

## بررسی تطبیقی حیازت و احیای اراضی موات با قاعده تصرف در نظام حقوقی عرفی ایالات متحده آمریکا

مصطفی مداحی نسب<sup>۱</sup>

یوسف مسلمی<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۰/۲۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۲/۱۰

### چکیده

در نظام‌های حقوقی مختلف برای اسباب تملک مواردی شمرده شده است که این موارد در نگاهی کل‌گرا به یک‌دیگر بسیار شبیه است. یکی از این اسباب تملک، چنان‌که در نظام حقوقی ایران در بند اول ماده ۱۴۰ قانون مدنی آمده است، حیازت مباحات و احیای اراضی موات است، که در تطبیق با نظام حقوق عرفی ایالات متحده آمریکا با قاعده تصرف بسیار شبیه است. در این پژوهش، ضمن بررسی قاعده تصرف در نظام کامن‌لا و حیازت در نظام حقوقی ایران، وجوه شباهت و تفاوت این دو نهاد بررسی شد و در پایان این نتیجه به دست آمد که این دو نهاد، برخلاف شباهت بسیار زیاد، دقیقاً بر یک‌دیگر منطبق نیستند و با هم تفاوت‌های ماهوی دارند. روش تحقیق تحلیلی - توصیفی است. روش جمع‌آوری مطالب نیز علمی کتابخانه‌ای است.

**واژگان کلیدی:** احیای اراضی موات، اموال، حیازت مباحات، قاعده تصرف، مالکیت، مالکیت عمومی.

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق نفت و گاز دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)،

E-mail: mostafamaddahi@ut.ac.ir

۲. استادیار سیاستگذاری عمومی و عضو هیئت علمی دانشکده حقوق و الهیات دانشگاه شهید باهنر کرمان

### مقدمه

در نظام‌های حقوقی مختلف حقوق مالکیت و اسباب تملک تبیین و مشخص شده است. در نظام حقوقی ایران، ماده ۱۴۰ قانون مدنی به این مبحث می‌پردازد. بند اول این ماده احیای اراضی موات و حیازت مباحات را به‌عنوان یکی از اسباب تملک نام می‌برد. در نظام‌های حقوقی دیگر نیز چنین مواردی به‌عنوان اسباب تملک مطرح می‌شوند. در نظام حقوقی عرفی ایالات متحده آمریکا، قاعده تصرف با کمی تفاوت مطرح شده است، که با حیازت و احیای موات قابل مقایسه است.

قاعده تصرف یک قاعده مبتنی بر خود و مستقل از وضع قانون‌گذاری است که در آن عرف و بنای عقلا چنین اقتضا می‌کند که اگر کسی به مالی بدون مالک یا به بخشی از منابع و دارایی‌های عمومی، که در اختیار و ملکیت عموم است، تصرف پیدا کند، مالک آن خواهد شد. قاعده تصرف بر این اساس استوار است که هرکس هر قدر که بتواند از منابع برداشت کند، مالک آن خواهد شد؛ بنابراین، منجر به برداشت بی‌رویه و بیش از حد از منابع خواهد شد (Johnston, 2005: 860). از این رو در قوانین موضوعه کشور آمریکا این قاعده با محدودیت‌هایی روبه‌رو شد.

هدف این پژوهش تبیین شباهت‌ها و تفاوت‌های موجود بین قاعده تصرف با حیازت مباحات و احیای اراضی موات در حقوق ایران است. بنابراین، سؤالات تحقیق این است که آیا قاعده تصرف دقیقاً معادل حیازت در نظام حقوقی ایران است؟ یا بین آن‌ها تفاوت‌هایی وجود دارد؟ اگر تفاوتی وجود دارد این تفاوت‌ها چیست؟ از این رو با در نظر گرفتن مبانی حقوقی مالکیت در نظام حقوقی عرفی، ابتدا قاعده تصرف تبیین و بررسی می‌شود. سپس با بررسی حیازت و احیای اراضی موات در حقوق ایران، زمینه‌های اصلی و مهم شباهت‌ها و تفاوت‌های موجود بین دو نظام حقوقی بررسی و تبیین خواهد شد. در نتیجه‌گیری نیز به سؤالات مطرح‌شده پاسخ داده خواهد شد.

گفتنی است که در نظام حقوق ایالات متحده آمریکا این قاعده با عبارت «Rule of capture» می‌آید که در ترجمه از عبارت قاعده تصرف استفاده می‌شود. هرچند عده‌ای از صاحب‌نظران از عبارت «قاعده حیازت» استفاده کرده‌اند، از آن جا که در این پژوهش هدف تطبیق این قاعده با نهاد حیازت است برای تفکیک بهتر و روان‌تر از اصطلاح «قاعده تصرف» برای بیان این قاعده استفاده می‌شود.

