

## **New research for resolving the conflict between Article 38 Of The Civil Code with the laws restricting private property**

Zeinab Sanchooli\*

Received: 2022/05/30

Mohammad Reza Keykha\*\*

Accepted: 2022/09/26

### **Abstract**

According to article 38 of the Civil Code of the Islamic Republic of Iran, the owner has the right to do anything with his property, including land and space; But nowadays, private property rights have been limited by the legislature in many cases for expediency's observation. This indicates the conflict between article 38 C.C. and the current legislative approach. Therefore, it is necessary to find a way to resolve this conflict. This descriptive-analytical article shows that the application of Article 38 C.C. should be limited according to time, place & the necessity of responding to the growing needs of the society by the principle of no harm and the respecting public interest; However, the observance of justice requires considering the strong jurisprudential and legal evidences of respecting the individuals' private property on everything that is in a their personal property, as well as the conventional space of that property, and to ensure the opinion of the Guardian Council - which considered the prohibition of possession of valuables items from private property in contrary to Sharia standards – and by referring to articles 9 & 10 of Preservation of National Monuments code which approved on 08/12/1309 & considering a share for the land's owner & paying damages, all sights must be observed & the land's owner must be satisfied much as possible, in order to prevent the destruction of other people's property . Also, because of various laws which exclude article 38 C.C., it seems that this article needs huge changes.

**Keywords:** Article 38 of Civil Code, Application of property, Restriction of ownership, Private property, Subject laws.

---

\* Member of The Theology Department, Zahedan Branch, Islamic Azad University, Zahedan, Iran. zsanchooli@yahoo.com

\*\* Associate Professor, Department of Jurisprudence & Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology & Islamic Studies, University of Sistan & Baluchistan, Zahedan, Iran (Corresponding Author). kaykha@hamoon.usb.ac.ir



## کاوشی نو در جهت رفع تعارض بین ماده ۳۸ قانون مدنی با قوانین موضوعه محدود کننده مالکیت خصوصی

زینب سنجولی\*

محمد رضا کیخا\*\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۰۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۷/۰۴

نوع مقاله: پژوهشی

### چکیده

مطابق با ماده ۳۸ قانون مدنی ایران، مالک حق هر گونه تصرفی را در ملک خود دارد و تسلط بر اعماق زمین و فضا نیز به تبعیت تسلط بر ملک برای او حاصل می‌شود، اما امروزه در گذر زمان، حق مالکیت خصوصی افراد در موارد بسیاری به جهت رعایت مصلحت عمومی، توسط قانون‌گذار محدود شده است. این امر نشان‌دهنده وجود تعارض میان ماده ۳۸ قانون مدنی و رویکرد فعلی قانون‌گذاری می‌باشد، لذا لازم است راهی برای رفع این تعارض جستجو کرد. این مقاله که به روش توصیفی تحلیلی صورت گرفته، نشان می‌دهد که تحت تأثیر زمان و مکان و لزوم پاسخگویی به نیازهای روزافزون جامعه، اطلاق ماده ۳۸ قانون مدنی، با توجه به «قاعده لاضرر» و رعایت مصلحت عمومی باید محدود گردد؛ لیکن، رعایت عدالت اقتضاء می‌کند با توجه به ادله قوی فقهی و حقوقی مبنی بر احترام به مالکیت خصوصی افراد بر هر آنچه در ملک شخصی فرد قرار دارد و نیز فضای متعارف آن ملک و برای تأمین نظر شورای نگهبان - که منع تملک اشیاء قیمتی مکشوفه از املاک شخصی را مغایر با موازین شرع می‌داند - و با استناد به مادتين ۹ و ۱۰ قانون راجع به حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹/۸/۱۲، به جهت جلوگیری از تضییع حقوق مالکانه، با در نظر گرفتن سهمی برای مالک زمین و پرداخت خسارات وارده به وی، جمع میان حقین کرده و رضایت صاحب ملک را تا حد امکان جلب نموده، تا از تضییع مال غیر جلوگیری شود؛ همچنین با توجه به وجود قوانین متعدد استثناءکننده ماده ۳۸ قانون صدراالشعار، به نظر می‌رسد این ماده قانونی نیازمند بازنگری و تحول جدی است.

واژگان کلیدی: اطلاق مالکیت، تحدید مالکیت، قوانین موضوعه، ماده ۳۸ قانون مدنی، مالکیت خصوصی.

\* عضو هیأت علمی گروه الهیات، واحد زاهدان، دانشگاه آزاد اسلامی، زاهدان، ایران.

zsanchooli@yahoo.com

\*\* دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان،

زاهدان، ایران (نویسنده مسئول).

kaykha@hamoon.usb.ac.ir



ماده ۳۸ ق.م مقرر می‌دارد: «مالکیت زمین، مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هر کجا بالا رود و همچنین است نسبت به زیر زمین و بالجمله مالک، حق همه‌گونه تصرف در هوا و قرار زمین را دارد، مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشد». طبق این ماده، که بر اساس قاعده «تسلیط» و قاعده «مَنْ مَلَکَ شَيْئاً مَلَکَ الْهَوَاءَ الِیْ عَنَانِ السَّمَاءِ وَ الْقَرَارَ الِیْ تَحْوَمِ الْاَرْضَ» تدوین شده، از حق مالکیت به‌طور مطلق سخن گفته شده است. عمل به این ماده، الزاماتی را می‌طلبد از جمله حق تصرف در اعماق زمین و فضا و اینکه مالک حق دارد منع از تصرف دیگران در این دو مورد داشته باشد؛ که این خود سبب چالش‌هایی در نظام اجتماعی و حقوقی می‌شود. حال، اگرچه در ماده ۳۸ ق.م، از حق مالکیت به‌طور مطلق سخن گفته است؛ لیکن با توجه به «... مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد»، درمی‌یابیم که با توجه به پیشرفت و پیچیدگی‌های روابط اجتماعی، سخن گفتن از حق مالکیت به‌طور مطلق، تصویری انتزاعی بیش نیست؛ زیرا تملک اموال و احصاء برخی صفات در خصوص مالکیت، ناشی از اجرای اصل آزادی انعقاد قراردادها می‌باشد که اشخاص را در انعقاد قراردادها آزاد می‌داند و اهل اجتهاد و فقهاء نیز با توجه به آیه «اَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و سیره مسلمین، جانب آزادی قراردادها را گرفته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص. ۱، ۳۰)؛ لیکن اصل آزادی قراردادها چنانچه بدون قاعده به‌کار گرفته شود، خود منشأ بروز فساد و هرج‌ومرج خواهد بود. لذا چنانچه مالک بتواند هر گونه استیفائی از مال خویش ببرد بدون اینکه سلطه مالکانه او مهار گردد، گاهی سبب نقض غرض قانون‌گذار بوده و با حفظ نظم عمومی و رعایت عدالت در جامعه منافات دارد؛ پس حفظ مصالح عمومی اقتضاء می‌کند که محدودیت‌هایی بر اصل آزادی مالکیت قرار داده شود (هنری، ۱۳۸۹، ص. ۴۴) چنانکه وصف اطلاق مالکیت در ماده ۳۸ قانون مدنی، به‌موجب بسیاری از قوانین از جمله قانون معادن، قانون دفینه، قانون شهرداری‌ها و... مقید و محدود شده و این نشان‌دهنده این است که صفات مالکیت از جمله دوام و اطلاق، نسبی بوده و برحسب مورد و با توجه به موضوع مالکیت، قابل تغییر خواهد بود (هنری، ۱۳۸۹، ص. ۴۶). از طرفی، تأمین مصالح اجتماعی، حکومت‌ها را وادار می‌کند که مالکیت خصوصی افراد را که

به موجب قاعده تسلیط، مصون از تعرض است، مورد دست‌اندازی قرار داده و در مواردی، آن را محدود یا سلب کند. بنابراین اگرچه رعایت عدالت در قانون‌گذاری اقتضاء می‌کند که هر صاحب حقی - فرد یا جامعه - به حق خود برسد؛ ولیکن اگر در مواردی، رعایت حق مالکیت شخصی، موجب تفویت مصالح جامعه شود، عدالت اقتضاء می‌کند که با تحدید مالکیت شخصی، مصلحت جامعه رعایت شود و اگر در مواردی، رعایت مصلحت جامعه، جز از طریق سلب مالکیت شخصی امکان‌پذیر نباشد، عقل حکم می‌کند از باب قاعده تقدیم اهم بر مهم، در تزامن میان حق فرد و جامعه، حق جامعه بر حق فردی مقدم شود؛ زیرا تقدیم حق جامعه و رعایت مصلحت عموم، آثار مثبتی به دنبال دارد که خود شخص نیز از آن منتفع می‌شود (خردمندی، ۱۳۸۶، صص. ۲۶۳ و ۲۶۴). این دیدگاه‌های متفاوت پرسش‌هایی را در پی دارد از جمله اینکه: آیا معادن یا دفرینه و آثار باستانی یافت‌شده در ملک شخصی، ملک خصوصی است یا جزو ثروت‌های عمومی به‌شمار می‌رود؟ و آیا مالک زمین می‌تواند تصرف غیرمعارف در فضا داشته باشد و به انبوه‌سازی‌های غیرمعارف بپردازد؟ یا متقابلاً از احداث برخی بناها در زیر زمین (از قبیل مترو) و فضا (از قبیل پل‌های هوایی)، که از سوی دولت، برای رعایت مصالح عمومی ایجاد می‌شود، جلوگیری کند؟ و آیا مالک، حق مطالبه بخشی از حق ترانزیت هواپیماهای عبوری از آسمان ملک خود را دارد؟

این مقاله، چند مبحث را در خصوص موضوع، مورد مطالعه قرار داده است که عبارت‌اند از: مفهوم مالکیت، اوصاف مالکیت، بنیاد مالکیت و بر اساس آن، امکان یا عدم امکان اصولی اعطا و تحدید مالکیت، اطلاق مالکیت در ماده ۳۸ قانون مدنی، موارد تحدید مالکیت خصوصی افراد و ضمن تحلیل دلایل تحدید مالکیت خصوصی و پذیرش آن، به تبیین چرایی جبران خسارت در سلب مالکیت پرداخته و آن را ضروری دانسته است.

#### ۱. مفهوم مالکیت

مالکیت در لغت، به معنای «حیازت و تحت سیطره و تصرف خویش درآوردن» است (مصطفی و دیگران، ۱۹۸۹: ذیل واژه) و در واقع، استیلا بر مال می‌باشد (علامه حلی، ۱۳۸۸، ج ۱۳، ص. ۳۷۲؛ اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص. ۳۵۳). برخی نیز گفته‌اند: «مالکیت،

حقی است دائمی، که به موجب آن شخص می‌تواند در حدود قوانین، تصرف در مالی را به خود اختصاص دهد و از تمام منافع آن استفاده کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص. ۱۱۰).  
برخی از فقیهان، مالکیت را یک حکم انتزاعی می‌دانند که از احکام تکلیفی انتزاع می‌شود (انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص. ۶۰۳). حال، اگرچه مالکیت، یک حکم وضعی به‌شمار می‌آید؛ لیکن، بسیاری از احکام تکلیفی، از جمله حرمت غصب و وجوب ردّ امانت به مالک، خود، موجب و سببی برای احترام مالکیت می‌باشند؛ لذا، احترام مالکیت، هم از احکام تکلیفی، قابل انتزاع است، هم از مجعولات مستقل وضعی (کنعانی، ۱۳۸۷، ص. ۱۵۳).

