

## مبانی فقهی و منابع حقوقی تقدم منفعت عمومی بر حقوق مالکانه با نگاهی به قرآن

داود قاسمی\*

تاریخ دریافت: ۹۸/۷/۱۹

کیومرث کمری\*\*

تاریخ پذیرش: ۹۸/۱۱/۸

### چکیده

فلسفه وجودی دولت و دستگاه‌های دولتی، ارائه خدمت عمومی است و در این راستا ممکن است میان منافع عمومی و حقوق مالکانه تعارض به وجود آید. در چنین شرایطی اولویت با منافع عمومی بوده و تملک نیز به عنوان یکی از مصادیق اعمال اداری دولت، مبتنی بر نظریه خدمت عمومی است چراکه تملک در مقام رفع تزاحم میان مصالح جمعی و منافع فردی و به دلیل تأمین خدمت عمومی تحقق می‌یابد و اعمال قواعد ترجیحی حقوق اداری در تملک نیز به پشتوانه همین ارائه خدمت صورت می‌گیرد. اما سؤال اساسی که در این مقاله مطرح و مورد بررسی قرار گرفته این است که مبانی فقهی و منابع حقوقی تقدم منفعت عمومی بر حقوق مالکانه چیست؟ مقاله حاضر توصیفی تحلیلی بوده و با استفاده از روش کتابخانه‌ای به بررسی سؤال مورد اشاره پرداخته است. نتایج تحقیق نشان داد تقدم منفعت عمومی بر مالکیت خصوصی بر پایه منافع عمومی در فقه پذیرفته شده و قواعدی چون قاعده ولایت بر ممتنع، قاعده لاضرر و انفال از مهم‌ترین قواعد و اصولی فقهی هستند که در تقدم منفعت عمومی بر حقوق مالکانه در نظام حقوقی ایران تأثیرگذار بوده است.

**کلیدواژگان:** منفعت، حقوق، مالکیت، ولایت، ممتنع.

## مقدمه

دولت‌های مدرن در قالب دولت رفاه برای انجام خدمات عمومی نیازمند قوانین خاص در زمینه‌های مختلف می‌باشند چراکه تکیه بر اصول و قواعد حقوق خصوصی در بسیاری از موارد موانعی در اجرای خدمات عمومی ایجاد می‌کند. اصل خدمات عمومی که یکی از اصول شناخته شده حقوق اداری است دولت‌ها را مکلف می‌کند تا بر اساس این اصل قوانینی را وضع کنند که با قواعد حقوق مالکانه در تعارض است، حقوق مالکانه از جمله حقوقی است که بر اشیاء عالم خارج و یا اشیائی با وجودی اعتباری اعمال می‌شود. حقوق مالکانه نیز دارای وجوه و عناصر مختلفی است. حق مالکیت، مهم‌ترین و گسترده‌ترین حقوق عینی است و حقوق دیگر از این حق ناشی می‌شود. علاوه بر حق مالکیت، حق انتفاع و حق ارتفاق از جمله حقوق عینی هستند که به عنوان حقوق مالکانه تلقی می‌شوند. اصل احترام به حقوق مالکانه در همه ازمه تاریخی و همه نظام‌های حقوقی اعم از عرفی و شرعی پذیرفته شده است، در قوانین کشور ما نیز این اصل هم در شریعت اسلام و هم در قانون مدنی به روشنی پذیرفته شده است، مطابق ماده ۳۰ قانون مدنی هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هر گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

دولت و شهرداری که هدفشان رفع نیازمندی‌های عمومی است از طریق تملک اموال غیر منقول خصوصی از قبیل زمین و ساختمان، در قبال پرداخت بهای آن به رفع نیازمندی‌های عمومی مانند توسعه و ایجاد معابر و غیره می‌پردازند و در حقیقت حقوق مالکانه را تحدید می‌کنند. اما سؤال اساسی که در این مقاله مطرح شده و مورد بررسی قرار می‌گیرد این است که مبانی فقهی و منابع حقوقی تقدم منفعت عمومی بر حقوق مالکانه چیست؟

لغت‌شناسان مبانی را جمع مبنی به معنی بنیاد، شالوده، بنیان، اساس، پایه و ریشه دانسته‌اند (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱۳: ۲۰۱۱۲؛ انوری، بی تا، ج ۷: ۳۶۶۰). ناصر کاتوزیان به گستردگی معنای مبنا در کتاب «مبانی حقوق عمومی» اشاره می‌کند: «واژه مبنا اندکی گسترده‌تر از معنای فلسفی آن به کار رفته است؛ یعنی، تنها بیان کننده دلیل الزام‌ها و منشأ پنهانی تکالیف حقوقی نیست، بلکه به ستون‌های اصلی حقوق عمومی نیز

می‌پردازد و در توضیح قلمرو و حاکمیت در آن نموده‌های خارجی می‌کوشد (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۹). البته پاتریس ژوردن در کتاب خود مبانی را دلایل حقوقی و جست‌وجوی دلایل نظری قواعد حقوقی معنا کرده است. در این تعریف مبنا صرفاً به دلایل نظری یک قاعده یا علم توجه دارد. در مقابل، برخی از محققان این کلمه را به تبیین در مورد ماهیت پدیده‌های مورد نظر منحصر کرده‌اند (شایان مهر، ۱۳۷۹: ۵۲۳) و مراد ما از اصطلاح مبنا در این نوشتار نیز بیان پیش فرض‌ها، بنیان‌های علمی و نیز دلایل جواز و مشروعیتی می‌باشد که برای موضوعات مطرح می‌باشد.

در خصوص مفهوم منابع نیز باید گفت که واژه «منبع» که از اصطلاحات خاص دانش حقوق است، در لغت به معنای سرچشمه به کار می‌رود و در اصطلاح حقوقی، اگرچه مصادیقی که از آن به ذهن حقوقدان تبادر می‌کند تا حدودی روشن و خالی از ابهام است، ولی چونان بسیاری دیگر از اصطلاحات، دارای مفهومی ناآشکار است. به گونه‌ای که حقوقدانان درباره آن به تفاوت سخن گفته و احیاناً حکم به ابهام نیز کرده‌اند (دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۴، ج ۱: ۲۵۲).

حتی برخی از نویسندگان گاه از آن به کلیه روش‌های ایجاد حقوق و با اصطلاح «منابع مادی» تعبیر آورده‌اند و دیگر گاه آن را به معنای «منبع اعتبار» دانسته‌اند (دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، پیشین، ج ۱: ۲۵۳) و با مبانی حقوق درآمیخته و از آن‌ها با عناوین «اصول احکام و عناوین اولیه» و «اصول احکام و عناوین ثانویه» یاد می‌کنند (عمید زنجانی، ۱۳۶۷، ج ۲: ۲۱۵).