### مبانی طرح قاعده تصرف

برای شناخت بهتر قاعده تصرف باید به زمینه‌های طرح آن رجوع کرد. به این منظور باید این پرسش را مطرح کرد که اساساً مالکیت چگونه به وجود می‌آید؟ در نظام حقوقی ایران ماده ۱۴۰ قانون مدنی برای اسباب تملک چهار سبب نام می‌برد، بند اول این ماده احیای اراضی موات و حیازت مباحات را به عنوان یکی از اسباب تملک نام می‌برد. در نظام‌های حقوقی دیگر نیز چنین مواردی به منزله اسباب تملک مطرح می‌شوند.

جان لاک<sup>۱</sup>، فیلسوف بریتانیایی قرن هفدهم، در رابطه با منشأ مالکیت می‌گوید: مالک حقیقی یک شیء کسی است که کار و زحمت خود را با شیء مذکور درآمیزد و بدین سان بر آن شیء مالک شود. این نظریه به نظریه کار<sup>۲</sup> مشهور است (Rose, 1985: 73). مهم‌ترین ایراد این نظریه این است که افراد می‌توانند کارشان را با اشیای مختلفی درآمیزند، اما این لزوماً برایشان مالکیتی به ارمغان نمی‌آورد.

بعدها گروهی دیگر از اندیشمندان معاصر لاک نظریه دیگری درباره مبنای مالکیت دادند که براساس آن مالک شیء کسی است که مالکیت آن را به سبب رضایت سایر مردم و ابنای بشر به چنان مالکیتی به دست می‌آورد. یعنی اگر فردی خود را مالک شیء بنامد و معارضی برای او نباشد، پس مالک آن شیء قلمداد می‌شود. این نظریه، که به نظریه رضایت<sup>۳</sup> مشهور است، می‌گوید: بشریت نماینده خداوند روی زمین است، بنابراین اشیا مال تمام بشریت است و اگر کسی بر شیء مالکیت خاصی ادعا کند و دیگران نسبت به آن راضی بودند، مالکیتش اثبات می‌شود. جان لاک به این نظریه این ایراد را به درستی وارد می‌کند که رضایت تمام بشر به چنین مالکیتی چگونه احراز می‌شود؟ مسلماً تمام انسان‌ها چنین رضایتی را اعلام نکرده‌اند. عدم اعتراض نیز نمی‌تواند به معنی رضایت تلقی شود (Rose, 1985: 74).

در نظام حقوقی کامن لا نظر سومی مطرح شد که در خود رگه‌هایی از دو نظریه مذکور را داشت. اما نظریه مستقلی می‌نمود و آن نظریه تصرف بود. این مفهوم از طریق پرونده‌های قدیمی شکل گرفت که بیان می‌کرد: اگر فرد نسبت به حیوان وحشی یا گنجینه‌ای رها شده و امثال آن تصرف پیدا کند، می‌تواند نسبت به آن ادعای مالکیت کند. در حقوق کامن لا این

1. John Locke
2. Labor theory
3. Consent theory

نظریه از جمله معروف «تصرف نخست ریشه‌حق است» الهام گرفت. بعدها در نظام حقوقی عرفی آمریکا، با بسط و توسعه‌رویه قضایی در این مورد، قاعده تصرف به وجود آمد. این قاعده، به خصوص در نظام حقوقی آمریکا، بسیار مورد استناد قرار گرفته و بخشی از حقوق مالکیت در تعداد زیادی از ایالات این کشور را تشکیل می‌دهد.

در نظام حقوقی آمریکا دو تئوری درباره مالکیت تبعی (به خصوص با رویکرد به منابع نفت و گاز) وجود دارد. نظریه مالکیت مشروط<sup>۴</sup> که در ایالت‌های اوکلاهاما، کالیفرنیا، ایندیانا و لوئیزیانا نسبت به مالکیت تبعی (مالکیت بر منابع موجود در زیرزمین) اعمال می‌شود و نظریه مالکیت مطلق که در ایالت‌هایی مانند تکزاس، آرکانزاس و پنسیلوانیا اعمال می‌شود (امانی، ۱۳۸۹: ۳۴).

یکی از اصلی‌ترین عواملی که موجب گسترش و استناد قاعده تصرف در ایالات متحده آمریکا شده است، نقش تعدیلی این قاعده نسبت به نظریه مالکیت مطلق<sup>۵</sup> است. نظریه مالکیت مطلق بیان می‌کند که مالک یک ملک بر فضای ماورای آن هرچه بالا رود و قعر و عمق آن هرچه پایین رود، مالکیت دارد. با اعمال این قاعده، در مالکیت منابع نفت و گازی که در ملک دیگری استخراج می‌شد مشکل پیش می‌آمد؛ زیرا ممکن بود تمام یا بخشی از مخزن آن تحت ملک دیگری قرار داشته باشد (اصغریان، ۱۳۹۱: ۳۱). بنابراین، از قاعده تصرف استفاده شد تا این مشکل حل شود و قاعده مالکیت مطلق بدین سان تعدیل شود. مطابق با این قاعده، هرکسی که نفت را استخراج کند و آن را در اختیار گیرد نسبت به آن مالکیت پیدا می‌کند. حتی اگر نفت بعضاً از املاک مجاور به سمت ملک وی منتقل شده باشد. بنابراین، اگر استخراج‌کننده در استخراجش متعارف عمل کند، صاحب نفت استحصالی می‌شود و مالک مجاور حتی اگر ثابت کند که نفت استخراج شده سابق بر استخراج زیرزمین او بوده است، مسئولیتی برای استخراج‌کننده (متصرف) ایجاد نمی‌کند (شیروی، ۱۳۹۳: ۱۵۳).

