

## تأملی بر معیارها و مرجع تشخیص باغ در رویه دیوان عدالت اداری

علی محمد فلاحزاده\*، محمد نجفی کلیانی\*\*

### چکیده

عموماً آراء دیوان در ارتباط با عنوان مالکانه «باغ»، حول محور شناسایی مرجع صالح برای تشخیص آن صادر شده است. در این خصوص، با تصویب «قانون اصلاح لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها» در سال ۱۳۸۸ و تشکیل «کمیسیون ماده ۷»، رویه ناصواب دیوان در شناسایی «کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری» به عنوان مرجع صالح برای تشخیص باغ اصلاح گردید. در مقابل و به دلیل برداشت‌های نادرست از قوانین حاکم، یکی از مسائلی که در نگاه قضات دیوان مغفول واقع شده است، توجه به ویژگی‌ها و ماهیت «باغ» بوده است. در متن حاضر، به بررسی رویه‌های متفاوت و گاه متهافت دیوان در خصوص مسائل فوق اشاره شده است. همچنین، ماهیت «کمیسیون ماده ۷» و تصمیمات آن به منظور شناسایی نهاد ناظر بر آن‌ها و نیز، مرجع تصمیم‌گیرنده در خصوص تغییر کاربری باغات، موضوعات دیگری هستند که در کنار شناسایی مرجع صالح به تشخیص باغات، دغدغه اصلی مقاله حاضر را شکل داده‌اند.

واژگان کلیدی: باغ، دیوان عدالت اداری، تغییر کاربری، کمیسیون ماده ۷، کمیسیون ماده ۱۲

\* استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران  
amfallahzadeh@atu.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده)  
mohammadnajafi874@gmail.com

(مسئول)

## مقدمه

حق مالکیت یک حق بشری است. طبق ماده ۱۷ «اعلامیه جهانی حقوق بشر»، هر انسانی حق دارد به تنهایی یا با دیگران مالک اموال شود. پذیرش نظریه حق، پذیرش مالک شدن انسان بر بخشی از منابع موجود در طبیعت و هم‌چنین، بر نتایج کار خود است. محروم ساختن فرد از مالکیت بر نتایج تلاش‌هایش به معنای انکار استقلال، آزادی و در نهایت ارزش غایی او است. مالکیت قوی‌ترین شکل برای تأمین و حفظ تسلط بر منابع موجود بوده و مانع از دست‌اندازی دیگران به متصرفات حداقلی فرد می‌شود (راسخ، ۱۳۹۳: ۲۷۵-۲۷۴). اراضی و باغات و ساخت‌وساز در آن‌ها نیز یکی از مصادیق تصرف مالکانه است که علاوه بر آثار و نتایج مالکیت شخصی، تبعات و نمودهای خود را در نظام برنامه‌ریزی شهری و شهرسازی آشکار می‌سازد. هم‌چنین، بر اساس قاعده تسلیط، هر مالکی نسبت به مایملک خود هرگونه تصرف و انتفاع را داراست (حیدرناژاد و دیگران، ۱۳۹۴).

صرف‌نظر از میزان مداخله حکومت در جهت تحدید این حق به وسیله قوانین، نکته مهم‌تر در اینجا، برداشت صحیح از قوانین به منظور پاسداری از این حق است. بی‌شک، مرجع تشخیص حق مالکانه باغ و نحوه تصمیم‌گیری‌های آن، ارتباط وثیقی با تحت‌الشعاع قرارگرفتن این حق دارد. با آنکه در سال ۱۳۵۹ «لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها» صلاحیت تشخیص باغ را به «کمیسیون تشخیص باغات» مستقر در شهرداری‌ها اعطا کرده بود، تصویب «قانون زمین شهری» در سال ۱۳۶۶ برخی از قضات را به اشتباه بر آن داشت که «کمیسیون ماده ۱۲» این قانون که در وزارت مسکن و شهرسازی فعالیت می‌کرد، مرجع صالح شناسایی باغ است. این مسئله در حالی بود که در ماده ۱۲ این قانون صرفاً از «عمران و احیاء تأسیسات متناسب تعیین نوع زمین دایر و تمیز بایر از موات» سخن رفته بود و ماده ۱۴ نیز، «تبدیل و تغییر کاربری، افراز و تقسیم و تفکیک باغات و اراضی کشاورزی و یا آیش» را منحصر به ضوابط و مقررات وزارت مسکن و شهرسازی کرده بود. تصریح پیشین که منجر به صدور آراء فراوانی به نفع «کمیسیون ماده ۱۲» شد، صرفاً از افراز و تفکیک و تغییر کاربری سخن گفته بود؛ نه از مرجع صالح به شناسایی باغ. با این حال، در سال ۱۳۸۸ با تصویب «قانون اصلاح لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها» این سوءبرداشت‌ها مرتفع گردید و با دایر شدن «کمیسیون ماده ۷» که در آیین‌نامه اجرایی قانون فوق به رسمیت شناخته شد، مرجع تشخیص باغ کمیسیون مزبور معرفی شد و به تفاسیر نادرست پایان بخشید.

علاوه بر آنچه آمد، عموم آراء دیوان در خصوص مفهوم «باغ»، محدود به شناسایی مرجع صالح تشخیص باغ‌اند و کمتر توجهی به ویژگی‌های ماهوی «باغ» شده است. از این منظر، رویه دیوان قابل نقد است و با استناد به رویه این نهاد، نمی‌توان تفسیر منجز و جامعی از مفهوم «باغ» به دست

داد و نیاز است که به بررسی بیشتر آن پرداخته شود. مضافاً، مرجع صالح به تغییر کاربری باغات و ماهیت «کمیسیون ماده ۷» و تصمیمات آن، نویسندگان این مقاله را بر آن داشته است تا نگاهی جزئی‌تر نسبت به این مسئله داشته باشند.

در پایان باید اذعان داشت ادبیات موجود در این حوزه که به نحو جامعی به بررسی و نقد رویه دیوان پرداخته باشد، بسیار اندک است؛ هرچند که به تفاریق و به فراخور موضوعات، نگاهی به رویه در برخی از آثار وجود دارد (نک: قاسمی حامد، ۱۳۸۸؛ قاسمی حامد، ۱۳۸۹؛ حیدرنازاد و دیگران، ۱۳۹۴). در این مقاله، پس از بررسی سیر قوانین تصویب‌شده که دامن‌زننده برداشت‌های متفاوت بوده است، به نحو مبسوطی به بررسی رویه دیوان از وجوه گوناگون در برخورد با مفهوم «باغ» خواهیم پرداخت. اجمالاً در خصوص مراجع صالح برای تشخیص باغ می‌توان دو مقطع زمانی را در رویه دیوان مورد ارزیابی قرار داد؛ نخست، پیش از تصویب «قانون اصلاح لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها» و دوم، رویه موجود پس از تصویب این قانون. معیارهای ماهوی تشخیص باغ و مرجع صاحب صلاحیت در تصمیم‌گیری نهایی تغییر کاربری باغات نیز، در آخر و در پی مباحث فوق خواهند آمد.

