

## مبانی مالکیت فضا و قرار در نظام حقوقی اسلام و غرب

۱. محمد صالحی مازندرانی

۲. جمشید میرزایی

تاریخ دریافت ۹۴/۱/۱۸ - تاریخ پذیرش ۹۴/۴/۹

فصلنامه پژوهش‌های حقوقی حقوق اسلام و غرب - سال دوم - شماره سوم - بهار ۱۳۹۴

### چکیده

توسعه‌ی روز افزون جوامع شهری و محدودیت‌های ناشی از اراضی مسکونی موجب شده تا در برخی موارد ارزش فضا و قرار املاک از سطح زمین بیشتر شود. همین موضوع سبب افزایش تقابل بین مالکیت فردی با مالکیت عمومی شده است. بررسی و تحلیل مبانی مالکیت فضا و قرار می‌تواند تا حد قابل توجهی کشمکش بین مالکین و متولیان امور شهری را کاهش دهد. نتایج حاصل از مقایسه‌ی مبانی این نوع مالکیت در حقوق اسلام، قوانین موضوعه‌ی ایران و نظام حقوقی مالکیت در کشورهای فرانسه، انگلیس، آلمان، سوییس و مصر گویای آن است که بر اساس نظام‌های حقوقی مورد بحث، قواعد تسلیط، احترام، تبعیت، ید و لاضرر مهم‌ترین مبانی مالکیت فضا و قرار است، از این رو مالک زمین بر فضا و قرار نیز استیلا داشته و این استیلا باید مورد احترام واقع شود؛ چرا که فضا و قرار از ملحقات و تبعات زمین است و هر شخصی مانع تصرفات قانونی مالک شود به دلیل ورود ضرر، مسؤول جبران خسارات خواهد بود.

واژگان کلیدی: تسلیط، احترام به مال، تبعیت، ید، لاضرر.





## مقدمه

نهاد مالکیت و حقوق ناشی از آن از موضوعات مهم، کاربردی و بنیادینی است که همواره اندیشه‌های حقوقی را به خود مشغول نموده است. زمین در میان اشیای موضوع مالکیت، به لحاظ کارکرد راهبردی و قابلیت رفع نیازهای اساسی انسان، همواره جایگاه برجسته‌ای داشته است به طوری که حق فردی نسبت به آن در بقای حیات جوامع انسانی و توسعه‌ی آنها مؤثر بوده است. تراکم روز افزون جمعیت شهرها نه تنها سبب افزایش ارزش زمین شده است، که فضا و قرار آن را نیز در معرض توجه ویژه قرار داده است به نحوی که حتی گاهی ارزش فضا و قرار املاک بر سطح زمین پیشی گرفته است. موقعیت ویژه و اصرار مالکان بر بهره‌برداری حداکثری از فضا و قرار املاک از یک سو، و ادعای مالکیت عمومی متولیان امور شهری و اعمال محدودیت‌های مختلف نسبت به آن، موجب شده است تا مبانی مالکیت فضا و قرار در حقوق اسلام، قوانین موضوعه ایران و حقوق کشورهای غربی از قبیل فرانسه، انگلیس، آلمان و سوییس و همچنین اسناد و اعلامیه‌های جهانی، مورد بررسی، مقایسه و تحلیل حقوقی قرار گیرد.

در این راستا در مقاله حاضر قواعد تسلیط، احترام، تبعیت، ید و لاضرر که از مهم‌ترین مبانی مالکیت عادلانه و عاقلانه‌ی فضا و قرار است به طور اجمال ارایه خواهد شد تا پس از ایضاح مبانی آن، چارچوب اختیارات مالک و نهادهای عمومی و همچنین محدودیت‌های ناشی از قانون تنویر شود.

## ۱. سلطنت مالکانه

مالکیت یکی از مهم‌ترین علقه‌های مادی میان انسان و اشیاء است که آن را به رابطه‌ی حقوقی و اعتباری بین شخص و شیء تعبیر نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۱۰؛ صفایی،





۱۳۹۳: ۱۸۹؛ مقتضای علقه‌ی مزبور آن است که مالک هر گونه اختیار و سلطنتی نسبت به مملوک خود داشته باشد. (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۲۸) از این رو در بیان این علقه و وابستگی، سه مؤلفه‌ی «شخص»، «مال» و «سلطنت» از اهمیت ویژه‌ای برخوردار هستند. «شخص» موجودی است که موضوع حق و تکلیف قرار می‌گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۳۷۸). «مال» نیز به هر چیزی که نیازی را برطرف کرده و مورد رغبت عقلا بوده و مفید واقع گردد گفته می‌شود. «سلطنت» هم به معنای استیلاء و اختیاری است که مالک در تصرفات مادی یا حقوقی از آن برخوردار است. (هدایت‌نیا، ۱۳۸۹: ۱۴۰)

بنابراین مالکیت نشانه‌ی قدرت در نظام حقوقی اسلام و غیره.

بنابر آنچه که از عناصر سه‌گانه‌ی مذکور به دست می‌آید، اشخاص به اعتبار سلطنتی که بر اموال خود دارند، حق هر نوع تصرف و انتفاعی را خواهند داشت و کسی نمی‌تواند آنها را از تصرفات مالکانه‌ی مشروع منع کند.<sup>۱</sup>

در حقوق اسلام این سلطنت مالکانه تحت عنوان قاعده تسلیط بر آیات متعددی از قرآن کریم،<sup>۲</sup> سنت، اجماع و عقل ابتناء دارد. حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» که از شهرت خاصی برخوردار است، بیانگر همین قاعده می‌باشد. (مجلسی، ۱۴۰۴: ۲۷۲؛ اصفهانی، ۱۴۱۰: ۴۹؛ حلی، ۱۴۱۵: ۲۴۷؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۷۱؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۳۸۶) فقها معتقدند قاعده‌ی مورد بحث دارای دو بیان ایجابی و سلبی است. در جایی که گفته می‌شود هر مالکی بر انواع تصرف در اموال خویش مسلط است، بیان ایجابی قاعده مطمح نظر است، و جایی که بیان می‌شود هیچ شخصی اعم از حقیقی و حقوقی نمی‌تواند سلطنت مالک را بر اموالش منع و محدود کند، بیان سلبی قاعده مورد نظر است؛ از این رو اصل بر آن است که همه نوع تصرف برای مالک مجاز است مگر آنکه به سبب دلیل شرعی خلاف آن ثابت شود. (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۲۷)

در نظام حقوقی ایران که منبعث از حقوق اسلام است، سلطنت مالکانه به عنوان یکی از مهم‌ترین مبانی مالکیت و حقوق ناشی از آن پذیرفته شده و آزادی و ابتکار عمل در



۱. مستنبط از اصل (۴۷) قانون اساسی و مواد (۳۰) و (۳۱) قانون مدنی

۲. آیات شریفه ۲ و ۲۹ سوره مبارکه نساء / آیه شریفه ۲۷۹ سوره مبارکه بقره / آیه شریفه ۷ سوره مبارکه حدید



انواع تصرفات و انتفاعات به مالک اعطاء شده است. ماده (۳۰) قانون مدنی در بیان جنبه‌ی ایجابی قاعده تسلیط مقرر می‌دارد «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد». همچنین ماده (۳۱) همان قانون در بیان جنبه‌ی سلبی قاعده سلطنت و در راستای اصل منع سلب مالکیت، اشعار می‌دارد: «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد مگر به حکم قانون».

