



## میزگرد: گزارش نشست قضایی استان: پاسخ به پرسش های ۳۵۲ تا ۳۵۸

پدیدآورنده (ها) : مهدی پور، حمید

حقوق :: نشریه قضاوت :: خرداد و تیر ۱۳۸۵ - شماره ۳۸

صفحات : از ۱۵ تا ۲۹

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/334349>

تاریخ دائلود : ۱۴۰۳/۱۱/۲۸

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



## مقالات مرتبط

- ماهیت حقوقی «عقد وکالت» و نحوه انجام معاملات وکالتی در بازار سرمایه
- مالکیت مستقیم و غیرمستقیم اوراق بهادار
- وکالت بلاعزل و تشخیص نوع شرط وکالت وکیل یا عدم عزل ضمن عقد لازم
- تحلیل حقوقی اوراق بهادار به مثابه ارزش
- بررسی نقش عوامل مؤثر بر هموارسازی سود در شرکت های پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران
- مقاله شناسی هری پاتر
- وکلای دادگستری در سیستم حقوقی کامن لو
- بانکداری و اقتصاد اسلامی: بررسی و تحلیل نارسایی های کاربرد عقد وکالت در معاملات بانکی
- شرط ضمان امین در فقه امامیه
- ماهیت حقوقی دلالی در حقوق تجارت
- جایگاه ضبط و مصادره اموال در حقوق ایران
- موضوع وکالت در حقوق ایران و فرانسه

## عناوین مشابه

- میزگرد: گزارش آخرین نشست قضایی استان (پاسخ به پرسش های ۳۱۴ تا ۳۱۶)
- میزگرد: گزارش آخرین نشست قضایی استان (پاسخ به پرسش های ۳۰۷ تا ۳۰۹)
- میزگرد: گزارش آخرین نشست قضایی استان (پاسخ به پرسش های ۳۰۱ تا ۳۰۳)
- میزگرد: گزارش آخرین نشست قضایی استان (پاسخ به پرسش های ۲۹۴ تا ۲۹۷)
- میزگرد: گزارش آخرین نشست قضایی استان (پاسخ به پرسش های ۲۷۳ تا ۲۷۶)
- میزگرد: گزارش نشست قضایی استان - پاسخ به پرسش های ۴۱۵ تا ۴۱۷
- میزگرد: گزارش آخرین نشست قضایی استان (پاسخ به پرسش های ۲۹۸ تا ۳۰۰)
- میزگرد: گزارش نشست قضایی استان (پاسخ به پرسش های ۳۹۴ تا ۳۹۶)
- میزگرد: گزارش آخرین نشست قضایی استان (پاسخ به پرسش های ۲۶۹ تا ۲۷۲)
- میزگرد: گزارش نشست قضایی استان: پاسخ به پرسش های ۳۵۹ تا ۳۶۱

# پاسخ به پرسش‌های ۳۵۲ تا ۳۵۸

تنظیم: حمید مهدی پور - قاضی حوزه معاونت آموزش تهران

**سؤال ۳۵۲:** چنانچه دو نفر شریک حق کسب یا پیشه و سرقفلی باشند (بدون اینکه صاحب عین مستأجره باشند) و یکی از آنها ادعای تخلیه یا خلع بد علیه شریک دیگر داشته باشد آیا دعوی مذکور قابل طرح می باشد؟

دادگستری کرج نظریه اکثریت: دعوی تخلیه خاص اماکن استیجاری به استناد قانون موجر و مستأجره بین مالک (موجر) و مستأجر امکان پذیر است که در شرایطی حکم تخلیه صادر می شود. بین دو نفر مستأجر دارای حق کسب و پیشه یا سرقفلی رابطه استیجاری وجود ندارد بنابراین نمی تواند علیه همدیگر تقاضای تخلیه را مطرح نماید اما چنانچه یکی از مستأجرین از تصرف و ادامه حق مالکانه مستأجر دیگر بر منافع مربوط به وی جلوگیری نماید و از آنجا که روابط این دو نفر تابع عقد شرکت قانون مدنی می باشد و هر یک از این دو نفر در سهم مالکانه خود حق تصرف دارند. زیرا مطابق ماده ۴۶۶ قانون مدنی مستأجر مالک منافع عین مستأجره می باشد و چنانچه شریک دیگر مانع استفاده وی شود و سهم شریک دیگر را نیز تصرف نماید مطابق ماده ۳۰۸ قانون مدنی عمل وی غصب است زیرا مطابق این ماده غصب استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان، اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است بنابراین عمل مستأجر از مصادیق غصب است و مستأجر دیگر می تواند دعوی خلع بد علیه غاصب (مستأجر) طرح نماید البته به استناد رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور طرح دعوی خلع بد منوط به احراز مالکیت رسمی و ثبتی است و در مانحن فیه صدور حکم خلع بد منوط به این است که مستأجری که می خواهد طرح دعوی خلع بد نماید مالک رسمی و ثبتی حق کسب یا پیشه یا سرقفلی باشد.

نظریه اقلیت:

طرح دعوی تخلیه توسط یک مستأجر علیه مستأجر دیگر امکانپذیر است و دعوی تخلیه خاص رابطه استیجاری نیست طرح دعوی خلع بد در اینجا بی مورد است زیرا طرح دعوی خلع بد متعلق به مالک عین است نه مالک منافع مستأجری که مالک منافع می باشد نمی تواند طرح دعوی خلع بد کند.

**فراهانی (محاکم تجدیدنظر استان تهران):**

حداقل دو فرض در این سوال قابل تصور است فرض نخست آنکه دو نفر مشاعاً مستأجر ملکی هستند که محل کسب یا پیشه یا تجارت است اعم از بالمناصفه یا غیر آن و هر دو در عین مستأجره متصرف می باشند بدیهی است در این فرض هیچ یک نمی تواند تخلیه یا خلع بد شریک خود را بخواهد. حتی اگر یکی مدعی شود شریک سهم مساعی بیشتری در تصرف دارد. فرض دیگر آنکه دو نفر که مشاعاً مستأجر ملکی هستند یکی در ملک متصرف است و مانع استیفاء منفعت دیگری است در این صورت ادعای تخلیه منتفی است زیرا هر دعوائی سبب و منشأ ای دارد سبب یا جهت تخلیه ناظر به روابط استیجاری است چون رابطه دو شریک یا دو مستأجر مشاعی رابطه استیجاری با یکدیگر نیست مسلماً دعوی تخلیه معنی ندارد اما دعوی خلع یا انتزاع ید قابل اقامه می باشد زیرا منافع بین دو مستأجر به نحو مشاع در ذره ذره عین مستأجره منتشر است و تصرف

یکی بدون اذن و اجازه دیگری استیلاء بر حق و مال (منافع) شریک دیگر و غصب است هم می تواند انتزاع ید شریک را بخواهد تا او را هم از ملک بیرون کنند و هم می تواند وضع ید خود را بخواهد که او را در ملک مستقر نموده تا مشاعاً منفعت نمایند از ملاک

ماده ۴۸۹ قانون مدنی این حکم استنباط می شود. هیأت عمومی دیوان کشور در رای شماره ۸۱۲ - ۱۳۱۲/۶/۳۰ می گوید در صورتی که مستأجر ذیحق در تصرف عین و منافع باشد به هر کس که مزاحم این حق بوده و منابع را استیفاء یا اتلاف کرده باشد می تواند رجوع کند.

**ذاقلی (مجمع قضائی شهید محلاتی):**

فرض قابل تصور برای طرح دعوی تخلیه از سوی احد از شرکاء بر علیه شریک دیگر زمانی است که خواهان سهم خود را قبلاً به شریک دیگر

به اجاره واگذار کرده باشد و دعوی خلع ید نیز زمانی می تواند مصداق داشته باشد که احد از شرکاء کل ملک مشاع را تصرف کرده و مانع از تصرف شریک دیگر می شود. از روح حاکم بر قانون مدنی و مخصوصاً ماده ۳۰ آن و مواد ۱۶۷ و ۴۷۳ و ۱۷۰ قانون آئین دادرسی مدنی و ماده ۴۷۳ قانون مدنی چنین استنباط می شود که مالک منافع نیز می تواند برای حفظ مالکیت خود همانند مالک عین طرح دعوی نماید لذا از آنجائیکه طبق قانون اساسی تظلم خواهی حق غیر قابل خدشه هر شخصی است که مورد ظلم واقع شده است و هیچ یک از قوانین موضوعه نیز شرط دعاوی فوق را مالکیت خواهان بر عین مورد نزاع قرار نداده است به نظر می رسد مانعی برای طرح دعاوی مذکور وجود ندارد اما از آنجائیکه خواننده دعوی نیز شریک منافع مال مورد نزاع می باشد تخلیه و خلع ید وی به شکل مرسوم و عادی آن امکان ندارد لذا دعوی فوق باید به شکل «وضع ید» خواهان در مال مورد نظر طرح و نهایتاً به همین شکل اجرا شود. شاید

## مطابق ماده ۴۶۶ قانون مدنی مستأجر مالک منافع عین مستأجره است و چنانچه شریک دیگر مانع استفاده وی شود و سهم شریک دیگر را نیز تصرف نماید مطابق ماده ۳۰۸ قانون مدنی عمل وی غصب است

عده ای ایراد کنند که از منطوق ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی استنباط می شود که طرح دعوی خلع ید بلا اشکال باشد اما به نظر می رسد فرض مورد نظر در ماده مذکور صرفاً طرح دعوی خلع ید از سوی احراز شرکاء ملک علیه شخص ثالثی است که مبادرت به

تصرف غاصبانه آن ملک نموده است که در این فرض از متصرف خلع ید می شود اما به تصرف احد از شرکاء (محکوم له) نیز داده نمی شود مگر اینکه شرکاء دیگر به این امر راضی باشند. صدقی (مستشار تجدیدنظر):

ادعای تخلیه یا خلع ید ممکن است به جهات مختلفی مانند خرید حق کسب و پیشه و تجارت یکی از شرکاء یا تخلف یکی از شرکاء (فرضاً انتقال به غیر و تغییر شغل) انجام شود. که حسب مورد پاسخ به سؤال متفاوت می گردد در موردی

که حق منحصرأ متعلق به شریک دیگر باشد مانند مثال اولی که نیازی به طرح ادعا توسط مالک نیست ولیکن در فرض دوم، چون شریک ذینفع نیست طرح ادعا با مالک عین مستأجره است، بنابراین پاسخ به سؤال حسب مورد متفاوت است.

**منصوری (دانشگاه آزاد اسلامی):**

در فرض سؤال با عنایت، به اینکه دعوی تخلیه منوط به قرارداد اجاره است در این مورد قابل طرح نیست اما درخصوص خلع ید به نظر می رسد دعوی آن منوط به ثبوت مالکیت بر منافع است و سرقفلی هم نوعی منفعت است بنابراین اینکه تعریف منفعت آن باشد که قابلیه الشيء العرفه فی شأن من شئون الحیاه لذا مالکیت بر آن مترتب و متصور است پس دعوی خلع ید در منافع قابل طرح می باشد اما اینکه در حالت اشاعه در منافع، احد از شرکاء حق دعوی خلع ید نیز علیه دیگری را داشته باشد باید گفت نظر به حصول و شریان مالکیت در همه اجزای مورد اشاعه دعوی خلع ید ممکن نیست چرا که مستلزم تعارض با حق مالکانه است. لذا دعوی مذکور قابل طرح هست ولی قابل استماع نیست و از طرفی دیگر ترجیح بلا مرجح است. اما اگر یکی از متصرفین مانع تصرف دیگری شود حسب ماده ۱۶۷ ق ادم دعوی تصرف عدوانی یا وضع ید ممکن است. **شجاعی (دادگستری شهریار):**

صرف نظر از تردید در این موضوع که آیا دعوی خلع از جانب مالک منافع پذیرفته است یا خیر توجهاً به اینکه دارنده حق سرقفلی کسب یا پیشه اصولاً مالک منافع محسوب نمی شود بلکه صرفاً حق استفاده از منفعت را به موجب قانون یا قرارداد دارا می باشد مانند شخصی که حق انتفاع از ملک دیگری را دارد بدون اینکه مالک منافع باشد لذا توجهاً به متفرع بودن

دعوی خلع ید بر مالکیت خواهان و فقد عنوان مالکیت راجع حقوق ناشی از سرقفلی کسب یا پیشه دعوی خلع ید در فرض سوال پذیرفته نیست و محکوم به رد می باشد بدیهی است دعوی تخلیه بلحاظ رابطه استیجاری فی مابین اشخاص مذکور در سؤال موضوعاً منتفی است.

**فیروزی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۶ تهران):**

به لحاظ عدم رابطه استیجاری بین دو نفر شریک مشاعی طرح دعوی تخلیه قابل استماع نیست در خصوص خلع ید در صورت بروز اختلاف چنانچه مالک منفعت مشاعی به صورت

رسمی مالک باشد (سند رسمی داشته باشد) طرح دعوی خلع ید با مانعی مواجه نیست و صعوبت اجرای حکم خلع ید مانعی در طرح دعوی نخواهد بود.

**رضایی نژاد (دادگستری اسلامشهر):**

دعوی خلع ید حسب اتفاق آراء محاکم منوط به مالکیت قانونی (وفوق مقررات ثبتی) دادخواه می باشد در ما نحن فیه مالکیت بر عین وجود نداشته و صرف حق کسب یا پیشه و سرقفلی حق موضوع دعوی خلع ید را ایجاد نمی نماید هر چند طرح دعوی بر مبنای دعوی تصرف می تواند حسب مورد مطمح نظر قرار گیرد.

**محمدی (دادگاه بخش گلستان):**

برابر ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۹ «هیچ دادگاهی نمی تواند به دعوی رسیدگی کند مگر اینکه شخص یا اشخاص ذینفع یا وکیل یا قائم مقام یا نماینده قانونی آنان، رسیدگی به دعوی را برابر قانون درخواست نموده باشند»

حال سؤال مطرح می شود که آیا دارنده حق کسب و پیشه و سرقفلی ذینفع محسوب می شود، برای پاسخ به این سؤال بهتر است ابتدا «حق» را در اصطلاح «حق کسب و پیشه و سرقفلی» معنی کنیم، همانطوری که می دانیم دارا شدن چیزی را حق گویند و یکی از معنای حق در مال و نسبت به مال اعم از مال منقول و غیر منقول ظهور دارد از این دیدگاه حق، «نوعی از مال است و در این صورت در مقابل

عین، دین، منفعت، انتفاع بکار می رود چنانچه گویند مالکیت عین، مالکیت دین، مالکیت منفعت، مالکیت انتفاع مالکیت حق مانند مالکیت حق خیار و مالکیت حق تحجیر.

**در مواردی که حکم خلع ید علیه متصرف مشاع به نفع مالک قسمتی از ملک مشاع صادر شده باشد از تمام ملک خلع ید می شود و تصرف محکوم له در ملک مشاع خلع ید شده مشمول مقررات املاک مشاعی است**

حق کسب و پیشه و سرقفلی نوعی حق انتفاع است که مالکیت به همراه دارد و آن مالکیت انتفاع نسبت به منافع عین است. اما حق انتفاع، حقی است که به موجب آن شخص می تواند از مالی که عین آن مال دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند (ماده ۴۰ قانون مدنی). مانند حق عمری و قبی و سکنی و مانند حق استفاده از پارک شهر و ماهیگیری در بعضی از رودخانه ها که بصورت تفریح انجام می گیرد.

در هر صورت دارنده حق کسب و پیشه و سرقفلی، که مالکیت مشاعی نسبت به منفعت عین مستأجره برابر ماده ۴۶ قانون مدنی دارد ذینفع محسوب می شود و ذینفع برابر ماده ۳۰ قانون

مدنی «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد» و برابر ماده ۳۱ قانون مدنی «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی توان بیرون کرد مگر به حکم قانون» و از طرف دیگر برابر ماده ۵۱ قانون مدنی «هیچ حق انتفاعی زایل نمی شود مگر در صورت ۱- انقضاء مدت ۲- تلف شدن مالی که موضوع انتفاع است.

از طرف دیگر برابر ماده ۳۰۸ قانون مدنی «غضب استیلاء بر حق غیر است بنحو عدوان، اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غضب است»

اما به پاسخ اصلی سؤال می پردازیم:

۱- چنانچه شریک حق کسب و پیشه و سرقفلی خود را برای مدت معینی اجاره دهد در اینجا دو جواب خواهیم داشت.

**الف**- چنانچه عین مستأجره جز مناطقی باشد که قانون روابط مؤجر و مستأجر در آن منطقه حاکم باشد، به محض انقضاء مدت اجاره، در صورت درخواست تخلیه از ناحیه شریک دیگر دارنده حق کسب و پیشه و سرقفلی به استناد ماده ۴۹۴ قانون مدنی حکم به تخلیه عین مستأجره صادر خواهد گردید.

