

## اعضای محترم شورای نگهبان

با سلام و تحیت

احتراماً اظهار نظر کارشناسی در خصوص موارد مطروحه در جلسه بیست و یکم آن شورای محترم مورخ ۱۳۸۹/۰۶/۰۳ به شرح ذیل به حضور تقدیم می گردد:

### ۱- لایحه پیش فروش ساختمان

#### • مقدمه توجیهی

هدف: ایجاد نظم و آرامش در عرصه پیش فروش ساختمان، به منظور حمایت از حقوق پیش خریداران و جلوگیری از تضییع حقوق آنها، جلوگیری از وقوع برخی جرایم یا کاهش وقوع آنها؛ همچون کلاهبرداری (در راستای اجرای بند ۲ اصل ۱۵۸ قانون اساسی)

#### • سابقه لایحه

لایحه مزبور بر اساس اهداف و ضرورت‌های پیش گفته در سال ۱۳۸۵ با همکاری کارشناسان قوه قضائیه و قوه مجریه تهیه و در تاریخ ۱۳۸۷/۴/۱۰ در مجلس شورای اسلامی اعلام وصول گردیده است. این لایحه جهت بررسی به کمیسیون قضائی و حقوقی به عنوان کمیسیون اصلی و به کمیسیونهای اقتصادی، امنیت ملی و سیاست خارجی، عمران و فرهنگی به عنوان کمیسیونهای فرعی ارجاع شده که با اعمال اصلاحاتی در لایحه، در فروردین ۱۳۸۹ به تصویب کمیسیون قضائی و حقوقی رسیده است و تقدیم مجلس شورای اسلامی گردیده و در طی جلسات متعدد برگزار شده، نهایتاً در تاریخ ۱۳۸۹/۵/۲۴ در صحن علنی مجلس به تصویب نمایندگان رسیده است.

#### • اظهار نظر کارشناسی

##### – بند (۱۰) ماده (۲): مغایرت با اصل ۳۴ قانون اساسی

با توجه به اینکه ماده (۲)، درصدد بیان موارد الزامی است که می‌بایست در مندرجات قرارداد پیش فروش ساختمان ذکر گردد و بند (۱۰)، «معرفی داوران» را از جمله این موارد مقرر کرده است؛ و با عنایت به ماده (۲۰) همین لایحه که کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجراء مفاد قرارداد پیش فروش را از طریق «داوری» مقرر می‌دارد، به نظر می‌رسد بند مزبور مبنیاً بر ماده (۲۰) دلالت بر اجباری

بودن رجوع به داوری برای طرفین دارد که بر این اساس، مغایر با اصل ۳۴ قانون اساسی مبنی بر به رسمیت شناخته شدن حق دادخواهی افراد و رجوع به محاکم دادگستری می‌باشد.<sup>۱</sup> ضمن آنکه، بر اساس اصول، رجوع به داوری، ذاتاً امری اختیاری است<sup>۲</sup> و الزام طرفین دعوا به آن که مستلزم جلوگیری از حق مراجعه ابتدایی به دادگاههای دادگستری است، خلاف موازین و مغایر اصل ۳۴ قانون اساسی به نظر می‌رسد.

#### – ماده (۵): ابهام

نحوه نگارش عبارت مندرج در سطر دوم این ماده، «... با پرداخت حق الثبت و بدون ارائه گواهی مالیاتی صرفاً در قبال پرداخت حق التحریر...» موجب بروز ابهام است؛ چه آنکه مشخص نیست چگونه می‌شود با تأکید مندرج در انتهای عبارت مزبور مبنی بر صرف پرداخت حق التحریر، حکم به پرداخت حق الثبت نیز نمود!<sup>۳</sup>

#### – ماده (۶): تأمل شرعی

اطلاق ماده در خصوص مسئولیت پیش‌فروشنده به پرداخت جریمه تأخیر، از آنجا که شامل مواردی نیز می‌شود که پیش‌فروشنده بر اثر حوادث فورس ماژور و قهری، قادر به انجام تعهدات خویش نبوده است، از لحاظ شرعی قابل تأمل به نظر می‌رسد.

