

## بازاندیشی در احکام مربوط به اموال مباح بر مبنای تحول نظریه مالکیت خصوصی<sup>۱</sup>

محسن اسماعیلی\*، ابوالفضل قوی‌البنیه\*\*

### چکیده

قانون مدنی بخش عمده‌ای از ثروت‌های طبیعی و اموال عمومی بدون مالک را تحت عنوان کلی مباحات، توسط افراد جامعه قابل تملک می‌داند. این حکم که در ماده ۲۷ این قانون بیان شده و در مواد ۱۴۱ تا ۱۸۲ این قانون تفصیل یافته است، مبتنی بر نظریه طبیعی است که در قرن هجدهم در دنیا رواج داشته و با ورود به قانون اساسی فرانسه و قانون مدنی این کشور، به سایر نظام‌های حقوقی از جمله حقوق ایران نفوذ یافته است. همچنین احکام مربوط به مباحات در زمان غیبت امام معصوم که در کتب فقهی معتبر که مورد رجوع نویسندگان قانون مدنی بودند، با این نظریه موافقت داشت. اما تغییر شرایط اجتماعی و کاستی‌های نظریه طبیعی مالکیت خصوصی، باعث شد که در حقوق ایران، قوانین متعددی ناهماهنگ با احکام قانون مدنی در مورد اموال مباح به تصویب برسد. این تغییرات که به‌ویژه پس از سال‌های جنگ جهانی دوم ایجاد شده بودند، پس از پیروزی انقلاب اسلامی با تغییر نگاه فقهی به واسطه استقرار حکومت اسلامی و نیز تمایل به ملی‌سازی اموال عمومی هم‌سو شده و بیش‌ازپیش به این امر دامن زدند. اصل ۴۵ قانون اساسی، نقطه اوج ناهماهنگی احکام قانون مدنی با سایر قوانین در این مورد است. در مقاله حاضر با طرح مباحث فوق و با بررسی تحول احکام مربوط به تملک اموال عمومی در حقوق فرانسه و در فقه امامیه، به بررسی ضرورت اصلاح

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «مطالعه نظریه بنیادین مالکیت خصوصی» با راهنمایی آقای دکتر «محسن اسماعیلی» و مشاوره حجة الاسلام والمسلمین آقای دکتر «محمدحسین بیاتی» در دانشگاه عدالت است.

\* دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران  
esmaeil1344@yahoo.com

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه عدالت، تهران، ایران (نویسنده مسئول)  
abolfazlghavi@gmail.com

احکام مربوط به اموال مباح در قانون مدنی خواهیم پرداخت و پیشنهادهایی برای این اصلاح، ارائه خواهیم نمود.

**واژگان کلیدی:** مالکیت خصوصی، انفال، ثروت‌های عمومی، اموال مباح، اموال بدون مالک، زمین‌های موات، معادن

### مقدمه

قانون مدنی، اولین قانون ماهوی ایران است و مهم‌ترین دستاورد حقوق‌دانان و مجتهدین معاصر در نگارش قانونی با محتوای فقهی و با فرم مدرن در ایران به شمار می‌رود. دقتی که در نگارش متن این قانون و انتخاب کلمات آن صورت گرفته، موقعیت ممتازی به آن داده است، به گونه‌ای که تاکنون بعد از گذشت بیش از ۹۰ سال از تصویب کتاب اول قانون مدنی و با وجود تغییر نظام سیاسی کشور، هنوز بسیاری از مواد آن به همان صورتی که در سال ۱۳۰۷ به تصویب رسیده‌اند، دارای اعتبار بوده و نیازی به اصلاح نداشته‌اند.

با وجود این، با دقت در برخی از مواد قانون مدنی و مقایسه آن‌ها با محتوای برخی قوانین دیگر و مهم‌تر از همه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ناهماهنگی‌هایی را مشاهده می‌کنیم که نیازمند بررسی هستند تا روشن شود که آیا این موارد نشان‌دهنده اختلاف در مبانی این قوانین و تغییر نظریه حقوقی هستند، یا تصویب آن‌ها صرفاً ناشی از بی‌توجهی قانون‌گذار به قوانین سابق بوده است. یکی از نمونه‌های بروز این ناهماهنگی در قوانین، احکام مربوط به تملک اموال مباح در قانون مدنی و سایر قوانین است.

قانون مدنی، در مواد ۲۵ تا ۲۸، اموالی که مالک خاصی ندارند را به چهار دسته تقسیم کرده و احکام متفاوتی را در مورد هر یک از این اموال ذکر کرده است. دسته اول اموال عمومی هستند که مورد استفاده عموم بوده و هیچ‌کس نمی‌تواند آن‌ها را تملک کند، دسته دوم اموال دولتی هستند که در تصرف دولت بوده و قابل تملک خصوصی نیستند، سومین دسته اموال مباح هستند که مالک مشخصی ندارند و بر اساس ماده ۲۷ قانون مدنی، اشخاص می‌توانند مطابق قانون آن‌ها را تملک نمایند و آخرین دسته اموال مجهول‌المالک هستند که با اذن حاکم به مصارف فقرا می‌رسند.

همچنین مواد ۱۴۱ تا ۱۸۲ قانون مدنی، بخش زیادی از آنچه امروز به نام منابع طبیعی و ثروت‌های عمومی می‌شناسیم را تحت عنوان مباحات قابل تملک توسط اشخاص دانسته و به بیان جزئیات چگونگی این تملک پرداخته است.

با وجود این، در قوانین متعددی که پس از قانون مدنی به تصویب رسیده‌اند، از جمله قانون ملی کردن جنگل‌ها، قانون نوسازی و عمران شهری، قانون آب و نحوه ملی شدن آن، قانون معادن، قانون

زمین شهری و نیز قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، احکامی مغایر با نظام مالکیت موجود در قانون مدنی مشاهده می‌شود.

در این مقاله با پیگیری تحول نظریه حقوقی مالکیت در حقوق ایران پاسخی برای چرایی این ناهماهنگی و مغایرت مطرح کرده و با نگاهی به تحول نظریه حقوقی مالکیت در حقوق فرانسه و فقه امامیه که منابع الهام‌بخش نویسندگان قانون مدنی بوده‌اند، ضرورت اصلاح ماده ۲۷ و مواد ۱۴۱ تا ۱۸۲ قانون مدنی را بررسی خواهیم کرد.

### ۱. نظریه طبیعی مالکیت خصوصی به مثابه مبنای جواز تملک اموال مباح

در قانون مدنی، بخش عظیمی از منابع طبیعی، تحت عنوان اموالی که مالک مشخصی ندارند، توسط اشخاص قابل تملک دانسته شده و این اموال به اصطلاح مباحات نامیده شده‌اند، چراکه اصل کلی در مورد آن‌ها اباحه تملک است و به اختصار ضوابطی برای تملک آن‌ها در این قانون بیان شده است. تملک این اموال در قانون مدنی، از طریق حيازت (عنوان عمومی) و احیا (عنوان مختص زمین) حاصل می‌شود.

نکته حائز اهمیت این است که این طریق کسب مالکیت که در ماده ۱۴۰ قانون مدنی نیز به عنوان نخستین طریق کسب مالکیت در حقوق ایران دانسته شده، مبتنی بر نظریه طبیعی مالکیت خصوصی است و در این میان نظریه‌های مخالفی نیز وجود دارند. در ادامه، به نحو مختصر، اشاره‌ای به نظریه طبیعی مالکیت خصوصی خواهیم داشت.

#### ۱-۱. نظریه طبیعی مالکیت خصوصی در مقابل نظریه اثباتی

برای توجیه مالکیت خصوصی، در سنت اندیشه غربی، تئوری‌های مختلف و بعضاً متعارضی وجود دارد. مهم‌ترین تعارض، مربوط به این است که حق مالکیت را یک حق طبیعی بدانیم یا یک حق اثباتی. بر این اساس دو نظریه متعارض عمده به عنوان مبنای مالکیت خصوصی، می‌توان برشمرد. یکی نظریه طبیعی است و در مقابل آن نظریه اثباتی قرار دارد (getzler, 1996: 641).

