‌کرد. پس از تدوین قوانین اساسی جدید نیز قوانین اساسی عرفی به حیات خود ادامه داده و تا مدت‌ها همپای قوانین اساسی مدون، سند کلی حقوق اساسی برخی کشورها بودند. با این همه آنچه بیشتر در این خصوص در خور توجه و بررسی است، نقش عرف در تدوین قوانین اساسی مدون و مکتوب است که کمتر مورد بررسی صاحب‌نظران و نویسندگان حقوق اساسی قرار گرفته است.

انواع عرف نسخ کننده، تکمیل کننده و تفسیر کننده در شکل‌گیری قواعد حقوق اساسی مؤثر بوده‌اند و از این رو می‌توان نقش غیر مستقیم قواعد عرفی را به منزله ابزار انعطاف بخشی و هماهنگ سازی قواعد بنیادین حاکم بر جوامع با تحولات سیاسی و اجتماعی زمان دانست. از این رو هرچند برخی از صاحب‌نظران به انکار نقش عرف در تدوین قواعد حقوق اساسی پرداخته‌اند، بسیاری نیز بر تأثیرات مهم موازین عرفی در شکل‌گیری و تکوین این قواعد تأکید کرده‌اند. به ویژه آنکه نقش عرف تکمیلی و مفسر در تدوین قوانین اساسی همواره مورد اتفاق نظر حقوقدانان بوده است و تنها در خصوص صلاحیت عرف نسخ کننده اختلاف نظر وجود دارد. مبنای نظریات این گروه از حقوقدانان بیشتر به گسترش اندیشه‌های عمل‌گرا در اواخر قرن هجدهم باز می‌گردد که حقوق موضوعه را تنها در قلمرو مصوبات مجالس قانون گذاری تفسیر نمی‌کند بلکه آن را در مرحله اجرا و عمل نیز مورد ارزیابی قرار داده و از همین رو تأثیر عرف را بر آن حتمی و غیر قابل تردید می‌شمارد. تا پایان قرن هشتم میلادی اکثر اصول مشخص شده برای قدرت سیاسی، اصولی عرفی بودند و حتی مدتی پس از پیدایش اولین قوانین اساسی مکتوب که برخی نویسندگان قدیمی^۱ مخالف تدوین آنها بودند، این اصول اجرا می‌شد. با این حال امروزه قوانین اساسی عرفی بسیار نادر و کمیاب‌اند. در میان کشورهای بزرگ جهان تنها کشور انگلستان است که همچنان به چارچوب قانون اساسی عرفی وفادار

۱. نظیر جوزف دو میستر (Joseph de Maister) در فرانسه.

مانده است، با این همه باید دانست که حقوق اساسی انگلستان تنها به طور جزئی از لحاظ تاریخی و واقعی تابع قانون اساسی عرفی بوده است.

در کنار اصول و عرف‌های مختلفی که از زمان‌های دور در انگلستان وجود داشته، بسیاری از اسناد مکتوب نظیر منشور بزرگ مصوب ۱۲۱۵ میلادی و اعلامیه‌های حقوق مصوب سالهای ۱۶۲۸ و ۱۶۸۹ نیز تدوین شده‌اند که نقش مهمی را در حمایت از مردم در برابر استبداد نظام‌سلطنتی آن کشور ایفا نموده‌اند. همه این اسناد مکتوب نیز توسط دستگاه‌های دولتی این کشور تدوین شده‌اند. در عین حال برخی اصول اساسی نظیر حق انحلال مجلس عوام و الزام پادشاه به معرفی رهبر حزب اکثریت در پارلمان به عنوان نخست‌وزیر، از جمله قواعد عرفی هستند که دارای صفت الزام نیز می‌باشند و از زمان‌های گذشته همچنان پابرجا هستند. در مجموع می‌توان گفت قانون اساسی عرفی انگلستان همان مجموعه اصول، عرف‌ها و رویه قضایی و نیز مقررات و اسنادی است که پادشاه ناگزیر است آنها را برای اجرا توشیح نماید. این شیوه و این کاربرد عرف دارای نواقص بسیاری است، از جمله آنکه به دلیل عدم صراحت و تفصیل در عرف، شناخت ماهیت آن با دشواری همراه است و نیاز به قانون اساسی مکتوب می‌باشد.

۱- قانون و عرف در حقوق اساسی

همانطور که اشاره شد تقسیم قوانین اساسی به دو دسته کلی تدوین شده و عرفی تقسیمی نسبی به شمار می‌رود. زیرا تمامی قوانین اساسی حتی از نوع مدون و مکتوب آن نیز در برگیرنده بسیاری از عرف‌های حقوق اساسی هستند و در نقطه مقابل قوانین اساسی عرفی نیز در برگیرنده برخی اسناد مکتوب می‌باشند. قانون اساسی عرفی انگلستان به عنوان بهترین نمونه از قوانین اساسی عرفی در کنار عرف حقوق اساسی دارای مجموعه‌ای از اسناد مکتوب نیز می‌باشد که ارزش آنها از اصول عرفی کمتر نیست؛ نظیر منشور بزرگ (۱۲۱۵)، اعلامیه حقوق (۱۶۲۸) و اعلامیه حقوق (۱۶۸۹)، قانون توارثی بودن سلطنت (۱۷۰۱) و قانون نیابت سلطنت (۱۹۳۷). در خصوص چگونگی تقسیم قوانین اساسی به دو نوع مکتوب و عرفی با وجود قرار گرفتن برخی عرف‌های حقوق اساسی در قوانین اساسی مکتوب و نیز جریان یافتن برخی عرف‌های مکتوب در کنار قوانین اساسی عرفی باید گفت این تقسیم بر اساس توجه به ویژگی‌های غالب حاکم در قوانین اساسی صورت گرفته است. به این ترتیب که اگر اکثر قواعد، تدوین شده باشند، قانون اساسی مدون تلقی می‌شود و برعکس اگر اکثر قواعد عرفی باشند قانون اساسی عرفی خواهد بود، ولو اینکه برخی از قواعد آن مکتوب باشد (خوری عمر، ۲۰۰۸، ص ۴۳). عرف حقوق اساسی در این معنا عبارت است از عادات و شیوه‌هایی که قوای

عمومی کشور آن را در خصوص مسائل حقوقی و مشخص اجرا کرده و با تکرارشان به آنها وصف الزام بخشیده‌اند. عرف حقوق اساسی برای اجرا باید دارای مجموعه‌ای از شرایط و عناصر لازم باشد که شرایط و عناصر فوق تا حد زیادی از مفهوم مطلق عرف اقتباس یافته‌اند. عرف در مفهوم مطلق خود و به لحاظ صفات کلی، با قانون اساسی تفاوت دارد. عرف اصولاً امری غیر مکتوب است، در حالی که قوانین اساسی عموماً مدون و مکتوب می‌باشند. البته امروزه عرف‌های تدوین شده‌ای نیز وجود دارند که در عین حفظ ویژگی‌های عرفی خود منجر به آن شده‌اند تا تفاوت میان عرف و قانون اساسی را تنها در شیوه ایجاد آنها جستجو کنیم. قانون از سوی مرجع ویژه‌ای نظیر پارلمان با مشارکت اکثر دستگاه‌های عمومی نظیر قوه مجریه و دولت وضع می‌شود و الزام‌آور بودن آن به ماهیت آن دستگاه یا دستگاه‌ها و رسمی بودن آن‌ها باز می‌گردد. این در حالی است که عرف همان الزام و تعاملی است که از سوی طرفداران خود یا اشخاص طرفدار اجرای موضوع و قواعد معین، مطرح شده و الزام‌آور تلقی می‌شود. عرف نتیجه عمل مرجع و دستگاه خاصی نیست، بلکه از سوی مجریان، اعمال و شیوه‌های قانونی در جامعه ایجاد می‌کند.

براساس موازین حقوق اساسی، عرف مرتباً با این شاخه از حقوق شامل اقدامات و عملکردهای مسئولان و در درجه اول پارلمان و قوه مجریه و رئیس دولت است، اما مشارکت مردم در عملی ساختن و ایجاد آن نیز در بررسی کارکردهای آن دور از تصور نیست. همانطور که در فرانسه این گونه بوده و در همه پرسش‌هایی که در زمان ژنرال دوگل در سال‌های ۱۹۶۲ و ۱۹۶۹ برگزار شد، حمایت قاطعی از طرف مردم از اقدامات مسئولین این کشور صورت گرفت (Jeanneney, 1968, p 12). تفاوت میان قانون و عرف را با توجه به دیدگاه پروفیسور ژرژ ودل و در قالب مثال عملی دیگری می‌توان بیان کرد. ودل معتقد است خانه‌ای که در آن اشخاصی سکونت دارند، قطعاً دارای درب و محل ورود نیز هست، زیرا حضور افراد در این خانه برخی لوازم عقلی آن از جمله درب و مسیر ورودی را نیز ثابت می‌کند. بنابراین رابطه میان قانون مکتوب و عرف را می‌توان به رابطه خانه و درب تشبیه کرد؛ زیرا وجود موازین عرفی در قوانین اساسی مؤید وجود رابطه میان این دو مفهوم می‌باشد (Vedel, 1952, p.453).

