



سلب مالکیت توسط دولت و نهادهای وابسته به آن در پرتو دیدگاه‌های فقهی نوین

حسین رنجبر^۱
حسین رجبی^{۲*}

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۰۴/۱۳ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۲/۰۹/۲۹

چکیده

موضوعی که در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته، سلب مالکیت توسط دولت و نهادهای وابسته به آن در پرتو دیدگاه‌های فقهی نوین می‌باشد. از این رو ابتدا به تحلیل در مورد کلیات راجع به شهرداری و تملکات آن پرداخته ایم و پس از آن موضوع را به لحاظ فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار داده‌ایم. لازم به ذکر است که موارد سلب مالکیت در قوانین و مقررات موضوعه ایران مواد ۶ و ۹ و ۲۲ قانون زمین شهری و موارد تحدید مالکیت از جمله مواردی همچون تراکم ساختمانی، پروانه ساخت می‌باشد که با اصول ۴۶ و ۴۷ قانون اساسی در تعارض است؛ به نظر می‌رسد از لحاظ فقهی مبانی مانند لاضرر، مصلحت و مواردی نظیر آن شهرداری را مجاز به تملک می‌کند و از سوی دیگر همین مبانی مانعی برای تملک این نهاد است. از سوی دیگر برخی از مبانی در حقوق کشورهای غربی و از جمله فرانسه مطرح شده‌اند و در حقوق داخلی وارد شده و آن را به کار گرفته‌ایم. این مبانی که در مهمترین وجه آن عبارت از خدمت عمومی و قدرت عمومی و نفع عمومی‌اند در جای خود تحلیل شده‌اند.

واژگان کلیدی: شهرداری، تملک، ولی فقیه، حکومت اسلامی، خدمات عمومی.

مقدمه

^۱ دانشجوی دکتری فقه مقارن و حقوق اسلامی، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران. ranjbar128@chmail.ir

^۲ استادیار گروه فقه مقارن و حقوق، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران (نویسنده مسئول). rajabimajid65@yahoo.com

تملك اراضی در نظام حقوقی ایران توسط شهرداری در مواردی سؤالاتی را از جهت فقهی و حقوقی به ذهن متبادر می‌سازد که پاسخ بدان می‌تواند توجیه این اعمال را نیز مشخص و برجسته سازد. در نظام حقوقی ایران پرسش آن است که بر چه مبنایی شهرداری مجاز به تملك اراضی اشخاص می‌باشد. این نهاد به چه مجوزی اقدام به این عمل می‌کند و به لحاظ ماهیتی و مبنایی ریشه این اقتدار و قدرت در چیست؟ بسیاری از دستگاه‌های دولتی از قدرت عمومی استفاده می‌کنند که یکی از بارزترین جلوه‌های تملك اراضی مردم می‌باشد. حتی با وجود جبران خسارت و با وجود ریشه‌های قانونی هنوز این پرسش مطرح می‌شود که ریشه این اقتدار در چیست؟

در حکومت‌های مردم سالار مردم با تفویض اختیار خود به بخش دولتی به موجب قرارداد اجتماعی از پاره‌ای از حقوق خود صرف نظر می‌کنند. اما در حکومت‌های الهی و مردمی ریشه این اقتدار را علاوه بر رأی و پذیرش مردم باید در نهاد دیگری به نام ولایت فقیه جستجو کرد. در واقع مبنای قانونی تملکات شهرداری پاره‌ای از قوانین عام و خاص می‌باشد که به شرح آن خواهیم پرداخت. در مورد مبنای اجتماعی نیز تأمین مصلحت مردم و منافع عمومی از جمله نظریاتی است که توسط حقوق دانان حقوق اداری ابراز شده است. اما در مورد مبنای فقهی که ریشه در نظریه ولایت فقیه که خود ادامه حکومت پیامبر است و به قولی مبنای حکومت الهی است، باید به این مهم پرداخت که اعمال این قدرت در زمینه تملکات و تصرفات چگونه به شهرداری منتقل شده است. سیر تاریخی و فقهی قضیه را به طور مفصل در این مقاله توضیح خواهیم داد.

۱. مالکیت و حق ارتفاق نسبت به ملک غیر در نظام حقوقی اسلام

۱-۱. تعریف مالکیت

مالکیت در لغت مصدر ساختگی به معنای مالک بودن و دارندگی است. (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ۱۶۲۸) اگرچه مالکیت در لغت دارای معانی متفاوتی است لیکن تعریف فقهی و حقوقی مالکیت یعنی، احتوا و در بر گرفتن و استیلای بر چیزی از میان مفاهیم لغوی در نظر گرفته شده برای مالکیت مناسب به نظر می‌رسد. از دیدگاه فقه تعابیر مختلفی از مالکیت ارائه شده است، من جمله بودن شیء به طوری که بتوان هم از خود آن و هم از عوضش بهره‌مند شد، نسبت میان مالک و مملوک، سلطنت مالک بر مملوک یا علقه خاصی که منشأ سلطنت مذکور می‌باشد است. اختصاص شیء به شیء، اعتبار احاطه مالک بر مملوک و یا اعتبار سلطنت مالک بر مملوک. اختصاص شیء به شیء خاص به سبب استعمال و تصرف و یا ناشی از اسباب اختیاری نظیر عقود یا غیر اختیاری مثل ارث. (گرگی، ۱۳۷۵، ۳۰۳)

در قانون مدنی ایران هیچ تعریفی از مالکیت نشده است، اما فصل اول باب دوم کتاب اول قانون مدنی به مالکیت اختصاص دارد و از مواد مربوطه به آن چنین استنباط می‌شود که «مالکیت عبارت از هر گونه رابطه میان شخص و اموال است»، (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ۱۶۵۸) چنانکه ماده ۲۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«ممکن است اشخاص نسبت به اموال علاقه‌های ذیل را دارا باشند:

یکی از حقوقدانان مالکیت را چنین تعریف کرده است: «مالکیت حقی است که متعلق آن مال است خواه آن مال عین باشد خواه دین، خواه منفعت، خواه انتفاع و خواه حق» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ۲۲۶)

در تعبیر دیگر ارائه شده توسط حقوق دانان از مالکیت آمده است:

«مالکیت رابطه ای است بین شخص و شیء مادی تصور شده و قانون نیز آن را معتبر شناخته و به مالک حقوقی می‌دهد که انتفاعات ممکنه را از آن ببرد و کسی نتواند از او جلوگیری کند. « (امامی، ۱۳۸۰، ۴۲)

آقای ناصر کاتوزیان در تعریف مالکیت آورده است:

«حقی دائمی است که به موجب آن شخص می‌تواند در حدود قوانین تصرف در مالی را به خود اختصاص دهد و از تمام منافع آن استفاده کند. « (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۱۰۹)

در یکی دیگر از تعاریف آمده است:

«مالکیت عنوانی است اعتباری که مبین نسبت و رابطه اشیا با افراد انسانی است، و جامع مجموعه روابط و مناسباتی است که استیلاء و تسلط انسان‌ها بر اشیاء را نشان می‌دهد. اعتبار احاطه مالک بر مملوک و نظیر اینها که بر حسب ظاهر منشأ این اختلاف در تعبیر است و اختلاف ماهوی نیست، مقصود همه یک چیز است، و آن همان سلطنت مالک بر مملوک. « (محقق داماد، ۱۳۷۰، ۲۹)

شیخ انصاری مالکیت را از همین دیدگاه مورد توجه قرار داده است. به نظر وی «مالکیت رابطه ای اعتباری است که بین شخص با شیء برقرار می‌شود. « البته لازم به یادآوری است که شیخ انصاری این رابطه را فقط از یک سو و آن هم در مورد مالکیت اعتباری می‌داند و آن هم بدین دلیل است که حقوق مالی را نیز به جای مال قابل تملک می‌داند. (انصاری، ۱۳۷۴، ۱۳۶) به هر روی این تلقی از رابطه مالکیت گامی مهم در ارتقای مفهوم مالکیت در فقه اسلامی محسوب می‌شود. در نتیجه این تحول بود که در دوره‌های بعد مالکیت، به سلطنت اعتباری کسی که مالک است بر چیزی یا همان مملوک تعبیر شد. (گرگی، ۱۳۷۵، ۳۱۱)

صرف نظر از تفاوت و اختلافی که در تعبیر فقها و حقوق دانان در تعریف مالکیت دیده می‌شود، بایست اذعان کرد که این اختلاف، اختلاف ماهوی نبوده و مضمون و محتوای تمام تعاریف یک چیز است و آن احاطه و سلطه مالک بر مملوک است. (آسوده، ۱۳۸۰، ۱۳)

با توجه به مباحث گفته شده به نظر می‌رسد به جای تعریف از مفهوم حقوقی مالکیت، به ذکر عناصر آن بپردازیم تا امکان درج تعریف‌های مختلف با توجه به این عناصر ممکن و میسر باشد. عنصر اول در دنیای امروز آن است که مالکیت به حکم قانون و به صورت قهری انجام می‌گیرد. تملک می‌تواند دارای اشکال گوناگون بوده و ناظر به اموال منقول و حتی غیرمنقول باشد. هدف تملک الزاماً شخصی نیست و نمی‌تواند شخصی باشد. مثل مالکیتی که توسط نهادهای عمومی نظیر شهرداری انجام می‌شود.