با وجود اختلاف‌ها و ابهام‌های موجود پیرامون واژه «منبع» در یک تعریف تعلیمی می‌توان گفت که منبع حقوق، امر یا اموری است که قواعد حقوقی از آن ریشه می‌گیرند و مقررات حقوقی را می‌توان از آن‌ها استخراج نمود. به دیگر سخن پدیده‌هایی که حقوق و تکالیف جامعه و مردم از آن‌ها سرچشمه می‌گیرد، «منابع حقوق» نامیده می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۲: ۳۰).

بنابراین مقصود از منابع حقوق صورت‌های ایجاد و ظهور قواعد حقوقی است. بر اساس آنچه گفته شد در این مقاله نگارنده در صدد بررسی مبانی فقهی و منابع حقوقی تقدم منفعت عمومی بر حقوق مالکانه است.

### پیشینه تحقیق

زهرا میرزایی و بهرام وثوقی کردکندی در مقاله‌ای چالش‌های اصل تسلیط در نظام حقوقی ایران با بررسی عملکرد شهرداری‌ها را بررسی کرده‌اند. نتایج تحقیق آن‌ها بیانگر این امر است که مستفاد از مواد قانون مدنی و سایر قوانین مدنی و سایر قوانین مرتب حدود اصل تسلیط عبارت‌اند از محدودیت‌هایی که ناشی از ورود ضرر به دیگری می‌باشد که همان بیان‌کننده قاعده لاضرر است و محدودیت‌هایی که ناشی از ورود ضرر به منافع عمومی و اجتماع می‌باشد (که تورم قانونی در این مورد وجود دارد) که نقض حقوق مالکانه اشخاص توسط شهرداری‌ها در مواجهه با طرح‌های عمرانی از نوع محدودیت‌های اخیر می‌باشد (میرزایی و وثوقی کردکندی، ۱۳۹۲).

مصطفی سالاری، در کتابی به تحصیل و تملک اراضی توسط دولت پرداخته است. در تمام کشورها قانون با تعیین شرایطی دولت را مجاز به اعمال قوه قاهره در تملک اراضی خصوصی برای اجرای طرح‌های عمومی می‌نماید. علی‌رغم آنکه چنین اقدامی فی‌نفسه موجب نقض قواعد حقوق مالکیت می‌گردد لکن در صورتی که هزینه‌های مبادله مانع از توافق دولت با مالکان گردد به شرط پرداخت غرامت عادلانه و استفاده عمومی از اراضی مورد نظر پس از تملک، هم منافع جامعه تأمین خواهد شد و هم اموال موضوع تملک در بالاترین ارزش خود مورد استفاده قرار خواهند گرفت. از سویی دیگر محدودیت‌هایی که دولت بر نحوه استفاده مالکان از اراضی خویش وضع می‌کند گاهی تا حدی زیاد است که موجب تردید در عنوان محدودیت یا تملک بر آن می‌گردد. تشخیص این موضوع نیازمند تعیین معیارهایی مناسب برای شناسایی هر یک از دیگری است (مصطفی سالاری، ۱۳۹۳).

سیدحسن حسینی و ثریا اعتدالی پژوه، در مقاله‌ای، قاعده تسلیط در فقه و تأثیر آن بر حق مالکیت در حقوق ایران را مورد بررسی قرار داده‌اند. بر این اساس، قاعده تسلط از مشهورترین قواعد فقهی است و به علت کاربرد وسیع حوزه عمل آن در مباحث سیاسی اقتصادی و اجتماعی، از اساسی‌ترین قاعده‌های فقه غنی اسلام بوده است. این قاعده تثبیت‌کننده ارکان مالکیت است و به علت جایگاه خاص اموال و مالکیت در زندگی روزمره مردم، اهمیت و برجستگی خاصی در بین سایر موضوعات دارد. بر اساس آن،

تصرف در مال غیر جز از طریق جلب رضایت مالک ممنوع شده است (حسینی و اعتدالی پژوه ثریا اعتدالی پژوه، ۱۳۹۶).

مهدی علیزاده و سید محسن بهشتیان (۱۳۹۶) در مقاله‌ای، محدودیت‌های حقوق مالکانه در قانون شهرداری‌ها را بررسی کرده‌اند. بر اساس نتایج تحقیق مورد اشاره، مطالعه منابع و مآخذ حقوقی، ناکارآمدی و قدیمی بودن قوانین مدیریت شهری را نشان می‌دهد که روزآمدی این قوانین موجبات ساماندهی بخشی از مشکلات این حوزه را فراهم می‌نماید. همچنین آموزش و آشنا نمودن شهروندان با فرهنگ شهرنشینی و مقررات این حوزه می‌تواند دولت‌ها را در اعمال مدیریت و اجرای قوانین یاری نماید. پذیرش این معنا که تحدید حقوق مالکانه، برای تأمین ایمنی، سلامتی و آسایش زندگی شهری و برخورداری یکسان آحاد جامعه از تسهیلات و تجهیزات و خدمات عمومی شهری اجتناب ناپذیر است زمینه‌های نیل به شهری مطلوب را میسر می‌سازد. نتایج این پژوهش می‌تواند به طور کاربردی برای برنامه ریزان حوزه مدیریت شهری به کار گرفته شود.

بررسی سوابق و پیشینه تحقیق بیانگر این امر است که تحقیق‌های متعددی در زمینه حقوق مالکانه و یا شرایط تملک اموال خصوصی از سوی دولت از منظر حقوقی انجام شده است اما بحث مبانی فقهی و منابع حقوقی تقدم منفعت عمومی بر حقوق مالکانه از موضوعات مغفول در این زمینه است که در مقاله حاضر بررسی می‌شود.

### مبانی فقهی تقدم منفعت عمومی بر حقوق مالکانه

موضوع تملک املاک اشخاص یکی از اسباب ایجاد مالکیت برای نهادهای دولتی و عمومی می‌باشد. 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 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.

### ۱. قاعده ولایت بر ممتنع

برخی از قواعد فقهی هستند که نشان دهنده ولایت حاکم اسلامی بر نفوس و اموال مردم است (انصاری، ۱۳۹۵، ج ۲: ۳۰-۳۱؛ گرجی، ۱۳۷۲، ج ۲: ۲۹۱). این ولایت از باب ضرورت و حل مشکلات، جعل و وضع شده است. به تعبیر دیگر، این قواعد به هنگام ضرورت و به وقت حاجت، حکومت اسلامی را برای حل مشکلات یاری می‌رساند. یکی از این قواعد قاعده ولایت حاکم بر اموال و ولایت حاکم بر ممتنع و مستنکف است با توجه به مضمون برخی از روایات می‌توان گفت که «الحاکم ولی الممتنع» یعنی اینکه حاکم می‌تواند به جای شخص ممتنع و مستنکف تصمیم بگیرد. از طرفی عقل و منطق ایجاب می‌کند که اگر افرادی از جامعه، پای‌بند به مقررات قانونی نبوده و یا از انجام وظایف قانونی یا احترام به حقوق دیگران «امتناع» می‌ورزند نباید این افراد را به حال خود رها کرد چراکه این خلاف ضرورت و عدالت و نیز نقض غرض است. بنابراین در این میان، پذیرش حق ولایت برای حاکم می‌تواند پی برد که با رعایت مصلحت جامعه، احقاق حق صورت پذیرد. طبق این قاعده اگر کسی از ادای حقوق دیگران خودداری نماید یا از انجام تکلیف قانونی خویش امتناع ورزد و یا مانع رسیدن افراد به حقوق خود گردد، 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. 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 اینکه ادله ولایت فقیه را کافی و بی‌نیاز کننده از بحث می‌دانسته‌اند (انصاری، پیشین، ج ۲: ۳۱).

