



# گزارش کارشناسی

## پرونده‌های دیوان عدالت اداری

در خصوص:

تقاضای ابطال بند (۴) ردیف «ه» آگهی آزمون مشاوره  
حقوقی و وکالت دادگستری سال ۱۳۹۶

کد گزارش: ۹۷۰۳۰۲۱

تاریخ انتشار: ۱۳۹۷/۰۳/۰۵

پژوهشکده شورای نگهبان

شناسنامه گزارش

# گزارش کارشناسی پرونده‌های دیوان عدالت اداری

موضوع:

تقاضای ابطال بند (۴) ردیف «ه» آگهی آزمون مشاوره  
حقوقی و وکالت دادگستری سال ۱۳۹۶

تهیه و تنظیم:

محمد رضا قاسمی

نظارت:

سیده مجتبی حسینی پور

**پژوهشکده شورای نگهبان**

شماره گزارش: ۹۷۰۳۰۲۱

تاریخ تنظیم: ۱۳۹۷/۰۳/۰۵

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## گزارش کارشناسی پرونده‌های استعلامی دیوان عدالت اداری

موضوع شکایت: تقاضای ابطال بند (۴) ردیف «ه» آگهی آزمون مشاوره حقوقی

و وکالت دادگستری سال ۱۳۹۶

شاکی: حامد دهقان

طرف شکایت: مرکز امور مشاوران حقوقی قوه قضاییه

جهت مغایرت شرعی: قاعده «لاضرر»

شماره و تاریخ نامه دیوان: ۲۸۱/۴۷۰۵۵ - ۱۳۹۶/۱۲/۲۰

### مقدمه

شاکی به موجب تقدیم دادخواستی، تقاضای ابطال بند (۴) ردیف «ه» آگهی آزمون مشاوره حقوقی و وکالت دادگستری سال ۱۳۹۶ در خصوص ایجاد محدودیت نسبت به پذیرش متقاضیان وکالت و مشاوران حقوقی مرکز امور مشاوران دادگستری را به جهت مغایرت با قاعده «لاضرر» (لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام) درخواست کرده است. در این گزارش با عطف توجه به ادله‌ی شاکی، به تبیین حقوقی موضوع پرداخته خواهد شد.

### شرح و بررسی

مرکز امور مشاوران حقوقی قوه قضاییه در آگهی آزمون مشاوره حقوقی و وکالت دادگستری سال ۱۳۹۶ مطابق بند (۴) ردیف «ه» جداولی را به پیوست

ناظر به ظرفیت‌های مشاوران حقوقی هر استان ارائه کرده است. مطابق این جداول محدودیت پذیرش تعداد اشخاص به‌عنوان مشاوران حقوقی برای هر استان ایجاد شده است که این محدودیت از آن جهت که بر «فضای رقابت» و همچنین «اشتغال‌زایی» اثرگذاری مستقیم دارد حائز اهمیت بوده و از همین حیث مورد شکایت واقع شده و شاکی مستند به دلایل ذیل درخواست ابطال آن را دارد.

## الف) ادله شاکی

### ۱. خلاف شرع بودن آگهی آزمون مرکز امور مشاوران دادگستری:

شاکی با استناد به قاعده لاضرر معتقد است، مرکز امور مشاوران دادگستری نمی‌تواند بر اساس آگهی آزمون محدودیتی برای پذیرش اشخاص در استان‌های مختلف قرار دهد و با وضع این محدودیت مانع اشخاصی شود که صلاحیت علمی لازم را دارند، چرا که داشتن صلاحیت علمی چیزی غیر از به دست آوردن رتبه در محدوده تعیین شده می‌باشد. با این توضیح که در صورتی که نمره مشخصی ناظر به صلاحیت علمی تعیین شود، شخص ممکن است بتواند آن را کسب کند اما در صورتی که رتبه‌ی خاصی لازم باشد با همان نمره نتواند رتبه لازم را کسب کند. ازین رو شاکی معتقد است وضع این نوع محدودیت (لزوم کسب رتبه به جای مرتبه علمی) باعث ورود ضرر به اشخاص می‌شود، چرا که آن‌ها را از گرفتن پروانه محروم می‌کند و مطابق قاعده لاضرر حکم ضرری باید متوقف و رفع شود.

