

اصول نانوشته قانون اساسی؛ آنسوی متن

سید ناصر سلطانی* | استادیار گروه حقوق عمومی دانشگاه تهران، تهران، ایران

چکیده

قانون اساسی را باید همچون «یکی» از عناصر نظم بزرگتری در شمار آورد که نظام سیاسی مبتنی بر آن است و «قانون اساسی نوشته» تنها یکی از این عناصر است. رابطه میان نیروهای سیاسی و توازن آنها بعنوان بستری که قانون اساسی در آن جریان می‌یابد، مستقیماً زندگی آن را متأثر می‌کند. در این مقاله مفهومی از قانون اساسی پی گرفته می‌شود که در آن «اساس» به متن نوشته فروکاسته نمی‌شود بلکه دسته‌ای دیگر از قواعد و رویه‌های نانوشته حقوق اساسی را که در نظام سیاسی نقش بازی می‌کنند، در بر می‌گیرد. تلاش می‌شود تا مفهوم بنیادینی جستجو شود که تمایز قانون اساسی نوشته و نانوشته مبتنی بر آن است. قانونیت و مشروعیت آبخور چنین تفکیکی هستند. سعی می‌شود تا لحظاتی در حیات سیاسی ایران شناسایی شود که در آن لحظات، این دو زوج مفهومی (قانونیت و مشروعیت) آشکار شده‌اند. در این دیدگاه، این دسته از قواعد در نظام حقوق اساسی ایران شناسایی و اهمیت پژوهش درباره آنها نشان داده خواهد شد. مطالعات حقوق اساسی چنانچه این دسته از قواعد را در پژوهش‌هایش وارد نکند نمی‌تواند تصویری واقعی از جایگاه قانون اساسی بدست دهد.

واژگان کلیدی: قانون اساسی نوشته، قانون اساسی نانوشته، قانونیت، مشروعیت.

«مجموعه قوانین تنها بخش ناچیزی از واقعیت‌های زندگی را در بر می‌گیرد و درباره آنها حکمی صریح دارد. بخش عمده‌تر یا قانونی ندارد یا حکم مربوط به آن مجمل و غیرصریح و نارسا است»^۱.

* نویسنده مسئول: naser.soltani@ut.ac.ir

۱. ناصر کاتوزیان، توجیه و نقد رویه قضایی، چاپ دوم (تهران، میزان: ۱۳۸۱) ص ۵.

مقدمه

اصول نانوشته قانون اساسی یکی از مسائل دشوار حقوق اساسی است که دیدگاه رایج در حقوق اساسی ایران که آن را به قانون اساسی نوشته فرو می‌کاهد، بدان بی‌توجه است و با مفاهیم این دیدگاه نمی‌توان وجوه چندلایه چنین واقعه‌ای را گشود. این نکته یکی از نکات مغفول و دور از نظر در نظریه حقوق اساسی ایران است. هر چند توضیح این موضوع دشوار است اما با امکانات موجود می‌کوشیم تا نکاتی درباره آن در ادبیات حقوقی فارسی ارائه کنیم تا در آینده این بحث‌ها نقد و بررسی شوند و توسعه یابند.

حقوق اساسی نمی‌تواند بدون دریافتی از چنین واقعیاتی نمایی درست و منطبق با واقع از قانون اساسی بدست دهد. باید در توضیح و تفسیر قانون اساسی، این وقایع را نیز در مقام یکی از عناصر فهم قانون اساسی وارد کرد. در غیر اینصورت تصویر و تفسیر ما ظاهری و صوری است و ربطی به واقعیت ندارد. باید مفهومی از قانون اساسی برگزید که جایی برای این دست از واقعیت‌های حقوق اساسی بشناسد و در ساختار نظری خود به آن رسمیت دهد. چنین مفهومی از قانون اساسی می‌تواند برای حقوقدانان حقوق اساسی همچون «فانوس دریایی» برای کشتیبان و ناخدای در مانده در دریای طوفانی باشد. این دسته از قواعد حقوق اساسی «منطقه خاکستری» این رشته را می‌سازند؛ ناحیه‌ای که میان قواعد حقوقی و سیاسی قرار گرفته‌اند.^۱

اهمیت پرداختن به قواعد نانوشته حقوق اساسی از این جهت لازم است که قوانین اساسی معمولاً مترقی‌تر از ساخت و بافت سیاسی واقعاً موجود هستند. گاهی شکاف میان ظرفیت اسمی و ظرفیت فعلی قانون اساسی چنان زیاد است که قانون اساسی و نهادهای منبعث از آن، شبیه صدفی تو خالی است و «جز اسمی بی‌رسم نیست»؛ زیرا عرصه سیاست هم مانند عرصه اقتصاد است که اگر اسکناس رایج بدون پشتوانه باشد جز کاغذی رنگین و الفاظی بی‌حقیقت نخواهند بود. بنابراین همان‌طور که افزایش تولید ملی باعث تقویت پول رایج مملکت می‌شود، تقویت نهادهای سیاسی و مدنی و مشارکت سیاسی مردم

1. Frank Laffaille, "La notion de constitution au sens matérielle chez Constantino Mortati; La 'zone grise' du droit constitutionnel", *Revue Juspoliticum*, n° 7, (2012), p. 21.

مهمترین ابزار دفاع از قانون اساسی است. این تلاش‌هاست که ظرفیت اسمی و فعلی قانون اساسی را به هم نزدیک می‌کنند.^۱

بدین ترتیب است که متون حقوقی حقوق اساسی در بازتاب واقعیت بیرونی به طور مفراطی ضعیف هستند و سیاست میل شدیدی برای گریز از چارچوب‌بندی‌هایی دارد که کوشش می‌شود بدان پایبند شود؛ با دقت در متن قانون اساسی و عمل بیرونی، به افتراق و تمایز نسبتاً پایداری که میان ظاهر مواد قانونی (رژیم حقوقی) و واقعیت سیاسی (رژیم حقیقی) هست پی می‌بریم و در یک کلام به اهمیت عرف حقوق اساسی که اغلب در تقابل با قوانین اساسی نوشته است آگاهیم.^۲ در ادامه کوشش‌های نظریه‌پردازان حقوق اساسی که معتقدند قانون اساسی به حقوق نوشته فروکاسته نمی‌شود (از نظر ایشان البته رویه قضایی هم در قلمرو حقوق نوشته است) سعی می‌شود تا چنین دیدگاهی به حقوق اساسی ایران معرفی شود. غیبت چنین دیدگاهی نارسایی‌ها و عوارضی را در حقوق اساسی ایران به بار آورده است. قانون اساسی نانوشته از یک سو کاستی اجتناب‌ناپذیر و عمده قانون اساسی نوشته را نشان می‌دهد و از سوی دیگر اهمیت و برتری رویه جاری و معمول در حقوق اساسی نسبت به متون حقوق اساسی را می‌نمایاند. حقوق اساسی چنانچه خود را بی‌نیاز از علوم سیاسی بدانند زمین‌گیر و درمانده خواهد شد.^۳

تعریف رایج از حقوق اساسی در ایران بسیاری از موضوعات آن را در خارج از قلمرو این دانش رها کرده است. دریافت پوزیتیویستی از حقوق اساسی، آن را به قوانین اساسی محدود کرده و فروکاسته است.^۴ حقوق اساسی در ایران در غیاب دو عنصر سازنده و محوری آن فهمیده شده است. نخست سابقه تاریخی و تاریخ حقوق اساسی در ایران از دید نویسندگان حقوق اساسی به دور مانده است. رویکرد ما به حقوق اساسی در غیبت مفاهیمی که بتوانند اهمیت و ضرورت چنین سابقه‌ای را در هویت و آموزش آن نشان بدهند شکل گرفته است. دیگر آن که قواعد نانوشته حقوق اساسی جایی در بحث‌های

۱. سعید حجاریان، *جمهوریت؛ افسون‌زدایی از قدرت*، چاپ دوم (تهران: طرح نو، ۱۳۷۹) صص ۲۵-۲۴.

۲. René Capitant, "la coutume constitutionnelle", *In Les écrits constitutionnels*, éd. Panthéon Panthéon Assas, Paris, (2001), p. 962.

۳. Pierre Avril, *Les Conventions de la constitution* (Paris: Léviathan, 1997) p13.

۴. سید ناصر سلطانی، «آغاز رویکرد غیرتاریخی به حقوق اساسی در ایران»، پژوهش‌های حقوقی، پاییز و زمستان،

شماره ۱۵، (۱۳۸۷)، صص ۱۵۰-۱۲۹.

