

حقوق اساسی تطبیقی

عرف اساسی در حقوق ایران و انگلستان

مهران صادقیان

شابک	:	978-600-356-733-7
شماره کتابشناسی ملی	:	۵۳۳۸۸۰۴
عنوان و نام پدیدآور	:	حقوق اساسی تطبیقی (عرف اساسی در حقوق ایران و انگلستان) / مهران صادقیان.
مشخصات نشر	:	تهران: آرنا، ۱۳۹۷.
مشخصات ظاهری	:	۱۹۸ ص.
یادداشت	:	کتابنامه: ص. ۱۸۹ - ۱۹۸.
موضوع	:	عرف اساسی -- ایران
موضوع	:	Constitutional conventions -- Iran
موضوع	:	عرف اساسی -- انگلستان
موضوع	:	Constitutional conventions -- Great Britain
موضوع	:	حقوق اساسی -- انگلستان
موضوع	:	Constitutional law -- Great Britain
موضوع	:	حقوق اساسی -- ایران
موضوع	:	Constitutional law -- Iran
موضوع	:	حقوق تطبیقی
موضوع	:	Comparative law
رده بندی دیویی	:	۳۴۲/۵۵۰۳۹۲
رده بندی کنگره	:	۰/۳۷۱۳۹۷۲۶۳KMH
سرشناسه	:	۱۳۷۳ - اذقیان، مهران،
وضعیت فهرست نویسی	:	فیا



نشر آرنا

عنوان	:	حقوق اساسی تطبیقی (عرف اساسی در حقوق ایران و انگلستان)
مؤلف	:	مهران صادقیان
ناشر	:	آرنا
چاپ	:	اول ۱۳۹۷
شمارگان	:	۱۰۰۰ نسخه قیمت: ۲۶۰۰۰ تومان
شابک	:	۹۷۸-۶۰۰-۳۵۶-۷۳۳-۷

www.arnapub.com

فهرست مطالب

پیشگفتار.....	۱۱
فصل اول: مبانی نظری و مشخصات نظام حقوق اساسی ایران و انگلستان.....	۱۶
بخش اول: مبانی نظری.....	۱۷
مبحث اول: قاعده حقوقی و قاعده غیر حقوقی.....	۱۷
گفتار اول: تعریف قاعده حقوقی و مشخصات آن.....	۱۷
گفتار دوم: انواع قاعده حقوقی.....	۲۴
مبحث دوم: منبع حقوق.....	۲۶
گفتار اول: تعداد منبع - قبیله.....	۲۶
گفتار دوم: جایگاه عرف.....	۲۸
بند اول: عرف و عدم امکان منبع و مناسبت آن.....	۳۰
بند دوم: عرف مبنا و منبع قواعد حقوقی.....	۳۰
بند سوم: عرف منبع قواعد حقوقی.....	۳۱
مبحث سوم: منابع حقوق اساسی.....	۳۴
گفتار اول: منابع حقوقی حقوق اساسی.....	۳۷
بند اول: قانون اساسی.....	۳۷
الف) تعریف قانون اساسی.....	۳۷
ب) قوانین اساسی نامدون و مدون.....	۴۰
پ) قانون اساسی انعطاف پذیر و انعطاف ناپذیر.....	۴۳
ج) اهداف قانون اساسی.....	۴۵
د) تفسیر قانون اساسی.....	۴۷

۴۷.....	بند دوم: قانون عادی
۴۸.....	بند سوم: مقررات دولتی
۴۸.....	بند چهارم: رویه قضایی
۴۹.....	گفتار دوم: منابع غیر حقوقی
۴۹.....	بند اول: عرف‌های اساسی
۴۹.....	بند دوم: دکترین یا دیدگاه‌های دانشمندان حقوق اساسی
۵۱.....	بخش دوم: مشخصات و منابع حقوق اساسی انگلستان
۵۱.....	مبحث اول: مشخصات حقوق اساسی انگلستان
۵۳.....	گفتار اول: تاریخی بودن اساسی
۵۴.....	گفتار دوم: سیاسی بودن قانون اساسی
۵۵.....	گفتار سوم: غیرمدون و انعطاف‌پذیری قانون اساسی
۶۰.....	مبحث دوم: منابع حقوق اساسی انگلستان
۶۰.....	گفتار اول: قانون اساسی انگلستان
۶۶.....	گفتار دوم: منابع حقوقی حقوق اساسی انگلستان
۶۶.....	بند اول: قانون موضوعه
۷۱.....	بند دوم: رویه قضایی (کامن لا)
۷۱.....	بند سوم: معاهدات و حقوق بین‌المللی
۷۲.....	گفتار سوم: منابع غیر حقوقی حقوق اساسی انگلستان
۷۳.....	بند اول: عرف‌های اساسی
۷۴.....	بند دوم: دکترین حقوق اساسی
۷۵.....	بخش سوم: مشخصات و منابع حقوق اساسی ایران

