

## مداقه در تکلیف شهرداری‌ها پس از انقضای طرح‌های دولتی و عدم تملک آن‌ها

سیدرسول طباطبائی مقدم\*

مهدی سرایلو\*\*

### چکیده

اجرای برخی برنامه‌های دولت در راستای نفع عمومی، نیاز به تملک املاک و اراضی دارد و از سوی دیگر می‌بایست این امر خلاف قاعده در پی احراز ضرورت و مقید به شروطی صورت گیرد. در همین موضع سخن از طرح‌های شهری (اعم از جامع، تفصیلی و هادی) به میان می‌آید؛ چراکه طرح‌های شهری، مبین حدود این تملکات و مجوز اقدامات دولت با اعمال حاکمیت خویش و قوه قاهره است بنابراین می‌توان گفت که احراز ضرورت این تملکات بر مبنای طرح‌های شهری است. تهیه و تصویب این طرح‌ها به تملکات اداری نظم بخشیده و مانع از تضییع حقوق شهروندان می‌گردند اما عدم اجرای این طرح‌ها و بقای آثار تصویب آن‌ها بر املاک نیز از سوی دیگر موجب تضییع حقوق شهروندان است که رأی حاضر در خصوص همین موضوع بوده و از این جهت قابل بررسی و تحلیل است. این نوشتار به دنبال ارزیابی شکلی و محتوایی رأی شعبه دیوان عدالت اداری مبنی بر الزام به صدور پروانه ساختمانی برای املاک واقع در طرح‌های دولتی پس از انقضای مدت قانونی و اجرایی نشدن آن‌ها است که در نهایت امر ماحصل این ارزیابی علیرغم طرح انتقادات شکلی و محتوایی بر استدلال‌ات مطروحه، تأیید نتیجه حاصله است.

**کلیدواژه‌گان:** طرح‌های دولتی، تملک اداری، قاعده لاضرر، قاعده تسلیط، دیوان

عدالت اداری

\* دانشجوی دکتری حقوق عمومی پردیس البرز دانشگاه تهران، تهران، ایران  
seyedrasoul.tabatabaei@gmail.com

\*\* کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران  
mahdi.sarayloo@gmail.com

## مشخصات و متن رأی

«در خصوص شکایت آقای (الف.م.) از شهرداری مبنی بر صدور پروانه ساختمانی که مدعی است ۷ سال است پلاک ثبتی شماره ... اصلی در طرح آموزشی قرار گرفته و لذا خوانده حاضر به صدور جواز ساخت نیست، نظر به مفاد دادخواست و مستندات ابرازی و پاسخ شماره ... مشتکی عنه و با عنایت به موارد: ۱- اعتبار مالکیت افراد وفق ماده ۲۲ قانون ثبت. ۲- لزوم تعیین تکلیف مالکین حداکثر ظرف ۱۸ ماه از جهت معامله قطعی و انتقال اسناد رسمی، پرداخت بها یا معوض آن طبق ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها (مصوب ۱۳۶۷). ۳- برخورداری مالک از کلیه حقوق مالکانه (احداث، تجدید، تعمیر، افزایش، فروش، اجاره، رهن و ...) در صورت عدم اجرای طرح و تملک ظرف ۵ سال حسب قانون اصلاح تبصره ۱ ماده واحده قانون فوق‌الذکر. ۴- رأی شماره ۴۷ - ۱۳۷۸/۲/۲۵، ۱۳۷۸/۱۲/۱-۳۹۴ و ۱۳۷۸/۵/۲۷-۱۶۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در تأیید موضوع. ۵- منافع بلا تکلیف گذاشتن ملک مالک با قاعده لاضرر. ۶- مابینت معلق نمودن موضوع با اصل شرعی تسلیط؛ علی‌هذا شکایت وارد تشخیص و حکم به الزام شهرداری به اصدار پروانه ساخت در ملک موصوف با رعایت ضوابط و مقررات قانونی را صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره وفق ماده ۷ قانون دیوان عدالت اداری قطعی است.»

