



واکاوای موجبات ایجاد حق ارتفاع در فقه مذاهب اسلامی

پدیدآورنده (ها): آهنگران، محمد رسول؛ احمدی، امیر

حقوق :: نشریه مبانی فقهی حقوق اسلامی :: بهار و تابستان ۱۳۹۷ - شماره ۲۱ (B)

صفحات: از ۹ تا ۲۵

آدرس ثابت: <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1464472>

تاریخ داندود: ۱۴۰۴/۰۶/۰۷

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



- فرزند خواندگی از دیدگاه نوین روانپزشکی (مطالعه ۷۲۰ مورد مراجعه کننده خواهان فرزند به بخش روانپزشکی سازمان پزشکی قانونی کشور)
- توبه مجرم در فقه مقارن و حقوق جزا
- قتل مانع حقیقی موانع ارث
- پدیده صخره شیشه ای: بررسی تجربه ها و چالش های زنان در پست های رهبری سازمان
- شناختی بر جرم سازمان یافته از دیدگاه های نظری
- مقایسه تقلب نسبت به قانون و حیل شرعی در حقوق خصوصی
- نقد یک رأی: از منظر قوانین و مقررات اصلاحات ارضی
- تفسیر جدید از صلح و امنیت بین المللی و تاثیر آن بر مفهوم حاکمیت ملی
- جرائم زیست محیطی در استان خوزستان و راه های پیشگیری از آن
- تبعیت یا عدم تبعیت ارث خیار از ارث مال
- تعدیل قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران
- تأملی بر مقررات توبه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

عناوین مشابه

- تحلیل ماهوی و آثار حق سبق در فقه مذاهب اسلامی
- واکاوی معیار تشخیص جنسیت دوجنسه ها در فقه مذاهب اسلامی با رویکرد روایی (بررسی موردی اعتبار روایت شریح قاضی)
- واکاوی و تحلیل مبانی ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی در فقه مذاهب خمس و حقوق اسلامی
- جایگاه حق فرهنگی در فقه مذاهب اسلامی (مطالعه موردی حق تعلیم و تعلّم و حق آزادی عقیده)
- ویژگی های ایفای تعهد در زوال حق حبس از منظر فقه مذاهب اسلامی
- تضمین حق تحصیل برای همه: واکاوی حقوق کودکان دارای اختلالات یادگیری در تقاطع فقه اسلامی و روانشناسی تربیتی
- تحلیل انتقادی مادی ۳۵۱ قانون مجازات اسلامی در انتقال حق قصاص به زوجین؛ مطالعه تطبیقی فقه مذاهب اسلامی
- واکاوی حکم استتلال در شب از منظر فقه مذاهب اسلامی
- اسباب ایجاد و انتقال حقّابه در فقه مذاهب اسلامی
- واکاوی دوگانگی رویکرد قانون گذار در انکار اقراریر موجب حد «رجم» و «قتل» از دیدگاه فقه مذاهب اسلامی

مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره بیست و یک، بهار و تابستان ۱۳۹۷، ص ۲۵-۹

واکاوی موجبات ایجاد حق ارتفاق در فقه مذاهب اسلامی^۱

محمد رسول آهنگران

استاد دانشکده الهیات، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران

امیر احمدی^۲

استادیار دانشکده الهیات و علوم اسلامی، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

چکیده

حق ارتفاق از موضوعات مهم زندگی انسان در امور معیشتی یا معاملاتی است. پس گاهی انسان‌ها نیازهای دیگران را می‌بینند و برای رفع نیازشان به آن‌ها کمک می‌کنند. بنابراین موجبات ایجاد حق ارتفاق در فقه مذاهب اسلامی چیست. در این مقاله از اسباب و موجبات ایجاد حق ارتفاق سخن به میان آمده است؛ که این مطالب حاوی نظرات فقهای بزرگ پنج‌گانه اسلامی می‌باشد در طی پژوهش اختلافات و مشترکات مذاهب به خوبی آشکار است. از اهم اسباب و موجبات ایجاد حق ارتفاق می‌توان به شرکت عامه بین افراد، معاوضه‌ی حق ارتفاق، تبرع حق ارتفاق، ارث، وصیت و حیازت این حق را نام برد که در ادامه از هر یک از این موارد به تفصیل بحث و تحلیل شده است. این مقاله می‌تواند در مسائل مستحدثه به فقها و نیز در تدوین قوانین موضوعه به حقوق‌دانان کمک شایانی کند و راه‌کشایی برای آنان در این مسأله باشد.

کلیدواژه‌ها: حق، ارتفاق، موجبات ایجاد، امامیه، اهل سنت.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۳/۳۱؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۷/۶/۵

۲. پست الکترونیک (مسئول مکاتبات): Amir.Ahmadi@pnu.ac.ir

مقدمه

هدف از تقریر و نگارش راجع به این موضوع، مشخص شدن اسباب و موجبات ایجاد حق ارتفاق در مذاهب اسلامی با توجه به منابع فقهی اسلامی می باشد و با توجه به پیدایش مصادیقی نو و مستحدثه در این موضوع فقههای بزرگ اسلامی و حقوق دانان اسلامی ملاک معینی برای مشخص شدن موجبات ایجاد دارند. در این پژوهش برای مشخص شدن موجبات ایجاد حق ارتفاق به کتب فقهی مذاهب رجوع شده است و سعی در پاسخ به سؤالی چون، آیا حق ارتفاق با اسبابی ایجاد می شود و با اسبابی زوال پیدا می کند؟ بنابراین در این مقاله فقط از موجبات حق ارتفاق به تفصیل بحث شده است.