این رویکرد چنین نظری را القا می‌کند که منابع نفت و گاز تا زمانی که استخراج نشده‌اند در ملکیت کسی نیستند و هرکدام از مالکان زمین‌های مجاور می‌توانند به موجب قاعده

---

4. Qualified Ownership Theory  
5. *ad coelum doctrine*

تصرف، نفت و گاز درجا را به نحوی که به حقوق دیگر مالکان برای بهره‌برداری ضربه نزند، استخراج کنند و بعد از استخراج به تملک خود درآورند (امانی، ۱۳۹۱: ۷).

### مفهوم و تعریف

چنان‌که بیان شد، قاعده تصرف از نظام کامن لا نشئت می‌گیرد و از مبانی و اسباب تملک است. در فرهنگ اصطلاحات حقوقی بلک<sup>۶</sup> برای اصطلاح مذکور آمده است: «یک مدل از اسباب تملک است. بدین سان که افراد ممکن است به عنوان یک قاعده کلی، روی زمین یا دریا، هر حیوان وحشی را گرفته و تملک کنند. و نسبت به آن مالکیتی شناسایی شده به دست بیاورند، با حبس یا کشتن آن (حیوان وحشی) مالکیت فرد نسبت به آن مطلق تلقی می‌شود». همان‌طور که گفته شد، این قاعده مبتنی بر عبارت معروف در نظام کامن لا است که می‌گوید: «تصرف ابتدایی ریشه حق است». بنابراین، یک شخص اختیار یک ملک، منفعت یک ملک، منابع تجدیدناپذیر موجود و منافع موجود در منابع مشترک را با تصرف و نگه داشتن آن به دست می‌آورد. مثلاً فردی که یک حیوان وحشی را می‌گیرد، اختیار و تصرف آن را به دست می‌آورد و با کشتن یا حبس آن حیوان مالکیت مطلق آن را به دست می‌آورد. در رویه قضایی آمریکا این مهم تصریح شده که عملی که به منزله تصرف تلقی می‌شود بایستی به اندازه کافی بیان‌گر این مفهوم باشد تا این قاعده جاری شود (Donahue, 2005: 731, 732).

قاعده تصرف در شکل ناب آن از جمله قواعدی است که اتکایی به قوانین موضوعه ندارد و به اصطلاح قاعده‌ای متکی به خود<sup>۷</sup> است. حیوانات وحشی تنها مصادیقی نیستند که با قاعده تصرف قابل تملک‌اند، بلکه از گذشته تاکنون این قاعده نسبت به آب‌ها، الوار و چوب درختان، منابع و معادن قابل اعمال بوده است (Donahue, 2005: 733).

قاعده تصرف در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، به خصوص بعد از رونق گرفتن استخراج نفت، تحولاتی پیدا کرد. از آن‌جا که قاعده تصرف مقرر می‌کرد که هرکس زودتر منابع را استخراج کند، مالک آن می‌شود، استخراج‌کنندگان نفت به خصوص در مخازن مشترک تا حد ممکن سعی می‌کردند نفت بیشتری استخراج کنند و بدین سان به برداشت غیرصیانتی و بی‌رویه نفت دامن می‌زدند. بنابراین، لزوم تعدیل قاعده تصرف مطرح شد که این تعدیل

6. Black's law dictionary

7. Self- help rules

به خصوص بعد از مجموعه دعاوی بین کنتاکی و ایندیانا با طرح نظریه حقوق وابسته مطرح شد (Kramer, 2005: 899).

براساس نظریه حقوق وابسته، در یک مخزن مشترک هرچند دو نفر یا افرادی که جداگانه در حال استخراج اند، براساس قاعده تصرف، نفتی را که استخراج می کنند، بدون اینکه مسئولیتی داشته باشند، مالک می شوند. اما طبق قاعده حقوق وابسته نمی توانند به گونه ای استخراج کنند که به منافع دیگری ضربه بزنند. بنابراین، در صورت زیاده روی در استخراج و لطمه به حقوق وابسته سایرین در منبع مشترک، برای استخراج کننده مسئولیت ایجاد می شود. علاوه بر این، قوانین ایالتی تحت عنوان «قوانین موضوعه راجع به صیانت از منابع نفت و گاز»<sup>۱</sup> تصویب شدند، که محدودیت های برداشت صیانتی را به قاعده تصرف وارد می کرد (شیروی، ۱۳۹۳: ۱۵۵). بدین سان قاعده تصرف از شکل خالص و ناب آن، که مبتنی بر قوانین نبود، خارج شد و در شکل جدید آن (حداقل درباره برداشت منابع نفت و گاز) به وسیله قانون محدودیت هایی پیدا کرد و بدین سان شکل جدید آن ابتدا به قانون یافت.

