

مالکیت در حصار کاربری «نگاهی به تعیین کاربری از منظر فقه و حقوق»

کاوه قبادی*

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد

حسین ناصری مقدم

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۱۱/۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۲/۴

چکیده

کاربری یک اصطلاح حقوقی-اقتصادی است و به معنای تعیین نحوه استفاده از زمین می‌باشد. کاربری در مناطق مختلف شهری در طرح جامع یا هادی آن شهر مشخص شده است و در خارج از محدوده قانونی شهرها و شهرک‌ها نیز حفظ کاربری و یا تغییرات احتمالی آن زیر نظر وزارت کشاورزی می‌باشد. حقوق دانان در چند محور در زمینه کاربری دچار اختلاف شده‌اند. یکی از آن‌ها ماهیت موضوع کاربری است که این مقاله از جنبه‌ی مبادی شناسی تصویری بدان می‌پردازد. دو محور دیگر، امکان تحدید کاربری املاک توسط قانون است که موضوع اصلی این نوشتار را تشکیل می‌دهد. سؤال اصلی آن است که تعیین کاربری ملک شخصی افراد، با حق فردی آنان در زمینه‌ی اباحه‌ی مطلق تصرفات مجاز، در تنافی نیست؟ گروهی توجه خاص شارع به حقوق مالکانه و اصالت آن را مبنا و محور دانسته‌اند و با تجاوز به این حقوق و تحدید آن در هر قالبی اعم از تعیین کاربری و غیر آن، تا سرحد امکان مخالفت نموده‌اند؛ تا جایی که حتی در راستای کسب حقوق مالکانه، ضرر به دیگران را نیز جایز شمرده‌اند. در مقابل دسته‌ای نیز با نگاهی انقباضی به حقوق مالکانه، مشروعیت اعمالی چون تغییر کاربری را در صورت زیان و ضرر به دیگران یا شکستن تعهدات اجتماعی نپذیرفته‌اند. روش تحقیق این مطالعه، میان رشته‌ای و آمیزه‌ای از دانش‌های فقه، حقوق و اقتصاد است که بر اساس روش تحلیلی استوار است.

واژه‌های کلیدی: کاربری، مالکیت، حقوق مالکانه، طرح‌های شهرداری، پروانه ساختمان، حرج، سلطنت

طبقه بندی JEL: Z۱۲, K۳۲, K۱۱, K۱۲

Ownership and restrictions on land use

Kaveh GHobadi

Ph.D Student in fiqh fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad

Hossin Nasser

Professor Associate in fiqh fundamentals of Islamic Law , Ferdowsi University of Mashhad

Abstract

Land use is a legal - economic term for how land operation. Land use in urban regions have been identified in urban master plan or design hadi (guide plan) and outside the legal boundaries of cities and towns as well as protect the land use or possible changes in land is under the Ministry of Agriculture.

In some cases Legal experts have different opinions about the land use. One of them is the nature of the subject land use. This paper explores the idea of the view studies origins conceptual. Another of them is limited by law to real estate land use that will form the subject matter of this article. The main question is whether specify the real estate land use is not inconsistent with right of full use of individual? Some groups believe special attention legislator of the owner ship rights is basic and important. They are strongly opposed by violating and delimit this rights in any form, land use or other things. Even with the acquisition of proprietary rights, harm to others, they also allow. In contrast batch with a restrictive proprietary rights, legitimate actions, such as changes if land use in harm to others or breaking social commitments have denied.

The methodology of this research, is interdisciplinary and combines the knowledge of jurisprudence, law and economics, which is based on analytical methods.

Keywords: Land Use, Possession, Ownership rights, Municipal plans, Building permits, Adversity, Domination

JEL: Z۱۲, K۳۲, K۱۱, K۱۲

۱- مقدمه

نحوه استفاده از زمین و تعیین کاربری، اعمال محدودیت و محرومیتی است نسبت به حقوق

فردی و مالکانه که به علل و انگیزه‌های گوناگون، از سوی مراجع و منابع قانون گذاری صورت می‌گیرد و چگونگی بهره‌برداری از ملک را محدود به حدودی می‌نماید؛ که مشروعیت آن یقیناً چارچوب و مبنای فقهی مشخصی را طلب می‌کند.

پرسش از وجود یا عدم چنین مبنایی، زمینه ساز ورود به دو عرصه متفاوت و آشنایی با دو دیدگاه متباین است؛ نگرشی که با تمسک به برخی از روایات و قواعد فقهی و تکیه بر حقوق مالکانه و اولویت آن نسبت به حقوق عمومی، محرومیت مالک از تصرفات مالکانه را جایز نمی‌داند و دسته‌ای دیگر که با نگاهی متفاوت به قواعد فقهی و روایات در صدد اثبات اولویت حقوق اجتماعی نسبت به حقوق مالکانه است. این اختلاف دیدگاه‌ها زمانی که با فروض و اشکال دیگری چون تبدیل موضوع شهرنشینی، سکوت یا عدم سکوت شارع در خصوص احکام شهرنشینی مدرن و جایگاه صدور احکام ثانوی، حکومتی تاسیسی و حکومتی مبنایی با احکام اولیه آمیخته می‌شود؛ پیچیدگی و دست یافتن به مبنای مشخص را دشوارتر می‌سازد. در این بین نحله‌ای، یکسان‌انگاری موضوع و تعمیم روایات و قواعدی که در باب وظایف، تکالیف و حقوق همسایگان نسبت به یکدیگر صادر شده است را به شهرنشینی مدرن که از ملاک‌ها و معیارهای متفاوتی پیروی می‌نماید، اصولاً فرود احکام در غیر جایگاه خود می‌دانند. ایشان کنکاش در آیات، روایات و استنباطات فقهای گذشته با این دیدگاه را که می‌توان مبنای ماخوذ را در جهت اولویت یا عدم اولویت حقوق مالکانه، دستاویزی برای صدور احکام در خصوص شهرنشینی دانست، را انکار می‌نمایند و در مقابل دیگرانی بر این باورند که موضوع در کنار یکدیگر زیستن و نحوه تعامل و ارتباط افراد در اجتماع و هم‌چنین معنا و مفهوم مالکیت و تصرفات مالکانه از ملاک و مناط واحدی در شهرنشینی مدرن و آنچه در گذشته بوده است؛ پیروی می‌نماید و اساساً شهرنشینی مدرن را باید نمونه‌ای از همان روستا‌گزینی و شهرنشینی ابتدائی در مقیاسی بزرگتر دانست. لذا در بررسی و استخراج احکام مربوط به تعیین کاربری نباید با تمسک به تبدیل و تغییر موضوع و گذر از احکام اولیه، مسئله را بررسی نمود.

این معرکه آراء، پرداختن به مشروعیت این قوانین و دست یافتن به مبنایی مشخص از میان این ابهامات و دیدگاه‌های متفاوت را با توجه به کارکرد وسیع این مقررات در جامعه فعلی، امری محتوم نموده است. لذا این مقاله با بررسی نظرات متفاوت و دیدگاه‌های متناقضی که در خصوص تحدید مالکیت مطرح گردیده، در مقام اثبات این مطلب است که نخست درحوزه احکام اولیه و

بدون لحاظ شرایط خاص کنونی و آنچه در گذشته بر تعاملات و مناسبات شهری حاکم بوده است؛ مبنایی را در خصوص معیار و مبنای تحدید مالکیت جستجو نماید. سپس در حوزه احکام ثانویه و حکومتی با لحاظ شرایط و موازین فعلی که در ارتباطات اجتماعی و شهرنشینی مدرن نقش ایفا می‌کند، به بررسی مشروعیت و میزان کارائی قوانین تعیین کاربری پردازد.

۲- کاربری

این واژه در ارتباط با طرح جامع*، طرح تفصیلی[□] (یا طرح هادی[□]) معنا یافته است و دارای

*- طرح جامع سرزمین عبارت است از طرحی که شامل استفاده از سرزمین در قالب هدف‌ها، خط مشی ملی و اقتصادی از طریق بررسی امکانات و منابع مراکز جمعیت شهری و روستایی کشور و حدود توسعه و گسترش شهرها و شهرک‌های فعلی و آینده و قطب‌های صنعتی و کشاورزی و مراکز جهانگردی و خدماتی بوده و در اجرای برنامه‌های عمرانی بخش‌های عمومی و خصوصی، ایجاد نظم و هماهنگی می‌نماید. (بند ۱ از ماده ۱ قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی و وظایف آن، مصوب ۱۳۵۳). هم‌چنین طرح جامع شهر عبارت است از طرح بلند مدتی که در آن نحوه استفاده از اراضی و منطقه بندی مربوط به حوزه‌های مسکونی، صنعتی، بازرگانی، اداری، کشاورزی، تاسیسات و تجهیزات و تسهیلات شهری و نیازمندی‌های عمومی شهری، خطوط کلی ارتباطی و محل مراکز انتهایی خط (ترمینال) و فرودگاه‌ها و بنادر و سطح لازم برای اجرای تاسیسات و تجهیزات و تسهیلات عمومی، مناطق نوسازی، بهسازی و الویت‌های مربوط به آنها تعیین می‌شود و ضوابط و مقررات مربوط به کلیه موارد فوق و هم‌چنین ضوابط مربوط به حفظ بنا و نماهای تاریخی و مناظر طبیعی، تهیه و تنظیم می‌گردد (قانون فوق الذکر، ماده ۱، بند ۲).

□- طرحی که بر اساس معیارها و ضوابط کلی طرح جامع شهر یا کاربری اراضی شهر در سطح نواحی مختلف شهر و موقعیت و مساحت هر یک از آنها و وضعیت دقیق و تفصیلی شبکه عبور و مرور، میزان تراکم جمعیت و تراکم ساختمانی در واحدهای شهری و حق تقدم مربوط به مناطق بهسازی و توسعه و حل مشکلات شهری و موقعیت کلیه عوامل مختلف شهری در آن طرح پیش بینی شده و نقشه‌ها و مشخصات مربوط به مالکیت بر اساس مدارک ثبتی تهیه و تنظیم می‌شود. (قانون فوق الذکر، ماده ۱، بند ۳)

□- طرحی که به عنوان برنامه توسعه شهر نیز می‌باشد این طرح قبل از اجرای طرح جامع می‌باشد. طرح هادی برای شهرهایی تهیه می‌گردد که فاقد طرح جامع می‌باشند و یا امکان تهیه طرح جامع در آنها فراهم نمی‌باشد (قانون فوق الذکر، ماده ۴، بند ۱).

مفهوم و کاربرد می‌شود*.

۲-۱- تعریف

به طور کلی تعیین نحوه استفاده از زمین را کاربری زمین می‌نامند.[□] این کاربری در مناطق مختلف شهری در طرح جامع یا هادی آن شهر مشخص شده و تغییرات جزئی و یا غیر اساسی آن نیز به وسیله کمیسیون موضوع ماده پنج قانون تاسیس شورای عالی شهرسازی و معماری، به عمل می‌آید.[□] در خارج از محدوده قانونی شهرها و شهرک‌ها نیز حفظ کاربری و یا تغییرات احتمالی آن زیر نظر وزارت کشاورزی می‌باشد.[□]

۲-۲- تاریخچه

چون در گذشته مالیات پایه اقتصاد حکومت‌ها محسوب می‌شد و از طرفی میزان مالیات نسبت مستقیم با ابعاد و نوع کاربری زمین داشت (پوررضا، ۱۸۴)؛ لذا عموماً حکومت‌ها از گذشته‌های دور به این مطلب توجه خاصی می‌نمودند به عنوان مثال «داریوش کبیر دستور داد تا جمهوری‌های یونانی را در آسیای صغیر ممیزی نمایند و اراضی با کاربری کشاورزی را با قید مساحت و اضلاع در دفاتر دولتی ثبت نمایند. از آن پس یونانیان نیز دفاتری برای ثبت خصوصیات اراضی از حیث مساحت، نام مالک و کاربری زمین (که در آن زمان، زمین زراعتی مورد نظر بود) و نوع زراعت و

*- برای آشنایی بیشتر با طرح‌ها ر.ک به: رضویان، محمد تقی، مدیریت عمران شهری؛ احمدی، حسن، نگرشی بر الگوهای برنامه شهری در جهان؛ حبیبی، سید محسن، از شار تا شهر؛ قریب، فریدون، بررسی تطبیقی نظام‌های شهرسازی؛ علوی تبار، علیرضا، بررسی الگوی مشارکت شهروندان در اداره امور شهرها، ج ۱

□- اباذری فومشی، منصور، مجموعه قوانین و مقررات اراضی و زمین شهری، ص ۱۵.