بر اساس قاعده تسلیط، اختیار کامل مالک در انتفاع و تصرف در اموال خود تأیید شده است. مالکیت در فقه و حقوق مدنی ما به معنی رابطه حقوقی بین انسان و مال است. به موجب این رابطه، مالک سلطه و اختیار مطلق و کامل بر مال خود دارد و این مالکیت مانع تصرف دیگران است. فقیهان و اصولیین در مورد ماهیت مالکیت بحث‌های مفصلی دارند، گذشته از مباحث مربوط به اعتباری یا انتزاعی بودن مالکیت و تحلیل مفهوم آن، مطلبی که از نظر فقهی بسیار حائز اهمیت بوده، مبنای شرعی مالکیت است.

آیا مالکیت از احکام وضعی است یا تکلیفی؟ آیا مالکیت خود یک حکم شرعی به وضع و جعل شارع است یا باید از حکم شرعی دیگری آن را انتزاع و استخراج کرد؟ آیا مالکیت حق عینی مطلق است یا حق شرعی مقید؟ پاسخ به همه این پرسش‌ها البته در این مجال کوتاه ممکن و میسر نیست. از این رو نگارنده پس از توضیح مختصری در باب مالکیت به بیان مهمترین موارد در این خصوص می‌پردازد.

مالکیت به عنوان یکی از مهمترین نهادهای حقوقی از دیرباز تأثیری شگرف بر تحول نظام‌ها و فرهنگ‌های حقوقی داشته است. در فقه شیعه بسیاری از قواعد فقهی ضامن این نهاد هستند و در حقوق غرب نیز این حمایت از دوره حقوق روم وجود داشته است. نگرشی بر تطور مالکیت در این دو نظام حقوقی مبین آن است که مبنای این نهاد در دو نظام کاملاً متفاوت شکل گرفته است و تمایز مذکور بر بسیاری از سازوکارهای حمایتی تأثیر گذاشته است. (ویژه، ۱۳۸۸، ۲۰۵)

۱-۲. مالکیت در نظام حقوقی اسلام

بر اساس تعالیم اسلامی، مالک اصلی و حقیقی هستی خداوند است:

وَ لِلّٰهِ مَا فِی السَّمَاوَاتِ وَ مَا فِی الْأَرْضِ وَ إِلَى اللَّهِ تُرْجَعُ الْأُمُورُ (آل عمران، ۱۰۹)

هر چه در آسمان‌ها و هر چه در زمین است همه ملک خداست و بازگشت همه موجودات به سوی اوست.

از این رو تمامی مالکیت‌ها در مورد غیر خدا، اعتباری است و صحت آن به تأیید الهی بستگی دارد. از سوی دیگر، خداوند نیز هدف غایی از خلقت آسمان‌ها و زمین را انسان و تعالی و رشد او دانسته است:

هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا. (بقره، ۲۹)

اوست که همه آنچه در زمین است برای شما خلق کرد. از این رو تصرف در طبیعت و بهره‌برداری از آن برای استمرار حیات انسانی، حقی خدادادی است. به همین ترتیب آدمی موظف به استیفای این حق برای تعالی و وصول به مدارج عالی انسانی است و در بهره‌برداری از آن نیز محدودیت‌هایی دارد.

از نظر تعالیم اسلام شکل طبیعی مالکیت، به مالکیت خصوصی منحصر نیست، بلکه به طور موازی مالکیت خصوصی و مالکیت عمومی نیز شناسایی شده است. شهید صدر در این باره چنین می‌نگارد:

«اما در جامعه اسلامی، ویژگی بنیادی هیچ کدام از جوامع سرمایه داری و سوسیالیستی، صدق نمی‌کند، چون مذهب اسلام با سرمایه داری در این زمینه که مالکیت خصوصی مبدأ همه مالکیت هاست، اتفاق نظر ندارد. همچنین با سوسیالیسم در اینکه مالکیت مشترک و همگانی را بنیان همه چیز قرار می‌دهد، موافق نیست. بلکه اسلام صورت‌های مختلفی از مالکیت را در زمان واحد به رسمیت شناخته و مقرر داشته است و بدین ترتیب نوعی مالکیت دوگانه را وضع کرده است، به جای اینکه گونه واحدی از آن را به رسمیت بشناسد.» (میرموسوی و حقیقت، ۱۳۸۹، ۳۰۳)

۲- اوصاف مالکیت

چنانکه گفته شد مالکیت عبارت از حقی است که شخص نسبت به ملک خود دارد و می‌تواند هر گونه تصرفی در آن نموده و هر نوع انتفاعی از آن ببرد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد. بنابر ماده ۳۰ قانون مدنی: هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

این قاعده که در فقه و حقوق ایران تسلیط نامیده می‌شود بدین معناست که در بین علقه‌ها و روابطی که اشخاص ممکن است نسبت به اموال داشته باشند فرد اجلای آن مالکیت است که شامل تمام ذرات، اجزاء عناصر، نمائات، متعلقات، نتاج، ثمرات، محصولات، امتیازات، اعیان، منافع،

توابع و لواحق مال می‌شود و تنها ممکن است دچار محدودیت‌های قانونی یا قراردادی شود. در نتیجه می‌توان گفت مالکیت حقی عام، مطلق، انحصاری و مستمر است که شخص می‌تواند نسبت به اموال خود داشته باشد و به صاحب آن اجازه می‌دهد که از تمامی اجزاء و ذرات و عناصر و امتیازات مال استفاده نموده و مانع از تصرفات و دخالت‌های دیگران شود. در ذیل به شرح مفصل این موضوع خواهیم پرداخت. (ویژه، ۱۳۸۸، ۲۰۰۸ و ۲۰۰۹)

در خصوص ماهیت مالکیت، مناقشه‌های بسیاری بین فقیهان و اصولیین وجود دارد. در واقع پرسش آن است که آیا مالکیت یک حکم وضعی مستقل است یا خیر؟ احکام شرعی‌ه اگر بلاواسطه و مستقیم به فعل یا ترک فعل مکلف تعلق داشته باشند، مانند وجوب و حرمت، احکام تکلیفی و در غیر این صورت احکام وضعی نامیده می‌شوند. مانند شرطیت، سببیت، مانعیت و ملکیت. بنابراین شکی نیست که مالکیت از احکام وضعیه است. اما در این مطلب که آیا از احکام اصیل شرعی‌ه انتزاع می‌شود یا خود حکم وضعی مجعول مستقل است اختلاف وجود دارد.

«قدما مالکیت را به اصطلاح فلسفی بر مقوله جده منطبق می‌دانستند، یعنی معتقد بودند شخص نسبت به مال تحت تملک خود یک حالت دارایی و واجدیت دارد. برخی مانند شهید اول در قواعد، آن را از امور انتزاعی دانسته‌اند. برخی نیز مانند محقق خراسانی مالکیت را از احکام وضعیه و هم متنزع از احکام تکلیفی‌ه می‌دانند.» (خامنه‌ای، ۱۳۷۰، ۲۹) عده‌ای از علمای متأخر اظهار داشته‌اند که مالکیت از مقوله اضافه است یعنی مالکیت رابطه‌ای بین مالک و مملوک است که به نوعی آنان را به یکدیگر ربط می‌دهد. (عبده بروجردی، ۱۳۸۳، ۶۵)

به نظر می‌رسد که مالکیت هر چند از نظر رابطه مالک و مملوک و مبانی تملک، حکم وضعی است ولی بسیاری از احکام تکلیفی موجب و سبب برای احترام به مالکیت وضع می‌شوند. مانند حرمت غصب و سرقت و اتلاف و وجوب رد امانت به مالک، بنابراین احترام به مالکیت، هم از مجعولات مستقل وضعی ناشی می‌شود و هم از احکام تکلیفی انتزاع می‌شود. (عبده بروجردی، ۱۳۸۳، ۶۵)

۱-۲. جامع بودن

ملکیت حق جامع است و مالک نسبت به مملوک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد. این عنصر به جامعیت در گستره حق اشاره دارد و شامل استعمال، استغلال و تصرف می‌شود. اگر اندیشه مالکیت پدرسالار، به سختی استثناء در تصرف مالک را می‌پذیرفت، اما امروزه در حقوق و به

