

## بررسی مفهوم رویه‌های اساسی در حقوق اساسی

فریدین مرادخانی\*

### چکیده

قانون اساسی به عنوان یکی از مفاهیم کلیدی حقوق عمومی، مفهومی چندوجهی است. قانون اساسی به جز متن مکتوب، لایه‌های دیگری نیز دارد که به آن‌ها اصول نانوشته قانون اساسی می‌گویند. این اصول حوزه وسیعی را شامل می‌شوند که یکی از اساسی‌ترین آن‌ها مفهوم رویه‌های اساسی هستند. این مفهوم در کشورهای دارای سنت نوشته و سنت نانوشته وجود دارد. فهم قانون اساسی بدون شناخت این مفاهیم کلیدی ناقص است. این مقاله کوشش می‌کند با طرح پرسش از مفهوم رویه‌های اساسی با روش توصیفی و تحلیلی وجوه مختلف این مفهوم اساسی را روشن کند و ضمن نشان دادن پیچیدگی این مفهوم مبانی نظری، کارکردهای آن و ارتباط آن با مفاهیم هم‌عرض را مورد بررسی قرار داده است.

واژگان کلیدی: حقوق اساسی، رویه‌های اساسی، عرف اساسی، قانون اساسی.

### مقدمه

قانون اساسی مفهومی کلیدی در حقوق عمومی است. این مفهوم تاریخی بسیار طولانی دارد و از روزگار باستان تا به امروز تحولات بسیاری از سر گذرانده و هم از نظر شیوه نگارش واژه و هم از لحاظ معنا و کاربرد تغییرات مهم و متعددی یافته است (see for instance: McIlwain 1947:84-117; Grimm, 2016.3-41). یکی از این تغییرات که بعد از انقلاب آمریکا و فرانسه در اواخر قرن هیجدهم به وجود آمد، پیدایش قانون اساسی به عنوان یک سند مکتوب است که بالاترین هنجار حقوقی جامعه سیاسی و شامل اصول دولت، ساختار حکومت و حقوق بنیادین بوده و برای همه الزامی است. عموماً تغییر آن نیازمند تشریفات است. برخی اصول مهم مانند نمایندگی و حقوق بشر را به رسمیت می‌شناسد. هویت و ارزش‌های جامعه مثل زبان و پرچم را معرفی می‌کند. نهادهای سیاسی اجتماعی را تنظیم و قدرت را تقسیم می‌کند. این سند معمولاً شامل موارد زیر است: مقدمه، حاکمیت و اصول حکومت، حقوق بنیادین، حقوق اجتماعی و اقتصادی، پارلمان، رئیس دولت، حکومت (ریاستی، پارلمانی)، قضایه، عدم تمرکز، رفراendum، نهادها، امنیت و چگونگی اصلاح.

حقوق دانان کلاسیک -حسب معمول- قانون اساسی را به دو نوع شکلی و ماهوی تقسیم می‌کنند که در معنای شکلی ساختارهای سیاسی توسط قانون اساسی تنظیم می‌شوند، اما در معنای ماهوی بر کارکرد بنیادین قوانین اساسی به عنوان اعلامیه‌های دولت تأکید می‌شود. برخی از متفکران از همان ابتدای شکل‌گیری قانون اساسی به معنای مدرن، متوجه این نکته کلیدی شدند که نمی‌توان یک متن را عنوان حسن ختام همه امور دانست؛ زیرا از یک طرف هیچ‌وقت نمی‌توان تمام خواسته‌های مردمی و اصول حکمرانی را در یک متن گنجانده و این متن فقط نمادی از ارزش‌های مهم مورد وفاق قدرت مؤسس است. از طرف دیگر، نمی‌توان جهان واقعی را رام یک متن کرد و ممکن است اجتماع سیاسی به سمت و سوی دیگری برود که هیچ تناسبی با قانون اساسی نداشته باشد. از این رو، برخی مانند لاسال<sup>۱</sup> از قانون اساسی واقعی (لاسال،

1. Ferdinand Lassalle

۱۳۹۵:۴۵) و هوریو<sup>۱</sup> از قانون اساسی اجتماعی سخن گفته‌اند و برخی چون لوترز قانون اساسی را ابزاری سیاسی خوانده‌اند (Lutz, 2007: 189). تمایز بین این دو نوع قانون اساسی - یعنی قانون اساسی در متن و در واقعیت - به بحث‌های مهمی در قرن بیستم در غرب دامن زده است که در قرن بیست و یکم همچنان ادامه دارد.

به باور حقوق دانان حقوق اساسی، نظم مبتنی بر قانون اساسی فراتر از متن قانون اساسی است و شامل عرف‌ها، هنجارها، رویه‌ها، سنت‌ها، ساختارهای اداری، سیستم احزاب و تصمیم‌های دادرسی اساسی می‌شود که باهم به عنوان مجموعه بنیادینی عمل می‌کنند. این مفهوم از قانون اساسی برای شکل‌گیری نیازمند یک زمان طولانی است که متن قانون اساسی جزء کوچکی از آن است. از این رو ممکن است بسیاری از کشورها حتی در صورت داشتن متن قانون اساسی، به این معنا فاقد قانون اساسی باشند.

بسیاری از محققین در همین فضا و نگرش به قانون اساسی سخنان مهمی گفته‌اند. برای نمونه، پیتر هابرل گفته است که قانون اساسی فقط یک متن قضایی یا مجموعه‌ای از قواعد هنجاری نیست، بلکه یک درک فرهنگی و انعکاسی از یک فضای فرهنگی و بنیادها و انتظارات جامعه است (Haberle, 2000: 77) یا مجموعه‌ای از تاریخ، عرف، ارزش‌ها، سنت‌ها و آزادی‌هاست که همه آن‌ها با هم هویت<sup>۲</sup> قانون اساسی را تشکیل می‌دهند و این هویت هرگز ثابت و ایستا نیست (Jacobsohn, 2006: 361). برخی دیگر مانند آکرمن<sup>۳</sup> و لوترز<sup>۴</sup> گفته‌اند که قانون اساسی به مثابه قواعد یک بازی است که از طریق آن قدرت باید عادلانه و بی‌طرفانه اعمال شود.

این مقاله کوشش می‌کند مفهوم رویه‌های اساسی<sup>۵</sup> را به عنوان یکی از مفاهیم مهم در رویکردهای جدید به قانون اساسی و به عنوان جزئی از قانون اساسی نانوشته مورد بررسی قرار دهد. نویسندگان ایرانی از کنار این مفهوم گذشته‌اند و توضیحی در کتب حقوق اساسی در این خصوص وجود ندارد. به تازگی یکی از محققین حقوقی با انتشار

- 
1. Maurice Hauriou
  2. Constitutional Identity
  3. Bruce Arnold Ackerman
  4. Donald S. Lutz
  5. Constitutional Conventions

چند مقاله به صورت تألیف و ترجمه کوشش کرده است بحث‌هایی را در رابطه با این مفهوم باز کند (رک. سلطانی ۱۳۹۶؛ کاپیتان ۱۳۹۶؛ ریالز منتشر نشده؛ کاپیتان منتشر نشده<sup>۱</sup>)، اما این مقالات نیز علی‌رغم کوشش درخور نویسنده نتوانسته‌اند معنای این مفهوم را به طور دقیق مشخص کند، زیرا توضیح دقیقی در خصوص ماهیت، جایگاه و معنای آن‌ها در این مقالات وجود ندارد. در خصوص این اصطلاح ترجمه دقیقی نیز در زبان فارسی وجود ندارد. محقق مزبور «اصول و رویه‌های اساسی مربوط به اجرای قانون اساسی» را معادل واژه convention به کار برده است (سلطانی ۱۳۹۶: ۹۱). برخی نیز آداب قانون اساسی را به کار برده‌اند (اردان، ۱۳۸۹: ۹۳). ما در این مقاله از اصطلاح رویه‌های اساسی استفاده خواهیم کرده، زیرا اگر رویه‌های مربوط به اجرای قانون اساسی را به کار ببریم در این صورت تفکیک آن‌ها از رویه‌های ساده دشوار خواهد بود. اگرچه به نظر می‌رسد فعلاً معادل دقیقی از این مفهوم نمی‌توان ارائه داد.

### ۱. اصول نانوشته قانون اساسی

در برداشت جدید از قانون اساسی، این مفهوم علاوه بر متن دارای اصولی نانوشته است که در فرهنگ سیاسی، تاریخی و اجتماعی مردم یک سرزمین و مخصوصاً بازی کنشگران سیاسی ریشه دارد. در آمریکا به صورت یک بحث آکادمیک در آغاز قرن بیستم فرانس تورپه گفته بود که قانون اساسی آمریکا استثنا نیست و مثل همه کشورها دارای بخش‌های نانوشته است (Thorpe, 1902:95). همچنین، مک لاگلین<sup>۲</sup> از ریشه عمیق تصمیم‌های دیوان عالی آمریکا و نقش آن در قانون اساسی سخن گفته بود. ادوارد کورمین نیز در عبارت مهمی اعلام کرده بود قانون اساسی آمریکا جایی خارج از اسنادی است که در ۱۷۸۷ نوشته شده است (Whittington, 2013:103). دیگر مفسران حقوق اساسی آمریکا هم این سخنان را تکرار کردند، خصوصاً ویلیام بنت مونرو که از

۱. با تشکر از دکتر سید ناصر سلطانی که متن چند مقاله‌ای که ترجمه کرده بودند و هنوز منتشر نشده‌اند را با روی باز در اختیار نویسنده قرار دادند.

