

# دستورالعمل



موسسه آموزش عالی روزبهان

وزارت علوم، تحقیقات و فناوری

گروه حقوق

پایان نامه جهت دریافت درجه کارشناسی ارشد "M.A"

عنوان:

تحلیل حق بر حریم در فقه و حقوق ایران

استاد راهنما:

دکتر محمد نوروزی

نگارش:

محمد رضا راه گذر شهرودی

زمستان ۱۴۰۰

## مجوز بهره برداری از پایان نامه

بهره برداری از این پایان نامه در چهارچوب مقررات کتابخانه و با توجه به محدودیتی که توسط استاد راهنما به شرح زیر تعیین می شود، بلامانع است:

بهره برداری از این پایان نامه / رساله برای همگان بلامانع است.

بهره برداری از این پایان نامه / رساله با اخذ مجوز از استاد راهنما، بلامانع است.

بهره برداری از این پایان نامه / رساله تا تاریخ ..... ممنوع است.

نام استاد یا اساتید راهنما:

تاریخ:

امضا:

## تأییدیه‌ی صحت و اصالت نتایج

### باسمه تعالی

اینجانب محمدرضا راه‌گذر شهرودی به شماره دانشجویی ۹۸۱۳۱۶۰۰۱۸۹ دانشجوی رشته حقوق خصوصی مقطع تحصیلی کارشناسی ارشد تأیید می‌نمایم که کلیه‌ی نتایج این پایان‌نامه/رساله حاصل کار اینجانب و بدون هرگونه دخل و تصرف است و موارد نسخه‌برداری شده از آثار دیگران را با ذکر کامل مشخصات منبع ذکر کرده‌ام. در صورت اثبات خلاف مندرجات فوق، به تشخیص دانشگاه مطابق با ضوابط و مقررات حاکم (قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی، ضوابط و مقررات آموزشی، پژوهشی و انضباطی ...) با اینجانب رفتار خواهد شد و حق هرگونه اعتراض در خصوص احقاق حقوق مکتسب و تشخیص و تعیین تخلف و مجازات را از خویش سلب می‌نمایم. در ضمن، مسئولیت هرگونه پاسخگویی به اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی و مراجع ذی‌صلاح (اعم از اداری و قضایی) به عهده‌ی اینجانب خواهد بود و دانشگاه هیچ‌گونه مسئولیتی در این خصوص نخواهد داشت.

نام و نام خانوادگی:

امضا و تاریخ:



وزارت علوم، تحقیقات و فناوری

موسسه آموزش عالی روزبهان

## تأییدیه هیأت داوران جلسه دفاع از پایان نامه

نام دانشجو: محمدرضا راه گذر شهرودی

عنوان پایان نامه: تحلیل حق بر حریم در فقه و حقوق ایران

تاریخ: ۱۴۰۱/۰۲/۱۷

رشته تحصیلی: حقوق خصوصی

گرایش:

ردیف	سمت	نام و نام خانوادگی	مرتبه دانشگاهی	دانشگاه یا مؤسسه	امضا
۱	استاد راهنما				
۲	استاد مشاور				
۳	استاد مدعو خارجی				
۴	استاد مدعو داخلی				
۵	استاد مدعو داخلی				

معدل نمره ارزشیابی داوران در جلسه دفاعیه: .....

## سپاسگزاری

ستایش خدای راست که پیوند دهنده ستایش به نعمت است و نعمت به ستایش. او را بر نعمتهایش می ستاییم چنانکه بر بلایش، و از او بر نفس خود مدد خواهیم که در آنچه باید کاهل است و بر آنچه نباید عاجل، و خواهان بخشش او هستیم در آنچه علمش آن را در بر گرفته و در کتابش بر شمرده. گواهی می دهیم که پرستش شونده ای جز خدای ما نیست، یکی است بی شریک، و محمد بنده اوست و پیامبرش، که درود خدا بر او و خاندان پاکش باد.<sup>۱</sup> آرزوی سلامتی می خواهم پدرم را و غرق بوسه می کنم وجود مادرم را که می دانم نبوده است جز به دعای خیر ایشان، از ابتدای زندگی.

## تقدیم به:

پدر و مادر مهربانم که در سر تا سر زندگی  
مشوق و راهنمایم بوده اند و آنانی که دلشان  
با پرتوی ولایت امام زمان (عج) مصفا می گردد.

## چکیده:

حریم خصوصی، یکی از مفاهیم نظام‌های حقوقی توسعه یافته‌است که ارتباط بسیار نزدیکی با حقوق انسان‌ها دارد، بنابراین پشتیبانی و حمایت از شخصیت افراد و حقوق شهروندان، نیازمند حمایت از حریم خصوصی است. در نظام حقوقی ایران، حریم خصوصی بصورت مشخص و معنون حمایت نشده و در واقع، موضع حقوق موضوعه ایران در مواجهه با حریم خصوصی، تحول‌گرایانه است. حقوق و آزادی‌ها بمنزله حریم خصوصی بطور ضمنی و در میان سایر قواعد حقوقی، بطور ناقص، مورد حمایت قرار گرفته‌اند. قانون اساسی، قانون مجازات اسلامی، قانون آیین دادرسی کیفری، قانون آزادی اطلاعات، قوانین و مقررات مربوطه به ارتباطات پستی، تلفنی و قانون مطبوعات در زمره قوانین و مقرراتی هستند که گاه ضمنی و گاه صریحا از برخی مصادیق حریم خصوصی حمایت کرده‌اند. البته برخلاف قوانین اساسی کشورهایی که از حریم خصوصی بصورت مشخص و در قالب اصل یا اصول خاصی حمایت کرده‌اند، در قانون اساسی ایران متن خاصی که از حریم خصوصی، تحت این عنوان حمایت کرده باشد، وجود ندارد و آن را در ذیل مالکیت محترم شمرده است و آن را در ذیل مالکیت محترم شمرده است. لذا در این تحقیق به بررسی مبانی حق بر حریم خصوصی و چالش‌های آن در حقوق موضوعه ایران پرداخته شده است.

**واژه‌های کلیدی:** قانون اساسی، حریم خصوصی، قانون مجازات اسلامی، قانون آیین دادرسی کیفری

## فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چکیده.....	۱
<b>فصل اول: کلیات تحقیق</b>	
۱-۱. بیان مساله.....	۳
۲-۱. پیشینه تحقیق.....	۴
۳-۱. اهمیت و ضرورت تحقیق.....	۶
۴-۱. اهداف تحقیق.....	۶
۵-۱. سؤالات تحقیق.....	۶
۶-۱. فرضیه‌های تحقیق.....	۷
۷-۱. روش تحقیق.....	۷
۸-۱. ساختار تحقیق.....	۷
<b>فصل دوم: ادبیات و مفهوم تحقیق</b>	
۱-۲. مفاهیم.....	۹
۱-۱-۲. مفهوم مال.....	۹
۲-۱-۲. انواع اموال.....	۱۰
۱-۲-۱-۲. تقسیم اموال بر مبنای ماهیت.....	۱۱
۱-۱-۲-۱-۲. اعیان و منافع.....	۱۱
۲-۱-۲-۱-۲. اموال منقول و غیر منقول.....	۱۳
۳-۱-۲-۱-۲. اموال مثلی و قیمی.....	۱۷
.....	۱۸
۴-۲-۱-۱-۲. اموال مصرف شدنی و قابل بقاء.....	۱۸
۲-۲. تقسیم اموال به اعتبار رابطه مالکیت.....	۱۹
۱-۲-۲. مال مشاع و مفروز.....	۲۰
۲-۲-۲. اموال و مشترکات عمومی.....	۲۱
۳-۲-۲. اموال مجهول المالک.....	۲۲
۳-۲. مبانی مالکیت اموال.....	۲۳

۲۵	۴-۲. مبانی تاریخی مالکیت.....
۲۶	۵-۲. مبانی مالکیت در اسلام.....
۲۷	۵-۲. مالکیت خصوصی.....
۲۷	۶-۲. مالکیت عمومی.....
۲۸	۷-۲. مالکیت دولت.....
۲۸	۸-۲. مبانی حقوقی مالکیت.....

### فصل سوم: حریم و حریم خصوصی

۳۱	۱-۳. حریم.....
۳۲	۲-۳. حریم ملکی.....
۳۳	۳-۳. مفهوم و اوصاف حق و حکم.....
۳۳	۱-۳-۳. مفهوم حق و حکم در حوزه حریم خصوصی.....
۳۴	۱-۱-۳-۳. مفهوم حق در حوزه حریم خصوصی.....
۳۴	۳-۱-۳-۳. مفهوم حکم.....
۳۵	۴-۳. مهمترین اوصاف حق و حکم در حوزه حریم خصوصی.....
۳۶	۵-۳. معیار اثباتی در تشخیص حق از حکم در حوزه حریم خصوصی.....
۳۷	۱-۵-۳. اصل عملی در مقام شک در حق یا حکم بودن حریم خصوصی.....
۳۸	۶-۳. ضوابط حاکم در مقام تشخیص حق از حکم در حوزه حریم خصوصی.....
۳۸	۱-۶-۳. توجه به لسان دلیل.....
۴۱	۲-۶-۳. ملاحظه آثار و لوازم.....
۴۲	۳-۶-۳. تمسک به عمومات و اطلاعات.....
۴۳	۴-۶-۳. استقراء و تنقیح مناط.....

### فصل چهارم: احکام حریم در حقوق خصوصی ایران

۴۶	۱-۴. مقدمه.....
۴۶	۲-۴. مالکیت بر حریم.....
۴۹	۱-۲-۴. حریم ملکی احیاشده.....
۴۹	۲-۲-۴. حریم ملکی قانونی.....

۵۰	..... ۳-۲-۴. حریم ملکی قراردادی
۵۰	..... ۳-۴. اصل جواز تملک برای تأمین حریم اموال عمومی
۵۱	..... ۱-۳-۴. حریم ارتفاقی
۵۶	..... ۲-۳-۴. حریم ارتفاقی منفی
۵۶	..... ۱-۲-۳-۴. اموال خصوصی
۵۷	..... ۲-۲-۳-۴. اموال عمومی
۵۸	..... ۴-۴. آثار حریم و محدودیت‌های آن در فقه

### فصل پنجم: نتیجه‌گیری و پیشنهادها

۶۲	..... ۱-۵. نتیجه‌گیری
۶۵	..... ۲-۵. پیشنهادها
۶۶	..... منابع

## فصل اول

### کلیات تحقیق

## ۱-۱. بیان مساله

حریم، برابر ماده ۱۳۶ قانون مدنی، مقداری از اراضی اطراف ملک، قنات، نهر و امثال آن است که برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد. قانون مدنی در فرازی از ماده ۱۳۹ حریم را در حکم ملک صاحب حریم دانسته است. بند نه ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه ۱۳۵۱ و بند خ ماده یک آیین نامه نحوه تعیین حد بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار و مسیل‌ها و مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی اصلاحی ۱۳۸۲ حق بر حریم را حق ارتفاع تلقی کرده‌اند. در دکترین حقوقی نیز بدون اینکه میان انواع حریم تفاوت گذاشته شود، دیدگاه‌های مطلقه بیان شده است. پاره‌ای از نویسندگان حق بر حریم را حق ارتفاع منفی و برخی، حق مستقلی از سایر حقوق عینی شناسایی کرده‌اند. اما در فقه، چنانکه خواهد آمد مشهور باور به حق مالکیت بر نوعی از حریم داشته و، در نوعی دیگر، حق بر حریم را اولویت شناسایی کرده‌اند. برخی از فقها نیز به صورت مطلق آن را حق اولویت به شمار آورده‌اند.

استقراء در مصادیق حریم در مقررات ایران نیز نشان می‌دهد که حق بر حریم گاه حق مالکیت است و گاه حق ارتفاع مثبت و منفی. هر چند در برخی موارد برای هر دو نوع حریم، از عنوان حریم به صورت مطلق استفاده شده است. چنان که در مواد ۱۳۶-۱۳۹ قانون مدنی قانون منع احداث بنا و ساختمان در طرفین خطوط لوله انتقال گاز مصوب ۱۳۵۰، قانون اختیارات و وظایف وزارت نفت مصوب ۱۳۹۱، قانون تعیین حریم حفاظتی امنیتی اماکن و تأسیسات ۱۳۹۳ و آیین نامه احداث، توسعه، بهره برداری و مدیریت فرودگاه‌های غیرنظامی مصوب ۱۳۹۲، عنوان حریم به صورت مطلق به کار رفته است. اما در مواردی برای جدایی این دو گونه، قیدی بدان افزوده شده است. برای نمونه، در مصوبه شماره ۳۵۸ مورخ ۱۳۹۳ شرکت ملی گاز ایران، حریم ملکی با عنوان حریم اختصاصی در برابر حریم ارتفاعی با عنوان حریم ایمنی به کار رفته است. همچنین، در آیین نامه کاربری اراضی اطراف فرودگاه‌ها مصوب ۱۳۸۰ به حریم ملکی، حریم داخلی در برابر حریم ارتفاعی با عنوان حریم بیرونی گفته شده است. در نهایت، قانون اصلاح قانون ایمنی راه‌ها و راه آهن مصوب ۱۳۷۹ تنها به حریم ملکی، حریم اطلاق نموده و در آیین نامه اجرایی تبصره یک ماده ۱۷ اصلاحی قانون یادشده از حریم ارتفاعی با عنوان نوار حفاظتی یاد شده است. در هر حال، به جهت یکسان نبودن رویکرد قانونگذار، در نامیدن انواع حریم از یک سو و گویا بودن عنوان حریم ارتفاعی و حریم ملکی از سوی دیگر، این دو نام به کار گرفته شده است تا شناسای حق بر حریم باشد. در این پژوهش، در هر

گونه از حریم، ابتدا حق بر حریم و دیدگاه‌های فقها و حقوقدانان مورد بحث و تحلیل قرار می‌گیرد. سپس، سبب ایجاد آن حق و مصادیق آن در حقوق ایران مطالعه خواهد شد.

## ۱-۲. پیشینه تحقیق

اماموردی (۱۳۹۶)، قانون مدنی به روشنی ماهیت حق بر حریم را بیان نکرده و آن را در حکم ملک صاحب حریم دانسته است. پاره‌ای از حقوقدانان، همسان آنچه در برخی دیگر از مقررات آمده، حق یادشده را حق ارتفاق تفسیر کرده‌اند. در مقابل، برخی حق بر حریم را حق مستقلی در کنار سایر حقوق عینی شناسایی نموده‌اند. در فقه، در نوعی از حریم مشهور باور به مالکیت صاحب حریم داشته و در نوعی دیگر حق اولویت را ابراز کرده‌اند. برخی نیز حق بر حریم را به صورت مطلق حق اولویت دانسته‌اند. با این همه، جمع دیدگاه‌های فقهی و حقوقی و استقراء در مصادیق حریم در قوانین نشان می‌دهد که حق بر حریم دو گونه است: حق مالکیت بر حریم (حریم ملکی)، حق ارتفاق بر حریم (حریم ارتفاقی). در حریم ملکی، صاحب حریم مالک حریم است که تنها در اراضی موات ایجاد می‌شود. اما دولت می‌تواند اراضی ملکی را برای تأمین حریم اموال عمومی تملک معوض نماید. در حریم ارتفاقی، صاحب حریم حق ارتفاق مثبت یا منفی بر حریم دارد که به عنوان قاعده در اراضی موات محقق می‌شود. مگر اینکه قانون، حریم ارتفاقی منفی را بر اراضی ملکی نیز تحمیل نماید.

موسی‌زاده و مصطفی‌زاده (۱۳۹۱)، نگاهی تاریخی به اصطلاح «حریم خصوصی» در مباحثات انسان‌شناسی و جامعه‌شناسی نشان می‌دهد که در فرهنگ‌ها و جوامع گوناگون، حریم خصوصی همواره امر ارزشمندی بوده و مورد حمایت واقع می‌شده است؛ ولی با این حال، تعریف، برداشت، توصیف و مفهومی واحد و یک شکل از آن هنوز به دست نیامده است و این به خاطر تفاوت در فرهنگ‌ها، تغییرات سیاسی، اجتماعی و فرهنگی در جوامع در طی تاریخ و نیز تفاوت در نوع نگاه و نگرش به این حق و نقش و جایگاه آن در جوامع بوده است، به طوری که مصادیق و قلمرو خلوت و حیطة خصوصی از فرهنگی به فرهنگی دیگر و از جامعه‌ای به جامعه‌ی دیگر و از زمانی به زمان دیگر فرق می‌کند. «حق بر حریم خصوصی»، ارتباط عمیق و تنگاتنگی با حرمت، حیثیت، کرامت، شخصیت، توسعه ارتباطات شخصی، کنترل اطلاعات شخصی محرمانه، توسعه خود مختاری شخصی و دیگر ارزش‌های ارزشمند بشری دارد که برای حفظ این ارزش‌ها ملزم به شناخت یک حیطة خلوت و خصوصی برای انسان هستیم.

حیبی (۱۳۹۵)، در عصر فناوری اطلاعات و با توسعه فضای مجازی، حریم خصوصی بیش از هر زمان دیگری در خطر است و در این میان شبکه‌های اجتماعی از وضعیت ممتازی در باب أخذ، جمع‌آوری و استفاده از اطلاعات اشخاص در فضای مجازی برخوردارند. این شبکه‌ها با رصد کردن رفتار افراد در شبکه و افزودن این اطلاعات به بانک داده‌های خود، مجموعه‌ای از اطلاعات را جمع‌آوری کرده و از طریق داده‌کاو، پروفایل‌های شخصی برای اعضا می‌سازند که حاوی اطلاعات بسیار زیادی از

حق حریم خصوصی یکی از حقوق مسلم و طبیعی هر فرد است که کرامت ذاتی و انسانی برای وی به ارمغان آورده است و با آرامش روانی و فکری جامعه ارتباط تنگاتنگ دارد. هر کسی حق دارد از افراد عادی و حکومت انتظار احترام به حریم شخصی اش را در کلیه ابعاد آن داشته باشد تا بتواند در زندگی اجتماعی حوزه فردی و مستقلی داشته باشد. لذا در هر جامعه یکی از وظایف مردم و حکومت حمایت از این حق و جلوگیری از تجاوز و تعدی علیه حریم خصوصی افراد می‌باشد. در حقوق اسلام این حق مورد حمایت قرار گرفته است. از جمله در قرآن کریم در چندین مورد بر این حق تاکید شده است که می‌توان به آیات ۲۷ و ۲۸ سوره نور و ۱۱ و ۱۲ سوره حجرات اشاره نمود. همچنین قاعده لا ضرر و لا ضرار یکی دیگر از مصادیق بارز در زمینه احترام به حق حریم خصوصی در اسلام می‌باشد. موضوع حقوق ایران نیز در مواجهه با حق حریم خصوصی موضع تحویل‌گرایانه است یعنی به طور ضمنی و در بطن قوانین حقوقی ایران به طور ناقص مورد حمایت قرار گرفته است. با بررسی فقهی حق حریم خصوصی و محدوده حمایت از آن می‌توانیم به قانونگذاران و واضعان قوانین جدید تلنگری بزینم تا با وضع قوانین مناسب بر مبنای احکام اسلامی حول محور حق حریم خصوصی پایه‌های کار را آنچنان محکم نمائیم تا جامعه‌ای براساس باور و یقین داشته باشیم نه دروغ و تجاوز به حق حریم خصوصی.

زندگی خصوصی افراد است و به این ترتیب به حریم خصوصی تعداد بیشتری از مردم جهان وارد می‌شوند. حساسیت نسبت به نقض حریم خصوصی در فضای دیجیتال در سطح بین‌المللی، منطقه‌ای و ملی ایجاد شده، ولی هنوز مقررات کافی برای حفاظت مناسب از حریم خصوصی وجود ندارد. در ایران این فقر قانونی چشمگیرتر است. و نیاز به تصویب مقررات حمایت‌کننده از حریم خصوصی با توجه به اصول مورد پذیرش بین‌المللی حس می‌شود.

### ۳-۱. اهمیت و ضرورت تحقیق

مصادیق حمایت از یک حق نمی تواند به عنوان یک مبنا مورد استفاده قرار گیرد زیرا چه بسا آن مصادیق به اشتباه مورد حمایت قانون بوده اند. ولی باید به دو نکته توجه داشت. اول اینکه در فقه اسلام به دلیل اعتقاد به قاعده تلازم مبنی بر «ما حکم به الشرع حکم به العقل»، استدلالات فقهی و کشف حمایت مستقیم شرع مبین اسلام از یک حق، همانند استدلالات عقلی اعتبار دارند و حتی از نظر اخباریون اعتبار این نوع استدلال بیشتر از دلیل عقلی نیز می باشد زیرا عقل، امکان اشتباه دارد ولی شارع مقدس ره به خطا نمی برد. فلذا مصادیق فقهی حمایت از حقی به عنوان مبنایی قابل توجه اهمیت دارد. دومین نکته اینکه از نظر حقوقی نیز -جز در دوره های غیرمعقول و غیرمنصفانه نظام حقوقی- سابقه قانونی می تواند مبنایی برای تکامل بخشی به تفکر حقوقی باشد زیرا در یک نظام حقوقی معقول و منصفانه، قوانین از خلاء وارد نظام حقوقی نمی شوند بلکه به علت مبنای طبیعی، اخلاقی و یا عقلی خود دارای ریشه هایی هستند که نسبتاً پایا و قابل اعتناست و پذیرش حق در چنان نظامی گویای این نکته است که آن حق دارای پایگاه و مبنایی در در این نظام فکری حقوقی می باشد و با استناد به این سوابق و مصادیق میتوان در کیفیت و کمیت حق بازاندهی کرد. هر چند که حدود این بازاندهی بایستی بر اساس مبنای هستی شناختی و اساس محکم تری همچون حقوق بنیادین بشر صورت گیرد. حتی در نظام های حقوقی کامن لا این سوابق خود از منابع اساسی حقوق است. در نظام های نوشته نیز حداقل می توان ادعا کرد که این مصادیق و سوابق یک مؤید و راهنمای خوب در مسیر تقنین معقول و جامع هستند و بدون شک ارزش بررسی دارند. بنابراین در این بخش، به این سوابق و مصادیق در نظام حقوقی اسلام و ایران خواهیم پرداخت که با تبیین زمینه ها و پتانسیل های موجود در حقوق کشور برای ورود به مسأله حمایت جامع از حریم خصوصی و نیز با مشخص کردن سطح حمایت فعلی از این حق و ارزیابی میزان کفایت و بررسی نقاط ضعف قوانین جاری، راهنمای خوبی برای فعالیت های آتی قانونگذار در این زمینه خواهد بود.

### ۴-۱. اهداف تحقیق

❖ هدف اصلی: تبیین حق بر حریم در فقه و حقوق ایران

❖ اهداف فرعی:

۱. تبیین سبب ایجاد حق بر حریم
۲. تبیین حقوق صاحب حریم برای تحقق کمال انتفاع
۳. تبیین انتفاع یا ارتفاق در کمال انتفاع متوقف بر حق مالکیت

### ۵-۱. سؤالات تحقیق

۱. سبب ایجاد حق بر حریم چیست؟

۲. برای تحقق کمال انتفاع، چه حقی باید برای صاحب حریم شناسایی کرد؟
۳. اگر کمال انتفاع متوقف بر حق مالکیت، انتفاع یا ارتفاق باشد، آیا قانونگذار همان حق را در نظر می‌گیرد؟

#### ۱-۶. فرضیه‌های تحقیق

۱. به نظر می‌رسد بر اساس مبانی فقهی شرایط و آثار حق بر حریم در حقوق قابل تحقق می‌باشد.
۲. به نظر می‌رسد قانون‌گذار حقوقی را برای صاحب حریم در تحقق کمال انتفاع پیش‌بینی نموده است.
۳. به نظر می‌رسد بر اساس مبانی فقهی و حقوقی انتفاع متوقف بر حق مالکیت بر اساس انتفاع می‌باشد.

#### ۱-۷. روش تحقیق

این پژوهش از حیث هدف کاربردی بوده و روش تحقیق در پایان نامه حاضر روش تحلیلی-استنباطی است. گردآوری اطلاعات در آن با روش بهره‌گیری از مطالعات اینترنتی، کتابخانه‌ای و از منابع چاپی موجود در زمینه موضوع حاضر خواهد بود. و ابزار گردآوری اطلاعات به صورت فیش برداری از منابع معتبر در زمینه موضوع پژوهش حاضر اعم از کتاب، جزوه، مقاله، نشریه، پایان‌نامه‌های کار شده موجود در دانشگاه‌ها، لغت‌نامه‌ها، فرهنگ‌نامه‌ها، پژوهش‌نامه‌ها، اینترنت و ... که در زمینه موضوع مورد بحث اطلاعاتی را ارائه داده‌اند استفاده خواهد شد.

#### ۱-۸. ساختار تحقیق

در این تحقیق، در فصل اول به کلیات پژوهش، در فصل دوم به تعریف ادبیات تحقیق پرداخته شده است و در فصل سوم و در فصل چهارم به بررسی شده است و در فصل پنجم نتیجه‌گیری و پیشنهادها بیان شده است.

## فصل دوم

### ادبیات و مفهوم تحقیق

## ۲-۱. مفاهیم

### ۲-۱-۱. مفهوم مال

مال کلمه‌ایی است عربی (عبدالنبی، ۱۳۸۱، ذیل واژه مال) و در لغت آنچه تملک پذیرد را گویند (ابن منظور، ۱۳۶۳، ص ۶۳۶). در بعضی لغت‌نامه‌ها در تعریف مال گفته شده است: «آنچه در ملک کسی باشد و آنچه ارزش مبادله داشته باشد، خواسته، دارایی و...». (معین، ۱۳۶۳، ص ۳۰۷۸). تعریف مال در ترمینولوژی چنین است: مال در اصل از فعل ماضی میل است به معنی خواستن. در فارسی هم به مال خواسته گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۳۱۲۶). اموال جمع مال است و در لغت به معنی مال‌ها، املاک و اسباب و امتعه و کالا و ثروت و هر چیزی که در تملک کسی باشد، یا در تصرف و ید کسی باشد، گفته می‌شود. (دهخدا، ص ۳۳۷۷).

