

## اعتبارسنجی عرف و رویه‌های قانون اساسی

سیدناصر سلطانی<sup>\*</sup>

۱. استادیار حقوق عمومی دانشگاه تهران (پردیس فارابی)، قم، ایران

پذیرش: ۱۳۹۶/۶/۲۰

دریافت: ۱۳۹۶/۲/۱۶

### چکیده

خواندن متن قوانین اساسی در شناختن نحوه‌ی عملکرد نظام سیاسی کافی نیست. رویه‌ی موجود در انتخاب وزیر اطلاعات از جمله مواردی است که در متن قانون اساسی نوشته شده و در دیگر مقررات چیزی درباره‌ی آن نیامده است. رویه‌های جاری مبتنی بر متن نوشته‌ی قانون اساسی نیستند. موضوع این مقاله پرسش درباره‌ی فاصله‌ی میان متن نوشته‌ی قانون و عملکرد واقعی نهادهای قانونی است. این رویکرد پاسخ به کسانی است که همه قانون اساسی را در متن نوشته‌ی آن می‌بینند و بدان اصرار دارند. اینان موضوع حقوق اساسی را به متن نوشته‌ی قانون و آرا و نظریات شورای نگهبان محدود می‌کنند. چنین رویکردی تصویری ناقص و نارسا از قانون اساسی به نمایش گذاشته است. نهادهای قانون اساسی با نظر به توازن قوای سیاسی صلاحیت‌های خود را موسع یا مضیق تفسیر می‌کنند. این مقاله قصد دارد تا توجه به این مقولات را در مطالعه‌ی حقوق اساسی ایران تذکر دهد. کوشش خواهیم کرد از یک سو نشان دهیم آیا نظریه‌ی حقوق اساسی ایران می‌تواند مبنایی برای پذیرش این قواعد فراهم کند و از سوی دیگر چه موازین و معیارهایی بر این نوع قواعد حاکم است.

**کلیدواژه‌ها:** اخلاق و آداب مربوط به اجرای قانون اساسی، اصول نانوشته قانون اساسی، رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی، عرف اساسی، قانون اساسی نوشته.

## مقدمه

بنابر اصول ۱۳۳ و ۱۳۶ قانون اساسی ج.ا.ا «وزراء توسط رئیس‌جمهور تعیین و برای گرفتن رأی اعتماد به مجلس معرفی می‌شوند...» و «رئیس‌جمهور می‌تواند وزراء را عزل کند و در این صورت باید برای وزیر یا وزیران جدید از مجلس رأی اعتماد بگیرد...». بنابر منطوق و مفهوم این اصول اختیار عزل و نصب وزراء با رئیس‌جمهور است. از آغاز انتخاب وزراء، از نخستین دوره‌ی اجرای اصل تا امروز، در مورد عزل و نصب برخی از اعضای هیأت دولت باید نظر رهبری تأمین می‌شد و این دسته از اعضای هیأت دولت با نظر و تأیید رهبری انتخاب و به مجلس معرفی می‌شدند. این رویه و سابقه، قاعده‌ای نانوشته در حقوق اساسی ایران بود که در هر دوره به نسبت جایگاه نخست‌وزیر یا رئیس‌جمهور در نظام سیاسی و توازن قوا و رابطه‌ی میان او و نهادها و قوای دیگر متغیر بود. اما در سال‌های اخیر برخوردهایی میان برخی از نهادهای قانون اساسی روی داد که آشکارا این قاعده‌ی نانوشته را در برابر دیدگان ناظران قرار داد و قیدهایی، روشن‌تر از پیش، بر این اصول قانون اساسی وارد کرد و نشان داد که رئیس‌جمهور در به‌کار بستن این اختیار و صلاحیت مبتنی بر قانون اساسی الزامات و مقدماتی را باید رعایت کند و در این خصوص گویا رویه و روالی برای اجرای این اصل ایجاد شده است.<sup>(۱)</sup>

نمونه‌ی برجسته‌ی این موضوع، عزل وزیر اطلاعات، حیدر مصلحی، از طرف رئیس‌جمهور وقت و مخالفت رهبر با این تصمیم و در پایان بازگشت وزیر به وزارتخانه بود. پس از استعفای وزیر و قبول استعفای ایشان از سوی رئیس‌جمهور وقت، مقام رهبری در تاریخ ۱۳۹۰/۱/۳۰ در نامه‌ی شماره‌ی ۱/۱۷۷۷۶ خطاب به «وزیر اطلاعات» نوشتند: «... از شما می‌خواهم بیش از پیش در انجام مأموریت‌های مهم داخلی و خارجی وزارت اطلاعات اهتمام به خرج داده و با سرمایه‌ی عظیمی که آن وزارتخانه از نیروی انسانی توانمند و انقلابی و متدین و فن‌آوری‌های روز برخوردار است و با حمایت دولت خدمتگزار و همکاری سایر نهادهای اطلاعاتی اجازه ندهید کوچک‌ترین فترت و سستی در انجام وظایف قانونی آن دستگاه مهم پیش آید...» (دفتر حفظ و نشر آثار آیت‌الله خامنه‌ای، ۱۳۹۰/۱/۳۱). حتی در نمونه‌ی انتصاب معاون اول، از رئیس‌جمهور وقت خواسته شده از آن‌جا که انتصاب مورد نظر ایشان «برخلاف مصلحت جنابعالی و دولت و موجب اختلاف» است، «لازم است انتصاب مزبور ملغی و کأن لم یکن» اعلام شود (دفتر حفظ و نشر آثار آیت‌الله خامنه‌ای، ۸۸/۴/۲۷).<sup>(۲)</sup>

در نامه مربوط به وزیر اطلاعات، رهبری مستقیماً وی را خطاب کرده و از او خواسته است بیش از پیش در انجام مأموریت‌های مهم داخلی و خارجی وزارت اطلاعات اهتمام به خرج دهد. تعلل رئیس‌جمهور در پذیرفتن حکم رهبری اعتراضات نیروی سیاسی بسیاری را

برانگیخت. از جمله یکی از نمایندگان مجلس گفته بود: «با توجه به شرایطی که در حال حاضر در کشور وجود دارد متأسفانه باید بگوییم که قانون اساسی در حال تعطیل شدن است و فراتر از آن مسئله‌ای سرنوشت‌ساز برای نظام اسلامی که همان حکم ولایت فقیه است مورد بی‌اعتنایی قرار می‌گیرد» (رسالت؛ ۱۱ اردیبهشت ۱۳۹۰).<sup>(۳)</sup> در این موضوع تعلل و طفره از قبول این حکم همچون «تعطیل شدن قانون اساسی» تلقی شده است.

همین‌جا باید میان حکم حکومتی و رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی تفکیک قائل شد. حکم حکومتی ماهیت پسینی دارد، یعنی پس از وقوع واقعه‌ای و اتخاذ تصمیمی وارد می‌شود. درحالی‌که رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی ماهیت پیشینی دارند، یعنی پیش از اتخاذ تصمیمات مقدمات خاصی باید ملاحظه و رعایت شود. باید به «مذاق» شکل‌گرفته در این حوزه‌ی خاص احترام گذاشته شود. در غیر این صورت به‌وسیله‌ی حکم حکومتی آن تصمیم در جهت تداوم رویه و «مذاق» ایجادشده اصلاح خواهد شد.<sup>(۴)</sup> براساس این ویژگی، تفاوت دیگری هم میان این دو نوع قاعده به‌دست می‌آید: حکم حکومتی دفعی و یکباره ظاهر می‌شود، درحالی‌که رویه‌ی اجرای قانون اساسی تدریجی است و در گذر زمان خلق می‌شود. حکم حکومتی اصولاً نیازی به تکرار ندارد تا معتبر باشد، درحالی‌که رویه‌ها باید تکرار شوند تا اعتبار یابند.

حتی اگر این رویه‌ها را ذیل اصل ۵۷ قانون اساسی بیابوریم و آن‌ها را ناشی از اختیارات حاصل از عبارت «زیر نظر ولایت مطلقه‌ی امر» بدانیم، باز هم نمی‌توانیم از عبارت اخیر همین اصل که تصریح کرده است «بر طبق اصول آینده‌ی این قانون» چشم‌پوشیم. با وجود این، اگر همچنان معتقد باشیم که این رویه‌ها از صلاحیت اختیاری نهفته در عبارت «زیر نظر ولایت مطلقه‌ی امر» نشأت گرفته‌اند و ولی‌فقیه نظر خود را به‌ترتیب مقرر در رویه‌ها اعمال می‌کند، در این صورت نیز این بیان اخیر نافی رویه‌های نانوشته‌ی قانون اساسی نیست، بلکه به معنای تبیین و تفسیر سازوکارهای اجرایی عبارت مذکور است. از این نظر توجه به این اصول و رویه‌های نانوشته و لازم است.