نویسندگان حقوق اساسی ایران نداشته است. در این‌جا آن پرسش پی گرفته می‌شود تا دومین بخش فراموش شده از مفاهیم و رویکردها در آموزش و پژوهش نظریه حقوق اساسی ایران نشان داده شود. در آغاز مقاله اهمیت توجه به قواعد نانوشته حقوق اساسی پرداخته می‌شود، قواعدی که شناخت آن‌ها را باید در آنسوی قواعد نوشته و وضعی جستجو کرد؛ قواعدی که حقوق اساسی ایران برای شناسایی آن باید رویکردها و مفاهیمی را برای خود فراهم کند.

در مفهومی از قانون اساسی که آن را محدود و بسته به قانون اساسی نوشته نمی‌بیند، در اطراف قانون اساسی چند دسته قواعد دیگر هستند که مجموع آن‌ها بعلاوه قانون اساسی نوشته «اساس دولت»^۱ را می‌سازند: ۱- قواعد نانوشته‌ای که در رویه و رفتار بازیگران سیاسی حضور دارند، ۲- توازن نیروهای سیاسی که قانون اساسی در پرتو آن تفسیر و اجرا می‌شود. برای فهم بهتر، این قواعد از هم تفکیک شده‌اند اما بر یکدیگر تأثیر دارند؛ برای مثال توازن نیروهای سیاسی نه تنها بر قانون اساسی نوشته اثر می‌گذارد بلکه بر تولید و اجرای قواعد قانون اساسی نانوشته و قبض و بسط دامنه نفوذ آن تأثیر دارد.

شناخت این دسته از قواعد نانوشته حقوق اساسی، موضوع مشاهده و نظاره‌گری پژوهشگر آن است. باید فراز و نشیب و سرنوشت این قواعد را با ابزارها و مفاهیم حقوق اساسی به دقت در روابط نیروها رصد کرد تا بتوان به محتوای قواعد حقوق اساسی در عمل نهادها دست یافت. بدون چنین رویکردی طرح کامل مسائل حقوق اساسی و دست یافتن به دانشی کارآمد که بتواند حدود و ثغور موضوعش را بشناسد، ممکن نیست. فقدان این مفاهیم در حقوق اساسی ایران، آن را از ویژگی‌های یک شاخه از دانش نیز

۱. در برخی از متون دوران مشروطیت مانند نامه‌های آخوند خراسانی و رساله حقوق اساسی یا اصول مشروطیت محمدعلی فروغی و اسناد آن دوره برابر نهاد «اساس دولت» برای Constitution بکار رفته است. این برابر نهاد از جهاتی به برابر نهاد امروزی این مفهوم یعنی «قانون اساسی»، از دیدگاهی که در این مقاله دنبال می‌شود، برتری دارد. نخست به این دلیل که در صورت لاتین این مفهوم در زبان‌های اروپایی، اساساً نامی از «قانون» در میان نیست بلکه اصطلاح Constitution به معنای اساس و بنیاد و شالوده است. دوم اینکه از دیدگاهی که دنبال می‌شود، «اساس دولت» امکان بیشتری برای بکار رفتن در موقعیت‌های زبانی مختلف دارد و در چنین متنی برای انتقال مقصود، قابلیت بیشتری دارد. رک: محمدعلی فروغی، حقوق اساسی با آداب مشروطیت دول، به کوشش علی اصغر حقدار، چاپ اول (تهران: کویر، ۱۳۸۲) ص ۲۹ و صص بعد.

دور کرده است. چرا که شناخت موضوع حقوق اساسی و چیرگی بر قلمرو آن، با رویکرد کنونی ناشدنی است. حقوق اساسی در وضع فعلی نمی‌تواند بر موضوع خود غالب شود. در دریافت جاری از حقوق اساسی، مسائل مهمی از آنکه در نتایج تحلیل‌ها و راه‌حل‌ها موثرند در بیرون موضوع حقوق اساسی قرار گرفته‌اند و در نتیجه پاسخی ناتمام و ناقص به پرسش‌ها می‌دهد. حقوق اساسی در ایران با فروکاستن خود به متون قانونی، بر بخش مهمی از موضوع خود چشم بسته و نتوانسته است نخست این قواعد را بشناسد و آنگاه مفاهیم و رویکردی برای توضیح آن فراهم کند. حقوق اساسی جاری در غیاب این مفاهیم به دام موضوعات و راه‌حل‌های صوری افتاده و بخشی از موضوعات و مباحث اصلی را طرح نکرده است.

طرح چنین موضوعی بیانگر اهمیت توجه به بحثی است که در مطالعات حقوق اساسی در ایران از آن غفلت شده است. برای رفع این کاستی و نقص، حقوق‌دانان حقوق اساسی باید علاوه بر منابع پیشین، رفتارهای بازیگران عرصه سیاست و رویه‌های سیاسی را رصد کنند. این رفتارها و رویه‌ها که قواعد و هنجارهایی تولید می‌کنند، یکی از منابع حقوق اساسی هستند که اصول نوشته قانون اساسی را دچار قبض و بسط می‌کنند.

آلبرت ون دایسی در فصل چهاردهم کتاب «درآمدی بر مطالعه حقوق اساسی» که درباره ماهیت کنوانسیون‌های قانون اساسی بحث می‌کند، در ضرورت مطالعه درباره این موضوع می‌نویسد: «اما مُحصَل نمی‌تواند از این نکته صرف‌نظر نماید که در طیّ تحصیلات و مباحثات قوانین اساسی از آداب مشروطیت نمی‌توان صرف‌نظر نمود و آن مسائلی که مدت‌ها مورد توجه مخصوص سیاسیون و مورخین بوده [نمی‌توان این مباحث را] به موقع بحث نیاورد».^۱ قسمت سوم کتاب دایسی به این موضوع اختصاص دارد و او در کتابش در دو فصل این موضوع را بررسی کرده است. می‌دانیم که ابعاد اهمیت این موضوع در حقوق اساسی انگلستان بیشتر از کشورهای نظام حقوق نوشته است. اما این بحث امروز در بحث‌های حقوق اساسی کشورهای حقوق نوشته هم وارد شده و بحث‌های مفصلی درباره آن شده است.^۲

۱. آلبرت ون دایسی، *درآمدی بر مطالعه حقوق اساسی*، ترجمه در دوره مشروطیت، به کوشش سیدناصر سلطانی (تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۶) ص ۲۲۱.

2. Pierre Avril, *Les Conventions de la constitution*, L'éviathan (Paris: PUF, 1997).

امروزه در ایران روش مطالعه حقوق اساسی، کنکاش در دارایی و میراث تاریخی‌اش نمی‌کند تا برای توضیح و تبیین مسائل ایران، مفاهیم و وقایعی را که در برهه‌ها و دوران‌های تاریخی پدیدار شده‌اند شناسایی و در تحلیل و توضیح مسائل وارد کند. داد و ستدی میان تاریخ تحولات سیاسی و مفاهیم حقوق اساسی برقرار نشده است. آموزگاران حقوق اساسی نیز عموماً دریافتی از تاریخ مشروطه‌خواهی در ایران نداشته‌اند. حقوق اساسی با محدود کردن خود به دوره‌های کوتاه نتوانسته است توضیحی از نظرگاه حقوق اساسی برای این تحولات بدست دهد و منطق این تحولات را از زاویه مفاهیم حقوق اساسی بکاود. هر چه قوانین اساسی سابقه بیشتری دارند، رویه‌ها و آراء، متون قوانین را با عناصر نانوخته کامل‌تر می‌کنند. این‌ها همه بر مجالس موسسان آینده (نزدیک و دور) تاثیر می‌گذارد تا زبده‌ای از آن را در متون جدید وارد کنند.^۱

وارد کردن این مفاهیم و رویکردها در حقوق اساسی ایران نیازمند بازخوانی تاریخ معاصر ایران از دیدگاه مفاهیم حقوق اساسی به منظور جستجوی چنان منطق و قواعد نانوخته‌ای است. از نظر ما حقوق اساسی ایران می‌بایست در چنین زمینه‌ای طرح شود و آگاهی یافتن به پیشینه و تاریخ حقوق اساسی ایران و تدوین آن، تدارک مقدمات نوشتن قانون اساسی است که نسبتی با تاریخ ایران و «مذاق مملکت» داشته باشد. بنابراین ادعای این مقاله ساده است: در آمدی بر این دیدگاه و کوشش مقدماتی در راه تدوین و توجه به این دسته از قواعد حقوق اساسی در فهم و تحلیل آن.