واژه مال در طول زمان و در روابط بین اشخاص معانی مختلفی به خود گرفته و عرف تعیین‌کننده معنای مال گردیده است به گونه‌ایی که عرف معنی مال را فراتر از معنای لغوی آن گسترده نموده و امروزه منفعت و حقوق مبادله پذیر را نیز مال میدانند و چیزی را که امکان تصرف در آن نباشد را مال نمی‌گویند. تعریف معنای اصطلاحی مال در شناخت حقوق اموال ضرورت دارد. همچنین شناخت حقوق اموال، میتواند پاسخگوی سوالات بسیاری که در حقوق قراردادها و حقوق مسئولیت مدنی پیش می‌آید باشد. در اصطلاح مال عبارت است از چیزی که ارزش اقتصادی داشته و قابل تقویم به پول باشد. بنابراین حقوق مالی مانند حق تحجیر و حق شفعه و حق صاحب علامت تجاری هم مال محسوب می‌شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۵۹۵).

در اصطلاح حقوقی تعریف مختلفی از مال شده است: از نظر حقوقی به چیزی مال گویند که دارای دو شرط اساسی است: ۱- مفید باشد و نیازی را برآورده‌خواه آن نیاز مادی باشد یا معنوی ۲- قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۹). هر چیزی که انسان می‌تواند از آن استفاده کند و قابل تملک هم باشد، مال است (عدل، ۱۳۸۵، ص ۳۱). در گذشته بیشتر به چیزی مال گفته میشد که مادی و قابل دیدن و لمس باشد، مثل درخت، حیوان، ولی امروزه برخی اموال در عالم خارج دیده نمی‌شوند و قابل لمس نیستند، به عنوان مثال حق سرقتی، دیون، مطالبات، حق تألیف و اختراع از حقوق مالی هستند که امروزه مال بشمار می‌روند. از ویژگی‌های مال مفید بودن آنست. این ویژگی بر اساس تفکیک بین ((شیء)) و ((مال)) است زیرا که همه اشیاء پیرامون ما مفید و یا عبارتی مال نیستند بنابراین مال باید مفید بوده و نیاز مادی یا معنوی انسان را برطرف سازد. بدیهی است عقلاً به یک قطعه سنگ یا چوب بی ارزش توجهی ندارند و در قبال آن پول پرداخت نمی‌کنند؛ اما همین سنگ یا چوب ممکن است با کار و حرفه بر روی آن تبدیل به یک مال با ارزش گردیده و مورد استفاده قرار گیرد زیرا که می‌تواند نیازی مادی و یا معنوی را رفع کند. ولی هر چیزی که مفید است مال نیست مانند هوای آزاد.

تعاریف فوق نشان می‌دهد مال هم در مفهوم مادی و هم غیرمادی کاربرد دارد و به هر چیزی که ارزش اقتصادی داشته و یا حقوقی که قابلیت استفاده و بهره‌برداری از مال را داشته باشد اطلاق می‌گردد. در معیار

ارزش اقتصادی نیز منفعت عقلایی و مشروع کفایت می‌کند. برای تشخیص ارزش مالی دو معیار وجود دارد: معیار شخصی و معیار نوعی. در معیار نوعی داوری عرف و در معیار شخصی داوری طرفین قرارداد مناط ارزش داشتن مال می‌باشد زیرا که ممکن است مالی در رابطه دو طرف ارزش اقتصادی داشته باشد هر چند که برای دیگران چنین ارزشی نداشته باشد البته همواره فرض بر این است که هر چیزی که در عرف ارزش مالی داشته باشد برای طرف قرارداد نیز مالیت دارد مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. مالکیت اشخاص خاص شرط ضروری تحقق مال بودن نیست زیرا اموالی وجود دارد که دارای مالک خاص نیست مانند زمین موات و آب‌های مباح که در تقسیم‌بندی اموال نیز در قانون مدنی به همین اموال اشاره شده است. جامعه امروزی هر روز به سمت غیرمادی شدن (اعتباری شدن) پیش می‌رود و بسیاری از ارزش‌های مالی غیرمادی مثل علائم تجاری و مالکیت‌های فکری بعضاً دارای ارزش بیشتری از اموال مادی هستند برای مثال گاهی پروانه بهره‌برداری از زمین ارزشمندتر از خود زمین است (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۴). در این میان باید فقه اسلامی را که زیربنای حقوق ایران است را نیز در نظر گرفت زیرا اشیایی وجود دارند که برخی برای آن ارزش مالی قائل‌اند و برای آن پول پرداخت می‌کنند مثل مشروبات الکلی، درحالی که شارع مقدس مالیت این گونه اشیاء را رد مینماید و علت آنرا فقدان نفع عقلایی و مشروع میدانند (حیاتی، ۱۳۸۹).

براساس نظر فقها منافع مال باید ((حلال)) و ((مشروع)) باشد زیرا از مباحث مهم مطرح شده در کتب فقها بحث شرعی حرام و حلال بودن اشیاء و حیوانات است و به تبع این اصل معاملات آنها نیز باطل می‌باشد؛ بنابراین مشروبات الکلی، مواد مخدر،... مال نیستند و خرید و فروش آنها نیز باطل و حرام است (جبعی العاملی، ۱۳۸۶، ص ۴۷). ممکن است تعریف مال فارغ از معنای لغوی و اصطلاحی آن در اختیار عرف باشد. تعریف امام خمینی (ره) از مال چنین است: مال، چیزی است که متقاضی داشته باشد و عقلا بدان میل و رغبت کنند (خمینی، ۱۳۹۰، ص ۴۸۵). بنابراین به نظر میرسد تعریف مال بیشتر در دست عرف و مردم است زیرا ارزش داشتن معیار شخصی در کنار معیار نوعی از باب مفید یا ارزش اقتصادی داشتن و یا اندک یا بیشتر بودن مال همگی نشانگر اهمیت جامعه و عرف در شناسایی و تعریف مال می‌باشد.

## ۲-۱-۲. انواع اموال

قانون مدنی در سه جلد تنظیم گردیده است که جلد اول آن راجع به اموال است. مهم‌ترین مباحث اموال برگرفته از مواد ۱۱ تا ۱۸۳ قانون مدنی ایران است که خود مبتنی بر متون فقهی و حقوق اسلام می‌باشد. تقسیمات اموال با اعتبارات مختلفی صورت گرفته است: ۱- به اعتبار ماهیت اموال ۲- به اعتبار رابطه مالکیت.

## ۲-۱-۲-۱. تقسیم اموال بر مبنای ماهیت

همانطور که از تعریف و مفهوم مال بر می‌آید شامل تمام عناصر دارایی و اشیاء موجود در طبیعت می‌باشد که از جهاتی باهم تفاوت دارند و به تبع آن قوانین و قواعد مربوط به مالکیت و حقوق مربوط به مالکیت

متفاوت هستند چنانکه نوع مال تعیین کننده روابط حقوقی بین اشخاص می شود. بنابراین تمیز ماهیت اشیاء موضوع روابط حقوقی هم از لحاظ نظری و هم از لحاظ عملی فواید زیادی دارد. تقسیمات مختلفی از اموال در باب ماهیت اموال وجود دارد که به آن‌ها اشاره و توضیحاتی مختصر ارائه می گردد:

## ۲-۱-۱-۲-۱-۱ اعیان و منافع:

عین به مالی اطلاق می گردد که دارای وجود خارجی و ملموس است. هر مالی که قابل لمس باشد عین نامیده می شود (صفایی، ۱۳۸۴، ص ۹). معمولاً عین در مقابل منفعت قرار می گیرد البته این به این معنی نیست که منفعت وجود خارجی ندارد بلکه منافع دو گونه اند: برخی قابل دیدن و لمس و حس هستند: مثل میوه درخت و برخی دیگر، خود مستقلاً قابل دیدن و نیستند: مثل سکونت خانه یا سواری اتومبیل. خود اعیان نیز بر سه دسته اند: عین معین، عین کلی، کلی در معین. عین گاهی جزئی و مشخص است و در عالم خارج معین و قابل اشاره و حد و حدود و ابعاد آن کاملاً واضح و معلوم است و صدق بر کثیر ندارد، مانند این میز، یا این مقاله (اشاره به شیئی معین). عین معین را عین شخصی یا عین خارجی نیز می نامند. گاهی عین کلی است و قابل صدق بر مصادیق متعددی است که یا وجود فعلی ندارند یا اگر دارند برای ما مشخص نیست مانند کتابی که هنوز چاپ نشده است (صفایی، ۱۳۸۴). عین کلی فی الذمه مالی است که اوصاف و جنس و مقدار آن تعیین می شود و در عالم خارج صادق بر افراد زیادی باشد و یا بعبارتی بر چیزی نامعین از مجموعه ایی واحد و دارای اجزای متعدد اطلاق می شود. در برابر اعیان، منافع قرار دارند. منفعت نیز از مصادیق مال است و ثمره ایی است که بتدریج از عین اموال بدست می آید به طوری که از عین به نحو محسوسی نمی کاهد، به عبارتی منفعت به مالی اطلاق می شود که برخلاف اعیان که وجود مستقل دارند دارای وجودی وابسته به اعیان هستند، برای مثال قابلیت فعلی سکونت در یک خانه یا قابلیت ثمر دهی یک حیوان منفعت نامیده می شود. پس منفعت وجودی مستقل ندارد هرچند که قابلیت آن را دارد که از موجودیتی وابسته به موجودی مستقل تبدیل شود که در این صورت از مصادیق اعیان محسوب می شود. باید گفت تا زمانی که این منافع وابسته به عین باشند، منافع هستند، ولی به محض اینکه جدا شدند خود عین می شوند. لذا میوه درخت تا زمانی که وابسته به درخت است منافع و وقتی که چیده شد عین است. ماده ۱۵ ق.م نیز در این خصوص چنین مقرر داشته ((ثمره و حاصل، مادام که چیده یا درو نشده، غیرمنقول است و اگر قسمتی از آن چیده یا درو شده باشد تنها آن قسمت منقول است)).

## ۲-۱-۲-۱-۲ اموال منقول و غیرمنقول

ماده ۱۲ قانون مدنی مال غیرمنقول را چنین تعریف کرده است: ((مال غیرمنقول آنست که از محلی به محلی دیگر نتوان نقل نمود، اعم از اینکه استقرار آن ذاتی باشد یا بواسطه عمل انسان، به نحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود)). طبق این تعریف، مهم ترین وصف مال غیرمنقول وضعیت فیزیکی مال است که غیرقابل جابجایی است و به انتقال حقوقی ربطی ندارد. تشخیص نقص و خرابی نیز امری عرفی است. البته در بعضی موارد قانونگذار مال منقول را در حکم غیرمنقول تلقی کرده است. مال غیرمنقول دارای

اقسامی شامل: غیرمنقول ذاتی، ناشی از عمل انسان و تبعی است. غیرمنقول ذاتی، غیر قابل انتقال است، مثل زمین یا معدن که ممکن نیست از مکانی به مکان دیگر برد. اما برخی اموال به تبع عمل انسان غیرمنقول می‌شود، مثل ساختمان که با عمل انسان به زمین متصل شده یا آینه که به دیوار متصل گردیده و انتقال آن باعث خرابی می‌شود. برخی اموال اگرچه ذاتاً منقولند لیکن قانونگذار بنا به مصالحی (از حیث صلاحیت محاکم و توقیف اموال) آن‌ها را در زمره اموال غیرمنقول قرار داده که غیرمنقول حکمی نامیده می‌شود (مدنی، ۱۳۸۵)، ماده ۱۷ ق.م.مقررداشته: «حیوانات و اشیایی که مالک، آن را برای عمل زراعت اختصاص داده باشد، از قبیل گاو گاو میش و ماشین و اسباب و ادوات زراعت و تخم و غیره، و بطور کلی هر مال منقول که برای استفاده از عمل زراعت، لازم و مالک آنرا به این امر تخصیص داده باشد، از جهت صلاحیت محاکم و توقیف اموال، جزء ملک محسوب و در حکم مال غیرمنقول است...». بنابراین برای تحقق این ماده دو شرط وجود دارد: یکی اینکه این اموال باید متعلق به مالک زمین باشد یعنی مالک حیوان و اشیاء و زمین یک نفر باشد، دوم اینکه حیوانات و ادوات باید مختص زراعت و آبیاری باشند.

منقول هم در لغت به معنی جابه‌جا شده و نقل داده شده است (دهخدا، ص ۲۱۶۹۶). در اصطلاح مال منقول هر شیء مادی خارجی است که قابلیت نقل و انتقال را از محلی به محلی دیگر داشته باشد خواه به خودی خود بتواند حرکت کند، مانند حیوانات و خواه با نیروی خارجی مانند کتاب. بر اساس ماده ۱۹ باشد ق.م.م. ((اشیایی که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن بدون اینکه به خود یا محل آن خرابی وارد آید، منقول است)). تشخیص نوع مال منقول و غیرمنقول در حقوق ما دارای اهمیت فراوان است و آثار زیادی دارد که به مهم‌ترین آن‌ها به صورت خلاصه اشاره می‌شود:

۱- برای رسیدگی به دعاوی راجع به غیرمنقول، دادگاهی صالح است که مال غیرمنقول در حوزه آن واقع است (ماده ۱۲ ق.آ.د.م) در سایر دعاوی اصولاً دعوا باید در دادگاه محل اقامت خوانده اقامه شود (ماده ۱۱ ق.آ.د.م).

۲- حق ارتفاق مخصوص اموال غیرمنقول است (ماده ۹۳ و به بعد ق.م).

۳- استفاده از حق شفعه اختصاص به اموال غیرمنقول دارد (ماده ۸۰۸ ق.م).

۴- خارجیانی نمی‌توانند در ایران آزادانه اموال غیرمنقول را مالک شوند و به موجب معاهده‌ها اجازه دارند فقط برای سکونت یا شغل و صنعت خود اموال غیرمنقول تحصیل و تملک کنند. در حالی که برای اموال منقول چنین محدودیتی وجود ندارد.

۵- نقل و انتقال اموال غیرمنقول باید با سند رسمی صورت بگیرد، اما در مورد اموال منقول تنظیم سند رسمی ضرورت ندارد. همچنین قیم نمی‌تواند اموال غیرمنقول مولی علیه خود را بدون اجازه دادستان بفروشد یا رهن بگذارد. (ماده ۱۲۴۱ ق.م).

۶- مطابق بند یک ماده ۲ قانون تجارت، فقط خرید و فروش اموال منقول از اعمال تجاری است و کسی که به معاملات اموال غیرمنقول مشغول است، هر چقدر هم که معاملات او پر درآمد باشد، تاجر محسوب نمی‌شود (از ماده ۴ ق.ت).

۷- زن از اموال منقول به طور کلی ارث می‌برد، ولی در مورد اموال غیرمنقول سهم او بسیار محدود است. زیرا نه تنها از زمین و عرصه محروم است، عین ابنیه و اشجار را نیز نمی‌تواند به عنوان وراثت تملک کند و باید قیمت ثمن یا ربع اعیان و اشجار را از سایر وارثان مطالبه کند (ماده ۹۴۶ و به بعدق. م) منتها تا زمانی که این قیمت پرداخته نشده است، زن حق عینی تبعی بر آن اموال دارد و بر سایر طلبکاران مقدم است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۵۱).

## ۲-۱-۲-۱-۳. اموال مثلی و قیمی

کلمه مثلی منسوب به مثل یعنی شبیه و نظیر است و کلمه قیمی منسوب به قیمت است. در اصطلاح مال مثلی عبارت از مالی است که اشباه و نظایر آن زیاد باشد یا عبارتی مالی است که عنوان واحد به جزء و کل آن اطلاق شده قیمت اجزاء و منافع آن یکسان یا متقارب باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵). آنچه مسلم است، معنا و مفهوم (مثلی و قیمی) از ناحیه شرع بیان نشده و آنچه در دست داریم تعاریفی است که فقها در باب ضمان ذکر کرده‌اند. تعریف مختلفی از فقها در باب مثلی و قیمی بودن بیان شده است. شیخ انصاری در المکاسب از تعداد زیادی از فقها این تعریف را نقل کرده و آن را به مشهور فقها نسبت داده است: «مثلی عبارت است از آن اشیایی که اجزای آن از نظر قیمت باهم مساوی باشند.» (انصاری، ص ۱۰۵). آنگاه خود ایشان توضیح می‌دهند که منظور از اجزای آن است که حقیقتاً اسم آن شیء بر آن صدق کند؛ مثلاً بر انواع گندم حقیقتاً اسم گندم صدق می‌کند، درحالی که ممکن است اسم گندم بر آن غذایی که از گندم درست می‌شود، صدق نکند. مراد از تساوی در قیمت نیز آن است که مثلاً اگر کل آن مال دوست تومان ارزش دارد، نصف آن صد تومان ارزش داشته باشد. چنان که گندم این گونه است. شیخ انصاری بر این تعریف که شاید بتوان آن را ضعیف‌ترین تعاریف دانست، اشکالات زیادی وارد کرده‌اند. این در حالی است که غرض از تعریف مال مثلی این است که در صورت ارائه هر بخش و قسمتی از آن به جای قسمت و بخش دیگر، تفاوتی در نظر و رغبت افراد وجود نداشته باشد.

امام خمینی رحمه‌الله در این زمینه می‌فرماید: مالیت اشیا از رغبت‌های مردم به آن‌ها برخاسته می‌شود و رغبت مردم به اشیا، تابع خواص و منافع آن‌هاست. اشیای مثلی، آن‌هایی هستند که صفات و خصوصیات قریب به هم داشته باشند. (خمینی، البیع)، بعضی دیگر از فقها در تشخیص مال مثلی به جای اینکه تعریف خود را بر قیمت اموال متمرکز نمایند (مانند آنچه در تعریف فوق آمده است)، به منشأ تفاوت قیمت‌ها، یعنی آن دسته از عناصر ذاتی که مؤثر در تفاوت قیمت انواع گوناگون یک مال می‌باشد، توجه نموده‌اند. از این رو، مال مثلی را به صورت ذیل تعریف نموده و آن را سالم‌ترین تعاریفات دانسته‌اند: «مثلی آن است که متساوی الاجزاء والمنفعة و متقارب الصفات باشد.» (شهید ثانی، ترجمه لطفی، ۱۳۸۷). بسیاری از فقیهان برای اینکه تعریفی از مال قیمی ارائه

دهند، ابتدا مال مثلی را تعریف کرده‌اند و سپس هر مالی که اوصاف مال مثلی را نداشته باشد، قیمی نامیده‌اند؛ مثلاً گفته‌اند: «مثلی آن مالی است که نوعاً افراد مثل هم داشته باشد و هر مالی که این چنین نباشد قیمی است.» (خوئی، ۱۳۷۷).

مطابق ماده ۹۵۰ ق.م: ((مثلی که در این قانون ذکر شده عبارت از مالی است که اشباه و نظایر آن نوعاً زیاد و شایع باشد، مانند حبوبات و نحو آن...)) بنابراین هرگاه دو چیز از باب اوصاف و قیمت، مانند هم باشند به گونه ایی که در مقام اجرای تعهد (بعنوان مثال تعهد به دادن ۱۰ کیلو گندم) هر کدام را بتوان بجای دیگری به متعهد له تسلیم کرد، آن دو مال مثلی هستند (کاتوزیان، ۱۳۸۴). البته هر وصفی که در دو مال مثل همدیگر وجود نداشته باشد مال را از مثلی بودن خارج نمی‌کند بلکه اوصافی باید مثل هم باشند که از ویژگی‌های بارز و عامل اصلی رغبت مردم و عرف باشد. عبارتی لازم نیست تمامی اوصاف مثل هم باشند بعنوان مثال دو کیسه گندم که از یک نوع باشند و در فاصله زمانی کوتاه از همدیگر برداشت شده باشند مثلی هستند، زیرا به لحاظ ارزش و نوع یکی هستند و با فاصله یک چند ماه قبل برداشت شدن آن ایرادی در نظر عرف ندارد ولی سکه بهار آزادی طرح جدید و قدیم مثلی نیستند چون به لحاظ ارزش و نوع یکسان نیستند. توجه به مثال‌هایی که در خود تعریف مزبور آمده است، مبین بیشتر موضوع خواهد بود، به این بیان که در میان جوامع انسانی هر یک از حبوبات از قبیل جو، گندم و برنج انواع و اقسامی دارد که بعضی بر برخی دیگر رجحان داشته و رغبت افراد بر انواعی از آنها بیشتر از انواع دیگر است، به گونه‌ای که ارائه نوع پست و حتی متوسط برنج به شخص مغضوب منته که نوع اعلا برنج او غصب و تلف شده است، او را راضی نخواهد کرد. نتیجه این تعریف آن است که باید در درون زیرمجموعه یک مال از قبیل برنج قائل به تفکیک شده و صرفاً انواع گوناگون آن را که دارای قیمت‌های مساوی هستند، نسبت به هم مثلی بدانیم، به گونه‌ای که برای مثال، تمام برنج‌های کیلویی ۵۰۰ ریال نسبت به هم و تمام برنج‌های کیلویی ۶۰۰ ریال نسبت به هم مثلی خواهند بود، ولی این دو نوع برنج نسبت به هم مثلی نیستند. در نهایت با توجه به این تعریف، در درون زیرمجموعه عنوان یک مال، به میزان تنوع قیمت‌ها مال مثلی خواهیم داشت.

مال قیمی در مقابل مال مثلی بکار برده میشود و هرگاه یکی از عناصر تعریف مال مثلی وجود نداشته باشد آن مال قیمی خواهد بود یا به عبارتی اشیائی که مکیل یا موزون و یا قابل اندازه‌گیری (مانند پارچه) نباشند قیمی هستند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ص ۵۶۰). قانون مدنی در موارد عدیده‌ای مخصوصاً در مبحث غصب و تسبیب و اتلاف کلمه مثلی و قیمی را استعمال کرده است و به این جهت در ماده ۹۵۰ آن دو اصطلاح را تعریف نموده ولی داوری نهایی در باب شناسایی اموال مثلی و قیمی را به عرف واگذار نموده است: ((مثلی که در این قانون ذکر شده عبارت از مالی است که اشباه و نظایر آن نوعاً زیاد و شایع باشد... مع ذلك تشخیص این معنی با عرف می‌باشد)) (ماده ۹۵۰ ق.م). البته نباید از نظر دور داشت که قیمی نه آن چیزی است که به هیچ‌وجه در عالم

خارج وجود نداشته باشد، بلکه همین که مثل آن به راحتی پیدا نشود و یا در آن شهر و سرزمین یافت نشود نیز قیمی است.

بدیهی است که معیار تشخیص اموال مثلی و قیمی توسط عرف، میزان رغبت عمومی است. به این معنی که هر دو مالی که ضمن داشتن تشابه اجمالی ظاهری، میل و رغبت یکسان نوع افراد را نسبت به خود داشته باشند، نسبت به هم مثلی خواهند بود؛ بنابراین قانون مدنی ایران در ماده ۹۵۰ به حق، قضاوت را به عرف سپرده است (امام، ۱۳۸۷). باید به این نکته توجه داشت که برای تعیین مثلی یا قیمی بودن مال، همیشه از یک ضابطه نمی‌توان استفاده کرد و باید موردی را که دین ناشی از قرارداد و تعهد است با ضمان قهری و الزامات خارج از قرارداد جدا کرد. لذا در مورد الزامات خارج از قرارداد، چون درباره موضوع الزام توافقی بین طلبکار و مدیون نشده است، باید مثلی و قیمی از حیث نوعی و موضوعی مورد توجه قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۴۴). با توجه به ویژگی بارز پول‌های امروزی؛ یعنی پایین آمدن ارزش آن و وجود تورم روزافزون، تعیین قیمی بودن یا مثلی بودن پول نقش اساسی دارد؛ زیرا چنان چه پول را مثلی دانستیم، باید همان مقداری را که قرض گیرنده قرض کرده است، پردازد و این امر، زیان‌های فراوانی برای قرض دهنده دارد. برای مثال، اگر پول را مثلی بدانیم، کسی که ده سال پیش ده هزار تومان قرض کرده است، باید همان ده هزار تومان را پس بدهد که روشن است، قدرت خرید ده هزار تومان در ده سال پیش چندین برابر قدرت خرید امروزی است، ولی اگر پول را قیمی بدانیم، قرض گیرنده می‌بایست قیمت به‌روز، قرض گرفته‌شده را پردازد؛ یعنی قدرت خرید ده هزار تومان در ده سال پیش را پرداخت کند. در این صورت، به هیچ طرف ظلم نمی‌شود. (در فصل سوم به تفصیل در این مورد بحث شده است). مثلی و قیمی بر حسب زمان‌ها و مکان‌ها و کیفیت‌ها متفاوت می‌شود و آن مواردی را که فقیهان به عنوان مثلی و قیمی شمرده‌اند، نسبت به زمان و مکان خودشان بوده است و برای مکان‌ها و زمان‌های دیگر حجّت نمی‌شود.

با در نظر گرفتن تعاریف فوق چنین بیان داشته که در هر موردی که موضوع تعهد اموال مثلی باشد، به مال معین و خاصی تعلق نمی‌گیرد و به اوصاف کلی که مصداق‌های فراوان دارد توجه می‌شود، مانند نمونه‌های فوق، ولی در اموال قیمی، اوصاف مال مورد نظر چندان دقیق و جزئی است که تنها در مال معینی دیده می‌شود یا امثال آن نادر است: مانند اسب‌سواری و خانه و زمین معین. در واقع علت آنکه از روش ذکر شده برای شناخت کالاهای مثلی و قیم استفاده می‌شود آن است که این دو اصطلاح از عنوان‌های انتزاعی به شمار می‌روند، یعنی از نوع برخورد عرف و عقلا با کالاهای خارجی است که ما می‌توانیم کشف کنیم که چه کالاهایی و با چه قاعده و قانونی نزد آنان مثلی و چه اموالی قیمی می‌باشند. با تحلیل رفتار روانی عرف و عقلا به این نتیجه می‌رسیم که زمانی افراد یک شیء و کالا در نظر عرف و عقلا مثل هم هستند که عرف عقلا در ادای ضمانات، افراد آن کالا را به جای هم قبول کنند و این امر زمانی محقق خواهد شد که ویژگی‌ها و خصوصیات افراد آن کالا به گونه ای نزدیک هم باشند که باعث گوناگونی رغبت و انگیزش عرف نسبت به افراد آن کالا نشود. از آنجا که فقها

تعاریفی هماهنگ برای مثلی و قیمی ارائه نکرده‌اند؛ نمونه‌هایی از آن‌ها را ذکر و مورد نقد و بررسی قرار داده و در پایان تعریفی صحیح پیرامون این دو عنوان بیان خواهیم نمود. این تعاریف را در نگاه کلی می‌توان به چهار دسته تقسیم کرد؛

دسته اول: این تعریف را شیخ انصاری (ره) در مکاسب از تعداد زیادی از فقها نقل و آنرا به مشهور نسبت داده است. وی می‌نویسد: «مثلی عبارت است از آن اشیائی که اجزای آن از نظر قیمت باهم مساوی باشند» (مکاسب، کتاب بیع، ص ۱۰۵). آنگاه خود ایشان توضیح می‌دهد که منظور از اجزاء آن است که حقیقتاً اسم شیء بر آن صدق کند؛ مثلاً بر انواع گندم حقیقتاً اسم گندم صدق کند، درحالی که ممکن است اسم گندم بر غذایی که از آن درست می‌شود صدق نکند. مراد از تساوی در قیمت نیز آن است که مثلاً اگر کل آن صد تومان ارزش داشته باشد نصف آن پنجاه تومان ارزش داشته باشد.