علاوه بر این عرف ویژگی‌های دیگری نیز دارد که در مقایسه با متون دشوار و پیچیده قانون اساسی از طریق یک راهکار معین اقدام به تعدیل مندرجات قانون اساسی می‌کند. به طور کلی عرف‌ها در تحول دائم هستند، در حالی که قوانین غالباً از صفت ثبات برخوردارند. در این بین نقش عرف نیز تقویت جنبه انعطاف‌پذیری و هماهنگی قانون اساسی با تحولات زمان خواهد بود، به طوری که هر روز شاهد تعامل بیشتر این متون با شرایط جدید خواهیم بود، البته به نحوی که تحول حاصل، از هرگونه تغییرات ساختاری نیز به دور باشد. زیرا عرف

در این معنا و در نهایت امر، نقش تعدیل کننده‌ای را بر عهده دارد و قادر به تغییر اساسی محتوای قانون نیست.

۲- اهمیت عرف حقوق اساسی

در این بخش به طور خلاصه به اهمیت عرف در کشورهایی که دارای قانون اساسی عرفی هستند و نقش آن در کشورهای دارای قانون اساسی مکتوب خواهیم پرداخت.

۳- نخست: نقش عرف در کشورهای دارای قانون اساسی عرفی

منظور از کشورهایی که دارای قانون اساسی عرفی هستند آن دسته از کشورهایی است که عرف، منبع اصلی قواعد حقوق اساسی در آنهاست. از این رو حقوق اساسی این کشورها به حقوق اساسی عرفی تعبیر می‌شود (Constitution Coutumière). در حقیقت امروزه انگلستان تنها کشوری است که دارای این نوع قانون اساسی می‌باشد. با این وجود عرف حقوق اساسی را تنها منبع قواعد حقوق اساسی در انگلستان نمی‌توان تلقی کرد؛ زیرا همچنانکه اشاره شد پاره‌ای از قوانین تدوین شده نیز که در برگیرنده قواعد قانونی صادر شده از منشور بزرگ و سایر اسناد بنیادین این کشور می‌باشند، در کنار قانون اساسی عرفی آن قرار دارند. همچنین پاره‌ای از عادات و رسوم حقوق اساسی نیز وجود دارد که هنوز ثبات آنها تحقق نیافته تا تبدیل به عرف حقوق اساسی شوند. بنابراین روشن می‌شود که میان عرف حقوق اساسی به عنوان یکی از منابع قواعد حقوق اساسی و حقوق اساسی عرفی تفاوت بنیادینی وجود دارد. عرف حقوق اساسی در برگیرنده تمام قواعد حقوق اساسی است که از طریق عاداتها و سوابق شکل گرفته و در میان مردم به عنوان قواعد الزام‌آور و قابل اجرا رواج یافته‌اند. اصطلاح حقوق اساسی عرفی به مجموعه قواعد حقوق اساسی اطلاق می‌شود که توسط قدرت عمومی برنامه‌ریزی شده و هنوز در قالب یک سند رسمی حقوق اساسی تدوین نشده است.

۴- دوم: نقش عرف در کشورهای دارای قانون اساسی مکتوب

اهمیت عرف در کشورهای دارای قانون اساسی عرفی نکته‌ای مورد اتفاق است و تنها اختلاف موجود را می‌توان در نقش عرف و ارزش قانونی آن در کنار سند قانون اساسی در کشورهایی دانست که دارای این سند قانونی هستند. برخی از حقوقدانان ارزش قانونی عرف را در این کشورها انکار کرده‌اند و به نقش آن به عنوان یک منبع رسمی برای قواعد حقوق اساسی توجه نمی‌کنند، با این حال اذعان دارند که عرف دارای اهمیت سیاسی می‌باشد. در این زمینه می‌توان به نظر کاره دو مالبرگ از صاحب نظران حقوق اساسی اشاره کرد. دلایل این

گروه در ضعف عرف و عدم برابری آن با ارزش قانون اساسی مکتوب مبتنی بر جایگاه و قدرت الزام آن است. زیرا از نظر آنها قانونگذار می‌تواند قواعد عرفی را از قانونگذاری‌های دیگر جدا کند.

از سوی دیگر قاعده عرفی هیچگاه از ثبات برخوردار نیست و به این ترتیب پیدایش یک عادت که برخلاف آن است، می‌تواند روند پایان دادن به آن قاعده عرفی را هموار نماید. اما گروه دوم که به عنوان طرفداران گرایش واقعی و عینی شناخته می‌شوند، به دلایل گروه اول پاسخی داده‌اند که مبتنی بر این واقعیت است که قواعدی حقوقی وجود دارند که دارای قدرت قانونی هستند و قدرت آنها به عرف باز می‌گردد نه به متن قانون اساسی. ادعای عدم وجود ثبات در عرف ادعای صحیحی نیست؛ زیرا قواعد عرفی را تنها از طریق قاعده عرفی جدید که ارکان آن موجود است می‌توان لغو کرد، نه براساس عادتی جدید. اصل کلی این است که هر قاعده قانونی ممکن است از طریق قاعده هم طراز یا بالاتر از خود لغو شود و امکان ندارد به وسیله قاعده پایین‌تر از خود لغو گردد.

گروه دوم که از اکثریت نیز برخوردارند، بر این نکته تأکید دارند که عرف حقوق اساسی به عنوان منبعی رسمی از منابع حقوق اساسی در کشورهای دارای قانون اساسی مکتوب از قدرتی قانونی برخوردار است. این گروه به دلایلی اهمیت خاصی را برای عرف قائل هستند. از جمله آنکه نقش اصلی عرف پرکردن خلأهایی است که از عدم رعایت جوانب علمی و واقعی آن نشأت می‌گیرد و علت آن این است که کسانی که به وضع اسناد حقوق اساسی می‌پردازند بیشتر به جنبه‌های قانونی و نظری آن توجه دارند. از سوی دیگر عرف از اصول قانون اساسی مکتوب که در زمینه حل مشکلات موجود در روابط دستگاه‌های حاکم در کشور مطرح می‌شوند، قوی‌تر است؛ زیرا با شرایط و اوضاع واقعی تناسب دارد و سازگار می‌باشد. در نهایت، این گروه اعتقاد دارند نظام پارلمانی - به رغم این که نظام بسته‌ای است - در انگلستان براساس قواعد عرفی محض شکل گرفته و به همین خاطر مستلزم توجه به نقش مهم عرف در کشورهای دارای نظام پارلمانی می‌باشد، هر چند که این کشورها دارای قانون اساسی مدون نیز باشند.

به این ترتیب نقش مهم عرف حقوق اساسی به عنوان منبع قواعد حقوق اساسی در کشورهای دارای قانون اساسی مکتوب، بطور عام و در کشورهای دارای نظام پارلمانی بطور خاص مشخص می‌شود (Malberg, 1922.p.582). برای روشن‌تر شدن این موضوع به چند مثال اشاره خواهد شد که اهمیت نقش عرف در نظام حقوقی بعضی کشورها را نشان می‌دهد. در فرانسه عرف حقوق اساسی نقش زیادی در تدوین قانون اساسی جمهوری سوم این کشور در سال ۱۸۷۵ ایفا کرد و نقش مهم آن تا زمان آغاز جنگ جهانی دوم در سال ۱۹۳۹ ادامه داشت.

عرف جنبه‌های مختلف نقش نخست‌وزیر را مشخص کرده بود، زیرا در قانون اساسی فرانسه هیچ اشاره‌ای به این پست و اختیارات آن نشده بود. همچنین گزارش قانون بودجه سالیانه و حق دولت در تصویب لوایح پلیس و لوایح مربوط به منافع عمومی از آن دسته موضوعاتی بودند که عرف حقوق اساسی آنها را تبیین می‌کرد. همچنین به اعتقاد گروهی از حقوقدانان لغو حق رئیس‌جمهور در انحلال پارلمان نیز از عرف ناشی می‌شد (بسیون، ۱۹۸۷، ص ۴۲۱).

