

مبانی سلب مالکیت در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلیس با تاکید بر رویه قضائی

امیرحسین علی زاده^۱، محمدباقر یارساپور^{۲*}

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

۲. دانشیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۱۹

دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۱۶

چکیده

صیانت از مالکیت، ریشه در بنیان‌های نظام حقوقی و مبانی آن وابستگی تامی به دیدگاه حاکم بر نظریه مالکیت دارد. درعین‌حال در هر نظام حقوقی ممکن است به جهت نیازمندی‌های عمومی، مالکیت اشخاص مورد تعرض قرار گیرد. مساله این است که مبانی صیانت مالکیت چیست؟ با چه توجیهی و مبنایی می‌توان چنین صیانتی را نقض و آن را سلب کرد؟ در رویه قضائی ایران صیانت از مالکیت با تکیه بر قواعد فقهی همچون تسلیط و لاضرر و یا به‌عنوان حقی اساسی مطرح می‌گردد. سلب مالکیت نیز در دو نحله فکری فقهی-غربی توجیه-پذیر شد. از یک‌سو نظریات مصلحت عمومی و ضرورت که دارای زمینه فقهی است مطرح و از سوی دیگر نظریه منفعت عمومی وارد گفتمان حقوقی گردید. در حقوق انگلیس، صیانت از مالکیت به‌عنوان حق اساسی از طریق حاکمیت قانون و اصل حاکمیت پارلمان و انطباق کلیه اقدامات با قانون صورت می‌پذیرد و نظارت قضایی ضامن آن است. سلب مالکیت نیز در صورت وجود نفع عمومی مباح است اما نگرش به نفع عمومی به جهت ابهام مفهومی دارای تعابیر مختلف است. باین‌وجود، نویسندگان معتقدند مبنای سلب مالکیت ریشه در مشروعیت دولت دارد. چنین مشروعیتی در سطح حداقلی ملازمه با حق حیات دولت دارد به‌نحوی که سلب مالکیت یکی از ابزارهای اساسی دولت برای ادامه حیات خود و ارائه خدمت عمومی

Email: parsapour@modares.ac.ir

*نویسنده مسؤول مقاله:



است. درعین‌حال سطح حداکثری مشروعیت ریشه در مشروعیت نظام سیاسی از دیدگاه مردم دارد. از این منظر در ایران، مبنای الهی-مردمی حاکمیت که مولود قانون اساسی است، مبنای سلب مالکیت را در اختیار اعطائی به دولت از طریق مردم می‌داند.

واژگان کلیدی: سلب مالکیت، ضرورت، مشروعیت، منفعت عمومی.

۱. مقدمه

وقتی سخن از مبنای موضوعی مطرح می‌شود به دنبال پاسخی هستیم که به‌موجب آن چگونه موضوع توجیه می‌گردد. در حقیقت بیان مبنا با توجیه‌پذیری قرابت دارد. چنین توجیهی ممکن است بنا بر بنیان حاکم بر نظام حقوقی و سیاسی هر جامعه به نحو متفاوتی صورت‌بندی گردد.

مالکیت در ساختار حقوق خصوصی دارای سابقه و قدمتی به‌اندازه حیات بشری است. از لحاظ زیستی تمامی انسان‌ها به‌عنوان افرادی جدا از هم نیازمند محافظت در مقابل دشمن و توانایی ارتباط با دوستان و خویشاوندان خود هستند. برآورده ساختن هر دو هدف از حیث فردی و اجتماعی در نظام حقوق اموال امکان می‌پذیرد. حق رفع تصرف نسبت به شخصی که ملک دیگری را عمداً و یا بدون آن تصرف نموده و یا حق استفاده و انتقال به دیگری نمونه‌هایی از آثار برآمده از این نظام است به‌نحوی که کلیت نظام حقوقی به نحوی متأثر از نظام حقوق اموال است. به همین جهت گفته‌شده: حقوق اموال تضمینی برای سایر حقوق است (Epstein, 2008, p.1).

اقدام به تملک قهری اراضی اشخاص نیز درگرو تقابل دو وضعیت حقوقی متقابل است. از یک‌سو مالکیت شخص وجود دارد و از سویی نهادهایی که عهده‌دار امر عمومی هستند. چنین تقابلی از حیث مبانی با توجه به نوع وضعیت حقوقی ناظر بر شخص و کیفیت عمل آنان در دو حوزه عمومی و خصوصی قرار می‌گیرد. از طرف دیگر مقوله مالکیت، خواه از حیث موضوع آن و یا حدود اعمال آن دارای وجهی دوگانه است که علاوه بر شخص مالک، نگاه جامعه سیاسی حاکم نیز بر آن نقش



بسیاری را ایفا می‌نماید. چنین نگرشی، در تملک قهری، لازم می‌نماید در ابتدا اصل اولیه حاکم بر صیانت آن مورد بررسی قرار گیرد که خود مستلزم بیان مبانی توجیه-کننده آن است. سپس باید استثنائات بر اصل اولیه که خود دارای مبانی مجزایی است مورد تحلیل قرار گیرد.

ضرورت پرداختن به چنین موضوعی ناشی از همین وجه دوگانه حاکم بر موضوع است که با چه توجیهی باید از مالکیت حمایت نمود و یا آن را در مواردی کنار گذاشت. جهت بررسی این موضوع نظام حقوقی ایران که مبتنی بر فقه امامیه است و حقوق انگلیس را برگزیدیم تا نگرش‌های تقابلی بین سنت غربی و حقوق داخلی را روشن سازیم، زیرا آنچه در حقوق ایران مطرح است خود تلفیقی از مفاهیم فقهی و حقوقی وارده از بیرون است که در ساختار و گفتمان حقوقی ایران مطرح شده است. به همین جهت در این مقاله به شیوه تحلیلی - تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلیس، ابتدا مبانی صیانت آن را بیان و توجیه‌پذیری سلب آن را مورد واکاوی قرار می‌دهیم و در نهایت دیدگاه خود را در این مورد بیان می‌کنیم. مقالات مرتبطی در باب موضوع نوشته شده است که می‌توان به احترام به حق مالکیت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نوشته آقای منصور امینی و سید صادق کاشانی، تملک اراضی و املاک اشخاص خصوصی توسط وزارت نفت و نظام حقوقی جبران خسارت آن نوشته آقای محمدجواد رضائی‌زاده و محمد نکائی اشاره نمود، اما نوآوری اصلی مقاله حاضر فارغ از بحث تطبیقی آن، بررسی موضوع در رویه قضائی و ارائه دیدگاه جدید در مورد مبنای تملک است.

۲. صیانت از مالکیت

بنا بر نظر عده‌ای مالکیت مفهومی پیش از جامعه و حقی طبیعی تلقی می‌گردد که پیش از جامعه و دولت وجود داشته است. گرسیوس، هگل، کانت، لاک جملگی طرفدار این نظریه می‌باشند. درعین حال برخی دیگر مالکیت را مفهومی اجتماعی و برآمده از مفهومی پوزیتیویسمی تلقی که به نحو ابزارگرایانه‌ای به وسیله جامعه، دولت و یا

قانون ایجاد می‌گردد تا اهدافی دیگر را تضمین نماید. توماس هابز، دیوید هیوم، آدام اسمیت، بنتام، و بر از طرفداران نظریه اخیر هستند (Getzler, 1996, p.641).

در حقوق ایران نیز برخی مالکیت را امری نفسانی و فطری تلقی کرده‌اند که به نحو ثانوی تحت احکام مختلف قانونی درآمده و صورت‌های اجتماعی مختلفی بر روی آن قرار گرفته است (طالقانی، ۱۳۲۹، ص ۳۴). در عین حال برخی با طرح دو مفهوم مالکیت طولی و عرضی بر تقدم مالکیت منبعث از قوانین تأکید نموده‌اند. از نظر اینان مالکیت عرضی آن است که دو مالک در عرض یکدیگر دو چیز را مالک باشند که در نتیجه هیچ‌یک از دو مالک حق ندارد بدون اذن و اجازه مالک دیگر در مملوک او تصرف کند. لکن مالکیت طولی آن است که دو مالک، یک شیء را مالک باشند و مالک نخستین مالک آن شیء و مالک مالک آن باشد، که در نتیجه مالکیت مالک دوم، تحت الشعاع و فرع و در طول مالکیت اول است. سپس در راستای تبیین ساختار برآمده از آن در نظام اجتماعی سخن از خلافت تکوینی و تشریعی مطرح می‌گردد به نحوی که خلافت تشریعی خداوند (به نظم و قانون عادلانه در آمدن خلافت تکوینی انسان) تصرفات انسان را در محدوده تابعیت و پیروی از حاکمیت امام معصوم (ع) - که معیار عدل است و خلافت تشریعی خداوندی بالأصله به او واگذار شده - مجاز و مأذون می‌شمارد (اراکي، ۱۳۹۳، ص ۸۷-۸۸). حال پرسش آن است که رویه قضائی انگلیس و ایران کدام دیدگاه را اختیار کرده است؟

۲-۱. حقوق ایران

در آرای صادره از محاکم عمومی و دیوان عدالت اداری ایران به مبانی مختلفی در باب صیانت از مالکیت خصوصی اشاره شده که دارای منبعی یکسان نیست بلکه از دو حوزه حقوق عمومی و حقوق خصوصی سرچشمه می‌گیرد. شعبه ۳۳ دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۳۳۰۱۰۴۰ مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۱۴ با تلفیق این دوگانگی بیان داشته است: «مستفاد از ماده ۳۲ قانون مدنی و اصل ۴۰ قانون اساسی و قاعده فقهی لاضرر و لاضرار فی الاسلام دستگاه‌های مجری طرح‌های عمومی...



