

اصول و قواعد ناظر بر تعیین کاربری به عنوان عامل تحدید مالکیت

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۹/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۰/۰۳/۲۸)

میثم دوست محمدی

چکیده

همانطور که می دانیم با توجه به حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» و ماده ۳۰ قانون مدنی و استنباط قاعده تسلیط اشخاص بر مال خود حق هرگونه تصرف و دخل و بهره برداری و استفاده دارند. از آنجای که قاعده تسلیط و مستنبط از آن ماده ۳۰ قانون مدنی هرکس می تواند هرگونه تصرفی را در مال خود انجام دهد و این قاعده فقهی شخص مالک را در هرگونه استفاده از ملک را برای مالک آزاد گذاشته است. از طرفی قاعده لاضرر و لا اضرار فی الاسلام داریم که تاحدی حدود مالکیت افراد را محدود می کند. اما حال با توجه به پیشرفت روز افزون جامعه بشری و شهرسازی و ایجاد فضای سبز برای زندگی بهتر و فراهم نمودن رفاه عموم و استفاده بهینه از اراضی و زمینهای تحت مالکیت افراد جهت این گونه موارد هرچند خود مالک نیز از عموم جامعه است و از آن طرح های عمومی استفاده می کند، اما بایستی دانست تا چه حد و مرزی مالکیتش محدود می شود و آیا این محدود کردن ها تا چه اندازه ای زیان و ضرر به مالک می رساند و آیا بهای پرداختی اراضی جهت استفاده این موارد تمام خسارت ها و نیازهای مالک را برآورد می کند یا خیر؟ و در صورتی که بالفرض بین مالک و شهرداری توافقی صورت نگیرد و بالاجبار بایستی مالک بهای زمین را دریافت کند و رفع تصرف نموده و ملک را تحویل شهرداری نماید، آیا این با عدالت اسلامی تطابق دارد یا خیر؟

واژگان کلیدی: تحدید مالکیت، قاعده تسلیط، حق مالکیت، طرح های عمرانی عمومی،

حقوق مالکانه

بخش اول: تعریف مالکیت

در قانون هیچ تعریفی از مالکیت نشده است و فقط از استنباط مواد قانونی می توان تعریف مالکیت را در حقوق ایران یافت، اما در فقه هم نیز تعریف واحدی از مالکیت نشده است. فقهاء با توجه به مفهوم مالکیت به جای ارائه تعریفی برای مالکیت به اوصاف و ویژگیهای مالکیت پرداخته اند. و براین اساس تعریفی که از مالکیت براساس نظرات فقهاء بیان می شود عبارتست از: «مالکیت رابطه ای است اعتباری بین مال از یک طرف و بین شخص (حقیقی یا حقوقی) از طرف دیگر که بر اساس آن مالک می توان هر تصرف معقولی را که مایل باشد در آن انجام دهد.» سید محمد کاظم یزدی در تعریف مالکیت می گوید: «حقیقت مالکیت فقط یک اعتبار عقلایی است. عقلا چیزی را که در دست کسی قرار دارد (و متعلق به اوست) علقه ای بین او و چیزی که در اختیار وی می باشد اعتبار می کنند که این رابطه، منشاء تسلط وی بر آن چیز می باشد و یا اینکه آنچه را که اعتبار می کنند عبارتست از همان تسلط.» در کتاب البیع نیز آمده است: «مالکیت، اعتباری عقلایی است که یکی از احکام آن عبارت است از قدرت بر تغییر و تحوّل آن مال»^۱ امام خمینی (ره): «مالکیت یعنی اعتبار اضافه و انتساب بین شخصی که مالک نام دارد و شئی که مملوک نامیده می شود.»^۲ مرحوم نائینی می فرماید: «حقیقت ملکیت علقه خاص و اضافه مخصوص بین مالک و مملوک است همانند نخ که بین این دو متصل باشد، همین علقه و اضافه موضوع احکام شرعی و عرفی است. البته این نخ و رابط یک امر اعتباری غیر حسی است که در عالم اعتبار موجود است نه این که همچون دندان های غول ها اعتباری محض باشد بلکه برای آن در نفس الامر واقعیتی هست. از آن جائی که حقیقت اضافه خاص بین مالک و مملوک است صحیح است که گفته شود تحت مقوله اضافه قرار می گیرد همان که محققین براین اعتقادند.»^۳ از تعاریف فقهاء اینگونه استنباط می شود که مالکیت مقوله

۱ - اصفهانی، محمد حسین، -حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۱۴۱۸، ۵۳ ه ق.