آخرین تحول این موضوع در آستانه‌ی انتخاب همکاران جدید دولت یازدهم روی داد و در ادامه‌ی بحث‌ها دفتر رهبری در تاریخ ۹۶/۵/۶ مطلبی را در پایگاه دفتر حفظ و نشر آثار رهبری مطلبی منتشر کرد. در بخشی از یادداشت گفته شده است: «رویه‌ی ثابت در همه‌ی دولت‌ها، هماهنگی با رهبری در انتخاب وزیران دفاع، امور خارجه و اطلاعات بوده است و این هم، حسب تکالیفی است که در قانون اساسی برای رهبری در امور سیاست خارجی و دفاعی - امنیتی تعیین شده است». با توجه به متن بالا دو نکته شایان توجه است. نخست اینکه

نقش رهبری در انتخاب برخی وزرا «رویه‌ی ثابت در همه‌ی دولت‌ها» است؛ دوم آنکه ایفای نقش رهبری در این موضوع «حسب تکالیفی است که در قانون اساسی برای رهبری ... تعیین شده است»، یعنی رهبری با استناد و کسب صلاحیت از قانون اساسی چنین نقشی دارد. سابقه‌ی این موضوع در جمهوری اسلامی به سال‌های اولیه‌ی تأسیس نظام جدید بازمی‌گردد، از همان آغاز نیز لازم بود تا وزیر اطلاعات فردی «نزدیک به رهبری» باشد (ری‌شهری، ۱۳۸۳: ۴۳-۴۴). حتی با گزینه‌های پیشنهادی تصدی وزارت اطلاعات ابتدا از طرف دفتر امام تماس گرفته می‌شد (ری‌شهری، ۱۳۸۳: ۴۷). اسماعیل فردوسی‌پور در جلسه‌ی ۶۲/۱۰/۱ چنین توصیفی از موضوع را در مجلس و در جلسه‌ی رأی اعتماد به وزیر اطلاعات عرضه کرده است (روزنامه‌ی رسمی، ۱۳۶۲) محمد ری‌شهری، وزیر اطلاعاتی که موفق به کسب رأی اعتماد از مجلس شد، در خاطراتش به نقل از امام خمینی (ره) گفته‌اند: «من به آقای موسوی گفته بودم در مورد وزیر اطلاعات موافقت من لازم است، وقتی شما را پیشنهاد کردند، گفتم ایشان برای این کار مناسب است». ری‌شهری در ادامه‌ی این مطلب و در توضیح رابطه‌شان با رهبری می‌نویسند: «تا زمانی‌که وزیر بودم همه‌ی کارهای اساسی پیش از آنکه با رئیس‌جمهور و نخست‌وزیر هماهنگ شود با امام هماهنگ می‌شد و در واقع معتقد بودم ... اطلاعات باید هماهنگ با رهبری کار کند» (ری‌شهری، ۱۳۸۳: ۶۱).

در مواجهه با این موضوعات، برخی حقوقدانان نظریات متناقضی طرح کرده‌اند که نه تنها سازگاری درونی ندارند، فاقد ظرفیت بررسی علمی و فنی‌اند. ایشان از یک سو گفته‌اند: ورود به این موضوع از طرف رهبری «گره‌گشایی از مشکل حقوقی برای کشور بود، چراکه با برکناری وزیر، ظاهراً ابقای مجدد و مستقیم او به‌وسیله‌ی رئیس‌جمهور، پس از تحقق کامل عزل یا استعفا دشوار باشد، چنانکه عدول از استعفا پس از پذیرش پیش‌بینی حقوقی نشده است! و ناگزیر وزیر جدید باید با رأی اعتماد جدید مجلس تعیین شود». درحالی‌که در پایان همین عبارت نوشته‌اند: «تصمیمی که اگرچه از نظر حقوقی حق رئیس‌جمهور است ولی قطعاً استفاده از حق در امور حساس و مهم اصولاً نیازمند مشورت و تأمل بیشتری است» (الهام، ۱۳۹۰: ۴).<sup>(۵)</sup> این دو جمله متناقض‌اند. اگر رئیس‌جمهور در این موضوع «از نظر حقوقی حق» داشت، باید تصمیم نهایی از آن او باشد. درحالی‌که عملاً چنین نیست و رئیس‌جمهور «از نظر حقیقی» و در ساخت حقیقی قدرت چنین حقی ندارد، بنابراین نمی‌توان در این موارد فقط به متن قانون محدود شد. اشکال و نقص این دیدگاه در مواجهه با چنین موضوعی این است که قانون اساسی را به اصول نوشته‌ی آن محدود می‌کند. توضیح و فهم چنین موضوعی اساساً بدون توجه به فاصله‌ی ایجادشده میان متن‌نوشته و رویه‌ی جاری، ممکن نیست. طی سال‌های

اجرای قوانین اساسی ایران در کنار برخی اصول نوشته، اصل نانوشته‌ای شکل گرفته که خود را بر آن اصل خاص تحمیل کرده است، این اصول نانوشته رویه‌هایی هستند که نحوه‌ی اجرای اصول قانون اساسی را تعیین می‌کنند.

رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی بیرون از دایره‌ی حقوق نیستند. در درجه‌ی نخست به این دلیل که رفتارهایی که از گذر آن خود را بروز می‌دهند، «وقایع» و اتفاقات ساده‌ای نیستند، بلکه اعمال حقوقی‌اند؛ پدیدآورندگان آن بازیگران سیاسی‌اند، این بازیگران نهادهای برخاسته از قانون اساسی‌اند که در چارچوب صلاحیتی که قانون اساسی به ایشان داده عمل می‌کنند و آیین و روشی را که مقرر کرده است رعایت می‌کنند (Avril, 1997, 149). با این حال این رویه‌ها ارزش و اعتبار حقوقی ندارند، درحالی‌که اصول قانون اساسی نوشته‌چنین اعتباری دارند.

در جریان این موضوع واکنش‌های بسیاری به رفتار رئیس‌جمهور وقت نشان داده شد. شاید بتوان این واکنش‌ها را ذیل «اخلاق مربوط به قانون اساسی»<sup>(۶)</sup> (Dicey, 1915: 278-303) توضیح داد؛ اخلاقیاتی که در تنظیم روابط قوای عمومی نقش مهمی دارند. دقت در واکنش‌ها نشان می‌دهد که لزوم رعایت برخی ملاحظات در اجرای اصول قانون اساسی چنین شأنی دارند. یکی از نمایندگان مجلس در ارزیابی این رفتارها آن را «مسئله‌ای سرنوشت‌ساز برای نظام» تلقی کرده بود. چنین ارزیابی‌ای در احترام به رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی مؤثر است و بی‌احترامی به آن ممکن است به «تعطیل شدن قانون اساسی» تعبیر شود.

تا این‌جا صورت مسئله را تقریر کردیم و نشان دادیم که محل نزاع در این مقاله کجاست. محل نزاع در مبنای اعتبار، الزام و ضمانت اجرای چنین رویه‌های اجرایی و اصول نانوشته است. بررسی و مطالعه‌ی این موضوعات مهم در حقوق اساسی ایران باید ذیل روش و مفهومی انجام گیرد تا بتواند بر ابعاد پیچیده و چندلایه‌ی این موضوعات پرتو اندازد و ساختاری برای کنکاش علمی و دقیق آن ارائه کند. بی‌توجهی به مفهوم قواعد نانوشته‌ی حقوق اساسی و رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی مانع فهم و دریافت درستی از ماهیت این موضوعات است. در حقوق اساسی کشورهای دیگر این موضوعات ذیل چنین مفهومی بررسی و مطالعه می‌شوند.