□- صمدی قوشچی، زیدالله، تخلفات ساختمانی در نظام حقوقی ایران، ص ۷۰-۷۱.

□- ماده ۱ قانون حفظ کاربری زراعی و باغ‌ها مصوب سال ۱۳۷۴ (تبصره ۱: در موارد ضروری تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها به عهده کمیسیون‌های مرکب از نمایندگان وزارتخانه‌های کشاورزی، مسکن و شهرسازی، جهاد سازندگی و سازمان حفاظت محیط زیست و استانداری که در هر استان زیر نظر وزارت کشاورزی تشکیل می‌شود، محول می‌گردد و کمیسیون موظف است ظرف مدت دو ماه از تاریخ دریافت تقاضا یا استعلام نسبت به صدور پاسخ اقدام نماید. تبصره ۲: مرجع تشخیص اراضی زراعی در خارج از محدوده قانونی شهرها و شهرک‌ها، وزارت کشاورزی است و تغییر کاربری اراضی موضوع این قانون در روستاها طبق ضوابطی که وزارت کشاورزی تعیین خواهد کرد مجاز می‌باشد).

میزان محصول ترتیب دادند. در روم قدیم هم سرویوس تولیوس ششمین پادشاه روم دستور داد تا تمام اراضی با کاربری مزروعی و متعلقات و حقوق ارتفاعی آنها در املاک مجاور و حقوقی که املاک مجاور در آنها دارند، در دفتر مخصوصی ثبت شود و هر چهار سال یک مرتبه در آن دفتر تجدید نظر به عمل آید و تغییراتی که در آن مدت در وضع املاک (از حیث ابعاد، کاربری و حقوق) حاصل شده قید گردد.

در (شهری، سال: ۱) سایر حکومت‌ها و مناطق دنیا نیز کما بیش وضع به همین منوال بوده و به طرق مختلف کاربری زمین ثبت و درج گردیده است و در معاملات همواره ابعاد، موقعیت و کاربری مورد نظر قرار می‌گرفته است. «در روم و آتن دو نوع ثبت وجود داشت. ... ثبت عمومی به منظور تعیین آمار افراد و میزان دارایی آنان به کار می‌رفت و به همین جهت املاک هر فرد و قیمت آنها معین می‌شد ... ثبت مالی برای اخذ مالیات بود و مهندسی ثبتی مساحت هر ملک و حدود آن و وضع ملک (مزروعی، جنگل، چمنزار یا غیره) ... را بر پلاک‌های مسی حک می‌نمودند».

«در ایران در تاریخ ۱۳۲۱/۴/۳۱ آیین نامه ساختاری شهر تهران در ۱۱۵ ماده به تصویب رسید و طی ماده اول آن اخذ پروانه از شهرداری برای احداث بنای جدید یا تغییر بناهای موجود ضروری اعلام گردید. در ماده ۱۰۲ این آیین نامه، کاربری مناطق مختلف شهری مورد بررسی قرار گرفت و طی آن شهر تهران از این حیث به مناطق بازرگانی، اداری، مسکونی و صنعتی تقسیم گردید.» (صمدی، ۱۳۸۷: ۴) در سال ۱۳۳۴ با تصویب قانون شهرداری، مطابق بند ۲۴ ماده ۵۵ آن قانون، صدور پروانه برای کلیه ساختمان‌هایی که در شهر احداث می‌شدند جزء وظایف شهرداری قرار گرفت. سرانجام در ۱۳۵۲/۵/۱۷ تبصره‌ای در رابطه با ضرورت رعایت کاربری تعیین شده در پروانه‌های صادره، در شهرهایی که نقشه جامع مصوب داشتند، به بند ۲۴ ماده ۵۵ الحاق گردید.

۲-۳- هدف

اصولاً نوع کاربری زمین در مناطق مختلف شهری در طرح جامع یا هادی شهر تعیین می‌شود که هدف از این طرح‌ها «به نظم در آوردن بافت شهری، حل مسائل و مشکلات موجود شهری، تنظیم و گسترش شهر بر اساس افزایش جمعیت و تحولات اقتصادی- اجتماعی و تقسیم شهر به نواحی مختلف از قبیل مسکونی، تجاری، آموزشی، بهداشتی، اداری و خدماتی و تدوین ضوابط

شبکه موصلاتی اصلی و معابر فرعی و ... است» (صمدی قوشچی، ۱۳۸۷: ۴). بدیهی است که عدم توجه به نوع کاربری و بهره برداری خاصی که بر اساس این طرح‌ها برای هر منطقه‌ای در نظر گرفته شده است؛ روند زندگی را خصوصاً در شهرهای بزرگ با مشکل مواجه می‌سازد و اثر آن در ابعاد مختلف مانند عبور و مرور، امداد رسانی، دسترسی به مایحتاج روزانه، آسایش، امنیت و مسائل آموزشی و فرهنگی ظاهر می‌شود.

۲-۴- اقسام

کاربری‌های تعریف شده عبارتند از: «کاربری مسکونی، فرهنگی و مذهبی، فضای سبز، آموزشی، ورزشی، پارکینگ، خدمات شهری، بهداشتی، تجهیزات شهری، اداری، خدمات عمومی، صنعتی، حمل و نقل، انبارداری، کشاورزی، باغ، تجاری و مختلط شامل چند عملکرد از کاربری‌های مختلف، در یک ناحیه می‌باشد.» (بازرسی فومشی، ۱۳۸۸: ۱۶-۱۵).

۲-۵- تخلف تغییر کاربری

استفاده از زمین یا ساختمان به نوعی غیر از آنچه در محتوای طرح‌ها و پروانه ساختمان قید گردیده و یا استفاده و بهره برداری از اراضی خارج از شهرها و شهرک‌ها بر خلاف قانون، تخلف تغییر کاربری محسوب می‌شود.

براین اساس موارد زیر تحت عنوان تخلف تغییر کاربری شمرده می‌شود:

۱- ساختمان واجد پروانه، تمام یا قسمتهایی از آن، به گونه‌ای احداث شود، که قابل استفاده پیش بینی شده در نقشه مصوب نباشد؛ مانند تبدیل پارکینگ منزل به مغازه.

۲- ساختمان واجد پروانه، مطابق پروانه احداث می‌گردد، اما کاربری عملی آن بعد از احداث تغییر داده می‌شود؛ مانند تبدیل ساختمانهای مسکونی به اداری و دفتر کار.

۳- ساختمان، بدون پروانه احداث و بر خلاف نوع کاربری منظور در طرح‌ها از آن استفاده می‌شود. (صمدی قوشچی، ۱۳۸۷: ۶) (همان مثل فوق).

۴- اختصاص اراضی زراعی و باغهای خارج از محدوده شهرها و شهرک‌ها، برخلاف قانون

به غیر مورد کشاورزی

۲-۶- رابطه تراکم و کاربری

«مطابق مقررات طرحهای مصوب راجع به شهرسازی، در مناطق مختلف هر شهر که نوع کاربری زمین در منطقه با سایر مناطق متفاوت است حجم و ارتفاع ساختمان نیز تفاوت پیدا می‌کند.» (صمدی قوشچی، ۱۳۸۷: ۱۵۵). این تفاوت‌ها و اعمال محدودیت‌ها در حجم و ارتفاع ساختمان‌ها که به گونه‌ای تحدید تصرفات مالکانه نیز محسوب می‌شود؛ بر اساس قوانینی صورت می‌گیرد که منشا وضع آنان رعایت مصالح اجتماعی در جوانب مختلف است. به این معنا که عدم رعایت و توجه به این موضوع در طراحی ضوابط شهری موجب از بین رفتن باغات و کاهش فضای سبز شهری، پایین آمدن ظرفیت و کشش معابر، کمبود خدمات شهری و اختلال در تاسیسات زیر بنایی، ایجاد انواع آلودگی‌های زیست محیطی و بصری و ... می‌گردد.

به عنوان مثال شبکه دسترسی پیرامون بلند مرتبه‌ها با توجه به حجم تقاضای سفر توسط ساکنین آنها، همیشه تحت تاثیر فشار ترافیکی قرار دارد؛ لذا براساس آیین نامه طراحی راه‌های شهری، اگر بخواهند هر نوع بنایی را به خیابانی که عملکرد آن شریانی است؛ متصل کنند باید تاثیرات ترافیک آن را بسنجند و یا با توجه به اینکه ارقام مربوط به سطوح زیر گروه خدمات، اعم از آموزشی، فرهنگی، تجاری، ورزشی، اداری، تجهیزات شهری، بهداشتی- درمانی و خدمات شهری، تابعی از تعداد جمعیت ساکن است و با افزایش طبقات و در نتیجه افزایش جمعیت ساکن، سطح مورد نیاز برای خدمات نیز به همان نسبت افزایش پیدا می‌کند؛ باید برنامه ریزی کاربری زمین برای تامین سرانه‌های استاندارد جهت جمعیت جدید صورت گیرد (فرهوری و محمدی، ۱۳۸۰: ۷۷-۷۶)

۲-۷- نقش منابع و مراجع قانون گذار در تعیین کاربری

بر اساس اصل ۷۱، ۷۳، ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل به وضع قانون می‌پردازد و در تفسیر قوانین عادی و نظارت بر مصوبات هیات دولت نقش داشته و هم چنین شورای نگهبان مطابق با اصل چهارم همان قانون با بررسی قوانین و انطباق آنها با موازین اسلامی در اعتبار بخشی یا عدم اعتبار قوانین موثراست و مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز مطابق با اصل ۱۱۲ قانون اساسی از طریق رفع اختلاف (بین مجلس و شورای نگهبان) و مشاوره با رهبری نقش خود را در خصوص وضع قوانین ایفا می‌کند و در این بین هیات وزیران نیز بر اساس اصل ۷۴ و ۱۳۸ قانون اساسی با تهیه و ارائه لوایح قانونی به مجلس و هم چنین تصویب آیین نامه‌های

اجرائی قوانین در بحث قوانین نقش خود را ایفا می‌نماید (بهشتیان، ۱۳۸۶: ۱۴۲ - ۱۳۶)؛ اما آنچه به صورت خاص بیشترین تاثیر را در بحث قوانین مربوط به برنامه‌ریزی شهری ایفا می‌نماید، شورای عالی شهرسازی و معماری، کمیسیون ماده پنج* و شورای شهر می‌باشد.

شورای عالی شهرسازی، مهم‌ترین مرجع تولیدکننده مقرراتی است که به نحوی باعث تحدید حقوق مالکانه می‌شود. هدف از تشکیل این شورا برنامه‌ریزی شهری و تصمیم‌گیری‌های شهرسازی در کشور می‌باشد. از لحاظ جایگاه قانونی، این شورا با تصویب قانون تاسیس شورای عالی شهرسازی و معماری در ۱۳۵۱/۱۱/۲۳ توسط مجلس کار خود را آغاز نمود. در ۱۳۵۳/۴/۱۶ تصویب طرح‌های جامع شهری از وظایف این شورا خوانده شد و در ۱۳۷۶/۱/۱۷ نیز با تصویب قانونی، تغییراتی در خصوص ترکیب اعضای آن صورت گرفت. طرح این موضوع از آن جهت حائز اهمیت است که طرح جامع شهری که از سوی این شورا تصویب می‌شود، بیشترین نقش را در تحدید حقوق مالکانه در زوایای مختلف از قبیل استفاده از سطح و فضای قابل اشغال، میزان تراکم، کاربری، تفکیک و تجمیع فضاهای عمومی و غیره دارد و مصوبات آن برای اشخاص و شهرداری‌ها لازم الاجراست.[□]

کمیسیون ماده ۵ نیز با بررسی و تصویب طرح تفصیلی، در تعیین میزان تراکم، سطح اشغال و تعیین کاربری بر حقوق مالکانه افراد اثرگذار می‌باشد؛ ... و قبل از بررسی مراتب در این مرجع و تصویب مورد پیشنهادی، نمی‌توان کاربری محلی را تعیین شده یا تغییر داده شده، محسوب نمود (بهشتیان، ۱۳۸۶: ۱۵۲ - ۱۵۱).

