

پژوهشهای حقوق جزا و جرم‌شناسی

علمی - پژوهشی

شماره ۱۲

هزار و سیصد و نود و هفت - نیمسال دوم (دوفصلنامه)

- برخی از جلوه‌های بارز الگوی دادرسی منصفانه در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲
۵ بهارک شاهد - دکتر نسرین مهر
- مبانی «نظریه انتخاب منطقی» در پیشگیری وضعی
۳۱ دکتر مهدی مقیمی
- پیشگیری از انتقال عواید ناشی از جرایم سازمان یافته در حقوق کیفری ایران و اسناد بین‌المللی
۵۷ یاسر غلام‌نژاد - دکتر محمدعلی مهدوی‌ثابت
- بررسی رویکرد قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) به حقوق شاهد و مطلع در مرحله تحقیقات مقدماتی و میزان انطباق آن با اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای
۹۹ عباس اختری - دکتر حسنعلی مؤذن‌زادگان
- تحلیل حقوقی بزه تغییر کاربری غیرمجاز از طریق دیوارکشی اراضی زراعی و باغ‌ها با تأکید بر رویه قضایی
۱۲۵ دکتر حمید بهره‌مند - ناصر قنبریان
- تحلیل کیفرشناختی قانون جزای عرفی مصوب ۱۲۹۵ شمسی
۱۵۳ دکتر مهدی صبوری‌پور - ایرج خلیل‌زاده
- امکان‌سنجی کاربست نهادهای جزایی نوپیدا در حدود
۱۸۳ حسین خدایار - دکتر رحیم نوبهار





http://jclc.sdil.ac.ir/article_81987.html

تحلیل حقوقی بزه تغییر کاربری غیرمجاز از طریق دیوارکشی اراضی زراعی و باغ‌ها با تأکید بر رویه قضایی

دکتر حمید بهره‌مند* - ناصر قنبریان**

چکیده:

تغییر غیرمجاز کاربری در سال ۱۳۷۴ جرم‌انگاری شده و در سال ۱۳۸۵ دستخوش اصلاحات و الحاقاتی قرار گرفت. این جرم با وجود قابلیت مقایسه با عناوینی همچون تخریب، تصرف عدوانی و اصطلاح عرفی «زمین‌خواری»، به مثابه بزه‌ی خاص تعریف شده و ارکان و عناصری مختص به خود دارد. تغییر کاربری غیرمجاز دو نوع است: تغییر کاربری از طریق اجرای فعالیت‌های تبصره ۱ ماده ۱ که بدون اخذ مجوز از کمیسیون موضوع این تبصره صورت می‌پذیرد و تغییر کاربری غیرمجاز از طریق اجرای فعالیت‌های تبصره ۴ الحاقی به ماده ۱ بدون اخذ موافقت سازمان جهاد کشاورزی استان‌ها و رعایت ضوابط زیست‌محیطی. لازمه تحقق بزه تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها، علاوه بر عدم رعایت ضوابط و مقررات مربوط به تغییر کاربری، احراز شرط «مانعیت از تداوم تولید» است. دیوارکشی اراضی زراعی و باغ‌ها با توجه به اینکه وابسته به بخش کشاورزی می‌باشد، ذیل فعالیت‌های موضوع تبصره ۴ مذکور قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۸۵ قرار گرفته و در فرضی که مانع از تداوم امر تولید باشد، نیازمند اخذ موافقت از سازمان جهاد کشاورزی استان و رعایت ضوابط زیست‌محیطی است. این نوشتار با نگرش توصیفی - تحلیلی و با در نظر گرفتن تغییر کاربری غیرمجاز در قانون حفظ کاربری مصوب سال ۱۳۷۴ و اصلاحیه سال ۱۳۸۵ و نیز تکیه بر آرای محاکم کیفری ایران، به این نتیجه نائل شد که جرم تغییر کاربری غیرمجاز در صورتی واقع می‌شود که دیوارکشی اراضی زراعی و باغ‌ها مانع از تداوم تولید در بخش کشاورزی گردد.

مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، شماره ۱۲، نیمسال دوم ۱۳۹۷
صفحه ۱۲۵-۱۵۱، تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۱۲/۱۵، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۶/۲۴

* استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران،

Email: bahrmand@ut.ac.ir

نویسنده مسئول

** کارشناس ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران

Email: n.ghanbarian67@gmail.com

کلیدواژه‌ها:

تغییر کاربری غیرمجاز، دیوارکشی، اراضی زراعی، باغ، رویه قضایی.

مقدمه

خاک به عنوان بستر اصلی حیات بر روی کره زمین و منبع تأمین غذا و پوشاک، یکی از مسائل مهم اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و حقوقی هر جامعه محسوب می‌شود.^۱ حقیقت آن است که عمده‌ترین ثروت ملت‌ها محصول تعامل مؤثر انسان با طبیعت است و تولیدات کشاورزی به عنوان مهم‌ترین نیاز انسان، محصول این تعامل بوده و از نظر تأمین غذا و نیز از حیث حفظ محیط زیست از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.^۲

به همین جهت زمین به عنوان بستر تولید در معارف اسلامی از جایگاهی بسیار بلند و رفیعی برخوردار است. دیدگاه اسلام در مورد زمین و کشاورزی را، نمی‌توان در هیچ‌یک از مکتب‌های اقتصادی جهان یافت. اسلام برای تحقق اهدافی که جهت اراضی ترسیم نموده قوانین و راهکارهای عملی ارائه کرده است که در فقه به طور مبسوط بیان شده است.^۳ از دیدگاه اسلام، ساختمان آفرینش بر اصل توازن و تعادل آفریده شده و بنیاد جهان بر عدل استوار است. انسان به عنوان جزئی از جهان آفرینش باید از نظام عدل حاکم بر آن تبعیت کند. از این‌رو در تعامل با طبیعت و بهره‌مندی از مواهب آن نیز باید به اصل توازن و اعتدال، احترام بگذارد.^۴ در همین زمینه مستند به آیه «واستعمرکم فیها...» (سوره هود، آیه ۶۱) خداوند متعال که خالق این زمین و انسان‌هاست، همه را موظف کرده که این زمین را آباد نمایند و از تخریب اراضی نهی کرده و نادیده گرفتن آن خود موجب عواقب جبران‌ناپذیری خواهد گردید.^۵

با توجه به رشد بی‌رویه شهرها و شهرک‌ها و نیاز به مسکن به علت ازدیاد جمعیت،

۱. سید رامین غفاری، «طرح‌های هادی روستایی و تغییر کاربری اراضی»، فصلنامه علمی - پژوهشی و بین‌المللی انجمن جغرافیای ایران ۴۰ (۱۳۹۴)، ۱۳۵.

۲. عبدالرضا حدادی، حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها ضامن امنیت غذایی (تهران: چاپ فرهنگ، ۱۳۹۳)، ۳.

۳. همان، ۷.

۴. علی صابری دمیرچی، مجموعه سخنرانی پیرامون مسائل فقهی و حقوقی زمین در اسلام (تهران: اسرار علم، ۱۳۹۴)، ۶۰.

۵. همان، ۶۱.

بسیاری از زمین‌های زراعی و باغ‌ها توسط بشر جهت اهداف مختلف، تغییر کاربری داده شده که این موضوع باعث بروز مشکلات زیادی در حوزه امنیت غذایی شده است.^۶ طبق قانون حفظ کاربری می‌توان انواع تغییر کاربری را به سه نوع تقسیم کرد: تغییر کاربری ضروری (مصادیق تبصره ۱ اصلاحی ماده ۱ قانون حفظ کاربری مصوب ۱۳۸۵)، تغییر کاربری غیرضروری (مصادیق تبصره ۴ الحاقی ماده ۱ قانون حفظ کاربری مصوب ۱۳۸۵) و تغییر کاربری غیرمجاز.^۷

یکی از مصادیق تغییر کاربری غیرضروری اراضی زراعی و باغ‌ها که از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها از طریق دیوارکشی می‌باشد. اشخاص اعم از حقوقی و حقیقی با توجه به اهداف و مقاصد خویش اقدام به حصارکشی اراضی زراعی و باغ‌های خویش با آجر و یا سنگ و سایر مصالح می‌نمایند. هدف برخی حفظ محصولات خویش از گزند احشام و دستبرد سارقان و هدف بعضی دیگر محرمیت ملک خویش و یا اهداف دیگر و فارغ از هر قصد و نیت جهت حفظ محصولات خویش و یا افزایش و بهره‌وری تولید در بخش کشاورزی است.^۸

دیوارکشی اراضی زراعی و باغ‌ها به استناد تبصره ۴ الحاقی به ماده ۱ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۸۵^۹ با توجه به اینکه وابسته به بخش کشاورزی بوده و در غالب موارد منجر به بهینه کردن بخش کشاورزی می‌گردد، از فعالیت‌های موضوع تبصره ۴ الحاقی به ق.ج.ک^{۱۰} یا همان موارد تغییر کاربری غیرضروری محسوب می‌گردد؛ زیرا فعالیت‌های موضوع تغییر کاربری غیرضروری به استناد واژه «سایر تولیدات کشاورزی» مندرج در تبصره مذکور حصری نیست، بلکه تمام فعالیت‌های وابسته به بخش کشاورزی که

۶. سید رحیم مشیری، مجید ولی شریعت‌پناهی، «راهکارهای بررسی و تحلیل تغییرات کاربری اراضی با تأکید بر سنجش از دور و با تحلیل کاربری بر روی ناحیه گرگان»، *مجله اطلاعات جغرافیایی سپهر* ۷۳ (۱۳۸۹)، ۴۸.

۷. مجید کارگر، «تغییر کاربری در حقوق کیفری ایران» (پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، بیرجند: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد بیرجند، تابستان ۱۳۹۶)، ۴۵.

۸. محمد موسوی مقدم، *تغییر کاربری* (قم: حقوق امروز، ۱۳۹۴)، ۱۰۳.

۹. زین پس ق.ج.ک نامیده خواهد شد.

۱۰. تبصره ۴ (الحاقی) - احداث گلخانه‌ها، دامداری‌ها، مرغداری‌ها، پرورش ماهی و سایر تولیدات کشاورزی و کارگاه‌های صنایع تکمیلی و غذایی در روستاها بهینه کردن تولیدات بخش کشاورزی بوده و تغییر کاربری محسوب نمی‌شود. موارد مذکور از شمول این ماده مستثنا بوده و با رعایت ضوابط زیست‌محیطی با موافقت سازمان‌های جهاد کشاورزی استان‌ها بلامانع می‌باشد.

خود به صورت مستقیم یا غیرمستقیم منجر به بهینه کردن و تداوم تولید در بخش کشاورزی از قبیل دیوارکشی اراضی می‌گردد را نیز شامل می‌شود.