رئیس شعبه ۳۰ دیوان عدالت اداری - مستشار شعبه

### مقدمه

مطابق اصل ۱۷۳ قانون اساسی که مبنای تشکیل دیوان عدالت اداری است، حدود اختیارات و نحوه عمل آن را قانون تعیین می‌کند لذا در بدو امر لازم است برای تعیین قانون حاکم بر فرآیند رسیدگی و صدور حکم، تاریخچه‌ای از تغییرات قانون حاکم بر دیوان عدالت اداری بیان گردد. اولین قانون دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۳۶۰/۱۱/۰۴ به تصویب مجلس رسید که پس از آن چهار مرتبه اصلاح شد. سپس در تاریخ ۱۳۸۵/۰۹/۲۵ قانون دیوان عدالت اداری تصویب شد که از زمان لازم‌الاجرا شدن آن، قانون مصوب سال ۱۳۶۰ و اصلاحات آن، نسخ شد. پنج سال بعد در تاریخ ۱۳۹۰/۰۹/۲۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و به موجب آن، قانون سال ۱۳۸۵ نیز نسخ

شد. مواد این قانون به‌جز ۵ ماده از آن، در ۱۳۹۰/۰۹/۳۰ به تأیید شورای نگهبان رسید. مواد ۱۰، ۱۲، ۸۹، ۹۰ و ۹۴ این قانون نیز در سال ۱۳۹۲/۰۳/۲۵ به تأیید مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید و این قانون‌النهاییه در تاریخ ۱۳۹۲/۰۴/۱۵ ابلاغ شد. حسب تاریخچه مذکور در فوق، مشخص می‌شود که قانون حاکم بر تشکیلات و فرآیند دادرسی دیوان عدالت اداری در بازه رسیدگی به دعوی مورد بحث و صدور رأی، قانون مصوب سال ۱۳۸۵ است.

### ۱. صلاحیت خواهان در طرح دعوی نزد دیوان

با نگاه به تاریخ و مبانی شکل‌گیری این نهاد در می‌یابیم که شالوده آن صیانت از حقوق شهروندان (اعم از حقیقی و حقوقی غیر حاکمیتی) در برابر اقتدار نهادهای حاکمیتی است که این حاکی از عمومیت حق دادخواهی شهروندان نزد این دیوان است. حق اساسی و بنیادین دادخواهی بدین بیان است که «همگان باید از حق دادخواهی در دادگاه‌های عمومی یا محاکمی که بر اساس رویه‌های قانونی تأسیس شده‌اند، برخوردار باشند.» (مرکزمالگیری، ۱۳۸۵: ۹۴) لذا شهروندان از حق دادخواهی نزد محاکم برخوردارند چنان‌که اصل ۱۷۳ و ماده ۱ قانون دیوان عدالت اداری نیز مطلق شهروندان را صالح در طرح دعوی نزد این دیوان دانسته است؛ بنابراین می‌توان چنین گفت که شخص شهروند حقیقی، صلاحیت طرح دعوا نزد دیوان عدالت اداری را داراست. حسب توضیحات پیش گفته، حق طرح دعوا از سوی خواهان پرونده، محرز است.

### ۲. امکان سنجی طرح دعوا علیه خواننده مذکور (شهرداری)

در خصوص امکان طرح دعوی علیه آرا و تصمیمات شهرداری‌ها، بند الف- ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۸۵) به صراحت بر امکان طرح دعوی علیه او نزد این دیوان تأکید دارد. چه‌آنکه اساس تشکیل این نهاد نیز رسیدگی به دادخواهی شهروندان در مقابل تظلمات اقتدار نهادهای حقوق عمومی است که با این مبنا، شهرداری‌ها نیز در گستره نهادهای حاکمیتی قرار می‌گیرند. چنان‌که در ماده واحده قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی (مصوب ۱۳۷۳) نیز شهرداری‌ها به درستی ذکر شده‌اند. بنابر آن چه گفته شد، در این خصوص نیز به درستی عمل شده است.

### ۳. صلاحیت مرجع رسیدگی کننده

هر مرجع رسیدگی کننده‌ای در بدو امر می‌بایست صلاحیت خویش برای رسیدگی و صدور رأی را احراز کند. در پرونده اخیر، حسب بند الف- ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی از تصمیمات و اقدامات شهرداری‌ها در صلاحیت این دیوان قرار دارد لذا از این حیث نیز شعبه ۳۰ دیوان، صالح در رسیدگی به دعوی مذکور بوده است.