دسته دوم؛ در این دسته از تعاریف، به اتحاد دو شیء در یک نوع یا صنف اشاره شده است. محقق اصفهانی می‌نویسد:

«صفات در مقابل ذات، اگر از قبیل صفاتی باشند که نوعاً افراد مثل هم وجود داشته باشد، موصوف به آن صفات را مثلی می‌گویند. و اگر از نظر نوع چنین نباشند قیمی خواهند بود.» (حاشیه بر مکاسب، ص ۸۸)

عبارت مثل هم در تعریف شبهه دور را به ذهن متبادر می‌سازد، زیرا در تعریف مثلی، در پی ضابطه مثلی هم بودن در نظر عرف و عقلا هستیم، درحالی که کلام مثل هم بودن مشخص نشده است.

دسته سوم؛ این دسته از تعاریف، به صفاتی اشاره دارد که نتیجه آن تساوی در میزان رغبت و تمایل افراد به آن و در نتیجه تساوی در مالیت و قیمت افراد آن می‌باشد. به عبارت دیگر، شیئی مثلی است که میزان رغبت عرف نسبت به صفات موجود در افراد آن مطلوبیت آن‌ها در نظر عرف و عقلا متفاوت نباشد.

ثمره و تبلور چنین امری تساوی در مالیت و قیمت می‌باشد. برخی از محققان و فقیهان بزرگ معاصر همچون آیت‌الله سید محمد کاظم یزدی<sup>۱</sup>، آیت‌الله سید محسن حکیم<sup>۲</sup>، آیت‌الله میرزا جواد تبریزی<sup>۳</sup> طرفداران این نظریه هستند.

دسته چهارم؛ در کتاب «پول در اقتصاد اسلامی» و «مبانی فقهی اقتصاد اسلامی» چنین آمده است:

«مثلی آنست که نمونه‌های مشابه داشته باشد عبارت دیگر افراد آن دارای خصوصیتی مشابه باشند؛ مانند یک نوع خاص از تلویزیون و یا یک لیوان که محصول یک کارخانه است، همه دارای یک نوع از مواد ساخت، ابزار و لوازم، رنگ و دارای یک سطح از مطلوبیت می‌باشند.» این تعریف، صحیح‌تر به نظر می‌رسد؛ هر چند بهتر آن بود که تکیه‌گاه تعریف بر اصل مطلوبیت قرار می‌گرفت. زیرا گاهی ابزار و لوازم ساخت یک شیء یا حتی

۱ - حاشیه مکاسب

۲ - نهج الفقاهه

۳ - ارشاد الطالب

کارخانه سازنده آن متفاوت می‌باشد معذا ممکن است افراد آن مثلی محسوب گردد، چرا که افراد آن برای عرف و عقلا دارای مطلوبیت یکسان است. با این وجود به رغم اختلافات بسیاری که در تعاریف مثلی و قیمی مشهود است، همه آن‌ها در یک اصل اشتراک دارند و آن این است که مثلی و قیمی دو اصطلاح عرفی هستند و از عناوین انتزاعی بشمار می‌روند که می‌بایست برای تعریف آن‌ها به تحلیل روانی رفتار عرف و عقلا نسبت به اشیای خارجی توجه کرد و باکشف ارتکازات ذهنی عرف عقلا نسبت به آن‌ها، ویژگی‌های اشیای مثلی را شناسایی کرده، آن را ضابطه‌مند نمود و سپس به صورت تعریف ارائه نمود.

## ۲-۱-۱-۲. اموال مصرف شدنی و قابل بقاء

برخی اموال یا اشیاء با یکبار انتفاع قابلیت بهره مندی و انتفاع مجدد خود را از دست می‌دهند و انتفاع از آن‌ها با بقای عین امکان ندارد مانند مواد خوراکی یا دستمال کاغذی و امثال آن. به این گونه اموال، اموال مصرف شدنی می‌گویند. در مقابل اشیائی هستند که می‌توان استفاده از آن‌ها را تکرار کرد یا به عبارتی میتوان با بقای عین مال از آن منتفع شد مثل لباس، خانه که به آن‌ها اموال قابل بقاء می‌گویند. اموال مصرف شدنی پس از استفاده از بین می‌روند لذا نمیتوان از این گونه اموال بعنوان موضوع قراردادهایی با قابلیت استرداد اموال استفاده کرد، بعنوان مثال در قرارداد اجاره مالک عین، منافع مالش را واگذار میکند و پس از پایان مدت اجاره مستأجر باید عین مال را برگرداند بنابراین باید مالی را به اجاره داد که بتوان با بقای عین بهره برد. البته ممکن است مال مصرف شدنی در قرارداد فی مابین دو طرف قابل ابقا در نظر گرفته شود مانند شمعی که جهت نمایش در ویتترین مغازه اجاره داده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴). مطابق ماده ۴۶ ق.م. حق انتفاع نسبت به مالی برقرار می‌شود که استفاده از آن با بقای عین ممکن باشد. همچنین ماده ۵۸ ق.م. مقرر داشته: ((فقط وقف مالی جایز است که بابقا، عین بتوان از آن منتفع شد اعم از اینکه منقول باشد یا غیرمنقول مشاع باشد یا مفروز)). قابل بقاء بودن یا نبودن مال بنا بر ماهیت خود آن‌ها میتواند به نوعی مساله تملیک را نیز پیش رو قرار دهد برای مثال اگر مال مصرف شدنی بعنوان نفقه از جانب زوج به زوجه داده شود باید گفت که مقصود تملیک آن به زوجه بوده است و برعکس هرگاه در شمار اموال قابل بقاء باشد مانند خانه و اثاث منزل به طور ضمنی نشانگر اباحه انتفاع از آن است و بحث تملیک عین مطرح نمی‌گردد. همین موضوع در مورد هدایای دوران نامزدی نیز صدق میکند که در صورت بهم خوردن نامزدی اموال مصرف شدنی غیر قابل استرداد و اموال قابل بقاء قابل استرداد است (ماده ۱۰۳۷ ق.م). بنابراین این تقسیم‌بندی نیز امری نسبی و متغیر است یعنی ممکن است مالی به اعتباری مصرفی و به اعتبار دیگر غیر مصرفی باشد.

## ۲-۲. تقسیم اموال به اعتبار رابطه مالکیت

بسیاری از اموال این قابلیت را ندارند تا موضوع حق شخصی واقع شوند این ویژگی ممکن است ناشی از عوامل مختلف باشد مانند طبیعت برخی اموال که قابل اختصاص نیستند مثل آب و هوا. دسته ایی دیگر از اموال وجود دارند که بلحاظ در خدمت عموم قرار گرفتن امکان اختصاص آن‌ها وجود ندارد مثل ساحل دریاها و

جاده‌ها،... از طرفی مالکیت اختصاصی و یا مشاعی نیز از موارد مطرح شده در روابط بین مال و مالک می‌باشد. در یک تقسیم حقوقی دیگر، اموال یا متعلق به افراد خصوصی هستند که به آن‌ها مالکیت خصوصی گفته می‌شود و یا متعلق به دولت یا تحت نظارت دولت هستند که به آن‌ها مالکیت دولتی گفته می‌شود و یا متعلق به عموم مردم و جامعه می‌باشند و هیچکس بصورت انحصاری حق تصرف در آن را ندارد که به آن‌ها مالکیت عمومی گفته می‌شود. در این بند از گفتار انواع مال به اعتبار نوع رابطه ای که بین مال و مالک وجود دارد بررسی می‌گردد:

## ۲-۲-۱. مال مشاع و مفروز

فصل هشتم از باب سوم جلد اول قانون مدنی ایران به مقررات شرکت اختصاص داده شده است. ماده ۵۷۱ ق.م در تعریف شرکت که منظور از آن مالیت مشاع است چنین می‌گوید: «شرکت عبارتست از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد بنحو اشاعه»؛ بنابراین می‌توان گفت که مال مشاع مالی است که دارای مالکین متعدد است بدون اینکه مورد مالکیت آنان مشخص باشد و هر ذره از مال متعلق به کلیه مالکین است، واضح است مقصود از حقوق مالکین متعدد، حقوق مالکیت ایشان است. در نتیجه اگر دو نفر هر یک مالک یک طبقه از یک ساختمان دو طبقه باشند چنین مالکیتی مشاع محسوب نمی‌شود. از نظر اصطلاحی در مقابل مالکیت مشاع، مالکیت مفروز وجود دارد که مالکیت متعلق به شخص واحد است. از این مسئله در ابواب مختلف فقهی، همچون تجارت، رهن، شرکت، مضاربه، مزارعه، اجاره، وقف، هبه، وصیت و قضاء سخن به میان آمده است. حالت اشاعه می‌تواند بر اثر موجبات خاصی بوجود آید که یا بر اثر یک عامل قهری است مانند اینکه شخصی فوت کند و اموال وی به ورثه منتقل شود در صورتی که ورثه متعدد باشند مالیت آنان نسبت به ماترک بصورت مشاع خواهد بود و یا بصورت اختیاری در قالب عقد و امتزاج (امتزاج دو مال به صورتی که قابل تفکیک و تمیز نباشد) بوجود می‌آید (مستنبط از مواد ۵۷۲ و به بعد ق.م) هر یک از شرکا می‌تواند در مال مشترک نسبت به سهم خود تصرف حقوقی را انجام دهد، خواه این تصرف ناقل عین باشد (مانند بیع سهم مشاع) و یا ناقل منفعت باشد، (مانند اجاره)، گرچه استیفاء منفعت از عین مستاجر و تصرف مادی در آن منوط به اذن شریک دیگر خواهد بود. مطابق ماده ۵۸۳ قانون مدنی: «هر یک از شرکاء می‌تواند بدون رضایت شرکای دیگر، سهم خود را جزا یا کلا به شخص ثالثی منتقل نماید». از نظر حقوقی این تصرفات از جهت آنکه تصرف در اموال دیگران است فضولی می‌باشد و این امر در ماده ۵۸۱ قانون مدنی مورد صراحت قرار گرفته است: تصرفات هر یک از شرکاء در صورتی که بدون اذن و یا خارج از حدود اذن باشد، فضولی بوده تابع مقررات مربوط به معاملات فضولی خواهد بود. تصرف مادی با اذن شریک یا شرکای دیگر تصرفی مجاز است ولی هر یک از شرکا هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند و پس از آن تصرف شریک ماذون غیر قانونی خواهد بود.

## ۲-۲-۲. اموال و مشترکات عمومی

اموال عمومی اموالی است که در اختیار عموم است و کسی حق استفاده اختصاصی و انحصاری از آن‌ها را ندارد، تملک خصوصی آن‌ها ممنوع بوده و امکان نقل انتقال آن‌ها وجود ندارد. به موجب ماده ۲۳ قانون مدنی استفاده از اموالی که مالک خاص ندارد، مطابق قوانین مربوطه به آن‌ها می‌باشد. در حقیقت در مقابل اموالی که ملک افراد است، اموالی نیز وجود دارد که ملک افراد نیستند. این اموال از جمله مشترکات بوده و تعلق به عموم دارد از جمله اموالی که دولت یا تشکیلات و موسسات عمومی متصرف آن شناخته می‌شوند. حق مالکیت افراد نسبت به اموال خود حق مطلق بوده و تقریباً نامحدود است، زیرا هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هر گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد و برعکس حق جامعه نسبت به مشترکات حق محدود است و به همین جهت گفته می‌شود که مشترکات مال همه است، ولی مال هیچ کس نیست. بنابراین افراد جامعه نمی‌توانند در اموالی که داخل در مشترکات و مال عموم است همان تصرفی را نمایند که در اموال خصوصی خود می‌کنند و حتی حق دولت یا تشکیلات عمومی دیگر هم که بنام جامعه مالک مشترکات شناخته می‌شوند محدود می‌باشد. (عدل، ۱۳۸۵، ص ۴۱). ممکن است مفهوم اموال عمومی و اموال دولتی یکسان پنداشته شود در حالی که این تصور درست نیست زیرا اموالی که در اختیار دولت است به دو گونه است برخی اموال مختص دولت است و دولت بعنوان شخصیت حقوقی مالک این اموال است که به آن اموال دولتی گویند، اما دسته ایی دیگر از اموال در اختیار دولت، اموال و مشترکات عمومی است اداره این اموال گرچه در اختیار دولت است ولی برای استفاده مردم مهیا شده است که اصطلاحاً در فقه به آن بیت المال (مشترکات عمومی) گویند لذا دولت صرفاً از جهت ولایتی که دارد آن‌ها را اداره میکند.

به طور کلی و با استفاده از مواد ۲۴، ۲۵، ۲۶ قانون مدنی این نتیجه حاصل میشود که این اموال قابل تملک خصوصی نبوده و از طرف طلبکاران دولت قابل تملک نیستند، لذا توقیف آن‌ها نیز امکان پذیر نیست برای مثال اگر شخصی از شهرداری طلبی دارد نمی‌تواند پارکی توقیف کند تا آنرا بفروشد.

## ۲-۲-۳. اموال مجهول المالک

قانون مدنی اموال مجهول المالک را تعریف نکرده است ولی فقط اشاره ایی به چگونگی مصرف آن کرده است. ماده ۲۸ قانون مدنی مقرر داشته است «اموال مجهول المالک با اذن حاکم یا ماذون از قبل او، به مصارف فقراء میرسد.» مال مجهول المالک مالی است که به کسی یا شخصی تعلق دارد اما به جهاتی مالک مال شناخته شده نمی‌باشد. مجهول المالک را باید از اموال عمومی شمرد که قانون مصرف آن را دستگیری از فقراء قرار داده است. اموال مکشوفه از سارقین که مالک آن‌ها معلوم نیست و اشیاء و حیوانات گمشده نیز در تعریف ماده ۲۸ قانون مدنی می‌گنجد منتها بر اساس قانون و مقررات ویژه در تعریف و تملک لقطه و حیوان ضاله را از قواعد عمومی جدا ساخته و برای آن حکم خاصی مقرر داشته است. در هر جامعه ایی ممکن است اموالی یافت شود که مملوک بودن آن مسلم ولی مالک آن مشخص نباشد بعنوان مثال شخصی فوت کند و ورثه او معلوم نباشد،

بنابراین مجهول المالك مالی است که سابقه تملک دارد لیکن در زمان معینی مالک آن شناخته نمی شود. مال مجهول المالك مصادیق فراوان دارد از جمله مالی که پیدا شده (لقطه) و حیوانات ضاله دانست. برای اینکه مالی لقطه و مجهول المالك محسوب شود باید: مالک داشته باشد، مالک آن معلوم نباشد، مالک آن را گم کرده باشد، در محل زندگی مردم یافت شود و متصرفی نداشته باشد. تشخیص این موارد نیز با عرف است، یعنی عرف زمان و مکان است که انسان برای شناسایی مال لقطه و مجهول المالك تشخیص دهد که مال توسط شخصی گم شده است و یا از آن اعراض شده است. مالی که توسط مالک در محلی پنهان شده و یا فراموش شده باشد و یا مالی که به سرقت رفته باشد مال گم شده محسوب نمیشود. مواد ۱۶۳ الی ۱۶۹ قانون مدنی بصورت مختصر چگونگی تعریف مال پیدا شده و یا تصرف آنرا توضیح داده است. حیوان ضاله نیز عبارتست از هر حیوان مملوکی که بدون متصرف یافت شود ولی اگر حیوان مزبور در چراگاه یا نزدیک آبی یافت شود یا متمکن از دفاع خود در برابر حیوانات درنده باشد ضاله محسوب نمی گردد. بنابراین حیوان ضاله مالک دارد، بدون متصرف است، در چراگاه و یا متمکن از دفاع خود در برابر حیوانات درنده نیست (ماده ۱۷۰ ق.م). تملک حیوان ضاله به هیچ وجه مجاز نیست و یابنده باید آنرا به مالک رد کند و اگر مالک را شناسد باید به حاکم یا قائم مقام او تسلیم کند و الا ضامن خواهد بود حتی اگر بعد از تصرف حیوان را رها کرده باشد (ماده ۱۷۱ ق.م).

## ۲-۳. مبانی مالکیت اموال

باتوجه به اینکه مهم ترین رابطه مال با مالکیت می باشد و قانون مدنی در ماده ۲۹ در مقام بیان علائق اشخاص نسبت به اموال از مالکیت بعنوان اولین و مهمترین رابطه و علقه اعتباری اشخاص با اموال یاد میکند و همچنین با در نظر گرفتن اینکه منشاء جبران خسارت در مسئولیت مدنی و ضمان قهری است، شناخت مفاهیم مباحث مالکیت هم از لحاظ چگونگی تصرف و مالک شدن و هم از لحاظ مورد احترام قرار گرفتن و دور از تعرض ماندن ضروری می باشد. مالکیت کلمه ایی عربی و از مصدر جعلی است که از ریشه ملک اخذ شده است. معنی لغوی آنرا برخی مالک بودن و مالکی (معین، ۱۳۷۱، ص ۳۱۷۲) و گروهی مالک بودن و دارندگی (بهشتی، ۱۳۷۱، ص ۸۲۹) بیان نموده اند. برخی نیز مالک بودن و ملک داشتن (زعفرانچی، ۱۳۷۰، ص ۷۷۰) و بعضی نیز مالک بودن (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۰۶) به تنهایی معنا نموده اند.

مالیکت حق دائمی است که بموجب آن شخص می تواند در حدود قوانین تصرف در مالی را بخود اختصاص دهد و از تمام منافع آن استفاده کند (امامی، ۱۳۸۱، ص ۴۹). مالکیت حقی است که بموجب آن مال به طور مطلق و منحصر تحت اختیار شخص خاص قرار میگیرد بنابراین حق مالکیت دارای ویژگی اطلاق و انحصار و دوام است. مالک میتواند هرگونه تصرفی در مال خود انجام دهد جز آنکه قانون استثنا کرده باشد، وصف اطلاق مالکیت گاه به دلایل قانونی و گاه ارادی محدود می شود و مالک از بعضی از تصرفات در ملک خود محدود می شود. مراد از محدودیت های ارادی محدودیت هایی است که نهایتاً به یک عمل حقوقی باز می گردد زیرا

که هیچ مالی را نمی توان از تصرف مالک خارج نمود مگر به حکم قانون. حقوق مالکیت دارای دو جنبه ایجابی و سلبی است، از یک طرف خود فرد حق استفاده دارد و از طرفی دیگر، دیگران حق تعرض به مالکیت فرد را ندارند و اگر تعرضی صورت گرفته باشد بایستی جبران گردد. بنابراین مالکیت امری کاملاً حقوقی و برخاسته از عمل قانون گذار است، هرگاه شخصی مالی را در اختیار داشته باشد و از آن بهره برداری نماید و آنرا مال خود بداند اما قانونگذار آنرا به رسمیت نشناسد مالکیت ایجاد نمی گردد. (صفایی، ۱۳۸۷) در علم حقوق به این شناخت اجمالی از مالکیت نمی توان اکتفا کرد و به دلیل آثار زیادی که بر مالکیت مترتب است می باید این رابطه بین اشخاص و اموال را به طور دقیق تجزیه و تحلیل و محدوده آنرا معین کرد نتیجه تحلیل مالیت مسلماً تبیین کننده کاملترین و جامع ترین تصرفات شخصی در مال تحت تصرف خود می باشد زیرا مالکیت کاملترین حق عینی است که هر نوع محدودیت در آن با این اصل تعارض دارد.

مطابق قانون مدنی امکان دارد سه نوع رابطه بین اشخاص و اموال وجود داشته باشد که عبارتند از: مالکیت (اعم از عین یا منفعت)، حق انتفاع و حق ارتفاق به ملک غیر (ماده ۲۹ قانون مدنی). این سه قسم نسبت به اموال از حقوق عینی میباشند. اختیار وسیع مالک در تصرفات در ملک ناشی از قاعده یا اصل فقهی تسلیط می باشد البته این اصل تاجایی کاربرد دارد که با مصالح جامعه و عموم نیز مطابقت داشته باشد. در تعمیم ویژگی های مطرح شده در مفهوم فقهی مالکیت، دو قاعده مهم کاربردی استنتاج می شود: قاعده «ید» و «تسلیط» که هر دو مبنای مشترکی دارند. به موجب قاعده ید، «در ید مالکی، شخص بر مال استیلائی خارجی فعلی دارد.» (گرچی، ۱۳۶۹، ص ۱۳۲). معنی قاعده تسلیط نیز اینست که در رابطه مالکیت انسان و اشیاء اصل جواز تسلط مطلق مالک نسبت به آنهاست، مگر آنکه خلاف آن ثابت شود (محقق داماد، ۱۳۷۴، ص ۱۰۴). بنابراین امروزه حسب ضروریات جامعه مالکیت مطلق و بی قید و شرط وجود ندارد و دارای محدودیتهایی می باشد. مثلی یا قیمی بودن اموال در جهت تأمین بهتر اهداف طرفین یک رابطه حقوقی اعم از عقد یا جبران خسارت و راده به اموال مورد تملک اشخاص می باشد، بنابراین لازم است مالکیت اموال دقیقتر تشریح گردد. جهت شناخت بیشتر مفاهیم و مباحث مالکیت لازم است مبنای تاریخی، اسلامی و قانونی مالکیت مورد بررسی قرار گیرد.

## ۲-۴. مبانی تاریخی مالکیت

مالکیت پیش از آنکه موضوعی قانونی و اعتباری باشد اصلی است فطری است که آن را از حقوق بنیادین بشر شمرده اند و صرف نظر از پراکندگی جغرافیایی و محدود بودن انسانها در پس مرزهای سیاسی کشور رها، همواره محترم بوده است از طرفی نزاع بر سر مالکیت از دیرباز مبتلا به جوامع بشری بوده است و قدمت آن همواره قدمت گروه های زیستی انسان در کره خاکی می باشد.

مالکیت اموال و حقوق مترتب بر آن، از دیرباز مورد توجه حکومت ها و پادشاهان بوده است چنانچه در منشور کوروش آمده است: ((من تا روزی که پادشاه هستم، نخواهم گذاشت کسی مال غیر منقول یا منقول دیگری را

به زور یا به طریق دیگر بدون پرداخت بهای آن‌ها و جلب رضایت صاحب مال، تصرف نماید... (رضاییان، ۱۳۸۶، ص ۵۲). در پانصد سال قبل از میلاد در یونان ورم، مالکیت با مفهومی که امروزه در حقوق فرانسه مطرح است، مشابهت داشته است، در حقوق اروپا، مالکیت حق بهره‌برداری و در اختیار داشتن مال به نحو مطلق است. کلمه اطلاق در حقوق اروپا بسیار مورد تاکید واقع شده است و در حقوق ایران نیز به عنوان یکی از مشخصه‌های مالکیت مطرح شده است. به احتمال زیاد، پدیده مالکیت پس از انقضای دوره تاریخی صید و با پیدایش دوره کشاورزی به ظهور رسیده است، زیرا انسان در مرحله صیادی برای تأمین معاش ملزم نبود در جای ثابتی مستقر شود، در صورتی که در دوره تولید کشاورزی به حکم ضرورت دوره کشت، مجبور بود مدتی در جای ثابتی توقف کند تا به کار و فعالیت بپردازد و در همان نزدیکی محل کار برای مراقبت از محصول سکنی گزیند. با کار کردن تدریجی در جای ثابت، رشته‌های دل‌بستگی و علاقه مندی با زمین پیدا کرده و فکر اختصاصی بودن زمین که معلول رابطه انسان با کار مجسم شد در زمین می‌باشد، نضح گرفته است. با بدست آمدن محصول از زمین خود زمین و محصول آن اهمیت یافت و طمع انسان بر تسلط بر زمین و محصول آن بیشتر شد. بدین ترتیب گمان می‌رود منشأ تاریخی حقوق خصوصی در زمین کار باشد که به مرور ایام به صورت مالکیت ظاهر گردیده است. در فراز و نشیب سیر ظهور و سقوط تمدن‌ها قواعد حقوقی نیز دچار دگرگونی شده است. پژوهندگان عصر حاضر در تبیین قواعد مالکیت‌ها و استقلال آن از نظام‌های حقوق ملی از تتبعات محققان باستان و به خصوص تمدن رم سود فراوان برده و ساختار مالکیت و اندیشه‌ای خود را بر پایه نهادهای کهن حقوقی آن پی افکنند. حق مالکیت به لحاظ تکامل و پیشرفت کارکردهای دولت دچار محدودیت‌های عدیده‌ای شده است و از اینرو مالکیت بصورت نسبی و محدود نمود پیدا کرده است و این حق دیگر به صورت مطلق برای اشخاص فرض نگردیده و انواع دیگر مالکیت‌ها همانند مالکیت دولتی و عمومی در کنار مالکیت خصوص به وجود آمده است. در ماده ۱۷ اعلامیه جهانی سال ۱۹۴۸ حقوق بشر نیز وجود مالکیت به عنوان یکی از حقوق بشر به رسمیت شاخته شده و تضمینی حداقل در برابر سلب خودسرانه مالکیت ارائه شده است: ۱- هر شخص منفرداً یا به طور اجتماع حق مالکیت دارد. ۲- احدی را نمیتوان خود سرانه از حق مالکیت محروم کرد

## ۲-۵. مبانی مالکیت در اسلام

مبحث مالکیت در نظام اسلامی، از مهم‌ترین مباحث به شمار می‌رود، زیرا بسیاری از دیدگاه‌های مکاتب فقهی و حقوقی بر خواسته از دیدگاه آنان نسبت به مالکیت است. با شناخت شکل مالکیت و حدود آن، می‌توان به دیدگاه نظام اسلامی در رابطه با سایر مسایل شرعی و حقوقی نیز پی برد، زیرا ساختار مالکیت در جهت دادن به ساختار تولید، توزیع و مصرف نقش به‌سزایی دارد. از دیدگاه اسلام ریشه مالکیت و مال و ثروت به فطرت انسان‌ها مربوط می‌شود. انسان‌ها فطرت مالک خویش و مالک و هنر خویش هستند. البته این مالکیت در طول مالکیت خداوند متعال است. اما به هر صورت و به هر طریق خداوند چنین مقدر فرموده است و اگر این تعلق،

احساس نیاز و کار و تلاش در راه رفع نیازها و تأمین مایحتاج و پر کردن شکم و پوشیدن لباس و تهیه سرپناه و مسکن و ابزار کار و تولید نبود. هرگز این همه تمدن و رشد و توسعه و پیشرفت نیز فراهم نمی‌شد و این خود نشانه فطرت الهی و استعداد ذاتی و جوهره الهی انسان‌هاست. در اسلام مالکیت ریشه‌خداایی دارد و انسان‌ها امانت‌دار هستند و مال و ثروت مانند اصل وجود انسان امانت الهی است و باید به عنوان امینی دلسوز به وظایف اسلامی و انسانی خود در برابر امانت‌های الهی عمل نماید و در جایگاه خلیفه و جانشین خداوند رسالت الهی و وظائف و مسئولیت‌های شرعی و دینی و اخلاقی خود را انجام دهد و مال و ثروت و امکانات و فرصت‌ها را وسیله قرب الی الله و خدمت به بندگان خدا قرار دهد و نه وسیله زورگویی و قدرت‌طلبی و غارت اموال دیگران و انحصارطلبی و حرص و آز و طمع و فساد در زمین. قرآن کریم می‌فرماید: آمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ فَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَأَنْفَقُوا لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ، از آنچه خداوند متعال شما را در زمین جانشین خود قرار داده انفاق کنید، در حقیقت ما در تصرف در اموال و ملک خداوند جانشین او هستیم و در اصل وجود خود و تواناییها و استعدادها و خلاقیت‌ها نیز امانت‌دار هستیم و مالک حقیقی اوست و باید طبق نقشه راهنما و دستورات و شرایع الهی عمل کنیم.