خصوص حقوق اسلامی، تصرفات مالک دارای قیود اخلاقی و حقوقی است. برخی از این قیود چنان که دکتر کاتوزیان می‌فرماید:

«به دشواری می‌توان از اطلاق حق مالکیت سخن گفت بلکه واقع بینی ایجاب می‌کند که به جای اطلاق حق، از قید قانون در ماهیت آن یاد کرد و گفت: حقی است که به مالک اختیار انتفاع و تصرف را در حدود قانون می‌دهد.» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۱۰۴)

«در این سخن که امروزه قیودی بر حدود تصرفات مالک وارد است، جای تردید نیست، ولی به لحاظ قانونگذاری نمی‌توان قید در حدود قانون را در بیان اختیار انتفاع و تصرف آورد، زیرا قانونگذار ابتدا قاعده کلی را آورده است و سپس با عبارت «مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد به صورت استثنای متصل، حدود اختیارات مالک را مضیق می‌کند. وجود بیان عام و مطلق یک حکم، به لحاظ حقوقی دارای آثاری است که نمی‌توان از آن چشم پوشی کرد. یک اثر مهم این است که حدود اختیارات مالک عمومیت داشته، استثناء نیاز به دلیل دارد، لذا اگر کسی مدعی شود در ملک مالک بر اساس قانون دارای حقی است، باید آن را اثبات کند، حال آنکه اگر قید در حدود قانون را در ماهیت ذکر کنیم، مالک باید حدود اختیارات خود را به اثبات رساند و این امر بر خلاف نظم حاکم بر امور اجتماعی است.» (حکمت نیا، ۱۳۸۷، ۱۴۱)

۲-۲- دائمی و با ثبات بودن

«حق مالکیت، حقی دائمی است، وقتی گفته می‌شود که مالکیت حقی دائمی است، مراد ما از این قضیه آن است که آن حقی دائمی نسبت به شیء مملوک است، نه نسبت به شخص مالک، با این توضیح که مالکیت زمانی که مملوک بر جا می‌باشد، همواره باقی می‌ماند و جز با از بین رفتن آن از بین نمی‌رود، اما شخص مالک همواره ممکن است یک شخص باقی نماند و چه بسیار اتفاق می‌افتد که مالکیت از کسی به دیگری منتقل می‌شود و شخص مالک تغییر می‌کند و حتی گاهی اشخاص حقوقی در مالکیت چیزی جایگزین اشخاص حقیقی می‌شوند، اما اگر شخص حقیقی باشد، مالکیت لاجرم باید پس از وقتی معلوم و محدود که متجاوز از عمر وی نیست به دیگری منتقل شود و اگر شخص حقیقی بمیرد، مالکیت به وراث او یا موصی له او منتقل می‌شود. تغییر مالکیت به هیچ وجه به معنای عدم دوام مالکیت نیست و حتی در فرضی هم که مالک تغییر می‌کند ملکیت همواره بر جای می‌ماند و انتقال مالکیت به معنای زوال مالکیت نیست.» (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ۱۶۶۵)

«ملکیت در ذات خود غیر موقت است و بر خلاف دیگر حقوق عینی که همگی باید ناگزیر موقت یا مانند حق ارتفاق امکان موقت بودن آنها وجود داشته باشد، غیر موقت است. چنین حقی با عدم استعمال زایل نمی‌شود و این حق بر خلاف دیگر حقوق دارای چنین ویژگی است. همچنین مالکیت نباید مقرر به اجل باشد، بنابراین دیدگاه، اگر بپذیریم که مالکیت حقی دائمی است و تا زمانی که مملوک باقی است، مالکیت نیز بر جای است، نتیجه منطقی آن خواهد بود که مالکیت نباید مقرر به اجل باشد.» (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ۱۶۶۵)

۳-۲. مطلق بودن

مطلق بودن مالکیت از مفاهیم حقوق روم است. فقیهان هر چند در خلال مباحث خود به آن استناد کرده‌اند، ولی بحث مستقلی نداشته‌اند، ولی صاحب‌نظران اسلامی وارد بحث شده‌اند. بنابراین در خصوص اینکه مالکیت مطلق است یا نسبی، عده‌ای از حقوقدانان معتقدند در فقه اسلامی بر اساس قاعده تسلیط، مالکیت آثاری هم سنگ مطلق بودن مالکیت در حقوق روم دارد و به مالک حق می‌دهد که همه گونه تصرف را در ملک خود بنماید. حق مالکیت بر این مبنا به مالک اجازه می‌دهد اثباتاً هر تصرفی را در ملک خود بنماید و نفیاً دیگران را از هر گونه تصرفی منع نماید.

منظور از مطلق بودن ملکیت که صفتی کیفی می‌باشد، آن است که مالک می‌تواند در مایملک خود هر گونه که بخواهد تصرف کند و در حقیقت این صفت، بیانگر گونه‌های اعمال عناصر سه گانه مالکیت، یعنی استعمال، حق استثمار و حق تصرف می‌باشد.

این صفت را می‌توان از ماده ۳۰ قانون مدنی نیز استنباط کرد. این ماده مقرر می‌دارد: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.»

قانونگذار از عبارت همه گونه استفاده کرده است که بیانگر صفت کیفی است. با توجه به تأکید روز افزون بر مصالح اجتماعی، این صفت رفته رفته اهمیت خود را از دست می‌دهد، و در قوانین جدید بسیاری از کشورها این صفت حذف شده است.

در مجموع از آیات و سنت این اصل مسلم را می‌توان استنباط نمود که مالکیت نسبی و محدود می‌باشد زیرا معنای مالکیت اختیار و قدرت تصرف است و قدرت و اختیار انسانی محدود است و انسان نمی‌تواند خود را مالک مطلق و متصرف تام الاختیار بداند.

البته باید نظر مخالف را نیز مطرح کرد. وفق این نظر برخی معتقدند که در اسلام مالکیت مطلق نیست و هیچگاه سخن از اطلاق حق مالکیت نیست. اخلاق مذهبی ثروت را امانت خداوند

نزد انسان می‌داند و قاعده لاضرر بر اصل تسلیط حکومت دارد. دلیل عمده این عقیده محدودیت‌های حق مالکیت مانند لاضرر و حرمت اسراف در تبذیر و وجوب مصرف آن در راه‌های نیک و خیرات است. با توجه به محدودیت‌های مالکیت، مطلق بودن آن به لحاظ تخصیص اکثر از ظهور افتاده است و دیگر اطلاق سابق را ندارد و بر همین اساس گفته شده است که مالکیت حقی است دائمی که به موجب آن شخصی می‌تواند در حدود قوانین تصرف در مالی را به خود اختصاص دهد.

۴-۲. مانع بودن

مقصود از مانع بودن آن است که مالکیت حق انحصاری مالک می‌باشد و دیگران نمی‌توانند به آن حق تعدی کنند، لذا ماده ۳۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد مگر به حکم قانون.»

این صفت مقتضای جنبه منفی اصل تسلیط است، زیرا در صورتی مالک می‌تواند بر مالکیت خود سلطه کامل داشته باشد که دیگران نتوانند خدشه‌ای بر سلطه وی وارد آورند. گرچه این صفت به مالکیت اختصاصی ندارد و هر حقی منحصر به صاحب حق است و دیگران از تعدی به آن ممنوع اند، ولی آوردن این صفت برای مالکیت بدان جهت است که این صفت در مالکیت بیش از سایر حقوق بروز و تجلی دارد. (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ۱۶۶۵)

۳. تاثیر تغییر بنیان‌های قدرت بر تملکات شهرداری

پیروزی انقلاب اسلامی ایران در ۲۲ بهمن ماه ۱۳۵۷ با تکیه بر سه اصل ارزشهای اسلامی، قیام مردمی و رهبری مرجع تقلید مسلمانان شیعه شکل گرفت و نیز تأسیس نظام جمهوری اسلامی بر پایه همین سه رکن بحث‌های متعددی را در عرصه اندیشه و نظر، به ویژه در زمینه تقسیم بندی حکومت‌ها و نظام‌های سیاسی دنیا به وجود آورد.

از یک طرف با توجه به اینکه در غرب حکومت‌های مردم سالار را جانشین حکومت‌های تئوکراتیک می‌دیدند و از نظر اندیشمندان غربی جمع میان این دو یعنی تئوکراسی و دموکراسی امری غیر ممکن به نظر می‌رسید و از طرف دیگر با ملاحظه نقش غیر قابل اغماض و همزمان مذهب و مردم در سقوط رژیم اتوکرات پهلوی و تأسیس و استمرار نظام جمهوری اسلامی، صاحب نظران دچار نوعی تناقض‌گویی و تضاد شدند و نهایتاً این پدیده را ناپایدار دانسته پیش بینی

می‌کردند که سرانجام یکی بر دیگری غلبه خواهد کرد به نحوی که حذف مردم از صحنه موجب ایجاد نظامی خودکامه بر پایه مذهب خواهد شد.