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 اینکه حاکم می‌تواند به جای شخص ممتنع و مستنکف، تصمیم بگیرد. از جمله این روایات، روایت سلمه بن کهیل و روایت خدیفه می‌باشد (محقق داماد، ۱۳۶۳: ۲۰۳-۲۵۰).

ثانیاً اینکه، دلیل عقل و بنای عقلا نیز مؤید این قاعده است؛ چه اینکه 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 حکم 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 (محقق داماد، پیشین: ۲۰۷-۲۰۸؛ انصاری، پیشین، ۲۱۰). 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، 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. بنابراین، «امتناع» و نیز «وجود حاکم»، دو شرط اساسی اجرای این قاعده می‌باشند. شرط دیگر «مطالبه و درخواست صاحب حق» است.

لذا می‌توان گفت که در مرحله قانونگذاری، قانونگذار ممکن است با توجه به این قاعده، برای دولت یا دستگاه‌های عمومی، ولایتی بر اموال اشخاص قائل شود. با بررسی مقررات مربوط به اجرای طرح‌های عمومی توسط دولت و شهرداری، می‌توان به مواردی برخورد که به نظر می‌رسد قانونگذار در وضع و برقراری این موارد، به قاعده ولایت بر ممتنع توسط حاکم شرع یا منصوبین وی، عنایت داشته است. در واقع، در مواردی مقنن برای رفع مشکلات و موانع پیش روی اجرای طرح، مشکل مطروحه را با جعل ولایت مرجع صالحی بر صاحب حقوق مالکانه‌ای که از واگذاری حقوق خود به انحاء مختلف خودداری می‌کند، مرتفع نموده است. استفاده از اهرم ولایت بر ممتنع در این قبیل موارد را می‌توان، به عنوان وسیله‌ای در جهت مقدم داشتن حقوق عمومی بر حقوق مالکانه، تعبیر کرد.

در بیان مثالی برای اثبات این ادعا مقنن ما در برخی موارد برای برتری دادن حقوق عمومی به مالکانه، از این قاعده سود جسته است، می‌توانیم به ماده ۴ ل.ق.ن.خ اشاره کنیم. در این ماده آمده است، که اگر بهای عادلانه اراضی و ابنیه و تأسیسات و حقوق واقع در طرح با توافق دستگاه عمومی و صاحب حقوق مالکانه تعیین نشود، ارزیابی و تعیین

بهای عادلانه، توسط هیأتی مرکب از سه نفر کارشناس تعیین می‌گردد. یکی از این کارشناسان، توسط صاحب حقوق مالکانه و یکی از آنها توسط دستگاه اجرایی (مثلاً شهرداری) و کارشناس سوم، توسط طرفین تعیین می‌شود. 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 می‌باشد، ظاهراً همین قاعده ولایت بر ممتنع است که در این ماده، دادگاه صالحه، ولی شخص ممتنع در تعیین کارشناس قرار گرفته است.

علاوه بر موارد 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 اینکه 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 انقضاء 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 ملک 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...».

## ۲. قاعده لاضرر

در خصوص این قاعده، هم به آیات قرآنی و هم به احادیث استناد شده است. در قرآن کریم آیاتی وجود دارد که دلالت بر این قاعده دارند. از جمله اینکه، خداوند در آیه ۲۳۳ سوره بقره می‌فرماید: ﴿لَا تَضَارُّوْا وَالِدَکُمْ بِوَلَدِهِمَا﴾، یعنی اینکه نباید مادری به ولدش ضرر

برساند و نیز نباید پدری به فرزندش زیان برساند (محمدی، ۱۳۹۶: ۱۷۰؛ محقق داماد، پیشین: ۱۲۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ج ۳: ۱۴۵۱). احادیث زیادی نیز در این خصوص این قاعده وجود دارد (انصاری، پیشین، ج ۳: ۳۰۲). این قاعده در شرع، در موردی وضع شد که شخصی از حق مالکیت خود، با سوء نیت به ضرر غیر، استفاده می‌کرد؛ ولی فقها آن را محدود به موردش ننموده و به موارد دیگر سرایت می‌دهند. مورد استفاده از این قاعده در فقه دو مورد است: یکی در قوانین ناظر بر روابط افراد با یکدیگر و روابط افراد با مراجع قدرت عمومی. مثلاً خیار غبن، به نظر اغلب فقها از «لاضرر» استخراج شده است و قانون مخصوص ندارد. فقها در استنباطات کلی که از قانون شرع می‌کنند، به وسیله لاضرر، حدود و شرایط یک قانون را تا جایی که مقدور است، معین می‌کنند. عده‌ای عقیده دارند که از لاضرر، نباید استنباط جدید کرد. فقها به کمک لاضرر، سوء استفاده از حق را منع می‌کنند. از نظر اکثریت، معنی لاضرر و لاضرار چنین است که «ضرر، مشروعیت ندارد». این نفی است نه نهی. دلیلی وجود ندارد که مقصود، نهی از ضرر باشد (جعفری لنگرودی، پیشین: ۱۴۴۷؛ الشاطبی، ۱۴۲۳: ۲۱۹).

میرزا حسین نایینی، قاعده لاضرر را محدود به احکام ثانوی می‌داند. به نظر وی، قاعده لاضرر همیشه به صورت معارض و مخالف عمومات قانونی دیگر، وارد صحنه می‌شود و بر آن‌ها چیره می‌گردد و نقش بازدارنده دارد، نه نقش سازنده. او می‌گوید اگر قاعده لاضرر، نقش سازنده داشته باشد فقه جدیدی وارد صحنه می‌شود. در انکار نقش سازنده لاضرر می‌گوید: «قاعده لاضرر، نفی حکم می‌کند ولی اثبات حکم نمی‌کند» (نایینی، ۱۳۸۲: ۴۷).