اجرای فعالیت‌های موضوع تبصره ۴ الحاقی به ق.ح.ک مصوب ۱۳۸۵^{۱۱} چنانچه مانع از تداوم تولید و بهره‌برداری در بخش کشاورزی گردد، نیازمند اخذ مجوز از سازمان جهاد کشاورزی استان‌ها و رعایت ضوابط زیست‌محیطی است؛^{۱۲} به عبارت دیگر چنانچه شخصی قصد اجرای فعالیت‌های موضوع تغییر کاربری غیرضروری از قبیل احداث مرغداری و استخر و دیوارکشی اراضی را داشته باشد، در صورتی که احراز گردد عمل مزبور مانع از تداوم تولید و بهره‌برداری در بخش کشاورزی می‌گردد، ابتدا باید از سازمان جهاد کشاورزی و همچنین سازمان حفاظت محیط زیست استان محل وقوع اراضی مورد تقاضا جهت تغییر کاربری مجوز لازم را اخذ و سپس نسبت به تغییر کاربری اقدام نماید، در غیر این صورت عمل وی مصداق بزه تغییر کاربری به صورت غیرمجاز موضوع ماده ۳ اصلاحی ق.ح.ک مصوب سال ۱۳۸۵^{۱۳} خواهد بود و مرتکب علاوه بر قلع‌و‌قمع بنا به جزای نقدی محکوم خواهد شد.^{۱۴}

نوشتار حاضر بر آن است با تشریح انواع تغییر کاربری موضوع قانون حفظ کاربری و شناخت مصادیق ذیل هر یک از این موارد، به تحلیل برداشت مبتنی بر وصف مجرمانه و فقدان آن در فرض تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها از طریق دیوارکشی اراضی بدون اخذ مجوز از سازمان جهاد کشاورزی و رعایت ضوابط زیست‌محیطی با مراجعه به ق.ح.ک و روح حاکم بر آن و آیین‌نامه‌های مرتبط و همچنین رویه قضایی موجود بپردازد و درصدد پاسخ به این پرسش است که آیا تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها از طریق دیوارکشی، بدون اخذ موافقت سازمان جهاد کشاورزی استان‌ها و رعایت ضوابط زیست‌محیطی جرم است یا خیر؟ برای پاسخ به این پرسش، مقاله حاضر در سه گفتار سازمان یافته است. در گفتار نخست،

۱۱. زین‌پس «فعالیت موضوع تغییر کاربری غیرضروری» نامیده خواهد شد.

۱۲. کارگر، پیشین، ۷۷.

۱۳. ماده ۳ (اصلاحی) - کلیه مالکان یا متصرفان اراضی زراعی و باغ‌های موضوع این قانون که به صورت غیرمجاز و بدون اخذ مجوز از کمیسیون موضوع تبصره (۱) ماده (۱) این قانون اقدام به تغییر کاربری نمایند علاوه بر قلع‌و‌قمع بنا، به پرداخت جزای نقدی از یک تا سه برابر بهای اراضی زراعی و باغ‌ها به قیمت روز زمین با کاربری جدید که مورد نظر متخلف بوده است و در صورت تکرار جرم به حداکثر جزای نقدی و حبس از یک ماه تا شش ماه محکوم خواهند شد.

۱۴. مراد نصیری، «بررسی جرم زمین‌خواری از طریق تصرف و تغییر غیرقانونی کاربری اراضی»، فصلنامه علمی تخصصی اندیشمندان حقوق ۳ (۱۳۹۲)، ۱۰۶.

انواع تغییر کاربری و مصادیق موضوع هریک از آنها تشریح خواهد گردید و در گفتار دوم، دیوارکشی اراضی زراعی و برداشت مبتنی بر وصف مجرمانه و فقدان آن در فرض عدم اخذ مجوز مورد تحلیل قرار می‌گیرد. در گفتار سوم، دیوارکشی باغ‌ها و برداشت مبتنی بر وصف مجرمانه و فقدان آن در فرض عدم اخذ مجوز بررسی می‌شود.

۱- انواع تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها و مصادیق آن

مطابق قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۷۴ و اصلاحیه ۱۳۸۵، تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها به سه نوع تقسیم می‌شود: نوع اول آنکه بیشتر تأکید مقنن نیز بر این نوع بوده است، تغییر کاربری موضوع تبصره ۱ ماده ۱ ق.ح.ک^{۱۵} و یا همان تغییر کاربری ضروری است. علت نام‌گذاری این نوع تغییر کاربری به «تغییر کاربری ضروری» این است که جهت تغییر کاربری ابتدا موضوع ضرورتاً باید در کمیسیون تبصره ۱ ماده ۱ ق.ح.ک یا همان کمیسیون تغییر کاربری ضروری مطرح گردد و چنانچه کمیسیون مزبور با اجرای طرح موافقت کند، ابتدائاً مجری طرح باید هشتاد درصد قیمت روز زمین با احتساب کاربری جدید را جهت تغییر کاربری پرداخت و سپس اقدام به تغییر کاربری مطابق موضوع طرح نماید؛ به عبارت دیگر بررسی این نوع تغییر کاربری توسط کمیسیون تغییر کاربری ضرورت دارد و این مهم در تبصره ۱ ماده ۱ ق.ح.ک به صراحت قید شده است.

تغییر کاربری نوع دوم، موضوع تبصره ۴ الحاقی به ماده ۱ ق.ح.ک مصوب ۱۳۸۵ است. با توجه به اینکه جهت اجرای این نوع از تغییر کاربری‌ها اخذ مجوز از کمیسیون تغییر کاربری

۱۵. ماده ۱- به منظور حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها و تداوم و بهره‌وری آنها از تاریخ تصویب این قانون تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در خارج از محدوده قانونی شهرها و شهرک‌ها جز در موارد ضروری ممنوع می‌باشد.

تبصره ۱ (اصلاحی) - تشخیص موارد ضروری تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در هر استان به عهده کمیسویی مرکب از رئیس سازمان جهاد کشاورزی، مدیر امور اراضی، رئیس سازمان مسکن و شهرسازی، مدیرکل حفاظت محیط زیست آن استان و یک نفر نماینده استاندار می‌باشد که به ریاست سازمان جهاد کشاورزی تشکیل می‌گردد. نماینده دستگاه اجرایی ذی‌ربط می‌تواند بدون حق رأی در جلسات کمیسیون شرکت نماید. سازمان جهاد کشاورزی موظف است حداکثر ظرف مدت دو ماه از تاریخ دریافت تقاضا یا استعلام مطابق نظر کمیسیون نسبت به صدور پاسخ اقدام نماید. دبیرخانه کمیسیون فوق در سازمان‌های جهاد کشاورزی استان‌ها زیر نظر رئیس سازمان مذکور تشکیل می‌گردد و عهده‌دار وظیفه دریافت تقاضا، تشکیل و تکمیل پرونده، بررسی کارشناسی اولیه، مطرح نمودن درخواست‌ها به نوبت در کمیسیون و نگهداری سوابق و مصوبات می‌باشد.

ضروری و بالتبع پرداخت عوارض ضرورتی ندارد، از آن به «تغییر کاربری غیرضروری» یاد می‌شود؛ چراکه با وصف وابسته بودن مصادیق تغییر کاربری غیرضروری به بخش کشاورزی، ضرورتی جهت طرح موضوع در کمیسیون تغییر کاربری ضروری وجود ندارد و پرداخت عوارض لازم نیست و هر آنچه مشمول عنوان تغییر کاربری ضروری نباشد، طبیعتاً تغییر کاربری غیرضروری خواهد بود.

نوع سوم از تغییر کاربری، تغییر کاربری غیرمجاز موضوع ماده ۳ اصلاحی ق.ح.ک مصوب ۱۳۸۵^{۱۶} است. چنانچه شخصی اعم از حقوقی یا حقیقی بدون رعایت ضوابط حاکم بر قانون حفظ کاربری و اخذ مجوز اقدام به تغییر کاربری اراضی زراعی و باغی نماید، اقدام وی مشمول بزه تغییر کاربری غیرمجاز خواهد بود و ضمانت‌اجرای کیفری به دنبال خواهد داشت. مصادیق تغییر کاربری ضروری و غیرضروری در قانون، تمثیلی است و موارد زیادی را شامل می‌گردد که شناخت این مهم که هر مصداق ذیل کدام نوع از تغییر کاربری (ضروری یا غیرضروری) قرار می‌گیرد، در برداشت مجرمانه بودن یا نبودن آن تأثیرگذار است. بعضاً در تشخیص مصادیق مزبور تشتت آراء وجود دارد و مشخص نیست برای مثال آیا احداث خانه کارگری از مصادیق تغییر کاربری ضروری محسوب می‌گردد و یا غیرضروری؟

با توجه به مقدمه فوق، بهترین ضابطه جهت شناخت مصادیق انواع تغییر کاربری و تفکیک هریک از آنها، این موضوع است که در مواجهه با هریک از این مصادیق بررسی گردد آیا عمل مزبور منجر به بهینه کردن بخش کشاورزی می‌گردد یا خیر؟ به عبارت دیگر، چنانچه موضوع تغییر کاربری وابسته به بخش کشاورزی باشد و در امر بهینه کردن بخش کشاورزی به صورت مستقیم یا غیرمستقیم مؤثر باشد، عمل مزبور منطبق با تغییر کاربری غیرضروری است و اجرای طرح مزبور نیازمند طرح در کمیسیون تغییر کاربری ضروری و پرداخت عوارض نخواهد بود و بالتبع چنانچه عمل مزبور وابسته به بخش کشاورزی نباشد، مصادیق تغییر کاربری ضروری می‌باشد.

در همین راستا، با توجه به ضابطه فوق می‌توان احداث دامداری، مرغداری، استخر ذخیره

۱۶. ماده ۳ (اصلاحی) - کلیه مالکان یا متصرفان اراضی زراعی و باغهای موضوع این قانون که به صورت غیرمجاز و بدون اخذ مجوز از کمیسیون موضوع تبصره (۱) ماده (۱) این قانون اقدام به تغییر کاربری نمایند علاوه بر قلع و قمع بنا، به پرداخت جزای نقدی از یک تا سه برابر بهای اراضی زراعی و باغها به قیمت روز زمین با کاربری جدید که مورد نظر متخلف بوده است و در صورت تکرار جرم به حداکثر جزای نقدی و حبس از یک ماه تا شش ماه محکوم خواهند شد.

زیست‌محیطی پردازیم.

