

Jurisprudential Challenges of Urban Ownership, Based on Article 38 of the Iranian Civil Code¹

Zeynab Sanchouli

PhD student in Islamic jurisprudence and law and a member of the faculty member of theology department of Islamic Azad University, Zahedan - Iran.

Mohammad-Reza Kaykha 

Associate Professor of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Sistan and Baluchestan University; Zahedan - Iran; (*Corresponding Author*);
kaykha@hamoon.usb.ac.ir

**Justārḥā-ye
Fiḥī va Uṣūlī**


Vol.8, No.26
Spring 2022

Receiving Date: 2020-03-24; Approval Date: 2020-06-22

7 *Abstract*

According to Article 38 of the Iranian Civil Code, which is based on the maxim of “*People have domination over their properties*” and the maxim of “*Whoever owns a land, owns it to the heights of the sky, and the depths of the earth,*” the owner has the right to any occupancy of his/her property. Following domination over the property, dominating the depths of the earth and sky is also achieved

1. *Keykha – Mr ; (2022); “ Jurisprudential Challenges of Urban Ownership, Based on Article 38 of the Iranian Civil Code “; Jostar_ Hay Fihi va Usuli; Vol: 8 ; No: 26 ; Page: 7-35 ;*

10.22034/jj.2022.62561.2378

© 2022, Author(s). This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution (CC BY 4.0), which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, as long as the original authors and source are cited. No permission is required from the authors or the publishers.

for the person. However, today, practically, the absoluteness of property rights faces challenges in the light of scientific advances over the course of time and the requirements of urbanization. By examining the requirements and challenges of urban ownership, this study, which has used the descriptive-analytical method, concluded that under the influence of the demands of time and place and the need to meet the growing needs of society, the absoluteness of Article 38 of the Iranian Civil Code must be limited due to the maxim of ‘*LāDarar*’ and observance of the public interest. Therefore, a citizen will not have the right to occupancy without obtaining the necessary permits from relevant organizations. Moreover, the final part of this article, due to the different laws restricting the owner’s authority, requires the exception of the majority, which is disapproved by the rules of the science of Uṣūl. Therefore, this article needs to be reviewed and changed.

Keywords: Article 38 of the Iranian Civil Code, Owner’s Authority, Requirements of Urbanization, Depth of the Earth, Sky, Urban Ownership.

چالش‌های فقهی مالکیت شهری، مبتنی بر ماده ۳۸ قانون مدنی ایران^۱

زینب سنجولی

دانشجوی دکتری فقه و حقوق اسلامی و عضو هیأت علمی گروه الهیات دانشگاه آزاد اسلامی، زاهدان-ایران

محمد رضا کیخا

دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان؛ زاهدان-ایران (نویسنده مسئول)

رایانامه: kaykha@hamoon.usb.ac.ir

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۱۰؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۰۵

چالش‌های فقهی
مالکیت شهری، مبتنی
بر ماده ۳۸ قانون مدنی
ایران
۹

چکیده

طبق ماده ۳۸ قانون مدنی که براساس قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» و قاعده «مَنْ مَلَکَ اَرْضاً مَلَکَ الهَوَاءَ اِلَى عَنانِ السَّمَاءِ وَ الْقَرَارَ اِلَى تَخومِ الارضِ» تدوین یافته است، مالک حق هرگونه تصرفی را در ملک خود دارد و تسلط بر اعماق زمین و فضا نیز به تبعیت تسلط بر ملک برای او حاصل می‌شود. اما امروزه در گذر زمان و در سایه پیشرفت‌های علمی و مقتضیات شهرنشینی، سخن گفتن از اطلاق حق مالکیت، در عمل با چالش‌هایی مواجه است. این پژوهش که به روش توصیفی-تحلیلی صورت گرفته است، الزامات و چالش‌های وارد بر مالکیت شهری را بررسی می‌کند و این نتیجه حاصل می‌شود که تحت

۱. کیخا، محمد رضا. (۱۴۰۱). چالش‌های فقهی مالکیت شهری، مبتنی بر ماده ۳۸ قانون مدنی ایران. فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی. ۸ (۲۶). صص ۳۵-۹.

تأثیر مقتضیات زمان و مکان و لزوم پاسخگویی به نیازهای روزافزون جامعه به نظر می‌رسد اطلاق مادهٔ «۳۸» قانون مدنی با توجه به حرمت اضرار به دیگران و رعایت مصلحت عمومی، باید محدود شود. بنابراین یک شهروند بدون کسب مجوزهای لازم از سازمان‌های مرتبط، حق برخی تصرفات را در ملک خود نخواهد داشت. علاوه بر این، بخش پایانی این ماده نیز با توجه به قوانین متعدد محدودکننده در اختیارات مالک، اقتضای استثنای اکثر را دارد که از نظر قواعد علم اصول قبیح است. بنابراین این ماده نیازمند بازنگری و تحول خواهد بود.

کلیدواژه‌ها: مادهٔ ۳۸ قانون مدنی، اختیارات مالک، مقتضیات شهرنشینی، اعماق زمین، فضا و مالکیت شهری.

۱. مقدمه

مادهٔ ۳۸ ق.م مقرر کرده است:

«مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هر کجا بالا رود و همچنین است نسبت به زیرزمین، و بالجمله مالک، حق همه گونه تصرف در هوا و قرار زمین را دارد، مگر آنچه را که قانون استثنا کرده باشد».

طبق بخش اول این ماده که براساس قاعده «تسلط» و قاعده «مَنْ ملک شیئاً ملک الهواء الی عنان السماء و القرار الی تخوم الارض» تدوین شده، از حق مالکیت به طور مطلق سخن گفته شده است. بنابراین کسی که مالک سطح زمین است، به تبع این مالکیت، مالک فضاهای زیرسطحی و فراسطحی زمین نیز هست، بدون این که محدودیتی در این خصوص داشته باشد. از سوی دیگر براساس قاعده تسلط، مالک زمین نسبت به اعمال حق مالکیت خود در «فضا و قرار» اختیار دارد و کسی نمی‌تواند مانع تصرفات مشروع او شود یا به حق مالکیتش تجاوز کند، زیرا که منع مالک از تصرفات مشروع یا تجاوز به حق مالکیتش، شرعاً حرام و نامشروع خواهد بود (نجفی، ۱۳۷۴ق، ۲۶/۲۴۳). از آنجایی که این قول در فقه به صورت مطلق بیان شده است و مالکیت ظاهر زمین را شامل مالکیت اعماق باطنی زمین و فضا نیز می‌داند، برطبق این قاعده اگر افراد را مالک آسمان بالای ملک خود و اعماق

جستارهای
فقهی و اصولی

سال هشتم، شماره پیاپی ۲۶
بهار ۱۴۰۱

۱۰

زمین بدانیم، لازمه‌اش این است که حرکت هواپیماها و پل‌های منوریل و یا هر نیاز شهری دیگر که از حریم ملک مالک باشد، حرکت در ملک دیگران محسوب می‌شود و همچنین حفر تونل‌ها در اعماق زمین برای عبور و مرور و ساخت مترو نیز غصبی به حساب می‌آید. از طرف دیگر، لازمه این ماده، اختیار در انجام هرگونه عملیات در عمق و در فضای ملک خود است. بر همین اساس، عمل به ماده ۳۸ قانون مدنی الزاماتی را می‌طلبد، از جمله حق تصرف در اعماق زمین و فضا و این که مالک حق دارد منع از تصرف دیگران در این دو مورد داشته باشد که این خود سبب چالش‌هایی در نظام اجتماعی و حقوقی می‌شود و پرسش‌هایی را در پی دارد، از جمله این که: آیا مالک زمین می‌تواند تصرف غیر متعارف در فضا داشته باشد و به انبوه‌سازی‌های غیر متعارف پردازد؟ یا متقابلاً می‌تواند از احداث برخی بناها در زیر زمین (از قبیل مترو) و فضا (مانند پل‌های هوایی، منوریل، تاکسی هوایی و...)، که از سوی دولت برای رعایت مصالح عمومی ایجاد می‌شود، جلوگیری کند؟ و آیا مالک حق مطالبه بخشی از حق ترانزیت هواپیماهای عبوری از آسمان ملک خود را دارد؟ در این مقاله سعی شده است که با تبیین الزامات و چالش‌های موجود در ماده ۳۸ قانون مدنی - در ارتباط با حمل و نقل شهری - به تحلیل نظرات فقها و حقوق دانان درباره مالکیت زمین و ساخت مترو و همچنین تصرف در فضای بالای ملک از طریق ساخت پل‌های هوایی، منوریل، تاکسی هوایی و... پرداخته شود و با توجه به مقتضیات زمان، لزوم بازنگری در این ماده، تحت تأثیر دو عنصر زمان و مکان تبیین شود.