مالکیت در اسلام به معنای مسئولیت و وظیفه است. مالک موظف است املاک خود را اداره کند. باید با اشتیاق از آن نگهداری کند، زیرا او مالک است. مالکیت در اسلام به معنای اختیاری تام و کامل وجود ندارد. از ده‌ها آیه در قرآن کریم، می‌توان مالکیت را برای منصب امامت یا دولت استفاده کرد که خود به نحوی بر جواز دخالت دولت در امور اقتصادی دلالت دارند و طبعاً قلمرو حقوق مالکیت خصوصی را کاهش می‌دهند از جمله: آیات ۱ سوره انفال و ۶ و ۷ سوره حشر که انفال را مال خدا و رسول می‌داند. خداوند، بر تمام جهان هستی سلطنت واقعی دارد و این، همان معنای مالکیت حقیقی او است. اثبات مالکیت حقیقی برای خداوند به دلیل قرآنی یا روایی نیاز ندارد؛ بلکه نتیجه قهری پذیرش خالقیت به شمار می‌آید (هادوی تهرانی، ۱۳۷۸: ص ۱۲۳). مالکیت حقیقی خداوند مهم‌ترین مبنای فلسفی ساختار مالکیت اسلامی است که در بسیاری از آیات قرآن کریم از آن یاد شده (بقره (۲): ۲۵۵، ۱۰۷؛ آل عمران (۳): ۲۶؛ نساء (۴): ۵۳؛ مائده (۵): ۱۷ و ۱۸ و ۴۰ و ۱۲۰، اعراف (۷): ۱۵۸؛ توبه (۹): ۱۱۶؛ اسراء (۱۷): ۱۱۱؛ طه (۲۰): ۶؛ نور (۲۵): ۴۲؛ فرقان (۲۵): ... .

از آیاتی که «رابطه» خالقیت و «مالکیت» را ترسیم می‌کند، آیات ۲۵ و ۲۶ سوره زمر است: اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ وَهُوَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ وَكِيلٌ لَّهُ مَقَالِيدُ السَّمَوَاتِ وَ الْأَرْضِ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِآيَاتِ اللَّهِ أُولَئِكَ هُمُ الْخٰسِرُونَ. خداوند، خالق همه چیز و ناظر بر همه اشیاء است. کلیدهای آسمان و زمین از آن او است و کسانی که به آیات خداوند کافر شدند، زیانکارند. برخی از آیات قرآن کریم به وجود میل فطری مالک شدن اشاره دارند:

رُئِيَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَ الْبَنِينَ وَ الْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَ الْفِضَّةِ وَ الْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَ الْأَنْعَامِ وَ الْحَرثِ ذَلِكَ مَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَ اللَّهُ عِنْدَهُ حَسَنُ الْمَآبِ (آل عمران (۳): ۱۴) برای مردم، محبت امور مادی از

زنان و فرزندان و اموال فراوان از طلا و نقره و اسب‌های ممتاز و چارپایان و زراعت، زینت داده شده است. در برخی آیات نیز به رابطه «رابطه انسان و مال» و «رابطه خداوند و مال» که همان مالکیت انسان و مالکیت خداوند است، اشاره گردیده است: آیه ۳۳ از سوره نور: «وَآتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ». مرحوم محقق اصفهانی درباره مالکیت حقیقی یا اعتباری خداوند بر مخلوقاتش می‌گوید: اما گروه دیگری با تکیه بر آیات قرآنی، مالکیت اعتباری پروردگار را پذیرفته‌اند (دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، ۱۳۷۲: ص ۱۰۲). «مالکیت اعتباری خداوند» و «توحید افعالی پروردگار در شاخه مالکیت» مهم‌ترین مبانی نظری در تعیین ساختار مالکیت است که از سوی قرآن کریم معرفی شده‌اند. عنصر اول، بستر مناسبی برای امکان دخالت پروردگار در تعیین ساختار مالکیت فراهم آورده و عنصر دوم، به دنبال اثبات برتری ساختار تعیین‌شده از سوی پروردگار است. بدین ترتیب، امکان ثبوتی دخالت پروردگار در تعیین ساختار مالکیت مستدل می‌شود؛ اما در مقام اثبات نیز ساختار مالکیت، تک‌محوری نبوده و متکی بر «مالکیت خصوصی» یا «مالکیت دولتی» به تنهایی نیست؛ بلکه مالکیت مختلط، ساختار برگزیده‌ای است که اقتصاددانان مسلمان با تکیه بر برداشت‌های قرآنی، آن را ترسیم کرده‌اند. در دوران جاهلیت نیز مالکیت به اشکال گوناگونی وجود داشته است، اهم اسباب تملک در دوران جاهلیت غصب، استیلا یا غلبه بر مال غیر بوده است. به زبان ساده‌تر، هر کس زور و قدرت بیشتری داشت صاحب آب و املاک و خدم و وحشم بیشتری بود. در فقه اسلامی، مبنای حقوق مالکیت قاعده «تسلط» است که از مجموعه‌ای روایات و به ویژه حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» (مجلسی، ج ۲، ص ۲۷۲) سرچشمه گرفته است و پشتوانه‌ای محکم در ادله عقل و نقل دارد و به معنای اختیار نام مالک در مال خویش و سلطه مالکانه‌اش در مورد کلیه تصرفات مربوط به دارایی خود است. این قاعده از دو قضیه ایجابی و سلبی تشکیل شده؛ قضیه اول عبارت است از: مباح بودن کلیه تصرفات مالکانه برای شخص مالک؛ یعنی مالک هرگونه تصرف را در ملک خود می‌تواند انجام دهد. سلطه شامل کلیه موارد حق استعمال (به‌کارگیری) و حق استقلال (بهره‌وری) و حق تصرف ناقل، حق تصرف تغییری، حق تصرف ایجاد و حق تصرف اعدامی در عین و منافع خواهد بود. قضیه دوم ممانعت دیگران از تصرف در اموال است و ممنوع بودن تصرف دیگران در مال غیر بدون اجازه مالک. (زنجانی، ۱۳۶۹)

بین دیدگاه اسلام در مورد مالکیت خصوصی و کسب و تحصیل ثروت و آنچه در جامعه می‌گذرد تفاوت وجود دارد، اسلام در مکتب اقتصادی خود گونه‌های مختلفی از مالکیت، شخصی، دولتی و عمومی را پذیرفته و برای هر یک اصالت قائل شده است و در این باره با نظام سرمایه‌داری در نوع مالکیتی که پذیرفته تفاوت اساسی دارد. زیرا نظام اقتصاد اسلامی نه با سرمایه‌داری موافق است که مالکیت خصوصی را اصل بداند و نه با نظامی که مالکیت اشتراکی را اصل بداند، بلکه اسلام در آن واحد اشکال مختلفی برای مالکیت مقرر می‌دارد و سه نوع مالکیت را می‌پذیرد: مالکیت خصوصی، عمومی و مالکیت دولت. اسلام معتقد به مالکیت مختلط است و اشکال

گوناگونی از مالکیت را مطرح می‌کند. در یک تقسیم‌بندی نسبتاً جامع و کامل، انواع مالکیت در اسلام را به ترتیب زیر دسته‌بندی می‌شود:

## ۲-۵. مالکیت خصوصی

گاه یک شخص حقیقی یا حقوقی می‌تواند مالک محسوب شود به این معنی که انسان‌ها مالک چیزی باشند که آن را تحصیل کرده (وان لیس للانسان الا ماسعی) و یاساخته اندوینا با سعی کوشش در معادن و دریاها و غیر این‌ها به دست آورده‌اند، و بطور کلی، بطریقی از طرق و اسباب شرعی و عقلی ملکیت آن‌ها را تحصیل کرده‌اند پس اسلام مالکیت شخصی و فردی را محترم شمرده است. مقصود از مالکیت خصوصی اموال رابطه‌ای است اختصاصی بین فرد انسان با مال که منع دیگران را از انتفاع موجب می‌شود، یا به شکلی است که مداخله دیگران را جز در صورت ضرورت و موارد استثنایی، در آن مال محدود می‌کند. مانند مالکیت انسان نسبت به آبی که از رودخانه یا همیزی که از جنگل به دست می‌آورد. ولی احتکار، حیازت و سلطه بر منابع طبیعی مانند زمین، معادن و چشمه‌ها، کار اقتصادی محسوب نمی‌شود و مالکیت فردی را به دنبال ندارد.

آیه مبارکه ۵۷ از سوره حدید در باره مالکیت خصوصی چنین می‌فرماید: *أَمْثُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ فَالَّذِينَ ءَامَنُوا مِنْكُمْ وَأَنْفَقُوا لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ* (حدید: ۵۷). به خدا و پیامبر او ایمان آورید و از آن چه شما را در (استفاده از آن)، جانشین (دیگران) کرده، انفاق کنید. پس کسانی از شما که ایمان آورده و انفاق کرده باشند، پاداش بزرگی خواهند داشت. امر به انفاق، کشف از پذیرش مالکیت خصوصی دارد. دو مورد دیگر نیز از اسباب مالکیت خصوصی ذکر شده است که به نحوی بازگشت به کار دارند: یکی پذیرش دعوت و مسلمان شدن سکنه که در این صورت مالک زمین‌های خود باقی می‌مانند. دیگری شناسایی حقوق مالکانه به موجب پیمان صلح برای سکنه سرزمینی که به قلمرو اسلامی ضمیمه گردیده است. گرچه در این دو مورد کار به طور مستقیم سبب مالکیت شمرده نشده، ولی در حقیقت مالکیت پیشین این دو گروه نسبت به زمین، برخواسته از کار بوده است. احیاء زمین‌های موات موجب مالکیت خصوصی نمی‌شود، بلکه حق خاص برای احیاء کننده ایجاد می‌کند.

## ۲-۶. مالکیت عمومی

اموالی هستند که هیچ فرد خاصی، مالک آن‌ها نیست تا بتواند به نحو دلخواه در آن تصرف کند؛ بلکه ملک همه مسلمانان است؛ خواه آنان که در قید حیاتند و خواه آنان که هنوز به دنیا نیامده‌اند (حقانی زنجانی، ۱۳۷۴: ص ۳۴). گاه مالک عنوان مسلمین و جامعه و امت جهت و نحو اینها می‌تواند باشد، یعنی اموالی هستند که هیچ فرد بخصوصی مالک آن‌ها نیست، به طوری که بتواند تصرف به نحو دلخواه در آن‌ها داشته باشد، همان طور که در ملک شخصی خود این اختیار و تصرف را دارد، بلکه ملک همه مسلمانان است و بطور کلی عنوان مسلمانان تا روز رستاخیز معیار این نواع از مالکیت است و طبیعتاً اختیار این نوع از اموال در دست امام مسلمین وقت است

که بر طبق مصالح عموم مسلمین تصرف میکند. در این قسم نیز عناصری که در تعریف مالکیت بیان شد وجود دارد. از یک طرف مال است و از طرف دیگر مالک و پیوند و ارتباط خاصی بین این دو وجود دارد. لیکن کسی که مال به او مرتبط می‌شود فرد یا افراد خاصی نیستند. این نوع مالکیت خود، دارای شکل‌های مختلفی است: ۱- مالکیت امام یا دولت اسلامی ۲- مالکیت عموم مردم ۳- مالکیت عناوین عامه‌ی دیگر. مانند مالکیت فقرا نسبت به زکات یا مالکیت دانشگاه نسبت به اموال مربوط به خود.

نکته‌ی مهمی که اینجا باید به آن توجه داشت این است که: آنچه در مباحث فقهی اقتصاد بیشتر تحت عنوان مالکیت عمومی، مورد نظر است این است که: یک سلسله‌ی ثروت‌ها و اموال، تعلق به افراد و اشخاص ندارد بلکه به نوعی مربوط به عموم و در جهت عامه باید قرار گیرد و گرنه از نظر فقهی اطلاق عنوان مالکیت به اکثر بلکه به همه‌ی موارد آن خالی از اشکال و نقد و یا مسامحه نیست. توضیح آنکه: ممکن است گفته شود (چنانکه برخی از محققین مدعی شده‌اند) آنچه به عنوان مالکیت عموم قلمداد می‌شود مثل زمین‌های «مفتوحه عنوه» که حتی امام (دولت اسلامی) هم نمی‌تواند آن‌ها را بفروشد و یا به کسی واگذار کند، این اموال در واقع ملک کسی نیست بلکه عموم مردم یا مسلمانان، جهت و مورد مصرف هستند. چنانکه همین مطلب در مورد مالکیت عناوینی مثل دانشگاه و یا فقرا نسبت به اموال مربوط گفته شده است که: فقرا از نظر حقوقی مالک زکات نیستند بلکه جهت و مورد مصرف هستند، دانشگاه و مسجد نیز نسبت به اموال مربوطه همین طور می‌باشند. در مورد مالکیت امام نیز مبانی مختلفی وجود دارد. ضمناً در بعضی از کتاب‌ها مباحث عامه مثل آب دریا، گیاهان و ... نوعی از مالکیت عمومی قلمداد شده است. در صورتی که اصولاً مباحث عامه، ملک کسی نیست بلکه همه مجاز به استفاده از آن هستند. بنابراین همان طور که اشاره شد باید گفت: آنچه بیشتر از این عنوان مورد نظر بوده این است که ثروت‌های طبیعی، جهت عمومی داشته و همه‌ی مردم می‌توانند از آن بهره‌مند شوند.

## ۲-۷. مالکیت دولت

منظور از مالکیت دولت، مالکیت پیامبر یا امام است نسبت به بعضی از ثروت‌ها که در متون دینی از آن به انفال یاد می‌شود، مانند زمین‌های موات در هنگام فتح، آیه اول سوره مبارکه انفال در این زمینه می‌فرماید: «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ فَأَتَقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ» در باره‌ی انفال سؤال می‌کنند، بگو انفال از آن خدا و رسول است. از خدا بپرهیزید، میان خود را اصلاح کنید و از خدا و رسول پیروی نمایید اگر ایمان دارید. گاه نیز مالک می‌تواند دولت اسلامی باشد. دولت اسلامی در تصرفات خویش اختیاراتی دارد و حدودی نیز برای مالکیت آن وجود دارد که نمی‌تواند پا را از آن فراتر گذارد. در احکام وضعی در باب معاملات از لحاظ حقوق اسلامی فرقی میان رئیس دولت اسلامی یا دیگران نیست. گرچه اموال عمومی و اموال دولت هر دو در اختیار امام و دولت اسلامی قرار می‌گیرد تا حفظ و نگهداری و سامان‌دهی نماید، ولی از نظر حقوقی و کیفیت برخورد با یکدیگر تفاوت‌هایی دارد: درآمد اموال

عمومی باید به مصرف عموم برسد و دولت نمی‌تواند آن را به مصرف عده‌ای خاص برساند مگر در موارد استثنایی که حفظ توازن اجتماعی ایجاب می‌نماید، اما اموال دولتی این گونه نیست و دولت می‌تواند آن‌ها را هم در راه منافع دسته‌جمعی ملت به کار برد و هم منافع عده‌ای خاص.

## ۲-۸. مبانی حقوقی مالکیت

بی‌شک در حقوق موضوعه، نخستین تجلی تضمین و حمایت از حق مالکیت را در قوانین اساسی می‌توان یافت. در این میان، مراجع صیانت از قانون اساسی به منزله مهم‌ترین ضامن مالکیت نقشی کلیدی می‌یابند. حمایت مستمر و نیرومند شورای نگهبان از مالکیت و راهکارهای بدیع شورای قانون اساسی فرانسه در تضمین این حق، از مقوله‌هایی است که آشنایی با آن‌ها می‌تواند در ارتقا و جهت‌دهی به حمایت از این حق به کار آید. البته، باید توجه داشت که مفهوم مالکیت در دو نظام حقوقی یکسان نیست. این قوانین اساسی هستند که راه را برای تضمین مؤثر حق مالکیت شهروندان در قوانین عادی و مقررات اجرایی می‌گشایند. از این منظر، حق مالکیت را به درستی می‌توان طلایه‌دار دیگر حقوق بنیادی به شمار آورد.

در این میان، اعمال نظارت شرعی در کنار صیانت از قانون اساسی به وسیله شورای نگهبان موقعیتی جالب‌توجه برای حمایت از مالکیت ایجاد کرده است تا این شورا با تمسک به قواعد متضمن این نهاد تضمین‌های موجود در قانون اساسی را نیز تقویت نماید و از این روی شاهد حمایت روزافزون از حق مالکیت در نظریه‌های شورای نگهبان هستیم. تضمین مالکیت در قواعد شرعی و نیز قانون اساسی موجب شده است که شورای نگهبان از سال نخست تأسیس، توجهی ویژه به این نهاد داشته باشد مالکیت یکی از حقوق بنیادی است که با نگرشی ویژه در فرانسه واجد ارزش قانون اساسی شناخته شده است و در جمهوری اسلامی ایران افزون بر جایگاه خاص در قانون اساسی قواعد شرعی نیز ضامن آن هستند. اصل کلی که فصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به تضمین مالکیت افراد می‌پردازد، اصل ۲۲ است، مطابق اصل ۲۲: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن، و شغل اشخاص از تعرض مصون است، مگر در مواردی که قانون تجویز میکند.» جایگاه مالکیت فقط در این اصل قانون اساسی خلاصه نمی‌گردد بلکه اصول دیگری در تضمین مالکیت اشخاص مدون گردیده‌اند. اصل ۴۶ قانون اساسی در این باره مقرر می‌دارد: «هر کس مالک حاصل کسب و کار خویش است و هیچ‌کس نمیتواند بعنوان مالکیت نسبت به کسب و کار خود امکان کسب و کار را از دیگری سلب کند.» همچنین مطابق اصل ۴۷ قانون اساسی: «مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد، محترم است، ضوابط آنرا قانون تعیین میکند.» اصول فوق با تضمین نهاد مالکیت حق مالکیت را نیز به رسمیت شناخته است.

مالکیت در شورای نگهبان نیز به عنوان یک اصل بشمار می‌رود اما اعمال این اصول در طول عمر شورای نگهبان یکسان نبوده است به رغم تضمین مالکیت شخصی افراد در اصول ۴۶ و ۴۷ قانون اساسی، شورای نگهبان به ندرت به این اصول استناد نموده است. به عبارت دیگر از منظر شورای نگهبان موازین شرعی برای تضمین

مالکیت بسیار موثرتر از اصول قانون اساسی است و در نتیجه شورا موازین شرعی را ترجیح می‌دهد. پیش از دهه ۷۰ تا اوایل دهه ۷۰ فقهای شورای نگهبان به مالکیت به مثابه حکم اولیه می‌نگرند و تحلیل این حکم اولیه نیز بر مبنای قاعده تسلیط انجام می‌پذیرد. نظریه شورای نگهبان مربوط به طرح قانون اراضی شهری مورخه ۱۳۶۰/۵/۲۹ دلالت بر تضمین مالکیت افراد و محترم بودن مالکیت می‌باشد.» در مورد اراضی موات شهری که در اختیار دولت قرار می‌گرفت و اسناد و مدارک مالکیت صادره در مورد آنها فاقد ارزش قانون اعلام می‌شد. در مورد اراضی بایر نیز فقط صاحبان آنها می‌توانستند حداکثر تا ۱۰۰۰ متر در اختیار داشته باشند و آنرا عمران و احیا کنند و حق فروش آن را نداشتند، مگر به دولت و با تقویم دولت. همچنین مالکان اراضی بایر و دایر شهری موظف بودند زمین‌های مورد نیاز دولت و شهرداری‌ها را با تقویم دولت به آنها بفروشند.» (شهریور، ۱۳۷۲). در مورد اراضی دایر و بایر که آشکارا سلطه مالک را تهدید می‌کرد، شورای نگهبان به روشنی این قسمت‌ها را مغایر با موازین شرعی اعلام نمود: «قسمت‌هایی از ماده ۷ و ۸ و تبصره‌های آنها و ماده ۱۰ که با اراضی بایر و دایر ارتباط دارد مغایر با آیه کریمه: «لا تاكولو اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكونو تجاره عن تراض» و حدیث شریف معروف «لا یحل مال امری مسلم الا عن طیب نفسه» و قاعده مسلمة «الناس مسلطون علی اموالهم» است و به اکثریت آراء فقها رد شد. (مهریور، ۱۳۷۲). بنابراین تصمیمات فوق نشانگر توجه ویژه مراجع قانون‌گذاری به بحث مالکیت است.

## فصل سوم

### حریم و حریم خصوصی

### ۳-۱. حریم

برابر ماده ۱۳۶ قانون مدنی، مقداری از اراضی اطراف ملک، قنات، نهر و امثال آن است که برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد. هدف گذاری کمال انتفاع برای حریم، پرسش‌هایی از این دست را خلق میکند که «برای تحقق کمال انتفاع، چه حقی باید برای صاحب حریم شناسایی کرد؟ اگر کمال انتفاع متوقف بر حق مالکیت، انتفاع یا ارتفاق باشد، آیا قانونگذار همان حق را در نظر می‌گیرد؟ آیا طبیعت حریم به گونه‌ای هست که ضرورت داشته باشد حق عینی مستقلی بر آن شناسایی شود؟ در هر حال، سبب ایجاد حق بر حریم چیست؟ چنانچه، شناسایی حق برای صاحب حریم با حق مالکیت مال موضوع حریم تداخل نماید کدام حق مقدم می‌شود؟»

در حقوق ایران، پاسخ جامعی به این پرسشها داده نشده است. قانون مدنی در فرازی از ماده ۱۳۹ حریم را «در حکم ملک صاحب حریم» دانسته است. بند نه ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ و بند خ ماده یک آییننامه نحوه تعیین حد بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار و سیلها و مردابها و برکههای طبیعی اصلاحی ۱۳۸۲/۱۲/۱۸ حق بر حریم را حق ارتفاق تلقی کرده‌اند. در دکترین حقوقی نیز بدون اینکه میان انواع حریم تفاوت گذاشته شود، دیدگاه‌های مختلفی بیان شده است. پاره‌ای از نویسندگان حق بر حریم را حق ارتفاق منفی و برخی، حق مستقلی از سایر حقوق عینی شناسایی کرده‌اند. اما در فقه، چنانکه خواهد آمد مشهور باور به حق مالکیت بر نوعی از حریم داشته و، در نوعی دیگر، حق بر حریم را اولویت شناسایی کرده‌اند برخی از فقها نیز به صورت مطلق آن را حق اولویت به شمار آورده‌اند.

ستقراء در مصادیق حریم در مقررات ایران نیز نشان میدهد که حق بر حریم گاه حق مالکیت است و گاه حق ارتفاق مثبت و منفی. هر چند در برخی موارد برای هر دو نوع حریم، از عنوان «حریم» به صورت مطلق استفاده شده است. چنانکه در مواد ۱۳۶-۱۳۹ قانونی مدنی، قانون منع احداث بنا و ساختمان در طرفین خطوط لوله انتقال گاز مصوب ۱۳۵۰/۳/۳۱، قانون اختیارات و وظایف وزارت نفت مصوب ۱۳۹۱/۲/۱۹، قانون تعیین حریم حفاظتی امنیتی اماکن و تأسیسات کشور مصوب ۱۳۹۳/۵/۱۹ و آییننامه احداث، توسعه، بهره برداری و مدیریت فرودگاههای غیرنظامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۳، عنوان حریم به صورت مطلق به کار رفته است. اما در مواردی برای جدایی این دو گونه، قیدی بدان افزوده شده است. برای نمونه، در مصوبه شماره ۱۷۰۹۷-۳۵۸ مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۳۰ شرکت ملی گاز ایران، حریم ملکی با عنوان «حریم اختصاصی» در برابر حریم ارتفافی با عنوان «حریم ایمنی» به کار رفته است. همچنین، در آییننامه کاربری اراضی اطراف فرودگاهها مصوب ۱۳۸۰/۴/۶ به حریم ملکی، «حریم داخلی» در برابر حریم ارتفافی با عنوان «حریم بیرونی»، گفته

شده است. در نهایت، قانون اصلاح قانون ایمنی راهها و راهآهن مصوب ۹/۱۱/۱۳۷۹ تنها به حریم ملکی، حریم اطلاق نموده و در آییننامه اجرایی تبصره یک ماده ۱۷ اصلاحی قانون یادشده از حریم ارتفاقی با عنوان «نوار حفاظتی» یاد شده است. در هر حال، به جهت یکسان نبودن رویکرد قانونگذار، در نامیدن انواع حریم از یک سو و گویا بودن عنوان «حریم ملکی» و «حریم ارتفاقی» از سوی دیگر، این دو نام به کار گرفته شده است تا شناسای حق بر حریم باشد.

