

Reviewing the Rules and the Effects of Title of Air and Soil Rights: Comparative Study in Islamic Jurisprudence and Common Law

Ali Mohammad Yathrebi Qomi^{1}, Pourya Shirkhani²*

1. Associate Professor, Faculty of Law, College of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran
2. Ph.D Student in Private Law, Faculty of Law, College of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran

(Received: June 9, 2018; Accepted: June 19, 2019)

Abstract

Ownership of real estates is not only limited to the surface of land but also it includes the space above and the space below the surface. There are two major attitudes towards the scope of the air right and downward right in Islamic Jurisprudence and positive law. According to the first theory, the title of the owner of the soil extends not only downward to the center of earth, but also upward usque ad coelum. However, the second view accepts the title of owner to a reasonable distance. Nowadays, the possession rights in the space above the surface and in the soil below is limited to a reasonable distance of the surface of land. The customary criteria for determining the extent of the title, is the power of the land owner in using of the air right and the soil right. The owner of the air and soil rights has the right of material and spiritual possession provided that he/she observes all public regulations.

Keywords: Ownership, Land, Air Rights, Soil Rights.

*Corresponding Author: myasrebi@ut.ac.ir

پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۶، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۹
صفحات ۳۷۹-۴۰۲ (مقاله پژوهشی)

بررسی احکام و آثار مالکیت بر فضا و قرار زمین:

مطالعه تطبیقی در فقه اسلامی و کامن‌لا

علی محمد یثربی قمی^{۱*}، پوریا شیرخانی^۲

۱. دانشیار، دانشکده حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۳/۱۹؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۳/۲۹)

چکیده

مالکیت اموال غیرمنقول به سطح زمین محدود نیست؛ بلکه شامل فضای فوقانی زمین (حق هوا؛ مالکیت فضا) و فضای تحتانی (مالکیت قرار) نیز می‌شود. دو دیدگاه عمده در فقه اسلامی و حقوق موضوعه راجع به حد مالکیت فضا و قرار شکل گرفته‌اند. بر اساس دیدگاه نخست، هیچ‌گونه حدودمرزی برای مالکیت وجود ندارد و مالک زمین، مالک فضای زمین تا اوج آسمان و قرار آن تا اعماق زمین است؛ در حالی که نگرش دوم، مالکیت را تا حد متعارف و عقلایی می‌پذیرد. امروزه، مالکیت فضا و قرار، به فاصله متعارف از سطح زمین محدود است. ملاک عرف برای تعیین مقدار مالکیت فضا و قرار، توانایی مالک زمین در بهره‌برداری از فضا و قرار زمین محسوب می‌شود. مالک فضا و قرار می‌تواند انواع تصرفات مادی و حقوقی را مشروط به رعایت مقررات نظم عمومی، در مایملک خویش اعمال کند.

واژگان کلیدی

زمین، فضا، قرار، مالکیت.

مقدمه

فضا و قرار زمین متعلق به چه شخصی است؟ آیا به مالک زمین تعلق دارد یا به‌عنوان یک مال عمومی در اختیار حاکمیت است؟ در صورت تعلق به مالک زمین، نوع علقه مالک به فضا و قرار چیست؟ آیا علقه او از نوع مالکیت بوده یا صرفاً دارای حقی پایین‌تر از مالکیت مانند انتفاع یا ارتفاق است؟ همچنین حدود تعلق به فضا و قرار به شخص تا چه میزان خواهد بود؟ آیا از عمق زمین آغاز می‌شود و تا اوج آسمان ادامه دارد یا به میزان متعارف است؟ پاسخ به این پرسش‌ها، یکی از مباحث مهم حقوق اموال را شکل می‌دهد.

پیش از اختراع هواپیما، مسئله حق بر فضا و قرار، از جمله موضوعات مهم حقوق اموال به‌شمار نمی‌رفت. اندیشمندان حقوقی فرض می‌کردند که مالک زمین تا اوج آسمان بر فضای ملک خویش دارای حق است. امروزه با گسترش سفرهای هوایی و تجهیزات نوین که می‌توان سازه‌های مرتفع بنا کرد و مانع رسیدن نور خورشید به مالکان املاک مجاور شد، بررسی موضوع اهمیت دارد (Bevans, 2009: 108). نظر مشهور در فقه اسلامی نیز، با این دیدگاه تطابق دارد. در مقابل دیدگاه کنونی در حقوق موضوعه، حق بر فضا و قرار را صرفاً تا میزان متعارفی، به مالک زمین متعلق می‌داند که نظر به وضعیت ملک و مالک زمین، میزان حق متفاوت است، برای نمونه مالک یک زمین کشاورزی به مقدار محدودی و مالک یک زمین در نقطه مرکزی یک شهر پرجمعیت و مدرن، به مقدار بیشتری از این حق برخوردار خواهد بود (Bevans, 2009: 108). در فقه اسلامی نیز، نظرهای جدیدتر به این دیدگاه گرایش دارند.

موضوع دیگری که راجع به فضا و قرار باید بررسی شود، واگذاری آن به دیگری است. آیا می‌توان فضا و قرار زمین را به دیگری واگذار کرد؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، عمل حقوقی واگذاری در چه قالبی توجیه‌شدنی است؟ آیا بیع فضا و قرار امکان دارد یا خیر؟ در جستار حاضر، با مطالعه تطبیقی در حقوق کشورهای اسلامی مانند مصر و اردن، کامن‌لا و حقوق ایران از یک‌سو و بررسی اصول و قواعد فقه اسلامی از سوی دیگر، سعی در ارائه پاسخ به پرسش‌های پیش‌گفته داریم.

مبحث نخست: مبانی مالکیت فضا و قرار املاک

بر اساس ماده ۳۸ قانون مدنی: «مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هرکجا بالا رود و همچنین است نسبت به زیر زمین؛ بالجمله مالک حق همه‌گونه تصرف در هوا و قرار دارد، مگر آنچه را که قانون استثنا کرده باشد». صرف‌نظر از اشکال ادبی و نگارشی در متن موجود در متن مقرر، این ماده به مسئله‌ای اشاره دارد که در ادبیات حقوقی ما، با عنوان «مالکیت فضا و قرار زمین» شناخته شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۴۹). با توجه به این ماده، مالکیت فضا و قرار در نتیجه مالکیت عین زمین حاصل می‌شود و ملک اشخاص است، در حالی که فضای هر زمین، شاید در محدوده شهرداری واقع شده باشد و شهرداری خود را مالک آن بدانند. از این رو، در این مبحث به مسئله مبانی مالکیت فضا و قرار املاک پرداخته می‌شود.

گفتار اول: مفهوم فضا، هوا و قرار

فضا در لغت از جمله به معنای مکان وسیع، زمین فراخ و ساحت آمده است (معین، ۱۳۸۶: ۱۱۸۲). همچنین به معنای محیط اطراف هم هست (انوری، ۱۳۸۲: ۵۳۷۲). هوا با فضا متفاوت است، در فراز ۵۷ دعای جوشن کبیر، هوا در کنار فضا به عنوان یکی از مملوکات خداوند متعال تعبیر شده است و با توجه به معانی ذکر شده برای آن، فضا ظرفی برای هوا محسوب می‌شود و آنچه مورد بحث این مقاله قرار دارد، فضاست نه هوا. محاذی نیز برابر و مقابل معنا می‌دهد (انوری، ۱۳۸۲: ۶۷۲۵). منظور از فضای محاذی در ماده ۳۸ قانون مدنی، گستره فوقانی یک ملک؛ گستره‌ای روبه‌روی زمین به صورت فوقانی و محدود به مساحت زمین است. قرار به معنای آسایش، آرامش و وضع و تصمیم بوده (انوری، ۱۳۸۲: ۵۵۰۸) و همچنین به معنای پایداری، ثبات، آرامگاه و زمین پست هموار نیز آمده است (معین، ۱۳۸۶: ۱۲۳۰). مراد از قرار زمین، همچنانکه در ماده ۳۸ نیز دیده می‌شود گستره تحتانی یا زیر زمین است.