روش تحقیق

۱. کتابخانه ای ۲. فیش برداری ۳. جستجوی اینترنتی ۴. به صورت کتابخانه ای و تحلیلی. در این پژوهش که یک موضوع تطبیقی با موضوع موجبات حق ارتفاق در مذاهب اسلامی است با مراجعه به کتب مشهور فقههای مذاهب پنج گانه ای اسلامی، از آن کتب فیش برداری صورت گرفته و با تدوین و کنار هم قرار دادن این فیش ها با توجه به هر موضوع و عنوان، پژوهش حال حاضر نگاشته شده است.

ضرورت و اهمیت تحقیق

آنچه بیش از همه به ضرورت و اهمیت این مقاله می افزاید به دست آوردن مبنا و شناخت موجبات حق ارتفاق می باشد که با توجه به آن می توان درباره مسایل مستحدثه به آسانی تصمیم گرفت و از همه مهم تر کاربرد این حق در جوامع اسلامی باشد و نیز تطبیقی بودن موضوع به اهمیت کار می افزاید. هم چنین در تدوین قانون موضوعه به حقوق دانان کمک شایانی خواهد نمود. باید افزود که در خصوص این موضوع در کتب مذاهب اسلامی به این صورت ذیل بحث به میان نیامده است.

اسباب ایجاد حق ارتفاق در مذاهب اسلامی

حق ارتفاق با اسبابی ایجاد می‌شود که در فقه مذاهب اسلامی این اسباب متفاوت می‌باشد اما اهم موجبات حق ارتفاق در این پژوهش آورده شده است.

سبب اول: شرکت عامه

مراد از اشتراک عام در حقوق ارتفاقی، همان منفعت است که عامه‌ی مردم به طور مشترک و مساوی از آن انتفاع می‌برند، مانند دریاها، نهرهای بزرگ، راه‌ها، مجر‌ها و مسیل‌های عمومی و نظیر این‌ها، که به مصارف عامه می‌رسد. این املاک و اموال متصل به مرافق عامه هستند و هرکس به حسب طبیعت این اموال در آن‌ها حق ارتفاق دارد.

در تحریر الوسيله آمده است: «آب‌ها نهرهای بزرگ مثل آب فرات و نیل که احدی در جاری ساختن آن دخالت ندارد، متعلق به تمام مردم می‌باشد». (موسوی خمینی، ۱۳۵۸، ج ۲، ص ۲۰۶) بنابراین می‌توان گفت این خود نمونه‌ای از یک شرکت عامه برای همه‌ی مردم می‌باشد.

تمام فقهای اهل سنت بر این اتفاق دارند «که احدی مالک این نهرها نمی‌باشد، نه در آب این نهرها و نه در مجری آن‌ها بلکه تمام مردم در آن شریک‌اند و متعلق به عامه‌ی مردم می‌باشد و حق انتفاع از این آب‌ها را دارند. بنابراین تمام مردم در این آب‌ها شریک‌اند و جایزاند از این آب‌ها استفاده کنند. (کاسانی، ۱۴۰۹، ج ۶، صص ۱۹۰-۱۹۱؛ شربینی خطیب، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۳۷۳؛ ابن قدامه، بی تا، ج ۶، ص ۱۶۹) در خصوص شریک عامه در مورد راه‌ها باید گفت، که حق عبور و مرور از شوارع نافذ (عام) و حق باز کردن در و پنجره رو به این راه‌ها متعلق به عموم مردم می‌باشد. بنابراین راه عمومی راهی است که به زمین‌های مباح منتهی می‌گردد و تمام مردم حق عبور و مرور از آن را دارند و همه‌ی مردم در آن مساوی‌اند و احدی حق احیای آن را ندارد و نمی‌تواند آن را به خود اختصاص دهد. (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۹۹؛ خوئی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۶۰؛ نجفی، ۱۳۶۸،

ج ۳۸، ص ۷۷) لذا زمین زراعی که متصل به راهی عام است صاحب این زمین حق ارتفاق از این راه عام را دارد و همچنین تمام زمین‌های زراعی که متصل به راه عمومی هستند. علاوه بر این صاحب زمین از آب نه‌های بزرگ عمومی، حق شرب برای آبیاری زمین خود را خواهد داشت، که این خود نمونه‌ی دیگر از اسباب ایجاد حق ارتفاق با شرکت عامه می‌باشد، مضافاً این‌که این حق برای افرادی که در حاشیه نهر هستند وجود دارد.

