

مراجع صیانت از قانون اساسی و حمایت از مالکیت: نگرشی تطبیقی بر عملکرد مراجع صیانت از قانون اساسی ایران و فرانسه

دکتر محمدرضا ویژه mrezavijeh@yahoo.com

استادیار گروه حقوق دانشگاه علامه طباطبائی

تاریخ دریافت مقاله: ۸۷/۸/۲۲ تاریخ پذیرش نهایی: ۸۸/۴/۳

چکیده

حق مالکیت، از مهم‌ترین حقوق بنیادی به شمار می‌رود. با توجه به این جایگاه و توجه ویژه فقه اسلامی به آن، تحلیل ژرف و مقایسه آن با دیگر نظام‌های حقوقی ضروری است. بی‌شک در حقوق موضوعه، نخستین تجلی تضمین و حمایت از حق مالکیت را در قوانین اساسی می‌توان یافت. در این میان، مراجع صیانت از قانون اساسی به منزله مهم‌ترین ضامن مالکیت نقشی کلیدی می‌یابند. حمایت مستمر و نیرومند شورای نگهبان از مالکیت و راهکارهای بدیع شورای قانون اساسی فرانسه در تضمین این حق، از مقوله‌هایی است که آشنایی با آنها می‌تواند در ارتقا و جهت‌دهی به حمایت از این حق به کار آید. البته، باید توجه داشت که مفهوم مالکیت در دو نظام حقوقی یکسان نیست و این مفهوم در حقوق فرانسه و فرهنگ شورای قانون اساسی به منزله حق شخصی و در فقه اسلامی و به تبع آن، شورای نگهبان به عنوان موقعیت حقوقی در نظر گرفته می‌شود. با این حال، به نظر می‌رسد که هر دو مرجع صیانت از قانون اساسی در حمایت مؤثر از مالکیت، از خط‌مشی مشترکی تبعیت کنند. بی‌گمان تفاوت‌هایی نیز وجود دارد و در این حوزه مشکلاتی پدید می‌آید. در حالی که شورای قانون اساسی، علاوه بر ارتقای کیفی حمایت خویش، به تدریج مصادیق مالکیت را نیز گسترش می‌دهد، چنین تحولی در تفسیر شورای نگهبان دیده نمی‌شود. در حوزه محدودیت‌های مالکیت، هنوز به دشواری می‌توان معیارهای عینی مشخصی را شناسایی نمود. بنابراین، پرسش بنیادی تحقیق حاضر این خواهد بود: آیا حمایت مراجع صیانت از قانون اساسی از مالکیت کافی است و در صورت بی‌کفایتی چه راهکارهایی برای تکمیل آن وجود دارد؟ برای ارائه پاسخ و ارزیابی مناسب، تحلیل مبانی نظری مالکیت در دو نظام حقوقی و نیز قوانین اساسی آنها در کنار گستره و کیفیت اعمال آن به وسیله مراجع صیانت از قانون اساسی اجتناب‌ناپذیر است.

واژگان کلیدی: مال، قانون اساسی، شورای نگهبان، شورای قانون اساسی، قواعد اسلامی.

مقدمه

شاید بتوان گفت مهم‌ترین حق از حقوق بنیادی که از دیرباز بشر به آن توجه کرده، حق مالکیت است. از آن زمان که انسان اطرافش را شناخت، برای خویش حریمی مشخص کرد تا دیگران بدان تعدی نکنند. همین حق یا سلطه به اشیای متعلق به وی نیز تسری یافت. بدیهی است که پیشینه طولانی حق مالکیت و تداوم آن در زندگی اجتماعی انسان، جایگاهی رفیع و نیز پربارتر را در مقایسه با دیگر حقوق بنیادی که در مقایسه با آن بسیار جدیدتر هستند، برای این حق به ارمغان می‌آورد، اما جایگاه ممتاز حق مالکیت در فقه اسلامی نیز علت دیگریست تا ضرورت تحلیل عمیق‌تر این حق و مقایسه با دیگر نظام‌های حقوقی را توجیه نماید.

به‌طور یقین در حقوق موضوعه نیز نخستین تجلی تضمین و حمایت از حق مالکیت را می‌توان در قوانین اساسی یافت. این قوانین اساسی هستند که راه را برای تضمین مؤثر حق مالکیت شهروندان در قوانین عادی و مقررات اجرایی می‌گشایند. از این منظر، حق مالکیت را به‌درستی می‌توان طلایه‌دار دیگر حقوق بنیادی به شمار آورد. البته، کلیت مقررات قانون اساسی، به منزله وصف ذاتی این سند بنیادی، در مورد تضمین حق مالکیت نیز صدق می‌کند و تضمین نمادین در قوانین اساسی راهگشای حمایتی مؤثر نیست. بنابراین، مراجع صیانت از قانون اساسی برآند تا با سازوکارهای عینی، به تضمین نمادین حق مالکیت، عینیت بیشتری ببخشند. به بیان دیگر، تضمین حق مالکیت در صیانت از قانون اساسی و در زمینه متون قانونی گوناگون، راهکاری برای حمایت از این حق در عرصه عملی فراهم می‌کند.

در این میان، اعمال نظارت شرعی در کنار صیانت از قانون اساسی به‌وسیله شورای نگهبان موقعیتی جالب توجه برای حمایت از مالکیت ایجاد کرده است تا این شورا با تمسک به قواعد شرعی متضمن این نهاد تضمین‌های موجود در قانون اساسی را نیز تقویت نماید و از این روی شاهد حمایت روزافزون از حق مالکیت در نظریه‌های شورای نگهبان باشیم. از سوی دیگر، شورای قانون اساسی فرانسه نیز در زمینه تضمین و حمایت از حق مالکیت، راهکارهای بدیعی را در تفسیر هنجارهای قانون اساسی و استفاده از سازوکارهای گوناگون به کار گرفته است که آشنایی با آنها می‌تواند در ارتقا و جهت‌دهی به حمایت از این حق به کار آید.

طرح مسئله

تضمین مالکیت در قواعد شرعی و نیز قانون اساسی موجب شده است که شورای نگهبان از سال نخست تأسیس، توجهی ویژه به این نهاد داشته باشد. این توجه فرازونشیب‌های فراوانی را به خود

دیده است و به رغم استمرار آن به نظر می‌رسد که از دیدگاه ماهوی نیازمند تحلیل باشد. نظیر همین تحولات را در رویه قضائی شورای قانون اساسی نیز می‌توان یافت. بی‌گمان درجه حمایت و اهمیت حق مالکیت در نزد شورای قانون اساسی به اندازه شورای نگهبان نبوده، ولی شورای قانون اساسی، به تدریج علاوه بر ارتقای کیفی حمایت خویش، به لحاظ کمی نیز مصادیق مالکیت را گسترش داده است. چنین تحولی در تفسیر شورای نگهبان از مالکیت دیده نمی‌شود و این مرجع، به گسترش مصادیق حق مالکیت کمتر تمایل نشان داده است. به نظر می‌رسد که با توجه به مبانی استوار فقهی و قانون اساسی حق مالکیت و توانایی تفسیر گسترده آنها، سازوکارهای تفسیری شورای قانون اساسی در پیگیری خط مشی مذکور می‌تواند بسیار به کار شورای نگهبان بیاید. بنابراین، بنای بحث مقایسه حمایت از مالکیت به وسیله مراجع، صیانت از قانون اساسی است. مانند هر مطالعه تطبیقی تلاش داریم که از رهگذر این مقایسه، کارکرد مالکیت و تضمین آن در نظام حقوقی کشورمان افزایش یابد. البته، باید توجه داشت که در این تحلیل مفهوم و مصادیق مالکیت از منظر دو نظام حقوقی یکسان نیست و برای بهره‌گیری از تطبیق، ابتدا باید این تمایزها به دقت تبیین شوند. بنابراین، تحلیل تطبیقی از دو جنبه به کار می‌آید: ابتدا تمایز مفهومی و فلسفه حاکم بر مالکیت در دو نظام حقوقی آشکار می‌شود و سپس امکان تبادل تجربه‌های مراجع صیانت از قانون اساسی در افزایش تضمین مالکیت و کارآمدی آن بررسی می‌گردد. در نتیجه، تحقیق حاضر پاسخی به این پرسش اساسی است که آیا حمایت مراجع صیانت از قانون اساسی از مالکیت کافی است و در صورت عدم کفایت، چه راهکارهایی برای تکمیل آن وجود دارد؟

۱. مبانی نظری مالکیت در دو نظام حقوقی

برای مقایسه مالکیت در دو نظام مبتنی بر قانون اساسی در جمهوری اسلامی ایران و فرانسه و فهم نقاط اشتراک و افتراق آنها، ناگزیر ابتدا باید مبانی مالکیت در این دو نظام را بکاویم. در واقع، شناخت مبانی متفاوت مالکیت در تحلیل درست رویه مراجع صیانت از قانون اساسی نیز راهگشا خواهد بود. از این روی، ابتدا مفهوم و آثار کاربردی مالکیت در این دو رویکرد به دقت بررسی می‌شود (الف) و سپس به تضمین مالکیت در قوانین اساسی و نیز جایگاه آن در رویه مراجع صیانت از قانون اساسی پرداخته می‌شود (ب).

الف) تمایز مفهومی در نظام‌های حقوقی

۱. سیر تحول و اوصاف مالکیت

از آیات قرآنی و سنت این اصل مسلم را می‌توان استنباط نمود که مالکیت نسبی و محدود است، زیرا «قدرت و اختیار انسانی در تصرف محدود است و انسان نمی‌تواند خود را مالک مطلق و متصرف تام الاختیار بداند» (طالقانی ۱۳۴۴: ۱۴۳). در ماهیت مالکیت، مناقشه‌های بسیاری میان فقیهان و اصولیون وجود دارد. «قدما مالکیت را به اصطلاح فلسفی بر مقوله جده منطبق می‌دانستند؛ یعنی معتقد بودند شخص نسبت به مال در تملک خود یک حالت دارایی و واجدیت دارد. برخی نیز، مانند شهید اول در قواعد، آن را از امور انتزاعی دانسته‌اند. برخی نیز مانند محقق خراسانی نیز مالکیت را هم از احکام وضعیه و هم منتزعه از احکام تکلیفیه می‌داند». (خامنه‌ای، ۱۳۷۰: ۲۹) 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).

این تعاریف کمابیش تا دوره شیخ انصاری رایج بود، ولی پس از آن منسوخ گشت و به مالکیت از دیدگاه دیگری توجه گردید. به نظر شیخ «مالکیت رابطه‌ای اعتباری است که بین شخص با شیء برقرار می‌شود.» (محقق داماد، ۱۳۷۴: ۱۰۶) البته، لازم به ذکر است که شیخ انصاری این رابطه را فقط از یک سو و آن هم موضوع مالکیت اعتباری می‌داند و آن هم بدین دلیل 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 اعتباریه کسی (مالک) است بر چیزی (مملوک)» (گرچی، «مالکیت در اسلام»، ۱۳۶۹: ۳۱۱) تعبیر شد.

در تعمیم ویژگی‌های مطرح شده در مفهوم فقهی مالکیت، دو قاعده مهم کاربردی استنتاج می‌شوند: قواعد «ید» و «تسلیط» که هر دو مبنای مشترکی دارند و باید به تفکیک آنها را تحلیل نمود. به موجب قاعده ید، «در ید مالکی، شخص بر مال استیلائی خارجی فعلی دارد.» (گرچی، «ید مالکی و ید ضمانی»، ۱۳۶۹: ۲۳۲) از ویژگی‌های قاعده ید به منزله یکی از جلوه‌های مالکیت در فقه اسلامی، می‌توان نتیجه گرفت که این قاعده یادگار دوران نیست که «مشخصه مالکیت اعمال استیلا به صورت تصرفات فیزیکی بوده است.» (محقق داماد، ۱۳۷۳: ۳۰) در این مرحله، ادعای مالکیت شیء از سوی ذوالید باید با سلطه و سیطره بر آن همراه باشد. (قربان‌وند، ۱۳۷۸: ۱۵۶). این ویژگی مالکیت در دوره‌های بعدی تطور فراوان به خود دیده است، اما در قاعده «تسلیط» نیز با همین زمینه مواجه می‌شویم. همان‌گونه که می‌دانیم، مبنای این قاعده روایت «ان الناس مسلطون

علی اموالهم» است. معنی قاعده تسلیط این است که «در رابطه مالکیت انسان و اشیاء اصل جواز تسلط مطلق مالک نسبت به آنهاست، مگر آنکه خلاف آن ثابت شود» (محقق داماد، ۱۳۷۴: ۱۰۴). باز هم می‌توان دریافت که در قاعده تسلیط نیز رابطه محوری، رابطه انسان و شیء است.

دشواری اطلاق رابطه اعتباری به مالکیت در ادوار گذشته فقه، بیشتر ناشی از تمایز بین «مالکیت» و «حق» بود. فقیهان به‌طور عموم بین حق و ملک تفاوت قائل شده‌اند. گذری بر فقه اسلامی نشان می‌دهد که تعریف حق نیز از مالکیت نشئت گرفته است و ارکان اصلی آنها مشابهند. «حق در اصطلاح فقهی در معنای سلطنت به کار رفته است» (مرعشی، ۱۳۷۳: ۲۰) و در این معنا، حتا برخی از فقیهان حق را مرتبه ضعیفی از مالکیت می‌دانند. (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۴۲۳). شایسته یادآوری است که در فقه شیعه دیدگاهی نیز وجود دارد که بر اساس آن، برای حق «نوعی ماهیت اعتباری عقلی یا شرعی قائل است که اعتبار آن غیر از اعتبار ملکیت است» (قنواتی، وحدتی شبیری، عبدی پور، ۱۳۷۹: ۴۳) و سلطنت به منزله مرتبه دانی سلطه از آثار حق شمرده شده و در نتیجه، رابطه حق و مالکیت بسیار تضعیف گردیده است. (امام خمینی، ۱۴۱۵: ۲۱). برای یافتن راه حل مناسب برای تبیین رابطه حق و مالکیت باید مقداری از دیدگاه سنتی فاصله گرفت و اذعان داشت که «مال به اعتبار اثری که در رابطه حقوقی دارد، حکم می‌شود و همیشه مال تعبیر عرفی از وجود حق مالی است؛ یعنی رابطه اعتباری که شخص را به مال مربوط می‌کند و مفهومی جدای از آن ندارد» (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۴). به نظر می‌رسد که این دیدگاه با مفهوم حق مالکیت، به منزله یکی از حقوق بنیادی، هماهنگی بیشتری داشته باشد.