### حیازت و احیای اراضی موات

به موجب ماده ۲۷ قانون مدنی ایران اموال مباح تعریف شده است، در این ماده دو رکن اصلی برای اموال مباح شمرده شده است: ۱. نداشتن مالک و ۲. امکان تملک یا انتفاع از آن ها بر طبق قانون. اموال مباح را می توان به وسیله حیازت تملک کرد. ماده ۱۴۶ قانون مدنی در تعریف حیازت می گوید: «مقصود از حیازت تصرف و وضع ید است یا مهیا کردن وسایل تصرف واستیلا» حیازت مباحات به تناسب انواع آن متفاوت است؛ مثلاً حیازت زمین موات ملازمه با احیای آن دارد. حیازت مباحات عمل حقوقی است و در صورتی سبب تملک می شود که به این قصد انجام شود. در واقع حیازت یا احیای موات که از زیرمجموعه های حیازت است، دو رکن مادی و معنوی دارد: ۱. تصرف و وضع ید یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلا، به عنوان رکن مادی؛ ۲. داشتن قصد تملک به عنوان رکن معنوی (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۷۱ - ۷۲).

در اصل ۴۵ قانون اساسی و همچنین در ماده ۲ قانون نفت ۱۳۶۶، که در اصلاح این قانون در سال ۱۳۹۰ ابقا شده است، حکم انفال و ثروت های عمومی یکسان تلقی شده و مصادیق هرکدام در اختیار حکومت اسلامی قرار گرفته است تا براساس مصالح عامه نسبت به آن ها

عمل نماید (شیروی، ۱۳۹۳: ۱۷۲). این در حالی است که در فقه مشترکات عامه حکمش با انفال متفاوت است و صرفاً انفال در اختیار حکومت اسلامی است که همان (انفال) نیز طبق نظر مشهور در فقه امامیه، در زمان غیبت امام، در زمره مباحات قرار می‌گیرد<sup>۹</sup> و به همراه مشترکات عامه مانند آب‌ها و معادن در استفاده عمومی قرار می‌گیرد و افراد می‌توانند با استفاده از حیازت نسبت به آن‌ها مالکیت پیدا کنند و به قدر نیاز از آن برداشت کنند.

مطابق ماده ۲۳ قانون مدنی، اموالی که مالک خاصی ندارند تابع قوانینی مربوط به خودشان اند. این اموال شامل اموال عمومی و مباحات می‌شود. طبق ماده ۲۶ قانون مدنی نیز ملاک مالکیت عمومی استفاده عموم و معد بودن برای مصالح عمومی است؛ مانند استحکامات و قلاع و خندق‌ها و شوارع عمومی. ماده ۲۷ این قانون نیز کلیه اموالی را که ملک اشخاص (در استفاده عمومی یا برای مصالح عمومی) نیست، مانند اراضی موات از مباحات دانسته است که افراد می‌توانند مطابق با قانون، آن‌ها را احیا کنند و بدین سان حیازت و تملک نمایند. بنابراین، در نظام حقوقی ایران اموال عمومی قابل تملک خصوصی نیستند و افراد صرفاً با نظاماتی که دولت معین می‌کند از این دارایی‌ها می‌توانند منتفع شوند. هرچند در مواردی ممکن است برای شخصی که زودتر اقدام به استفاده کرده است، اولویتی ایجاد شود، اما حق مالکیت ایجاد نمی‌شود و صرفاً مباحات می‌توانند چنین حکمی داشته باشند و متصرف آن‌ها می‌توانند مالک آن‌ها تلقی شود (کنعانی، ۱۳۸۷: ۲۹۸). بنابراین، در نظام حقوقی ایران صرفاً مباحات قابل حیازت اند که طبق تعریف قانون، مالکی ندارند و در عین حال در استفاده عموم نیز نیستند. مانند حیوانات وحشی و زمین‌های موات. هرچند حیازت همین موارد نیز با قوانین خاص و آیین‌نامه‌های دولتی دیگری محدود و مشروط شده است. مثلاً در زمینه احیای اراضی موات قوانینی مانند قانون اصلاحات ارضی مصوب ۱۳۴۰/۱۰/۱۹ و قانون نحوه واگذاری و احیای اراضی موات در جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۵/۶/۲۵ شروط و محدودیت‌هایی را برای احیای اراضی موات مطرح کرده‌اند که مبانی آن‌ها همانا مقررات قانونی مالکیت عمومی و نسبت به قانون اخیر اصل ۴۵ قانون اساسی است. از جمله تصمیم‌گیری درباره اراضی موات را به حکومت اسلامی سپرده است. اما اختیار دولت (در معنای عام) همانند اختیار دولت در موارد دیگری مانند معادن بزرگ و منابع نفت و گاز نیست. به گونه‌ای که اینچنین تلقی شود که