جمهوری اسلامی مشتمل بر دو مقوله است. جمهوریت و اسلامیت. بحثی که به مقوله حاضر مرتبط است اسلامیت نظام است که بررسی ماهیت آن به بحث تملکات شهرداری نیز مربوط می‌شود. در واقع پرسش آن است که ماهیت اسلامیت نظام چه تأثیری در حکومت داری و در نهایت بحث آخر یعنی شهرداری و تملکات آن دارد. به طور خلاصه می‌توان گفت در دولت‌های لاییک یا دولت‌های اسلامی که به سمت لایسیسته پیش رفته‌اند قدرت عمومی دولت که البته ریشه در رأی و نظر مردم دارد مبنای تصمیم‌گیری نهادهای عمومی از جمله شهرداری‌ها تلقی می‌شود. (گرچی، ۱۳۹۰، ۱۴۳ به بعد)

اما پرسش آن است که آیا به واقع در دولت‌های غربی مینا و اساس اقتدار عمومی که در دست دولت نهاده شده است رأی و نظر مردم است؟ این موضوع یک بحث مبنایی را مطرح می‌سازد و آن اینکه در صورتی که قاعده‌ای مخالف رأی و نظر اکثریت مردم باشد در همان مراحل ابتدایی یا تقنینی نمی‌تواند جامه قانون بر تن کند. در صورتی که مثلاً نظر اکثریت مردم در خصوص شهرداری این باشد که محق در تملک نیست، قدرت عمومی این نهاد با چالش روبروست و نمی‌توان آن را محق در تملک دانست. به نظر می‌رسد با وجود نظراتی که در این باب ارائه شده است، نمی‌توان به طور کلی ریشه و مبنای تصمیم‌سازی نهادهای اعمال‌کننده قدرت عمومی مثل شهرداری را صرفاً در رأی و نظر مردم جستجو کرد. در این صورت در بسیاری از موارد رأی و نظر مردم احتمال زیاد به دلیل مغایرت با نفع خصوصی آنها در تعارض با تصمیم شهرداری که رعایت نفع عموم را مقدم بر نفع خصوصی می‌داند مقدم خواهد شد.

به نظر می‌رسد مبنایی که در نظام حقوقی اسلام و در حکومت جمهوری اسلامی برای زیربنای قدرت عمومی و از جمله استفاده از اختیار و اقتدار دولت و دستگاه‌های مربوط به آن در بحث تملک پیش بینی شده است منطقی تر و قابل قبول تر از مبنایی است که در حقوق غرب برای این مسئله وجود دارد و صرفاً اختیار یک دستگاه دولتی را در رأی و نظر مردم جستجو می‌کند. در فقه اسلامی داشتن قدرت عمومی و مبنای تملک را فقها و حقوقدانان در شکل به اصطلاح تئوکراتیک حکومت‌ها جستجو می‌کنند. این مینا از نظر تمامی فقهاء اسلامی در طول زمان ثابت بوده و تئوری ای نیست که تغییرات بنیادین در آن صورت پذیرد.

تا بدین جا دانستیم که قدرت موجود در نظریه ولایت فقیه، مبنای اصلی تملکات شهرداری است. اما در این زمینه پرسش بنیادین و مهم دیگری مطرح می‌شود و آن اینکه وجود تئوری ولایت

فقیه، چگونه قابلیت توجیه و مشروع سازی و به تبع آن قدرت الزام آوری دارد. شرح موضوع بدون طرح نظریه ولایت فقیه و توجیه مبانی راجع به آن، هر چند به صورت مختصر ممکن نخواهد بود. بنابراین ابتدا به طرح نظریه ولایت فقیه خواهیم پرداخت.

اندیشه سیاسی شیعه در موضوع رهبری سیاسی با عناوین گوناگون در علوم مختلف اسلامی مطرح شده است. در سه علم عرفان، کلام و فقه از رهبری جامعه با عنوان «ولایت» بحث شده است و در علوم دیگر عناوین دیگری برای آن ذکر کرده اند. در علم عرفان ولایت را به سه قسم الهیه، بشریه و ملکیه تقسیم کرده اند. مراد از ولایت عرفانی به شکل مطلق همان ولایت بشریه خاصه است. در این میان ولایت مطلقه رفیع ترین مرتبه ولایت بشری است و از فروع ولایت مطلقه الهیه است. در کلام شیعه ولایت غالباً به معنای امامت به کار می‌رود. بر این اساس ولایت یک مسئله اعتقادی و کلامی است و نه یک مسئله علمی و فقهی، هر چند در این رساله نگارنده درصدد تبیین علمی این موضوع است. طرح ولایت فقیه در متون فقهی در مواردی است که اجرای یک حکم اسلامی منوط به حضور حاکم عادل و در حوزه اختیارات وی می‌باشد.

به عقیده فقیهان شیعه در عصر حضور امامان معصوم (ع) تنها مصداق حاکم عادل امامان (ع) هستند و در عصر غیبت امامان معصوم (ع) بسیاری از فقیهان، فقیه عادل را مصداق حاکم عادل معرفی کرده اند. مباحث فقهی که می‌توان این موضوع را در آن جستجو کرد عبارت است از اقامه نماز جمعه، گردآوری زکات و خمس، جهاد، امر به معروف و نهی از منکر، قضا، اجرای حدود و تعزیرات، اجرای قصاص، وصیت، ارث، خراج و تملک اراضی و ... (برجی، ۱۳۸۰، ۳)

ولایت در تمامی مواردی که در فقه به کار رفته جزو احکام وضعی، اعتباری فقه محسوب شده است و نسبت به مولی علیهم به دو قسم خاصه و عامه تقسیم می‌شود. ولایت فقیه خود نیز از قسم ولایت عامه است. ولایت فقیه در منابع فقهی در دو حوزه کاملاً متفاوت به کار رفته است؛ ولایت بر امور حسبیه و ولایت به معنای حاکمیت سیاسی. ولایت بر امور حسبیه مربوط به افراد محجور و ناتوان است و برای حفظ حقوق مردگان، سفیهان، صغیران و دیگر افراد محجور تشریح شده است و ولایت به معنای حاکمیت سیاسی و تدبیر امور، مربوط است به اداره جامعه خردمندان و به منظور اجرای احکام اسلام و تأمین مصالح مادی و معنوی اسلامی تشریح شده است. لازم به یادآوری است که تفاوت موجود بین این دو نوع ولایت به تفاوت در سعه وضیق متعلق‌ها بر می‌گردد نه به تباین میان آن دو نوع ولایت، به عبارت دیگر ولایت در تمام این موارد به معنای اولویت تصرف و تصدی و امارات بر شئون غیر است، چه در حوزه امور حسبیه باشد و چه در حوزه سیاست و تدبیر امور. (برجی، ۱۳۸۰، ۴)

چنانچه توضیح داده شد ملت ایران، در پی انقلاب شکوهمند اسلامی در سال ۱۳۵۷ هجری شمسی، با اکثریتی قاطع به برپایی نظام مکتبی و مبتنی بر نظریه «ولایت فقیه» رأی مثبت داد. بر اساس این نظریه در عصر غیبت کبرای حضرت بقیه الله الأعظم - ارواحنا مقدمه الفداء - باید در رأس حکومت اسلامی حتماً یک فقیه عادل و جامع الشرایطی که دارای صلاحیت‌های لازم علمی و عملی برای رهبری است و از سوی خبرگان منتخب مردم تعیین شده است قرار گیرد. چنین رهبری تمامی مسئولیت‌های ناشی از ولایت امر و امامت امت را بر عهده دارد و ضامن عدم انحراف ارکان مختلف حکومتی از وظایف اصیل اسلامی خود می‌باشد.

در پژوهش حاضر، نگارنده بر آن است کوشش کند پاسخ مناسبی برای این سوال بیابد که مبانی تملک شهرداری چه ارتباطی با قدرت عمومی و نظریه ولایت فقیه دارد. نگارنده موضوع را با این پیش فرض مطرح می‌کند که اعمال قدرت در شهرداری ریشه در نظریه قدرت عمومی دارد که از سوی رهبری به سایر مراکز و دستگاه‌های ارائه کننده خدمات عمومی تبلور می‌یابد. در ابتدا باید پاسخ مناسب را برای این پرسش پیدا کرد که چه توجیه عقلانی برای اطاعت مردم از «ولی فقیه» و اعمال قدرت وی بر مردم وجود دارد؟ یعنی منبع اصلی مشروعیت سیاسی «ولی فقیه» از کجا ناشی می‌شود. در پاسخ به پرسش مذکور تاکنون دو نظریه مشهور از سوی اندیشمندان اسلامی و به ویژه علما و فقهای شیعه مطرح شده است.