## ۱. مرجع تشخیص و شناسایی باغ

### ۱-۱. تحولات تقنینی

مالکین اموال غیرمنقول از جمله باغات، بر مبنای قاعده تسلیط، حق همه‌گونه تصرف در مایملک خود را دارا هستند. این قاعده عقلایی در مواردی توسط قانون‌گذار تخصیص خورده است (قاسمی حامد، ۱۳۸۸: ۱۲۳). از این منظر، تا سال ۱۳۴۵ سیاست تفکیک زمین و تعیین نوع استفاده از آن در اختیار مالک بود. در سال ۱۳۴۵ با الحاق مواد ۹۸، ۹۹ و ۱۰۱ به قانون شهرداری، به شهرداری‌ها اختیار داده شد تا نحوه استفاده از زمین را در داخل محدوده شهر تعیین نمایند (قاسمی حامد، ۱۳۸۸: ۱۲۷). پس از این قانون، در خصوص مرجع صالح به تشخیص باغات، «لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها» در تاریخ ۱۳۵۹/۳/۳ به تصویب رسید که در ماده ۱ آن چنین آمده بود: «به منظور حفظ و گسترش فضای سبز و جلوگیری از قطع بی‌رویه درختان، قطع هر نوع درخت و یا نابودکردن آن به هر طریق در معابر، میادین، بزرگراه‌ها، پارک‌ها، بوستان‌ها، باغات و نیز محل‌هایی که به تشخیص شورای اسلامی شهر، باغ شناخته شوند در محدوده و حریم شهرها بدون اجازه شهرداری و رعایت ضوابط مربوطه ممنوع است. ضوابط و چگونگی اجراء این ماده در چارچوب آیین‌نامه مربوط با رعایت شرایط متنوع مناطق مختلف کشور توسط وزارت کشور با هماهنگی وزارت راه و شهرسازی، سازمان حفاظت محیط زیست، وزارت جهاد کشاورزی و شهرداری تهران تهیه و به تصویب شورای عالی استان‌ها می‌رسد».

به‌رغم اینکه ماده قانونی فوق‌الظاهر شورای شهر را مرجع تشخیص باغات می‌دانست، اما در تاریخ ۱۳۶۶/۶/۲۲ «قانون زمین شهری» به تصویب رسید که مطابق ماده ۱۲ آن «تشخیص عمران و احیاء و تأسیسات متناسب و تعیین نوع زمین دایر و تمیز آن از موات به عهده وزارت راه و شهرسازی [...]» گذاشته شد و از این پس، حداقل از منظر قضات دیوان (که در بخش بعد به تفصیل از آن سخن خواهد رفت) مرجع صالح برای تشخیص باغ، وزارت مسکن و شهرسازی شناخته شد. وضعیت پیش‌گفته تا سال ۱۳۸۸ به قوت خود باقی بود که با تصویب «قانون اصلاح لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها» از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۱۳۸۸/۵/۱۳ و تصویب آیین‌نامه قانون فوق‌الذکر از سوی شورای عالی استان‌ها در تاریخ ۱۳۸۹/۲/۱۵، کمیسیون موسوم به «کمیسیون ماده ۷» در شهرداری‌ها تشکیل گردیده است و یکی از وظایف آن، تشخیص و شناسایی باغات است. مطابق ماده ۷ این آیین‌نامه: «به منظور نظارت بر حسن اجرای قانون و آیین‌نامه اجرایی آن و تشخیص باغات، کمیسیون مرکب از اعضای زیر در هر شهرداری تشکیل می‌شود: (الف) یکی از اعضای شورای اسلامی شهر به انتخاب شورا؛ (ب) یک نفر به انتخاب شهردار ترجیحاً معاون شهرسازی و یا معاون خدمات شهری شهرداری؛ (ج) مدیر عامل سازمان پارک‌ها و فضای سبز در صورت عدم وجود سازمان پارک‌ها و فضای سبز در شهرداری، مسئول فضای سبز شهرداری». تبصره ۲ این ماده نیز مقرر می‌دارد: «شهرداری موظف است در کلان‌شهرها برای صدور پروانه ساختمانی در عرصه‌های بین ۵۰۰ تا ۲۰۰۰ متر مربع واقع در محدوده شهر کمیسیون مرکب از اعضای زیر را در هر یک از مناطق شهرداری تشکیل داده و نظریه کمیسیون را اخذ و مطابق آن اقدام کند: (الف) نماینده شورای اسلامی شهر به انتخاب رئیس شورا؛ (ب) مدیر منطقه شهرداری و در صورتی که شهرداری منطقه نداشته باشد، شهردار آن شهر؛ (ج) نماینده مدیر عامل سازمان پارک‌ها و فضای سبز شهرداری، در صورت عدم وجود سازمان پارک‌ها و فضای سبز در شهرداری نماینده خدمات شهری شهرداری».

هم‌چنین، بنابر بند «د» تبصره ماده ۱ آیین‌نامه فوق‌الاشعار «باغ به محلی اطلاق می‌شود که حداقل یکی از مشخصات ذیل را دارا باشد: (۱) داشتن حداقل ۵۰۰ مترمربع مساحت، در صورت وجود بنا و مستحدثات در زمین به‌طور متوسط در هر ۱۶ متر مربع محوطه باز خارج از ساختمان یک اصله درخت و در صورت عدم سابقه احداث بنا به‌طور متوسط هر ۲۵ متر مربع یک اصله درخت مثمر یا غیرمثمر و یا ترکیبی از آن‌ها غرس شده باشد، قطع و امحای درختان موجب عدم احتساب تعداد درختان کسرشده در آمار (لحاظ‌شده در این بند) نخواهد بود؛ (۲) دارا بودن سند مالکیت و یا سند مادر قبل از تملیک به عنوان باغ، باغچه، زمین شهر و باغ عمارت؛ (۳) دارا بودن

سابقه رأی دایر باغ، دایر باغچه، دایر مشجر از کمیسیون ماده دوازدهم قانون زمین شهری؛<sup>۱</sup> (۴) محل‌هایی که در حریم شهر توسط وزارت جهاد کشاورزی باغ شناخته شده‌اند؛ (۵) محل‌هایی که به تشخیص شورای اسلامی شهر باغ شناخته شده‌اند.<sup>۲</sup>

علاوه بر آنچه گفته شد، تبصره ۲ ماده ۲ «قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۸۵/۸/۱۰» نیز مقرر می‌داشت: «مرجع تشخیص اراضی زراعی و باغ‌ها، وزارت جهاد کشاورزی است [...]» در بادی امر این گونه به نظر می‌رسید که با تصویب «قانون اصلاح لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها» در سال ۸۸، این تبصره منسوخ گردیده و وزارت جهاد کشاورزی، نهاد صالح برای تشخیص باغات نخواهد بود. اما باید گفت که اولاً مطابق ماده ۱ «قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۷۴/۳/۳۱ مجلس شورای اسلامی»، «... تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در خارج از محدوده قانونی شهرها و شهرک‌ها جز در موارد ضروری ممنوع می‌باشد» و ثانیاً به موجب ماده ۱ «قانون اصلاح لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مصوب ۸۸/۵/۱۳»، «به منظور حفظ و گسترش فضای سبز و جلوگیری از قطع بی‌رویه درختان قطع هر نوع درخت و یا نابودکردن آن به هر طریق در معابر، میادین، بزرگراه‌ها، پارک‌ها، بوستان‌ها، باغات و نیز محل‌هایی که به تشخیص شورای اسلامی شهر، باغ شناخته شوند در محدوده و حریم شهرها بدون اجازه شهرداری و رعایت ضوابط مربوطه ممنوع است». لذا مطابق مواد قانونی فوق‌الذکر مشخص می‌شود که مرجع تشخیص اراضی زراعی و باغات در خارج از محدوده و حریم شهر هم‌چنان وزارت جهاد کشاورزی است. تبصره‌های ماده ۷ «آیین‌نامه اجرایی اصلاح قانون حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مصوب ۱۳۸۹» نیز که صرفاً بر صلاحیت کمیسیون موضوع این

۱. نص این بند به صراحت نشان می‌دهد که تا پیش از تصویب این آیین‌نامه و ایجاد کمیسیون ماده ۷، تنها مرجع صالح برای شناسایی و تشخیص باغات بر اساس ماده ۱۲ قانون زمین شهری، وزارت مسکن و شهرسازی بوده است و تصمیمات شورای شهر تا پیش از تشکیل این آیین‌نامه و کمیسیون، فاقد وجاهت قانونی بوده است.