گفتار دوم: ماهیت فضا و قرار زمین

آیا فضا و قرار زمین مال محسوب می‌شود؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ، فضا و قرار به چه کسی تعلق دارد؟ و علقه شخص نسبت به فضا و قرار چیست؟

مال بودن فضا و قرار زمین، مستلزم جمع بودن ارکان مالیت است. بر اساس دیدگاه فقها، مباح بودن شرعی و قابلیت انتفاع عقلایی، معیار مالیت محسوب می‌شود، از این‌رو عین بودن شرط مالیت نیست و حقوق و منافع نیز در صورتی که حایز معیارهای پیش‌گفته باشند، مال خواهند بود (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۴: ۳۱). از این منظر، فضا و قرار زمین مال محسوب می‌شود؛ زیرا منعی از سوی شرع در مورد آنها وجود ندارد و اصل بر اباحه است و امکان انتفاع عقلایی از فضا و قرار نیز وجود دارد.

در دیدگاه حقوق‌دانان معیارهای مختلفی برای مالیت بیان شده است. بنا به نظر برخی، ارزش اقتصادی و قابلیت دادوستد معیار مالیت هستند (امامی، ۱۳۶۸: ۱۹). مطابق این دیدگاه فضا و قرار زمین در صورتی مال خواهد بود که ارزش اقتصادی و قابلیت دادوستد داشته باشد. قابلیت دادوستد فضا و قرار نیازمند بررسی تعلق آن به مالک زمین یا هر شخص دیگر و همچنین نوع علقه‌ای است که دارنده علقه، به آنها دارد. بر اساس دیدگاه برخی از حقوق‌دانان، معیار مالیت دو چیز است: نخست محسوس و مادی بودن شیء و برطرف کردن نیاز انسان؛ دوم قابلیت اختصاص داشتن (9: Trapier, 2007) به نقل از باریکلو، ۱۳۹۰: ۷). مطابق این دیدگاه، فضا و قرار مال محسوب می‌شود؛ زیرا مادی و محسوس است و نیازی از نیازهای انسان را برآورده می‌کند و از طرفی قابلیت اختصاص دارد. مطابق دیدگاه دیگری، مالیت شیء به دو مورد بستگی دارد: نخست، مفید باشد و نیازی از نیازهای انسان را برطرف کند؛ دوم، قابل اختصاص به شخص یا ملت معینی باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۱). بر اساس نظر پیش‌گفته از آنجا که فضا و قرار زمین مفید است و نیاز انسان را برطرف می‌کند و قابلیت اختصاص هم دارد، مال به‌شمار می‌رود. از این‌رو، طبق دیدگاه حقوقی نیز، فضا و قرار زمین مال محسوب می‌شود. قانون مدنی نیز از این دیدگاه پیروی کرده است. ماده ۳۸ بیان می‌کند: «مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هر کجا بالا رود و همچنین است نسبت به زیر زمین ...».

فضا و قرار زمین به چه شخصی تعلق دارد؟ ظاهراً ماده ۳۸ قانون مدنی به این پرسش پاسخ داده است. مطابق این ماده، فضا و قرار زمین متعلق به مالک زمین خواهد بود و

مالک زمین حق هر گونه تصرف در فضا و قرار را خواهد داشت، ولی اظهار نظر راجع به این موضوع، نیازمند بررسی مقررات دیگری نظیر قانون شهرداری‌ها و قانون معادن است.

بر اساس ماده ۱۰۰ قانون شهرداری: «مالکین اراضی و املاک در محدوده شهر یا حریم آن باید قبل از هر اقدام عمرانی یا تفکیک اراضی و شروع ساختمان، از شهرداری پروانه اخذ نمایند. شهرداری می‌تواند از عملیات ساختمانی ساختمان‌های بدون پروانه یا مخالف مفاد پروانه، به وسیله مأمورین خود، اعم از آنکه ساختمان در زمین محصور یا غیرمحصور واقع باشد، جلوگیری نماید». ظاهراً این ماده که پس از قانون مدنی تصویب شده، فضای زمین را متعلق به شهرداری‌ها دانسته؛ زیرا هر اقدام عمرانی مالکان اراضی به اخذ پروانه از شهرداری منوط است. مطابق تبصره یک و تبصره چهار همان ماده، اگر شخصی بدون صدور پروانه، به ساختمان و عملیات عمرانی اقدام کند، اگر اصول فنی رعایت نشده باشد، شهرداری می‌تواند بنای ساخته شده را قلع کند و اگر اصول فنی رعایت شده باشد، به اخذ جریمه مبادرت کند. لیکن به نظر می‌رسد که شهرداری تنها در راستای انجام دادن وظایف خود که در ماده ۵۵ و به ویژه در بندهای ۱۴، ۲۰ و ۲۴ همان ماده ذکر شده‌اند، به صدور پروانه یا قلع بنا یا اخذ جریمه اقدام می‌کند و فضای ملک، متعلق به مالک عین خواهد بود.

ماده یک قانون توزیع عادلانه آب بیان می‌کند: «بر اساس اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، آب‌های دریاها و آب‌های جاری در رودها و انهار طبیعی و دره‌ها و هر مسیر طبیعی دیگر اعم از سطحی و زیرزمینی، و سیلاب‌ها و فاضلاب‌ها و زه‌آب‌ها و دریاچه‌ها و مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی، چشمه‌سارها و آب‌های معدنی و منابع آب‌های زیرزمینی، از مشترکات بوده و در اختیار حکومت اسلامی است و طبق مصالح عامه از آنها بهره‌برداری می‌شود. مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از آنها به دولت محول می‌شود». مطابق اصل ۴۵ قانون اساسی، معادن در اختیار حکومت اسلامی است. بر اساس مقررات مزبور، هرگاه در قرار ملک، معدن یا منبع آب زیرزمینی یافت شود، متعلق به حکومت اسلامی است. قانون راجع به حفظ آثار ملی تنها، حفاظت و نظارت بر آثار ملی را وظیفه سازمان میراث فرهنگی و گردشگری می‌داند (ماده یک) و به مالکان این امکان را

می‌دهد که مالکیت یا تصرف خود را بر آثار ملی حفظ کنند (ماده پنج). حال با توجه به این مواد، آیا قرار زمین متعلق به مالک عین زمین است؟ به نظر می‌رسد که پاسخ مثبت باشد؛ زیرا مستنبط از مقررات پیش‌گفته، تنها معادن و منابع آب‌های زیرزمینی به دولت واگذار شده است و قرار زمین به مالک عین تعلق خواهد داشت. به تعبیر دیگر، مالکیت زمین مستلزم تعلق داشتن قرار زمین است، ولی تعلق قرار زمین مستلزم مالکیت یا تعلق هر آنچه در قرار یافت شود، نخواهد بود.

از منظرگاه فقه امامیه نیز، هر کس مالک بخشی از زمین باشد، مالک قرار آن تا زمین هفتمین و مالک فضای آن تا آسمان خواهد بود (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰: ۱۷۷)، همچنین در تعبیر دیگری گفته شده است که هر کس مالک ظاهر زمین باشد، مالک باطن آن تا «تخوم» آن خواهد بود، از این رو، دیگری حق ندارد که زیر زمین مالک و بدون اذن او، تونل یا سرداب یا مانند آن حفر کند (البسام، بی تا، ج ۴: ۵۸۵). منظور از تخوم زمین، آخرین حد زمین یعنی «متهی الارض» است (مکارم شیرازی، ۱۳۹۵).

نوع علقه مالک زمین نسبت به فضا و قرار چیست؟ آیا علقه از نوع ملک است؟ آیا حق انتفاع از آن را دارد یا اینکه صرفاً حق ارتفاق برای مالک وجود دارد؟ بررسی ظاهر ماده ۳۸ قانون مدنی نشان می‌دهد که نسبت به فضا و قرار برای مالک، علقه مالکانه وجود دارد، اما برای اظهار نظر در این مورد و روشن شدن نوع علقه، باید دیدگاه فقها و حقوقدانان را بررسی کرد.