۲. بررسی مفاهیم

۲-۱. حق

حق عبارت است از جعل و اعتبار سلطه و تسلط یک شخص بر شخص دیگر یا مال و شیء که به مقتضای این توانایی، حق بهره‌برداری از مال یا تصرف در متعلق آن را به صاحب حق می‌دهد (محقق داماد، ۱۳۸۶، ۱۷). به عبارت دیگر، اقتدار و امتیازی که شخص به موجب قانون در مقابل سایر افراد جامعه از آن برخوردار است را حق

۲-۲. مالکیت

مالکیت در لغت به معنای «حیازت و تحت سیطره و تصرف خویش در آوردن» است (مصطفی و همکاران، ۱۹۸۹م، ذیل واژه ملک) و در واقع، استیلا بر مال است (حلی، بی تا، ۱۳، ۳۷۲؛ اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ۳۵۳/۱) و در اصطلاح «حقی است دائمی که به موجب آن شخص می تواند در حدود قوانین، تصرف در مالی را به خود اختصاص دهد و از تمام منافع آن استفاده کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱۱۰).

برخی از فقیهان، مالکیت را یک حکم انتزاعی می دانند که از احکام تکلیفی انتزاع می شود (انصاری، ۱۴۱۶ق، ۶۰۳/۲). حال، مالکیت اگرچه یک حکم وضعی به شمار می آید، ولی بسیاری از احکام تکلیفی همچون وجوب رد امانت به مالک یا حرمت غصب، خود موجب و سببی برای احترام مالکیت به شمار می آیند. پس احترام مالکیت، هم منتزاع از احکام تکلیفی است و هم ناشی از مجعولات مستقل وضعی (کنعانی، ۱۳۸۷، ۱۵۳).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال هشتم، شماره پیاپی ۲۶
بهار ۱۴۰۱

۱۲

۳. عوامل جبری تحدید مالکیت

۱-۳. تجاوز از حق

منظور از تجاوز از حق، اضرار به دیگری، در اجرای حق خود است و در نتیجه تعارض دو قاعده تسلط و لاضرر مطرح می شود، به این معنا که شخصی از حق مالکیت خود با سوء نیت و به قصد اضرار به غیر استفاده کند که در این صورت، عقل حکم به قبیح بودن در ضرر رساندن به دیگری و لزوم ترک آن می نماید و از آن جایی که بین حکم عقل و شرع ملازمه وجود دارد، شرع نیز حکم به حرمت اضرار به غیر می کند. بنابراین، قاعده لاضرر بر قاعده تسلط حکومت دارد، به این معنا که اگرچه به موجب حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» مردم بر اموال خود تسلط دارند و حق هرگونه تصرفی را در ملک خود دارند، ولی اگر این تصرفات موجب ضرر فعلی بر دیگری شود - که از این ضرر، تعبیر به «سوء استفاده از حق»، «تجاوز

از حق» یا به تعبیر صحیح‌تر «اضرار به غیر در اجرای حق» می‌شود - دایره تصرفات مالک در مالش به موجب حرمت اضرار به غیر تضییق می‌شود (خردمندی، ۱۳۸۶، ۱۹۵، ۲۲۲). بنابراین، قاعده لاضرر یک قاعده عقلی است که هم در اسلام و هم در حقوق خارجی، با عنوان جلوگیری از سوءاستفاده از حق، محدودکننده مالکیت است (کنعانی، ۱۳۸۷، ۱۵۷).

۲-۳. محدودیت‌های ناشی از ضرورت‌های اجتماعی

دولت به نمایندگی از جامعه می‌تواند به واسطه ضرورت‌های اجتماعی، سلطنت مالک بر مالش را از بین ببرد یا در مواردی آن را محدود کند. بدیهی است که حاکم اسلامی می‌تواند در اداره جامعه، تحقق بخشیدن به عدالت اجتماعی، حل مشکلات اقتصادی و اجتماعی و به طور کلی ایجاد نظم و انضباط اجتماعی در جامعه، از احکام و قواعد ثانوی به‌عنوان ابزار کار بهره‌مند شود (کلاتری، ۱۳۷۸، ۹۳). بنابراین، ضرورت‌های اجتماعی موجب می‌شود که جهت جلوگیری از هلاکت جامعه، اصل «الناس مسلطون علی اموالهم» محدود شود و از دایره آزادی مالک کاسته شود (خردمندی، ۱۳۸۶، ۲۳۹).

چالش‌های فقهی
مالکیت شهری، مبتنی
بر ماده ۳۸ قانون مدنی
ایران

۱۳

۳-۳. محدودیت‌های ناشی از مصالح اجتماعی

از جمله اصلی‌ترین دلایل مشروعیت سلب مالکیت، حفظ مصالح عمومی و ارجحیت آن نسبت به مصالح فردی است. با توجه به این عنصر، دولت اسلامی می‌تواند در صورت لزوم، به سلب مالکیت خصوصی دست بزند و اولویت را حفظ مصالح عمومی قرار دهد. بر همین اساس، اگرچه در تعالیم اسلامی، مالکیت شخصی و حقوق افراد به‌طور جدی مورد احترام قرار گرفته‌است، ولی در هنگام تزاخم و تقابل مصلحت عمومی با مصلحت فردی، مصالح عامه بر مصالح شخصی ترجیح داده می‌شود و حکومت اسلامی خود را موظف به حمایت از منافع عامه در مقابل منافع فردی می‌داند (طوسی، ۱۳۸۷، ۳/۳۱۹).

به اعتقاد برخی از مفسرین، احکام حکومتی که از سوی قانونگذار وضع می‌شود،

برحسب مصلحت وقت و در سایه قوانین شریعت اتخاذ می‌شود. این مقررات همچون قوانین شریعت، معتبر و لازم‌الاجرا است، با این تفاوت که قوانین شریعت، ثابت و غیرقابل تغییر است در حالی که قوانین و مقررات وضعی، قابل تغییر و از نظر ثبات و بقا، تابع مصلحتی هستند که آن‌ها را به وجود آورده است. حال، از آن جایی که زندگی جامعه اسلامی پیوسته در حال تحول و رو به تکامل است، پس طبیعتاً این قوانین و مقررات نیز تدریجاً تغییر و تحول می‌یابند و جای خود را به احکام بهتر از خود می‌دهند (طباطبایی، ۱۳۴۱، ۸۴).

۴. الزامات ماده ۳۸ قانون مدنی

ماده ۳۸ قانون مدنی مقرر کرده است:

«مالکیت زمین، مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هر کجا بالا رود و همچنین است نسبت به زیرزمین و بالجمله مالک، حق همه گونه تصرف در هوا و قرار دارد، مگر آنچه را که قانون استثنا کرده باشد». بنابراین لازمه این ماده موارد ذیل است.

۱-۴. سلطنت بر مال

در تدوین ماده ۳۸ قانون مدنی، قاعده تسلط در فقه «الناس مسلطون علی اموالهم» مدنظر بوده است. «قاعده تسلط» که از آن به قاعده «سلطنت» نیز تعبیر می‌شود، اشاره به تصرف مطلق مالک در ملک خود دارد، به این معنا که حق هرگونه تصرفی اعم از مادی و حقوقی برای مالک در نظر گرفته شده است و کسی نمی‌تواند مانع تصرفات شرعی و قانونی مالک در ملک خود شود و این حکایت از تسلط کامل مالک بر ملک خود دارد (محقق داماد، ۱۳۸۶، ۲۲۵). بنابراین هرگاه شک شود که مالک حق تصرف و تسلط بر ملکش را داشته یا خیر؟ می‌توان با تمسک به این قاعده، شک را برطرف کرد و متقابلاً جواز را ثابت نمود (نجفی، ۱۳۷۴، ۲۷، ۱۳۸).

۱-۴-۱. **انحای تسلط بر مال**: انحای تسلط بر مال عبارت است از:

الف. تصرف مالک در ملک خود: طبق بنای عقلا، مالک بر اموال خویش سلطنت مطلق دارد که این سلطنت شامل هرگونه تصرفی در مال می‌شود، البته

جستارهای

فقهی و اصولی

سال هشتم، شماره پیاپی ۲۶

بهار ۱۴۰۱

۱۴

تصرف تا جایی که قانونگذار از آن منع نکرده باشد. از آن جا که کلیه تصرفات مالک در ملک خود مجاز و مشروع است، پس مالک می‌تواند با اراده خویش، اجازه تصرف در مال را به دیگری بدهد که به این ترتیب، تصرفات شخص مأذون نیز در مال مجاز و مشروع خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۸۶، ۲۳۰).

ب. منع دیگران از تصرف در مال: همان‌طور که مالک می‌تواند اجازه تصرف در مالش را به دیگران دهد، متقابلاً می‌تواند از تصرف دیگران در اموالش نیز جلوگیری کند. از سوی دیگر، چنانچه دیگران بخواهند بدون اذن و رضایت مالک، در مال او تصرف کنند یا مانع استفاده مالک از مالش شوند، این تصرفات ممنوع و غیر مشروع خواهد بود و در صورت ورود خسارت، ملزم به جبران خسارت خواهند بود (محقق داماد، ۱۳۸۶، ۲۳۱).