۱. لازم به ذکر است بر اساس قواعد ناظر بر داوری که در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز مذکور است (مستفاد از مواد ۴۸۸، ۴۹۳ و ۴۹۵)، رأی داوران که بر مبنای اصول قانونی صادر شده باشد، برای طرفین دعوا لازم‌الاجراء است و قابل تجدیدنظرخواهی و... در محاکم دادگستری نیست.

۲. ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاهها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند».

۳. به نظر می‌رسد دخل و تصرف ناقص مجلس شورای اسلامی در لایحه دولت باعث به وجود آمدن این ابهام شده است. ماده ۶ لایحه دولت بدین شرح بوده است: «تنظیم قرارداد پیش‌فروش نزد دفاتر اسناد رسمی بدون پرداخت حق الثبت و بدون ارائه گواهی مالیاتی صرفاً در قبال دریافت حق التحریر سند غیر مالی صورت می‌گیرد».

**– بند (۳) ماده (۶): ابهام**

مشخص نیست منظور از عبارت «تعهدات انجام شده» در انتهای این بند، ناظر بر تعیین میزان جریمه قابل پرداخت به پیش خریداران چه می‌باشد؟ آیا منظور از این عبارت، میزان «تعهدات انجام شده مربوط به خدمات عمومی؛ همچون فضای سبز و مسجد و خیابان و... است» یا منظور، میزان «تعهدات انجام شده مربوط به ساخت واحدها و بخشهای اختصاصی خریداران»؟

**– بند (۴) ماده (۶): تذکر و ایراد نگارشی**

عبارت «در صورت عدم اقدام به موقع به سند رسمی انتقال...» ناصحیح به نظر می‌رسد و می‌بایست به صورت «در صورت عدم اقدام به موقع به انتقال سند رسمی...» اصلاح شود.

**– ماده (۷): تأمل شرعی**

به نظر می‌رسد سلب حق فسخ طرفین قرارداد در مواردی که مساحت بنا تا پنج درصد (۵٪) افزون بر زیربنای مقرر در قرارداد باشد، خصوصاً نسبت به پیش خریدار، با موازین شرعی سازگار نباشد.

**– ماده (۷): تذکر و ایراد نگارشی**

بکارگیری واژه «خریدار» در سطر پنجم این ماده، به جای «پیش خریدار» با توجه به سیاق کلیه عبارات مندرج در این لایحه و همچنین ماهیت قرارداد پیش فروش، صحیح نمی‌باشد.

**– ماده (۱۱): ابهام**

عبارت مندرج در ابتدای ماده (در پیش فروش ساختمان نحوه پرداخت اقساط بها مورد قرارداد توافق طرفین خواهد بود...)، به دلیل دخل و تصرف ناقص مجلس در ادبیات و لغات به کارگرفته شده در لایحه، دلالت بر معنای روشنی ندارد و ماده را با ابهام مواجه کرده است.<sup>۱</sup>

**– ماده (۱۸): تأمل شرعی**

متضامن تلقی کردن پیش خریدار و منتقل الیه برای پرداخت بها یا عوض قراردادی در این ماده، به نظر

۱. ماده ۱۶ لایحه دولت بدین شرح بوده است: «در پیش فروش ساختمان، نحوه پرداخت اقساط ثمن، بر اساس توافق طرفین خواهد بود...»

می‌رسد با مبانی فقهی شیعه در خصوص اعتقاد به «نقل ذمه به ذمه» و مردود دانستن «ضمم ذمه به ذمه» قابل تأمل به نظر می‌رسد.

**– ماده (۲۰): مغایرت با اصل ۳۴ قانون اساسی**

با توجه به کلیه توضیحات ارائه شده در ایراد اول (بند ۱۰ ماده ۲) مبنی بر ناموجه بودن الزامی کردن داوری.

**– ماده (۲۰): مغایرت با اصل ۱۳۸ قانون اساسی**

در قسمت انتهایی ماده مزبور، بیان شده که «آیین‌نامه اجرایی این ماده توسط وزارت مسکن و شهرسازی و وزارت دادگستری تهیه و به تأیید هیأت وزیران خواهد رسید...». با توجه به اینکه هیأت وزیران بر اساس اصل ۱۳۸ قانون اساسی، «تصویب» آیین‌نامه اجرایی را بر عهده دارند که لزوماً به معنای حق «تأیید» یا «رد» آیین‌نامه‌های تهیه شده نیست، بلکه متضمن حق دخل و تصرف و تغییر در متون پیشنهادی نیز می‌شود، لذا به کارگیری عبارت «تأیید» که نافی حق اخیر برای هیأت وزیران است، صحیح به نظر نمی‌رسد.