**ب**- چنانچه عین مستأجره جزو مناطقی باشد که قانون روابط مؤجر و مستأجر در آن منطقه حاکم نباشد در صورت درخواست تخلیه، در این مورد بلحاظ عدم حکومت قانون روابط مؤجر و مستأجر محکوم به رد خواهد بود و چنانچه تقاضای خلع ید شود دادگاه مستنداً به ماده ۳۰۸ قانون مدنی حکم به خلع ید مستأجر در فرض سؤال خواهد نمود.

۲- چنانچه شریک حق کسب و پیشه و سرقفلی خود را بدون انعقاد عقدی، در اختیار شریک خود قرار دهد چنانچه مدتی برای استفاده از عین مشاعی معین نگردیده باشند یا مورد تصرف بدون اذن شریک مال مشاعی تصرف شود در اینصورت به محض درخواست خلع ید دادگاه مستنداً به ماده ۳۰۸ قانون مدنی حکم به خلع ید از عین مشاعی شرکاء در فرض سؤال خواهد نمود.

چنانچه مدتی برای استفاده از عین مشاعی مذکور فی مابین طرفین معین گردیده باشد در این صورت به محض انقضاء مدت مورد توافق، شریک دیگر در فرض سؤال می تواند درخواست خلع ید از عین مشاعی نموده و به استناد ماده ۳۰۸ قانون مدنی حکم به خلع ید صادر خواهد شد علاوه بر مستندات مذکور نسبت بصدور حکم تخلیه و خلع ید از عین مشاعی در فرض سؤال:

**الف** (نظریات اداره کل):

۱- نظریه شماره ۷۹۲/۷-۱۳۶۱/۲

**سؤال** - در مورد ملک مشاعی که شش دانگ آن در اجاره است بعضی از مالکین تقاضای تخلیه ید

مستأجر نسبت به سهام خود را نموده اند آیا چنین تقاضایی قابل رسیدگی است یا نه؟ و در صورت صدور حکم نحوه اجراء آن چیست؟

نظر مشورتی اداره حقوقی بشرح زیر است:

«در نقاضی که قانون موجر و مستأجر اجراء می شود در موردی که مستأجر ملک مشاع راجع به پرداخت اجاره بهای یکی از مالکین مشاعی موضوع ماده ۴۷۵ قانون مدنی بر حسب مستفاد از صدر ماده ۱۴ قانون موجر و مستأجر مالک و موجر سهم مشاعی می تواند نسبت به سهم مشاعی خود درخواست تخلیه از دادگاه بنماید و نحوه اجرای این حکم نیز در قسمت اخیر صدر ماده ۱۴ مذکور عبارت «و محل تخلیه می شود» ذکر شده و مستفاد از عبارت مذکور این است که در مقام اجرای حکم ششدانگ مورد اجاره باید تخلیه گردد. در این صورت بر حسب مستنبط از ملاک ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی و همچنین مقررات قانون مدنی در باب شرکت، تصرف محکوم له و موجر مربوط در ملک مشاع تخلیه شده تابع مقررات املاک مشاع خواهد بود. با توجه به مراتب بالا که تخلیه سهم مشاع موجر مستلزم تخلیه ششدانگ مورد اجاره می باشد و اشاعه نیز مفید همین معنی است لذا مالک و موجر سهم مشاع علاوه بر اینکه حق درخواست تخلیه سهم مشاع خود را دارد می تواند درخواست تخلیه ششدانگ مورد اجاره را نیز بنماید.

۲- نظریه شماره ۱۳۶۲/۹/۹-۷/۴۳۰۰

سؤال - احد از شرکاء بطرفیت شریک دیگر که متصرف تمام ملک مشاع است دادخواست خلع بد داده است آیا دادگاه باید پس از صدور حکم، خلع بد از شریک نماید و ملک را به تصرف دیگران بدهد یا ترتیبی دیگر باید داده شود؟

نظر مشورتی اداره حقوقی بشرح زیر است:

ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی مصوب اول آبانماه ۱۳۵۶ صراحت دارد که در مواردی که حکم خلع بد علیه متصرف مشاع بنفع مالک تسمتی از ملک مشاع صادر شده باشد از تمام ملک خلع بد می شود و تصرف محکوم له در ملک مشاع خلع بد شده مشمول مقررات املاک مشاعی است که با این کیفیت رضایت و یا عدم رضایت متصرف قبلی و محکوم به در نحوه اجراء حکم به مخالفت هر یک با تصرفات دیگری تأثیری در اجراء حکم ندارد و در صورتی که محکوم علیه کل ملک را متصرف باشد پس از خلع بد کامل ملک، تصرفات هر یک از طرفین بنحو اشاعه و مطابق مقررات مشاعی خواهد بود.

۳- نظریه شماره ۱۳۷۲/۱۰/۲۶-۷/۷۵۹۹

سؤال : آیا تصرف ملک مشاع توسط احد از شرکاء آن ملک دارای جنبه کیفری و قابل تعقیب است؟

نظریه اداره حقوقی:

«با توجه به رأی وحدت رویه شماره ۱۰-

۱۳۵۵/۷/۲۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور بنظر می رسد که تصرف ملک مشاع بدون اذن شرکاء می تواند از مصادیق جرم موضوع ماده ۱۳۴ تعزیرات باشد.»

ب) ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی مصوب اول آبانماه ۱۳۵۶:

در مواردی که حکم خلع بد علیه متصرف ملک مشاعی به نفع مالک قسمتی از ملک مشاع صادر شده باشد از تمام ملک خلع بد می شود، ولی تصرف محکوم له در ملک خلع بد شده مشمول املاک مشاعی است.»

نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):

اولاً - اصولاً هر دعوی و ادعایی قابل طرح است و بنظر منظور از سؤال مزبور، وارد بودن و یا قابلیت استماع چنین دعوائی است که دراین خصوص باید به فروض مختلف قضیه توجه نمود. دعوی خلع بد و یا تخلیه اساساً باید توسط شخصی اقامه شود که ذینفع و ذیحق دعوی مطروحه باشد. در دعوی خلع بد و یا تخلیه بد حتی بدون اینکه از سوی خواهان تقاضای وضع بد در دادخواست شود، دادگاه پس از صدور حکم خلع بد یا تخلیه بد، در اجرای حکم صادره، ملک یا عین مستأجره را در اختیار و به تصرف محکوم له می دهد. همین تحول و تصرف، اصطلاحاً به وضع بد معروف و مصطلح شده که البته محمل قانونی نیز دارد. زیرا ماده ۱۴۶ قانون مدنی نیز در باب حیازت مباحث مقرر می دارد که (مقصود از حیازت، تصرف و وضع بد است یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلاء). اما نکته مهم در پذیرش و وارد بودن دعوی خلع بد یا تخلیه بد از سوی خواهان، مالکیت او بر منافع ملک مورد دعوی است.

بعبارت دیگر اگر چه دادگاهها همواره در خصوص احراز ذینفعی خواهان، به دلیل مالکیت او عنایت خاص دارند ولی باید توجه داشت که مالکیت بر عین ملک ضرورتاً برای دعوی خلع بد لازم و ضروری نیست بلکه آنچه در این دسته از دعاوی، از اهمیت فوق العاده برخوردار است، مالکیت بر منافع در زمان تقدیم دادخواست می باشد. فقط در این فرض است که با اجرای حکم خلع بد یا تخلیه بد، وضع بد محکوم له ممکن می گردد. زیرا ملک باید به تصرف و در اختیار شخصی داده شود که مالک منافع ملک است و نه صرفاً مالک عین آن.

ثانیاً - شرکت در حق کسب و پیشه و سرقتی میان دو نفر در مواردی متصور است که یا قرارداد اجاره عین مستأجره تجاری از سوی مالک با دو نفر مستأجر بطور بالمناصفه منعقد شده باشد یا حق کسب و پیشه شش دانگ با اذن و اجازه کتبی مالک، حصه مشاعی مانند ۳ دانگ مورد اجاره تجاری را به غیر واگذار نموده باشد البته موارد دیگری نیز متصور است.

التهایه اینگونه دعاوی معمولاً در مواردی طرح می گردد که یکی از دو شریک بیش از حصه خود در مورد اجاره تصرف نماید یا اینکه یکی از دو شریک، حصه خود را به شریک دیگر و اجاره واگذار و در پایان مدت یا زمان دیگری، ادعای تخلیه آن را داشته باشد.

در هر حال چنانچه یکی از شرکاء بیش از حصه خود را در مورد اجاره را بدون سبب قانون تصرف نماید و از این حیث به حقوق و حصه شریک در عین مستأجره تجاوز کند، دعوی خلع بد از سوی ذیحق نه تنها قابل طرح است بلکه وارد نیز می باشد. اما هر گاه یکی از شرکاء حصه خود را به شریک دیگر به اجاره واگذار نماید و در پایان مدت، تقاضای تخلیه بد را مطرح سازد، بنظر می رسد دعوی قابل طرح باشد ولی وارد دانستن دعوی و صدور حکم له وی، با توجه به ملاک مقرر در رأی وحدت رویه شماره ۹ مورخ ۱۳۵۵/۳/۱۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور و قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶، محل تردید است. البته در هر مورد دادگاه باید با لحاظ مدافعات و ادله ابزاری طرفین و ضوابط حاکم و با لحاظ موضوع مورد اختلاف، اتخاذ تصمیم نماید.

نظریه قریب به اتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۴/۱۲/۱۱):

اولاً - مالکیت اعم از عین و منفعت است که دو نفر نامبرده در سؤال مالک منافع می باشند. ثانیاً - در سؤال مطروحه دو فرض قابل تصور است اول اینکه همانطور که در سؤال آمده دو شریک بنحو مشاع متصرف و مشغول کسب هستند در نتیجه دارای حق سرقتی می باشند با این وصف تصرفات هیچیک غاصبانه نبوده تا موجبات طرح دعوی خلع بد فراهم شود و در صورت حدوث اختلافات دیگر از قبیل مالی یا مزاحمت و ممانعت از حق و طرح دعوی در این خصوص موضوع برابر مقررات قابل رسیدگی خواهد بود اما فرض دوم این است که ممکن است یکی از شرکاء متصرف کل منافع مشترک و بنحو غاصبانه باشد در این صورت چون نامبردگان مالک منافع هستند تا زمانی که حکم تخلیه برابر خواسته مالک عین صادر نشده باشد شریک دیگر می تواند دعوی خلع بد مطرح نماید ضمناً طرح دعوی تخلیه چون بین دو شریک موضوع سؤال رابطه استیجاری وجود ندارد منتفی است.

سؤال ۳۵۳: آیا ماده ۷ قانون حمایت خانواده درخصوص تعیین دادگاه صالح به قوت خود باقی است؟

صدقی (مستشار تجدیدنظر):

مطابق نظریه شماره ۵۷۳۶ مورخ ۶۷/۷/۱۷ شورای محترم نگهبان مبنی بر اینکه «به خاطر حفظ نظام و جلوگیری از تخلفات و احقاق حقوق

مردم، اجراء قوانین (سابق) مادام که مخالفت آن با موازین اسلامی اعلام نگردیده، بلامانع است» و چون در مقررات جدید راجع به موضوع مطروحه (در ماده ۷ قانون حمایت خانواده) حکمی وضع نگردیده بنابراین ماده مذکور و سایر مقررات قانون اشعاری، به قوت خود باقی است مضافاً اینکه شورای محترم نگهبان در مقام بیان اعتبار شرعی در خصوص قانون حمایت خانواده، صرفاً مجازات مقرر در ماده ۱۷ را خلاف شرع اعلام نموده است و نسبت به سایر مقررات اظهارنظری که مخالفت صریح جهت استناد به مقررات قانون مزبور باشد، نداشته است.

#### دادگستری کرج:

ماده ۷ صلاحیتهای مختلفی را عنوان می کند قسمتهایی از آن با آیین دادرسی منطبق و مغایرت ندارد اما در یک قسمت آیین دادرسی اخیر مقررات مغایر را نسخ کرده و بیان شده که اگر زن و شوهر دعوی خانوادگی را در یک روز همزمان در چند دادگاه طرح کنند دادگاه محل اقامت زوجه صلاحیت رسیدگی دارد.

اما فرضی که در آیین دادرسی جدید حکمی در مورد آن نیامده و حکم مغایر است همین یک قسمت است پس چندین فرض است در سؤال مطروحه باید مشخص شود منظور کدام یک از صلاحیتهای است.

#### ۱- نظریه اکثریت:

با توجه به اینکه قانون آیین دادرسی مدنی یک قانون عام و کلی می باشد و تکلیف مراجع حقوقی اعم از مدنی و خانواده را در امر دادرسی احصاء و روشن می نماید لکن از آنجا که رسیدگی در محاکم خانواده نیز مشمول این قانون می گردد و دارای بعضی از صلاحیتهای خاص در امر رسیدگی نیز می باشد و در ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی اشاره به سایر قوانین و مقررات مغایر می نماید در مانحن فیه مغایرت بین قانون عام (آیین دادرسی مدنی) و قانون حمایت خانواده قانون عام مؤخر نمی تواند نسخ قانون خاص مقدم را در پی داشته باشد علت این موضوع از اصول حاکم بر تفسیر و تحلیل و آئین در عالم حقوق می باشد و با توجه به رویه حاکم بر محاکم قضایی نیز چنین تحلیلی قابل دفاع می باشد و نمونه دیگر تغایر ماده ۴ قانون ثبت احوال مبنی بر پذیرش دعوی مربوط به ثبت احوال در اقامتگاه خواهان بر خلاف اصل حکومت قاعده طرح دعوی در اقامتگاه خواننده در قانون آیین دادرسی مدنی می باشد و اکثریت به عدم نسخ ضمنی اعتقاد دارند.

#### ۲- نظریه اقلیت:

با استناد به ماده ۵۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی که حکایت از لغو و نسخ ضمنی تمام قوانین مغایر این قانون مدنظر بوده است. از طرفی شورای محترم نگهبان نسبت به نسخ ضمنی قانون حمایت از خانواده نظر داده است و منظور

قانونگذار نیز ایجاد وحدت رویه در قوانین شکلی می باشد و خانواده نیز مستثنی از این قاعده نخواهد بود لذا با توجه به اصل حکومت طرح دعوی در اقامتگاه خواننده در قانون آیین دادرسی مدنی مغایرت داشته و این تغایر باعث نسخ ضمنی ماده ۷ گردیده است.

#### فراهانی (دادگاه تجدیدنظر استان تهران):

ماده ۷ قانون حمایت خانواده بیان کننده یک حکم خاص در مورد تعیین صلاحیت دادگاههای خانواده در رسیدگی به دعوی یکی از زوجین است که طرف مقابل قبلاً در دادگاهی اقامه دعوی کرده این حکم خاص در سایر قوانین مصوب مؤخر بر آن صریح و ضمنی نسخ نشده و مقررات مربوط به صلاحیت محلی دادگاهها در قانون آئین دادرسی نیز نسخ آن نیست لذا این حکم قانونی به قوت خود باقی است.

#### شجاعی (دادگستری شهریار):

با توجه به اینکه ماده ۷ قانون حمایت از خانواده در مقابل قانون آئین دادرسی مدنی به عنوان قانون خاص محسوب می شود و قانون عام اخیر الذکر نسخ قانون خاص نمی باشد و ماده مذکور نیز به موجب قوانین دیگر صریحاً نسخ نگردیده است لذا استناد به آن فاقد اشکال قانونی است.

فیروزی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۶ تهران):

به نظر می رسد ماده ۷ قانون حمایت خانواده به قوت خود باقی است به این دلیل که هیچ قانونی مبنی بر نسخ این ماده لاحق بر آن به تصویب نرسیده است. جز در خصوص صدور احکام طلاق در خارج از کشور که از حیث اجرا با عنایت به قانون ماده واحده اصلاح مقررات طلاق با قواعد داخلی در تعارض است.

#### رضائی نژاد (دادگستری اسلامشهر):

نظر به اینکه با عنایت به قواعد مربوط به دوران اصل بین نسخ و تخصیص در مانحن فیه عام لاحق خاص سابق را نسخ نمی نماید و حکم صریحی بر نسخ ماده ۷ وجود ندارد. ماده مزبور کماکان لازم الاجرا می باشد و بقاء مصالح مربوط به تضمین ماده فوق الذکر و عدم تأمین مصالح مذکور در سایر مقررات لاحق نظر را تقویت می کند.

#### منصوری (دانشگاه آزاد اسلامی):

در فرض سؤال با عنایت به خاص بودن قانون حمایت خانواده نسبت به مباحث صلاحیت در موارد قانون آئین دادرسی مدنی که عام است به نظر می رسد که با عنایت به عدم تصریح به نسخ ماده فوق الذکر خاص مقدم، عام مؤخر را تخصیص می زند و عام مؤخر بنابراین دلیل بر فرض نسخ ماده ۷ قانون حمایت خانواده در بین نیست.

هر چند که ممکن است تبصره ماده ۷ از نظر شناسایی احکام خارجی محل تأمل و بحث باشد

که در تعارض با اخلاق حسنه و نظم عمومی و قواعد آمره از نظر حقوق بین الملل خصوص وضعیت آن به چه صورت است که البته این بحث ظاهراً از شمول سؤال خارج است و سؤال مطرح شده ناظر به اصل ماده ۷ است نه تبصره آن.