۲ - امام خمینی، روح الله، کتاب البیع، ج ۱، ص ۲۵

۳ - امام خمینی، روح الله، همان، ص ۱۲.

۴ - الغروری النائینی، محمد حسن، المکاسب و البیع، ج ۳، ص ۸۴ و ۸۵

اضافه، جده، اعتباری و ... است. آنچه نمایان است که فقهاء تعریف جامع از مالکیت ننموده اند و حتی در این خصوص بین آنها نیز اختلاف وجود دارد. اما با توجه به ماهیت و اوصافی که فقهاء از مالکیت ارائه داده اند خود به گونه ای تعریف مالکیت را بیان نموده اند.

بخش دوم: مبانی تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه

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، در این مبحث می‌خواهیم به نظریاتی پردازیم 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 مبنای وضع یک قانون، یا جهت گیری قانونگذار در وضع یک قانون به نفع حقوق عمومی، قرار گرفته است و در ادامه به بیان منابع حقوقی تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه می‌پردازیم. شایسته است در این قسمت ابتداء، نظریات وارده از حقوق اسلامی نظام حقوقی ما، تحت عنوان «مبانی فقهی» را، در بند اول و آن گاه، نظریات مطروحه در نظام‌های حقوقی دیگر را که بعضی از آنها، احتمالاً مد نظر قانونگذار ایرانی قرار گرفته، تحت عنوان «مبانی حقوقی» در بند دوم، مورد مذاقه و بررسی قرار می‌دهیم:

بند اول: مبانی فقهی (قاعده ولایت حاکم بر ممتنع، قاعده لاضرر و...)

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

۱ - بیشتر رجوع شود به خردمندی، سعید، تحدید مالکیت، گنج معرفت، چاپ اول، انتشارات طاق بستان، ۱۳۸۶. صفحات ۸ الی ۲۶.

۲ - حاشیه مرحوم اصفهانی بر مکاسب، چاپ سنگی ص ۲۱۴. و شیخ انصاری، مکاسب، ص ۱۵۳.

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:

مبانی مؤید ولایت برخی از قواعد فقهی هستند که نشان دهنده ولایت حاکم اسلامی بر نفوس و اموال مردم است. 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. 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 فقها، 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 بی‌نیاز کننده از بحث می‌دانسته‌اند. توضیح این که ولایت فقیه، از ژرف‌ترین و در عین حال کهنسال‌ترین مباحث فقهی است و شاید بتوان گفت، هیچ فقهی 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 صرف نظر 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 الممتنع»، یعنی

۱ - اصفهانی، راغب، و سایر نویسندگان، المفردات فی غریب القرآن، مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ص ۱۲۶. و همچنین طریحی، فخر الدین، مجمع البحرین، مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البیت (ع) ص ۴۶، ش ۶. و همچنین حاشیه مرحوم اصفهانی بر مکاسب، چاپ سنگی ص ۲۱۴. و همچنین شیخ انصاری، مکاسب، ص ۱۵۳ و امام خمینی الرسائل ص ۲۰۷. و همچنین کلینی، محمد بن یعقوب، کافی، ج ۷، ص ۴۱۲، دار الکتب الاسلامیه، تهران، ۱۴۰۷ق.

این که حاکم می‌تواند به جای شخص ممتنع و مستنکف، تصمیم بگیرد. از جمله این روایات، روایت سلمه بن کهیل و روایت خدیفه می‌باشد. ثانیاً این که، دلیل عقل و بنای عقلاء نیز مؤید این قاعده است؛ چه این که تمامی افراد جامعه، پایبند به مقررات قانونی نبوده و می‌توان 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، می‌توان ادعای اجماع یا عدم خلاف را در این ارتباط مشاهده کرد.

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، اما این اثر این اسم از اسمای حسنی را به معنای قاضی دانسته و علت تسمیه حاکم به این نام را منع ستمگر از ستم کاری می‌داند.^۱ 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.^۲ 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 راساً 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

۱ - ابن اثیر، النهاية فی غریب الحديث، چاپ سنگی، جلد اول، ص ۴۱۸، تهران، ۱۳۶۹.

۲ - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ بیست و دوم، تهران، گنج دانش، صص ۷۵۵-۷۵۷، ۱۳۸۸.