**– تبصره ماده (۲۳): مغایرت با بند (۲) اصل ۱۵۶ قانون اساسی**

موقوف کردن تعقیب جرایم مذکور در ماده (۲۳) به «شکایت وزارت مسکن و شهرسازی»، واجد اشکال است؛ چه آنکه

الف) در صورتی که جرایم مذکور جنبه عمومی داشته باشد،<sup>۱</sup> قوه قضائیه (مدعی‌العموم) مسئول تعقیب و پیگیری جرایم خواهد بود و بر این اساس، موقوف کردن تعقیب جرایم به «شکایت وزارت مسکن و شهرسازی» وجهی ندارد، ضمن آنکه با عدم شکایت وزارت مسکن و شهرسازی، امکان تعقیب جرم عمومی از مدعی‌العموم نیز سلب شده است. از این حیث، این تبصره مغایر با بند (۲) اصل ۱۵۶ قانون اساسی به نظر می‌رسد.

ب) در صورتی که جرایم مذکور جنبه خصوصی داشته باشد،<sup>۲</sup> جرایم مزبور تنها با تقاضای «شاکی خصوصی» قابل تعقیب است. در این فرض نیز جایگاهی برای شکایت «وزارت مسکن و شهرسازی» به عنوان

۱. نوع و ماهیت جرایم مندرج در ماده (۲۳)، «عمومی بودن» این جرایم را تصدیق می‌کند.

۲. نحوه نگارش تبصره ماه (۲۳)، به رغم نوع و ماهیت جرایم مندرج در ماده (۲۳)، بر «خصوصی

انگاشتن» این جرایم توسط قانونگذار دلالت دارد!

شاکی خصوصی متصور نیست.

**- تبصره ماده (۲۳): ابهام**

قسمت اخیر تبصره، ناظر بر تأثیر «گذشت شاکی» بر جریان تعقیب، مشخص نیست مراد از «شاکی» چه کسی است؟ آیا تنها شامل «شاکی خصوصی» می‌گردد یا شامل «وزارت مسکن و شهرسازی» نیز خواهد شد؟ در صورت اخیر، ایرادات مطروحه در بند قبلی، بر این تبصره وارد خواهد بود.

**- ماده (۲۵): مغایرت با اصل ۱۳۸ قانون اساسی**

منوط کردن و مقید کردن تصویب آیین‌نامه اجرایی قانون پیش‌فروش ساختمان، به «تأیید رئیس قوه قضائیه»، مغایر با اطلاق اصل ۱۳۸ قانون اساسی در خصوص صلاحیت هیأت وزیران در وضع آیین‌نامه‌های اجرایی است؛ چه آنکه در اصل ۱۳۸، قیدی مبنی بر لزوم تأیید رئیس قوه قضائیه، پیش از تصویب آیین‌نامه‌های اجرایی توسط هیأت وزیران وجود ندارد.

**۲- لایحه حمایت از شرکتهای دانش بنیان و تجاری سازی نوآوری ها و اختراعات**

**• سابقه لایحه**

لایحه مذکور در تاریخ ۱۳۸۷/۱۰/۰۸ از دولت به مجلس ارائه شده است و معاونت علمی و فناوری ریاست جمهوری به عنوان نماینده دولت از آن دفاع نموده و هدف اصلی آن را سهولت تأمین تسهیلات کسب و کار اعلام نموده است.

در ابتدا تقاضای یک فوریت شده بود که رأی نیاورد و در نهایت پس از ارسال به کمیسیون آموزش و تحقیقات مجلس، در تاریخ ۱۳۸۹/۰۵/۲۷ در صحن علنی مجلس تصویب گردید.

**• اظهار نظر کارشناسی**

**- ماده (۲): مغایرت با اصل ۱۱۰ قانون اساسی**

اطلاق عبارت «سیاستگذاری» مندرج در ماده (۲) مغایر اصل ۱۱۰ قانون اساسی به نظر می‌رسد، لازم است اطلاق موصوف به سیاستهای کلی نظام و مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی مقید گردد.