#### ذاقلی (مجمع قضایی شهید محلاتی):

نظر به اینکه ماده ۷ دادگاه خانواده و تبصره آن مشتمل بر احکام متعددی در خصوص تعیین دادگاه صالح برای رسیدگی به دعوی خانوادگی است لذا مشخص نیست کدام مقرر آن مورد سؤال است. صرف نظر از این موضوع در خصوص آن قسمت از ماده مذکور که ناظر به تعیین دادگاه صالح داخلی ایران برای رسیدگی به دعوی مورد نظر است به نظر می رسد قوانین مصوب مؤخر تعارضی با آن ندارند مخصوصاً اینکه ماده ۷ به طور خاص ناظر به دعوی خانوادگی از حیث صلاحیت محلی است در حالی که قوانین مؤخر بر آن از این حیث عام هستند لذا نمی توانند به فرض تعارض نسخ باشند. بنابراین از این حیث ماده ۷ همچنین دارای حیات حقوقی است اما در خصوص فراز آخر ماده و تبصره آن که ناظر به صدور حکم طلاق از سوی محاکم خارجه می باشد صرف نظر از قیودی که فصل نهم قانون اجرای احکام مدنی برای لازم الاجراء بودن آراء صادره در ممالک خارجی بیان کرده است. از نظر شرعی قاضی باید واجد شرایطی باشد و از سوی ولی فقیه نیز منصوب شده باشد تا حکم وی نافذ باشد لذا به لحاظ اینکه قضات خارجی فاقد این دو شرط هستند به نظر می رسد اجرای احکام آنها مخصوصاً در مورد تقاضای طلاق از سوی زوجه (طلاق حاکم) که بدون دخالت قاضی ایرانی قطعیت یافته فاقد مجوز شرعی است.

#### آقای نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):

بنظر می رسد مستند قانونی مزبور کماکان به قوت خود باقی باشد زیرا قانونگذار در باب قواعد حاکم بر حقوق خانواده، نظر بر تسامح داشته و فی الواقع سهولت بر رسیدگی در دعوی مرتبط خانوادگی را بر تکلف در رعایت تشریفات رسیدگی در سایر دعوی، ترجیح داده است. چنین نگرشی در سایر قواعد حاکم بر دعوی خانوادگی نیز ملحوظ است. به همین جهت ماده ۱۰۳ آیین دادرسی مدنی جدید که علی الاصول در مورد دعوی خاص محسوب می گردند، نخواهد شد و ماده ۷ قانون حمایت خانواده از این جهت به قوت و اعتبار خود باقی است.

#### محمدی (دادگاه عمومی بخش گلستان):

بنظر می رسد قانون مؤخر عام قانون آیین دادرسی مدنی، قانون مقدم خاص ماده ۷ قانون حمایت از خانواده را نسخ ننموده نتیجتاً ماده ۷ فرض سؤال، ماده ۱۰۵ قانون مدنی، که محل

افاتمگاه زن و شوهر را معین نموده هم در طرح دعوی و هم در حین رسیدگی مدنظر گرفت . نظریه قریب باتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۴/۱۲/۱۱):

غیر از مجازات مقرر در ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ که از سوی شورای محترم نگهبان خلاف شرع اعلام شده در مورد سایر مقررات قانون مذکور مبنی بر خلاف شرع بودن اظهارنظر صریحی بعمل نیامده است و از طرف دیگر قانون موضوع سؤال قانون خاص و قانون جدید التصویب آیین دادرسی مدنی عام می باشد به همین جهت عام مؤخر موجب نسخ خاص مقدم نخواهد بود همچنین قانون دیگری که نسخ صریح یا ضمنی قانون یاد شده را اعلام کرده باشد تصویب نشده است و بنا به نظر عده ای چون این قانون با دیدگاه حمایتی تصویب شده نباید با تصویب قانون دیگری نسخ شود لذا حکم قانونی ماده فوق الذکر به قوت خود باقی است البته قسمتی از تبصره ماده مذکور در رابطه با اجرای احکام قطعیت یافته محاکم خارجی در باب طلاق با ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مغایرت دارد .

**سؤال ۳۵۴- آیا مجازات مندرج در ماده ۵۴۱ قانون مجازات اسلامی صرفاً مربوط به آزمونهای آموزشی است؟ یا سایر آزمونهای قبیل استخدامی و راهنمایی و رانندگی را نیز در بر می گیرد؟**  
**فیروزی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۶ تهران):**

بنظر می رسد در تسری حکم یک ماده بر مصادیق مختلف باید سیاست اراده قانونگذار را در تقنین احراز نمود . اراده قانونگذار را نوع نگارش قانون ظاهر می سازد . چنانچه به متن ماده ۵۴۱ قانون مجازات اسلامی توجه نمایم قانونگذار کلمه «اعم از» را بکار برده اما مصادیقی را که ذکر می کند جملهگی در یک راستا و آزمونهای مربوط به وزارت علوم و وزارت آموزش و پرورش است و اگر بعد از ذکر مصادیق کلمه غیره . . . را ذکر کرده با عنایت به اصل تفسیر مضیق به نفع متهم و اصل قانونی بودن جرم و مجازات ، مصادیق خارج از ماده مذکور بوده بلکه باید مصادیقی را ذکر می کرد که در راستای مصادیق مذکور در ماده بگنجد . بنابراین تسری حکم ماده مذکور بر سایر مصادیق خارج از ماده و جاهت قانونی ندارد .

**منصوری (دانشگاه آزاد اسلامی):**

بنظر می رسد با عنایت به قانونی بودن جرم و مجازات و اصل ۳۷ قانون اساسی و اصاله الاباحه در فقه و عدم مشروعیت قیاس مستنبط العله و تفسیر مضیق در قوانین کیفری و لحاظ وجه مشترک امثله مذکوره در ماده ۵۴۱ و لفظ غیره در آن که بازگشت به امثله مذکوره در

ماده را دارد صحیح آن است که آزمونهای راهنمایی و رانندگی و استخدامی مشمول ماده ۵۴۱ نباشد .

**رضایی نژاد (دادگستری اسلامشهر):**

در خصوص سؤال و با عنایت به قواعد تفسیر نظر به اینکه قانونگذار در ماده مذکور از واژه های اعم کلیه و غیره استفاده نموده به نظر مطلق آزمون را مد نظر دارد و علیرغم شبهه تفسیر به نفع متهم با لحاظ ادات عموم و اطلاق فوق الذکر جای شک باقی نمی ماند ، چه عدم تعیین مجازات جهت شرکت در سایر آزمونها (مذکور در سؤال) در مقررات خاص و حفظ نظم عمومی نظر به تسری حکم به سایر آزمونها را تقویت می کند .

**شجاعی (دادگستری شهریار):**

با توجه به اطلاق و عموم ماده ۵۴۱ قانون مجازات اسلامی و الفاظی که قانونگذار در منطوق ماده بکار برده از قبیل لفظ اعم و غیره چنین استنباط می شود که منظور قانونگذار تسری حکم قانون به موارد دیگر غیر آنچه که در ماده به عنوان مثال ذکر شده می باشد اصل اول و اصول تفسیر مقررات جزایی که همان احراز نظر مقنن می باشد نیز مؤید استنباط مذکور بوده و چنانچه نظر قانونگذار صرفاً آزمونهای آموزشی می بود می بایست از بکار بردن الفاظ «اعم» و «غیره» در ماده خودداری می کرد .

**محمدی (دادگاه عمومی بخش گلستان):**

از آنجایی که در ماده ۵۴۱ قانون مجازات اسلامی ، آمده است که هر کس به جای داوطلب اصلی هر یک از آزمونها . . . شرکت نمایند . . . «هر یک» مطلق است یعنی «کلیه آزمونها» اما

جلو تر برویم ، که به

کلمه «آزمونها»

می رسیم ، منظور از

آزمونها چیست؟ و از

طرف دیگر باید دید که

این آزمونها ، متوجه چه

آزمونهایی می شود ، و یا

اینکه این کلمه را بایند

مطلق انگاشت و مثل

مورد قبلی قائل به تفسیر

موسع شد ، ناچاریم

اولاً: معنی آزمون را از نظر عرفی درک و فهم کنیم و بعد به حقیقت برسیم آزمون در معنای عرفی یعنی امتحان و آزمایش ، و آموزشگاه ، محل آموزش است حال آموزشگاهها ، چند دسته اند ، آموزشگاه دولتی و آموزشگاه غیر دولتی .

در این آموزشگاهها بعضاً هم آموزش می دهند و امتحان هم می گیرند و بعضاً هم این آموزشگاهها ، فقط محل تدریس است ، حال برای پی بردن به اینکه قانونگذار ، چه قصد و بعد انشاء نموده سراغ خود ماده قانونی می رویم و از خود آن می پرسیم که منظور شما کدام آموزشگاه

است که خود ماده به زبان آمده و در ادامه «هر یک از آزمونها» گفته است که «اعم از کنکور ورودی و دانشگاهها و مؤسسات آموزش عالی و دانشسراها و مراکز تربیت معلم و اعزام دانشجوی به خارج از کشور یا امتحانات داخلی و نهایی و واحدهای مزبور یا امتحانات دبیرستانها ، مدارس راهنمایی و هنرستانها و غیره» ، با نگاهی به مراکز نامبرده شده ، متوجه می شویم که قصد قانونگذار ، آن دست از آموزشگاههایی است که اولاً: محل تدریس است ثانیاً: محل اخذ امتحان از دروس تدریس شده در آن محل هستند ثالثاً: مراکز مذکور دولتی هستند نه غیره دولتی رابعاً: مراکز مشمول این ماده قانونی می شوند که سه شرط اخیر الذکر را داشته باشند بنابراین دایره شمول مراکز مذکور مندرج در قانون محدود و محصور به مراکز آزمون است و آن هم مراکز آزمون دولتی ، و موارد تمثیلی آن از قبیل و از اعم ، مراکز مندرج در ماده مذکور می باشد سپس مراکز مثل مراکز راهنمایی و رانندگی ، که فقط محل آموزشی نیستند و از این قبیل مشمول این قانون نخواهند شد .

البته این ضعف قانونی است که باید رفع شود و از هر گونه سوء استفاده هایی که قابل تصور است جلوگیری نمود و فاسدهایی که به همراه این صنف قانونی ، یکی پس از دیگری ظهور خواهد نمود و حتی نموده است ، خودداری کرد ولی نباید فراموش کرد که ما بحث قانونی می کنیم و باید به اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها احترام بگذاریم و هر آنچه برابر مفاد ماده ۲ قانون مجازات اسلامی اعم از فعل یا ترک فعل یا فعل

ناشی از ترک فعلی را که قانونگذار آن را جرم نمی داند از تلقی آن بعنوان جرم اجتناب نموده و تفسیر صحیحی و منطقی و قانونی را سرلوحه کار خویش قرار داده و دایره شمول جرم یا جرائم که به دور از قصد و انشاء قانونگذار است گسترده نمایم زیرا با توجه به

فرمایش مقام معظم رهبری حضرت آیت الله خامنه ای ، قانون بد ، بهتر از بی قانونی است و کسی حق ندارد دامنه قانون را به نفع خود یا نظر دیگری و خود یا به سلیقه و کردار غیر معقول و غیرمعتاد محدود یا گسترش دهد ، من می گویم یا قانون می گوید من می گویم یا اسلام می گوید ، در هر زمان و مکان و در هر موقعیت اجتماعی و سیاسی و غیره که باشیم نباید ازمحور حق و ملاکهای عدالت دور شویم که دوری از حق و ملاکها و فرامین حق تعالی مساوی است با جهل و تاریکی و ظلمت ، چرا که «راس الحلمه

**بنظر می رسد  
 در تسری حکم یک ماده  
 بر مصادیق مختلف باید  
 سیاست اراده قانونگذار را  
 در تقنین احراز نمود  
 اراده قانونگذار را نوع نگارش  
 قانون ظاهر می سازد**

خشیتوالله» سر هر دانشی ترس از خداست،  
النهاییه که در آخر ذکر شد اول بخود می گویم و از  
خداوند تبارک و تعالی می خواهم که مرا یک آن و  
یک لحظه به خود او می گذارد و بعد توأصوا بالحق  
به دوستان و بزرگواران و سروران خویش، که  
وظیفه است بر هر یک از ما که همدیگر را توصیه  
به حق کنیم تا از غفلت بدور باشیم.

**ذاقلی (مجمع قضایی شهید محلاتی):**  
صرف نظر از قانون جدیدی که اخیراً در  
خصوص موضوع تصویب و در روزنامه رسمی نیز  
منتشر شده و از حیث جرائمی که از تاریخ لازم  
الاجرا شدن قانون مذکور ارتکاب می یابند  
ابهامی وجود ندارد. به قرینه عبارت «اعم از...»  
و غیره» مطرح در ماده ۵۴۱ ذکر مؤسسات  
آموزشی و... از باب تمثیل استو افاده حصر از  
حیث مصداق و جنس نمی نمایند بنابراین  
همانطوری که رویه قضایی نیز مؤید است ماده  
مرقومه شامل کلیه آزمونهای رسمی می باشد.

**نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):**  
بنظر می رسد مجازات مقرر در ماده ۵۴۱ قانون  
مجازات اسلامی، سایر آزمونها از قبیل  
استخدامی و راهنمایی و رانندگی را نیز در بر گیرد.  
زیرا اگر چه رعایت اصل اباحه اعمال و استثنایی  
بودن مقررات کیفری اقتضاء دارد که نصوص  
قوانین کیفری را تفسیر مضیق کرده و به نفع متهم  
تفسیر نمایم ولی به دو دلیل، تسری حکم مقرر  
در ماده ۵۴۱ قانون مجازات اسلامی به سایر  
آزمونها، جایز و منطبق با نظر مقنن محسوب  
می گردد؛ دلیل اول آنکه در متن ماده ۵۴۱ قانون

یاد شده از دو کلمه (اعم  
از) و (غیره) استفاده  
شده که بنظر می رسد  
مقنن نظر بر حصر  
مصادیق مقرر در ماده  
۵۴۱ نداشته و از باب  
تمثیل به آنها اشاره نموده  
است.  
دومین دلیل ناظر بر  
شیاع امر است. عبارات  
دیگر شرکت بجای

دیگری در آزمونهای کنکور دانشگاهها و مدارس  
آموزش و پرورش شایع تر و متداول تر از سایر  
آزمونهاست. به همین لحاظ مقنن به امثله ای  
اشاره نموده که بر سایر موارد مشابه از حیث کثرت  
ارتکاب، غلبه دارد. دیگر آنکه بعید به نظر  
می رسد مقنن شرکت بجای دیگری در آزمونهای  
کنکور دانشگاهها و مدارس را واجد وصف جزایی  
بداند ولی شرکت اشخاص بجای دیگری در  
آزمونهای استخدامی و راهنمایی و رانندگی را که  
از اهمیتی قابل توجه و بعضاً بیش از آزمونهای  
علمی مدارس برخوردار است، مباح و جایز  
دانسته و آن را مستوجب کیفر نشمرد. بنابراین

بنظر می رسد عنوان مجرمانه و مجازات مندرج در  
ماده ۵۴۱ قانون مجازات اسلامی به لحاظ وجود  
قرائن پیش گفته، نسبت به تخلفات ارتكابی در  
آزمونهای استخدامی و راهنمایی و رانندگی نیز  
مجری باشد.

نظر به اکثریت اعضای کمیسیون حاضر در جلسه  
(۸۴/۱۲/۱۱):

گرچه اعمال و استثنایی بودن مقررات کیفری  
اقتضاء دارد نصوص قوانین کیفری را تفسیر مضیق  
نموده و بفتح متهم تفسیر کنیم لیکن چون اهمیت  
آزمونهای موضوع سؤال کمتر از آزمونهای علمی  
مدارس نیست بلکه بعضاً دارای اهمیت بیشتری  
هم هستند و از طرفی در زمان قانون گذاری کل  
این اعمال وجود داشته اند بنابراین بعید است که  
بگویم آزمونهای مذکور مدنظر قانونگذار قرار  
نگرفته در نتیجه حکم ماده ۵۴۱ قانون مجازات  
اسلامی آزمونهای یاد شده راد بر نمی گیرد.  
ضمن اینکه باید بگویم اگر منظور قانونگذار  
صرفاً آزمونهای آموزشی بود از بکار بردن لفظ  
«غیره» خودداری می کرد لذا ذکر مؤسسات  
آموزشی مندرج در ماده یاد شده از باب تمثیل آمده  
و حصری نبوده حکم ماده ۵۴۱ قانون فوق الذکر  
آزمونهای آموزشی و استخدامی و راهنمایی و  
رانندگی را در بر می گیرد.

نظر به اقلیت اعضای کمیسیون:  
بارعایت اصل اباحه و تفسیر مضیق مقررات  
کیفری و تفسیر بفتح متهم و نیز اصل قانونی بودن  
جرم و مجازات نباید دایره شمول جرم یا جرائم  
بدور از قصد و انشاء قانونگذار گسترده شود چرا

که وجود لفظ «اعم» در  
ماده موضوع سؤال و  
سیس ذکر مصادیقی از  
آزمونهای آموزشی و  
متعاقب مصادیق مذکور  
آمدن لفظ «غیره» قاعدتاً  
اگر موارد دیگری داخل  
«غیره» باشد همگی  
دلالت بر آزمونهای  
آموزشی خواهد داشت و  
لا غیر.