### ۳-۲. حریم ملکی

در حریم ملکی، مالک مال غیرمنقول برای کمال انتفاع از مال خود، نیاز به تصرف مالکانه در اراضی پیرامون آن دارد. چنانکه، نوعی از حریم چاه، مقدار زمینی است که برای استقرار تجهیزات، اشخاص و حیوانات مستخرج آب، محل خروج آب، استخر ذخیره آب و لایروبی چاه و ریختن گل و لای، ضرورت دارد (موسوی خویی، ۱۴۱۰، ص ۱۵۳)؛ یا حریم راههای برونشهری، برای عملیات راهداری، نصب تابلوهای ایمنی و توسعه آتی راه در نظر گرفته میشود (شعبانی، ۱۳۸۷، ص ۱).

«حریم» در لغت به محدوده‌ای از پیرامون چیزی گفته می‌شود که برای صیانت از حقوق و بهره‌برداری از آن لازم است (فیومی، [بی‌تا]، ص ۱۳۳ / مصطفوی، ۱۴۰۲، ص ۲۰۲). همچنین گفته شده، «حریم» هر امر ممنوعی است که هتک آن جایز نباشد (سعدی، ۱۴۰۸، ص ۸۶)؛ بنابراین هر چیزی که محترم شمرده شود، ماهیتاً دارای محدوده‌ای می‌باشد که مصون از تعرض بوده است و مانع هر نوع تعدی و هتک به آن می‌شود، این مطلب نسبت به انسان، دارای صفتی است که شخص نسبت به آن حساس بوده و برای حفظ آن به دفاع برمی‌خیزد (واسطی، ۱۴۱۴، ص ۱۳۵ / شیرازی، ج ۲، ۱۴۲۸، ص ۳۴)؛ از این رو، حریم خصوصی، قلمرویی از زندگی شخصی است که هر فردی انتظار دارد از تعرض مصون باشد و حرمت در آن به معنای مطلق، ممنوعیت و محدودیت، در قبال اطلاق و ارسال است به گونه‌ای که حتی حرمت تکلیفی نیز به آن برمی‌گردد؛ در این صورت معنای حرمت تکلیفی، به معنای محدودیت افراد در صدور فعل مغایر مصونیت، در مورد شیء ممنوع است و حرمت وضعی نیز به معنای محدودیت در ترتب آثار خواهد بود (اشتهدادی، ۱۴۱۷، ص ۱۲۹-۱۳۰)؛ بنابراین حرمت حریم خصوصی بدین معناست که هتک آن جایز نیست (شیرازی، ۱۴۲۸، ص ۳۴) و در واقع، ملاک آن وجود محدوده ممنوع از تعرض می‌باشد که مانع از تجاوز به آن می‌شود. البته به رغم این جامعیت، در صورتی که حرمت به معنای خاصی (نظیر حرمت تکلیفی) به کار رود از گونه تعدد دال و مدلول بوده و بدون اشکال به نظر می‌رسد (همان).

بر این اساس مسکن، اموال، اسرار، اطلاعات شغلی و خانوادگی، ارتباطات، مکاتبات، شرف و آبرو از جمله مقوله‌های اعتبار شخصی حریم خصوصی محسوب می‌شوند و در اسلام محترم شمرده شده‌اند. قواعد عامی همچون نهی از تجسس، تلقی حرمت آبروی مسلمان به مثابه حرمت خون وی (هاشمی خویی، ۱۴۰۰، ص ۳۸۴) حرمت اهانت به مؤمن (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۳۴۲) و تلقی غیبت به مثابه هتک آبروی مؤمن (همان، ص ۳۲۷)، مصونیت اطلاعات شخصی (نوری، ۱۴۰۸، صص ۱۱۶ و ۳۱۶)، حرمت تجسس، ممنوعیت باز کردن نامه‌های پستی و کنترل مکالمات (الدینوری، ۱۴۲۹، ص ۴۱۱) در حقوق اسلام از جلوه‌های حمایت از حریم خصوصی‌اند؛ بنابراین حریم خصوصی مفهومی است انتزاعی که از مجموعه حقوق و تکالیف در ابواب گوناگون به دست می‌آید و در عین حال در همه مقوله‌ها و مصادیق، مفهوم واحدی دارد که دامنه آن ممکن است در هر مورد و به حسب ویژگی‌های متعارف، دچار تغییراتی شود. این تغییرات در دامنه مصادیق، خللی به مدعای یادشده وارد نمی‌کند و به همین ترتیب می‌توان گفت، احترام حریم خصوصی و حرمت آن نیز قاعده یا اصطیادی است که از برخی روایات، استنباط و به همین نام معروف شده است.

### ۳-۳. مفهوم و اوصاف حق و حکم:

اگرچه مشروعیت نهاد «حق» از نظر مبنا با نهاد «حکم» مشابهت دارد؛ ولی نمی‌توان از تفاوت‌ها و علت چنین تفاوت‌هایی چشم پوشید؛ از این رو، لازم است نهاد حق به طور مستقل بررسی و جایگاه آن معلوم شود (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰، ص ۴۱) و سپس مهم‌ترین اثر تمایز نهاد حق از نهاد حکم مورد توجه قرار گیرد.

### ۳-۳-۱. مفهوم حق و حکم در حوزه حریم خصوصی:

مفهوم «حق» و «حکم»، بدون طرح دیدگاه‌های گوناگونی که در این باره وجود دارد با ارائه دیدگاه مورد پذیرش و تأکید بر موضوع حریم خصوصی، دنبال می‌شود.

### ۳-۳-۱-۱. مفهوم حق در حوزه حریم خصوصی:

معانی متعددی برای «حق» گفته شده؛ با وجود این، همه آنها در حقیقت به معنای واحدی برمی‌گردند و بقیه معانی، از باب اشتباه مفهوم به مصداق است و آن معنای واحد به اعتبار وجه مصدری حق، «ثبوت» و به اعتبار وجه وصفی آن، «ثابت» است؛ بنابراین هر چیزی که دارای نحوه‌ای از ثبوت و تقرر باشد را می‌توان «حق» نامید، ثبوت آن واقعی باشد یا اعتباری (گرگی، ۱۳۷۲، ص ۲۹-۳۸). در بیان ماهیت آن نیز می‌توان گفت «حق» «مصداقاً و در هر مورد، اعتبار مخصوصی است که آثار خاص خود را داراست. این اعتبار به گونه‌ای است

که گاه مفید « اقتدار و سلطنت » در متعلق حق و گاه بدون اعتبار ملکیت یا سلطنت؛ صرفاً مفید « اختصاص » در مقابل شخص دیگر است. درباره مقوله‌های حریم خصوصی نیز اگر اقتدار شخص در حیثیات مرتبط با حقوق مالی داده‌های فردی به رسمیت شناخته شود، عناصر حق در این باره، تمام به نظر می‌رسد؛ ولی اگر حتی درباره این گونه داده‌ها، سلطه‌ای برای شخص موضوع داده در نظر گرفته نشود، اعتبار اختصاص داده به شخص موضوع، در مقابل شرکت‌های پردازش گر داده و یا سایر اشخاص، مسلم به نظر می‌رسد؛ زیرا رابطه شخص موضوع حریم خصوصی با داده‌های مربوط به خود، ضعیف تر از حق اختصاص خمر نیست، بلکه از جهاتی اعتبار حق اختصاص در بحث حریم خصوصی اولویت دارد؛ بنابراین حق بر حریم خصوصی یا اختصاص آن به شخص موضوع حریم خصوصی، ماهیتاً نوعی مصونیت شخص است در محدوده‌ای خاص که از جمله مهم‌ترین اثر آن، حرمت تصرف در آن محدوده و ممنوعیت مزاحمت درباره آن می‌باشد.

### ۳-۳-۱-۳. مفهوم حکم:

در برابر حق اصطلاحی، حکم شرعی، قانونی است که قانون‌گذار براساس مصالحی برای تنظیم حیات مادی و معنوی اشخاص، جعل کرده و به نوعی به فعل مکلف، وجود مکلف یا حیثیات مربوط به وی تعلق گرفته است و در اصطلاح، اعتباری است که قانون‌گذار از حیث اقتضا و تخییر صادر کرده است (خویی، ۱۴۲۲، ص ۹۲) و حکم اقتضایی حکمی است که در آن طلب به طور مطلق وجود دارد و تخییر به اباحه تعلق می‌گیرد. در اینجا ممکن است این پرسش مطرح شود که در « اباحه » نیز نوعی اختیار در فعل و ترک فعل وجود دارد؛ پس فرق جوهری میان حق و حکم کدام است؟ آیا حق در مقابل حکم از نظر مفهوم و مصداق، همان «سلطه» است؟ پاسخ معروفی که به این پرسش داده شده، اینکه حق در واقع، همان «سلطه اعتباری» است و نه «سلطه تکلیفی» (جواز). به این پاسخ از این جهت انتقاد شده است که سلطنت از احکام حق است، نه خود حق (خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۵)، در حالی که به در تعریف هر ماهیتی، علی‌الاصول نباید آثار و احکام آن را به عنوان رکن تعریف ارائه کرد. برخی دیگر در تفاوت «اباحه» و «حق» می‌گویند، اگر منشأ ترک فعل، اقتدار شخص باشد، «حق» شکل می‌گیرد و اگر ناشی از «اقتدار» نباشد، «حکم» نامیده می‌شود (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰، ص ۱۶۳)؛ به دیگر سخن اگر شارع مالکیت و سلطنت شخص را بر چیزی اعتبار کند، این امر از باب حق است و اگر اعتبار تنها عدم منع از فعل یا ترتیب اثر در فعل یا ترک فعل باشد، به گونه‌ای که شخص، مورد و محل آن تلقی شود، این امر از باب حکم است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ص ۵۵). برخی دیگر از محققان با تمایز میان «سلطنت» و «سلطنت بر سلطنت» می‌گویند: مقتضای سلطه انسان بر چیزی این است

که اختیار آن چیز (متعلق سلطنت) در دست او باشد، نه اینکه اختیار اصل سلطنت بر آن چیز در دست او باشد؛ به دیگر سخن صاحب حق بر متعلق حق سلطنت دارد، نه بر سلطنت خویش؛ بنابراین به مثابه حکم، اختیار اصل سلطنت نیز به دست اعتبارکننده است و نه صاحب حق و چون اعتبارکننده اختیار آن را به دست صاحب حق نداده است، او نمی‌تواند حق را اسقاط کند؛ بنابراین حق اسقاط‌ناپذیر هم ممکن است (روحانی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۸-۱۹). به نظر می‌رسد دیدگاه اخیر نسبت به سایر دیدگاه‌ها تفاوت «حق» و «اباحه» را بهتر نشان می‌دهد.

### ۳-۴. مهمترین اوصاف حق و حکم در حوزه حریم خصوصی:

مهمترین ویژگی «حکم»، مصونیت ساحت آن از امکان تعرض اراده انشایی اشخاص در نقل و اسقاط است. همچنین حکم، دائرمدار مصالح، مفاسد و موضوع خود است؛ بنابراین «حکم» جز به امتثال یا انتفای موضوع، ساقط نمی‌شود در حالی که حق اصطلاحی، از قابلیت اقتضایی نقل، انتقال و اسقاط برخوردار است و اراده اعلامی و انشایی شخص موضوع حریم خصوصی در ثبوت و سقوط حق و قبض و بسط دامنه حق، نقش برجسته‌ای دارد. به همین دلیل اگر ثابت شود شخص بر حریم خصوصی مربوط به خود سلطه ندارد، بدین معنا خواهد بود که وی نمی‌تواند رابطه خود را با حیثیات معنوی خویش قطع یا از آن اعراض کند، یا به کسی اذن دهد که در آن تصرف کرده یا آن را به دیگری نقل دهد، اگر این ناتوانی برای شخص موضوع حریم خصوصی احراز شود، به طریق اولی شرکت‌های پردازشگر داده‌های شخصی و نیز دیگر اشخاص، مشمول این محرومیت خواهند بود؛ ولی اگر معلوم شود حریم خصوصی یا جنبه‌هایی از آن ماهیتاً حق باشد، شخص موضوع حریم خصوصی می‌تواند آن را اسقاط کند (حکیم، بی‌تا، ج ۱، ص ۸ / طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ص ۵۷ / نائینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۰۷)؛ زیرا اسقاط‌پذیری مهم‌ترین و عمومی‌ترین ویژگی حق به شمار می‌رود (خمینی، بی‌تا، ص ۲۷). در این صورت موردی نمی‌توان یافت که از مصادیق حق در معنای اصطلاحی باشد و در عین حال قابل اسقاط نباشد؛ بنابراین شخص موضوع حریم خصوصی قادر خواهد بود، حریم خصوصی یا به تعبیر دقیق‌تر، متعلق حریم خصوصی را نقل دهد؛ زیرا نقل، ماهیتاً عبارت است از اخراج ملک، مال یا حق از حیظه سلطه مالک یا شخص صاحب حق و داخل کردن آن در حیظه سلطه شخص یا اشخاص دیگر (همان، ص ۴۸). البته باید توجه داشت قابلیت اسقاط، و نقل حق «اقتضایی» است؛ یعنی اگر مانعی نباشد، اسقاط حق، جایز خواهد بود، نه اینکه قابلیت بالفعل برای اسقاط حق، مقوم حق‌بودن، مجعول شرعی باشد (خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۶-۲۷)؛ به دیگر سخن، سلطه، لازمه هر حقی است؛ ولی این لزوم به

صورت اقتضا می‌باشد، نه علت تامه؛ یعنی هر حقی در صورت فقدان مانع، مقتضی سلطه برای صاحب حق است، البته نه در همه موارد.

### ۳-۵. معیار اثباتی در تشخیص حق از حکم در حوزه حریم خصوصی:

پرسش بسیار مهمی که در مباحث حق و حکم مطرح می‌شود، اینکه «ثبوتاً» یا «اثباتاً» با چه معیاری می‌توان تشخیص داد که مجعول شرعی (حریم خصوصی)، «حق» است یا «حکم». البته منشأ تردید در بیشتر موارد به امکان جریان آثار حق از قبیل قابلیت نقل، انتقال، اسقاط و قبول معاوضه به ناحیه حریم خصوصی برمی‌گردد. در تشخیص حق و حکم بودن حریم خصوصی، هم معیار ثبوتی و هم معیار اثباتی را می‌توان طرح کرد. معیار ثبوتی در تشخیص حق از حکم در بحث ماهیت آن دو، مورد مطالعه قرار گرفت. معیارهای پیش‌گفته، اگرچه تا حدودی مرزهای ثبوتی و مفهومی حق و حکم را روشن می‌سازند؛ ولی در عمل و برای تشخیص مصادیق و جلوه‌های حق و حکم در حریم خصوصی، لازم است معیارهای اثباتی دقیقی مطرح شود؛ زیرا معیار بازشناسی حق از حکم، در واقع معیاری پسینی و مؤخر از جنبه مفهومی آن است. در این مرحله لازم است در موارد مردد، حریم خصوصی به صورت مشخص - حق یا حکم بودن آن - معلوم شود. پیش از ورود در معیارهایی که در این مقام مطرح شده است، به رسم معهود و عادت مألوف پیشینیان، نخست درباره اصل عملی مناسب مقام، بحث کرده، آنگاه معیارهای گفته‌شده در این باره را مورد توجه قرار می‌دهیم. توجه به این اصل از این رو اهمیت مضاعف دارد که از دیدگاه برخی محققان، هیچ «قاعده‌ای» برای اثبات حق یا حکم بودن مجعول شرعی وجود ندارد (خمینی، [بی‌تا]، ص ۴۹) و تاکنون کسی نتوانسته است ضابطه اثباتی دقیقی برای تشخیص حق از حکم مطرح کند (جزایری، بی-تا، ص ۱۳۹).

### ۳-۵-۱. اصل عملی در مقام شک در حق یا حکم بودن حریم خصوصی:

از دیدگاه برخی محققان اگر تردید شود حق، قابل اسقاط یا نقل هست یا خیر، اگر منشأ تردید در «قابلیت عرفی» برای قبول چنین آثاری باشد، در این صورت چون در «صدق» عموماً بر این گونه مصادیق تردید وجود دارد، امکان مراجعه به «عمومات» و «اطلاقات» موجود در این ابواب وجود نخواهد داشت و ناگزیریم که به اصول عملیه مناسب مراجعه کنیم (خمینی، [بی‌تا]، ص ۵۰ / جرقوئینی، ۱۴۲۳، ص ۷۲)؛ بنابراین اگر در جریان عموماً در اسقاط، نقل و انتقال، مصادیقی از حریم خصوصی یا جنبه‌هایی از آن تردید شود، باید به اصل عملی مناسب مقام، مراجعه شود. پرسش اینکه کدام اصل عملی، مناسب مقام است؟ در پاسخ باید

گفت، مناسب‌ترین اصل، اصل استصحاب است. مقتضای استصحاب به حسب مورد این است که حق بر حریم خصوصی به سبب اسقاط، ساقط نمی‌شود، به وسیله مصالحه و نقل، منتقل نمی‌شود و به سبب وفات، به ارث نمی‌رسد؛ بنابراین جریان اصل استصحاب، همه آثار مترتب بر حق را منتفی می‌کند. شاید بتوان گفت این اصل در ماهیت، همان چیزی است که از آن در لسان فقها به «اصل فساد» یاد می‌شود. برخی دیگر از فقها معتقدند، در صورت شک میان حق و حکم، به مقتضای اصل عدم حق، حق بودن مورد مشکوک، نفی می‌شود (بحرالعلوم، بی‌تا، ص ۶). در عین حال، ممکن است گفته شود که به رغم سلب کلیه آثار حق، نمی‌توان مورد را از مصادیق حکم به شمار آورد؛ زیرا مورد به اصل مثبت منجر می‌شود و اصل مثبت حجیت ندارد (جزایری، بی‌تا، ص ۷۳). همچنین، ممکن است گاهی ادعا شود ممکن است چیزی، در عین حال که از مصادیق حق است، آثار حق بودن را به دنبال نداشته باشد. در پاسخ به این دیدگاه گفته شده، امکان ندارد که موردی حق باشد؛ ولی آثار حق در آن جریان نداشته باشد (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۰)؛ بنابراین به عنوان ضابطه می‌توان گفت، اگر در جایی معلوم شود که هیچ کدام از آثار حق جریان ندارد، مجعول شرعی، حکم خواهد بود و نه حق.

### ۳-۶. ضوابط حاکم در مقام تشخیص حق از حکم در حوزه حریم خصوصی:

در میان فقها محققان بسیاری تلاش کرده‌اند تا با طرح معیارهای مناسب، امکان تمیز و تشخیص حق از حکم را فراهم کنند. توجه به لسان ادله، ملاحظه آثار و لوازم مجعول شرعی، توجه به عمومات و اطلاقات باب شروط و صلح، از این تلاش‌هاست. ضوابط مذکور را به طور خلاصه و با تأکید بر حریم خصوصی بررسی خواهیم کرد.

### ۳-۶-۱. توجه به لسان دلیل:

اگر در لسان دلیل، تعبیراتی وجود داشته باشد که در حق یا حکم بودن مجعول شرعی، «ظهور» داشته باشد، مطابق آن عمل می‌شود (جرقوئینی، ۱۴۲۳، ص ۶۵-۶۶)، البته اگر مورد، «عرفاً» حق تلقی شود، مفاد دلیل نیز قاعدتاً محمول بر همان معنای عرفی بوده است و در آن معنا ظهور خواهد داشت. همچنین گفته شده، اگر مفاد دلیل، ثبوت حکم برای «عین» یا «فعل» بدون اضافه به فاعل باشد، ظهور در حکم دارد؛ زیرا حکم به طبیعت، بماهو طبیعت و صرف نظر از شخص، تعلق گرفته است و اگر هم گاهی این‌گونه احکام خطاب به اشخاص وارد شده باشد، از قبیل امتنان است (جزایری، بی‌تا، ص ۱۳۹)؛

رو، ظرف این احکام لغو بوده و استقرار ندارد (همان)، از سوی دیگر، اگر مفاد دلیل، اثبات حقی برای شخص باشد، نظیر «للمغبون حلُّ العقد» ظاهر در حق است، حل مگر آنکه خلاف آن ثابت شود. لسان برخی از روایات به خوبی نشان می‌دهد که آبروی اشخاص و از جمله بخشی از حریم خصوصی مربوط به حیثیت معنوی و آبروی اشخاص، در زمره احکام می‌باشد. روایات گوناگونی در این باره وجود دارد که همگی بر لزوم صیانت از حیثیت معنوی و عدم جواز اذلال نفس و هتک آبرو به دست شخص موضوع حریم خصوصی، دلالت دارند؛ به طور مثال برخی روایات به صراحت به صیانت از آبرو اشاره دارد: «صونوا أعراضکم» (طریحی، ۱۴۱۶، ج ۴، ۲۱۴) و برخی دیگر بر عدم جواز نقض آن به دست شخص موضوع حریم خصوصی تصریح می‌کند: «... لیسَ أَنْ يَدُلَّ نَفْسَهُ وَ أَنْ اللَّهَ تَبَارَكَ وَ تَعَالَى فَوْضَ إِلَى الْمُؤْمِنِ كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا أَذْلَالَ نَفْسِهِ وَ أَنْ اللَّهَ تَبَارَكَ وَ تَعَالَى فَوْضَ إِلَى الْمُؤْمِنِ كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا أَذْلَالَ نَفْسِهِ: این گونه نیست که شخص بتواند خود را به وادی ذلالت بکشانند و به درستی که خدای تبارک و تعالی همه امور را به مؤمن واگذار کرده است، جز به ذلت افکندن خود». این نکته که عزت نفس مؤمن در طول عزت و شرف الهی قرار دارد، باعث می‌شود به ممنوعیت اذلال نفس، بیش از پیش توجه شود (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۱، ص ۴۲۴-۴۲۵). همچنین گفته شده است:

«لَا تَفْعَلْ مَا يَشِينُ الْعِرْضَ وَ الْأَسْمَ؛ کاری را که لکه ننگ بر آبرو و شهرت باشد، انجام نده» (خوانساری، ۱۳۶۶، ص ۲۷۵). دو نکته جالب توجه در روایت اخیر وجود دارد: نخست آنکه، از «عِرْض» و «اسم»، هر دو حمایت شده است. شاید بتوان از این روایت استفاده کرد که هم کرامت و آبروی ذاتی و خدادادی و هم آبرویی که شخص به سبب حُسن کردار کسب می‌کند (شهرت اکتسابی و مثبت)، مصون از تعدی است؛ به دیگر سخن، حتی آنچه محصول تلاش خود فرد بوده و گمان می‌رود در قبضه قدرت او باشد، دور از تیررس تعدی و اعمال ننگ‌آور شخص مشهور قرار دارد. دوم آنکه، وجود نهی در این روایات باعث می‌شود حتی اگر قرارداد یا عملی در این باره برخلاف مفاد روایت واقع شده باشد، فاسد و بی‌اعتبار بوده؛ زیرا نهی در معاملات مقتضی فساد است؛ به علاوه سیاق این گونه روایات نشان می‌دهد، شارع مقدس در این موارد درصدد برقراری نظم عمومی خاصی در جغرافیای فرهنگی مسلمانان است که می‌توان آن را «نظم عمومی فرهنگی و اخلاقی» نام نهاد. بدیهی است هر نوع عملی که برخلاف نظم یادشده صورت گیرد، مشروعیت نداشته و اثری بر آن مترتب نیست؛ بنابراین این -گونه روایات (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۶۳-۶۴) نشان می‌دهد که حیثیات معنوی به طور عام و حریم خصوصی به طور خاص، در حوزه اختیار اشخاص قرار ندارد؛ به تعبیر دیگر این امور در طول عزت و شرف الهی قرار داشته است و به نوعی تشریح شده اند که از هر نوع

تعرض مصون بوده و اراده اشخاص از ساحت آن دور باشد (هاشمی خویی، ۱۴۰۰، ج ۸، ص ۳۹۱/ ابن شعبه، ۱۳۷۶، ص ۶۱ / ابن بابویه، ۱۳۸۱، ص ۶۱۰). بر این اساس، یکی از مهم‌ترین حدود آزادی شخص در حوزه حریم خصوصی، نکشاندن خود به وادی ذلت و بی‌آبرویی است؛ از این رو، هتک عرض مؤمن حتی به دست خود او جایز نیست؛ چه اینکه مسئله آبرو، به شخص تفویض نشده، اساساً عرض و آبروی شخص در قبضه قدرت او نیست تا بتواند آن را تفویض کند، یا نسبت به هتک آبروی خود اقدام نماید. این حکم از قیاس اولویت در بعضی از فتاوی فقهی نیز به دست می‌آید. برخی فقها اذن در اتلاف نفس و عضو را شرعاً جایز نمی‌دانند ( اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۲۸۴)؛ پس به طریق اولی اذن در ازین بردن آبرو یا عملی که با آن ملازمه دارد، جایز نخواهد بود. همچنین لزوم صیانت از آبرو و عدم جواز در هتک آن به دست شخص موضوع حریم خصوصی و مصونیت آن در قبال نقل و اسقاط، با روایات دیگری که در آنها به بذل مال برای حفظ و حراست از آبرو اشاره شده است، تقویت می‌شود؛ زیرا در جایی که شارع مقدس به بذل مال برای صیانت از حیثیت معنوی به عنوان مطلوبی مؤکد توجه کرده باشد، به طریق اولی از اذلال نفس و هتک حیثیت در قبال دریافت عوض مالی نهی کرده و مبعوض وی خواهد بود. به بعضی از روایات که در این باره وارد شده، اشاره می‌شود: « با اموال از آبرو محافظت کنید» یا « اینک شخصی از مال خود محافظت و آبروی خود را در معرض تاراج قرار دهد، نوعی پستی به شمار می‌رود». ملاک این دستور را می‌توان در روایاتی یافت که براساس آنها از میان همه حیثیات مربوط به شخص، هیچ کدام هم‌سنگ حیثیات معنوی و آبروی وی نیستند. امیرمؤمنان در این باره می‌فرماید: «گرامی دار نفست را از هر زبونی و پستی، هر چند تو را به نعمت‌های بی‌شمار رساند؛ زیرا هرگز برابر آنچه از نفس خویش صرف می‌کنی، عوض نخواهی یافت» (شر فی الرضی، ۱۳۷۹، ص ۹۳۰)؛ بنابراین تحصیل مال و نظایر آن در ازای از دست دادن آبرو، نوعی معامله سفهی و خارج از ضوابط عقلایی و شرعی خواهد بود؛ زیرا حقیقت چنین مبادله‌ای، واگذاری « همه » در برابر « هیچ » است. طرح حریم خصوصی نیز در بند ۱ ماده ۲ در مقام تعریف حریم خصوصی می‌گوید: حریم خصوصی قلمرویی از زندگی هر شخص است که آن شخص « عرفاً » یا با « اعلان قبلی » در چهارچوب قانون - انتظار دارد تا دیگران بدون رضایت وی به آن وارد نشوند یا بر آن نگاه یا نظارت نکنند و یا به اطلاعات راجع به آن دسترسی نداشته یا در آن قلمرو، وی را مورد تعرض قرار ندهند.... این تعریف را از جهات متعددی می‌توان نقد و بررسی کرد، ولی آنچه به بحث حاضر مربوط می‌شود، اینکه در این تعریف « عرف » و « اراده اعلامی » شخص موضوع حریم خصوصی، معیار اصلی در تعیین دامنه حریم خصوصی اشخاص دانسته شده‌اند، حتی در بیان عرف نیز نقش اصلی بر عهده اراده شخص گذاشته شده است که بیشتر شبیه معیار شخصی است، تا معیار عرفی. اگرچه

عبارت « در چهارچوب قانون » تا حدودی یا این اشکال را رفع می‌کند؛ ولی باید توجه داشت، غالب مصادیق و جلوه‌های حریم خصوصی در زمره قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی اخلاقی و فرهنگی قرار می‌گیرد و اراده اعلامی اشخاص، در دامنه این حق تأثیری ندارد.

