

The Domain of the Ownership of Space and Place in Law of Islam and the West: With Emphasis on the Jurisprudential Views of Imam Khomeini (RA)

Jamshid Mirzayi¹
Abd-ol-Saeed Shojaee²

Received: 18/02/2017; Accepted: 19/06/2017

Abstract

One of the essential needs of human societies in contemporary era is the appropriate exploitation of land and its attachments. "Space" and "place" have always been the subject of challenge in Islamic jurisprudence and contemporary legal systems. In spite of the acceptance of subordinate ownership, its domain is controversial and has been followed by conflict in private and public rights. The elder Jurists consider exclusivity, absoluteness and permanency to be the fundamental characteristics of property rights. Accordingly, they have claimed a consensus on the boundless territory of space and the owner of the land is the owner of its space from above the ground to vacuum of space, and under the ground to the depths of the land. Many legal systems, influenced by this point of view, have enacted and codified rules and regulations. However, the needs of industrial societies and the expansion of urbanization and the necessity of urban development, such as the construction of subways and underground tunnels, the necessary drilling to access energy resources and the transmission of power transmission networks and monorail lines and aerial transit has led to more intense conflict in and interference with public and private rights. In this regard, despite the numerous views and opinions as to the negation of ownership, restriction in ownership and common manipulation of space and place, Imam Khomeini as one of the prominent jurists who has accepted guardianship and governance simultaneously, has declared the subordination of land and air to personal lands to the extent of customary needs and possession of the surplus to "public property", and has brought about the combination of the two rights.

Key Words: Space, Place, Land Attachments, Subordinate Ownership, Public Property.



¹ Assistant Professor, Department of Law, Islamic Azad University, Branch of Khorram Abad (Corresponding Author); Email: mirzaei.1348@yahoo.com

² Faculty Member at Payam-e-Nour University Branch of Ramshir.

قلمروی مالکیت فضا و قرار در حقوق اسلام و غرب: با تأکید بر نظرات فقهی حضرت امام خمینی (ره)

تاریخ دریافت ۹۵/۱۱/۳۰ - تاریخ پذیرش ۹۶/۰۳/۲۹ جمشید میرزایی^۱
عبدالسعید شجاعی^۲

چکیده

یکی از نیازهای حیاتی جوامع انسانی در عصر کنونی، بهره‌برداری مناسب از زمین و توابع آن است. «فضا» و «قرار» به عنوان ملحقات زمین همواره موضوع چالش‌های فقه اسلامی و نظام‌های حقوقی معاصر بوده است و به رغم پذیرش مالیت تبعی، در قلمرو آن تردید شده است و تعارض حقوق عمومی و خصوصی را به دنبال داشته است. فقهای متقدم «انحصاری»، «مطلق» و «دایمی» بودن را از ویژگی‌های بنیادی حق مالکیت می‌دانند و براساس همین دیدگاه بر قلمروی بی حد و حصر فضای محاذی ادعای اجماع نموده‌اند و صاحب زمین را مالک فضای فراسطحی، هر قدر که بالا رود، و فضای زیرسطحی، تا اعماق زمین، می‌پندارند و بسیاری از نظام‌های حقوقی نیز به تأسی از همین طرز تفکر، قوانین و مقرراتی را وضع و تدوین نموده‌اند. با وجود این نیازهای جوامع صنعتی و گسترش شهرنشینی و ضرورت توسعه‌ی خدمات شهری از قبیل احداث مترو و تونل‌های زیر زمینی، حفاری‌های لازم جهت دسترسی به منابع انرژی و همچنین عبور شبکه‌های انتقال برق و خطوط مونوریل و ترانزیت هوایی، موجب شده است تا تعارض و تداخل حقوق عمومی و خصوصی شدت بیشتری به خود گیرد. در این راستا به رغم نظرات و دیدگاه‌های متعدد مبنی بر نفی مالکیت محدودیت در مالکیت و اشتراک در نحوه بهره‌برداری از فضا و قرار، حضرت امام خمینی (ره) به عنوان یکی از فقهای برجسته‌ای که ولایت و حکومت را توأماً پذیرفته است، تبعیت اعماق زمین و هوا را نسبت به املاک شخصی تا حدود احتیاجات عرفی و مازاد بر آن را مشمول «انفال» اعلام فرموده‌اند و جمع بین حقین را محقق ساخته است.

واژگان کلیدی: فضا، قرار، توابع زمین، مالکیت تبعی، انفال

^۱ استادیار گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد خرم‌آباد (نویسنده مسئول)؛ رایانامه:

mirzaei.1348@yahoo.com

^۲ عضو هیأت علمی دانشگاه پیام نور، واحد رامشیر.





مقدمه

اهمیت ویژه مالکیت زمین و توابع آن موجب شده تا علمای فقه و حقوق در زمینه‌ی ابعاد و قلمروی حقوقی این نوع مالکیت، مباحث متعددی مطرح و نظرات گوناگونی را ارائه نمایند. این تضارب آراء سبب ایجاد دیدگاه‌های مختلف در خصوص قلمروی فضای محاذی و سطوح زیرزمین شده و راه‌پریچ و خم قانونگذاری را تا حدودی هموار ساخته است، اما با وجود این همواره سئوالاتی از قبیل میزان و محدوده‌ی مالکیت مالک زمین نسبت به فضا و قرار مطرح می‌باشند و عملاً مالکین و متولیان دولتی را با چالش مواجه کرده است زیرا از یک‌سو، در قوانین اساسی و عادی [ماده (۳۸) قانون مدنی]، مالکیت خصوصی اشخاص محترم و به تبع آن مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی و اعماق زمین، شناخته شده است، و از سوی دیگر نیازهای عمومی و فعالیت‌های عمرانی دولت‌ها امکان مالکیت بی حد و حصر را نمی‌پذیرد و عملاً به مناسبت‌های گوناگون ممنوعیت‌هایی نسبت به تصرفات مالک در فضاهای پیرامون زمین وجود دارد.

بر همین اساس طی سطور آتی، ضمن بیان احتمالات و نظرات مختلف، در ابتدا دیدگاه‌های حقوقی و فقه اسلامی اعم از نظرات علمای شیعه و سنی، و سپس رویکرد نظام‌های حقوقی رومی-ژرمنی و کامن‌لا تبیین می‌شود و در نهایت دیدگاه‌های فقهی و مؤثر حضرت امام خمینی (ره) مطرح و تحلیل خواهد شد.

۱. نفی مالکیت فضا و قرار

اگر چه احترام به مالکیت اشخاص بر سطح زمین مستلزم احترام به توابع و ملحقات آن نیز می‌شود، اما برخی از نظام‌های حقوقی، مالکیت بر پیرامون زمین یعنی مالکیت بر فضاهای زیرسطحی و فراسطحی را نفی کرده و معتقدند فضاهای مذکور در مالکیت بخش عمومی





است و اصولاً بخش خصوصی قادر به تملک آن نخواهد بود. به عبارت دیگر مالکیت در این نگرش بر پایه‌ی مالکیت جمعی و لغو مالکیت خصوصی استوار است و صرفاً برای برخی از نیازها مالکیت موقت اعطا می‌شود.

به بیان بهتر، بخش خصوصی صرفاً می‌تواند نسبت به سطح زمین حقوق مالکانه داشته باشد و فضا و قرار زمین در تملک دولت است زیرا اعتقاد بر آن است که تمامی اموال و دارایی‌هایی که به نحوی از انحاء واجد منفعت عمومی هستند، در زمره‌ی دارایی‌های ملی محسوب می‌شوند. بر همین اساس، فضا و قرار صرفاً در تملک دولت خواهد بود تا منافع این گونه اموال را بین عموم مردم توزیع و جهت استفاده و تسهیل در ارائه‌ی خدمات عمومی مورد بهره‌برداری قرار دهند، لیکن اشخاص می‌توانند با کسب اجازه از دولت، به طور محدود از فضای محاذی و قسمت‌های زیرزمین بدون داشتن حق مالکیت، بهره‌برداری نمایند. در واقع این گونه فضاها از حیث مالکیت در سیطره‌ی دولت قرار دارند و به همین جهت می‌توان صرفاً بهره‌برداری از آن را برای مدت محدود یا نامحدود به بخش خصوصی واگذار نمود. کشورهایی از قبیل، روسیه، چین، مجارستان، مکزیک، چک و اسلواکی در زمره کشورهایی هستند که بر اجرای این تئوری اصرار داشته و اصولاً قائل به مالکیت خصوصی نیستند. (ITA, 1991:200)

با پذیرش چنین دیدگاهی در حقیقت مالکیت بخش خصوصی بر فضا و قرار نفی می‌شود و دولت به عنوان مالک منحصر و فعال مایشاء، بدون توجه به حقوق بخش خصوصی قادر خواهد بود هر گونه تصرفی را در فضاها و فراسطحی و زیرسطحی تا هر ارتفاع و عمقی اعمال نماید و بر این اساس نسبت به عبور و مرور هواپیما و احداث خطوط و شبکه‌های برق و همچنین احداث تونل، مترو، حفر چاه‌های آب‌رسانی، کشف و بهره‌برداری از معادن و ذخایر زیرزمینی و اجرای طرح‌ها و توسعه‌ی آن‌ها با محدودیتی روبرو نخواهد بود.