عرف در نظام حقوقی آمریکا نیز نقش مهمی را ایفا می‌کند. قانون اساسی دولت فدرال آمریکا قدیمی‌ترین قانون اساسی مکتوب در بین قوانین اساسی کشورهای جهان است. در این کشور از عرف برای جبران کاستی‌های موجود در برخی از جوانب قانون اساسی که ناشی از شرایط و تحولات سیاسی زمان تدوین آن بود، استفاده می‌شود. به عنوان مثال، قاعده مجاز نبودن انتخاب رئیس‌جمهور برای سومین بار متوالی، به عرف حقوق اساسی باز می‌گردد. این امر بعدها در بیست و دومین اصلاحیه قانون اساسی آمریکا در سال ۱۹۰۱ قانونی شد و البته بعدها نقض شد و در اصلاحیه‌های بعدی مورد تأکید قرار گرفت.^۱ در مصر نیز عرف حقوق اساسی نقش مهمی را در سایه نظام حقوقی حاصل از قانون اساسی سال ۱۹۲۳ میلادی ایفا کرده است. از نمونه‌های قواعد حقوق اساسی مصر که از طریق عرف شکل گرفت، می‌توان به حق پادشاه در تعیین نخست‌وزیر و حق وی در اعتراض به نامزدهای احراز پست‌های وزارتی اشاره کرد. هم چنین حق دولت در تصویب لوایح مربوط به پلیس و آنچه در خصوص ارائه لوایح مربوط به قوانین مالیاتی به مجلس نمایندگان پیش از ارائه به مجلس سنا مطرح می‌باشد از این جمله است.

قانون اساسی سال ۱۹۲۳ در اصل سیزدهم عرف را به عنوان منبعی رسمی در کنار سایر اسناد حقوقی به رسمیت شناخته است و در آن ذکر کرده است که حکومت باید از آزادی برگزاری مراسم دینی و نیز آزادی عقاید براساس عادت‌های رایج در مصر دفاع کند و این حمایت نباید نظم عمومی را مختل نماید و منافی آداب و اخلاق حسنه باشد. قانون اساسی مصر مصوب سال ۱۹۵۶ نیز در برگیرنده متنی مشابه متن قبلی است. اصل چهل و سوم این قانون مربوط به آزادی مطلق عقاید است و به موجب آن دولت باید از آزادی اجرای مراسم دینی و آزادی طبق عادت‌های رایج و متداول در مصر دفاع کند.

۱. مجاز نبودن انتخاب رئیس‌جمهور در آمریکا برای سومین بار یک عرف ثابت شده است اما پیش از این امر فرانکلین روزولت در سال ۱۹۴۰ برای سومین بار و در سال ۱۹۴۴ برای چهارمین بار به عنوان رئیس‌جمهور آمریکا انتخاب شده بود.

۵- ساختار عرف حقوق اساسی

تمام کسانی که ماهیت عرف حقوق اساسی را مورد پذیرش قرار داده‌اند، بر این نکته اتفاق نظر دارند که تکامل این مفهوم به عنوان مقوله‌ای حقوقی مستلزم وجود دو عنصر اساسی است: اجرای آن در قالب تکرار شیوه‌های مشابه (عنصر مادی) و کاربرد الزام آور آن به مفهوم پذیرش و تأیید آن، به عنوان یک ضرورت قانونی (عنصر معنوی).

الف. عنصر مادی: عنصر مادی همان اجرای عمل مثبت یا منفی است که در قالب کاربرد یا عدم کاربرد یک مفهوم براساس توانایی و امکانات موجود عملی می‌شود. در واقع این عنصر دربردارنده شیوه یا شیوه‌هایی است که در قالب انجام یا خودداری از انجام یک عمل به تحقق آن کمک می‌کنند. بنابراین باید گفت عرف در قالب سلسله شیوه‌های مشابه و رضایت‌بخش مصداق پیدا می‌کند و تحقق شیوه یا عملی برای یک بار کافی نیست، بلکه افزایش تکرار دفعات انجام آن در معنای اقدامات مشابه برای تبدیل آن به قاعده‌ای عرفی لازم است و رخ دادن یک اتفاق به تنهایی برای تأمین عنصر مادی عرفی در آن کافی نمی‌باشد. همچنین باید اشاره کرد فرآیند مذکور باید تداوم داشته باشد و به عبارت دیگر تکرار یک اقدام باید در مدت زمان نسبتاً طولانی و به طور ممتد صورت بگیرد. مثلاً فعال شدن نظام پارلمانی انگلستان در حدود یکصد و پنجاه سال و از سال ۱۶۸۹ تا ۱۸۳۷ یعنی از زمان صدور اعلامیه حقوق تا به قدرت رسیدن ملکه ویکتوریا به طول انجامید (احمد سرحال، ۱۹۹۰، ص ۱۸۸).

بحث پرسابقه تداوم و تکرار یک شیوه و تثبیت آن در خارج از چارچوب تعاملات حقوقی، در سایه تشکیل جمهوری پنجم فرانسه نیز از ابتدای سال ۱۹۵۸ جریان داشت. در این خصوص جان جیکل می‌گوید: عرف در فرانسه از سال ۱۹۵۸ به طور جدی پشتیبانی شد و مشروعیت و قدرت یافت. از بزرگترین آثار عرف التزام و پایبندی مردم به آن است به طوری که به صورت ریشه‌ای از یک شیوه هماهنگ، مفاهیم رئیس کشور و مردم هر دو نشأت می‌گیرند و به وجود می‌آیند (J. Gicquel:2000 p.39). این مفهوم از عرف که بنیه ژان دوپوی در چارچوب حقوق بین‌الملل عمومی آن را عرف انقلابی (Custome Savage) می‌نامند، در مقابل عرف آرام و صریح قرار می‌گیرد (سرحال، ۱۹۹۰، ص ۱۸۸). عرف انقلابی در مدت زمانی کوتاه شکل می‌گیرد، حال یا به دلیل تکرار سریع شیوه‌ها و عملکردها و یا به دلیل اینکه عملکردها یا شیوه‌های آن به طور انفرادی می‌تواند همانند یک عامل فشار، افکار عمومی را دگرگون سازد و یا این که همانند شاخصی کامل برای توجیه افکار عمومی مورد انتظار تعبیر شوند. عرف انقلابی فرآیندی معکوس را نسبت به عرف صریح و آرام طی می‌کند و در تشکیل آن نخست عنصر معنوی و سپس عنصر مادی به وجود می‌آید.

ب. عنصر معنوی: عنصر معنوی یعنی لزوم اعتقاد و اذعان مقامات و قوای عمومی و همچنین مردم، به وجود قاعده‌ای عرفی. این اقناع و تأیید و ارتباط اخلاقی تقریباً عمومیت یافته، تفکر حق و مقوله ضرورت (Opinio Juris- Opinio Necessitatis) لزوم را به عنوان یک معیار مناسب برای وارد ساختن مقوله عرف در نظم حقوقی و مجزا کردن آن از عادت‌ها یا قابلیت‌های حقوق اساسی (courtoisies Constututionnelles) تحکیم می‌بخشد.^۱ در فرانسه تشکیل دولت از سوی پارلمان طی دوره سلطنتی (۱۸۴۸-۱۸۳۰) یک ماهیت عرفی بود، یعنی وزیرانی که به آرای اکثریت پارلمان دست نیافتند از طریق موازین عرفی به این نتیجه رسیدند که باید استعفاء دهند و از دولت کناره‌گیری کنند. نظیر این وضعیت در لبنان نیز مشاهده می‌شود که براساس آن اعضای پارلمان از سال ۱۹۴۳ یک شخص مسیحی از طایفه مارونی^۲ را برای ریاست جمهوری و یک فرد شیعه را به عنوان رئیس پارلمان و فردی از اهل سنت را برای تصدی پست نخست وزیری انتخاب می‌نمایند. به این ترتیب سه شخص اول مملکت از سه طایفه بزرگ لبنان یعنی مسیحیان مارونی، شیعیان و اهل تسنن انتخاب می‌گردند. در فرانسه نیز هیچ رئیس جمهوری در بین سالهای (۱۹۳۹-۱۸۷۵) نتوانسته است از حق قانونی خود در ارجاع قانون به مجلس ملی فرانسه استفاده کند و درخواست بررسی مجدد آن را داشته باشد. با این وجود رئیس‌جمهور حق مذکور خود را با استناد به این امر که استفاده از این حق اجباری و الزام‌آور نبود، حفظ کرد.

همچنین در لبنان هیچ دولتی در برابر پارلمان از سال ۱۹۴۸ تاکنون سقوط نکرده است. با این وجود، این موضوع به خاطر عدم احساس به لزوم تعهد نسبت به استیضاح و عدم رأی اعتماد به دولت و سقوط آن در برابر پارلمان، تبدیل به قاعده عرفی نشد.^۳ در این خصوص

۱. از آداب مبادی حقوق اساسی می‌توان حضور رئیس قوه قضائیه ایران در کنار رئیس‌جمهور در هنگام ادای سوگند در مجلس شورای اسلامی اشاره کرد یا گوش دادن به سخنرانی رئیس‌جمهور فرانسه در مجلس ملی به صورت ایستاده. یا اقدام نخست‌وزیر مأمور به تشکیل کابینه در لبنان برای دیدار با نخست‌وزیرهای سابق و مشاوره با آنها برای تشکیل دولت جدید و ملاقات رئیس مجلس نمایندگان و نخست‌وزیر لبنان یا رئیس‌جمهور بصورت هفتگی برای بحث و گفتگو در مورد اوضاع و احوال عمومی جامعه را می‌توان از آداب حقوق اساسی دانست.