۱. ماهیت قواعد نانوخته حقوق اساسی

آیا قواعد نانوخته قانون اساسی در زمره مسائل و موضوعات حقوق اساسی هستند؟ صرف نظر از پاسخ مثبت یا منفی به این پرسش، نمی‌توان نقش این قواعد را در فهم حقوق اساسی در هر کشوری نادیده گرفت. حقوق اساسی چنانچه خود را به توضیح متن قانون اساسی نوشته فروبکاهد، نیمی از تنش مفلوج و معلول خواهد بود.^۲ برای شناختن قانون

1. Peter Häberle, *L'Etat constitutionnel*, Trad. Fr., (Paris: Economica, PUAM, 2004) p. 15.

2. Pierre Avril, *Les Conventions de la constitution*, Léviathan (Paris: PUF, 1997) p. 13.

اساسی زنده و جاری (The Living Constitution) مطالعه ساختار حقوقی قدرت (قانون اساسی نوشته) کافی نخواهد بود: «همه حقوق اساسی در متون نوشته نیست»^۱. حقوق اساسی دانشی صرفاً حقوقی نیست بلکه سیاسی‌ترین بخش حقوق است. بنابراین برای فهم آن نمی‌توان تنها به مفاهیم حقوقی بسنده کرد. حقوق اساسی به سبب ماهیت دوگانه حقوقی-سیاسی و آمیختگی اصطلاحات فنی آن با مفاهیم سیال سیاسی روزمره، مفاهیم و مضامین‌اش سهل و ممتنع‌اند.^۲ مفاهیم حقوقی به تنهایی توانایی توضیح و تبیین ابعاد گوناگون حقوق اساسی مانند قانون اساسی، حاکمیت ملی، نمایندگی،

1. Ibid. p. 11.

۲. ابوالفضل قاضی، «قانون اساسی؛ سیر مفهوم و منطوق از دید تطبیقی»، مجله دانشکده حقوق، شماره ۲۸، (۱۳۷۱)، ص ۲۹.

در سال‌های اخیر مجله‌ای با عنوان JusPoliticum به همت برخی از استادان و پژوهشگران حقوق اساسی فرانسه، انگلستان و آلمان بنیان گذاشته شده که از چنین مفهومی از قانون اساسی دفاع می‌کنند. از نظر پایه‌گذاران این مجله، تحولات اخیر حقوق اساسی که با گسترش چشمگیر دادگاه‌های قانون اساسی پدیدار شده‌اند، حقوق اساسی را بیش از پیش همتای دیگر شاخه‌های حقوق کرده است. یعنی با توافقی کردن حقوق اساسی، از آن یک «حقوق واقعی» ساخته است. این دسته از اهل نظر اقرار می‌کنند که به مدد این تحولات، نسخه حقوق اساسی گاه تجدید نیز شده است. اما تأکید می‌کنند که این جریان گاهی گمراه‌کننده است و به برخی بدفهمی‌ها دامن زده است. حتی گاهی به طور ناخواسته افق پژوهش‌ها و مطالعات را تنگ و کوتاه کرده است. عنوان و نام برگزیده شده برای این مجله (حقوق سیاسی) اگرچه متعلق به گذشته است، اما هم‌چنین این حقیقت را در خود نهفته است که مجموعه بزرگی از توانایی‌ها، رویه‌ها، حتی دریافت‌ها و برداشت‌های ناشی از عرف و سنت امروز همچنان بر قوانین اساسی اشراف دارند و بر آن حاکم‌اند. این نام (برای مجله) همچنین یادآور پیوند نسبی میان حقوق و سیاست است. اما اغلب در دوران معاصر، این حقایق از نظرها دور بوده‌اند و حتی وضوح و روشنی مسائلی که مطالعه کرده‌ایم قربانی این فراموشی شده‌اند. از نظر بنیانگذاران این مجله می‌توان شرح و تفسیری بر متون قوانین اساسی زد، به گونه‌ای که شرح ما همه حقوق اساسی را در ذیل این شرح و تفسیر طرح کند. اما این مجله به راه دیگر خواهد رفت. حقوق‌دانانی که این راه را برگزیده‌اند تردید ندارند که جدایی و تفکیک عمده‌ای که در گذشته میان هنجارهای حقوقی از یک سو و پدیده‌های سیاسی از سوی دیگر نهاده شده نتایج ناگواری به بار آورده است. عزیمت از حقوق نه اتفاقی و نه نقطه عزیمت و نظرگاهی [جامع است]؛ برگزیدن چنین نقطه عزیمتی می‌تواند به فهم جدیدی از سیاست بویژه در وجه نهادی آن بینجامد. پیگیری آنچه «حقوق اساسی» می‌نامیم نباید راه را بر مراجعه به تاریخ، رویه‌ها و آثار نظری از ادبیات سیاسی تا فلسفه ببندد. مقصود دامن زدن به پژوهش‌هایی از این دست است بدون آن که در راهی خاص افتاده شود کوشش می‌شود تا در این راه همه صداها بازتاب یابند و شنیده شوند. به نقل از

سرمقاله شماره نخست، مطالب این مجله که در اینترنت منتشر می‌شود روی این پیوند در دسترس همگان است:

www.juspoliticum.com.

مسئولیت وزراء و ... را ندارند. محدود شدن به مفاهیم حقوقی برای توضیح مسائل حقوق اساسی منجر به فروکاستن آن به دریافتی صوری از مسائل شده است.

همان‌گونه که هگل می‌گوید: حقوق، حقوق خصوصی است و این حقوق در مقام فهم واقعیت دولت نیست که پیچیدگی و اهمیت مباحث آن از مفاهیم حقوق خصوصی فراتر می‌رود. حوزه اعمال قواعد حقوقی به نحو تمام و کمال روابط فردی است.^۱ اما قانون اساسی به‌عکس، روابط میان کل و اجزایش را در بر می‌گیرد. از همین‌روست که آن دسته از نظریه‌های دولت که دو دسته از مفاهیم حقوق خصوصی را برای توضیح دولت بکار می‌برند از حوزه‌های مورد علاقه هگل برای نقد است. اول: دولت پدرسالار که دولت را به ملک شاه فرو می‌کاهد و دیگری قرارداد اجتماعی که قدرت دولت را بر قرارداد اجتماعی بنا می‌کند. هگل با پافشاری بر نقد مفاهیمی که دولت را بر مفاهیم حقوق خصوصی بنا می‌کنند در پی نشان دادن نارسایی توضیح دولت بر پایه صرف مفاهیم حقوقی است. در راستای همین هدف، او از قانون اساسی نه مفهومی صرفاً حقوقی که دریافتی اخلاقی - سیاسی ارائه می‌دهد.

قانون اساسی در مقام مفهومی اخلاقی - سیاسی، به نحو تنگاتنگی به یکی از مفاهیم پایه‌ای دستگاه فکری هگل مرتبط است که برای فهم شکل‌گیری و عملکرد اخلاق اجتماعی باید بدان مراجعه کرد. این مفهوم مذاق ملت یا روح مردم *Volkgeist/Espirit* است. با کمک این مفهوم می‌توان تفاوت میان قانون اساسی و قانون در معنای عام آن را به‌خوبی توضیح داد: اراده دولت، از نظر هگل، از طریق قانون بیان می‌شود که «وقتی واقعی است به خودی خود حقوق است» یعنی منبع درجه اول حقوق موضوعه است. حال آن‌که هرچند ضامن وجود یک قانون در تحلیل آخر، الزام دولت است یعنی جایی که دولت قدرتی ندارد حقوق موضوعه وجود ندارد. اما ضامن وجود یک قانون اساسی منحصرأ «در روح همه یک ملت» است. در حالی که برای آن‌که از قانون پیروی

1. Henry Nezdard, "De la méthode dans l'enseignement du droit constitutionnel", in *Mélange de R. Carré de Malberg* (Paris: Sirey, 1933) p. 384.

منتسکیو در بیان اهمیت توجه به این تفاوت میان این دو دسته از قواعد حقوقی می‌گوید: «آنگاه که باید با قواعد حقوق سیاسی تصمیم گرفت به هیچ وجه نباید با قواعد حقوق خصوصی موضوع را حل و فصل کرد.» او سپس می‌افزاید: «خنده‌دار است تصمیم گرفتن درباره حقوق سلطنت ... با همان قواعدی که بر دعوای میان اشخاص بر ناودانی حاکم است» (Montesquieu, livre XXVI, ch. XIV).