#### ۱-۱. اوصاف مالکیت

مالکیت، دارای سه وصف اساسی است:

##### ۱-۱-۱. انحصاری بودن

مراد از انحصاری بودن حق مالکیت، پذیرش قانونی اختیار مالک و لزوم رعایت احترام آن، از طرف تمام مردم می‌باشد؛ بدین معنا که مالک می‌تواند هر نوع تصرفی را که بخواهد در ملک خویش بنماید و متقابلاً مانع از تصرف و انتفاع دیگران از مال خود شود؛ به طوری که این حق در نظر گرفته شده برای مالک، در حمایت قانون قرار دارد (هنری، ۱۳۸۹، ص. ۳۹).

مهمترین نتایج انحصاری بودن مالکیت، آن است که:

اولاً. هیچ مالی نمی‌تواند در یک زمان، دو مالک داشته باشد؛ به گونه‌ای که هر کدام از آنها، مالک تمام مال باشد.

ثانیاً. مالک مجاز است از هر گونه تصرف و تجاوز در ملکش جلوگیری کند (خردمندی، ۱۳۸۶، ص. ۴۴).

اگرچه وصف انحصاری بودن، در نهاد خود، واجد دو عنصر جامع بودن (برخورداری مالک از تمام حقوق متصوره نسبت به عین) و مانع بودن (منع دیگران از تعدی نسبت به آن حق) می‌باشد؛ لیکن، وصف انحصاری بودن مالکیت خصوصی، تحت تأثیر دو عنصر زمان و مکان، از جهات گوناگون محدود شده است:

الف. تحمیل حق ارتفاق به مالکان، در راستای تأمین سود عمومی: چنانکه مؤسسات عمومی می‌توانند سیم‌های برق و تلفن و لوله‌های گاز خود را در محل‌های مناسب قرار دهند و حتی دولت و شهرداری‌ها می‌توانند ملک مورد نیاز خود را تملک کنند.

ب. مداخله دولت در روابط خصوصی، از در راستای حمایت از گروه‌های نیازمند و اجرای عدالت: چنانکه مستأجر می‌تواند پس از پایان مدت اجاره، مالک را وادار به تجدید اجاره محل کسب‌وکار خویش نماید.

ج. محدود کردن قراردادهای خصوصی مالک با دیگران: چنانکه «متنفع» و «صاحب حق ارتفاق» می‌توانند از مالی که متعلق به دیگری است، استفاده کنند یا مانع از تصرف مزاحم یا ممنوع‌کننده مالک شوند (سلطانیان، ۱۳۸۹، ص. ۱۸۹).

## ۲-۱-۱. مطلق بودن

به استناد ماده ۳۰ قانون مدنی، مالک، حق هر گونه تصرفی را در ملک خود دارد؛ مگر مواردی را که قانون استثناء کرده است. امروزه تحت تأثیر زمان و مکان در حقوق کنونی، استثنائات زیادی بر این ماده وارد شده است؛ به طوری که دیگر به دشواری می‌توان از اطلاق حق مالکیت سخن گفت؛ و در واقع باید، به جای قائل شدن به اطلاق حق مالکیت، مالکیت را حقی دانست که به مالک، اختیار انتفاع و تصرف در ملک را، در حدود قوانین می‌دهد. در حقیقت، صفت مطلق بودن ملکیت، بیانگر گونه‌های اعمال عناصر سه‌گانه مالکیت (یعنی حق استعمال، حق استثمار و حق تصرف) می‌باشد که مقتضای آن، اطلاق کیفی جنبه مثبت اصل تسلیط می‌باشد؛ هر چند که امروزه، با توجه به تأکید روزافزون بر مصالح اجتماعی، این صفت، رفته‌رفته، اهمیت خود را از دست داده؛ لیکن، هنوز به‌عنوان یک اصل باقی مانده است (سنه‌وری، بی‌تا، ج ۸، ص. ۴۹۳).

حال، به‌موجب اصل ۴۰ قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد»، سوءاستفاده از حق مالکیت، منع شده و انتفاع و تصرف مالک، محدود به رفتاری متعارف شده؛ به طوری که قاضی این اختیار را پیدا می‌کند که چارچوب اختیار مالک را در محدوده پرهیز از اضرار به دیگران و تأمین منافع عمومی، معین کند. تا جایی که قوانین عادی هم، در محدود ساختن اختیار مالک - به‌ویژه در مالکیت زمین - هر جا که پای منافع

عمومی در میان بوده، در حمایت از آن، تردید نکرده و مسیر آن را به سوی عدالت اجتماعی کشیده است (سلطانیان، ۱۳۸۹، ص. ۱۸۷).

### ۳-۱-۱. دایمی بودن

اگرچه وصف دایمی بودن مالکیت، در هیچ‌یک از مواد قانون مدنی تصریح نشده؛ لیکن برخی از حقوق‌دانان معتقدند که: حق مالکیت، دایمی است و طبیعت آن، با موقتی بودن منافات دارد و برای دوام ملکیت، سه معنی را ذکر می‌کنند:

اول: دوام ملکیت، تا زمان وجود شیء مملوک: بدین معنا که ملکیت، مادامی که موضوع آن، باقی باشد، دایمی است.

دوم: عدم زوال ملکیت به عدم استفاده از شیء مملوک: بدین معنا که عدم استفاده از ملک، موجب زوال ملکیت نمی‌شود.

سوم: امکان زمان‌دار بودن ملکیت: بدین معنا که ملکیت نمی‌تواند زمان‌دار باشد؛ یعنی ممکن نیست دو نفر مالک عینی باشند به طوری که پس از گذشت مدت معینی از تصرف شخص اول، ملکیت به نفر دوم منتقل شود، بدون آنکه نیازی به سبب مملک جدید باشد (هنری، ۱۳۸۹، ص. ۴۳).

در نقد تحلیل رایج در خصوص مالکیت زمین، با توجه به تأثیر دو عنصر زمان و مکان می‌توان گفت: از جمله اصول حقوقی که از اصل آزادی قراردادها ناشی می‌گردد، «اصل آزادی مالکیت» می‌باشد. در این خصوص بیان شده است که: آزاد بودن اشخاص (حقیقی و حقوقی) در مرحله تملک (ارادی و قهری) مال‌های منقول و غیرمنقول و نیز آزاد بودن در اداره اموال خود، تعریف اصل آزادی مالکیت می‌باشد؛ لکن، اصل آزادی قراردادها و اصول منشعب از آن، چنانچه بدون قاعده به کار گرفته شود، خود، موجب حدوث فساد و بروز هرج و مرج خواهد شد. فلذا، اقتضای حفظ مصالح عمومی بر آن است که محدودیت‌هایی بر اصل آزادی مالکیت اجرا گردد؛ چراکه مالکیت، به معنی سلطه و استیلاء مالک بر مال می‌باشد و چنانچه هر مالک بتواند هر نوع استیفاء از مال خویش ببرد و سلطه مالکانه او مهار نگردد، این امر، نقض غرض قانون‌گذار جهت حفظ نظم عمومی و تأمین عدالت در اجتماع می‌باشد (هنری، ۱۳۸۹، ص. ۴۴).

برهمن اساس، امروزه، مالکیت مطلق افراد بر زمین ملکی خویش، به موجب بسیاری از قوانین از جمله قانون معادن و دفینه و... مقید و محدود شده است و در واقع به موجب قوانین موضوعه، دیگر مالکیت زمین، مستلزم مالکیت فضای محاذی و مالکیت زیر زمین نخواهد بود؛ پس ملاحظه می‌شود که صفات مالکیت از جمله دوام و اطلاق، نسبی بوده و تا چه اندازه مقید شده است. حال، سؤالی در اینجا مطرح می‌شود که آیا به موجب قرارداد، طرفین می‌توانند از اطلاق مالکیت بکاهند؟ در پاسخ به این سؤال، آنچه که از ظاهر ادله، خصوصاً آیه شریفه «اوفوا بالعقود» و اصل آزادی انعقاد قراردادها برمی‌آید، آن است که مفاد قرارداد طرفین، بین آنها الزام‌آور است و به همین دلیل، امکان تحدید مالکیت به وسیله انعقاد قرارداد خصوصی فی‌مابین طرفین وجود دارد (هنری، ۱۳۸۹، ص. ۶۶).

## ۲-۱. بنیاد مالکیت و بر اساس آن، امکان یا عدم امکان اصولی اعطا و تحدید مالکیت

در خصوص مبنای مالکیت، چند نظریه اساسی وجود دارد:

### ۱-۲-۱. نظریه طبیعی مالکیت خصوصی

«بر اساس این نظریه، مالکیت خصوصی، فارغ از وجود یا عدم وجود افراد دیگر در جامعه، حق ذاتی هر انسانی است. هر انسانی حق دارد، اگر یکی از مشترکات عمومی و منابع طبیعی را زودتر تصرف کرد، یا کار خود را با آن درآمیخت، خود را به‌عنوان مالک آن بنامد و دیگران را از هر گونه تصرف در آن منع کند. مالکیت خصوصی، بر اساس چنین مبنایی، یک حق ذاتی و مطلق برای هر شخص است؛ حقی شبیه حق حیات. ثمره حقوقی چنین نظریه‌ای این است که این حق، مطلق و غیرقابل سلب است؛ مگر در موارد بسیار محدود و خاصی. در حقیقت، طبق این نظریه، مالکیت خصوصی تنها محدود است به مواردی که حق مالکیت خصوصی (یا سایر حقوق طبیعی) دیگران را سلب کند. اما به‌جز این مورد، کسی از جمله حکومت یا دولت، حق سلب مالکیت اشخاص را ندارد و اگر دولتی به این امر مبادرت نماید، خود از مشروعیت ساقط خواهد شد؛ بنابراین، اگر یک نظام حقوقی این مبنا را بپذیرد، دولتی که تشکیل خواهد داد، یک دولت حداقلی خواهد بود که وظیفه آن، حراست از حقوق مالکیت شهروندان خواهد بود. بر اساس این نظریه، اگر



دولتی، مالکیت خصوصی شهروندان را سلب کند، از مشروعیت ساقط شده و شهروندان در مقابل آن، حق مقاومت و انقلاب خواهند داشت. تنها منفعت اجتماعی که بر اساس نظریه طبیعی می‌تواند موجب سلب مالکیت خصوصی اشخاص شود، به خطر افتادن حقوق مالکیت سایر شهروندان است. بر اساس این نظریه، فضیلت‌هایی همچون عدم ثروت‌اندوزی و انفاق و ایثار، تنها به صورت توصیه‌هایی اخلاقی می‌توانند مطرح شوند و نمی‌توان کسی را به زور مجبور به این امر نمود» (قوی البنیه، ۱۴۰۰، ص. ۱۴۷).