۲. در لبنان یازده طایفه مسیحی وجود دارد که علیرغم اینکه رئیس‌جمهور باید مسیحی باشد اما از هر طایفه مسیحی امکان انتخاب وجود ندارد صرفاً باید از طایفه مارونی باشد. این وضعیت در هیچ اصلی از اصول قانون اساسی ذکر نشده بلکه از ابتدا بصورت یک وضعیت عرفی به یک قاعده حقوقی الزام آور تبدیل شده است.

۳. عدم سقوط دولت در لبنان توسط پارلمان نتیجه توافقات مطلوب حقوق اساسی جهت برقراری توازن سیاسی در کشور به خاطر ناتوانی حکومت برای استفاده از حق خویش در انحلال پارلمان است. همینطور در راستای اصلاح و بازنگری قانون اساسی لبنان در سال ۱۹۹۰ و در راستای اجرای توافق‌نامه طائف که به عدم استفاده دولت از حق خود برای انحلال پارلمان توصیه می‌کرد، علاوه بر این انحلال مجلس در نظام پارلمانی لبنان امروزه به دنبال رشد عقلانیت به یک امر غیرممکن تبدیل شده است. در این خصوص رجوع کنید به: احمد سرحال، انفاق الطائف للوفاق الوطني اللبناني، جریده السفير اللبناني، اعداد:

می‌توان اصل هشتاد و هشتم قانون اساسی^۱ جمهوری اسلامی ایران را مورد اشاره قرار داد که عدم اجرای آن در طول بیش از سه دهه از تصویب قانون اساسی، به قاعده‌ای عرفی تبدیل نشده، حال آنکه طرفداران عرفی بودن عدم اجرای اصل فوق برآنند که عدم اجرای طولانی این اصل و تعارض اجرای آن با منافع و مصالح ملی زمینه ایجاد این قاعده عرفی را فراهم کرده است. این در حالی است که این اختیار قانونی برای نمایندگان به رسمیت شناخته شده است و نباید مانعی در مسیر اجرای آن وجود داشته باشد.^۲

۶- نقش دوگانه عرف حقوق اساسی

ادعان به وجود عرف حقوق اساسی از یک دیدگاه منطقی و نظری پیروی می‌کند. به این ترتیب که عرف همان نقشی را ایفا می‌کند که قانون اساسی مکتوب ایفا می‌نماید، یعنی عرف در تفسیر قاعده حقوقی پیشین یا تکمیل نواقص حقوقی (Lacunes Constitutionnelles) نقش دارد و از آن به عرف تفسیرکننده یا تکمیل کننده (Coutume Praeter Legem) یاد می‌شود. این عرف قاعده مذکور را تعدیل کرده یا حتی آن را لغو می‌کند و بر آن پیشی می‌گیرد که در این صورت به آن عرف نسخ کننده (Coutume Contra- Legem) گفته می‌شود، بر این اساس جرج بیروود معتقد است که صحبت درباره وجود یک قاعده عرفی که اثر یک قاعده حقوقی را افزایش می‌دهد یا آن را تفسیر می‌کند کافی نیست بلکه باید آن را تعدیل کرد، چون در غیر این صورت احتمالاً به یک تفکر سیاسی مفهوم قانونی داده خواهد شد. وی به رغم مخالفتی که با مبدأ مقوله عرف در چارچوب عمل به قانون اساسی مکتوب و انعطاف‌ناپذیر دارد و علی رغم تحولی که در موضع وی در سایه حاکمیت جمهوری پنجم فرانسه بوجود آمده است، به نقش معین عرف به عنوان نهادی حقوقی، به طور ضمنی و عملی اذعان می‌کند. از نظر او این عرف می‌تواند در برخی مواقع شیوه‌ای ناقص برای قوه مؤسس باشد ولی در عین حال نمی‌توان آن را امری قابل انکار دانست (G.Burdeau 1986 p.291). با این حال واقعیت این است که یک گرایش عاقلانه، جامع و فراگیر در زمینه عرف تفسیرکننده یا تکمیل کننده که حداقل متضمن

۲۷-۱۳۰/۱۹۹۰ و ۲۷-۱۲/۲۸-۱۹۹۰. در سال (۲۰۱۱) نیز که دولت سعد حریری سقوط کرد، در نتیجه اقدام مجلس به استیضاح او نبود، بلکه به خاطر استعفای وزرای گروه ۸ مارس بود که دولت را از اکثریت انداختند.

۱. در هر مورد که حداقل یک چهارم کل نمایندگان مجلس شورای اسلامی از رئیس جمهور و یا هریک از نمایندگان از وزیر مسئول، در باره یکی از وظایف آنان سوال کنند، رئیس جمهور یا وزیر موظف است در مجلس حاضر شود و به سوال جواب دهد.

۲. دلیل صحت این مدعا سوال از رئیس جمهور (آقای محموداحمدی نژاد) در اواخر سال ۹۰ بود که ایشان در مجلس شورای اسلامی حضور پیدا کرد و به سوال نمایندگان پاسخ داد. عدم سوال از روسای جمهور در سال‌های آغازین انقلاب تا کنون؛ نتوانست مانعی بر سر راه سوال نمایندگان از رئیس جمهور ایجاد کند.

عدم اعتراض به آن است، وجود دارد؛ در حالی که عرف تعدیل‌کننده یا نسخ‌کننده همچنان مورد انتقاد و مخالفت است. چرا که موضوعی برخلاف متن قانون اساسی یا به عبارتی خارج از آن تلقی می‌شود.

۷- عرف تفسیر کننده یا تکمیل کننده (مفسر و مکمل)

در موارد بسیار انگشت شمار و نادری، نصوص قانونی واضح و روشن نوشته می‌شوند و خالی از ابهام یا پیچیدگی هستند، در حقیقت در موارد معدودی چارچوب کلی قانون همان چارچوب مورد نظر است و چارچوب مختصر و خلاصه‌ای که همان نکات برگزیده برای فراهم کردن مقدمات آن قانون است، در خصوص آینده پیش بینی می‌شود. در هنگام وضع این نصوص باید قابلیت اجرایی آنها در نظر گرفته شود و از این رو این متون حقوقی مستلزم تبیین و تفسیر چه از سوی هیأت مربوطه (هیأت نظارت) و چه به صورت پیشنهاد از سوی سازمان‌های مخصوص و مرتبط با اجرای قانون اساسی هستند^۱ (A. Philip, 1964, p.175).

باید همواره هماهنگی میان قواعد حقوقی را با واقعیت‌های اجتماع در نظر داشت، زیرا از این طریق می‌توان براساس شیوه‌ای مشخص در مسیر فهم متن و تکرار چنین شیوه‌ای که توأم با تحقق ثبات و الزام آور بودن آن است، حرکت کرد.^۲ برای نمونه دیوان عالی آمریکا نقش

۱. فیلیپ معتقد است تفسیر همان هماهنگی و موافقت قواعد حقوقی با واقعیت‌های اجتماعی است که دائماً در حال تغییرند. نهادهای تفسیر کننده که از سوی هیأت‌های قانونی و قضایی تشکیل شده‌اند، برای تحقق این هدف فعالیت می‌کنند و از جمله مزایای این هیأت این است که بر تفسیر متمرکز می‌شود و زمینه‌های آن را فراهم می‌کند. البته این هیأت‌ها سایر بخش‌ها و قوای سیاسی را از تفسیر منع نمی‌کند. بنگرید به:

A. Philip: *Lagauche, Paris, 1964, p.175, not.1*

در آمریکا به طور کلی دیوان عالی تفسیر متون قانونی را برعهده دارد و در فرانسه این وظیفه برعهده شورای قانون اساسی است. در جمهوری اسلامی ایران این نقش به‌موجب اصل ۹۸ قانون اساسی برعهده شورای نگهبان است در حالی که در لبنان این مسأله از حیث صلاحیت شورای قانون اساسی خارج شده است و در چارچوب تعدیل و اصلاح برخی اصول قانون اساسی، به موجب توافق‌نامه طائف تفسیر اصول قانون اساسی تنها برعهده پارلمان است که یا در حاشیه تصویب قوانین عادی صورت می‌گیرد و یا بصورت مستقل به پارلمان عرضه می‌شود (نگاه کنید به مشروح مذاکرات جلسه ۱۹۹۰/۸/۲۱ پارلمان لبنان). با توجه به اینکه وظیفه نظارت بر قوانین بر عهده مرجعی خارج از پارلمان می‌باشد تا هم مضمون اصول قانون اساسی را بخوبی محقق سازد و هم تفسیر آن را بصورت مضیق یا موسع برعهده داشته باشد، واگذاری این امر (تفسیر اصول قانون اساسی) به پارلمان امری به دور از مصلحت و تدبیر بوده و تعجب و تردید صاحب نظران را به دنبال داشته است. رجوع کنید به: احمد سرحال، فی المراقبه الدستورية علی القوانين، صحیفه السفیر، اعداد ۲۳-۲۴/۶/۱۹۹۳.