قانون مدنی مصر نیز که از یک سو براساس حقوق اسلامی و اقتضای اصول شریعت اسلامی بنا نهاده شده است، و از سوی دیگر با تلاش حقوق دانان مصری مانند سنهوری آموزه‌های حقوق مدنی غرب را مطمح نظر قرار داده است و به واسطه‌ی همین کوشش‌ها، منبع الهام بسیاری از کشورهای مسلمان خاورمیانه همانند لیبی، اردن، عراق، بحرین و قطر قرار گرفته است (نوری، ۱۳۹۲: ۱۳)، ضمن پذیرش سلطنت مالکانه، در ماده (۸۰۲) اعلام می‌دارد «مالک مال، در حدود قانون، حق استفاده، بهره‌برداری و انتقال آن را دارد»، و در تکمیل آن در ماده (۸۰۵) مقرر می‌دارد «هیچ کس از مال خود محروم نخواهد شد مگر در موارد و به نحو مقرر در قانون و در مقابل پرداخت خسارت عادلانه».

در قوانین مدنی فرانسه و آلمان که از نمایندگان برجسته‌ی خانواده‌ی حقوق رومی-ژرمنی هستند، سلطنت مالکانه و آثار مترتب بر آن پذیرفته شده است و به شدت از حقوق مالکانه‌ی که ناشی از سلطه‌ی قانونی بر اموال است حمایت شده است. ماده (۵۴۴) قانون مدنی فرانسه بیان می‌دارد «مالکیت عبارت است از حق مطلق استفاده و انتقال اعیان، جز در مواردی که خلاف قانون باشد».<sup>۱</sup> ماده‌ی مذکور به جنبه‌ی ایجابی قاعده سلطنت پرداخته است و در تکمیل آن و بیان جنبه‌ی سلبی قاعده، ماده (۵۴۵) مقرر می‌دارد «هیچ کس را نمی‌توان به انتقال مالکیت خود اجبار کرد، مگر برای اهداف عمومی، آن هم پس از دادن معادل عادلانه آن».<sup>۲</sup>



1. Art 544: «ownership is the right to enjoy and dispose of things in the most absolute manner, provided they are not used in a way prohibited by statutes of regulations».  
2. Art 545: «No one may be compelled to yield his ownership, unless for public purposes and for a fair and previous indemnity».



قانون مدنی آلمان نیز با بیانی رساتر هر دو جنبه‌ی ایجابی و سلبی قاعده تسلیط را در قالب یک ماده تبیین نموده است. موافق ماده (۹۰۳) قانون مدنی این کشور «مالک هر گونه بخواهد از ملک خود استفاده و یا آن را استعمال کرده و از هر گونه تجاوز دیگری جلوگیری می‌کند، مگر آنکه عمل او مخالف قانون یا حقوق اشخاص دیگر باشد»<sup>۱</sup>.

بنابر آنچه گفته شد می‌توان ادعا نمود قاعده‌ی تسلیط به دلایل ذیل یکی از مهم‌ترین مبانی مالکیت فضا و قرار است:

اول. سلطنت مالکانه در زمره‌ی اصول اولیه زندگی اجتماعی در بخش مالکیت است که اغلب نظام‌های حقوقی پیشین و معاصر آن را پذیرفته و همواره خود را مکلف به حمایت از آن می‌دانند. هیچ کدام از نظام‌های مذکور، فضا و قرار املاک را از قاعده تسلیط مستثنی نکرده‌اند، بنابراین مفاد قاعده و آثار مترتب بر آن و حمایت قانونگذار از آن، فضا و قرار را نیز در بر می‌گیرد.

دوم. قلمرو اصل آزادی و ابتکار عمل مالکانه در انواع تصرف و انتفاع علاوه بر اصل مال، نسبت به توابع و ملحقات آن نیز جاری و ساری است، از این رو مالک زمین هم در سطح زمین و هم در فضا و قرار آن حق همه گونه تصرف و انتفاعی را دارد زیرا فضای محاذی و اعماق زمین از ملحقات و توابع زمین محسوب می‌گردد، و یکی از شئون و آثار سلطنت مالک بر مایملک خود، سلطه بر اصل و فرع آن است و از این حیث اصل و فرع تابع اعتبار عرفی خواهند بود. پر واضح است که عمق و هوا عرفاً از مصادیق حقوق مالکانه قلمداد شده و مشمول اصل آزادی در تصرفات مالکانه خواهد بود.

سوم. نظر بر جایگاه ویژه‌ی سلطنت مالکانه از حیث ادله و مستندات، صاحبان و مالکین املاک بر فضا و قرار ملک خود سلطه و استیلا‌ی مالکانه دارند. این بیان از استحکام و جایگاه علمی قابل ملاحظه‌ای برخوردار خواهد بود و عملاً از هر گونه خدشه و تزلزل مصون است.



1. Section 903: «The owner of a thing may, to the extent that a statute or third- party rights do not conflict with this, deal with the thing at his discretion and exclude others from every influence ....»



چهارم. علاوه بر جنبه‌ی ایجابی قاعده که هر مالکی به طور مطلق در انحصار تصرفات مختار است، مدلول قاعده مؤید جنبه‌ی سلبی آن نیز می‌باشد. بنابراین هیچ شخص یا نهادی جز به حکم قانون نمی‌تواند سلطنت مالک را بر اموالش محدود یا سلب نماید؛ با وجود این نهادها و سازمان‌های متولی خدمات عمومی و شهرسازی همانند شهرداری‌ها و شرکت‌های برق نمی‌توانند جز به حکم قانون ممنوعیت یا محدودیتی در قلمرو هوایی یا زمینی املاک اختصاصی اشخاص ایجاد نمایند یا بدون اذن مالک از فضاهای مذکور استفاده کنند، زیرا این اقدام با موازین قاعده تسلیط مغایر است.

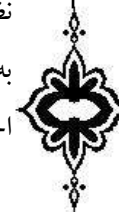
پنجم. هرگاه نسبت به مشروعیت تصرف مالک در هوا و اعماق زمین اختصاصی خود تردید شود، با تمسک به عموم قاعده و پذیرش بی‌قید و شرط آن توسط عقلا و نظام‌های حقوقی، باید حکم به جواز تصرفات مالکانه در این بخش از اموال را صادر نمود. ششم. مالک فضا و قرار می‌تواند با اراده‌ی خود به دیگری اذن در تصرف بدهد، در این صورت تصرف شخص مأذون براساس حق مطلق مالک، مجاز و واجد اثر حقوقی خواهد بود.