## ۲-۱. نظریه اثباتی مالکیت خصوصی

«بر اساس این نظریه بنیادین، مالکیت خصوصی از آن‌رو موجه است که جامعه یا شارع یا حاکم، آن را موجه دانسته؛ یا به تعبیری، اعتبار کرده است. استدلال صاحبان این نظریه برای توجیه مالکیت خصوصی، حول دو محور اصلی قرار دارد؛ یکی از محورها، منفعت و فایده وجود چنین نهادی برای جامعه است و محور دیگر، قرارداد اجتماعی است.

ثمره حقوقی چنین نظریه‌ای این است که مالکیت خصوصی را، تا جایی مشروع و موجه می‌داند که منفعت اجتماعی را در نظر دارد یا در قرارداد اجتماعی، بر سر آن توافق صورت گرفته است. بر اساس این نظریه، جامعه یا هیئت حاکمه، حق دارد بر اساس مصلحت اجتماعی، اشخاص را از مالکیت خصوصی محروم نماید یا مالکیت خصوصی را تحدید کند.

بنابراین، اگر یک نظام حقوقی، نظریه اثباتی را به‌عنوان نظریه بنیادین مالکیت خصوصی انتخاب کند، در صورتی که مالکیت خصوصی افراد، با منفعت اجتماعی تعارض پیدا کند، می‌تواند مالکیت افراد را سلب کند (حتی در این نگاه، غرامت نیز لازم نیست؛ چراکه اساساً مالکیتی برای ضرر زننده به اجتماع حاصل نشده است). منفعت اجتماعی در این نگاه می‌تواند به‌عنوان یک مفهوم بسیار گسترده تفسیر شود و رفاه اقتصادی، محیط زیست، منابع طبیعی و... را در خود جای دهد. بر اساس این نظریه، حتی می‌توان استدلال کرد که عدم ثروت‌اندوزی و انفاق اموال، یک فضیلت است و مصلحت جامعه در گرو فضیلت‌مندی شهروندان است؛ در نتیجه ثروت‌اندوزی، ممنوع و انفاق واجب است» (قوی البنیه، ۱۴۰۰، ص. ۱۴۶). نظر فوق، نظریه مختار نویسنده هم می‌باشد.

### ۳-۲-۱. نظریه آرمان شهری الغای مالکیت خصوصی

«بر اساس این نظریه، عامل اصلی دشمنی‌ها و اختلافات در جامعه، مالکیت خصوصی است. جامعه ایدئال و آرمانی بر اساس این نظریه، جامعه‌ای است که از مالکیت خصوصی عاری باشد و در آن، شهروندان همچون برادر و اعضای یک خانواده، به صورت مشترک زندگی کنند و همه چیز در جامعه، متعلق به همه اعضای جامعه باشد. ثمره حقوقی چنین نظریه‌ای این است که در صورت امکان، مالکیت خصوصی در جامعه ملغی شده و ممنوع اعلام شود. حتی اگر چنین امکانی در جامعه وجود نداشته باشد، باید تا حد امکان، به این شرایط آرمانی نزدیک شد؛ یعنی اگر نمی‌توان همه اموال را، مشترک میان همه شهروندان دانست، باید شرایطی فراهم کرد که لاقلاً، ابزار تولید، منابع طبیعی و مشترکات عمومی، اشتراکی باشند» (قوی البینه، ۱۴۰۰، ص. ۱۴۸).

### ۲. اطلاق مالکیت در ماده ۳۸ قانون مدنی

لازمه ماده ۳۸ ق.م، مالکیت تبعی بر فضا و اعماق زمین است (بیات، ۱۳۹۴، ص. ۳۴). که به تبع مالکیت بر شیء اصلی، برای مالک ایجاد می‌شود (خردمندی، ۱۳۸۶، ص. ۷۱). فقهای شیعه با استناد به قاعده «من ملک ارضاً ملک الهواء الی عنان السماء و القوار الی تخوم الارض»، قائل به مالکیت نامحدود مالک بر فضا و قرار زمین شده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۸؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص. ۳۴۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۲، ص. ۲۷۳؛ الاصفهانی، ۱۴۰۵ق، ص. ۱۷۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص. ۱۱۲؛ خوئی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص. ۱۶۸؛ شیرازی، ۱۴۱۷ق، ج ۸، ص. ۴۲۳؛ امامی خوانساری، ۱۴۲۷ق، ص. ۳۵۷) و حتی بر این مالکیت بی‌حد و حصر مالک، ادعای اجماع کرده‌اند (عاملی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۴۹۲) و بر این ادعای خود، دلایلی را ذکر کرده‌اند؛ از جمله:

اول. استناد به قاعده تسلیط: بر طبق قاعده تسلیط - برگرفته از حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» - (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص. ۲۷۲) هر مالکی نسبت به مایملک خود، حق هر گونه تصرفی اعم از تصرف مادی و حقوقی را دارد و از طرفی، کسی نمی‌تواند مانع تصرفات مالک در ملکش شود؛ چراکه منع مالک از تصرفات مالکانه، شرعاً حرام و ممنوع است و این نوع تصرفات، موافق با قاعده «من ملک ارضاً ملک الهواء» است (صاحب جواهر، ۱۳۷۴، ج ۷، ص. ۳۵۱). بر طبق

مفاد این قاعده، نوعی مالکیت نامحدود برای مالک، از حیث عمق تا هسته زمین و از حیث ارتفاع تا بی‌نهایت، در نظر گرفته شده؛ که این سلطنت، از جمله احکام عقلائی و مورد تأیید شارع است (خمینی، ۱۳۶۷، ج ۱، ص. ۱۰).

دوم. **استناد به قاعده احترام:** بر طبق قاعده احترام که برگرفته از حدیث «حُرْمَةُ مَالِ الْمُسْلِمِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ» است (علامه حلی، ۱۳۸۸، ج ۱۷، ص. ۱۶۷). اموال اشخاص، محترم است و در حمایت قانون قرار دارد (صاحب جواهر، ۱۳۷۴، ج ۴، ص. ۵۵۹) و هر گونه تعرض به آن، حرام و موجب ضمان است (محقق داماد، ۱۳۸۶، ص. ۲۲۹)؛ زیرا تصرف در ملک غیر، از نظر عقل و شرع قبیح است (خمینی، ۱۳۶۷، ج ۱، ص. ۱۰).

سوم. **استناد به قاعده تبعیت:** بر طبق قاعده تبعیت، هر کس مالک زمین شد، مالک توابع و ملحقات آن - فضا و قرار - هم خواهد بود؛ مگر خلاف آن ثابت شود (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ج ۳، ص. ۱۴۹۸).

چهارم. **استناد به قاعده ید:** بر طبق قاعده ید، که به معنای سلطه و استیلای بر مال می‌باشد؛ مالک، حق هر گونه تصرف و انتفاع از مال را دارد (محقق داماد، ۱۳۸۶، ص. ۲۷). در خصوص زمین هم، چون زمین، در اختیار مالک است؛ پس حق هر گونه استیلا و انتفاع از آن را خواهد داشت.

حال با توجه به اینکه در ماده ۳۸ قانون مدنی، به‌طور مطلق از حق مالکیت سخن گفته شده است، اطلاق ماده ایجاب می‌کند که هر منفعتی که در اعماق زمین یا فضای بالای ملک وجود داشته باشد، متعلق به صاحب زمین باشد؛ از جمله گنجی که در این زمین یافت می‌شود (سلطانیان، ۱۳۸۹، ص. ۲۶). لذا مالک حق دارد به حفر چاه‌های عمیق و استخراج معادن در ملک خود پردازد و همچنین در فضای بالای ملک، به ایجاد ساختمان چند طبقه پردازد یا این حق را به دیگری واگذار کند تا جایی که حق دارد از عبور سیم‌های برق و تلفن دیگری بر روی ملک خود جلوگیری کند (امامی، ۱۳۶۸، ج ۴، ص. ۴۶؛ صفایی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۱۲۸) اما اینکه حدود این مالکیت تا کجاست، امری است که باید مورد بررسی قرار گیرد.

### ۳. موارد تحدید مالکیت خصوصی افراد

اگرچه ماده ۳۸ ق.م، از حق مالکیت مالک بر فضا و قرار زمین، به طور مطلق سخن گفته است؛ ولیکن، امروزه، به دلیل مقتضیات زمانی و مکانی و به جهت رعایت ضرورت‌های اجتماعی و مصالح عمومی و متقابلاً جلوگیری از تجاوز از حق، مالکیت خصوصی افراد بر فضا و قرار زمین شخصی، به انحاء مختلف مورد تحدید قرار گرفته است که در ذیل، به آن، اشاره می‌شود:

#### ۳-۱. تحدید مالکیت خصوصی افراد بر معادن واقع در املاک شخصی

گفته شد که یکی از الزامات ماده «۳۸» ق.م، تصرف و بهره‌برداری مالک از معادن موجود در ملک خود است. در این مقاله، به تناسب موضوع مورد بحث، تنها به تحلیل نظرات فقهای قائل به مالکیت صاحب زمین بر معادن واقع در زمین شخصی پرداخته می‌شود. حال، سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که: آیا معدن، مصداق مال تحت ید مالک زمین محسوب می‌شود؟ در پاسخ به این سؤال باید گفت:

گروهی از فقهاء، مالکیت معدن را تابع زمین می‌دانند و می‌گویند: اگر معدن، در زمین شخصی یافت شود، ملک صاحب زمین است و مالک، باید خمس آن را به بیت‌المال پردازد (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۳۷۲؛ مؤمن سبزواری، بی‌تا، ج ۲، ص. ۵۶۶؛ انصاری، ۱۴۱۰ق، ص. ۳۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۴، ص. ۲۹۸؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۹، ص. ۴۶۳؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ص. ۳۱۷؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۳ق، ص. ۳۵۲) و برای این نظریه، به ادله‌ای استناد کرده‌اند؛ از جمله:

۱- طبق قاعده «من ملک شیئاً ملک قراره الی تخوم الارض»، فرد به تبع مالکیت بر زمین، مالک بالای زمین - تا هر اندازه بالا رود - و اعماق زمین - تا هر اندازه پایین رود - نیز هست (صاحب جواهر، ۱۳۷۴، ج ۲۶، ص. ۲۴۱؛ خوبی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۵، ص. ۸۳؛ نراقی، ۱۴۰۵ق، ص. ۶۵۰).

در نقد این دیدگاه می‌توان گفت:

اولاً. این قاعده، یک قاعده عقلی است که عقلاً، آن را جعل کرده و به امضای شارع رسیده است و پایه و اساسی در منابع فقهی ندارد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص. ۱۶۷).