### ۴. ارزیابی ماهوی

در رأی سابق‌الذکر دادگاه، تصمیم خویش را بر شش دلیل استوار کرده است که می‌توان آن‌ها را در سه دسته خلاصه کرد: ۱. دسته اول: دلایل اول تا سوم که مستند به قوانین‌اند و ۲. دسته دوم: دلیل چهارم که سخن از آراء وحدت رویه است و ۳. دسته سوم: دلایل پنجم و ششم که تمسک به قواعد و اصول اسلامی است.

#### ۱.۴. استناد به قوانین

دلایل اول تا سوم رأی حاضر هر سه به مواد قوانین موضوعه اشاره دارند: اول استناد به ماده ۲۲ قانون ثبت در دوام و اعتبار مالکیت افراد، دوم استناد به ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها در لزوم تعیین تکلیف مالکین (اعم از معامله قطعی یا انتقال اسناد رسمی و پرداخت بها و ...) و سوم استناد به قانون اصلاح تبصره ۱ ماده واحده اخیرالذکر در برخورداری مالک از کلیه حقوق مالکانه (از جمله احداث، تجدید، تعمیر، افزایش، فروش، اجاره، رهن و ...)

این دادگاه با استناد به مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک بر احترام به حق مالکیت خواهان تأکید داشته و سپس ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها را ذکر کرده است که صراحتاً تکلیف دعوی حاضر را مشخص می‌کند و دادگاه نیز مستنداً بدین قانون اعتراض خواهان به عدم صدور پروانه ساختمانی را وارد دانسته است.

قانون‌گذار با وضع این ماده واحده، نهاد و سازمان‌های دولتی و شهرداری‌ها را مکلف کرده است که نسبت به انجام معامله قطعی و انتقال سند رسمی و پرداخت بها یا عوض ملک واقع در طرح مصوب و اجرای آن، در مهلت مقرر در

قانون اقدام نمایند (که این مهلت جهت انجام معامله قطعی حداکثر ۱۸ ماه است و همچنین اجرای طرح می‌تواند حداکثر ۵ سال (مطابق اصلاحیه سال ۱۳۸۰) به تعویق بیافتد) و در صورت انقضای مدت مزبور به شرح تبصره ۱ ماده واحده و عدم اجرای طرح، قانون‌گذار حق اعمال انحاء حقوق مالکانه را برای مالکین به رسمیت شناخته است.

اضافه بر این موارد، می‌توان با استناد به مواد قانونی ذیل، مستندات و پشتوانه صدور این رأی را تکمیل و تقویت کرد.

وفق بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری، شهرداری‌های مکلف به صدور پروانه برای کلیه ساختمان‌های در محدوده شهر هستند.

وفق ماده ۱۰۰ قانون شهرداری مالکین اراضی و املاک واقع در محدوده شهر یا حریم آن مکلف به اخذ پروانه ساختمانی از شهرداری‌ها هستند.

طبق مواد ۲ و ۵ و ۷ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران شهرداری‌ها مکلف به اجرای مصوبات شورای عالی شهرسازی و معماری هستند و در موارد ابهام و اشکال و اختلاف نظر در اجرا نیز کمیسیون ماده ۵ تصمیم‌گیری خواهد کرد. در این صورت اگر تغییرات نقشه‌های تفصیلی، بر اساس طرح جامع شهری مؤثر باشد باید به تأیید شورای عالی شهرسازی و معماری برسد لذا در حال حاضر رویه بر آن است که درخواست مالک مبنی بر تغییر کاربری اراضی و املاک در صورت عدم اجرای طرح از سوی دستگاه‌های دولتی پس از تأیید کمیسیون ماده ۵، برای اظهار نظر نزد شورای عالی شهرسازی و معماری ارسال می‌گردد.

مطابق ذیل ماده ۵۹ قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر و ارتقای نظام مالی کشور شهرداری‌ها مکلفند در صورت عدم اجرای طرح با کاربری مقرر تا انقضای مدت قانونی، با تقاضای مالک، مطابق قوانین پروانه صادر نمایند. (البته لازم به ذکر است که این قانون پس از رسیدگی و صدور رأی مورد بحث، به تصویب رسیده است.)