**- ماده (۱): ابهام**

تعریف شرکتهای و مؤسسات دانش بنیان مندرج در ماده (۱) واجد ابهام است. ضمناً واژگان «عوارض» و

«عوارض گمرکی» واجد ابهام است چرا که تمایز میان آنها مشخص نشده است.

**– بند (و) ماده (۳): ابهام**

عبارت «تسهیل شرایط مناقصه» و «تمهید امکان مشارکت» مندرج در بند (و) ماده (۳) از آنجا که نحوه آن مشخص نشده است، واجد ابهام است.

**– ماده (۵): مغایرت با اصل ۱۱۰ قانون اساسی**

اطلاق قید «دولتی» در عبارت «مراکز و مؤسسات پژوهشی دولتی» مندرج در ماده (۵) مغایر اصل ۱۱۰ قانون اساسی به نظر می‌رسد چرا که اطلاق آن شامل مراکز پژوهشی تحت نظر فرماندهی کل قوا هم می‌گردد، از این رو نیازمند اذن فرماندهی کل قوا می‌باشد. به علاوه واگذاری تشخیص مراکز پژوهشی غیرحاکمیتی قابل واگذاری به شورای عالی علوم، تحقیقات و فناوری، مغایر اصل ۶۰ قانون اساسی می‌باشد چرا که اعمال قوه مجریه از طریق رئیس‌جمهور و وزراست.

**– تبصره (۱) ماده (۵): ابهام**

واژه «شرکت» مندرج در تبصره (۱) ماده (۵) واجد ابهام است چرا که ماده (۵) به مراکز و مؤسسات پژوهشی اشاره دارد و تبصره موصوف، آنها را شرکت نامیده است، از این رو ماهیت این نهادها واجد ابهام است.

**– ماده (۶): تذکر**

ماده (۶) که متضمن تأسیس صندوق جدید به نام صندوق نوآوری و شکوفایی وابسته به شورای عالی علوم، تحقیقات و فناوری می‌باشد به نظر مغایر بند (۱۰) سیاستهای کلی نظام اداری ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری (۱۳۸۹/۰۲/۰۱) می‌باشد.<sup>۱</sup>

**– تبصره (۲) ماده (۶): تذکر**

در تبصره (۲) ماده (۶) به صندوق توسعه ملی و حساب ذخیره ارزی اشاره شده است که لازم است اصلاح گردد، چرا که در قانون بودجه سال ۱۳۸۹ تنها صندوق توسعه ملی موجودیت حقوقی دارد و جایگزین حساب ذخیره ارزی شده است.

۱. بند (۱۰) سیاستهای کلی نظام اداری: چابک‌سازی، متناسب‌سازی و منطقی ساختن تشکیلات نظام اداری در جهت تحقق اهداف چشم‌انداز.

### ۳- لایحه چگونگی حفاظت دریا و رودخانه های مرزی از آلودگی به مواد نفتی

- تبصره (۲۵) ماده (۳): مغایرت با اصل ۱۵ قانون اساسی

به دلیل به رسمیت شناختن زبان بیگانه در تنظیم دفتر ثبت که در حکم اسناد رسمی است، مغایر اصل ۱۵ قانون اساسی می باشد.

- تبصره (۲) ماده (۵): مغایرت با اصل ۵۷ قانون اساسی

الزام نیروهای نظامی و انتظامی که زیر نظر مقام معظم رهبری فعالیت می نمایند، به ایجاد امکانات و تأسیسات، بدون اجازه معظم له مغایر اصل ۵۷ قانون اساسی به نظر می رسد.

- تبصره (۳) ماده (۵): مغایرت با اصل ۱۳۸ قانون اساسی

از آنجا که تهیه و ابلاغ استانداردهای زیست محیطی نوعی مقررہ گذاری (آیین نامه اجرایی) محسوب می شود، لذا عدم تصویب آن توسط هیأت وزیران مغایر اصل ۱۳۸ قانون اساسی به نظر می رسد.

- بند (۴) ماده (۱۱): ابهام

عبارت «سایر مراجع مربوط» واجد ابهام می باشد.

