

## کنکاشی در منابع حقوق اساسی

بیژن عباسی \*

استادیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۶/۱۷ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۷/۸/۵)

### چکیده:

یکی از مسایل بنیادین در هر شاخه از علم حقوق، بررسی منابع و سرچشمه‌های قواعد آن است. حقوق اساسی نیز سرشار از قواعدی است که برای تشخیص آن باید سراغ منابع گوناگون رفت. ویژگی این رشته از حقوق، وجود اصل سلسله مراتب شدید میان قواعد آن است. قانون اساسی به دلیل وضع آن بوسیله قوهی موسس که برتر از قوای تاسیسی یا عمومی هستند در بالای هرم این قواعد قرار دارند. در برخی از کشورها در سلسله مراتب میان مقررات پس از قانون اساسی، قوانین سازمانی هستند که شرایط تصویب و تغییر آنها متفاوت با قوانین عادی است. پس از آرا و تفاسیر نهاد ناظر بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی، قوانین مصوب مجلس نیز در شکل‌گیری و باروری منابع حقوق اساسی مشارکت دارند. البته نباید در این رهگذر از نقش منابع مذهبی و عرف‌های حقوق اساسی که غالباً برخاسته از عملکرد حکومت‌کنندگان است و دیدگاه‌های استادان این رشته (دکترین) از حقوق چشم پوشید.

### واژگان کلیدی:

قانون اساسی، قوانین سازمانی، آیین نامه داخلی مجالس، قوانین عادی، تفسیر قانون اساسی، رویه قضایی، مقررات دولتی، عرف حقوق اساسی، دیدگاه حقوقدانان اساسی

## درآمد

شناسایی شاخه‌های حقوق از راه منابع آنها صورت می‌گیرد. معمولاً پدیده‌هایی چون قانون، مقررات دولتی، رویه‌ی قضایی، عرف، آرای دانشمندان حقوق که حقوق و تکالیف مردم و دولت از آنها سرچشمه می‌گیرد، منابع حقوق نامیده می‌شوند. بنابراین، منابع حقوق شامل اموری است که قواعد حقوقی از آنها ریشه می‌گیرد و می‌توان حقوق را از آنها کشف و استخراج کرد (عمید زنجانی، ۱۳۸۳، ص ۴۰).

حقوق اساسی بخشی از نظام حقوقی یک کشور است و شامل قواعد مربوط به نظام سیاسی یک کشور و یا شکل حکومت، قوای عمومی، وظایف و اختیارات و سازماندهی آنها و روابط میان آنها، حقوق و آزادی‌های ملت، اصول کلی سیاست داخلی، خارجی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، شیوه‌ی بازنگری در قانون اساسی و غیره می‌گردد. از آنجایی که این شاخه از حقوق دارای مجموعه قواعدی خاص می‌باشد، می‌توان آن را از دیگر شاخه‌های حقوق متمایز کرده و در نتیجه از استقلال آن سخن به میان آورد. این استقلال بیش از همه ناشی از سطح و مرتبه‌ی قواعد این رشته است که عمدتاً در قانون اساسی، قوانین سازمانی، آیین‌نامه‌های داخلی مجالس، قوانین عادی، تفسیرهای مربوط به اصول قانون اساسی توسط مراجع ذیربط بویژه دادرسی قانون اساسی، رویه‌ی قضایی، مقررات مصوب قوه‌ی مجریه (فرمان‌ها و اعلامیه‌های بنیانگذاران نظام سیاسی، تصویب نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها)، منابع مذهبی، عرف، مشروح مذاکرات تصویب کنندگان و تجدیدنظرکنندگان قانون اساسی مانند مجلس موسسان و عقاید دانشمندان حقوق اساسی (دکترین) یافت می‌شود.

بنابراین، با وجود آن که قانون اساسی منبع اصلی قواعد حقوق اساسی است ولی در برگیرنده‌ی همه‌ی آن قواعد نیست و اغلب بسیاری از امور همانند انتخابات، احزاب، مطبوعات، رسانه‌های گروهی، حقوق و آزادی‌های عمومی، نظام اقتصادی و مالکیت نه در قانون اساسی بلکه در دیگر منابع این شاخه از علم حقوق ذکر می‌شود (طباطبایی موتمنی، ۱۳۸۶، ص ۱۸۴).

## گفتار نخست - قانون اساسی

از تاریخ انقلاب‌های آمریکا و فرانسه در اواخر سده‌ی هجدهم میلادی، حقوق اساسی به صورت حقوق نوشته شکل گرفت و قوانین اساسی تدوین و تصویب گردیدند. تدوین و تصویب قانون اساسی گاه به صورت مردم‌سالار (مشارکت نمایندگان مردم از راه مجلس موسسان یا مردم از راه همه‌پرسی)، گاه به شکل غیرمردم‌سالار (مشارکت شخص نخست مملکت) و یا سرانجام به صورت آمیخته و توافقی (مشارکت حاکم و نمایندگان منتخب مردم)

انجام می‌شود.<sup>۱</sup> متن قانون اساسی که مبین وجود یک اراده‌ی حاکم است؛ معمولاً قانون اساسی، گاه قانون بنیادین مانند قانون بنیادین آلمان مصوب سال ۱۹۴۹ و یا گاهی منشور مانند منشور سال‌های ۱۸۱۴ و ۱۸۳۰ فرانسه نامیده می‌شود.