## ۱. اهمیت سابقه

این موضوع در حقوق اساسی ایران «سابقه» دارد و پیش از این هم تعدادی از وزرا نیازمند تأیید بالاترین مقام مملکت برای تصدی وزارتخانه بوده‌اند.<sup>(۷)</sup> سابقه دو اثر به‌بار می‌آورد که از یک اصل ناشی می‌شود: ۱. قانونی بودن اعمال قاعده‌ای را که تکرار می‌کند فرض می‌گیرد؛ ۲. بار اثبات را جابه‌جا می‌کند.

اثر نخست یکی از قابلیت‌های سابقه را که مشروعیت دادن به عملکرد جدید است، نشان می‌دهد. همه‌ی جدال‌های قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مانند قوانین اساسی کشورهای دیگر، نیروی سابقه را همچون عامل مشروعیت‌بخش نشان می‌دهند، چراکه به‌وضوح می‌بینیم رویه‌ها و روال‌هایی در ابتدا همچون موارد نقض و تجاوز رد و نفی شده‌اند، در آخر خود را تحمیل کرده و حاکم شده‌اند و پس از آن حتی خود را جزئی از قانون اساسی یا تفسیر و برداشت درست از قانون اساسی می‌دانند و همه‌ی تفاسیر دیگر را تفسیر به رأی می‌خوانند.

در خصوص اثر دوم (تغییر بار اثبات)، که از دید روان‌شناسی تعیین‌کننده است و اثری شبیه اثر رویه‌ی قضایی دارد، مقامی مانند رئیس‌جمهور یا نخست‌وزیر که خود را به پیروی از سابقه و رویه‌ی ایجادشده محدود و مقید می‌کند، خود را دست‌بسته و ناگزیر می‌یابد. با خلق این رویه و سابقه، او را در وضعیت دشواری قرار داده‌ایم، چراکه تصمیمش از آغاز قابل پیش‌بینی بود و از این رو باید به بازتولید و تکرار آنچه در موارد مشابه انجام داده بودیم، بسنده کند. رئیس‌جمهور یا نخست‌وزیر می‌تواند به‌جای مخالفت که برخلاف اخلاق شکل‌گرفته درباره‌ی قانون اساسی و عامل بی‌نظمی و برهم زدن قواعد بازی است، امنیت و ثبات روابط و احترام به قواعد بازی را به‌عنوان دلیل و توجیه بیاورد (Avril, 1197: 126). بنابراین هر مقامی هرچند تن دادن به این رویه و روال را نپسندد و آن را محدودکننده‌ی دامنه‌ی صلاحیت و اختیارات قانونی خود بداند، چاره و گریزی در تبعیت از آن ندارد و مخالفت با این رویه‌ها با مخالفت‌های نیروهای غالب سیاسی مواجه می‌شود و به‌نوعی بر هم زدن قاعده‌ی مستقر بازی به‌شمار می‌آید، چراکه این رویه‌ها بر بستری از توازن قوای سیاسی قرار گرفته‌اند. بنابراین می‌بینیم که بار اثبات به نفع اجرای رویه و روال جاری جابه‌جا شده و همگان توقع دارند که این رویه و روال نادیده گرفته نشود. موضوعی که خلاف اصل است، به‌تدریج به اصل تبدیل شده و بار اثبات را با خود همراه کرده است.

این رویه‌ها و روال‌های اجرای اصول قانون اساسی ماهیتی شبه‌قراردادی دارند، چراکه رضایت بازیگران سیاسی یا طرفین این شبه‌قرارداد از ارکان تعیین‌کننده و شرط وجود این رویه‌هاست. به‌علاوه از این نظر نوعی تضاد در رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی وجود دارد که همان کسانی که آن را پدید می‌آورند، باید از آن پیروی کنند. «عنصر تعیین‌کننده‌ی رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی همکاری و همدستی بر این اساس است که پدیدآورندگان خود را همبسته و پیوسته به یکدیگر می‌بینند»؛ بنابراین عنصری شبه‌قراردادی در رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی است، چراکه اندیشه‌ی توافق احزاب و گروه‌های سیاسی در این زمینه نقش تعیین‌کننده‌ای برای بنا کردن سابقه‌ی دارد. با این وصف در رویه‌های اجرای

اصول قانون اساسی یک وجه قراردادی است - نوعی از نیمه پیمان که ویژگی‌اش یکجانبه بودن است - که البته رابطه‌اش دوجانبه و قراردادی نیست، بلکه در آن اراده‌ی دولت (در معنای حاکمیت) حرف آخر را می‌زند.

رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی قواعد نانوشته‌ای هستند که روش تفصیلی اجرای صلاحیت‌های مندرج در قانون اساسی را تعیین می‌کنند. به تعبیر دقیق‌تر دایسی، رویه‌های قانون اساسی، روش اعمال و اجرای صلاحیت‌های اختیاری مقامات حکومت را تعیین می‌کنند. این روش‌ها باید با اصول و معیارهای سیاسی زمان هماهنگ و سازگار باشند.

در این مقاله یکی از نمونه‌هایی که در حقوق اساسی ایران، احتمالاً می‌توان ذیل این عنوان قرار داد، بررسی می‌شود. معیارهای ارائه‌شده برای سنجش و ارزیابی این مصادیق در حقوق اساسی کشورهای دیگر می‌تواند نشان دهد که این موارد تا چه حد شرایط قرار گرفتن ذیل این عنوان را دارند. برای اینکه بدانیم آیا در موضوعی رویه‌ی اجرای اصول قانون اساسی وجود دارد یا نه، باید آزمون جنینگ<sup>(۸)</sup> را که شامل سه پرسش است، اجرا کنیم: ۱. سوابق موضوع چیست؟ ۲. در خصوص این سوابق آیا بازیگران این عرصه معتقدند که ملزم به رعایت یک قاعده‌اند؟ ۳. آیا دلیل موجهی برای این قاعده وجود دارد؟ (Marshall, 1987: 111). اگر رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی را به اجزای سازنده‌ی آن منحل کنیم، در تعریف آن‌ها می‌توان گفت: «قواعدی که از تصمیمات بازیگران عرصه‌ی سیاست ناشی می‌شوند؛ این تصمیمات به لحاظ حقوقی الزام‌آورند، چراکه از نهادهای صالح برخاسته از قانون اساسی صادر شده‌اند، اما تنها در حدود همان موضوع خاص معتبرند (...). یعنی حکم مندرج در این قواعد را نمی‌توان از طریق تنقیح مناط و قیاس به موارد دیگر تسری داد. این قواعد به این دلیل معتبرند که با قواعد بالادستی خود همخوان و هماهنگ‌اند» (Avril, 1997: 123)؛ یعنی این قواعد نانوشته باید با روح و مذاق قانون اساسی سازگار باشند تا بتوان آن را در زمره‌ی رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی شناخت.

مسئله‌ای که حقوقدانان حقوق اساسی باید حل کنند این است که اعتبار و قانونی بودن انتقال از سوابق یک موضوع به تولد و ظهور یک قاعده‌ی عام را بسنجد. به عبارت دیگر، بگوید: چگونه رویه‌ها و سوابق به قاعده‌ی حقوقی عام تبدیل شده‌اند؟ و این سوابق و رویه‌ها الزام خود را از کجا آورده‌اند؟

## ۲. منشأ الزام رویه‌های قانون اساسی

نظریه‌ی حقوقی انگلیسی برای مسئله‌ی الزام رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی چنین

پاسخی تدارک کرده است: «برای دانستن اینکه رفتار ما با رویه‌ی مانحن‌فیه مغایر نیست، کافی است ببینیم که به آن‌ها احترام گذاشته می‌شود؟ زیرا این رویه‌ها ایجاد شده‌اند تا قواعد الزام‌آوری را بیان کنند». در نظام حقوق اساسی باید بکوشیم تا به لحاظ حقوقی بود یا نبود این نوع سوابق سیاسی را شناسایی کنیم. پرسش و پاسخی که در شناسایی این قواعد اهمیت دارد، این است که بدانیم چگونه ممکن است چنین قاعده‌ای از طریق یک تصمیم اجرایی زاده شود (حتی تنها یک تصمیم و نه بیشتر)؟ چگونه قواعد خاصی که اعتبار آن محدود به شرایط خاصی است، شرایطی که آن را به وجود آورده‌اند، می‌توانند قواعدی عام و دائمی تولید کنند؟ برای پاسخ به این پرسش باید دو سطح را از یکدیگر تفکیک کرد؛ نخست سطح مؤثر بودن قاعده و دوم سطح اعتبار قاعده.