هفتم. از نظر تکلیفی، هر گونه مزاحمت در تصرفات مالکانه اشخاص، ممنوع و غیر مشروع است. بنابراین هرگاه شخصی اعم از حقیقی یا حقوقی، به طور غیر قانونی بر فضا و قرار املاک دیگران استیلا یابد در حکم غاصب است و از حیث وضعی، مسؤول جبران خسارات وارده خواهد بود.

## ۲. احترام به اموال دیگران

قاعده‌ی احترام به مال دیگران نیز از قواعدی است که در مورد مالکیت مورد توجه نظام‌های حقوقی اسلام و غرب واقع شده و می‌تواند مبنای حقوق مالکانه‌ی اشخاص نسبت به فضا و قرار محسوب شود. بر پایه‌ی این قاعده عقلی، اموال متعلق به اشخاص واجد احترام هستند و از هر گونه تعرض، تجاوز و مزاحمت دیگران مصون خواهند بود.

قاعده احترام به مال دیگران، به عنوان یکی از احکام امضایی مورد پذیرش نظام حقوقی اسلام است و ادله‌ای چون کتاب، روایات و بنای عقلا در تأیید آن مورد استناد قرار





گرفته‌اند. علاوه بر حکم صریح «لا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل»<sup>۱</sup>، در حدیث منقول از پیامبر گرامی اسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) احترام مال مسلمان را همانند خون (جان) او واجب می‌داند،<sup>۲</sup> و همگان را از ارتکاب گناه تصرف، تعدی یا تعرض غیر مجاز در مال دیگران منع می‌کند و احترام اموال مردم را در ردیف احترام خون و جان آنان اعلام می‌فرماید. (نجفی، ۱۳۹۷: ۴۴۹؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۳۴؛ ابن ابی‌جمهور، ۱۴۰۰: ۱۱۳؛ حر عاملی، بی‌تا: ۳۸۶) فقهای شیعه و سنی، ضمن حمایت از نفس، عقل، دین و نسل حمایت از مال را بخشی از اهداف پنج‌گانه‌ی شریعت می‌دانند. (عاملی، ۱۴۲۹: ۸؛ بلتاجی، ۲۰۰۷: ۴۵) بر همین اساس، زندگی عقلا و خردمندان بر پایه‌ی احترام به مالکیت دیگران بنا نهاده شده است و هر شخص با هر نگرش، مذهب، نژاد و ملیت این قاعده‌ی عقلی و غیر قابل انکار را می‌پذیرد. (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۱۳)

قوانین برگرفته از حقوق اسلام اعم از قوانین اساسی و عادی نیز قاعده احترام به مالکیت اشخاص را مورد تأیید و تأکید قرار داده است و برای آن ضمانت اجراهای مدنی و کیفری در نظر گرفته‌اند. مطابق 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». علاوه بر آن اصل (۴۷) نیز اشعار می‌دارد «مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است....». بنابراین قانون اساسی که مبین اصول کلی و حقوق ملت است و بر پایه‌ی قواعد و ضوابط اسلامی و عقلی بنا نهاده شده است، قاعده احترام به مالکیت و اموال اشخاص را مورد پذیرش قرار داده است و از این طریق قوای حاکم را مکلف به حمایت از آن دانسته است.

قوانین عادی نیز احترام به اموال و مالکیت را پذیرفته‌اند و برای آن آثار قانونی قائل شده‌اند. ماده (۳۰) قانون مدنی در این راستا مقرر می‌دارد «هر مالکی نسبت به مالکیت خود حق هر گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد». ماده (۳۱)

بنای مالکیت خدای تعالی در نظام حقوقی اسلام و غیره.



۱. آیه شریفه ۱۸۸ سوره مبارکه بقره / آیه شریفه ۲۹ سوره مبارکه نساء

۲. «سباب المؤمن فسوق، و قتاله کفر، و اکل لحمه معصیه و حرمة ماله کحرمة دمه».



همان قانون نیز اعلام می‌دارد «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد مگر به حکم قانون». ماده (۱۳۲) در ادامه‌ی همین نگرش، تصرفات افراد در اموال خود را بر رعایت احترام به مالکیت دیگران مشروط نموده و بیان می‌دارد «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود...».

به نظر می‌رسد نویسندگان قانون مدنی مصر در ماده (۸۰۵) به قانون مدنی فرانسه هم نظر داشته‌اند و که پیرامون قاعده احترام به مالکیت اعلام می‌دارد «هیچ کس از مال خود محروم نخواهد شد مگر در موارد و به نحو مقرر در قانون و در مقابل پرداخت خسارت عادلانه».

علاوه بر کشورهایی که از نظام حقوقی اسلام تبعیت می‌کنند، کشورهای اروپایی و غربی نیز احترام به مالکیت فردی را پذیرفته و آن را مورد حمایت قانونگذاری قرار داده‌اند. نویسندگان حقوق فرانسه معتقدند موارد قانونی کد ناپلئون ناشی از سه اصل بنیادین «احترام به مالکیت فردی»، «اصل آزادی قراردادهای» و «الزام به جبران خسارات ناشی از تقصیر» می‌باشند. (Duguiton, 1926:49) قانونگذار این کشور در ماده (۵۴۵) قانون مدنی مقرر می‌دارد «هیچ کس را نمی‌توان به انتقال مالکیت خود اجبار کرد، مگر برای اهداف عمومی، آن هم پس از دادن معادل عادلانه‌ی آن». در کنار پذیرش اصل بنیادین احترام به مالکیت فردی، هر گونه اضرار به غیر و یا دخالت در امور مالی دیگران نیز ممنوع و برای آن ضمانت‌های اجرایی مناسب در نظر گرفته شده است.<sup>۱</sup> (انصاری، ۱۳۸۸:۱۴۷۱)

مالکیت در نظام حقوقی کامن‌لا به عنوان نهاد مرکزی جوامع غربی شناخته شده (Ryan, 1987:1) و حمایت از آن امری ضروری تلقی می‌شود. از همین رو است که مالکیت و احترام به آن از نهادهای مرکزی حقوق خصوصی محسوب شده است. (Epstein, 2008:6) حقوق‌دانان و فلاسفه‌ی این نظام حقوقی معتقدند اگر در جامعه‌ای این تلقی ایجاد شود که مالکیت و احترام به آن مقدس و محترم نیست، و قانون و عدالت از آن حمایت نمی‌کند، هرج و مرج و ظلم حاکم خواهد شد. (Dietze, 1971:34)

1. Art 545: «No one may be compelled to yield his ownership, unless for public purposes and for a fair and previous indemnity».







اسناد بین‌المللی نیز همسو با قوانین داخلی کشورها قاعده احترام به اموال و مالکیت افراد را پذیرفته‌اند. نخستین اعلامیه‌های حقوق، به ویژه اعلامیه ۱۸۷۹، حق مالکیت و احترام به آن را در فهرست آزادی‌های عمومی قرار داده و آن را از مصادیق حقوق فطری انسان‌ها به شمار آورده است که همانند سایر حقوق فردی واجد صفت «حقوق تعرض ناپذیر و مقدس» است. متعاقباً اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸ در ماده (۱۷) اعلام داشته است «هر شخصی به تنهایی یا به صورت جمعی حق مالکیت دارد و هیچ کس را نباید خودسرانه از حق مالکیت محروم کرد».