نظریه طبیعی<sup>۱</sup>، مالکیت را حقی طبیعی مشابه حق حیات می‌داند و باور دارد که این حق، بین همهٔ آحاد بشر فارغ از جنس و نژاد و دین آن‌ها مشترک است. دلالت حقوقی این نظریه، آزادی مالکیت خصوصی است تا جایی که مانع استفاده دیگران از این حق طبیعی نشود. همچنین دلالت دیگر این نظریه، عدم امکان سلب حق مالکیت به جز در موارد بسیار ویژه است، درست مانند حق حیات که سلب آن جز در مورد جنایات عمده ممکن نیست. گروسوس (گروسوس، ۱۳۹۵: ۱۷۸-

(۱۹۶)، لاک (لاک، ۱۳۹۱: ۹۴-۹۸)، کانت (کانت، ۱۳۸۰: ۹۶-۸۶)، فیشته (Fichte, 2000: 106) و هگل (هگل، ۱۳۸۷: ۷۱-۷۰) از برجسته‌ترین صاحب‌نظران غربی هستند که به طبیعی بودن مالکیت خصوصی معتقدند. بر اساس این نظریه، مشروعیت حق مالکیت، وابسته به اعتبار آن توسط جامعه نیست، بلکه اساساً جامعه برای حفاظت و تضمین حق مالکیت و آزادی افراد تشکیل می‌شود (لاک، ۱۳۹۱: ۱۴۹). در میان آثار برخی از اندیشمندان مسلمان نیز می‌توان نشانه‌هایی از نظریه طبیعی مالکیت خصوصی را مشاهده نمود (مطهری، ۱۳۸۴: ۴۳۱).

در مقابل، نظریه اثباتی<sup>۱</sup>، قائل به مشروعیت مالکیت خصوصی بر مبنای قانون موضوعه است. در این نظریه، حق مالکیت که مشروعیت خود را از قانون بشری می‌گیرد، یا مبتنی بر نفع اقتصادی و اجتماعی است و یا بر اساس قرارداد و توافق اجتماعی ایجاد شده است. دلالت حقوقی نظریه اثباتی این است که مالکیت خصوصی تا جایی مجاز است که در راستای منفعت جامعه باشد و مالکیتی که منفعت عمومی و همگانی را به خطر بیندازد، بر اساس این نظریه مورد حمایت نخواهد بود و قابل سلب است. اعتقاد به چنین نظریه‌ای را در اندیشه ارسطو (ارسطو، ۱۳۷۱: ۵۰-۵۳)، آکویناس (aquinas, 1964: 2a 2ae 66)، هابز (هابز، ۱۳۸۰: ۱۵۸)، بنتام (bentham, 1887: 111-) و بسیاری دیگر از اندیشمندان غربی می‌توان ملاحظه کرد. در آثار برخی از اندیشمندان مسلمان نیز می‌توان رد پایی از این نظریه ملاحظه نمود (صدر، ۱۳۹۷: ۳۸).

## ۱-۲. استدلال به جواز تملک مباحات بر مبنای نظریه طبیعی

دو استدلال عمده در ذیل نظریه طبیعی، برای جواز تملک مباحات صورت گرفته است. استدلال اول، «اصل اولین تصرف» است. به موجب این اصل هرکس مال بدون مالکی را زودتر از دیگران به قصد تملک تحت تصرف و استیلاي خود درآورد، مالک آن می‌شود و دیگران موظفند مالکیت چنین فردی را به رسمیت بشناسند (پیلوار، ۱۳۹۳: ۱۰۹).

در این استدلال اهمیتی ندارد که فرد متصرف، چه کاری روی مال انجام داده باشد، بلکه تنها کافی است که آن مال، پیش از او مالکی نداشته باشد و او نخستین شخصی باشد که اراده خود را به تملک آن مال معطوف می‌نماید و عمل تصرف را انجام می‌دهد.

دومین استدلال عمده در این حوزه، «اصل کار» است که توسط جان لاک، فیلسوف انگلیسی قرن هفدهم بیان شده است. به اعتقاد جان لاک هر چیزی را که انسان از وضعیت طبیعی آن جدا کند و با کار خود در آمیزد، مالک آن چیز خواهد شد (لاک، ۱۳۹۱: ۹۵). از نظر جان لاک هر کس

مالک خویش است و از این جهت کار وی نیز به خودش تعلق دارد و بنابراین هرگاه فردی با بهره‌گیری از کار خویش عنصری را از طبیعت اخذ و با مهارت آن را به شیئی باارزش و کارآمد تبدیل نماید، مالک آن می‌شود (بادینی و بانسی، ۱۴۰۰: ۴۸).

## ۲. شناسایی مالکیت خصوصی به‌عنوان یک حق طبیعی بنیادین در قوانین اساسی

قرن هجدهم، در پرتو نظریات فلسفی جان لاک و دیگر فیلسوفان بزرگ این قرن، عصری بود که دفاع‌های قوی از مالکیت خصوصی و اهمیت فراسیاسی ثروت را در خود جای داده بود (کلی، ۱۳۸۸: ۴۳۱). در همین قرن بود که حق مالکیت راه خود را برای نفوذ در نظام‌های مختلف حقوقی باز نمود. این حق، نخستین بار در «اعلامیه حقوق بشر و شهروند»<sup>۱</sup> پس از انقلاب فرانسه، به‌عنوان یکی از حقوق ذاتی بشر، وارد اسناد حقوقی شد. نکته قابل توجه این است که تنها چند سال پیش از این تاریخ، اعلامیه استقلال آمریکا در ۱۷۷۶ در آمریکا به‌عنوان یکی از نخستین متون حاوی اعلام حقوق بشر به تصویب رسیده و با وجود ذکر حق حیات، حق آزادی و حق جست‌وجوی خوشبختی، نامی از حق مالکیت در آن برده نشده بود (garnsey, 2007: 221).

ماده دوم اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه بیان می‌کند: «هدف هر اجتماع سیاسی، حفظ حقوق طبیعی و فناپذیر بشر است. این حقوق عبارت‌اند از: آزادی، مالکیت، امنیت و مقاومت در برابر تعدی» (زرنگ، ۱۳۸۴: ۲۱۳).

شناسایی مالکیت به‌عنوان یکی از حقوق بنیادین بشر، اندکی بعد به قوانین اساسی کشورهای مختلف از جمله فرانسه، آمریکا و سایر کشورها وارد شد. در فصل اول قانون اساسی ۱۷۹۱ فرانسه، ذیل عنوان مفاد اساسی که قانون اساسی شناسایی می‌کند، آمده است: «قانون اساسی مصونیت از تعرض به اموال یا پرداخت غرامت عادلانه در مواردی که یک ضرورت عمومی قانونی نیازمند فداکاری است را تضمین می‌کند.»

در متمم چهارم قانون اساسی آمریکا در ۱۷۹۱ نیز حق مالکیت به‌عنوان یکی از حقوق اساسی به رسمیت شناخته شد. مطابق متمم چهارم قانون اساسی آمریکا: «حق امنیت جان، مسکن، اوراق و اسناد و مصونیت دارایی‌های مردم در برابر تفتیش و توقیف غیر موجه تضمین می‌شود و هیچ‌گونه حکم بازداشت اشخاص یا توقیف اموال صادر نمی‌شود، مگر بر پایه یک دلیل محتمل با سوگند یا اعلام رسمی و محل مورد تفتیش و اشخاص یا اموالی که باید توقیف شود دقیقاً باید مشخص شود.»

قانون اساسی مشروطه در ایران نیز از این تأثیرات مصون نبود و در متمم قانون اساسی مشروطه

1. Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen

در سال ۱۹۰۶ میلادی (۱۲۸۵ شمسی)، حق مالکیت به‌عنوان یکی از حقوق بنیادین مورد تأکید قرار گرفت. اصول ۶، ۹، ۱۵، ۱۶ و ۱۷ متمم قانون اساسی مشروطه، به‌صورت مستقیم به این اصل اشاره داشتند (بهمنی، ۱۳۹۳: ۲۲-۲۳). کنار هم قرار گرفتن مال و جان در اصول قانون اساسی مشروطه، تردیدی باقی نمی‌گذارد که قانون‌گذار این دو نوع حق را از یک سنخ می‌دیده است. در قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز هنوز می‌توان آثاری از این نگاه را مشاهده کرد، مانند اصل ۲۲ که حیثیت، جان و حقوق اشخاص را از تعرض مصون می‌دارد و حق مالکیت را نیز در زمره این حقوق دانسته‌اند (بیدار و عبدی پور فرد، ۱۴۰۰: ۴۹).