درباره‌ی سطح نخست (مؤثر بودن) - که به معنای میزان نیروی الزامی که در یک کنوانسیون و رویه‌ی اجرای اصول قانون اساسی است - می‌توان توضیح داد الزامی که رئیس‌جمهور در ضرورت بازگرداندن وزیر اطلاعات حس و لمس می‌کند، این سطح از ویژگی کنوانسیون‌ها و رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی را نشان می‌دهد (رسالت، ۱۱ اردیبهشت ۱۳۹۰: ۳).<sup>(۹)</sup> رویه‌های تولیدشده در حقوق اساسی، معادل و همسنگ رویه‌ی قضایی‌اند، چراکه از گذر اجراست که معنای متن آشکار می‌شود و این چنین است که می‌توان حقوق موضوعه را پیگیری کرد و فهمید. برخلاف فکر رایج، بازیگران عرصه‌ی سیاست در رفتارشان نسبت به حقوق بی‌تفاوت نیستند، چراکه این رفتار و رویه‌ها ناشی از عمل‌نهادهایی هستند که قانون اساسی آن‌ها را بنا کرده و صلاحیت‌ها و اختیاراتی‌اند که آن‌ها را پایه‌گذاری کرده است. (Avril, 1997: 125-126) به عبارت دیگر، رویه و رفتار سیاسی معادل حقوقی رویه‌ی قضایی در حقوق اساسی است، اما مربوط به حوزه‌ای غیرقضایی است، هرچند این دو حوزه می‌توانند مناطق همپوشانی هم داشته باشند؛ احتمالاً مانند جایی که شورای نگهبان یا دادگاه قانون اساسی برخی از کنوانسیون‌ها و رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی را به رسمیت بشناسد.

پیچیدگی رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی ناشی از ماهیت دوگانه‌ی آن است که از یک سو قاعده است، اما به نظر نمی‌رسد ویژگی‌های یک قاعده‌ی حقوقی را (همان تفاوتی که دایسی میان law و rules می‌گذارد) داشته باشند.<sup>(۱۰)</sup> دشوارترین مسئله هنگام تعریف اعتبار حقوقی این قواعد و پاسخ به مسئله‌ی اصلی آشکار می‌شود. آیا می‌توانیم از امکان عقلی هنجارهای خاصی که یک هنجار عام نانوشته را اعمال می‌کنند، به امکان حقوقی (شرعی)<sup>(۱۱)</sup> این هنجار عام گذر کنیم؟ (Avril, 1997: 141).

مشکلی که اعتبار و الزام رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی طرح می‌کند (مانند مشکل



عرف حقوق اساسی) جالب توجه است، چراکه نظریه‌ی پوزیتیویستی (اصالت وضع) حقوق را با طرح مورد و نمونه‌ی قاعده‌ی نانوشته به چالش می‌کشند و با تنگنا مواجه می‌کنند. در نظام حقوقی مبتنی بر اصالت وضع، احترام به یک قاعده‌ی نانوشته نمی‌تواند بر پایه‌ی الزام حقوقی استوار شود، زیرا این قاعده از مجاری شناخته‌شده و معتبر در نظام حقوقی سرچشمه نگرفته، بنابراین چنانکه باید نمی‌توان بدان استناد کرد و مانند یک قاعده‌ی حقوقی که چنین فرایندی را طی کرده است، قابل استناد نیست. مسئله‌ی اعتبار حقوقی نقص و پاشنه آشیل رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی است. بی‌تردید این‌ها هنجارهایی هستند که رفتار بازیگران را هدایت می‌کنند، اگرچه این هنجارها مؤثر و مجری هستند، به لحاظ حقوقی معتبر نیستند. این‌ها قواعد حقوقی نیستند و بنابراین در دادگاه نمی‌توان به آن‌ها استناد کرد. پس از آن‌جا که در دادگاه قابل استناد نیستند، سؤالی که مطرح می‌شود این است که چگونه احترام به این قواعد تضمین می‌شود و موارد نقض آن چگونه مجازات می‌شود؟

از نظر عموم حقوقدانان اعتبار و وزن حقوق وضعی چنان عظیم است که وجود قواعد نانوشته اغلب نادیده گرفته می‌شود و سحر حقوق نانوشته نمی‌تواند با معجزه‌ی حقوق نوشته پهلوی بزند. از نظر ایشان هر آنچه نوشته نیست، در قلمرو سیاست است و قاعده‌ی حقوقی نیست. این نقد بر پوزیتیویسم حقوقی وارد است که وجود چنین قواعدی را در نظام حقوقی نادیده می‌گیرد؛ قواعدی که در حیات حقوقی جاری و ساری‌اند. در حقیقت، اگر قاعده‌ی نوشته متوقف شده و اجرا نشود و دیگر به‌عنوان قاعده شناخته نشود و قاعده‌ی دیگری در افکار عموم جایگزین آن شود، باید پذیرفت که قاعده‌ی نانوشته‌ای جانشین قاعده‌ی نوشته‌شده است.

این قواعد از جنس حقوق نیستند، بنابراین غیرترافی‌اند و نمی‌توان در صورت نقض آن‌ها به دادگاهی دادخواهی برد. پرسشی که باید بدان پاسخ گفت این است که چگونه به قاعده‌ای با چنین ویژگی‌هایی احترام گذاشته می‌شود و چگونه اجرای آن تضمین شده است؟ یعنی اگر مثلاً رئیس‌جمهور در ایران در انتخاب وزاری که تاکنون بنابر رویه‌های موجود کسب نظر موافق رهبر لازم بوده، چنین استمراجی نکند، با چه واکنش حقوقی مواجه خواهد شد؟ آیا مثلاً مجلس از دادن رأی اعتماد به آن وزیر خودداری خواهد کرد؟ یا با واکنش‌های غیرحقوقی و سیاسی مواجه خواهد شد؟

نایب رئیس وقت مجلس در پاسخ به تذکر شفاهی یکی از نمایندگان گفته بود: «آنچه آحاد ملت ما بر آن التزام اعتقادی و عملی دارند تبعیت از رهبری» است (خانه‌ی ملت، ۱۳۹۰/۱/۳۰). همچنین ۲۱۶ تن از نمایندگان مجلس خطاب به رئیس‌جمهور وقت، ضمن حمایت از وزیر اطلاعات، خواستار موضع‌گیری صریح وی شده بودند. در نامه‌ی نمایندگان تأکید شده بود:

«از نظر مجلس شورای اسلامی جناب آقای مصلحی همچنان وزیر است و انتظار آن است که حضرتعالی در تبعیت از مقام معظم رهبری با موضع‌گیری صریح و حمایت از وزیر محترم اطلاعات به سوء استفاده دشمنان خاتمه دهید» (شرق، ۱ اردیبهشت ۱۳۹۰: ۱-۳). روز پنج‌شنبه ۹۰/۲/۸ مجلس برای بررسی این موضوع جلسه‌ی غیرعلنی تشکیل داد. یکی از نمایندگان در تذکری در روز چهارشنبه گفته بود: «نمایندگان برای بررسی لایحه‌ی بودجه‌ی سال ۹۰ حضور قلب ندارند و گویا بحث‌هایی مهم‌تر از بودجه را در دست بررسی دارند» (شرق، ۸ اردیبهشت ۱۳۹۰).

گوفری مارشال توضیح می‌دهد که رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی به دلیل دشواری‌های سیاسی که عدم اجرای آن می‌تواند به بار آورد، اجرا می‌شوند، به همین دلیل به آن‌ها احترام گذاشته می‌شود. این‌ها قواعدی هستند که بر رفتار بازیگران سیاسی تحمیل می‌شوند. مورد وزیر اطلاعات، و واکنش‌های سیاسی اطراف آن، به وضوح وزن و اهمیت چنین موضوعی را نشان داد. «کنوانسیون (رویه‌ی اجرای اصول قانون اساسی) که یک چنین قیدی بر رفتارهای سیاسی وارد کند از نظم و روح کلی که قانون اساسی پایه‌گذاری کرده تفکیک‌ناپذیر است، چراکه این نظم و روح کلی شرایط اجرای این قواعد را تعیین می‌کند. اما اگرچه کنوانسیون‌های قانون اساسی به لحاظ مواد و مصالح در زمره‌ی قواعد حقوقی اساسی و قانون اساسی‌اند، اما اعتبار و ارزش حقوقی ندارند» (Avril, 1997: 146)؛ اما وزن سیاسی و اثر عملی این رویه‌ها گاهی از اصول قانون اساسی هم بیشتر است.