در کتب اهل سنت آمده است: «راه عام راهی است که به فرد یا افراد خاصی متعلق نمی‌باشد، مانند راه‌های نافذ (عمومی)، پس تمام انسان‌ها در آن حق انتفاع دارند، زیرا از مباحات می‌باشد؛ خواه با عبور کردن یا باز کردن پنجره رو به این راه‌ها و مانند آن. بنابراین عبور حیوانات، ماشین و یا ایجاد مرکز خرید و فروش در این راه‌ها جایز است». (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج ۷، ص ۴۶۷۵؛ شربینی الخطیب، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۱۸۳؛ ابن عابدین، ۱۲۷۲، ج ۲، ص ۳۱۹) نووی از فقهای شافعی می‌گوید: «راه‌های نافذ برای تمام مردم می‌باشند و تمام مردم مستحق عبور در آن هستند واحدی حق تصرف در آن ندارد». هم‌چنین در ادامه می‌گوید: «تمام مردم جایزاند که رو به این راه‌ها در ملک خود درب باز کنند». (الدمشقی النووی، بی تا، ج ۳، ص ۴۳۸) شایان ذکر است که برای تمام مردم که املاکشان متصل به حق مسیل عام باشد، می‌توانند از آب‌های آن استفاده کنند خواه آب مازاد بر حاجت باشد یا آب‌های که قبلاً استعمال شده‌اند. (همان، ج ۳، ص ۴۳۸) این حق ارتفاق در جمیع مسائل باید ضرر عامه‌ی مردم در آن نباشد، پس هنگامی که حق شرب برای زمین معین از نهر عام باشد و به شرکای نهر ضرر بزند باید از او جلوگیری شود و مصلحت عام بر مصلحت خاص مقدم است. هم‌چنین در حق ارتفاق در راه‌ها، می‌توان گفت زمانی که شخصی بخواهد ساختمانی بسازد حق خروج از راه‌های عمومی را ندارد؛ و این‌که یا بساطی در خیابان پهن کند که مؤثر در عبور و مرور مردم باشد (الدمشقی النووی، بی تا، ج ۳، ص ۴۳۹) و باعث تنگ شدن راه و ضرر به عابران شود. بنابراین می‌توان مانع او شد، زیرا مردم در این راه‌ها شریک‌اند و نسبت به آن‌ها برابر هستند. می‌توان گفت که در سایر مصادیق

ارتفاق، ارتفاق خاصی که ملحق به ضرر در ارتفاق عام شود، باید مانع ضرر در آن شد؛ زیرا سبب ایجاد حق ارتفاق در آن‌ها شرکت عامه می‌باشد.

سبب دوم: معاوضه

حق ارتفاق می‌تواند به صورت عقود معاوضی ایجاد شود، و ثابت شدن این حق برای دیگران به تبع شروط ضمن عقد می‌باشد، مانند بیع حق شرب به تبع زمین، که برای آبیاری زمین می‌باشد. بنابراین معاوضه برحق ارتفاق برای افراد وجود دارد که در ذیل آن را بیان می‌کنیم:

ثبوت و ایجاد حق ارتفاق ضمن عقدبیع، از جانب فروشنده برای مشتری ایجاد می‌شود؛ پس هنگامی که شخص زمینی را بخرد و اگر حق شرب از آب دیگری یا حق مرور یا حق مسیل برای آن زمین وجود داشته باشد، فروشنده ملزم است به تبع زمینی که فروخته آن‌ها را به خریدار منتقل کند، لذا هنگامی که شخص زمینش را به تبع حق ارتفاق بفروشد، مانند این که حق شرب متعلق به زمینش را همراه زمین بفروشد یا حق مروری در زمین دیگری داشته باشد آن را منتقل کند، و یا شخصی طبقه پایین خانه‌ای را خریده است حق تعلی برای او می‌باشد و مانند آن، پس آیا تمام این صور جایز است؟

۱. شرب: فقها در ثبوت حکم ارتفاق به حق شرب با عقد معاوضه اقبالی دارند که در

زیر آن‌ها را بیان می‌کنیم:

نزد امامیه در صورتی که شخص در استفاده از آب به مقدار سهمش شریک باشد می‌تواند سهم خویش را بفروشد یا اجاره دهد و شرکا حق جلوگیری از آن را ندارند. (حلی، بی تا، ج ۲، ص ۱۳۳؛ قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، صص ۱۲۰-۱۲۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۵ش، ج ۲، صص ۲۰۶-۲۰۷) بنابراین در فقه امامیه این چنین به نظر می‌رسد که شخص می‌تواند از حق ارتفاقی که در حق شرب دارد آن را ضمن شروطی در عقد به دیگری منتقل کند.

حنفیه فروش حق شرب را به تبع زمین جایز می‌دانند و غیر از حق شرب مثل حق شرب حیوان را جایز می‌دانند و فروش آن را منفرداً جایز نمی‌دانند و باید به تبع زمین باشد. (کاشانی، ۱۴۰۹ق، ج ۶، ص ۱۸۹؛ علمای هند، ۱۳۱۰، ج ۵، ص ۳۹۴)

هم‌چنین مالکیه، شافعیه و حنابله معتقدند بیع حق شرب را به طور مستقل جایز است و انسان را در فروش سهمش از حق شرب مجاز گذاشته‌اند و بذل آن را به غیر ثمن برای صاحب حق شرب مستحب می‌دانند. (تنوخی، ۱۲۷۲، ج ۱۵، صص ۱۹۸-۱۹۲؛ غرناطی، بی تا، ص ۳۶۷؛ شربینی خطیب، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۳۷۵؛ مرداوی، ۱۳۵۵، ج ۵، ص ۲۵۰؛ زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج ۷، ص ۴۶۴)

اما در قولی دیگر جمهور فقهای حنفیه و در نظری از شافعیه و حنابله، بیع حق شرب را جایز نمی‌دانند و به سنت و عقل استدلال کرده‌اند. (کاشانی، ۱۴۰۹ق، ج ۶، ص ۱۸۹؛ زیلعی، ۱۳۱۴، ج ۶، ص ۴۳؛ شربینی خطیب، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۳۷۶؛ مرداوی، ۱۳۵۵، ج ۵، ص ۲۵۰)

