

«هو»

وضع مقررہ در قوہ قضایہ

دکتر محمد اسحاق

عضو هیات علمی، دانشکده حقوق
دانشگاه شهید بهشتی

ریحانه کوششکار - فائزہ عامری

چاپ نخست - ۱۳۹۴

انتشارات دراک

کد کتاب: ۳۱۷

راسخ، محمد، ۱۳۴۲ - کوششکار، ریحانه، ۱۳۶۷ - عامری، فائزه، ۱۳۶۲ -
ایران. قوانین و احکام
وضع مقررہ در قوہ قضاییہ / محمد راسخ، ریحانه کوششکار، فائزه عامری. تهران: دراک،
۱۳۹۴.
۱۹۰ ص.

ISBN: 978-964-2888-59-7

فهرست ریزی براساس اطلاعات فیبا.
پشت جلد به انگلیسی:

Mohammad Rasekh, Reyhaneh Koosheshkar, Faezeh Ameri
Passing Regulation by the Judiciary
Derak Pub.

کتابنامه.

ایران. قوہ قضاییہ. وایع - ایران. قانونگذاری - ایران.
۱۳۹۴ ۲۰/۲ و ۲۰/۲ KM. ۳۴۲/۵۵۰۵۷
۳۷۳۷۳۶۳ کتابخانه ملی ایران

انتشارات دراک

وضع مقررہ در قوہ قضاییہ

دکتر محمد راسخ

ریحانه کوششکار - فائزه عامری

چاپ نخست: ۱۳۹۴

شمار: ۱۰۰۰ نسخه

قیمت: ۱۰۰۰۰ تومان

شابک: ۹۷۸-۹۶۴-۲۸۸۸-۵۹۷

حق چاپ محفوظ و مخصوص انتشارات دراک است

دفتر مرکزی: تهران، خیابان دکتر شریعتی،
ضلع جنوب غربی پل سیدخندان، خیابان
میرمطهری، ساختمان ۱۱۰، طبقه سوم، واحد ۱۲
تلفن: ۸۸۵۱۹۰۹۱، دورنویس: ۸۷۳۳۱۹۳
دفترپخش شهرستان: ایستگاه پخش،
ساختمان دفتر مرکزی، طبقه
چهارم، واحد ۱۴
تلفن: ۸۵۱۹۰۹۱ (شش خط)

جایگاه پخش و فروش تهران: شمال غربی پل سیدخندان - خیابان ارسباران - پایین تر از فرهنگ سرا،

کوچه عطار - کوچه چلچله - پلاک ۲۶ - همکف: تلفن: ۲۲۸۱۶۴۰۷ - ۲۲۸۷۰۷۶

www.derakpub.com
info@derakpub.com
shams@derakpub.com

فهرست عنوان‌ها

درآمد	۹
بخش نخست - چستی مقررہ	۱۳
فصل نخست - تعريف	۱۶
فصل دوم - ضرورت وضع مقررہ	۱۸
مبحث نخست - تأمين نفع و خير عمومى	۱۹
مبحث دوم - متکثر بودن موضوعات ادارى و اجرايى	۱۹
مبحث سوم - تخصصى بودن موضوعات ادارى و اجرايى	۲۰
مبحث چهارم - ثورى بودن يا کم اهميت بودن برخى امور ادارى و اجرايى	۲۱
مبحث پنجم - ادارى بودن فرايند تقنين	۲۱
مبحث ششم - انحطاط پذيرى و سازگارى مقررات	۲۲
فصل سوم - مصاديق مقررہ	۲۴
مبحث نخست - آيين نامه	۳۰
گفتار نخست - تعريف	۳۱
گفتار دوم - مصاديق	۳۳
بند نخست - آيين نامه اجرايى	۳۴
بند دوم - آيين نامه مستقل	۳۵
مبحث دوم - بخشنامه	۳۷
مبحث سوم - تصويب نامه	۳۹
مبحث چهارم - دستورالعمل	۳۹
فصل چهارم - ويژگى هاى مقررہ	۴۱
مبحث نخست - ويژگى هاى ماهوى	۴۷
گفتار نخست - جزيى و خاص بودن	۴۷

۶ □ وضع مقررہ در قوۃ قضايہ

گفتار دوم - موقت بودن	۴۹
گفتار سوم - داشتن اثر بیرونی حقوقی مستقیم	۵۰
گفتار چهارم - الزامی بودن	۵۱
گفتار پنجم - برخورداری از ضمانت اجرا	۵۲
بحث دوم - ویژگی‌های موضوعی	۵۲
گفتار نخست - ایجاد یا سلب حق و تکلیف	۵۷
گفتار دوم - تعین جرم و مجازات	۶۰
گفتار سوم - تعریف اصطلاحات	۶۱
گفتار چهارم - امور قضایی	۶۲
مبحث سوم - رئیسی‌های نهادی	۶۳