بنای مالکیت فضا در نظام حقوقی اسلام و غیره.

از آنچه بیان شد می‌توان چنین استنباط نمود که اولاً، احترام به اموال و مالکیت افراد و پذیرش حقوق مالکانه‌ی فردی در غالب نظام‌های حقوقی معاصر از جمله نظام حقوقی اسلام، رومی-ژرمنی و کامن‌لا و اسناد و میثاق‌های بین‌المللی پذیرفته شده است. همین امر و جاهت و جایگاه قاعده احترام را بیش از پیش افزایش داده و آن را به عنوان یکی از مبانی مؤثر مالکیت مطرح نموده است. ثانیاً، از آنجا که دامنه‌ی مالکیت، اصل و ملحقات اموال را در بر می‌گیرد لذا بر اساس قاعده احترام، اصل اموال و توابع آن مشمول قاعده احترام هستند، بنابراین همان‌طور که مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی و قرار املاک است، قاعده احترام نسبت به کلیه‌ی مصادیق اموال جاری خواهد شد. ثالثاً، با تسری قاعده‌ی احترام نسبت به فضا و قرار، همه مکلف به رعایت احترام آن خواهند بود؛ در نتیجه فضا و قرار املاک اختصاصی نیز مانند زمین و مستحدثات اشخاص از تعرض، تعدی، مزاحمت و تصرف مصون هستند. رابعاً، هرگاه بنا به دلایلی تصرف نسبت به اموال و مالکیت دیگران به منظور حفظ حقوق عمومی ضرورت داشته باشد، این اقدام باید با پرداخت غرامت عادلانه به عمل آید، بنابراین چنانچه تصرف در فضا و قرار املاک اختصاصی افراد بنا به مصالحی ضرورت پیدا نماید، بدون تردید باید خسارات وارده به طور عادلانه‌ای جبران شود.





### ۳. تبعیت

قاعده تبعیت از دیگر قواعدی است که می‌تواند در زمره‌ی مبانی مالکیت فضا و قرار محسوب شود. مراد از تبعیت آن است که مالک یک مال، مالک توابع و ملحقات آن نیز خواهد بود مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. بنابراین هر بنایی که بر روی زمین احداث گردد یا هر ثمره‌ای که مربوط به اموال منقول یا غیر منقول باشد، از حیث احکام و نیز مالکیت تابع اصل است.

از این قاعده در حقوق اسلامی تعابیر مختلفی به عمل آمده است. به طور مثال عباراتی از قبیل «ما ینبی علی الارض نتبها»، «الفرع یتبع الاصل» و «التابع یلحق الاصل» همگی حاکی از پذیرش قاعده مذکور و تبعیت فرع از اصل می‌باشند. (امامی، ۱۳۶۸: ۴۴؛ انصاری، ۱۳۸۸: ۱۴۸۰)

قانون مدنی ایران نیز در مواد (۳۲) تا (۳۹) و سایر مواد مرتبط، قاعده تبعیت را در شقوق مختلف پذیرفته است که مطابق آن موضوع از دو جهت قابل طرح است: نخست. از جهت ثمرات و منافع مال. در این خصوص ماده (۳۲) بیان می‌دارد «تمام ثمرات ... اموال منقوله و غیر منقوله که طبعاً یا در نتیجه‌ی عملی حاصل شده باشد، بالتبع مال مالک مزبور است». حسب ماده (۳۳) نیز «نماء و محصولی که از زمین حاصل می‌شود مال مالک زمین است، چه به خودی خود روئیده باشد یا به واسطه‌ی عملیات مالک ...». از این رو می‌توان استنباط نمود که قانونگذار ضمن پذیرش قاعده تبعیت، اموال حاصل از اموال دیگر را به دو دسته تقسیم کرده است. دسته‌ی اول، ثمراتی است که بدون دخالت مالک و بر اساس طبیعت مال ایجاد می‌شوند مانند بوته‌ها و درختان خود رویی که در زمین می‌رویند یا چشمه‌ای که در زمین اختصاصی جاری می‌شود<sup>۱</sup> یا بره‌ای که از گوسفند زاییده می‌شود؛<sup>۲</sup> و دسته‌ی دوم، ثمراتی است که ناشی از اقدام مالک است؛ به طور نمونه مالک با

۱. ماده (۹۶) ق.م: «چشمه‌ی واقعه در زمین کسی، محکوم به ملکیت صاحب زمین است مگر اینکه نسبت به آن چشمه عیناً یا انتفاعاً حقی داشته باشد».

۲. ماده (۳۴) ق.م: «نتاج حیوانات در ملکیت تابع مادر است و هر کس مالک مادر شد، مالک نتاج آن هم خواهد شد».





انجام عملیات کاشت و داشت محصولی را از زمین خود برداشت می‌کند و یا با غرس اشجار و نگهداری از آن، میوه‌های آن را استحصال می‌نماید.

دوم. از جهت متعلقات (ملحقّات). منظور از متعلقات آن قسم از اموال است که در دایره‌ی نمآت و ثمرات قرار ندارد لکن عرفاً و قانوناً جزء و متعلق مال اصلی محسوب می‌شوند. بر همین اساس فضای بالای املاک و هر آنچه که در زیر املاک قرار دارد، متعلق به آن مال تلقی می‌گردد مگر اینکه بر اساس قوانین خاص استثناء شده باشند. به همین جهت ماده (۳۸) قانون مدنی مقرر می‌دارد «مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است، تا هر کجا بالا رود و همچنین است نسبت به زیرزمین...». متعلقات مذکور نه تنها در ملکیت تابع مالک اصلی است بلکه از حیث احکام نیز پیرو احکام مربوط به اصل مال است. از این رو مالک می‌تواند هر نوع انتفاعی در متعلقات ملک خود داشته باشد. در این راستا قسمت اخیر ماده فوق‌الذکر مقرر می‌دارد «... بالجمله مالک حق همه گونه تصرف در هوا و قرار دارد، مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشد».

بنابراین توابع اموال اعم از منقول و غیر منقول، از حیث ملکیت، تابع اصل مال و از حیث مالکیت تابع مالک اصلی است.

نظام حقوقی اغلب کشورهای عربی نیز قاعده تبعیت را به عنوان یک قاعده عقلی و کاربردی پذیرفته‌اند. ماده (۸۰۴) قانون مدنی مصر در این زمینه اشعار می‌دارد «مالک مال، نسبت به ثمره‌ی حاصل و ملحقات آن، حق دارد، مگر اینکه قانون یا توافق، خلاف آن را مقرر کرده باشد». در بند (۲) ماده (۸۰۳) همان قانون به جهت آنکه فضا و قرار از توابع و ملحقات املاک دانسته شده است چنین آمده است «... مالکیت زمین، شامل فضای بالا و زیر آن، تا حد مفید برای بهره‌برداری از نظر عمق و ارتفاع خواهد بود».