۲. قابل توضیح است که بر مبنای مندرجات ذیل ماده ۱ لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز، تهیه ضوابط مربوط به چگونگی اجرای این ماده بر عهده شهرداری گذاشته شد تا پس از تهیه به تصویب شورای شهر رسانده شود. بر همین اساس، وزارت کشور به قائم مقامی از شورای شهر، ضوابط اجرایی یادشده را در تاریخ ۱۳۷۳/۶/۲۹ به تصویب نهایی رساند. در بند (۱-۲) از ماده ۱ ضوابط اجرایی اخیرالذکر آمده است: «۲-۱- باغ: زمینی است که برابر این ضوابط در آن درختان مثمر و غیر مثمر موجود باشد». هم‌چنین، ماده ۳ این قانون و تبصره ذیل آن نیز، به بیان ضوابط شناسایی باغ اختصاص داده شد.

ماده جهت تشخیص باغات واقع در محدوده شهر، تأکید نموده‌اند مؤید استدلال فوق است.<sup>۱</sup>

## ۲-۱. رویه دیوان عدالت اداری

دیوان عدالت اداری به عنوان نهاد صالح در قلمرو بازنگری قضایی و صیانت از قانون در برخورد با تصمیمات و اقدامات مأموران و دستگاه‌های دولتی، عرصه نظارت‌پذیری و مرجع تظلم‌خواهی شهروندان محسوب می‌گردد. این نهاد به عنوان یک مرجع عالی قضایی، دارای صلاحیت عام و ذاتی در رسیدگی بر اعمال اداری بوده (واعظی و حسینی، ۱۳۹۷: ۲۲۹ و ۲۳۶) و حسب مورد، تصمیمات مراجع تصمیم‌گیرنده را در خصوص تشخیص باغ، مورد نظارت قرار می‌دهد. رویه این نهاد در مواجهه با حق مالکانه نسبت به باغات، بیشتر حول محور شناسایی مرجع صالح بوده است. به دیگر سخن، از میان آرائی که در ادامه به آن‌ها اشاره خواهد شد، دغدغه اصلی قضات دیوان، نظارت شکلی و تعیین مرجع صاحب صلاحیت در تشخیص باغات بوده است؛ هرچند در مواردی نیز، به معیارهای ماهوی توجه شده است.<sup>۲</sup> از این رو، ابتدائاً مرجع صالح شناسایی باغ را در رویه دیوان مورد مذاقه قرار خواهیم داد و پس از آن، معیارهای ماهوی شناسایی باغ را در نگاه قضات دیوان بررسی خواهیم کرد.

رویه دیوان را می‌توان به دو مقطع زمانی تقسیم‌بندی کرد: (۱) پیش از تصویب «قانون اصلاح لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز» و (۲) پس از تصویب قانون موصوف. اجمالاً خاطر نشان می‌سازد که پس از تصویب قانون فوق و آیین‌نامه اجرایی آن، مرجع تشخیص باغ، «کمیسیون ماده ۷» آیین‌نامه یادشده است که در شوراهای شهر تشکیل می‌گردد و دیوان در حال حاضر، صرفاً این نهاد را صالح می‌داند. پیش از تصویب این قانون نیز، شوراها و شهرداری‌ها خود را به عنوان مراجع صالح معرفی می‌کردند که دیوان با استناداتی قابل نقد، کمیسیون موضوع ماده ۱۲ قانون زمین شهری را صاحب صلاحیت می‌دانست. در ادامه به مطالب فوق به‌نحو مبسوط‌تری اشاره خواهد شد.

۱. هیئت تخصصی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۳۹۳/۱۰/۲۹ طی دادنامه شماره ۸، با استناد به قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها، مرجع تشخیص باغ را وزارت جهاد کشاورزی اعلام نموده است. (برای مطالعه بیشتر در خصوص ضوابط و احکام تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در خارج از محدوده شهرها، نک: احمدزاده و رضایی‌پناه، ۱۴۰۰: ۴۳-۱۹).

۲. از نگاه حقوق‌دانان، غیرقانونی بودن عمل یا تصمیم به دو دسته شکلی و ماهوی تقسیم می‌شوند و عدم صلاحیت مأمور یا مقام اداری از جمله مصادیق نظارت شکلی به حساب می‌آید. (برای مطالعه بیشتر نک: طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ۲۸؛ هداوند، ۱۳۹۳: ۷۶۸، ۷۶۹ و ۷۷۶-۷۷۱؛ ویژه، ۱۳۹۱: ۱۸۵-۱۸۳).

### ۱-۲-۱. رویه دیوان عدالت اداری قبل از «قانون اصلاح لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها»

چنان که در بالا اشاره شد، قبل از تشکیل کمیسیون ماده ۷ شناسایی شده در «آیین نامه قانون اصلاح قانون حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها»، شهرداری و شورای شهر، خود را به عنوان مرجع صاحب صلاحیت در خصوص تشخیص باغات می دانستند. استناد این سازمان ها، ماده ۱ «لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها» بود که مقرر می داشت: «به منظور حفظ و گسترش فضای سبز و جلوگیری از قطع بی رویه درختان، قطع هر نوع درخت و یا نابودکردن آن به هر طریق در معابر، میادین، بزرگراه ها، پارک ها، بوستان ها، باغات و نیز محل هایی که به تشخیص شورای اسلامی شهر باغ شناخته شوند در محدوده و حریم شهرها بدون اجازه شهرداری و رعایت ضوابط مربوط ممنوع است...».

صراحت ماده فوق در آنجا که بیان می دارد «... محل هایی که به تشخیص شورای اسلامی شهر باغ شناخته شوند...»، ظاهراً نشان دهنده مرجع صالح جهت تشخیص باغات که همان شوراهای اسلامی اند است، اما در مقابل این طرز تلقی، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۳۱ مورخ: ۱۳۸۳/۲/۶ (که در رأی شماره ۳۴۱ مورخ: ۱۳۸۷/۵/۲۰ مجدداً مورد تأیید هیئت عمومی قرار گرفت)، با استناد به ماده ۱۲ قانون زمین شهری، مرجع صالح جهت تشخیص باغ را وزارت مسکن و شهرسازی اعلام نموده است. در قسمتی از این رأی آمده است:

«... ب- حکم مقرر در ماده ۱ لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها... متضمن لزوم حفظ و گسترش فضای سبز و جلوگیری از قطع بی رویه درختان فارغ از محل غرس آن ها و کسب اجازه از شهرداری در صورت ضرورت قطع درخت و تهیه و تصویب ضوابط اجرایی امور مصرح در ماده مذکور توسط شهرداری و شورای شهر است و مفید تفویض اختیار تعیین مرجع بدوی و تجدیدنظر تشخیص باغ و صدور رأی قطعی و لازم الاجرا توسط مراجع مزبور نیست. مضافاً اینکه قانون گذار به صراحت ماده ۱۲ قانون زمین شهری... تشخیص عمران و احیاء و تأسیسات متناسب و تعیین نوع زمین دایر و تمیز بایر از موات را به عهده وزارت مسکن و شهرسازی قرار داده و رسیدگی به اعتراض نسبت به تشخیص مزبور را به دادگاه صلاحیت دار محول کرده و در ماده ۱۴ این قانون نیز، اختیار تعیین ضوابط مربوط به تبدیل و تغییر کاربری، افراز و تقسیم و تفکیک باغات و اراضی کشاورزی و یا آیش واقع در محدوده قانونی شهر را به وزارت مسکن و شهرسازی واگذار نموده است...».