نظریه اول مربوط به آن دسته از فقهای است که منبع مشروعیت را خداوند سبحان دانسته و معتقدند که فقیه عادل و واجد شرایط به واسطه نصب عام از سوی ائمه اطهار (ع) منصوب شده است و به خاطر همین انتصاب از ناحیه شارع مقدس، حق اعمال ولایت بر مردم را دارد. بر اساس این نظریه، نقش مردم همانند نقشی است که در زمینه ولایت امامان معصوم مطرح است. یعنی پذیرش مردم و اظهار اطاعت از فقیهی که نبض امر را به دست گرفته است، صرفاً برای تحقق عینی ولایت او لازم است و الا فقیه جامع الشرایط، اصل صلاحیت و مشروعیت اعمال ولایت خویش را از ناحیه انتصاب الهی کسب کرده است. (برجی، ۱۳۸۰، ۱۴۵)

بر اساس نظریه دوم، منشأ مشروعیت ولایت فقیه، مردم هستند یعنی آرای مردم به این گونه نیست که فقط در تحقق عینی و خارجی ولایت فقیه نقش داشته باشد، بلکه آرای مردم اساساً شرط صلاحیت ولی فقیه است. به عبارت دیگر، فقیه عادل و جامع تمامی شرایط لازم برای رهبری، باید واجد شرط دیگری هم باشد تا صلاحیت ولایت ایشان احراز شده و حکومت مشروعیت یابد و آن شرط، همان انتخاب از سوی مردم می‌باشد.

تفاوت نظریه مشروعیت مردمی با مشروعیت دوگانه در این است که طرفداران نظریه مشروعیت مردمی معتقدند خداوند انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم کرده است و حق ولایت سیاسی و حاکمیت، از سوی خداوند به مردم تفویض شده است، فقیه نیز صلاحیت اعمال ولایت و مشروعیت خویش را صرفاً از جانب مردم می‌گیرد، اما در نظریه مشروعیت دوگانه، فقیه عادل و واجد شرایط علاوه بر اینکه مشروعیت خویش را با واسطه از مردم می‌گیرد، مستقیماً این ولایت الهی، از جانب خداوند به آنان تفویض می‌گردد.

در نظریه مشروعیت الهی، فقیه برای کسب صلاحیت اعمال ولایت خویش، لازم نیست که حتماً منتخب مردم باشد، کما اینکه در نظریه مشروعیت مردمی، فقیه منتخب مردم برای کسب صلاحیت اعمال ولایت خویش غیر از همان انتخاب مردم، به مشروعیت دیگری نیازمند نیست، اما در مشروعیت دوگانه، فقیه واجد شرایط باید علاوه بر اینکه منتخب مردم باشد حتماً از سوی شارع نیز منصوب باشد و چنین فقیه‌ی صرفاً حق اعمال ولایت دارد. (برجی، ۱۳۸۰، ۱۸۴)

پس از طرح تئوری ولایت فقیه و توجیه آن باید موضوع را به صورت سلسله وار، به موسسات عمومی غیر دولتی مربوط ساخت، زیرا که بحث در مورد میزان مشروعیت و الزام آوری قدرت همین نهادهاست. در نظام حقوقی ایران در قانون فهرست نهادها و موسسات عمومی غیردولتی مصوب ۱۳۷۷ صحبتی از اعمال اقتدار رهبر و تفویض قدرت او بر این نهادها وجود ندارد. حال سوالی که مطرح می‌شود آن است که اگر در حقوق عمومی صلاحیت نهادها باید به موجب قانون به شخص یا نهاد تفویض شود تا اصل حاکمیت قانون تحقق پیدا کند، در صورت سکوت و عدم تصریح قانون چگونه می‌توان ریشه اقتدار تملکات شهرداری را در قدرت ولی فقیه جستجو کرد. پاسخ به این پرسش نیازمند تحلیل قانون ذکر شده است.

۱-۳. طرح مسئله ولایت

اندیشه سیاسی شیعه در موضوع رهبری سیاسی با عناوین گوناگون در علوم مختلف اسلامی مطرح شده است. در سه علم عرفان، کلام و فقه از رهبری جامعه با عنوان «ولایت» بحث شده است و در علوم دیگر عناوین دیگری برای آن ذکر کرده اند. در علم عرفان ولایت را به سه قسم الهیه، بشریه و ملکیه تقسیم کرده‌اند. مراد از ولایت عرفانی به شکل مطلق همان ولایت بشریه خاصه است. در این میان ولایت مطلقه رفیع‌ترین مرتبه ولایت بشری است و از فروع ولایت مطلقه الهیه است. در کلام شیعه ولایت غالباً به معنای امامت به کار می‌رود. بر این اساس ولایت یک مسئله اعتقادی و کلامی است و نه یک مسئله علمی و فقهی، هر چند در این رساله نگارنده درصدد تبیین

علمی این موضوع است. طرح ولایت فقیه در متون فقهی در مواردی است که اجرای یک حکم اسلامی منوط به حضور حاکم عادل و در حوزه اختیارات وی می‌باشد.

به عقیده فقیهان شیعه در عصر حضور امامان معصوم (ع) تنها مصداق حاکم عادل امامان (ع) هستند و در عصر غیبت امامان معصوم (ع) بسیاری از فقیهان، فقیه عادل را مصداق حاکم عادل معرفی کرده‌اند. مباحث فقهی که می‌توان این موضوع را در آن جستجو کرد عبارت است از اقامه نماز جمعه، گردآوری زکات و خمس، جهاد، امر به معروف و نهی از منکر، قضا، اجرای حدود و تعزیرات، اجرای قصاص، وصیت، ارث، خراج و تملک اراضی و... (برجی، ۱۳۸۰، ۳)

ولایت در تمامی مواردی که در فقه به کار رفته جزو احکام وضعی، اعتباری فقه محسوب شده است و نسبت به مولی علیهم به دو قسم خاصه و عامه تقسیم می‌شود. ولایت فقیه خود نیز از قسم ولایت عامه است. ولایت فقیه در منابع فقهی در دو حوزه کاملاً متفاوت به کار رفته است؛ ولایت بر امور حسبیه و ولایت به معنای حاکمیت سیاسی. ولایت بر امور حسبیه مربوط به افراد محجور و ناتوان است و برای حفظ حقوق مردگان، سفیهان، صغیران و دیگر افراد محجور تشریح شده است و ولایت به معنای حاکمیت سیاسی و تدبیر امور، مربوط است به اداره جامعه خردمندان و به منظور اجرای احکام اسلام و تأمین مصالح مادی و معنوی اسلامی تشریح شده است. لازم به یادآوری است که تفاوت موجود بین این دو نوع ولایت به تفاوت در سعه و ضیق متعلق‌ها بر می‌گردد نه به تباین میان آن دو نوع ولایت، به عبارت دیگر ولایت در تمام این موارد به معنای اولویت تصرف و تصدی و امارات بر شئون غیر است، چه در حوزه امور حسبیه باشد و چه در حوزه سیاست و تدبیر امور. (برجی، ۱۳۸۰، ۴)

۲-۳. گونه‌شناسی در نظام جمهوری اسلامی

چنانچه توضیح داده شد ملت ایران، در پی انقلاب شکوهمند اسلامی در سال ۱۳۵۷ هجری شمسی، با اکثریتی قاطع به برپایی نظام مکتبی و مبتنی بر نظریه «ولایت فقیه» رأی مثبت داد. بر اساس این نظریه در عصر غیبت کبرای حضرت بقیه الله الأعظم - ارواحنا مقدمه الفداه - باید در رأس حکومت اسلامی حتماً یک فقیه عادل و جامع الشرایطی که دارای صلاحیت‌های لازم علمی و عملی برای رهبری است و از سوی خبرگان منتخب مردم تعیین شده است قرار گیرد. چنین رهبری تمامی مسئولیت‌های ناشی از ولایت امر و امامت امت را بر عهده دارد و ضامن عدم انحراف ارکان مختلف حکومتی از وظایف اصیل اسلامی خود می‌باشد. در پژوهش حاضر، نگارنده بر آن است کوشش کند پاسخ مناسبی برای این سوال بیابد که مبنای تملک شهرداری چه ارتباطی

با قدرت عمومی و نظریه ولایت فقیه دارد. نگارنده موضوع را با این پیش فرض مطرح می‌کند که اعمال قدرت در شهرداری ریشه در نظریه قدرت عمومی دارد که از سوی رهبری به سایر مراکز و دستگاه‌های ارائه‌کننده خدمات عمومی تبلور می‌یابد.