### ۳. تأثیرپذیری قانون مدنی از نظریه طبیعی مالکیت خصوصی

طبق گزارش‌هایی که از تدوین قانون مدنی صورت گرفته و به شهادت متن خود این قانون، تدوین‌کنندگان قانون مدنی در نگارش آن، هم به حقوق فرانسه (به‌ویژه کد ناپلئون) توجه داشته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۶۵) و هم کتب مشهور فقه امامیه از قبیل شرایع الاسلام، شرح لمعه، جواهرالکلام، مکاسب محرمه و... مورد رجوع آنان بوده است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۳۵). بر اساس تفصیلی که در ادامه خواهیم دید، نظریه موجود در حقوق فرانسه و فقه امامیه، در روزگار تصویب قانون مدنی، هم‌سو با نظریه طبیعی بوده و تعجب‌آور نیست که نفوذ این نظریه در قانون مدنی نیز مشهود باشد. همچنین باید توجه داشت که قانون مدنی حدوداً بیست و دو سال بعد از تصویب متمم قانون اساسی مشروطه، نگاشته شده و همان‌طور که گذشت، در قانون اساسی مشروطه به‌تبعیت از برخی قوانین اساسی، به‌خصوص قانون اساسی فرانسه، مالکیت به‌عنوان یک حق طبیعی انگاشته شده بود؛ بنابراین چنین نگاهی به حق مالکیت، در کنار هم سویی نظریه طبیعی با منابع قانون مدنی زمینه‌ای برای طراحی نظام مالکیت خصوصی در ایران بر مبنای نظریه طبیعی بود.

قانون مدنی در کتاب دوم از جلد اول، به بیان اسباب تملک می‌پردازد. ماده ۱۴۰ در این باره می‌گوید: «تملک حاصل می‌شود: ۱. به احیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه ۲. به وسیله عقود و تعهدات ۳. به وسیله اخذ به شفعه ۴. به ارث» سه مورد از این موارد، مربوط به اموالی هستند که پیش‌تر مالکی داشته‌اند و با یکی از این سه سبب، در حقیقت انتقال مالکیت صورت خواهد گرفت؛ اما مورد اول یعنی احیای اراضی موات و حیازت اشیای مباحه، مربوط به اموال بلاصاحب است (امامی، ۱۳۷۱: ۱۲۹).

برشمردن حیازت اشیای مباحه به‌عنوان یکی از اسباب تملک اشیا به‌تنهایی کافی است تا قانون مدنی را متأثر از نظریه طبیعی تلقی کنیم. تفصیل این رویکرد را می‌توان در ماده ۲۷ قانون مدنی و نیز مواد ۱۴۱ تا ۱۸۲ این قانون مشاهده نمود.

حکم اولی و عام در قانون مدنی در مورد اموال مباح را می‌توان در ماده ۱۴۳ این قانون در مورد زمین و در ماده ۱۴۷ در مورد سایر مباحات دید. به موجب ماده ۱۴۳ این قانون «هرکس از اراضی موات و مباحه قسمتی را به قصد تملک احیاء کند مالک آن قسمت می‌شود.» همچنین به موجب ماده ۱۴۷ قانون مدنی: «هرکس مال مباحی را با رعایت قوانین مربوطه به آن حیازت کند مالک آن می‌شود.»

کنار هم قرار دادن این دو ماده و سایر موادی که مفید این معنا هستند، با احکام مندرج در کد ناپلئون و نیز احکام مربوط به مباحات در زمان غیبت امام معصوم در کتب فقهی امامیه که شرح آن به زودی خواهد آمد، کاملاً نشان‌دهنده این مسئله است که حق مالکیت، نزد تدوین‌کنندگان قانون مدنی، یک حق طبیعی بوده و بر این اساس معتقد بوده‌اند که سلب و محدودیت آن باید در موارد استثنایی صورت بگیرد.

با این حال چنان‌که خواهیم دید، تغییر شرایط اجتماعی و نیز تغییر نظریه مالکیت در حقوق ایران هم‌سو با تحول در نظریه مالکیت در حقوق فرانسه و تحول در نگاه فقهی به احکام مربوط اموال مباح، موجب شده تا در قوانین بعد از قانون مدنی، احکام متفاوتی در مورد اموال مباح یافت شود که با احکام قانون مدنی در تعارض است.

#### ۴. نظریه طبیعی مالکیت در حقوق فرانسه و تحول آن در سال‌های اخیر

گفتیم یکی از منابعی که در تدوین قانون مدنی مؤثر بوده، قانون مدنی فرانسه معروف به کد ناپلئون است که در ۱۸۰۴ در فرانسه تصویب شده است. دکتر کاتوزیان در این مورد معتقد است که شیوه تنظیم مواد قانون مدنی، متأثر و الهام گرفته از قانون مدنی فرانسه است که نویسندگان آن، به واسطه اهمیت ویژه‌ای که در سده هجدهم میلادی برای مالکیت خصوصی و احترام به این حق قائل بودند، نظریه اسباب تملک را به نحوی تنظیم کردند که ارث و قواعد عمومی تعهدات و قراردادهای نیز در زمره این اسباب قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۶۵).

دکتر جعفری لنگرودی نیز ماده ۱۴۰ قانون مدنی را ناظر به ماده ۷۱۱ قانون مدنی فرانسه می‌داند. اگرچه ایشان معتقد است که نویسندگان قانون مدنی در آن تغییرات زیادی ایجاد کرده تا با قوانین اسلامی سازگار شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۱۳۳).

در ادامه نگاهی به نظریه طبیعی مالکیت خصوصی در قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) داشته و سپس تحول در نظریه و نظام مالکیت در قانون مدنی کنونی فرانسه را بررسی خواهیم نمود.

#### ۴-۱. نمود نظریه طبیعی مالکیت خصوصی در کد ناپلئون

در کد ناپلئون، کتاب سوم به اسباب مختلف کسب مالکیت اختصاص دارد. با توجه به قواعد

عمومی آنکه از ماده ۷۱۱ تا ۷۱۷ را شامل می‌شود، می‌توان تأثیرپذیری قانون مدنی ایران از این قانون را به‌وضوح ملاحظه کرد. این قانون اموالی را که بلاصاحب هستند متعلق به ملت (و نه دولت) می‌داند و از طرقی همچون ماهی‌گیری و شکار و یافتن دفينه در کنار قراردادها و تعهدات و توارث و... به‌عنوان اسباب تملک نام می‌برد که شباهت زیادی با قانون مدنی ایران دارد. (Spence, 1827: 194-196). اگرچه تفاوت‌هایی نیز در این مورد وجود دارد، از جمله این که قانون مدنی فرانسه مرور زمان و تصرف را نیز در زمره اسباب تملک دانسته ولی در قانون مدنی ما این دو مورد در زمره اسباب مالکیت پذیرفته نشده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۶۶).

از نکات قابل توجه در مورد کد ناپلئون این است که در دوره مظفرالدین شاه قاجار، حسین قلی نوری وزیر فوائد عامه، با ترجمه بخش‌های گزیده‌ای از کد ناپلئون، اقدام به نگارش پیش‌نویسی برای قانون مدنی می‌نماید. این اقدام به گفته خود او در مقدمه کتاب، در سال اول سلطنت مظفرالدین شاه (۱۳۱۴ق) یعنی ده سال پیش از پیروزی انقلاب مشروطه صورت گرفته است (نوری، ۱۳۸۹: ۱۱).

توجه به ترجمه برخی مواد کد ناپلئون که توسط حسین قلی نوری در پیش‌نویس قانون مدنی و تجارتي او آمده است، حائز اهمیت است. به‌عنوان مثال او در ماده ۴۴ پیش‌نویس خود که ترجمه مواد ۷۱۱ و ۷۱۲ کد ناپلئون است، در اسباب مالکیت بیان می‌کند: «اكتساب می‌شود ملکیت و حقوق عینت به اسباب آتیه و آن این است: عقود، هبه، میراث و وصیت، وضع ید، اضافه ملحقات به جهت ملک، شفعه، گذشتن مدت طویله» (نوری، ۱۳۸۹: ۲۸) همچنین در ماده ۵۶ پیش‌نویس که برداشتی از ماده ۷۱۴ کد ناپلئون است، می‌گوید: «اموال بلا مالک، ملک می‌شود به جهت کسی که اول دست تصرف بر او انداخته» (نوری، ۱۳۸۹: ۳۰).

موارد فوق نشانگر آن است که قانون مدنی فرانسه ۱۸۰۴ (کد ناپلئون) تحت تأثیر نظریه مالکیت رایج در آن روزگار نوشته شده و مالکیت در آن حقی طبیعی، بنیادین و مطلق به شمار می‌رود. ایرانیان نیز به‌واسطه کسانی که در فرانسه تحصیل کرده بودند و نیز به‌واسطه متونی همچون متن حسین قلی نوری، با این نظریه آشنا بودند و در پیش‌نویس‌هایی که از قانون مدنی تهیه می‌شد، این نظریه بروز داشته است.