۲-۱- برداشت مبتنی بر جرم تلقی نمودن دیوارکشی اراضی زراعی

قائلان جرم بودن دیوارکشی اراضی زراعی معتقدند که دیوارکشی اراضی زراعی و باغ‌ها نیازمند رعایت ضوابط و مقررات حاکم بر ق.ح.ک مصوب ۱۳۷۴ و اصلاحیه سال ۱۳۸۵ می‌باشد، در غیر این صورت عمل مزبور مصداق تغییر کاربری غیرمجاز می‌باشد، چراکه: اولاً، مستند به ماده ۱ ق.ح.ک مصوب ۱۳۷۴^{۲۰} یکی از اهداف اساسی وضع قانون مزبور، حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها بوده و هر عملی که منجر به تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌های تحت شمول ق.ح.ک گردد و مانع از تداوم تولید و بهره‌وری در بخش کشاورزی شود، مصداق بارز جرم تغییر کاربری غیرمجاز خواهد بود. با توجه به اینکه در دیوارکشی اراضی زراعی فارغ از هر قصد و نیت و موقعیت مکانی و زمانی، به میزان سطح اشغال زیر دیوار از حیز انتفاع و بهره‌برداری جهت کشت و کار خارج می‌گردد، یعنی اگر دیوار دارای ۲۰ سانتی‌متر عرض و ۳۰۰ متر طول باشد، ۶۰۰۰ هزار سانتی‌متر معادل شصت مترمربع تغییر کاربری داده شده، زیرا از این میزان از مزرعه پس از احداث دیوار نمی‌توان برای کشاورزی استفاده کرد، در حالی که تا قبل از احداث دیوار مزبور، مقدار مساحت اشغالی زیر دیوار قابل کشاورزی است، لذا عمل مزبور با فلسفه وضع ق.ح.ک که همانا حفظ کاربری اراضی زراعی و باغی است در تضاد است و بالتبع عمل مزبور مانع از تداوم تولید و بهره‌وری در بخش کشاورزی است و مصداق بارز تغییر کاربری غیرمجاز موضوع ماده ۳ اصلاحی ق.ح.ک مصوب ۱۳۸۵ خواهد گردید؛^{۲۱}

ثانیاً، یکی از ارکان اصلی وقوع بزه تغییر کاربری غیرمجاز، احراز شرط مانعیت از تداوم تولید است. نظریه مشورتی شماره ۵۲۳/۹۲/۷ مورخه ۱۳۹۲/۰۳/۲۵ اداره حقوقی قوه قضائیه مقرر می‌دارد: «چنانچه دادگاه رسیدگی‌کننده به بزه تغییر کاربری غیرمجاز، احداث دیوار را مانع تداوم تولید و بهره‌برداری و استمرار کشاورزی تشخیص دهد، اقدامات مذکور تغییر کاربری غیرمجاز محسوب می‌گردد و مرتکب به مجازات مقرر در قانون محکوم خواهد شد و

۲۰. ماده ۱- به منظور حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها و تداوم و بهره‌وری آنها از تاریخ تصویب این قانون، تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در خارج از محدوده قانونی شهرها و شهرک‌ها جز در موارد ضروری ممنوع می‌باشد.

۲۱. موسوی‌مقدم، پیشین، ۹۷.

تشخیص میزان تغییر کاربری با وزارت جهاد کشاورزی است». همان‌طور که مشاهده گردید، اداره حقوقی قوه قضائیه نیز وصف مجرمانه دیوارکشی اراضی را مستلزم احراز مانعیت از تداوم تولید دانسته است و چنانچه این شرط مفقود یا مورد شبهه باشد، دیگر مجرمانه محسوب کردن عمل مزبور فاقد وجهت قانونی خواهد بود؛^{۲۲}

ثالثاً، از آنجا که دیوارکشی اراضی زراعی وابسته به بخش کشاورزی می‌باشد، مستند به تبصره ۴ الحاقی به ق.ج.ک مصوب ۱۳۸۵، فعالیت موضوع تغییر کاربری غیرضروری می‌باشد و اجرای این فعالیت - دیوارکشی اراضی زراعی - نیازمند اخذ موافقت از سازمان جهاد کشاورزی استان و رعایت ضوابط زیست‌محیطی است. شخصی که بدون اخذ مجوز و رعایت ضوابط اقدام به احداث دیوار در اراضی تحت شمول ق.ج.ک نماید، مرتکب تغییر کاربری به صورت غیرمجاز موضوع ماده ۳ اصلاحی ق.ج.ک شده و مستحق ضمانت‌اجرای کیفری خواهد بود. در دستورالعمل تعیین مصادیق تغییر کاربری غیرمجاز صادره از سوی وزارت جهاد کشاورزی مورخه ۱۳۸۶، صراحتاً قید گردیده است که اجرای فعالیت‌های موضوع تبصره ۴ از قبیل دیوارکشی اراضی نیازمند اخذ موافقت سازمان جهاد کشاورزی و رعایت ضوابط زیست‌محیطی است و در غیر این صورت عمل مزبور مشمول عنوان مجرمانه تغییر کاربری غیرمجاز خواهد گردید.

در همین راستا، شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر دادگستری استان قم طی دادنامه‌ای به شماره ۹۳۰۰۹۹۷۲۵۱۸۳۰۰۶۲۲ مورخ ۱۳۹۳/۰۶/۳۱، با این استدلال که دیوارکشی اراضی اعم از زراعی و باغی مستلزم اخذ مجوز و رعایت ضوابط زیست‌محیطی می‌باشد و در مانحن‌فیه بدون رعایت ضوابط مزبور اقدام به دیوارکشی شده است، دادنامه بدوی مبنی بر برائت متهم را نقض و حکم محکومیت متهم را صادر نموده است. به علاوه توجه به رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۹۶۵ مورخه ۱۳۸۶/۰۹/۱۱ به شرح ذیل نیز مؤید این مهم است که دیوارکشی اراضی بدون رعایت ضوابط و مقررات ممنوع و طبق ق.ج.ک مستوجب ضمانت‌اجرای کیفری خواهد بود:

«مطابق ماده ۱ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۷۴ از تاریخ تصویب قانون مزبور کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در خارج از محدوده قانونی شهرها و شهرک‌ها جز

۲۲. عباس بشیری، حقوق کاربردی نسق، حق زارعانه، حق ریشه، کارافه، اراضی و املاک و باغات در رویه قضایی (تهران: انتشارات جنگل، جاودانه، ۱۳۹۵)، ۴۰.

در موارد ضروری ممنوع شده و حسب قسمت اخیر تبصره ۲ ماده مزبور تغییر کاربری اراضی موضوع قانون مزبور در روستاها طبق ضوابطی که وزارت جهاد کشاورزی تعیین خواهد کرد، مجاز می‌باشد؛ بنابراین احداث هرگونه بنا و دیوارکشی و تفکیک و تغییر کاربری اراضی مذکور بدون کسب مجوز قانونی خلاف هدف و حکم مقنن در باب حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌هاست و بخشنامه شماره ۲۵۴۲۶/۱۸۰ مورخ ۱۳۸۵/۰۴/۰۷ مدیر امور اراضی سازمان جهاد کشاورزی استان اصفهان که در تبیین حکم مقنن تنظیم و صادر شده است، مغایرتی با قانون ندارد و خارج از حدود اختیارات قانونی مربوط نمی‌باشد.

به طور کلی قائلان به جرم بودن دیوارکشی اراضی زراعی معتقدند با توجه به اینکه دیوارکشی اراضی زراعی به مقدار مساحت اشغالی زیر دیوار، مانع از تداوم تولید و بهره‌وری در بخش کشاورزی است، اجرای آن منوط به موافقت سازمان جهاد کشاورزی استان‌ها و رعایت ضوابط زیست‌محیطی خواهد بود. لذا اشخاصی که بدون رعایت ضوابط و مقررات اقدام به دیوارکشی اراضی زراعی خویش نمایند، مرتکب بزه تغییر کاربری غیرمجاز شده و رفتارشان مستوجب ضمانت‌اجرای کیفری خواهد بود.

۲-۲- برداشت مبتنی بر فقدان وصف مجرمانه دیوارکشی اراضی زراعی

در مقابل، قائلین به جرم نبودن دیوارکشی اراضی زراعی در فرض عدم اخذ مجوز و رعایت ضوابط زیست‌محیطی معتقدند که دیوارکشی اراضی زراعی فارغ از اخذ مجوز و رعایت ضوابط زیست‌محیطی با توجه به موارد ذیل مطلقاً جرم محسوب نمی‌شود:

اولاً، به استناد تبصره ۴ الحاقی به ماده ۱ ق.ح.ک مصوب ۱۳۸۵، فعالیت‌های موضوع تبصره ۴ تغییر کاربری محسوب نمی‌شود و از شمول مقررات ق.ح.ک و اخذ مجوز مستثناست. به عبارت دیگر، می‌توان گفت از آنجا که دیوارکشی اراضی زراعی وابسته به بخش کشاورزی بوده و بالتبع فعالیت موضوع تغییر کاربری غیرضروری محسوب می‌گردد و با امعان نظر به اینکه اجرای فعالیت‌های موضوع تغییر کاربری غیرضروری به صراحت ماده ۱ ق.ح.ک و تبصره ذیل آن نیازمند طرح در کمیسیون تغییر کاربری ضروری و اخذ موافقت سازمان جهاد کشاورزی نمی‌باشد، لذا اجرای این فعالیت‌ها مطلقاً از دایره شمول بزه تغییر کاربری خارج می‌باشد.^{۲۳}

۲۳. ناصر قنبریان، «تغییر کاربری اراضی زراعی و باغی در حقوق کیفری ایران با تأکید بر رویه قضایی» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۶)، ۸۰.

به عبارت دیگر، قائلان به این استدلال، معتقدند صرفاً فعالیت‌هایی ذیل عنوان تغییر کاربری قرار خواهند گرفت که نیازمند طرح در کمیسیون تغییر کاربری ضروری و پرداخت عوارض باشد و در مانحن‌فیه با توجه به اینکه دیوارکشی اراضی ذیل عنوان تغییر کاربری غیرضروری می‌باشد، لذا اجرای این فعالیت‌ها مطلقاً مجاز می‌باشد و برای توجیه نظر خویش به نظریه مشورتی شماره ۵۶۴۹/۷ مورخه ۱۳۸۹/۰۹/۱۷ اداره حقوقی قوه قضائیه که در بازگشت به استعلام شماره ۱۹۹۲ مورخ ۱۳۸۹/۰۷/۱۵ معاون دادستان و سرپرست مجتمع شهید تولایی مبنی بر اینکه «نظر به اینکه هرگونه تغییر کاربری در اراضی کشاورزی بایستی با نظر کمیسیون تبصره ۱ ماده ۱ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۷۴ و اصلاحیه ۱۳۸۵ باشد، خواهشمند است مشورتاً اعلام فرمائید آیا مصادیق موضوع تبصره ۴ الحاقی ماده ۱ قانون حفظ کاربری مصوب ۱۳۸۵ اگر بدون رعایت ضوابط زیست‌محیطی و بدون موافقت سازمان جهاد کشاورزی انجام شود تغییر کاربری محسوب می‌شود یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا اجرای مصادیق تبصره ۴ الحاقی به ماده ۱ ماهیتاً جرم محسوب نمی‌شود یا اینکه اگر رعایت ضوابط زیست‌محیطی نشود یا موافقت سازمان جهاد کشاورزی اخذ نشود صرفاً در این حالت جرم خواهد بود؟» مقرر می‌دارد: «اجرای مصادیق تبصره ۴ الحاقی ماده ۱/۰۸/۱۳۸۵ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها به صراحت تبصره مذکور تغییر کاربری محسوب نمی‌شود» استناد می‌کنند و با این توجه تغییر کاربری غیرضروری و مصادیق آن مانند دیوارکشی اراضی را ماهیتاً تغییر کاربری نمی‌دانند. همچنین نظریه مشورتی شماره ۷۴۶۰۱ مورخه ۱۳۸۴/۰۷/۰۴ اداره حقوقی قوه قضائیه به صراحت بیان داشته که «دیوارکشی تغییر کاربری محسوب نمی‌شود»، لذا دیوارکشی اراضی زراعی واجد وصف مجرمانه نمی‌باشد؛

ثانیاً، با توجه به دستورالعمل تعیین مصادیق تغییر کاربری غیرمجاز صادره از وزارت جهاد کشاورزی مصوب ۱۳۸۶،^{۲۴} برای جرم بودن اجرای فعالیت‌های موضوع تغییر کاربری غیرضروری، علاوه بر عدم اخذ مجوز از سازمان‌های جهاد کشاورزی و رعایت ضوابط

۲۴. «اقدامات ذیل در صورتی که در اراضی زراعی و باغ‌های موضوع قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها و بدون رعایت ضوابط و مقررات مربوطه و اخذ مجوز از کمیسیون تبصره ۱ ماده ۱ و یا موافقت سازمان جهاد کشاورزی در قالب طرح‌های تبصره ۴ الحاقی قانون مذکور حسب مورد صورت گیرد و مانع از تداوم تولید و بهره‌برداری و استمرار کشاورزی شود به عنوان مصادیق تغییر کاربری غیرمجاز تلقی می‌گردد ...»

