

آثار تصرفات دولت در اموال غیرمنقول اشخاص در پرتوی نظرات فقهای شورای نگهبان

سید حسن علوی نائینی،^۱ مهدی عباسی سرمدی^{**۲}

۱. دانشجوی دکترای فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه خوارزمی

۲. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی

دریافت: ۱۳۹۷/۰۹/۲۲ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۰۲

چکیده

قانون برنامه و بودجه‌ی ۱۳۵۲ کل کشور در قبال تملک اموال غیرمنقول توسط دولت جهت جبران خسارت ناشی از تملک، در غیراعیان، بهایی را در نظر نگرفته است. لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ پرداختن بها را الزامی دانسته است. شورای نگهبان طی نظریه‌ی شماره‌ی ۸۶/۳۰/۲۲۸۱۸ در راستای این قانون، نحوه‌ی تملک اراضی پیش از قانون مصوب ۱۳۵۸ را به دلیل ضرورت قاعده‌ی تسلیط، خلاف شرع دانسته است؛ اما با توجه به عطف به ماسبق نشدن قوانین، لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک برای تعیین بهای این‌گونه اراضی ناکارآمد است و این امر موجب تشتت آرای محاکم قضایی در احتساب قیمت یوم الاداء یا یوم التصرف است. این تشتت آراء در نحوه‌ی بررسی ضرورت میبچه به‌عنوان معیار مشخصی برای محکومیت یا براءت ذمه‌ی دستگاه‌های اجرایی مطرح است.

واژگان کلیدی: تملک، اموال غیرمنقول، دولت، مالکیت

* Email: hs_alavi_naeeni@yahoo.com

** Email: sarmadi@khu.ac.ir

مقدمه

در نظام حقوقی ایران در زمینه‌ی تصرفات دولت در اموال غیرمنقول، شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه‌ی ۱۳۵۲ کل کشور درباره‌ی تصرف اموال غیرمنقول خارج از محدوده‌ی شهرها تکلیف دولت را منحصر به پرداخت بهای اعیان می‌داند و در موعد اجرای آن به صراحت دولت را مأذون در تصرف اموال غیرمنقول تلقی می‌کند. این قانون مقرر داشته است: «اراضی واقع در خارج از محدوده قانونی شهرها که در مسیر راه‌های اصلی یا فرعی و یا خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله‌های گاز و نفت قرار می‌گیرد با رعایت حریم مورد نظر که از طرف هیئت وزیران تعیین می‌گردد از طرف دولت مورد استفاده قرار می‌گیرد، بدون اینکه بابت این حق ارتفاق، وجهی پرداخت گردد».

پس از آن لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ با توسعه‌ی تکلیف دولت از حیث پرداخت خسارت به مالکین، هم اعیان اموال غیرمنقول هم عرصه را شامل شد. تعارض قوانین مزبور با مفاد بند ۱ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی منتفی است، زیرا اجتناب از عموماً مد نظر در قانون مدنی به لحاظ حقوقی میسر و امری پذیرفتنی است.

در رسیدگی محاکم دهه‌ی پنجاه همین دو قانون عمده و مهم جلب توجه می‌کند. آنچه مقاله‌ی حاضر با تفاوت بنیادین از سایر تحقیقات موجود بدان می‌پردازد این است که نظر شورای محترم نگهبان مقید است نه مطلق. و از این حیث مشخصاً ضرورت مبیحه، نظر شورای نگهبان را از اطلاق خارج می‌کند. همچنین عبارت ضرورت مبیحه با توسعه‌ی تکلیف دولت، وجه اشتراک ظریفی ایجاد کرده است بین شق ۹ بند ۵۰ که بر اساس آن دولت مکلف است به جبران خسارت اعیان و مفاد لایحه‌ی قانونی که تکلیف دولت را حائز دو جنبه‌ی جبران خسارات عرصه و اعیان می‌داند.

از منطوق نظریه‌ی شورای نگهبان مستنبط است که عدم وجود ضرورت مبیحه موجب ضمانت محسوب است؛ لذا سؤال اصلی این است: آیا از مفهوم نظریه‌ی شورای نگهبان قابل استنباط است که وجود ضرورت مبیحه حاکی از عدم تحقق ضمانت است؟ و اینکه با توجه به محدوده‌ی اعمال لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... و محدوده‌ی اعمال شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه‌ی ۱۳۵۲ کل کشور، دامنه‌ی عمل به مفاد نظریه‌ی شورای نگهبان و تطبیق آن با موازین حقوقی، از جمله منع عطف به ماسبق دانستن لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... به چه صورت است؟

فرضیه‌ی این تحقیق بر این مطلب استوار است که منسوخ دانستن شق ۹ بند ۵۰ و نیز تعمیم

تکلیف پرداخت بهای یوم التصرف به قیمت یوم الاداء با استناد به نظریه‌ی شورای نگهبان از جایگاه لازم حقوقی را ندارد و محتوای نظریه‌ی مزبور صرفاً به انضباط اعمال حقوقی فعلی و آتی دولت همت گماشته است و نمی‌تواند ناسخ قانون یا به‌عنوان قانون، مستند صدور رأی قرار گیرد. حتی اگر نظر شورای نگهبان ناسخ مفاد شق ۹ بند ۵۰ قلمداد گردد، همچنان تکلیف محاکم در عمل به قانون منتفی نمی‌گردد و از طرفی نمی‌توان استنباط کرد که لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... عطف به ماسبق می‌گردد؛ بنابراین صرف‌نظر از جنبه‌ی نظری موضوع و اینکه شورای نگهبان از امکان نسخ قانون برخوردار است یا خیر، در عمل، محاکم ملزم به رعایت قانون هستند و نظر شورای نگهبان از جنبه‌ی تکلیفی برای قضات به منظور اعمال در آرای محاکم، محروم است. به عبارت دیگر، قاضی دادگاه با خلأ قانونی برخاسته از نسخ یک قانون توسط شورای نگهبان، مواجه با تکلیف نیست و نباید لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... با استنباط نسخ شق ۹ بند ۵۰ جایگزین شود؛ زیرا در این وضعیت شورای نگهبان با تفسیر از اصل ۴ قانون اساسی صرفاً نسخ قانون را بدون تعیین جایگزینی برای آن انجام داده و این امر موجد خلأ قانونی است. همین موضوع منشأ ظهور معیار مزبور در نظریه یعنی «ضرورت مبیحه» است و ضرورت مبیحه است که تملکات مغضوبه را به مأذونه بدل می‌کند. باید تأکید کرد که مفهوم نظریه‌ی شورای نگهبان نیز در فرض وجود ضرورت مبیحه، همانند لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... که در مواد ۴ و ۸ و ۹ و ۱۱ ضرورت مبیحه را مد نظر قرار داده است، به حد زیادی حاکی از عدم تحقق ضمان ید محسوب می‌گردد. بنابراین، بررسی ضرورت مبیحه در صدور آرای محاکم با تکیه بر معیار نوعی، اهمیت بسزایی دارد. مقاله حاضر در دو بخش تصرف اموال غیرمنقول اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی توسط دولت با توجه به بند ۱ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی و نظر شورای نگهبان و همچنین تکرر دیدگاه‌های قضایی در رابطه با تصرفات دولت مطابق شق ۹ بند ۵۰ به بررسی موضوع می‌پردازد.

۱. تصرف اموال غیرمنقول اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی توسط دولت با توجه به مفاد نظریه‌ی شورای نگهبان

اموال غیرمنقول در مباحث فعلی اعم است از اموال غیرمنقول تبعی و اموال غیرمنقول ذاتی (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۶) موضوع مواد ۱۲ و ۱۳ قانون مدنی. این تعریف در نظام‌های عرفی و حقوقی مختلف، متفاوت است (حسن‌زاده، ۱۳۹۳: ۱۹). همچنین در اراضی مفتوحه العنوه که تأکید فقهی بر عدم امکان نقل و انتقال آن و تسهیم همه‌ی مسلمین در سود حاصل از این اموال بوده، مانند بخش زیادی از زمین‌های ایران و عراق و عربستان (طالقانی، ۱۳۵۸: ۲۵۶)،

وضع از همین قرار است و شناسایی مالکیت در کشور اخیرالذکر و در سرزمین اعراب، اجبار اجتماعی و مطابق مبانی کلی اسلامی امری مقدس است (David & rowlanland 2002: 91)؛ اما بر اساس مبانی فقهی، دولت صاحب امتیازاتی است برای انتظام عمومی و جلب منافع جمعی، نظیر اینکه برای تعلیف حیوان و هزینه آن، حاکم می‌تواند حیوان را بفروشد (جمعی از مؤلفان، ۱۴۲۰: ۱۲۸). در مباحث فقهی مرتبط با مال لقطه نیز برای تبیین جایگاه حاکمیت، ملتقط محق در دریافت نفقه لقیط است و علت آن قاعده‌ی احترام به نفس معرفی شده است؛ اما رعایت مصلحت مالک، مورد اعتبار در مبحث لقطه است و به لحاظ عدم ثبوت ولایت برای ملتقط علیه، حاکم، ولی محسوب می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۸: ۲۳۴). از این موضوع سه مطلب استنباط می‌شود: اولاً، قاعده‌ی حکومت بر ممتنع غیرقابل تعمیم بوده و فارغ از تصدیگری، منحصر به اعمال حاکمیت است، به طوری که هیئت عمومی دیوان عدالت اداری طی رأی شماره‌ی ۱۴۳۲ مورخه‌ی ۱۳۸۷/۹/۱۴ بدان پرداخته است و رأی وحدت رویه‌ی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری تملک از طریق توافق را قرارداد خصوصی و تابع قانون مدنی می‌داند (محمدی، ۱۳۹۵: ۳۵ و ۳۶). ثانیاً، بر اساس تعالیم فقهی، حفظ حرمت مال غیر در ردیف احترام به نفس، حائز ارزش و اهمیت است. ثالثاً، صرف شناسایی صلاحیت برای حاکمیت اگرچه لازم است، اما شرط کافی محسوب نمی‌شود.

از باب قاعده‌ی حکومت بر ممتنع، رعایت حقوق مالکین این ضرورت را ایجاب می‌کند که انتقال یک‌جانبه‌ی مالکیت ممتنع، مؤخر بر پرداخت بها یا معوض به وی باشد و استمرار حقوق اشخاص تا طی مراحل نقل و انتقال ادامه یابد (Micheler, 2007:2). بر اساس این، چنانچه تصرفات شخص دریافت‌کننده‌ی بها یا معوض، مالکانه نبوده است، طرف مقابل نیز ظرف مدت مشخصی حق مراجعه و طرح دعوی علیه متصرف غیرقانونی را داشته باشد (Clare & Rodell, 2012: 32). تحلیل درست حق ارتفاق باید از حق ارتفاق در فرایند تصرف و بررسی دقیق این موضوع مد نظر باشد؛ مثلاً صرف نظر دولت از اراضی نیروگاه فسیلی در فرض تولید برق از طریق وزش باد و برخورد از استانداردهای محیط زیست گویای عدم وجود ضرورت مبیحه در استمرار طرح و در نتیجه مانع دولت و مؤید ایجاد ضمان ید به حساب می‌آید.