- ثانیاً. عقلاً، برای مالکیت زمین، حدّ متعارفی را - از پایین تا سرداب و از بالا تا طبقات فوقانی متعارف - در نظر گرفته و بیشتر از آن را در حیطه مالکیت صاحب زمین نمی‌دانند (خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۵، ص. ۵۷؛ منتظری، ۱۴۰۸ق، ص. ۷۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۲۱).
- ۲- طبق قاعده «من احیی ارضاً فهی له» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۲۷۹؛ عاملی، بی‌تا، ج ۱۹، ص. ۱۴۸)، هر کس زمین موتائی را احیاء کند، مالک آن می‌شود و این مالکیت، به اعماق زمین هم تسری می‌یابد.
- در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: آنچه که به واسطه عملیات احیاء، به مالکیت احیاء‌کننده درمی‌آید، خود زمین است نه معادن موجود در آن و معادن، عنوان مستقلی از زمین هستند (فیاض، بی‌تا، ج ۷، ص. ۳۱).
- ۳- طبق قاعده تبعیت، معدن، عرفاً از توابع و ملحقات زمین به‌شمار می‌آید؛ پس معدن موجود در زمین شخصی، به تبع زمین، ملک صاحب زمین خواهد بود (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص. ۲۲۳؛ علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ج ۵، ص. ۴۱۲؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۶۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ص. ۱۹۲).
- در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: تبعیت، یک مفهوم اعتباری و دارای حدّ متعارف است که این حدّ متعارف، توسط عرف تعیین می‌شود؛ حال، اگرچه در خصوص معادن ظاهری و هم‌جنس با زمین، می‌توان قائل به تبعیت شد؛ ولی در خصوص معادن باطنی، عنوان تبعیت صدق نمی‌کند و این معادن، عرفاً از توابع زمین به‌شمار نمی‌آیند (همدانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص. ۲۳).
- ۴- سیره عقلاً بر این پایه استوار است که معادن واقع در املاک شخصی، متعلق به صاحب زمین است؛ زیرا صاحب زمین، به تبع مالکیت بر زمین، همان‌طور که طبقات فوقانی زمین را مالک است، طبقات تحتانی زمین را هم مالک است؛ حال، چه در این طبقات تحتانی، معدن باشد یا سرداب، چاه باشد یا سنگ و... (اشتهاردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۳، ص. ۲۷۲؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۱۰۵) و سکوت و عدم ردع شارع در این خصوص، نشانه تأیید و امضای این سیره می‌باشد (محقق داماد، ۱۴۱۸ق، ص. ۳۹۵).
- در نقد این دیدگاه می‌توان گفت:
- اولاً. از آنجایی که سیره عقلاً، یک دلیل غیرلفظی است و عمومیت و اطلاق ندارد؛

بر فرض معتبر دانستن آن، حمل بر قدر متیقن - معادن نزدیک به سطح زمین در اراضی شخصی - می‌شود و معادن واقع در اعماق زمین را نمی‌توان به صرف تبعیت اعماق زمین از سطح، ملک صاحب زمین دانست (موحدی لنگرانی، ۱۳۸۱، ص. ۴۷؛ موسوی خلخالی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص. ۱۸۳).

ثانیاً. از دید عقلاء همچنین نیست که کسی که، مالک زمینی است، فضای بالای زمین را تا آسمان‌ها مالک باشد؛ چون در این صورت، هواپیماها برای عبور از بالای آسمان، باید از صاحبان زمین اجازه می‌گرفتند (خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۵، ص. ۵۷؛ منتظری، ۱۴۰۸ق، ص. ۷۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۲۱).

۵- از آنجایی که زمین، از اجزای متفاوتی مثل سنگ، خاک، آهن، آهک و... تشکیل شده و از نظر عرف، معدن جزئی از زمین است؛ پس مالکیت بر زمین، شامل مالکیت نسبت به تمام اجزای زمین (از جمله معدن) هم می‌شود (کاشف الغطاء، بی تا، ج ۱، ص. ۱۰۵؛ حسینی میلانی، ۱۳۹۵، ص. ۳۷؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۳۸۳).

در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: باید میان معادنی که از جنس زمین هستند مانند سنگ و گچ، با معادنی که عرفاً از جنس زمین به‌شمار نمی‌آیند مانند نفت و قیر، تفاوت قائل شد؛ در قسم اول، اطلاق عنوان زمین بر آنها صحیح است، ولی قسم دوم، از مفهوم زمین خارجند. و در موارد شک نیز، اصل عدم را جاری کرده و ملاک را، صدق عرفی قرار می‌دهیم (همدانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص. ۲۳).

۶- نماء و منفعت، تابع عین می‌باشد و از آنجایی که معدن موجود در زمین شخصی، به منزله فایده و نماء زمین است؛ پس صاحب زمین، مالک نماء و فایده آن هم می‌باشد؛ زیرا از لوازم ملکیت، ملکیت بر منافع است و قاعدتاً فردی که از طریق مشروع، تحصیل مالکیت کرده؛ مالک تمامی منافع معلوم و نامعلوم زمین خواهد بود (اراکی، ۱۴۳۴ق، ص. ۱۳۶؛ اشتهااردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۳، ص. ۲۷۲؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱، ص. ۱۳۰؛ حائری یزدی، ۱۴۱۸ق، ص. ۷۱۳).

در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: از نظر عرف، معادن، از توابع زمین محسوب نمی‌شوند؛ بلکه نسبت آنها به زمین، مانند نسبت مظروف به ظرف است؛ بدین معنا که اگرچه معدن در وجود زمین، تکوّن پیدا کرده اما وجودی مستقل در برابر زمین دارد و

عرف برای آن، ملکیت مستقلی قائل است (فیاض، ۱۴۰۱، ص. ۳۴۹؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص. ۱۶۶؛ صدر، ۱۳۸۲، ص. ۷۱۸).

۷- روایاتی که دلالت دارند بر اینکه معادن موجود در املاک شخصی، ملک صاحب زمین است و مالک زمین، تنها موظف به پرداخت خمس آن می‌باشد (حرعاملی، ۱۳۹۱، ج ۲۵، ص. ۴۱۸). از این عبارت - «خمس، بر عهده مالک زمین است» - چنین استفاده می‌شود که قول به تبعیت معدن از زمین، صحیح است؛ و آلا دلیلی بر وجوب پرداخت خمس وجود ندارد (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۳۵۳).

در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: عبارت «خمس، بر عهده مالک زمین است»، دلیل بر ملکیت شخصی نمی‌باشد؛ زیرا بر انفال و مشترکات مورد انتفاع با اجازه دولت هم، خمس تعلق می‌گیرد (نراقی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۰، ص. ۱۶۳).

لذا، با تحلیل نظرات فوق، این چالش مطرح می‌شود که: اگرچه طبق ماده «۱۶۱» ق.م: «معدنی که در زمین کسی واقع شده، ملک صاحب زمین است و استخراج آن، تابع قوانین مخصوصه خواهد بود.» ولی با توجه به ماده «۷» قانون معادن، مواد مکشوفه تا عمقی که عرفاً تابع ملک محسوب می‌شود، متعلق به مالک خواهد بود. و طبق ماده «۲۲» ق.م، بنا به ضرورت و حفظ مصالح جامعه اسلامی، بهره‌برداری و استخراج از معادن بزرگ، مستقیماً توسط وزارت معادن انجام و متعلق به دولت خواهد بود. لذا، با توجه به مقتضیات زمان باید گفت: حتی اگر معادن در ملک شخصی واقع شده باشد، از آنجایی که این معادن در اعماق زمین است و بر اساس عرف، اعماق زمین جزو مالکیت شخصی افراد به حساب نمی‌آید، باز هم باید این معادن را جزو انفال و ثروت‌های عمومی دانست (کنعانی، ۱۳۸۷، ص. ۳۲۶) و از طرفی، اگر قائل به تملک شخصی بر معادن و آزادی مردم در بهره‌برداری از معادن شویم، نتیجه‌ای جز هرج‌ومرج و نابودی معادن یا انحصار معادن در دست عده‌ای محدود نخواهد داشت؛ پس اطلاق ماده «۱۶۱» قانون مدنی نیز، با چالش مواجه است و رئیس جامعه، می‌تواند مالکیت خصوصی افراد را در مورد اموالی که منفعت آن، عمومی و فراگیر بوده و انحصار و بهره‌وری از آنها، موجب ضرر عموم می‌گردد، سلب کند و بر اساس مصالح عمومی، برخی از اموال - از جمله معادن را - عمومی اعلام کند (عمید زنجانی و موسی‌زاده، ۱۳۸۸، ص. ۱۸۱). بنابراین، ماده ۳۸ ق.م در این مورد، مطلق نبوده و محدودیت‌های زیادی بر آن وارد

گردیده است.

با تحلیل نظرات فوق در خصوص مالکیت بر معادن، چنین استنباط می‌شود که: به نظر می‌رسد در شرایط فعلی، دولت می‌تواند برای توزیع عادلانه ثروت میان مردم، در خصوص معادن و استخراج آنها، دست به قانون‌گذاری جدید بزند؛ زیرا، طبق سیره و بنای عقلاء، آزادی مردم در بهره‌برداری از معادن، بدون کسب مجوز قانونی، نتیجه‌ای جز نابودی معادن یا تملک آنها توسط اشخاصی خاص و درنهایت، گسترش هرج و مرج در جامعه نخواهد داشت که این مسئله، با توجه به جمعیت رو به تزاید مردم، موجب کمپابی مواد معدنی و محرومیت دیگران از این حقوق خدادادی می‌شود. قول مشهور فقهاء نیز که قائل به اباحه معادن هستند و با استناد به آیه «خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا» (بقره / آیه ۲۹)، بهره‌برداری از معادن را حق عموم مردم می‌دانند، این تعلق حق به عموم مردم، ملازمه با استحقاق و برخوردار شدن همه آنها از معادن دارد؛ حال، قوانینی که در خصوص معادن، از سوی قانون‌گذار وضع می‌شود، بر حق طبیعی و اولیه اشخاص در مالکیت بر معادن، حکومت دارد؛ به این معنا که قوانین وضع شده در خصوص معادن، ناسخ قواعد فقهی مرتبط با احیاء نیستند؛ بلکه قول به محدودیت مالکیت یا ممنوعیت تملک افراد بر معادن، از باب حکومت یا ورود احکام ثانویه بر احکام اولیه است نه از باب ناسخ و منسوخ بودن قوانین. از سوی دیگر بر فرض اباحه معادن باطنی، مالکیت بر زمین، مستلزم مالکیت بر معادن واقع در اعماق زمین نیست؛ زیرا ملاک مالکیت افراد بر زمین، حدود مالکیت عرفی و اعتباری است و هیچ دلیل نقلی و عقلی، در خصوص تبعیت فضا و قرار زمین از سطح زمین، وجود ندارد (کنعانی، ۱۳۸۷، ص. ۳۰۷). لذا، در تعیین حدود این مالکیت، باید به عرف مراجعه شود (خردمندی، ۱۳۸۶، ص. ۸۰).

