

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه قم

دانشکده حقوق

رساله دوره‌ی دکتری رشته حقوق خصوصی

موضوع :

**مطالعه تطبیقی حقوق مالک زمین بر فضا و قرار در حقوق ایران، فرانسه و**

**انگلیس**

استاد راهنما :

دکتر محمد صالحی مازندرانی

استاد مشاور :

دکتر اسماعیل نعمت الهی

دانشجو :

جمشید میرزایی

زمستان ۱۳۹۵

## چکیده

یکی از نیازهای حیاتی جوامع کنونی، بهره‌برداری از زمین و توابع آن است. فضا و قرار به عنوان مهمترین متعلقات زمین همواره موضوع چالش‌های فقه اسلامی و نظام‌های حقوقی معاصر بوده و به رغم پذیرش مالیت تبعی در مالیت و مالکیت استقلالی آن تردید شده است. برخی آن را از اساس نفی می‌کنند، گروهی آن را حق می‌دانند و عده‌ای برای فضا و قرار علاوه بر مالکیت، مالیت استقلالی نیز قائلند.

تبعیت این بخش از اموال، صرفاً در ملکیت است نه در هویت لذا به لحاظ قابلیت استقرار، تملک، تسلط، تفکیک، نقل و انتقال و همچنین امکان تسلیم عرفی، واجد عینیت است و بدین جهت به طور مجرد قابل فروش و وقف خواهد بود حتی اگر مستحدثات مربوطه موجود نباشد و از حیث قلمرو مالکیت علی‌رغم نصوص شرعی و قانونی مبتنی بر مالکیت آزاد و بدون حد و حصر تا اوج آسمان و قعر زمین، برخی آن را به مقدار متعارف و عده‌ای بر محوریت نیاز شخصی مالک محدود نموده‌اند و مازاد بر آن را مشمول مباحات یا انفال می‌دانند. اگرچه مالکیت زمین اقتضای مالکیت بدون محدودیت را دارد؛ اما به لحاظ ترجیح حقوق عمومی بر حقوق خصوصی و ضرورت مصلحت عامه و حفظ حقوق عمومی و ضرورت تأمین نیازها و ارائه‌ی خدمات عمومی می‌توان در اینگونه فضاها برای دولت به عنوان متولی حقوق عمومی حق ارتفاق موعوض قائل شد تا بر مبنای آن به صورت موقت یا دائمی بتواند در بخش‌هایی از فضای فراسطحی و یا زیرسطحی به اهداف عمومی نائل گردد.

مالکیت بر فضا و قرار در حد متعارف از متعلقات حقوق مالکانه‌ی اشخاص است و به عنوان یکی از بدیهی‌ترین مصادیق حقوق شهروندی الزاماً باید مورد حمایت قانونگذار قرارگیرد. بر همین اساس و به منظور حفظ حقوق اشخاص، قوای سه‌گانه موظفند با پدیده‌ی تراکم‌فروشی که عملی منافی حقوق مالکانه و امری زیانبار است به طور جدی مقابله نمایند. و جهت حفظ انتظام شهرها مناطق مرکزی با محدودیت ارتفاع و مناطق حاشیه‌ای با عدم محدودیت تعیین گردد.

کلیدواژه‌ها: زمین، قرار، مالیت، مالکیت، فضای محاذی.

## فهرست مطالب

۱۲	چکیده
۱۳	مقدمه
۱۹	فصل اول : کلیات
۲۰	مبحث اول : مفاهیم
۲۰	گفتار اول : مفاهیم اصلی
۲۰	الف ( مالکیت
۲۶	ب ( حقوق مالکانه
۲۷	ج ( زمین
۲۹	د ( آسمان
۳۰	ه ( فضای محاذی
۳۳	و ( قرار
۳۵	ز ( تابع
۳۷	گفتار دوم : مفاهیم مرتبط
۳۷	الف ( تراکم ساختمانی
۳۸	ب ( فروش تراکم
۳۹	ج ( ارتفاع ساختمان
۳۹	د ( عملیات ساختمانی
۴۰	ه ( بلندمرتبه‌سازی
۴۰	مبحث دوم : پیشینه حق بر فضا و قرار