۲. ما به دنبال یکی کردن تفسیر درجات و ترتیبات حقوق اساسی و عرف ناشی از شیوه تفسیری آن نیستیم. عرف تشکیل شده همان راهکار به کار برده شده یا گرایش ثابت شده در تفسیر متن است و فهم متن یعنی رفع شک و تردید در خصوص آن، این نوع عمل بصورت انفرادی صورت می‌گیرد (تصمیم انفرادی است) در حالی که عرف دیدگاهی غالب دارد. با علم به این که تفسیر موسع و مداوم می‌تواند قاعده قانونی ایجاد کند. بالطبع گروهی آن را امری اجتهادی و رویه‌ای دانسته‌اند و نه عرفی، که تفسیر آن از سوی هیأت قضایی در حال صدور باشد، اما در صورت صدور تفسیر از سوی هیأت و مرجعی سیاسی،

مهمی در گسترش اختیارات رئیس جمهور و نیز در حمایت از اختیارات دولت فدرال به منظور توجیه بسیاری از اقدامات قانونی رئیس جمهور در چارچوب اختیارات تشکیلاتی او ایفا کرده است. سخنرانی سالیانه رئیس جمهور آمریکا درباره تعیین سیاست های نظام فدرال در این کشور، تبدیل به برنامه های قانونگذاری واقعی در کنگره شده است و کنگره از آن برای تعیین اختیارات ضمنی دولت فدرال استفاده می کند. به علاوه تفویض وکالت رأی دهندگان به افراد دیگر برای انتخاب رئیس جمهور و معاون رئیس جمهوری کم کم دگرگون شده است تا اینکه در حال حاضر از آن به عنوان شیوه وکالت الزام آور در رأی دادن به رئیس جمهور و معاون رئیس جمهور یاد می شود.^۱

در فرانسه نیز بدون مراجعه به رویه حاکم در دوره های قبل و با توجه به تلاش های تفسیری و حقوقی متعدد، قانون اساسی جمهوری پنجم که در سال ۱۹۵۸ تصویب شد، نظامی را که دارای طبیعتی بسته و پیچیده و البته با رویکرد چند گرایشی پارلمانی - ریاستی بود، ایجاد کرد. در این زمان مشخص شد متن قانون اساسی، جدای از نکات پیچیده، مبهم و متناقضی که در آن وجود دارد، از واقعیت مقاصد واضعین خود خبر نمی دهد و لذا در فهم و تفسیر آن آرای متعددی وجود دارد. از جمله می توان به برداشت شارل دوگل از قانون اساسی اشاره کرد که به تمرکز قدرت در دست رئیس جمهور گرایش شدیدی داشت و چندان مایل به تمرکز اختیارات در دست نخست وزیر منتخب پارلمان نبود و در این زمینه ضرورتی را احساس نمی کرد. طبق این رویکرد، تصمیم گیری ها در خصوص مسائل مختلف نظیر مسائل نظامی یا سیاست خارجی تنها به رئیس جمهور مرتبط است^۲ (A. Claisse, 1970, p.48).

در همین راستا در لبنان نیز تعاملی ایجاد شد که بر اساس آن عبارت «تألیف الجمعیات»^۳ در اصل ۱۳ قانون اساسی، بر ایجاد احزاب سیاسی دلالت می کند و عبارت «المجلس النواب»^۴

افرادی نظیر ژاک شوالیه آن را تفسیر یا شیوه ای سیاسی می دانند که در جایگاهی قانونی قرار نمی گیرد و دارای اعتبار قانونی نیست و صرفاً یک نظر سیاسی است.

۱. در آمریکا مردم رئیس جمهور را بصورت مستقیم انتخاب نمی کنند بلکه نمایندگان را انتخاب می کنند و آن نمایندگان به نمایندگی از مردم رئیس جمهور را برمیگزینند لذا انتخاب رئیس جمهور در این کشور به طور غیر مستقیم صورت می پذیرد.
۲. این همان موضوعی است که ژاک شاپان دلماس نخست وزیر سابق فرانسه نیز آن را پیش بینی کرده بود. درباره این تحول مراجعه کنید به:

- P. Avril 1967, p.396 et s.

- A. Claisse 1970, p.48 et s.

شورای قانون اساسی فرانسه در تاریخ ۱۹۷۷/۱/۱۲ و در خصوص دعوی مطرح شده در رابطه با سرزمین های فرانسه در ظفار و العیسی (جیبوتی کنونی) اصل تعامل حقوق اساسی را که با مضمون دو عبارت «برنامه» و «اعلام سیاست کلی» انطباق دارد، تصویب کرد.

۳. تشکیل جمعیت ها

۴. مجلس نمایندگان (پارلمان)

را این گونه تفسیر می‌کنند که هر نماینده‌ای در پارلمان براساس اصل ۱۸ قانون اساسی حق پیشنهاد و ابتکار طرح قانونی را دارد. همچنین عبارت «ولایتشیر قانون»^۱ به «ولایصدر قانون» معنا شده است. آنچه که بیان شد مربوط به عرف تفسیر کننده بود، اما در خصوص عرف تکمیل کننده باید گفت نقش این عرف در حیات سیاسی و حقوقی اکثر کشورها مشخص و محرز است. در آمریکا کنگره‌های حزبی در هر ایالت تشکیل می‌شوند و کنگره سراسری حزبی برای انتخاب نامزدهای هر یک از دو حزب اصلی این کشور برای انتخابات ریاست جمهوری برگزار می‌گردند. نظیر نشست‌های وزیران یا مسئولان دولت در سطح هیأتی موسوم به کابینه که بر خلاف روند کلی حاکم در رژیم ریاستی است. پیش از این نیز اشاره شد که تلاش‌های حقوقی و تفسیری در راستای گسترش اختیارات ریاست جمهوری منطبق با وضعیتی قانونی و حقوقی است که برخی را بر آن داشته تا قائل به اصلاح و تغییر خود به خودی قانون اساسی آمریکا باشند. بالطبع عرف حقوق اساسی در جایگاه تفسیر با پر کردن هرگونه خلأ و جبران نقص و کمبودهای قانون اساسی چه به لحاظ عقلی و چه به لحاظ عملی نقش مهمی در تأمین و تضمین سلامت این قانون دارد، ولی از سوی دیگر این نوع اظهار نظر تا حد زیادی محل بحث و گفت و گو خواهد بود.^۲ به طوری که عرف در این صورت به عرف تعدیل کننده یا نسخ کننده متن تبدیل خواهد شد که علی‌رغم تمامی انتقادات وارد بر آن بیانگر این اعتقاد است که عرف باید به مقوله قانون اساسی مکتوب و سخت پایبند باشد.

۸- عرف یا تعامل قانونی تعدیل‌کننده و ناسخ

تفاوت قائل شدن میان عرف حقوق اساسی و تعامل حقوقی امری قانع کننده نیست و بنا به گفته برخی از صاحب نظران این مسأله در حقوق اساسی در صورت تأیید آثار الزامی آن بر تعاملات حقوقی با استتار کلامی و لفظی باید همراه باشد^۳ (هوریو، ۱۹۷۹، ص ۲۵۸). در حالی که ما این تفاوت را در چارچوب مفهومی مشابه می‌پذیریم، به این دلیل که معمولاً در برابر عملی شدن برخی از انواع عرف‌های تعدیل‌کننده و مخالف، در بسیاری از اوقات تسلیم بوده و باید تأثیر گسترده چنین عرفی را در متون حقوق اساسی در نظر داشته باشیم. جریان‌های حقوقی

۱. «قانون منتشر نمی‌شود».

۲. برخی از جمله ژاک شوالیه معتقدند هرگونه نقض قانون اساسی تحت عنوان تفسیر قانون اساسی توجیه می‌شود. رک:

J.Chevallier: Loc.cit, p.1413

۳. عرف حقوق اساسی در صورت فقدان متنی مکتوب و یا در صورت عدم تحقق اجماع نهادهای حکومتی، وارد مرحله اجرا شده و ایفای نقش می‌کند و این متفاوت با نقشی است که تعاملات حقوقی در صورت وجود متنی مدون پیدا می‌کنند. ژاک شوالیه معتقد است این تمایز مورد ادعا تنها تمایزی لفظی است. Loc.cit.p.1394 در حالی که هوریو اعتقاد دارد این تمایز، تمایزی واقعی است.

تدوین شده به عمومیت و نیاز مشترک ملت‌های مختلف اشاره می‌کنند. علاوه بر آن که عرف مذکور توجه به نیازهای مردم را به همراه دارد و به ناچار این نیازها بر میزان تعهد و قانع شدن آنها تأثیر می‌گذارد، اما ممکن است از طریق همه‌پرسی عکس آن نیز عملی شود و این عرف به طور کلی به تغییر ضمنی قانون اساسی نزدیکتر باشد، زیرا قوه مؤسس لباس قدرت تغییر دهنده را برتن کرده و به قدرت تأسیسی مشتق شده از آن تبدیل شده است.

