



پژوهشکده شورای نگهبان



# گزارش کارشناسی

## پرونده‌های دیوان عدالت اداری

در خصوص:

درخواست ابطال بند «۶» مصوبه ۱۳/۲/۱۳۹۶ کمیسیون

ماده (۵) شهر تبریز

کد گزارش: ۹۷۰۷۰۶۵

تاریخ انتشار: ۱۳۹۷/۰۷/۰۸

پژوهشکده شورای نگهبان

شناسنامه گزارش

# گزارش کارشناسی پرونده‌های دیوان

## عدالت اداری

موضوع:

تقاضای ابطال بخشنامه سازمان برنامه و بودجه کشور  
در خصوص تعیین میزان حق استفاده از مرخصی ساعتی

تهیه و تنظیم:

مرتضی حاج علی خمسه

نظارت:

سیدمجتبی حسینی پور

سید محمد هادی راجی

پژوهشگده شورای نگهبان

شماره گزارش: ۹۷۰۷۰۶۵

تاریخ تنظیم: ۱۳۹۷/۰۷/۰۸

# بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

## گزارش کارشناسی پرونده‌های استعلامی دیوان عدالت اداری

موضوع شکایت: درخواست ابطال بند «۶» مصوبه ۱۳۹۶/۲/۱۳ کمیسیون ماده

(۵) شهر تبریز

شاکی: حسین ناصح اسفهلان

طرف شکایت: کمیسیون موضوع ماده (۵) قانون تأسیس شورای عالی

شهرسازی و معماری شهر تبریز

جهت مغایرت شرعی: قاعده «لا ضرر» و اصل «تسلیط»

شماره و تاریخ نامه دیوان: ۲۸۲/۱۱۴۰۸ - ۱۳۹۷/۴/۱۷

### مقدمه

شاکی پرونده حاضر، ابطال بند «۶» از مصوبه ۱۳۹۶/۲/۱۳ کمیسیون ماده (۵) شهر تبریز<sup>۱</sup> را به سبب مغایرت آن با قاعده «لا ضرر» و اصل «تسلیط» خواستار شده است. مصوبه مذکور

<sup>۱</sup> متن مصوبه مورد شکایت بدین شرح است:

«موضوع رأی شماره ۷۲۲ مورخ ۹۵/۹/۲۳ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری موضوع عقبنشینی رایگان به میزان ۱/۲ تا ۵ متر در طول مشرف بر معبر ملک برای متقاضیان پروانه ساختمانی تجاری و التزام به مفاد رأی دیوان و رعایت آن در مورد مصوبات بعدی و ابطال مصوبه مذکور و ابلاغ به واحدهای تابعه، بنا به درخواست دبیرخانه کمیسیون ماده ۵، موضوع در جلسه مطرح گردید که اعضا پس از بحث و بررسی در کلیه جوانب امر برابر نظر کمیته کار کمیسیون ماده ۵ مورخ ۹۵/۱۲/۹ به شرح زیر مقرر داشتند:

در صورت احداث تجاری در کاربری‌های مسکونی عقب‌روی برابر ضوابط به قوت خود باقی است و عرصه واقع در عقب‌روی تحت اختیار مالکیت مالکین خواهد بود. در غیر این صورت و عدم تمکین مالکین به عقب‌روی کاربری مسکونی ملاک عمل خواهد بود و احداث تجاری مقدور نخواهد بود. لازم به توضیح است که قسمت عقب‌روی در کاربری تجاری نیز بدون احداث مستحدثات در اختیار مالک خواهد بود.»

در حقیقت راجع به نحوه اجرای دادنامه شماره ۷۲۲ مورخ ۱۳۹۵/۹/۲۳ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری<sup>۱</sup> است که به موجب آن، مصوبه کمیسیون ماده (۵) در رابطه با «عقب‌نشینی ملک متقاضیان پروانه ساختمان تجاری و واگذاری رایگان آن به شهرداری» به لحاظ مغایرت با شرع ابطال شده است. در این گزارش به بررسی ادله شاکی و تحلیل آن پرداخته خواهد شد.<sup>۲</sup>

## شرح و بررسی

ابتدا لازم به ذکر است که شاکی پیش‌تر طی شکایتی به دیوان عدالت اداری، تقاضای ابطال یکی از مصوبات کمیسیون ماده (۵) شهر تبریز را از حیث مغایرت با شرع و قانون خواستار شده بود.<sup>۳</sup> به طور خلاصه، مصوبه مزبور مقرر می‌داشت که متقاضیان پروانه تجاری،

---

<sup>۱</sup> به متن این رأی در ادامه گزارش اشاره خواهد شد.

<sup>۲</sup> جوابیه‌ای از سوی دستگاه مربوطه در پرونده موجود نمی‌باشد.