### ۳-۶-۲. ملاحظه آثار و لوازم:

حکم به معنای خاص، اجماعاً اسقاط، نقل و انتقال‌پذیر نیست؛ زیرا علاوه بر آنکه اختیار حکم به دست حاکم و قانون‌گذار است و محکوم علیه اصولاً حق اسقاط و نقل آن را ندارد، فرض بر این است که در آن مورد، برای وی سلطه جعل نشده است تا زمام آن امر به دست او باشد (نجفی، ۱۴۱۸، ص ۴۲ / طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۵۵). اما در مورد « حق »، اگرچه درباره امکان نقل، انتقال و اسقاط در همه مصادیق آن اتفاق نظر نیست؛ ولی دست کم هر حقی علی‌القاعده می‌تواند به یکی از سه مورد یادشده (اسقاط، نقل و انتقال)، متصف شود و اگر در جایی این امور به حق تعلق نگیرد، معلوم می‌شود که اساساً مجعول شرعی، حکم است و نه حق. حال براساس این دیدگاه، اگر یکی از آثار یادشده بر موردی بار شود، کشف می‌شود که آن مورد از مصادیق حق است، هر چند برخی عکس این قضیه را پذیرفته اند (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰، ص ۱۶۴ / طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۲)؛ ولی حق این است که عکس قضیه نیز صادق است؛ یعنی اگر آشکار شود حقی قابل اسقاط، نقل و انتقال نیست، معلوم خواهد شد که حکم است، نه حق؛ بنابراین اگر با دلیلی دانسته شود که چیزی قابل اسقاط است، کشف می‌شود که حق است و اعتبار ویژه‌ای دارد که شرع آن را جعل کرده و رفع آن را نیز به صاحب حق سپرده است، اگر جواز نقل هم اثبات شود، وضع به همین منوال خواهد بود؛ چه اینکه حکم، نقل و انتقال‌پذیر نیست (جرقوینی، ۱۴۲۳، ص ۷۱). این معیار اثباتی که در ادبیات حقوقی از آن با عنوان « نظریه انتخاب » یاد شده است (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰، ص ۱۶۳)، زمانی مطرح می‌شود که « دارنده حق » اختیار اعمال حق و یا اعراض از آن را داشته باشد؛ به عبارت دیگر، نظریه انتخاب یا اعمال اراده، محق‌بودن شخص صاحب حق را در پرتو امکان اعمال قدرت او تبیین می‌کند، به نوعی که اراده آزاد وی بر تعهد دیگران مؤثر باشد. در نتیجه اگر سلطه شخص ذی حق به گونه‌ای باشد که فعل یا ترک فعل کاملاً در اختیار وی باشد و بتواند آن را نقل دهد یا اسقاط کند، ماهیت حق شکل می‌گیرد. از لسان روایاتی که به آنها اشاره شد (کلینی، ۱۴۰۷، ص ۶۳-۶۴)، معلوم می‌شود آن جنبه از حریم خصوصی که درباره کرامت نفس

و آبروی اشخاص می‌باشد، در حوزه تصرفات ارادی شخص موضوع حریم خصوصی و به طریق اولی در دامنه تصرفات دیگر اشخاص قرار نمی‌گیرد و در هیچ صورت نقل و اسقاط پذیر نیست؛ بدین ترتیب، معلوم می‌شود کاربرد تعبیر « حق بر حریم خصوصی » با مسامحه است و به معنای اینکه شخص موضوع حریم خصوصی (ذی حق) می‌تواند آن را سلب، نقل یا اسقاط کند، نیست.

### ۳-۶-۳. تمسک به عمومات و اطلاعات:

اگر در قابلیت عرفی مجعول شرعی برای اسقاط، نقل و انتقال، تردید به وجود آید، به دلیل وجود شبهه مصداقیه، این قابلیت را نمی‌توان به کمک عمومات احراز کرد؛ ولی اگر در جریان بعضی از آثار حق، از جمله امکان شرعی اسقاط یا نقل، تردید به وجود آید، شاید بتوان با تمسک به عمومات بر این تردید غلبه کرد؛ زیرا شأن عمومات، رفع این گونه تردیدهاست و شک در ممکن نبودن شرعی نقل و اسقاط در واقع، به این موضوع برمی‌گردد که شارع شرط یا قیدی را در ناحیه یکی از عوضین، اخذ کرده است یا خیر، شکی نیست که عمومات، رافع این گونه تردیدهاست (خمینی، بی تا، ص ۵۰)؛ بنابراین به طور مثال، اگر شخص موضوع حریم خصوصی در فرآیند مبادلات خود با یکی از شرکت‌های تجاری، حق خود را بر داده‌های ترافیکی و تراکنشی حاصل از مبادله، نقل دهد یا اسقاط کند - در صورتی که درباره این عمل تردید شود - از طرفی، ارتباط داده‌های انتقالی با شخصیت و کرامت شخص، محرز نباشد، می‌توان از ضوابط یادشده در رفع تردید و خروج از شک، بهره گرفت. ناگفته نماند، برخی محققان جریان عمومات را در این موارد جایز نمی‌دانند (همو، ۱۳۷۸، ج ۲، صص ۲۴۵ و ۱۵۲/ همو ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۷۴). از دیدگاه این محققان اگر در صحت معامله‌ای تردید شود، به این گونه که احتمال داده شود به دلیل شرط یا قیدی که در ناحیه عوضین اخذ شده، قابلیت انتقال وجود ندارد و معامله باطل است، رفع این شرط یا قید، با تمسک به عمومات جایز نخواهد بود؛ زیرا از مصادیق تمسک به عام در شبهه مصداقیه خواهد بود (همو، ۱۳۷۸، ج ۲، صص ۲۴۵ و ۱۵۲). در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت، عموم برخی ادله، از جمله «قاعده تسلیط» و «تسلط مردم بر اموال خود»، حقوق مالی را منطوقاً و به دلالت لفظی شامل می‌شود و حقوق غیر مالی را نیز به دلالت فحوا شامل می‌شود و این دلیل، هر نوع تردیدی را در اعتبار هر گونه قید و شرطی را در ناحیه عوضین برمی‌دارد. به خصوص اگر بدانیم اعتبار هر نوع قیدی که به نبود قابلیت نقل بینجامد، نوعی ایجاد محدودیت در اقتدار متعاملین است که با عموم یادشده منافات دارد. این عموم بیانگر عدم اشتراط قید یا شرطی از ناحیه شارع مقدس است و همچنین کشف می‌کند که معامله مخالف حکم شارع مقدس نیست و به همین دلیل، موضوع عمومات صلح و عقد و شرط قرار می‌گیرد (همان ص، ۵۲). با توجه به روایاتی که در بحث‌های پیشین به آنها اشاره شد، معلوم می‌شود شارع

مقدس از تصرفاتی که در حیثیات معنوی مرتبط با حریم خصوصی صورت می‌گیرد، نهی کرده و آنها را بی‌اعتبار می‌داند. البته ممکن است براساس عموماتی از قبیل «الْأَنْسُ مُسَلِّطُونَ عَلَى مَالِهِمْ وَ مَا لَهُمْ»، «أَسُّ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ وَ أَنْفُسِهِمْ» و... حریم خصوصی و تصرف در دامنه آن، در زمره حقوق اشخاص شمرده شود. در پاسخ می‌توان گفت، این عمومات بر فرض وجود، اگرچه درباره داده‌های مالی و غیرحساس جریان می‌یابد؛ ولی درباره داده‌های حساس و مرتبط با شرف، کرامت انسانی و حیثیات معنوی، ناظر به تصرفات عمومی و شایع می‌باشد و از تصرفاتی که به اذلال نفس و از میان‌بردن آبرو می‌انجامد، منصرف کرده است.

### ۳-۶-۴. استقرار و تنقیح مناط:

از دیدگاه برخی محققان، از جمله شهید صدر، «حق» برخلاف «حکم» اسقاط پذیر است. وی در تبیین این مطلب به چند ضابطه اشاره دارد. یکی از این ضوابط، «استقرار و تنقیح مناط» از موارد استقرایی است. از نظر وی باید مواردی را که دلیلی بر اسقاط‌پذیری آنها وجود دارد، استخراج کرده، آنگاه ملاک و نکته-ای که اشتراک این موارد را در قابلیت اسقاط موجب شده، انتزاع کرده، سپس به عنوان یک قاعده کلی، هر معمولی را که مشتمل بر این نکته باشد - حتی اگر دلیل خاصی نیز در آن باره نباشد - با توجه به همین ملاک، حق تلقی کنیم. البته حجیت این ملاک به این است که این استقرار، مفید قطع و بدون استثنا باشد (حائری، ۱۴۲۳ ص، ۱۳۴). با توجه به روایاتی که در باب «عرض مومن» و هم پایه-بودن آن با حرمت کعبه و نظایر آن وارد شده، معلوم می‌شود، نه تنها دلیلی بر حق‌بودن حریم خصوصی و حیثیت معنوی مرتبط با آن وجود ندارد، بلکه ادله یاد شده، بر حکم‌بودن آن دلالت دارد؛ ولی درباره جنبه‌های مالی و مادی حریم خصوصی و به ویژه در دامنه داده‌های ترافیکی و ارتباطی، می‌توان گفت آنها به لحاظ عقلایی و عرف خاص تجاری، در زمره اموال به شمار می‌روند و به ملاک مال‌بودن و مالیت، از احکام اموال و حقوق مالی پیروی می‌کنند؛ زیرا در این گونه داده‌ها، نکته خاصی بر ممنوعیت نقل و اسقاط وجود ندارد و اصل در اموال نیز عمومیت تسلط است. ۳-۲-۵. سیره عقلا: یکی دیگر از ضوابطی که شهید صدر در مقام تمیز «حق» از «حکم» مطرح می‌کند، سیره عقلا در این باره است. از دیدگاه وی، می‌توان با توجه و تمسک به ارتکازها و قضاوت‌های عرفی و عقلایی و کشف ملاک قضاوت عرف، به ضابطه‌ای در مقام تشخیص دست یافت. ایشان در تبیین این ضابطه به سه مطلب اشاره می‌کند؛ اول، در شرع مقدس منعی در این باره نیامده باشد؛ دوم، نظیر وضع لغوی در این گونه موارد، ارتکاز عقلایی بر ظهور ادله، حکومت داشته باشد؛ سوم، از مفاد بعضی از روایات می‌توان این ارتکاز عقلایی را امضا شده تلقی کرد؛ به طور مثال، صحیحه محمد ابن مسلم از امام جعفر صادق را می‌توان

شاهدی بر این مدعا تلقی کرد. وی می‌گوید: «قُلْتُ لَهُ: رَجُلٌ جَنَى إِلَىٰ اعْفُو عَنْهُ أَوْ أَرْفَعَهُ إِلَىٰ السُّلْطَانِ؟ قَالَ: هُوَ حَقُّكَ؛ إِنْ عَنْهُ فَحَسَنٌ وَإِنْ رَفَعْتَهُ إِلَىٰ الْإِمَامِ فَإِنَّمَا طَلَبْتَ حَقَّكَ، وَكَيْفَ لَكَ بِالْإِمَامِ؟» (همان، ص ۱۳۴). نکته مهمی که در تمسک به سیره عقلا وجود دارد اینکه، این مسئله با اثبات امضای شارع و رجوع به اخباری که ظهور در امضا دارند، با وجود برخی موارد نقض، زیر سوال نمی‌رود؛ زیرا این موارد به دو صورت توجیه-پذیرند؛ نخست اینکه، شارع مقدس در این موارد سیره عقلا را نمی‌پذیرد؛ ولی در سایر موارد که دلیلی بر رد آن نداشته، یا اخبار و ادله ظهور در امضا را داشته باشد، سیره، کماکان حجت است (همان، ص ۱۳۵)؛ دوم اینکه، دیدگاهی را بپذیریم که اساساً این گونه موارد را از حق اصطلاحی، خارج و در مقوله حکم، داخل می‌داند (خمینی، [بیتا]، ج ۱، ص ۵). با اندکی تأمل معلوم می‌شود، تاکنون در سیره مسلمانان تصرف در حوزه حیثیات معنوی مربوط به حریم خصوصی و نقل و اسقاط آن معمول نبوده، بلکه می‌توان ادعا کرد سیره مسلمانان و بنای عقلا بر صیانت از این حوزه برقرار بوده است. روایت مذکور نیز به پس از مرحله نقض حق مربوط است. روشن است هر حقی پس از نقض - اعم از آنکه متعلق آن، از مصادیق حق اصطلاحی باشد یا حکم - اسقاط پذیر به نظر می‌رسد.

## فصل چهارم

### احکام حریم در حقوق خصوصی ایران

سرقت از جمله جرائمی است که سابقه دیرینه در زندگی انسان دارد و می‌توان گفت پیشینه آن از هنگام شروع زندگی جمعی و تحقق مفهوم مالکیت بوده و همواره مورد تقبیح و مجازات بوده است از دیرباز که کاروان زندگی بشر در مسیر نظم و قانون حریم، اصطلاحی فقهی و حقوقی بمعنای محدوده‌ای معین در اطراف برخی اموال غیرمنقول که برای بهره بردن کامل مالکان از آن اموال، از برخی تصرفات دیگران در آن محدوده منع شده است. معنای اصطلاحی حریم در فقه و حقوق به مفهوم لغوی آن نزدیک است و مراد از آن، محدوده خاصی از زمین اطراف مالی غیرمنقول (مانند خانه، چاه و قنات) است که صرف بهره‌برداری از آن یا بهره‌برداری کامل از آن منوط به در تصرف داشتن آن زمین است. واژه حریم در متون حقوقی برای مثال در اصول ۲۲ و ۲۳ و ۲۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی و در مواد ۱۳۵ تا ۱۳۹ قانون مدنی به صراحت ذکر شده اما قانون‌گذار صراحتاً معنی این واژه را تشریح و تبیین نکرده است و امروزه ما علاوه بر مصادیق سنتی حریم مانند حریم چاه، حریم راه، حریم قنات، حریم رودخانه شاهد اصطلاحات جدیدی از این واژه مانند حریم شهر، حریم خصوصی، حریم اطلاعات، حریم خصوصی در فضای مجزای و حریم اشخاص حقوقی هستیم که هر کدام به تنهایی جای بحث و بررسی دارد.

#### ۴-۲. مالکیت بر حریم:

این نوع حریم، بیشتر مباحث فقهی حریم را به خود اختصاص داده است. فقها در مطالعه حریم این پرسش را مطرح می‌کنند که «آیا صاحب حریم مالک آن بوده و، در واقع، مالک مال دارای حریم مالک حریم نیز می‌باشد یا تنها نسبت به آن حق اولویت دارد و از متعلقات حق مالکیت او به شمار می‌رود؟» مشهور نظریه نخست را پذیرفته‌اند. چه، احیای هر چیز به حسب آن بوده و احیای حریم با احیای زمین نیازمند به حریم حاصل می‌شود. وانگهی، آثار مالکیت از قبیل امکان بیع، عدم جواز تصرف از ناحیه غیر (غصب) و حق شفعه در حریم نیز جریان دارد (طوسی، ۱۳۸۷، ص ۲۷۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ص ۴۰۷؛ نجفی، ۱۴۰۴، ص ۷؛ ابن براج، ۱۴۰۶، ص ۲۷؛ مظفر، ۱۳۹۲، ص ۱۲۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ص ۱۰۵؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ص ۵۵۱؛ اصفهانی، ۱۴۲۲، ص ۶۵۶؛ خمینی، ۱۳۷۹، ص ۲۰۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶، ص ۳۴۵). در مقابل، برخی از فقها به حق اولویت برای صاحب حریم باور یافته‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۴۴۳؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰، ص ۱۵۵؛ تبریزی، ۱۴۲۶، ص ۱۸۳؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷، ص ۲۸۷). یکی از فقها فراتر رفته و برای صاحب حریم نه مالکیت و نه حق دیگری شناسایی نکرده بلکه تنها دیگران را از مزاحمت در حریم منع کرده است

(فیاض کابلی، ۱۴۰۱، ص ۱۵۱). از حیث حقوقی، وضع قانون مدنی مبهم است. چه، تعریف حریم در ماده ۱۳۶ کلی بوده و شامل هر دو نوع حریم می‌گردد. مواد ۱۳۷ و ۱۳۸ برای نوع دوم حریم مثال آورده‌اند. ماده ۱۳۹ قانون مدنی نیز، در راستای دو ماده پیشین، اثر اصلی حریم ارتفاقی منفی را بیان کرده است. تنها آن قسمت از ماده ۱۳۹ که تملک حریم را منع کرده است اشاره به حریم نوع ملکی دارد. بر همین بنیان، یکی از نویسندگان به‌طور خلاصه بیان کرده که شباهت زیادی میان این نوع حق بر حریم و حق مالکیت وجود دارد؛ اما چون به تابعیت و به لحاظ مالکیت صاحب آن بر ملک دیگری ایجاد می‌شود، باید آن را نوعی حق ارتفاق خاص دانست که مالک بر اراضی موات و مباح پیدا می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۲۴۵). در هر حال، باید پذیرفت که گونه‌های متنوع حریم و ماهیت نه‌چندان روشن آنها باعث شده که قانون مدنی کلی‌گویی کند و از تفصیل دادن به حق بر حریم پرهیز نماید. به رغم وضعیت مبهم قانون مدنی و عدم اظهارنظر روشن در دکرین حقوقی و تمرکز بحث برخلاف فقه بر نوع دوم حریم (حریم ارتفاقی)، می‌توان از حیث حقوقی نیز مالکیت بر این نوع حریم را اثبات نمود. زیرا:

یکم اینکه، چنان‌که آمد در ماده ۱۳۹ قانون مدنی تملک حریم منع شده است. این اثر حقوقی تنها با مالکیت صاحب حق بر حریم قابل جمع است. چه، اگر صاحب حق بر حریم تنها حق ارتفاق داشته باشد، این حق مانع تملک حریم نخواهد بود. دوم اینکه، این گونه از حق حریم، تنها دیگران را از تصرف منافی منع نمی‌کند بلکه به صاحب حریم اجازه تصرف مالکانه در حریم می‌دهد. چنان‌که، مالک چاه و قنات حق نصب تجهیزات و ریختن گل و لای به‌منظور لایروبی را دارد. این تصرف مالکانه با طبیعت حق ارتفاق ناسازگار است. سوم اینکه، در سایر مقررات جاری کشور چنان‌که خواهد آمد در جایی که این نوع حریم موضوع حکم واقع شده، حق مالکیت بر حریم مشهود است. به‌ویژه اینکه، در مواردی که حریم در اراضی ملکی قرار می‌گیرد قانونگذار تملک حریم را الزامی کرده است. چهارم اینکه، قانون مدنی احکام حریم را از فقه برگرفته است. در فقه، نیز چنان‌که ذکر شد مشهور قائل به حق مالکیت بر این نوع حریم هستند. پنجم اینکه، دیدگاه حق ارتفاق بر این نوع حریم همسو با بند نه ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ ابراز شده است. چه، این مقرره، اراضی واقع در خارج از محدوده شهری را که از سوی دولت برای احداث جاده اصلی و فرعی، مجاری آب، خطوط برق و لوله‌های گاز و نفت و حریم آنها مورد استفاده واقع می‌شد به عنوان حق ارتفاق معرفی کرده بود. با این همه، شورای نگهبان با توجه به پیشینه فقهی موضوع، در نظریه شماره ۱۳۸۶/۷/۸ مورخ ۸۶/۳۰/۲۲۸۱۸ اطلاق این مقرره را خلاف شرع اعلام نمود. دیوان عدالت اداری نیز هر چند

با آرای سابق خود بر بند ۹ ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه کشور مهر تأیید زده بود، اما با صدور نظریه شورای نگهبان، در قالب رأی شماره ۴ مورخ ۱۳۸۹/۱/۲۳ ضمن الغای آرای پیشین خود (به شماره‌های ۶۰ مورخ ۱۳۷۴/۴/۱۷ و ۱۷۳ مورخ ۱۳۸۰/۵/۲۱)، همسو با نظریه شورای نگهبان حرکت کرد. هر چند این دیدگاه به‌طور صریح نافی ارتفاع بودن حق بر حریم نیست اما محور استدلال این است که تصرف دولت موجب خسارت به عین و منافع اراضی دیگران بوده و مالکانه است و باید تملک معوض صورت گیرد.

ششم اینکه، صرف تبعیت حق بر حریم از حق مالکیت اصلی نمی‌تواند آن را تبدیل به حق ارتفاع کند. چه، این تبعیت فقط در حق ارتفاع وجود ندارد بلکه در مالکیت تبعی موضوع مواد ۳۲-۳۵ قانون مدنی نیز مصداق دارد. با این حال، مالکیت تبعی، نیز جزئی از حق مالکیت است. بر بنیاد آنچه نوشته آمد، با در نظر گرفتن اختیارات صاحب حق بر این نوع حریم، از حیث فقهی و حقوقی حق مالکیت بر این نوع حریم پذیرفتنی است. منشأ حریم ملک: به اجماع فقها، حریم ملک در اراضی موات ایجاد می‌شود (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ص ۲۷۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ص ۲۱۵؛ علامه حلی، ۱۳۷۸، ص ۱۲۹؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ص ۶۰؛ شهید ثانی، ۱۴۲۳، ص ۴۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۴، ص ۷؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ص ۵۵۶؛ مغنیه، ۱۴۲۱، ص ۴۷؛ مؤمن قمی، ۱۴۲۱، ص ۳۶۲؛ اصفهانی، ۱۴۲۲، ص ۶۵۶؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰، ص ۱۵۴؛ خمینی، ۱۳۷۹، ص ۱۹۸). اما در اراضی ملک اشخاص، به دلیل تقابل با حق مالکانه مالک اراضی، حریم منتفی دانسته شده است. حقوقدانان نیز همسو با فقها ابراز نظر کرده‌اند (حائری شهابی، ۱۳۸۷، ص ۹۵؛ امامی، ۱۳۷۱، ص ۱۲۲؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۲۴۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۳۳۱؛ صفائی، ۱۳۸۸، ص ۲۷۰). در قوانین نیز قاعده ایجاد حریم ملک در اراضی موات با استثنا روبه‌رو نشده است. تنها برخی قوانین اجازه داده که دولت برای تأمین حریم اموال عمومی نسبت به تملک معوض اراضی اشخاص مبادرت نماید. این حکم همسو با قاعده ایجاد حریم در اراضی موات است. چه، از آنجا که حریم فقط در اراضی موات ایجاد می‌شود، ایجاد آن در اراضی ملک ممکن نیست؛ مگر اینکه، برای تأمین حریم، اراضی خصوصی تملک معوض گردد. از این رو، سبب ایجاد حق مالکیت بر حریم به سه صورت متصور است:

#### ۴-۲-۱. حریم ملک احیاشده:

در مواردی که حریم ملکی در اراضی موات به نفع اشخاص خصوصی ایجاد می‌شود سبب ایجاد حق مالکیت، احیای حریم است؛ البته این احیا مستقیم نیست؛ بلکه احیا در یک قطعه زمین صورت می‌پذیرد و اراضی موات پیرامون آن نیز که مورد نیاز و توجه مالک می‌باشد، احیاشده تلقی می‌گردد. در واقع، در احیای اراضی لازم نیست کل زمین احیا شود. بلکه، احیای بخشی از یک قطعه زمین به معنی احیای تمام آن است. چنانکه در ساخت منزل، بنا در قسمتی از آن ساخته میشود و محوطه آن فاقد عملیات عمرانی است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ص ۴۰۷). نوعی از این رویکرد در ماده ۱۴۴ قانون مدنی چنین پژواک یافته که «احیای اطراف زمین موجب تملک وسط آن نیز می‌باشد». با این تفاوت که در خصوص حریم عکس این حالت است و احیای یک قطعه زمین موجب تملک حریم آن (اراضی پیرامونی آن) نیز می‌باشد. برای این نوع حریم ملکی می‌توان به تبصره شش ماده واحده قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه الحاقی ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ مثال زد که حریم موقوفات را به تبع اراضی موقوفه احیاشده، از شمول مقررات حاکم بر اراضی منابع طبیعی استثناء کرده است. هر چند این حکم در خصوص موقوفات انشا شده، اما در سایر موارد نیز قابل جریان است. چنانکه، اصل ۴۵ قانون اساسی نیز فقط مراعاتی که حریم نیست را ملی اعلام کرده است؛

#### ۴-۲-۲. حریم ملکی قانونی:

در مواردی که حریم ملکی در اراضی موات به نفع اموال عمومی ایجاد می‌شود، مالکیت عمومی پیش از وضع حریم نیز وجود دارد. در واقع، اراضی موات تحت اختیار حکومت اسلامی است (اصل ۴۵ قانون اساسی). چه به عنوان اراضی موات و چه به عنوان حریم اموال عمومی. در این موارد، حق مالکیت دولت نظیر حق مالکیت افراد است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۶۸؛ صفائی، ۱۳۸۸، ص ۱۴۲؛ باریکلو، ۱۳۹۰، ص ۴۹). برای مثال، حریم دریاچه، دریا، خلیج و تالابها به موجب قانون اراضی مستحدث و ساحلی مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۹ در اراضی موات خارج از شهرها تحت اختیار دولت قرار گرفته و قابلیت تملک و تصرف خصوصی را از دست داده است؛

#### ۴-۲-۳. حریم ملکی قراردادی:

مصالح عمومی اقتضا می‌کند برای اموال عمومی حریم ملکی در اراضی و املاک تحت مالکیت اشخاص نیز افزون بر اراضی موات در نظر گرفته شود. در واقع، قانونگذار برای جمع میان مصلحت فردی مالکین و مصالح اجتماعی، مجوز تملک اجباری اراضی و املاک اشخاص را برای تأمین حریم برخی اموال عمومی مقرر کرده است. از این رو، لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ شامل تملک اراضی بابت تأمین حریم اموال عمومی نیز می‌شود. در این موارد، سبب ایجاد حق مالکیت، قرارداد بیع است که مالک به تجویز قانون باید با نهادهای حکومتی منعقد نماید. این قرارداد مشمول قواعد عمومی قراردادهاست. اما از حیث شرایط قانونی، لزوم انعقاد آن و نحوه الزام مالک مستنکف و شیوه تعیین ثمن، لایحه یادشده، حاکم بر رابطه طرفین است.