ضمانت اجرای رفتارهایی که رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی رعایت آن‌ها را تحمیل می‌کنند، فقط سیاسی و مبتنی بر مسئولیت است؛ درباره‌ی اختلافات ناشی از اعمال این قواعد در مرحله‌ی نهایی رأی شهروندان است که مانند دیگر عرصه‌های عمومی، حرف آخر را می‌زند. خلاصه اینکه رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی، در مقام یک قاعده‌ی سیاسی، نمی‌توانند مدعی مقام و جایگاه قاعده‌ی حقوقی باشند، این رویه‌ها چیزی جز روش اجرا و اعمال اصول قانون اساسی نیستند.

### ۳. رابطه‌ی رویه‌های قانون اساسی با نظام حقوق اساسی ملی

پرسشی که باید پاسخ داده شود این است که چرا با وجود ماهیت غیرحقوقی رویه‌های قانون اساسی، این رویه‌ها یک قاعده‌ی حقوق اساسی به‌شمار می‌آیند؟ در برخی نظام‌های حقوقی پاسخ این است که چون ایجادکننده‌ی آن درک جامعی از نظام حقوق اساسی دارد. براساس این مباحث در خصوص وحدت یا ثنویت نظام حقوق اساسی می‌توان گفت که هرچند بی‌تردید حقوقی است، همان‌طور که توسعه‌ی دادگاه‌های قانون اساسی و رویه‌ی قضایی

این دادگاه‌ها نشان می‌دهد؛ اما فقط حقوقی نیست، همان‌طور که رویه‌های غیرقضایی (سیاسی) مربوط به اصول قانون اساسی نشان می‌دهند. به عبارت دیگر، نظام حقوق اساسی دو نوع ضمانت اجرا دارد؛ یکی حقوقی و دیگری سیاسی. در نهایت باید گفت حقوق اساسی یک «حقوق سیاسی» است و از دیدگاه منشأ، قلمرو و اجرا چنین است.

این وجه فعال و دینامیک حقوق اساسی را باید برجسته کرد و توضیح داد. برجسته کردن این وجه به خصوص در ایران که حقوق اساسی رشته‌ای دینامیک معرفی نشده و کتاب‌ها و منابع آن چنین تصویری از آن نمی‌دهند، دوچندان است. این رویکرد واکنشی به دریافتی از حقوق اساسی است که آن را به بررسی و مطالعه‌ی صرف متون قانونی نوشته، رویه و نظریات شورای نگهبان و، بسیار به ندرت، به آرای دادگاه‌ها<sup>(۱۲)</sup> محدود می‌کند.

در این دیدگاه اهمیت نظریات و آرای شورای نگهبان در مطالعه‌ی حقوق اساسی جای خود را دارد. اما رویه‌ها و روال‌های اجرای اصول قانون اساسی خود را در مطالعه‌ی حقوق اساسی تحمیل می‌کنند و بدین ترتیب نقش بلامنازع آرا و نظریات شورای نگهبان و حتی آرای دادگاه‌های عمومی را، در موارد اندکی، مقید می‌کنند. توجه به این موضوع از دیدگاه مفهومی خاص از قانون اساسی ضروری است. اگر قانون اساسی را همچون مستقرکننده‌ی یک نظم هنجاری غالب و فراگیر فرض کنیم، مسئله‌ی ضمانت اجرا به موضوعی ثانوی بدل می‌شود، چراکه وابسته و منوط به این نظم می‌شود و نمی‌تواند بر آن مسلط و فائق باشد. همان‌طور که نظریه‌ی معاصر رایج در برابر آن سر فرود می‌آورد و در رویه‌ی قضایی و آرای دادگاه قانون اساسی کلید در ورود به این کاخ را می‌جوید. درحالی‌که آرای دادگاه قانون اساسی ضمانت اجرای قانون اساسی را کامل می‌کند، شرط وجود آن نیست. بنابراین قانون اساسی بدون ضمانت قضایی هم می‌تواند وجود داشته باشد و فقدان ضمانت قضایی وصف هنجاری را از قانون اساسی سلب نمی‌کند و ضمانت اجرای مسئولیت سیاسی هم به‌عنوان یکی از ضمانت‌اجراهای مهم وجود دارد و الزام به احترام به اصول قانون اساسی را تأمین می‌کند. همان‌طور که مورد وزیر اطلاعات در ایران نشان می‌دهد، مسئولیت سیاسی در این زمینه دست‌کم با قدرتی مشابه ضمانت اجرای نظریات شورای نگهبان عمل می‌کند.

استدلال کردن برای یک حقوق‌قدان حقوق اساسی که رویه‌ی قضایی شورای نگهبان (یا دادگاه قانون اساسی) اول و آخر حقوق اساسی است، مثل این است که یک حقوق‌قدان حقوق بین‌الملل عمومی همه‌ی حقوق بین‌الملل را در رویه‌ی قضایی دادگاه‌های بین‌المللی ببیند. بنابراین خلاصه کردن حقوق اساسی به رویه و نظریات شورای نگهبان، حقوق اساسی را مبتلا به نزدیک‌بینی می‌کند و در این صورت وقتی ابعاد سیاسی حقوق اساسی، مانند مسئولیت، به

میان می‌آید، پیروان این نظریه ساکت می‌شوند و حرفی برای گفتن ندارند.

تضاد و دوگانگی میان وجود و حضور واقعی این قواعد رفتار سیاسی (کنوانسیون یا رویه‌ی اجرای اصول قانون اساسی) و عدم وجود و اعتبار و ارزش حقوقی آن‌ها (این قواعد در معنای کلسنی و پوزیتیویستی یا وضعی معتبر نیستند) را می‌توان به ترتیب زیر هم توضیح داد. هرچند کنوانسیون‌های قانون اساسی خصلتی هنجاری از خود به نمایش می‌گذارند، ضمانت‌اجرایشان کاملاً سیاسی است. از دیدگاه وضعی صرف، کنوانسیون‌های قانون اساسی از دسته رویه‌های سیاسی‌اند که رویه‌ی حقوقی بادیادک قانون اساسی<sup>(۱۳)</sup> (آرا و نظریات شورای نگهبان) اعتباری برای آن نمی‌شناسد. در این موارد تا جایی که اطلاع داریم، شورای نگهبان موضعی نداشته است، چراکه عدم مغایرت با متن قانون اساسی نوشته تنها مستندی است که مبنای نظارت شورا بر قوانین مجلس است. البته این رویکرد از دیدگاه وضعی صرف است که گفته می‌شود رفتار بازیگران سیاسی نیز تأثیری بر داورهای شورا و قواعدی که به کار می‌برد، ندارند. اما از دیدگاهی غیروضعی (غیرپوزیتیویستی) چنین نیست و رفتار بازیگران سیاسی بر تصمیمات شورا اثر دارد و روش پوزیتیویستی ابزارهای لازم برای فهم و رصد این تأثیرات را ندارد. اگر موضوع عزل وزیر اطلاعات به شورای نگهبان ارجاع شود، این شورا چه نظری درباره‌ی این موضوع می‌تواند عرضه کند؟ به نظر می‌رسد با توجه به نظریاتی که تاکنون صادر کرده و اصول تفسیری که می‌توان از نظر شورا استخراج کرد، تا حدودی و در بیشتر موارد، به تفسیری پوزیتیویستی از اصول قانون اساسی پایبند خواهد بود.