زیست‌محیطی، احراز شرط مانعیت از تداوم تولید و بهره‌برداری و استمرار کشاورزی ضروری است و با انتفای هریک از این دو شرط، اقدامات مزبور جرم نخواهد بود.

بر همین اساس از آنجا که دیوارکشی اراضی زراعی فعالیت موضوع تبصره ۴ محسوب می‌گردد و فعالیت‌های موضوع تبصره مذکور مطلقاً باعث بهینه کردن بخش کشاورزی می‌گردد، لذا شرط مانعیت از تداوم تولید در مورد این مهم منتفی است و اجرای این فعالیت حتی قبل از اخذ مجوز به علت انتفای شرط مانعیت از تداوم تولید، تغییر کاربری غیرمجاز نمی‌باشد.^{۲۵}

همسو با این نظر، اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۴۶۳۹ مورخه ۱۳۸۶/۰۷/۱۴ در پاسخ به این پرسش که: «اگر شخصی دور باغ یا مزرعه خود دیوارکشی کند آیا حداقل به میزان مساحتی که خود دیوار اشغال کرده است مرتکب تغییر کاربری شده است؟» اعلام کرده: «محصور کردن اراضی مزروعی منع قانونی ندارد؛ بنابراین کشیدن حصار دور زمین مزروعی و اقدام به دیوارکشی، احداث بنا و تخلف ساختمانی محسوب نمی‌شود و به معنای تغییر کاربری یا دلیل بر تغییر کاربری نیست. همان‌طور که احداث استخر برای آبیاری درختان به منزله تغییر کاربری نیست...»؛

ثالثاً، یکی از ابهاماتی که در مورد مصادیق تغییر کاربری غیرضروری و نیز بحث برداشت مجرمانه این مصادیق مطرح است این پرسش است که با توجه به اینکه قانون‌گذار حکیم است، چگونه با تصریح قانون‌گذار در تبصره ۴ الحاقی به ماده ۱ ق.ح.ک مصوب ۱۳۸۵ که اجرای فعالیت‌های موضوع تغییر کاربری غیرضروری را نیازمند اخذ مجوز دانسته است، قائل به این باشیم که حتی بدون اخذ مجوز از سازمان جهاد کشاورزی و رعایت ضوابط زیست‌محیطی، جرم محقق نشده است؟ به عبارت دیگر هدف قانون‌گذار از تصریح به بلامانع بودن اجرای این فعالیت‌ها در فرض اخذ مجوز چیست؟

میرهن است که مفهوم مخالف قسمت اخیر تبصره ۴ الحاقی به ماده ۱ ق.ح.ک، مؤید این نکته است که اجرای فعالیت‌های موضوع تغییر کاربری غیرضروری در فرض عدم اخذ مجوز ضمانت‌اجرا دارد، چراکه با فرض اخذ مجوز بلامانع است و در فرض عدم آن، طبیعتاً موجد ضمانت خواهد بود.

در مورد رفع مشکل و ابهام موجود، باید گفت که اجرای فعالیت‌های موضوع تغییر کاربری

۲۵. علیرضا میرزایی، تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در ملاک عمل (تهران: راه نوین، ۱۳۹۴)، ۱۵۵.

غیرضروری در فرض عدم اخذ مجوز، قطعاً موجب وصف جزایی خواهد بود، اما این وصف جزایی دیگر تغییر کاربری غیرمجاز نیست، بلکه می‌تواند عمل مزبور واجد وصف جزایی غیر از تغییر کاربری غیرمجاز از قبیل بزه تهدید علیه بهداشت عمومی موضوع ماده ۶۸۸ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵^{۲۶} باشد. برای مثال یکی از مصادیق تغییر کاربری غیرضروری، احداث دامداری بدون مجوز است؛ حال آنکه با توجه به این استدلال، عمل مزبور به مانند دیوارکشی اراضی زراعی جرم نخواهد بود، اما قطعاً می‌تواند در فرض عدم اخذ موافقت محیط زیست، بزه تهدید علیه بهداشت عمومی باشد.

نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه به شماره ۵۲۳/۹۲/۷ مورخه ۱۳۹۲/۰۳/۲۵ مؤید نظر فوق است، چراکه مقرر می‌دارد: «بهینه کردن تولیدات بخش کشاورزی از قبیل احداث گلخانه‌ها و دامداری‌ها و ... تغییر کاربری محسوب نمی‌شود مع‌هذا اقدام به این قبیل بهینه‌سازی مستلزم رعایت ضوابط زیست‌محیطی و موافقت سازمان جهاد کشاورزی استان مربوط است و عدم رعایت ضوابط مزبور و عدم جلب موافقت سازمان نامبرده حسب مورد ممکن است ضمانت‌اجراهای دیگری غیر از آنچه در قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۷۴ با اصلاحات و الحاقات بعدی مقرر شده است، داشته باشد، مثلاً عدم رعایت ضوابط زیست‌محیطی به تشخیص مراجع مربوط ممکن است تهدید علیه بهداشت عمومی تلقی و مشمول مقررات ماده ۶۸۸ قانون مجازات اسلامی باشد».

نتیجه برداشت مبتنی بر فقدان وصف مجرمانه دیوارکشی اراضی زراعی در فرض عدم اخذ مجوز و رعایت ضوابط چنین است که دیوارکشی اراضی زراعی با توجه به اینکه منجر به بهینه کردن بخش کشاورزی از طریق حفاظت از محصولات می‌گردد، مخالف روح حاکم بر ق.ح.ک که همانا حفظ کاربری اراضی زراعی و باغی است، نمی‌باشد و لذا با وجود عنصر بهینه کردن بخش کشاورزی و نیز عدم احراز شرط مانعیت از تداوم تولید، اجرای فعالیت مزبور فارغ از اخذ مجوز یا عدم آن، مشمول بزه تغییر کاربری غیرمجاز نخواهد شد.

۲۶. هر اقدامی که تهدید علیه بهداشت عمومی شناخته شود از قبیل آلوده کردن آب یا توزیع آب آشامیدنی آلوده، دفع غیربهداشتی فضولات انسانی و دامی و مواد زاید، ریختن مواد مسموم‌کننده در رودخانه‌ها، زباله در خیابان‌ها و کشتار غیرمجاز، دام استفاده غیرمجاز فاضلاب خام یا پساب تصفیه‌خانه‌های فاضلاب برای مصارف کشاورزی ممنوع می‌باشند و مرتکبین چنانچه طبق قوانین خاص مشمول مجازات شدیدتری نباشند به حبس تا یک سال محکوم خواهند شد.

۳- دیوارکشی باغ‌ها

واژه باغ از نظر ق.ج.ک مشتمل بر باغ مثمر و باغ غیرمثمر و قلمستان می‌باشد. به موجب بند ب ماده ۱ دستورالعمل ضوابط تشخیص اراضی زراعی و باغ‌ها در خارج از محدوده شهرها و شهرک‌ها و طرح هادی روستاها مصوب ۱۳۸۶ صادره از وزارت جهاد کشاورزی، باغ مثمر «محلی است که دارای محدوده‌ای معین و مشخص بوده و در آن محصولات باغی یا درختان میوه یا مو به وسیله اشخاص غرس و یا پیوند شده باشد و تعداد درخت میوه یا مو در هر هکتار آن از یکصد اصله کمتر نباشد و در مورد درختان خرما و زیتون تعداد در هر هکتار از پنجاه اصله کمتر نباشد. تبصره - اراضی تحت کشت چای باغ محسوب می‌گردد» و باغ غیرمثمر و قلمستان: «محلی است که دارای محدوده‌ای معین و مشخص بوده و در آن درختان غیرمثمر به وسیله اشخاص غرس شده و تعداد درخت در هر هکتار آن از هزار اصله کمتر نباشد.»

دیوارکشی باغ‌ها نسبت به دیوارکشی اراضی زراعی از شیوع بیشتری برخوردار است؛ اکثر باغداران جهت حفاظت از درختان خویش اقدام به حصارکشی اطراف باغ از طریق احداث دیوار می‌نمایند، حال آنکه به عقیده وزارت جهاد کشاورزی به عنوان متولی اجرای ق.ج.ک این مهم نیازمند اخذ مجوز است. رویه قضایی در ارتباط با دیوارکشی باغ‌ها در مقایسه با دیوارکشی اراضی زراعی، متفاوت بوده و نسبت به این مهم عقیده بر فقدان وصف مجرمانه به صورت مطلق و فارغ از اخذ مجوز یا عدم آن دارد، ولی به ندرت در این زمینه نیز احکامی مبنی بر محکومیت مجری اجرای دیوارکشی باغ در فرض عدم اخذ مجوز صادر شده است. در همین زمینه می‌توان به دادنامه شماره ۱۱۰۰۶۲۷-۹۲۰۹۹۷۲۵۳۱۱۰-۹۲۰۳/۰۶/۱۳۹۲ صادره از شعبه دادگاه عمومی بخش جعفریه واقع در استان قم اشاره نمود که عمل دیوارکشی باغ را مصداق تغییر کاربری غیرمجاز دانسته و حکم محکومیت صادر نموده است. همچنین شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان قم در دادنامه شماره ۱۲۰۴۱۲-۹۳۰۹۹۷۲۵۱۸۳۰۰۴/۳۱/۱۳۹۳ با توجه به «... اقرار صریح متهم بر احداث دیوار بدون اخذ مجوز و صراحت آیین‌نامه مدون که در آن هرگونه تغییر کاربری در قالب ایجاد بنا برداشتن یا افزایش شن و ماسه و سایر اقداماتی که به تشخیص جهاد کشاورزی تغییر کاربری محسوب می‌گردد...» عمل دیوارکشی باغ را بدون اخذ مجوز مصداق تغییر کاربری غیرمجاز دانسته است.^{۲۷}

برای بررسی دقیق این موضوع، سنجیده است دلایل موافقان و مخالفان فقدان وصف مجرمانه دیوارکشی باغ‌ها در فرض عدم اخذ مجوز از سازمان جهاد کشاورزی و رعایت ضوابط زیست‌محیطی مورد بررسی قرار گیرد.