چنین رویکردی به مالکیت، یک نوع نگاه افراطی محسوب می‌شود که سبب بی‌توجهی به بخش خصوصی و عدم رونق اقتصادی و توسعه‌ی تجاری خواهد شد. مضافاً بر این که نادیده گرفتن مالکیت خصوصی و پذیرش مالکیت مطلق دولت زمینه را برای ناکارآمدی نهاد حقوقی مالکیت فراهم می‌سازد و اشخاص رغبتی برای توسعه و آبادانی شهرها و مناطق





مسکونی و تجاری نخواهند داشت و خود را در این زمینه سهم نخواهند دانست. از سوی دیگر قواعد بنیادی مالکیت و اصول پذیرفته شده در میثاق‌ها و اسناد بین‌المللی، چنین نگرشی را اجحاف به نهاد حقوقی مالکیت می‌دانند زیرا شرط لازم و کافی برای اعمال حقوق مالکانه‌ی اشخاص نسبت به اراضی خود، امکان برخورداری از فضاها و ملحقات آن است و هرگاه چنین امکانی فراهم نشود، نتیجه‌ی آن سلب مالکیت و نفی استقلال فردی و پیدایی حکومت استبدادی خواهد شد.

۲. قلمروی محدود

در این دیدگاه، مالک زمین علاوه بر مالکیت بر سطح زمین، به قدر حاجت و نه بیش از آن بر فضای زیرسطحی و فراسطحی نیز مالکیت خواهد داشت لذا مازاد بر مقدار مذکور، دارایی ملی و یا مباحات و انفال محسوب می‌شود و تبعاً دولت می‌تواند در آن دخل و تصرف نماید.

ایراد اساسی این طرز تفکر، فقدان ملاک معین برای تشخیص میزان نیاز اشخاص است زیرا نیازمندی مالکین به فضا و عمق اراضی خود متفاوت است و حسب زمان و مکان و نوع اراضی در تغییر است و در عمل اجرای چنین دیدگاهی با مشکل روبرو می‌شود. اما با وجود این در صورتی که مطابق معیارهای عرفی و قدر متقین نیازهای متعارف مالکان اراضی، میزان و محدوده‌ی آن مشخص شود، می‌توان قلمرو فضا و قرار را تا مقدار تعیین شده در مالکیت صاحب زمین و مازاد بر آن را به عنوان منابع ملی به شمار آورد.

بر همین اساس برخی از کشورهایی که قائل به مالکیت محدود هستند، با تعیین عمق و ارتفاع معین، امکان بهره‌برداری مالکانه را به صاحبان زمین اعطاء می‌کنند و به موازات محدودیت مذکور، حق بهره‌برداری مازاد بر آن را برای دولت محفوظ می‌دانند و به تبعیت از آن دولت می‌تواند با تقاضای مالک مبنی بر بهره‌برداری مازاد بر قلمروی مذکور، به آنان اجازه‌ی استفاده از فضاها‌ی زیرسطحی و فراسطحی را برای مدت معین واگذار کند. بنابراین علاوه بر پذیرش مالکیت محدود تا عمق و ارتفاع تعیین شده، با موافقت و نظارت دولت امکان بهره‌برداری مازاد بر مقدار تعیین شده وجود دارد. (مظفری، ۱۳۹۳: ۱۲۵)





از حیث تحلیلی، این گروه از کشورها، زمین و سطوح آن را به پنج قسم تفکیک می‌کنند؛ قسم اول سطح فیزیکی زمین است که در مالکیت صاحب آن خواهد بود. اقسام دوم و سوم، مقدار تعیین شده‌ای از فضا و قرار است که به تبعیت از زمین در قلمروی مالکیت صاحب زمین قرار می‌گیرد و به همین جهت از نوع مالکیت تبعی و نه اصلی است؛ بنابراین مالک زمین تا عمق شش متر و تا ارتفاع بیست متر حق تصرفات مالکانه را دارد. انواع چهارم و پنجم، فضایی است که مازاد بر مقادیر تعیین شده است و خارج از مالکیت صاحب زمین می‌باشد. از این رو، عمق بیش از شش متر و فضای بیش از بیست متر تا بی نهایت در مالکیت دولت قرار می‌گیرد و به عنوان دارایی ملی در انحصار بخش دولتی خواهد بود و دولت می‌تواند رأساً از آن بهره‌برداری نماید و یا حق بهره‌برداری از آن را به بخش خصوصی اعطا کند.

در نقد و بررسی ابعاد حقوقی این دیدگاه می‌توان تعیین محدوده‌ی قطعی را یکی از مزایای این نوع نگرش دانست زیرا مالکین بخش خصوصی و متولیان بخش دولتی چارچوب مالکیت و اختیارات خود را می‌دانند. به عنوان مثال در کشور دانمارک عمق شش متر حد نهایی قلمروی مالکیت صاحب زمین اعلام شده است، لذا مالک ضمن اختیار تصرفات مالکانه می‌تواند منابع زیرزمینی موجود در محدوده‌ی تعریف شده را به تبعیت از مالکیت مذکور تملک کند و دولت نیز می‌تواند هر گونه تصرفی از قبیل اکتشاف معدن و یا احداث تونل را در عمق مازاد بر شش متر به عمل آورد. (مظفری، ۱۳۹۳: ۱۲۵)

با وجود این دیدگاه مزبور دارای معایب متعددی می‌باشد چرا که با محدود نمودن مالکیت خصوصی، عملاً آزادی حقوق مالکانه را مخدوش کرده و مالکیت عمومی بر خصوصی سایه افکنده است و چه بسا به همین دلیل مالکین نتوانند در همان محدوده‌ی تعیین شده نیز آزادانه اختیارات مالکانه‌ی خود را اعمال نمایند.

از سوی دیگر، طرفداران این نظریه، میان اراضی شهری و غیرشهری و همچنین بین زمین‌های مسکونی و کشاورزی تفکیک قائل نشده‌اند و همین امر موجب شده است تا اعمال چنین محدودیت‌هایی، غیرعقلانه و ناعادلانه به نظر برسد. به طور مثال، اراضی کشاورزی، همواره وابسته به منابع آب و سفره‌های آب زیرزمینی است و طبیعتاً این گونه منابع عمدتاً در





عمق بیش از شش متر قرار گرفته‌اند؛ بدیهی است در صورتی که مالک نتواند برای احیاء و توسعه‌ی سطح زمین به منابع زیرین آن دسترسی داشته باشد، ضمن محرومیت وی از بخشی از مالکیت تبعی خود، عملاً از استیفای حقوق مالکانه‌ی خود در سطح زمین نیز محروم و یا دست کم محدود شده است. واضح است که دانش حقوق و قواعد حاکم بر مالکیت چنین اجحافی را نمی‌پذیرد و به همین جهت تعدیل چنین دیدگاهی ضروری به نظر می‌رسد.

۳. قلمروی نامحدود

در مقابل دیدگاه پیشین، برخی از نظام‌های حقوقی، تئوری مالکیت آزاد و نامحدود مالک را نسبت به فضا و قرار پذیرفته‌اند و به صاحب زمین اختیار می‌دهند تا بدون هیچ محدودیتی و تا هر ارتفاع و عمقی که تمایل داشته باشند از فضا و قرار اراضی خود بهره‌برداری نمایند. در حقیقت طرفداران این دیدگاه مالکیت خصوصی اشخاص را نسبت به عرصه و توابع آن را به طور مطلق، انحصاری و دائمی پذیرفته‌اند و سه ویژگی برجسته‌ی مذکور که حقوق بنیادی مالکیت را تأمین می‌کند به فضا و قرار نیز تعمیم داده‌اند و بر همین اساس ضمن مشروعیت‌دهی به تصرفات نامحدود مالک، هر گونه تجاوز اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی و عمومی را تعرض به حقوق مالکانه می‌دانند و به این جهت قلمرو مالکیت بر سطوح زیرین و فضای محاذی را نامحدود تلقی می‌کنند، زیرا معتقدند مالک سطح زمین، مالک آن تا آسمان و تا اعماق زمین نیز می‌باشد (Tomas, 1979:155)

دیدگاه مذکور در دکترین حقوق انگلیس نیز کاملاً مورد پذیرش قرار گرفته است، چنانکه «بلکستون» از حقوق‌دانان برجسته‌ی این کشور در تعریف زمین می‌گوید «زمین به معنا و مقصود قانونی خود در جهت فوقانی غیرمحدود و در قسمت زیرین آن نیز به همان ترتیب بی‌انتهاست». (ملک یونان، ۱۳۸۲:۲۱)

قانون مدنی ایران نیز در تبیین قلمرو مالکیت فضا و قرار بر همین نظریه استوار شده است و در ماده (۳۸) اعلام می‌دارد «مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هر کجا بالا رود، و همچنین است نسبت به زیرزمین، بالجمله مالک حق همه گونه تصرف در هوا و قرار دارد مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشد».