قاعده تبعیت در حقوق فرانسه تحت عنوان (l'accessoire suit le principal) در کنار عقود، تعهدات و ارث، به عنوان یکی از اسباب تملک به رسمیت شناخته شده است و به رغم این که ماده (۱۴۰) قانون مدنی ایران الهام گرفته از مواد (۷۱۱) و (۷۱۲) قانون مدنی





فرانسه است،<sup>۱</sup> اما از این حیث مطابقتی با هم ندارند. (صفایی، ۱۳۹۳: ۲۴۹) در فرانسه براساس قاعده تبعیت، حمل ناشی از حیوان در ملکیت، تابع مادر شناخته می‌شود بنابراین هر کس مالک مادر باشد، مالک حمل نیز خواهد بود. در شرح مواد (۵۴۶) تا (۵۴۸) قانون مدنی این کشور که از توابع مالکیت بحث می‌کند گفته شده است: محصول به دست آمده از حبه و بذر متعلق به دیگری به تبعیت از مالکیت زمین، ملک صاحب زمین محسوب می‌شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۳۰) این در حالی است که مطابق قسمت اخیر ماده (۳۳) قانون مدنی کشور ما منافع حاصل از اصله و حبه‌ی غیر، متعلق به صاحب درخت و حبه و نه مالک زمین است. اگر چه قانونگذار ایران از این حیث از قانون مدنی فرانسه تبعیت نکرده است، اما به نظر می‌رسد هر دو دیدگاه از قاعده تبعیت نشأت گرفته است، لکن حقوق فرانسه، تبعیت از زمین را ملاک قرار داده اما در حقوق ایران به تبعیت از مالکیت اصله و حبه، محصول به دست آمده به صاحب درخت و بذر تعلق گرفته است.

ماده (۵۵۳) قانون مدنی فرانسه مصداق دیگری از قاعده تبعیت است که قانونگذار ما بخش اول آن را در ماده (۳۹) قانون مدنی اقتباس کرده است. براساس موازین مذکور اولاً بنا و درخت موجود بر روی زمین متعلق به مالک زمین است، ثانیاً بنا و حفری که در زیر زمین است متعلق به صاحب زمین خواهد بود.<sup>۲</sup>

بنابر آنچه که در حقوق فرانسه ملاحظه شد، می‌توان چنین استنباط نمود که قاعده تبعیت یکی از مهم‌ترین مبانی مالکیت فضا و قرار است، زیرا فضا و قرار از توابع املاک شناخته می‌شود و به تبعیت از اصل زمین، متعلق به مالک است و اصولاً بیان حکمی به جز این در مورد مالکیت هوا و قرار املاک اختصاصی، بدون تردید مخالف مقتضای مالکیت

1. Art 711: «ownership of property is acquired and transmitted by succession, by gift inter vivos or will, and by the effect of obligations» / Art 712: «ownership is also acquired by accession or incorporation, and by prescription».

2. Art 553: «All construction's, plantings and works on or inside a piece of land. Are presumed made by the owner, at his expenses and belonging to him, unless the contrary is proved, without prejudice to the ownership, either of an under ground gallery under a building of another, or any other part of the building, which a third party may have acquired or may acquire by prescription».





و عدالت مالکانه می‌بود چرا که هیچ شخصی سزاوارتر از مالک زمین نیست تا بتواند فضا و قرار آن را تملک کند.

در حقوق گروه کشورهای آنگلو ساکسون این قاعده تحت عنوان (accessorium sequitur principiæ) مورد شناسایی قرار گرفته است. (انصاری، ۱۳۸۸: ۱۴۸۰) نظام حقوقی انگلیس، اسباب مالکیت را سه عامل «اصالت»، «اشتقاق» و «ارث» می‌داند و متعاقب آن مالکیتی که اصالتاً ایجاد می‌گردد را به سه دسته تقسیم کرده است. مالکیت اصلی، یا به واسطه‌ی پدید آوردن یک شیء است که آن را (creating) می‌نامند، یا بر اثر حیازت است که آن را (occupation) می‌گویند و یا براساس الحاق است که به آن (accession) اطلاق می‌شود. بنابراین، هرگاه شخصی کالایی را تولید کند مثل آنکه ظرف سفالی بسازد، اصالتاً مالک آن خواهد شد؛ هم‌چنین در صورت حیازت یک مال توسط شخصی که اولاً مدعی آن باشد و ثانیاً به هیچ کسی تعلق نداشته باشد، وی نیز اصالتاً مالک آن مال شناخته می‌شود، مثل کسی که ماهی رودخانه را صید می‌کند. سومین نوع مالکیت از انواع مالکیت‌های اصلی، مالکیتی است که از طریق الحاق حاصل می‌شود، به عنوان مثال حملی که از حیوان متعلق به «الف» حاصل می‌شود، متعلق به مالک حیوان است زیرا براساس قاعده تبعیت، نتاج حیوان در ملکیت تابع مادر است. (padfield, 2001:437)

از این رو، حقوق انگلیس همانند سایر نظام‌های حقوقی به واسطه‌ی پذیرش قاعده تبعیت مالکیت فضا و قرار را به تبعیت از زمین، به صاحب زمین اختصاص می‌دهد. در نتیجه در حقوق آنگلو ساکسون از جمله حقوق انگلیس نیز یکی از مبانی مالکیت فضا و قرار، قاعده تبعیت یا قاعده الحاق<sup>۱</sup> است. در همین زمینه دیوان عالی تمیز در پرونده ساترلند به شماره ۷۴ در سال ۱۹۲۵ دلیل صدور حکم خود را چنین بیان می‌دارد «... زمین به معنا و مقصود قانونی خود در جهت فوقانی غیر محدود و در قسمت زیرین آن نیز ب همان ترتیب بی‌انتهاست. کسی که مالک زمین باشد به تبع مالک فضای بالای آن تا حد نامتناهی است. این یک اصل و قاعده حقوقی می‌باشد». (ملک یونان، ۱۳۵۰: ۲۱)

مبانی مالکیت فضا و قرار در نظام حقوقی اسلام و غیره.





#### ۴. تصرف (ید)

در جامعه‌ای که از یک نظم نسبی برخوردار است، برای شخصی که به طور مستمر مالی را در تصرف دارد و رفتار متعارفی همچون مالکین از خود نشان می‌دهد، مالک گفته می‌شود و تصرفاتش مورد احترام و حمایت قانونگذار قرار می‌گیرد، اگر چه هیچ نوع دلیلی غیر از تصرف نداشته باشد. بنابراین همین که بر اساس معیارهای عرفی استیلا و سلطه‌ی شخص بر مال محقق شود، مادام که خلاف آن به اثبات نرسیده باشد، چنین سلطه و اقتداری مورد پذیرش جامعه است و آثار خاص خود را نیز به دنبال خواهد داشت.