شورای شهر نیز علاوه بر آنکه در تصویب طرح‌های عمرانی دارای نقش و اثر است، در مرحله

*- بر اساس تبصره ماده ۵ قانون تاسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران و متن این ماده قانونی، این کمیسیون در شهر تهران مرکب از نمایندگان وزرای مسکن و شهرسازی، کشور، نیرو، سرپرست سازمان حفاظت محیط زیست و شهردار تهران یا نماینده تام‌الاختیار او و رئیس شورای شهر تهران می‌باشد و در سایر شهرها این کمیسیون با 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 تهیه کننده طرح، تشکیل می‌شود.

□- بر اساس ماده ۷ همان قانون شهرداری‌ها مکلف به اجرای مصوبات شورای عالی شهرسازی و معماری ایران طبق مفاد ماده ۲ می‌باشند.

اجرای طرح* نیز دارای وظایف و اختیاراتی است که بر حقوق مالکانه افراد تاثیر گذار می باشد. به عنوان مثال چنانچه شهرداری بخواهد با دارنده 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 برسد.[□]

۳- مالکیت

بر اساس مواد ۳۰ و ۳۱ قانون مدنی و اصل ۴۶ و ۴۷ قانون اساسی ایران،[□] حق مالکیت، از نظر آنکه مالک می تواند هرگونه انتفاعی را از ملک خود ببرد مطلق و از آن جهت که حق مزبور انحصار به مالک دارد و تمامی افراد باید آن را محترم بشمارند، یعنی به حق او تجاوز نمایند، انحصاری و نهایتاً برای آنکه حق مالکیت مقید به مدتی نیست، دائمی می باشد. (امامی، ۴۲) این ویژگی ها را در قوانین سایر کشورها نیز می توان مشاهده نمود. به طور مثال ویژگی های شمرده شده برای مالکیت در حقوق اسلام، با اندک تفاوت در حقوق روم نیز وجود داشت. «به عقیده حقوقدانان رومی مالکیت به سه حق منشعب می شد و مجموعه ی این سه حق، مالکیت را تشکیل می داد. این حقوق عبارت بودند از: حق استعمال، حق استثمار، حق اخراج» (محقق داماد: ۱۳۰-۱۲۸) در قانون مدنی فرانسه، ماده ۵۴۴، مالکیت عبارت است از حق مطلق استفاده و انتقال اعیان، جز در مواردی که خلاف قانون باشد. هم چنین بر اساس، ماده ۵۴۵ همان قانون، کسی مجبور به اخراج ملک خود از مالکیتش نیست، مگر برای تأمین یک مصلحت عمومی، آن هم با دادن قبلی

*- طبق بند ۳ ماده ۷۱ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، نظارت بر حسن اجرای طرح های مصوب در امور شهرداری، با شورای شهر است. همچنین بند ۲۳ همین ماده نیز نظارت بر اجرای طرح های مربوط به ایجاد و توسعه معابر، خیابان ها، میداين، فضای سبز و تاسیسات عمومی شهر، طبق مقررات موضوعه با شورای شهر است.

□- تبصره ۱ ماده ۳ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک، برای اجرای برنامه های عمومی، عمرانی و نظامی دولت

□- قانون مدنی، ماده ۳۰: هر مالکی نسبت به مایملک خود، حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد؛ ماده ۳۱: هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی توان بیرون کرد، مگر به حکم قانون. قانون اساسی اصل ۴۶: هر کس مالک حاصل کسب و کار خویش است و هیچ کس نمی تواند به عنوان مالکیت نسبت به کسب و کار خود امکان کسب و کار را از دیگری سلب کند. اصل ۴۷: مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است. ضوابط آن را قانون معین می کند.

قیمت عادلانه. قانون آلمان نیز شباهت زیادی با قانون فرانسه دارد و مفاد هر دو ماده ی مذکور قانون فرانسه، در ماده ۹۰۳ قانون مدنی آلمان چنین آمده است که مالک از ملک خود هرگونه که بخواهد استفاده کرده، از آن بهره می برد و از تجاوز متجاوز جلوگیری می کند، مگر آنکه عمل او مخالف قانون یا حقوق اشخاص دیگر باشد.

۴- جایگاه تعیین کاربری و حقوق مالکانه در حوزه احکام اولیه

از آنجا که تعیین نحوه استفاده از زمین جهت حفظ نظم اجتماع و حقوق عمومی نوعی محدودیت در حقوق شخصی و مالکانه قلمداد می گردد، می توان در راستای اثبات یا نفی این محدودیت از دو دریچه بدان نگریست.*

۴-۱- اولویت مالکیت و حقوق خصوصی بر حقوق عمومی

در خصوص این اولویت، آنچه بیشتر محور و تکیه گاه بحث قرار گرفته، بقاء قاعده تسلیط در تنازع با نفی ضرر است، که با نگاهی گذرا به کتب فقها در ابواب متفاوت[□] می توان رویکردهای

*- باید توجه داشت که این بحث اساساً در نظام هایی چون نظام سرمایه داری و یا نظام اسلامی که اصل بر مالکیت خصوصی است و یا مالکیت خصوصی مشروط به شرایطی مشروع و محترم است، مطرح می گردد والا در نظام هایی چون نظام سوسیالیستی که دولت به نمایندگی از طبقه خاص، قیم همه اموال و دارایی های موجود و متعلق به مردم است و مالکیت شخصی فقط در اموال مصرفی قابل تصور است و تنها در این حوزه است که مال غیر مشترک و ملک خاص تعریف می گردد، بحث از اولویت یا عدم اولویت حقوق خصوصی مطرح نیست و یا در مالکیت های مشاع مانند یورت های ترکمن و یا مالکیت خانجانی نیز اساساً بحث مالکیت خصوصی به نحوی که مورد نظر نگارنده است، طرح نمی گردد (ر.ک به: مومنی، باقر، مسئله ارضی و جنگ طبقاتی در ایران، ص ۲۸-۴۳)

□- شیخ طوسی هنگام بحث از جواز یا عدم جواز «اقراض جواری» (الخلاف، ج ۳، ص ۱۷۶)، ابن ادریس در بحث از حریم چاه (السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، ص ۳۸۲-۳۸۳)، شهید ثانی در بحث مزارعه و غصب (الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلاتر) ج ۴، ص ۳۰۲ و ج ۷، ص ۳۴)

متفاوتی را نسبت به آن، مشاهده نمود* در این مقال ابتدا به بررسی نظر مشهور در این خصوص پرداخته می‌شود.

۴-۱-۱- بررسی نظر مشهور نسبت به حقوق مالکانه در قالب تعیین کاربری

«اقسام تصرف مالک در ملک در ملکش که موجب ضرر به دیگران می‌گردد، در چهار حالت قابل بررسی است:

اول: اینکه مالک با این تصرف قصد ضرر زدن به همسایه را داشته باشد؛ بدون اینکه با این کار برایش منفی حاصل شود و یا در ترک این عمل ضرری متوجه او گردد.
دوم: انگیزه مالک از این کار صرفاً علاقه او به این عمل است و حقیقتاً قصدی در ضرر به همسایه ندارد.

سوم: انگیزه مالک از عمل خود کسب منفعتی است که در صورت عدم انجام آن عمل، منفعت مذکور حاصل نمی‌شود.

*- از این میان می‌توان به ۳ نظریه اشاره نمود ۱- مردم حق هرگونه تصرف مادی و حقوقی در اموال خود را دارند و می‌توانند این حق را به هر کیفیتی که بخواهند، اعمال کنند. به عبارت دیگر، هرگونه تصرف مادام که عدم مشروعیت آن از سوی شرع اثبات نشده توسط مالک مجاز و مشروع است. بر این مبنا، اگر تردید شود که تصرف خاصی از لحاظ شرعی جایز است یا نه، می‌توان برای اثبات مشروعیت آن به قاعده‌ی مزبور تمسک کرد کمپانی (محقق)، محمد حسین بن محمد حسن اصفهانی، حاشیه بر مکاسب، ج ۱ ص ۱۰۹. اما این نظریه مورد قبول بسیاری از فقیهان واقع نشده، زیرا مستلزم آن است که حدیث یاد شده در مقام تشریح باشد و بر جواز هر تصرفی که مشروعیت آن از ناحیه شارع ثابت نشده، دلالت کند خویی (آیت الله)، ابو القاسم؛ مصباح الفقاهه، ج ۳، ص ۵۸-۲- مردم همه گونه سلطنت و حق هر نوع تصرفی را در اموال خود دارند و می‌توانند هر نوع معامله عقلایی را در باره‌ی آنها انجام دهند، اما کیفیت انجام یافتن تصرفات باید به شیوه‌ای باشد که توسط شارع جعل یا امضا شده است. به موجب این نظریه، هر چند اصل جواز انجام دادن معاملات ناقله نسبت به اموال از این قاعده مستفاد می‌گردد، ولی چنانچه تردید شود که آیا در انتقال محتاج به ایجاب و قبول لفظی هستیم یا از طریق معاطات نیز امکان انتقال وجود دارد، نمی‌توان برای اخذ مجوز به این قاعده تمسک کرد، چرا که قاعده صرفاً در مقام بیان وجود اصل سلطنت و قدرت بر تصرفات در اموال است، نه نحوه اعمال آنها. ۳- این قاعده نه در مقام بیان اختیار مردم نسبت به عموم تصرفات است و نه بیانگر مجاز بودن در نحوه و کیفیت تصرف، بلکه مفاد دلیل سلطنت صرفاً بیان عدم محجوریت مالکان است و همین مقدار بیان می‌کند که مردم نسبت به اموالشان حق تصرف دارند و بدیهی است، این سخن به هیچ وجه تجویزکننده انواع تصرفات نیست، بلکه انواع تصرفات و نحوه آنها جملگی منوط به اجازه جداگانه شارع است (محقق داماد، قواعد فقه، ج، ص ۱۲۲-۱۲۳).

چهارم: انگیزه مالک رفع ضرر از خود است، به گونه‌ای که عدم انجام این عمل باعث ایجاد ضرر برای او می‌گردد»^{*}.

بر اساس تحقیق صورت گرفته از طرف مرحوم خوئی در خصوص نظر مشهور، حرمت و ضمان مالک در صورت اول و دوم امر مسلمی است، زیرا حرمت ضرر زدن به غیر، خصوصاً همسایه امری آشکار است؛ علاوه بر آنکه در این صور چیزی که به وسیله آن بتوان حرمت ضرر زدن به غیر را توجیه و رفع نمود نیز وجود ندارد.

اما در صورت سوم و چهارم، تصرف مالک جایز و ضمانی نیز متوجه او نیست؛ این مطلب را به دو گونه و از دو دیدگاه می‌توان مورد بررسی قرار داد.

«وجه اول: منع مالک از تصرف در ملکش حرج و مشقتی است که به او تحمیل می‌گردد و این در حالی است که دلیل نفی حرج، حاکم بر ادله نفی ضرر است همان گونه که حاکم بر ادله مثبت احکام می‌باشد.

وجه دوم: برای تصرف مالک در این صور، باید حکمی از سوی شارع مبتنی بر جواز یا حرمت جعل گردیده باشد، لذا ناگزیر است که یکی از آنها (تصرف و عدم تصرف) خارج از دلیل لاضرر باشد، این در حالی است که هیچ ترجیحی برای یکی نسبت به دیگری وجود ندارد؛ پس دلیل لاضرر نسبت به هر کدام مجمل می‌گردد و تمسک به حدیث لاضرر غیر ممکن می‌شود، در نتیجه با تمسک به اصل برائت، از حرمت، به جواز تصرف حکم می‌شود»[□].