ضمانت رفتارهایی که کنوانسیون‌ها یا رویه‌های اجرای قانون اساسی توصیه می‌کنند، تنها می‌تواند سیاسی باشد. اختلافاتی هم که در اعمال و اجرای آن‌ها بروز می‌کند، در زمین سیاست و با رأی شهروندان، مانند اختلافات سیاسی دیگر حل و فصل می‌شوند (Avril, 1997, 154). به‌طور خلاصه باید گفت کنوانسیون‌های قانون اساسی نمی‌توانند مدعی هم‌شأنی و هم‌سنگی با قاعده‌ی حقوقی باشند؛ این‌ها چیزی جز «قاعده‌ی اجرای قانون اساسی» نیستند. این چنین دوگانگی نهفته در کنوانسیون قانون اساسی آشکار می‌شود؛ کنوانسیون‌ها یا رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی قاعده‌ی اجرای قانون اساسی‌اند، اما ماهیت سیاسی دارند. پرسشی که ماهیت غیرحقوقی این قواعد پیش روی ما می‌گذارد، این است که چرا این قواعد با وجود ماهیت سیاسی موضوع حقوق اساسی‌اند؟ پاسخ این است که این دسته از قواعد آنگاه در قلمرو حقوق اساسی قرار می‌گیرند که مفهومی موسع از نظام حقوق اساسی داشته باشیم. به عبارت دیگر، آیا موضوع حقوق اساسی تنها قوانین نوشته است یا قواعد نانوشته را هم در برمی‌گیرد؟ تنها در صورتی که موضوع حقوق اساسی را به قواعد نانوشته هم تسری دهیم،

کنوانسیون‌ها یا رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی موضوع مطالعه‌ی حقوق اساسی خواهند بود. در این دیدگاه حقوق اساسی هرچند بخشی از حقوق است، همان‌گونه‌که کنوانسیون قانون اساسی نشان می‌دهد، محدود به حقوق نیست. به عبارت دیگر، نظام حقوق اساسی از یک سو با ضمانت‌های حقوقی و از سوی دیگر با ابزارهای سیاسی ضمانت می‌شود. در این رویکرد حقوق اساسی یک «حقوق سیاسی» است. تجزیه و تحلیل این دو کلمه و تأمل در معنای آن به وضوح ماهیت چنین عنوان متضادی را نشان می‌دهد که از یک سو «حقوق» است و از سوی دیگر «سیاسی» است.

وقتی از حقوق اساسی سخن می‌گوییم، «موضوع نه بحث از قانون مجازات و نه آیین دادرسی مدنی و نه قوانینی از این دست است؛ بلکه مسئله‌ی چارچوب‌بندی «کار مُلک» و رتق و فتق و اداره‌ی امور حکومت است: قانون اساسی ابزار و وسیله‌ای است که با آن سیاست جامه‌ی عمل می‌پوشد و سیاست بر مبنای آن از خود واکنش نشان می‌دهد؛ تا آن را با الزامات عمل سازگار کند». ضرورت‌ها و الزاماتی که اجرای متن ناگزیر باید به آن پاسخ گوید، و اجرای متن با پرده برداشتن از توانایی‌های بالقوه نهفته در متن مانند امکان (و حتی) تحریفات به آن جهت و سمت و سو خواهد داد، منابع تفسیر متن را مجهز و در نتیجه بازیگران سیاسی اعمال خود را با آن تنظیم خواهند کرد.

نظاره‌ی دقیق حوادث مربوط به قانون اساسی فرصت شناسایی پیشینه و سوابق را فراهم می‌کند. مجموعه‌ی پیشینه و سوابق در هر زمینه‌ای رویه‌ای را در آن حوزه تشکیل می‌دهد. این رویه‌ها روح و مذاق حاکم بر نهادها و تحول کم و بیش گُندشان را نمایش می‌دهند. وقتی که متن قانون صریحاً راه‌حلی نشان نمی‌دهد، برای اجرای آن باید به این روح و مذاق متوسل شد، چراکه این رویه‌ها که در زمان و مکان جریان دارند، نمی‌توانند شرایط و روح زمانه‌ای را که در آن هستند، فراموش کنند.

باید توضیح داد که چگونه متن دوپهلوی اولیه که امکان وقوع چند گزینه‌ی سیاسی ناهمگن و حتی متضاد را ممکن می‌کرد، به سمت و سویی که امروز در آنیم، حرکت کرد و به راه دیگری نرفت. تفسیر قانون اساسی از سوی بازیگران سیاسی که در رویه‌های سیاسی خودنمایی می‌کند، می‌تواند این اشکال را برانگیزد که پیروی از این راه خطرناک است و می‌تواند قانون اساسی را با خطر فروپاشی مواجه کند.

این دیدگاه از تأکید و تعصب بر قانون اساسی نوشته فاصله می‌گیرد تا نقش رویه‌های سیاسی مربوط به قانون اساسی را بشناسد. با ترویج این دیدگاه می‌خواهیم از غیرت بر متن نوشته‌ی قانون اساسی وداع کنیم و جایی به رویه‌ها بدهیم؛ به تفسیر قانون اساسی و قواعدی

که بیرون از متن قانون اساسی پدیدار می‌شوند. با تکیه بر نمونه‌های رویه‌های قانون اساسی نتیجه می‌گیریم که معنای متن قانون اساسی تنها از مفهوم و منطوق آن سرچشمه نمی‌گیرد؛ بلکه به عکس به ارزیابی و داوری سیاسی بسته است. تفسیر، در ساخت حقوقی، مختص قانون اساسی و در صلاحیت شورای نگهبان است، اما نباید از رشد و نمو قواعد خارج از متن و تفسیر و برداشت‌های بازیگران سیاسی، در ساخت حقیقی، غافل شد. محتوای واقعی قانون اساسی را نه می‌توان با رجوع تنها به تفاسیر آن دریافت و نه با برداشتی سیاسی از متن فهمید. حقوقدان حقوق اساسی باید در جایی بایستد که بتواند توضیح دهد؛ دو اصل مشابه در دو قانون اساسی متفاوت یا در دو فضای سیاسی متفاوت می‌توانند معنا و محتوایی کاملاً متفاوت داشته باشند.

دایسی در فصل پانزدهم کتابش، از ضمانت اجرای کنوانسیون‌ها یا رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی<sup>(۱۴)</sup> (Dicey, 1915: 292) بحث می‌کند: «کنوانسیون‌ها یا رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی در زمره قوانین الزام‌آور نیستند، یعنی قواعدی به‌شمار نمی‌روند که دادگاه‌ها اجرای آن را تضمین کنند. اگر نخست‌وزیر پس از رأی عدم اعتماد مجلس عوام همچنان در قدرت بماند، همان‌گونه که گُرد پالمستون در شرایط مشابهی این کار را کرد، یا اگر مجلس عوام را [پس از رأی عدم اعتماد به کابینه] منحل کند، به‌عبارت دقیق‌تر، اگر اجازه‌ی انحلال مجلس را از مقام سلطنت بگیرد؛ یا اگر برخلاف گُرد پالمستون، نخست‌وزیر دوباره با رأی عدم اعتماد مجلس عوام جدید مواجه شود، و اگر پس از همه‌ی این اتفاقات نخست‌وزیر همچنان دولت را ترک نکند، هیچ‌کس نمی‌تواند انکار کند که رفتار نخست‌وزیر مخالف قانون اساسی است. با این همه، این موضوع در صلاحیت هیچ دادگاهی نیست. از نظر دایسی این مسئله هنگامی هم که در مجلس، قانونی تصویب می‌کنند و پادشاه از توشیح و صحه‌ی آن سر باز می‌زند، پیش می‌آید. در این مورد هم قاعده‌ی مهمی نقض شده است که هیچ آیین مشخصی در حقوق انگلستان برای اقامه‌ی آن در محضر دادگاه وجود ندارد. (Dicey, 1902: 340)

اصرار بر این وضعیت در ایران و ادامه‌ی آن کار دولت را با اخلال مواجه می‌کند و اداره‌ی امور کشور را عملاً مختل خواهد کرد؛ همان‌طور که ماجرای عزل وزیر اطلاعات و خانه‌نشینی یازده‌روزه‌ی رئیس‌جمهور وقت چنین نتیجه‌ای داشت. در عین اینکه هیچ مقام قضایی و هیچ دادگاهی نمی‌توانست وارد موضوع شود و به این اختلاف رسیدگی و حکم قضایی دعوا را صادر کند. حل و فصل و رفع اختلاف در این موضوع اساساً در صلاحیت هیچ دادگاهی نیست. مزیت و برتری مهم این دیدگاه آن است که مسئله‌ی تفسیر قانون اساسی را موضوع اصلی و اولیه‌ی تحلیل حقوق اساسی قرار می‌دهد. تفسیر قانون اساسی، همان‌طور که دیدیم، محدود

به تفسیر شورای نگهبان نیست، بلکه بازیگران عرصه‌ی سیاست و توازن نیروهای سیاسی نقش مهمی در این موضوع دارند. این‌جاست که می‌توان بر این دیدگاه نقد وارد کرد که در چنین وضعی قانون اساسی مانند بادی‌بادکی خواهد بود که با اعمال سیاسی مختلف به جهات مختلف سیر خواهد کرد و در هوا معلق خواهد بود. در چنین شرایطی عملاً قانون اساسی و اساس و بنیادی در میان نخواهد بود. آنگاه که اصل با رویه‌ها و رفتارهای سیاسی است، قانون اساسی در چنین شرایطی فرع و تابعی از اصل است و فرو خواهد پاشید.