گفتار اول : پیشینه‌ی حق بر فراز و قرار در حقوق ایران	۴۰
گفتار دوم : پیشینه حق بر فضا و قرار در سایر نظام‌های حقوقی	۴۶
<b>فصل دوم : مالیت و چگونگی تعلق حق بر فضا و قرار</b>	۵۱
مبحث اول : ماهیت‌شناسی و ادله‌ی مالیت فضا و قرار	۵۲
گفتار اول : ماهیت‌شناسی و ادله‌ی مالیت فضای محاذی	۵۲
۱ - نظریه‌ی نفی وجود فضای مجرد	۵۴
۲ - نظریه‌ی حق بودن فضای مستقل	۵۶
۳ - نظریه‌ی منفعت بودن فضا	۵۸
۴ - نظریه‌ی عین بودن فضا	۵۹
الف ( ادله‌ی عقلی	۶۱
ب ( ادله‌ی عرفی	۶۲
ج ( ادله‌ی شرعی	۶۵
گفتار دوم : ماهیت‌شناسی و ادله‌ی مالیت قرار	۷۰
مبحث دوم : چگونگی تعلق حق بر فضا و قرار	۷۴
گفتار اول : مالکیت خصوصی	۷۴
الف ( مالکیت استقلالی	۷۸
ب ( مالکیت تبعی و ادله‌ی آن	۷۹
ج ( ضابطه‌ی تشخیص توابع	۹۱
ضابطه‌ی اول: مطابقت مصداق	۹۱
ضابطه‌ی دوم: اتحاد ملک	۹۲
ضابطه‌ی سوم: ادله‌ی حکم	۹۲

۹۳	ضابطه‌ی چهارم: انتفاءِ ضرر .....
۹۳	ضابطه‌ی پنجم: وجود حاجت .....
۹۳	ضابطه‌ی ششم: اتصال فضا و قرار .....
۹۴	ضابطه‌ی هفتم: عدم تصریح به خلاف .....
۹۵	گفتار دوم: حق انتفاع .....
۹۸	گفتار سوم: اباحه در انتفاع .....
۱۰۲	<b>فصل سوم: مبانی و منابع مالکیت بر فضا و قرار .....</b>
۱۰۳	مبحث اول ( مبانی مالکیت فضا و قرار .....
۱۰۳	گفتار اول ( مبانی مالکیت فضا و قرار در حقوق ایران .....
۱۰۳	الف ( در فقه و حقوق .....
۱۰۳	اول: قاعده‌ی تسلیط .....
۱۰۹	دوم: قاعده‌ی احترام .....
۱۱۴	سوم: قاعده‌ی تبعیت .....
۱۱۸	چهارم: قاعده‌ی ید .....
۱۲۲	پنجم: قاعده‌ی لاضرر .....
۱۲۶	ب ( در قوانین موضوعه .....
۱۲۸	گفتار دوم: مبانی مالکیت فضا و قرار در حقوق فرانسه و انگلیس .....
۱۲۸	الف ( حقوق فرانسه .....
۱۳۰	اول: نظریه‌ی اولین تصرف .....
۱۳۳	دوم: نظریه‌ی دارایی ( مالکیت و شخصیت ) .....
۱۳۴	سوم: نظریه‌ی آزادی .....

- چهارم : نظریه‌ی ایجاد انگیزه اقتصادی ..... ۱۳۶
- پنجم : نظریه‌ی تکلیف اجتماعی ..... ۱۳۷
- ب ( حقوق انگلیس ..... ۱۳۹
- اول : نظریه‌ی کار ..... ۱۳۹
- دوم : نظریه‌ی عدالت ..... ۱۴۱
- سوم : نظریه‌ی مالکیت فراگیر ..... ۱۴۳
- چهارم : نظریه‌ی حقوق فردی ..... ۱۴۴
- پنجم : نظریه‌ی آزادی ..... ۱۴۶
- ج ( نتایج حاصل از تحلیل مبانی مالکیت فضا و قرار در نظام‌های حقوقی مختلف ..... ۱۴۶
- مبحث دوم : منابع مالکیت بر فضا و قرار ..... ۱۴۷
- گفتار اول : منابع مالکیت فضا و قرار در فقه ..... ۱۴۸
- الف ( کتاب ..... ۱۴۸
- ب ( سنت ..... ۱۵۲
- ج ( اجماع ..... ۱۵۳
- د ( عقل ..... ۱۵۶
- ه ( بنای عقلاء ..... ۱۵۷
- گفتار دوم : منابع حقوقی مالکیت فضا و قرار ..... ۱۵۹
- الف ( قانون ..... ۱۵۹
- اول ( در حقوق ایران ..... ۱۶۰
- دوم ( در حقوق فرانسه ..... ۱۶۲
- سوم ( در حقوق انگلیس ..... ۱۶۴