شود گاهی لازم است به قدرت دولت متوسل شد؛ اما یک قانون اساسی مگر آنجایی که «پذیرفته» شده باشد وجود ندارد. به تعبیر طالبوف، در قانون اساسی «روح قبول عمومی و مناسبت تام حالت ملتی بر او دمیده می‌شود».^۱

برای آن که قانون اساسی پذیرفته شود باید نسبتی با «مذاق مملکت»، به تعبیر ثقه الاسلام تبریزی داشته باشد.^۲ بعبارت دیگر قانون، پدیده‌ای وضعی و اعتباری است؛ اما قانون اساسی آفرینشی بی‌وقفه و غیر وضعی است که با جابجایی و دگرگونی روابط نیروها «هر زمان نو می‌شود». اگر پرسیدن این پرسش معقول باشد که چه کسی صلاحیت وضع قوانین را دارد؛ پرسیدن این پرسش که چه کسی باید قانون اساسی را بنویسد نامعقول خواهد بود. هگل بی‌وقفه تکرار می‌کند که این پرسش مانند آن است که «پرسیم چه کسی باید مذاق ملت را بسازد؟» در حالی که قانون امری «وضع‌ای» است که به وسیله قدرتی که برای تصویب آن حاضر است، تصویب می‌شود؛ قانون اساسی تنها می‌تواند «اصلاح» شود و نه این که «وضع» شود. به علاوه لازم است «قانون اساسی مانند امری که خلق شدنی و آفریدنی نیست یعنی چیزی که در گذر زمان به بار می‌نشیند فهمیده شود».^۳ از این دیدگاه میان «وضع قانون» و «رسوب قانون اساسی» تفاوت می‌گذاریم.

در معنایی که بالاتر از قانون اساسی ارائه شد، پیگیری چنان معنایی و تحولات قانون اساسی بدون در شمار آوردن رویه‌ها و قوانین نانوشته به کار بستن قدرت ممکن نیست و نمی‌توان تصویر و توصیفی درست از اساس دولت^۴ - قانون اساسی واقعی - به دست داد. در غیبت چنین رکنی تحلیل‌ها و فهم ما از حقوق اساسی دچار اعوجاج خواهد شد. این

۱. عبدالرحیم طالبوف تبریزی، *مسائل الحیات* (تفلیس: مطبعه غیرت، ۱۳۲۴ ق.)، ص ۱۱۱.

۲. سید ناصر سلطانی، «مذاق مملکت و معنای مشروطه ایرانی»، در *جشن‌نامه فیلسوف سیاست ایران* (تهران، فلات، ۱۳۹۶) ص ۱۷۶.

3. Norberto Bobbio, "Sur la notion de constitution chez Hegel", In *Revue européenne des sciences sociales*, (1980), T. 18, No. 52, "La philosophie politique de F. W. Hegel: Annales de philosophie politique, No. 12, (1980), p. 139-140.

۴. این مفهوم در نوشته‌های دوران مشروطیت در معنایی بکار می‌رود که به آنچه که امروز از آن به «قانون اساسی نانوشته» یاد می‌کنیم نزدیک می‌شود. برای نمونه در نامه‌های آخوند خراسانی این مفهوم این گونه ظاهر شده است: «... ما در این نوشته «اساس دولت» را در معنای «قانون اساسی نانوشته» و هم چون برابرنهادی برای آن بکار خواهیم بست. رساله فروغی ... به عبارات عیناً ارجاع داده شود.

وجه از عناصر سازنده اساس دولت از نگاه برخی از سیاست‌ورزان و ناظران برخلاف حقوق‌دانان، به دور نمانده است.

برخی از قواعد نانوشته‌ای که حاوی احکامی متفاوت با احکام قانونی هستند، می‌توانند در زمره قواعد نانوشته حقوق اساسی به شمار آیند. اما به نظر می‌رسد اصطلاح عرف و رویه‌های حقوق اساسی نمی‌توانند جایگزین مفهوم «قواعد نانوشته حقوق اساسی» بشوند که در فهم دوگانگی موجود در حقوق اساسی روشنگرند. همچنین قواعد نانوشته حقوق اساسی با عرف در حقوق اساسی تفاوت دارند. قواعد نانوشته مفهومی گسترده‌تر هستند. پدیدار شدن عرف و اعتبار یافتن آن بعنوان یکی از منابع حقوق وابسته به شرایطی است که قواعد نانوشته الزاماً بدان پایبند نیستند و حتی در غیبت چنان شرایطی جریان دارند. قواعد نانوشته محصول روابط نیروهای سیاسی و توازن میان آنهاست. برخی از قواعد نانوشته حقوق اساسی گاه با متن نوشته قانون اساسی ناسازگارند. بویژه از این جهت نمی‌توان آنها را عرف به شمار آورد، چرا که با جابجایی و دگرگونی در روابط قدرت، تدریجاً رویه دیگری جایگزین رویه پیشین می‌شود، چنین رویه‌ها و قواعد نانوشته‌ای از عناصر سازنده عرف - پیوستگی، تکرار، اجماع - برخوردار نیستند. نسبت میان قواعد نانوشته حقوق اساسی و عرف عموم خصوص مطلق است. در این دریافت از حقوق اساسی عرف نیز یکی از منابعی است که می‌بایست در فهم و توضیح حقوق اساسی در ذیل قواعد نانوشته آن آورده شوند. قانون اساسی نمی‌تواند آنچنان جامع باشد که همه چیز را پیش‌بینی کند. بنابراین ناگزیر کاستی‌هایی دارد که جای خالی آن را گاه با قوانین و گاه با عرف و رویه‌ها پر می‌کنند. همان‌گونه که رویه قضایی در رابطه با قوانین عادی چنین نقش مکملی بازی می‌کند.

معنایی از قاعده و هنجار قانون اساسی که در این جا از آن بحث می‌شود، به نحو پسینی آشکار می‌شوند و خود را از گذر اجرا به متن تحمیل می‌کنند اما اعلام نمی‌شوند. مقصود از هنجار حقوق اساسی در این جا هنجار واقعی و موثر است، یعنی آنچه بر رفتارها تحمیل می‌شود که در نظر از جانب کسانی که با این دست قواعد سروکار دارند پذیرفته شده و در عمل و در مرحله اجرای قاعده الزام به قاعده و احترام به آن را ظاهر

می‌کنند. تجربه نشان داده است هنجاری که در عمل اجرا می‌شود ضرورتاً از الفاظ قانون که گمان می‌رود در آن نهفته است، استنباط و استنتاج نمی‌شود.^۱

قواعد نانوشته حقوق اساسی لزوماً برای برطرف کردن کاستی‌های قواعد نوشته پدیدار نمی‌شوند بلکه گاه هم‌چون روایتی رقیب در کنار اصول نوشته قانون اساسی عرض اندام می‌کنند، روایت و دریافتی که نه تنها اجماعی نیستند بلکه ممکن است اختلافی نیز باشند و از نظر نیروهای سیاسی رقیب، نوعی انحراف از میثاق و پیمان آغازین باشند. بنابراین هر قاعده‌ای، هر چند نانوشته که در توضیح و تبیین مسائل حقوق اساسی نقش بازی می‌کنند باید به عنوان بخشی از حقوق موضوعه به شمار آیند. اگر یک قاعده نوشته، به سود یک قاعده نانوشته اجرا نشود باید پذیرفت که قاعده اخیر، هر چند برای دوره‌ای کوتاه به عنوان یک منبع حقوقی جایگزین قاعده نوشته شده است. چنین ماهیت سیاسی - حقوقی قواعد حقوق اساسی ضرورت پرداختن به قواعد نانوشته آن‌را در فهم و تبیین مسائل، بیش از پیش نشان می‌دهد. بحث در این نیست که آیا ما برای این قواعد و رویه‌های نانوشته اعتبار حقوقی می‌شناسیم یا نه؟ یا این که چنین رویه‌های ناسازگار با روح قانون اساسی را موجب نسخ اصول قانون اساسی می‌دانیم؟ بلکه بحث این جاست که شناخت و تبیین این واقعیات در عمل به قانون اساسی برای فهم حقوق اساسی ضروری است. دریافت ما از حقوق اساسی جاری و واقعی بدون ترسیم حدود و ثغور و ابعاد چنین رویه‌های نانوشته‌ای کامل و واقعی نخواهد بود و حقایق بسیاری از ما فوت خواهد شد.