۲-۱-۴. ادلة قاعدة تسلط: درباره این قاعده به چهار دلیل استناد شده است:

الف. قرآن: اگرچه صراحتاً به عنوان قاعده تسلط در قرآن اشاره نشده است، ولی تمام آیاتی که بر احترام مال دیگران، حرمت ظلم و غصب و تعدی به اموال دیگران، لزوم حفظ اموال یتیمان و... دلالت دارند، به این نکته اشاره دارند که مردم بر اموالشان تسلط دارند و کسی نمی‌تواند بدون اذن مالک، در اموال او تصرف کند یا مزاحم تسلط مالک بر مالش شود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ۱۹/۲).

ب. روایات: از جمله مستندات این قاعده روایتی است که به تواتر از شیعه و سنی نقل شده است و این روایت روایت نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» است (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۳ق، ۲۰۸/۳؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ۱۷۶/۳). اگرچه برخی از فقها این روایت را مرسل و ضعیف دانسته‌اند (خویی، ۱۴۱۲ق، ۹۹/۲) اما برخی دیگر از فقیهان تصریح کرده‌اند که استناد به این روایت در ابواب مختلف فقهی و عمل فقهی قدیم و جدید بر طبق آن، موجب جبران ضعف آن شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ۲۱/۲). حال به موجب این روایت، هر مالکی بر مال خود تسلط دارد و هیچ کس حق ندارد مانع این تصرفات مالکانه شود.

ج. دلیل عقل و بنای عقلا: مهم‌ترین دلیل بر حجیت قاعده، دلیل عقل و بنای عقلا است. چنان‌که عقلا هر جامعه‌ای - اعم از مسلمان و غیرمسلمان - قائل اند

به این که مالک می‌تواند هرگونه تصرفی در ملک خود انجام دهد، مگر تصرفی که به موجب شرع یا قانون معتبر، از آن منع شده باشد. تا جایی که گفته شده است این قاعده قبل از این که شرعی یا عقلایی باشد فطری است و ریشه در اعماق فطرت عقلا دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ۲/۲۹). برخی دیگر از فقها نیز این قاعده را قاعده‌ای مستفاد از عرف می‌دانند (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ۳/۸۵) که به امضای شارع رسیده است، چراکه عرف و عقلا نیز مالک را مسلط بر مال خود می‌دانند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ۲۲۱/۵).

د. اجماع: بر مدلول این قاعده بین فقها اعم از شیعه و سنی تسالم و اتفاق نظر وجود دارد تا جایی که برخی از آنان به وجود اجماع بر مدلول قاعده تصریح کرده‌اند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۹/۲۱۴؛ مصطفوی، ۱۴۱۷ق، ۱۳۸؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۲۲/۶۰۴).

۲-۴. مالکیت تبعی بر فضا و اعماق زمین

مالکیت بر فضا و زیر زمین از مصادیق مالکیت تبعی است (بیات، فرهاد و شیرین بیات، ۱۳۹۴، ۳۴) و هرگاه مالکیت بر اشیا به تبع مالکیت بر شیء اصلی برای شخص مالک ایجاد شود، مالکیت تبعی نامیده می‌شود (خرمدندی، ۱۳۸۶، ۷۱). در تدوین ماده ۳۸ قانون مدنی، قاعده فقهی «مَنْ مَلَكَ اَرْضًا مَلَكَ الهَوَاءَ الیٰ عَنانِ السَّمَاءِ وَّالْقَرَارَ الیٰ تَخْوَمِ الارضِ» (نجفی، ۱۳۷۴ق، ۲۶/۲۵۶) نیز مدنظر بوده است، به این معنا که کسی که مالک زمینی است تا عنان السماء (ثریا) و تخوم الارض (آخرین حد زمین که منتهی الارض است) را هم مالک است، بنابراین لازمه این ماده، مالکیت تبعی بر فضا و اعماق زمین است (بیات، فرهاد و شیرین بیات، ۱۳۹۴، ۳۴) که به تبع مالکیت بر شیء اصلی، برای مالک ایجاد می‌شود (خرمدندی، ۱۳۸۶، ۷۱). فقهای شیعه با استناد به قاعده «مَنْ مَلَكَ اَرْضًا مَلَكَ الهَوَاءَ الیٰ عَنانِ السَّمَاءِ وَّالْقَرَارَ الیٰ تَخْوَمِ الارضِ» قائل به مالکیت نامحدود مالک بر فضا و قرار زمین شده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ۸/۸؛ عاملی، ۱۴۱۰، ۷/۳۴۷؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ۱۲/۲۷۳؛ اصفهانی، ۱۴۰۵ق، ۱۷۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۲۱/۱۱۲؛ خوبی، ۱۴۱۲ق، ۲/۱۶۸؛ شیرازی، ۱۴۱۷ق، ۸/۴۲۳؛ امامی خوانساری، ۱۴۲۷ق، ۳۵۷) و حتی بر این مالکیت بی‌حد و حصر مالک، ادعای اجماع کرده‌اند (عاملی، بی‌تا، ۲/۴۹۲) و بر این

جستارهای
فقهی و اصولی
سال هشتم، شماره پیاپی ۲۶
بهار ۱۴۰۱
۱۶

ادعای خود دلایلی را ذکر کرده‌اند. از جمله:

۱. **استناد به قاعده تسلط:** برطبق قاعده تسلط که برگرفته از حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» است (مجلسی، ۱۴۰۴.ق. ۲/۲۷۲) هر مالکی نسبت به آنچه مالک است، حق هرگونه تصرفی اعم از تصرف مادی و حقوقی را دارد و از طرفی، کسی نمی‌تواند مانع تصرفات مالک در ملکش شود، چرا که منع مالک از تصرفات مالکانه شرعاً حرام و ممنوع است و این نوع تصرفات، موافق با قاعده «من ملک ارضاً ملک الهواء...» است (نجفی، ۱۳۷۴، ۳۵۱/۷). براساس مفاد این قاعده، نوعی مالکیت نامحدود برای مالک از حیث عمق تا هسته زمین و از حیث ارتفاع تا بی‌نهایت در نظر گرفته شده‌است که این سلطنت از جمله احکام عقلایی و مورد تأیید شارع است (موسوی خمینی، ۱۳۶۷، ۱۰/۱).

۲. **استناد به قاعده احترام:** برطبق قاعده احترام که برگرفته از حدیث «حُرْمَةُ مَالِ الْمُسْلِمِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ» است (علامه حلی، ۱۳۸۸، ۱۶۷/۱۷) اموال اشخاص محترم است و در حمایت قانون قرار دارد (نجفی، ۱۳۷۴، ۵۵۹/۴) و هرگونه تعرض به آن حرام و موجب ضمان است (محقق داماد، ۱۳۸۶، ۲۲۹)، زیرا تصرف در ملک غیر از نظر عقل و شرع قبیح است (موسوی خمینی، ۱۳۶۷، ۱۰/۱).

۳. **استناد به قاعده تبعیت:** برطبق قاعده تبعیت، هرکس مالک مالی (زمین) شد، مالک توابع و ملحقات آن (فضا و قرار) هم خواهد بود، مگر این که خلاف آن ثابت شود (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ۱۴۹۸/۳).

۴. **استناد به قاعده ید:** برطبق قاعده ید، ید به معنای سلطه و استیلا بر مال است، به طوری که مالک حق هرگونه تصرف و انتفاع از مال را داشته باشد (محقق داماد، ۱۳۸۶، ۲۷). درباره زمین هم چون زمین در اختیار مالک است، پس حق هرگونه استیلا و انتفاع از آن را خواهد داشت.

حال با توجه به این که در ماده ۳۸ قانون مدنی به طور مطلق از حق مالکیت سخن گفته شده‌است، اطلاق ماده ایجاب می‌کند که هر منفعتی که در اعماق زمین یا فضای بالای ملک وجود داشته باشد، متعلق به صاحب زمین باشد، از جمله گنجی که در این زمین یافت می‌شود. همچنین تصرف در فضا نیز اگر برای مالک ملک

مقدور باشد، به موجب اطلاق ماده، مشروع و مجاز خواهد بود (سلطانیان، ۱۳۸۹، ۲۶). بنابراین در تحلیل این ماده گفته شده است: مالکیت شخص بر زمین مستلزم مالکیت او بر اعماق زمین و فضای بالای ملک است و تنها محدود به سطح زمین نمی شود. از این رو مالک حق دارد به حفر چاه های عمیق و استخراج معادن در ملک خود پردازد و همچنین در فضای بالای ملک به ایجاد ساختمان چند طبقه پردازد یا این حق را به دیگری واگذار کند تا جایی که حق دارد از عبور سیم های برق و تلفن دیگری بر روی ملک خود جلوگیری کند (امامی، ۱۳۶۸، ۴/۴؛ صفایی، ۱۳۸۹، ۱/۱۲۸)، اما این که حدود این مالکیت تا کجاست، به عرف مراجعه می شود (خردمندی، ۱۳۸۶، ۸۰).

۱-۲-۴. دیدگاه های مطرح درباره مالکیت فضای محاذی زمین: در این

خصوص، شش دیدگاه بین فقیهان و حقوق دانان وجود دارد.