- ب) رویه‌ی قضایی ..... ۱۶۴
- اول) در حقوق ایران ..... ۱۶۵
- دوم) در حقوق فرانسه ..... ۱۶۷
- سوم) در حقوق انگلیس ..... ۱۶۸
- ج) عرف ..... ۱۷۰
- اول) در حقوق ایران ..... ۱۷۱
- دوم) در حقوق فرانسه ..... ۱۷۳
- سوم) در حقوق انگلیس ..... ۱۷۴
- د) دکترین و اصول کلی حقوقی ..... ۱۷۵
- اول) در حقوق ایران ..... ۱۷۶
- دوم) در حقوق فرانسه ..... ۱۷۷
- سوم) در حقوق انگلیس ..... ۱۷۸
- فصل چهارم: قلمرو، آثار و ضمانت اجرای مالکیت بر فضا و قرار** ..... ۱۸۰
- مبحث اول: قلمرو مالکیت بر فضا و قرار ..... ۱۸۱
- گفتار اول: ابعاد حقوقی و دیدگاه‌های مختلف در خصوص قلمرو فضا و قرار ..... ۱۸۱
- الف) ابعاد و احتمالات حقوقی مختلف در خصوص قلمرو فضا و قرار ..... ۱۸۲
- احتمال اول: نفی مالکیت مالک نسبت به قلمرو فضا و قرار ..... ۱۸۲
- احتمال دوم: قلمرو محدود ..... ۱۸۳
- احتمال سوم: قلمرو آزاد و نامحدود ..... ۱۸۵
- احتمال چهارم: قلمرو مشروط ..... ۱۸۶
- احتمال پنجم: تعمیم قواعد حاکم بر زمین به فضای محاذی ..... ۱۸۶



- ۱۸۷ ..... احتمال ششم: قلمرو توأم با حق ارتفاق
- ۱۸۷ ..... احتمال هفتم: قلمرو مشترک
- ۱۸۸ ..... ب) ابعاد حقوقی و دیدگاه‌های حقوقی مختلف در خصوص قلمرو فضاهای زیرسطحی (قرار)
- ۱۹۰ ..... دیدگاه اول: نفی قلمرو مالکیت بخش خصوصی
- ۱۹۱ ..... دیدگاه دوم: قلمرو تا عمق محدود
- ۱۹۲ ..... دیدگاه سوم: قلمرو مشروط
- ۱۹۳ ..... دیدگاه چهارم: قلمرو آزاد تا عمق نامحدود
- ۱۹۵ ..... ج) رویکرد نظام‌های حقوقی در خصوص قلمرو فضاهای زیر سطحی (قرار)
- ۱۹۵ ..... ۱ - حقوق ایران
- ۱۹۶ ..... احتمال اول: مالکیت انحصاری خصوصی و انحصاری عمومی
- ۱۹۷ ..... احتمال دوم: مالکیت توأم با حق ارتفاق
- ۱۹۷ ..... احتمال سوم: مالکیت مشترک
- ۱۹۸ ..... احتمال چهارم: مالکیت مشروط
- ۱۹۸ ..... احتمال پنجم: مالکیت تا حد احتیاجات عرفی
- ۱۹۹ ..... ۲ - حقوق فرانسه
- ۲۰۰ ..... ۳ - حقوق انگلیس
- ۲۰۲ ..... گفتار دوم: عدم محدودیت مالک بر فضا و قرار
- ۲۰۸ ..... گفتار سوم: مالکیت به قدر متعارف
- ۲۲۰ ..... گفتار چهارم: مالکیت به قدر نیاز
- ۲۲۵ ..... گفتار پنجم: عوامل محدود کننده
- ۲۲۵ ..... الف) محدودیت‌های ناشی از اراده

۲۲۶	..... اول ( برقراری حق انتفاع
۲۲۶	..... دوم ( برقراری حق ارتفاق
۲۲۷	..... سوم ( انعقاد عقد هبه
۲۲۸	..... چهارم ( وقف فضا و قرار
۲۲۹	..... پنجم ( شروط محدود کننده مالکیت
۲۳۰	..... ب ( محدودیت‌های ناشی از الزامات قانونی
۲۳۱	..... فرض اول: تصرف مالکانه بدون تضرر
۲۳۲	..... فرض دوم: تصرف متعارف توأم با تضرر به غیر
۲۳۵	..... فرض سوم: تصرف مبتنی بر رفع حاجت یا ضرر از خود
۲۳۹	..... ج ( محدودیت‌های ناشی از منع سوء استفاده از حق
۲۴۳	..... د ( محدودیت‌های ناشی از مشاعی بودن مالکیت
۲۴۶	..... ه ( محدودیت‌های ناشی از حقوق عمومی
۲۴۷	..... اول ( محدودیت‌های ناشی از قانون معادن
۲۴۸	..... دوم ( محدودیت‌های ناشی از قانون راجع به حفظ آثار ملی
۲۵۱	..... و ( محدودیت‌های ناشی از مقررات شهرسازی
۲۵۲	..... مبحث دوم : آثار و ضمانت اجرای مالکیت بر فضا و قرار
۲۵۲	..... گفتار اول : آثار تکلیفی و وضعی
۲۵۳	..... اول ( آثار تکلیفی ناشی از تصرفات مالکانه
۲۵۳	..... الف ( تصرفات الزامی مالک
۲۵۵	..... ب ( تصرفات ممنوع مالک
۲۵۵	..... ۱ - منع مالک نسبت به سوء استفاده از حق