برای شناخت کامل دیدگاه حقوق فرانسه که به مالکیت به مثابه حق می‌نگرد، باید اندکی به ریشه‌های این نگرش در حقوق رم پردازیم. در حقوق رم، مالکیت بر اشیاء به دو گروه عمده تقسیم می‌شد: نخست اشیایی که قابل لمس بودند، مانند پول و زمین که تسلط انسان بر آنها حق تلقی نمی‌شد، بلکه نعمتی خدادادی بود. بنابراین، در گروه فوق همان استیلا در مفهوم نزدیک به فقه اسلامی آن تجلی می‌یافت و روابط اعتباری در آن راه نداشت. دوم، موارد غیرفیزیکی یا سازوکارهایی که به انسان اجازه می‌داد بر اشیاء سلطه یابد، مانند حق انتفاع و تعهدات که این دسته به منزله حقوق^۱ تلقی می‌شدند. پس، تفاوت حقوق رم با فقه اسلامی در اینجا رخ می‌نماید که از ابتدا برخی امور مربوط به مال اعتباری قلمداد و در روابط حقوقی انسان‌ها تعریف می‌شوند.

در این مقوله، شاید ارائه شمایی از مفهوم «تصرف» در حقوق رم، برای نمایاندن تفاوت با فقه اسلامی مفید باشد. در حقوق رم، تصرف^۱ دو رکن جداگانه دارد: نخست، رکن مادی که عبارت از سلطه و اقتدار خارجی است^۲ و دوم، رکن معنوی که تصور داشتن حق نسبت بدان است.^۳ (امامی، ۱۳۷۱: ۵۱) از این مقایسه می‌توان دریافت که حقوق رم عنصر دیگری را برای تصرف یا اعمال قاعدهٔ ید ضروری می‌داند که می‌تواند مبنای استواری برای مفهوم اعتباری یا حق دانستن مالکیت باشد. در واقع، رکن معنوی قابلیت این را داشت تا با تأکید بیشتر مبنای تأسیس حقی به نام مالکیت را فراهم کند. با این حال، به‌رغم وجود این نشانه‌ها در حقوق رم، باز هم نهاد مالکیت در رم حق تلقی نمی‌شد و تنها در ترکیب آن با حقوق عرفی بود که استیلا با وجود بقا به حق تغییر یافت و این فقط تغییر یک فن حقوقی نبود، بلکه ناشی از تغییر نظام فکری بود. (Patault, 2003: 1254) همچنین در آموزه‌های قرون وسطا نیز مالکیت به منزلهٔ حق مطرح گردید. (Ibid) این امر تحولی بزرگ در نگرش به مالکیت به شمار می‌رفت، زیرا موضوع مالکیت در مدار انسان با عنوان صاحب حق قرار می‌گرفت. (Renoux-Zagame, 1958: 17)

۲. ماهیت مالکیت

از آنچه در بخش نخست در اوصاف مالکیت در فقه اسلامی برشمردیم، می‌توان دریافت که مالکیت به منزلهٔ «موقعیت حقوقی عینی»^۴ در نظر گرفته می‌شود که جنبهٔ نهادی دارد. در واقع، مالکیت از نهاد یا به تعبیر دوگی «موقعیت حقوقی» پدید می‌آید که به منزلهٔ مبنای حقوقی آن قلمداد می‌شود. لئون دوگی، حقوقدان بزرگ فرانسوی، موقعیت حقوقی را موقعیت‌هایی می‌داند که مستقیم از هنجارهای حقوقی ناشی می‌شوند. این موقعیت حقوقی عام و دایمی است و همه باید آن را به رسمیت بشناسند، زیرا از قانون ناشی می‌شود. (Duguit, 2000: 57) در صورتی که موقعیت‌های حقوقی شخصی (به تعبیر دوگی) خاص و فردی هستند و موقعیت‌های قراردادی نمونه‌ای از این مقوله اند. اوصاف مذکور انتقادپذیر به نظر می‌رسند و بسیاری از حقوقدانان نیز آن را نادرست تعبیر کرده‌اند.

در مقابل، امروزه در حقوق فرانسه، مالکیت نوعی حق شخصی مطرح می‌شود. در تعریف حق شخصی مالکیت می‌توان گفت: « رابطه‌ای است که به وسیلهٔ حقوق عینی ایجاد می‌شود و از بابت

1. Possessio
2. Corpus
3. Animus
4. Situation juridique objective

آن شیء به شخصی اختصاص می‌یابد». (Dabin, 1952: 103) در این تعریف، با ترکیبی از عناصر شخصی و عینی روبه‌رو هستیم. در حق مالکیت این دو عنصر توأم باید وجود داشته باشند. به عبارت بهتر، در مالکیت به منزله موقعیت حقوقی با ساختی تک‌عنصری؛ یعنی «سلطه» مواجه هستیم و در مالکیت به منزله حقی شخصی با ساختی دو عنصری روبه‌رو می‌شویم که سلطه در مفهومی متفاوت با رابطه‌ای شخصی؛ یعنی «اختصاص» شیء به فرد تکمیل می‌شود. در اینجاست که گاه اعمال حق مالکیت با عنوان حقی شخصی با سلطه با عنوان تظاهرات خارجی موقعیت حقوقی مالکیت اختلاط می‌یابد و گاه تمایز این دو عمل حقوقی دشوار می‌نماید. تمایز ظریفی که باید در اینجا بازشناخته شود، تمایز میان موضوع «سلطه» است، که قهری مورد مالکیت است و موضوع رابطه حقوقی «اختصاص» فردیست که حق به او تعلق یافته است. این تمایز ناشی از همان بحث دیرین مدرنیته در تبدیل اثر به سوژه است که در حق مالکیت، اثر «موقعیت حقوقی» به سوژه «حق شخصی» تغییر می‌یابد.

پس در این تعریف از حق شخصی به سهولت می‌توان دریافت که تأکید بر اختیار فردی که برخوردار از آنهاست، بیش از سلطه و قدرت اوست. به نظر می‌رسد همین تفاوت ظریف بین اختیار و قدرت یا تسلط راهگشای تمایز حق شخصی با موقعیت حقوقی به منزله یک نهاد است. در سوی دیگر، هنجارهای حقوقی مانند قواعد اسلامی (در مورد موقعیت حقوقی مالکیت در فقه اسلامی) وظیفه‌ای جز تضمین اعمال حقوق شخصی ندارند.

ب) جایگاه مالکیت در نظام قانون اساسی

پس از بررسی تفاوت مفهوم مالکیت در دو نظام حقوقی، جایگاه این نهاد در نظام قانون اساسی چه با عنوان موقعیت حقوقی و چه به عنوان حق شخصی در خور اعتناست. در این نظام، از سویی مبانی نظری مالکیت در قوانین اساسی شایسته توجه است (یک) و از سوی دیگر، جایگاه این نهاد در رویه مراجع صیانت از قانون اساسی با عنوان تجلی عملی آن باید بررسی گردد (دو).

۱. مالکیت در قوانین اساسی

گفتیم که تنوع نظام‌های مبتنی بر قانون اساسی و مبانی آنها به تفاوت در مفهوم مالکیت می‌انجامد. (Zdobinsky, 1991: 146) مالکیت یکی از مهم‌ترین حقوق بنیادی است که با نگرشی ویژه در فرانسه واجد ارزش قانون اساسی شناخته شده است و در جمهوری اسلامی ایران نیز افزون بر جایگاه خاص در قانون اساسی، قواعد شرعی نیز ضامن آن هستند.

اصل کلی که در فصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی در سیاقی عام و سلبی به تضمین مالکیت افراد می‌پردازد، اصل ۲۲ است.^۱ تضمین سلبی مقرر در این اصل ما را به این نکته رهنمون می‌سازد که مال حمایت شده قوه مؤسس در این اصل عام است و اموال منقول و غیر منقول را شامل می‌شود. البته، آشکار است که این تضمین سلبی به تنهایی کافی نیست و تضمین ایجابی نیز لازم می‌آید. با توجه به تأکید فقه شیعه بر رعایت مالکیت، طبیعی بود که مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در فصل چهارم این قانون مربوط به «اقتصاد و امور مالی» به تضمین این نهاد پردازد. در نتیجه، اصول ۴۶ و ۴۷^۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به تضمین مالکیت اختصاص یافتند. از مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی چنین برمی‌آید که در تنظیم این اصول و مفاد آن اختلافی در میان نمایندگان نبوده است. (مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴، ۱۵۵۱-۱۵۵۲) البته قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۴۶ یک گام نیز فراتر نهاده است و علاوه بر مالکیت اموال، مالکیت بر حاصل کسب و کار مشروع را نیز تضمین می‌کند.

با توجه به سیاق اصول بالا به نظر می‌رسد که اصل ۴۷ باید پیش از اصل ۴۶ قرار می‌گرفت زیرا به لحاظ منطق قانون‌گذاری ابتدا قاعده کلی بیان و سپس به فروع پرداخته می‌شود. افزون بر آن، شایسته بود قانون اساسی گسترش مصادیق مالکیت را به تفسیر شورای نگهبان و قوانین عادی می‌سپرد و خود در این مقوله وارد نمی‌شد. ایرادی دیگر را که می‌توان در اصل ۴۷ یافت، توضیحی است که به دنبال مالکیت شخصی آمده است (که از راه مشروع باشد) به نظر می‌رسد که این عبارت حشو است، زیرا اگر اموال به دست آمده از راه مشروع کسب نشده باشند، مالکیت نیز مستقر نخواهد شد و به عبارت دیگر، مالکیتی وجود نخواهد داشت. در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز برخی خبرگان بدین موضوع اشاره نموده‌اند. (همان، ۱۵۵۱) با تعمق در اصول بالا ملاحظه می‌شود که مالکیت به منزله حقی از حقوق بنیادی به رسمیت شناخته نشده، ولی این نهاد به صورت مستقل تضمین شده است. با این حال، تفسیر پویای اصول ۴۶ و ۴۷

۱. اصل ۲۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است، مگر در مواردی که قانون تجویز کند».

۲. اصل ۴۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «هر کس مالک حاصل کسب و کار خویش است و هیچ‌کس نمی‌تواند به عنوان مالکیت نسبت به کسب و کار خود امکان کسب و کار را از دیگری سلب کند».

۳. اصل ۴۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد، محترم است. ضوابط آن را قانون تعیین می‌کند».

این امکان را فراهم می‌سازد که با تضمین نهاد مالکیت حق مالکیت نیز به رسمیت شناخته و تضمین شود.

در حقوق موضوعه فرانسه، برای نخستین بار، ماده ۲ اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹، حق مالکیت را در زمره دلایل وجودی هر جامعه قرار داد: «هدف هر اجتماع سیاسی حفظ حقوق طبیعی و تفویض ناپذیر انسان است. این حقوق آزادی، مالکیت، امنیت و مقاومت به عنوان مخالفت هستند». ملاحظه می‌شود که مطابق یکی از پیش فرض‌ها در مورد حق مالکیت، این حق به عنوان حقی طبیعی قلمداد شده است. در مقابل، مالکیت در ماده ۵۴۴ قانون مدنی این کشور به صورت ایجابی تعریف شده است.^۱ (Carcassone, 2007:401) همچنین، ماده ۱۷ این اعلامیه حق مالکیت را به صورت روشن‌تری تضمین می‌کند: «مالکیت حقی نقض ناپذیر و مقدس است، هیچ‌کس نمی‌تواند از آن محروم شود، مگر هنگامی که ضرورت عمومی ایجاب نماید و آن هم باید به صورت قانونی بررسی شود و به شرط جبران خسارت منصفانه و مقدماتی امکان‌پذیر است.»^۲

مبنای دیگر حمایت از حق مالکیت را در پاراگراف چهارم بند ۴ ماده ۳۴ قانون اساسی سال ۱۹۵۸ می‌توان یافت که البته تنها به نقش قوانین در تضمین این حق اشاره دارد و نوعی حمایت غیرمستقیم قلمداد می‌شود.^۳ در مواد فوق، نهاد مالکیت به اعتبار شخص یا مالک تضمین شده است و از محوریت مال یا موضوع مالکیت خبری نیست. (Frangi, 2006: 618)

۱. ماده ۵۴۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مالکیت عبارت است از حق تمتع و بهره‌برداری از اشیاء به طریق دلخواه تا حدی که قوانین و مقررات این استفاده را منع نکرده باشند».

۲. برای مطالعه بیشتر در مورد این ماده ر.ک.:

MORANGE, Jean, «La Déclaration et le droit de propriété», Droits, n 8, 1988, p. 101 et ROUSSILLON, Henry, «Le Conseil constitutionnel et l'article ۱۷ de la Déclaration des droits des droits de l'Homme et du Citoyen», Propriété et Révolution, textes réunis par G. Koubi, éd. du C.N.R.S., Service des Publications de Toulouse I, 1990, p. 179.

۳. این بخش از ماده مقرر می‌دارد: «قانون، اصول اساسی مربوط به امور ذیل را مشخص می‌نماید: ... نظام مالکیت، حقوق واقعی و تعهدات مدنی و بازرگانی». بر اساس این ماده بخشی از آموزه حقوق اساسی فرانسه بر این اعتقاد است که حق مالکیت در حقوق اساسی فرانسه تضمینی غیرمستقیم دارد. برای مطالعه بیشتر این بخش از آموزه ر.ک.:

ESCARRAS, Jean-Claude, «Observations préliminaires et méthodologie», Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes, Annuaire Internationale de la Justice Constitutionnelle, 1958, p. 209.

به نظر گروهی از حقوقدانان طرفدار این آموزه، ماده ۳۴ فقط قواعد شکلی تعیین «نظام حقوقی مالکیت» را فراهم می‌آورد و در مورد حق مالکیت قاعده‌ای ماهوی دربر ندارد. ر.ک.:

FAVOREU, Louis, «Une grande décision», Nationalisations et Constitution, Paris/Aix-en-Provence, Economica/P.U.A.M., 1982, p.43.

برخی از اندیشمندان نیز حق مالکیت را یکی از مصادیق «آزادی فردی» مندرج در ماده ۶۶ قانون اساسی قلمداد کرده بودند،^۱ که بعدها این نظر به وسیله شورای قانون اساسی رد شد (تصمیم شماره DC ۱۱۸۹-۸۵ به تاریخ هفدهم ژوئیه ۱۹۵۸). این موضع دفاع‌شدنی به نظر می‌رسد، زیرا حق مالکیت به هیچ روی قابل تفسیر در قالب آزادی فردی مطرح شده در ماده ۶۶ نیست و توقیف مذکور در این ماده شامل سلب مالکیت نیست. در مجموع، در شرایط فقدان تضمین حق مالکیت در قانون اساسی سال ۱۹۵۸ فرانسه، مواد ۲ و ۱۷ اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹، مبنایی استوار برای تضمین حق مالکیت در نظر گرفته شده‌اند. (Libchaber, 2007: 637)

۲. مالکیت در رویه مراجع صیانت از قانون اساسی

نگاهی هر چند اجمالی به نظریه‌های شورای نگهبان نشان‌دهنده آن است که مالکیت به مثابه یک اصل راهنما^۲ برای این مرجع به شمار می‌رود، اما اعمال این اصل در طول عمر شورای نگهبان یکسان نبوده است. به‌رغم تضمین مالکیت شخصی افراد در اصول ۴۶ و ۴۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، شورای نگهبان به ندرت به این اصول استناد نموده است. در واقع، فقط در دو نظریه استناد به اصل ۴۷ در کنار موازین شرعی دیده می‌شود.^۳ به عبارت دیگر، از منظر شورای نگهبان، موازین شرعی برای تضمین مالکیت بسیار مؤثرتر از اصول قانون اساسی هستند و در نتیجه شورا موازین شرعی را ترجیح می‌دهد.