در این جاست که به شکست حقوق اساسی ایران در مشارکت در تدوین قانون اساسی می‌اندیشیم. امروز نیز حقوقدانان حقوق اساسی سهمی در پیشنهادهایی که هر از گاهی درباره اصلاح قانون اساسی شنیده می‌شود ندارند و نقش‌شان تعیین‌کننده نیست. حضور این «حاضر غایب» را تنها نمی‌توان به دشواری‌ها و هزینه‌های سیاسی که بر سر راه چنین بحث‌هایی هست فروکاست. بلکه چنین بنظر می‌رسد که حقوق اساسی ایران برای پاسخ گفتن به چنین نیازهایی ناتوان است. حقوق اساسی در غیاب شناخت چنین قواعدی نمی‌تواند از پیشنهادها راه‌حل‌های صوری و بریده از واقعیات فراتر برود و از همین روست که پیشنهادهای آن از سوی جامعه پس زده شده است. بیشتر پیشنهادهایی که از

1. Pierre Avril, *Les Conventions de la constitution*, Léviathan (Paris: PUF, 1997) p. 26.

ایشان پذیرفته شده اهمیت فنی-حقوقی داشته است. وجهی از سخن یکی از نویسندگان پیش‌نویس قانون اساسی - پس از آن که در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی به حاصل کار آنان بی‌اعتنایی شده و کنار نهاده شده بود - به همین معنا می‌تواند باشد: «تنها قالب‌های آماده‌ای می‌ماند که دیگران محتوای آن را رقم» خواهند زد.^۱

حقوق اساسی آنگاه که از نظرگاهی تاریخی و در زمانی بلند به آن می‌نگریم، دیگر دانشی زودپای جلوه نمی‌کند. دریافت سطحی و ساده‌انگارانه از حقوق اساسی از آن تصویر دانشی زودپای در اذهان ایرانیان زاده است. در حالی که حقوق اساسی آنگاه خواهد توانست از جنبه چنین خیال خامی رها شود که مسائلی را از گذر دریافتی از تاریخ مشروطه‌خواهی و هم‌زمان نظاره و رصد کردن فراز و نشیب‌های اصول قانون اساسی، در عمل قوا و نهادهای حکومتی بفهمد. در چنین شرایطی خواهد توانست دانش خود را از این دو صافی عبور داده و آن را پیش روی اصلاح‌کنندگان قانون اساسی بگذارد.

برخلاف حقوقدانان که قانون اساسی را به مفهوم صوری آن فرو کاسته‌اند و نظرگاهی تنگ برای فهم قانون اساسی و مسائل آن برگزیده‌اند، برخی از سیاست‌ورزان در مقام ناظران وقایع سیاسی به ابزارها و مفاهیم کارسازتری برای توصیف ماهیت قانون اساسی پی برده‌اند.^۲ توصیف این وجوه قانون اساسی نیز از نظر ما در قلمرو حقوق اساسی است. بروس اکرمین، استاد حقوق اساسی آمریکا چنین مسئله‌ای را در حقوق اساسی ایالات متحده هم روایت می‌کند؛ می‌نویسد: در مقایسه با حقوقدانان، «دانشمندان علوم سیاسی نقش سازنده‌تری ایفا کردند. هنگامی که نوبت به آنها رسید، طراحان جدید قانون اساسی از این دانشمندان چیزی بیش از داستان‌های فتح و ظفر شنیدند که به شکل

۱. ناصر کاتوزیان، *زندگی من*، چاپ هفتم (تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۵) ص ۱۸۵-۱۸۶.

2. Joseph Barthélemy, "préface à la sixième édition, in Esmein, Adhémar", *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, éd. Panthéon Assas (Paris: Panthéon Assas, 2001) p. X-IX.

آدم‌راسمن یکی از مهمترین نویسندگان حقوق اساسی در فرانسه با نظر به کارکرد حقوق اساسی، ارجاع به آثار سیاست‌ورزان را ترجیح می‌داد تا نظریه‌پردازان سیاست. نگاهی به منابع کتاب او نشان می‌دهد که برای مثال او مذاکرات مجلس را با دقت پیگیری می‌کرده است. با پیگیری تحولات و فراز و نشیب‌ها می‌کوشیده است از طریق نظریه‌های مشروطه‌خواهی (حقوق اساسی) به واقعیت سیاسی دست یابد. روش تاریخی که دوره بررسی آن بلند است، امکان بدست آوردن گزارشی از کارکرد و نتایج نهادها فراهم می‌کند.

حکومت‌های مبتنی بر قانون اساسی آمریکایی، فرانسوی و آلمانی بسته‌بندی شده بودند. دانشمندان علوم سیاسی به ابزارهای مناسبی برای تفکر انتقادی نسبت به قانون اساسی مجهز و مسلح شده بودند. مهم‌ترین آن‌ها، انتخاب میان نظام حکومتی پارلمانی و ریاستی است. در حالی که حقوقدانان آمریکایی خودشان را با ارجاعات ریاکارانه به منتسکیو و مدیسون سرگرم می‌کنند، دانشمندان علوم سیاسی جدید در تکاپوی مطالعه نحوه عملکرد واقعی نظام‌های [حکومتی] دیگر در جهان هستند.^۱ حقوقدانان ایرانی هم ریاکارانه به اصول قانون اساسی ارجاع می‌دهند و خود را سرگرم می‌کنند در حالی که واقعیت‌ها الزاماً با اصول قانون اساسی هماهنگ و همسان نیستند و گاهی روح قانون از جسم آن، دیری است که کوچ کرده است و حقوقدانان حقوق اساسی هم چنان نعلش قانون اساسی را مطالعه می‌کنند و آموزش می‌دهند.

حقوق اساسی در ایران لازم است برای بدست دادن تصویری جامع و درست از ماهیت قانون اساسی در موضوع خود بازنگری کند. قانون اساسی نوشته تنها قسمت بیرونی و آشکار کوه یخ دولت است و بخش فرورفته در آب این کوه یخ، قواعد نانوشته‌ای است که از دیده‌ها پنهان مانده است.^۲ این جزء ناپیدا نیز بخشی از حقوق اساسی است که به ویژه توضیح و تبیین منطق آن برای فهم حقوق اساسی ضروری است. این مفهوم از قانون اساسی نشانگر نوعی از روابط سیاسی متفاوت از روابط مندرج در متون قانونی است. روابطی که عین وضعیت مندرج در متون حقوقی نیستند. این دو مفهوم نشان می‌دهند که «غالباً حقوق عمومی نوشته در تضاد با حقوق عمومی در عمل» است. «توزیع واقعی قدرت سیاسی همیشه مطابق با موازین حقوقی نیست» بنابراین می‌بایست

۱. بروس اکرم، تفکیک قوای جدید، ترجمه حسن و کیلیان (تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۹) ص ۲۱.

2. Olivier Beaud, Olivier, *La puissance de l'Etat, Léviathan*, PUF (Paris: PUF, 1994) p. 209.

حقوق از رفتارهای سیاسی رمزگشایی می‌کند. رفتارهای سیاسی وقتی قواعد حقوقی را که بر بازی سیاست حاکم‌اند نادیده می‌گیرند غیرقابل فهم و پیچیده می‌شوند. حقوق از این حیث به فهم رفتارهای سیاسی سامان می‌دهد. از همین روست که بازی سیاست و بازی‌های ورزشی را به همدیگر تشبیه می‌کنند. یعنی به صرف خواندن مقررات هندبال یا والیبال نمی‌توان فهمید که این بازی‌ها چیستند. اما بدون شناخت مقررات این بازی‌ها، جریان بازی غیرقابل فهم خواهد بود.

Pierre Avril, *Les Conventions de la constitution*, Léviathan (Paris: PUF, 1997) p.12-30.

میان «رژیم حقیقی» و «رژیم حقوقی» تمایز قائل شد.^۱ در نوشته دیگری با تکیه بر تفکیک میان «وقوع عقد» و «تحقق عقد» در عقودی مانند عقد وقف نشان داده شد که چنین تفکیکی می‌تواند به قانون اساسی نیز تسری یابد.^۲ بنابر چنین تفکیکی نیز می‌توان نتیجه گرفت که حقوق اساسی امروز در ایران فاصله میان این دو مرحله را در توضیح و تبیین مسائل حقوق اساسی وارد نمی‌کند و دگرگونی و تغییر شکلی را که گاه در این فاصله میان اصل قانون اساسی و رویه عملی آن آشکار می‌شود نادیده می‌گیرد. بیشتر در این فاصله است که قواعد نانوشته حقوق اساسی رشد می‌کنند.

قانون اساسی فراتر از مجموعه‌ای از احکام قانونی است، مجموعه‌ای از سنت و رویه‌های تاریخی در حال تحول و نو شدن است که عمل سیاسی نسل‌های پیشین ساخته است. باید دانست که قدرت بنابر منطقی متفاوت از منطق قانون اساسی، خود را سازمان‌دهی می‌کند و بازشناختن تبار آن از تبار خطوط سیاهی که بر صفحات سفید *قانون اساسی نوشته*^۳ [قانون اساسی پیش از تحقق^۱] نقش بسته، بسیار متفاوت است.^۲ برای

۱. نویسنده این مقاله می‌نویسد: «احتمالاً دانش [حقوق] اساسی ایتالیا تنها نمونه‌ای است که چنین تمایزی را می‌شناسد». هر چند پس از آن می‌افزاید: در آلمان دست کم دو تن این مفهوم را پیش از کنستاتینو مورتاتی طرح کرده‌اند. او از رودلف اسمند و کارل اشمیت نام می‌برد که در تفکیک میان «قوانین اساسی» و «قانون اساسی» به تفاوت میان «ساختار حقیقی و ساختار حقوقی» نظر داشته‌اند. اما از نظر او تفکیک مورتاتی با تفکیک اشمیت متمایز و بسیار ژرف‌تر است و تمایزی که مورتاتی در این جا نشان می‌دهد نه در واژگان و نه در معنا، برابری در زبان آلمانی ندارند.