#### ۳-۴. اصل جواز تملک برای تأمین حریم اموال عمومی

حریم خطوط آبرسانی موضوع ماده ۴۳ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۶؛ حریم شبکه فیبر نوری مندرج در ماده یک و دوی قانون صیانت از حریم مسیرهای شبکه کابل فیبر نوری شبکه مادر مخابراتی کشور مصوب ۱۳۸۸/۲/۱؛ حریم اختصاصی خطوط انتقال گاز موضوع قانون منع احداث بنا و ساختمان در طرفین خطوط لوله انتقال گاز مصوب ۱۳۵۰/۳/۳۱ و مصوبه شماره ۳۵۸-۱۷۰۹۷ مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۳۰ شرکت ملی گاز ایران؛ حریم داخلی فرودگاهها موضوع ماده ۲۱ قانون سازمان هواپیمایی کشور مصوب ۱۳۲۸/۴/۲۸ و آیین‌نامه کاربری اراضی اطراف فرودگاهها مصوب ۱۳۸۰/۴/۶؛ حریم داخلی تأسیسات طبقه‌بندی‌شده موضوع قانون تعیین حریم حفاظتی امنیتی اماکن و تأسیسات کشور مصوب ۱۳۹۳/۵/۱۹؛ حریم معادن مندرج در ماده ۲۳ قانون معادن اصلاحی ۱۳۹۰/۸/۲۲ و بند چ ماده یک آیین‌نامه اجرایی قانون معادن مصوب ۱۳۹۲/۴/۸؛ حریم راه‌های برون‌شهری موضوع ماده شش قانون ایمنی راه‌ها و راه‌آهن مصوب ۱۳۴۹/۴/۷ و ماده هفت اصلاحی ۱۳۷۹/۲/۱۱ و تصویب‌نامه شماره ۱۶۷۲ مورخ ۱۳۴۹/۲/۲ هیئت وزیران؛ حریم خطوط انتقال نفت مندرج در بند پنج ماده دو قانون اختیارات و وظایف وزارت نفت مصوب ۱۳۹۱/۲/۱۹.

#### ۳-۴-۱. حریم ارتفاعی:

حریم ارتفاقی بخشی از اراضی پیرامون اموال غیرمنقول است که به جهت کمال انتفاع از آن اموال، حق ارتفاقی مثبت یا منفی بر آن مقرر می‌شود. تعریف مندرج در ماده ۱۳۶ قانون مدنی شامل این نوع حریم نیز می‌باشد. در حریم ارتفاقی مثبت، صاحب حق مجاز می‌گردد که تصرفاتی را در حریم انجام دهد. اما در حریم ارتفاقی منفی، دیگران از انجام تصرفات منافی در حریم منع می‌شوند. حریم ارتفاقی منفی گستره بیشتری دارد. چنان‌که، در مواد ۱۳۷ و ۱۳۸ قانون مدنی برای چاه، قنات و چشمه حریم ارتفاقی منفی در نظر گرفته شده و در ماده ۱۳۹ تصرفات منافی به‌ویژه حفر چاه و قنات جدید در مجاورت آنها ممنوع اعلام شده اما از حریم ارتفاقی مثبت یاد نشده است.

حق ارتفاق در فقه، برای چاه، قنات و چشمه افزون بر حریم ملکی، حریم دومی نیز در نظر گرفته شده است که تحت مالکیت صاحب حق بر حریم نیست. برخی از فقها در این حریم تنها حفر چاه، قنات و چشمه جدید را منع کرده و تملک و سایر تصرفات را مجاز شمرده‌اند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ص ۱۰۵؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰، ص ۱۵۴؛ خمینی، ۱۳۷۹، ص ۲۰۰؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ص ۱۴۷؛ تبریزی، ۱۴۲۶، ص ۱۸۳؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷، ص ۲۸۷؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶، ص ۳۴۵). اما پاره‌ای از فقها تمامی تصرفات منافی را ممنوع اعلام کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۴۱؛ فیاض کابلی، ۱۴۰۱، ص ۱۳۷) که مورد متابعت قانون مدنی در ماده ۱۳۹ قرار گرفته است. در هر حال، فقها در دو حکم اتفاق نظر دارند: عدم مالکیت مالک مال دارای حریم بر این نوع حریم و حق منع دیگران از تصرف منافی در آن. هر چند برخی فقیهان با افزودن حریم قریه به سه مورد یادشده، به حق اولویت مالک مال دارای حریم نیز اشاره کرده‌اند (اصفهانی، ۱۴۲۲، ص ۶۵۶؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳، ص ۲۶۵؛ خمینی، ۱۳۷۹، ص ۲۰۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶، ص ۳۴۵). در دکتترین حقوقی اختلاف است. پاره‌ای از حقوقدانان حق بر این نوع حریم را حق ارتفاق منفی نامیده‌اند اما کوششی برای مقایسه این دو و اثبات همسانی آنها نکرده‌اند (امامی، ۱۳۷۱، ص ۱۲۱؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۲۴۵؛ صفائی، ۱۳۸۸، ص ۲۷۰؛ کامیار، ۱۳۸۵، ص ۲۴۳). برخی دیگر از حقوقدانان بر این باورند که حق مالک زمین بر زمین مجاور دو صورت دارد: اگر زمین مجاور موات باشد، حق بر آن، حق حریم و اگر زمین مجاور ملک باشد، حق بر آن، حق ارتفاق می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۳۳۱؛ شفایی، ۱۳۸۳، ص ۱۴۲؛ باریکلو، ۱۳۹۰، ص ۱۱۱؛ بهرامی، ۱۳۹۴، ص ۳۶۹؛ غفاری، ۱۳۹۴، ص ۱۹۱). قانون مدنی نیز با جدایی حق ارتفاق و حق حریم، عدم ذکر حق حریم در ماده ۲۹ به عنوان یک حق مستقل و انشای این حکم که «حریم در حکم ملک صاحب حریم است»، به این اختلاف دامن زده است. بر هر دو دیدگاه این خرده وارد است که حریم ملکی و

ارتفاقی را با دو ماهیت متفاوت در زیر یک ماهیت یکسان آورده و جدایی آن دو را نادیده گرفته‌اند. افزون بر آن، دیدگاه نخست فقط حریم ارتفاقی منفی را در نظر گرفته است. در حالی که، چنان که خواهد آمد، حریم ارتفاقی به صورت مثبت و منفی واقع می‌شود. هرچند گستره مورد دوم بیشتر است.

در هر حال، هر چند، هدف از وضع حریم و ارتفاق، هر دو کمال انتفاع صاحب حق می‌باشد، اما برای روشن شدن زوایای اختلاف و امکان گزینش دیدگاه و در این زمینه اختلافی نیست درست تر، مقایسه و ویژگی‌های حق بر حریم نوع دوم با حق ارتفاق راهگشاست. حقوقدانان به‌طور معمول شش وصف را برای حق ارتفاق بر می‌شمارند: عینی بودن، دائمی بودن، تبعی بودن، تجزیه‌ناپذیری، ملک دیگری بودن موضوع، ایجاد به نفع ملک (امامی، ۱۳۷۱، ص ۹۷؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۲۳۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۲۶۶؛ صفائی، ۱۳۸۸، ص ۲۶۲). در چهار ویژگی نخست تردیدی در مطابقت این دو حق نیست و مخالفان نیز منکر این چهار وصف در حق حریم نشده‌اند. حق بر حریم، حقی عینی، دائمی و تجزیه‌ناپذیری است که به تبع مال غیرمنقول ایجاد می‌شود. اما دو وصف اخیر محل تردید است. در واقع، بزرگترین مانع برای شناسایی حق بر حریم، به عنوان حق ارتفاق این است که ماده ۹۳ قانون مدنی، ارتفاق را حقی برای شخص در ملک دیگری دانسته است. در حالی که، حریم وفق قاعده، در اراضی موات ایجاد می‌شود، نه در ملک دیگری. با این همه، رفع این مانع چندان دشوار نیست. زیرا: یکم اینکه، قانونگذار در برخی موارد، حریم را حق ارتفاق نامیده است، چه در اراضی ملکی باشد و چه در اراضی موات؛ مانند بند خ ماده یک آیین‌نامه نحوه تعیین حد بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار و مسیل‌ها و مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی، اصلاحی ۱۳۸۲/۱۲/۱۸. در عمل نیز مقرراتی که در ادامه می‌آید به صورت مشترک، حریم را در اراضی موات و اراضی ملکی موضوع خود قرار داده‌اند. از این رو، هر چند قانون مدنی حریم را اختصاص به اراضی موات داده بود اما به مرور زمان این رویکرد تعدیل شده و حریم نوع دوم در اراضی اشخاص نیز با توضیح آتی، پذیرفته شده است. به همان سان نیز اختصاص حق ارتفاق به املاک غیر در قانون مدنی، به مرور زمان به صورت صریح یا ضمنی تعدیل شده است. بنابراین، نباید در تحلیل حق ارتفاق و حق بر حریم، تنها به تفسیر قانون مدنی بسنده کرد. بلکه مجموع مقررات جاری کشور نشان از این دارد که حق ارتفاق در اراضی موات نیز ایجاد می‌شود که مصداق اصلی آن، حق بر حریم است؛ دوم اینکه، می‌توان فراتر رفت و گفت که تمرکز قانون مدنی بر ارتفاق در ملک دیگری بر مبنای غلبه و نیاز به دفع و رفع تضادها بوده که در اراضی ملکی ممکن است نه در اراضی موات. به گفته دیگر، وقوع حق ارتفاق در ملک دیگری باعث ایجاد تضاد بوده و قانونگذار خود را مکلف دیده که این نوع روابط حقوقی را نیز تنظیم

و تعدیل نماید. بنابراین، در قانون مدنی نیز ارتفاع در اراضی موات نفی نشده است. بلکه، وارونه آن، مصادیقی از حریم مانند حریم چشمه، چاه و قنات موضوع مواد ۱۳۷-۱۳۹ که همان ارتفاع منفی می‌باشد را مطرح کرده است. در واقع، قانون مدنی حق ارتفاع را در دو قسم بحث کرده است: حق ارتفاع نسبت به ملک دیگری و حق ارتفاع نسبت به حریم املاک. در نظر گرفتن عدم ذکر واژه «حق» بر حریم در مواد ۱۳۶-۱۳۹ که نشان از استقلال این حق داشته باشد و عدم درج حق حریم در ماده ۲۹ که در مقام بیان بوده، از جمله مؤیدات این گفته است؛ البته جدایی عنوان حق ارتفاع و حریم در قانون مدنی خلاف این ادعا را نشان می‌دهد (بهرامی، ۱۳۹۴، ص ۳۶۹). با این همه، ذکر سه حق عینی در ماده ۲۹ و اختصاص یک فصل به هر یک از حقوق و طرح مباحث حریم ذیل فصل مربوط به حق ارتفاع، این استدلال را بی‌اثر می‌کند. وانگهی، قانون مدنی نمی‌توانسته حریم را فقط در زمره حق ارتفاع قرار دهد. چه، حریم دو قسم است که یک نوع آن مشمول عنوان حق ارتفاع و نوع دیگر مشمول حق مالکیت است؛ سوم اینکه، اگر شخصی، زمین مواتی را احیا کند و ممر او از میان اراضی موات دیگر بگذرد، آیا حق ارتفاع بر اراضی موات ندارد؟ اگر شخص دیگری اراضی موضوع حق عبور را احیا کرده و مالک شود آیا می‌تواند نسبت به حق عبور ممانعت داشته باشد؟ آیا نمی‌توان گفت چنانکه احیا به قصد تملک، موجب مالکیت است احیا به قصد ارتفاع موجب ایجاد حق ارتفاع است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ص ۱۶۶). قانونی مدنی با این پرسش‌ها بیگانه نیست. برای نمونه، ماده ۱۵۸ می‌گوید «هرگاه تاریخ احیای اراضی اطراف رودخانه مختلف باشد، زمینی که احیای آن مقدم بوده است در آب نیز مقدم می‌شود بر زمین متأخر در احیا؛ اگر چه پایین‌تر از آن باشد». در این فرض اگر مالک مقدم که زمین او پایین‌تر است مجرای آب در زمین بالاتر داشته باشد، حق مجرای او در زمین بالاتر، حق ارتفاع نیست؟ آیا مالک زمین بالاتر مکلف به احترام به این حق نیست؟ همچنین، ماده ۱۶۰، حفر چاه در اراضی مباحه را موجب مالکیت می‌داند. در این صورت، اگر مالک چاه بخواهد آب چاه را به ملک خود ببرد، آیا احیاکننده بعدی آن اراضی مباحه، می‌تواند مانع او شود، یا حق ارتفاع مالک چاه برای بردن آب، به رسمیت شناخته می‌شود؟ چنان که، یکی از قائلین به اینکه ارتفاع فقط در املاک پدید می‌آید به صراحت پیرو مواد یادشده به وجود این حق اذعان داشته و آن را حق ارتفاع نامیده است (باریکلو، ۱۳۹۰، صص ۲۶۶ و ۲۶۸). مانع دیگر در تلقی حق بر حریم به عنوان حق ارتفاع، اختصاص ارتفاع به املاک و اراضی است (امامی، ۱۳۷۱، ص ۹۷؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۲۳۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۲۶۵؛ صفائی، ۱۳۸۸، ص ۲۶۲). در حالی که، چنان- که خواهد آمد حریم به نفع اموال غیرمنقول از جمله خطوط انتقال گاز، نفت، آب و برق نیز ایجاد می‌شود. با این همه، اختصاص ارتفاع به املاک و اراضی، در گذشته و به حسب نیاز اتفاق افتاده است. اما پس از

تصویب قانون مدنی و به مرور زمان اموال غیرمنقول نیازمند حق ارتفاق، فراتر از اراضی و املاک رفته است. بر این پایه، باید پذیرفت که حق ارتفاق از این جهت نیز بر اساس مقتضیات زمان و مکان دچار توسعه شده است. بر بنیاد آنچه نوشته آمد، در حریم نوع دوم، حق مالک مال دارای حریم، حق ارتفاق مثبت یا منفی بر حریم حسب مورد است. منشأ حریم ارتفاقی: چنان که در حریم ملکی گذشت فقها در بیان قاعده ایجاد حریم در اراضی موات، میان دو نوع حریم تفاوتی قائل نشده و هر دو نوع حریم را تنها در اراضی موات شناسایی می‌نمایند. با این همه، برخی فقها اطلاق این قاعده را زیر سؤال برده و قائل به رعایت مجرای قاعده تسلیط و قاعده لاضرر هستند. بدین معنی که هر کجا قاعده لاضرر بر قاعده تسلیط مقدم شود (ماده ۱۳۲ قانون مدنی) تصرف ممنوع خواهد بود (اصفهانی، ۱۴۲۲، ص ۶۵۶؛ مغنیه، ۱۴۲۱، ص ۴۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۴۴۳؛ خمینی، ۱۳۷۹، ص ۱۹۵؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶، ص ۳۴۵). برخی نیز فراتر رفته و این نوع حریم را در اراضی موات و ملکی بهطور همسان جاری میدانند (موسوی خویی، ۱۴۱۰، ص ۱۵۵؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ص ۱۶۶؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷، ص ۲۸۷). با وجود این، حکم یادشده از قواعد عمومی مالکیت در بخش تحدید آن است. به گفته دیگر، هرکجا قاعده لاضرر مقدم بر قاعده تسلیط باشد قانونگذار تصرف مالک را محدود کرده و برای همسایه، حق ارتفاق منفی در نظر گرفته است. از این رو، گفته این گروه از فقها ارتباطی به شناسایی حریم نداشته و استثنا بر قاعده پیش گفته به شمار نمی‌آید. حریم ارتفاقی مثبت: حریم ارتفاقی مثبت به نفع اموال غیرمنقول خصوصی یا عمومی بدون استثنا در اراضی موات، ایجاد شود. در صورت نخست، سبب ایجاد حریم، احیا می‌باشد و در صورت دوم، حکم قانون است. الف) حریم ارتفاقی مثبت ناشی از احیا: سبب حریم ارتفاقی مثبت در اراضی موات و به نفع مالکین خصوصی، احیای زمین موات است. چه، هنگامی که زمین مواتی به قصد تملک احیا می‌شود، قصد ارتفاق در مجاور آن را نیز درون خود به همراه دارد که موجب ایجاد حق ارتفاق است. به گفته دیگر، چنانکه احیا به قصد تملک موجب ایجاد حق مالکیت است، احیا به قصد ارتفاق، موجب ایجاد حق ارتفاق است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ص ۱۶۶). بر همین بنیان است که در فقه گفته شده حریم دوم چاه، قنات و چشمه، به تبع احیای آن ایجاد می‌شود (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ص ۱۰۵؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰، ص ۱۵۴؛ خمینی، ۱۳۷۹، ص ۲۰۰؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ص ۱۴۷). همان‌طور که در بند پیش گذشت نشانه‌هایی از این باور و مصادیق آن را در مواد ۱۵۸ و ۱۶۰ قانون مدنی نیز می‌توان دید. ب) حریم ارتفاقی ناشی از حکم قانون: حریم ارتفاقی مثبت به نفع اموال عمومی در اراضی موات، به حکم قانون ایجاد می‌شود. چه، اراضی موات وفق اصل ۴۵ قانون اساسی تحت اختیار حکومت اسلامی است. از این رو، قانون می‌تواند، بدون اینکه نیاز به احیا از طرف نهاد عمومی

باشد، نسبت به ایجاد حق ارتفاق برای اموال عمومی مبادرت نماید. برای نمونه، بند خ از ماده یک آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آبرسانی، آبیاری و زهکشی اصلاحی ۱۳۸۲/۱۲/۱۸ است که برای برکه و نهر طبیعی، رودخانه، مسیل و مرداب، حریم کمی به میزان یک تا بیست متر، به منظور عملیات لایروبی و بهره‌برداری، مقرر نموده است. از این رو، وزارت نیرو در اراضی موات حق ارتفاق مثبت دارد تا نسبت به عملیات لایروبی و بهره‌برداری موارد یادشده اقدام نماید. در فقه حریم رودها، جزء حریم نوع اول مطرح شده و مشهور قائل به حق مالکیت دارنده حریم است و تفاوتی میان این قسم و سایر اقسام این نوع حریم نگذاشته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸، ص ۲۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۴، ص ۴۰؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵، ص ۱۶۳؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳، ص ۲۶۵؛ حلی، ۱۴۲۴، ص ۴۷۵؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ص ۵۴۳). اما در مقررۀ یادشده، دیدگاه فقهای دیگر (سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۴۴۳؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰، ص ۱۵۵؛ تبریزی، ۱۴۲۶، ص ۱۸۳؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷، ص ۲۸۷) پذیرفته شده و حق صاحب حریم، حق ارتفاق نامیده شده است. چه، تصرفات مورد نیاز برای کمال انتفاع از رود، با حق ارتفاق مثبت تأمین می‌شود. باید افزود که این حق ارتفاق مثبت در اراضی ملکی نیز وجود دارد. اما به معنی تحمیل حریم ارتفافی مثبت بر اراضی ملکی و استثنای بر قاعده نیست. چه، رودها به‌طور طبیعی وجود داشته و اشخاص اراضی موات پیرامون آن را احیا کرده‌اند. بدین معنی که به‌طور معمول وجود رود مقدم بر احیای اراضی موات پیرامون آن است. از این رو، رعایت حریم رود لازم بوده و اشخاص نباید به محدوده آن وارد شده و مبادرت به احیا می‌کردند. اما اگر تجاوزی به حریم صورت گرفته و اشخاص مالکیتی برای خود در نظر گرفته باشند، قانونگذار به جهت عدم نیاز به تصرف مالکانه، تنها حق ارتفاق مثبت را برای متصدی رودها و مشابه آن در نظر گرفته است. بنابراین، تحمیل حق ارتفاق مثبت بر اراضی ملکی پیرامون رودها، در راستای قاعده ایجاد حریم در اراضی موات بوده و استثنا بر آن شمرده نمی‌شود. بلکه، پیش از احیای آن اراضی ملکی، این حریم وجود داشته و مالکین مکلف به احترام به آن بوده‌اند.

#### ۴-۳-۲. حریم ارتفافی منفی:

حریم ارتفافی منفی نیز مانند حریم ارتفافی مثبت در اراضی موات به نفع اموال خصوصی ناشی از احیا و به نفع اموال عمومی به حکم قانون ایجاد می‌شود. اما قاعده ایجاد حریم در اراضی موات، در خصوص حریم ارتفافی منفی با استثنائات چندی روبه‌رو شده است:

#### ۴-۳-۱. اموال خصوصی:

برای اموال غیرمنقول خصوصی، در اراضی ملکی حریم ارتفاعی منفی در نظر گرفته نشده است. چه، با تعارض ضرر دو طرف و تساقط آن، قاعده تسلیط به مالک اجازه می‌دهد در حدود شرایط ماده ۱۳۲ قانون مدنی هر تصرفی را در ملک خود انجام دهد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۲۴۶). بر همین بنیان است که فقها تردیدی در جواز حفر چاه از سوی مالک در ملک خویش ولو اینکه به مالک مجاور ضرر وارد شود به خود راه نداده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ص ۲۷۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ص ۳۸۷؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶، ص ۲۷). با این همه، حقوقدانان با در نظر گرفتن چاه و قنات نتیجه گرفته‌اند که این موارد در املاک نیز دارای حریم ارتفاعی منفی مقررات خاص بوده و استثنای بر قاعده به شمار می‌روند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۲۴۹؛ صفائی، ۱۳۸۸، ص ۲۷۴؛ بهرامی، ۱۳۹۴، ص ۳۷۱). در توجیه این استثنا و انحصار آن بر این موارد می‌توان گفت که آب‌های زیرزمینی در زمره مشترکات عمومی است (اصل ۴۵ قانون اساسی و ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب). حکومت بر اساس منابع موجود و مصالح عمومی، اجازه حیات را به دیگران می‌دهد. اما در صورتی که منابع آبی کافی نباشد مجوز حیات داده نمی‌شود. چنان‌که، در بسیاری از دشت‌های آبی کشور حفر چاه و قنات جدید به طور کلی ممنوع شده است. بنابراین، اگر مجوز حیات به اندازه منابع موجود داده شود توجیهی برای صدور مجوز جدید با توجه به نبود آب کافی وجود نخواهد داشت. مشابه این حالت، موردی است که بر پایه ماده ۱۵۹ قانون مدنی اگر اشخاص نسبت به حیات آب رودخانه اقدام نمایند و آب کافی نباشد، اشخاص جدید حق حیات آب را ندارند؛

#### ۴-۳-۲. اموال عمومی:

ایجاد حریم ارتفاعی منفی در اراضی ملکی به نفع اموال عمومی گستره بیشتری دارد. در ارتفاق منفی، قانونگذار، به منظور حفظ نظم و تأمین بهره‌برداری از املاک، محدودیت‌هایی را نسبت به حق مالکیت ایجاد کرده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۲۳۶) که مشمول قسمت اخیر ماده ۳۰ قانون مدنی قرار می‌گیرد. چنان‌که در فقه نیز قاعده تسلیط به حدود شرعی محدود شده است (ایروانی، ۱۴۲۶، ص ۹۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ص ۳۵؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ص ۲۲۷). با این همه، در حریم ارتفاعی مثبت نمی‌توان به مبنای یادشده استناد جست. چه، آنچه در این گونه، صورت می‌گیرد اجازه صاحب حق در ورود به ملک دیگری و تصرف جزئی در آن است.

در حالی که، محدودیت تسلیط فقط به معنی منع مالک از تصرفات منافی است و مجوزی برای تصرفات دیگران نیست. مصادیق حریم ارتفاعی منفی که به نفع اموال عمومی در اراضی ملکی افزون بر اراضی موات مقرر شده عبارتند از (حریم ارتفاعی استثنایی): حریم آب‌های زیرزمینی (چاه، قنات و چشمه) موضوع مواد ۱۳۷-۱۳۹ قانون مدنی و ماده ۱۴ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۶؛ حریم کیفی نهر طبیعی و رودخانه مندرج در بند خ از ماده یک آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آبرسانی، آبیاری و زهکشی اصلاحی ۱۳۸۲/۱۲/۱۸؛ حریم دریاچه‌های احداثی پشت سدها مندرج در قانون تعیین حریم دریاچه‌های احداثی در پشت سدها مصوب ۱۳۴۴/۴/۲۷ و آیین‌نامه آن؛ حریم راه‌های برون‌روستایی موضوع تصویب‌نامه تعیین حریم راه‌های روستایی مورخ ۱۳۶۹/۲/۱۹ هیأت وزیران؛ حریم راه‌های برون‌شهری و راه‌آهن (نوار حفاظتی) موضوع ماده ۱۷ اصلاحی قانون ایمنی راهها و راه‌آهن ۱۳۷۹/۲/۱۱ و آیین‌نامه اجرایی تبصره یک ماده ۱۷ اصلاحی قانون ایمنی راهها و راه‌آهن مصوب ۱۳۸۱/۱۱/۱۶؛ حریم ایمنی خطوط انتقال گاز موضوع قانون منع احداث بنا و ساختمان در طرفین خطوط لوله انتقال گاز مصوب ۱۳۵۰/۳/۳۱ و مصوبه شماره ۳۵۸-۱۷۰۹۷ مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۳۰ شرکت ملی گاز ایران؛ حریم خطوط انتقال برق موضوع ماده ۱۸ قانون سازمان برق مصوب ۱۳۴۶/۴/۱۹ و ماده ۱۰ لایحه قانونی رفع تجاوز از تأسیسات آب و برق کشور مصوب ۱۳۵۹/۴/۳؛ حریم میراث فرهنگی موضوع ماده نه نظام‌نامه اجرای قانون راجع به حفظ آثار عتیقه (حفظ آثار ملی) مصوب ۱۳۱۱/۸/۲۸ و بند ۱۲ ماده ۳ قانون اساسنامه سازمان میراث فرهنگی کشور مصوب ۱۳۶۷/۲/۱؛ حریم بیرونی فرودگاه موضوع ماده ۲۱ قانون سازمان هواپیمایی کشور مصوب ۱۳۲۸/۴/۲۸، تصویب‌نامه راجع به تأمین بی‌خطری پرواز هواپیماها مصوب ۱۳۳۱/۱۰/۲۰، تصویب‌نامه در خصوص تأمین بی‌خطری پرواز هواپیماها تا شعاع ۳۰۰ متری مصوب ۱۳۵۲/۲/۲، آیین‌نامه کاربری اراضی اطراف فرودگاه‌ها مصوب ۱۳۸۰/۴/۶ و بند ۲۴ ماده یک آیین‌نامه احداث، توسعه، بهره‌برداری و مدیریت فرودگاه‌های غیرنظامی مصوب ۱۳۹۲/۱/۱۸.