- ماده (۱۳): مغایرت با اصل ۵۷ قانون اساسی

موظف نمودن نیروهای نظامی و انتظامی به انجام اقدامات اشاره شده، بدون کسب اجازه از مقام معظم رهبری، مغایر اصل ۵۷ قانون اساسی به نظر می رسد.

- ماده (۱۴): مغایرت با اصل ۵۷ قانون اساسی

از آنجا که اطلاق عنوان «مسئولان وقوع آلودگی» شامل نیروهای نظامی و انتظامی می شود، لذا مغایر اصل ۵۷ قانون اساسی به نظر می رسد.

- ماده (۱۵): مغایرت با اصل ۵۷ قانون اساسی

از آنجا که اطلاق «مأموران دولتی» شامل نیروهای نظامی و انتظامی می شود، لذا مغایر اصل ۵۷ قانون اساسی به نظر می رسد.

- ماده (۲۳): مغایرت با اصول ۱۵۶ و ۱۵۸ قانون اساسی

تکلیف قوه قضائیه به اختصاص محاکم تخصصی، مغایر اصول ۱۵۶ و ۱۵۸ قانون اساسی به نظر می رسد.

#### ۴- طرح الحاق یک تبصره به قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیر منقول شهرداریها مصوب ۱۳۶۱

##### • مقدمه توجیهی

با توجه به اینکه در حال حاضر مطابق قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیر منقول متعلق به شهرداریها مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۴ اموال منقول و غیر منقول شهرداریها قبل از صدور حکم قطعی قابل تأمین و توقیف نمی‌باشد و بر همین اساس بانکها در اعطاء وام به شهرداری و موسسات وابسته از قبول اسناد مالکیت اموال اختصاصی شهرداری به عنوان وثیقه خودداری نموده و در نتیجه عملاً شهرداریها از تسهیلات بانکی محروم شده‌اند. از این رو در راستای حل مشکل یادشده طرح مزبور تهیه و تصویب شده است.

##### • قوانین مرتبط

#### - قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیر منقول متعلق به شهرداریها مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۴؛

ماده واحده - وجوه و اموال منقول و غیر منقول متعلق به شهرداریها اعم از این که در بانکها و یا در تصرف شهرداری و یا نزد اشخاص ثالث و به صورت ضمانتنامه به نام شهرداری باشد قبل از صدور حکم قطعی قابل تأمین و توقف و برداشت نمی‌باشد. شهرداریها مکلفند وجوه مربوط به محکوم به احکام قطعی صادره از دادگاهها و یا اوراق اجرایی ثبتی یا اجرای دادگاهها و مراجع قانونی دیگر را در حدود مقدرات مالی خود از محل اعتباربودجه سال مورد عمل و یا در صورت عدم امکان از بودجه سال آتی خود بدون احتساب خسارت تأخیر تأدیه به محکوم لهم پرداخت نمایند در غیر این صورت ذینفع می‌تواند برابر مقررات نسبت به استیفای طلب خود از اموال شهرداری تأمین یا توقیف یا برداشت نماید.

تبصره - چنانچه ثابت شود که شهرداری با داشتن امکانات لازم از پرداخت دین خود استنکاف نموده است شهردار به مدت یک سال از خدمت منفصل خواهد شد.

#### - ماده ۳۴ قانون ثبت اصلاحی ۱۳۵۱

#### - مواد ۷۷۱ الی ۷۹۴ قانون مدنی مربوط به رهن

##### • اظهار نظر کارشناسی

باتوجه به بررسی‌های به عمل آمده به نظر می‌رسد طرح مزبور مغایرتی با قانون اساسی نداشته باشد.



شماره: ۸۹/ک/۳۱۱  
تاریخ: ۱۳۸۹/۰۶/۰۲  
پیوست: ندارد

**۵- طرح الحاق یک تبصره به ماده (۹۴۶) قانون مدنی مصوب ۱۳۸۷**

تبصره فوق الذکر که در راستای تسری تأثیر قوانین نسبت به گذشته یا به عبارت بهتر اجرای فوری قوانین در زمان است، مغایرتی با قانون اساسی ندارد.<sup>۱۱۰۷</sup>

غلامحسین الهام  
رئیس مرکز