Agostino Carrino, "De la constitution matérielle", in *L'Architecture du droit, Mélanges en honneur de Michel Troper* (Paris: Economica, 2006) 240-241.

۲. سید ناصر سلطانی، «درآمدی تاریخی بر مسئله اجرای قانون اساسی»، نشریه حقوق اساسی، شماره ۱۳، تابستان، (۱۳۹۰)، ص ۴۹.

3. Constitution Primitive.

این مفهوم برای اولین بار بوسیله Walter Bagehot در *The English Constitution*, 2e édition, در 1872, p. 1-2. به کار گرفته شده است. او میان دو مفهوم قانون اساسی رسمی و آیینی constitution cérémonielle و قانون اساسی واقعی و موثر constitution effective تمایز قائل شد. Woodrow Wilson در رساله دکتری خود با عنوان Congressional Government, 1885, p. 7. این مفهوم را از او وام گرفت و پس از آن در میان بسیاری از نویسندگان رواج یافت.

Bruce Ackerman, *Au Nom du Peuple: Les fondements de la démocratie américaine* (Paris: Calmann-Lévy, Paris, 1998) p. 402.

فهم حقوق اساسی ناگزیر باید میان قانون اساسی نوشته و رسمی و قانون اساسی نانوشته و غیر رسمی و واقعی تمایز نهاد. برخی از نویسندگان تمایز میان قانون اساسی نوشته و نانوشته را به شکل «قانون اساسی آیینی و رسمی» و «قانون اساسی موثر و واقعی» نشان داده‌اند.^۳

افتراق میان دو سطح از قانون اساسی و تمایز میان قانون اساسی نوشته و نانوشته - که می‌تواند به شکل عرف و رویه حقوق اساسی هم ظاهر شود - درباره قانون اساسی ۱۸۷۵ و ۱۹۵۸ فرانسه نشان داده شده است. قانون اساسی ۱۸۷۵ علی‌رغم صلاحیت‌هایی که برای رئیس‌جمهور پیش‌بینی کرده بود و بنابر ماده ۳ قانون ۲۵ فوریه ۱۸۷۵ که او را در رأس دولت و در ریاست قوه مجریه قرار می‌داد، اما «رویه جاری کاملاً متفاوت بود» و ریاست واقعی قوه مجریه از آن شورای وزیران بود که هر چند اغلب جلسات آن در حضور رئیس‌جمهور برگزار می‌شد اما وی از اعضای آن به شمار نمی‌آمد. تنها این شورا بود که زیر نظر مجالس صلاحیت حکومت کردن داشت. در واقع ردایی که قانون نوشته برای رئیس‌جمهور دوخته بود شورای وزیران با قانون نانوشته به تن کرد.^۴

۲. تاثیر توازن نیروهای سیاسی بر قبض و بسط قانون اساسی نوشته

قانون اساسی نه تنها از متون قانونی بلکه از رویه‌ها و آرای قضایی هم فراتر می‌رود و این‌ها ظرفی نیستند که این قانون در آن‌ها بگنجد. بنابراین توجه صرف به متون قوانین نوشته و آرا و نظریات شورای نگهبان و دادگاه‌ها (در زمینه حقوق اساسی و حوزه‌های مجاور) برای فهم قانون اساسی یعنی اساس دولت ناکافی است. شورای نگهبان حتی در صورتی که مانند نمونه‌های مشابه خود در برخی کشورها فعالیت بیشتری می‌داشت و حضور خود

۱. Constitution primitive ترجمه این اصطلاح به «قانون اساسی نوشته» دقیق نیست. اما می‌توان با توجه به مفهوم مخالف «تحقق عقد»، معنای دقیق آن را فهمید. به نظر ما مفهوم «تحقق عقد» در مقایسه با «وقوع عقد»، در عقود مانند عقد وقف، می‌تواند چنین تمایزی را در مفهوم قانون اساسی قبل از تحقق حق‌ها و اصول دیگر آن نشان بدهد. این عبارت از همان آغاز بکار رفتن در متون حقوق اساسی در مقام بیان این دو سطح متمایز قانون اساسی بوده است. رک: سید ناصر سلطانی، همان، ۵۰-۳۵.

2. Ackerman, op, cit. p. 65-66.

3. Walter Bagehot, Walter, *The English Constitution*, 2e edition (London, 1872) p. 1-2.

4. René Capitant, *La Coutume Constitutionnelle*, in *Les écrits constitutionnels*, éd Paris: Panthéon Assas, 2001) p. 287.

را در قلمرو حقوق اساسی و تفسیر قانون اساسی فعالانه اعلام می‌کرد باز هم نمی‌توانست فهم قانون اساسی را به آرا و نظریات آن شورا محدود کند؛ چرا که قانون اساسی بنابر ماهیت خود از عمل سیاسی هم سرچشمه می‌گیرد. بازیگران اصلی صحنه سیاست، اعضای شورای نگهبان نیستند بلکه اعضای قوه مجریه - در معنای وسیع کلمه با توجه به منطوق اصل ۱۱۳ ق.ا.ج.ا. که بنابر آن: «پس از مقام رهبری، رئیس جمهور عالی‌ترین مقام رسمی کشور است ... و ریاست قوه مجریه را جز در اموری که مستقیماً به رهبری مربوط می‌شود بر عهده دارد.» - و قوه مقننه هستند.

به موازات تفسیر قانون اساسی از سوی شورای نگهبان، تفسیر و برداشت دیگری هست که از جانب بازیگران سیاسی انجام می‌شود؛ به ویژه تفسیر و برداشت رئیس جمهور که اهمیت دارد. بنابراین تفسیر قانون اساسی را نمی‌توان تنها به تفسیر قضایی فروکاست. برای نمونه در دوره ریاست جمهوری آقای هاشمی رفسنجانی، با استناد به اصل ۱۱۳ و قانون تعیین حدود وظایف و اختیارات و مسئولیت‌های ریاست جمهوری، در پاسخ به اعتراض شورای نگهبان نسبت به صدور حکم بازرسی انتخابات میان‌دوره‌ای مجلس پنجم گفته بود: در اجرای مسئولیت اجرای قانون اساسی «رئیس جمهور بدون مداخله^۱ نمی‌تواند ضامن این امر مهم باشد».^۲ این رفتار نمونه‌ای از تفسیر و برداشت رئیس جمهور از قانون اساسی و نشان‌دهنده واقعیت قانون اساسی در مرحله اجرا است؛ واقعیتی که شورای نگهبان حتی بدان اعتراض کرد.^۳ تفسیر از قواعد بیرون متن تبعیت می‌کند و قواعد جدیدی ظاهر می‌شوند که منطبق متن را زیر و زبر می‌کنند و در هم می‌ریزند. قواعدی که از آن به «رویه‌های تفسیری» *Convention interprétative* یاد شده که نوعی از رویه‌های اجرای قانون اساسی است.^۴

در نمونه دیگری پیش از تصویب قانون فوق رئیس جمهور وقت، آیت‌الله خامنه‌ای، در راستای اجرای مسئولیت ناشی از اصل ۱۱۳ در صدد تشکیل یک واحد بازرسی ویژه

۱. تاکید از نویسنده است.

۲. حسین مهرپور، *وظیفه دشوار نظارت بر اجرای قانون اساسی*، چاپ اول (تهران: ثالث، ۱۳۸۴) ص ۱۵-۱۴.

۳. پژوهش‌های متمرکزی درباره میزان احترام به قانون اساسی و اجرای آن در دوره‌های روسای جمهور پیشین و حتی در دوران حکومت قانون اساسی مشروطه می‌تواند از این دیدگاه روشنگر باشد.