به نظر برخی از فقهای امامیه، علقه‌ای که برای مالک عین زمین نسبت به فضای زمین وجود دارد از نوع حق و موسوم به حق‌الهواء است که بیع آن صحیح نیست، ولی صلح نسبت به آن صحیح است (العاملی، ۱۴۲۷، ج ۱۷: ۱۲۴؛ حلی، بی تا، ج ۲: ۱۳۷؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵: ۴۳۲). همسو با این تعبیر، به نظر برخی از حقوقدانان، اصطلاح مالکیت فضا برای مالک زمین، عبارت درستی نیست؛ زیرا فضا چیزی جز هوا نیست و هوا را یکایک اشخاص نمی‌توانند تملک کنند و همچنین حدودی را وضع کرد که مقدار معینی هوا را محصور کند تا بتوان گفت که این مقدار ملک شخص خاصی است. به این ترتیب

منظور از ملکیت فضا چیزی بیشتر از این نیست که گفته شود که مالک از منطقه خالی فوقانی زمین خویش صرفاً می‌تواند استفاده متعارفی بکند و با توجه به این نکته، مالک زمین می‌تواند مانع مزاحمت دیگران در این بهره‌برداری شود (سلامت، ۱۹۷۰: ۹۱).

در مقابل به باور برخی از فقیهان عامه، علقه مالک از نوع ملکیت است و می‌تواند موضوع قرارداد بیع قرار گیرد (ابن‌قدامه، بی‌تا، ج ۵: ۴۱؛ مجموعه من المؤلفین، ۱۴۱۶، ج ۳۳: ۷۸). طرفداران این دیدگاه، فقهای مالکی و حنبلی هستند. به باور آنها بیع هوای بالای قرار جایز است، زیرا هر کس مالک قرار باشد، مالک هوای بالای آن نیز خواهد بود و همچنین بیع هوای روی هوا نیز جایز بوده و بهتر آن است که هوای روی بنا فروخته شود، مانند آنکه مشتری به مالک زمین بگوید: ده ذرع از هوایی که بالای آنچه روی زمین می‌سازی، به من بفروش. البته در این قرارداد باید وصف بنای فوقانی و زیرین برای گریز از غرر و جهل ذکر شود و نیز، خریدن بلندی خانه صحیح است؛ زیرا بلندی ملک و قرار آن متعلق با بیع است و او می‌تواند آن را بفروشد، هر چند خانه هنوز ساخته نشده باشد، مشروط بر آنکه خانه‌ای که قرار است ساخته شود، توصیف شود (موسوعه الفقهیه، ۱۴۱۶، ج ۳۳: ۷۸). همسو با این دیدگاه، برخی از حقوقدانان معتقدند که حق مالک بر فضای ملک، از نوع ملکیت خواهد بود و از این رو سلطه‌های سه‌گانه مالکیت یعنی، حق استعمال، تصرف و اخراج برای مالک زمین نسبت به فضای فوقانی نیز وجود دارد (کیره، ۱۹۵۸: ۸۸).

اگر به مال بودن فضا و قرار املاک معتقد باشیم، جریان علقه ملکیت به نفع مالک زمین، از نظر نخستین که صرفاً موجد حق انتفاع برای مالک است، صائب‌تر محسوب می‌شود؛ زیرا حق انتفاع «عبارت از حقی است که به موجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد، استفاده کند» (ماده ۴۰ قانون مدنی) و از این رو در مالی حق انتفاع جریان می‌یابد که ملک دیگری باشد یا اینکه مالک خاص نداشته باشد. بدون تردید، فضا و قرار نمی‌تواند ملک دیگری باشد، زیرا برای ثبوت ملکیت، باید یکی از اسباب آن تحقق یافته باشد و فرض این است که چنین سببی حاصل نیست. اگر فضا و قرار مالک خاصی نداشته باشد، به ناچار باید جزو اموال عمومی یا

مباحث باشد، حال آنکه در ماده ۲۶ قانون مدنی که به شمارش اموال عمومی پرداخته است، نامی از فضا و قرار املاک نبرده‌اند و در قانون شهرداری‌ها و قوانین ناظر به این مقوله همچون قانون معادن، آن دو را در شمار اموال عمومی ذکر نکرده است، از طرف دیگر مباح بودن فضا و قرار ملک دیگری بلاوجه خواهد بود. به همین دلیل ماده ۳۸ قانون مدنی به درستی علقه ملکیت فضا و قرار را برای مالک زمین شناسایی کرده است.

در قانون‌های سایر کشورها نیز مالک زمین، مالک فضا و قرار آن است. بنا بر بند دوم ماده ۱۰۴۹ قانون مدنی عراق: «... ۲. ملکیت زمین شامل آنچه در بالای و آنچه در زیر آن است، تا حد مفید در استفاده از آن، می‌گردد».^۱ مشابه همین متن نیز در بند دوم ماده ۸۰۳ قانون مدنی مصر ذکر شده است. بند دوم ماده ۱۰۱۹ قانون مدنی اردن، بند دوم ماده ۷۶۹ قانون مدنی سوریه، ماده ۶۷۵ قانون مدنی الجزایر و ماده ۸۱۲ قانون مدنی کویت، همین مفهوم را در زمینه ملکیت فضا و قرار زمین مقرر کرده‌اند. بر اساس ماده ۵۵۲ قانون مدنی فرانسه: «مالکیت زمین مستلزم مالکیت زیر زمین و فضای فوقانی آن است؛ مالک می‌تواند در فضای فوقانی زمین خویش، هر سازه‌ای را که مناسب می‌بیند، بنا نماید؛ مگر موارد استثنایی که در مبحث حقوق ارتفاقی یا مقررات ارضی آمده است. همچنین مالک می‌تواند زیر زمین خود حفاری نماید یا سازه‌ای احداث کند و هر آنچه از کاوش زمین استخراج می‌نماید، تملک نماید؛ مگر تغییراتی که مربوط به قوانین معادن یا مقررات ناظر به نظم عمومی است».^۲

۱. المادة ۱۰۴۹ من القانون المدني العراقي: «... ۲. و ملكية الارض تشمل ما فوقها علواً، و ما تحتها سفلا إلى الحد المفيد في التمتع بها».

2. ARTICLE 552: La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre " Des servitudes ou services fonciers " Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police.

گفتار سوم: مبانی مالکیت فضا و عقار

بند اول: مالکیت تبعی

به باور برخی، مالکیت فضا و قرار برای مالک زمین، فرع و به تبع مالکیت او بر عین زمین است. در واقع، ماده ۵۵۲ قانون مدنی فرانسه، مصداقی از ماده ۵۵۱ محسوب می‌شود که قاعده مالکیت تبعی را بیان کرده است (Doc Du Juriste, 2008:2). بنا بر ماده ۵۵۱ قانون مدنی فرانسه: «هر آنچه به مال ملحق یا پیوست می‌شود، متعلق به مالک است»^۱ برخی از حقوقدانان ایران نیز، فضا و قرار ملک را جزو متعلقات آن دانسته‌اند و معتقد به مالکیت تبعی بر آن هستند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶۲). در فقه عامه نیز برخی فضا را از توابع زمین قلمداد کرده‌اند (ابن عبدالواحد، بی تا، ج ۷: ۴۰). بر مبنای این گفته، حکم فضای مکانی تابع حکم بنای آن مکان است؛ از این رو فضای وقف، وقف و فضا ملک طلق، طلق، و فضای زمین موات، موات و فضای مملوک، مملوک خواهد بود و مقتضای این قاعده نیز ممنوع بودن فروش فضای مکانی است که بیع آن مکان ممنوع باشد (ابن ادریس، بی تا، ج ۴: ۱۶ - ۱۷). به نظر می‌رسد که مالکیت تبعی در قانون مدنی، مربوط به منافع، نماء و ثمرات مال است و فضا و قرار ملک، نه منفعت به‌شمار می‌رود و نه نماء و ثمره. منفعت مالی است که از خود استقلالی ندارد، بلکه به تدریج از عین حاصل می‌شود و شاید یا مادی و محسوس باشد یا غیرمادی و نامحسوس (صفایی، ۱۳۸۸: ۱۲۸). مراد از ثمره، منفعی است که ظهور مادی دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۲۹) و نماء نیز مترادف با منفعت است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶۲) و همچنین با محصول مترادف معنایی دارد (ماده ۳۳ قانون مدنی) و منظور از محصول نیز رویدنی از زمین یا درخت است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶۲). با این اوصاف ماده ۳۲ قانون مدنی، مالکیت تبعی را برای ثمرات و متعلقات اموال در نظر دارد. مطابق این ماده: «تمام ثمرات و متعلقات اموال منقوله و غیرمنقوله که طبعاً یا در نتیجه عملی حاصل شده باشد، بالتبع، مال مالک اموال مزبوره است». گرچه متعلقات دارای مفهوم عام است

1. ARTICLE 551: Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire, suivant les règles qui seront ci-après établies.

