



نظام حقوقی نحوه تملک املاک در شهرداری‌ها

تهیه و تنظیم:

معاونت آموزشی

پژوهشکده مدیریت شهری و روستایی

سازمان شهرداری‌ها و دهیاری‌های کشور

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

نظام حقوقی نحوه تملک املاک در شهرداری ها

نویسنده:

نادر شکری



استاداری مازندران
معاونت امور عمرانی
دفتر امور شهری و شوراهای

وزارت کشور



سازمان شهرداری ها و دیپارتمانی های کشور
پرونده مدیریت شهری و روستایی



پرونده فنی و مهندسی معماری



شهرداری کرمان

سری منابع آموزشی شهرداری ها

سرشناسه: شکری، نادر، ۱۳۴۹ -

عنوان و نام پدیدآور: نظام حقوقی نحوه تملک املاک در شهرداری‌ها/مؤلف نادر شکری.

مشخصات نشر: تهران: راه‌دان: سازمان شهرداریها و دهیاریهای کشور، انتشارات، ۱۳۹۰.

مشخصات ظاهری: ث، ۱۵۲ ص.: جدول.

شابک: ۳۵۰۰۰ ریال: ۶-۳۶-۵۹۵۰-۶۰۰-۹۷۸

وضعیت فهرست نویسی: فیپا

موضوع: مالکیت شهرداری -- قوانین و مقررات -- ایران

موضوع: مالکیت شهرداری -- ایران

شناسه افزوده: سازمان شهرداریها و دهیاریهای کشور. انتشارات

رده بندی کنگره: ۱۳۹۰ عن ۸ش/۵/۴۱/۵ KMH

رده بندی دیویی: ۳۴۲/۵۵

شماره کتابشناسی ملی: ۲۴۰۴۸۰۳

عنوان: نظام حقوقی نحوه تملک املاک در شهرداری‌ها

ناشر: انتشارات سازمان شهرداری‌ها و دهیاری‌های کشور، راه‌دان

تهیه و تنظیم: معاونت آموزشی پژوهشکده مدیریت شهری و روستایی

مجری: استانداردی مازندران - شهرداری کرمان - پژوهشکده فرهنگ، هنر و معماری جهاد دانشگاهی

مدیر پروژه: سید عیسی هاشمی، حسین رجب صلاحی

ناظر پروژه: سید یونس حسینی، جواد نیکنام

نویسنده: نادر شکری

ویراستار: تهمینه فتح‌اللهی

شمارگان: ۳۰۰۰ نسخه

نوبت چاپ: اول

تاریخ چاپ: تابستان ۱۳۹۰

قیمت: ۳۵۰۰۰ ریال

شابک: ۶-۳۶-۵۹۵۰-۶۰۰-۹۷۸

نظارت چاپ: عقیق ۴-۳۲۴۰۳-۸۸۹۳

حق چاپ و نشر برای انتشارات سازمان شهرداری‌ها و دهیاری‌های کشور محفوظ است

پیشگفتار

گسترش شهرنشینی و مسائل و مشکلات خاص زندگی شهری، بیش از پیش ضرورت توجه همه جانبه به راهبردهای سودمند برای بهینه سازی زندگی ساکنان شهرها را لازم ساخته است. در میان عوامل تاثیرگذار در شهرها مانند محیط زیست شهری، حمل و نقل شهری، ایمنی شهری و برنامه ریزی شهری، یک عامل بسیار مهم که تاثیر فزاینده و تعیین کننده ای بر دیگر عوامل سازنده زندگی شهری دارد، مدیریت شهری است. هر فعالیت اجتماعی بدون وجود مدیریت سازمان یافته که اهداف و ابزارهای رسیدن به آنها را مشخص کند و فعالیتها را هماهنگ سازد - از هم می پاشد و به بی نظمی می گراید. شهرها نیز که پیچیده ترین و متنوع ترین جلوه های زندگی اجتماعی بشری را در خود دارند بدون وجود نظام مدیریت شهری که ضمن انجام برنامه ریزی های لازم برای رشد و توسعه آینده شهر به مقابله با مسائل و مشکلات کنونی آنها بپردازد بی سامان می گردند.

در نظریه های جدید مدیریت، به بالاترین سازمان از نظر کیفیت، سازمان متعالی می گویند. یک سازمان زمانی متعالی است که تمام اعضا به ماهیت ذاتی و درونی روابط خود اهمیت دهند، بدین معنا که هر فردی برای کارایی بیشتر از هیچ کوششی دریغ نوزد. بر خلاف یک رابطه متقابل خشک و رسمی که در آن طرفین به چگونگی تقسیم منافع علاقمندی نشان می دهند، اعضاء یک سازمان متعالی و برتر بیشتر مایل اند بدانند چگونه هر یک از آنان می توانند نفع بیشتری به سازمان ارائه دهند، افزون بر این، تمامی اعضا سازمان به این موضوع علاقمندند که چگونه می توانند برای افراد خارج از سازمان نیز مثر ثمر باشند.

نظام مدیریت شهری نیز می باید به جایگاه متعالی خود برای خدمات رسانی بهتر به منظور رضایتمندی هر چه بیشتر شهروندان کشور دست یابد. مهمترین راه برای رسیدن به این هدف برای نظام مدیریت شهری دست یابی به جریان دانش و اطلاعات بهتر در جهت اخذ تصمیم مناسب و کاهش خطاها در تصمیم گیری و اجرامی باشد. داشتن دانش و اطلاعات از عدم قطعیت در روند تصمیم گیری ها می کاهد. مهمترین ابزار دست یابی به اطلاعات در جهان امروز متون نوشتاری یا الکترونیک می باشد که اگر حاصل تلفیق علم و عمل باشند تاثیر گذاری آن به مراتب بر مخاطبین بیشتر خواهد بود. به منظور انتشار دست آوردهای جدید علمی و عملی در زمینه های مختلف مدیریت شهری پژوهشکده مدیریت شهری و روستایی سازمان شهرداری ها و دهیاری های کشور با همکاری دفتر امور شهری و شوراهای استانداری مازندران اقدام به انتشار کتب آموزشی ای با عناوین زیر نموده است تا گامی هر

چندکوک در ارتقاء سطح علمی شهرداری ها کشور برداشته شده باشد .

۱- حمل و نقل نوین در شهرها .

۲- آشنایی با سیستم های هوشمند حمل و نقل .

۳- ممیزی و نوسازی املاک .

۴- گردشگری شهری .

۵- ذخیره سازی، جمع آوری و انتقال پسماند .

۶- آمایش سرزمین .

۷- مبلمان شهری .

۸- نظام حقوقی نحوه تملک املاک در شهرداری ها .

۹- اصول بودجه نویسی و اجرای بودجه در شهرداری .

۱۰- آنچه شورای اسلامی شهر باید بداند .

کتاب حاضر با عنوان نظام حقوقی تملک املاک در شهرداری ها در چهار فصل تهیه شده است . فصول این کتاب عبارتند از: فصل اول: آشنایی با نحوه تملکات املاک در شهرداری ها، فصل دوم: آشنایی با مفاهیم مرتبط، فصل سوم: مبانی و منابع تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه و فصل چهارم: تامین حقوق مالکانه در اجرای طرح های عمومی شهرداری و روش های آن .

در پایان از همکاری صمیمانه آقایان سید عیسی هاشمی معاون امور عمرانی استانداری مازندران، حسین رجب صلاحی معاون آموزشی پژوهشکده مدیریت شهری و روستایی سازمان شهرداری ها و دهیاری کشور، سید یونس حسینی مدیرکل دفتر امور شهری و شوراهای استانداری مازندران و شهرداری کرمان و پژوهشکده فرهنگ، هنر و معماری جهاد دانشگاهی که در تهیه، تدوین و نشر این کتاب تلاش فراوانی نمودند نهایت تقدیر و تشکر به عمل می آید .

محمد رضا بمانیان

سیدعلی اکبر طاهایی

رئیس پژوهشکده مدیریت شهری و روستایی

استاندار مازندران

سازمان شهرداری ها و دهیاری های کشور

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
پیشگفتار.....	أ
فصل اول: آشنایی با نحوه تملکات املاک در شهرداری‌ها.....	۱
اهداف.....	۲
۱-۱. نحوه تملک و اقسام آن در شهرداری‌ها.....	۳
۲-۱. نحوه تملکات اختصاصی شهرداری.....	۵
۳-۱. تملکات عمومی شهرداری‌ها.....	۶
خلاصه.....	۷
خودآزمایی.....	۸
فصل دوم: آشنایی با مفاهیم مرتبط.....	۹
اهداف.....	۱۰
۱-۲. مفهوم حقوق مالکانه.....	۱۱
۲-۲. مفهوم طرح‌های عمومی شهرداری.....	۱۳
۱-۲-۲. تعریف طرح.....	۱۳
۲-۲-۲. مقایسه طرح با نقشه.....	۱۸
۳-۲-۲. طرح در معنای خاص کلمه.....	۲۰
۳-۲. محدوده اجرای طرح.....	۲۷
۱-۳-۲. شهر.....	۲۷
۲-۳-۲. حدود شهر.....	۳۰
خلاصه.....	۳۵
خودآزمایی.....	۳۶
فصل سوم: مبانی و منابع تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه.....	۳۷
اهداف.....	۳۸
۱-۳. مبانی تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه.....	۳۹
۱-۱-۳. مبانی فقهی.....	۳۹
۲-۱-۳. مبانی مؤید نفی ضرر.....	۴۷

۵۳ مبانی غیرفقهی
۵۴ ۱-۲-۳. مبانی موید حاکمیت مطلق
۵۹ ۲-۲-۳. مبانی مؤید اصالت اجتماع
۶۳ ۳-۳. منابع تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه
۷۱ خلاصه
۷۲ خودآزمایی
۷۳ فصل چهارم: تأمین حقوق مالکانه در اجرای طرح‌های عمومی شهرداری و روش‌های آن ...
۷۴ اهداف
۷۵ ۱-۴. موارد و روش‌های تأمین
۷۵ ۱-۱-۴. موارد تأمین
۸۴ ۲-۱-۴. موارد منجر به سلب حقوق مالکانه
۹۵ ۲-۴. روش‌های تأمین
۹۶ ۱-۲-۴. تأمین توافقی
۱۰۳ ۲-۲-۴. تأمین غیرتوافقی
۱۱۸ ۳-۴. وسایل تأمین و آثار آن
۱۱۹ ۱-۳-۴. وسایل تأمین
۱۲۰ ۱-۱-۳-۴. وسایل مذکور در قانون
۱۲۸ ۲-۳-۴. سایر وسایل
۱۳۷ ۴-۴. آثار تأمین
۱۳۷ ۱-۴-۴. انتقال
۱۴۰ ۲-۴-۴. تنظیم سند و تحویل
۱۴۷ خلاصه
۱۴۸ خودآزمایی
۱۴۹ جدول علائم اختصاری
۱۵۱ فهرست منابع و مراجع



فصل اول

**آشنایی با نحوه تملکات املاک
در شهرداری‌ها**

اهداف

هدف از مطالعه این فصل، آشنایی با مطالب زیر می‌باشد:

۱. مفهوم مال و مالکیت
۲. آشنایی با اموال عمومی و خصوصی
۳. اقسام اموال عمومی
۴. اقسام نحوه تملک املاک در شهرداری‌ها

۱-۱. نحوه تملک و اقسام آن در شهرداری‌ها

شهرداری‌ها دارای شخصیت حقوقی مستقلی هستند^۱، یعنی دارای وجود اعتباری و صلاحیت‌های ویژه، جدا و مستقل از اعضاء و مدیران و از این رو قطعاً دارای حقوق و تکالیف می‌باشند^۲. یکی از نتایج این اصل آن است که شهرداری می‌تواند عنوان مالک داشته و از حق مالکیت برخوردار باشد.

ناگفته نماند که مستفاد از ماده ۸۴ قانون شهرداری مصوب ۱۳۳۴ این است که شهرداری‌ها می‌توانند به ایجاد مؤسساتی وابسته به خود اقدام نمایند که این مؤسسات در قالب‌هایی چون سازمان یا شرکت ایجاد می‌شوند که این مؤسسات نیز دارای شخصیت حقوقی مستقل از شهرداری خواهند بود. با این حال باید توجه داشت، هرگاه در قانونی به ویژه قوانین مربوط به نحوه تملک حقوق مالکانه، از شهرداری سخن گفته می‌شود، مقصود هم شهرداری به معنای خاص کلمه یعنی شخصیت مذکور در ماده ۳ ق شهرداری است و هم مؤسسات وابسته به شهرداری مذکور در ماده ۸۴ ق شهرداری مورد نظر است.

شهرداری با اهداف متعدد خدماتی و در جهت رفع نیازهای عمومی شهر با حفظ موجودیت خود به ویژه برای تأمین و حفظ فضای فیزیکی و فرهنگی زیست جمعی به تملک املاک مورد نیاز خویش اقدام می‌کند.

به موجب ماده ۴۵ آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها مصوب ۱۳۴۶/۴/۱۲ اموال شهرداری‌ها بر دو نوع، اموال عمومی و اموال اختصاصی تقسیم شده است.

۱. ماده ۳ قانون شهرداریها مصوب ۱۳۳۴/۴/۱۱ و ماده ۵۸۷ قانون تجارت.

۲. ماده ۵۸۸ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قایل است، مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد مثل حقوق و وظایف ابوت و نبوت و امثال ذلک».

«اموال اختصاصی شهرداری اموالی است که شهرداری حق تصرف مالکانه نسبت به آنها را دارد از قبیل اراضی و ابنیه و اثاثه و نظایر آن.

اموال عمومی شهرداری اموالی است که متعلق به شهر بوده و برای استفاده عموم اختصاص یافته است مانند معابر عمومی، خیابان‌ها، میادین، پل‌ها، گورستان‌ها، سیل برگردان مجاری آب و فاضلاب و متعلقات آنها، انهار عمومی، اشجار اعم از اشجاری که شهرداری یا اشخاص در معابر و میادین عمومی غرس نموده باشند، چمن کاری، گل کاری و امثال آن».

«حفاظت از اموال عمومی شهرداری و آماده و مهیا ساختن آن برای استفاده عموم و جلوگیری از تجاوز و تصرف اشخاص نسبت به آنها به عهده شهرداری است»^۱.

اموال یا املاک شهرداری‌ها اگر مختص به خود شخص حقوقی شهرداری باشند جزء اموال و املاک اختصاصی شهرداری و شهرداری مالک آنها به حساب می‌آید و به حکم ماده ۳۰ قانون مدنی می‌تواند در آنها تصرفات مادی و حقوقی به عمل آورد. لازم به ذکر است که شهرداری در این اموال و املاک مانند اشخاص خصوصی آزادی عمل ندارد و ناگزیر به رعایت تشریفات قانونی خاصی است. ساختمان و تجهیزات اداری و خودروهای شهرداری از این قبیل اموال و املاک هستند. حتی اراضی و املاکی که از طرق مختلف به شهرداری تملیک شده‌اند نیز جزء اموال و املاک اختصاصی شهرداری به حساب می‌آیند و شهرداری صرفاً با کسب اجازه از شورای شهر و با رعایت آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها و شهرداری تهران با رعایت آیین‌نامه معاملات خاص می‌تواند (به استثنای آن دسته از اراضی که قانون صراحتاً موارد استفاده از آنها را در راستای رفع نیازهای عمومی تعیین کرده است) حسب مورد به تصرفات حقوقی در آنها بپردازد.

۱. ماده ۴۶ آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها مصوب ۱۳۴۶/۴/۱۲.

اموال عمومی نیز به دلیل استفاده عموم، اداره کردنش بر عهده شهرداری هر شهر است و در معنای کامل کلمه، ملک در تملک شهرداری محسوب نمی‌شود و شهرداری از باب تسامح مالک این اموال است یعنی مانند هر مالک که به اداره ملک خود می‌پردازد شهرداری هر شهر نیز باید به اداره اموال عمومی بپردازد.

اموال عمومی و نحوه اداره آن در تبصره ۶ ماده ۹۶ الحاقی مصوب ۱۳۴۵/۱۱/۲۷ قانون شهرداری‌ها مصوب ۱۳۳۴/۴/۱۱ این‌گونه بیان شده است:

«راضی کوچه‌های عمومی و میدان‌ها و پیاده‌روها و خیابان‌ها و به طور کلی معابر و بستر رودخانه‌ها و نهرها و مجاری فاضلاب شهرها و باغ‌های عمومی و گورستان‌های عمومی و درخت‌های معابر عمومی واقع در محدوده هر شهر که مورد استفاده عموم است ملک عمومی محسوب و در مالکیت شهرداری است».

۱-۲. نحوه تملکات اختصاصی شهرداری

منظور و هدف از این نوع تملکات رفع نیازهایی است که به خود شهرداری اختصاص دارند. نظام حقوقی این نوع تملکات در آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها مصوب ۱۳۴۶/۴/۱۲ مندرج است.

با توجه به ارزش مادی یک مال، تملک آن مال در قالب معامله جزئی، متوسط و یا عمده قرار می‌گیرد و شهرداری از طریق شهردار، کارپرداز از طریق کمیسیون معاملات و یا از طریق مزایده و مناقصه اقدام به تملک املاک می‌کند که البته این نوع تملک باید مسبوق به تصویب شورای شهر یا تفویض اختیار شورا به شهردار بوده باشد. البته اگر مال مورد معامله از آن دسته اموالی باشد که موضوعاً از شمول مقررات مناقصه و مزایده خارج است مثل آنکه شهرداری نیاز به تملک عین یا منافع یک مغازه در یک موقعیت منحصر به فرد به منظور استفاده اختصاصی داشته باشد در این صورت شهرداری درست مانند سایر اشخاص

حقوقی بوده و وضعیت برتری ندارد و باید از طریق گفت‌وگوی آزاد و با انعقاد عقد به تملک بپردازد و اصول قراردادهای خصوصی را در انعقاد این قرارداد رعایت کند.

۱-۳. تملکات عمومی شهرداری‌ها

این نوع از تملکات املاک مستقیماً یا به طور غیرمستقیم به منظور استفاده عمومی صورت می‌گیرد مثل آنکه شهرداری مساحتی از اراضی یا قطعات تفکیکی اراضی را از زمین شهری تملک نماید و به عنوان معوض املاک اشخاصی که تمام یا بخشی از ملک آنها در طرح واقع می‌شود، اختصاص دهد. نمونه بارز تملکات عمومی شهرداری‌ها به هنگامی است که شهرداری به املاک اشخاص به ویژه اشخاص خصوصی جهت اجرای طرح‌های مصوب عمومی شهری نیاز داشته و لذا به تملک آنها می‌پردازد.

در این صورت با توجه به نوع تملک که «عمومی» است دیگر نباید انتظار داشت که اصول قراردادهای حقوق خصوصی مثل اصل آزادی قراردادها و اصل حاکمیت اراده رعایت شوند. البته در این نوع تملک بدو سعی بر آن است که اصول مزبور با «تعارف و مصلحت اندیشی و ...» رعایت شوند اما اگر مالکی که ملکش تماماً یا جزئاً در طرح مصوب عمومی قرار گرفته حاضر به تملیک آن به شهرداری نباشد شهرداری اجرای طرح‌های عمومی و رفع نیازهای عمومی را معطل نخواهد گذاشت و به حکم قانون به تملک و سپس تصرف آن ملک خواهد پرداخت.

خلاصه

در قانون مدنی تعریفی از مال نشده است. مال هر چیز یا امری است که عناصر ذیل را داشته باشد:

اول: امکان اختصاص یافتن به شخص (حقیقی یا حقوقی) را داشته باشد. مطابق این ویژگی ضرورت ندارد مال مالک بالفعل داشته باشد بلکه امکان اختصاص، کفایت می‌کند.

دوم: قابل نقل و انتقال باشد. مقصود امکان نقل و انتقال است.

سوم: نفع داشته باشد یعنی قابل تقویم با پول باشد.

چهارم: منفعت عقلایی داشته باشد و یک هدف عقلایی را دنبال نماید.

مال از لحاظ حقوقی آن چیزی است که ارزش داد و ستد دارد یعنی مفید است و نیازی را برآورده می‌سازد، خواه آن نیاز مادی باشد خواه معنوی و همچنین قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین می‌باشد.

مال از دیدگاه‌های گوناگون تقسیم می‌شود؛ یکی از این تقسیم‌ها تقسیم اموال به عمومی (اداری) و خصوصی است. شخص حقوقی در حقوق عمومی شخص اداری نامیده شده است مانند دولت و شهرداری و غیره. سایر اشخاص را شخص خصوصی می‌نامند خواه شخص حقیقی (طبیعی) باشد خواه شخص حقوقی، مانند شرکت‌های بازرگانی. اموال شخص اداری را *domaine* نامند.

ماده ۲۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«اموال دولتی که معد است برای مصالح یا انتفاعات عمومی مثل استحکامات و قلاع و خندق‌ها و خاک‌ریزهای نظامی و قورخانه و اسلحه و ذخیره و سفاین جنگی و همچنین ائانه و ابنیه و عمارات دولتی و سیم‌های تلگرافی دولتی و موزه‌ها و کتابخانه‌های عمومی و

آثار تاریخ و امثال آنها و بالجمله آنچه از اموال منقوله و غیر منقوله که دولت به عنوان مصالح عمومی و منافع ملی در تحت تصرف دارد، قابل تملک خصوصی نیست و همچنین اموالی که موافق مصالح عمومی به ایالت و ولایت یا ناحیه یا شهری اختصاص یافته باشد».

اموال شخص اداری (عمومی) بر دو قسم است:

اول: اموال عمومی

اموالی که مستقیماً در اختیار عموم برای بهره‌مندی قرار داده می‌شود مانند پل‌ها، خطوط راه آهن، میدان‌های عمومی، موزه و کتابخانه‌های عمومی و پارک‌ها.

دوم: اموال اختصاصی

شخص عمومی حقوق عمومی که در این اموال مانند اشخاص خصوصی عمل می‌کنند و نسبت به آن قواعد تملک خصوصی حکم می‌کند.

مالکیت، حق استعمال و تصرفات به هر صورت از سوی مالک در ملک و مال خود است به جز مواردی که در قانون استثناء شده باشد. حق مالکیت بر عین و منافع قابل تصور است. مالکیت عینی حق مالکیت بر اموالی است که به صورت اجسام باشند مانند زمین، اسب و فرش و مانند اینها.

خودآزمایی

- ۱- مفهوم مال از لحاظ حقوقی چیست و عناصر آن کدام است؟
- ۲- اموال عمومی چند قسم می‌باشند؟
- ۳- مفهوم اموال عمومی و اختصاصی در قانون شهرداری‌ها را بیان نمایید؟
- ۴- نحوه تملک املاک در شهرداری‌ها چند قسم می‌باشد؟ توضیح دهید.



فصل دوم

آشنایی با مفاهیم مرتبط

اهداف

هدف از مطالعه این فصل، آشنایی با مطالب زیر می‌باشد:

۱. مفهوم حقوق مالکانه و طرح‌های عمومی شهرداری
۲. طرح‌های عمومی در معانی خاص و عام
۳. تفاوت مفهوم طرح‌های عمومی با مفهوم کاربری و نقشه
۴. طرح‌های عمومی خاص حوزه شهری
۵. محدوده اجرای طرح
۶. مفهوم شهر و حدود آن از دیدگاه حقوقی

۲-۱. مفهوم حقوق مالکانه

استاد سیدحسن امامی در جلد اول کتاب حقوق مدنی خود حقوق مالکانه را این‌گونه تعریف می‌کند: «مقصود از حقوق مالکانه، حقوقی است که اشخاص نسبت به اموال اعم از مادی و غیرمادی دارند و لذا مقصود صرفاً حق مالکیت نیست. بلکه حق مالکیت نیز یکی از حقوق مالکانه و البته کامل‌ترین حق مالکانه است. در حقوق اسلامی نیز ملکیت در معنای وسیع‌تری استعمال شده، چنان که گفته می‌شود ملکیت منفعت، ملکیت حق خیار، ملکیت حق انتفاع و امثال آن».

حق از منظر علم حقوق، سلطه و اقتداری است که شخص بر چیزی دارد. امتیازی است که قوای صالح دولت برای شخص در برابر دیگران می‌شناسد و تنها در اجتماع به وجود می‌آید.

منظور از حقوق مالکانه نیز، حقوقی است که اولاً متعلق به اشخاص بوده و ثانیاً جنبه مالی و مادی داشته باشد. بنابراین از اوصاف حقوق مالکانه، وصف قابلیت مبادله با پول و تعلق بر اشیاء است. این دسته از حقوق، قابل مبادله و تقویم به پول است. بر این اساس حقوقی، حقوق مالکانه خواهد بود که دارای ارزش عرفی و عام پسند باشد لذا چنانچه شخصی برای خود بر مالی که عرف و عموم بر آن اعتنایی نمی‌نماید، اهمیت و ارزشی در نظر گیرد، حق مزبور یک حق مالکانه نخواهد بود.

ضمناً حقوق مالکانه از جمله حقوقی است که بر اشیاء عالم خارج و یا اشیائی با وجودی اعتباری اعمال می‌شود. آن دسته از حقوق مالکانه که بر اشیاء مادی تعلق می‌گیرد و موضوع حق یک عین است، به حقوق عینی معروف شده است.

بارزترین و بیشترین حقی که علی‌الاصول در راه اجرای طرح‌های عمومی قرار دارد، حق مالکیت است. حق مالکیت مهم‌ترین و گسترده‌ترین حقوق عینی است و حقوق دیگر از این حق ناشی می‌شوند. علاوه بر حق مالکیت، حق انتفاع و حق ارتفاق از جمله حقوق عینی هستند که به عنوان حقوق مالکانه در زمان اجرای طرح توسط شهرداری، با اجرای طرح برخورد دارند.

برابر ماده ۴۰ قانون مدنی: «حق انتفاع عبارت از حقی است که به موجب آن، شخص می‌تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است، یا مالک خاص ندارد استفاده کند». حق عمری، رقبی، سکنی، حبس مطلق و وقف مطابق مواد ۴۱ الی ۴۴ و ماده ۵۵ قانون مدنی از اقسام حق انتفاع محسوب می‌شوند.

حق ارتفاق نیز به عنوان یکی دیگر از حقوق عینی اصلی لازم به ذکر می‌باشد، ارتفاق از کلمه رفق (به فتح راء) به معنی مدارا مشتق می‌باشد و به این حق ارتفاق گفته شده برای اینکه مالک ملک باید با صاحب حق ارتفاق به رفق و مدارا رفتار کند و از استفاده او جلوگیری ننماید. اصطلاحاً حق ارتفاق حق کسی است در ملک دیگری برای کمال استفاده از ملک خود. ماده ۹۳ ق.م می‌گوید: «ارتفاق حقی است برای شخصی در ملک دیگری». البته این تعریف مانع نیست زیرا شامل بعضی از موارد حق انتفاع و شامل حقوقی از قبیل حق رهن و حق مستأجر نسبت به مورد اجاره نیز می‌گردد. حق عبور، حق شرب، حق مجری و حتی حق حریم از جمله حقوق ارتفاقی است.

لازم به ذکر است که حقوق عینی آن دسته از حقوق مالکانه است که بر اموال مادی یا به تعبیری اشیاء مادی تعلق می‌گیرد و از آنجایی که موضوع حق یک عین می‌باشد به این نام معروف شده است. حق عینی، حقی است که قانون‌گذار برای شخص نسبت به یک عین که وجود خارجی و ملموس دارد، قرار داده است. حق عینی دو رکن اصلی دارد اول؛ شخصی که صاحب حق است و دوم؛ چیزی که موضوع حق قرار می‌گیرد. حقوق عینی یا

اصلی و یا تبعی هستند و همان‌طور که گفته شد «حق مالکیت»، «حق انتفاع» و «حق ارتفاق» از اقسام حقوق عینی اصلی هستند که در اجرای طرح‌های عمومی رو در روی شهرداری قرار می‌گیرد.

۲-۲. مفهوم طرح‌های عمومی شهرداری

منظور از طرح‌های عمومی شهرداری، طرح‌هایی است که اولاً در راستای انجام وظایف محوله به شهرداری و برای رسیدن به اهداف مختلف، ترسیم و اجرا می‌گردد. ثانیاً، این طرح‌ها و برنامه‌ها، از سوی سازمانی با ویژگی‌های خاصی به نام «شهرداری» جامه عمل و اجراء به خود می‌پوشد. برای این که، درک درستی از این طرح‌ها و مجری آن یعنی شهرداری داشته باشیم، ضرورت دارد تا بدواً طرح‌های عمومی از حیث مفهوم را بشناسیم. در این قسمت، ابتدا طرح‌های عمومی را تعریف و ابعاد و زوایای آن را بررسی و سپس محدوده اجرای این طرح‌ها را، یعنی محدوده‌ای مکانی، که شهرداری باید در این قلمرو مکانی، در راستای وظایف خود، طرح‌هایی را اجراء نماید، بررسی می‌نماییم. گفتار اول به «تعریف طرح» و گفتار دوم به «محدوده اجرای طرح» اختصاص دارد.

۲-۲-۱. تعریف طرح

در قوانین ما، طرح به صورت کلی، تعریف نشده است^۱. با توجه به قوانین و مقررات حاکم بر شهرداری‌ها و استفاده از این کلمه در متون مختلف قانونی، می‌توان این کلمه را دارای دو

۱. مثلاً در بند ۱۰ ماده ۱ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱/۱/۱۲ «طرح عمرانی» تعریف شده است که قابل تعمیم به همه طرح‌ها نیست. در این بند در تعریف طرح عمرانی آمده: «منظور، مجموعه عملیات و خدمات مشخصی است که براساس مطالعات توجیهی فنی و اقتصادی یا اجتماعی که توسط دستگاه اجرایی انجام می‌شود، طی مدت معین و با اعتبار معین، برای تحقق

معنای عام و خاص دانست. ابتدا از طرح در معنای عام کلمه و سپس از طرح در معنای خاص کلمه سخن می‌گوییم.

طرح در معنای عام کلمه

نگاهی اجمالی به قانون شهرداری و دیگر قوانین مربوطه، نشان می‌دهد که در این قوانین، وظایف متعددی برای شهرداری‌ها در نظر گرفته شده است. هر چند به مرور و در نتیجه اصلاحات قانونی و واگذاری وظایف شهرداری‌ها به دیگر دستگاه‌ها و نهادها وظایف پیش‌بینی شده در قانون یادشده، با کاهش زیادی روبرو بوده است، مع‌هذا در وضعیت فعلی نیز، این وظایف قابل توجه می‌باشد.

جهت اجرای این وظایف، شهرداری‌ها باید اقدام به برنامه‌ریزی نمایند و امکانات خود را در جهت تحقق اهداف مقرر بسیج نمایند. اهتمام به اجرای این وظایف، یک طرح محسوب می‌شود. مثلاً به موجب ماده ۵۵ ق. ش، شهرداری مکلف است از سد معابر عمومی و اشغال پیاده‌روها و استفاده غیرمجاز آنها و میدان‌ها و پارک‌ها و باغ‌های عمومی برای کسب و یا سکنی و یا هر عنوان دیگری جلوگیری نماید. در همین راستا، شهرداری موظف است راساً و به وسیله مأمورین خود نسبت به برداشتن دکه‌های منصوب در سطح معابر، که بدون مجوز نصب شده‌اند اقدام کند. یا مثلاً طرح‌هایی که شهرداری‌های برای کنترل ترافیک در شهرهای بزرگ به اجرا می‌گذارند.

بخشیدن به هدف‌های برنامه عمرانی ۵ ساله به صورت سرمایه‌گذاری ثابت، شامل هزینه‌های غیرثابت وابسته در دوره مطالعه و اجرا و یا مطالعات اجرایی می‌گردد و تمام یا قسمتی از هزینه‌های اجرای آن از محل اعتبارات عمرانی تأمین می‌شود و به سه نوع انتفاعی، غیرانتفاعی و مطالعاتی تقسیم می‌گردد...».

بنابراین در معنای عام کلمه، طرح به اقداماتی گفته می‌شود که شهرداری در راستای انجام وظایف خود انجام می‌دهد که به صورت معمول نیز امکان دارد، اجرای برخی از وظایف مربوطه، به صورت ضربتی و در یک مقطع زمانی کوتاه و با بسیج همه امکانات صورت می‌پذیرد.

به نظر می‌رسد مقصود از کلمه طرح، در قوانینی که مبین نظم حاکم بر حقوق مالکانه در برابر طرح‌های عمومی هستند، طرح به معنای عام کلمه است. به عنوان نمونه، در ماده ۱ ل.ق.ن.خ از «برنامه‌های عمومی» سخن گفته شده است و در ماده ۲ همین قانون در توضیح آن آمده است که «برنامه‌های مذکور^۱ در ماده یک شامل برنامه‌هایی است که اجرای به موقع آن برای امور عمومی و امنیتی دستگاه اجرایی لازم و ضروری باشد...». بنابراین از این قانون، استفاده می‌شود که طرح‌های عمرانی و شهرسازی، صرفاً قسمتی از طرح‌های عمومی را شامل می‌شود و طرح‌های عمومی، معنای وسیع‌تری که شامل همه طرح‌های با اهداف متنوعی می‌باشد، دارد.

برای شناخت بهتر طرح، لازم است در اینجا طرح در معنای عام کلمه را با عناوین مشابه دیگر مقایسه و سپس از جهات طرح، سخن بگوییم.

الف) مقایسه طرح با عناوین مشابه

در این ارتباط، برای جلوگیری از اطاله کلام، صرفاً به مقایسه طرح با دو عنوان می‌پردازیم.

۱- مقایسه طرح با کاربری:

۱. اداره کل حقوقی ریاست جمهوری در نظریه شماره ۷۲۲۵۶-۱۹/۱۳۶۶/۷ خود آورده است که: «در مورد ماده ۲ لایحه قانونی مذکور لازم به ذکر است هرچند در صدر ماده از کلمه برنامه استفاده شده لیکن با عنایت به قسمت اخیر ماده مزبور ناظر به طرح است.»

همان‌گونه که گفته شد طرح به معنای برنامه و سندی برای وصول به اهداف مشخص است. اما کاربری در واقع یکی از اجزاء طرح‌های شهرسازی (طرح به معنای خاص کلمه) است؛ به این معنا که در این قبیل طرح‌ها، یعنی طرح‌های شهرسازی که صرفاً قسمتی از طرح‌هایی است که شهرداری‌ها به اجرا می‌گذارند، مواردی از قبیل میزان تراکم ساختمان، حدنصاب تفکیک اراضی و نیز سرانه‌های لازم برای فضاهای عمومی (مثل فضای سبز، اماکن آموزشی، انتظامی و ...) و خصوصی پیش‌بینی می‌گردد.

در واقع در این طرح‌ها، میزان نیازهای هر شهر به موارد مختلف مثل فضاهای مسکونی، فرهنگی، آموزشی، انتظامی و ... مشخص می‌گردد. متعاقباً، میزان املاکی که از حیث مساحت، برای برآوردن هر یک از نیازها، لازم است تعیین و آخرالامر، نقطه و نقاطی که این نیازمندی‌ها باید در آنجا تأمین شوند مشخص می‌گردند. تعیین نقاط مربوطه که در حال حاضر، توسط کمیسیون ماده ۵ ق.ش.ع.ش.م.ا انجام می‌شود،^۱ به معنای تعیین کاربری املاک یک شهر است.^۲

بنابراین کاربری، یعنی نوع استفاده‌ای که از هر ملکی می‌توان نمود که با توجه به طرح‌های موجود، می‌توان گفت به صورت معمول در این طرح‌ها، کاربری‌هایی چون کاربری مسکونی، تجاری، مختلط، خدمات آموزشی، فرهنگی، مذهبی، درمانی، ورزشی و غیره وجود دارد.^۳

^۱ در برخی کشورها مثل آلمان، طرح کاربری زمین با مشارکت نهادهای عمومی و شهروندان و پس از بررسی نظرات کارشناسان و مردم تهیه و تصویب می‌شود. ر.ک به: تدوین سرانه‌های کاربری خدمات شهری، ج ۱، ص ۵۲.

^۲ در ضوابط و مقررات اجرایی طرح جامع تهران، در تعریف کاربری آمده: «کاربری عبارت است از نوع استفاده و بهره‌برداری از اراضی».

^۳ مثلاً در طرح جامع تهران، ۲۲ نوع کاربری پیش‌بینی شده است. در ضوابط و مقررات اجرای طرح جامع تهران آمده است که کاربری مسکونی: «به سطوحی اطلاق می‌گردد که براساس نقشه کاربری

بنابراین، صرفاً تعیین کاربری برای املاک یک شهر به معنای ملزم بودن دستگاه‌های اجرایی به تأمین فضاهای عمومی پیش‌بینی شده نمی‌باشد و اجرایی شدن کاربری‌های عمومی و احداث فضاهای عمومی لازم، نیازمند زمان بوده و به بودجه و اعتبارات دستگاه‌های اجرایی بستگی دارد.

پس در واقع، اولاً اگر یک دستگاه اجرایی مثل شهرداری، بخواهد در راستای وظایف خود مثلاً پارکی ایجاد کند، باید این پارک و این طرح خود را در مکان‌ها و املاکی احداث و به اجرا درآورد که دارای کاربری فضای سبز است و این امکان برای شهرداری نیست که در کاربری‌های مسکونی این عمل را انجام دهد؛ کما این که اشخاص نیز اگر بخواهند محل سکونتی بسازند باید این کار را در املاکی انجام دهند که دارای کاربری مسکونی است. ثانیاً، این که در کاربری‌های عمومی این امکان نیز وجود دارد که اشخاصی غیر از دستگاه‌های اجرایی، اقدام به عملیاتی مطابق با کاربری مربوطه نمایند، مثلاً شخصی در ملکی که دارای کاربری ورزشی است یک باشگاه ورزشی خصوصی بسازد.^۱

اراضی، جهت احداث واحدها و مجموعه‌های مسکونی اختصاص یافته‌اند» و در تعریف کاربری تجاری گفته شده که: «کاربری تجاری، برای انواع فعالیت‌های بازرگانی، مغازه‌ها و فروشگاه‌ها، کسب و پیشه و دوایر نمایندگی‌های مختلف، براساس سلسله مراتب خدمات شهری در نظر گرفته شده است» و در تعریف کاربری فضای سبز آمده که: «کاربری فضای سبز، اختصاص به فضای سبز، پارک‌ها و جنگل کاری شهر دارد». برای مطالعه بیشتر ر.ک به: سرانه کاربری‌های خدمات شهری، ج ۱، ص ۴۵ به بعد و نیز سعیدنیا، احمد: کتاب سبز راهنمای شهرداری‌ها، ج ۲، کاربری زمین شهری. ص ۱۴ به بعد.

^۱. موضوع کاربری زمین و چگونگی برنامه‌ریزی و نظارت بر آن یکی از مشکلات مهم اجتماعی، اقتصادی در شهرنشینی و شهرسازی جهان سوم محسوب می‌شود. در این کشورها، مسأله زمین، مسکن و سیاست‌های مربوط به نحوه استفاده از زمین، معمولاً ابعادی وسیع‌تر از برنامه‌ریزی شهری و برنامه‌ریزی کاربری زمین به خود گرفته و گاه به ظهور بحران‌های سیاسی و اجتماعی بدل شده است. در کشورهایی مثل هند، مراکش، عراق و مکزیک طرح‌های شهری با شکست مواجه شده است. ر.ک به: تدوین سرانه‌های کاربری خدمات شهری ج ۱، ص ۵۲. در کشور ما نیز موضوع

۲-۲-۲. مقایسه طرح با نقشه

طرح معمولاً به صورت سندی است که در پی بیان وضعیت موجود و وضعیت آتی با استفاده از کلمات و آمار و ارقام می‌باشد. اما نقشه در واقع بیان موضوعات با استفاده از خطوط و دیگر ابزارهای هندسی است. ممکن است یک نقشه، صرفاً بیان‌گر قسمتی از عناصر یک طرح باشد. همان‌طور که گفته شد، میزان سرانه‌های لازم برای رفع نیازهای مختلف در یک شهر، یکی از عناصر طرح‌های شهرسازی است. نمایش دادن مساحت هر یک از این سرانه‌ها و نشان دادن نقاطی که به نظر کارشناسان امر، برای تأمین سرانه‌ها مناسب است چیزی به نام نقشه را ایجاد و تولید می‌کند.

از نقشه‌هایی که بیشتر در حوزه شهرسازی تهیه می‌شود می‌توانیم به نقشه طرح تفصیلی و نقشه کاربری زمین اشاره کنیم. هر کدام از این نقشه‌ها در حقیقت بیانگر قسمتی از یک طرح هستند.

ب) جهات طرح

طرح‌های در معنای عام کلمه، مبتنی بر جهات مختلفی می‌باشد که ذیلاً مهم‌ترین این جهات را ذکر می‌کنیم:

۱- شهرسازی و عمرانی

کاربری‌های پیش‌بینی شده در طرح‌های مربوطه و محدودیت‌های ایجاد شده برای مالکین در استفاده از ملک خود، به عنوان یک فضای مسکونی، همیشه اعتراضاتی را به دنبال داشته است. قانون‌گذار نیز با وضع قوانین سعی کرده این وضعیت را تعدیل کند. تصویب قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری در سال ۱۳۶۷ هـ.ش مبنی بر تعیین یک ضرب‌الاجل برای دستگاه‌های اجرایی در استفاده از کاربری‌های عمومی و نیز تبصره ۸۴ ق برنامہ دوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، مبنی بر اعلام صریح دستگاه‌های اجرایی به نیاز یا عدم نیاز به کاربری‌های عمومی، نمونه‌ای از این تلاش‌ها است.