در اغلب کشورهای اسلامی به تأسی از فقه اسلامی و نظرات فقهای عظیم الشان مالکیت بر فضا و قرار به طور نامحدود متعلق به مالک زمین شناخته شده است (میرزای قمی، ۱۴۲۷:۱۶۳؛ خویی؛ ۱۴۱۲:۱۶۷؛ عاملی، بی تا: ج ۲: ۴۹۲). در قوانین موضوعه نیز مالک زمین، مالک عمق و ارتفاع آن محسوب می شود، چنانکه در کشورهای ترکیه، مالزی، اردن، سوریه، عربستان سعودی و امارات متحده عربی، مالک زمین مالک سطوح زیرزمین و فضای فوقانی آن می باشد (Aydin, 2008:8)

پذیرش قلمروی بی حد و حصر در سطوح مختلف زمین، آثار حقوقی متعددی از قبیل اختیار هر گونه تصرف مادی و حقوقی در فضا و قرار، منع هر گونه تجاوز دیگران نسبت به اعماق زمین و فضای فوقانی و همچنین ایجاد مالکیت تبعی نسبت به معادن و منابع انرژی همانند آب، نفت و گاز را به دنبال خواهد داشت.

اما در کنار آثار مذکور که مبتنی بر اصول اولیه ی حاکم بر مالکیت است، و به رغم اینکه این دیدگاه با مبانی حاکم بر حقوق ناشی از مالکیت سازگاری کامل دارد، لیکن دخالت اجتناب ناپذیر دولت در امور اقتصادی و مالکیت خصوصی، در عمل قلمروی نامحدود مالکیت بر فضا و قرار را غیرممکن نموده و علاوه بر آن آزادی مطلق مالکیت خصوصی ممکن است شرایطی را فراهم کند که دولت نتواند به نحو مطلوب حقوق عمومی را تأمین نماید.

۴. قلمروی مشترک

از آنجا که بخش عمده ای از فضا و قرار املاک، جهت ارایه ی خدمات شهری مورد استفاده ی عموم واقع می شود و از طرف دیگر قواعد و اصول حاکم بر مالکیت خصوصی اشخاص نسبت به فضا و قرار محدودیت هایی را در این زمینه ایجاد می نماید، می توان به منظور رفع تعارض بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی، نوعی مالکیت مشاع را برای صاحبان املاک و متولیان حقوق عمومی نسبت به فضا و قرار متصور شد. با پذیرش چنین دیدگاهی، بخش خصوصی و عمومی توأماً و صرفاً در فضاهای زیرسطحی و فراسطحی به طور مشترک مالکیت خواهند داشت.





نقطه‌ی قوت این دیدگاه در آن است که فضا و قرار به عنوان یکی از مصادیق اموال و منابع موجود و بالقوه مورد بهره‌برداری خصوصی و عمومی واقع می‌شود و جهت سهولت و استفاده‌ی بهینه از این فضاها می‌توان آن را به دو بخش اولیه و ثانویه تقسیم نمود و با توجه به نیاز مالکین به فضاها‌ی نزدیکی کتر به سطح زمین، بخش اولیه را در اختیار آن‌ها قرار داد و بخش ثانویه که غالباً مورد استفاده‌ی خدمات شهری است برای احداث شبکه‌های برق و خطوط ریلی و نظایر آن اختصاص داد تا هر کدام صرفاً در قلمرو و محدوده‌ی تعیین شده تصرفات لازم را به عمل آورند.

به‌رغم مزیت مذکور، ایرادی که بر این دیدگاه وارد است، نادیده گرفتن مالکیت بخش خصوصی و مخدوش شدن اصول و قواعد حاکم بر مالکیت بر اصل و توابع زمین خواهد بود زیرا قسمت عمده‌ای از توابع اراضی عملاً از سلطه‌ی مالکانه‌ی بخش خصوصی خارج و در اختیار بخش عمومی قرار می‌گیرد. با وجود این می‌توان تفوق و ترجیح بخش عمومی بر خصوصی را در هنگام تعارض میان این دو بخش و همچنین ضرورت ارایه‌ی خدمات عمومی و غیر قابل دسترس بودن این قسمت از فضاها برای مالکین خصوصی را توجیهی برای پذیرش این دیدگاه دانست.

۵. قلمروی مشروط

در مقابل دیدگاه‌هایی همچون نفی مالکیت و مالکیت محدود و نامحدود، گروهی دیگر به مالکیت مشروط نظر داده‌اند و حقوق صاحبان زمین را شامل سطح زمین و قسمت‌های فراسطحی و زیرسطحی می‌دانند لکن برای اجرای تصرفات مالکانه در توابع زمین، قائل به رعایت شرایط و ضوابط قانونی خاصی هستند که تخطی از آن‌ها واجد ضمانت اجرا است. به عنوان مثال در کشور آلمان، با وجود اینکه صاحب زمین، مالک فضا و قرار آن است اما در عین حال هر گونه تصرف مالکانه در فضاها‌ی زیرسطحی و فراسطحی منوط به تأیید مقامات مسئول خواهد بود و علاوه بر آن صاحبان اراضی، نمی‌توانند دولت را از ورود و استفاده از این گونه فضاها منع کنند؛ بنابراین دولت می‌تواند در فضای محاذی املاک





خصوصی، شبکه‌های برق و یا خطوط ترانزیت هوایی احداث نماید و یا در اعماق زمین تجهیزاتی را نصب کرده و یا اکتشافاتی را به عمل آورد.

در کشورهای سوئد و سوییس نیز فضا و قرار از توابع زمین محسوب شده و تبعاً متعلق به مالک زمین است لکن پذیرش این نوع مالکیت و اجازه دولت برای تصرفات مالکانه منوط به رعایت استانداردهای تعیین شده در ساخت و ساز است و هرگاه این نوع تصرفات به طور مشخص تأثیرات منفی بر منابع زیرسطحی از قبیل سفره‌های آب زیرزمینی داشته باشد مالک از اجرای آن منع می‌شود. (مظفری، ۱۳۹۴:۱۲۷)

همچنین براساس مقررات کشور ونزوئلا، تصرفات مالکانه در اعماق زمین اختصاصی منعی ندارد مشروط بر اینکه در این مسیر منابع طبیعی کشف نشود و یا اقدام مذکور با برنامه و طرح‌های تصویب شده توسط شهرداری تداخل نیابد. (مظفری، ۱۳۹۴:۱۲۸)

از حیث تحلیل حقوقی در این دیدگاه، اصل مالکیت بر فضا و قرار پذیرفته شده است اما مالکیت مذکور مطلق نیست بلکه مشروط به رعایت یک سری ضوابط و مقررات ویژه است که تخطی از آن غیر قانونی و در نتیجه موجب محدودیت در اعمال حقوق مالکانه است. از این رو مالکیت زمین و توابع آن مشروط بر این است که یک منفعت قابل باور و پذیرفتنی وجود داشته باشد و هرگاه تصرفات مالکانه منفعت معقولی نداشته باشد و یا موجب ورود خسارت به منابع ملی شود، برحسب استانداردهای اعلام شده، مالک از این نوع تصرفات منع می‌شود. به همین جهت در حالت عادی، حفاری در اراضی اختصاصی ممنوع تلقی نمی‌شود مگر اینکه چنین اقدامی منفعت منابع ملی را به خطر اندازد. بنابراین آنچه که قلمروی مالکیت بر فضا و قرار را مضیق می‌کند شروطی است که پیش از آن برای مالکین مقرر شده است و بر همین اساس این نوع مالکیت، مبتنی بر استانداردهایی است که مطابق موازین قانونی تعیین شده است.

۶. قلمروی توأم با حق ارتفاق

تعارض و تداخل حقوق عمومی و حقوق خصوصی در زمینه‌ی استفاده و بهره‌برداری از فضا و قرار مشکلاتی را در خصوص مالکیت و قلمروی آن ایجاد کرده است، زیرا از یک





سو، ارایه‌ی بخش مهمی از خدمات عمومی به عامه‌ی مردم مستلزم تصرف در فضاها‌ی زیرسطحی و فراسطحی است و از سوی دیگر این گونه فضاها از مصادیق توابع زمین و بالتبع در مالکیت بخش خصوصی می‌باشند و تصرف در آن‌ها تجاوز به حریم خصوصی املاک محسوب می‌شود. به طور مثال متولیان خدمات عمومی و شهرداری‌ها برای تسهیل و تسریع در تردهای شهری و کنترل ترافیک ناگزیر به احداث خطوط مترو، مونوریل و یا تونل‌های ترافیکی هستند. بدیهی است اجرای این نوع پروژه‌ها منوط به تصرف در فضا و قرار املاکی است که عمدتاً متعلق به دیگران است. در چنین وضعیتی، چنانچه حقوق عمومی را بر حقوق خصوصی ارجح بدانیم، تصرف متولیان خدمات شهری قابل توجیه خواهد بود لکن نمی‌توان قلمروی این تصرفات را مبهم دانست. در فرضی که تصرف حقوق عمومی نسبت به فضا و قرار، نوعی تجاوز به حریم املاک متعلق به دیگران تلقی شود، ارایه خدمات شهری معطل مانده و امکان خدمت‌رسانی مناسب به شهروندان با مشکل جدی مواجه خواهد شد.