*- توضیح المقام يقتضی ذکر أقسام تصرف المالك فی ملكه الموجب للإضرار بالجار، فنقول إن تصرفه يتصور علی وجوه: (الأول) - ان يكون المالك بتصرفه قاصدا لا ضرار الجار، من دون أن يكون فيه نفع له أو فی تركه ضرر علیه. (الثاني) - الصورة ی مع كون الداعي إلى التصرف مجرد العبث و الميل النفساني، لا الإضرار بالجار. (الثالث) - ان يكون التصرف بداعي المنفعة، بان يكون فی تركه فوات منفعة. (الرابع) - أن يكون الداعي التحرز عن الضرر بان يكون فی تركه ضرر علیه (خوئی، سيد ابوالقاسم، مصباح الأصول، ج ۲، ص ۵۶۵).

□- و المنسوب إلى المشهور جواز التصرف و عدم الضمان فی صورتين الأخيرتين، بعد التسالم علی الحرمة و الضمان فی صورتين الأوليين اما وجه الحرمة و الضمان فی صورتين الأوليين فظاهر، فانه لا إشكال فی حرمة الإضرار بالغير، و لا سيما الجار. و المفروض أنه لا يكون فيهما شيء ترتفع به حرمة الإضرار بالغير. و أما الوجه لجواز التصرف و عدم الضمان فی صورتين الأخيرتين، فقد استدلل له بوجهين: الوجه الأول) - ان منع المالك عن التصرف فی ملكه حرج علیه. و دليل نفی الحرج حاکم علی أدلة نفی الضرر، كما انه حاکم علی الأدلة المثبتة للأحكام... ان تصرف المالك فی ملكه فی المقام لا بد من ان يكون له

بنا بر آنچه گفته شد مشخص گردید که از دیدگاه مشهور بنا بر اینکه کاربری ملحوظ از طرف مالک یا غیر مالک، ملحق به وجه سوم یا چهارم باشد، وجهی برای محدود نمودن و تعیین کاربری خاص یا جلوگیری از تغییر کاربری به جهت وارد آمدن ضرر به دیگری وجود ندارد.

۴-۱-۲- اولویت حقوق مالکانه با تکیه بر قاعده تسلیط

علامه حلی در مساله ۱۰۹۰ تذکره الفقهاء در این زمینه چنین بیان داشته است: «انسان در ملکش جایز است که هر نوع تصرفی را که اراده نماید، انجام دهد، خواه به وسیله این تصرف ضرری به همسایه وارد شود یا وارد نشود. مثلاً در زمینی که اطراف آن خانه است حمام بنا کند یا در بین دکان‌های عطاری دکان نانوايي احداث نماید، یا مغازه لباسشویی و لکه بری در میان خانه‌ها (در منطقه مسکونی) احداث نماید، هر چند که با این کار باعث ترک خوردن دیوارها و خراب شدن آنها گردد و یا اینکه چاهی در کنار چاه همسایه حفر نماید که آب آن چاه را بکشد و یا چاه فاضلابی را حفر کند که آب این چاه به سمت چاه همسایه بریزد».*

علامه این قول را به شافعی، بعضی اصحاب ابوحنیفه و احمد (بنا بر یکی از دو قول) نسبت می‌دهد و دلیل آن را «الناس مسلطون علی اموالهم» می‌داند.[□]

بر اساس این قول، نیز از نگاه شرعی کسی حق ندارد که به خاطر رعایت مصلحت دیگران نوع خاصی از کاربری را برای افراد مشخص سازد و یا از جهت اینکه برخی مشاغل موجب اذیت و

حکم مجعول من قبل الشارع: إما الجواز أو الحرمة، فلا محالة يكون أحدهما خارجاً عن دليل لا ضرر. و لا ترجیح لأحدهما علی الآخر، فیکون دلیل لا ضرر مجعولاً بالنسبة إلیهما، فلا یمکن التمسک بحدیث لا ضرر بشيء منهما، فیرجع إلی أصالة البراءة عن الحرمة، و یمکن بجواز التصرف. (خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الأصول، ج ۲، ص ۵۶۵-۵۶۶)

*- مسأله ۱۰۹۰: «يجوز للرجل التصرف في ملكه بأي أنواع التصرفات شاء، سواء حصل به تضررٌ للجار أو لا، فله أن يبنى ملكه حملاً بين الدور و أن يفتح خبازاً بين العطارين، أو يجعله دكان قساره بين المساكن و إن أضرت الحيطان بالدق و أخربها و أن يحفر بئراً إلی جانب بئر جاره يجتذب ماءها، أو يحفر بالوعة أو مرتفعاً يجرى ماؤه إلی بئر جاره» (علامه حلی، تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)، ج ۱۶، ص ۹۲).

□- قال الشافعی و بعض اصحاب أبی حنیفة و أحمد فی إحدى الروایتین - لقوله علیه السلام: «الناس مسلطون علی اموالهم» الحدیثه (همان).

آزار دیگران می‌گردد، حقوق مالکانه را تحدید نماید و مالک را مجبور نماید که از کاربری خاصی در ملک خود پیروی نماید. زیرا اساساً معنای تسلط بر اموال این است که مالک بتواند از این حق مالکانه استفاده نموده و به هر کیفیتی که بخواهد این حق را اعمال نماید و تنها محدودیتی که می‌توان در این خصوص تصور کرد این است که اقدام صریحاً مخالف شرع باشد؛ لذا تا زمانی که عدم مشروعیت آن اقدام مشخص نشده، یا شک و تردید در مشروعیت آن وجود دارد، مشروع و مجاز تلقی می‌گردد.

البته سوالی که در این بین مطرح می‌باشد، این است که در مثال‌های یاد شده بعضاً ضرری آشکار به غیر، وارد می‌شود و این ضرر صریحاً در شرع نقض شده است؛ با این حالت چگونه می‌توان به مجاز بودن این گونه اعمال حکم کرد؟
احمد (بنا بر مبنای دیگرش) در خصوص نمونه‌های فوق و اعمال حقوق مالکانه به صورت پیش گفته، چنین می‌گوید:

«به خاطر قول (پیامبر) که «لا ضرر و لا ضرار» مالک از همه این اعمال منع می‌شود و اساساً از اعمالی چون جاری ساختن آب در ملک به گونه‌ای که به همسایه ضرر بزند و موجب خرابی دیوارش گردد و یا روشن نمودن آتشی که به خانه همسایه سرایت کند، منع گردیده است».*
در پاسخ به این سوال و عدم محدودیت در نحوه استفاده و تقابل مالکانه با حقوق دیگران علامه چنین بیان داشته است:

۱- «تصرف در ملک مختص به مالک است و حق هیچ شخص دیگری به این تصرف تعلق نگرفته است (لذا همسایگان از بابت مجاورت نمی‌توانند خود را ذی حق تصور نموده و تصرفات مالکانه را منع یا محدود نمایند). همان‌گونه که اگر شخصی، در آشپزخانه‌اش آشپزی نماید؛ یا نان بپزد، به خاطر اینکه دود به خانه همسایه می‌رود و موجب اذیت و آزار آنان می‌شود، نمی‌توان او را

*- قال أحمد فی الروایة الأخری: إنه یمنع من ذلك کله لقوله علیه السلام: «لا ضرر و لا إضرار» و هذا الفعل یضر بجیرانه، و لأن هذا إضرار بالجیران فممنوع منه، كما یمنع من إرسال الماء فی ملکه بحيث یضر بجاره و یتعدی إلی هدم حیطانه، و من إشعال نارٍ تتعدی إلی احتراق الجیران، (همان، ص ۹۳)

از این کار منع نمود.»*

۲- «منع نمودن مالک از عملی که مصلحتی برای او در ملکش ایجاد می‌نماید، بازگشت به این مطلب است که ضرری را به او تحمیل کنیم که مستحقش نیست (پس اگر قرار است بحث ضرر مطرح گردد، در طرف مالک نیز این ضرر وجود دارد) پس ضرر مشترک است و مراعات یکی بدون لحاظ دیگری، صحیح نیست؛ بلکه مراعات مالک اولویت دارد»[□].

۳- آنچه که در برخی روایات در خصوص منع روشن نمودن آتش و جاری ساختن آب مطرح گردیده است، اساساً هیچ ربطی به بحث ما ندارد «زیرا در این موارد، عمل انجام شده از ملک مالک تعدی کرده و به ملک دیگری سرایت می‌کند و مانند این است که مالک از روی قصد به ملک دیگری ضرر بزند (این مسلم است که مالک حقی نسبت به ملک مجاور خود ندارد و در این موارد متجاوز محسوب می‌شود). ... علاوه بر اینکه در این روایات به طور مطلق از افروختن آتش و جاری ساختن آب منع نشده است؛ لذا طرح این مطلب به صورت دائمی و عام صحیح نمی‌باشد؛ زیرا آنچه ممنوع شده، افروختن آتش در زمان وزش باد با علم به سرایت و روان ساختن آب علی وجه اکثره است»[□].

آنچه که از مباحث پیش گفته بر می‌آید، آن است که بر مبنای این نظریه و با تکیه بر قواعدی چون لاضرر یا نفی عسر و حرج نمی‌توان اقدامات مالکانه را تا زمانی که در حیطة و محدوده ملک شخص صورت گرفته و از آن تعدی نکرده است، محدود ساخت و شخص را مجبور نمود تا از کاربری خاصی پیروی نماید و یا از تغییر کاربری او جلوگیری شود. در مثال‌های مطرح شده توسط علامه و غیر آن به وضوح به این مطلب پرداخته شد؛ نهایت مطلب آن است که این قواعد را باید

*- لأنه تصرف في ملكه المختص و لم يتعلق به حق غيره، فلم يمنع منه، كما لو طبخ في دارة أو خبز فيها، فإنه لا يمنع منهما تحرراً من وصول دخانه إلى جاره و إن تأذى به، كذا هنا. تذكرة الفقهاء (ط - الحديثة)؛ (همان).

□-... منع المالك عن عمل مصلحة له في ملكه يعود نفعها إليه إضرار غير مستحق، فالضرر مشترك و ليس مراعاة أحدهما أولى من مراعاة الآخر، بل مراعاة المالك أولى (همان).

□- النار التي أضرمتها و الماء الذي أرسله تعدياً فكان مرسلًا لذلك في ملك غيره، فأشبه ما لو أرسلها إليه قصدًا و لأن ذلك غير عام؛ إذ الممنوع منه الإضرار عند هبوب الرياح بحيث يعلم التعدى و ليس ذلك دائماً، فلهذا منع و كذا إرسال الماء على وجه اکثره (همان).

در هر دو طرف مالک و مجاورین جاری ساخت که باز اقدام مالکانه اولویت پیدا می‌نماید و جلوگیری از اقدام مالک منع از عملی که مستحق آن است، خواهد بود؛ لذا تغییر کاربری های نظیر تبدیل پارکینگ به مغازه و یا ایجاد مشاغل مزاحم در مناطق مسکونی هر چند موجب برهم زدن نظم و ایجاد ضرر یا مشقت برای ساکنین خواهد بود؛ اما با این وجود نمی‌توان مالک را از اقدام مالکانه منع نمود. بنابراین تعیین کاربری نوعی دخالت و تجاوز به حقوق مالکانه محسوب می‌شود.