۲۵۷	۲ - منع مالک نسبت به تملک اموال عمومی
۲۵۹	ج ( تصرفات جایز مالک
۲۶۰	دوم ( آثار وضعی ناشی از تصرفات مالکانه
۲۶۱	گفتار دوم : ضمانت اجرای حقوقی ( مدنی )
۲۶۲	اول ( مسئولیت مدنی ناشی از تصرفات غیر قانونی
۲۶۴	دوم ( مسئولیت مدنی ناشی از تقصیر در تصرفات مالکانه
۲۶۵	الف ( تقصیر عمدی مالک در تصرفات زیانبار
۲۶۶	ب ( تقصیر غیر عمدی مالک در تصرفات زیانبار
۲۶۷	سوم ( ضررهای ناشی از تصرفات مالکانه
۲۶۷	الف ( ضرر مالی
۲۶۹	ب ( ضرر معنوی
۲۷۱	ج ( ضرر بدنی
۲۷۲	چهارم ( مسئولیت مدنی ناشی از تجاوز به حقوق مالکانه
۲۷۳	الف ( اقدامات شهرداری‌ها در نقض حقوق مالکانه
۲۷۷	ب ( اقدامات شرکت‌های تولید، انتقال و توزیع برق در نقض حقوق مالکانه
۲۷۸	ج ( اقدامات شرکت‌های مخابرات در نقض حقوق مالکانه
۲۷۹	د ( اقدامات شرکت‌های هواپیمایی در نقض حقوق مالکانه
۲۸۰	ه ( اقدامات پلیس و نیروی انتظامی در نقض حقوق مالکانه
۲۸۰	و ( اقدامات شرکت‌های مترو ، آب و فاضلاب و گاز و نفت در نقض حقوق مالکانه
۲۸۱	گفتار سوم : ضمانت اجرای کیفری
۲۸۱	الف ( تصرف عدوانی

۲۸۴	.....	ب ( تجاوز به ملک
۲۸۵	.....	ج ( ممانعت از حق
۲۸۶	.....	د ( ایجاد مزاحمت
۲۸۹	.....	نتیجه‌گیری
۳۰۱	.....	پیشنهادات
۳۰۴	.....	فهرست منابع

## مقدمه

مقررات تدوین شده بشری در ابتدا فقط به سطح زمین معطوف بوده است، لیکن با پیچیدگی‌های ناشی از زندگی اجتماعی و ضرورت بهره‌برداری بیشتر از این منبع مهم، به فکر تنظیم مقرراتی در خصوص فضاهاى جانبى آن افتاده تا بدین وسیله ضمن تحکیم مالکیت خصوصى، حدود و ثغور آن را از حیث فضا و قرار نیز تعیین کند. چنانکه به جرأت می‌توان اذعان نمود، این موضوع از نگاه هیچکدام از نظامهای حقوقی دنیا دور نمانده و هر کدام در این زمینه براساس عرف حاکم و اندیشه علمای زمان خود درصدد تبیین مقررات جامع‌ای برآمده‌اند.

به همین مناسبت و به لحاظ اهمیت و جایگاه زمین، در مسائل اقتصادی، اجتماعی و حقوقی، نه تنها اصل آن بلکه توابع و ملحقات آن نیز مورد توجه قانونگذاران نظامهای حقوقی معاصر قرار گرفته است.

در حقیقت، مالکیت به عنوان یکی از مصادیق مهم حقوق خصوصى، موجب گردیده تا قانونگذاران نظامهای مورد بحث، صرف نظر از نوع نگرش سیاسى، به منظور تنظیم روابط اجتماعى و تحقق عدالت در مهمترین مولفه- های حقوق اشخاص، مقرراتی را وضع و تدوین نمایند که حتی‌الامکان حقوق اولیه آنان تأمین و تضمین و سپس مورد حمایت قوای دیگر و همچنین مورد احترام آحاد مردم واقع شود.

با وجود ضرورت و پشتیبانی دولتها از نهاد مالکیت، این مهم، همواره یکی از دغدغه‌های چالش برانگیز جوامع بشری بوده و به همین جهت، قانونگذاران درصدد مهار مالکیت خصوصى هستند و از این رو مالکیت را صرفاً موجد حق نمی‌دانند بلکه برای مالک آن تعهدات بی‌شماری را رقم‌زده‌اند تا از خودکامگی و استبداد او جلوگیری نمایند، غافل از اینکه گاهی در این مسیر، راه افراط در پیش گرفته و با تنظیم مقررات محدود کننده، بنیادی‌ترین ویژگیهای این نهاد به فراموشی سپرده شده است.