۳-۱- برداشت مبتنی بر جرم بودن دیوارکشی باغ‌ها

بر مبنای این برداشت دیوارکشی باغ‌ها بدون اخذ مجوز مربوطه جرم است. برای دیوارکشی باغ‌ها لازم است ابتدا متقاضی اجرای طرح نسبت به اخذ مجوز از سازمان جهاد کشاورزی استان محل وقوع ملک اقدام و با رعایت ضوابط زیست‌محیطی اقدام به دیوارکشی باغ نماید، در غیر این صورت مرتکب بزه تغییر کاربری غیرمجاز موضوع ماده ۳ اصلاحی ق.ج.ک مصوب ۱۳۸۵ شده است،^{۲۸} زیرا:

اولاً، دیوارکشی باغ‌ها با توجه به اینکه وابسته به بخش کشاورزی است، فعالیت موضوع تغییر کاربری غیرضروری محسوب می‌گردد و برای اجرای آن اخذ موافقت از سازمان جهاد کشاورزی و رعایت ضوابط زیست‌محیطی ضروری است و این مهم تصریح قسمت اخیر تبصره ۴ الحاقی به ماده ۱ ق.ج.ک مصوب ۱۳۸۵ می‌باشد که اجرای این نوع فعالیت‌ها از قبیل دیوارکشی باغ‌ها را در فرض اخذ مجوز بلامانع می‌داند، در غیر این صورت اجرای این فعالیت، مصداق بارز بزه تغییر کاربری به صورت غیرمجاز می‌باشد؛^{۲۹}

ثانیاً، اگرچه دیوارکشی یا احداث حصار به دور باغ منجر به تغییر کاربری کل ملک نمی‌شود اما نسبت به همان مقدار مساحتی که دیوارکشی شده، اراضی مزبور از حالت زراعی و باغی خارج شده و از حیز انتفاع جهت کشت و کار خارج گشته است. به عبارت دیگر احداث دیوار مانع از تداوم تولید، بهره‌برداری و استمرار فعالیت کشاورزی به میزان سطح اشغالی زیر دیوار بوده و مشمول عنوان تغییر کاربری غیرمجاز با توجه به عدم رعایت ضوابط و مقررات می‌باشد و چنانچه اشخاص اعم از حقوقی و یا حقیقی قصد دیوارکشی باغ را داشته باشند، ابتدا باید نسبت به اخذ مجوز از سازمان جهاد کشاورزی استان‌ها و رعایت ضوابط

۲۸. ماده ۳ (اصلاحی) - کلیه مالکان یا متصرفان اراضی زراعی و باغ‌های موضوع این قانون که به صورت غیرمجاز و بدون اخذ مجوز از کمیسیون موضوع تبصره (۱) ماده (۱) این قانون اقدام به تغییر کاربری نمایند علاوه بر قلع و قمع بنا، به پرداخت جزای نقدی از یک تا سه برابر بهای اراضی زراعی و باغ‌ها به قیمت روز زمین با کاربری جدید که مورد نظر متخلف بوده است و در صورت تکرار جرم به حداکثر جزای نقدی و حبس از یک ماه تا شش ماه محکوم خواهند شد.

۲۹. سید محمد رسول باختر، اراضی و املاک در رویه قضایی (تهران: جنگل، جاودانه، ۱۳۹۴)، ۵۱.

زیست‌محیطی اقدام و سپس اقدام به احداث دیوار نمایند؛^{۳۰} ثالثاً، با توجه به رأی وحدت رویه شماره ۷۶۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور^{۳۱} و نیز تبصره ۴ الحاقی به ماده ۱ ق.ح.ک مصوب سال ۱۳۸۵، اجرای فعالیت‌های موضوع تغییر کاربری غیرضروری از قبیل دیوارکشی باغ‌ها، صرفاً در روستاها موجب بهینه کردن بخش کشاورزی می‌گردد و نیز از شمول تغییر کاربری خارج است و چنانچه مصادیق مزبور خارج از روستاها اجرا گردد، مصداق بارز تغییر کاربری خواهد بود. علاوه بر این، توجه به رأی وحدت رویه شماره ۷۶۰ فوق‌الاشعار، موافقت سازمان جهاد کشاورزی و رعایت ضوابط زیست‌محیطی را جهت اجرای فعالیت‌های موضوع تغییر کاربری غیرضروری لازم و ضروری می‌داند و این مهم در رأی مذکور تصریح شده است، لذا اجرای این فعالیت‌ها که دیوارکشی باغ‌ها مصداق بارز آن می‌باشد، تغییر کاربری محسوب و در صورت عدم اخذ مجوز، موجب ضمانت‌اجرای کیفری موضوع ماده ۳ اصلاحی ق.ح.ک مصوب سال ۱۳۸۵ خواهد بود.^{۳۲}

۳-۲- برداشت مبتنی بر فقدان وصف مجرمانه دیوارکشی باغ‌ها

اولاً، با توجه به ماده ۳ و ماده ۱۰ اصلاحی قانون حفظ کاربری،^{۳۳} صرفاً تغییر کاربری‌هایی

۳۰. موسوی‌مقدم، پیشین، ۹۵.

۳۱. رأی وحدت رویه شماره ۷۶۰-۱۳۹۶/۰۴/۲۰-هیئت عمومی دیوان عالی کشور: «برحسب مستفاد از تبصره ۴ الحاقی به ماده ۱ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها، احداث دامداری و سایر موارد مذکور در آن، در روستاها، با موافقت سازمان‌های جهاد کشاورزی و رعایت ضوابط زیست‌محیطی، بهینه کردن تولیدات بخش کشاورزی بوده و تغییر کاربری محسوب نمی‌شود و از شمول ماده ۳ اصلاحی قانون مذکور خارج است و در صورت عدم رعایت شرایط مقرر در تبصره که فوقاً به آن اشاره شد، ضمانت‌اجرای تخلف از شرط که در قوانین مربوط پیش‌بینی شده از سوی دستگاه‌های ذی‌ربط، در مورد متخلفین، قابل اعمال و اجراء است. بر این اساس رأی شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان قزوین در حدی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.»

۳۲. قنبریان، پیشین، ۱۴۰.

۳۳. ماده ۱۰ (الحاقی) - هرگونه تغییر کاربری در قالب ایجاد بنا یا افزایش، برداشتن شن و ماسه و سایر اقداماتی که بنا به تشخیص وزارت جهاد کشاورزی تغییر کاربری محسوب می‌گردد، چنانچه به طور غیرمجاز و بدون اخذ مجوز از کمیسیون موضوع تبصره (۱) ماده (۱) این قانون صورت پذیرد، جرم بوده و مأموران جهاد کشاورزی محل مکلفند نسبت به توقف عملیات اقدام و مراتب را به اداره متبوع جهت انعکاس به مراجع قضایی اعلام نمایند.

مشمول برداشت مبتنی بر وصف مجرمانه به موجب قانون حفظ کاربری قرار خواهد گرفت که این تغییر کاربری نیازمند اخذ مجوز از کمیسیون تغییر کاربری ضروری باشد؛ به موجب ماده مرقوم مالکان و متصرفانی که به صورت غیرمجاز و بدون اخذ مجوز از کمیسیون مزبور اقدام به تغییر کاربری نمایند مستوجب کیفر خواهند بود و توسعه جرم تغییر کاربری به فعالیت‌های موضوع تغییر کاربری غیرضروری در فرض عدم اخذ موافقت از سازمان جهاد کشاورزی استان‌ها خلاف نص صریح عنصر قانونی جرم تغییر کاربری غیرمجاز؛ یعنی ماده ۳ اصلاحی قانون حفظ کاربری خواهد بود و خود اجتهاد در برابر نص می‌باشد. علاوه بر این تفسیر به نفع متهم اقتضاء دارد تا در موارد شک و تردید در دامنه شمول جرم‌انگاری عملی توسط قانون، اصل مسلم تفسیر به نفع متهم را جاری بسازیم و تفسیر مضیق و اصل برائت هم خود مؤید این مطلب می‌باشد.

علاوه بر مورد فوق، توجه به رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور به شماره ۷۲۴-۱۳۹۱/۰۱/۲۲، نیز مؤید این مطلب است که فعالیت‌های موضوع تغییر کاربری غیرضروری مطلقاً تغییر کاربری محسوب نشده و قابل تعقیب نخواهد بود. این رأی حسب اختلاف استنباط از تبصره ۱ ماده ۲ اصلاحی ق.ج.ک مصوب ۱۳۸۵/۰۸/۰۱^{۳۴} و ماده ۳ اصلاحی این قانون، بین شعب پنجم و دهم محاکم تجدیدنظر استان مازندران در مواردی که وسعت اراضی تغییر کاربری داده شده، کمتر از پانصد مترمربع باشد، صادر گردید؛ هرچند رأی وحدت رویه مزبور مستقیماً در ارتباط با جرم بودن یا نبودن فعالیت‌های تبصره ۴ از قبیل دیوارکشی باغ‌ها در فرض عدم اخذ موافقت از سازمان جهاد کشاورزی استان‌ها نبوده، ولی قسمتی از مفاد این رأی به صورت ضمنی مؤید جرم نبودن فعالیت‌های تبصره ۴ الحاقی می‌باشد.

اختلاف نظر زمانی شکل گرفت که شخصی برای سکونت شخص خود بنایی کمتر از پانصد مترمربع و به میزان صد مترمربع بدون اخذ مجوز از کمیسیون تبصره ۱ ایجاد نموده و به دنبال شکایت اداره جهاد کشاورزی، شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران قرار منع تعقیب صادره از دادگاه بدوی مبنی بر عدم جرم‌انگاری میزان کمتر از حدنصاب پانصد مترمربع مندرج در تبصره ۱ ماده ۲ اصلاحی ق.ج.ک را تأیید کرده بود و مشابه همین مورد

۳۴. تبصره ۱ (اصلاحی) - تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها برای سکونت شخصی صاحبان زمین تا پانصد مترمربع فقط برای یکبار و احداث دامداری‌ها، مرغداری‌ها، پرورش آبزیان، تولیدات گلخانه‌ای و همچنین واحدهای صنایع تبدیلی و تکمیلی بخش کشاورزی و صنایع دستی مشمول پرداخت عوارض موضوع این ماده نخواهد بود.

به دنبال تغییر کاربری جهت سکونت شخصی به میزان دویست و پنجاه مترمربع و شکایت اداره جهاد کشاورزی و صدور قرار منع تعقیب در دادگاه بدوی با همان استدلال قبلی و تجدیدنظرخواهی شاکی، شعبه دهم دادگاه استان مازندران قرار منع صادره را نقض و به مرجع رسیدگی کننده بدوی ارجاع داده بود، با توجه به اینکه شعبه پنجم تغییر کاربری کمتر از پانصد متر را واجد وصف کیفری ندانسته و شعبه دهم در نظیر این مورد تعقیب کیفری متهم و مجازات وی را تجویز نموده است.

مطابق رأی وحدت رویه شماره ۷۲۴-۱۳۹۱/۰۱/۲۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور «تغییر کاربری اراضی زراعی تا پانصد مترمربع، برای سکونت شخصی صاحبان زمین اگر با اجازه اعضای کمیسیون موضوع تبصره ۱ اصلاحی سال ۱۳۸۵ ماده ۱ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها باشد، طبق تبصره ۱ ماده ۲ این قانون فقط برای یکبار از پرداخت عوارض قانونی معاف خواهد بود. مفاد این تبصره به معافیت از مجازات افرادی که بدون اخذ مجوز از کمیسیون مزبور اقدام به تغییر کاربری کرده‌اند دلالت نمی‌نماید؛ زیرا ماده ۳ قانون مرقوم، این قبیل اشخاص را کلاً، قابل تعقیب دانسته و موارد استثنائی و خارج از شمول مجازات نیز در تبصره ۴ همین ماده صراحتاً ذکر گردیده است؛ لذا به نظر اکثریت اعضای هیئت عمومی دیوان عالی کشور تغییر غیرمجاز کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها به منظور سکونت مطلقاً ممنوع و مرتکبین آن قابل تعقیب کیفری می‌باشند...».