۱. **نفی مالکیت فضا و قرار:** برطبق این دیدگاه که بر پایه نگرش مالکیت جمعی و لغو مالکیت خصوصی استوار است، برخی از نظام های حقوقی معتقدند که فضاهای زیرسطحی و فراسطحی در مالکیت بخش عمومی است و بخش خصوصی فقط می تواند نسبت به سطح زمین حقوق مالکانه داشته باشد، زیرا هر نوع اموال و دارایی که به نحوی واجد منفعت عمومی باشد، در زمره اموال ملی به شمار می آید. پس فضا و قرار زمین در تملک دولت است تا دولت بتواند منافع این اموال را بین مردم تقسیم کند و برای استفاده و تسهیل در ارائه خدمات عمومی از آن بهره برداری کند (ITA, 1991, 200).

براساس چنین دیدگاهی مالکیت بخش خصوصی بر فضا و قرار زمین نفی می شود و دولت به عنوان مالک منحصر و «فعال ما یشاء»، قادر خواهد بود هرگونه تصرفی را در فضاهای فراسطحی و زیرسطحی تا هر ارتفاع و عمقی که بخواهد انجام دهد و بر این اساس، احداث تونل و حفر چاه های آبرسانی، بهره برداری از ذخایر زیرزمینی و عبور و مرور هواپیماها و... با هیچ محدودیتی روبرو نخواهد بود.

۲. **قلمرو محدود:** براساس این دیدگاه، مالک زمین به قدر حاجت و نه بیشتر از آن، می تواند به بهره برداری از فضاهای سطحی و زیرسطحی پردازد و مازاد بر

آن، دارایی ملی و جزو انفال و مباحات محسوب می‌شود و در اختیار و تصرف دولت خواهد بود. میزان مالکیت مالک بر فضاهای زیرسطحی و فراسطحی براساس معیارهای عرفی و قدرمیتین نیازهای متعارف مالکان اراضی تعیین می‌شود و مازاد بر آن، به‌عنوان منابع ملی به‌شمار می‌آید (مظفری، ۱۳۹۳، ۱۲۵).

۳. قلمرو نامحدود: برطبق این دیدگاه، برخی از نظام‌های حقوقی، مالکیت آزاد و نامحدود مالک را نسبت به فضا و قرار زمین پذیرفته‌اند و معتقدند که مالک می‌تواند بدون هیچ محدودیتی تا هر ارتفاع و عمقی که تمایل داشته باشند، به بهره‌برداری از زمین خود بپردازد. آنان درحقیقت، مالکیت خصوصی اشخاص را نسبت به عرصه و توابع آن، مطلق و انحصاری و دائمی می‌دانند و این سه ویژگی برجسته را که حقوق بنیادی مالکیت را تأمین می‌کند، به فضا و قرار زمین نیز تعمیم می‌دهند و ضمن مشروع دانستن تصرفات نامحدود مالک، هرگونه تجاوز اشخاص حقیقی و حقوقی را تعرض به حقوق مالکانه می‌دانند (Tomas, 1979, 155).

۴. قلمرو مشترک: طبق این دیدگاه، با توجه به این که بخش عمده‌ای از فضا و قرار املاک، جهت ارائه خدمات شهری مورد استفاده عموم قرار می‌گیرد و از سوی دیگر، اصول و قواعد حاکم بر مالکیت خصوصی اشخاص نسبت به فضا و قرار، محدودیت‌هایی را ایجاد کرده‌است، بنابراین به منظور رفع تعارض بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی، نوعی مالکیت مشاع برای صاحبان املاک و متولیان حقوق عمومی نسبت به فضا و قرار زمین در نظر گرفته شده‌است. با پذیرش این دیدگاه، بخش خصوصی و عمومی توأمان و صرفاً در فضاهای فراسطحی و زیرسطحی به‌طور مشترک مالکیت دارند (میرزایی، شجاعی، ۱۳۹۶، ۱۸۹).

۵. قلمرو مشروط: براساس این دیدگاه، برخی از نظام‌های حقوقی قائل به مالکیت مشروط هستند و حقوق صاحبان زمین را اعم از سطح زمین و قسمت‌های فراسطحی و زیرسطحی شامل می‌دانند، ولی برای اعمال تصرفات مالکانه در توابع زمین، قائل به رعایت ضوابط و شرایط قانونی هستند که تخطی از آن را واجد ضمانت اجرا می‌دانند (مظفری، ۱۳۹۴، ۱۲۷).

برطبق این دیدگاه، اصل مالکیت بر فضا و قرار زمین پذیرفته شده‌است، اما

مالکیت مذکور، مطلق نیست، بلکه مشروط به رعایت شروط و مقرراتی ویژه است که تخطی از آن موجب محدودیت در اعمال حقوق مالکانه می‌شود.

۶. قلمرو توأم با حق ارتفاق: طبق این دیدگاه، قلمرو فضا و قرار زمین به دو بخش تقسیم می‌شود: آن قسمتی که متصل به سطح زمین است و تا عمق و ارتفاع متعارف ادامه دارد، در اختیار و تصرف مالک است و مالک می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن انجام دهد، اما آن قسمتی که از عمق و ارتفاع متعارف شروع می‌شود و تا بی‌نهایت ادامه می‌یابد، اگرچه از حیث حقوقی در ملکیت صاحب زمین است، ولی دولت در این بخش از مایملک اشخاص، حق ارتفاق دارد و براساس این حق امکان ارائه خدمات عمومی از جمله احداث خطوط مترو، مونوریل یا تونل‌های ترافیکی و... فراهم می‌شود. حُسن این دیدگاه در حفظ احترام نسبی در مالکیت خصوصی اشخاص و در عین حال، ارائه راهکار حقوقی مناسب جهت تأمین رفاه اجتماعی و هم‌سو شدن با مدیریت شهری است (میرزایی، شجاعی، ۱۳۹۶، ۱۹۲).

با توجه به تقدّم و ترجیح بخش عمومی بر بخش خصوصی، در هنگام تعارض میان منافع بخش عمومی و بخش خصوصی، جهت ضرورت ارائه خدمات عمومی و در دسترس نبودن این قسمت از فضاها برای مالکین خصوصی، می‌توان قائل به پذیرش این دیدگاه شد و مقاله مذکور نیز براساس این دیدگاه پیش می‌رود.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال هشتم، شماره پیاپی ۲۶
بهار ۱۴۰۱
۲۰

۵. چالش‌های وارده بر ماده ۳۸ قانون مدنی، در خصوص مالکیت شهری

از آنجایی که در محدوده مالکیت شهری دو مبحث تصرف در فضا و قرار زمین از طریق ساخت انبوه‌سازی متعارف از طرف مالک و ساخت مترو در اعماق زمین و عبور منوریل، تاکسی هوایی و هواپیماها بر فراز آسمان از سوی دولت مطرح می‌شود، پس در همین راستا چالش‌هایی بر ماده ۳۸ وارد می‌شود. از جمله:

۱-۵. تعارض قاعده تسلط با حرمت اضرار به غیر

مبتنی بر الزامات این ماده، اگرچه مالکین بر اموال خود سلطنت مطلق دارند و هیچ‌گونه محدودیت و مانعی برای آن‌ها وجود ندارد، اما این تصرفات مطلق ممکن است به افراد دیگر از جمله اجتماع و دولت ضرر وارد کند، از این رو باید این تصرفات

را محدود به مصالح اجتماعی و برطبق قانون کرد. بنابراین در حقوق اسلام در مقابل قاعده تسلط که ناظر بر اختیار ظاهراً بی حد و حصر مالک است، حرمت اضرار به غیر وجود دارد که گاه در تعارض با قاعده تسلط است. مثلاً در موردی که مالک بر مبنای سلطه مالکانه اش می خواهد از زمین خود استفاده کند و طبقاتی بسازد که مانع تابش خورشید به ساختمان های هم جوار شود یا موجب ازدحام بیش از حد در محل شود و رفاه و آسایش آنان را برهم زند، در اینجا تراحم دو قاعده تسلط و حرمت اضرار به غیر مطرح می شود (هاشمی و تقی زاده، ۱۳۹۳، ۱۶۲).

بنابراین، ماده ۱۳۲ قانون مدنی که بیان می کند: «کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم ضرر همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد» را می توان مقید ماده ۳۸ قانون مدنی دانست. در توضیح ماده فوق آمده است: شخص متصرف ممکن است در ملک خود تصرفاتی نماید که در ادامه به آن اشاره می شود.

الف. تصرفاتی که در نتیجه آن، ضرر و زیانی به غیر وارد نیاید که در این مورد قاعده تسلط حکومت دارد و هیچ گونه منع قانونی در این امر وجود ندارد، خواه متعارف یا نامتعارف باشد مثل این که فرد در ویلای بزرگ خودش صدای تلویزیون را زیاد کند.

