

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

نظرات استدلالی شورای نگهبان

در بررسی

طرح اصلاح ماده (۱۰۱) قانون شهرداری

مرحله اول: جلسه ۱۳۸۸/۲/۱۶

مرحله دوم: جلسه ۱۳۸۹/۲/۸

مرحله سوم: جلسه ۱۳۸۹/۱۰/۲۹

مرحله چهارم: جلسه ۱۳۹۰/۲/۷

استخراج و تنقیح: سلمان عمرانی

تدوین و بازبینی: محمد امینی زاده - کاظم کوهی اصفهانی

طرح اصلاح ماده (۱۰۱) قانون شهرداری

۱- مقدمه

طرح «اصلاح ماده (۱۰۱) قانون شهرداری» را عده‌ای از نمایندگان مجلس شورای اسلامی بر اساس برخی مشکلات قانونی ناشی از حکم ماده (۱۰۱) به مجلس تقدیم کردند. در مقدمه توجیهی این طرح، ضرورت ارائه این طرح به صورت زیر تبیین شده است: «یکی از مواردی که در شهرها، ایجاد کننده مشکل و منشأ اختلاف بین شهرداری‌ها از یک طرف و دادگستری و اداره کل ثبت اسناد و املاک از طرف دیگر بوده است، مشکلات قانونی ماده (۱۰۱) قانون شهرداری است. بر اساس ماده (۱۰۱) قانون فعلی، صاحبان کاربری‌های غیرمسکونی و نوعاً باغداران و خریداران باغ‌ها تقاضای تفکیک باغ خود را در دفاتر و دبیرخانه شهرداری ثبت نموده و پس از سپری شدن مهلت قانونی یا درخواست خود را در سیستم اداری به جریان گذاشته و یا بدون ارائه جواب منفی شهرداری‌ها، صرفاً درخواست تفکیک شده خود را به محاکم دادگستری ارائه داده و به علت نگرفتن پاسخ از شهرداری تقاضای تفکیک می‌نمایند. محاکم دادگستری بعضاً از روی عدم آگاهی و بعضاً هم با آگاهی کامل و صرفاً به دلیل وجود خلأ قانونی بر اساس درخواست مالکین، حکم به تفکیک زمین‌های مالکین می‌نمایند. مالکین پس از تفکیک با توجیهاتی چون کوچک بودن زمین و عدم شمول حکم باغ، متقاضی صدور پروانه شده و چون تفکیک زمین، مستند قانونی برای تغییر کاربری نیست به علت امتناع شهرداری‌ها از صدور پروانه، حکم انفصال شهرداریان را از دیوان عدالت اداری می‌گیرند. لذا برای حل مشکل مذکور و رفع خلأهای قانونی طرح ذیل تقدیم می‌گردد.»

این طرح برای رسیدگی به صورت دو شوری در تاریخ ۱۳۸۷/۹/۲۴ به کمیسیون امنیت ملی و سیاست خارجی، به عنوان کمیسیون اصلی ارسال گردید که کمیسیون مزبور، آن را در تاریخ ۱۳۸۷/۱۲/۱۲ با اصلاحات و الحاقاتی به تصویب رساند و گزارش شور اول آن را به مجلس ارائه کرد. این طرح در تاریخ ۱۳۸۸/۱/۲۶ در صحن علنی مجلس مطرح و با انجام اصلاحاتی، به تصویب رسید و برای طی روند قانونی مذکور در اصل ۹۴ قانون اساسی، به شورای نگهبان ارسال شد. شورای نگهبان در مورخ ۱۳۸۹/۲/۱۶ با تشکیل جلسه و بررسی این مصوبه، مفاد آن را در برخی موارد، دارای ابهام و در برخی موارد، مغایر با موازین شرع و همچنین اصول متعدد قانون اساسی (اصول ۵۷، ۸۵، ۱۵۹ و ۱۷۴) تشخیص داد و برای اصلاح به مجلس، بازگرداند. کمیسیون امنیت ملی و سیاست خارجی مجلس در بررسی مجدد برای رفع ایرادات شورای نگهبان، اصلاحاتی را در این طرح اعمال و در تاریخ ۱۳۸۹/۱/۲۲ گزارش آن را به مجلس ارائه کرد که مجلس در جلسه خود، مورخ ۱۳۸۹/۱/۲۹ آن را به تصویب رساند و مجدداً به شورای نگهبان ارسال کرد. شورای نگهبان در مورخ ۱۳۸۹/۲/۸ با تشکیل جلسه و بررسی اصلاحات انجام شده در مصوبه، همچنان آن را مغایر با موازین شرع و اصل ۸۵ قانون اساسی دانست. مجدداً کمیسیون امنیت ملی و سیاست خارجی مجلس برای رفع ایرادات شورای نگهبان، اصلاحاتی را در این طرح اعمال و در تاریخ ۱۳۸۹/۹/۳۰ گزارش آن را به مجلس ارائه کرد که مجلس در جلسه خود، مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۵ آن را به تصویب رساند و برای بررسی مجدد به شورای نگهبان ارسال کرد. شورای نگهبان در مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۹ با تشکیل جلسه و بررسی اصلاحات انجام شده در مصوبه، همچنان آن را مغایر با موازین

شرع و دارای ابهام دانست. کمیسیون امنیت ملی و سیاست خارجی مجلس برای رفع ایرادات شورای نگهبان، در تاریخ ۱۳۸۹/۱۲/۱۷ با تشکیل جلسه، اصلاحاتی را در این طرح اعمال و گزارش آن را به مجلس ارائه کرد. پس از آن مجلس در جلسه مورخ ۱۳۹۰/۱/۲۸ با بررسی اصلاحیه، آن را به تصویب رساند و جهت اظهارنظر به شورای نگهبان ارسال کرد. شورای نگهبان در مورخ ۱۳۹۰/۲/۷ با تشکیل جلسه و بررسی اصلاحات انجام شده در مصوبه، ایرادات سابق را منتفی و عدم مغایرت مفاد آن با موازین شرع و قانون اساسی را طی نامه شماره ۹۰/۳۰/۴۲۱۲۴ مورخ ۱۳۹۰/۲/۸ به مجلس شورای اسلامی اعلام کرد.