هر جامعه‌ی سیاسی دارای مجموعه قواعد نوشته یا نانوشته به منظور تعیین روش‌های رسیدن به قدرت سیاسی، اعمال، اداره و انتقال آن است. مجموعه‌ی این قواعد، قانون اساسی را شکل می‌دهد. معمولاً همه‌ی کشورها دارای قانون اساسی و غالب آنها دارای قانون اساسی نوشته می‌باشند. قانون اساسی مجموعه‌ای از قواعد حقوقی برتری است که روابط میان حکومت کنندگان و حکومت شوندگان را تعیین، قوای عمومی را سازماندهی و صلاحیت‌های آنها را مشخص می‌کند.

لازم به ذکر است که قانون اساسی دارای ارزشی بالاتر از دیگر قواعد حقوقی است و فقط از راه آیین و تشریفاتی ویژه و نه مانند قواعد عادی مورد بازنگری قرار می‌گیرد.

### گفتار دوم - قوانین سازمانی

در برخی از کشورها بویژه فرانسه (جمهوری پنجم)<sup>۲</sup> و فدراسیون روسیه در سلسله مراتب میان هنجارها، پس از قانون اساسی، نخست قوانین سازمانی سپس قوانین عادی قرار دارند. بنابراین، قوانین سازمانی درحد واسط میان قانون اساسی و قوانین عادی هستند. این قوانین ممکن است توسط قوه‌ی مقننه رأساً و یا به دعوت قوه‌ی موسس یا اجازه‌ی صریح قانون اساسی تصویب شود.

این قوانین دارای سه ویژگی هستند:

۱. به لحاظ موضوعی به حقوق اساسی، ساختار سیاسی کشور، انتخابات، احزاب سیاسی، مطبوعات، رسانه‌های گروهی، حقوق و آزادی‌های فردی، نظام مالکیت و امور مالی مربوط می‌باشند (مانند امور یادشده در مواد ۶، ۱۳، ۲۳، ۲۵، ۳۴، ۳۷، ۴۷، ۵۷، ۶۳، ۶۴، ۶۷، ۶۸ و ۷۱ قانون اساسی فرانسه)؛

۲. به علت عدم امکان بیان قواعد ضروری به طور جزئی و دقیق، قانون اساسی پیشنهاد می‌کند که قوانین سازمانی بتوانند متن قانون اساسی را تکمیل کرده و توضیح دهند. قانون اساسی فرانسه درباره‌ی چندین حوزه‌ی مهم به این کار مبادرت ورزیده است به

۱. رک به مقاله‌ی نگارنده " شیوه‌های تدوین و تصویب قانون اساسی"، نشریه حقوق اساسی، ش ۲، س دوم (۱۳۸۳)، ص ۴۹-۶۳.

۲. برابر ماده‌ی ۴۶ قانون اساسی فرانسه، «قانون سازمانی قانونی است که توسط قانون اساسی پیش بینی، مطابق آیین خاصی تصویب و الزاماً برای نظارت باید به شورای قانون اساسی ارجاع گردد».

عنوان نمونه برای سازماندهی و فعالیت شورای قانون اساسی و دیوان عالی عدالت این کشور؛

۳. تصویب و تغییر این قوانین مطابق قواعدی خاص و متفاوت از تشریفات تصویب و تغییر قوانین عادی مثلاً مستلزم رای اکثریت مطلق آرای نمایندگان مجلس است. افزون بر آن در فرانسه هر لایحه یا طرح مربوط به قوانین سازمانی پس از تصویب در دو مجلس نیازمند اظهار نظر شورای قانون اساسی برای مطابقت آن با قانون اساسی است. یعنی این که دیگر نیازی به مراجعه‌ی مقامات سیاسی به این نهاد جهت این اعلام نظر نمی‌باشد. در حالی که قوانین عادی با اکثریت نسبی آرای نمایندگان تصویب می‌گردد و نیازی به تایید شورای قانون اساسی ندارد.<sup>۱</sup> بی شک این آیین بدین منظور در نظر گرفته شده است تا به بهانه‌ی تصمیم و اصلاح قانون اساسی نتوان اصول قانون اساسی را از راه تصویب قوانین سازمانی زیر سؤال برد.

### گفتار سوم- آیین نامه‌های داخلی مجالس

آیین نامه‌های داخلی مجالس عمدتاً از ساختار و اختیارات مجلس به طور مفصل سخن می‌گویند (الف) و معمولاً توسط خود مجلس تصویب می‌گردند. البته در تصویب این آیین نامه‌ها این نهاد باید مقررات و اصول قانون اساسی را رعایت نماید (ب).