همان‌طور که در رأی مزبور قید گردیده، دیوان عالی کشور نیز این موضوع را پذیرفته است که موارد مستثنا از شمول مجازات تغییر کاربری غیرمجاز؛ همان مصادیق موضوع تغییر کاربری غیرضروری می‌باشد و اجرای فعالیت‌های مزبور فارغ از اخذ مجوز یا عدم آن جهت اجرا، مشمول عنوان تغییر کاربری غیرمجاز نیست؛

ثانیاً، مستند به بند ۱ دستورالعمل تعیین مصادیق تغییر کاربری غیرمجاز موضوع ماده ۱۰ قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۸۶/۰۶/۱۲، یکی از شروط اساسی جهت تحقق بزه تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها، احراز شرط مانعیت اقدام تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها از تداوم تولید و بهره‌برداری و استمرار کشاورزی است.^{۳۵} به عبارتی عملی مشمول عنوان تغییر کاربری غیرمجاز می‌باشد که مانع از تداوم تولید و بهره‌وری در بخش کشاورزی گردد و از آنجا که دیوارکشی باغ‌ها برای حفظ محصولات از

گزند انسان‌ها و حیوانات مزاحم و همچنین ورود گردوخاک به باغ ضروری و مؤثر می‌باشد؛ لذا اجرای این مهم نه تنها مانع تداوم تولید، بلکه منجر به تداوم تولید و بهره‌وری و استمرار کشاورزی می‌گردد و با انتفای شرط مانعیت از تداوم تولید، قطعاً عمل مزبور تغییر کاربری غیرمجاز حتی در فرض عدم اخذ مجوز محسوب نخواهد شد.^{۳۶}

در همین راستا و با توجه به همین استدلال، اداره حقوقی قوه قضائیه در بازگشت به استعلام معاون محترم دادستان و سرپرست مجتمع شهید تولایی دادگستری کل استان اصفهان به شماره ۱۹۹۲ مورخه ۱۳۸۹/۰۷/۱۵، در مورد سؤالی بدین مضمون که «با توجه به اینکه بعضی از همکاران قضایی اعتقاد دارند دیوارکشی باغات چون به منظور حفظ و بهینه کردن کشاورزی است تغییر کاربری نبوده و منظور قانون‌گذار از عبارت دیوارکشی باغات نیز با توجه به قانون اصلاح حفظ کاربری و سایر آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های صادره در این خصوص تغییر کاربری محسوب می‌شود یا خیر؟» چنین پاسخ داد: «دیوارکشی باغات در صورتی که احراز شود برای حفاظت از باغ و محصولات آن بوده، تغییر کاربری محسوب نمی‌شود».

شعب دیوان عالی کشور نیز در مقام اعاده دادرسی به خوبی به احراز شرط مانعیت از تداوم تولید واقف بوده و در آرای متعددی با تجویز اعاده دادرسی، فقدان وصف مجرمانه دیوارکشی باغ‌ها را به علت انتفای شرط مانعیت از تداوم تولید پذیرفته است که از جمله می‌توان به دادنامه شماره ۹۳/۱۹۶۱ صادره از شعبه سی‌وششم دیوان عالی کشور مبنی بر اینکه «با توجه به اینکه دیوارکشی باغ‌ها از ورود احشام و حیوانات به داخل باغ جلوگیری می‌کند و در اکثر موارد این مهم لازم و ضروری جهت حفظ کاربری موجود می‌باشد، لذا مشمول عنوان مجرمانه تغییر کاربری غیرمجاز نمی‌گردد» اشاره نمود؛

ثالثاً، با توجه به بند ۶ تبصره ۱ ماده ۳ دستورالعمل تعیین مصادیق و ضوابط موضوع تبصره ۴ الحاقی به ماده ۱ و تبصره ۱ اصلاحی ماده ۲ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۸۶ هیئت محترم وزیران،^{۳۷} دیوارکشی باغات از آنجا که مکمل زیرساخت‌ها

۳۶. قنبریان، پیشین، ۹۵.

۳۷. در اجرای ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها موضوع تصویب‌نامه شماره ۵۹۸۷۹/ت/۳۷۱۱۰ هـ مورخ ۱۳۸۶/۰۴/۱۹ هیئت وزیران و به منظور تعیین مصادیق و ضوابط فعالیت‌های موضوع تبصره ۴ الحاقی به ماده ۱ و تبصره ۱ اصلاحی ماده ۲ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها دستورالعمل مشروحه ذیل که به تأیید وزارتخانه‌های مسکن و شهرسازی، صنایع و

و تأسیسات مورد نیاز تولیدات کشاورزی می‌باشند، تغییر کاربری محسوب نمی‌شوند.^{۳۸} به

معادن و سازمان‌های میراث فرهنگی، صنایع دستی و گردشگری و حفاظت محیط زیست رسیده است، جهت اجرا ابلاغ می‌گردد:

الف) تعاریف:

۱- کارگاه یا واحد صنایع تکمیلی، غذایی و تبدیلی: کارگاه صنایع تکمیلی و غذایی و واحدهای صنایع تبدیلی و تکمیلی بخش کشاورزی، بنگاه‌های تولیدی هستند که به موجب جواز تأسیس یا موافقت اصولی صادره از سوی دستگاه‌های اجرایی ذی‌ربط به فعالیت می‌پردازند و مصادیق آن براساس کدهای آیسیک (وبرایش سوم) به شرح پیوست می‌باشد.

۲- ضوابط زیست‌محیطی: عبارتست از ضوابط و مقررات استقرار صنایع و در داخل مناطق چهارگانه با رعایت ضوابط خاص و حساسیت‌های مناطق مذکور با تشخیص سازمان حفاظت محیط زیست و پس از کسب استعلام ملاک عمل خواهد بود.

۳- سایر تولیدات کشاورزی: شامل فعالیت‌هایی از قبیل پرورش قارچ، آبزیان، اسب، کرم ابریشم، زنبورداری، تولید نهال و بذر و ... می‌باشد که حسب اظهارنظر معاونت‌های ذی‌ربط وزارت جهاد کشاورزی تعیین و پس از تصویب کمیسیون تبصره ۲ جزء ۳ این دستورالعمل اعلام می‌گردد.

تبصره ۱- با توجه به اینکه فعالیت‌های مندرج در تبصره ۴ الحاقی به ماده ۱ بهینه کردن تولیدات بخش کشاورزی بوده و تغییر کاربری محسوب نمی‌شوند، لذا انجام اقدامات تکمیلی که حسب مورد لازمه و مکمل زیرساخت‌ها و تأسیسات مورد نیاز تولیدات کشاورزی می‌باشند از قبیل:

۱- احداث راه‌های بین مزارع؛

۲- تأسیسات تأمین و انتقال آب کشاورزی و کانال‌های زهکشی؛

۳- ایستگاه‌های پمپاژ و استخرهای ذخیره آب کشاورزی؛

۴- موتورخانه و آشیانه ماشین‌آلات کشاورزی (هانگار)؛

۵- اتاق کارگری و نگهبانی؛

۶- دیوارکشی باغات؛

۷- محل جمع‌آوری و نگهداری محصولات کشاورزی.

با رعایت ضوابطی که توسط سازمان امور اراضی برای هریک از اقدامات مذکور تعیین و اعلام می‌گردد مشمول این تبصره می‌گردد.

۳۸. ماده ۳- سایر تولیدات کشاورزی: شامل فعالیت‌هایی از قبیل پرورش قارچ، آبزیان، اسب، کرم ابریشم، زنبورداری، تولید نهال و بذر و ... می‌باشد که حسب اظهارنظر معاونت‌های ذی‌ربط وزارت جهاد کشاورزی تعیین و پس از تصویب کمیسیون تبصره ۲ جزء ۳ این دستورالعمل اعلام می‌گردد.

تبصره ۱- با توجه به اینکه فعالیت‌های مندرج در تبصره ۴ الحاقی به ماده ۱ بهینه کردن تولیدات بخش کشاورزی بوده و تغییر کاربری محسوب نمی‌شوند. لذا انجام اقدامات تکمیلی که حسب مورد لازمه و مکمل زیرساخت‌ها و تأسیسات مورد نیاز تولیدات کشاورزی می‌باشند از قبیل:

۱- احداث راه‌های بین مزارع؛

۲- تأسیسات تأمین و انتقال آب کشاورزی و کانال‌های زهکشی؛

۳- ایستگاه‌های پمپاژ و استخرهای ذخیره آب کشاورزی؛

عبارت دیگر مواردی از قبیل دیوارکشی باغات از اقدامات تکمیلی لازمه جهت زیرساخت‌های بخش کشاورزی محسوب می‌گردد و مشمول تغییر کاربری نیست؛ بلکه خود موجب بهینه کردن بخش کشاورزی بوده و از شمول مقررات مربوط به تغییر کاربری مستثنا می‌باشد.

۴- نظریه موافق روح حاکم بر قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها

همان‌طور که دیدیم، در مورد بزه تغییر کاربری غیرمجاز و مصادیق منطبق بر آن با توجه به تمثیلی بودن مصادیق در قانون، اختلاف نظر وجود دارد و این اختلاف نظر خود منجر به آرای متشتت از محاکم قضایی ایران و نیز نظریات مشورتی از اداره حقوقی قوه قضائیه شده است؛ حال جهت حل اختلاف و احراز نظر مقنن باید به روح حاکم بر قانون حفظ کاربری رجوع کرد.

مشخصاً قانون‌گذار با وضع هر قانون و ایجاد محدودیت‌ها و ضمانت‌اجراهای تخلف از دستورات مندرج در آن قانون، قصد تضمین برخی از حقوق اجتماعی، سیاسی و اقتصادی را دارد. قانون حفظ کاربری هم از این قاعده مستثنا نیست؛ در حقیقت قانون‌گذار در سال ۱۳۷۴ با توجه به افزایش جمعیت و نیاز به مسکن و ساخت‌وساز و همچنین احساس خطر در زمینه نابودی اراضی زراعی، باغی و اراضی معدّ برای کشت‌وکار، به درستی دریافت که نبود مقرر و ضابطه در بحث حفظ اراضی اعم از باغی و زراعی خود زمینه‌ساز بروز مشکلات عدیده‌ای در این زمینه شده و ناگزیر از وضع قانون در ۱۳۷۴/۰۳/۳۱ گردید.

هدف از وضع قانون حفظ کاربری همان‌طور که در ماده ۱ آن مقرر گردیده، حفظ اراضی زراعی و باغ‌ها و همچنین تداوم و بهره‌برداری از این اراضی می‌باشد. به عبارت دیگر حفظ اراضی زراعی و باغی پیوند عمیقی با امنیت اقتصادی و سیاسی دارد و چنانچه منابع غنی خاک حاصلخیز و معدّ برای کشت‌وکار در جامعه‌ای کاهش یابد، آن جامعه ناگزیر از وابستگی به کشورهای دیگر جهت تأمین لوازم ضروری زندگی خویش مانند مواد غذایی خواهد بود و

۴- موتورخانه و آشیانه ماشین‌آلات کشاورزی (هانگار)؛

۵- اتاق کارگری و نگهبانی؛

۶- دیوارکشی باغات؛

۷- محل جمع‌آوری و نگهداری محصولات کشاورزی.