طرح‌های مربوط به شهرسازی، طرح‌هایی است که در جهت تحقق یکی از مهم‌ترین وظایف شهرداری‌ها، یعنی نوسازی و عمران شهر (بند ۱ ماده ۵۵ ق.ش و ماده ۱ ق.ن.ع.ش) و ساخت و توسعه شهر براساس اصول و ضوابط منطقی، تهیه و اجرا می‌گردد.

امور مربوط به شهرسازی و انجام وظیفه توسط شهرداری در این خصوص، به صورت معمول، در چهارچوب برنامه‌ها و نقشه‌هایی است که مراجع صالح، مثل شورای عالی شهرسازی و معماری و کمیسیون ماده پنج قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری، اقدام به تنظیم آنها می‌نمایند. به تعبیر دیگر این که، شهرداری‌ها، جهت اجرای طرح‌های شهرسازی و عمرانی، آزادی عمل لازم ندارند و موظف هستند این طرح‌ها را به اندازه و مقداری که مراجع اعلام داشته‌اند و حتی در مکان‌هایی که این مراجع معلوم می‌کنند به انجام رسانند^۱.

پس همان‌طور که گفته شد، طرح‌های شهرسازی، فقط یکی از طرح‌های شهرداری‌ها است. با این حال، قسمت مهمی از درآمدهای شهرداری، صرف اجرای چنین طرح‌هایی می‌شود که در حال حاضر شهرداری‌ها در تهیه و تدوین آن نقش چندانی ندارند. به هر صورت، اجرای این قبیل طرح‌ها در بسیاری از موارد با حقوق مالکانه اشخاص برخورد دارد.

۲- فرهنگی، اجتماعی

^۱ با توجه به قوانین و مقررات مربوطه از جمله ق.ن.ع.ش، تهیه طرح‌های مربوط به شهرسازی و عمران و آبادانی شهر که بر حسب مورد به طرح‌های جامع، تفصیلی و ... شهرت یافته‌اند، ابتدا به ساکن به عهده خود شهرداری‌ها بوده است. ولی بعداً با تصویب قوانین دیگر، تهیه و تدوین این طرح‌ها به دلایلی از جمله ایجاد هماهنگی در این خصوص، بین شهرهای کشور و یا یک استان به شوراها و کمیسیون‌های خارج از شهرداری‌ها واگذار شده است. با این حال هنوز هم شاهد هستیم که این گرایش وجود دارد که این کمیسیون‌های قسمتی از وظایف خود را به شهرداری‌ها واگذار کنند. امری که مورد مخالفت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری قرار گرفته است.

یکی از وظایف شهرداری‌ها، انجام امور فرهنگی و اموری است که به ارتقای سطح فرهنگ شهروندان کمک می‌کند (مستفاد از بندهای ۶ و ۲۲ ماده ۵۵ ق.ش) در این راستا، شهرداری‌ها، طرح‌هایی تهیه و اجرا می‌نمایند. هرچند در اجرای چنین طرح‌هایی نیز، در بعضی مواقع، نسخه‌های از پیش نوشته شده‌ای از سوی مراجع خارج از شهرداری وجود دارد و شهرداری بر حسب الزامات مربوطه، مجبور به تبعیت از آنها در اجراشان می‌شود مع‌هذا شهرداری‌ها در اجرای طرح‌های غیر شهرسازی و غیر عمران، آزادی عمل زیادی دارند و می‌توانند در راستای انجام وظایف خود در زمینه‌ی امور فرهنگی، طرح‌های لازم را توسط کارشناسان خود تهیه، تدوین و اجرا نمایند. طرح‌هایی مثل دایر کردن نمایشگاه، مراکز فرهنگی، برگزاری مسابقات و ... از جمله طرح‌های فرهنگی می‌باشد که اجرای آنها بعضاً مستلزم دخالت در حقوق مالکانه اشخاص می‌باشد.

یکی دیگر از وظایف شهرداری‌ها، ارائه برخی خدمات اجتماعی است (مستفاد از بندهای ۵، ۱۲، ۱۳، ۲۰ و ۲۱ ماده ۵۵ ق.ش) مثلاً شهرداری طبق بند ۵ ماده ۵۵ ق.ش، موظف به جلوگیری از گدایی و واداشتن گدایان به کار و توسعه آموزش عمومی و غیره است. شهرداری در اجرای این وظیفه، می‌تواند توسط کارشناسان امور اجتماعی خود، طرح‌های لازم را تدوین و به وهله اجرا گذارد. اجرای این طرح‌ها، بعضاً ممکن است با حقوق مالکانه اشخاص برخورد داشته باشد. فرض کنید شهرداری جهت ساختن مرکزی برای ایجاد کار برای این دسته از اشخاص، یا تهیه محلی برای اسکان آنها، نیاز به ملک خصوصی افراد پیدا کند که در این صورت می‌گوییم در اجرای یک طرح عمومی با مسئله حقوق مالکانه خصوصی برخورد شده است.

۲-۲-۳. طرح در معنای خاص کلمه

طرح به معنای خاص کلمه، به برنامه‌هایی گفته می‌شود که علی‌الاصول نوشته شده و مصوب مراکز و مراجع ذیصلاح است. در عین حال این طرح‌ها، عموماً ناظر به امور عمرانی و شهرسازی و مربوط به آبادانی شهر می‌باشند. با این وصف، طرح‌های عمرانی و شهرسازی، تنها بخشی از طرح‌هایی هستند که شهرداری‌ها در اجرای وظایف خود، به اجرا درمی‌آورند. با این حال چون این طرح‌ها، قسمت عمده‌ای از وقت و درآمد شهرداری‌ها را به خود اختصاص می‌دهند، شناخت این قبیل طرح‌ها به صورت جداگانه ضروری است. در کشور ما، الگوهای متفاوتی برای رسیدن به این هدف تهیه و به عنوان برنامه کاری در اختیار شهرداری‌ها و دیگر نهادهای مسوؤل گذاشته می‌شود که شایسته است مهم‌ترین آنها و مراجع تصویب آنها را بشناسیم.^۱

الف) طرح جامع

در این خصوص، ابتدا با تعریف و اهداف طرح جامع و سپس مراحل و مرجع تصویب آن آشنا می‌شویم.

^۱. ملاحظه سیر تاریخی تصویب این قبیل طرح‌ها، یعنی طرح‌های به معنای خاص کلمه، نشان می‌دهد که اولین این‌گونه طرح‌ها در تهران، و در سال ۱۳۰۹ هـ.ش به عنوان «نقشه خیابان‌ها» بوده است. متعاقباً در سال ۱۳۱۰ هـ.ش نقشه‌ای تحت همین عنوان، برای شهر همدان تصویب می‌شود. قانون بلدیة مصوب سال ۱۳۰۹ هـ.ش محل مناسبی برای اجرایی شدن این طرح‌ها بود. تصویب قانون «تعریض و توسعه معابر و خیابان‌ها» در سال ۱۳۱۲ هـ.ش مهر تاییدی بر اجرای این قبیل طرح‌ها بود. در سال ۱۳۱۶ هـ.ش نقشه‌ای برای گسترش و توسعه شهر تهران تهیه می‌گردد. در سال ۱۳۳۹ هـ.ش «قانون تملک اراضی برای اجرای برنامه‌های شهرسازی» زمینه مناسبی برای اجرای طرح‌های شهرسازی فراهم می‌آورد. با تصویب «قانون نوسازی و عمران شهری» در سال ۱۳۴۷ هـ.ش لزوم وجود طرح‌های عمرانی و شهرسازی برای شهرها، رسمیت قانونی می‌یابد و بالاخره این که با تصویب «قانون تاسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران» در سال ۱۳۵۱ هـ.ش لزوم و وجوب تهیه و اجرای طرح‌های شهرسازی و انجام امور عمرانی و شهرسازی بر مبنای این طرح‌ها در نظام حقوقی و شهرسازی ایران ماندگار می‌شود. برای توضیح بیشتر ر.ک به: حبیبی، سید محسن: از شار تا شهر، ص ۱۵۸ به بعد.

تعریف و اهداف:

طرح جامع شهری، عبارت است از طرح بلند مدتی که در آن نحوه استفاده از اراضی و منطقه‌بندی مربوط به حوزه‌های مسکونی، صنعتی، بازرگانی، اداری، کشاورزی، تأسیسات و تجهیزات شهری و نیازمندی‌های عمومی شهر، خطوط کلی ارتباطی و محل مراکز انتهایی خط (ترمینال) و فرودگاه‌ها و بنادر و سطح لازم برای ایجاد تأسیسات و تجهیزات و تسهیلات عمومی و نیازمندی‌های عمومی شهر، مناطق نوسازی و بهسازی و اولویت‌های مربوط به آنها تعیین می‌شود و ضوابط مربوط به کلیه موارد فوق و همچنین ضوابط مربوط به حفظ بنا و نهادهای تاریخی و مناظر طبیعی، تهیه و تنظیم می‌گردد.^۱ همچنین در تعریف طرح جامع، گفته شده که طرح جامع، یک سند رسمی عمومی می‌باشد که در آن، نه تنها یک سری اهداف مشخص شده، بلکه خط مشی‌های دستیابی به آن اهداف نیز معین گشته است. طرح جامع خط مشی بلند مدتی، برای توزیع فضایی اشیاء و عناصر، عملکردها، فعالیت و اهداف می‌باشد. این طرح در جهت هماهنگ نمودن فعالیت‌های مختلف دولتی در سطح ملی و نیز کنترل عملکردهای بخش خصوصی در مورد توسعه اراضی خدمت می‌نماید و بر مبنای تحلیل از موقعیت کلی شهر و تحلیل دقیق انگاره‌های فضایی موجود، پی‌ریزی می‌شود. طرح جامع، اشاره به یک راه و روش کلی دارد که به کمک آن رهبران جامعه شهری، کیفیت و نحوه توسعه جامعه را در ۲۰ الی ۳۰ سال آینده مشخص می‌نمایند.

۱. بند ۲ ماده ۱ قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی و تعیین وظایف آن مصوب ۱۳۵۳ ه. ش. به طور مثال در طرح جامع تهران مصوب ۱۳۷۱/۱۲/۱۲ آمده است: «... ۱- مساحت محدوده طرح توسعه ۷۰۷/۵۱ کیلومتر مربع مطابق نقشه. ۲- حد نهایی جمعیت در محدوده فوق ۷/۶۵۰ میلیون نفر تعیین می‌گردد ... ۳- شهر تهران به ۵ حوزه و ۲۲ منطقه و هر منطقه به چند ناحیه و هر ناحیه به چند محله تقسیم می‌شود...».

در تصویب طرح جامع، اهدافی چون مشخص نمودن نیازها و احتیاجات جامعه شهری، تعیین امکانات و محدودیت در زمینه و تسهیلات موجود و شناخت هدف‌ها و سیاست‌های کلی اقتصادی و اجتماعی در سطوح مختلف دنبال می‌شود.^۱

مراحل و مرجع تصویب

برای تصویب طرح جامع معمولاً مراحل ذیل بایستی طی شود:

تشخیص ضرورت تدوین طرح جامع، فرم‌گیری و تهیه طرح جامع، ارائه طرح به شورای شهرسازی استان و تصویب آن توسط منابع صلاحیت دار، ارائه و قرار دادن طرح در دید مردم شهر و دریافت نظریات مردم و استفاده از این نظریات، ارائه طرح به شورای عالی شهرسازی و معماری و تصویب یا رد آن در شورا.^۲

طبق بند ۲ ماده ۲ ق.ت.ش.ع.ش.م.ا، تصویب طرح جامع از وظایف و اختیارات شورای عالی شهرسازی و معماری است.^۳ قوانین مربوطه به نحوی است که در تصویب این

۲. رضویان، محمدتقی، مدیریت عمران شهری، ص ۱۶۴.

۱. همان منبع، ص ۱۶۵. همچنین ر.ک به: سعید نیا، احمد: همان منبع، ج ۵، طراحی شهری در ایران، ص ۸۲.

۲. ماده ۲، ق.ت.ش.ع.ش.م.ا، مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۲۲ در خصوص وظایف این شورا مقرر می‌دارد: «وظایف شورای عالی شهرسازی و معماری به شرح زیر است: ۱- بررسی پیشنهادهای لازم در مورد سیاست کلی شهرسازی برای طرح در هیأت وزیران ۲- اظهار نظر نسبت به پیشنهادهای و لوایح شهرسازی و مقررات مربوط به طرح‌های جامع شهری که شامل منطقه‌بندی، نحوه استفاده از زمین، تعیین مناطق صنعتی بازرگانی، اداری، مسکونی، تأسیسات عمومی، فضای سبز و سایر نیازمندی‌های عمومی شهر می‌باشد. ۳- بررسی و تصویب نهایی طرح‌های جامع شهری و تغییرات آنها خارج از نقشه‌های تفصیلی ۴- تصویب معیارها و ضوابط و آیین‌نامه‌های شهرسازی، همچنین ماده ۳ همین قانون در خصوص ترکیب اعضای این شورا بیان می‌دارد: «اعضای شورای عالی شهرسازی و معماری ایران عبارتند از: ۱- وزیر مسکن و شهرسازی ۲- وزیر کشور ۳- وزیر اقتصاد

طرح، صاحبان حقوق مالکانه در یک شهر، کمترین اطلاع و دخالت در تصویب این طرح را دارند.

در ایتالیا، انگلستان و فرانسه، طرح جامع باید به تصویب وزیر برسد. در فرانسه طرح‌های جامع توسط فرمانداران یا بخشداران تهیه، تصویب و پس از تأیید فرمانداران به تصویب وزیر مسکن و آبادانی می‌رسد.^۱ بی شک شناسایی نظمی که بر حقوق مالکانه در برابر اجرای طرح‌های عمومی حاکم است، تا حدودی متوقف به شناسایی نظمی است که بر تهیه و تصویب این طرح‌ها حاکم است. لذا امکان دخالت یا عدم دخالت شهروندان در تصویب طرح‌های شهری، از جمله طرح جامع و میزان امکان دخالت آنها، نوع نظمی را که بر حقوق مالکانه در برابر طرح‌های عمومی حاکم است تا حدی تغییر می‌دهد.

ب) طرح‌های دیگر

بعد از توضیح طرح جامع به عنوان مهم‌ترین سند برنامه‌ریزی شهری، در این فرصت، از الگوهای دیگر برنامه‌ریزی نیز به صورت خلاصه یاد می‌کنیم.

۱- **طرح تفصیلی:** طرح تفصیلی، طرحی است که در آن براساس معیارها و ضوابط کلی طرح جامع، نحوه استفاده از زمین‌های شهری را در سطح محلات مختلف شهر و موقعیت و

۴- وزیر فرهنگ و هنر ۵- وزیر آب و برق ۶- وزیر کشاورزی و منابع طبیعی ۷- وزیر جنگ ۸- رییس سازمان برنامه و بودجه ۹- وزیر اطلاعات و جهانگردی ۱۰- رییس سازمان حفاظت محیط زیست». ناگفته نماند، قانون الحاق یک بند به ماده «۳» قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری مصوب ۱۳۷۶/۱/۱۷ تغییراتی در ترکیب مزبور ایجاد نموده است. این قانون می‌گوید: «ماده واحده: متن زیر به عنوان بند (۹) به ماده (۳) قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۲۲ الحاق می‌گردد. ۹- یک نفر از اعضای کمیسیون مسکن و شهرسازی و راه و ترابری مجلس شورای اسلامی به پیشنهاد کمیسیون و انتخاب مجلس، به عنوان ناظر در جلسات شورای عالی شهرسازی و معماری شرکت خواهد کرد. تبصره: در ماده (۳) وزیر راه و ترابری به اعضای شورای عالی شهرسازی و معماری ایران افزوده می‌گردد».

۱. رضویان، محمدتقی، همان منبع، ص ۱۱۳.

مساحت دقیق زمین برای هر یک از آنها و وضع دقیق و تفصیلی شبکه عبور و مرور و میزان جمعیت و تراکم ساختمانی در واحدهای شهری و اولویت‌های مربوط به مناطق بهسازی و نوسازی و توسعه و حل مشکلات شهری و موقعیت کلیه عوامل مختلف شهری در آن تعیین می‌شود^۱.

این طرح‌ها، حاوی جزئیاتی هستند که در طرح‌های جامع شهری به صورتی کلی‌تر به آنها پرداخته شده است. اهداف طرح‌های تفصیلی، همانند طرح‌های جامع، تعادل بخشیدن به شیوه استقرار در کاربری‌های شهری و یکسان کردن سطح خدمات و تأسیسات در نقاط گوناگون شهر است^۲.

مرجع تصویب طرح تفصیلی، کمیسیون موضوع ماده ۵ ق.ت.ش.ع.ش.م.ا می‌باشد^۳. اما در شهر تهران مرجع تصویب طرح تفصیلی، کمیسیون موضوع تبصره همین ماده است^۴.

۱. بند ۳ ماده ۱ قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی و وظایف آن مصوب ۱۳۵۳ هـ.ش

۲. رضویان، محمد تقی: همان منبع، ص ۱۱۲.

۳. ماده ۵ ق.ت.ش.ع.ش.م.ا مقرر می‌دارد: «بررسی و تصویب طرح‌های شهری و تغییرات آنها در هر استان یا فرمانداری کل به وسیله کمیسیونی به ریاست استاندار یا فرماندار کل و به عضویت رییس انجمن شهرستان و شهردار و نمایندگان وزارت فرهنگ و هنر و مسکن و شهرسازی و نماینده مهندس مشاور تهیه کننده طرح انجام می‌شود. آن قسمت از نقشه‌های تفصیلی که به تصویب انجمن شهر برسد برای شهرسازی لازم‌الاجرا خواهد بود. تغییرات نقشه‌های تفصیلی اگر در اساس طرح جامع شهری مؤثر باشد باید به تایید شورای عالی شهرسازی برسد...».

۴. تبصره ماده ۵ ق.ت.ش.ع.ش.م.ا مقرر می‌دارد: «بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی شهری و تغییرات آنها در شهر تهران به عهده کمیسیونی مرکب از نمایندگان وزراء مسکن و شهرسازی، کشور، نیرو (در حد معاونت مربوطه)، سرپرست سازمان حفاظت محیط زیست و شهردار تهران یا نماینده تام‌الاختیار او و رییس شورای شهر تهران می‌باشد. محل دبیرخانه کمیسیون، در شهرداری و دبیر آن شهردار تهران و یا نماینده تام‌الاختیار او خواهد بود و جلسات آن با حضور اکثریت اعضا رسمیت یافته و تصمیمات کمیسیون حداقل با ۴ رای موافق معتبر است. ضمناً تا تشکیل شوراهای

مع‌هذا در عمل مشاهده شده که کمیسیون مزبور، اختیارات خود را به مراجع دیگری تفویض کرده است که این اقدام به دلیل این که مغایر با قانون و شأن کمیسیون مربوطه بوده است از سوی هیات عمومی دیوان عدالت اداری، ابطال شده است.^۱

با توجه به قوانین مربوطه، ملاحظه می‌شود که متأسفانه در خصوص تصویب طرح‌های تفصیلی نیز، صرفاً یک مرجع اداری و بدون هیچ‌گونه اطلاع و دخالت صاحبان حقوق مالکانه یعنی شهروندان، تصمیم‌گیری می‌نماید.

۲- طرح هادی و دیگر طرح‌ها: طرح هادی، طرحی است که در آن، برای گسترش آتی شهر و نحوه استفاده از زمین‌های شهری برای عملکردهای مختلف، به منظور حل مشکلات حاد و فوری شهر و ارایه راه‌حل‌های کوتاه مدت و مناسب برای شهرهایی که دارای طرح جامع نیستند تهیه می‌شود.^۲ طرح‌های هادی تا سال ۱۳۵۵ هـ.ش برای دوره‌های پنج ساله تهیه می‌شدند. لیکن از این سال به بعد، مدت آنها به ده سال افزایش یافت و زمینه‌های مطالعاتی آنها علاوه بر خود شهر، محدوده‌های پیرامون آن و حوزه نفوذ شهری را نیز شامل می‌شود. قبلاً تهیه طرح‌های هادی، از وظایف وزارت کشور محسوب می‌شد که بر مبنای قرارداد تیپ توسط دفتر فنی وزارت کشور انجام می‌گرفت. بعدها با تأسیس دفاتر فنی

شهر، نماینده وزیر کشور به عنوان قائم مقامی رییس شورای شهر تهران هم در کمیسیون مزبور شرکت خواهد کرد». شایان ذکر است که به موجب ماده ۵ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۷۴/۳/۳۱ «از تاریخ تصویب این قانون، نماینده وزارت کشاورزی در کمیسیون ماده پنج قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران، عضویت خواهد داشت».

۱. ر.ک به: آراء شماره‌های ۱۳۸۱/۱۰/۱-۳۴۵ و ۱۳۸۳/۹/۲۲-۴۶۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.

۲. بند ۱ ماده ۴ قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی و تعیین وظایف آن مصوب ۱۳۵۳ هـ.ش.

استانداری‌ها، وظیفه تهیه طرح‌های هادی در هر استان به آن دفاتر واگذار شد. این طرح‌ها به وسیله کمیته بررسی و تصویب طرح‌های استان مورد بررسی کارشناسی و تصویب قرار می‌گیرند. پس از بررسی و تصویب طرح هادی در کمیته فنی استان، طرح مذکور توسط استاندار تأیید و برای اجرا به شهرداری ذی‌ربط ابلاغ می‌شود.^۱

برای تکمیل نقش طرح‌های جامع، تفصیلی و هادی در نظم بخشیدن به توسعه شهرها، علاوه بر این طرح‌ها، طرح‌هایی دیگری نیز طی سال‌های گذشته در عرصه شهرسازی کشور مطرح شده است. طرح‌هایی چون طرح‌های کالبدی، طرح‌های منطقه شهری، طرح‌های ناحیه‌ای، طرح‌های جامع شهرستان، طرح‌های آماده‌سازی زمین، طرح‌های جزییات شهرسازی، طرح‌های بهسازی و طرح‌های روان‌بخشی از جمله این طرح‌ها هستند. بخشی از طرح‌های مذکور، طرح‌های فرادست طرح‌های جامع و تفصیلی و هادی، و بخشی دیگر، طرح‌های پایین دست این طرح‌ها هستند.

۲-۳. محدوده اجرای طرح

صرف‌نظر از موارد استثنایی، شهرداری در جایی تشکیل می‌شود که شهری ایجاد گردد. طرح‌های عمومی نیز در محدوده شهر ایجاد می‌شود. بنابراین ضرورت دارد با مفهوم و معنای شهر و سپس محدوده شهر یعنی محدوده‌ای که شهرداری در آن به اجرای وظیفه می‌پردازد آشنا شویم.

۲-۳-۱. شهر

^۱. رضویان، محمد تقی: همان منبع، ص ۱۸۰.

برای شناخت شهر، ابتدا از دیدگاه جامعه شناسی و سپس از دیدگاه حقوقی، موضوع را بررسی می‌کنیم.

الف) از دیدگاه جامعه شناسی

بررسی متون به جا مانده، چه در مقیاس کشوری و چه در مقیاس جهانی، و نیز مطالعات میدانی در زمینه چگونگی شکل‌گیری کانون‌های زیستی در معنای عام کلمه و شهر در معنای خاص کلمه، چند عامل را روشن می‌سازد. این عوامل را می‌توان در چند گروه مطرح کرد:

۱- عامل جهان بینی

این عامل دین، مذهب، مسلک و فرق متفاوت اجتماعی و مذهبی و ... را شامل می‌شده و تأثیر و تأثر آنها را در شکل بخشیدن به این کانون زیستی نشان می‌دهد.

۲- عامل اقتصادی و محیطی

عامل اقتصادی، عمدتاً بر چگونگی تولید و توزیع ثروت، نحوه تولید، توزیع و مصرف محصولات و رابطه آن با ساخت کالبدی نظر دارد.

عامل محیط یا اقلیم نیز، آب و هوا، همواری و ناهمواری و به طور کلی، عناصر محیط زیست طبیعی را نشان می‌دهد. محیط زیست، در شکل‌گیری کانون‌های زیستی و شهر نقش اساسی داشته است^۱.

^۱. حبیبی، سید محسن: همان منبع، صص ۳ و ۴. ضمناً ایشان شهر را مکان جمع شدن سه جامعه روستایی، ایلی و شهری می‌داند. ص ۷. البته برخی معتقدند، ایجاد شهرها، روند اجتماعی برجسته‌ای

ب) از دیدگاه حقوقی

برای بررسی حقوقی مفهوم شهر، باید ضابطه تشخیص و مرجع تشخیص را بررسی کرد:

۱- **ضابطه تشخیص:** از دیدگاه حقوقی، برای شناخت شهر، به ضوابط و معیارهای قانونی و مصوبات مراجع ذیصلاح توجه می‌شود.

در ماده ۴ ق.ت.ض.ت.ک، در تعریف شهر آمده: «شهر محلی است با حدود قانونی که در محدوده جغرافیایی بخش واقع شده و از نظر بافت ساختمانی، اشتغال و سایر عوامل، دارای سیمایی با ویژگی‌های خاص خود بوده، به طوری که اکثریت ساکنان دائمی آن در مشاغل کسب، تجارت، صنعت، کشاورزی، خدمات و فعالیت‌های اداری، اشتغال داشته و در زمینه خدمات شهری از خودکفایی نسبی برخوردار و کانون مبادلات اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و سیاسی حوزه جذب و نفوذ پیرامون خود بوده و حداقل دارای ده هزار نفر جمعیت باشد». بنابراین با توجه به ماده فوق در شناخت شهر از لحاظ حقوقی و قانونی باید به چند نکته توجه نمود:

اولاً، این که، هر چند قانون‌گذار به شرح ماده فوق، عوامل اقلیمی و اقتصادی را نیز در شناخت منطقه‌ای به نام شهر مؤثر دانسته است، با این حال طبق ماده ۱۳ ق.ت.ض.ت.ک ایجاد شهر از اختیارات هیأت وزیران است؛ لذا تشخیص یا عدم تشخیص منطقه‌ای به نام «شهر» با یک مقام و مرجع ذیصلاح قانونی است و در صورتی که مرجع قانونی، با وصف وجود شرایط اقلیمی و اقتصادی، موجودیت شهری را اعلام نکند، منطقه مورد نظر شهر نامیده نخواهد شد.

بود که بیشتر موجب دگرگونی در روابط متقابل انسان با انسان‌های دیگر گردید تا تغییر در واکنش‌های او نسبت به محیط زیست ر.ک به: مجید زاده، یوسف: آغاز شهر نشینی در ایران، ص ۹.

ثانیاً این که شهر با توجه به ماده مزبور و دیگر مواد همین قانون، منطقه‌ای است که متفاوت از دهستان، ولی زیر مجموعه مناطقی به نام بخش و شهرستان قرار می‌گیرد^۱. بدین ترتیب نباید این مفاهیم را به ویژه، دو مفهوم «شهر» و «شهرستان» را از لحاظ قانونی با یکدیگر مخلوط نماییم. ناگفته نماند که ملاک تشکیل یا عدم تشکیل شهرداری در یک منطقه، همین ملاک و دیدگاه حقوقی است.

۲- مرجع تشخیص: طبق ماده ۱۳ ق.ت.ض.ت.ک، مرجع تشخیص این که، آیا منطقه‌ای شرایط و ضوابط قانونی لازم را برای این که آن منطقه، به عنوان شهر شناخته شود دارا می‌باشد یا خیر، هیأت وزیران است. لذا تا زمانی که این مرجع، منطقه‌ای را به نام شهر شناسد از لحاظ قانونی، آن منطقه شهر نخواهد بود.

۲-۳-۲. حدود شهر

۱. طبق ماده ۳ ق.ت.ض.ت.ک «دهستان کوچک‌ترین واحد تقسیمات کشوری است که دارای محدوده جغرافیایی معین بوده و از به هم پیوستن چند روستا، مکان، مزرعه همجوار تشکیل می‌شود که از لحاظ محیط طبیعی، فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی همگن بوده و امکان خدمات‌رسانی و برنامه‌ریزی در سیستم و شبکه واحدی را فراهم می‌نماید» و طبق ماده ۶ همین قانون «بخش واحدی است از تقسیمات کشوری که دارای محدوده جغرافیایی معین بوده و از به هم پیوستن چند دهستان همجوار مشتمل بر چندین مزرعه، مکان، روستا و احیاناً شهر که در آن عوامل طبیعی و اوضاع اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و سیاسی، واحد همگنی را به وجود می‌آورد، به نحوی که با در نظر گرفتن تناسب، وسعت، جمعیت، ارتباطات و دسترسی و سایر موقعیت‌ها، نیل به اهداف و برنامه‌ریزی‌های دولت در جهت احیاء امکانات طبیعی و استعدادهای اجتماعی و توسعه امور رفاهی و اقتصادی آن تسهیل گردد» و طبق ماده ۷ قانون مزبور، «شهرستان، واحدی از تقسیمات کشوری با محدوده جغرافیایی معین که از به هم پیوستن چند بخش همجوار که از نظر عوامل طبیعی، اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و فرهنگی، واحد متناسب و همگنی را به وجود آورده‌اند».

شناخت حدود شهر، از این حیث دارای اهمیت است که منطقاً، طرح‌های عمومی شهر باید در حدود و قلمرو شهر اجرا شوند. به تعبیر دیگر، شهرداری در خارج از شهر، وظیفه و اختیاری در جهت اجرای طرح ندارد و طبیعتاً حق استفاده از مقررات مربوط به اجرای طرح‌های عمومی یا استناد به آنها در خارج از شهر را هم ندارد.

متأسفانه یکی از ابهامات قانونی در ایران، همین موضوع حدود شهر و محدوده‌ای است که شهرداری می‌تواند یا باید در آن محدوده به ایفای نقش، به ویژه اجرای طرح‌های عمومی بپردازد. به همین دلیل، اصطلاحات مختلف را که به نوعی در صدد بیان محدوده شهر هستند بیان می‌نماییم. بدیهی است با مشخص شدن محدوده شهر، محدوده اجرای طرح‌های عمومی نیز معلوم خواهد شد. به همین منظور از محدوده شهر و حریم شهر سخن گفته می‌شود.

محدوده شهر و حریم

با توجه به حاکمیت قانون تعاریف محدوده و حریم شهر، روستا و شهرک و نحوه تعیین آن^۱ آنچه در حال حاضر مبنا و ملاک تعیین محدوده شهر است، همین قانون بوده و لذا شایسته است تعابیر مزبور را از منظر این قانون بررسی نماییم.

۱- **محدوده شهر:** در ماده ۱ قانون تعاریف محدوده و حریم شهر... آمده است: «محدوده شهر عبارت است از حد کالبدی موجود شهر و توسعه آتی در دوره طرح جامع و تا تهیه طرح مذکور در طرح هادی شهر که ضوابط و مقررات شهرسازی در آن لازم‌الاجراء می‌باشد. شهرداری‌ها علاوه بر اجرای طرح‌های عمرانی از جمله احداث و توسعه معابر و

^۱ مصوب ۱۳۸۴/۱۰/۱۴ ه.ش.

تأمین خدمات شهری و تأسیسات زیربنایی در چارچوب وظایف قانونی خود، کنترل و نظارت بر احداث هرگونه ساختمان و تأسیسات و سایر اقدامات مربوط به توسعه و عمران در داخل محدود شهر را نیز بر عهده دارند» و در ماده ۱۰ قانون مورد بحث نیز آمده که هیچ یک از شهرها، محدوده و حریم دیگری به جز محدوده و حریم موضوع مواد این قانون نخواهد داشت و کلیه عناوین مشابه ملغی شده محسوب است.

از توجه به مواد قانونی فوق الذکر می توان نتیجه گرفت که اولاً: با تصویب قانون تعاریف محدوده و حریم شهر... اصطلاحات دیگری چون محدوده قانونی و خدماتی حداقل در خصوص تعیین محدوده ای که شهرداری ها در آن محدوده به ایفای نقش می پردازند کاربرد نخواهد داشت.

ثانیاً، مقنن محدوده تعیین شده در طرح های جامع یا هادی را حسب مورد، ملاک و مبنای تعیین محدوده شهر قرار داده است، یعنی هر چند شناخته شدن محلی به عنوان شهر، هنوز با روش مقرر در ق. ت. ض. ت. ک صورت می گیرد ولی محدوده آن توسط مراجع ذی صلاح جهت تصویب طرح های جامع یا هادی تعیین خواهد شد.

ثالثاً، این که بالاخره بعد از مدت ها نزاع در خصوص معانی اصطلاحات مختلف و متنوع موجود در قوانین مختلف، مقنن محدوده تعیین شده در طرح های جامع یا به قولی محدوده تعیین شده در طرح های شهرسازی را بر دیگر محدوده ها ترجیح داده و آن را به عنوان مبنای تمامی تصمیم گیری ها در خصوص یک شهر قرار داده است. با این حال هنوز هم ابهام باقی است که پرداختن به آنها از حوصله این بحث خارج است.

رابعاً، این که در مورد بحث ما یعنی حدود و محدوده ای که شهرداری ها، باید به فعالیت های عمرانی پردازند و به تعبیری محدوده ای که شهرداری ها خواهند توانست از قوانین مربوطه جهت تملک املاک اشخاص استفاده کنند، این محدوده همان خواهد بود که در طرح های جامع یا هادی بر حسب مورد تعیین شده و لاغیر.

۲- **حریم:** صرف‌نظر از معنای لغوی این کلمه^۱ و قطع نظر از معنای اصطلاحی آن در نظام حقوقی به صورت عام^۲ در این جا، در صدد بررسی معنای این اصطلاح در متون مربوط به موضوع بحث هستیم و در پی آنیم که ببینیم آیا این لفظ، ملاکی برای تعیین محدوده‌ای که شهرداری باید در آن به ایفای وظیفه و از جمله اجرای طرح‌های عمومی بپردازد می‌باشد یا خیر؟

از این لفظ، از جمله در ماده ۹۹ ق.ش.م.صوب ۱۳۳۴ استفاده شده است. منظور از حریم در این قانون با توجه به ماده ۲ که از حدود «حوزه شهرداری»^۳ سخن به میان آورده، محدوده‌ای است بزرگ‌تر و وسیع‌تر از حوزه شهری موضوع ماده ۲، که برای حفاظت و حراست از حوزه شهری تعیین شده و مانند کمربندی برای آن عمل می‌کند. در این محدوده یعنی حریم، ضوابط مربوط به قطعه‌بندی، تفکیک اراضی، ایجاد ساختمان و غیره متفاوت از ضوابط مقرر در حوزه شهری است.

در بعضی از متون نیز به جای کلمه حریم، از عبارت «حریم استحفاظی» استفاده شده است^۴ که منظور از این عبارت، همانا حریم مذکور در ماده ۹۹ ق.ش.م.صوب است. مؤید این ادعا،

۱. حریم از حرمت به معنی منع است. همچنین به معنای مکانی که حمایت و دفاع از آن واجب باشد. ر.ک به: معین، محمد: همان منبع، ج ۱، ص ۵۹۰.

۲. طبق ماده ۱۳۶ ق.م. «حریم مقداری از اراضی اطراف ملک و قنات و نهر و امثال آن است که برای کمال انتفاع از آن، ضرورت دارد».

۳. ماده ۲ قانون شهرداری می‌گوید: «حدود حوزه هر شهرداری، با تصویب انجمن شهر (در حال حاضر شورای شهر) تعیین می‌شود و پس از موافقت شورای شهرستان و تصویب وزارت کشور قابل اجراء است».

۴. مثلاً در طرح جامع تهران مصوب ۱۳۷۱/۱۲/۱۲ ه.ش، عبارت «محدوده استحفاظی» مورد استفاده قرار گرفته که در ضوابط و مقررات اجرایی این طرح، در تعریف این عبارت گفته شده «محدوده استحفاظی، عبارت است از محدوده‌ای بزرگ‌تر به دور محدوده طرح جامع که اراضی واقع

این که طبق بند ۲ ماده ۱ آیین‌نامه مربوط به استفاده از اراضی، احداث بنا و تأسیسات در خارج از محدوده قانونی و حریم شهرها^۱ گفته شده که: «در شهرهایی که طرح جامع یا هادی برای آنها تهیه و به تصویب مراجع ذی‌ربط رسیده و در طرح‌های مذکور، محدوده استحفاظی یا نفوذی مشخص گردیده است، حریم شهر، همان محدوده استحفاظی یا نفوذی است و در مورد شهرهایی که فاقد طرح جامع یا هادی بوده و یا محدوده استحفاظی یا نفوذی در طرح‌های مذکور تعیین نشده باشد، حریم شهر براساس ماده ۹۹ الحاقی به ق.ش. تعیین می‌گردد»^۲.

در قانون تعاریف محدوده و حریم شهر، روستا و شهرک و نحوه تعیین آن و در ماده ۲ آن آمده است: «حریم شهر عبارت است از قسمتی از اراضی بلافصل پیرامون محدوده شهر که نظارت و کنترل شهرداری در آن ضرورت دارد و از مرز تقسیمات کشوری شهرستان و بخش مربوطه تجاوز ننماید. به منظور حفظ اراضی لازم و مناسب برای توسعه موزون شهرها با رعایت اولویت حفظ اراضی کشاورزی، باغات و جنگل‌ها، هرگونه استفاده برای احداث ساختمان و تأسیسات در داخل حریم شهر، تنها در چارچوب ضوابط و مقررات مصوب طرح‌های جامع و هادی امکان‌پذیر خواهد بود. نظارت بر احداث هرگونه ساختمان و تأسیسات که به موجب طرح‌ها و ضوابط مصوب در داخل حریم شهر مجاز شناخته شده و

در آن در مقیاس توسعه منطقه شهری بلندمدت، تحت ضوابط خاصی مورد حفاظت و یا بهره‌برداری کنترل شده قرار می‌گیرد». شایان ذکر است که علاوه بر استفاده از کلمه حریم استحفاظی، از عناوین دیگری نیز مثل حوزه نفوذی در بعضی متون استفاده شده، اما تعریفی برای آن نشده است که به نظر می‌رسد مترادف با «حریم» و «حوزه استحفاظی» باشد. ر.ک به: ذکایی، مرجان: محدوده یا محدودیت، ماهنامه شهرداری‌ها، شماره ۲۶، ص ۶.

^۱. مصوب ۱۳۵۵/۲/۲۲ ه.ش.

^۲. در تأیید این ادعا ر.ک به: نظریور و پور ارشد، نادر: همان منبع، ص ۲۶.

حفاظت از حریم به استثنای شهرک‌های صنعتی (که در هر حال از محدوده قانون و حریم شهرها و قانون شهرداری‌ها مستثنی می‌باشند) به عهده شهرداری مربوط می‌باشد...».

بنابراین با توجه به مراتب فوق باید گفت در حال حاضر، شهرداری‌ها علاوه بر این که مکلف به اجرای طرح در محدوده شهر می‌باشند، مکلف به اجرای طرح‌های عمرانی در حریم شهر نیز هستند. بنابراین با توجه به مراتب فوق باید گفت، در حال حاضر، منظور از حریم شهر، همان است که در قانون تعاریف محدوده و حریم شهر... آمده است و تعاریف دیگر از حریم شهر فاقد اعتبار قانونی است و حریم مزبور در طرح جامع یا هادی بر حسب مورد تعیین می‌شود.

ناگفته نماند که با این توصیف، شهرداری‌ها علاوه بر این که مکلف به اجرای طرح در محدوده شهر می‌باشند، مکلف به اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی در حریم شهر نیز هستند. تبصره ۵ ماده ۳ قانون مورد بحث در این راستا آورده: «در هر محدوده یا حریمی که شهرداری عوارض ساختمانی و غیره را دریافت می‌نماید موظف به ارائه کلیه خدمات شهری است.».

خلاصه

از آنجایی که موضوع مورد بحث ما نظام حقوقی تملک املاک و تأمین حقوق مالکانه اشخاص در برابر طرح‌های عمومی شهرداری است ابتدا مفاهیم مرتبط مورد بررسی قرار گرفتند. آشنایی با مفهوم «حقوق مالکانه» و «طرح‌های عمومی شهرداری» ابتدا به ساکن لازمه مبحث‌های بعدی است. در این راستا آشنایی با مفهوم طرح در معنای عام و خاص و مقایسه آن با مفاهیم مشابه، محدوده اجرای طرح و بررسی مفاهیم شهر و حریم در این مبحث ارائه گردید.