(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۲۹) در این ماده به قرینه ماده ۳۳ به مفهومی شامل ثمره، منفعت، محصول و نماء به کار رفته است.

بند دوم: قاعده ملازمه

اذن در شیء اذن در لوازم آن است و مراد از لوازم، همه امور و اشیایی است که معمولاً و در حالت عادی، نمی‌توان آنها را از اذن تفکیک کرد. لوازم یک شیء شاید عقلی، عرفی یا قانونی باشد (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۶۳). مالکیت بر فضا و قرار یک ملک نیز شاید از لوازم آن ملک باشد، زیرا مالک، حقوق سه‌گانه خود یعنی استعمال، تصرف و اخراج را نمی‌تواند اعمال کند؛ مگر اینکه فضا و قرار ملک نیز متعلق او باشد. عطف شاخه‌های وارد شده به فضای ملک، دادن اذن به همسایگان مبنی بر گذاشتن سرتیر و نمونه‌های دیگر، از جمله مواردی هستند که مالک زمین، حقوق خویش را اعمال می‌کند که اعمال آنها به مالکیت فضا و قرار بستگی دارد. دقت در ماده ۳۸ قانون مدنی نشان می‌دهد که قانونگذار با توجه به ملازمه‌ای که میان مالکیت زمین و مالکیت فضا و قرار وجود دارد، مالکیت آن دو را به مالک زمین واگذار کرده است. مطابق این ماده: «مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است...».

مبحث دوم: حدود و آثار مالکیت فضا و قرار

مطالعه اندیشه‌های فقهی و حقوقی نشان می‌دهد که فضا و قرار زمین، از حیث حدود مملوک بودن آن، از سه حالت خارج نیست: نخست آنکه مالک زمین، تا اوج آسمان و قعر زمین مالک است که این گفته مشهور فقهی است؛ مالک زمین مقداری از فضا و قرار را مالک است که عرف بر آن صحنه گذاشته و سیره نیز در مورد آن شکل گرفته است و بیش از آن مقدار به مالک زمین تعلق ندارد؛ و احتمال سوم آنکه اصلاً مالک زمین، نسبت به فضا و قرار زمین مالکیتی ندارد و نسبت به آنها حق اولویت دارد (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳، ج ۱۰: ۱۹۳).

گفتار اول حدود مالکیت فضا و قرار

راجع به حدود مالکیت فضا و قرار میان فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. به باور

برخی از فقهای امامیه، فضای زمین تا آسمان به مالک متعلق است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸: ۱۴۰). به نظر برخی، حدود ملکیت از اعماق زمین تا اوج آسمان خواهد بود (کاشف الغطاء، بی تا، ج ۱: ۱۰۵). ماده ۱۱۹۳ مجله الاحکام العدلیه نیز بیانگر آن است که مالک زمین، مالک زیر زمین و مافوق آن است و در توضیح آن گفته اند که مراد، مالکیت زمین از عمق آن تا اوج آسمان است (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۲: ۲۴۰ - ۲۴۱). در تعبیر دیگری، بعضی ملکیت فضا را تا جایی که امکان دارد برای مالک زمین دانسته اند که به مفهوم مالکیت زمین تا اوج آسمان و عمق زمین نزدیک است و همچنین گفته اند که هر کس مالک زمینی باشد، بدون هیچ غایتی مالک فضای آن هم خواهد بود (الودعان، ۱۴۳۵: ۱۳). در بیان دیگری، مالکیت قرار تا زمین هفتم و فضا تا اوج آسمان، از نتایج مالکیت عین زمین دانسته شده است (گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۵۸). یگانه دلیلی که قائلان به این نظر ارائه داده اند، وحدت ملاک مسئله حاضر با حدود قبله است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶: ۱۲۱). قبله عبارت است از مکانی که بیت در آن واقع است و از اعماق زمین شروع و تا اوج آسمان ختم می شود و هیچ قول خلافی در اخبار وجود ندارد. در مرسل الفقیه از قول امام جعفر صادق (ع) آمده که پایه و اساس بیت الحرام از زمین هفتم زیرین تا زمین هفتم زیرین است. در خبری که عبدالله بن سنان از امام صادق نقل می کند، مردی از امام سؤال پرسید که بر روی کوه ابوقییس نماز گزاردم، آیا گزاردن نماز در این مکان مجزی است؟ امام در پاسخ بیان داشت: بلی، قبله از موضع کعبه تا آسمان است (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷، ج ۲: ۵۳). در رد این دلیل برای اثبات مدعا، گفته شد که چنین دلیلی به امر تعیین قبله اختصاص دارد و روایت نیز دال بر همان موضوع است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶: ۱۲۱). علاوه بر آن، روایات وارده نیز ضعیف دانسته شده اند (موسوی خلخالی، ۱۴۲۷، ج ۳: ۱۸۲). همچنین به نظر بعضی، حدود قبله نیز از جهت فوقانی و تحتانی به مقداری دانسته شده است که متعارف باشد و الحاق این حکم به فضای زیرین و زیرین مساجد و اوقاف نفی شده است (خویی، ۱۴۱۸، ج ۱۱: ۴۱۵ - ۴۱۹). به غیر از اشکالهایی که فقهای اخیر بر نظر پیش گفته وارد دانسته اند، ذکر این نکته لازم است که بر فرض وجود صحت سند، نمی توان از حکمی که مربوط به عبادات است، در معاملات بهره برد، زیرا مسلم است که عبادات از ابداعات شارعند، در حالی که معاملات از

اعتبارات عقلاییه هستند که مورد منع شارع واقع نشده‌اند. در مسئله حاضر نیز، باید توجه داشت که ملکیت از اعتبارات عقلایی هستند و از این رو، حدود آن را نیز عرف و عقلا تعیین می‌کند. در مسئله حاضر، اینکه عقلا چنین ملکیت بی‌حدومرزی شناسایی کرده باشند، به شدت محل تردید است، بنابراین نمی‌توان به این قول اعتماد کرد.