همین امر موجب گردیده تا پیچیده‌ترین و دشوارترین موضوعات حقوقی در این حوزه پدیدار گردد و به موازات گسترش و توسعه جوامع بشری و صنعتی شدن آن، ابهامات و چالش‌های آن نیز روز بروز افزایش یابد.

## الف) بیان مسأله

از آنجائی که مالکیت و توابع آن از مهمترین و شایع‌ترین حقوق بنیادی انسان است همواره مورد توجه قانونگذاران، نویسندگان و محققین قرار گرفته است و در این رهگذر، بارزترین مصداق نهاد مالکیت،

یعنی حق مالکیت اشخاص نسبت به اموال غیرمنقول ذاتی، بیش از سایر مصادیق آن واجد اهمیت مسائل اقتصادی، صنعتی و شهرنشینی مورد استفاده‌ی مالکین و متقاضیان بیشتری قرار گرفته، بنحوی که در اراضی مسکونی علاوه بر عرصه آن، حقوق تبعی نظیر حق ارتفاع و انتفاع از فضا و قرار، جایگاه ویژه‌ای یافته و همین خاستگاه و قابلیت‌های ناشی از مالکیت بر فضا و قرار موجب گردیده تا این بخش از اموال گاهی از عرصه نیز با ارزشتر تلقی گردد.

یکی از موضوعات مهم حوزه‌ی حقوق خصوصی که در زمانها و مکانهای مختلف ردپای آن را می‌توان مشاهده کرد، نهاد مالکیت است و در رهگذر توسعه‌ی ناگزیر در تقاطع حقوق و اقتصاد و سیاست قرار گرفته و همین اهمیت و قدمت موجب گردیده تا پیچیدگی، ابهام و دشواریهای خاصی را در حوزه حقوق و قانونگذاری ایجاد نماید. ارتباط مستقیم مالکیت با حقوق مالک از یکسو و ارتباط آن با نظم عمومی بر این مسائل افزوده است. چنانکه می‌توان ادعا نمود که هیچ امری به فراگیری حق مالکیت، اندیشه و توجه بشر را به خود جلب نکرده است.

در بین مصادیق مالکیت، حق مالک نسبت به زمین و متعلقات آن، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است؛ زیرا زمین در کنار آب و آفتاب از نیازهای اولیه‌ی بشر بوده و همواره منبع حیات و آرامش او محسوب می‌شود. وجود این ویژگی موجب گردیده که این بخش از اموال توجه مالکین، قانونگذاران و حکام را بیش از سایر اموال به خود معطوف داشته و به همین جهت بخش عمده‌ای از دعاوی محاکم به اختلافات ناشی از حق مالکیت بر زمین و توابع آن اختصاص یابد.

در این میان فضا و قرار دو پدیده‌ی موجود و وابسته به زمین تلقی می‌شوند که بر اساس اصول اولیه و به تبعیت از زمین، در مالکیت اشخاص قرار می‌گیرد و به همین اعتبار مالک حق هرگونه تصرف و انتفاع مادی و حقوقی را خواهد داشت. با این وجود به لحاظ محدودیت‌ها، موانع و مصلحت‌های عمومی، امکان بهره‌برداری بی‌حد و حصر میسر نیست و همین امر اختلافات و دیدگاه‌های متعددی را در زمینه‌ی چرایی و چگونگی بهره‌برداری مالک از فضای محاذی و قسمتهای زیرین زمین، ایجاد کرده است. از همین رو به لحاظ ضرورت تبیین و تحلیل مبانی و قلمرو این نوع مالکیت و رفع ابهامات موجود بیش از هر زمان دیگری نیازمند پژوهش‌های حقوقی و مطالعات تطبیقی آن خواهیم بود.

بر همین اساس، به رغم شباهتهای بسیاری که بین حقوق روم، کامن‌لو و حقوق اسلام و ایران وجود دارد به دلیل اختلاف در منشاء و مبنای حق مالک بر فضا و قرار اختلافاتی در زمینه‌ی مالیت و قلمرو استفاده‌ی مالک از فضاهای فراسطحی و زیرسطحی وجود دارد. لیکن در تمامی نظامهای حقوقی مورد بحث، سعی شده است با بررسی و تبیین مبانی مالکیت فضا و قرار و با تکیه بر عقلانیت و عدالت، نظریات حقوقی‌ای ارائه گردد تا رهگشای قانونگذار در تعیین حدود و ثغور حق مالک زمین نسبت به فضا و قرار باشد. اما با وجود تلاشهای انجام شده کماکان ابهامات و خلاءهای تقنینی در این زمینه وجود دارد.