در سال‌های نخست فعالیت شورا، اصل مالکیت و قواعد اسلامی ناشی از آن، مانند قاعده «ید»، به گونه‌ای انعطاف‌ناپذیر اعمال می‌شده است؛ هر چند که برخی نشانه‌های این وابستگی بسیار شورای نگهبان به اصل مالکیت، گاه امروزه نیز در نظریه‌های آن دیده می‌شود. (نظر شورا در پاسخ

با این حال بخش بزرگی از آموزه حقوق اساسی بر این باور است که ماده ۳۴ قانون اساسی سال ۱۹۵۸ حمایتی واقعی، اما محدود از حق مالکیت به عمل آورده است. برای آشنایی با این دیدگاه، ر.ک.:

LEGEAIS, Rémy, «Le Conseil constitutionnel français, protecteur du droit de propriété», Mélanges Guy Flattet, Suisse, publié par Bernard Dutiat, Josef Hafstetter et Paul Piotet, 1958, p. 61.

۱. ماده ۶۶ قانون اساسی فرانسه: «هیچ‌کس را نمی‌توان خودسرانه توقیف نمود. مرجع قضائی، حافظ آزادی فردی، ضامن اجرای این اصل به موجب شرایط مقرر در قانون است.»

2. Principe directeur

۳. نظریه شماره ۳۰۶۰ مربوط به «طرح لغو لایحه قانونی راجع به املاک وراثت اسماعیل قشقایی و سهراب بهادری قشقایی»، به تاریخ ۱۳۶۷/۹/۲ و نظریه شماره ۰۹۱۷ مربوط به «لایحه اجازه تأسیس باشگاه ورزشی و ورزشگاه توسط مردم با نظارت دولت»، به تاریخ ۱۳۶۸/۸/۲.

به نامه رئیس مجلس شورای اسلامی به تاریخ چهارم مهر ۱۳۸۶ در مورد بند ۹ ماده ۱۰ قانون برنامه کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰). در این نظر، شورای نگهبان اشاره نموده است:

«اطلاق جواز استفاده نمودن دولت از اراضی مذکور، خلاف موازین شرع دانسته شد، زیرا شامل اراضی ای که طبق ضوابط شرعی دارای مالک یا ذی حق شرعی است، نیز می شود و بنابراین اطلاق جواز استفاده بدون رضایت مالک یا ذی حق در فرض نبود ضرورت میحه خلاف موازین شرع است». ملاحظه می شود که مطابق نظر شورای نگهبان، اصل بر عدم جواز دولت در اراضی دارای مالک شرعی است و عمل بر خلاف آن بنا بر منافع عمومی یا مصلحت محتاج دلیل است.

فارغ از مثال بالا، نظریه های شورای نگهبان را، که اشاره به تضمین مالکیت دارند، در دو دوره متمایز می توان بررسی نمود: پیش از دهه ۷۰ و پس از آن. در دوره نخست، که از بدو تأسیس شورای نگهبان تا اوایل دهه ۷۰ را دربر می گیرد، فقهای شورای نگهبان به مالکیت به مثابه حکم اولیه می نگرند و تحلیل این حکم اولیه نیز بر مبنای قاعده «تسلیط» انجام می پذیرد. در این دوره، در برخی موارد، شورای نگهبان از تجاوز دولت به مالکیت خصوصی افراد جلوگیری می کند و بر آن است که دولت حتی در شرایط خاص نیز نمی تواند مالکیت خصوصی افراد را نقض نماید. برای مثال در نظریه مربوط به قانون حفاظت و توسعه صنایع ایران مصوب ۱۳۵۸/۴/۱۰ شورای انقلاب اسلامی و تبصره الحاقی آن مصوب ۱۳۵۸/۴/۲۴ به تاریخ ۱۳۶۱/۷/۲۴ از مداخله در بسیاری امور جلوگیری نمود. شورا در این نظریه تأکید می نماید: «... ۷. تبصره ماده ۵ که با ضرب الاجل تملک دولت را تجویز نموده است، مخالف با موازین شرعی است و مجرد گذشتن موعد مقرر، موجب جواز تصرف و تملک دولت در مال غیر و اخراج آن از ید او نمی گردد.» (مهرپور، ج ۱، ۱۳۷۱: ۳۲) همین رویکرد را در نظریه های دیگر شورای نگهبان در این دوره می بینیم که بر حفظ حقوق مالکان تأکید دارد.^۱ در این دوره موارد ابهام در تقابل حقوق دولت و مالکان خصوصی به سود مالکیت خصوصی تفسیر می شود و این رویه تاکنون نیز ادامه یافته است. برای مثال در نظریه مربوط به لایحه سازماندهی و حمایت از تولید و عرضه مسکن به تاریخ ۱۳۸۶/۹/۲۹، شورا ماده ۸ این لایحه را، از جهت اینکه آیا خانه های سازمانی شامل خانه های خصوصی هم می شود؟ تأیید نمود.

۱. برای مثال ر.ک.: نظریه مربوط به «تفسیر قانونی لایحه ادامه عملیات شهرک تعاونی دانشگاه و تصاحب آن وسیله وزارت مسکن و شهرسازی مصوب شورای انقلاب» به تاریخ ۱۳۶۰/۹/۲۸. جالب توجه است که در قسمتی از این نظریه، شورای نگهبان موضعی مغایر با باقیمانده نظریه اتخاذ می نماید و تفسیر «تصاحب» به «تملک» مطرح شده در لایحه فوق توسط کمیسیون مسکن و شهرسازی و نیز مجلس شورای اسلامی را تأیید نمود.

شاید مهم‌ترین نظریه‌ای که در دوره نخست می‌توان بدان اشاره کرد، نظریه‌ی مربوط به طرح قانونی اراضی شهری به تاریخ ۱۳۶۰/۵/۲۹ بود. مبنای این طرح قانونی محدودیت مالکیت خصوصی بود و در دو مورد محدودیت‌های زیادی اعمال می‌نمود: «در مورد اراضی موات شهری که در اختیار دولت قرار می‌گرفت و اسناد و مدارک مالکیت صادره در مورد آنها فاقد ارزش قانونی اعلام می‌شد. در مورد اراضی بایر نیز فقط صاحبان آنها می‌توانستند حداکثر تا ۱۰۰۰ متر در اختیار داشته باشند و آن را عمران و احیا کنند و حق فروش آن را نداشتند، مگر به دولت و با تقویم دولت. همچنین مالکان اراضی بایر و دایر شهری موظف بودند زمین‌های مورد نیاز دولت و شهرداری‌ها را با تقویم دولت به آنها بفروشند.» (مهرپور، ۱۳۷۲، ۴۸) در مورد اراضی دایر و بایر که آشکارا سلطه‌ی مالک را تهدید می‌کرد، شورای نگهبان به‌روشنی این قسمت‌ها را مغایر با موازین شرعی اعلام نمود: «قسمت‌هایی از ماده ۷ و ۸ و تبصره‌های آنها و ماده ۱۰ که با اراضی بایر و دایر ارتباط دارد، مغایر با آیه کریمه: «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض» و حدیث شریف معروف «لا یحل مال امرئ مسلم الا عن طیب نفسه» و قاعده مسلمة «الناس مسلطون علی اموالهم» است و به اکثریت آراء فقها رد شد» (مهرپور، ج ۱، همان: ۶۸) این نظریه راه ورود عنصری به نام «ضرورت» را به نظام قانون‌گذاری باز کرد تا بر اساس مصالح حکومت اسلامی و حکم ثانویه ناشی از آن، حکم اولیه ضامن مالکیت شخصی برای مدتی محدود اعمال نشود.

در دوره دوم، به نظر می‌رسد که شورای نگهبان از دیدگاه مطلق دوره پیشین فاصله می‌گیرد و به تدریج محدودیت‌هایی ناشی از منافع عمومی را می‌پذیرد. این روند، به ویژه در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری، به گونه‌ای محسوس دیده می‌شود. افزون بر آن، تأکید مجمع تشخیص مصلحت نظام بر اعمال محدودیت‌های ضروری بر مالکیت نیز بر دگرگونی نگرش شورای نگهبان بی‌تأثیر نبوده است. در واقع، شورا به تضمین چهارچوب مالکیت خصوصی اکتفا می‌کند و برای اعمال مطلق آن کوششی نمی‌کند. بنابراین، در دوره مذکور، شورای نگهبان به دیدگاه نسبی در مورد مالکیت گرایش یافته است.

در فرانسه، «پیش از سال ۱۹۸۲، شورای قانون اساسی در تضمین حق مالکیت به مواد ۲ و ۱۷ اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹ توأم استناد می‌نمود، اما از سال مذکور، شورای قانون اساسی تنها به ماده ۱۷ که مربوط به سلب مالکیت و راه‌های تحقق آن است، استناد نموده است. به نظر می‌رسد اهمیت ماده ۲ از سوی شورای قانون اساسی به فراموشی سپرده شده است، در حالی که برای نظارت بر محدودیت‌های حق مالکیت از معیارهای ماده ۲ گریزی نیست.» (Mathieu & Verpeaux, 2002, 579) علت این امر آن است که از منظر شورای قانون اساسی حمایت از

حق مالکیت در اساس در حوزه‌های ملی کردن (اموال منقول) و سلب مالکیت (اموال غیرمنقول) نمود فراوان می‌یابد و از این روی، استناد به ماده ۱۷ افزایش یافته است. شورای قانون اساسی در تصمیم شماره L ۱- ۵۹ به تاریخ ۲۷ نوامبر ۱۹۵۹ یادآوری نمود که حق مالکیت باید در چهارچوب محدودیت‌های عمومی مورد نظر قانون‌گذار تحلیل شود.^۱ در واقع، در دوره‌ای طولانی، در زمینه فوق، «رویه قضائی شورای قانون اساسی با حوزه صلاحیت قانون‌گذار؛ یعنی تعریف مذکور در ماده ۳۴ قانون اساسی ۱۹۵۸ مرتبط بود.»^۲ (Philip, 1958: 268)

در تصمیم شماره DC ۱۳۴-۸۱ به تاریخ پنجم ژانویه ۱۹۸۲، شورای قانون اساسی حق مالکیت را در زمره اصول زیربنایی قانون اساسی قلمداد نمود،^۳ اما در تصمیم شماره DC ۱۳۲-۸۱ به تاریخ شانزدهم ژانویه ۱۹۸۲ مربوط به ملی کردن بود که شورا همه تردیدها در مورد اعتبار حق مالکیت

۱. در این تصمیم، شورای قانون اساسی حق مالکیت را بر اساس تعریف قانون مدنی بنا می‌کند. مبنای این تعریف آزادی مالک در بهره‌مندی مالک از مورد مالکیت خویش است که خود یکی از اصول بنیادی نظام مالکیت است. این تعریف در تصمیم‌های دیگر شورای قانون اساسی نظیر شماره: L ۶- ۶۰ به تاریخ هشتم ژوئیه ۱۹۶۰، شماره FNR ۳- ۶۱ به تاریخ هشتم سپتامبر ۱۹۶۱ و شماره L ۱۶- ۶۱ به تاریخ هجدهم اکتبر ۱۹۶۱ نمود یافته است. (Luchaire, 1987: 128)

۲. ماده ۳۴ قانون اساسی سال ۱۹۵۸ مقرر می‌دارد: «قانون به وسیله پارلمان تصویب می‌شود. مقررات مربوط به موارد ذیل توسط قانون معین می‌شود:

- حقوق مدنی و تضمینات اساسی اعطاشده به شهروندان برای بهره‌مندی از آزادی‌های عمومی، الزام‌های ناشی از دفاع ملی بر امور شخصی و اموال شهروندان؛
 - تابعیت، وضعیت و اهلیت شخصی، نظام زناشویی، انحصار وراثت و هبه؛
 - تعریف و تعیین جنایات و جرایم و مجازات‌هایی که برای آنها اعمال می‌شود، آیین دادرسی کیفری، عفو و بخشودگی، تأسیس دادگاه‌ها، نظامنامه قضات؛
 - مأخذ، میزان و چگونگی دریافت انواع مالیات‌ها و نظام ضرب سکه و چاپ اسکناس؛
 - قانون همچنین مقررات مربوط به موارد ذیل را تعیین می‌کند:
 - نظام انتخابات پارلمانی و محلی؛
 - تأسیس انواع مؤسسات عمومی؛
 - تضمین‌های اساسی اعطاشده به کارمندان کشوری و لشکری دولت؛
 - ملی کردن مؤسسات و انتقال مالکیت مؤسسات از بخش عمومی به بخش خصوص؛
 - قانون اصول اساسی مربوط به امور ذیل را مشخص می‌نماید:
 - سازماندهی کلی دفاع ملی؛
 - اداره آزادانه تشکیلات محلی، صلاحیت‌ها و منابع؛
 - آموزش؛
 - نظام مالکیت، حقوق واقعی و تعهدات مدنی و بازرگانی؛
 - حقوق کار، حقوق اتحادیه‌های صنفی و تأمین اجتماعی.
- قوانین مالی، درآمدها و هزینه‌های دولت را در هر شرایطی قانون ارگانیک معین می‌کند. قوانین برنامه اهداف اقتصادی و اجتماعی دولت را تعیین می‌کند. مفاد این ماده به وسیله قانون ارگانیک به‌طور دقیق تعیین و تکمیل می‌شود».
۳. به یقین، تأکید موجود در این تصمیم با تضمین موجود در ماده ۵۴۴ قانون مدنی فرانسه، که پیش از این بدان اشاره شد، بی‌ارتباط نبود.

در قانون اساسی را زدود.^۱ در این تصمیم، شورا تفسیری از مقررات اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹ را ارائه نمود که پیش از این چنین استنباطی از آنها وجود نداشت. (Mestre, 1984, 3-2004-5)

در واقع، شورای قانون اساسی مقررات اعلامیه حقوق بشر و شهروند را برای تحولات آتی حق مالکیت مناسب تر تشخیص داد و این تحولات را در دو حوزه غایات و شرایط اعمال حق مالکیت دنبال نمود و بدین وسیله گستره تضمین این حق را افزایش داد.^۲ با این حال، به نظر می رسد شورای قانون اساسی در تصمیم فوق به هیچ روی قصد آن را نداشته است تا از حق مالکیت حمایت کند، بلکه خواستار حمایت از مالکیت فردی (در صیغه اقتصادی آن) بوده است. (Hamon, 1983, 79 - Molfessis, 1997: 49)

این رویه کماکان تا تصمیم شماره DC ۲۵۶-۸۹ به تاریخ ۲۵ ژوئیه ۱۹۸۹ ادامه داشت که بازگشتی بزرگ در تصمیم های شورای قانون اساسی محسوب می شود و جایگاه حق مالکیت را که بر مبنای تصمیم شانزدهم ژانویه ۱۹۸۲ بنا شده بود به کلی تغییر داد. توضیح اینکه «در تصمیم سال ۱۹۸۲ حق مالکیت بدون توجه به محدودیت های عینی در نظر گرفته شده بود، ولی در تصمیم فوق چهارچوب حق مالکیت در قالب محدودیت هایی پی ریزی شد، به طوری که می توان گفت دیگر حمایتی قاطع از حق مالکیت در میان نبود.» (Libchsber, 2007: 639-Frangi, 1992: 245).