بخش دوم - مبانی و نحوه وضع مقررہ در قوۃ قضايہ

فصل نخست - مبانی قانونی

مبحث نخست - صلاحیت رئیس قوۃ قضايہ	۷۱
گفتار نخست - قانون اساسی	۷۳
بند نخست - اصل یکصد و سی و هشتم	۷۳
بند دوم - اصل یکصد و پنجاه و هفتم و یکصد و چهل و هشتم	۷۸
گفتار دوم - قوانین عادی و رویکرد شورای نگهبان	۸۰
بند نخست - لایحه قانونی تشکیل پلیس قضایی	۸۰
بند دوم - لایحه نقل و انتقال قضات	۸۲
بند سوم - لایحه آیین دادرسی کیفری	۸۲
بند چهارم - لایحه رسیدگی به تخلفات رانندگی	۸۳
بند پنجم - لایحه تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت	
اداری	۸۵
گفتار سوم - اصل اقتضاء	۸۶

مبحث دوم - صلاحیت سایر مقام‌ها و نهادهای زیرمجموعهٔ قوهٔ قضاییه	۸۷
گفتار نخست - معاونان قوهٔ قضاییه و رؤسای کل دادگستری	۸۸
گفتار دوم - سازمان ثبت اسناد و املاک کشور	۸۹
گفتار سوم - سازمان بازرسی کل کشور	۹۱
گفتار چهارم - سازمان پزشکی قانونی کشور	۹۲
گفتار پنجم - سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور	۹۳
گفتار ششم - سازمان قضایی نیروهای مسلح	۹۴
نصا دوم - حدود صلاحیت	۹۸
مبحث نخست - اصل حاکمیت قانون	۹۹
مبحث دوم - اصل حاکمیت قانون برتر (سلسله مراتب قانونی)	۱۰۰
بخش سوم - نظارت بر وضع مقرره در قوهٔ قضاییه	۱۰۹
فصل نخست - قوهٔ قضاییه	۱۱۳
مبحث نخست - نظارت در نهادهای	۱۱۴
مبحث دوم - نظارت دیوان عدالت اداری	۱۱۸
گفتار نخست - حدود صلاحیت نظارتی دیوان	۱۱۹
بند نخست - قانون اساسی و نظریات تفسیری - برای نگهبان	۱۲۰
بند دوم - قانون دیوان عدالت اداری	۱۲۳
بند سوم - رویهٔ دیوان عدالت اداری	۱۳۰
گفتار دوم - اشخاص صالح به شکایت نزد دیوان	۱۳۴
مبحث سوم - نظارت سازمان بازرسی کل کشور	۱۳۹
گفتار نخست - بند «ب» و «ج» مادهٔ ۲ قانون تشکیل سازمان بازرسی	۱۴۰
گفتار دوم - تبصرهٔ (۲) مادهٔ ۲ قانون تشکیل سازمان بازرسی	۱۴۱

۸ □ وضع مقررہ در قوۃ قضايہ

گفتار سوم - مادہ ۱۲ آیین نامہ اجرائی قانون تشکیل سازمان	
بازرسی	۱۴۲
فصل دوم - قوۃ مقننہ	۱۴۳
مبحث نخست - نظارت رئیس مجلس	۱۴۴
مبحث دوم - نظارت کمیسیون اصل نود	۱۴۸
مبحث سوم - شورای نگهبان	۱۵۲
فصل سوم - قوۃ مجریہ	۱۵۵
سخن آخر	۱۶۵
منابع	۱۶۸