### الف- مفاد و قلمرو آیین نامه‌های داخلی مجالس

آیین نامه‌های داخلی مجالس با در بر گرفتن مسایلی همانند سازماندهی داخلی مجالس، وظایف و اختیارات مجلس و... به تکمیل قانون اساسی می‌پردازند. این آیین نامه‌ها از ساختار مجلس اعم از نظام تک مجلسی و یا دو مجلسی (مجلس نخست مانند مجلس نمایندگان، مجلس ملی و... مجلس دوم همانند مجلس سنا، مشاوران، اعیان و...)، نحوه‌ی تشکیل مجلس، وظایف و اختیارات مجلس، مدیریت مجلس، هیات رئیسه‌ی مجلس، تقسیم نمایندگان به شعب، شمار کمیسیون‌های داخلی مجلس، نقش و وظایف آنها، دستور جلسه، فرآیند دقیق قانون‌گذاری (لایحه و طرح)، حد نصاب تشکیل، مذاکرات، تصمیم‌گیری‌ها، نحوه‌ی رای

۱. افزون بر این موارد، ماده‌ی ۴۶ قانون اساسی فرانسه شرایط دیگری را نیز برای این دسته از قوانین در نظر گرفته است که عبارتند از:

- ۱- از تاریخ تسلیم لایحه یا طرح قانون سازمانی تا شور و مذاکره در مجلس، دست کم باید ۱۵ روز بگذرد؛
- ۲- در صورت عدم موافقت سنا، مجلس ملی می‌تواند در آخرین شور ولی با اکثریت مطلق تصمیم‌گیری نماید؛
- ۳- هر قانون سازمانی مربوط به سنا نیاز به تایید مجلس اخیر دارد.

گیری، نظارت بر امور اجرایی از راه نطق پیش از دستور، تذکر، سؤال، استیضاح، تحقیق و تفحص و مانند آنها سخن می‌گویند.

بسیاری از مقررات ذکر شده در آیین نامه‌های داخلی مجالس و قوانین سازمانی ممکن است در قانون اساسی و یا در یک قانون عادی نیز گنجانده شوند. مثلاً قانون اساسی جمهوری پنجم فرانسه حاوی قواعدی درباره‌ی رای گیری در مجلس یا تعیین دستور جلسه‌ی مجلس می‌باشد که ممکن است در نظام‌های سیاسی دیگر همانند جمهوری سوم این کشور (۱۹۴۰-۱۸۷۰) در آیین نامه‌ی داخلی مجلس ذکر شده باشد. بنابراین، قانون اساسی مسایلی را که باید در آیین نامه‌ی داخلی مجلس ذکر شود، تعیین می‌کند. اگر قانون اساسی وارد جزئیات نگردد و حوزه‌ی فراخی را به آیین نامه‌های داخلی واگذارد، به یک نتیجه‌ی فنی منجر می‌شود و آن انعطاف پذیری شدید قانون اساسی است زیرا تغییر آیین نامه‌ی داخلی بسیار آسانتر از بازنگری در قانون اساسی است و به یک نتیجه‌ی سیاسی منجر می‌گردد و آن این است که اگر مجالس در تصویب آیین نامه‌ی داخلی نقش وافر ایفا کنند سبب استقلال و اقتدار زیاد مجالس می‌شود. در دوره‌ی جمهوری سوم فرانسه به دلیل اختصار زیاد قانون اساسی آیین نامه‌ی داخلی مجالس اهمیتی فوق العاده داشت. برای نمونه، این آیین نامه در بردارنده‌ی قواعدی بسیار مهم درباره‌ی اصلاح ساختار و صلاحیت‌های قوای عمومی و استیضاح دولت (طرح مسئولیت سیاسی قوه‌ی مجریه‌ی برابر مجلس) بود. اهمیت این آیین نامه به حدی بود که یکی از نویسندگان می‌گوید که «آن درباره‌ی اداره‌ی امور عمومی تأثیری بیشتر از خود قانون اساسی داشت» (PIERRE, 1989, p. 490). جمهوری پنجم فرانسه که پارلمانتاریسم را در این کشور عقلانی و متعادل نمود نخست، بسیاری از مسایلی را که در جمهوری سوم در حیطه‌ی آیین نامه‌ی داخلی مجلس بود در خود قانون اساسی ذکر کرد. دوم این است که آیین نامه‌ی داخلی پس از تصویب مجالس نیاز به تایید و نظارت بر مطابقت آن با قانون اساسی توسط شورای قانون اساسی دارد.

هرچند که قانون اساسی در عمل حاوی قواعدی درباره‌ی بسیاری از امور و مسائل است که شایسته است آیین نامه‌ی داخلی پارلمان به آن بپردازد، با وجود این، این قانون نمی‌تواند وارد امور بسیار جزئی شود. بنابراین، در این موارد، وجود آیین نامه‌ی داخلی مجالس ضروری به نظر می‌رسد.

#### ب- تصویب آیین نامه‌ی داخلی مجالس

بر حسب درجه‌ی استقلال و اقتداری که قانون اساسی به مجالس می‌دهد، چند شیوه برای تصویب این آیین نامه وجود دارد:

۱. روشی که بیشترین استقلال را به دو مجلس می‌بخشد، طبیعتاً آن است که به آنها صلاحیت تصویب آیین‌نامه‌ی داخلی خودشان را واگذار کند. جمهوری سوم فرانسه چنین شیوه‌ای را در نظر گرفته بود و در آن، هر یک از دو مجلس، آیین‌نامه‌ی داخلی خود را تصویب و آن را هر گاه که می‌خواستند تغییر می‌دادند؛
۲. در دومین روش، قوه‌ی مجریه است که حق تصویب آیین‌نامه‌ی داخلی مجالس را دارد. برای نمونه، در فرانسه در دوره‌ی کونسولا (Consulat) و امپراتوری نخست (۱۷۹۹-۱۸۱۴) و دوره‌ی دوم امپراتوری (۱۸۷۰-۱۸۵۱) (HAMON, 2003, p. 50)؛
۳. روش حدوسط عبارت است از این که به هر یک از دو مجلس اجازه‌ی تصویب آیین‌نامه‌ی داخلی خودشان داده می‌شود. ولی پس از تصویب یا اصلاح آن، آیین‌نامه توسط دادرس قانون اساسی مورد نظارت قرار می‌گیرد تا از تعرض به اصول قانون اساسی زیر پوشش تبیین جزئیات آن توسط این دو مجلس جلوگیری شود مانند راه حل جمهوری پنجم فرانسه (بند ۱ ماده‌ی ۶۳ قانون اساسی) و جمهوری اسلامی ایران. روشن است که پس از تصویب آیین‌نامه در مواقع لازم می‌توان آن را اصلاح کرد.

#### گفتار چهارم - قوانین عادی

قانون به تعبیر کاره دو مالبرگ «بیان اراده‌ی عمومی است l'expression de la volonté générale» و متنی است حاوی قواعد عام، کلی و لازم‌الاجرا که توسط نمایندگان مجلس در حدود و طی فرآیند پیش‌بینی شده در قانون اساسی و آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس تصویب و بوسیله‌ی رئیس کشور امضا، منتشر و ابلاغ می‌گردد.

قوانین موضوعه‌ی مجلس نیز می‌توانند منبع نوشته‌ی دیگری برای حقوق اساسی به شمار آیند. این قوانین که همانند قوانین سازمانی از حیث منشا و مرجع توسط مجلس تصویب می‌شوند از نظر موضوعی مربوط به سازماندهی، فعالیت، وظایف و اختیارات قوای عمومی، روابط میان آنها، انتخابات، احزاب، مطبوعات، حقوق و آزادی‌های بنیادین ملت می‌باشند. یعنی مواردی که قانون اساسی یا دربار‌های آنها خاموش است یا آنها را به قانون‌گذاری عادی واگذار کرده است. در واقع، این قوانین دنباله و مکمل قانون اساسی هستند و برای روشن شدن اصول کلی قانون اساسی و تکمیل آن وضع شده‌اند و ما ناگزیر از مراجعه به آنها برای بررسی قواعد مربوط به حقوق اساسی می‌باشیم. شایان‌گفتن است که در بیشتر قوانین اساسی کشورها، فقط به ذکر اصول کلی قانون اساسی بسنده می‌شود و نحوه‌ی به اجرا درآمدن و یا ورود در جزئیات به قوانین مصوب مجلس احاله می‌گردد.

فایده‌ی عملی چنین قوانینی در این است که توقف در متن قانون اساسی، حقوق اساسی را به حالت ایستادن نگه می‌دارد در حالی که مراجعه به قانون‌گذاری عادی، پویایی و تحرکی را که تا حدودی گویای تحولات و تطورات زندگی سیاسی و اجتماعی واقعی است به آن می‌بخشد (قاضی، ۱۳۸۳، ص ۱۱۴) و امکان تغییر سریع قوانین عادی بدون طی فرآیند پیچیده و نیاز به بازنگری در قانون اساسی امکان‌پذیر است. زیان این قوانین در آن است که اکثریت‌های سیاسی گذرا و مقطعی در مجلس می‌توانند این قواعد را به سود خود و به منظور افزایش شانس خویش برای باقی ماندن در قدرت به آسانی تغییر دهند مثلاً تغییر در شرط سنی انتخابات.

افزون بر قوانین مصوب مجلس، فعالیت‌های سیاسی دیگر اعضای این قوه، شامل ابزارهای قانون‌گذاری و نظارت بر امور اجرایی و عملکرد قوه‌ی مجریه مانند تذکرات، سوالات، استیضاح‌ها، بیانیه‌ها، کمیسیون‌های تحقیق و تفحص، مذاکرات در کمیسیون‌های دائمی و موقت و پیشنهادهای اصلاحی نمایندگان ضمن بحث درباره‌ی طرح‌ها و لوایح از منابع مهم و قابل استناد حقوق اساسی به شمار می‌آیند. یکی دیگر از منابع حقوق اساسی تفسیر قانون اساسی است.

### گفتار پنجم - تفسیر قانون اساسی

بنا بر یک ضرب‌المثل لاتین، اگر متنی روشن باشد نیازی به تفسیر و توضیح ندارد:

*"in claris cessat interpretatio"*

ولی گاه قانون اساسی یا دیگر منابع حقوق اساسی ممکن است دارای اصول، مواد، جملات، عبارات و یا واژه‌هایی مبهم، مجمل یا مختصر باشند. در نتیجه، قوای عمومی، دولتمردان، حقوقدانان و مردم دیدگاه‌های گوناگونی درباره‌ی آنها ابراز کنند. در این گونه موارد، باید نهادی وجود داشته باشد که اقدام به توضیح و روشن کردن اصول قانون اساسی بنماید.