شعب دیوان عدالت اداری نیز تا قبل از تصویب «قانون اصلاح لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز»، تنها مرجع صالح برای تشخیص باغ کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری می دانستند و از این جهت، عموماً «کمیسیون تشخیص باغات» فاقد صلاحیت محسوب می گردید.

به عنوان مثال، شعبه سی ام دیوان در تاریخ ۱۳۹۰/۸/۱۵ طی دادنامه شماره ۲۰۵۸ به ابطال رأی کمیسیون باغات موضوع جلسه ۸۲۷ مورخ ۱۳۸۳/۸/۳۰ اقدام کرده است. در این رأی، دیوان با استناد به ابطال مادتين ۱۴ و ۱۵ ضوابط اجرایی مربوط به چگونگی اجرای ماده اول از «لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها» مصوب ۱۳۷۳/۶/۲۹ به موجب مفاد رأی هیئت عمومی بر اساس رأی شماره ۳۱، تشکیل این کمیسیون و تصمیم گیری آن را فاقد وجاهت قانونی دانسته است. در رأی دیگر که از سوی شعبه نهم صادر گردیده است، رأی کمیسیون باغات شهرداری که در تاریخ ۱۳۸۶/۱۲/۲ صادر شده بود، موضوع ابطال قرار گرفت.<sup>۱</sup> قاضی پرونده با استناد به قوانین موجود در زمانی که کمیسیون مزبور اقدام به تصمیم گیری نموده است، کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری را مرجع صالح در تشخیص و شناسایی باغ قلمداد کرده است؛ چرا که در آن زمان به علت عدم وجود کمیسیون ماده ۷، تنها مرجع صالح به تشخیص باغ، کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری بوده است. در قسمتی از این رأی چنین استدلال شده است:

«... نظر به اینکه اعمال ماده ۷ قانون گسترش فضای سبز مطابق رأی شماره ۳۱-۱۳۸۳/۲/۶ مجوزی برای تشخیص باغ نیست و قانوناً تشخیص باغ از اختیارات کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری محسوب است، لذا با توجه به مراتب فوق حکم به نقض رأی کمیسیون ماده ۷ ... صادر و اعلام می گردد».

رویه فوق در موارد فراوانی منجر به ابطال تصمیمات «کمیسیون تشخیص باغات» شورای شهر، شهرداری و سازمان پارکها و فضای سبز شهر گردیده است که به عنوان نمونه بخش هایی از آراء صادره در این زمینه قابل توجه است.

(الف): «... نظر به اینکه قسمت آخر ماده یک لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها ... متضمن تفویض اختیار مرجع رسیدگی و تشخیص باغ و تعیین مرجع تجدیدنظر و صدور رأی قطعی لازم الاجراء توسط آنها نیست و تعیین مرجع اختصاصی اداری در هر زمینه منوط به حکم قانون گذار یا مأذون از قبل مقتن می باشد که در زمان صدور رأی مورد اعتراض اجازه قانونی جهت تعیین مرجع اختصاصی کمیسیون تشخیص باغات وجود نداشته، لذا در اجراء آراء شماره ۳۱-۱۳۸۳/۳/۶ و ۱۰۴-۱۳۸۷/۲/۲۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری حکم به ورود شکایت شاکی و ابطال رأی موضوع مصوبه شماره ... کمیسیون صدرالذکر را صادر و اعلام می دارد...»<sup>۲</sup>.

۱. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۷۰۲۲۲۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۷.

۲. رأی شعبه نهم دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۷۱۵۸۱ مورخ ۱۳۹۴/۸/۷.



(ب): «با توجه به اینکه قبل از تصویب آیین‌نامه قانون «اصلاح قانون حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مصوب سال ۵۹ شورای انقلاب» مصوب ۱۳۸۸/۵/۱۲ مجمع تشخیص مصلحت نظام در مورخه ۱۳۸۸/۲/۱۵ مرجع تشخیص باغات تحت عنوان کمیسیون ماده ۷ فاقد جایگاه قانونی بوده و مؤید این مطلب آراء شماره ۳۱ و ۱۰۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری می‌باشد، لذا قطع نظر از اینکه نوعیت پلاک موضوع شکایت برابر اسناد حاضر باغ قید شده اتخاذ تصمیم در مورد شکایت توسط مرجع مزبور / طرف شکایت: شهرداری تهران - سازمان پارک‌ها و فضای سبز شهری / ... به عنوان مرجع تشخیص باغ خارج از حدود اختیار محسوب می‌شود ... و حکم به ابطال رأی معترض عنه صادر و اعلام می‌شود...»<sup>۱</sup>.

(ج): «... صلاحیت تشخیص کمیسیون ماده ۷ با صدور رأی از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری که دائر به نقض و ابطال کمیسیون مذکور است و جاهت ندارد علیهذا ... حکم به نقض رأی مورد شکایت صادره از کمیسیون ماده ۷ که در تاریخ ۱۳۸۴/۱۲/۱۸ اصدار یافته است صادر و اعلام می‌گردد...»<sup>۲</sup>.

همان گونه که ملاحظه می‌شود، هیئت عمومی و به تبع آن شعب دیوان عدالت اداری قبل از تصویب «قانون اصلاح لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها» کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری را مرجع تشخیص باغ می‌دانستند و صلاحیتی برای شورای شهر قائل نبودند. در نقد رویه دیوان در این خصوص نکته قابل توجه آن است که همان گونه که در متن ماده ۱۲ قانون زمین شهری نیز به روشنی مشهود است، موضوع تشخیص مورد نظر این ماده قانونی، عمران و احیاء تأسیسات متناسب و تعیین نوع زمین دایر و تمیز بایر از موات است. به عبارت دیگر، اولاً، موضوع تعیین نوع زمین دایر و تمیز بایر از موات است و به هیچ وجه به تعیین «باغ» اشاره‌ای نشده است. عنوان «باغ» و عنوان «زمین» عناوینی کاملاً متفاوت و مجزاً از یکدیگرند. ثانیاً، ماده ۵ همین قانون مقرر می‌دارد: «... زمین‌های دایر مشمول این قانون، صرفاً اراضی کشاورزی یا آیش، اعم از محصور و غیر محصور می‌باشد». بنابراین، با توجه به نص صریح قانون‌گذار در تعیین زمین‌های دایر مشمول این قانون، هیچ شکی باقی نخواهد ماند که موضوع ماده ۱۲ قانون مورد استناد، صرفاً اراضی

۱. رأی شعبه نهم دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۰۹۰۰۳۴۹۱۱ مورخ ۱۳۹۴/۷/۱۲.
۲. رأی شعبه نهم دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۷۰۰۸۷۶ مورخ ۱۳۹۲/۴/۱۸ با موضوع ابطال رأی کمیسیون موضوع صورتجلسه ۸۵۴ مورخ: ۱۳۸۴/۱۲/۱۸ اعلامی به شهرداری منطقه ۱ تهران/طرف شکایت: سازمان پارک‌ها و فضای سبز تهران (کمیسیون تشخیص باغات).