نمی‌توانند بدون ترتیبات مقرر در قانون مبادرت به تملک املاک مردم نمایند و اعمال خویش را ... وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به حقوق دیگران قرار دهند». در پرونده دیگر که مربوط به قرار گرفتن ملک شخص در فهرست آثار باستانی و ممنوعیت هرگونه اقدام عمرانی و ساخت‌وساز در آن بود، شعبه ۲ دیوان عدالت اداری طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۲۰۰۵۳۳ مورخ ۱۳۹۲/۴/۳۱ بیان داشت: «مطابق نظریه شماره ۶۰۷۶- ۶۱/۸/۳ شورای محترم نگهبان، شمول قانون نسبت به املاک شخصی مغایر با موازین شرع است و ... باقاعده لاضرر و اضرار و اصل الناس مسلطون علی اموالهم مخالف می‌باشد». در دادنامه دیگر تحت شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۳۰۳۲۹۴ مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۸ شعبه ۳۰ دیوان عدالت اداری انقضای مهلت ۵ سال و عدم اقدام شهرداری جهت تملک را به جهت «منافات (با) بلا تکلیف گذاشتن ملک مالک باقاعده لاضرر، مبنایت معلق نمودن موضوع با اصل شرعی تسلیط...» سبب الزام شهرداری به صدور پروانه ساخت دانست. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۹۷ مورخ ۱۳۸۶/۴/۳ کلاسه پرونده ۸۴/۶۲ علاوه بر قاعده تسلیط و لاضرر به حرمت مالکیت مشروع اشاره می‌نماید؛ «قانون‌گذار با عنایت به اعتبار اصل تسلیط و حرمت مالکیت مشروع و اینکه محرومیت اشخاص از اعمال حقوق مالکانه به مدت نامعلوم و نامحدود به بهانه وجود طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها ... علی‌الاطلاق مغایر اصول فوق‌الذکر و ناقض حق اعمال مالکیت و آثار مترتب بر آن است». شعبه ۳۱ دیوان عدالت اداری در پرونده شماره ۳۱/۸۶/۵۹۱ دادنامه شماره ۲۱۳۳ مورخ ۱۳۸۷/۶/۲۴ نیز بیان داشته است: «اولاً: ... با توجه به قاعده الناس مسلطون علی اموالهم و لزوم اختیار افراد بر اموال خود ثانیاً: از آن‌جا که ... مفاد آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره‌های ۷۹ - ۱۶/۷/۱۳۸۳ و ۳۹۴ - ۱/۱۲/۱۳۷۸ و ۱۶۹ - ۲۷/۵/۱۳۸۱ که در جهت رعایت حرمت اعتبار مالکیت مشروع و قانونی اشخاص و آثار مترتب به آن صادر شده است دلالت بر صحت ادعای شاکی ... دارد».

در ملاحظات مبتنی بر حقوق خصوصی که در متون قانون مدنی متجلی گردیده است، در حقوق ایران و فقه امامیه مصادیقی مشابه وجود دارد که بر تجاوز ناپذیری مالکیت و یا حداقل استثناء بودن آن با توجه به این قاعده مهر تائید نهاده است.^۱ استناد به ماده ۳۱ و ۳۰ قانون مدنی، در حقیقت نگرش دیوان را به قاعده تسلیط و مفهوم ربطی-وجودی مالکیت نشان می‌دهد، زیرا مواد مذکور دربردارنده محتوای قاعده تسلیط است که در قالب قانون تجلی یافته است. قاعده تسلیط واجد دو جنبه سلبی و ایجابی است؛ در مفهوم ایجابی خود سلطه مطلق مالک بر مال خود و عدم قید آن به بعض تصرف و استفاده مقتضی تسلط به هرگونه تصرف و استفاده از مال است و چنین عمومیتی در تسلط در جنبه سلبی آن مستلزم عدم جواز تصرف غیر مالک است، زیرا جواز تصرف از سوی غیر مالک، بدون رضای مالک با عموم تسلط منافات دارد (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶ ه.ق، ص ۱۷۱). در فقه امامیه که منبع اصلی مواد قانونی فوق است، بین اشخاص خصوصی و قوای عمومی تفاوتی قائل نشده‌اند و هرگونه مصادره اموال، اراضی و یا حقوق را ممنوع دانسته‌اند (حسینی تهرانی، ۱۴۲۸ ه.ق، ص ۶۵ و ۲۵۱)، به همین جهت در برخی از فتاوی صادره به تجاوز ناپذیری مالکیت اشاره شده است و حتی علم بر وجود مال مغضوب در اموال شخص را سبب استرداد به همان میزان تنها به صاحبان حقوق و یا ورثه آنان دانسته‌اند و تصرف از سوی صندوق مستضعفین و یا دولت و یا هر تصرف دیگری را صحیح ندانسته‌اند (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۲۹۳).^۲

۱. اخذ به شفعه که در حقیقت اجرای حق ناشی از شفعه است (محقق حلی، ۱۴۰۸ ه.ق، ص ۱۹۹). در زمره‌ی اسباب قهری تملک است که فقهای امامیه نیز بعد از ابواب غصب آن را مطرح نموده‌اند و علت آن را وجود اصل اولیه مبنی بر حرمت تملک مال مسلم بدون رضایت وی دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۲۳۷).

۲. به عنوان نظر مخالف در رویه محاکم می‌توان به نظریه مشاوران حوزه معاونت قضائی قوه قضائیه اشاره داشت که در راستای اعمال ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری نسبت به دادنامه‌های ۷۸۲-۹۶/۶/۲۱-۹۶ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی خرمشهر و شماره ۱۱۰۱-۹۶/۱۱/۳-۹۶ شعبه هفتم تجدیدنظر استان خوزستان مبنی بر صدور حکم بر خلع ید و قلع و قمع مستحدثات شرکت برق منطقه‌ای خوزستان، عقیده بر ارجحیت منافع جامعه به منافع فرد داشتند.



در قاعده لاضرر که مبنای آن اجرای عدالت اجتماعی و رفع هرگونه ظلم و تجاوز است (مرعشی شوشتری، ۱۴۲۷ ه.ق، ص ۱۶۷)، «ضرر» شامل کلیه خسارت‌ها و زیان‌های وارد بر دیگری است، ولی «ضرار» مربوط به مواردی است که شخص با استفاده از یک حق یا جواز شرعی به دیگری زیان وارد سازد که در اصطلاح امروزی از چنین مواردی به «سوءاستفاده از حق» تعبیر می‌شود. (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶ ه.ق، ص ۱۴۱) بنابراین قاعده مذکور در تملک اراضی دارای وجهی دوسویه است؛ از یک سو سبب مانعی برای تصرفات مقامات عمومی تلقی می‌شود و از سویی دیگر مانع سوءاستفاده از حق مالک در اعمال حق خود می‌شود. هدف اخیر را قاعده لاضرر، با منع سوءاستفاده شخص از اعمال حق مالکانه خود به ضرر دیگری تضمین می‌نماید. بدیهی است اگر بتوان مالکیت خصوصی را در مقابل یک شخص معین محدود نمود این امر در مورد جامعه به طریق اولویت امکان‌پذیر است، زیرا مبنای قاعده فوق حفظ نظم عمومی جامعه است که در صورت تعارض اعمال حق مالکانه بانظم عمومی و ایجاد اختلال در نظام اجتماعی، از اعمال مالکیت جلوگیری می‌کند.