<sup>۳</sup> بخش‌هایی از مصوبه مورد شکایت در پرونده قبلی که تقاضای ابطال آن خواسته شده بود، بدین شرح است:

«میزان عقب‌نشینی مراکز تجاری ناحیه‌ای - منطقه‌ای مزاد بر خط پروژه طرح تفصیلی از بر معابر ناحیه‌ای ۱/۲۰ متر می‌باشد.

...

میزان عقب‌نشینی مراکز تجاری شهری مزاد بر خط پروژه طرح تفصیلی از بر معبر در معابر شریانی درجه یک ۵ متر، معابر شریانی درجه دو با عرض بیش از ۲۴ متر، ۳ متر و در معابر شریانی درجه دو با عرض کمتر از ۲۴ متر، ۲ متر خواهد بود.

...

عملکردهای عمومی مشروط در منطقه عملکردهای محله‌ای و شرایط استقرار آن‌ها:

عملکردهای تجاری و خدماتی انتفاعی محله‌ای به شرط واگذاری درصدی از زمین (با تصویب شورای اسلامی شهر) جهت احداث واحدهای غیرانتفاعی، که از این پس در این ضوابط «صندوق عمران شهرداری» خوانده می‌شود.

تبصره ۱- اهدای درصدی از زمین به صندوق عمران شهرداری برای انتخاب کاربری است و چنانچه متقاضی بخواهد پس از انتخاب کاربری از تراکم‌های ساختمانی بالاتری نیز استفاده نماید، حق تعدیل تراکم به نسبت افزایش تراکم پرداخت خواهد نمود.

...

تبصره ۳- میزان عقب‌روی در کاربری مختلط تجاری برابر با میزان‌های عقب‌روی تجاری می‌باشد.

...

در صورت عدم تمایل مالک به پرداخت عوارض و اجرای مقررات فوق مالک می‌تواند ملک خود را در صورت موافقت

←

اولاً ملزم به عقب‌نشینی برابر ضوابط اعلامی خواهند بود و ثانیاً میزان عقب‌نشینی، به عنوان فضای شهر جزو معبر محسوب خواهد شد، البته در بخش دیگری از مصوبه مزبور اشاره شده بود که عرصه‌ی مقدار عقب‌نشینی مذکور در برخی موارد در مالکیت مالک باقی و به عنوان فضای انتظار و یا درخت کاری یا پارکینگ حاشیه‌ای استفاده خواهد شد. بنابر نظر فقهای محترم شورای نگهبان، حکم به عقب‌نشینی به صورت رایگان، خلاف شرع تشخیص داده شد و نهایتاً مصوبه مورد شکایت، به موجب دادنامه شماره ۷۲۲ مورخ ۱۳۹۵/۹/۲۳ هیأت

→

شهرداری بر اساس مندرجات ضوابط و مقررات ساختمانی و تفکیک در اراضی شهری بدل به کاربری مسکونی با تراکم مجاز نماید. در هر حال پرداخت حق تعیین کاربری طبق ضوابط مربوطه اساس صدور پروانه ساختمانی برای کاربری‌های تجاری خواهد بود.

...

تبصره ۱- در شریانی‌های درجه یک دارای کندرو عقب‌روی تجاری ۳ متر می‌باشد.

توجه: میزان عقب‌نشینی تجاری‌های ناحیه‌ای - منطقه‌ای و شهری به عنوان فضای شهر جزو معبر محسوب خواهد شد.

شد.

تبصره ۲- عقب‌روی در تجدید بنای واحدهای تجاری موجود مطابق با ضوابط فوق‌الذکر در کل بر مشرف به معبر ملک الزامی است.

تبصره ۳- در معابر شریانی درجه یک فاقد کندرو عقب‌روی ۵ متر جهت کاربری تجاری علاوه بر حریم سبز ۱۰ متری و در معابر دارای کندرو (۳ متر) الزامی می‌باشد.

...

رعایت عقب‌نشینی به میزان حداقل ۵ متر در بر معابر شریانی درجه یک و دو (بیش از ۲۴ متر عرض) در طول ضلع مجاور معبر برای کاربری‌های آموزشی (عمومی و عالی) تاسیسات و تجهیزات شهری (به استثنای پمپ بنزین، پمپ گاز) میدان میوه و تره‌بار، مذهبی، اداری، ورزشی، بهداشتی و درمانی، جهانگردی و پذیرایی، فرهنگی با مساحت کمتر از یک هکتار الزامی است. عرصه‌ی مقدار عقب‌نشینی مذکور در مالکیت مالک باقی و به عنوان فضای انتظار و یا درخت کاری یا پارکینگ حاشیه‌ای استفاده خواهد شد.

...

کلیه قطعات کمتر از ۱۰۰ متر مربع (دارای کاربری منطقه‌بندی مسکونی) می‌توانند بعد از عقب‌کشی‌های مربوطه با توجه به عملکرد معبر با سطح اشغال ۱۰۰ درصد و در دو طبقه نسبت به احداث کاربری تجاری و تجاری مختلط اقدام نماید.»