ب. تصرفاتی که موجب ضرر به غیر شود و بیش از حد متعارف باشد. در این مورد، تقدّم با قاعده لاضرر است و هیچ مالکی اجازه نخواهد داشت برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود، به زیان دیگری اقدام کند. ملاک تشخیص این که تصرف به قدر متعارف بوده یا خیر، رجوع به «عرف محل» است. ممکن است در محلی، ساختن عمارت پنج طبقه غیر متعارف باشد ولی در محل دیگر متعارف به شمار آید.

ج. تصرفاتی که موجب ضرر به غیر شود و در عین حال در حد متعارف باشد که در این صورت چنانچه مالک در ملک خود تصرفی به قدر متعارف نماید که برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود باشد و از این تصرف خسارتی به غیر وارد آید، مسئول نیست. مثلاً اگر برای دفع فاضلاب با اجازه مسئولان شهری، چاه استناداری

در ملک خود حفر کند ولی این چاه باعث آلودگی آب چاه همسایه شود و از طرفی دفع فاضلاب به نحو دیگری ممکن نباشد، این تصرف مجاز خواهد بود. ولی اگر تصرفاتی که در حد متعارف است و موجب زیان به غیر می شود، برای رفع حاجت و یا رفع ضرر مالک نباشد، مجاز نخواهد بود. چنین تصرفی در اصطلاح حقوقی، «سوءاستفاده از حق» نامیده می شود و مجاز نخواهد بود (هاشمی و تقی زاده، ۱۳۹۳، ۱۶۲)، چنان که اصل ۴۰ قانون اساسی با تأکید بر «ممنوعیت سوءاستفاده از حق» گفته است: «هیچ کس نمی تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». حال با توجه به اصل ۴۰ قانون اساسی و مادهٔ ۱۳۲ قانون مدنی، تصرف مالک در ملک خود به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود، حتی اگر مستلزم ورود خسارت به غیر باشد، باعث اثبات مسئولیت برای مالک نمی شود، ولی اگر تصرف زیان آور او واجد دو شرط مذکور نباشد و صرفاً به قصد اضرار به غیر و بدون احتیاج باشد، باعث اثبات مسئولیت برای مالک می شود (بهرامی، ۱۳۹۱، ۴۶۹).

حتی مادهٔ ۱۳۱ قانون مدنی در تعرض غیرارادی به فضا و قرار ملک مجاور مقرر کرده است:

«اگر شاخهٔ درخت کسی داخل در فضای خانه یا زمین همسایه شود، باید از آن جا عطف کند و اگر نکرد، همسایه می تواند آن را عطف کند و اگر نشد از حد خانهٔ خود قطع کند و همچنین است حکم ریشه های درخت که داخل ملک غیر می شود».

طبیعی است که با ملاک فوق، همسایه این حق را دارد که از عبور دادن سیم های برق، تلفن و غیره نیز در ملک خود امتناع ورزند.

حال در خصوص مادهٔ ۳۸ قانون مدنی، این چالش مطرح می شود که سلطنت مطلق مالک بر ملک خود در عمل، مستلزم ضرر دیگران از جمله افراد اجتماع و دولت است. پس به نظر می رسد که اطلاق مادهٔ مزبور که مستلزم سلطنت مطلق بر مال است با حرمت اضرار به غیر تقیید خورده است، زیرا مدرک قاعدهٔ سلطنت، حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» است که از عموم این حدیث چنین

استفاده می‌شود: هر فردی از افراد مردم، سلطنت مطلقه تامه به جمیع انحاء بر تمام انواع و افراد اموال خودشان دارند. مدرک حرمت اضرار به غیر نیز حدیث نبوی «لاضرر و لااضرار» است که مبتنی بر این است: اولاً هیچ کس نباید به دیگری ضرر برساند و اگر ضرر وارد ساخت و آن ضرر قابل تدارک باشد، واجب است آن را تدارک نماید. ثانیاً هرگاه تصرف در مال خود موجب ضرر دیگری (از جمله همسایه) شود، در این صورت مالک ممنوع از تصرف خواهد بود (حائری شاه باغ، ۱۳۸۲، ۷۴/۱). بنابراین، حکومت‌ها می‌توانند برای رعایت مصالح عمومی و اجتماعی، مالکیت خصوصی و شخصی افراد را که برطبق قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» مورد حمایت قانون و مصون از تعرض است، مورد دست‌اندازی قرار دهند و در مواردی آن را سلب یا محدود کنند (خردمندی، ۱۳۸۶، ۲۶۱). بنابراین، مستند تقدم حرمت اضرار به غیر بر قاعده تسلط، حکم شرع است. مبتنی بر همین، قاعده لااضرر است که در ذیل ماده ۳۸ قانون مدنی آمده است: «مگر آنچه را که قانون استثنا کرده باشد» و ماده ۱۳۲ ق.م که بیان می‌دارد: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم ضرر همسایه شود...» را می‌توان تقییددهنده ماده ۳۸ قانون مدنی دانست. پس به نظر می‌رسد ضرورت دارد مقرراتی وضع شود که از ضرر دیگران جلوگیری کند. کما این که مطابق مقررات شهرداری، احداث طبقات منوط به رعایت ضوابط و محدودیت‌هایی پیش‌بینی شده است. یا این که به دلیل همین مالکیت، کسی نمی‌تواند بدون اجازه مالک، سیم و لوله و کانال از زیرزمین او عبور دهد یا چاهی حفر نماید (صفایی، ۱۳۸۹، ۱۲۸/۱).

۲-۵. منافع عمومی و ثروت عمومی بودن فضا و اعماق زمین و تعارض آن با

قاعده تسلط

از جمله الزامات ماده ۳۸ قانون مدنی، تصرف مطلق مالک در ملک خود بود که این حق تصرف، به فضا و اعماق زمین نیز سرایت می‌کرد، تا جایی که برخی در تحلیل ماده ۳۸ قانون مدنی گفته‌اند: حق مالکیت مالک بر فضا و قرار زمین از جمله حقوق انحصاری است، به این معنا که برای مالک این حق را ایجاد می‌کند که از

عبور لوله آب یا سیم‌های برق و تلفن در اعماق یا فضای زمین خود جلوگیری کند. حال این سوال مطرح می‌شود که آیا قانونگذار می‌تواند برای حفظ منافع عمومی، اختیار مالک را محدود کند؟ به طوری که از باب رعایت نظم عمومی، مالکان خصوصی را وادار کند که راه عبور هوایی را در فضای خود بپذیرند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱۶۳). این امر اگرچه در ظاهر در تعارض با قاعده تسلط قرار می‌گیرد، ولی در صورت تراحم میان اهم و مهم، اهم مقدم می‌شود و لازم است منافع عمومی بر منافع شخصی ترجیح داده شود.

در تبیین این مطلب گفته شده است: اعماق زمین تابع ظاهر زمین نیست و مالکیت خصوصی برای صاحب زمین ایجاد نمی‌کند، بلکه به استناد حدیث «من أحيى أرضاً ميتاً فهي له»، حیازت فقط شامل ظاهر زمین می‌شود و بهره‌برداری از اعماق زمین فقط در حد سرداب و چاه آب پذیرفته است، اما معادن باطنی از قبیل طلا و نقره و غیره از ملکیت شخصی خارج است و جزو مباحات به‌شمار می‌آید که بهره‌برداری از آن نه تنها برای مالک زمین بلکه برای غیر مالک نیز مباح و مشروع است (خویی، بی تا، ۶۰). اما از آنجایی که روایت اطلاق ندارد، چه براساس عرف، قائل به مالکیت لایه‌های نزدیک به سطح زمین شویم و چه براساس سیره عقلایی، قائل به مالکیت تبعی در لایه‌های زیرین زمین شویم، باز چاره‌ای جز اکتفا به قدر متیقن (در حد سرداب و چاه آب) نداریم (سلطانیان، ۱۳۸۹، ۲۲۰). امام خمینی نیز با تکیه بر عرف، در حد احتیاجات عرفی، حدود مالکیت اشخاص بر اعماق زمین و فضا را مشخص می‌کند و قائل است به این که معادنی همچون نفت و گاز اگرچه در املاک شخصی یافت شود، جزو معادن ملی و ثروت‌های عمومی به‌شمار می‌آید و متعلق به همه افراد ملت در زمان حال و آینده است و به صرف مالکیت شخصی افراد بر زمین، نمی‌توان قائل به تبعیت این معادن از املاک شخصی شد (موسوی خمینی، ۱۳۸۷، ۱۵۵/۲۰).