کشاورزی یا آیش است. شایان ذکر است که زمین آیش، زمینی کشاورزی است که به صورت غیرمستمر مورد بهره‌برداری کشاورزی قرار می‌گیرد.

با توجه به مراتب اخیر، چگونه ممکن است تعیین و تشخیص باغ را موضوع ماده ۱۲ قانون زمین شهری دانست؟ هم چنین، چگونه ممکن است عناوین «باغ» و «زمین کشاورزی یا آیش» را مرادف یکدیگر گرفت؟ بهترین دلیل بر تعدد و تفاوت این عناوین، ذکر جداگانه هر یک از آنها است که در متن ماده ۱۴ قانون زمین شهری آمده است. در این ماده قانونی هر یک از عناوین یادشده به طور مستقل و مجزا از دیگری ذکر شده و در نتیجه، هیچ شکی در زمینه تعدد و تفاوت این عناوین در نظر قانون‌گذار باقی نخواهد ماند. ماده ۱۴ قانون زمین شهری مقرر می‌دارد: «تبدیل و تغییر کاربری، افزاز و تقسیم و تفکیک باغات و اراضی کشاورزی و یا آیش (اراضی موضوع ماده ۲ این قانون) با رعایت ضوابط و مقررات مسکن و شهرسازی و مواد این قانون بلاشکال است». ملاحظه عنوان «باغ» در این ماده قانونی موجب گردیده تا به اشتباه تصور شود هر مرجعی که اختیار تعیین ضوابط مربوط به تغییر و تبدیل کاربری، افزاز و تقسیم و تفکیک باغات را عهده‌دار است، مرجع تشخیص باغ نیز خواهد بود (قاسمی حامد، ۱۳۸۸: ۱۴۶ و ۱۴۷). علاوه بر این، مطابق ماده ۱ قانون حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها، تصویب ضوابط اجرایی این ماده بر عهده شورای شهر گذاشته شده و این نهاد نیز بنا بر همین صلاحیت مبادرت به تصویب ضوابط اجرایی آن نموده و تشخیص باغ را به کمیسیون تحت عنوان «کمیسیون ماده ۷» محول نموده است. با توجه به اینکه تشخیص باغ عملی تخصصی بوده و نیازمند تعیین شرایط و ضوابط دقیق است، اقدام شورای شهر در تشکیل کمیسیون فوق در راستای اجرای بهتر این مهم بوده و به صورت قانونی اتخاذ شده است. لذا به نظر می‌رسد اقدام صورت‌گرفته در چارچوب قانون فوق انجام شده و بهتر می‌تواند فلسفه وضع این قانون که همان حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها است را تأمین کند. لذا بنا بر جمیع جهات فوق، رویکرد و رویه هیئت عمومی و شعب دیوان عدالت اداری در این خصوص قابل نقد بوده و حتی در مواردی می‌تواند مغایر هدف و فلسفه فوق‌الذکر قلمداد شود.

## ۲-۱-۲. رویه دیوان عدالت اداری پس از تصویب «قانون اصلاح لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها»

پس از تصویب «قانون اصلاح لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها» در سال ۱۳۸۸ و با توجه به اعطای صلاحیت تشخیص باغ به کمیسیون موضوع ماده ۷ آیین‌نامه قانون فوق، دیوان عدالت اداری در برخی از آراء خود تصمیمات این کمیسیون را مورد نظارت قرار داده است. صرف نظر از امکان‌سنجی اینکه دیوان عدالت اداری قادر به نظارت بر تصمیمات کمیسیون ماده

۷ هست یا خیر، آنچه که بررسی آن در این مجال مهم است و بالتبع، رسیدگی دیوان را تحت الشعاع قرار خواهد داد، ماهیت کمیسیون مزبور و تصمیمات آن است. در این بین، دو نظریه در میان قضات دیوان وجود دارد؛ یک گروه تصمیمات این کمیسیون را موضوع بند ۱ ماده ۱۰ «قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری» می‌دانند و گروه دیگر، قائل بر نظارت‌پذیری تصمیمات کمیسیون مزبور در ذیل بند ۲ ماده ۱۰ هستند.

به اعتقاد گروه نخست، «... کمیسیون ماده ۷ صلاحیت اظهار نظر در خصوص این امور را دارد: (۱) پاسخ به استعلام شهرداری در هنگام صدور پروانه یا صدور گواهی پایان کار در خصوص اراضی ماده ۱ در خصوص تعداد درختان موجود و هرگونه تغییر در وضعیت؛ (۲) نظارت بر قانون و آیین‌نامه اجرایی آن؛ (۳) تشخیص باغات؛ (۴) پاسخ استعلام شهرداری در خصوص صدور پروانه برای عرصه‌های با مساحت بیش از ۵۰۰ متر مربع؛ (۵) اظهار نظر در خصوص قطع، جابجایی یا سربرداری درختان؛ (۶) تصویب ضوابط مربوط به رعایت اصول فنی و ایمنی و هم‌چنین، نحوه استفاده از تجهیزات و امکانات شهرداری برای سربرداری و جابه‌جایی درختان و فضاهای سبز که ملاحظه می‌شود صلاحیت کمیسیون در پنج مورد نخست صلاحیت تشخیصی یا نظارتی است ... و در مورد آخر هم صلاحیت مقررگذاشته است؛ اگرچه در تبصره ۳ ماده ۷ آیین‌نامه در کنار چندبار استفاده از واژه نظر از واژه رأی در تشخیص باغات استفاده شده، اما به نظر می‌رسد این استفاده مسامحه در تعبیر است و آنچه در صلاحیت کمیسیون قرار گرفته اتخاذ تصمیم است و نه صدور رأی...». در ادامه این استدلال آمده است که «... کارکرد آن [کمیسیون مزبور] تشخیص نظارت و مقررگذاشته است ... و از شمول بند ۲ ماده ۱۰ ... خارج است...»<sup>۱</sup>. در مقابل، و در خصوص نظریه دوم، قضات دیوان در آرائی دیگر ضمن رسیدگی به تصمیمات کمیسیون ماده ۷، نظارت بر این کمیسیون را از مصادیق مفاد بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری دانسته‌اند.<sup>۲</sup>

با این همه، به نظر می‌رسد نظر دوم صحیح‌تر باشد؛ بدین سبب که اولاً، در ذیل تبصره ۳ ماده ۷ آیین‌نامه یادشده، به صراحت از عنوان «رأی» در خصوص مصوبات کمیسیون استفاده شده و مشخص نیست که مبنای استدلال گروه نخست مبنی بر اینکه این واژه «مسامحه در تعبیر است» چیست؟ ثانیاً، اگر قائل بر این موضوع باشیم که رسیدگی دیوان بر تصمیمات این کمیسیون از باب

۱. بخشی از استدلال قاضی شعبه هشتم دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۹۶۰۹۹۷۰۹۰۴۳۰۲۹۳۸ مورخ ۱۳۹۶/۱۲/۱۹.

۲. نک: رأی شعبه نهم دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۱۵۹۰.