با رعایت ضوابطی که توسط سازمان امور اراضی برای هریک از اقدامات مذکور تعیین و اعلام می‌گردد مشمول این تبصره می‌گردد.

این وابستگی خود زمینه مشکلات عدیده اقتصادی، سیاسی و اجتماعی را به دنبال خواهد داشت.

با پذیرش برداشت مبتنی بر عدم وصف مجرمانه فعالیت‌های تغییر کاربری غیرضروری در فرض عدم اخذ مجوز، عملاً به جنگ با روح حاکم بر قانون حفظ کاربری که همانا حفظ کاربری اراضی زراعی و باغی می‌باشد برخاسته‌ایم؛ زیرا ساخت‌وسازهای بدون هیچ نظارت و کنترلی از سوی مراجع قانونی در زمین‌های زراعی و باغی و در قالب فعالیت‌های موضوع تغییر کاربری غیرضروری، عملاً باعث نابودی این ذخایر ارزشمند خواهد گردید.^{۳۹} فرض کنید در یک منطقه چندصد هکتار زمین معد برای کشاورزی موجود باشد و اشخاصی در این زمین‌ها اقدام به اجرای فعالیت‌های مارالذکر از قبیل ساخت دیوار، استخر، دامداری، گاوداری، پرورش آبزیان و مرعداری بدون اخذ مجوز نمایند؛ حال آیا این اراضی با احداث و اجرای این فعالیت‌ها از بین نخواهد رفت؟

پاسخ به این سؤال روشن است، زیرا قطعاً ساخت‌وسازهایی که بدون هیچ کنترل و رعایت ضوابط و شرایطی صورت گیرد، باعث تخریب زمین‌های کشاورزی و به مخاطره افتادن امنیت غذایی و اقتصادی و همچنین تخریب محیط زیست خواهد گردید؛ در حالی که این مهم هدف اصلی و پایه‌ای از وضع قانون حفظ کاربری مطابق ماده ۱ قانون مزبور می‌باشد.

در طرح اولیه قانون اصلاح قانون حفظ کاربری قرار بر این بوده است که ماده ۳ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغی به عنوان رکن قانونی جرم تغییر کاربری، صرفاً مقرر دارد که جرم تغییر کاربری غیرمجاز زمانی رخ می‌دهد که مالک یا متصرف اراضی زراعی و باغی بدون اخذ مجوز از کمیسیون تبصره ۱ ماده ۱ ق.ج.ک و یا همان کمیسیون تغییر کاربری ضروری اقدام به تغییر کاربری نمایند، ولی کارشناسان سازمان امور اراضی کل کشور که به نمایندگی از سوی سازمان امور اراضی در جلسات مربوط به بررسی طرح اصلاح قانون حفظ کاربری در کمیسیون حقوقی مجلس شورای اسلامی شرکت کرده بودند، به این مهم واقف بودند که چنانچه در این ماده بحثی از فعالیت‌های موضوع تغییر کاربری غیرضروری صورت نگیرد و صرفاً معطوف به عدم اخذ مجوز از کمیسیون تغییر کاربری ضروری، باشد، عملاً موجب برداشت مبتنی بر عدم وصف مجرمانه اجرای فعالیت‌های موضوع تغییر کاربری غیرضروری به صورت مطلق خواهد گردید و با اصرار خویش کمیسیون حقوقی مجلس

شورای اسلامی وقت را نسبت به پذیرش الحاق عبارت «و به صورت غیرمجاز» که مشتمل بر فعالیت‌های تغییر کاربری غیرضروری در فرض عدم اخذ مجوز از سازمان جهاد کشاورزی و رعایت ضوابط زیست‌محیطی می‌باشد، قانع نمودند و واژه «غیرمجاز» به ماده ۳ اصلاحی قانون حفظ کاربری مصوب سال ۱۳۸۵ اضافه گردید،^{۴۰} چراکه در ماده ۳ قانون حفظ کاربری مصوب ۱۳۷۴^{۴۱} بحثی از فعالیت‌های موضوع تغییر کاربری غیرضروری نشده است.

به عبارت دیگر مسئولان امور اراضی برای جلوگیری از اجرای فعالیت‌های فوق‌الاشعار در فرض عدم اخذ مجوز و نبود سازوکاری در جهت مقابله با این‌گونه ساخت‌وسازها با الحاق واژه «به صورت غیرمجاز» به ماده ۳ قانون حفظ کاربری، عملاً راه را برای اشخاصی که بخواهند بدون اخذ مجوز اقدام به ساخت‌وسازهایی در قالب اجرای فعالیت‌های موضوع تغییر کاربری غیرضروری نمایند، دشوار نموده‌اند. ذکر این نکته در شناخت مصداق جرم تغییر کاربری غیرمجاز بسیار حائز اهمیت است که در قانون حفظ کاربری مصوب ۱۳۷۴، بحثی به عنوان مصادیق تغییر کاربری غیرضروری وجود نداشت و این مهم در اصلاحیه قانون حفظ کاربری مصوب ۱۳۸۵ به ماده ۱ قانون مزبور الحاق گردید، به همین منظور قانون‌گذار ناگزیر از اصلاح ماده ۳ قانون حفظ کاربری و اضافه نمودن قید «به صورت غیرمجاز» برای تحت شمول قرار دادن فعالیت‌های موضوع تغییر کاربری در دامنه شمول برداشت مبتنی بر وصف مجرمانه فعالیت‌های تغییر کاربری غیرضروری در فرض عدم اخذ مجوز گردید.

یکی از مستندات اصلی که به عنوان چراغی در جهت مبرهن شدن تغییر کاربری بودن فعالیت‌های مزبور که بدون اخذ مجوز ایجاد شده است، ماده ۱۰ الحاقی به قانون حفظ کاربری مصوب سال ۱۳۸۵ و بالاخص دستورالعمل تعیین مصادیق تغییر کاربری غیرمجاز موضوع ماده ۱۰ الحاقی به قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۸۶/۰۴/۱۹ هیئت وزیران می‌باشد.

۴۰. موسوی‌مقدم، پیشین، ۱۶۶.

۴۱. ماده ۳- مالکین یا متصرفین اراضی زراعی و باغ‌های موضوع این قانون که غیرمجاز، اراضی زراعی و باغ‌ها را تغییر کاربری دهند علاوه‌بر الزام به پرداخت عوارض موضوع ماده ۲ به پرداخت جزای نقدی تا سه برابر بهای اراضی و باغ‌ها به قیمت روز زمین با کاربری جدید محکوم خواهند شد. در صورت تکرار جرم علاوه‌بر مجازات مذکور به حبس از یک ماه تا شش ماه محکوم خواهند شد. وزارت کشاورزی موظف است پرونده‌های متخلفین از این قانون را به مراجع قضایی ارسال تا مراجع مذکور دستور توقیف عملیات مربوط به موارد مذکور در این قانون را صادر و در خارج از نوبت رسیدگی و بر اساس ضوابط مربوطه حکم قطعی صادر نمایند.

بند ۱ دستورالعمل مزبور مقرر می‌دارد که فعالیت‌های تبصره ۴ یا همان موارد تغییر کاربری غیرضروری چنانچه بدون اخذ موافقت سازمان جهاد کشاورزی صورت گیرد، به عنوان مصداقی از تغییر کاربری غیرمجاز تلقی خواهد شد.

آنچه که گفتیم گویای این مطلب است که اجرای فعالیت‌های موضوع تغییر کاربری غیرضروری نیازمند اخذ موافقت از سازمان جهاد کشاورزی و رعایت ضوابط زیست‌محیطی می‌باشد و چنانچه مالک یا متصرف اراضی زراعی و باغی به صورت غیرمجاز و بدون اخذ مجوز از سازمان جهاد کشاورزی و رعایت اصول زیست‌محیطی اقدام به اجرای فعالیت‌های مزبور نمایند، مرتکب جرم تغییر کاربری غیرمجاز شده‌اند و عمل آنها واجد وصف کیفری و بالتبع ضمانت‌اجرای کیفری خواهد بود.

به عقیده نگارندگان با توجه به قوانین مرتبط با حوزه حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها بالاخص قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۷۴ و اصلاحیه ۱۳۸۵، می‌توان گفت چنانچه دیوارکشی اراضی زراعی و باغی منجر به بهینه کردن و بهره‌وری در بخش کشاورزی گردد، قطعاً اجرای این فعالیت نیازمند اخذ مجوز نخواهد بود، زیرا یکی از شروط لازم جهت وقوع بزه تغییر کاربری غیرمجاز، احراز شرط مانعیت از تداوم تولید در بخش کشاورزی می‌باشد و با انتفای این شرط دیگر محکومیت مجری طرح، بلاوجه خواهد بود.

در مواردی ممکن است به دنبال تغییر کاربری و شکایت سازمان جهاد کشاورزی، محاکم نسبت به احراز شرط مانعیت از تداوم تولید مورد شبهه و تردید واقع شوند، در این موارد نیز می‌توان به حاکمیت فرض برائت و لزوم تفسیر قوانین جزایی به صورت مضیق اشاره کرد، چراکه در این فرض اختلاف بر سر شمول یا عدم شمول وصف کیفری بر یک رفتار خاص بوده و در این خصوص اگر شک و تردیدی هم وجود داشته باشد لاجرم می‌بایست به اصول اولیه مراجعه نمود.

علی‌هذا به عقیده نگارندگان در هر فرض خاص، محاکم می‌توانند با ارجاع امر به کارشناس و نیز معاینه محل اجرای طرح، نسبت به احراز شرط مانعیت از تداوم تولید یا عدم آن تحقیقات لازم را به عمل آورند و در فرض انتفای شرط مزبور و یا شبهه در وجود آن، دیگر موضوع مشمول قانون حفظ کاربری و بالتبع بزه تغییر کاربری غیرمجاز نخواهد بود. در مورد هریک از مکان و زمان‌ها نیز بسته به مورد اجرای طرح، احراز این شرط متفاوت است و می‌توان با ضابطه شخصی و بنا به مورد، نسبت به مسئله رسیدگی نمود؛ چراکه ممکن است دیوارکشی یک باغ یا زمین زراعی با توجه به موقعیت مکانی و زمانی، هیچ تأثیری در بهینه

کردن آن باغ یا زمین زراعی نداشته باشد و مثلاً در یک موقعیت دیگر با توجه به ازدیاد احشام و گردو خاک زیاد، دیوارکشی موجب افزایش راندمان تولید محصول گردد و شرط مانعیت منتفی باشد، لذا بنا به هر مورد و با توجه به شرایط، باید به موضوع رسیدگی کرد.