### ۲-۳. تحدید مالکیت خصوصی افراد در مورد دفینه و آثار باستانی (نفایس ملی) یافت شده در ملک شخصی

بر طبق ماده ۱۷۳ قانون مدنی، دفینه، مالی است که در زمین یا بنایی پنهان شده و برحسب تصادف و اتفاق پیدا شود؛ درحالی که این تعریف نقص دارد از این جهت که ممکن است مالک مال به جهت حفظ مال قیمتی و جلوگیری از دستبرد دیگران آن را



در زمینی دفن کرده باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص. ۷۷). ماده ۱۷۴ قانون مدنی، نقص تعریف فوق را جبران می‌کند و دفینه‌ای که مالک آن مشخص نباشد را، ملک یابنده می‌داند. حال آنچه که از ماده فوق برداشت می‌شود، اصل مباح بودن دفینه و تملک آن برای یابنده است؛ چنانکه اگر کسی مدعی مالکیت دفینه شود، باید بتواند ادعای خود را در برابر یابنده ثابت کند. اگرچه طبق قانون حفظ آثار ملی مصوب آبان ماه ۱۳۰۹، کلیه اماکن و ابنیه تاریخی و آثار صنعتی منقول یا غیرمنقول، تا پایان دوره سلسله زندیه، جزو آثار ملی به حساب می‌آید و آثار بعد از پایان دوره زندیه، جزو مباحات محسوب می‌شود؛ لیکن، رویه سازمان میراث فرهنگی، چیزی غیر از این است و ابنیه دوره قاجاریه و پهلوی را نیز، که از ارزش تاریخی برخوردار است، در زمره آثار ملی قرار داده و از تحت تملک خصوصی افراد خارج کرده است (کنعانی، ۱۳۸۷، ص. ۳۰۱).

حال، سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که آیا دفینه، مصداق مال تحت ید مالک زمین محسوب می‌شود؟ به عبارت دیگر، آیا قانون‌گذار می‌تواند برای حفظ منافع عمومی، دفینه و آثار باستانی یافت شده در زمین شخصی را، جزو اموال عمومی به حساب آورده و از تملک خصوصی افراد خارج سازد؟ در پاسخ باید گفت: طبق نظر فقهای امامیه، دفینه یافت شده در ملک شخصی، متعلق به یابنده است و در صورت رسیدن به حد نصاب، یابنده موظف به پرداخت خمس آن می‌باشد (ابن بابویه، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص. ۴۰؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۱۲۱؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۱۷۷). با این استدلال که:

اولاً. در صورتی، مال از مالکیت شخصی خارج می‌شود و جزو مباحات به‌شمار می‌آید که مالکش از آن اعراض کند (همدانی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۱۸).

ثانیاً. به مقتضای قاعده ید، مال، متعلق به مالک زمین است (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۱۶۲).

در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: آنچه از تتبع در آثار فقها و بررسی روایات و در نظر گرفتن اتفاق نظر فقهای شیعه بدست می‌آید این است که اثر مکشوفه «دفینه یا اثر تاریخی»، متعلق به یابنده و مالک زمین است که تنها باید خمس آن را به حکومت اسلامی بپردازد؛ این در حالی است که علی‌رغم مشروع دانستن مالکیت یابنده بر اثر مکشوفه در ملک شخصی، دولت‌ها با وضع پاره‌ای الزامات قانونی و تعیین مجازات

برای کسی که از تحویل اثر یافت‌شده خودداری می‌کند، بدون در نظر گرفتن حقی برای یابنده، مال یافت‌شده را از او اخذ می‌کنند؛ بدون اینکه مبنای شرعی بر این کار داشته باشند. تا جایی که برخی از فقهای معاصر، این عمل دولت‌ها را مصداق غصب و حرام می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۶۲).

برخی دیگر از فقهاء، در توجیه عمل دولت‌ها مبنی بر اخذ اثر کشف‌شده - اعم از دفینه یا اثر تاریخی - و قائل نشدن حق برای یابنده، چنین استدلال کرده‌اند: اول اینکه - دفینه هم مانند معادن، از جمله انفال و اموال عمومی به‌شمار می‌آید که اختیارش به دست حاکم شرع است؛ به این دلیل که:

اولاً. دفینه از جمله چیزهایی که مردم، برای تحصیل آن، متحمل هیچ زحمتی نشده‌اند و از طرفی طبق آیه ۷ سوره حشر «كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ»، اگر قائل به مالکیت یابنده بر گنج شویم، موجب تکاثر در اموال می‌شود که از نظر شرعی مبعوض است؛ حال، اگر فقهاء، دفینه را جزو انفال ندانسته‌اند، به این جهت است که الغاء خصوصیت نکرده‌اند. اما امروزه با الغاء خصوصیت از روایاتی که مصادیق انفال را ذکر کرده‌اند، می‌گوییم: هر چیزی که ارزش مالی دارد و شخص، برای تحصیل آن زحمت نکشیده، جزو اموال عمومی به‌شمار می‌آید که گنج هم از این قبیل می‌باشد (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۶، ص. ۱۳۲).

ثانیاً. بر مبنای عرف و سیره عقلاء، امروزه دفینه و میراث فرهنگی، جزو انفال به‌شمار می‌آید و جایی برای مالکیت خصوصی باقی نمی‌ماند؛ زیرا اگرچه از نظر شرعی، مالکیت اشخاص بر اموالشان محترم و تعدی به آن حرام است؛ لیکن، در بحث مالکیت، شرع، موضوع حکم و اینکه چه چیزی «مال الغیر» است را معین نکرده و این موضوعی است که عقلاً، بر اساس مصالح و مفاسدی که در مناسبات اجتماعی خود لازم می‌بینند، تعیین می‌کنند. بنابراین، شرع، دخل و تصرفی در تعیین موضوع حکم و سعه و ضیق آن ندارد؛ بلکه هر آنچه را که عقلاً، مال الغیر تلقی کنند - تجاوز به آن را حرام می‌دانند (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص. ۱۰۱؛ خویی، ۱۴۱۱ق، ص. ۲۹۶؛ کوه کمری، ۱۴۰۹ق، ص. ۵۰).

دوم اینکه: از آنجایی که امروزه، آثار تاریخی - فرهنگی «آثار باستانی» به جا مانده از

زمان‌های دور، نشان‌دهنده شخصیت، هویت و اصالت یک جامعه است که به منظور حفظ هویت مذهبی و ارتقاء سطح فرهنگ عمومی جامعه، حفظ این میراث فرهنگی، امری ضروری و حتمی می‌نماید؛ پس نگاه به این آثار، صرفاً از جهت ارزش مالی آنها نیست؛ بلکه به لحاظ جنبه‌های معنوی و فرهنگی ارزش می‌یابند؛ همین امر، باعث شده که حکومت‌ها، مالکیت خصوصی افراد را از این حیث محدود کنند.

در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: استدلال اول ردّ شده؛ زیرا:

اولاً. موارد انفال، در روایات، معین است و دفینه جزو آنها نیست.

ثانیاً. با توجه به اینکه دفینه، در عصر معصومین وجود داشته و روایات هم، در مقام بیان بوده‌اند؛ باین حال، هیچ‌یک از فقهاء، چنین فتوایی نداده‌اند؛ پس جزو انفال دانستن دفینه، محلّ تردید است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۶۲).

در ردّ استدلال دوم هم گفته شده:

اولاً. روایات - به‌عنوان یکی از منابع استخراج احکام - صراحتاً دلالت دارند بر اینکه آثار یافت شده «از جمله دفینه»، متعلق به یابنده است و فقط خمس آن به بیت‌المال پرداخت می‌شود (حرعاملی، ۱۳۹۱، ج ۶، ص. ۵).

ثانیاً. مالکیت اشخاص بر اموال تحت تملک آنها، مالکیت اعتباری است و این مالکیت، موضوع احکام عقلایی نیست بلکه یک حکم شرعی وضعی مستقل است که همان احترام اموال اشخاص و حرمت تصرف دیگران در این اموال می‌باشد. ثالثاً. تمسک به سیره عقلا مبنی بر انفال شمردن دفینه و میراث فرهنگی در عصر حاضر نیز محل اشکال است؛ زیرا یک سیره مستحدثه است که دلیلی بر تأیید و امضای آن از سوی شرع وجود ندارد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۶۴).

در پاسخ به این استدلال، گفته شده: تحدید مالکیت خصوصی افراد، اگر به جهت حفظ آثار فرهنگی - باستانی و جلوگیری از پدیده قاچاق اشیاء عتیقه و خروج این اموال از کشور باشد و دولت با وضع احکام ثانویه، از ورود خسارت بر افراد جامعه جلوگیری کند، امری پسندیده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص. ۱۷۹). اما به صرف یک سری ظنون استحسانی، نمی‌توان مالکیت خصوصی افراد را محدود کرد؛ بلکه با توجه به قاعده «الْجَمْعُ مَهْمَا أَمَكْنَ أَوَّلَى مِنَ الطَّرْحِ» (مظفر، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص.

دولت می‌تواند با پرداخت قیمت این اشیاء به مالک خصوصی، جمع بین حقین «حق مالک خصوصی و حفظ منافع عمومی» کرده و از ورود خسارت بر مالک جلوگیری کند (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص. ۹۹۱) بنابراین، غیر از «دفع ضرر» که مستند شرعی تحدید مالکیت خصوصی افراد به‌شمار می‌آید، امروزه هیچ دلیل مستند علمی و فقهی که بتواند مالکیت خصوصی افراد را محدود کند، نداریم.

از نظر حقوق بین‌الملل و رویه سازمان یونسکو، ملاک قرار گرفتن در شمار آثار ملی، ارزش عرفی اثر تاریخی - فرهنگی است نه قدمت و ارزش تاریخی یا سپری شدن قرن‌ها و دهه‌ها. بر همین اساس است که قانون ثبت آثار ملی مصوب ۱۳۵۲، صرف‌نظر از تاریخ پیدایش آثار، کلیه آثار منقول واجد اهمیت و ارزش از نظر تاریخی و شئون ملی را، در زمره آثار ملی مذکور در قانون حفظ آثار ملی قرار داده است. این در حالی است که به‌موجب نظریه شماره ۶۰۷۶-۱۳۶۱/۸/۳ شورای نگهبان، شمول قانون مذکور، نسبت به اشیاء قیمتی واقع در املاک شخصی، مغایر با موازین شرع شناخته شده است. قانون اساسنامه سازمان میراث فرهنگی مصوب ۱۳۶۷ نیز، فاقد ملاک و معیار خاص، برای تشخیص میراث فرهنگی است و تنها در ماده ۱ این قانون، کلیه آثار باقیمانده از گذشتگان، که زمینه هدایت فرهنگی و عبرت‌آموزی انسان را فراهم می‌کند و به نوعی، نشانگر حرکت انسان در طول تاریخ است را، مشمول آثار فرهنگی دانسته است (روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، مجموعه قوانین سال ۱۳۶۷، ص. ۲۲۱). حال اگرچه ممکن است چنین گفته شود که آثار ثبت‌نشده در فهرست آثار ملی، از جمله اموال منقول یا غیرمنقول، دفینه‌ها و آثار تاریخی، جزو مباحات به‌شمار می‌آید و متعلق به کسی است که آنها را بیابد؛ ولیکن نباید از نظر دور داشت که ضابطه زمانی مندرج در قانون حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹، همچنان پابرجاست.