اهمیت قانون اساسی نانوشته سخن گفت (Monero, 1930:1). این تحولات، به یک بحث بسیار مهم در آمریکا منجر شد که به «قانون اساسی زنده»<sup>۱</sup> معروف است. بعدها والتر مورفی با طرح این سؤال که قانون اساسی چیست؟ از اصول نانوشته قانون اساسی در آمریکا سخن گفت (Morphy, 1986:16) و بحث قانون اساسی زنده به یکی از بحث‌های مهم حقوق اساسی آمریکا - خصوصاً در تفسیر قانون اساسی - تبدیل شد که تا به امروز ادبیات بسیار گسترده‌ای را به خود اختصاص داده است. برخی دیگر از تئوریسین‌های حقوق اساسی با الفاظ دیگری به اصول نانوشته قانون اساسی اشاره کرده‌اند. برای نمونه، مارک توش‌نت از چیزی به نام پیشا - قانون اساسی<sup>۲</sup> و سخت افزارهای اساسی<sup>۳</sup> در حقوق اساسی سخن می‌گوید (Tushnet, 2004:523).

چنانکه ویرس در اثر کلاسیک خود گفته است قوانین اساسی نوشته بخشی از قانون اساسی نانوشته هستند، نه اینکه قانون اساسی نانوشته بخشی از قانون اساسی نوشته باشد (Whears, 1951:19) و قانون اساسی مجموعه‌ای از قواعد است که ممکن است حقوقی یا غیرحقوقی باشند. طبق این برداشت، بسیاری از اصول و عناصر قانون اساسی به وسیله فرایند رسمی - یعنی قانون‌گذاری - تصویب نشده و بنابراین نانوشته‌اند (Binnie, 2011:7).

یکی از محققین به خوبی نشان داده است که بخش‌های مهمی از قانون اساسی آمریکا در جای دیگری غیر از متن قانون اساسی آمریکا قرار دارد که در حقیقت همان اصول نانوشته است (Amar, 2012:1). مواردی مانند محاکمه و استیضاح رئیس‌جمهور، محاکمه اعضای کنگره، اختصاص قدرت تفسیر و اعلام معنی قانون اساسی به قضات و نیز نمادها و آرمان‌های مردم آمریکا در متن قانون اساسی نیستند. همچنین تغییر و اصلاح قانون اساسی بدون دست زدن به متن، در خصوص مسائلی مانند آزادی بیان، قاعده اکثریت، نقش مذهب، حق رأی حضور زنان در سنا و غیره و همچنین مقالات

---

1. living Constitution  
 2. pre-constitutional  
 3. Constitutional Hardball

پوبیلیوس<sup>۱</sup> در رسائل فدرالیست‌ها (که مبنایی برای تفسیر هستند و در سیصد پرونده در دیوان عالی به آن‌ها استناد شده است) و نیز اعمال نخستین رئیس‌جمهور آمریکا جرج واشنگتن (مانند قسم به کتاب مقدس، منع انتخاب بیش از یک دوره و اینکه اعضای کابینه تابع رئیس‌جمهور هستند) و عمل احزاب (مانند اینکه مردم در انتخابات ریاست جمهوری به دو نفر رأی می‌دهند) و افکار و اقدامات امثال جفرسون، لینکلن همه جزئی از قانون اساسی آمریکا شده‌اند (Amar, 2012:250). همه این موارد چیزی را تشکیل داده‌اند که به آن قانون اساسی نانوشته می‌گویند. البته این بحث مختص آمریکا نیست. در فرانسه نیز این بحث‌ها در مباحث آکادمیک پررنگ بوده، اگرچه همیشه پذیرش آن‌ها با دشواری مواجه بوده است. استرالیا و کانادا (Heard, 2007:334) نیز ادبیات بسیار وسیعی در این خصوص دارند و امروزه در بسیاری از کشورها ادبیات این بحث‌ها در حال رشد است. دادگاه عالی کانادا در قضیه Quebec secession reference بر اصول نانوشته تأکید کرد که شامل دموکراسی، حاکمیت قانون، فدرالیسم، مشروطیت و احترام به اقلیت است که البته بسیاری از استادان بزرگ حقوق اساسی با آن مخالفت کردند (Binnie, 2011:1). به باور محققین این حوزه متن مختصر قانون اساسی، اصول نانوشته، ساختار سازنده نانوشته و ابزارها و تکنیک‌های نانوشته تفسیر اساسی، اجزای یک چیز واحدند (Amar, 2012: 481) و قانون اساسی از چیزی فراتر از اسناد تشکیل شده است. به گفته آدام تامکینز همان‌گونه که بخش‌هایی از قانون اساسی نانوشته انگلیس مثل اعلامیه ۱۶۸۹، مصوبات ۱۹۱۱ و ۱۹۴۹، حقوق بشر اروپایی ۱۹۹۸ و غیره نوشته است، اصول نانوشته در کشورهای دارای قانون اساسی نوشته نیز قابل پذیرش است و وجود دارد (Tomkins, 2003:7). در این رویکرد به قانون اساسی - یعنی اصول نانوشته قانون اساسی - موارد متعددی را جزء قانون اساسی می‌دانند که موضوع این مقاله یعنی رویه‌های اساسی یکی از این موارد است.

۱. Publius: پوبیلیوس (م ۵۰۳ ق م) کنسول روم و از بنیانگذاران جمهوری روم بود که از طرفداران حکومت مردمی بود و او را ناجی روم نیز نامیده‌اند. از آنجا که فدرالیست‌ها به دنبال احیای جمهوری بودند این نام را برای خود برگزیدند.

## ۲. رویه‌های اساسی در حقوق اساسی انگلستان

رویه‌های اساسی در حقوق اساسی انگلستان یک مفهوم پذیرفته شده و ریشه‌دار هستند، زیرا انگلستان دارای قانون اساسی نانوشته است و مجموعه‌ای از اصول، قواعد، مقررات و اعمال سیاسی قانون اساسی آن را تشکیل می‌دهد که رویه‌های اساسی هم جزئی از این موارد هستند. رویه‌های اساسی در قرن نوزدهم به عنوان یک موضوع وارد حقوق اساسی انگلستان شدند. نخستین بار جان میلار<sup>۱</sup> به موضوع رویه‌های اساسی به صورت ضمنی پرداخت. به باور او تنها با قواعد حقوقی نمی‌توان رویه‌های اساسی را فهمید. او که در نیمه دوم قرن هیجدهم استاد حقوق دانشگاه گلاسکو بود، نگرشی تاریخی به حقوق اساسی انگلیس داشت و از طریق بحث در سیاست، جامعه و اقتصاد تحول حقوق را نشان می‌داد و بر بسیاری از حقوق‌دانان بعد از خود تأثیر گذاشت (Loughlin, 1992:15). با وجود این سابقه، دایسی اولین کسی بود که به طور مستقل از این مفهوم سخن گفت و بخشی از کتابش را به رویه‌های اساسی اختصاص داد (Dicey, 1982:277-317). تئوری او از دل تئوری‌های سیاسی بیرون آمد و وام‌دار بلکستون<sup>۲</sup> و بورک<sup>۳</sup> و باگهوت<sup>۴</sup> بود (Loughlin, 1992:141). به گفته وید<sup>۵</sup> در آن زمان، بحث خالص بودن حقوق و بی‌طرفی کامل محصول تفکرات فرمالیسم بود (Loughlin, 1992:25) و دایسی از مخالفان فرمالیسم حقوقی بود. در چنین فضایی دایسی از رویه‌های اساسی سخن گفت. به نظر می‌رسد این مفهوم برای دایسی هم کاملاً مشخص نبوده‌است، زیرا او چندین اصطلاح متفاوت برای آن به کار برده است و از رویه‌ها به عنوان عادت و عمل یاد می‌کند و از آن‌ها تحت عنوان رویه‌های اساسی یا اخلاق سیاسی<sup>۶</sup> یاد می‌کند

1. John Millar

2. Sir William Blackstone

3. Edmund Burke

4. Walter Bagehot

5. Sir William Wade

۶. دایسی از رویه‌ها با عنوان constitutional convention, politician moral, constitutional

moral, politician ethic, constitutional ethic یاد کرده است. همچنین آن‌ها را habit, practice,

precept, maxim دانسته است.

(Dicey, 1982:277).

دایسی میان قانون ۱ و رویه‌های اساسی فرق نهاد و گفت رویه‌ها مجموعه‌ای از عرف‌ها، قاعده کلی، سنت‌ها و دستورهایی هستند که توسط دادگاه به رسمیت شناخته نمی‌شوند و الزام هم نمی‌شوند. او معتقد است رویه‌های اساسی شامل رفتارها، عادات یا اعمالی هستند که مربوط به حوزه اعمال و اختیارات قوه مجریه، شاه، پارلمان و قضائیه است (Barnett, 2010:19). دایسی چنانکه از عنوان کتابش مشخص است کوشش می‌کرد که قوانین مربوط به قانون اساسی را مورد مطالعه قرار دهد و می‌گفت قانون اساسی دو قسمت دارد: یکی قانون است که در معنای عام، قواعد<sup>۲</sup> را هم شامل می‌شود و حاکمیت پارلمان و حکومت قانون را جزء این دسته می‌دانست و دوم رویه‌های اساسی هستند که برخلاف دسته اول - یعنی قانون- توسط دادگاه الزام نشده و به رسمیت شناخته نمی‌شوند.