۲. مجری: برخی از فقها امامیه، بیع مجری راصحیح دانسته‌اند (حلی، تذکره، بی تا، ج ۲، ص ۱۸۸؛ نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۶، ص ۲۴۰) و برخی بیع آن را صحیح نمی‌دانند و مصالحه و اجاره بر آن را صحیح می‌دانند اما باید موضع جریان آب مشخص باشد و طول و عرض و مدت حق مجری تعیین شود. (حلی، بی تا، ج ۲، ص ۱۳۶؛ حلی، بی تا، ج ۲، ص ۱۸۸؛ نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۶، ص ۲۴۰) هم‌چنین ارتفاق مجری به عقد معاوضه، در نزد شافعیه و حنابله، جایز می‌باشد اما شافعیه بیع حق مجری را به دو شرط جایز می‌داند؛ ۱. موضع و موقعیت مجری مشخص باشد، ۲. طول و عرض و عمق نیز مشخص باشد. (شربینی خطیب، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۱۹۲) حنابله علاوه بر بیع حق مجری، اجاره را هم در حقیقت امر جایز می‌دانند، زیرا در صورت اجاره مالکیت رقبه‌ی مجری برای صاحب زمین

باقی می ماند ولی اگر مجری فروخته شود مشخص کردن عمق مجری شرط نمی باشد. (ابن قدامه، بی تا، ج ۵، ص ۲۹)

در مذهب شافعی و حنابلہ اگر ارتفاق مجری با عقد اجاره به دیگری واگذار شود جایز است اما با سه شرط ۱. موضع و موقعیت مجری و طول و عرض و عمق آن مشخص شود، ۲. مدت اجاره نیز تعیین شود، ۳. موضع و موقعیت مجری گود باشد. بنابراین این چنین که به نظر می آید حق ارتفاق از مجری با عقد معاوضه صحیح می باشد. (شرینی خطیب، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۱۹۱؛ ابن قدامه، بی تا، ج ۵، صص ۲۹-۳۰) بنابراین این چنین که به نظر می آید حق ارتفاق از مجری با عقد معاوضه صحیح می باشد.

۳. مسیل: فقها در ثبوت ارتفاق مسیل با عقد معاوضه اختلاف دارند:

امامیه بیع حق مسیل را باطل دانسته اند، زیرا یک موضع عمومی می باشد، اما مصالحه و اجاره این حق را با ذکر مدت و طول و عرض و عمیق مسیل جایز می داند. (حلی، بی تا، ج ۲، ص ۱۶۲؛ حلی، بی تا، ج ۲، ص ۱۸۸؛ نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۶، ص ۲۴۰)

در این خصوص در بین فقهای اهل سنت دو قول وجود دارد:

قول اول: عدم جواز بیع حق مسیل خواه موضع مسیل پشت بام باشد یا بر زمین و این قول حنفیه است. حنفیه ارتفاق حق مسیل را امری مجهول می داند و آن را شامل مسیل پشت بام و برای زمین می داند و مسیل پشت بام را نوعی حق تعلی دانسته است، زیرا مال نمی باشد. (ابن عابدین، ۱۲۷۲، ج ۴، صص ۱۱۸-۱۱۹؛ محمد ابن عبدالواحد، ۱۳۱۸، ج ۵، ص ۲۰۵)

قول دوم: شافعی و حنابلہ بیع یا اجاره حق مسیل را جایز می دانند خواه مسیل پشت بام برای آب باران و یا برای زمین باشد. (شرینی خطیب، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۱۹۱؛ دمشقی نووی، بی تا، ج ۳، صص ۴۵۴-۴۵۵) در کتاب روضة الطالبین آمده است: «در صورتی که

به آب باران احتیاج پیدا کرده و غیره اجاره یا عاریه یا بیع حق مسیل جایز است». (ابن قدامه، بی تا، ج ۵، ص ۲۹)

۴. حق مرور: ارتفاق به حق عبور و مرور در زمین دیگری، مستقلاً با عقد معاوضه ثابت می شود و این قول جمهور فقها می باشد. (عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، صص ۲۰۱-۲۰۲؛ تنوخی، ۱۳۲۳، ج ۱۴، ص ۴۶۳؛ دمشقی نووی، بی تا، ج ۳، صص ۴۴۰-۴۴۱؛ شربینی خطیب، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۱۸۶)

حنفیه بیع حقوق ارتفاقی را منع کرده است از جمله حق شرب، مسیل و تعلی؛ اما بیع حق مرور در قول مشهور حنفیه جایز می باشد، زیرا آن ها حق مرور را متعلق به محل معلوم می دانند اما می گویند حق مسیل محل آن مجهول است و حق تعلی مال نمی باشد پس بیع آن ها را منع می کنند. (ابن عابدین، ۱۲۷۲، ج ۴، ص ۱۱۸؛ محمدبن عبد الواحد، ۱۳۱۸، ج ۵، صص ۲۰۵-۲۰۶)