برای بررسی تکلیف محاکم از حیث صدور حکم به پرداخت بها و جبران خسارت و در راستای موضوع حق ارتفاق و تبیین آن به شرح شق ۹ بند ۵۰ در ابتدای به محور ضرورت مبیحه، تکلیف محاکم از حیث محکومیت دولت به پرداخت بها و جبران خسارت متفاوت است؛ چنان‌که محاکم در فرض نسخ شق ۹ بند ۵۰ با صریح قانونی ماده‌ی ۱۰ «لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک...» مواجه‌اند و لازم است قیمت یوم الاداء محاسبه شود؛ اما در همه‌ی

موارد فوق با استناد به ماده‌ی ۲ قانون مدنی مالکین حداکثر ۱۵ روز بعد از انتشار مفاد نظریه، باید رجوع به دولت داشته باشند و تأخیر مالکین در اقامه‌ی دعوی و مراجعه به محاکم دادگستری، تکلیف علی‌حده بر دولت تحمیل نمی‌کند؛ زیرا محل قاعده‌ی اقدام است، به‌ویژه اینکه مطابق ماده‌ی ۲۰ آیین‌نامه‌ی داخلی شورای نگهبان، نظریه‌های این مرجع برای درخواست‌کننده و رئیس‌جمهور و روزنامه‌ی رسمی ارسال می‌شود.

البته، هم در فرض قائل بودن به نسخ و هم در فرض قائل بودن به حق ارتفاق و آثار ناشی از آن در قانون بودجه، موضوعی که برجستگی لازم و کافی دارد ضرورت مبیحه است که به نحوی مستولی بر قائل بودن به نسخ است. البته معیار ضرورت مبیحه نوعی است و برگرفته از ویژگی‌های خدمات عمومی است؛ نظیر الف) اصل انطباق، یعنی تطبیق با مقتضیات زمان، ب) اصل ثبات یا استمرار، یعنی تعطیل بردار نبودن در امور اداری، ج) اصل تساوی، یعنی بهره‌مندی یکسان همگان از منافع عمومی، د) اصل تقدم امور عمومی که از آن به امتیازات ناشی از قدرت عمومی نیز تعبیر می‌شود (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۴: ۲۳۸ و ۲۳۹). پویایی نظریه‌ی شورای نگهبان در همین عبارت خلاصه است و پیوند بین لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... و شق ۹ بند ۵۰ از همین عبارت نشئت می‌گیرد و محدوده‌ی اعمال مقررات لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... و شق ۹ بند ۵۰ مشخص می‌شود و اساساً پذیرش اصل نسخ نیز توسط نویسندگان مقاله مردود است.

اثر جدایی‌ناپذیر فقدان ضرورت مبیحه، احراز ضمانت است و به دنبال آن جبران منافع مستوفات به اتفاق نظر فقهای امامیه و جبران منافع غیرمستوفات بنا بر نظر مشهور فقهای امامیه (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۷۰ و ۷۱). البته برابر توضیحات فوق و شناخت قاعده اقدام در این خصوص، به منظور شناخت محدوده اعمال لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... و نیز شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه که در یکی تکلیف بر پرداخت بهای اعیان و در دیگری تکلیف بر پرداخت بهای عرصه و اعیان بوده و با توجه به فصل مشترک هر دو قانون که ضرورت پرداخت خسارت ناشی از تملک اعیان مطرح است، باید تأکید کرد که در حیطه‌ی اجرای لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... و در حیطه‌ی اجرای شق ۹ بند ۵۰ در صورت فقدان ضرورت مبیحه، اجرای بند الف) ماده‌ی ۱۰ لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... ضرورت دارد.

نظر به اینکه عمده‌ترین مصرف‌کنندگان زمین، دولت و شهرداری‌ها در قالب مؤسسات عمومی غیردولتی هستند (کامیار، ۱۳۹۳: ۱۲۴) و درباره‌ی ایجاد یک شاخص اجتماعی باید پیش‌بینی منبع و تخصیص، مورد سنجش باشد تا امری بلاارزش تلقی نشود (Gregory, 1977: 129) تأکید بر این است که اعمال حاکمیت در تصرف اموال غیرمنقول اشخاص متفاوت از شقوق دیگر

تصرف توسط دولت است؛ زیرا با ملاحظه‌ی مبانی حقوقی، در مواردی از انتفاء مالکیت خصوصی زائد بر نیاز شخصی، اگر مردم جامعه در حکومت اسلامی نیاز داشته باشند، نیز سخن در میان است (گرامی، ۲۷: ۱۳۸۵). البته همواره دلالت احکام فقهی این است که ضرورات محظورات را مباح می‌کند. این بیان مبتنی بر «الضرورات مبيحة للمحظورات» است (حسینی شاهرودی، ۱۴۰۲: ۱۶۱). بر مبنای مزبور، ضرورت از باب لزوم نفی حرج از تکلیف در محظورات تجویز شده است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۸۵). در همین رابطه و نظر به اینکه مبنای ضرورت نفی عسر و حرج است، وارد شده؛ «المیسور لایسقط بالمعسور» (بهبهانی، ۱۴۲۴: ۲۵).

۱-۱. بررسی بند ۱ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی به واسطه‌ی اجرای لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... و شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه‌ی ۱۳۵۲ کل کشور

شق ۹ بند ۵۰ در پرداخت بهای اعیان و مقررات لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... در پرداخت بهای عرصه و اعیان کارایی حقوقی لازم را دارد؛ بر این اساس:

- الف) برابر شق ۹ بند ۵۰ فقدان ضرورت مبیحه باعث افزایش تکلیف دولت از جبران خسارت اعیان به جبران خسارات عرصه و اعیان اموال غیرمنقول اشخاص است. همین خصوصیت موصوف در نظریه‌ی شورای نگهبان موجب تقرب شق ۹ بند ۵۰ به موازین لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... به حساب می‌آید. از این حیث آرای دیوان عدالت اداری که از هیئت عمومی این مرجع صادر گردیده و در سه مورد مقدم بر نظریه‌ی شورای نگهبان و در یک مورد مؤخر بر دو نظر اول شورای نگهبان است نیز حائز توجه می‌باشد. همان مورد اخیرالذکر (دادنامه‌ی ۴-۲۰/۱۰/۱۳۸۹) است که با توجه به نظریه‌ی شماره‌ی ۲۲۸۱۸ / ۸۶/۳۰ / شورای نگهبان آرای ۶۰-۱۷/۴/۱۳۷۴ و ۱۷۳-۱۳۸۰/۵/۲۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری را نقض می‌کند.
- ب) بررسی هدف طرح سؤال از شورای نگهبان و اینکه اساساً چه موضوعی توجه و موشکافی مجلس را به‌عنوان مرجع قانونگذاری به بررسی طرح‌های اجرا شده‌ی سابق جلب نموده و بنیان نظریه‌ی دهه‌ی هشتاد را تشکیل داده حائز کمال اهمیت است. همچنین هریک از سه نظر شورای نگهبان در دهه‌ی هشتاد، هشتاد و نود با وابستگی به مبحث قانون و توجه به مصوبات قوه‌ی مقننه به‌عنوان مرجع رسمی در تصویب و

نسخ صریح یا ضمنی قوانین، قابل بررسی است. نظریه‌ی اول صراحتاً تأکید نموده «قطع نظر از اینکه اطلاق شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه در مورد اراضی موقوفه با تبصره ۴ ماده ۵ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک... نسخ شده و قانونیت ندارد، اطلاق آن در مورد این اراضی خلاف شرع است و باید به شرحی که در تبصره ۴ فوق‌الذکر آمده است قیمت آن و یا مال الاجاره‌اش پرداخت گردد». نظریه‌ی دوم به رهنمون قوه‌ی مقننه در تنظیم طرح و ارائه آن به مجلس برای تصویب می‌پردازد و نظریه‌ی اخیر نیز در پاسخ به سؤال سرپرست وزارت راه و شهرسازی در پنج بند مطرح و مؤید این مطلب است که امکان قیاس در نظریه با توجه به منصوص العله بودن نظریه فراهم و وحدت ملاک یا تنقیح مناط میسر است.

■ ج) درباره‌ی اینکه نسخ شق ۹ بند ۵۰ به واسطه‌ی مقررات لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... متصور است یا خیر، در تبصره‌ی ۵ ماده واحده‌ی قانون ابطال اسناد رقبات، آب و اراضی موقوفه بر لغو کلیه‌ی قوانین مغایر تأکید شده است. لذا هرچند مقنن برخلاف واژه‌شناسی حقوقی از کلمه نسخ، بهره‌برداری ننموده است، اما تبصره‌ی ۵ درباره‌ی موقوفات واقع در طرح‌های عمرانی مؤید نسخ جزئی شق ۹ بند ۵۰ است؛ چراکه در صدر ماده واحده تصریح شده است: «موقوفاتی که بدون مجوز شرعی به فروش رسیده یا به صورتی به ملکیت درآمده باشد به وقفیت خود برمی‌گردد». بر مبنای این، اطلاق ماده واحده‌ی قانون ابطال اسناد رقبات، آب و اراضی موقوفه با صراحت در معنا، حکم به اعاده‌ی وقفیت دارد.