۱. دادنامه شماره ۷۲۲ مورخ ۱۳۹۵/۹/۲۳ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری:

«فائز مقام دبیر شورای نگهبان به موجب نامه شماره ۱۳۰۷/۱۳۰۲/۹۵-۴/۹-۱۳۹۵ اعلام کرده است که: «در خصوص قسمتی از ضوابط طرح تفصیلی شهر تبریز مصوب سال ۱۳۹۱ مصوب کمیسیون ماده ۵ شورای عالی شهرسازی و معماری شهر تبریز، در جلسه مورخ ۱۳۹۵/۴/۲ فقهای معظم شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت و نظر فقهاء به شرح زیر اعلام می‌گردد: «حکم به عقب‌نشینی به طور رایگان خلاف موازین شرع دانسته شد، تشخیص اینکه تصویب ضوابط مذکور

←

عمومی دیوان عدالت اداری ابطال گردید.

پس از این، با توجه به لازم‌الاتباع بودن رأی مذکور برای مرجع مورد شکایت، کمیسیون ماده (۵) شهر تبریز به منظور اجرای رأی یاد شده، اقدام به تصویب مقررهای جدید (بند «۶» مصوبه مورخ ۱۳۹۶/۲/۱۳) نموده و در پی پیگیری‌های شاکی مبنی بر اجرای دادنامه ۷۲۲، کمیسیون ماده (۵) اعلام داشته که با توجه به مصوبه مورخ ۱۳۹۶/۲/۱۳، حکم دیوان اجرا شده است.

بر اساس مصوبه جدید و مورد شکایت، صدور پروانه تجاری همچنان مشروط به عقب‌نشینی طبق ضوابط پیشین می‌باشد با این تفاوت که عرصه واقع در عقب‌روی، در مالکیت مالکین باقی می‌ماند و قسمت عقب‌روی در کاربری تجاری نیز بدون احداث مستحدثات در اختیار مالک خواهد بود و در صورت عدم موافقت مالکین با این شرایط، صدور پروانه تجاری متفی خواهد بود. شاکی مصوبه جدید را عملاً نقض دادنامه شماره ۷۲۲ دانسته و تقاضای ابطال آن را از حیث مغایرت با شرع و قانون درخواست کرده است.

## الف: ادله شاکی

ادله شاکی بدین شرح است:

مصوبه مورد شکایت، دلالت بر اعمال همان ضوابطی دارد که طی دادنامه ۷۲۲ ابطال شده است و باقی ماندن مالکیت عرصه واقع در عقب‌نشینی برای مالکان، مراد دادنامه مذکور را تأمین نمی‌کند. زیرا عملاً مالک امکان بهره‌مندی از حقوق مالکانه و اعمال مالکیت بر عرصه واقع در عقب‌نشینی را نخواهد داشت. بنابراین مغایر قاعده «لا ضرر» و اصل «تسلیط» است. همچنین برخی از نظرات فقهای محترم شورای نگهبان نیز بیانگر مغایرت شرعی هرگونه

→

از ناحیه کمیسیون خلاف قانون است یا نه، به عهده آن دیوان محترم می‌باشد. نظر به اینکه به موجب حکم تبصره ۲ ماده ۸۴ و ماده ۸۷ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲، نظر فقهای شورای نگهبان برای هیأت عمومی لازم‌الاتباع است، بنابراین در جهت تبعیت از نظر فقهای شورای نگهبان و مستند به مواد قانونی پیش گفته و بند ۱ ماده ۱۲ و مواد ۱۳ و ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ حکم به ابطال مصوبه مذکور از تاریخ تصویب صادر و اعلام می‌شود.»

تملك املاك خصوصى اشخاص در جهت رفع نيازهاى عمومى است در صورتى كه مستلزم واگذارى رايگان يا زائد بر نياز باشد.<sup>۱</sup>

علاوه بر اين، مصوبه مذکور مغاير مدلول برخى از آراى هيات عمومى ديوان عدالت ادارى است. از جمله اين آرا، مى توان به موارد زير اشاره کرد:

۱. دادنامه شماره ۱۷۳ - ۱۷۲ مورخ ۱۳۸۱/۵/۲۷<sup>۲</sup> كه حاكى از مغايرت قانونى «الزام اشخاص به واگذارى قسمتى از املاك خود در مجاورت محور تجارى به منظور تأمين پياده-رو» مى باشد.

---

۱. غير از نظرى كه در دادنامه شماره ۲۲۲ از فقهاى شوراى نگهبان ذكر شد، برخى از ساير نظرات فقهاى مذكور نيز مورد استناد شاكى واقع شده است، از جمله:

- نظر شماره ۸۰/۲۱/۲۸۷۶ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۲ فقهاى شوراى نگهبان: «در صورتى كه قانون چنين حقى را به كميسيون مقرر در ماده (۵) قانون تاسيس شوراى على شهرسازى و معمارى ايران داده باشد، مصوبه اين كميسيون بلاشكل است وگرنه مى بايست ديوان عدالت از نظر غيرقانونى بودن، مصوبه را ابطال نمايد.»