درآمد

قاعده‌گذاری^(۱) لازمهٔ تداوم به‌سامان و کارآمد حیات جمعی انسان است. در زمان حاضر، شاید سخن گفتن از نظام اجتماعی بدون عنصر «قاعده» و وضع قاعده سخنی ناقص باشد. پا به پای جدید شدن زندگی جمعی، قواعد اجتماعی گسترده‌تر و پیچیده‌تر شده‌اند. اگر زمانی با احکام یا فرامین کم‌شمار پادشاه زندگی اجتماعی اداره می‌شد، امروزه، با گسترش فعالیت‌های حکومتی، نمی‌توان و نباید به دستگاه قاعده‌گذاری فردی و قواعد محدود بسنده کرد.^(۲) گسترش مفهوم خیر عمومی طی شش دههٔ اخیر و نیز پیچیده شدن وظیفهٔ تأمین خدمات عمومی در دنیای صنعتی و خدماتی، بی‌تردید مستلزم قواعدی است که محصول یک نظام قاعده‌گذاری وسیع، گاه به خردمند و البته پیچیده هستند.^(۳) از این رو است که اندیشهٔ تاسیس مراجع متعدد قاعده‌گذاری و نیز لزوم وضع قواعد سطح دوم، یعنی «ترور» (در مقابل قواعد سطح اول (قانون))، از سوی مرجعی غیر از قوهٔ مقننه به مان آمده است. به این ترتیب، در نظام‌های حقوقی جدید، صلاحیت وضع قانون به مجلس منتخبان مردم، به مثابه مرجع اصلی و اولیهٔ قاعده‌گذاری، و صلاحیت «وضع مقرر» به دیگر اجزای نظام حقوق اساسی (به ویژه قوهٔ مجریه)، به مثابه مرجع فرعی و ثانویهٔ قاعده‌گذاری، سپرده شده است. به این است که وضع

1- rule-making

2- Wade, H.W.R. and Forsyth, C.F. (2004), *Administrative Law*, 9th ed. Oxford: Oxford University Press, p. 85.

۳- نظریه‌پردازانی که نظام حقوق اساسی را صرفاً ابزاری برای حمایت از حقوق و آزادی‌های فردی می‌دانستند و نمی‌پذیرفتند که این نظام وسیله‌ای برای تمشیت امر خدمت‌رسانی و تأمین نفع عمومی است، از پذیرش اختیارات اداری گسترده، از جمله وضع مقرره، طفره رفته‌اند. برای نمونه، هایک و دایسی بر این ادعا پافشاری می‌کردند. نک:

Harlow, C. & Rawlings, R. (2009), *Law and Administration*, 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, p. 17.

۱۰ □ وضع مقررہ در قوۂ قضائیه

مقررہ فرع بر قانونگذاری است. به دیگر سخن، مقررہ وضع نمی‌شود مگر با تفویض یا تجویز «قانون» که در نظام حقوقی جایگاهی برتر دارد. مقررات، در واقع، نَسَب به قانون می‌برند و از این مادر زاده شده‌اند.^(۱) با این حال، پذیرش قاعده‌گذاری سطح دوم، یعنی وضع مقررہ، و اعلمای جنین صلاحیتی به نهادهایی غیر از قوۂ مقننہ همواره با چالش‌های مفهومی و نهادی همراه بوده است. در این خصوص، یکی از مهم‌ترین پرسش‌ها به چیستی مقررہ و تفاوت آن با قانون باز می‌گردد. پاسخ به این پرسش، در فصل نخست، به نوبه خود ما را به پرسش‌های دیگر منتقل می‌کند. برای نمونه، آیا هر مقررہ‌ای معتبر و لازم‌الاتباع است؟ اگر مقررہ‌ای را در قانون مصوب مجلس یا حتی قانون اساسی برای شهروندان به رسمیت شناخته است محدود کند یا توسعه دهد، آیا همچنان معتبر است؟ پیداست معیارهایی دقیق برای ارزیابی اعتبار مقررہ لازمند. همچنین، بررسی معیار اعتبار مقررہ به بحث از محدودیت‌های وضع مقررہ خواهد انجامید. پرسش دیگر، نهاد واضع مقررہ مربوط می‌شود. کدام نهاد یا مؤسسه حکومتی می‌تواند مقررہ وضع کند؟ در آخر، مبنای این صلاحیت چیست؟

به طور مشخص، موضوع این نوشتار صلاحیت وضع مقررہ از سوی قوۂ قضائیه است. این موضوع پیرامون دو محور شکل می‌گیرد: (۱) حدود قانونی صلاحیت وضع مقررہ و (۲) روش حصول اطمینان از رعایت این حدود در آن قوه. لازم به ذکر نیست که کارکرد اصلی و اولیه قوۂ قضائیه یا دادگستری همانا امر قضاء و دادرسی (حل و فصل اختلافات و تعقیب و مجازات جرائم) است. اما، نظام دادگستری برای انجام کارکرد قضاء گاه نیازمند وضع مقررہ است. از این رو، در نظام‌های

1- Kelsen, H. (1949), *General Theory of Law and State*, Translated by Wedberg Anders, Cambridge: Harvard University Press, pp. 130-1.