یک نکته بسیار مهم در مورد رویه‌های اساسی و علت پیدایش آن‌ها در انگلستان این است که برای تنظیم و تحدید استفاده از قدرت امتیازی یا قدرت ویژه سلطنتی به وجود آمده‌اند (Lesuear, Herbery & English, 1999:114)، زیرا در آن زمان امتیازات سلطنتی موضوع نظارت قضایی نبوده و این امتیازات مورد اعتراض حقوق‌دانان قرار می‌گرفتند. امتیازات سلطنتی مفهومی مهم و بسیار قدیمی‌تر از رویه‌های اساسی در حقوق انگلستان است که به اختیارات و امتیازات شخص اول مملکت اشاره می‌کند. آن‌ها در نتیجه قرن‌ها حکومت سلطنتی پدید آمده‌اند و حوزه بسیار وسیعی را شامل می‌شوند (Loveland, 2012:ch4). حقوق‌دانان حقوق اساسی انگلستان در تقسیم منابع حقوق اساسی انگلستان آن‌ها را به دو دسته منابع حقوقی و منابع غیرحقوقی تقسیم می‌کنند که امتیازات سلطنتی را جزء منابع حقوقی و رویه‌های اساسی را جزء منابع غیرحقوقی می‌دانند (Barnett, 2010:7-20). اگرچه حقوق‌دانان حقوق اساسی مدت‌ها با مفهوم امتیازات سلطنتی مخالفت کردند، اما همچنان و البته با تغییراتی که در مصادیق و نحوه به کارگیری این مفهوم رخ داده، به عنوان یک مفهوم پایدار در حقوق اساسی

---

1. Law  
2. Rule



انگلستان باقی مانده است (Bartlett & Everett, 2017:21). این نکته از آن رو مهم است که قرار نیست رویه‌های اساسی برای سوءاستفاده از قدرت و خلاف اصول حقوق عمومی به کار برده شوند؛ بلکه هدف و علت پیدایش آن‌ها در راستای محدود و تنظیم کردن قدرت بوده است.

مسئله دایسی انگلستان بود و هدف اصلی رویه‌های اساسی در انگلیس نیز حفظ برتری پارلمان و پاسخگویی دموکراتیک بود (Whittington, 2013:106). نگرش دایسی به حقوق اساسی نیز در مطرح کردن این مفهوم بسیار مهم بود. او معتقد بود حقوق اساسی انگلیس در برگیرنده همه قواعدی است که مستقیم یا غیرمستقیم به توزیع یا اجرای قدرت حاکم می‌پردازند و رویه‌ها نیز در این تعریف جای می‌گیرند (Yong, 2007:411). او رویه‌ها را یکی از عناصر اصلی قانون اساسی انگلیس می‌دانست. این نکته حائز اهمیت است که رویه‌های اساسی بخشی از اصول حقوق اساسی انگلیس هستند که در کنار حاکمیت قانون، تفکیک قوا، نمایندگی، برتری پارلمانی، حکومت مسئول و کنترل قضایی قرار می‌گیرند. نقش آن‌ها در انگلستان تا حدی برجسته است که حتی برخی آن‌ها را اساس حقوق اساسی انگلستان دانسته و گفته‌اند قانون اساسی انگلیس مجموعه‌ای از عرف‌های سیاسی، عادات سیاسی، سنت‌ها و روش‌هایی هستند که با هم رویه‌های قانون اساسی نامیده می‌شوند (Barchet, 2015:288). اگرچه این تعریف را نمی‌توان پذیرفت زیرا همه عناصر و اجزای قانون اساسی را زیرمجموعه رویه‌های اساسی می‌داند؛ اما نشان می‌دهد که مفهوم رویه‌های اساسی تا چه اندازه در انگلستان مهم است که برخی همه اجزای قانون اساسی را ذیل آن می‌دانند.

پس از دایسی، جنینگز<sup>۱</sup> نکات مهمی را در مورد رویه‌های اساسی انگلستان نوشت و حتی می‌توان او را نخستین کسی دانست که در این خصوص در سنت انگلستان به طور منظم و دقیق نظریه پردازی کرده است. بین دایسی و جنینگز اختلاف نظر وجود داشت. چنانکه اشاره شد دایسی قواعد حقوقی را از رویه‌های اساسی جدا می‌کرد، اما جنینگز می‌گفت این دو نمی‌توانند جدا باشند، زیرا بدون رویه‌های اساسی، دیگر

1. Sir Ivor Jennings

منابع حقوق اساسی خصوصاً قانون‌گذاری و رویه قضایی کاملاً مبهم هستند (Caulfield, 2012:42). به نظر او، با تفسیر دایسی بیشتر موضوعات حقوق عمومی در دادگاه به رسمیت شناخته نمی‌شوند (Lesuear, Herbery, English, 1999:111). به همین دلیل، نظر دایسی را رد کرد و گفت رویه‌های اساسی نیز قاعده حقوقی هستند و هیچ فرقی با شکل‌های به رسمیت شناخته قواعد در حقوق انگلستان ندارند. به نظر او، دایسی بر نقش و جایگاه دادگاه‌ها بسیار تأکید می‌کرد، در حالی که بسیاری از موضوعات حقوق عمومی لزوماً در آرای دادگاه‌ها نیستند و توسط مقررات پارلمان به وجود می‌آیند و مقامات اداری آن‌ها را اجرا می‌کنند و در معنایی وسیع از law نباید بین آن‌ها و رویه‌های اساسی تمایز قائل شد و برخلاف نظر دایسی نیازی نیست که آن‌ها تبدیل به قانون شوند (Jenings, 1958: 74).

چنین‌گز معتقد بود زمان بررسی یک رویه اساسی سه سؤال باید مطرح کرد؛ ۱. چه سابقه‌ای وجود دارد. ۲. آیا بازیگران این سابقه معتقدند باید به آن ملزم بود. ۳. چه دلیلی برای این قاعده وجود دارد (Jening, 1958:136). طبق این نظر سابقه، اساس رویه است و قانون اساسی بدون یک سابقه یک خانه بی‌پایه و پی است و اگر سابقه نباشد رویه اساسی هم وجود نخواهد داشت (Heard, 1995:9). اصولاً روش سنتی به رسمیت شناختن رویه‌ها از طریق سابقه تاریخی است که توسط چنین‌گ بنا نهاده شد. دادگاه عالی کانادا نیز در پرونده *partiation referenc* سابقه را به عنوان بنیان رویه‌های اساسی پذیرفت.

چنانکه اشاره شد یک مسئله مهم در انگلستان مربوط به رابطه قانون و رویه‌های اساسی است و اینکه دادگاه‌ها در صورت تعارض باید کدام یک را اجرا کنند. رویه‌های اساسی ریشه در روح دموکراسی مبتنی بر نمایندگی در انگلیس دارند و بخشی از قانون اساسی هستند که به وسیله دادگاه‌ها الزام نمی‌شوند، زیرا آن‌ها قانون مصوب پارلمان نیستند و حاکمیت و برتری پارلمان اجازه نمی‌دهد که دادگاه‌ها آن‌ها را به رسمیت بشناسند؛ به عبارت دیگر قانون به معنای عام آن<sup>۱</sup> به وسیله دادگاه اعمال و الزام

می‌شود. اما رویه‌های اساسی به وسیله دادگاه الزام نمی‌شوند و اگر تعارضی بین این دو رخ داد، دادگاه‌ها قانون را اجرا می‌کنند. نظر به وجود این اختلاف میان رویه‌های اساسی و قانون - که ریشه در سنت انگلستان دارد - برخی قائل به مدون کردن رویه‌های اساسی شده‌اند. برای این کار چند روش مطرح است: نخست آن‌ها را مدون کرده و قانون الزام کرد، دوم بخشی از آن‌ها را مدون کرد یعنی کاری که در استرالیا انجام شده است و سوم آن‌ها را مدون نکرده و باید به وسیله پارلمان، دادگاه و دکتترین پذیرفته شوند (Caulfield, 2012:42).

### ۳. رویه‌های اساسی در کشورهای دارای قانون اساسی نوشته

چنانکه اشاره شد رویه‌های اساسی در کشورهای دارای قانون اساسی نانوشته مانند انگلستان مفهومی ریشه‌دار، قوی و پذیرفته شده 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 به عنوان بخشی از قانون اساسی نانوشته این کشورها حضور دارند و نقش مهمی را در تحولات حقوق اساسی بازی می‌کنند.