- ۷۵.....مبحث اول: مشخصات حقوق اساسی ایران
- ۷۸.....مبحث دوم: منابع حقوق اساسی ایران
- ۷۹.....گفتار اول: منابع حقوقی حقوق اساسی
- ۷۹.....بند اول: قانون اساسی
- ۷۹.....بند دوم: نظرات و مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام
- ۸۰.....بند سوم: نظرات شورای نگهبان
- ۸۰.....بند چهارم: قانون عادی
- ۸۱.....بند پنجم: مصوبات قوه مجریه
- ۸۱.....بند ششم: رویه قضایی
- ۸۲.....بند هفتم: همه پرسی و رفراندوم
- ۸۲.....گفتار دوم: منابع غیرحقوقی حقوق اساسی
- ۸۲.....بند اول: فرامین رئیس کشور
- ۸۳.....بند دوم: عرف اساسی
- ۸۳.....بند سوم: نظریات علماء حقوق
- ۸۴.....فصل دوم: عرف های اساسی در حقوق ایران و انگلستان
- ۸۵.....بخش اول: مفهوم، ماهیت و جایگاه عرف اساسی در حقوق انگلستان
- ۸۵.....مبحث اول: مفهوم و ماهیت عرف اساسی
- ۸۵.....گفتار اول: تعریف عرف اساسی
- ۸۹.....گفتار دوم: منشأ قاعده عرف اساسی
- ۹۰.....بند اول: سوابق
- ۹۱.....الف: آیا برای رویه ای که به عنوان قاعده مطرح است، سابقه ای وجود دارد؟

- ب: آیا کسانی که قانون اساسی را اجرا می کنند این قاعده را به عنوان مبنایی برای الزام خودشان پذیرفته اند؟ ۹۴
- پ: آیا دلیل معقول سیاسی و اساسی برای وجود این قاعده وجود دارد؟ ۹۶
- بند دوم: توافق و اجماع ۹۷
- گفتار سوم: عاملان و تابعان عرف ۹۸
- گفتار چهارم: ماهیت الزام آور عرف های اساسی و ضمانت اجرای آنها ۱۰۰
- گفتار پنجم: تکامل و تغییرات عرف ها ۱۰۸
- گفتار ششم: تفاوت عرف های اساسی با قانون و دیگر مفاهیم مشابه ۱۰۹
- بند اول: تفاوت عرف اساسی با قانون ۱۰۹
- الف: رویکرد جنینگز به رابطه بین عرف اساسی و قانون ۱۰۹
- ب: رویکرد دیسی به رابطه میان عرف اساسی و قانون ۱۱۲
- بند دوم: تفاوت عرف اساسی از دیگر مفاهیم مشابه ۱۱۵
- الف: تمایز عرف با عادات ۱۱۵
- ب: تمایز عرف از تفاسیر ۱۱۶
- پ: تمایز عرف از رویه ۱۱۷
- مبحث دوم: نقش و جایگاه عرف اساسی ۱۱۸
- گفتار اول: اهمیت و جایگاه عملی عرف اساسی ۱۱۸
- بند اول: تکمیل کننده قواعد حقوقی در تنظیم قدرت سیاسی و توسعه قانون اساسی ۱۱۸
- بند دوم: محدود کردن اختیارات مقامات دولتی ۱۲۰
- بند سوم: اصلاح قانون اساسی ۱۲۱
- گفتار دوم: مصادیق عرف های اساسی در حقوق انگلستان ۱۲۳