در مقابل برخی از فقهای امامیه معتقدند که آنچه مشهور شده است که هر کس مالک زمینی باشد، مالک فضای آن تا اوج آسمان و قرار آن تا اعماق زمین خواهد بود، مستند به هیچ پایه‌ای نیست و دلیلی نیز در این زمینه وجود ندارد، همچنین اعتبار چنین ملکیتی نه عقلانی است و نه شرعی. بلکه حق آن است که هر که مالک زمینی باشد، مقداری از فضای آن را مالک می‌شود که تصرفاتش بر زمین متوقف بر آن باشد و مقداری که به منزله حریمش محسوب شود و بیش از این مالک نخواهد بود (حسینی روحانی، بی تا: ۱۲۷) برخی دیگر از فقهای امامیه، بر این گفته که مالکیت زمین مشتمل بر مالکیت فضا تا اوج آسمان و قرار تا عمق زمین است، اشکال گرفته‌اند که چنین چیزی ثابت نیست، زیرا چنین مالکیتی که مبتنی بر تبعیت ملکیت فضا و قرار از ملکیت زمین است، باید به آثارش وابسته باشد و از جملات آثار تبعیت آن است که امری عرفی و عقلایی محسوب می‌شود و این عرف و عقلا هستند که مقدار آن را مشخص می‌کنند^۱ (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶: ۶۰۷). به

۱. «... ان قلت: کیف يمكن هذا التفصيل و قد اشتهر بينهم ان الانسان اذا ملك ارضا ملك ما فوقها الى عنان السماء و ما تحتها الى تخوم الارض بالتبع. قلت: كلاً، هذه من المشهورات التي لا اصل لها فان قاعدة التبعية في الملك متخذة من العقلاء و قد امضاها الشارع، و العقلاء يجعلون له حدا متعارفا فمن ملك ارضا ملك ما تحتها مما تبلغه السرايب و الآبار، و ما فوقها مما تبلغه الغرف المبنية فوقها بل و ما يسمي اليوم بناطحات السحاب و اما ما ورائها فلا، فلو طار طائرة من فوق الاراضي المعمورة او البيوت في البلاد من دون اذن مالكي الاراضي و البيوت لا يعد غاصبا و كذا من حفر نقبا في عمق آلاف متر مثلاً، فلا مانع لإخراج المعادن الموجود في ذاك العمق و شبهه. و اما ما ورد في الكعبة من امتداده من تخوم الارض الى عنان السماء فهو مختص بها و تدل عليه الرواية. و لو شك في ذلك فالاصل عدم التبعية لأنه مردد بين الاقل و الاكثر، او يقال الاصل هو الاباحة...».

نظر برخی دیگر، قول مالکیت زمین تا اوج آسمان و قعر زمین پذیرفته نیست؛ زیرا اگرچه این گفته مشهور باشد، هیچ پایه‌ای ندارد و قاعده تبعیت در ملک نیز از عقلا گرفته شده و شارع آن را تأیید کرده است. عقلا حد متعارفی برای مالکیت تبعی در نظر می‌گیرند؛ از این رو، هر کس مالک زمینی باشد، به مقداری از زیر زمین مالک می‌شود که بتواند در آن سرداب یا طبقه زیرزمینی بسازد و فضای ملک را تا آنجا مالک می‌شود که سازه‌های استوار بنا کند که امروزه از آن با اصطلاح «آسمانخراش» یاد می‌کنند، ولی ورای این مقدار، متعلق به مالک زمین نیست. همچنین اگر شک حادث شود که فضا و قرار تا اوج آسمان و قعر زمین تابع مالکیت زمین است، از آنجا که امر، مردد میان اقل و اکثر است، اصل عدم تبعیت یا اینکه اصل اباحه خواهد بود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶: ۱۲۱). بنا به گفته بعضی از فقهای امامیه، مالکیت زمین تا اوج آسمان و قعر زمین، متکی به دلیل نیست و اگر دلیلی نیز بتوان برای آن ارائه داد، سیره متشرعه یا سیره عقلا ممضی به امضای شارع است، حال آنکه سیره دلیلی لبی محسوب می‌شود و باید به قدر متیقن آن اکتفا کرد یا حتی آنکه مالکیت مالک زمین بر فضا و قرار زمین را انکار کرد و برای او صرفاً حق اختصاص یا حق اولویت قائل شد (غروی نایینی، ۱۴۱۱، ج ۲: ۵).

از منظرگاه حقوق نیز، این اختلاف دیده می‌شود. ظاهر برخی تألیفات نشان می‌دهند که مالکیت فضا و قرار زمین از حیث عمق و اوج، هیچ محدودیتی ندارد (امامی، ۱۳۶۸: ۴۶؛ صفایی، ۱۳۸۸، ج ۱: ۱۷۱). در مقابل، بعضی از حقوقدانان حدودی را برای مالکیت قائل هستند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۴۲). قید محدودکننده مالکیت فضا و قرار یا نظم عمومی است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶۳) یا عقلایی بودن (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۴۲).

قانون‌های مدنی کشورهای مختلف تحت تأثیر دیدگاه‌های بیان‌شده، راه یکسانی را در پیش نگرفته‌اند. به نظر می‌رسد قانون مدنی ایران، حد خاصی را برای مالکیت فضا و قرار مقرر نکرده است. مطابق ماده ۳۸ قانون مدنی: «مالکیت زمین، مستلزم مالکیت فضای مجاذی آن است تا هر کجا بالا رود و همچنین است نسبت به زیر زمین. بالجمله مالک

حق همه‌گونه تصرف در هوا قرار دارد، مگر آنچه را که قانون استثنا کرده باشد». کامن‌لا نیز، حداقل از دید نظری به این دیدگاه تمایل دارد که مالک زمین، دارای حق هوا تا آسمان است (Real Estate Principles, 2006: 26).

در مقابل قانون‌های مدنی کشورهای دیگر، مالکیت بر فضا و قرار را به صورت مطلق نپذیرفته‌اند، بلکه قید یا قیود خاصی را برای آن مقرر کرده‌اند. ماده ۲/۱۰۱۹ قانون مدنی اردن، میزان مفید در بهره‌برداری از زمین را حد مادی مالکیت بر فضا و قرار بیان می‌کند و اصل بر این است که مالک زمین، به میزان مفید در بهره‌برداری از زمین، مالک فضا و قرار است، با این حال قانون نیز شاید به منظور پاسداری از منافع عمومی، همین مقدار را نیز کاهش دهد؛ برای نمونه معادن موجود در زیر زمین متعلق به مالک زمین نخواهد بود، علاوه بر آن شخص مالک می‌تواند با انعقاد قرارداد با شخص دیگری، میزان مالکیت خویش را محدود کند (محمد عبیدات، ۲۰۱۱: ۲۸). در حقیقت، ماده مرقوم بیان می‌کند که مالک زمین صرفاً مالک مقداری از فضا و قرار است که توانایی به‌کارگیری آن را داشته باشد و می‌تواند تا آن مقدار بهره‌برداری کند و نمی‌تواند فراتر از این مقدار، دیگری را مانع شود که از فضا و قرار استفاده نکند. چنین حکمی هماهنگ با منطق و تکالیف اجتماعی، ناظر به حق مالکیت است؛ زیرا حق مالکیت حق نامحدود و مطلق نیست (العبیدی، ۲۰۰۸: ۳۹).

بر اساس قانون مدنی مصر، ملکیت فضا و قرار زمین مطلق نیست و مقید به حد مفید در بهره‌برداری است (ماده ۲/۸۰۳ قانون مدنی مصر). بر این اساس، مالک زمین تنها می‌تواند تا مقداری که توانایی استفاده و بهره‌برداری دارد، مالک فضا و قرار زمین باشد و خارج از این مقدار، نمی‌تواند مانع استفاده غیر شود. این گونه برداشت از مالکیت، مطابق با تکلیف اجتماعی است و آنچه پیشتر مشهور شده بود که مالکیت فضا و قرار زمین برای مالک عین زمین هیچ حدودمرزی ندارد و سلطه مالک در بهره بردن از آنها هیچ‌گونه نهائیتی نخواهد داشت را نقض می‌کند؛ زیرا تحولات اجتماعی نشان‌دهنده آن است که اکنون نباید در تقدیس مالکیت فردی افراط کرد (سعد، ۱۹۹۵: ۳۸).

از میان دو دیدگاه، نگرش دوم، با تحولات اجتماعی و ماهیت مالکیت سازگارتر است. مطابق با تحولات اجتماعی، مالکیت فردی امروزه پشتوانه استواری ندارد، بلکه سخن از چشمپوشی از بخشی از حقوق مالکانه خویش به نفع جامعه و مشارکت در رفاه جمعی است. پوشش تعاون اجتماعی، حقوق فردی را نشانه رفته‌اند و سخن راندن از مالکیت فردی بدون هیچ‌گونه مرزی، گزافه‌گویی است. از این منظر نمی‌توان مالکیت را در مصادیق آن و از جمله فضا و قرار زمین مطلق تصور کرد.