پس مقنن در وضع مقررات، به ویژه مقررات مربوط به بحث ما یعنی قوانین مربوط به رفع تعارض بین حقوق مالکانه و حقوق عمومی، می‌تواند از این قاعده الهام بگیرد و در صورت احتمال ورود ضرر به حقوق عمومی، با محدود کردن حقوق مالکانه به نفع حقوق عمومی، ضرر را نفی نماید. چنین برخوردی، یعنی برخورد قاعده تسلیط و قاعده لاضرر، نه به عنوان تعارض، بلکه به عنوان تراحم، از آن یاد شده است. قاعده لاضرر متوجه عمومات قوانین دیگر شده و عموم آن‌ها را درموردی مستلزم ضرر باشد محدود می‌کند. قانونگذار چه در وضع مقررات عمومی و چه در وضع مقررات خاص، مربوط به رفع

تعارض حقوق مالکانه با حقوق عمومی، از این قاعده تأثیر پذیرفته است و در مواردی به استناد همین قاعده، در مقام دفع و نفی ضرر بر آمده است. مقنن در وضع برخی از مقررات عمومی کشور، تحت تأثیر این قاعده فقهی قرار گرفته و در مقام بیان حکم و قانون، قانونی وضع نموده که به موجب آن، ورود ضرر نفی گردیده است. به تعبیر دیگر اینکه، قانونگذار در پاره‌ای از موارد، با عنایت به این قاعده و برای جلوگیری از رد ضرر، برخی حقوق را محدود یا آنکه از تحمیل تکلیف خاصی بر فرد در شرایط ویژه‌ای خودداری نموده است. ماده ۱۳۲ ق.م. بهترین جلوه گاه این قاعده و بهترین دلیل بر اثبات ادعای ماست. در ماده فوق‌الذکر، قانونگذار ما، صاحب حقوق مالکانه را از اعمال حق خود در مواردی که متعارف نبوده و حاجتی از او بر آورده نمی‌کند ولی باعث ضرر به دیگری می‌شود، منع نموده و بدین وسیله، از ورود ضرر به دیگری جلوگیری کرده است. در واقع این ماده، بیانگر تئوری میزان و حدود تصرفات در حقوق مالکانه است و مفاد ماده ۳۰ ق.م. را تبیین و تکمیل می‌کند. شایان ذکر است که از این ماده در کتب حقوقی، معمولاً در مقام بیان مثالی برای تراحم قاعده تسلیط و قاعده لاضرر سخن گفته می‌شود (محمدی، پیشین: ۱۹۰؛ سیدحسن، پیشین، ج ۱: ۴۸؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۰۸).

در اینجا ما در مقام شرح و توضیح ماده فوق‌الذکر و بیان شقوق حاصله از آن نیستیم، فقط خواستیم بگوییم که از جمله مواردی که قانونگذار، از این قاعده الهام گرفته، در تعیین حدود تصرفات صاحب حقوق مالکانه بوده است و در حقیقت مقنن با الهام از تئوری نفی ضرر و لاضرر به وضع قانونی دست زده که به موجب این قانون، تصرفات مضر به دیگران توسط صاحب حقوق مالکانه که ضمن نفع و فایده‌ای نیز برای صاحب حق نمی‌باشد، ممنوع و مردود است.

قاعده لاضرر، به نوعی نقش اصل برای قواعدی همچون قاعده ضرورت و اضطرار و حتی قاعده ولایت بر ممتنع را بازی می‌کند و لذا با این فرض، مثلاً در مواردی که در مقررات خاص مربوط، قانونگذار ولایتی بر شخص ممتنع پیش‌بینی نموده است، این مسأله به نوعی ناشی از قاعده لاضرر نیز بوده و مؤید تأثیر این قاعده در این قوانین می‌باشد. مع هذا مواردی را نیز می‌توان یافت که قانونگذار بیش‌تر با توجه به این قاعده،

نسبت به وضع حکمی برای نفی ضرر از عموم با دیدگاه برتری دادن حقوق عمومی نسبت به حقوق مالکانه اقدام نموده است. به طور مثال در خصوص نقش قاعده لاضرر در قوانین مربوط به اجرای طرح‌های عمومی، می‌توانیم به قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها اشاره کنیم. در این قانون، صاحب حقوق مالکانه به نوعی از دخالت در حقوق خود برای مدت مشخصی ممنوع شده است و پس از گذشت مدت تعیین شده، می‌تواند به اعمال حقوق مالکانه بپردازد. ممنوعیت پیش بینی شده، با توجه به قاعده لاضرر و نفی ضرر به این دستگاه‌ها و در واقع نفی ضرر به عموم می‌باشد. در تبصره ۱ قانون مزبور آمده است که «در صورتی که اجرای طرح و تملک املاک واقع در آن به موجب برنامه زمان بندی مصوب به حداقل ۵ سال بعد موکول شده باشد، مالکین املاک واقع در طرح از کلیه حقوق مالکانه مانند احداث بنا یا تجدید بنا یا افزایش بنا و تعمیر و فروش و اجاره و رهن و غیره برخوردارند و در صورتی که کمتر از ۵ سال باشد مالک هنگام اخذ پروانه تعهد می‌نماید هر گاه زمان اجرای طرح قبل از ۵ سال شروع شود، حق مطالبه هزینه احداث و تجدید بنا را ندارند». قسمت اخیر این تبصره، با تصریح به اینکه صاحب حقوق مالکانه، حق دریافت بهای ابنیه احداثی در مایملک خود در زمان اجرای طرح را نخواهد داشت به نوعی ممنوعیت و محدودیت در اعمال این حقوق مالکانه را، پیش بینی نموده است.

تبصره مزبور به نوعی، جلوه‌ای از ماده ۱۳۲ ق.م. است که در صدد بر آمده قاعده تسلیط و قاعده لاضرر را با یکدیگر آشتی دهد، با این فرق که ماده ۱۳۲ ق.م، ضرر به همسایه بیش تر مورد نظر است و در این تبصره، ضرر به عموم ملاک عمل می‌باشد.

### ۳. انفال

منظور از انفال در فقه عبارت است از کلیه اموالی که مالک شخصی برای آن نیست و در یک مفهوم وسیع، یعنی تمام ثروت‌های طبیعی از قبیل جنگل‌ها و بیشه‌ها و حتی معادن، بنا بر قولی و کلیه اراضی آزاد، مانند زمین‌های موات و قله‌های کوه‌ها و قعر دره‌ها و ساحل دریاها و اموال منقول و غیر منقولی که مالک ندارد، مانند دارائی‌های بازمانده از شخصی که وارث ندارد و اموالی که مالکان آن را به هر دلیل رها

کرده و رفته باشند و کلیه اموال پادشاهان کفر در سرزمین‌های فتح شده و اشیاء بی‌همتا «شاهانه»، نفیس و قیمتی که در میان غنائم باشد» (طباطبایی، ۱۳۸۹، ج ۹: ۴۱).  
قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که با توجه به موازین شرعی و فقهی تدوین یافته در اصل ۴۵ خود با ذکر کلمه انفال برخی از مصادیق آن را ذکر می‌کند.

انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رها شده - معادن - دریاها - دریاچه‌ها و رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی - کوه‌ها - دره‌ها - جنگل‌ها - نیزارها - بیشه‌های طبیعی - مراتعی که حریم نیست - ارث بدون وارث و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از غاصبین مسترد می‌شود در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل نماید. تفضیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۷۵۶).

ماده ۲۴ قانون مدنی در بیان عدم جواز تملک طرق و شوارع عامه می‌گوید: هیچ کس نمی‌تواند طرق و شوارع عامه و کوچه‌هایی که آخر آن‌ها مسدود نیست را تملک نماید.