از حیث ملاحظات حقوق عمومی، بنیادین بودن حق مالکیت که در قانون اساسی ایران نیز مورد پیش‌بینی قرار گرفته بر اصل اولیه تجاوز ناپذیری آن مهر تائید نهاده است. اصولی که در مباحث قبل بدان اشاره شده نیز مؤید همین امر است (هاشمی، ۱۳۸۲، ص ۳۷۷-۳۷۸). شورای نگهبان در نظریه شماره ۳۰۶۰ مورخ ۱۳۶۷/۹/۲ مربوط به طرح لغو لایحه قانونی راجع به املاک وراثت اسماعیل قشقائی و سهراب بهادری قشقائی مصوب پانزده آبان ۱۳۶۷ مجلس شورای اسلامی بیان داشته است: «ماده واحده ... از این نظر که موجب نادیده گرفتن حقوق شرعی افراد است خلاف موازین شرعی شناخته شد؛ و از این جهت که اطلاقش ناقض حقوق مکتسبه مشروع اشخاص است بخصوص نسبت به اموالی که مطابق تبصره یک لایحه قانون شورای انقلاب از ناحیه دولت جمهوری اسلامی ایران در اختیار آنان قرار گرفته است، با اصل

۴۷ قانون اساسی که مالکیت مشروع را محترم دانسته و با اصل ۴۹ قانون اساسی که ثروت‌های غیر مشروع را آن‌هم پس از رسیدگی و تحقیق و ثبوت شرعی قابل استرداد می‌داند مغایر است». هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی ۱۳۳۲ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۱ به این امر اشاره نموده است: «نظر به این‌که اصل مصونیت حق مالکیت از تعرض ازجمله حقوق اساسی تضمین‌شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی می‌باشد و سلب و یا تحدید آن جز به موجب قانون تجویز نگردیده است و چون اطلاق مصوبه مورد درخواست ابطال موجب استحاله مالکیت اختصاصی کوچه خاص به مالکیت عمومی می‌گردد و تغییر عنوان مالکیت به شرح مرقوم موجب الزام اشخاص به آثار آن ازجمله الزام مالکین به عقب‌نشینی در ملک خود و رهاسازی آن برای توسعه کوچه مذکور به نحو مجانی در غیر موارد قانونی می‌گردد، این مراتب موجب سلب حق مالکیت اشخاص و یا تحدید آن می‌شود».

۲-۲. حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس مالک یک شی دارای این حق است که دیگران را از استفاده و یا تجاوز به آن بازدارد. چنین حقی تحت عنوان حق ممانعت^۲ مطرح می‌گردد (Douglas & McFarlane, 2013, p.223). چنین حقی به عنوان حق-ادعا، متضمن یک تکلیف و وظیفه همگانی نسبت به شخص مالک است که مانع تجاوز عمدی و یا غیرعمدی به مال وی می‌گردد (Douglas & McFarlane, 2013, p.224)؛ و به عنوان یکی از حقوق اساسی و بنیادین اشخاص، قاعده‌ای بین‌المللی نیز تلقی می‌گردد (Callies & Breemer, 2000, p. 57-58) علاوه بر این یکی دیگر از جنبه‌های مجموعه حق‌ها^۳ حق استفاده است. چنین حقی به خلاف حق ممانعت دارای ویژگی حق-ادعا نیست، زیرا

۱. موضوع ابطال تبصره ۲ ماده ۱-۱-۱-۴ ضوابط و مقررات شهرسازی کمیسیون ماده ۵ مسکن و شهرسازی استان اردبیل در خصوص تعیین عرض معبر.

2. Right to exclude.

3. Bundle of rights.



در اعمال چنین حقی دیگران اقدامی را به انجام نمی‌رسانند بلکه مالک است که به روش ویژه‌ی خود از مال استفاده می‌نماید، به همین جهت چنین حقی «امتیاز» و یا «آزادی» است. چنین حقی نیز به‌طور غیرمستقیم به‌وسیله تکلیف اولیه منع تجاوز تضمین می‌گردد (Douglas & McFarlane, 2013, p.226-227). چنین آثاری که در باب صیانت از مالکیت مطرح می‌شود، به جهت وجود سه نوع حق منشعب از مالکیت است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۱۱۰-۱۱۱؛ Barker & Padfield, 2007, p.249؛ حق تمتع و بهره‌برداری و استفاده از مال، حق نابود کردن و یا تلف آن، حق انتقال آن به دیگری با در نظر گرفتن حقوق دیگران. درعین‌حال برخی دیگر حق استفاده و تصرف، حق ممانعت دیگران، حق انتقال و حق استفاده از منافع را از ویژگی‌های دیگر مالکیت برشمردند (Malloy & Smith, 2008, p.6)؛ و حتی هونوره برای تحقق مالکیت لیبرال یازده ویژگی برمی‌شمارد که ازجمله آن حق منع سلب مالکیت و حق اجبار قضائی برای فروش اجباری اموال برای دین است (Honore, 1987, p.165-179).

در رویه قضایی انگلیس صیانت از مالکیت در قالب اصل اولیه حقوق اساسی مطرح می‌گردد که به‌موجب آن مقامات عمومی بدون رضایت شهروندان اختیار سلب حق آنان را ندارند.^۱ لرد دنینگ یکی از قواعد اساسی را در عدم سلب مالکیت اشخاص دانست و علاوه بر تصویب پارلمان وجود نفع عمومی را برای آن لازم و ضروری تلقی نمود.^۲ قواعد اساسی در تصمیمات محاکم و مصوبات پارلمان یافت می‌شود به‌نحوی که پارلمان دارای قدرت حاکمیت مطلق می‌باشد^۳ و قدرت وی نه‌تنها در تصویب قوانین اصلی بلکه اصلاح و یا فسخ چنین قواعدی نیز از اختیارات بلامنازع

1. Prest v Secretary of State for Wales (1982) 81 LGR 193, 198. Lord Denning.

2. Prest v Secretary of State for Wales (1982) 81 LGR 193, 198 Lord Denning MR: I regard it as a principle of our constitutional law that no citizen is to be deprived of his land by any public authority against his will, unless it is expressly authorised by Parliament and the public interest decisively so demands.

3. The sovereignty of the United Kingdom Parliament or the Principle of Parliamentary Sovereignty.

پارلمان است و هیچ شخص و یا نهادی امکان مداخله در چنین اموری را ندارد. دایسی در تفسیر چنین اختیاری بیان می‌دارد: «اختیار ایجاد و یا عدم ایجاد هر نوع قانونی و اینکه هیچ شخص و یا نهادی شناخته شده از سوی قانون ... حق لغو و یا کنار گذاشتن قانون پارلمان را ندارد». (DICEY, 1979, p.39-40) طبیعت چنین اقتداری در عدم امکان بازرسی مقامات قضایی نسبت به مصوبات پارلمان ظهور می‌یابد (Bradley, 2007, p.55).^۱ این قواعد در چگونگی اعمال قدرت عمومی و اتخاذ تصمیم از سوی نهادهای حاکمیتی و همچنین ارتباط بین مردم و حاکمیت تجلی می‌یابد. خاستگاه اصلی این قواعد اصول حقوقی و دولت مبنی بر حقوق^۲ می‌باشد.^۳ بر این اساس در نظام داخلی علاوه بر شهروندان، مخاطب اصلی قواعد اخیر مقامات دولتی هستند که بر اساس آن کلیه اقدامات آنان باید منطبق بر موازین قانونی باشد (Tamanaha, 2012, p.233). ایده اصلی حاکمیت قانون در مورد قدرت سیاسی بشر آن است که افراد دارای قدرت باید قدرت خود را در چارچوب محدودکننده هنجارهای عمومی اعمال کنند نه بر اساس ترجیحات خودشان (Waldron, 2008, p.6) به نحوی که کمتر مورد ایراد قرار گیرد و در عین کم‌خطر بودن، جامعه‌پذیرتر و محترم‌تر باشد (Waldron, 2002, p.159).

۳. مبنای سلب مالکیت

آنچه در بخش‌های قبلی بیان شد نشانه آن است که در نظر محاکم ایران و انگلیس اصل اولیه صیانت از مالکیت باید پذیرفته گردد و به همین جهت استثناء ناظر بر نادیده انگاشتن چنین اصلی باید مورد بررسی قرار گیرد، با این وجود در ذیل بابیان

1. *Madzimbamuto v Lardner-Burke*, [1969] 1 AC 645, 723. Lord Reid.

2. Rule of Law.

البته در تعریف لغوی این واژه معانی دیگری نیز بیان گردیده است، از جمله حاکمیت قانون و یا دولت مبتنی بر قانون.

3. *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768, *R (Jackson) v Attorney General* [2005] UKHL 56; [2006] 1 AC.



نظریه سیاسی-حقوقی به عنوان مبنای اصلی سلب مالکیت، نشان می‌دهیم که در نظر گرفتن چنین تقدم و تأخری فاقد توجیه است.