با اصل ۴۵ قانون اساسی موادی از قانون مدنی، که به طور کلی مجوز احیای اراضی موات را می‌دهد، نسخ شده است؛ بلکه تملک اراضی موات از طریق احیای آن‌ها همچنان مجاز است. منتها در چارچوب اجازه مقامات دولتی مربوطه و با شرایطی که قوانین و مقررات مقرر می‌کنند (کنعانی، ۱۳۸۷: ۳۱۴).

### تطبيق قاعدة تصرف با حيازت مباحات و احیای موات در نظام حقوقی ایران

چنان که در بیان قاعدة تصرف در نظام حقوقی عرفی ایالات متحده آمریکا و حيازت در نظام حقوقی ایران بیان شد، معلوم شد که این دو در ظاهر بسیار به یک دیگر شبیه اند و هر دو سبب تملک‌اند و از طریق تصرف و استیلا بر مالی که قبلاً به ملکیت خصوصی در نیامده است برای متصرف ملکیت ایجاد می‌کنند. اما شاید مهم‌ترین شباهت این دو نهاد شباهت مبنایی آن‌ها باشد. در بخش مربوط به بررسی قاعدة تصرف در نظام حقوقی عرفی آمریکا این نتیجه به دست آمد که این نهاد مبنایی مستقل از قوانین موضوعه دارد و در عرف پذیرفتنی است. چیزی که در لسان فقها معروف است به «داشتن مبنای عقلایی». در قاعدة حيازت نیز قبل از احادیث و روایات و سایر مبنایی، بنای عقلا این نهاد را در حقوق اسلامی اعلام می‌کند. در واقع حيازت پیش از اینکه یک امر شرعی باشد، از امور عقلایی به حساب می‌آید که شارع مقدس آن را امضا و تأیید کرده است. بنابراین، حيازت نیز یک مفهوم عرفی دارد که بر حسب مورد و متناسب با موضوع، شکل آن متفاوت است (مثلاً معیار حيازت زمین موات احیای آن است) (رزمی، ۹۲: ۲۳).

چنان که گفته شد، در زمینه شرایط تحقق حيازت، شرط قانون مدنی این است که حيازت بایستی دو عنصر مادی و معنوی را داشته باشد تا برای حيازت کننده مالکیت ایجاد کند. در تطبيق با قاعدة تصرف، عنصر مادی حيازت بیانگر شباهت و عنصر معنوی بیانگر تفاوت قاعدة تصرف با حيازت است. یعنی از آن جایی که عنصر مادی به معنی تصرف و استیلا مال مباح است، با قاعدة تصرف شباهت پیدا می‌کند؛ زیرا گفته شد که در قاعدة تصرف نیز داشتن تصرف و به دست آوردن مال رکن اساسی این قاعده است. البته در همین رکن مادی هم هرچند به طور کلی حيازت و قاعدة تصرف با هم شباهت وجود دارد، اما اگر در آن دقیق شویم، در همین نیز تفاوت جزئی پیدا خواهیم کرد. در ماده ۱۴۶ قانون مدنی ایران رکن مادی به دو شکل پذیرفتنی است: ۱. تصرف و وضع ید یا استیلا بر مال؛ ۲. مهیا کردن وسایل تصرف