۲- بحث و بررسی شورای نگهبان پیرامون طرح اصلاح ماده (۱۰۱) قانون شهرداری مصوب ۱۳۸۸/۱/۲۶ مجلس شورای اسلامی (مرحله اول)

۲-۱- ماده واحده

”ماده واحده- ماده (۱۰۱) قانون شهرداری^۱ به شرح ذیل اصلاح می‌گردد:

ماده ۱۰۱- ادارات ثبت اسناد و املاک موظفند در موقع دریافت تقاضای تفکیک یا افراز اراضی غیردولتی واقع در محدوده و حریم شهرها، از سوی مالکین، عمل تفکیک یا افراز را بر اساس نقشه‌ای انجام دهند که قبلاً به تأیید شهرداری مربوط رسیده باشد. نقشه‌ای که مالک برای تفکیک زمین خود تهیه نموده و جهت تصویب در قبال رسید، تسلیم شهرداری می‌نماید، باید پس از کسر سطوح معابر و قدرالسهم شهرداری مربوط به خدمات عمومی از کل زمین، از طرف شهرداری تأیید و کتباً به مالک ابلاغ شود.”

۲-۱-۱- نظرات استدلالی

۲-۱-۱-۱- دیدگاه ابهام

در این ماده نسبت به ماده ۱۰۱ شهرداری، عبارت «دادگاه» در صدر ماده حذف شده و به جهت سکوت در مقام بیان، موجب سلب صلاحیت محاکم دادگستری به پرونده‌های ثبتی مورد اختلاف شده است. از آنجا که اطلاق ماده اصلاحی، موجب اعطای صلاحیت به ادارات ثبت اسناد و املاک نسبت به رسیدگی به موارد اختلافی امور ثبتی - که دارای ماهیت قضایی است - می‌گردد، مغایر با موازین شرع و اصل ۱۵۹ قانون اساسی ناظر بر مرجع رسمی تظلمات و شکایات بودن دادگستری است. حتی در صورت بقای صلاحیت محاکم در رسیدگی به این - گونه دعاوی به استناد اصول کلی، این ماده واجد ابهام ارزیابی می‌شود.

۲-۱-۱-۲ دیدگاه مغایرت

ماده (۱۰۱) فعلی، مهلت ۲ ماهه‌ای را برای اظهارنظر شهرداری در نظر گرفته است، لکن این موعد در مصوبه جدید حذف گردیده و عملاً راه برای فساد اداری در شهرداری و ایجاد مشکلات برای مردم از طریق تاخیر در

۱. ماده ۱۰۱ قانون شهرداری مصوب ۱۳۴۵: «اداره ثبت اسناد و دادگاهها موکلند در موقع تقاضای تفکیک اراضی محدود شهر و حریم آن عمل تفکیک را طبق نقشه‌ای انجام دهند که قبلاً به تصویب شهرداری رسیده باشد. نقشه‌ای که مالک برای تفکیک زمین خود تهیه می‌نماید و برای تصویب به شهرداری در قبال رسید تسلیم می‌کند، باید حداکثر ظرف دو ماه از طرف شهرداری تکلیف قطعی آن معلوم و کتباً به مالک ابلاغ شود. در صورتی که در موعد مذکور، شهرداری تصمیم خود را به مالک اعلام ننماید، مراجع مذکور در فوق مکلفند پس از استعلام از شهرداری طبق نقشه‌هایی که مالک ارائه می‌نماید عمل تفکیک را انجام دهند. معابر و شوارع عمومی که در اثر تفکیک اراضی احداث می‌شود متعلق به شهرداری است و شهرداری در قبال آن به هیچ عنوان وجهی به صاحب آن پرداخت نخواهد کرد.»

پاسخ دادن به تقاضاهای مردمی ایجاد کرده است؛ لذا از این نظر که زمینه را برای اضرار به غیر (موضوع اصل ۴۰ قانون اساسی) فراهم می سازد محل ایراد و مغایر با حقوق ملت است و مغایر شرع و قانون اساسی می باشد.

۲-۱-۱-۳- دیدگاه عدم مغایرت

الف) در ماده اصلاحی ادارات ثبت موظف شده اند تا بر اساس نقشه مورد تأیید شهرداری و در قبال اسناد ارائه شده از سوی «مالک» اقدام نمایند؛ این بدان معناست که این ماده تنها متعرض پرونده‌هایی می شود که ملک دارای مالک قانونی و شرعی بوده و از موارد اختلافی و دارای ماهیت قضایی نیست. با توجه به اطلاق مقررات مربوط به صلاحیت محاکم قضایی در رسیدگی به موارد اختلافی، حذف عبارت «دادگاه» از صدر ماده، مغایرتی با موازین شرعی ایجاد نمی کند.

ب) حق مراجعه ابتدائی افراد -پیش از تهیه نقشه از سوی شهرداری- به دادگاه‌ها به طور ضمنی موجب پایمال شدن حقوق بعضی از شرکاء می گردد؛ زیرا چنانچه دادگاه پس از رسیدگی، حکم به افراز ملک صادر کند و سهم هر یک از شرکاء را معین نماید، امکان تغییر این سهام وجود نخواهد داشت و موجب تضییع سهم شریکی که ملکش در نقشه شهرداری به عنوان قدرالسهم اخذ گردیده است، می شود. بر این اساس، حذف مرحله دادگاه از صدر ماده اصلاحی، مطابق با حمایت حقوق ملت است.