در ابتدا باید پاسخ مناسب را برای این پرسش پیدا کرد که چه توجیه عقلانی برای اطاعت مردم از «ولی فقیه» و اعمال قدرت وی بر مردم وجود دارد؟ یعنی منبع اصلی مشروعیت سیاسی «ولی فقیه» از کجا ناشی می‌شود. در پاسخ به پرسش مذکور تاکنون دو نظریه مشهور از سوی اندیشمندان اسلامی و به ویژه علما و فقهای شیعه مطرح شده است. نظریه اول مربوط به آن دسته از فقهای است که منبع مشروعیت را خداوند سبحان دانسته و معتقدند که فقیه عادل و واجد شرایط به واسطه نصب عام از سوی ائمه اطهار (ع) منصوب شده است و به خاطر همین انتصاب از ناحیه شارع مقدس، حق اعمال ولایت بر مردم را دارد. بر اساس این نظریه، نقش مردم همانند نقشی است که در زمینه ولایت امامان معصوم مطرح است. یعنی پذیرش مردم و اظهار اطاعت از فقیهی که نبض امر را به دست گرفته است، صرفاً برای تحقق عینی ولایت او لازم است و الا فقیه جامع شرایط، اصل صلاحیت و مشروعیت اعمال ولایت خویش را از ناحیه انتصاب الهی کسب کرده است. (برجی، ۱۳۸۰، ۱۴۵)

بر اساس نظریه دوم، منشأ مشروعیت ولایت فقیه، مردم هستند یعنی آرای مردم به این گونه نیست که فقط در تحقق عینی و خارجی ولایت فقیه نقش داشته باشد، بلکه آرای مردم اساساً شرط صلاحیت ولی فقیه است. به عبارت دیگر، فقیه عادل و جامع تمامی شرایط لازم برای رهبری، باید واجد شرط دیگری هم باشد تا صلاحیت ولایت ایشان احراز شده و حکومت مشروعیت یابد و آن شرط، همان انتخاب از سوی مردم می‌باشد.

تفاوت نظریه مشروعیت مردمی با مشروعیت دوگانه در این است که طرفداران نظریه مشروعیت مردمی معتقدند خداوند انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم کرده است و حق ولایت سیاسی و حاکمیت، از سوی خداوند به مردم تفویض شده است، فقیه نیز صلاحیت اعمال ولایت و مشروعیت خویش را صرفاً از جانب مردم می‌گیرد، اما در نظریه مشروعیت دوگانه، فقیه عادل و واجد شرایط علاوه بر اینکه مشروعیت خویش را با واسطه از مردم می‌گیرد، مستقیماً این ولایت الهی، از جانب خداوند به آنان تفویض می‌گردد.

در نظریه مشروعیت الهی، فقیه برای کسب صلاحیت اعمال ولایت خویش، لازم نیست که حتماً منتخب مردم باشد، کما اینکه در نظریه مشروعیت مردمی، فقیه منتخب مردم برای کسب صلاحیت اعمال ولایت خویش غیر از همان انتخاب مردم، به مشروعیت دیگری نیازمند نیست،

اما در مشروعیت دوگانه، فقیه واجد شرایط باید علاوه بر اینکه منتخب مردم باشد حتماً از سوی شارع نیز منصوب باشد و چنین فقیه‌ی صرفاً حق اعمال ولایت دارد. (برجی، ۱۳۸۰، ۱۸۴)

پس از طرح تئوری ولایت فقیه و توجیه آن باید موضوع را به صورت سلسله وار، به موسسات عمومی غیر دولتی مربوط ساخت، زیرا که بحث در مورد میزان مشروعیت و الزام آوری قدرت همین نهادهاست. در نظام حقوقی ایران در قانون فهرست نهادها و موسسات عمومی غیردولتی مصوب ۱۳۷۷ صحتی از اعمال اقتدار رهبر و تفویض قدرت او بر این نهادها وجود ندارد. حال سوالی که مطرح می‌شود آن است که اگر در حقوق عمومی صلاحیت نهادها باید به موجب قانون به شخص یا نهاد تفویض شود تا اصل حاکمیت قانون تحقق پیدا کند، در صورت سکوت و عدم تصریح قانون چگونه می‌توان ریشه اقتدار تملکات شهرداری را در قدرت ولی فقیه جستجو کرد. پاسخ به این پرسش نیازمند تحلیل قانون ذکر شده است.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، نهادهای متعددی با ریشه‌ها و مناسبت‌های انقلابی و یا در پی برخی رخدادهای ناشی از تغییر نظام، پدیدار گردید و در کنار نهادهای رسمی سنتی جای گرفت. برخی از این نهادها همچون سپاه پاسداران و کمیته و جهاد سازندگی جذب نظام اجرایی کشور شدند و برخی دیگر، ضمن حفظ استقلال، با دلایل خاص خود، تحت نظارت مقام رهبری درآمدند. (هاشمی، ۱۳۷۸، ۳۶۷) این موسسات در مجموعه فهرست نهادها و موسسات عمومی غیر دولتی موضوع قانون ۱۳۷۳ جای گرفته‌اند. در این بین، صرفاً موسساتی که به طور مستقیم و یا غیرمستقیم دارای وصف اقتصادی هستند مورد اشاره قرار می‌گیرند. در این خصوص دو نکته قابل دقت است:

۱- موسسات و نهادهای اقتصادی تحت نظر مقام رهبری دربرگیرنده واحدهای عدیده صنعتی، کشاورزی و خدماتی هستند که نظیر آن در بخش خصوصی وجود دارد و در ردیف موارد انحصاری که اصل چهل و چهارم آن را بنا به مصلحت عام دائماً در اختیار دولت قرار داده است، قرار نمی‌گیرند، فلذا برای فروش و انتقال آنها به بخش خصوصی منعی وجود ندارد و لطمه‌ای به مصلحت منظور وارد نمی‌شود.

۲- به موجب تبصره ۲ ماده واحده قانون فهرست نهادها و موسسات عمومی غیر دولتی: «اجرای قانون در موسسات و نهادهای عمومی که تحت نظر ولایت فقیه هستند با اذن معظم له خواهد بود.»

اسامی موسسات اقتصادی تحت نظر رهبری موضوع قانون فهرست نهادها و موسسات عمومی غیردولتی بدین شرح است:

۱- بنیاد مستضعفان و جانبازان انقلاب اسلامی

۲- کمیته امداد امام

۳- بنیاد شهید انقلاب اسلامی

۴- بنیاد مسکن انقلاب اسلامی

۵- بنیاد ۱۵ خرداد

موسسات و نهادهای مذکور اکثراً برای نیات خیرخواهانه همچون کمک و مساعدت نسبت به مستضعفان، نیازمندان و محرومان و همچنین جانبازان و خانواده شهدا که به دلیل معلولیت ناشی از جنگ و یا از دست دادن سرپرست مستحق حمایت هستند، تاسیس شده است، اما چون این موسسات نوعاً برای انجام خدمات محوله دارای سرمایه‌های کلان و واحدهای اقتصادی مهم هستند، در مجموعه بخش عمومی اقتصادی قرار می‌گیرند.

چنانچه مشاهده می‌شود این تجویز در مورد شهرداری از سوی قانونگذار وجود ندارد. در واقع از تجویز قانونگذار نمی‌توان قید مقرر در تبصره ۲ ماده واحده را نسبت به شهرداری قابل اجرا دانست. حال سوالی که در مورد تملکات این نهاد مطرح می‌شود آن است که از حیث قانونی، قانون موضوعه تجویزی در این مورد ندارد، پس باید به دنبال زیرساختهای موجود در فقه رفت و مبنای تملکات را در آنجا جستجو کرد. در صورتی که قانونگذار تجویز قانونی داشت می‌توانستیم به بررسی مبنای فقهی با توجه به تجویز موجود از سوی قانونگذار بپردازیم. در ادامه تحلیل مبنای تملکات در پرتو اقتدار ولی فقیه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

از یک طرف با توجه به اینکه در غرب حکومت‌های مردم سالار را جانشین حکومت‌های تئوکراتیک می‌دیدند و از نظر اندیشمندان غربی جمع میان این دو یعنی تئوکراسی و دموکراسی امری غیر ممکن به نظر می‌رسید و از طرف دیگر با ملاحظه نقش غیر قابل اغماض و همزمان مذهب و مردم در سقوط رژیم اتوکرات پهلوی و تأسیس و استمرار نظام جمهوری اسلامی، صاحب نظران دچار نوعی تناقض گویی و تضاد شدند و نهایتاً این پدیده را ناپایدار دانسته پیش بینی می‌کردند که سرانجام یکی بر دیگری غلبه خواهد کرد به نحوی که حذف مردم از صحنه موجب ایجاد نظامی خودکامه بر پایه مذهب خواهد شد.