رویه‌های اساسی در کشورهای دارای قانون اساسی نوشته، اعمالی خارج از متن قانون اساسی هستند که در عمل و رویه سیاسی پدید آمده و رفتار سیاسی را تنظیم می‌کنند؛ یعنی بازیگران و کنشگران سیاسی در اجرای قانون اساسی اعمالی انجام می‌دهند که این اعمال با تکرار توسط آن‌ها و توافق توسط دیگر کنشگران سیاسی برای یک مدت طولانی و نیز پذیرش توسط افکار عمومی، به تدریج به رسمیت شناخته می‌شوند. نکته مهم در خصوص رویه‌های اساسی این است که باید سطحی از توافق بین نیروهای سیاسی موجود در جامعه در مورد آن‌ها وجود داشته باشد و این اساسی‌ترین ویژگی آن‌هاست. برخی از آن‌ها بسیار مهم هستند، زیرا ویژگی اساسی دارند و نقش بسیار مهمی در سیستم سیاسی و حقوق اساسی بازی می‌کنند. به همین

دلیل باید در رویه اساسی محسوب کردن امور دقت کرد. به گفته ویرس آن‌ها قواعد الزامی مربوط به رفتار و عمل هستند که برای دیگران تعهد ایجاد می‌کنند و مربوط به کارکرد قانون اساسی هستند و توسط گروه‌های موجود در حیات سیاسی پذیرفته شده‌اند (Whears, 1951: 122). به عبارت دیگر، قواعدی هستند که یک تعهد را به وجود می‌آورند، حق یا قدرتی را اعطا می‌کنند و یا راهنمای رفتار بازیگران سیاسی هستند (Albert, 2015:390).

منابع ایجاد رویه‌های اساسی متعددند. آن‌ها عموماً از طریق سنت‌های سیاسی به وجود می‌آیند؛ یعنی عملی توسط بازیگران سیاسی یا سنت‌های موجود در حیات سیاسی آن‌قدر انجام و اعمال می‌شود که توسط همگان مورد پذیرش قرار می‌گیرد. گاه نیز از طریق یک فرایند و گاه توسط توافق متقابل احزاب به وجود می‌آیند. به هر حال یک رویه اساسی زمانی تأسیس می‌شود که پذیرش کلی نسبت به آن وجود داشته باشد و توسط مردم و نهادها پذیرفته شود. آن‌ها یک توافق رویه‌ای غیر مکتوب و غیررسمی هستند که توسط دولت و نهادها به رسمیت شناخته شده است و برای فهم چگونگی کارکرد دولت بسیار حیاتی هستند. یکی از افراد مهم در این حوزه در خصوص چگونگی عملکرد و تعهدآوری رویه‌های اساسی می‌گوید یک رویه ممکن است نه به این علت که توسط سیستم سیاسی پذیرفته شده بلکه به این علت که بهتر به هدف‌های اساسی می‌رسد مورد پذیرش قرار بگیرد (Marshall, 1984:11). نکته حائز اهمیت این است که آن‌ها به صورت دلبخواهانه نمی‌توانند گسترش یابند و به عنوان قواعد کلی و اصول راهنمای مقامات هستند که چگونه قدرت صلاحدید سیاسی خود را اجرا کنند (Whittington, 2013:114). همچنین، آن‌ها باید بتوانند توضیح دهند که چرا یک نهاد سیاسی عملی را انجام می‌دهد. به این ترتیب نقش آن‌ها دوگانه است: هم به مقامات قدرت می‌بخشند و هم آن‌ها را محدود می‌کنند. از یک طرف، اعمال قدرت صلاحدید یا صلاحیت اختیاری مقامات از طریق رویه‌های اساسی صورت می‌گیرد و از طرف دیگر، آن‌ها حدود و اختیارات مقامات را محدود می‌کنند تا نتوانند از قدرت خود سوءاستفاده کنند.

مصادیق رویه‌های اساسی در حقوق اساسی متعدد بوده و بسیاری از موارد مهم حقوق اساسی محصول این مفهوم هستند. انتقال قدرت قانونی به فرماندار کل در کانادا با رویه‌های اساسی ممکن شد و بسیاری از پایه‌های حکومت مسئول از طریق این رویه‌ها به وجود آمده است و حتی استقلال کانادا توسط آن‌ها رخ داده است (Heard, 2015:338). در آمریکا شیوه انتخاب رئیس‌جمهور و کابینه از طریق رویه‌های اساسی به وجود آمده‌اند. برخی دادرسی اساسی را نیز به عنوان بخشی از قانون اساسی نانوخته آمریکا یک رویه اساسی می‌دانند (Tiong, 2010:21). اعمال قدرت روسای جمهور در آمریکا (خصوصاً در فرمان اعلام جنگ که چندین بار بدون اجازه از کنگره فرمان جنگ را صادر کرده‌اند) نیز یک رویه اساسی است. حتی حکومت پارلمانی بر تعدادی از رویه‌های نانوخته بنا شده است.

در خصوص انواع رویه‌های اساسی نیز توافقی وجود ندارد. در کانادا رویه‌های اساسی را به چند دسته تقسیم کرده‌اند:

۱. رویه‌های بنیادین: که الفاظ و بیان واژگانشان واضح است و ضرورتاً باید انطباق دقیق با اصول اساسی مهم داشته باشند. برای نمونه، سیاستمداران نباید بر قضات تأثیر بگذارند، دولت اگر در انتخابات شکست خورد باید استعفا بدهد.

۲. رویه‌های نیمه سخت: واژگان آن‌ها کلی است و از اصول اساسی مهم حمایت می‌کنند. برای نمونه، افراد کابینه نباید در مجلس کرسی داشته باشند، نخست‌وزیر یک فرماندار جدید را بعد از مشورت با دیگران پیشنهاد می‌کند، دادگاه عالی کانادا از پایه‌های محلی تشکیل می‌شود.

۳. رویه‌های قابل انعطاف: نقض گاه به گاه و اتفاقی آن‌ها مورد پذیرش عموم است. برای نمونه، سنا نباید مصوبه پارلمان را رد کند. کابینه فدرال باید از اعضای هر منطقه تشکیل شود. حکومت باید با دیگران مشورت کند. سه نوع اول رویه اساسی خوب و صحیح هستند.

۴. رویه‌های مادون که برخلاف سه نوع قبل غیرقابل پذیرش هستند و هرچند اقلیتی ممکن است به صورت شفاهی از آن‌ها حمایت کنند، اما هیچ حمایت و پذیرش

عمومی درباره آن‌ها وجود ندارد و اختلافات اساسی در مورد نحوه استفاده و پذیرش عمومی آن وجود دارد. برای نمونه، فرماندار می‌تواند دولت را به دلیل رسوایی منحل کند، اعضای مجلس نمی‌توانند بدون یک انتخابات حزب خود را تغییر دهند و وزرای کابینه باید برای اشتباهات کارکنان خود استعفا دهند (Heard, 2015:359).

به طور خلاصه، رویه‌های اساسی در کشورهای دارای قانون اساسی نوشته را باید خارج از متن قانون اساسی دید. به همین دلیل برخی به آن‌ها بخش‌های خارج از قانون اساسی<sup>۱</sup> گفته‌اند (Yoang, 2007: 408-415). به گفته یکی از محققین می‌توان گفت، رویه‌های اساسی زمانی شکل می‌گیرند که مردم منطبق با استانداردهای معینی از رفتار عمل کنند. این استاندارد رفتار برای کسانی که مرتبط با آن هستند واجب و تعهدآور بوده، به عنوان یک قاعده معتبر حداقل در بخشی از اجتماع بازیگران سیاسی پذیرفته شده و ماهیتاً مربوط به قانون اساسی باشند (Wheare, 1951:122).

#### ۴. کارکرد رویه‌های اساسی

در خصوص کارکرد رویه‌های اساسی در نظام حقوق اساسی اختلافاتی میان نظریه‌پردازان وجود دارد. بسیاری از حقوق‌دانان معتقدند اگر رویه‌های اساسی ناقض قوانین موجود باشند به ندرت برای توسعه حقوق اساسی مورد استفاده قرار می‌گیرند. رویه‌ها همچنین می‌توانند برای پر کردن خلاءهای موجود در ساختار قانون اساسی یکی کشور به کار برده شوند. در برخی کشورها مثل کانادا از رویه‌ها به عنوان راهنمایی برای تفسیر قانون اساسی نیز استفاده می‌کنند. کارکرد دیگر آن‌ها این است که روش و شیوه‌ای که قدرت در آن اعمال می‌شود را محدود می‌کنند. برای مثال، وقتی فرماندار کانادا مصوبات مجلسین را رد کرد رویه‌ها جلوی آن را گرفتند. یا اینکه طبق قانون اساسی ۱۸۶۷ کانادا قوانین باید به تصویب مجلس انگلیس برسند، اما رویه‌های اساسی آن را لغو کردند (Heard, 1995:8). یا انتخاب نخست‌وزیر در انگلیس که ملکه ملزم است رهبر حزب پیروز را معرفی کند یک رویه اساسی است. برخی رویه‌ها را مثل حاکمیت