نزد امامیه، اگر محل عبور و مرور به زمین از یک طرف معین شرط شود، معامله آن صحیح است، اما اگر رفت و آمد از یک جهت نامعین شرط شود معامله باطل می باشد و اگر فروشنده بگوید این زمین را با همه ی حقوق آن به تو فروختم، معامله آن صحیح است، و برای خریدار حق عبور و مرور از چهار طرف ثابت می شود، هرچند برخی در این فرض احتمال بطلان معامله را داده اند. (عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، صص ۲۰۱-۲۰۲)

۵. جوار

الف: جوارجانبی: امامیه قرار دادن سرتیر بر دیوار دیگری را ضمن عقد یا مصالحه یا عاریه جایز می داند و این مشروط بر این است که رضایت یکدیگر را جلب کنند، ولی برخی معتقدند که آن ضمن عقد بیع صحیح است. (حلی، بی تا، ج ۴، ص ۱۸۴؛ موسوی خمینی،

۱۳۸۵، ج ۱، ص ۵۴۱؛ حلی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۳۷۳؛ قمی سبزواری، بی تا، صص ۳۱۲-۳۱۳؛ حلی، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۲۲۲)

شافعیه و حنابله ارتفاق به دیوار همسایه را با عقد معاوضه (اجاره یا بیع) جایز می‌دانند، خواه ارتفاق به ایجاد بنا بر دیوار و خواه قرار دادن سرتیر بر روی دیوار همسایه باشد. (شربینی خطیب، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۱۸۸؛ ابن قدامه، بی تا، ج ۵، صص ۳۹-۴۰) در کتاب مغنی آمده است: «اگر به همسایه اذن داده شود که سرتیر را روی دیوار بگذارد یا بنایی را بر روی دیوار همسایه بسازد، اگر به عوض معلوم باشد جایز است، خواه با اجازه در مدت معلوم باشد». (ابن قدامه، بی تا، ج ۵، صص ۳۹-۴۰؛ بهوتی، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۴۸۰)

ب: جوار رأسی (حق تعلی): درباره‌ی ارتفاق در حق تعلی بر ملک دیگری با عقد معاوضه، نظرات فقها را بیان می‌کنیم:

در فقه امامیه بیع ارتفاق جز معین از حق تعلی را جایز می‌دانند پس می‌توان گفت بیع حق تعلی از اسباب ایجاد حق ارتفاق است. (حلی، بی تا، ج ۲، ص ۱۸۷)

در این خصوص در فقه اهل سنت اقوال مختلفی وجود دارد:

قول اول: بیع حق تعلی را مطلقاً جایز می‌دانند؛ در مذهب حنبلی انسان می‌تواند طبقه‌ی بالای و پایین خانه‌اش را با وصف بنا و بیان مقدار ارتفاق، و موادی که در بنا به کار برده است، به دیگری بفروشد. (مرداوی، ۱۳۵۵، ج ۵، ص ۲۵۱؛ بهوتی، ۱۴۱۸ق، ج ۳، صص ۴۸۴-۴۸۵) این هنگامی که طبقه پایین مبنی یا غیر مبنی باشد ولی اگر شرط شود که طبقه بالا فروخته شود، فروش طبقه‌ی بالا در هر دو حالت با ذکر گفتن وصف ساختمان جایز است این قول مالکیه می‌باشد، اما بیع هوای ساختمان از نظر مالکیه جایز نیست. (تنوخی، ۱۳۲۳، ج ۱۰، ص ۲۱۹) شافعیه نیز هنگامی که طبقه‌ی پایین مبنی باشد و طبقه‌ی بالا هم همراه آن باشد بیع آن را جایز می‌دانند، اما اگر طبقه‌ی بالا همراه طبقه‌ی پایین که مبنی است نباشد بیع آن جایز نیست. (شربینی خطیب، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۱۸۴؛ امام شافعی، ۱۴۰۳ق، ج ۳، صص ۲۲۲-۲۳۶؛ مزنی، بی تا، صص ۱۰۷-۱۰۸)

قول دوم: حنفیه و مزنی از شافعیه بیع حق تعلی را مطلقاً منع کرده‌اند، بنابراین به هر صورتی باشد بیع آن راجایز نمی‌دانند. (کاشانی، ۱۴۰۹، ج ۵، ص ۱۶۶؛ ابن عابدین، ۱۲۷۲، ج ۴، ص ۱۰۱؛ زیعلی، ۱۳۱۴، ج ۴، ص ۵۱؛ مزنی، بی تا، صص ۱۰۷-۱۰۸)

سبب سوم: تبرع

بین فقها در جواز ثبوت حقوق ارتفاقی از طریق تبرع اختلافی مشاهده نمی‌شود؛ بنابراین هنگامی که شخص به دیگری حق استفاده از حق ارتفاقی را می‌دهد مثلاً به صورت عاریه، پس حق ارتفاق را برای او به صورت تبرعی ایجاد کرده است. مثلاً در مذهب امامیه قرار دادن سر تیری بر روی دیوار دیگری به صورت عاریه یا مصالحه بدون عوض جایز می‌باشد. این کار نزد امامیه مستحب مؤکد است، لذا به این نحو می‌توان برای شخص حق ارتفاق از دیوار خود را ایجاد می‌کند. (حلی، بی تا، ج ۲، ص ۱۸۴؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۵۴۱؛ حلی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۳۷۳؛ قمی سبزواری، بی تا، صص ۳۱۲-۳۱۳) اختلاف علما در مورد این است که اگر به عاریه رجوع شود مستعیر از این رجوع ضرر می‌بیند، حال حکم چیست؟