۴-۱-۳- اولویت حقوق مالکانه با خروج تخصصی قاعده لاضرر

«اساساً حدیث لاضرر در این جایگاه کاربردی ندارد؛ به خاطر اینکه مقتضی فقره اول حدیث (لاضرر) به عدم حرمت تصرف مالک دلالت دارد زیرا حرمت تصرف، ضرری برای مالک محسوب می‌شود و مقتضی فقره دوم (لا اضرار) حرمت زدن به غیر است. پس بین صدر و ذیل حدیث تعارض پیش می‌آید و به هیچ کدام از فقرات حدیث نمی‌توان عمل نمود؛ یا می‌توان مسئله را این گونه طرح نمود که حدیث لاضرر (چه صدر و چه ذیل آن) اساساً شامل بحث ما نمی‌شود، زیرا فلسفه این حدیث امتنان بر امت اسلامی است و جایی که منافی امتنان است را شامل نمی‌شود و آشکار است که حرمت و منع از تصرف مخالف امتنان بر مالک است و ترخیص در آن هم خلاف امتنان بر همسایه می‌باشد، پس هیچ کدام مشمول حدیث لاضرر نمی‌گردد. از آنچه گفته شد (بیان یک قاعده کلی) معلوم می‌گردد تمسک به حدیث لاضرر، در جایی که ترک تصرف موجب از بین رفتن منفعت می‌شود، ممکن نیست؛ هر چند که ضرری هم برای او محسوب نشود. زیرا منع مالک از انتفاع از ملکش مخالف امتنان است؛ پس مشمول حدیث لاضرر نمی‌شود. در نتیجه ممکن نیست که اصولاً در این جایگاه به حدیث لاضرر تمسک شود؛ پس ناگزیریم که به غیر این حدیث مراجعه نماییم؛ در این صورت اگر عموم یا اطلاقی که دلالت بر جواز تصرف مالک از ملکش، (حتی در مثل این مقام) وجود داشته باشد، بدان تمسک نموده و به جواز تصرف مالک حکم می‌نماییم والا به اصل عملی که در این مقام؛ اصالة البرائة از حرمت است رجوع

نموده، حکم به جواز تصرف مالک می‌نماییم*.

۲-۴- اولویت حقوق عمومی بر مالکیت و حقوق خصوصی

در مقابل کسانی که با تمسک به تسلط و سلطنت و یا غیر آن، حکم به اولویت حقوق مالکانه بر حقوق عمومی نموده‌اند، گروهی نیز با تمسک به اصول و قواعدی دیگر به صورت نقضی یا حلی به رد این نظریات و اثبات نظریه دیگری که به گونه‌ای بر اولویت حقوق عمومی نظر دارد، پرداخته‌اند.

۲-۴-۱- نقض استدلال مشهور بر حقوق مالکانه

در خصوص نظریه مشهور و تمسک به بحث حرج، باید عنوان داشت که اولاً: هر نوع ایجاد مانع برای مالک جهت تصرف در ملکش، حرج محسوب نمی‌گردد؛ زیرا حرجی که در شرع مورد نفی واقع شده، به معنای مشقتی است که تحمل او عادتاً امکان پذیر نمی‌باشد، در حالی که منع مالک از تصرف در ملکش به صورت مطلق موجب مشقتی که عادتاً قابل تحمل نباشد، نیست.

*- التحقیق عدم شمول حدیث لا ضرر للمقام، لأن مقتضى الفقرة الأولى عدم حرمة التصرف لكونها ضرراً على المالك. و مقتضى الفقرة الثانية - و هي لا ضرر - حرمة الإضرار بالغير على ما تقدم بيانه، فيقع التعارض بين الصدر و الذيل، فلا يمكن العمل بإحدى الفقرتين. و إن شئت قلت إن حدیث لا ضرر لا يشمل المقام أصلاً لا صدراً و لا ذیلاً، لما ذكرناه من كونه وارداً مورد الامتنان على الأمة الإسلامية، فلا يشمل مورداً كان شموله له منافياً للامتنان. و من المعلوم ان حرمة التصرف و المنع عنه مخالف للامتنان على المالك. و الترخيص فيه خلاف الامتنان على الجار، فلا يكون شيء منهما مشمولاً لحدیث لا ضرر. و بما ذكرناه ظهر انه لا يمكن التمسك بحدیث لا ضرر فيما كان ترك التصرف موجبا لفوات المنفعة. و ان لم يكن ضرراً عليه. لأن منع المالك عن الانتفاع بملكه أيضاً مخالف للامتنان، فلا يكون مشمولاً لحدیث لا ضرر، فلا يمكن التمسك بحدیث لا ضرر في المقام أصلاً، بل لا بد من الرجوع إلى غيره، فان كان هناك عموم أو إطلاق دل على جواز تصرف المالك في ملكه حتى في مثل المقام يؤخذ به، و يحكم بجواز التصرف، و الا فيرجع إلى الأصل العملي و هو في المقام أصالة البراءة عن الحرمة، فيحكم بجواز التصرف. و بما ذكرناه ظهر الحكم فيما إذا كان التصرف في مال الغير موجبا للضرر على الغير، و تركه موجبا للضرر على المتصرف، فيجرى فيه الكلام السابق من عدم جواز الرجوع إلى حدیث لا ضرر، لكونه وارداً مورد الامتنان، فيرجع إلى عموم أدلة حرمة التصرف في مال الغير، كقوله عليه السلام: (لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه) و غيره من أدلة حرمة التصرف في مال الغير، و يحكم بحرمة التصرف (خوئي، سيد ابوالقاسم، مصباح الأصول، ج ۲، ص ۵۶۶-۵۶۷).

چه بسا منع مالک از تصرفش مشقتی برای او ایجاد ننماید، البته ممکن است گاهی نیز برای او مشقت ساز باشد. اما به هر صورت حرج نفی شده در شریعت مقدس، به معنای مطلق سختی نیست والا تکالیف شرعی نیز باید حرجی محسوب گردند؛ زیرا تکالیف، سخت و منافی آزادی انسان و آنچه نفس خواستار آن است، می باشد. ثانیاً: وجهی برای حکومت ادله نفی حرج بر ادله نفی ضرر متصور نیست؛ زیرا هر کدام از این دو قاعده (نفی حرج و نفی ضرر) ناظر به احکام اولیه می باشد؛ لذا وجهی برای حکومت یکی بر دیگری وجود ندارد.

علاوه بر اینکه، تمسک مشهور به اصل عملی که بر پایه استدلال بر خارج نمودن لاضرر از بحث صورت گرفته است، نیز وجهی ندارد؛ زیرا دلیل لاضرر تنها شامل احکام الزامی و ناظر به نفی ضرر از طرف شارع در عالم تشریح است و ضرر در احکام ترخیصیه مستند به شارع نیست تا به وسیله حدیث لاضرر رفع شود. در نتیجه حرمت اضرار به غیر، مشمول حدیث لاضرر بوده و به وسیله این حدیث رفع می شود، اما جواز و ترخیص عمل را اثبات نمی کند.*

۴-۲-۲- اولویت حقوق اجتماعی در قالب جمع بین قاعده لاضرر و تسلیط

در مبحث اولویت مالکیت و حقوق خصوصی بر حقوق عمومی، به قاعده تسلیط آنچنان نگریسته شد که تصرفات مالکانه را محدود به هیچ حدی، حتی ضرر به همسایه ندانست؛ لذا تعیین کاربری را نوعی تجاوز به حقوق مالکانه قلمداد نمود. در مقابل، دیدگاهی دیگر استفاده از کلمه الناس و استفاده نمودن از صیغه جمع در روایت را گویای اجتماعی بودن این قاعده و بیانگر این

* - فلعدم كون منع المالك عن التصرف في ملكه حرجا عليه مطلقا، فان الحرج المنفي في الشريعة المقدسة إنما هو بمعنى المشقة التي لا تتحمل عادة. و من الظاهر ان منع المالك عن التصرف في ملكه لا يكون موجبا للمشقة التي لا تتحمل عادة مطلقا بل قد يكون و قد لا يكون. و ليس الحرج المنفي في الشريعة المقدسة بمعنى مطلق الكلفة. و إلا كان جميع التكالیف حرجية فانها كلفة و منافية لحرية الإنسان و للعمل بما تشتهي الأنفس. و ... لا وجه لحكومة أدلة نفی الحرج علی أدلة نفی الضرر، فان كل واحد منهما ناظر إلى الأدلة الدالة على الأحكام الأولية. و يقيد بها بغير موارد الحرج و الضرر في مرتبة واحدة، فلا وجه لحكومة أحدهما على الآخر ... ان دليل لاضرر لا يشمل إلا الأحكام الإلزامية، لأنه ناظر إلى نفی الضرر من قبل الشارع في عالم التشريع. و الضرر في الأحكام الترخیصية لا يستند إلى الشارع، حتى يكون مرتفعا بحدیث لاضرر، فحرمة الإضرار بالغير تكون مشمولة لحدیث لا ضرر و مرتفعة به دون الترخیص (خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الأصول، ج ۲، ص ۵۶۵-۵۶۷).

مطلب می‌داند که همه جهات تسلط محدود به حدی است که آن احترام به مال دیگران، عدم اضرار به غیر و عدم مزاحمت با حقوق جمع است. به عبارت دیگر قاعده تسلیط قاعده برای جمع است نه برای فرد یعنی تسلط هر فرد در مال و نفس خود مشروط به رعایت تسلط دیگران است. قاعده تسلیط در حقیقت قاعده‌ای برای نظم اجتماعی و حفظ منافع جمعی است و در این قاعده منافع فرد با منافع جمع متوافق شده و حقوق فرد در ضمن حقوق جمع تامین گشته است.*

بر اساس این دیدگاه قاعده لا ضرر و تسلیط تعارضی با یکدیگر پیدا نمی‌کنند بلکه بر اساس قاعده تسلیط نظم اجتماعی و امنیت و آسایش مردم در زندگانی منوط به این است که همه افراد نسبت به مال توأم مسلط باشند و این امر سبب خواهد شد که هیچ فردی از افراد هیئت اجتماعی، نتواند سبب زیانی را نسبت به هم نوع خود فراهم سازد و لو اینکه در مقام استفاده از حق و ملک و مال خود باشد؛ لذا باید گفت که این حدیث در مورد خود متضمن قاعده لا ضرر است.

۴-۲-۳- تسلط مطلق بر مالکیت مشروط

«انسان در ملکش جایز است که هر نوع تصرفی را که اراده نماید، انجام دهد خواه به وسیله این تصرف ضرری به همسایه وارد شود یا وارد نشود».[□]

این جمله هیچ‌گاه به معنای عدم محدودیت اقدامات مالک در ملک خود نیست؛ زیرا نفس مالکیت در مکان و زمانی که ایجاد گردیده خود تابع شرایط و تعهدات شرعی، قانونی و عرفی نوشته یا نانوشته بوده است.[□] و اساساً عنوان مالکیت برای مالک در فضایی آمیخته از شروط و

*- برای مطالعه بیشتر در خصوص این نظریه ر.ک به: جوان، موسی (۱۳۲۷)، «بحث فقهی حق مالکیت و قاعده لا ضرر»، کانون وکلا، دوره اول، ش ۱، و ص ۱۴-۱۷؛ ش ۲، ص ۸-۱۳.

□- علامه حلی، تذکره الفقهاء (ط - الحدیث)، ج ۱۶، ص ۹۲.

□- هر چند در کشور ما حقوق نوشته و مدون احترام فراوان دارد و منبع اصلی حقوق قانون است؛ عرف نیز در ساختمان قواعد حقوقی اثر به سزا دارد (کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ص ۴۷۴) این نقش هم جنبه موضوعی و هم جنبه حکمی دارد؛ به طور مثال کارشناسان برای تعیین بهای سرقفلی املاک تجاری واقع در طرح‌های عمومی از قیمت‌های عرفی و متداول منطقه در بیان نظریه خود استفاده می‌کنند. در جنبه حکمی نیز می‌توانیم مثلاً به لزوم پرداخت حقوق زارعانه به زارعین املاک کشاورزی واقع در طرح‌های عمومی شهرداری اشاره کنیم (بهشتیان، سید محسن، بررسی نظم حاکم بر حقوق مالکانه در برابر طرح‌های عمومی شهرداری، ص ۱۴۰).