خودآزمایی

- ۱- تفاوت حقوق مالکانه با حق مالکیت چیست؟
- ۲- طرح‌های عمومی را در معنای خاص و عام توضیح داده و در آخر بیان نمایید منظور از لفظ طرح‌های عمومی طرح در مفهوم خاص است یا عام؟
- ۳- طرح به معنای خاص را با بیان نمونه‌هایی از آن توضیح دهید؟
- ۴- طرح جامع به چه معناست؟
- ۵- طرح تفصیلی را به استناد قانون بیان کنید؟
- ۶- محدوده اجرای طرح‌های عمومی را توضیح دهید؟
- ۷- شهر و حدود آن از لحاظ حقوقی را بیان نمایید؟
- ۸- آیا شهرداری ملزم به اجرای طرح در حریم شهر نیز می‌باشد؟ توضیح دهید.
- ۹- مبانی فقهی تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه را توضیح دهید؟
- ۱۰- مبانی غیر فقهی تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه کدام است؟ توضیح دهید.
- ۱۱- منابع حقوقی عمومی و خاص تحدید و یا سلب حقوق مالکانه افراد را توضیح دهید؟



فصل سوم

مبانی و منابع تقدم حقوق عمومی

بر حقوق مالکانه

اهداف

هدف از مطالعه این فصل، آشنایی با مطالب زیر می‌باشد:

۱. مبانی فقهی تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه
۲. مبانی مؤید ولایت در فقه و حقوق ایران
۳. مبانی مؤید نفی ضرر در فقه اسلامی و حقوق ایران
۴. مبانی غیرفقهی تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه
۵. بررسی مبانی مؤید حاکمیت مطلق و نقش آن در حقوق ایرانی
۶. بررسی مبانی مؤید اصلاحات اجتماع و نقش آن در حقوق ایران
۷. منابع تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه
۸. بررسی منابع مؤید اصالت اجتماع و نقش آن در حقوق ایران
۹. منابع تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه
۱۰. بررسی منابع خاص تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه
۱۱. شورای عالی شهرسازی و معماری و مستندات قانونی آن
۱۲. کمیسیون ماده پنج
۱۳. شورای اسلامی شهر

۳-۱. مبانی تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه

۳-۱-۱. مبانی فقهی

نظام حقوق اسلامی به عنوان یک نظام حقوقی، مبتنی بر اصول و قواعدی است که فقهای عظام، در کتب خود با شناسایی برخی از این قواعد، به معرفی و توضیح و حدود دلالت هر یک پرداخته‌اند. برخی از این قواعد فقهی، قواعدی هستند که پایه و مبنای نیازهای حکومتی و عمومی است. به تعبیر دیگر، این قواعد به هنگام ضرورت و به وقت حاجت، حکومت اسلامی را برای حل مشکلات یاری می‌رساند.

ذیلاً مهم‌ترین این قواعد را که بعضاً مؤید ولایت حکومت اسلامی و حاکم بر اشخاص و بعضاً نیز مؤید نفی ضرر در مواقع ورود ضرر است، بررسی می‌کنیم.

بند اول: مبانی مؤید ولایت

برخی از قواعد فقهی هستند که نشان دهنده ولایت حاکم اسلامی بر نفوس و اموال مردم است.^۱ این ولایت از باب ضرورت و حل مشکلات، جعل و وضع شده است. در فقه اسلامی، این ولایت را در ابواب مختلف می‌توان دید. ولایت حاکم بر اموال و ولایت حاکم بر ممتنع و مستنکف، از این قبیل است. در این بند، یکی از این قواعد را تحت عنوان ولایت بر ممتنع، بررسی می‌نماییم.

^۱ شیخ انصاری در کتاب مکاسب، از جمله کسانی را که امکان دخالت در مال اشخاص دارد، حاکم معرفی می‌کند و مراد از حاکم را فقیه جامع‌الشرایط می‌داند و می‌گوید: «من جمله اولیاء التصرف فی مال من لایستقل بالتصرف فی ماله؛ الحاکم و المراد منه، الفقیه الجامع الشرایط الفتوی ...» و از جمله اختیارات حاکم را با تعبیر «ولایه التصرف فی الاموال و الانفس»، تصرف در مال و نفس مسلمین می‌داند. ر.ک به: انصاری، شیخ مرتضی: مکاسب، ج ۲، صص ۳۰ و ۳۱. همچنین ر.ک به: گرجی، ابولقاسم؛ مقالات حقوقی، ج ۲، ص ۲۹۱.

الف) قاعده ولایت بر ممتنع

برای بررسی این قاعده، ابتداء مستندات آن و سپس مفاد و معنای آن را مورد بحث قرار می‌دهیم.

۱- مستندات این قاعده

اکثر فقهای بزرگوار، برای استناد به این قاعده، نیازی به استدلال و ارائه دلیل ندیده و به این قاعده، به عنوان اصلی مسلم نگریسته‌اند. دلیل این امر، وضوح حکم و پشتوانه روشن عقلی آن بوده، یا این که ادله ولایت فقیه را کافی و بی نیاز کننده از بحث می‌دانسته‌اند.^۱ توضیح این که ولایت فقیه، از ژرف‌ترین و در عین حال کهنسال‌ترین مباحث فقهی است و شاید بتوان گفت، هیچ فقیهی در اصل ثبوت این معنی، تردید نداشته و بحث‌ها فقط راجع به دایره و حدود ولایت است، اما در این حالت نیز ولایت بر ممتنع، مورد قبول واقع شده است.

در این جا صرف‌نظر از ادله مربوط به ولایت فقیه، در بیان مستندات این قاعده، لازم به ذکر است که اولاً، با توجه به مضمون برخی از روایات، می‌توان گفت که «الحاکم ولی

^۱ از جمله این ادله، آیات قرآنی است، مثل «النبی اولی بالمومنین من انفسهم» یا «و ما کان لمؤمن و لا مومنه اذا قضی... و رسوله امرا ان یکون لهم الخیره من امرهم» یا «و اطیعوا... و اطیعوا الرسول و اولی الامر منکم». و روایاتی نیز در این خصوص وجود دارد، مثل روایت ایوب بن عطیه با این مضمون که «قال النبی (ص): انا اولی بکل مومن من نفسه» یا این که پیامبر (ص) در روز غدیر خم فرمود: «الست اولی بکم من انفسکم. قالوا: بلی. قال: من کنت مولاه فهذا علی مولاه». رک به انصاری، شیخ مرتضی، همان منبع، ج ۲، ص ۳۱.

الممتنع^۱، یعنی این که حاکم می تواند به جای شخص ممتنع و مستنکف، تصمیم بگیرد. از جمله این روایات، روایت سلمه بن کهیل^۲ و روایت خدیفه می باشد^۳. ثانیاً این که، دلیل عقل و بنای عقلاء نیز مؤید این قاعده است؛ چه این که تمامی افراد جامعه، پای بند به مقررات قانونی نبوده و می توان کسانی را یافت که از انجام وظایف قانونی یا ضرورت و عدالت و نیز نقض غرض است. لذا تنها راه در این میان، پذیرش حق ولایت برای حاکم است، تا بتواند با رعایت مصلحت جامعه، احقاق حق نماید. ثالثاً، اجماع نیز از جمله ادله این قاعده است. در کلمات بسیاری از فقها، می توان ادعای اجماع یا عدم خلاف را در این ارتباط مشاهده کرد^۴.

۱. به این گونه قواعد که عیناً متن آن در هیچ یک از ادله نیامده، بلکه از مضمون ادله بدست می آید، قواعد اصطیادی می گویند.

۲. «عن سلمه بن کهیل، قال: سمعت علیاً السلام، یقول لشریح: انظر الی اهل المعک و المطل و دفع حقوق الناس من اهل المقدره و الیسار ممن یدلی باموال المسلمین الی الحکام، فخذ الناس بحقوقهم منهم و بع فیها العقار و ادیار فانی سمعت رسول ا...» (ص) یقول: مطل المسلم الموسر ظلم للمسلم. و من لم یکن له عقار و لادار و لامال فلا سبیل علیه...» یعنی این که سلمه بن کهیل روایت کرده است که علی^(ع) به شریح فرمودند: در مورد افرادی که در پرداخت دیون مردم، با وجود امکان و قدرت مالی، سهل انگاری می کنند نظارت کن، حقوق مردم را با فروش املاک و اموال از ایشان بستان. زیرا من از رسول ا... شنیدم که می فرمود: سهل انگاری توسط شخص توانا، ستم بر مسلمانان داین است، البته شخص نادار چیزی بر او نیست.

۳. محقق داماد، سید مصطفی، همان منبع، بخش قضایی، صص ۲۰۳ و ۲۵۰.

۴. همان منبع، صص ۲۰۷ و ۲۰۸. شیخ انصاری، قاعده لاضرر را به عنوان دلیلی بر ولایت حاکم بر ممتنع مطرح ساخته، ولی امام خمینی^(ع)، ضمن مخالفت با این استدلال، جریان قاعده لاضرر را مربوط به چیز دیگری می دانند. همان منبع، صص ۲۱۰.

۲- مفهوم این قاعده

طبق این قاعده، اگر کسی از ادای حقوق دیگران خودداری نماید یا از انجام تکالیف قانونی خویش امتناع ورزد و یا مانع رسیدن افراد به حقوق خود گردد، حاکم جامعه اسلامی یا منصوبین از سوی وی می‌توانند به قائم مقامی از او عمل نموده و آنچه را که وظیفه اوست از باب ولایت انجام دهند. بنابراین، «امتناع» و نیز «وجود حاکم»، دو شرط اساسی اجرای این قاعده می‌باشند. شرط دیگر «مطالبه و درخواست صاحب حق» است.

بنابراین تا حاکم کسی را به واقع «ممتنع» نشناسد، نخواهد توانست از باب ولایت بر ممتنع اقدامی نماید. این ولایت، تنها برای حاکم یا منصوبین از سوی وی ثابت است و با توجه به همین نکته است که برخی از فقها تصریح کرده‌اند، در مواردی نظیر خودداری داین از قبول دین، مدیون نمی‌تواند رسماً اقدام به اجبار ممتنع نماید، چرا که اقدام خودسرانه موجب هرج و مرج است. ضمناً تا تقاضای صاحب حق نباشد و وی به حاکم مراجعه ننماید، زمینه دخالت حاکم فراهم نمی‌گردد.

از این قاعده در فقه اسلامی در موارد زیادی استفاده شده است. حتی در عبادات نیز از این قاعده استفاده شده است. اخذ قهری زکات از کسی که از پرداخت آن، با وجود شرایط امتناع می‌ورزد از این قبیل می‌باشد. در معاملات، در موارد متعددی از این قاعده استفاده شده است. مثلاً اگر فروشنده از گرفتن ثمن خودداری نماید، حاکم به ولایت از جانب ممتنع، بهای معامله را قبض می‌نماید. همین حکم، در خریدار نیز صادق است؛ در صورتی که از قبض مثن، یعنی «مورد معامله» امتناع ورزد. یا مثلاً اگر مدیون با فرض تمکن، از ادای دین امتناع ورزد، داین می‌تواند به حاکم مراجعه نماید. حاکم نیز مدیون را به پرداخت دین ملزم نموده و در صورت امتناع، از جانب او اقدام می‌کند. موارد دیگری نیز از قبیل امتناع از وفا به شروط ضمن عقد یا امتناع از فروش مال احتکار شده یا امتناع از پرداخت نفقه واجب، یا امتناع از طلاق و یا امتناع شریک از تقسیم مال و ... وجود دارد که در این

موارد، حاکم به ولایت از شخص ممتنع، اقدام می نماید^۱.
لذا می توان گفت که در مرحله قانون گذاری، قانون گذار ممکن است با توجه به این
قاعده، برای دولت یا دستگاه های عمومی، ولایتی بر اموال اشخاص قایل شود. همین موضوع
در خصوص وضع قانون، جهت حل و فصل تعارض فی مابین حقوق مالکانه اشخاص با
استدلال و استناد به استنکاف و امتناع، وضع و جعل شود.

ب) نقش این قاعده در حقوق ایران

برای بررسی نقش این قاعده در قانون گذاری های صورت گرفته و میزان استفاده مقنن از این
قاعده، شایسته است مقررات عمومی و سپس مقررات خاص مربوط به اجرای طرح های
عمومی توسط شهرداری را، به صورت جداگانه بررسی کنیم.

۱- نقش این قاعده در مقررات عمومی

به جرأت می توان گفت که قاعده ولایت بر ممتنع در وضع پاره ای از مقررات کشور ما، به
ویژه مقررات مربوط به تعهدات، دارای نقش و منشاء اثر بوده است. مقنن با الهام از این
قاعده، در قوانینی همچون قانون مدنی و قانون تجارت، اقدام به وضع مقرراتی نموده است
که به موجب این مقررات، ممتنع از اجرای تکالیف و وظایف قانونی، حق و سلطه خود را بر
مال یا بر دیگری از دست داده و بر حسب مورد شخص یا نهادی اداری یا قضایی، قائم مقام
ممتنع در خصوص اعمال حق گردیده است.

^۱. همان منبع، ص ۲۱۷ به بعد. همچنین ر.ک به: صانعی، سید مهدی، انفال و آثار آن در اسلام،
ص ۲۲۷ به بعد. ایشان در قسمتی از بحث خود تحت عنوان ولایت پیامبر و امام می گوید: «خواهی
نخواهی، اجتماع بشر، نیاز به حاکم و قانون دارد و الا، زندگی برای ایشان دشوار، بلکه غیرممکن
خواهد شد ...» همچنین ر.ک به: گرجی، ابوالقاسم: همان منبع، ص ۲۸۵ به بعد.

در قانون مدنی، مقرراتی وجود دارد که با عنایت به همین قاعده وضع گردیده است. به طور مثال در مبحث مربوط به وفای به عهد که از موارد سقوط تعهدات می باشد در مواردی، حاکم ولی و جانشین متعهدله اقدام نماید. در ماده ۲۷۱ ق.م.آمه که: «دین باید به شخص داین یا به کسی که از طرف او وکالت دارد تأدیه گردد یا به کسی که قانوناً حق قبض دارد» و در ماده ۲۷۳ همین قانون در مقام ارائه راه حل در خصوص مواقعی که متعهدله از قبول حق خودداری می کند، مقرر شده که: «اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند، متعهد به وسیله تصرف دادن به حاکم یا قائم مقام او بری می شود و از تاریخ این اقدام ریال مسوؤل خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید، نخواهد بود».

در مبحث مربوط به احکام شرط نیز، با توجه به همین قاعده، در ماده ۲۳۸ ق.م. گفته شده که: «هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن، غیر مقدور، ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می تواند به خرج ملتزم، موجبات انجام آن فعل را فراهم کند». ملاحظه می شود که در این ماده، حاکم به عنوان ولی متعهد ممتنع قرار گرفته و حاکم می تواند به جای متعهد، زمینه اجرای تعهد را از محل اموال متعهد فراهم سازد. همچنین در مقررات مربوط به نکاح در قانون مدنی، مواردی از ولایت حاکم بر ممتنع مشاهده می گردد. در ماده ۱۰۴۳ ق.م. گفته شده: «نکاح دختر باکره، اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است و هرگاه پدر یا جد پدری، بدون علت موجه، از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط و در این صورت دختر می تواند با معرفی کامل مردی که می خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار

داده شده، پس از اخذ اجازه دادگاه مدنی خاص، به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید»^۱.

در قانون تجارت نیز، مواردی از ثبوت ولایت بر شخص ممتنع دیده می شود. به عنوان مثال، طبق ماده ۱۵۳ ل.ا.ق.ت، «در صورتی که مجمع عمومی، بازرس معین نکرده باشد یا یک یا چند نفر از بازرسان، به عللی نتوانند گزارش بدهند یا از دادن گزارش امتناع کنند، رییس دادگاه شهرستان، به تقاضای هر ذی نفع، بازرس یا بازرسان را به تعداد مقرر در اساس نامه شرکت، انتخاب خواهد کرد ...». یا این که، طبق ماده ۲۰۵ همین قانون، «در صورتی که به هر علت، مدیر تصفیه تعیین نشده باشد یا تعیین شده ولی به وظایف خود عمل نکند، هر ذی نفع حق دارد تعیین مدیر تصفیه را از دادگاه بخواهد ...»^۲.

۲- نقش این قاعده در مقررات خاص

با بررسی مقررات مربوط به اجرای طرح های عمومی توسط شهرداری، می توان به مواردی برخورد که به نظر می رسد قانون گذار در وضع و برقراری این موارد، به قاعده ولایت بر ممتنع توسط حاکم شرع یا منصوبین وی، عنایت داشته است. در واقع، در مواردی مقنن برای رفع مشکلات و موانع پیش روی اجرای طرح، مشکل مطروحه را با جعل ولایت مرجع صالحی بر صاحب حقوق مالکانه ای که از واگذاری حقوق خود به انحاء مختلف خودداری می کند، مرتفع نموده است. استفاده از اهرم ولایت بر ممتنع در این قبیل موارد را می توان، به عنوان وسیله ای در جهت مقدم داشتن حقوق عمومی بر حقوق مالکانه، تعبیر کرد.

۱. ر.ک به: کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، خانواده، ج ۱، ص ۷۷ به بعد. صفایی، سید حسین و امامی،

اسدا...، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۹۲ به بعد.

۱. برای دیدن موارد دیگر ر.ک به: ماده ۲۰۴ ق.ت و ماده ۲۰۱ ل.ا.ق.ت و ماده ۱۹ قانون روابط

مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ ه.ش.

در بیان مثالی برای اثبات این ادعا که مقنن ما در برخی موارد برای برتری دادن حقوق عمومی به حقوق مالکانه، از این قاعده سود جسته است، می‌توانیم به ماده ۴ ل.ق.ن.خ اشاره کنیم. در این ماده آمده است، که اگر بهای عادلانه اراضی و ابنیه و تأسیسات و حقوق واقع در طرح با توافق دستگاه عمومی و صاحب حقوق مالکانه تعیین نشود، ارزیابی و تعیین بهای عادلانه، توسط هیأتی مرکب از سه نفر کارشناس تعیین می‌گردد. یکی از این کارشناسان، توسط صاحب حقوق مالکانه و یکی از آنها توسط دستگاه اجرایی (مثلاً شهرداری) و کارشناس سوم، توسط طرفین تعیین می‌شود. به هر صورت، در این ماده گفته شده، در صورتی که در انتخاب این کارشناسان، امتناع و استنکافی صورت گیرد، دادگاه صالحه محل وقوع ملک نسبت به تعیین آنها اقدام خواهد نمود. این موضوع، عیناً در تبصره ۲ و ۴ ق.ن.ت.ش نیز پیش‌بینی شده است. در موارد فوق‌الذکر، آنچه که مبنای وضع چنین حکمی می‌باشد، ظاهراً همین قاعده ولایت بر ممتنع است که در این ماده، دادگاه صالحه، ولی شخص ممتنع در تعیین کارشناس قرار گرفته است.

علاوه بر مورد فوق‌الذکر که مربوط به مرحله تعیین قیمت و ولایت دادگاه در تعیین کارشناس جهت ارزیابی بهای حقوق مالکانه است، طبق ماده ۸ ل.ق.ن.خ، ولایتی در خصوص امتناع و استنکاف از انجام معامله نیز پیش‌بینی شده است. توضیح این که چنانچه پس از تعیین قیمت به روش فوق‌الذکر، صاحب حقوق مالکانه، حاضر به انتقال حقوق خود به دستگاه اجرایی نشود، دادستان یا نماینده وی به عنوان ولی شخص ممتنع، نسبت به انجام معامله و انتقال حقوق مالکانه به دستگاه اجرایی اقدام خواهد نمود. در ماده ۸ قانون مزبور آمده که: «... چنانچه مالک ظرف یک ماه از تاریخ اعلام دستگاه اجرایی به یکی از انحاء مقرر در تبصره ۲ ماده ۴ برای انجام معامله مراجعه نکند یا از انجام معامله به نحوی استنکاف نماید، مراتب برای بار دوم اعلام و پس از انقضاء ۱۵ روز مهلت مجدد، ارزش تقویمی ملک که طبق نظر هیأت کارشناسی مندرج در ماده ۴ یا تبصره ۲ آن تعیین شده

است، به میزان و مساحت مورد تملك، به صندوق ثبت محل توديع و دادستان يا نماينده
وی سند انتقال را امضاء و ظرف یک ماه نسبت به تخلیه و خلع ید اقدام خواهد نمود ...».

۳-۱-۲. مبانی مؤید نفی ضرر

در فقه اسلامی، قواعدی وجود دارد که دلالت بر نفی ضرر و پیشگیری از ورود ضرر دارد. به
تعبیر دیگر، لسان مشترک این قواعد این است که در صورت وجود بیم ورود ضرر، باید از
ورود و حدوث آن جلوگیری نمود و حتی در برخی موارد، پیشگیری از ورود ضرر، واجب
شمرده شده است. قواعدی همچون «قاعده لاضرر»، «قاعده لاجرح»^۱ و «قاعده اضطرار و
ضرورت»^۲ و شاید «قاعده اتلاف و تسبیب»، از جمله این قواعد نافی ضرر هستند. از آنجایی

۱. به قاعده لاجرح، «قاعده نفی عسر و حرج» نیز می‌گویند. مقصود از این قاعده، این است که
چنانچه در انجام تکالیف یا هر حکمی از احکام، بیش از مقداری که لازمه ذات تکلیف است جرح و
مشقتی وجود داشته باشد، قاعد نفی عسر و حرج، آن تکلیف را از بین می‌برد. مثلاً وجوب روزه یکی
از احکام و تکالیف شرعی است. اگر بیش از مقداری که لازمه انجام تکلیف است ایجاد مشقت کند،
مثلاً شخص روزه دار بیمار شود در این صورت، این قاعده، تکلیف را نفی می‌کند. این قاعده دارای
ادله‌ای همچون آیه ۲۳۷ سوره بقره است که خداوند سبحان می‌فرماید: «یرید ا... بکم الیسر و
لایرید بکم العسر» ر.ک به: گرجی، ابوالقاسم: آیات الاحکام (حقوقی و جزایی)، ص ۵۷ به بعد.
همچنین محمدی، ابوالحسن: همان منبع، ص ۲۱۱ به بعد.

۲. ریشه کلمه اضطرار و ضرورت، ضرر است و فقها حالت ترس از هلاکت را گاهی به ضرورت، گاهی
به اضطرار تعبیر می‌کنند. تعبیر فقهی این قاعده، «الضرورات تبیح المحظورات» است. خداوند
رحیم، احکام دینی دایر بر حلال و حرام وضع نموده است، مع هذا همین مضرات را در وقتی که
بقاء انسان بدان منوط است، حلال نموده است، مانند خوردن مردار و خون و گوشت خوک و طعام
متعلق به غیر. البته بعضی فقها، مثل ابن سبکی می‌گویند که ضرر را نمی‌توان با ضرر دیگری از بین
برد (اضرر لا یزال بالضرر). مع هذا غالب مذاهب اسلامی، اضطرار را موجب رفع حرمت می‌دانند و در

که مقررات ما، بعضاً مبتنی بر این قواعد می‌باشد، شایسته است از این قواعد به عنوان مبانی قانونی بحث شود. با این وجود، در این جا صرفاً از مهم‌ترین این قواعد، یعنی لاضرر که به نوعی نقش مادر برای دیگر قواعد مربوط به نفی ضرر را دارد، سخن می‌گوییم.

الف) قاعده لاضرر^۱

در خصوص این قاعده، ابتداء مستندات آن و سپس مفهوم و مفاد آن را بررسی می‌کنیم.

۱- مستندات این قاعده:

در خصوص این قاعده، هم به آیات قرآنی و هم به احادیث استناد شده است. در قرآن کریم آیاتی وجود دارد که دلالت بر این قاعده دارند. از جمله این که، خداوند در آیه ۲۳۳ سوره بقره می‌فرماید: «لاتضار والده بولدها و لا مولود له بولده»، یعنی این که نباید مادری به ولدش ضرر برساند و نیز نباید پدری به فرزندش زیان برساند.^۲ احادیث زیادی نیز در خصوص این قاعده وجود دارد.^۳ ولی گفته‌اند که عمده مدرک این قاعده، حدیث زراره از امام باقر^(ع) است. در این حدیث، مردی به نام سمره بن جندب که درخت خرماي بارداری در حیاط مردی از انصار داشت و او را تا آن درخت راه عبوری بود.

این خصوص به آیاتی مثل آیه ۱۷۲ و ۱۷۳ سوره بقره یا آیه ۱۱۹ سوره انعام استناد می‌کنند. خداوند در آیه ۱۱۹ سوره انعام می‌فرماید: «وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطر رتم ا...» ر.ک به: موسوعه الفقه الاسلامی، ج ۱۳ و ۱۴، صص ۶۱ الی ۶۵. همچنین ر.ک به: جعفری لنگرودی، محمدجعفر: دانشنامه حقوقی، ج ۵، ص ۳۰ به بعد.

۱. این قاعده از احکام ثانویه فقه اسلامی است.

۲. محمدی، ابولحسن: همان منبع، ص ۱۷۰. محقق داماد، مصطفی: همان منبع، بخش مدنی، ص

۱۲۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر: دایره المعارف علوم اسلامی، ج ۳، ص ۱۴۵۱.

۳. برای دیدن این احادیث ر.ک. به: انصاری، شیخ مرتضی، همان منبع، ج ۳، رساله فی قاعده نفی

الضرر، ص ۳۰۲.

اما هرگاه مرد وارد حياط می شد سرزده و بدون اذن وارد می شد. آن انصاری ناراحت بود و از وی خواست که سرزده وارد نشود. اما او نشنید. لذا انصاری شکایت نزد پیامبر^(ص) و او به سمره دستور داد که بدون اذن وارد نشود، اما امتناع کرد. پیامبر^(ص) خواست آن درخت را از او بخرد تا رفع غایله شود ولی سمره زیر بار نمی رفت. پس پیامبر^(ص) خطاب به انصاری کرد و گفت: برو آن درخت را بکن و نزد سمره بیانداز، زیرا «لاضرر و لاضرار».

مفهوم این قاعده

این قاعده در شرع، در موردی وضع شد که شخصی از حق مالکیت خود، با سوء نیت به ضرر غیر، استفاده می کرد؛ ولی فقها آن را محدود به موردش ننموده و به موارد دیگر سرایت می دهند. مورد استفاده از این قاعده در فقه دو مورد است: یکی در قوانین ناظر به روابط انسان و خداوند، مانند قوانین مربوط به پرستش خداوند و دیگری در قوانین ناظر بر روابط افراد با یکدیگر و روابط افراد با مراجع قدرت عمومی. مثلاً خیار غبن، به نظر اغلب فقها از «لاضرر» استخراج شده است و قانون مخصوص ندارد. فقها در استنباطات کلی که از قانون شرع می کنند، به وسیله لاضرر، حدود و شرایط یک قانون را تا جایی که مقدور است، معین می کنند. عده ای عقیده دارند که از لاضرر، نباید استنباط جدید کرد. فقها به کمک لاضرر، سوء استفاده از حق را منع می کنند. از نظر اکثریت، معنی لاضرر و لاضرار چنین است که «ضرر، مشروعیت ندارد». این نفی است نه نفی. دلیلی وجود ندارد که مقصود، نفی از ضرر باشد.^۱

^۱. به قول برخی، به معیار تعاریف عمده فلسفی در جهان معاصر، لاضرر، یکی از اصول فلسفی حقوق اسلام است. ر.ک به: جعفری لنگرودی، محمدجعفر: همان منبع، ص ۱۴۴۷. همچنین ر.ک به: شاطبی، ابواسحاق ابراهیم؛ الموافقات، ص ۲۱۹ به بعد.

میرزا حسین نایینی، قاعده لاضرر را محدود به احکام ثانوی می‌داند. به نظر وی، قاعده لاضرر همیشه به صورت معارض و مخالف عمومات قانونی دیگر، وارد صحنه می‌شود و بر آنها چیره می‌گردد و نقش بازدارنده دارد، نه نقش سازنده. او می‌گوید اگر قاعده لاضرر، نقش سازنده داشته باشد فقه جدیدی وارد صحنه می‌شود. در انکار نقش سازنده لاضرر می‌گوید: «قاعده لاضرر، نفی حکم می‌کند ولی اثبات حکم نمی‌کند».

پس مقنن در وضع مقررات، به ویژه مقررات مربوط به بحث ما یعنی قوانین مربوط به رفع تعارض بین حقوق مالکانه و حقوق عمومی، می‌تواند از این قاعده الهام بگیرد و در صورت احتمال ورود ضرر به حقوق عمومی، با محدود کردن حقوق مالکانه به نفع حقوق عمومی، ضرر را نفی نماید. چنین برخوردی، یعنی برخورد قاعده تسلیط و قاعده لاضرر، نه به عنوان تعارض، بلکه به عنوان تراحم، از آن یاد شده است. قاعده لاضرر متوجه عمومات قوانین دیگر شده و عموم آنها را در موردی که مستلزم ضرر باشد محدود می‌کند.

ب) نقش این قاعده در حقوق ایران

قانون‌گذار چه در وضع مقررات عمومی و چه در وضع مقررات خاص، مربوط به رفع تعارض حقوق مالکانه با حقوق عمومی، از این قاعده تأثیر پذیرفته است و در مواردی به استناد همین قاعده، در مقام دفع و نفی ضرر برآمده است. به همین جهت ما نیز در این جا ابتدا با تأثیر و نقش این قاعده در مقررات عمومی و سپس در مقررات خاص راجع به اجرای طرح‌های عمومی توسط شهرداری، آشنا می‌شویم.

۱- نقش این قاعده در مقررات عمومی

مقنن در وضع برخی از مقررات عمومی کشور، تحت تأثیر این قاعده فقهی قرار گرفته و در مقام بیان حکم و قانون، قانونی وضع نموده که به موجب آن، ورود ضرر نفی گردیده است.

به تعبیر دیگر این که، قانون گذار در پاره‌ای از موارد، با عنایت به این قاعده و برای جلوگیری از و رد ضرر، برخی حقوق را محدود یا آن که از تحمیل تکلیف خاصی بر فرد در شرایط ویژه‌ای خودداری نموده است. ماده ۱۳۲ ق.م.ب. بهترین جلوه‌گاه این قاعده و بهترین دلیل بر اثبات ادعای ماست.

در ماده فوق‌الذکر، قانون‌گذار ما، صاحب حقوق مالکانه را از اعمال حق خود در مواردی که متعارف نبوده و حاجتی از او برآورده نمی‌کند ولی باعث ضرر به دیگری می‌شود، منع نموده و بدین‌وسیله، از ورود ضرر به دیگری جلوگیری کرده است. در واقع این ماده، بیانگر تئوری میزان و حدود تصرفات در حقوق مالکانه است و مفاد ماده ۳۰ ق.م. را تبیین و تکمیل می‌کند. شایان ذکر است که از این ماده در کتب حقوقی، معمولاً در مقام بیان مثالی برای تزامم قاعده تسلیط و قاعده لاضرر سخن گفته می‌شود^۱.

در این جا، ما در مقام شرح و توضیح ماده فوق‌الذکر و بیان شقوق حاصله از آن نیستیم، فقط خواستیم بگوییم که از جمله مواردی که قانون‌گذار، از این قاعده الهام گرفته، در تعیین حدود تصرفات صاحب حقوق مالکانه بوده است و در حقیقت مقنن با الهام از تئوری نفی ضرر و لاضرر به وضع قانونی دست زده که به موجب این قانون، تصرفات مضر به دیگران توسط صاحب حقوق مالکانه که متضمن نفع و فایده‌ای نیز برای صاحب حق نمی‌باشد، ممنوع و مردود است.

در موارد دیگری نیز در همین قانون مدنی، با توجه به قاعده لاضرر، وضع حکم شده است. مثلاً در ماده ۱۱۴، اجبار شریک برای تعمیر دیوار مشترک در صورتی که دفع ضرر به طریق دیگری ممکن نباشد، مجاز شناخته شده است. یا آن که در موارد ۵۹۱ و ۵۹۲،

۱. ر.ک به: محمدی، ابوالحسن؛ همان منبع؛ ص ۱۹۰، امامی، سید حسن؛ همان منبع؛ ج ۱، ص ۴۸. کاتوزیان، ناصر؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، ص ۱۰۸.

تقسیم مال مشترک را در صورتی که متضمن ضرر شریک باشد، بدون رضای شریک متضرر ممنوع کرده است^۱.

در اصل چهلم ق.ا.ج.ا. نیز آمده است که: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد».

۲- نقش این قاعده در مقررات خاص

در ابتدا شایسته است به این مطلب، مجدداً اشاره کنیم که قاعده لاضرر، به نوعی نقش اصل برای قواعدی همچون قاعده ضرورت و اضطرار و حتی قاعده ولایت بر ممتنع را بازی می‌کند و لذا با این فرض، مثلاً در مواردی که در مقررات خاص مربوطه، قانون‌گذار ولایتی بر شخص ممتنع پیش‌بینی نموده است، این مسأله به نوعی ناشی از قاعده لاضرر نیز بوده و مؤید تأثیر این قاعده در این قوانین می‌باشد.

مع‌هذا مواردی را نیز می‌توان یافت که قانون‌گذار بیشتر با توجه به این قاعده، نسبت به وضع حکمی برای نفی ضرر از عموم با دیدگاه برتری دادن حقوق عمومی نسبت به حقوق مالکانه اقدام نموده است. به طور مثال در خصوص نقش قاعده لاضرر در قوانین مربوط به اجرای طرح‌های عمومی، می‌توانیم به قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها اشاره کنیم. در این قانون، صاحب حقوق مالکانه به نوعی از دخالت در حقوق خود برای مدت مشخصی ممنوع شده است و پس از گذشت مدت تعیین شده، می‌تواند به اعمال حقوق مالکانه بپردازد. ممنوعیت پیش‌بینی شده، با توجه به قاعده لاضرر و نفی ضرر به این دستگاه‌ها و در واقع نفی ضرر به عموم می‌باشد. در تبصره ۱ قانون مزبور آمده است که «در صورتی که اجرای طرح و تملک املاک واقع در آن به موجب برنامه زمان‌بندی

^۱. برای دیدن مثال‌های بیشتر ر.ک به: محقق داماد، سید مصطفی: همان منبع، بخش مدنی، ص

مصوب، به حداقل ۵ سال بعد موكول شده باشد، مالكين املاك واقع در طرح از كليه حقوق مالكانه مانند احداث بنا يا تجديد بنا يا افزايش بنا و تعمير و فروش و اجاره و رهن و غيره برخوردارند و در صورتی كه کمتر از ۵ سال باشد مالك هنگام اخذ پروانه تعهد می‌نماید هرگاه زمان اجرای طرح قبل از ۵ سال شروع شود، حق مطالبه هزینه احداث و تجديد بنا را ندارند». قسمت اخير اين تبصره، با تصريح به اين كه صاحب حقوق مالكانه، حق دريافت بهای اينه احداثی در مايملك خود در زمان اجرای طرح را نخواهد داشت به نوعی ممنوعيت و محدوديت در اعمال اين حقوق مالكانه را، پيش‌بینی نموده است.

تبصره مزبور به نوعی، جلوه‌ای از ماده ۱۳۲ ق.م است كه در صدد برآمده قاعده تسليط و قاعده لاضرر را با يكدیگر آشتی دهد، با اين فرق كه ماده ۱۳۲ ق.م، ضرر به همسايه بيشتتر مورد نظر است و در اين تبصره، ضرر به عموم ملاك عمل می‌باشد.

۲-۳. مبانی غير فقهی

نظرياتی وجود دارند كه می‌توان جایگاه اين نظريات را، بيشتتر نظام‌های حقوقی غرب دانست، هر چند كه ممكن است در فقه اسلامی نیز به آن اشاراتی شده باشد، مقصود از اين نظريات، توجه حاکميت عمومی و حاکميت اراده عمومی بر اراده فردی اشخاص است. بر طبق اين نظريات، حاکميت يا به صورت انحصاری در اختيار شخص خاصی است و هم اوست كه می‌تواند در خصوص حقوق اشخاص تعيين تکليف نماید. با اين كه، صرف‌نظر از انحصاری بودن حاکميت يا نبودن آن، اجتماع و جامعه در مقابل فرد اصالت دارد و در موارد تعارض بين حقوق اجتماع و فرد، اين حقوق اجتماعی است كه بايد رعایت شود. در اين گفتار، مبانی مؤيد حاکميت مطلق و مبانی مؤيد اصالت اجتماع را به ترتيب بررسی می‌کنيم.

۳-۲-۱. مبانی موید حاکمیت مطلق

برطبق نظر گروهی از اندیشمندان که عمدتاً نیز متعلق به مغرب زمین می‌باشند، باید شخص یا اشخاصی باشند که بر مردم حاکمیت مطلق و کامل داشته باشند تا از این راه، حقوق مردم حفظ گردد.

یکی از این نظریات، نظریه حاکمیت ماورایی- الهی است که ذیلاً بدان می‌پردازیم. ابتدا از خود نظریه و سپس از نقش آن در حقوق ایران سخن می‌گوییم.

الف) نظریه حاکمیت ماورایی - الهی

ابتدا مستندات این نظریه و سپس مفهوم آن را بررسی می‌کنیم.

۱- مستندات این نظریه:

متعاقب رها شدن پادشاهان اروپا از قید و بند کلیسا از یک سو و امپراطور از سویی دیگر، نظریه حاکمیت مطلق به وسیله حقوق دانان فرانسه قوام گرفت. سیاست پادشاهان فرانسه، پیگیری سه هدف به صورت توأمان بود. طرد ادعاهای امپراطوری مقدس روم- ژرمنی و تثبیت استقلال خود در برابر پاپ و سرانجام رفع موانعی که هنوز اربابان فئودال در برابر قدرت مستقیم شاه به وجود می‌آوردند. برای تحقق اهداف سه گانه بالا، می‌بایستی شرایط لازم اقتدار برای سلطان، از رهگذر توجیه و تبیین فلسفی و حقوقی فراهم می‌آمد و آن اقتدار برتر در داخل قلمرو سلطنت و اقتدار برابر، در مقابل قدرتهای خارجی بود.

لویی پانزدهم، پادشاه فرانسه، در سال ۱۷۷۰ م در بیانیه‌ای چنین اعلام می‌کرد: «اقتداری که پادشاهان دارند، به نمایندگی از سوی مشیت باری تعالی است. سرچشمه قدرت، خداست نه مردم. پس پادشاهان، تنها در برابر خداوند مسوؤل قدرتی هستند که به

آنها اعطا کرده است». لویی چهاردهم نیز پیش از او، ضمن عبارتی که به اسناد داده شده، می‌گفت: «دولت یعنی من».

نظریه حاکمیت مطلق، از لحاظ حقوقی، در قرن نوزدهم شکوفا شد و نتایج مهمی به بار آورد. در این عصر، با الهام از اندیشه‌های واتل^۱ و وزیر تأثیر فلاسفه و حقوق دانان آلمانی نظیر هگل^۲، ون ساوینی^۳، ون ایهرینگ^۴، دکترین حاکمیت مطلق، در مسیر اثبات خصلت مطلق گرایانه و نامحدود حاکمیت دولت - کشور به پیش رفت؛ لیکن با این تفاوت که دیگر حاکمیت، به شهریار و سلطان منحصر و مخصوص نبود. مفهوم فراگیر و گسترده دولت - کشور، جانشین مفهوم رییس مملکت گردید.^۵

۲- مفهوم این نظریه:

این نظریه به دنبال ریشه‌یابی حاکمیت در ماوراء طبیعت و منسوب ساختن آن به حاکمیت الهی یا حرکت روح جهانی است. بر این پایه، حاکمیت نه از آن مردم است و نه از آن شخص یا گروه اجتماعی که بردیگران سلطه یافته است. قدرت، ریشه ماورایی دارد و کم و بیش، نوعی جبر طبیعی در آن دیده می‌شود که محدود کننده نیز هست.^۶

در نظریه‌های الهی حکومت، چون سرانجام باید به تنظیم رابطه دولت و مردم منتهی شود. نمی‌توان حاکمیت را در آسمان رها کرد. باید این نیروی الهی به زمین رسد و در جهان خاکی به کار افتد. پس ناچار مقامی لازم است که به عنوان خلیفه یا امین، چنین

1. Wattle

2. Hegel

3. Von Savigni

4. Von Igring

۵. قاضی، ابوالفضل: حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، صص ۱۹۱ الی ۱۹۳. همچنین رک به:

کاتوزیان، ناصر: مبانی حقوق عمومی، ص ۶۲.

۶. کاتوزیان، ناصر: همان منبع، ص ۲۱۱.

سلطه‌ای را با خود داشته باشد. این مقام هر که باشد، در فرمانروایی اصیل نیست و منبع قدرت را در خود ندارد. امانت‌داری است که در عین حکمرانی، فرمانبر است و نمی‌تواند از هدف و مصلحتی که منشاء قدرت تعیین کننده است، منحرف شود و اقتدارش تا زمانی مشروع است که در همان مسیر گام بردارد و از امانت سوء استفاده نکند^۱.

روی سخن در این جا با روش اول در واگذاری قدرت و حاکمیت الهی است. مع‌هذا همان‌گونه که قبلاً اشاره شد، این موضوع در حال حاضر تعدیل شده و در صورت وجود چنین گرایشی، حاکمیت الهی به جای انتقال به شخص، به دولت واگذار می‌شود. در وضع قوانین، این نظریه می‌تواند در نوع قانونی که تصویب می‌شود تأثیر بگذارد و چنانچه قرار باشد که قانونی، تکلیف حقوق مالکانه را روشن سازد، قانون‌گذار تحت تأثیر این تفکر، ممکن است قوانینی وضع کند که طبق این قوانین، قدرت دولت و سایر دستگاه‌های اعمال کننده قدرت، بر اراده‌های اشخاص و اموال آنها توفیق و برتری داشته باشد.

ب) نقش این نظریه در حقوق ایران

برای بررسی این موضوع که آیا این نظریه در وضع برخی مقررات تأثیرگذار بوده یا خیر بهتر است بررسی مورد نظر را ابتدا در مقررات عمومی و سپس در مقررات خاص ناظر بر اجرای طرح‌های عمومی توسط شهرداری، به عمل آوریم.

۱- **نقش این نظریه در مقررات عمومی:** در اصل دوم ق.ا.ج.ا. گفته شده که «جمهوری اسلامی، نظامی است بر پایه ایمان به خدای یکتا و اختصاص حاکمیت و تشریح به او و لزوم تسلیم در برابر امر او...». همچنین در اصل پنجاه و ششم آمده که: «حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست و هم او، انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته

۱. همان منبع، صص ۲۱۲ و ۲۱۳.

است و هیچ کس نمی‌تواند این حق الهی را از انسان سلب کند یا در خدمت منافع فرد یا گروهی خاص قرار دهد و ملت این حق خداداد را از طرقی که در اصول بعد می‌آید اعمال می‌کند».