#### ۲-۴. تحول در احکام مربوط به تملک اموال عمومی در حقوق فرانسه

پایه اصلی قانون مدنی فرانسه، کد ناپلئون است که در سال ۱۸۰۴ به تصویب رسیده است. برخی از قسمت‌های این قانون در سال‌های گذشته اصلاح و به‌روزرسانی شده‌اند، اما این اتفاق در مورد بخش وسیعی از کتاب دوم این قانون که به حقوق اموال اختصاص دارد، صورت نگرفته است. به اعتقاد برخی از نویسندگان مطرح در حقوق فرانسه، وضعیت قوانین مربوط به حقوق مالکیت



در فرانسه بحرانی است و این قوانین با شرایط اجتماعی ابتدای قرن نوزدهم سازگار بوده و مربوط به یک جهان روستایی و یک جامعه بورژوازی است و این رویکرد برای جهان امروز ما که دو قرن با آن جهان فاصله دارد، جوابگو نیست (Terré and Simler, 2014: 1).

این نویسندگان، محدودیت در حقوق مالکیت به واسطه ملی سازی منابع، ورود قواعد مربوط به ارث به ذیل حقوق عمومی، مقررات مربوط به میراث فرهنگی و نیز مطرح نشدن قواعد مربوط به مالکیت های فکری در قانون مدنی را از نشانه های ناکارآمدی قانون مدنی در حقوق فرانسه به شمار می آورند (Terré and Simler, 2014: 1).

تغییرات اجتماعی مذکور در بالا و رواج گرایشات سوسیالیستی در فرانسه موجب شده تا با وجود عدم اصلاح جدی در مقررات مربوط به حقوق اموال در قانون مدنی فرانسه، در سال های اخیر دو اصلاح مهم و اساسی در قوانین این حوزه صورت بگیرد.

مورد اول مربوط به اصلاح ماده ۵۳۹ قانون مدنی فرانسه است. در نسخه اولیه این ماده در کد ناپلئون، مصوب ۱۸۰۴، آمده بود که: «تمام دارایی های بلا تصدی و بدون مالک و نیز دارایی های افرادی که بدون وارث می میرند، یا املاک آن ها متروکه شده، به مالکیت عمومی تعلق دارند.» در اصلاحی که در سال ۲۰۰۴ در مورد قانون مدنی فرانسه صورت گرفت، این ماده به این صورت تغییر کرد: «دارایی های افرادی که بدون وارث می میرند یا املاک آن ها متروکه شده، متعلق به دولت است.»

اصلاح مهم دیگر در قانون مدنی فرانسه مربوط به ماده ۷۱۳ این قانون است. در نسخه اولیه این قانون در سال ۱۸۰۴ آمده بود: «اموالی که هیچ صاحبی ندارند، متعلق به ملت هستند.» در اصلاح سال ۲۰۰۴، این ماده به شکل زیر اصلاح شد: «کالاهایی که مالک ندارند متعلق به شهرداری هستند که در قلمرو آن واقع شده اند. اگر شهرداری از استفاده از حقوق خود منصرف شود، مالکیت به طور خودکار به دولت منتقل می شود.» همین حکم با تفصیل بیشتری در اصلاحات سال های ۲۰۱۴ و ۲۰۱۶ نیز باقی مانده است.

موارد مذکور نشان دهنده این است که اگرچه قانون گذار فرانسه هنوز اصلاح جامعی از مقررات قانون مدنی در بخش حقوق اموال ارائه نکرده، لیکن با به رسمیت شناختن تغییر نظریه مالکیت در این کشور، در دو ماده از مهم ترین موادی که نشان دهنده نظریه طبیعی بودند، این تغییر را در حقوق خود اعمال نموده است. در هر دو نمونه ذکر شده، تملک دارایی های بدون مالک که پیش تر توسط عموم مردم مجاز شمرده می شد، دیگر ممکن نبوده و این اموال به دولت منتقل شده اند. توجه به این اصلاحات و تغییراتی که در نظریه مالکیت در حقوق فرانسه صورت گرفته، با توجه به تأثیر آن در قانون مدنی ایران، باید مورد توجه قانون گذار ایران نیز قرار گیرد.

### ۵. نگرش فقهی به مسئله مالکیت اموال مباح در فقه امامیه

در کنار قانون مدنی فرانسه، فقه امامیه به‌عنوان مهم‌ترین منبع محتوای قانون مدنی به شمار می‌رود و کُتبی همچون شرایع، شرح لمعه، جواهرالکلام، مکاسب و... مورد رجوع هیئت تدوین قانون مدنی بوده‌اند (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۳۵). در ادامه ابتدا نگاهی به وضعیت احکام مربوط به تملک اموال مباح در کتب اصلی فقه امامیه که مورد رجوع هیئت تدوین قانون مدنی بوده‌اند می‌اندازیم و سپس تحول در احکام این بخش با توجه به مسائل مربوط به فقه حکومتی را بررسی خواهیم نمود.

#### ۵-۱. جواز تملک اموال مباح در عصر غیبت در فقه امامیه

طرقی که به‌عنوان طرق کسب مالکیت اولیه در قانون مدنی ذکر شده (احیاء اراضی موات، حیازت مباحات، معدن، اشیاء پیدا شده و حیوانات ضاله، دفینه، شکار) هر یک به‌طور مستقل و مفصل در کتب فقهی بحث شده و قابل دسترسی هستند. در ادامه با رعایت اختصار تنها به دو مورد یعنی احکام مربوط به احیای اراضی موات و تملک معادن در سه کتاب مهم فقهی که مورد رجوع هیئت تدوین قانون مدنی بوده‌اند، یعنی سه کتاب شرایع الاسلام، جواهرالکلام و شرح لمعه اشاره می‌کنیم تا روشن شود که احکام فقهی این ابواب در مورد زمان غیبت امام معصوم علیه‌السلام، با نظریه طبیعی مالکیت خصوصی هم‌خوانی بیشتری دارد.<sup>۱</sup>

در مورد زمین موات، میان فقهای امامیه اختلافی وجود ندارد در این‌که زمین موات از آن امام علیه‌السلام است. محقق حلی می‌نویسد زمین موات متعلق به امام است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۱۵). شهید ثانی بر این قول ادعای اجماع می‌کند (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۳۶) و صاحب جواهر پس از بیان اینکه اختلافی در این مطلب نیست و بلکه اجماع در این مورد حاصل است، می‌نویسد: «در این مورد نصوصی داریم که می‌توان در مورد آن ادعای تواتر کرد» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۱). باید توجه داشت که این حکم از زمان شیخ طوسی نیز در میان فقهای امامیه رایج بوده است. ایشان در کتاب مبسوط آورده است: «و اما زمین موات پس کسی مالک آن نمی‌شود و به‌طور خاص از آن امام است و اگر احدی از مسلمین آن را احیا کند، نسبت به آن حق اولویت در تصرف می‌یابد و امام از او مالیات آن را می‌گیرد...» (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۹).

اما مسئله اصلی مورد بحث ما، این است که حکم احیای اراضی موات در زمان غیبت امام معصوم چگونه است؟ آیا در احیاءکننده زمین برای کسب مالکیت، اسلام شرط هست و یا کافر نیز

۱. مقصود این نیست که فقه امامیه به نظریه طبیعی مالکیت خصوصی معتقد است، بلکه احکام فقهی مالکیت در کتب یادشده محتملی است تا نظریه طبیعی مالکیت خصوصی بتواند در قانون نمود پیدا کند و مخالف شرع نباشد.

می‌تواند به واسطه احیای زمین، مالک آن شود؟

شهید ثانی در این مورد می‌نویسد: «حکم زمین موات آن است که در صورتی که امام غایب باشد، هرکس زمین را احیا کند مالک آن می‌شود هرگاه که قصد تملک آن را نموده باشد، فارغ از این که مسلمان باشد و یا کافر، به دلیل عموم روایت «من احیا ارضاً میتة فیه له» (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۳۶).

مرحوم نجفی در جواهرالکلام نیز این موضوع را مفصل بحث می‌کند که آیا در محیی، اسلام شرط است یا خیر؟ ایشان معتقد است که در تملک از طریق احیا فرقی میان مسلمان و کافر نیست، در این راستا کلام محقق کرکی در جامع المقاصد را نقل می‌کند که گفته است: «مخفی نماند که اشتراط اذن امام مربوط به زمان ظهور اوست، پس در زمان غیبت این اشتراط وجود ندارد، چراکه احیا منتفی می‌شود» (محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۱۱). ایشان پس از بیان سایر استدلال‌ها نتیجه می‌گیرد که تملک با احیا به طور مطلق، فارغ از اسلام یا عدم اسلام محیی، حاصل می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶).