اما به این اشکال از دو منظر حقوقی و سیاسی می‌توان پاسخ داد؛ نخست اینکه در موضوعی مانند وزیر اطلاعات در ایران مجلس شورای اسلامی به‌عنوان یکی از بازیگران عمده در این موضوع، حتی پس از «هماهنگی» رئیس‌جمهور و رهبر نقشی بی‌بدیل ایفا می‌کند و اساساً پس از رأی اعتماد مجلس به وزیر مقام وزارت از نظر حقوقی «محقق» می‌شود. از سوی دیگر، ترویج چنین دیدگاهی قانون اساسی را بادی‌بادکی معلق در هوا نمی‌کند، بلکه مقام و جایگاه قانون اساسی در مقام «اساس و بنیاد» هر جامعه‌ای نزد هر ملت است که اجازه می‌دهد تا با قانون اساسی چنین رفتار شود و چنین مقام و مرتبه‌ای است که حدود و ثغور فاصله گرفتن از اصول قانون اساسی و جهت قواعد و رویه‌های نانوشته را تعیین می‌کند. بررسی چنین موضوعی و نشان دادن اهمیت قواعد نانوشته و در عین حال نیفتادن در دام بادی‌بادک شدن قانون اساسی مانند عبور از راه باریک و تاریکی است که برای فهم درست قانون اساسی باید برای مواجهه با آن خطر کرد. در این نوشتار کوشیدیم تا از افتادن در این دام و در این خطرگاه پرهیز کنیم و شرایط پدیدار شدن قواعد نانوشته‌ی قانون اساسی و نقش آن را در نظام حقوق اساسی نشان دهیم.

## نتیجه‌گیری

پرداختن به موضوع قانون اساسی نانوشته و جایگاه آن در یک نظام حقوقی و نسبت آن با قواعد دیگر، موضوع دشواری است، به‌ویژه اینکه یافتن سابقه‌ها و رویه‌ها در تاریخ حقوق اساسی کوشش گسترده‌ای می‌طلبد که از توان یک تن و یک مقاله بیرون است. بنابراین در این مقاله تنها مقدماتی درباره‌ی این موضوع ارائه شد.

در نظام حقوق اساسی ایران به‌سادگی نمی‌توان این موارد را در زمره‌ی عرف حقوق اساسی یا قواعد نانوشته‌ی حقوق اساسی به‌شمار آورد. برای مثال برخی رویه‌ها در شورای نگهبان سال‌هاست اجرا می‌شود و با مخالفت صریح و ضمنی بسیاری از نیروهای سیاسی و حتی چند تن از رؤسای جمهور ایران مواجه شده است. در چنین مواردی یکی از ارکان

رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی (اجماع و رضایت)، در این موارد غایب است و نمی‌تواند ذیل عنوان عرف و رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی شناسایی شود. به تعبیر یکی از نویسندگان حقوق اساسی: «قاعده‌ی عرفی باید در بستری قانونمند شکل بگیرد و رویه‌ی مخالف قانون اساسی نمی‌تواند قاعده‌ی عرفی تلقی گردد» (عمید زنجانی، ۱۳۸۷: ۸۷).

این رویه‌ها را چنانچه اجماعی باشند و طرفین بر مفاد آن اتفاق کنند، می‌توان یکی از رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی محسوب کرد، اما می‌دانیم که هر رویه‌ای چنین جایگاهی ندارد. بنابراین نمی‌توان آن‌ها را در مقام قاعده‌ی نانوشته‌ی حقوق اساسی شناخت. پس اگر این روش‌ها اجماعی و متفق‌علیه نباشند، نمی‌توانند به‌عنوان رویه و عرف پذیرفته شوند و همیشه بدان‌ها به چشم متجاوز نگاه خواهد شد تا روزی که به مجرای صحیح خود بازگردند.

دادگاه قانون اساسی کانادا در رأی دلایل مذکور را چنین بیان کرده است: «موضوع اصلی رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی تضمین چارچوب حقوقی قانون اساسی است که بر مبنای اصول یا ارزش‌های مشروطه‌خواهانه‌ی زمان عمل خواهند کرد». گوفری مارشال می‌نویسد: «رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی قواعدی هستند که حقوق، اختیارات و تعهدات غیرحقوقی<sup>(۱۵)</sup> صاحب‌منصبان قوای سه‌گانه و روابط میان این نهادها را تعیین می‌کنند. برخی از این رویه‌ها تکلیف‌آورند<sup>(۱۶)</sup> و برخی دیگر حق‌آورند. هدفشان اصولاً تضمین کارکرد مؤثر نظام مسئولیت سیاسی<sup>(۱۷)</sup> است».

این پرسش را می‌توان طرح کرد که آیا اساساً رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی می‌توانند در فضایی رشد کنند که در آن حکومت قانون در همه‌ی عرصه‌ها حاکم نیست و قانون فصل‌الخطاب نیست و راه‌هایی، برای گروه‌هایی است تا از حکم قانون شانه خالی کنند. در چنین شرایطی، شاید پرداختن به این موضوع چندان ثمری نخواهد داشت و نمی‌توان نمونه‌ها و مصادیقی از رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی را شناسایی کرد.

روح قانون اساسی نحوه‌ی خوانش و فهم قانون اساسی را تعیین می‌کند. بنابراین روح قانون اساسی رویه‌ی بنیانگذار در فهم و اجرای اصول قانون اساسی است. تفسیر قانون اساسی رویه‌های تفسیری اجرای اصول قانون اساسی را معین می‌کند و قواعد نانوشته‌ی قانون اساسی رویه‌های خلق‌کننده‌اند که در کنار قواعد نوشته در آن‌ها دخل و تصرف می‌کنند.

این ماهیت سیاسی حقوق اساسی تا به امروز در ایران فراموش شده است. پرداختن به این وجوه حقوق اساسی کوششی برای یادآوری این وجه دور از نظر حقوق اساسی است. قانون اساسی در پرتو نوری که مردم بر آن می‌تابانند، فهمیده می‌شود. وقتی در انتخابات یا واقعه‌ای معنادار مردم علامت و پیامی می‌فرستند، قانون اساسی اصولاً باید در نسبت با این پیام دریافت



شود. بنابراین اگر اصل چنین باشد، پس متن‌نوشته‌ی قانون اساسی ممکن است متفاوت با الفاظ آن و مطابق با اراده‌ی مردم تفسیر و فهمیده شود. اما وقتی چنین پیام‌هایی، به دلایل مختلف، جدی گرفته نشده و لحاظ نمی‌شوند، متن‌نوشته‌ی قانون اساسی بنابر خواست و منافع نظام حاکم و غالب تفسیر می‌شود. در چنین شرایطی گفته می‌شود متن پیش از اجرای آن معنایی ندارد و معنای متن از رویه‌ی معینی که جاری است، فهمیده می‌شود.