- نامه شماره ۸۹/۳۰/۴۱۴۸۳ مورخ ۱۳۸۹/۱۱/۲۰ قائم مقام شوراى نگهبان: «موضوع مصوبه مورخ ۱۳۸۶/۱۰/۱۰ كميته فنى كميسيون ماده پنج شهر اراك در قسمت اختصاص ۲۵ درصد يا ۴۵ درصد از زمين متقاضيان احداث بنا كه سند املاك آنها باغ مى باشد، در جلسه مورخ ۱۳۸۹/۱۱/۶ فقهاى معظم شوراى نگهبان مورد بحث و بررسى قرار گرفت و نظر فقهاى معظم به شرح ذيل اعلام مى شود: اطلاق مصوبه نسبت به مواردى كه مقادير مقرر در مصوبه زايد بر نياز باشد، خلاف موازين شرع شناخته شد.»

- نامه شماره ۹۰/۳۰/۴۲۱۸۲ مورخ ۱۳۹۰/۲/۱۴ قائم مقام شوراى نگهبان: «موضوع بند ۳ مصوبه كميسيون ماده ۵ سازمان مسكن و شهرسازى مورخ ۱۳۸۱/۳/۳۰ استان آذربايجان غربى، در جلسه مورخ ۱۳۹۰/۲/۷ فقهاى معظم شوراى نگهبان مورد بحث و بررسى قرار گرفت كه نظر فقهاى معظم به شرح ذيل اعلام مى گردد: «اطلاق بند مذكور مصوبه مورد شكايه نسبت به اخذ عين زمين در صورتى كه عين آن مورد نياز نباشد خلاف موازين شرع است، علاوه بر اين، ماده ۱۰۱ قانون اخيرالتصويب (مصوب ۱۳۹۰/۱/۳۰) تكليف قضيه را مشخص نموده است.»

- نامه شماره ۴۸۵۸۱ مورخ ۱۳۹۱/۸/۱۷ قائم مقام شوراى نگهبان: «موضوع بند ۱ صورت جلسه شماره ۴۴۲ - ۱۳۸۶/۸/۲۸ كميسيون ماده پنج شهر تهران، در جلسه مورخ ۱۳۹۱/۸/۱۰ فقهاى معظم شوراى نگهبان مورد بحث و بررسى قرار گرفت كه نظر فقها به شرح ذيل اعلام مى گردد: شمول مصوبه مذكور نسبت به مواردى كه ملك مالك را از قابليت انتفاع مناسب مجاناً خارج كند، خلاف موازين شرع است.»

۲. متن دادنامه مذكور بدین شرح است: «طبق ماده پنج قانون تاسيس شوراى على شهرسازى و معمارى ايران مصوب ۱۳۵۱ وظيفه و مسؤليت كميسيون مذكور در اين ماده بررسى و تصويب طرحهاى تفصيلى شهرى حسب مقررات مربوط است. نظر به اينكه وضع قاعده امره در جهت تحديد يا سلب مالكيت مشروع و قانونى اشخاص اختصاص به حكم صريح قانونگذار دارد، بنا بر اين مصوبه مورخ ۱۳۷۳/۷/۲۳ كميسيون ماده پنج شهرستان قزوین مبنی بر الزام اشخاص به واگذارى قسمتى از املاك خود در مجاورت محور تجارى به عمق حداقل ۳ متر و به طول بر پلاك به منظور تأمين پياده رو مغاير حكم مقنن در باب حرمت مالكيت اشخاص و اصل تسليط و خارج از حدود اختيارات آن كميسيون در وضع مقررات دولتى تشخيص داده مى شود و به استناد قسمت دوم ماده ۲۵ قانون ديوان عدالت ادارى ابطال مى گردد.»

۲. دادنامه شماره ۹۶۴ مورخ ۱۳۸۶/۹/۱۱ که بیانگر ممنوعیت اخذ رایگان بخشی از املاک شخصی واقع در اجرای طرح تفصیلی است.
۳. دادنامه شماره ۳۸۶ مورخ ۱۳۸۱/۱۰/۲۹ که دلالت بر ممنوعیت واگذاری ۷۰٪ زمین کشاورزی یا باغ به طور رایگان به شهرداری دارد.
۴. دادنامه شماره ۱۴۴۳ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۲۴ که الزام اشخاص به واگذاری قسمتی از

۱. متن دادنامه مذکور بدین شرح است:

«به شرح نظریه شماره ۸۶/۳۰/۲۰۹۲۸ مورخ ۱۳۸۶/۱/۲۵ فقهای محترم شورای نگهبان «تبصره ۲ بند (الف - ۲) دستورالعمل نحوه محاسبه درصد مربوط به تأسیسات شهری املاک و اراضی داخل محدوده خدماتی شهر کرمان به شماره ۱۷۷۴ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۱۸ مصوب جلسه مورخ ۱۳۸۰/۸/۱۴ شورای اسلامی شهر کرمان... از این نظر که به شهرداری اجازه می‌دهد تا ۱۵ درصد املاک شخصی واقع در اجراء طرح تفصیلی را به طور مجانی اخذ کند، خلاف موازین شرع شناخته شد.» و همچنین تبصره فوق‌الذکر با عنایت به اصل اعتبار و حرمت مالکیت مشروع موضوع ماده ۳۰ قانون مدنی و عدم جواز تملک بخشی از اراضی اشخاص به‌طور رایگان که از نوع اسباب مملک مقرر در قانون مدنی محسوب نمی‌شود و مصرحات «لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی و نظامی دولت» مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ شورای انقلاب و «قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها» مصوب ۱۳۶۷ خلاف قانون نیز تشخیص داده می‌شود و مستنداً به ماده یک و بند یک ماده ۱۹ و مادتهای ۴۱ و ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری از تاریخ تصویب ابطال می‌گردد.»

۲. متن دادنامه مذکور بدین شرح است: «طبق ماده ۵ «قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران» مصوب ۱۳۵۱ بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی شهری و تغییرات آنها در هر استان یا فرمانداری کل به عهده کمیسیون مقرر در ماده مزبور محول شده است. نظر به وظایف کمیسیون فوق‌الذکر با عنایت به تعریف قانونی طرح تفصیلی به شرح مقرر در بند ۳ ماده یک «قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی و تعیین وظایف آن» مصوب ۱۳۵۳ عموم و اطلاق بند یک مصوبه مورخ ۱۳۷۵/۲/۲۲ کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مستقر در استان همدان که کل فضاهای سبز موجود در شهر را به عنوان فضاهای سبز حفاظت شده قلمداد کرده و تغییر کاربری آنها را حتی در صورت تحقق و اجتماع شرایط لازم ممنوع اعلام داشته و مطلق تغییر کاربری را منحصراً به نظر و تشخیص آن کمیسیون محول نموده است، مغایر قانون و حدود و صلاحیت و اختیارات آن کمیسیون تشخیص داده می‌شود. همچنین دستورالعمل شماره ۶۱/۲۹۵۲۱ مورخ ۱۳۷۵/۶/۲۱ استاندار همدان و قائم‌مقام شورای شهر مزبور که متضمن وضع قاعده خاص در خصوص ضرورت واگذاری و انتقال ۷۰٪ زمین کشاورزی و یا باغ به طور رایگان به شهرداری می‌باشد مغایر حکم مقنن در باب اعتبار اصل تسلط و حاکمیت مشروع اشخاص در اراضی کشاورزی و باغ است، بنابراین بند یک مصوبه و دستورالعمل مورد اعتراض مستنداً به قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود.»

۳. متن دادنامه مذکور بدین شرح است: «مطابق ماده ۹۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ مقرر شده است که: «چنانچه مصوبه‌ای در هیأت عمومی ابطال شود، رعایت مفاد رأی هیأت عمومی در مصوبات بعدی الزامی است. هرگاه مراجع مربوط، مصوبه جدیدی مغایر رأی هیأت عمومی تصویب کنند، رئیس دیوان موضوع را خارج از نوبت، بدون رعایت مفاد ماده ۸۳ قانون مذکور و فقط با دعوت نماینده مرجع تصویب کننده در هیأت عمومی مطرح می‌نماید.» نظر به اینکه در آراء شماره ۳۸۶-۱۳۸۱/۱۰/۲۹، ۹۶۴-۱۳۸۶/۹/۱۱ و ۱۷۳-۱۳۸۱/۵/۲۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، مصوبات شوراها و شوراهای اسلامی شهرهای همدان و کرمان و همچنین کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مستقر در قزوین مبنی بر الزام اشخاص به واگذاری قسمتی از املاک خود به طور رایگان به شهرداری به لحاظ مغایرت با قانون و خروج از حدود اختیارات ابطال شده است و کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای

←



املاک خود به طور رایگان به شهرداری را مغایر قانون اعلام کرده است.

همچنین بر اساس توضیحات پیش‌گفته، به لحاظ قانونی نیز مصوبه مورد شکایت مغایر

موارد زیر است:

۱. اصول ۴، ۲۲، ۱۰۵ و ۱۷۰ قانون اساسی که بر مصونیت اموال از تعرض اشاره دارد و

اینکه بر خلاف شرع و قانون نمی‌توان آن را محدود کرد.

۲. مواد (۳۰)، (۳۱)، (۳۰۳)، (۳۰۸)، (۳۱۱)، (۳۱۵)، (۳۲۷) و (۳۳۱) قانون مدنی<sup>۱</sup> که بر

عدم امکان سلب مالکیت از اشخاص مگر به موجبات قانونی دلالت داشته و مواردی از قبیل

غصب و اتلاف را نفی می‌کند.