در زمینه اموال منقول، شورای قانون اساسی در مواردی زیاد قوانینی را تأیید نموده است که محدودیت های فراوانی را به اتکای منافع عمومی بر حق مالکیت وارد نموده اند (برای مثال ر.ک.:: تصمیم های شماره DC ۲۸۳-۹۰ به تاریخ هشتم ژانویه ۱۹۹۱ و شماره DC ۳۰۳-۹۱ به تاریخ پانزدهم ژانویه ۱۹۹۲). وانگهی، شورا به توجیحات دیگری نظیر «ضرورت بهبود اطلاع رسانی به

۱. برای مطالعه بیشتر در مورد این تصمیم ر.ک.:

CHARTIER, François, «Les nationalisations. Problèmes juridiques en France et dans le Monde», Gazette du palais, 1981, p. 448; HAMON, Léo, Dalloz, 1983, Jurisprudence, p. 169; LEONARD, Pierre, «De la constitutionnalité des nationalisations», Gazette du palais, 1981, p. 440; VILLIERS, Michel de, «Du principe des nationalisations-Contrôle minimal de constitutionnalité et erreur manifeste», op.cit., 1983, p. 153

۲. شورای قانون اساسی در تصمیم های بعدی، راه حل های ارائه شده در تصمیم مورد بحث را تأیید نمود و مقرر داشت: «از پیش از سال ۱۷۸۹ تاکنون غایات و شرایط اعمال حق مالکیت تحولی عظیم را به لحاظ گسترش حوزه اعمال حق به حوزه های فردی جدید به خود دیده است...». این الگو در تصمیم های آتی شورا نیز تکرار شد. برای مثال ر.ک.:: تصمیم های شماره DC ۲۵۶-۸۹ به تاریخ ۲۵ ژوئیه ۱۹۸۹؛ شماره DC ۲۸۳-۹۰ به تاریخ هشتم ژانویه ۱۹۹۱ و شماره DC ۳۰۳-۹۱ به تاریخ پانزدهم ژانویه ۱۹۹۲

Favoreu-Philip, 2007, 487-Favoreu, 1982, 44-Lachaume-Pauliat, 1999, 376

مصرف کنندگان و ترغیب به رقابت» نیز برای محدودیت مالکیت دست یازیده است. (Molfessos, 1997: 56)

نگاهی به رویه دو مرجع صیانت از قانون اساسی نشان می‌دهد که مالکیت در نزد شورای نگهبان به مثابه وضعیت قانونی و شرعی مطلق است، ولی در نزد شورای قانون اساسی حقی نسبی قلمداد می‌شود که به فراخور شرایط زمانی و مکانی تغییرپذیر است. با توجه به این ویژگی‌هاست که باید مصادیق تضمین این حق و محدودیت‌های وارد بر آن را در سطح خرد بازشناخت.

۲. اعمال مالکیت به وسیله مراجع صیانت از قانون اساسی

پس از آشنایی مختصر با مبنای مالکیت و تفاوت مفهوم آن در حقوق فرانسه و ایران و به‌ویژه فقه اسلامی باید به اعمال هنجارهای مربوط به آن و تضمین هنجارهای مذکور به وسیله مراجع صیانت از قانون اساسی پرداخت. بنابراین، ارائه شمایی از تضمین مالکیت در این مقوله، از دو منظر قابل اعتناست: نخست اینکه مراجع صیانت از قانون اساسی اعمال مالکیت را گسترش می‌دهند (الف) و دوم اینکه تفسیری جدید و پویا از هنجارهای مالکیت به وسیله این مراجع نیاز است (ب).

الف) گسترش اعمال مالکیت

به دنبال به رسمیت شناختن ارزش حق مالکیت در قانون اساسی به وسیله دو مرجع صیانت از قانون اساسی و ارزش آن در شرع به وسیله شورای نگهبان، باید به گستره اعمال آن پرداخت. بنابراین، نخستین وظیفه مرجع صیانت از قانون اساسی در این قلمرو، گسترش حوزه اعمال مالکیت است. این گسترش در دو حوزه مصادیق مالکیت (یک) و حمایت در برابر سلب مالکیت (دو) مورد نظر است.

۱. گسترش مصادیق مالکیت

در گسترش مصادیق مالکیت دو جنبه را در رویه شورای نگهبان می‌توان شناسایی نمود: نخست گسترش کمی موضوع مالکیت که مورد توجه آن بوده است و دوم این مرجع همواره بر آن بوده است تا گستره کیفی مالکیت را گسترش دهد.

در قلمرو گسترش کمی موضوع مالکیت، در زنجیره نظریه‌های شورای نگهبان، که بر مبنای این موضع ابراز شده‌اند، نظریه مربوط به لایحه معادن به تاریخ ۱۳۶۱/۳/۱۹ اهمیت فراوانی دارد. در این مورد، حقوق مالک (در تعارض با حقوق دولت) ترجیح داده شد: «از لحاظ موازین شرعی

انطباق موادی که اطلاق آنها شامل معادن واقع در املاک شخصی و وقفی می‌شود و همچنین شمول قانون به تصرفات یسیره که برای رفع حواجج شخصی متعارف بوده و سیره بر آن است، نظر به اینکه رفع اباحه این گونه تصرفات از مقام ولایت محرز نیست، به تأیید اکثریت فقهای شورا نرسید... انطباق مواد ۳۱، ۳۲، ۳۳ و ۳۴ با موازین شرعی در صورتی که عملیات انجام شده و ارزش داشته باشد، نظر به اینکه صاحب پروانه و انجام‌دهنده عملیات نسبت به آن ذی‌حق است و حق یا ملک او در آن محترم است، به تأیید اکثریت فقها نرسید.» (مهرپور، ج ۱، همان، ۱۸۰)

نکته جالب توجه در این نظریه، این است که فقیهان شورای نگهبان نوعی این همانی را بین دو نهاد مالکیت و وقف در مقابل حقوق دولت مفروض دانسته‌اند که از اهمیت نهاد وقف به میزان مالکیت نیز حکایت می‌نماید. در نتیجه، تبصره‌ای به ماده ۷ اصلاحیه افزوده شد که اراضی موقوفه نیز مانند اراضی خصوصی تلقی شد. ماده ۷ این لایحه به این دلیل مغایر موازین شرعی دانسته شد که مفهومی عام از معادن را مراد کرده و مصادیق واقع در اراضی زیر مالکیت خصوصی را استثنا نکرده است.^۱ در اصلاحیه این ماده نیز در مرحله نخست اراضی دایر یا مسبوق به احیا احصا گردید، ولی کسب مجوز، ضروری شمرده شد، اما باز هم شورای نگهبان اصلاحیه ماده ۷ را رافع اشکال شرعی ندانست و در نظریه مورخ ۱۳۶۱/۹/۴ تأکید نمود: «... زیرا مالکیت در این گونه معادن منحصر به مواد مستخرجه ضمن اکتشاف نیست، بلکه شامل همه نتایج و ذخایر مکشوفه در محدوده ملک شخصی است». بدین ترتیب آشکار می‌شود که شورای نگهبان نه تنها مالکیت بالفعل، بلکه مالکیت بالقوه را نیز مد نظر دارد و شاهد گسترش بیش از اندازه مصادیق مالکیت اموال غیرمنقول در این نظریه هستیم.

افزون بر آن، در حوزه گسترش کیفی، تعمق در نظریه‌های شورای نگهبان نشان‌دهنده آن است که این مرجع در مقاطع گوناگون کوشش نموده است تا تلفیقی از تضمین مالکیت خصوصی و دیگر اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به دست دهد. این تلفیق نتایج بسیار مهمی به دنبال دارد، زیرا تضمین نهاد مالکیت را از قالب انتزاعی به‌در آورده و بدان جامعه عمل می‌پوشاند. در این مقوله، گاه مالکیت افراد را با نفی سلطه‌گری و سلطه‌پذیری مطرح شده در بند «ج» اصل دوم قانون اساسی پیوند می‌دهد^۲ و گاه نیز آن را به اصول ۴۳ و ۴۴ مربوط می‌سازد. در این گام،

۱. «نتایج حاصل از اکتشاف و ذخایر مکشوفه متعلق به دولت است.»

۲. شورای نگهبان در نظریه مربوط به «طرح قانونی احیا و واگذاری اراضی مزروعی» به تاریخ ۱۳۶۱/۱۰/۲۸ تأکید می‌کند: «... کل طرح احیا و واگذاری اراضی مزروعی با توجه به مواد و تبصره‌ها و قیود و شرایط و ضوابط آن ... از لحاظ اینکه موجب سلطه وزارت کشاورزی بر کشاورزان می‌گردد، با بند (ج) اصل دوم قانون اساسی که هرگونه

شورا دولت را از تبدیل به کارفرمای بزرگ منع و موارد احصای مالکیت دولتی در اصل ۴۴ قانون اساسی را یادآوری می‌کند.^۱

بنابراین، «برداشت شورای نگهبان از اصول ۴۳ و ۴۴ قانون اساسی این بود که اصل بر فعالیت بخش خصوصی باید گذارده شود ... مگر آنجا که فعالیتی از بخش خصوصی به روشنی گرفته شده و در حیطه بخش دولتی قرار داده شده است». (مهرپور، ج ۱، همان، ۶۸) نتیجه طبیعی حمایت از فعالیت خصوصی، تضمین مالکیت خصوصی خواهد بود که پیوند بین تضمین مالکیت خصوصی و تفسیر اصول ۴۳ و ۴۴ قانون اساسی را نشان می‌دهد. به علاوه، شورا این نهاد را به مثابه سدی در مقابل انحصار خدمات به وسیله دولت به کار می‌گیرد.^۲

در مواردی نیز شورای نگهبان، با توسل به تفسیر پویا، مصادیق مربوط به ارزش مالی موضوع مالکیت خصوصی را گسترش داد. از این منظر، شورا در نظریه خویش درباره لایحه «الحاق یک تبصره به لایحه قانونی احتساب خدمت محکومان سیاسی» مصوب ۱۳۵۸/۵/۱۸ به تاریخ ۱۳۶۱/۱/۲۴، استرداد وجوهی را، که اشخاص دریافت کرده‌اند، به دولت بدون ادله شرعی جایز نمی‌داند.^۳ در اینجا مشاهده می‌شود که شورا وجوه دریافتی را مصداقی از مالکیت اشخاص در نظر گرفته است. در همین زمینه، گاه مقرراتی را که ارزش واقعی برای سهام سهامداران در نظر نمی‌گیرند نیز مغایر موازین شرعی اعلام می‌کند: «ماده ۴ نیز که مالکیت سهامداران را در مؤسسات مربوط طبق ارزش واقعی نفی نموده و به نحوی که مقرر کرده است، سهام و شریک می‌نماید، مغایر با موازین شرعی است. باید معیار در ارزیابی، ارزش واقعی مقرر گردد و ارزش ویژه مغایر با موازین شرعی است.» (همان) در واقع، از نظر شورای نگهبان محدودیت مالکیت واقعی سهامداران در برابر دولت، مغایر با موازین شرعی است و مشارکت با دولت، دلیل بر نفی ارزش واقعی موضوع مالکیت سهامداران نیست. این نظریه بیان‌کننده آن است که شورا نه تنها خود را موظف به تضمین مالکیت خصوصی می‌داند، بلکه ارزش مالی اموال موضوع حق مالکیت را نیز

سلطه‌گری و سلطه‌پذیری را نفی می‌نماید، مغایر است». البته، به نظر نمی‌رسد که واژه «سلطه» برای تبیین روابط کشاورزان و وزارت کشاورزی در محل مناسب خویش به کار گرفته شده باشد.

۱. نظریه مربوط به «لایحه راجع به تأسیس شرکت‌های خاص پایانه و حمل بار در بنادر و مبادی ورودی کشور» به تاریخ ۱۳۶۲/۷/۲۱.

۲. ر.ک.: نظریه مربوط به لایحه دولتی کردن بازرگانی خارجی به تاریخ ۱۳۶۱/۳/۱۱ و نظریه مربوط به لایحه راجع به تشکیل وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی به تاریخ ۱۳۶۱/۶/۳۰.

۳. «ولی اطلاق بند که تجویز می‌کند وجوهی را که اشخاص قبلاً به استناد قانون مصوب شورای انقلاب با عنوان بازخرید یا بازنشستگی دریافت کرده و مصرف نموده‌اند استرداد شود، با موازین شرعی مغایر است».

پاسداری می‌کند. به بیان دیگر، در این روند شورا تنها به حفظ و تقویت رابطه مالکیت اکتفا نمی‌کند، بلکه نظارت شرعی خویش را به ارزش مالی اموال موضوع این رابطه نیز تسری می‌دهد. در این مقوله، شورای نگهبان به مفهومی مضیق از مالکیت اکتفا نمی‌کند و حمایت خویش را به همه فعالیت‌های بازرگانی و صنعتی و نیز اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی تسری می‌دهد. به دیگر سخن، این مرجع مصادیق موضوع مالکیت را افزایش می‌دهد و در تفسیری گسترده حقوق ناشی از مالکیت، مانند حقوق ناشی از انتقال ملک را نیز تضمین می‌کند. (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۵: ۱۴۰)^۱

در دیدگاهی متفاوت با شورای نگهبان، شورای قانون اساسی آشکارا ماهیت برخی از اموال را بررسی و قابلیت آنها را با عنوان موضوع حق مالکیت مشخص می‌نماید. به عبارت دیگر، شورا حوزه اعمال حق مالکیت موضوع اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹ را گسترش می‌دهد و برای مثال علاوه بر اموال منقول و غیرمنقول سهام شرکت‌ها را نیز در این حوزه وارد می‌کند. (Mestre, 1994: 136; Pauliat, 1996: 24) در واقع، پس از تردیدهای فراوان در مورد ماهیت اموال موضوع مالکیت، شورا دامنه این اموال را به هر چیزی که برای انسان مفید باشد، گسترش داد و انسان می‌تواند همه آنها را به تملک خصوصی خویش درآورد.