۲-۱-۲- نظر شورای نگهبان

- نظر به اینکه با عنایت به قوانین جاری، تقاضای افراز و تفکیک بسیاری از اراضی باید از طریق دادگاه‌ها به عمل آید و در ماده (۱۰۱) اصلاح پاره‌ای از مواد و الحاق مواد جدید به قانون شهرداری مصوب سال ۱۳۳۴ مصوب ۱۳۴۵/۱۱/۲۷ این امر پیش بینی شده، اما در این مصوبه در خصوص موارد مذکور تعیین تکلیف نشده، فلذا ماده واحده از این حیث ابهام دارد؛ پس از رفع ابهام اظهار نظر خواهد شد.

- اطلاق ماده واحده در خصوص واگذاری امر تفکیک به ادارات ثبت در موارد وجود اختلاف در مالکیت و یا در صورت اختلاف در تقسیم، خلاف موازین شرع شناخته شد.

- عدم قید مهلت برای شهرداری در خصوص تأیید و ابلاغ نقشه به مالک و عدم تعیین تکلیف در این خصوص، خلاف موازین شرع شناخته شد.

۲-۲- تبصره (۳) ماده واحده

تبصره ۳- میزان قدرالسهم شهرداری مربوط به خدمات عمومی، تا سقف بیست و پنج درصد (۲۵٪) از کل زمین و سطوح مربوط به معابر، از بیست درصد (۲۰٪) الی بیست و پنج درصد (۲۵٪) از کل زمین بر اساس دستورالعملی تعیین می شود که بنا به پیشنهاد مشترک وزارت کشور و شورای عالی استان‌ها به تصویب شورای عالی شهرسازی و معماری ایران می رسد. عواملی همچون موقعیت محل

اراضی، مساحت اولیه و باقیمانده پس از تفکیک، کاربری مصوب اراضی و تشویق متقاضیان تفکیک به مترازهای بالاتر از حد نصاب تفکیک در آن شهر، در تعیین درصدهای فوق مؤثر می‌باشد.

۲-۲-۱- نظرات استدلالی

۲-۲-۱-۱- دیدگاه مغایرت

الف) با توجه به پرونده‌های متعددی که از طریق دیوان عدالت اداری در شورای نگهبان مطرح می‌شود و شهرداری‌ها ۷۵ تا ۸۰ درصد املاک را به عنوان قدرالسهم تصاحب می‌کنند، به نظر می‌رسد باید مفاد تبصره (۳) ماده ۱۰۱ اصلاحی به دقت موشکافی و ابهام زدایی شود. باید مشخص شود که آیا مراد از ۲۵٪ مورد اشاره در این تبصره، منظور حداکثر میزانی است که شهرداری در هنگام افزایش می‌تواند تصاحب کند، یا اینکه منظور از آن مقداری است که در عوض خدمات عمومی دریافت می‌شود و برای مسائل دیگر نیز دست شهرداری برای تصاحب باز گذاشته شده است. به همین دلیل، ضروری است از تبصره (۳) رفع ابهام گردد تا مشخص شود منظور از این تبصره چه می‌باشد.

ب) اطلاق الزام شهرداری به اخذ قدر السهم ۲۰ تا ۲۵ درصدی به عنوان سطوح مربوط به معابر، حتی در صورت عدم نیاز به ایجاد معابر، دارای اشکال شرعی است و موجب تضییع حقوق مردم می‌گردد. چنانچه الزام شهرداری به پرداخت قیمت عادلانه این اموال پیش‌بینی شده بود، این ایراد مرتفع می‌گردید.

ج) اخذ قدرالسهم مورد اشاره در این تبصره از سوی شهرداری، در حکم مالیات است و طبق اصل ۵۱ قانون اساسی، وضع مالیات و میزان دقیق آن باید به موجب قانون باشد و نمی‌توان تعیین این مساله را به شهرداری و نهادهای مشابه تفویض نمود. به همین دلیل تبصره (۳) در تغایر با اصل ۵۱ قانون اساسی مبنی بر تعیین دقیق میزان مالیات به موجب قانون است.

د) منحصر نمودن عوامل مذکور در تبصره (۳) ماده واحده که در تعیین درصدهای فوق مؤثراند و در نظر نگرفتن سایر دریافت‌های شهرداری مثل عوارض گوناگون خلاف شرع است، زیرا تعیین عوارض و قدرالسهم باید با توجه به سایر دریافت‌های شهرداری در خصوص ساخت و ساز از املاک صورت گیرد تا اجحافی نسبت به حقوق عامه مردم صورت نگیرد.

ه) تصاحب عین املاک خصوصی به عنوان قدرالسهم و به جای اخذ مالیات یا عوارض و بدون پرداخت ما به ازای آن در مواردی که عین زمین (برای خدمات عمومی و سطوح مربوط به معابر) مورد نیاز نیست، در تغایر با موازین شرعی از جمله حق مالکیت افراد بر اموالشان می‌باشد. زیرا الزام افراد به پرداخت عوارض و مالیاتی از اصل ملک که به صورت شوارع و یا خدمات عمومی استفاده نمی‌شود لزومی نداشته و موجب تضییع حقوق افراد می‌گردد.

و) سپردن حق تصویب ضوابط مربوط به تعیین قدرالسهم شهرداری‌ها به «شورای عالی شهرسازی و معماری ایران» مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی و انحصار حق قانونگذاری در مجلس است، زیرا به موجب اصل ۸۵ قانون اساسی سمت نمایندگی قائم به شخص بوده و قابل واگذاری به دیگری نیست و مجلس نمی‌تواند اختیار

قانونگذاری را به شخص یا هیأتی غیر از مجلس واگذار کند؛ لذا واگذاری تعیین قدر سهم شهرداری‌ها به نهادی غیر از مجلس شورای اسلامی مغایر قانون اساسی می‌باشد.