ماده ۲۵ قانون مدنی در بیان اموال عمومی می‌گوید: هیچ کس نمی‌تواند اموالی را که مورد استفاده عموم است و مالک خاص ندارد از قبیل پل‌ها - کاروانسراها - آب انبارهای عمومی و مدارس قدیم و میدانگاه‌های عمومی را تملک نماید و همچنین است قنوات و چاه‌هایی که مورد استفاده عموم است.

ماده ۲۷ در تعریف مباحات می‌گوید: اموالی که ملک اشخاص نمی‌باشد و افراد مردم می‌توانند آن‌ها را مطابق مقررات مندرجه در این قانون و قوانین مخصوصه مربوط به هر یک از اقسام مختلف آن‌ها تملک کرده و یا از آن‌ها استفاده کنند مباحات نامیده می‌شوند مثل اراضی موات یعنی زمین‌هایی که معطل افتاده و کشت و زرع در آن‌ها نباشد. ماده ۳۸ نیز نوع دیگری از اموال انفال را معرفی می‌نماید: اموال مجهول‌المالک با اذن حاکم یا مأذون از قبل او به مصارف فقرا می‌رسد.

#### ۴. منابع حقوقی تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه

مبنای حقوقی تقدم منعفت عمومی بر حقوق مالکانه نظریه اجتماعی و تقدم جامعه بر فرد است. فکر اصیل بودن اجتماع از دیرباز در نوشته‌های حکیمان دیده می‌شود.

شاگردان سقراط به ویژه/افلاطون در کتاب «جمهور» خود، از حقوق و نیازمندی‌های خاص است و عدالت اقتضا می‌کند که همه، وظایف خود را به منظور محقق ساختن این هدف عمومی، انجام دهند(افتخارزاده، ۱۳۷۴: ۵۴). /گوست کنت، اعلامیه جهانی حقوق بشر را مردود می‌داند، به این دلیل که شخصیت انسان را برتر از جامعه قرار داده است. او منشأ قواعد حاکم بر زندگی اجتماعی را ضرورت‌های این زندگی می‌داند و در راه اثبات اصالت و برتری منافع جمعی گام برمی‌دارد. در آلمان،/یهرینگ، حقوقدان برجسته پایان قرن ۱۹ می‌نویسد: «قانون، نفع فرد را به عنوان هدف اصیل جست‌وجو نمی‌کند، قانون فقط وسیله‌ای است برای تأمین منافع اجتماعی». او با بن‌تام مخالفت می‌کند که چرا «نفع فردی» را هدف قواعد حقوق قرار داده است(کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۱: ۴۵۷-۴۵۸).

به نظر پیروان این مکتب، هدف قواعد حقوق، تأمین سعادت اجتماع و ایجاد نظم در زندگی مشترک افراد است. پس اگر حقوق، فقط به زندگی و تأمین آزادی فرد توجه داشته باشد و نیازمندی‌های زندگی مشترک او را با دیگران فراموش کند، چگونه می‌توان ادعا کرد که به هدف نهایی خود رسیده است؟ بر خلاف آنچه طرفداران حقوق فردی ادعا می‌کنند، از دیدگاه اجتماعی، فرد هیچ حق مطلقى در برابر منافع عموم ندارد. زندگی با دیگران، یک سلسله تکالیف گوناگون برای او به وجود آورده است و آزادی او، چه در زمینه‌های سیاسی و اقتصادی و چه در قراردادهای، تا جایی محترم است که منافع عمومی آن را ایجاب کند(کاتوزیان، پیشین: ۴۶۲). در واقع براساس تئوری فوق، حق مجرد از پیش تعیین شده‌ای برای مالکان وجود ندارد، بلکه حقوق مالکان، محدود به چیزی است که از مجموع قوانین و مقررات استنباط می‌شود. آنجا که حق مالک با مصلحت عمومی تعارض پیدا می‌کند، مصلحت عمومی مقدم بر مالکیت است و شایسته نیست که مالکیت، مانند سنگی مانع راه تحقق مصالح عمومی شود. لذا هرچند مالک بر فضای بالای زمین و قرار آن مالکیت دارد، ولی این موضوع بدان معنا نیست که وی بتواند مانع از انجام اعمالی شود که مصلحت عمومی در آن است؛ مثل عبور خطوط تلگراف و تلفن. گاهی اوقات، مصلحت عمومی آنقدر در تعارض با حق مالکیت قرار می‌گیرد که باعث الغای حق مالکیت می‌شود و قانون در این موارد، تحت شرایطی می‌تواند، مالکیت خصوص را به نفع عموم سلب کند. بنابراین، اگر قانونگذار به ملاحظه مصالحی، حاکمیت

و برتری حقوق عمومی را بر حقوق خصوصی ترجیح داد، این اقدام به معنای سلب یا محدودیت حقوق خصوصی نیست و باید آن را آئینه تمام‌نمای واقعیات لازم در زندگی اجتماعی دانست و قانونگذار با الهام از این نظریه، ممکن است به وضع مقرراتی دست زند که در تعارض حقوق عمومی و حقوق مالکانه، برتری و اولویت را به حقوق عمومی بدهد.

در پاره‌ای قوانین، به ملاحظه مصالح و منافع اجتماعی، حقوق مالکانه اشخاص نسبت به اموالشان، محدود گردیده است. به تعبیر دیگر اینکه قانونگذار با الهام از اندیشه و نظریه اصالت اجتماع، مبادرت به وضع قوانینی نموده است که اگر نظریات اصالت فرد، قانونگذار را تحت الشعاع خود قرار داده بود، این قوانین به حیطة وضع در نمی‌آمد. به عنوان مثال، تبصره ۲ ماده ۹۸۷ ق.م.می‌گوید: «زن‌های ایرانی که بر اثر ازدواج، تابعیت خارجی را تحصیل می‌کنند، حق داشتن اموال غیر منقول را در صورتی که موجب سلطه اقتصاد خارجی گردد، ندارند...» در این ماده بنا به مصالح اجتماعی، چنین زنی از داشتن اموال غیر منقول محروم گردیده است. وضع چنین حکمی، بنا بر این مصلحت اجتماعی صورت گرفته است که ممکن است تملک اموال غیر منقول توسط چنین زن‌هایی، باعث سلطه اقتصادی خارجی گردد. همچنین به طور مثال می‌توانیم به ماده یک لایحه قانونی ملی کردن جنگل‌ها (مصوب ۲۷/۱۰/۱۳۴۱ ش) اشاره کنیم؛ در این ماده آمده «از تاریخ تصویب نامه قانونی، عرصه و اعیانی کلیه جنگل‌ها و مراتع و بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی کشور، جز اموال عمومی محسوب و متعلق به دولت است ولو اینکه قبل از این تاریخ، افراد آن را متصرف شده و سند مالکیت گرفته باشند». در این ماده نیز، بنا بر اندیشه حمایت از منافع عمومی و اولویت حقوق عمومی بر حقوق خصوصی از اشخاص مالک این گونه اراضی، سلب مالکیت شده است.