■ د) اولاً برای تبیین محدوده‌ی اعمال مقررات لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک...، تبعیت از الزامات قانون اخیرالذکر برای تصرفات موضوع شق ۹ بند ۵۰ با قاعده‌ی منع عطف به ماسبق شدن قوانین، در تعارض است و همین امر راه را برای صدور آرای مستدل و مستند با اشکال مواجه می‌کند. اعمال مقررات هر قانون چنان‌که ماده‌ی ۴ قانون مدنی بدان تصریح دارد، ناظر بر آتیه است. از این موضوع به قلمرو حکومت قانون در زمان تأکید می‌گردد و حاوی دو قاعده است: ۱. آینده در حکومت قانون است، ۲. قانون بر گذشته خود حکومت ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۵ و ۲۶). نظام‌های حقوقی جهان عطف به ماسبق شدن قوانین را امری استثنایی می‌دانند و برای عطف به ماسبق شدن قانون ماهوی لاحق، اصرار بر تصریح در نص و متن قانون لاحق است

(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۴۵۳). صراحت شورای نگهبان در نظریه‌ی شماره‌ی ۷۷/۲۱/۴۲۹۶ و برداشت از بند ۲ نظریه‌ی شماره‌ی ۹۰/۳۰/۴۲۹۸۲ مبنی بر نسخ شق ۹ بند ۵۰ حاکی از اصرار بر نامشروع بودن تصرفات دولت بوده و مؤید فقدان تام و تمام مشروعیت شق ۹ بند ۵۰ است. همچنین نتیجه‌گیری مبنی بر اینکه شق ۹ بند ۵۰ توسط شورای نگهبان نسخ گردیده و لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... جایگزین آن است، نتیجه‌گیری ناصحیحی است؛ چنان‌که بند ۵ نظریه‌ی ۹۰/۳۰/۴۲۹۸۲ شورای نگهبان بر حل مشکل از طریق مجلس اذعان به موضوع دارد و هرگز نمی‌توان از عبارت مزبور در نظریه‌ی شماره‌ی ۸۶/۳۰/۲۲۸۱۸ («البته قوانین مصوب پس از پیروزی انقلاب اسلامی که شامل این موارد می‌شود لازم است مورد توجه قرار گیرد») اقتباس به نسخ شق ۹ بند ۵۰ و جایگزینی مفاد مواد لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... را داشت.

در اجرای طرح‌های عمرانی با تصویب و لزوم اجرای لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... مقررات این قانون رعایت می‌شود و دولت طبق موازین حاکم بر قانون مزبور، بدو ملزم به استفاده از اراضی ملی است و سپس ابتدا ملزم به خرید توافقی اموال غیرمنقول اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی است. نظیر این تأکید اساسی، نظریه‌ی شماره‌ی ۶۰۷۶ شورای نگهبان است که حتی در مواجهه با آثار ملی نیز قصد و رضا را اولی دانسته، شمول قانون حفظ آثار ملی نسبت به املاک شخصی را مغایر با موازین شرع تشخیص داده‌اند (فتحی و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۷: ۴۴ و ۴۵ و ۴۶ و ۴۷).

ثانیاً برای تبیین محدوده‌ی اعمال شق ۹ بند ۵۰ باید دانست که اولین واژه کاربرد لفظ «اطلاق» است و نظریه‌ی شورای نگهبان اطلاق شق ۹ بند ۵۰ را خلاف شرع می‌داند. همین واژه در نظریه‌ی شماره‌ی ۸۷/۳۰/۲۹۳۴۹ مبنی بر تفسیر اصل ۶۹ مشهود است: «اطلاق علنی بودن مذاکرات مجلس شورای اسلامی و انتشار گزارش کامل آن از طریق رادیو و روزنامه رسمی برای اطلاع عموم، نسبت به مواردی که مشتمل بر توهین و هتک حیثیت و اشاعه فاحشه باشد، خلاف موازین شرع است. بنابراین اطلاق اصل ۶۹ در این موارد مقید می‌شود» (فتحی و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۷: ۳۲ و ۳۳ و ۳۴). با توجه به تحلیل این موضوع در علم اصول، ضرورت نفی اطلاق شق ۹ بند ۵۰ بر هر ضرورتی اولی است و پس از

طرح نظریه‌ی شماره‌ی ۸۶/۳۰/۲۲۸۱۸ شورای نگهبان دیگر نمی‌توان بر اجرای شق ۹ بند ۵۰ با توجه به اصله الاطلاق تأکید کرد.

پیش از این نیز مطابق نظریه‌ی نخست شورای نگهبان، اطلاق شق ۹ بند ۵۰ زایل شده است، نظیر نظریه‌ی شورای نگهبان به شماره‌ی ۷۷/۲۱/۴۲۹۶ که صرفاً معطوف به اموال غیرمنقول موقوفه است. نظریه‌ی اخیر شورای نگهبان اما علاوه بر تأکید بر نفی اطلاق شق ۹ بند ۵۰، موازین هم ردیف با آن نظیر تبصره‌ی ۵۶ قانون برنامه و بودجه‌ی ۱۳۴۳ کل کشور و بند ۸ ماده‌ی ۲۹ قانون برنامه‌ی پنج‌ساله سوم توسعه کشور ۱۳۴۶ و ماده‌ی ۱۸ قانون سازمان برق را نیز تحت الشعاع قرار می‌دهد. نظریات شورای نگهبان متعرض اراضی ملی نیست. این دسته اراضی، اعم از اینکه ابتدائاً به‌عنوان منابع طبیعی تحت مالکیت دولت بوده یا پس از واگذاری با ابطال تصرفات مالکین به مالکیت دولت اعاده گردد، از حیطه‌ی شمول نظریات شورای نگهبان خارج است و یک دستگاه اجرایی در برابر دستگاه اجرایی دیگر با خلاف شرع دانستن شق ۹ بند ۵۰ مسئولیتی ندارد.

این سه نظریه با توجه به کیفیت سؤالات مطروحه و مراجع طرح‌کننده و اینکه نحوه‌ی اظهار نظر شورای نگهبان مستقیم یا غیرمستقیم چه آثار و منافع را برای مرجع متبوع سؤال‌کننده به دنبال دارد، متفاوت است.

۱-۱-۱. تصرف مبتنی بر قصد و رضای طرفینی

آثار تصرفات دولت در اموال غیرمنقول اشخاص همانند بیع به‌عنوان عقدی از عقود معین حاصل وجه مغایره‌ای و تلاش دو طرف در کسب سود بیشتر و حائز تبعیت از قواعد عمومی قراردادها است. تلاش قانونگذار نیز در قوانینی نظیر لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... بر رعایت وجه مغایره‌ای در تعیین ثمن است؛ مانند الزام به تعیین سه نفر کارشناس به منظور حفظ حقوق مالکین در ماده‌ی ۴ قانون مزبور. در برخی کشورها تأکید بر این است که نفوذ قیمت‌گذاری باید تا حدی باشد که اشخاص، مراجعه برای معامله را تأمین‌کننده‌ی منافع یا حقوق خود بدانند (Davies, 2007: 36). این اعلام اراده اعم است از طریق لفظ و فعل. هرچند در معاطات نیز بنیان قصد طرفین مورد تردید است و از همین جهت برخی آن را موجد اباحه در تصرف می‌دانند (مشکینی، ۱۴۱۴: ۵۰۱). ضمناً عقد به معنی محصولی، عبارت از تعهد در قالب مال یا عمل و نیز در معنی مصدری، مصادف با ایجاد ماهیت حقوقی توسط دو طرف عقد است (شهیدی، ۲۷۸: ۱۳۸۴) و رضا جزو ماهیت عقد به حساب نمی‌آید تا تشکیل عقد متوقف بر تحقق رضا باشد؛ بلکه لحوق و تعقب رضا به عقد، شرط اعتبار آن است که با

اجازه‌ی مالک و پس از عقد شکل می‌گیرد (شهیدی، ۳۵: ۱۳۸۳). اما در تکلیف و ضرورت وقوع بیع مال غیرمنقول، لازم است موازنه‌ی بین دو حق خصوصی رعایت شود (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۷۹). البته در اجرای ماده‌ی ۳ لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... علی‌رغم قصد و رضای طرفینی، مراعات شقوق ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است؛ به نحوی که معامله بر عقارات و مساکن، بدون حفظ جهت معامله، موجد شبهه در تشکیل عقد است (طرابلسی، ۱۴۰۶: ۳۴۵). در نهایت اینکه موازنه بین دو جنبه‌ی کلی ضرورت دارد: اول، قوانین مرتبط با حقوق عمومی از حیث تملک، دوم، رعایت شقوق و قواعد حقوق خصوصی در باب بیع.

۲-۱-۱. تصرف مبتنی بر اختیار قانونی برای یک طرف

۱. معرفی کارشناس منتخب توسط مالک و تراضی وی بر تعیین کارشناس مرضی طرفین با علم به تبعات آن استنباط عقد وکالت در فروش اموال غیرمنقول را نوید می‌دهد.
۲. اگرچه مستند به ماده‌ی ۲۰۷ قانون مدنی از باب حکم مقامات صالحه‌ی قانونی مطرح نیست و مبتنی بر اختیار قانونی دولت است. در این مبحث به طور کلی ارزیابی توسط هیئت کارشناسان از شقوق ذیل برخوردار است:

الف) بعد از تعیین و تقویم بهای مال غیرمنقول، رضا ملحق می‌گردد. البته ممکن است رضا از طریق دریافت ثمن توسط مالک یا از لفظ و فعل دیگر وی استنباط گردد که در هر صورت ملحق به وجه نخست است. ب) سکوت نه مؤید الحاق رضا نه مؤید فقدان آن است که خود شقوق سه‌گانه‌ای را در بر می‌گیرد؛ نخست اینکه در حقوق خصوصی اثری بر سکوت مترتب نیست و فرض دیگر اینکه در مواردی استثنائی سکوت نه حائز اثر قانونی بلکه حائز آثار فقهی است و شق آخر اینکه در حقوق عمومی به‌ندرت سکوت حائز آثار قانونی است. در عرصه‌ی مباحث فقهی تملک اموال غیرمنقول، در غیر تصریح متعاملین یعنی در فرض سکوت طرفین یا یک طرف، سکوت مالک موجب نفوذ بیع یا ثبوت صلح نیست (مفید بغدادی، ۱۴۱۰: ۶۱۲).
ماده‌ی ۲۴۹ قانون مدنی نیز مبین همین معنا است. ج) هرچند با بیان فوق، در مرحله‌ی توافق اشخاص با دولت در ارجاع امر به هیئت کارشناسان، رضا محرز باشد، بقای رضا در مواردی نیز منتفی است؛ مانند آنجا که اعلام نظر کارشناسی درباره‌ی ثمن، شوق مؤکد و رغبت را به‌عنوان مقدمات رضا برای مالک ایجاد نمی‌کند و از این حیث اساس تشکیل رضا متزلزل، لذا ملحق به مورد آتی است.

۳. عمل مالک مبنی بر عدم معرفی کارشناس منتخب و عدم توافق بر تعیین کارشناس مرضی طرفین یا اظهار کاستی مبلغ تعیینی توسط دولت، مطابق ماده‌ی ۳ لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... مبین فقدان قصد و رضا است.

مورد اول و وجه الف از مورد دوم بر مبنای ماده ۳ لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... از حیث ساختاری با مفاد ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی در خصوص معاملات فی مابین اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی منطبق و تا حدود زیادی از موضوع مقاله خارج است. مورد سوم و فرض ج از مورد دوم نیز مستند به ماده‌ی ۴ لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... و فارغ از بند ۱ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی حائز بررسی است.