4. Pierre Avril, *Les Conventions de la constitution*, Léviathan (Paris: PUF, 1997) p. 76.

برآمدند و پیش از تشکیل این واحد به شورای نگهبان نوشتند: «انجام این مسئولیت بدون نظارت دقیق بر ارگان‌های اجرایی (اعم از قوه قضاییه و مجریه) امکان‌پذیر نیست» و نظر شورای نگهبان را از جهت انطباق این اقدام با قانون اساسی خواستند. شورای نگهبان در آن زمان ضمن تأکید بر وظیفه و مسئولیت رئیس جمهور به انجام اقدامات لازم در ارتباط با جریان‌ات خلاف مذهب رسمی کشور و قانون اساسی و حق توضیح خواستن از مقامات مسئول اجرایی، قضایی و نظامی و موظف بودن مقامات مذکور به دادن توضیحات، تشکیل واحد بازرسی در ریاست جمهوری را مغایر با قانون اساسی دانستند. رئیس جمهور وقت نظرات شورا را قانع‌کننده ندانستند و در نامه‌ای ضرورت‌های تشکیل واحد بازرسی را تشریح کردند و نظر مجدد شورا را خواستند اما شورا در نظر خود تغییری نداد و این واحد هم در ریاست جمهوری تشکیل نشد.^۱ رفتار نخست که به اعتراض شورای نگهبان هم انجامید به نظر می‌رسد درس‌هایی از این پرسش و پاسخ گرفته بود. از دیدگاه قبض و بسط اصول قانون اساسی، دریافت و برداشت رئیس جمهور از این اصل حدود و ثغور رفتارش را در مورد آن تعیین کرد و او از این حیث با نظر به توازن قوای سیاسی، خود را مقید به نظر شورای نگهبان بعنوان مرجع حقوقی نکرد و راه دیگری را پیش گرفت.

نمونه‌های این نوع تفسیرهای عملی اصول قانون اساسی بسیارند که قوه مجریه، نهادی غیر از نهاد رسمی تفسیر قانون اساسی به تفسیر عملی آن اقدام کرده است. مانند اصل سوم که صراحتاً آموزش و پرورش را برای همه در تمام سطوح رایگان می‌داند و همچنین مصادیق مندرج در اصل ۴۴ قانون اساسی. در دوران سازندگی پس از جنگ، شکافی میان قانونیت و مشروعیت افتاد. میل دولت برای پیمودن سریع دوره سازندگی و حرکت کُند نهادهای قانونی در هماهنگی با نیازهای جدید، دولت را به این سمت سوق داد تا این شکاف را با تفسیر عملی خود از قانون اساسی پر کند. بنابراین قانون اساسی در عمل برخلاف ظواهر آن فهمیده شد و این چنین نمونه‌ای از قواعد نانوشته حقوق اساسی در قانون اساسی جمهوری اسلامی متولد شد. بدین ترتیب «به جز شورای نگهبان مراجع

۱. حسین مهرپور، رئیس جمهور و مسئولیت اجرای قانون اساسی، چاپ اول (تهران: اطلاعات، ۱۳۸۰) ۶۵-۶۲.

دیگری نیز به خود حق دادند که به تفسیر قانون اساسی پردازند و دست از ظواهر آن (که حجیت دارد) به بهانه‌های گوناگون بکشند.^۱

با توجه به اینکه در برخی از دوره‌های ریاست جمهوری جایگاه و وزن رئیس جمهور وقت در کلیت نظام سیاسی برجسته بود و در نتیجه نقش موثرتری در تفسیر عملی قانون اساسی داشت و در برقراری توازن و تعادل قوا به نفع قوه مجریه موفق بود؛ لذا از این حیث تاثیر بیشتری بر قانون اساسی می‌گذاشت. نمونه دیگری که در همین دوره درباره رویکرد به قانون اساسی و رفتار با این متن دیده می‌شود مربوط به اصل ۴۴ است. پس از پایان جنگ و آغاز دوران سازندگی و الزامات اقتصادی آن که نیازمند حضور گسترده بخش خصوصی بود این اصل نمی‌توانست نیازهای سازندگی و توسعه اقتصادی را پاسخ دهد. بار تصمیم‌گیری آن‌چنان افزایش یافته بود که از ظرفیت دست‌اندرکاران وقت خارج بود. توصیه‌هایی از هر سو برای اهمیت دادن به بخش خصوصی در بخش کشاورزی، صنعت و تجارت شنیده می‌شد و این که اقتصاد دولتی نمی‌تواند به تنهایی چنین بار گرانی را بر دوش کشد و ناگزیر باید حضور بخش خصوصی را در بسیاری از عرصه‌ها به رسمیت بشناسد و در اصول و ذهنیات پیشین بازنگری کند.^۲

سازندگی نیازمند باز شدن دریچه‌هایی برای مشارکت مردم بود. تصریح قانون اساسی منجر شد تا در دوره اول ریاست جمهوری آقای هاشمی رفسنجانی استفساریه‌ای به شورای نگهبان ارسال شود. از شورا پرسیده شده بود: آیا مقصود از بخش دولتی، مدیریت و نظارت دولت بر فعالیت‌های اقتصادی مقرر در صدر اصل مزبور است و واگذاری بخش‌هایی از فعالیت‌های مزبور به بخش خصوصی که هدایت و نظارت کلی را دولت داشته باشد منافاتی با آن اصل ندارد؟ شورای نگهبان که گفته می‌شود در آن موقع آمادگی چنین اظهارنظری را نداشته، نظر مخالفی هم ابراز نمی‌کند و شفاهاً توصیه می‌کند که رییس جمهور استفسار خود را پس بگیرد و درخواست خود را در قالب لایحه‌ای به مجلس تقدیم کند که در مجلس قانون لازم با همین برداشت تصویب شود و شورای نگهبان هم احتمالاً با همین نوع برداشت با مصوبه مجلس برخورد کند. رییس

۱. سعید حجاریان، *جمهوریت؛ افسون زدایی از قدرت*، چاپ دوم (تهران: طرح نو، ۱۳۷۹) ۴۸۲.

۲. اصغر شیرازی، *نظام حکومتی جمهوری اسلامی ایران* (پاریس: چشم‌انداز، ۲۰۰۸) ص ۱۲۴.

جمهور استفسار خود را پس گرفت^۱ و به دنبال تصویب قانونی در این باره نرفت و کوشید تا راه دیگری برای حل این موضوع بیابد. برداشت رئیس جمهور از قانون اساسی در این موارد رابطه مستقیم با سیاست‌هایی دارد که او دنبال می‌کند. در این جا قانون اساسی در پرتو این سیاست‌ها فهمیده و تفسیر می‌شود. این بازیگران «در ذهن خود قانون‌های نانوشته‌ای دارند که سمت و سوی اعمال و رفتار آن‌ها را مشخص می‌کند» و حتی «از قوانین صوری و مکتوب تا آن حد حمایت می‌کنند که مانعی بر سر راه قوانین نانوشته نباشد».^۲

در جریان انتخابات میان‌دوره‌ای مجلس سوم، شورای نگهبان با توسل به تفسیری که از اصل ۹۹ قانون اساسی می‌کند (نظارت استصوابی) صلاحیت یکی از نامزدهای انتخابات مجلس را در شهر تهران رد کرد. اما بر اثر پافشاری برخی گروه‌های سیاسی، ناچار شد^۳ در رأی خود تجدیدنظر کند. اما در عوض در آستانه انتخابات مجلس چهارم هنگامی که ضعف و فتور بر عزم و انسجام نیروهای سیاسی کشور مستولی شده بود، شورای نگهبان صلاحیت هشتاد نفر از نامزدها از جمله همان نامزد میان‌دوره‌ای را رد کرد. این تجارب بیانگر این نکته اساسی است که مهمترین عامل در اجرای قانون اساسی و احترام به آن، آرایش و توان بالقوه و بالفعل نیروهای سیاسی و هم‌چنین حساسیت و نگرانی مردم به اموری است که به سرنوشت‌شان گره خورده است.^۴ در تحلیل نهایی، قوانین صورتبندی حقوقی مقولاتی هستند که به طور واقعی و عینی در کنش اجتماعی جریان دارند. این صورت‌های حقوقی مبتنی بر برآیند قوا و نیروهای اجتماعی‌اند.^۵

نتیجه‌گیری

مهمترین مطالب یک قانون اساسی همیشه آنچه که نوشته شده است نیست. دست کم اگر قانون اساسی را مجموعه‌ای از قواعدی بدانیم که مربوط به تقسیم و بکار بستن قدرت است، وقتی فراز و نشیب اجرای قانون اساسی را در جامعه نظاره می‌کنیم می‌بینیم که همه

۱. حسین مهرپور، *مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، چاپ اول (تهران: دادگستر، ۱۳۸۷) ص ۹۸-۹۷.

۲. سعید حجاربان، *جمهوریت؛ افسون زدایی از قدرت*، چاپ دوم (تهران: طرح نو، ۱۳۷۹) ص ۷۱.