ماهیت مالکیت نیز، نشانگر مطلق بودن آن نیست؛ مالکیت از جمله اعتبارات عقلایی است و پایگاه خویش را از عرف می‌گیرد. بدون تردید عرف، برای مالکیت حدومرزی را قائل است. از منظر عرف، میزانی از فضا و قرار که مالک زمین توانایی استفاده و بهره‌برداری از آن را دارد، محدوده مالکیت است. طبیعی خواهد بود که توانایی اشخاص در بهره‌برداری از فضا و قرار متفاوت است و همچنین شاید شرایط جغرافیایی نیز بر این میزان تأثیر بگذارد؛ برای نمونه ساختن یک برج مرتفع در منطقه‌ای بر روی گسل، متعارف نیست.

گفتار دوم: آثار مالکیت فضا و قرار

آثار مالکیت نتیجه صفات مالکیت و امتیازات آن است. به‌طور سنتی برای مالکیت سه صفت و سه امتیاز شناسایی می‌شود. مطلق بودن، انحصاری بودن و دائمی بودن صفات مالکیت و حق استعمال، حق استثمار و حق اخراج سه امتیاز مالکیت هستند. مراد از مطلق بودن بی‌حدومرز بودن اختیارات مالک و استناد به حق خویش در برابر همگان است. انحصاری بودن مالکیت یعنی تنها مالک می‌تواند از مال بهره بگیرد و از دخالت دیگران جلوگیری کند. دائمی بودن مالکیت یعنی علقه مالک نسبت به مال، به زمان محدود نیست. مالک می‌تواند با هر انگیزه‌ای از مال بهره بگیرد، این توانایی موسوم به حق استعمال است. شاید مالک از منافع مال خویش انتفاع برد، در این حال مال خویش را استثمار می‌کند و نهایت آنکه مالک می‌تواند مال را از دارایی خویش اخراج کند، یعنی عملی انجام دهد که از آن پس مالک نباشد (پیلوار، ۱۳۹۲: ۸۲ - ۹۳). مالک فضا و قرار زمین نیز، بسان همه مالکان، می‌تواند از صفات و امتیازات علقه خود بهره بگیرد.

نظر به انحصاری بودن مالکیت، اگر شخصی به فضا یا قرار ملک دیگر تعدی کند، مالک می‌تواند مانع این تعدی شود و آن را دفع کند. بر اساس قانون مدنی فرانسه، اگر ریشه‌ها و شاخه‌های درختی وارد ملک همسایه شود، مالک می‌تواند از همسایه بخواهد که شاخه‌ها و ریشه‌ها را قطع کند، در صورتی که همسایه شاخه‌ها و ریشه‌ها را قطع نکند، مالک می‌تواند خود ریشه‌ها را ببرد، ولی قطع شاخه‌ها را تنها باید از دادگاه بخواهد. سبب این تمایز آن است که در حالی که ریشه‌های همسایه به قرار زمین مالک تجاوز کرده است، هنگام حفاری کردن در زمین خود، بدون آنکه برای او معلوم باشد ریشه‌ای در زیر زمین است، آن را قطع می‌کند و به همین خاطر، دارای حسن نیت است، قانونگذار فرانسوی خواسته که مسئولیت را از عهده مالک بردارد؛ بدون آنکه او را مکلف به اثبات عدم علم خود کند (سنهوری، بی‌تا، ج ۸: ۵۷۵). در حقوق مصر، برای قطع ریشه‌ها و شاخه‌ها تنها باید از طریق دادگاه اقدام کرد، اگر همسایه به دلخواه آنها را قطع نکند (سنهوری، بی‌تا، ج ۸: ۵۷۵). در قانون مدنی لبنان (ماده ۷۳)، این حق به مالک داده شده است که بدون مراجعه به دادگاه، خود شاخه‌ها و ریشه‌ها را قطع کند، این حق خلاف اصل ممنوعیت خوددادگری بوده و به‌طور استثنایی اجازه داده شده است (الجمال، ۱۹۸۵، ج ۱: ۱۸۶). در فقه عامه، هرگاه شاخه‌های درخت همسایه به هوای زمین مالک تجاوز کند، اگر با وجود درخواست مالک زمین، همسایه شاخه‌ها را قطع نکند، مالک خود نیز می‌تواند آنها را قطع کند؛ زیرا بر دارنده درخت واجب است که این تعدی به ملک دیگری را مرتفع کند، حال با منحرف کردن شاخه‌ها به مکانی که در ملک خودش است یا با بریدن آنها. راجع به اجبار دارنده درخت به منحرف کردن آنها به مکانی در ملک خودش یا بریدن آنها توسط مالک هوا دو قول وجود دارد، طبق یک قول اجبار او امکان‌پذیر نیست و حتی اگر شاخه‌های درختش سبب تلف شدن مالی شود، او ضامن نیست. بر اساس قول دیگر، احتمال داده شده است که اگر از او خواسته شود که تجاوز شاخه‌ها را مرتفع کند، اما او از این کار خودداری ورزد، اجبار او امکان‌پذیر باشد و ضامن تلف وارد شده هم خواهد بود. ولی در هر دو صورت، اگر دارنده درخت امتناع بورزد، مالک هوای زمین می‌تواند خود یکی از راهکارهای پیش‌گفته را انجام دهد، زیرا همانند جایی که حیوانی به ملک او وارد می‌شود، می‌تواند آن را بیرون کند،

شاخه‌ها را نیز می‌تواند مرتفع کند. حال اینکه ابتدا می‌تواند شاخه را ببرد، بدون آنکه ضامن باشد یا اینکه بریدن شاخه بدون به‌دنبال داشتن ضامن، تنها در صورتی است که رفع تعدی شاخه‌ها، بدون بریدن امکان‌پذیر نباشد، اختلاف وجود دارد (الترکی، ۱۴۱۵، ج ۱۳: ۱۷۶ - ۱۷۷). برخی از فقهای عامه رأی به حالت دوم داده‌اند و در چرایی آن گفته‌اند که هیچ مالکی ملزم نیست که مال متعلق به دیگری را در ملک خودش نگه دارد (الترکی، ۱۴۱۵، ج ۱۳: ۱۷۷). قانون مدنی ایران، از دیدگاه اخیر پیروی کرده است. به علت مالکیت فضا و قرار زمین، مطابق ماده ۱۳۱ قانون مدنی: «اگر شاخه درخت کسی داخل در فضای خانه یا زمین همسایه شود، باید از آنجا عطف کند و اگر نکرد، همسایه می‌تواند آن را عطف و اگر نشد از حد خانه خود قطع کند و همچنین است حکم ریشه‌های درخت که داخل ملک غیر می‌شود».