۲-۱. ضرورت و مصلحت در نظریات شورای نگهبان از حیث تطبیق با شق ۹

بند ۵۰

چنان‌که در تبیین آیه‌ی ۶۱ سوره‌ی مبارکه‌ی هود آمده است: «اگر انسانی بین مصلحت خود و جامعه تضادی ببیند مصلحت جامعه را ترجیح خواهد داد» (شیخ صدوق، ۱۴۰۹، ج ۴: ۲۰۵) موضوع فعلی نیز دقیقاً گویای همین تعارض و تبعاً در مقام بیان همین مصلحت است؛ اما نباید به واسطه‌ی این موضوع، انواع تحمیل و اجبار را بر مالکین اموال غیر منقول روا دانست. این عبارت مندرج در نظریه‌ی شورای نگهبان که «تملک بر مبنای شق ۹ بند ۵۰ در فرض عدم وجود ضرورت مبیحه خلاف شرع است»، حکایت از توجه به مبنای فقهی قاعده‌ی تسلیط و اصل ضمان ید داشته و قطع نظر از اینکه نظارت استصوابی شورای نگهبان بر تصویب قوانین در مجلس شورای اسلامی با قوانین مصوب رژیم‌های سیاسی سابق، از جمله شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه‌ی ۱۳۵۲ کل کشور متفاوت بوده، به لحاظ قانونی مطابق اصل ۹۶ قانون اساسی، آنچه برای شورای نگهبان الزام‌آور است، بررسی قوانین از حیث مخالف نبودن مصوبات با شرع و قانون اساسی است، نه الزاماً از منظر موافق بودن قوانین با شرع و قانون اساسی؛ برای مثال قانون بیمه‌ی اجباری هرچند مبنای شرعی ندارد، اما مخالف شرع نیست و همین موضوع برای اظهار نظر فقهای شورای نگهبان لازم و کافی است. مطابق مشروح مذاکرات شورای نگهبان، یکی از صاحب‌نظران در جلسه، به منظور مذاقه در شق ۹ بند ۵۰ بیان داشته‌اند: «فقط اینکه گفته‌اند مفت باشد خلاف شرع است». از دیگر حضار در همین جلسه با شناخت ریشه‌های فقهی موضوع، برای دقت نسبت به شأنیت نظارت استصوابی شورای نگهبان، بر مورد توجه قرار گرفتن قوانین مصوب جمهوری اسلامی ایران تأکید دارند. به منظور رفع خلأ قانونی و در نتیجه خلاف شرع دانستن شق ۹ بند ۵۰، مهم‌ترین قانون لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... است؛ اما توجه به لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... منافی قاعده‌ی منع عطف به ماسبق دانستن قانون به حساب می‌آید. بر اساس این، اولاً با تفسیر حقوقی صحیح از شق ۹ بند ۵۰ ضرورتی به اخذ نظر شورای نگهبان نبوده، ثانیاً پس از طرح سؤال توسط مجلس درباره‌ی شق ۹ بند ۵۰ جزئی‌نگری در حیطة‌ی تعیین بها و

مواردی از این دست وظیفه‌ی نهاد قانونگذاری است تا تکلیف محاکم و مجریان مشخص شود. البته در موضوع حاضر، علاوه بر تدقیق در اصل ۹۴ و فقدان ضرورت اظهار نظر شورای نگهبان، مجلس خود سائل و خود تارک این مسئله است؛ زیرا پس از اخذ نظر شورای نگهبان، قانونگذاری و جزئی‌نگری مدونی در این رابطه نداشته است.

در حال حاضر برخی نظام‌های حقوقی، مقدمه‌ی سلب مالکیت خصوصی و هرگونه تصرف اموال اشخاص توسط هر نهاد دولتی یا مؤسسات و سازمان‌های عمومی را به نحوی می‌دانند که با تشکیل انجمن متشکل از اعضای که به‌عنوان نماینده‌ی گروه‌های مختلف جامعه هستند، از پایمال شدن حقوق مربوطه جلوگیری کنند (Reynolds, 2010: 8). صرف‌نظر از سابقه‌ی اولین قانونگذاری توجه به اینکه موضوع مقاله حداقل از حیث تغلیب، دولت را در بر می‌گیرد به این توضیح بسنده می‌گردد که از نظر اولویت اجرایی در طرح‌ها، رویه‌ی شهرداری نیز به‌عنوان مؤسسه‌ای عمومی و غیردولتی، متفاوت از دولت است. در حال حاضر انحصاراً ارجاع به قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مد نظر نهاد مزبور است (میرزایی، ۱۰۸: ۱۳۸۷). همچنین برای تملک، قانون نحوه‌ی تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها حائز توجه است.

در نظریات و مطالعات بین‌رشته‌ای برخی نویسندگان حقوق عمومی، عقیده بر این است که اعمال برخی سیاست‌های توخالی از طرف دولت مرکزی، برای مثال بین چوپانان، نقش دولت فدرال را راجع به حقوق مالکانه آنها محدود می‌کند (Karen, 2002: 209). لذا در تفسیر نظر شورای نگهبان نیز توجه به اصل فوق‌الذکر ضروری است. از طرفی در تبادل برخاسته از سنجش ضرورت و گزینش مصلحت در نظریه‌ی شورای نگهبان در موارد دیگری نیز توجه شورای نگهبان به آثار اجتماعی آن موضوع قابل مشاهده است؛ زیرا این مرجع در مواردی به تعدیل دیدگاه سابق خود می‌پردازد؛ از جمله شورای نگهبان مطابق مفاد روزنامه‌ی رسمی مورخه‌ی ۱۳۶۷/۸/۲۴ ماده‌ی ۱۳۰۹ قانون مدنی را از این حیث که شهادت در قالب بینه‌ی شرعیه در برابر اسناد معتبر فاقد ارزش بوده، خلاف موازین شرع اعلام و ابطال کرد؛ اما پس از اصلاحات قانون در تاریخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ به رغم حفظ محتوای سابق ماده‌ی ۱۳۰۹ قانون مدنی و چهره‌ی امری مستنبط از آن، این قانون را تأیید کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۷۸۳). در بیان چارچوب حقوق و آزادی‌های اشخاص مهم این است که به طور کلی طرح مصادیقی از رفاه اجتماعی بر پایه حفظ آزادی‌ها میسر است (Drover, 2014: 19). البته با گذر زمان طولانی از نخستین قانونگذاری در حیطه‌ی تصرفات اموال غیرمنقول اشخاص، مسلم این است که در رابطه با تداخل بین قاعده‌ی تسلیط و قاعده‌ی لاضرر، تأکید متوجه قاعده تسلیط است.

واژه‌ی «مسلطون» در قاعده‌ی تسلیط، همه‌ی مردم را معاً و توأمأً مسلط می‌داند و همه‌ی اشخاص در عرض یکدیگر بر اموال خودشان تسلط دارند (مشهدی، ۱۳۹۴: ۷۹ و ۱۰۹ و ۱۱۰). تفسیر جمعی از قاعده‌ی تسلیط، مشکل را حل نمی‌کند، علاوه بر آنکه ممکن است در فرض پذیرش شمول اصل ۴۰ قانون اساسی بر اشخاص حقوقی حقوق عمومی به اشکال تصرف دولت بر اموال غیرمنقول اضافه کند. همچنین درباره‌ی تراحم اصل تسلیط و قاعده‌ی لاضرر همه پذیرفته‌اند که هر جا اجرای حقوق ناشی از مالکیت با اصل لاضرر تراحم داشت، تقدم قاعده‌ی لاضرر ملاک است (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۱۴ و ۳۱۵).

۳-۱. بازتاب ضرورت مبیحه و بررسی نسخ در نظریه‌ی شورای نگهبان

ظهور و توسعه در روایات، مؤید پذیرش قاعده‌ی «الضرورات تبيح المحذورات» قلمداد شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۶، ۱۰۲). ضرورت مبیحه از حیث حکم تکلیفی نهفته در نظریه‌ی شورای نگهبان مورد طرح و بررسی است. نظر مزبور مؤید حکم وضعی نیست. استناد شورای نگهبان نیز بر همین مبنا است؛ اما شورای نگهبان صلاحیت باطل دانستن قوانین مصوب مجلس به هنگام تصویب را دارد و مطابق قانون اساسی صلاحیت مستقیم دال بر ابطال مصوبات منتفی است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۶۰). نتیجه‌ی حاصل اینک بررسی و مطالعه در یک نظام حقوقی منوط است بر توجه نسبت به منابع حقوقی موجود در آن جامعه. کسب نظرات اجتماعی ممکن است مادون یا مافوق سایر منابع، نتایج و عایداتی داشته باشد و مقایسه بین وابستگی رفاه اجتماعی با این موضوع به طور مطلق یا وابسته آثار مثبتی به دنبال دارد (Horst, 2007: 611).

در تحلیل ضرورت مبیحه، اعمال حاکمیتی و تصدیگری عناوینی است که در نگاه نخست وجود ضرورت مبیحه را تأیید یا رد می‌کند؛ به عبارتی در اعمال تصدیگری بررسی ضرورت مبیحه از اساس، سالبه به انتفا موضوع است، به‌ویژه اینکه در نظام حقوقی ایران اساس روابط دستگاه‌های اجرایی با افراد مردم، غیرقراردادی و منطبق با قانون است. به عبارتی اراده‌ی طرفین، مبتنی بر شرایطی است که قانون تعیین کرده، نه مبتنی بر اصل آزادی اراده‌ها (شهییدی، ۱۳۸۹: ۹۰). حقوقدانان در این عرصه صرفاً از اراده عمومی نظیر تأثیر اراده عمومی در تشکیل دولت سخن می‌گویند (جوان، ۱۳۲۹: ۴۰۶). همچنین از نتایج اصل حاکمیت قانون استنباط می‌شود که اولاً و بالذات قانون لازم‌الاجرا است، به خصوص ایجاد امور عمومی و اعمال اداری باید به موجب قانون صورت پذیرد (سنجابی، ۱۳۷۶: ۲۴۷ و ۲۴۸). نظریه‌ی شورای نگهبان درباره‌ی ضرورت مبیحه راه مفری برای دولت به حساب نمی‌آید تا دولت بدون توجه به مفاد لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... اقدام به تملک نماید و محکومیت دولت را در

محاكم دادگستری به دنبال نداشته باشد.