نتیجه

۱. تغییر کاربری موضوع قانون حفظ کاربری، صرفاً شامل اراضی مشمول تعریف اراضی زراعی و باغی می‌گردد و چنانچه اراضی مورد اجرای طرح، مثلاً با توجه به سنگلاخی و یا گچی بودن، معد جهت کشت و کار نباشد، قطعاً از شمول قیود زراعی و باغی خارج است و این اراضی از حوزه حمایت قانون حفظ کاربری خارج است، چراکه قانون حفظ کاربری جهت تضمین کاربری اراضی معد جهت کشت و کار و حفظ امنیت غذایی وضع شده است، حال آنکه اراضی سنگلاخ و یا گچی هیچ تأثیری در امر تولید و بهینه کردن بخش کشاورزی ندارد؛

۲. جرم تغییر کاربری غیرمجاز از جرایم مطلق است و نیازمند نتیجه خاصی نیست و مانعیت از تداوم تولید را باید به عنوان شرط تحقق این بزه و نه نتیجه آن قلمداد نمود. به عبارت دیگر، به محض تغییر کاربری اراضی مشمول تعریف زراعی و باغی در خارج از طرح هادی روستا و یا خارج از محدوده شهرها بدون موافقت کمیسیون تغییر کاربری ضروری در طرح‌های موضوع تغییر کاربری ضروری و موافقت سازمان جهاد کشاورزی و رعایت ضوابط زیست‌محیطی در طرح‌های موضوع تغییر کاربری غیرضروری از قبیل دیوارکشی اراضی اعم از زراعی و باغی، چنانچه محاکم مانعیت از تداوم تولید در بخش کشاورزی را احراز نمایند، عمل مزبور مصداق تغییر کاربری غیرمجاز خواهد بود؛

۳. با توجه به ماده ۳ اصلاحی قانون حفظ کاربری مصوب سال ۱۳۸۵، دو نوع تغییر کاربری غیرمجاز متصور است؛ تغییر کاربری بدون اخذ مجوز از کمیسیون تبصره ۱ ماده ۱ و تغییر کاربری به صورت غیرمجاز. تغییر کاربری بدون اخذ مجوز از کمیسیون، مشتمل بر مواردی است که بدون موافقت کمیسیون تبصره ۱ ماده ۱ قانون مارالذکر اقدام به اجرای فعالیت‌های موضوع تبصره ۱ صورت گیرد، چراکه اجرای این فعالیت‌ها نیازمند اخذ مجوز از کمیسیون مزبور می‌باشد. در مورد مصادیق موضوع فعالیت‌های تبصره ۱ می‌توان گفت که هر آنچه وابسته به بخش کشاورزی نباشد و در تداوم تولید و بهره‌وری نقشی نداشته باشد و مضافاً اجرای آن منجر به تغییر کاربری اراضی تحت شمول قانون حفظ کاربری

گردد، فعالیت تبصره ۱ محسوب می‌گردد که می‌توان به احداث استخر شنا و ورزشگاه اشاره نمود. در مورد تغییر کاربری «به صورت غیرمجاز» باید گفت که این واژه مشتمل بر اجرای فعالیت‌های تبصره ۴ در فرض عدم اخذ موافقت سازمان جهاد کشاورزی استان‌ها و رعایت ضوابط زیست‌محیطی می‌باشد؛ چراکه اجرای فعالیت‌های این تبصره منوط به اخذ مجوز و رعایت ضوابط زیست‌محیطی می‌باشد، در غیر این صورت عمل مشمول عنوان مجرمانه تغییر کاربری به صورت غیرمجاز خواهد بود که می‌توان به احداث دیوارکشی اراضی زراعی که هیچ نقش مؤثری در تداوم تولید نداشته اشاره نمود؛ ۴. برای احراز شرط مانعیت از تداوم تولید در موضوع دیوارکشی اراضی زراعی و باغی، نمی‌توان با ضابطه نوعی به مسئله رسیدگی کرد، به عبارت دیگر محاکم باید در برخورد با دیوارکشی اعم از زراعی و باغی، با توجه به ضابطه شخصی و بنا به هر مورد خاص و با امعان نظر به وضعیت مکانی و زمانی محل مورد مناقشه، اقدام به احراز یا فقدان این شرط نمایند و چنانچه احراز این شرط مورد شبهه و ابهام قرار گرفت، با جاری ساختن اصل برائت و نیز تفسیر مضیق و به نفع متهم، به موضوع رسیدگی نمایند.

نهایت سخن اینکه اگر برای حقوق کیفری، کارکردی بیانی و سرزنشی قائل باشیم، تعمیم مقررات کیفری و نهاد کیفر بر رفتارهایی که موضوع نیاز جدی کشاورزان و باغداران و در ارتباط تنگاتنگ با بهره‌وری و افزایش تولید قرار دارند، آثار زیان‌باری برای حقوق کیفری به همراه خواهد داشت چراکه اعتماد عمومی و سرمایه اجتماعی را تهی ساخته و بنیان‌های حقوق کیفری که باید اصالتاً به مثابه آخرین راهکار به میان آید را متزلزل خواهد ساخت. به واقع اگر ابزار کیفر در مواردی مورد استفاده قرار گیرد که همسو با برداشت منطقی و صحیح کشاورزان و باغداران نیست، این ابزار کارایی و اقتدار خود را نیز از دست خواهد داد. از این رو لازم است رویه قضایی با برداشت متناسب از قوانین موجود و تفسیر منطقی آن و نیز قانون‌گذار با اصلاح قوانین جاری و شفاف‌سازی دامنه مشمول جرایمی از این قبیل و به رسمیت شناختن نیازهای منطقی و ضروری این قشر از جامعه، به سمت‌وسوی ایجاد تعادل در این حوزه گام بردارند.

فهرست منابع

- باختر، سید محمدرسول. *اراضی و املاک در رویه قضایی*. چاپ دوم. تهران: جنگل، جاودانه، ۱۳۹۴.
- بشیری، عباس. *حقوق کاربردی نسق، حق زارعانه، حق ریشه، کارافه، اراضی و املاک و باغات در رویه قضایی*. چاپ دوم. تهران: انتشارات جنگل، جاودانه، ۱۳۹۵.
- حدادی، عبدالرضا. *حفظ کاربری اراضی زراعی و باغها ضامن امنیت غذایی*. همدان: مدیریت امور اراضی سازمان جهاد کشاورزی استان همدان، چاپ فرهنگ، ۱۳۹۳.
- زندی، محمدرضا. *رویه قضایی دادگاههای تجدیدنظر استان تهران در امور کیفری*. چاپ دوم. تهران: جنگل، جاودانه، ۱۳۹۱.
- صابری دمیرچی، علی. *مجموعه سخنرانی پیرامون مسائل فقهی و حقوقی زمین در اسلام*. تهران: اسرار علم، ۱۳۹۳.
- غفاری، سید رامین. «طرح‌های هادی روستایی و تغییر کاربری اراضی». *فصلنامه علمی - پژوهشی و بین‌المللی انجمن جغرافیای ایران* ۱۳ (۱۳۹۴): ۴۰-۵۵.
- قنبریان، ناصر. «تغییر کاربری اراضی زراعی و باغی در حقوق کیفری ایران با تأکید بر رویه قضایی». *پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۶*.
- کارگر، مجید. «تغییر کاربری در حقوق کیفری ایران». *پایان‌نامه کارشناسی ارشد، بیرجند: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد بیرجند، تابستان ۱۳۹۶*.
- مشیری، سید رحیم، مجید ولی شریعت‌پناهی. «راهکارهای بررسی و تحلیل تغییرات کاربری اراضی با تأکید بر سنجش از دور و با تحلیل کاربری بر روی ناحیه گرگان». *مجله اطلاعات جغرافیایی سپهر* ۷۳ (۱۳۸۹): ۶۵-۸۸.
- معاونت آموزش قوه قضائیه. *توصیف و تحلیل علمی آرای قضایی تغییر کاربری اراضی زراعی و باغها*. چاپ سوم. تهران: جنگل، جاودانه، ۱۳۹۰.
- موسوی‌مقدم، محمد. *تغییر کاربری*. چاپ پنجم. قم: حقوق امروز، ۱۳۹۴.
- میرزایی، علیرضا. *تغییر کاربری اراضی زراعی و باغها در ملاک عمل*. چاپ اول. تهران: راه نوین، ۱۳۹۴.
- نصیری، مراد. «بررسی جرم زمین‌خواری از طریق تصرف و تغییر غیرقانونی کاربری اراضی». *فصلنامه علمی تخصصی اندیشمندان حقوق* ۳ (۱۳۹۲): ۱۰۹-۱۰۱.

Legal Analysis of the Illegal Alteration of Land Use by Fencing in Agricultural Lands and Gardens with an Emphasis on Judicial Precedent

Dr. Hamid Bahremand

Assistant Professor, Department of Criminology and Criminal Law, Faculty of Law
and Political Science, Tehran University, Tehran, Iran

Email: bahrmand@ut.ac.ir

&

Naser Ghanbarian

M.A. in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science,
Tehran University, Tehran, Iran

Email: n.ghanbarian67@gmail.com

The unauthorized alteration of land use was criminalized in 1374 and has been amended in 1385. Although it can be compared with destruction and illegal possession, this offense is defined as a specific crime and has its own elements. There is two kind of unauthorized alteration: the alteration through conducts specified in note 1, article 1, without the permission of the commission mentioned in this note, and through conducts specified in note 4 without obtaining the agreement of the Agricultural Jihad Organization of the provinces and without observance of environmental regulations. To be convicted of this crime two element must be proved: The requirements of regulations related to the alteration of use and the “reserve of continuity of production” requirement is violated. Fencing in Agricultural Lands and Gardens considering that it is dependent on the agricultural sector, is subject to the conducts specified in note 4 of article 1 of Conservation of Agricultural Land and Gardens Act, approved in 1385, and requires the approval of the provincial Agricultural Jihad Organization and compliance with environmental regulations if it is not supposed as an obstacle to the continuation of production. This paper, with a descriptive-analytical approach and taking into account the Conservation of Agricultural Land and Gardens Act, approved in 1374 amended in 1385, as well as focusing on the judicial precedent of the Iranian criminal courts, concluded that, if fencing in agricultural land and gardens prevents the continuation of production in the agricultural sector, the unauthorized alteration offense occurs.

Keywords: Unauthorized Alteration of Land Use, Fencing, Agricultural Land, Gardens, Judicial Precedent.

Journal of CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

VOL. VI, No. 2

2018-2

- **Some of the Characteristics of the due Process Model in the Criminal Procedure Act 1392**
Baharak Shahed & Dr. Nasrin Mehra
- **Rationality Foundations of Situational Crime Prevention**
Dr. Mehdi Moghimi
- **Prevention of Transmitting Incomes of Organized Crimes in Iran's Criminal Law and International Documents**
Yaser Gholamnejad & Dr. Mohammad Ali Mahdavi Sabet
- **The New Criminal Procedure Law Approach to Witness and Informed Rights in the Preliminary Research Phase and its Compliance with International and Regional Documents**
Abbas Akhtari & Dr. Hassan-Ali Moazen Zadehan
- **Legal Analysis of the Illegal Alteration of Land Use by Fencing in Agricultural Lands and Gardens with an Emphasis on Judicial Precedent**
Dr. Hamid Bahremand & Naser Ghanbarian
- **Penological Analysis of Customary Penal Code**
Dr. Mahdi Sabooripour & Iraj Khalilzadeh
- **Feasibility Study of Utilization of Modern Criminal Institutions in Islamic Prescribed Punishments (Hodud)**
Hossein Khodayar & Dr. Rahim Nobahar



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law
Research & Study