با اینکه می‌توانیم در خصوص تأثیر نظریه اصالت منافع اجتماعی، به لزوم اخذ پروانه ساختمانی توسط مالکین جهت احداث بنا که در ماده ۱۰۰ ق.ش.بدان تصریح شده، اشاره کنیم. این محدودیت یا به تعبیری وضع چنین حکمی که متضمن محدودیت می‌باشد، با توجه به تئوری مورد بحث، صورت گرفته است. شاید بتوان گفت که اساساً، وضع قوانین، در خصوص نحوه تملک حقوق مالکانه از سوی دستگاه‌های اجرایی و

پیش‌بینی راه‌حلی در این قوانین، که لامحاله منجر به انتقال این حقوق به دستگاه اجرایی شود با این تفکر و تصور صورت گرفته باشد که منافع و مصالح اجتماعی، مقدم بر حمایت بی‌حد و حصر از حقوق مالکانه است. توضیح اینکه، اگر قرار باشد صرفاً از حقوق مالکانه حمایت شود، در این صورت اگر چنین شخصی، با انتقال حقوق خود موافقت نکند، بنا بر اصل آزادی قراردادهای، دستگاه اجرایی، امکان اجرای طرح را نخواهد داشت. اما اگر مصالح و منافع اجتماعی مورد نظر قرار گیرد در این صورت، قوانینی وضع خواهد شد که به موجب آن در مواردی که مصالح اجتماعی اقتضا کند صاحب حقوق مالکانه ملزم و مجبور به انتقال حقوق خود به دستگاه اجرایی مربوطه یا به تعبیری به عموم خواهد شد.

در حقوق عمومی، نظریه تقدم حقوق عمومی بر حقوق خصوصی پذیرفته شده است (درویشی عباس آبادی، ۱۳۹۲: ۲۴-۲۵). به موجب مبانی مورد قبول، سیستم حقوق ایران، منابع حقوقی (قانون اساسی، قوانین، آیین‌نامه‌های رویه قضایی، عرف و دکترین) را ایجاد می‌کند. از جمله منابع خاص موجود در تحدید یا سلب حقوق مالکانه در برابر طرح‌های عمومی عبارت‌اند از:

#### الف. مصوبات شورای عالی شهرسازی و معماری

قانونگذار در سال ۱۳۵۱ 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 اعتدالی 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 (ماده ۱ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران).

مستند اصلی 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 پیشنهادهای و لوایح شهرسازی و مقررات مربوط به طرح‌های جامع شهری که شامل منطقه بندی، نحوه استفاده از زمین، تعیین مناطق صنعتی بازرگانی، اداری، مسکونی، تأسیسات عمومی، فضای سبز و سایر نیازمندی‌های عمومی شهر است، می‌باشد. البته هرچند که در قانون مذکور اختیاراتی مبنی بر وضع و تصویب معیارها و ضوابط و آیین نامه‌های شهرسازی جهت این شورا در نظر گرفته شده است، با این حال باید دانست که این شورا حق قانونگذاری و به تعبیر دیگر اختیار ایجاد حق و تکلیف برای اشخاص را ندارد. با وجود این به نظر می‌رسد این شورا می‌تواند حقوق مالکانه اشخاص را تحدید کند اما سلب این حقوق امکانپذیر نیست.

طرح‌های شهری در واقع، گونه‌ای 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 می‌تواند در آن احداث بنا یا آن را تفکیک و تقسیم نموده و یا قطعات تفکیکی را تجمیع 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 می‌شود، در مورد استفاده از سطح و فضای قابل اشغال، میزان تراکم و کاربری، تفکیک و تجمیع، فضاهای عمومی و غیره، ضوابطی را مشخص می‌کند که حقوق مالکانه اشخاص را در استفاده از ملک خود محدود می‌نماید.

به هر صورت، این مصوبات معتبر و برای اشخاص و شهرداری‌ها لازم الاجراست. هرچند شورای عالی شهرسازی و معماری، با توجه به اختیارات اعطایی، می‌تواند واضع مقرراتی باشد که حقوق مالکانه را تا حدی محدود سازد لیکن این شورا نمی‌تواند 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 نمی‌تواند مصوباتی وضع کند که به موجب آن‌ها، برای اشخاص تکالیفی ایجاد شود یا حقوق مالکانه آن‌ها ساقط گردد.

## ب. کمیسیون ماده پنج

بعد از شورای عالی شهرسازی و معماری، این کمیسیون نقش مهم و سازنده‌ای در ایجاد قواعد و مقررات شهرسازی و نتیجتاً تأثیرگذاری بر حقوق مالکانه مالکین املاک واقع در شهر دارد.

مستند قانونی تشکیل این کمیسیون، ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران است. در این قانون علاوه بر اینکه شورای عالی شهرسازی و معماری، به عنوان بالاترین نهاد تصمیم‌گیرنده 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 ۱۳۶۵ش، تهیه طرح‌های تفصیلی، کماکان بر اساس قانون نوسازی از وظایف و اختیارات شهرداری بود. در این سالف تبصره‌ای به ماده ۵ق.ت.ش.ع.ش.م.ا الحاق گردید که به موجب آن، اختیار تهیه طرح‌های تفصیلی از شهرداری سلب و به کمیسیونی با شخصیت حقوقی مستقلی سپرده شد که در حال حاضر به کمیسیون ماده ۵ 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 کمیسیونی 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.

به موجب ماده ۵ ق.ت.ش.ع.ش.م.ا، بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی شهری و تغییرات آن‌ها در هر استان یا فرمانداری کل به وسیله کمیسیونی به ریاست استاندار یا فرماندار کل و به عضویت رئیس انجمن شهرستان و شهردار و نمایندگان وزراء فرهنگ و هنر و مسکن و شهرسازی و نماینده مهندس مشاور تهیه‌کننده طرح انجام می‌شود.

آن قسمت از نقشه‌های تفصیلی که به تصویب انجمن شهر برسد، برای شهرداری لازم الاجرا خواهد بود.

با توجه به ماده فوق‌الذکر، ملاحظه می‌شود که مستند قانونی تشکیل چنین کمیسیونی برای تصمیم‌گیری در خصوص طرح‌های تفصیلی سایر شهرهای کشور، متن ماده ۵ قانون مورد اشاره می‌باشد و با تصویب این قانون در سال ۱۳۵۱ش، مرجع تصمیم‌گیری در خصوص طرح تفصیلی شهرهای کشور، از این سال به بعد کمیسیون یاد شده بوده است.

همچنین همانطور 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 ضروری در شهر تهران به عنوان پایتخت، با دیگر شهرهای کشور است.

همانطور که در لابه‌لای صبحت‌های پیشین گفته شد، وظیفه و اختیار کمیسیون ماده پنج، بررسی و تصویب طرح تفصیلی است. مصوبات این کمیسیون بر حقوق مالکانه بی‌تأثیر نمی‌باشد. تعیین میزان تراکم، سطح اشغال و تعیین کاربری می‌تواند حقوق مالکانه اشخاص بر املاک یک شهر را تحت تأثیر قرار دهد و محدودیت‌هایی 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 آنجایی 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 نمی‌توان کاربری محلی را تعیین شده یا تغییر داده شده محسوب کرد. متأسفانه در برخی موارد، شهرداری‌ها، رأساً و خود سرانه 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 غیر قانونی تلقی شده و باطل اعلام گردیده است.