همان‌گونه که از اصول فوق برمی‌آید، حاکمیت در کشور ما یک حاکمیت ماورایی و الهی است و این حاکمیت الهی به دست مردم سپرده شده است. مع‌هذا، اصول دیگری در قانون اساسی ما وجود دارد که به نوعی بیانگر این موضوع است که اعمال این حاکمیت الهی، بر عهده فقیه جامع الشرایطی می‌باشد. مثلاً در اصل پنجاه و هفتم گفته شده که: «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارتند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضاییه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت بر طبق اصول آینده این قانون، اعمال می‌گردند، این قوا مستقل از یکدیگرند».

به هر صورت، با توجه به این که این نظریه در قانون اساسی ما وجود دارد، بالطبع این نظریه مورد قبول قانون‌گذاری نیز می‌باشد، لذا موجب خواهد شد قوانینی وضع گردد که در آنها، این حاکمیت الهی و حکومت ولی جامع الشرایط منظور گردد، به نحوی که چنین شخصی یا نهادهایی که از سوی ولی، به آنها تفویض اختیار شده، بتوانند در ارتباط با حقوق مالکانه اشخاص، به طریق مقتضی تصمیم‌گیری نمایند.

در قانون مدنی، مواردی ملاحظه می‌شود که حاکم شرع، که به نظر می‌رسد همانا ولی فقیه در نظام حقوقی ما باشد، می‌تواند در خصوص اموال متعلق به دیگران تصمیم‌گیری نماید، این اختیار نه از باب ولایت بر ممتنع؛ بلکه برگرفته از این اندیشه است که حاکمیت، متعلق به خدا بوده و توسط ولی جامع الشرایط اعمال می‌گردد، مثلاً در ماده ۲۸ ق.م.آ آمده که: «اموال مجهول المالك با اذن حاکم یا ماذون از قبل او؛ به مصارف فقرا می‌رسد». یا آن

که، طبق ماده ۵۶ ق.م. در صورتی که وقف بر مصالح عامه باشد در این صورت قبول حاکم شرط است^۱.

۲- نقش این نظریه در مقررات خاص: در برخی از مقررات مربوط به اجرای طرح‌های

عمومی، ملاحظه می‌شود که تعیین تکلیف در خصوص مواردی، به شخص ویژه‌ای سپرده شده است. به تعبیر بهتر این که قانون‌گذار، به برخی اشخاص، اختیاراتی اعطا نموده است که این اشخاص می‌توانند با استفاده از اختیارات خود، نقش فصل‌الخطاب و تصمیم‌گیرنده نهایی را بازی کنند. قانون‌گذار ما در وضع چنین احکامی، تحت‌تأثیر این فکر بوده است که باید به نوعی، در وجود برخی اشخاص، حاکمیتی وجود داشته باشد تا در مواقع لازم، از این اختیارات به نفع عموم و برتری دادن حقوق عمومی بر حقوق مالکانه استفاده شود.

به عنوان نمونه می‌توانیم به ماده ۹ ل.ق.ن.خ اشاره کنیم. در این ماده تصرف در حقوق مالکانه قبل از پرداخت تاوان آن مجاز شمرده شده است. ولی استفاده از این امتیاز، مشروط به این شده که وزیر دستگاه اجرایی، با این موضوع موافقت کند. در واقع، مقام پیش‌بینی شده در این ماده در چنین مواردی، با در نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال، ممکن است با اجرای طرح و تصرف در حقوق مالکانه قبل از این که غرامتی پرداخت شود موافقت کند. به نظر می‌رسد، قانون‌گذار در اعطای چنین اختیاری، از این فکر و نظر پیروی کرده است که حاکمیت و وجود آن در شخص خاصی، از لوازم زندگی اجتماعی است و چنین شخصی می‌تواند در موارد لازم، از این حاکمیت به نفع عموم استفاده کند. شایان ذکر است، در

^۱. البته در حال حاضر، این موضوع از اختیارات سازمان اوقاف و امور خیریه است که رییس آن توسط ولی فقیه، منصوب می‌گردد و در واقع این سازمان نماینده و جانشین ولی فقیه، در امور مربوط به اوقاف است.

مواردی نیز که در این قوانین، دادگاه، صالح به دخالت شناخته شده یا این که مقام دیگری چون دادستان، مجاز به دخالت دانسته شده، این موارد نیز می‌تواند از مثال‌های پیروی قانون‌گذار از این نظر باشد.

۳-۲-۲. مبانی مؤید اصالت اجتماع

نظریاتی عمدتاً در مغرب زمین ابراز شده که اصالت و اولویت را به جامعه و گروه می‌دهد و فرد در این میان، به تنهایی نقش چندانی بازی نمی‌کند. یکی از مهم‌ترین این نظریات، نظریه حقوق اجتماعی است که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌دهیم. این بررسی، حول محور این نظریه و نقش آن در حقوق ایران است.

الف) نظریه حقوق اجتماعی

در این ارتباط، ابتدا مستندات این نظریه و سپس مفهوم آن را بررسی می‌کنیم.

۱- **مستندات این نظریه:** فکر اصیل بودن اجتماع از دیرباز در نوشته‌های حکیمان دیده می‌شود. شاگردان سقراط به ویژه افلاطون در کتاب جمهور خود، از حقوق و نیازمندی‌های خاص اجتماع سخن گفته‌اند. به نظر افلاطون، اجتماع‌دارای نیازمندی‌های خاص است و عدالت اقتضاء می‌کند که همه، وظایف خود را به منظور محقق ساختن این هدف عمومی، انجام دهند.^۱

^۱. افلاطون در اواخر عمر خود، علیه «جمهوری» خویش عصیان کرد و مدینه فاضله انسانی‌اش را با قوانین و زمامدار در هم شکست و دولت فاضله را جانشین آن ساخت. در این مدینه نوین، اصالت از آن دولت و احکام دولتی بود و حرمت و عزت انسانی به حرمت و عزت دولت بستگی داشت. یعنی انسان فلسفی از اصالت افتاد و احکام دولتی اصالت یافت و قانون، معیار آزادی و حقوق طبیعی

اگوست کنت، اعلامیه جهانی حقوق بشر را مردود می‌داند، به این دلیل که شخصیت انسان را برتر از جامعه قرار داده است. او منشاء قواعد حاکم بر زندگی اجتماعی را ضرورت‌های این زندگی می‌داند و در راه اثبات اصالت و برتری منافع جمعی گام بر می‌دارد. در آلمان، ایپهرینگ، حقوقدان برجسته پایان قرن ۱۹ می‌نویسد «قانون، نفع فرد را به عنوان هدف اصیل جستجو نمی‌کند، قانون فقط وسیله‌ای است برای تأمین منافع اجتماعی». او با بن‌تام مخالفت می‌کند که چرا «نفع فردی» را، هدف قواعد حقوق قرار داده است.^۱

۲- مفهوم این نظریه: به نظر پیروان این مکتب، هدف قواعد حقوق، تأمین سعادت اجتماع و ایجاد نظم در زندگی مشترک افراد است. پس اگر حقوق، فقط به زندگی و تأمین آزادی فرد توجه داشته باشد و نیازمندی‌های زندگی مشترک او را با دیگران فراموش کند، چگونه می‌توان ادعا کرد که به هدف نهایی خود رسیده است؟

برخلاف آنچه طرفداران حقوق فردی ادعا می‌کنند، از دیدگاه اجتماعی، فرد هیچ حق مطلق در برابر منافع عموم ندارد. زندگی با دیگران، یک سلسله تکالیف گوناگون برای او به وجود آورده است و آزادی او، چه در زمینه‌های سیاسی و اقتصادی و چه در قراردادهای، تا جایی محترم است که منافع عمومی آن را ایجاب کند.^۲

در واقع، براساس تئوری فوق، حق مجرد از پیش تعیین شده‌ای برای مالکان وجود ندارد، بلکه حقوق مالکان، محدود به چیزی است که از مجموع قوانین و مقررات استنباط

انسان و اجرای عدالت گردید. این دگردیسی تا آنجا بود که در جمهوری اعدام سقراط محکوم شده بود و در زمامدار تایید گشته بود. ر. ک به: افتخار زاده، محمود رضا: همان منبع، ص ۵۴.

^۱. کاتوزیان، ف ناصر: فلسفه حقوق، ج ۱، صص ۴۵۷ و ۴۵۸.

^۲. کاتوزیان، ناصر: همان منبع، ص ۴۶۲.

می‌شود. آنجا که حق مالک با مصلحت عمومی تعارض پیدا می‌کند، مصلحت عمومی مقدم بر مالکیت است و شایسته نیست که مالکیت، مانند سنگی مانع راه تحقق مصالح عمومی شود.

لذا هر چند مالک بر فضای بالای زمین و قرار آن مالکیت دارد، ولی این موضوع بدان معنا نیست که وی بتواند مانع از انجام اعمالی شود که مصلحت عمومی در آنست؛ مثل عبور خطوط تلگراف و تلفن. گاهی اوقات، مصلحت عمومی آن قدر در تعارض با حق مالکیت قرار می‌گیرد که باعث الغای حق مالکیت می‌شود و قانون در این موارد، تحت شرایطی می‌تواند، مالکیت خصوصی را به نفع عموم سلب کند.

بنابراین، اگر قانون‌گذار به ملاحظه مصالحی، حاکمیت و برتری حقوق عمومی را بر حقوق خصوصی ترجیح داد، این اقدام به معنای سلب یا محدودیت حقوق خصوصی نیست و باید آن را آئینه تمام‌نمای واقعیات لازم در زندگی اجتماعی دانست و قانون‌گذار با الهام از این نظریه، ممکن است به وضع مقرراتی دست زند که در تعارض حقوق عمومی و حقوق مالکانه، برتری و اولویت را به حقوق عمومی بدهد.

ب) نقش این نظریه در حقوق ایران

ابتدا از اثرگذاری این نظریه در مقررات عمومی و سپس از نقش تئوری در مقررات خاص، سخن می‌گوییم.

۱- نقش این نظریه در مقررات عمومی: در پاره‌ای قوانین، به ملاحظه مصالح و منافع اجتماعی، حقوق مالکانه اشخاص نسبت به اموالشان، محدود گردیده است. به تعبیر دیگر این که، قانون‌گذار با الهام از اندیشه و نظریه اصالت اجتماع، مبادرت به وضع قوانینی نموده

است که اگر نظریات اصالت فرد، قانونگذار را تحت الشعاع خود قرار داده بود، این قوانین به حیطة وضع در نمی‌آمد.

به عنوان مثال، تبصره ۲ ماده ۹۸۷ ق.م.می‌گوید: «زن‌های ایرانی که بر اثر ازدواج، تابعیت خارجی را تحصیل می‌کنند، حق داشتن اموال غیرمنقول را در صورتی که موجب سلطه اقتصاد خارجی گردد، ندارند...» در این ماده بنا به مصالح اجتماعی، چنین زنی از داشتن اموال غیر منقول محروم گردیده است. وضع چنین حکمی، بنابراین مصلحت اجتماعی صورت گرفته است که ممکن است تملک اموال غیرمنقول توسط چنین زن‌هایی، باعث سلطه اقتصادی خارجی گردد.

همچنین به طور مثال می‌توانیم به ماده یک لایحه قانونی ملی کردن جنگل‌ها^۱ اشاره کنیم در این ماده آمده «از تاریخ تصویب این تصویب نامه قانونی، عرصه و اعیانی کلیه جنگل‌ها و مراتع و بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی کشور، جز اموال عمومی محسوب و متعلق به دولت است ولو این که قبل از این تاریخ، افراد آن را متصرف شده و سند مالکیت گرفته باشند». در این ماده نیز، بنا بر اندیشه حمایت از منافع عمومی و اولویت حقوق عمومی بر حقوق خصوصی از اشخاص مالک این گونه اراضی، سلب مالکیت شده است.

با این که می‌توانیم در خصوص تأثیر نظریه اصالت منافع اجتماعی، به لزوم اخذ پروانه ساختمانی توسط مالکین جهت احداث بنا که در ماده ۱۰۰ ق.ش.بدان تصریح شده، اشاره کنیم. این محدودیت یا به تعبیری وضع چنین حکمی که متضمن محدودیت می‌باشد، با توجه به تئوری مورد بحث، صورت گرفته است.

۲- نقش این نظریه در مقررات خاص: شاید بتوان گفت که اساساً، وضع قوانین، در خصوص نحوه تملک حقوق مالکانه از سوی دستگاه‌های اجرایی و پیش‌بینی راه‌حلی در

۱. مصوب ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ ه.ش.

این قوانین، که لامحاله منجر به انتقال این حقوق به دستگاه اجرایی شود با این تفکر و تصور صورت گرفته باشد که منافع و مصالح اجتماعی، مقدم بر حمایت بی حد و حصر از حقوق مالکانه است. توضیح این که، اگر قرار باشد صرفاً از حقوق مالکانه حمایت شود، در این صورت اگر چنین شخصی، با انتقال حقوق خود موافقت نکند، بنا بر اصل آزادی قرارداده‌ها، دستگاه اجرایی، امکان اجرای طرح را نخواهد داشت.

اما اگر مصالح و منافع اجتماعی موردنظر قرار گیرد در این صورت، قوانینی وضع خواهد شد که به موجب آن در مواردی که مصالح اجتماعی اقتضاء کند صاحب حقوق مالکانه ملزم و مجبور به انتقال حقوق خود به دستگاه اجرایی مربوطه یا به تعبیری به عموم خواهد شد.

۳-۳. منابع تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه

به موجب مبانی مورد قبول، سیستم حقوقی ما، منابع حقوقی (قانون اساسی، قوانین، آیین‌نامه‌ها، رویه قضایی، عرف و دکترین) را ایجاد می‌کند.

غیر از منابع عمومی فوق‌الذکر، از جمله منابع خاص موجود در تحدید یا سلب حقوق مالکانه در برابر طرح‌های عمومی عبارتند از:

۱- مصوبات شورای عالی شهرسازی و معماری: قانون‌گذار در سال ۱۳۵۱ هـ.ش، قانونی تحت عنوان قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران تصویب نموده است و در این قانون جهت هماهنگ کردن برنامه‌های شهرسازی و به منظور ایجاد محیط زیست بهتر برای مردم و نیز در جهت اعتلای هنر معماری ایران و رعایت سبک‌های مختلف سنتی و ملی و ارائه ضوابط و جنبه‌های اصیل آن با در نظر گرفتن روش‌های نوین علمی و فنی و در نتیجه یافتن شیوه‌های اصولی و مناسب ساختمانی در مناطق مختلف کشور، با توجه به

شرایط اقلیمی و طرز زندگی، شورایی تحت عنوان «شورای عالی شهرسازی و معماری ایران» تأسیس نموده است.^۱

مستند اصلی تشکیل شورا و نحوه ترکیب و حدود و اختیارات و وظایف آن، قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۲۳ می‌باشد. از وظایف این شورا تصویب طرح‌های جامع شهری، بررسی پیشنهادهای لازم در مورد سیاست کلی شهرسازی برای طرح در هیأت وزیران، اظهارنظر نسبت به پیشنهادهای و لوایح شهرسازی و مقررات مربوط به طرح‌های جامع شهری که شامل منطقه‌بندی، نحوه استفاده از زمین، تعیین مناطق صنعتی بازرگانی، اداری، مسکونی، تأسیسات عمومی، فضای سبز و سایر نیازمندی‌های عمومی شهر است، می‌باشد. البته هرچند که در قانون مذکور اختیاراتی مبنی بر وضع و تصویب معیارها و ضوابط و آیین‌نامه‌های شهرسازی جهت این شورا در نظر گرفته شده است، با این حال باید دانست که این شورا حق قانون‌گذاری و به تعبیر دیگر اختیار ایجاد حق و تکلیف برای اشخاص را ندارد. با وجود این به نظر می‌رسد این شورا می‌تواند حقوق مالکانه اشخاص را تحدید کند اما سلب این حقوق امکان‌پذیر نیست.

طرح‌های شهری در واقع، گونه‌ای از تحدید مالکیت هستند. به موجب ماده ۳۰ ق.م. هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه انتفاع و استفاده را دارد و از آن جمله می‌تواند در آن احداث بنا یا آن را تفکیک و تقسیم نموده و یا قطعات تفکیکی را تجمیع نماید. همچنین طبق ماده ۳۸ ق.م. مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هر کجا که بالا رود.

طرح جامع شهری که از سوی این شورا تصویب می‌شود، در مورد استفاده از سطح و فضای قابل اشغال، میزان تراکم و کاربری، تفکیک و تجمیع، فضاهای عمومی و غیره،

۱. ماده ۱ ق.ت.ش.ع.ش.م.ا.

ضوابطی را مشخص می کند که حقوق مالکانه اشخاص را در استفاده از ملک خود محدود می نماید. به هر صورت، این مصوبات معتبر و برای اشخاص و شهرداری ها لازم الاجراست. هر چند شورای عالی شهرسازی و معماری، با توجه به اختیارات اعطایی، می تواند واضح مقرراتی باشد که حقوق مالکانه را تا حدی محدود سازد، لیکن این شورا نمی تواند مصوباتی وضع کند که حقوق مالکانه اشخاص را ساقط نماید. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در آراء متعددی این واقعیت قانونی را اعلام داشته و به صراحت گفته است که این شورا نمی تواند مصوباتی وضع کند که به موجب آنها، برای اشخاص تکالیفی ایجاد شود یا حقوق مالکانه آنها ساقط گردد.

۲- کمیسیون ماده پنج

بعد از شورای عالی شهرسازی و معماری، این کمیسیون نقش مهم و سازنده ای در ایجاد قواعد و مقررات شهرسازی و نتیجتاً تأثیرگذاری بر حقوق مالکانه مالکین املاک واقع در شهر دارد.

مستند قانونی تشکیل این کمیسیون، ماده ۵ ق.ت.ش.ع.ش.م.ا است. در این قانون علاوه بر این که شورای عالی شهرسازی و معماری، به عنوان بالاترین نهاد تصمیم گیرنده در مورد مسائل شهرسازی، پیش بینی شده است، این کمیسیون نیز به عنوان مرجعی پایین تر از شورای عالی، جهت تهیه طرح های جزئی تر که به طرح های تفصیلی معروف گشته اند تعیین شده است.

در شهر تهران تا سال ۱۳۶۵ ه.ش، تهیه طرح های تفصیلی، کماکان براساس قانون نوسازی از وظایف و اختیارات شهرداری بود. در این سال، تبصره ای به ماده ۵ ق.ت.ش.ع.ش.م.ا الحاق گردید که به موجب آن، اختیار تهیه طرح تفصیلی از شهرداری سلب و به کمیسینی با شخصیت حقوقی مستقلی سپرده شد که در حال حاضر به

کمیسیون ماده پنج معروف است ولی در واقع این کمیسیون، کمیسیون تبصره ماده پنج این قانون است.

به موجب تبصره یاد شده، بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی شهری و تغییران آنها در شهر تهران به عهده کمیسیونی مرکب از نمایندگان وزراء مسکن و شهرسازی، کشور، نیرو (در حد معاونت مربوطه)، سرپرست سازمان حفاظت محیط زیست و شهردار تهران یا نماینده تام‌الاختیار او و رئیس شورای شهر تهران می‌باشد.

محل دبیرخانه کمیسیون در شهرداری و دبیر آن، شهردار تهران و یا نماینده تام‌الاختیار او خواهد بود و جلسات آن با حضور اکثریت اعضاء رسمیت یافته و تصمیمات کمیسیون حداقل با ۴ رأی موافق، معتبر است.

در سایر شهرها

به موجب ماده ۵ ق.ت.ش.ع.ش.م.ا، بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی شهری و تغییرات آنها در هر استان یا فرمانداری کل به وسیله کمیسیونی به ریاست استاندار یا فرماندار کل و به عضویت رئیس انجمن شهرستان و شهردار و نمایندگان وزارت فرهنگ و هنر و مسکن و شهرسازی و نماینده مهندس مشاور تهیه‌کننده طرح انجام می‌شود. آن قسمت از نقشه‌های تفصیلی که به تصویب انجمن شهر برسد، برای شهرداری لازم‌الاجرا خواهد بود.

با توجه به ماده فوق‌الذکر، ملاحظه می‌شود که مستند قانونی تشکیل چنین کمیسیونی برای تصمیم‌گیری در خصوص طرح‌های تفصیلی سایر شهرهای کشور، متن ماده ۵ قانون مورد اشاره می‌باشد و با تصویب این قانون در سال ۱۳۵۱ هـ.ش، مرجع تصمیم‌گیری در خصوص طرح تفصیلی شهرهای کشور، از این سال به بعد کمیسیون یاد شده بوده است.

همچنین همان طور که ملاحظه شد، ترکیب اعضای کمیسیون ماده پنج با ترکیب اعضای کمیسیون تبصره ماده پنج (در شهر تهران) متفاوت است و این تفاوت ناشی از تفاوت عناصر ضروری در شهر تهران به عنوان پایتخت، با دیگر شهرهای کشور است.

همان طور که در لابه لای صحبت های پیشین گفته شد، وظیفه و اختیار کمیسیون ماده پنج، بررسی و تصویب طرح تفصیلی است. مصوبات این کمیسیون بر حقوق مالکانه بی تأثیر نمی باشد. تعیین میزان تراکم، سطح اشغال و تعیین کاربری می تواند حقوق مالکانه اشخاص بر املاک یک شهر را تحت تأثیر قرار دهد و محدودیت هایی جهت مالکین ایجاد کند، ولی آنچه مسلم است مصوبات این مرجع نباید به شکلی باشد که حقوق مالکانه اشخاص را سلب یا بر خلاف قوانین مملکتی، وظایفی برای آنان ایجاد نماید.

کمیسیون ماده پنج، برای تصویب طرح تفصیلی، باید در چهارچوب طرح جامع شهر اقدام نموده و علاوه بر آن از حدود قوانین مربوطه خارج نگردد. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در آراء متعددی بر این موضوع تأکید نموده و مصوبات مربوطه را به دلیل مخالفت با قوانین و خروج این مرجع از حدود اختیارات قانونی باطل نموده است.

همچنین لازم به ذکر است از آن جایی که تصویب و یا تغییر کاربری اراضی شهر در صلاحیت این کمیسیون است، لذا قبل از بررسی مراتب در این مرجع و تصویب موارد پیشنهادی نمی توان کاربری محلی را تعیین شده یا تغییر داده شده محسوب کرد. متأسفانه در برخی موارد، شهرداری ها، رأساً و خودسرانه اقدام به تغییر کاربری املاک نموده و سپس برای تنفیذ اقدامات، مراتب را به کمیسیون مورد بحث ارسال می دارند.

از طرفی اقدام به تغییر کاربری از سوی این کمیسیون، باید با رعایت ضوابط و جهات فنی صورت گیرد و نباید به صرف تقاضای شهرداری یا اشخاص دیگر، این اقدام صورت پذیرد.

کمیسیون ماده پنج یا کمیسیون موضوع تبصره ماده پنج، در مقاطعی با دلایل و توجیهاتی، اقدام به واگذاری اختیارات یا بعضی از اختیارات خود به مراجع دیگر نموده است. با بررسی آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، آرای را ملاحظه می‌کنیم که واگذاری اختیارات از سوی این کمیسیون، عملی غیرقانونی تلقی شده و باطل اعلام گردیده است.

۳- شورای اسلامی شهر

شورای اسلامی شهر، یکی دیگر از مراجعی است که با عنایت به قوانین مصوب فعلی می‌تواند با استفاده از اختیارات قانونی خود، حقوق مالکانه مالکین املاک واقع در شهر را تحت تأثیر تصمیمات خود قرار دهد.

شورای اسلامی شهر و شهرداری دو نهاد وابسته و پیوسته به یکدیگرند که اعتبار و اقتدار هر یک در واقع اعتبار و اقتدار دیگری است. در ایران، شهردار، توسط شورای شهر برای یک دوره چهارساله انتخاب می‌شود. با این حال باید دانست که شورای شهر، شورای شهرداری نمی‌باشد و شهر مانند یک شرکت سهامی نیست که شورا، مجمع عمومی این شرکت و شهردار مدیرعامل آن تلقی شود.

در قوانین مربوطه، وظایف و اختیاراتی برای شورای اسلامی شهر در نظر گرفته شده است که بعضی از این اختیارات راجع به شهرداری و بعضی از آن مربوط به نهادهای دیگر مدیریت شهری است و لذا نمی‌توان شهرداری را زیر مجموعه شورای اسلامی شهر دانست، هرچند که این موضوع قابل انکار نیست که در قانون، برای شورای اسلامی شهر، نظارت‌های مختلفی بر امور شهرداری در نظر گرفته شده است.

شورای اسلامی شهر، دارای وظایف و اختیاراتی است که در ماده ۷۱ ق.ت.ش آمده است. علاوه بر آن در قوانین و مقررات دیگر نیز، وظایف و اختیاراتی برای این شورا در نظر گرفته شده است. گاه ملاحظه می‌کنیم که قانون‌گذار، اختیاراتی در تصویب طرح‌های

عمومی برای شورای اسلامی شهر قائل شده است و با این وصف، شورای اسلامی شهر می‌تواند به صورتی ولو غیرمستقیم، یک منبع وضع قاعده و تأثیرگذار در حقوق مالکانه اشخاص باشد.

در بند ۳۴ ماده ۷۱ ق.ت.ش، در بیان یکی از وظایف و اختیارات شورای اسلامی شهر، بررسی و تأیید طرح‌های هادی و جامع شهرسازی و تفصیلی و حریم و محدوده قانونی شهرها پس از ارائه آن توسط شهرداری می‌باشد. شورای اسلامی شهر باید پس از بررسی و ارائه نظریات خود در این ارتباط، این طرح‌ها را جهت تصویب نهایی به مراجع ذی‌ربط قانونی، ارسال دارد^۱. علاوه بر آن در بند ۱۱ همین ماده «همکاری با شهرداری جهت تصویب طرح حدود شهر با رعایت طرح‌های هادی و جامع شهرسازی پس از تهیه آن توسط شهرداری با تأیید وزارت کشور و وزارت مسکن و شهرسازی» به عنوان یکی از وظایف شورای شهر دانسته شده است.

در ماده ۱۵ ق.ن.ع.ش نیز، آمده است: «شهرداری‌های مشمول ماده ۲ این قانون مکلفند با راهنمایی وزارت کشور، برنامه عملیات نوسازی و عمران و اصلاحات شهر را برای مدت پنج سال، براساس نقشه جامع شهر و در صورتی که فاقد نقشه جامع باشند بر اساس احتیاجات ضروری شهر و با رعایت اولویت آنها در حدود منابع مالی مقرر در این قانون و سایر امکانات مالی شهرداری، تنظیم کرده و پس از تصویب انجمن شهر و تأیید وزارت کشور، طرح‌های مربوطه را براساس آن اجرا کنند».

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود به شرح مواد فوق‌الذکر، شورای اسلامی شهر می‌تواند در تصویب طرح‌های عمرانی، دارای نقش و اثر باشد و تبعاً به این طریق، شورای اسلامی شهر می‌تواند در وضع حقوق مالکانه اشخاص تأثیراتی بگذارد و تغییراتی ایجاد کند. از این رو

^۱ طبق بند ۲ ماده ۲ ق.ت.ش.ع.ش.م. تصویب نهایی طرح جامع از وظایف و اختیارات شورای عالی شهرسازی و معماری است.

می‌گوییم شورای اسلامی شهر نیز یکی از منابع قانونی ایجاد نظم حاکم بر حقوق مالکانه در برابر طرح‌های عمومی است و از این حیث ضروری است تا در بررسی این نظم، به آراء و نظریات و مصوبات این شورا نیز توجه گردد.

شورای اسلامی شهر علاوه بر اینکه در مرحله تصویب طرح می‌تواند مؤثر در نظم حاکم بر حقوق مالکانه باشد، در مرحله اجرای طرح نیز دارای وظایف و اختیاراتی است که استفاده از این اختیارات و اعمال آنها، بر این حقوق مؤثر خواهد بود و ما نیز مصوبات این شورا را که در راستای اعمال این اختیارات وضع می‌شود، جزئی از نظم حاکم بر حقوق مالکانه در برابر طرح‌های عمومی شهرداری ارزیابی می‌کنیم.

به طور مثال، طبق تبصره ۱ ماده ۳ ل.ق.ن.خ، چنانچه شهرداری بخواهد با دارندگان حقوق مالکانه واقع در طرح، در خصوص قیمت حقوق آنها توافق کند و این مبلغ از یک میلیون ریال بیشتر باشد، در چنین حالتی باید قیمت مورد توافق شهرداری و دارنده حق و نیز انجام معامله، به تصویب شورای شهر نیز برسد.

از طرفی طبق بند ۳ ماده ۷۱ ق.ت.ش، نظارت بر حسن اجرای طرح‌های مصوب در امور شهرداری با شورای شهر است. در بند ۲۳ همین ماده نیز، نظارت بر اجرای طرح‌های مربوط به ایجاد و توسعه معابر، خیابان‌ها، میداين و فضاهای سبز و تأسیسات عمومی شهر بر طبق مقررات موضوعه با شورای اسلامی شهر است. بنابراین و به شرح موارد فوق‌الذکر، ملاحظه می‌شود که شورای شهر در مرحله اجرای طرح‌های عمومی نیز می‌تواند اقدام به تصویب مصوباتی نماید که مؤثر در حقوق مالکانه باشد و با این وصف، این قبیل موضوعات، منبعی از منابع نظم حاکم بر حقوق مالکانه در برابر طرح‌های عمومی خواهد بود.

ناگفته نماند که طبق اصل یکصد و پنجم ق.ا.ج.ا، تصمیمات شوراها نباید مخالف موازین اسلام و قوانین کشور باشد. چنانچه شورای شهر، اقدام به وضع مصوباتی نماید که خارج از حدود اختیارات این شورا و دخالت در امر قانون‌گذاری باشد، این مصوبات می‌تواند

توسط مراجع ذیصلاح از جمله هیأت‌های حل اختلاف موضوع ماده ۷۹ ق.ت.ش و یا دیوان عدالت اداری ابطال گردد. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در مواردی، تصمیمات شوراهاى شهر را به دلیل مخالفت با قوانین کشوری و خروج از حدود اختیارات، باطل اعلام کرده است.^۱

خلاصه

شایان ذکر است از آن جایی که، در بررسی قوانین خاص، تفوق مبانی حقوق عمومی را بیشتر ملاحظه می‌کنیم، لذا بحث از این مبانی مهم‌تر از مبانی تقدم حقوق مالکانه بر حقوق عمومی است. به طور کلی، این مبانی در حقوق ما بیشتر تفوق دارد. پس از ذکر مبانی حاکمیت خصوصی، نظریاتی بررسی شدند که تمایل و گرایش بیشتری به حفظ حقوق عمومی در زمان ایجاد تقابل میان حقوق خصوصی و حقوق عمومی دارند و در قانون گذاری‌های صورت گرفته، چنین نظریاتی، به عنوان مبانی وضع یک قانون، یا جهت‌گیری قانون‌گذار در وضع یک قانون به تنفع حقوق عمومی، قرار گرفته است. شایسته است در این قسمت ابتدا، نظریات وارده از حقوق اسلامی نظام حقوقی ما، تحت عنوان «مبانی فقهی» در قسمت اول و آنگاه، نظریات مطروحه در نظام‌های حقوقی دیگر را که بعضی از آنها، احتمالاً مد نظر قانون‌گذار ایرانی قرار گرفته، تحت عنوان «مبانی غیر فقهی» در قسمت دوم، مورد مذاقه و بررسی قرار گرفت.

۱. به طور مثال می‌توان به رأی شماره ۱۳۸۴/۱۲/۱۷-۵۶۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر «ابطال مواد ۳، ۴ و ۵ مصوبه شماره ۱۳۸۲/۴/۲۳-۵/۸۲/۲۳۴۲ شورای اسلامی شهر کرج، مبنی بر اخذ قسمتی از ملک اشخاص در قبال موافقت با تغییر کاربری و منتفی کردن طرح» اشاره نمود.

خودآزمایی

- ۱- مبانی فقهی تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه را توضیح دهید؟
- ۲- مبانی غیرفقهی تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه را توضیح دهید؟
- ۳- منابع تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه کدام است؟
- ۴- از منابع خاص تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه مصوبات شورای عالی شهرسازی و معماری را بیان نمایید؟
- ۵- تصمیمات کمیسیون ماده پنج به استناد کدام قوانین بر تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه اشخاص مؤثر است؟
- ۶- نقش شورای اسلامی شهر را در تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه با مثالی توضیح دهید؟



فصل چهارم

**تأمین حقوق مالکانه در اجرای طرح‌های
عمومی شهرداری و روش‌های آن**

اهداف

هدف از مطالعه این فصل، آشنایی با مطالب زیر می‌باشد:

۱. موارد تأمین حقوق مالکانه اشخاص در اجرای طرح‌های عمومی
۲. نحوه تأمین حقوق مالکانه اشخاص در اجرای طرح‌های منجر به محدودیت این حقوق
۳. نحوه تأمین حقوق مالکانه اشخاص در اجرای طرح‌های منجر به سلب این حقوق
۴. روش‌های تأمین حقوق مالکانه اشخاص از سوی شهرداری در اجرای طرح‌های عمومی
۵. نحوه تأمین توافقی حقوق مالکانه
۶. نحوه تأمین غیرتوافقی حقوق مالکانه
۷. وسایل تأمین حقوق مالکانه
۸. نتایج و آثار تأمین حقوق مالکانه برای شهرداری
۹. نحوه تنظیم سند و تحویل ملک از سوی شخص به شهرداری در اجرای طرح‌های عمومی شهرداری و پس از انتقال

۴-۱. موارد و روش‌های تأمین

منظور از موارد تأمین این است که بررسی گردد که در چه مواردی حقوق مالکانه اشخاص، در نتیجه اجرای طرح‌های عمومی توسط شهرداری، در معرض تهدید یا تحدید قرار می‌گیرد و اساساً قانون‌گذار در چه مواردی این حقوق را محترم شمرده و مجری طرح را مکلف به پرداخت تاوان نموده است. از طرفی در مواردی که به حکم قانون، شهرداری به عنوان دستگاه مجری طرح، مکلف به تأمین حقوق مالکانه می‌باشد، روش‌های پرداخت تاوان و جلب رضایت صاحب حق یا تأمین حقوق او چیست. آیا همیشه با توافق و تراضی، این حقوق تأمین می‌گردد یا این که تأمین این حقوق، صورتی اجباری به خود می‌گیرد. گفتار اول به «موارد تأمین» و گفتار دوم به «روش‌های تأمین» مربوط می‌شود.

۴-۱-۱. موارد تأمین

پرسش این است که در چه مواردی، در زمان اجرای طرح عمومی، باید حقوق مالکانه اشخاص تأمین شود. این سؤال از آن روی مطرح شده که در اجرای طرح‌های عمومی در برخی موارد، ملازمه با دخالت مستقیم شهرداری در متن حق و یا به تعبیری ملازمه با سلب این حقوق از اشخاص دارد و در بعضی از موارد، اجرای طرح، بی آن که حقوق مالکانه را مستقیماً تحت تأثیر خود قرار دهد به صورتی غیر مستقیم بر حقوق مالکانه اشخاص اثر می‌گذارد و برای صاحبان این حقوق محدودیت‌ها و مشکلاتی ایجاد می‌کند. از همین روی مقتضی است بحث در دو بند جداگانه پیگیری شده و مواضع قانون‌گذار نسبت به هر یک از این موارد، موضوع بررسی و کنکاش قرار گیرد.

ابتدا موارد منجر به محدودیت حقوق مالکانه و سپس موارد منجر به سلب حقوق مالکانه بررسی خواهد شد.

بند اول: موارد منجر به محدودیت حقوق مالکانه

واقع این است که در برخی موارد اجرای طرح توسط شهرداری در محدوده‌های از شهر، باعث می‌شود که املاک مجاور طرح با افزایش قیمت یا کاهش قیمت مواجه شود. اجرای بعضی از طرح‌ها، مثل ایجاد فضای سبز باعث افزایش قیمت املاک مجاور طرح می‌شود و اجرای برخی از طرح‌ها مثل ایجاد اتوبان، عملاً، کاهش قیمت و ارزش املاک مجاور این طرح را به دنبال دارد.

در این مجال، در پی بررسی آثار افزایش قیمت املاک مجاور طرح‌های عمومی و عمرانی نیستیم، بلکه می‌خواهیم بدانیم چنانچه اجرای طرح، باعث ایجاد محدودیتی برای حقوق مالکانه مترتب بر املاک مجاور و نزدیک به طرح شد، آیا این محدودیت‌ها مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است یا خیر و آیا راه حل و چاره‌ای بر جبران کاهش ارزش این حقوق اندیشیده شده یا نه.

برای بررسی این موضوع، ما می‌توانیم دو حالت را از یکدیگر تفکیک نماییم. در حالت اول، این حقوق صرفاً در مجاورت عرفی طرح مربوطه واقع می‌شود که ذیلاً به بررسی هر یک از این حالات می‌پردازیم.

الف) موارد واقع در مجاورت عرفی طرح

این حقیقت انکارپذیر نیست که در مورد اجرای پاره‌ای از طرح‌ها قیمت املاک مجاور و نزدیک به محدوده اجرای طرح و طبیعتاً قیمت و ارزش حقوق مالکانه مترتب بر این املاک

با کاهش مواجه می‌شود. در شهرهای بزرگ، اجرای طرح بزرگراه‌ها که آلودگی صوتی و هوایی قابل ملاحظه‌ای در پی دارد، نمونه خوبی برای نشان دادن این حقیقت است.

با توجه به واقعیت مزبور، سؤال این است که در چنین مواردی، قانون‌گذار ما، چه تدبیری برای جبران خسارات وارده به صاحبان حقوق مالکانه، اندیشیده است. برای پاسخ به این سؤال، باید قوانین عمومی و نیز قوانین خاص راجع به اجرای طرح‌های عمومی را مورد واکاوی قرار دهیم.

۱- قوانین عمومی: اگر قوانین مربوط به پرداخت خسارت و مسئولیت مدنی را مورد بررسی قرار دهیم، خواهیم دید که در حقوق ما اصل بر مسئولیت مبتنی بر تقصیر است، بدین معنا که چنانچه شخصی اعم از حقیقی یا حقوقی، بنا به تجویز قانون، مرتکب انجام عملی شود که باعث ورود خسارتی به دیگری می‌گردد، مادامی که قانون عمل زیان‌بار او را قانونی ندانسته، چنین شخصی مسئول پرداخت خسارت وارده نخواهد بود. در واقع، لازمه و اقتضای زندگی اجتماعی به ویژه در شهرهای بزرگ ایجاد محدودیت‌هایی در حقوق مالکانه اشخاص است و در صورتی که این محدودیت‌ها، مستند به قوانین و مقررات باشد نمی‌توان آن را به عنوان ضرر تلقی کرده و مطالبه خسارت نمود. اجرای آن دسته از طرح‌های عمومی که باعث ایجاد محدودیت‌هایی برای حقوق مالکانه اشخاص می‌گردد نیز از این قبیل است، چه این که شهرداری مبادرت به اجرای طرح‌هایی می‌نماید که توسط مراجع ذی‌صلاح قانونی به تصویب رسیده است و در حقیقت ایجاد کننده این محدودیت، مراجع صالح قانونی هستند، بنابراین نمی‌توان شهرداری را مقصر قلمداد نمود و به واسطه تضییقات و محدودیت‌هایی که ایجاد می‌شود از او مطالبه خسارت نمود.

۲- قوانین خاص: با بررسی مقررات خاص راجع به اجرای طرح‌های عمومی نیز، آشکار می‌شود که قانون‌گذار این قبیل محدودیت‌ها را اساساً به عنوان محدودیت به حساب نیاورده و خسارات وارده از این رهگذر را قابل جبران ندانسته است. در قوانین خاص مربوطه، که در واقع دستورالعملی برای شهرداری در خصوص نحوه اجرای طرح‌های عمومی و نحوه تأمین حقوق مالکانه است، صرفاً به مواردی پرداخت شده است که حقوق مالکانه کاملاً در متن و محدوده طرح قرار می‌گیرد و صاحب حق به طور کلی، از استفاده از حق خود محروم می‌گردد، اما در ارتباط با مواردی که صاحب حق، در استفاده از حق خود دچار محدودیت‌ها و موانعی می‌شود سخنی به میان نیامده است.

ب) موارد واقع در حریم طرح

در برخی از طرح‌های عمرانی ممکن است به صورت رسمی و نه عرفی و به حکم قانون (البته در معنای عام کلمه) علاوه بر محدوده اجرای طرح، محدوده‌ای نیز به عنوان حریم در نظر گرفته شود. این حریم برای استفاده بهتر از محدوده اجرای طرح تعیین می‌گردد.^۱ آن چه در این جا مورد بحث ما می‌باشد این است که صورت معمول تعیین حریم باعث ایجاد محدودیت‌هایی برای صاحبان حقوق مالکانه واقع در املاک قرار گرفته در حریم طرح می‌شود و لذا این سؤال را مطرح می‌سازد که شهرداری در قبال محدودیت‌های ایجاد شده چه مسئولیتی دارد.

^۱ در ضوابط اجرایی طرح جامع تهران در تعریف حریم آمده است: «حریم عبارت است از محدوده‌ای از اراضی که در اطراف عملکردهای خاص به مناسبت‌های امنیتی یا ایمنی و غیره، تحت حفاظت قرار گرفته و هرگونه ساخت و ساز، کاربری و بهره برداری از اراضی مزبور، منوط به ضوابط حریم مربوطه می‌باشد».