باید توجه داشت که اطلاق تملک از طریق احیا و عدم تمایز میان مسلمان و کافر در این حکم، به نوعی همان نظریه طبیعی را به ذهن متبادر می‌سازد. بر اساس فتوای فقهای امامیه که نمونه‌هایی از آن را ذکر کردیم، در مورد زمین‌های موات در زمان غیبت امام معصوم، آن کس که زودتر به احیای این زمین‌ها پردازد، مالک آن خواهد شد، فارغ از آنکه مسلمان باشد یا کافر و این همان محتوای نظریه طبیعی در مورد تملک زمین است.

همین حکم را می‌توان در مورد معدن نیز مشاهده نمود. مرحوم محقق حلی در شرایع می‌نویسد: «معادن ظاهره... هرکس زودتر به آن‌ها برسد، به میزان حاجت خود از آن بر می‌دارد... و معادن باطنه با احیاء به تملک در می‌آیند...» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۲۲). صاحب جواهر در شرح قسمت اول فرموده: «هیچ خلاف و اشکالی در این مطلب نیست» و در مورد معادن باطنه می‌فرماید: «احیاء آن کاری است که به موجب آن امکان استخراج از معدن فراهم شود و اختلافی در این مطلب نیست.» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۱۰). البته باید توجه داشت که محقق حلی قول مخالفی را نقل کرده که: «برخی از فقهای ما معدن را مختص امام می‌دانند و آن را از انفال می‌دانند و بنابراین تملک معدن ظاهره و باطنه بدون اذن امام ممکن نیست.» لکن خود ایشان و همچنین صاحب جواهر این قول را رد می‌کنند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۲۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۸).

شهید اول در لمعه عبارتی مشابه عبارت محقق حلی ذکر کرده و شهید ثانی در شرح آن می‌نویسد: «معادن ظاهره... هرکس زودتر به آن‌ها برسد، به میزان حاجت خود از آن بر می‌دارد، یا

هرآنچه می‌خواهد از آن برمی‌دارد ولو آنکه از میزان نیاز او بیشتر باشد، به سبب اولویتی که به خاطر پیشی گرفتن از دیگران پیدا کرده است... و معادن باطنه با رسیدن به عمقی که استخراج از آن ممکن باشد به تملک در می‌آید و این همان احیاء آن است» (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۹۱).

همان‌طور که مشهود است، در مورد معدن نیز فتاوی فقهای امامیه در زمان غیبت امام معصوم، هم‌سو با نظریه طبیعی مالکیت خصوصی است. بر اساس این فتاوی، حق تملک مباحات برای همه افراد جامعه، فارغ از دین‌شان به‌طور یکسان وجود دارد و نیز ملاک برای تملک اموال مشترک این است که فرد زودتر از سایرین به آن دست پیدا کند؛ و این همان موضوعی است که در ذیل نظریه طبیعی مالکیت خصوصی با عنوان اصل اولین تصرف از آن یاد می‌شود.

به‌جهت رعایت اختصار در این بخش از ذکر احکام مربوط به تملک سایر اموال مباح در کتب فقهی خودداری می‌کنیم. آنچه تا اینجا روشن شد، این است که فقهای امامیه در کتب فقهی که مورد رجوع تدوین‌کنندگان قانون مدنی بوده، برای تملک مباحات در زمان غیبت امام معصوم احکامی را ذکر کرده‌اند که با نظریه طبیعی مالکیت خصوصی هم‌خوانی دارد.

## ۲-۵. تحول در احکام تملک اموال عمومی در فقه امامیه

همان‌طور که در قسمت قبل گفته شد، فتاوی فقها در مورد اطلاق ادله مالکیت احیاکننده زمین، یا حیازت‌کننده مباحات، مربوط به عصر غیبت و عدم وجود حکومت اسلامی هستند. با مطرح شدن مباحث مربوط به حکومت اسلامی، به‌ویژه در طلیعه پیروزی انقلاب اسلامی، شاهد فاصله گرفتن استدلال‌های فقهی از اطلاق این ادله و توجه به نقش حکومت اسلامی در جانشینی امام معصوم هستیم.

به‌عنوان مثال شهید صدر در کتاب اقتصادنا پس از بحثی طولانی در مورد مالکیت زمین، می‌نویسد: «اکنون می‌توان گفت که زمین، سراسر، ملک دولت یا منصبی است که پیامبر یا امام آن را بر عهده دارد و این حکم دارای هیچ استثنائی نیست... بنابراین اصل اولی در مسئله زمین، مالکیت دولت است و در کنار این اصل حق احیا وجود دارد...» (صدر، ۱۳۹۷: ۱۵۰).

به‌عنوان نمونه‌ای دیگر می‌توان به موضع امام خمینی در کتاب بیع اشاره کرد مبنی بر اینکه «در عصر غیبت، فقیه ولی امر و ولی بر همه آن چیزی است که امام علیه السلام متولی آن بوده است و از آن جمله... برای او ولایت بر انفال و فیء نیز هست» (خمینی، ۱۳۸۸: ۶۶۴).

همچنین یکی از فقهای معاصر می‌نویسد: «همان ملاکی که موجب جعل اختیار اموال عمومی به دست پیامبر یا امام معصوم می‌شود، موجب جعل آن تحت اختیار نایبان آن‌ها در عصر غیبت نیز می‌شود، وگرنه اجرای حدود اسلامی و احکام آن و گسترش عدالت اجتماعی و قطع ریشه مخالفان

و دشمنان ممکن نمی‌شود و حکومت بدون وجود نظام مالی قابل فرض نیست... دلیلی وجود ندارد بر شمول اخبار تحلیل و احیاء بر زمان تشکیل حکومت صالحی که مبسوط الید باشد و امکان قبض و بسط و تصمیم قاطع نسبت به زمین‌ها و اموال عمومی داشته باشد به نحوی که مصلحت اجتماعی را به بهترین نحو مراعات نماید» (منتظری، ۱۳۷۰: ۱۶۵-۱۶۴).

همان‌طور که مشاهده می‌شود، این فقهای معاصر، با نگاه به مسائل مربوط به حکومت اسلامی در زمان غیبت، استدلال‌های متفاوتی نسبت به فقهای گذشته مطرح نموده و مالکیت امام معصوم بر زمین را مربوط به شأن و جایگاه امام معصوم می‌دانند، نه شخص او؛ و در این صورت با تشکیل حکومت اسلامی و با حضور ولی فقیه در جایگاه ولایت بر همه آن چیزی که امام معصوم متولی آن بوده است، مالکیت بر زمین نیز در اختیار حکومت اسلامی قرار می‌گیرد.

پیش از خاتمه این بحث برای نشان دادن تأثیر مسئله تشکیل حکومت در تغییر فتاوی فقها، به‌عنوان یکی از نمونه‌های جالب و مهم، می‌توان به فتوایی از امام خمینی اشاره نمود. ایشان در تحریرالوسیله که پیش از انقلاب اسلامی نوشته شده، حکم معدن را به صورت مطلق ذکر کرده‌اند که در مورد معادن باطنی همچون نفت، هرکس عمل احیا را نسبت به آن‌ها انجام دهد، مالک می‌شود (خمینی، ۱۳۸۵: ۲۳۵).

با وجود این، ایشان در سال ۱۳۶۶ و پس از استقرار حکومت جمهوری اسلامی، در پاسخ به استفتائی در مورد معادن نفت، فرموده‌اند: «و اما اگر فرض کنیم معادن و نفت و گاز در حدود املاک شخصی است - که فرض بی‌واقعیت است - این معادن چون ملی است و متعلق به ملت‌های حال و آینده است که در طول زمان موجود می‌گردند، از تبعیت املاک شخصی خارج است؛ و دولت اسلامی می‌تواند آن‌ها را استخراج کند، ولی باید قیمت املاک اشخاص و یا اجاره زمین تصرف شده را مانند سایر زمین‌ها بدون محاسبه معادن در قیمت و یا اجاره پردازد؛ و مالک نمی‌تواند از این امر جلوگیری نماید» (خمینی، ۱۳۷۸: ۴۰۳-۴۰۲).

بر این اساس مشاهده می‌شود که مباحث مربوط به حکومت اسلامی و نیز تغییر شرایط اجتماعی بر احکام تملک اموال عمومی در فقه امامیه تأثیر گذاشته و این احکام را متفاوت نموده‌اند، هرچند که تذکر داده شد که این تغییر به نوعی بازگشت به همان حکم اولیه و تثبیت اختیار حاکم اسلامی بر اموال عمومی بوده است (به نیابت از امام معصوم که مالک اصلی آن‌هاست). از این روی در حال حاضر و با وجود حکومت اسلامی، دیگر نمی‌توان نظریه طبیعی را با احکام تملک اموال عمومی در فقه امامیه هم‌سو دانست.