۲-۲-۲- نظر شورای نگهبان

- اطلاق تعیین میزان قدرالسهم شهرداری مربوط به خدمات عمومی و سطوح مربوط به معابر به میزانی که در تبصره (۳) ماده واحده ماده (۱۰۱) آمده، از این جهت که نیاز به ضابطه دارد، مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی شناخته شد.

- منحصر نمودن عوامل مذکور در تبصره (۳) ماده واحده در آنچه ذکر شده و در نظر نگرفتن سایر دریافت‌های شهرداری مثل عوارض گوناگون خلاف شرع است و تصمیم‌گیری باید با توجه به همه دریافت‌ها در رابطه با شهرداری باشد.

- اطلاق دریافت عین اراضی بعنوان قدرالسهم خدمات عمومی در تبصره (۳) ماده واحده (ماده ۱۰۱) نسبت به مواردی که عین زمین مورد نیاز نیست، خلاف موازین شرع شناخته شد.

۲-۳- تبصره (۴) ماده واحده

"تبصره ۴- کلیه اراضی حاصل از تبصره (۳) و معابر و شوارع عمومی‌ای که در اثر تفکیک و افراز و صدور سند مالکیت ایجاد می‌شود، متعلق به شهرداری است و شهرداری در قبال آن هیچ وجهی به صاحب ملک پرداخت نخواهد کرد.

در سایر موارد مربوط به اجراء طرح‌های عمومی و عمرانی، قانون «نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت، مصوب سال ۱۳۵۸» و اصلاحات بعدی آن ملاک عمل خواهد بود."

۲-۳-۱- نظرات استدلالی

۲-۳-۱-۱- دیدگاه مغایرت

الف) از آنجا که در تبصره (۴)، قانون «نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت، مصوب سال ۱۳۵۸ شورای انقلاب» معیار عمل دانسته شده و بر طبق ماده ۴ آن قانون^۲، رأی اکثریت هیأتی غیرقضایی، قطعی و لازم الاجراء دانسته شده است، این در حالی است که به موجب اصل

۲. ماده ۴- هرگاه نسبت به تعیین بهای عادلانه اراضی و ابنیه و تأسیسات و حقوق و خسارات وارده بین «دستگاه اجرایی» و مالک توافق حاصل نشود، بهای عادلانه توسط هیأتی مرکب از سه نفر کارشناس رسمی دادگستری تعیین می‌گردد. کارشناسان یک نفر از طرف «دستگاه اجرایی»، یک نفر از طرف مالک یا صاحب حق و نفر سوم به انتخاب طرفین و در صورت عدم توافق یا استنکاف به معرفی دادگاه صالحه محل وقوع ملک انتخاب می‌شوند. رأی اکثریت هیأت مزبور قطعی و لازم‌الاجرا است.

یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است؛ لذا این تبصره مغایر با موازین شرع و اصل ۱۵۹ قانون اساسی می‌باشد.

ب) فارغ از صحت یا فساد قدرالسهم مذکور در تبصره ۳، این موضوع که این مقدار از ملک افراد به مالکیت شهرداری در بیاید، محل اشکال و مغایر با موازین شرع است زیرا این زمین‌ها که به عنوان خدمات عمومی از ملکیت افراد خارج می‌شود باید به عنوان اموال عمومی در اختیار حاکم اسلامی درآید نه اینکه به ملکیت شهرداری درآید.

ج) تصاحب عین املاک خصوصی به جای اخذ مالیات یا عوارض و بدون پرداخت هیچ‌گونه وجهی در قبال آن مبتنی بر ایراد مذکور در تبصره ۳، از آنجا که در تعارض با حق مالکیت افراد بر اموالشان می‌باشد، در تغایر با موازین شرعی است.

۲-۳-۲- نظر شورای نگهبان

- نظر به اینکه قسمت اخیر تبصره (۴)، لایحه قانون نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ را ملاک عمل قرار داده است، عبارت «قطعی و لازم الاجراء است» در ماده (۴) لایحه قانونی مذکور خلاف موازین شرع و مغایر اصل ۱۵۹ قانون اساسی شناخته شد.

- تبصره (۴) مبنیاً بر ایراد تبصره (۳) خلاف موازین شرع و مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی شناخته شد.

۲-۴-۲- تبصره (۵) ماده واحده

"تبصره ۵- نظارت بر اجرای این قانون در محدوده شهرها بر عهده وزارت مسکن و شهرسازی و در حریم شهرها بر عهده وزارت جهاد کشاورزی می‌باشد."

۲-۴-۱- نظرات استدلالی

۲-۴-۱-۱- دیدگاه مغایرت

اطلاق ایجاد حق نظارت برای وزارت مسکن و شهرسازی و نیز وزارت جهاد کشاورزی نسبت به عملکرد سازمان ثبت (زیر نظر قوه قضائیه)، مذکور در تبصره (۵)، مغایر با اصل استقلال قوا و اصل ۵۷ قانون اساسی است. ضمن اینکه وظیفه نظارت بر حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین، طبق اصل ۱۷۴ قانون اساسی بر عهده سازمان بازرسی کل کشور است.

۲-۴-۲- نظر شورای نگهبان

اطلاق ایجاد حق نظارت برای دستگاههای مذکور در تبصره (۵) ماده واحده (ماده ۱۰۱)، مغایر اصول ۵۷ و ۱۷۴ قانون اساسی شناخته شد.