بند اول: عرف‌های اساسی تنظیم‌کننده اعمال اختیارات ویژه سلطنتی	۱۲۳
بند دوم: عرف‌های تنظیم‌کننده رویه کابینه دولت	۱۲۵
بند سوم: عرف‌های تنظیم‌کننده کار پارلمان	۱۲۷
بند چهارم: عرف‌های اساسی مربوط به قضات و دادگاه‌ها	۱۲۹
گفتار سوم: نقش و دیدگاه دادگاه‌ها به عرف اساسی	۱۳۰
گفتار چهارم: مدون سازی عرف‌ها	۱۳۳
بند اول: تئوری، اول، مدون کردن عرف‌ها	۱۳۴
بند دوم: تئوری، دوم، مدون کردن برخی از مهم‌ترین عرف‌ها	۱۳۶
بند سوم: تئوری سوم، مدون نکردن عرف‌ها	۱۳۶
بخش دوم: مفهوم، ماهیت و جایگاه عرف اساسی در حقوق ایران	۱۳۹
مبحث اول: مفهوم و ماهیت عرف اساسی	۱۳۹
گفتار اول: تعریف عرف اساسی	۱۳۹
گفتار دوم: شکل‌گیری عرف اساسی	۱۴۱
بند اول: عنصر مادی یا شرط عینی	۱۴۱
بند دوم: شرایط عنصر مادی	۱۴۲
الف: واضح و معین بودن	۱۴۲
ب: تکرار، استمرار و قدمت	۱۴۳
پ: عمومیت قاعده	۱۴۴
بند سوم: عنصر معنوی یا شرط ذهنی	۱۴۴
گفتار سوم: منشأ و دلیل اقتدار و الزام‌آور بودن عرف	۱۴۶
گفتار چهارم: رابطه عرف با قانون	۱۴۸

مبحث دوم: نقش و جایگاه عرف اساسی در حقوق ایران	۱۵۰
گفتار اول: مروری بر نظرات حقوق دانان فرانسوی نسبت به جایگاه عرف اساسی	۱۵۰
گفتار دوم: جایگاه عرف اساسی در حقوق ایران	۱۵۴
بند اول: عرف تبیینی و تفسیری	۱۵۵
بند دوم: عرف تکمیل کننده	۱۵۷
بند سوم: عرف ناسخ	۱۵۸
گفتار سوم: مقایسه عرف های اساسی در حقوق ایران	۱۶۲
بخش سوم: مقایسه عرف های اساسی در حقوق ایران و انگلستان	۱۷۳
سخن آخر	۱۸۱
منابع و مآخذ	۱۸۹

در مورد جایگاه عرف، به معنای «قاعده الزام آور که به تدریج میان مردم مرسوم شده است»، در میان منابع حقوق همواره اختلاف وجود داشته است. اگرچه به لحاظ تاریخی عرف نخستین و اصلی ترین منبع حقوق و مقدم بر دیگر منابع بوده است. اما در حال حاضر این جایگاه متزلزل شده است چراکه دیدگاه‌ها، نظرات و مکاتب حقوقی گوناگون، جایگاه‌های متفاوتی را برای عرف در حقوق در نظر می‌گیرند. به طوری که برخی از آن‌ها به کلی عرف را فاقد جایگاه مبنا و منبع حقوق می‌دانند، برخی برعکس عرف را هم واجد جایگاه مبنایی و هم منبع حقوق می‌دانند و برخی دیگر نیز عرف را منبع حقوق در نظر می‌گیرند اما جایگاه آن را پس از قانون قرار می‌دهند. در میان مکاتب حقوقی نه مکاتب اصالت قانون نقش حداقلی برای عرف قائل است و در مقابل مکتب جامعه‌شناسی با ان نقش حداکثری در نظر می‌گیرد و آن را مقدم بر قانون قرار می‌دهد. اما در نقش عرف نباید مبالغه کرد. همان‌که نباید نقش آن را به کلی انکار نمود چراکه در این صورت هر دو در تعارض با واقعیات موجود و عقل سلیم خواهد بود. لذا اکثریت حقوق دانان عرف را در کنار قانون منبع حقوق می‌دانند که تکمیل و تفسیر قواعد حقوقی کمک شایانی می‌نماید. باین وجود این نقش و جایگاه در نظام‌های حقوقی مختلف و هم‌چنین در شاخه‌های گوناگون حقوق متفاوت است. در حقوق عمومی نیز عرف، تقریباً در تمامی شعبات این شاخه به نقش آفرینی پرداخته است باین حال نقش عرف در تکوین قواعد حقوق اساسی و حقوق بین‌الملل بیش از سایر شعبات حقوق عمومی است. قواعد عرفی مربوط به حقوق اساسی را به جهت پیوند با حقوق اساسی و حقوق عمومی و مردم، عرف اساسی گویند؛ که برگرفته از رفتار و عملکرد مقامات عمومی در قوای حاکم می‌باشد؛ به معنای مجموعه قواعد الزام‌آوری است که از عادات و رویه‌های اساسی حکومته‌گران، در اعمال حقوق اساسی ناشی می‌شود. باین حال جایگاه عرف اساسی در نظام حقوق اساسی بسیار محل مناقشه است، به لحاظ تاریخی جایگاه عرف در حقوق اساسی قبل از نهضت تدوین قوانین اساسی بسیار پررنگ بوده و حقوق اساسی، منبعث از همین