حنابله و شافعیه می‌گویند، معیر (عاریه دهنده) دیگر مالک نیست و مادامی که بر روی دیوار او سرتیر یا بنای ساخته شده است دیگر نمی‌تواند رجوع کند، زیرا عاریه عقد لازم می‌باشد. (شریینی خطیب، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۱۸۷؛ مرداوی، ۱۳۵۵، ج ۶، ص ۱۰۶؛ بهوتی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۴۸۲؛ ابن قدامه، بی تا، ص ۵۳۸؛ ابن قدامه، بی تا، ج ۵، ص ۴۰؛ شریینی خطیب، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۱۸۷)

اما در نظری دیگر از شافعیه و یک احتمال نزد حنابله آمده که، معیر مالک است و می‌تواند به عاریه رجوع کند و در صورت رجوع، شافعیه می‌گوید مستعیر بین باقی گذاشتن ارتفاق با دادن اجرت یا خراب کردن بنا و برداشتن سرتیر و گرفتن ارش از معیر مخیر است. (شریینی خطیب، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۱۸۷؛ مرداوی، ۱۳۵۵، ج ۶، ص ۱۰۶) بنابراین این طور

که به نظر می‌رسد، معیر با عاریه دادن که خود نوعی تبرع است حق ارتفاق از ملک خود را به دیگری می‌دهد و این خود یکی از اسباب ایجاد حق ارتفاق می‌باشد.

سبب چهارم: ارث

حق ارتفاق با ارث نیز ثابت می‌شود، پس هنگامی که شخص فوت کند مال به ورثه‌ی او منتقل خواهد شد و در ظاهر حق ارتفاق مال می‌باشد، بنابراین مثلاً حق شرب، حق مرور و حق مسیل که متعلق به زمین است، این طور که نص فقها بیان می‌کند بیع این حقوق به تبع زمین مجاز می‌باشد، ولی برخی از فقها همان‌طور که قبلاً بیان کردیم معتقدند که بیع این حقوق به تنهایی جایز است، بنابراین می‌توان گفت این حقوق به ورثه منتقل می‌شوند.

در فقه امامیه حق مجری، مسیل و شرب از راه ارث قابل انتقال است و از اسباب ایجاد حق ارتفاق می‌باشند. هرگاه شخصی در زمین موات به قصد تملیک چاهی حفر کند یا چشمه یا قناتی را احیاء کند، برای احدی جایز نیست بدون اذن مالکش از آن آب استفاده کند مالکش می‌تواند آن را به یکی از اسباب شرعی به دیگر منتقل کند چه سبب قهری مانند ارث و چه اختیاری چون بیع، صلح و هبه و غیر اینها. (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۲۰۶؛ حلی، بی تا، ج ۲، ص ۱۳۵؛ حلی، بی تا، ج ۲، ص ۱۸۸؛ کرکی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۴۳۲؛ طوسی، ۱۳۵۱، ج ۲، ص ۳۱۰)

حق ارتفاق در نزد حنفیه مال است و از راه ارث قابل انتقال به ورثه است و از اسباب ایجاد حق ارتفاق می‌باشد. (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۴۶۵۷) بنابراین هنگامی که مالک زمین فوت کند ملکش به دیگری می‌رسد و حقوق ملک به تبع زمین به ورثه منتقل می‌شود مثل حق شرب یا مسیل یا مانند آن. (تنوخی، ۱۳۲۳، ج ۴، ص ۴۶۸)

مالکیه زمین را به تعداد ورثه تقسیم می‌کند و حق شرب از آب زمین را نیز به تعداد ورثه قابل تقسیم می‌داند و گاهی این حقوق به تنهای وجدای از ملک به ورثه می‌رسد و زمانی که صاحب زمین ملک را می‌فروشد حقوق ارتفاقی آن (حق شرب، مسیل و نظایر

این‌ها) را داخل در بیع نمی‌کند و مشتری تنها ملک را صاحب می‌شود و حقوق ارتفاقی تنها برای مالک باقی می‌ماند. (تنوخی، ۱۳۲۳، ج ۱۵، ص ۱۹۸؛ علمای هند، ۱۳۱۰، ج ۵، ص ۳۹۳)

نزد حنفیه حق ارتفاقی که جدای از ملک به ورثه می‌رسد، مانع فروش این حق ارتفاقی می‌شود. (زیلعی، ۱۳۱۴، ج ۶، ص ۴؛ کاسانی، ۱۴۰۹، ج ۶، ص ۱۹۱) اما تمام مذاهب اهل سنت اتفاق دارند که حق ارتفاق به ارث میرسد حقی است دائم که با وقت به پایان نمی‌رسد. (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۴۶۵۷)

ابن عابدین می‌گوید، حق شرب به ارث می‌رسد زیرا ملک حکماً به ارث می‌رسد نه با قصد، و جایز هم این است که چیزی حکماً ثابت شود نه قصداً، مانند خمر که حکماً به ورثه می‌رسد و تملیک آن به قصد نمی‌باشد نظیر سایر املاک. (ابن عابدین، ۱۲۷۲، ج ۵، ص ۲۸۶) این خود جای تأمل است شرب از خمر، قابل مقایسه با حق شرب ملک نیست و معنای آن مانند حقوق ارتفاقی دیگر مثل مسیل و مرور مجری و تعلی نمی‌باشد و این یک قیاس مع الفارق و بلاوجه است. بنابراین این چنین که روشن است ارث می‌تواند از اسباب ایجاد و ثبوت حق ارتفاق باشد.