### ج. قانون ملی شدن جنگل‌ها

در ماده یکم قانون ملی شدن جنگل‌های کشور مصوب جلسه مورخ ۲۷ دی ۱۳۴۱ هیأت وزیران آمده است: «از تاریخ تصویب این تصویب نامه قانونی عرصه و اعیانی کلیه جنگل‌ها و مراتع و بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی کشور جزو اموال عمومی محسوب و متعلق به دولت است ولو اینکه قبل از این تاریخ افراد آن را متصرف شده و سند مالکیت گرفته باشند». مطابق تبصره ۲ ماده ۱۰ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۲۵ مرداد ۱۳۴۶ اگر در طرح جنگلداری احداث جاده‌ای پیش بینی شده باشد که از ملک یا مزرعه و باغ و محدثات اشخاص عبور کند مجری طرح موظف است ظرف یک ماه پس از عقد قرارداد اجرای طرح موافقت رسمی مالک یا مالکین و متصرفین ذوی الحقوق مزبور را کسب و به سازمان جنگلبانی ایران تسلیم کند و پس از آن به احداث جاده اقدام نماید. در تبصره ۳ ماده ۳ قانون اصلاح لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مصوب ۱۳۸۷/۱۲/۱۴ آمده است: «مالکین باغات و محل‌هایی که به صورت باغ شناخته می‌شوند مکلف‌اند به ازاء درخت‌هایی که اجازه قطع آن‌ها از سوی شهرداری صادر می‌شود به تعداد معادل دو برابر محیط بن درختان قطع شده در همان محل و یا هر محلی که شهرداری تعیین خواهد کرد درخت با محیط بن حداقل ۱۰ سانتی متر بر طبق ضوابط و دستور العمل‌های موجود در فصل مناسب غرس نمایند.

### د. مصوبات شورای اسلامی شهر

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 چهار ساله انتخاب می‌شود. با این حال باید دانست که شورای شهر، شورای شهرداری نمی‌باشد و شهر مانند یک شرکت سهامی نیست که شورا، مجمع عمومی این شرکت و شهردار مدیر عامل 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، هر چند که این موضوع قابل انکار نیست که در قانون، برای شورای اسلامی شهر، نظارت‌های مختلف 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 غیر مستقیم، یک منبع وضع قاعده و تأثیرگذار در حقوق مالکانه اشخاص باشد.

در بند ۳۴ ماده ۷۱ ق.ت.ش 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 ذی ربط 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 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 مکلف‌اند با راهنمایی وزارت کشور، برنامه

عملیات نوسازی و عمران و اصلاحات شهر را برای مدت پنج سال، بر اساس نقشه جامع شهر و در صورتی که فاقد نقشه جامع باشند بر اساس 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 بر اساس آن اجرا کنند».

همانگونه که ملاحظه می‌شود به شرح مواد فوق الذکر، 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 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، میداين و فضاهای سبز و تأسیسات عمومی شهر بر طبق مقررات موضوعه با شورای اسلامی شهر است. بنابراین و به شرح موارد فوق الذکر، ملاحظه می‌شود که شورای اسلامی 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، منبع از منابع نظم حاکم بر حقوق مالکانه در برابر طرح‌های عمومی خواهد بود. ناگفته نماند که طبق اصل یکصد و پنجم ق.ا.ج.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 ذی صلاح 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 شوراها را به دلیل مخالفت با قوانین کشوری و خروج از حدود اختیارات، باطل اعلام کرده است. شایان ذکر است از آنجایی 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.

### نتیجه بحث

در مقاله حاضر به بررسی این سؤال پرداخته شد که مبانی فقهی و منابع حقوقی تقدم منفعت عمومی بر حقوق مالکانه چیست؟ نتایج تحقیق بیانگر این امر است که در فقه اسلامی، قواعدی وجود دارد که بر تقدم منافع عمومی بر حقوق مالکانه دلالت دارد. به تعبیر دیگر، مشترک این قواعد این است که در صورت وجود بیم ورود ضرر به منافع عمومی، باید از ورود و حدوث آن جلوگیری نمود و حتی در برخی موارد، پیشگیری از ورود ضرر، واجب شمرده شده است. بر اساس قوانین و مقررات کشورمان نیز که در بسیاری موارد برگرفته از فقه جعفری می‌باشد، مالکیت افراد محترم شمرده شده است ولی بنا به مقتضای مصالح، نظم و رفاه عمومی به عنوان نمونه ساخت مسکن انبوه، جاده‌سازی، و یا مواردی که منجر به ضرر به دیگری گردد؛ مالکیت افراد را محدود یا سلب می‌نمایند قاعده لاضرر، قاعده ولایت بر ممتنع، قاعده لاضرر و انفال از مهم‌ترین قواعد فقهی است که بر اساس آن در حقوق ایران، تقدم و اولویت منافع عمومی بر حقوق مالکانه پذیرفته شده است. نتایج این تأثیرگذاری در اختیارات کمیسیون ماده پنج، قانون ملی شدن جنگ‌ها و مصوبات شورای اسلامی شهر و مصوبات شورای عالی شهرسازی و

معماری در راستای تقدم منفعت عمومی بر حقوق مالکانه نمود یافته است؛ مواردی که منابع حقوقی تقدم منفعت عمومی بر حقوق مالکانه می‌باشد.

## کتابنامه

### قرآن کریم.

- انصاری، مرتضی. ۱۳۹۵ش، مکاسب، مترجم و شارح جمشید سمیعی، اصفهان: انتشارات خاتم الانبیاء.
- انوری، حسن. ۱۳۸۲ش، فرهنگ بزرگ سخن، چاپ اول، تهران: انتشارات سخن.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. ۱۳۷۲ش، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ۱۳۷۵ش، دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران: مشعل آزادی.
- دفتر همکاری حوزه و دانشگاه. ۱۳۸۴ش، درآمدی بر حقوق اسلامی، ج ۱، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها(سمت).
- دهخدا، علی اکبر. ۱۳۷۷ش، لغتنامه دهخدا، ج ۱۳، تهران: دانشگاه تهران.
- سالاری، مصطفی. ۱۳۹۳ش، تحصیل و تملک اراضی توسط دولت، تهران: دادگستر.
- الشاطبی، ابراهیم بن موسی بن محمد اللخمی الغرناطی ابو اسحاق. ۱۴۲۳ق، الموافقات فی اصول الشریعة، الطبعة الاولى، بیروت: دار الکتب العربی.
- شایان مهر، علیرضا. ۱۳۷۹ش، دائرة المعارف تطبیقی علوم اجتماعی، چ اول، کتاب دوم، تهران: انتشارات مؤسسه کیهان.
- طباطبائی، سید محمد حسین. ۱۳۸۹ش، تفسیر المیزان، ج ۹، تهران: انتشارات دار الکتب الاسلامیه.
- عمید زنجانی، عباسعلی. ۱۳۶۷ش، فقه سیاسی، ج ۲، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- کاتوزیان، ناصر. ۱۳۷۶ش، دوره مقدماتی حقوق مدنی(اموال و مالکیت)، تهران: دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر. ۱۳۷۷ش، مبانی حقوق عمومی، چاپ اول، تهران: دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر. ۱۳۸۷ش، کلیات حقوقی، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر. ۱۳۸۸ش، فلسفه حقوق، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- گرگی، ابوالقاسم. ۱۳۷۲ش، مقالات حقوقی، ج ۲، چ ۲، تهران: دانشگاه تهران.
- محقق داماد، سید مصطفی. ۱۳۶۳ش، قواعد فقه، بخش قضایی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی، ابوالحسن. ۱۳۹۶ش، مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- نائینی، محمدحسین. ۱۳۸۲ش، تنبیہ الامة وتنزیه الملة، تصحیح سید جواد ورعی، قم: بوستان کتاب.