۳. ماده (۲۲) قانون ثبت اسناد و املاک<sup>۲</sup>

→

عالی‌شهرسازی و معماری ایران در تصویب قسمت اخیر بند ۳-۱ طرح تفصیلی اسلامشهر با عنوان «مقررات تفکیک در اراضی واقع در کاربریهای پیشنهادی طرح تفصیلی» اختصاص ۷۰ درصد از مساحت ناخالص زمین به عنوان سهم شهرداری به صورت رایگان را در هنگام صدور پروانه ساختمانی در اراضی دارای مشخصات مذکور در مصوبه تکلیف کرده است، بنابراین قسمت یاد شده به لحاظ مغایرت با آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با استناد به بند ۱ ماده ۱۲ و مواد ۹۲ و ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود.»

<sup>۱</sup> مواد مورد استناد از قانون مدنی:

ماده ۳۰: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.»

ماده ۳۱: «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد مگر به حکم قانون.»

ماده ۳۰۳: «کسی که مالی را من غیر حق دریافت کرده است ضامن عین و منافع آنست اعم از اینکه به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل.»

ماده ۳۰۸: «غصب استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است.»

ماده ۳۱۱: «غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر عین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد باید بدل آن را بدهد.»

ماده ۳۱۵: «غاصب مسئول هر نقص و عیبی است که در زمان تصرف او به مال مغضوب وارد شده باشد هر چند مستند به فعل او نباشد.»

ماده ۳۲۷: «اگر ترتیب‌یادای برمال مغضوب به معامله دیگری غیر از بیع باشد احکام راجعه به بیع مال غصب که فوقاً ذکر شده مجری خواهد بود.»

ماده ۳۳۱: «هر کس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهده نقص قیمت آن برآید.»

<sup>۲</sup> ماده (۲۲): «همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسیده دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت

←

۴. «قانون نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای برنامه‌های عمومی دولت و شهرداری‌ها» مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب.<sup>۱</sup>

۵. مفاد قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران در خصوص حیطة صلاحیت کمیسیون موضوع ماده (۵) که حاکی از عدم صلاحیت این کمیسیون در تخصیص رایگان ملک اشخاص جهت رفع نیازهای عمومی است.<sup>۲</sup>

## ب: تحلیل موضوع

حال پس از مشخص شدن ادله شاکی، به تحلیل موضوع شکایت می‌پردازیم. نکته مهم در این خصوص عبارت است از آنکه مصوبه مورد شکایت که به منظور اجرای دادنامه شماره ۷۲۲ دیوان عدالت اداری به تصویب رسیده است، عملاً در تناقض با رأی صادره به نظر می‌رسد. خصوصاً آنکه مشابه عبارتی که در بند «۶» مصوبه ۱۳۹۶/۲/۱۳ (مصوبه مورد شکایت در این پرونده) به کار رفته است، در بخشی از مصوبه مورد شکایت در پرونده پیشین نیز وجود داشت و نهایتاً منتج به اعلام مغایرت شرعی فقهای محترم شورای نگهبان و ابطال آن مصوبه (در دادنامه شماره ۷۲۲) شد. در بخشی از مصوبه مورد شکایت در پرونده قبلی چنین بیان شده بود: «عرصه مقدار عقب‌نشینی مذکور در مالکیت مالک باقی و به‌عنوان فضای انتظار

→

شده و یا کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد مالک خواهد شناخت.

در مورد ارث هم ملک وقتی در دفتر املاک به اسم وراثت ثبت می‌شود که وراثت و انحصار آنها محرز و در سهم‌الارث بین آنها توافق بوده و یا در صورت اختلاف حکم نهائی در آن باب صادر شده باشد.

تبصره- حکم نهایی عبارت از حکمی است که به واسطه طی مراحل قانونی و یا به واسطه انقضا مدت اعتراض و استیناف و تمیز دعوایی که حکم در آن موضوع صادر شده از دعاوی مختومه محسوب شود.»

۱. محتوای کلی این قانون، مربوط به نحوه خریداری و تملک اراضی، ابنیه، مستحدثات، تأسیسات و سایر حقوق مربوط به اراضی مذکور، متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی است که برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دستگاه‌های مشمول این قانون مورد نیاز دستگاه‌های مذکور است.

۲. ماده (۵): «بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی شهری و تغییرات آنها در هر استان به وسیله کمیسیونی ... انجام می‌شود. تغییرات نقشه‌های تفصیلی اگر بر اساس طرح جامع شهری مؤثر باشد باید به تأیید مرجع تصویب‌کننده طرح جامع (شورای عالی شهرسازی و معماری ایران یا مرجع تعیین شده از طرف شورای عالی) برسد.»

و یا درخت کاری یا پارکینگ حاشیه‌ای استفاده خواهد شد.» این حکم در مصوبه موضوع شکایت حاضر نیز بدین صورت مقرر شده: «عرصه واقع در عقب‌روی تحت اختیار مالکیت مالکین خواهد بود.... لازم به توضیح است که قسمت عقب‌روی در کاربری تجاری نیز بدون احداث مستحدثات در اختیار مالک خواهد بود.»