جمهوری اسلامی مشتمل بر دو مقوله است. جمهوریت و اسلامیت. بحثی که به مقوله حاضر مرتبط است اسلامیت نظام است که بررسی ماهیت آن به بحث تملکات شهرداری نیز مربوط می‌شود. در واقع پرسش آن است که ماهیت اسلامیت نظام چه تأثیری در حکومت‌داری و در نهایت بحث آخر یعنی شهرداری و تملکات آن دارد. به طور خلاصه می‌توان گفت در دولت‌های لاییک یا دولت‌های اسلامی که به سمت لایسیسته پیش رفته‌اند قدرت عمومی دولت که البته ریشه در رأی و نظر مردم دارد مبنای تصمیم‌گیری نهادهای عمومی از جمله شهرداری‌ها تلقی می‌شود. (گرچی، ۱۳۹۰، ۱۴۳ به بعد)

اما پرسش آن است که آیا به واقع در دولتهای غربی مینا و اساس اقتدار عمومی که در دست دولت نهاده شده است رأی و نظر مردم است؟ این موضوع یک بحث مبنایی را مطرح می‌سازد و آن اینکه در صورتی که قاعده‌ای مخالف رأی و نظر اکثریت مردم باشد در همان مراحل ابتدایی یا تقنینی نمی‌تواند جامه قانون بر تن کند. در صورتی که مثلاً نظر اکثریت مردم در خصوص شهرداری این باشد که محق در تملک نیست، قدرت عمومی این نهاد با چالش روبروست و نمی‌توان آن را محق در تملک دانست. به نظر می‌رسد با وجود نظراتی که در این باب ارائه شده است، نمی‌توان به طور کلی ریشه و مبنای تصمیم‌سازی نهادهای اعمال‌کننده قدرت عمومی مثل شهرداری را صرفاً در رأی و نظر مردم جستجو کرد. در این صورت در بسیاری از موارد رأی و نظر مردم احتمال زیاد به دلیل مغایرت با نفع خصوصی آنها در تعارض با تصمیم شهرداری که رعایت نفع عموم را مقدم بر نفع خصوصی می‌داند مقدم خواهد شد.

تحلیل آرای حضرت امام خمینی در رابطه با موضوع

امام خمینی (ره) معتقدند که ولی فقیه به استناد حدیث «الفقه‌ها حصون الاسلام» فقهاء حافظ نظام و احکام اسلامی می‌باشد، (کلینی، ۱۳۸۱، ۳۸) ولایتش به اعتبار نص احتجاج که از ولایت امام معصوم (ع) جعل می‌گردد، همانند ولایت پیامبر (ص) و امام معصوم (ع) مطلقه و عام است. بر این اساس فقیه دارای حکومت ولایتی، بر مبنای اختیاراتی است که برای صیانت از نظام و جامعه اسلامی دارد، احکامی وضع می‌نماید که تحت عنوان احکام اولیه و ثانویه قرار نمی‌گیرد مثل اینکه ولی فقیه حکم نماید که افراد، در سن خاصی الزاماً و اجباراً به جبهه جنگ اعزام گردند. این احکام در چارچوب احکام اولیه و ثانویه جای نمی‌گیرند و به اعتبار مقام و منصب ولایت وضع می‌شوند، ضمن آنکه فراتر از احکام فرعی الهی قابلیت جعل دارند و بر آنها نیز مقدم می‌باشند. (محمدی گیلانی، بی تا، ۶۵)

ولایت مطلقه ای که خداوند به پیامبر اکرم (ص) واگذار نموده است از اهم احکام الهی است که در دیدگاه امام بر جمیع احکام فرعی الهی مقدم است. امام خمینی می‌گوید:

«حکومت شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول الله (ص) است که یکی از احکام اولیه اسلام است و مقدم بر تمام احکام فرعیه حتی، نماز و روزه و حج است.» (خمینی، ۱۳۸۶، ۱۷۰ و ۱۷۱) در دیدگاه حضرت امام تمام اختیاراتی که رسول اکرم و ائمه در امور حکومت و سیاست داشتند فقیه نیز آنها را دارا می‌باشد. ایشان فرق گذاشتن بین این سه را معقول نمی‌داند. (خمینی، ۱۳۶۸، ۴۷۱) و همچنین قائل است که ولایت فقیه و حکم حکومتی از احکام اولیه است تا جایی که احکام حکومتی بر سایر احکام، حاکم و مقدم است. (خمینی، ۱۳۸۶، ۱۷۴)

پاسخ‌هایی که امام (ره) به برخی مبادی اجرایی برای حل مشکلات اجتماعی دادند حاکی از آن است که ایشان اعمال ولایت را تا جایی می‌داند که مصلحت نظام اقتضا دارد، به لحاظ تنظیمات کلی امور و ضرورت حفظ مصالح یا دفع مفسده ای که بر حسب احکام ثانویه به طور موقت باید اجرا شود و در واقع مربوط به اجرای احکام و سیاست‌های اسلام و جهاتی است که شارع مقدس راضی به ترک آنها نمی‌باشد. آنچه که از سخنان امام استفاده می‌شود آن است که تمام مصلحت اندیشی‌ها برای حفظ نظام اسلامی است و حفظ نظام در دو حوزه قابل تصور است. نخست منظور حفظ نظام، پاسداری از حاکمیت اسلامی و دوم جلوگیری از آسیب به آن به دست دشمنان است. (صابریان، ۱۳۸۵، ۷۳)

امام خمینی در اندیشه‌های مترقی خود بحث ولایت مطلق فقیه را در شیوه زمامداری مطرح کرده اند که با اندیشه قدرت عمومی و تملکات شهرداری از حیث مبانی در ارتباط است. بنا بر تقریر امام خمینی از این نظریه، ولایت مطلقه فقیهان همان ولایتی است که خداوند به پیامبر و امامان واگذار کرده و از مهم ترین احکام الهی است و بر همه احکام الهی تقدم دارد. اختیارات حکومت محصور در چهارچوب احکام الهی نیست. (صافیان اصفهانی، ۱۳۹۱، ۵۴)

حکومت یکی از احکام اولیه بوده و بر همه احکام فرعیه حتی نماز و روزه و حج مقدم است. حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، هنگامی که آن قراردادهای مخالف مصالح کشور و اسلام باشد یک جانبه لغو کند. حکومت می‌تواند از هر امری، چه عبادی و چه غیر عبادی، که جریان آن مخالف مصالح است، مادامی که چنین است، جلوگیری کند. (صافیان اصفهانی، ۱۳۹۱، ۵۴)

حکومت می‌تواند از حج که جزء فرایض مهم الهی است در مواقعی که مخالف صلاح کشور اسلامی دانست جلوگیری کند. از آنجا که حج از یک طرف مستلزم خروج فراوان ارز از کشور

می‌باشد و از طرف دیگر، می‌تواند تحت‌الشعاع روابط غیر دوستانه سیاسی دو کشور قرار گیرد، دولت، اصولاً باید بتواند با در نظر گرفتن مصالح پولی و مالی و بر اساس قوانین و سیاست‌های مشخص و با عنایت به موازین دیپلماتیک اقدام به تعطیل موقت فریضه حج نماید. (هاشمی، ۱۳۸۶، ۶۶) این از اختیارات حکومت است و البته بالاتر از این هم مسائلی وجود دارد. (خمینی، ۱۳۸۶، ۶۱) برای مثال «اگر فرض کنیم یک کسی اموالی دارد اموالش هم مشروع است لکن اموال طوری است که حاکم شرع، فقیه، ولی امر تشخیص داد که این قدر که هست نباید باشد، برای مسلمین می‌تواند غصب کند و تصرف کند و مالکیت را در عین حال که شارع مقدس محترم شمرده است، لکن ولی امر می‌تواند همین مالکیت محدود که ببیند خلاف صلاح مسلمین و اسلام است، همین مالکیت مشروع را مخدوش کند به یک حدّ معینی و با حکم فقیه از او مصادره شود. (خمینی، ۱۳۸۶، ۶۱)

در این اندیشه حفظ نظام اسلامی بر دیگر منافع و مصالح فردی و عمومی برتری دارد، تا جایی که در مواردی، مصلحت عمومی به تدریج و در عمل به مصلحت نظام فرو کاسته شده است. همچنان که می‌توان گفت تا اندازه بسیاری امنیت محور و نظم مدار است. البته ریشه این امر در ارزش مندی و اهمیت فراوانی است که این نظریه به قدرت سیاسی و دولت برآمده از آن قائل است. نخست به این دلیل که بدون آن نمی‌توان بقیه اجزای نظریه را آن گونه که در باب اصل مصلحت فقیهان اسلامی از رفتارها را که شرع حکم آشکاری برای آن ندارد با نظریه مصلحت یا نفع عمومی پر کرده اند، یعنی دولت در این محدوده که به استناد نظریه‌های «سیاست شرعی» یا «احکام سلطانی» (۲۲) مجاز به قانونگذاری و اقدام شده است بر اساس رعایت نفع عمومی یا مصلحت از سوی دولت اسلامی اقدام می‌کند. (صافیان اصفهانی، ۱۳۹۱، ۵۵)

به نظر می‌رسد مبنایی که در نظام حقوقی اسلام و در حکومت جمهوری اسلامی برای زیربنای قدرت عمومی و از جمله استفاده از اختیار و اقتدار دولت و دستگاه‌های مربوط به آن در بحث تملک پیش‌بینی شده است منطقی‌تر و قابل قبول‌تر از مبنایی است که در حقوق غرب برای این مسئله وجود دارد و صرفاً اختیار یک دستگاه دولتی را در رأی و نظر مردم جستجو می‌کند. در فقه اسلامی داشتن قدرت عمومی و مبنای تملک را فقها و حقوقدانان در شکل به اصطلاح تئوکراتیک حکومت‌ها جستجو می‌کنند. این مبنا از نظر تمامی فقهاء اسلامی در طول زمان ثابت بوده و تئوری ای نیست که تغییرات بنیادین در آن صورت پذیرد.