بنابراین می توان گفت حکم ماده ۵۴۱ قانون  
مجازات اسلامی منحصرآزمونهای آموزشی را  
در می گیرد.

۳۵۵- مستأجری بدون اذن انتقال به غیر عین  
مستأجره را برای همان شغل به دیگری انتقال داده  
انتقال گیرنده به کسب یا پیشه جدیدی در عین  
مستأجره اشتغال دارد مالک به جهت تغییر شغل  
دادخواست تخلیه مطرح نموده آیا می توان تخلیه  
به جهت تغییر شغل را پذیرفت؟  
سفلایی دادگستری هشترگرد:  
اتفاق نظر قضات محترم دادگستری هشترگرد

به شرح ذیل بیان می گردد: در فرض سؤال  
دو تخلف واقع شده است اول تخلف انتقال به  
غیر دوم تغییر شغل که بر فرض وجود رابطه  
قراردادی موجر می تواند از حق مقرر در قانون  
روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶  
استفاده و درخواست فسخ و تخلیه مورد اجاره را  
بنماید منظور از رابطه قراردادی، رابطه بین موجر  
و متخلف است که در ما نحن فیه بین موجر و  
مستأجر اولیه این رابطه وجود دارد و موجر می تواند  
فقط در مورد انتقال به غیر نسبت به او طرح  
دعوی نماید چرا که تغییر شغل از سوی او واقع  
نشده و تخلف محصول قرارداد اجاره ثانوی است  
که بلحاظ عدم رضایت موجر بر این انتقال اساساً  
آثاری بر آن مترتب نمی شود و موجر در این  
صورت نمی تواند علیه مستأجر اولیه بلحاظ تغییر  
شغل درخواست تخلیه نماید.

در مورد طرح دعوی تخلیه بلحاظ تغییر شغل  
علیه منتقل الیه نیز باید در فرض این حق را برای  
موجر قائل شویم که برای دادرسی احراز شود که  
موجر انتقال سرقفلی را تأیید نموده باشد و این  
امر به نظر برخی از همکاران به صرف تقدیم  
دادخواست بلحاظ تغییر شغل اراده موجر به تأیید  
و تنفیذ آن کافی دانسته و تعدادی از همکاران  
معتقدند که در این مورد باید از موجر (خواهان)  
اخذ توضیح شود که در هر دو صورت با احراز  
تأیید انتقال، منتقل الیه مستأجر محسوب  
می گردد چرا که انتقال دوم عقدی غیر نافذ است  
که ایجاد حق فسخ و تخلیه برای موجر اول نموده  
و صاحب حق را نمی توان به اعمال حق مجبور  
نمود موجر هم می تواند درخواست تخلیه بنماید  
هم می تواند، انتقال را تنفیذ کند و تخلف صرفاً  
موجد حق برای موجر است و قرارداد اجاره اولیه  
را باطل نمی کند لذا با اصرار تنفیذ و تأیید انتقال  
موجر می تواند با طرح دعوی علیه مستأجر ثانوی  
درخواست تخلیه بلحاظ تغییر شغل بنماید.

زارع پور (محاكم بخش بوستان):  
اگر مستأجری بدون اذن انتقال به غیر مبادرت  
به انتقال مورد اجاره به دیگری نماید دو فرض  
متصور است:

۱- مالک انتقال به غیر را تجویز نمی نماید در  
این مورد موجر صرفاً می تواند من باب انتقال به  
غیر دادخواست تخلیه علیه هر مستأجر و متصرف  
مطرح نماید و با توجه به فقدان رابطه قراردادی  
نمی تواند دعوی تخلیه به لحاظ تغییر شغل  
مطرح نماید.

۲- مالک انتقال به غیر را تجویز می نماید با توجه  
به وضعیت قائم مقامی مستأجر دوم و وجود رابطه  
قراردادی به لحاظ انجام تخلف از ناحیه مستأجر  
دوم مالک می تواند به استناد قرارداد تجویز شده  
دادخواست تخلیه به لحاظ تغییر شغل مطرح  
نماید و از طرف دیگر صرف طرح دعوی تخلیه به  
لحاظ تغییر شغل می تواند از قرائن و امارات

تجویز ضمنی و رضایت ضمنی مالک به انتقال به غیر باشد و تلقی شود لیکن در هر حال این امر قطعی و مسلم نمی باشد برای پاسخ دادن به سؤال مذکور باید دو مورد مدنظر باشد ۱- مدت زمان تصرف مستأجر دوم و اطلاع موجر از تصرف ۲- بررسی فاصله زمانی تغییر شغل از قرار داد و مدت زمان بین تغییر شغل و تقدیم دادخواست که مالک از آن مطلع می باشد.

**شجاعی (دادگستری شهریار):**

در پاسخ به سؤال باید بدو این موضوع مورد بحث قرار گیرد که چنانچه مستأجر بدون اذن مالک (موجر) در فرضی که حق انتقال عین مستأجره به غیر را ندارد عین مستأجره را به ثالث منتقل کند آیا مالک (موجر) می تواند و حق دارد انتقال به ثالث را تأیید و تنفیذ نموده موافقت خود را اعلام نماید حال چنانچه بپذیریم که وی می تواند علیه مستأجر دوم بلحاظ تغییر شغل دعوی تخلیه را طرح نماید و چنانچه قائل به این باشیم که موجر حق تنفیذ انتقال عین مستأجره به ثالث را نخواهد داشت پس الزاماً باید بگوییم که وی صرفاً می تواند تخلیه را بلحاظ انتقال به غیر بخواهد علی ایحال با توجه به مراتب معنونه بنظر می رسد که نظر اول صائب باشد چرا که منع قانونی برای تنفیذ انتقال عین مستأجره از سوی مالک وجود ندارد.

**پسندیده (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۵ تهران):**

در پاسخ باید فروض مختلف را در رابطه بین مالک و مستأجر و متصرف مطرح کرد. آنچه که در فروض سؤال آمده، این است که مالک عین مستأجره را به مستأجر برای شغل یا حرفه معین اجاره می دهد، با این وصف که مستأجر حق انتقال عین مستأجره را به غیر نداشته باشد، و متعاقباً دو اتفاق رخ می دهد: ۱- انتقال منافع عین مستأجره توسط مستأجر اول به شخص ثالث ۲- تغییر شغل توسط مستأجر دوم و یا به تعبیر بهتر توسط متصرف فعلی.

جایگاه قانونی بحث به مواد ۱۴ و ۱۹ در قانون روابط موجر و مستأجر مربوط می شود بند دوم از ماده ۱۴ قانون فوق یکی مواردی را که موجر می تواند صدور حکم فسخ اجاره و یا تخلیه ملک را از دادگاه بخواهد در موردیست که عین مستأجره به منظور کسب یا پیشه و یا تجارت خود مستأجر (تأکید بر شخصیت خود مستأجر و مباشرت او در استفاده از ملک) اجاره داده شده باشد و مستأجر آن را به عناوینی از قبیل وکالت یا نمایندگی و غیره، عملاً به غیر واگذار کند، بدون اینکه مطابق ماده ۱۹ قانون موصوف یا مستأجر لاحق، اجاره نامه تنظیم شده باشد. آنچه که در این بند مورد تأکید است، مباشرت مستأجر در انتفاع از ملک می باشد که تغییر این امر، حق فسخ و تخلیه ملک را به موجر عطا می کند. در

واقع در این نوع عقد اجاره، مالکیت مستأجر نسبت به منافع، مالکیت مطلق و کامل می باشد. بلکه حق انتقال به غیر از او سلب شده است و شاید بتوان گفت این امر، بحث برانگیز باشد.

بند ۷ از ماده ۱۴ قانون فوق اشاره هم در این راستا مقرر داشته است، در مورد محل کسب و پیشه و تجارت، هر گاه مورد اجاره برای شغل معینی اجاره داده شده و مستأجر پس از رضای موجر، شغل خود را تغییر دهد مگر اینکه شغل جدید، عرفاً مشابه شغل سابق باشد.

در اینکه مالک می تواند تقاضای تخلیه نموده و دادخواست تخلیه تقدیم نماید. تردیدی نیست لکن توجهاً به استدلالهای فوق الذکر، مالک نمی تواند به جهت تغییر شغل علیه مستأجر اول دادخواست تخلیه تقدیم نماید. چرا که تخلف از جانب او صورت نگرفته است.

دادخواست تخلیه به جهت تغییر شغل باید به طرفیت متصرف فعلی ملک داده شود. عمل مستأجر اول در انتقال منافع ملکی که حق انتقال آن را نداشته به غیر، از مصادیق معامله فضولی محسوب می شود. طبق مقررات عمومی مربوط به معاملات فضولی رضایت مالک در هر مرحله ای اعلام شود عقد فضولی معتبر می شود.

مالک با تقدیم دادخواست علیه متصرف در واقع، با اطلاع از انتقال، ایشان را به عنوان مستأجر تلقی کرده و دادخواست را علیه ایشان تقدیم نموده است. قابل ذکر است اولاً: باید اوضاع و احوال حاکم به پرونده ملاحظه شده، و این امر استنباط شود و امر خلاف آن در پرونده نباشد ثانیاً: اعلام نظر به معنای، کنار رفتن مستأجر اول از روابط حقوقی بین مالک و نامبرندگان نیست. مالک به جهت اینکه در اجرای حکم تخلیه و آثار آن با مشکلات قانونی مواجه نشود باید در تقدیم دادخواست هم مستأجر اول و هم متصرف فعلی را به عنوان خواننده دعوی قرار دهد. خواسته دادخواست هم باید تقاضای تخلیه ملک به جهت تغییر شغل باشد.

چنانچه مالک تخلیه ملک را به جهت انتقال به غیر از دادگاه بخواهد، باید دادخواست فقط علیه مستأجر اول تنظیم شود چرا که تخلف از جانب او انجام شده است.

**ذاقلی (مجمع قضایی شهید محلاتی):**

در این خصوص در مجمع قضایی شهید محلاتی دو نظر وجود دارد نظر اول: اولاً در دعاوی مربوط به تخلیه چه به لحاظ انتقال به غیر و چه به لحاظ تغییر شغل نیازی به طرف دعوی قرارداد مستأجر دوم (متصرف) نمی باشد ثانیاً سبب تغییر شغل مستأجر اول بوده است لذا تخلف مستأجر دوم نیز به حساب مستأجر اول گذاشته خواهد شد اگر چه قراردادی بین مالک (موجر) و متصرف فعلی نیست اما به لحاظ اینکه مستأجر اول بر خلاف شرط مندرج در قرارداد

(دایر کردن شغل خاص) باعث دایر شدن شغل دیگری اگر چه به مباشرت شخص ثالث (مستأجر دوم) - شده طرح دعوی تخلیه به لحاظ تغییر شغل نیز از سوی مالک (موجر) قابل پذیرش است کما اینکه اگر مستأجر دوم اجاره بهای ملک را نداده باشد مالک مجاز به طرح دعوی تخلیه به لحاظ عدم پرداخت اجاره بها می باشد مضافاً اینکه مشابه این مورد را در مبحث غصب در قانون مدنی هم داریم که غاصبین اول ضامن تلف شدن عین و اجرت المثل ایامی که مال مغصوبه در ید غاصبین بعدی هم بوده است شناخته می شود.

بنابراین اگر چه مستأجر دوم مبادرت به تغییر شغل کرده اما نظر به استدلال مذکور و سببیت مستأجر اول مالک حق طرح دعوی به لحاظ تغییر شغل را خواهد داشت. نظر دوم نظر به اصل نسبی بودن قراردادهای و شروط قراردادی و با توجه به اینکه شرط استفاده از محل تجاری برای شغل خاص فقط بین مالک و مستأجر اول برقرار شده است عمل شخص ثالث موجب ضمان برای مستأجر اول نخواهد شد کما اینکه اثر شروط مذکور بر علیه شخص ثالث قابل استناد نیست. مضافاً اینکه از لحاظ شکلی نیز این مشکل به وجود می آید که اگر قرار باشد مستأجر جدید طرف دعوا قرار بگیرد مستأجر اول که مباشرتاً اقدام به تغییر شغل نکرده است نمی تواند دفاع مناسبی برای مستأجر دوم به عمل آورد و مثلاً آن را نفی یا به نحوی برای دادگاه توجیه نماید که عرفاً شغل مشابه محسوب شود.

**صدقی (مستشار تجدیدنظر):**

با فرض اینکه قرارداد مشمول قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ باشد و در صورت تنفیذ انتقال عین مستأجره، توسط مالک به انتقال گیرنده جدید و به رسمیت شناختن ید او بعنوان مستأجر (نه متصرف) مالک می تواند به جهت تغییر شغل مستأجر جدید دعوی تخلیه مطرح نماید، زیرا دعوی تخلیه فرع بر ثبوت رابطه استیجاری است، تا منتقل الیه بعنوان مستأجر شناخته نشود دعوی تخلیه علیه او قابلیت استماع ندارد. نتیجه اینکه در فرض مرقوم (در صورت تنفیذ انتقال به غیر و تغییر شغل مستأجر جدید) دعوی تخلیه به لحاظ تغییر شغل قابل استماع است.

فرض دیگر اینکه اگر مالک علیه مستأجر اولی دعوی تخلیه به لحاظ تغییر شغل مطرح نماید چون تغییر شغل بایستی توسط مستأجر واقع شود و در این مورد مستأجر تغییر شغلی نداده است، بنابراین مورد از موارد تخلیه به لحاظ تغییر شغل، خروج موضوعی دارد و دعوی در این خصوص نیز مردود است و اصل زوال حقوق اشخاص، در فرض شک هم در خصوص مورد حاکم است.

**مقدم (مجمع قضایی شهید باهنر):**

نظر به این که حسب مقررات بند ۷ ماده ۱۴

قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۵۶ موقعی برای موجر حق تخلیه ایجاد می گردد که تغییر شغل توسط شخص مستأجر صورت گرفته باشد در حالیکه در سؤال مطروحه تغییر شغل توسط منتقل الیه صورت گرفته و این منتقل الیه نیز بلحاظ اینکه مستأجر حق انتقال به غیر نداشته ولی بصورت غیر قانونی به وی منتقل نموده است بنابراین مستأجر نبوده یعنی بین منتقل الیه و موجر رابطه استیجاری برقرار نگردیده است لذا تخلیه بلحاظ تغییر شغل پذیرفته نمی شود مگر اینکه موجر رضایت به این انتقال داشته باشد و بر این اساس رابطه استیجاری برقرار شود.

**یاوری (دادستانی کل کشور):**

تقاضای تخلیه بعلت انتقال به غیر مستلزم پرداخت نصف حق کسب و پیشه است و در این صورت، دعوی به طرفیت مستأجر اول و جدید (متصرف) هر دو اقامه می شود ولی تقاضای تخلیه بعلت تغییر شغل در صورت اثبات تخلف، مسقط حق کسب و پیشه است که در اینصورت چون تغییر شغل توسط مستأجر دوم صورت گرفته لذا دعوی بایستی به طرفیت او باشد. البته چنانچه دعوی به طرفیت مستأجر جدید و تحت عنوان تغییر شغل باشد می توان گفت موجر با اقامه این دعوی به طور ضمنی انتقال به غیر از پذیرفته و تخلیه ملک منوط به اثبات تخلف مستأجر جدید مبنی بر تغییر شغل خواهد بود در هر حال، تقاضای تخلیه تحت دو عنوان «انتقال به غیر و تغییر شغل» در دادخواست واحد صحیح نیست و موجر مختار است هر راه را که به مصلحت خود دانست همان را از دادگاه بخواهد.

**محمدی (دادگاه عمومی بخش گلستان):**

۱- بدو باید قبول کرد که مستأجر مرتکب تخلف شده و تخلف او انتقال به غیر در فرض سؤال بدون اذن بوده و تخلف منتقل الیه یا قائم مقام مستأجر یا جانشین مستأجر اول، یا متصرف در فرض سؤال تغییر شغل بوده است.

۲- در فرض سؤال آمده است «مالک» به جهت تغییر شغل دادخواست تخلیه مطرح نموده ... ؟ منظور از مالک آیا موجر اول است یا مستأجر اول که عین مستأجره را به متصرف انتقال داده است که بنظر هر دو فرض هم قابل تصور است.

۳- انتقال به غیر بدون اذن از علل فسخ و از موجبات تخلیه است، نه بطلان عقد اجاره.

۴- حال به فروض مختلف و جواب آن فروض حسب مورد می پردازیم:

**اولاً:** چنانچه منظور از «مالک» در فرض سؤال موجر اول باشد:

**الف)** چنانچه موجر اول، دادخواست تخلیه به طرفیت مستأجر اول، به جهت تغییر شغل را مطرح نماید به نظر چون مستأجر اول، نقشی در تغییر شغل نداشته است دعوی مطروحه محکوم

به رد خواهد بود و دادگاه مستنداً به ماده دوم از قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۹ قرار رد دعوا را صادر خواهد نمود.