به بیان دیگر دور ساختن و مجزا کردن جریان‌ات عقلانی از عرف تعدیل‌کننده و ناسخ که ماهیتی متفاوت از عرف تفسیر کننده و تکمیل کننده دارد، موجب اجتناب از اجرای کامل تعهد قانونی و نزدیک ساختن آن به یک واقعه سیاسی می‌شود. اما این نتیجه‌گیری واقعیت وجود مجموعه این تعاملات حقوقی تعدیل‌کننده و ناسخ متن قانون اساسی را رد نمی‌کند و در صورت دارا بودن صفت الزام، تبدیل به متن قانون اساسی می‌گردد، حال چه از طریق تعدیل و اصلاح صریح یا ضمنی و چه از طریق تغییر و حذف آن متن که در هر دو صورت، لزوم تعهد قانونی به آن نیز از بین می‌رود (M- Duverger 1994 p.20). واقعیت‌ها نشان از افزایش تعاملات حقوقی مخالف با متن قانون اساسی از طریق اضافه یا حذف کردن اصلی به اصول قانون اساسی دارد. در فرانسه و در زمان جمهوری سوم به رغم نص صریح قانون اساسی بر این که تنها پارلمان، قوه قانونگذاری است، قانونگذاری براساس تعامل فوق صورت می‌گرفت یعنی قانونگذاری با تشریفات کامل و از جانب دولت و براساس تفویض صلاحیتی که پارلمان برای مدتی معین و در خصوص مسائلی مشخص به آن می‌کرد، انجام می‌شد (M. Mignon: 1938.p183)

(Soubeyrol: 1955.p75). این تعامل در جمهوری چهارم به رغم تدوین اصل سیزدهم قانون اساسی در سال ۱۹۴۶ و عدم تصریح به این مسأله که پارلمان حق اعطای اختیارات قانونگذاری را به هیچ دستگاه دیگری ندارد، ادامه یافت. در این راستا پروفیسور مارسل والین، (M. Waline) می‌نویسد: «گویی که همه چیز جدید است و اصل ۱۳ قانون اساسی با رضایت عمومی یعنی با عرف نسخ‌کننده لغو شده است» (سرحال، ۱۹۹۰، ص ۲۰۳). در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز چنین وضعیتی وجود دارد و علی‌رغم تصریح قانون اساسی به انحصاری بودن قانون گذاری توسط مجلس شورای اسلامی^۱ بعضی از نهادها و قوای عمومی نیز اقدام به تدوین و تصویب مقررات می‌کنند. در فرانسه و در زمان جمهوری پنجم بسیاری از اقدامات مخالف با قانون اساسی سال ۱۹۵۸ انجام شد، از جمله مخالفت ژنرال دوگل رئیس جمهور این کشور با درخواست اکثریت نمایندگان پارلمان برای برگزاری نشست فوق‌العاده در

۱. به موجب قانون اساسی صلاحیت عام قانونگذاری از آن مجلس شورای اسلامی است؛ این صلاحیت انحصاری می‌باشد. هرچند ممکن است وضع قانون با همکاری قوه مجریه صورت بگیرد.

سال ۱۹۶۰، جهت بررسی مسائل مربوط به کشاورزی؛ با استناد به اصل ۲۹ قانون اساسی (M. Duverger. 1960.p46). همچنین ژنرال دو گل در سال‌های ۱۹۶۲ و ۱۹۶۹ به اصل ۱۱ قانون اساسی جهت تغییر قانون اساسی بدون مشارکت پارلمان استناد کرد، علی‌رغم این که براساس دو اصل ۱۹ و ۸۹ قانون اساسی باید به قواعد و تدابیر اتخاذ شده از سوی پارلمان احترام می‌گذاشت. گروهی اینگونه اقدامات را در چهار چوب اختیارات رئیس جمهور تلقی می‌کنند که براساس عرف تکمیل کننده اعمال می‌شود و چیزی فراتر از اختیارات رئیس جمهور در کلیه مسائلی که ویژگی‌های سیاسی و ملی دارند، نیست. هرچند برخی هم آن را مخالف اصول ۲۰ و ۲۱ قانون اساسی فرانسه می‌دانند (هوریو، ۱۹۷۹، ص ۲۸۷).

۹- دیدگاه‌های اسلام و حقوقدانان حقوق اساسی

آنچه روشن است آن است که نقش عرف در شکل‌گیری قواعد حقوقی مورد تأکید غالب صاحب نظران بوده است و در آن تردیدی نیست. گروسیوس حقوقدان هلندی بر این باور است که خاستگاه قواعد حقوقی، حقوق طبیعی است که مشخصه نخست آن سازگاری با طبیعت بشر و گرایش و آرمان‌های او و به بیانی دیگر هماهنگی کامل آن با موازین عرفی است (رباط، ۱۳۸۹، ص ۹۶). در هر حال در رابطه با عرف حقوق اساسی و مبانی و مستندات آن نیز، تا حد زیادی اجماع و اتفاق نظر وجود دارد. در اسلام عرف شکل گرفته از اعتقادات و ایدئولوژی‌های جامعه و قدرت‌های حاکم، فرهنگ و تمدن و عنصر مذهب است (عمید زنجانی ۱۳۸۴، ص ۱۹۳) ولی با این حال دیدگاهی وجود دارد که بر اساس آن در حقوق عمومی اسلام عرف منبع حکم‌ساز به شمار نمی‌رود، زیرا عرف همواره در حال تغییر است، در حالی که احکام اسلامی ثابت و لایتغیر است. همچنین عرف همواره براساس بناتات پسندیده اجتماعی استوار نمی‌باشد و براساس مصلحت و مفسده واقعی شکل نمی‌گیرد. در حالی که احکام اسلام همواره براساس مصلحت و مفسده واقعی شکل می‌گیرد. دکتر جعفری لنگرودی نظری دیگر دارد و مستندات و دلایلی جهت اثبات اینکه عرف در اسلام منبع حکم‌ساز است ارائه می‌نماید:

۱- آیه شریفه «و عاشروهن بالمعروف» که به معنای رفتاری است که جامعه آن را پسندیده می‌داند؛

۲- روایت: «مارآه المسلمون حسناً فهو عندالله حسن»^۱ که به معنای این است که آنچه را مسلمانان پسندیده بدانند، همان عرف جامعه اسلامی است.

۱. روایت عبدالله ابن مسعود از پیامبر (ص).

۳- خطاب پیامبر (ص) به هنده با این نص: «خذی ما یکفیک و ولدک بالمعروف»: آنچه برای خرجی تو و فرزندت کفایت می‌کند، به اندازه‌ای که عرف می‌پسندد از مال شوهرت بردار.

۴- قاعده المشروط عرفاً کالمشروط شرعاً. مثلاً اگر در شهری عرف دایر بر این باشد که اجاره مساکن تنها برای یک سال صورت بگیرد، در این حالت، اگر در متن اجاره‌ای مدت زمان اجاره مشخص نشده باشد، اجاره برای یک سال خواهد بود.

۵- امکان استناد عمل به اراده یا فطرت بشر (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۳، ص ۶۰)؛ علاوه بر نظریه فوق برخی دیگر از اندیشمندان اسلامی با استناد به آیه ۱۹۹ سوره اعراف: «خذ العفو و امر بالمعروف و اعرض عن الجاهلین» بر این باورند که عرف در معنایی که شامل بنای عقلا نیز می‌گردد، به عنوان مهم‌ترین منبع تشخیص مصالح اجتماعی مطرح است (صرامی، ۱۳۸۰، ص ۲۰۹). البته رجوع به عرف برای تشخیص مصلحت در نظام اسلامی آنچنان که بعضی پنداشته‌اند، عاملی برای عرفی و سکولاریزه شدن فقه شیعه و غیر حقوقی ساختن دستگاه حقوقی اسلام نمی‌باشد (صالح پور، ۱۳۷۴، ص ۵۶)؛ زیرا هرگونه عرفی در اسلام مشروعیت ندارد و عرف‌ها به عرف مشروع و نامشروع تقسیم می‌شوند. در این زمینه می‌توان به سیره پیامبر (ص) در مواجهه با عرف زمان خود اشاره کرد. ایشان با اینکه مواردی از عرف‌های پیشین را مشروع دانستند و آنها را امضاء و ابقاء فرمودند از قبیل روزه و بیع، ولی عرف‌هایی از قبیل ریاضت‌های نامشروع، ربا و نکاح شغار را تحریم کردند. به طور کلی می‌توان گفت عرف مشروع آن است که مستقیم یا مع‌الواسطه به محرمات دامن نزده و به ترک واجبات منجر نشود (رحیم پور، ۱۳۷۵، ص ۲۸).