در بحث نظری درباره‌ی بررسی نسخ به واسطه‌ی نظریه‌ی شورای نگهبان باید گفت: اولاً، مطابق شق ۹ بند ۵۰ بحث از تصرف است و تملک صورت نپذیرفته؛ ثانیاً، با تصویب لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... عملاً شق ۹ بند ۵۰ در طرح‌های سابق‌الاجرا بوده و بی‌ارتباط با طرح‌های اجرایی فعلی است؛ ثالثاً، عمل مادی تصرف اموال غیرممنقول اشخاص توسط دولت صرفاً دارای نقطه شروع نبوده و دولت در ادامه مصون از احقاق حق مالکین نیست، در نتیجه حتی در مورد طرح‌های اجرایی سابق نیز موضوع از شمول شق ۹ بند ۵۰ خارج و ضرورتاً مفاد ماده‌ی ۱۲ لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... لازم‌الاجرا است. ضمن اینکه شق ۹ بند ۵۰ با کاربرد عبارت «ایجاد حق ارتفاق» موجد حق تصرف برای دولت است، نه مؤید تملک اموال غیرممنقول اشخاص؛ زیرا در شناسایی حق ارتفاق، دیگر مالکیت بر موضوع ارتفاق جایگاهی ندارد.

۲. تکثر دیدگاه‌های قضایی درباره‌ی تصرفات دولت مطابق شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه‌ی ۱۳۵۲ کل کشور

در این مبحث و در بیان تکثر دیدگاه‌های قضایی، توجه به آرای وحدت رویه‌ی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ضرورت دارد. باید اضافه کرد که آرای مزبور برای محاکم دیوان لازم‌الاتباع است و الزام آن برای محاکم عمومی لحاظ نشده است. رأی شماره‌ی ۴-۱۳۸۹/۱۰/۲۰-۱۳۸۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ناقض آرای ۶۰-۱۳۷۴/۴/۱۷ و ۱۷۳-۱۳۸۰/۵/۲۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری است و این مرجع طبق ماده‌ی ۵۴ الحاقی به قانون آیین دادرسی سابق دیوان عدالت اداری، دو دادنامه‌ی مذکور را نقض نموده و عمده‌ی استناد دیوان عدالت اداری نظریه‌ی شماره‌ی ۸۶/۳۰/۲۲۸۱۸ است. رأی شماره‌ی ۲۰۴ مورخه‌ی ۱۳۶۹/۶/۱۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با صراحت در معنا اشعار می‌دارد: «نظر به اینکه ماده‌ی ۵۰ قانون برنامه و بودجه مصوب اسفند ماه ۱۳۵۱ مقرر نموده، هرگاه برای اجرای طرح‌های عمرانی احتیاج به خرید اراضی اعم از دایر و بایر باشد و اعیانی و تأسیسات خصوصی باشد، به طریق زیر عمل خواهد شد. و این عبارت صریح است در اینکه دولت موظف است زمین‌های مورد نیاز برای طرح‌های عمرانی را خریداری نماید و لازمه خرید، پرداخت بهاء مبیع است به مالک آن و شق ۹ ماده مذکور که دولت را از پرداخت بهاء معاف نموده مخصوص به حقوق ارتفاقی املاک مجاور است و شامل مؤلفی اصول و موازین قانونی تشخیص داده می‌شود». بر اساس دادنامه‌ی ۴-۱۳۸۹/۱۰/۲۰-۱۳۸۹ غصب و تصرف و تسلط از غیرحق اراضی و املاک افراد بوده و این اقدام مغایر با اصل ۴۰ قانون اساسی و قاعده‌ی تسلیط تعیین شده است.

تفسیر دوسویه^۱ از اصل ۴۰ قانون اساسی در بیان «اعمال حق» صرفاً اراده بر اشخاص حقیقی نداشته و بر اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و اشخاص حقوقی دولت عمومی مشتمل است. در مواردی آیین‌نامه برخلاف قانون نیز به توسعه‌ی اختیارات دولت می‌کوشد؛ نظیر ماده‌ی ۳۷ آیین‌نامه‌ی قانون زمین شهری که هرچند تبصره‌ی ۹ ماده‌ی ۹ این قانون بهای اعیان را به طور مطلق مد نظر دارد، اما آیین‌نامه لزوم پرداخت بهای اعیان را منحصر به اراضی دایر می‌داند و اراضی بایر را از شمول تبصره‌ی ۹ ماده‌ی ۹ خارج می‌کند (جامه‌بزرگ، ۱۳۶۹: ۱۷۰). این در صورتی است که میان دولت و غیر آن تفاوتی وجود ندارد؛ زیرا امروزه و در جوامع فعلی حتی مراقبت از حقوق اقتصادی اشخاص از بدو امر تا خاتمه‌ی امور وظیفه‌ای برای مداخله‌کننده محسوب می‌شود (Gail, 2011: 93)، اعم از آنکه دولت به واسطه‌ی مزایای قدرت عمومی در مقام مداخله باشد یا اینکه سایر اشخاص به واسطه‌ی آرای قضایی موجب قدرت عمومی باشند.

درباره‌ی رژیم سیاسی حاکم در موعد تصویب این دو قانون، تئوری نقل یا عدم نقل مسئولیت دول بعد از انقلاب‌ها حائز توجه است. افراط در رعایت محض حقوق خصوصی، حائز مضار حقوقی است؛ نظیر اینکه در اتخاذ رویه‌ای افراطی، بدون توجه به حقوق عمومی، از تملک تعبیر به غصب گردد. ضمن توجه به اینکه از احکام غصب استرداد مال به مالکیت مالک است (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۸۶) و چون قضات تابع نظر اخیرالذکر نیز به لحاظ قانونی خود را از صدور حکمی این چنین، ناتوان می‌بینند، ضمن محکومیت دولت به پرداخت قیمت یوم الاداء تحمیلات دیگری را نیز بر دولت به‌عنوان خوانده‌ی دعوی روا می‌دانند. در مقابل محاکم دیگر نظیر شعبه‌ی سوم دادگاه تجدید نظر استان قم تأکید می‌کنند: «تصرفات تجدیدنظرخواه تصرفات غاصبانه نبوده تا مشمول الغاصب یؤخذ بأشده الاحوال گردد، بلکه تصرفات مبیحه دولت بر اساس مقررات قانونی زمان خودش صورت پذیرفته است» (دادنامه‌ی شماره‌ی ۸۸۰۹۹۷۲۵۱۸۳۰۰۵۷۶ مورخه‌ی ۱۳۸۸/۷/۳۰).

در ادامه سه دیدگاه از نظریه‌ی شورای نگهبان ارائه می‌گردد که نویسندگان مقاله خود قائل به نظر دوم هستند.

۱-۲. نظریه‌ی شورای نگهبان مؤید خلع ید و مسئولیت مدنی

به لحاظ اینکه خلع ید منبث از غصب است، درباره‌ی غصب بر غصب موضوع ماده‌ی ۳۱۶ قانون مدنی و انتقال مال غصبی موضوع ماده‌ی ۳۲۳ همین قانون، الزاماً پرداخت منافع را به دنبال دارد و البته در این دو فرض التزام به تأدیه از حیث تضمین حق نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۳۰). در تحلیل اینکه نظریه‌ی شورای نگهبان مؤید خلع ید یا مثبت پرداخت قیمت یا معوض

باشد، بدو احرار مسئولیت خوانده ضرورت دارد و در ما نحن فیه نه تقصیر در فعل مثبت - تعدی - و نه در خودداری - ترک فعل - قابل سنجش است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۷: ۳۰۴).
بر مبنای «ضمان» و آثار ناشی از آن نیز رویه‌ی قضایی درج واژه مزبور در نظریه‌ی را نپذیرفته و حتی محاکم در مقام عدول از شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه نیز درباره‌ی پذیرش ضمان برای دولت تردید کرده‌اند و منع خلع ید نقطه اشتراک رویه‌ی قضایی پذیرنده و عدول‌کننده از شق ۹ بند ۵۰ است.^۲ ضمن وجود احتمال جدی بر عدم دسترسی به اسناد اداری مربوطه و نتیجتاً محکومیت‌های مالی برای دولت، احتمال پرداخت بهای اعیان به نحوی که پوشش بهای عرصه و اعیان را در تاریخ تصرف به دنبال داشته، وجود دارد؛^۳ زیرا در سنوات جریان شق ۹ بند ۵۰ برخلاف وضع فعلی، بهای زمین در مقایسه با قیمت اعیان بسیار ناچیز بوده و اندکی تسامح در تعیین بهای اعیان، خسارت عرصه را نیز جبران و رضایت مالکین را در بر می‌گرفته است.

۲-۲. نظریه‌ی شورای نگهبان از منظر مسئولیت مدنی دولت

در عرف حقوقی ارتفاق را حق عینی قائم به ملک دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۷۸). تعریف قانون مدنی از حق ارتفاق نیز مؤید حقی است برای شخص در ملک دیگری. چنانچه تعریف قانون برنامه و بودجه‌ی ۱۳۵۲ کل کشور از حق ارتفاق با توجه به اطلاق ماده‌ی ۹۳ قانون مدنی تحقق یافته باشد و حق شخص در ملک دیگری بدون نیاز به مالکیت سابق مد نظر باشد، بی‌توجهی به تعریف صحیح ارتفاق می‌تواند منشأ مسئولیت مدنی دولت قلمداد گردد. بر همین اساس می‌توان محدوده‌ی اعمال شق ۹ بند ۵۰ را در حیطه‌ی تعریف صحیح از حق ارتفاق یعنی حق عینی قائم به ملک به حساب آورد. در غیر این صورت، شق ۹ بند ۵۰ از کارایی حقوقی خارج می‌شود؛ زیرا لازم است دولت ابتدا مالکیت داشته باشد تا پس از آن از ارتفاق استفاده کند، نه اینکه ابتدا از ارتفاق بهره‌مند شود، سپس بحث از اصل ۴۴ و ماده‌ی ۲۶ قانون مدنی مطرح گردد.

شق ۹ بند ۵۰ با کاربرد کلمه‌ی «استفاده» متعرض این مطلب است که دولت پس از تملک مطابق شقوق ۵ و ۷ و ۸ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه، بابت استفاده از اراضی واقع در خارج از محدوده‌ی شهرها با رعایت حریم مورد لزوم، وجهی پرداخت نمی‌کند؛ اما مطابق شقوق متعدده‌ی بند ۵۰، تملک الزاماً توأم با پرداخت بها صورت می‌پذیرد و پس از تملک دولت برای استفاده از آنچه در حکم ملک است نظیر استفاده از حریم اموال غیرمنقول مورد تملک با مجوز قانونی (شق ۹ بند ۵۰) روبه‌رو است. در قانون برنامه‌ی سوم عمرانی کشور مصوب ۱۳۴۶ نیز ارتفاق ملهم همین معنا است.