پرسشی که پیرامون صفت انحصاری بودن مالکیت مطرح می‌شود، آن است که آیا مالک می‌تواند از عبور سیم‌های تلفن و مانند آن و نیز پرواز بالگرد و هواپیما از روی ملک خویش جلوگیری کند و در صورت عبور آنها، مستحق جبران خسارت است؟ پاسخ به این پرسش، به حدود مالکیت فضا و قرار بستگی دارد. برخی از حقوقدانان که ظاهراً برای مالکیت فضا و قرار حدودی قائل نیستند، عبور سیم تلفن و نظایر آن را تنها با اذن مالک یا حکم قانون می‌دانند (امامی، ۱۳۸۶، ج ۱: ۴۷). در مقابل برخی از حقوقدانان، تحمیل حق ارتفاق مربوط به عبور سیم تلفن و برق را نتیجه محدود بودن مالکیت می‌دانند و علاوه بر آن آزادی و نظم عبور هوایی از فضای سرزمین هر دولت را قاعده‌ای دانسته‌اند که مالکان خصوصی باید به آن تمکین کنند و راه عبوری را که دولت مقرر می‌کند، در فضای خود بپذیرند و نظم عمومی را گردن نهند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶۳). در فقه اسلامی، برخی از فقها معتقدند که پرواز هواپیما در روی زمین‌های معمور یا خانه‌های شهرها بدون اذن مالکان، غصب نیست، همچنین اگر کسی در اعماق پایین مثل هزاران متر حفاری کند و به زیر زمین دیگری نقب زده باشد، می‌تواند مواد معدنی آن را استخراج کند و به مالک زمین تعلق ندارد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶: ۱۲۱). در حقوق فرانسه، عبور هواپیما از فضای نزدیک املاک ممنوع و عبور از فضای رفیع مجاز است (الدهان و حسین عبدالقادر، ۲۰۰۸: ۵۵). در حقوق اردن، با توجه به اینکه مالکیت

فضا و قرار تا حد مفیدی که می‌توان بهره‌برداری کرد، متعلق به مالک است، او نمی‌تواند از پرواز هواپیما، عبور سیم‌های تلفن و مانند آن از روی فضای زمین و لوله‌های آب در زیر زمین جلوگیری کند تا زمانی که این امور سبب منع استفاده از ملکش نمی‌شود و به او زیان نمی‌رساند (العبيدي، ۲۰۰۸: ۳۹). در کامن‌لا، عبور هواپیما از فضای زمین، مشروط بر اینکه حق بهره‌برداری مفید مالک را نقض نکند، تعدی به ملک غیر به‌شمار نمی‌رود (Karp & Klayman, 2003: 53). در حقیقت، اینکه فضای زمین تا آسمان متعلق به مالک زمین باشد، دکترین قدیمی و متروک کامن‌لایی است. این قاعده که با اصطلاح لاتین «Cujus est solum ejus est usque ad coelum» تعبیر می‌شود در حقوق مدرن امروزی جایگاهی ندارد. در حقوق امروز، هوا یک شاهراه عمومی است (Jennings, 2014: 39). نتیجه آنکه، مالک نمی‌تواند از حقوق ارتفاقی که به نفع منافع عمومی بر فضا و قرار زمینش حسب عرف و تحولات اجتماعی ایجاد می‌شود، جلوگیری کند.

در راستای امتیاز تصرف مالک، آیا فضا و قرار زمین مستقلاً امکان نقل و انتقال دارد؟ فقهای شیعه، بیع فضای زمین را به‌طور مستقل جایز نمی‌دانند و از آن تحت عنوان عدم جواز بیع حق‌الهواء سخن می‌گویند. به باور ایشان، موضوع بیع اعیان است و فضای زمین عین نیست، ولی صلح آن را روا می‌دانند (عاملی، ۱۴۲۷، ج ۱۷: ۱۲۴). در فقه عامه راجع به این موضوع، سه قول وجود دارد: دیدگاه نخست، بیع فضا را مطلقاً صحیح می‌داند، زیرا فضا ملک بایع است و به قیاس به بیع خود زمین، صحیح است؛ دیدگاه دوم، بیع فضا را هنگامی صحیح می‌داند که طبقه زیرین ساخته شده باشد، ولی اگر طبقه زیرین ساخته نشده باشد به‌گونه‌ای که نتوان سازه‌ای بر آن بر پا کرد، بیع فضا صحیح نیست؛ منظرگاه سوم، نقیض دیدگاه نخست است و بیع فضا را مطلقاً صحیح نمی‌داند، زیرا حق بر بلندای زمین مال نیست و مال عبارت از عینی است که بتوان آن را به‌دست آورد و نگه داشت و همچنین حق مزبور، حق تعلق‌گرفته به مال نیست، بلکه حق بر هواست و هوا از مواردی نیست که بتوان فروخت و مبیع باید یکی از این دو باشد (بن‌علی‌الشمیرانی، ۲۰۱۶: ۷۳۵ - ۷۳۸). اگر معتقد باشیم که موضوعات بیع را عرف مشخص می‌کند (همان‌گونه که مشهور

است بیع دارای حقیقت عرفیه است و نه حقیقت شرعیه) هر آنچه عرف قابل خرید و فروش بداند، شاید معوض در عقد بیع باشد. در اینجا نیز عرف، فروش فضا را شناسایی کرده و اصطلاح فروش تراکم در بیان عرف، متداول است و از سویی فضا، ملک مالک زمین محسوب می‌شود و هر مالکی حق فروش مایملک خویش را دارد. به این ترتیب به نظر می‌رسد دیدگاه جواز مطلق بیع حق فضا، نظر نزدیک به صواب باشد.

از منظر حقوقی باید توجه داشت که نیازهای اجتماعی جدید سبب شده‌اند که مالکیت فضا، قرار و سطح زمین تعلق به اشخاص متعدد داشته باشد، در حقیقت با افزایش جمعیت، سرمایه‌گذاران به طبقات بالای زمین تمایل دارند تا نیازهای تجاری و مسکونی خویش را برآورده کنند. با خرید قطعه فوقانی از فضای زمین، خریدار حق مالکیت نسبت به فضای مزبور پیدا می‌کند (Karp & Klayman, 2003: 53). به این ترتیب امکان دارد که در یک قطعه از زمین، مالک فضا، قرار و سطح آن مختلف باشد، برای نمونه مالک زیرزمین شرکت مترو، مالک فضا، شرکت راه‌آهن باشد که خطوط ریلی خود را عبور داده است و سطح زمین نیز به هر شخص حقیقی یا حقوقی دیگری تعلق داشته باشد. تعدد مالکان فضا و قرار و سطح حاکی از جواز فروش حق قرار و حق فضا است.

هنگامی که از مالکیت فضا و قرار برای مالک سخن می‌رود، لوازم آن نیز باید پذیرفته شود. از این رو، مالک فضا می‌تواند تمامی امتیازات مالکیت را اعمال کند، یعنی حق فروش، حق افراز، ترهین یا اجاره دادن ملک خویش، ولو به صورت جدا از سطح زمین را دارد (Aalberts, 2015: 60). در حقوق ایران نیز باید همین دیدگاه را پذیرفت؛ در حقیقت ماده ۳۸ قانون مدنی فضا و قرار را ملک مالک زمین دانسته است، لازمه آن، جواز تصرفات مالکانه خواهد بود و از جمله تصرفات مالکانه بیع است. البته ماده ۳۳۸ قانون مدنی گرچه تصریح می‌کند که مبیع باید از اعیان باشد، مانعی در این زمینه ایجاد نمی‌کند، زیرا عین در این ماده در مقابل منفعت به کار رفته است و دلیل عرفی نیز بر جواز خرید و فروش فضا و قرار املاک صحه می‌گذارد.

نتیجه‌گیری

مالکیت زمین، تنها به دو بعد طول و عرض محدود نمی‌شود، بلکه مالک زمین، در بعد سوم یعنی ارتفاع نیز دارای علقه مالکانه است. از جمله مسائل مربوط به مالکیت زمین، حدود مالکیت مالک زمین از حیث ارتفاع خواهد بود. مالک زمین، مالک فضای محاذی آن و قرار آن تا حد متعارف است و از این‌رو، مالکیت او از اعماق زمین تا اوج آسمان نخواهد بود. به همین سبب عبور هواپیما از روی زمین، تعدی به ملک او محسوب نمی‌شود؛ مشروط بر آنکه هواپیما در ارتفاع بسیار بلند پرواز کند، اما عبور هواپیما از فضایی نزدیک زمین، سبب نقض مالکیت اشخاص است و حق جبران خسارت برای مالک محفوظ خواهد بود. نقب زدن به زیر زمین اشخاص و حفاری در اعماق بسیار پایین نیز نقض ملک شخص به‌شمار نمی‌آید.

شناسایی مالکیت فضا و قرار برای مالک زمین، امتیازات و ویژگی‌های مالکیت را به‌همراه خواهد داشت، از این‌رو، مالک فضا و قرار می‌تواند همانند مالک سطح زمین، در مال خویش انواع تصرفات ناقل و غیرناقل انجام دهد، مشروط بر آنکه قانون‌ها و مقررات مربوط به نظم عمومی را رعایت کند.

