



تغیر کاربری غیر قانونی اراضی کشاورزی و تملک قانونی اراضی توسط دولت

تالیف:

سید حسن حسینی المدنی
احمد جمشیدی کوهساری

انتشارات قانون یار

۱۳۹۵

سرشناسه	:	حسینی المدنی، سیدحسن، ۱۳۶۰ -
عنوان قراردادی	:	ایران. قوانین و احکام Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدیدآور	:	تغییر کاربری غیر قانونی اراضی کشاورزی و تملک قانونی اراضی توسط دولت/ تالیف سیدحسن حسینی المدنی، احمد جمشیدی کوهساری.
مشخصات نشر	:	تهران: انتشارات قانون یار، ۱۳۹۵.
مشخصات ظاهری	:	۱۶۰ ص.
شابک	:	۹۷۸-۶۰۰-۸۰۷۷-۶۴-۰
وضعیت فهرست نویسی	:	فیا
یادداشت	:	کتابنامه: ص. ۱۵۵.
موضوع	:	کاربری زمین -- قوانین و مقررات -- ایران
موضوع	:	Land use -- Law and legislation -- Iran
موضوع	:	کاربری زمین های روستایی -- قوانین و مقررات -- ایران
موضوع	:	Land use, Rural -- Law and legislation -- Iran
شناسه افزوده	:	جمشیدی کوهساری، احمد، ۱۳۵۹ -
رده بندی کنگره	:	۱۳۹۵ ح ۵۶/۷ KMH۳۰۵۶
رده بندی دیویی	:	۵۵۰۲۵/۳۴۳
شماره کتابشناسی ملی	:	۴۶۱۲۹۳۶

انتشارات قانون یار

تغییر کاربری غیر قانونی اراضی کشاورزی و تملک قانونی اراضی توسط دولت

تألیف: سید حسن حسینی المدنی - احمد جمشیدی کوهساری

ناشر: قانون یار

ناظر فنی: محسن فاضلی

نوبت چاپ: اول - ۱۳۹۵

شمارگان: ۱۱۰۰ جلد

قیمت: ۱۸۰۰۰ تومان

شابک: 978-600-8077-64-0

مرکز پخش: تهران، میدان انقلاب، خ منیری جاوید، پلاک ۹۲

تلفن: ۶۶۹۷۳۹۶۰ کتابفروشی رسولی (چراغ دانش سابق)

مقدمه مؤلف

در سالهای اخیر بدلیل افزایش روزافزون جمعیت و گسترش شهرنشینی و تحت فشار توسعه و گسترش فضاهای شهری و صنعتی، فضاهای سبز بویژه اراضی جنگلی، زراعی و باغی اطراف شهرها به شدت در معرض تخریب و تبدیل قرار گرفته است؛ آمارها حکایت از گسترش بی رویه تخریب این فضاها دارند بطوریکه هم اکنون در ایران با مقایسه اطلاعات موجود در عکسهای هوایی آمارها نمایانگر آهنگ سریع تغییر کاربری اراضی زراعی و باغی در حواشی کلانشهرهای کشور است.

متأسفانه سیر سعودی این امر در سالیان اخیر بگونه ای است که علیرغم تصویب قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغها در سال ۱۳۷۴ تاکنون بیش از ۱۴۰ هزار هکتار از اراضی کشاورزی از گردونه تولید خارج شده (سالی ۲۰ هزار هکتار) و تغییر کاربری داده اند. بر اساس پژوهشهای میدانی و بررسی تغییر کاربریهای اراضی در مناطق شمالی و مرکزی کشور؛ روند تغییر کاربری زمینهای کشاورزی در این مناطق بسیار نگران کننده است. لذا صیانت از این فضاها و جلوگیری از تبدیل آنها به فضاهای مسکونی، ویلاها، جاده ها، تأسیسات صنعتی و غیره در کنار حفظ توان اکولوژیکی و تولیدی آنها و همچنین مدیریت پایدار اراضی زراعی و باغی روز به روز مشکل تر شده و تغییر کاربری آنها علیرغم احتیاج شهرها و روستاها به فضاهای سبز بویژه در اطراف کلان شهرهای کشور بصورت انفجاری مستمر در حال وقوع است. بنا بر عقیده برخی کارشناسان برای کنترل روند تغییر کاربری اراضی کشاورزی لازم است از بخش کشاورزی حمایت واقعی صورت گیرد و قطعاً اگر این روند ادامه پیدا کند در آینده ای نه چندان دور با یک بحران عظیم زیست محیطی روبرو خواهیم شد. در این کتاب سعی شده با تکیه بر مفاد و الزامات قانونی به بررسی تغییر کاربری غیر قانونی اراضی کشاورزی در کشور پرداخته شود و امید داریم قدمی هر چند ناچیز در جهت آگاهی بخشی عمومی و در راستای جلوگیری از تغییرات گسترده اکوسیستمی و نابودی بزرگترین سرمایه های طبیعی خدادادی، برداشته باشیم. در پایان لازم می دانیم از همه همکاران و دوستانی که نظرات اصلاحی خود را منعکس نموده اند تشکر و قدردانی نماییم. همچنین از همکاری و مساعدت مدیریت محترم موسسه و انتشارات قانون یار بالاخص استاد بزرگوار بهنام اسدی تشکر و قدردانی ویژه نماییم.

سید حسن حسینی المدنی

احمد جمشیدی کوهساری

تقدیم بہ:

تلاشگران عرصہ جہاد اقتصادی

ہکاران بانک کشاورزی ایران

و

مدیر عامل فقید بانک، ہمیشہ سربازان

شہید مهندس حسین اکبری

فهرست مطالب

مقدمه	۹
فصل اول	۱۱
کلیات	۱۱
فصل دوم	۵۴
بررسی موانع تغییر کاربری زمین های کشاورزی	۵۴
فصل سوم	۷۹
واکاوی تغییر غیر قانونی کاربری اراضی	۷۹
فصل چهارم	۱۱۹
شناخت و بررسی تملک اراضی خصوصی توسط سازمان های دولتی در راستای قانون	۱۱۹
فصل پنجم	۱۴۵
نگاهی فقهی به تعارض تملک اراضی و تغییر کاربری توسط سازمان های دولتی با حقوق مالکانه	۱۴۵
منابع و مآخذ	۱۵۷

مقدمه

قانونگذار با هدف حفظ کاربری زمین‌های زراعی و باغ‌ها و تداوم بهره‌وری از آنها در سال ۱۳۷۴ قانونی با عنوان «قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها» به تصویب رساند تا از تغییر کاربری این اراضی جلوگیری کند اما اینکه تا چه اندازه موفق بوده است، باید با بهره‌گیری از نظرات کارشناسان و متولیان این امر و پس از بررسی و ارزیابی با زبان آمار پاسخ گفت. مطابق قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها، تغییر کاربری اراضی مزبور جز در موارد ضروری ممنوع است و در موارد ضروری، تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها بر عهده کمیسیونی است که در آن نمایندگان وزارتخانه‌های کشاورزی، مسکن و شهرسازی، جهاد سازندگی و سازمان حفاظت محیط زیست و استانداری حضور دارند که در هر استان زیر نظر وزارت جهاد کشاورزی تشکیل می‌شود. تغییر کاربری اراضی در روستاها طبق ضوابطی است که وزارت جهاد کشاورزی تعیین می‌کند و در سایر موارد (تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در خارج از محدوده شهرها و شهرک‌ها) متقاضی تغییر کاربری یا جانشین او (مانند ورثه یا وکیل او) باید درخواست کتبی خود را به انضمام مدارک و اسناد مربوط به دبیرخانه کمیسیونی که در سازمان کشاورزی هر استان مستقر است، ارایه کند. با توجه به این تفاسیر بسیاری از افراد با تغییر کاربری غیر قانونی اراضی مرتکب عمل غیر قانونی شده و مستحق جریمه و خسارت می‌باشند. یکی از مجازات‌ها که به عنوان مهمترین مجازات در این راستا شناخته خواهد شد و به آن خواهیم پرداخت قلع و قمع بنا و مستحذات در زمین می‌باشد که در فصل سوم این پژوهش به طور دقیق به بررسی این مطلب خواهیم پرداخت.

فصل اول

کلیات

۱-۱. تحلیل و تبیین مسئله توسعه شهری پایدار

توسعه پایدار راه تازه ای برای رسیدن به آرمان های بشر همراه با حفظ منابع و امکانات برای آیندگان است. در دهه های اخیر یکی از ارکان اساسی توسعه پایدار، دستیابی به توسعه پایدار شهری است و در این راستا مطالعات و برنامه ریزی های متعددی در جهت یافتن اصول و راهکارهای کاربردی در برنامه های توسعه شهری صورت گرفته است و اندیشه توسعه شهری پایدار از جنبه های بسیار گسترده مورد نقد و بررسی در امر توسعه در سطح ملی است. با بررسی نظرات، تعاریف و پیشنهاداتی که در این زمینه مطرح شده، هدف فرایند توسعه شهری پایدار دستیابی به وضعیت پایداری جوامع شهری می باشد، فرایندی که هدف آن ایجاد یا تقویت ویژگیهای پایداری در زندگی اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و زیست محیطی شهر است. طرفداران توسعه شهری با تاکید بر پروژهای منطقی، سعی در توجه به تمام جنبه های اقتصادی، اجتماعی، زیست محیطی و کالبدی طرح ها دارند و برای نیل به شهر آرمانی بایستی تعمق و تعامل بین بخش های مذکور صورت پذیرد. از این رو با توجه به اهمیت مقوله پایداری در اهداف توسعه شهرها، دامنه گسترده ای از مجموعه نیازهای اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی، اکولوژیک و کالبدی برای حرکت به سوی پایداری مورد توجه است، که می تواند در قالب شاخص های پایداری شهر تعریف و تدقیق گردد.^۱

در کشورهای در حال توسعه، هر سال به میزان 50 میلیون نفر بر جمعیت شهری اضافه شده که پیرو آن تقاضاهای مسکن و خدمات شهری مطرح می شود، بسیاری از توسعه شهری به صورت خود به خودی و بی برنامه اتفاق می افتد. در بسیاری از شهرها، مسایل بهداشت محیط زیست، تبدیل به بحران شده است. فاضلاب، آب های سطحی، زهکشی، جمع آوری زباله و تجهیزات دفع در فضای نامطلوب هستند. اگرچه میزان پوشش جمعیت با آب سالم در شهرهای مختلف افزایش یافته است، اما تعداد مطلق جمعیتی که به آب سالم و سیستم های فاضلاب دسترسی دارند در نتیجه کیفیت محیط زیست به شدت دارای مسأله است. فقر

^۱ صالحی، اسماعیل، توسعه پایدار شهری دانش نامه مدیریت شهری و روستایی، چاپ اول، سازمان شهرداری ها و



همراه با رشد سریع جمعیت، فشار مضاعفی را بر محیط زیست از طریق اثرات بر جنگل ها، خاک، آلودگی هوا و... گذاشته است. نرخ رشد جمعیت با 2 و 3 درصد سال در کشورهای فقیر، موجبات عدم سرمایه گذاری در بخش های آموزشی، حفاظت خاک و دیگر فعالیتهای زیست محیطی میشود و این امر توسع پایدار نیست.

۱-۱-۱. بررسی مفاهیم، تعاریف و نظریات توسعه پایدار شهری

نظریه توسعه پایدار شهری، حاصل بحث های طرفدارن محیط زیست درباره مسائل زیست محیطی به خصوص محیط زیست شهری که به دنبال نظریه (توسعه پایدار) برای حمایت از منابع محیطی ارائه شد. توسعه پایدار شهری نیازمند شناسایی محدودیت های محیطی برای فعالیت های انسانی در ارتباط با شهرها و تطبیق روش های طراحی در این محدودیت ها است. در این نظریه موضوع نگهداری منابع برای حال و آینده از طریق استفاده بهینه از زمین و وارد کردن، ضایعات به منابع تجدید ناپذیر مطرح است. واژه پایداری امروزه به طور گسترده ای به منظور توصیف جهانی که در آن نظام انسانس و طبیعی، توانا بتوانند تا آینده ای دور ادامه حیات دهند به کار گرفته می شود. ^۲عنوان شدن پایداری را میتوان نتیجه، رشد منطقی آگاهی تازه ای نسبت به مسایل جهانی محیط زیست و توسعه دانست. این مسئله نیز به نوبه خود تحت تاثیر عواملی چون نهضت های زیست محیطی دهه 60، انتشار کتابهایی نظیر محدودیتهای رشد، و اولین کنفرانس سازمان ملل در مورد، محیط زیست و توسعه در سال 1972 بود. همگام با رشد مفهوم با رشد مفهوم پایداری و ضرورت توسعه پایدار، طراحان و مدیران شهری نیز همگام با سایر رشته ها کوشیدند تا مفاهیم جدید را در رشته تخصصی خود وارد کرده و به راهکارهای جدیدی برای دست یابی به اهداف توسعه پایدار در زمینه طراحی و مدیریت شهری دست پیدا کنند. لزوم طرح پایداری در قالب سه موضوع، اتفاق افتاد:

-محدودیت منابع

^۲ بحرینی، سیدحسین. توسعه شهری پایدار. از فکر تا عمل. فصلنامه محیط شناسی، شماره بیست و هفتم. ص ۵۵



-فاجعه محیطی غیر قابل جبران

-تعهد اخلاقی در برابر نسل های آینده

آگاهی به تاثیرات منفی و گاه جبران ناپذیر طرح های توسعه اجرا شده در نیم قرن اخیر بر محیط زیست ، زمینه ساز مطرح نمودن (توسعه پایدار) در اجلاس (فونکس) و (اعلامیه استکهلم) در سال 1972 شد و با توجه به ابعاد مختلف آن ، هر سال بر گستردگی آن افزوده شد . در گزارش برانت لند 1987 توسعه پایدار محور مناظره درباره محیط زیست شد . کمیسیون برانتلند گزارش نهایی خود را تحت عنوان (آینده مشترک ما) در اواسط سال 1987 منتشر کرد و از آن پس واژه های توسعه پایدار مقبولیت و رواج گسترده ای یافت که نهایتا با اعلامیه ریو در سال 1992 ، محیط زیست و توسعه به عنوان یک سیستم ، یکپارچه مورد توجه قرار گرفت.

در رابطه با مفهوم و تعریف توسعه پایدار ، دیدگاه های چندی قابل ارائه هستند . چو گول اظهار می دارد که توسعه پایدار ، به حداقل رساندن مصرف منابع تجدید نشونده را در راس اهداف خود قرار می دهد و در این راستا ، استفاده پایدار از منابع تجدید شونده ، جذب ظرفیتهای محلی و پاسخگویی به نیازهای ، بشر را مد نظر قرار میدهد . در اجلاس بین الملل 2000 برلین توسعه شهری پایدار به شکل زیر تعریف می شود . ارتقای کیفیت زیست شهری از جمله بخش های اکولوژیک ، فرهنگی ، سیاسی ، تاسیساتی ، اجتماعی و اقتصادی بدون اعمال هرگونه فشاری بر نسل های آینده که در نتیجه کاهش سرمایه های طبیعی و انحصارات محلی اعمال میشود . برگمن میگوید انتظار بر این است که توسعه در راستای ارتقاء کیفیت مطلوب زندگی در ابعاد اقتصادی ، اجتماعی و زیست محیطی را مدنظر قرار دهد.^۳

۱-۲. شهر نشینی پایدار

در تعریف این مفهوم ، در اکاکیس اسمیت Drakakis- smith ضمن متمایز نمودن آن با مفهوم شهر پایدار sustainable معتقد است که در متن جهانی شدن globalization

^۳ دهقان منشادی ، مهدی ، توسعه پایدار در سایه روشن های شهر ، چاپ اول ، نشر مفاخر. ص ۱۴



بعید است شهر پایدار موضوع مستقلی باشد و سبک زندگی همواره با برخورداری در بسیاری از شهرهای جهان توسعه یافته ، اغلب به هزینه کیفیت زندگی افراد بسیاری است که در جایی دیگر ، اغلب در کشورهای در حال توسعه ، کار و زندگی می کنند " . او ادامه می دهد که "اساساً بحث پیرامون شهرنشینی پایدار یک فرایند به جای یک پدیده است . بنا براین ، بایستی شهرنشینی پایدار را به عنوان یک فرایند تعریف کرد.

در چگونگی تعریف فرایند شهرنشینی پایدار ، دراکاکیس اسمیت میگوید ، " می توان اصول پذیرفته شده توسعه پایدار ، یا در اصطلاح رفع نیازهای کنونی بدون محرومیت نسل های آینده ، را مستقیماً قبول کرد و آن ها را به عنوان چارچوبی برای مطالعه توسعه شهری و نیز شناسایی زمینه هایی مورد نظر به کار برد . گرچه رابرت سالو **Robert solow** به تازگی بحث مهمی را در این زمینه مطرح کرده و معتقد است " ضرورت کاهش نابرابری های عصر حاضر به همان میزان (و احتمالاً بیشتر از) نگرانی درباره وضع نامطمئن نسل های آینده می باشد ، و این که اقتصادهای پیشرفته جهان خواهان تفکر درباره عدالت و برابری نیستند زمانی که در خصوص منابع کنونی به کار برده شود و یا ترنر **Turner** معتقد است "تعداد کمی است از ساکنان شهرهای مرفه جهان مایلند که سطح زندگی خود را به سطح زندگی شهرهای جهان سوم برسانند. " مقیاس و دوام نابرابری، آسیب پذیری و فقر موجود در بسیاری از شهرهای معاصر در کشورهای در حال توسعه، هر کوشش در جهت تعریف شهر نشینی پایدار را ناگزیر می سازد به شرایط حاضر به همان شرایط آینده وزن اساسی بدهد.^۴

بنابراین عقیده دراکاکیس اسمیت شهرنشینی پایدار در دو سطح تعریف می شود: سطح اول نوعی شیوه ی فلسفی کلی را نشان می دهد که در آن اهداف پایداری در یک محیط شهری به دست می آید. در این سطح است که شهر نه اجتماعی از عملکردها و ساختارها ، بلکه مکانی است که مردم در آنجا سکونت دارند و یا در جستجوی زندگی بهتر ، به آن مهاجرت

^۴ احمدی ترشیزی ، میترا، جهانی شدن و پایداری شهری ، چاپ اول ، موسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ص ۱۹



میکنند. پایداری در این زمینه مفهومی انسانی می یابد و به معنی آرزو و عزم دستیابی به مجموعه ای از اهداف تلقی می شود که در آن خانوارها به همان اندازه سرمایه گذاران یا دولتها بهره مند می گردند. در این سطح کلی، مدیریت پیگیری کننده پایداری در هر محیط شهری، باید پیش نیازهای زیر را برآورده نماید:

برابری در توزیع منافع رشد اقتصادی، دسترسی مناسب به نیازهای انسانی اساسی عدالت اجتماعی و حقوق انسانی، افزایش آگاهی نسبت به محیط زیست و حفظ کلیت آن، آگاهی از ارتباطها و تجلیات تغییرات در فضا و مکان این اهداف با هم ارتباط نزدیک دارند و تا آنجا که امکان دارد باید بطور جامع دنبال شوند. تاکید بر یکی، لزوماً به اصلاحات نهایی نمی انجامد. این موضوع بطور مشخص در خصوص اهداف زیست محیطی بیان می شود که در آن وضع قانون و یا تشویق سرمایه گذاری ها یا خانوارها برای رفتاری مسئولانه تر، اثر ناچیزی خواهد داشت، اگر فقر زمینه ای که بر دیدگاههای ساکنان شهرها نسبت به محیط زیست اثر می گذارد، برطرف نشود. نوین سازی زیست محیطی که در برخی از کشورهای در حال توسعه آغاز شده، منعکس کننده راهکارهای نخبگان محلی، سرمایه گذاری های خارجی و بنگاههای بین المللی است. اولویتهای مورد نظر گروههای کم درآمد اغلب کاملاً متفاوت است که بیشتر به محیط بلا فصل محل کار و زندگی آنان مربوط میشود.^۵

۲-۱. تحلیل و تبیین تغییر کاربری و انواع آن

۱-۲-۱. مفهوم تغییر کاربری

قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها مصوب سال ۱۳۷۴ و ۱۳۸۵ هم چنین آئین نامه های اجرایی آن تعریفی از کاربری ارائه نمی دهد تا با استفاده از آن مفهوم تغییر کاربری مشخص شود صرفاً در بند «د» از ماده یک آئین نامه اجرایی قانون مصوب سال ۱۳۸۵ در



تعریف تغییر کاربری بیان داشته است: « هر گونه اقدامی که مانع از بهره برداری و استمرار کشاورزی اراضی زراعی و باغ ها»^۶ گردد، تغییر کاربری محسوب می شود. مسلماً نوع استفاده و بهره گیری از زمین، کاربردی آن را تعیین می کند. در نتیجه کاربری اراضی زراعی، زراعت هر نوع محسوب کشاورزی و کاربری باغ، استفاده از زمین برای کاشت و نگهداری درخت است.

به موجب تبصره ۲ ماده ۱ قانون حفظ کاربری « مرجع تشخیص اراضی زراعی و باغ ها وزارت کشاورزی است»؛ لذا وقتی کاربری ملک، زراعی یا باغ تشخیص داده شود هر گونه اقدامی که مانع از بهره برداری و استمرار کشاورزی اراضی زراعی و باغ ها گردد، تغییر کاربری محسوب می شود.

در بند «د» ماده یک آئین نامه اجرایی قانون، همچون ماده ۱۰ قانون الحاقی سال ۱۳۸۵ مصادیقی چند از تغییر کاربری ذکر کرده است که شامل احداث بنا، برداشتن یا افزایش شن و ماسه و سایر اقداماتی که به تشخیص وزارت جهاد کشاورزی تغییر کاربری اعلام شود، تغییر کاربری دانسته شده است و به موجب ماده ۱۱ آئین نامه اجرایی قانون مصوب ۱۳۸۶ /۴ /۱۹ وزارت جهاد کشاورزی موظف شده است مواردی که تغییر کاربری محسوب می شوند را اعلام نماید.^۷ در اجرای ماده ۱۱ آئین نامه اجرایی قانون، دستورالعمل تعیین مصادیق کاربری غیر مجاز موضوع ماده ۱ قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها مصوب ۱۳۸۵/۸/۱ از سوی وزیر کشاورزی اعلام گردید. به موجب این دستورالعمل، اقداماتی که از نظر وزارت جهاد کشاورزی تغییر کاربری دانسته شده، تصریح شده است؛ اما نکته قابل تامل در ماده ۱ این دستورالعمل این است که اقدامات مصرحه در این دستورالعمل در صورت تحقق چند شرط تغییر کاربری غیر مجاز محسوب می شود.

^۶ - بند «د» ماده یک آئین نامه اجرایی قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها: « تغییر کاربری: هر گونه اقدام که مانع از بهره برداری و استمرار کشاورزی اراضی زراعی و باغ ها در قالب ایجاد بنا برداشتن یا افزایش شن و ماسه و سایر اقداماتی بنا به تشخیص وزارت جهاد کشاورزی، تغییر کاربری محسوب می شود.

^۷ - ماده ۱۱ آئین نامه اجرایی



شرط اول: در صورتی که بدون رعایت ضوابط و مقررات مربوطه و اخذ مجوز از کمیسیون تبصره یک ماده یک و یا موافقت سازمان جهاد کشاورزی در قالب طرح های تبصره ۴ الحاقی به ماده یک صورت می گیرد.

شرط دوم: در صورتی که در اراضی زراعی و باغ های موضوع قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها واقع شوند.

شرط سوم: مانع از تداوم تولید و بهره برداری و استمرار کشاورزی شود. بدیهی است که هر یک از موارد مذکور در این دستورالعمل و مواردی که در آینده و در اجرای تبصره ماده یک این دستورالعمل از سوی سازمان امور اراضی کشور اعلام شود فی نفسه، مصداق تغییر کاربری غیر مجاز محسوب نمی شود بلکه در صورتی تغییر کاربری غیر مجاز محسوب می شود که هر سه شرط فوق الذکر محقق باشد. از جمله شایع ترین موارد اختلاف که در آراء محاکم نیز دیده می شود جرم بودن یا جرم نبودن دیوار کشی به دور باغ یا ملک زراعی است. به عبارتی برای درک کامل مفهوم کاربری و تغییر آن لازم است به این پرسش پاسخ داده شود که:

آیا صرف دیوارکشی دور مزرعه و باغ، بدون آن که در باغ یا مزرعه تغییر ماهوی ایجاد شود تغییر کاربری محسوب می شود؟ گر چه در عمل مالکان برای این که عملیات تغییر کاربری در داخل باغ و مزرعه خود را دور از چشمان ماموران جهاد کشاورزی انجام دهند، ابتدا دور باغ یا مزرعه دیوار کشی می کنند سپس مبادرت به تغییر کاربری مزرعه یا باغ می کنند و در واقع دیوار کشی بعضاً مقدمه ای برای تغییر کاربری است؛ اما پرسش این است که مالکی با حفظ کاربری باغ یا مزرعه اش و بدون تغییر در آن صرفاً برای محافظت از محصولات کشاورزی یا جلوگیری از تعرض مجاورین به ملک خود یا هر انگیزه ای اقدام به احداث دیوار به دور باغ یا مزرعه خود می کند. آیا همین اندازه دیوار کشی، تغییر کاربری است؟ در این باره رویه قضایی آرای متفاوتی را می توان دید. دسته اول استدلال می کنند؛ با توجه به این که مطابق تبصره یک ماده ۲ قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها برای سکونت شخصی صاحبان زمین تا پانصد متر مربع مشمول پرداخت عوارض نمی گردد؛ لذا دیوار کشی تغییر کاربری محسوب نمی شود.



۱-۲-۲. انواع تغییر کاربری

دقت در قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها به این نتیجه منتهی می شود که اگر چه به موجب ماده یک قانون، اصل بر ممنوعیت تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ ها است؛ اما مقنن قائل به انواعی از تغییر کاربری است که حسب مورد با هر نوع از آن برخورد متفاوتی داشته است. برخی از انواع تغییر کاربری را مجاز دانسته است و برخی دیگر را غیر مجاز برشمرده است و انواعی از آن را واجد وصف کیفری تلقی کرده است. آیا غیر مجاز و بدون اخذ مجوز و به عبارتی تغییر کاربری غیر مجاز و بدون اخذ مجوز با هم متفاوت هستند یا دو واژه مترادف هستند؟

در ماده ۳ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها مصوب سال ۱۳۷۴ آمده بود: «مالکین با متصرفین اراضی زراعی و باغ ها موضوع این قانون که غیر مجاز اراضی زراعی و باغ ها را تغییر کاربری دهند. . .» در جریان اصلاحات سال ۱۳۸۵ عبارت «بدون اخذ مجوز از کمیسیون موضوع تبصره ۱ ماده ۱ این قانون» به ماده مذکور الحاق شد و ترکیب «به صورت غیر مجاز و بدون اخذ مجوز از کمیسیون . . .» حاصل شده است. بعضی در آراء فوق در این زمینه ملاحظه می شود که رویه قضایی بین تغییر کاربری غیر مجاز و بدون اخذ مجوز تفاوتی قائل نشده است؛ اما به نظر می رسد دو واژه غیر مجاز و بدون اخذ مجوز، مترادف هم نباشند؛ زیرا اگر دو واژه مترادف بودند، نیازی نبود مقنن ماده مذکور را برای آوردن واژه ی مترادف اصلاح کند. در زمان قبل از اصلاح قانون «غیر مجاز» به بدون اخذ مجوز از کمیسیون موضوع تبصره ۱ ماده ۱ تعبیر می شد؛ چرا که هیچ تغییر کاربری ای مجاز نبوده مگر آن که کمیسیون مذکور مجوز تغییر کاربری صادر می کرد. اما با توجه به اینکه مقنن در نتیجه اصلاحات سال ۱۳۸۵ مواردی از تغییر کاربری های مجاز را به موجب تبصره ۴ ماده یک قانون پذیرفته است که این موارد حتی اگر بدون اخذ مجوز از کمیسیون معنونه واقع شوند، هم تغییر کاربری محسوب نمی شوند؛ لذا مقنن با توجه به تبصره مذکور به عبارت «غیر مجاز» عبارت «بدون اخذ مجوز از کمیسیون . . .» را اضافه کرد تا تاکید مجددی براین



امر باشد که تغییر کاربری ای مشمول ماده ۳ قانون و دارای وصف مجرمانه است که یا غیر مجاز باشد یعنی از مصادیق تبصره ۴ ماده یک نباشد و یا بدون مجوز از کمیسیون موضوع تبصره ۱ ماده ۱ باشد. هر چند در مورد این هر گاه یکی از مصادیق مذکور در تبصره ۴ ماده یک قانون بدون اخذ مجوز از سازمان جهاد کشاورزی و یا بدون رعایت ضوابط زیست محیطی احداث شوند و یا آنکه آیا عمل ارتكابی جرم محسوب می شود یا خیر؟ اختلاف نظر وجود دارد؛ اما با توجه به استدلال فوق می توان بر این نظر بود که مقنن قائل به سه نوع تغییر کاربری مجاز، ضروری و مجرمانه (غیر مجاز و بدون مجور) است.

۱-۲-۳. تغییر کاربری ضروری

به موجب ماده یک قانون حفظ کاربری اصل بر ممنوعیت تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ ها است؛ اما از آن جا که در مواردی مالکین ناگزیر از تغییر کاربری این گونه زمینها هستند و این که در مواردی تغییر نوع کاربری زمین برای افزایش کیفیت بهره وری از آن لازم است و کاربری جدید هم سنخ با کاربری سابق است، قانونگذار امکان تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ ها را در مواردی ضروری پذیرفته است.

این امر از مفهوم مخالف قسمت اخیر ماده ۱ قانون حفظ کاربری که مقرر می دارد: «... جز در موارد ضروری ممنوع است» استنباط می شود. در عین حال که تبصره ۱ ماده یک قانون نیز بر این امر تصریح دارد.

با عنایت به این که موارد ضروری تغییر کاربری در قانون سال ۱۳۷۴ مشخص نبود، قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها مصوب ۱۳۸۵/۸/۱ با الحاق متنی به عنوان ماده ۷، موارد پنج گانه ای را تعیین و کمیسیون موضوع تبصره ۱ ماده یک را موظف کرد در تشخیص ضرورت تغییر کاربری، موارد مذکور را مد نظر قرارداد و رعایت کند. این موارد عبارتند از:

- اخذ مجوز لازم از دستگاه اجرایی ذی ربط متناسب با کاربری جدید توسط متقاضی.
- ضوابط طرح هادی کالبدی، منطقه ای و ناحیه ای مصوب شورای عالی شهرسازی و معماری ایران.



- مطالبه مصوبه ستاد فرماندهی نیروهای مسلح در رسیدگی به درخواست نیروهای مسلح.

- ضوابط حفظ محیط زیست و تداوم تولید و سرمایه گذاری با توجه به روح کلی قانون مبنی بر حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها.

- استاندارد ها، اصول و ضوابط فنی مربوط مطابق مجوز های صادره از سوی دستگاه ذیربط.

مسلم آن که تغییر کاربری در مواردی ضروری مذکور در تبصره ۱ ماده ۱ قانون با موارد استثنایی تغییر کاربری مذکور در تبصره ۴ ماده ۱ متفاوت است. بر این اساس مالکان اراضی زراعی و باغ ها که قصد تغییر کاربری ملک خود را دارند لازم است با طی تشریفات از کمیسیون مذکور در تبصره ۱ ماده یک قانون حفظ کاربری مجوز تغییر کاربری اخذ نماید.

قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها مصوب سال ۱۳۷۴ تنها موارد ضروری تغییر کاربری در قالب کمیسیون مذکور در تبصره یک ماده یک را به عنوان امکان تغییر کاربری پیش بینی کرده بود؛ اما با توجه به مشکلاتی که این امر ایجاد نمود و مانع جدی بر سر راه ایجاد و توسعه فعالیت صنایع تبدیلی و تکمیلی و مشاغل مرتبط با کشاورزی و باغداری بود، به هنگام انجام اصلاحات قانون مذکور که در سال ۱۳۸۵ انجام شد به منظور دستیابی به بستری مناسب برای بهینه کردن تولیدات بخش کشاورزی و رفع مشکلات موجود مواردی که علیرغم این که در ظاهر موجب تغییر کاربری اراضی کشاورزی و باغات می شوند؛ اما در واقع در راستای دستیابی به تولیدات بهتر کشاورزی هستند از شمول مصادیق تغییر کاربری خارج شدند و وصف کیفری از آنها برداشته شد.



به موجب تبصره ۴ ماده یک قانون مذکور هر گاه در روستا ها گلخانه، دامداری، مرغداری، پرورش ماهی و سایر تولیدات کشاورزی و کارگاه های صنایع تکمیلی و غذایی در اراضی زراعی و باغ ها ایجاد شود، تغییر کاربری محسوب نمی شود.^۸

۱-۳-۱. محدوده اجرای مفاد تبصره ۴ ماده یک قانون

همان گونه که در ماده یک قانون تصریح شد، محدوده اجرایی قانون، خارج از محدوده شهرها و شهرک ها است. بر این اساس «قلمرو اجرای فعالیت های مذکور در تبصره ۴ الحاقی به ماده یک قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها، اراضی زراعی و باغی که خارج از محدوده شهرها، شهرک ها و محدوده روستاهای دارای طرح هادی مصوب واقع است، می باشد».^۹

۱-۳-۲. ارتباط با تبصره ۱ ماده ۲ قانون

بین تبصره ۴ ماده یک و تبصره ۱ ماده ۲ قانون حفظ کاربری از سه جنبه تفاوت وجود دارد: ۱- از حیث مفهوم، تبصره ۴ ماده یک صراحتاً در مقام بیان موارد استثنائی تغییر کاربری که از شمول ماده یک این قانون خارج است و اعلام می دارد در مواردی که گلخانه، دامداری، مرغداری در روستاهای فاقد طرح هادی و در اراضی زراعی و باغات احداث شوند تغییر کاربری محسوب نمی شوند؛ اما تبصره ۱ ماده ۲ استثنا بر مواردی است که اشخاص به علت اخذ مجوز تغییر کاربری باید عوارض پرداخت کنند. به عبارتی موارد مذکور در تبصره ۴ ماده یک از حکم قانون، خروج موضوعی دارند؛ ولی موارد مذکور در تبصره ۱ ماده ۲ فی نفسه تغییر کاربری هستند و بر این اساس مسئول حکم قانون هستند؛ اما از شمول حکم مقرر در ماده ۲ مستثنی شده اند.

^۸ - تبصره ۴ الحاقی به ماده یک قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها: «احداث گلخانه ها، دامداری ها، مرغداری ها، پرورش ماهی و سایر تولیدات کشاورزی و کارگاه های صنایع تکمیلی و غذایی در روستاها بهینه کردن تولیدات بخش کشاورزی بوده و تغییر کاربری محسوب نمی شوند. موارد مذکور از شمول این ماده مستثنی بوده و با رعایت ضوابط زیست محیطی با موافقت سازمان های جهاد کشاورزی استان ها بلامانع می باشد.

^۹ - بند «ب» دستورالعمل ماده ۱۰ آئین نامه اجرایی قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها



۲- از حیث مصداق، مصادیق مذکور در دو تبصره مانحن فیه دارای تفاوت هایی هستند. از یک سو در تبصره ۱ ماده ۲ تغییر کاربری برای احداث منزل مسکونی تا ۵۰۰ متر و صنایع دستی ذکر شده است در حالی که در تبصره ۴ ماده یک این موارد ذکر نشده اند. از سوی دیگر، در تبصره ۴ ماده یک پرورش ماهی، احداث گلخانه، کارگاه های صنایع تکمیلی و غذایی ذکر شده است. در حالی که در تبصره ۱ ماده ۲ به ترتیب پرورش آبزیان، تولیدات گلخانه ای و واحد های صنایع تبدیلی و تکمیلی آورده شده است.

۳- از حیث مرجع صدور یا موافقت نامه، به موجب تبصره ۴ ماده یک قانون، موارد مذکور در این تبصره چون فی نفسه تغییر کاربری محسوب می شوند نیازی به طرح آنها در کمیسیون موضوع تبصره ۱ ماده یک قانون حفظ کاربری نیست بلکه سازمان جهاد کشاورزی مرجع اعلام موافقت یا عدم موافقت با اجرای طرح های مذکور است و بر همین اساس است که علاوه بر متن تبصره ۴ که به جای استفاده از کمیسیون موضوع تبصره ۱ ماده یک قانون، اخذ موافقت سازمان جهاد کشاورزی را ضروری دانسته است. بند ۲ از قسمت «ج» دستورالعمل ماده ۱۰ آیین نامه اجرایی قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها اظهار نظر در مورد موافقت یا عدم موافقت با اجرای طرح های موضوع تبصره مذکور را با رئیس سازمان جهاد کشاورزی دانسته است نه کمیسیون موضوع تبصره یک ماده یک قانون. در حالی که فعالیت های موضوع تبصره ۱ ماده ۲ قانون حفظ کاربری «مشمول طرح در کمیسیون تبصره ۱ ماده ۱ است لیکن از پرداخت عوارض معاف می باشند»^{۱۰}

۱-۳-۳. شرط مستثنی شدن

به موجب قسمت اخیر تبصره ۴، موارد مذکور در تبصره از شمول ماده یک مستثنی بوده و احداث آنها با رعایت ضوابط زیست محیطی با موافقت سازمان های جهاد کشاورزی استان ها بلامانع است.

^{۱۰} - بند «د» از دستورالعمل ماده ۱۰ آیین نامه اجرایی قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها



با توجه به مراتب آیا احداث این گونه تاسیسات فی نفسه و به طور مطلق از شمول حکم مقرر در ماده یک قانون حفظ کاربری خارج هستند و یا در صورت اخذ موافقت سازمان های جهاد کشاورزی از شمول ماده یک قانون خارج می شوند؟ به عبارتی اگر شخصی در اراضی زراعی و باغی که در روستا واقع است بدون اخذ موافقت سازمان جهاد کشاورزی مبادرت به احداث گلخانه یا مرغداری و امثال آن نماید آیا این عمل تغییر کاربری محسوب می شود و مرتکب مجازات مقرر در ماده ۳ قانون محکوم خواهد شد؟

اگر قائل به این باشیم که صرف احداث مرغداری و گلخانه و دیگر تاسیسات مذکور در تبصره ۴ فی نفسه و ذاتاً تغییر کاربری محسوب نمی شوند و از شمول حکم مقرر در ماده یک خارج هستند، لازم می آید اگر شخصی بدون موافقت سازمان جهاد کشاورزی مبادرت به احداث این گونه تاسیسات و صنایع نماید عمل وی جرم نباشد؛ اما اگر بر این عقیده باشیم باید بتوانیم برای فلسفه ذکر جمله «و با رعایت ضوابط زیست محیطی با موافقت سازمان های جهاد کشاورزی استان ها بلامانع است» در آخر تبصره مذکور توجیهی منطقی ارائه می کنیم؛ زیرا اگر قائل به این نظر باشیم و در نتیجه بپذیریم که ایجاد این گونه تاسیسات بدون موافقت سازمان های جهاد کشاورزی هم، جرم نیست نیازی نبود تبصره با وجود جمله آخر به تصویب برسد.

اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۷/۱۸۲۰ مورخ ۱۳۸۶/۳/۲۳ اعلام کرده است:

۲- بر اساس تبصره ۴ ماده ۲ قانون موصوف، احداث گلخانه، دامداری، مرغداری، مزرعه پرورش ماهی و دیگر تولیدات بخش کشاورزی و کارگاه های صنایع تکمیلی و غذایی در روستاها، بهینه کردن تولیدات بخش کشاورزی تلقی می شود و تغییر کاربری محسوب نمی شود. این موارد از شمول مقررات ماده ۱ این قانون و اخذ موافقت کمیسیون موضوع تبصره ۱ این ماده خارج است و بهره برداران مکلفند با رعایت ضوابط زیست محیطی، موافقت سازمان جهاد کشاورزی را تحصیل نمایند. در غیر این صورت چنانچه مالکان این گونه اراضی بدون



رعایت مفاد این قانون اقدام به تغییر کاربری نماید عمل آنها و احداث این گونه تاسیسات نیز تغییر غیر مجازی کاربری محسوب و مشمول مقررات ماده ۴ همین قانون می باشد.

اما می توان معتقد بود که با درک این موضوع که بین عبارت « از شمول ماده یک قانون مستثنی بوده » و « بلامانع است » تفاوت وجود دارد، بر خلاف نظریه اداره حقوقی قوه قضاییه باید پذیرفت که احداث تاسیسات مذکور در تبصره ۴ فی نفسه و بدون نیاز به موافقت سازمان جهاد کشاورزی از شمول ماده یک قانون حفظ کاربری خارج بوده و تغییر کاربری محسوب نمی شوند؛ زیرا اولاً: بین کمیسیون و سازمان جهاد کشاورزی تفاوت وجود دارد و کمیسیون موضوع تبصره ۱ ماده ۱ که اختیار تشخیص و صدور مجوز تغییر کاربری در موارد ضروری را داراست، دارای ماهیت حقوقی مستقلی از سازمان جهاد کشاورزی است و مقنن با درک این موضوع در قسمت اخیر تبصره ۴، اخذ مجوز از سازمان را لازم دانسته است نه کمیسیون را و بر همین اساس است که بند ۲ از قسمت ج دستورالعمل ماده ۱۰ آیین نامه اجرایی قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها مقرر می دارد: « مدیریت امور اراضی پس از وصول و بررسی پرونده و سایر مقررات و دستورالعمل های مربوطه، حسب مورد موافقت یا عدم موافقت رئیس سازمان جهاد کشاورزی را با اجرای طرح مورد نظر حداکثر ظرف یک ماه به مرجع استعلام کننده با متقاضی اعلام می نماید ... ».

ثانیاً: یا توجه به نحوه نگارش قانون لازمه مستثنی بودن موارد مذکور در تبصره ۴ ماده یک صدور مجوز سازمان جهاد کشاورزی نیست؛ چرا که اگر نظر مقنن این بود باید می نوشت: « احداث گلخانه و ... در صورت اخذ مجوز از سازمان جهاد کشاورزی از شمول ماده یک مستثنی بوده و ... » در حالی که مقنن ابتدا موارد مصرحه را از شمول ماده یک خارج کرده سپس احداث آنان را با اخذ مجوز از سازمان جهاد کشاورزی بلامانع دانست. پس وقتی موردی از شمول ماده یک قانون خارج شد، دیگر جایی برای مجرمانه بودن آن نخواهد بود.



ثالثاً: ماده ۳ قانون صراحتاً تنها تغییر کاربری هایی را جرم می دانست که بدون اخذ مجوز از کمیسیون موضوع تبصره ۱ ماده ۱ قانون صورت گیرند.^{۱۱} در نتیجه وقتی موارد مذکور در تبصره ۴ ماده ۱ از شمول ماده ۱ و در نتیجه تبصره ۱ قانون آن خارج گردند، نمی تواند به موجب ماده ۳ قانون جرم تلقی شوند، زیرا ماده ۳ تنها تغییر کاربری هایی را جرم می داند که چون مشمول ماده یک قانون هستند باید با اخذ مجوز از کمیسیون موضوع تبصره ۱ ماده یک واقع شوند در حالی که موارد مذکور در تبصره ۴ ماده یک نیازمند اخذ مجوز تغییر کاربری از کمیسیون مذکور نمی باشند و بر همین اساس است که بند «د» دستورالعمل ماده ۱۰ آیین نامه اجرایی قانون، اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها مقرر می دارد: «فعالیت های موضوع این تبصره در خارج از محدوده شهر ها، شهرک ها و روستاها (به جز مواردی که در تبصره ۴ الحاقی به ماده یک قانون قید گردیده) مشمول طرح در کمیسیون تبصره ۱ ماده ۱ است؛ لیکن از پرداخت عوارض معاف هستند. این بند با قید جمله داخل پرانتز تصریح دارد، در موارد مذکور در تبصره ۴ ماده یک قانون بر خلاف موارد مذکور در تبصره ۱ ماده ۲ قانون، مستلزم طرح در کمیسیون مذکور نمی باشند.

در نتیجه ماده ۳ هر نوع تغییر کاربری را و از جمله تغییر کاربری برای احداث تاسیسات مذکور در تبصره ۴ ماده یک بدون اخذ مجوز از سازمان جهاد کشاورزی را جرم ندانسته است. مگر این که استدلال شود کمیسیون موضوع تبصره ۱ ماده یک و سازمان جهاد کشاورزی مذکور در قسمت اخیر تبصره ۴ ماده یک و دیگر موارد قانونی دارای ماهیت و شخصیت حقوقی واحد هستند که در این صورت ایراد اخیر الذکر مرتفع شده و تاسیسات مذکور در تبصره ۴ ماده یک اگر بدون اخذ مجوز از سازمان جهاد کشاورزی یا همان کمیسیون تبصره ۱ ماده یک احداث شوند مشمول ماده ۳ قانون خواهند بود که به نظر می رسد پذیرش این استدلال کمی دشوار باشد؛ چرا که قانون گذار در موارد مختلف قانون- به

^{۱۱} - ماده ۳ قانون حفظ کاربری: «کلیه مالکان یا متصرفان اراضی زراعی و باغ های موضوع این قانون که به صورت غیر مجاز و بدون اخذ مجوز از کمیسیون موضوع تبصره ۱ ماده ۱ این قانون اقدام به تغییر کاربری نمایند ...»



نظر - به نحو حکیمانه از واژه های «سازمان جهاد کشاورزی»، «وزارت جهاد کشاورزی»، و «کمیسیون تبصره ۱ ماده یک» نام برده است و منطقی نیست هر کدام از این واژه ها را مترادف بدانیم.

۱-۴. انواع کلی اراضی و املاک از دیدگاه فقه و حقوق

در اجرای طرح ها توسط دستگاه های اجرایی، همان طور که ماده یک لایحه قانونی نحوه تملک تصریح نموده اند، باید تا حد امکان از اراضی و املاک عمومی استفاده شود و تنها در مواردی که این اراضی و املاک کافی نبوده یا اصولاً در محدوده مورد نیاز اراضی دولتی و عمومی به میزان کافی وجود نداشته باشد و یا با فرض وجود امکان استفاده از آن ها از لحاظ فنی، اجرایی یا صلاح و صرفه اقتصادی، منطقی و به صرفه نباشد، باید از اراضی و املاک خصوصی استفاده نمود. علاوه بر این تکلیف قانونی و الزام عقلی و منطقی، تأمین اراضی مورد نیاز طرح های عمومی و دولتی غالباً به صورت رایگان پیش بینی گردیده است. در مواردی که واگذاری اراضی عمومی و دولتی به طرح ها حتی از طریق خریداری، نسبت به خرید اراضی و املاک خصوصی و دولتی خاص مناسب تر و ارزان تر و به نفع پروژه باشد، هیچ دلیلی نمی تواند نافی این اولویت منطقی گردد. اولویت بندی و ترتیب طولی استفاده از اراضی ملی و موات و سپس دولتی و نهایتاً اراضی و املاک خصوصی و اعمال این سلسله مراتب در انتخاب روش تأمین (تحصیل و تملک) اراضی مورد نیاز، قبل از هر اقدام عملی برای تملک اراضی مورد نیاز طرح ها و پروژه ها، ما را ناگزیر به شناخت انواع مالکیت اراضی و املاک می نماید.

اراضی و املاک از حیث نوع مالکیت و ماهیت حقوقی، خود به دسته های مختلفی تقسیم می شوند که تملک هر نوع از آنها تابع تشریفات و مقرراتی خاص و غالباً متفاوت از انواع دیگر است و به تبع تشخیص نوع اراضی، سازمانی خاص متولی امور مربوط به آن است و قبل از هر اقدامی جهت تملک این اراضی، شناخت نوع آن و در نتیجه سازمان متولی و تصمیم گیرنده راجع به آن لازم است. در این راستا بخش نخست از این فصل را به تعریف انواع



اراضی اختصاص داده و تعاریف فقهی و حقوقی اراضی را نقل نموده ایم و بخش دوم را به انواع اراضی برگرفته از قوانین متعدد جاری بر امور اراضی و املاک در کشور و معرفی سازمان های متولی هر کدام اختصاص داده ایم. همچنین با توجه به اینکه موضوع مطالعه ما مربوط به اراضی و املاک خارج از محدوده قانونی شهرهاست، مراجع شبه قضایی و قضایی صالح جهت تشخیص انواع اراضی موات، بایر و دایر یا اعتراض به تشخیص اولیه آنها طی فصول بعد به صورت گسترده بررسی شده است. اراضی از دیدگاه های مختلف به انواع متنوعی تقسیم شده اند که هر یک از این تقسیمات دارای کارکرد و کاربرد متفاوتی هستند که بررسی و مطالعه آنها خود بحث مفصلی را می طلبد. ولی در این نوشتار با توجه به موضوع مورد بحث و کاربرد این نوع تقسیم در تملک اراضی و املاک از دیدگاه فقهی و تأثیر تقسیمات فقهی اراضی بر قوانین و مقررات و همچنین مراجع حل اختلاف، اراضی را به سه دسته کلی اراضی موات، بایر و دایر تقسیم نموده ایم که تقسیمات مذکور اعم از تقسیمات جزئی تری است. تقسیم بندی کلی اراضی به موات، بایر و دایر مبتنی بر سابقه تصرف و عمران و آبادی اراضی و منصرف از تقسیم اراضی به عمومی و خصوصی که مبتنی بر نوع مالکیت است می باشد. گر چه غالباً اراضی بایر و موات انفال محسوب و به جز تحت شرایطی، قابل تملک توسط اشخاص خصوصی نیستند ولی اراضی دایر می توانند بدون هیچ گونه محدودیتی به تملک اشخاص اعم از عمومی، دولتی و خصوصی در آیند. لذا تعاریف و اوصاف اراضی موات، بایر و دایر که از دید حقوقی و فقهی ذکر شده، تعیین کننده قطعی نوع مالکیت آن اراضی نیست گر چه در انواعی از اراضی (ملی و موات) مالکیت خصوصی منع یا حداقل محدود گردیده است.

تقسیم بندی انواع اراضی و املاک منحصر به رویکردهای فوق نیست. زمین در فقه اسلامی و حقوق موضوعه به اعتبارات مختلف نظیر نحوه پیوستن به سرزمین اسلامی، منطقه بندی سرزمین اسلامی به گروه های مختلف، وضع مالیاتی اراضی، وضع آبادانی یا متروک بودن زمین، محل استقرار نسبت به شهر و روستا، وضع مالکیت و به انواع مختلف تقسیم



گردیده است.^{۱۲} به لحاظ ارتباط موضوع این نوشتار، در این بخش صرفاً انواع اراضی براساس آبادانی یا متروک بودن را بررسی می نماییم. اراضی موات، بایر و دایر انواع کلی اراضی به اعتبار تقسیم مذکور و موضوع این بخش می باشند.

۱-۴-۱. بررسی و تعریف فقهی حقوقی اراضی موات

بررسی تعاریف مختلفی که در خصوص اراضی موات توسط حقوق دانان و به خصوص فقها ارائه گردیده است، بحثی گسترده و وسیع است ولی در این جا صرفاً به بیان نظر بعضی از فقها و حقوقدانان در حد آشنایی با این مفهوم به لحاظ کاربرد این اصطلاح در تشخیص نوع اراضی در حقوق موضوعه که در نحوه ی تملک آن نیز موثر است، بسنده می کنیم و به صورت مجزا تعاریف فقهاء و حقوقدانان را در این مورد می آوریم.

در تعریف فقها از زمین موات، دو نوع تعریف به چشم می خورد. برخی از فقها صرفاً به تعریف کلی اراضی موات اکتفا نموده و برخی دیگر موات را به اصلی و عارضی نیز تقسیم نموده اند. در تعریف کلی اراضی موات، نظر برخی فقها به شرح ذیل نقد می گردد:

آیت الله گلپایگانی بیان داشته زمین موات زمینی است که سابقه احیاء ندارد و یا کسی نداند که سابقه احیا دارد که در این صورت با آن معامله موات می شود.^{۱۳} آیت الله طالقانی ضمن تقسیم اراضی به آباد و ناآباد (موات) در تعریف اراضی موات آورده اند؛ «زمین های ناآباد (موات) زمین هایی است که در آنها تصرف و احیایی صورت نگرفته»^{۱۴}

در تعریفی که آیت الله اصفهانی از اراضی موات نموده اند به موات اصلی و عارضی نیز پرداخته اند. آیت الله اصفهانی پس از ارائه تعریفی از اراضی موات که اختلافی با تعاریف قبل ندارد، به شرح زیر به تعریف زمین موات اصلی و بالعارض پرداخته اند؛ «موات اصلی، زمینی است که سابقه و قدمت مالکیت خصوصی و آبادانی آن مشخص نباشد و یا اینکه هم عدم سابقه برخوردار بودن ملک از مالک معین و هم عدم بهره برداری و آبادانی آن معلوم و شناخته

^{۱۲} - مدرسی طباطبایی، حسین، «زمین در فقه سلامی» بهار، ۱۳۶۲، جلد اول، صص ۹۶-۷۷

^{۱۳} - آیت الله گلپایگانی، «وسيلة النجاة» جلد سوم، بیتا، بیجا، ص ۴۰۰

^{۱۴} - آیت الله طالقانی، سید محمود، «اسلام و مالکیت» بیتا، بیجا، ص ۱۵۲



شده باشد، مانند غالب دشت های بی آب، صحراهای خشک و بیابان ها و قله، دامنه و حاشیه کوه ها و زمین های مانند آن»^{۱۵} و موات عارضی که تعریف آن در بحث اراضی بایر می آید. امام خمینی نیز در تعریف زمین موات اصلی آورده اند: «... زمینی که در اصل موات بوده و هیچ سابقه ملکیت و احیاء ندارد، هر چند که احراز اینکه فلان زمین از قرن ها قبل تاکنون کشت نشده اکثراً و شاید در تمام موارد مشکل و بلکه می توان گفت ناممکن است و از جمله اینگونه زمینها، زمینی است که اطلاع و علمی در باره سابقه آن در دست نباشد.»^{۱۶} قانون مدنی در ذیل ماده ۲۷ اراضی موات را «زمین هایی که معطل افتاده و آبادی و کشت و زرع در آنها نباشد» تعریف نموده که عبارت معطل افتادن می تواند شامل زمینی که سابقه احیاء و کشت و زرع داشته و بعداً معطل افتاده نیز بشود، در نتیجه به نظر می رسد این تعریف، اراضی بایر (موات عارضی از دیدگاه فقهاء) را هم شامل شود، چرا که «اگر زمینی که ملک اشخاص است به سبب اهمال مالکان آباد نباشد، در اصطلاح، زمین موات و مباحه نامیده نمی شود. چنین زمینی را بایر می نامند و احیاء آن از موجبات تملک نیست.»^{۱۷}

مرحوم دکتر امامی در باب اراضی موات آورده اند: «اراضی موات زمین هایی هستند که مالک ندارند و از آنها انتفاع برده نمی شود. خواه آنکه این امر در اثر نداشتن آب باشد و یا آنکه آب آن را گرفته باشد و یا نیزار، علف زار و جنگل باشد. در این امر فرقی نمی نماید که زمین های مزبور قبلاً دایر بوده و در اثر اعراض مالکین بایر شده و یا آنکه هیچ زمانی دایر نبوده است.»^{۱۸} در قوانین مصوب قبل از پیروزی انقلاب و برخی قوانین بعد از انقلاب، تعاریفی که از زمین موات به عمل آمده زمین های بایر را هم در بر می گیرد و یا اینکه فقط حکم اراضی موات بیان شده و تعریفی از آن نشده است ولی در بیشتر قوانین مصوب بعد از انقلاب تعریف

^{۱۵} - آیت الله اصفهانی، سید حسن، «وسيلة النجاة» انتشارات مرتضویه، چاپ پنجم، ۱۳۸۵ ه.ق. جلد دوم، ص ۲۰۶

^{۱۶} - امام خمینی، «تحریر الوسیله» منشور مکتبه الاعتماد، تهران، چاپ چهارم، ۱۴۰۳ ه.ق. جلد دوم، ص ۱۷۷

^{۱۷} - دکتر کاتوزیان، ناصر، «اموال و مالکیت، نشر میزان، چاپ پنجم، بهار ۱۳۸۱، جلد اول، ص ۱۳۰

^{۱۸} - دکتر امامی، سید حسن، «حقوق مدنی» کتابفروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۶۸، جلد اول، ص ۱۳۰



زمین موات آمده که برگرفته از فقه می باشد. تعاریف مندرج در برخی قوانین مذکور بشرح ذیل است.

اراضی موات در لایحه قانونی اصلاح لایحه قانونی واگذاری و احیاء اراضی در حکومت جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۹) که از این به بعد به نام لایحه ی قانونی نحوه ی واگذاری از آن یاد خواهیم کرد) این چنین تعریف شده؛ «اراضی موات زمین های غیر آبادی است که سابقه احیاء و بهره برداری ندارد و به صورت طبیعی باقی مانده است».

ماده یک آیین نامه اجرایی قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن مصوب ۱۳۶۵ در تعریف اراضی موات آورده؛ «اراضی موات زمین هایی است که سابقه عمران و احیاء و بهره برداری ندارد و به صورت طبیعی مانده و افراد به صورت رسمی یا غیر رسمی برای آن ها سند تهیه کرده اند».

مطابق ماده ۳ قانون اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰؛ «اراضی موات شهری زمین هایی است که سابقه عمران و احیاء نداشته باشند».

مطابق تعریف مندرج در ماده ۳ قانون زمین شهری؛ «اراضی موات شهری زمین هایی است که سابقه عمران و احیاء نداشته باشد. . .» در ماده یک آیین نامه اجرایی قانون زمین شهری موارد احیاء قابل قبول نیز احصاء شده است.

ماده ۲ آیین نامه اجرایی لایحه ی قانونی در تعریف اراضی موات اشعار می دارد؛ «اراضی موات زمین هایی است که سابقه احیاء و بهره برداری ندارد و به صورت طبیعی باقی مانده است».

ماده ۲ از فصل ۲ آیین نامه قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن مصوب ۱۳۵۸ در بیان تعریف و معیارهای تشخیص اراضی موات بوده که به موجب رای وحدت رویه ۶۲/۸/۹-۸ دیوان عدالت اداری ابطال گردیده است. طبق تعریف مندرج در این ماده؛ «زمین موات از نظر این قانون زمینی است که معطل مانده و عمران و آبادانی در آن بعمل نیامده باشد».



دکتر لنگرودی در خصوص اراضی موات گفته اند: «عناصر اراضی موات امور ذیل است:

(الف) سابقه مالکیت خصوصی آن معلوم نباشد؛

(ب) مشغول به کشت و زرع و بنا و آبادانی نباشد؛

(ج) بالفعل مالک نداشته باشد.^{۱۹}

بر تعریف فوق در مقایسه با تعاریف فقهاء و تعاریف مندرج در قوانین جدید التصویب، ایراداتی وارد است. در بند الف بیان گردیده: «سابقه مالکیت خصوصی نداشته باشد.» در حالی که بایستی زمین موات مالک خصوصی نداشته باشد، چرا که اگر زمینی موات باشد اصلاً مالکیت خصوصی برای آن شناخته نمی شود تا سابقه آن مشخص شود یا نشود. در بند ج آمده که بالفعل . . . و مفهوم مخالف آن این است که بالفعل مالک نداشته باشد و چنانچه قبلاً مالک داشته باشد مشمول تعریف زمین موات است که چنین تعریفی صحیح نیست ولی اگر بالفعل را در مقابل بالقوه تعبیر کنیم، بدین مفهوم است که قابلیت تملک داشته باشد که در این صورت اشکالی بر تعریف وارد نیست. با جمع بندی تعاریف می توان نتیجه گرفت که زمین موات به لحاظ نداشتن سابقه عمران و احیاء و آبادانی در کلیه ی تعاریف مشترک و مورد اتفاق نظر است یعنی طبق کلیه ی تعاریف، زمین موات فاقد سابقه ی احیاء است ولی در خصوص داشتن یا نداشتن سابقه مالکیت اختلافاتی در تعاریف به چشم می خورد و بخصوص داشتن یا نداشتن سابقه مالکیت اختلافاتی در تعاریف به چشم می خورد و بخصوص در تعاریف دقیق فقهی اراضی ای که سابقه احیاء داشته ولی فعلاً متروک شده و از آن بهره برداری نمی گردد را تحت عنوان موات عارضی شناخته اند که طبق تعاریف حقوقدانان همان اراضی بایر است، یعنی در قوانین و نیز تعاریف حقوقدانان، موات اصلی به عنوان موات و موات عارضی به عنوان بایر آمده و هر یک تعریف مستقل خود را دارند و چنانچه زمینی هر

^{۱۹} - دکتر جعفری لنگرودی، محمد جعفر، «ترمینو لوژی حقوقی» گنج دانش، چاپ پنجم، زمستان ۱۳۷۰، ص ۲۷



نوع سابقه عمران و احیاء را در قبل داشته باشد از شمول تعریف موات خارج می گردد.^{۲۰} در فصول بعدی به مرجع تشخیص اراضی موات در محدوده داخل و خارج شهرها، مراجع اعتراض به این تشخیص و نحوه ی تملک اراضی موات خواهیم پرداخت،

۱-۴-۲. بررسی و تعریف فقهی حقوقی اراضی بایر

در خصوص تعریف فقهی اراضی بایر که در فقه تحت عنوان اراضی موات عارضی شناخته می شود، طی صفحات قبل اشاراتی شد. در تکمیل آن نتایج، به تعاریف اراضی بایر از دیدگاه فقها و حقوقدانان می پردازیم.

همانطور که ذکر شد زمین مواد عارضی همان است که در حقوق، زمین بایر نامیده می شود. در خصوص تعریف زمین موات عارضی چند تعریف فقهی را می آوریم.

آیت الله اصفهانی در تعریف زمین موات عارضی آورده اند: «زمینی است که علیرغم برخورداری از سابقه عمران و آبادی، دچار خرابی و ویرانی شده، مانند زمین های بی نام و نشانی که امروزه تنها نشانه هایی از رفت و آمد مردمان و آثار رودخانه ها، قصبات و امکان ویرانی که نشانگر آبادانی و عمران گذشته آن زمین ها هستند به جای مانده است».^{۲۱}

امام خمینی نیز زمین موات را چنین تعریف کرده اند: «زمینی که موات به عارض است، یعنی زمانی آباد بوده و کشت می شده بعداً دچار مواتی و خرابی شده، مانند زمین های اقوام منقرض شده که آثار شهر و مرز و خرابه های خانه ها در آن به جای مانده است».^{۲۲} ایشان سپس این نوع زمین را به سه بخش شامل زیر تقسیم نموده اند:

«۱. زمین بایری که از آثار نهرها و قراء باستانی، مخروبه به جای مانده و جز نام و نشانی از اقوام و ملیت های ساکن در آنها، چیزی باقی نیست. این گونه زمین ها را در حکم موات بالا صاله می دانند.

^{۲۰} - ثابتی، محمد، «وضعیت حقوقی اراضی موات و بایر» مرکز مطالعات و تحقیقات شهرسازی و معماری ایران، چاپ

اول، ۱۳۷۳، صص ۵۱-۴۳

^{۲۱} - آیت الله اصفهانی، سید ابوالحسن، پیشین، ص ۲۰۶

^{۲۲} - امام خمینی، سید روح الله، پیشین، ص ۱۷۷



۲. زمین های بایری که دارای مالک بوده ولی اکنون صاحبان آن شناخته شده نیستند را مجهول المالك نامیده اند.

۳. زمین های بایری که مالک معلوم و مشخص آن، از آن اعراض نموده یا اعراض نکرده است.^{۲۳}

در تعریف دیگری زمین بایر یا موات بالعارض یا بایر عارضی به عنوان زمینی که آباد بوده و سپس خراب شده و ویران گردیده، تعریف و به دو نوع تقسیم شده است:

«۱- سابقاً بدون تلاش انسان آباد شده و سپس ویران و خراب گردیده است.

۲- سابقاً با تلاش و کوشش انسان آباد شده و اکنون خراب و ویران شده است.»^{۲۴}

گرچه برخی از فقها معترض تقسیم اراضی موات به موات اصلی و موات عارضی نگردیده اند و در نتیجه تعریفی از اراضی موات عارضی که همان اراضی بایراست، ارائه نکرده اند ولی آن دسته که به تعریف این نوع اراضی پرداخته اند، تعریف تقریباً یکسان و مشابهی ارائه نموده اند. البته برخی از فقها بدون قید اسم خاص این نوع اراضی، حکم آن را بیان نموده اند. مثلاً محقق حلی چنین تعبیری دارند که: «.....اگر مالک آن، مالک شده باشد به احیاء و بعد از آن واگذارده باشد آن را تا آنکه ثانیاء موات شده باشد، پس در آن دو قول است: شیخ و جمعی دیگر قائل شده اند به بقاء آن بر ملک مالکش و علامه در بعضی از تعاریفش قائل شده است که صحیح است احیاء آن»^{۲۵}

ظاهراً در هیچ یک از قوانین مصوب قبل از انقلاب از اراضی بایر تعریفی به میان نیامده و تعاریفی که از اراضی موات نیز غالباً با مفهوم دقیق فقهی این نوع اراضی مطابقت نداشته و شامل اراضی موات و بایر گردیده است، یعنی موات اصل. عارضی را به طور کلی شامل شده

^{۲۳} - حسینی، سید جعفر، «احکام مالکیت زمین در اسلام» بیجا، بیتا، ص ۷ و ۸

^{۲۴} - امام خمینی، سید روح الله، «تحریر الوسیله» (عربی) ج ۲، باب احیاء اراضی موات، ص ۱۷۷، به نقل از ثابتی، محمد، پیشین، ص ۵۳

^{۲۵} - محقق حلی، «شرایع الاسلام» دارالهداه، و النشر، قم، چ ۳ و ۱۷۰۳ ه. ق، ص ۷۹۲-۷۹۱ به نقل از ثابتی، پیشین، ص



است و به تبع این روند، حقوقدانان نیز کمتر متعرض تعریف آن گردیده اند. دکتر لنگرودی عناصر اراضی بایر را سه مورد بدین شرح ذکر کرده است:

الف - بالفعل مالک داشته باشد؛

ب - مشغول کشت و زرع و آبادی نباشد؛

ج - مالک برای مدت نامعلوم و نامحدودی از آبادی آن چشم پوشیده باشد»^{۲۶}.

عمده ترین ایرادی که در تعریف فوق وارد است اینکه این تعریف شامل اراضی موات هم می شود چون در اراضی موات، زمین ممکن است دارای ملاک مشخص باشد و این مالک، کشت و زرع روی زمین انجام نداده و تا مدت نامعلوم و نامحدودی هم از آبادی آن چشم پوشیده باشد، لذا حداقل بایستی به این عناصر اضافه شود که زمین، دارای سابقه احیاء و عمران باشد تا باعث تمایز این مشخصات از اراضی موات گردد. البته چنانچه بند الف را نیز چنین تعبیر نماییم که مقصود از مالک بالفعل این است که مالک مثلاً روی زمین عمران و آبادی ایجاد کرده باشد، ایراد مذکور مرتفع می گردد ولی به هر حال ابهام در کلیت آن همچنان باقی است.

در قوانین مصوب بعد از انقلاب، از زمین بایر تعاریفی بعمل آمده که عیناً به شرح ذیل نقل می گردند.

لایحه قانونی نحوه واگذاری اراضی در بند «د» ماده ۱ در تعریف زمین بایر آورده: «اراضی بایر زمین هایی است که سابقه احیاء دارد ولی به علت اعراض و عدم بهره برداری به مدت ۵ سال متوالی بدون عذر موجه، متروک مانده و یا بماند».

با توجه به اصلاح لایحه قانونی فوق الذکر و حذف تعریف فوق از قانون، در آیین نامه اجرایی لایحه ی قانونی نحوه واگذاری (مصوب ۵۹) عیناً تعریف فوق در بند ۴ ماده ۱ تکرار شده است.



در ذیل ماده ۱ مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص حل مشکل اراضی بایر مصوب ۶۷ نیز آمده: «اراضی بایر شامل اراضی است که بیش از ۵ سال بدون عذر موجه بلا کشت مانده باشد. تبصره ۱: مهلت عنوان شده چنانچه عذر مالک در زیر کشت قرار ندادن اراضی موجه باشد به مدت یک سال تمدید خواهد شد.» در آیین نامه اجرایی قانون فوق الذکر، اراضی بایر این چنین تعریف شده است: «زمین هایی که سابقه احیاء دارند ولی به دلیل اعراض مالک بیش از ۵ سال متوالی بدون دلیل موجه بلا کشت مانده یا بماند.» ماده ۴ قانون اراضی شهری مصوب ۶۰ هم در تعریف اراضی بایر اشعار داشته: «اراضی بایر شهری زمین هایی است که سابقه عمران داشته و به تدریج به حالت موات برگشته است، اعم از آنکه صاحب مشخصی داشته و یا نداشته باشد.» و ماده ۵ ق.ا.ش. که شامل تعریف اراضی شهری می باشد تکرار عین ماده فوق الذکر است. با بررسی جمیع تعاریف ذکر شده مشخص می شود تعاریفی که در فقه و قوانینی مصوبی که متضمن تعریف اراضی بایر هستند (و کلاً مصوب بعد از انقلاب اند) از اراضی بایر شده همگی تعریفی واحد هستند و مضمون همگی این است که اراضی بایر آن نوعی از اراضی است که سابقه احیاء و عمران و آبادی داشته ولی پس از آن به حالت موات برگشته و تنها اختلاف نظری که در قوانین و نظر فقها مشهود است، مدت زمانی است که زمین بایستی بدون فعالیت و عمران و آبادی بماند تا به حالت موات برگردد. البته به نظر می رسد موقعیت، کیفیت و سایر شرایط هر زمین برای تبدیل آن از دایر به بایر مد نظر می باشد و در مقام تشخیص اراضی دایر به بایر، معیار سنجش عمران و آبادی مورد قبول نیز باید مد نظر قرار گیرد و این از مسائلی است که در اجرای مقررات ابهاماتی ایجاد می کند لذا راه حل پسندیده در این خصوص مطالعه، بررسی کامل و جامعی به وسیله کارشناسان مربوطه در مورد انواع اراضی از حیث کاربری، موقعیت و کیفیت و تعیین شرایط و مدت زمان تبدیل آنها از دایر به بایر و تدوین قوانین و مقرراتی در این زمینه است تا باب اعمال سلیقه متصدیان در این زمینه محدود و حتی الامکان مسدود شود.

۱-۴-۳. بررسی و تعریف فقهی حقوقی اراضی دایر



در یک تقسیم بندی کلی و با توجه به دو گفتار پیشین می توان گفت آندسته از اراضی که مشمول تعاریف اراضی موات و بایر نمی شوند، اراضی دایر هستند و در شناخت دقیق اراضی دایر بررسی تعاریف فقهی و حقوقی و تعاریف مندرج در قوانین و مقررات مصوب لازم می آید. لذا تعاریف فقهی و حقوقی را در این خصوص مرور می کنیم :

فقهها در تعاریف خود غالباً اراضی دایر را به محیاه بالاصاله و محیاه بالعارض تقسیم و به تعریف هر یک پرداخته اند. محیاه بالاصاله زمینی است که بدون تلاش و کوشش انسان آباد شده است. مثل جنگل ها، مراتع، مزارع طبیعی یا محیاه بالعارض آن دسته از اراضی است که با تلاش و کوشش انسان احیاء عمران و آباد گردیده است. محقق حلی در شرایع الاسلام، امام خمینی در تحریر الوسیله، مرحوم سبزواری در کفایه، آیت الله اصفهانی در وسیله النجاه، متفق القول محیاه بالعارض را ملک شخصی که آن را آباد کرده است دانسته اند. مثلاً محقق حلی در این خصوص آورده اند: «...زمین یا آباد است یا غیر آباد. زمین آباد به مالک آن تعلق دارد.»^{۲۷} یعنی ایشان همانطور که در تعریف زمین موات به موات بالعارض و موات بالاصاله اشاره نکرده اند، در خصوص زمین آباد (محیاه) نیز محیاه بالاصاله و محیاه بالعارض اشاره ای نداشته اند و فقط زمین آباد را متعلق به مالک آن دانسته اند، ولی آیت الله اصفهانی و امام خمینی پس از تفکیک اراضی مذکور و تعریف هر یک، اراضی محیاه بالاصاله که همان جنگل ها، مراتع و مزارع طبیعی و به طور کلی منابع طبیعی است را در حکم زمین موات دانسته و چون اراضی موات هم جز انفعال است، آن را در اختیار امام دانسته اند ولی اراضی محیاه بالعارض را به طور اجماع از آن مالک دانسته اند، یعنی شخصی که عمران و آبادی و احیاء نسبت به آن زمین نموده است را مالک آن را شناخته اند. آیت الله طالقانی پس از تقسیم اراضی به آباد و ناآباد بیان می کنند اراضی ناآباد انفال محسوب می شود و انفال از نظر فقه اسلامی از آن خداوند و سپس خلفای او پیامبر و امام می باشد، قله های کوه ها، دره ها، مراتع، جنگل ها، نیزارهای

^{۲۷} - آیت الله طالقانی، سید محمود، پیشین، بیتا، بیجا، ص ۱۵۲-۱۵۳



طبیعی و آباد را نیز دارای همین حکم دانسته اند.^{۲۸} خلاصه اینکه تعاریف فوق که مبین تایید مالکیت مالکین و احیاء کنندگان اراضی آباد (دایر) و به قول فقهاء محیاه بالعارض و همچنین قراردادن حکم اراضی موات (به عنوان انفال) بر اراضی محیاه بالاصاله می باشد، با قوانین و مقررات بعد از انقلاب همخوانی و مطابقت دارد. دکتر لنگرودی در تعریف اراضی دایر آورده اند: «اراضی دایر، اراضی آباد و آیش را گویند در مقابل بایر و موات و اراضی متروکه»^{۲۹}. در هیچ یک از مقررات، ملاک آباد و آیش بودن مشخص نشده و در متون قانونی نیز غالباً به عرف واگذار شده است و بدون شک، ارجاع به عرف بخصوص در مورد این قبیل مسائل که عرف نیز رویه و ملاک مشخص و تثبیت یافته ای ندارد، در مقام اجرا مشکلاتی دارد.

چنانچه شخص مدعی باشد که زمینش باغ و در نتیجه دایر است ولی در یک هکتار زمین ۱۰ اصله درخت موجود باشد، آیا این زمین دایر محسوب می گردد یا خیر؟ یا در خصوص اراضی دایر مسکونی و زراعی معیار چیست؟ ماده ۱۴۱ قانون مدنی مقرر می دارد: «مراد از احیاء زمین آن است که اراضی موات و مباح را بوسیله عملیاتی که در عرف، آباد کردن محسوب است، از قبیل زراعت، درختکاری، بنا ساختن و غیره قابل استفاده نمایند.» یعنی ملاک، تشخیص عرف است که احراز آن محرز است. البته تشخیص در مراجع اداری توسط اعضاء و در مراجع قضایی توسط قاضی و یا جلب نظر کارشناس رسمی به عمل می آید. اراضی دایر در برخی قوانین نیز تعریف شده که به نقل برخی موارد آن می پردازیم:

بند ۴ ماده ۱ آیین نامه اجرایی لایحه قانونی نحوه واگذاری در تعریف اراضی دایر اشعار داشته: «زمین هایی است که احیاء شده و مستمراً مورد بهره برداری باشد. ولی در خصوص شرایط و مفهوم استمرار اشاره ای ندارد که چه مدت عدم بهره برداری از زمین این استمرار را مخدودش می نماید.

^{۲۸} - آیت الله طالقانی، سید محمود، پیشین، صص ۱۵۲-۱۵۳

^{۲۹} - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، پیشین، ص ۲۵



ماده ۵ ق.ز. ش در تعریف اراضی دایر آورده: « اراضی دایر زمین هایی است که آن را احیاء و آباد نموده اند و در حال حاضر دایر و مورد بهره برداری مالک است. زمین های دایر مشمول این قانون، صرفاً اراضی کشاورزی یا آیش اعم از محصور یا غیر محصور می باشد» توضیح اینکه قسمت دوم ماده، فقط محدوده مشمول قانون زمین شهری را تعیین می نماید و ارتباطی به تعریف اراضی دایر ندارد.

با توجه به مجموع تعاریف بالا می توان گفت: اراضی دایر زمین هایی است که عمران و آبادی احیاء در آن صورت گرفته و اکنون نیز از آن بهره برداری می شود. این بهره برداری با توجه به کاربری زمین متفاوت است یعنی اگر زمین کشاورزی باشد در حال کشت یا آیش، اگر مسکونی باشد دارای مستحذات مسکونی و اگر تجاری یا صنعتی باشد دارای مستحذات متناسب می باشد و با توجه به اینکه قوانین و مقررات، معیار دقیقی برای این نوع عمران و آبادی ها مشخص نکرده اند تشخیص تناسب کشت زرع با کلیه مستحذات موجود به میزانی که زمین دایر محسوب شود با عرف است.

۵-۱. بررسی و شناخت اراضی و املاک در حقوق موضوعه با رویکرد

کاربردی

در یک تقسیم بندی کلی مالکیت را به عمومی و خصوصی تقسیم می کنیم که در این تقسیم مالکیت عمومی (انفال) به مفهوم عام خود در مقابل مالکیت خصوصی، مالکیت دولتی و مالکیت عمومی به مفهوم خاص قرار می گیرد.

به تبع تقسیم حقوق به عمومی و خصوصی این تقسیم به مالکیت نیز سرایت کرد و « مالکیت اموالی که در خارج از اختیار و اراده مردم و در اختیار و تصرف دولت باشد مالکیت عمومی نام گرفت^{۳۰}».

گرچه این تقسیم در نظام حقوقی سوسیالیستی پذیرفته نشده ولی به تبع حقوق غرب و تشابهی که با تقسیم اسلام از مالکیت داشته در حقوق ما نیز رایج گردیده و در قوانین و

۳۰ - خامنه ای، سید محمد، « مالکیت عمومی»، انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ دوم، ۱۳۷۵، ص ۱۰ و ۱۱



مقررات انعکاس یافته است. مالکیت عمومی با مفهوم عام که به شرح فوق بیان شد خود به شبهات و انواعی قابل تقسیم است که در برخی موارد نوع اداره آن و رابطه مالکیت دولت با آنها با اختلاف شدید مواجه می باشد. در یک تقسیم بندی کلی، اموال عمومی (اعم از منقول و غیر منقول) را به اموال دولتی، اموال نهادهای عمومی غیر دولتی و اموال مشترکات عمومی تفکیک می کنند.

اموال دولتی شامل اموالی است که متعلق به دولت بوده و حق مالکیت دولت بر آن شبیه حق مالکیت افراد بر اموال است و «مؤسسات عمومی حق مالکیتی مانند سایر اشخاص بر این اموال دارد. ولی اموال و مشترکات عمومی برای استفاده مستقیم تمام مردم آماده است و یا اختصاص به حفظ مصالح عمومی داده شده و دولت از جهت ولایتی که بر عموم دارد می تواند آن را اداره کند مانند پل ها، موزه ها، معابر عمومی.»^{۳۱}

اموال سازمانها و نهادهای عمومی غیر دولتی نیز در مواردی که مشمول مشترکات عمومی نباشند و دارای همان رابطه مالکیتی که در مورد اموال دولتی خاص گفته شد باشند، اموال عمومی به مفهوم خاص گفته می شوند.

مستفاد از مواد ۲۴ تا ۲۷ قانون مدنی می توان گفت: «تمام اموالی که به طور مستقیم یا با واسطه از طرف دولت برای رفع نیازمندی های عمومی اختصاص داده شده است از اموال عمومی است و سایر اموال عمومی ملک دولت محسوب نمی شود»^{۳۲}. صرف نظر از تقسیم بندی کلی مذکور بررسی انواع مصادیق قانونی اراضی و املاک عمومی (به عنوان بخشی از اموال عمومی) مندرج در قوانین و مقررات موضوعه به لحاظ تسهیل مطالعه و آگاهی از امکان تملک آن اراضی و املاک توسط دستگاه های عمومی مورد توجه قرار گرفته است. از جمله مصادیق اراضی و املاک عمومی در قوانین و مقررات جاری کشور می توان اراضی ملی، اراضی موات، خالصجات، اراضی مشمول قانون اصلاحات اراضی، اراضی و املاک موقوفه،

۳۱ - کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۶۶-۶۵

۳۲ - پیشین، ص ۶۶



مشترکات عمومی، اراضی و املاک دولتی به مفهوم خاص و از جمله اراضی و اماکن نظامی، اراضی مصادره و ملی شده به موجب احکام دادگاه ها و اراضی مسلوب المنفعه را نام برد که همگی در مقابل اراضی و املاک خصوصی قرار می گیرند.

۱-۵-۱. شناخت اراضی عمومی

اراضی عمومی آن دسته از اراضی است که ملک خاص اشخاص حقیقی یا حقوقی، حقوق عمومی و خصوصی نیست بلکه متعلق به عموم اعضای جامعه است و فقط دولت به نمایندگی از جامعه آن را اداره می نماید. این اموال با اموال دولتی به مفهوم خاص که مشمول اموال اختصاصی دولت، وزارتخانه ها و شرکت ها و مؤسسات عمومی و دولتی است تفاوت دارد. برخی از مصادیق این اموال را می توان به شرح موارد زیر برشمرد:

بند نخست: اراضی ملی و موات

همانطور که می دانیم اراضی ملی به موجب ماده یک قانون ملی شدن جنگل ها و مراتع مصوب ۱۳۴۱، جز اموال عمومی محسوب می شوند و مالکیت دولت بر آنها به سبب اداره آنها می باشد و جز و اموال دولتی به مفهوم خاص محسوب نمی شوند. از اراضی ملی از آن جهت که در بخش نخست نام برده نشد که اراضی ملی در تعاریف فقهی به عنوان نوعی از اراضی تعریف نشده و جایگاه این نوع اراضی در حقوق موضوعه است و برای نخستین بار تعریف شده است. در خصوص اراضی داخل محدوده شهرها، قانون زمین شهری حکم اراضی ملی بایر و موات را معین کرده است ولی اشاره ای به اراضی ملی ننموده لذا در واقع اراضی ملی در داخل محدوده قانونی شهرها را می توان مشمول این قانون و قانون حفاظت و بهره برداری از جنگل ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶ و همچنین حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی کشور مصوب ۷۱ دانست. اراضی موات خارج از محدوده شهرها، به موجب این قانون دارای مرجع تشخیص متفاوت از اراضی موات داخل محدوده شهرها است و دولتی (به مفهوم عام) محسوب و سند مالکیت آنها به نام دولت صادر می شود. مطابق قوانین و مقررات جاری که شرح آن در گفتار دوم فصل حاضر خواهد آمد، امکان واگذاری قطعی اراضی ملی و موات به



اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی و عمومی و (در نتیجه) از جمله دستگاه‌های اجرایی فراهم گردیده و با واگذاری این اراضی به دستگاه‌های اجرایی و سازمان‌های دولتی و عمومی، برخلاف تعاریف انفال و اموال عمومی، این اراضی ممکن است جزو اموال دولتی به مفهوم خاص درآیند یا با واگذاری آنها به اشخاص خصوصی، ماهیت آنها تغییر یافته و به املاک خصوصی تبدیل شوند، ولی تا زمانی که مقررات مذکور چنین مقرراتی در مورد آنها نگردیده، جزو اموال و مشترکات عمومی و متمایز از اموال دولتی به مفهوم خاص می‌باشند. البته به موجب تبصره ۲ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مصوب ۱۳۸۹، واگذاری قطعی (انتقال مالکیت) اراضی ملی، دولتی و موات به اشخاصی که از تاریخ تصویب آن قانون به بعد متقاضی واگذاری اراضی مذکور می‌گردند ممنوع است. این اقدام شایسته که واگذاری اراضی را محدود به واگذاری استیجاری می‌کند را باید به فال نیک گرفت و اقدامی ارزنده در راستای حفاظت از اموال عمومی دانست گرچه استثناء ناپذیر بودن این اصل در مواردی مشکل ساز خواهد بود.

واگذاری و انتقال قطعی اراضی ملی و موات با ماهیت حق دولت بر این اموال و مشخصه اموال و مشترکات عمومی که «عدم قابلیت تملک خصوصی» می‌باشد، مغایر بوده و قابل انتقاد به نظر می‌رسد ولی متأسفانه در مقررات بعد از انقلاب امکان آن فراهم گردیده و به موجب آن، دولت تاکنون برخلاف صلاحیتی که در مورد اداره اموال و مشترکات عمومی دارد و برخلاف اصول، نسبت به انتقال و خروج این اراضی از مالکیت عمومی به مالکیت خصوصی اقدام می‌نموده که با تصویب قانون فوق‌الاشاره این ایراد مرتفع شده است.

بند دوم: مشترکات عمومی

اموال و مشترکات عمومی اموالی است که برای استفاده مستقیم مردم و حفظ مصالح عمومی اختصاص داده شده است و توسط دولت اداره می‌شود و با مفهوم اموال دولتی تفاوت دارد. برخی، مشخصه مشترکات عمومی را عدم قابلیت تملک خصوصی آن ذکر کرده‌اند و برخی اختصاص آن به خدمات عمومی، لذا دولت نمی‌تواند اموال و مشترکات عمومی را



انتقال دهد مگر با تجویز قانونی خاص. همچنین اموال عمومی به سود طلبکاران دولت قابل توقیف نیستند و با اماره تصرف و سبق تصرف طولانی مدت، به مالکیت اشخاص در نمی آیند. از مشترکات عمومی می توان راه های عمومی، اموال مورد استفاده عموم و اموال اختصاص یافته و به خدمت عمومی، بستر رودخانه ها و جنگل ها را نام برد. با توجه به مصادیقی که از اموال عمومی در گفتار حاضر آورده ایم برخی جزء اموال غیر منقول نبوده در نتیجه موضوع بحث ما نیستند ولی برخی از این اموال در شمار اراضی ملی یا موات، اموال دولتی به مفهوم خاص یا خالصجات قرار گیرند که تفکیک دقیق آنها چندان آسان نیست. در یک برداشت از مفهوم مشترکات عمومی، اقسام مشترکات عمومی صرف نظر از تداخل آن مصادیق با دیگر تقسیمات اموال و اراضی و املاک عمومی به طور خلاصه شامل موارد ذیل است:

یکی از مشترکات عمومی، راه عمومی است که در قانون مدنی به طرق و شوارع عام و کوچه هایی که آخر آنها مسدود نیست تعبیر شده است. شوارع عمومی ولو اینکه از اراضی یک شخص بدین منظور اختصاص داده شوند نیز توسط وی قابل تملک نیست. البته مطابق مقررات جاری راه عمومی بسته به وقوع آن در داخل یا خارج از محدوده شهر یا وقوع در محدوده روستا، توسط مرجعی خاص نظیر شهرداری، وزارت راه و ترابری و دهیاری (یا شورای محل) اداره می شوند. در عمل نحوه اداره مراجع مذکور در مواردی که این راه ها در محدوده طرح های دستگاه های اجرایی قرار می گیرند، اعمال حق مالکیت و از جمله فروش و معاوضه این اراضی و املاک است^{۳۳}. دسته دیگر از مشترکات عمومی، اموال مورد استفاده عموم نظیر کاروانسراها، آب انبارهای عمومی، پل ها، مدارس قدیمی، قنوات و چاه های مورد استفاده عموم است که بسیاری از این موارد در روند تصویب قوانین مختلف تحت اداره یا نظارت مراجع مختلفی قرار گرفته اند و بخصوص بسیاری از اماکن عام المنفعه مذکور با تصویب قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳ تحت

^{۳۳} - علاوه بر راه های دایر و قابل استفاده، مالکیت راه ها یا سایر تاسیسات و مشترکات عمومی متروکه نیز از حیث عمومی قابل بحث و بررسی است که مطالعه آن می تواند جداگانه انجام شود.



نظارت آن سازمان قرار گرفته اند و در شمار اموال وقفی قرار می گیرند و برخی دیگر ممکن است تحت نظارت دولت از جمله وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، آموزش و پرورش، راه، مسکن و شهر سازی و نیرو بر حسب مورد سایر مراجع قرار گیرند که گرچه اموال آن دستگاه ها محسوب نمی شوند ولی تصمیم گیری در مورد فروش یا معاوضه و اجاره دادن آنها در زمان وقوع آنها در محدوده طرح های دستگاه های اجرایی و با رعایت قوانین و مقررات حاکم بر موضوع در صلاحیت مراجع مذکور است.

اموال اختصاص یافته به خدمات عمومی نظیر گورستان ها، پارک های عمومی و چراگاه های عمومی نیز اموالی هستند که دولت به عنوان مصالح عمومی و منافع ملی در تحت تصرف دارد. نحوه اداره این اموال نیز نظیر موارد فوق اشاره می باشد. در خصوص بستر رودخانه و جنگل نیز با توجه به تصویب قوانین راجع به اراضی ملی که اشاره شد اداره و نظارت سازمان جنگل ها و مراتع به نمایندگی دولت در آنها توسط قانونگذار پیش بینی شده است.

بند سوم: اراضی و املاک مصادره و ملی شده

اراضی و املاک تحت تصرف اشخاص چنانچه مطابق قوانین جاری کشور به طرف غیر قانونی تملک شده باشد مطابق اصل ۴۹ قانون اساسی و سایر قوانین عادی که تصاحب اموال از طرق غیر قانونی را ممنوع کرده اند توسط مراجع ذیصلاح قضایی به نفع عموم مصادره می شود. این املاک مطابق قوانین مصوب بعد از انقلاب، بر حسب مورد تحت نظارت و اداره ستاد اجرایی فرمان حضرت امام یا سازمان جمع آوری املاک تملیکی در می آید. لذا بعد از مصادره، تصمیم گیری راجع به آنها در صلاحیت این مراجع می باشد. همچنین در مقاطعی، قوانینی مبتنی بر ملی شدن بخشی از اموال تصویب می گردد که صرف نظر از بحث جبران یا عدم جبران خسارت شخص یا دولت که از این بابت متضرر می گردند، مالکیت این اراضی به جامعه واگذار و دولت اداره آن ها را عهده دار می شود. مفهوم ملی کردن علاوه بر ملی شدن اراضی موضوع قانون ملی شدن جنگل ها و مراتع، در موارد دیگر نیز مصادیقی داشته که به



تجویز قانون اراضی، املاک و اموالی ملی اعلام گردیده است. نظیر ملی شدن صنعت نفت یا بانک ها که به تبع آن اموال و املاک آن ها نیز ملی شده است.

بند چهارم: اراضی مسلوب المنفعه

گر چه قانونگذار از اراضی مسلوب المنفعه تعریفی نکرده و در غالب موارد آن را مترادف اراضی بایر آورده ولی در مقررات مختلفی به تعیین تکلیف مالکیت آنها پرداخته است. ماده ۴۰ آیین نامه قانون اصلاحات اراضی مصوب ۱۳۴۳ کمیسیون مشترک مجلسین در این مورد بیان می دارد؛ « اراضی مسلوب المنفعه و بایر در اختیار مالکینی گذارده می شود که حداکثر ظرف مدت ۵ سال برای آبادانی آن شخصاً یا به هر نحو که مقتضی بدانند اقدام نمایند. چنانچه ظرف مدت فوق مالک یا مالکین به تعهدات خود عمل نکنند، ملک از ید آنها خارج و بلاعوض در اختیار دولت قرار گرفته و مشمول مقررات اراضی بایر خواهد بود.» قانون راجع به الحاق ۸ ماده به آیین نامه یاد شده مصوب ۴۶ مقرر نموده: « در صورت عدم عمران و آبادی اراضی مذکور پس از انقضای مهلت آن قسمت از اراضی که بایر مانده است بلاعوض به مالکیت دولت در می آید تا در جهت اجرای طرح های عمرانی مورد استفاده قرار گیرد» مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص حل مشکل اراضی بایر مصوب ۱۳۶۷ و آیین نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۶۹ نیز با تعیین مدت مذکور برای مالکین اراضی بایر مقرر نموده که پس از انقضاء این مدت، این اراضی جهت واگذاری به اشخاص، تحویل هیئت ۷ نفره واگذاری اراضی شوند.

بند پنجم: خالصجات

مطابق ماده ۱ لایحه قانونی فروش خالصجات مصوب ۱۳۳۴/۱۰/۶ « قراء، مزارع، اراضی، قنوات دایر و بایر، مستغلات و ابنیه که ملک قطعی دولت باشد از مصادیق خالصه می باشد» و بند الف ماده ۲ قانون تاسیس بنگاه خالصجات کشور مصوب ۱۳۳۴/۵/۲۱، خالصجات را اعم از املاک مزروعی و مستغلات و مراتع و جنگل ها و اراضی برشمرده، ولی جنگل های خالصه را تابع مقررات جنگل ها تحت نظر و اداره بنگاه جنگل ها قرار می دهد و مطابق ماده ۱ قانون



مقدم الذکر، فروش مراتع و جنگل های طبیعی خالصه و ابنیه و مستحدثاتی که مورد احتیاج موسسات دولتی باشد، ممنوع اعلام می گردد.

قوانین راجع به خالصجات هیچ گونه محدودیتی برانواع اراضی که خالصه محسوب می شدند از حیث ماهیت و موقعیت جغرافیایی وارد ننموده اند و فقط انتقال برخی انواع آن را ممنوع کرده اند. به موجب قانون انحلال بنگاه خالصجات مصوب تیرماه سال ۱۳۴۶، بنگاه خالصجات منحل و کلیه دهات، باغ ها، مزارع و اراضی مزروعی، مسلوب المنفعه، بایر، کویری و باتلاقی متعلق به بنگاه خالصه با کلیه حقوق، وظایف، صلاحیت و مسئولیت های آن بنگاه خالصه به سازمان اصلاحات اراضی کشور واگذار شد. خالصجات در اصل ملک پادشاه محسوب می گردیده ولی در اجرای قانون فوق الاشاره می توان گفت در زمره اموال عمومی جای می گیرد بند ششم: اراضی و املاک موقوفه عام

ماده ۵۵ قانون مدنی در تعریف وقف بیان می دارد: «وقف عبارت است از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود.» لذا موضوع وقف برقراری حق انتفاع برای صاحب حق است، لذا مالکیت عین موقوفه از وقف قطع می گردد ولی موقوف علیهم مالک عین موقوف نمی گردند، چرا که مفهوم حبس عین، نگهداری و جلوگیری از انتقال عام است و نه فروش آن، فروش عین موقوفه صرفاً در شرایطی که موقوفه در معرض خرابی باشد و عمران و آبادی آن ممکن نباشد یا بیم خونریزی بین موقوف علیهم رود طبق مواد ۸۸، ۸۹، ۳۴۹ قانون مدنی تجویز گردیده است. وقف به اعتبار موقوف علیهم به وقف عام و وقف خاص تقسیم می شود. در وقف خاص، وقف بر اشخاص محصور و معین صورت می گیرد تا از منافع موقوفه استفاده نماید ولی در وقف عام، منافع در راه خیر و عام المنفعه و جهات عمومی به کار می رود یا اینکه موقوف علیهم متعدد بوده و محصور نیستند و حق انتفاع برای جامعه است، لذا قبول و قبض عین موقوفه به شرح ماده ۵۵ قانون مدنی با نماینده جامعه یعنی حاکم است و بر اجرای آن هم اکنون اداره اوقاف نظارت دارد.



در وقف عام، عین موقوفه مالک خاص ندارد و به جامعه تملیک می شود لذا مال موقوفه از اموال عمومی است و در وقف خاص نیز حتی نمی توان به آسانی مالکیت موقوف علیهم را پذیرفت، چرا که مال موقوفه دارای شخصیت حقوقی مستقل از موقوف علیهم بوده و آن ها فقط حق انتفاع دارند، گر چه در شرایطی خاص و محدود، حق انتفاع حق انتفاع مذکور را دارند. در چاره اندیشی موضوع مالکیت مال وقف شده، قانون راه حل را قایل شدن شخصیت حقوقی برای وقف شناخته و ماده ۳ قانون اوقاف مصوب ۱۳۵۴، شخصیت حقوقی وقف عام را مورد شناسایی قرارداده و ماده ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳ بیان داشته: «هر موقوفه دارای شخصیت حقوقی است و متولی و سازمان، حسب مورد نماینده آن می باشد.» لذا شخصیت حقوقی سایر انواع موقوفه را نیز به رسمیت شناخته است. در مورد موقوفات عامی که متولی دیگری برای آن ها توسط واقف تعیین نگردیده، سازمان اوقاف و امور خیریه و در مورد موقوفات دارای متولی، متولی به عنوان نماینده شخصیت حقوقی وقف، اختیار اداره و تصمیم گیری در محدوده وقف نامه و قوانین خاص راجع به وقف را دارند.

با توجه به عدم پذیرش ادعای مالکیت در خصوص مال موقوفه مطابق شرع و ماده واحده قانون ابطال اسناد فروش رقبات آب و اراضی موقوفه مصوب سال ۱۳۶۳: «... کلیه موقوفاتی که بدون مجوزات شرعی به فروش رسیده یا به صورتی به مالکیت در آمده باشند به وقفیت خود برمی گردد و اسناد مالکیت صادر شده باطل و از درجه اعتبار ساقط است.» با تصویب این قانون، قانون اجازه تبدیل به احسن و واگذاری دهات و مزارع موقوفات عام مصوب ۵۰/۲/۲ و سایر قوانینی که متضمن فروش و واگذاری موقوفات بودند منسوخ گردیدند.

۱-۲-۵. شناخت اراضی دولتی خاص

بند نخست: اراضی و املاک خاص مؤسسات دولتی



برخی از اراضی و املاک دولتی جزو اموال سازمان یا مؤسسه یا شرکت دولتی خاصی بوده و مالکیت آنها بر این اراضی و املاک همانند مالکیت سایر اشخاص خصوصی بر اموال خود می باشد. ساختمان اداری و سایر اراضی و املاک مورد استفاده مؤسسات مذکور از این قبیل هستند که با توجه به مالکیت دولت بر آنها انتقال یا فروش آنها از نظر قانون با موانع کمتری مواجه است.

بند دوم: اراضی نظامی

اراضی تحت تصرف و مورد استفاده ارگان های نظامی و انتظامی از لحاظ تقسیمات حاضر اصولاً در زمره اراضی و املاک دولتی خاص هستند ولی از این جهت که نوع کاربری آنها وجه متمایزی را بخصوص در فرایند تعارض این محدوده ها با طرح های عمومی و دولتی به آنها داده، نیازمند بررسی جداگانه اند. کاربری متمایز این اراضی نه تنها محدودیت های جدی در تملک آنها برای طرح های عمومی و دولتی را فراهم می نماید بلکه حتی بعضاً حریم غیر مصوبی را ایجاد نموده و املاک پیرامون را نیز برای اجرای بسیاری از انواع طرح ها و انجام بسیاری از فعالیت ها با مانع مواجه می نماید. خصیصه دیگر این کاربری محدودیت های حاکم بر نقل و انتقال و تملک آنهاست. در رویه و مقررات جاری کشور نقل و انتقال کمترین میزان از این اراضی، نیازمند موافقت مستقیم فرماندهی کل قواست. خواه اراضی تحت تصرف به موجب اسباب قانونی تملک مورد استفاده یا تحت اختیار ارگان ذیربط باشد و خواه اراضی مذکور مطابق مستندات و مدارک در ملکیت سایر اشخاص حقیقی یا حقوقی خصوصی، عمومی یا دولتی باشند و حتی خواه دستگاه مجری طرح که به اراضی و املاک مذکور نیاز دارد برابر مستندات و مدارک مالک آن باشد.

۱-۵-۳. اراضی خصوصی

بند نخست: اراضی مستثنیات موضوع ماده ۲ قانون ملی شدن جنگل ها
ماده ۱ قانون ملی شدن جنگل ها عرصه و اعیانی کلیه جنگل ها و مراتع و بیشه های طبیعی و اراضی جنگلی کشور را جزو اموال عمومی و متعلق به دولت قلمداد کرده و تبصره های ۲ و ۳



ماده ۲ آن قانون توده های جنگلی محاط در زمین های زراعی که در اراضی جنگلی جلگه ای شمال کشور و محدوده اسناد مالکیت اشخاص واقع شده باشند و عرصه و محاط تاسیسات و خانه های روستایی و همچنین زمین های زراعی و باغات واقعه در محدوده اسناد مالکیت جنگل ها و مراتع که تا تاریخ تصویب آن قانون احداث شده اند را مستثنیات قانون ملی شدن جنگل ها برشمرده اند. و به عبارت دیگر این موارد غیر ملی محسوب می شوند. البته کلیه اراضی و املاک غیر ملی، خصوصی یا قائل تملک توسط اشخاص نیستند بلکه آن دسته از اراضی ملی که جزو اراضی و املاک موات موقوفه و بایر و تحت مالکیت خاص دولت یا ارگان های نظامی و عمومی نیز نباشند، اسناد مالکیت آنها به نام اشخاص حقوق خصوصی پس از طی تشریفات قانونی مذکور در قانون ثبت بنام آن ها قابل صدور است. چنانچه ادعای مالکیتی اشخاص با ادعای موقوفه، موات و بایر و دولتی یا عمومی بودن زمین از جانب دستگاه های ذیربط مواجه و این ادعا اثبات گردد مالکیت خصوصی بر آنها منتفی است.^{۳۴}

بند دوم: اراضی و املاک مشمول قوانین اصلاحات اراضی

قانون اصلاحات ارضی در تاریخ ۱۳۳۹/۲/۲۶ به تصویب رسید و دی ماه ۱۳۴۰ مورد اصلاح قرار گرفت. این قانون اراضی مشمول اصلاحات ارضی را در بند ۱۱ ماده یک بدین شرح اعلام می دارد: «منظور از زمین در این قانون زمین بایر کشت یا آیش است که برای یک یا چند نوع از امور کشاورزی مورد استفاده قرار می گیرد و مطابق تبصره ۳ آن قانون: «سازمان اصلاحات ارضی می تواند به استثنای اراضی زیر کشت و آیش و عرصه ساختمان ها و حریم قنوات و انهار و معابر و مراتع، بقیه اراضی واقع در محدوده دهات مورد تقسیم را طبق آیین نامه ای که به تصویب دولت خواهد رسید به متقاضیان ذی صلاحیت برای امور زراعتی و دامداری بفروشد.» با توجه به موارد فوق الذکر و همچنین صراحت در ماده ۶ قانون اصلاحات ارضی زمین های موات، بایر و همچنین اراضی مازاد برحد نصاب، مشمول آن قانون بوده و با توجه به

^{۳۴} - سالاری، مصطفی، تصرف و تملک اراضی و املاک توسط دولت، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق عمومی،



انحلال بنگاه خالصجات و واگذاری کلیه دهات، باغ ها، مزارع، اراضی مزروعی و مسلوب المنفعه کویری و باتلاق که قبلاً در تملک آن بنگاه بوده به سازمان اصلاحات ارضی، سازمان مذکور نسبت به فروش آن اراضی به زارعین و دامداران اقدام می نماید و آن دسته از اراضی که به زارعین و دامداران فروخته نمی شود کماکان در تملک آن سازمان باقی می ماند.

در این راستا چنانچه اراضی متصرفی افراد که به موجب قانون اصلاحات ارضی به آنان واگذار گردیده از میزانی که در اسناد واگذاری های مربوطه ذکر شده بیشتر باشد، طبق عرف موجود، این اراضی، با بهای کارشناسی به عنوان اراضی مازاد برنسق به متصرف فروخته می شود ولی در فرایند تملک اراضی مورد نیاز طرح ها، پاسخ به این سوال مهم خواهد بود:

اگر این اراضی قبیل از فروش و انتقال قانونی به متصرفین مذکور، مورد نیاز طرح ها واقع گردند، آیا به عنوان اراضی عمومی و باطی تشریفات قانونی تخصیص اراضی عمومی و دولتی به طرح ها واگذار می شود یا تصرف متصرف با تجویز قانونی مذکور موجب حقوق مکاتبه ای برای ایشان گردیده و اراضی باید از متصرف مذکور خریداری شود؟

در پاسخ به نظر می رسد چون قانون الزام آور و قاعده ای مبنی بر الزام دولت به فروش اراضی مازاد بر سند به متصرف وجود ندارد، نمی توان گفت دولت مکلف به فروش اراضی مذکور به متقاضی است.

بند سوم: اراضی ملی، موات و دولتی واگذار شده قطعی به اشخاص خصوصی اراضی عمومی اعم از ملی، موات، بایر، دولتی خاص، نظامی و موقوفه که در چهار چوب مقررات به اشخاص واگذار و مالکیت آنها انتقال می یابد، ماهیت حقوقی آنها تغییر یافته و به اراضی خصوصی تبدیل می شود. در نتیجه باید گفت خرید اراضی مذکور تابع تشریفات تملک سایر اراضی و املاک خصوصی است.



فصل دوم

بررسی موانع تغییر کاربری زمین های کشاورزی

۲-۱. اصل تسلیط و حمایت قانون از حق مالکیت خصوصی

حق مالکیت خصوصی در قوانین و مقررات کشور های مختلف از منزلت و جایگاهی استوار و حتی مقدس برخوردار است و در حقوق موضوعه ما و همچنین شرع مقدس اسلام نیز به حرمت و جایگاه این حق توجهی خاص شده است. از جمله ماده ۳۰ قانون مدنی که بر گرفته از قاعده فقهی مشهور «تسلیط» است، نمایانگر تائید شارع و قانونگذار بر این مهم است. در راستای بررسی این مورد، گفتار نخست این بخش به بررسی حق مالکیت خصوصی اختصاص یافته و ضمن بیان مفهوم و اوصاف مالکیت، به اصل تسلیط و بررسی جایگاه مالکیت خصوصی در حقوق موضوعه می پردازد. در گفتار دوم استثنائات وارده بر حق مالکیت خصوصی از جمله قاعده لاضرر به بحث گذارده شده است.

حق مالکیت خصوصی در ادوار مختلف همواره از جایگاه و منزلتی بالا برخوردار است. این حق پس از شکل گیری تدریجی که از حق تصرف و سپس حق مالکیت اشتراکی شروع و به حق مالکیت خصوصی و حتی در دوره هایی از نوع مطلق آن، منجر گردیده بود، در دهه های اخیر محدودیت هایی را شاهد بوده است که غالباً ناشی از حفظ مصالح عام و به اعتبار حقوق عمومی وضع گردیده اند.

در راستای بررسی مفهوم مالکیت و اصل تسلیط و بعد مثبت و گستره حق مالکیت، به تشریح مفهوم و اوصاف مالکیت، اصل تسلیط و مالکیت خصوصی در حقوق موضوعه می پردازیم.

۲-۱-۱. بررسی حق مالکیت خصوصی و اوصاف مالکیت

میل به تملک امری است غریزی که مختص بشر نبوده و در وجود سایر حیوانات نیز مشهود است و شاید برتری بشر نسبت به حیوانات از این بعد، این باشد که این تمایلات نامحدود و افزون طلبی را با قوه عقل کنترل نموده و به نظم در می آورد و در مواردی به نفع دیگران و به مصلحت جامعه از آن چشم می پوشد. در قرون وسطی، صرفاً حق تصرف اشخاص مورد تائید و مطلق مالکیت با ارباب کلیسا بوده است. در اروپا مالکیت به مفهوم امروزی همگام با پیشرفت صنعت و اقتصاد شکل گرفت و متعاقب آن حق تصرف به حق مالکیت تغییر عنوان



داد، ولی همین حق مالکیت نیز غالباً حقی اعطایی از طرف شهریار و حاکم شناخته می شده است و بخصوص در مورد مالکیت زمین که از اهمیت و جایگاه بالایی برخوردار بوده، فلاسفه نظرات مختلفی داشته اند. کانت در مورد مالکیت زمین می گوید: « چون زمین نخستین شرطی است که می توان به موجب آن مالکیت اشیاء خارجی را بدست آورد و نخستین حقی است که بدست می آید، عبارت است از مالکیت و استفاده از این اشیاء این حقوق را باید از شهریار یا سرور یا حاکم کشور یا بهتر بگوییم مالک عالی کشور بدست آورد ... این مالکیت عالی معنایی است صرفاً برآمده از وحدت مدنی که طبق مفهوم حق مقدم وحدت ضروری مالکیت خصوصی هر یک از افراد ملت، تحت نظر یک مالک عام همگانی است ... مالک عالی نمی تواند هیچ قطعه زمینی را به عنوان مالکیت خصوصی تصاحب نماید (زیرا در این صورت خود را به یک شخص خصوصی تبدیل کرده است) بلکه زمین متعلق به مردم است.»^{۳۵} از این نظریه کانت نیز بیشتر مفهوم حق تصرف استنتاج می شود تا مفهوم حق مالکیت و یا مفهومی از مالکیت که برخاسته از تفکرات اندیشمندان قرون وسطی است همخوانی دارد. در قرون وسطی و عصر فتودالسم، آباء کلیسا به عنوان حاکمان جامعه، مالکیت خصوصی را به نام مصلحت صرفاً به صورت مشروط و محدود و غیر مطلق می پذیرفتند که با ترویج اصول تفکرات لیبرالیستی که از اواخر قرن نوزدهم شکل گرفت، حق مالکیت گسترش و با رشد و توسعه سرمایه داری به نحو مشهودتری ظهور یافت. ولی در قرن بیستم و با ترویج سرمایه داری مدرن به لزوم گسترش دخالت دولت ها به نفع اجتماع و در راستای تحدید مالکیت افراد، شاهد افزایش محدودیت های وارده بر حق مالکیت به استناد حقوق عمومی هستیم.^{۳۶} دخالت دولت در اقتصاد در این قرن به نحو چشم گیری گسترش می یابد و حوزه های مهم اقتصادی با دخالت دولت از مفهوم بازار آزاد جدا می شود. در حقیقت

^{۳۵} - کانت، امانوئل، «فلسفه حقوق» ترجمه دکتر منوچهر صانعی دربیدی، نشر نقشه نگار، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۶۸

^{۳۶} - طاهری، محمد، پیشین، مقاله محدودیت های حقوق مالکانه اشخاص در قوانین و مقررات شهرداری ها، مجله

پژوهش های حقوقی، شماره ۲، ۸۲-۱۳۸۱، صص ۹۷-۷۹



مکتب سوسیالیسم و کاپیتالیسم نیز واکنش برعلیه سیستم بازار آزاد بود که با تکیه بر نقاط ضعف این سیستم، طرفدارانی را به خود جلب کرد آن چه در نتیجه بحث مهم می نماید این است که امروزه تحدید مالکیت خصوصی بنا به مصلحت و منفعت عمومی توسط دولت در همه کشورها به نحوی پذیرفته شده و حتی در حقوق انگلوساکسون به نوعی برآن صحه گذارده شده است. مرحوم دکتر سید حسن امامی در تعریف حق مالکیت آورده اند: «مالکیت حقی است که شخص نسبت به عین خارجی دارد و میتواند هر گونه تصرف در آن بنماید و هر گونه انتفاع از آن را ببرد. مگر آنکه قانوناً استثناء کرده باشد.»^{۳۷} و در تعریفی دیگر آمده: «مالکیت حقی است که به مقتضای آن چیزی در تحت اراده شخصی قرارگیرد به طوریکه حق به او اختصاص داشته، به موجب آن بتواند هر گونه انتفاعی از آن برده و در حدود قانون در آن تصرف نماید.»^{۳۸}

از مالکیت تعاریف متعددی شده، از جمله: «مالکیت از لحاظ حقوقی و از دید قانونی یعنی حق و سلطه بر شیء ای برای بکار بردن و استفاده از آن یا واگذار کردن به دیگری تحت هر عنوان مانند فروش، صلح، اجاره دادن یا تعویض آن به مال دیگر و حتی از بین بردن آن.»^{۳۹} تعریف فوق بیشتر بر جنبه مطلق بودن مالکیت به عنوان یکی از اوصاف مالکیت تاکید دارد. گرچه در قانون مدنی تعریفی از حق مالکیت نیامده، ولی ماده ۳ آن قانون در خصوص اوصاف مالکیت بیان می دارد: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هر گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.» طبق صراحت این ماده قانونی، مالک حق هر گونه تصرف را در ملک خود دارد و استثناء های این قاعده باید در قوانین مصرح باشد، «در حقوق کنونی ایران این استثناء ها چندان فراوان است که به دشواری می توان از اطلاق حق مالکیت سخن گفت»^{۴۰} که مواردی از آن را در گفتار استثنائات وارده بر اصل تسلیط می

۳۷ - امامی - سید حسن - پیشین - ص ۳۵

۳۸ - عبده، بروجردی، محمد - «حقوق مدنی» کتابفروشی محمد علی علمی، تهران، ۱۳۲۹، ص ۲۱

۳۹ - صدرات، علی، «تحول حقوق مالکیت و مالکیت عمومی» نشر مرکز تحقیقات، بیتا، ص ۲۶

۴۰ - کاتوزیان - ناصر - پیشین - ص ۱۰۱

آوریم. خلاصه اینکه تعاریف متعدد، متنوع و در بعضی موارد متفاوتی توسط حقوق دانان از مالکیت شده و برخی نیز همانند قانون مدنی از تعریف آن امتناع نموده اند. در بیان مفهوم حق مالکیت ذکر چند مورد ضروری است:

نخست اینکه مالکیت کامل ترین حق عینی است که انسان می تواند در مالی داشته باشد و سایر حقوق عینی از شاخه های این امر است، چنانکه حق ارتفاق و حق انتفاع را که از حقوق عینی اصلی هستند از شاخه ها و توابع مالکیت به شمار می روند؛^{۴۱}

دوم اینکه مال و ملک دارای تعاریف متفاوت و متمایز هستند: «مال چیزی است که به علت شرایط خاص خود از نظر عقلاء دارای ارزش و اعتبار شده است، اعم از آنکه به کسی اضافه داشته یا نداشته باشد، اما ملک احاطه و تسلطی است که کسی بر چیزی دارد، اعم از آنکه بالفعل دارای ارزش باشد یا نباشد.»^{۴۲}

مالکیت دارای اوصافی متعدد است از جمله مطلق بودن، انحصاری بودن و دائم بودن. مطلق بودن مالکیت را در بالا اشاره نمودیم. انحصاری بودن حق مالکیت بدین معناست که «مالک می تواند هر تصرفی را که مایل باشد در ملک خود بکند و مانع از تصرف و انتفاع دیگران شود. هر چند که این امر زبانی هم به مالک وارد نکند.»^{۴۳} مطابق ماده ۳۱ قانون مدنی «هیچ مالی را از تصرف مالک آن نمی توان بیرون کرد مگر به حکم قانون». و مواد ۳۰۸ به بعد قانون مدنی در باب ضمانت اجرای حق مالکیت، غاصب را به رد عین ملک و منافع آن مکلف می نماید. در قوانین جزایی نیز ضمانت اجرای مؤثری در دفاع و حمایت از حق مالکیت لحاظ گردیده است.

دیگر اینکه اصل ۲۲ ق.ا.ج.ا. بیان می دارد: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کرده باشد.» پس انحصاری بودن حق مالکیت نیز همانند مطلق بودن آن یا محدودیت های متعددی مواجه گردیده تا

۴۱ - کاتوزیان، ناصر - پیشین - صص ۹۹-۱۰۶

۴۲ - گرجی، ابوالقاسم «مقالات حقوقی» جلد دوم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، صص ۳۱۱-۳۱۲

۴۳ - کاتوزیان، ناصر، پیشین، صص ۱۰۳-۱۰۴



انحصاری بودن مالکیت خصوصی به مفهوم گذشته خود باقی نمانده و بخصوص در املاک مجاور، برای امکان استفاده بهینه از ملک و همچنین بر مواردی که منافع عمومی اقتضاء نماید، تحدید مالکیت اشخاص توسط قانونگذار در بسیاری موارد تجویز گردیده است.

دائمی بودن مالکیت نیز به عنوان یکی از اوصاف مالکیت بدین معناست که طبیعت آن با موقتی بودن منافات دارد و فقط ممکن است به یکی از اسباب انتقال به دیگری واگذار شود. وقتی فردی مالک چیزی باشد تا زمانی که مالک است بدون مقید بودن به زمانی خاص، حق استفاده و بهره برداری از آن چیز را دارد.

در حقوق ما ارتباط عین مال با حق مالکیت نیز گاه قطع می شود. یکی در مواردی است که موضوع حق مالکیت از بین می رود و دیگری زمانی است که مالک عین مال را وقف می نماید و مال موقوفه از ملکیت او خارج می شود و حتی به منتفعان نیز انتقال نمی یابد. همچنین مواردی که مالک از حق خود اعراض نماید حق مالکیت گرچه انتقال نمی یابد ولی مال در شمار مباحات در می آید و در اثر حیازت حق مالکیت برای دیگری ایجاد می شود.

از نتایج دائمی بودن مالکیت، دیگر اینکه حق مالکیت در اثر معطل ماندن از بین نمی رود، یعنی مرور زمان در اصل حق تأثیری ندارد. البته در خصوص مالکیت زمین بر این قاعده استثنائات متعدد وارد آمده که غالباً نیز منشاء شرعی دارد از جمله در خصوص املاکی که با حیازت تملک می شود، برخی بر این نظرند که بر اثر بایر شدن اراضی این نوع ملکیت از بین می رود و در زمره اموال عمومی در می آید که البته نوعی انتقال قهری مالکیت است و نه از بین رفتن مالکیت که موضوع بند دوم گفتار حاضر است.^{۴۴}

رایج ترین تعبیری که از مالکیت می کنند اینکه مقصود از دوام این است که حق مالکیت دایم و پابرجاست و مقید به مدت نمی باشد. بر خلاف اجاره که دارای مدت معینی است.

۲-۱-۲. بررسی اصل تسلیط در این راستا

^{۴۴} - کاتوزیان، ناصر، پیشین، صص ۱۰۶-۱۰۴ و محقق داماد، سیدئ مصطفی، قواعد فقه، جزوه درسی کارشناسی ارشد

حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۷۲-۷۱، ص ۱۳



مالکیت از مباحث مهمی است که در متون اسلامی در مورد آن بسیار سخن رفته است، چرا که نقش اقتصاد و به تبع آن مالکیت در یک جامعه غیر قابل انکار است و گرایش غریزی و فطری انسان به تملک نیز واقعیتی است مشهود که انسان در هر زمان و مکان آن را در خود می‌یابد. قبل از ورود به بحث قاعده تسلیط و محدودیت‌های وارد بر آن، بخصوص قاعده فقهی لاضرر، لازم است که عنوان گردد که مالکیت در اسلام در تقسیمی کلی بر دو نوع است: مالکیت حقیقی و مالکیت اعتباری.

مالکیت حقیقی که منحصرأ از آن خداوند است و آیات متعددی از قرآن کریم بر این مورد تاکید می‌ورزند^{۴۵}. مالکیت حقیقی خداوند بر کل هستی، اصیل و واقعی بوده و قابل انتقال به غیر نیست و این مالکیت بدون حد و مرز و قید و شرط می‌باشد. مالکیت اعتباری آن است که در ارتباط با انسان‌ها و در قلمرو مسائل اعتباری وارد می‌شود و بشر با قرارداد آن را ثابت، سلب یا تعویض می‌کند. در چنین برداشتی از مالکیت، مال امانتی الهی است که موقتاً در دست انسان است، لذا امانت‌داری ایجاب می‌کند انسان به صورت صحیح و به دور از اسراف و زیاده‌روی و اتلاف از آن بهره‌برد.

موضوع قاعده تسلیط همان مالکیت اعتباری است و قاعده تسلیط برگرفته از حدیث شریف الناس مسلطون علی اموالهم می‌باشد. مقصود از این قاعده این است که هر مالکی نسبت به مایملک خود تسلط یعنی حق هر گونه دخل و تصرف را دارا است.^{۴۶} گرچه به شرحی که اشاره خواهد شد این تسلط مطلق و نامحدود نیست ولی اصلی است که تا ادله و اصولی بر محدودیت آن وارد نشود. مجزا است و لذا کسی نمی‌تواند مالک را از این تصرفات مانع شود یا در ملک وی تصرف نماید. در یک تقسیم‌بندی، تصرف مالک در اموال خود طبق قاعده تسلیط دو نوع است: تصرف مثبت و تصرف منفی. چنانچه با تصرف مالک در ملک خود نظیر حق چاه و یا ایجاد آتش سوزی با انجام عملیات همراه با آلودگی صوتی و که ناشی از

^{۴۵} - سوره یونس، آیه ۶۸، سوره مائده، آیه ۱۷، سوره بقره، آیه ۲۸۴ و سوره ملک آیه ۱۰

^{۴۶} - روان بخش، کاظم «مالکیت محدود یا تعارض دو اصل حقوقی» بیتا، بیجا، ص ۶



حق تسلط وی در ملک خودش می باشد، ضرری به دیگری وارد شود، این ضرر ناشی از تصرف مثبت است ولی چنانچه به علت اینکه مالک به دلیل تسلطی که بر ملکش دارد فرضاً به تعمیر آن نپردازد و در نتیجه در هنگام تخریب به ملک همسایه زیان وارد آید، این ضرر ناشی از تصرف منفی مالک است. قبل از ورود به حکم ضررهایی که به اشخاص بدین سبب وارد می شود، به بیان شرح قاعده لاضرر می پردازیم.

اخبار و احادیث متعددی در خصوص قاعده لاضرر نقل شده که مشهورترین آن روایت مربوط به ثمره ابن جندب است. بدین مضمون که وی در حیاط و باغچه یک نفر انصاری نخلی داشته که به بهانه سرکشی آن بدون اجازه وارد منزل انصاری می شد، تا اینکه انصاری نزد پیامبر شکایت می برد. پیامبر به وی فرمود که نخل را به انصاری بفروشد یا با درختان بهشتی معاوضه کند. وی قبول نمی کند و عناد و لجاجت می ورزد. لذا نهایتاً پیامبر فرمودند: «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» و دستور قطع نخل را صادر فرمودند. در خصوص معانی لغوی ضرر و ضرار قول های مختلفی است. یعنی ضرر را فعل واحد و ضرار را فعل دو نفر دانسته و برخی گفته اند ضرر ابتدا در فعل است و ضرار کیفر آن و به قولی دیگر، معنی ضرر آن است که به دیگری زیان وارد سازی و از زیان آن منتفع شوی در صورتی که ضرار انتفاعی برای وارد کننده ضرر ندارد. صرفنظر از بحث لغوی ضرر و مفهوم کلی آن، آسیب و زیان رساندن در اسلام صراحتمنوع شده ولو اینکه این زیان رساندن ناشی از تسلط و تصرف ملک شخص زیان رسانده باشد، لذا در مواردی باید تسلط مالک بر ملک محدود شود تا موجب ورود ضرر به دیگری نگردد و در چنین مواردی است که شاهد تعارض دو قاعده فقهی تسلیط و لا ضرر هستیم. در بررسی تعارض این دو قاعده و تعریف ضرر می توان گفت ضرر عبارت از نقص و لطمه ای است که از جانب کسی به جان یا مال از اعیان و منافع یا عرض و حقوق مختلف یک نفر وارد شده و وارد آورنده ضرر مجبور به جبران آن می باشد.

۲-۲. جایگاه حق مالکیت خصوصی در زمینه تغییر کاربری در حقوق موضوعه

ایران



در قانون اساسی مشروطیت اصول ۱۵ الی ۱۷ قانون متمم که در راستای اصل تسلیط و احترام به حق مالکیت تاسیس شده بود، چنین مقرر می داشت:

اصل ۱۵ متمم «هیچ ملکی را از تصرف صاحب ملک نمی توان بیرون کرد مگر با مجوز شرعی و آن هم پس از تعیین و تادیه قیمت عادلانه آن است.»

اصل ۱۶ متمم «ضبط املاک و اموال مردم به عنوان مجازات و سیاست ممنوع است مگر به حکم قانون.» و طبق اصل ۱۷ متمم «سلب تسلط مالکین و متصرفین از املاک و اموال متصرفه ایشان به هر نحو که باشد ممنوع است مگر به حکم قانون»

اصل ۲۲ ق.ا.ج.ا.۱. نیز در مقام دفاع از حق مالکیت «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص» را مگر در مواردی که قانون تجویز نماید مصون از تعرض دانسته و اصل ۴۴ قانون اساسی مالکیت را به سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی تقسیم نموده و مالکیت خصوصی را «تا جایی که با اصول دیگر این فصل مطابق باشد و از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور گردد و مایه زیان جامعه نشود» مورد حمایت قرارداده است. مطابق این اصل، «حق مالکیت دیگر از حقوق طبیعی و مربوط به شخصیت انسان نیست، بلکه وظیفه ای است برای حفظ منافع عمومی و تنها در صورتی مورد حمایت قرار می گیرد که شیوه اکتساب و اجرای آن در مسیر هدف های قانونگذار باشد.»^{۴۷}

اصل چهارم نیز در حمایت از حق مالکیت اشعار دارد: «هیچ کس نمی تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.» گر چه این اصل به نوعی حمایت از مالکیت را بیان می نماید، ولی خود محدود کننده مالکیت نیز هست. طبق اصل چهارم و ششم نیز: «هر کس مالک حاصل کسب و کار مشروع خویش است...» ولی همین اصل، مالکیت را محدود به عدم سلب امکان کسب و کار از دیگری نموده است که به طور غیر مستقیم حمایت از حق مالکیت را بیان می دارد و مبین نوعی رابطه منظم در تعارض مالکیت افراد است. اصل چهارم و هفتم به وضوح بیشتری به مالکیت پرداخته شده به این عبارت



که «مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است، ضوابط آن را قانون معین می کند. اصول قانون اساسی همواره به ذکر کلیات موضوع پرداخته و تعیین ضوابط خاص هر موضوع را به قانونگذار عادی محول می نماید. از جمله قوانینی که در راستای اصل تسلیط و تثبیت حق مالکیت اشخاص موادی را اختصاص داده اند، قانون مدنی، برخی قوانین کیفری و قانون ثبت را می توان نام برد.

در قانون مدنی موارد متعددی حق مالکیت را مورد حمایت قرار داده اند از جمله ماده ۲۹ که مالکیت (اعم از عین یا منفعت) را به عنوان یکی از علاقه های اشخاص به اموال ذکر نمود و فصل نخست از باب نخست جلد نخست قانون مدنی با عنوان «در مالکیت» موادی را به مالکیت اختصاص داده است که ذیلاً به بعضی از آن موارد می پردازیم.

ماده ۳۱: «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی توان بیرون کرد مگر به حکم قانون.»
ماده ۳۵: «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.»
و مطابق ماده ۳۸: «مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هر کجا بالا رود و همچنین زیر زمین بالجمله، مالک حق هر گونه تصرف در هوا و فراز گرفتن دارد مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشد.»

مواد مذکور گرچه در حمایت و تثبیت حق مالکیت اند ولی استثنائاتی را مورد حکم قرار داده که چون در بند دوم به آن پرداخته ایم از ذکر آن خودداری می شود. علاوه بر مواد قانونی فوق، مواد ۱۳۰ الی ۱۳۴ قانون مدنی نیز در تثبیت حق مالکیت، بخصوص راجع به املاک مجاور آمده اند و گرچه خود متضمن نوعی تحدید مالکیت اند ولی من حیث المجموع موجب اثبات، تحکیم و تعادل در حق مالکیت می شود و مواد ۱۳۶ الی ۱۳۹ قانون مدنی در راستای تسهیل استفاده مالک از ملک برای اراضی حریم قائل گردیده است.

مواد ۳۰۸ به بعد قانون مدنی نیز غاصب را به رد عین ملک و منافع آن الزام نموده و مسئولیت تلف عین و توابع آن را بر عهده وی می گذارد و ضمانت اجراهای احترام به حق مالکیت را از بعد حقوقی و جبران خسارت بیان می دارد. در قوانین کیفری نیز از جمله قانون مجازات



اسلامی مصوب ۱۳۷۵ ضمانت اجراهای کیفری برای تجاوز به ملک دیگران، سرقت، تصرف عدوانی، تخریب و ... لحاظ گردیده که همگی مؤید احترام به حق مالکیت می باشد. در راستای تثبیت مالکیت مالکین و کاهش تزلزل حقوق آنان و ایجاد نظم در این زمینه و وضع قانون ثبت اسناد و املاک^{۴۸} مقرر گردید از متصرف ملک تقاضای ثبت پذیرفته شود و موضوع یعنی مال تقاضا کننده و مضمون درخواست ثبت او با تعیین مشخصات ملک بوسیله نشر اعلان های نوبتی به اطلاع عموم برسد ... و با ثبت ملک در دفتر املاک، دیگر مالکیت تثبیت شده و هیچ گونه دعوایی نسبت به آن پذیرفته نخواهد شد.

در قانون ثبت برای جلوگیری از تعارض حقوق اشخاص و رعایت دقت بیشتر، مراحل مختلفی برای ثبت یک ملک پیش بینی شده شامل:

اعلام ثبت عمومی املاک توسط اداره ثبت هر محل؛

انتشار آگهی مقدماتی؛

انتشار آگهی های نوبتی پس از انجام بررسی های لازم توسط اداره ثبت نسبت به تقاضای ثبت اشخاص؛

انتشار آگهی تحدید حدود برای تعیین محدوده دقیق ملک و امکان اعتراض احتمالی معترضین به حدود اعلان شده توسط متقاضی ثبت؛

اعتراض به ثبت که احتمالی است یعنی ممکن است اعتراض پذیرش ثبت نسبت به ملک یا تحدید حدود آن صورت نگیرد و در صورت اعتراض، مرجع تصمیم گیری دادگاه می باشد؛ ثبت ملک مورد تقاضا در صورت عدم اعتراض یا تعیین تکلیف توسط مرجع ذیصلاح قضایی در صورت اعتراض به عنوان آخرین مرحله ثبت ملک.

البته مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ اصلاحی قانون ثبت، امکان ثبت املاک بدون طی برخی از تشریفات فوق را طی شرایطی مقرر نموده بودند.^{۴۸} که چون مواد قانونی مذکور موقت بود و اعتبار آن منوط به تمدید اجرای آن به موجب مصوبه مجلس شورای اسلامی است، طی سالیان اخیر

^{۴۸} - حقیقت، علی، « ثبت املاک در ایران » گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۹، صص ۱۵۸-۱۳۶



تمدید اجرای آن به تصویب مجلس نرسیده و عملاً اعتبار قانونی ندارد. از آنجایی که مطابق ماده ۲۲ قانون ثبت: «.....دولت فقط کسی را که ملک به نام او ثبت شده است و یا کسی را که به موجب سند انتقال رسمی ملک به او منتقل شده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده است، مالک آن می داند» لذا ثبت املاک به عنوان تثبیت حقوق مالکیت و جلوگیری از تصرف احتمالی دیگر اشخاص، اصل تسلط مالک بر ملک را استحکام می بخشد. استثنائات وارده بر اصل تسلیط، موضوع بند دوم این گفتار است.

۲-۳. بررسی محدودیت های وارده بر حق مالکیت خصوصی

۲-۳-۱. بررسی اصل تسلیط و قاعده لاضرر

قاعده لاضرر همه گونه احکام ضرری را نفع می کند هم احکامی که ناشی از تصرف مالک در ملک خود یا تسلیط مالک بر ملک خود می باشد هم دیگر احکامی را که مبتنی بر جواز تصرف نباشد. لذا چنانچه ضرر ناشی از حالت نخست یعنی تصرف مالک در ملک خودش باشد، تعارض حاصل می گردد یعنی در عین حالی که این دو، قواعدی مستقل و مجزا از هم دیگراند، به سهولت برتری یکی بر دیگری را نمی توان اثبات کرد، بنابراین تعارض بین آن ها در چنین حالتی متصور است. اگر در چنین مواردی دلیل نفی ضرر را بر اصل تسلیط مقدم بداریم، مختص عموم الناس مسلطون، به غیر مورد ضرری می شود. یعنی قاعده لاضرر را بر قاعده تسلیط ترجیح داده ایم. ولی رجحان یکی از این دو قاعده بر دیگری بدین سادگی پذیرفتنی نیست و این مسئله موجب مناقشات فراوان گردیده که راه حل قانون مدنی، راه حل بعضی از فقها و دیگر راه حل های متصوره را به اختصار بررسی می کنیم.

در قانون مدنی ضمن اینکه گرایش بیشتر به سمت و سوی ترجیح قاعده لاضرر بر قاعده تسلیط است، ولی این رجحان مطلق نبوده و در مواردی اعمال و اجرای قاعده لاضرر نیز با تعدیل مواجه گشته است و نوعی سازش را به عنوان راهکار اندیشیده اند.

ماده ۳۰ قانون مدنی مالک را مجاز به هر قسم تصرف در ملک خود می داند (اصل تسلیط)، و در ذیل همان ماده آمده «مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد» که قسمت دوم برداشتی از رجحان قاعده لاضرر است از مجرای قانون.

همچنین مواد ۱۳۱، ۱۳۲ و ۱۳۳ مبتنی بر ترجیح قاعده لاضرر است و مواد ۱۱۷، ۱۱۸، ۳۲۸، ۲۳۱، ۳۳۳، ۵۹۲ الی ۵۹۶ نیز بر چنین مبنایی تصویب گردیده اند، گرچه در بعضی از مواد مذکور در خصوص اعمال قاعده لاضرر شرایط و محدودیت هایی به نفع اجرای قاعده تسلیط وضع گردیده است. فرضاً در ماده ۱۲۳ تصرفی را که مستلزم تضرر همسایه باشد غیر مجاز دانسته اند. براین اصل دو استثناء وارد شده، یکی تصرفی که به قدر متعارف باشد و دوم تصرفی که برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود باشد. یعنی قانونگذار در مواردی که تصرف و تسلط به قدر متعارف یا برای رفع حاجت و دفع ضرر باشد، قاعده تسلیط بر قاعده لاضرر مقدم داشته است.^{۴۹}

در راه حل های تعارض این دو قاعده، بین فقهاء اختلاف نظر عمیق به چشم می خورد. دسته ای از فقهای پیشین از جمله علامه حلی معتقد به تقدم «عموم الناس مسلطون» بر حدیث نفیس ضرر هستند و بر این نظرند که هر کسی می تواند در ملک خود تصرف کند ولو اینکه همسایه اش متضرر شود. دسته ای دیگر از جمله شیخ انصاری تصرف مالک را به قسم تقسیم می نماید. تصرفی را که برای رفع ضرر است جایز دانسته اند، ولی در مورد تصرفی که لغو و بیهوده باشد بر این نظرند که با ظن و ضرر غیر، تصرف جایز نیست و نهایتاً در مورد تصرفی که برای جلب منفعت است جواز تصرف را صادر می نمایند.

دسته سوم از فقهاء راه حلی را ارائه می نمایند که بر اساس آن باید تعارض بین دو قاعده مذکور را سنجیده و ضرر کمتری را بر دیگری مقرر داشت. در این راه حل، ضمن تقسیم تصرف به دو نوع، دلیل نفی ضرر را در تصرفی که برای جلب نفع باشد مقدم می دارند و در خصوص تصرفی که برای دفع ضرر باشد، قائل به تفکیک می شوند.

نخست: «اگر ضرر مالک در عدم تصرف زاید بر ضرر مالک باشد در صورت تصرف» حکم به جواز تصرف داده می شود.

دوم: اگر «ضرر مالک و غیر مالک مساوی است» هم جواز تصرف داده می شود.



سوم: اگر «ضرر غیر مالک بر تقدیر تصرف، زاید بر ضرر مالک است بر تقدیر عدم تصرف» حکم به جواز تصرف داده نمی شود. مرحوم شیخ علی فیروز کوهی در قواعد الاحکام به تفصیل به این نظریه پرداخته اند.

دسته پنجم از فقهاء از جمله مرحوم دکتر امامی در تعارض، قائل به تفکیک می شوند. در صورتی که در مورد منع مالک از تصرف در ملک خود، ضرری متوجه وی نشود قاعده لاضرر حاکم می شود، ولی اگر منع مالک در تصرف در ملک خود، ضرری را متوجه وی نماید، قاعده لاضرر بر اصل تسلیط حاکم است.

در پایان راه حلی دیگر در خصوص حل تعارض بین دو قاعده، برگرفته از جمیع راه حل های فوق پیشنهاد می گردد. در این راه حل، تصرف مالک را بایست به منفی و مثبت تقسیم کرد و تصرف مثبت نیز به سه دسته تقسیم می گردد:

(الف) اگر تصرف بدون نیاز باشد موجب ضمان و حرمت است؛

(ب) تصرف چنانچه به منظور دفع ضرر باشد، فقط موجب ضمان است؛

(ج) اگر تصرف برای جلب نفع باشد، اگر عدم النفع ضرر بشود، حالت شق الف و اگر عدم النفع ضرر نباشد، طبق شق ب است.

بند دوم: استثنائات قانونی وارده بر اصل تسلیط ناشی از مجاورت املاک، قرارداد و اشاعه گر چه مطابق ماده ۳۰ قانون مدنی که به اصل تسلیط معروف گردیده، هر مالک می تواند همه گونه تصرف در مال خود بکند، هر چند که اعمال او سبب ورود ضرر به دیگران باشد، ولی گاهی منافع اجتماعی اقتضاء می کند که مالکیت فردی و سلطه مطلق مالک بر ملک خود محدود شود. این محدودیت ها که غالباً در راستای تنظیم امور جامعه و حفظ نظم و بنا به مصالح عمومی است، در قوانین متعددی آمده اند. این قوانین که برخاسته از وظایف ذاتی دولت است امکان اعمال اقتدار ناشی از قدرت عمومی را فراهم می آورد تا مالکیت خصوصی افراد موجبات هرج و مرج و زیان به مصالح و منافع عمومی نگردد. «دستگاه اداری دولت وسایل و ابزارهای حقوقی ویژه ای در اختیار دارد تا بتواند مدیریت خدمات عمومی را تضمین



کند^{۵۰}» این وسایل و ابزار حقوقی ویژه، ناشی از اقتدار دولت و قدرت عمومی است و اصل اقتدار به عنوان عنصری که «استقلال حقوق عمومی را پایه گذاری می کند»^{۵۱} در روابط بین دولت و افراد خصوصی «... امتیازاتی را سبب می شود که در حقوق به معنای عام کلمه، ناشناخته است. دستگاه اختیار تصمیم گیری گویند»^{۵۲} در هر جامعه دو منفعت در مقابل یکدیگر قرار دارند یکی نفع عمومی و دیگری منفعت خصوصی، «این دو منفعت غالباً با یکدیگر در تعارض هستند ولی در مقام رفع تعارض بایستی نفع عمومی را به این دلیل که متعلق حق کلیه افراد و اتباع یک کشور است بر منافع خصوصی که متعلق حق افراد و گروه های خاص می باشد مرجح شمرد»^{۵۳} و دولت مرجع تشخیص و اجرای ترجیح نفع عمومی بر خصوصی و البته حتی الامکان توأم با جبران خسارت است. استثنائاتی که بر اصل تسلیط وارد می آید غالباً در همین راستا (رجحان نفع و مصلحت عمومی که بر نفع و مصلحت خصوصی) است. شاید بتوان گفت همین محدودیت ها که موجب نظم و رعایت حقوق دیگران می گردند، حتی برای مالکی که مالکیتش محدود می شود نیز سودمند است، چرا که گر چه مالکیت وی تا حدودی محدود می شود ولی در مقابل، حدود شناخته شده آن مورد تعرض و تجاوز قرار نمی گیرد و تحدید مالکیت دیگران موجب تثبیت حقوق وی نیز می گردد. محدودیت های وارده بر اصل تسلیط متنوع و متعددند و ذکر و بررسی همه آنها در این مقال نمی گنجد ولی بعضی محدودیت های مرتبط با این نوشتار را در دو دسته ذکر می کنیم.

از موارد مشهود در تعارض اصل تسلیط و اصل لاضرر که در مباحث پیشین به آن پرداختیم، محدودیت های ناشی از مجاورت املاک است که در روابط همسایگان پیش می آید. مطابق ماده ۱۳۲ قانون مدنی: «کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی بکند که مستلزم

۵۰ - قاضی ، ابوالفضل ، «گفتارهایی در حقوق عمومی» نشر دادگستر، ۱۳۷۵، ص ۶۳

۵۱ - پیشین ، ص ۴۹

۵۲ - ودل، ژرژ، به نقل از: آندره دو میشل و پی یر لالو می یر، «حقوق عمومی» ترجمه مرحوم دکتر قاضی، نشر

دادگستر، پاییز ۱۳۷۶، ص ۳۴۶.

۵۳ - انصاری، ولی الله ، «کلیات حقوق اداری» نشر میزان، زمستان ۷۸، چاپ اول، ص ۸۱



تضرر همسایه شود مگر تضرری که به قدر متعارف برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود باشد.» یعنی در اینجا اصل لاضرر حاکم است، مگر در شرایط مذکور در قسمت دوم این ماده، لذا اگر مالک، حق خود را به شیوه متعارف اجرا کند و مرتکب تقصیر و تجاوز از رفتار متعارف نگردد، حق رفع حاجت و دفع ضرر از خود ولو اینکه موجب ورود زیان به همسایه شود را دارا است.

تصرف مالک طبق ماده ۱۳۲ که موجب تضرر به قدر متعارف شود، نوعی حق ارتفاق است که ناشی از حکم قانون و بنا به الزامات اجتماعی است.

در این راستا املاک مشاع نیز محدودیت هایی را برای مالک ایجاد می کنند. اشاعه ممکن است اختیاری یا قهری باشد. اشاعه ترکه میان وارثان پیش از تصفیه و تقسیم، محل عبور و آبراه مشترک از نمونه های اشاعه قهری اند زیرا شرکاء گریزی از بقاء در شرکت ندارند. ولی در اشاعه اختیاری، شرکاء به اختیار خود مشارکت مشاع در یک ملک دارند. در اشاعه قهری چون اداره مال مشاع که ممکن است به نظم عمومی مربوط شود به استمرار نیاز دارد، قانونگذار مجمع یا نمایندگانی از شرکاء را برای آن لحاظ نموده است که در اشاعه اختیاری قانونگذار چنین تصمیمی اتخاذ نکرده بلکه اداره شرکت را به اداره خصوصی واگذار نموده است. محدودیت دیگر، حالتی است که مال غیر منقولی دو شریک مشاع دارد که در فروش سهم یکی از آنها دیگری حق شفعه دارد. البته حق شفعه محدودیت مالک در فروش سهم خود نیست بلکه نوعی محدودیت در انتخاب طرف معامله است. ماده ۴۷۵ قانون مدنی محدودیت دیگری را در خصوص مال مشاع بیان می دارد. طبق این ماده: «اجاره مال مشاع جایز است لکن تسلیم عین مستاجر به موقوف است به اذن شریک».

بر اساس ماده ۵۸۲ قانون مدنی: «شریکی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن، تصرف در اموال شریک نماید ضامن است». تصرف مورد نظر در موارد فوق الذکر آن نوع از تصرف مادی است که همراه با تغییر وضع یا مصرف مال مشاع می باشد^{۵۴}.



از دیگر مواردی که می‌تواند بر حق مالکیت، محدودیت ایجاد نماید، قرارداد است. مالک اختیار دارد طبق قرارداد با اشخاص دیگر، از اختیارات خود بکاهد. این قراردادها محدود به نوع و مواردی خاص نیست، ممکن است این قرارداد در قالب عقود معین منعقد گردد یا مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادها با مفاد توافقی فی مابین طرفین. استاد دکتر کاتوزیان قراردادها و شروط محدود کننده را طی سه دوره به شرح ذیل احصاء کرده اند.^{۵۵}

عقد اجاره: از عقود تملیکی است و موجب انتقال مالکیت منفعت به مستاجر می‌شود بدون اینکه عین مال منتقل شود، یعنی عین مال در ملکیت مالک است بدون اینکه حق انتفاع از آن را دارا باشد، چرا که حق انتفاع به مستاجر منتقل می‌شود.

ایجاد حق انتفاع به سود دیگران: گرچه ایجاد چنین حقی در عقود معین نیامده، ولی عمری و رقبی و سکنی از اقسام این قراردادهاست و حتی حق حبس را نیز از این موارد دانسته اند.

ایجاد حق ارتفاق به سود مالک دیگر: این مورد نیز جزو عقود معین نیست. مطابق ماده ۹۴ قانون مدنی: «صاحبان املاک می‌توانند در ملک خود هر حقی را که بخواهند نسبت به دیگری قرار دهند. در این صورت، کیفیت استحقاق تابع قرارداد و عقدی است که مطابق آن حق داده شده است.» ویژگی حق ارتفاق این است که به ملک وابسته است ولی حق ارتفاق مربوط به شخص است.

۲-۴. تحدید و سلب مالکیت و تغییر کاربری در راستای حفظ منافع عمومی

مقررات متعددی اکنون در باب تحدید یا سلب مالکیت به دلیل حفظ منافع عمومی و بخصوص در راستای اعمال حاکمیت به تصویب رسیده که بررسی همه آن موارد در حوصله این بحث نیست. لذا در بحث حاضر، پیرامون مقرراتی که در باب تحدید و سلب مالکیت اراضی و املاک وضع گردیده، اختصاراً توضیح می‌دهیم.



در این قسمت، مواردی از مقرراتی که در باب تحدید و سلب مالکیت اراضی و املاک وضع گردیده ذکر می شود و به لحاظ اینکه غالباً با تصویب قانونی نحوه تملک منسوخ شده اند، اختصاراً توضیح داده می شوند.

قانون راجع به حفظ آثار ملی و میراث فرهنگی مصوب ۱۳۰۹: مطابق ماده ۵ این قانون، « اشخاصی که مالک یا متصرف مالی باشند که در فهرست آثار ملی ثبت شده باشد، می توانند حق مالکیت و تصرف خود را حفظ نمایند و لیکن نباید دولت را از اقداماتی که برای حفظ آثار ملی لازم می داند، ممانعت نمایند... »

قانون راجع به احداث توسعه معابر و خیابان ها مصوب ۱۳۱۲ و اصلاحات آن: مطابق ماده ۹ این قانون، اراضی یا بنای خرابی که در داخل شهری واقع و منافی با نظافت و زیبایی شهر باشد، شهرداری به مالک آن اخطار می دهد که دیوار آن را بسازد و چنانچه ظرف سه ماه اقدام ننماید بلدیه خود راساً اقدام می کند.

قانون اصلاح قانون توسعه معابر مصوب ۱۳۲۰: ماده ۱۰ این قانون تکرار ماده ۹ قانون فوق الذکر می باشد. ماده یک این قانون امکان سلب مالکیت پس از تصویب انجمن شهر و وزارت کشور را یش بینی نموده و مواد ۲ و ۳ آن، متضمن چگونگی تملک املاک مورد نیاز موضوع قانون است. مطابق ماده ۴ این قانون، املاک مورد نیاز باید بر اساس بهای عادلانه خریداری شوند. این قانون سلب مالکیت بدون پرداخت بهای مالک را تجویز نموده است.

قانون هواپیمایی کشوری مصوب ۱۳۲۸ و آیین نامه های مصوب ۱۳۳۱ و ۱۳۴۵ هیات دولت: ماده ۲۱ قانون مزبور و دو آیین نامه فوق الذکر، محدودیت احداث بنا بخصوص از حیث ارتفاع را در مجاورت فرودگاه ها اعلام می دارد.

قانون شهرداری مصوب ۱۳۳۴: ماده ۱۰۰ این قانون، مالکین کلیه اراضی و املاک واقع در محدوده شهر را مکلف می نماید قبل از هر اقدام عمرانی یا تفکیک اراضی و شروع ساختمان، از شهرداری پروانه اخذ نمایند و تبصره های ذیل این ماده نحوه رسیدگی به تخلفات



در اجرای این ماده را بیان می‌کند. بند ۱۷ ماده ۵۵ و ماده ۹۶ یا قانون نیز چگونگی تملک اراضی و املاک مورد نیاز شهرداری در قبال پرداخت بهای ملک را بیان نموده است.

قانون معادن مصوب ۱۳۳۶: گر چه طبق ماده ۱۶۱ قانون مدنی: « معدنی که در زمین کسی واقع شده ملک مالک زمین است و استخراج آن تابع قوانین مخصوصه خواهد بود.» ولی قانون معادن مواد معدنی را به سه طبقه تقسیم و صرفاً دسته نخست که شامل موادی است که به مصرف ساختمان و صنایع مربوط به آن می‌رسد مانند سنگ گچ، آهک و ماسه و . . . را متعلق به صاحب ملک دانسته و بهره برداری از آن را نیز منوط به اخذ مجوز از سازمان صنایع و معادن نموده است.

قانون مربوط به تملک زمین‌ها برای اجرای برنامه های شهرسازی مصوب ۱۳۳۹: مطابق ماده ۶ این قانون، از تاریخ تصویب در نقاطی که از طرف شهرداری بر اساس نقشه تعیین و به تصویب مراجع قانونی رسیده و آگهی شده، چنانچه مالکین بدون اخذ روانه اقدام به ساخت نمایند و در اثر توسعه، معبر آن ساختمان تخریب شود، مالک برنامه های مذکور در قبال پرداخت بهای ملک را از طریق تعیین بهای کارشناسی توسط کمیسیون سه نفره کارشناسان تشریح نموده است.

قانون اراضی ساحلی مصوب ۱۳۴۶: طبق این قانون نیز چنانچه در حریم دریاها، دریاچه ها، تالاب ها، مردابها، دریاچه های پشت سدها بنایی خلاف و دیگر مستحذات احداث شود، سازمان آب منطقه ای حق قلع و قمع آن به طریق مذکور در این قانون را دارد .

قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷ و قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱: مطابق این قانون، حفر چاه های عمیق و نیمه عمیق موکول به اخذ پروانه از وزارت آب و برق است و طبق ماده ۲ این قانون، احداث هر نوع بنا در بستر و حریم انهار طبیعی ممنوع گردیده است. در خصوص عدم ساخت و ساز در بستر و در حریم رودخانه ها و حریم انهار طبیعی به علاوه کانال های آبرسانی، مخازن، و . . . آیین نامه های سال ۱۳۷۰ و ۱۳۷۱ میزان حریم را مشخص کرده است. ماده ۵۱ قانون توزیع عادلانه آب، متضمن



مطالب مندرج در قانون قبلی است و تأسیسات مزاحم با اعلام قبلی و اجاره و نظارت داستان تخریب می گردد. (مواد ۴۳ و ۴۴ قانون توزیع عادلانه آب و تبصره های ۲ و ۳ همان قانون مصوب ۱۳۶۱ و ماده ۲ قانون سابق) مواد ۵۰ و ۵۱ این قانون نیز نحوه تملک اراضی مورد نیاز طرح ها با پرداخت بهاء را پیش بینی کرده اند.

قانون خرید اراضی کشاورزی برای تأمین نیازمندی های صنعتی و معدنی مصوب ۱۳۴۸: در این قانون امکان تملک اراضی و املاک خصوصی بدون رضایت مالک و با پرداخت وجه پیش بینی شده است. بهای ملک بر اساس این قانون توسط هیاتی مرکب از وزیر اقتصاد، وزیر اصلاحات اراضی و تعاون روستایی و دادستان کل کشور یا معاونین آن ها با جلب نظر کارشناسی تعیین می شود. تودیع بهای ملک در صندوق ثبت در صورت امتناع مالک از اخذ وجه و انتقال ملک نیز طی تبصره ۲ ماده واحده تجویز گردیده است.

قانون ایمنی راه ها و راه آهن مصوب ۱۳۴۹ و ماده واحده الحاقی مصوب ۱۳۵۱ و مصوبه شورای عالی شهرسازی و معماری مصوب ۱۳۶۸: طبق این قوانین و مقررات، احداث بنا با توجه به نوع راه ها و راه آهن تا فاصله مشخصی از آن ها که حریم محسوب می شود، ممنوع گردیده است. بابت این محدودیت رویه عمومی تاکنون این بوده که خسارتی به مالک پرداخت نمی شود گرچه در صورت مطالبه پرداخت خسارت ناشی از این محدودیت الزامی به نظر می رسد. نوع فعالیت مجاز در محدوده این حریم ها اعم از نوع کشاورزی مجاز، ارتفاع مجاز برای ساخت و ساز محدودیت های حاکم بر ساینز فعالیت ها در آیین نامه های مربوطه تعیین شده است.

قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰: این قانون نحوه تصرف و تملک اراضی مورد نیاز جهت اجرای این طرح ها را به سه روش پیش بینی نموده است:

نخست، در صورتی که بهای ملک کمتر از یک میلیون ریال باشد از طریق توافق مالک و دستگاه اجرایی؛



دوم، چنانچه مبلغ بیش از یک میلیون ریال باشد از طریق هیات مقرر در ماده ۷۱ قانون محاسبات عمومی؛

سوم، در صورت عدم حصول توافق در مورد قیمت طبق دو مورد مذکور، به وسیله هیاتی مرکب از وزیر کشور، داستان کل و مدیرکل ثبت یا نمایندگان آن‌ها.

مطابق بند ۹ ماده ۵۰ این قانون، در مسیر راه‌های اصلی و فرعی و یا خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله‌های گاز و نفت خارج از محدوده شهر، اراضی مورد استفاده دولت قرار می‌گیرد و از بابت این حق ارتفاق، وجهی پرداخت نمی‌شود. البته این قانون منسوخ شده و مطابق رای دیوان عدالت اداری بر منسوخ بودن آن تاکید شده که در جای خود بدان خواهیم پرداخت.

قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست مصوب ۱۳۵۳ و آیین نامه اجرایی آن:
طبق ماده یک این قانون، وظایف مربوط به حفظ محیط زیست از جمله ممانعت از هر گونه آلودگی و اقدام مخربی که موجب به هم خوردن تعادل و تناسب محیط زیست شود، به عهده سازمان حفاظت محیط زیست گذارده شده و ماده ۱۶ آیین نامه اجرایی آن، در خصوص الزام صاحبان کارخانه‌ها و رعایت مسائل زیست محیطی است.

قانون لغو مالکیت اراضی نقاط شهری و کیفیت عمران آن مصوب ۱۳۵۸ و اصلاحیه‌های مربوطه: مطابق تبصره ذیل ماده ۱ قانون، کسانی که یک قطعه زمین برای سکونت خود تهیه کرده‌اند، حداکثر سه سال فرصت دارند به احیاء آن اراضی پردازند در غیر این صورت به تملک دولت در می‌آید. فصل دوم آیین نامه، حداکثر مساحت مورد نظر این تبصره را به تفصیل تعیین نموده است. این محدودیت در محدود مالکیت در حدی است که طرق قانون مربوطه می‌تواند منتهی به سلب مالکیت نیز شود. ماده ۱ قانون نیز سلب مالکیت از مالک رد صورت عدم احیاء اراضی را تجویز کرده است.

لایحه قانونی خرید اراضی و املاک مورد نیاز دولت و شهرداری‌ها: در مورد نیاز دولت به اراضی و املاک جهت ایجاد یا توسعه مرافق از قبیل توسعه یا احداث جاده، راه



آهن، خیابان، توسعه معابر، لوله کشی آب و نفت و گاز، هیاتی مرکب از رئیس دادگستری، مدیر کل ثبت و رئیس شورای شهر (با استاندار) طبق ماده ۲۰ این قانون پس از تعیین یک یا چند نفر از کارشناس رسمی دادگستری و اخذ رسمی کارشناس در خصوص بهای ملک نسبت به صدور رأی در مورد بهای ملک و میزان خسارت وارده و در صورتی که نظر کارشناسان را غیر عادلانه تشخیص دهند نسبت به انتخاب کارشناس یا کارشناسان دیگری اقدام خواهد کرد. بهای تعیین شده مذکور طبق رأی به ملک یا در صورت امتناع به صندوق دادگستری تودیع شده و ملک به تصرف و تملک دولت درمی آید.

قانون خرید و تملک اراضی آموزشی استیجاری مصوب ۱۳۷۰: مطابق ماده ۶

قانون؛ «مهلت مقرر در قانون الحاقیه ۱ تبصره به ماده ۹ قانون ماجر و مستاجر مصوب ۱۳۶۴ نسبت به آن دسته از واحد های آموزشی که مالکان آن ها مطابق ماده ۱ این قانون با وزارت آموزش و پرورش توافق ننمایند، ۵ سال دیگر تمدید می گردد» این ماده که موجب توسعه اختیار واحد آموزشی نسبت به عدم تخلیه ملک می باشد، موجب تحدید مالکیت است. به موجب قانون مصوب ۱۳۷۲/۷/۶، این قانون به وزارتخانه های فرهنگ و آموزش عالی، بهداشت درمان و آموزش پزشکی و مؤسسات آموزش عالی، پژوهشی و تحقیقاتی تابع تسری یافته است.



فصل سوم

واکاوی تغییر غیر قانونی کاربری اراضی

۳-۱. جرم انگاری تغییر کاربری غیر قانونی در این راستا

کلیه رشته های حقوقی، من جمله حقوق جزا به عنوان مکانیزمی برای نیل به کنترل اجتماعی ابداع شده اند. هدف آنها تنظیم رفتار و فعالیت های افراد در جامعه است؛ اما حقوق جزا با سایر رشته های حقوقی تفاوت دارد. حقوق جزا تلاش می کند تا ارزش های اساسی را که نمایانگر شیوه زندگی ما می باشند، منعکس نماید و سپس از چماق بزرگ مجازات به عنوان وسیله ای در جهت تحکیم این ارزش ها و حصول اطمینان از رعایت شدن آنها استفاده نماید. در این مسیر، حقوق جزا نه تنها در صدد حمایت از فرد بلکه به دنبال حمایت از ساختار و ترکیب جامعه نیز می باشد^{۵۶}. نظام جزایی یک جامعه می تواند یکی از موثرترین وسایل بازرسی اجتماعی باشد؛ زیرا در صورتی که با توجه به خصوصیات و احتیاجات ملی و فرهنگی جامعه تنظیم شود، می تواند از طریق تعیین رفتارهای ضد قانونی و همین طور از طریق مجازات انحراف هایی که از ضوابط قانونی صورت می گیرد، در تنظیم رفتار اجتماعی اعضاء جامعه تاثیر بسزا داشته باشد. بدیهی است که تاثیر تربیتی مقررات جزایی محدود است یعنی تنها با وضع قوانین و مجازات های سخت نمی توان کلیه رفتارهای افراد جامعه را در بازرسی کامل نگاه داشت. . . بلکه عاملی که بیش از عوامل بازرسی اجتماعی - من جمله مقررات جزایی - در تنظیم رفتار افراد جامعه تاثیر می گذارد، « اجتماعی شدن » صحیح در جهت ارزش ها و خواست های اکثریت مردم جامعه است. به طوری که به همان اندازه که « اجتماعی شدن » در شرایط بهتر اجتماعی صورت گیرد از نیاز به اجرای مقررات جزایی و مجازات های سخت کاسته می شود^{۵۷}. مقررات جزایی هر جامعه وسیله ای برای حفظ ماهیت و شکل موجود توزیع ارزش ها میان گروه ها و اعضای جامعه است^{۵۸}. به عبارتی دیگر وظیفه حقوق جزا ابرام و تائید

^{۵۶} - کلارکسون، تحلیل مبانی حقوق جزا، ترجمع دکتر حسنی میر محمد صادقی، چاپ اول، انتشارات جهاد دانشگاهی،

سال ۱۳۷۱، ص ۲۲۳

^{۵۷} - دکتر پرویز صانعی، حقوق جزای عمومی، جلد اول، کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۷۱، ص ۳

^{۵۸} - همان، ص ۶.



این ارزش ها و در نتیجه کاستن از میزان جرم می باشد.^{۵۹} در رشته های مختلف حقوقی علاوه بر ضمانت اجرای کیفری، ضمانت اجرای انتظامی و مدنی نیز وجود دارد؛ اما از آنجا که کسی از پتک برای شکستن یک فندق استفاده نمی کند، هیچ قانونگذاری نباید کنترل رفتاری که می تواند بوسیله سایر رشته های حقوقی به شکل موثری تحت نظم درآید، از حقوق جزا و ضمانت اجرای کیفری استفاده کند.^{۶۰} بر این اساس وقتی فعل یا ترک فعلی از سوی قانونگذار جرم شناخته می شود، مبین این امر است که هنجار یا ارزشی که در اثر ارتکاب آن فعل یا ترک فعل نقص می شود از درجه اهمیت بالایی در آن جامعه برخوردار است به طوریکه ضمانت اجرای اخلاقی، انتظامی و مدنی می توان از آن ارزش ها را نداشت. به همین نسبت نوع و میزان مجازات نیز برحسب میزان اهمیت و ارزش و هنجار مورد حمایت تعیین می شود. به عبارتی به هر میزانی که هنجار مورد حمایت دارای اهمیت باشد به همان میزان مجازات شدیدتری برای مرتکب نقص آن تعیین می شود.

۳-۱-۱. تحلیل و بررسی عنصر قانونی تغییر کاربری غیر قانونی

چون جرم بسته به وجود یک متن قانونی است که مجازاتی برای آن پیش بینی کرده، روشن است که قانون یک عنصر ضروری است. بدون قانون، جنایت، جنحه و حتی خلاف وجود ندارد بدون وجود قانون جرمی واقع نخواهد شد. اصل قانونی بودن جرم و مجازات که در اصل ۳۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۲ قانون مجازات اسلامی متبلور است، در پایان قرن هیجدهم برای اجتناب از اقدامات دلبخواهی قضات اعلام شد.

در این راستا مرتکب بزه تغییر کاربری دارای خصوصیات است. کسی می تواند مرتکب بزه تغییر کاربری گردد که مالک یا متصرف اراضی زراعی و باغ های موضوع قانون حفظ کاربری باشد؛ لذا شخصی را که مالک یا متصرف ملک زراعی و باغ نیست، علیرغم ارتکاب عنصر مادی تغییر کاربری به اتهام تغییر کاربری نمی توان تحت تعقیب قرارداد. مقصود از

^{۵۹} - کلارکسون - همان، ص ۲۲۴.

^{۶۰} - همان، ص ۲۲۴.



متصرف کسی غیر از مالک است مثل مستاجر یا کسی که ملک امانتا در اختیار اوست، اما آیا بین متصرف قانونی و غیر قانونی از حیث شمول حکم قانون بر آن تفاوتی وجود دارد؟ به عبارتی اگر کسی اراضی زراعی و باغی را عدوانا تصرف کند و در آن مبادرت به تغییر کاربری نماید آیا می توان او را از این جهت که متصرف ملک بوده است به اتهام تغییر کاربری تحت تعقیب قرارداد؟ به نظر می رسد مقنن هر جا از واژه متصرفا استفاده می کند، متصرف قانونی را اراده می کند مگر آنکه بر خلاف آن تصریح کند. بر این اساس و در راستای تفسیر نصوص جزایی در جهت احراز نظر مقنن باید معتقد بود در چنین فرصتی متصرف عدوانی را نمی توان به عنوان تغییر کاربری تحت تعقیب قرارداد.

گاهی ممکن است مالک یا متصرف قانونی شخص دیگری را برای ایجاد تغییر کاربری در ملک تحت مالکیت یا تصرف خود بکار گمارد. در این فرض، با توجه به اینکه صدر ماده ۳ صحت دارد تنها کلیه مالکان یا متصرفان اگر مرتکب تغییر کاربری شوند به مجازات مقرر قانونی محکوم خواهند شد، حال که خود مالک عنصر مادی تغییر کاربری را مرتکب نمی شود و کسی که مرتکب عنصر مادی شده است، مالک یا متصرف ملک نیست چگونه می توان مقرر مذکور را اعمال کرد؟ در این فرض چند حالت قابل تصور است؟

— مالک به شخص مستخدم اعلام می کند و به او می باوراند که مجوز تغییر کاربری ملک را از مراجع قانونی اخذ کرده است و بر همین اساس مستخدم مرتکب عنصر مادی تغییر کاربری می شود. در حالی که در عالم واقع مالک چنین مجوزی را اخذ نکرده است. در این حالت و با توجه به اینکه عرفاً در این گونه موارد شخص مستخدم به ادعای مالک اعتماد می کند و از رؤیت مدارک رسمی مجوز تغییر کاربری خودداری می ورزد؛ لذا شخص مستخدم از یک سو به علت نداشتن عنصر روانی^{۶۱} و از سوی دیگر به علت مالک و متصرف نبودن قابل تغییر کیفی نیست. اما مالک یا متصرف که با اقدام خود، مستخدم را به حد یک وسیله فاقد آگاهی تبدیل کرده است می توان به عنوان مرتکب جرم تحت تعقیب قرارداد.

^{۶۱} - خواست ارتکاب فعل یا ترک فعلی مخالف نظر مقنن



مالک یا متصرف قانونی ملک به مستخدم اعلام می کند و به او می باوراند که هدف از عملیات اجرایی، احداث یکی از تاسیسات مذکور در تبصره ۴ ماده ۱ قانون حفظ کاربری (گلخانه، دامداری، مرغداری و...) که از شمول حکم ماده ۱ قانون مستثنی است، می باشد و بر همین اساس شخص مستخدم مبادرت به عملیات اجرایی منتهی به تغییر کاربری می کند. در اینجا نیز همچون حالت اول مستخدم و حالت نداشتن اراده ارتکاب به فعلی برخلاف نظر مقنن و مالک و متصرف نبودن قابل تعقیب نیست؛ اما ملاک چون از مستخدم در حد یک وسیله استفاده کرده است به نظر به عنوان مباشر قابل تعقیب می باشد.

مالک یا متصرف قانونی شخصی را برای ایجاد تغییر کاربری بکار می گمارد و مستخدم به دستور مالک یا متصرف و با علم به مجرمانه بودن تغییر کاربری، مبادرت به عملیات اجرایی منتهی به تغییر کاربری می کند. در این حالت چون مستخدم، مالک یا متصرف قانونی ملک نیست و اینکه برای ارتکاب بزه تغییر کاربری خصوصیت مرتکب یعنی مالک یا متصرف بودن، شرط است؛ لذا مستخدم را نمی توان به اتهام تغییر کاربری تحت تعقیب قرارداد.

البته یادآوری این نکته ضروری است که رویه قضایی تاکنون معترض این امر نشده است و در همه موارد با صرف نظر کردن از تعقیب مستخدم یا کارگر مباشر تغییر کاربری، مالک یا متصرف باغ یا مزرعه را تحت تعقیب قرارداد است. این امر می تواند یا به علت عدم ایراد از سوی متهمان و وکلای آنان باشد و یا به سبب اینکه محاکم، مالک یا متصرف را در هر حال، خواه خود مباشر یا مرتکب عنصر مادی تغییر کاربری شده باشد و خواه با استفاده از دیگری، مباشر معنوی بزه تغییر کاربری اراضی و باغ ها تلقی می کنند.

برای پاسخ گویی به این پرسش باید توجه داشت که در این فرض از یک سو مالک و متصرف ملک، عنصر مادی تغییر کاربری را مرتکب نشده است، نمی توان او را به عنوان مباشر تغییر کاربری تحت تعقیب قرارداد. از دیگر سو، کارگری که با علم به غیر مجاز بودن^{۶۲} تغییر

^{۶۲} - حتی اگر در عالم واقع کارگر استخدام شده فاقد علم به حکم جرم بودن تغییر کاربری باشد، از آن جا که ۱۵ روز پس از انتشار قانون فرض بر این است که همگان از آن آگاهی دارند، کارگر عالم فرض شود



کاربری مرتکب عنصر مادی بزه مذکور شده است، فاقد خصوصیات لازم برای مرتکب یعنی مالک و متصرف بودن است. همچنین با توجه به اینکه مستخدم را نمی توان به عنوان مباشر تغییر کاربری تحت تعقیب قرارداد، مالک یا متصرف استخدام کننده کارگر را هم نمی توان حتی به عنوان معاون در بزه تغییر کاربری از طریق تسهیل وقوع جرم یا تشویق مرتکب تحت تعقیب قرارداد، زیرا بزه معاونت در هر جرمی تابع و وابسته به جرم بودن عمل مباشر است. وقتی عمل مباشر - کارگر - به علت مالک نبودن جرم نباشد طبیعتاً عمل کسی که او را برای ارتکاب جرم یاری رسانده است، جرم نخواهد بود.

از سوی دیگر اگر قائل به این باشیم که مالک یا متصرف خواه مباشرتاً و خواه با واسطه مباشر دیگر مرتکب تغییر کاربری شود، مباشر فرض می شود اولاً: چگونه می توان بین این جرم و جرمی همچون تخریب و جرائمی از این دست قائل به تفاوت شد؟ چرا که اگر شخص دیگری را بکار گمارد و به او اعلام کند دیوار غیر را چون دشمن است تخریب کن و کارگر نیز چنین کند مسلماً کارگر را مباشر و کارفرما را معاون بزه تخریب محسوب خواهیم کرد.

لذا لازم بود مقنن در اصلاحات انجام شده در سال ۱۳۸۵ با حذف خصوصیت مرتکب بزه تغییر کاربری این امکان را فراهم می آورد تا هر کسی را که مرتکب بزه مذکور شد بتوان تحت تعقیب قرارداد. در صورت کاربرد واژه «هر کسی» بجای «مالکان یا متصرفان» این امکان پدید می آید که در صورت استفاده مالکان و متصرفان از دیگری در تغییر کاربری علاوه بر امکان تغییر مباشر، مالک یا متصرف را بتوان به اتهام معاونت در جرم مذکور تحت تعقیب قرارداد.

نکته دیگری که توجه به آن ضروری است این است که اگر شخصی غیر از مالک یا متصرف ملک، بدون اذن و اطلاع مالک مبادرت به تغییر کاربری باغ یا ملک مزروعی نماید یا با این تصور که ملاک ملک مزروعی یا باغ است از کمیسیون موضوع تبصره ۱ ماده ۱ قانون یا سازمان کشاورزی برای اجرای طرح های موضوع تبصره ۴ ماده ۱ قانون مجوز یا موافقتنامه



تغییر کاربری اخذ کند و در اجرای مجوز یا موافقتنامه مذکور مبادرت به تغییر کاربری ملک مزروعی یا باغ کند آیا تغییر کاربری مذکور دارای وصف کیفری است؟

با توجه به اینکه برای تحقق بزه تغییر کاربری خصوصیت مرتکب شرط است یعنی به موجب ماده ۳ قانون صرفاً مالک یا متصرف ملک می تواند مرتکب تغییر کاربری گردند چون شخصی که عنصر مادی تغییر کاربری را مرتکب شده است مالک یا متصرف ملک نیست؛ لذا اقدام وی گر چه منتهی به تغییر کاربری ملک شده است؛ اما فاقد وصف کیفری است. هر چند ممکن است با جمع بودن شرایط لازم تحت عناوین مجرمانه دیگر از جمله تخریب قابل تعقیب باشد. حتی در فرضی که با این تصور که مالک ملک است مبادرت به اخذ مجوز یا موافقتنامه تغییر کاربری می شود نیز چون واقعاً مالک یا متصرف قانون ملک محسوب نمی شود، نمی توان او را به اتهام تغییر کاربری تحت تعقیب قرارداد.

بدیهی است صرف صدور موافقت اصولی، جواز تاسیس و یا پروانه ساختمانی مجوز تغییر کاربری نیست بلکه متقاضی می تواند با تقدیم آن به کمیسیون موضوع تبصره ۱ ماده یک قانون حفظ کاربری درخواست صدور مجوز تغییر کاربری نماید:

بر این اساس صدور هر گونه مجوز از سازمان ها و ادارات، مجوز تغییر کاربری محسوب نمی شود بویژه آنکه به موجب ماده ۸ قانون حفظ کاربری «صدور هر گونه مجوز یا پروانه ساخت و تامین و واگذاری خدمات و تاسیسات زیر بنایی مانند آب، برق، گاز و تلفن از سوی دستگاه های ذیربط در اراضی زراعی و باغ ها موضوع ماده (۱) این قانون توسط وزارتخانه های جهاد کشاورزی، مسکن و شهرسازی، استانداری ها و شهرداری ها و سایر مراجع ذیربط صرفاً پس از تایید کمیسیون تبصره (۱) ماده (۱) این قانون مبنی بر ضرورت تغییر کاربری مجاز خواهد بود. . .» اما توجه به این امر ضروری است که صدور پروانه ساخت یا هر مجوزی که به مالک اجازه اقدامی عمرانی در ملک مزروعی یا باغ را می دهد، می توان باعث زوال عنصر روانی مرتکب شد؛ زیرا یکی از ارکان سه گانه ضروری برای تحقق هر جرمی، علاوه بر عنصر مادی و قانونی، عنصر روانی است. عنصر روانی جرم زمانی محقق می شود که مرتکب بخواهد



مرتکب فعلی بر خلاف نظر مقنن گردد؛ اما در فرضی که یک اداره دولتی به مالک اجازه ساخت بنایی در ملک مزروعی می دهد و به واسطه صدور این مجوز مالک فکر کند دیگر نیازی به اخذ مجوز تغییر کاربری نخواهد داشت، عنصر روانی وی زائل می شود و احداث بنا از سوی وی هر چند موجب تغییر کاربری ملک می گردد؛ اما واقعاً مرتکب نمی خواست مرتکب فعلی بر خلاف نظر مقنن گردد هر چند هر گاه دادگاه اثر صدور مجوز احداث بنا را موجب زوال عنصر روانی نداند می توان جرم را محقق بداند. آیا اخذ مجوز پس از تغییر کاربری تأثیری در جرم بودن عمل یا امکان تعقیب متهم دارد؟ به عبارتی دیگر هر گاه مالک یا متصرفی مبادرت به تغییر کاربری ملک زراعی یا باغ خود نماید سپس چه پس از طرح شکایت کیفری و چه قبل از آن، از کمیسیون موضع تبصره ۱ ماده ۱ درخواست صدور مجوز تغییر کاربری نماید و قبل از ختم رسیدگی و صدور رأی در مرجع قضایی یا در حین رسیدگی و یا حتی قبل از شروع تعقیب کیفری، مجوز تغییر کاربری برای همان ملک صادر شود آیا مالک یا متصرف مذکور به اتهام تغییر کاربری قابل تعقیب است؟

برای پاسخ گویی به این پرسش بدو باید توجه داشت که به نظر می رسد در این گونه موارد کمیسیون مربوط باید از پذیرش درخواست تغییر کاربری برای ملکی که قبلاً به نحو مجرمانه کاربری آن تغییر داده شده است خودداری ورزد؛ چرا که مجوز تغییر کاربری باید برای ملکی صادر شود که دارای کاربری زراعی و باغی است اما وقتی کاربری باغ یا زمین به طریق غیر رسمی تغییر داده شد، صدور مجوز برای تحصیل امر حاصل عملی لغو و البته مغایر قانون است. ضمن این که در بند ۲ از قسمت الف دستورالعمل نحوه و چگونگی دریافت تقاضا، تشکیل و تکمیل رونده و بررسی کارشناسی طرح درخواست در کمیسیون تبصره یک ماده یک ... مصوب سال ۱۳۸۶ تصریح شده است که قبل از طرح پرونده در کمیسیون مذکور ابتدا باید زراعی یا باغ بودن زمین موضوع درخواست تغییر کاربری توسط کارشناسان منتخب رئیس سازمان جهاد کشاورزی مورد بررسی قرار گیرد و چنانچه به موجب نظر کارشناسان منتخب، زمین مذکور غیر زراعی یا غیر باغی تشخیص داده شد مراتب



عدم شمول قانون حفظ کاربری و اصلاحیه آن از طریق دبیر خانه کمیسیون به مرجع استعلام کننده یا متقاضی اعلام می گردد.^{۶۳}

بر این اساس و با توجه به این که یکی از معیارهای تشخیص نوع کاربری زمین وضعیت موجود زمین است و این که در زمان پس از ایجاد تغییر در کاربری اراضی زراعی و باغی، کاربری زمین زراعی یا باغی نیست تا مشمول قانون حفظ کاربری گردد؛ لذا عدم شمول قانون حفظ کاربری و اصلاحیه آن از طریق دبیرخانه کمیسیون باید به مرجع استعلام کننده یا متقاضی اعلام گردد و اساساً نباید در کمیسیون طرح شود چه رسد به صدور مجوز تغییر کاربری، در حالی عملاً این امر از سوی کمیسیون های موضوع تبصره یک ماده یک صورت می پذیرد؛ اما در رویه قضایی در این باره چگونه استدلال می شود؟

در پاسخ به این پرسش برخی استدلال می کنند صدور مجوز تغییر کاربری حتی پس از وقوع تغییر کاربری مبین جرم نبودن عمل انتسابی است؛ زیرا تغییر کاربری اراضی زراعی و باغات بدون داشتن مجوز جرم است؛ اما در این فرض که مجوز ولو پس از وقوع تغییر کاربری صادر شده است. تغییر کاربری بدون مجوز مصداق نمی یابد، بلکه مجوز مذکور مبین این امر است که ملک موضوع مجوز قابلیت تغییر کاربری را دارا بوده است و صرف تاخیر در اخذ مجوز موجب مجرمانه محسوب شدن اقدامات مرتکب تغییر کاربری نمی باشد.

اما به نظر می رسد وقتی بزه تغییر کاربری مثل هر جرم دیگری واقع شد، با جمع بودن تمامی شرایط متهم باید تحت تعقیب قرار گیرد و صدور مجوز از وقوع جرم از سوی کمیسیون موضوع تبصره ۱ ماده ۱ تأثیری در جرمی که قبلاً واقع شده است، ندارد؛ اثر مجوز صادره صرفاً برای زمان بعد از صدور است نه قبل از آن، لذا در فرض مطروحه صدور مجوز تغییر کاربری پس از وقوع جرم تأثیری در جرم بودن عمل ارتكابی و قابلیت تعقیب متهم، ندارد و تالی فاسد عدم پذیرش این استدلال این است که تمامی مالکین و متصرفین که قصد تغییر کاربری دارند ابتدا مبادرت به اخذ مجوز که مستلزم پرداخت عوارض موضوع ماده ۲ است

^{۶۳} - تبصره بند ۲ دستورالعمل نحوه و چگونگی دریافت و تقاضا و ...

نمی کنند، بلکه راساً اقدام به تغییر کاربری می کنند، سپس پس از کشف جرم و این که خود را در معرض تعقیب و محکومیت کیفری دیدند، مبادرت به درخواست مجور می نمایند. ضمن این که جرم را می توان با جرایمی مثل رانندگی بدون داشتن گواهی نامه مجاز، مقایسه کرد که شخص قبل از اخذ گواهی نامه مبادرت به رانندگی کند. پس از آن که تحت تعقیب قرار گرفت اقدام به اخذ گواهی نامه می کند. مسلماً صدور گواهی نامه جدید مبین این است که دارنده آن از تاریخ صدور حق رانندگی دارد و اقدام وی قبل از صدور گواهی نامه دارای وصف کیفری بوده و قابل تعقیب و مجازات است؛ چون معیار برای تحقق جرم، زمان ارتکاب عمل است و افتراق زمانی بین عنصر مادی و روانی و قانونی در لحظه ارتکاب عمل وجود دارد؛ لذا جرم واقع شده است اما تصمیم کمیسیون می تواند در میزان مجازات مؤثر باشد و دادگاه مستند به آن مجازات خفیفی برای مرتکب تعیین کند.

پرسش دیگری که در اینجا مطرح می شود این است که هر گاه مالکی کاربری ملک خود را به نحو غیر مجاز تغییر دهد؛ اما پس از کشف جرم و تعقیب متهم و قبل از صدور رأی محکومیت، راساً به برچیدن آثار تغییر کاربری و اعاده وضع زمین به حالت قبل از تغییر کاربری مبادرت نماید آیا متهم قابل تعقیب خواهد بود؟

به نظر می رسد وقتی جرمی با تحقق تمامی ارکان واقع شود از بین بردن آثار جرم ارتكابی تاثیری در قابلیت متهم نخواهد داشت؛ «چرا که با حصول سبب تام، یعنی به پایان رسیدن تمامی مراحل ارتکاب عمل مجرمانه، دلیلی برای معاف دانستن مجرم از تحمل مجازات پیش بینی شده در قانون وجود ندارد»^{۶۴}؛ زیرا با وقوع جرم، متهم قابل تعقیب می گردد و منع با موقوفی تعقیب صرفاً در مواردی جایز است که مقنن به آن تصریح کرده باشد از جمله در موارد ۶ و ۱۷۷ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری و در سایر موارد دلیلی برای موقوف نمودن تعقیبی که وفق قانون شروع شده است وجود ندارد. هر چند

^{۶۴} - دکتر حسین امامی، میر محمد صادقی، جرایم علیه اموال و مالکیت، نظر میزان، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۶، صص ۲۷۶ و



دادگاه می تواند مستند به بند ۶ ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی به علت «اقدام یا کوشش متهم به منظور تخفیف اثرات جرم و جبران ناشی از آن» در مجازات متهم تخفیف دهد و یا مجازات مقرر را به مجازات از نوع دیگری تبدیل نماید.

۳-۱-۲. تحلیل و بررسی عنصر مادی و عنصر قانونی تغییر کاربری غیر قانونی

یکی از ارکان متشکله هر جرمی، رکن مادی آن است. «مجرم باید مبادرت به فعل یا ترک فعلی کند که ملموس، محسوس و عینی بوده و در قانون عنوان مجرمانه داشته باشد. به عبارت دیگر کافی نیست که رفتار مجرمانه تنها توسط قانون نهی شود، بلکه وجود یک تظاهر خارجی عملی ناشی از قصد مجرمانه یا خطای جزایی توسط فاعل که جرم به وسیله آن آشکار می شود برای تحقق فعل مجرمانه و مجازات فاعل، شریک یا معاون لازم است»^{۶۵}.

بر خلاف اخلاق که وجدان را بررسی کرده افکار بد و نیت گناهکار را مجازات می کند، حقوق جزا که جامعه را حمایت می کند افکار و نیت ساده بزهکار و حتی تصمیم ارتکاب یک جرم را مجازات نمیکند؛ زیرا اینها نظم اجتماعی را به هم نمی زنند. حقوق جزا اینها را وقتی مجازات می کند که به صورت یک واقعه و یا مظهر یک اراده ظاهر شوند. واقعه یا مظهر یک اراده که در خارج واقع شده و قصد بزهکار یا تقصیر جزایی مرتکب را آشکار می کند، عنصر مادی جرم را تشکیل می دهد»^{۶۶}.

تحقق جرم هر چند منوط به انجام دادن عملی است که قانونگذار آن را منع کرده و یا امتناع از عملی است که به آن تکلیف کرده است ولی آثار زیانبار یا نتیجه ای که از این عمل حادث می شود در تحقق جرم شرط نیست. بر این اساس، قصد باطنی زمانی قابل مجازات است که تظاهر خارجی آن به صورت عملی مغایر با اوامر و نواهی قانونگذار آشکار شود»^{۶۷}.

^{۶۵} - دکتر رضا نوربها، زمینه حقوق جزای عمومی، انتشارات گنج دانش، ص ۱۸۲

^{۶۶} - دکتر حسن ادیبان، همان، ص ۳۱۰

^{۶۷} - دکتر محمد علی اردبیلی، حقوق جزای عمومی، نشر میزان، جلد اول، ص ۲۰۸

عنصر مادی و ضروری جرم می تواند فعل باشد یا ترک فعل، گفتار یا نوشتار یا حتی ژست و حالت، اما اصل بر آن است که ارتکاب جرم فعل می خواهد و استثنائاً ترک فعل، رفتار، گفتار، هم می توانند جرم باشند و معمولاً اکثر جرایم با فعل مثبت مادی اتفاق می افتد.

فعل عبارت است از نقض نهی قانونگذار. اصل بر این است که تمامی اعمال مباح هستند مگر آن چه که ممنوع شده باشند؛ پس حکم قانون جزا، به صورت نهی در می آید و نقض نهی احتیاج به فعل دارد. بر این اساس وقتی مقنن در ماده یک قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها مقرر می دارد: « به منظور حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها و تداوم و بهره وری آنها از تاریخ تصویب این قانون، تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ ها در خارج از محدوده قانونی شهرک و شهر ها جز در موارد ضروری ممنوع می باشد ... » لذا؛ نقض نهی از تغییر کاربری، نیازمند فاعل است. اما نکته قابل توجه دیگر این است که مسلماً بین واژه « تغییر » و « از بین بردن » یا « تخریب » تفاوت وجود دارد و هر یک از بار معنایی متفاوتی برخوردار هستند. از این رو نمی توان آنها را به جای یکدیگر به کار بست؛ زیرا مراد از تغییر تبدیل یک وضعیت به وضعیت دیگر است. در حالی که مراد از تخریب یا از بین بردن نابود شدن وضعیت موجود است بدون آن که الزاماً وضعیت جدیدی حادث شود؛ اما مقنن به هنگام تدوین قانون حفظ کاربری به این نکته نگارشی توجه نکرده است. نتیجه گزینش واژه تغییر کاربری این است که زمانی می توان تغییر کاربری را محقق دانست که کاربری ملک از یک کاربری به کاربری دیگر تغییر کند و تا زمانی که پیش از، از بین بردن کاربری زراعی یا باغ، کاربری جدیدی در ملک ایجاد نشود، نمی توان بزه تغییر کاربری را محقق دانست. در واقع در این حالت بزه تغییر کاربری دارای عنصر مادی مرکب است که با وقوع دو فعال مثبت مادی، از بین بردن کاربری سابق و ایجاد کاربری جدید محقق می شود. گر چه با ترک فعل مثل عدم آبیاری می توان کاربری اولیه را از بین برد؛ اما نمی توان کاربری جدیدی ایجاد کرد.



این در حالی است که به نظر می‌رسد با توجه به مصادیقی که در ماده ۱۰ قانون ۶۸ از تغییر کاربری آمده است و آنچه در بند «د» از ماده یک آیین نامه اجرایی در تعریف تغییر کاربری بیان شده است و شرایطی که در ماده یک دستورالعمل تعیین مصادیق تغییر کاربری ذکر شده است، به این نتیجه می‌رسیم که در نظر مقنن مراد از تغییر کاربری، صرف از بین رفتن کاربری باغ و مزرعه است نه تغییر آن. بر این اساس هر که مانع از بهره برداری و استمرار کشاورزی در اراضی زراعی و باغی شود، تغییر کاربری محسوب می‌شود.

آیا با ترک فعل، تغییر کاربری محقق می‌شود؟ مثلاً هر گاه شخصی باغ خود را آبیاری نکند یا از بکار بردن سموم دفع آفات نباتی خود داری کند تا در اثر آفات و بیماری‌ها درختان باغی از بین بروند و از ورود آب آلوده به مواد شیمیایی که بدون اراده مالک به سمت باغ یا ملک مزروعی وی جریان یافته است. علیرغم وجود امکان جلوگیری بعمل نیاورد و در نتیجه باغ یا مزرعه قابلیت کشت و زرع را از دست بدهد، آیا مالک مذکور مرتکب عنصر مادی تغییر کاربری شده است؟ همان گونه که گفته شده، اصل بر این است که ارتکاب هر جرمی نیازمند فعل است و به عبارتی اغلب اوقات عنصر مادی جرم عبارت است از یک عمل مثبت و آن انجام دادن چیزی است که قانون منع کرده است. گرچه ممکن است نتیجه ای که عموماً بر اثر یک عمل مثبت بدست می‌آید بعضی اوقات از خودداری ساده ناشی شود؛ اما تنها در موردی که قانون صریحاً پیش بینی نماید خودداری ممکن است ارزش ارتکاب داشته و

۶۸ - ماده ۱۰ - قانون حفظ کاربری: هر گونه تغییر کاربری در قالب ایجاد بنا، برداشتن یا افزایش شن و ماسه و سایر اقداماتی که بنا به تشخیص وزارت جهاد کشاورزی تغییر کاربری محسوب می‌گردد چنانچه به طور غیر مجاز و بدون اخذ مجوز از کمیسیون موضوع تبصره (۱) ماده (۱) این قانون صورت پذیرد جرم بوده و ماموران جهاد کشاورزی محل مکلف اند نسبت به توقف عملیات اقدام و مراتب را به اداره متبوع جهت انعکاس به مراجع قضایی اعلام نمایند.

تبصره ۱: چنانچه مرتکب پس از اعلام جهاد کشاورزی به اقدامات خود ادامه دهد نیروی انتظامی موظف است بنا به درخواست جهاد کشاورزی از ادامه عملیات مرتکب جلوگیری نماید.