حال پس از بررسی تحولات صورت گرفته در منابع قانون مدنی (حقوق فرانسه و فقه امامیه)، به

حقوق ایران بازخواهیم گشت و تحول در قوانین مربوط به تملک اموال مباح را در حقوق ایران بررسی خواهیم نمود.

### ۶. قوانین ناهماهنگ با قانون مدنی در مورد تملک اموال مباح

با گذشت چند سال از تصویب قانون مدنی و با تحولات اجتماعی که از دهه ۱۳۳۰ به بعد در ایران رخ داد، قوانین متعددی در جهت محدودسازی حق تملک اموال مباح که در قانون مدنی ذکر شده بود، به تصویب رسید. تعدد این قوانین و ابتنای آن‌ها بر مصلحت اجتماعی و یا صلاحدید حاکم نشانه‌هایی از این فاصله گرفتن نظام حقوقی ایران از نظریه طبیعی مالکیت خصوصی هستند.

#### ۶-۱. تحدید حق تملک اموال مباح بر اساس مصلحت اجتماعی در قوانین پیش از انقلاب

با رشد جمعیت و افزایش مهاجرت به شهرهای بزرگ همچون تهران که در سال‌های پس از جنگ جهانی دوم صورت گرفته بود، قانون‌گذار ایران به سمت محدود نمودن تملک اموال مباح حرکت کرد و قوانینی را در این راستا به تصویب رساند.

نخستین قانون مخصص قاعده عام تملک مباحات در قانون مدنی، لایحه قانونی ثبت اراضی موات اطراف تهران بود. یکی از نویسندگان در این خصوص نوشته است: «به منظور حفظ مصالح عمومی و جلوگیری از خرید و فروش غیرعادی زمین‌های موات، به موجب لایحه قانونی ثبت اراضی موات اطراف تهران، مصوب ۱۶ مرداد ۱۳۳۴، تقاضای ثبت اراضی بائر بدون مالک و موات اطراف تهران از تاریخ ۲۸ مرداد ۱۳۳۴ فقط از بانک ساختمانی پذیرفته می‌شود و هیچ‌کس نمی‌تواند به‌عنوان احیای اراضی، تقاضا ثبت کند» (کی‌نیا، ۱۳۴۳: ۱۲۵).

در همان سال‌ها قانون مشابهی در مورد معادن نیز به تصویب رسید. قانون معادن ۱۳۳۶، معادن را به سه طبقه تقسیم کرده و مالکیت معادن طبقه سوم<sup>۱</sup> را مطلقاً متعلق به دولت می‌دانست. در مورد معادن طبقه دوم نیز اکتشاف و بهره‌برداری از این معادن در اختیار دولت اما قابل واگذاری به اشخاص و مؤسسات دانسته شده بود و این قانون حکم اولی تملک معادن را تنها در مورد معادن طبقه اول، به شرطی که در ملک اشخاص قرار داشته باشند، جاری می‌دانست.

همین مسئله را در مورد دوفینه هم می‌توان مشاهده کرد. بر اساس قانون راجع به حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹، کلیه آثار صنعتی و ابنیه و اماکنی که تا اختتام دوره سلسله زندیه در مملکت ایران احداث شده اعم از منقول و غیرمنقول جزء آثار ملی ایران محسوب شده و تحت حفاظت و نظارت

۱. کلیه مواد نفتی، قیر، گازهای طبیعی و مواد رادیواکتیو مانند رادیوم، توریم، اورانیوم و کلیه موادی که جهت استفاده نیروی اتمی به کار می‌رود.

دولت قرار داشتند. با این حال در ماده پنج این قانون مالکیت اشخاص خصوصی بر این آثار همچنان باقی مانده بود. ولی با قانون خرید اراضی و ابنیه و تأسیسات برای حفظ آثار تاریخی و باستانی مصوب ۱۳۴۷، این مالکیت متزلزل شد، چراکه طبق این قانون، اگر دولت احتیاج به خرید اراضی و ابنیه ... می‌داشت، می‌توانست آن را با پرداخت بهای آن از مالک بخرد و اگر مالک راضی نبود این امر به حکم دادستان صورت می‌گرفت. در مورد قیمت نیز اگر توافق حاصل نمی‌شد، قیمت در هیئتی مرکب از وزیر کشور و دادستان کل و مدیرکل ثبت یا نمایندگان آن‌ها تعیین می‌شد (صدارت، ۱۳۵۵: ۳۳).

به جز این نمونه‌ها در قوانین دیگری که در سال‌های پیش از انقلاب اسلامی به تصویب رسیدند، بسیاری از مصادیق اموال مباح بر مبنای مصلحت اجتماعی غیر قابل تملک تلقی شدند که از آن میان می‌توان به قانون ملی کردن جنگل‌ها مصوب ۱۳۴۱، «قانون شکار و صید» مصوب ۱۳۴۶، قانون «نوسازی و عمران شهری» مصوب ۱۳۴۷ و قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷ اشاره کرد<sup>۱</sup> (موحد، ۱۳۵۲: ۱۶۱-۱۶۰).

## ۲-۶. تحدید حق تملک اموال مباح پس از تشکیل حکومت اسلامی

در بهمن ۱۳۵۷ و با پیروزی انقلاب اسلامی ایران، به واسطه تحولات اجتماعی و در کنار آن خشم مردم از سلطه و نفوذ فوق‌العاده بیگانگان در دوران پهلوی (غمامی، ۱۳۹۰: ۵۵۴) گرایش به سمت ملی کردن و دولتی‌سازی اقتصاد ایجاد شد و این امر موجب شد تا در قانون اساسی، اقتصاد دولتی پررنگ‌تر از سایر بخش‌ها باشد (هاشمی، ۱۳۹۲: ۳۰۷، غمامی، ۱۳۹۰: ۵۵۴، موذنی، ۱۳۹۳: ۱۷۰).

همچنین قرائت امام خمینی از نظریه ولایت فقیه نقش پررنگی در گسترش اختیارات حکومت داشت، چراکه بسیاری از احکام اسلامی به‌ویژه در شئون اقتصادی و اجتماعی مختص زمان حضور امام معصوم تلقی می‌شدند و در دوران غیبت معطل مانده بودند، ولی با نظریه ولایت فقیه امام خمینی، همان اختیارات پیامبر و امام معصوم برای تشکیل حکومت و اجرا و تصدی اداره جامعه برای حاکم اسلامی نیز ثابت شد (خمینی، ۱۳۵۷: ۶۶).

در مورد تملک اموال مباح، مهم‌ترین قانونی که در ابتدای انقلاب، توسط شورای انقلاب به

۱. جالب اینجاست که تا پیش از سال ۱۳۴۷، حدود ۴۶ قانون مرتبط با نظام حقوقی آب‌ها تصویب شده است که همگی مالکیت شخصی نسبت به آب را حمایت می‌کردند؛ اما با قانون ۱۳۴۷ امکان تملک آب به عنوان یکی از مباحات از بین می‌رود (قائد امینی، ۱۳۹۸: ۱۶۲).

تصویب رسید، قانون «لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن» مصوب (۱۳۵۸/۴/۵) بود. این قانون دارای یک مقدمه بود که منعکس کننده نظر تصویب کنندگان آن در مورد مسئله امکان تملک زمین‌های موات توسط افراد بود. در این مقدمه آمده بود: «از آنجا که طبق موازین اسلام، زمین موات ملک کسی شناخته نمی‌شود، در اختیار دولت اسلامی است و اسناد مالکیتی که در رژیم سابق نسبت به زمین‌های موات در داخل محدوده شهری یا خارج آن صادر شده برخلاف موازین اسلام و مصلحت مردم بوده است.»

چند ماه پس از این قانون، در آذر ۱۳۵۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در همه‌پرسی به تصویب رسید. بر اساس اصل ۴۵ این قانون: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رهاشده، معادن، دریاها، دریاچه، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، نزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست، ارث بدون وارث و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از غاصبین مسترد می‌شود در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند.»

از آنجا که برخی از مصادیق ثروت‌های طبیعی مشمول عنوان فقهی انفال قرار ندارند (یا اختلافی هستند) و نیز اینکه برخی از موارد انفال در زمره ثروت‌های طبیعی قرار ندارند و نسبت عموم و خصوص من وجه در مورد آن‌ها برقرار است (فراهانی فرد، ۱۳۸۹: ۷۶)، در این اصل هر دو عنوان ذکر شده تا از این جهت مشکلی به وجود نیاید.