در قوانین و مقررات گوناگون مرجع تفسیر مقررات معمولاً مشخص می‌شود. وظیفه‌ی این مرجع این است که کلمات، عبارات یا جملاتی که در قانون اساسی یا قوانین و مقررات دیگر مربوط به حقوق اساسی روشن نباشد توضیح داده و به تفسیر آن پردازد.

اصولاً مرجع صلاحیت دار برای تفسیر مقررات، مرجع واضع آن مقررات است. زیرا آن مرجع به خوبی می‌داند که چه وضع کرده و معنا و مفهوم آن کدام است. معمولاً تفسیر قانون عادی با مجلس و تفسیر قانون اساسی با دادرس قانون اساسی می‌باشد (اصول ۷۳ و ۹۸ قانون اساسی ج.۱. ایران). البته در کنار این تفسیر حقوقی، تفسیر قضایی از قانون نیز وجود دارد که با مراجع قضایی و دادگاه‌هاست. مراجع اخیر قانون را تفسیر کرده و آن را با موارد اختلاف یا

دعوا تطبیق می‌دهند و دیوان عالی کشور موظف است دقیقاً نظارت کند که دادگاه‌ها در استنباط و تفسیر قوانین دچار اشتباه نشوند (طباطبایی مومنی، ۱۳۸۶، ص ۱۸۴).

بنابراین، در کنار دیگر منابع حقوق اساسی، تفسیرهای مراجع صلاحیتدار از قانون اساسی و دیگر قوانین و مقررات مربوط به حقوق اساسی که معمولاً به درخواست مقامات حکومتی صورت می‌گیرد می‌تواند به عنوان یک منبع حقوقی به شمار آید و مورد استناد قوای عمومی یا شهروندان قرار گیرد.

یکی دیگر از منابع حقوق اساسی، رویه‌ی قضایی و تصمیمات دادرسی قانون اساسی است.

### گفتار ششم - رویه‌ی قضایی و تصمیمات دادرسی قانون اساسی

رویه‌ی قضایی یا حقوق زنده، راه حلی است که دادگاه‌ها به طور معمول برای یک مسأله‌ی حقوقی پیدا می‌کنند. به تعبیر استاد ژان کاربونیه (J. Carbonnier) رویه‌ی قضایی، همان عادت دادگاه‌هاست. وی می‌گوید که «در صورت پیدایش یک مسأله‌ی حقوقی که به طور مکرر پیش می‌آید، دادگاه‌ها کم و بیش زود عادت می‌کنند که به شیوه‌ی مشابه درباره‌ی آن تصمیم‌گیری نمایند (...). همچنین می‌توان فرض کرد که اگر در آینده، دادگاهی با چنین مسأله‌ای روبرو شود به همین ترتیب، تصمیم بگیرد: به لحاظ حقوقی، این دادگاه ملزم به این گونه تصمیم‌گیری نیست ولی احتمال عمل بدین ترتیب وجود دارد» (p. 149. CARBONNIER, 2001).

در حقوق اساسی، برای جلوگیری از تصویب و اجرای قوانین عادی معارض با قانون اساسی، در هر یک از کشورها از روشی خاص بهره می‌گیرند. برخی به پیروی از راهکار ایالات متحده، این مأموریت را به دادگاه‌های عادی و دیوان عالی کشور سپرده‌اند و برخی به سبک اروپایی، نهاد ویژه‌ای را برای بررسی و تصمیم‌گیری در این زمینه، بوجود آورده‌اند.

در حقوق اساسی رویه‌ی قضایی یا آرا و تصمیمات نهادهای نظارت بر مطابقت مصوبات با قانون اساسی همانند دادگاه قانون اساسی (شورای قانون اساسی یا شورای نگهبان) و دادگاه عالی اداری (شورای دولتی یا دیوان عدالت اداری) می‌تواند به عنوان منبع حقوق اساسی به شمار آید. همچنین تصمیمات نهادهای دیگر اعم از قضایی یا غیرقضایی همانند دیوان عالی کشور، دادگاه‌های عمومی یا اداری که مربوط به حقوق اساسی باشد نیز ممکن است جزء منابع حقوق اساسی قلمداد گردد زیرا این دستگاه‌ها ضمن رسیدگی به دعاوی تعارض، خواه ناخواه به تجزیه، تحلیل و تفسیر قانون می‌پردازند و احکام مربوط را بر پایه‌ی سنجش مفاهیم قانون اساسی و قانون عادی و ملاحظه‌ی سازگاری یا مغایرت آن دو، با یکدیگر صادر می‌کنند. آرای صادره از این دستگاه‌ها البته همراه با مشروح مذاکرات و صورت جلسات، از مهم‌ترین



منابعی است که مراجعه به آنها حقوقدانان را از کم و کیف واقعیات حقوقی کشور، از یک سو، و خط مشی و نحوه‌ی تلقی این دستگاه‌ها از دامنهی قانون اساسی از سوی دیگر، آگاه می‌سازد (قاضی، ص ۱۱۵-۱۱۴).

یکی از ویژگی‌های رویه‌ی قضایی به عنوان مجموع قواعد اجراشده توسط دادرسان در حل و فصل قضایی که به آنها ارجاع گردیده این است که همیشه در معرض تحول و دگرگونی قرار دارد.