نظارت شکلی است (بر اساس بند ۲)، و رسیدگی مجدد را به همان کمیسیون محول می‌کند، این نحوه نظارت مفیدتر خواهد بود؛ چرا که دیوان پس از نقض شکلی تصمیم کمیسیون در مرحله نخست، آن را برای رسیدگی مجدد به کمیسیون مزبور ارسال خواهد کرد که منطقی از نظر فنی و تخصصی، صالح‌تر از قاضی دیوان در تشخیص و شناسایی معیارها و موازین تشخیص باغات است. به عدالت نزدیک‌تر است که مدیران شهری به عنوان متخصصان امر، دوباره در باب تصمیم اولیه خود تصمیم‌گیری و تجدیدنظر نمایند که در نهایت، اگر دوباره شکایتی از این تصمیم نیز صورت پذیرفت، دیوان قادر خواهد بود که بر اساس ماده ۶۳ قانون خود، ماهیتاً رسیدگی کند و تصمیم مزبور را نقض کند (البته این امر می‌تواند منجر به اطاله دادرسی گردد، ولی توالی فاسد آن کمتر است). ثالثاً، رسیدگی دیوان بر اساس بند ۲ ماده ۱۰ رسیدگی‌ای است که بر مراجع اختصاصی اداری یا به تعبیر دیگر، بر مراجع شبه قضایی اعمال می‌کند. اعمال شبه قضایی نیز اعمالی‌اند که توسط مراجع قضایی صورت پذیرفته و ذاتاً قضایی نیستند، اما به مانند اعمال قضایی دارای آثاری از جمله ایجاد حق و تکلیف برای اشخاص بوده، لازم‌الاجرا و دارای ضمانت اجرا هستند (امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۱: ۱۰۰ و ۱۰۱). کمیسیون موضوع ماده ۷ نیز، مرجعی قضایی محسوب نمی‌شود، اما از آنجا که ترافعیاً رسیدگی کرده و آراء صادره آن دارای لزوم اجرا و واجد حقوق و تکالیف مالکانه‌اند، منطقی در زمره نهادهای شبه قضایی محسوب شده و در ذیل بند ۲ قرار خواهند گرفت. توضیح آنکه، یکی از ویژگی‌هایی که وجه افتراق رسیدگی‌های مراجع شبه قضایی (اختصاصی اداری) از مراجع تشخیصی (مراجع تصمیم‌گیری جمعی و مشورتی) محسوب می‌شود، ترافعی بودن رسیدگی در مراجع شبه قضایی است (نجابت‌خواه و دیگران، ۱۳۹۶: ۲۱۲) که صرفاً از منظر سازمانی و برخی از وجوه شکلی، از دادگاه‌های دادگستری مجزا شناخته می‌شوند (نک: هداوند و آقایی طوق، ۱۳۸۹: ۵۹-۵۲). باری، در حال حاضر، دیوان عدالت اداری بر تصمیمات کمیسیون ماده ۷ به عنوان مرجع قانونی تشخیص باغات نظارت داشته و تصمیمات این کمیسیون، قابل اعتراض در شعب دیوان عدالت اداری‌اند.

## ۲. معیارهای ماهوی تشخیص باغ

چنانکه پیش‌تر اشاره شد، اکثر آراء دیوان حول محور مرجع صلاحیت‌دار تشخیص باغ بوده‌اند، اما در میان این آراء نیز، می‌توان مواردی را ملاحظه کرد که دیوان به معیارهایی دیگر از جمله مساحت، تعداد درختان، نوع زمین و... توجه داشته است. البته بررسی آراء دیوان نشان خواهد داد که در خصوص معیارهای ماهوی تشخیص باغ، اتفاق نظری میان قضات دیوان وجود ندارد و رویکرد کلی حاکم بر این معیارها از سوی قضات، رویکردی سلبی است؛ بدین معنی که در مقابل اتخاذ

رویکردی ایجابی و تعریف اثباتی ای که ماهیت و مختصات باغ را پیش چشم بنهد، در پرونده‌های مطروحه صرفاً به مسائلی که داخل در حوزه شناسایی باغ وارد نمی‌شوند اشاره شده است.

هیئت عمومی دیوان در رأی شماره ۱۰۴ مورخ: ۱۳۸۷/۲/۲۲ و با استناد به ماده ۱۲ قانون زمین شهری، علاوه بر اینکه «کمیسیون تشخیص باغات» را غیرقانونی دانسته، در رأی خود تلویحاً بر این نکته اشاره داشته است که باغ از مصادیق زمین‌های «دایر» است. ماده ۱۲ بیان می‌داشت: «تشخیص عمران و احیاء و تأسیسات متناسب و تعیین نوع زمین دایر و تمیز بایر از موات به عهده وزارت مسکن و شهرسازی است...». طرف مقابل این دعوا در پرونده مطروحه با این استدلال که «تعیین نوع زمین اعم از دایر و بایر و موات به عهده کمیسیون [ماده ۱۲] گذاشته شده است، باغ را قابل انطباق با تعریف هیچ‌کدام از انواع زمین‌های فوق ندانسته و این نکته را به دیوان اعلام داشته است که تشخیص باغ در صلاحیت کمیسیون ماده ۱۲ نیست. در مقابل، دیوان چنین استدلال نموده است: «... قانون‌گذار به حکم ماده ۱۲ قانون زمین شهری... تشخیص عمران و احیاء و تأسیسات متناسب و تعیین نوع زمین دایر را علی‌الاطلاق به عهده وزارت مسکن و شهرسازی محول نموده است...». این منطوق نشان می‌دهد که گویی از منظر هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، باغ زمینی دایر است.

علاوه بر آنچه گفته شد، دیوان عدالت اداری در مواردی نیز به مساحت زمین توجه کرده و آن را در تشخیص باغ دخیل دانسته است. محمل قانونی این تشخیص، قسمت ۱ بند «د» ماده ۱ «آیین‌نامه اجرایی اصلاح قانون حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها» است. مطابق نص این ماده: «باغ به محلی اطلاق می‌شود که حداقل یکی از مشخصات ذیل را دارا باشد: (۱) داشتن حداقل ۵۰۰ متر مربع مساحت، در صورت وجود بنا و مستحقات در زمین به‌طور متوسط در هر ۱۶ متر مربع محوطه باز خارج از ساختمان یک اصله درخت و در صورت عدم سابقه احداث بنا به‌طور متوسط هر ۲۵ متر مربع یک اصله درخت مثمر یا غیرمثمر و یا ترکیبی از آن‌ها غرس شده باشد، قطع و امحای درختان موجب عدم احتساب تعداد درختان کسر شده در آمار (لحاظ شده در این بند) نخواهد بود...». بر این اساس، هیئت عمومی چنین تقریر داشته است: «... با عنایت به اینکه به موجب قانون فوق/ باغ از نظر این آیین‌نامه به محلی اطلاق می‌شود که حداقل ۵۰۰ متر مربع مساحت داشته باشد،

۱. قابل توضیح است که مطابق تبصره ماده ۳ «ضوابط اجرایی مربوط به چگونگی اجرای ماده ۱ لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها» مصوب ۱۳۷۳: «محل‌هایی از نظر این ضوابط باغ شناخته می‌شدند که دارای مشخصات ذیل بودند: (۱) مساحت محل بیش از ۵۰۰ متر مربع است؛ (۲) در هر متر مربع حداقل یک اصله درخت غیرمثمر و یا در هر ۱۶ متر مربع یک اصله درخت مثمر غرس شده باشد؛ (۳) دارا بودن سند مالکیت به‌عنوان باغ».

لذا برای تعریف باغ صرف نظر از اینکه شورای اسلامی مرجع تعیین نوعیت زمین (باغ) می باشد یا خیر، چون وصف باغ را به اراضی زیر ۵۰۰ متر نیز تسری داده است از این حیث ... مصوبه مورد شکایت، واجد ایراد است ...»<sup>۱</sup>.