به‌علاوه نکته دیگری که می‌توان در خصوص موضوع مطمح نظر قرار داد این است که بنابر نظریه تقصر و ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، در صورتی که در اثر عدم اجرای طرح‌های شهری خسارتی به شهروندان وارد شود و این زیان به سبب

نقض قانون و یا عدم رعایت نظامات و بی‌احتیاطی و ... باشد، مسئولیت دولت در قبال پرداخت غرامت به ایشان قطعی است (رضایی‌زاده و عطریان: ۱۳۹۴: ۸۵) و در فرض عدم تقصیر دولت، با تکیه بر نظریات مختلف حقوقی چون خطر، برابری در قبال قانون و انتظار مشروع با لحاظ شرایطی (ورود زیان قابل توجه به عده محدود شهروندان) تکلیف دولت بر جبران خسارت موجه و مشروع به نظر می‌آید.

#### ۲.۴. استناد به آراء وحدت رویه

دادگاه پس از استناد به مفاد قوانین موضوعه (در بندهای ۱ تا ۳)، در بند ۴ به آرای هیئت عمومی دیوان اشاره داشته است:

«۴- آرای شماره ۴۷ - ۱۳۷۸/۲/۲۵، ۳۹۴-۱۳۷۸/۱۲/۱ و ۱۳۸۱/۵/۲۷-۱۶۸»

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در تأیید موضوع»

آرای شماره ۷۸/۴۷ و ۷۸/۳۹۴ در مقام تعارض میان آرای شعب دیوان صادر شده و موضوع قریب به موضوع همین پرونده است که دادگاه، به‌درستی بدان اشاره داشته است. چنان‌که در مقدمه دوم نیز آمد، این آرای هیئت عمومی برای شعب لازم‌الاتباع هستند. لکن در خصوص استناد به رأی شماره ۸۱/۱۶۸ با مراجعه به متن رأی هیئت عمومی، ارتباطی به موضوع مورد رسیدگی فهم نمی‌شود و همان‌طور که در مقدمه سوم نیز بیان شد، دادگاه در مقام انشاء رأی به صرف شمارش و بیان ادله کفایت کرده و تطبیق و تشریحی بر موضوع حاضر نداشته است.

علاوه بر آرای هیئت عمومی مذکور در رأی مورد بحث، آرای دیگری نیز در همین موضوع (الزام به صدور پروانه ساختمانی پس از انقضاء مدت) صادر شده است:

آراء شماره ۸۶/۱۹۷ مورخ ۱۳۸۶/۰۴/۰۳ و ۴۳۷-۸۶/۴۳۸ مورخ ۱۳۸۶/۰۶/۲۵

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری؛ رأی اول در مقام رفع تعارض آرای صادره میان شعب دیوان و ایجاد وحدت رویه بوده و رأی دوم در مقام ابطال مصوبه‌ای از شورای اسلامی شهر تهران است. در قسمتی از رأی اول چنین آمده است: «با عنایت به اعتبار اصل تسلیط و حرمت مالکیت مشروع و این‌که محرومیت اشخاص از اعمال حقوق مالکانه به مدت نامعلوم و نامحدود به بهانه وجود طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب مراجع و مقامات مختلف و در اشکال گوناگون، علی‌الاطلاق مغایر اصول فوق‌الذکر و ناقض حق اعمال مالکیت و آثار مترتب بر آن است و

همچنین اجبار مالک به استفاده از زمین خود یا احداث بنای متناسب با طرح‌های مصوب دولتی و شهرداری نافی اراده آزاد اشخاص در کیفیت اعمال انحاء حقوق مالکانه متناسب با نیازمندی‌های آنان با رعایت ضوابط مربوط می‌باشد.»

رأی شماره ۲۳۸ مورخ ۱۳۸۷/۰۴/۲۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری؛ این رأی در مقام رفع تعارض میان آرای شعب و ایجاد وحدت رویه صادر شده است. استدلال هیئت عمومی در الزام شهرداری بر صدور پروانه ساختمانی پس از انقضای مدت قانونی بدین شرح است: «شهرداری منطقه محل به فرض وقوع قسمتی از ملک در طرح فضای سبز به تکلیف قانونی خود مبنی بر خرید و تملک اراضی واقع در طرح و پرداخت بهای آن و اجرای طرح مورد ادعا به شرح مقرر در ماده واحده قانون تعیین وضعیت اراضی و املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها و تبصره یک اصلاحی آن (مصوب ۱۳۸۰) با انقضای مهلت قانونی اقدامی به عمل نیاورده است و با این کیفیت مالکین اراضی مزبور ذی‌حق به اعمال انحاء حقوق مالکانه خود از جمله احداث بنای مجاز در سهم خود می‌باشند و امتناع شهرداری از صدور پروانه احداث بنا که به حکم بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری در زمره وظایف و تکالیف آن مؤسسه قلمداد شده است، وجاهت قانونی ندارد.»