بر طبق ماده ۱۲ قانون حفظ آثار ملی نیز، حفاری و کاوش آثار ملی، منحصرأ حق دولت است و مستند به ماده ۵۶۲ قانون مجازات اسلامی، هر گونه کاوش و حفاری به قصد به‌دست آوردن اموال فرهنگی - تاریخی، جرم به‌شمار می‌آید؛ اما اگر مالی برحسب تصادف و اتفاق پیدا شود - اگرچه در ملک شخصی فرد باشد - جزو آثار

ملی به حساب می‌آید و یابنده ملزم است که این موضوع را به سازمان میراث فرهنگی اطلاع دهد و از طرفی اداره تحقیقات نیز باید نصف اشیای پیدا شده یا نصف قیمت تجاری آنها را به یابنده تحویل دهد (روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، مجموعه قوانین سال ۱۳۶۷، ص. ۳۰۳).

در تأیید مطالب فوق، مبنی بر محترم شمردن اموال اشخاص و مصون بودن آن از تعرض دیگران، می‌توان به رأی دیوان عدالت اداری اشاره کرد که در آن، مالکیت شخصی افراد بر اشیاء عتیقه یافت شده در ملک شخصی را محترم شمرده و اطلاق مصوبه هیئت وزیران به شماره نامه ۱۱۲۹۰۷/ت/۲۸۳۳۹ مورخ ۱۳۸۶/۷/۱۶ را، که مقرر می‌دارد: «اموال فرهنگی - تاریخی منقول زیر خاکی، جزو اموال عمومی و مالکیت آن، متعلق به جمهوری اسلامی ایران است»، را با در نظر گرفتن ادله شاکی (از جمله: آیه ۱۸۸ سوره بقره<sup>۱</sup>، ماده (۷) از قانون راجع به حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹/۸/۱۲، ماده (۱۲) آیین‌نامه مدیریت، ساماندهی، نظارت و حمایت از مالکان و دارندگان اموال فرهنگی - تاریخی منقول مجاز مصوب ۱۳۸۴/۵/۱۰، استناد به حدیث نبوی: «الناس مسلطون علی اموالهم»<sup>۲</sup>، استناد به حدیث نبوی: «لاضرر و لاضرار فی الاسلام»<sup>۳</sup>) و با استناد به نامه شماره ۹۱/۳۱/۴۸۴۶۵ - ۱۳۹۱/۸/۷ فقهای شورای نگهبان<sup>۴</sup>، باطل و خلاف موازین شرع می‌داند. و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و مواد ۸۸ و ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، حکم به ابطال مصوبه مذکور، از تاریخ تصویب را صادر می‌کند.

### ۳-۳. تحدید مالکیت خصوصی افراد، به جهت تعارض قاعده تسلیط با قاعده لاضرر

مبنتی بر الزامات این ماده، اگرچه مالکین بر اموال خود، سلطنت مطلق دارند؛ اما این تصرفات مطلق ممکن است به افراد دیگر از جمله اجتماع و دولت ضرر وارد کند؛ لذا باید این تصرفات را، محدود به مصالح اجتماعی و بر طبق قانون کرد. حال، در خصوص ماده ۳۸ ق.م. این چالش مطرح می‌شود که: سلطنت مطلق مالک بر ملک خود، در عمل مستلزم ضرر دیگران از جمله افراد اجتماع و دولت است؛ پس، به نظر می‌رسد که اطلاق ماده مزبور، با قاعده لاضرر تقیید خورده است؛ زیرا، مدرک قاعده سلطنت، حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» می‌باشد؛ که از عموم این حدیث چنین استفاده می‌شود: هر

فردی از افراد مردم، سلطنت مطلقه تامه به جمیع انحاء بر تمام انواع و افراد اموال خودشان دارند. و مدرک قاعده دوم نیز، حدیث نبوی «لا ضرر و لا ضرار» است؛ بدین معنا که هر گاه کسی در اعمال حق خویش، سبب ضرر دیگری گردد، در راستای حکومت قاعده لا ضرر بر قاعده تسلیط، صاحب حق، از اجرای حق خویش منع می‌گردد؛ تا جایی که برخی از فقهاء، تصرف در ملک را تا جایی جایز می‌دانند که سبب ضرر همسایه نگردد. برخی دیگر از فقهاء نیز، مالک را از تصرفی که تنها به قصد اضرار به دیگری و بدون جلب منفعت یا دفع ضرر انجام شده است، باز می‌دارند؛ اما اگر تصرف مزبور، نه به قصد اضرار، بلکه با هدف دفع ضرر یا جلب منفعت صورت گرفته باشد، مجاز می‌شمارند. بعضی دیگر نیز تصرفی که عبث و بیهوده بوده و برای مالک هیچ فایده‌ای نداشته باشد، بلکه تنها به جهت امیال نفسانی صورت گیرد، را به قصد اضرار ملحق و مشمول قاعده لا ضرر شمرده‌اند. در حالی که به نظر می‌رسد معیار قاعده لا ضرر، نه قصد اضرار، بلکه ضرر غیر متعارف است؛ به این معنا که اگر کسی در انجام عمل خود، ضرر متعارفی به دیگری بزند، مشمول قاعده نفی ضرر قرار نمی‌گیرد و از انجام عمل خود منع نمی‌شود؛ اما اگر ضرر نامتعارفی به دیگری برساند، به موجب قاعده لا ضرر از آن منع می‌شود (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۳، صص. ۱۵۴ و ۱۵۵). لذا، تأمین مصالح اجتماعی، حکومت‌ها را وادار کرده که مالکیت خصوصی افراد را، مورد دست‌اندازی قرار داده و در مواردی، حق مالکیت را از برخی افراد سلب یا نسبت به آن محدودیت ایجاد کنند (خردمندی، ۱۳۸۶ق، ص. ۲۶۱) و مبتنی بر همین قاعده لا ضرر است که در ذیل ماده ۳۸ ق.م.آ آمده است: «مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشد.» لذا، ماده «۱۳۲» ق.م. که بیان می‌دارد: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم ضرر همسایه شود...» را می‌توان مقید ماده ۳۸ قانون مدنی دانست.

#### ۳-۴. تحدید مالکیت خصوصی افراد، در مورد فضا و قرار زمین

از جمله الزامات ماده ۳۸ ق.م، تصرف مطلق مالک در ملک خود بود که این حق تصرف را، به فضا و اعماق زمین نیز سرایت می‌دهد؛ حال، با توجه به اطلاق ماده فوق، این چالش مطرح می‌شود که: طبق بنای عقلا، مالکیت بر زمین، شامل مالکیت تا عنان السماء نمی‌شود؛ به طوری که اگر هواپیماها یا سفینه‌های فضایی از بالای شهرها حرکت

کنند، کسی بگوید در ملک دیگران حرکت کرده‌اند و حرکت آنها بدون رضایت مالک، مجاز نیست؛ یا اینکه اگر بخواهند در اعماق زمین، مترو بسازند، رضایت صاحب خانه‌ها را لازم بدانند (مکارم شیرازی، ۱۳۹۶، ص. ۳۵۴)؛ زیرا دلیل احیاء شامل این موارد نمی‌شود؛ بنابراین عمق زمین و فضای بالا آن تحت همان مباحات اصلیه باقی می‌ماند (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۲۵، ص. ۵۷). این که بنای عقلا نسبت به آن اعماق ثابت نیست، شاید به جهت این باشد که از مسائل مستحدثه است (موحدی لنگرانی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص. ۶۲). بنابراین، در عصر حاضر، با توجه به اکتشافات جدید و پیشرفت‌های علمی، دیگر نمی‌توان به‌طور مطلق از حق مالکیت سخن گفت. حال، اگر چه به‌موجب حکم اولیه اسلام، مالکیت نامحدود مالک، بر فضا و قرار زمین مشروع شناخته شده است؛ لیکن، قانون‌گذار اسلامی می‌تواند بر اساس مقتضیات زمانی و مکانی، با وضع احکام ثانویه، به محدود سازی مالکیت خصوصی افراد بپردازد. که در ذیل به دلایل فقهی مشروعیت این محدود سازی و نقد و تحلیل آن پرداخته می‌شود:

۱- بیان نظریه:

اولاً. به استناد حدیث «من احیی ارضاً میتاً فهی له»، حیازت، فقط شامل ظاهر زمین می‌شود و بهره‌برداری از اعماق زمین فقط در حدّ سرداب و چاه آب پذیرفته است؛ اما معادن باطنی از قبیل طلا و نقره و غیره از ملکیت شخصی خارج است (خویی، ۱۴۱۲ق، ص. ۶۰) و از آنجایی که روایت اطلاق ندارد، چه بر اساس عرف، قائل به مالکیت لایه‌های نزدیک به سطح زمین شویم و چه بر اساس سیره عقلائی، قائل به مالکیت تبعی در لایه‌های زیرین زمین شویم، باز چاره‌ای جز اکتفا به قدر متقین «در حدّ سرداب و چاه آب» نداریم (سلطانیان، ۱۳۸۹، ص. ۲۲۰).

ثانیاً. از آنجایی که وضع احکام در شرع مقدس اسلام، تابع مصالح و مفسد است؛ گاهی ضرورت و مصلحت ایجاب می‌کند که برای رعایت مصالح عموم و جلوگیری از ایجاد هرج و مرج در سطح جامعه، منافع عمومی بر منافع شخصی ترجیح داده شود و حدود مالکیت خصوصی افراد محدود شود (صدر، ۱۳۸۲، ج ۲، ص. ۶۱)؛ که از آن جمله، محدودیت مالکیت مالک بر فضا و قرار زمین است که خارج از احتیاجات عرفی است (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص. ۵۸۷).

۲- نقد نظریه: در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: اگر چه امروزه، مقتضیات زمانی و

مکانی، ایجاب می‌کند که فضا و قرار زمین - خارج از احتیاجات عرفی مالک - در اختیار و تصرف دولت قرار بگیرد و جزو انفال به حساب آید تا در اختیار عموم مردم و در جهت رفع نیازهای آنان قرار بگیرد؛ لیکن، محروم کردن مالک زمین از کل این منافع، برخلاف حکم اولیه اسلام است؛ چراکه بر اساس فتاوی فقهاء، معادن و دفینه‌ای که در زمین شخصی یافت می‌شود، متعلق به صاحب زمین است و او تنها، موظف به پرداخت خمس آن می‌باشد. بنابراین باید:

اولاً. حقوق مالکین خصوصی حفظ شود و خسارات احتمالی آنها جبران شود؛ چنانکه در فتوای حضرت امام، در خصوص معادن نفت و گاز واقع در املاک شخصی آمده است: اگر این معادن در املاک شخصی یافت شود و دولت قصد استخراج و بهره‌برداری از آنها را داشته باشد، باید با انعقاد عقد بیع یا اجاره، پس از تملک عین یا منفعت زمین، ثمن یا اجاره بهای زمین را به مالک پرداخت نماید (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص. ۵۸۷).