اما فارغ از این نکته، اگر مفاد مصوبه مورد شکایت به صورت علی‌حده و مستقل مد نظر قرار گیرد، دو نظر در خصوص مغایرت یا عدم مغایرت آن با قانون قابل طرح است؛

**نظر اول** آنکه مصوبه مزبور مغایرت قانونی ندارد و با ابقای مالکیت اشخاص بر میزان عقب‌نشینی شده، هرچند اعمال بخشی از حقوق مالکانه با محدودیت مواجه می‌گردد، اما نمی‌توان آن را مغایر قانون دانست. توضیح آنکه:

اولاً عقب‌نشینی مورد بحث در خصوص کاربری‌های تجاری است و با بقای مالکیت عرصه عقب‌نشینی برای مالک، وی امکان استفاده از آن در راستای اهداف تجاری خود را دارا می‌باشد. به عنوان مثال در فرض تأسیس رستوران، می‌تواند با قرار دادن میز و صندلی در آن قسمت، از مشتریان خود پذیرایی نماید. به‌خصوص اینکه در مصوبه موضوع شکایت در قسمت عقب‌نشینی صرفاً ایجاد مستحدثات منع شده و قسمت مزبور کماکان در اختیار مالک خواهد بود. درحالی‌که در مصوبه سابق استفاده از قسمت مزبور تنها به‌عنوان فضای انتظار و یا درخت کاری یا پارکینگ حاشیه‌ای به رسمیت شناخته شده بود.

ثانیاً عرصه‌ای که در مالکیت مالک باقی می‌ماند، در خرید و فروش ملک وی مورد محاسبه قرار گرفته و وی از ارزش و بهای آن منتفع می‌گردد و در صورت بازگشت به کاربری غیرتجاری حق هرگونه دخل و تصرف مالکانه در آن را خواهد داشت.

ثالثاً دولت و حکومت (در معنای عام آن) صلاحیت محدود کردن حقوق مالکانه را دارد که این موضوع، در همین راستا قابل تحلیل است و ایرادی بر آن وارد نیست. اصل ۲۲ قانون اساسی نیز بر همین صلاحیت دلالت دارد. تصمیم کمیسیون ماده (۵) نیز در راستای صلاحیت قانونی این کمیسیون در خصوص تصویب طرح تفصیلی - مذکور در ماده (۵) قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران - و ناظر بر «وضع دقیق و تفصیلی شبکه عبور و مرور» می‌باشد و ایرادی متوجه آن نیست. به عبارت دیگر، الزام اشخاص به

عقب‌نشینی، جهت تعریض معابر و تعیین قواعد حاکم بر شبکه عبور و مرور بوده است که از جمله صلاحیت‌های کمیسیون یاد شده به شمار می‌آید.

**نظر دوم** آنکه مصوبه مزبور مغایر قانون است. زیرا ابقای مالکیت اشخاص بر عرصه عقب‌نشینی شده، عملاً تفاوتی با منتفی شدن بهره‌مندی مالک از حقوق مالکانه خود ندارد و از حیث انتفاع از ملک، تفاوت چندانی با واگذاری مالکیت آن نخواهد داشت. به بیان دیگر، محدودیت‌های متعددی از حیث بهره‌مندی از حقوق مالکانه بر مالک تحمیل خواهد شد که مطلوبیتی برای مالک ندارد و منافع تفویضی در این حالت، قابل مقایسه با اندک منفعتی که همچنان برای مالک قابل بهره‌برداری خواهد بود، نیست. توضیح آنکه:

اولاً مشخص نیست که مقصود از عبارت «عرصه واقع در عقب‌روی تحت اختیار مالکیت مالکین خواهد بود» در مصوبه کمیسیون ماده (۵) چیست. آیا سند ملک نیز اصلاح شده و محدوده ملک تغییر می‌کند یا همان محدوده سابق است؟ اگر بعداً کاربری از تجاری به مسکونی تغییر یابد، آیا مجدداً آن عرصه به ملک اضافه می‌شود؟ ضمن اینکه مشابه همین عبارت در مصوبه قبلی کمیسیون که توسط فقهای شورای نگهبان مغایر شرع اعلام شده و هیئت عمومی دیوان نیز آن را ابطال کرده نیز وجود داشته است. لذا عملاً تغییری در مصوبه انجام نشده است.

ثانیاً با الزام مالک به عقب‌نشینی در بهره‌برداری تجاری از ملک، لزوماً از عرصه عقب‌نشینی شده نمی‌توان برای مقاصد تجاری بهره برد. بلکه تنها در برخی فروض و در مصادیق معدودی، آن عرصه قابلیت استفاده تجاری را خواهد داشت. به عنوان مثال در فرض تأسیس خیاطی، عرصه عقب‌نشینی شده مورد استفاده مالک قرار نخواهد گرفت و انتفاعی برای وی متصور نیست.