به منظور رفع تعارض مذکور و ایجاد راه حل معقولی که با منطبق حقوقی نیز سازگار باشد، می‌توان مالکیت صاحبان اراضی را بر فضا و قرار به رسمیت شناخت، اما برای دولت در این گونه توابع، حق ارتفاق قائل شد و هنگام صدور اسناد مالکیت این حق برای دولت مورد شناسایی و تأکید قرار گیرد.

با پذیرش این نظریه، قلمروی فضا و قرار به دو بخش تقسیم می‌شود، بخش اول که متصل به سطح زمین است و تا ارتفاع و عمق متعارف ادامه می‌یابد به طور کامل متعلق به مالک است و بر همین اساس نظیر سایر اموال حق همه نوع تصرفی را دارد. بخش دوم که از پایان ارتفاع و عمق متعارف شروع و تا بی‌نهایت ادامه می‌یابد از حیث حقوقی در ملکیت صاحب زمین است اما دولت در این بخش از مایملک اشخاص، دارای حق ارتفاق می‌باشد و به واسطه‌ی وجود چنین حقی، امکان ارایه خدمات عمومی محقق می‌شود. حسن این دیدگاه در حفظ احترام نسبی مالکیت خصوصی اشخاص و در عین حال چاره‌اندیشی مناسب و ارایه‌ی راهکار حقوقی جهت هم‌سو شدن با مدیریت شهری و تأمین رفاه اجتماعی می‌باشد. لازم به ذکر است که در این صورت، رابطه‌ی بخش خصوصی و عمومی از هر جهت تابع مقررات حق ارتفاق خواهد بود و به این جهت حق مذکور قائم به ملک و تابع آن بوده





و فرع بر مالکیت زمین محسوب می‌شود زیرا ارتفاع، حقی برای شخص در ملک دیگری است و به همین جهت ناگزیر باید به صورت ارتفاع قراردادی و یا ارتفاع طبیعی مورد شناسایی و پذیرش واقع شود تا بتواند منشاء آثار حقوقی باشد.

۷. دیدگاه فقه اسلامی

۷-۱. دیدگاه فقهای امامیه

در فقه غنی اسلامی، ادله و قواعد متعددی وجود دارد که بیانگر پذیرش مالکیت نامحدود صاحب زمین بر فضا و قرار است. تتبع در عبارات فقهای شیعه حکایت از آن دارد که در نامحدود بودن مالکیت بر فضا و قرار اختلاف چندانی وجود ندارد. چنانکه در کتب فقهی، مبسوط، دروس، مسالک، کشف اللثام، حدائق الناظره و همچنین جواهرالکلام (طوسی، ۱۳۵۱: ۸؛ شهید اول، ۱۳۹۸: ۳۴۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴: ۲۷۳؛ هندی، ۱۴۱۶: ۱۷۷؛ بحرانی، ۱۳۶۳: ۱۱۲؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۵۶ و ۲۸۳) قاعده «أن من ملک شیئاً من الارض ملک قراره الی الارض السابعة و هواه الی عنان السماء» را پذیرفته و براساس آن، علاوه بر تأکید بر مالکیت سطح زمین، مالکیت نامحدود صاحب زمین را بر فضا و قرار، مورد پذیرش قرار داده‌اند، به همین جهت صاحب مفتاح الکرامه بر مالکیت بی حد و حصر فضا و قرار، ادعای اجماع نموده است (عاملی، بی تا: ۴۹۲)

عده‌ای دیگر از فقها ضمن بیان سه احتمال مختلف در خصوص مالکیت بر زمین و توابع آن، میان مالکیت مبتنی بر عرف و مالکیت ناشی از حق اولویت و همچنین مالکیت نامحدود، احتمال اخیر را پذیرفته و فرموده‌اند: «ان مالک الارض مالک لفضائها الی عنان السماء لقرارها الی تخوم الارض». (نراقی، ۱۴۱۷: ۶۵؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۴۱؛ امامی خوانساری، ۱۴۲۷: ۳۵۷؛ شیرازی، ۱۳۸۵: ۴۲۳؛ خویی، ۱۴۱۲: ۱۶۸)

بنابراین از نگاه فقهای متقدم شیعه کسی که مالک سطح زمین باشد به تبعیت از آن مالک فضاهای زیرسطحی و فراسطحی آن هم می‌باشد و از عبارتی همچون «الی تخوم الارض الی عنان السماء» چنین بر می‌آید که قلمروی این نوع مالکیت بدون محدودیت است و از حیث عمق تا هسته‌ی زمین و از جهت ارتفاع تا بی‌نهایت می‌باشد؛ از سوی دیگر براساس قواعد





عام و کلی مالکیت از قبیل قاعده تسلیط، هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هر گونه تصرف مادی و حقوقی را خواهد داشت و از این رو صاحب زمین در اجرای حقوق مالکانه‌ی خود نسبت به فضا و قرار مختار است و کسی نمی‌تواند مانع تصرفات مشروع او شود و یا به مالکیت او تجاوز نماید چرا که منع تصرفات مالکانه و تعرض به حق مالکیت، شرعاً حرام و ممنوع است، زیرا این نوع مالکیت، موافق قاعده است، چنان که صاحب جواهر در همین زمینه می‌فرماید «الموافق لقاعده: من ملک أرضاً ملک هواها و قرارها إلى عنان السماء و تخوم الارض و لاریب فی ملک المسلمین نفس أرض الطریق بالاستطراق فیتبعها ذلک...» (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۷: ۳۵۱، و ج ۲۶: ۲۴۳)

۲-۷. دیدگاه فقهای عامه

هم‌سو با اجماع محقق بین فقهای شیعه، اکثر علمای اهل سنت نیز مالکیت بر فضا و قرار را نامحدود دانسته‌اند. چنان که برخی در بیان احکام فضا و مقایسه‌ی آن با حکم مستحدثات گفته‌اند «حکم الهواء الی عنان السماء حکم البناء» (ابن شاط، ۱۴۳۰: ۱۶). به این ترتیب از نگاه فقه عامه فضای محاذی بدون هیچ محدودیتی، از حیث احکام شبیه حکم مالکیت بر ابنیه است لذا همان‌طور که صاحب ابنیه حق هر گونه تصرف مشروع در ابنیه را دارد، حق تصرف در فضای فوقانی را نیز خواهد داشت و برای فضای مذکور هیچگونه محدودیتی وجود ندارد، زیرا مالکیت صاحب زمین و ابنیه را مستلزم مالکیت فضای محاذی آن می‌دانند. همچنین برخی از فقهای شافعی در بیان عدم محدودیت مالک در فضا و قرار گفته‌اند «من ملک أرضاً ملک هواها الی عنان السماء و تحتها الی تخوم الارض» (زرکشی، ۱۹۹۳: ۲۲۶). بر همین اساس از تسولی نقل شده است که به استناد همین قاعده معتقد بود فروش فضا و قرار املاک جایز می‌باشد (تسولی، ۱۴۱۸: ۲) زیرا یکی از تصرفات حقوقی هر مالک نسبت به مایملک خود، انتقال آن به واسطه‌ی عقد بیع است.

عده‌ای دیگر از فقهای عامه، در تأیید مالکیت نامحدود فضا معتقدند مالک زمین بر فضای آن تا هر جا که ممکن باشد مالکیت خواهد داشت و بر پایه‌ی همین طرز تفکر، مالک را در تصرفات مشروع مجاز می‌دانند. از این رو گفته‌اند «من ملک أرضاً ملک اعلاها ما أمکن» (ونشریسی، ۱۴۱۰: ۱۶۷). از خطاب دیگر فقیه عامه نقل شده است «من ملک أرضاً أو بناء





ملک هواءها الی اعلی مایمکن» (حطاب رعینی، ۱۴۱۶، ج ۶: ۸۴) یعنی مالک زمین یا مستحذات، مالک فضای متعلق به آن خواهد بود و قلمروی این نوع مالکیت تا جایی است که تصرفات مالکانه برای وی ممکن باشد؛ به عبارت دیگر، برای مالک زمین و بنا، هیچ محدودیتی در مالکیت و بهره‌برداری از فضا وجود ندارد مگر اینکه شخص مالک امکان استفاده و بهره‌برداری نسبت به این بخش از دارایی خود را نداشته باشد.