#### ۴-۴. آثار حریم و محدودیت‌های آن در فقه

برخی از فقیهان به استناد تعدادی از روایات حریم گفته‌اند که: مبنای حریم و دلیل بر حرمت آن، جلوگیری کردن از وارد آمدن ضرر به صاحب ملکی است که برای استفاده از ملک خود، به زمین‌های اطراف احتیاج دارد. اگر چنین حقی برای او شناخته نشود، وی نمی‌تواند از ملک خود کمال استفاده را ببرد و اگر کسی در

حریم ملکی بگونه‌ای تصرف کند که مانع از استفاده صاحب ملک گردد، درحقیقت منافع ملک او را تلف کرده است. منفعت، به اتفاق همه مذاهب فقهی، همانند عین مال محسوب می‌گردد که البته با مال شمردن منفعت فقط قدمای حنفیه مخالفت ورزیده اند؛ این مسئله، ظاهراً در میان فقهای امامیه اجماعی است و بنابراین، مشمول قاعده لاضرر می‌شود. فقیهان دو گونه از قاعده لاضرر در مسئله حریم بهره گرفته‌اند: دسته‌ای صراحتاً قاعده را مبنای حریم دانسته‌اند و آنرا در همه موارد و مصادیق حریم جاری می‌دانند، و دست‌های دیگر، از قاعده بطور موردی بهره گرفته‌اند حریم تأسیسات آبی مقداری از اراضی گرداگرد خطوط آبرسانی، خطوط جمع آوری فاضلاب اختصاصی از شبکه موجود تا ابتداء لوله انشعاب، سد، کانال، انشعاب لوله‌کشی، دستگاه‌های تولید و توزیع آنهاست که به هزینه دولت یا با کسر مایه مشترک دولت و بخش خصوصی، یا از طرف بخش خصوصی بمنظور استفاده عمومی ایجاد شده باشد، اعم از اینکه تأسیسات مربوط به استخراج آب زیر زمینی باشد (مثل تأسیساتی که در کنار قنوت و چاهها منصوب و در مالکیت اشخاص باشد) و یا تأسیسات آبرسانی شهری و کشاورزی و صنعتی که برای کمال انتفاع و حفظ و نگهداری آن ضرورت دارد. نقاط قوت قوانین موجود در باره حریم: مطابق اصل پنجاهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، "حفاظت محیط زیست که نسل امروز و نسل‌های بعد باید در آن حیات اجتماعی رو به رشدی داشته باشند وظیفه عمومی تلقی می‌شود. از این رو فعالیت‌های اقتصادی و غیر آنکه با آلودگی محیط زیست یا تخریب غیر قابل جبران آن ملازمه پیدا کند ممنوع است." بنابراین برنامه-ریزی جهت رفع آلودگی منابع آب زیرزمینی و در این راستا تعیین حریم کیفی به منظور جلوگیری از آلودگی یکی از اصول مرتبط با اصل پنجاهم قانون اساسی بشمار می‌رود. اختیاراتی که قانون‌گذار، در مبحث حریم املاک داده است تا آنجاست که حریم را در حکم ملک صاحب حریم قلمداد نموده و تملک و تصرف در آن، که منافی با آن چه منظور از حریم باشد بدون اذن از طرف مالک صحیح ندانسته و بنابراین کسی نمی‌تواند در حریم چشمه یا قنات دیگری چاه یا قنات بکند، اما تصرفاتی که موجب تضرر اشخاص صاحب حریم نشود را جایز دانسته است. از مفاهیم فوق چنین مستفاد می‌گردد که حریم برای تکمیل انتفاع و جلب نفع و دفع ضرر است، خواه ضرر بالفعل باشد، خواه بالقوه و فرضی. بنابراین فعالیت‌هایی همچون آلودگی آب زیرزمینی در اطراف چاه که می‌تواند موجب تضرر اشخاص صاحب حریم (مالک چاه) شود نیز می‌تواند در زمره این قانون قرار گیرد.

حریم زندگی افراد اعم از مادی، معنوی و عقیدتی محترم است و مطابق با قانون اساسی، کسی حق تجاوز به این حریم را ندارد. تفتیش عقاید و کنکاش بی مورد در زمینه‌های عقاید فردی، نمونه بارزی از تجاوز به حقوق بشر

محسوب می‌شود. بهمین خاطر بود که تفتیش عقاید قرن‌ها پیش ممنوع شده و دولت‌ها در قوانین خود ممنوعیت آن رایبان کرده‌اند. قانون اساسی ایران نیز آزادی عقیده و ممنوعیت تفتیش عقاید را بصورت مطلق مورد حمایت قرار داده و هیچ استثنایی حتی اگر حکم قانون هم باشد، برای آن قرار نداده است. زیرا که آزادی عقیده در شریعت نیز از مفاهیم غیرقابل تعرض است. چنانکه خداوند متعال در کتاب آسمانی «قرآن» بارها انسانها را از تفتیش قاید هموعان خود بر حذر داشته است و دلیل آنرا نیز می‌توان در جلوگیری از زیر پا گذاشتن کرامت انسانی و نیز ایجاد مانع در خرد شدن شخصیت متعالی انسان دانست. البته قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران کلیاتی را در این خصوص در اصل بیست‌وسوم گفته و حریم خصوصی افراد را مصون از تعرض دانسته و این وظیفه قوانین عادی و خاص است که به جزئیات امر پرداخته و در محدود کردن عوامل ناقض حریم خصوصی اقدام نمایند. بطور مثال می‌دانیم که عقاید سیاسی هر کس مربوط به خود شخص بوده و در زمره حریم خصوصی وی بشمار می‌آید. و باید از هرگونه دخالت و تجاوز دولت‌ها و یا احزاب بآن جلوگیری بعمل بیاید. ولی در عمل می‌بینیم که بدین صورت نیست و احزاب براحتی به بانک‌های اطلاعاتی دسترسی پیدا کرده و عقاید افراد را مورد کنکاش قرار می‌دهند. که این امر نقض حریم خصوصی افراد بشمار می‌آید. برای اینکه گرایش سیاسی و عقاید شهروندان از دسترس دستبرد احزاب سیاسی مصون بماند، باید قوانین کشورها به حمایت از حریم خصوصی سیاسی شهروندان مبادرت ورزد. اغلب کشورها در قوانین اساسی خود و دیگر قوانین، مصونیت افکار سیاسی افراد را نسبت به‌گونه مداخله افراد یا نهادهای عمومی، به رسمیت شناخته‌اند. اما قانون اساسی ایران بطور خاص و در قالب اصلی اختصاصی باین مفهوم پرداخته و آزادی عقیده را بصورت کلی مورد حمایت و معصون از تعرض و مؤاخذه دانسته است.

علاوه براین، قانون اساسی ایران در اصل سی‌ونهم، مصون ماندن حرمت و حیثیت اشخاصی که بازداشت و یا زندانی شده‌اند را مورد تأکید قرار داده و اشاره می‌کند: «هتک حرمت و حیثیت کسی که به حکم قانون دستگیر، بازداشت، زندانی یا تبعید شده بهر صورت که باشد ممنوع و موجب مجازات است.» در واقع، حیثیت و حرمت افراد مصون از تجاوز است هرچند که آن افراد بموجب قانون مجرم شناخته شده‌اند یا در زندان و یا در تبعید بسر می‌برند. مکاتبات و ارتباطات این افراد با وکیلشان و با خانواده و افراد دیگر از جمله حقوق قانونی و حریم خصوصی آنها محسوب شده و مصون از دخالت است و تنها تحت شرایط خاصی کنترل می‌گردد. علی-الاصول قواعد و قوانین باید در مسیری باشد که حیثیت و حرمت افراد جامعه را حتی در بحرانی‌ترین شرایط از جمله بازداشت و دستگیری به سبب ارتکاب جرم، حفظ نماید.



## فصل پنجم

### نتیجه‌گیری و پیشنهادها

## ۵-۱. نتیجه گیری

یکی از مهم ترین مشکلات علمی در حوزه حق و حکم، عدم تفکیک مقام ثبوت و اثبات است. مقام ثبوت، ناظر به تمایز مفهومی و مقام اثبات، متکفل بیان معیارهای اثباتی تشخیص در این حوزه مهم مطالعاتی است. از این مقدمه منطقی که « انسانها حق هرگونه تصرفی را در حریم خصوصی خود ندارند»، منطقاً نمی توان نتیجه گرفت که « پس حق هیچ گونه تصرفی را در حریم خصوصی خود ندارند». به تعبیر دیگر، نفی موجه کلیه، اثبات سالبه کلیه را به دنبال ندارد؛ بلکه تنها چیزی که میتواند اثبات شود، موجه جزئی است؛ بنابراین « اشخاص، حق برخی تصرفات را در حریم خصوصی خود دارند». از مفاد روایات و لسان ادله ای که در این باره وارد شده، معلوم می شود درباره جنبه هایی از حریم خصوصی که با شخصیت، کرامت انسانی، هویت معنوی و داده های حساس شخص موضوع حریم خصوصی ارتباط پیدا می کند، اساساً ملکیت و تسلط شخص، تحقق پیدا نمی کند. این جنبه از حریم خصوصی را می توان داخل در مقوله «حکم» تلقی کرد؛ ولی جنبه های غیر مرتبط با حیثیت معنوی شخص موضوع حریم خصوصی، اختصاص پذیر می باشد و ارزش تجاری دارد. شرکت های پردازش گر حاضرند برای تحصیل این داده ها، پول پرداخت کنند و یا در ازای دستیابی و پردازش و انتشار آنها، انواع مشوق های مالی، مانند اعطای تخفیفات خرید را در اختیار شخص موضوع داده قرار دهند. به همین دلیل مال انگاری این دسته از داده های مربوط به حریم خصوصی اشخاص، با مانع خاصی روبه رو نیست. به نظر می رسد می توان بر نوع نگارش طرح حریم خصوصی درباره تعریف حریم خصوصی و تأکید آن بر معیار متعارف و غفلت آن از توجه به مقوله حق و حکم در حوزه حریم خصوصی انتقاد کرد؛ زیرا توجه به این دو مفهوم بومی، می تواند در حل بسیاری از چالش های نوظهور و مربوط به حیثیات معنوی اشخاص، مؤثر باشد.

حریم ملکی، بخشی از اراضی پیرامون مال غیرمنقول دیگر است که مالک برای کمال انتفاع از مال خود، نیاز به تصرف مالکانه در آن دارد. این حریم به عنوان قاعده در اراضی موات ایجاد میشود و منشأ تملک آن برای اموال خصوصی، احیای زمین دارای حریم (حریم ملکی احیاشده) و برای اموال عمومی حکم قانون است (حریم ملکی قانونی). از این رو، حریم ملکی بدون استثنا بر اراضی ملکی تحمیل نمیشود. اما اگر اموال عمومی نیاز به حریم در املاک خصوصی داشته باشند، به منظور تأمین مصالح عمومی قانونگذار اجازه داده تا نسبت به تملک معوض حریم در چارچوب قوانین اقدام شود (حریم ملکی قراردادی)؛ حریم ارتفاعی، بخشی از اراضی پیرامون مال غیرمنقول دیگر است که مالک آن مال برای کمال انتفاع، حق ارتفاع مثبت یا منفی بر آن اراضی دارد. این حریم به عنوان قاعده در اراضی موات ایجاد میشود و منشأ حق به نفع مالکین خصوصی، احیا به قصد ارتفاعی (حریم ارتفاعی ناشی از احیا) و به نفع اموال عمومی، حکم قانون (حریم ارتفاعی قانونی) میباشد. با این همه، این قاعده، با استثنائاتی روبه رو شده و برای آنها به حکم قانون، حریم ارتفاعی منفی (حریم

ارتفاقی استثنایی) مقرر شده است. این استثنا، به نفع اموال خصوصی، فقط در مورد چاه و قنات پیشینی شده اما به نفع اموال عمومی گستره بیشتری دارد.

در تمامی مباحث مربوط به حریم خصوصی که وارد می‌شویم می‌بینیم که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران درباره حفظ جان و اموال مردم قوانینی دارد ولی اینکه این قوانین تا چه حد در حفظ این حریم جدی هستند و عوامل حکومتی و ملی تا چه اندازه در حفظ آن کوشا باید بدنبال مصداق‌هایی در جامعه باشیم. مواردی که در زندگی روزمره انسانها اتفاق می‌افتد. حریم خصوصی امروزه در محور مباحث حقوق و حمایت از فرد در حوزه های خاص و ازسوی دیگر ایجاد محدودیت و ممنوعیت ورود دیگران به زندگی خود است. وجود چنین فاصله‌ای سبب آرامش در زندگی افراد است. بیان کردیم که آنچه در این راستا اهمیت خاصی دارد تعیین معیارهایی است که بتوان مرزهای این حق را بطور دقیق ترسیم کرد تا ضمن دفاع از این حق، مانع از بین رفتن سایر حقوق و حقوق دیگر شهروندان نشد. در هر صورت باید باین مسئله اذعان کنیم که حریم چه در حکم ملک، و چه در حکم حق افراد پذیرفته شود. باید قابل احترام شناخته شود. در ادامه باین نتیجه رسیدیم که هر نوع تغییر و تحول در قلمرو این مفهوم با توجه به ماهیت جرم‌زا بودن رفتارهای مغایر و مبانی نظری این حق می‌تواند روی دهد. وجود چنین تصویری می‌تواند زمینه اجرایی شدن سایر حقوق را بوجود آورد. بیان کردیم که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز که مصوب سال ۱۳۵۸ است در اصول مختلفی از جمله اصول ۲۳، ۲۲، ۲ و ۳۹، حریم خصوصی و زندگی شخصی افراد را مصون از دخالت افراد و نهادهای عمومی دانسته و آنرا مورد حمایت و حفاظت قرار می‌دهد. البته می‌توان گفت، اصول دیگر به مانند اصل ۲۴ که در خصوص آزادی مطبوعات است نیز ارتباط تنگاتنگی با حریم خصوصی افراد در جامعه دارد. در ادامه دیدیم که اصل بیست و دوم قانون اساسی روشنترین اصل از اصول قانون اساسی در حمایت از امنیت شخصی و حریم خصوصی افراد با بیان اینکه: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند.»، آنها را مصون از تعرض می‌داند و آنرا در دایره حمایت خود قرار می‌دهد. بر طبق این اصل، هرگونه عملی که حیثیت افراد را خدشه‌دار می‌سازد و جان، مال، حقوق، مسکن و شغل آنها را مورد تعرض قرار می‌دهد ممنوع و مستحق برخورد قانونی می‌باشد. در واقع می‌توان گفت، این اصل از قانون اساسی، حریم خصوصی فیزیکی و جسمانی افراد را مورد حمایت قرار داده است. این حوزه از حریم خصوصی به تمامی احساسات و تفکرات افراد مربوط است و کلیه جنبه های رفتاری افراد، خصوصاً عقاید مذهبی، فعالیت‌های سیاسی و تمامی اموری که با افکار و عقاید افراد در ارتباط است را شامل می‌شود. همانگونه که افراد نیاز به حفظ حریم فیزیکی و جسمانی دارند، برای حفاظت از امنیت و حیثیت خود، علاوه بر آن نیاز به تضمین حق حریم خصوصی معنوی و فکری نیز دارند. زیرا که عالی‌ترین احساسات و تفکرات بشر در خلوت معنوی آنها تبلور می‌یابد و مسلماً این احساسات و تفکرات نیاز به حفاظت و حمایت قانون در برابر تجاوز دارند. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران کلیاتی را در اصل بیست‌وسوم گفته و حریم خصوصی افراد را مصون از تعرض

دانسته و این وظیفه قوانین عادی و خاص است که به جزئیات امر پرداخته و در محدود کردن عوامل ناقض حریم خصوصی اقدام نمایند. در عمل می‌بینیم که بدین صورت نیست و احزاب براحتی به بانک‌های اطلاعاتی دسترسی پیدا کرده و عقاید افراد را مورد کنکاش قرار می‌دهند. که این امر نقض حریم خصوصی افراد بشمار می‌آید. برای اینکه گرایش سیاسی و عقاید شهروندان از دسترس دستبرد احزاب سیاسی مصون بماند، باید قوانین کشورها به حمایت از حریم خصوصی سیاسی شهروندان مبادرت ورزد. اغلب کشورها در قوانین اساسی خود و دیگر قوانین، مصونیت افکار سیاسی افراد را نسبت به‌گونه مداخله افراد یا نهادهای عمومی، به رسمیت شناخته‌اند. اما قانون اساسی ایران بطور خاص و در قالب اصلی اختصاصی باین مفهوم پرداخته و آزادی عقیده را بصورت کلی مورد حمایت و معصون از تعرض و مؤاخذه دانسته است. حریم خصوصی ارتباطی، گرایش افراد به برقراری ارتباط از طریق ابزارهای گوناگون می‌باشد که این روابط و ارتباطات، نباید توسط افراد یا سازمان‌های دیگر مورد کنترل واقع گردد. بعبارت دیگر، افراد معمولاً با محیط اطراف خود و افراد دیگر ارتباطاتی از طریق وسایل گوناگون برقرار می‌کنند که حوزه و قلمرو آن شخصی است و دوست ندارند مورد کنترل افراد دیگر و دولت قرار گیرد. از موضوعات جدید و یکی از موارد چالش‌برانگیز در زمینه حریم خصوصی افراد جامعه تقابل حریم خصوصی با اصولی مانند اصل «آزادی بیان»، «آزادی مطبوعات» و «حق جامعه برای دانستن» است. اصل بیست‌وچهارم قانون اساسی بیان می‌دارد: «نشریات و مطبوعات در بیان مطالب آزادند مگر آنکه مخل به مبانی اسلام یا حقوق عمومی باشد. تفصیل آنرا قانون معین می‌کند.» در واقع آزادی مطبوعات، آزادی اطلاعات و بطور کلی آزادی بیان نیاز به مرز و محدوده دارد که در تمام قوانین داخلی و بین‌المللی مورد اشاره قرار گرفته است و هر جا سخن از آزادی بیان و مفاهیم مشابه است، بند دومی هم برای استثنائات آن آمده است. مثال بارز در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است که در ماده ۱۰ آن بعد از حمایت از اصل آزادی بیان استثنائاتی از قبیل تمامیت ارضی، امنیت عمومی را مورد تاکید قرار داده است. البته مسئله مهم در مورد این استثنائات روشن بودن دامنه آن است که اصل را دچار بی‌اعتباری نسازد. یکی از استثنائاتی که می‌توان برای اصل آزادی بیان و اصل آزادی مطبوعات قائل شد حق حریم خصوصی افراد است. حق حریم خصوصی و اصل آزادی بیان دو روی یک سکه هستند و هر دو از حقوق بنیادین بشر محسوب می‌شوند. در تراحم و تقابل این دو دادگاه اروپایی حقوق بشر با تفکیک حریم خصوصی افراد عادی از سیاستمداران بین این دو مفهوم تعادل برقرار نموده و هر جا که حریم خصوصی افراد عادی مطرح است رای را به نفع حق حریم خصوصی و هر کجا که حریم خصوصی سیاستمداران و افراد دولت (بعنوان افرادی که رفتار آنها باید به قضاوت عموم گذاشته شود) مطرح است به نفع آزادی بیان و آزادی مطبوعات رای صادر نموده است. البته این تفسیر مضیق از استثنائات باید در قوانین داخلی ایران نیز به رسمیت شناخته شود تا نه به واسطه اعمال آزادی بیان حریم خصوصی افراد مورد تعرض قرار گیرد و نه به بهانه حریم خصوصی، آزادی مطبوعات و آزادی بیان محدود گردد.

## ۲-۵. پیشنهادها

پیشنهاد میشود ماده ۱۳۶ قانون مدنی این گونه اصلاح شود: «حریم، مقداری از اراضی پیرامون مال غیرمنقول دیگر است که برای کمال انتفاع از آن مال ضرورت دارد.

تبصره ۱: در حریم ملکی، صاحب حریم، مالک حریم است که تنها در اراضی موات ایجاد میشود. اما دولت میتواند اراضی ملکی را برای تأمین حریم اموال عمومی تملک معوض نماید.

تبصره ۲: در حریم ارتفاقی، صاحب حریم، حق ارتفاق مثبت یا منفی بر حریم دارد که در اراضی موات محقق میشود. مگر اینکه قانون، حریم ارتفاقی منفی را بر اراضی ملکی نیز تحمیل نماید.

## منابع

۱. خرمشاهی، ابوالقاسم؛ «بحث و تحقیق در اطراف حقوق و احکام و ضابطه فرق بین حق و حکم»؛ کانون و کلا؛ تهران: کیمیا هنر، ش ۶۱، مهر و آبان ۱۳۳۷، ص ۳۳-۳۵.
۲. خمینی، سیدروح‌الله؛ القواعد الفقهیه والاجتهاد التقليد (جلدی)؛ ج ۱، چ ۲، قم: دارالفکر (کتابفروشی اسماعیلیان)، ۱۳۸۲ق.
۳. گرجی، ابوالقاسم؛ «مشروعیت حق و حکم آن با تأکید بر حق معنوی»؛ مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی؛ تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ش ۲۹، مهر ۱۳۷۲، ص ۱۲۱-۱۲۸.
۴. امامی، حسن، (۱۳۷۱)، حقوق مدنی، جلد اول، تهران: اسلامیه.
۵. باریکلو، علیرضا، (۱۳۹۱)، اموال و حقوق مالی تهران: سمت.
۶. بهرامی، داریوش، (۱۳۹۴)، حقوق ثبت املاک در ایران، تهران: میزان.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۸)، حقوق اموال تهران: گنج دانش.
۸. حسینی سیستانی، علی، (۱۴۱۷)، منهاج الصالحین، جلد دوم، قم: دفتر آیه الله سیستانی.
۹. شیخ طوسی، (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الإمامیه جلد سوم، تهران: المكتبة المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
۱۰. موسی زاده. ابراهیم و مصطفی زاده. فهیم، (۱۳۹۱)، نگاهی به مفهوم و مبانی حق بر حریم خصوصی در نظام حقوقی عرفی، بررسی های حقوق عمومی، شماره ۲.
۱۱. حبیبی. همایون، (۱۳۹۵)، حق بر حریم خصوصی در شبکه های اجتماعی، تحقیقات حقوقی، دوره ۱۹، شماره ۷۲.
۱۲. امامی، حسن (۱۳۷۱). حقوق مدنی. جلد اول، تهران: اسلامیه.
۱۳. حائری شهابخ، علی (۱۳۸۷). شرح قانون مدنی. جلد اول، تهران: گنج دانش.
۱۴. شعبانی، شاهین و مقصود پوریاری (۱۳۸۷). راهنمای کاربری اراضی اطراف حریم راه ها و راه-آهن. تهران: پژوهشکده حمل و نقل.
۱۵. شفايي، عبدالله (۱۳۸۳). بازشناسی نهاد حریم (۱). مجله کاوشی نو در فقه، شماره ۴۱، صفحات ۱۹۰-۱۳۷.
۱۶. شهید اول (۱۴۱۷). الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه. جلد سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۷. شهید ثانی (۱۴۱۳). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. جلد سیزدهم، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه..
۱۸. صفائی، حسین (۱۳۸۸). حقوق مدنی: اشخاص و اموال. تهران: میزان.
۱۹. علامه حلی (۱۳۷۸). تحریر الأحكام الشرعیه علی مذهب الإمامیه. جلد دوم، قم: مؤسسه امام صادق (ع).

۲۰. غفاری، هدی، محمود زمانی و مسعود رحمانی (۱۳۹۴). ماهیت تأسیس حقوقی حریم طرح‌ها و اموال عمومی عام‌المنفعه در املاک خصوصی مجاور آنها. مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۲، صفحات ۱۸۵-۲۱۰.

۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). اموال و مالکیت. تهران: میزان.

۲۲. قنوتی، جلیل، سید حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور (زیر نظر محقق داماد سید مصطفی) حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۱، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۷۹

۲۳. محقق داماد، مصطفی (۱۴۰۶). قواعد فقه. جلد اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

## **Abstract:**

(Privacy) is one of the concepts of developed lawful systems which is closely related to human law. Therefore, supporting and protecting the individuals' personalities and the citizens' rights requires protection of privacy, which leads to human signification. In the Iranian legal system, Privacy is not clearly and meaningfully supported and in fact the position of Iranian legislation toward the privacy, is transformational. The rights and freedoms, under the title of privacy, are protected imperfectly, implicitly and in the context of other Iranian legal rules. The Islamic principles of Iranian legal system, the constitution, the Islamic Punishment Law, the Penal Code, the civil code, the freedom of information law, the laws and regulations for postal, telephone, communications, and the press code, are some of the laws and regulations that have protected some examples of privacy, sometimes implicitly and sometime explicitly. of course, Contrary to the constitutions of those countries that protect the privacy explicitly and in the form of specific article, there is no specific text in Iranian Constitution that protects the privacy under the very same title. its respected ownership. Therefore, in the research the principles of right to privacy and its challenges in the subject law of iran have been studied.

**Keywords:** PRIVACY, CONSTITUTION, PENAL CODE, CIVIL CODE, ISLAMIC PUNISHMENT.



**Rozbahan Anisttiute**  
**Faculty of Humanities**  
**Department of Law**

Presented in partial fulfillment of the requirements for (M.A.) degree

Title:

**Analysis of the right to privacy in Iranian jurisprudence and law**

Supervisor:

Dr. Mohammad norozi

By:

Mohammadreza rahgozar Shahroodi

Winter 2022