سبب پنجم: وصیت

انسان می‌تواند وصیت به حق ارتفاق کند و بعد از وفات حقوق ارتفاقی به موصی له انتقال می‌یابد. همان‌طور که در فقه امامیه آمده است وصیت به اموال از ثلث ترکه صحیح می‌باشد که می‌توان به حقوق ارتفاقی از جمله شرب یا حق مجری وصیت کرد. (طوسی، ۱۳۵۱، ج ۲، ص ۳۵۰)

در کتاب اهل سنت فتاوی الهندیّه آمده است: «اگر وصیت برای شخصی از ثلث ترکه، حقی از نهر باشد، جایز است؛ زیرا تصدیق به ثلث از رقبه‌ی نهر می‌باشد و حق شرب هم به تبع آن داخل در وصیت می‌شود، هم‌چنان که اگر وصیت به شرب همراه زمین می‌شد باز

هم جایز بود». (لجماعة من علما هند، ۱۳۱۰، ج ۵، صص ۴۰۷-۴۰۸) وصیت برای شخصی به حق شرب حتی اگر به مدت معین برای آبیاری زمینش باشد جایز است و این وصیت از ثلث معتبر خواهد بود؛ زیرا وصیت تملیک بعد از موت می باشد و در حال حاضر موصی له مالک موصی به (حق شرب) نمی شود و بعد از موت، مالک موصی به می شود و همانند میراث می باشد. بنابراین هنگامی که ارث محتمل است وصیت نیز محتمل می باشد و این دو با هم برادرند. (کاسانی، ۱۴۰۹ق، ج ۶، ص ۱۹۰؛ لجماعة من علما هند، ۱۳۱۰، ج ۵، صص ۴۰۷-۴۰۸؛ زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج ۷، ص ۵۶۵۷) دکتر وهبه الزحیلی می گوید: وصیت به انتفاع از حق ارتفاق در مذاهب صحیح است، مانند وصیت مردی به عبور آب از زمینش برای حق شرب فلانی. بنابراین می توان گفت یکی از اسباب ایجاد حق ارتفاق وصیت به این حقوق می باشد. (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج ۷، ص ۴۶۵۷) بنابراین می توان گفت یکی از اسباب ایجاد حق ارتفاق وصیت به این حقوق است.

سبب ششم: حیازت^۱

می توان حیازت را یکی از اسباب ایجاد حق ارتفاق بر شمرد، زیرا در باب احیاء موات در فقه تمام مذاهب حیازت به نوعی از اسباب ایجاد حق ارتفاق می باشد. می توان زمین های موات یا آب ها یا مانند آن را طبق شرایط در شرع اسلامی و قانون حیازت کرد و حق ارتفاق از آن را برای خود محفظ داشت، بنابراین به دلیل این که بحث اصلی ما در این جا حیازت برای به دست آوردن حق ارتفاق نمی باشد به طور مختصر آن را بیان می کنیم.

امام خمینی می فرماید، کسی که آب ها نهرهای بزرگ چون دجله و فرات و نیل یا نهرهای کوچک که احدی در جاری ساختن آن دخالت نداشته یا آب سیلاب ها یا چشمه های خود جوش یا آب های که در یک نقطه جمع شده است را با ظرف یا موتور یا

۱. حیازت: در لغت به معنی به دست آوردن است و در اصطلاح یعنی تصرف و وضع ید است یا مهیا کردن وسائل تصرف و استیلاء؛ نک. صفائی، سید حسن، اشخاص اموال، ج ۱، ص ۱۴۹ و قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.

حوض و امثال آن حيازت کند مالکش می‌شود و همه‌ی احکام ملک بر آن مترتب است. (موسوی الخمينی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۲۰۶؛ حلی، بی تا، ج ۲، صص ۴۰۶-۴۰۷) بنابراین با حيازت این آب‌ها می‌توان حق ارتفاق از یک چشمه را برای خود، با شرایط شرعی و قانونی، ایجاد کرد.

در فقه اهل سنت، حيازت در حقیقت سبب و منشأ حق نمی‌باشد و باید در طول زمان ثابت شود و بقای حق به نسبت حيازت می‌باشد و هم‌چنین ایجاد بنا بر روی دیوار دیگری سبب ایجاد حق نمی‌باشد مگر به سبب صحیح ایجاد شود. (ابن قدامه، بی تا، ج ۵، ص ۴۰؛ دمشقی نووی، بی تا، ج ۳، صص ۴۴۷-۴۴۸؛ ابن قدامه بی تا، ج ۵، ص ۴۲) بنابراین اگر برای شخص مجری یا مسیل یا حق عبور قدیمی در زمین غیر باشد این حق زائل نمی‌گردد و کسی که خواهان از بین رفتن این حق است دعوایش شنیده نمی‌شود؛ زیرا ظاهراً حق این شخص به سبب مشروع می‌باشد. (مرداوی، ۱۳۵۵، ج ۵، ص ۲۶۵؛ ابن قدامه، بی تا، ج ۵، ص ۴۰؛ علمای هند، ۱۳۱۰، ج ۱۵، صص ۳۷۱-۳۹۴؛ عبد الواحد، ۱۳۱۸، ج ۵، ص ۵۰۶؛ غرناطی، بی تا، ص ۳۳۳) لذا حيازت این شخص قدیمی است و حقش در عبور و مجری و مسیل ثابت می‌باشد و زائل نمی‌شود. پس می‌توان گفت که با حيازت سبب حق ارتفاق ایجاد می‌شود.