قانون یک اصل نانوشته در قانون اساسی می‌دانند. در بسیاری مواقع نیز وقتی محققان یک نوع خاص از رفتار را نمی‌توانند به عنوان قاعده یا عرف بپذیرند به عنوان رویه اساسی می‌پذیرند. مطلب مهم در خصوص رویه‌های اساسی این است که آن‌ها در فضای اصول قانون اساسی و اصول حقوق عمومی پذیرفته می‌شوند. اصول قانون اساسی به مثابه راهنمای رویه‌ها هستند. درست است که رویه‌های اساسی مهم هستند، اما آن‌ها فقط پنجره‌ای برای دیدن مباحث عمومی در پرتو اصول و قواعد اساسی هستند. از این رو، به نظر می‌رسد برای فهم آن‌ها بعد از سوابق تاریخی باید به اصول قانون اساسی نگریست (Heard, 1995:10). کارکرد دیگر آن‌ها پر کردن خلاء بین واقعیت و اصول یا واقعیت و متن است. به زبان دیگر، متن یک چیز را می‌گوید و واقعیت در حال جریان چیز دیگری را نشان می‌دهد. در اینجا است که رویه‌های اساسی کوشش می‌کنند این خلاء را پر کنند که نه به متن صرف اتکا کرده و نه واقعیت عریان، خشن و خلاف اصول و مبانی را مبنا قرار داد. البته آن‌ها همیشه در خلاء بین متن و عمل نیستند بلکه گاه ممکن است علاوه بر آنچه در متن قانون اساسی وجود دارد تعهدی را بر بازیگران تحمیل کنند (Heard, 2013:5). یکی از مهم‌ترین کارکردهای آن‌ها در کشورهای دارای قانون اساسی نوشته تغییر قانون اساسی است؛ به عبارت دیگر، یک راه قابل انعطاف برای تغییر قانون اساسی از طریق اصلاح و توسعه رویه‌های اساسی است که در ادامه این کارکرد مهم را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

یکی از چالش‌های مهم حقوق اساسی تغییر قانون اساسی است. قوانین اساسی از یک طرف برای فراهم کردن چارچوب دائمی و استوار برای حکومت به وجود آمده‌اند و از طرف دیگر به مثابه یک نهاد باید بتوانند خود را با شرایط تطبیق دهند تا همچنان معتبر بمانند (Ginsburg, 2009: 81).

قانون اساسی به صورت رسمی از طریق اصلاح و بازنگری تغییر می‌کند. در رویکردهای کلاسیک به قانون اساسی تنها راه تغییر قانون اساسی از راه‌های رسمی است که در خود قانون اساسی پیش بینی شده است. راه دیگر تغییر قانون اساسی با انقلاب یا جایگزین کردن یک قانون اساسی جدید به جای قانون اساسی قدیم است.

روش رسمی دارای این مشکل است که در همه قوانین اساسی اصولی غیرقابل تغییر اعلام شده‌اند که تنها راه تغییر آن‌ها انقلاب و تغییر نظام سیاسی است؛ اما به باور برخی دیگر از حقوق دانان، انقلاب تنها در سیاست نیست و انقلاب در معانی حقوقی هم می‌تواند رخ بدهد (Preuss, 1995:81). از این رو، روش‌های دیگری برای تغییر قانون اساسی نیز وجود دارند که به روش‌های تغییر غیررسمی قانون اساسی معروف‌اند. بازنگری و تغییر غیررسمی وقتی است که معنی قانون اساسی تغییر می‌کند (Passchier, 2017:1). تغییر غیررسمی قانون اساسی در کشورهای دارای قانون اساسی نوشته به سختی پذیرفته می‌شوند. گریفین می‌گوید اگر این ایده را بپذیریم بنابراین تغییر سیاسی می‌تواند بر معنی قانون اساسی نوشته تأثیر بگذارد و این مسئله‌ای نیست که حقوق دانان به راحتی بپذیرند (Griffin, 2006:13). به هر حال گذشت زمان نشان داده است که قانون اساسی با روش‌های غیر رسمی نیز اصلاح می‌شود و تغییر می‌یابد که البته این اصلاحات با چشم غیر مسلح دیده نمی‌شوند. تغییر قانون اساسی از طرق غیررسمی به چند صورت رخ می‌دهد که معروف‌ترین این روش‌ها رویه‌های اساسی و تفسیر دادرسی اساسی است. ایده تغییر غیررسمی قانون اساسی توسط رویه‌های اساسی امروزه دیگر پذیرفته شده است و حتی کمیسیون ونیز در سال ۲۰۰۹ در گزارشی اعلام کرد که اصلاح رسمی تنها راه تغییر قانون اساسی نیست و حتی در برخی کشورها مهم نیست و رویه‌های اساسی نانوشته را به عنوان یکی از راه‌های تغییر قانون اساسی اعلام کرد (Strusburg, 2009- para 109).

به باور محققینی که در خصوص تغییر قانون اساسی توسط رویه‌های اساسی تحقیق کرده‌اند آن‌ها به دو طریق معنای متن قانون اساسی را تغییر می‌دهند. نخست ادغام یا ترکیب چیزی جدید در متن قانون اساسی بدون نوشتن یک متن جدید و دوم انکار کردن و از بین بردن غیررسمی متن قانون اساسی بدون نقض رسمی آن است (Albert, 2015:391). در روش اول چیزی به قانون اساسی اضافه می‌شود و در روش دوم چیزی از آن کم می‌شود.

ادغام یا ترکیب ممکن است به وسیله احساس خلاء و یا بی‌اعتباری پدید آید.



این حالت، مربوط به زمانی است که رویه‌های اساسی مربوط به موضوعی هستند که در متن قانون اساسی نیست و یک خلاء احساس می‌شود. برای مثال، در قانون اساسی آمریکا رئیس‌جمهور برای چهار سال انتخاب می‌شود و در خصوص انتخاب مجدد او سخنی گفته نشده بود و رویه‌های اساسی این خلاء را پر کردند (Albert, 2015:394). همچنین ممکن است به علت ادغام و پالایش به وجود بیایند که برعکس حالت اول که در قانون اساسی یک موضوع نیامده بود، در این حالت یک مسئله در حال حاضر در قانون اساسی مطرح است و رویه اساسی چیز جدیدی را به فهم ما از قانون اساسی اضافه می‌کند که با متن قانون اساسی و نقشه آن تعارض ندارند. مثلاً در قانون اساسی کانادا آمده بود که اصلاح قانون اساسی از طریق پارلمان انگلیس است اما در عمل اجرا نشد (Albert, 2015:396).

انکار و از بین بردن زمانی رخ می‌دهد که سنت‌های سیاسی - که رویه هستند - جای متن را می‌گیرند که خود بر دو حالت‌اند: حالت اول انکار به وسیله آفریدن یک خلاء است. یعنی یک رویه می‌تواند از لحاظ کارکردی و به صورت غیررسمی چیزی از یک قانون اساسی نوشته را حذف کند و یک خلاء در آن مکان ایجاد کند؛ به عبارت دیگر، بخشی از قانون اساسی را غیر قابل استعمال می‌کند یعنی مسئله‌ای در قانون اساسی وجود دارد که هرگز اجرانشده است (Albert, 2015:400). در این حالت، بازیگران سیاسی چیزی را به وجود می‌آورند و برای آینده عمل می‌کنند. برای مثال، در قانون اساسی ۱۸۶۷ کانادا آمده است که حکومت فدرال قدرت ردّ مصوبات محلی را دارند، اما این مسئله هرگز مورد استفاده قرار نگرفت. یعنی رویه‌های اساسی اجازه نداده‌اند حکومت فدرال این حق اساسی خود را به کار ببرد. حالت دوم، جایگزینی است. این روش از حالت قبلی فراتر می‌رود و رویه‌های اساسی با یک قاعده محکم در قانون اساسی تعارض می‌یابند (Albert, 2015:401)؛ یعنی یک عمل سیاسی نانوخته جایگزین متن قانون اساسی می‌شود. نقطه مرکزی هر چهار حالت، آفریدن یک رویه اساسی است.

## ۵. رویه‌های اساسی در مکاتب حقوق عمومی

مکاتب حقوق عمومی از حوزه‌های ناشناخته و کمتر کار شده در این دانش است. مکاتب، عنصر اصلی و نقطه آغاز در هر دانشی است و تا زمانی که مکتب و نوع نگرش یک فرد به حقوق عمومی مشخص نباشد نمی‌توان از اندیشه منسجم او سخن گفت. یک تمایز مهم در حقوق عمومی تمایز بین امر واقع و ایدئال است. در سنت انگلیس این تمایز بین امر واقع<sup>۱</sup> و ارزش<sup>۲</sup> است، اما در سنت فرانسه و آلمان بین امر واقع و هنجار<sup>۳</sup> است. این تمایز را بین دو رویکرد واقع‌گرایی و ایدئالیسم هم دانسته‌اند. مارتین لاگلین در یکی از کتاب‌های خود که اثری مهم در مکاتب حقوق عمومی است کوشش کرده است نگرش‌های حقوق عمومی را از این موضع تقسیم‌بندی کند. البته، او بیشتر به سنت انگلیسی‌زبان و خصوصاً انگلستان اشاره می‌کند. از این رو، اشاره به نوع نگرش و مکاتب و اشخاص مهم در ایتالیا، آلمان و فرانسه بسیار موجز و کوتاه است. باور لاگلین، ایدئالیست‌های حقوق عمومی شامل هنجارگرها و کارکردگرها می‌شوند (Loughlin, 1992:59). در هنجارگرایی خودمختاری مهم است، ولی برای کارکردگرها تغییرات مهم است. هنجارگرها معتقدند حقوق پیشادولتی هستند، اما کارکردگرها می‌گویند حقوق از دولت سرچشمه می‌گیرند. به نظر کارکردگرها دموکراسی ایده‌های اخلاق و سیاست را نمایش می‌دهد، اما برای هنجارگرها دموکراسی مشارکت در یکنواختی و متحدالشکلی است. آزادی در نظر هنجارگرها به معنی فقدان اجبار است، ولی به نظر کارکردگرها فعالیت است (Loughlin, 1992:62). او سپس هنجارگرها را به دو دسته لیبرال و محافظه‌کار تقسیم کرده و فردریش فون هایک<sup>۴</sup> و مایکل اکشات<sup>۵</sup> را به عنوان نماینده هر یک از این دو دسته نام می‌برد و از میان حقوق دانان دایسی و وید را هنجارگرای محافظه‌کار و دورکین<sup>۶</sup> را هنجارگرای