در حقوق ایران مطابق اصول ۴۰ و ۴۷ قانون اساسی و ماده ۳۸ قانون مدنی، ضمن احترام به حقوق مالکانه اشخاص و پذیرش مالکیت تبعی ناشی از اراضی، مالکیت زمین را مستلزم مالکیت فضای محاذی و قرار آن تا بی نهایت می‌داند و علاوه بر آن فضا و قرار املاک را از تعرض عمدی و غیرعمدی دیگران مصون داشته تا حدی که اگر شاخه یا ریشه درخت همسایه در فضا و قرار ملک مجاور وارد گردد، مالک حق دارد بدو همسایه را مکلف به عطف آن نماید و در صورت امتناع، خود آنرا عطف کند و در نهایت در صورت عدم امکان عطف شاخه یا ریشه، می‌تواند آنرا از حد ملک خود قطع نماید.

## ب) ضرورت و اهداف پژوهش

توسعه روزافزون جمعیت و جاذبه‌های مختلف کلان‌شهرها و همچنین سیل بی‌سابقه مهاجرت به شهرهای بزرگ برای کسب کار و برخورداری از امکانات رفاهی بیشتر، تقاضای شدید اشخاص به مسکن و محدودیت اراضی مسکونی، موجب گردیده تا توجه مالکین و متقاضیان بیش از پیش به فضا و قرار املاک جهت بهره برداری از آن و رفع نیاز مسکن و محل تجارت افزایش یابد. بنابراین در جدال زندگی شهرنشینی، مالکین و متقاضیان احداث مسکن از یک سو و متولیان امور شهرسازی از سوی دیگر، هر کدام قوانین و مقررات موجود را به نفع خود تفسیر می‌کنند، چنانکه مالکین خود را در اعمال حقوق مالکانه نسبت به فضا و قرار آزاد می‌دانند و متولیان امور شهرسازی نیز به لحاظ حفظ منافع عمومی آنان را روز بروز محدود می‌نمایند.

در این میان به لحاظ وجود خلاءهای قانونی، در تقابلی که گاهی نابرابر می‌نماید، حقوق اشخاص ضعیف پایمال گشته و به بهانه‌های مختلف حقوق مالکانه اشخاص محدود می‌گردد.

بنابراین موضوع رساله مورد نظر از این حیث که قصد دارد خلاءهای قانونی را شناسایی و با تطبیق آن با حقوق کشورهای دیگر و با استفاده از مبانی فقهی و تجربیات نظامهای حقوقی معاصر، راهی را جهت ترمیم حقوق مالکانه‌ی فضا و قرار بنمایاند، واجد اهمیت خواهد بود.

بدین ترتیب، اهمیت قابل توجه این موضوع، ما را بر این ضرورت آگاه ساخت تا ضمن بررسی دقیق ماهیت مالکیت فضا و قرار و بازشناسی مبانی و منابع آن، اصول و قواعد حاکم بر این بخش از اموال مورد بررسی و تحلیل حقوقی قرار گیرد تا بلکه راهگشای تدوین قوانین و مقررات بهتری جهت تأمین و تضمین حقوق مالکانه اشخاص و تعیین کننده حدود و ثغور این نوع مالکیت در هنگام تعارض با حقوق عمومی گردد.

بدیهی است که هدف غایی هر پژوهشگر از انجام تحقیقات علمی، دستیابی به اهداف از پیش تعیین شده است. اهداف اصلی این پژوهش، در حقیقت، تعیین و تبیین اصول و مقررات حاکم بر نحوه استفاده مالک نسبت به اعمال حقوق مالکانه خود در خصوص فضا و قرار و چگونگی تعلق حق بر فراز و قرار از طریق بررسی، تحلیل و تطبیق مبانی و منابع موجود در فقه اسلامی، حقوق ایران و همچنین نظامهای حقوقی رومی- ژرمنی و کامن لا است.

با دستیابی به این هدف اصلی تبعاً اهداف جانبی دیگری از قبیل تعیین قلمرو فضا و قرار و همچنین آثار و ضمانت اجراهای ناشی از آن نیز تحصیل خواهد شد و در نهایت منجر به تسهیل در اعمال حقوق مالکانه اشخاص نسبت به فضا و قرار می‌گردد.

### ج) پرسش‌های تحقیق

با توجه به موضوع رساله، مهمترین پرسش این تحقیق، آن است که وضعیت حقوقی مالک زمین بر فضا و قرار در حقوق ایران، فرانسه و انگلیس چگونه است؟

و علاوه بر آن، به پرسش‌هایی از قبیل اینکه، آیا مالک حق جلوگیری و ممانعت از تحمیل محدودیتهای ناروا و غیرمعارف نسبت به فضا و قرار را دارد؟ و آیا مالک حق مطالبه خسارات ناشی از تضییع حقوق و محدودیت و محرومیت از تصرفات مالکانه در فضا و قرار خواهد داشت؟

### د) فرضیه‌های تحقیق

به رغم تفاوت‌های متعددی که حقوق ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلیس در زمینه حقوق مالک زمین نسبت به فضا و قرار دارد و نظر به ضرورت تبیین راهکارهای عملی، فرضیه‌های ذیل قابل تصور است.