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 است. 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 می‌نماید. لذا می‌توان گفت که در مرحله قانونگذاری، قانونگذار ممکن است با توجه به این قاعده، برای دولت یا دستگاه‌های 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 استکاف و امتناع، وضع و جعل شود.

۳- نقش این قاعده در حقوق ایران برای بررسی نقش این قاعده در قانونگذاری‌های صورت گرفته و میزان استفاده مقنن از این قاعده، شایسته است، مقررات عمومی و سپس مقررات خاص مربوط به اجرای طرح‌های عمومی توسط شهرداری را، به صورت جداگانه بررسی کنیم:

الف- نقش این قاعده در مقررات عمومی: به جرات می‌توان گفت که قاعده ولایت بر ممتنع در وضع پاره‌ای 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. در قانون مدنی، مقرراتی وجود دارد که با عنایت به همین قاعده وضع گردیده است. به طور مثال در مبحث مربوط به وفاء به عهد که از موارد سقوط تعهدات می باشد در مواردی، حاکم ولی و جانشین متعهده اقدام نماید. در ماده ۲۷۱ ق.م آمده 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 متعهده 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، مسئول 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.» در قانون تجارت نیز، مواردی از ثبوت ولایت بر شخص ممتنع دیده می شود. به عنوان مثال، طبق ماده ۱۵۳ 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 ذینفع، بازرس یا بازرسان را به تعداد مقرر در اساسنامه 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 ذینفع حق دارد تعیین مدیر تصفیه را از دادگاه بخواهد».

ب- 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 قانونگذار در وضع و برقراری این موارد، به قاعده ولایت بر ممتنع توسط حاکم شرع یا منصوبین وی، عنایت داشته است. در واقع، 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. 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، می توانیم به ماده ۴ لایحه قانونی نحوه خرید تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه های عمومی دولت مصوب ۱۳۵۸ اشاره کنیم. در این ماده آمده است، که اگر بهای عادله اراضی و ابنیه و تأسیسات و حقوق واقع در طرح با توافق دستگاه عمومی و صاحب حقوق مالکانه تعیین نشود، ارزیابی و تعیین بهای عادلّه، توسط هیأتی مرکب از سه نفر کارشناس تعیین می گردد. یکی از این کارشناسان، توسط صاحب حقوق مالکانه و یکی از آنها توسط دستگاه اجرایی (مثلاً شهرداری) و کارشناس سوم، توسط طرفین تعیین می شود. 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 پیش بینی شده است. در موارد فوق الذکر، آنچه که مبنای وضع چنین حکمی می باشد، 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 فوق الذکر 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 پیش بینی شده است. توضیح این که چنانچه پس از تعیین قیمت به روش فوق الذکر، 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 انقضای 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 یا نماینده وی سند انتقال را امضاء و ظرف یک ماه نسبت به تخلیه و خلع ید اقدام خواهد نمود». مبنای 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 لا ضرر»، «قاعده لا حرج» و «قاعده اضطرار و ضرورت» و شاید «قاعده اتلاف و تسبیب»، از جمله این قواعد نافی ضرر هستند.

بخش سوم: نظریه های در خصوص مبنای تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه

بند اول: مبنای مؤید حاکمیت مطلق بر طبق نظر گروهی از اندیشمندان که عمدتاً نیز متعلق به مغرب زمین می باشند، 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 مائورایی -

الهی است که ذیلاً بدان می‌پردازیم: ابتداء از خود نظریه و سپس از نقش آن در حقوق ایران سخن می‌گوییم:

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 حقوقدانان 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 مسئول 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 وزیر تأثیر فلاسفه

۱ - ابوالحمد، عبدالحمید، مبانی علم سیاست، چاپ سوم، انتشارات توس، تهران، صص ۱۱۶-۱۲۹، ۱۳۶۸. و همچنین قاضی، شریعت پناهی ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، تهران، صص ۲۵ و ۶۶۰، ۱۳۷۱. و همچنین عالم، عبدالرحمن، بنیادهای علم سیاست، نشر نی، چاپ اول، تهران، صص ۱۳۴ و ۱۳۵ و ۱۳۸، ۱۳۷۳. و همچنین علیخانی، علی اکبر، مشارکت سیاسی، نشر سفیر، چاپ اول، تهران، صص ۵۴-۶۲، ۱۳۷۷. و نیز عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی جلد اول، حقوق اساسی و مبانی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، امیرکبیر، تهران، صص ۲۰۲-۲۲۷، ۱۳۶۶.