## مقالات و پایان نامه‌ها

- افتخار زاده، محمود رضا. ۱۳۷۴ش، «تأثیر نگرش‌های انسان شناختی بر آرای حقوقی»، مجله دانشگاه انقلاب، شماره ۱۰۵.

حسینی، سیدحسن و اعتدالی پژوه. ۱۳۹۶ش، «قاعده تسلیط در فقه و تأثیر آن بر حق مالکیت در حقوق ایران»، کنفرانس ملی پژوهش‌های نوین در مدیریت، اقتصاد و علوم انسانی.

درویشی عباس آبادی، سجاد. ۱۳۹۲ش، پایان نامه «بررسی مبانی و روش‌های تحدید مالکیت خصوصی در تعارض با مالکیت عمومی».

علیزاده، مهدی و بهشتیان، سید محسن. ۱۳۹۶ش، «بررسی محدودیت‌های حقوق مالکانه در قانون شهرداری‌ها»، نشریه مدیریت شهری، شماره ۴۹.

میرزایی، زهرا و وثوقی کردکندی، بهرام. ۱۳۹۴ش، همایش ملی استفاده از فناوری‌ها و تکنولوژی‌های نوین طراحی، محاسبه و اجرا در مهندسی عمران، معماری و شهرسازی.

## Bibliography

The Holy Quran

Eftekharzadeh, Mahmoud Reza, (1995), The Influence of Anthropological Attitudes on Legal Opinions, Journal of Revolution University, No. 105.

Ansari, Morteza, (2016), Makabs, Translator and Commentator Jamshid Samiei, Isfahan, Khatam Al-Anbia Publications.

Anvari, Hassan, (2003), The Great Culture of Sokhan First Edition of Tehran, Sokhan Publications.

Jafari Langroodi, Mohammad Jafar, (1993), Law Terminology, Tehran: Knowledge Treasure.

Jafari Langroodi, Mohammad Jafar, (1996), Encyclopedia of Civil and Trade Law, Vol. 3, Tehran, Torch of Freedom.

Hosseini Seyed Hassan and Equinox Pajouh, (1986) The Rule of Dominion in Jurisprudence and its Impact on Property Rights in Iranian Law, National Conference on Modern Research in Management, Economics and Humanities.

Darvishi Abbas Abadi, Sajjad, (2013), Thesis Review of the Principles and Methods of Private Ownership Restrictions in Conflict with Public Ownership.

Field and University Cooperation Office, (2005), Introduction to Islamic Law, Volume 1, Organization for the Study and Development of Humanities Textbooks (University)

Dehkhoda, Ali Akbar, (1998), Dehkhoda Dictionary 13, University of Tehran, Tehran.

Salari, Mostafa, (2014) Government-Owned Land Acquisition, Tehran, Justice.

Al-Shatabi, Ibrahim ibn Musa ibn Muhammad al-Lakhmi al-Gharnati Abu Ishaq, (1423), Al-Shi'a al-Shari'ah, al-Taba al-Awli, Dar al-Kitab al-Arabi.

Shayan Mehr, Alireza, (2000), Comparative Encyclopedia of Social Sciences, Kayhan Institute of Publications First Book II.

Tabatabaei, Mohammad Hussein, (2010), Tafsir al-Mizan, vol 9, Tehran, Dar-e-Ekb al-Islamiyah Publications.

Alizadeh, Mehdi, Beheshtian, Seyed Mohsen, (1396) Investigation of Property Rights Restrictions in Municipalities Law, Journal of Urban Management, No. 49.

Amid Zanjani, Abbas Ali, (1367), Political Jurisprudence, Vol. 2, Amirkabir Publications.

- Katouzian, Nasser, (1997), Civil Law (Property and Property) Foundation, Tehran: Justice Publications.
- Katouzian, Nasser, (1998), Principles of Public Law, Justice Department Publishing, Tehran, first edition.
- Katouzian, Nasser, (2008), General Law, Vol. 2, Publication Joint Stock Company.
- Katouzian, Nasser, (2009), Philosophy of Law, Vol. 1, Joint Stock Company.
- Georgian, Abolghasem, (1993), Legal Papers, Vol. 2, University of Tehran, 2nd Edition.
- Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa, (1363), Rules of Jurisprudence, Judicial Section, Tehran, Islamic Science Publishing Center.
- Mohammadi, Abolhassan, (2016), Foundations of Islamic Law Inference, or, Principles of Jurisprudence, Tehran University Press and Publications.
- Mirzaei, Zahra and Vosoughi Kurdkandi, Bahram, (2015) National Conference on the Use of New Technologies in Design, Calculation and Implementation in Civil Engineering, Architecture and Urban Development.
- Naeini, Mohammad Hossein, (2003), Punishment of the Almighty and Tanziyya al-Mali. Correction of Seyed Javad Varieh. First Edition. Qom: Book Garden.

## **Jurisprudential Principles and Legal References of Public Interest's Precedence over Property Rights by Focusing on Qur'an**

**Davoud Qasemi**  
**Qumars Kamari**

### **Abstract**

The philosophy of the state and government agencies is to provide public service, and there may be a conflict between the public interest and property rights in this regard. In such circumstances, priority is given to the public interest and appropriation, as one of the examples of administrative actions of the government, is based on the theory of public service; because appropriation is realized in case of eliminating the conflict between collective interests and individual interests and due to public service and preferential rules. Administrative rights in ownership are also supported by the same service. But the main question that is raised and examined in the present article is what are the jurisprudential principles and legal references of the priority of public interest over property rights? This article is a descriptive – analytical study and surveys the abovementioned question using the library method. The results show that the priority of public interest over private property based on public interest is accepted in jurisprudence and rules such as the rule of guardianship over abstinence, the rule of “no harm” and “Anfal” are the most important rules and principles of jurisprudence that affect the priority of public interest over property rights in the Iranian legal system.

**Keywords:** interest, rights, appropriation, guardianship, abstainer.