۳-۱. جامعه سیاسی و ضرورت تشکیل دولت

انسان به عنوان موجودی اجتماعی، دارای حیات فردی نیز می‌باشد. حیات فردی انسان، با نفع شخصی وی ارتباط دارد، به همین جهت انسان‌ها خواهان جلب منفعت برای خویش هستند. بدیهی است این تجميع منافع شخصی که در فرآیند اجتماعی انسان صورت می‌پذیرد، وضعیت‌های متنوع فردی و اجتماعی را لازم می‌نماید که برای بقای حیات فردی و اجتماعی لازم و ضروری است. در ورای ضرورت بقای زندگی فردی و اجتماعی تشکیل دولت لازم گردید. در این تحلیل برآیند روابط اشخاص در اجتماع، در سطح دولت-ملت به عنوان ارکان اصلی جامعه سیاسی تبلور می‌یابد. ضرورت تشکیل حکومت آن میزان بدیهی دانسته شده که برای استقرار عدالت و ارتقای سطح زندگی انسان‌ها از حیث نگاه عقل و دیدگاه شرع به نحو دقیق ما را از به کارگیری استدلال بی‌نیاز می‌سازد (عمید زنجانی، ۱۳۶۷، ص ۱۵۴). «از مضامین ... آیات و احادیث و امثال آن‌ها، علاوه بر مشاهده و تجربه، ... معلوم می‌شود که نظام امر معیشت و معاد بنی نوع انسان و بقا و انتظام مدن و شهرها، بدون سلطنت سلطان قاهر و نظر و تدبیر ساینس مدبر که ایشان را بر وفق آثار عقل و نور حکمت اتفاق و ائتلاف دهد، منتظم نمی‌گردد» (کشفی دارابی، بی‌تا، ۱۰۷). شاید عقلی‌ترین عبارت برای ضرورت ایجاد حکومت در خطبه چهل نهج البلاغه نهفته است که در آن امام علی (ع) می‌فرماید: «انه لابد للناس من امیر بر او فاجر». ایشان چنین امری را به میزانی ضروری دانسته‌اند که از حیث انتظام جامعه جلوگیری از هرج و مرج باوجود سلطانی ظالم را پذیرفته‌اند به همین جهت می‌فرمایند «سلطان ظلوم خیر من فتن تدوم» (مجلسی، ۱۴۰۴، ص ۳۵۹). چنین دیدگاه‌هایی فارغ از مشروعیت و یا عدم مشروعیت حکومت صرفاً بر ضرورت وجودی آن تأکید دارد به نحوی که برخی بابیان حکم عقل و ضرورت، تشکیل حکومت «خواه قائم به شخص واحد باشد

یا به هیات جمعیه و چه آن‌که تصدی آن به حق باشد یا اغتصاب، به قهر باشد یا به وراثت و یا به انتخاب» (نائینی، ۱۳۹۷، ص ۹۸) را لازم دانسته‌اند.

۲-۳. سلب مالکیت و حفظ حیات دولت

با پذیرش ضرورت و وجوب تشکیل حکومت، نکته دیگر آن است که آیا لوازم حکومت ضروری نیست؟ در اصول از حیث روابط میان حکم و مقدمات آن (صدر، ۱۳۹۵، ص ۱۶۶-۱۷۱) مقدماتی که واجب بر آن وابسته است را به دو نوع تقسیم نموده‌اند؛ آنانی که وجود متعلق وابسته به آن است و مقدماتی که در تحقق موضوع وجوب دخیل‌اند. ضرورت تملک، داخل در قسم دوم است، زیرا تملک در ابتدا برای ایجاد و حیات‌بخشیدن حکومت لازم و ضروری می‌باشد، در غیر این صورت باید از موجودی تخیلی سخن به میان آورد که در عالم واقع واقعیتی ندارد. حکومت در ابتدا دارای هیچ مالکیتی نیست بلکه مالکیت خصوصی اشخاص است که نیازمندی‌های اولیه وی برای اداره جامعه از جمله احداث ساختمان‌های اداری و اجرایی را هموار می‌سازد. چنین سطح ابتدائی و حداقلی مشروعیت اقتضای آن را دارد تا دولت از حق حیات^۱ برخوردار باشد و شهروندان مجوزی برای اقدام علیه امنیت آن را ندارند. (Morris, 2008, p.20) همان‌طور که نظریه‌پرداز آلمانی «وان بینکرشوک»^۲ بیان می‌کند، عدم امکان سلب مالکیت از سوی دولت ممکن است به نابودی وی بیانجامد به‌نحوی که دولت موجودیت خود را از دست دهد (Huffman, 2013, p.57). بنابراین مبنای سلب مالکیت در درجه اول، حفظ حیات دولت است.

۳-۳. ضرورت شرعی و نسبت آن با حیات دولت

ممکن است ضرورتی که در بند قبل از حیث ضرورت حفظ حیات دولت به آن اشاره شد، با ضرورت موجود در متون شرعی و فقهی یکسان گرفته شود؛ اما آیا ضرورت

1. Right to exist.

2. Van Bynkershoek.



در این دو مفهوم یکسان است؟ آیا ضرورت در مفهوم شرعی و فقهی را می‌توان مبنایی برای تملک در نظر گرفت؟

بر وجود ضرورت در برخی از قوانین تملک،^۱ و رای وحدت رویه شماره ۴ مورخ ۱۳۸۹/۱/۲۳ کلاسسه پرونده ۸۹/۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با توجه به نظریه شورای نگهبان اشاره شد. شورای نگهبان در نظریه شماره ۷۲۳۳ مورخ ۱۳۶۱/۱۰/۲۸ در مورد طرح احیاء و واگذاری اراضی مزروعی مصوب هفتم دی ۱۳۶۱ چنین ضرورتی را نیازمند وصف «عمومی» و در قالب حکم ثانوی دانست.^۲

توجیه بر مبنای ضرورت با توجه به نوع تکلیف اولیه و ثانوی و تقسیم حکم شرعی به لحاظ حالات و شرایط حاکم بر مکلف است (حق پناه، ۱۳۹۰، ص ۱۱۲). احکام اولیه دستوراتی است که برای عامه مسلمین به‌طور کلی آمده تا در شرایط عادی و معمولی و متعارف به کار بندند و احکام ثانوی دستوراتی هستند که در شرایط غیرعادی که پیش می‌آید و طبعاً دوام و همیشگی نمی‌تواند داشته باشد و مصلحت یا مفسده جدیدی پیدا می‌شود به مقدار رفع تراحم باید بر مبنای احکام مذکور اقدام شود (یزدی، ۱۳۶۴، ص ۸۶-۸۷). در حقیقت حکم اولیه؛ «حکمی است که بر افعال مکلف به لحاظ عناوین اولی آن‌ها بار می‌شود؛ ... حکم ثانویه؛ حکمی است که بر موضوعی به وصف اضطرار، اکراه و دیگر عناوین عارضی بار می‌شود... که در طول حکم واقعی اولی قرار دارد.» (مشکینی اردبیلی، ۱۳۷۱، ص ۱۲۱). اجرای حکم ثانوی دارای دو قید مهم است؛ اول آنکه میزان آن محدود به رفع ضرورت است و

۱. به‌عنوان مثال بنگرید به: ماده ۵۰ قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷/۰۴/۲۷ با اصلاحات و الحاقات بعدی، ماده ۱ قانون پیش‌گیری و مبارزه با خطرات سیل مصوب ۱۳۴۸/۰۳/۰۵.
در حقوق انگلیس بنگرید به ماده ۲۲۶ قانون برنامه‌ریزی شهری و کشوری. (Town and Country Planning Act 1990).

۲. تشخیص ضرورت باید مبتنی بر ضرورت عمومی و به لحاظ اوضاع و احوال موجود در سطح کشور باشد و نیاز مذکور در ماده ۱۰ که به لحاظ نیاز شخصی و منطقه‌ای و خواست افراد موضوع حکم قرار گرفته خارج از حیطه احکام ثانویه و محدوده فرمان امام می‌باشد و از لحاظ شرعی نمی‌تواند مبنای محدودیت سلطه مالک اراضی شود.

به محض انتفای محدوده ضرورت حکم ثانوی برداشته می‌شود، دوم آن‌که اجرای آن مقید به زمان وجود ضرورت است و با از بین رفتن ضرورت منتفی می‌گردد و بنا بر نظری شامل موارد ذیل است؛ حفظ نظام، اضطراب، ضرورت، عسر و حرج، ضرر، مصلحت نظام، اکراه، مقدمیت، تقیه، نذر، اهم و مهم، اطاعت از والدین، قسم، عهد، اشتراط چیزی در ضمن عقد (کلانتری، ۱۳۷۸، صص ۱۸۳-۱۸۴).

ضرورت اگرچه مستلزم عدم وجود امکان برای دفع ضرر جز با مخالفت نسبت به اوامر و نواهی شرعی نیست (الزحیلی، ۱۴۰۵ ه.ق، ص ۶۹) اما از جهت مورد اعم از اضطراب است، زیرا ممکن است انسان به چیزی مضطر نباشد اما ضرورت دارد انجام دهد مانند عدم انجام کاری که موجب ضرر به سرزمین اسلامی یا هتک حرمت شخص محترمی شود (موسوی خمینی، ۱۳۸۵ ه.ق، ص ۱۹۱). از سویی دیگر نفس اضطراب نمی‌تواند موجب ابطال حق دیگری گردد (رستم‌باز، ۱۹۲۳ م، ص ۲۶۸).