رأی شماره ۱۰۲ مورخ ۱۳۹۱/۰۲/۲۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری؛ این رأی نیز در مقام رفع تعارض میان آراء متعارض شعب و ایجاد وحدت رویه صادر شده است. تعارض چنین است که شعبه‌ای طرح‌های مصوب شورای عالی شهرسازی و معماری ایران را در صورت عدم اجراء در مهلت مقرر ۵ ساله قانونی، قابل ابطال ندانسته و شعبی دیگر، طرح‌های مصوب را در صورت عدم اجراء در این مدت، قابل ابطال تشخیص داده‌اند. هیئت عمومی چنین بیان می‌دارد: «حکم مقرر در قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها داللتی بر ابطال طرح‌های عمومی و عمرانی دستگاه‌های مصرح در متن ماده واحده، در صورت عدم اجراء در مهلت مقرر ۵ ساله قانونی ندارد و فقط بر حفظ حقوق مالکان املاک واقع در طرح‌های عمرانی و عمومی از حیث احداث یا تجدید بنا یا افزایش بنا، تعمیر، فروش، اجاره و رهن و غیره تأکید دارد. از این رو با عدم اجرای طرح در مهلت مقرر ۵ ساله، موجبی برای ابطال طرح مصوب وجود ندارد.»

آراء شماره ۶۷۷ مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۱۶ و ۸۱۷ مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۱۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری؛ این آرا در بازه زمانی نزدیکی صادر شده و ادله آنان نیز تا حد زیادی مشابهت دارد. البته رأی اول در مقام ابطال بخشنامه‌ای از شهرداری کرج و رأی دوم در مقام رفع تعارض آرای شعب و ایجاد وحدت رویه صادر شده است. در این دو رأی، هیئت عمومی با استناد به ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها (مصوب ۱۳۶۷ و اصلاحی ۱۳۸۰) و بند ۲۴- ماده ۵۵ قانون شهرداری رأی بر الزام صدور پروانه صادر کرده است.

### ۳.۴. استناد به منابع اسلامی

همچنان که در مقدمه اول ذکر شد، استناد به منابع اسلامی و فتاوی معتبر امری استثنائی و مقید به موارد مشخص در اصل ۱۶۷ (سکوت، نقص، اجمال و یا تعارض قوانین) است و موضوع رأی حاضر از موارد مذکور در این اصل نبوده و حکم دعوی با رجوع به مستندات قانونی و آرای وحدت رویه روشن می‌شود لذا استناد به منابع اسلامی در این فرض، بلاوجه و غیرقابل قبول است و صرفاً از باب تیمن و تبرک جستن به آن‌ها، قابل توجیه است.

البته در خصوص موضوعات قابل رسیدگی در دیوان عدالت اداری، در دو فرض، رجوع به منابع اسلامی مجاز شمرده می‌شود و آن نیز نقض آرای شعب دیوان به سبب احراز مغایرت شرعی و ابطال مقررات دولتی مغایر شرع است که موضوع پرونده حاضر هیچ‌یک از این دو فرض نیست.

با وجود این، دادگاه در بندهای ۵ و ۶ دلایل خویش، به منابع اسلامی تمسک جسته است. ولو آن که فرض تمسک به منابع اسلامی در این موضوع، دارای وجهت باشد نیز ادله مورد استناد، محل بحث و بررسی است. در ادامه، استناد و تمسک به هر یک از این دلایل، قاعده لاضرر و قاعده تسلیط را در موضوع حاضر (یعنی معلق نمودن بلامدت حقوق مالکانه مالک به اجرای طرح دولتی و شهرداری) به تفکیک بررسی می‌گردد.