ثانیاً. با استناد به روایاتی که دفینه و معادن موجود در زمین شخصی را، متعلق به صاحب زمین می‌دانند؛ اگر دولت، به جهت حفظ مصالح عموم، قصد تصرف و در اختیار گرفتن این ذخایر را دارد، باید با پرداخت قیمت این ذخایر، رضایت صاحب ملک را جلب کرده و از ورود خسارت بر او جلوگیری کند (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص. ۹۹۱)؛ در غیراین صورت، محروم ساختن مالک زمین، به‌طور کلی، از منابع یافت شده، هیچ مستند شرعی ندارد و طبق نظر برخی از فقهای معاصر، مصداق غصب و حرام می‌باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۶۲).

#### ۴. مبنای اجبار مالک به معامله زمین شخصی خود، در صورت پیدا شدن معدن یا دفینه

دلیل ما بر اجبار مالک به معامله، این است که اجتماع بشری ایجاب می‌کند که یک سلسله مقررات موضوعه وضع شود؛ زیرا گزینه و طبیعت برای تعیین حدود و حقوق انسان کافی نیست؛ از این رو، مالکیت‌ها نیز مانند بسیاری از مسائل دیگر زندگی اجتماعی باید با قانون مشخص شود. انسان باید تابع قانون باشد و متقابلاً قانون نیز، باید تابع عدالت باشد و عدالت عبارت است از این که به هر ذی‌حقی، حقتش داده شود؛ بنابراین، رعایت عدالت در قانون‌گذاری اقتضاء می‌کند که جامعه و فرد، هر دو به حقوق



خود برسند، اما اگر به فرض رعایت حق مالکیت شخص، با همه اوصافی که دارد، موجب تفویض مصلحت جامعه شود، عدالت حکم می‌کند که با تحدید مالکیت فرد، مصلحت جامعه حفظ شود و اگر رعایت مصلحت جامعه، جز از طریق سلب مالکیت شخصی امکان‌پذیر نیست، مصلحت جامعه باید مقدم شود، اما نه به دلیل این که فرد، هم عرض جامعه اصالت ندارد بلکه به دلیل این که حق مالکیت فرد، در واقع، یک حق اولویت نسبت به اموالی است که خداوند برای همه بشر قرار داده است و این اولویت نمی‌تواند موجب سلب حق جامعه شود. بعلاوه در تراحم بین حق جامعه و حق فرد، عقل حکم می‌کند که حق جامعه از باب تقدیم اهم بر مهم، بر حق فرد مقدم شود. اضافه بر این، تقدیم حق جامعه و رعایت مصلحت جامعه، آثار مثبتی دارد که خود شخص نیز از آن بهره‌مند می‌شود (خردمندی، ۱۳۸۶، صص. ۲۶۲-۲۶۴). علاوه بر استناد به اصل عدالت، قاعده تقدیم اهم بر مهم نیز اقتضاء می‌کند که اگرچه مالکیت هر شخص، دارای حرمت و احترام است، اما این حرمت به اندازه حرمت مصلحت عموم نیست و در مواردی که رعایت و حفظ هر دو ممکن نباشد، به حکم عقل و شرع، در این تراحم، باید مصلحت عموم به عنوان مصلحت اهم، بر مصلحت مهم یعنی حق مالکیت فرد مقدم شود. در محدوده احکام ثانویه نیز می‌توان گفت: مناط جواز عمل به بسیاری از احکام ثانویه، از قبیل موارد ضرورت و اضطرار، عسرو حرج، همین قاعده است؛ نه اینکه این قاعده، در عرض آن قواعد باشد (خردمندی، ۱۳۸۶، صص. ۲۶۷ و ۲۶۸).

##### ۵. نظریه مختار نویسندگان

اگرچه طبق ماده ۱۶۱ قانون مدنی، معدنی که در زمین کسی واقع شده، ملک صاحب زمین است و تنها استخراج ملک، تابع قوانین مخصوصه شده است؛ لیکن، در قانون معادن مصوب ۱۳۶۲/۳/۱، مالکیت صاحب زمین نسبت به معدنی که در زمین او واقع شده، بسیار محدود شده است؛ چنانکه بنا به ضرورت و حفظ مصالح جامعه اسلامی، بهره‌برداری از معادن بزرگ واقع در املاک شخصی - چون این معادن، ملی است و متعلق به ملت‌های حال و آینده است که در طول زمان موجود می‌گردند - از تبعیت املاک شخصیه خارج شده و در اختیار دولت قرار گرفته است؛ لیکن، دولت باید قیمت املاک اشخاص و یا اجاره زمین تصرف شده را مانند سایر زمین‌ها، بدون محاسبه

معادن در قیمت یا اجاره پردازد و مالک نمی‌تواند از این امر جلوگیری نماید. به عقیده نویسنده، مراد از جمع بین حقین این است که اگر بهره‌برداری از معدن، مستلزم تصرف زمین باشد، دولت، علاوه بر پرداخت قیمت زمین، سهمی از معدن اکتشافی یا بهای معادل آن را برای صاحب زمین در نظر بگیرد. و اگر بهره‌برداری از معدن، مستلزم تصرف زمین نباشد، سهمی از معدن اکتشافی یا بهای معادل آن را برای مالک در نظر بگیرد. و در حالت سوم، اگر بهره‌برداری از معدن، مستلزم تصرف زمین نیست؛ لیکن خساراتی را برای صاحب ملک به همراه دارد، ضمن در نظر گرفتن سهمی از معدن اکتشافی یا بهای معادل آن، خسارات احتمالی وارده بر زمین را جبران کند. بدیهی است که پرداخت کل بهای معدن یافت شده در ملک شخصی، از سوی دولت میسر نخواهد بود و ملی کردن معادن، از آنجایی که مستلزم سهیم شدن و بهره‌مندی مالک خصوصی در سرمایه‌های ملی کشور است، نفع او را نیز به دنبال دارد.

در خصوص دفینه نیز، اگرچه به حکم قانون و به جهت حفاظت از میراث فرهنگی، یابنده موظف به تحویل اشیاء عتیقه مکشوفه به دولت شده است؛ لیکن، حقی نیز برای او در نظر گرفته شده است که در خصوص اشیای عتیقه که قدمت آن بیشتر از صد سال است، معادل دو برابر بهای روز ماده خام فلزات قیمتی و جواهرات کشف شده، برای یابنده در نظر گرفته می‌شود و در خصوص اشیای غیرعتیقه، که قدمت آن به صد سال نمی‌رسد، پس از پرداخت خمس قیمت شیء کشف شده، شیء مشکوفه به یابنده تعلق می‌گیرد. در این صورت جمع بین حقین (حق حاکم و حق مالک خصوصی) صورت می‌گیرد و از تضييع حق مالک خصوصی جلوگیری می‌شود.

دلیل ما بر چرایی جبران خسارت در سلب مالکیت خصوصی این است که: هرچند دولت اسلامی، بدون توجه به خواست و اراده افراد، اقدام به سلب مالکیت شخصی از اموال آنها می‌کند؛ لیکن عدالت اقتضا می‌کند برای جلوگیری از تضييع حقوق فردی، بهای مال تملک شده به صاحب آن پرداخت شود و چنانچه خسارتی بر مال او وارد شده باشد، این خسارت جبران شود (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۰، ص. ۱۷۱)؛ زیرا در مقابل سهیم بودن مردم در ثروت‌های عمومی، مسئولیت آنها در مقابل هزینه‌های عمومی نیز ثابت می‌شود که مبنای این دیدگاه، علاوه بر اصل عدالت، نظریه «برابری همگان در تأمین

هزینه‌های عمومی» نیز می‌باشد (ابوالحمد، ۱۳۷۶، ص. ۵۶۳). که در مبانی حقوق اسلامی، از آن، با عنوان قاعده «من له الغنم فعليه الغرم» یاد می‌کنند. به همین دلیل، طبق قوانین جاری تملک، دولت علاوه بر الزام به پرداخت بهای عادلانه ملک سلب مالکیت شده، موظف به جبران خسارات ناشی از تملک نیز می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص. ۱۵۱). آنچه از تحلیل مطالب فوق بدست می‌آید، این است که: همه فقهاء و حقوق‌دانان معتقدند که دولت به جهت حفظ مصالح عمومی، می‌تواند اقدام به سلب مالکیت شخصی افراد در صورت لزوم کند که مستند این قول، مجوزات شرعی از جمله «قاعده ضرورت» و «لاضرر» می‌باشد؛ البته به شرطی که دولت، با پرداخت خسارات وارده به صاحبان املاک یا پرداخت بهای ملک تصرف شده، رعایت عدالت را بنماید.

### نتیجه‌گیری

آنچه از بررسی الزامات و چالش‌ها و عوامل تحدید مالکیت خصوصی در ماده ۳۸ قانون مدنی بدست می‌آید این است که: اگرچه در ماده ۳۸ ق.م، در ابتدای ماده، از حق مالکیت به‌طور مطلق سخن به میان آمده؛ لیکن با توجه به قید «... مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشد»، تحت تأثیر زمان و مکان در حقوق کنونی، استثناهای فراوانی در خصوص تصرف در معادن، فضا، اعماق زمین، آثار باستانی، گنج و... بر این ماده وارد شده و دایره مالکیت مالک را تا حدّ زیادی محدود کرده است؛ لذا، دیگر با دشواری می‌توان از اطلاق حق مالکیت سخن گفت. و از آنجا که مستثناء بیشتر از مستثناء منه است و این، مستلزم تخصیص اکثر است که از نظر اصولی قبیح است؛ لذا، واقع‌بینی اقتضاء می‌کند که قید قانون، در ماهیت ماده گنجانده شود و ماده به این صورت اصلاح شود که: «مالکیت زمین، مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است در حد عرف و همچنین است نسبت به زیر زمین و بالجمله مالک، حق هر گونه تصرف در هوا و قرار زمین را در حدود قوانین دارد». بدین معنا که در حقوق کنونی، بهتر است به جای سخن گفتن از اطلاق حق حاکمیت، از اصل تسلیط سخن به میان آید؛ بدین معنا که اگر در قوانین موضوعه و از نظر عرفی، برای اعمال حق مالکیت، قیدی قرار داده نشده باشد، با توجه به اینکه «آنچه منع نشده، مجاز است»، پس مالک، حق انتفاع یا تصرف در مال مورد نزاع را دارد. از سوی دیگر، با استناد به ادله شرعی که از سوی برخی فقهای

معاصر، در خصوص احترام اموال اشخاص و حرمت تصرف دیگران در مال غیر، ارائه شده و عمل دولت‌ها، در تحدید مالکیت خصوصی افراد بر اشیاء عتیقه یا معادن یافت شده در ملک شخصی، و وضع پاره‌ای الزامات قانونی و تعیین مجازات برای کسی که از تحویل اثر یافت‌شده خودداری می‌کند - بدون اینکه حقی برای یابنده یا مالک زمین در نظر بگیرند - را مصداق غصب و عمل حرام می‌دانند؛ لذا، ضرورت دارد دولت، با توجه به قاعده «الْجَمْعُ مَهْمَا أَمَكَّنَ أَوْلَىٰ مِنَ الطَّرْحِ»، با در نظر گرفتن سهمی برای مالک زمین و پرداخت خسارات به او، جمع میان حقین کرده و از تضييع حق غیر جلوگیری کنند. چنانکه در تأیید مطلب فوق، در متن مقاله، نمونه‌ای از رأی دیوان عدالت اداری، در خصوص محترم شمردن مالکیت شخصی افراد بر اشیاء عتیقه یافت‌شده در ملک شخصی ارائه شد.