**ب)** چنانچه موجر اول، دادخواست تخلیه را به طرفیت منتقل الیه به جهت تغییر شغل مطرح نماید به نظر برای پاسخ به این سؤال کمی دقت نمود، چنانچه محرز شود که موجر «انتقال به غیر» را که از ناحیه مستأجر اول له منتقل الیه یا متصرف صورت گرفت پذیرفته است در اینجا، دادگاه این تغییر شغل را که از علل فسخ قرار داد اجاره و از موجبات تخلیه است را می پذیرد و حکم به فسخ و تخلیه عین مستأجره صادر می نماید و اگر محرز شد که موجر، مخالف «انتقال به غیر» مذکور است در اینجا چون موجر اصل انتقال و واگذاری دوم از ناحیه مستأجر به متصرف، را قبول نکرده است در این مورد دادگاه بلحاظ عدم وجود برقراری رابطه استیجاری فیما بین موجر و متصرف فعلی حکم به رد دعوی خواهان را صادر خواهد نمود.

**ج)** چنانچه موجر اول دادخواست تخلیه به طرفیت مستأجر و متصرف «منتقل الیه» مطرح نمود به علت تغییر شغل، در صورت احراز پذیرش و تنفیذ رابطه استیجاری فیما بین مستأجر با متصرف دادگاه حکم به تخلیه صادر خواهد نمود.

**ثانیاً:** چنانچه مستأجر به طرفیت متصرف (منتقل الیه) طرح دعوی تخلیه به علت تغییر شغل بنماید:

**الف)** از آنجایی که این انتقال به غیر بدون اذن موجر بوده و از علل فسخ قرار داد اجاره است نه از علل بطلان آن عقد لذا تا وقتی که عقد منعقد فیما بین موجر با مستأجر به قوت خود باقی است، دادگاه دعوی مستأجر را می پذیرد و حکم به تخلیه عین مستأجر را صادر می نماید. و چنانچه قرارداد اجاره فیما بین موجر و مستأجر، به عللی فسخ شده باشد و بعد مستأجر به طرفیت منتقل الیه اقامه دعوی تخلیه نماید. در این حالت با توجه به فسخ عقد اجاره معنونه و قطع رابطه استیجاری فیما بین مستأجر و منتقل الیه. دعوی مستأجر محکوم به رد خواهد بود و نیز آمده است که چون انعقاد عقد دومی، بدون اجازه موجر بوده است لذا عقد اجاره فیما بین طرفین واقع نشده است که دادگاه بتواند حکم به تخلیه را صادر نماید.

**نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):**

پاسخ به این سؤال محتاج به بررسی جوانب امر و فروض مختلفی است:

**اولاً:** همچنانکه در ماده ۵۱ آیین دادرسی مدنی جدید صریحاً پیش بینی شده، طرح دعوی حقوقی و انتخاب عنوان خواسته و موضوع دعوی منحصرأ تحت اختیار خواهان دعوی قرار دارد و دادگاهها نیز حسب عنوان و موضوع خواسته

مندرج در دادخواست و در تعاقب مذاکعات طرفین، به ورود دعوی و ذی حق خواهان و یا بی حقی او رأی می دهند. لهذا این خواهان است که می باید ضمن طرح دعوی مناسب و انتخاب درست خواسته، خوانده دعوی را نیز که دعوی مطروحه را متوجه او می دانند برگزینند. بنابراین هر دعوی را علیه هر شخص نمی توان اقامه نمود. مضافاً اینکه همان طور که در بالا نیز به آن اشاره نمودیم، دادرسی و رسیدگی دادگاه حول محور خواسته خواهان و در مقابل خوانده معین شده توسط او دور می زند.

**ثانیاً:** با توجه به آثار متفاوت دو عنوان تخلیه به سبب تغییر شغل و تخلیه به سبب انتقال به غیر که در اولی در صورت ورود و اثبات دعوی، تخلیه بدون پرداخت حق کسب و پیشه مورد حکم قرار می گیرد و در دومی، نصف حق کسب و پیشه حسب مورد به مستأجر یا متصرف پرداخت می شود، خواهان (مالک) معمولاً خواسته اول یعنی تخلیه به سبب تغییر شغل را علیه مستأجر خود و با کتمان انتقال مورد اجاره به غیر (متصرف) مطرح می سازد تا بدون تأدیبه حق کسب و پیشه، به خواسته تخلیه خود نائل شود. در چنین وضعیتی چنانچه خواهان دعوی تخلیه به سبب تغییر شغل را علیه متصرف (منتقل الیه) مورد اجاره، مطرح سازد، این امر قرینه ای است بر اینکه خواهان (مالک) انتقال مورد اجاره به غیر (متصرف) را تلویحاً پذیرفته است. بنابراین وقتی خواهان با علم و اطلاع از انتقال، دعوی تخلیه به سبب تغییر شغل را علیه متصرف (منتقل الیه) طرح کند، فی الواقع بطور ضمنی با انتقال مورد اجاره به غیر موافقت کرده است و حال به لحاظ تخلف مستأجر جدید (منتقل الیه)، تخلیه به جهت تغییر شغل را درخواست دارد. مضافاً اینکه از سوی دیگر مالک تلویحاً با طرح چنین دعوی علیه متصرف، از تخلف مستأجر اول دایر بر انتقال به غیر، چشم پوشی نموده و انتقال را پذیرفته است.

**ثالثاً -** هر گاه مالک دعوی تخلیه به سبب تغییر شغل را صرفاً علیه مستأجر اول اقامه کند، در وضعیت قابل تصور است: وضعیتی که مالک را انتقال به غیر مطلع بوده و با علم و اطلاع از انتقال به غیر دست به طرح چنین دعوی زده و یا اساساً از انتقال مورد اجاره به غیر مطلع و آگاه نبوده است.

در هر دو صورت از آنجا که اقدام به تغییر شغل منتسب به مستأجر اول نمی باشد، لهذا نمی توان از این باب تخلف تغییر شغل را ولو به صورت مع الواسطه منتسب به مستأجر مزبور تلقی و دعوی تخلیه به سبب تغییر شغل را علیه او مطرح نمود.

زیرا تعلق نصف حق کسب و پیشه در صورت انتقال مورد اجاره به غیره، حسب مورد حق

بوده چه رسیدگی در این دادگاه ماهوی و منتهی به صدور رأی خواهد شد با عنایت به مقدمات مذکور رأی موضوع سؤال در دیوان عدالت اداری قابل اعتراض است.

**صدقی (تشکیلات و برنامه ریزی قوه قضائیه):**

با توجه به اینکه هیأت موضوع ماده مذکور هیأت داوری است و رأی داوری بطور کلی قابل اعتراض می باشد بنابراین مطابق مقررات آ. د. م (مواد ۴۸۹ به بعد آن) آراء هیأت داوری سازمان بورس هم قابل اعتراض و مشمول مقررات اشعاری می باشد و مهلت اعتراض این آراء مطابق ماده ۴۹۰ قانون فوق الذکر بیست روز بعد از ابلاغ رأی داور می باشد.

**ذاقلی (مجتمع قضایی شهید محلاتی):**

در قانون کار آراء صادره از ناحیه هیئت حل اختلاف هر چند که قطعی لازم الاجراء است لیکن در بند ۲ ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری صراحتاً بیان شده که این آراء قابل شکایت در دیوان مذکور است اما در مورد آراء ماده ۳۷ (قانون بازار اوراق بهادار) نصی نداریم تا بیان کننده قابل تجدیدنظر بودن آراء مذکور باشد.

**زند (معاون آموزش دادگستری استان تهران):**

اصل بر تظلم خواهی در مراجع دادگستری است بند ۲ ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری در خصوص قابل اعتراض بودن آراء کمیسیونها از کلمه «مانند» استفاده

کرده و حصری نیست تا بگوییم آراء موضوع سؤال قابل اعتراض در دیوان مذکور نمی باشد.

منصوری (دانشگاه آزاد اسلامی):

اساساً ماهیت داوری، ماهیتی نیست که جای قضاء را بگیرد و تظلم خواهی از مراجع قضایی را سلب کند با توجه به عموماً قانونی آراء

موضوع سؤال قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری است.

**پاوری (دادستانی کل کشور):**

چون در ماده ۱۷ قانون بورس اوراق بهادار مصوب ۱۳۴۵ اشاره ای به قطعیت تصمیمات هیئت مذکور نشده است لذا در قالب این قانونی می توان گفت تصمیمات هیئت قطعی نبوده و قابلیت اعتراض دارد ولی با تصویب قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۸۴، قانون بورس نسخ شده است.

تبصره ۵ ماده ۳۷ قانون بازار اوراق بهادار (قانون جدید) مقرر می دارد «آرای صادره از سوی هیأت داوری قطعی و لازم الاجراء است و اجرای آن به عهده اداره ها و دوایر اجرای ثبت اسناد و

۳۵۶- تصمیمات هیئت بررسی ماده ۱۷ قانون بورس آیا قابل اعتراض می باشد یا خیر؟ در صورت مثبت بودن پاسخ مرجع رسیدگی آن کجاست و مهلت اعتراض بنظر هیئت مذکور چه مدت است؟

توضیح این سؤال با توجه به قانون بازار اوراق بهادار اخیر التصویب (۸۴/۹/۱) مورد بحث و تبادل نظر قرار گرفته است (قانون مذکور جهت ملاحظه خوانندگان محترم در مجله قضاوت شماره ۳۶ درج گردیده است).

**سلیمی (دانشگاه آزاد واحد تهران مرکز):**

بعنوان قاعده کلی باید در نظر گرفت که آیا اصل بر قابل تجدیدنظر بودن آرای قطعی مراجع اداری است یا قابل تجدیدنظر نبودن؟ این امر از دو جنبه قابل بررسی است از حیث اصول کلی و استانداردهای بین المللی و از حیث قوانین موجود.

از حیث کلی چون مراجع قضایی تابع اصول خاص دادرسی و رعایت حداقل استانداردهای بین المللی هستند لذا اصل بر این است که آراء قطعی قابل تجدید نظر در مراجع قضایی هستند. از حیث قوانین موجود در خصوص قابل تجدیدنظر بودن آراء قطعی اداری نه تنها در قانون دیوان عدالت اداری به آن تصریح شده و صلاحیت دیوان بطور تمثیل بیان شده است بلکه

در موارد دیگری همچون

کمیسیون ماده ۱۲ نیز

رأی کمیسیون قابل

اعتراض در دادگاههای

عمومی است بنابراین

بعنوان قاعده کلی این

رأی قابل تجدیدنظر

است.

**رضایی نژاد (دادگستری**

اسلامشهر):

بر طبق بند ۳ اصل

۱۵۶ قانون اساسی یکی

از وظایف قوه قضائیه

جلوگیری از تعرض به قوانین توسط آیین نامه ها یا تصویب نامه های قوه مجریه است و دیگر اینکه برخی امور به تشخیص قانونگذار از صلاحیت محاکم قضایی خارج شده و به مراجعی چون مرجع فرض سؤال واگذار شده و توصیف قطعی بودن به همان مرجع و تصمیم وی بر می گردد و نافی صلاحیت قوه قضائیه (در اینجا دیوان عدالت اداری) مبنی بر نظارت بر حسن اجرای قوانین نیست و دیگر آنکه رسیدگی توسط دیوان یک رسیدگی تمیزی (شکلی) از باب مغایرت یا مطابقت تصمیم با مقررات (قانون) است در خصوص شبهه (مرجع رسیدگی) صلاحیت دادگاه عمومی؛ چنین پاسخ می دهیم که از لحاظ ذاتی این امر خارج از صلاحیت دادگاه مذکور

مستأجر یا متصرف است که در تبصره ۱ ماده ۱۹ قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ پیش بینی شده است و این حق مکتسبه را که پس از انتقال مورد اجاره به غیر ایجاد شده نمی توان بدون موجب قانونی زائل نموده و نادیده گرفت.

از سوی دیگر چنانچه مالک بخواهد از تخلف تغییر شغل جهت تخلیه استفاده کند و هیچ مبلغی از بابت حق کسب و پیشه نپردازد ملزم است که انتقال به غیر را پذیرفته و با قبول و رضایت بر انتقال به غیر، منتقل الیه (متصرف) را بعنوان مستأجر جدید خویش تلقی و آن وقت دعوی تخلیه به سبب تغییر شغل را صرفاً علیه مستأجر جدید اقامه نماید. ضمناً ماده ۱۰ قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ نیز که جواز انتقال مورد اجاره به غیر موکول به موافقت کتبی مالک کرده ناظر بر قبل از زمان انتقال است.

یعنی اصولاً هر گاه مستأجر بخواهد با فراغ بال، مورد اجاره را به غیر انتقال دهد و مشمول بند ۲ ماده ۱۴ و تبصره ۱ ماده ۱۹ قانون یاد شده نشود، لازم است موافقت کتبی مالک را پیشاپیش اخذ کند ولی اگر بدون رضایت و موافقت کتبی مالک، مورد اجاره را منتقل به غیر کند و رضایت ضمنی یا صریح مالک بر این انتقال، احراز یا اخذ شود، رابطه استیجاری جدید با مستأجر جدید برقرار خواهد شد. (رأی وحدت رویه شماره ۵۶۵ مورخ ۱۳۷۰/۴/۱۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور).

بنابراین با توجه به سؤال مطرح می توان گفت که اصولاً مالک نمی تواند با نادیده گرفتن حق متصرف بر نصف حق کسب و پیشه و کتمان انتقال مورد اجاره به غیر، دادخواست تخلیه به سبب تغییر شغل را علیه مستأجر اول مطرح کند مگر اینکه انتقال به غیر را قبول نموده و دعوی تخلیه به سبب تغییر شغل را علیه مستأجر جدید (متصرف یا منتقل الیه) اقامه نماید.

نظریه قریب به اتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۵/۲/۲۷):

در فرض سؤال دو تخلف انتقال به غیر و تغییر شغل ذکر شده است بنابراین در پاسخ به سؤال مطرح شده باید گفت چنانچه مستأجر اول اجازه انتقال به غیر را داشته و اقدام کرده تخلفی صورت نگرفته است بلکه در این وضعیت مستأجر دوم بعنوان جانشین مستأجر اول محسوب می شود و طرح دعوی و تخلیه بلحاظ تغییر شغل به طرفیت نام برده قابل پذیرش خواهد بود برعکس چنانچه مستأجر اول حق انتقال به غیر را نداشته و اقدام به انتقال عین مستأجره نموده باشد در این صورت به لحاظ اینکه رابطه قراردادی بین مالک و منتقل الیه وجود ندارد طرح دعوی تخلیه به لحاظ تغییر شغل به طرفیت وی قابل پذیرش نخواهد بود بلکه مالک می تواند به سبب تخلف انتقال به غیر طرح دعوی تخلیه نماید.

املاک می باشد.

حال با توجه به قانون جدید، به این سؤال از دو دیدگاه می توان پاسخ داد: یکی اینکه قانونگذار با قطعی و لازم الاجرا دانستن آرای هیئت مذکور عقیده به عدم قابلیت اعتراض این آراء داشته و الا موجبی برای ذکر عبارت «قطعی» و لازم الاجراء نبود بنابراین طبق این نظریه، آرای هیأت داورى بورس قابل اعتراض نیست.

نظریه دیگر اینکه قید قطعی و لازم الاجراء بودن آرای هیأت یاد شده به معنای عدم قابلیت اعتراض این آراء نیست زیرا در موارد مشابه، پس از اینکه اینگونه آراء قطعی شد قابل اعتراض در مرجع بالاتر هست مثلاً آرای کمیسیونهای ماده ۱۰۰ قانون شهرداری و یا هیأت های تخلفات اداری بعد از قطعیت قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری است به علاوه، حفظ حقوق مردم نیز ایجاب می کند که آرای هیأت داورى بورس مانند تصمیمات سایر کمیسیون ها و هیأت های شبه قضایی قابلیت اعتراض در مرجع بالاتر را داشته باشد. به عقیده اینجانب استدلال اخیر با عدالت قضایی و سابقه قانونگذاری سازگاری بیشتری داشته باشد و لذا معتقدم: اولاً - آرای هیأت بورس قابل اعتراض هست ثانیاً - با لحاظ سنجی که این آراء با تصمیمات داورى در قانون آیین دادرسی مدنی و قانون داورى تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶ دارد مرجع اعتراض دادگاههای عمومی حقوقی است خصوصاً که رسیدگی دیوان عدالت اداری شکلی است و در صورت نقض رأی،

رسیدگی مجدد به کمیسیون هم عرض ارجاع می شود و هیأت داورى بورس، هیأت همعرض ندارد فلذا با لحاظ صلاحیت عام محاکم عمومی، مرجع صالح به رسیدگی به اعتراض دادگاه عمومی حقوقی است ثالثاً - مهلت اعتراض مانند

سایر مواعد مشابه در آیین دادرسی مدنی بیست روز پس از ابلاغ رأی داورى است.