اما در حقوق موضوعه صاحب نظران حقوق اساسی در خصوص نقش عرف تکمیلی و تفسیری اجماع داشته و نقش و جایگاه آن را به طور کامل پذیرفته‌اند، ولی اختلاف‌ها در خصوص عرف تغییر دهنده بسیار است. لئون دوگی معتقد است عرف دقیقاً به مانند قوانین حقوق موضوعه به تبیین قواعدی می‌پردازد که ناشی از عملی اجتماعی با خاستگاهی مردمی می‌باشد. از این رو عرف می‌تواند در روند تحولات قانون اساسی نقش داشته باشد. رنه کاپیتان نیز در ادامه تبیین رویکردهای عمل‌گرایانه خود بر این باور است که حقوق موضوعه را نباید تنها در قوانین مصوب پارلمان جستجو کرد، بلکه باید آن را در مرحله عمل نیز مورد بررسی قرار داد. نظریات فوق در تأیید عرف ناسخ قانون اساسی بیان شده‌اند، ولی حقوقدانان دیگر کارکرد عرف ناسخ را نپذیرفته‌اند. موریس هوریو عرف ناسخ را با عنوان تقلبات قانون اساسی و عامل انحراف از وظایف و اختیارات نهادهای حکومتی معرفی می‌کند و نقش آن را تنها عملکردی ساده در نظام‌های حقوقی می‌شمارد و تفویض نقش تغییر دهنده را به آن

نمی‌پذیرد. کاره دومالبرگ نیز به شدت با رویکرد تغییر دهنده عرف ناسخ مخالف بوده و بیان می‌دارد: ویژگی قانون اساسی این است که قانونی است دارای اقتدار عالی و مفهوم قانون اساسی بدون این شرط بی‌معناست. بنابراین میان دو مفهوم قانون اساسی و عرف تعارضی وجود دارد که در جهت رفع آن، عرف را باید فاقد اعتبار و اقتدار قانون اساسی دانست تا به جایگاه قانون اساسی خدشه‌ای وارد نگردد (عباسی، ۱۳۸۵، صص ۱۶۶-۱۶۴).

حقوقدانان ایرانی به ندرت به مفهوم عرف حقوق اساسی اشاره کرده‌اند. دکتر ابوالفضل قاضی از حقوقدانان حقوق اساسی ایران معتقد است اصول پایه‌ای حقوق اساسی که به شکل عرف یا قانون تجلی می‌یابند، همانند نهادهای سیاسی پس از وضع و تدوین و اجرا، به شرط انطباق با نظام‌های ارزشی جامعه استقرار می‌یابند و موجودیتی مستقل از واضعان خود کسب می‌کنند و با ثبات و تداوم و همگنی به حیات خود ادامه می‌دهند (قاضی، ۱۳۸۱، صص ۱۶-۱۵). با این همه قوانین اساسی مکتوب غالباً به صراحت عرف را به عنوان منبع خود معرفی نمی‌کنند و تنها در مقام عمل آن را مورد توجه قرار می‌دهند.

۱۰- تحولات عرف حقوق اساسی

همانگونه که اشاره شد نقش عرف در حقوق اساسی کشورهای مختلف متفاوت است. با این حال اهمیت عرف در حقوق اساسی انگلستان بی‌نیاز از توضیح و تبیین چندانی است. به گونه‌ای که گروهی بر آنند اگر در توصیف حقوق اساسی انگلستان صرفاً به قواعد حقوقی اکتفا شود و آداب و سنت‌های حقوق اساسی این کشور مورد توجه قرار نگیرد، تفسیر و برداشتی نادرست و به‌دور از واقعیت از نظام حقوقی این کشور به دست خواهد آمد (داوید، ۱۳۷۸، ص ۳۸۱). ساختار قانون اساسی انگلستان در طول قرون متمادی در راستای انعطاف بیشتر بر عنصر عرف تکیه داشته و آن را در جهت روزآمد کردن قواعد بنیادین این کشور به کار بسته است. از این رو قانون اساسی انگلستان را باید مجموعه‌ای از عرف‌ها، عادات، سنت‌ها و فرامین حکومتی دانست که جز در برخی موارد از قبیل مصوبه موسوم به قانون پارلمان (Parliament act) همواره از قواعد عرفی در تکوین خود بهره گرفته است (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۸، ص ۱۹۲).

در تعریف عرف حقوق اساسی در انگلستان با توجه به نقش بی‌بدیل آن در حقوق اساسی این کشور، گروهی آن را مجموعه‌ای از قواعد اخلاقی و غیر حقوقی می‌دانند که در جهت تبیین اختیارات و تعهدات قوای حکومتی به ویژه پادشاه و پارلمان به کار می‌رود و از ویژگی الزامی بودن نیز برخوردار است. از سوی دیگر گروهی از صاحب نظران در مقایسه تطبیقی نظام حقوقی انگلستان با نظام‌های حقوقی مشهور در جهان عنصر عرف را عنصری عمومی

معرفی کرده و جنبه اختصاصی آن را در حقوق انگلستان نفی کرده‌اند. برای نمونه این گروه معتقدند اصل دوم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا که انتخاب رئیس جمهور و معاون وی را متکی به آرای کالج‌های ایالتی می‌داند، با توجه به عرف حقوق اساسی این کشور در درجه دوم اهمیت قرار دارد، زیرا آنچه در درجه نخست اهمیت دارد، آرای عمومی مردم در هر یک از ایالت‌ها است که آرای کالج‌های انتخاباتی نیز متأثر از نتایج آن می‌باشد (بارنت، ۱۳۸۰، ص ۶۵). همچنین عرف دیگری که تا پیش از اصلاحیه رسمی قانون اساسی آمریکا تا مدت‌ها بی‌تغییر بود، عبارت بود از ممنوعیت انتخاب مجدد رئیس جمهور برای بیش از دو دوره متوالی که توسط فرانکلین روزولت در سال ۱۹۴۰ میلادی نقض شد.

به علاوه عرف‌های مهمی نیز در حقوق اساسی فرانسه وجود دارد. از جمله این عرف‌ها، عرف‌هایی بود که دامنه اختیارات و تکالیف رئیس جمهور و نخست وزیر را در مواقعی که از دو حزب متفاوت برسر کار می‌آمدند، مشخص می‌کرد. این عرف‌ها به ویژه در دوره موسوم به همزیستی (۱۹۸۶-۱۹۸۸) که فرانسوا میتران از حزب سوسیالیست و ژاک شیراک از حزب اتحاد دموکرات‌ها برای جمهوری به ترتیب بر مسند ریاست جمهوری و نخست وزیری این کشور قرار داشتند، بسیار کارساز بود و اختلافات مهمی چون تعیین مسئول اصلی سیاست خارجی فرانسه را حل و فصل کرد. با این همه عرف در حقوق اساسی انگلستان همچنان دارای نقش متمایزی است، صاحب نظران دو علت مهم را برای نقش گسترده و متمایز عرف در حقوق اساسی انگلستان ذکر کرده‌اند: نخست آنکه در دولت‌های فدرال بازننگری در قانون اساسی و مراجعه به آرای عمومی دشواری چندانی ندارد و همین امر نقش عنصر بازننگری را در این کشورها بیش از نقش عرف قرار داده است و علت دوم آنکه در دولت‌هایی که دادگاه‌های قانون اساسی نقش فعالی در رفع ابهامات قانون اساسی دارند، اصولاً نیازی به رجوع به عنصر عرف برای تبیین اصول قانون اساسی نخواهد بود و نظام حقوقی انگلستان از هر دو علت پیش گفته خارج است. نظام عرفی در حقوق اساسی انگلستان سابقه‌ای طولانی دارد، ولی با این حال نقش اصلی آن را می‌توان در دو محور کلی تبیین کرد. محور نخست تحدید حدود اختیارات پادشاه است که در قالب عرف‌هایی چون لزوم توشیح قوانین مصوب پارلمان توسط پادشاه و لزوم تعیین رئیس حزب حائز اکثریت در پارلمان به عنوان نخست وزیر متجلی شده است. محور دوم نیز بیشتر به تنظیم روابط پارلمان و دولت و کابینه براساس اصل مسئولیت جمعی مربوط می‌باشد. در هر حال صاحب نظران حقوق انگلستان علاوه بر عناصر عمومی و شناخته شده عرف از قبیل استمرار، دوام، ثبات و ... عناصری چون پذیرش عرف توسط نهادهای متأثر از آن، مستدل بودن و بالاخره مطابقت آن با شرایط سیاسی زمان را نیز از عناصر اختصاصی آن در حقوق اساسی انگلستان می‌دانند.