تبصره ۲: ماموران جهاد کشاورزی موظفند با حضور نماینده دادسرا و در نقاطی که دادسرا نباشد با حضور نماینده دادگاه محل ضمن تنظیم صورت مجلس راساً نسبت به قلع و قمع بنا و مستحذات اقدام و وضعیت زمین را به حال اولیه اعاده نمایند

مرتکب را در برابر خطر مجازاتی که برای جرم ارتکاب تعیین شده است قرار دهد.^{۶۹} مگر در مواردی که حکم قانونگذار جزایی به صورت امر باشد که در این صورت نقض آن نیازمند ترک فعل است. بر این اساس چون در قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها مالکان و متصرفان بر حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها مکلف نشده اند؛ لذا با ترک فعل، بزه تغییر کاربری محقق نخواهد شد؛ چرا که بیان مقنن صرفاً به صورت نهی آمده است یعنی تغییر کاربری نهی شده است. در نتیجه صرفاً با فعل مثبت مادی بزه تغییر کاربری قابل تحقق خواهد بود. بر این اساس هر گاه فردی با ترک فعل موجب تغییر کاربری باغ یا مزرعه شود مرتکب بزه تغییر کاربری نشده است.

۳-۱-۳. تحلیل و بررسی عنصر روانی تغییر کاربری غیر قانونی

برای این که از نظر قضایی جرمی واقع شود صرفاً ارتکاب یک عمل مادی (عنصر مادی) که از طرف قانونگذار پیش بینی و برای مرتکب مجازات تعیین شده باشد، کافی نیست. بلکه باید این عمل مادی، اثر اراده مرتکب آن باشد. این ارتباط میان عمل و مرتکب، عنصر اخلاقی جرم را نشان می دهد. عنصر اخلاقی باید به عنصر مادی پیوندد. (باید قبل، بعد یا مقارن عنصر مادی ظاهر شوند) تا جرم واقع گردد.^{۷۰} به عبارتی «عنصر معنوی یعنی تعلق اراده یک فرد به یک فعل^{۷۱}». از آنجا که اصل بر عمدی بودن جرایم است، مگر این که در قانون برخلاف آن تصریح شده باشد و چون در قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها بر غیر عمدی بودن جرم تغییر کاربری تصریح نشده است؛ لذا تغییر کاربری جرمی عمدی است. بر این اساس زمان ارتکاب عنصر مادی از سوی مالک یا متصرف مزرعه یا باغ، بزه تغییر کاربری محسوب می شود که قبل یا مقارن ارتکاب عنصر مادی، مرتکب قصد ارتکاب آن فعل را هم داشته باشد. در نتیجه هر گاه مالک در حال خواب اقدام به عنصر مادی تغییر کاربری کند و یا به

^{۶۹} - دکتر حسن دادبان- همان ، صص ۳۱۲، ۳۱۱، ۳۱۰.

^{۷۰} - همان ، ص ۳۵۰.

^{۷۱} - دکتر علی آزمایش ، تقریرات درس حقوق جزای عمومی



واسطه اجباری که عادتاً قابل تحمل نباشد، مرتکب آن شود، به علت فقدان عنصر روانی، عمل ارتكابی فاقد وصف کیفری خواهد بود.

همچنین هرگاه مالک یا متصرف ملک مزروعی یا باغ مجنون باشد یا به تغییر ماده ۱۴۹ قانون مجازات اسلامی دچار اختلال روانی بوده به نحوی که فاقد اراده یا قوه تمیز باشد و در حال جنون مرتکب عنصر مادی تغییر کاربری گردد، چون شخص مجنون فاقد اراده است و به موجب ماده ۵۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ « هر گاه مرتکب در زمان ارتکاب جرم دچار اختلال روانی بوده به نحوی که فاقد اراده یا قوه تمیز باشد مجنون محسوب می شود و مسئولیت کیفری ندارد ». مرتکب قابل تعقیب نمی باشد.

مقتن فقط اثر ضد اجتماعی یک عمل ارادی را مجازات می کند. اگر اراده وجود نداشته باشد مثلاً در مورد قوه قاهره جرمی واقع نمی شود. به عبارتی جرمی تحقق نمی یابد و در نتیجه قابل مجازات نیست، مگر اینکه مرتکب اراده یا شعور نقض قانون جزا را داشته باشد^{۷۲}. قصد یا سوء نیت جزایی، عنصر اخلاقی جنایت ها، جنبه ها و اساساً برخی از خلاف ها است^{۷۳}.

از نظر لغوی قصد عبارت است از اراده که به طرف منظوری، متمایل می شود. این یک اراده هدایت شده است^{۷۴}. گر چه در حقوق جزا از قصد جزایی به سوء نیت هم تعبیر می شود، اما مراد از سوء نیت، نیت قصد پلید و شیطانی نیست» در حقوق جزا قصد یا سوء نیت جزایی عبارت است از اراده ای که عامداً به طرف منشوری متمایل می شود که از طرف قانون منع شده است^{۷۵}. و به بیانی دیگر قصد مجرمانه را می توان میل و خواستن قطعی و منجز به انجام عمل یا ترک عملی دانست که قانون آن را نهی کرده است^{۷۶}.

۷۲ - همان

۷۳ - دکتر حسن دادبان ، همان ، ص ۳۵۴.

۷۴ - همان ، ص ۳۵۶.

۷۵ - همان ، ص ۳۵۴.

۷۶ - دکتر رضا نوبها ، همان ، ص ۱۹۷



بنا به عقیده امیل گارسون و اغلب علمای حقوق جزای کلاسیک، قصد جزایی عبارت است از علم یا شعور مرتکب به این که عمل نامشروعی را انجام می دهد و به عبارت کاملتر و دقیق تر (برای اینکه قصد وجود داشته باشد علم کافی نبوده و خواستن لازم است) قصد جزایی عبارت است از اراده انجام عملی که می دانیم قانون جزا منع کرده است و یا اراده خود داری از انجام عملی که می دانیم قانون امر داده است^{۷۷}. جرایم عمدی جرایمی هستند که مجرم با قصد منجز مجرمانه یعنی با تمایل و خواستن انجام عملی که قانون آن را منع کرده است یا ترک فعلی که به موجب قانون ممنوع شده بدان مبادرت می ورزد. قصد مجرمانه را گاه قانون یا عناوینی مانند عالماً، عامداً با قصد تخلف مشخص می کند؛ اما اغلب چنین نیست که قانون از این عناوین استفاده کند بلکه باید با توجه به منطوق و گاه مفهوم قانون به این قصد پی برد.

در ماده ۳ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها که تغییر کاربری بدون مجوز و غیر مجاز اراضی زراعی و باغ ها را جرم انگاشته است، واژه ای که قصد مجرمانه را مشخص کند به کاربرده نشده است؛ اما منطوق و مفهوم قانون مثبت این امر است که جرم تغییر کاربری جرمی عمدی است و با خطا محقق نخواهد شد، لذا هر گاه کسی در اثر « اندیشه نکردن » مرتکب عنصر مادی تغییر کاربری گردد؛ چون فاقد قصد مجرمانه است عمل وی فاقد وصف کیفری خواهد بود. مع الوصف برخی از محاکم هنوز برداشت متفاوتی از سوءنیت دارند و صرف « اراده انجام عملی و ترک فعلی که قانونگذار آن را جرم دانسته است را برای تحقق سوءنیت یا عنصر روانی جرم کافی نمی دانند » و لازمه تحقق جرایم و از جمله جرم تغییر کاربری را وجود قصد پلید و شر می دانند.

۳-۲. جایگاه جهل به قانون افراد در این راستا و تغییر غیر قانونی

برای تحقق بزه تغییر کاربری آیا لازم است مرتکب عنصر مادی، علم به جرم بودن تغییر کاربری داشته باشد یا به عبارتی آیا جهل به قانون رافع مسئولیت کیفری مرتکب است؟ امیل گارسون و اغلب علمای حقوق جزای کلاسیک که مورد پذیرش اکثر قانونگذاران قرار گرفته

^{۷۷} - دکتر حسن دادبان، همان، صص ۵ و ۳۵۴.



است، بنا بر قاعده **nemo censetur ignorare legem** و فرض علم مردم به قوانین که به یکایک ما تحمیل می شود، معتقد است برای اثبات قصد جزایی لازم نیست که آگاهی مرتکب به قانون جزایی اثبات شود، بلکه باید فقط اراده او به ارتکاب عملی که به او نسبت داده شده ثابت شود.^{۷۸} بر این اساس جاهل بودن نسبت به مفاد قانون حفظ کاربری نمی تواند رافع مسئولیت کیفری مرتکب باشد؛ چرا که فرض قانونگذار این است که پس از تصویب و انتشار قوانین تمامی افراد از مفاد قانون اطلاع کامل دارند. نظر به این که اشتباه موضوعی در جرایم عمدی باعث می شود که عمد از بین برود و عمل عمدی به غیر عمد تبدیل شود؛ لذا اگر چه اشتباه موضوعی رافع مسئولیت کیفری نیست؛ اما چون موجب زوال عمد می گردد و اینکه سوء نیت یکی از ارکان تشکیل دهنده وقوع جرائم عمدی است مرتکب می تواند به علت نداشتن سوء نیت تبرئه شود. به عبارت دیگر هر گاه مرتکب با علم به جرم بودن تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ ها، نداند که زمینی که کاربری آن را تغییر داده است باغ یا مزرعه محسوب می شود یا اینکه نداند ملکی که در آن عملیات تغییر کاربری انجام می دهد خارج از محدوده قانونی شهر و شهرک ها قرار دارد سوء نیت وی زائل می شود. در این حالت براءت متهم نه به سبب پذیرش و اثر بخش بودن جهل به قانون است بلکه جهل مرتکب به موضوع موجب تغییر ماهیت جرم از عمدی به غیر عمدی می گردد.

۳-۳. جایگاه سوء نیت و انگیزه افراد از تغییر غیر قانونی کاربری اراضی

داشتن سوء نیت یعنی عزم ارتکاب فعلی که قانونگذار آن را منع کرده است، همیشه به تنهایی کافی نیست. گاه قانونگذار وجود جرم را منوط به داشتن قصد مشخص و صریحی کرده که فاعل برای تحقق آن کوشیده است. بزه تغییر کاربری جرمی مقید است. یعنی صرف ارتکاب عنصر مادی موجب تحقق آن نمی شود بلکه در نتیجه ارتکاب عنصر مادی خاصی جرم شناخته نشده است بلکه هر گاه ارتکاب عناصر مادی همچون برداشتن شن و ... منتج به تغییر کاربری ملک شود، جرم محسوب می شود. اما برای تحقق جرم تغییر کاربری وجود سوء نیت خاص



حصول نتیجه مجرمانه - تغییر کاربری شرط تحقق جرم نیست؛ هر گاه شخص، اقدام به ارتکاب عنصر مادی منتهی به تغییر کاربری کند در حالی که قصد انجام فعل را داشته اما حصول نتیجه آن فعل را اراده نکرده باشد، متهم به ارتکاب بزه تغییر کاربری خواهد بود و اراده نکرده حصول نتیجه تأثیری در تحقق جرم مذکور ندارد. اما «داشتن سوءنیت یعنی عزم ارتکاب فعلی که قانونگذار آن را منع کرده است، همیشه به تنهایی کافی نیست، گاه قانونگذار وجود جرم را منوط به داشتن قصد مشخص و صریحی کرده که فاعل برای تحقق آن کوشیده است.»

از آنجا که جرم تغییر کاربری جرمی مقید است، مسلماً تحقق آن منوط به وجود سوءنیت خاص است یعنی مرتکب باید بخواهد در اثر ارتکاب فعل وی، کاربری ملک زراعی یا باغ تغییر کند.

هر گاه برای تحقق جرمی وجود سوءنیت خاص لازم باشد، در صورت نبود سوءنیت خاص رکن روانی که یکی از ارکان سه گانه است، محقق نشده و در نتیجه جرم محقق نمی گردد؛ لذا نمی توان از یک سو اعتقاد داشت که جرم واقع شده است و از سوی دیگر به علت عدم تحقق جرم حکم برائت صادر نمود.

انگیزه یا محرک با قصد و اراده متفاوت است. انگیزه ارتکاب جرم به نحو یا احساساتی که موجب ارتکاب عمل شده و یا علت محرکه و تامه است^{۷۹} گفته می شود.

اصل این است که «محرک در تحقق جرم اثر ندارد. اصولاً در جرایم عمدی از لحظه وجود قصد جزایی، جرم واقع می شود، بدون توجه به محرک. با این حال در برخی موارد انگیزه ارتکاب جرم می تواند عملی را که بوسیله عناصر خارجی اش در طبیعت یک جرم شرکت می کند، شروع نماید و بر عکس عملی را نامشروع کند. در حالی که در صورت نبودن آن محرک، جرم تلقی نمی شد»^{۸۰}. در ماده ۶۶۴ قانون تعزیرات اسلامی^{۸۱} مقفّن ساختن

^{۷۹} - همان، ص ۳۵۶.

^{۸۰} - همان، ص ۳۵۶ و ۳۵۷.



کلید یا تغییر آن و ساخت یا تهیه هر نوع وسیله را برای ارتکاب جرم، جرم دانسته است. به موجب این ماده صرف ساختن کلید یا ایجاد تغییر در کلیدی که قبلاً ساخته شده است جرم نیست اما اگر انگیزه ساخت کلید یا ایجاد تغییر در آن ارتکاب جرم باشد وصف کیفری پیدا می کند؛ پس برای تحقق این جرم انگیزه مؤثر در جرم بودن یا نبودن عمل است؛ اما آیا در تحقق بزه تغییر کاربری انگیزه مؤثر است؟

۳-۴. مجازات به عنوان یک عامل مؤثر در پیشگیری از تغییر کاربری غیر

قانونی

۳-۴-۱. انواع مجازات در این رابطه

هنگامی که جرم یعنی رفتاری ضد اجتماعی ارتکاب می یابد، حاکمیت عمومی وظیفه دارند با توسل به شیوه های مناسب و مؤثر ضمن پیش گیری از وقوع و تکرار جرم در آینده، لزوم احترام به احکام و دستورهای خود را بار دیگر به شهروندان گوشزد کنند. هشدار مقامات به حفظ نظم عمومی و مراعات حقوق جامعه بیان گوناگونی دارد که صورت مؤکد آن اجرای مجازات است.^{۸۲} دورکیم عقیده دارد جرم فعلی است که حالات قوی و مشخص وجدان جمعی را مورد تعرض قراردهد. وجدان عمومی مظهر عالی ترین احساسات و اندیشه ها همانند یکایک اعضای جامعه و علت لقاء و دوام آن است. هنگامی که احساسات جمعی با ارتکاب جرم جریحه دار می شود جامعه در برابر آن از خود واکنش نشان می دهد که نشانه تنفر و انزجار عمومی است. این واکنش همچون نیرویی که جرم را واپس می داند، نتیجه اساسی ترین همانند های اجتماعی است و اثرش این است که پیوستگی اجتماعی ناشی از این همانندی ها را حفظ کند.

^{۸۱} - ماده ۶۶۴ قانون تعزیرات اسلامی: هر کس عملاً عامداً برای ارتکاب جرم اقدام به ساخت کلید یا تغییر آن نماید یا هر نوع وسیله ایی برای ارتکاب جرم بسازد یا تهیه کنند به حبس از سه ماه تا یک سال (و تا ۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد.

^{۸۲} - دکتر محمد علی ادرییلی، همان، جلد دوم، ص ۱۱۷



رنج و آزار که ذات اصلی مجازات ها است، همواره حقی از حقوق بزهکار را نشانه می رود. گاه تمامیت جسمانی و یا آزادی رفت و آمد بزهکار در معرض تضعیبات اجرای مجازات هاست و گاه حقوق مالی و اجتماعی او. شدت وضعف مجازات ها هم عموماً بر مبنای و بر حسب میزان مشقتی است که به مجرم تحمیل می شود، محاسبه می شود. بر این اساس مجازات ها را می توان به مجازات های بدنی، مجازات های سالب و محدود کننده آزادی، مجازات های مالی، مجازات های ممنوعیت از اشتغال به کسب یا شغل یا حرفه و مجازات های سالب حق، مجازات های سالب حیثیت و مجازات های محرومیت از خدمات عمومی تقسیم کرد.^{۸۳}

قانون حفظ کاربری اراضی زراعی مصوب سال ۱۳۷۴ و اصلاحی سال ۱۳۸۵ ضمانت اجرایی را برای بزه تغییر کاربری تعیین کرده اند. در قانون مصوب سال ۱۳۷۴ الزام به پرداخت عوارض موضوع ماده ۲، جزای نقدی تا سه برابر بهای اراضی زراعی و باغ ها به قیمت روز زمین و کاربری جدید و در مورد تکرار جرم علاوه بر مجازات های مذکور حبس از یک تا شش ماه تعیین شده بود.

در قانون اصلاحی سال ۱۳۷۴ الزام به پرداخت عوارض موضوع ماده ۲ قانون از عداد ضمانت اجرای بزه تغییر کاربری حذف و قلع و قمع بنای احداثی جانشین آن شده است. جزای نقدی یکی از انواع مجازات هایی است که تحت عنوان کلی مجازات های بازدارنده قرار می گیرد.^{۸۴}

« جزای نقدی تا سه برابر بهای اراضی و باغ ها به قیمت روز زمین با کاربری جدید » مجازاتی است که در قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها مصوب سال ۱۳۷۴ و اصلاحی سال ۱۳۸۵ برای مرتکب بزه تغییر کاربری تعیین شده است. با توجه به اینکه معمولاً در نتیجه تغییر

^{۸۳} - دکتر محمد علی اردبیلی، همان، ص ۱۵۸

^{۸۴} - ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی: « مجازات بازدارنده، تأدیب یا عقوبتی است که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماع در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی تعیین می گردد، از قبیل حبس، جزای نقدی، ... »



کاربری قیمت ملک افزایش پیدا می کند، قانونگذار با علم این موضوع مقرر داشته است در تعیین جزای نقدی، قیمت ملک پس از تغییر کاربری مورد لحاظ قرار گیرد. همچنین با توجه به نوسانات قیمت املاک که معمولاً رو به تزاید است و اینکه بین زمان وقوع تغییر کاربری و زمان صدور حکم قطعی، مدت زمان زیادی فاصله می شود، قیمت زمان صدور حکم باید مورد توجه دادگاه قرار گیرد و قیمت زمان تغییر کاربری ملاک محاسبه نمی باشد. در نهایت با توجه به اینکه اختیار تعیین میزان مجازات با دادگاه رسیدگی کننده به پرونده است لذا دادگاه با توجه به اوضاع و احوال پرونده، وضعیت ملک و شرایط شخص مجرم می تواند از ۱ تا سه برابر قیمت روز ملک را به عنوان جزای نقدی تعیین کند.

۳-۴-۲. الزام به پرداخت عوارض

به موجب ماده ۳ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها مصوب سال ۱۳۷۴ هر گاه شخصی مرتکب تغییر کاربری ملک مزروعی یا باغ می شد به پرداخت عوارض موضوع ماده ۲ قانون که معادل هشتاد درصد قیمت روز ملک با کاربری جدید بود، محکوم می شد.

در خصوص الزام به پرداخت عوارض توجه به چند نکته ضروری است: زمانی باید حکم به الزام به پرداخت عوارض صادر گردد که قانون سال ۱۳۷۴ حاکم باشد؛ لذا در مواردی که قانون اصلاحی مصوب سال ۱۳۸۵ لازم الاجرا باشد نمی توان حکم به پرداخت عوارض صادر کرد؛ اما در مواردی که دادگاه به قانون مصوب سال ۱۳۷۴ استناد می کند الزاماً باید حکم به پرداخت عوارض صادر کنند؛ اما برخی از محاکم بر خلاف این امر عمل می کنند.

ماهیت حقوقی عوارض چیست؟ آیا دارای ماهیت مدنی است یا دارای ماهیت کیفری بوده و مجازات محسوب می شود؟

پاسخگویی به این پرسش دارای آثار عملی زیادی است. زیرا موجب حل پرسش های دیگری می شود که در ارتباط با حکم به الزام به پرداخت عوارض مطرح می شود. پرسش هایی همانند اینکه آیا حکم به الزام به پرداخت عوارض مشمول مرور زمان اجرای مجازات



می شود؟ اینکه آیا دعوی اعسار از پرداخت عوارض مذکور قابل استماع است؟ هر گاه محکوم علیه از پرداخت عوارض موضوع حکم خودداری ورزد آیا می توان تا زمان پرداخت او را بازداشت کرد و اگر بازداشت شد آیا به میزان بازداشت روزانه مبلغ سیصد هزار ریال از کل مبلغ کسر می شود؟

نهایتاً آیا دادگاه می تواند مستند به ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ میزان عوارض را تحفیف دهد؟

در پاسخ به این پرسش دو نظر ارائه شده است. عده ای عقیده دارند عوارض، دارای ماهیت حقوقی است. چه مستند به ماده ۲ قانون حفظ کاربری تعیین شود و چه مستند به ماده ۳ قانون و تغییر ماده استنادی و درج آن در ضمن ماده ۳ قانون موجب تغییر ماهیت آن نمی شود، بویژه آنکه عوارض در اجرای ماده ۲ قانون باید تعیین شود. مسلماً هیچ کس عوارض موضوع ماده ۲ را جزای نقدی نمی داند. اگر چه به حساب خزانه واریز می شود؛ زیرا به موجب اصل ۳۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران حکم به هر مجازات باید بوسیله دادگاه های صالح باشد در حالی که به موجب ماده ۲ مذکور « نحوه تقویم ارزش اراضی موضوع این قانون توسط وزارت امور اقتصادی و دارایی تعیین و به تصویب هیات وزیران خواهد رسید. » ضمن این نکته هیچ یک از ویژگی های مجازات ها را ندارد. حال درج « الزام به پرداخت عوارض ماده ۲ در ضمن ماده ۳ که در مقام بیان مجازات ها بوده است موجب تغییر ماهیت حقوقی در آن از ضمانت اجرای حقوقی به کیفری نمی شود. کما اینکه به موجب ماده ۱ قانون تشدید مجازات به مرتکبین اختلاس، ارتشاع، و کلاهبرداری دادگاه موظف است محکوم علیه را علاوه بر جزای نقدی و حبس به رد مال نیز محکوم نماید که این امر موجب تغییر ماهیت حقوقی رد مال از مدنی به مجازات نمی شود.

بویژه آنکه در جهت احراز نظر مقنن تأمل و تدبر در نحوه نگارش ماده ۳ قانون ما را به این نتیجه رهنمون می سازد که قانونگذار در ماده ۳ نیز نظر به ماهیت مدنی عوارض داشته است؛ زیرا اولاً: در این ماده آمده است: «علاوه بر الزام به پرداخت عوارض موضوع ماده ۲ به



پرداخت جزای نقدی ...» بدیهی است اگر قانونگذار عوارض را مجازات و به عبارتی جزای نقدی می داندست نمی بایست بعد از الزام به پرداخت عوارض از عبارت « به پرداخت جزای نقدی ...» استفاده می نمود؛ زیرا در این صورت حشو قبیح حاصل می آمد.

ترکیب جزای نقدی پس از عوارض نشانگر مرزبندی مقنن بین عوارض و جزای نقدی است و مقنن به این وسیله صریحاً اعلام می کند عوارض جزای نقدی محسوب نمی شود. مجازات دارای ویژگی های منحصر بفردی است که آن را از ضمانت اجرای مدنی و انتظامی جدا می سازد. این ویژگی ها عبارتند از رنج آوری، رسوا کنندگی، معین و قطعی بودن.

ثانیاً: انتخاب ترکیب «عوارض ماده ۲» در ماده ۳ نیز مبین تغییر ماهیت نیافتن عوارض موضوع ماده ۳ است؛ زیرا اگر مقنن بجای این عبارت، از عبارت « الزام به پرداخت هشتاد درصد قیمت روز اراضی و باغ ها با احتساب ارزش زمین پس از تغییر کاربری» استفاده می نمود، می توانستیم به انفکاک ماهیتی جزای نقدی و عوارض قائل شویم، در حالی که مقنن در ماده ۳ به صراحت به « عوارض ماده ۲» اشاره کرده است که در این حالت دقیقاً ماهیت حقوقی عوارض نیز از « عوارض موضوع ماده ۲» وام گرفته شده است. بر این اساس چون عوارض دارای ماهیت حقوقی است نتایج زیر از آن حاصل می شود:

دعوی اعسار از پرداخت عوارض مسموع است. در حالی که اگر ماهیت آن مجازات می بود چون دعوی اعسار از جزای نقدی مسموع نمی باشد، دعوی می بایست رد شود و ماده ۱ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی اجرا شود.

چون عوارض دارای ماهیت مدنی است و به عبارت دیگر مجازات محسوب نمی شود و اینکه مقررات مربوط به مرور زمان اجرای مجازات، صرفاً مجازات های بازدارنده و اقدامات تامینی و تربیتی را شامل می شود و محکومیت های مالی مشمول مرور زمان نمی شوند.

لذا عوارض مشمول مرور زمان اجرای مجازات نمی شود و هر مدتی از زمان صدور حکم قطعی مبنی بر محکومیت محکوم علیه به پرداخت آن بگذرد، اجرای آن موقوف نمی شود.



اگر محکوم علیه از پرداخت عوارض موضوع حکم خودداری ورزد، چون حکم به محسوب می شود و دارای ماهیت مدنی است در اجرای ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی دادگاه او را الزام به تادیه نموده و چنانچه مالی از او در دسترس باشد آن را ضبط و به میزان محکومیت از مال ضبط شده استیفا می نماید در غیر این صورت بنا به تقاضای محکوم به ممتنع در صورتی که معسر باشد تا زمان تادیه حبس خواهد کرد. در حالی که اگر عوارض موضوع ماده ۳ دارای ماهیت کیفری باشد مشمول ماده ۱ قانون مذکور خواهد بود که در آن مقرر شده است: «هر کس به موجب حکم دادگاه در امر جزایی به پرداخت جزای نقدی محکوم گردد و آن را نپردازد و یا مالی غیر از مستثنیات دین از او بدست نیاید به دستور قاضی صادر کننده حکم به ازای هر یکصد هزار ریال یا کسر آن یک روز^{۸۵} بازداشت می گردد». بدیهی است در این صورت به ازای هر روز مبلغ سیصد هزار ریال از کل مبلغ عوارض کسر خواهد شد. در واقع مقنن در ماده ۱ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی، مجازات نقدی را به حبس که به نوعی مساعد تر به حال محکوم علیه بوده تبدیل نموده است؛ اما عوارض که دارای جنبه مدنی است مجازات نیست تا قابلیت تبدیل به نوع دیگری را داشته باشد و اساساً دادگاه مجاز به تغییر محکوم به مالی نمی باشد.

با توجه به اینکه عوارض مجازات محسوب نمی شود و نظر به اینکه ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی^{۸۶} به دادگاه اجازه داده است که صرفاً «مجازات تعزیری» و تخفیف دهد. لذا دادگاه

^{۸۵} - مبلغ مذکور به موب ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به سیصد هزار ریال افزایش یافته.

^{۸۶} - ماده ۳۷: در روستر وجود یک یا چند جهت از جهت تخفیف، دادگاه می تواند مجازات تعزیری را به نحوی که به حال متهم مناسب تر باشد به شرح ذیل تقلیل دهد یا تبدیل کند.

الف) تقلیل حبس به میزان ۱ تا سه درجه

ب) تبدیل مصادره اموال به جزای نقدی درجه یک تا چهار

پ) تبدیل انفصال دائم به انفصال موقت به میزان ۵ تا پانزده سال.

ت) تقلیل سایر مجازات های تعزیری به میزان یک یا دو درجه از همان نوع یا انواع دیگر



علیرغم احراز جهات تحفیف نمی تواند عوارض را تحفیف دهد و موظف است متهم را به پرداخت میزان مقرر در ماده ۳ حفظ کاربری محکوم نماید.

برخی از قضات محترم علیرغم اعتقاد به این امر که احداث تاسیسات مذکور در تبصره ۱ ماده ۲ قانون بدون موافقت سازمان جهاد کشاورزی جرم محسوب می شود؛ اما معتقدند چون به موجب تبصره ۱ ماده ۲ قانون حفظ کاربری، تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ ها برای احداث منزل مسکونی تا ۵۰ متر مربع معاف از پرداخت عوارض دانسته شده است؛ لذا در صورتی که مالک ملک زراعی یا باغی کاربری ملک خود را بدون اخذ موافقت سازمان جهاد کشاورزی یا کمیسیون موضوع تبصره ۱ ماده قانون تغییر دهد نیز علیرغم جرم دانستن عمل از پرداخت عوارض معاف خواهد بود. غافل از اینکه صدر ماده ۲ قانون حفظ کاربری صراحتاً بر این امر تاکید دارد که «در مواردیکه به اراضی زراعی و باغ ها طلق مقررات این قانون مجوز تغییر کاربری داده می شود ...» باید عوارض پرداخت شود و در تبصره همین ماده استثنایی را بر این حکم کلی وارد کرده است و مواردی را بیان کرده است که علیرغم صدور مجوز تغییر کاربری نباید عوارض اتخاذ شود. در واقع از جمع کردن حکم ماده ۲ قانون و تبصره ۱ ماده ۲ این متن حاصل می شود:

«در مواردی که به اراضی زراعی و باغ ها طبق مقررات این قانون مجوز تغییر کاربری داده می شود، همه مالکان باید عوارض پرداخت کنند بجز در مواردی که برای سکونت شخص، احداث دامداری، مرعداری و ... که علیرغم اخذ مجوز تغییر کاربری، عوارض نباید پرداخت شود. بدیهی است که پذیرش استدلال مندرج در دادنامه فوق الذکر به این نتیجه خواهد انجامید که تبصره ۱ ماده ۲ قانون حکم مقرر در ماده ۳ قانون سال ۱۳۷۴ مبنی بر الزام به پرداختن عوارض را نسخ کرده است. ضمن اینکه معافیت از پرداخت عوارض، تبصره و استثنائی بر حکم مندرج در ماده ۲ قانون است که پرداخت عوارض را در صورت اخذ مجوز تغییر کاربری ضروری دانسته است.

عوارض پس از محاسبه باید به حساب خزانه داری کل وارد شود؛ لذا صدور حکم بر پرداخت عوارض به حساب جهاد کشاورزی استان بر خلاف نص صریح قانون است و اجرای دادنامه را با مشکل قانونی مواجه می کند :

گفته شده که اگر عوارض را دارای ماهیت حقوقی مدنی بدانیم، دعوای اعسار از پرداخت عوارض را هم باید قابل استماع بدانیم؛ اما برخی این پرسش را مطرح کردند که اگر دعوای اعسار را قابل پذیرش بدانیم و نظر به اینکه به موجب بند ۴ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی، دعوا باید متوجه خواننده باشد و در صورت عدم توجه دعوا به خواننده، دادگاه موظف به صدور قرار رد دعوا می باشد، دعوای اعسار باید به طرفیت چه شخصی - اعم از حقوقی یا حقیقی - طرح شود؟ به عبارتی دیگر دعوای اعسار متوجه چه شخصی است؟

به موجب بند ۲ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی « نام، نام خانوادگی، اقامتگاه، و شغل خواننده » باید در هر دادخواستی از جمله دادخواست به خواسته اعسار نوشته شود. « خوانده اسم مفعول خواستن و در لغت از جمله به معنای طلبیدن و احضار کردن آمده است. واژه خواننده را فرهنگستان در برابر اصطلاح مدعی علیه او مطرح کرده است؛ اما مدعی علیه به مفهوم اعم به هر شخصی گفته میب شود که ادعایی علیه او مطرح شده و بنابراین اعم از خواننده است. خواننده شخصی است که دعوا علیه او اقامه شده و حق ادعایی علیه او است و بنابراین نتیجه دادرسی هر چه باشد بر او بر می گردد»^{۸۷}.

تعیین خواننده در دادخواست یکی از مهمترین و حساس ترین امور در تنظیم دادخواست است. تضییع یا انکار حق خواهان، اگر چه لازمه صدور حکم به نفع او می باشد؛ اما این امر کافی نیست بلکه دادگاه در صورتی می تواند حکم به نفع خواهان صادر نماید که احراز کند حق مزبور توسط شخصی تضییع یا انکار گردیده که در دادخواست به عنوان خواننده معرفی شده است. دادگاه در صورتی به ماهیت دعوا رسیدگی می نماید که در ابتدا تشخیص

^{۸۷} - دکتر عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، انتشارات دراک، چاپ ششم، زمستان ۱۳۸۳، ص ۳۲



دهد حق ادعایی خواهان علیه خوانده است. به بیان دیگر چنانچه دادگاه تشخیص دهد که حق ادعایی بر فرض اثبات علیه خوانده نمی شود، با صدور قرار رد دعوا از رسیدگی به ماهیت دعوا خودداری می نماید.

حال باید دید در دعوای اعسار از پرداخت عوارض، خوانده چه شخصی است و به عبارتی دیگر دعوا به خواسته اعسار از پرداخت عوارض باید علیه چه شخصی طرح شود؟ در پاسخگویی به این پرسش دو عقیده وجود دارد.

برخی عقیده دارند با توجه به این که به موجب ماده بیست و یکم قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ که مقرر داشته است: «دعوای اعسار در مورد محکوم به؛ به طرفیت محکوم له دعوای اصلی... اقامه خواهد شد...» و این که اداره امور اراضی سازمان جهاد کشاورزی ذینفع مطالبه عوارض محسوب می شود؛ لذا دعوا به خواسته اعسار از پرداخت عوارض باید به طرفیت سازمان مذکور طرح شود؛ زیرا هر چند عوارض چه مستقیماً در اجرای ماده ۲ قانون حفظ کاربری و در پی صدور مجوز تغییر کاربری از سوی ادارات امور اراضی مطالبه شود و چه مستند به ماده ۳ قانون و متعاقب صدور حکم از سوی دادگاه شخص متهم به ارتکاب تغییر کاربری مجرمانه محکوم به پرداخت آن می شود به حساب خزانه واریز می شود؛ اما از آنجا که «دارات و سازمان های دولتی در مواردی که جرمی علیه یکی از حقوق دولت واقع شود بر حسب وظیفه به نمایندگی از دولت مبادرت به طرح دعوای کیفری برای دفاع از حقوق دولت می کنند چون دولت از وقوع جرم متضرر است»^{۸۸}.

اما عده ای دیگر از قضات عقیده دارند: ادارات امور اراضی فقط به عنوان مجری قانون موظف به اجرای مقررات و جلوگیری از تغییر کاربری غیر مجاز اراضی در سطح شهرستان بوده و موضوع دعوای - اعسار از پرداخت عوارض - متوجه آن نمی باشد.

آنچه موجب می شود در دعوای کیفری مربوط به تغییر کاربری، ادراه امور اراضی را شاکی محسوب کنیم و به شکایات مطروحه از سوی آن رسیدگی نماییم و چون شاکی محسوب می

^{۸۸} - محمد موسوی مقدم و دیگران، تغییر کاربری اراضی و باغ ها، انتشارات جاودانه، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۷



شود حق تجدید نظر خواهی از آراء را نیز دارا می باشد، این اصل مهم است که در تمامی دعاوی عمومی، تعقیب کیفری متهم به ارتکاب جرم، هر گاه متضرر از وقوع جرم دولت باشد، ادارات دولتی بر حسب وظایف محوله، حافظ حقوق دولت هستند و موظفند برای احقاق حقوق دولت به نمایندگی از دولت اقدام نمایند. بر این اساس چون حفظ حقوق دولت در مورد اراضی بر عهده ادارات امور اراضی نهاده شده است. این اداره به نمایندگی از دولت حق دارد برای حفظ حقوق دولت مبادرت به طرح دعوی کیفری و حقوقی و پاسخگویی به دعاوی مطروحه نماید؛ لذا دعوا کاملاً و تنها متوجه اداره امور اراضی به عنوان مجری قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها می باشد. درحالیکه اگر اداره امور اراضی صرفاً گزارش دهنده و یا اعلام کننده جرم باشد نباید حق تجدید نظر خواهی از آرای صادره را داشته باشد.

ضمن اینکه مشخص نیست اگر دعوی اعسار از پرداخت عوارض به اداره امور اراضی توجه ندارد متوجه چه نهاد و یا سازمانی است؟ از یک سو به موجب ماده ۲۱ قانون اعسار دعوی اعسار از پرداخت محکوم به باید علیه ذینفع یا به عبارتی محکوم له طرح شود از سوی دیگر اگر اداره امور اراضی را محکوم له حکم به پرداخت عوارض محسوب نگردد چه شخصی - اعم از حقیقی یا حقوقی - را می توان ذینفع یا محکوم له محسوب کرد تا بتوان خواهان را مجاز به طرح دعوا علیه او دانست؟

۳-۴-۳. قلع و قمع بنا

در مورد ماهیت قلع و قمع بنا اختلاف نظر وجود دارد: برخی آن را مجازات می دانند و ماهیتی کیفری برای آن قائل هستند؛ لذا آن را مشمول مرور زمان محسوب می کنند و چون مجازات است در قابل عطف به ما سبق نشدن قانون اصلاحی هم آن را مؤثر می دانند. از سویی دیگر چون مجازات است دادگاه موظف است با احراز وقوع جرم و مشمول قانون اصلاحی، متهم را به قلع و قمع بنا محکوم نماید.

اما عده ایی آن را ماهیت مدنی می دانند و در نتیجه عقیده دارند مشمول مرور زمان نمی شود. در قابل عطف به ماسبق شدن قانون اصلاحی هم مؤثر نمی باشد و مهم تر اینکه چون



دارای جنبه مدنی است و از طرفی در امور مدنی دادگاه موظف است صرفاً در چهار چوب خواسته خواهان مبادرت به اتخاذ تصمیم و صدور رای نماید، دادگاه زمانی می تواند متهم را به قلع و قمع بنا ی احداثی محکوم کند که خواهان یعنی اداره امور اراضی با تقدیم دادخواستی جدای از شکایت کیفری مطروحه، صدور حکم بر قلع و قمع بنای احداثی را در خواست کرده باشد.

دیوان عالی کشور با حدوث اختلاف نظر به آراء صادره از سوی دادگاه در این باره در تاریخ ۱۳۸۶/۱۲/۲۱ مبادرت به صدور رای وحدت رویه شماره ۷۰۷ نموده است :

« چون مطابق ماده ۳ قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها مصوب ۱۳۷۴/۳/۳۱ کلیه مالکان یا متصرفان اراضی زراعی و باغ های موضوع این قانون که به صورت غیر مجاز و بدون اخذ مجوز از کمیسیون مربوطه اقدام به تغییر کاربری نمایند علاوه بر قلع و قمع بنا به سایر مجازات های مذکور در این ماده محکوم می شوند. عبارت « علاوه بر قلع و قمع بنا» در صدر مجازات های مقرر به تقدم آن نسبت به مجازات های دیگر ماده مزبور دلالت می نماید و مفهوم می دارد که قلع و قمع بنا جزء لاینفک حکم کیفری است کما اینکه در تبصره ۲ ماده ۱۰ این قانون نیز جلوگیری از ادامه عملیات غیر مجاز و توقف آن، حتی به صورت قلع و قمع بنای غیر مجاز؛ البته با رعایت مقررات قانونی به مأمورین کشف و تعقیب بزه موصوف تکلیف گردیده است؛ لذا با توجه به اهمیت حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها و صراحت قانونی فوق الاشعار، صدور حکم به قلع و قمع بنای غیر مجاز به عنوان تکلیف قانونی، وظیفه دادگاه صادر کننده حکم کیفری بوده و نیازی به تقدیم دادخواست از سوی اداره شاکی ندارد » توجه به این امر ضروری است که به علت ناکار آمد بودن ضمانت اجرایی سابق، در جریان اصلاح قانون حفظ کاربری الزام به پرداخت عوارض از سوی شخص مجرم از ماده ۳ قانون حذف شده و به جای آن الزام به قلع و قمع بنای احداثی به عنوان ضمانت اجرا تعیین شده است .



همانگونه که قبلاً بیان شد، اگر چه الزام به قلع و قمع بنا در مواردی که تغییر کاربری در نتیجه احداث بنا حاصل شده باشد مؤثر است؛ اما با توجه به اینکه برخی از اشکال تغییر کاربری بدون احداث بنا حاصل می شود، لازم بود مقنن به جای قلع و قمع بنا حکم به اعاده وضع به حالت سابق - قبل از تغییر کاربری - می کرد.

علاوه بر اینکه در متن ماده ۳، قلع و قمع بنا به عنوان ضمانت اجرا تعیین شده است، به موجب حکم مقرر در تبصره ۲ ماده ۱۰ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها مصوب سال ۱۳۸۵ ماموران جهاد کشاورزی مکلف شده اند تا با حضور نماینده دادسرا و در نقاطی که دادسرا نباشد^{۸۹} با حضور نمایندگان دادگاه محل ضمن تنظیم صورت مجلس بدون اینکه نیازی به حکم یا دستور قضایی باشد، راساً نسبت به قلع و قمع بنا و مستحذات اقدام و وضعیت زمین را به حالت اولیه اعاده نمایند.^{۹۰}

نکته قابل توجه در خصوص قلع و قمع بنای احداثی این است که **اولاً**: قلع و قمع بنا با تخریب متفاوت است؛ لذا نباید از واژه تخریب معادل یا بجای قلع و قمع بنا استفاده شود. اگر چه ممکن است عرفاً از یک معنا برخوردار باشند و قلع بنا مستلزم تخریب باشد ولی تخریب با صرف خراب کردن دیوار یا بنای احداثی حاصل می شود در حالی که در قلع بنا لازم است بنای احداثی از بنیان کنده شود بطوریکه چیزی از آن بر روی زمین باقی نماند، اما این نکته در برخی از آراء مورد توجه قرارنگرفته است.

ثانیاً هر گاه دادگاه قانون اصلاحی مصوب سال ۱۳۸۵ را در خصوص موضوع حاکم و لازم الاجرا دانست لازم است حکم به قلع و قمع بنا را نیز صادر کند. اما برخی از محاکم به این امر توجه نمی کنند و در زمان پس از لازم الاجرا شدن قانون اصلاحی مصوب سال ۱۳۸۵ صرفاً به جزای نقدی حکم صادر می کنند.

^{۸۹} - مثل حوزه های قضایی بخش

^{۹۰} - تبصره ۲ ماده ۱۰: «ماموران جهاد کشاورزی موظفند با حضور نماینده دادسرا و در نقاطی که دادسرا نباشد با حضور نماینده دادگاه محل ضمن تنظیم صورت مجلس راساً نسبت به قلع و قمع بنا و مستحذات اقدام و وضعیت زمین را به حالت اولیه اعاده نمایند.»



ثالثاً قلع و قمع بنا با اعاده وضع به حالت سابق تفاوت دارد؛ زیرا در نتیجه قلع و قمع بنای احداثی، صرفاً بنای احداثی از بین برده می شود در حالی که این امر الزاماً منجر به اعاده وضع به حال سابق نمی گردد؛ زیرا با احداث بنا، خاک حاصلخیز و مناسب برای کشاورزی ممکن است با ماسه یا سنگ یا قیر یا هر چیز دیگری پوشانده شود و روی آن پی ساختمان قرارداد شده. هرگاه پی ساختمان در نتیجه اجرای حکم قلع بنا از جا درآورده شود، آنچه در زیر پی ریخته شده چون بنا محسوب نمی شود قابلیت قلع و قمع نخواهد داشت؛ زیرا در مواردی همانند ریختن شن یا نخاله های ساختمانی برای تغییر کاربری زراعی و باغی به کاربری دیگر بویژه مسکونی یا برداشتن خاک برای دستیابی به شن و ماسه در لایه های زیرین خاک هیچ گونه بنایی احداث نمی شود تا بتوان آن را قلع نمود. هر چند زمانی می توان مجدداً از زمین کشاورزی که با احداث بنا کاربری آن تغییر یافته است، برای امر کشاورزی استفاده نمود که « اعاده وضع به حال قبل از تغییر کاربری » گردد؛ اما با توجه به اینکه قانونگذار صرفاً قلع و قمع بنا را مورد حکم قرارداد است صدور حکم به اعاده وضع زمین به حال سابق با کاربری زراعی بر خلاف قانون است.

اما در پاسخ گویی به این پرسش می توان استدلال کرد که گرچه قانونگذار تصریحاً قلع و قمع بنا را به عنوان مجازات ذکر کرده است؛ اما هدف مقنن با توجه به مصادیق تغییر کاربری بر شمرده شده در ماده ۱۰ مسلماً قلع و قمع آثار تغییر کاربری بوده است و قلع و قمع بنا در ماده ۳ مورد تصریح قرار گرفته است و از سوی دیگر هدف مقنن از قلع و قمع بنا و اصلاح ماده ۳ قانون برای الحاق آن به سایر مجازات ها از بین بردن آثار تغییر کاربری ایجاد شده و اعاده کاربری کشاورزی و باغی است و گر نه ضرورتی در اصلاح قانون وجود نداشت.

۳-۵. عوامل مؤثر بر میزان مجازات

علاوه بر ماهیت و ارزش هنجار نقض شده که در تعیین مجازات از سوی مقنن مؤثر است عوامل دیگری هم وجود دارند که اسباب تشدید یا تخفیف مجازات تلقی می شوند؛ زیرا اگر چه وضع مجازات با قانونگذار است؛ اما تعیین نوع ضمانت اجرا و میزان آن برای هر مجرم



اعم از قانونگذار یا اقدام تامینی با دادگاه رسیدگی کننده است؛ ولی تصمیم دادگاه ممکن نیست خارج از حدودی که قانون گذار تعیین کرده است باشد. اصل قانونی بودن مجازات که از اصول قانون اساسی است قانونگذار را موظف ساخته است هر بار که اعمالی که به صفت مجرمانه متصف می کند میزان جزای عمل را نیز تعیین کند؛ بنابراین قانون دایره اختیار قاضی را انتخاب نوع اقدام کیفری ترسیم نموده و چنین می نماید که تصمیم دادگاه مطابق با نیت قانونگذار و ترجمان اراده اوست.

اما برخی بنیاد های حقوق کیفری مانند تخفیف، تشدید و تبدیل مجازات، دست قاضی را در تعدیل میزان مجازات قانونی و نوع آن باز گذاشته است.^{۹۱} ذیلاً به بررسی برخی از بنیاد های حقوقی مؤثر در مجازات مرتکب تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ ها می پردازیم:

۳-۵-۱. تشدید مجازات

همانگونه که گفته شد قانونگذار ممکن است علاوه بر تعیین مجازات، یک یا چند کیفیت مشدد را برای یک جرم تعیین کند. « وقتی که قانونگذار یک کیفیت مشدد پیش بینی کرده که در خصوص مورد تحقق یافته است، قاضی حق دارد از حداکثر معمولی قابل اجرا تجاوز کرده و به یک حداکثر بالاتر دیگری که در قانون تعیین شده است رأی بدهد »^{۹۲}.

کیفیات مشدد ممکن است یا اختصاصی باشند « یعنی مخصوص بخشی از جرایم معین »^{۹۳} باشند و یا عمومی باشند یعنی نسبت به تمامی جرایم قابلیت اعمال و اجرا دارند.

به موجب ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی: « هر کس به موجب حکم قطعی دادگاه به یکی از مجازات های تعزیری و از درجه یک تا شش محکوم شود و از تاریخ قطعیت حکم تا حصول اعاده حیثیت یا شمول مرور زمان اجرای مجازات، مرتکب جرم تعزیری درجه یک تا شش دیگری گردد، به حداکثر مجازات تا یک و نیم برابر آن محکوم می شود. » بر این اساس

^{۹۱} - دکتر محمد علی ادیبلی، همان، جلد دوم، ص ۲۳۲

^{۹۲} - دکتر حسن دادبان، همان، ص ۷۶۲

^{۹۳} - همان



تکرار جرم زمانی مصداق خواهد داشت که شخص مجرم پس از ارتکاب جرم تعزیری از درجه یک تا شش محکومیت به تحمل مجازات و اجرای مجازات، مجدداً مرتکب جرم تعزیری از درجه یک تا شش شود؛ از آنجا که تکرار جرم نشانه حالت خطرناک بزهکار است، از این حیث قوانین بعضی از کشورها - از جمله ایران - سیاست تشدید مجازات را در قبال بزهکاران خطرناک در پیش می گیرند. این سیاست بر این فرض مبتنی است که بزهکاران پیشینه دار با تحمل محکومیت باید از کردار خود تنبه حاصل کرده باشند. مجازات زندان باید موجبات اصلاح و سپس بازگشت آنان را به جامعه فراهم نموده باشد. بنابراین مسئولیت آنان به این دلیل که از این هشدار پند نیاموخته اند سنگین تر از بزهکاران بدوی است.^{۹۴} قانونگذاران در تعیین مجازات برای مرتکبین تکرار جرم، دو روش را بر نمی گیرند: در یک روش مقنن بدون آنکه میزانی را برای تشدید مجازات تعیین کند، بطور کلی به قاضی دادگاه اجازه تشدید مجازات می دهد. روش اتخاذ شده در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ (ماده ۴۸) از این سیاست پیروی می کرد.

در روش دیگر قانونگذار به طور کلی معیار خاص تعیین می کند تا در صورت تکرار جرم به میزان معیار مذکور مجازات مجرم افزایش یابد. مثلاً در صورت تکرار جرم مجازات مرتکب تا یک چهارم مجازات مقرر نسبت به حداکثر مجازات قابل افزایش و تشدید خواهد بود. این روش را مقنن در تدوین و تصویب قانون مجازات عمومی مصوب سال ۱۳۰۴ اتخاذ کرد و در ماده ۲۵ مقرر داشته بود: « در مورد تکرار جرم به طریق زیر رفتار می شود: اگر مجرم دارای سابقه محکومیت جنایی یا جنحه باشد و مرتکب جرم دیگری شود، به بیش از حداکثر مجازات جرم جدید محکوم می گردد بدون آنکه از یک برابر و نیم حداکثر مجازات تجاوز کند ... » روشی که در ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و با اصلاح سیاست اتخاذی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ پذیرفته شده است.



قانونگذار در تدوین و تصویب قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها از روش متفاوتی استفاده کرده است و در ماده ۳ آورده است: «... و در صورت تکرار جرم به حداکثر جرای نقدی و حبس از یک ماه تا شش ماه محکوم خواهند شد». در این روش علاوه بر اینکه حداکثر مجازات نقدی برای مرتکب تکرار جرم تعیین شده است مجازات حبس از یک تا شش ماه هم برای آن وضع شده است. این در حالی است که اگر شخصی برای اولین مرتبه مرتکب تغییر کاربری شود صرفاً به جزای نقدی و قلع و قمع بنا محکوم خواهد شد. بر این اساس هر گاه بزه تغییر کاربری واقع شود و مرتکب به موجب حکم قطعی دادگاه به تحمل مجازات مقرر محکوم شود، چنانچه پس از اجرای مجازات مجدداً مرتکب بزه مذکور شود، به حداکثر جزای نقدی یعنی سه برابر بهای اراضی زراعی و باغ‌ها به قیمت روز با کاربری جدید و حبس از یک تا شش ماه محکوم خواهد شد.

بر این اساس هر گاه بزه تغییر کاربری واقع شود و مرتکب به موجب حکم قطعی دادگاه به تحمل مجازات مقرر محکوم شود، چنانچه پس از اجرای مجازات مجدداً مرتکب بزه مذکور شود، با حداکثر جزای نقدی یعنی سه برابر بهای اراضی زراعی و باغ‌ها به قیمت روز با کاربری جدید و حبس از یک ماه تا شش ماه محکوم خواهد شد.

البته با توجه به بند ۲ از ماده ۳ قانون نحوه وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب سال ۱۳۷۳ که مقرر می‌دارد: «هر گاه حداکثر مجازات بیش از نود و یک روز حبس و حداقل آن کمتر از این باشد دادگاه مخیر است که حکم به بیش از سه ماه حبس یا جزای نقدی از هفتاد هزار و یک ریال تا سه میلیون ریال بدهد». در این فرض دادگاه نمی‌تواند به کمتر از ۹۱ روز حبس مجازات تعیین کند بلکه اگر مجازات حبس را مناسب تشخیص داد باید حکم به مجازات حبس بیش از ۹۱ روز صادر کند. در غیر این صورت موظف است جزای نقدی از هفتاد و یک هزار ریال تا سه میلیون ریال را به عنوان مجازات تعیین کند. سیاست حبس زدایی در ماده ۶۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ توسعه یافته و تحت شرایطی جرایمی که مجازات قانون آنها از ۹۱ روز تا ۶ ماه حبس است



را نیز در بر گرفته است: «مرتکبان جرائم عمدی که حداکثر مجازات قانونی آنها نود و یک روز تا شش ماه حبس است به جای حبس به مجازات جایگزین حبس محکوم می گردند مگر این که به دلیل ارتکاب جرم عمدی دارای سابقه محکومیت کیفری به شرح زیر باشند. . .»

نکته قابل توجه این است که مقنن در قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها در تعیین مجازات برای تکرار جرم دچار غفلت شده و از تعیین قلع و قمع بنا به عنوان یکی از ضمانت اجرای تکرار جرم خودداری کرده است. در نتیجه هرگاه شخص مرتکب تغییر کاربری، پس از قلع و قمع بنای حادثی و تحمل مجازات، مرتکب تکرار همین جرم شود، دادگاه در مقام رسیدگی به تکرار جرم تغییر کاربری، حتی اگر تغییر کاربری با احداث بنا صورت گرفته باشد، تنها می تواند حکم به مجازات حبس و حداکثر جزای نقدی صادر کند و نمی تواند مبادرت به صدور حکم مبنی بر قلع و قمع بنا نماید.

بی تردید اگر مقنن در تدوین قسمت اخیر ماده ۳ مقرر می داشت: «در صورت تکرار جرم به حداکثر مجازات مقرر محکوم خواهند شد.» می شد معتقد به این بود که قلع و قمع بنا هم در صورت تکرار جرم قابل اعمال است؛ اما در وضع موجود نگارش ماده ۳ افراد برای حفظ کاربری تغییر یافته با تحمل حداکثر کیفر مقرر، می توانند به هدف خود که همانا عدم اعاده وضع کاربری به حالت سابق است، دست یابند.

اگر چه به نظر می رسد هدف مقنن از تعیین مجازات اشد برای تکرار جرم، تعیین مجازاتی شدید برای بازدارندگی بیشتر و تنبیه نافرمانی نسبت به قانون و حکم دادگاه بود؛ اما به نظر می رسد برای دستیابی به این هدف عبارت «علاوه بر قلع و قمع بنا» را می بایست به بعد از تکرار جرم و قبل از حداکثر جزای نقدی اضافه می کرد و در واقع قسمت اخیر ماده ۳ به این نحو نگاشته و مصوب می شد: «در صورت تکرار جرم علاوه بر قلع و قمع بنا به حداکثر جزای نقدی و حبس از یک تا شش ماه محکوم خواهد شد.



اما عده ای دیگر این اقدام مقنن را چنین تفسیر می کنند که چون قلع و قمع بنا مجازات نیست بلکه ماهیتی مدنی دارد و این که مقنن در برخورد با تکرار جرم فقط خواسته که مجازات را تشدید کند و بر همین اساس با الحاق حبس بر میزان جزای نقدی هم افزوده است. قلع و قمع بنا مجازات نیست تا مقنن بخواهد آن را تشدید کند و اساساً و ماهیتاً حتی اگر مجازات فرض شود قابل تشدید نیست؛ زیرا فی نفسه شدیدترین و حداکثر محسوب می شود. بر این اساس در مورد تکرار جرم می توان به قلع بنا هم حکم داد؛ اما به نظر می رسد پذیرش این نظر بسیار دشوار باشد؛ زیرا خواه قلع و قمع بنا را مجازات بدانیم یا برای آن ماهیت مدنی قائل باشیم نتیجه آن عدم امکان محکومیت متهم به تکرار جرم به قلع و قمع بنا است. تعدد جرم عبارت است از ارتکاب جرایم متعدد بدون آنکه متهم برای اتهامات متعدد پیشین خود به محکومیت کیفری قطعی رسیده باشد. خواه جرایم متعدد در فواصل کوتاهی ارتکاب یافته باشد، چندان که زمان برای تعقیب و محکومیت متهم کافی نبوده خواه متهم متواری بوده و یا جرایم او به دلایل گوناگون کشف نشده باشد. تعدد جرم صورت های گوناگون دارد. گاه کسی مرتکب افعال متعددی شده است که هر یک از آنها جرم واحدی به شمار می رود. یعنی افعال مادی ای که هر یک وصف قانونی مستقلی دارد، در این صورت با فرض تعدد واقعی روبرو هستیم؛ ولی تعدد جرم فرض دیگری هم دارد با عنوان تعدد اعتباری و آن به این صورت است که کسی فعل واحدی مرتکب شده؛ لیکن فعل او دارای عناوین متعدد جرم است.^{۹۵} به عبارت دیگر فعل واحد مشمول چند توصیف مجرمانه است.

بر این اساس هر گاه مالک یا متصرف ملکی چند بار مرتکب تغییر کاربری ملک مزروعی یا باغ خود شود بدون آنکه حتی به یکی از جرایم وی قبلاً رسیدگی شده و حکم محکومیت صادر و اجرا شده باشد مرتکب تعدد جرم تغییر کاربری شده است. تعدد جرم یکی از جهات



تشدید مجازات است. یعنی در صورت تعدد جرم دادگاه می تواند به نحو مذکور در موارد ۱۳۵ و ۱۳۶ قانون مجازات اسلامی مبادرت به تعیین کیفر مشدد برای مرتکب کند.^{۹۶}

در قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها بر خلاف تکرار جرم، برای تعدد جرم حکم خاصی تعیین نشده است؛ اما توجه به این نکته ضروری است به موجب ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی در مورد تعدد جرم هر گاه جرایم ارتكابی مختلف نباشد فقط یک مجازات اشد برای مرتکب تعیین می شود که هر چند این مقررات به علت عمومیت آن نسبت به جرم تغییر کاربری نیز قابل اعمال است اما چون به موجب ماده ۳ قانون حفظ کاربری؛ جزای نقدی، بر مبنای بهای اراضی زراعی و باغ تغییر کاربری داده شده تعیین می شود، بر این اساس هر گاه شخصی به دفعات و هر دفعه چند متر از باغ یا ملک مزروعی را تغییر کاربری دهد به هنگام تعیین جزای نقدی باید کل مساحت تغییر کاربری داده شده مورد محاسبه قرار گیرند، نه مساحتی که در آخرین دفعه تغییر کاربری یافته است؛ زیرا به اتهام تغییر کاربری انجام شده در دفعات قبل رسیدگی نشده است و مجازاتی تعیین نشده است. هر چند بین اولین اقدام به تغییر کاربری و آخرین اقدام، مدت زمان زیادی فاصله شده باشد. مگر این که اقدامات سابق مشمول مرور زمان شود.

۳-۵-۲. تحفیف مجازات

« سبب های تحفیف مجازات، موجباتی است که هر گاه با اوضاع و احوال جرم قرین گردد، مجازات بزهکار تحفیف می یابد^{۹۷}. » علل تحفیف مجازات را گاهی قانونگذار به صراحت تعیین کرده است و گاهی به قاضی واگذار نموده است.^{۹۸} ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد: « در صورت وجود یک یا چند جهت از جهات تحفیف، دادگاه می تواند مجازات تعزیری را به نحوی که به حال متهم مناسب تر باشد به شرح ذیل تقلیل دهد یا

^{۹۶} - ماده ۱۳۱ قانون مجازات اسلامی : در جرایم موجب تعزیر هر گاه فعل واحد دارای عناوین مجرمانه متعدد باشد ، مرتکب مجازات اشد محکومیت می شود .

^{۹۷} - دکتر محمد علی ادربیلی - همان - جلد دوم - ص ۲۰۶

^{۹۸} - دکتر حسن دادبان، همان ، جلد دوم، ص ۷۵۶



تبدیل کند ...» مراد از تحفیف مجازات، تعیین مجازات به کمتر از حداقل مندرج در قانون است. دادگاه در مقام تحفیف مجازات و در راستای فردی کردن آن می تواند مجازات مقرر برای جرم خاص را به نوع دیگری تبدیل کند؛ اما به هنگام تحفیف یا تبدیل مجازات لازم ایست آنچه که به عنوان مجازات تعیین می شود، دارای اوصاف مجازات باشد و در دستیابی به اهداف اعمال مجازات ناتوان نباشد. به همین دلیل قانونگذار در وضع و تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۳۹۲ به این نکته مهم توجه داشته و در ادامه ۳۷ آورده است:

الف - تقلیل حبس به میزان یک تا سه درجه،

ب) تبدیل مصادره اموال به جزای نقدی درجه یک تا چهار،

پ) تبدیل انفصال دائم به انفصال موقت به میزان پنج تا پانزده سال،

ت) تقلیل سایر مجازات های تعزیری به میزان یک یا دو درجه از همان نوع یا انواع دیگر

فصل چهارم

شناخت و بررسی تملک اراضی خصوصی توسط
سازمان‌های دولتی در راستای قانون



- ۲۸- شهید اول، کتاب لمعه ، ترجمه دکتر علی رضا فیض و دکتر علی مهذب، دانشگاه تهران، چاپ سوم، بی تا.
- ۲۹- شمس ، احمد، نظام حقوقی اراضی ملی شده ، نشر دادگستر، پاییز ۱۳۷۶، جلد نخست.
- ۳۰- شهر، غلامرضا، حقوق ثبت، چاپ دهم، انتشارات جهاد دانشگاهی، اسفند ۱۳۸۱.
- ۳۱- صدارت ، علی، تحول حقوق مالکیت و مالکیت معنوی ، نشر مرکز تحقیقات، بی تا.
- ۳۲- صمدی قوشچی، زید اله ، تخلفات ساختمانی در نظام حقوقی ایران، نشر جنگل، اصفهان، چاپ نخست، ۱۳۷۷.
- ۳۳- طاهری، محمد سلمان، مقاله محدودیت های حقوق مالکانه در قوانین ومقررات شهرداریها، مجله پژوهش های حقوقی شماره ۲، سال ۱۳۸۲-۱۳۸۱.
- ۳۴- عبده برجدی، محمد، حقوق مدنی، دوره یک جلدی، کتابفرشی محمد علی علمی ، تهران ، ۱۳۳۹.
- ۳۵- کاتوزیان ، ناصر ، حقوق مدنی، جلد نخست ، مقدمه اموال ، کلیات قراردادهای، انتشارات دانشگاه تهران
- ۳۶- کشاورز، بهمن، سرقتی و حق کسب پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام ، چاپ سوم
- ۳۷- کشاورز، بهمن، بررسی تحلیل قانون روابط موجر و مستاجر ، ۱۳۷۶، نشر کشاورز، چاپ سوم، ۱۳۸۱.