۳- بحث و بررسی شورای نگهبان پیرامون طرح اصلاح ماده (۱۰۱) قانون شهرداری مصوب ۱۳۸۹/۱/۲۹ مجلس شورای اسلامی (مرحله دوم)

۳-۱- ماده واحده

"ماده واحده - ماده (۱۰۱) قانون شهرداری به شرح ذیل اصلاح می گردد:
ماده ۱۰۱- ادارات ثبت اسناد و املاک و حسب مورد دادگاهها موظفند در موقع دریافت تقاضای تفکیک یا افراز اراضی غیر دولتی واقع در محدوده و حریم شهرها، از سوی مالکین، عمل تفکیک یا افراز را بر اساس نقشه ای انجام دهند که قبلاً به تأیید شهرداری مربوط رسیده باشد. نقشه ای که مالک برای تفکیک زمین خود تهیه نموده و جهت تصویب در قبال رسید، تسلیم شهرداری می نماید، باید پس از کسر سطوح معابر و قدرالسهم شهرداری مربوط به خدمات عمومی از کل زمین، از طرف شهرداری حداکثر ظرف سه ماه تأیید و کتباً به مالک ابلاغ شود."

۳-۱-۱- نظرات استدلالی

۳-۱-۱-۱- دیدگاه مغایرت

به رغم آنکه در اصلاح جدید (موضوع ایراد بند ۳ شورای نگهبان) مدت سه ماهه برای تعیین تکلیف برای شهرداری مقرر گشته است، اما ضمانت اجرایی عدم پاسخ شهرداری در مدت مزبور تعیین نشده است و معلوم نیست وضعیت ملک متقاضیان پس از گذشت مدت مزبور و عدم پاسخ شهرداری چه خواهد شد. برای رفع این ایراد به طور مثال باید به این ماده اضافه شود که در صورت پاسخ شهرداری در مدت تعیین شده رسماً حسب مورد از سوی ادارات ثبت اسناد و املاک و دادگاهها عمل می شود.

۳-۱-۱-۲- دیدگاه عدم مغایرت

با توجه به اصلاح صدر ماده واحده مبنی بر صلاحیت دادگاهها در موارد مورد نیاز، ایراد شرعی مرتفع گردیده است.

۳-۱-۲- نظر شورای نگهبان

ایراد بند (۳) این شورا در خصوص عدم تعیین تکلیف در مهلت مقرر توسط شهرداری کماکان به قوت خود باقی است.

۳-۲- تبصره (۳) ماده واحده

تبصره ۳- میزان قدرالسهم شهرداری مربوط به خدمات عمومی، تا سقف بیست و پنج درصد (۲۵٪) از کل زمین در صورت نیاز شهرداری مطابق مفاد ماده (۱) قانون نوسازی و عمران شهری^۳ و مطابق طرح جامع و تفصیلی شهر و سطوح مربوط به معابر، از بیست درصد (۲۰٪) الی بیست و پنج درصد (۲۵٪) از کل زمین مطابق ضوابطی می باشد که به وسیله قانون تعیین شده است. عواملی همچون موقعیت محل اراضی، مساحت اولیه و باقیمانده پس از تفکیک، کاربری مصوب اراضی و تشویق متقاضیان تفکیک به مترازهای بالاتر از حد نصاب تفکیک در آن شهر و همچنین سایر عوارضی که شهرداری دریافت می کند، در تعیین درصدهای فوق موثر می باشد.

۳-۲-۱- نظرات استدلالی

۳-۲-۱-۱- دیدگاه مغایرت

الف) در تبصره (۳) (موضوع ایراد بند ۴ شورای نگهبان) در مورد اطلاق تعیین میزان قدرالسهم شهرداری مربوط به خدمات عمومی و سطوح مربوط به معابر به میزانی که در تبصره (۳) ماده واحده ماده (۱۰۱) آمده ارجاع تعیین ضوابط به قانون دارای ابهام است، چرا که ضوابط قانون مربوطه مشخص نیست و به همین دلیل ایراد مغایرت با اصل ۸۵ همچنان پابرجاست.

ب) از آنجا که در اصلاحیه مجلس، به مفاد ماده (۱) قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۱۳۴۷ ارجاع داده شده است، و اطلاق ماده ارجاعی از آنجا که مصوب قبل از انقلاب می باشد، مغایر با شرع است، فلذا تبصره (۳) مغایر با موازین شرع شناخته می شود.

ج) اطلاق اخذ قدرالسهم از سوی شهرداری نسبت به مواردی که نیاز به ایجاد معبر جدید نمی باشند و مجانی بودن این قدرالسهم برای شهرداری و عدم الزام شهرداری به پرداخت هزینه آن (موضوع تبصره ۳) مغایر با موازین شرعی است.

د) علیرغم اصلاح به عمل آمده ایراد مذکور در بند (۵) ایرادات سابق شورا مبنی بر منحصر نمودن عوامل مذکور در تبصره (۳) ماده واحده در آنچه ذکر شده و در نظر نگرفتن سایر دریافت های شهرداری خلاف شرع است و تصمیم گیری باید با توجه به همه دریافت ها در رابطه با شهرداری باشد.

ه) مبنی بر ایراد مذکور در بند (۶) ایرادات سابق شورا تصاحب عین املاک خصوصی به عنوان قدرالسهم و به جای اخذ مالیات یا عوارض و بدون پرداخت ما به ازای آن در مواردی که عین زمین (برای خدمات عمومی و سطوح مربوط به معابر) مورد نیاز نیست، در تغایر با موازین شرعی از جمله حق مالکیت افراد بر اموالشان

۳. ماده ۱ قانون نوسازی و عمران شهری، مصوب ۱۳۴۷: «در اجرای اصل یازدهم منشور انقلاب شاه و ملت نوسازی و عمران و اصلاحات اساسی و تأمین نیازمندی های شهری و احداث و اصلاح و توسعه معابر و ایجاد پارک ها و پارکینگ ها (توقفگاه ها) و میدان ها و حفظ و نگهداری پارک ها و باغ های عمومی موجود و تأمین سایر تأسیسات مورد نیاز عمومی و نوسازی محلات و مراقبت در رشد متناسب و موزون شهرها از وظایف اساسی شهرداری ها است و شهرداری ها در اجرای وظائف مذکور مکلف به تهیه برنامه های اساسی و نقشه های جامع هستند.»