بنابراین از دیدگاه فقهای غیر شیعه نیز قلمروی مالکیت فضا تا اوج آسمان و قلمروی مالکیت بر قرار تا انتهای زمین اعلام شده است و در عبارات خود بر آن اصرار ورزیده‌اند؛ چنان که گفته‌اند «من ملک أرضاً ملک هواها الی عنان السماء و تحتها الی تخوم الارض» (سرخسی، ۱۴۱۴: ۸؛ کاسانی بی تا: ۱۲۱؛ ابن نجم، ۱۴۱۸: ۴۹۵ و ۴۰۰؛ مالکی، بی تا: ۸۵)؛ برخی دیگر آن را به عنوان قاعده پذیرفته و گفته‌اند: «من ملک السفل ملک ما تحته من الارض و ما فوقه من الهواء» (شافعی، ۱۴۲۲: ۵۲۹) از این رو در صورتی که «عنان السماء» را اوج آسمان و «تخوم الارض» را منتهی الیه زمین بدانیم مالک زمین، از جهت فضا و قرار، تا بی‌نهایت دارای مالکیت مشروع می‌باشد.

۳-۷. مبانی نظری مالکیت فضا و قرار در نظام حقوقی اسلام

از مجموع عبارات فقهای شیعه و سنی چنین استنباط می‌شود که علمای حقوق اسلامی مهم‌ترین مبانی مالکیت بر فضا و قرار را «قاعده تسلیط» می‌دانند، زیرا قاعده‌ی مذکور یکی از پرکاربردترین قواعدی است که در اثبات مالکیت و محدودهی تصرفات مالک و رفع موارد مشکوک جایگاه محکم و ویژه‌ای دارد. از سوی دیگر مستندات این قاعده از قبیل آیه شریفه «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض منکم»^۱ و حدیث معروف «الناس مسلطون علی اموالهم» (مجلسی، ۱۴۰۴: ۲۷۲) موجب شده است تا این قاعده در متون فقهی و مبانی نظری مالکیت بر فضا و قرار جایگاه خاصی به خود اختصاص دهد و به همین جهت، اشخاص به اعتبار سلطنتی که بر اموال خود دارند حق هر گونه تصرف و انتفاعی را خواهند داشت و علاوه بر آن آزادی ناشی از حقوق مالکانه را تحصیل می‌نمایند.



۱. سوره مبارکه نساء / آیه شریفه ۲.



مبنای دیگری که مورد توجه علمای حقوق قرار گرفته است، «قاعده احترام» به مالکیت است، مطابق قاعده مذکور، اموال متعلق به اشخاص واجد احترام بوده و از هر گونه تعرض و تجاوز غیر قانونی مصون است، در نتیجه عدم رعایت احترام به مالکیت دیگران موجب ضمان و مسئولیت شرعی و قانونی است. (محقق داماد، ۱۳۷۶: ۲۲۹)

یکی دیگر از قواعدی که می‌تواند در زمره‌ی مبنای مالکیت فضا و قرار محسوب شود «قاعده تبعیت» است. مراد از تبعیت آن است که هر کس مالک اموالی شود، مالک توابع، متعلقات، و ماحقات آن نیز خواهد بود مگر اینکه خلاف آن ثابت شود؛ بنابراین هر شخصی که مالک زمین باشد، به تبع مالک توابع یعنی فضا و قرار آن نیز خواهد بود.

قاعده «ید» نیز به عنوان یکی دیگر از مبنای مالکیت فضا و قرار مورد تأکید است زیرا «ید» سلطه و اقتدار شخص بر شیء است به گونه‌ای که عرفاً آن شیء در اختیار و استیلائی او باشد و بتواند هر گونه تصرف و انتفاعی در آن به عمل آورد. بنابراین مالک زمین عرفاً مالک فضای محاذی آن خواهد بود و به همین جهت حق استیلاء بر آن را خواهد داشت.

باری، از دیدگاه اکثر فقهای شیعه و سنی مالکیت صاحب زمین علاوه بر سطح زمین به تبعیت از آن به سطوح فوقانی و تحتانی تسری می‌یابد و به دلیل عدم محدودیت در قلمروی آن، مالک می‌تواند با آزادی کامل و براساس قاعده تسلیط، حقوق مالکانه‌ی خود را اعمال نماید مگر اینکه اجرای حقوق مذکور با قاعده لاضرر تعارض یابد که در این صورت لاضرر بر تسلیط حکومت خواهد یافت. شایان ذکر است، با پذیرش گستره‌ی قلمرو فضا و قرار و اصل عدم محدودیت در اعمال حقوق مالکانه، براساس قاعده منع تعرض نسبت به اموال دیگران و حفظ احترام به مالکیت خصوصی، بدون تردید، اشخاص مؤظف به رعایت این قسم از حقوق مالکانه نیز خواهند بود و هر گونه تعدی، مزاحمت و یا تعرض نسبت به آن ممنوع می‌باشد.

۸. رویکرد نظام رومی - ژرمنی

به رغم وجود چالش‌های حقوقی در حوزه‌ی مالکیت خصوصی در نظام رومی - ژرمنی، کاربری ثانویه زمین در فضاها‌ی زیرسطحی برای کاربردهای تفریحی، مسکن، محل کار





افزایش ایمنی شهرها، انتقال شبکه های ریلی و مسیرهای حمل و نقل و کاهش آسیب های زیست محیطی، عمدتاً مالکیت آزاد تا هسته‌ی زمین را مورد حمایت قرار داده‌اند (39-49: Ronka, 1998). از این رو در حقوق فرانسه که مبتنی بر نظام رومی- ژرمنی است، رژیم حاکم بر فضاهای زیرسطحی در دو بعد «مالکیت» و «قلمرو» آن مورد توجه قرار گرفته است. در خصوص مالکیت، دیدگاه حقوقی فرانسه آن است که فضاهای زیرزمینی متعلق به مالک سطح زمین است، بنابراین جهت انجام تصرفات مادی و حقوقی در سطوح زیرین زمین، کافی است که مالکیت شخصی نسبت به سطح زمین محرز گردد تا بتواند تصرفات مالکانه‌ی خود را در این بخش از اموال غیرمنقول انجام دهد.

حقوق فرانسه در یک اصل کلی در بُعد قلمرو و محدوده‌ی بهره‌برداری مالک از اعماق زمین، مالکیت نامحدود تا عمق هسته زمین را پذیرفته و مالک را مجاز در تصرفات مالکانه می‌داند. با وجود این در ماده (۵۵۲) قانون مدنی این کشور ضمن تأکید و پذیرش مالکیت فضا و قرار، تصریح شده است که عمق و ارتفاع قسمت‌های زیرین زمین و فضای بالای آن تا حدی در اختیار مالک است که برای او عادتاً مفید باشد. به رغم پذیرش مالکیت فضای محاذی برای مالک زمین، محدودیت‌های ناشی از نظم عمومی در قوانین شهرسازی و ساخت و ساز مسکونی که حاوی مقررات جامعی در موضوعات مذکور می‌باشند پیش بینی شده است.

همین نگرش تقنینی در حوزه‌ی مالکیت خصوصی موجب شده است تا در نظام حقوقی فرانسه مالکیت بر توابع زمین مورد حمایت واقع شود و این کشور را در دسته کشورهای قرار دهد که مالکیت نامحدود تا عمق هسته‌ی زمین و تا ارتفاع بی‌نهایت را پذیرفته‌اند به نحوی که برای اعمال حقوق مالکانه ممنوعیتی قائل نشده و مالکین اختصاصی می‌توانند با متولیان بخش عمومی، نسبت به بهره‌برداری از فضاهای فراسطحی و یا زیرسطحی توافق نمایند. (Ronka, 1998: 13)

مواد (۹۰۵) و (۶۶۷) به ترتیب از قوانین مدنی کشورهای آلمان و سوییس نیز مالکیت در فضا و قرار را به اندازه نیاز متعارف مالک محدود کرده‌اند و مازاد بر آن را غیرقابل تملک





می‌دانند و بر همین اساس مالک حق تصرف و انتفاع از آن را ندارد و علاوه بر آن تبعاً نمی‌تواند مانع تصرفات دیگران از جمله دولت و متولیان امور شهری شود.

این طرز فکر حقوقی، به کشورهای دیگری که از اصول حقوقی رومی-ژرمنی الهام گرفته‌اند نیز تسری یافته است. در بند (۲) ماده (۸۰۳) قانون مدنی مصر که خود منبع الهام قوانین بسیاری از کشورهای خاورمیانه از قبیل لیبی، اردن، عراق، بحرین و قطر می‌باشد آمده است «... مالکیت زمین، شامل فضای بالا و زیر آن، تا حد مفید برای بهره‌برداری از نظر عمق و ارتفاع خواهد بود...».