ثالثاً به دلایل پیش گفته، متقاضی خرید چنین ملکی کمتر نیز خواهد شد. زیرا خریدار باید وجه عرصه عقب‌نشینی شده را نیز بپردازد، در حالی که امکان انتفاع مورد انتظار از آن را نخواهد داشت.

رابعاً کمیسیون ماده (۵)، صلاحیت تصمیم‌گیری در خصوص اعمال چنین محدودیتی را ندارد و حتی بر فرض صلاحیت کلی حاکمیت در اعمال این محدودیت، نهاد صلاحیت‌دار جهت اخذ این تصمیم، قانونگذار است و نه کمیسیون ماده (۵). زیرا صلاحیت کمیسیون مزبور، در خصوص تصویب طرح‌های تفصیلی شهری است که بر اساس بند «۳» ماده (۱) قانون «تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی و تعیین وظائف آن»، طرح تفصیلی، عبارت است از طرحی که «بر اساس معیارها و ضوابط کلی طرح جامع شهر، نحوه استفاده از زمین‌های شهری در سطح محلات مختلف شهر و موقعیت و مساحت دقیق زمین برای هر یک از آنها و وضع دقیق و تفصیلی شبکه عبور و مرور و میزان و تراکم جمعیت و تراکم ساختمانی در واحدهای شهری و اولویتهای مربوط به مناطق به‌سازی و نوسازی و توسعه و حل مشکلات شهری و موقعیت کلیه عوامل مختلف شهری در آن تعیین می‌شود و نقشه‌ها و مشخصات مربوط به مالکیت بر اساس مدارک ثبتی تهیه و تنظیم می‌گردد». حال اگر در راستای تصویب طرح تفصیلی و تعیین تکلیف در خصوص هر یک از مصادیق مشمول آن، همچون «وضع دقیق و تفصیلی شبکه عبور و مرور»، نیاز به محدودیت حقوق مالکانه اشخاص باشد، باید نحوه جبران آن به مالک مشخص گردد که قانون «نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای برنامه‌های عمومی دولت و شهرداری‌ها» نیز بر همین امر و قواعد تفصیلی حاکم بر آن دلالت دارد. علاوه بر این، آرای متعدد هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که به برخی از آنها در خلال متن اشاره شد، حاکی از به رسمیت نشناختن صلاحیت کمیسیون ماده (۵) در اتخاذ تصمیم نسبت به مالکیت اشخاص بر اراضی و املاک می‌باشد.

## نتیجه‌گیری

از مجموع مطالب مطرح‌شده در این گزارش مشخص شد که مصوبه مورد شکایت مربوط به اجرای یکی از آرای دیوان عدالت اداری (دادنامه شماره ۷۲۲ مورخ ۱۳۹۵/۹/۲۳) راجع به ابطال مصوبه کمیسیون ماده (۵) شهر تبریز در سال ۱۳۹۱ می‌باشد. بر اساس دادنامه مذکور، مصوبه کمیسیون ماده (۵) مبنی بر حکم به عقب‌نشینی ملک اشخاص در مورد کاربری‌های تجاری در برخی مناطق - به صورت رایگان و بدون پرداخت قیمت آن - از حیث مغایرت با شرع ابطال شد. کمیسیون ماده (۵) به منظور اجرای این دادنامه، در مصوبه مورد شکایت مقرر کرده است که ضوابط عقب‌نشینی به قوت خود باقی است، لکن «عرصه واقع در عقب‌روی تحت اختیار مالکیت مالکین خواهد بود» و «قسمت عقب‌روی در کاربری تجاری نیز بدون احداث مستحدثات در اختیار مالک خواهد بود.»

به نظر می‌رسد که مصوبه مورد شکایت، در واقع نه تنها در راستای اجرای دادنامه شماره ۷۲۲ به نظر نمی‌رسد، بلکه عملاً بر خلاف مفاد آن می‌باشد. مضاف بر اینکه مشابه عبارتی که در مصوبه جدید به کار رفته است، در مصوبه مورد شکایت در پرونده پیشین نیز وجود داشت و نهایتاً منتج به اعلام مغایرت شرعی توسط فقهای محترم شورای نگهبان شد.



امام خمینی (ره):

و از شورایی محترم نگهبان می‌خواهم و توصیه می‌کنم، چه در نسل حاضر و  
چه در نسل مابقی آینده، که با کمال دقت و قدرت و ظایف اسلامی و ملی خود  
رایان و تحت تأثیر هیچ قدرتی واقع نشوند و از قوانین مخالف با شرع مطهر و  
قانون اساسی بدون هیچ ملاحظه‌ای جلو گیری نمایند.

(سخن امام، ج ۲۱، ص ۴۲۲)



بزهشکده شورای نگهبان

تهران، خیابان شهید سپهبد قرنی، کوچه خسرو، پلاک ۱۲