بنابراین با توجه به اطلاق ماده فوق، این چالش مطرح می‌شود که طبق سیره عقلا، فضای بالای زمین یا مقداری که بسیار پایین‌تر از سطح زمین است، عرفاً تابع زمین به‌شمار نمی‌آید و مالکیت زمین موجب مالکیت بر فضا و قرار زمین نمی‌شود، تا جایی که کسی بگوید: عبور هواپیماها از بالای زمین، نیاز به کسب اجازه از

جستارهای

فقهی و اصولی

سال هشتم، شماره پیاپی ۲۶

بهار ۱۴۰۱

۲۴

صاحب ملک را دارد، زیرا دلیل احیا، به این موارد تسری نمی‌یابد، بلکه فضا و قرار زمین، تحت عنوان همان مباحات اولیه باقی می‌ماند (خوبی، ۱۴۱۸ق، ۵۷/۲۵). توضیح مطلب این‌که: ملکیت امری عقلایی و تابع عرف است و برطبق بنای عقلا مالکیت بر زمین شامل مالکیت تا عنان السماء نمی‌شود، به طوری که اگر هواپیماها یا سفینه‌های فضایی از بالای شهرها حرکت کنند، کسی بگوید در ملک دیگران حرکت کرده‌اند و حرکت آن‌ها بدون رضایت مالک بوده و مجاز نیست یا این‌که اگر بخواهند در اعماق زمین مترو بسازند رضایت صاحب‌خانه‌ها را لازم بدانند (مکارم شیرازی، ۱۳۹۶، ۳۵۴). این‌که بنای عقلا نسبت به آن اعماق ثابت نیست، شاید به جهت این باشد که از مسائل مستحدثه است و گر نه در موضوع چاه که از مسائل مستحدثه نیست، ظاهراً میان کم‌عمق و عمیق آن از نظر عقلا فرقی نیست (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۱، ۶۲/۱). شاهد مطلب آن‌که مالک یک زمین نمی‌تواند از هواپیمایی که در فاصله چند هزار پایی ملک او پرواز می‌کند شکایت کند و تغییر مسیرش را خواستار شود. بنابراین بین اعماق چندصدمتری زمین یا ارتفاعات خارج از دسترسی یک زمین با آن قطعه زمین، رابطه و تبعیتی برقرار نیست. بعد از نفی تبعیت، طبعاً اگر شیئی در محدوده خارج از تملک یک ملک واقع شود، از مباحات اصلی به‌شمار می‌آید.

بنابراین در عصر حاضر با توجه به اکتشافات جدید و پیشرفت‌های علمی دیگر نمی‌توان به‌طور مطلق از حق مالکیت سخن گفت. بلکه امروزه که در سایه پیشرفت‌های علمی، افراد قادر به ساختن مترو در عمق شصت‌متری زمین هستند یا هواپیماها قادر به پرواز بر فراز آسمان‌ها هستند، دیگر نمی‌توان این موارد را موکول به اذن و رضایت مالک دانست، زیرا ضروری برای آن‌ها به همراه ندارد (سلطانیان، ۱۳۸۹، ۲۱۱). در نتیجه با توجه به مقتضیات زمان می‌توان حکم اولیه «مالکیت خصوصی بر فضا و اعماق زمین واقع در املاک شخصی» را تبدیل به حکم ثانویه «مشمول انفال و ثروت‌های عمومی بودن» کرد و حق استفاده از آن را برای عموم مردم در نظر گرفت و به این ترتیب، اطلاق ماده ۳۸ قانون مدنی در بحث مالکیت بر اعماق زمین یا فضا را با چالش مواجه ساخت.

در تأیید سخن بالا، به روایتی از امام صادق علیه السلام استناد می‌شود. امام صادق علیه السلام

به ابا سیار (مسمع بن عبدالملک) فرمودند:

«یا ابا سیار، إن الأرض كلها لنا، فما أخرج الله منها من شيء فهو لنا؛ ای ابا سیار، همانا تمام زمین متعلق به ماست و آنچه خداوند از آن خارج نموده است نیز متعلق به ماست» (کلینی، ۱۳۸۸ق، ۴۰۸/۱). به استناد این روایت، براساس یک قاعده کلی می توان گفت تمام اموال و املاکی که خداوند در اختیار بشر قرار داده است و از اموال عمومی و ملی به شمار می آید، از مصادیق انفال خواهد بود. بنابراین، اموالی که در زمان های گذشته مالیت آن شناخته نشده بود و امروز جزو اموال با ارزش به حساب می آید، مانند معادن زیرزمینی همچون نفت، گاز، یخار و اورانیوم جزو انفال هستند. همین طور اموالی که ممکن است در سایه پیشرفت علم و تکنولوژی کشف شود، مانند مالکیت گرات دیگر همچون کره ماه و مریخ و مشتری و ذخایر آنها نیز از جمله انفال خواهد بود (حسینی مقدم، ۱۳۹۰، ۳۰۳/۱).

بنابراین اگرچه به موجب حکم اولیه اسلام، مالکیت نامحدود مالک بر فضا و قرار زمین مشروع شناخته شده است، ولی قانونگذار اسلامی می تواند براساس مقتضیات زمانی و مکانی با وضع احکام ثانویه به محدودسازی مالکیت خصوصی افراد پردازد که در ادامه به دلایل فقهی مشروعیت این محدودسازی و نقد و تحلیل آن پرداخته می شود.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال هشتم، شماره پیاپی ۲۶
بهار ۱۴۰۱
۲۶

۱. به استناد حدیث «من أحيى أرضاً ميتاً فهي له»، حیات فقط شامل ظاهر زمین می شود و بهره برداری از اعماق زمین فقط در حد سرداب و چاه آب پذیرفته است، اما معادن باطنی از قبیل طلا و نقره از ملکیت شخصی خارج است (خویی، بی تا، ۶۰) و از آن جایی که روایت اطلاق ندارد، چه براساس عرف قائل به مالکیت لایه های نزدیک به سطح زمین شویم و چه براساس سیره عقلانی قائل به مالکیت تبعی در لایه های زیرین زمین شویم، باز چاره ای جز اکتفا به قدر متیقن «در حد سرداب و چاه آب» نداریم (سلطانیان، ۱۳۸۹، ۲۲۰).

۲. از آن جایی که وضع احکام در شرع مقدس اسلام تابع مصالح و مفاسد است، گاهی ضرورت و مصلحت ایجاب می کند که برای رعایت مصالح عموم و جلوگیری از ایجاد هرج و مرج در سطح جامعه منافع عمومی بر منافع شخصی ترجیح

داده شود و حدود مالکیت خصوصی افراد محدود شود (صدر، ۱۳۸۲، ۶۱/۲) که از آن جمله محدودیت مالکیت مالک بر فضا و قرار زمین است که خارج از احتیاجات عرفی است (موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ۵۸۷/۲).

۳-۵. افزایش موارد مستثنا نسبت به مستثنا منه

در ماده «۳۸» قانون مدنی که مقرر شده است:

«مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هر کجا بالا رود و همچنین است نسبت به زیرزمین و بالجمله مالک حق همه گونه تصرف در هوا و قرار زمین را دارد، مگر آنچه را که قانون استثنا کرده باشد» اگر در مقابل مطالب فوق الذکر گفته شود قانون گذار در بخش پایانی این ماده با آوردن قید «مگر آنچه را که قانون استثنا کرده باشد» خواسته های مطروح شده را تأمین نموده است، اما در جواب باید گفت: با توجه به محدودیت هایی که امروزه از سوی قانون در خصوص تصرف در فضا و اعماق زمین در نظر گرفته شده است و همچنین با توجه به قوانین شهرداری درباره ساخت مترو، منوریل و انبوه سازی های متعارف و... و نیز احکام حکومتی در خصوص انفال، عملاً جایی برای عمل به اطلاق این ماده باقی نمی ماند. و از آن جا که مستثنا بیشتر از مستثنا منه شده است و این مستلزم تخصیص اکثر است که از نظر اصولی قبیح است، بنابراین بهتر است در ماده ۳۸ قانون مدنی بازنگری جدی ای صورت پذیرد.

نتیجه گیری

اگرچه لازمه اجرای ماده ۳۸ ق.م سلطنت مطلق بر مال و مالکیت تبعی فضا و اعماق زمین از سطح زمین است و در قانون مدنی اطلاق حق مالکیت هم شامل مال و هم شامل منافع و متعلقات حاصل از مال می شود، ولی از تحلیل و بررسی صورت گرفته در قواعد فقهی و دیدگاه فقیهان و نیز قوانین موضوعه این نتیجه حاصل می شود که با توجه به پیشرفت های علمی و اکتشافات جدید، در ملکیت تبعی و نیز اطلاق مالکیت خدشه وارد می شود. بنابراین، اطلاق ماده ۳۸ ق.م در بستر زمان

و مکان با چالش‌هایی مواجه است، از جمله تعارض قاعده تسلط با حکم حرمت اضرار به غیر، منافع عمومی و ثروت عمومی بودن فضا و نیز تعارض آن با قاعده تسلط، به‌ویژه که امکان بهره‌برداری در گذشته با اکنون قابل مقایسه نیست و این امر سبب آسیب‌های زیادی به دیگران می‌شود. از این رو ضرورت دارد حق بهره‌برداری از زمین و فضا را به اندازه احتیاجات عرفی و نزدیک به سطح زمین منحصر کرد. اما بهره‌برداری از اعماق زمین را برای ساخت مترو و... و همچنین بهره‌برداری از فضا را جهت عبور هوایی از فضای سرزمین یا ساخت پل‌های هوایی، منوریل، تاکسی هوایی و... در اختیار دولت و رهبر جامعه اسلامی قرار داد و نیازی به کسب اجازه از مالک خصوصی نخواهد بود. همچنین بنا بر ضرورت رعایت مصالح جامعه، محدود کردن تصرفات مالکان شهری در انجام اعمال مالکانه‌ای که سبب ضرر و زیان به مردم یا کارکردهای دیگر شهری می‌شود، امری شرعی و مورد تأیید خواهد بود. مستند تقدّم حکم حرمت اضرار به غیر بر قاعده تسلط نیز حکم شرع است. بنابراین بنا بر آنچه گفته شد در اطلاق ماده ۳۸ ق.م.خداشه وارد است و با لحاظ سایر مواد قانونی، از جمله ماده ۱۳۰، ۱۳۲ و ۱۳۳ ق.م.توان چنین نتیجه گرفت که مالکیت تبعی در فضا و قرار زمین، به اندازه متعارف به گونه‌ای که از ضرر مالک زمین جلوگیری کند، پذیرفته است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال هشتم، شماره پیاپی ۲۶