عرف‌ها بوده است که با تکرار در طول زمان به وجود آمده بود. پس از تکوین نهضت قوانین اساسی نیز این جایگاه برای عرف در حقوق اساسی (البته با سازوکاری متفاوت با گذشته) تداوم یافته است. چرا که مؤسسان قوانین اساسی نمی‌توانستند همه موارد را در متون قوانین اساسی پیش‌بینی کنند همچنین تقسیم قوانین اساسی به مدون و نامدون که در بیشتر کتب صاحب‌نظران به چشم می‌خورد اهمیت نقش این عرف‌ها را در حقوق اساسی تأکید می‌نماید. اما به هر حال جایگاه و ارزش قانونی این منبع حقوق در میان نظام‌های حقوقی گوناگون متفاوت است. چرا که در کشورهای تحت حاکمیت قوانین اساسی عرفی، نقش عرف بسیار پررنگ‌تر از جایگاه آن در کشورهایی است که دارای قوانین اساسی مدون می‌باشند. از سویی عرف اساسی در این گونه کشورها نیز دارای مفهوم و رنگی‌های خاصی است که تا زمانی که آن عناصر به وجود نیاید، عرف پا به عرصه وجود نگذاشته و حتی این عرف در همه موارد نیز نمی‌تواند ظهور و بروز یابد و قدرت الزام‌آوری داشته باشد. در سویی دیگر تشابهاتی میان عرف و سایر مفاهیم از جمله روه، عادات، اصول حقوقی و... وجود دارد که اگر به ساختار و ویژگی‌های هر یک دقت کافی نشود؛ امکان خلط مطلب وجود داشته و می‌تواند منجر برداشت‌های گوناگون و حتی گاهی اشتباه در مورد پیدایش یک عرف اساسی شود. همچنان که با نظر به نظر برخی از صاحب‌نظران در حقوق اساسی، در مورد نقش و جایگاه این منبع حقوق در حقوق اساسی کشورمان بدون آگاهی از ساختار این عرف اساسی به تقلید از کشورهای دیگر افراط کرده و تفسیر گسترده و دست‌اولی برای آن قائل شده‌اند که این ابهام را در ذهن ایجاد می‌کند که آیا نه تنها این نظام‌های حقوقی گوناگون تفاوت گذارد و هر امری را با مقتضیات مربوط به آن نظام حقوقی تعریف و تحلیل نماییم، یا اینکه اصلاً تفاوتی بین آن‌ها قائل نشویم.

لذا در این کتاب با مطالعه تطبیقی مفهوم عرف‌های اساسی در حقوق انگلستان و حقوق ایران، سعی شده است، زوایای پنهان این مفهوم را کشف و چستی، چگونگی شکل‌گیری، جایگاه و دیگر موضوعات مربوط به آن را در این دو کشور توصیف نماییم. هم‌چنین در لابه‌لای توصیفات

خود سعی نمودیم تا به تبیین، توضیح و ذکر برخی نکات نیز بپردازیم و محتوای کتاب حاضر را از توصیف صرف مصون داریم.

به نظر می‌رسد انتخاب کشور انگلستان در این کتاب جهت مطالعه تطبیقی با نظام حقوقی ایران، به دلیل تفاوت بنیادینی که هر دو کشور در نظام حقوقی خود دارند، مورد نقد صاحب‌نظران و خوانندگان محترم قرار گیرد و شاید گفته شود؛ بهتر بود در این مطالعه کشور فرانسه به جهت مشترکات حقوقی با نظام حقوقی ایران، مورد مطالعه قرار می‌گرفت؛ اما در پاسخ باید بگوییم انتخاب کشور انگلستان، اولاً به این دلیل است که این کشور، مهد حقوق اساسی عرفی است و این قواعد نقش بسزایی در آن ایفا می‌کند، ثانیاً بدین دلیل که مفهوم عرف اساسی در واقع در این کشور مفهوم سری شده و به عنوان یک نهاد به دیگر کشورها و نظام‌های حقوقی رخنه کرده است. باین حال در این کتاب به گشت‌ای از نظریات حقوق‌دانان فرانسوی در مورد عرف اساسی نیز پرداخته شده است.