محمدی (دادگاه عمومی بخش گلستان):

اصل بر این است که کلیه آراء صادره از انواع کمیسیون ها و هیأت ها برابر بند ۲ ماده ۱ از قانون دیوان عدالت اداری قابل تجدیدنظر خواهی در دیوان عدالت اداری می باشد و یکی از آن هیأت ها، هیأت داورى است زیرا قانونگذار در ماده مذکور بطور تمثیلی از چند کمیسیون و هیأت نام برده است و آنها را احصاء نکرده است با تفسیر موسع می توان هیأت داورى را هم در ردیف آنها آورد بنابراین اولاً، آراء صادره از هیأت

داوری قابل اعتراض است، ثانیاً، این آراء قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری می باشد. ثالثاً: اعتراض نسبت به این آراء مدت ندارد مگر اینکه قانون مواردی را مستثنی کرده باشد و حسب مورد برای آراء صادره از بعضی از کمیسیون ها با هیأت ها، مدت و مهلت اعتراض قائل شده باشد و یا اینکه قانون موجب رسیدگی به اعتراض آراء صادره از این کمیسیون ها و هیأت ها را مشخص نموده باشد اما چند نکته:

۱- نظرات و تصمیمات هیأت داورى شکلی است نه ماهوی پس رسیدگی به اعتراضات به آراء صادره از این هیأت ها بر عهده دیوان عدالت اداری که خود رسیدگی شکلی می نماید خواهد بود نه محاکم عمومی.

۲- صلاحیت ذاتی دیوان عدالت اداری رسیدگی به اعتراض نسبت به آراء صادره از انواع کمیسیون ها و هیأت ها است مگر قانون آن موارد را مستثنی کرده باشد.

۳- تفاوت است بین تصمیمات و آراء متخذة از هیأت داورى که شکلی است با تصمیمات و نظرات داورى در قانون آیین دادرسی مدنی که ماهوی است.

۴- تفاوت است بین وظایف و اختیارات و نحوه عملکرد هیأت داورى که ایجاد سازش در حرفه خاص و محدود است با داورى در قانون آیین دادرسی مدنی که ایجاد سازش بطور مطلق در کلیه امور را داراست.

۵- کلیه آراء صادره از مراجع غیر قضایی قابل

طرح در محاکم عمومی دادگستری است مگر مواردی که قانون آنها را استثناء کرده باشد که مورد سؤال با توجه به ماده مذکور در ردیف مواردی است که قابل طرح در دیوان عدالت اداری است و موردی که قانون صریحاً آراء آن کمیسیون را قابل طرح در محاکم عمومی دانسته است، آراء صادره

از کمیسیون ماده ۵۶ قانون و جنگلها و مراتع نیز کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری است.

نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):

مادتین ۱۷ و ۱۸ قانون تأسیس بورس اوراق بهادار مصوب ۱۳۴۵/۲/۲۷ تشکیل هیأتی را موسوم به هیئت داورى بورس، مقرر نموده تا به اختلاف بین کارگزاران با یکدیگر و به اختلافات بین فروشندگان یا خریداران یا کارگزاران که از معاملات در بورس ناشی گردد، رسیدگی نماید. و در قسمت اخیر ماده ۱۸ همان قانون نیز رأی هیأت داورى بورس را لازم الاجراء دانسته است. لیکن اخیراً قانون بورس اوراق بهادار مصوب

۱۳۸۴/۹/۱ به تصویب رسید و جایگزین قانون قبلی گردید. در تبصره ۵ ماده ۳۷ قانون جدید بورس اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ اعلام شده که رأی هیئت داورى قطعی و لازم الاجرا است. در قانون سابق مصوب سال ۱۳۴۵ به قطعی بودن رأی هیأت داورى بورس می توان در یک مرجع قضایی دیگر اعتراض نمود، بیشتر شد. اما بنظر می رسد که رأی هیئت داورى بورس علیرغم تصریح به قطعیت آن، قابل اعتراض باشد. زیرا:

اولاً - باید توجه داشت که اگر چه در عنوان هیأت داورى بورس، واژه (داورى) قید شده، لیکن این هیئت داورى از نوع داورى و هیأت داورى موضوع قانون آیین دادرسی مدنی جدید مصوب سال ۱۳۷۹ و قانون داورى تجاری بین المللی مصوب سال ۱۳۷۶ نیست. زیرا در قوانین داورى اخیر علی الاصول، داور یا هیأت داورى منتخب طرفین دعوی است و ارجاع اختلاف به داورى موردی یا تأسیسی در هر حال بنا به توافق طرفین اختلاف صورت می گیرد. به همین لحاظ هیئت داورى بورس را که تشکیل و اعضاء آن توسط قانون صورت گرفته و ارجاع اختلاف به آن نیز اجباری است و حسب توافق طرفین اختلاف نمی باشد، نمی توان داورى به مفهوم مقرر در قانون دادرسی مدنی و قانون داورى تجاری بین المللی دانست. بلکه این مرجع یک هیأت قانونی مانند سایر هیأتها و کمیسیونهای قانونی است که صلاحیت اختصاصی به رسیدگی به برخی از دعاوی مرتبط با بورس اوراق بهادار را دارند. لیکن مقنن بر این هیئت قانونی، نام و عنوان داورى نهاد.

ثانیاً - در بسیاری از موارد آراء هیأتها و کمیسیونهای قانونی علیرغم اعلام قطعیت آن، قابل اعتراض در دادگاه عمومی یا دیوان عدالت اداری شناخته شده که از جمله می توان به ماده ۲۱ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲/۹/۷ و ماده ۱۴ قانون گزینش معلمان و کارکنان آموزش و پرورش مصوب ۱۳۷۴/۶/۱۴ اشاره نمود که علیرغم قطعیت آراء صادره از هیأتها رسیدگی به تخلفات اداری و هیأتهاى مرکزی گزینش، آن آراء را حسب مورد ظرف مدت ۱ و ۲ ماه قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری می داند. البته واضح است که در این مورد رسیدگی دیوان عدالت اداری با توجه به بند ۲ ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری (رسیدگی منحصراً از حیث نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آنها) و تبصره ۱ ماده ۲۱ قانون رسیدگی به تخلفات اداری سال ۱۳۷۲ و ماده ۱۴ قانون گزینش معلمان سال ۱۳۷۴، رسیدگی شکلی است و در صورت نقض رأی، بدون ورود در ماهیت، رسیدگی مجدد را به هیأت های همعرض ارجاع خواهد نمود.

بنابراین با توجه به مراتب فوق و نظر به اینکه

هیأت داوروری بورس نیز از مصادیق هیأت‌های و کمیسیون‌های قانونی مقرر در بند ۲ ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۶۰ محسوب می‌گردد و نظر به اینکه رأی هیأت داوروری بورس علی‌رغم قطعیت آن قابل اعتراض و قابل رسیدگی شکلی در دیوان عدالت اداری می‌باشد لکن اینجانب نیز رأی هیأت داوروری قابل اعتراض و رسیدگی شکلی در دیوان عدالت اداری است و در مورد آراء هیأت‌ها و کمیسیون‌های قانونی، صرفاً در مواردی دادگاه‌های عمومی صالح به رسیدگی به اعتراض از آنها هستند که نص صریح و استثنایی قانون این اجازه را تجویز کند (مانند رأی کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری مصوب سال ۱۳۶۶).

رضوانفر (دادسرای انتظامی قضات):

وقتی قانونگذار بیان کرده قطعی و لازم الاجراء است معلوم می‌شود که قابل اعتراض نیست. رأی اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۵/۳/۴) با توجه به بحث و تبادل نظرهای بعمل آمده سه نظر شرح ذیل اعلام گردید:

نظر اول (اکثریت) - آراء موضوع سؤال قابل اعتراض و مرجع رسیدگی آن دیوان عدالت اداری خواهد بود.

نظر دوم (اقلیت) ۱ - آراء موضوع سؤال قابل اعتراض و مرجع رسیدگی به اعتراض محاکم دادگستری می‌باشد.

نظر سوم (اقلیت) ۲ - آراء مذکور اساساً قابل اعتراض نمی‌باشند.

۳۵۷- با توجه به تفسیر اخیر شورای نگهبان از اصل ۱۷۳ قانون اساسی مبنی بر انحصار صلاحیت دیوان نسبت به آیین‌نامه‌های دولتی مرجع اعتراض نسبت به تصمیمات و آیین‌نامه‌های سایر قوا کدام است؟

سلیمی (دانشگاه آزاد واحد تهران مرکزی):

مطابق اصل سی و چهارم قانون اساسی دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید و مطابق اصل ۱۵۹ مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است. دادخواهی مبتنی بر حق است که این حق به موجب قانون (اساسی یا عادی) ایجاد یا ساقط می‌شود و لاغیر. چنانچه هر شخص یا مقامی در صدد بر آید که حقوق قانونی افراد را نادیده گرفته و تضییع نماید، شخص می‌تواند جهت دادخواهی به دادگاه‌های دادگستری مراجعه نماید و مطابق اصل ۱۶۷ قاضی مکلف است حکم هر دعوا را صادر نماید. طریق نقض حقوق افراد مؤثر در مقام نیست؛ بنابراین چنانچه حقوق افراد با صدور آیین‌نامه یا بخش‌نامه‌ای نقض شود. متضرر می‌تواند به طریقت صادر کننده چنین مقرره‌ای طرح دعوی نماید و مرجع ذی صلاح به عنوان

قاعده کلی دادگاه‌های عمومی دادگستری هستند. استثنائاً در مورد آیین‌نامه‌های خلاف قانون قوه مجریه مرجع ابطال آیین‌نامه‌های مزبور در دیوان عدالت اداری تعیین شده است ولی حتی در این خصوص هم متضرر از آیین‌نامه می‌تواند نزد دادگاه ذی صلاح در خصوص ضرر و زیان وارده به خویش تظلم نماید. دادگاه‌های دادگستری که در انجام وظایف محوله به قوه قضائیه مطابق بندهای ۲ و ۳ اصل ۱۵۶ قانون اساسی «احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع» و «نظارت بر حسن اجرای قوانین» را به عهده دارند مکلفند از تضییع حقوق افراد جلوگیری به عمل آورند. در موارد استثنایی حتی برای تضمین حقوق مندرج در قانون اساسی برای افراد، یا سوء استفاده از مقام ضمانت اجرای کیفری پیش‌بینی شده است (مواد ۵۷۰ و ۵۷۶ ق. م. ا.). ولی در سایر موارد دعوی صرفاً به صورت حقوقی و به طریقت مقام صادر کننده با خواسته ابطال مقرره مربوط طرح خواهد شد و رأی صادره جنبه اعلامی داشته و نیاز به اجرائیه نخواهد داشت.

صدقی (مستشار تجدیدنظر):

نظر به اینکه ابطال آیین‌نامه‌های دولتی حسب تفسیر شورای نگهبان منحصر در مورد مصوبات قوه مجریه و در صلاحیت دیوان عدالت اداری است و چنانچه مصوبات سایر قوا قابل ابطال بوده در همان اصل (۱۷۳) بیان می‌گردد و از طرفی رسیدگی به تظلمات و شکایات، مستلزم ابطال تصمیمات نمی‌باشد زیرا ماده ۱۶۷ قانون اساسی قضات را مکلف کرده است حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیاورد بنابراین اگر آیین‌نامه‌ها حکمی بر خلاف قوانین مدونه داشته باشند، بدیهی است قضات مکلف به اجراء قانون می‌باشند علی‌هذا اولاً ابطال تصمیمات سایر قوا با توجه به تفسیر شورای نگهبان غیر ممکن است مگر اینکه تفسیری دیگر از ناحیه شورای نگهبان یا مقرراتی مخالف آن از ناحیه مجمع تشخیص مصلحت نظام تصویب شود (در مقام حل اختلاف مجلس و شورای نگهبان) ثانیاً در صورت مراجعه تظلم خواه به دادگستری، قضات موظف به اجراء قانون می‌باشند نتیجتاً، بدون اینکه نیازی به ابطال مصوبات سایر قوا باشد قضات می‌توانند با توجه به قانون حاکم رفع تظلم نمایند.

ذاقلی (مجمع قضایی شهید محلاتی):

از محتوای تفسیر اخیر شورای نگهبان مبتنی بر خروج رسیدگی به اعتراض نسبت به تصمیمات آیین‌نامه‌های قوای قضائیه و مقننه از محدوده صلاحیت دیوان عدالت اداری چنین استنباط می‌گردد که نظر شورای نگهبان غیر قابل اعتراض بودن آنها در سایر مراجع قضایی نیز می‌باشد زیرا چنانچه دیوان عدالت اداری را که از تأسیسات حقوقی بعد از انقلاب می‌باشد از رسیدگی به

تصمیمات و آیین‌نامه‌های مذکور ممنوع کنیم وضعیت حقوقی ایجاد شده پس از تأسیس دیوان مذکور بر می‌گردد که در آن حالت مرجعی در این خصوص صالح به اظهار نظر و تصمیم نبود مگر در خصوص بعضی از امورات اداری از جمله رسیدگی به شکایات مستخدمین دولتی از حیث تضییع حقوق استخدامی که در صلاحیت محاکم قضایی قرار داشت که آن هم به موجب قوانین خاصی تجویز شده بود مضاف به اینکه چنانچه به پیروی از آن افرادی که اعتقاد به مرجعیت عام دادگستری در رسیدگی به دعاوی دارند معتقد به صلاحیت سایر مراجع قضایی در این خصوص باشیم با مشکل دیگری روبرو هستیم که ناشی از شیوه رسیدگی مخصوصاً ادعای خلاف شرع بودن آیین‌نامه می‌باشد زیرا طبق قانون مجری در دیوان عدالت اداری این موضوع بایستی از شورای نگهبان استعلام شود و در صورت تأیید آنها مبادرت به ابطال بخشنامه‌ها و آیین‌نامه‌ها می‌شود در حالیکه این رویه نمی‌تواند به محاکم قضایی اجبار گردد فلذا اینکه خلاف شرع بودن یا نبودن موارد مذکور به چه نحو بایستی احراز گردد در پرده ابهام قرار دارد.

رضایی تژاد (دادگستری اسلامشهر):

دو فرض متصور است:

اول آنکه: صدور آیین‌نامه مختص قوه مجریه می‌باشد و قوای دیگر مجاز به صدور آیین‌نامه و بخشنامه نیستند.

دوم: قوای دیگر هم مجاز به صدور آیین‌نامه هستند. در تحلیل این دو فرض می‌توان گفت که در خصوص مجلس با عنایت به وظیفه قانونگذاری و عدم اختیار اجرایی صدور آیین‌نامه منتفی است. ولی در خصوص قوه قضایی بدیهی است که پاره‌ای اقتضات صدور آیین‌نامه یا بخشنامه را توجیه می‌کند - پس در صورت التزام به تفسیر شورای نگهبان (که قطعاً چنین است) چه مرجعی جهت اعتراض به این آیین‌نامه‌ها وجود دارد؟ در پاسخ بنظر می‌رسد با عنایت به اصل ۱۷۰ و ۱۷۳ و تفسیر شورای نگهبان و سایر اصول قانون اساسی یا اصول حقوقی بتوان بر طبق اصل لزوم به این امر اعتراض کرد.

مؤمنی (شورای حل اختلاف):

در پاسخ به این سؤال سه نظر وجود دارد:

نظر نخست - با توجه به این که تفسیر شماره ۸۳/۳۰/۹۳۸۷ - ۸۳/۱۰/۲۱ - ۸۳/شورای نگهبان مربوط به اصل ۱۷۰ قانون اساسی است و ظاهراً ذکر اصل ۱۷۳ در متن سؤال اشتباه است. اگر مقصود این نظریه باشد، با توجه به این که در اصل ۱۷۰ از واژه «قوه مجریه» استفاده شده است و در نظر تفسیری شورای نگهبان هم از این قرینه استفاده شده، بهتر است که استفسار مجدد راجع به دامنه شمول اصل ۱۷۳ قانون اساسی که فاقد این قرینه است، بشود. بعلاوه از اداره

حقوقی هر استعلام به عمل آید.

**نظریه دوم** - بر اساس اصل ۱۷۳ قانون اساسی آیین نامه های دولتی اعم است و در این جا دولت به معنای وسیع کلمه که شامل هر سه قوه می شود، می باشد به این اعتبار دیوان عدالت صالح به رسیدگی به شکایات و تظلمات مردم نسبت به مأمورین واحدها یا آیین نامه های دولتی می باشد بجز قید تخصیص که در مورد شخص رئیس قوه قضائیه است. یعنی تنها آیین نامه ای که شخص رئیس قوه قضائیه صادر کرده چون دیوان عدالت به صراحت این اصل زیر نظر رئیس قوه قضائیه است صلاحیت ابطال آن را ندارد لیکن سایر مقامات قوه قضائیه یا سازمانهای وابسته به قوه قضائیه اگر آیین نامه ای خلاف قانونی صادر کنند قابل ابطال در دیوان عدالت اداری می باشد از جمله آیین نامه ها و تصمیمات سازمان ثبت و سازمان زندانها.