این مهم‌ترین متن قانونی است که تقریباً تمام مصادیق مذکور در مواد ۱۴۱ تا ۱۸۲ قانون مدنی را شامل می‌شود و همه این اموال را در اختیار حکومت اسلامی معرفی می‌کند. اینکه آیا با این اصل مواد ذکر شده در قانون مدنی نسخ شده‌اند یا خیر را در ادامه بررسی خواهیم نمود؛ اما باید توجه داشت که به موجب این اصل، انفال و ثروت‌های طبیعی به ملکیت دولت در نمی‌آیند بلکه بدون مالک خصوصی باقی مانده و اختیار تعیین تکلیف آن‌ها به دولت داده شده است. چنان‌که در نمونه‌ای دیگر، شورای نگهبان در نظر شماره ۳۳۵۷ مورخ ۱۳۶۰/۵/۲۹ در خصوص طرح اراضی شهری مجلس، اعلام کرد که «در تبصره ماده ۴ جمله ملکیت دولت به اختیار دولت اصلاح گردد.» (فتوحی، ۱۳۹۴: ۴۸۳).

به هر تقدیر اصل ۴۵ یک اصل کلی و مجمل بوده و نیاز به قوانینی وجود داشت تا این حکم کلی را تفصیل دهند و از اجمال به تفصیل برسانند. از این میان «قانون زمین شهری» مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ و آیین‌نامه اجرایی آن در ۱۳۶۷/۴/۱۵، «قانون توزیع عادلانه آب» مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۶، «قانون معادن» مصوب ۱۳۷۷/۳/۲۳، فصل نهم از کتاب تعزیرات قانون مجازات



اسلامی «در تخریب اموال تاریخی، فرهنگی» مصوب ۱۳۷۵/۳/۲، «قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع» مصوب ۱۳۶۷/۶/۲۹ مهم‌ترین قوانینی بودند که حکم عمومی قانون مدنی در تملک اموال مباح را تخصیص زدند.

### ۷. وضعیت کنونی قانون مدنی و ارائه پیشنهاد

ممکن است تصویب قوانین متعددی که تملک اموال مباح را محدود می‌کنند، این ایده را به ذهن متبادر نماید که به موجب این قوانین، احکام قانون مدنی در این حوزه نسخ شده‌اند و بنابراین نیازی به اصلاح آن‌ها وجود ندارد. در این قسمت ابتدا وضعیت قانون مدنی به لحاظ نسخ شدن یا نشدن را بررسی خواهیم نمود و پس از آن پیشنهادی برای اصلاح قانون مدنی ارائه خواهیم نمود.

در ابتدا باید گفت که منظور از نسخ در اینجا، طبیعتاً نسخ ضمنی است، چراکه در هیچ ماده قانونی، صراحتاً صحبت از نسخ مواد مورد نظر در قانون مدنی نشده است. همچنین نسخ تمام مواد ۱۴۱ تا ۱۸۲ از قانون مدنی، مورد نظر حقوق‌دانان نبوده، بلکه به صورت جزئی و در برخی از مصادیق ادعای نسخ شده است.

به عنوان مثال یکی از حقوق‌دانان، احکام مربوط به تملک اراضی موات در قانون مدنی را به موجب اصل ۴۵ قانون اساسی و برخی قوانین پس از آن منسوخ شده می‌داند و اراضی موات را ملک دولت به شمار می‌آورد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۳۰).

چنین ادعایی نمی‌تواند درست باشد، چراکه در اصل ۴۵ قانون اساسی صحبتی از مالکیت ثروت‌های عمومی مذکور نشده است. در واقع به موجب این اصل، انفال و ثروت‌های طبیعی به ملکیت حکومت در نمی‌آیند بلکه این امر به این معنی است که حکومت اختیار دارد که در مورد امکان یا عدم امکان تملک این ثروت‌ها و چگونگی این امر، قوانینی وضع کند و در صورت عدم اعمال این اختیار، تملک این ثروت‌ها تابع قواعد عمومی مذکور در قانون مدنی باقی خواهد ماند. چنین دقتی را در نظریه مشورتی شورای نگهبان به شماره ۳۳۵۷ مورخ ۱۳۶۰/۵/۲۹ در خصوص طرح اراضی شهری مجلس، می‌بینیم که در بخش گذشته ذکر شد (فتحی، ۱۳۹۴: ۴۸۳).

همچنین توجه به تعبیر دقیق‌تر کاتوزیان در این مسئله در مورد قانون زمین شهری می‌تواند برای این بحث راهگشا باشد. ایشان معتقد است که به لحاظ نظری، احکام مندرج در قانون زمین شهری مخصوص زمین‌هایی است که در محدوده قانونی شهرها و شهرک‌ها قرار گرفته‌اند و اگر زمینی خارج از این محدوده قرار داشته باشد، احیای آن تابع قانون مدنی باقی مانده است، هر چند که این تذکر نیز در کلام ایشان موجود است که با گسترش شهرها، بیشتر زمین‌های قابل عمران و با ارزش از شمول حکم عام قانون مدنی خارج شده است. ایشان می‌نویسد: «تخصیصی که با قانون زمین

شهری صورت پذیرفته، بخش مهمی از قانون عام (مدنی) را فراگرفته و دامنه آن رو به فزونی است» (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۶۸).

بنابراین باید توجه داشت که حکم عام مندرج در قانون مدنی، همچنان معتبر باقی مانده و قوانین پس از آن، تنها مخصوص این حکم بوده و مصادیقی را از دایره شمول آن خارج نموده‌اند، با این حال اگر بتوان مصادیقی را پیدا نمود که به موجب قوانین خاص تخصیص نخورده باشد، باید آن را تابع قانون مدنی دانست.

همچنین طبق قوانین کنونی نیز، بسیاری از مصادیق مباحات، مانند چوب‌های خشک درختان و شکار و صید جزئی (مثلاً گرفتن یک ماهی از آب) قابل تملک خصوصی است و نیز برخی موارد مانند تملک چاه آب در قانون مجاز دانسته شده‌اند (کنعانی، ۱۳۹۲: ۲۰۸-۲۰۷).

بنابراین باید معتقد به این باشیم که احکام قانون مدنی در مورد اموال مباح یعنی ماده ۲۷ و مواد ۱۴۱ تا ۱۸۲ قانون مدنی نسخ صریح یا ضمنی نشده‌اند و هنوز معتبر هستند. علی‌رغم این مطلب، تصویب قوانین مذکور و تخصیص‌های وارد شده به حکم عام این قانون که بر اثر تغییر شرایط اجتماعی در ایران صورت گرفته‌اند، نشان‌دهنده تغییر نظریه مالکیت خصوصی در حقوق ایران هستند و این موضوع با توجه به تحول در احکام مربوط به مالکیت اموال عمومی در حقوق فرانسه و فقه امامیه، به‌عنوان منابع قانون مدنی، ضرورت اصلاح قانون مدنی را گوشزد می‌نماید.

### نتیجه

در این مقاله با ذکر نظریه‌های متعارض توجیه مالکیت خصوصی، گفته شد که قانون مدنی با توجه به شرایط اجتماعی زمان تصویب آن و با توجه به آنچه در قانون مدنی فرانسه و نیز کتاب‌های مشهور فقه امامیه همچون شرایع و جواهر و شرح لمعه آمده بود، به نظریه طبیعی در مالکیت خصوصی متمایل شده و احکام مربوط به اموال مباح در قانون مدنی بر همین اساس تنظیم شده بود. لکن تغییر شرایط اجتماعی و مشکلات ناشی از التزام به نظریه طبیعی، موجب شد تا نظام حقوقی به سمت تصویب قوانینی برود که با قانون مدنی در این مورد ناهماهنگ بودند. این روند تا جایی ادامه پیدا کرد که در مورد بسیاری از مصادیق مباحات که در قانون مدنی ذکر شده بودند، قوانین جداگانه‌ای نوشته شد و حکم عمومی قانون مدنی در مورد این اموال در موارد متعددی تخصیص خورد. البته این امر موجب نسخ احکام قانون مدنی نشده و هنوز حکم عمومی قانون مدنی معتبر است و اگر مصادیقی پیدا شود که قانون خاصی برای آن وضع نشده باشد، باید به احکام قانون مدنی در این قسمت مراجعه نمود.