و استیلا (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۷۴). این در حالی است که درباره قاعده تصرف صرفاً شق نخست صدق می‌کند و مهیا کردن وسایل تصرف و استیلا نمی‌تواند برای مهیاکننده آن مالکیت ایجاد کند، بلکه صرفاً بعد از تصرف و وضع ید است که برای او مالکیت ایجاد می‌شود. اما در رکن معنوی، یعنی داشتن قصد تملک، برای حیازت یا احیای اراضی موات، این قصد لازم است تا مالکیت ایجاد کند و اگر قصد تملک نباشد، مالکیتی ایجاد نمی‌شود. بنابراین، اگر افراد قبیله‌ای برای اقامت چند هفته‌ای خود زمینی را مسطح و آباد کنند، چون قصد تملک ندارند، مالک زمین نمی‌شوند، بلکه صرفاً از آن زمین منتفع می‌شوند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۷۲). در قاعده تصرف در نظام حقوقی آمریکا، تصریحی وجود ندارد که حتماً قصد تملک باید وجود داشته باشد تا مالکیت ایجاد شود. و آنچه از آرای قضایی و دکترین این نظریه برمی‌آید، صرفاً همان رکن مادی، یعنی داشتن تصرف و به دست آوردن مال، برای ایجاد تملک می‌تواند کافی باشد. تفاوت در شرط بودن قصد تملک و عنصر معنوی می‌تواند منشأ تفاوت‌های دیگری نیز باشد. اگر عنصر مادی را به تنهایی کافی بدانیم و برای مالکیت صورت گرفته قصد تملک و عنصر معنوی را شرط ندانیم، چنین امری اصولاً یک عمل حقوقی به حساب نمی‌آید. چنان که درباره حیازت نیز بعضی فقها قصد تملک را از این رو که حیازت یکی از اسباب تولیدی است، که صرفاً با تصرف سبب مالکیت می‌شود، شرط ندانسته‌اند (رزمی، ۱۳۹۲: ۲۴). در این باره آیت‌الله خویی می‌گوید: «إن مقتضی قوله علیه السلام: 'أیما قوم أحيوا... هو ثبوت الملكية بنفس الأحياء، سواء قصد المحیی التملک أم لم یقصد...» (خویی، ۱۴۱۷: ۳:۲۶۴). یعنی «مقتضای قول معصوم (ع) که می‌فرماید: «هر قومی که احیا کند...» این است که نفس احیا (حیازت) باعث ثبوت ملکیت است هر چند که احیا کننده قصد تملک نکرده باشد...». اما در هر صورت، در قانون مدنی ایران نظر مخالف این نظر، که قصد تملک را شرط می‌داند، اتخاذ شده است. در ماده ۱۴۳ قانون مدنی آمده است: «هر کس از اراضی موات و مباحه، قسمتی را به قصد تملک احیا کند، مالک آن قسمت می‌شود». بنابراین، حیازت و احیای اراضی موات در نظام حقوقی ایران از جمله اعمال حقوقی (ایقاع) و نیازمند به قصد و رضا شناسایی شده است و با مبنایی که بیان شد در مقام بیان تفاوت‌های بین حیازت و قاعده تصرف، که از تفاوت این دو در شرط دانستن قصد تملک ناشی می‌شود، می‌توان چنین استنباط کرد که قاعده تصرف در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، یک عمل حقوقی که نیاز به قصد انشا داشته باشد، تلقی نمی‌شود. یعنی مثلاً اگر کسی ناخواسته و اتفاقی پرنده‌ای را به دست آورد می‌توان

آن را در تملک او دانست. در حالی که در نظام حقوقی ایران حيازت و احیای اراضی موات اعمال حقوقی از نوع ایقاع بوده و به منظور تملک، به قصد تملک نیاز دارند و بدون آن مالکیتی برای متصرف یا احیاکننده ایجاد نمی‌کنند.

تفاوت دیگری که از دل تفاوت مزبور درمی‌آید این است که در قاعده تصرف در نظام کامن لا، متصرف می‌تواند بدون داشتن اهلیت، به وسیله این قاعده مالکیت معتبری را به دست آورد. در حالی که در نظام حقوقی ایران، از آن جا که برای حيازت قصد تملک شرط است و حيازت یک عمل حقوقی است، داشتن اهلیت برای حيازت کننده لازم است. هرچند این موضوع درباره صغیر ممیز و سفیه نسبت به صغیر غیرممیز و مجانبین قابل تفکیک است؛ زیرا مطابق با ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی ایران، صغیر ممیز و سفیه می‌تواند تملک بلاعوض کند که حيازت مباحات از مصادیق آن است (رزمی، ۱۳۹۲: ۲۵).

در مجموع، باید گفت: در قاعده تصرف صرفاً تصرف سبب ملکیت می‌شود. در حالی که، در حيازت و احیای موات علاوه بر رکن مادی تصرف و احیا، به رکن معنوی و قصد تملک نیز نیاز است. ظرافت موضوع از این ناشی می‌شود که در نظام حقوقی کامن لا تصرف سبب مالکیت است، در حالی که در نظام حقوقی ایران چنان که ماده ۳۵ بیان می‌کند، تصرف به تنهایی اماره مالکیت است و نه سبب آن (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۵۷).

درباره مصادیق قابل حيازت در نظام حقوقی ایران و مصادیق قابل تصرف در نظام کامن لا نیز می‌توان دقت نظر داشت. در این مورد وجه شباهت آن است که در هر دو اموالی که مالک خاصی ندارند، قابل تملک‌اند؛ مثلاً مباحات و حیوانات وحشی می‌توانند مصداق مشترک باشند. اما وجه تفرق در این است که در نظام حقوقی ایران انفال و مشترکات عمومی به موجب اصل ۴۵ قانون اساسی در اختیار حکومت اسلامی است و بنابراین، قابل حيازت و قابل تملک نیست. در حالی که درباره قاعده تصرف چه در شکل خالص آن و چه در شکل جدید و محدود آن، تصرف و تملک به منزله مالک خصوصی در مورد مصادیقی که در مالکیت عمومی است، بلاشکال است (Johnston, 2005: 856). مثلاً در ایران حيازت معادن بزرگ و مهم با منع قانون روبه‌رو است. در حالی که در ایالات متحده آمریکا در بسیاری از ایالات آن استخراج و تملک منابعی مانند نفت و گاز جایز است. در واقع از این حیث، یعنی گستره مصادیق قابل تملک، قاعده تصرف در نظام حقوق عرفی آمریکا با حيازت به آن صورتی که فقه امامیه روا می‌داند شباهت بیشتری دارد تا به حد و اندازه‌ای که قلمرو فعلی حيازت در نظام حقوقی ایران است. یعنی در بیان فقه امامیه حيازت مشترکات عمومی یا به تعبیر دیگر،