**نظریه سوم** - در حال حاضر با توجه به نظر تفسیری شورای نگهبان از اصل ۱۷۰ قانون اساسی، و بر اساس اصل یکصد و پنجاه و نهم از این قانون، دادگستری مرجع رسمی (و عام برای) رسیدگی به شکایات و تظلمات است و دادگاه های حقوقی محل مرجع اعتراض می باشد.

محمدی (دادگاه عمومی بخش گلستان):

شورای نگهبان در نظریه شماره ۳۰۹۳۸۷/۸۳ مورخه ۱۰/۲۱/۱۳۸۳ بیان نموده است که «با توجه به قرینه قوه مجریه در قسمت اخیر اصل ۱۷۰ قانون اساسی مقصود از دولت، قوه مجریه است»

۱- معنی دولت اعم است از قوه مجریه و مقننه و قضائیه.

۲- نظریه مذکور شورای نگهبان، به معنی سلب صلاحیت از دیوان عدالت اداری از رسیدگی به آیین نامه های صادره از سایر قوا نیست بلکه شورای نگهبان آمده و در اصل ۱۷۰ مقصود از دولت در آن اصل را مطرح نموده است و آنرا منحصر به قوه مجریه اعلام نموده است.

۳- رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین نامه های دولتی و احقاق حقوق آنها از قانونگذار در اصل ۱۷۳ قانون اساسی بر عهده دیوان عدالت قرار است و دولت در اصل ۱۷۳ قانون اساسی مطلق است و اعم از قوه مجریه و قوه مقننه و قوه قضائیه است و مطلق انگاشتن کلمه دولت در این اصل منافاتی با نظریه شورای نگهبان بشرح مذکور ندارد.

۴- رسیدگی به شکایات از واحدها و آیین نامه های دولتی برابر ماده ۲ قانون دیوان عدالت اداری، از صلاحیت ذاتی دیوان است که سابقه و ید طولانی دارد و سلب صلاحیت نمودن از این مرجع با هیچ منطقی و اصول و وجدانی قابل سازگار نیست و

اصلاً فلسفه تأسیس دیوان عدالت اداری بر این مبناء بوده است که با شکایات علیه آیین نامه های دولتی و غیره رسیدگی نماید و بر این اساس مرجع واحدی را قاتونگذار مدنظر گرفته و سرمایه گذارهای هنگفتی را جهت تأسیس این مرجع متحمل شده است که نمی توان به این سادگی از این سرمایه گذاری انسانی و مالی و علمی و قضایی چشم پوشی نمود و رسیدگی به شکایات از آیین نامه های دولتی و غیره را برعهده نهاد یا ارگان یا بطور کلی مرجع دیگری واگذار نمود و این حرف دل و عقل و تجربه است.

بنابراین بنظر می رسد صلاحیت کما فی سابق بر عهده دیوان عدالت اداری است و هیچ مرجعی نمی تواند به این وظیفه اقدام نماید چرا که تالی فاسد آن بسیار زیاد است و واگذاری این امر به مرجع دیگری نیاز به نیروی متخصص، مکان و امکانات و تجهیزات و قانون خاص و تشکیلات و عنوان دیگری دارد به نام دیوان عدالت اداری شماره ۲.

اما نظر دیگری هم است که صلاحیت رسیدگی به این امر را بر عهده شورای نگهبان نهاده اند چون شورای نگهبان وظیفه نقض قوانین مخالف با شرع را دارد لذا به طریق اولی قدرت نقض آیین نامه ها و بخشنامه های خلاف قانون و شرع را نیز دارا خواهد بود.

اما نظر سوم، که صلاحیت رسیدگی به این امور را در صلاحیت شورای تشخیص مصلحت نظاران می داند که بر اساس بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی این مجوز برای این مرجع جهت نقض آیین نامه ها و بخشنامه های خلاف قانون قرار داده شده است. نظر چهارم، صلاحیت بر این امر را بر عهده محاکم حقوقی دادگستری ها می دانند که به عنوان مرجعی که صلاحیت عام در رسیدگی به امور را داراست که به نوعی این صلاحیت را بر دوش قوه قضائیه نهاده، که این نظر همانند نظر اول است چون دیوان عدالت اداری هم جزوی از قوه قضائیه است پس اگر قرار است که این وظیفه بر عهده قوه قضائیه گذاشته شود قوه قضائیه و قانون قبلاً مرجعی را بر این امر قرار داده است، و آن هم دیوان عدالت اداری است نه محاکم حقوق دادگستری، که اگر غیر این باشد، خلاف فلسفه تأسیس دیوان عدالت اداری خواهد بود.

نظر این حقیر این است شورای نگهبان این معضل را باید خودش حل کند و به نظر چاره ای جز پذیرش نظر اول نخواهد داشت.

نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):

ابتدا باید متن استعلام و سپس پاسخ شورای محترم نگهبان را آورد و بعداً به تحلیل و پاسخگویی به سوال مطروحه پرداخت. متن استعلام به شماره ۱/۸۳/۱۱۸۷۰ مورخ ۱۳۸۳/۸/۲۸ از سوی ریاست محترم قوه

قضائیه به این شرح مطرح شد: «دبیر محترم شورای نگهبان - همانطور که مستحضردید در اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی جمهوری اسلامی آمده است: «قضات دادگاهها مکلفند از اجرای تصویب نامه ها و آیین نامه های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند و هر کس می تواند ابطال اینگونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند» خواهشمند است نظریه تفسیری آن شورای محترم را در این رابطه تبیین فرمائید که آیا محدوده اختیارات دیوان عدالت اداری در این اصل شامل تصویب نامه ها و آیین نامه های قوه قضائیه و سازمانهای وابسته به آنها و همچنین مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی و مصوبات اداری شورای نگهبان و مجمع تشخیص و امثال آن نیز می شود یا مخصوص به تصویب نامه ها و آیین نامه های دولتی به معنای قوه مجریه می باشد.

رئیس قوه قضائیه،  
سید محمود هاشمی شاهرودی  
پاسخ شورای نگهبان به شماره ۳۰/۹۳۸۷/۸۳ مورخ ۱۰/۲۱/۱۳۸۳:

«رئیس محترم قوه قضائیه

عطف به نامه شماره ۱/۸۳/۱۱۸۷۰ مورخ ۱۳۸۳/۸/۲۸ بدینوسیله نظریه تفسیری شورای نگهبان از اصل ۱۷۰ قانون اساسی به شرح ذیل اعلام می گردد: «با توجه به قرینه «قوه مجریه» در قسمت اخیر اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی مقصود از تعبیر «دولتی» در این اصل قوه مجریه است.

دبیر شورای نگهبان - احمد جنتی»  
اینک با توجه به متن استعلام و پاسخ آن و همچنین سؤال مطروحه می توان اینگونه پاسخ گفت که:

اولاً - اگر چه مطابق اصل ۲۷ قانون اساسی مصوب سال ۱۲۸۵ و اصلاحات ۱۳۲۸ و ۱۳۳۶، قوای مملکت به سه شعبه قوه مقننه، قوه قضائیه و حکمی و قوه اجرائیه تجزیه و تقسیم شده بود ولی همچنانکه می دانیم قوه قضائیه که مطابق بند دوم اصل ۲۷ متمم قانون اساسی فوق مخصوص به محاکم شرعی و محاکم عدلیه شده بود، تحت نظارت و وزارت دادگستری که خود در کابینه دولت و هیئت وزراء قرار داشته، عمل می کرد. بنابراین عمل تفکیک قوا به آن شکل وجود نداشته و قوه قضائیه در وزارت دادگستری متجلی و خلاصه می شد که خود در کابینه دولت به مفهوم قوه اجرائیه بود. از سویی دیگر با الهام از حقوق فرانسه، بتاريخ ۱۳۳۹/۲/۷ قانونی مرسوم به قانون راجع به شورای دولتی به تصویب کمیسیون مشترک دادگستری مجلسین شورا و سنا رسید که فی الواقع همان وظایف دیوان عدالت اداری در نظام قضایی کنونی را عهده دار بود.

قانون راجع به شورای دولتی از جمله قوانین متروکه ای بود که هیچگاه به مرحله اجرا در نیامده. ماده ۱ قانون یاد شده در بند الف آن در باب وظایف شورای دولتی، رسیدگی به شکایات از تصمیمات و اقدامات کلیه مراجع و مؤسسات دولتی و شهرداری و تشکیلات وابسته به آنها و همچنین رسیدگی به اعتراضات بر مدلول تصویب نامه ها و آئین نامه ها و بخشنامه ها و سایر نظامات دولتی و شهرداری را در مواردیکه تصمیمات و اقدامات مذکور بر خلاف قانون یا مغایر با صلاحیت مرجع مربوط بوده را برعهده شورای دولتی نهاده بود. تفکر تأسیس مرجعی به نام شورای دولتی ملهم از حقوق فرانسه بود که مرجعی به همین نام در آن کشور و در همین حوزه فعالیت قانونی داشته و دارد. نکته جالب آنکه مطابق ماده ۹ قانون راجع به شورای دولتی مصوب ۱۳۳۹ وزیر دادگستری سمت ریاست فائده کل شورا را عهده دار بود که فی الواقع عضوی از هیأت وزراء منصوب می گشت.

علاوه بر این مطابق اصل ۸۹ قانون اساسی سابق، دیوان خانه عدلیه و محکمه ها، وقتی احکام و نظامهای عمومی و ایالتی و ولایتی و بلدی را مجری خواهند داشت که آنها مطابق با قانون باشند. بنابراین اینکه در متن قانون راجع به شورای دولتی در سال ۱۳۳۹ راجع به اقدامات بخلاف قانون دولت و ابطال این اقدامات تصمیمات و مصوبات دولتی، تفریر حکم شده بود، بدین جهت بود که قوه قضائیه از حیث سلسله مراتب اداری در وزارت دادگستری که خود جزئی از هیأت وزراء و کابینه دولت (قوه مجریه) بود خلاصه می شد و تصمیمات و مصوبات و آئین نامه های وزارت دادگستری (غیر از آراء قضایی محاکم شرعیه و عدلیه) به کیفیت منسوب به دولت به مفهوم قوه اجرائیه می گشت. تکلیف قوه مقننه نیز معلوم بود زیرا تمامی مصوبات قوه مقننه، ماهیت و نام قانون را دارد ولو اینکه با عنوان آئین نامه به تصویب برسد (مانند آئین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی)، ماهیتاً قانون به معنای خاص تلقی خواهد شد. بنابراین انتساب عنوان آئین نامه و بخشنامه به مصوبات مجلس، صحیح نیست و این مصوبات اصولاً قانون به معنای خاص محسوب می گردند. قانون جانشینی بودن مصوبات مربوط به آئین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی از موضوع ماده ۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۲/۱۰/۷ مؤید این استدلال است.

نهایتاً - واضعان اصل ۱۷۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی که فی الواقع در تصویب این اصل، از اصل ۸۹ قانون اساسی قبل از انقلاب الهام نمودند، بالحفاظ جهاتی که در بند فوق یاد گردید و با توجه به متداول بودن و شایع بودن اقدامات و مصوبات بخلاف قانون مجریه، در

تصویب و تدوین اصل ۱۷۰ قانون اساسی، از آئین نامه های دولتی مخالف با قانون یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه یاد نمودند. اگر چه تفسیر شورای محترم نگهبان از اصل ۱۷۰ قانون اساسی، با عنایت به تصریح مقنن به عبارت (قوه مجریه) در متن اصل ۱۷۰، با نص قانون اساسی مطابقت دارد، لیکن به نظر می رسد با هدف و منظور واضعان قانون اساسی جمهوری اسلامی منطبق و سازگار نباشد. چه همانطور که گفتیم قید عبارت قوه مجریه و دولت در اصل ۱۷۰ صرفاً به لحاظ شایع بودن و متداول بودن تصویب آئین نامه و تصویب نامه توسط دولت و بعضاً مغایرت آن با قانون بوده و است و اینگونه مصوبات در سایر مراجع که تحت نظارت و وابسته به قوه مجریه نیستند، چه از حیث مرجعیت وضع آئین نامه و چه از جهت مغایرت آن با قانون، کمتر به چشم می خورد ولی فرضی محال نیست و ابطال این مصوبات تاکنون به دفعات توسط هیأت عمومی دیوان عدالت اداری صورت گرفته است.

ثالثاً - نکته مهم در اصل ۱۷۰ قانون اساسی آن است که قضات دادگاهها را مکلف نموده که از اجرای تصویب نامه ها و آئین نامه های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند. سؤال این است که آیا مگر قضات دادگاهها در صدور آراء خود به آئین نامه و تصویب نامه های غیرقانونی پاسخ قطعاً منفی است. زیرا مطابق اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی جدید مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱

و همچنین ماده ۸ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸، قضات دادگاهها مکلفند که در صدور آراء خود فقط و فقط به قانون استناد کنند و نه تنها مکلفند که به قانون استناد نمایند بلکه اساساً حق استناد به آئین نامه و تصویب نامه را

ندارند خواه این تصویب نامه و آئین نامه مزبور مطابق با قانون تصویب شده باشد که در این صورت با پشتوانه همان قانون، صحت و اعتبار خواهد داشت و لاغیر.

رابعاً - قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰/۱۱/۴ که مورد تأیید شورای نگهبان نیز قرار گرفته، در ماده ۱۱ خود صلاحیت و حدود اختیارات دیوان را احصاء نموده و حتی تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی به معنای عام آن (یعنی ارکان حکومت) را از وراثتخانه ها و

### قضات دادگاهها مکلفند از اجرای تصویب نامه ها و آئین نامه های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند و هر کس می تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند

سازمانها و شهرداریها و تشکیلات و نهادهای انقلابی را که مغایر با قانون باشد، قابل شکایت و اعتراض در دیوان عدالت اداری داشته است. نکته جالب در اینجاست که شهرداریها و نهادهای انقلابی، جزء دولت به مفهوم قوه مجریه نیستند و مطابق ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب سال ۱۳۶۶ و قوانین خاص که در سال ۱۳۷۴ به بعد تصویب گشته، به عنوان نهادهای عمومی غیردولتی به شمار می آیند. بنابراین آئین نامه ها و مقررات و نظاماتی که توسط شهرداریها و این دسته از نهادهای عمومی غیردولتی به تصویب می رسند چنانچه مغایر با قانون باشند، وفق بند پ ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری قابل اعتراض و ابطال در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری خواهند بود. (ماده ۲۵ همان قانون). به علاوه باید به این سؤال نیز پاسخ گفت که آیا صرف نظر تفسیری شورای محترم نگهبان از اصلی از اصول قانون اساسی، می تواند صلاحیت یک مرجع قضایی مانند دیوان عدالت اداری را تضییق نموده و یا توسعه دهد؟ به نظر می رسد پاسخ منفی باشد.

زیرا مطابق اصل ۱۵۹ قانون اساسی، تشکیل دادگاهها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است و نظر شورای نگهبان نیز تنها می تواند در تأیید یا رد مصوبه مجلس منشأ اثر گردد (اصول ۹۱، ۹۲، ۹۶ قانون اساسی). بنابراین به نظر می رسد که صرف تفسیر اخیر شورای محترم نگهبان از اصول ۱۷۰ قانون اساسی، نتواند دایره اجرای ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۶۰ را محدود و مضیق نمود.

بلکه این نظر تفسیری می باید پس از تصویب مصوبات مجلس شورای اسلامی دایر بر تضییق دایره صلاحیت دیوان عدالت اداری، اعمال و اعلام گردد. چه اصولاً مرجع نسخ و تضییق و توسعه یک قانون، همان مرجع وضع آن باید باشد. خامساً - اگر قبول کنیم

که مصوبات و آئین نامه های سایر مراجعی که وابسته به قوه مجریه نیستند، قابلیت ابطال در دیوان عدالت اداری یا سایر مراجع قضایی را ندارند، فی الواقع پذیرفته ایم که این دسته از مراجع اختیار دارند در عرض قوه مقننه قرار گرفته و به مشابه مجلس شورای اسلامی و یا مجمع تشخیص مصلحت نظام (در موارد استثنایی) دست به تقنین قانون، یعنی اصلاح، نسخ و وضع قانون بزنند و مقرراتی را در قالب تصویب نامه و آئین نامه و بخشنامه، مغایر با قانون خاص

و مصوب مجلس به تصویب برسانند. که بی تردید باید چنین امری را ناصواب خواند. چون وفق اصل ۷۱ قانون اساسی شأن قانونگذاری اصولاً و صرفاً در صلاحیت و از مختصات مجلس شورای اسلامی است و استثنائاً و در مجرای خاصی برعهده مجمع تشخیص مصلحت نظام (اصل ۱۱۲ قانون اساسی).