مطابق عموماً حقوقی، رکن رکین مسئولیت مدنی ورود ضرر است و ضرورت دارد که در ورود ضرر، مسلم و مستقیم بودن ضرر بررسی شود (امامی، ۱۳۹۲: ۶۷۶). مسئولیت مدنی دولت، از ابتدای بر تئوری خطا یا تئوری خطر فراتر رفته و دولت در مواردی مسئولیت بدون تقصیر دارد و حتی بعضاً دولت در علل قهری^۴ نیز مسئولیت مدنی پیدا می‌کند. چنانچه به لحاظ ایجاد منافع عمومی و مصالح اجتماعی به شخص یا اشخاص خسارت برسد، دولت موظف به جبران است و به دلیل این طرز تفکر و در نتیجه، نقض کارایی ماده‌ی ۱۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، مواد پیشنهادی ۱ و ۲ از لایحه‌ی قانونی مسئولیت مدنی ۱۳۸۲، که مخالف اصل عدم مسئولیت دولت است، اصل را بر مسئولیت مدنی دولت می‌نهد (بزدانیان، ۱۳۹۵: ۵۵۸ و ۵۶۱ و ۵۷۷). دو رکن فعل زیانبار و وقوع زیان به‌عنوان ارکان متشکله‌ی مسئولیت مدنی در نظریه‌ی وینریب، برابر لحاظ شده‌اند و ضرر زدن به تنهایی بدون اینکه شخصی زیان دیده باشد و زیان دیدن تنها بدون اینکه شخصی ضرر زده باشد، موجب مسئولیت مدنی قلمداد نمی‌گردد (بادینی، ۱۳۸۴: ۱۱۷ و ۱۱۸ و ۴۹۶).

حکم قضایی یا مجوز قانونی هردو رکن و اصل مسئولیت مدنی را منتفی می‌کند. البته درج عوامل رافع مسئولیت در قانون ضروری است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۳۱۵). با این توجه، اولاً منبعث از مباحث اصولی و برابر بخش اخیر ماده‌ی ۴ قانون مدنی، نگاه قهقرایی خلاف اصل است. ثانیاً مطابق مضمون «عدم البیان فی مقام البیان بیان علی العدم» سکوت قانونگذار مانع پذیرش «لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک...» به‌عنوان جایگزین شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه است. مسلماً شورای نگهبان نیز با وصف لزوم توجه بر سازوکار بودجه‌های سنواتی کشور، الغای وضعیت مالی دولت را اراده نکرده است. ثالثاً تفسیر صحیح از شق ۹ بند ۵۰ توسط مجلس در راستای بخش نخست اصل ۷۳ قانون اساسی موجب انتفاء ضرورت سؤال از شورای نگهبان بوده است. در حال حاضر با توجه به بخش دوم اصل ۷۳ قضاوت می‌تواند با تفسیر صحیح و در قالب مسئولیت مدنی دولت به دادرسی بپردازد.

۲-۳. نظریه‌ی شورای نگهبان در اعمال حاکمیت دولت و جبران خسارت

نفس جلب منافع عمومی از عوامل رافع مسئولیت دولت قلمداد نمی‌گردد، خصوصاً اینکه مفهوم منفعت عمومی یک تعریف دقیق ندارد و تفکیک بین منافع خصوصی^۵ و منافع جامعه‌ستیز^۶ از منفعت عمومی دشوار است (گرچی ازندریانی، ۱۳۹۴: ۱۱۲). لافریز در کتاب حقوق/داری اعمال حاکمیت را ناشی از قدرت و اعمال تصدی را مباشرت دولت به اداره‌ی اموال عمومی می‌داند (سنجابی، ۱۳۷۶: ۱۹۲ و ۱۹۳). برخی مانند مسائل مرتبط با احوال شخصیه، حفظ اموال منقول و غیرمنقول را در زمره‌ی مسئولیت‌های متقابل دولت اسلامی و

دارالحرب می‌دانند (عمید زنجانی، ۱۳۸۳: ۲۶۷). همچنین گاه دولت به یک بنگاه خصوصی با تمام ویژگی‌های آن بدل می‌گردد. در این وضعیت دولت به طور مطلق در مقام جلب سود اقدام می‌کند. حقوقدانان دولت را در این حالت از حیث مبادرت به اعمال تصدیگری تابع مقررات حقوق خصوصی می‌دانند؛ یعنی اعمال حقوقی دولت از نظامی تبعیت می‌کند که اعمال حقوقی اشخاص حقوقی خصوصی تابع آن است. اما دولت را باید مبتنی بر اعمال تصدیگری و نفی اعمال حاکمیتی دانست. همچنین دولت مصون از ارائه‌ی فهرست تفکیکی از اقدامات خود در باب اعمال حاکمیتی یا تصدیگری است؛ لذا تشخیص بین این دو آسان نیست.

رأی وحدت رویه‌ی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره‌ی ۱۴۳۲ مورخه‌ی ۱۳۸۷/۹/۱۴ موجبات ابطال تملک دولت در راستای ماده‌ی ۳ لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... را بعد از عدم ضرورت اجرای طرح، منتفی می‌داند. به عبارت دیگر، تملک از طریق توافق دولت با سایر اشخاص، قرارداد خصوصی محسوب و ضمن تبعیت از ماده‌ی ۳ قانون اخیرالذکر و برخلاف ماده‌ی ۴ آن، تابع قانون مدنی و شرایط اساسی صحت معامله است (محمدی، ۱۳۹۵: ۳۵ و ۳۶). دولت فعلی نه اراده بر نقض تکلیف داشته، نه اراده بر انجام فعل یا ترک فعل و نه امکان ابراز چنین قصد و اراده‌ی متصور بوده است. در لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... نیز صرفاً اقدامات آتی پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون توسط دولت مطرح است.

اساساً علت مبادرت دولت به امور عمومی، قانون مصوب قوه‌ی مقننه است؛ به عبارتی قصد قانونگذار شاخص اصلی در عناصر تشکیل‌دهنده‌ی یک خدمت یا امر عمومی به حساب می‌آید (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۴: ۲۳۴ و ۲۳۵ و ۲۳۶). برخی در باب اعمال حاکمیت، دولت - کشور را دارای دو نوع شخصیت حقوقی می‌دانند و از تئوری حاکمیت عموم^۷ و به دنبال آن نظریه‌ی قرارداد اجتماعی سخن می‌گویند (صفار، ۱۳۹۵: ۱۴۸ و ۱۴۹).

در اعمال حاکمیتی برخلاف اعمال تصدیگری، استیلای نظام‌مند کل دولت مد نظر است. هرچند یک دستگاه اجرایی مشخص مسئول است، از دولت تحت عنوان همان دستگاه اجرایی و شخص حقوقی بحث نمی‌شود؛ بلکه دولت در قالب شخصیت حقوقی مطرح است. بنابراین، این موارد و موارد متعدد دیگر هرگاه ناشی از اعمال حاکمیت باشد، توجه سود یا زیان به دولت به‌عنوان شخص حقوقی ناممکن است، بلکه شخصیت حقوقی دولت متبلور می‌گردد؛ زیرا دولت ناظر اموال عمومی است نه منتفع از اموال عمومی. قوه‌ی قضائیه نیز بر این موضوع کوشش دارد؛ هرچند، برخی نظارت قضایی بلاقید را مانعی بر اصل تفکیک قوا دانسته‌اند

(خسروی، ۱۳۹۴: ۱۰۹ و ۱۲۶). به طور کلی نظارت قضایی فارغ از نظارت تنفیذی و نظارت تنفیذی فارغ از نظارت تشریحی فاقد جایگاه مناسب حقوقی است. از طرفی نظریه‌ی شورای نگهبان، بهای یوم التصرف را تکلیفی دانسته که دولت بدون توجه به موازین شرعی از انجام آن امتناع کرده است؛ لذا چنان‌که مطابق قواعد حقوقی دولت جانشین با تغییر رژیم سیاسی حاکم، مطلقاً مسئول تکالیف دولت سابق قلمداد گردد، باز این مسئولیت را با توجه به تکلیف دولت سابق در پرداخت بهای اراضی به قیمت روز اجرای طرح می‌توان به قیمت یوم التصرف تفسیر کرد^۸ و اضافه بر آن از باب مسئولیت مدنی کاهش ارزش پول لحاظ شود. شناخت این موضوع در تقارن هرچه بیشتر احکام محاکم با واقع، نقشی اساسی ایفاء می‌کند؛ چنان‌که در مسئولیت مدنی دولت ناشی از خطای کارمند تقصیر حرفه‌ای غیر عمدی، تقصیر حرفه‌ای عمدی یا در حکم عمد و تقصیر غیر حرفه‌ای، دولت صرفاً در حالت نخست مسئولیت دارد (غمامی، ۱۳۷۶: ۱۲۸).

این مطلب برای جمع بین منافع عمومی و حقوق خصوصی لازم‌الرعایه است. هرچند دلیل عدم پذیرش ترجیح منافع عمومی بر مالکیت خصوصی، عموم و اطلاق برخاسته از کتاب، سنت، اجماع و عقل باشد، اجماع فقها در این خصوص فاقد ارزش استدلالی است؛ زیرا احتمال قوی وجود دارد که این اجماع مستند به ادله چهارگانه اخیرالذکر باشد (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۳۰). نکته جالب توجه اینکه لزوم احترام به مالکیت قانونی اشخاص تا حدی است که حتی در رواج برده‌داری نیز اشخاص مسئول، بر حفظ حقوق بردگان تسخیر شده نظارت داشتند (Peningroth, 2003: 91). قطع نظر از ایرادات حقوقی موجود، با تکیه بر این مطلب که عموماً حقوق خصوصی صحبت از مالکیت قانونی داشته و به این دلیل که قانون چنین محدودیت‌هایی را بر مالکیت اشخاص تحمیل نموده، حتی عمل به قانون خلاف نسبت به اقدام خلاف قانون در اولویت است.

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

در پاسخ به سؤال اصلی با توجه به اینکه بعد از انتشار نظریه‌ی شورای نگهبان در روزنامه‌ی رسمی تاکنون مرجع سؤال‌کننده، یعنی مجلس شورای اسلامی، خود نیز به لحاظ لزوم احتساب بودجه برابر اصل ۷۵ قانون اساسی مطابق با وظیفه‌ی ذاتی جاری اقدام ننموده است، لذا با تقویت فرضیه‌ی مندرج در مقاله، قطع نظر از اینکه قیمت یوم الاداء، تکلیف بمالایطاق برای دولت به حساب می‌آید، باید توجه داشت که بنیان نظریه‌ی شورای نگهبان بر ضرورت مبیحه استوار است. ضرورت مبیحه فصل مشترک بین شق ۹ بند ۵۰ و لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... است؛ زیرا دولت در فرض عدم وجود ضرورت مبیحه، بر مبنای ضمانت ید دارای

تکلیف در اعیان و عرصه اموال غیرمنقول است. انحصار تکلیف دولت در شق ۹ بند ۵۰ به تعهد در قبال اعیان، فاقد وجاهت است؛ اما تندروری در این زمینه و عطف به ماسبق دانستن لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... نیز ضمن اینکه از موقعیت مناسب حقوقی بهره‌مند نیست، در رابطه با فزونی آرای فاقد استدلال و استناد علیه دولت مؤثر است.