و حقوقدانان آلمانی نظیر هگل، ون ساوینی، ون ایهرینگ، 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.

۲- مفهوم این نظریه: این نظریه به دنبال ریشه یابی 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 می شود که محدود کننده نیز هست. در نظریه های الهی حکومت، چون سرانجام باید به تنظیم رابطه دولت و مردم منتهی شود. نمی توان 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 سلطه ای 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 نمی تواند 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.

روی سخن در این جا با روش اول در واگذاری قدرت و حاکمیت الهی است. معهذا همان گونه 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 می شود. در وضع قوانین، این نظریه می تواند در نوع قانونی که تصویب می شود 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.

۳- 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 ابتداء در مقررات عمومی و سپس در مقررات خاص ناظر بر اجرای طرح‌های عمومی توسط شهرداری، به عمل آوریم:

۳-۱- نقش این نظریه در مقررات عمومی: در اصل دوم ق.ا گفته شده که «جمهوری اسلامی، نظامی است بر -پایه ایمان به خدای یکتا و اختصاص حاکمیت و تشریع 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 است.»^۱ 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 قضائیه 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

۱ - «ان الحکم الا لله»: یعنی حاکمیتی نیست مگر برای خداوند، آیه ۴۰ سوره یوسف

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 شرایط اعمال می‌گردد، مثلاً در ماده ۲۸ ق.م.آ آمده که: «اموال مجهول المالك با اذن حاکم یا ماذون از قبل او؛ به مصارف فقراء می‌رسد». یا آن که، طبق ماده ۵۶ ق.م، در صورتی که وقف بر مصالح عامه باشد در این صورت قبول حاکم شرط است.

بخش چهارم: مصادیق تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه در حقوق ایران

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. 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، اظهار نظر نسبت به پیشنهادها و لوایح شهرسازی و مقررات مربوط به طرح های جامع شهری که شامل منطقه بندی، نحوه استفاده از زمین، تعیین مناطق صنعتی بازرگانی، اداری، مسکونی، تأسیسات عمومی، فضای سبز و سایر نیازمندی های عمومی شهر است، می باشد. البته هرچند که در قانون مذکور اختیاراتی مبنی بر وضع و تصویب معیارها و ضوابط و آیین نامه های شهرسازی جهت این شورا در نظر گرفته شده است، با این حال باید دانست که این شورا حق قانون گذاری و به تعبیر دیگر اختیار ایجاد حق و تکلیف برای اشخاص را ندارد. با وجود این به نظر می رسد این شورا می تواند حقوق مالکانه اشخاص را تحدید کند اما سلب این حقوق امکان پذیر نیست. طرح های شهری در واقع، گونه ای از تحدید مالکیت هستند. به موجب ماده ۳۰ ق.م، هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه انتفاع و استفاده را دارد و از آن جمله می تواند در آن احداث بنا نموده یا آن را تفکیک و تقسیم نموده و یا قطعات تفکیکی را تجميع 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 می شود، در مورد استفاده از سطح و فضای قابل اشغال، میزان تراکم و کاربری، تفکیک و تجميع، فضاهای عمومی و غیره ضوابطی را مشخص می کند که حقوق مالکانه اشخاص را در استفاده از ملک خود محدود می نماید. در 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.

۱- 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 تأثیر گذاری 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، پیش‌بینی شده است، این کمیسیون نیز به عنوان مرجعی پایین‌تر از شورای عالی، جهت تهیه طرح‌های جزئی‌تر که به طرح‌های تفصیلی معروف گشته‌اند تعیین شده است. در شهر تهران تا سال ۱۳۶۵ هـ.ش، تهیه طرح‌های تفصیلی، کماکان براساس قانون نوسازی از وظایف و اختیارات شهرداری بود. در این سال، تبصره‌ای به ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۱۳۷۰ 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 تغییرات آنها در شهر تهران به عهده کمیسینی 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 قانون مذکور بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی شهری و تغییرات آنها در هر استان یا فرمانداری کل به وسیله کمیسینی 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 تهیه کننده طرح انجام می‌شود. آن قسمت از نقشه‌های تفصیلی که به تصویب انجمن شهر برسد، برای شهرداری

لازم الاجرا خواهد بود. با توجه به ماده فوق الذکر، ملاحظه می شود که مستند قانونی تشکیل چنین کمیسیونی برای تصمیم گیری در خصوص طرح های تفصیلی سایر شهرهای کشور، متن ماده ۵ قانون مورد اشاره می باشد و با تصویب این قانون در سال ۱۳۵۱ هـ.ش، مرجع تصمیم گیری 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 لابلای 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 نیست. 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 می‌دارند. 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، آرایبی را ملاحظه می‌کنیم که واگذاری اختیارات از سوی این کمیسیون، عملی غیرقانونی تلقی شده و باطل اعلام گردیده است.