سادساً - حتی اگر نظریه تفسیری شورای محترم نگهبان را در باب اصل ۱۷۰ قانون اساسی، مستقیماً قابل اجراء بدانیم و دیوان عدالت اداری را صالح به نقض آئین نامه ها و مصوبات مراجعی که تحت نظارت و وابسته به قوه مجریه نیستند، ندانیم، بی تردید باید مرجع دیگری را وفق قانون، صالح به رسیدگی بشناسیم. در این مورد با توجه به اصل ۱۵۹ قانون اساسی که مرجع رسمی تظلمات و شکایات را دادگستری دانسته و با عنایت به ماده ۱۰ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱/۱/۲۱/۱۳۷۹ که رسیدگی نخستین و اصولی به هر نوع دعاوی را (با لحاظ صلاحیت اختصاصی دادگاه انقلاب) در صلاحیت عمومی و عام دادگاههای عمومی نهاده لهذا به نظر می رسد مرجع ابطال تصویب نامه ها و آئین نامه هایی که از سوی مراجع غیر وابسته به قوه مجریه صادر می شود، دادگاههای عمومی حقوقی است.

پاوری (دادستانی کل کشور): تقاضای ابطال آئین نامه یا تصویب نامه های خلاف شرع و قانون ربطی به ذینفع بودن فرد ندارد هر کسی می تواند

چنین تقاضایی را از دیوان عدالت اداری بکند تا مطابق ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری رسیدگی لازم انجام گیرد اما با توجه به تفسیر اخیر شورای نگهبان و محدودیت صلاحیت دیوان نسبت به آئین نامه ها و تصویب نامه های سایر قوا باید گفت

از دید حقوق شهروندی هم که به موضوع نگاه کنیم باید مرجعی جهت رسیدگی به این درخواستها وجود داشته باشد لیکن در حال حاضر چنین مرجعی وجود ندارد به نظر می رسد تنها راه حل این خواسته اعلام به شورای نگهبان است.

اهوارکی (دادسرای عمومی و انقلاب هشتگرد):

تفسیر شورای نگهبان دولت را به معنی اعم (قوه مجریه) دانسته و صلاحیت دیوان عدالت اداری را رسیدگی به آیین نامه ها و تصویب نامه های این قوه محدود کرده است لذا اگر قاضی محکمه دادگستری مواجه با آئین نامه یا تصویب نامه ای بشود که غیر از دولت (قوه مجریه) صادر شده باشد باید قائل بر این باشیم که چون

دادگستری مرجع تظلمات است باید وارد رسیدگی شود.

زندنی (معاون آموزش دادگستری استان تهران):

شورای نگهبان در خصوص رسیدگی به موضوع سؤال از دیوان عدالت اداری سلب صلاحیت کرده است. حال می خواهیم بدانیم مرجع اعتراض نسبت به آئین نامه های قوای دیگر کجاست به نظر می رسد در این خصوص محاکم حقوقی دادگستری صالح به رسیدگی هستند زیرا که به موجب اصل ۱۵۹ قانون اساسی مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است و قاضی هم باید سعی کند حکم موضوع را پیدا کند. منصوری (دانشگاه آزاد اسلامی): بر طبق اصل ۱۷۰ قانون اساسی قضات دادگاهها مکلفند از اجراء تصویب نامه ها و آئین نامه های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند. ماهیت قضیه به این امر مقید شده که قضات آنچه که مخالف شرع و قانون است سرباز زنند و در فرض سؤال باید گفت با اخذ نظر شورای نگهبان موضوع در محاکم دادگستری قابل رسیدگی است.

رضوانفر (دادسرای انتظامی قضات):

مرجع ابطال آئین نامه ها و تصویب نامه های خلاف شرع شورای نگهبان و خلاف قانون دیوان عدالت اداری است که برابر ماده ۲۵ در دیوان مذکور رسیدگی خواهد شد که با توجه به تفسیر اخیر شورای نگهبان صلاحیت دیوان محدود به آئین نامه ها و تصویب نامه های قوه مجریه شده است اما در خصوص فرض سؤال قضات اگر تشخیص دهند آئین نامه یا تصویب نامه ای خلاف شرع یا قانون است عمل نمی کنند و حق ندارند در مورد ابطال آن تصمیم بگیرند زیرا که در خصوص فوق قانون مدونی نداریم پس چگونه می

توانیم بگوییم دادگاه عمومی صالح به رسیدگی است؟ به نظر اینجانب از حیث شرعی یا قانونی بودن آن می توان از شورای نگهبان استعلام کرد. رأی اکثریت اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۵/۳/۴):

با توجه به تفسیر اخیر شورای محترم نگهبان که دلالت بر صلاحیت دیوان عدالت اداری فقط از حیث رسیدگی به آئین نامه ها و تصویب نامه های قوه مجریه دارد. در خصوص فرض سؤال مرجعی جهت رسیدگی پیش بینی نشده لذا تنها راه انجام این خواسته اعلام آن به شورای محترم نگهبان است. رأی اقلیت اعضای کمیسیون (نزدیک به اکثریت): درخصوص فرض سؤال با توجه به اصل ۱۵۹

قانون اساسی محاکم حقوقی می توانند با تشخیص شورای نگهبان نسبت به موضوع رسیدگی نمایند.

سؤال ۳۵۸: آیا منظور از «... مال مورد مزایده به هر میزانی که خریدار پیدا کند به فروش خواهد رفت...» مندرج در ماده ۱۳۱ قانون اجرای احکام مدنی فروش آن مال حتی زیر قیمت ارزیابی شده است؟ یا منظور فروش هر مقدار از مال مورد مزایده در صورت وجود خریدار با رعایت قیمت ارزیابی منظور نظر است؟

مقدم (مجمع قضائی شهید باهنر): منظور از به هر میزان عنوان شده در ماده ۱۳۱ قانون اجرای احکام مدنی این نیست که مال مورد مزایده را بتوان زیر قیمت کارشناسی به فروش رساند زیرا ممکن است مال مذکور را به یک دهم قیمت کارشناسی درخواست خرید نمایند، بلکه منظور عنوان مذکور این است که هر قسمت از مال از قبیل دانگ از شش دانگ خریدار پیدا کند بفروشد خواهد رسید البته نباید کمتر از میزان ارزیابی کارشناسی باشد.

شجاعی (دادگستری شهریار):

اگر چه در ماده ۱۳۱ قانون اجرای احکام مدنی به کلمه «هر میزان اشاره شده لکن از قریبه موجود در ماده ۱۳۲ همان قانون می توان پی برد که منظور قانونگذار در هر حال فروش مال موضوع مزایده به کمتر از قیمت ارزیابی شده نبوده است ضمناً با توجه به اینکه اصل بر این است که قانونگذار از به کار بردن الفاظ در قانون نویسی اهداف خاص داشته و در ماده ۱۳۱ قانون مذکور عاملاً از به کار بردن لفظ «قیمت» خودداری کرده و در ماده ۱۳۲ صراحتاً لفظ «قیمت» را به کار برده است و در هر دو ماده نیز در مقام بیان بوده لذا نمی توان لفظ «هر میزان» در ماده ۱۳۱ را به هر قیمت تفسیر کرد.

ذاقلی (مجمع قضائی شهید محلاتی):

ماده ۱۳۵ قانون اجرای احکام می گوید: «اگر فروش قسمتی از اموال توقیف شده برای پرداخت محکوم به و هزینه های اجرائی کافی باشد بقیه اموال فروخته نمی شود و به صاحب آن مسترد می گردد». بنابراین قید به هر قیمتی مندرج در ماده ۱۳۱ با صراحت ماده ۱۳۵ که اجازه فروش اموال محکوم علیه که زاید بر محکوم به باشد را مطلقاً نمی دهد واجد معنایی غیر از فروش هر مقدار از مال مورد مزایده می باشد. از طرف دیگر طبق ماده ۱۳۱ و همچنین ماده ۱۳۲ همان قانون محکوم له از قبول مال مورد مزایده به کمتر از قیمتی که ارزیابی شده ممنوع است فلذا قیود مذکور در این ماده نیز بیانگر این است که متعلق قید «به هر میزانی» قیمت است نه مقدار مالی مورد مزایده.

مؤمنی (شورای حل اختلاف):

با توجه به ماده ۱۳۲ ق.ا.ا.م که مقرر داشته

قیمت پایه چندان تفاوتی ندارد و عرفاً قابل اغماض و تحمل و منصفانه باشد تا بدین طریق محکوم له هم به حق خویش برسد و دستگاه قضایی هم که وظیفه اش حل و فصل دعوی است زحمات او شمر ثمر باشد.

**نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):**

به نظر می رسد منظور از عبارت مندرج در ماده ۱۳۱ قانون اجرای احکام مدنی فروش مال حتی زیر قیمت ارزیابی شده است زیرا:

اولاً: واژه (میزان) و یا عبارت (به هر میزانی)، به قرینه جمله قبل از آن ( . . . ) یا تقاضای تجدید مزایده مال توقیف شده را بنمایید و در صورت اخیر ( . . . ) به مفهوم (هر مبلغی) است که خریدار پیدا کند. فی الواقع اگر چه مطابق مواد ۷۳، ۷۵، ۱۱۰ و ۱۲۸ قانون اجرای احکام مدنی، اموال منقول و غیرمنقول مورد ارزیابی و تقویم مالی قرار می گیرد، لیکن هرگاه برای بار اول هیچ خریداری برای مزایده و فروش مال به قیمت ارزیابی شده پیدا نشود، معلوم می گردد که مال مزبور به درستی ارزیابی نشده است. به همین جهت نیز مقنن به منظور تسهیل در اجرای حکم صادره و فروش اموال توقیف شده، مقرر داشته که هرگاه برای بار اول، ملک به قیمت ارزیابی شده به فروش نرود، حسب درخواست محکوم له، برای بار دوم مزایده برگزار و این بار، مال مورد مزایده به هر میزانی که خریدار پیدا کند، به فروش خواهد رفت.

ثانیاً: نکته مهم آن است که مطابق مادتين ۱۲۷ و ۱۳۲ قانون اجرای احکام مدنی، محکوم له می تواند مثل سایرین در خرید شرکت کند ولی او تنها می تواند مال مورد مزایده را به قیمتی که ارزیابی شده و یا بیش از آن، قبول یا خریداری کند. بنابراین ولو اینکه محکوم له در بار دوم در مزایده شرکت نماید نمی تواند مال مورد مزایده را زیر قیمت ارزیابی شده خریداری کند. ولی این قید و محدودیت برای سایر خریداران و شرکت کنندگان در مزایده وجود ندارد و آنان مجازند که در بار دوم که مزایده برگزار می شود، مال را ولو زیر قیمت ارزیابی شده بخرند.

ثالثاً: موردی که شاید در جواز فروش مال مورد مزایده به زیر قیمت ارزیابی شده برای بار دوم، تردید ایجاد می کند، احتمال تبانی میان خریداران و محکوم له است که به نظر می رسد وجود دو دلیل خاص، این تردید را کمرنگ و یا منتفی می کند:

اول اینکه در هر حال محکوم له باید به حق خود برسد و نمی توان به هر دلیلی فروش مال مورد مزایده را ولو به مبلغ کمتر از ارزیابی منتفی دانست. چه مقنن نیز با توجه به همین نکته مهم و حمایت از محکوم له و امکان اجرای حکم، فروش مال ولو به قیمت کمتر از میزان ارزیابی شده را تجویز نموده است و همانطور که

در صورتی که محکوم له مال مورد مزایده را به قیمت ارزیابی شده قبول ننماید. آن مال به محکوم علیه مسترد خواهد شد و با استفاده از قاعده لاضرر، چنانچه به قیمت کمتر از قیمت ارزیابی شده فروش رود مشمول دارا شدن غیر عادلانه است، مقصود قسمت اخیر سؤال است که فروش هر مقدار از مال مورد مزایده در صورت وجود خریدار با قیمت ارزیابی شده را در نظر گرفته است.

**یاوری (دادستانی کل کشور):**

ظاهر ماده ۱۳۱ قانون اجرای احکام مدنی که مقرر داشته در صورت اخیر مال مورد مزایده به هر میزانی که خریدار پیدا کند به فروش خواهد رفت ناظر به قیمت است چه در غیر اینصورت، موجبی برای تجدید مزایده وجود نداشت به علاوه، در مقام مقایسه بین مواد ۱۳۱ و ۱۳۲ می توان گفت ماده ۱۳۲ در زمانی اجراء می شود که اصلاً خریداری برای مال پیدا نشود ولی ماده ۱۳۱ مربوط به زمانی است که خریدار هست ولی با قیمتی کمتر از قیمت پایه بنابراین به عقیده اینجانب منظور ماده ۱۳۱ این است که در دفعه دوم می توان مال را به قیمت کمتر از قیمت پایه فروخت. البته مشروط بر اینکه قیمت اعلامی با قیمت واقعی مال تفاوت فاحش نداشته باشد زیرا در صورت وجود تفاوت فاحش می توان گفت این وضعیت در حکم این است که خریدار وجود ندارد و در این حالت مطابق ماده ۱۳۲ عمل خواهد شد.

**محمدی (دادگاه عمومی بخش گلستان):**

مندرج در ماده ۱۳۱ قانون اجرای احکام مدنی فروش آن مال حتی زیر قیمت ارزیابی شده است؟ یا منظور فروش هر مقدار از مال مورد مزایده در صورت وجود خریدار با رعایت قیمت ارزیابی منظور نظر است؟

ملاک فروش اموال اعم از منقول و غیر منقول به نحوه مزایده است و فلسفه تأسیس مزایده، فروش مال به بالاترین قیمت است و آن قیمت همان قیمت ارزیابی یا قیمت پایه است بنابراین؛ اولاً: منظور از میزان در ماده ۱۳۱ قانون اجرای احکام مدنی قیمت است و این معنای عرفی است که از این کلمه در جمله مذکور برداشت می شود و ملاک عمل است.

ثانیاً: منظور از قیمت، همان قیمت ارزیابی و قیمت پایه و قیمت عادلانه است. ثالثاً، چنانچه مال مورد مزایده یا قیمت پایه فروش نرفت برابر ماده ۱۳۲ همین قانون مال به محکوم علیه (مالک آن) باید مسترد گردد و اجرای احکام حق ندارد مال مورد مزایده را به کمتر از قیمت پایه ارزیابی شده به فروش رسانده و به عنوان محکوم به آن را به محکوم له پرداخت نماید مگر ۱- این که محکوم علیه به قیمت کمتر از قیمت پایه توافق کند. ۲- قیمت فروش مال مورد مزایده با

گفتیم وقتی که برای مال مورد مزایده برای بار اول خریدار پیدا نشود، معلوم می گردد که ارزیابی به درستی انجام نشده است. دلیل دوم آن که مطابق مادتين ۱۴۲ و ۱۴۳ قانون اجرای احکام مدنی، هرگاه از مقررات مزایده تخلف شود و یا کسی مدعی تخلف از مقررات مزایده گردد و یا راجع به تنظیم صورت ملک و ارزیابی شکایت داشته باشد، می تواند ظرف یک هفته از تاریخ وقوع تخلفات فوق، به دادگاه شکایت نموده و دادگاه در وقت فوق العاده به شکایت رسیدگی و در صورت احراز تخلف، اقدامی را که بر خلاف مقررات شده را ابطال و دستور مقتضی صادر می نماید و به علاوه دستور صدور سند انتقال به نام خریدار در صورتی است که ولو بدون طرح شکایت، دادگاه صحت جریان مزایده را احراز نماید. بنابراین باب تبانی از این جهت نیز محدود و منتفی می گردد.

البته در ماده ۱۲۷ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۵۵/۴/۶ وزارت دادگستری اعلام شده که هرگاه مال معرفی شده در جلسه حراج خریدار پیدا نکند هر یک از بدهکار و بستنکار می توانند تقاضا کنند که مورد حراج در جلسه بعد به حراج گذارده شود و هرگاه در جلسه بعد هم خریدار پیدا نشود طبق صورت ارزیابی به بستنکار واگذار خواهد شد.

در ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب اصلاحی ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ نیز همین ترتیب مقرر شده است و به نظر با آنچه که در مورد قبول مال توسط محکوم له در قانون اجرای احکام مدنی طبق قیمت ارزیابی شده، آمده است، تطبیق دارد ولی در باب مزایده و حراج برای بار دوم فقط ماده ۱۳۱، قانون اجرای احکام مدنی متضمن این حکم است که مال به هر میزانی که خریدار پیدا کند فروخته خواهد شد و در مقررات دیگر این موضوع مسکوت مانده است.

التهایه به نظر اینجانب منظور مقنن از ماده ۱۳۱ قانون اجرای احکام مدنی، فروش مال در بار دوم حتی زیر قیمت ارزیابی شده است. نظر قریب باتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۵/۳/۴):

منظور «بهر میزانی» مندرج در ماده ۱۳۱ قانون اجرای احکام مدنی آن قسمت از مال مورد مزایده شامل؛ دانگ و یا عدد و . . . می باشد که قابل فروش است در این صورت اجرای احکام می تواند با در نظر گرفتن قیمت کارشناسی نسبت به همان قسمت از مال مذکور که قابل فروش است اقدام نماید با این توضیح که اگر «بهر میزانی» را به هر قیمت (کمتر از قیمت کارشناسی) بدانیم و عمل نمائیم برخلاف مصلحت محکوم علیه و در تضاد با ماده ۱۳۲ قانون یاد شده اقدام نموده ایم هر چند که اختلاف قیمت ناچیز باشد.