بنابراین استنباط ضرورت پرداخت بهای اموال غیرمنقول به قیمت یوم الاداء ناممکن است. در نتیجه در فرض قائل بودن به نسخ، مقتضای نظر شورای نگهبان پرداخت بهای مرتبط با پانزده روز بعد از تاریخ درج نظر در روزنامه‌ی رسمی کشور است. استثنائات وارد بر نتیجه‌ی مندرجه در سطور اخیر از این قرار است: ۱- چنانچه دولت قصد اجرای طرح جدید در حیطه‌ی طرح سابق که به واسطه‌ی شق ۹ بند ۵۰ تصرف گردیده را داشته باشد، نباید بر مبنای وجود ضرورت مبیحه نحوه‌ی تصرفات را مشروع پندارد و خود را بی‌نیاز از مذاکره با مالک به حساب آورد؛ زیرا هر آینه اقدام جدید فی‌نفسه اعراض از طرح سابق را به دنبال دارد و به‌مجرد این امر، قانون جاری (لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک...) حاکم بر اقدام فعلی دولت است، نه قانون سابق (شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه).

۲- بنا بر توضیح بند ۱ همچنین اگر دولت قصد تصرف این‌گونه اموال را نه در حیطه‌ی اموال عمومی و برای طرح اجرایی جدید، بلکه برای تملک در قالب اموال دولتی داشته باشد، به طریق اولی محروم از وجاهت حقوقی لازم است و توافق با مالک ضرورتی اجتناب‌ناپذیر به حساب می‌آید.

۳- با توجه به رویکرد و توجه محض از دید حقوق خصوصی، ماده‌ی ۴ لایحه‌ی قانونی مسبوق‌الذکر و شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه از جهت تجلی حقوق عمومی و استیلا‌ی لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... با یکدیگر تعارض ندارند؛ زیرا هریک از موعد اجرای مشخص برخوردار است؛ لذا در فرضی که می‌خکوبی یا شروع و مقدمات فنی طرح مقدم بر لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... باشد، اما شروع رسمی و مقدمات محسوس اجرای طرح برای سایرین و آنچه به تعبیر عرف عام و عرف خاص شروع مراحل اجرایی پروژه است مؤخر بر لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... باشد، باز نظر شورای نگهبان مانع استناد به شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه‌ی ۱۳۵۲ کل کشور است؛ خصوصاً اینکه در سؤال رئیس مجلس از واژه‌ی «استمرار» برای این نحوه از اقدام دولت نام برده شده است. با مذاقه در مطالب بالا به طور کلی نتایج حاصل اینک:

۱. در نظریه‌ی نخست شورای نگهبان، از کل تصرفات صورت پذیرفته توسط دولت، صرفاً متعرض اراضی موقوفه بوده و نظریه‌ی تداخلی با سایر اموال غیرمنقول موضوع

تصرف دولت در راستای شق ۹ بند ۵۰ ندارد؛ اما از حیث صراحت در اعلام ماهیت نامشروع امر، وحدت ملاک برای املاک غیرموقوفه نیز میسر است؛ هرچند، تا پیش از اعلام نظریه‌ی شماره‌ی ۸۶/۳۰/۲۲۸۱۸ محاکم راه را برای ورود به موضوع هموار ندانسته‌اند و شورای نگهبان نیز از فراگیری نظریه‌ی نخست و تعمیم آن به املاک طلق اجتناب داشته است؛ زیرا اگرچه موضوع سؤال املاک موقوفه بوده، اما شأنیت شورا مقتضی اعلام نظر صریح در حیثه‌ی کل تصرفات دولت بوده و قاعدتاً با دلایل مد نظر شورای نگهبان این مهم صورت نپذیرفته است. در ادامه اما در نظریه‌ی شماره‌ی ۹۰/۳۰/۴۲۹۸۲ شورای نگهبان برای جلوگیری از تفسیر به مطلوب توسط مراجع اجرایی کشور صراحت در متن و محتوا مسلم و مشهود است. سه نظریه‌ی مزبور، مروج مقابله با اصل منع عطف به ماسبق شدن قوانین به حساب نمی‌آید و اساساً شورای نگهبان نمی‌تواند قانونی را باطل و قانون دیگری را جایگزین آن کند؛ اما نظریه‌ی نخست شورا، با ابتناء بر ماده واحده‌ی قانون ابطال اسناد رقبات، آب و اراضی موقوفه از قابلیت تعمیم به گذشته و به عبارتی عطف به ماسبق شدن برخوردار است.

۲. مقررات لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... در ماده‌ی ۱۰ این ابهام را ایجاد می‌کند که قانونگذار سعی داشته از قوانین سابق، خلاف قاعده عدول کند، به عبارتی ابهام مزبور حاکی از این است که لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... علاوه بر اینکه ناظر به آتیه است، بر تصرفات سابق دولت دلالت دارد؛ اما ابهام برخاسته از ماده‌ی ۱۰ هرگز تحقق غصب را متبادر به ذهن نمی‌کند؛ زیرا تبادر ذهنی از غصب خلاف تصرف در راستای قانون است و هرچند عمل دولت خلاف شرع باشد، در حیثه‌ی قانون بوده و دیگر بحث از غصب، سالبه به انتفاء موضوع است.

۳. اینکه نظریات متعدد شورای نگهبان دقیقاً چه قسمتی از مقررات شق ۹ بند ۵۰ را خلاف شرع دانسته و علت ورود شورای نگهبان در چه راستایی بوده و استعلام چه مرجعی عامل ورود و اظهار نظر شورا شده است، تکلیف آن مرجع را دوچندان می‌کند.

۴. با فرض نسخ شق ۹ بند ۵۰ تکلیف محاکم از حیث اصل و جبران خسارت به شرح بند ۵ قابل بررسی است؛ اما مهم آن است که اولاً ماده‌ی ۱۰ لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی

- خرید و تملک... گویای در معنای نسخ نبوده و ثانیاً قسمت اخیر ماده‌ی ۱۲ همین قانون نیز با رفع ابهام احتمالی در ماده‌ی ۱۰ همانند صدها قانون دیگر قوانین مغایر، بعد از تصویب این قانون را ملغی می‌کند و ارتباطی به نسخ شق ۹ بند ۵۰ ندارد.
۵. بنا بر نظریه‌ی شورای نگهبان در صورت فقدان ضرورت مبیحه، تکلیف دولت از حیث تحقق غصب به‌عنوان یکی از شقوق ضمان قهری قابل اعمال و بررسی است. به عبارت دیگر، فقدان ضرورت مبیحه با تجمیع سایر شرایط، موجب تحقق فعل خلاف شرع و ضمان ید است و اثر مستقیم وجود ضرورت مبیحه، فقدان ضمان ید است؛ اما نظریه‌ی مزبور ناسخ شق ۹ بند ۵۰ به حساب نمی‌آید و از طرفی مقررات لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... نیز با غض نظر از نظریه‌ی شورای نگهبان فی نفسه ناسخ شق ۹ بند ۵۰ ماده واحده‌ی قانون بودجه‌ی ۱۳۵۲ کل کشور محسوب نمی‌گردد؛ زیرا ماده‌ی ۱۰ لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... به اراضی و املاکی توجه دارد که پیش از تصویب لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... دولت موظف به پرداخت اصل و خسارات است.
- در این صورت تشکیل شرایط شق ۹ بند ۵۰ تکلیف محاکم در صدور آرای قضایی مبتنی است بر اینکه دولت از امکان جبران خسارت لازم التأدیه بر مبنای تاریخ انتشار نظریه‌ی شورای نگهبان محروم است؛ یعنی به ترتیب زیر، امکان تمسک به تاریخ انتشار نظریه و مبنای ماده‌ی ۲ قانون مدنی برای دولت منتفی است و معیار پرداخت، شقوق ماده‌ی ۱۰ قانون مزبور یعنی بر اساس قیمت یوم الاداء است، بدون کم و کاست. حتی محکومیت دولت پس از طی مدت مقرر در ماده واحده‌ی قانون نحوه‌ی پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی بلامانع است.
- در حالت دیگر و با فرض اصرار بر نسخ شق ۹ بند ۵۰، به واسطه‌ی نظریه‌ی شورای نگهبان، راهکار حقوقی در خصوص اصل پرداخت، بر اساس قیمت روز لازم‌الرعایه بودن نظریه با توجه به تاریخ انتشار در روزنامه‌ی رسمی (چراکه تصرف بر مبنای قانون مجری در تاریخ تصرف پذیرفته هرچند بعد از آن بنا به هر موجبی نسخ گردیده است) به انضمام خسارت تأخیر تأدیه (در صورت مطالبه) پس از طی مدت مقرر در ماده واحده‌ی قانون نحوه‌ی پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی، تا تاریخ اجرای حکم دادگاه است.

محکومیت‌های قضایی دستگاه‌های اجرایی، با سکوت قوه‌ی مقننه در عدم ارائه‌ی طرح برای تصویب همراه است و نیز سکوت مراجع نظارتی نظیر سازمان بازرسی کل کشور و دیوان محاسبات به لحاظ پرداخت محکوم به راجع به دعاوی مرتبط با شق ۹ بند ۵۰ از غیرمحل و ردیف مشخص برای دستگاه اجرایی محکوم علیه.

همچنین در رفع سوء آثار محکومیت‌های دولت راجع به شق ۹ بند ۵۰، با توجه به پذیرش مسئولیت اجرای قانون اساسی توسط رئیس دولت یا رئیس‌جمهور، ضمن ارائه‌ی لایحه به قوه‌ی مقننه، هرگونه اقدام قانونی علی‌حده نیز امکان تحقق دارد تا دولت طبق قانون مکلف به اجرای قهری لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... گردد، نه طبق نظر هر دستگاه اجرایی یا مطابق آرای متفاوت محکومیت‌گذاری از محاکم دادگستری. با توجه به ضرورت مزبور پیشنهاد می‌شود به موجب نظریه‌ی شورای نگهبان و تأکید مزبور در بند ۳، سیر مراحل تدوین و تصویب قانون با تعیین مدت برای دولت و مالکین، محقق گردد، با این وصف که موازنه‌ی لازم بین مالکین اعم از آنکه کل ملکیت ایشان یا جزئی از آن در اجرای طرح‌های دولت تصرف شده است، در قالب قانون به وقوع برسد.