اما از ضرورت‌های مطالعه در مورد این‌های اساسی می‌توان به فقر منابع فارسی در این زمینه اشاره داشت. به نحوی که در تمامی کتب و مقالات فارسی که به موضوع منابع حقوق، منابع حقوق اساسی پرداخته شده است، به صورت جزئی و حتی کلی به مفهوم، ماهیت و جایگاه عرف اساسی در حقوق انگلستان پرداخته نشده است و تنها به ذکر گزاره‌های کلی استن قواعده عرفی در حقوق انگلستان اکتفا شده است و حتی گاهی مشاهده می‌شود که برداشته‌های اشتباهی نیز از این مفهوم و جایگاه آن در حقوق انگلستان شده است. درباره عرف‌های اساسی در حقوق ایران نیز با وجود توضیحات مختصر حقوق‌دانان و صاحب‌نظران حقوق اساسی، اکثر به ارائه نظرات حقوق‌دانان فرانسوی در این باره پرداخته شده است و منبعی که به صورت جامع تبیین‌کننده مفهوم، ماهیت، جایگاه، نظرات و دیدگاه‌های حقوق‌دانان ایرانی و بررسی نمونه‌های عرف اساسی باشد با جست‌وجوی نگارنده یافت نشد. لذا کتاب حاضر از این نظر که در آن به مطالعه تطبیقی عرف‌های اساسی در حقوق انگلستان و ایران پرداخته شده است، جنبه نوآوری دارد.

هم‌چنین علاوه بر جنبه تئوریک، این موضوع جنبه کاربردی نیز دارد، چنان‌که بی‌اطلاعی از مشخصات این مفهوم می‌تواند برداشت‌های ناصحیحی را ایجاد نماید که منجر به کاربردهای ناهنجار و احیاناً سوءاستفاده از این مفهوم شود که امید است با مطالعه و روشنگری درباره این مفهوم تا اندازه‌ای بتوان از ایجاد اختیارات گوناگون برای مقامات عمومی با دست یازیدن به عرف اساسی به‌عنوان مبنای حقوقی آن جلوگیری نمود.

لازم به ذکر است، در نگارش کتاب حاضر از روش کتابخانه‌ای و بررسی کتب و مقالات و داده‌ها و منابع اینترنتی، رسی و انگلیسی بهره جسته‌ایم. هم‌چنین به دلیل ارتباط گسترده‌ایی که این موضوع با مباحث و رویه سیاسی دارد، سعی شده است تا از رویکردها و رویه مقامات و سیاستمداران نیز غفلت نشود.

شمای کلی کتاب نیز بدین گونه است که محتوای آن در دو فصل تقسیم‌بندی شده است و به سبب اینکه مطالعه عرف‌های اساسی بدون رجوع و آگاهی از مشخصات و منابع حقوق اساسی این دو کشور میسر نخواهد بود، در فصل اول در سه بخش، بخش اول مبانی نظری، در بخش دوم، به مشخصات و منابع حقوق اساسی انگلستان و در بخش سوم به مشخصات و منابع حقوق اساسی ایران پرداخته شده است. در بخش مبانی نظری، اطلاعاتی به‌خوبه داده می‌شود تا بتواند نسبت به مفاهیم و تفکیک‌هایی که میان آن‌ها، در بخش‌ها و فصول بعدی ضرورت می‌گیرد، درک بهتری داشته باشد. به عبارتی خواننده برای درک بهتر موضوع اصلی که همان «عرف اساسی» است، باید ابتدا با مطالعه این فصل، نسبت به مفاهیم، تفکیک‌های میان آن‌ها، ویژگی‌های حقوق اساسی دو کشور و منابع حقوق اساسی آن‌ها آگاهی پیدا نماید. فصل دوم، نیز صرفاً بررسی عرف اساسی در دو کشور ایران و انگلستان است که بخش اول آن، به مفهوم، ماهیت و جایگاه عرف اساسی در حقوق انگلستان اختصاص دارد. و در بخش دوم آن نیز به مفهوم، ماهیت و جایگاه عرف اساسی در حقوق ایران پرداخته شده است. در ذیل همین فصل، بخشی نیز به مقایسه مفهوم و جایگاه

عرف اساسی در حقوق ایران و انگلستان اختصاص داده شده است. هم‌چنین در تمامی فصول، هر بخش از چندین مبحث، هر مبحث از چندین گفتار و هر گفتار از چندین بند تشکیل شده است. در پایان این مقدمه لازم است از زحمات و راهنمایی‌های اساتید بزرگ و عزیزی که تلاش‌ها و موفقیت‌های آنان سرلوحه کار مؤلف بوده است؛ سرکار خانم دکتر هدی غفاری و جناب آقای دکتر حسن و کیلیان، کمال قدردانی را داشته باشم.

مهران صادقیان؛ دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی