

رویکرد های فقهی و حقوقی تملکات شهرداری

داریوش عابدی

کارشناسی ارشد الهیات و معارف اسلامی، گرایش فقه و مبانی حقوق

چکیده

در زندگی شهری با سطح حاکمیت دولت و سازمان های متولی خدمات عمومی مانند شهرداری ها اداره فضاهای عمومی به نمایندگی از مردم مستلزم رژیم حقوقی شفاف است گاه تدبیر و امور شهری با اجرای طرح های عمومی و تملک اراضی همراه شده سوالاتی در مورد احترام به حقوق مالکانه اشخاص خصوصی در تقابل با مصالح عمومی مطرح می گردد در تعارض بین حقوق خصوصی دارندگان حقوق مالکانه با مصالح و عموم شهروندان اصل اطلاق مالکیت اشخاص محدود شده و چالش جدی در دستور محدوده این اصل مطرح می گردد شهرداری تا کدامین مرحله می تواند بر خلاف اصل احترام مالی که تشخیص حرکت کند از سوی دیگر شهرداری در فرضی که به استناد قواعد تملک اراضی و ابنیه اختیار ورود به حریم مالکانه مردم را پیدا می کند منظم به جبران و زیان دارنده حق مالکانه است. ماده ۱۰ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶ مقرر می دارد: «از تاریخ تصویب قانون اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰ کلیه زمین های متعلق به وزارتخانه ها و نیروهای مسلح و موسسات دولتی و بانکها و سازمانهای وابسته به دولت و موسساتی که شمول حکم مستلزم ذکر نام است و کلیه بنیادها و نهادهای انقلابی در اختیار وزارت مسکن و شهرسازی قرار می گیرد». شاید در نگاه نخست بنظر آید دامنه حکم بالا تنها دربرگیرنده دستگاه های دولتی و نهادهای مذکور در قانون بوده و توجهی به سایر اشخاص حقیقی یا حقوقی ندارد اما از آنجائی که مالکیت دستگاه ها و نهادهای دارنده زمین در این ماده غالباً مسوق به مالکیت یا تصرفات مالکانه یا سایر حقوق اشخاص ثالث می باشد آن گونه که سوابق موجود در رویه قضایی حکایت دارد در بسیاری از موارد خدشه در نحوه انتقال حقوق اشخاص ثالث به دستگاههای دولتی و یا احراز فقدان شرایط قانونی برای اقدامات تملکی دستگاه های دولتی یا نهادهای و بنیادها (متعاقب اثبات در مرجع صالحه حسب مورد شامل شعب دیوان عدالت اداری، دادگاههای عمومی یا مراجع اختصاصی شبه قضایی) با توجه به عینی بودن حق مالکیت در نظام حقوقی ایران به نوبه خود موجب خدشه در انتقالات بعدی اراضی از دستگاه ها و نهادهای به وزارت مسکن و شهرسازی به حکم ماده ۱۰ قانون زمین شهری شده است. واگذاری آن دسته از اراضی که در اجرای ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره برداری از جنگل ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶ و اصلاحات و الحاقات بعدی آن به عنوان اراضی ملیت تشخیص داده شده است از سوی وزارت جهاد کشاورزی به وزارت مسکن و شهرسازی (وزارت راه و شهر سازی) در اجرای ماده ۱۰ قانون زمین شهری از

مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه

Online ISSN: ۲۴۷۶-۴۴۶۹

Print ISSN: ۲۰۳۸-۲۰۳۹

www.irijournals.com

دوره ۹، شماره ۴، زمستان ۱۴۰۲

صفحات ۶۷۸-۶۵۴

جمله مصادیق بارز این گونه تملکات و انتقالات است که سالیان متمادی بخش عمده ای از پرونده های مطروحه نزد مراجع قضایی و دیوان عدالت اداری را به خود اختصاص داده است. از این رو ناگزیر باید پذیرفت که سرنوشت ماده ۱۰ نمی تواند جدای از سابقه حقوقی اراضی و حقوق ادعایی اشخاص ثالث باشد.

واژه‌های کلیدی: آسیب شناسی، رویکرد های فقهی و حقوقی، مسئولیت مدنی، تملکات شهرداری

مقدمه

شهرداری به عنوان یک شخص حقوقی عمومی غیردولتی در راستای ایفای وظایف و تکالیف قانونی و خدمات رسانی به شهروندان ممکن است باعث بروز خسارت هایی گردد که احکام و قواعد ایجاد مسولیت مدنی آن با دیگر اشخاص حقیقی یا حقوقی مشترک بوده، اما آنچه موضوع بررسی مقاله حاضر را تشکیل می دهد بررسی مبانی حقوقی مسؤل دانستن شهرداری ناشی از عدم انجام وظایف و تکالیفی (ترک فعل) است که قانون بر عهده شهرداری گذاشته و بررسی میزان مسولیت آن و چگونگی جبران خسارت به عنوان یک نهاد عمومی غیردولتی است. هر چند که در ماده یازده قانون مسولیت مدنی شقوق و شرایطی که برای تحقق مسئولیت کارمندان شهرداری و مؤسسات وابسته به آنها مشخص و حدود ضمان آنها تا حدودی معلوم شده، اما دغدغه اصلی مشخص نمودن چگونگی و میزان مسئولیت شهرداری ناشی از ترک وظایف و تکالیفی است که موجب ورود خسارت به اشخاص به صورت عمد یا سهو می شود. در خصوص خسارات ناشی از اعمال حاکمیت هم در صورتی که دو شرط موجود باشد اشخاص حقوق عمومی از جبران زیان و پرداخت خسارت معاف خواهند بود. اول اینکه اشخاص حقوق عمومی در مقام اعمال حاکمیت باشد و دوم آن که، آن عمل حسب ضرورت و طبق قانون برای تأمین منافع اجتماعی به عمل آید.

به نحو اختصار می توان منظور از مبانی را بنیادهای فکری و تاریخی دانست که توضیح دهنده چرایی و ضرورت و ساختار و محتوای هر نظم حقوقی است. مبانی حقوقی در واقع شامل بنیادهای نظری و تاریخی است که انعکاس آن را می توان در درون هر نظام حقوقی ملاحظه نمود. در مقابل مبانی نظری که برخاسته از تاملات اندیشمندان هر نظام حقوقی و متکی بر مولفه های فرهنگی - مذهبی و فلسفی هر جامعه است، مبانی تاریخی ریشه در وقایع تاریخی و سرگذشت هر جامعه دارد که از گذر ظهور سلسله های حکومتی، انسان های تاثیر گذار و وقایعی همچون جنگ ها و انقلاب های هر کشور صورت می پذیرد. ارزش مبانی تاریخی کمتر از مبانی نظری نیست و حتی در قرن حاضر بسیاری از نهادهای مهم کشور های شاخص حقوقی، منطقی جز توجیه تاریخی ندارند.

نمی توان مرز روشنی بین مبانی تاریخی و نظری و آثار ناشی از آن ترسیم نمود، در موارد متعددی مبانی تاریخی در واقع دارای توجیه منطقی نیز هستند و لذا به عنوان مبانی نظری نیز می توانند محسوب شوند. از سوی دیگر همه بنیادها و علل نظری و تاریخی را نمی توان در یک سطح درجه بندی نمود، بنیادهایی هستند که باعث پدیداری علل و مفاهیم دیگر شده و علل اخیر نیز به نوبه خود منشاء پدیداری وقایع یا نهادهای دیگر گشته اند.

در الگوی جمهوری خواهانه که عمدتاً در کشور های عضو نظام حقوق رومی - ژرمن پذیرفته شده است به لحاظ تاریخی نفع عمومی به عنوان مفهومی مستقل از نفع خصوصی تعریف شده و لزوماً در امتداد آن ارزیابی نمی شود. نفع عمومی مفهوم مقدسی است که دارای ارزش بیشتری نسبت به نفع فردی است و با تحقق آن طبعا خوشبختی عمومی نیز محقق شده فرض می شود. بنابراین در این دیدگاه دو قالب تحقق نفع عمومی یعنی دولت و مقنن قابل احترام و مورد اقبال قرار می گیرند. مقنن به عنوان هدایتگر جامعه به سمت اهداف مهمی همچون عدالت، دارای نقش فعالی است و بنابراین اولاً قوانین می توانند نقش تاسیسی داشته باشند ثانیاً درجه عموم و شمول قوانین در این الگو بسیار بالاست و باید حداکثر رفتارها را در بر بگیرد.

در الگوی لیبرال که در کشور انگلستان و آمریکا حاکم است، به لحاظ تاریخی اصالت با نفع خصوصی است و تنها حالتی از نفع عمومی، ایده آل و مورد قبول است که در امتداد و حاوی تک تک منافع خصوصی باشد. اما بدیهی است که چنین وضعی در

عمل محقق نمی شود و تحقق مفهومی به عنوان نفع عمومی همواره مستلزم تخدیش یا تحدید بخشی از منافع خصوصی است. از همین روی مفهوم نفع عمومی و قالب های اصلی تحقق آن یعنی دولت و مقنن چندان مورد خوشبینی نیستند. نفع عمومی در تعریف کامن لایی، برآیند الزامی منافع فردی و خصوصی است و لذا نفع عمومی مطلوب، وضعی ایده آل است که در عمل چندان حاصل نمی شود. در چنین ویکردی ضمن نفع دوگانگی حقوقی و نفی استقلال حقوق عمومی و حقوق اداری، تلاش می شود حتی الامکان مسائل حوزه عمومی نیز بر اساس قواعد حقوق مدنی حل و فصل گردد. اما در مقابل در نظام رم - ژرمن و به طور خاص در فرانسه، نفع عمومی مفهومی مستقل از نفع خصوصی، تابع قواعد ویژه خود و دارای جایگاهی مطلوب است چنین انگاره ای منتج به دوگانگی حقوقی و پیش بینی حقوق عمومی به عنوان نظامی مستقل از حقوق مدنی می گردد.

در نظام حقوقی اسلام، در نصوص و احکام وارده، به دلیل شخص محوری مفهوم مستقلی به نام اداره به چشم نمی خورد و خطاب نصوص به نحو عام، همه اشخاص را در بر می گیرد. لذا اصولا تفکیک مقبول در نظام حقوقی رم - ژرمن موضوعیت نمی یابد، علاوه بر این همانگونه که گفته شد فقهای مسلمان بنا به دلایل تاریخی اصولا به امر حکومت اعتنای چندانی نداشته و فقه اسلامی به ویژه فقه شیعه در حد فقه مدنی یا به تعبیر دیگر فقه ناظر بر نفع خصوصی باقی مانده و جز در موارد ضرورت، همه مسائل را از طریق قواعد حقوق مدنی در صدد حل و فصل بر آمده است. بنابراین به نظر می رسد حداقل تا قبل از پیروزی انقلاب اسلامی، نظریه نفع عمومی در فقه شیعه بیشتر به الگوی کامن لا نزدیک بوده و نفع عمومی یا مصلحت اجتماعی جز در زمان ضرورت از همان قواعد حقوق خصوصی تبعیت نموده است. به نظر می رسد این رویکرد تا زمان نگارش نامه تاریخی بنیانگذار جمهوری اسلامی به رئیس جمهور وقت رسماً نیز در نظام حقوقی جمهوری اسلامی جریان داشته است. دو برهه تاریخی تعیین کننده در این خصوص، روند تصویب دو قانون اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰ و قانون کار جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۶۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام است.

در قانون اول، شورای نگهبان جز به دلیل ضرورت، نقض مالکیت اشخاص را توسط دولت نپذیرفته است. شاید تا همین اندازه برای اثبات مدعای این نوشتار کافی باشد اما نکت مهم تر و تعیین کننده در این خصوص آن است که زمانی که مجلس بنا به رهنمود رهبری، ضرورت چنین سلب مالکیتی را تصویب نمود مجدداً شورای نگهبان، با رد ضرورت نوعی و عام برای همه کشور، خواستار آن شد که مجلس دقیقاً مناطق درگیر ضرورت ادعایی را مشخص و معین سازد. از رویکرد مذکور می توان اینگونه استنباط نمود که فقدان مفهوم ضرورت نوعی و عام بیانگر فقدان نظریه نفع عمومی به معنای مرسوم در نظام حقوقی رم - ژرمن است.

در قانون دوم شورای نگهبان با این استدلال که دولت در روابط قراردادی کارگر و کارفرما دخالت و با تحمیل اراده خود، آزادی قراردادی را مخدوش ساخته، از تایید آن خودداری نموده است. در اینجا نیز ملاحظه می شود که شورای نگهبان با اتکای به قالب های سنتی فقه (اجاره اشخاص) از پذیرش مفاهیم مدرنی مانند قوانین حمایتی و تبعیض مثبت (قانون کار) و امکان مداخله دولت از باب نفع عمومی خودداری می کند.

اما در این پرونده نیز نکته مهم تری وجود دارد که رویکرد شاخص فقه را تا آن تاریخ نسبت به نفع عمومی به خوبی نمایند، این نکته راهکاری است که به امام خمینی برای حل مسئله ارائه شده و مورد پذیرش ایشان قرار می گیرد، به این شرح که قانون کار فقط برای کارفرمایانی الزام آور باشد که از امکانات دولتی بهره می برند یعنی ترسیم یک رابطه قراردادی که به موجب آن دولت در مقابل خدماتی که ارائه می دهد بتواند تحمیلاتی نیز داشته باشد و این یعنی تداوم و بهره گیری از تکنیک

های حقوق خصوصی در حوزه عمومی. اما مرحوم امام چنین شیوه ای را نهایتاً در نامه تاریخی خود مورخ ۱۳۶۶/۱۰/۱۶ به رئیس جمهور وقت کنار گذاشت و با اعلام حکومت به عنوان حکم اولیه، در واقع تحقق نفع عمومی را از حالت استثنایی و ابتلای به اکل میته خارج نموده و به عنوان اصل و حیاتی مستقل تبدیل نمود. تلقی حکومت و الزامات آن به عنوان حکمی از احکام اولیه، در واقع به معنای طراحی نظریه دولت و نفع عمومی مستقل از ساحت حقوق خصوصی است و از اینجاست که می توان گفت جمهوری اسلامی از حوزه تلقی کامن لایی نفع عمومی خارج شده و به سمت الگوی رم - ژرمن جهت گیری می نماید. لکن اصرار شورای نگهبان بر کارکرد سابق خود و ارجاع تشخیص احکام ثانوی به مجمع تشخیص مصلحت نظام تردیدهای جدی در تثبیت الگوی جدید پدید می آورد. چرا که حکومت همچنان برای در نوردیدن قواعد حقوق خصوصی مندرج در شرع، همچنان نیاز به اثبات وجود ضرورت دارد.

مبنای مشروعیت و الزام آوری در خصوص شهرداری

شهرداری هنگامی که اقدام به تملک عمومی می کند نیاز به توجیه وجه مشروعیت خود دارد. از این رو این نهاد باید بر پایه ای بنا شده باشد که قدرت دولت از آن اخذ شده و بر همان منوال به انجام تملک ادامه می دهد. مشروعیت شهرداری نیز در نهایت در ایران مدیون سلسله مراتبی است که در دستگاه ها تعریف شده و علی رغم اینکه به نظر می رسد این نهاد در سایر نهادهای مربوط به عدم تمرکز اداری حل شده اما قدرت آن ریشه در سیستم متمرکز اداری دارد. برای اینکه حقوق بتواند به هدف خود، یعنی استقرار نظم عادلانه در روابط اجتماعی دست یابد، باید اجرای قواعد آن الزامی باشد. از این روست که در هر نظام اجتماعی حکومت، اجرای قواعد حقوقی را بر مردم تحمیل می کند و در صورت نقض هر قاعده با متخلف، برخورد مقتضی صورت می گیرد.

در ابتدا به توضیح مختصری در این مورد خواهیم پرداخت و پس از آن موضوع را به طور مختصر در پرتو نهاد شهرداری بررسی خواهیم کرد. علی رغم آنکه الزامی بودن، وصف قواعد حقوقی است، اما سایر قواعد اجتماعی هم از چنین ویژگی برخوردارند. قواعد اخلاقی و مذهبی هم از دید مردم الزام آورند. تفاوتی که در الزامی بودن دسته اخیر قواعد حقوقی وجود دارد این است که الزامی بودن قواعد حقوقی، ناشی از اراده و خواست دولت است و حتی علی رغم میل شهروندان بر آنها تحمیل می شود، لیکن الزام ناشی از قواعد مذهبی به خواست و اراده خود مردم باز می گردد. در صورت نقض قواعد حقوقی، دولت با متخلف برخورد می کند، اما در صورت نقض قواعد اخلاقی و مذهبی، صرفاً ممکن است، متخلف دچار عذاب وجدان یا هراس الهی شود. بحثی که در این پایان نامه نگارنده با توجه به مبنای قواعد حقوقی دارد، بحث در باب الزام آوری و ارتباط آن با، قانون و فقه است. در واقع وقتی از قواعد قانونی راجع به سلب تملک توسط شهرداری صحبت می شود، موضوع اصلی آن است که این قواعد، از حیث قانونی و در یک نظام حقوقی الزام آورند. اما پرسش آن است که مبنای الزام آوری شرعی نیز می توان برای این قواعد تعریف کرد یا خیر؟ در صورتی که پاسخ مثبت باشد، مبنای این الزام آوری در چیست؟ این سوال اصلی ای است که نگارنده در این بخش درصدد پاسخ به آن است. در وهله اول باید با نظام حقوقی ایران از حیث مبانی آشنا شد که خود مستلزم پرداختن به بحث مستقلی است. اما پیش از آن راجع به مشروعیت قوانین نیز باید سخن گفته شود.

مشروع در لغت، اسم مفعول از ریشه شرع به معنای شرعی است. در فقه مشروع به امری گویند، که مطابق با شرع مقدس اسلام بوده و شرع آن را مقرر داشته باشد. در این باره که آیا مباحث و احکامی که شرع به آنها تصریح نکرده را می توان مشروع تلقی کرد یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد.

گروهی معتقدند مشروع هر آن امری است که در شرع بیان شده باشد و گروهی دیگر هر امری را که با شرع اسلام مخالفتی نداشته باشد مشروع می دانند. با تسامح می توان نظر دوم را پذیرفت. اما سوال آن است که مشروع در حقوق کشورهای که مبنای شرعی برای قوانین و مقررات خود تعریف نکرده اند به چه معناست؟ در حقوق کشورهای انگلوساکسون واژه «legitimate» را در برگردان شرعی به کار برده‌اند. به نظر می رسد در حقوق این کشورها، شرعی مفهومی مرادف با قانونیت و قانونی بودن داشته باشد.

برایان بیکس در فرهنگ نظریه حقوقی، تصویری این چنین از این واژه ترسیم کرده است: «اصطلاحی که به ارزش اخلاقی یک عمل، نهاد یا کل یک نظام اشاره دارد. از این مفهوم اساساً برای بحث از فعالان، اعمال و نهادهای سیاسی استفاده می شود و برخی، این عبارت را تنها در این زمینه به کار می‌برند. برخی دیگر این اصطلاح را به طور عام در مورد تمام یا تقریباً تمام اعمال قاعده مند به کار می‌برند.»

پاره ای از نظریه پردازان تفکیکی میان مشروعیت و موجه سازی پیشنهاد کرده اند، که اولی برای تشخیص سازگاری یک عمل با قواعد درون یک رویه و سنت و دومی برای ارزیابی کل آن رویه و سنت به کار می‌رود. همچنین به گمان برخی از نظریه پردازان باید مشروع را از عادلانه متمایز کرد.

در بیشتر دولت های کنونی، حقوق از نیروی سیاسی حکومت سرچشمه می گیرد و احترام و نفوذ مذهب جنبه اخلاقی دارد. مذهب مبنای منحصر به فرد قواعد اخلاقی نیست، زیرا عادت و رسوم اجتماعی و قوانین به تدریج در آن قواعد اثر می کند و اخلاق را تازه می سازد. بسیاری از قواعد اخلاق نیز به آیین خاصی ارتباط ندارد و عقل در اثر تجزیه و تحلیل اسباب امور، آنها را لازمه نیکوکاری و ایجاد اجتماع سالم و خوشبخت می داند. اقامه عدل، برابری، مساوات، دستگیری از بیچارگان، حمایت از ناتوان و... در اخلاق مذهبی بیش از پیش وسعت یافته است.

مبنای حقوق در ایران بر اساس قواعد مذهب اسلام پایه ریزی شده است از این رو با ایجاد فکر تشکیل مجلس قانونگذاری در ایران، این نگرانی نیز به وجود آمد که مبدا قوانینی بر خلاف قواعد مذهبی اسلام به تصویب برسد و جامعه را به الحاد کشاند. در نظر نویسندگان قانون اساسی قواعد مذهب برتر از حقوق موضوعه قرار گرفت و همیشه بدان احترام گذارده شد. ولی در اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطیت آنچه فطری و برتر از قوانین قرار گرفته، نظام مذهبی روشن و ثابت است و اختلاف نظرهای علمی، امری قابل تحمل و طبیعی است و قواعد برتر را مبهم و نظری می داند.

در مجموع نمی توان منکر ارتباط مفهومی بین مذهب و حقوق موضوعه شد و باید این رابطه را چنین ترسیم کرد:

۱- شرعی بودن قوانین در قانون اساسی جمهوری اسلامی با وسائل محکم تری تضمین شده است، شورای نگهبان به صورت رکنی فعال، از سازمان قانونگذاری درآمده است و از قانونی شدن تصمیم های مجلس که با قواعد شرعی موافق نمی بیند، جلوگیری می کند. همچنین برای آنکه مبدا روزی بازرسی قوانین مسکوت بماند و شورای نگهبان به هیأت پنج نفری علمای طراز اول قانون اساسی مشروطه دچار نشود، در اصل ۹۳ قانون اساسی آمده است:

«مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد...»

۲- چنانکه از ملاحظه اصل چهارم به خوبی بر می آید، در نظام جمهوری اسلامی ایران تنها قناعت نمی شود که مصوبات مجلس با شرع مخالفت نداشته باشد، قانون اساسی لازم می بیند که همه قوانین و مقررات حاکم بر جامعه و دولت با موازین اسلامی موافق باشد.

این نکته را نیز باید توجه داشت که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نه تنها احکام اسلامی به عنوان قواعدی برتر از قوانین و الهام بخش مجلس شورا مورد احترام است، وسیله تفسیر قوانین و تکمیل قواعد موجود نیز هست.^۱ مبنای مشروعیت و الزام آوری با نهاد شهرداری که محق در تملک و مالکیت می باشد نیز مرتبط است. در واقع باید یک دستگاه در بوروکراسی های امروزی توانایی این را داشته باشد که توجیه اعمال و رفتارهای خود را بر پایه مشروعیت و دموکراسی قرار دهد. در نظام حقوقی ایران شهرداری دستگاهی است غیردولتی اما در واقع امر مشروعیت و الزام آوری خود و تحمیل قدرت عمومی خود را به واسطه اعمال تکلیف بر شهروندان بر مبنای قدرتی که از دولت اخذ کرده و در پرتو آن قرار می دهد.

تملک بر مبنای مصلحت فقهی

تعریف و مفهوم مصلحت

بسیاری از مفاهیم در حوزه علوم انسانی با چالشی به نام نسبیت برخوردارند. مصلحت علاوه بر آنکه در کل علوم انسانی این مشکل را دارد در سایر موارد نیز می توان گفت در حوزه هایی کوچک تر در هر نظام حقوقی با این معضل یعنی نسبیت روبروست.

«مصلحت» در لغت به ضد و نقیض مفسده و فساد به خیر تفسیر شده است. در زبان فارسی نیز در مقابل مفسده و به معنای صواب، شایستگی و صلاح است. در زبان فارسی باستان، معادل فارسی مصلحت «چاره» بوده است که با پسوندهایی از قبیل: اندیش استعمال می شده است.^۲ در مفردات الفاظ قرآن آمده است. صلاح در اکثر موارد به باب افعال می رود و از مشتقات آن باب استفاده می شود و اصلاح انسان از سوی خداوند در سه قالب است: ۱- خلقت کامل و نیکو ۲- زدودن و برطرف کردن فساد از وی بعد از خلقت ۳- تشریح و حکم مطابق مصلحت در حق وی. در قرآن کریم نیز هرچند واژه مصلحت استفاده نشده است، ولی مشتقات آن بسیار مورد استفاده قرار گرفته اند که در همه آنها اصلاح در مقابل افساد و عمل صالح در مقابل عمل سوء و سیئه به کار رفته است.

جهان هر روز شاهد تحولات مختلف در عرصه های اجتماعی، فرهنگی، سیاسی، نظامی و در دیگر حوزه هاست. دین اسلام از جامعیت برخوردار است و در همه این عرصه ها حضور دارد و به نیازهای روز بشر پاسخ می دهد. گرچه نصوص دینی محدود هستند، اما همین اندازه، پاسخگوی نیازهای در حال گسترش انسان می باشند. یکی از عناصری که در عرصه های مختلف برای پاسخگویی به نیازهای فردی و اجتماعی در دین اسلام پیش بینی شده است عنصر مصلحت است. عمده نقش آفرینی مصلحت در بعد اجتماعی و فقه الحکومه است که در زمان های گذشته به علت عدم حاکمیت علمای دین این مقوله در انزوا قرار داشت. ولی در عصر حاضر با تشکیل حکومت دینی و قرار گرفتن فقیه عادل در رأس حکومت، پرداختن به فقه الحکومه و قرار گرفتن مصلحت در این جایگاه از اهمیت ویژه ای برخوردار است. در اصطلاح «مصلحت» به امری گفته می شود که در آن صلاح قوی وجود داشته باشد، زیرا «مصلحت» بر وزن «مفعله» است و این صیغه دلالت بر مکانی می نماید که در آن مشتق منه به وفور

^۱ ثمری، هاله، مبنای فقهی و حقوقی تملکات شهرداری در حقوق ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد فقه و مبنای حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد نجف آباد، ۱۳۹۱، ص ۳۷

^۲ دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، جلد ۳۱، نشر دانشگاه تهران، چاپ دوازدهم، ۱۳۷۷، ص ۵۸۰.

دید می‌شود. این اصطلاح در مصلحت مجازاً به فعلی گفته می‌شود که نفع غالب یا دایم برای همه یا بعض انسان‌ها دارد هرچند بعضی از محققین این تعریف را ناشی از خلط ناصحیح مصدر میمی و اسم مصدر با اسم مکان جامد می‌دانند.^۳

طرح بحث در خصوص مصلحت در حقوق اسلامی از این رو مطرح می‌شود که با حوزه حقوق شهری و تملکات شهرداری مرزهای مشترک و تودرتویی دارد. در واقع در فقه اسلامی مصلحت قاعده‌ای است که به روز و برای حل مسائل اجتماعی تعبیر و تفسیر شده و حقوقدانان و مصلحان اجتماعی و مذهبی در موارد مختلف بدان توسل جسته‌اند. در رابطه با موضوع مورد بحث یعنی تملکات شهرداری نیز موضوع از این حیث مد نظر می‌باشد که مصلحت باید به کمک تصمیم‌سازی نهادی به نام شهرداری بیاید؛ زیرا با توسل تنها به قدرت عمومی نمی‌توان جمع بین نظریه قدرت عمومی و نفع عمومی را برقرار کرد. در واقع امر باید گفت مخرج مشترک بین مصلحت و حفظ حقوق مردم و در واقع آنچه از آن به خیر یا نفع عمومی تعبیر شده وجود دارد. چگونه می‌توان بدون نظر به مصلحت مردم اقدام به تخریب بناهایی خاص نمود که امروزه برخی از آن به عنوان میراث مشترک بشریت نام برده‌اند. پس باید در هر مورد تصمیم‌گیری بنا به مصلحت باشد. این قاعده نیز به خودی خود عمومیت و اطلاق ندارد و نباید مصلحت به گونه‌ای مطلق و غیر قابل ارزیابی تعبیر و تفسیر گردد. پس قاعده‌ای که امروزه مصلحت است ممکن است فردا چنین اطلاقی نداشته باشد و برعکس. در این خصوص در بخش‌های بعدی توضیحات بیشتری داده خواهد شد.

مصلحت عموم

در قرآن، کلمه «مصلحت» به کار نرفته است، ولی از بعضی مشتقات این واژه استفاده شده است. واژه «صلاح» در قرآن مجید گاهی در مقابل فساد و گاهی در مقابل سیئه به کار رفته است. مانند:

«وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا وَادْعُوهُ خَوْفًا وَطَمَعًا إِنَّ رَحْمَتَ اللَّهِ قَرِيبٌ مِّنَ الْمُحْسِنِينَ»

«و در زمین بعد از اصلاح آن فساد نکنید و او را از روی بیم و امید بخوانید، همانا رحمت خدا به نیکوکاران نزدیک است.»

و «وَأَخْرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَآخَرَ سَيِّئًا عَسَى اللَّهُ أَنْ يَتُوبَ عَلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ»^۴

«و گروهی دیگر به گناهان خود اعتراف کردند و کار خوب و بد را به هم آمیختند، امید می‌رود که خداوند توبه آن‌ها را بپذیرد، به یقین خداوند آمرزنده و مهربان است.» وقتی سخن از مصلحت شخص یا امت به میان می‌آید مصلحت به معنای اسم مصدری آن مقصود است؛ بدین معنا که نتیجه ایجاد نظم و اعتدال و رفع نقص مراد است که در مقابل آن مفسده است. مصلحت، خیر و صلاحی است که بر فعل، مترتب می‌شود. در بعضی روایات مصلحت در همین معنا به کار رفته است. مانند روایت نقل‌شده از صدیقه طاهره حضرت زهرا(س) که فرمودند: «من اصعد الی الله خالص عبادته اهبط الله افضل مصلحت» کسی که خالصانه عبادت کند خداوند بهترین مصلحت را برای او نازل می‌کند.^۵

یک قانون یا یک تأسیس حقوقی می‌تواند به صورت هم‌زمان درصدد پاسخ به نیازهای عمومی و حفظ قدرت عمومی باشد که در مورد آن سخن خواهیم گفت. در چنین صورتی مبنای این تأسیس حقوقی، مصلحت عمومی خواهد بود. این قبیل تأسیسات

^۳ . علی‌دوست، ابوالقاسم، فقه و عقل، نشر پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۸۵، ص ۸۵. و برای اطلاعات بیشتر ر.ک به: شریعتی،

سعید، سلب مالکیت خصوصی در راه منافع عمومی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه مفید قم، ۱۳۸۷

^۴ . سوره توبه، آیه ۱۰۲.

^۵ . مجلسی، محمدباقر، بحارالانوار، بیروت، مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳ ق، ص ۲۴۹.

حقوقی درصدد ایجاد توازن میان نیازهای خدمت عمومی و ضرورت حفظ اقتدار و حاکمیت دولت‌اند. در مورد شهرداری نیز این مسئله مصداق پیدا می‌کند. منتهی این تعادل یک تعادل ریاضیاتی نیست که دو کفه ترازوی حق و حاکمیت در یک وضعیت برابر باشند؛ این توازن می‌تواند در یک تأسیس به نفع دولت سنگینی نماید، در یک مورد، به نفع شهروندان سنگینی کند و در موارد بسیار نادری به صورت برابر حق و حاکمیت در یک سطح قرار گرفته باشند.^۶ در چنین حالتی در مقام تفسیر باید مورد به مورد آن تأسیس را مورد تحلیل قرار داد و دید که آیا در آن مورد خاص قانونگذار درصدد برتر قرار دادن یکی بر دیگری بوده است یا خیر؟

تملکات شهرداری نیز به نظر می‌رسد بیشتر از آنکه به مصلحت خصوصی افراد یک جامعه مربوط شود مقوله‌ای است مرتبط با مصلحت عمومی. در قانون مدنی برای اموال و مشترکات عمومی قواعدی وضع شده که نشان از آن دارد که هیچ یک قابل تملک توسط اشخاص خصوصی نمی‌باشد. این موضوع حتی به موجب قوانین خاص با محدودیت‌های بیشتری نیز مواجه شده است. برای مثال در ابتدا قانون مدنی مقرر می‌داشت که اشخاص می‌توانند هر گونه تصاحبی در املاک خود بنمایند اما امروزه این قاعده با قوانین خاص که بیشتر به حوزه حقوق عمومی مربوط می‌شوند به طور تنگاتنگی در ارتباط شده است و محدودیت از طرف حقوق عمومی و ساختار این قواعد بر این قوانین زده می‌شود. در حوزه قوانین حقوق خصوصی که خود در ابتدا قائل به محدودیت می‌شد نیز باز هم محدودیت‌های بیشتری اعمال شده که خود نشان از ضرورت و مصلحت در رعایت حال مردم دارد. در این موارد اگرچه ممکن است در ظاهر از آنجا که با مقوله مالکیت و تملک سرو کار داریم و این نهادها در ذات خود به حقوق خصوصی مربوط می‌شوند با این حقوق سروکار داشته باشیم اما در واقعیت امر حکایت چیز دیگری است و باید گفت بسیاری از حقوق خصوصی در پرتو مصلحت عمومی تخصیص خورده و روز به روز بر محدودیت‌هایی که در این حوزه وجود دارند افزوده شده است.

مصلحت از دیدگاه فردگرایان

یکی از وجوه بارز و مشخصات فکری دوران جدید فردگرایی است؛ به‌نحوی که در همه پدیده‌های این دوران از جمله حقوق مربوط به مالکیت، تأثیرگذار بوده است. این اندیشه بیشتر به حقوق غرب باز می‌گردد. در منظومه فکری غرب، توجه به انسان را نمی‌توان انکار کرد. این امر نزد متفکران آن دیار، از فلاسفه یونان تاکنون قابل اثبات است. مفهوم فردیت از آغاز رنسانس مطرح شد، ولی در طول زمان دچار تحول شد. درنهایت می‌توان گفت: تفکر فردیت غربی با این مفهوم شکل گرفت که: «فرد عبارت است از دنیایی محدود و منحصربه‌فرد از مجموع ادراک، و برای خود یک کل است و با کل‌های دیگری مثل خودش و با محیط طبیعی و اجتماعی خود در تقابل است.»^۷ از فردگرایی نیز تعاریف گوناگونی ارائه شده است. برای مثال گنون معتقد است:

«فردگرایی یعنی نفی هرگونه اصل عالی و برتر از فردیت و در نتیجه محدودکردن تمدن در جمیع شئون به عواملی که جنبه انسانی صرف دارند... فردگرایی یعنی خودداری از پذیرفتن اقتداری برتر از فرد و نیز معرفتی برتر از عقل استدلالی»^۸

از دیدگاه مکاتب فردگرایی مصلحت مقوله‌ای است مستقل از جامعه و در پرتو فردیت و شخص انسانی این امر قابل تعریف و تبیین می‌باشد. در تعارض بین امر عمومی و امر خصوصی، مورد دوم بر مورد اول مقدم خواهد بود. این اندیشه بیشتر در

^۶. زرگوش، مشتاق، حقوق اداری، تملک املاک، شبه‌تملک‌ها و سلب سرمایه از سرمایه‌ها توسط دولت، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱، ص ۵۴.

^۷. لیتل، دانیل، تبیین در علوم اجتماعی، ترجمه عبدالکریم سروش، نشر صراط، چاپ اول، ۱۳۷۳، ص ۱۳۲.

^۸. گنون، رنه، بحران دنیای متجدد، ترجمه ضیاءالدین دهشیری، نشر امیر کبیر، چاپ اول، ۱۳۷۲، ص ۹۲.

مکاتب سرمایه‌داری غرب رونق داشته و مورد توجه قرار گرفته است. مکاتب فردگرایانه، مصلحت جامعه را فدای مصلحت فرد کرده و برای آن اهمیت و اصالت بیشتری نسبت به مصلحت اجتماعی قائل می‌باشند. مصلحت از دیدگاه فردگرایی مقوله‌ای است که بیشتر مرتبط با حقوق خصوصی افراد است. در این راستا اگر شهرداری و نهادهای مرتبط با آن اقدام به تملک می‌کنند باید رویکردی در این خصوص داشته باشند. در نظام حقوقی ایران و بسیاری از نظام‌های دیگر حقوقی به دلیل آنکه تملکات در بخش حقوقی از سوی دستگاه‌هایی انجام می‌شوند که بیشتر از حقوق عمومی با حوزه حقوق خصوصی در تعامل و در ارتباط اند اما خود مصلحت در ذات و ماهیت خود مقوله‌ای است که با حقوق عمومی و مطالبات عمومی مردم در ارتباط می‌باشد. در این رویکرد باید در تقابل بین مصلحت فردی و مصلحت جمعی، اصالت و اولویت به مصلحت فردی داده شود.

مصلحت از دیدگاه جمع‌گرایان

جمع‌گرایی در مفهوم عام باوری است مبنی بر این که تلاش جمعی انسان در قیاس با تلاش برای خود، از ارزش علمی و اخلاقی بیشتری برخوردار است. جمع‌گرایی منعکس‌کننده این پندار است که طبیعت انسان سرشتی اجتماعی دارد و همچنین حاکی از آن است که گروه‌های اجتماعی اعم از طبقات اجتماعی، ملت‌ها، نژادها یا هر چیز دیگر، ذات و هویت‌های سیاسی معنادار هستند. با این وصف، جمع‌گرایی نقطه‌مقابل فردگرایی تلقی می‌شود. به لحاظ تاریخی جمع‌گرایی در قیاس با فردگرایی از قدمت بیشتری برخوردار است و رگه‌های نیرومندی از آن را می‌توان در طیف وسیعی از مسلک‌ها و اندیشه‌ها مشاهده کرد؛ چنان که به جرأت می‌توان ادعا کرد که تاریخ اندیشه بشر از بدو خلقت تا دوران جدید، صرفاً شاهد طیف‌های مختلفی از جمع‌گرایی بوده است.^۹

از دیدگاه مکاتب جمع‌گرا مصلحت بر اساس گروه‌های اجتماعی تبیین و تفسیر می‌شود. این اندیشه و این برداشت از مصلحت، چنانچه تاریخ بشری ثابت کرده است، در مواردی می‌تواند خطرناک باشد. اندیشه جمع‌گرایی و چنین برداشتهایی از مصلحت در مکاتب کمونیستی، فاشیستی، نازیسم و... در جهان غرب از سالیان پیش تا کنون خطرات زیادی را برای آن‌ها به همراه داشته است. چگونه ممکن است مصلحت فرد که اسلام تا این اندازه بر آن تأکید کرده را فدای مصلحت اجتماع نمود؟ این پرسشی است که بدان پاسخ قانع‌کننده‌ای تا به حال داده نشده است. در خصوص بحث تملکات شهرداری مکاتب جمع‌گرا بیشتر به این موضوع تمایل دارند که حقوق پدیده‌ای است مرتبط با عموم و منافع عمومی مردم با آن در ارتباط می‌باشد. این پیش فرض با واقعیت‌های موجود نیز بیشتر همخوانی دارد. چگونه می‌توان بین منافع عموم و منافع خصوصی، مورد اول را فدای دومی کرد. منافع عموم در هر جامعه‌ای تقدم و ارزش و اعتباری بالاتر از منافع خصوصی دارد و البته باید افزود که راهکارهای سوء استفاده از آن مسدود گردد. بدین معنا که واقعا منافع مردم در نظر گرفته شود و نه منافع دولت و اولویت و اصالت با حقوق مردم و شهروندان باشد.

مصلحت از دیدگاه حکومت اسلامی

مصلحت در حقوق اسلام ممکن است تابع نسبییت و بسته به اوضاع و احوال تغییر کند. بنابراین نسخ حکم شرعی در شریعت دارای مصلحت موقت بوده که با پایان آن‌ها، حکم نیز به انتها رسیده است. برای مثال: می‌توان به مسئله تغییر قبله از سمت بیت‌المقدس به سوی مکه معظمه و کعبه، نام برد که در این تغییر مصالحی مدنظر بوده است. در این خصوص گفته شده است:

^۹ . رحمت‌اللهی، حسین و موالی‌زاده، سید باسم، از جمع‌گرایی تا فردگرایی، نشریه حقوق اساسی، سال ۱۴، زمستان ۱۳۸۹، ص ۹۵.

«ابتدا قبله مسلمانان به سمت بیت المقدس بود و بعد به سمت کعبه تغییر کرد. اوضاعی ایجاب می کرد که قبله یهود ابتدا مورد احترام قرار گیرد و نمازگزاران به طرف آن باشد. در این امر مصالح متفاوتی وجود داشت. می توان تصور کرد که در آغاز نوعی دلجویی از اهل کتاب در مقابل مشرکان لازم بود، چون قبل از ظهور اسلام، اهل کتاب با مشرکان مخالف بودند... احتمالاً ممکن است چنین مصلحتی در کار بوده که برای این که یارانی برای دعوت الهی پیدا شوند و همه اقوام و ملل یکپارچه علیه پیامبر اسلام مبارزه نکنند و نوعی هماهنگی با اهل کتاب اعمال شود، همان قبله اهل کتاب قبول شده است. وقتی حساب با مشرکین تسویه شد، اختلاف بین اهل کتاب و مسلمین مطرح شد که باید دعویشان را حل کنند. این ها گفتند: اگر اهل حق نیستیم چرا به سوی قبله ما نماز می خوانید؟ و این را به عنوان قوتی برای خود و ضعفی برای اسلام قلمداد کردند و به همین جهت قبله به سمت کعبه تغییر یافت، پس تغییر این احکام به واسطه تغییر مصالح و مفاسد است که در طول زمان اتفاق می افتد. مشخصه این نوع تغییر مصالح و مفاسد زمان است...»^{۱۰}

علامه طباطبایی در این خصوص می گوید:

«مقررات اسلامی بر دو قسم اند؛ به عبارت دیگر جامعه اسلامی دو نوع مقررات را به اجرا در می آورد؛ نوع اول آسمانی و قوانین شریعت که موادی ثابت و احکام غیرقابل تغییر می باشند. این ها یک سلسله احکامی هستند که به وحی آسمانی غیرقابل نسخ گردیده و در سنت نیز وارد شده اند. این دسته از احکام بر اساس احتیاجات تکوینی و واقعی انسان مستقر می باشند و بدیهی است که همه احتیاجات انسانی قابل تغییر و در معرض تحول نیست؛ بلکه یک رشته احتیاجات واقعی ثابت داریم. نوع دوم: مقرراتی است که از کرسی ولایت بر حسب مصلحت وقت، وضع شده و اجرا می شود. این نوع مقررات در بقا و زوال خود تابع مقتضیات و موجبات وقت است و با تغییر مصالح و مفاسد، تغییر و تبدیل پیدا می کند. آری خود اصل ولایت چون یک حکم آسمانی و از مواد شریعت است؛ قابل تغییر نمی باشد.»^{۱۱}

شهرداری نیز موسسه ای است که پیش از این نیز توضیح داده شد که تابع نسبیت و تغییر زمان می باشد. در حکومت اسلامی شهرداری نهادی است که فعال در امور مربوط به شهروندان بوده و زیر نظر ولی فقیه در نهایت در سلسله مراتب تعیین شده در نظام جمهوری اسلامی ایران مشغول به انجام اموری است که بدان مربوط می شود. از این رو تغییر در مصلحت و نسبیت آن به نهاد مزبور نیز مربوط می شود. پس اگر در تعارض بین منافع عمومی و منافع خصوصی در یک زمان مشکلی پیش آید و نیاز به تفسیر وجود داشته باشد باید در پرتو مصلحت اسلامی دست به تفسیر زد. همچنین باید دانست که ممکن است در زمان های مختلف یعنی بحث تعارض زمانی نیز این مشکل به وجود آید که باید در سایه مصلحت قواعد را در نهایت تبیین و تفسیر کرد.

تشخیص مصلحت بر مبنای نظریه ولی فقیه

بر اساس آراء و اندیشه های فقهی قداماء، ولایت فقیه با اندکی اختلاف نظر شامل اجرای احکام جزایی در کنار قضاوت، فتوا، امور حسبه، اقامه نماز جمعه و مانند آن نیز می باشد. در نظریه های جدید تر، افزون بر امور شرعی، کشورداری، تنظیم سیاست داخلی و خارجی و فراهم کردن نظم و امنیت و زعامت سیاسی و اجتماعی مردم - که از آن به امور عرفیه تعبیر می شود - هم در حوزه

۱۰. مصباح یزدی، محمدتقی، فصلنامه معرفت دینی، سال ششم، تابستان ۱۳۷۶، شماره ۲۲، ص ۸.

۱۱. طباطبایی، سید محمدحسین، بررسی های اسلامی، نشر دارالتبلیغ اسلامی، بی تا، ص ۱۸۱.

اختیارات ولی فقیه و دولت اسلامی قرار می گیرد.^{۱۲} جمهوری اسلامی بر پایه نظریه اخیر و با اثر پذیری فراوان از اندیشه های امام خمینی شکل گرفته است.

با اینکه در فقه شیعه قلمرو اختیارات ولی فقیه به تدریج گسترش یافت و از ولایت در امور حسبیه به ولایت عامه و سپس به ولایت مطلقه توسعه یافت، ولی معنای ولایت تغییر نکرد، یعنی اولویت، تصرف، تصدی و قیام ولی فقیه به شئون غیر. نکته مهم این است که مراد از ولایت در نظریه ولایت فقیه، همان ولایت شرعی و فقهی است.^{۱۳} به این معنا که عقل و صوابدید ولی مبنای اداره جامعه است و نه لزوما خواست و اراده مردم. اوست که مصلحت مردم را بهتر از خودشان تشخیص می دهد. به نظر می رسد این مفهوم که در اساس در فقه خصوصی معنا و مفهوم یافت و فقیهان اسلامی آن را نظریه پردازی کردند، وارد فقه عمومی نیز شده است. همین انتقال مفهومی بدون توجه به ویژگی های هر کدام از این دو حوزه موجب شده است که تصور شود مفهومی که ولایت در فقه یا حقوق خصوصی دارد عینا در حقوق عمومی نیز جریان دارد.

پذیرش این نظریه نیز در ظاهر خود تعارضی آشکار را به دنبال خواهد داشت، چرا که در اصول «حکمرانی مطلوب» و یا «به زمامداری» بنیای اداره حکومت به وسیله مردم و با رای مردم امری بدیهی و پذیرفته شده است. در اصول قانون اساسی نیز این مسئله بارها مورد تاکید قانونگذار قرار گرفته است. این موارد البته مربوط و مرتبط به حوزه حقوق عمومی است و در حیطه زندگی شخصی مردم به طریق اولی باید بتوانند خودشان برای زندگی شخصی و خصوصی خود تصمیم گیری کنند. در حیطه زندگی خصوصی نمی توان مردم را صغیر فرض کرد و اداره حیاتشان را به حاکم سپرد. اما مسئله تملکات اموال غیرمنقول مردم توسط شهرداری به گونه ای بارز مسئله ای عمومی و خصوصی تلقی می شود، چرا که مالکیت یک حق خصوصی برای شهروند است و اما شهرداری یک نهاد قدرت عمومی و خدمت رسان به عموم است که ساختار و چارچوب فعالیت آن از جمله تملکات در حیطه حقوق عمومی قابل بحث می باشد. معنای این عبارت که «عقل و صوابدید ولی مبنای اداره جامعه است و نه لزوما خواست و اراده مردم» چنانچه مشخص است به حیطه عمومی اداره زندگی افراد باز می گردد. موضوع را می توان به ذکر مثالی به نحو آشکارتر تبیین کرد.

شهرداری در وقت معینی برای احداث قطار شهری با اهداف کاهش حجم ترافیک شهری، کاهش سوخت و سائل نقلیه عمومی، کاهش هزینه های عمومی شهری، افزایش بازدهی سرویس خدمات عمومی و شهری، بهبود سیستم حمل و نقل شهری، به روز رسانی خدمات عمومی و... طرح مشخصی را به تصویب می رساند. برای اجرایی شدن این طرح شهرداری نیاز به تملک اراضی اشخاص معینی دارد. افراد متمتع از سیستم قطار شهری به طور تقریبی ده میلیون نفر در سال می باشند. طرح شهرداری برای اجرایی شدن با مانع مالکیت خصوصی افراد روبرو می شود. این پیش فرض وجود دارد که شهرداری از حق استفاده از قدرت عمومی برخوردار است اما این حق چنانچه در اینجا گفته شد، ریشه در نظریه ولایت فقیه و اندیشه مصلحت دارد. در این صورت در جایی که شهروند با انتقال ملک خود به شهرداری موافقت نکند و مصلحت فردی و یا خانوادگی خود را مطرح سازد، بین دو مصلحت کدام یک را باید مقدم بر دیگری دانست. در بحث راجع به مصلحت موضوع مورد موشکافی و تدقیق بیشتر قرار خواهد گرفت. نکته مهم دیگر آن است که این نظریه در قانون اساسی جمهوری اسلامی با پذیرش نسبی و محدود مراجعه به افکار عمومی تعدیل شده است. شور در امور از طریق مراجع رسمی و نارسمی و تصمیم گیری در آن موارد

^{۱۲} کدیور، محسن، حکومت ولایت، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۷۶، ص ۱۱۳.

^{۱۳} همان منبع، ص ۲۰ الی ۱۰۰.

جز در آنچه به اختیار رهبری نهاده شده است. نشانه‌هایی اند قانون اساسی را به سندی چند بندی و تجمیعی از جهت نظریه های اسلامی و عرفی تبدیل کرده است.^{۱۴}

با توجه به آنچه گفته شد، ولی فقیه کانون اصلی اقتدار در جمهوری اسلامی است،^{۱۵} و حوزه اختیارات او گسترده و بر اساس نظریه ی بنیادین آن، مافوق قانون است. به این ترتیب، هر چند دیدگاه استادان حقوق اساسی و اندیشمندان حقوقی و سیاسی در محدود بودن اختیارات ولی فقیه به آنچه در قانون اساسی آمده، موافق اصول حقوق عمومی و منطق اصل محدود کردن اختیارات نهادهای عمومی به موارد مصرح قانونی است، از آن جا که بر اساس اندیشه های فقهی شکل گیری قانون اساسی مشروعیت همه این نهادهای حقوقی و حکومتی به ولی فقیه است، صاحبان این نظریه نمی توانند خود را محدود به قانون کنند. با این که در قلمرو فقه شیعه اختیارات ولی فقیه به تدریج گسترش یافت و از ولایت در امور حسبیه به ولایت عامه و سپس به ولایت مطلقه توسعه یافته، ولی معنای ولایت تغییر نکرد، یعنی اولویت، تصرف، تصدی و قیام فقیه به شئون غیر. نکته مهم این است که مراد از ولایت در نظریه ولایت فقیه همان ولایت شرعی و فقهی است. به این معنا که عقل و صوابدید ولی مبنای اداره جامعه است و نه لزوما خواست و اراده مردم. اوست که مصلحت مردم را بهتر از خودشان تشخیص می دهد. به نظر می رسد .

دفع ضرر

دفع ضرر یا لاضرر یکی از قواعد بنیادین حقوق در کشورهای اسلامی است که در بسیاری از موارد برای رعایت مصلحت شهروندان کاربرد دارد. پیش از آنکه قاعده لاضرر و بحث در مورد دفع ضرر توضیح داده شود باید تعریف فقهی و حقوقی ضرر مورد کنکاش و بررسی قرار گیرد.

تعریف فقهی و حقوقی ضرر

معنای ضرر همان معنی عرفی است؛ در "العین" ضرر به نقصانی که بر چیزی وارد می شود، معنا شده است: «و الضَّرَرُ: النقصان یدخل فی الشیء، تقول: دخل علیه ضَرَرٌ فی ماله.»^{۱۶} در نهاییه: «(ضرر) فی أسماء اللّٰه تعالی "الضَّارُّ" هو الذی یضُرُّ من یشاء من خلقه، حیث هو خالق الأشياء کلها خیرها و شرّها و نفعها و ضرّها. فیه «لا ضَرَرٌ و لا ضِرَارٌ فی الإسلام» الضَّرُّ: ضدّ النفع، ضَرَّهُ یضُرُّه ضَرًّا و ضِرَارًا و أُضِرَّ به یضِرُّ إضْرَارًا. فمعنی قوله لا ضَرَرٌ: أی لا یضُرُّ الرجلُ أحاه فینقصه شیئا من حقّه. و الضَّرَارُ: فِعَالٌ، من الضَّرِّ: أی لا یجایزه علی إضْراره بإدخال الضَّرَرِ علیه. و الضَّرَرُ: فعل الواحد و الضَّرَارُ: فعل الاثنین، و الضَّرَرُ: ابتداء الفعل، و الضَّرَارُ: الجزاء علیه. و قیل الضَّرَرُ: ما تضرُّ به صاحبک و تنتفع به أنت، و الضَّرَارُ: أن تضرّه من غیر أن تنتفع به. و قیل هما بمعنی، و تکرارهما للتأکید.»^{۱۷}

در "المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی" ضرر، این چنین تبیین می شود: «الضَّرُّ: الْفَاقَةُ وَ الْفَقْرُ بِضَمِّ الضَّادِ اسْمٌ وَ یَفْتَحُهَا مَصْدَرٌ (ضَرَّهُ) (یضُرُّه) مِنْ بَابِ قَتَلَ إِذَا فَعَلَ بِهِ مَكْرُوهًا وَ (أَضَرَ) بِهِ یَتَعَدَّى بِنَفْسِهِ ثَلَاثًا وَ بِالْبَاءِ رُبَاعِيًّا قَالَ الْأَزْهَرِيُّ: كُلُّ مَا

^{۱۴} همان منبع، ص ۱۵۶.

^{۱۵} بشیریه، حسین، دیباچه ای بر جامعه شناسی سیاسی ایران، نشر نگاه معاصر، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۵۰.

^{۱۶} ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد: النهایة فی غریب الحدیث و الأثر، ۵ جلد، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، اول، ج ۳، ص ۸۱ - ۸۲.

^{۱۷} فیومی، احمد بن محمد مقرئ: المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، یک جلد، منشورات دار الرضی، قم، ایران، اول، ج ۲، ص ۳۶۰.

كَانَ سُوءَ حَالٍ وَ فَقْرٌ وَ شِدَّةٌ فِي بَدَنِ فَهُوَ (ضُرٌّ) بِالضَّمِّ وَ مَا كَانَ ضِدَّ النَّفْعِ فَهُوَ بِفَتْحِهَا. وَ فِي التَّنْزِيلِ "مَسْنَى الضَّرِّ" أَي الْمَرَضُ وَ الْأَسْمُ الضَّرُّ وَ قَدْ أُطْلِقَ عَلَى نَقْصِ يَدْخُلُ الْأَعْيَانُ وَ رَجُلٌ (ضَرِيرٌ) بِهِ (ضَرَرٌ) مِنْ ذَهَابِ عَيْنٍ أَوْ ضَنْئٍ.^{۱۸}

با توجه به این سیر از تحقیق، فرق ضرر و ضرار آن است که ضرر فعل واحد است و ضرار ما بین دو نفر؛ یعنی یکی به دیگری به عنوان مجازات ضرری که زده، ضرر رساند حتی اگر نفعی هم از آن ضرر نبیند؛ و اضرار، فعل متعدی است یعنی به دیگری ضرر رساندن هر چند که برخی از دانشیان لغت، این دو را در حدیث به یک معنا و برای تکرار گرفته اند؛ علاوه بر تحقیق سابق در مجمع البحرین به این حقیقت اشاره شده است: «وَقَالَ: لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ» یقال ضره ضرا و أضر به إضراراً ثلاثی متعد و الرباعی متعد بالباء، ای لایضر الرجل أخاه فینقصه شیئا من حقه، و الضرار فعال من الضر ای لایجازیه علی إضراره یداخل الضرر علیه. و الضرر فعل الواحد، و الضرار فعل الإثنين و الضرر: ابتداء الفعل. و الضرار الجزاء علیه. و قیل الضرر ما تضر به صاحبک و تنتفع أنت به، و الضرار أن تضره من غیر أن تنتفع أنت به. و قیل هما بمعنی و التکرار للتأکید. و فی بعض النسخ "و لا إضرار" لعله غلط.^{۱۹}

عده ای فقهاء نیز ضرر را خلاف نفع دانسته و از این رو در تعریف ضرر می گویند که ضرر عبارت است از اینکه چیزی از اعیان یا منافع از دست کسی بدون عوض بیرون رود. بنابراین اگر در مقابل اتلاف منفعتی جلب گردد یا عوضی به دست آید ضرری ایجاد نشده است.^{۲۰} از آنجا که تعریف فوق تمام مصادیق ضرر را در بر نمی گیرد تعریف ناقصی است.

در کتاب مصباح المنیر در تعریف ضرر از دیدگاه لغوی آمده است که ضرر یضره به این معناست که شخصی به دیگری مکروه و ناپسندی وارد آورد. اضرار نیز که از باب ثلاثی مزید است به همین معنا می باشد این فعل در ثلاثی مجرد بدون نیاز با با حروف دیگر متعددی می شود ولی در ثلاثی مزید باب افعال با «با» متعددی می گردد باب مفاعله آن ضاره: یضاره به معنی ضره می باشد و با هم تفاوتی ندارند.^{۲۱} مرحوم میرزای نایینی در تعریف ضرر می گوید: «ضرر عبارت است از فوت آنچه که انسان واجد آن است خواه نفس باشد یا عرض یا مال یا جوارح بنابراین اگر کسی یا عضوی از اعضای او به جهت اتلاف یا تلف، ناقص شود یا روحش از تن آزاد شود یا با عرض او لطمه وارد آید با اختیار یا بی اختیار در این صورت می گویند ضرر به او وارد آمده است. بلکه بر حسب عرف، عدم النفع هم در موردی که مقتضی آن تمام و کامل شده باشد ضرر به شمار می آید.»^{۲۲}

تعریفی که این فقیه بزرگوار از ضرر به دست می دهد به نحوی جامع کلیه مصادیق ضرر می شود. اندیشه حقوقی جدید نیز همسان با این نظریه است، چرا که حقوقدانان جهان امروز نیز عموماً هر نوع لطمه و نقیصه اعم از مادی و معنوی را ضرر محسوب نموده و قائل به جبران هر نوع خسارتی که بر شخص وارد می آید هستند، خواه از دست رفتن مال و خواه فوت شدن منفعت باشد و یا ضررهای جانی و لطمه به حیثیت و عرض اجتماعی. این دو تعریف شامل تمامی مصادیق ضرر می شود و به این جهت تعریف جامع و مانع و کاملی می باشد، با این حال این نکته را باید مد نظر داشت که ضرر دارای معانی عرفی نیز می

^{۱۸} طریحی، فخر الدین: مجمع البحرین، ۶ جلد، کتابفروشی مرتضوی، تهران، سوم، ۱۴۱۶ هـ ق، ج ۳، ص ۳۷۳ - ۳۷۴.

^{۱۹} بجنوردی، سید محمد: قواعد فقهیه، ۲ جلد، مؤسسه عروج، تهران، سوم، ۱۴۰۱ هـ ق، ج ۱، ص ۲۵۳ - ۲۵۴. شیخ مرتضی انصاری: رسائل فقهیه، در یک جلد، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، اول، ۱۴۱۴ هـ ق، ص ۱۱۳.

^{۲۰} ملا احمد نراقی، عواید الایام، عایدۀ چهارم، در یک مجلد، نشر بصیرتی، ۱۲۴۵، ص ۳۲۳.

^{۲۱} اسماعیل پور، ایرج، بررسی تطبیقی عدم النفع در نظام حقوقی ایران و مقایسه آن با حقوق انگلیس و آمریکا، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، ص ۹.

^{۲۲} نایینی، حاشیه المکاسب (منیه الطالب)، جلد سوم، مؤسسه نشر اسلامی، ص ۳۷۸.

باشد و به این جهت رجوع به کتب لغت برای فهم معنای آن کافی نیست. وانگهی همان گونه که ملاحظه شد مراجعه به کتب مذکور نشان می دهد که آنها نیز سعی در تبیین معنای عرفی ضرر داشته اند.

مرحوم بجنوردی در معنای ضرر می نویسد: «ضرر عرفاً عبارت است از نقص در چیزی از شئون انسان بعد از اینکه وجود یافته است یا مقتضی قریب پدیدار شدن آن وجود دارد به طوری که عرف آن را موجود می داند.»^{۲۳}

در تعریفی آمده است مراد از ضرر هر کاستی و نقصانی است که بر مال یا حقوق مالی اشخاص، بر خلاف میل و اراده او، توسط دیگری وارد می شود. مثلاً آتش زدن اتومبیل دیگری یک ضرر و نقصان مادی است که در دارایی او ایجاد شده است. برای تحقق ضرر مادی لازم نیست که متضرر و زیان دیده مالک مال باشد بلکه اگر حق مالی نسبت به آن مال داشته باشد، با تلف مال متعلق حق، ضرر محقق می شود.^{۲۴}

تحلیل قاعده لاضرر

یکی از مشهورترین قواعد فقهی که در بیشتر ابواب فقه مانند عبادات، معاملات و غیره به آن استناد می شود، قاعده "لاضرر" است که مستند بسیاری از مسائل فقهی می باشد. اهمیت قاعده مذکور به حدی است که بسیاری از فقها از گذشته دور و نزدیک در تألیفات و تقریرات خود رساله مستقلی را به آن اختصاص داده اند. چون در شریعت اسلام آزادی فردی در اعمال حق تا سر حد عدم تجاوز به حقوق دیگران محدود است و به دست آویز اعلان حق هر نوع مزاحمتی ممنوع و مردود می باشد این معنی تحت قاعده کلی لاضرر و لا ضرار فی الاسلام بیان شده به طوری که اشاره شد این قاعده دستور پیامبر اکرم است. در حکایت سمره بن جندب که گمان می رود اشتهر روایات و شاید اولین دستوری است که از طرف شارع مقدس اسلام (ص) صادر گردیده. ولی مستند این قاعده منحصر به این حدیث نیست بلکه روایات بسیاری در موارد مختلف آمده که در کتب مفصله فقه اسلامی ذکر شده، حدیث سمره بن جندب بیش از سایر روایات مورد بحث و تحقیق قرار گرفته است. این روایات در وسایل الشیعه در باب دوازدهم کتاب احیاء اموات و نیز در کافی و من لا یحضره الفقیه در باب حکم حریم آمده است.

سمره بن جندب اهل مدینه بود که مشرف به دین اسلام شده بود ولی هنوز خوی جاهلیت و لجاج و خود خواهی ناشی از آن را به همراه داشت و مفهوم حریت را در اسلام درک نکرده بود و در مقابل اعمال حق خود آسایش و منافع دیگران را مورد نظر قرار نمی داد. سمره در خانه مرد انصاری درخت خرمائی داشت و به دستاویز سرکشی به درخت مزبور گاه و بی گاه بدون اجازه صاحب خانه مزاحم او و خانواده اش می شد و چون به تذکرات صاحب خانه اهمیت نمی داد مرد انصاری به پیامبر اکرم (ص) شکایت برد. سمره به محضر رسول خدا احضار شد و پیامبر به او توصیه فرمود که هر وقت قصد سرکشی به درخت خرما می خود را دارد قبلاً از صاحب خانه کسب اجازه کند. سمره گفت برای اعمال حق مالکیت، خودم را بی نیاز از اجازه مرد انصاری می دانم و حاضر نیستم از او کسب اجازه کنم. حضرت فرمود قیمت درخت خرما می تو را می دهم تا مسلمانی آسوده شود بنابراین درخت را به من بفروش، چون امتناع کرد پیغمبر اکرم موافقت فرمود نخلی را در جای دیگر به او بدهد و با مخالفت او بر تعداد درخت ها مرتباً اضافه شد تا به ده درخت رسید و باز با مخالفت سمره مواجه گردید. حضرت فرمود علاوه بر درخت ها اجر اخروی نیز برای تو تضمین می کنم و سمره به هیچ وجه تسلیم نشد، رسول خدا بر آشفته و فرمود: «انت رجل مضار» (تو مرد ضرر زننده ای هستی) و بلافاصله شاکی را مخاطب ساخت و فرمود: درخت خرما می سمره را از ریشه بکن و جلوی او

^{۲۳} بجنوردی، القواعد الفقهیه، جلد اول، مطبوعه خیام، ۱۴۰۲، ص ۱۷۸

^{۲۴} باریکلو، علی رضا، مسئولیت مدنی، نشر میزان، چاپ دوم، پاییز ۱۳۸۷، ص ۶۲

بینداز و در مقام انشاء حکم فرمود: لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام. پس این قاعده و حکم کلی ملاک عمل در شریعت اسلام قرار گرفت و به موجب این دستور هیچ کس حق ندارد عامل ضرر و زیان به غیر باشد ولو به عنوان اعمال حق خود. استعمال حق در شریعت اسلام تا آنجا جایز است که با حق غیر تعارض نداشته باشد.

معنای لا: اصولاً "لا" در معنای حقیقی خود برای نفی جنس به کار می‌رود و بر سر هر جمله‌ای که بیاید، دلالت بر این مطلب دارد که مدخول لا (یعنی آنچه بعد از لا قرار می‌گیرد) بکلی در عالم خارج وجود ندارد؛ مثل: "لا ر جل فی الدار" یعنی مردی در خانه نیست. "لا" در جمله مذکور امکان وجود هرگونه مردی را در منزل نفی می‌کند و از این جمله شنونده درمی‌یابد که قطعاً هیچ مردی در منزل نیست.^{۲۵} حال می‌خواهیم ببینیم که وقتی گفته می‌شود "لا ضرر و لا ضرار"، آیا مفهوم و معنیش این است که در عالم خارج، در اسلام، ضرر وجود ندارد؟ بطور قطع چنین برداشتی از جمله نادرست است. زیرا برای العین دیده می‌شود که ضرر در عالم خارج وجود دارد و ابنای بشر به انحنای گوناگون هر روز منشأ ایراد ضرر به یکدیگر می‌شوند؛ وانگهی اگر از جمله بالا چنین برداشت شود که ضرر در عالم خارج وجود ندارد، این موضوع چه ارتباطی به شارع پیدا می‌کند و اصولاً فلسفه صدور آن چه می‌تواند باشد؟ با بروز اینگونه اشکالات، فقها تلاش کرده اند از ابعاد و زوایای گوناگون "لای" مذکور در حدیث را بگونه‌ای تفسیر و تعبیر نمایند که اقرب به نظر شارع باشد.^{۲۶}

در مورد شهرداری نیز لا ضرر از جمله قواعدی است که باید در رابطه با تملکات و مقوله‌هایی مانند نفع عمومی و مصلحت در مورد آن تحلیل جامع تر و دقیق‌تری صورت گیرد. قاعده لا ضرر در نظام حقوقی ایران از این حیث با نهاد شهرداری مرتبط است که اگر تملک‌های این نهاد موجب ورود ضرر یا خسارت به مردم از حیث مادی یا معنوی شود این نهاد مکلف است که به گونه‌ای عمل کند که خسارت‌های وارده جبران گردد. در این مقوله نیز ضرر تابع نسبیت می‌باشد و تحلیل و تفسیرهای متفاوتی از آن وجود خواهد داشت. از این حیث می‌توان گفت باید در درجه نخست به ارزیابی ضرر پرداخت و در درجه دوم مانع ورود خسارت و ضرر به شهروندان گردید. در واقع مبنای تصمیم‌گیری‌های موجود باید چنین باشد و همواره از ورود ضرر به شهروندان جلوگیری شود.

معنای ضرر

ضرر دارای معنایی عرفی است که مبرهن است؛ از این روی رجوع به کتب لغت برای فهم معنای آن لازم نیست. به علاوه مراجعه به آنها نشان می‌دهد که آنها نیز سعی در بیان معنای عرفی داشته‌اند؛ مثلاً: در نهایتاً ابن اثیر چنین آمده است که: "لا ضرر ای لا یضر الرجل اخاه و هو ضد النفع"^{۲۷} همچنین قول پیغمبر « صلی الله علیه و آله » (لا ضرر) را چنین معنا کرده‌اند که: "مرد نباید به برادر خود ضرر وارد سازد یعنی نباید چیزی از حق او کم بگذارد".^{۲۸}

در کتب دیگر همین تعبیرات کم و بیش موجود است که خلاصه آن چنین است: برخی ضرر را در برابر نفع گرفته‌اند و برخی دیگر گفته‌اند: "ضرر عرفاً نقص و کم کردن در مال یا عرض یا نفس یا در شیئی از شوون آن، بعد از وجود شی یا بعد از وجودی

^{۲۵} . موسوی بجنوردی - سید محمد: قواعد فقهیه، ص ۵۶: ... "لا" به معنای نفی جنس است و چون بر سر اسم نکره "ضرر" و "ضرار" آمده مفید عموم است یعنی: هیچ ضرر و زبانی وجود ندارد. ولی برخی از فقها آن را "ناهیه" گرفته‌اند به شرحی که بعداً می‌آید.

^{۲۶} . محقق داماد- سید مصطفی: قواعد فقه، ص ۱۴۶-۱۴۷

^{۲۷} . محمدی - ابوالحسن: قواعد فقه، ص ۱۷۳؛ محقق داماد سید مصطفی: قواعد فقه، ص ۱۴۲-۱۴۳؛ شیخ انصاری - مرتضی: فرائد الاصول، ج ۲، ص ۵۳۴؛ الاصفهانی - الشریعه: قاعده لا ضرر، ص ۲۷؛ این معنا در لسان العرب، در المنثور سیوطی و تاج العروس نیز آمده است.

^{۲۸} . الاصفهانی - الشریعه: قاعده لا ضرر، ص ۲۷؛ شهابی - محمود: دور ساله (رساله لا ضرر)، ص ۵

که مقتضی قریب آن است - از آن جهت که عرف آن را موجود می‌بیند - می‌باشد.^{۲۹} راغب ضرر را به معنای سوء حال دانسته و می‌نویسد: "ضرر یعنی سوء حال و به علت کمی دانش و فضل در نفس یا در بدن و به لحاظ نقص یا کمبود عضوی یا ناشی از کمی مال و جاه است. بنابراین بطوری که ملاحظه می‌شود تمامی این توضیحات در زمینه معنای عرفی ضرر است و به نظر می‌رسد که رساترین تعریف و تعبیر چنین باشد: "فقد کل ما نجد و ننتفع به من مواهب الحیات من نفس أو مال او عرض او غیر ذلک" یعنی نداشتن و از دست دادن هر یک از مواهب زندگی، جان، مال، حیثیت و هر چیز دیگری که از آن بهره مند می‌شویم. صاحب کفایة الاصول، نسبت بین ضرر و نفع را ملکه و عدم ملکه می‌داند در حالی که برخی دیگر معتقدند که این نسبت، نسبت تضاد می‌باشد.

معنای ضرار

سید میرزا حسن بجنوردی در خصوص معنای ضرار می‌گوید: "و اما کلمه ضرار بنا بر قولی از مصدر مفاعله می‌باشد و اگر چنین باشد معنای ضرار به جهت دو طرفه بودن باب مفاعله عبارت‌است از: ضرر بر غیر در مقابل ضرری که از غیر بر او وارد شده است و از آن جهت که دلالت بر تکرار صدور فعل از فاعل می‌کند، فرقی نمی‌کند که فاعل در اینجا یک شخص باشد و یا آنکه دو شخص؛ اگرچه باب مفاعله در خصوص فاعلیت دو شخص بکار می‌رود. بنا بر آنچه گفته شد غالباً آنچه از باب مفاعله به ذهن متبادر می‌شود، مشارکت طرفین است؛ اگر چه محط نظر فاعلیت یکی از آنها و مفعولیت دیگری باشد؛ مانند اینکه گفته شود: ضارب زیداً عمراً؛ و این فرق بین باب مفاعله و تفاعل است، بعد از آنکه هر دوی آنها برای بیان مشارکتند. خلاصه کلام آنکه معنای ضرار، هم می‌تواند تکرار صدور ضرر از یک شخص باشد و هم از دو شخص؛ دلیل این امر نیز قول نبوی «صلی الله علیه و آله» در خصوص سمره است که فرمودند: "أنت رجل مضار" که مراد از آن صدور ضرر از دو طرف نمی‌باشد. اما احتمال دیگر در خصوص کلمه ضرار آن است که آن را اسم بدانیم که البته این احتمال در غایت بعد است؛ چرا که اولاً تکرار آن بدون فایده می‌باشد و ثانیاً خلاف ظاهر این کلمه است؛ چون ظاهر آن مصدر باب مفاعله می‌باشد.^{۳۰}

بنابراین ضرار به کسر ضاء، بر وزن خلاف، مصدر باب مفاعله است: ضارّ، یضارّ، ضراراً - خالف، یخالف، خلافاً. اسم فاعل و مفعول آن نیز مضارّ است که اولی بر وزن مفاعل به کسر عین و دومی بر وزن مفاعل به فتح عین است.

نتیجه اینکه در اینجا ضرار به معنی ضرر نیست و نیز به مفهوم اضرار بر ضرر و مباشرت بر ضرر و مجازات ضرر که گروهی معنی کرده اند، نمی‌باشد. و حاصل فرق میان ضرر و ضرار این است که اگر حکم یا فعلی چنان باشد که بی‌قصد و اصرار بر ضرر، از آن ضرری به هم رسد، آن را ضرر می‌خوانند و اگر از روی قصد و تعمد باشد، بعنوان ضرار از آن تعبیر می‌شود. و بهر حال اختلاف معنی این دو لفظ یا تأکیدی بودن دومی برای اولی از اموری نیست که طرح بحث آن برای فقیه چندان مهم باشد بلکه آنچه برای فقیه مهم و بر او لازم است بحث از مفاد جمله ترکیبیه و مدلول فقهی حدیث می‌باشد.^{۳۱} آنچه در این شماره "مشکوٰۃ النور" از بررسی قاعده لاضرر، خواندید را در شماره آتی با بررسی مفاد حقوقی این قاعده پی می‌گیریم. تا به کاربرد بهتری از این قاعده در مسائل فقهی نائل آئیم و جایگاه آن را در بر خورد با مسائل فقهی بیشتر دریابیم.

۲۹. موسوی بجنوردی - سید میرزا حسن: القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۱۷۸؛ آخوند خراسانی - شیخ محمد کاظم: کفایة الاصول، ج ۲، ص ۲۶۶

۳۰. موسوی بجنوردی - سید میرزا حسن: القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۱۷۸-۱۷۹

۳۱. موسوی بجنوردی - سید میرزا حسن: القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۱۷۹

مروری بر نظریه ها

در مورد مبنای مسئولیت مدنی همانطور که در قسمت قبلی بررسی کردیم تحولاتی به وقوع پیوسته است. این تحول در قرن بیستم مخصوصاً در فرانسه مشهود است. اگر بخواهیم در مورد مبنا سخن بگوییم، می توان همین سوال را مطرح کرد که آیا برای جبران ضرر در مسئولیت مدنی تقصیر لازم است یا نه؟ قبلاً تکیه بر جبران ضرر بوده و صرف وجود رابطه بین فعل شخص و ضرر کافی می نمود. بعداً در این مبنا تردید شد و گفتند مسئولیت چهره اخلاقی نیز دارد و در مسئولیت مدنی نیز خطا و تقصیر باید وجود داشته باشد. بنابر این صرف عمل مادی موجب مسئولیت نمی شود. همین مبنا است که در مسئولیت مدنی قرن هیجدهم موجود است و مقنن فرانسه نیز در مواد ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ مبنا را تقصیر دانست (یزدانیان، ۱۳۷۹، ص ۴۲).

این مبنا نیز تا انتهای قرن نوزدهم سالم ماند و در انتهای این قرن نظریه خطر شروع به رشد کرد و قاعده ((من له الغنم فعلیه العزم)) به شکلی تازه در عرصه مسئولیت قد علم کرد. البته این نظریه، نظریه تقصیر را از بین نبرد بلکه هر دو نظریه تا حدودی تعدیل شدند.

نظریه تقصیر

طبق این نظریه مباشر خسارت فقط هنگامی مسئول جبران ضرر است که مرتکب تقصیری شده باشد و خسارت هم معلول آن باشد. وجود رابطه سببیت بین خسارت و تقصیر است که جبران خسارت را توجیه می کند. به این مسئولیت که مبتنی بر تقصیر است ((مسئولیت درون ذاتی)) گویند.

بر اساس این نظریه برای ایجاد مسئولیت مدنی، صرف ایراد زیان کافی نمی باشد، بلکه شخص مسئول باید در ایراد زیان مرتکب تقصیر شده باشد. مقصود از تقصیر، رفتار قابل سرزنش است و خود بر دو نوع است:

۱- تقصیر شخصی:

در تقصیر شخصی ملاک قابلیت سرزنش، وضعیت خاصی است که فاعل در آن وضعیت مرتکب فعل زیانبار شده است.

۲- تقصیر نوعی:

در تقصیر نوعی ملاک قابلیت سرزنش، تطبیق رفتار فاعل با رفتار متعارف است. در حقوق ایران با توجه به مسئولیت، در مورد صغیر و مجنون، تقصیر نوعی پذیرفته شده است.

جبران ضرر ناشی از تقصیر منطقی و عادلانه است و این بسیار پسندیده است که هر کس در گرو اعمال خود باشد اما به همان اندازه که از نظر اخلاق پسندیده است گاه به همان اندازه غیر عادلانه است چرا که اولاً: اثبات تقصیر مشکل است و ثانیاً گاه اصلاً در ورود ضرر، تقصیر، نقشی ندارد.

به همین منظور طرقي برای تعدیل نظریه تقصیر اندیشیده اند:

اولاً: مسئولیت ها بیشتر قراردادی قلمداد نموده اند تا نیاز به اثبات تقصیر نباشد.

ثانیاً: از اماره های تقصیر استفاده کرده اند. یعنی محاکم، اوضاع و احوالی را قرینه بر تقصیر دانسته اند.

ثالثاً: تقصیر به مفهوم اجتماعی را به جای تقصیر اخلاقی نهاده اند. یعنی لازم نیست از نظر اخلاق شخص کار مذمومی انجام دهد بلکه همین که رفتار شخص با رفتار انسان متعارف مخالف باشد، تقصیر است هر چند قابل مذمت نباشد. به علاوه به این نظریه ایراداتی نیز وارد شده است.

نظریه خطر

از نظر تاریخی مسئولیت بدون تقصیر مقدم بر مسئولیت مبتنی بر تقصیر بوده است. در آغاز برای جبران خسارت صرف رابطه علیت بین ضرر و عمل شخص کافی بود. مسئولیت مبتنی بر تقصیر بعداً هویدا شد. با انقلاب صنعتی و پیدایش ماشین بخار و سایر اختراعات، در قرن ۱۹ جهان شاهد حوادثی شد که چه از نظر کیفیت و چه ماهیت و چه تنوع و چه فزونی بدون سابقه بود و به قول ((ژسراند)) حوادث آنقدر نامعین و بدون نام و پیچیده شده بود که تشخیص علل آنها دشوار بود در اواخر قرن ۱۹ دو نیروی بخار و برق حوادث زندگی را متنوع ساخت. در تمام حوادثی که بر اثر صنعت و تکنولوژی جدید پیش می آمد اصل تقصیر که بنیان مسئولیت مدنی بود، مانع از جبران خسارت می شد. زیرا گاه در ورود ضرر تقصیر نقشی نداشت یا اثبات آن دشوار بود با این ترتیب مبنای مسئولیت مدنی که تقصیر بود، سست شده و نظریه جدیدی به نام ((نظریه خطر)) پدید آمد که به آن ((مسئولیت برون ذاتی یا تسبیب)) نیز می گویند.^{۳۲}

بر طبق این نظریه، تقصیر از مبنای مسئولیت مدنی نیست. همین که شخص زبانی را به وجود آورد باید جبران کند خواه عمل وی صواب باشد یا خطا. به عبارتی هر کس به فعالیتی خطرناک دست بزند خسارات ناشی از آن را باید تحمل کند و جبران نماید. ریشه اصلی نظریه خطر را می توان در مکتب تحقیقی ایتالیا و نظریه ((فری)) جستجو کرد.