برای پاسخ گفتن به سؤال مزبور، شایسته است ابتدا ماهیت این محدودیت، مورد بررسی قرار گرفته و سپس با توجه به ماهیت، اثر این محدودیت از حیث ایجاد یا عدم ایجاد مسئولیت برای شهرداری مورد بحث قرار گیرد.

۱- **ماهیت**: چیزهایی مثل شهر، شهرک، چاه و قنات، راه آهن، جاده شوسه، اماکن نظامی، اماکن تاریخی، سدها، رودخانه‌ها، چشمه‌ها و خطوط انتقال گاز و غیره، دارای حریم مصوب قانونی هستند که محدودیت‌هایی برای صاحبان حقوق مالکانه، در استفاده از حقوق خود ایجاد می‌کنند.

در خصوص ماهیت این محدودیت، بین حقوق‌دانان اختلاف شده است. بعضی از حقوق‌دانان فرانسه، این محدودیت‌های قانونی را که به نفع عمومی ایجاد می‌شود، حق ارتفاق می‌دانند؛ چه این که حق ارتفاق، حقی است که بر اموال غیرمنقول به دلیل مصلحت ملک دیگری برقرار می‌شود. از طرفی، برخی دیگر از حقوق‌دانان فرانسوی این محدودیت را صرفاً قید مالکیت می‌دانند و می‌گویند فرض بر این است که حق مالکیت خالی از هرگونه قیدی است، مگر این که قانون آن را مقرر کرده باشد و این قبیل محدودیت‌ها، قیود مالکیت است که مقنن آن را در نظر گرفته است.^۱ نظریه اخیر نظر اکثریت حقوق‌دانان فرانسوی است.^۲

چنانچه بگوییم این محدودیت، در ماهیت یک حق ارتفاق است، باید آن را یک ارتفاق قانونی بدانیم، به این معنا که حسب ضرورت و برای تأمین منافع عمومی، قوانینی تصویب می‌شود که اختیارات صاحب حقوق مالکانه را محدود می‌سازد و چون منبع ایجاد چنین

۱. سنهوری، عبدالرزق احمد، همان منبع، ج ۸، صص ۶۳۹ و ۶۴۱.

۲. همان منبع، ص ۶۴۱. نویسنده می‌گوید: «والغالبیه من الفقهاء یذهبون صراحة الی ان کل هذه قیود انما هی القیود ترد علی حق الملکیه، و لیست بحقوق ارتفاق بالمعنی الصحیح».

محدودیتی قانون می‌باشد، این ارتفاق یک ارتفاق قانونی است^۱. همچنین این حق ارتفاق یک حق ارتفاق منفی است^۲.

با این حال باید دانست که اگر به واسطه وجود حریم، به طور کلی، استفاده از حقوق مالکانه ممنوع شود یا این که ممنوعیت تا حدی باشد که عرفاً به منزله محرومیت کامل صاحب حق از حق خود باشد، در این صورت، چنین حالتی را نباید صرفاً یک محدودیت پنداشت، بلکه در این صورت ما با مسأله سلب حقوق مالکانه مواجه خواهیم بود که متعاقباً در خصوص آن بحث خواهد شد. به طور مثال چنانچه برای اتوبانی، حریم مصوبی وجود داشته باشد و در حریم مصوب، هرگونه ساخت و سازی ممنوع باشد، چنین محدودیتی در محدوده شهرها، عرفاً به منزله سلب حقوق مالکانه خواهد بود، نه صرفاً یک محدودیت.

۲- اثر: حال با توجه به ماهیت این محدودیت‌ها، باید دید چنانچه طرحی دارای حریم مصوبی باشد و حریم تعیین شده محدودیت‌هایی ایجاد کند، شهرداری در قبال محدودیت‌های به وجود آمده و نتیجتاً کاهش ارزش حقوق مالکانه چه مسئولیتی دارد. به طور مثال چنانچه در حریم طرحی که توسط شهرداری ایجاد شده، محدودیت در ساخت‌وساز از حیث ارتفاق ایجاد شود و به این واسطه، ارزش املاک واقع در حریم کاهش یابد، شهرداری به عنوان مجری طرح در قبال کاهش ارزش به وجود آمده، چه مسئولیتی خواهد داشت.

^۱. ارتفاق قانونی در کنار تصمیمات دیگر حق ارتفاق را که ارتفاق ناشی از طبیعت و ارتفاق ناشی از عمل انسان است، قرار می‌گیرد.

^۲. در حق ارتفاق منفی، صاحب آن از محدودیتی که برای مالک زمین موضوع حق ایجاد می‌شود، استفاده می‌کند و نتیجه عملی اجرای آن، منع مالک از پاره‌ای تصرف‌ها است. چنان که اگر مالکی برای تأمین نور و هوای کامل زمین همسایه، نتواند در ملک خود ساختمان کند، حق ارتفافی که برای این ملک تحمیل شده، منفی است. ر.ک. به کاتوزیان، ناصر: همان منبع، صص ۲۲۶ و ۲۲۷.

به نظر می‌رسد با توجه به توصیفی که از این محدودیت‌ها به عمل آمد، شهرداری هیچ‌گونه مسئولیتی در قبال این کاهش ارزش نداشته باشد، چه این که این محدودیت‌ها، در واقع توسط یک مرجع ذی‌صلاح قانونی ایجاد شده است و همان‌گونه که حق را قانون ایجاد می‌کند می‌تواند آن را به نفع عده‌ای دیگر یا به نفع عموم محدود سازد. در قوانین راجع به اجرای طرح‌های عمومی، نیز هیچ اشاره‌ای به محدودیت‌های ناشی از تعیین حریم برای طرح‌های اجرا شده نگردیده است و به نظر می‌رسد قانون‌گذار آن را به عنوان یک حق ارتفاق یا قید مالکیت محسوب داشته و هیچ‌گونه جبران خسارتی در این خصوص پیش‌بینی نکرده است.

توجه به این نکته لازم است که ایجاد محدودیت به واسطه ایجاد حریم، تا حدی به عنوان محدودیت قابل پذیرش است که عملاً حقوق مالکانه به طور کامل سلب نشود و لذا چنانچه در جایی، اجرای طرح باعث سلب کامل حقوق مالکانه شود نمی‌توان آن را تحت عنوان «حق ارتفاق» پنداشت و صاحبان حقوق مالکانه را به طور کلی از حق خود محروم ساخت. متأسفانه در برخی موارد، قانون‌گذار کوشیده با این توجیه که محدودیت ایجاد شده صرفاً یک حق ارتفاق است، چشم خود را بر واقعیات ببندد و با کمال تأسف بعضاً رویه قضایی نیز با او همراه گردیده است. به طور مثال در بند ۹ ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه کشور^۱ آمده است: «اراضی واقع در خارج از محدوده شهرها که در مسیر راه‌های اصلی یا فرعی یا خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله‌های نفت و گاز قرار می‌گیرد با رعایت حریم مورد لزوم که از طرف هیأت وزیران تعیین خواهد شد، از طرف دولت مورد استفاده قرار می‌گیرد و از بابت این حق ارتفاق وجهی پرداخت نخواهد شد».

^۱. مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ ه.ش.

طبق ماده مزبور، به طور مثال چنانچه وزارت راه، اقدام به احداث بزرگراه یا جاده‌های برون شهری نماید، تصرف به عمل آمده، صرفاً یک حق ارتفاق خواهد بود و بابت این محدودیت ایجاد شده وجهی پرداخت نخواهد شد. در حالی که به خوبی روشن است که در مثال مزبور، حقوق مالکانه اشخاص سلب می‌شود و نمی‌توان به اسم حق ارتفاق این حقوق را نادیده گرفت. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۲۰۴-۱۳۶۹/۹/۱۳ خود، این قبیل محدودیت‌ها را صرف یک محدودیت یا به تعبیری حق ارتفاق تلقی نکرده است و گفته: «نظر به این که ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه مصوب اسفند ماه ۱۳۵۱ هـ ش مقرر نموده، هرگاه برای اجرای طرح‌های عمومی، احتیاج به خرید اراضی اعم از دایر و بایر و اعیانی و تأسیسات متعلق به افراد یا مؤسسات خصوصی باشد به طریق زیر عمل خواهد شد و این عبارت، صریح است در این که دولت موظف است زمین‌های مورد نیاز برای طرح‌های عمرانی را خریداری نماید و لازمه خرید، پرداخت بهای مبیع است به مالک آن و بند ۹ ماده مذکور که دولت را از پرداخت بهاء معاف نموده، مخصوص به حقوق ارتفافی املاک مجاور است و شامل املاک متصرفی نمی‌شود و دادنامه صادره از شعبه پنجم دیوان عدالت اداری مفید این معنی است و موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی به موجب ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری در موارد مشابه برای شعب دیوان و سایر مراجع مربوطه لازم‌الاتباع است»^۱.

با این حال، متأسفانه هیأت عمومی دیوان عدالت در نظریه خود پایدار نمانده و چند سال بعد در رأی شماره ۱۵۳-۱۳۷۴/۴/۱۷ خود، برخلاف رأی قبلی، محرومیت کامل

^۱ بند ۸ ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه کشور مصوب سال ۱۳۵۱ هـ ش نیز، یعنی یک بند قبل از بند ۹ آورده است: «تصرف اراضی و ابنیه و تأسیسات، در صورت حصول توافق با مالک، فقط پس از پرداخت قیمت ملک به مالک و در صورت عدم توافق با مالک پس از تودیع قیمت تعیین شده به وسیله هیأت‌های مذکور در بند ۲ این ماده در صندوق دادگستری مجاز است». با این توصیف، توسعه حق ارتفاق به مواردی که ملک شخص مورد تصرف قرار می‌گیرد، شایسته نیست.

صاحب حق را نیز یک حق ارتفاق پنداشته است! در رأی صادره آمده: «به موجب بند ۹ ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه سال ۱۳۵۱ ه.ش، اراضی واقع در خارج از محدوده شهرها که در مسیر راه‌های اصلی یا فرعی و یا خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله‌های نفت و گاز قرار می‌گیرد، با رعایت حریم مورد لزوم که از طرف هیأت وزیران تعیین خواهد شد، از طرف دولت مورد استفاده قرار گرفته و از بابت این حق ارتفاق وجهی پرداخت نخواهد شد... مستنبط از حکم مقرر در بند مذکور این است که مقنن این‌گونه تصرفات را به عنوان حقوق ارتفاقی تلقی کرده و در قبال آن به صاحبان زمین، وجهی پرداخت نمی‌گردد. بنابراین رأی شماره ۷۵۶ مورخ ۱۳۷۳/۱۱/۱۱ شعبه اول تجدید نظر دیوان عدالت اداری مبنی بر فسخ دادنامه شماره ۱۹۵۴ مورخ ۱۳۷۲/۱۱/۳۰ و رد شکایت شاکی که متضمن این معنی می‌باشد موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی به استناد قسمت آخر ماده ۲۰ ق.د.ع برای شعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع مربوطه در موارد مشابه لازم‌الاتباع است^۱».

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک به: جناب، مسعود: حق ارتفاق دولت در اراضی اشخاص خصوصی، فصلنامه دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، پیش شماره، ۱۳۸۱. همچنین ر.ک به: رأی شماره ۱۷۳-۱۳۸۰/۵/۲۱-هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر «اینکه بند ۹ ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱، به اراضی واقع در اتوبان تهران-کرج نیز مربوط می‌شود و لذا بابت تصرف بعمل آمده وجهی به مالکین پرداخت نمی‌شود». البته می‌توان گفت که بند ۹ ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱، صرفاً ناظر به املاک و اراضی واقع در طرح، قبل از تصویب ل.ق.ن.خ است و اراضی واقع در طرح بعد از تصویب ل.ق.ن.خ، مشمول قانون اخیر است و باید تاوان آن پرداخت شود.

۴-۱-۲. موارد منجر به سلب حقوق مالکانه

اجرای طرح‌های عمومی توسط شهرداری، علاوه بر این که در مواردی حقوق مالکانه اشخاص را محدود می‌سازد، در بسیاری از موارد، ملازمه با سلب حقوق مالکانه افراد دارد. به تعبیر دیگر این که در بسیاری از حالات، اجرای طرح‌های عمومی امکان‌پذیر نخواهد بود، مگر این که حقوق مالکانه اشخاص از آنها سلب و در اختیار شهرداری به عنوان دستگاه مجری طرح گذاشته شود.

در این مجال، در صدد هستیم تا با این مورد، یعنی سلب حقوق مالکانه آشنا شده و به بررسی زوایای چنین حالتی بپردازیم. در این ارتباط، ابتدا عناوین مشابه با سلب حقوق مالکانه در جهت اجرای طرح‌های عمومی را مورد بررسی قرار می‌دهیم و سپس از مقوله سلب سخن خواهیم گفت و در این خصوص بحث خواهیم نمود که آیا در موارد سلب حقوق مالکانه قانون‌گذار این حقوق را قابل تأمین و به تعبیر دیگر مستحق دریافت غرامت و خسارت دانسته است یا خیر.

الف) عناوین مشابه

با بررسی قوانین و مقررات موجود در نظام حقوقی ما، با مواردی مواجه می‌شویم که حقوق مالکانه اشخاص از آنها گرفته می‌شود. این موارد از حیث ظاهر، با این مورد که شهرداری حقوق مالکانه اشخاص را جهت اجرای طرح‌های عمومی از آنها سلب می‌نماید شباهت‌هایی دارد^۱، ولی واقع این است که این موارد با مورد بحث ما، ماهیتاً متفاوت است و نباید آنها را

^۱ مهم‌ترین وجه تشابه این عناوین، این است که در تمامی این موارد، سلب حقوق مالکانه در جهت منافع عمومی است. سنه‌وری، چنین تعبیری دارد: «لایجوز نزع الملكية الا اذا كان ذلك تحقيقاً لمنفعة عامه». ر.ک به: سنه‌وری، عبدالرزاق احمد: همان منبع، ج ۸، ص ۶۳۱.

با یکدیگر خلط نمود. در این جا دو مورد مشابه یعنی مصادره اموال و ملی کردن اموال را بررسی می‌کنیم.

۱- مصادره: مصادره اموال یکی از شیوه‌های مهم سلب مالکیت خصوصی در راه منافع اجتماعی است. در حقوق ایران، مصادره غالباً در دو معنا به کار می‌رود. اول؛ ضبط و توقیف اموال مجرمان و نیز وسایلی که در ارتباط با جرم است و دوم؛ سلب مالکیت اموالی که از طرق خلاف شرع و قانون تحصیل شده است.

مصادره به معنای اول از مباحث مربوط به حقوق جزا است که یک مجازات عینی محسوب می‌شود زیرا به همه یا قسمتی از اموال موجود در زمان ارتکاب جرم تعلق می‌گیرد و محکوم علیه موظف به پرداخت عین دارایی و اموال خود است.

اما مصادره به معنای دوم به عنوان مجازات اعمال نمی‌شود و جنبه حقوقی آن بر جنبه کیفری آن می‌چربد، چون اموالی که از طریق خلاف شرع و بر خلاف مقررات قانون تحصیل شده است از نظر حقوقی، دارنده آن، مالک محسوب نمی‌شود؛ زیرا از طریق سبب قانونی، مالکیت به او منتقل نشده است.

ضبط و مصادره اموال به دو شکل صورت می‌گیرد. مصادره عمومی و مصادره خاص. مصادره عمومی آن است که کلیه اموال موجود محکوم علیه اعم از منقول و غیرمنقول به نفع دولت ضبط شود. به طور مثال ماده ۱۴ لایحه قانونی تشدید مجازات مرتکبین جرایم مواد مخدر^۱ در این ارتباط مقرر می‌دارد: «کلیه اموال منقول و غیرمنقول اشخاصی که به علت ارتکاب جرایم مندرج در مواد ۲ و ۶ و ۷ و ۱۱ و ۱۳ این قانون تحت تعقیب قرار گیرند به دستور دادستان ضبط و پس از صدور حکم قطعی به نفع دولت مصادره خواهد شد». مصادره خاص عبارت است از حکم دادگاه براساس قانون مصادره خاص، به ضبط بخشی از

۱. مصوب ۱۳۵۹/۳/۱۹ ه. ش.

دارایی مجرم که مؤثر در وقوع جرم بوده است. مصادره خاص، اصولاً یک نوع مجازات تکمیلی است که در کنار مجازات اصلی تعیین و به مورد اجرا گذاشته می‌شود.^۱ با توجه به موارد بالا، در مورد مصادره اموال، هیچ گونه خسارتی به صاحب حقوق مالکانه پرداخت نمی‌شود و در واقع این مورد از موارد تأمین حقوق مالکانه نیست.

۲- ملی کردن: ملی کردن عبارت است از یک عمل حقوقی که منحصراً توسط دولت به عنوان تبلور اراده سیاسی ملت صورت می‌گیرد و در نتیجه آن، املاک خصوصی افراد در ازای پرداخت غرامت به مالکیت دولت در می‌آید.

ملی کردن، شامل صنایع، منابع طبیعی، بانک‌ها و مؤسسات، سرمایه‌های خارجی و قراردادهای می‌شود. دولت معمولاً در دو مورد به این شیوه برای سلب مالکیت خصوصی، افراد متوسل می‌شود. اول این که هرگاه دولت تشخیص دهد فعالیت اقتصادی یا اجتماعی معینی به دلیل نارسایی نظام مالکیت خصوصی قادر نیست با مقتضیات منافع عمومی همگام و هماهنگ شود. دوم هنگامی که یک منبع ثروت یا یک مؤسسه خصوصی، از نظر حیات ملی اهمیت شایانی کسب نماید و یا ویژگی‌ها و اوصاف یک خدمات عمومی را پیدا کند تا آن جا که دولت ناچار شود و یا لازم تشخیص دهد که آن ثروت یا مؤسسه را به مالکیت جامعه درآورد.

یکی از نویسندگان در تعریف ملی کردن می‌گوید، که ملی کردن عبارت است از انتقال دایم اموال و دارایی‌های خصوصی به مالکیت عمومی، که در تعقیب بعضی از اهداف سیاسی

۱. شامبیاتی، هوشنگ: حقوق جزای عمومی، ج ۲، ص ۳۷۲ به نقل از خردمندی، سعید: تحدید مالکیت، پایان نامه دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، دانشکده حقوق، ص ۲۲۰.

و اقتصادی و در ازای پرداخت غرامت صورت می‌گیرد.^۱ با ملی کردن، دولت جانشین مالک اصلی می‌شود و اداره مؤسسه را به دست می‌گیرد و تمام تعهدات مالک اولیه به دولت منتقل می‌شود. فقط در موارد انقلابات یا بحران شدید است که دولت ممکن است، بسیاری از مؤسسات خصوصی متعلق به سرمایه‌داران داخلی و یا خارجی را ملی کند و از پرداخت دیون و خسارت مؤسسات ملی شده خودداری نماید.^۲

از جمله قوانینی که به مسأله ملی کردن پرداخت نموده است می‌توانیم به ماده یک لایحه قانونی ملی کردن جنگل‌ها^۳ اشاره کنیم. در این ماده آمده است: «از تاریخ تصویب این تصویب نامه قانونی، عرصه و اعیانی کلیه جنگل‌ها و مراتع و بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی کشور، جزء اموال عمومی محسوب و متعلق به دولت است ولو این که قبل از این تاریخ، افراد آن را متصرف شده و سند مالکیت گرفته باشند». طبق ماده یک قانون آب و نحوه ملی شدن آن^۴ نیز، منابع آبی، ثروت مالی و متعلق به عموم محسوب شده است.

چنانچه اموالی به موجب حکم قانون، ملی اعلام شود به صورت معمول، خسارتی به صاحبان این اموال پرداخت نمی‌شود. با این وجود در برخی موارد، به صورت استثناء، پرداخت خسارت بنا به ملاحظات پیش بینی شده است. به طور مثال ماده ۳ قانون مربوط به جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی^۵ مقرر داشته است: «چنانچه با وضع قانون خاصی از

۱. موریس، جی-اچ: ضبط اموال و دارایی خصوصی توسط دولت از دیدگاه حقوق انگلیس، ترجمه محمد جواد امیر فخرایی، مجله کانون وکلاء، شماره های ۱۴۶ و ۱۴۷، ص ۱۹۶، به نقل از خردمندی، سعید: همان منبع، ص ۲۱۵.

۲. خردمندی، سعید: همان منبع، ص ۲۱۵.

۳. مصوب ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ ه. ش.

۴. مصوب ۱۳۴۷/۴/۲۷ ه. ش.

۵. مصوب ۱۳۳۴ ه. ش.

صاحب سرمایه‌ای سلب مالکیت شود، دولت جبران عادلانه خسارت وارده را تضمین می‌کند...».

در حقوق فرانسه برای ملی کردن، قانون واحدی وجود ندارد و در هر مورد باید به موجب قانون خاصی بنگاهی را ملی کرد و قوانین مذکور نیز معمولاً چه در مورد تملک و چه در مورد ارزیابی املاک، تصمیمات مختلفی اتخاذ کرده‌اند و حتی گاه ممکن است ملک، ارزیابی نشده و بهای آن پرداخت نشود و اگر هم پرداخت شود عادلانه نباشد.^۱

ب) سلب در اجرای طرح

قوانین راجع به اجرای طرح‌های عمومی توسط دولت و شهرداری‌ها، به نحوی تنظیم و طراحی شده است که در صورت نیاز به ملکی که در محدوده اجرای طرح قرار گرفته، در نهایت ملک و حقوق مالکانه اشخاص بر آن به دستگاه مجری طرح انتقال می‌یابد. از این روی، یعنی از آن جایی که مقاومت در برابر انتقال این حقوق به دستگاه اجرایی امکان‌پذیر نیست، لذا به این قبیل انتقال‌ها، عنوان سلب حقوق مالکانه نیز اطلاق شده است.^۲

حال با توجه به مطلب بالا، در ادامه این سؤال مطرح می‌شود که آیا در سلب حقوق مالکانه برای اجرای طرح توسط شهرداری، این حقوق از سوی دستگاه مجری طرح تأمین می‌شود یا خیر. به تعبیر دیگر این که آیا در چنین حالتی خسارت و غرامتی به صاحبان حقوق مالکانه پرداخت می‌گردد یا نه.

در پاسخ به پرسش بالا، این فرض را می‌توان مطرح کرد که با توجه به مقررات جاری در مورد سلب حقوق مالکانه جهت اجرای طرح توسط شهرداری، اصولاً شهرداری مکلف به

۱. صدرزاده افشار، سید محسن: همان منبع، ص ۷.

۲. برخی از نویسندگان فرانسوی پا را فراتر گذاشته و آن را با ملی کردن مالکیت شبیه دانسته‌اند.

رک به: همان منبع، ص ۱.

پرداخت تاوان و خسارات وارده به این حقوق می‌باشد. با این وجود در مواردی استثنائاً، هر چند حقوق مالکانه از صاحب آن سلب می‌شود ولی غرامتی پرداخت نمی‌گردد. در ادامه، ابتدا به برخی از استثنائات که در آنها سلب حقوق به صورت رایگان انجام می‌شود تحت عنوان سلب رایگان اشاره کرده و سپس اصل حاکم بر موارد سلب حقوق جهت اجرای طرح یعنی پرداخت معوض و خسارت را تحت عنوان سلب معوض بررسی می‌کنیم.

۱- سلب رایگان: در برخی از قوانین به صورت استثناء می‌بینیم که مقنن، سلب حقوق مالکانه جهت اجرای طرح را به صورت رایگان و بدون پرداخت هرگونه معوضی پیش‌بینی کرده است. به طور مثال، می‌توان به بند ۹ ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه کشور که قبلاً نیز به آن اشاره کردیم توجه نمود. همان طور که دیدیم در این ماده گفته شده: «اراضی واقع در خارج از محدوده شهرها که در مسیر راه‌های اصلی یا فرعی یا خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله‌های نفت و گاز قرار می‌گیرد با رعایت حریم مورد لزوم که از طرف هیأت وزیران تعیین خواهد شد از طرف دولت مورد استفاده قرار می‌گیرد و از بابت این حق ارتفاق، وجهی پرداخت نخواهد شد». در این ماده، اجازه داده شده است که سلب حقوق مالکانه به صورت رایگان و بدون پرداخت هرگونه غرامت صورت گیرد.^۱

^۱ این ماده در حال حاضر با توجه تصویب ل.ق.ن.خ و الزامی شدن پرداخت حقوق مالکانه برای اجرای کلیه طرح‌های عمومی قابل اجرا نیست. در خصوص تصرفاتی که قبل از سال ۱۳۵۸ یعنی قبل از تصویب ل.ق.ن.خ صورت پذیرفته است، چون تصرفاتی که باعث سلب کامل حقوق مالکانه شود با مفهوم حق ارتفاق در حقوق ما هم‌خوانی ندارد، نباید این نوع تصرفات را مشمول ماده مزبور دانست. با همین استدلال یعنی خروج موضوعی تصرفاتی که منجر به سلب کامل حقوق مالکانه می‌شود بعضی از دادگاه‌ها، مبادرت به صدور رأی به لزوم پرداخت تاوان در این قبیل موارد نموده‌اند، مثلاً شعبه سوم دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۴۵۱-۱۳۷۲/۹/۱۱ خود گفته است: «... بند ۹ ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه مصوب اسفند ۱۳۵۱ نیز ناظر به تملک نبوده و منحصرأ در خصوص حقوق ارتفافی املاک مجاور می‌باشد... علی‌هذا، شکایت و کیل شاکی به طرفیت وزارت راه و ترابری وارد تشخیص می‌شود...» یا آن که شعبه هشتم دادگاه عمومی تهران طی دادنامه شماره

همچنین می‌توان به ماده ۱۱ ل.ق.ن.خ که به نوعی سلب حقوق مالکانه به صورت رایگان را پیش‌بینی کرده اشاره داشت. در این ماده آمده: «هرگاه برای اجرای طرح، دستگاه اجرایی احتیاج به اراضی دایر یا بایر، ابنیه یا تأسیسات متعلق به سایر وزارتخانه‌ها یا مؤسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت و همچنین شهرداری‌ها، بانک‌ها و دانشگاه‌های دولتی و سازمان‌هایی که شمول قانون نسبت به آنها مستلزم ذکر نام است داشته باشد، واگذاری حق استفاده به موجب موافقت وزیر یا رئیس مؤسسه یا شرکت که ملک را در اختیار دارد ممکن خواهد بود. این واگذاری به صورت بلاعوض می‌باشد و در صورتی که مسئولین مربوط به توافق نرسند، طبق نظر نخست وزیر عمل خواهد شد»^۱.

همچنین در این خصوص می‌توان به ماده ۱۰۱ ق.ش اشاره داشت. در این ماده آمده است: «... معابر و شوارع عمومی که در اثر تفکیک اراضی احداث می‌شود، متعلق به

۲۷۴-۱۳۷۶/۲/۲۸ اعلام داشته است: «... خواننده ردیف یکم (وزارت راه و ترابری) دادخواست تقدیمی، در جهت عدم تعلق هرگونه وجهی به خواهان به بند ۹ ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه سال ۱۳۵۱ استناد جسته و در حالی که موضوع بند ۹ مذکور حق ارتفاق بوده و ماده ۵۰ قانون مذکور، مجموعاً ناظر به خرید ملک و پرداخت خسارت می‌باشد، ارتباطی به حق ارتفاق در ما نحن فیه مطرح نمی‌باشد...». در دادنامه شماره ۷۸۰-۳۱/۵/۱۳۸۵ شعبه ۱۸۰ دادگاه عمومی تهران نیز آمده است: «... وفق نظریه کارشناسان و سایر ادله موجود، اراضی ملکی خواهان، کلاً در طرح اجرایی واقع گردیده‌اند و با اجرای طرح کلاً به تصرف دولت درآمده‌اند و از این حیث، دیگر عینی موجود نیست که به تبع آن عین، برای دولت حق ارتفاق وجود داشته باشد و به تعبیر دیگر در اینجا، تلف عین صورت گرفته و اصل مالکیت مالک زایل شده است...».

^۱. ماده ۱۱ ل.ق.ن.خ اشاره به حق استفاده دارد و حق استفاده مفهومی جز استفاده با بقای عین ندارد، چرا که حق استفاده زمانی معنا پیدا می‌کند که عین باقی بماند. اما حق استفاده با مساله اجرای طرح که ممکن است در بسیاری از موارد منجر به از بین رفتن عین شود همخوانی ندارد، بنابراین واگذاری بدون بقای عین نیز برای تحقق هدف ماده ۱۱ با موافقت بالاترین مقام دستگاه توجیه پذیر است و با هدف و فلسفه ماده تطابق دارد. ر.ک به: مشاور حقوقی، ماهنامه شهرداری‌ها، شماره ۶۴، ص ۳۴.

شهرداری است و شهرداری در قبال آن به هیچ عنوان وجهی به صاحب آن پرداخت نخواهد کرد». در این ماده سلب حقوق مالکانه از شخص به نفع عموم، به صورت رایگان صورت می‌گیرد.

موارد مذکور در بالا مربوط به سلب کلیه حقوق مالکانه واقع در یک ملک به صورت رایگان و به نفع دستگاه مجری طرح بود. اما مواردی نیز در قوانین ما وجود دارند که سلب، مربوط به تمامی حقوق مالکانه نیست، بلکه قسم یا قسمتی از حقوق مالکانه بدون پرداخت هرگونه غرامتی به نفع دستگاه اجرایی سلب می‌شود.^۱ به طور مثال در ماده ۱۸ قانون سازمان آب و برق^۲ آمده است: «وزارت آب و برق و مؤسسات و شرکت‌های تابعه آن مجاز می‌باشند در صورت لزوم، در معابر عمومی شهرها و حریم اماکن و مستغلات و املاک، به نصب تأسیسات انتقال و توزیع نیروی برق اقدام کنند و نیز می‌توانند از دیوارهای مستغلات و اماکن خصوصی که مشرف به معابر عمومی می‌باشند و زمین‌های زراعتی تا آنجایی که تصرف، موجب خرابی و سلب استفاده متعارف از املاک مردم نشود ... مجاناً استفاده کنند...».

یا اینکه در تبصره ۲ ماده واحده قانون تأسیس شرکت راه آهن شهری تهران و حومه^۳ آمده است که: «شرکت می‌تواند به منظور اجرای طرح راه آهن شهری تهران و حومه و

^۱. البته ناگفته نماند که سلب جزئی حقوق مالکانه، گاهی تحت عنوان محدودیت حقوق مالکانه مورد بحث قرار می‌گیرد و از آن به عنوان یک ارتفاق مثبت یاد می‌شود. ولی ما در اینجا، این‌گونه محدودیت را که ملازمه با دخالت در ملک دیگری دارد و به صورت مثبت می‌باشد، تحت عنوان سلب مورد بررسی قرار می‌دهیم، در حالی که سابقاً ارتفاق منفی، یعنی مواردی را که محدودیت حقوق مالکانه بدون دخالت مستقیم در ملک صورت می‌گیرد، تحت عنوان محدودیت حقوق مالکانه و نه سلب مورد بررسی قرار دادیم.

^۲. مصوب ۱۳۴۶ ه.ش.

^۳. مصوب ۱۳۵۴/۲/۱۶ ه.ش.

تأمین نیازمندی‌های خود از زیر اراضی و املاک محدوده قانون شهری و حومه بدون هیچ‌گونه پرداختی استفاده نماید...». همین موضوع در تبصره ۱ ماده یک لایحه قانونی اصلاح قانون تأسیس شرکت راه‌آهن شهری تهران و حومه^۱، مجدداً تکرار شده است. در موارد فوق‌الذکر ملاحظه می‌شود که سلب حقوق مالکانه هرچند به صورت جزئی می‌باشد، بدون پرداخت هرگونه غرامت و تاوانی می‌باشد.^۲

۲- **سلب معوض:** گفتیم که اصل و قاعده این است که حقوق مالکانه باید با پرداخت عوض، سلب و به دستگاه مجری طرح منتقل گردد. این اصل به راحتی از قوانین ما چه قوانین عام و چه مقررات خاص راجع به اجرای طرح‌های عمومی قابل استنباط و استخراج است. ماده ۳۱ ق.م می‌گوید: «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد مگر به حکم قانون»^۳. در قوانین راجع به اجرای طرح‌های عمومی، اصولاً بیرون کردن حقوق مالکانه از ید صاحب آن یا به تعبیری سلب مالکیت، صرفاً با دادن معوض و تاوان آن امکان‌پذیر است و همان‌طور که اشاره شد، سلب مالکیت به صورت رایگان برای اجرای طرح‌های

۱. مصوب ۱۳۵۹/۴/۱۵ ه.ش.

۲. در کشورهای دیگر نیز ممکن است، سلب مالکیت به صورت رایگان باشد. به طور مثال در آمریکا هنگامی که مثلاً ایالت یا شهرداری برای پروژه‌های انتقال نیروی خود، خطوط فشار قوی را پیاده می‌کند، مسیر و حریم این خطوط را می‌تواند تصرف کند و تا هر زمان که مایل بود از آن استفاده نماید و ضوابطی نیز به کار برد که مالک یا مالکین در این حریم، تأسیساتی به وجود نیاورند. ر.ک به: احمدی، حسن: همان منبع، ص ۵۶.

۳. در ماده ۸۰۵ ق.م مصر نیز آمده است: «لایحوز ان یحرم احد ملکه الا فی الاحوال التی یقررها القانون، و بالطریقه التی یرسمها، و یکون ذلک فی مقابل تعویض عادل». در قسمت اخیر این ماده سخن از دادن معوض شده است ولی متأسفانه در ماده ۳۱ ق.م ما، قسمت اخیر، حداقل به عنوان یک اصل بیان نگردیده است.

عمومی، امری کاملاً استثنایی و نادر می‌باشد (النادر کالمعدوم)، که فقط در موارد منصوص قانونی ممکن می‌باشد.^۱

بنابراین می‌توان گفت چنانچه اجرای طرح‌های عمومی ملازمه با سلب حقوق مالکانه داشته باشد، تأمین و جبران این حقوق، در نظام حقوقی ایران، امری مسلم و انکارناپذیر است. در حقیقت اگر بنا بر آنچه گذشت، در مورد تأمین حقوق مالکانه در مواقعی که اجرای طرح، محدودیت‌هایی به حقوق مالکانه تحمیل می‌کند تردید و تشکیک وجود دارد، ولی در مورد سلب حقوق مالکانه برای اجرای طرح‌های عمومی، کوچک‌ترین شکی دایر بر تأمین این حقوق و دادن تاوان به صاحب آن وجود ندارد. بنابراین در موارد سلب حقوق مالکانه، چون اصل بر دادن معوض است در موارد شبهه باید به این اصل رجوع نمود. به طور مثال، در مورد املاک واقع در طرح تعریض، با توجه به اصل مزبور باید گفت، مالکان املاک واقع در طرح تعریض نیز مستحق دریافت غرامت قسمتی از ملک خود هستند که در طرح تعریض و توسعه معابر قرار می‌گیرد. به تعبیر دیگر اینکه بر خلاف تصور برخی، شهرداری موظف است نسبت به این‌گونه املاک نیز به هر طریق ممکن، رضایت صاحب حق را کسب نماید. لازم به توضیح است که عقب‌نشینی املاک که در نتیجه اجرای طرح تعریض به مالکان این‌گونه املاک تحمیل می‌شود به منزله اجرای حکم ماده ۱۰۱ ق.ش محسوب نمی‌گردد.^۲

۱. اداره کل حقوقی ریاست جمهوری در نظریه شماره ۷۳۸۱۸-۱۶/۷/۱۳۶۸ خود آورده: «مطابق ماده ۱۴۰ ق.م اسباب تملک احصاء گردیده و صرف قرار گرفتن ملک اشخاص در مسیر یا داخل طرح‌های دستگاه‌های اجرایی، موجب خروج ملک از مالکیت مالکین نبوده و انتقال مالکیت آن به دستگاه‌های دولتی و عمومی، مستلزم پرداخت غرامت به مالک است».

۲. مشاور حقوقی، ماهنامه شهرداری‌ها، شماره ۴۱، ص ۲۸، همچنین شماره ۴۲، ص ۲۲.

همچنین باید گفت در چنین مواردی، ماده ۴۵ اصلاحی آیین‌نامه قانون ثبت املاک نیز، دلالتی بر سلب رایگان ندارد.^۱ ضمناً لازم به ذکر است حتی اگر سلب حقوق مالکانه به صورت جزیی باشد یا این که به نوعی دخالت در قرار یا فضای محاذی ملکی صورت پذیرد صاحب حق مستحق دریافت غرامت است. ماده ۳۸ ق.م در تأیید این موضوع قابل استفاده است. این ماده می‌گوید: «مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هر کجا بالا رود و همچنین است نسبت به زیر زمین، بالجمله مالک حق همه گونه تصرف در هوا و فراز گرفتن دارد مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشد.^۲

در حقوق کشورهای دیگر نیز تا جایی که نگارنده تحقیق نموده وضع به همین منوال است. به طور مثال در ماده ۸۰۵ ق.م مصر آمده است که: «محرور کردن احدی از مالکیت بر ملک، مگر در موارد مقرر قانونی و به شکلی که قانون مشخص کرده و این طریقه همانا پرداخت معادل آنست، مجاز نیست». در ماده ۷۲۲ ق.م مصر و ماده ۸۱۴ ق.م لیبی و نیز ماده ۱۰۵۰ ق.م عراق نیز همین معنا مذکور است. از مواد یاد شده این طور استفاده

۱. ماده ۴۵ اصلاحی (۱۳۷۷/۹/۷) آیین‌نامه قانون ثبت املاک مصوب ۱۳۱۷/۸/۱۷ می‌گوید: «... هرگاه در نتیجه تغییر وضع مجاور املاک ثبت شده و تبدیل حد به کوچه، اصلاح سند مالکیت در حدی که قبلاً به ملک مجاور و فعلاً به کوچه محدود است تقاضا شود، در صورتی که شهرداری عمومی بودن کوچه را اعم از بن‌بست یا غیر بن‌بست تأیید نماید اصلاح ثبت دفتر املاک و سند مالکیت توسط اداره ثبت مربوطه با رعایت حقوق مجاورین انجام خواهد شد».

۲. با ظاهر ماده، مالک زمین می‌تواند فضای محاذی زمین و طبقات زیر آن را، مستقلاً و مجزی از سطح زمین به دیگری انتقال و واگذار نماید چه در تعبیر ماده، مالکیت زمین، مستلزم مالکیت فضای آن قرار داده شده نه مالکیت فضا، لازمه مالکیت زمین که قابل تفکیک و جدایی نباشد. به عبارت دیگر ماده می‌گوید: در اثر مالکیت زمین، قهراً مالک فضای لایتناهی و فراز غیرمحدود آن هم شده و نگفته لازمه مالکیت زمین، فضا و فراز آنست که همیشه لازم و ملزوم یکدیگر بوده و قابل تفکیک و جدایی نباشد. بنابراین مالک زمین حق خواهد داشت که فضای محدودی از محاذی زمین خود را، صلحاً به دیگری انتقال و با فرض امکان تسلیم و تسلیم، حق فروش آن را نیز خواهد داشت. ر.ک به: طباطبایی، محمدتقی: همان منبع، صص ۳۹ و ۴۰.

می‌شود که برای سلب مالکیت از شخص، ولو در جهت منافع عمومی، لازم است که اولاً، قانون به صراحت سلب مالکیت را اجازه داده باشد. ثانیاً، روشی که قانون برای تملک ملک برگزیده اجرا شود و ثالثاً، در مقابل سلب مالکیت، به مالک معادل و معوض داده شود.^۱

بنابراین، به عنوان نتیجه می‌توان گفت دستگاه‌های اداری و شهرداری‌ها مجاز به تعدی به حقوق مالکانه اشخاص و سلب این حقوق از آنها نیستند، مگر این که قانون چنین اجازه‌ای داده باشد. اگر این دستگاه‌ها بدون رعایت شرایط قانونی، بر ملک کسی مسلط شوند عمل آنها غیرقانونی است و در این حال باید معوض داده شود و بلکه ملک به صاحب آن تا زمانی که از طریق قانونی، ازاله حقوق مالکانه نشده است برگردد.^۲

۴-۲. روش‌های تأمین

در صورتی که برای اجرای طرحی، سلب حقوق مالکانه اشخاص لازم باشد، در این صورت با این سؤال مواجه خواهیم بود که با فرض لزوم تأمین حقوق مالکانه، که البته به عنوان یک اصل در حقوق ما پذیرفته شده است، روش یا روش‌های سلب این حقوق و انتقال آنها به دستگاه مجری طرح، یعنی شهرداری چیست.

فرض اول می‌تواند این باشد که دستگاه مجری طرح، یعنی شهرداری نیز، همانند سایر کسانی که متقاضی انتقال حقوق مالکانه شخص به خود می‌باشند با صاحب حق، وارد مذاکره شده و از طریق گفتگو و با توافق و تراضی، این حقوق به او منتقل گردد. مع‌هذا این امکان وجود دارد که شهرداری نتواند با مذاکره و گفتگو، رضایت دارنده حق را به انتقال حق خود به شهرداری جلب نماید؛ از طرفی اجرای طرح نیز برای تأمین منافع عمومی و یا دفع ضررهای موجود، ضروری است. در چنین حالتی، فرض دومی مطرح می‌شود. در این فرض

۱. سنهوری، عبدالرزاق احمد: همان منبع، صص ۶۱۶ و ۶۱۷.

۲. همان منبع، ص ۶۳۳.

شهرداری با استفاده از اهرم‌های قانونی موجود و با توسل به روش‌های تعیین شده قانونی، بر مسندی بالاتر می‌نشیند و با استفاده از قدرت بدست آمده از قانون، این حقوق را از صاحب آن سلب و به خود انتقال می‌دهد.