### ۲. مغایرت با اصل (۲۸)

### ۳. <sup>۱</sup> قانون اساسی:

شاکی مدعی است که ایجاد محدودیت برای ظرفیت پذیرش به نوعی مانع شدن برای اعمال حق انتخاب شغل است و اشخاص مجبور می‌شوند به شغلی که در تخصص آنها نیست روی آورند.

### ۴. مغایرت با سیاست‌های کلی اصل ۴۴:

شاکی معتقد است ایجاد محدودیت مذکور با بند «افزایش سطح اشتغال»<sup>۲</sup> در سیاست‌های کلی اصل ۴۴ مغایر است. چرا که این محدودیت نوعی، مانع برای افزایش سطح اشتغال تلقی می‌شود.

### ۵. مغایرت با قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴:

طبق تبصره (۲) ماده (۷) قانون اجرای سیاست‌های اصل (۴۴) قانون اساسی مراجع صادرکننده مجوز کسب‌وکار اجازه ندارند به دلیل «اشباع بودن بازار» از پذیرش تقاضای صدور مجوز «کسب‌وکار» امتناع کنند. شاکی بر این اساس

---

۱ اصل ۲۸- هر کس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست برگزیند. دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید.

۲ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران-

با توجه به ذیل اصل ۴۴ قانون اساسی و مفاد اصل ۴۳ و به‌منظور:

...

- افزایش سطح عمومی اشتغال. ....

مقرر می‌گردد: ...

۳ تبصره ۲ - (الحاقی ۱۳۹۳/۰۴/۰۱) هر یک از مراجع صادرکننده مجوز کسب‌وکار موظفاند درخواست متقاضیان مجوز کسب‌وکار را مطابق شرایط مصرح در پایگاه اطلاع‌رسانی مذکور دریافت و بررسی کنند. صادرکنندگان مجوز کسب‌وکار اجازه ندارند به دلیل «اشباع بودن بازار»، از پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب‌وکار امتناع کنند. امتناع از پذیرش مدارک و درخواست مجوز و تأخیر بیش از ظرف زمانی تعیین شده در پایگاه اطلاع‌رسانی مذکور در صدور مجوز برای متقاضیانی که مدارک معتبر مصرح در پایگاه اطلاع‌رسانی یادشده را ارائه داده‌اند، مصداق «اخلال در رقابت» موضوع ماده (۴۵) این قانون است و ...».

معتقد است که «آگهی آزمون مرکز امور مشاوران دادگستری» با تعیین ظرفیت برای هر استان به نوعی از صدور مجوز کسب و کار برای اشخاصی که هر چند صلاحیت علمی لازم را دارند اما رتبه لازم برای قرار گرفتن در ظرفیت محدود را کسب نکرده‌اند، امتناع کرده است. شاکی با استناد بر تعریف مجوز کسب کار در بند (۲۱) قانون مزبور و همچنین با استناد بر اینکه از دفاتر وکلای دادگستری عوارض کسب و پیشه اخذ می‌شود بر «کسب و کار» بودن وکالت تأکید می‌کند و موضوع شکایت را مشمول احکام بیان شده ناظر به تسهیل کسب و کارها می‌داند.

شاکی در ادامه استدلال می‌کند تا سؤال مقدر ناظر به مسئله ناسخ و منسوخ را پاسخ دهد و ثابت کند که عام لاحق (قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴) توانسته است قانون خاص سابق (قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری مصوب ۱۳۷۶) را نسخ کند و در این راستا به نظر معاونت قوانین مجلس شورای اسلامی استناد کرده که به موجب قانون «تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور» مصوب ۱۳۸۹ وظیفه تشخیص تعارضات موجود در مقررات را دارد. این معاونت در پاسخ به یکی از نمایندگان در خصوص منسوخ شدن تبصره (۱) قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری مصوب ۱۳۷۶ توسط تبصره (۲) ماده (۷) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) نظر به نسخ ضمنی آن می‌دهد.