مصادیقی که در ملکیت عموم است به قدر نیاز جایز شمرده شده است و صرفاً انفال از این قاعده مستثنا شده است و در اختیار امام گذاشته شده است. اما در نظام حقوقی ایران، به موجب اصل ۴۵ قانون اساسی، حکم انفال به مشترکات عمومی نیز سرایت داده شد و حیازت به این صورت که مالکیت برای فرد ایجاد کند منع شده است. هرچند صرف استفاده و انتفاع از آن‌ها بدون اینکه مالکیت ایجاد کند برقرار بماند. در انتفاع از مشترکات عمومی برای استفاده کننده ممکن است یک حق انحصاری یا اولویت ایجاد شود، اما این حق مالکیت نیست.

مطابق با ماده ۳۸ قانون مدنی ایران: «مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است، تا هر کجا که بالا رود و همچنین است نسبت به زیر زمین. بالجمله مالک حق همه گونه تصرف در هوا و قرار را دارد، مگر اینکه قانون استثنا کرده باشد». بنابراین، طبق قانون مدنی مالک زمین نه تنها می تواند در فضا و قرار زمین خود تصرف کند، بلکه حق دارد مانع از تصرف دیگران نیز بشود (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۵۴). گفته شد که در نظام حقوقی آمریکا نیز مالکیت بر فضا و قرار زمین به موجب قاعده مالکیت مطلق مطرح است. اما قاعده مالکیت مطلق با قاعده تصرف تعدیل شده است و بدین ترتیب، دو نظریه مطرح شده است که با در نظر گرفتن قاعده تصرف سعی در استثنا کردن برداشت منابع (منابع سیال که قابلیت جابه جایی دارند مانند نفت و گاز) از ملک مجاور دارد: یکی اینکه اصولاً مالک قرار به چنین منابعی مالکیت ندارد و دیگر اینکه مالک قرار بر منابع موجود در زیرزمینش مالکیت دارد، اما با جابه جایی آن این مالکیت از بین می رود (Pierce, 2011: 690). در نظام حقوقی ایران، هرچند نظریه مالکیت بر فضا و قرار ملک به نحو دیگری توجیه شده است، اما در این امر به شکلی که قاعده تصرف در نظام حقوقی عرفی آمریکا، نظریه مالکیت مطلق را تعدیل کرد، حیازت چنین نقشی را نمی تواند ایفا کند و دلیل اصلی آن نیز همین امر است که در قوانین ایران مالکیت خصوصی بر نفت و گاز و مصادیق مانند آن اصولاً قابل تسری نیست.

### نتیجه گیری

در نظام های حقوقی مختلف برای اسباب تملک مواردی شمرده شده است که این موارد در نگاهی کل گرا بسیار به یکدیگر شبیه است. یکی از این اسباب تملک، چنان که در نظام حقوقی

ایران در بند اول ماده ۱۴۰ قانون مدنی آمده است، حیازت مباحات و احیای اراضی موات است که در تطبیق با نظام حقوق عرفی آمریکا بسیار به قاعده تصرف شبیه است. مهم ترین وجوه شباهت این دو نهاد یکی در مبانی بود که در هر دو مبنای اصلی و اولیه عرف و بنای عقلاست و دیگری شباهت در رکن مادی است. اما همان طور که بررسی شد و جزئیات در دو نظام حقوقی مورد توجه قرار گرفت، معلوم شد که تفاوت هایی بین قاعده تصرف و حیازت مباحات و احیای اراضی موات وجود دارد. مهم ترین تفاوت در ارکان و شرایطی است که موجد حق مالکیت می شود. در قاعده تصرف رکن معنوی یعنی قصد تملک تصریح نشده است و حداقل در مرحله اثبات همین که متصرف صرفاً رکن مادی را به خوبی به جا بیاورد و بر مال یا منابع تصرف و کنترل کافی پیدا کند، مالک به حساب می آید. در حالی که در حیازت و احیای اراضی موات صرف وضع ید و استیلا و صرف احیا و آباد کردن زمین موجب مالکیت نمی شود و قصد تملک نیز لازم است. در واقع در نظام حقوق عرفی آمریکا چنان که ویژگی عرفی این نظام اقتضا می کند، برای قاعده تصرف، به قول فقها، مبنای عقلایی قائل اند. از این رو در این نظام حقوقی قاعده تصرف عمل حقوقی نیست که محتاج به قصد و نیت تملک باشد. در حالی که در نظام حقوقی ایران حیازت و احیای اراضی موات ایقاع بوده و از این حیث یک عمل حقوقی است که نیاز به قصد و نیت تملک دارد. تفاوت دیگری که از این بحث نتیجه گرفته می شود این است که در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا صرف تصرف می تواند سبب مالکیت باشد، در حالی که در نظام حقوقی ایران چنین نیست و تصرف فقط می تواند اماره ملکیت باشد.