علمای مکتب مادی حقوق که از جنبه روانی چشم می پوشانند، می گویند جبران خسارت در مسئولیت مدنی مجازات نیست تا نیاز به تقصیر داشته باشد بلکه انتقال مال از یک دارایی به دارایی دیگر است. اما علمای مکتب اصالت اجتماع که هدف حقوق را تامین منافع و مصالح اجتماعی می دانند و حقوق فردی را تحت الشعاع حقوق اجتماعی قرار می دهند، در خصوص مبنای مسئولیت مدنی چنین اظهار نظر می کنند که بهتر است به جای کاوش روانی و بررسی تقصیر، بررسی کنیم که منافع و مصالح جامعه چه اقتضا میکند. این مکتب سهم عظیمی در نظریه خطر داشته به طوری که عقاید علمای آن چنان مقننین قرن نوزدهم را تحت نفوذ و تاثیر قرار داد که همگی مسئولیت مدنی را در حوادث کار مبتنی بر خطر اعلام نمودند مهمترین فایده نظریه خطر، حذف تقصیر و مشکلات مربوط به اثبات آن و در نتیجه تسهیل طرح دعاوی مسئولیت مدنی است و بدین ترتیب بیشتر ضررها جبران می گردد. به علاوه امنیت مردم در برابر نیروهای اقتصادی و دستگاههای غول پیکر تضمین می شود. به این نظریه نیز ایراداتی وارد شده است.

نظریه تضمین حق

طبق این نظریه حق مسلم افراد انسانی است که در جامعه سالم و ایمن زندگی کنند. این حق را قانون حمایت می کند و ضمانت اجرای آن همان است که ما مسئولیت مدنی می دانیم. در مقابل حقوق مذکور که متعلق به همه است باز هم آحاد مردم تکلیف دارند که به حقوق همدیگر احترام بگذارند. همین که کسی حقی را ضایع ساخت باید جبران کند و این چیزی نیست جز مسئولیت مدنی. ایراد این نظر آن است که گاه عامل ضرر بر طبق حق خویش عمل کرده است، چرا باید حق متضرر بر حق او

مقدم باشد. به عبارتی در اینجا تراحم دو حق است ((استارک)). یکی از حقوقدانان اظهار می دارد که برای حل این مسئله باید دید اعمال حق و تضمین آن با ضرر لازم و ملزوم یکدیگرند یا نه؟ و آیا الزام به جبران ضرر در حکم انکار حق ذیحق است؟ پاره ای از حقوق به ذیحق اجازه می دهد که بدون ایجاد مسئولیت برای خود به دیگران ضرر بزند و اگر این ویژگی از حق سلب شود انکار حق است. در این موارد مسئولیت فقط وقتی به وجود می آید که شخص در اجرای حق خود مرتکب تقصیر شود. مثلاً شخصی که در کنکور شرکت میکند ممکن است قبول شود این حق منافات ندارد با این که حق دیگری را گرفته است. پاره ای از حقوق دیگر اضرار به دیگری را جایز نمی شمارند مثل حق بر حیات و حق بر تمامیت جسمی. مثلاً رانندگی حق است اما مجوز برای اتلاف یا کشتن دیگری نیست. راننده حق رانندگی دارد و عابر حق حیات. حق حیات را نمیتوان با حق رانندگی سلب کرد. پس در نظریه تضمین حق، باید بین خسارت و ضرر های وارده قائل به تفاوت شد. خسارات بدنی و مالی قابل جبران است، اما خسارات معنوی و اقتصادی در صورتی که با خسارات بدنی و مالی نباشد قابل جبران نیست مگر اینکه شخص در اعمال حق مرتکب تقصیر شود.

شرایط تحقق مسئولیت مدنی شهرداری

جهت تحقق مسئولیت مدنی وجود ارکانی چون زیان، فعل زیانبار، رابطه سببیت و در نظام حقوقی ما غالباً تقصیر لازم میباشد. در خصوص زیان، ورود زیان های جمعی به افراد نامحصور، به نظر تصور مسئولیت مدنی برای شهرداری را دشوار مینماید. فعل زیانبار هم میبایست همزمان با انجام وظیفه اداری و مرتبط با آن باشد تا قابلیت انتساب به شهرداری را داشته باشد. در حقوق کنونی اختلاط مسئولیتها چهرهای خاص یافته، یکی از این مسئولیتها، مسئولیت ناشی از مالکیت و حفاظت از اشیاء یا حیوانات است. در این مسئولیت شکی نیست که تقصیر نقش به سزایی برای تحقق مسئولیت ایفا میکند. بخصوص که این مسئولیت راجع به شهرداری که یک نهاد عمومی است محقق میشود. به این دلیل که اصل قانونی بودن بر نهادهای عمومی حاکم است، تقصیر شهرداری به معنای تخلف از وظایف این نهاد است. لیکن تکیه بر عنصر تقصیر و لزوم اثبات آن حقوق شهروندان را جهت جبران خسارات وارده به آنها بعضاً تضییع خواهد کرد. اصولاً زیان دیده با اثبات تقصیر شهرداری یا شهردار و اثبات رابطه سببیت میان تقصیر آن دو و زیان وارده به خود، قادر به دریافت غرامت خواهد بود. در رابطه با اشخاص حقیقی، چنانچه شخصی یا اشخاصی باعث ضرر به شخص دیگر شوند بلادرنگ مقصر شناخته می شوند و مسئول جبران خسارات میگردند اما این وضوح در رابطه با مسئولیت اشخاص حقوقی مانند شهرداری به راحتی قابل ترسیم نیست. فلذا در رابطه با شهرداری و خسارات وارده به شهروندان لازم است معیاری روشن تبیین گردد تا حقوق اشخاص زیان دیده بهتر تبیین گردد. شهرداری گاه به دلیل کوتاهی در وظیفه مواظبت از اموال تحت مالکیت خود یا دیگران، مسئولیت مدنی پیدا میکند و گاه به دلیل اهمال در حفظ و نگهداری معابر و تونل های مشترک شهری ملزم به جبران خسارت میگردد. در رابطه با مسئولیت ناشی از مالکیت شباهت های فراوانی میان حقوق کشورمان و حقوق کامن لا وجود دارد. شاید با فرض تقصیر برای شهرداری بتوان حقوق اشخاص را برای موفقیت در دعوای مسئولیت مدنی علیه شهرداری حفظ کرد و گامی برای تحقق عدالت قضایی برداشت.

نقش فعل زیانبار و تقصیر در تحقق مسئولیت مدنی شهرداری

فعل زیانبار بر این اساس، فاعل فعل زیانبار زمانی مسئول جبران خسارت وارده به دیگری است که عمل زیانبار منتسب به او باشد. و نیز در صورتی فاعل فعل زیانبار مسئول عمل خویش است که عمل شخص بدون مجوز قانونی صورت پذیرد. در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی نیز به عبارت «بدون مجوز قانونی» اشاره شده است یعنی اگر فعل با مجوز قانونی انجام گیرد شخص مسئول خسارت ناشی از آن نیست (هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تقصیر تقصیر هم در مسئولیت مدنی شهرداری توصیفی جداگانه دارد که به آن اشاره شده است. شهرداری در اجرای وظایف کلی و ویژه خود ممکن است، گونه‌هایی عام و ویژه از مسئولیت را داشته باشد. اقداماتی که در عرصه‌هایی چون اجرای قوانین و مقررات مسئولیت‌های ناشی از مالکیت بر معابر، بناها و اقدام به تملک قانونی اراضی و ابنیه ممکن است موجب مسئولیت برای شهرداری باشد. در بحث اجرای حکم علیه شهرداری، قانونگذار امتیازهایی برای آن قائل شده و توقیف اموال شهرداری تنها با شرایطی ممکن می‌باشد. مواردی وجود دارد که شهرداری علی‌رغم ورود زیان، مسئول شناخته نمی‌شود که این موارد را میتوان چنین برشمرد: قوه قاهره، تقصیر زیان دیده، فعل ثالث و علل موجه چون: دفاع مشروع، اجرای قانون و اعمال مبتنی بر اضطرار. در خصوص صلاحیت هم، با عنایت به تقلید ناقص حقوق ما از فرانسویان، دیوان عدالت اداری هم در برخی موارد در دعاوی علیه مسئولیت مدنی شهرداری وارد عمل شده و هر زمان که مبنای دعوا یک تقصیر اداری باشد، نسبت به موضوع مطروحه اتخاذ تصمیم می‌نماید. تبیین مسئولیت مدنی شهرداری بر مبنای عنصر تقصیر به دلیل ماهیت پیچیده آن بسیار دشوار است. این نظریه، خود بر مبنای ضوابطی قابل تشخیص است. در واقع چنانچه ما تقصیر شهردار یا مستخدم شهرداری را مورد بررسی قرار دهیم و تقصیری بر آنها قابل انتساب نباشد، ضرر وارده را باید شخصیت حقوقی شهرداری جبران کند و خطای شخصی به این شکل تعریف می‌گردد. خطایی که فاحش، چشمگیر و سنگین باشد. در این میان میبایست شدت تقصیر با نوع خدمتی که مقام عمومی انجام میدهد مقایسه شود. مثلاً در عملیات آشنشانی به دشواری میتوان خطای یک آشنشان را فاحش بدانیم در حالی که وارد کردن خسارت توسط مأمور شهرداری به دلیل عدم تبحر در کندن چاه و خسارت به ملک مجاور را به راحتی میتوان خطای شخصی دانست. به طور اولی، خطای شخصی علاوه بر این شامل اقدامات عمدی و با سوءنیت نیز میشود. در مواردی هم که خطا بر مقام عمومی قابل انتساب نباشد بالاجبار این مسئولیت بر شخصیت حقوقی حقوق عمومی تحمیل می‌گردد. از نقطه نظر ارتکاب اعمال زیانبار تفاوتی میان اشخاص حقوق خصوصی و عمومی به صورت عام وجود ندارد در واقع چنانچه در رابطه علیت، تقصیری بر شخصی تحمیل شود که نتیجه آن ورود زیان بر شخص دیگری است، وارد کننده ضرر و زیان مسئول غرامت است. لیکن برای شخص حقوقی تصور تقصیر کمی دشوار است. در نظریه تقصیر، زیان‌دیده با اثبات تقصیر مقام عمومی و اثبات رابطه سببیت میان تقصیر و زیان وارد به او، قادر به دریافت غرامت خواهد بود.

نتیجه‌گیری

اگر چه هر یک از دو گروه (قائلین به تقصیر و غیر تقصیر) جهت تامین امنیت و آزادی حق اشخاص به تلاش برای جبران خسارت وارد بر متضرر، نظریات بسیار ارزشمندی را ابراز داشته‌اند. ولی به نظر می‌رسد نمی‌توان هیچ‌یک از نظریه‌های یاد شده را به عنوان مبنای منحصر مسئولیت مدنی پذیرفت و بر پایه آن نظامی عادلانه ایجاد کرد. اما حقیقتی که وجود دارد انکار ناپذیر است، آنچه اهمیت دارد رسیدن به عدالت است و ابزارهای منطقی تنها وسایل راه‌گشایی به این هدف است راهکارهایی

که در این خصوص مطرح شده عبارت است از: اینکه چون حوزه مسئولیت به مسئولیت ناشی از فعل شخصی، فعل غیر و مسئولیت ناشی از مالکیت و تصرف اشیاء تقسیم می شود، مصلحت در این است که، مسئولیت ناشی از فعل شخصی، بر مبنای تقصیر و مسئولیت در دو قسم اخیر بر پایه نظریه به خطر گذاشته شود (درودیان، ۱۳۸۰، ص ۳۶۹). یا اینکه مسئولیت مبتنی بر تقصیر، به عنوان اصل و قاعده و مسئولیت بدون تقصیر به صورت فرعی و جنبی و به صورت استثنایی در مواردی که عدل و انصاف اقتضاء می کند به موقع اجراء گذاشته شود (قاسم زاده، ۱۳۸۵، ص ۳۲۳).

در مورد نظریات تساوی همگان در برابر هزینه های عمومی، نمایندگی و اندامی باید گفت که علمای حقوق عمومی نظریات مزبور را برای توجیه مسئولیت دولت بیان نموده اند و طرح آنها به خاطر متروک نمودن نظریه مصونیت است و صرف نظر از ایراد آتی که قبلاً ذکر شد باید افزود که نظریات مزبور، چنان مستدل و محکم نیستند که پایه و منشاء مسئولیت مدنی دولت و موسسات عمومی را بر آن نهاد و بر اساس آن مسئولیت این موسسات را توجیه و اثبات نماییم.