آنچه در نظر شورای نگهبان آمده دلالت بر آن دارد که حکم حکومتی از اقسام احکام ثانوی است، اما احکام حکومتی در زمره احکام اولیه است نه ثانوی. «ولایت فقیه و حکم حکومتی از احکام اولیه است» (موسوی خمینی، ۱۳۷۸، ص ۱۷۴) و «... حاکم می‌تواند مسجد و یا منزلی را که در مسیر خیابان است خراب کند» (موسوی خمینی، ۱۳۷۸، ص ۱۵۰). فارغ از این امر وجود ضرورت فقهی امری تابع و غیرمستقل است و نیازمند وجود حالتی ضروری است که ارجاع به حکم ثانوی را لازم نماید، باری این امر در مرحله فعل و اقدام دولت است که مؤخر بر حفظ حیات مطرح می‌شود، درحالی‌که در ضرورت مربوط به حفظ حیات دولت چنین امری مستقل و ذاتی دولت است. دولت در مرحله ایجاد و بقاء نیازمند تملک است و ارائه خدمات عمومی به عنوان فعل دولت مستلزم وجود و حیات وی است، به همین جهت این دو مفهوم دارای نسبتی با یکدیگر نیستند.



۳-۴. مبنای مبتنی بر جامعه دموکراتیک و مشروعیت حداکثری ناشی از ساختار سیاسی

اندیشه دولت متضمن تحقق عنصر اقتدار و التزام به اطاعت و مشروعیت سیاسی است (وینسنت، ۱۳۸۳، ص ۶۶-۶۷). مؤلفه اساسی اقتدار برخورداری از قدرت رسمی و احراز وظایف خاص در محدوده قانون است و لاجرم کسی حق حکمرانی دارد که صاحب اقتدار باشد؛ بنابراین اقتدار در یک گزاره «صرف اعمال قدرت و زور» نیست بلکه «کاربرد مشروع زور» است (وینسنت، ۱۳۸۳، ص ۶۷). توجیه‌پذیری اعمال چنین اقتداری در وجه مشروعیت به‌کارگیری چنین اقتداری نهفته که خود ممکن است دارای وجوه مبنایی متفاوتی باشد. مراتب بالاتر مشروعیت موجود از مرحله حفظ حیات، حق اطاعت و وفاداری تام را به ارمغان خواهد آورد (حسینی زاده، ۱۳۹۷، ص ۳۴۴)؛ بنابراین آنچه در اقدام دولت و توسل به زور و اقتدار عامل توجیه‌کننده است، مشروعیت بخشی به اقدام دولت است. چنین مشروعیت بخشی ممکن است دارای ویژگی سیاسی باشد که ازجمله آن اراده مردم در تمثیت امور جامعه سیاسی است. به‌موجب اصل پنجاه و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در بخش حاکمیت ملت: «حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست و هم او، انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است. هیچ‌کس نمی‌تواند این حق الهی را از انسان سلب کند یا در خدمت منافع فرد یا گروهی خاص قرار دهد و ملت این حق خداداد را از طرقی که در اصول بعد می‌آید اعمال می‌کند»؛ بنابراین بر طبق قانون اساسی مشروعیت «الهی-مردمی» است. این متون دلالت بر آن دارد که در ایران مردم بر کلیه امور جامعه سیاسی و تمثیت امور آن دارای مشارکت حداکثری هستند به همین جهت مشروعیت اقدام دولت در بعدی دیگر ناشی از گزاره‌های مشروعیت سیاسی از طریق اعطای اختیار در تمثیت امور جامعه به اشخاص منتخب است.

۳-۵. مبنای مبتنی بر ماهیت عمل و هدف دولت

۳-۵-۱. حقوق ایران

۳-۵-۱-۱. اختلاط بین مفهوم مصلحت و منفعت عمومی

در حقوق ایران بین دو مفهوم مصلحت و منفعت عمومی اختلاط مفهومی وجود دارد. برخی نفع عمومی را شرط بنیادین سلب مالکیت بیان داشته و از آن به عنوان مبنا یاد کرده‌اند (پیلوار، ۱۳۹۳، ص ۴۵ و ۴۸-۴۹) و در تشخیص آن، رفع ضرر و یا کسب منفعت، عدم کفایت معیار عددی را لازم و سنجش آن را امر ماهوی دانسته‌اند (پیلوار، ۱۳۹۳، ص ۴۷).

از دیدگاهی دیگر منفعت عمومی الزامی است که زندگی انسان را از مرحله فردی-گروهی به مرحله جمعی-مدنی ارتقا می‌دهد (منصوریان، ۱۳۹۵، ص ۱۱۸). در این تلقی منفعت عمومی به عنوان قلمرو مشروعیت حق‌های فردی است به نحوی که در صورت خدشه دار شدن منافع عمومی، حمایت از منافع و حقوق عمومی نادیده گرفتن برخی از حقوق فردی مشروع را ایجاب می‌نماید (منصوریان، ۱۳۹۵، ص ۱۳۴).

مصلحت عمومی،^۱ مصلحت‌هایی است که فرد فی‌نفسه به خاطر آنکه عضو یک جمع یا کلیت سیاسی است، واجد آن می‌گردد و به دلیل وجود زندگی جمعی در بین انسان‌ها شکل می‌گیرد (علمداری، ۱۳۷۸، ص ۱۵۹). در حقوق ایران برخی با یکسان گرفتن مصلحت عمومی با منفعت عمومی و خیر عمومی آن را دارای چهار ویژگی جمعی، آلی، اخلاقاً بی‌طرف و حداقلی دانسته‌اند (راسخ و کمیتکی، ۱۳۹۰، ص ۹۵ و ۱۰۵-۱۰۶)؛ اما مصلحت عمومی برگرفته از ادبیات فقهی است و در مفهوم خاص خود ناظر به قاعده و یا راهکاری می‌باشد جهت گزینش آنچه دربردارنده منافع جامعه است، در فرضی که توسل به راهکارهای عادی نمی‌تواند این مهم را تحقق بخشد، درحالی‌که منفعت عمومی ریشه در سنت غربی و دوران پساروشن‌فکری دارد (منصوریان و شیبانی، ۱۳۹۵، ص ۱۲۰).

1. Public interest.



از منظر فقهی مصلحت ناظر بر آن چیزی است که با مقاصد انسان در امور دنیوی یا اخروی یا هر دو موافق بوده و نتیجه آن جلب منفعت یا دفع ضرری باشد (حلی، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۲۲۱). اتکای مشروعیت احکام فقهی بر مصلحت است به نحوی که با فرض انتفای مرتبه مصالح و مفاسد در تشریع احکام سایر مراتب فاقد اعتبار شرعی است (آخوند خراسانی، بی تا، ص ۲۷۷). چنین نگرشی به مصلحت، دلالت بر آن دارد که منافعی مورد تأیید قرار می‌گیرد که در شرع به رسمیت و محترم شناخته شده، بنابراین مصلحت، تمامی منفعت‌ها را در بر نمی‌گیرد، بلکه فقط موارد خوب و پسندیده بودن در شرع را شامل می‌شود (عمید زنجانی و موسی زاده، ۱۳۸۸، ص ۱۵۱).

در حکومت ولایت فقیه اجرای حکومت و لوازم و شئون آن بر طبق احکام الهی است که طبق مصلحت عموم اقدام گردد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ ه.ق، ص ۶۱۹). به همین جهت بنا بر نظری تعبیر مصلحت در فقه سیاسی اسلام نیز دیده می‌شود به نحوی که احکام جامعه بر مبنای ضوابط پیش‌بینی شده طبق مصالح عمومی وضع شده است و از آن به حکم حکومتی تلقی می‌گردد (مومنی و رستمی نجف‌آبادی، ۱۳۹۴، ص ۱۴). از این دیدگاه، مصلحت عمومی سودمندی معقول و اجتناب‌ناپذیری است که ضرورت تأمین آن از بیان شرع معلوم گردیده و از نظر عقل، رعایت آن الزام‌آور است، به همین جهت یکی از مصادیق آشکار مصلحت، منفعت عمومی است (عمید زنجانی و موسی زاده، ۱۳۸۸، ص ۱۵۴ و ۱۸۰).