هم چنین، مطابق ماده قانونی فوق، تعداد اصله های درختی که در زمینی بالاتر از ۵۰۰ متر مربع مساحت وجود داشته باشند، یکی از معیارهای تشخیص باغ اند؛ اگرچه تمام آن نیستند.<sup>۲</sup> این مسئله در مواردی مطمح نظر قضات دیوان بوده است. فی المثل، در یکی از آراء چنین آمده است: «شکایت شاکی از رأی کمیسیون ماده ۷ قانون حفظ و گسترش فضای سبز با توجه به اینکه در زمین مذکور زائد بر ۵۰۰ متر مربع است تعداد ۹ اصله درخت تشخیص شده است که بر اساس مقررات قانونی تعداد اصله های مذکور موجب تشخیص باغ نخواهد بود ...»<sup>۳</sup>. مضافاً، در رأیی دیگر، قاضی با استناد به «عرف» در تشخیص باغ، باغ را چنین معرفی کرده است: «... اولاً موضوعات از صرف بیابان را ۱۳ تادرخت داشته باغ نمی گویند یعنی باغ محوطه ای معمول و محصور آن انواع درخت ها و گل ها کاشته باشند علی ای حال عرف در مساحت ۹۵۱ متر دارای ۱۳ درخت داشته باشد باغ نمی گویند ...»<sup>۴</sup>.

### ۳. مرجع تغییر کاربری باغ

کاربری زمین شامل عمل یا هدفی است که زمین به منظوری خاص توسط مردم محلی مورد استفاده قرار می گیرد و می تواند به عنوان بستری برای فعالیت های انسانی تعریف شود که مستقیماً با زمین و استفاده های ناشی از منابع آن و هم چنین اثراتی که بر روی آن گذاشته می شود تعریف گردد. تغییر کاربری زمین هم به معنی تغییر در ساختار و کارکرد یک نوع خاص از کاربری زمین (تغییر کیفی) و هم به معنی تغییر در ابعاد فضایی و وسعت آن کاربری (تغییر کمی) است (حقوقین و دریاپاری، ۱۳۹۶: ۱۱۲).

مطابق بند ۲ ماده ۲ «قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران»،<sup>۵</sup> یکی از وظایف این شورا تعیین نحوه استفاده از زمین و فضای سبز است و مطابق ماده ۷ آن، شهرداری ها مکلف به

۱. رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۱۷۴ مورخ ۱۳۹۶/۳/۲.

۲. در همین رابطه، قاضی شعبه نهم دیوان در دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۶۱۵ مورخ ۱۳۹۷/۲/۲۳ وجود درخت را در زمین دلیلی بر باغ بودن ندانسته است.

۳. رأی شعبه نهم دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۹۷۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۸۷۶ مورخ ۱۳۹۲/۴/۱۸.

۴. رأی شعبه ۲۵ دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۵۰۳ مورخ ۱۳۹۰/۳/۲۲. رأی موصوف نیز، از لحاظ ادبیات و نگارش دارای ایراد است.

۵. مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۲۲.

اجرای مصوبات این نهادند. این نهاد، به عنوان یک نهاد عالی و بالادستی (نک: اخوان، ۱۳۹۳) در نظام مدیریت ساخت‌وساز شهری، ضوابط و معیارهای شهرسازی را معین می‌سازد که سازمان‌های مربوطه، مکلف به اجرا و تبعیت از نظرات این شورا هستند.

هم‌چنین، مطابق ماده ۵ قانون فوق: «بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی شهری و تغییرات آن‌ها در هر استان یا فرمانداری کل به وسیله کمیسیونی به ریاست استاندار یا فرماندار کل و به عضویت رییس انجمن شهرستان و شهردار و نمایندگان وزارت فرهنگ و هنر و آبادانی و مسکن و نماینده مهندس مشاور تهیه‌کننده طرح انجام می‌شود. آن قسمت از نقشه‌های تفصیلی که به تصویب انجمن شهر برسد برای شهرداری لازم‌الاجراء خواهد بود. تغییرات نقشه‌های تفصیلی اگر در اساس طرح جامع شهری مؤثر باشد باید به تأیید شورای عالی شهرسازی برسد».

به زعم قضات دیوان، مقررات فوق نشان‌دهنده صلاحیت کمیسیون ماده ۵ قانون فوق‌الاشعار در شناسایی موازین تغییر کاربری باغات است. هیئت عمومی دیوان در یکی از آراء خود به صراحت صلاحیت این شورا را چنین بیان می‌کند: «با عنایت به اینکه نوعیت ملک به صورت باغ می‌باشد ... هرگونه ساخت‌وساز ... و صدور پروانه ساختمانی منوط به تغییر کاربری ملک از سوی کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری است ...»<sup>۱</sup>. این طرز تلقی، در یکی از آراء شعبه دیوان این‌گونه بیان شده است: «... اساساً وظیفه کمیسیون ماده ۷ آیین‌نامه اجرایی (کمیسیون تشخیص باغات) حسب اختیارات تفویضی و صرف‌نظر از اینکه در سند مالکیت ابرازی قید شش‌دانگ زمین درج گردیده اعلام نظر در خصوص باغ‌بودن یا نبودن اراضی بوده و حسب مقررات قانونی، قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران بالأخص ماده ۵ آن هرگونه کاربری املاک و تغییر در طرح تفصیلی صرفاً با کمیسیون مربوطه یعنی کمیسیون ماده ۵ با اعضاء مشخص می‌باشد و این اختیار به هیچ مرجعی قابل تفویض نمی‌باشد ...»<sup>۲</sup>.

چنانکه گفته شد، مرجع صالح برای اظهار نظر در خصوص تغییر کاربری باغات کمیسیون ماده ۵ است، اما این مهم در خارج از محدوده و حریم شهر در صلاحیت کمیسیون موضوع تبصره ۱ ماده ۱ «قانون حفظ و کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها»<sup>۳</sup> است. مطابق این نص قانونی: «تشخیص موارد ضروری تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در هر استان به عهده کمیسیونی مرکب از رئیس سازمان

۱. رأی شماره‌های ۲۹۴ الی ۲۹۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۹۷/۱/۲۸.

۲. پرونده کلاسه ۹۰۱۰/۹۰/۳۳.

۳. مصوب ۱۳۷۴/۳/۳۱ و اصلاحات بعدی.

جهاد کشاورزی، مدیر امور اراضی، رئیس سازمان مسکن و شهرسازی، مدیر کل حفاظت محیط زیست آن استان و یک نفر نماینده استاندار می باشد که به ریاست سازمان جهاد کشاورزی تشکیل می گردد». دیوان عالی کشور در یکی از آراء وحدت رویه خود، این موضوع را تأیید نموده است.<sup>۱</sup> در پایان باید خاطر نشان ساخت که در رویه دیوان عدالت اداری، صلاحیت کمیسیون ماده ۵ موردی است؛ نه کلی و قاعده گذارانه و اظهار نظر در خصوص تغییر کاربری باغات باید به صورت جزء به جزء از سوی این کمیسیون مشخص گردد.<sup>۲</sup>