در مقابل، تحلیل دقیق نظریه‌های شورای نگهبان مبین آن است که این مرجع در مورد اموال منقول از موضع انعطاف‌ناپذیر مربوط به اموال غیرمنقول برخوردار نیست و در این حوزه برخی از محدودیت‌ها را بر مالکیت پذیرفته است. در واقع، تضمین مالکیت اموال منقول از انسجام و شدت اموال غیرمنقول برخوردار نیست. در نتیجه به نظر می‌رسد برای ایجاد انسجام در تضمین مالکیت اموال غیرمنقول و منقول و توازن بین حمایت از آنها، تضمین گروه اخیر باید اندکی افزایش یابد. این حمایت در برخی زمینه‌ها نظیر سهام شرکت‌ها در بورس اوراق بهادار اهمیت بیشتری می‌یابد.^۲ با توجه به تفسیر گسترده اموال موضوع مالکیت به وسیله شورای قانون اساسی، به نظر نمی‌رسد که این مرجع حق مالکیت را با عنوان حقی خصوصی در نظر گرفته باشد. از این رو، در تصمیم شماره DC ۲۰۷-۸۶ به تاریخ ۲۵ ژوئن ۱۹۸۶ تصریح نمود: «مقررات مندرج در ماده ۱۷ اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹ در مورد حق مالکیت و حمایت از آن تنها به اموال با مالکیت خصوصی مربوط نمی‌شوند، بلکه به همان سیاق، مالکیت دولتی و اشخاص عمومی را نیز شامل

۱. بند ۱ نظریه ش. ۷۶/۲۱/۰۳۴۶ به تاریخ ۱۳۷۶/۲/۱۷ مربوط به لایحه اصلاح قانون تملک آپارتمان‌ها.
۲. بر عکس، شورای قانون اساسی همواره بر تنوع موضوع مالکیت تأکید دارد. برای مقایسه با رویه قضائی شورای قانون اساسی فرانسه ر.ک.: تصمیم شماره DC ۱۳۲-۸۱ به تاریخ شانزدهم ژانویه ۱۹۸۲.

می‌شوند.^۱ در نتیجه، در فرصتی که قوانین دوم ژوئیه و ششم اوت ۱۹۸۶ در مورد خصوصی سازی ایجاد کردند، شورا موازنه‌ای ظریف بین مالکیت خصوصی و عمومی برقرار نمود. در این حوزه، خلأی مهم در نظریه‌های شورای نگهبان دیده می‌شود. بر خلاف شورای قانون اساسی، همتای ایرانی آن از حمایت از مالکیت عمومی، به همان قوت مالکیت خصوصی سر باز می‌زند. مبنای این موضع شورای نگهبان نیز می‌تواند این باشد که به دلیل نیرومندی دولت، این مرجع خود را موظف به حمایت از مالکیت خصوصی در مقابل دست‌اندازی‌های آن می‌داند و قواعد شرعی نیز همین روند را تأیید می‌کنند. با این حال، به نظر می‌رسد که برای حمایت مؤثر از مالکیت، ایجاد نوعی تعادل و انسجام در تضمین هر دو نوع مالکیت خصوصی و عمومی ضروریست. ایجاد این تناسب زمانی امکان‌پذیر است که شورای نگهبان از قواعد شرعی مشترک برای تضمین مالکیت عمومی در دولت اسلامی نیز استفاده نماید.

۲. حمایت در برابر سلب مالکیت

بر اساس نظر پرفسور فاورو، استاد فقید حقوق اساسی فرانسه، رویه قضائی شورای قانون اساسی نه تنها به وجود حوزه حد اقلی اعمال حق مالکیت پرداخته است، بلکه به حوزه حداکثری اعمال این حق نیز بی‌اعتنا نبوده است. (Favoreu, 1990: 131) در حوزه حد اقلی، شورا اختیاری وسیع را برای قانون‌گذار در نظر می‌گیرد تا بخش عمومی را با تمسک به ملی کردن گسترش دهد. (Ibid., 132) در حوزه حداکثری نیز گسترش بخش خصوصی با تمسک به خصوصی سازی شرکت‌های بخش عمومی مورد نظر شورا است.^۲

در حوزه حد اقلی، شورای قانون اساسی برای سلب مالکیت در مفهوم عام شرایطی در نظر می‌گیرد که حائز اهمیت است. در وهله نخست، ماده ۱۷ اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹ شرطی مهم را برای سلب حق مالکیت در نظر گرفته است و آن ضرورت عمومی^۳ است. در واقع، بنا بر نظر گروهی از حقوق‌دانان، ملی کردن تنها متضمن «ضرورت» ویژه یا «سود عمومی»^۴ است، (Luchoire, 1982: 17) اما به نظر می‌رسد که باید بین «ضرورت عمومی» و «سود عمومی»

۱. در این زمینه همچنین ر.ش: تصمیم‌های شماره DC ۲۱۷-۸۶ به تاریخ هجدهم دسامبر ۱۹۸۶ و شماره DC ۳۴۶-۹۴ به تاریخ ۲۱ ژوئیه ۱۹۹۴.

۲. برای مثال، ر.ک.: تصمیم شماره DC ۲۰۷-۸۶ به تاریخ ۲۵ و ۲۶ ژوئن ۱۹۸۶ که به قانون مشهور خصوصی سازی در این کشور اختصاص دارد.

3. Nécessité publique

4. Utilité publique

تمایز قائل شد،^۱ با آنکه هنوز یک مرز مشخص بین این دو مفهوم در رویه شورای قانون اساسی پدید نیامده است. همین اندازه می‌دانیم که شورای قانون اساسی تصمیم گرفت تا اختیار قانون‌گذار برای ارزیابی ضرورت عمومی را کاهش دهد؛ البته در مواردی خطای آشکار در ارزیابی این مداخله اجتناب‌ناپذیر است. (Robert & Luchaire, 1982: 68) اما پرسش این است که آیا کاهش میزان اختیار قانون‌گذار در این امر کافی است؟ یا به معیارهای عینی برای تبیین این دو مفهوم و مرزبندی آنها نیازمندیم؟ شاید شایسته باشد که شورای قانون اساسی عینیت بخشیدن به این دو مفهوم را به منظور تفکیک مشخص آنها ادامه دهد.

در رویه قضائی شورای قانون اساسی، دو نوع سلب مالکیت را می‌توان شناسایی نمود که باید به تفصیل و جداگانه تحلیل شوند: ملی کردن^۲ و سلب مالکیت در معنای خاص.^۳

بنا بر نظر شورای قانون اساسی، «ملی کردن متضمن انتقال موضوع مالکیت است که این انتقال در نتیجه تصمیم قدرت عمومی است و مالک یا مالکان ملزم به تبعیت هستند» (Colly, 1988: 169) اما امری که در این تعریف به فراموشی سپرده شده است، ضرورت توجیه روند ملی شدن در زمینه تأمین منافع عمومی است، اما شورا بیش از توجیه حقوقی ملی شدن به حفظ حقوق مالکیت پیشین علاقه‌مند است. از این‌رو، ضرورت تأدیه خسارت ناشی از ملی کردن به دقت به وسیله آموزه‌های حقوقی کاویده شده است. بر اساس اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹، «جبران خسارت باید به صورت مقدماتی انجام شود و منصفانه باشد و شورای قانون اساسی نیز بر همین معیارها تأکید می‌کند» (Bouyssou, 1984: 233).

در برخی تصمیم‌ها، «شورا تأکید نموده است که بر اساس مفاد ماده ۱۷ اعلامیه سال ۱۷۸۹ خسارت باید پیش از ملی کردن تعیین و جبران شده باشد» (Zattara, op.cit., 515). افزون بر این، «شورا مقررات مربوط به مبلغ خسارت را به صورت مضیق تفسیر نموده و در موارد بسیاری آنها را مغایر با قانون اساسی تشخیص داده است» (Robert & Luchaire, op.cit., 76). این امر بدان معناست که این مرجع در مورد جبران خسارت با وسواس فراوان شرط منصفانه بودن خسارت را احراز می‌نماید. البته در اینجا اشکالی نیز مطرح می‌شود و آن اینکه آیا در این مورد نظارت شورای قانون اساسی از وصف کلی خویش نگشته است و وارد مصادیق خاص نمی‌شود؟

۱. در این زمینه ر.ک.: تصمیم شماره DC ۵۰۹-۲۰۰۴ به تاریخ سیزدهم ژانویه ۲۰۰۵.

2. Nationalisation
3. Expropriation

۴. تصمیم شماره DC ۱۶۷-۸۳ به تاریخ نوزدهم ژانویه ۱۹۸۴.

۵. در این زمینه ر.ک.: تصمیم شماره DC ۵۰۹-۲۰۰۴ به تاریخ سیزدهم ژانویه ۲۰۰۵.

به نظر می‌رسد در این زمینه، این انتقاد به شورای قانون اساسی وارد است، زیرا کار مرجع صیانت از قانون اساسی، تعیین مصادیق نیست و تعیین اموری از این دست باید به مراجع قضائی تالی واگذار شود.

نوع دوم، سلب مالکیت در معنای خاص است که به عکس ملی کردن در موارد جزئی و به منظور تأمین منافع عمومی به وسیله مؤسسات عمومی، به ویژه شهرداری ها انجام می‌گیرد.^۱ در این زمینه، شورای قانون اساسی ابتکاری خاص را مطرح نکرده است و کاملاً به ماده ۱۳-۱۳ قانون سلب مالکیت (سلب مالکیت در موارد بسیار ضروری) وفادار است. شورا برای سلب مالکیت در معنای خاص سازگار با اهداف قانون اساسی چهار شرط را برمی‌شمارد که همگی از ماده ۱۷ اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹ برگرفته شده‌اند: «نخست اینکه، قانون نمی‌تواند سلب مالکیت از اموال غیرمنقول یا حقوق مربوط به آنها را تجویز نماید، مگر اینکه نیاز به عملیاتی قانونی به منظور حفظ سود عمومی باشد؛ دوم، برای اینکه جبران خسارت منصفانه باشد، باید تمامی زیان‌های مستقیم و مادی ناشی از سلب مالکیت را در بر گیرد؛ سوم، در صورت بروز اختلاف در تعیین مبلغ خسارت، سلب مالکیت باید با توسل به راه‌های قانونی مناسب تعقیب شود. سرانجام اینکه، هرگونه واگذاری ملک سلب مالکیت شده به اداره عمومی باید پس از پرداخت مقدماتی مبلغ خسارت انجام شود» (Bon, op.cit., 1020) به نظر می‌رسد در این گونه از سلب مالکیت، شورا به توجیه آن از نظر تأمین منافع عمومی توجه بیشتری مبذول داشته است.

برخلاف شورای قانون اساسی، به نظر می‌رسد که همتای ایرانی آن در مورد حوزه اعمال مالکیت، بیشتر دیدگاهی آرمانی و نه واقع‌گرا داشته باشد. شورای نگهبان کمتر محدودیتی را بر مالکیت خصوصی می‌پذیرد و این موضع انعطاف‌ناپذیر موجب می‌شود که برای تحمیل محدودیت‌های ضروری، حتی محدودیت‌های ناشی از منافع عمومی نیز به دشواری بتوان راه حلی جست.^۲ افزون بر آن، در نظریه‌های شورای نگهبان هیچ‌گونه سیاست منسجمی در قبال خط مشی‌های اداری در مورد مالکیت دیده نمی‌شود. برای مثال در نظریه فقهای شورای نگهبان به

۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک.:

STRUILLLOU, Jean-François, Protection de la propriété privée immobilière et prérogatives de puissance publique, Paris, L'Harmattan, 1996.

۲. ر.ک.: نظریه مربوط به «لایحه تشکیل وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی» به تاریخ ۳۰ شهریور ۱۳۶۱. در این نظریه شورای نگهبان بند هـ ماده ۱ این لایحه را که تولید و تهیه و توزیع خدمات دارویی را برعهده وزارت مزبور می‌گذارد، برای اطلاق آن و خطر شمول به مؤسسات خصوصی موجود مغایر شرع تشخیص داد. توضیح اینکه پیش‌بینی این امر به دلیل حساسیت این نوع از خدمات برای بهداشت عمومی بود که با تفسیری گسترده از نظم عمومی، می‌توان بهداشت عمومی را نیز زیرمجموعه آن دانست.

تاریخ ۱۳۶۸/۶/۱۹ در پاسخ به استعلام دیوان عدالت اداری اعلام شده است: «ماده ۴ ضوابط و مقررات شهرسازی مصوب جلسه ۱۳۶۲/۱/۲۲ شورای عالی شهرسازی و معماری ایران خلاف موازین شرع است». این آیین‌نامه مربوط به افراز و تفکیک اراضی مزروعی و مشجر در محدوده شهرها بود. (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۴، ج ۸، ۸۳). در مقابل، فقهای شورای نگهبان در نظریه‌ای دیگر به تاریخ ۱۳۷۵/۳/۶ دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری که عیناً همان حداقل‌های لازم برای تقسیم و تفکیک و افراز باغات سطح شهر مذکور در دستورالعمل ۱۳۶۲/۱/۲۲ را مقرر نموده بود، مغایر با موازین شرع نشناختند. (همان، ۳۲۸) به نظر می‌رسد که پس از گذشت مدت زمان به نسبت طولانی، فقهای شورای نگهبان موضع پیشین خویش را در حمایت مطلق از مالکیت خصوصی به سود منافع عمومی و مصالح شهرسازی تعدیل نموده‌اند. نوسان بین دو موضع مذکور در بیشتر نظریه‌های شورای نگهبان در دهه‌های گوناگون کار این مرجع دیده می‌شود. بنابراین، به دشواری می‌توان شاخص‌های لازم برای توجیه تأمین منافع عمومی را از نظریه‌های شورای نگهبان استخراج نمود.

افزون بر این، شورای نگهبان در نظریه‌های خویش از ارائه روش‌های مناسب برای سلب مالکیت اضطراری و انواع جبران خسارت منصفانه خودداری کرده است. این موضع شورای نگهبان دفاع‌پذیر به نظر می‌رسد، زیرا این مرجع به قلمروی مصادیق وارد نمی‌شود، ولی ارائه الگو و شاخص‌های سلب مالکیت منصفانه برای غنای سیاست شورای نگهبان در این زمینه ضروریست. به‌علاوه در این زمینه، گسستی قابل ملاحظه میان شورای نگهبان و مراجع قضائی دیده می‌شود. در فرانسه، شورای قانون اساسی خطوط کلی سلب مالکیت را در تصمیم‌های متعدد مشخص کرده است و این مراجع قضائی هستند که در تعیین مصادیق وارد می‌شوند؛ گرچه، همان‌گونه که ذکر شد، گاه این مرجع خود نیز بدین امر می‌پردازد، اما شورای نگهبان از ورود به این حوزه خودداری نموده است و در نتیجه، مراجع قضائی در فقدان قانون‌گذاری مناسب گاه خود به تعیین خطوط حاکم بر سلب مالکیت می‌پردازند که از منظر صلاحیتی امری خطرناک قلمداد می‌شود. نتیجه این بی‌توجهی می‌تواند به فاصله‌ی حمایت قاطع شورا از آنچه که به صورت واقعی رخ می‌دهد، بینجامد.