۳-۱-۲. دیدگاه رویه قضائی

منفعت و مصلحت عمومی یکی از دیدگاه‌های شایع در زمینه مبنای سلب مالکیت در رویه قضائی است. در دادنامه شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان شهریار که به موجب دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۰۷۲۸ مورخ ۱۳۹۳/۶/۳۰ شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید گردیده، بیان شده است: «... مالکیت خصوصی افراد بر طبق قاعده تسلیط مصون از هرگونه تعرض است و تنها مجوز تحدید این مالکیت

مصالح اجتماعی است تأمین مصالح اجتماعی به حکومت‌ها و نهادهای عمومی اجازه می‌دهد به حقوق افراد دست‌اندازی نکنند و آن را محدود نمایند...».

شعبه هشتم دیوان عدالت اداری در رای شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۹۳۵ مورخ ۱۳۹۳/۰۹/۱۸ به این موضوع اشاره دارد: «... دستگاه‌های اجرایی موردنظر قانون‌گذار در صورتی‌که در اجرای طرح‌های مصوب موجب سلب مالکیت یا مانع استفاده متعارف از املاک اشخاص ولو در جهت منافع عمومی شوند لازم است با اجاره قانون‌گذار و با رعایت تشریفات قانونی در مقابل پرداخت قیمت یا خسارت وارده باشد...». در رأی شعبه اول دیوان عالی کشور تحت شماره ۹۹۰-۸۷ مورخ ۱۳۹۹/۴/۲۲ آمده است: «...شورای محترم نگهبان رضایت مالک و صاحب حق را در غیر ضرورت مبیحه لازم دانسته است که در مانحن فیه ضرورت مبیحه و منافع عمومی در انتقال خطوط برق فشارقوی نیز حاصل است؛ لذا صدور حکم به خلع ید و قلع و قمع بنا خلاف مبانی قانونی و شرعی می‌باشد».

۳-۵-۲. حقوق انگلیس

۳-۵-۲-۱. مفهوم منفعت عمومی

سن توماس نظریه نفع عمومی را ناظر به مساله مالکیت می‌داند و استدلال می‌کند که مالکیت باید به نفع عموم تنظیم شود، به همین جهت از نظر وی اگرچه مالکیت نهادی طبیعی است اما نباید مردم را از ضروریات زندگی محروم کند (عالم، ۱۳۸۴، ص ۲۷۸). عده‌ای دیگر نظریه نفع عمومی را در ساختار سیاسی مورد پیشنهاد خود مورد تحلیل و آن را ابزاری برای پیشبرد اهداف سیاسی خود مورداستفاده قرار داده‌اند. (Marx & Engels, 2014, p.183) در یکی از معیارهایی که از سوی بنتام معمار اولیه جامعه لیبرال دموکراسی مطرح می‌گردد، نفع عمومی چیزی جز نفع اعضای جامعه نیست. در حقیقت شاخصه منفعت عمومی در شمارش عددی آن نهفته است و نفع اکثریت، نفع عمومی است، به همین جهت «بیشترین خشنودی برای بیشترین کسان» معیار چنین دیدگاهی است. مهم‌ترین ایراد وارد بر این نظر آن است که نمی‌توان بین



نفع عمومی و نفع اکثریت تمایز قائل شد. وقتی با این پرسش مواجهیم که آیا قاعده X متضمن نفع عمومی است ما به چیزی غیر از معیار اکثریت توجه داریم که ناشی از مفهوم اخلاقی^۱ قاعده است (BOOT, 2020, p.9). در حقیقت نفع عمومی برآمده از نفع اشخاص در قبال یکدیگر نیست.

عده‌ای دیگر منفعت عمومی را سیاست منطقی در راستای پیشرفت و توسعه رفاه جمعی در نظر گرفته‌اند به نحوی که به نظر آنان «سیاست تصویبی X منفعت عمومی است، اگر و تنها اگر تصویب X منطقی و همراه با توسعه رفاه جمعی باشد». (Oppenheim, 1981, p.136) منفعت عمومی در راستای توجیه‌پذیری یک سیاست عمومی بکارگرفته می‌شود و دارای توصیفی عمومی، تغییرناپذیر و قابل اعمال برای کلیه تصمیمات نخواهد بود بلکه هدف آن سعی در ارتباط بین اثرات یک سیاست و ارزش‌های جامعه است، علاوه بر این نه مفهومی میان‌تهی و نه ابزاری برای اهداف تبلیغاتی است، بلکه موجبات عملکردی را در گفتمان سیاسی فراهم می‌آورد که با منطق خود بر نوع سیاست‌های تأیید و یا رد شده تأثیر می‌گذارد (Flathman, 1966, p.82). چنین نگرشی علاوه بر توجه به بعد هنجاری منفعت عمومی، آن را نمایشی برای مفید بودن نتایج و برآیند عملکرد مقامات دولتی نیز قلمداد می‌کند.

درحالی که منفعت در مفهومی که از لحاظ ذهنی به منفعت شخصی تعریف می‌گردد، منفعت عمومی به خط‌مشی اطلاق می‌شود که در مورد آن اتفاق نظر^۲ در بین اعضای جامعه درک و اعلام می‌گردد (Flathman, 1966, p.31)؛ اما چنین جداسازی بین نفع عمومی و نفع خصوصی قابل انتقاد است؛ زیرا شخصی‌سازی ناظر به وضعیتی است که کلیه اعمال و افعال به عنوان امر واحد تلقی می‌شود و علاوه بر آن به عنوان واحدی مستقل از دیگران عمل نماید، درحالی که ما در این مورد نه تنها ناگزیر از در نظر گرفتن ارتباطات آن، بلکه آثار مربوط به آن اقدامات و افعال هستیم که نسبت به دیگران ایجاد می‌گردد، بنابراین چنین ارتباطی وجود تصویری خیالی از چنین

1. Moral concept

2. Unanimity.

شخصی‌سازی را رد می‌کند. (Dewey, 1927, p.186-187) علاوه بر این، برخی هیچ تعارضی بین نفع عمومی و نفع خصوصی قائل نیستند و هر یک را متضمن تحقق دیگر می‌دانند. (Held, 1970, p.136) به نحوی که مردم به نحو کلی توافق می‌کنند تا از طریق رفتار اخلاقی درگیری و هرج و مرج را کاهش و صلح ایجاد کنند. (Pojman & Fieser, 2009, p.650)

۳-۲-۵-۲. دیدگاه رویه قضایی

همان‌طور که سابق بر این بیان شد، لرد دنینگ یکی از قواعد اساسی را در عدم سلب مالکیت اشخاص دانست و علاوه بر تصویب پارلمان وجود نفع عمومی را برای آن لازم و ضروری تلقی کرد.^۱ لرد هافمن^۲ در تشریح توازن بین دموکراسی و مسئولیت حقوقی، ابتدای اعمال بر قانون را لازمه جامعه دموکراتیک می‌داند به نحوی که تمامی اشخاصی که اقدام آنان در حقوق اشخاص مؤثر است، باید بر اساس چنین قاعده‌ای اقدام بنمایند، علاوه بر آن ماده ۱ پروتکل حقوق بشر مصوب ۱۹۹۸ سلب مالکیت اشخاص را منوط بر رعایت ترتیبات قانونی مقرر دانسته است که از طریق سازوکار نظارت قضائی، منطقی و ناشی از قانون بودن تصمیمات مقامات اداری را تضمین می‌کند.^۳ در این نگرش تعهد قواعد، به حفظ حقوق فردی از طریق محدودیت قدرت سیاسی در سوءاستفاده از قدرت و اعمال خودسرانه آن است، (Costa & Zolo, 2007, p.19). تحقق شرایط ماده یک در پرونده‌ای نیازمند آن است که سلب مالکیت در راستای منفعت عمومی، رعایت قانون و تناسب باشد.^۴ چنین تناسبی مستلزم آن است تا بین منفعت عمومی و صیانت از حقوق بنیادین اشخاص از جمله مالکیت توازن عادلانه برقرار گردد.^۵ تشخیص چنین توازنی نیازمند بررسی هدف مشروع تجاوز به

1. Prest v Secretary of State for Wales (1982) 81 LGR 193, 198.

2. Lord Hoffmann.

3. In Prest v Secretary of State for Wales (1982) 81 LGR 193, 198. Watkins LJ.

4. Thomas v Bridgend County Borough Council [2012] QB 512.

5. see: Bugajny v Poland 6 November 2007, para 67. fair balance between the demands of the general interest of the public and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights.



مالکیت است با این نگرش که آیا چنین تجاوزی به نحوی ناهنجار است که تصویب قانون را غیرقابل کند،^۱ و غیرمنطقی یا سوءاستفاده از قدرت تلقی گردد.^۲ در این دیدگاه، منفعت عمومی دارای مفهومی ساختاری است که در راستای رعایت اصول حاکم بر جامعه دموکراتیک محقق می‌گردد، به همین جهت صرفاً به محتوای منفعت عمومی نظر ندارد بلکه شیوه تحقق آن نیز مؤثر است به نحوی که منفعت عمومی تحت فرآیند مشروع دموکراتیک جهت اعلام منافع همگان است و همه اشخاص در تحقق آن دارای درجه‌ای از کنترل بر خواسته‌های سیاسی خود می‌باشند.