می‌باشد. زیرا الزام افراد به پرداخت عوارض و مالیاتی از اصل ملک که به صورت شوارع و یا خدمات عمومی استفاده نمی‌شود لزومی نداشته و موجب تضییع حقوق افراد می‌گردد.

۳-۲-۱-۲-۳- دیدگاه عدم مغایرت

در تبصره (۳) موضوع ایراد بند (۴) شورای نگهبان، مجانی بودن قدرالسهم شهرداری توجیه پذیر است، چرا که افزای املاک متضمن اختصاص مسیر و راه مناسب به املاک است و این راه را فرد افزاکنده باید تامین کند، نه شهرداری. به همین دلیل اخذ قدرالسهم مربوط به معابر مغایرتی با شرع ندارد.

۳-۲-۲-۳- نظر شورای نگهبان

- علی‌رغم اصلاح به عمل آمده در خصوص ایراد بند (۴) این شورا (مغایرت با اصل ۸۵ قانون اساسی) کما کان به قوت خود باقی است، بعلاوه اطلاق مفاد ماده (۱) قانون نوسازی و عمران شهری خلاف موازین شرع شناخته شد.

- در تبصره (۳) تعیین میزان قدرالسهم شهرداری چون ظهور در مجانی بودن و تبصره (۴) صراحت بر این امر دارد، بند (۴) خلاف موازین شرع شناخته شد.

- ایراد بند (۵)^۵ شورای نگهبان نیز رفع نشده است، لذا اشکال مذکور کماکان به قوت خود باقی است.

- علی‌رغم اصلاح به عمل آمده ایراد بند (۶)^۶ این شورا کماکان به قوت خود باقی است.

۳-۳- تبصره (۴) ماده واحده

"تبصره ۴- کلیه اراضی حاصل از تبصره (۳) و معابر و شوارع عمومی‌ای که در اثر تفکیک و افزای و صدور سند مالکیت ایجاد می‌شود، متعلق به شهرداری است و شهرداری در قبال آن هیچ وجهی به صاحب ملک پرداخت نخواهد کرد."

۳-۳-۱- نظرات استدلالی

۳-۳-۱-۱- دیدگاه مغایرت

۴. اطلاق تعیین میزان قدرالسهم شهرداری مربوط به خدمات عمومی و سطوح مربوط به معابر به میزانی که در تبصره (۳) ماده واحده (ماده ۱۰۱) آمده، از این جهت که نیاز به ضابطه دارد، مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی شناخته شد.

۵. منحصر نمودن عوامل مذکور در تبصره (۳) ماده واحده در آنچه ذکر شده و در نظر نگرفتن سایر دریافت‌های شهرداری مثل عوارض گوناگون خلاف شرع است و تصمیم‌گیری باید با توجه به همه دریافت‌ها در رابطه با شهرداری باشد.

۶. اطلاق دریافت عین اراضی به عنوان قدرالسهم خدمات عمومی در تبصره (۳) ماده واحده (ماده ۱۰۱) نسبت به مواردی که عین زمین مورد نیاز نیست، خلاف موازین شرع شناخته شد.

در تبصره (۴) موضوع ایراد بند (۷) شورای نگهبان، تصاحب عین املاک خصوصی به عنوان قدرالسهم و به جای اخذ مالیات یا عوارض و بدون پرداخت ما به ازای آن در مواردی که عین زمین (برای خدمات عمومی و سطوح مربوط به معابر) مورد نیاز نیست، در تغایر با موازین شرعی از جمله حق مالکیت افراد بر اموالشان می- باشد. زیرا الزام افراد به پرداخت عوارض و مالیاتی از اصل ملک که به صورت شوارع و یا خدمات عمومی استفاده نمی‌شود لزومی نداشته و موجب تضییع حقوق افراد می‌گردد.

۳-۳-۲- نظر شورای نگهبان

ایراد بند (۷) شورای نگهبان^۷ در خصوص تبصره (۴) مبنیاً بر ایراد تبصره (۳) نیز کماکان به قوت خود باقی است.

^۷. تبصره (۴) مبنیاً بر ایراد تبصره (۳) خلاف موازین شرع و مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی شناخته شد.

۴- بحث و بررسی شورای نگهبان پیرامون طرح اصلاح ماده (۱۰۱) قانون شهرداری مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۵ مجلس شورای اسلامی (مرحله سوم)

۴-۱- ماده واحده

”ماده واحده - ماده (۱۰۱) قانون شهرداری به شرح ذیل اصلاح می‌گردد:

ماده ۱۰۱- ادارات ثبت اسناد و املاک و حسب مورد دادگاه‌ها موظفند در موقع دریافت تقاضای تفکیک یا افراز اراضی واقع در محدوده و حریم شهرها، از سوی مالکین، عمل تفکیک یا افراز را بر اساس نقشه‌ای انجام دهند که قبلاً به تأیید شهرداری مربوط رسیده باشد. نقشه‌ای که مالک برای تفکیک زمین خود تهیه نموده و جهت تصویب در قبال رسید، تسلیم شهرداری می‌نماید، باید پس از کسر سطوح معابر و قدرالسهم شهرداری مربوط به خدمات عمومی از کل زمین، از طرف شهرداری حداکثر ظرف سه ماه تأیید و کتباً به مالک ابلاغ شود.