(ب) تفسیر بویای حق مالکیت

برای ارائه تفسیری جدید از حق مالکیت، ابتدا شورای قانون اساسی محتوای ماده ۱۷ اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹ را به کلی تغییر داد و مصادیقی برای آن در نظر گرفت که در سال ۱۷۸۹ در مخیله هم نمی‌گنجید. البته به نظر می‌رسد که قرائت جدید شورا از ماده ۱۷ و تفسیر

لیبرال آن محتوای حق مالکیت را به حوزه‌ای سوق داد که در آن رابطه استوار مالک و موضوع مالکیت به منزله حق آزادی اقتصادی^۱ مورد نظر است. (Luchairem, 1989: 228) رویه شورای نگهبان نیز مبین آن است که نگرش آرمانی و مطلق به مالکیت، جای خویش را به نگرشی پویاتر و سازگار با مصلحت و دولت اسلامی و منافع عمومی داده است. در این مرحله، تفسیر حق مالکیت به گونه‌ای تنگاتنگ با حقوق و آزادی‌های بنیادی دیگر در هم تنیده می‌شود و تفسیری پویا از حق مذکور منوط به لحاظ نمودن ارتباط با دیگر حقوق بنیادی دارد (یک). افزون بر آن، نوع محدودیت‌های در نظر گرفته شده و تشریفات اعمال آنها نیز تأثیر بسزایی در سمت و سوی تفسیر پویای مالکیت خواهد داشت (دو).

۱. حق مالکیت و دیگر حقوق بنیادی

بدیهی است که برای حمایت مؤثر حق مالکیت در حقوق اساسی، باید اعمال این حق را با دیگر حقوق سازگار نمود. این سازگاری در مورد حق بهره‌مندی از مسکن مناسب^۲ آشکارا مشاهده می‌شود، زیرا اجرای این حق مستلزم تحمیل محدودیت‌های عمده بر حق مالکیت است. شورای قانون اساسی در تصمیم شماره ۳۵۹DC-۹۴ به تاریخ نوزدهم ژانویه ۱۹۹۵ تصریح نمود که حق بهره‌مندی از مسکن مناسب در قانون اساسی به رسمیت شناخته شده است، ولی اعمال مؤثر آن به زیان حق مالکیت اموال غیرمنقول است و باید به گونه‌ای این دو حق را با یکدیگر تلفیق نمود.^۳ در واقع، «تنازعی که بین حقوق اجتماعی (در این مقوله نماد آن حق برخورداری از مسکن مناسب) و حقوق فردی (نماد آن حق مالکیت) وجود دارد و لزوم حمایت مؤثر از هر دو گروه، شورای قانون اساسی را به اتخاذ این موضع واداشته است.» (Saint-James, 1997: 64)

1. Droit-liberté économique
2. Droit à un logement décent

۳. برای تحلیل این تصمیم ر.ک.:

PAULIAT, Hélène, «L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent: vers le constat de décès du droit de propriété», Dalloz, 1995, p. 283.

برای سازگاری حق بهره‌مندی از مسکن مناسب و حق مالکیت در گذشته موجر متعهد می‌شد تا مورد اجاره را در وضعیتی مناسب در اختیار مستأجر قرار دهد، ولی این راه حل حق مالکیت را کاملاً از محتوای خویش تهی می‌ساخت، اما در تصمیم شماره ۴۳۶DC-۲۰۰۰ به تاریخ هفتم دسامبر ۲۰۰۰، شورای قانون اساسی تصریح نمود که الزام موجر توسط دادگاه به بازسازی مورد اجاره نیز به موجب قانون اساسی برای بهره‌مندی مستأجر از حق خویش به رسمیت شناخته شده است. البته، شیوه مورد نظر قانون‌گذار در این تصمیم رد شد و در نتیجه به مفاد حق مالکیت موجران خدشه‌ای وارد نشد. (Mathieu et Verpeaux, 2001: 1778)

در مقابل، از بسیاری نظریه‌های شورای نگهبان چنین برمی‌آید که بین مالکیت و حق دسترسی به مسکن مناسب تعارضی وجود ندارد تا نیازی به سازگاری بین آنها باشد. برای مثال در نظریه شماره ۵۵۶۶ مربوط به طرح شمول روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ بر مطب پزشکان به تاریخ ۱۳۷۲/۹/۳، شورا تصریح نموده است: «تبصره ۱: به لحاظ اینکه مطب پزشکان را در همه احکام به استثنای آنچه در تبصره ۲ آمده است، در حکم محل کسب و پیشه و مشمول مقررات قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ دانسته است و قانون فوق در مواردی مغایر شرع است، خلاف موازین اسلامی تشخیص داده شد.» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۵، ج ۱۰: ۲۷۰) ناگفته آشکار است که شورای نگهبان مواردی از قانون موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ را مغایر شرع می‌داند که حقوق موجر را تحدید نموده‌اند^۱ و از تحقق همین امر در طرح مذکور نیز ممانعت می‌کند.^۲ در نهایت نیز مجلس شورای اسلامی با اصلاح طرح مذکور و افزایش اختیارات موجر رضایت شورای نگهبان را جلب نمود (نظریه شماره ۵۸۸۹ به تاریخ ۱۳۷۲/۱۱/۲۷). از این نظریه و استدلال بالا می‌توان نتیجه گرفت که از منظر شورای نگهبان، حقوق مستأجر تنها زمانی واجد اعتبار است که محدودیتی برای موجر به دنبال نداشته باشد. به عبارت دیگر، شورا به‌رغم تصریح حق دست‌یابی به مسکن مناسب در اصل ۳۱ قانون اساسی،^۳ آن را در ردیف مالکیت قلمداد نمی‌کند و ارزش شرعی ویژه‌ای نیز برای آن قائل نیست.

به نظر می‌رسد که سازگاری بین مالکیت و حق دستیابی به مسکن مناسب، مشکلی مهم فراروی شورای نگهبان باشد. برای حل این مشکل، ابتدا باید مفاهیم متفاوت مالکیت در نزد مراجع صیانت از قانون اساسی کاویده شود. در بخش نخست، از تفاوت مفهومی مالکیت در فقه شیعه و حقوق فرانسه سخن رانندیم، ولی اکنون دیدگاه خاص مراجع صیانت از قانون اساسی مورد نظر ماست. در مفهوم مورد نظر شورای قانون اساسی، مالکیت به مثابه نهادی تلقی می‌شود که بدون آن حق مالکیت نیز وجود نخواهد داشت. در مفهوم مورد نظر شورای نگهبان، مالکیت بیش از آنکه نهاد

۱. در قانون مذکور، اختیار موجر برای تخلیه مستأجر به مواردی چند، آن هم با احراز مرجع صالح قضائی محدود شده است.

۲. این موضع شورای نگهبان در نظریه‌های دیگر نیز مانند نظریه شماره ۷۶/۲۱/۹۷۴ در مورد لایحه روابط موجر و مستأجر به تاریخ ۱۳۷۶/۴/۱۸ تکرار شد. در ماده ۶ این لایحه نیز اختیار موجر درباره سرفقلى مستأجران محدود می‌شد و مجلس شورای اسلامی نیز با افزودن تبصره‌ای به ماده مذکور این شبهه را رفع نمود.

۳. اصل ۳۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «داشتن مسکن متناسب با نیاز، حق هر فرد و خانواده ایرانی است. دولت موظف است با رعایت اولویت برای آنها که نیازمندترند، به‌خصوص روستائینان و کارگران زمینه اجرای این اصل را فراهم کند.»

تلفی شود، امتیازی برای مالک است تا با توسل بدان از تعدی دیگران و به ویژه دولت جلوگیری کند.

تفسیری جدید از قواعد شرعی ضامن مالکیت، می تواند راه حل مورد نظر را ارائه نماید: شورای نگهبان می تواند بین مالکیت با عنوان وضعیت حقوقی و اعمال آن تفکیک قائل شود. اگر قواعد شرعی به گونه ای تفسیر شوند که بین اساس حق مالکیت و امتیازات مالک تمایز قائل شوند می توان بر بسیاری از مشکلات نظری فائق گردید. توضیح اینکه، به نظر می رسد بیشتر قواعد فقهی مورد استناد شورای نگهبان، رابطه حقوقی مالک و موضوع مالکیت و لزوم استمرار آن را تضمین می کنند و کمتر به حق مالک می پردازند. در واقع، در حمایت مراجع صیانت از قانون اساسی دو جنبه از مالکیت باید در نظر گرفته شود: «از سویی حق مالکیت به مثابه عنوانی حقوقی و از سوی دیگر، رابطه مادی با موضوع مالکیت». (Zenati, 1985: 174) اگر مالکیت، مفهومی نوعی در نظر گرفته شود، دو تعریف برای آن محتمل است: تعریف ماهوی که به موضوع مالکیت ارتباط می یابد و تعریف انتزاعی که شامل حقی است که بر شیء موضوع مالکیت اعمال می شود و این تعریف خود جنبه های ماهوی و شخصی دارد. به رغم تصور نسبی مالکیت به منزله نهاد به وسیله شورای قانون اساسی، این مرجع نتوانسته است تفکیک روشنی بین حق مالکیت و موضوع مالکیت قائل شود و از تصمیم های آن هر یک از تعاریف بالا استخراج شدنی است.

با توجه به تقسیم بندی بالا حق دستیابی به مسکن مناسب به گونه ای موازی با حق مالکیت اعمال می شود و این اساس محدود نمی شود. به عبارت دیگر، در سازگاری این حقوق، اعمال مالکیت محدود می شود، اما به حق مالکیت هیچ گونه خدشه ای وارد نمی شود. در این حالت، حق نسبت به ملک تغییر ماهیت نمی دهد و تنها برخی امتیازات مالک در اعمال مالکیت به منظور تضمین حق دیگر مطرح شده در قانون اساسی محدود می شوند. در واقع، ماهیت حقوقی محدودیت حق مالکیت در این حالت با دیگر محدودیت های این حق، مانند محدودیت های ناشی از «منافع عمومی»^۱ کاملاً تفاوت می یابد. محدودیت های اخیر به گونه ای مستقیم رابطه مالک و موضوع مالکیت را محدود می نماید.

همچنین، شورای نگهبان در تبیین مالکیت در برخی موارد بین مالکیت و آزادی قراردادی رابطه ایجاد می نماید.^۲ در واقع، در دیدگاه شورای نگهبان، مالکیت مالک، حتی اگر دولت مالک باشد،

1. Intérêt général

۲. نظریه شماره ۲۸۷۷ مربوط به طرح «تخلیه واحدهای آموزشی وزارت آموزش و پرورش و مراکز آموزشی دیگر که در اختیار دیگر دستگاهها، ارگانها، سازمانها و نهادها است و تحویل آن به وزارت آموزش و پرورش» به تاریخ

مجاز آن نیست که «اگر فضاهای مورد بحث را با عقدی از عقود لازم در اختیار اشخاص و مؤسسات خصوصی قرار داده است، قبل از انقضای مورد مقرر تخلیه نماید و این امر بر خلاف شرع و قانون اساسی است». (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۵، ج ۱۱، ۳۲) نکته‌ای که از این نظریه می‌توان دریافت، توانایی قواعد اسلامی ضامن مالکیت برای تضمین آزادی قراردادی است که با عنایت به فقدان حمایت از این آزادی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران می‌توان از این قواعد برای این امر بهره برد. در این دست نظریه‌ها، شورای نگهبان مفاد مالکیت را به گونه‌ای درخور توجه گسترش داده است و این امر ممکن است از نظر تعارض با منافع عمومی یا دیگر حقوق و آزادی‌های بنیادی مشکل ایجاد کند.

از جنبه‌ای دیگر، شورای قانون اساسی در تضمین حق مالکیت، خود را به این حق محدود نکرده بلکه گستره این حق را به آزادی فعالیت اقتصادی نیز تسری داده است. تصمیم‌های شورا در مورد آزادی فعالیت اقتصادی به نسبت غنی است و مرجع مذکور این دو حق را کاملاً با یکدیگر مرتبط می‌داند. شورای قانون اساسی در تصمیم شانزدهم ژانویه ۱۹۸۲ تأکید می‌کند که: «در انتقال شرکت‌های خصوصی به بخش دولتی، دسترسی به بخش خصوصی و آزادی فعالیت اقتصادی نباید آسیبی بینند.» (Robert, 2003: 11; Mestre, 1984: 1) در این تصمیم، شورای قانون اساسی آشکارا اراده خویش را برای تمایز حق مالکیت و آزادی فعالیت اقتصادی از دیگر آزادی‌های بنیادی نشان می‌دهد. در واقع، «این مرجع نظارتی حداقلی را بر سیاست‌های اقتصادی و نظارت عادی را بر آزادی فعالیت اقتصادی به نمایش می‌گذارد.» (Robert, 1988: 427) البته تصمیم‌های پیش از تصمیم مذکور در حمایت از آزادی فعالیت اقتصادی، به لحاظ نگارش، اندکی نامتعارف به نظر می‌رسند. در تصمیم‌های پیشین تصریح شده بود که این آزادی در چهارچوب مقررات اجرایی ناشی از قوانین اعمال می‌شود که این گونه نگارش چهارچوب حقوقی این آزادی را بسیار سیال و مبهم می‌نمود. در عین حال، «تصمیم‌های بعدی شورای قانون اساسی نیز به تدریج در زمینه افزایش حمایت از آزادی فعالیت اقتصادی گام برمی‌داشت.» (Lombard, 2003:20)

در تصمیم‌های بعدی شورای قانون اساسی عبارات کلیشه‌ای مبنی بر عدم عمومیت و عدم اطلاق این آزادی تکرار شد تا سرانجام «در تصمیم شماره DC ۴۰۱-۹۸ به تاریخ دهم ژوئن ۱۹۹۸ شورا تصریح نمود که آزادی فعالیت اقتصادی واجد ارزشی کمتر از دیگر حقوق بنیادی است».