همچنین گفته شد که نظریه مالکیت در منابع قانون مدنی، یعنی حقوق فرانسه و فقه امامیه نیز

دچار تحولاتی شده و امروز در این دو منبع نیز نمی‌توان نظریه طبیعی را پیدا نمود. از مجموع آنچه مفصلاً ذکر شد، ضرورت اصلاح احکام مربوط به اموال مباح در قانون مدنی کاملاً آشکار شده است. بر این اساس و بر مبنای مباحث مطرح شده در این مقاله، موارد زیر برای اصلاح قانون مدنی پیشنهاد می‌شود:

۱. از آنجا که در اصلاح قانون مدنی فرانسه، دارایی‌های بدون مالک ملک دولت دانسته شده‌اند و در فقه امامیه نیز بر مبنای نظریه ولایت فقیه و حکومت اسلامی، این دارایی‌ها تحت اختیار حکومت اسلامی شناخته می‌شوند، لازم است تا حکم کلی اباحه در مورد ثروت‌های عمومی بدون مالک در قانون مدنی تغییر نماید. بر این اساس مناسب است که ماده ۲۷ قانون مدنی، متناسب با اصل ۴۵ قانون اساسی، به این شکل اصلاح شود: «ثروت‌های عمومی که ملک اشخاص نمی‌باشند، از قبیل زمین‌های موات یا رهاشده، معادن، آب‌های عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها و...، در اختیار حکومت اسلامی قرار دارند و افراد مردم نمی‌توانند آن‌ها را تملک کنند یا از آن‌ها استفاده نمایند، مگر به حکم صریح قانون در هر مورد.»

۲. همان طور که پیش‌تر گفته شد، تنظیم کتاب دوم قانون مدنی به شکل کنونی کاملاً مورد انتقاد است. مناسب است تا با الگوگیری از قوانین مدنی مدرن، حقوق قراردادهای و تعهدات، از حقوق اموال جدا شود. بر اساس این تنظیم مجدد، قواعد مربوط به تملک اموال عمومی و ثروت‌های طبیعی که که از نوع تملک اولیه و ایجادکننده حق است، در ذیل حقوق اموال بحث شده و قواعد مربوط به قراردادهای که موجد تملک ثانویه و انتقال مالکیت است، در ذیل حقوق قراردادهای بحث می‌شود. بر این اساس مواد ۱۴۱ تا ۱۸۲ قانون مدنی فعلی در همان کتاب اول (در اموال) بحث شده و عنوان کتاب دوم (در اسباب مالکیت) به (در عقود و تعهدات) تغییر خواهد نمود.

۳. پس از دو اصلاح فوق لازم است تا مواد ۱۴۱ تا ۱۸۲ قانون مدنی به کل تغییر نمایند و بر اساس مبنای جدیدی که ارائه شد سازمان‌دهی شوند. نیازی به تفصیل قوانین مربوط به هریک از ثروت‌های عمومی در قانون مدنی نیست، لکن اشاره‌ای به اصناف مختلف این اموال و بیان حکم عمومی هریک از آن‌ها در قانون مدنی ضروری است. به‌عنوان مثال در مقررات کنونی قانون مدنی، هیچ اشاره‌ای به برخی از مصادیق این ثروت‌های عمومی مثل جنگل‌ها نشده است. همچنین موادی از قانون مدنی، مانند ماده ۱۴۷ نیز بر اساس مبانی گفته شده نیازمند تغییر و بازنویسی هستند.

## منابع

### فارسی

- ارسطو (۱۳۷۱)، سیاست، ترجمه حمید عنایت، تهران: شرکت انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی.

- امامی، سید حسن (۱۳۷۱)، حقوق مدنی، جلد اول، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- بادینی، حسن، بانثی، مجتبی (۱۴۰۰)، «مبانی حق انسان بر بدن خویش؛ بیان نظریه کار و طرح نظریه بدن برای بدن»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰)، حقوق تعهدات و قراردادهای با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظام‌های حقوقی، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
- بهمنی، محمدمبین (۱۳۹۳)، قانون اساسی ایران از مشروطه تا امروز، تهران، مجد.
- بیدار، زهرا و ابراهیم عبدی پورفرد (۱۴۰۰)، «تأملی بر قلمرو و اهداف اصول حقوق عمومی اقتصادی در پرتو آراء هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
- پیلوار، رحیم (۱۳۹۳)، فلسفه حق مالکیت، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۹)، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران: گنج دانش.
- خمینی، سید روح الله (۱۳۸۵)، ترجمه تحریرالوسیله، جلد دوم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خمینی، سید روح الله (۱۳۷۸)، صحیفه امام: مجموعه آثار امام خمینی (س) (بیانات، پیام‌ها، مصاحبه‌ها، احکام، اجازات شرعی و نامه‌ها)، جلد بیستم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
- زرنگ، محمد (۱۳۸۴)، سرگذشت قانون اساسی در سه کشور ایران، فرانسه و آمریکا، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
- صدارت، علی، نراقی، مهدی (۱۳۵۵)، تحول حقوق مالکیت و مالکیت معنوی، تهران: نشر مرکز تحقیقات.
- صدر، سیدمحمدباقر (۱۳۹۳)، اقتصادنا، جلد ۲، ترجمه سیدابوالقاسم حسینی ژرفا، قم: انتشارات دارالصدر.
- غمامی، سیدمحمد مهدی (۱۳۹۰)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
- فتحی، محمد و کاظم کوهی (۱۳۹۴)، اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان (۱۳۵۹-۱۳۹۴)، جلد اول، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- فراهانی فرد، سعید (۱۳۸۹)، اقتصاد منابع طبیعی از منظر اسلام (اصول و مبانی)، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- قائد امینی، فریبرز (۱۳۹۸)، «کاربردهای کنونی مقررات قانون مدنی در حیزات آب‌ها با توجه به قوانین توزیع عادلانه آب»، مطالعات حقوقی، سال پنجم، شماره ۲.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، اموال و مالکیت، تهران: نشر میزان.
- کانت، امانوئل (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق، ترجمه منوچهر صانعی دره‌بیدی، تهران: انتشارات نقش و نگار.
- کنعانی، محمد طاهر (۱۳۸۷)، تملک اموال عمومی و مباحثات، تهران: میزان.
- گروسبوس، هوگو (۱۳۹۵)، حقوق جنگ و صلح، تهران: شهردانش.
- لاک، جان (۱۳۹۱)، رساله‌ای درباره حکومت، ترجمه حمید عضدانلو، تهران: نشر نی.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۴)، مجموعه آثار استاد شهید مطهری، ج ۲۰، تهران: انتشارات صدرا.
- موحد، محمدعلی (۱۳۵۲)، مختصر حقوق مدنی، تهران: مدرسه عالی حسابداری و علوم مالی.
- موذنی، روح الله (۱۳۹۳)، حقوق عمومی اقتصادی، مطالعه تطبیقی ایران و فرانسه، تهران: مجد.

- نوری، حسین قلی (۱۳۸۹)، قانون مدنی و تجارتي: نخستین ترجمه فارسی از قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) اولین پیش‌نویس قانون مدنی در ایران، تصحیح و تحقیق محمد مهدی منتظری، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- هاین، توماس (۱۳۸۰)، لویاتان، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشرنی.
- هاشمی، سید محمد (۱۳۹۲)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد اول، اصول و مبانی کلی نظام، تهران: میزان.

### عربی

- خمینی، سید روح الله (۱۳۸۸)، کتاب البیع، جلد دوم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خمینی، سید روح الله (۱۳۵۷)، ولایت فقیه، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- شهید ثانی (۱۴۱۰ ق)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، جلد ۷، قم: کتابفروشی داوری.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق)، المبسوط في فقه الامامية، تهران: مکتبه المرتضويه.
- محقق حلی (۱۴۰۸ ق)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، جلد ۳، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محقق کرکی (۱۴۱۴ ق)، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج ۷، قم: مؤسسه آل البيت.
- منتظری، حسینعلی (۱۳۷۰)، دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدوله الاسلاميه، جلد ۴، قم: انتشارات دارالفکر.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ ق)، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۳۸، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

### لاتین

- Aquinas, Thomas (1964–81), **Summa Theologiae**, Latin and English, ed. T. Gilby, 61 vols. London.
- Bentham, Jeremy (1887), **Theory of legislation**, translated by r.hildreth, Trübner & Company.
- Fichte, Johann Gottlieb, and J. G. Fichte (۲۰۰۰), **Foundations of natural right**, Cambridge University Press.
- Garnsey, Peter (2007), Thinking about property: from antiquity to the age of revolution, Vol. 90. Cambridge University Press.
- Getzler, Joshua, (1996), **Theories of property and economic development**, The Journal of Interdisciplinary History 26, no. 4.
- Spence, George, (1827), **The Code Napoleon, Or, The French Civil Code**. London, William Benning Law bookseller.
- Terré, François, and Philippe Simler (2014), **Droit civil, Les biens**, 8. Aufl. Paris.