۱- به جهت مالیت داشتن فضا و قرار، مالک حق بهره برداری، واگذاری و انحاء تصرفات مادی و حقوقی مالکانه را دارد.

۲- به لحاظ قابل تملک بودن فضا و قرار، مالک حق ممانعت از تجاوز، نقض مالکیت و جلوگیری از تحمیلات ناروا را دارد.

۳- نظر به ماهیت حق مالک نسبت به فضا و قرار، مالک حق مطالبه خسارات ناشی از نقض حقوق مالکانه را دارد.

### ه) روش تحقیق

این تحقیق به لحاظ نوع و ماهیتش به روش کتابخانه‌ای گردآوری شده است و پس از جمع آوری مطالب تحقیق، ضمن بررسی و تحلیل حقوقی آن، با حقوق کشورهای مختلف بویژه حقوق کشورهای فرانسه و انگلیس مطابقت داده شد و در نهایت از تطبیق و تحلیل داده‌ها نتیجه‌گیری بعمل آمده است.

### و) پیشینه‌ی تحقیق

اگر چه در زمینه نهاد مالکیت و حقوق مربوط به آن پژوهش‌ها و تألیفات متعددی انجام شده است، لیکن در خصوص مالکیت فضا و قرار پژوهش مستقل و مبسوطی موجود نمی‌باشد.



با این حال علماء، حقوقدانان و اندیشمندان حوزه فقه و حقوق و اقتصاد بنابر ضرورت و بطور اجمال مطالبی را در این زمینه به رشته تحریر در آورده‌اند.

فقه‌های بزرگی چون، شیخ انصاری، شیخ طوسی، علامه حلی، صاحب جواهر، سید محمد کاظم یزدی، امام خمینی (ره) و سایر فقه‌های معاصر، در مباحث مربوط به اموال و مالکیت، به حقوق مالک نسبت به فضا و قرار و همچنین محدوده و قلمرو آن و احکامی نظیر ورود شاخه و ریشه به فضای ملک همسایه و باز کردن درب و روزنه و شبکه در فضای محاذی املاک مجاور، مطالب ارزشمندی را مطرح فرموده‌اند که هر کدام به نوبه خود مبنایی برای احکام فرعی مالکیت خواهد بود.

علاوه بر فقهاء، دانشمندان و پژوهندگان علم حقوق، نظیر سید حسن امامی، مصطفی عدل، ناصر کاتوزیان، سید حسین صفایی، محمود کاشانی، ابوالقاسم گرگی، مهدی شهیدی، سید مصطفی محقق داماد، محمد جعفر جعفری لنگرودی به مناسبت‌های مختلف، به ویژه در کتب اموال و مالکیت بالاخص در تفسیر و توضیح ماده ۳۸ قانون مدنی و همچنین در تبیین انواع مالکیت و بررسی مصادیق مالکیت تبعی به مالکیت فضا و قرار نیز توجه نموده‌اند لیکن مطالب آنان از حیث کمیّت با توجه به اهمیّت موضوع بسیار مختصر است اما همین مطالب کوتاه، تعیین کننده اصول و قواعد مهمی است که در این رساله در حد بضاعت از آن بهره‌برداری شده است.

مضاف بر حقوقدان نامدار، اساتید دیگری در زمینه حقوق اموال و مالکیت کتب و مقالاتی نوشته‌اند که هر کدام در صدد تبیین زوایای مختلف حقوق مالکانه فضا و قرار برآمده‌اند.

همچنین مقاله‌ی «ارث زنان از فضای محاذی زمین» توسط «محمدحسن نجفی راد» در تابستان ۱۳۹۳ در فصلنامه‌ی علمی - پژوهشی کاوشی نو در فقه اسلامی به چاپ رسیده است و مقاله‌ی دیگری تحت عنوان «اصول اساسی حقوق فضا» توسط «محمود حیدریان» در پرتال جامع علوم انسانی ترجمه گردیده، لیکن مقاله‌ی اخیر عمدتاً در حوزه‌ی حقوق بین‌الملل می‌باشد.

مع الوصف علیرغم کمبود منابع که نگارنده را با محدودیت‌های پژوهشی مواجه نموده بود، هر کلمه و عبارتی که از نویسندگان و اساتید تحصیل شده است راهگشای نگارنده در تنظیم و تدوین این رساله می‌باشد.