- 
1. Fact
  2. Value
  3. Norm
  4. Friedrich August vonHayek
  5. MichaelJoseph Oakeshott
  6. Ronald Myles Dworkin

لیبرال می‌داند. به نظر او، کارکردگراها ریشه در سوسیالیسم دارند و رقیب راست‌های محافظه‌کار و لیبرال هستند و آن‌ها را به سه دسته پوزیتوریسم جامعه‌شناسانه (دوگی) مکتب تحول اجتماعی (اسپنسر و فابیان‌ها) و پراگماتیسم (جیمز و دیویی) تقسیم می‌کند و کتاب را به شرح آرای این دو مکتب اختصاص می‌دهد. به باور لاگلین، کارکردگرایی در قرن نوزده و اوایل قرن بیستم بسیار مهم بود. آن‌ها باعث شکل‌گیری مفهوم ارگانیک از جامعه و دموکراسی به عنوان عمل شدند و رابطه بین فلسفه و سیاست و به عبارت دیگر، زندگی و تفکر مهم شد، زیرا تا قبل از این تاریخ فلسفه رابطه معناداری با زندگی واقعی نداشت. بی‌شک صنعتی شدن کشورها در این جریان بسیار نقش داشت (Loughlin, 1992: 125). در هر دو نگرش به حقوق عمومی رویه‌های اساسی پذیرفته شده‌اند. بسیاری از طرفداران رویکردهای هنجاری همچون دایسی و دورکین این مفهوم را پذیرفته‌اند. همچنین نگرش‌های کارکردگرایی نیز می‌تواند راه را برای رویه‌های اساسی باز کند، زیرا آن‌ها به عمل سیاسی توجه می‌کنند و کارکرد یک عمل برای آن‌ها مهم‌تر است.

یک مکتب مهم دیگر نیز در حقوق عمومی وجود دارد که به واقع‌گرایی معروف است. کارل اشمیت<sup>۱</sup> قهرمان این مباحث است. در آلمان در دهه‌های نخست قرن بیستم با آرای افرادی مانند کارل اشمیت برداشت‌های جدیدی از قانون اساسی پدید آمد که رویکردی واقع‌گرایانه به قانون اساسی داشتند. در رویکرد واقع‌گرایی، امر واقع به عنوان امر مطلوب پذیرفته می‌شود و برخلاف ظاهر امر، رویه‌های اساسی در این مکتب جایی ندارند؛ زیرا واقع‌گراها به متن قانون اساسی اعتقادی ندارند و همه‌چیز را در امر سیاسی و امر واقعی می‌بینند و تصمیم حاکم را اساس حقوق می‌دانند. در رویکرد واقع‌گرایی، جایی برای قانون اساسی وجود ندارد و رویه‌های اساسی هم به طریق اولی مطرح نمی‌شوند. در این رویکرد، ما با واقعیت عریان و خشن سیاست مواجه هستیم و فرمان حکومت لازم‌الاجراست.

به هر حال حقوق عمومی فرآورده تأملات سیاسی و ایدئولوژی‌های سیاسی است

1. Carl Schmitt

و حقوق اساسی محصول توسعه و تحول تاریخی دولت‌هاست که تاریخ نقش مهمی در آن باز می‌کند. حقوق عمومی روابط بین افراد و دولت و سایر نهادهای دولت را تنظیم می‌کند و با تاریخ، سیاست اقتصاد و دیگر نظم‌ها در جامعه سیاسی مرتبط است و نمی‌توان آن را به تنهایی فهمید. حقوق عمومی مرتبط با دولت است و ساختار آن ثابت نیست و با تغییرات دولت تغییر می‌یابد (Elliott&Feldman, 2015:1). در حقیقت نگرش‌های حقوق عمومی انعکاس دهنده نگرش‌های دولت هستند (Elliott&Feldman, 2015:5) و روابط پیرامونی در جهان هم بر حقوق عمومی تأثیر می‌گذارند. چنانکه قواعد اتحادیه اروپا در حقوق عمومی انگلیس نقش مهمی بازی می‌کند و همان‌گونه که برخی محققین نشان داده‌اند حاکمیت پارلمان در انگلیس با این جریانات تغییر کرده است (Elliott&Feldman, 2015:10).

#### ۶. مفاهیم مشابه با رویه‌های اساسی

یکی از مسائل بسیار مهم در خصوص مفهوم شناسی رویه‌های اساسی، نسبت آن‌ها با عرف‌های اساسی است. عرف اساسی مفهومی ریشه‌دار در حقوق اساسی است. کشورهای دارای قانون اساسی نوشته در خصوص پذیرش این مفهوم اختلاف نظر جدی دارند، زیرا به باور آن‌ها عرف برای کشورهایی است که قانون اساسی نوشته ندارند. عرف یکی از منابع حقوق است و در کنار قانون، رویه قضایی و سایر منابع در همه شاخه‌های حقوق حضور پررنگ دارد و به عنوان یکی از منابع حقوق و شاخه‌های معرفتی می‌شود (رک. کاتوزیان ۱۳۷۸: ۱۷۷ تا ۱۸۹). برخی آن را از منابع اصلی و برخی منبعی ثانوی می‌دانند. عرف اساسی در حیطه مباحث مربوط به عرف و به عنوان یکی از ظهورات عرف در حقوق مورد بررسی قرار می‌گیرد. برای اینکه عرف اساسی بتواند به رسمیت شناخته شود به دو عنصر مادی و معنوی نیاز دارد (برای دیدن این دو عنصر رک. رایلز، منتشر نشده؛ پروین ۲۳۹-۱۳۹۵: ۲۴۳؛ عباسی ۱۳۸۵: ۱۶۳). به باور محققین، عنصر مادی عرف اساسی شامل فعل یا ترک فعل می‌شود و برای این کار چند شرط لازم است که تکرار، تداوم، وضوح، عمومیت، ثبات و اجماع از مهم‌ترین این شروط

هستند. عنصر معنوی نیز به اعتقاد مردم و الزامی بودن عمل اشاره می‌کند. البته در خصوص این عناصر نیز اتفاق نظری وجود ندارد. برای نمونه، به باور برخی برای عنصر مادی نیازی به تکرار نیست، زیرا زمانی که مردم اراده خود را اعلام می‌کنند - از آنجا که آن‌ها قدرت مؤسس را در اختیار دارند - به معنای نسخ اعلام اراده قبلی آن‌هاست و باید به این اراده جدید عمل کرد (کاپیتان، ۱۳۹۶: ۳۷۰).

در خصوص جایگاه عرف اساسی نیز بحث‌هایی مطرح است. برخی آن را دارای ماهیتی حقوقی و برخی غیرحقوقی می‌دانند. همچنین، برخی آن را دارای ارزشی فراتر از قانون اساسی و برخی پایین‌تر از قانون اساسی می‌دانند (رایلز، منتشر نشده). همچنین، برخی معتقدند عرف هرگز به لغو یا تغییر یک قاعده قانونی مشخص و مکتوب در حقوق اساسی نمی‌انجامد (پروین، ۱۳۹۵: ۲۳۱)، زیرا عرف اساسی نه تنها با اساس قانون اساسی نوشته در تضاد است، بلکه می‌تواند زمینه‌ای را به وجود بیاورد که منجر به نقض مکرر قانون اساسی شود. با این حال، بسیاری با این سخن موافق نیستند چنانکه رنه کاپیتان<sup>۱</sup> به درستی گفته است هرچند حقوق فرانسه، نوشته است اما همیشه سرچشمه و ریشه‌اش در عرف بوده و مفهوم قانون اساسی از مفهوم عرف انباشته شده است (کاپیتان، ۱۳۹۶: ۳۶۲).