مجموعه‌ی آرای شورای قانون اساسی فرانسه، دادگاه‌های قانون اساسی آلمان، ایتالیا، اسپانیا، دیوان عالی کشور آمریکا و شورای نگهبان جمهوری اسلامی و سیر تحول آنها برای شناخت حقوق اساسی این کشورها بسیار مفیدند و جزء منابع مهم حقوق اساسی به شمار می‌روند.

### گفتار هفتم - مقررات مصوب قوه‌ی مجریه

تصمیمات و اعلامیه‌های پایه‌گذاران یک نظام سیاسی درباره‌ی تعیین شکل حکومت و چگونگی تدوین و تصویب قانون اساسی، از منابع قابل مطالعه در حقوق اساسی است. همچنین بررسی فرمان‌ها و سخنان رئیس کشور و رئیس دولت، آیین‌نامه‌ی داخلی هیات وزیران، تصویب نامه‌ها و صورت جلسات هیات دولت و آیین‌نامه‌های وزیران و هیات وزیران برای آگاهی از کم و کیف اعمال و فعالیت‌های قوه‌ی مجریه و روابط آن با دیگر قوا ضرورت دارد. مشروح مذاکرات مربوط به مقررات دولتی و لوایح مصوب هیات وزیران به شناخت این دسته از منابع حقوق اساسی کمک می‌کند. منبع دیگر که می‌تواند به عنوان منبع حقوق اساسی باشد، عرف‌های حقوق اساسی است.

### گفتار هشتم - منابع مذهبی

در کشورهای دارای نظام سیاسی مذهبی همانند جمهوری اسلامی ایران یا افغانستان منابع دینی و مذهبی یکی از منابع حقوقی کشور است. در کشور ما با توجه به ابتدای نظام بر حاکمیت الهی - مردمی یاد شده در اصل ۵۶ قانون اساسی، یکی دیگر از منابع حقوق اساسی در صورت سکوت، نقص یا اجمال قوانین و مقررات، منابع معتبر اسلامی می‌باشد. در این زمینه، اصل ۱۶۷ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه

را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدون، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع نماید».

### گفتار نهم - عرف‌های حقوق اساسی<sup>۱</sup>

عرف یکی از منابع حقوق است و با تکرار یک عمل و احساس الزام نزد عاملان آن شکل می‌گیرد. عرف حقوق اساسی، رویه‌ای است مرسوم میان قوای عمومی، دولتمردان یا زمامداران که به دلیل تکرار آن در طول زمان، آن را همانند حقوق شمرده و از آن پیروی می‌کنند. عرف اساسی برگرفته از رفتار و عملکرد حکومت کنندگان است و قاعده‌ای است که به تدریج میان قوای عمومی به عنوان قاعده‌ای الزام آور مرسوم شده است، یا به مجموع عادات ناشی از اعمال و رویه‌های اساسی الزام آور تعریف می‌شود و یا به عنوان قاعده‌ای حقوقی نانوشته‌ای که برخاسته از رفتارهای مکرر و همگون که قوای عمومی از آنها تبعیت کرده یا در برابر آنها خاموشی برمی‌گزینند معرفی می‌گردد (CHAGNOLLAUD, 2003, p. 42). در حقوق اساسی همانند شاخه‌های دیگر حقوق هنگامی که دو شرط جمع شود، عرف پدید می‌آید:

۱- تکرار: هنگامی که یک رویه در یک زمان نسبتاً طولانی تکرار گردد (*Consuetudo*)؛

به عبارت دیگر، به قول یک ضرب‌المثل معروف، با یک بار عرف پدید نمی‌آید  
"une fois n'est pas coutume".

بنابراین، این رویه باید میان قوای عمومی مرسوم شود و تنها با یک پیشینه، عرف ایجاد نخواهد شد. عنصر مادی عرف در صورتی کامل است که مداوم و پایدار باشد.

۲- احساس تکلیف یا اجماع میان نهادهای اساسی ذینفع و افکار غالب حقوقدانان:

یعنی هنگامی که این احساس و عقیده وجود داشته باشد که این رویه یک قاعده‌ی حقوقی و الزام آور است. یعنی این که زمامداران یا مردم پیروی از آن را لازم و ضروری می‌دانند یا معتقد به الزامی بودن آن می‌باشند (*opinio juris*). عرف بر رضایت قوای عمومی (*Opinio necessitatis*) و سوابق رفتاری همگن استوار است (Ibid). عرف نه توسط یک اراده‌ی یکجانبه بلکه از اراده‌ی مشترک قوای تاسیسی نشأت گرفته و دارای خصیصه‌ی اجماعی (Consensuel) است نه خصوصیتی اختلافی (GICQUEL, HAUROIU, 1985, p. 266, 283). اگر بخشی مهم از افکار عمومی و دکترین غالب، رویه‌ای را نقض حقوق تفسیرکنند اینجا نقطه‌ی آغاز شکل‌گیری عرف اساسی نخواهد بود (CHANTEBOUT, 2003, p. 25).

۱. رک به مقاله‌ی نگارنده "عرف در حقوق اساسی"، نشریه حقوق اساسی، ش ۶ و ۷، س چهارم (۱۳۸۵)، ص ۱۶۹-۱۶۱.