حقوق اساسی به این شعبه از حکومت نیز صلاحیت وضع مقررہ اعطاء می‌شود. با این حال، چنین صلاحیتی باید در حدود قانونی به کار گرفته شود و سازوکاری برای حصول اطمینان از رعایت این حدود وجود داشته باشد. در صورت عدم وجود سازوکار یادشده، کاملاً ممکن است اصل حاکمیت قانون و نیز حقوق بنیادین شهروندان نقض شوند.^(۱) افزون بر این، هنگامی که، طبق اصول قانون اساسی، قاعده‌گذاری در سطح اول (اصلی و اولیه)، یعنی وضع قانون، نیازمند نظارت است، بی‌شک، قاعده‌گذاری در سطح دوم (فرعی و ثانویه)، یعنی وضع مقررہ، نیز باید دست‌کم به همان اندازه بازبینی و مهار شود.

ماحث پیر گفتم همچون زنجیره‌ای بامعنا در پی اعطای صلاحیت وضع مقررہ به قوه قضاییه، به مثابه یک نهاد غیرتقنینی، به میان می‌آیند. نظام قضایی ایران بر اساس مرجع و ملجأ مردم در امر دادخواهی به شمار آمده و در طول تاریخ، بی‌شک بود نیز به شکل‌های گوناگون تلاش کرده نگهبان حقوق مردم باشد. با این حال، وضع مقررہ آشکارا از مصادیق «امر اداری» است و در قلمرو «امر قضایی» نمی‌گنجد. امر اداری در جای جای نظام حکومت یافت می‌شود. در همه موارد مشمول احکام واحد است. بر این اساس، اگر قوه قضاییه به وضع مقررہ مبادرت ورزد، که همواره این صلاحیت را اعمال کرده است، تابع احکام ناظر بر امر اداری خواهد بود. برای نمونه، می‌توان به تهیه آیین‌نامه اجراء لایحه تشکیل پلیس قضایی^(۲) از سوی شورای عالی قضایی در سال ۱۳۸۰ و اقدام

۱- برای لزوم نظارت بر رعایت حاکمیت قانون، برای نمونه، نک: شوالیه، ژان (۱۳۸۸)، *رئاست قانونمند*، ترجمه حمیدرضا ملک محمدی، چاپ اول، تهران: دادگستر، صص ۸۱-۸۲.

۲- اقدام شورای عالی قضایی، به اعتراض رئیس‌جمهور وقت و نظر تفسیری شورای نگهبان از اصل ۱۲۸ انجامید. شورای نگهبان اقدام شورای عالی قضایی را مغایر این اصل نشناخت. نک: نظر تفسیری شورای نگهبان (مورخ ۱۳۶۰/۱۰/۲۰) در مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۹)، مجموعه نظریات شورای نگهبان (تفسیری و مشورتی در خصوص اصول قانون اساسی، ۱۳۸۸-۱۳۵۹)، چاپ دوم، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، صص ۳-۳۱.

۱۲ □ وضع مقررہ در قوۂ قضائیه

رئیس قوۂ قضائیه به تصویب آیین نامہ ۹۹ مادہ ای در خصوص قانون وکلا،^(۱) در تاریخ ۱۳۸۸/۳/۲۷، اشاره کرد.

به این ترتیب، پیش از هر بحث و تحلیل، ابتدا لازم است مفهوم مقررہ را به روشنی تعریف و تحدید نماییم. سپس، باید به مبانی و حدود قانونی صلاحیت وضع مقررہ از سوی قوۂ قضائیه پرداخت. با ترسیم این حدود و تبت به نظارت بر اعمال صلاحیت یادشده فرا می رسد که در فصل پایانی، آن خواهیم پرداخت.

در اینجا، نویسندگان بر خود فرض می دانند از جناب آقای دکتر محمد جلالی و سرکار خانم فاطمه عزیز محمدی برای مطالعه و اعلام نظر در خصوص فصل اول و از جناب آقای دکتر حسین نبی لو برای مطالعه دقیق همه متن و تذکرات بسیار مفید صمیمانه تشکر کنند. بدیهی است نویسندگان هدف کتبی ما را از آن خود می دانند و تذکار آنها را به دیدۀ منت می پذیرند.

محمد راسخ

تهران

دانشگاه شهید بهشتی

بهار ۱۳۹۳

۱- در این خصوص، برای نمونه، نک: کشاورز، بهمن (۱۳۸۸)، «آیین نامہ قوۂ قضائیه را اجرا نمی کنیم»، حقوق و اقتصاد، شماره ۶، ص ۱۰.