۲- 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 نیست 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 همان قانون 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. 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 براساس 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 اجراء 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 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، میادین 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.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 كشورى و خروج از حدود اختیارات، باطل اعلام کرده است.

نتیجه گیری

همانطور که گفتیم در قانون هیچ تعریفی از مالکیت نشده است، و فقط از استنباط مواد قانونی می توان به تعریف مالکیت پی برد. فقها با توجه به مفهوم مالکیت به جای ارائه تعریفی از مالکیت به اوصاف و ویژگی های مالکیت پرداخته اند. براین اساس تعریفی از مالکیت بنا به نظرات فقهاء، عبارتست از «مالکیت رابطه ای است اعتباری بین مال از یک طرف و بین شخص (حقیقی یا حقوقی) از طرف دیگر که براساس آن مالک می تواند هر تصرفی معقولى را که مایل باشد در آن انجام دهد». برخی از فقهاء برای مالکیت تعاریفی خاصی بیان کرده اند. از جمله سید محمد کاظم یزدی می گوید: «حقیقت مالکیت فقط یک اعتبار عقلایی است. عقلا چیزی را که در دست کسی قرار دارد (و متعلق به اوست) علقه ای بین او و چیزی که در اختیار وی می باشد اعتبار می کنند که این رابطه، منشاء تسلط وی بر آن چیز می باشد و یا اینکه آنچه را که اعتبار می کنند عبارتست از همان تسلط». و امام خمینی (ره) بیان می دارد: «مالکیت یعنی اعتبار اضافه و انتساب بین شخصی که مالک نام دارد و شئی که مملوک نامیده می شود». و غیره هر کدام از مالکیت تعریفی بیان کرده اند. آنچه مسلم است آن است که در شرع هم تعریف خاصی از مالکیت بیان نشده است. در این راستا استنباط تعریف از مالکیت بر اساس مواد ۲۹ و ۳۰ و ۳۱ قانون مدنی و ۴۰ و ۴۴ و ۴۷ قانون اساسی، اوصاف مالکیت بیان می شود نه تعریف ویژه مالکیت، که این اوصاف عبارتند از مطلق بودن مالکیت، انحصاری بودن مالکیت و دائمی بودن مالکیت. مالکیت کاملترین حق عینی است که انسان می تواند بر مالی داشته باشد و سایر حقوق عینی از شاخه های این حق است، مالک می تواند با هر شیوه که مایل است و با هر انگیزه ای که دارد سود جویی، رفع ضرر و خیرخواهی از عین مال خود بهره برداری کند یا آن را بی استفاده باقی گذارد. مالک حق دارد از ثمره ها و محصول مالی که در اختیار دارد نفع ببرد. مالک می تواند مال خود را از بین ببرد یا به دیگری منتقل کند. و یا هر گونه اعمال