در خصوص موقعیت عرف اساسی در سنت‌های دارای قانون اساسی نوشته، اختلاف نظراتی وجود دارد. افرادی مانند کاره دومالبر، هوریو، اسمن و شوالیه معتقدند که قاعده اساسی را فقط قوه مؤسس خلق می‌کند و عرف، غیر الزامی است؛ اما کسانی مانند رنه کاپیتان، دوگی و ژرژسل از موافقان این مفهوم هستند و مشارکت اشخاص را در خلق قواعد اساسی مهم می‌دانند (پروین، ۱۳۹۵: ۲۳۴-۲۳۶). نکته مهم دیگر در خصوص عرف‌های اساسی این است که آن‌ها در نسبت با متن قانون اساسی فهمیده می‌شوند و تقسیم‌بندی انواع عرف‌های اساسی نیز بر اساس رابطه با قانون اساسی فهمیده می‌شود. بر این اساس، عرف‌های اساسی را به سه نوع عرف تفسیرکننده قانون اساسی، عرف تکمیل‌کننده قانون اساسی که نقص قانون اساسی را تکمیل می‌کند و عرف تعدیل‌کننده

1. René Marie Alphonse Charles Capitant

قانون اساسی که چیزی به قانون اساسی اضافه یا کم می‌کند؛ تقسیم کرده‌اند (پروین، ۱۳۹۵: ۲۴۳-۲۴۶؛ پروین، ۱۳۹۲: ۸۸-۹۲؛ کاپیتان، ۱۳۹۶: ۳۷۱).

عرف و رویه‌های اساسی هر دو از مصادیق اصول نانوشته قانون اساسی هستند و هر دو مربوط به نهادهای سیاسی هستند نه رویه قضایی (بوساک، ۱۳۹۷). در خصوص نسبت بین رویه‌های اساسی و عرف اساسی چند نظر وجود دارد: برخی رویه‌ها را مقدمه‌ای برای رسیدن به عرف‌های اساسی می‌دانند، برخی آن دو را یک چیز می‌دانند که در کشورهای مختلف با عبارات متفاوت بیان می‌شود و برخی آن‌ها را دو چیز متفاوت می‌دانند (Heard, 2013: 5). به سختی می‌توان پذیرفت که عرف اساسی و رویه اساسی یک چیز هستند. اگر آن دو یک امر واحد بودند نیازی نبود که دایسی آن‌قدر بر روی این مفهوم تأکید جدی کند و اثبات آن در انگلستان بحث‌های زیادی را برانگیزاند، زیرا عرف مفهومی ریشه‌دار در حقوق انگلستان و در حقیقت اساس حقوق انگلستان است و حتی حقوق انگلستان را حقوق عرفی گفته‌اند. دایسی نیز در نزدیک به چهارصد صفحه کتاب خود به این مسئله اشاره نکرده است. او بارها در کتاب خود به عرف اشاره کرده اما هرگز به نسبت بین عرف اساسی و رویه اساسی اشاره‌ای نکرده و در فصلی از کتاب خود که به رویه‌های اساسی اختصاص داده نیز به نسبت بین عرف و رویه اساسی اشاره‌ای نکرده است. او تنها در یکجا از کتاب خود می‌گوید بخشی از قانون اساسی که توسط دادگاه الزامی نمی‌شود عرف یا رویه نامیده می‌شود و بخش دیگر قانون است (Dicey, 1982: 312). علاوه بر این، در کشوری مانند فرانسه اصطلاح عرف‌های اساسی سابقه‌ای بسیار طولانی دارد اما اصطلاح رویه‌های اساسی برای نخستین بار توسط پیر آوریل<sup>۱</sup> به کار برده شد (بوساک، ۱۳۹۷). همچنین، رویه‌ها را نمی‌توان مقدمه عرف اساسی نامید، زیرا اگر مقدمه عرف باشند تا زمانی که تبدیل به عرف نشده‌اند نمی‌توان برای آن‌ها ضمانت اجرا در نظر گرفت؛ اما رویه‌ها وجود واقعی دارند و در نظام حقوق اساسی پذیرفته شده‌اند. چنانکه رنه کاپیتان متذکر شده است عرف جایگاه محکمی در حقوق اساسی ندارد و الزام به آن تنها در صورتی است که

---

1. Pierre Avril

قانونی وجود داشته باشد و همیشه اثری از قانون در آن وجود دارد (کاپیتان، ۱۳۹۶: ۳۶۳). رویه‌های اساسی برای نخستین بار در سنت انگلستان مطرح و گفته شد اعمالی سیاسی هستند که از حوزه حقوق و قواعد حقوقی خارج‌اند. به همین دلیل، دایسی آن‌ها را قواعد حقوقی نمی‌داند، ولی عرف قاعده‌ای حقوقی است. همچنین عرف تنها در نسبت با قانون اساسی فهمیده می‌شود، در حالی که رویه‌های اساسی قسمتی از قانون اساسی و عین آن است.

در حقوق اساسی مفهوم دیگری نیز وجود دارد که رویه‌های ساده حقوق اساسی هستند. همان‌گونه که فیلیپ اردان<sup>۱</sup> به درستی گفته است، رویه‌های ساده اساسی در راستای اجرای قانون اساسی به وجود می‌آیند و دارای ارزش سیاسی هستند نه حقوقی. از این رو نمی‌تواند ایجاد الزام کنند؛ به عبارت دیگر اجرای آن‌ها از روی عادت و به خاطر تکرار توسط پیشینیان است. اگر کسی آن‌ها را اجرا نکند مورد بازخواست قرار نخواهد گرفت و عمل نکردن به آن ضمانت اجرایی ندارد. این رویه‌ها برخلاف عرف هم ممکن است کاملاً با قانون اساسی منطبق باشند و هم آن را نقض کنند. مثلاً اینکه انتخابات در فرانسه همیشه یکشنبه‌ها برگزار می‌شود یا شورای وزیران چهارشنبه صبح جلسه دارند یا در جمهوری پنجم سیاست خارجی با رئیس‌جمهور است رویه‌های ساده هستند نه عرف اساسی یا رویه اساسی (اردان، ۱۳۸۹: ۹۲-۹۱). برخلاف عرف که در کنار قانون فهمیده می‌شوند و برخلاف رویه‌های ساده که الزامی ندارند و ارزش سیاسی دارند نه حقوقی، رویه‌های اساسی جزئی از قانون اساسی هستند و در حقیقت خود قانون اساسی و مکمل‌های اجتناب‌ناپذیر قانون اساسی هستند.

### نتیجه‌گیری

چنانکه در این مقاله دیدیم قانون اساسی دارای لایه‌های متعددی است و نمی‌توان متن قانون اساسی را به عنوان حسن ختام امور در نظر گرفت. قانون اساسی مانند هر مفهوم دیگری در جهان واقعی با مسائل و مشکلات متعددی روبروست و متن با جهان واقعی

رابطه نزدیکی دارد. در این میان، تأکید بیش از حد بر جهان واقعی نتیجه‌ای جز تن دادن به امر واقع نخواهد داشت که البته در بسیاری از مواقع به نقض قانون اساسی منجر خواهد شد. همچنین تأکید بیش از اندازه بر متن قانون اساسی نیز به نقض متعدد قانون اساسی منجر خواهد شد، زیرا هر وقت اصراری وجود داشته باشد که متن حسن ختام و پایان همه موارد است جهان واقعی به سمت و سوی دیگری پیش می‌روند. از این روست که بسیاری از نویسندگان بر این مسئله تأکید کرده‌اند که همیشه میان متن قانون اساسی و جهان واقعی یک خلاء وجود دارد که باید پر شود. پر کردن این خلاء و گسل یکی از دغدغه‌های اصلی تئوری‌های حقوق اساسی است و تأملات بنیادینی در این خصوص صورت گرفته است که به آن‌ها اصول نانوخته قانون اساسی گفته می‌شود. این اصول، گستره وسیعی را شامل می‌شود که یکی از اساسی‌ترین مصادیق آن رویه‌های اساسی هستند.

رویه‌های اساسی هم در کشورهای دارای قانون اساسی نانوخته و هم نوشته حضور دارند. در کشورهای دارای قانون اساسی نانوخته وجود آن‌ها دارای توجیهات و مبانی غیرقابل انکاری است. تأملات دایسی و جنینگز در این خصوص بسیار درخشان هستند. در کشورهای دارای قانون اساسی نوشته این مفهوم به اعمال بازیگران سیاسی گفته می‌شود که برای دیگران تعهد ایجاد می‌کند و مورد پذیرش همه گروه‌های درگیر در بحث و نیز افکار عمومی است. آن‌ها در حقیقت اعمال سیاسی هستند که جزئی از حقوق اساسی و قانون اساسی بوده در بسیاری از مکاتب حقوق عمومی مانند مکتب هنجارگرایی و کارکردگرایی مفهومی پذیرفته شده‌اند. رویه‌های اساسی دارای کارکردهای متعددی هستند که هم در تفسیر قانون اساسی به کار می‌آیند هم در توجیه جهان واقعی، اما مهم‌ترین کارکرد آن‌ها نقش این مفهوم در تغییر قانون اساسی است که در برخی مواقع چیزی به قانون اساسی اضافه و در برخی مواقع چیزی از آن کم می‌کنند.