بعد از انقضای مهلت مقرر و عدم تعیین تکلیف از سوی شهرداری، مالک می‌تواند خود تقاضای تفکیک یا افراز را به دادگاه تسلیم نماید. دادگاه با رعایت حداکثر نصاب‌های مقرر در خصوص معابر، شوارع و سرانه‌های عمومی با اخذ نظر کمیسیون ماده (۵)، به موضوع رسیدگی و اتخاذ تصمیم می‌نماید.

۴-۱-۱- نظرات استدلالی

۴-۱-۱-۱- دیدگاه مغایرت

الف) علی‌رغم اصلاح به عمل آمده، ماده (۱۰۱) از حیث عدم تعیین مهلت برای کمیسیون ماده (۵) خلاف موازین شرع می‌باشد زیرا عملاً راه برای فساد اداری در شهرداری و ایجاد مشکلات برای مردم از طریق تاخیر در پاسخ دادن به تقاضاهای مردمی ایجاد کرده است؛ لذا از این نظر که زمینه را برای اضرار به غیر (موضوع اصل ۴۰ قانون اساسی) فراهم می‌سازد محل ایراد و مغایر با حقوق ملت است و مغایر شرع و قانون اساسی می‌باشد. ب) در اصلاح جدید، موظف نمودن قاضی به اخذ نظر کمیسیون ماده (۵) برای رسیدگی و اتخاذ تصمیم، خلاف موازین شرع تشخیص داده شد.

۴-۱-۱-۲- دیدگاه عدم مغایرت

با توجه به اینکه در ماده واحده اصلاحی، در صورت عدم اعلام نظر شهرداری در مدت مقرر، تصمیم‌گیری را به دادگاه سپرده است، ایراد بند (۳) شورا مرتفع گردیده است.

۴-۱-۲- نظر شورای نگهبان

علی‌رغم اصلاح به عمل آمده، ماده (۱۰۱) از حیث عدم تعیین مهلت برای کمیسیون ماده (۵) و موظف نمودن قاضی به اخذ نظر کمیسیون مزبور برای رسیدگی و اتخاذ تصمیم، خلاف موازین شرع تشخیص داده شد.

۴-۲- تبصره (۳) ماده واحده

تبصره ۳- شهرداری برای تأمین سرانه فضای عمومی و خدماتی تا سقف بیست و پنج درصد (۲۵٪) و برای تأمین شوارع و معابر مورد نیاز تفکیک یا افراز بیست درصد (۲۰٪) تا بیست و پنج درصد (۲۵٪) از کل زمین را مطابق ضوابط طرح‌های جامع، تفصیلی و هادی شهر حسب مورد با رعایت عواملی همچون موقعیت محل اراضی، مساحت اولیه، باقیمانده پس از تفکیک، کاربری مصوب اراضی و تشویق متقاضیان به مترازهای بالاتر از حد نصاب تفکیک در آن شهر، در قبال موافقت با تفکیک و افراز مطالبه نماید. شهرداری در قبال تفکیک و افراز غیر از موارد ذکر شده حق دریافت هیچگونه وجه دیگری ندارد.

۴-۲-۱- نظرات استدلالی

۴-۲-۱-۱- دیدگاه مغایرت

الف) اطلاق اخذ قدر السهم قطعی و محتوم از سوی شهرداری نسبت به مواردی که نیاز به ایجاد معبر جدید نمی‌باشند و مجانی بودن این قدرالسهم برای شهرداری و عدم الزام شهرداری به پرداخت هزینه‌ی آن (موضوع تبصره ۳) فاقد توجیه بوده و مغایر با موازین شرعی است. چه اینکه جمع دو قدرالسهم منجر به اخذ نیمی از زمین شده و زمین مربوطه را از انتفاع کافی ساقط می‌کند.

ب) افزودن عبارت «شهرداری در قبال تفکیک و افراز غیر از موارد ذکر شده حق دریافت هیچگونه وجه دیگری ندارد» در ذیل تبصره‌ی ۳ رافع ایراد قبلی شورای نگهبان مبنی بر مجانی بودن قدرالسهم نیست و ایراد شورا همچنان باقی است. زیرا تصاحب عین املاک خصوصی به عنوان قدرالسهم و به جای اخذ مالیات یا عوارض و بدون پرداخت ما به ازای آن در مواردی که عین زمین (برای خدمات عمومی و سطوح مربوط به معابر) مورد نیاز نیست، در تغایر با موازین شرعی از جمله حق مالکیت افراد بر اموالشان می‌باشد.

ج) در مورد مطالبات شهرداری در تبصره (۳)، در خصوص حداقل بیست درصد (۲۰٪) از کل زمین در صورتی که نیاز به شوارع و معابر به مقدار مذکور در زمین مورد تفکیک نباشد، آیا باز هم باید به این میزان گرفته شود یا خیر، دارای ابهام از منظر شرعی است: چرا که اخذ قدرالسهم در صورت عدم نیاز شهرداری به معابر و شوارع، فاقد توجیه شرعی است.

د) اخذ (۲۵٪) قدرالسهم بابت هزینه‌ی تفکیک متناسب نیست و در مواردی ممکن است چندین برابر هزینه واقعی باشد و به همین جهت مغایر با موازین شرعی است.

۴-۲-۱-۲- دیدگاه عدم مغایرت

الف) از آنجا که تفکیک زمین موجب افزایش قیمت ملک می‌شود و بر مطلوبیت و مرغوبیت آن می‌افزاید، فلذا اخذ قدرالسهم شهرداری مغایرتی با شرع ندارد؛ چرا که در واقع شهرداری، قیمت افزوده‌ی ملک را اخذ می‌نماید. ضمن اینکه افزایش قطعات ملک و افراز آن، خدمات عمومی بیشتری را می‌طلبد که تنها از طریق تعریض امکان‌پذیر خواهد بود.