حقوقی را که برای ملک خود لازم می داند انجام دهد. اما هرچند این اختیار گسترده در حقوق کنونی بعنوان یک اصل پذیرفته شده، استثنای برای اصل بوجود آمده که اختیارات مالک را محدود می کند. قاعده تسلیط و ماده ۳۰ قانون مدنی، به مالک این اختیار را داده است، که در مایملک خود هرگونه تصرفی اعم از مادی و حقوقی را داشته باشد. از طرفی ضرورت های جامعه شهرسازی ایجاب می کند، که شهرداری ها و سایر دستگاه های اجرایی برای انجام طرح های عمومی و شهرسازی املاک مالکان را تحت تصرف خود قرار دهند. لذا بایستی در این خصوص وارد معامله با مالکان شوند، و رضایت مالکان را بدست آورند، وقتی بحث معامله در میان می آید، بایستی به اراده های طرفین احترام گذاشت و شرایط ماده ۱۹۰ قانون مدنی را رعایت نمایند، چون اراده یکی از شرایط صحیح معامله است. وقتی که اراده مخدوش باشد. معامله هم مخدوش و باطل است. لذا اراده مالک بعنوان فروشنده و بایع نیاز اساسی و شرط صحیح معامله است. همانطوریکه در کشورهای خارجی برای انجام چنین طرح های، قیمتی را به مالک پیشنهاد می کنند، که احتمال دوبرابر یا چند برابر قیمت واقعی ملک است، و لذا در اولین قدم توافق مالک را بدست می آورند. اما در حقوق ما و براساس تبصره ماده ۳ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸، روال را طوری دیگر بیان کرده است. و حالت قهری به خود گرفته و مالک را مجبور می کند، که ملک خود را دو دستی و به قیمتی که با آن موافق نیست، تقدیم دستگاه های اجرایی نماید. پیشنهاد این است که این تبصره اصلاح گردد و بجای مفاد آن این گونه مرقوم شود که دستگاه های اجرایی برای انجام طرح های عمومی قیمتی را با توجه به موقعیت و مکان و ارزش واقعی ملک براساس نظریه های کارشناسان متخصص و خبره به مالک پیشنهاد نمایند، که مالک با آن موافقت کند. با این وصف از لحاظ شرعی و قانونی مورد معامله صحیح اجرا می شود. وقتی موافقت مالک حاصل شود، دیگر نیازی به تملک اجباری و قهری نیست. از سوی دیگر اضافه قیمت گذاری ملک براساس ماده ۵ قانون مرقوم و بدون لحاظ تأثیر اجرای طرح در برآورد قیمت خود ظلم غیر موجه ای است که بر مالک تحمیل می شود. یعنی املاک مجاور که با اجرای طرح عمومی مرغوبیت پیدا می کنند

از ارزش افزوده برخوردار می شوند، لیکن ملک محل اجرای طرح از این مزیت محروم است. که در اینجا قانون باید اصلاح گردد.

منابع و مآخذ

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، مبانی علم سیاست، چاپ سوم، انتشارات توس، تهران، ۱۳۶۸.
۲. اصفهانی، محمد حسن، حاشیه بر مکاسب، ج ۱، چاپ اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
۳. امام خمینی، روح الله موسوی، کتاب البیع، مؤسسه اسماعیلیان، ج ۱، چاپ چهارم، قم، ۱۴۱۰.
۴. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامی، ج ۱، چاپ هفتم، ۱۳۶۸.
۵. امکچی، حمیده، برنامه ریزی شهری در چالش جهانی، فصل نامه شهر ساز، شماره ۱.
۶. الغروری النائینی، محمد حسن، المکاسب و البیع، مؤسسه نشر اسلامی، ج ۱، چاپ اول، ۱۴۱۸.
۷. سیف الدینی، فرانک، مبانی برنامه ریزی شهری، آئیژ، ۱۳۸۱.
۸. شیخ انصاری، مکاسب، و امام خمینی الرسائل.
۹. صمدی قوشجی، زیدالله، تخلفات ساختمانی در نظام حقوقی ایران، ۱۳۸۶.
۱۰. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۳، چاپ محمد باقر بهبودی، تهران ۱۳۵۱.
۱۱. عالم، عبدالرحمن، بنیادهای علم سیاست، نشر نی، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۳.
۱۲. علیخانی، علی اکبر، مشارکت سیاسی، نشر سفیر، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۷.
۱۳. قدیری، محمد حسن، البیع، ج ۱، تقریرات درس امام خمینی، تهران ۱۴۰۷.

۱۴. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، چاپ ۳۵، نشر میزان، پائیز ۱۳۹۰.

۱۵. کامروا، محمد علی، شهرسازی معاصر ایران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.

۱۶. کامیار، غلامرضا، حق مرغوبیت، مجله کانون، ۱۳۸۷.

ج - قوانین و مقررات مورد استناد مربوط به موضوع

۱- آیین نامه اجرایی قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها، مصوب ۱۳۷۴/۱۰/۲۴ هیأت وزیران

۲- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

۳- قانون مدنی

۴- قانون دیوان عدالت اداری

۵- قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۲۲

۶- قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح های دولتی و شهرداری ها مصوب ۱۳۶۷

۷- قانون تغییر نامه وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهر سازی و تعیین وظایف آن مصوب ۱۳۵۳/۴/۱۶

۸- قانون جامع اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰/۱۲/۲۷ مجلس شورای اسلامی