۳-۵-۳. تقدم مؤلفه سیاسی مشروعیت بر مؤلفه‌های برآمده از هدف سلب مالکیت

مبانی همچون منفعت عمومی، مصلحت عمومی اگرچه ممکن است به عنوان مبنا مورد شناسایی قرار گیرد اما نگاه آن از لحاظ کارکرد دولت است و به همین جهت بیش‌تر دارای جنبه غایت‌گرا و موردی سنجش می‌گردند. در حقیقت این پرسش که اقدام دولت دارای منفعت و یا در راستای مصلحت عمومی است، به توصیف یک عمل خاص بعد از انجام آن می‌پردازد و نگاهی به مبنای عمل و ارائه توجیه‌پذیری کلی آن ندارد؛ زیرا سنجش وجود چنین ویژگی‌هایی بعد از وقوع عمل صورت می‌پذیرد. مردم بر طبق قانون اساسی که میثاق عمومی است وظایفی را بر عهده دولت قرار داده‌اند که تحقق آن جز با در اختیار داشتن صلاحیت‌هایی همچون سلب مالکیت امکان‌پذیر نیست مانند «رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه، در تمام زمینه‌های مادی و معنوی»^۲، «پی‌ریزی اقتصادی صحیح و عادلانه بر طبق ضوابط اسلامی جهت ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف ساختن هر نوع محرومیت در

1. J A Pye (Oxford) Ltd v United Kingdom (2007) 46 EHRR 1083, para 83.

2. Westminster Bank Ltd v Minister of Housing and Local Government [1971] AC 508, 530.

۳. بند نهم اصل سوم قانون اساسی.

زمینه‌های تغذیه و مسکن و کار و بهداشت و تعمیم بیمه^۱؛ و بدیهی است اذن در شی اذن در لوازم آن نیز می‌باشد، به همین جهت اختیار دولت در سلب مالکیت ناشی از اراده مردم در واگذاری چنین حقی به دولت برای انجام وظایف و تکالیف آن است. در حقیقت جامعه سیاسی، به عنوان فضایی درک می‌شود که در آن اگرچه از اختیار اشخاص و گروه‌ها و بیان تعارض آنان دفاع می‌شود در عین حال بحث و گفتگو درباره انتخاب‌های جمعی نیز رخ می‌دهد، بنابراین جامعه سیاسی حوزه عمومی را به عنوان بعد اصلی خود در برمی‌گیرد (Cohen and Arato 1992, p.38). به نحوی که به عنوان شیوه‌ای از ادغام جامعه و شامل تمامی گفتمان‌های عقلانی-انتقادی درباره امور و اداره دولت و اقتصاد عمل می‌کند (Calhoun, 1992, p.4-10).

نگرش به متن قانون اساسی نشان می‌دهد که انجام اقدامات لازم جهت توسعه و پیشرفت عمومی کشور نه «حق» بلکه «تکلیف» دولت است؛ بنابراین چنانچه سلب مالکیت جهت انجام چنین تکلیفی باشد، تعارض حقیق منتفی است؛ زیرا چنین تکلیفی خود برآمده از تعهد دولت در قبال شهروندان است. نتیجه‌ای که از این تحلیل به دست می‌آید آن است که نفع و یا مصلحت عمومی و حتی ضرورت در ذات عمل دولت نهفته است و بیان مجدد آن‌ها به عنوان مبنا تکرار نوعیت عمل دولت است. به همین جهت باید پذیرفت که صیانت از مالکیت و سلب آن، مولود اراده جمعی در اداره جمعی و در راستای اهداف جامعه است.

۴. نتیجه‌گیری

مطالعه تطبیقی فوق نشان می‌دهد که صیانت از مالکیت در رویه قضایی ایران دارای مبانی مختلفی است که ریشه در فقه و قانون اساسی دارد. در فقه به جهت نوع نگرش بر مالکیت قواعدی همچون تسلیط، حرمت مال مسلمان، لاضرر سبب ایجاد مبانی لازم برای صیانت از مالکیت گردیده است. در قانون اساسی نیز اصول ۲۲، ۴۰، ۴۷ و

۱. بند دوازدهم اصل سوم قانون اساسی.



۴۹ تأییدی بر این موضوع است. به همین جهت رویه قضایی در موضوع صیانت از مالکیت از دو گروه قواعد تأثیر پذیرفت. قواعدی که ریشه در نظام حقوق خصوصی داشته و در رابطه بین دولت و شهروندان مورد استفاده قرار گرفت و قواعدی که در ساختار حقوق عمومی مطرح و در سطح اساسی مالکیت را مورد حمایت قرار می‌دهند. هرچند قانون اساسی نیز در برخی موارد ریشه در همان قواعد فقهی دارد. آنچه رویه قضایی با تکیه بر هر دو ساختار پذیرفته، اصل اولیه صیانت از مالکیت و منع سلب بدون توجیه قانونی آن است.

در رویه قضایی انگلیس، مالکیت مصون از اقدامات سلب مالکیت است و چنین حقی، در سطح اساسی مورد شناسایی قرار گرفت. پارلمان در این نظام حقوقی، دارای اختیار و حاکمیت مطلق بوده و سلب مالکیت فقط از طریق تجویز قانون مباح است. به کارگیری چنین اختیاری نیز تحت ضابطه‌های برآمده از حاکمیت قانون قابل نظارت قضایی است تا اقدامات خودسرانه از سوی نهادهای عمومی واقع نشود. منفعت عمومی نیز با گستردگی مفهومی که در این نظام حقوقی دارد به عنوان مبنایی جهت سلب مالکیت پذیرفته شده است.

در حقوق ایران مبانی سلب مالکیت چهره‌ای دوگانه دارد؛ از یک سو برخی مبنا را بر مفهوم فقهی مصلحت و ضرورت قرار داده و عده‌ای دیگر مفهوم منفعت عمومی برآمده از سنت غربی را مبنای آن قرار داده‌اند. فارغ از اختلاط مفهومی که در حقوق ایران و در بین نظریه‌پردازان در مورد مصلحت و منفعت عمومی و حتی خیر عام وجود دارد، باید مبنای سلب مالکیت را ناظر بر مشروعیت سیاسی دولت دانست، به نحوی که در سطح حداقلی حیات دولت و در سطح عالی، حضور و اراده مردم در تمشیت امور عامل توجیه‌کننده آن است که وجه اخیر در حقوق ایران با توجه به بعد الهی-مردمی دولت تضمین می‌گردد. در سطح حداقلی وجود و حیات دولت به عنوان ضرورتی عقلی و فطری برای جامعه سیاسی، نیازمند سلب مالکیت برای حیات دولت و تداوم آن است به نحوی که چنین امری ضرورت ذاتی حیات دولت است. در سطح

عالی مشروعیت چنین امری برآمده از اراده جمعی مردم و به‌عنوان عامل مشروع اقتدار دولت تلقی می‌گردد. کارکردها و اهداف دولت همانند منفعت و مصلحت عمومی که در ذات تشکیل نهاد دولت وجود دارد، صرفاً تقییدی بر اقدامات دولت در سلب مالکیت هستند و نمی‌توانند به‌عنوان مبنای آن تلقی گردند.

۵. منابع

۱-۵. منابع فارسی

الف) کتب

۱. اراکی، محسن، فقه نظام اقتصادی اسلام، چ اول، ج اول، موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، ۱۳۹۳.
۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ بیست و نهم، انتشارات اسلامیه، تهران، ۱۳۸۸.
۳. عالم، عبدالرحمن، تاریخ فلسفه سیاسی غرب (از آغاز تا پایان سده‌های میانه)، چاپ نهم، مرکز چاپ و انتشارات وزارت خارجه، تهران، ۱۳۸۴.
۴. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، چاپ سی و هفتم، میزان، تهران، ۱۳۹۱.
۵. عمید زنجانی، عباسعلی، موسی زاده، ابراهیم، بایسته‌های فقه سیاسی، چ اول، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۸.
۶. کلانتری، علی‌اکبر، حکم ثانوی در تشریع اسلامی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸.
۷. محقق داماد یزدی، سید مصطفی، قواعد فقه، ج اول و دوم، چ دوازدهم، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۴۰۶ ه.ق.
۸. مرعشی شوشتری، سید محمدحسین، دیدگاه‌های نو در حقوق، چ دوم، چ دوم، نشر میزان، تهران، ۱۴۲۷ ه.ق.