بهار ۱۴۰۱

۲۸

منابع

۱. ابن ابی جمهور، محمد بن علی. (۱۴۰۳ق). **عوالی اللئالی العزیزیه فی الاحادیث الدینیہ**. قم: سیدالشهداء علیه السلام.
۲. اردبیلی، یوسف بن ابراهیم. (۱۴۲۷ق). **الانوار لاعمال الابرار**. کویت: دارالضیاء.
۳. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۰۵ق). **کشف اللثام**. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی رحمته الله علیه.
۴. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۸ق). **حاشیه المکاسب**. قم: دارالمصطفی صلی الله علیه و آله لإحياء التراث.
۵. امامی، خوانساری، محمد. (۱۴۲۷ق). **الحاشیه الثانیة علی المکاسب**. قم: مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
۶. امامی، سید حسن. (۱۳۶۸). **حقوق مدنی**. تهران: چاپ اسلامیہ.
۷. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۶ق). **فرائد الاصول**. قم: مؤسسة النشر الاسلامی، التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة.
۸. انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی. (۱۳۸۸). **دانشنامه حقوق خصوصی**. تهران: جنگل.
۹. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵ق). **حدائق الناظرة**. قم: مؤسسة النشر الاسلامی، التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة.
۱۰. بهرامی احمدی، حمید. (۱۳۹۱). **ضمان قهری**. تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۱۱. بیات، فرهاد و شیرین بیات. (۱۳۹۴). **شرح جامع قانون مدنی**. تهران: ارشد.
۱۲. حائری شاه باغ، سید علی. (۱۳۸۲). **شرح قانون مدنی**. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۳. حسینی مقدم، سید عسکری. (۱۳۹۰). **نسیب فقه**. بهشهر: انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی بهشهر.
۱۴. حلی، محمد بن حسن بن یوسف. (بی تا). **تذکرة الفقهاء**. قم: مکتبة المرتضوية.
۱۵. خردمندی، سعید. (۱۳۸۶). **تحدید مالکیت**. کرمانشاه: طاق بستان.
۱۶. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۲ق). **مصباح الفقاهه**. قم: دارالفکر.
۱۷. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). **التنقیح فی شرح العروة الوثقی**. قم: توحید للنشر.
۱۸. خویی، سید ابوالقاسم. (بی تا). **المستند العروة الوثقی**. قم: مؤسسة احیاء آثار الامام الخویی.
۱۹. سلطانیان، صحبت الله. (۱۳۸۹). **حقوق مدنی (اموال و مالکیت)**. تهران: جاودانه.
۲۰. شیرازی، ابی اسحاق ابراهیم. (۱۴۱۷ق). **المهذب فی الامام الشافعی**. بیروت: دارالکتب العلمیة.

۲۰. صدر، محمدباقر. (۱۳۸۲). اقتصادنا. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۲۱. صفایی، حسین. (۱۳۸۹). دوره مقدماتی حقوق مدنی. تهران: میزان.
۲۲. طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۳۴۱). بحثی درباره مرجعیت و روحانیت «مقاله ولایت و زعامت». تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۳. طوسی، محمدبن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
۲۴. طوسی، محمدبن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: مؤسسه النشر الاسلامی، التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة.
۲۵. عاملی، زین الدین. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۲۶. عاملی، محمدبن مکی. (۱۴۱۰ق). اللمعة دمشقیة فی فقه الامامیه. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۷. عاملی، محمدجواد. (بی تا). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: مؤسسه آل البيت لإحیاء التراث.
۲۸. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۳۸۸). تذکره الفقهاء. تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
۲۹. فاضل موحدی لنکرانی، محمد. (۱۳۸۱). تفصیل الشریعة-الخمس و الانفال. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
سال هشتم، شماره پیاپی ۲۶ بهار ۱۴۰۱
۳۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت. بی جا: نشر یلدا.
۳۱. کلاتسری، علی اکبر. (۱۳۷۸). حکم ثانوی در تشریع اسلامی. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۳۲. کلینی، محمدبن یعقوب. (۱۳۸۸ق). اصول کافی. تهران: دارالکتب اسلامیه.
۳۳. کنعانی، محمدطاهر. (۱۳۸۷). تملك اموال عمومی و مباحات. تهران: انتشارات میزان.
۳۴. مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۴ق). بحار الانوار. بیروت: مؤسسه الوفاء.
۳۵. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۶). قواعد فقه. بخش مدنی (مالکیت و مسئولیت). قم: مرکز نشر اسلامی.
۳۶. مصطفوی، محمدکاظم. (۱۴۱۷ق). القواعد: مائة قاعدة فقهية معنی و مدرکاً و موردأ. قم: مؤسسه النشر الاسلامی، التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة.
۳۷. مصطفی، ابراهیم؛ الزیات، احمد حسن؛ عبدالقادر، حامد؛ النجار، محمدعلی. (۱۹۸۹م).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال هشتم، شماره پیاپی ۲۶
بهار ۱۴۰۱

۳۰

المعجم الوسيط. استانبول: دار الدعوة.

۳۸. مظفری، ابوالقاسم و دیگران. (۱۳۹۳). بررسی تحلیلی و تطبیقی ملاحظات برنامه‌ریزی حقوقی و مالکیتی در فرایند احداث فضاهای زیرزمینی شهری. دو فصلنامه علمی- پژوهشی مهندسی تونل و فضاهای زیرزمینی، ۳ (۲)، ۱۱۹-۱۳۱.

۳۹. مقدس اردبیلی، محمدبن احمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان. قم: مؤسسة النشر الاسلامی، التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة.

۴۰. مکارم شیرازی. ناصر. (۱۳۹۶). آرشیو دروس خارج فقه آیت الله مکارم شیرازی. اصفهان: تحقیقات رایانه‌ای.

۴۱. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهية. قم: انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.

۴۲. موسوی بجنوردی، میرزا حسن. (۱۳۷۷). القواعد الفقهية. قم: الهادی.

۴۳. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۳۶۷). کتاب البيع. قم: مطبعة مهر.

۴۴. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۳۸۷). صحيفة امام. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.

۴۵. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۳۹۰). تحریر الوسیله. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

۴۶. میرزایی، جمشید؛ شجاعی، عبدالسعید. (۱۳۹۶). قلمرو مالکیت فضا و قرار در حقوق اسلام و غرب: با تأکید بر نظرات فقهی حضرت امام خمینی رحمته الله علیه. فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۴ (۳)، ۱۸۳-۲۰۸.

۴۷. نجفی، محمدحسن. (۱۳۷۴). جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام. تهران: دار الکتب الاسلامیه.

۴۸. هاشمی، سید احمدعلی؛ تقی زاده، ابراهیم. (۱۳۹۳). حقوق اموال و مالکیت. تهران: مجلد.