### ۱.۳.۴. وضعیت تمسک به قاعده لاضرر

اولاً دادگاه در مقام انشاء رأی، استنادات خویش را بر موضوع تطبیق نکرده و چگونگی تمسک به دلایل را تشریح نکرده است که این امر مانع از فهم و ارزیابی

نظر ایشان است. این امر به خصوص در مورد استناد به قاعده لاضرر نمایان می‌گردد؛ چرا که نظریات حول مفاد این قاعده، محل چالش و اختلاف نظر جدی فقهاست و می‌توان چنین گفت که در مجموع سه نظریه متباین در تفسیر این قاعده وجود دارد و حال روشن نیست که دادگاه از چه وجه و بر پایه کدام یک از نظریات، قاعده لاضرر را مستمسک خویش برای صدور رأی قرار داده است.

ثانیاً می‌توان گفت مجموعاً در باب تفسیر قاعده لاضرر شش نظریه ارائه شده است که ذیل سه دسته کلی صورت‌بندی می‌شوند؛

۱. لاضرر به معنای نفی حکم ضرری (نظریه شیخ اعظم و آخوند خراسانی و

فاضل تونی است، البته با لحاظ تفاوت‌هایی در نظریات‌شان.)

۲. لاضرر به معنای نهی از تضرر به غیر (با لحاظ تفاوت‌های‌شان، نظریه شیخ

الشریعة اصفهانی و حضرت امام خمینی است.)

۳. لاضرر به معنای نفی حکم ضرری و لاضرار به معنای نهی از تضرر به غیر

(نظریه آیت‌الله سیستانی که به‌گونه‌ای جمع میان دو نظریه دیگر است.)

به نظر در استناد به هر یک از این نظریات که با اصول استنباط فقهی منطبق

بوده و با اصول کلی نظام حقوقی هماهنگ باشند، معتبر است.

ثالثاً ورود ضرر به مالک در پرونده مورد بحث که اِعمال برخی حقوق مالکانه

مالک به‌موجب طرح‌های دولتی معلق شده است محل بررسی است. امام خمینی در

بیان معنای ضرر مستند به شواهدی از روایات و کتب لغت، معتقد است ضرر در

عرف معنای روشن و واضحی دارد و این معنای عرفی ضرر، نقص بر مال یا جان

است و ضرر و ضرار و مضار در روایات به معنای در تنگنا قرار گرفتن و در شدت

قرار گرفتن و وارد آوردن مکروه و آنچه دیگری نمی‌پسندد به او و ایجاد ضرر است

(سبحانی، ۱۳۸۲: ۸۲) و چنین جمع‌بندی می‌کند که ضرار و ضرر به یک معناست

یعنی در تنگنا قرار دادن منتها ضرر نقص در مال و جان است و ضرار در حرج و

تضییق و ایراد مکروه و ایقاع کلفت و سختی به دیگری است.

شهید صدر نیز ضرر را چنین معنا می‌کنند: «والظاهر ان الضرر عنوان ینتزع من

النقص فی أحد الأمور التی ذکرتم إذا کان بدرجه معتد بها بحیث توجب بحسب

طبعه ضیقا وشدۀ» (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷: ۴۵۰)؛ ضرر عنوانی است که از یک

موقعیت خاص انتزاع می‌شود که آن موقعیت این است که به کسی نقضی در مال یا جان‌ش وارد شود و این نقص به جان یا مال او، موجب در تنگنا قرار گرفتن‌اش باشد. ایشان برای ضرر نیز پس از بررسی چهار معنای محتمل، معتقدند که اولاً معنایی متفاوت از ضرر دارد و ثانیاً ضرر به معنای ضرری عمدی است که ضرر (ضرر زنده) برای ایراد ضرر ابزاری به کار می‌برد.

موضوع حاضر (تعلیق حقوق مالکانه مالک به سبب طرح دولتی) به دو شق تقسیم می‌شود؛ شق اول زمانی است که مالیکت مالک در مدتی معین توسط قانون معلق گشته و شق دوم زمانی است که مالکیت مالک در مدتی نامعلوم و غیرموجه و غیر قانونی معلق گشته است. عنوان ضرر بر شق دوم چه ضرر به معنای نقص بر مال باشد و چه نقص بر مالی که منجر به در مضیقه و شدت قرار گرفتن باشد، صادق است.