نتیجه

آنچه در خصوص نقش عرف در حقوق اساسی و موازین و ساختارهای آن قابل بررسی است، نقش تاریخی این منبع فرعی حقوق موضوعه در تدوین قواعد و ساز و کارهای بنیادین حاکم بر جوامع می‌باشد. گستره نقش فوق از حضور آن در تدوین قواعد نانوشته حقوق اساسی و در قالب قوانین اساسی عرفی آغاز شده و تا دوره کنونی و پس از تکوین نهضت قوانین اساسی نیز ادامه یافته است. در این میان آنچه نقش متمایز عرف را در میان منابع غیر مدون قانون اساسی بیشتر آشکار می‌سازد، تفکیک آن از مفاهیمی مشابه چون اصول کلی حقوقی است که دامنه نقش آفرینی آن‌ها از نظام حقوق داخلی و استنادات رایج در محاکم عمومی فراتر نمی‌رود. از این رو پیدایش دو مفهوم متمایز اصول اساسی و اصول کلی حقوقی را باید در راستای تمایز موضوعی فوق ارزیابی نمود.

به علاوه ساختار مشترک عرف حقوق اساسی با معنای مطلق آن نیز، ضرورت ارائه تعاریفی تطبیقی از این مفاهیم را آشکار می‌سازد، زیرا عناصر عمومی این دو مفهوم در ساختار عرف حقوق اساسی زمینه متفاوتی می‌یابند و به ویژه آنکه در بررسی ارکان عنصر مادی عرف حقوق اساسی، باید جایگاه متفاوتی را برای هر یک از این عناصر متصور بود که این معنا با جایگاه یکسان ارکان عنصر مادی در معنای مطلق عرف مغایر است.

به علاوه، در این میان نقش متفاوت هر یک از انواع عرف حقوق اساسی نیز با توجه به مطالب پیش گفته قابل تبیین و بررسی است. زیرا عرف مفسر در قالب تکیه بر سند قانون اساسی، به اعمال نقش خود پرداخته و از این رو مورد توافق غالب صاحب نظران حقوق اساسی بوده است و عرف‌های مکمل و ناسخ به نسبتی که از سند قانون اساسی و اعتراف به جایگاه شاخص آن فاصله گرفته‌اند، از منظر دکترین حقوق اساسی نیز مورد تشکیک و تردید واقع شده‌اند. این دیدگاه‌های متفاوت، در ماهیت خود بر اختلاف سطح نقش آفرینی عرف در حقوق اساسی کشورهای مختلف تکیه دارند. زیرا درحالی که در برخی کشورها عرف حقوق اساسی حتی در مقام نظریات ارائه شده نیز جایگاه چندانی ندارد، در گروه دیگری از کشورها، به ویژه کشورهای آنگلو ساکسون عرف حقوق اساسی در مقام عمل نیز جایگاهی همسطح منابع دیگر قانون اساسی دارد. همین موضوع، درآمدی بر شناخت اهمیت عرف در کشورهای دارای قوانین اساسی عرفی و مدون است و برخلاف تصور رایج، نقش این عنصر مهم در کشورهای دسته اخیر نیز، نقشی حیاتی و تأثیر گذار می‌باشد، زیرا در این کشورها بسیاری از ابهامات مطرح شده در خصوص روابط میان قوای سیاسی و دامنه صلاحیت هر یک از آنها تنها با مراجعه به عرف حقوق اساسی قابل حل و فصل خواهد بود.

منابع و مأخذ

الف- فارسی

۱. پروین، خیرالله و اصلانی، فیروز، (۱۳۹۱) اصول و مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۴۳) دانشنامه حقوقی، چاپ اول، دانشگاه تهران.
۳. داوید، رنه، (۱۳۷۸) نظام های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه سید حسین صفائی و همکاران، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
۴. رباط، ادمون، (۱۳۸۹) مقدمه حقوق اساسی، ترجمه خیرالله پروین، تهران، انتشارات جنگل.
۵. رحیم پور، حسن، (۱۳۷۵) عرف و مصلحت در ترازوی حکومت اسلامی، کتاب نقد، شماره ۱.
۶. صالح پور، جهانگیر، (۱۳۷۴) فرآیند عرفی شدن فقه شیعه، مجله کیان، شماره ۱.
۷. صرامی، سیف الله، (۱۳۸۰) احکام حکومتی و مصلحت، به نقل از تفسیر المنار، ج ۹، ص ۵۳۸ مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع، چاپ اول.
۸. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، (۱۳۸۸) حقوق اساسی، تهران، نشر میزان.
۹. عباسی، بیژن، (۱۳۸۵) نقش عرف در حقوق اساسی، نشریه حقوق اساسی، شش ۶ و ۷.
۱۰. عمید زنجانی، عباسعلی، (۱۳۸۴) فقه سیاسی، ج ۹، چاپ اول، تهران امیر کبیر.
۱۱. قاضی، ابوالفضل، (۱۳۸۱) حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، دانشگاه تهران.

ب- عربی

۱. هوریو، آندره، (۱۹۷۹) القانون الدستوری - معرب - بیروت.
۲. هوریو، آندره، (۱۹۷۴) المؤسسات السياسية و القانون الدستوری، ترجمه، بیروت الاهلیه للنشر.
۳. احمد سرحال، (۱۹۹۰) اتفاق الطائف للوفاق الوطنی اللبناني، جریده السفير البنانيه، اعداد: ۲۷-۱/۳۰-۱۹۹۰ و ۲۷-۲/۲۸-۱۹۹۰.
۴. احمد سرحال، (۱۹۹۰) النظم السياسي و الدستوريه فی لبنان و الدول العربيه، دارالفکر العربی.
۵. احمد سرحال، (۲۰۰۲) القانون الدستوری و النظم السياسي، مؤسسه الجامعيه للدراسات و النشر و التوزيع، بیروت.
۶. غسان، بدرالدین و عواضه، علی، (۲۰۰۲) المؤسسات السياسي و القانون الدستوری، بیروت، دار ناشر.
۷. جولیان، لاویریر، القانون الدستوری.
۸. حوری، عمر (۲۰۰۸) القانون الدستوری، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقية.
۹. شیخا، ابراهیم عبدالعزيز، (۱۹۹۴) القانون الدستوری و النظم الدستوريه، ج ۱، بیروت، الدار الجامعيه.
۱۰. بسیونی، عبدالغنی، عبدالله، (۱۹۹۳) النظم السياسي والقانون الدستوری، بیروت، الدار الجامعيه.
۱۱. محسن خلیل، (۱۹۹۴) قضاء اداري لبنان، درس المقارنه، الاسكندريه.
۱۲. متولی، عبدالحمید، (۱۹۶۴) القانون الدستوری و الانظمه السياسي، منشاء المعارف، الطبعه الثالثه، الاسكندريه، ۱۹۸۹.
۱۳. پریلو، مارسل، (۱۹۸۴) النظم السياسي و القانون الدستوری، بیروت، الاهلیه للنشر.
۱۴. کامل لیل، محمد، (۱۹۶۸) النظرية السياسي، الدوله والحکومه، بالقاهره، دارالفکر العربی.
۱۵. جمال، مصطفی، بشیل ابراهیم سعد، (۲۰۰۲) النظرية العامه للقانون، بیروت، منشورات الحلبي.

ج- خارجی

- 1- A.V.Dicey: 1950, **Intoroduction a letude du droit constitutionnel**, Paris.
- 2- A. Claisse: 1970, **Le Premier Ministre de la Ve République**, Thèse- Lille-.
- 3- A. Philip: 1964, **Lagauche, Paris**, not. I.
- 4- Carre de Malberg, 1922, **Constitution a la theorie general de l Etat**, Paris.
- 5- F. Batailler: 1966, **Le Conseil D'Etat, Juge Constitutionnel**, L.G.J.
- 6- F. Labarthe: 1935, **Les Moeurs Politiques ET la Réforme de L'Etat**, Paris.
- 7- G. Burdeau: 1986, **Traité op.cit.**
- 8- G. Vedel: 1952-53, **cours do droit constitutionnel**, Paris.
- 9- J. Gicquel: 2000, **Droit Constitutionnel et institutions politiques montchrestien Delta**.
- 10- J. Chevallier: 1970, **La coutume et le droit Constitutionnel fraçais**, R. D .P et des sc pol .en france et a letranger.

-
- 11- J. Gicquel: 1966, Essai **Sur la Pratique de la V République**, op.cit.
 - 12- J. Soubeyrol: 1955, **Les Décrets: Lois Sous la IV^e République**, Paris.
 - 13- J.p.Jeanneney, 1968, **intervention au senat in le Figaro de**.
 - 14-L.Favoreu 1967, **INR.D.P.et des Sciences Politiques**.
 - 15-M- Duverger: 1994, **Manuel de Droit Constitutionnel**, 5e. Edition.
 - 16- M. Mignon: 1938, **La Pratique des Decrets Lois**, LH ésetille,
 - 17-M. Duverger: 1960, **Le Vertige, Le Monde**, 20 Mars.
 - 18-P.Avril: 1967, **Léregime politique de la vRépublique**, L.G.D.L.