نخستین و دومین شرط به ترتیب شروط مادی و روانی و یا شروط عینی و ذهنی نامیده می‌شود. برخلاف دیگر شاخه‌های حقوق بویژه حقوق مدنی، نویسندگان زیادی نیستند که عرف را به عنوان یکی از منابع حقوق اساسی بشناسند. زیرا هیچ قانون اساسی صریحاً عرف را به رسمیت نمی‌شناسد. در حالی که در حقوق مدنی، بازرگانی و حقوق بین‌الملل حکم برخی از مسایل به عرف ارجاع می‌شود.

درباره‌ی عرف حقوق اساسی و شروط آن اختلاف نظرهای زیادی میان حقوقدانان و علمای حقوق وجود دارد. درباره‌ی این که چند بار یک رویه باید تکرار گردد تا به آن عرف گویند و درباره‌ی این که چه اشخاصی (مردم، دولتمردان یا دانشمندان حقوق) باید احساس یا اعتقاد به ویژگی الزام آور رویه داشته باشند در میان حقوقدانان اختلاف نظر است.

حقوقدانان در باب اعتبار رویه‌ی موافق قانون اساسی یا عرف تکمیلی (*praeter legem*) تقریباً متفق القولند. ولی بیشتر دانشمندان حقوق، رویه‌هایی را که مخالف اصول صریح قانون اساسی نوشته باشند (*contra legem*) نمی‌پذیرند و معتبر نمی‌دانند بنا به این دلایل که:

۱. عرف را شیوه‌ی پیش بینی شده برای بازرنگری در قانون اساسی نمی‌دانند

(MEKHANTAR, 1997, p. 122)؛

۲. نمی‌توان پذیرفت که عرف که زاده‌ی اراده و عملکرد حکومت کنندگان یعنی قوای عمومی و تاسیسی است بتواند با قانون اساسی نوشته یعنی محصول کار قوه‌ی موسس در تضاد قرار گیرد.<sup>۱</sup>

بدین ترتیب، امکان این که عرف بتواند قاعده‌ای را نسخ یا نهادی را حذف یا این که هنجار یا نهادی جدید را تاسیس کند که ذکر از آن در حقوق نوشته، نشده باشد توسط دکتترین غالب رد شده است. اغلب حقوقدانان اساسی به این نکته ایمان دارند که عرف نقشی تکمیلی یا تفسیری دارد. در صورت خاموشی قانون اساسی نسبت به امری، عرف حکم آن را بیان می‌نماید و در صورت ابهام درباره‌ی قاعده‌ای به تفسیر آن می‌پردازد (CHAGNOLLAUD, p.42). در این صورت، ما با عرف تکمیلی (*praeter legem*) سروکار داریم نه با عرف ناسخ و مخالف اصول قانون اساسی (*contra legem*).

۱. در فرانسه، حقوقدانان اساسی همچون ژاک کادار «Jacques Cadart»، بنوا ژانو «Benoit Jeanneau» و مارسل پرلو «Marcel Prélot» معتقدند که عرف نتیجه‌ی عادت و عملکرد حکومت کنندگان است. پذیرفتن این که آن می‌تواند قانون اساسی تأیید شده توسط مردم را نادیده بگیرد منجر به این خواهد شد که برای اراده‌ی حاکمان اعتبار بیشتری نسبت به اراده‌ی مردم قایل شده ایم و به آنها به طور ضمنی اجازه داده ایم که با رواج عرف از اختیارات خود سوء استفاده کنند.

### گفتار دهم - دیدگاه‌های دانشمندان حقوق اساسی (دکترین)

یکی دیگر از منابع حقوق اساسی نظریات و دیدگاه‌های دانشمندان برجسته‌ی این رشته از حقوق است. ممکن است در این رشته از حقوق حکم بسیاری از امور و مسایل در منابع حقوقی اعم از نوشته یا عرفی پیش بینی نشده باشد اینجاست که حقوقدان اساسی وارد میدان شده و راه حل‌ها و پیشنهادها را برای رفع مشکل ارائه می‌دهد.

عدم تکافوی قواعد نوشته در حقوق عمومی، خود نقشی مهم را که دکترین در پیدایش و شکل گیری این رشته از حقوق ایفا کرده است، توجیه می‌کند. توسعه‌ی هر یک از رشته‌های حقوق عمومی همانند حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق مالی و حقوق بین‌الملل در مقیاس وسیعی حاصل کار استادان دانشکده‌های حقوق است که بوسیله‌ی آموزش شفاهی یا تالیفات خود تاثیر قاطعی بر آن داشته‌اند (دومیشل، ۱۳۷۶، ص ۳۰).

ولی تفاوتی که این منبع با دیگر منابع دارد در غیرالزام آور بودن آن است زیرا کسانی که این منبع را می‌آفرینند از مقامات رسمی و صلاحیتدار مزبور در قانون اعم از قانون اساسی و قوانین عادی برای وضع قاعده‌ی حقوقی و حق و تکلیف نمی‌باشند و بعلاوه ممکن است درباره یک موضوع، دیدگاه‌ها و اندیشه‌های گوناگونی توسط حقوقدانان اساسی مطرح گردد.