رابعاً پس از تحلیل معنای ضرر و بررسی وضعیت صدق یا عدم آن بر شرایط موصوف خواهان این پرونده، بحث از تطبیق مفاد قاعده بر آن به میان می‌آید. با نگاهی به نظریات سه‌گانه سابق‌الذکر، نظریه امام خمینی، لاضرر به معنای نهی مولوی سلطانی، در وضعیت موصوف در پرونده مورد بحث، کارا تر و با کلیت نظام حقوقی نیز سازگارتر است. چنان‌که منطوق این نظریه در اصل ۴۰ قانون اساسی چنین منعکس شده است: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.»

#### ۲.۳.۴. وضعیت تمسک به قاعده تسلیط

قاعده تسلیط در حقیقت از دو قضیه ایجابی و سلبی تشکیل شده است. نخست مباح بودن کلیه تصرفات مالکانه برای شخص مالک که این جنبه را ماده ۳۰ قانون مدنی، متعرض گردیده و دوم حرام بودن هر نوع تصرف دیگری در مال شخص که این جنبه را ماده ۳۱ قانون مدنی و همچنین اصل ۴۷ قانون اساسی، متذکر شده است. ماده ۳۰ قانون مدنی دقیقاً منطبق بر مضمون حدیث شریف «لا یحل مال امرئ مسلم الاّ بطیبه نفس منه» است. همان‌گونه که قسمت اخیر ماده اشاره دارد، این موضوع نیز مطلق و غیر قابل عدول نیست چنان‌که اصل ۴۷ نیز ضوابط حفظ حرمت مالکیت اشخاص را به ترتیبات قانونی ارجاع داده است و به عبارت دیگر این

حکم اولیه، ممکن است در پاره‌ای موارد با استثنائاتی مواجه گردد (عمیدزنجانی، ۱۳۸۰: ۴۴۰) حق مالکیت و تسلط مالک بر اموال خود، حقی مسلم و قطعی است ولی استثنائاتی دارد و در مواردی که این حق با حقوق اجتماعی تعارض پیدا کند به حکم عقل و شرع باید حقوق اجتماعی را مقدم دانست (بدون شک شارع مقدس در امر تسلط انسان‌ها بر اموالشان محدودیت‌هایی را اعمال کرده است) و طبعاً لازم است حقوق فردی محدود و کنترل گردند (اسماعیلی و عباسیان، ۱۳۹۴: ۱۴).

تعیین کاربری اراضی شهری مطابق قانون از سوی شورای عالی شهرسازی نیز به‌نوعی یکی از استثنائات قاعده تسلیط است؛ چراکه مانع از بهره‌برداری مطلق مالک از ملک خویش است لکن باید توجه داشت که این امر یک استثناست و می‌بایست در محدوده مشخص و مضیق اعمال گردد؛ چنان‌که ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها هریک از واحدهای دولتی مربوطه مدت زمان مشخصی برای تعیین تکلیف این اراضی واقع در طرح‌ها همچون کاربری‌های اداری- دولتی، خدماتی، ورزشی، آموزشی، فضای سبز، بهداشتی- درمانی، فرهنگی، مذهبی و ... دارند و عدم تعیین تکلیف این اراضی و به‌علاوه ممانعت از اعمال حقوق مالکانه مالک مزبور، مغایر با قاعده تسلیط است. علی‌رغم این‌که استناد دادگاه به این قاعده با توجه به وجود حکم قانونی بلاوجه است اما بر فرض این‌که این استناد نیز موجه باشد، اینچنین استناد به قاعده، بدون تطبیق آن بر موضوع حاضر، صحیح نیست و شایسته است دادگاه چگونگی تمسک خویش بدین دلیل را تشریح نماید.