زمینه مهم دیگر تفاوت در مصادیق قابل تملک است. همان طور که توضیح داده شد، در قاعده تصرف علاوه بر اموال بدون مالک، منابع و دارایی های عمومی مانند آب ها، معادن، نفت و گاز قابل حیازت است. در حالی که در نظام حقوقی ایران به موجب اصل ۴۵ قانون اساسی مشترکات عمومی و اموالی که در استفاده و انتفاع عمومی است، در اختیار حکومت اسلامی است تا برای مصرف و مصلحت عمومی در نظر گرفته شود. از این رو حکم اولیه در این موارد این است که قابل تملک و قابل حیازت نیست، بلکه اختیار تصمیم گیری درباره آن ها با دولت است.

هر دو قاعده تصرف و حیازت به نوعی با محدودیت هایی نسبت به شکل خالصشان روبه رو شده اند. قاعده تصرف در شکل جدید و محدودش منوط به رعایت حقوق وابسته شده است، در حالی که حیازت در عین اینکه از ابتدا منوط به رعایت حقوق وابسته و برداشت به

قدر نیاز بوده است، به نوع دیگری در نظام حقوقی ایران با محدودیت روبه‌رو شد. بدین سان که مصادیق اموال قابل حیازت کم شد. یعنی همان منع از حیازت و تملک مشترکات عمومی و تحدید قلمرو مباحات و محدود کردن آن‌ها به شرایطی که از قوانین و مقررات ناشی می‌شود. مثلاً امروزه برداشت آب از سفره‌های آب زیرزمینی با محدودیت‌های قانونی روبه‌رو است و نیاز به مجوز دولت و مراجع ذی‌صلاح آن دارد.

به طور کلی قاعده تصرف در نظام حقوقی عرفی آمریکا و حیازت در نظام حقوقی ایران هرچند با هم شباهت‌های کلی دارند، دقیقاً بر هم منطبق نبوده و در زمینه‌های بیان‌شده تفاوت‌های شایان توجهی دارند؛ تفاوت‌هایی که شاید از دید موضوعی زیاد به چشم نیاید، اما بی‌شک از نظر حکمی و حقوقی تفاوت‌های محسوس و قابل توجهی است.

## منابع

- اصغریان، مجتبی (۱۳۹۱)، *حقوق نفت و گاز در ایالات متحده آمریکا (قراردادهای اجاره نفت و گاز)*، چاپ اول، تهران، انتشارات خرسندی
- امانی، مسعود (۱۳۸۹)، *حقوق قراردادهای بین‌المللی نفت*، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق(ع)
- امانی، مسعود (۱۳۹۱)، "مطالعه تطبیقی مالکیت نفت و گاز در نظام‌های ملی و حقوق بین‌الملل"، *نامه مفید مجله حقوق تطبیقی*، جلد ۸ شماره ۱، سال هیجدهم، شماره نود و یکم، صفحات ۲۶-۳
- رزمی، محسن و نبی‌نیا، خالد (۱۳۹۲)، "بررسی قاعده «من حاز ملکاً» در فقه و حقوق موضوعه ایران"، *فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، سال نهم، شماره سی و یکم، صفحات ۴۸-۱۱
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳)، *حقوق نفت و گاز*، چاپ اول، تهران، نشر میزان
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت*، چاپ اول، تهران، نشر یلدا
- خویی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۱۷)، *مصباح الفقاهه (المکاسب)*، قم، مؤسسه انصاریان
- مستند الشیعه، جلد ۱۰

*Black's Law Dictionary*

Donahue, Debra L. (2005), "Western Grazing: The Capture Of Grass, Ground and Government", *Environmental Law*, Vol. 35, pp 721- 806.

Kramer Bruce M. and Owen L. Anderson (2005), " The Rule Of Capture- An Oil and Gas Perspective", *Environmental Law*, Vol. 35, pp 899- 954. 1

Pierce, David E. (2011), "Developing a Common Law Of Hydraulic Fracturing" , *University Of Pittsburgh Law Review*, Vol. 72, pp 685- 699.

Johnston, Jason S. (2005), "The Rule of Capture and the Economic Dynamics of Natural Resource Use and Survival under Open Access Management Regimes", *Environmental Law*, Vol. 35, pp 855- 898.

Rose, Carol M. (1985), "Possession as the Origin of Property", *The University of Chicago Law Review*, vol. 52, pp 73-88.