## یادداشت‌ها

۱. وَاكُلُوا اَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ؛ و اموالتان را میان خودتان به ناروا مخورید.
۲. اموال منقوله که، از آثار ملی محسوب و مالکیت خصوصی داشته باشد، باید در فهرست جداگانه به ترتیبی که در ماده سوم مقرر است، ثبت شود.
۳. «... ثبت اثر در فهرست آثار ملی، خدشه‌ای به مالکیت مالک وارد نخواهد کرد...».
۴. چنانچه مالکیت دولت که دارای شخصیت حقوقی مستقل است، بر این گونه اموال عمومی فرض گرفته شود؛ آنگاه با استناد به حدیث نبوی «مردم بر اموال خود تسلط دارند»، این گونه اموال قابلیت انتقال به غیر به وسیله دولت و قابلیت بازداشت به وسیله اشخاص ثالث را پیدا می‌کنند، که این امر، موجب ورود ضرر به حقوق عمومی و تضییع حقوق ملت ایران می‌شود.
۵. از آنجایی که «زیان دیدن و زیان رساندن در اسلام، جایز نیست»؛ لذا، مالکیت دولت بر این گونه اموال عمومی توجیه شرعی ندارد.
۶. اطلاق مصوبه مذکور، نسبت به مواردی که اموال فرهنگی، تاریخی منقول، ملک شخصی اشخاص یا جزء موقوفات است، خلاف موازین شرع شناخته شد.

## کتابنامه

- قرآن کریم.
- ابن ادریس حلی، محمد بن احمد (۱۴۱۰ق). *السرائر*. قم: انتشارات اسلامی.
- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۰۴ق). *من لایحضره الفقیه*. قم: النشر الاسلامی.
- ابن براج، قاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶ق). *المهذب*. قم: النشر الاسلامی.
- ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۷۶). *حقوق اداری ایران*. تهران: نشر طوس.
- اراکي، محسن (۱۴۳۴ق). *ملکيه المعادن فی فقه الاسلامی*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- اردبیلی، احمد (۱۴۰۳ق). *مجمع الفوائد و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان*. قم: انتشارات اسلامی.
- اردبیلی، یوسف بن ابراهیم (۱۴۲۷ق). *الانوار لاعمال الابرار*. کویت: دارالضیاء.
- اشتهدادی، علی پناه (۱۴۱۷ق). *مدارک العروه*. تهران: دارالأسوه.
- اصفهانى (فاضل هندی)، محمد (۱۴۰۵ق). *کشف اللثام*. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
- اصفهانى، سیدابوالحسن (۱۴۲۲ق). *وسيله النجاه*. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی

(رحمت‌الله‌علیه).

امامی خوانساری، محمد (۱۴۲۷ق). الحاشیه‌الثانیه علی‌المکاسب. قم: آل‌البيت (علیهم‌السلام).  
امامی، سیدحسین (۱۳۳۸). حقوق مدنی. تهران: چاپ اسلامی.  
انصاری، مرتضی (۱۴۱۰ق). المكاسب «کتاب الخمس». بیروت: مؤسسه النور للمطبوعات.  
انصاری، مرتضی (۱۴۱۶ق). فرائد الاصول. قم: نشر الاسلامی.  
انصاری، مرتضی (۱۴۲۰ق). مکاسب. بی‌جا: المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئویة الثانية لمیلاد الشیخ الانصاری.

انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی (۱۳۸۸). دانشنامه حقوق خصوصی. تهران: جنگل.  
بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). حقائق الناظره. قم: انتشارات اسلامی.  
بیات، فرهاد و بیات، شیرین (۱۳۹۴). شرح جامع قانون مدنی. تهران: ارشد.  
جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.  
حائری شاه‌باغ، سید علی (۱۳۸۲). شرح قانون مدنی. تهران: کتابخانه گنج دانش.  
حائری یزدی، مرتضی (۱۴۱۸ق). کتاب الخمس. قم: النشر الاسلامی.  
حرعاملی، محمد بن حسن (۱۳۹۱). وسائل الشیعه. بیروت: دار احیاء التراث العربی.  
حسینی میلانی، محمدهادی (۱۳۹۵). محاضرات فی فقه الامامیه. مشهد: دانشگاه فردوسی.  
خردمندی، سعید (۱۳۸۶). تحدید مالکیت. کرمانشاه: طاق بستان.

خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۶۷). کتاب البیع. قم: مطبعه مهر.  
خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۷۸). صحیفه امام. تهران: نشر و تنظیم آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).

خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۹۰). تحریر الوسیله. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.  
خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۹۲). توضیح المسائل. تهران: مؤسسه تنظیم آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).

خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۱ق). الاجتهاد و التقليد. قم: چاپخانه نوظهور.  
خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۲ق). مصباح الفقاهه. قم: دارالفکر.  
خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۷ق). موسوعه الامام الخوئی. قم: مؤسسه احیاء آثار امام خوئی.  
خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق). التنقیح فی شرح العروه الوثقی. قم: توحید للنشر.  
خویی، سیدابوالقاسم (بی‌تا). المستند العروه الوثقی. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.  
روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۷). مجموعه قوانین.

سلطانیان، صحبت‌الله (۱۳۸۹). حقوق مدنی (اموال و مالکیت). تهران: جاودانه.  
سنهوری، عبدالرزاق احمد (بی‌تا). الوسيط فی شرح القانون المدني. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق). اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه. بیروت: دارالتراث.  
شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه. قم: النشر الاسلامی.  
شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه. قم: داوری.  
شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.  
شیرازی، ابی اسحاق ابراهیم (۱۴۱۷ق). المهذب فی الامام الشافعی. بیروت: دارالکتب العلمیه.  
صاحب جواهر، محمدحسن (۱۳۷۴). جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام. تهران: دارالکتب الاسلامیه.

صدر، محمدباقر (۱۳۸۲). اقتصادنا. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.  
صفایی، حسین (۱۳۸۹). دوره مقدماتی حقوق مدنی. تهران: میزان.  
طباطبایی بروجردی، آقا حسین (۱۴۲۳ق). رساله فی الخمس. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم‌السلام).

طباطبایی حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۶ق). مستمسک العروه الوثقی. قم: مؤسسه دارالتفسیر.  
طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۰۹ق). العروه الوثقی. بیروت: مؤسسه الأعلمی.  
طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۳۴۱). بحثی درباره مرجعیت و روحانیت «ولایت و زعامت». تهران: سهامی انتشار.

طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه. بی‌جا: مکتبه المرتضویه.  
طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: انتشارات اسلامی.  
عاملی، محمدجواد (بی‌تا). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه. قم: مؤسسه آل‌البيت (علیهم‌السلام).

علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۳۸۸). تذکره الفقهاء. تهران: مکتبه الرضویه.  
عمید زنجانی، عباسعلی و موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۸۸). بایسته‌های فقه سیاسی. تهران: مجلد.  
فیاض، محمداسحاق (۱۴۰۱ق). الأراضی. قم: دارالکتاب.  
قوی‌البنیه، ابوالفضل (۱۴۰۰). نظریه‌های بنیادین مالکیت خصوصی. تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی.

قوی‌البنیه، ابوالفضل (بی‌تا). تعالیق مبسوطه علی العروه الوثقی. قم: محلّاتی.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی، (اموال و مالکیت). بی‌جا: نشر یلدا.  
کاشف الغطاء، جعفر (۱۴۲۲ق). کشف الغطاء عن مبهمات الشریعه الغراء. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹). تحریرالمجله. تهران: مکتبه النجاج.  
کاشف الغطاء، مهدی (بی‌تا). مورد الأنام فی شرح شرائع الاسلام. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.  
کریمی، عباس و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۳). رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر و قاعده غربی سوءاستفاده از حق. فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال اول، (۲)، صص. ۱۳۵-۱۶۶.

کلانتری، علی‌اکبر (۱۳۷۸). حکم ثانوی در تشریح اسلامی. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). کافی. تهران: دارالکتب الاسلامیه.  
کنعانی، محمدطاهر (۱۳۸۷). تملک اموال عمومی و مباحات. تهران: انتشارات میزان.  
کوه کمری، سید محمد (۱۴۰۹ق). کتاب البیع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.  
مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۴ق). بحارالانوار. بیروت: مؤسسه الوفاء.  
محقق حلی، جعفر (۱۴۰۹ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. تهران: استقلال.  
محقق داماد، سیدمحمد (۱۴۱۸ق). کتاب الخمس. قم: دارالأسراء.  
محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۶). قواعد فقه، بخش مدنی (مالکیت و مسئولیت). قم: اسلامی.  
مصطفی، ابراهیم؛ الزیات، احمد حسن؛ عبدالقادر، حامد و النجار، محمدعلی (۱۹۸۹). المعجم الوسیط. استانبول: دارالدعوه.

مظفر، محمدرضا (۱۴۰۳ق). اصول الفقه. بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.  
مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق). فقه الامام الصادق (علیه السلام). قم: انصاریان.  
مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۶). آرشیو دروس خارج فقه آیت‌الله مکارم شیرازی. اصفهان: تحقیقات رایانه‌ای.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۶ق). انوارالفقاهه «کتاب الخمس و الأنفال». قم: مدرسه علی بن ابیطالب (علیه السلام).

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق). استفتائات جدید. قم: مدرسه علی بن ابیطالب (علیه السلام).  
منتظری، حسینعلی (۱۴۰۸ق). دراسات فی ولایه فقیه و فقه الدوله الاسلامیه. قم: نشر فکر.  
منتظری، حسینعلی (۱۴۰۹ق). مبانی فقهی حکومت اسلامی. قم: کیهان.



موحدی لنکرانی، محمدفاضل (۱۳۸۱). تفصیل الشریعه - الخمس و الأنفال. قم: مرکز فقه  
الائمه.

موسوی خلخالی، سید محمد (۱۴۲۷ق). فقه الشیعه «کتاب الخمس و الأنفال». قم: دارالبشیر.

مؤمن سبزواری، محمدباقر (بی تا). کفایه الأحکام. اصفهان: مهدوی.

نراقی، احمد (۱۴۰۵ق). مستند الشیعه فی احکام الشریعه. قم: منشورات کتابخانه آیت الله  
مرعشی.

هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۵ق). کتاب الخمس. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه  
اسلامی.

همدانی، آقا رضا (۱۴۱۶ق). مصباح الفقیه. قم: مؤسسه الجعفریه.

هنری، امیر (۱۳۸۹). مالکیت زمانی در قوانین موضوعه ایران. تهران: انتشارات جنگل، جاودانه.