هدف این مقاله طرح این بحث در سطح نظری و تئوری‌های حقوق اساسی بود؛ زیرا به نظر می‌رسد تا زمانی که سطوح نظری بحث به نحو دقیق مطرح نشوند، نتوان از



مصادیق آن سخن گفت. با طرح این مباحث نظری، در مرحله بعد می‌توان به مصادیق این رویه‌ها در حقوق اساسی ایران پرداخت. حقوق اساسی ایران دیرگاهی است که با مشکلات متعددی درگیر است و مسائل زیادی در جهان واقعی و حوزه سیاست و بازیگران آن رخ داده است که حقوق اساسی ناچار است در خصوص آن اتخاذ موضع کند. برخی به سراغ توجیه سیاست عریان رفته‌اند و هرچه حاکم انجام می‌دهد و اراده می‌کند را بخشی از قانون اساسی یا مطابق آن می‌دانند و برخی دیگر به نقد بی‌رحمانه این اعمال به علت نقض قانون اساسی دست زده‌اند. هیچ کدام از این دو روش راه به جایی نخواهد برد. به نظر می‌رسد این مفهوم می‌تواند برخی از لایه‌های حقوق اساسی در ایران را توضیح دهد که بررسی آن‌ها نیازمند نوشته مستقلی است.

### منابع

#### الف. فارسی

اردان، فیلیپ (۱۳۸۹) **حقوق اساسی و نهادهای سیاسی**، ترجمه رشید انصاریان، اهواز: انتشارات دانشگاه شهید چمران اهواز.

بوساک، مانون آلتوگ (۱۳۹۷ منتشر نشده) «**عرف اساسی رویکرد نظری و عملی (نمونه فرانسه)**» ترجمه سید ناصر سلطانی، سخنرانی در دانشگاه پردیس فارابی قم.

پروین، خیرالله (۱۳۹۵) «**درآمدی بر مفهوم و موازین عرف حقوق اساسی**»، پژوهش‌های فقهی، دوره دوازدهم، شماره ۲، صص ۲۲۹-۲۵۶.

پروین، خیرالله (۱۳۹۲) «**از قانون اساسی عرفی تا عرف حقوق اساسی**»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۳ شماره ۲، صص ۹۱-۱۱۰.

ریالز، استفان (منتشر نشده) «**تحولات جایگاه حقوقی عرف اساسی در حقوق اساسی فرانسه**»، ترجمه سیدناصر سلطانی.

سلطانی، سیدناصر (۱۳۹۶) «**اعتبار سنجی عرف و رویه‌های قانون اساسی**»، فصلنامه

- دانش حقوق عمومی، سال ششم، پاییز و زمستان، شماره ۳، صص ۹۱-۱۱۰.
- عباسی، بیژن (۱۳۸۵) «عرف در حقوق اساسی»، حقوق اساسی، شماره ۶ و ۷، صص ۱۶۹-۱۶۱.
- کاپیتان، رنه (۱۳۹۶) «عرف اساسی»، ترجمه سید ناصر سلطانی، مندرج در از حق‌مداری تا حکومت قانون؛ مجموعه مقالات اهدایی به دکتر محمد محمدی گرگانی، تهران: انتشارات گنج دانش.
- کاپیتان، رنه (منتشر نشده) حقوق اساسی نانوشته، ترجمه سیدناصر سلطانی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸) مقدمه علم حقوق: تهران: شرکت سهامی انتشار.
- لاسال، فردیناند (۱۳۹۰) «قانون اساسی چیست؟»، مجله مهرنامه، شماره ۱۳، صص ۴۷-۴۱.

#### ب. انگلیسی

- Albert, Richard (2016) "Quasi Constitutional Amendments", **Buffalo Law Review**, Vol. 65, pp.739-770.
- Albert. Richard (2015) "How Unwritten Constitutional Norms Change Written Constitutions", **Dublin University Law Journal**, No 38 (2), pp.386-417.
- Barchet, Bruno (2015) **A History of Western Public Law: Between Nation and State**, London: Springer Press.
- Barnett, Hillarie (2010) **Understanding Public Law**, London: Routledge and Cavendish Publishing.
- Bartlett, Gail, Michael, Everett (2017) "The Royal Prerogative", Briefing paper, House of Commons Library, London. 17 August. pp.1-25 available in: <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN03861>
- Binnie, Ian (2011) Justice Charls Gonthier and the unwritten principle of constitution, Notes Prepared for an Address to be Delivered at a Celebration of the Life and Work of Justice Charles. Gonthier to be Held at McGill University on May 2002. Available in: [http://www.cisd.org/wp-content/uploads/2018/05/Confrence\\_Charles\\_D\\_Gonthier\\_-\\_Ian\\_Binnie.pdf](http://www.cisd.org/wp-content/uploads/2018/05/Confrence_Charles_D_Gonthier_-_Ian_Binnie.pdf)
- Caulfield, Megan (2012) "Constitutional Convention in the U.K: Should

- They be Codifies”, **Manchester Study Law Review**, Vol. 12, pp.42-48.
- Corwin, Edward (1921) **The Constitution and What it Means Today, Second edition**, New Jersey: Princeton University Press.
- Dicey, Albert (1982) **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, London: Liberty Classe Press.
- Elliott, Mark, David Feldman (2015) **Public Law**, Cambridge: Cambridge University Press.
- Gerken, Heather K. (2007) “The Hydraulics of Constitutional Reform: A Skeptical Response to Our Undemocratic Constitution”, **Drake Law Review**, No. 55, pp.925-951.
- Ginsburg, Tom, James Melton, Zachary Elkins (2009) **The Endurance of National Constitutions**, *New York*: Cambridge University Press.
- Griffin, Stephan (2006) “Constituent Power and Constitutional Change in American Constitutionalism”, **Tulane Public Law Research Paper**, No. 06-12, pp.1-30.
- Grimm, Dieter (2016) **Constitutionalism (Past, Present, Future)**, New York: Oxford University Press.
- Haberle, Peter (2000) “The Constitutional State and its Reform Requirements”, **Ratio Juris Jurnal**, Vol. 13, Issue 1, March. pp.77-94.
- Heard, Andrew David.(2014) **Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics**, Toronto: Oxford University Press.
- Heard, Andrew David (2015) “Constitution Convention and Witten Constitution: the Rule of Law Implication in Canada”, **Dublin University Law Journal**, Vol. 38 (2), pp.331-361.
- Heard, Andrew David, (1995) “Constitutional Convention and Election Campaigns”, **Canadian Parliamentary Review**, Vol. 18, No. 3, pp.19-22.
- Jacobsohn, Gary J. (2006) “Constitutional Identity”, **The Review of Politics**, No. 361. pp. 361-397.
- Jenings, Ivor (1959) **The Law and the Constitution**, London: University of London Press.
- lesuear, Anderew, Javan Herberg. Rosalind English (1999) **Principle of Public Law**, London: Cavendish Publishing
- Loughlin.Martin (1992) **Public Law and Political Theory**, Oxford: Clarendon Press.
- Loveland, Ian (2012) **Constitutional Law, Administrative Law, and**

- Human Rights: A Critical Introduction**, Six Edition, London: Oxford University Press.
- Lutz, Donald, (2007) **Principles of Constitutional Design**, New York: Cambridge University Press.
- Marshall, Geoffrey (1984) **Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability**, *New York*: Oxford University Press.
- McIlwain, Charles Howard. (1947) **Constitutionalism: Ancient and Modern**, New Jersey. Published by Liberty Fund. E Book.
- Munro, William Bennett (1930) **The Makers of the Unwritten Constitution. Fred Morgan Kirby Lectures**, New York: Lafayette College.
- Murphy, Walter. James E. Fleming, Sotirios A. Barber, (1986) **American Constitutional Interpretation**, New York: Foundation Press.
- European Commission for Democracy through Law- **the Venice Commission of the Council of Europe** (2009) Final Draft Report on Constitutional Amendment Procedure. Strasburg. available in: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL\(2009\)168-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL(2009)168-e)
- Passchier, Reijer (2017) **Informal Constitutional Change: Constitutional Change without Formal Constitutional Amendment in Comparative Perspective**, Amsterdam: Ipskamp Press.
- Passchier, Reijer, Giuseppe Ferrari. Wim J. M. Voermans (2018) "The Dutch Constitution beyond 200: Tradition and Innovation in a Multilevel Legal Order", Eleven International Publishers, Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3116161>
- Preuss, Ulrich K. (1995) **Constitutional Revolution: The Link Between Constitutionalism and Progress**, London: Humanities Press.
- Roznai, Yaniv (2017) **Unconstitutional Constitutional Amendment: The Limits of Amendment Powers**, New York: Oxford University Press.
- Shigong, Toing (2010) "Written and Unwritten Constitution: A New Approach, the Study of Constitutional Government in China", **Modern Chani Journal**, Vol. 36, No. 1, pp. 12-46.
- Thorpe, Francis N. (1902) **The Constitutional History of the United States**, Chicago: Callaghan & Company Press.
- Tomkins, Adam (2003) **Public Law**, London: Clarendon Law Press.
- Tushnet, Mark (2004) "**Constitutional Hardball**", *John Marshall Law Review*, No.37, pp.523-553.

- Wheare, Kenneth Clinton (1951) **Modern Constitutions**, New York: Oxford University Press.
- Whittington, Keith (2013) “The Status of Unwritten Constitutional Conventions in the United States”, **University of Illinois Law Review**, No. 5, pp.101-124.
- Yong.Ernest (2007) “The Constitution Outside the Constitution”, **Yale Law Journal**, No. 117, pp. 408-473.