تعهدات حاصل گردیده و مالک با پذیرش این تعهدات عنوان مالکیت را اکتساب نموده است؛ لذا مالک در چارچوب تعهدات خود مطلقاً مختار و مقتدر است که هرگونه تصرف یا اقدامی را که اراده کند، انجام دهد ولی خارج از این چارچوب بر اساس تعهدات و شروط منعقد گردیده، مالک نمی‌تواند برخلاف شرط خود عمل نماید و در صورت انجام عمل خلاف شرط یا تعهد خود، باید ملتزم به لوازم آن گردد. بنابراین هر چند ضرر و مشقت بر مبنای پیش گفته نادیده گرفته شود، اما باید توجه داشت که در زمان حاضر شخص، مالکیت خود را، با قبول شرایط و تعهداتی به دست می‌آورد که بنابر آیاتی چون «والذین لأماناتهم وعهدهم راعون»^{*} و روایاتی چون موثقه اسحاق بن عمار[□]، عبدالله بی سنان[□] و ... لازم است به آن پایبند باشد. از این جهت شخصی که صاحب ملک می‌شود و قصد استفاده و بهره‌وری از آن ملک را دارد، همان‌گونه که قبلاً بیان گردید با چند صورت مواجه است؛ یا ملک دارای پروانه است و طبیعتاً در پروانه نوع کاربری مشخص گردیده و شخص نیز ملک را با این وصف خریده و خود را ملزم به استفاده مشخص از این ملک نموده است. به عنوان نمونه ساختمانی را مورد معامله قرار داده است که قسمتی از آن به پارکینگ اختصاص داده شده و لاغیر و در هنگام معامله بر اساس آنچه در پروانه بوده است، شخص متعهد گردیده این فضا را در جهت دیگری استفاده ننماید؛ لذا تبدیل پارکینگ به محل تجاری خلاف شرط تعهد اولیه می‌باشد. از این جهت است که حتی اگر محدودیت در تصرف مالکانه را از باب ضرر جایز ندانیم، از باب پایبندی به شروط و تعهدات، مالک ملزم به رعایت کاربری مشخص شده، است و تغییر یا تبدیل آن برخلاف آنچه در پروانه قید گردیده جایز نمی‌باشد. یا ملک دارای پروانه نیست که در این صورت نیز هر چند در قرارداد منعقد شده مشخصاً کاربری تعیین نگردیده است، اما بر اساس آنچه در خصوص محتوای طرح‌ها گفته شد، باز مالک که مالکیت او در قالب این طرح‌ها معنا یافته و مشروط به پذیرش شروط و تعهدات است ملزم به رعایت محتوای این طرح‌ها می‌باشد.

*- سوره مؤمنون، آیه ۸.

□- وسائل، ج ۱۲، ص ۳۵۴، از ابواب خیار، روایت ۵.

□- همان، روایت ۲.

۵- جایگاه تعیین کاربری و حقوق مالکانه در حوزه احکام ثانویه و حکومتی

یکی از مسائلی که می‌توان در راستای حمایت از قوانینی چون تعیین کاربری مطرح نمود؛ این است که قوانین و احکام اسلام در احکام اولیه خلاصه نمی‌شود؛ لذا تمسک و تمرکز بر این قوانین و نادیده انگاری شرایط و موقعیت‌های اجتماعی و تغییرات صورت گرفته در نواحی مختلف موضوع در اصل تحدید سیستم قانون گذاری اسلامی است. برای روشن شدن این مطلب و تعیین جایگاه قوانین تعیین کاربری در این سیستم به طور مختصر به دسته بندی احکام اشاره می‌گردد.

۵-۱- دسته بندی احکام در راستای تعیین جایگاه قوانین تعیین کاربری

قواعد حقوقی را به ویژه در فقه سیاسی می‌توان به سه دسته احکام و قواعد حقوقی کلی اولیه‌ی ثابت، احکام و قواعد حقوقی ثانوی و متغیر و احکام حکومتی تقسیم کرد (زنجانی، ۱۴۲۱: ۱۱۹). احکام اولیه یعنی دستوراتی که در شرایط طبیعی و عادی آمده است؛ بدون آن که شرایط و اضطرار در آن لحاظ شده باشد؛ (تا اینجا به جایگاه مالکیت و تعیین کاربری بر این اساس پرداختیم). احکام ثانویه که موقتی و محدودند؛ این احکام تابع حالات و روی موضوع خاصی قرار دارند و چون حالات موقت‌اند، حکم نیز موقت است. نهایتاً حکم حکومتی که عبارت است از فرمان‌ها، قوانین و مقررات کلی و دستور اجرای احکام و قوانین شرعی که از سوی رهبری مشروع جامعه اسلامی در حوزه مسائل اجتماعی با توجه به حق رهبری و با لحاظ مصلحت جامعه صادر می‌گردد.*

در این راستا باید توجه نمود که هر چند حکم حکومتی و حکم ثانویه در برخی موارد چون تغییر، محدودیت زمانی، قرار گرفتن در حوزه عسر و حرج و اضطرار و حکومت بر احکام اولیه، رسالتی واحد دارند؛ اما از جهات مختلف با یکدیگر تفاوت‌های اساسی دارند از جمله اینکه احکام ثانویه، بیشتر در حوزه فردی کاربرد دارد و احکام حکومتی عمدتاً در حوزه اجتماعی صادر می‌شود؛ احکام ثانویه فقط در حدود عسر و حرج و اضطرار کاربرد دارد؛ ولی احکام حکومتی می‌توانند از این معیار فراتر رفته و بر اساس مصالح و آینده نگری گر چه به حدّ عسر و حرج نرسد؛

*- برای مطالعه بیشتر بنگرید به: مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۲۸، ص ۱۱۴-۱۳۱.

کاربرد داشته باشند. احکام ثانویه در مواردی که احکام اولیه صادر شده، مطرح می‌گردد و موضوعیت دارند حال آن که احکام حکومتی در زمینه‌ای که کتاب و سنت ساکت است نیز حکم دارد؛ حکم ثانویه معمولاً سبب تعطیل حکم اولیه (هر چند موقتاً) می‌گردد؛ اما حکم حکومتی می‌تواند در جهت تحکیم، تثبیت و اجرای حکم اولیه نیز صادر گردد (منصور نژاد، ۱۳۷۷: ۱۰۹ - ۱۰۵).

در خصوص مسائلی چون تعیین کاربری باید به این نکته توجه نمود که این قوانین اساساً برخاسته از شرایط و موقعیت‌هایی است که جوامع انسانی در گذشته با آن بیگانه بوده و یا آن‌چنان گسترده نبوده تا به ایجاد قوانین یا تشکیلات خاصی نیازمند باشد. مسائل و مشکلاتی چون حفاظت از محیط زیست، بهداشت روانی، تعلیم و تربیت و نقل و انتقال درون شهری که مستلزم تمرکز، تجمع و گسترش صحیح جمعیت در مکان‌های مناسب و رعایت اصول شهرنشینی است؛ لذا بسنده نمودن به احکام اولیه اسلام و معیارها و مسائلی که در احادیث و روایات در فضایی کاملاً متفاوت در مورد زندگی افراد محدودی در کنار یکدیگر و رعایت حقوق همسایگان صادر شده است، به طور قطع نه تنها گامی در جهت حل مشکلات شهری نمی‌باشد؛ بلکه در بسیاری از مواقع با توجه به یکسان‌انگاری موضوع سبب صدور حکم در غیر جایگاه خود می‌شود.

از سوی دیگر با توجه به اینکه کاربرد احکام ثانویه اصولاً و غالباً در حوزه فردی است؛ نمی‌تواند به عنوان مجرای قانون ساز تلقی گردد. علاوه بر آنکه کاربرد این احکام در خصوص عسر و حرج فعلی است؛ لذا نمی‌توان این مجری را مجوزی برای تعیین کاربری و طرح‌های شهرداری جهت جلوگیری از عسر و حرجی که در آینده حادث می‌شود؛ محسوب نمود. از اینجا اهمیت احکام حکومتی که عمدتاً کاربردی اجتماعی دارند و فراتر از عسر و حرج بر مبنای آینده نگری و مصلحت عمل می‌کنند؛ آشکار می‌شود.

۵-۲- احکام حکومتی و قوانین تعیین کاربری

حکم حکومتی گاهی با حکم اولیه در تضام، گاهی در جهت تقویت و در سایر موارد تاسیسی و در زمینه و میدان‌هایی است که حکم اولیه‌ای درباره آن موضوع، از سوی شرع و شارع نرسیده است (همان). بر این اساس حتی چنانچه ادعا شود که قوانینی چون تعیین کاربری نوعی تحدید حقوق مالکانه است که براساس قوانین و احکام اولیه اسلام از مشروعیت لازم برخوردار

نیست یا فراتر از آن، این قوانین اصولاً با احکام اولیه در خصوص حقوق مالکانه در تضاد است؛ باز نمی‌توان مشروعیت و لازم‌الاجرا بودن این قوانین را انکار نمود. زیرا بر اساس آنچه گفته شد: اولاً: بر اساس مناسبات شهرنشینی جدید و قرار گرفتن اقدامات فرد در مقابل اجتماع و منافع اجتماعی که بسیار متفاوت از آن چیزی است که عموماً در احادیث در مورد حقوق مالکانه یک فرد در مقابل فرد دیگر یعنی همسایه یا حداکثر جامعه‌ای با معیارهای کاملاً متفاوت مطرح گردیده؛ اثبات این تضاد و تراحم با توجه به احتمال طرح تغییر موضوع به شدت محل تردید است.

ثانیاً: با توجه به تردید فوق و پذیرش این مطلب که زمینه و میدان‌هایی وجود دارد که از طرف شارع حکم اولیه‌ای در خصوص آن صادر نشده است؛ باید مسائل مطروحه و مستحدثه در شهرنشینی جدید و روابط اجتماعی و محیطی فعلی نظیر بهداشت روانی، محیط زیست و ... را بخشی از این گستره محسوب نمود که نیازمند صدور حکم حکومتی تاسیسی (هر چند به صورت غیر مستقیم*) می‌باشد.

ثالثاً: در صورتی که به هر عنوان تضاد بین احکام اولیه و قوانین تعیین‌کننده کاربری که سبب محدودیت در تصرفات مالکانه است را بپذیریم؛ این تضاد سبب غیر مشروع گشتن این قوانین نخواهد شد؛ زیرا بر اساس آنچه پیشتر گفته شد قوانین تعیین‌کننده کاربری جزء احکام حکومتی غیر مستقیم محسوب شده و احکام حکومتی با توجه به مصالح و منافی که ولی فقیه در نظر گرفته است؛ می‌تواند در تراحم و تضاد با احکام اولیه می‌باشد.

۶- نقدی کوتاه بر برخی قوانین تعیین و تغییر کاربری

حیثیت و شرافت حقوق مالکانه و اقبال مشهور به اولویت و بقای این حقوق در تنازع با حقوق

*- هر کدام از سه نوع احکام حکومتی، می‌تواند به دو شیوه مطرح شوند: مستقیم و غیر مستقیم. حکم حکومتی که مستقیماً توسط ولی امر صادر می‌گردد کلیه احکامی است که مستقیماً مثلاً پس از تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام تنفیذ و ابلاغ می‌گردند؛ اما حکم حکومتی که غیر مستقیم، به فقیه جامع‌الشرایط بر می‌گردد، کلیه مصوبات، ابلاغات و احکامی است که از سوی افراد و یا نهادهای حکومتی تنفیذ شده توسط ولی امر و یا مراجع پذیرفته شده قانونی، صادر می‌گردند؛ مانند تصویب نامه‌های هیئت دولت.