بنابراین از قوانین مدنی فرانسه^۱، سوئیس و آلمان، استنباط می‌شود که در نظام حقوقی رومی-ژرمنی، مالکیت فضا و قرار را به دو قید مهم محدود کرده‌اند. اول آنکه، معیار تصرفات مالکانه را مفید بودن تصرف انجام شده می‌دانند و در نتیجه هر نوع تصرفی که مفید نباشد آن را فاقد اثر حقوقی می‌پندارند. علاوه بر آن، معیار سنجش مفید بودن تصرفات مالک، عرف حاکم تعیین شده است؛ بنابراین هر گاه از منظر داوری عرف، تصرفات مالک در عمق و ارتفاع اراضی و املاک خود متعارف نباشد، واجد مشروعیت نخواهد بود زیرا در قوانین کشورهای مورد اشاره تصریح شده است قلمرو مالکیت عمق و ارتفاع زمین تا حدی در اختیار مالک است که برای او عادتاً مفید باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۶۰). از این رو می‌توان چنین استنباط نمود قید «مفید بودن» زمانی تحقق می‌یابد که نیازی از مالک را مرتفع سازد اعم از اینکه نیاز مذکور مربوط به شخص مالک باشد یا ملک متعلق به او اقتضای چنین تصرفی را داشته باشد. برای تشخیص مفید بودن تصرفات مالک که مبتنی بر حاجت اوست، داوری عرف ملاک عمل قرار می‌گیرد. با وجود این باید توجه داشت عرف حاکم، براساس معیار شخصی داوری خواهد کرد، و سنجش نیاز اشخاص بر محوریت بررسی وضعیت و شرایط آن شخص با اشخاص دیگر در همان وضعیت و شرایط به عمل خواهد آمد.



¹- Art. 552: «ownership of the ground involves ownership of what is above and below it. An owner may make above all the plantings and constructions which he deem proper, unless otherwise provided for in the title of servitudes or Land services...»



حقوق دانان نظام رومی - ژرمنی از جمله نویسندگان حقوق فرانسه معتقدند حقوق این کشور ناشی از سه اصل بنیادی است که مهم‌ترین آن اصل «احترام به مالکیت فردی» است که در عمل با پذیرش این اصل، نه تنها قانونگذار به وضع و تدوین قوانین حمایتی مکلف شده است بلکه هرگونه سلب مالکیت و تعرض به آن ممنوع تلقی می‌شود. (Leon, 1926: 49)

علاوه بر آن، در حقوق فرانسه، اصولاً «تبعیت» در کنار به عنوان یکی از اسباب و مبانی مملک به رسمیت شناخته شده است و مواد (۷۱۱) و (۷۱۲) به آن پرداخته‌اند.^۱ قاعده «تصرف» یا «ید» که با تعبیر « Personne ne transfer la propriete de ce qui ne lui appartient pas » مطرح شده است نیز از دیگر مبانی نظری پذیرش مالکیت فضا و قرار در نظام حقوقی رومی - ژرمنی محسوب می‌شود و چنانکه قانون مدنی فرانسه در ماده (۲۲۲۸)، تصرف را تصاحب یا استفاده از چیزی می‌داند که با واسطه یا بدون واسطه به عمل آید؛ بنابراین تصرف مالک نسبت به زمین، یک نوع تصرف بدون واسطه و تصرف نسبت به فضا و قرار یک نوع تصرف با واسطه محسوب می‌شود.

۹. رویکرد نظام حقوقی کامن‌لا

اصل کلی و عام مورد پذیرش در نظام حقوقی کامن‌لا آن است که فضاهای زیرسطحی و فراسطحی متعلق به مالک زمین است و بر همین اساس صاحب زمین دارای حقوق مالکانه نسبت به اعماق زمین و ارتفاع آن خواهد بود و اصولاً این‌گونه فضاها به تبعیت از عرصه در مالکیت صاحب زمین قرار می‌گیرد. بنابراین هر مالکی نسبت به سطح زمین و توابع آن حق تصرفات مالکانه‌ی مشروع دارد و همان اصول و قوانین موجودی که برای توسعه‌ی تصرفات در سطح زمین وجود دارد بر فضاهای فراسطحی و زیرسطحی نیز حاکم است، از این رو محدودیتی در بهره‌برداری از قسمت‌های مذکور به شکل متفاوتی نسبت به سطح زمین وجود ندارد. با وجود این به لحاظ حفظ حقوق عامه‌ی مردم و به منظور تأمین نیازهای عمومی و

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".





ارائه و تسهیل در خدمات شهری و افزایش رفاه شهروندان استثنائاتی ایجاد شده است. به عنوان مثال در صورت وجود مواد معدنی در اعماق زمین، حق مالکیت اشخاص نسبت به اصل زمین و توابع آن مجزا می‌شود و در این صورت مالک سطح زمین مشمول حقوق و نظام عرفی و رویه عرفی قضایی واقع می‌شود (مظفری، ۱۳۹۳: ۱۲۵) و مالکیت او با محدودیتهایی روبرو می‌شود؛ اما در سایر موارد، همانند مالکیت سطح زمین، محدودیت خاصی بر مالک تحمیل نمی‌شود و همان قوانین موجود برای توسعه‌ی زمین نسبت به فضاهای فراسطحی و زیرسطحی نیز به کار می‌رود، و به این اعتبار محدودیتی در خصوص بهره‌برداری از این گونه فضاها به شکل متفاوتی وجود ندارد (Thomas, 1979: 155) بنابراین به‌رغم ضرورت حفظ حقوق عمومی به جز در موارد استثناء هنوز از اصل کلی پذیرش این نوع مالکیت و قلمروی آن عدول نشده و هم‌چنان این قاعده که «مالک سطوح زمین، مالک آن تا اعماق زمین و اوج آسمان است» در لابلای قوانین و مقررات و آرای قضایی دیده می‌شود، و دولت‌ها خود را مکلف می‌دانند در صورت بهره‌برداری از اعماق زمین اختصاصی اشخاص، به هر نحو ممکن درصد جبران و تدارک آن برآیند.

در نظام حقوقی کامن‌لا مالکیت زمین به دو نوع مالکیت مطلق و مالکیت در مدت معین تقسیم شده است. در قسمت اول که به مالکیت قانونی^۱ تعبیر می‌شود، محدودیتی حقوقی برای صاحب زمین وجود ندارد و حقوق مالکانه‌ی او تا «مرکز زمین» و «فراز آسمان» تعمیم داده شده است (David, 2001: 251). از این رو، اگر چه در حال حاضر حقوق مالک زمین براساس برخی قوانین که هدفشان نظارت بر امور جامعه و شهرسازی است از قبیل قانون نقشه‌کشی شهر و روستا انگلیس مصوب ۱۹۷۱ محدود شده است، اما همچنان اصل بر مطلق بودن حقوق مالکانه‌ی اشخاص نسبت به فضا و قرار است. به همین اعتبار حقوق دانان کامن‌لایی در تبیین مفهوم زمین گفته‌اند «زمین به معنا و مقصود قانونی خود در جهت فوقانی غیرمحدود و در قسمت زیرین آن نیز به همان ترتیب بی‌انتها است. کسی که مالک زمین باشد مالک فضای بالای آن تا حد نامتناهی است». همین تعریف مبنای صدور آرای قضایی



^۱ Legal estate



شده است (ملک یونان، ۱۳۵۰: ۲۲)، چنان که دادگاه‌های کامن‌لا به استناد همین اصل اظهارنظر کرده‌اند «سطح زمین مشخص اندازه‌ی آن نیست، بلکه فقط یک راهنمایی برای اندازه‌ی آن محسوب می‌شود، و با توجه به این اصل که تاکنون هیچ محدودیتی در به وجود آوردن ساختمان به وسیله‌ی انسان در هر ارتفاعی وجود نداشته است، به همان گونه که خواهان، مالک زمین خود می‌باشد مالک فضای بالای آن نیز تا ارتفاع نامحدودی محسوب می‌شود». (ملک یونان، ۱۳۵۰: ۲۳)

با وجود آنچه بیان شد، در حقوق ایالات متحده آمریکا آرای از مراجع قضایی در سال‌های ۱۹۰۹ و ۱۹۲۷ صادر شده است که مبانی مربوط به نظم عمومی مقررات ناظر بر ارتفاع ساختمان‌ها و تراکم ساختمانی را مورد تأکید قرار داده‌اند. علاوه بر آرای محاکم قضایی، قوانین و مقرراتی در زمینه‌ی منطقه‌بندی و کاربری زمین نیز در سال ۱۹۲۸ به تصویب رسیده است و در همه‌ی ایالات با دقت به اجرا در آمده است. (کاشانی، ۱۳۹۱: ۲۶)

به این ترتیب در نظام حقوقی کامن‌لا اصل بر مالکیت نامحدود صاحب زمین نسبت به فضا و قرار است و در پاره‌ای از موارد، استثنائاتی بر اصل مذکور وارد شده است که مبتنی بر تقدم و ترجیح حقوق عمومی بر حقوق خصوصی است که عمدتاً با هدف حفظ مصالح و منافع عمومی استوار شده است.

در نظام حقوقی کامن‌لا، حق مالکیت به عنوان یکی از مبانی اصلی مالکیت در فهرست آزادی‌های عمومی و از مصادیق حقوق فطری محسوب شده است و برای آن همانند سایر حقوق فردی وصف تعرض ناپذیری قائل هستند.