منابع

۱. امامی، میرسیدحسن (۱۳۹۲)، حقوق مدنی، تهران: اسلامیه، چاپ سی و چهارم.
۲. بادینی، حسن (۱۳۸۴)، فلسفه مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳. بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۱)، قواعد فقهیه، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، مؤسسه‌ی عروج.
۴. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم آل عصفور (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضره فی احکام العبره الطاهره، تصحیح محمدتقی ایروانی و سید عبدالرزاق مقدم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، جلد هفدهم، چاپ اول.
۵. بهبهانی، محمدباقرین محمداکمل (۱۴۲۴ق)، مصابیح الظلام، قم: مؤسسه‌ی علامه‌ی المجددالوحید البهبهانی، جلد هشتم، چاپ اول.
۶. جامه‌بزرگ، محمد (۱۳۶۹)، تملک اراضی توسط دولت و شهرداری‌ها، همدان: شرکت انتشارات مسلم، چاپ اول.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۵)، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ شانزدهم.
۸. جمعی از مؤلفان (۱۴۲۷ق)، مجله‌ی الفقه اهل بیت علیهم السلام، قم: مؤسسه‌ی دایرة‌المعاف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، جلد پنجاهم، چاپ اول.

۹. جوان، موسی (۱۳۲۹)، مبانی حقوق، تهران: چاپ رنگین، جلد سوم، چاپ پنجم.
۱۰. حسن‌زاده، بهرام (۱۳۹۳)، حقوق تحلیلی اراضی و املاک، تهران: جنگل، چاپ سوم.
۱۱. حسینی شاهرودی، سید محمود بن علی (۱۴۰۲ق)، کتاب الحج (فقه استدلالی)، قم: مؤسسه انصاریان، جلد سوم، چاپ اول.
۱۲. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر علامه حلی (۱۴۱۲ق)، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه، جلد دهم، چاپ اول.
۱۳. خسروی، حسن (۱۳۹۴)، حقوق اساسی، تهران: خرسندی، چاپ دوم.
۱۴. زین‌الدین بن علی، شهید ثانی (۱۳۸۶)، فقه استدلالی، سیدمهدی دادمرزی و علیرضا امینی و محمدرضا آیتی (ترجمه الروضه البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة)، قم: کتاب طه، چاپ دوازدهم.
۱۵. سنجابی، کریم (۱۳۷۶)، حقوق اداری ایران، تهران: مهرآیین، چاپ سوم.
۱۶. شهیدی، لیلا (۱۳۸۹)، شخص طرف معامله، تهران: طرح نوین اندیشه، چاپ اول.
۱۷. شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، اصول قراردادها و تعهدات، تهران: مجد، جلد دوم، چاپ سوم.
۱۸. شهیدی، مهدی (۱۳۸۴)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: مجد، جلد اول، چاپ چهارم.
۱۹. صدوق قمی، محمدبن علی بن بابویه (۱۴۰۹ق)، من لایحضره الفقیه، ترجمه علی اکبر غفاری و محمدجواد صدر بلاغی، تهران: صدوق، چاپ اول.
۲۰. صفار، محمدجواد (۱۳۹۵)، شخصیت حقوقی، تهران: بهنامی، چاپ دوم.
۲۱. طالقانی، محمود (۱۳۵۸)، اسلام و مالکیت، تهران: میرداماد، چاپ دوم.
۲۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۴)، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ دهم.
۲۳. طرابلسی، ابن براج (۱۴۰۶ق)، المذهب، تصحیح جمعی از محققین و مصححین تحت اشراف شیخ جعفر سبحانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، جلد اول، چاپ اول.
۲۴. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۴۲۱ق)، فقه سیاسی، تهران: امیرکبیر، جلد سوم، چاپ چهارم.
۲۵. غمامی، مجید (۱۳۷۶)، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، تهران: دادگستر، چاپ اول.
۲۶. فتحی، محمد و کاظم کوهی اصفهانی (۱۳۹۷)، نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چاپ اول.

۲۷. قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۷)، مبانی مسئولیت مدنی، تهران: میزان، چاپ پنجم.
۲۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، حقوق مدنی - وقایع حقوقی - تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوازدهم.
۲۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: میزان، چاپ سی و دوم.
۳۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، اثبات و دلیل اثبات، تهران: میزان، چاپ هفتم.
۳۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ صدم.
۳۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، الزام‌های خارج از قرارداد-قواعد عمومی-، جلد اول، چاپ چهاردهم، تهران، دانشگاه تهران.
۳۳. کامیار، غلامرضا (۱۳۹۳)، حقوق شهری و شهرسازی، تهران: مجد، چاپ ششم.
۳۴. گرامی، محمدعلی (۱۳۵۸)، مالکیت‌ها، چاپ دوم، قم، روح قم.
۳۵. گرجی ازندریانی، علی اکبر (۱۳۹۴)، مبانی حقوق عمومی، چاپ پنجم، تهران، جنگل.
۳۶. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰)، قواعد فقه - بخش مدنی - مالکیت و مسئولیت، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سی و سوم.
۳۷. محمدی، امید (۱۳۹۵)، تملک اراضی اشخاص در طرح‌های عمومی و عمرانی شهرداری‌ها و دولت در نظم حقوقی کنونی، تهران: جاودانه، چاپ اول.
۳۸. مشکینی، میرزا علی (۱۴۱۴ق)، مصطلحات الفقه، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
۳۹. مشهدی، ابراهیم و آناهیتا عسگری فراهانی (۱۳۹۴)، حقوق مالکانه با نگاهی بر اجرای قانون تملک اراضی در ایران و فقه امامیه، تهران: مؤسسه انتشاراتی جهان جام جم، چاپ اول.
۴۰. مفید بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان عکبری (۱۴۱۰ق)، المقنعه، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول.
۴۱. میرزایی، علیرضا (۱۳۸۷)، تملک اراضی توسط دولت و شهرداری‌ها، تهران: صابریون، چاپ اول.
۴۲. نجفی، محمدحسن (صاحب الجواهر) (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، لبنان: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم.

۴۳. ویژه، محمدرضا و حسن امجدیان (۱۳۹۴)، «رویکرد فقهای شورای نگهبان در زمینه رویارویی مالکیت خصوصی و منفعت عمومی - مقاله مطالعه رویه‌ای-»، دوفصلنامه دانش حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، شماره‌ی ۱۲، ص ۲۳-۴۶.

۴۴. یزدانیان، علیرضا (۱۳۹۵)، قواعد عمومی مسئولیت مدنی، تهران: میزان، جلد چهارم، چاپ اول.

1. C. Penningroth (2003), *The Claims of Kinfolk African, American Property and Community in the Nineteenth-Century South Dylan, Carolina: The University of North Press Chapel Hill and London.*
2. C. rowlanland and David A Frank (2002), *Shared land/Conflicting Identity Robert, USA: Michigan State University Press East Lansing.*
3. Davies Margaret (2007), *Property Meanings, USA: First published by Cavendish.*
4. Gail. L. L. B-Hons (2011), *Housing Law and practice, London: College of Law Publishing Braboeuf Manor.*
5. Horst Zank (2007), *Social welfare functions with a reference income, USA: Springer.*
6. F. Gregory Hayden (1977), "Toward a Social Welfare Construct for Social Indicators", *American Journal of Economics and Sociology*, Vol. 36, No. 2.
7. G. Drover and D. Woodsworth (2014), *Social welfare theory and social policy, Canada: First published by CASWE.*
8. Micheler Eva (2007), *Property in Securities A Comparative Study, London: Cambridge university press.*
9. Harris Clare and Anne Rodell (2012), *Property law and practice, London: College of Law Publishing.*
10. Karen R. Merrill (2002), *Public Lands and Political, California: university of california press.*
11. Reynolds Susan (2010), *Before eminentdomain Toward a History of Expropriation of Land, Carolina: University of North Carolina Press.*

یادداشت‌ها

1. Bold interpretation.

۲. برخی از آرایایی که با رد دعوی اجرت‌المثل، مؤید شناسایی درستی تصرفات دولت مطابق شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه بوده؛ اما با توجه به نظریه‌ی شماره‌ی ۸۶/۳۰/۲۲۸۱۸ شورای نگهبان، دولت را در پرداخت بهای یوم‌الاداء ملزم می‌کند عبارت‌اند از: دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۵۱۹۷۷۰۰۴۳۷ شعبه‌ی دوم دادگاه عمومی حقوقی نیشابور و دادنامه‌ی شماره‌ی ۸۸۰۹۹۷۲۵۱۳۳۰۰۳۶۰ شعبه‌ی سیزدهم دادگاه عمومی حقوقی قم و دادنامه‌ی شماره‌ی ۸۷۰۹۹۷۲۵۵۰۴۰۰۳۹۵ شعبه‌ی چهارم دادگاه عمومی حقوقی قم و دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۲۰۹۹۷۲۱۶۲۸۰۱۰۰۱ شعبه‌ی دویست و سیزدهم دادگاه عمومی حقوقی تهران و دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۴۱۳۲۷۰۰۹۴۴ شعبه‌ی سوم اهر. با نتیجه‌ی واحد و استدلال متفاوت دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۸۰۹۹۷۳۶۳۳۶۰۰۰۱۷ شعبه‌ی پنجم دادگاه عمومی حقوقی خمینی شهر.

۳. برخی اسناد رسمی اقرار حاکی از آن است که مالکین پیش از وصول بهای اعیان نسبت به بی‌ادعایی خود در راستای بهای عرصه و اعیان اذعان و سپس مبادرت به دریافت وجه داشته‌اند که به لحاظ کتابت آنها و عدم دسترسی به جست‌وجوی رایانه‌ای در اختیار دولت قرار ندارد و از دفترخانه تنظیم کننده به دست آمده است و چه بسا به صورت تعهدنامه در دستگاه اجرایی ذیربط تنظیم شده است.

4. Force majeure or Act of god.

5. Private interest.

6. Anti-social interest.

7. Popular sovereignty.

۸. ملاحظه‌ی نظر مؤافق در احکام دیوان عدالت اداری و احکام محاکم دادگستری نیز میسر گردید؛ نظیر دادنامه‌های شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۸۰۱۳۷۹ مورخه‌ی ۱۳۹۱/۷/۳۰ و شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۸۰۱۲۶۱ مورخه‌ی ۱۳۸۸/۷/۳۰ و شماره‌ی ۸۸۰۹۹۷۲۵۱۷۳۰۰۵۷۸ مورخه‌ی ۱۳۸۸/۷/۳۰ و شماره‌ی ۸۸۰۹۹۷۲۵۱۷۳۰۰۵۷۷ مورخه‌ی ۱۳۸۸/۷/۳۰ و شماره‌ی ۸۸۰۹۹۷۲۵۱۸۳۰۰۷۵۴ مورخه‌ی ۱۳۸۸/۱۰/۱ شعبه‌ی سوم دادگاه تجدیدنظر استان قم و دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۲۰۹۹۷۲۵۱۲۶۰۱۰۹۲ مورخه‌ی ۱۳۹۲/۴/۱ شعبه‌ی ششم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان قم.