49. ITA, (1991), Legal and administrative issues in underly round space, university of Minnesota, vol. 6.

50. Thomas, W.A. (1979), ownership of subterranean space, underground space, vol 155.

چالش‌های فقهی
مالکیت شهری، مبتنی
بر ماده ۳۸ قانون مدنی
ایران
۳۱

References

1. al-Iḥsā'ī, Ibn Abī Jumhūr. 1983/1403. *'Awāli al-Li'ālī al-'Azẓīyya fī Aḥādīth al-Dīniyyah*. Qum: Dar Sayyid al-Shuhadā' li al-Nashr.
2. Ardabīlī, Yūsuf ibn Ibrāhīm. 2006/1427. *Al-Anwār li A'māl al-Abrār*. Kuwait: Dār al-Dīyā'.
3. al-Iṣfahānī, Bahā' al-Dīn Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Fāḍil al-Hindī). 1985/1405. *Kashf al-Lithāmwa al-Ibhām'anQawā'id al-Aḥkām*. Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-'Uẓmā al-Mar'ashī al-Najafī.
4. al-Iṣfahānī, Bahā' al-Dīn Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Fāḍil al-Hindī). 1998/1418. *Ḥāshiyat al-Makāsib*. Qom: Dār al-Muṣṭafā li Iḥyā al-Turāth.
5. Imāmī, Sayyid Ḥasan. 1989/1368. *Ḥuqūq-i Madanī*. Tehran: Chap Islāmīyah.
6. Al-Imāmī Al-Khawnsārī, Muḥammad. 2006/1427. *Al-Ḥāshiyat al-Thāniyyat 'Alā al-Makāsib*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
7. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1995/1416. *Farā'id al-Uṣūl (al-Rasā'il)*. 5th. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
8. Anṣārī, Mas'ūd; Ṭāhīrī, Muḥammad 'Alī. 2009/1388. *Dānishnāmih-yi Ḥuqūq-i Khusūṣī*. Tehran: Intishārāt Jangal.
9. al-Baḥrānī, Yūsuf Ibn Aḥmad (al-Muḥaqqiq al-Baḥrānī). 1984/1405. *al-Ḥadā'iq al-Nādira fī Aḥkām al-'Itrat al-Ṭāhira*. Edited by Muḥammad Taqī al-Īrawanī. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
10. Bahrāmī Aḥmadī, Ḥamīd. 2012/1391. *Ḍimān-i Qahrī*. Tehran: Danishgāh Imām Ṣadiq (a.s).
11. Bayāt, Farhād; bayāt Shīrīn. 2015/1395. *Sharḥ-i Jāmi'-i Qānūn-i Madanī*. Tehran: Intishārāt Arshad.
12. al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1992/1413. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'ī 'al-Islām*. Qum: Mū'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyya.
13. Ḥā'irī Shāhbāgh, Sayyid 'Alī. 2003/1382. *Sharḥ-i Qānūn-i Madanī*. Tehran: Kitāb Khānih Ganj Dānish.
14. Ḥusaynī Muqadam, Sayyid 'Askar. 2011/1390. *Nasīm-i Fiqh*. Behshar. Intishārāt Dānishgāh Āzād Islāmī.
15. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1993/1414. *Tadhkirat al-Fuqahā'*. Qom: Maktabat al-Murtaḍawīyah.
16. Kharadmandī, Sa'id. 2007/1386. *Tahdūd-i Malikīyat*. Kermānshāh. Ṭāq Bustān.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال هشتم، شماره پیاپی ۲۶

بهار ۱۴۰۱

۳۲

17. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. n.d. *Muṣṭanad al-'Urwat al-Wuthqā*. Qom: Mu'assasat Ihyā' Āthār al-Imām al-Khu'ī.
18. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1991/1412. *Al-Tanqīḥ fī Sharḥ al-'Urwat al-Quthqā; Kitāb al-Ṭahārat*. Qom: Tawīd lil Nashr.
19. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1991/1412. *Miṣbāḥ al-Fiqāhah*. Qom; Dār al-Fikr.
20. Al-Shūrāzī, Abī Ishāq Ibrāhīm. 1997/1417. *Al-Muhadhab fī al-Imām al-Shāfi'ī*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyah.
21. Al-Ṣadr, Muḥammad Bāqir. 2003/1382. *Iqtisādunā*. Qom: Maktabat al-A'lām al-Islāmī.
22. Ṣafāyī, Ḥusayn. 2010/1389. *Dawrih-yi Muqadimāti-yi Ḥuqūq-i Madanī*. Tehran: Nashr Mizān.
23. Ṭabātabā'ī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. 1962/1341. *Baḥthī darbāih-yi Marja'iyat wa Rawḥānīyat (Maqālih-yi Wilāyat wa Zi'āmat*. Tehran: Shirkat Sahāmī Intishār.
24. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1967/1387. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyya*. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīya li 'Ihya' al-Āthār al-Ja'farīyah.
25. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1986/1407. *Al-Khilāf*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
26. Kātūziyān, Nāṣir. 1995/1374. *Dawrih-yi Muqadimāti-yi Ḥuqūq-i Madanī, Amwāl wa Mālikīyat*. Nashr Yaldā.
27. Kalāntarī, 'Alī Akbar. 1999/1378. *Ḥukm-i Thānawī dar Tashrī' Islāmī*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
28. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya'qūb (al-Shaykh al-Kulaynī). 1986/1388. *al-Kāfi*. 4th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
29. Kan'ānī, Muḥammad Ṭāhir. 2008/1387. *Tamalluk-i Amwāl-i 'Umūmī wa Mubāḥāt*. Tehran: Intishārāt Mizān.
30. Al-Fāḍil Muwaḥidī Lankarānī. 2002/1381. *Tafṣīl al-Sharī'at- al-Khums wa al-Anfāl*. Qom: Markaz Fiqh al-A'imma al-Aṭhār.
31. al-Ḥusaynī al-'Amilī, al-Sayyid Muḥammad Jawād. n.d. *Miftāḥ al-Kirāma fī Sharḥ Qwā'id al-'Allāma*. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihyā' al-Turāth.
32. al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1989/1410. *al-Lum'at al-Dimashqīyya fī Fiqh al-Imāmīyya*. Beirut: Dār al-Turāth.
33. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 2009/1388. *Tadhkirat al-Fuqahā'*.

Tehran: Maktabat al-Raḍawīyah.

34. al-Majlisī, Muḥammad Bāqir (al-‘Allama al-Majlisī). 1983/1404. *Bihār al-Anwār al-Jāmi‘a li Durar Akhbār al-‘Imma al-Aḥbār*. 2nd. Beirut: Mu‘assasat al-Wafā’.
35. Muḥaqīq Dāmād, Sayyid Muḥṣafā. 2007/1386. *Qawā‘d-i Fiqh, Baksh-i Madanī (Mālikīyat wa Mas‘ūliyat)* Qom: Intishārāt Islāmī.
36. Al-Muḥṣafawī, Muḥammad Kāzim. 1997/1417. *Al-Qawā‘id: Mi‘at Qā‘idat Fiqhīyat Ma‘nā wa Madrikan wa Mawridan*. Qom: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
37. Al-Muḥṣafā, Ibrāhīm; al-Ziyā, Aḥmad ibn Ḥasan; ‘Abd al-Qādir, Hāmid; al-Najjār, Muḥammad ‘Alī. 1989. *Al-Mu‘jam al-Wasīf*. Iṣṭanbul: Dār al-Da‘wah.
38. Muẓaffarī, Abulqāsim and others. 2014/1393. *Barrasī-yi Taḥlīlī wa Taṭbīqī-yi Mulāḥizāt-i Barnāmih Rīzī-yi Ḥuqūqī wa Mālikīyatī dar Farāyand-i Iḥdāth-i Faḍāḥā-yi Zīr zamīnī-yi Shahrī*. Du Faṣlnāmih-yi ‘Ilmī-Pazhūhishī Muhandisī-yi Tūnil wa Faḍāḥā-yi Zīr Zamīnī.
39. Makārim Shīrāzī, Nāṣir. 2017/1396. *Archive of Advance Lecture of Ayatollah Makarim Shirazi*. Isfahan: Computer research center of isfahan islamic seminary.
40. Makārim Shīrāzī, Nāṣir. 1990/1411. *Al-Qawā‘id al-Fiqhīyah*. Qom: Madrisat Imām Amīr al-Mu‘minīn.
41. al-Ardabīlī, Aḥmad Ibn Muḥammad (al-Muḥaqiq al-Ardabīlī). 1982/1403. *Majma‘ al-Fā‘ida wa al-Burhān fī Sharḥ Īrshād al-Aḍḥān*. Qom: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
42. Al-Bujnurdī, Sayyid Muḥammad Ḥasan. 1998/1377. *Qawā‘id-i Fiqhīyyi*. Qom: Nashr al-Hādī.
43. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2011/1390. *Taḥrīr al-Wasīlah*. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī ‘Ilmīyyi-yi Qom).
44. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1988/1367. *Kitāb al-Bay‘*. Qom: Maṭba‘at Mihr.
45. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2008/1387. *Ṣaḥīfih Imām*. Tehran: Mu‘assasat Tanẓīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
46. Mīrzāyī, Jamshīd; Shujā‘ī, ‘Abd al-Sa‘īd. 2017/1396. *Qalamru Mālikīyat-i Faḍā wa Qarār dar Ḥuqūq-i Islām wa Gharb: bā Ta‘kīd bar Naẓarāt-i Fiqhī-yi Imām Khumaynī*. Faṣlnāmih-yi Pazhūhishī Taṭbīqī Ḥuqūq-i Islām wa Gharb. 4 (3). 183-208.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال هشتم، شماره پیاپی ۲۶
بهار ۱۴۰۱
۳۴

47. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1995/1374. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'ī' al-Islām*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
48. Hāshimī, Sayyid Aḥmad 'Alī; Taqī Zādih, Ibrāhīm. 2014/1393. *Ḥuqūq-i Amwāl wa Mālikāt*. Tehran: Intishārāt Majd.
49. ITA, (1991). *Legal and administrative issues in undery round space*. university of Minnesota, vol. 6.
50. Thomas, W.A. (1979). *ownership of subterranean space*, underground space, vol. 155, issue. 4

چالش‌های فقهی
مالکیت شهری، مبتنی
بر ماده ۳۸ قانون مدنی
ایران
۳۵