هم‌سو با پذیرش حق مالکیت یکی دیگر از مبانی نظری که در حقوق کشورهای آنگلو ساکسون مطرح است قاعده «Accessorium sequitur prinipiae» می‌باشد که بیانگر تبعیت فرع از اصل است و به عنوان یکی از اسباب تملک مورد شناسایی قرار گرفته است. بر اساس این نظریه فضا و قرار به تبعیت از زمین، به صاحب زمین اختصاص دارد و به همین جهت هر شخصی که مالک زمین باشد مالک ملحقات آن نیز خواهد بود و به تبع آن می‌تواند کلیه تصرفات مالکانه را در ضمایم ملک اختصاصی خود به عمل آورد. (Padfield,)





از دیگر مبانی مطرح در این زمینه، قاعده «Name det quod non hadet» است که بر اساس آن هر شخصی سلطه‌ی قانونی بر زمین دارد، ملحقات و توابع آن نیز در استیلا‌ی او هست مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. (انصاری، ۱۳۸۸: ۱۴۹۸)

۱۰. دیدگاه حضرت امام خمینی (ره)

حضرت امام خمینی (ره) از بین فقهای معاصر که رهبری جامعه اسلامی را نیز عهده‌دار بودند، در زمینه‌ی مسایل مستحدثه نظرات مهم و مؤثری را مطرح فرموده است که در آنها حقوق عمومی و اداره جامعه اسلامی مورد توجه بوده است که مباحث مربوط به مالکیت فضا و قرار از این جمله است.

دیر وقت شورای نگهبان در دوم آبان سال ۱۳۶۶ در خصوص تعیین تکلیف معادن مکشوفه در املاک شخصی از حضرت امام خمینی (ره) سؤال کرده‌اند که آیا معادن نفت به تبع ارض یا احیای آن به مالکیت خاص مربوط است یا از انفال محسوب می‌شود؟ و در صورت عدم تبعیت، تصرف در زمین‌ها جهت استخراج معادن جایز است یا خیر؟ امام (ره) در پاسخ فرموده‌اند: «... اصل مسأله تبعیت اعماق زمین و نیز هوا نسبت به املاک شخصی تا حدود احتیاجات عرفی است، مثلاً اگر کسی در خارج از محدوده‌ی منزل و یا زمین شخصی و یا وقفی کانالی زده و از زیرزمین آن‌ها عبور کند و یا تصرف نماید، دارندگان منازل و زمین و یا متولیان نمی‌توانند ادعایی بنمایند، و یا اگر کسی بالاتر از مقدار متعارف بنایی ایجاد و یا رفت و آمد نماید، هیچ‌یک از مالکین و یا متولیان حق جلوگیری از او را ندارند، و بالاخره، تبعیت زمین شخصی به مقدار عرفی است؛ و آلات جدیدی هیچ‌گونه دخالتی در تعیین مقدار عرفی ندارد. ولی تبعیت کشور مقدار بسیار زیاد است، و دولت حق دارد تا از تصرف بیش از حق عرفی شخص و یا اشخاص جلوگیری نماید. بنابراین، نفت و گاز و معادنی که خارج از حدود عرفی املاک شخصی است تابع املاک نمی‌باشد؛ و اما اگر فرض کنیم معادن و نفت و گاز در حدود املاک شخصی است - که فرض بی‌واقعیت است - این معادن چون ملی است و متعلق به ملت‌های حال و آینده است که در طول زمان موجود می‌گردند، از تبعیت املاک شخصی خارج است، و دولت اسلامی می‌تواند آن‌ها را استخراج





کند. ولی باید قیمت املاک اشخاص و یا اجاره زمین تصرف شده را مانند سایر زمین‌ها بدون محاسبه معادن در قیمت و یا اجاره پردازد و مالک نمی‌تواند از این امر جلوگیری نماید». علاوه بر آن در پاسخ به این سؤال که مازاد بر احتیاجات عرفی، چه حکمی دارد و متعلق به کیست؟ می‌فرمایند: «فضا و منابع زیرزمینی اگرچه در ملک شخصی یافت شود از انفال محسوب می‌شود، به این معنا که اگر کسی زمینی را به احیا یا تملک، متصرف گردید، فضای آن تا محدوده‌ی خاصی به وی تعلق دارد و بیشتر از آن در اختیار دولت است ... و نیز فضای بالاتر از محدوده‌ی خاص در تصرف دولت است و از اختیارات صاحب ملک بیرون است». (امام خمینی، ۱۳۶۸: ۵۸۷)

از این استفتا نکاتی قابل استفاده است. نخست این که بر حفظ احترام به مالکیت خصوصی و قاعده تسلیط تأکید شده است زیرا صاحب زمین را مالک توابع آن می‌داند، و فضا و قرار را به تبعیت از مالکیت زمین در مالکیت خصوصی اشخاص اعلام می‌دارد. به نظر ایشان به مناسبت حدیث سلطنت حق سلطه‌ی اشخاص بر اموال خود از احکام عقلایی است که توسط شارع مقدس امضاء شده است و به موجب آن مالک حق هرگونه تصرف اعم از حقیقی و اعتباری و همچنین حفظ مال خود و ممانعت از مداخله و استیلا‌ی دیگران بر آن را دارد؛ و به همین جهت، تصرف در ملک غیر عقلاً قبیح و خلاف شرع قلمداد شده است (امام خمینی، ۱۳۶۷: ۱۰)

نکته دیگر در نظر امام (ره) تعیین قلمرو مالکیت فضا و قرار می‌باشد که تا حدود احتیاجات عرفی تعیین شده است و از این رو معیار احتیاجی است که برحسب عرف حاکم مشخص می‌شود. بدیهی است در داوری عرف، عواملی چون زمان و مکان دخیل خواهند بود و بر همین اساس، عرف اراضی شهری و روستایی و یا اراضی کشاورزی و مسکونی در مقاطع زمانی مختلف می‌تواند در میزان قلمرو احتیاجات عرفی تعیین کننده باشند. حضرت امام (ره) فضاهای مازاد بر نیاز متعارف را مشمول انفال دانسته‌اند و به همین جهت اختیار اداره‌ی آن را برعهده دولت می‌دانند و به متولیان مربوط حق می‌دهد تا ضمن بهره‌برداری مناسب، برای رفع نیازهای عموم مردم بتوانند از تصرف اشخاص، بیش از حق عرفی خود ممانعت به عمل آورند. بنابراین به رغم پذیرش مالکیت خصوصی، در صورتی که منابع





انرژی، در اعماق زمین متعلق به اشخاص، کشف شود این منابع و معادن در قلمرو انفال است و دولت به عنوان متولی آن حق استخراج و اداره و حفاظت از آن را دارد. بنابراین از نگاه فقهی و مدیریتی ایشان در تعارض و تداخل میان حقوق خصوصی و حقوقی عمومی، همواره حقوق عمومی رجحان دارند زیرا لازمه‌ی حفظ و تأمین حقوق مردم و رفع نیازهای ایشان و همچنین توجه به منابع ملی برای نسل‌های آینده، تفوق و برتری حقوق عمومی بر مالکیت خصوصی را در قالب پذیرش نهاد ویژه‌ی بنام انفال مدلل می‌سازد. از این رو کلیه‌ی ذخایر زیرزمینی از قلمروی مالکیت صاحب زمین خارج بوده و از مصادیق انفال است و تبعاً دولت اسلامی اختیار استخراج و بهره‌برداری از آن را دارد، علاوه بر آن فضاهای فراسطحی بالاتر از محدوده‌ی خاص عرفی نیز در تصرف دولت و در نتیجه خارج از اختیارات صاحب زمین است. مبنای این حکم در آن است که مشروعیت مالکیت خصوصی به معنای مالکیت بی قید و شرط و نامحدود نمی‌باشد و بنا به مصالحی برای این نوع مالکیت، محدودیت‌هایی وجود دارد (امام خمینی، ۱۳۷۱: ۴۷۶)؛ بنابراین می‌توان یکی از مبانی تقویت‌کننده‌ی نظر فقهی حضرت امام (ره) را ضرورت و مصلحت دانست. مبنای دیگر برای محدودیت مالکیت خصوصی اشخاص نسبت به فضا و قرار داشتن یک نوع حق خاص برای عموم مردم است. از جهت دیگر، چنانچه مالکیت توده را آن گونه که شهید صدر پذیرفته است، مورد توجه قرار دهیم، حق مالکیت نسبت به فضا و قرار، واجد دو جنبه‌ی سلبی و ایجابی خواهد بود. جنبه‌ی سلبی در ممنوعیت مالکیت فردی و خصوصی برای فضایی که خارج از اختیارات عرفی است تبلور می‌یابد، و جنبه‌ی ایجابی نسبت به آن بخش از فضا است که جواز انتفاع برای عموم وجود دارد. (شهید صدر، ۱۳۶۰: ۶۱)

در فراز دیگری از فتوای حضرت امام (ره) و در راستای حفظ حقوق مالکین خصوصی، امکان جبران خسارات احتمالی پیش‌بینی شده است؛ بنابراین در فرضی که ذخایر و معادنی در اعماق املاک خصوصی یافت شوند و دولت قصد استخراج و بهره‌برداری از منابع مذکور را داشته باشد، مؤظف است با عقد بیع یا اجاره، عین یا منفعت آن را تملک نماید و ثمن آن یا اجاره‌بهای زمین را به مالک پرداخت نماید که البته مبلغ ثمن و یا میزان اجاره‌بها همانند سایر املاک و بدون در نظر گرفتن ارزش معادن و ذخایر محاسبه و پرداخت خواهد شد.