(Camby, 2003: 26) همچنین در تصمیم شماره ۴۲۳DC - ۹۹ به تاریخ سیزدهم ژانویه ۲۰۰۰ نیز شورا قانون‌گذار را مخیر نمود تا محدودیت‌های لازم و ضروری برای تأمین منافع عمومی را در حدود قانون اساسی برای آزادی فعالیت اقتصادی در نظر بگیرد. تصمیم‌های بالا ارزش نازل آزادی فعالیت اقتصادی را در مقابل حق مالکیت نشان می‌دهد که به‌رغم ارتباط موجود میان آن دو در رویه شورای قانون اساسی، باز هم به لحاظ ارزش حقوقی، از یکدیگر فاصله گرفتند. شورای قانون اساسی همین رویه را در تصمیم‌های بعدی ادامه داد، ولی در این میان تصمیم شماره ۴۳۳DC - ۲۰۰۰ به تاریخ ۲۷ ژوئیه ۲۰۰۰ تغییر جهت اندکی در سیاست حاکم بر رویه این مرجع ایجاد نمود. توضیح اینکه، شورا مفهوم بسیار مضیقی از محدودیت‌های احتمالی این آزادی را مراد نمود که جز با انسجام لازم در هنجارهای قانون اساسی توجیه‌پذیر نیستند. برای مثال اگر آزادی فعالیت اقتصادی باید با کثرت‌گرایی تلفیق شود، این سازگاری نباید به زیان فراوان آزادی مذکور منجر شود. «در تصمیم دیگر به شماره ۴۳۵DC - ۲۰۰۰ به تاریخ هفتم دسامبر ۲۰۰۰، شورا تأکید نمود که محدودیت‌های آزادی فعالیت اقتصادی باید به گونه‌ای دقیق و واضح اعلام شوند». (Mathieu et Verpeaux, «Chronique de jurisprudence constitutionnelle», op.cit., (1778

تصمیم‌های بعدی همگی حاکی از تقویت حمایت از آزادی فعالیت اقتصادی بود.^۱ بر اساس این تصمیم‌ها، محدودیت‌های آزادی فعالیت اقتصادی باید با تمسک به منافع عمومی یا الزام‌های ناشی از قانون اساسی توجیه شده باشند. شرط مهم دیگر نیز تناسب محدودیت‌ها با هدف مورد نظر است. در تصمیم شماره ۵۰۹ DC - ۲۰۰۴ به تاریخ سیزدهم ژانویه ۲۰۰۵ نیز «شورا محدودیتی را بر حق طبقه‌بندی مجدد حقوق‌بگیران (بر مبنای حق اشتغال) تحمیل نمود که در واقع امر به سود آزادی فعالیت اقتصادی بود»، (Champeil-Desplats, 2006: 271) که به نوبه خویش تغییر جهت دیگری برای دفاع نیرومندتر از این آزادی بود. افزون بر این، شورای قانون اساسی این آزادی و در نتیجه حق مالکیت را با آزادی‌های دیگر اقتصادی، نظیر: آزادی رقابت، آزادی بازرگانی و صنعتی، آزادی حرفه‌ای و نیز آزادی قراردادی مرتبط می‌سازد. (Drago, 2003:35) در این حوزه تفاوت رویه شورای قانون اساسی با همتای ایرانی خود کاملاً بارز است: شورای قانون اساسی چهارچوب محدودیت‌های آزادی فعالیت اقتصادی را به دقت مشخص

۱. ر.ک.: تصمیم‌های شماره ۴۳۸DC - ۲۰۰۰ به تاریخ دهم ژانویه ۲۰۰۱ و شماره ۴۳۹DC - ۲۰۰۱ به تاریخ شانزدهم ژانویه ۲۰۰۱.

می‌کند، در صورتی که همتای ایرانی آن اعمال محدودیت‌های مذکور را در قالب سیاست ویژه‌ای دنبال نمی‌کند و قلمروی این آزادی به فراخور مورد متغیر است.

۲. تفسیر محدودیت‌های مالکیت

برای اعمال مالکیت و تضمین مؤثر آن به ناچار باید محدودیت‌هایی را نیز پذیرفت. برای ارزیابی محدودیت‌های حق مالکیت، شورای قانون اساسی معیاری اساسی را به دست داده است تا میزان ضرورت محدودیت با این معیار سنجیده شود. به موجب این معیار، محدودیت نباید به گونه‌ای باشد که مبنای مالکیت را از میان ببرد یا آن را تهدید نماید. معیار بالا که برای ارزیابی محدودیت‌های حق مالکیت ضروری است، در چندین تصمیم شورای قانون اساسی مورد تأکید قرار گرفت. در تصمیم شماره ۴۰۳DC-۹۸ به تاریخ ۲۹ ژوئیه ۱۹۹۸، شورا این نکته را یادآوری نمود که محدودیت‌های حق مالکیت نباید به نابودی مبنای مالکیت منتهی شوند. در این تصمیم، شورای قانون اساسی به شرط جدید و بی‌سابقه‌ای^۱ برای محدودیت‌های حق مالکیت اشاره نمود و آن این بود که «حجم محدودیت‌های وارد شده نباید به گونه‌ای باشد که محتوا و معنای حق مالکیت را از اساس تغییر دهد». (Favoreu, 1986: 493) در واقع، شورای قانون اساسی «حمایت از حق مالکیت را در قانون اساسی به فرض تغییر مبنای حق مالکیت محدود نمود». (Molfessis, op.cit., 65). پس حدی معین برای محدودیت‌ها وجود دارد که فراتر از آن، اساس و مبنای حق مالکیت خدشه‌دار می‌شود. به عبارت دیگر، به‌رغم وجود محدودیت‌ها، «نظام حقوقی حق مالکیت محدودیت و سلب مالکیت را در مواردی مجاز می‌داند که تنها به امتیازهای مالک اکتفا نماید». (Zattara, 2001: 128)

معیار ارائه‌شده در رویه قضائی شورای قانون اساسی، ابزاری مهم برای سازگاری حق مالکیت و دیگر حقوق و عینیت بخشیدن به محدودیت‌های تحمیل شده به حق مالکیت به شمار می‌رود. وانگهی، پرسش مهم این است که مبنای حق مالکیت چیست؟ به بیان دیگر، چگونه می‌توان اساس و ذات^۲ مالکیت را، به منزله مرز اعمال محدودیت تشخیص داد؟ به نظر می‌رسد نفس رابطه حقوقی مالکیت و تعلق شیء به شخص، ذات این حق را تشکیل می‌دهد. در واقع، از نظر حقوقی تضمین رابطه مالک و موضوع مالکیت باید از شرایط اعمال حق مالکیت تفکیک شود. به عبارت

۱. در تصمیم‌های گذشته شورای قانون اساسی مانند شماره ۱۷۲DC-۸۴ به تاریخ ۲۶ ژوئیه ۱۹۸۴؛ شماره ۱۸۹DC-۸۵ به تاریخ هفدهم ژوئیه ۱۹۸۵ و شماره ۲۸۷DC-۹۰ به تاریخ شانزدهم ژانویه ۱۹۹۱ به این شرط اشاره‌ای نشده بود

دیگر، در تعریف جدید از حق مالکیت، «نباید موضوع این حق را با رابطه حقوقی مخلوط نمود». (Waline, 2007: 342) بنابراین، این تعریف مبنای مالکیت رابطه حقوقی است که باید تأکید آن بر سر دیگر رابطه؛ یعنی صاحب حق باشد. بر اساس این می‌توان مالکیت را از شکل انتزاعی کنونی خارج نمود. اگر معیار مبنای مالکیت با دیدگاه شورای نگهبان مقایسه شود، باید اذعان نمود تضمین مالکیت شامل احترام به این رابطه، حمایت و شرایط اعمال آن (تسلط مالک بر مورد مالکیت) است. بنابراین، مبنای مالکیت از دیگر شرایط و اعمال این وضعیت حقوقی تفکیک نشده است، در حالی که معیار بالا فرصتی مناسب در اختیار شورای نگهبان قرار خواهد داد تا مبنای مالکیت را در چهارچوب قواعد فقهی ارزیابی نماید.

در زمینه محدودیت‌ها، نظریه‌های شورای نگهبان کمتر معیارهای دقیقی به دست می‌دهند، ولی دو معیار اصلی ضرورت و موقت بودن و معیار فرعی منافع عمومی را به دشواری می‌توان شناسایی نمود. البته، در زمینه محدودیت‌های منطقی مالکیت نیز حمایت بی‌قید و شرط شورای نگهبان از این نهاد در برخی موارد به عملکرد افراطی آن می‌انجامد: برای مثال در نظریه مشهور لایحه «زمین شهری» در تاریخ ۱۳۶۰/۵/۲۹ مشاهده شد که شورا با بسط مفاد قاعده «الناس مسلطون بأموالهم» اختیارات دولت را در حفظ حقوق خود و دیگران به کلی نادیده انگاشت،^۱ اما به دنبال نظریه بالا، شورای نگهبان در نظریه مربوط به طرح قانونی «توزیع عادلانه آب» به تاریخ ۱۳۶۱/۴/۳ نیز نه تنها مالکیت افراد، بلکه دیگر حقوق ناشی از آن را نیز تضمین نمود. در این طرح قانونی، هدف این بود تا مالکان ملزم شوند تا آب مازاد بر نیاز خویش را بفروشند، اما باز هم شورای نگهبان هرگونه تردید در مورد وضع محدودیت برای مالکان را برطرف نمود و قاطعانه بر فقدان حق مداخله دولت در امور مالکیت شخصی افراد تأکید نمود، اما در این نظریه نکته دیگری نیز مهم است که شورا استثنایی نیز بر اطلاق حق مالکیت وارد نمود و آن اینکه هرگاه ضرورت ایجاب نماید، مالکیت نیز می‌تواند به‌طور موقت محدود شود. بدینسان، دو عنصر اساسی محدودیت مالکیت در رویه شورای نگهبان، ضرورت و موقت بودن هستند که بدیهی است هر دو عامل باید مدلل و توجیه‌پذیر باشند؛ گرچه شورا به شرایط بالا اشاره‌ای نکرده است.

وضعیت استثنایی محدودیت‌ها در رویه هر دو مرجع صیانت از قانون اساسی قابل شناسایی و توجیه‌پذیر نیز هست، ولی عنصر ضرورت، فارق بین دو رویه محسوب می‌شود. از سوی دیگر، این

۱. در فرانسه، در تصمیم شماره DC ۱۸۹ - ۸۵ تاریخ هفدهم ژوئیه ۱۹۸۵ بود که شورای قانون اساسی در مورد تعریف اراضی موات، موضع مناسب را اتخاذ نمود و مقرر کرد که دولت باید در موارد سلب مالکیت خسارت پرداخت نماید. برای تحلیل وضعیت حقوقی انفال در ایران، ر.ک.: کریمی، ۱۳۷۸، ص ۵۹.

تفارق قابل تفسیر است: شورای قانون اساسی منطق حاکم بر محدودیت‌ها را با توجه به معیار مبنای مالکیت تعیین می‌کند و در واقع، وضع محدودیت‌ها از منطق درونی حق مالکیت تبعیت می‌کند، در حالی که از دیدگاه شورای نگهبان منطق حاکم بر محدودیت‌های مالکیت منطقی بیرونی است، و عناصر خارجی توجیه لازم برای این محدودیت‌ها را فراهم می‌آورند. با توجه به بحث‌های گذشته در تفاوت ماهیت مالکیت در فقه اسلامی و حقوق فرانسه این تفارق رویه را به سهولت می‌توان دریافت: مالکیت به منزله وضعیت حقوقی تابع منطق بیرونی است و بنابراین، محدودیت‌های وارد بر آن نیز از همین منطق تبعیت می‌کنند (که ضرورت نیز شاخصی برای این محدودیت‌هاست)، اما مالکیت به مثابه حق، منطقی درونی دارد و از این روی، محدودیت‌ها باید از منطق مذکور و معیار مبنای مالکیت پیروی کنند.

معیار فرعی منافع عمومی را کمتر می‌توان در نظریه‌های مربوط به صیانت از قانون اساسی و نظارت شرعی یافت، ولی در پاسخ به استعلام‌های دیوان عدالت اداری مواردی دیده می‌شود. وانگهی، اعمال محدودیت‌ها بر اساس این معیار بیشتر به وسیله مجمع تشخیص مصلحت نظام انجام می‌گیرد. مثال بارز این امر را در نظریه شماره ۷۷/۲۱/۳۲۶۵ مربوط به لایحه «تمدید مدت ممنوعیت مقرر در قانون ممنوعیت تخلیه اماکن و واحدهای آموزشی و پرورشی در اختیار آموزش و پرورش» به تاریخ ۱۳۷۷/۵/۲۸ می‌توان یافت. بدیهی است که ممنوعیت مقرر در این ماده واحده که در ۱۳۷۲/۶/۹ تصویب شده بود، بر خلاف رویه معمول شورای نگهبان در قبال مالکیت افراد است، زیرا محدودیتی بزرگ را بر این نهاد وارد می‌آورد، اما ضرورت زمان و نیاز وزارت آموزش و پرورش به این اماکن موجب آن شد تا این مصوبه به تصویب برسد، ولی در تمدید آن قیودی، نظیر احراز عسر و حرج طبق موازین قضائی به وسیله دادگاه و لزوم تمدید تا رفع نیاز وزارت آموزش و پرورش به وسیله مجلس شورای اسلامی حذف شده بود که با اعلام ابهام به وسیله شورا، در اصلاحیه افزوده شد. (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۵، ج ۹، ۲۹۷-۲۹۸)

این نظریه حاکی از این است که اگر هم بنا بر ضرورت، مالکیت افراد محدود شود، باز هم باید شرایط مربوط به ضرورت به روشنی قید شود. نظیر این مورد در لایحه ممنوعیت قلع فضاهای آموزشی نیز تکرار شد که محدودیتی بنیادی‌تر را بر نهاد مالکیت تحمیل می‌نمود. در این لایحه، شورای نگهبان حتی عنصر ضرورت را با شرایط بالا نپذیرفت و فقط پس از پافشاری مجلس شورای اسلامی، در ۱۳۸۵/۶/۴، مجمع تشخیص مصلحت نظام این لایحه را تصویب نمود که به موجب آن، احکام قلع ساختمان‌های آموزش و پرورش تا پایان برنامه چهارم متوقف می‌شود و

البته، با این قید که این مدت تمدیدپذیر نخواهد بود. ناگفته پیداست عنصری که در این محدودیت بارز مالکیت در نظر گرفته شد، منافع عمومی بود.

نظریه‌های بالا نشان‌دهنده آن است که شورای نگهبان کمتر محدودیتی را برای مالکیت می‌پذیرد؛ حتی اگر این محدودیت ناشی از منافع عمومی باشد. در واقع، تصویب لایحه ممنوعیت قلع فضاهای آموزشی نشان می‌دهد که این خلأ را مجمع تشخیص مصلحت نظام پر کرده و تلاش نموده است تا نوعی توازن را بین مالکیت افراد و حفظ منافع عمومی برقرار نماید.^۱ پس، مجمع تشخیص مصلحت نظام، موضع انعطاف‌ناپذیر شورای نگهبان را تعدیل می‌کند؛ گرچه نباید فراموش کرد که مفهوم ضمنی منافع عمومی مستتر در استدلال مجمع نیز مفهومی مبهم و فاقد شاخص‌های معین است.

به طور کلی، در زمینه اموال غیرمنقول، شورای نگهبان در مقابل محدودیت‌های تحمیلی قانون‌گذار بسیار بیشتر از همتای فرانسوی خویش مقاومت می‌کند. برای مثال، در تصمیم شماره 84-172DC به تاریخ ۲۶ ژوئیه ۱۹۸۴، شورای قانون اساسی نظارت بر ساختارهای کشاورزی را معیار قانون اساسی نشناخت، در صورتی که این نظارت آشکارا معیار حق تمتع از زمین‌های کشاورزی به وسیله مالکان بود و خود شورا پیش از این «حق تمتع را به منزله یکی از نتایج حق مالکیت مورد حمایت کامل قرار داده بود».^۲ (Molfessis, op.cit.: 58) در مقابل، همتای ایرانی آن در برابر محدودیت‌هایی از این قبیل بسیار محتاط عمل می‌کند. در واقع، با توجه به عناصر یادشده، شورای قانون اساسی به مثابه حامی معتدلی برای حق مالکیت به شمار می‌رود^۳ در حالی که حمایت شورای نگهبان به مراتب قاطع‌تر است.

نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد که هر دو مرجع صیانت از قانون اساسی در حمایت مؤثر از مالکیت، از خط‌مشی مشترکی تبعیت کنند، اما فارغ از اختلافات مبنایی در مفهوم مالکیت به منزله حق شخصی در حقوق فرانسه و موقعیت حقوقی در فقه اسلامی که بی‌تردید بر روند اجتهاد در این زمینه تأثیرگذار خواهد بود، رویه دو مرجع منابعی گوناگون را برای حمایت از مالکیت نشان می‌دهند. توضیح

۱. بن موضع مجمع تشخیص مصلحت نظام در تصویب طرح قانونی «اصلاحیه ماده ۳۳ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع» در تاریخ ۱۳۸۶/۴/۹ تکرار شد. در واقع، مجمع اطلاق مالکیت را به سود بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع تعدیل نمود.

۲. شورای قانون اساسی از فرمولی غیر مطلق بهره می‌برد و نمونه آن را هم می‌توان در تصمیم شماره ۸۹-۲۵۶DC به تاریخ ۲۵ ژوئیه ۱۹۸۹ یافت. (Bon, 1989: 1009)

اینکه شورای قانون اساسی از حق مالکیت به منزله حقی مطرح شده در قانون اساسی (اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹ که جزئی از قانون اساسی این کشور است) حمایت می‌کند؛ حال آنکه مبنای حمایت شورای نگهبان قواعد شرعی است و بنابراین، حمایت این شورا اغلب فراتر از قانون اساسی است.

مانع دیگری که به نظر می‌رسد در ارتقای حمایت از حق مالکیت فراروی شورای نگهبان قرار دارد، این است که شورا به مالکیت بیشتر به منزله موقعیتی کاربردی تا حق بنیادی می‌نگرد. جایگاه مالکیت به منزله موقعیت حقوقی در فقه اسلامی سبب شده است تا مالکیت در حقوق خصوصی تبیین شود و کمتر با عنوان نهاد و در نهایت حق بنیادی تأکید گردد، اما رویه قضائی شورای قانون اساسی نیز در حمایت از حق مالکیت مصون از انتقاد نیست: در بسیاری موارد شورا در تصمیم‌های خویش وارد داوری در مورد مصادیقی شده است که به قاعده در چهارچوب صلاحیت مراجع قضائی تالی قرار می‌گیرند و رسیدگی موشکافانه به آنها در شأن مرجع صیانت از قانون اساسی نیست. به‌علاوه رویه قضائی شورای قانون اساسی دست کم در دو مورد به‌طور کامل متعارض دستخوش امیال جریان‌های سیاسی و اقتصادی مخالف شده و در نتیجه به تصمیم‌های متعارض در جریان ملی کردن (۱۹۸۲ و حکومت سوسیالیست‌ها) و جریان خصوصی‌سازی (۱۹۸۶ و حکومت راست‌گرایان لیبرال) انجامیده است. این امر نشان‌دهنده آن است که گرچه شورای قانون اساسی در تضمین حق مالکیت شخصی رویه‌ای کمتر مبهم داشته است، ولی در تضمین مالکیت در سطح کلان اقتصادی و مشکلات مربوط بدان، از رویه‌ای با ثبات فاصله داشته است. این امری است که در رویه همتای ایرانی آن نمی‌یابیم و موضع شورای نگهبان در خصوص مالکیت در سطح کلان کمتر دچار نوسان شده است، ولی در حمایت از مالکیت خصوصی در سطح خرد نیز، به‌رغم ثبات در اصول، توسعه و گسترش مفهومی و مصداقی کمتری را شاهد هستیم. به بیان دیگر، شورای نگهبان می‌تواند در گسترش کمی و کیفی مالکیت از تفسیر پویای همتای فرانسوی خویش بهره‌گیرد.

در حوزه محدودیت‌های مالکیت با پیچیدگی بیشتری مواجهیم: به نظر می‌رسد که وضع محدودیت‌های ناشی از منافع عمومی به مجمع تشخیص مصلحت نظام واگذار شده است و هنوز به دشواری می‌توان معیارهای عینی مشخصی برای این محدودیت‌ها شناسایی نمود. معیارهای این محدودیت‌ها در رویه شورای قانون اساسی در این مقوله و به‌ویژه معیار مبنای مالکیت می‌توانند بسیار به کار شورای نگهبان بیایند و در قواعد شرعی این مرجع می‌تواند از آنها برای الگوسازی بهره‌گیرد.

با توجه به موارد بالا، حال می‌توان به پرسش مطرح‌شده در مقدمه پاسخ داد: آیا تغییر موضع شورای نگهبان در قبال مالکیت امکان‌پذیر است؟ برای پاسخ ابتدا باید به نکته‌ای مهم اشاره نمود و آن اینکه در بسیاری موارد تغییر موضع شورای نگهبان نه تنها لازم نیست، بلکه زیانبار نیز هست، زیرا تضمین مالکیت خصوصی به وسیله شورای نگهبان کمتر می‌تواند انتقاد گردد، اما در مواردی مانند لزوم گسترش مصادیق مالکیت و نیز حمایت از مالکیت عمومی قواعد شرعی قابل تفسیر گسترده برای تعمیم به موارد بالا هستند. افزون بر این، اصول مطرح‌شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز می‌تواند در دگرگونی مالکیت به سمت حق بنیادی بسیار مؤثر واقع شود. در زمینه‌های بالا، مواضع شورای قانون اساسی می‌تواند راهگشا باشد، زیرا شورای نگهبان بیشتر بر جنبه مادی یا عینی مالکیت تأکید می‌ورزد تا جنبه شخصی آن؛ در حالی که دیدگاه شورای قانون اساسی به کلی متفاوت است و می‌توان از جنبه‌هایی از دیدگاه شورای قانون اساسی در این خصوص بهره برد.

منابع و مأخذ

— فارسی

- امامی، سیدحسن (۱۳۷۱)، **حقوق مدنی**، ج ۱، اسلامی، چاپ نهم، تهران.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۷۴)، **مکاسب**، دهقانی، چاپ دوم، قم.
- خامنه‌ای، سید محمد (۱۳۷۰)، **مالکیت عمومی**، تک. تهران.
- طالقانی، سید محمود (۱۳۴۴)، **اسلام و مالکیت**، شرکت انتشار، تهران.
- عبده بروجردی، محمد (۱۳۸۳)، **کلیات حقوق اسلامی**، دانشگاه تهران، تهران.
- قربان‌وند، محمدباقر (۱۳۷۸)، **موارد حاکمیت قاعده ید در حقوق مدنی ایران (اماره مالکیت)**، ققنوس، تهران.
- قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سیدحسن؛ عبدی پور، ابراهیم (زیر نظر سیدمصطفی محقق داماد) (۱۳۷۹)، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، ج ۱، سمت، تهران.
- کاتوزیان، ناصر (تهران ۱۳۷۴)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی - اموال و مالکیت**، یلدا.
- _____، (تهران ۱۳۷۷)، **فلسفه حقوق**، ج ۳، شرکت انتشار.
- گرجی، ابوالقاسم (تهران ۱۳۶۹)، «**مالکیت در اسلام**»، مقالات حقوقی، ج ۲، دانشگاه تهران.

- «ید مالکی و ید ضمانی»، مقالات حقوقی، ج ۲، دانشگاه تهران.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۷۳)، قواعد فقه - بخش مدنی، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ چهارم، تهران.
- (۱۳۷۴)، قواعد فقه - بخش مدنی ۲، سمت، تهران.
- مرعشی، سیدمحمدحسن (۱۳۷۳)، «حق و اقسام آن از دیدگاه‌های مختلف فقهی و مکاتب حقوقی»، مجله قضائی و حقوقی دادگستری، ش ۱۰.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (تهران ۱۳۸۴)، مجموعه نظریات فقهی شورای نگهبان در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری (۱۳۶۱-۱۳۸۳)، ج ۸، دادگستر.
- (تهران ۱۳۸۵)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره پنجم (خرداد ۱۳۷۵- خرداد ۱۳۷۹) ج ۹، دادگستر.
- (تهران ۱۳۸۵)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره چهارم (خرداد ۱۳۷۱- خرداد ۱۳۷۵)، ج ۱۰، دادگستر.
- مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره سوم (خرداد ۱۳۶۷- خرداد ۱۳۷۱)، ج ۱۱، دادگستر.
- مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (تهران ۱۳۶۴)، ج ۳، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
- موسوی (امام) خمینی، سیدروح‌الله. (۱۴۱۵ ه.ق.). کتاب البیع، ج ۱، مؤسسه النشر اسلامی، قم.
- مهرپور، حسین، (تهران ۱۳۷۱)، مجموعه نظریات شورای نگهبان، ج ۱، کیهان.
- (تهران ۱۳۷۲). «مجمع تشخیص مصلحت نظام و جایگاه قانونی آن»، دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی، اطلاعات.

— لاتین

- BON, Pierre(1989),«Le statut constitutionnel du droit de propriété (à propos de la décision du Conseil constitutionnel n°

- 89-256DC du 25 juillet 1989 sur l'expropriation d'extrême urgence)**», Revue Française de Droit Administratif.
- BOUYSSOU, Fernand(1984), «**Les garanties supralégislatives du droit de propriété**», Dalloz, Chroniques.
 - CAMBY, Jean Pierre(2003), «**La reconnaissance de la liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel a-t-elle une portée**», Les libertés économiques, Paris, Panthéon Assas.
 - CARCASSONE, Guy, La Constitutionn 8° éd., Paris, Seuil, 2007.
 - CHAMPEIL-DESPLATS(2006), Véronique, «**Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative**», L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper, Paris, Economica.
 - COLLY, François(1988), «**Le Conseil constitutionnel et le droit de propriété**», Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger.
 - DABIN, Jean, Le droit subjectif, Paris, Dalloz, 1952.
 - DRAGO, Guillaume(2003), «**Pour une définition positive de la liberté d'entreprendre** », Les libertés économiques, Paris, Panthéon Assas.
 - DUGUIT, Léon(2000), **Leçons de droit public général**, Paris, Editions la mémoire du droit.
 - FAVOREU, Louis(1982), «**Une grande décision**», **Nationalisations et Constitution** », Paris/Aix-en-Provence, Economica/P.U.A.M.
 - FAVOREU, Louis(1986), «**Chronique constitutionnelle, le droit constitutionnel jurisprudentiel (mars1983–mars1986)**», Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger.

- FAVOREU, Louis(1990), «**La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789**», La déclaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence, colloque des 25et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, P.U.F.
- FAVOREU, Louis et PHILIP, Loïc,(2007), Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 14^e éd., Paris, Dalloz.
- FRANGI, Marc(1992), **Constitution et droit privé –Les droits individuels et les droits économiques**,Paris/Aix — en-Provence, Economica/P.U.A.M.
- FRANGI, Marc(2006), «**Propriété (Droit de)**», **Dictionnaire des droits fondamentaux** », Paris, Dalloz.
- HAMON, Léo(1983), «**La nationalisation devant le Conseil constitutionnel**», Dalloz, Chroniques.
- LACHAUME, Jean-François et PAULIAT, Hélène(1999), «**Le droit de propriété est-il encore un droit fondamental?**», Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant, Paris, L.G.D.J.
- LIBCHABER, Rémy(2007), «**La propriété, droit fondamental**», Libertés et droits fondamentaux, 13^e éd.
- LOMBARD, Martine(2003), « **La reconnaissance de la liberté d’entreprendre par le Conseil constitutionnel a-t-elle une portée**», Les libertés économiques, Paris, Panthéon Assas .
- LUCHAIRE, François(1982), «**Doctrine, nécessité ou poésie?**», Nationalisations et Constitution, Paris/Aix-en-Provence, Economica/P.U.A.M..

- -----(1987), «**Socialisme, propriété et Constitution**», Droit, institution et systèmes politiques, Mélanges en hommage à Maurice Duverger, Paris, P.U.F.
- -----(1989), «**La lecture actualisée de la Déclaration de 1789** », La déclaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence, colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, P.U.F.
- MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel(2001), «**Chronique de jurisprudence constitutionnelle**», Juris – Classeur Périodique. La semaine juridique.
- MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel(2002), **Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux**, Paris, L.G.D.J.
- MESTRE, Jean-Louis(1984), «**Le Conseil constitutionnel, la liberté d’entreprendre et la propriété**», Dalloz, Chronique.
- -----(1996), «**La Déclaration des droits de 1789 et la propriété mobilière**», Revue Française de Droit Constitutionnel.
- -----(2004), «**La propriété, liberté fondamentale pour les Constituants de 1789**», Revue Française de Droit Administratif.
- MOLFESSIS, Nicolas(1997), **Le Conseil constitutionnel et le droit privé**, Paris, L.G.D.J.
- PAULIAT, Hélène(1994), **Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d’État**, T.1, Paris/Limoge, P.U.F./Publications de la Faculté de droit et des sciences économiques de l’Université de Limoges.
- PATAULT, Anne-Marie, «**Propriété (Droit de)**», Dictionnaire de la culture juridique, Paris, Lamy/P.U.F., 2003.

- PHILIP, Loïc, «France»(1985), Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes, **Annuaire Internationale de la Justice Constitutionnelle**.
- RENOUX-ZAGAME, Marie-Françoise(1985), «**Du droit de Dieu au droit de l’homme: sur les origines théologiques du concept moderne de propriété**», Droits, n1.
- ROBERT, Jacques et LUCHAIRE, François(1982), «**Consultations**», **Nationalisations et Constitution**, Paris/ Aix-en-Provence, Economica/P.U.A.M.
- ROBERT, Jacques(2003), «**Introduction**», **Les libertés économiques**, Paris, Panthéon Assas.
- -----(1988), «**La protection des libertés publiques par le Conseil constitutionnel et le Conseil d’État**», Conseil constitutionnel et Conseil d’État, Paris, L.G.D.J. / Montchrestien.
- SAINT-JAMES, Véronique(1997), «**Réflexions sur la dignité de l’être humain en tant que concept juridique du droit français**», Dalloz, Chroniques.
- WALINE, Marcel(2007), **L’individualisme et le droit**, réimp., Paris, Dalloz.
- ZATTARA, Anne-Françoise(2001), **La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété**, Paris, L.G.D.J.
- ZDOBINSKY, Stanislav(1991), «**Les constitutions et le droit de propriété**», Le nouveau droit constitutionnel, Institut du Fédéralisme Fribourg, E.U.F., Fribourg, Suisse.
- ZENATI, Frédéric(1985), «**Sur la constitution de la propriété**», Dalloz, Chroniques.