۳. تأکید از نویسنده است.

۴. همان، ص ۴۵.

۵. همان، ص ۷۳.

آنچه را که روی می‌دهد نمی‌توان به قانون اساسی نوشته فروکاست. هم‌چنین از تقسیم و تفکیک میان قانون اساسی نوشته و قانون اساسی نانوشته این نتیجه گرفته می‌شود که قانون اساسی نوشته متعلق به قلمرو حقوق موضوعه است اما قانون اساسی نانوشته ماهیتی سیاسی دارد، قواعدی که در حقوق اساسی انگلستان به آن‌ها Constitutional Conventions گفته می‌شود.

حقوق اساسی نباید تنها هنجارها را توصیف و موارد نقض آن‌ها را یادآوری کند بلکه می‌بایست پرتوی بر ساختار نظام سیاسی بیندازد و علل تغییر شکل هنجارها را تبیین کند.^۱ قانون تنها یکی از سرچشمه‌هایی است که حقوق از آن جاری می‌شود. قواعد و رویه‌های نانوشته نیز یکی دیگر از منابع حقوق هستند که از قضا ماهیت نانوشته آن کمک شایانی به فهم مبنای الزام چنین قواعدی و منطق مسائل حقوق اساسی می‌کند. حقوق اساسی با تکیه بر چنین دریافت همه‌جانبه‌نگری خواهد توانست نظریه‌ای برای گشودن گره‌های دشوار قانون اساسی فراهم آورد.

در نوشته‌های آتی خواهیم کوشید تا برخی از این مفاهیم را برای توضیح و تبیین حوادث حقوق اساسی به کار بندیم و به سوابق تاریخی حقوق اساسی مراجعه خواهیم کرد و برخی از مفاهیمی را که در برهه‌ها و دوران‌های تاریخی پدیدار شده‌اند بررسی و بازبینی خواهیم کرد. خواهیم کوشید تا اصول قانون اساسی را در پرتو چنین مفهومی از حقوق اساسی تحلیل کنیم. اما بررسی سازمان‌مند پدیدار شدن این مفاهیم در تاریخ معاصر ایران نیازمند طرح دیگری است، نقشه‌ای جامع که بتواند دست‌کم بخشی از تاریخ حقوق اساسی را در ایران تدوین کند. بازگشت‌های ما به نمونه‌های تاریخی و مفاهیمی که در این نمونه‌ها پدیدار شده‌اند، لایه‌های پایینی قانون اساسی و نقاطی را توضیح خواهند داد که نطفه قاعده حقوقی (در اینجا قانون اساسی) در آن بسته می‌شود. مجموعه این نوشته‌ها شاید بتوانند برخی از خطوط چنان تاریخی را ترسیم کنند.

1. Michel Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnel", dans Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann (Paris: Cujas, 1977) p. 150 sq.

منابع

کتاب‌ها

- اکرم‌ن، بروس، تفکیک قوای جدید، ترجمه حسن و کیلیان (تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۹).
- تبریزی، عبدالرحیم طالبوف، مسائل الحیات (تفلیس: مطبعه غیرت، ۱۳۲۴ ق).
- حجاریان، سعید، چرا قانونگرایی؟ در جمهوریت؛ افسون‌زدایی از قدرت، چاپ دوم (تهران: طرح نو، ۱۳۷۹).
- حجاریان، سعید، «انتخاب اعضای هیأت نظارت مرکزی بر انتخابات دوره پنجم؛ تکرار اشتباهات گذشته»، در جمهوریت؛ افسون‌زدایی از قدرت، چاپ دوم (تهران: طرح نو، ۱۳۷۹).
- حجاریان، سعید، «پاسداری از قانون اساسی، راهی برای نوسازی سیاسی»، در جمهوریت؛ افسون‌زدایی از قدرت، چاپ دوم، (تهران: طرح نو، ۱۳۷۹).
- حجاریان، سعید، «قانون اساسی به مثابه میثاق ملی»، در جمهوریت؛ افسون‌زدایی از قدرت، چاپ دوم (تهران: طرح نو، ۱۳۷۹).
- شیرازی، اصغر، نظام حکومتی جمهوری اسلامی ایران (پاریس: چشم‌انداز، ۲۰۰۸).
- قاضی، ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، چاپ اول (تهران: یلدا، ۱۳۷۳).
- کاتوزیان، ناصر، توجیه و نقد رویه قضایی، چاپ دوم (تهران: میزان، ۱۳۸۱).
- کاتوزیان، ناصر، زندگی من، چاپ هفتم (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵).
- کاتوزیان، ناصر، گذری به انقلاب ایران؛ مجموعه مقالات (تهران: سروش، ۱۳۶۰).
- مهرپور، حسین، وظیفه دشوار نظارت بر اجرای قانون اساسی، چاپ اول (تهران: ثالث، ۱۳۸۴).
- مهرپور، حسین، رئیس جمهور و مسئولیت اجرای قانون اساسی، چاپ اول (تهران: اطلاعات، ۱۳۸۰).
- مهرپور، حسین، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول (تهران: دادگستر، ۱۳۸۷).
- ون دایسی، آلبرت، درآمدی بر مطالعه حقوق اساسی، ترجمه در دوره مشروطیت، به کوشش سیدناصر سلطانی (تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۶).

مقاله‌ها

- سلطانی، سید ناصر، «آغاز رویکرد غیرتاریخی به حقوق اساسی در ایران»، پژوهش‌های حقوقی، پاییز و زمستان، شماره ۱۵، (۱۳۸۷).
- سلطانی، سید ناصر، «درآمدی تاریخی بر مسئله اجرای قانون اساسی»، نشریه حقوق اساسی، تابستان، شماره ۱۳، (۱۳۹۰).
- سلطانی، سید ناصر، «مذاق مملکت و معنای مشروطه ایرانی»، در جشن‌نامه فیلسوف سیاست ایران، (تهران: فلات، ۱۳۹۶).
- قاضی، ابوالفضل، «قانون اساسی؛ سیر مفهوم و منطوق از دید تطبیقی»، مجله دانشکده حقوق، شماره ۲۸، (۱۳۷۱).

References

Books

- Agostino Carrino, "De la constitution matérielle", in *L'Architecture du droit*, Mélanges en honneur de Michel Troper (Paris: Economica, 2006).
- Bruce Ackerman, *Au Nom du Peuple: Les fondements de la démocratie américaine* (Paris: Calmann-Lévy, Paris, 1998).
- Charles de Montesquieu, Charles de, *Esprit des lois*, Henry Nezard, "De la méthode dans l'enseignement du droit constitutionnel", in *Mélange de R. Carré de Malberg* (Paris: Sirey, 1933).
- Joseph Barthélemy, préface à la sixième édition, in Esmein, Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, éd. Panthéon Assas (Paris: Panthéon Assas, 2001).
- Michel Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnel", dans *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann* (Paris: Cujas, 1977). Olivier Beaud, Olivier, *La puissance de l'Etat*, Léviathan, PUF (Paris: PUF, 1994).
- Peter Häberle, *L'Etat constitutionnel*, trad. Fr (Paris: Economica, PUAM, 2004).
- Pierre Avril, *Enchantement et désenchantement constitutionnels sous la Ve République*, Pouvoirs, n° 126, (2008).
- Pierre Avril, *Les Conventions de la constitution*, Léviathan (Paris: PUF, 1997).
- René Capitaine, *la coutume constitutionnelle*, (2001), in *Les écrits*

constitutionnels, éd. Panthéon Panthéon Assas, Paris.

- Walter Bagehot, Walter, *The English Constitution*, 2^e edition (London: 1872), available at: www.juspoliticum.com.

Articles

- Frank Laffaille, “La notion de constitution au sens matérielle chez Constantino Mortati; La ‘zone grise’ du droit constitutionnel constitutionnel“, *Revue Juspoliticum*, n° 7, (2012).
- Pierre Avril, “Une survivance; le droit constitutionnel non écrit”, in *Mmélange Ardant* (Paris: LGDJ, 1999).
- Pierre Avril, *Enchantement et désenchantement constitutionnels sous la Ve République*, *Pouvoirs*, n° 126, (2008).
- Norberto, Bobbio, “sur la notion de constitution chez Hegel”, in *Revue européenne des sciences sociales*, T. 18, No. 52, (1980), *La philosophie politique de F. W. Hegel: Hegel: Annales de philosophie politique*, No. 12, (1980).
- Olivier Beaud, “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, (1999).
- Entretien avec Pierre Avril, Avec la participation de: Denis Baranger , Carlos-Miguel Pimentel , Armel Le Divillec , Philippe Lauvaux, *Jus Politicum*, N°. 1, (2014).