نتیجه‌گیری

بر اساس اصول کلی و بنیادی حاکم بر نهاد مالکیت، در تمامی نظام‌های حقوقی مورد بحث، مالکیت زمین شامل فضاهای فراسطحی و زیرسطحی است و اصولاً هیچ محدودیت حقوقی برای صاحب زمین وجود ندارد و حقوق مالکانه‌ی او از حیث عمق تا مرکز زمین و از جهت ارتفاع تا فراز آسمان تعمیم داده می‌شود زیرا به لحاظ ماهیتی، فضا و قرار قانوناً، شرعاً و عرفاً از توابع زمین محسوب می‌شوند.

با وجود این هرگاه این بخش از مالکیت خصوصی با حقوق عمومی تداخل و یا تعارض نماید، به جهت ترجیح و تفوق حقوق عمومی بر حقوق خصوصی، قلمرو مالکیت بر فضا و قرار محدود به مقدار متعارف خواهد بود و مازاد بر محدوده‌ی مذکور، مشمول انفال و در زمره‌ی اموال ملی است و به این جهت دولت در راستای تأمین رفاه عمومی و بهره‌برداری از منابع موجود اختیار تصرف مشروع در این گونه فضاها را دارد.

در این راستا دیدگاه فقهی و حکومتی حضرت امام خمینی (ره) مبنی بر پذیرش اصل مالکیت فضا و قرار و تعیین محدوده‌ی قلمرو این نوع مالکیت تا حد متعارف برای صاحب زمین نسبت به سایر مواضع از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و با جمع بین حقوق، واقع بینانه‌تر و دارای راهکارهای عملی و مؤثر می‌باشد.

منابع

۱. ابن الشاط، قاسم، بی‌تا، ادرار الشرق علی انواء الفروق، بی‌جا، انتشارات الفروق، چ ۱، ج ۱ و ۴.
۲. ابن نجم، زین الدین، ۱۴۲۶ق، الاشباه النظائر، دمشق، انتشارات دارالفکر، چ ۴، ج ۱.
۳. امامی خوانساری، محمد، ۱۴۲۷ق، الحاشیه الثانیه علی المکاسب، قم، انتشارات آل‌البیت علیهم‌السلام، چ ۱.
۴. انصاری، مسعود و طاهری، محمد علی، ۱۳۸۸ش، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران، انتشارات جنگل جاودانه، چ ۳، ج ۳.





۵. بحرانی، یوسف بن احمد ابراهیم، ۱۴۰۵ق، حدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره عليهم السلام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ج ۲۱.
۶. تسولی، علی بن عبدالسلام، ۱۴۱۸ق، البهجه فی شرح التحفه، بیروت، انتشارات دارالعلمیه، چ ۱، ج ۲.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۸ش، حقوق اموال، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چ ۶.
۸. خمینی [امام]، سید روح الله، ۱۳۶۸ش، تحریر الوسیله، تهران، انتشارات موسسه نشر آثار امام خمینی (ره)، چ ۱، ج ۲.
۹. _____، ۱۳۶۹ش، استفتائات، تهران، انتشارات موسسه نشر آثار امام خمینی، چ ۲، ج ۲.
۱۰. _____، ۱۳۶۷ش، کتاب البیع، قم، انتشارات مطبعه مهر، چ ۱، ج ۱.
۱۱. _____، ۱۳۷۱ش، صحیفه امام، تهران، انتشارات مؤسسه نشر آثار امام خمینی، چ ۳، ج ۱۰.
۱۲. زرکشی، محمدبن بهادر، ۱۹۹۳م، المنشور فی القواعد، کویت، انتشارات وزاره الاوقاف و الشؤون الاسلامیه بالکویت، چ ۲، ج ۳.
۱۳. سرخسی، محمد بن احمد، ۱۴۱۴ق، المبسوط، بیروت، انتشارات دارالکتب العلمیه، چ ۱، ج ۲.
۱۴. شافعی، محمد، ۱۴۲۲ق، الأم، مصر، انتشارات دارالوفاء للطباعه و النشر و التوزیع، چ ۱، ج ۷.
۱۵. شیرازی، ابی اسحاق ابراهیم، ۱۴۱۷ق، المهدب فی الامام الشافعی، بیروت، انتشارات دارالکتب العلمیه، چ ۱، ج ۸.
۱۶. صدر، محمدباقر، ۱۳۶۰ش، اقتصادنا، ترجمه اسپهبدی، مشهد، انتشارات جهاد دانشگاهی، چ ۱، ج ۲.
۱۷. صفایی، سید حسین، ۱۳۹۳ش، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اشخاص و اموال، تهران، نشر میزان، چ ۱۸.





۱۸. طوسی، ابوجعفر محمد، ۱۳۵۱ق، المبسوط، تهران، انتشارات مکتبه المرتضویه علیه السلام، چ ۱، ج ۸.
۱۹. عاملی [شهید اول]، محمد بن مکی، ۱۴۱۰ق، اللمعه دمشقیه فی فقه الامامیه، بیروت، انتشارات دارالتراث، چ ۱، ج ۷.
۲۰. عاملی [شهید ثانی]، زین الدین بن علی، ۱۴۱۳ق، مسالک الافهام، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، چ ۱، ج ۱۲.
۲۱. عاملی، محمد جواد، بی تا، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم، انتشارات موسسه آل البیت علیهم السلام، چ ۲، ج ۲ و ۵.
۲۲. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۱ش، دوره مقدماتی حقوق مدنی اموال و مالکیت، تهران، نشر میزان، چ ۵.
۲۳. کاشانی، ابی بکر بن مسعود، بی تا، بدایع الصنایع فی تربیت الشرایع، بیروت، انتشارات دارالکتب العلمیه، چ ۱، ج ۶.
۲۴. کاشانی، محمود، ۱۳۹۱ش، حقوق مالکانه در پرتو مقررات شهرسازی، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۵۷.
۲۵. مالکی، محمد بن عبدالله، بی تا، احکام القرآن، بیروت، انتشارات دارالفکر، چ ۱، ج ۱۶.
۲۶. مجلسی، محمدباقر، ۱۴۰۴ق، بحار الانوار، بیروت، انتشارات مؤسسه الوفاء، چ ۱، ج ۲.
۲۷. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۶۷ش، قواعد فقه: بخش مدنی، انتشارات سمت، چ ۲، ج ۲.
۲۸. مظفری، ابوالقاسم و دیگران، ۱۳۹۳ش، بررسی تحلیلی و تطبیقی ملاحظات برنامه ریزی حقوقی و مالکیتی در فرایند احداث فضاها ی زیرزمینی شهری، دو فصلنامه علمی - پژوهشی مهندسی تونل و فضاها ی زیرزمینی، دوره ۳.
۲۹. ملک یونان، ژرژ، ۱۳۹۱ش، ورود غیرمجاز به املاک دیگران (Trespass) در کامن لا، نشریه حقوق مردم، ش ۲۶.
۳۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۲ق، مصباح الفقاهه، قم، انتشارات دارالفکر، چ ۱، ج ۲.





۳۱. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، ۱۴۲۷ ق، رسائل المیزان القمی، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چ ۱.
۳۲. نراقی، احمد بن محمد مهدی، ۱۴۱۵ ق، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، قم، انتشارات موسسه آل البيت عليهم السلام، چ ۱.
۳۳. نجفی، محمد حسن، ۱۳۶۷ ق، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران، انتشارات اسلامی، چ ۲، ج ۲۶ و ۷.
۳۴. ونشریسی، احمد بن یحیی، ۱۴۱۰ ق، ایضاح المسالک الی قواعد الامام ابی عبدالله مالک، لیبی، انتشارات الدعوه الاسلامیه، چ ۱.

- 35- C.Aydin, Cevdet, (2008), usage of underground space for 3D cadaster purposes and related problems in turkey.
- 36- David, barker, (2001), Colin pad field, low mad simple edit 8.
- 37- ITA, (1991), Legal and administratire issues in undery round space, university of Minnesota, vol. 6.
- 38- Leon, Duyuit, (1926), Lecon de public, paris, vol. 2.
- 39- Thomas, W.A. (1979), ownership of substerranean space, underground space, vol. 3, issue. 4.
- 40- Ronka, K. Ritola, j, and Raauhala, (1998), a underground space in land-use planning Tunnelling and underground space technology, vol. 13, issue. 1.