## ز) سازماندهی تحقیق

این رساله در چهار فصل مستقل تحت عناوین کلیات، مالیت و چگونگی تعلق حق بر فضا و قرار، مبانی و منابع و منابع مالکیت بر فضا و قرار و همچنین قلمرو آثار و ضمانت اجرای مالکیت بر فضا و قرار تشکیل شده است.

فصل اوّل که متشکل از دو مبحث و دو گفتار است، به بررسی مفاهیم و پیشینه‌ی حق بر فضا و قرار پرداخته شده است. در فصل دوم ماهیت شناسی و ادله‌ی مالیت فضای محاذی و قرار املاک طی گفتار مجزا مورد بررسی قرار گرفته است و علاوه بر آن چگونگی تعلق حق بر فضا و قرار نیز در مبحث دیگری تبیین شده است.

متعاقب آن، مبانی و منابع مالکیت بر فضا و قرار در فقه اسلامی، حقوق فرانسه و همچنین حقوق انگلیس مطرح و مورد نقد واقع شده است. در فصل پایانی رساله، ابتدا قلمرو مالکیت بر فضا و قرار مطرح و سپس آثار تکلیفی و وضعی آن تبیین و در نهایت مسؤلیت های حقوقی و کیفری ناشی از تصرفات مالکانه در فضا و قرار طی سه گفتار مورد بررسی قرار گرفته است. علاوه بر فصول، مباحث و گفتارهای متعدد، در انتهای رساله نتایج حاصله و پیشنهادات تقنینی و اجرایی نیز مطرح شده است.

## فصل اوّل

# کلیّات

بنا به ضرورت تبیین مفاهیم مربوطه و پیشینه موضوع از حیث سوابق تاریخی و قانونگذاری، در این فصل، ابتدا مفاهیم واژگان اصلی و مرتبط طی یک مبحث و سپس فضا و قرار به لحاظ تاریخی و قانونگذاری از منظر نظام‌های حقوقی مختلف مطرح می‌گردد تا با بیان مفهوم کلیدواژه‌های پرکاربرد و تشریح تاریخچه استفاده از فضا و قرار املاک و همچنین وضع قوانین اولیه در خصوص مالکیت و اختیارات ناشی از آن در محدوده فضا و قرار املاک اختصاصی، مسیر را برای بررسی احکام و مقررات حاکم بر این بخش از مالکیت خصوصی هموار نمائیم. بدین جهت، مبحث اول طی دو گفتار جداگانه تحت عناوین « مفاهیم اصلی » و « مفاهیم مرتبط » و مبحث دوم نیز طی دو گفتار ارائه خواهد شد. در مبحث اخیر، ابتدا پیشینه حق بر فضا و قرار در ایران و سپس در سایر نظام‌های حقوقی مورد بحث مطرح می‌گردد.

## مبحث اول : مفاهیم

در این مبحث مفاهیم اساسی از قبیل مالکیت، حقوق مالکانه، فضای محاذی و قرار از حیث لغوی و اصطلاحی بیان گردیده است. مطالب این مبحث طی دو گفتار مورد مطالعه قرار می‌گیرد، در گفتار اول به مفاهیم اصلی و در گفتار دوم به مفاهیم مرتبط پرداخته می‌شود.

## گفتار اول : مفاهیم اصلی

در این گفتار مفاهیم اساسی از قبیل مالکیت، حقوق مالکانه، زمین، آسمان، فضای محاذی، قرار و تابع از حیث لغوی و اصطلاحی بیان گردیده است.

## الف) مالکیت

بدون تردید، شناخت واژه‌ها و کلمات، در روشن شدن مفاهیم آن بسیار راه گشااست لذا برای شناخت بیشتر مفهوم فقهی و حقوقی واژه مالکیت با ملاحظه کتب معتبر و لغت‌نامه‌های عربی و فارسی به دو نکته مهم که ما را در مسیر مباحث آتی کمک می‌کند دست می‌یابیم.

اول اینکه، واژه مالکیت، از ریشه‌ی ملک (باب ضرب، یضرب) است و اسم آن ملک (به کسر میم و سکون لام و کاف) و اسم فاعل آن مالک و جمع آن مُلُک (به ضم میم و تشدید لام) است. از این ریشه، مشتقات زیادی گرفته شده مثل مملوک، مملکت، ملکوت (که مرتبه بالاتر ملک است)<sup>۱</sup>

«مالکیت» از لحاظ لغوی حقی است که انسان نسبت به شی‌ای دارد و می‌تواند هر گونه تصرفی در آن بنماید، بجز آنچه که مورد استثنای قانون است.<sup>۱</sup> بر این اساس مالکیت نوعی سلطه و قدرت است، به همین جهت در کتب

<sup>۱</sup> - لغت نامه دهخدا، ذیل «مالکیت»