در این گفتار در پی بررسی این موضوع هستیم که در حقوق ایران چه روش‌هایی برای تأمین حقوق مالکانه واقع در محدوده اجرای طرح‌های عمومی وجود دارد. آیا فروض یاد شده در قوانین ما پیش‌بینی شده است یا خیر. به طور کلی در این گفتار برآنیم تا با نظم حاکم بر حقوق مالکانه راجع به این موضوع آشنا شویم. ابتدا از تأمین توافقی و سپس از تأمین غیرتوافقی سخن خواهیم گفت.

۴-۲-۱. تأمین توافقی

تأمین توافقی یعنی اینکه طرفین، که همانا شهرداری و صاحب حقوق مالکانه مورد نظر است با تراضی، نسبت به تملیک و تملک حقوق مالکانه اقدام نمایند. اولین طریق انتقال حقوق مالکانه در مورد بحث ما، می‌تواند بهره‌مندی از عقود مالک باشد که با ایجاب و قبول طرفین محقق می‌گردد. صاحبان حقوق مالکانه می‌توانند با استفاده از عقود بیع، اجاره، صلح و سایر عقود معین یا غیرمعین، حقوق مالکانه خود را اعم از حق مالکیت، حق انتفاع، حق ارتفاق، حق زارعانه و ... به شهرداری به عنوان دستگاه مجری طرح انتقال دهند. از توجه به مواد ل.ق.ن.خ این نتیجه بدست می‌آید که تأمین توافقی حقوق مالکانه، اولی و ارجح بر استفاده از طرق دیگر است. لذا چنانچه زمینه و بستر توافق مهیا باشد شهرداری باید برای تأمین حقوق مالکانه از این طریق استفاده کند. در ماده واحده ق.ن.ت.ش نیز، سیاق عبارت قانون‌گذار، مفید این معناست که شهرداری باید در انجام توافق و تراضی با صاحبان حقوق مالکانه، مساعی لازم را به کار گیرد. مقنن در این قانون آورده: «در کلیه قوانین و مقرراتی که شهرداری‌ها مجاز به تملک ابنیه، املاک و اراضی قانونی مردم

می‌باشند در صورت عدم توافق بین شهرداری و مالک، قیمت ابنیه، املاک و اراضی بایستی به قیمت روز تقویم و پرداخت شود ...».

با این وجود، متأسفانه شهرداری‌ها، شرایط لازم برای توافق را فراهم نمی‌سازند و به طرق مختلف سعی می‌کنند که صاحبان حقوق مالکانه را در وضعیتی قرار دهند که آنها مجبور شوند به خواسته‌های شهرداری، به ویژه قیمت تعیین شده از طرف شهرداری، تن در دهند و چنانچه شهرداری با مقاومتی در این خصوص مواجه شود، سعی می‌کند تا با استفاده از اهرم‌های قانونی که معمولاً به تأمین عادلانه حقوق مالکانه نمی‌انجامد متوسل شود. در برخی از کشورها مثل کشور هلند، شهرداری، هنگامی که می‌خواهد زمینی را خریداری کند، مبلغی را پیشنهاد می‌کند که مالک با آن موافقت می‌کند. این پیشنهاد ممکن است حتی دو برابر ارزش واقعی ملک باشد. علاوه بر این، غرامت دیگری نیز بابت مخارج، عایدی از دست رفته و غیره نیز پرداخت می‌شود^۱.

به هر صورت قوانین ما، طریقه توافقی تأمین حقوق مالکانه را قبل از به کار بستن طریقه غیرتوافقی، توصیه می‌نماید. حتی شاید بتوان گفت چنانچه شهرداری، برای تملک حقوق مالکانه، طریقه توافقی را محک‌نزد، اقدام شهرداری در استفاده مستقیم از طرق غیرتوافقی با اشکال قانونی مواجه باشد.

وقتی سخن از توافق می‌کنیم، این توافق می‌تواند ناظر به دو مرحله مجزا از یکدیگر باشد. گاهی در قیمت حقوق مورد نظر، توافق می‌گردد اما در انتقال آن توافقی صورت نمی‌پذیرد، بنابراین توافق در قیمت و توافق در انتقال این حقوق، در دو قسمت جداگانه قابل بحث می‌باشند. از طرفی، وقتی صحبت از توافق است توافق به این معنا نیست که دستگاه اجرایی از هر حیث آزادی عمل در توافق داشته باشد. رعایت ضوابط و شرایطی

۱. قریب، فریدون: همان منبع، ص ۶۸.

ضروری است که شایسته است مورد بحث قرار گیرند. متعاقباً موارد توافق و شرایط توافق را بررسی می‌کنیم.

الف) موارد توافق

با توجه به قوانین خاص راجع به اجرای طرح‌های عمرانی توسط شهرداری، می‌توان گفت که مقنن، توافق در قیمت حقوق مالکانه و توافق در انتقال، این حقوق را، به صورت دو امر مستقل در نظر گرفته و در خصوص هر یک از این دو مقوله، مقرراتی وضع نموده است. ما نیز این دو مورد را جداگانه بررسی می‌نماییم.

۱- **توافق در قیمت:** از مقررات مربوطه این طور استنباط می‌شود که شهرداری و صاحب حقوق مالکانه می‌توانند در خصوص قیمت و ارزش حقوق واقع در طرح شهرداری، با یکدیگر توافق و تراضی نمایند. دارندگان حقوق مالکانه، به صورت معمول برای توافق در قیمت دارای محدودیتی نمی‌باشند اما در ارتباط با شهرداری این سؤال مطرح می‌شود که آیا شهرداری می‌تواند رأساً نسبت به تعیین قیمت و توافق با صاحب حق اقدام نماید، یا این که در این خصوص محدودیت‌هایی وجود دارد.

در پاسخ به سؤال فوق‌الذکر می‌توان گفت، اصولاً شهرداری برای توافق در خصوص قیمت حقوق مالکانه واقع در طرح دارای اختیار است. در ماده واحده ق.ن.ت.ش گفته شده که در صورت عدم توافق بین شهرداری و مالک در خصوص قیمت، قیمت توسط هیأتی از کارشناسان رسمی دادگستری تعیین می‌شود. همچنین در ماده ۳ ل.ق.ن.خ آمده است که: «بهای عادلانه اراضی، ابنیه، مستحذات، تأسیسات و سایر حقوق و خسارات وارده از طریق توافق بین دستگاه اجرایی و مالک یا مالکین و صاحبان حقوق تعیین می‌گردد».

برخی در تأیید مطلب بالا گفته‌اند، بهای عادلانه اراضی، ابنیه و ... لزوماً از طریق توافق بین دستگاه اجرایی و مالک یا مالکان و صاحبان حقوق تعیین می‌شود و این موضوع را به عنوان یک اصل دانسته و عدم رعایت آن را استثنایی دانسته‌اند.^۱

هر چند به شرح بالا، شهرداری در تعیین قیمت و توافق با دارنده حق، اصولاً آزاد است، اما محدودیت‌هایی نیز برای توافق در قیمت وجود دارد. به طور مثال در تبصره ۱ ماده ۳ ل.ق.ن.خ آمده است که: «در صورت توافق در مورد بهای عادلانه، هرگاه مبلغ مورد معامله یا خسارت هر یک از مالکین بیش از یک میلیون ریال نباشد، دستگاه اجرایی می‌تواند رأساً نسبت به خرید ملک و پرداخت خسارت اقدام نماید و هرگاه مبلغ مورد معامله یا خسارت هر یک از مالکین، بیش از یک میلیون ریال باشد، بهای خرید ملک یا میزان خسارت انجام معامله باید به تصویب هیأت مقرر در ماده ۷۱ قانون محاسبات عمومی و در مورد شهرداری‌ها به تصویب انجمن شهر برسد». ملاحظه می‌شود که در تبصره مزبور، مقنن توافق تا مبلغ معینی را در حدود صلاحیت شهرداری دانسته است و چنانچه مبلغ توافق شده، بیش از رقم مشخص شده در تبصره مزبور باشد، تصویب شورای شهر نیز ضروری است.^۲ ولی به هر صورت آنچه مسلم است این است که تعیین قیمت می‌تواند از طریق

۱. صالحی، حسین: الزامات قانونی دولت و شهرداری در تملک اراضی و املاک، ماهنامه شهرداری‌ها، شماره ۶۴، ص ۴۲.

۲. شایسته ذکر است که چون در حال حاضر رقم تعیین شده در تبصره مزبور، رقم قابل توجهی نمی‌باشد و قانون نیز تاکنون در این خصوص اصلاح نشده است، لذا در عمل شوراهای شهر، اختیار خود در تبصره مزبور را تا حدودی به شهرداری‌ها واگذار می‌کنند. به طور مثال شورای شهر تهران در ماده ۵ مصوبه هفدهمین جلسه خود به تاریخ ۱۳۷۸/۴/۸ مقرر کرده است که: «در اجرای تبصره ۱ ماده ۳ ل.ق.ن.خ، تصویب نهایی خرید ملک یا میزان خسارت و انجام معامله که بهای آن بیش از یک میلیون ریال است به طرق ذیل انجام می‌پذیرد: الف) خرید ملک یا میزان خسارت و انجام معامله با وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی، بانک‌ها و مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی موضوع تبصره ذیل ماده پنج قانون محاسبات عمومی که مبلغ آن بیش از یک میلیون

توافق با مالک تعیین شود و نیازی به رعایت تشریفات خاصی یا استعلام از مراجع خاصی یا کسب نظریه کارشناس رسمی دادگستری نیست.

ناگفته نماند چنانچه در خصوص قیمت، میان شهرداری و شخص دارنده حق، توافقی گردد، طبق قانون، این توافق صرفاً تا مدت مشخص دارای اعتبار است و بعد از گذشت این مدت، توافق انجام شده منتفی شده محسوب خواهد شد. تبصره ۲ ماده ۳ ل.ق.ن.خ مقرر داشته: «در صورت حصول توافق، دستگاه اجرایی موظف است حداکثر ظرف سه ماه، نسبت به خرید ملک و پرداخت حقوق یا خسارات اقدام و یا آن که انصراف خود را از خرید و تملک کتباً به مالک یا مالکین اعلام نماید. به هر حال، عدم اقدام به خرید یا اعلام انصراف در مدت مذکور به منزله انصراف است»^۱.

۲- توافق در انتقال: ماده ۸ ل.ق.ن.خ، بیانگر نحوه عمل دستگاه اجرایی در مواردی است که صاحب حقوق مالکانه از انتقال حقوق خود به دستگاه اجرایی استنکاف نموده یا این که به دلایلی امکان و توانایی انتقال حقوق خود را ندارد.

ریال باشد با تصویب نهایی شهرداری تهران انجام خواهد شد. ب) بهای خرید ملک یا میزان خسارت و انجام معامله با اشخاص حقیقی یا حقوقی مستثنی از بند (الف) که بهای آن تا یک میلیارد ریال باشد با تصویب نهایی شهردار تهران خواهد بود. تبصره: شهردار تهران می تواند اختیار فوق را به مسئولیت خود به هر یک از معاونین و به موجب حکم کتبی واگذار نماید...» ملاحظه می شود که به موجب مصوبه فوق الذکر، اختیار شورای شهر در تبصره ۱ ماده ۳ ل.ق.ن.خ به شهرداری واگذار گردیده است. همچنین لازم به ذکر است به موجب مصوبات بعدی شورای شهر تهران، رقم مزبور تغییر نموده است.

^۱. شایسته تأکید است که منظور از توافق در تبصره ۲ ماده ۳ ل.ق.ن.خ، توافق در قیمت است نه انجام معامله؛ لذا چنانچه در خصوص انتقال حقوق مالکانه، توافقی میان شهرداری و دارنده حق صورت پذیرد. پس از گذشت مدت سه ماه، معامله مزبور منتفی نیست و خدشه به معامله انجام شده، تابع قواعد عمومی قراردادها است.

همان‌طور که سابقاً دیدیم، قانونگذار در ماده ۳ قانون یاد شده، در مورد تعیین قیمت، صراحتاً اصل را بر توافق و تراضی قرار داده است. در ماده ۸ قانون مورد بحث نیز، هر چند به این اصل تصریح نشده است ولی می‌توان گفت قانون‌گذار، نقل و انتقال یا به تعبیری تملیک و تملک حقوق مالکانه را ابتدا به ساکن، مبتنی بر توافق دانسته و توافق دستگاه اجرایی و صاحب حق را بدون لزوم دخالت مراجع دیگری، امکان‌پذیر دانسته است.

لذا بنا بر اصل فوق‌الذکر، ایجاب و قبول معامله از سوی شهرداری و صاحب حق، به عمل آمده و در قانون مرجع دیگری در بدو امر، جهت جاری نمودن صیغه عقد در نظر گرفته نشده است. مع‌هذا چنانچه با وصف تعیین توافقی قیمت، صاحب حق، از انتقال حق خود به دستگاه اجرایی خودداری نماید، انتقال حق به صورت غیرتوافقی انجام خواهد شد که موضوع مباحث آتی است.

ناگفته نماند که شهرداری در انجام معامله برای انتقال حقوق مالکانه، الزامی به تبعیت از آیین‌نامه معاملات شهرداری نیز ندارد. در آیین‌نامه معاملات، اصولاً رعایت تشریفات مناقصه یا مزایده ضروری است. در مورد اجرای طرح‌های عمومی، اجرای این آیین‌نامه منتفی است، چه این که شهرداری مجبور است طرح را در محدوده تعیین شده اجراء کند و لذا موضوع خرید ارزان‌تر با اجرای تشریفات مناقصه، معنا ندارد.

نکته دیگری که قابل توجه است، اینکه نقل و انتقالات حقوق مالکانه در این قبیل موارد، یعنی در مواردی که انتقال با توجه به ضرورت اجرای طرح صورت می‌گیرد و اگر چنین نبود، شاید صاحب حقوق مالکانه، اقدام به واگذاری حقوق خود نمی‌نمود، معاف از پرداخت مالیات نقل و انتقالات املاک نمی‌باشد.^۱

۱. اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۳۷۳۵-۹/۴-۱۳۶۰/۹ خود آورده است: «به موجب ماده ۱۲ ل.ق.ن.خ کلیه قوانین و مقررات مغایر با لایحه قانونی فوق‌الذکر از تاریخ تصویب آن ملغی الاثر شده است. بنابراین چون اموال غیرمنقول که برای مصارف عمومی به وسیله شهرداری

ب) شرایط توافق

هر چند شهرداری، در زمان اجرای طرح، اصولاً در انجام توافق با صاحبان حقوق مالکانه دارای اختیار و صلاحیت است، با این حال باید دانست که روی آوردن به اجرای طرح و توافق با صاحبان حقوق مالکانه واقع در محدوده اجرای طرح، منوط به فراهم بودن شرایطی می‌باشد که ذیل به بررسی آنها می‌پردازیم.^۱

۱- وجود اعتبار: لزوم وجود اعتبار، به عنوان یکی از شرایط روی آوردن به اجرای طرح توسط دستگاه اجرایی به حدی بوده که مقنن در اولین ماده ل.ق.ن.خ به آن اشاره نموده است. در این ماده شرط استفاده دستگاه اجرایی از مقررات این قانون، تأمین اعتبار لازم برای تأمین حقوق مالکانه می‌باشد.

شرط فوق‌الذکر از این جهت دارای اهمیت فوق‌العاده‌ای است که در صورت عدم وجود اعتبار، حقوق مالکانه اشخاص تأمین نخواهد شد و از آن جایی که مقنن در موارد سلب حقوق مالکانه، اصولاً پرداخت غرامت و تاوان را پیش‌بینی کرده و برای حقوق مالکانه اشخاص احترام خاصی قایل شده، هرگونه اقدام دستگاه اجرایی برای سلب حقوق مالکانه، قبل از تأمین اعتبار لازم را غیر قابل قبول پنداشته است.

خریداری می‌شود با رعایت ماده ۲ مشمول لایحه قانونی مذکور می‌باشد و طبق تبصره ۴ ماده ۱۰ لایحه قانونی فوق‌الاشعار که ناظر بر معافیت طرح‌های موضوع این قانون است، فقط معافیت از پرداخت عوارض مستقیم به شهرداری نام برده شده و از معافیت مالیاتی ذکر نشده است و هر نوع معافیت نیز احتیاج به نص دارد، لذا مالک از پرداخت مالیات نقل و انتقال املاک غیرمنقول به شهرداری معاف نخواهد بود.»

^۱. ناگفته نماند شرایطی که در این جا از آن بحث می‌گردد، شرایطی است که در تأمین غیرتوافقی حقوق مالکانه، باید وجود داشته باشد و با آوردن این شرایط در این جا، مستغنی از طرح مجدد آنها در مورد تأمین غیرتوافقی حقوق مالکانه، خواهیم بود.

۲- وجود مجوزهای لازم: برای این که شهرداری بتواند با دارنده حق مالکانه توافقی ترتیب دهد، علاوه بر لزوم وجود اعتبار، باید مجوزها و مصوبات خاصی نیز وجود داشته باشد.

یکی از این مجوزها، لزوم وجود طرح مصوب است. در خصوص معنای طرح در بخش اول سخن گفته شد. در این جا بر این نکته تأکید می‌کنیم که طرح مربوطه باید به تأیید مقام ذی‌صلاح رسیده باشد. بدیهی است طرح‌های مربوطه باید در کاربری‌های قابل انطباق و توسط دستگاه ذی‌ربط اجراء شوند^۱.

یکی دیگر از مجوزهای لازم برای انجام توافق با صاحب حقوق مالکانه، مجوز و مصوبه مذکور در تبصره ۱ ماده ۳ ل.ق.ن.خ است که قبلاً به آن اشاره شد.

۴-۲-۲. تأمین غیر توافقی

تأمین غیر توافقی را به تأمین قهری یا اجباری نیز تعبیر کرده‌اند. در واقع هنگامی که سخن از تملک حقوق مالکانه توسط شهرداری جهت اجرای طرح گفته می‌شود، به صورت معمول، این معنا به ذهن متبادر می‌شود. قبلاً نیز اشاره کردیم چنانچه اجرای طرح، ملازمه با سلب

^۱. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۱۳۷۱/۸/۹-۱۵۹، تملک ملکی را که دارای کاربری آموزشی بوده، توسط شهرداری غیرقانونی اعلام داشته است. در این رأی می‌خوانیم: «نظر به اینکه مستفاد از قانون اراضی شهری و آیین‌نامه اجرایی آن که مستند و اساس تملک قرار گرفته، اقدامات تملیکی بر مبنای طرح تفصیلی شهر و کاربری زمین حسب مورد در محدوده و قالب وظایف قانونی سازمان‌های ذی‌ربط مجاز می‌باشد. علی‌هذا، دادنامه شماره ۲۸۶ مورخ ۱۳۶۰/۵/۱۹ شعبه دهم دیوان عدالت مشعر بر عدم جواز تملک پلاک‌های موصوف توسط شهرداری، با توجه به اینکه دارای کاربری فضای سبز، ورزشی، فرهنگی و مرتبط با احتیاجات و طرح مصوب ادارات آموزش و پرورش و ارشاد اسلامی بوده موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده می‌شود. این ردی به استناد قسمت اخیر ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع مربوطه در موارد مشابه لازم الاتباع است».

حقوق مالکانه داشته باشد، معنای نزدیک‌تر به ذهن از سلب، همانا سلب غیرتوافقی یا قهری است.

واقعیت این است که اجرای طرح‌های عمومی را نمی‌توان به دلیل عدم رضایت دارنده حقوق مالکانه به انتقال حق خود به شهرداری، معطل گذاشت. بر این اساس با توجه به استدلالات و توجیهاتی که در بخش اول این نوشتار آمد، قانون‌گذار ضمن تأکید بر اصل توافق و تراضی میان شهرداری و صاحبان حقوق مالکانه، به عنوان بد ضروری، سلب اجباری و قهری حقوق مالکانه و انتقال آن به شهرداری را پیش‌بینی نموده است که ما در این جا از آن به عنوان تأمین غیرتوافقی یاد می‌کنیم.

تملک قهری نه تنها در قانون کشور ما، بلکه در بسیاری از کشورها پذیرفته شده است. به طور مثال در کشور هلند، چنانچه شهرداری برای تکمیل یک طرح نیاز به زمینی داشته باشد و مالک آن زمین، از فروش آن به شهرداری خودداری کند، شهرداری می‌تواند اقداماتی جهت تصرف زمین انجام دهد.^۱ در آمریکا چنانچه صاحب زمین واقع در طرح، علاقه‌ای به انجام معامله و واگذاری زمین از خود نشان ندهد دولت می‌تواند از حق خود برای تصرف اراضی مورد نیاز مصارف عمومی، استفاده کند. این حق نظیر آن چیزی است که در انگلستان به آن خرید اجباری^۲ می‌گویند با این تفاوت که در انگلستان، تشخیص این که آیا زمین برای کاربری عمومی مناسب است یا نه، مستلزم بررسی آن از طرف قوه مقننه است در حالی که در آمریکا چنین امری از اختیارات قوه قضائیه است. در تمامی سطوح دولتی آمریکا یعنی فدرال، ایالت و شهر می‌توان از این حق استفاده کرد.^۳

۱. قریب، فریدون: همان منبع، ص ۶۸.

۲. Compulsory Purchase

۳. احمدی، حسن: همان منبع، صص ۵۴ و ۵۵. نویسنده در ادامه می‌گوید: «البته بین کشور آمریکا و بسیاری از کشورهای دیگر جهان تفاوت عمده‌ای وجود دارد. برخلاف سایر کشورها، در این کشور بسیاری از پروژه‌های عام‌المنفعه نظیر راه‌آهن، سیستم‌های آبیاری و خدمات شهری و منطقه‌ای

اینک صرف نظر از مبانی مقررات موجود در خصوص تأمین غیرتوافقی، در صدد هستیم تا مقررات موجود در خصوص تأمین غیرتوافقی حقوق مالکانه را مورد بررسی قرار دهیم. آنچه در بدو امر به نظر می‌رسد این است که در تأمین غیرتوافقی، قاعده‌ای وجود دارد که به صورت معمول در تأمین غیرتوافقی از این قاعده پیروی می‌شود. در کنار این قاعده، با مواردی مواجه می‌شویم که چهره‌ای استثنایی دارند و در موارد خاصی از آنها پیروی می‌شود. ابتداء قاعده و سپس استثنائات را بررسی می‌کنیم.

الف) قاعده

آنچه از مجموع مقررات جاری حاکم بر نحوه اجرای طرح‌های عمومی توسط شهرداری استحصال و استنباط می‌شود این است که راه‌حلی برای تأمین غیرتوافقی حقوق مالکانه به عنوان اصل و قاعده وجود دارد که شهرداری برای تأمین غیرتوافقی این حقوق، اصولاً باید از آن پیروی کند. این اصل مستنبط از مواد ۴ و ۸ ل.ق.ن.خ است.

در مواد یاد شده، دو موضوع مورد حکم قرار گرفته است؛ با این توضیح که در یک ماده، به مسأله عدم توافق شهرداری و صاحب حقوق مالکانه در تعیین قیمت پرداخته شده و راه‌حل قضیه نیز ارائه شده است و در ماده دیگری به موضوع عدم توافق در واگذاری حقوق مالکانه اشاره شده است و در خصوص نحوه حل و فصل این مشکل ارائه طریق گردیده است. لذا شایسته است این دو موضوع به صورت جداگانه مورد بحث قرار گیرند.

۱- **عدم توافق در قیمت:** وقتی می‌گوییم عدم توافق در قیمت، مراد و منظور ما این است که به دلیل اختلاف نظر بین دارنده حق و شهرداری یا به هر دلیل دیگری، مثل مجهول

توسط بخش خصوصی اجرا می‌شوند و اختیارات لازم برای تصرف زمین در مواردی به بخش خصوصی تفویض شده است».

بودن مالک یا اختلاف در مالکیت و ... در خصوص قیمت و ارزش حقوق مالکانه واقع در طرح، توافقی صورت نپذیرد. در چنین حالتی ما با تعیین قیمت به صورت غیر توافقی و از روی قهر و اجبار مواجه هستیم.

ماده ۴ ل.ق.ن.خ مقرر داشته است که: «هرگاه نسبت به تعیین بهای عادلانه اراضی و ابنیه و تأسیسات و حقوق و خسارات وارده بین دستگاه اجرایی و مالک توافق حاصل نشود، بهای عادلانه توسط هیأتی مرکب از سه نفر کارشناس رسمی دادگستری تعیین می‌گردد. کارشناسان یک نفر از طرف دستگاه اجرایی، یک نفر از طرف مالک یا صاحب حق و نفر سوم به انتخاب طرفین و در صورت عدم توافق یا استنکاف به معرفی دادگاه صالحه محل وقوع ملک انتخاب می‌شوند. رأی اکثریت هیأت مزبور قطعی و لازم الاجراست ...». در تبصره ۲ همین ماده نیز راه حل موصوف به موارد دیگری نیز که توافق در قیمت ممکن نیست تسری داده شده و گفته شده: «هرگاه مالک یا مالکین، کارشناس خود را حداکثر ظرف یک ماه از تاریخ اعلام دستگاه اجرایی که به یکی از صور ابلاغ کتبی، انتشار در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار یا آگهی در محل به اطلاع عموم می‌رسد، تعیین ننماید و یا به علت مجهور بودن مالک عدم تکمیل تشریفات ثبتی، عدم حضور سند مالکیت، اختلاف در مالکیت، فوق مالک و موانعی از این قبیل، امکان انتخاب کارشناس میسر نباشد دادگاه صالحه محل وقوع ملک، حداکثر ظرف ۱۵ روز از تاریخ مراجعه دستگاه اجرایی به دادگاه نسبت به تعیین کارشناس اقدام می‌نماید». همچنین ماده واحده ق.ن.ت.ش در بیان راه حل عدم توافق در تعیین قیمت بیان داشته: «در کلیه قوانین و مقرراتی که شهرداری‌ها مجاز به تملک ابنیه، املاک و اراضی قانونی مردم می‌باشند در صورت عدم توافق بین شهرداری و مالک، قیمت ابنیه املاک و اراضی بایستی به قیمت روز تقویم و پرداخت شود.

تبصره ۱: قیمت روز توسط هیأتی مرکب از سه نفر کارشناس رسمی دادگستری و مورد وثوق^۱ که یک نفر به انتخاب شهرداری و یک نفر به انتخاب مالک یا صاحب حق و نفر سوم به انتخاب طرفین می باشد تعیین خواهد شد. رأی اکثریت هیأت مزبور قطعی و لازم الاجراست.

تبصره ۲: در صورت عدم توافق در انتخاب کارشناس سوم، دادگاه صالح محل وقوع ملک، اقدام به معرفی کارشناسی خواهد نمود...» و در تبصره ۴ این ماده واحده نیز عیناً مراتب مذکور در تبصره ۲ ماده ۴ ل.ق.ن.خ تکرار شده است.

طبق مواد فوق الذکر و تبصره های آن چنانچه به هر دلیلی در قیمت حق مورد نظر توافقی حاصل نشود از آن جایی که اجرای طرح را نمی توان معطل گذارد، نوبت به تعیین قیمت به صورت غیر توافقی می رسد. در چنین حالتی قانون این امکان را پیش بینی نموده است که طرفین بتوانند موضوع را از طریق تعیین کارشناسان منتخب و مرضی الطرفین فیصله دهند. بنابراین چنانچه به دلیل عدم توافق در قیمت یا به دلایل دیگری همچون اختلاف در مالکیت و ... تعیین قیمت به کارشناسان رسمی دادگستری محول شد،

۱. ذکر کله «مورد وثوق» حشو زاید است. در مذاکرات مجلس در زمان تصویب این قانون نیز به آن اشاره شده و گفته شده: «... در ارتباط با کارشناسان دادگستری، مصوبه ای را داریم و در آن تأکید کرده ایم کسانی را که احیاناً مشکلی دارند، مساله ای دارند آنها را به وسیله هیأتی که خود مجلس تصویب کرد کنار بگذارند و کسانی را که صالح هستند درستکار هستند و مسله خاصی ندارند آنها را تأیید بکنند که کارشان را ادامه بدهند. بنابراین کارشناس دادگستری کسی است که پروانه کارشناسی اش را از طریق یک مرجع صالحی دریافت کرده و فرض بر این هست که کارشناس مورد وثوق است. ما وقتی می گوییم قاضی، بگوییم آقا به توسط قاضی که مورد وثوق است. وکیل دادگستری، وکیل دادگستری مورد وثوق، به نظر یک چیز زایدی است...». با این حال با توجه به نظریه شورای نگهبان مبنی بر اینکه بدون این قید، تبصره مزبور، خلاف شرع است، این قید توسط مجلس به تبصره یاد شده اضافه گردیده است. رک به: مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی،

کارشناسان منتخب به جای طرفین اقدام به تعیین قیمت می‌نمایند که طبق قسمت اخیر ماده مزبور، رأی اکثریت ایشان برای طرفین قطعی و لازم‌الاتباع می‌باشد.^۱

در خصوص تعیین قیمت توسط کارشناسان، این سؤال مطرح شده است که آیا در چنین صورتی، اجرای تبصره ۱ ماده ۳ ل.ق.ن.خ نیز الزامی است یا خیر؟ در پاسخ می‌توان گفت تبصره مزبور ناظر بر موردی است که طبق ماده ۳ قانون یاد شده، قیمت با توافق تعیین می‌شود و در چنین حالتی قانون‌گذار برای رفع هرگونه شبهه‌ای به موجب تبصره مورد بحث نظارت مرجع بالاتری را برقرار نموده است. البته برخی به این نظر انتقاد کرده‌اند و گفته‌اند حسب بند ۱۴ ماده ۷۱ ق.ت.ش، کلیه معاملات شهرداری باید به تصویب شورای اسلامی شهر برسد و این بند آخرین اراده قانون‌گذار در خصوص موضوع می‌باشد.^۲

البته این نظر صحیح نیست چرا که بند یاد شده، منصرف از معاملات مربوط به انتقال حقوق مالکانه به شهرداری در راستای اجرای طرح‌های عمومی است و این قبیل معاملات دارای احکام خاص خود می‌باشد.

باید توجه داشت که طبق مواد فوق‌الاشاره و تبصره‌های آن، در صورتی که شهرداری و صاحب حقوق مالکانه در تعیین کارشناس جهت ارزیابی حقوق مربوطه نیز، توافق ننمایند، انتخاب کارشناس بنابر قاعده الحاکم ولی الممتنع، توسط دادگاه صورت خواهد پذیرفت که در خصوص تشریفات مربوطه بعداً سخن خواهیم گفت.

۱. ماهیت تعیین قیمت توسط کارشناسان را می‌توان به داوری تشبیه نمود.

۲. کامیار، غلامرضا: حقوق شهری، ص ۱۳۵.

به هر صورت، در تعیین قیمت به صورت غیرتوافقی با توجه به ماده واحده ق.ن.ت.ش که نسبت به ل.ق.ن.خ مؤخر محسوب می‌شود، بایستی ارزیابی حقوق مالکانه براساس «قیمت روز»^۱ صورت پذیرد.

۲- عدم توافق در واگذاری حقوق: عدم توافق در واگذاری حقوق ممکن است در چند حالت روی دهد. یک حالت این است که دارنده حق علی‌رغم انتخاب کارشناس طبق مباحث قبلی و تعیین قیمت، از واگذاری حق خود به شهرداری خودداری می‌نماید. فرض دیگر این است که صاحب حقوق مالکانه، نه مبادرت به تعیین کارشناس جهت ارزیابی می‌کند و نه رضایتی به واگذاری حقوق خود دارد و بالاخره یک حالت نیز این است که به دلایلی همچون اختلاف در مالکیت و ... شخص توانایی و امکان تعیین کارشناس یا واگذاری حقوق خود را ندارد.

در موارد فوق‌الذکر، آن چه روی می‌دهد عدم انتقال حقوق به شهرداری، جهت ایجاد امکان اجرای طرح است. بنابراین مقنن برای رفع این مشکل چاره‌اندیشی نموده و به صورت یک اصل کلی در ماده ۸ ل.ق.ن.خ بیان داشته است: «... چنانچه مالک ظرف یک ماه از تاریخ اعلام دستگاه اجرایی به یکی از انحاء مقرر در تبصره ۲ ماده ۴، برای انجام معامله

^۱ در ماده ۵ ل.ق.ن.خ از کلمه «بهای عادلانه روز» استفاده شده است که به نظر می‌رسد، منظور همان قیمت روز باشد. مع‌هذا، برخی به نادرست در مقام تمییز این دو کلمه برآمده‌اند و گفته‌اند که: «قیمت عادلانه، قیمتی است که کارشناسان با توجه به ارزش معاملاتی املاک مشخص شده در دفاتر مالیاتی و جز آن تعیین می‌نمایند. این قیمت ممکن است با قیمت روز انجام معامله مقدراری تفاوت داشته باشد در حالی که قیمت روز بهایی است که مطابق معاملات روزمره اشخاص در مناطق مختلف شهر تعیین می‌گردد». رک به: حیدرنیا دلخوش، تورج: مراحل خرید و تملک اراضی و املاک به وسیله شهرداری‌ها، ماهنامه شهرداری‌ها، ش ۴۶، ص ۴۰، به نقل از کامیار، غلامرضا: همان منبع، ص ۱۳۹. همچنین در تأیید این موضوع که در این قبیل موارد، باید قیمت روز پرداخت شود، به رأی شماره ۱۱۴-۱۳۷۲/۶/۲۰- هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مراجعه گردد.

نظام حقوقی نحوه تملک

مراجعه نکند یا از انجام معامله به نحوی استنکاف نماید، مراتب برای بار دوم اعلام و پس از انقضا ۱۵ روز مهلت مجدد، ارزش تقویمی ملک که طبق نظر هیأت کارشناسی مندرج در ماده ۴ یا تبصره ۲ آن تعیین شده است، به میزان و مساحت مورد تملک، به صندوق ثبت محل تودیع و دادستان محل یا نماینده وی سند انتقال را امضاء و ظرف یک ماه به تخلیه و خلع ید اقدام خواهد نمود و بهای ملک یا حقوق یا خسارت به میزان مالکیتی که در مراجع ذی‌ربط احراز می‌گردد، از سوی اداره ثبت به ذی‌حق پرداخت و اسناد قبلی مالک حسب مورد، اصلاح یا ابطال و مازاد سپرده، طبق مقررات مربوط به صندوق دولت مسترد می‌شود. اداره ثبت محل موظف است براساس سند انتقال امضاء شده وسیله دادستان یا نماینده وی، سند مالکیت جدیدی به میزان و مساحت اراضی، ابنیه و تأسیسات مورد تملک به نام دستگاه اجرایی صادر و تسلیم نماید».

از ماده یاد شده مطالب و نتایجی به دست می‌آید. شایان ذکر است مقنن در این ماده مقدمه لازم برای واگذاری غیرتوافقی حقوق مالکانه به شهرداری را اعلام موضوع به مالک دانسته است؛ به این معنا که شهرداری، مکلف است بدواً به صاحب حقوق مالکانه اطلاع دهد که حقوق او در محدوده اجرای طرح قرار گرفته است و از او بخواهد که جهت توافق در واگذاری به شهرداری مراجعه کند. بنابراین قبل از اجرای تشریفات یاد شده امکان تملک اجباری این حقوق وجود ندارد.

در این جا سوالی مطرح می‌شود که آیا واگذاری غیرتوافقی مشروط به این است که صاحب حق حتماً از درخواست شهرداری مطلع شود و در صورتی که با وصف اطلاع، استنکاف نمود آنگاه شهرداری بتواند از امتیاز پیش‌بینی شده در این ماده استفاده کند، یا این که لزومی به اطلاع نیست و صرف ابلاغ مراتب، ولو این که مالک از آن آگاهی نیابد کافی است. به نظر می‌رسد صرف ابلاغ کافی باشد؛ چه این که مقنن در این ماده شهرداری را صرفاً مکلف به اجرای تبصره ۲ ماده ۴ می‌داند که در این تبصره انتشار مراتب در یکی از

روزنامه‌های کثیرالانتشار یا آگهی در محل نیز به عنوان طرق ابلاغ موضوع به صاحب حق، عنوان شده است و لذا می‌توان گفت به صرف رعایت تبصره مزبور، هر چند صاحب حق از موضوع مطلع نشود، شهرداری خواهد توانست از راه کار پیش‌بینی شده در این ماده استفاده کند.

از طرفی در ماده فوق‌الذکر گفته شده، در صورتی که حقوق مالکانه به صورت توافقی واگذار نشود واگذاری به صورت اجباری خواهد بود. به این شکل که دادستان یا نماینده او، اقدام به واگذاری این حقوق به شهرداری و امضاء سند رسمی انتقال خواهد نمود. چنین راه‌حلی در قوانین راجع به اجرای احکام دادگاه‌ها نیز پیش‌بینی شده است تا از طرف مستنکف نسبت به امضای سند انتقال اقدام کنند. به نظر می‌رسد راه‌حل یاد شده مصداقی از قاعده ولایت حاکم بر مستنکف^۱ باشد که در بخش اول در خصوص آن بحث گردید.

در صورتی که راه‌حل مزبور را مصداقی از قاعده اخیرالذکر بدانیم در تحلیل ماهیت حقوقی این راه‌حل، شاید بتوان گفت که ماهیت حقوقی این گونه واگذاری، یعنی واگذاری غیر توافقی نیز، «عقد» است به این معنا که شخص دیگر به قائم مقامی صاحب حق، اقدام به واگذاری حقوق به شهرداری می‌نماید و لذا این اقدام چهره‌ای از عقد به خود می‌گیرد. با این حال ممکن است برخی در تحلیل ماهیت حقوقی این اقدام، آن را یک واقعه حقوقی بدانند که خالی از اشکال نخواهد بود.^۲

۱. الحاکم ولی الممتنع.

۲. واقعه حقوقی به اعمالی گفته می‌شود که آثار حقوقی بر آن‌ها مترتب می‌شود چه فاعل در حین ارتکاب، خواستار ترتب آن آثار باشد و یا نباشد؛ مثل اینکه، شخصی، مال دیگری را تلف می‌کند و مسئولیت مدنی و ضمان بر عمل او مترتب می‌گردد و حال اینکه فاعل آن عمل نمی‌خواهد که مسئولیت متوجه او گردد. اصطلاح واقعه حقوقی، ترجمه اصطلاح *fait Juridique* است. قصد انشاء در واقعه حقوقی، نقشی بازی نمی‌کند. رک به: جعفری لنگرودی، محمد جعفر: ترمینولوژی حقوقی، ص ۷۳۴ است.

در پایان این قسمت لازم به ذکر است که واگذاری غیر توافقی در غالب کشورها پذیرفته شده است و به عنوان یک بد ضروری برای حفظ منافع اجتماعی در قوانین آنها درج شده است. به طور مثال در حقوق مصر مراحل و تشریفات تملک قهری حقوق مالکانه به این ترتیب است. اولاً بیان و اعلام رسمی طرح از طریق نشر آن در روزنامه‌ها و ذکر املاکی که در طرح قرار می‌گیرند و دعوت از مالکین، جهت حضور در موعد معین. ثانیاً انتقال ملک در مقابل دادن عوض عادلانه و در صورتی که امکان توافق نباشد وجه ملک در صندوق ثبت تودیع و بیع انجام می‌شود.^۱

در حقوق فرانسه، متقاضی سلب مالکیت اعم از این که ادارات دولتی و یا شهرداری باشد در صورت نیاز، نقشه عملیات خود را ترسیم می‌کند و آن را با توضیحات کامل و ذکر دلایل نیازمندی خود به فرمانداری ارسال می‌دارد. پس از وصول این درخواست به فرمانداری و انجام تحقیقات لازم پرونده امر به دادگاه اختصاصی سلب مالکیت فرستاده می‌شود. دادگاه پس از رسیدگی حکم به سلب مالکیت مدعی علیه و انتقال آن به متقاضی در برابر بهای عادلانه صادر می‌کند. این حکم قابل رسیدگی پژوهشی و فرجامی است.^۲

ب) استثنائات

روشی که در بند (الف) در خصوص تأمین غیرتوافقی مورد بحث قرار گرفت در حقوق ما به صورت یک «قاعده» است. اما این امکان وجود دارد که مقنن بنا به مصالحی و بر حسب وجود ضروریاتی، از این قاعده عدول نماید و روش دیگری را در تأمین غیرتوافقی برگزیند که ما در این جا از این روش‌های خاص به عنوان استثناء بر قاعده یاد می‌کنیم. این استثناء،

۱. سنهوری، عبدالرزاق احمد: همان منبع، ج ۸، ص ۶۳۳.

۲. صدر زاده افشار، سید محسن: همان منبع، ص ۱.

ممکن است ناظر بر زمان تأمین حقوق مالکانه باشد یا این که، این استثناء مربوط به چگونگی محاسبه قیمت یا حتی نحوه واگذاری حقوق مالکانه به شهرداری باشد. با توجه به مطالب بالا، شاید در قوانین مختلف با استثنائاتی بر قاعده مورد بحث مواجه شویم، مع هذا در این جا به بررسی دو مورد استثناء بسنده می کنیم.

۱- استثناء اول: روشی را که قانون گذار در ماده ۹ ل.ق.ن.خ پیش بینی نموده تصرف قبل از تملک می گویند.^۱ این روش از این جهت استثناء بر قاعده تلقی می شود که طبق قاعده در موارد تأمین غیر توافقی شهرداری مجاز به تصرف در حقوق مالکانه قبل از پرداخت تاوان آن نیست. در صدر ماده ۸ ل.ق.ن.خ آمده است که: «تصرف اراضی، ابنیه و تأسیسات و خلع ید مالک قبل از انجام معامله و پرداخت قیمت ملک یا حقوق مالک مجاز نمی باشد...» اما استثنائاً به شرح ماده ۹ قانون مزبور، تصرف در حقوق مالکانه قبل از پرداخت تاوان را مجاز دانسته است.