---

**۱. ماده ۲۱-** مجوز کسب و کار: هر نوع اجازه کتبی اعم از مجوز، پروانه، اجازه‌نامه، گواهی، جواز، استعلام، موافقت، تأییدیه یا مصوبه است که برای شروع، ادامه، توسعه یا بهره‌برداری فعالیت اقتصادی توسط دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۸/ ۷/ ۱۳۸۶ و ماده (۵) قانون محاسبات عمومی مصوب ۱/ ۶/ ۱۳۶۶، شوراهای اسلامی شهر و روستا، اتاق‌های بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی، اتاق‌های تعاون یا اصناف، تشکلهای اقتصادی، اتحادیه‌ها، شوراها، مجامع و نظام‌های صنفی یا نمایندگان و متصدیان مستقیم یا غیرمستقیم آن‌ها صادر می‌شود

## ۶. مغایرت با قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور

مصوب (۱۳۹۴): شاکی با استناد به تبصره (۳) ماده (۵۷) و ماده (۷) قانون مزبور معتقد است که مرکز امور مشاوران قوه قضاییه با تعیین محدودیت موصوف نه‌تنها اقدامی در جهت تسهیل صدور مجوز مطابق ماده مزبور نکرده است، بلکه مسیر تحصیل مجوز را دشوارتر نیز نموده است.

## ۷. مغایرت با میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی-اجتماعی و فرهنگی:

شاکی با بیان این امر که ایران به میثاق بین‌المللی مذکور ملحق شده است و مطابق ماده (۹) قانون مدنی این میثاق در حکم قانون داخلی بوده و باید رعایت شود به بند (۱) از ماده (۶) این میثاق استناد کرده و معتقد به محدود شدن

---

**۱. تبصره ۳ -** کلیه مراجعی که مجوز کسب‌وکار صادر می‌کنند موظف‌اند نوع، شرایط و فرآیند صدور، تمدید و لغو مجوزهایی را که صادر می‌کنند به همراه مبانی قانونی مربوطه ظرف مدت یک ماه پس از ابلاغ این قانون، تهیه و به «هیأت مقررات زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار»، مستقر در وزارت امور اقتصادی و دارایی به‌صورت الکترونیکی و پس از تأیید نماینده تام‌الاختیار یا بالاترین مقام دستگاه اجرائی ارسال کنند. این هیأت هر ماه حداقل یک‌بار به ریاست وزیر امور اقتصادی و دارایی و با حضور دادستان کل کشور، رئیس سازمان بازرسی کل کشور، رئیس دیوان محاسبات کشور یا نمایندگان تام‌الاختیار آنان، دو نماینده مجلس شورای اسلامی، رئیس اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، رئیس اتاق تعاون مرکزی ایران، رئیس اتاق اصناف ایران و حسب مورد نماینده دستگاه اجرائی ذی‌ربط موضوع ماده (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری و ماده (۵) قانون محاسبات عمومی کشور و دارندگان ردیف و عنوان در قانون بودجه سنواتی مربوط، تشکیل می‌شود. این هیأت موظف است حداکثر تا مدت سه ماه پس از ابلاغ این قانون، شرایط و مراحل صدور مجوزهای کسب‌وکار در مقررات، بخشنامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و مانند این‌ها را به نحوی تسهیل و تسریع نماید و هزینه‌های آن را به نحوی تقلیل دهد که صدور مجوز کسب‌وکار در کشور با حداقل هزینه و مراحل آن ترجیحاً به‌صورت آنی و غیرحضور و راه‌اندازی آن کسب‌وکار در کمترین زمان ممکن صورت پذیرد. مصوبات هیأت مذکور در مورد بخشنامه‌ها، دستورالعمل‌ها و آیین‌نامه‌ها پس از تأیید وزیر امور اقتصادی و دارایی و در مورد تصویب‌نامه‌های هیأت وزیران پس از تأیید هیأت وزیران برای کلیه مراجع صدور مجوزهای کسب‌وکار و کلیه دستگاه‌ها و نهادها که در صدور مجوزهای کسب‌وکار نقش دارند لازم‌الاجراء می‌باشد.

**۲. ماده ۷ -** به‌منظور تسهیل سرمایه‌گذاری در ایران، مراجع صدور مجوزهای کسب‌وکار موظف‌اند شرایط و فرآیند صدور یا تمدید مجوزهای کسب‌وکار را به نحوی ساده کنند که هر متقاضی مجوز کسب‌وکار در صورت ارائه مدارک مصرح در پایگاه اطلاع‌رسانی مجوزهای کسب‌وکار، بتواند در حداقل زمان ممکن، مجوز موردنظر خود را دریافت کند. سقف زمانی برای صدور مجوز در هر کسب‌وکار، توسط «هیأت مقررات زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار» تعیین و در پایگاه اطلاع‌رسانی مذکور اعلام می‌شود.