چنانچه گذشت دولت‌ها در جوامع مدرن امروزی ناچار به استفاده از قدرت عمومی خود می‌باشند. استفاده از این قدرت امروزه باید همراه با توجیه و به عبارت دیگر «مشروع سازی» باشد. این قدرت در ذات و ماهیت خود می‌تواند جلوه‌های گوناگونی به خود بگیرد. برای مثال در عرصه داخلی از نوشتن قانون گرفته تا استفاده از قدرت مادی و فیزیکی، اشکال بارز استفاده دولت از قدرت عمومی است. در حقوق اداری نوین، اعمال دولت را بر پایه یک نظر و تئوری نمی‌توان مورد

سنجش و تحلیل قرار داد. سامانه قدرت عمومی در کنار خدمت رسانی به شهروندان و در پرتو نظریه نفع عمومی قابل توجیه خواهد بود. در این پایان نامه، قدرت عمومی دولت، تنها در یک مورد خاص یعنی نهاد شهرداری و آن هم تنها در بخش تملکات مورد بررسی قرار گرفت. همان طور که توضیح داده شد، اعمال اقتدار شهرداری در موضوع تملک اراضی شهروندان و دیگر نهادها، از حیث مبنایی در حقوق موضوعه، یعنی در مصوبات مجلس و به لحاظ ماهیتی در تئوری ولایت فقیه و حاکمیتی که ریشه در ماوراء الطبیعه دارد، خلاصه می‌شود. برخلاف حقوق کشورهای اروپایی که ریشه قدرت عمومی را در حقوق اساسی ملت و قوانین موضوعه‌ای که به صورت مردم سالار به تصویب رسیده جستجو می‌کنند، در حقوق ایران نهاد قدرت علاوه بر ریشه مردمی، از بنیادهای قوی فقهی برخوردار است. بنابر گفته بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران حکومت شعبه از حکومت الله و پیامبر (ص) است که توسط مردم نیز مورد تأیید قرار گرفته است. در صدر این حکومت شخصی به نام رهبر با اختیارات مشخص قرار گرفته که از لحاظ سلسله مراتبی بقیه نهادها زیر مجموعه آن قرار دارند. نهادهای محق در اعمال حاکمیت یا اعمال اقتدار مانند شهرداری قدرت خود را از شخص ولی فقیه و تفویض اختیاری که به صورت سازمانی به آنها انجام شده است دریافت می‌کنند. مردم به صورت دموکراتیک در یک انتخابات عمومی این شیوه حکومت را پذیرفته‌اند، پس در تعارض بین نفع عمومی و نفع خصوصی، مورد اول را بر مورد اخیر اولویت می‌دهند.

منابع

آسوده، محمد، مالکیت عین موقوفه و آثار مترتب بر آن، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، مجتمع آموزش عالی قم، ۱۳۸۷

امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۰

انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، نشر دهقانی، چاپ دوم، ۱۳۷۴

انصاری، مسعود و طاهری، محمد علی، دانشنامه حقوق خصوصی، (جلد اول) نشر جنگل، چاپ سوم،

برجی، یعقوبعلی، سیر تاریخی نظریه ولایت فقیه، رساله دکتری الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه امام صادق، ۱۳۸۰

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، نشر گنج دانش، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۶
جوهری، اسماعیل، نشر صحاح اللغه، دارالمعرفه، ۱۳۶۸
حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، نشر دارالحیاء التراث العربی، بی تا
خامنه ای، سید محمد، مالکیت عمومی، نشر تک، چاپ اول، ۱۳۷۰
خمینی، روح الله. (۱۳۶۳) متاب البیع، قم: نشر مطبعه مهر، چاپ سوم.
خمینی، روح الله. (۱۳۶۳) تحریر الوسیله، (کتاب الامر بالمعروف و النهی المنکر) ختام فیہ المسائل، چاپ هفتم، جلد اول.

خمینی، روح الله. (۱۳۸۶) صحیفه امام، تهران: نشر سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، چاپ هجدهم، جلد ۲۱.

خمینی، روح الله. (۱۳۸۶) صحیفه امام، تهران: نشر سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، چاپ هجدهم، جلد ۲۰.

خمینی، روح الله. (۱۳۸۶) صحیفه امام، تهران: نشر سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، چاپ هجدهم،

خمینی، روح الله. (بی تا) تحریر الوسیله، نشر مطبع الاداب فی النجف الاشرف، جلد دوم.

خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، نشر مطبع الاداب فی النجف الاشرف، جلد دوم، بی تا

خوانساری، محمد، منطق صوری، جلد دوم، نشر آگاه، چاپ سوم، ۱۳۶۳

خوری الشرتونی، سعید، اقرب الموارد، نشر آیت الله مرعشی، ۱۴۰۳ ق

سالاری، مصطفی، تحصیل و تملک اراضی توسط دولت، نشر دادگستر، چاپ اول، تابستان ۱۳۹۱
صافیان اصفهانی، احسان، تبیین مبنا و ماهیت تملکات شهرداری در طرح‌های عمرانی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه اصفهان، تابستان ۱۳۹۱

طباطبایی موتمنی، منوچهر، حقوق اداری، نشر سمت، چاپ ششم، پاییز ۱۳۷۹

عظیمی گرگانی، هادی، مصلحت شناسی با رویکرد حکومتی، فصلنامه تخصصی فقه و تاریخ تمدن، سال پنجم، شماره ۱۹، بهار ۱۳۸۸

علی دوست، ابوالقاسم، مصلحت در فقه امامیه، نشریه فقه و حقوق، سال پنجم، پاییز ۱۳۸۷، شماره

گرگی ازندریانی، علی اکبر، مبانی حقوق عمومی، نشر جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۸
گرگی ازندریانی، علی اکبر، مبنا و مفهوم حقوق بنیادین، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، شماره
دوم، تابستان ۱۳۸۳

گرگی، ابوالقاسم، مالکیت در اسلام، نشریه تحقیقات اسلامی، سال اول، بهار و تابستان، ۱۳۶۵
گرگی، ابوالقاسم، مبانی حقوق عمومی، نشر جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۸
گرگی، ابوالقاسم، مبانی حقوق عمومی، نشر جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۸
گرگی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، جلد دوم، نشر دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۵
گرگی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، جلد دوم، نشر دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۵
محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی، نشر مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ چهارم،
۱۳۷۳

محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی، نشر مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ چهارم،
۱۳۷۳

محقق داماد، قواعد فقه، چاپ سوم، نشر اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، ۱۳۷۰
محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، نشر یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۳
مطهری، مرتضی، نظری به نظام اقتصادی اسلام، نشر صدرا، چاپ اول، بهار ۱۳۶۸
معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد چهارم، نشر امیر کبیر، چاپ پانزدهم، ۱۳۷۸
مهدی هداوند و دیگران، آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری، نشر خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۹
میرزایی، علی رضا، تملک اراضی توسط دولت و شهرداری ها، نشر بهنامی، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ۷۷
میرموسوی، سیدعلی و حقیقت، سید صادق، مبانی حقوق بشر، نشر پژوهشکده فرهنگ و اندیشه
اسلامی، چاپ هفتم، ۱۳۸۹

نوین، پرویز، حقوق اداری تطبیقی، نشر تدریس، چاپ اول، ۱۳۸۶
هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد اول، ۱۳۷۸
ویژه، محمد رضا، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، نشر جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۳
ویژه، محمد رضا، نگرشی تطبیقی بر مالکیت در فقه اسلامی و حقوق غرب، مجله پژوهش‌های
حقوقی، شماره ۱۵، نیمسال اول ۱۳۸۸

یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، نشر دانش نگار قم، بی‌تا