### نتیجه

قضات دیوان عدالت اداری به عنوان پاسداران اصلی قانون مداری و تحفظ از اصل حاکمیت قانون، نخستین وظیفه ای را که بر عهده دارند، صیانت از منطق قوانین و اعمال اراده نمایندگان مردم در قوه قانون گذار است. رویه قضایی هماهنگ با خواست نمایندگان مردم، یکی از ابتدائی ترین وظایف دستگاه قضا است. با این همه، در مواردی شاهد آن هستیم که این رویه نه تنها در جهت موافق قوانین، بلکه درست در نقطه مقابل آن عمل کرده است. مثال گویای آن، صدور آرائی است که هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با استنادی ناقص به «قانون زمین شهری»، کمیسیون ماده ۱۲ این قانون را مرجع تشخیص و شناسایی باغات دانسته است، و این در حالی است که به هیچ وجه، مقررهای در این قانون به صراحت این صلاحیت را به کمیسیون مذکور تفویض نکرده و این عملکرد قابل نقد است. این رویه ناصحیح با تصویب «قانون اصلاح لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها» در سال ۱۳۸۸ اصلاح شد و مرجع اصلی تشخیص باغات، «کمیسیون ماده ۷» آیین نامه اجرایی این قانون شناخته شد. کمیسویی که در شوراهای شهر تشکیل گردیده و یقیناً، بهتر از وزارت مسکن و شهرسازی موضوع ماده ۱۲ قانون زمین شهری عمل خواهد کرد؛ چرا که اولاً، نهادی متخصص تر از وزارتخانه موصوف است و ثانیاً، تفویض این قبیل مسائل به نمایندگان مردم، احتمال اجرای خواست مردم را بیش تر از نهادهای حکومتی، غیر پاسخ گو و غیرانتخابی فراهم می آورد.

علاوه بر این، بررسی آراء دیوان عدالت اداری نشانگر آن است که دغدغه اصلی قضات دیوان، تعیین مراجع صلاحیت دار بوده است و این موضوع که اصولاً باغ دارای چه تعاریف و ویژگی هایی است، کمتر و یا به ندرت مورد توجه قضات دیوان قرار گرفته است. از این رو، نمی توان با اتکاء به آراء قضایی، تعریفی جامع از عنوان «باغ» ارائه کرد و رویکرد اصلی رویه قضایی، تعریفی سلبی از این

۱. نک: مفاد رأی هیئت عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۷۲۴ مورخ ۱۳۹۱/۱/۲۲.

۲. نک: رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۱۲۶ مورخ ۱۳۸۶/۱۰/۲.



مفهوم است؛ نه تعریفی ایجابی.

علاوه بر این، همچنان ابهاماتی پیرامون نهاد صالح برای تشخیص تغییر کاربری باغات وجود دارد و رویه قضایی در این مورد نیز، گاه متناقض و متعارض بوده است. این تهاافت و تعارض به خوبی در دو قانون «تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران» و قانون «حفظ و کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها» مشهود است و نیازمند آن است که مجلس شورای اسلامی در این خصوص، تعیین تکلیف صریحی را مقرر کند. مضافاً، تورم قوانین در این خصوص در خور توجه است و لازم است که شرایط، ضوابط و مراجع تصمیم‌گیرنده در خصوص باغات به عنوان مایملک اشخاص و در جهت صیانت از حق مالکیت ایشان، در یک قانون مادر و جامع تجمیع شوند.

## منابع

## فارسی

- احمدزاده، رسول و احمد رضایی پناه (۱۴۰۰)، «سیاست کیفری ایران در قبال تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- اخوان، محمد (۱۳۹۳)، «اعتبار قانونی مصوبات شورای عالی شهرسازی و معماری ایران»، یادداشت مندرج در *روزنامه اطلاعات*، تاریخ نشر ۲۹ دی ماه، قابل دریافت در: [www.ettelaat.com](http://www.ettelaat.com).
- امامی، محمد و کورش استوارسنگری (۱۳۹۱)، *حقوق اداری*، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: میزان.
- حق‌بین، مهدی و سید جمال‌الدین دریاباری (۱۳۹۶)، «بررسی تغییر کاربری اراضی شهری»، *فصلنامه نگرش‌های نو در جغرافیای انسانی*، سال نهم، شماره ۴.
- حیدرنژاد و دیگران (۱۳۹۴)، «نقش شورای اسلامی شهر از لحاظ قانونی در شناسایی باغ در حریم شهرها»، *نخستین کنگره بین‌المللی حقوق ایران*، تهران: مرکز همایش‌های توسعه ایران، قابل دریافت در: [www.civilica.com/Paper-LAWI01-LAWI01\\_177.html](http://www.civilica.com/Paper-LAWI01-LAWI01_177.html).
- راسخ، محمد (۱۳۹۳)، «نظریه حق»، در *حق و مصلحت؛ مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (۲)*، چاپ سوم، تهران: نشر نی.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۷)، *حقوق اداری تطبیقی*، چاپ دوم، تهران: سمت.
- قاسمی حامد، عباس (۱۳۸۸)، «جایگاه قانونی شورای اسلامی شهر برای شناسایی باغ در محدوده و حریم شهر»، *تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۰.
- قاسمی حامد، عباس (۱۳۸۹)، «مرجع قانونی تشخیص باغ در شهر»، *مجموعه مقالات کرسی حقوق بشر دانشگاه بهشتی*، قابل دریافت در: [www.facultymembers.sbu.ac.ir](http://www.facultymembers.sbu.ac.ir).
- نجابت‌خواه، مرتضی و دیگران (۱۳۹۶)، «آسیب‌شناسی ساختار و صلاحیت‌های مراجع اختصاصی اداری در حقوق اداری ایران»، *دوفصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۷۷ و ۷۸.
- واعظی، سیدمجتبی و سیدمحمد حسینی (۱۳۹۷)، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس خبرگان و شورای نگهبان»، *مجله حقوق اداری*، سال ششم، شماره ۱۶.
- ویژه، محمدرضا (۱۳۹۱)، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر مقررات اجرایی»، *پژوهش حقوق*، سال چهاردهم، شماره ۳۷.
- هداوند، مهدی (۱۳۹۳)، *حقوق اداری تطبیقی*، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: سمت.
- هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق (۱۳۸۹)، *دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه*، چاپ نخست، تهران: انتشارات خرسندی.

## آراء قضایی

- رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۳۱ مورخ ۱۳۸۳/۲/۶.
- رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۳۴۱ مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۰.
- رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۱۰۴ مورخ ۱۳۸۷/۲/۲۲.
- رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۱۷۴ مورخ ۱۳۹۶/۳/۲.

- رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۲۹۴ الی ۲۹۵ مورخ ۱۳۹۷/۱/۲۸.
- رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۱۲۶ مورخ ۱۳۸۶/۱۰/۲.
- رأی هیئت عمومی دیوان عالی کشور به شماره دادنامه ۷۲۴ مورخ ۱۳۹۱/۱/۲۲.
- رأی شعبه سی ام دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۲۰۵۸ مورخ ۱۳۹۰/۸/۱۵.
- رأی شعبه نهم دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۷۰۲۲۲۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۷.
- رأی شعبه نهم دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۷۱۵۸۱ مورخ ۱۳۹۴/۸/۷.
- رأی شعبه نهم دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۰۹۰۰۳۴۹۱۱ مورخ ۱۳۹۴/۷/۱۲.
- رأی شعبه نهم دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۷۰۰۸۷۶ مورخ ۱۳۹۲/۴/۱۸.
- رأی شعبه هشتم دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۹۶۰۹۹۷۰۹۰۴۳۰۲۹۳۸ مورخ ۱۳۹۶/۱۲/۱۹.
- رأی شعبه نهم به شماره دادنامه ۱۵۹۰.
- رأی شعبه نهم دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۹۷۰۹۹۷۰۹۰۰۷۰۰۶۱۵ مورخ ۱۳۹۷/۲/۲۳.
- رأی شعبه بیست و پنجم دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۵۰۳ مورخ ۱۳۹۰/۳/۲۲.
- پرونده کلاسه ۹۰۱۰/۹۰/۳۳.