عمومی، می‌طلبد که قبل از هر گونه تغییر و تحدید در این حقوق، با طرحی دقیق و نقشه‌ای که حد و حدود مالکانه در آن به طور شفاف ترسیم گردیده، سعی نمود تا در عین حفظ مناسبات شهری، کمترین خسارت به حقوق مالکانه تحمیل گردد. این در حالی است که عدم شناخت جایگاه و انجام خود سرانه و خارج از حیطه قوانین برخی مراجع^{*}، عدم توجه و جبران هزینه‌های تحمیلی به اشخاص جهت وصول به حقوق عمومی[□]، محوریت حقوق عمومی در وضع قوانین[□]، عدم امنیت حقوق مالکانه به علت وجود مراجع متعدد با اختیارات و هویت مبهم[□] در جهت تحدید تحدید حقوق مالکانه، اتحاد مدعی علیه و قاضی در برخی صور قیمت گذاری، عدم نظارت دقیق بر تملک حقوق مالکانه و تعیین محدوده این تملیک، تبعیض قانون در جعل یک سویه امتیاز برای دستگاه‌های عمومی و عدم تعیین رویه مشخص در رجوع به مراجع قضایی برای دارندگان حقوق مالکانه در برابر دستگاه‌های عمومی، همگی نقش به‌سزایی در تضییع حقوق مالکانه داشته‌اند. در این بین تعیین و تغییر کاربری نیز علاوه بر ابتلا به برخی آفات عمومی تحدید حقوق مالکانه، به گزندهای اجرایی و تقیینی خاص خود نیز دچار شده است که به دلیل طولانی شدن بحث، تنها به ذکر چند نمونه اکتفا می‌شود.

*- ر.ک به شماره ۲۱۰-۱۳۷۲/۱۲/۱۴-۵۶-۱۳۸۰/۲/۳۰-۲۷۰ و ۲۷۱-۲۰/۲۳-۳۴۶، ۱۳۷۹/۹/۲۰-۲۷۱-۱۳۸۰/۱۰/۲۳-۳۴۶، ۱۳۸۱/۵-۱۳۸۱/۵-۳۴۵، ۱۳۸۱/۱۰/۱-۳۴۵، ۱۳۸۳/۹/۲۲-۴۶۰، ۱۳۷۱/۸/۳۰-۱۸۶، ۱۳۷۱/۸/۳۰-۱۷۲ و ۱۷۳-۱۳۸۱/۵/۲۷-۳۸۶، ۱۳۸۱/۱۰/۲۹-۳۸۶، هیات عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر ابطال مصوبات شورای عالی شهرسازی و معماری و کمیسیون تبصره ماده ۵.

□- بند ۹ ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ «اراضی واقع در خارج از محدوده شهرها که در مسیر راه‌های اصلی یا فرعی با خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله‌های نفتی و گاز قرار می‌گیرد با رعایت حریم مورد لزوم که از طرف هیات وزیران تعیین خواهد شد، از طرف دولت مورد استفاده قرار می‌گیرد و از بابت این حق ارتفاق وجهی پرداخت نخواهد شد». بر این اساس چنانچه به علت احداث جاده‌های برون شهری تصرفی به عمل آید، هیچ‌گونه خسارتی به مالک تعلق نخواهد گرفت. رای شماره ۱۳۷۴/۴/۱۷-۱۵۳ هیات دیوان عدالت نیز موید این مطلب می‌باشد. در این راستا می‌توان به ماده ۱۱ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت و هم‌چنین ماده ۱۰۱ قانون شهرداری اشاره نمود.

□- سخن گفتن از ماده یا مواردی خاص یا اشاره به عبارتی که مبین پیروی قانونگذار ما از این نظریه باشد، ضرورتی ندارد. سرتاسر قوانین مربوطه، موید چنین موضوعی است. (بهشتیان، ۱۳۸۶: ۱۲۲).

□- ر.ک به: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۴، ص ۵۹۳.

۶-۱- استثناء یا نگاهی واژگون به فلسفه تعیین کاربری

بر اساس تبصره بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری‌ها* و ماده واحده مورخ ۶۴/۱۰/۲۰[□] قانون گذار با استثناء برخی مشاغل چون مطب پزشکان و حرفه‌های وابسته به آنها و اعلام غیر تجاری بودن آنها فعالیت این مشاغل در ساختمان‌های مسکونی و تجاری ملکی و اجاری را بلا مانع دانسته است. با صرف نظر از اینکه قانون گذار در وضع این استثناء، نظر به ماهیت غیر تجاری و ترجیح جانب علمی و معنوی آنان داشته و یا عوامل دیگری چون نیاز مبرم جامعه و تسهیل کار برخی مشاغل را ملحوظ نموده است، باید عنوان نمود که علاوه بر عدم قدرت و توجیه لازم و آشکار وجه استثناء، باید توجه داشت که تعیین و تغییر کاربری در فضای حقوق مالکانه‌ای موجودیت یافته که ماهیتاً تشکیک بردار و اولویت ساز نیست. لذا در یک آپارتمان با تعداد زیادی از واحدهای مسکونی تبدیل یک واحد به مطب رادیولوژی و یا سایر مشاغل مرتبط، که روزانه تعداد زیادی از بیماران با انواع بیماری‌های قابل سرایت در آن رفت و آمد می‌نمایند؛ یا پرتوهایی که در بهترین حالت ممکن برای ساکنین ایجاد دغدغه می‌کند، امنیت جسمی و فکری و آرامش دیگران را به مراتب بیشتر از یک واحد کارگاهی به خطر می‌اندازد و نه تنها با هدف و فلسفه تعیین کاربری یعنی حل مشکلات موجود شهری همسو نمی‌باشد، بلکه اساساً در ضدیتی آشکار قرار دارد.

۶-۲- نگاه‌های متضاد حقوقی

برای درک بهتر نسبت به ابهام جایگاه حقوق مالکانه و موارد محدود کننده‌ای چون تعیین کاربری و نگاه‌های مضطرب حقوقی به آن، تنها به یکی از مسائل مطرح شده در خصوص استثنائات تغییر کاربری توجه نمایید.

مالکی که از قدیم در منطقه‌ای با کاربری غیر تجاری (فرضاً مسکونی) واحدی تجاری داشته

*... دائر کردن دفتر وکالت و مطب و دفتر اسناد رسمی و ازدواج و طلاق و دفتر روزنامه و مجله و دفتر مهندسی به وسیله مالک، از نظر این قانون استفاده تجاری محسوب نمی‌شود.

□- این ماده علاوه بر اینکه فعالیت صاحبان حرف وابسته به پزشکی را در ساختمان‌های مسکونی و تجاری بلامانع اعلام نمود، ابهام ایجاد شده در تبصره بند ۲۴ ماده ۵۵ در خصوص اماکن استیجاری را نیز برطرف نمود.

باشد در هنگام بازسازی ساختمان، به او اجازه داده می‌شود به اندازه مساحت واحد تجاری سابق، در ساختمان جدید نیز واحد تجاری احداث و از آن بهره برداری نماید. حال در برخورد با مالکی که به هر دلیلی اعم از بی اطلاعی نسبت به قانون، فراموشی و یا قصد فرار از پرداخت عوارض تجاری، هنگام درخواست پروانه بازسازی، واحد تجاری را ملحوظ ننموده و نهایتاً پس از احداث ساختمان، خود راساً بدون توجه به نقشه و پروانه مصوب، با تغییراتی واحد تجاری قبلی را با همان مساحت مجدداً ایجاد نموده است؛ برخی بر این باورند که صرف نظر از انگیزه مالک، (در ارائه نقشه، بدون درخواست واحد تجاری که منجر به احداث بنایی با کاربری غیر تجاری گردیده است) این عمل، نشانگر اقدام ایشان علیه خود و صرف نظر کردن از حقوق مالکانه می‌باشد. لذا با از بین رفتن این حق چنان چه در مرحله بعد (پس از احداث) بخواهد با انجام تغییراتی این حق را احیاء نماید، مطابق تبصره ذیل بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری تقاضای تعطیلی واحدهای تجاری خلاف و تبدیل آن مطابق آنچه در نقشه و پروانه مشخص شده، تقاضا می‌شود. این در حالی است که گروهی دیگر بر این عقیده اند که اعراض از حقوق مالکانه نیازمند دلایل متقن است. خصوصاً در جایی که سند مثبتی موجود باشد، این اعراض باید به صورت رسمی صورت گیرد و با تکیه بر قرائن سست نمی‌توان حقوق مالکانه را به آسانی ویران ساخت. لذا نهایت اقدامی که می‌تواند صورت گیرد، این است که به بقای واحدهای تجاری احداث شده مشروط به پرداخت جریمه حکم نمود. در همین زمینه نظرات متفاوت دیگری نیز بیان گردیده که همگی بیانگر عدم ترسیم شفاف حد و مرز حقوق مالکانه، نگاه سلیقه‌ای به قوانین، عدم توجه به فلسفه اموری چون تعیین کاربری و موارد متعدد دیگری است که عامداً یا سهواً در تقنین و اجرا لحاظ گردیده است.

۳-۶- ابهام در تعلق ارزش افزوده در بررسی تطبیقی حق مرغوبیت و تعیین کاربری

یکی از مسائلی که می‌تواند در جهت دستیابی به معیار مشخصی جهت رفع تقابل حقوق مالکانه و مسائلی چون تغییر کاربری مفید باشد؛ این است که آیا اساساً هرگونه ارزش افزوده‌ای که در ملک ایجاد گردد؛ مطلقاً منحصر به مالک است یا در مواردی با در نظر گرفتن برخی ملاک‌ها می‌توان قائل به عدم انحصار یا تشریک گردید؟ به عنوان نمونه مالکی که با تغییر کاربری ملک خود از مسکونی به تجاری، بر ارزش ملک خود افزوده است آیا منحصرأ خود مالک این ارزش افزوده است یا شهرداری نیز می‌تواند با عناوین مختلف در این ارزش افزوده شریک گردد؟ برای

درک بهتر ابهام در انحصار یا تشریک ارزش افزوده می‌توان به قوانین و نظراتی که در خصوص حق مرغوبیت یا تشرف مطرح شده است؛ پرداخت*.

حقی که شهرداری نسبت به ارزش افزوده حاصل از اجرای طرح‌های احداث، اصلاح و توسعه معابر نسبت به املاک واقع در برگذره‌های جدید کسب می‌کند، حق مرغوبیت یا تشرف نامیده می‌شود؛ در سال ۱۳۶۰ تشریک در ارزش افزوده به موجب قانون لغو حق مرغوبیت کاملاً منتفی شد. وزارت کشور در پی احیای حق تشریک در ارزش افزوده در سال ۱۳۶۸ بر اساس نامه‌ای از محضر رهبر انقلاب کسب تکلیف نمود و طی آن سوال نمود که آیا تفاوت ارزش ایجاد شده بالفعل به صورت دارایی (ثروت) یا بالقوه به صورت اجاره بها و سرقتی متعلق به مالک است یا عموم مردم شهر (شهرداری به نایب منابی مردم که پرداخت کننده تمام هزینه‌ها بوده‌اند) با این عنوان که بتواند قسمتی از هزینه‌های مصروفه را جبران کند؟

دفتر مقام معظم رهبری اعلام داشتند در اینکه ارزش افزوده ناشی از عبور خیابان از نزدیکی یک ملک، متعلق به صاحب آن ملک است؛ نباید هیچ شک داشت. دولت یا شهرداری می‌تواند در صورت تصویب مجلس یا هر مقام قانونی مالیات ببندد، هم بر این ارزش افزوده و هم برای ملکی که خیابان جدیدی از کنار آن عبور کند (کامیار، ۱۳۷۸: ۷).

وزارت کشور با تلقی این پاسخ به عنوان مجوز شرعی و قانونی، بر اساس بند الف ماده ۲۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین، تعرفه عوارضی حق مشرفیت را تهیه نمود که پس از تصویب، جهت اجرا به شهرداری‌های سراسر کشور ارسال گردید. اما این پایان ماجرا نبود چرا که برخی از شعب دیوان عدالت اداری اخذ و جوهی تحت عنوان حق تشرف را غیر قانونی تشخیص داد و در نهایت شورای نگهبان نیز این مصوبه را خلاف شرع و قانون دانست.

به طور مشخص در خصوص تغییر کاربری و هزینه دریافتی توسط شهرداری نیز بر اساس

*- هر چند که حق مرغوبیت و تشرف با تغییر کاربری از نظر سبب و علت ایجاد ارزش افزوده تفاوت اساسی دارد؛ اما از این منظر که در هر دو عموماً ارزش افزوده‌ای ایجاد می‌گردد که تشریک یا انحصار آن محل بحث است، یکسان هستند. لذا یافتن ملاک مشخص در خصوص انحصار یا تشریک ارزش افزوده در حل هر دو مسئله راه گشا و اثری یکسان دارد.