در مورد شهرداری باید گفت که با توجه به شرایط و اوضاع و احوال باید مبنایی را انتخاب کرد که اولاً: باعث نشود کارکنان و ماموران شهرداری در انجام وظایف محوله اهمال و سستی به خرج داده و ابایی از ورود ضرر به شهروندان نداشته باشند. و ثانیاً: زیان دیدگان را نیز باید در نظر داشت چرا که اگر فرضاً تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت شهرداری انتخاب شود، زیان دیدگان برای جبران خسارت وارده به سختی و مشقت می افتند. در حال حاضر مسئولیت مدنی شهرداری با توجه به ماده ۱۱ ق.م.م. مبتنی بر تقصیر است.

شهرداری‌ها دارای شخصیت حقوقی مستقلی هستند، یعنی دارای وجود اعتباری و صلاحیت‌های ویژه، جدا و مستقل از اعضاء و مدیران و از این رو قطعاً دارای حقوق و تکالیف می‌باشند. یکی از نتایج این اصل آن است که شهرداری می‌تواند عنوان مالک داشته و از حق مالکیت برخوردار باشد. ناگفته نماند که مستفاد از ماده ۸۴ قانون شهرداری مصوب ۱۳۳۴ این است که شهرداری‌ها می‌توانند به ایجاد مؤسساتی وابسته به خود اقدام نمایند که این مؤسسات در قالب‌هایی چون سازمان یا شرکت ایجاد می‌شوند که این مؤسسات نیز دارای شخصیت حقوقی مستقل از شهرداری خواهند بود. با این حال باید توجه داشت، هرگاه در قانونی به ویژه قوانین مربوط به نحوه تملک حقوق مالکانه، از شهرداری سخن گفته می‌شود، مقصود هم شهرداری به معنای خاص کلمه یعنی شخصیت مذکور در ماده ۳ ق شهرداری است و هم مؤسسات وابسته به شهرداری مذکور در ماده ۸۴ ق شهرداری مورد نظر است. شهرداری با اهداف متعدد خدماتی و در جهت رفع نیازهای عمومی شهر با حفظ موجودیت خود به ویژه برای تأمین و حفظ فضای فیزیکی و فرهنگی زیست جمعی به تملک املاک مورد نیاز خویش اقدام می‌کند. بموجب ماده ۴۵ آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها مصوب ۱۳۴۶/۴/۱۲ اموال شهرداری‌ها بر دو نوع، اموال عمومی و اموال اختصاصی تقسیم شده است. «اموال اختصاصی شهرداری اموالی است که شهرداری حق تصرف مالکانه نسبت به آن‌ها را دارد از قبیل اراضی و ابنیه و اثاثه و نظائر آن. اموال عمومی شهرداری اموالی است که متعلق به شهر بوده و برای استفاده عموم اختصاص یافته است مانند معابر عمومی، خیابان‌ها، میداين، پل‌ها، گورستان‌ها، سیل برگردان مجاری آب و فاضلاب و متعلقات آنها، انهار عمومی، اشجار اعم از اشجاری که شهرداری یا اشخاص در معابر و میداين عمومی غرس نموده باشند، چمن کاری، گل کاری و امثال آن». «حفاظت از اموال عمومی شهرداری و آماده و مهیا ساختن آن برای استفاده عموم و جلوگیری از تجاوز و تصرف اشخاص نسبت به آن‌ها به عهده شهرداری است». اموال یا املاک شهرداری‌ها اگر مختص به خود شخص حقوقی شهرداری باشند جزء اموال و املاک اختصاصی شهرداری و شهرداری مالک آن‌ها به حساب می‌آید و به حکم ماده ۳۰ قانون مدنی می‌تواند در آنها تصرفات مادی و حقوقی به عمل آورد. لازم به ذکر است که شهرداری در این اموال و املاک مانند اشخاص خصوصی آزادی

عمل ندارد و ناگزیر به رعایت تشریفات قانونی خاصی است. ساختمان و تجهیزات اداری و خودروهای شهرداری از این قبیل اموال و املاک هستند. حتی اراضی و املاکی که از طرق مختلف به شهرداری تملیک شده‌اند نیز جزء اموال و املاک اختصاصی شهرداری به حساب می‌آیند و شهرداری صرفاً با کسب اجازه از شورای شهر و با رعایت آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها و شهرداری تهران با رعایت آیین‌نامه معاملات خاص می‌تواند (به استثنای آن دسته از اراضی که قانون صراحتاً موارد استفاده از آن‌ها را در راستای رفع نیازهای عمومی تعیین کرده است) حسب مورد به تصرفات حقوقی در آنها بپردازد. اموال عمومی نیز بدلیل استفاده عموم، اداره کردنش بر عهده شهرداری هر شهر است و در معنای کامل کلمه، ملک در تملک شهرداری محسوب نمی‌شود و شهرداری از باب تسامح مالک این اموال است یعنی مانند هر مالک که به اداره ملک خود می‌پردازد شهرداری هر شهر نیز باید به اداره اموال عمومی بپردازد. اموال عمومی و نحوه اداره آن در تبصره ۶ ماده ۹۶ الحاقی مصوب ۱۳۴۵/۱۱/۲۷ قانون شهرداری‌ها مصوب ۱۳۳۴/۴/۱۱ این‌گونه بیان شده است: «اراضی کوچه‌های عمومی و میدان‌ها و پیاده‌روها و خیابان‌ها و به طور کلی معابر و بستر رودخانه‌ها و نهرها و مجاری فاضلاب شهرها و باغ‌های عمومی و گورستان‌های عمومی و درخت‌های معابر عمومی واقع در محدوده هر شهر که مورد استفاده عموم است ملک عمومی محسوب و در مالکیت شهرداری است». نحوه تملکات اختصاصی شهرداری همانطور که در گذشته بیان شد منظور و هدف از این نوع تملکات رفع نیازهایی است که به خود شهرداری اختصاص دارند. نظام حقوقی این نوع تملکات در آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها مصوب ۱۳۴۶/۴/۱۲ مندرج است. با توجه به ارزش مادی یک مال تملک آن مال در قالب معامله جزئی، متوسط و یا عمده قرار می‌گیرد و شهرداری از طریق شهردار، کارپرداز، از طریق کمیسیون معاملات و یا از طریق مزایده و مناقصه اقدام به تملک املاک می‌کند که البته این نوع تملک باید مسبقاً به تصویب شورای شهر یا تفویض اختیار شورا به شهردار بوده باشد. البته اگر مال مورد معامله از آن دسته اموالی باشد که موضوعاً از شمول مقررات مناقصه و مزایده خارج است مثل آنکه شهرداری نیاز به تملک عین یا منافع یک مغازه در یک موقعیت منحصر به فرد به منظور استفاده اختصاصی داشته باشد در این صورت شهرداری درست مانند سایر اشخاص حقوقی بوده و وضعیت برتری ندارد و ملاً باید از طریق گفت‌وگوی آزاد و با انعقاد عقد به تملک بپردازد و اصول قراردادهای خصوصی را در انعقاد این قرارداد رعایت کند. تملکات عمومی شهرداری‌ها این نوع از تملکات املاک مستقیماً یا به طور غیرمستقیم به منظور استفاده عمومی صورت می‌گیرد مثل آنکه شهرداری مساحتی از اراضی یا قطعات تفکیکی اراضی را از زمین شهری تملک نماید و به عنوان معوض املاک اشخاصی که تمام یا بخشی از ملک آنها در طرح واقع می‌شود، اختصاص دهد. نمونه بارز تملکات عمومی شهرداری‌ها به هنگامی است که شهرداری به املاک اشخاص به ویژه اشخاص خصوصی جهت اجرای طرح‌های مصوب عمومی شهری نیاز داشته و لذا به تملک آنها می‌پردازد. در این صورت با توجه به نوع تملک که «عمومی» است دیگر نباید انتظار داشت که اصول قراردادهای حقوق خصوصی مثل اصل آزادی قراردادها و اصل حاکمیت اراده رعایت شوند. البته در این نوع تملک بدو سعی بر آن است که اصول مزبور با «تعارف و مصلحت‌اندیشی و ...» رعایت شوند اما اگر مالکی که ملکش تماماً یا جزئاً در طرح مصوب عمومی قرار گرفته حاضر به تملیک آن به شهرداری نباشد شهرداری اجرای طرح‌های عمومی و رفع نیازهای عمومی را معطل نخواهد گذاشت و به حکم قانون به تملک و سپس تصرف آن ملک خواهد پرداخت.

منابع و ماخذ

قرآن کریم

۱. ابن اثیر جزری، م، بی تا، النهایة فی غریب الحدیث و الأثر، جلد سوم، چاپ اول، قم: نشر مؤسسه مطبوعاتی
۲. اسماعیل پور، ۱۳۷۴، بررسی تطبیقی عدم النفع در نظام حقوقی ایران و مقایسه آن با حقوق انگلیس و آمریکا، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران.
۳. انصاری، م و محمدعلی طاهری، ۱۳۸۸، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد اول، چاپ سوم، تهران: نشر جنگل.
۴. انصاری، م، ۱۴۱۴، رسائل فقهیه، در یک جلد، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، قم، نشر صهبا.
۵. باریکلو، ع، ۱۳۸۷، مسئولیت مدنی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
۶. بجنوردی، س، ۱۴۰۲، القواعد الفقهیه، جلد اول، چاپ اول، تهران: نشر مطبوعه خیام.
۷. بجنوردی، س، ۱۴۰۱، قواعد فقهیه، ۲ جلد، چاپ سوم، تهران: نشر مؤسسه عروج.
۸. بشیری، ح، ۱۳۸۵، دیباچه ای بر جامعه شناسی سیاسی ایران، چاپ اول، تهران: نشر نگاه معاصر.
۹. ثمری، ه، ۱۳۹۱، مبانی فقهی و حقوقی تملکات شهرداری در حقوق ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد نجف آباد.
۱۰. جوان، م، ۱۳۲۶، مبانی حقوق، جلد دوم، چاپ اول، تهران: نشر سهامی چاپ رنگین.
۱۱. خمینی، س، ۱۳۶۸، کتاب البیع، جلد اول، چاپ چهارم، تهران: نشر موسسه اسماعیلیان.
۱۲. دهخدا، ع، ۱۳۷۷، لغت نامه دهخدا، جلد ۳۱، چاپ دوازدهم، تهران: نشر دانشگاه تهران.
۱۳. دهخدا، علی اکبر. ۱۳۷۶. «لغت نامه». تهران. انتشارات دانشگاه تهران
۱۴. رحمت‌اللهی، ح و سیدباسم موالی‌زاده، ۱۳۸۹، از جمع‌گرایی تا فردگرایی، نشریه حقوق اساسی، سال ۱۴.
۱۵. زرگوش، م، ۱۳۹۱، حقوق اداری، تملک املاک، شبه‌تملک‌ها و سلب سرمایه از سرمایه‌ها توسط دولت، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۱۶. زرگوش، م، ۱۳۹۱، حقوق اداری ۲، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۱۷. شریعتی، س، ۱۳۸۷، سلب مالکیت خصوصی در راه منافع عمومی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه مفید قم.
۱۸. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. ۱۴۱۹ هـ ق. «العروه الوثقی». قم. دفتر انتشارات اسلامی
۱۹. طباطبایی، س، بی تا، بررسی‌های اسلامی، چاپ اول، تهران: نشر دارالتبلیغ اسلامی.
۲۰. طریحی، ف، ۱۴۱۶، مجمع البحرین، جلد سوم، چاپ سوم، تهران: نشر کتابفروشی مرتضوی.
۲۱. علی دوست، ا، ۱۳۸۵، فقه و عقل، چاپ سوم، تهران: نشر پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۲۲. فیومی، ا، ۱۴۱۴ق، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، جلد دوم، چاپ اول، قم: نشر دار الرضی.
۲۳. کدیور، م، ۱۳۷۶، حکومت ولایی، چاپ اول، تهران: نشر نی.
۲۴. گنون، ر، ۱۳۷۲، بحران دنیای متجدد، ترجمه ضیاء‌الدین دهشیری، چاپ اول، تهران: نشر امیرکبیر.
۲۵. لیتل، د، ۱۳۷۳، تبیین در علوم اجتماعی، ترجمه عبدالکریم سروش، چاپ اول، تهران: نشر صراط.

۲۶. مجلسی، م، ۱۴۰۳، بحارالانوار، بیروت، مؤسسه الوفاء.
۲۷. محقق داماد، س، ۱۳۹۱، قواعد فقه، چاپ سی و چهارم، تهران: نشر علوم اسلامی.
۲۸. محقق داماد، سید مصطفی ۱۳۹۲. «حقوق قراردادها در فقه امامیه». تهران: انتشارات سمت
۲۹. مصباح یزدی، م، ۱۳۷۶، فصلنامه معرفت دینی، سال ۶، شماره ۲۲.
۳۰. موسوی بجنوردی، س، ۱۳۹۲، قواعد فقهیه، چاپ اول، تهران: نشر مجد.
۳۱. نایینی، ۱۳۷۵، حاشیه المکاسب (منیه الطالب)، جلد سوم، تهران: نشر اسلامی.
۳۲. نراقی، م، ۱۲۴۵، عواید الایام، عایده چهارم، چاپ اول، تهران: نشر بصیرتی.