**۳. بند (۱) از ماده (۶) -** دولت‌های طرف این میثاق حق کار را که شامل حق هر کس است به اینکه فرصت یابد به‌وسیله کاری که آزادانه انتخاب یا قبول می‌نماید معاش خود را تأمین کند به رسمیت می‌شناسد و اقدامات مقتضی برای

←

انتخاب آزادانه شغل است.

## ب) پاسخ طرف شکایت

پاسخی از سوی طرف شکایت واصل نشده است.

## بررسی و جمع‌بندی موضوع

شاکای پرونده شکایتی از یکی از بندهای آگهی آزمون «مرکز امور مشاوران دادگستری» کرده است. در این راستا ابتدا لازم است اشاره‌ای به جایگاه مرکز امور مشاوران دادگستری و همچنین صلاحیت این نهاد گردد. براساس ماده (۱۸۷)<sup>۱</sup> قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب سال ۱۳۷۹ به قوه قضائیه اجازه داده شد تا برای فارغ‌التحصیلان رشته حقوق جهت تأسیس مؤسسات مشاوره حقوقی مجوز صادر کند و در ذیل این ماده صلاحیت تصویب آیین‌نامه اجرایی این ماده در اختیار رئیس قوه قضائیه قرار گرفت؛ براین اساس آیین‌نامه مزبور به تصویب رئیس قوه قضائیه رسیده و مطابق ماده (۲) آن هیأت موضوع این ماده صلاحیت «تعیین تعداد مشاور حقوقی یا کارشناس مورد نیاز در هر سال» را خواهد داشت. بنابراین همان‌گونه که ملاحظه می‌گردد آگهی آزمون و همچنین تعیین محدودیت در پذیرش، بر مبنای صلاحیتی بوده است که آیین‌نامه اجرایی رئیس قوه قضائیه به مرکز مزبور داده است و نه تبصره «۱»

→

حفظ این حق معمول خواهند داشت.

**۱. ماده ۱۸۷-** به‌منظور اعمال حمایت‌های لازم حقوقی و تسهیل دستیابی مردم به خدمات قضایی و حفظ حقوق عامه، به قوه قضائیه اجازه داده می‌شود تا نسبت به تأیید صلاحیت فارغ‌التحصیلان رشته حقوق جهت صدور مجوز تأسیس مؤسسات مشاوره حقوقی برای آنان اقدام نماید. حضور مشاوران مذکور در محاکم دادگستری و ادارات و سازمان‌های دولتی و غیردولتی برای انجام امور وکالت متقاضیان مجاز خواهد بود. تأیید صلاحیت کارشناسان رسمی دادگستری نیز به طریق فوق امکان‌پذیر است. آیین‌نامه اجرایی این ماده و تعیین تعرفه کارشناسی افراد مذکور به تصویب رئیس قوه قضائیه خواهد رسید.



ماده (۱)، «قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری»، هرچند از حیث محتوا احکام مزبور مشابه می‌باشند.

اما درخصوص اعتبار قانونی موضوع شکایت باید گفت که قانون‌گذار در تبصره «۲» ماده (۷) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ به صراحت و باهدف تسهیل کلیه کسب و کارها، صادر کنندگان مجوز کسب و کار را از عدم پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب و کار به دلیل «اشباع بودن بازار» منع نموده و امتناع از پذیرش مدارک و درخواست مجوز و تأخیر بیش از ظرف زمانی تعیین شده در صدور مجوز برای متقاضیانی که مدارک معتبر ارائه داده‌اند را مصداق «اخلال در رقابت» دانسته است. از سوی دیگر همانگونه که در متن گزارش اشاره شد، مطابق قوانین، اشتغال به وکالت و مشاوره حقوقی، «کسب و کار» محسوب می‌گردد. لذا به صراحت می‌توان بند مورد شکایت مقرر در آگهی آزمون را برخلاف حکم قانون‌گذار در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ دانست. همچنین براساس جزء «۳» بند «ه» سیاست‌های کلی اصل ۴۴ درخصوص «سیاست‌های کلی اعمال حاکمیت و پرهیز از انحصار» به صراحت «جلوگیری از ایجاد انحصار، توسط بنگاه‌های اقتصادی غیردولتی» مورد اشاره قرار گرفته است. در همین راستا به موجب ماده (۴۴) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ مقرر شده شده، «هرگونه تبانی از طریق قرارداد، توافق و یا تفاهم (اعم از کتبی، الکترونیکی، شفاهی و یا عملی) بین اشخاص که یک یا چند اثر زیر را به دنبال داشته باشد به نحوی که نتیجه آن بتواند اخلال در رقابت باشد ممنوع است: ...