قاعده «ید» که معروف به «تصرف» است، مورد توجه اکثر نظام‌های حقوقی دنیا قرار گرفته است. در نظام حقوقی اسلام، این قاعده علاوه بر اینکه متکی بر سیره، اجماع و بنای عقلا است، مستند به حدیث «لو لا الید لما قام للمسلمین سوق» می‌باشد. در این حدیث شریف آمده است «اگر تصرف دلیل مالکیت نباشد، پایه‌ی بازار مسلمانان بر چیده می‌شود». (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۷) علمای حقوق اسلامی بر همین اساس چنین قاعده‌ای را مورد شناسایی قرار داده و معتقدند که «ید عبارت است از سلطه و اقتدار شخص بر شیء به گونه‌ای که عرفاً آن شیء در اختیار و استیلا او باشد و بتواند هر گونه تصرف و تغییری در آن به عمل آورد». (طباطبایی یزدی، ۱۳۴۲: ۱۱۸؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۳۰۶)

قاعده مورد بحث، قبل از اینکه یک قاعده فقهی باشد، یک قاعده‌ی عقلی است، و دایره‌ی شمول آن علاوه بر اموال، ملحقات و توابع آن را نیز در بر می‌گیرد و از این رو، این قاعده می‌تواند یکی از مبانی مالکیت فضا و قرار محسوب گردد. با وجود این برخی معتقدند مفاد قاعده ید صرفاً ناظر بر اموال منقول است و اموال غیر منقول را در بر نمی‌گیرد (نراقی، ۱۳۹۶: ۵۷۸؛ امام خمینی، ۱۴۰۳: ۴۳۰؛ بجنوردی، ۱۳۹۱: ۱۲۶). در حقوق موضوعه ایران، قاعده ید تحت عنوان اماره تصرف مورد شناسایی و پذیرش قرار گرفته است، و حقوق دانان و مفسرین قانون مدنی معتقدند اماره مندرج در ماده (۳۵) تاب مقاومت و تعارض با سایر ادله را ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۴۸) حسب این ماده «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود».





ماده (۲۲۲۸) قانون مدنی فرانسه نیز در مقام تعریف و پذیرش تصرف مقرر می‌دارد «تصرف عبارت است از تصاحب و یا استفاده از یک چیز یا از یک حق موجود، یا اعمال حق اعم از اینکه با واسطه باشد یا بدون واسطه».<sup>۱</sup>

همچنین ماده (۹۳۰) قانون مدنی سوییس، تصرف متصرف را مالکانه تلقی می‌کند مگر اینکه دلیلی بر خلاف آن اقامه شود.<sup>۲</sup>

در نظام حقوقی کامن‌لا نیز این قاعده مورد پذیرش قرار گرفته است و تحت عنوان «Name dat quod non hadet» میان حقوق دانان به رسمیت شناخته شده است. (انصاری، ۱۴۹۸:۱۳۸۸)

از مجموع موارد مورد بحث در نظام‌های حقوقی مختلف و همچنین مفاد ماده (۳۶) قانون مدنی ایران که تصرفات ناشی از سبب مملکت و ناقل قانونی را معتبر می‌شناسد و قائل به تفکیک بین اموال منقول و غیر منقول و همچنین حقوق و اعیان و منافع نشده است، به نظر می‌رسد تصرف علاوه بر اصل اموال، اعیان، حقوق و منافع، نسبت به توابع و ملحقات آن نیز تسری می‌یابد زیرا عقلاً در زندگی روزمره خود همان‌گونه که برای تصرف و استیلا بر اموال و اعیان ارزش و اعتبار قائل هستند، برای توابع اموال نیز این سیطره‌ی قانونی را می‌پذیرند. ماده (۳۵۶) قانون مدنی ایران در بیان جایگاه عرف در تعیین توابع مقرر می‌دارد «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود، یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید، داخل بیع و متعلق به مشتری است اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند».

بنابر استدلال مزبور، هرگاه شخصی نسبت به زمین یا اعیان مسکونی یا تجاری تصرف داشته باشد، تصرف و استیلا وی بر فضا و قرار آن ملک نیز مسلم است و مشمول اماره‌ی



1. Art 2228: «possession is the detention or enjoyment of a thing or of a right which we hold or exercise by ourselves, or by another who holds and exercises it in our name».  
2. Art 930: «presumption of ownership: 1-The possessor of a chattel is presumed to be its owner 2-Each previous possessor is presumed to have been the owner of the chattel which it was in his or her possession.



ید خواهد بود. به همین جهت می توان قاعده ید یا تصرف را یکی از مبانی مهم مالکیت فضا و قرار دانست.

## ۵. نفی ضرر

قاعده لاضرر یکی از مهم ترین و کاربردی ترین قواعد عقلی ای است که مبنا و مستند بسیاری از مسایل و موضوعات حقوقی می باشد. این قاعده واجد پیشینه ای طولانی در حقوق اسلام است که علاوه بر آن که از مستقلات عقلی محسوب می شود، بر کتاب، سنت و بنای عقلا ابتناء دارد. آیات متعددی از قرآن کریم نظیر آیات شریفه ۲۳۱، ۲۳۳ و ۲۸۲ سوره مبارکه بقره در موضوعات مختلفی ایراد ضرر به دیگری را تعدی و تجاوز به حدود الهی قلمداد نموده و همواره انسان را از زیان رساندن به دیگران منع فرموده است. مضاف بر آن روایاتی از قبیل «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» از نفی ضرر و جلوگیری از ورود زیان به اشخاص حکایت دارد.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با اندیشه ی مترقی برگرفته از موازین اسلامی در اصل چهلم مقرر می دارد «هیچ کس نمی تواند اعمال حق خویش را وسیله ی اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». علاوه بر آن در موارد مکرری از قوانین عادی از جمله ماده (۱۳۲) قانون مدنی، تصرفات مالک در صورتی مجاز دانسته شده است که مستلزم تضرر همسایه نباشد.

قانون مدنی مصر نیز همین تفکر را در ماده (۸۰۷) مورد تأیید قرار داده و اعلام می کند «مالک باید به نحوی از حق خود استفاده کند که موجب ضرر به ملک همسایه نشود».

همچنین ماده (۲) قانون مدنی ترکیه در حکمی شبیه ماده (۲) قانون مدنی سوییس اشعار می دارد «هر شهروند می بایست حقوق مکتسبه ی خود را براساس حسن نیت اعمال کند. سوء استفاده از حق، مورد حمایت قانون قرار نخواهد گرفت»<sup>۱</sup>.



1. Art 2: «Every person must act in good fait in the exercise of his or her rights and in the performance of his or her obligations. The manifest abuse of a right is not protected by law».





ماده (۲۳۶) قانون مدنی آلمان نیز همانند اصل چهارم قانون اساسی ایران مقرر می‌دارد «اعمال حق، چنانچه مبتنی بر قصد اضرار به غیر باشد جایز نیست».

دکترین حقوقی کشور فرانسه در تقویت دیدگاه منع ضرر و سوء استفاده از حق بیان داشته «حق منتهی می‌شود به جایی که سوء استفاده از حق شروع می‌شود؛ زیرا این دو با هم جمع نمی‌شوند و اساساً ممکن نیست عملی در آن واحد هم موافق و هم مخالف حق باشد».