ب) مقالات

۹. پیلوار، رحیم، «ضرورت دفاع از اموال خصوصی در برابر اخذ آن‌ها از سوی دولت برای نفع عمومی (همراه با مطالعه تطبیقی)»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۵، شماره ۱، ۱۳۹۳.
۱۰. حق پناه، رضا، «حکم اولی و ثانوی در قرآن معیار و نمونه‌ها»، *آموزه‌های فقه مدنی*، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۴، پاییز-زمستان، ۱۳۹۰.
۱۱. راسخ، محمد، کمیتکی، مهناز بیات، «مفهوم مصلحت عمومی»، *تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۶، ۱۳۹۰.
۱۲. علمداری، جهانگیر، «رابطه مصلحت و آزادی فردی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۴۴، ۱۳۷۸.
۱۳. طالقانی، سید محمود، نامه فروغ علم مهر و آبان و آذر ۱۳۲۹، شماره ۷ و ۸ و ۹، ص ۳۴. مندرج در: <http://ensani.ir/fa/article/download/262694>
۱۴. مومنی، عابدین، رستمی نجف‌آبادی، حامد، *نقش مصلحت در اجرای مجازات‌های حدی*، فقه مقارن، شماره ۵، ۱۳۹۴.
۱۵. یزدی، محمد، «وجوهات و مالیات»، *نور علم*، شماره ۹، ۱۳۶۴.

۲-۵. منابع عربی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم، *کفایه الاصول*، ج اول، موسسه آن آل‌البیت لاحیاء التراث، بی‌تا.
۲. حسینی روحانی قمی، سید صادق، *المسائل المستحدثه*، در یک جلد.
۳. حسینی تهرانی، سید محمدحسین، *من فقه الزهراء*، ج دوم، چ اول، قم، ۱۴۲۸ ه.ق.
۴. حلّی، حسین بن یوسف، *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، ج سوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۳ ه.ق.
۵. صدر، سید محمدباقر، *دروس فی علم الاصول*، ترجمه محسن غرویانی، ج اول، چ اول، دارالفکر، قم، ۱۳۹۵.

۶. کشفی دارابی، سید جعفر، تحفة الملوك، ج دوم، چاپ سنگی، بی تا.
۷. فیرحی، داود، آستانه‌ی تجدد در «شرح تنبیه‌الامه و تنزیه‌المله» محمدحسین نائینی، چ سوم، نشر نی، تهران، ۱۳۹۷.
۸. محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج - سوم، چ دوم، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۸ ه.ق.
۹. مشکینی اردبیلی، علی، اصطلاحات الاصول، چ پنجم، قم، الهادی، ۱۳۷۱.
۱۰. منصوریان، ناصر علی، شیبانی، عادل، «مفهوم منفعت عمومی و جایگاه آن در قانونگذاری ایران»، دو فصلنامه‌ی دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۵ و ۷۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۵.
۱۱. موسوی خمینی، سید روح‌الله، البیع، ج دوم، چ اول، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ۱۴۲۱ ه.ق.
۱۲. موسوی خمینی، سید روح‌الله، الرسائل، ج دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۵ ه.ق.
۱۳. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، کتاب القضاء، چ اول، چ اول، دارالقرآن الکریم، قم، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۴. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج سی و هفتم، چ هفتم، دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۴ ه.ق.
۱۵. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، در یک جلد، چ اول، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۷ ه.

۳-۵. منابع لاتین

A) Books

1. Barker, D.L.A, Padfield, G., *law made simple*, twelfth edition, Elsevier, 2007.
2. Bradley, A W, Ewing, K D, *CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW*, Fourteenth edition, Pearson Education Limited, 2007.



3. Calhoun, Craig, *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, MA: The MIT Press. 1992.
4. Clarke, Alison, Kohler, Paul, *Property Law Commentary and Materials*, Cambridge University Press, New York, 2005.
5. Cohen, Jean L. and Andrew Arato, *Civil Society and Political Theory*, Cambridge, MA: MIT Press. 1992.
6. Dewey, John, *The Public and Its Problems*, Athens, OH: Ohio University Press, 1927.
7. Douglas, Simon, McFarlane, Ben, *Defining Property Rights, Philosophical Foundations of Property Law*, Edited by James Penner and Henry E. Smith, First Edition, Oxford University Press, 2013.
8. Epstein, Richard A., *Supreme Neglect: how to revive constitutional protection for private property*, New York, Oxford University Press, 2008.
9. Held, Virginia, *The Public Interest and Individual Interests*, New York: Basic Books, 1970.
10. Flathman, Richard E., *The Public Interest: An Essay Concerning the Normative Discourse of Politics*, New York: John Wiley & Sons Inc, 1966.
11. Huffman, James L., *Private property and the constitution: state powers, public rights, and economic liberties*, Palgrave Macmillan. New York, 2013.
12. Honore, A. M., 'Ownership', *Making Laws Bind : Essays Legal and Philosophical*, Oxford: Clarendon Press, 1987.
13. DICEY, A. V., *INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION (WITH INTRODUCTION BY E. C. S. WADE)*, MACMILLAN PRESS LTD, London and Basingstoke, 1979.
14. Marx, Karl & Friedrich Engels, 'From The German Ideology: Chapter One, "Feuerbach"', in Joseph O'Malley (ed.), Terrell Carver and Daniel Blank (tran.), 'German Ideology' Manuscripts: Presentation and Analysis of the 'Feuerbach Chapter', New York, Palgrave, 2014.
15. Morris, Christopher, «State Legitimacy and Social Order», *Springer Science+Business Media B.V.*, 2008.

16. Oppenheim, Felix E., *Political Concepts: A Reconstruction*, Chicago, IL: University of Chicago Press. 1981.
17. Pojman, Louis P., Fieser, James, *Ethics: Discovering right and wrong*, Belmont, CA: Wadsworth, 2009.
18. Waldron, Jeremy, *Property Law*, A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory Edited by Dennis Patterson, Second edition, Wiley-Blackwell Publishing Ltd, 2010.

B) Articles

19. BOOT, ERIC R., «THE FEASIBILITY OF A PUBLIC INTEREST DEFENSE FOR WHISTLEBLOWING», *Law and Philosophy*, 39, 2020.
20. Callies, David L., Breemer, J. David, «The Right to Exclude Others from Private Property: A Fundamental Constitutional Right», *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 3, 2000.
21. Costa, Pietro, Zolo, Danilo, «The Rule of Law History, Theory and Criticism», *Law and Philosophy Library*, Springer, Vol. 80, 2007.
22. Getzler, Joshua, «Theories of Property and Economic Development.» *The Journal of Interdisciplinary History*, Vol. 26, No. 4, 1996. <https://doi.org/10.2307/205045>.
23. Posner, Richard A., «What Has Pragmatism to Offer Law? », *Southern California Law Review*, Vol. 63, 1990.
24. Tamanaha, Brian Z., «The History and Elements of the Rule of Law», *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012.
25. Waldron, Jeremy, «Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)? », *Law and Philosophy*, vol. 21, No.2, 2002.
26. Waldron, Jeremy, «The Concept and the Rule of Law», *GEORGIA LAW REVIEW*, vol. 43, No.1, 2008.

The Basis of Expropriation in Imamiyeh Jurisprudence, Iranian and British Law; With Emphasis on Judicial Precedent

Amir Hussain Alizadeh¹, Mohammad Bagher Parsapour^{2*}

1. Ph. D. Student in Private Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

2. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Receive: 04/02/2021

Accept: 10/07/2022

Abstract

The protection of ownership is rooted in the foundations of the legal system, and its foundations are completely dependent on the ruling view of the ownership theory. At the same time, in any legal system, the individuals' ownership may be invaded due to public needs. The problem is, what are the foundations of ownership protection? With what justification and basis can such protection be violated and denied? In Iran's jurisprudence, the protection of ownership is based on jurisprudential rules such as "Domination" and "Prohibition of the Detriment" or as a fundamental right. Expropriation was also justified in two western-jurisprudential schools of thought. On the one hand, the theories of public interest and necessity, which have a jurisprudential background, were raised, and on the other hand, the theory of public interest entered the legal discourse. In English law, the protection of ownership as a fundamental right is done through the rule of law and the principle of parliamentary sovereignty and the compliance of all actions with the law, and judicial supervision is its guarantee. Expropriation is also permissible if there is public interest, but the attitude towards public interest has different interpretations due to conceptual ambiguity. Nevertheless, the authors believe that the basis of expropriation is rooted in the legitimacy of the state. Such legitimacy at a minimal level is associated

* Corresponding author's E-mail: parsapour@modares.ac.ir

with the right to life of the government, so that expropriation is one of the basic tools of the government to continue its existence and provide public service. At the same time, the maximum level of legitimacy is rooted in the legitimacy of the political system from the people's point of view. From this point of view, in Iran, the divine-popular basis of sovereignty, which is the birth of the constitution, considers the basis of expropriation to be granted to the government through the people.

Keywords: Ownership, Public Interest, Necessity, Legitimacy, Expropriation.