ب) از آنجا که در ماده اصلاحی، ضوابطی برای تعیین میزان قدرالسهم تعیین شده است، ایراد مغایرت با اصل ۸۵ قانون اساسی مرتفع گردیده است.

۴-۲-۲- نظر شورای نگهبان

در مورد مطالبات شهرداری در تبصره (۳)، در خصوص حداقل بیست درصد (۲۰٪) از کل زمین در صورتی که نیاز به شوارع و معابر به مقدار مذکور در زمین مورد تفکیک نباشد، آیا باز هم باید به این میزان گرفته شود یا خیر، ابهام دارد؛ پس از رفع ابهام اظهار نظر می‌گردد.

۴-۳- تبصره (۴) ماده واحده

"تبصره ۴- کلیه اراضی حاصل از تبصره (۳) و معابر و شوارع عمومی و اراضی خدماتی که در اثر تفکیک و افراز و صدور سند مالکیت ایجاد می‌شود، متعلق به شهرداری است و شهرداری در قبال آن هیچ وجهی به صاحب ملک پرداخت نخواهد کرد.
در مواردی که امکان تأمین انواع سرانه، شوارع و معابر از زمین مورد تفکیک و افراد میسر نباشد، شهرداری می‌تواند با تصویب شورای اسلامی شهر معادل قیمت آن را به نرخ کارشناسی دریافت نماید."

۴-۳-۱- نظرات استدلالی

۴-۳-۱-۱- دیدگاه مغایرت

تملك شهرداری نسبت به قدرالسهم فاقد توجیه شرعی است، بلکه صرفاً باید به اختیار شهرداری سپرده شود و مالکیت آن یا تملك مالک اصلی باید بماند یا به حاکم شرع واگذار گردد.

۴-۳-۲- نظر شورای نگهبان

با توجه به اصلاحات به عمل آمده اشکال قبلی این شورا مرتفع گردید، لذا این تبصره مغایر با موازین شرع و قانون اساسی شناخته نشد.

۵- بحث و بررسی شورای نگهبان پیرامون طرح اصلاح ماده (۱۰۱) قانون شهرداری مصوب ۱۳۹۰/۱/۲۸ مجلس شورای اسلامی (مرحله چهارم)

۵-۱- ماده واحده

”ماده واحده - ماده (۱۰۱) قانون شهرداری به شرح ذیل اصلاح می‌گردد:

ماده ۱۰۱- ادارات ثبت اسناد و املاک و حسب مورد دادگاه‌ها موظفند در موقع دریافت تقاضای تفکیک یا افراز اراضی واقع در محدوده و حریم شهرها، از سوی مالکین، عمل تفکیک یا افراز را بر اساس نقشه‌ای انجام دهند که قبلاً به تأیید شهرداری مربوط رسیده باشد. نقشه‌ای که مالک برای تفکیک زمین خود تهیه نموده و جهت تصویب در قبال رسید، تسلیم شهرداری می‌نماید، باید پس از کسر سطوح معابر و قدرالسهم شهرداری مربوط به خدمات عمومی از کل زمین، از طرف شهرداری حداکثر ظرف سه ماه تأیید و کتبا به مالک ابلاغ شود.

بعد از انقضای مهلت مقرر و عدم تعیین تکلیف از سوی شهرداری، مالک می‌تواند خود تقاضای تفکیک یا افراز را به دادگاه تسلیم نماید. دادگاه با رعایت حداکثر نصاب‌های مقرر در خصوص معابر، شوارع و سرانه‌های عمومی با اخذ نظر کمیسیون ماده (۵)، به موضوع رسیدگی و اتخاذ تصمیم می‌نماید.

کمیسیون ماده (۵) حداکثر ظرف دو ماه باید به دادگاه مذکور پاسخ دهد. در صورت عدم ارسال پاسخ در مدت فوق، دادگاه با ملاحظه طرح جامع و تفصیلی در چهارچوب سایر ضوابط و مقررات، به موضوع رسیدگی و رأی مقتضی صادر می‌نماید.”

۵-۱-۱- نظرات استدلالی

نظری ابراز نشد.

۵-۱-۲- نظر شورای نگهبان

با توجه به اصلاحات به عمل آمده، مصوبه مزبور مغایر با موازین شرع و قانون اساسی شناخته نشد.

۵-۲- تبصره (۳) ماده واحده

”تبصره ۳- در اراضی با مساحت بیشتر از پانصد متر مربع که دارای سند شش‌دانگ است شهرداری برای تأمین سرانی فضای عمومی و خدماتی تا سقف بیست و پنج درصد (۲۵٪) و برای تأمین اراضی مورد نیاز احداث شوارع و معابر عمومی شهر در اثر تفکیک و افراز این اراضی مطابق با طرح جامع و تفصیلی با توجه به ارزش افزوده ایجاد شده از عمل تفکیک برای مالک، تا بیست و پنج درصد (۲۵٪)

از باقیمانده اراضی را دریافت می‌نماید. شهرداری مجاز است با توافق مالک قدرالسهم مذکور را بر اساس قیمت روز زمین طبق نظر کارشناس رسمی دادگستری دریافت نماید."

۵-۲-۱- نظرات استدلالی

نظری ابراز نشد.

۵-۲-۲- نظر شورای نگهبان

با توجه به اصلاحات به عمل آمده، مصوبه مزبور مغایر با موازین شرع و قانون اساسی شناخته نشد.

نظر نهایی شورای نگهبان: مصوبه مجلس در خصوص طرح اصلاح ماده (۱۰۱) قانون شهرداری، با توجه به اصلاحات به عمل آمده مغایر با موازین شرع و قانون اساسی شناخته نشد.