## یادداشت‌ها

۱. ر.ک: مشروح گفت‌وگوی تفصیلی فارس با حجت‌الاسلام مصلحی، جزییات عزل مصلحی به روایت خودش مورخ ۹۳/۲/۱۶: «...زمانی که قرار شد وزیر اطلاعات شوم یکی از حرف‌هایم این بود که این جایگاه به تأیید نظر مقام معظم رهبری نیاز دارد و از آن‌جا نیز با بنده صحبت شد که شما مشکلی در این زمینه ندارید؟ من نیز پاسخ دادم احساسم این است که می‌توانم کاری انجام دهم لذا براساس اینکه نظرم این بود که نظر آقا باید باشد این مسئولیت را پذیرفتم» (آخرین بازدید ۱ مرداد ۱۳۹۶).
۲. رئیس‌جمهور وقت در نصب معاون اول و عزل وزیر اطلاعات با مخالفت رهبر مواجه شد، در مورد نخست با تأخیر چندروزه و در مورد دوم با تأخیر ده‌روزه امتثال امر کردند.
۳. غلامرضا مصباحی مقدم این سخنان را در جریان بررسی لایحه‌ی بودجه‌ی سال ۱۳۹۰ و با اشاره به تذکرات مکرر نمایندگان برای برگزاری جلسه‌ی غیرعلنی گفته بود.
۴. در صورت بی‌توجهی مقام مربوطه به رویه‌ی جاری اجرای اصول قانون اساسی، نهادهای ناظر دیگر، مانند مجلس شورای اسلامی نیز می‌توانند از ابزارهای نظارتی خود مانند رأی عدم اعتماد استفاده کنند. بنابراین در این موارد ابزارهای نظارت برای تضمین اجرای رویه‌ها منحصر به حکم حکومتی نیست.
۵. ممکن است برخی این موارد را ذیل بند ۸ اصل ۱۱۰ «حل معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیست» بدانند، درحالی‌که با توجه به قسمت اخیر بند ۸ که تصریح به «از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام» کرده است، این فرض منطبق بر بند ۸ اصل ۱۱۰ نیست.
6. The Morality of Constitution
۷. مصطفی کواکبیان، نماینده‌ی وقت سمنان و عضو فراکسیون اقلیت، گفته بود: «در خصوص انتصاب چهار وزیر اطلاعات، امور خارجه، دفاع و فرهنگ و ارشاد اسلامی باید با مقام معظم رهبری هماهنگی شود. این بار نیز در مورد وزیر اطلاعات باید با رهبری انقلاب مشورت و بعد نسبت به جابجایی اقدام می‌شد» (شرق، ۱ اردیبهشت ۱۳۹۰: ۱). البته اغلب وزیر کشور را نیز به این فهرست اضافه کرده‌اند. اعضای فراکسیون اقلیت همچنین درخواست راهپیمایی در صحن علنی مجلس، در اعتراض به برکناری وزیر اطلاعات دادند. محمدرضا تابش دبیرکل این فراکسیون در این خصوص گفت: «اعضای فراکسیون اقلیت خواهان راهپیمایی در صحن مجلس و اعلام موضع نسبت به برکناری وزیر اطلاعات بودند» (شرق، ۱ اردیبهشت ۱۳۹۰: ۳).
8. Jennings test.
۹. سردار سرلشکر غلامعلی رشید، جانشین رئیس ستاد کل نیروهای مسلح گفته بود: مقامات و مسئولین در تصمیم‌گیری‌ها و اقدام، اصول و اهداف انقلاب اسلامی و تبعیت از ولایت فقیه را باید به‌عنوان شاخص و راهنما در نظر بگیرند.
۱۰. گوفری مارشال هم تمایز میان قاعده‌ی حقوق اساسی و رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی را چنین توضیح می‌دهد:

"Conventions are distinguishable from rules of law; though they may be equally important, or more important than rules of law", *op. cit.* p. 210.

بنابراین الزاماً این‌گونه نیست که ارزش و اهمیت رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی کمتر از قاعده‌ی حقوقی باشد و چه‌بسا اهمیت و الزام بیشتری هم داشته باشد.

۱۱. مفهوم «امکان عقلی و امکان حقوقی» را در این‌جا با توجه به مفهوم «امکان عقلی و امکان شرعی» نزد فقها آورده‌ایم و به تفاوت این دو سطح در متون حقوقی نظر داریم. موضوعی ممکن است از نظر عقلی ممکن و شدنی باشد، اما از دیدگاه حقوقی نمی‌تواند ممکن باشد و حقوق و شرع آن را شرعی و قانونی ندانند. مقصود از امکان نقض قانون اساسی، امکان عقلی این نقض است و نه امکان حقوقی (شرعی) آن؛ «و المراد باحتمال المخالفة، امکان وقوعها عقلاً و لا شرعاً» (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۵: ۲۲۳؛ خوانساری، بی تا) ج ۵: ۵۰.

۱۲. حقوق اساسی در ایران هنوز توجهی به آرای دادگاه‌ها در زمینه‌ی موضوعات مرتبط با آن مانند ضمانت حقوق و آزادی‌ها نشان دهد. در کتاب‌های حقوق اساسی ایران در ذیل عناوین مربوط به حقوق و آزادی‌ها به رویه‌ی قضایی و نقد و بررسی آن توجه نشده است. این وضع نشان می‌دهد که هنوز ضمانت‌اجراهای قضایی حقوق و آزادی‌ها در درس‌های حقوق اساسی اهمیت نیافته؛ این در حالی است که مطالعات و آثار جهانی حقوق اساسی بیش از پیش به تحولات رویه‌ی قضایی حقوق و آزادی‌ها توجه نشان می‌دهد. حتی این بخش از حقوق اساسی با عنوان حقوق و آزادی‌های بنیادین از حقوق اساسی منفک شده و در کتاب جداگانه‌ای مطالعه می‌شود. مقصود از اصطلاح حقوق بنیادین در این درس‌ها حق‌هایی است که ضمانت‌اجرای قضایی دارند و در دادگاه می‌توان آن‌ها را مطالبه کرد.

13. Donald P. Kommers, see: *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, 1997.

14. The sanction by which the Conventions of the Constitution are enforced, Dicey.

15. Non legal.

16. Duty-imposing.

17. Political accountability.

## منابع

## الف) فارسی و عربی

۱. الهام، غلامحسین (اردیبهشت ۱۳۹۰)، پروژه تحقیق «یاری مؤمنین»، رسالت.
۲. خوانساری، سید احمد (بی تا)، *جامع المدارک*، تصحیح علی اکبر غفاری، تهران، مکتبه الصدوق، ج ۵.
۳. محمدی ری شهری، محمد (۱۳۸۳)، *خاطره‌ها*، ج ۳، مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
۴. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۷)، *مبانی حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: مجد، چ اول.
۵. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۷)، *جواهرالکلام*، تصحیح شیخ عباس قوچانی، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چ سوم، ج ۳۵.

## ب) فرانسوی

6. Avril, Pierre (1997), **Les Conventions de la Constitution**, (Normes non écrites du droit politique), PUF, coll. Léviathan, Paris.
7. Beaud, Olivier (1999), "Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle - A propos d'un ouvrage récent", Cahiers du Conseil constitutionnel n° 6 - janvier.
8. Dicey, Albert Venn (1902), **Introduction to the study of the law of the constitution**, trd. Fr, (*Introduction à l'étude du droit constitutionnel*), Paris.
9. Albert Venn (1982), **Introduction to the study of the law of the constitution**, Liberty Classics, Indianapolis, p. 292.
10. Capitane, René (2001), «La coutume constitutionnelle», in *Les écrits constitutionnels*, éd. Panthéon Assas, Paris.
11. Marshall, Geoffrey (1987), **Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability**, oxford.
12. Strauss, David (2000), **The Living Constitution**, Oxford-New York: Oxford University Press, coll. 'the Inalienable Rights'.  
Wachsmann, Patrick (1998), Commentaire de P. Wachsmann relatif au livre de Pierre Avril "Les conventions de la Constitution", Cahiers du Conseil constitutionnel n° 4 – avril.

# Accreditation of the Constitutional Customs and Precedents

Sayyed Naser Soltani\*

Assistant Professor, Tehran university - Farabi campus

## Abstract

Perusing the text of the Constitution is not sufficient for understanding the performance of the political system. One of the cases the Constitution and other regulations haven't broached anything on it is the present precedent for nominating the Minister of Intelligence. The current precedents aren't based on the text of the Constitution. The purpose of this study is to question the discrepancy between the body of the written Constitution and the real performance of the legal institutions. Such an approach is indeed an answer to those who consider the Constitution as indicated in its body which restrict the Constitutional law issue subject to the text of the Constitution and the decisions and comments of the Guardian Council. This approach inadequately and incompletely delineates the Constitution. The Constitutional institutions broadly or narrowly interpret their jurisdiction with respect to the balance of the political powers. This article aims to point out these issues in the studies of Iran Constitutional law. We'll attempt in one hand to indicate whether the Constitutional law theory of Iran would provide a basis for acceptance of such rules and in the other hand to present the sovereign criteria on these rules.

## Key words

Ethics and Morality of Constitutional Enforcement, Unwritten Principles of the Constitution, Precedents of Constitutional Enforcement, Constitutional Convention, Written Constitution.

---

\*E-mail: Naser.soltani@ut.ac.ir