### نتیجه

کشف قواعد حقوقی رشته‌های گوناگون حقوق از راه مراجعه به منابع آن صورت می‌گیرد. حقوق اساسی نیز به عنوان شاخه‌ای مستقل در علم حقوق که با قوای عمومی، ساختار، وظایف و اختیارات آنها، روابط میان آنها و حقوق و تکالیف شهروندان سروکار دارد دارای منابع و سرچشمه‌هایی از قواعد است. روشن است که نخستین آبخشور این رشته قانون اساسی است ولی اگر بخواهیم همه‌ی قواعد آن را دریابیم ناگزیر از مراجعه به دیگر منابع آن می‌باشیم. منابعی که مربوط به موضوع این شاخه است همانند دیگر رشته‌های حقوقی شامل قواعد نوشته (قانون اساسی، قوانین سازمانی، آیین‌نامه‌ی داخلی مجالس، قوانین عادی، تفسیر قانون اساسی، رویه‌ی قضایی، مقررات دولتی، دیدگاه‌های دانشمندان حقوق اساسی) و نانوشته (عرف‌های حقوق اساسی) می‌باشد.

بنابراین، واضع قواعد حقوق اساسی می‌تواند قوه‌ی موسس باشد که پس از یک انقلاب، دگرگونی بنیادین، کودتا و یا جانشینی دولت‌ها پدیدار می‌شود و مبادرت به وضع قانون اساسی برای نظام سیاسی آینده‌ی کشور می‌نماید یا قوه‌ی بازنگری در قانون اساسی که در قانون اخیر برای اصلاح و تجدیدنظر در اصول این قانون در مواقع ضروری پیش بینی می‌شود.

آن گونه که دیدیم قوه‌ی قانون‌گذاری نیز می‌تواند با تصویب قوانین سازمانی، قوانین عادی، آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس و تفسیر این مقررات در شکل‌گیری منابع حقوق اساسی مشارکت داشته باشند. همچنین قوه‌ی مجریه با وضع مقررات دولتی (تصویب نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌ها) درباره‌ی موضوع حقوق اساسی و دادرسی قانون اساسی و قوه‌ی قضاییه با صدور نظریات، آرا و تفسیر قانون اساسی در این زمینه، نقش آفرین باشند. واضع عرف حقوق اساسی نیز ممکن است قوای عمومی و دولتمردان باشند یا این که در شکل‌گیری آن از حضور و همکاری مردم نیز استفاده کنند. سرانجام استادان برجسته‌ی این رشته از حقوق نیز می‌توانند به صورت غیررسمی با ارائه‌ی پیشنهادهایی که برای مردم و قوای عمومی که جنبه‌ی الزام آور ندارد در غنا و کارآیی هرچه بیشتر حقوق اساسی بکوشند.

## منابع و مأخذ

### الف - فارسی

۱. دومیشل آندره، پیر لالومیر، (۱۳۷۶)، *حقوق عمومی*، ترجمه‌ی ابوالفضل قاضی، تهران، دادگستر.
۲. طباطبایی مومتمنی منوچهر، (۱۳۸۶)، *حقوق اساسی*، تهران، میزان.
۳. عباسی بیژن، (۱۳۸۳)، "شیوه‌های تدوین و تصویب قانون اساسی"، *نشریه حقوق اساسی*، ش ۲، ص ۶۳-۴۹.
۴. عباسی بیژن، (۱۳۸۵)، "عرف در حقوق اساسی"، *نشریه حقوق اساسی*، ش ۶ و ۷، ص ۱۶۹-۱۶۱.
۵. عمید زنجانی عباسعلی، (۱۳۸۳)، *درآمدی بر حقوق اساسی*، تهران، امیرکبیر.
۶. قاضی ابوالفضل، (۱۳۸۳)، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، تهران، میزان.

### ب - خارجی

- 1- CARBONNIER (J.), (2001), *Droit civil*, Paris, Puf, 11<sup>e</sup> éd.
- 2- CHAGNOLLAUD (D.), (2005), *Droit constitutionnel contemporain*, t. 1, Paris, A. Colin, Coll. « Compact ».
- 3- CHANTEBOUT (B.), (2004), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, A. Colin,
- 4- GICQUEL (J.), HAUROIU (A.), (1985), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis domat ».
- 6- HAMON (L.), TROPER (M.), BURDEAU (G.), (2003), *Droit constitutionnel*, Paris, LJDG, Coll. « Manuel ».
- 7- MEKHANTAR (J.), (1997), *Droit politique et constitutionnel*, Paris, Esca, coll. « Droit public et sciences politiques ».
- 8- PIERRE (E.), (1989), *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, Paris, Loysel.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

- «شیوه‌های بازنگری در قوانین اساسی»، سال ۱۳۸۶، شماره ۴. «بررسی روش‌های اعمال مردمسالاری مستقیم و نیمه مستقیم»، سال ۱۳۸۷، شماره ۲. «بررسی وظایف و اختیارات شوراهای شهر و روستا در فرانسه»، سال ۱۳۸۷، شماره ۴. «نقد و بررسی نظام‌های انتخاباتی اکثریتی و تناسبی»، سال ۱۳۸۸، شماره ۳. «کنکاشی در منابع حقوق اساسی»، سال ۱۳۸۹، شماره ۳.