(قهرمانی، ۱۳۸۹: ۱۱۸)

در نظام حقوقی کامن‌لا از جمله حقوق کشورهای انگلیس و امریکا، نظریه‌ی حقوق فردی تقویت شده است و قلمرو و محدوده‌ی اعمال حق را با ابزار قانون مورد سنجش قرار می‌دهند، در نتیجه چنانچه حق در محدوده‌ی قانونی خود اجرا شده باشد، موجب مسئولیت اعمال کننده حق نمی‌شود اگر چه از این قصد و اقدام متعدی، دیگران متضرر گردند».

(قهرمانی، ۱۳۸۹: ۱۱۸)

از آنچه به طور اجمال در بازبینی قاعده لاضرر به آن اشاره شد می‌توان نتیجه گرفت یکی از مبانی مالکیت فضا و قرار که همواره توسط متولیان امور شهری مورد بی‌مهری قرار می‌گیرد، قاعده لاضرر محسوب است زیرا اولاً، محروم کردن مالک زمین نسبت به بهره‌برداری از فضا و قرار املاک اختصاصی، نوعی ضرر مسلم تلقی می‌گردد؛ ثانیاً به لحاظ نفی مشروعیت ضرر، هرگاه شخصی اعم از دولتی یا خصوصی نسبت به فضا و قرار املاک و مستحدثات تعرض و مزاحمتی ایجاد کند که منجر به ضرر مادی یا معنوی مالک گردد، مسئول جبران خسارات وارده خواهد بود؛ ثالثاً، حتی اگر براساس یک نظر افراطی، فضا و قرار املاک را در مالکیت دولت یا آن را نوعی مالکیت عمومی تلقی کنیم، در فرض تزامم بین قواعد تسلیط و لاضرر، قاعده لاضرر حکومت خواهد کرد؛ رابعاً از آنجا که هر گونه دخل و تصرف در اموال دیگران در حقیقت نوعی ضرر بر مالک تحمیل می‌کند، اقدام شهرداری‌ها مبنی بر فروش تراکم به مالک همان ملک، ضرری مضاعف محسوب می‌گردد.

اکنون که مبانی مالکیت فضا و قرار در نظام‌های حقوقی مختلف با لحاظ قواعد مذکور مورد بررسی قرار گرفت، این سؤال مطرح می‌شود که با توجه به پذیرش مالکیت





فضا و قرار برای صاحبان املاک، آیا دستگاه‌های متولی امور خدمات عمومی و متولیان شهری، می‌توانند از فضاهاى مذکور استفاده کنند و نسبت به نصب تجهیزات و یا عبور شبکه‌های برق و مخابرات، و خطوط مخابراتی در فضای محاذی، و احداث خطوط مترو و شبکه‌های آب‌رسانی و گاز رسانی در عمق اراضی اختصاصی اقدام نمایند؟

برای پاسخ به این سؤال، باید محدوده و قلمرو فضا و قرار املاک روشن شود و ابتدا به این سؤال پاسخ داده شود که مالک زمین تا چه ارتفاع و عمقی دارای حقوق مالکانه است؟

با توجه به بررسی‌های به عمل آمده نظام‌های حقوقی را می‌توان به دو دسته تقسیم نمود. گروه اول نظام‌هایی هستند که قائل به محدودیت در ارتفاع و عمق نیستند، در این نوع نگرش، اصولاً مالکیت زمین را مستلزم مالکیت فضای فوقانی آن تا هر جا که بالا رود و اعماق زمین تا هر چه که پایین رود، می‌دانند. چنانکه در نظام حقوقی اسلام که مبتنی بر نظرات مشهور فقها است، مالکیت فضا را تا عنان السماء و مالکیت بر قرار را تا اعماق زمین می‌دانند. (نجفی؛ ۱۳۹۷: ۲۵۶ و ۲۸۳)

در نظام حقوق ایران نیز که مبتنی بر فقه اسلامی است، براساس ماده (۳۸) قانون مدنی مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است، تا هر قدر که بالا رود، همچنین نسبت به زیرزمین تا هر اندازه‌ای که پایین رود؛ به همین اعتبار مالک را در همه گونه تصرف در هوا و قرار مختار می‌داند مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشد.

در نظام حقوقی انگلیس، علاوه بر اینکه زمین از حیث معنای قانونی خود، در جهت فوقانی غیر محدود و در قسمت زیرین آن نیز به همان ترتیب بی‌انتهای می‌دانند، حقوق مالکانه‌ی اشخاص را نسبت به زمین از حیث عمق تا مرکز زمین و از حیث ارتفاع تا فراز آسمان تعمیم داده‌اند؛ به همین اعتبار هر گونه تعرض و تجاوز نسبت به آن را ممنوع می‌دانند. (Padfield, 2001:250)

در این نظام‌ها براساس مقتضای اصول اولیه‌ی احترام به مالکیت، مصونیت اموال خصوصی از تعرض دیگران و ضرورت حمایت از مالکیت خصوصی، در صورت نیاز عمومی جهت استفاده از فضا یا قرار املاک اختصاصی، ابتدا باید تلاش شود تا توافق



مالک در این زمینه حاصل گردد، در صورت عدم سازش اقدام انجام شده به لحاظ تقدم حقوق عمومی بر حقوق خصوصی، با تأمین حقوق مالکانه از قبیل پرداخت اجاره بها و خسارات وارده ناشی از نصب تأسیسات یا احداث خطوط و شبکه های خدمات رسانی عمومی قابل توجیه است.

بنای مالکیت فضای قرار در نظام حقوقی اسلام و غرب.

گروه دوم نظام های حقوقی ای هستند که قائل به محدودیت در ارتفاع و عمق اراضی اختصاصی می باشند. در ماده (۵۵۲) قانون مدنی فرانسه، ماده (۹۰۵) قانون مدنی آلمان، ماده (۶۶۷) قانون مدنی سوییس، ماده (۸۰۳) قانون مدنی مصر و مواد (۱۲۰۹) تا (۱۲۱۱) قانون مدنی ایتالیایی ارتفاع و عمق فضا و قرار زمین تا حدی در اختیار مالک دانسته شده است که برای او عادتاً مفید باشد. به عبارت دیگر در این دسته از کشورها، مالکیت زمین، شامل فضای بالا و زیر آن تا میزانی است که عرفاً برای بهره برداری از عمق و ارتفاع فایده دارد. اگر چه در این مقررات حدود بهره برداری از عمق و ارتفاع به عرف واگذار گردیده است و عرف نیز پدیده ای است که زاده ی زمان و مکان است، اما در بحث حاضر می توان چنین استنباط کرد که مالکین در این دسته از کشورها نمی توانند از عبور شبکه های برق و مخابرات در ارتفاع بسیار بالا جلوگیری نمایند و همچنین نمی توانند از احداث شبکه های مترو و سایر تأسیسات زیرزمینی در عمق زیاد ممانعت نمایند.