۶ - تقسیم یا تسهیم بازار کالا یا خدمت بین دو یا چند شخص

۷- محدود کردن دسترسی اشخاص خارج از قرارداد، توافق یا تفاهم به بازار» بنابراین همانگونه که مشاهده می‌شود قانون‌گذار مؤکداً در مقام ایجاد فضای رقابت و منع انحصار سعی داشته هرگونه محدودیت جهت کسب و کار را به بهانه اشباع بازار و غیره منع نماید. ازین رو با عنایت به اینکه بند مورد شکایت، ناظر به نوعی محدودیت در تصدی افراد به حرفه مورد نظر و صرفاً به جهت تعیین سهمیه خاص برای هر منطقه می‌باشد، حکم مزبور مغایر قوانینی از جمله قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ محسوب می‌شود و از سوی دیگر با توجه به آنچه بیان شد مشخص می‌شود که قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) به جهت قانون بودن آن بر آیین‌نامه رئیس قوه قضائیه برتری داشته و حکم تبصره «۲» ماده (۷) قانون مزبور نسبت به صدور مجوز کسب‌وکار در خصوص مشاوران حقوقی دادگستری نیز مجرا بوده و از این جهت نیازی به بررسی ناسخ و منسوخ نیست.

این نکته نیز شایسته توجه است که این شکایت از آن جهت که نسبت به آگهی آزمون مرکز مشاوران طرح شده است و این امر در صلاحیت «هیات اجرایی مشاوران حقوقی، وکلا و کارشناسان قوه قضائیه» موضوع ماده (۲)<sup>۱</sup> آیین‌نامه اجرایی ماده (۱۸۷) قانون برنامه سوم توسعه می‌باشد و شکایت نسبت به

---

۱. ماده ۲- به‌منظور تنظیم و تصویب سیاست‌های اجرایی و خط‌مشی اجرای ماده ۱۸۷ هیأتی مرکب از معاون اول رئیس قوه قضائیه (به‌عنوان رئیس هیأت)، رئیس حوزه نظارت قضایی ویژه قوه قضائیه، معاون آموزش قوه قضائیه، دادستان انتظامی قضات، دبیر هیأت مرکزی گزینش قوه قضائیه، مدیرکل امور عمومی و مالی حوزه رئیس قوه قضائیه، رئیس مرکز امور مشاوران حقوقی، وکلا و کارشناسان و یک نفر از قضات عالی‌رتبه که دارای پایه قضایی ۹ به بالا می‌باشند با تعیین رئیس قوه قضائیه تشکیل می‌گردد. جلسات هیأت حداقل با حضور پنج عضو رسمیت داشته و رأی اکثریت معتبر خواهد بود تصمیمات هیأت اداری بوده و با رأی اکثریت که رئیس هیأت با آن موافق باشد قابل عدول است.

خود آیین نامه مزبور که توسط رئیس قوه قضائیه به تصویب رسیده، نمی باشد؛ لذا ایرادی در خصوص صلاحیت دیوان عدالت اداری نسبت به این موضوع (براساس تبصره ماده (۱۲) قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب (۱۳۹۲) وارد نیست و شکایت از این جهت به طور صحیح طرح شده است.

امام خمینی (ره):

و از شورایی محترم نگهبان می‌خواهم و توصیه می‌کنم، چه در نسل حاضر و  
چه در نسل مابقی آینده، که با کمال دقت و قدرت و ظایف اسلامی و ملی خود  
رایان و تحت تأثیر هیچ قدرتی واقع نشوند و از قوانین مخالف با شرع مطهر و  
قانون اساسی بدون هیچ ملاحظه‌ای جلو گیری نمایند.

(سخن امام، ج ۲۱، ص ۴۲۲)



بزهشکده شورای نگهبان

تهران، خیابان شهید سپهبد قرنی، کوچه خسرو، پلاک ۱۲