کتابنامه

الف) فارسی

۱. امامی، حسن (۱۳۶۸). حقوق مدنی، جلد ۱، چ هشتم، تهران: انتشارات اسلامی.
۲. انوری، حسن (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ سخن، جلد ۶، چ سوم، تهران: نشر سخن.
۳. _____ (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ سخن، جلد ۷، چ دوم، تهران: نشر سخن.
۴. باریکلو، علیرضا (۱۳۹۰). *اموال و حقوق مالی*، تهران: سمت.
۵. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰). *قواعد فقه: مختصر هفتادوهفت قاعده فقهی و حقوقی*، جلد ۱، چ دوم، تهران: دانشگاه امام صادق.
۶. پیلوار، رحیم (۱۳۹۲). *فلسفه حق مالکیت*، چ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲). *مجموعه محشی قانون مدنی*، چ دوم، تهران: گنج دانش.
۸. _____ (۱۳۸۸). *حقوق اموال*، چ ششم، تهران: گنج دانش.
۹. سنهوری، عبدالرزاق احمد (بی تا). *الوسیط فی الشرح القانون المدنی*، جلد ۸: حق الملكية مع شرح مفصل للأشیاء و الأموال، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۱۰. صفایی، حسین (۱۳۸۸). *حقوق مدنی*، جلد ۱: اشخاص و اموال، چ دهم، تهران: میزان.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، چ هفدهم، تهران: انتشارات میزان.
۱۲. معین، محمد (۱۳۸۶). *فرهنگ دوجلدی معین*، جلد ۲، چ چهارم، تهران: انتشارات ادنا.

ب) عربی

۱۳. ابن ادریس، احمد (بی تا). *انوار البروق فی انواع الفروق*، جلد ۴، بی جا: بی نا.
۱۴. ابن عبدالواحد، کمال الدین (بی تا). *فتح القدير*، جلد ۷، بی جا: بی نا.
۱۵. بن علی الشمرانی، عدلان بن غازی (۲۰۱۶ ق). *بیع العقار و تأجیره فی فقه الاسلامی*، جلد ۲، ریاض: العبيکان.

١٦. ابن قدامه، عبدالرحمن (بی‌تا). *الشرح الكبير*، جلد ٥، بیروت: دارالکتب العربی للنشر و التوزیع..
١٧. البسام، عبدالله بن عبدالرحمن (بی‌تا). *توضیح الاحکام من بلوغ المرام*، جلد ٤، مکه: مكتبة الاسدی.
١٨. التركي، عبدالله بن عبدالمحسن (١٤١٥ ق). *المقنع و الشرح الكبير و الانصاف*، جلد ١٣، بی‌جا: هجر الطباعة و النشر و التوزیع و الاعلان.
١٩. ترحینی عاملی، سید محمد حسین (١٤٢٧ ق). *الزبدة الفقيه فی شرح الروضة البهیة*، جلد ٢، چ چهارم، قم: دارالفقه للطباعة و النشر.
٢٠. الجمال، مصطفی (١٩٨٥). *نظام الملكية فی القانون اللبناني و المقارن*، جلد ١، بیروت: المكتب الشرقي للنشر و التوزیع.
٢١. جمعی از پژوهشگران (١٤٢٣ ق). *موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).
٢٢. غروی نایینی، محمد حسین (١٤١١ ق). *کتاب الصلوة*، جلد ٢، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
٢٣. حسینی روحانی، سید صادق (بی‌تا). *المسائل المستحدثه*، بی‌جا: بی‌نا.
٢٤. خویی، ابوالقاسم (١٤١٨ ق). *موسوعة الامام الخوئی*، جلد ١١، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی (ره).
٢٥. الدهان، عقيل فاضل و حسين عبدالقادر، زينب (٢٠٠٨). *أحكام قضاء العقار فی القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامی)*، مجلة جامعة كربلاء العلمیة، المجلد السادس، العدد الرابع.
٢٦. سعد، نبیل ابرهیم (١٩٩٥). *الحقوق العينية الاصلیة فی القانون المصری و اللبناني*، بیروت: دار النهضة العربیة.
٢٧. سلامت، احمد (١٩٧٠). *الملکیة الفردی فی القانون المصری*، قاهره: دار النهضة العربیة.

۲۸. طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الامامیة*، جلد ۸، چ سوم، تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.
۲۹. العاملي، محمد جواد (۱۴۲۷ ق). *مفتاح الكرامة*، جلد ۱۷، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۰. حلی، حسن بن یوسف (بی تا). *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة (ط - القديمة)*، جلد ۲، مشهد: مؤسسه آل البيت (ع).
۳۱. عاملی کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، جلد ۵، چ دوم، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۳۲. العبيدی، علی هادی (۲۰۰۸). *الحقوق العینیة*، عمان: دارالثقافة للنشر و التوزيع.
۳۳. غروی نایینی، محمد حسین (۱۴۱۱ ق). *کتاب الصلوة*، جلد ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۴. فاضل هندی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ ق). *کشف اللثام و الایهام عن قواعد الاحکام*، جلد ۱۰، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۵. کاشف الغطاء، عباس (۱۴۳۴ ق). *المال المثلی و المال القیمی فی الفقه الاسلامی*، نجف: مؤسسه الکاشف الغطاء العامه.
۳۶. کاشف الغطاء، مهدی (بی تا). *مورد الأنام فی شرح شرائع الإسلام*، جلد ۱، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۳۷. کاشف الغطاء، محمد حسین (۱۳۵۹). *تحریر المجلة*، جلد ۲، نجف: المكتبة المرتضویة.
۳۸. کیره، حسن (۱۹۵۸). *الحقوق العینیة الاصلیة*، جلد ۱، بی جا: بی نا.
۳۹. گلپایگانی، محمد رضا (۱۴۱۳ ق). *کتاب القضاء*، جلد ۲، قم: دارالقرآن کریم.
۴۰. مجموعه من المؤلفین (۱۴۱۶). *الموسوعة الفقهیة*، ج ۳۳، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة.
۴۱. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۶ ق). *أنوار الفقاهة: کتاب الخمس و الأنفال*، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (ع).

۴۲. _____ (۱۳۹۵). درس خارج فقه: کتاب الشركة، بازبینی شده از:

[/http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/makarem/feqh/95/951126](http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/makarem/feqh/95/951126)

۴۳. محمد عبيدات، يوسف (۲۰۱۱). الحقوق العينية الاصلية و التبعية، عمان: دارالمسيرة للنشر و التوزيع و الطباعه.

۴۴. موسوی خلخالی، محمد مهدی (۱۴۲۷ ق). کتاب الخمس و الأنفال، جلد ۳، قم: دارالبشير.

۴۵. الودعان، وليدبن فهد (۱۴۳۵ ق). قاعدة الهواء تابع للقرار: تأصيلا و تطبيقا، مجلة العلوم الشرعية، ش ۳۳.

ج) لاتین

46. Aalberts, Robert J (2015). *Real Estates Law*, USA: Cengage Learning, 9th ed.
47. Bevans, Neal R (2009). *Real Estate and Property Law for Paralegals*, US: Wolters Kluwer.
48. Doc Du Juriste (2008). *Commentaire de l'article 552 alinéa 1 du Code civil concernant la propriété du sol*. Disponible en: <https://www.doc-du-juriste.com/droit-prive-et-contrat/droit-civil/commentaire-de-texte/article-552-code-civil-propriete-sol-468789.html>.
49. Jennings, Marianne M. (2014). *Real Estate Law*, USA: Cengage Learning, 10th ed.
50. Karp, James & Klayman, Elliot (2003). *Real Estate Law*, Chicago: Dearborn Publishing, 5th ed.
51. *Real Estate Principles* (2006). United States: Rockwell Publishing.