اما ماده ۹ ل.ق.ن.خ مقرر داشته است: «در صورتی که فوریت اجرای طرح با ذکر دلایل موجه به تشخیص وزیر دستگاه اجرایی ضرورت داشته باشد، به نحوی که عدم تسریع در انجام طرح موجب ضرر و زیان جبران ناپذیری گردد، دستگاه اجرایی می تواند قبل از انجام معامله قطعی و با تنظیم صورت مجلس وضع موجود ملک، با حضور مالک یا نماینده وی در غیاب او و نماینده دادستان و کارشناس رسمی نسبت به تصرف و اجرای طرح اقدام نماید. لیکن دستگاه اجرایی مکلف است حداکثر تا سه ماه از تاریخ تصرف نسبت به پرداخت یا

^۱ تصرف شهرداری در این جا، تصرفی است که قانوناً باید منجر به تملک و پرداخت تاوان شود و نباید این تصرف را با مواردی اشتباه کنیم که تصرف به تجویز قانون به صورت «موقت» با پرداخت تاوان یا بدون پرداخت تاوان، صورت می پذیرد. مثلاً در قانون مصر، حالتی پیش بینی شده که اداره دولتی می تواند ملک دیگری را به صورت موقت در موارد ضروری در مقابل پرداخت اجرت مدت تصرف، بدون کسب رضایت مالک تصرف کند. ر.ک به: سنهوری، عبدالرزاق احمد: همان منبع، ج ۸، ص ۶۲۰.

تودیع قیمت عادلانه، طبق مقررات این قانون اقدام نماید» و در تبصره این ماده گفته شده: «مالک یا صاحب حق می‌تواند در صورت عدم پرداخت بها در مدت مذکور با مراجعه به دادگاه صالحه، درخواست توقیف عملیات اجرایی را تا زمان پرداخت بها بنماید و محاکم صالحه به موضوع، خارج از نوبت رسیدگی و حکم لازم صادر می‌نمایند و در صورت پرداخت قیمت تعیین شده، بلافاصله رفع توقیف عملیات اجرایی به عمل خواهد آمد» همان‌گونه که ملاحظه می‌شود قانون‌گذار به صورت استثنایی اجازه داده است که در موارد ضروری، تأمین حقوق مالکانه بعد از تصرف در حقوق مالکانه انجام گیرد، در حالی که طبق قاعده در تأمین غیر توافقی تأمین حقوق مالکانه باید قبل از تصرف در این حقوق صورت پذیرد لذا از این حیث می‌توان گفت که روش انتخاب شده توسط مقنن، با روشی که در ماده ۸ همین قانون آمده است متفاوت است و حالتی استثنایی و محدود به موارد خاص دارد.

از ماده فوق‌الذکر این‌گونه استفاده می‌شود که بهره‌گیری از این روش استثنایی صرفاً در موارد ضروری و فوری، آن هم به تشخیص وزیر دستگاه اجرایی^۱، امکان‌پذیر است. از طرفی این استثناء، همان‌گونه که گفته شد فقط مربوط به مسأله زمان پرداخت تاوان است و در خصوص نحوه تعیین و نحوه واگذاری حقوق، طبق توافق یا طبق قاعده‌ای که در تأمین غیر

^۱ در مورد تصرف قبل از تملک توسط شهرداری‌ها، اختلاف شده است که آیا طبق ماده ۹ ل.ق.ن.خ تشخیص فوریت اجرای طرح با وزیر کشور است یا این که شهرداری می‌تواند این فوریت را تشخیص دهد. برخی معتقدند که در مورد شهرداری‌ها، وزیر کشور باید این فوریت را تشخیص دهد و در مقابل عده‌ای عقیده دارند چون شهرداری دارای شخصیت حقوقی مستقل است مرجع تشخیص فوریت شخص شهردار است. در تأیید نظر اخیر می‌توان به ماده واحده ق.ت. و نیز توجه داشت. در این ماده واحده، تأیید ضرورت اجرای طرح، با وزیر یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی بر حسب مورد است. نظریه شماره ۷۲۲۵۶-۱۳۶۶/۷/۱۹-۱۳۶۶ اداره کل حقوقی ریاست جمهوری نیز مؤید همین معناست.

توافقی گفته شد عمل می‌شود؛ یعنی این که بعد از تصرف در حقوق مالکانه، شهرداری مکلف است طبق مواد دیگر ل.ق.ن.خ نسبت به پرداخت تاوان اقدام نماید.

شایان ذکر است هرچند به شرح ماده ۹ فوق‌الذکر، مقنن امتیازی برای دستگاه اجرایی منظور داشته است، با این حال قانون، دستگاه اجرایی را مکلف نموده است که حداکثر ظرف مدت سه ماه از تاریخ تصرف، نسبت به پرداخت تاوان اقدام نماید در غیر این صورت، این امتیاز بعد از گذشت سه ماه از دستگاه اجرایی سلب و طبق تبصره ماده مزبور عملیات اجرایی به درخواست صاحب حقوق مالکانه و به حکم محاکم صالحه توقیف خواهد شد.

همچنین شایسته ذکر است در کشورهای دیگر نیز، در مورد استثنایی، تصرف قبل از تملک اجازه داده شده است. به طور مثال در حقوق مصر، در صورت ضرورت تصرف قبل از تملک، با دستور رئیس دستگاه اجرایی و نشر مراتب در روزنامه رسمی، ملک به تصرف در می‌آید و بعد از تصرف عوض مربوطه پرداخت می‌شود.^۱

۲- استثناء دوم: یکی دیگر از مواردی که می‌توانیم به عنوان روش خاص تأمین غیرتوافقی یا به تعبیری استثناء بر قاعده از آن یاد کنیم، روش مقرر در تبصره ۶ ماده ۹ قانون زمین شهری^۲ است.

هرچند به دلالت تبصره ۱۱ همین ماده^۳، روش مذکور در تبصره ۶ در حال حاضر قابلیت اجرایی ندارد ولی از آن جایی که، از حیث علمی و نیز از حیث تاریخی روش ذکر

^۱ سنهوری، عبدالرزاق احمد: همان منبع، ج ۸، صص ۶۳۳ و ۶۳۴.

^۲ مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ ه.ش.

^۳ تبصره ۱۱ ماده ۹ قانون زمین شهری می‌گوید: «این ماده و تبصره‌های آن با استفاده از اجازه مورخ ۱۳۶۰/۷/۱۹ حضرت امام خمینی مدظله‌العالی که در آن مجلس شورای اسلامی را صاحب صلاحیت برای تشخیص موارد ضرورت دانسته‌اند صرفاً در شهرهای مندرج در پیوست این قانون و

شده در این تبصره، قابل توجه و تأمل است و چون هنوز در مراجع قضایی نسبت به تملک‌های صورت گرفته طبق این تبصره شکایت و اعتراض صورت می‌پذیرد، لذا به بررسی این تبصره به عنوان یک روش خاص تأمین غیر توافقی می‌پردازیم.

در ماده ۹ قانون فوق‌الذکر گفته شده که: «وزارت مسکن و شهرسازی موظف است زمین‌های مورد نیاز برای امر مسکن و خدمات عمومی را ضمن استفاده از کلیه اراضی موات و دولتی در شهرهایی که به پیوست این قانون به دلیل عدم تکافوی اراضی مذکور در این شهرها ضرورت آن حتمی است، به ترتیب از زمین‌ها بایر و دایر شهری^۱ تأمین نماید...».

در تبصره ۹ ماده فوق آمده است: «در صورت استنکاف یا عدم مراجعه و یا عدم دسترسی به مالک یا نامشخص بودن نشانی مالک پس از اعلام وزارت مسکن و شهرسازی و در صورت وجود تعارض ثبتی و در وثیقه بودن ملک یا هرگونه اشکالات حقوقی یا ثبتی دیگر که مانع از انجام معامله دولت گردد، دولت یا شهرداری‌ها با سپردن بهای زمین مورد تملک به صندوق ثبت محل، زمین را تملک و حسب مورد وزارت مسکن و شهرسازی یا شهرداری به قائم مقامی مالک، سند انتقال را امضاء می‌نماید و در موقع مراجع مالک، پس از ارائه مفاسد حساب‌های لازم و رفع هرگونه اشکال، بهای آن قابل پرداخت می‌باشد و یا در صورت امکان زمین معوض واگذار می‌گردد» و در تبصره ۹ همین ماده در بیان نحوه ارزیابی حقوق مالکانه واقع در طرح آمده است که: «تقویم دولت براساس قیمت منطقه‌ای (ارزش

تبصره‌های ۷ و ۸ آن در کلیه شهرها و شهرک‌های سراسر کشور، برای مدت ۵ سال از تاریخ تصویب قابل اجرا است و پس از مهلت مذکور در شهرهای یاد شده نیز، مانند سایر شهرهای کشور سایر مواد قانون قابل اجرا خواهد بود.»

۱. منظور از اراضی دایر شهری با عنایت به قسمت آخر ماده ۵ قانون زمین شهری، صرفاً «اراضی کشاورزی یا آیش اعم از محصور یا غیرمحصور» بوده است. رأی شماره ۱۱۳ الی ۱۱۵-۱۳۷۳/۱۰/۳ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مؤید همین معناست.

معاملاتی) زمین بوده و بهای اعیانی‌ها در اراضی و سایر حقوق قانونی طبق نظر کارشناس رسمی دادگستری بر اساس بهای عادلانه روز تعیین می‌گردد».

همان‌طور که مشاهده می‌شود روش مقرر در فوق از چند جهت استثنایی و خلاف قاعده است.

اولاً، طبق قاعده در روش تأمین غیرتوافقی، تعیین ارزش حقوق مالکانه، با کارشناس رسمی دادگستری و براساس بهای عادلانه روز است در حالی که در روش فوق‌الذکر ارزش زمین طبق قیمت منطقه‌ای (ارزش معاملاتی)^۱ محاسبه می‌شود.

ثانیاً، مطابق قاعده این دادستان یا نماینده اوست که به قائم مقامی از صاحب حقوق مالکانه مبادرت به امضاء سند انتقال می‌نماید، در حالی که در تبصره مورد بحث، وزارت مسکن و شهرسازی در مورد طرح‌های مربوط به دولت و شهرداری در خصوص طرح‌های مرتبط با شهرداری، مبادرت به امضاء سند انتقال به قائم مقامی مالک می‌نماید. در واقع وزارت مسکن یا شهرداری بر حسب مورد، هم نقش ناقل را بازی می‌کند و هم نقش منتقل‌الیه را.

به هر صورت همان‌طور که گفته شد در مقطعی روش مقرر در این تبصره به عنوان یک روش استثنایی در تأمین غیرتوافقی حقوق مالکانه مورد استفاده قرار می‌گرفته است^۲ که به

۱. منظور از قیمت منطقه‌ای یا ارزش معاملاتی، ارزشی است که توسط کمیسیون مقرر در ماده ۶۴ قانون مالیات‌های مستقیم برای اراضی و ابنیه واقع در شهرها با هدف مشخص شدن قیمت آنها جهت اخذ مالیات تعیین می‌گردد.

۲. ناگفته نماند که روش یاد شده فقط قابل استفاده برای وزارت مسکن و شهرسازی و شهرداری‌ها بوده است. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۱۴۱-۱۱/۱/۱۳۷۰ خود بخشنامه شماره ۱۴۹۰۸/۱-ل/۱۵۰۰۱ مورخ ۱۳۶۸/۵/۲۳ وزارت مسکن و شهرسازی مبنی بر تفویض اختیارات قانونی مقرر در تبصره ۶ ماده ۹ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶ به سایر دستگاه‌ها را باطل اعلام نموده است. در این رأی آمده: «اختیارات قانونی مقرر در تبصره ۶ ماده ۹ قانون زمین

دلیل ناعادلانه بودن روش یاد شده، اعتراضات و شکایات زیادی را در پی داشت و مراجع قضایی نیز در موارد زیادی، تملک به عمل آمده طبق این تبصره را به دلیل ناعادلانه بودن، ولی با توجیهات قانونی و استناد به مقررات همین قانون باطل نموده و یا می‌نمایند.

۴-۳. وسایل تأمین و آثار آن

حال نوبت به بررسی این موضوع است که صرف نظر از روش تأمین حقوق مالکانه (توافقی و غیرتوافقی)، وسیله یا وسایلی که توسط آنها حقوق مالکانه تأمین می‌گردد چیست؟ شهرداری در مقابل گرفتن حقوق مالکانه چه چیزی به دارنده حق پرداخت می‌کند؟ آیا شهرداری حق انتخاب وسیله تأمین و جبران حقوق مالکانه را دارد یا آن که وسیله مشخصی در قانون برای تأمین این حقوق پیش‌بینی شده است؟ اینها سئوالاتی هستند که پیش روی ما قرار دارند و ما آنها را در گفتار اول این قسمت تحت عنوان «وسایل تأمین» مورد بررسی قرار می‌دهیم.

از طرفی در برابر این سؤال قرار داریم که پس از تأمین حقوق مالکانه با هر وسیله‌ای که ممکن بود، تأمین به عمل آمده دارای چه آثار و نتایجی است. آیا دارنده حقوق مالکانه پس از تأمین حقوق او مکلف به تحویل حق خود به شهرداری است؟ آیا وی تکلیف به تنظیم سند رسمی نیز دارد؟ آیا نمی‌توان فرضی را تصور نمود که دارنده حقوق مالکانه

شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲، برای وزارت مسکن و شهرسازی براساس صلاحیت و موقعیت و شخصیت وزارتخانه مرقوم، تصویب و قائم به شخصیت حقوقی آن وزارت بوده و هر نوع تفویض و واگذاری آن مستلزم تصویب قانون‌گذار است. بنا به مراتب، بخشنامه شماره ۱۴۹۰۸/ل-۱/۵۰۰۱ مورخ ۱۳۶۸/۵/۲۳ وزارت مسکن و شهرسازی برخلاف قانون تشخیص و ابطال می‌گردد». در واقع از یک دیدگاه می‌توان گفت، هیأت عمومی دیوان در صدد جلوگیری از توسعه این راه‌حل استثنایی که راه‌حلی غیرعادلانه بود برآمده است. همچنین ر.ک به: رأی شماره ۶۴۷-۱۳۸۱/۱۲/۲۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که مطلب فوق را تأیید می‌کند.

مدعی بطلان یا فسخ معامله فی مابین خود و شهرداری باشد؟ اگر ممکن است چه رویدادهایی را شاهد خواهیم بود؟ برای پاسخ گویی به این قبیل سئوالات، گفتار دیگری در این قسمت تحت عنوان «آثار تأمین» می گشاییم و از این زاویه به مسائل مطروحه می نگریم و در پی پاسخ به آنها بر می آییم.

۴-۳-۱. وسایل تأمین

وقتی می گوئیم وسایل تأمین مقصود، آن نوع عوضی است که شهرداری در مقابل به دست آوردن حقوق مالکانه، آن را وسیله تأمین و جبران حقوق مالکانه قرار می دهد. در حقوق مدنی نیز برخی از نویسندگان از این اصطلاح برای رساندن چنین منظوری استفاده نموده اند.^۱

آنچه ممکن است در بدو امر به ذهن متبادر گردد، این است که در مورد تأمین حقوق مالکانه واقع در طرح های عمومی شهرداری با مساله جبران خسارت مواجه هستیم. حال آن که چنین تصویری چندان صحیح نیست. در مواردی که تأمین حقوق مالکانه به صورت توافقی انجام می شود مساله پیش روی دادن عوض قراردادی است و موضوع جبران خسارت به عنوان یک الزام قهری و قانونی قطعاً صادق نیست. اما در شرایطی که تأمین به صورت غیرتوافقی انجام می شود این امکان وجود دارد که برخی تصور کنند دادن چیزی از سوی شهرداری به عنوان مابه ازای آنچه دریافت نموده صورتی از صورت های الزام قهری و قانونی است. ولی این تصور صحیح نیست چه این که همان طور که قبلاً نیز اشاره داشته ایم، ماهیت حقوقی تأمین غیرتوافقی، بیشتر یک عمل حقوقی است تا یک واقعه حقوقی و لذا آنچه شهرداری در مقابل انتقال حقوق مالکانه می پردازد، یک «عوض» است و نه «خسارت».

۱. ر.ک به: کاتوزیان، ناصر: الزام های خارج از قرارداد، ص ۵۳۲.

در ل.ق.ن.خ قانون‌گذار علاوه بر استفاده از کلمه «قیمت» یا «بها» گاهی نیز از کلمه خسارت استفاده نموده است که باید آن را حمل بر مسامحه قانون‌گذار نمود. همان‌طور که در بالا آمد واقع این است که پرداخت‌های شهرداری در مورد انتقال حقوق مالکانه ولو به صورت غیرتوافقی و اجباری، ماهیتاً خسارت نیست بلکه عوض و معادل چیزی است که شهرداری دریافت می‌کند و در این پرداخت‌ها، اراده شهرداری در پرداخت دخالت دارد. به تعبیر بهتر این که این پرداخت به حکم قانون نیست و آن را نمی‌توان به یک واقع حقوقی تشبیه نمود که قانون‌گذار شهرداری را مجبور به پرداخت می‌کند بلکه در همه موارد این شهرداری است که اراده پرداخت دارد.

به هر صورت، وسیله‌ای که شهرداری برای پرداخت خود مورد استفاده قرار می‌دهد بر حسب مورد می‌تواند متفاوت باشد. برخی از این وسایل در قوانین مربوطه نام برده شده‌اند ولی از برخی وسایل مورد استفاده شهرداری‌ها، نامی در قانون وجود ندارد. بنابراین شایسته است ابتدا از وسایل مذکور قانون و سپس از سایر وسایل که در قانون نیامده اما عملاً مورد استفاده قرار می‌گیرد سخن بگوییم.

۴-۳-۱. وسایل مذکور در قانون

چنانچه قوانین و مقررات مربوط به اجرای طرح‌های عمومی توسط شهرداری را مورد مطالعه و بررسی قرار دهیم، با دو نوع وسیله تأمین حقوق مالکانه برخورد خواهیم داشت. مقنن در موارد قانونی مربوطه، اصولاً، وسیله تأمین را، «بها» یا به تعبیری پول قرار داده است؛ از طرفی این اجازه را داده که در صورت رضایت صاحب حقوق مالکانه، شهرداری به جای استفاده از این وسیله، از وسیله دیگری که می‌توانیم آن را «مثل» بنامیم و در واقع عوض غیر پولی است استفاده نماید. ابتدا از وسیله اصلی یعنی پول و سپس از وسیله دیگر تحت عنوان مثل سخن خواهیم گفت.

الف) پول

مقررات جاری مربوط به اجرای طرح های عمومی، به عنوان یک اصل، شهرداری را مکلف می نماید که در موارد تأمین حقوق مالکانه از این وسیله یعنی پول استفاده کند. آن جا که پای توافق و تأمین در میان است، شهرداری نمی تواند صاحب حقوق مالکانه را در تنگنا و فشار قرار دهد که او به دریافت چیزی غیر از پول راضی شود، مگر این که صاحب حق، خود به میل و رضا، تأمین حق خود را با وسیله ای غیر از پول بپذیرد که موضوع مباحث آتی است. آن جا نیز که تأمین به صورت غیرتوافقی انجام می شود، مقنن تنها وسیله تأمین و پرداخت حقوق مالکانه را پول قرار داده است.

در ماده ۳ ل.ق.ن.خ آمده است: «بهای عادلانه اراضی، ابنیه، مستحدثات، تأسیسات و سایر حقوق و خسارات وارده...» و در تبصره ۱ همین ماده گفته شده که اگر بهای عادلانه، بیش از یک میلیون ریال باشد، باید فلان تشریفات رعایت شود که در واقع ۸ استفاده از کلمه «ریال» به خوبی مؤید این موضوع است که عوضی که شهرداری می پردازد باید پول باشد. در تأمین غیر توافقی نیز وضع به همین منوال است. در ماده ۴ ل.ق.ن.خ از «بهای» عادلانه سخن گفته شده و در ماده ۸ همین قانون نیز از کلمات «ارزش» و «بها» به عنوان عوض پرداختی شهرداری یاد شده که هر دو در لفظ، عرفاً، به معنای پول می باشد. در ق.ن.ت.ش نیز مقنن اصل را برای رساندن این مقصود و منظور استفاده شده است.

اما سئوالی در این جا مطرح می شود آیا شهرداری باید بها و ارزش حقوق مالکانه را نقداً پرداخت کند یا این که امکان پرداخت اقساطی عوض را نیز دارد. ذیلاً به بررسی این موضوع می پردازیم.

۱- **پرداخت نقدی**: گفته شده که اطلاق بیع، بدون تعیین موعد اقتضاء می‌نماید که فوراً مبیع تسلیم مشتری شود و ثمن به بایع تأدیه شود^۱. قاعده مزبور نه تنها در خصوص بیع، بلکه در خصوص سایر معاملات نیز صادق است. انتقال حقوق مالکانه به شهرداری، بر حسب مورد در قالب عقود متنوعی چون بیع، اجاره، صلح و غیره به عمل می‌آید که در هر حال، قاعده لزوم پرداخت نقدی در خصوص این عقود حکومت خواهد داشت.

اصل «حال بودن دیون» در هیچ متنی به صراحت نیامده است، ولی از مواد قانون مدنی در امور پراکنده به خوبی استنباط می‌شود. برای مثال در ماده ۳۴۱ ق.م.می‌خوانیم: «ممکن است که برای تسلیم تمام یا قسمتی از مبیع یا برای تأدیه تمام یا قسمتی از ثمن اجل قرار داده شود» یعنی اگر اجلی شرط نشده باشد، تعهد فروشنده به تسلیم مبیع و دین خریدار به تأدیه ثمن حال است. در ماده ۳۷۰ ق.م. نیز آمده است: «اگر طرفین معامله برای تسلیم مبیع موعدی قرار داده باشند، بر تسلیم در آن موعد شرط است، نه در حال عقد». پس، در جایی که موعد خاصی برای تسلیم معین نشده باشد، موعد تسلیم هنگام عقد است و در همان زمان فروشنده باید توانایی تسلیم را داشته باشد. بند ۳ ماده ۴۹۰ ق.م. در مورد اجاره، صراحت بیشتری در بیان این اصل دارد؛ زیرا با این که در اجاره، منافع به تدریج در اختیار مستأجر قرار می‌گیرد، در مورد اجاره بها اعلام می‌کند مستأجر باید «مال‌الاجاره را در مواعدی که بین طرفین مقرر است تأدیه کند و در صورت عدم تعیین موعد نقداً باید بپردازد»^۲.

در قوانین خاص راجع به اجرای طرح‌های عمومی نیز، صراحتاً از اصل پرداخت فوری و نقدی سخن گفته نشده است مع‌هذا قراین و نشانه‌هایی وجود دارد که حکایت از لزوم

۱. امامی، سید حسن: همان منبع، ج ۱، ص ۴۵۲.

۲. کاتوزیان، ناصر: قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ص ۵۹.

پرداخت نقدی توسط شهرداری دارد. به طور مثال در ماده ۱ ل.ق.ن.خ، شرط اقدام شهرداری براساس این قانون را تأمین اعتبار لازم می‌داند، یعنی شهرداری باید آمادگی لازم برای پرداخت عوض را داشته باشد و اگر پرداخت اقساطی مورد نظر قانون بود، شاید از این شرط سخن نمی‌گفت، یا این که لزوم وجود اعتبار را با احتیاط و ملایمت بیشتری مطرح می‌نمود. همچنین در ماده ۸ همین قانون، مقنن دستگاه اجرایی را از تصرف در حقوق مالکانه، قبل از پرداخت عوض آن بر حذر داشته است. از آن جایی که معمولاً دستگاه‌های اجرایی، در زمانی نزدیک به اجرای طرح و شروع عملیات اجرایی، نسبت به تملک حقوق مالکانه اقدام می‌نمایند و از آن جایی که قانون‌گذار، تصرف دستگاه اجرایی را قبل از تسویه حساب با صاحب حقوق مالکانه، اصولاً ممنوع نموده است، لذا به راحتی نمی‌توان فرض اقساطی بودن پرداخت عوض و پذیرش این موضوع از سوی قانون‌گذار را تصور نمود.

وانگهی در همین ماده، در موارد تأمین غیرتوافقی، قانون، شهرداری را ملزم به تودیع عوض در صندوق ثبت محل نموده است و با این وصف، چاره‌ای نیست که بپذیریم قانون‌گذار پرداخت نقدی را به عنوان یک اصل در مورد تأمین حقوق مالکانه چه به صورت تأمین توافقی و چه به صورت تأمین غیرتوافقی پذیرفته است.

۲- پرداخت اقساطی: همان‌گونه که گفته شد شهرداری باید در پرداخت عوض به صورت نقدی عمل نماید. اما لازم به ذکر است که مرور تاریخ قانون‌گذاری در خصوص نحوه تأمین حقوق مالکانه، نشان می‌دهد که قانون‌گذار گاه مجوز پرداخت اقساطی را نیز به شهرداری داده است.

در ماده ۲۰ ق.ن.ع.ش، آمده است «شهرداری مکلف است بهای عرصه و اعیان ابنیه و اماکن و مستحدثات مشمول طرح‌های عمرانی و نوسازی و احداث و اصلاح و توسعه معابر و همچنین حق کسب و پیشه و تجارت موضوع ماده ۲۷ ماده این قانون را نقداً پرداخت کند.

در مورد بهای اراضی فاقد ساختمان در تهران تا دو میلیون ریال و در سایر شهرها تا پانصد هزار ریال، نقد و بقیه اقساط مساوی پنج‌ساله با بهره صدی نه در سال از طرف شهرداری پرداخت می‌شود». در تبصره ۱ همین ماده گفته شده: «پرداخت اقساط مذکور در این ماده به موجب قبوض مخصوص قابل انتقال خواهد بود، که اصل و بهره آن در سررسید از طرف شهرداری به دارنده قبض پرداخت می‌شود و بهره این قبوض از پرداخت هرگونه مالیات معاف است...».

مواردی از جمله موارد فوق‌الذکر را باید به صورت یک استثناء تلقی کرد که گاه به حکم قانون‌گذار ایجاد می‌شود. در غیراز موارد استثنایی، شهرداری حق ندارد پرداخت بها و قیمت حقوق مالکانه را به صورت اقساط قرار دهد یا آن‌ها را برای پذیرش این موضوع، تحت فشار قرار دهد.

با این حال سؤالی مطرح می‌شود مبنی بر این که آیا شهرداری می‌تواند در موقع اجرای طرح عمرانی مدعی اعسار از پرداخت عوض به صورت نقدی شده و از محاکم صالحه تقاضا کند که به استناد قوانین مربوطه، از جمله ماده ۲۷۷ ق.م. یا ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی^۱، با اعسار شهرداری و پرداخت اقساطی قیمت حقوق مالکانه موافقت کند. به نظر می‌رسد محکمه نیز نمی‌تواند پرداخت حقوق مالکانه توسط شهرداری را به نحو اقساط قرار دهد، چه این که مفاد قوانین راجع به اجرای طرح‌های عمومی حکایت از این دارد که شهرداری صرفاً در صورت داشتن اعتبار و تمکن لازم می‌تواند دست به اجرای طرح بزند؛ در غیر این صورت نه تنها شهرداری الزامی به اجرای طرح بدون وجود توانایی مالی لازم ندارد بلکه انجام چنین اقدامی که طبعاً منجر به لطمه به حقوق مالکانه می‌شود، ممنوع گردیده است.

۱. مصوب ۱۳۷۷ ه.ش.

ب) مثل

یکی دیگر از وسایلی که مقنن در ل.ق.ن.خ، به عنوان وسیله تأمین حقوق مالکانه از آن یاد نموده است دادن «مثل» است. ماده ۶ ل.ق.ن.خ، می‌گوید: «در مواردی که دستگاه اجرایی مقتضی بداند و در صورت رضایت مالک، عوض اراضی تملیک شده از اراضی مشابه ملی یا دولتی متعلق به خود، تأمین و با حفظ ضوابط مندرج در قوانین و مقررات مربوط، به مالکین واگذار می‌نماید در این صورت نیز تعیین بهای عوض و معوض به عهده هیأت کارشناسی مندرج در این قانون می‌باشد». همچنین در ماده ۷ همین قانون آمده: «دستگاه اجرایی مجاز است به جای پرداخت حق کسب و پیشه، در صورت رضایت صاحب حق، تعهد نماید که پس از انجام طرح، محل کسبی در همان حدود به صاحب حق واگذار نماید».

همان‌طور که ملاحظه می‌شود قانون‌گذار به شرح مواد فوق‌الذکر، وسیله دیگری نیز برای پرداخت حقوق مالکانه واقع در طرح در نظر گرفته است که می‌توانیم از آن به «مثل» تعبیر کنیم این تعبیر، در مقابل کلمه و لفظ «قیمت» است که در حقوق مدنی از آن سخن گفته می‌شود و دیدیم که در ق.ن.ت.ش، نیز قانون‌گذار برای رساندن مقصود خود از پول، از این لفظ استفاده نموده است.

تفاوتی که فی‌مابین این دو وسیله یعنی «قیمت» و «مثل» در بدو امر به نظر می‌رسد، این است که پرداخت قیمت یا بها یا پول، در قوانین و مقررات خاص مربوط به اجرای طرح‌های عمومی، به صورت یک اصل و قاعده است، حال آن‌که دادن مثل که گاهی از آن به عنوان معوض نیز تعبیر می‌شود، چهره‌ای استثنایی دارد. به هر صورت شایسته است متعاقباً بررسی بیشتری در خصوص شرایط و موارد این وسیله معین شده در قانون، به عمل آید.

۱- **شرایط:** باید دانست که استفاده از این وسیله برای تأمین حقوق مالکانه، موکول به وجود شرایطی است:

اولاً، استفاده از این وسیله برای تأمین حقوق مالکانه توسط شهرداری، الزامی نیست، بلکه چنانچه شهرداری تشخیص دهد که استفاده از مثل برای شهرداری بهتر است می‌تواند از این وسیله استفاده کند. ماده ۶ ل.ق.ن.خ، می‌گوید: «در مواردی که دستگاه اجرایی، مقتضی بداند...» می‌تواند عوض اراضی تملیک شده از اراضی مشابه ملی یا دولتی متعلق به خود، تأمین نماید. به طور مثال چنانچه شهرداری فاقد نقدینگی لازم برای اجرای طرحی باشد اما دارای املاکی بوده که بدان‌ها نیازی نداشته باشد می‌تواند به جای استفاده از پول، با دادن این املاک به صاحبان حقوق مالکانه، حقوق آن‌ها را تأمین و رضایت آن‌ها را جلب کند^۱.

ثانیاً، صاحب حقوق مالکانه نیز تکلیفی به قبول مثل ندارد، بلکه قانون او را در پذیرش مثل یا عدم پذیرش آزاد دانسته است. در ماده یاد شده یا به عبارت «در صورت رضایت مالک» این معنا بیان شده است. بدیهی است در صورت عدم رضایت، شهرداری، چاره‌ای جز پرداخت پول نخواهد داشت.

۱. با این وجود، در برخی موارد دیده شده که دیوان عدالت اداری این دو وسیله را هم عرض یکدیگر دیده و دستگاه اجرایی را مکلف به دادن «بها» یا «معوض» دانسته است. در رأی شماره ۹۳-۸۰/۳/۲۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری آمده است: «...ثانیاً با عنایت به وقوع ملک اعضاء شرکت تعاونی کارکنان سازمان آب قم در طرح مصوب فضای سبز و محل استقرار کارگاه‌های غیر مزاحم شهری و اظهارات نماینده شهرداری قم به شرح منعکس در صورت مجلس مورخ ۱۳۷۶/۳/۵ در پرونده کلاسه ۷۱۹/۷۴/۱ شعبه اول بدوی دیوان، مبنی بر واگذاری زمین معوض به تعدادی از اعضاء شرکت تعاونی مذکور و مقررات قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۷ هـ ش، دادنامه‌های صادره مشعر بر ورود شکایت شاکیان و الزام شهرداری قم به پرداخت بهای زمین و یا معوض آن صحیح و منطبق با قانون تشخیص داده می‌شود...».

ثالثاً، واگذاری املاک متعلق به شهرداری به این قبیل اشخاص در چنین مواردی مستلزم رعایت آیین‌نامه معاملات شهرداری نمی‌باشد. در این قبیل موارد شهرداری می‌تواند، این املاک را با قیمتی که کارشناس رسمی دادگستری تعیین می‌نماید به چنین افرادی واگذار نماید.

۲- موارد: دادن مثل از سوی شهرداری در صورت رضایت طرف مقابل، در تمامی مصادیق حقوق مالکانه مجاز است. مع‌هذا استفاده از این وسیله یعنی مثل، عملاً در مورد برخی از حقوق، مثل حق مالکیت و یا حق کسب و پیشه امکان‌پذیر است. اما چنانچه حق ارتفاق شخصی، در محدوده اجرای طرح قرار گیرد، دادن مثل بی‌معنا می‌باشد. در چنین مواردی، حق مورد نظر تقویم و ارزیابی می‌شود و از طرق دیگری مثل دادن پول، تأمین لازم صورت پذیرد.

در مورد حق مالکیتی که در محدوده اجرای طرح قرار می‌گیرد و به صورت معمول به جای استفاده از کلمه حق مالکیت، از کلمه ملک استفاده می‌شود، باید گفت که در این خصوص تفاوتی ندارد که حق مالکیت شخص بر عرصه یا زمین باشد، یا این که حق او نسبت به ابنیه یا هر دوی آن‌ها باشد. در همه این موارد، دادن مثل توسط شهرداری امکان‌پذیر است و شهرداری می‌تواند از اراضی و املاک و ابنیه متعلق به خود به صاحبان حقوق مالکانه واگذار کند.

در مورد حق کسب و پیشه نیز که قانون‌گذار در ماده ۷ ل.ق.ن.خ، به آن تصریح نموده است و با این وصف، جای تردیدی برای استفاده از این وسیله در این قبیل موارد وجود ندارد. مثلاً چنانچه شخصی در مغازه‌ای دارای حق کسب و پیشه باشد و مغازه مزبور در طرح شهرداری قرار گیرد شهرداری می‌تواند مغازه دیگری که از حیث مساحت و قیمت با

مغازه قبلی او تا حدودی برابر می‌نماید به چنین فردی واگذار کند. البته ناگفته نماند که استفاده از این کلمه مبتنی بر مسامحه است.

۴-۳-۲. سایر وسایل

در حال حاضر شهرداری، علاوه بر وسایلی که در قانون برای تأمین حقوق مالکانه از آن نام برده شده، از وسایل دیگری نیز استفاده می‌کنند. این وسایل همانا دادن امتیازات قانونی به اشخاص در قبال تملک حقوق مالکانه آن‌ها است. مهم‌ترین دلیلی که شهرداری‌ها به استفاده از این وسایل برای تأمین حقوق مالکانه مترتب بر املاک واقع در طرح‌های عمومی روی آورده‌اند عدم وجود نقدینگی لازم و توانایی مالی کافی برای پرداخت عوض حقوق مالکانه است. از زمانی که شهرداری‌ها خودکفا گردیده‌اند و مقرر شده تا بودجه لازم برای هزینه‌های مربوطه را راساً تأمین نمایند، مسئولین شهرداری سعی کرده‌اند تا از طرق مختلف ولو طرق غیر قانونی و غیرمنطقی، بودجه لازم برای اجرای طرح‌های عمومی را تأمین نمایند.

سر منشأ این فکر، یعنی تملک قسمتی از ملک در قبال صدور مجوزهای قانونی را شاید بتوان ماده ۱۰۱ ق.ش در خصوص تفکیک املاک دانست که به موجب این ماده، معابر حاصل از تفکیک به صورت رایگان به تملک شهرداری درمی‌آید. تبصره ۴ ماده واحده ق.ت، به این ایده دامن زده است. طبق این تبصره، مالکین املاکی که متقاضی ورود به محدوده توسعه و عمران شهر هستند، مکلفند بیست درصد از اراضی خود را به طور رایگان به شهرداری یا دیگر مراجع ذی‌صلاح واگذار کنند. این قبیل مستندات قانونی، باعث شد که مراجعی همچون شورای عالی شهرسازی و معماری ایران و کمیسیون ماده پنج و حتی شوراهای شهر به خود اجازه دهند که مقرراتی وضع نمایند و به موجب این مقررات، مالکین را در قبال دریافت امتیازاتی مکلف به واگذاری قسمتی از ملک خود به شهرداری نمایند.

تراکم‌فروشی و تغییر کاربری از جمله این طرق غیرقانونی و غیرمنطقی است.^۱ در برخی موارد از این وسایل برای جبران و تأمین حقوق مالکانه اشخاص که در طرح عمومی واقع گردیده استفاده می‌شود، غافل از این که اگر فی‌المثل با فروش تراکم مازاد بر تراکم مصوب مذکور در طرح‌های جامع و تفصیلی، مشکلی از مشکلات موجود در راه اجرای طرح برطرف می‌شود ولی در مقابل، مشکلات زیادی از این اقدامات غیرقانونی ناشی می‌شود و با افزایش جمعیت شهرها در نتیجه فروش تراکم، نیازهای جدیدی و لزوم اجرای طرح‌های جدیدی ایجاد می‌شود که هیچ منبعی نیز برای تأمین اعتبار لازم برای اجرای آن‌ها و تأمین آن‌ها وجود ندارد، به این مسئله تسلسل کاذب می‌گوییم.

به هر حال آن چه واقعیت دارد، استفاده از این وسایل توسط شهرداری‌ها برای تأمین بودجه و نیز پرداخت عوض حقوق مالکانه است. ذیلاً در خصوص دو نوع از این وسایل یعنی اعطای تراکم و تغییر کاربری سخن می‌گوییم.

^۱ موافقت با تفکیک املاک واقع در شهر در قبال انتقال قسمتی از ملک به شهرداری نیز، از جمله این وسایل و آزادسازی املاک برای اجرای طرح‌های عمومی است که طی آراء متعددی که از هیأت عمومی دیوان عدالت اداری صادر شده این اقدام نیز غیر قانونی محسوب شده است. به طور مثال می‌توان به رأی شماره ۱۳۷۱/۸/۳۰ مبنی بر ابطال بند ۹ مصوبه شماره ۱۶۴-۱۳۶۹/۸/۶ کمیسیون تبصره ماده پنج، مبنی بر موافقت با تفکیک، مشروط به کسر درصدی از ملک یا تراکم، و نیز رأی شماره ۵۶-۱۳۸۰/۲/۳۰ مبنی بر ابطال قسمتی از طرح جامع شهر کرج مصوب شورای عالی شهرسازی و معماری و راجع به کسر مقداری از ملک در هنگام تفکیک و نیز رأی شماره ۱۴۶-۱۴۷ و ۱۴۸-۱۳۸۴/۴/۵ مبنی بر ابطال دستورالعمل شماره ۱۷۷۴-۱۳۸۰/۱۰/۱۸ شورای اسلامی شهر کرمان در خصوص اخذ قسمتی از ملک اشخاص، در قبال موافقت با تفکیک ملک اشاره نموده.

الف) اعطای تراکم

چنان‌که گفته شد، اعطای تراکم توسط شهرداری، یکی از وسایل جبران حقوق مالکانه واقع در طرح‌های عمومی است. صرف‌نظر از درستی یا نادرستی عملکرد شهرداری‌ها در این ارتباط که البته در نادرستی آن هیچ شکی وجود ندارد^۱، در این مجال می‌خواهیم در این خصوص و نحوه عملکرد شهرداری‌ها بحث کنیم امید آن که این نوشتار، دلیلی بر صحت و تأیید عملکرد شهرداری‌ها تلقی نگردد. ابتدا تراکم را تعریف و سپس موارد استفاده از آن را ذکر می‌کنیم.

۱- **تعریف تراکم:** در طرح‌های جامع و تفصیلی مصوب، یکی از عواملی که مورد توجه قرار می‌گیرد، میزان یا به تعبیری تراکم افراد و ساختمان‌های موجود در یک شهر است. در طرح‌های جامع، حداکثر میزان جمعیت یک شهر تعیین می‌شود و در طرح‌های تفصیلی، میزان جمعیت هر منطقه و ناحیه‌ای از شهر مشخص می‌گردد.

با توجه به محدودیت‌های موجود در یک شهر از قبیل محدودیت آب و محدودیت‌های مربوط به امکانات رفاهی و آموزشی و بهداشتی، محدودیت‌هایی برای جمعیت‌پذیری در یک شهر و در مناطق آن شهر ایجاد می‌شود و لذا با توجه به محدودیت‌های موجود، میزان ساختمان‌سازی که در مقدار مشخصی از یک قطعه زمین می‌توان ایجاد کرد، محدود می‌گردد. ضوابط مربوط به میزان بنای مجاز در طرح‌های شهرسازی معلوم می‌گردد و لذا

۱. فروش تراکم یا به تعبیری واگذاری تراکم مازاد بر مصوبات مراجع قانونی از جمله شورای عالی شهرسازی و معماری ایران و کمیسیون ماده پنج ق.ت.ش.ع.م.ا، عملی خلاف قانون است. شهرداری مکلف است مصوبات این مراجع را اجراء کند. در تأیید وجود چنین تکلیفی به رأی شماره ۸۰-۱۳۷۴/۵/۲۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مراجعه شود.