در مجموع می‌توان گفت تمسک بدین قاعده از جهت سازگاری مفاد قاعده در خصوص این موضوع، صحیح است؛ چنان‌که در برخی از آرای وحدت رویه و ابطال مصوبات دولتی و شهرداری‌ها که پیش از این در بررسی دسته دوم از دلایل، ذکر شدند نیز به مفاد این قاعده تمسک شده است؛ از جمله آراء شماره ۸۶/۱۹۷، ۴۳۷- ۸۶/۴۳۸، شماره ۷۸/۳۹۴ و شماره ۷۸/۴۷ در قسمتی از رأی شماره ۸۶/۱۹۷، چنین آمده است: «با عنایت به اعتبار اصل تسلیط و حرمت مالکیت مشروع و اینکه محرومیت اشخاص از اعمال حقوق مالکانه به مدت نامعلوم و نامحدود به بهانه وجود طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها، مصوب مراجع و مقامات مختلف و در اشکال

گونگون، علی الاطلاق مغایر اصول فوق‌الذکر و ناقض حق اعمال مالکیت و آثار مترتب بر آن است و همچنین اجبار مالک به استفاده از زمین خود یا احداث بنای متناسب با طرح‌های مصوب دولتی و شهرداری، نافی اراده آزاد اشخاص در کیفیت اعمال انحاء حقوق مالکانه متناسب با نیازمندی‌های آنان با رعایت ضوابط مربوط می‌باشد.» که این بیان مؤید صحت و چگونگی استناد به قاعده تسلیط در این موضوع است.

### نتیجه‌گیری

چنان که در خلال مباحث پیش آمده گذشت، اقتضای اصل تسلیط، عدم مزاحمت در اعمال حق مالکان است و این مهم در قانون اساسی و قوانین موضوعه نیز انعکاس یافته است لکن وفق قول مشهور فقها دامنه اصل تسلیط محکوم اصل لاضرر بوده و تسلط مالک بر ملک خویش تا سرحد عدم اضرار به حق فرد یا افراد دیگر است. از سوی دیگر اعمال قوه قاهره از سوی دولت و تحدید حقوق شهروندان مقید به ضرورت است (الضرورات تنقذ بقدرها) و سلب دائمی حقوق شهروندان و نقض اصل تسلیط محدود و مقید به ضرورت است. از سوی دیگر طرح‌های دولتی تملک اراضی در ید شهروندان جهت عملیاتی کردن برنامه‌های عمومی که در جهت خیر عمومی است، خود نوعی ضرورت است که محدد حقوق مالکان اراضی است و همچنین وفق اصل چهل و چهارم قانون اساسی مالکیت مقید به حدود اسلامی و رعایت خیر و نفع عمومی (رشد و توسعه اقتصادی کشور) و عدم زیان به منافع جامعه شده است امکان تحدید حقوق مالکان پذیرفته شده است لکن این تحدید مقید به ضرورت و شروط قانونی است و اساساً نفی و نقض کلی حقوق خلاف مبنای پیش گفته است بنابراین نقض دائمی حقوق شهروندان و ممانعت از تصرف در املاک و اراضی ایشان بدون قید و شرط بلاشک نقض حقوق شهروندان و در تعارض با مبانی ماضی است و رأی مورد بررسی علیرغم برخی اشکالات و نواقص، از این جهت مطابق مبانی فقهی-حقوقی مورد بررسی بوده و به درستی رأی به عدم تحدید دائمی حقوق شهروندان با استناد به طرح‌های دولتی داده و شهرداری‌ها را ملزم به صدور پروانه ساختمانی املاک مذکور کرده است.

### فهرست مقالات

- اسماعیلی، سمانه و عباسیان، پیمان (۱۳۹۵)، واکاوی حقوقی احتکار و تطبیق آن با قاعده فقهی تسلیط، دو فصلنامه علمی-تخصصی معارف فقه علوی
- رضایی‌زاده، محمدجواد، عطریان، فرامرز (۱۳۹۲)، مسئولیت دولت ناشی از تصویب، تغییر و یا عدم اجرای طرح‌های شهری. فصلنامه علمی-پژوهشی حقوق اداری
- سبحانی‌تبریزی (۱۳۸۲)، تهذیب الأصول (تقریر مباحث امام خمینی ره)، جلد سوم، قم، اسماعیلیان.
- عمیدزنجانی، عباسعلی (۱۳۸۸)، قواعد فقهی، جلد اول، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
- مرکز‌مالگیری، احمد (۱۳۹۴)، حاکمیت قانون: مفاهیم مبانی و برداشت‌ها، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- هاشمی‌شاهرودی، سید محمود (۱۴۱۷ ق.)، بحوث فی علم الأصول (تقریر مباحث شهید سید محمدباقر صدر ره)، جلد پنجم، قم، مرکز الغدیر للدراسات الإسلامیه.