مسائل پیش گفته و نظر مقام معظم رهبری در خصوص عدم تشریک در ارزش افزوده نمی‌توان قائل به اخذ وجوه توسط شهرداری از باب شراکت گردید؛ از سوی دیگر نیز هر چند با تمسک به قوانین، مرجعی برای محدود نمودن مالکیت و اخذ وجوهی برای گسترش تصرفات مالکانه مشخص گردیده است؛ اما به هر صورت همان گونه که در بحث حق تشرف نیز ملاحظه گردید تاکنون هیچ مبنای معین فقهی مورد اتفاقی برای تحدید حقوق مالکانه و خصوصاً گسترش این حقوق در مقابل اخذ وجوه از مالک به نفع شهرداری ارائه نگردیده است که همین امر مبنای جریمه‌های اخذ شده از بابت تغییر کاربری را در هاله‌ای از ابهام قرار داده و شرعیت آن را با تردید مواجه ساخته است.

۷- نتیجه

۱. در حوزه احکام اولیه صرف نظر از اینکه مالک از تصرف در ملکش چه انگیزه‌ای را در قبال دیگران و خود دنبال می‌کند؛ بنابر دیدگاه و نظر مشهور درباره قاعده تسلیط باید به کلیه تصرفات مالک تا زمانی که از محدوده ملک ایشان تجاوز ننموده است؛ احترام گذارد و هیچ کس نمی‌تواند تحت هیچ عنوانی اعم از تعیین کاربری و غیر آن، مالک را از تصرف در ملکش منع نماید یا محدودیتی قائل شود؛ مگر اینکه مالک بر اساس شروط و تعهداتی قبل یا بعد از مالکیت، محدودیت در تصرف را قبول نموده و یا خود را ملزم به تصرفی خاص یا بهره برداری معینی نموده باشد.

۲. در حوزه احکام ثانویه چنانچه اختصاص این احکام به مواقع عسر و حرج و اضطرار پذیرفته شود؛ قطعاً نمی‌توان مشروعیت طرح‌های شهرداری که در آن نحوه استفاده از اراضی و انواع کاربری‌های مختلف بر اساس آینده نگری و پیش بینی شرایط در آینده صورت می‌گیرد را بر اساس این دسته از احکام توجیه نمود. لذا گستره و قلمرو این قوانین تنها در جایی مصداق پیدا می‌کند که جلوگیری از تغییر کاربری موجب عسر و حرج برای مالک تلقی گردد و یا وجود یا عدم پیش‌بینی کاربری خاصی در یک منطقه، برای ساکنین آن ایجاد مشقت و عسر و حرج منطقه نموده باشد.

۳. توجیه محدودیت تصرفات مالکانه در قالب تعیین کاربری را در حوزه احکام حکومتی

می‌توان از دو منظر مورد توجه قرار داد؛ نخست آنکه هیچ حکمی در شریعت اسلامی در خصوص احکام شهرنشینی مدرن صادر نگردیده است؛ لذا کلیه قوانین در خصوص طرح‌های شهرداری اساساً احکام حکومتی تاسیسی غیر مستقیم است. دیگر آنکه این احکام، احکام حکومتی غیر مستقیمی هستند که بر مبنای مصلحت و در تراحم با احکام اولیه صادر شده است.

منابع:

- ۱- آیتی. محمد ابراهیم. ۱۳۷۱. مقولات و آراء مربوط به آن. چ ۲. انتشارات دانشگاه تهران.
- ۲- اباذری فومشی. منصور. ۱۳۸۸. مجموعه قوانین و مقررات اراضی و زمین شهری. چ ۲. تهران. خرسندی.
- ۳- امامی. سید حسن. حقوق مدنی. ۶ ج. تهران. انتشارات اسلامیة. [بی تا].
- ۴- بهرامی احمدی. حمید. ۱۳۸۸. قواعد فقه. تهران. دانشگاه امام صادق (ع).
- ۵- بهشتیان. سید محسن. ۱۳۸۶. بررسی نظم حاکم بر حقوق مالکانه در برابر طرح‌های عمومی شهرداری. تهران. طرح نوین اندیشه.
- ۶- جمعی از مؤلفان. مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی). ۵۶ ج. ۱. قم. مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- ۷- جوادی آملی. عبدالله. ۱۳۶۹. پیرامون وحی و رهبری. چ ۲. انتشارات الزهرا.
- ۸- جوان، موسی. ۱۳۲۷. «بحث فقهی حق مالکیت و قاعده لاضرر». مجله کانون وکلا. دوره اول. ش ۱.
- ۹- حسن زاده. بهرام. ۱۳۸۹. حقوق تحلیلی اراضی و املاک. تهران. جنگل. جاودانه.
- ۱۰- زنجانی. عباس علی عمید. ۱۴۲۱. فقه سیاسی (عمید). ۳ ج. چ ۴. تهران. انتشارات امیر کبیر.
- ۱۱- شهری. غلامرضا. ۱۳۸۹. حقوق ثبت اسناد و املاک. چ ۳۱. تهران. جهاد دانشگاهی. واحد علامه طباطبائی.
- ۱۲- صالحی نجف آبادی. نعمت الله. ۱۳۸۲. ولایت فقیه حکومت صالحان. رسا.
- ۱۳- صمدی قوشچی. زیدالله. ۱۳۸۷. الف. تخلف دائر کردن واحدهای تجاری در مناطق غیر تجاری. جنگل.

- ۱۴- صمدی قوشچی. زیدالله. ۱۳۸۶. ب. تخلفات ساختمانی در نظام حقوقی ایران. چ ۳. اصفهان. جنگل
- ۱۵- فرهودی. رحمت اله. محمدی. علیرضا. ۱۳۸۰. «تأثیر احداث ساختمان‌های بلند مرتبه بر کاربری‌های شهری». پژوهش‌های جغرافیایی. ش ۴۱.
- ۱۶- قاضی شریعت پناهی. ابوالفضل. ۱۳۷۵. گفتارهایی در حقوق عمومی. دادگستر.
- ۱۷- کاتوزیان. ناصر. ۱۳۸۸. فلسفه حقوق. ج ۳. شرکت سهامی انتشار.
- ۱۸- کامیار. غلامرضا. ۱۳۷۸. «حق مرغوبیت». مجله کانون. ش ۱۲.
- ۱۹- مطهری. مرتضی. ۱۳۷۲. پیرامون انقلاب اسلامی. چ ۹. صدرا.
- ۲۰- مومنی. باقر. ۱۳۵۹. مسئله ارضی و جنگ طبقاتی در ایران. تهران. پیوند.
- ۲۱- میرزائی. علیرضا. ۱۳۸۷. تملک اراضی توسط دولت و شهرداریها. تهران. صابریون.
- ۲۲- نجف‌آبادی. حسین علی منتظری. ۱۴۰۹. مترجم. صلواتی. محمود و شکوری. ابوالفضل. مبانی فقهی حکومت اسلامی. ج ۸. قم. مؤسسه کیهان.
- ۲۳- یزدی. سید مصطفی محقق داماد. ۱۴۰۶. قواعد فقه (محقق داماد). ج ۴. چ ۱۲. تهران. مرکز نشر علوم اسلامی.
- عربی:
- ۲۴- احسانی. احمد بن ابی جمهور. ۱۴۰۳. غوالی اللالی. تحقیق مجیبی عراقی. مطبعه الشهداء.
- ۲۵- انصاری. مرتضی. ۱۴۳۰. المکاسب مع الحواشی الشهیدی. ج ۵. قم. سماء قلم.
- ۲۶- تبریزی. جواد بن علی. ۱۴۱۶. إرشاد الطالب إلى التعليق علی المکاسب. ج ۴. چ ۳. قم. مؤسسه اسماعیلیان.
- ۲۷- حکیم طباطبایی. سید محسن. نهج الفقاهه. قم. انتشارات ۲۲ بهمن. [بی تا].
- ۲۸- حلی. ابن ادریس. محمد بن منصور بن احمد. ۱۴۱۰. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. ج ۳. قم. دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۲۹- خراسانی. محمد کاظم [آخوند خراسانی]. ۱۴۱۰. الف. درر الفوائد فی الحاشیه علی الفرائد. مؤسسه چاپ و نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۳۰- خراسانی. محمد کاظم [آخوند خراسانی]. ۱۳۶۶. ب. کفایه الاصول. محشی ابوالحسن مشکینی. کتاب فروشی اسلامی.

- ۳۱- خوبی. سید ابو القاسم موسوی. ۱۴۱۷. الف. مصباح الأصول. ۲ ج. کتابفروشی داوری.
- ۳۲- خوبی. سید ابو القاسم موسوی. ب. مصباح الفقاهة (المکاسب). ۷ ج. [بی تا].
- ۳۳- صدر الدین شیرازی. محمد بن ابراهیم (ملا صدرا). ۱۳۸۶. الحکمه المتعالیه فی الاسفار العقلیه الاربعه. ۴ ج. قم. المکتبه المصطفویه.
- ۳۴- شیرازی. ناصر مکارم. ۱۴۲۵. أنوار الفقاهة - کتاب البیع (لمکارم). قم. انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.
- ۳۵- طباطبایی یزدی. محمد کاظم. ۱۳۷۸. حاشیه ی مکاسب. قم. موسسه اسماعیلیان.
- ۳۶- طوسی. ابو جعفر. محمد بن حسن. ۱۴۰۷. الخلاف. ۶ ج. قم. دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۳۷- عاملی. شهید ثانی. زین الدین بن علی. ۱۴۱۰. الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلانتر). ۱۰ ج. قم. کتابفروشی داوری.
- ۳۸- عاملی. شیخ حر. وسائل الشیعه. ۳۰ ج. تحقیق مرحوم ربانی شیرازی. بیروت. دار احیاء التراث العربی.
- ۳۹- علامه حلی. حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. ۱۴۱۴. تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه). ۱۴ ج. قم. مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- ۴۰- قمی. سید تقی طباطبایی. ۱۴۱۳. عمده المطالب فی التعلیق علی المکاسب. ۴ ج. قم. کتابفروشی محلاتی.
- ۴۱- کلینی. ابو جعفر. محمد بن یعقوب. ۱۴۰۶. الکافی. بیروت. دار صعب ودار التعارف.
- ۴۲- کمپانی (محقق). محمد حسین بن محمد حسن اصفهانی. ۱۳۶۷. حاشیه بر مکاسب. چاپ سنگی. تهران.
- ۴۳- کوه کمری. سید محمد بن علی حجت. ۱۴۰۹. کتاب البیع. ۲ ج. قم. دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۴۴- متقی هندی. علی بن حسام الدین. ۱۴۰۹. کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال. بیروت. موسسه الرساله.
- ۴۵- مجلسی. محمد باقر. ۱۴۰۳. بحار الانوار. بیروت. دار الاحیاء التراث العربی.
- ۴۶- محدث نوری (میرزا حسن). ۱۳۷۳. مستدرک الوسائل. تهران. [بی تا].

- ۴۷- موسوی خمینی. سید روح الله. کتاب البیع (تقریرات، للقدیری). تهران. مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ۴۸- مومن قمی. محمد. ۱۴۱۵. کلمات سدیدیه فی مسائل جدیدیه. قم. مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۴۹- نائینی. میرزا محمد حسین غروی. ۱۴۱۳. الف. المکاسب و البیع. ۲ ج. قم. دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۵۰- نائینی. میرزا محمد حسین غروی. ۱۴۰۹. ب. دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الإسلامیه. ۴ ج. ۲. قم. نشر تفکر.
- ۵۱- یزدی. سید محمد کاظم طباطبایی. ۱۴۲۱. حاشیه المکاسب (للیزدی). ۲ ج. ۲. قم. مؤسسه اسماعیلیان.

Received: ۲۳ Apr ۲۰۱۲

Accepted: ۲۶ Jan ۲۰۱۲