مالکین، از احداث بنای مازاد بر مجوزهای مربوطه ممنوع هستند^۱. متأسفانه در سال‌های گذشته، عده‌ای برای نشان دادن قدرت خود در اداره شهرها و به رخ کشیدن توان مدیریتی خود، در صدد برآمدند تا از هر طریق ممکن، درآمد لازم را برای اجرای پروژه‌های عمرانی شهری، کسب نمایند. یکی از آسان‌ترین طرق کسب درآمد، قانون‌فروشی بود به این نحو که شهرداری به عنوان متولی نظارت بر شهرسازی، با اخذ وجوهی از متقاضیان، به آنان اجازه می‌داد که در ملک خود، مقدار بیشتری بنا و مازاد بر بنای تعریف شده در طرح‌های شهرسازی احداث نمایند. به این پدیده شوم، فروش تراکم یا اعطای تراکم مازاد بر میزان مقرر در طرح‌های شهرسازی گفته می‌شود.

ناگفته نماند که شهرداری، عملکرد خود را مبتنی بر استدلالاتی می‌نماید، از جمله این که آن‌ها به استناد مصوباتی، نماینده و قائم مقام کمیسیون ماده پنج ق.ت.ش.ع.م.ا، که مرجع صالح برای تعیین و تغییر عناصر طرح تفضیلی از جمله تراکم است، می‌باشند^۲. یا این که اعطای تراکم مازاد باعث افزایش قیمت ملک می‌شود و لذا شهرداری نیز باید در این افزایش سهمی داشته باشد، غافل از آن که نفس عملکرد شهرداری‌ها، خلاف ضوابط طرح‌های شهرسازی بوده و مشکلات بعدی زیادی در نتیجه فروش تراکم ایجاد می‌گردد.

^۲. در ضوابط اجرایی طرح‌های جامع تهران در تعریف تراکم آمده است: «تراکم ساختمانی عبارت است از نسبت درصد سطح زیربنای کل ساختمان به سطح قطعه زمین مورد ساخت».

^۱. البته ناگفته نماند که واگذاری اختیارات این مراجع از جمله کمیسیون ماده پنج به شهرداری‌ها از نظر قانونی امکان‌پذیر نیست و شهرداری نمی‌تواند به قائم مقامی از سوی این مراجع، نسبت به تغییر میزان تراکم یا تغییر کاربری املاک اقدام کند. رأی شماره ۱۳۸۳/۹/۲۲-۴۶۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر «ابطال مصوبات شماره‌های ۹۰-۱۰۰-۱۲۰ و ۱۳۰ کمیسیون تبصره ماده پنج به دلیل مغایرت با قاعده تسلیط و عدم امکان تفویض اختیارات این مرجع به شهرداری» مؤید همین امر است.

متأسفانه بعضی از شوراهای شهر نیز، به رشد این پدیده نامیمون کمک نموده و با تصویب عوارضی تحت عنوان «عوارض افزایش تراکم» به آن رسمیت بخشیدند.^۱

۲- موارد: یکی از موارد شایع استفاده از این وسیله یعنی اعطای تراکم مازاد بر تراکم مجاز، استفاده از این ابزار برای تأمین حقوق مالکانه مترتب بر املاکی است که قسمتی از آنها در طرح تعریض معابر قرار می‌گیرد به صورت معمول شاهد بوده و هستیم که شهرداری برای پرداخت عوض حقوق مالکانه قسمتی از ملکی که در طرح تعریض واقع گردیده؛ پولی پرداخت نمی‌کند؛ بلکه مالک را ترغیب می‌نماید که در ازای حقوق خود؛ مقدار بیشتری بنا در قسمت باقی‌مانده ملک خود احداث نماید! چنین اقدامی؛ چیزی جز فروش تراکم نیست با این تفاوت که در این موارد شهرداری پولی بابت تراکم واگذار شده یا به قولی پولی بابت عوارض تراکم مازاد اعطایی دریافت نمی‌کند و در مقابل صاحب حقوق مالکانه نیز پولی بابت حقوق مالکانه واقع در طرح عمرانی یعنی طرح تعریض معبر اخذ نمی‌کند و این دو طلب با یکدیگر تهاوتر می‌شوند.

موارد دیگری که می‌توان به آن اشاره نمود جایی است که طرح عمرانی طرح تعریض معبر نمی‌باشد بلکه طرح‌های دیگری مثل ایجاد فضای سبز و غیره است در چنین حالتی اگر ملکی کلاً در محدوده اجرای طرح قرار گیرد شهرداری علی‌الاصول برای اجرای طرح

^۲. اساس و مبنای وصول عوارضی، تحت عنوان عوارض اضافه تراکم، به بند ۱ مصوبه شورای عالی شهرسازی و معماری مورخ ۱۳۶۶/۲/۷ می‌گردد که در این مصوبه، شهرداری اجازه یافته است در قبال اضافه ارزش ناشی از اضافه تراکم ساختمانی، با استناد به بند ۱ ماده ۳۵ ق.ت.ش مصوب ۱۳۶۱ و تبصره ۸ ماده ۴۵ ق.ش، عوارض اختصاصی دریافت نماید. با این مقدمه، بر اساس پیشنهاد وزارت کشور طی نامه شماره ۵۰۳۲/۱/۳/۳۴ مورخ ۱۳۷۱/۲/۲۵ و موافقت ریاست جمهوری وقت طی نامه شماره ۱۴۲۰۸ مورخ ۱۳۷۱/۳/۲۱، به شهرداری اجازه داده شد تا نسبت به وصول عوارض اضافه تراکم اقدام نماید. تا کنون نیز، متأسفانه این رویه ادامه داشته است و در حال حاضر، شوراهای شهر با استناد به بند ۱۶ ماده ۷۱ ق.ت.ش، اقدام به وضع چنین عوارضی می‌نمایند.

مکلف است تاوان ملک مزبور را پرداخت کند با این حال دیده شده که در چنین مواردی نیز شهرداری سعی می‌کند تا به جای پرداخت پول با اعطای تراکم مازاد حقوق مالکانه شخص را در همان ملک به کار گیرد بلکه باید از این امتیاز در املک دیگر استفاده نماید همین مسأله موضوعات کاذب دیگری همچون «تراکم شناور» یعنی تراکمی که در هر ملکی قابل استفاده است و نیز بورس بازی تراکم را رقم زده است.

به هر صورت آنچه مسلم است استفاده از این وسیله برای تأمین حقوق مالکانه مشروط به این است که دارنده حق با این امر موافقت نماید و حاضر شود که به جای دریافت پول از این امتیاز یعنی تراکم مازاد استفاده کند.

ب) تغییر کاربری

کاربری یعنی نحوه و نوع استفاده از املاک واقع در یک شهر از عناصر طرح‌های شهرسازی است. طبق مقررات موجود تعیین کاربری املاک و هرگونه تغییر در آنها از وظایف و اختیارات کمیسیون ماده پنج ق.ت.ش.ع.ش.م.ا است. متأسفانه فروش قانون در این زمینه نیز یکی از طرح‌های عمومی شده است. برای آشنای بیشتر با این ترفند و روش غیر قانونی بی‌آنکه گفته‌های آتی در این خصوص به معنای تأیید این اقدام باشد ابتدا این اصطلاح را تعریف و سپس موارد استفاده از این وسیله توسط شهرداری را در مورد تأمین حقوق مالکانه املاک واقع در طرح‌ها بیان می‌نماییم.

۱- **تعریف:** اگر کاربری ملکی در طرح‌های مصوب شهرسازی تغییر کند، این اتفاق تغییر کاربری اطلاق می‌گردد. علی‌الاصول تعیین کاربری و تصویب تغییرات احتمالی آن در صلاحیت مراجع ذیل است.

اولاً، تغییر کاربری اراضی شهرهایی که نقشه تفضیلی برای آنها تعیین شده است در

صلاحیت کمیسیون ماده پنج ق.ت.ش.ع.م.ا، است.

ثانیاً، تغییر کاربری اراضی منعکس در نقشه‌های تفصیلی اگر در اساس طرح جامع شهر مؤثر باشد، در صلاحیت شورای عالی شهرسازی و معماری ایران است. مثلاً، تغییر محل پایانه‌های شهر و ترمینال‌های مسافربری و بزرگراه‌ها، چون در اساس طرح جامع تأثیر می‌گذارد در صلاحیت شورای مزبور است.

ثالثاً، تغییر کاربری اراضی شهرهایی که طرح هادی دارند، در صلاحیت کمیته فنی استان است. اگر تغییرات مذکور در اساس طرح هادی مؤثر باشد باید به تصویب شورای استان برسد^۱.

با این وجود، شهرداری‌ها در برخی از موارد بدون داشتن اختیارات قانونی لازم، با اخذ مبالغی، عملاً کاربری مصوب را نادیده گرفته و در اصطلاح با تغییر کاربری موافقت می‌کنند. اگر هم به اصطلاح بخواهند به صورت قانونی عمل نمایند، مرجع صالح قانونی برای تصویب این تغییرات را با خود هم‌داستان نموده و بدون وجود هر گونه استدلال و منطقی، کاربری ملکی را تغییر می‌دهند.

ناگفته نماند که تغییر کاربری املاک یک شهر، امری اجتناب‌ناپذیر است. اما این اقدام زمانی موجه و قابل قبول است که دلایل فنی و کارشناسی، این تغییرات را تأیید نماید. اما چنانچه اقدام به تغییر کاربری، چه از سوی مراجع ذی‌صلاح و چه از سوی شهرداری، با انگیزه کسب درآمد باشد این اقدام نادرست، ناعاقلانه و مخرب خواهد بود.

متأسفانه در بعضی از شهرها، شورای شهر نیز به رواج این پدیده نادرست وجهه قانونی بخشیده و عوارضی تحت عنوان «عوارض تغییر کاربری» وضع نموده است.

^۱. کامیار، غلامرضا: همان منبع، ص ۱۲۱.

۲- موارد: در برخی موارد، شهرداری برای تأمین حقوق مالکانه واقع در طرح‌های عمومی از حربه و وسیله تغییر کاربری استفاده می‌کند. به این ترتیب که اگر فی‌المثل، ملکی در طرح فضای سبز قرار گیرد و شهرداری بخواهد این طرح را اجرا کند، ممکن است به جای پرداخت پول، به اصطلاح، امتیازی برای دارند حقوق مالکانه ایجاد کند که این امتیاز، نفع و سودی مالی هم طراز با ارزش حقوق او باشد. در چنین حالتی، امکان دارد شهرداری، راساً یا از طریق کمک مراجع صالح قانونی، مبادرت به تغییر کاربری قسمتی از ملک واقع در طرح فضای سبز، از کاربری فضای سبز به کاربری مسکونی نماید و در مقابل قسمت باقی‌مانده در طرح فضای سبز را از مالک آن، بدون پرداخت هرگونه وجه دیگری اخذ و به خود انتقال دهد.

در مورد فوق‌الذکر از دیدگاه قانونی تهاتری صورت می‌پذیرد. مالک، بابت تغییر کاربری صورت گرفته، مکلف است که عوارض تغییر کاربری، طبق مصوبه شورای اسلامی شهر یا طبق نرخ مورد توافق به شهرداری پرداخت نماید. از طرفی شهرداری نیز بابت تملک قسمتی از ملک که در طرح فضای سبز قرار گرفته، باید به مالک پول پرداخت کند. این دو طلب در مقابل یکدیگر قرار گرفته و تهاتر می‌شوند.

با این حال باید گفت هر چند به شرح فوق، اقدام به تغییر کاربری به عنوان وسیله‌ای برای تأمین حقوق مالکانه، ظاهراً می‌تواند توجیه حقوقی داشته باشد، ولی باید گفت طبق قوانین مربوطه، تغییر کاربری، صرفاً با وجود استدلال‌ات و دلایل کارشناسی امکان‌پذیر است و چنانچه تغییر کاربری، فاقد توجیه کارشناسی و فقط با هدف کسب درآمد یا جبران حقوق مالکانه صورت پذیرد، این اقدام مورد تأیید قانون‌گذار نیست و لذا این اقدام خلاف قانون

تلقى خواهد شد^۱.

۱. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز در آراء متعددی، سوء استفاده مراجع قانونی از اختیارات خود در این خصوص و به دست آوردن املاک دیگران از این طریق را نامشروع دانسته و حکم به ابطال آن داده است. به طور مثال می‌توان به رأی شماره ۴۸-۱۳۷۸/۲/۲۵ مبنی بر ابطال دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری راجع به واگذاری قسمتی از زمین در قبال موافقت با تغییر کاربری و رأی شماره ۱۳۸۱/۱۰/۳۸۶۲۹ مبنی بر ابطال مصوبه کمیسیون ماده پنج و نیز دستورالعمل استاندار همدان و قائم مقام شورای شهر، مبنی بر ممنوعیت تغییر کاربری اراضی فضای سبز و لزوم واگذاری هفتاد درصد آن به شهرداری و رأی شماره ۵۶۱-۱۳۸۴/۱۲/۱۷ مبنی بر ابطال مواد ۳ و ۴ و ۵ مصوبه شماره ۱۳۸۲/۴/۲۳-۵/۸۲/۲۳۴۲ شورای اسلامی شهر کرج مبنی بر اخذ قسمتی از ملک اشخاص در قبال موافقت با تغییر کاربری و منتفی کردن طرح اشاره نمود. در رأی شماره ۳۸۶-۱۳۸۱/۱۰/۲۹ این هیأت می‌خوانیم: طبق ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۱۳۵۱ ه.ش، بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی شهری و تغییرات آن‌ها در هر استان یا فرمانداری کل، به عهده کمیسیون مقرر در ماده مزبور محول شده است. نظر به وظایف کمیسیون فوق‌الذکر، با عنایت به تعریف قانونی طرح تفصیلی به شرح مقرر در بند ۳ ماده یک قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی و تعیین وظایف آن مصوب ۱۳۵۳ ه.ش، عموم و اطلاق بند یک مصوبه مورخ ۱۳۷۵/۲/۲۲ کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مستقر در استان همدان که کل فضای سبز موجود در شهر را به عنوان فضاهای سبز موجود در شهر را به عنوان فضاهای سبز حفاظت شده قلمداد کرده و تغییر کاربری آن‌ها را حتی در صورت تحقق و اجتماع شرایط لازم ممنوع اعلام داشته و مطلق تغییر کاربری را منحصرأً به نظر و تشخیص آن کمیسیون تشخیص محول نموده است مغایر قانون و حدود صلاحیت و اختیارات آن کمیسیون تشخیص داده می‌شود. همچنین دستورالعمل شماره ۶۱/۲۹۵۳۱ مورخ ۱۳۷۵/۶/۲۱ استاندار همدان و قائم مقام شورای شهر مزبور، که متضمن وضع قاعده خاص در خصوص ضرورت واگذاری و انتقال ۷۰٪ زمین کشاورزی و یا باغ به طور رایگان به شهرداری می‌باشد. مغایر حکم مقنن در باب اعتبار اصل تسلیط و حاکمیت مشروع اشخاص در اراضی کشاورزی و باغ است، بنابراین، بند یک مصوبه و دستورالعمل مورد اعتراض مستنداً به قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود. در واقع در رأی فوق‌الذکر عملکرد مراجع مربوطه در خصوص اعلام کاربری قسمت وسیعی از اراضی شهر همدان، به عنوان فضای سبز و متعاقباً موافقت با تغییر کاربری این اراضی از کاربری فضای سبز به کاربری مسکونی خلاف قانون و مقررات تلقی شده است.

پایان سخن این که، استفاده از این وسیله نیز نیازمند رضایت صاحب حقوق مالکانه است و الا یعنی در صورتی که دارنده حق، موافق استفاده از این (به اصطلاح) امتیاز نباشد شهرداری برای تأمین حقوق مالکانه، باید اصل را رعایت کرده و نسبت به پرداخت بهای حقوق مالکانه اقدام کند.

۴-۴. آثار تأمین

سؤال این است که تأمین حقوق مالکانه توسط شهرداری، چه از طریق توافق با دارنده حق، چه از طریق غیرتوافقی، چه نتایجی برای شهرداری خواهد داشت و چه حقوقی برای او ایجاد خواهد کرد. در حقیقت، در قسمت‌های قبل، تکلیف شهرداری در برابر دارنده حقوق مالکانه را بررسی نمودیم، حال می‌خواهیم تکلیف یا تکالیف این شخص در برابر شهرداری را مورد بررسی و ارزیابی قرار دهیم.

آن چه ابتدا به ساکن به ذهن می‌رسد، این است که پس از پرداخت حقوق مالکانه یا جلب رضایت دارنده حقوق مالکانه، این حقوق به شهرداری، به عنوان دستگاه مجری طرح منتقل می‌شود. از طرفی، موضوع یعنی چیزی که حق بر آن تعلق گرفته باید به شهرداری تحویل گردد.

بی‌تردید بروز آثار فوق، بر حسب این که دارنده حق با طوع و رضا، اقدام به واگذاری حق خود کرده باشد یا این که شهرداری او را با اهرم‌های قانونی موجود، مکلف به این امر نموده باشد متفاوت است که این مسأله می‌تواند در بررسی آثار، مورد توجه قرار داشته باشد. در این محال شایسته است از موضوع انتقال این حقوق به شهرداری و تنظیم سند رسمی انتقال و تحویل موضوع حق به شهرداری، سخن بگوییم.

۴-۴-۱. انتقال

یکی از مهم‌ترین آثار حقوق مالکانه واقع در طرح‌های عمومی شهرداری، انتقال این حقوق به شهرداری است. هر چند در قوانین خاص راجع به اجرای طرح‌های عمومی به این اثر به صراحت اشاره نشده است ولی این اهمال را نباید به معنای عدم وجود چنین اثری دانست. در مقررات عمومی، قواعدی وجود دارد که دلالت بر انتقال این حقوق، در نتیجه عمل حقوقی تأمین حقوق مالکانه در بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م.می‌گوید: «...۱- به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع، مالک ثمن می‌شود». هر چند عبارت قانونی یاد شده مربوط به عقد بیع است، ولی آن را باید به صورت یک قاعده پنداشت و در تمام مواردی که معامله‌ای فمابین شهرداری و دارنده حق چه در قالب بیع و چه در قالب‌های دیگر انجام می‌گردد آن را قابل اجرا دانست و انتقال حق را یکی از آثار معامله دانست. در مواردی نیز که انتقال حقوق مالکانه به صورت غیر توافقی انجام می‌شود، با تحلیلی که از ماهیت این‌گونه انتقالات به عمل آمد، می‌توان به استناد ماده قانونی فوق‌الذکر، ایجاد چنین اثری را در چنین مواردی نیز پذیرفت.

سئوالی که در اینجا مطرح می‌شود مربوط به زمان انتقال این حقوق به شهرداری است. به نظر می‌رسد باید بین موردی که انتقال این حقوق به صورت غیرتوافقی انجام می‌گردد توافق گذارد. چنانچه طرفین، یعنی دارنده حق و شهرداری، در خصوص انتقال حق توافق داشته باشند، زمان انتقال این حقوق نیز به صورت معمول با توافق و تراضی طرفین تعیین خواهد گردید. علی‌الاصول انتقال این حقوق همزمان با انجام معامله است، لیکن ممکن است بنا به شرایط و دلایلی، تاریخ انتقال، همزمان با تاریخ معامله فی‌مابین نباشد. اما در صورتی که تأمین حقوق مالکانه به صورت غیرتوافقی و با استفاده از اجبارهای موجود در قانون صورت پذیرد، باید تاریخ انتقال را تاریخی دانست که در آن تاریخ، دادستان محل یا نماینده او براساس ماده ۸ ل.ق.ن.خ، مبادرت به انتقال این حقوق به شهرداری، در دفتر

اسناد رسمی می‌نماید^۱. در چنین حالتی، بحث از تأخیر انتقال منتفی است و دادستان نمی‌تواند در این خصوص، شرطی گذاشته یا با شرطی موافقت کند.

در ماده یاد شده، ارزش تقویمی برای حقوق مالکانه باید قبل از امضاء سند انتقال به صندوق ثبت تودیع گردد که این مدت ممکن است چند روز یا حتی چند هفته قبل از امضاء سند باشد. از طرفی در ماده مزبور، مقرر شده که بعد از امضاء سند انتقال نسبت به تخلیه و خلع ید از حقوق انتقالی اقدام خواهد شد، «تودیع بهاء» و «خلع ید» را نباید ملاک‌هایی برای انتقال این حقوق دانست بلکه انتقال همان‌طور که گفته شد همزمان با امضاء سند انتقال صورت می‌پذیرد. از طرف دیگر اینکه در ماده مورد بحث از پرداخت ارزش تقویمی و تودیعی به صندوق ثبت پس از امضاء سند انتقال و نیز اصلاح یا ابطال اسناد و صدور سند جدید به نفع دستگاه اجرایی از سوی اداره ثبت اسناد، سخن گفته شده است که براساس موازین حقوقی ما این موارد نیز قطعاً ملاکی برای نشان دادن تاریخ انتقال حقوق مالکانه به شهرداری نمی‌باشند. در صورتی که انتقال حقوق به شهرداری به طور صحیحی صورت پذیرد، شهرداری از تمام امتیازات مربوطه (ماده ۳۰ ق.م) برخوردار خواهد شد. با این حال باید دید که آیا در چنین مواردی، موضوع حق فسخ نیز می‌توان مطرح شود یا خیر. وانگهی آیا شهرداری می‌تواند معامله فی‌مابین را اقاله کند یا خیر. از طرفی این امکان وجود دارد که تشریفات و شرایط لازم قانونی برای انتقال حقوق مالکانه به شهرداری رعایت نشود در این صورت باید دید که آیا اقدامات انجام شده باطل است یا غیرنافذ.

^۱. در حقوق مصر نیز سهنوری، تاریخ انتقال این حقوق را این‌گونه بیان می‌کند: «تودع النماذج والقرار الوازاری الصادر بنزع المکیه فی مکتب الشهر العقاری، و ترتب علی هذا الایداع بالنسبه الی العقارات الوارده بها، جمیع الاثار المترتبه علی شهر عقد البیع» همان منبع، ج ۸ ص ۶۳۳.

موارد فوق الذکر، مواردی هستند که در قواعد عمومی قراردادها از آن بحث می‌شود و در این مجال نمی‌گنجد، لذا در ادامه، نحوه تنظیم سند و تحویل موضوع حق به شهرداری را بررسی می‌کنیم.

۴-۴-۲. تنظیم سند و تحویل

بند دوم ماده ۳۶۲ ق.م. می‌گوید: «عقد بیع، بایع را به تسلیم مبیع ملزم می‌کند». شاید بتوان گفت این بند به صورت یک قاعده در حقوق مدنی است و لذا در کلیه عقود که به موجب آن یکی از حقوق مالکانه به شهرداری واگذار می‌گردد، دارنده حق مکلف است موضوع حق را نیز به شهرداری تسلیم نماید.

از ماده ۹ ل.ق.ن.خ می‌توان استنباط نمود که در موارد انتقال حقوق مالکانه واقع در طرح‌های عمومی به شهرداری، قانونگذار علاوه بر این که تحویل را از آثار و لوازم تأمین حقوق مالکانه دانسته است، دارنده حق را مکلف به تنظیم سند رسمی انتقال نیز می‌داند. با این برداشت، ما می‌توانیم از تحویل و تنظیم سند به عنوان دو اثر جداگانه و دو تعهد مستقل از یکدیگر سخن بگوییم. از آن جایی که در قانون یاد شده، ابتدا از تنظیم سند انتقال سخن گفته شده و سپس موضوع تحویل مطرح گردیده است، لذا ابتدا از تنظیم سند به عنوان یکی دیگر از آثار تأمین حقوق مالکانه و سپس از لزوم تحویل به عنوان یکی دیگری از این آثار سخن می‌گوییم.

الف) تنظیم سند

امروزه با توجه به اینکه، در مورد اموال غیرمنقول، مالکیت یا دارا بودن سایر حقوق، اصولاً با ارائه سند رسمی در محاکم و ادارات قابل اثبات است و در مورد برخی اموال منقول نیز

همچون خودرو، علی‌رغم عدم وجود قانونی در خصوص الزامی بودن تنظیم سند رسمی نقل و انتقال، اداراتی همچون راهنمایی و رانندگی، صرفاً به سند رسمی توجه دارند، لذا تنظیم سند رسمی هرچند در قراردادها به صراحت نیامده باشد، به صورت یکی از شروط عرفی و ضمنی بسیاری از معاملات به ویژه معاملات راجع به اموال غیرمنقول درآمده است.

به تعبیر دیگر، در مورد معاملاتی چون معاملات راجع به غیرمنقول، چنانچه تنظیم سند رسمی در قرارداد شرط گردیده باشد، با توجه به شرط مندرجه، ناقل مکلف است نسبت به تنظیم سند رسمی انتقال براساس شرط به عمل آمده و تعهد ایجاد شده اقدام نماید؛ در صورتی نیز که تنظیم سند رسمی به صراحت در قرارداد فی‌مابین شرط نشده باشد، در حال حاضر شرط و تعهد به تنظیم سند رسمی، به صورت ضمنی وارد در این‌گونه قراردادها می‌گردد.

به هر حال با توجه به این که براساس مطالب بالا، در حال حاضر در بسیاری از قراردادها از جمله قراردادهای راجع به حقوق مالکانه مترتب بر اموال غیرمنقول، تنظیم سند رسمی از الزامات و تعهدات ناقل محسوب می‌شود و نظر به این که اصولاً، این حقوق مالکانه واقع بر اموال غیرمنقول هستند که در محدوده طرح‌های عمومی شهرداری قرار می‌گیرند، ذیلاً وضعیت این تعهد را در مواقع انتقال حقوق مالکانه به شهرداری مورد بررسی قرار می‌دهیم. اجمالاً این که، این تعهد، گاه به صورت ارادی ایفا می‌گردد و گاه نیز به صورت اجباری.

۱- به صورت ارادی: چنانچه صاحب حقوق مالکانه با شهرداری در خصوص انتقال حقوق خود به توافق برسد علی‌القاعده به خواست و اراده خود نیز مبادرت به تنظیم سند رسمی به نفع شهرداری می‌کند و ضرورتی به اجبار ناقل برای تنظیم سند نیست، اما چنانچه ناقل علی‌رغم امضای قرارداد، از تنظیم سند و ایفای تعهد خود خودداری کند، شهرداری می‌تواند او را مجبور به تنظیم سند رسمی کند.

در انتقالات توافقی، معمولاً تنظیم سند رسمی انتقال شرط می‌گردد و حتی پرداخت قسمتی یا تمام ارزش حقوق مالکانه موکول به تنظیم سند رسمی می‌شود، اما چنانچه در چنین شرطی در قرارداد فی‌مابین فراموش گردد، اشکالی ایجاد نمی‌کند و بنا به توضیحات و استدلالات قبلی، ناقل مکلف به تنظیم سند رسمی انتقال حقوق مالکانه می‌باشد.

۲- به صورت اجباری: چنین فرضی در چند حالت متصور است. یکی این که دارنده حق علی‌رغم انتقال حق خود به شهرداری به موجب قرارداد عادی، از تنظیم سند رسمی انتقال و رسمی نمودن انتقال خودداری نماید. دیگر این که دارنده حق، اساساً حاضر به واگذاری حقوق خود به شهرداری نباشد و طبعاً از تنظیم سند رسمی انتقال نیز خودداری کند و بالاخره این که دارنده حق به دلایلی، همچون اختلاف در مالکیت و ... قادر به تنظیم سند رسمی انتقال به نفع شهرداری نباشد. در ماده ۸ ل.ق.ن.خ نحوه تنظیم سند رسمی به صورت اجباری در موارد استنکاف دارنده حق به واگذاری و نیز در موارد ناشی از اختلافات در مالکیت، رهن یا بازداشت بودن و غیره پیش‌بینی شده است به این نحو که در چنین مواردی، دادستان یا نماینده او، اقدام به امضاء سند رسمی انتقال می‌نماید. بدیهی است که در این مورد، یعنی تنظیم سند رسمی توسط دادستان یا نماینده او، شهرداری باید مدارک لازم جهت تنظیم سند رسمی را مهیا و هزینه‌های لازم جهت تنظیم سند، مثل حق‌الثبت و حق‌التحریر را نیز پرداخت کند.

این سؤال مطرح است که آیا شهرداری می‌تواند از این امتیاز قانونی در مواردی نیز که دارنده حق، مبادرت به امضاء قرارداد عادی نموده ولی از امضاء سند رسمی خودداری می‌کند استفاده نماید؟ در پاسخ می‌توان گفت، راه‌حل ذکر شده در ماده ۸، راه‌حلی استثنایی و برخلاف قاعده است و لذا نمی‌توان آن را به موارد دیگر تعمیم داد. اصل و قاعده این است که در چنین مواردی، یعنی استنکاف دارنده حق، محکمه صالح باید به موضوع

رسیدگی و با بررسی ماهیت ادعا، در صورتی که شهرداری را مستحق تنظیم سند رسمی دانست، حکم بر تنظیم سند رسمی صادر کند.

با توجه به مطلب فوق می‌توان گفت چنانچه، شهرداری نسبت به تودیع بها و ارزش حقوق مالکانه در صندوق ثبت محل اقدام کند ولی از دادستان تقاضای اجرای ماده مزبور را نکند، این اختیار را خواهد داشت که به دادگاه مراجعه و از دادگاه تقاضای صدور حکم بر الزام به تنظیم سند رسمی کند. در واقع راه‌حل مزبور امتیازی است که برای شهرداری پیش‌بینی شده و نافی راه‌حل‌های عمومی جهت رسیدن به این موضوع نیست. ولی ممکن است در مقابل گفته شود که دخالت دادستان طبق ماده فوق، فقط متضمن نفع برای شهرداری نیست بلکه مقنن، نفع دارنده حق را نیز در نظر داشته و دادستان را مانند بسیاری از موارد قانونی که حامی و ناظر بر حقوق اشخاص غایب و ... قرار داده، در اینجا نیز او را حامی و نماینده دارنده حق دانسته است و با این وصف برای تنظیم سند رسمی که ملازمه با انتقال حقوق نیز دارد حضور و وجود دادستان یا نماینده او، لازم و ضروری است و قانون چنین نقشی را به دادستان یا نماینده او سپرده و محکمه علی‌رغم صلاحیت‌های مختلفی که می‌تواند داشته باشد در این قبیل موارد، صالح به رسیدگی و دخالت نیست. به نظر می‌رسد عقیده اخیر قابل متابعت باشد و لذا در مواردی که شهرداری، وجه را در صندوق ثبت تودیع ولی الزام به تنظیم سند رسمی را از محکمه تقاضای می‌کند، دادگاه صالح به رسیدگی نخواهد بود.

در ذیل ماده ۸ ل.ق.ن.خ به تکلیف اداره ثبت به اصلاح و یا صدور سند مالکیت براساس سند انتقال امضاء شده، اشاره گردیده است که نباید این تکلیف را با تکلیف به تنظیم سند رسمی که اصولاً به عهده ناقل است اشتباه گرفت.

قانون مدنی ما، تحویل یا به قولی تسلیم مبیع را از آثار بیع صحیح می‌داند (بند ۳ ماده ۳۶۲ ق.م). اجرای چنین تعهدی گاه با اراده و خواست ناقل صورت می‌گیرد و گاه نیز تحویل مورد معامله و اجرای این تعهد با اجبار صورت می‌پذیرد.

۱- **به صورت ارادی:** هرگاه، دارنده حقوق مالکانه به اختیار و به اراده خود، مبادرت به تحویل موضوع حقوق مالکانه به شهرداری نماید ما با تحویل ارادی روبرو خواهیم بود. معمولاً آن‌گاه که دارنده حق با اراده و رضایت خویش مبادرت به انتقال حقوق مالکانه به شهرداری و توافق در این خصوص می‌نماید، به میل و رضای خود نیز موضوع معامله را تحویل شهرداری می‌نماید.

در قراردادهای فی‌مابین شهرداری و ناقل، معمولاً پرداخت قسمتی و یا حتی تمام ارزش و بها حقوق مالکانه به شخص، منوط به این می‌گردد که وی موضوع معامله را به شهرداری تحویل و تسلیم نماید. اما چنانچه علی‌رغم انعقاد معامله فی‌مابین صاحب حق و شهرداری، ناقل از تسلیم و تحویل مورد معامله خودداری کند، شهرداری می‌تواند از طرق قانونی موجود او را مجبور به تسلیم مورد معامله کند.

تسلیم مورد معامله از لحاظ قانونی باید فوراً پس از عقد صورت پذیرد؛ با این حال طرفین می‌توانند مهلتی را برای تسلیم مبیع در نظر بگیرند، تا جایی که با انتقال ملکیت منافات نداشته باشد. ممکن است مهلت دور یا نزدیک باشد، ولی نباید چندان دور باشد که با مفهوم معامله تناقض پیدا کند^۱.

در قراردادهای فی‌مابین شهرداری و دارندگان حقوق مالکانه، به صورت معمول، تحویل و تسلیم مورد معامله قبل از تنظیم سند رسمی یا همزمان با تنظیم سند صورت می‌گیرد، اما

۱. ر.ک به: کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۱، ص ۱۷۳.

این امکان نیز وجود دارد که به دلایلی، استثنائاً، تحویل مورد معامله بعد از تنظیم سند رسمی انتقال باشد.

۲- به صورت اجباری: اگر با وصف انتقال حقوق مالکانه به شهرداری، از تحویل مورد معامله خودداری گردد و در موعد مقرر برای تحویل، تعهد به انجام نرسد یا چنانچه دارنده حق، به هیچ روی حاضر به همکاری با شهرداری در خصوص انتقال و تحویل حقوق خود نگردد، مسأله و موضوع تحویل اجباری مطرح خواهد شد.

در صورتی که علی‌رغم انجام معامله، مورد معامله در موعد مقرر تحویل نشود، شهرداری حق خواهد داشت که به محکمه صالحه رجوع و الزام مستنکف به ایفای تعهد را خواستار شود. در مواردی که انتقال حقوق مالکانه به صورت غیرتوافقی و براساس ماده ۸ ل.ق.ن.خ صورت می‌پذیرد، برحسب آنچه که در این ماده مقرر شده، دادستان یا نماینده او، ظرف مدت یک ماه نسبت به تخلیه و خلع ید از مورد معامله اقدام خواهد نمود. در مورد روش مقرر در ماده مزبور باید گفت:

اولاً، تحویل مورد معامله توسط دادستان به شهرداری، امتیازی است که قانون برای شهرداری پیش‌بینی نموده است و چنانچه شهرداری نخواهد از این امتیاز استفاده کند منعی برای مراجعه او به محکمه صالحه جهت الزام ناقل به تحویل وجود نخواهد داشت؛ ولی باید توجه داشت که مراجعه به محکمه در صورتی ممکن خواهد بود که ارزش تقویمی به صندوق ثبت تودیع گردیده و سند انتقال نیز توسط دادستان یا نماینده او امضاء گردیده باشد.

ثانیاً، در صورت تقاضای شهرداری مبنی بر اجرای مفاد مزبور، دادستان مکلف است حداکثر ظرف مدت یک ماه از تاریخ امضاء سند انتقال، نسبت به تخلیه و خلع ید از مورد معامله و تحویل آن به شهرداری اقدام نماید. این مدت از آن روی در نظر گرفته شده است

که ممکن است دادستان در تخلیه محل با مشکلات و موانعی مواجه شود و لذا این مدت برای رفع مشکلات احتمالی منظور شده است. اگر دادستان موفق به تخلیه و تحویل مورد معامله ظرف مدت یک ماه نشود، یا آن که بدون وجود دلیل موجهی، انجام این وظیفه را به تأخیر اندازد، بعد از گذشت این مدت، تکلیف دادستان ساقط نخواهد شد و بنا بر اصل استصحاب، دادستان مکلف خواهد بود ولو با گذشت یک ماه از تاریخ امضاء سند انتقال، نسبت به تخلیه محل و تحویل آن به شهرداری اقدام نماید. این نظر بر خلاف عقیده برخی^۱ است که می‌گویند، چنانچه مهلت مذکور سپری شود این حق و اختیار ساقط خواهد شد و لزوماً باید از طریق دادگستری و طرح دعوی اقدام نمود.

ثالثاً، اجرای این ماده و تخلیه از موضوع معامله توسط دادستان، فقط ناظر بر موارد تأمین غیرتوافقی مذکور در همین ماده است و چنانچه شهرداری با دارنده حق در خصوص انتقال حق خود به توافق برسد ولی دارنده حق از تحویل مورد معامله خودداری نماید، شهرداری امکان استناد به این ماده قانونی و درخواست از دادستان جهت تخلیه مورد معامله و تحویل آن به شهرداری را نخواهد داشت.

رباعاً؛ این که در ماده مورد بحث، از تکلیف دادستان به تخلیه و خلع ید از مورد سخن گفته شده ولی از روی مسامحه به تحویل معامله به شهرداری پس از تخلیه و خلع ید اشاره‌ای نشده است. سکوت مقنن، خللی به تکلیف دادستان به تحویل وارد نمی‌سازد مضافاً این که، عرفاً تعهد به تخلیه و خلع ید، به معنای تحویل نیز هست.

۱. صالحی، حسین، همان منبع، ص ۴۲.

خلاصه

با ملاحظه سیر قانون‌گذاری در ایران درمی‌یابیم که قانون‌گذار ما به کرات، اقدام به وضع قوانین جدید و جایگزینی آن‌ها با مقررات سابق و یا الحاق مواد یا حذف و اصلاح آن‌ها در خصوص تأمین حقوق مالکانه واقع در طرح‌های عمومی نموده است.

مهم‌ترین قوانینی که نظم موجود را در ارتباط با تأمین حقوق مالکانه در زمان اجرای طرح توسط شهرداری رقم می‌زنند، یکی لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۸۵/۱۱/۱۷ و دیگری قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها مصوب ۱۳۷۰/۸/۲۸ می‌باشد. در این مبحث، مطالب را در دو قسمت جداگانه بررسی شد. در قسمت اول، تحت عنوان «موارد و روش‌های تأمین» این موضوع پیگیری شد که در چه مواردی اساساً مسئله پرداخت و تأمین حقوق مالکانه می‌تواند مطرح شود و در صورت طرح چه روش‌ها و مکانیزم‌هایی برای تأمین این حقوق وجود دارد. در قسمت دیگر با عنوان «وسایل تأمین و آثار آن» به دنبال این موضوع هستیم که چنانچه قرار بر پرداخت حقوق مالکانه شد، چه نحوه یا انحایی برای تأمین حقوق و ترضیه خاطر صاحب حق پیش‌بینی گردیده یا می‌تواند موجود باشد. در نهایت اگر حقوقی به صاحب حقی پرداخت شد، آثار بعدی این اقدام شهرداری چه خواهد بود.

خودآزمایی

- ۱- موارد تأمین حقوق مالکانه در شرایط محدودیت حقوق مالکانه را به استناد قوانین و مقررات موجود بیان نمایید؟
- ۲- وارد تأمین حقوق مالکانه در شرایط سلب حقوق مالکانه را به استناد قوانین و مقررات موجود بیان نمایید؟
- ۳- در تأمین توافقی حقوق مالکانه در برابر طرح‌های عمومی، موارد تأمین را بیان نموده، توضیح دهید؟
- ۴- در تأمین غیرتوافقی شرایط چگونه است؟ توضیح دهید.
- ۵- وسایل تأمین حقوق مالکانه افراد در برابر طرح‌های عمومی شهرداری را مطابق قانون توضیح دهید؟
- ۶- وسایل تأمین خارج از قانون حقوق مالکانه افراد در برابر طرح‌های عمومی شهرداری را بیان کنید؟
- ۷- آثار تأمین حقوق مالکانه افراد در برابر طرح‌های عمومی شهرداری را به ترتیب توضیح دهید؟
- ۸- تنظیم سند و تحویل ملک به شهرداری در طرح‌های عمومی شهرداری از سوی افراد چگونه صورت می‌پذیرد؟ شرح دهید.

جدول علائم اختصاری

قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران	ق.ت.ش.ع.ش.م.ا
قانون تعاریف و ضوابط تقسیمات کشوری	ق.ت.ض.ت.ک
قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران	ق.ت.ش
قانون شهرداری	ق.ش
قانون نوسازی و عمران شهری	ق.ن.ع.ش
لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت	ل.ق.ن.خ
قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی موردنیاز شهرداری‌ها	ق.ن.ت.ش
قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها	ق.ت.و
لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت	ل.ا.ق.ت
قانون مدنی	ق.م
قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران	ق.ا.ج.ا.ا

فهرست منابع و مراجع

- ۱- بهشتیان، سید محسن، بررسی نظم حاکم بر حقوق مالکانه در برابر طرح‌های عمومی شهرداری، چاپ اول، تهران، طرح نوین اندیشه، ۱۳۸۶.
- ۲- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ پانزدهم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴.
- ۳- قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷، ۱۳۱۳ و ۱۳۱۴.
- ۴- قانون شهرداری، مصوب ۱۳۳۴.
- ۵- قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۱۳۵۱.
- ۶- لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دوت و شهرداری‌ها، مصوب ۱۳۵۸.
- ۷- قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی موردنیاز شهرداری‌ها، مصوب ۱۳۷۰.
- ۸- قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها، مصوب ۱۳۶۷.



استاداری مازندران
معاونت امور عمرانی
دفتر امور شهری و شوراهای



وزارت کشور
سازمان شهرداریها و دهیاریهای کشور
پژوهشکده مدیریت شهری و روستایی

دانشنامه مدیریت شهری

پژوهشکده مدیریت شهری و روستایی
تهران - بلوار کشاورز
ابتدای خیابان نادری
پلاک ۱۷

تلفن: ۸۸۹۸۶۳۹۸

نماینده: ۸۸۹۷۷۹۱۸

www.imo.org.ir

ISBN: 978-600-5950-36-6



9 786005 950366

قیمت: ۳۵۰۰۰ ریال