بنابر آنچه گفته شد، هر گونه تصرف در فضا و قرار املاک اختصاصی توسط متولیان امور شهری و دستگاه های خدمات عمومی، بستگی به نوع نگرش قانونگذار در قلمرو مالکیت فضا و قرار دارد. در صورتی که قانونگذار قلمرو مالکیت را بدون حد و حصر بداند، هر گونه تصرف غیر مجاز، تعدی و تعرض به حقوق مالکانه محسوب می شود، لکن در صورتی که قانونگذار دامنه ی مالکیت را محدود به حد عرفی و ارتفاع و عمق مفید بداند، فضاهای مازاد بر آن از اموال عمومی محسوب می شود، در نتیجه دستگاه های متولی امور خدمات عمومی و شهرسازی می توانند نسبت به انجام خدمات عمومی با استفاده ی متعارف از فضاهای جانبی املاک اختصاصی شهروندان اقدام نمایند.





## نتیجه گیری

نهاد مالکیت از قدیمی ترین و ریشه دارترین نهادهای حقوقی - اجتماعی است که اصول سنتی حاکم بر آن بر پایه‌ی تعقل بنا نهاده شده است. به همین جهت اغلب نظام‌های حقوقی این اصول را پذیرفته و به تبع آن حقوق مالکانه و قوانین موضوعه‌ی ناظر بر آن را به نحوی تدوین نموده‌اند که تا حد امکان با اصول حاکم و حقوق ناشی از نهاد مالکیت سازگار شود و زمینه‌ی پایداری حقوقی و اجتماعی را فراهم کند. در این میان مالکیت فضا و قرار که در زمره‌ی مالکیت‌های تبعی محسوب می‌شود، به دلیل کاربردی بودن آن بیش از پیش مورد توجه قرار گرفته است و نظام‌های حقوقی معاصر به منظور تسری اصول و قواعد مالکیت بر فضا و قرار در صدد تبیین مبانی آن برآمده‌اند؛ لکن باید توجه داشت قواعد سلطنت، احترام به مال دیگران، تبعیت فضا و قرار از مالکیت اصلی زمین و همچنین قواعد ید و لاضرر پیش از آنکه توسط نظام‌های حقوقی غربی به عنوان مبانی مالکیت فضا و قرار پذیرفته شوند، توسط نظام حقوقی اسلام مورد قبول واقع شده است. مبانی مزبور خاستگاه بخشی از حقوق مربوط به نهاد مالکیت شده است.

فصلنامه پژوهش‌های حقوقی و فلسفی حقوق اسلامی و فقهی

## منابع

### قرآن کریم

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم، ۱۴۰۶ق، حاشیه بر مکاسب، تهران، انتشارات وزارت ارشاد اسلامی، چ ۱.
۲. ابن ابی الجمهور، محمد بن علی، ۱۴۰۰ق، عوالی اللئالی، قم، انتشارات مطبعه الاداب، چ ۱.
۳. اصفهانی، محمد حسین، ۱۴۱۰ق، کتاب الاجاره، نجف، المطبعه العلمیه، چ ۱.
۴. امامی، سید حسن، ۱۳۶۸ش، دوره حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامیه، چ ۸، ج ۱.
۵. انصاری، مسعود و طاهری، محمد علی، ۱۳۸۸ش، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران، انتشارات جنگل جاودانه، چ ۳.





۶. بجنوردی، حسن، ۱۳۹۱ق، القواعد الفقهيہ، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چ ۱.

۷. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، ۱۴۰۳ق، بلغه الفقيه، تهران، انتشارات مکتبه الصادق عليه السلام، چ ۲.

۸. بروجردی عبده، محمد، ۱۳۸۰ش، حقوق مدنی، تهران، انتشارات مجد، چ ۱.

۹. بلتاجی، محمد، ۲۰۰۷م، المملکيه الفرديه فی نظام الاقتصادی الاسلامی، قاهره، انتشارات دار السلام، چ ۱.

۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۲ش، حقوق اموال، تهران، کتابخانه گنج دانش، چ ۵.

۱۱. حر عاملی، محمد بن حسن، بی تا، وسائل الشيعه الى تحصيل مسائل الشريعة، بيروت، دار احیاء التراث العربی، چ ۱.

۱۲. حلی، یحیی بن سعید، ۱۴۱۵ق، الجامع للشرایع، قم، موسسه سید الشهداء عليه السلام، چ ۱.

۱۳. خمینی [امام]، سید روح الله، ۱۴۰۳ق، تحریر الوسیله، تهران، مکتبه الاعتماد، چ ۱.

۱۴. خوانساری نجفی، موسی بن محمد، ۱۴۰۵ق، منیه الطالب: تقریرات درس میرزای نایینی، نجف اشرف، مطبعه المرتضویه، چ ۱.

۱۵. صفایی، سید حسین، ۱۳۹۳ش، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اشخاص و اموال، تهران، نشر میزان، چ ۱۸.

۱۶. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، ۱۳۴۲ق، العروه الوثقی، نجف، مطبعه الآداب، چ ۱.

۱۷. عاملی غروی، جواد بن محمد، ۱۴۲۹ق، مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام، چ ۱.

۱۸. قهرمانی، نصرالله، ۱۳۸۹ش، مطالعه تطبیقی چگونگی رفع تعارض اصل تسلیط با قاعده لاضرر، مجله کانون و کلا، ش ۷۲.

۱۹. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۱ش، اموال و مالکیت، تهران، نشر میزان، چ ۵.





۲۰. \_\_\_\_\_، ۱۳۷۷ش، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران نشر دادگستر،

چ ۲.

۲۱. کرکی [محقق]، علی بن حسین، ۱۴۱۴ق، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم،

موسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، چ ۱.

۲۲. مجلسی [علامه]، محمد باقر، ۱۴۰۴ق، بحارالانوار، بیروت، موسسه الوفاء، چ ۲.

۲۳. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۲ش، قواعد فقه: بخش مدنی، تهران، انتشارات

مرکز نشر علوم اسلامی، چ ۲۲.

۲۴. ملک یونان، ژرژ، ۱۳۵۰ش، ورود غیر مجاز به املاک دیگران در کامن‌لا، مجله

حقوق مردم، ش ۲۶.

۲۵. نجفی، شیخ محمد حسن، ۱۳۹۷ق، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت،

دار الاحیاء التراث العربی، چ ۷، ج ۲۶.

۲۶. نراقی، احمد، ۱۳۹۶ق، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، تهران، مکتبه المرتضویه،

چ ۲.

۲۷. نوری، محمد علی، ۱۳۹۲ش، ترجمه قانون مدنی مصر، تهران، انتشارات کتابخانه

گنج دانش، چ ۲.

۲۸. هدایت‌نیا، فرج‌الله، ۱۳۸۹ش، مبانی فقهی تحدید سلطنت مالکانه، مجله حقوق

اسلامی، ش ۲۶.

29. Dietze, Gottfred, (1971), Indefence of property, London, Johns Hopkins press Ltd.

30. Duguit, Leon, (1912), Les transformation generals du droit prive depuis le code Napoleon, paris.

31. Epstein, Richard. A., (2008), supreme, neglect, Oxford.

32. padfield, colin Frank, (2001), Law made simple, Oxford.

33. Ryan, Alan, (1987), property, university of Minnesota press.