نتیجه

طبق تحقیق و بررسی به عمل آمده طی این مقاله بعد از استخراج هریک از موجبات حق ارتفاق از فحوا و بحث‌های فقه‌ای مذاهب به تفصیل کتابت شده است. پرسشی که باعث نوشتن این مقاله شده این است که موجبات ایجاد حق ارتفاق و موجبات زوال حق ارتفاق در فقه مذاهب چیست؟ بنابراین به دلیل طولانی شدن بحث ما در این مقاله تنها به بررسی موجبات ایجاد حق ارتفاق پرداخته‌ایم. نتیجه‌ای که می‌توان گرفت این است که حق ارتفاق با اسبابی ایجاد می‌شوند و برای کسی که این سبب برای او ایجاد شده است این حق را

ایجاد می‌کند که از این حق ارتفاق خود کمال انتفاع را ببرد. از جمله اسباب ایجاد این حق می‌توان به شرکت عامه، معاوضه، تبرع، ارث، وصیت، حیازت، اشاره کرد، که این موجبات می‌توانند باعث ایجاد حق ارتفاق شوند. موضوع این مقاله می‌تواند به حقوق‌دانان در مسایل مستحدثه و نیز تدوین قوانین موضوعه کمک شایانی کند، باشد که مورد توجه پژوهشگران قرار گیرد و موجب بی‌تفاوتی به این موضوع نباشند.

منابع

- ابن عابدین، محمد امین الشهیر، رد المحتار علی الدرالمختار (حاشیه ابن عابدین)، ج ۵، دار الطباعة المصرية، ۱۲۷۲ق.
- ابن قدامه مقدسی، أبی الفرج عبد الرحمن بن أبی عمر محمد أحمد الشیخ شمس الدین، الشرح الكبير، ج ۵، بیروت، دارالکتب العربی، بی تا.
- ابن قدامه، موفق الدین أبی محمد عبدالله بن محمد، المغنی، تحقیق جماعة من العلماء، ج ۶، بیروت دارالکتب العربی، بی تا.
- بهوتی الحنبلی، منصور بن یوسف، کشف القناع، ج ۳، الطبعة الاولى، بیروت، لبنان، محمدعلی بیضون، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۸ق.
- تنوخی، سحنون بن سعید، رواية الإمام سحنون بن سعید التنوخی عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العتقی عن الإمام مالک بن انس، المدونة، ج ۱۵ و ۱۰، الطبعة الاولى، مصر، مطبعة السعادة، ۱۳۲۳ق.
- حلی (العلامة الحلی)، أبی منصورالحسن بن یوسف بن المطهر، مختلف الشیعه، تحقیق مؤسسه النشرالاسلامی، ج ۶، الطبعة الاولى، قم، مؤسسه النشرالاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۱۵ق.
- همو، تذکرة الفقهاء (ط.ق)، ج ۲، العراق، مكتبة الرضوية لاحیاء الآثار الجعفریة، بی تا.
- همو، تحریر الاحکام (ط.ق)، ج ۲، الطبعة حجرية، طوس، مشهد، مؤسسة آل بیت (ع)، بی تا.
- حلی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، الطبعة الاولى، تهران، مؤسسه الاعلمی، ۱۳۸۹ق.

- خوئی، السید ابوالقاسم، منهاج الصالحین (المعاملات)، ج ۲، الطبع الثامنة و العشرون، قم، مدينة العلم، المطبعة، ۱۴۱۰ ق.
- دمشقی النووی، ابی زکریا محیی الدین بن شرف، روضة الطالبین، تحقیق الشیخ عادل أحمد، عبد الموجود، ج ۳، الشیخ علی محمد معوض، بیروت، لبنان، دارالکتب العلمیة، بی تا.
- زحیلی، وهبة، الفقه الاسلامیة وادلہ، ج ۷، دمشق، سوریه، دارالفکر (نشر احسان)، ۱۴۰۹ ق.
- زیلعی، فخرالدین عثمان بن علی، تبیین الحقائق کنز الدقائق، ج ۶، الطبعة الاولى، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، ۱۳۱۴ ق.
- شافعی، أبی عبدالله محمد بن ادريس، الأم، ج ۳، الطبعة الثانية، بیروت، المطبعة دارالفکر، ۱۴۰۳ ق/ ۱۹۸۳ م.
- شربینی الخطیب، محمد، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی الفاظ لمنهاج، ج ۲، الطبعة الاولى، مصر، دار احیا التراث العربی، شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ۱۳۷۷ ق/ ۱۹۵۸ م.
- صفائی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اشخاص و اموال)، جلد اول، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۸۳ ش.
- طوسی (شیخ الطائفة)، أبی جعفر محمد بن الحسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تحقیق محمد الباقر البهبودی، ج ۲، المكتبة المرتضوية، مطبعة الحیدری، ۱۳۵۱ ق.
- عاملی (الشهید الاول)، شمس الدین محمد بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، ج ۵، الطبعة الاولى، قم، تحقیق و نشر مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۱۴ ق.
- غرناطی المالکی، محمد بن أحمد بن جزی، قوانین الأحكام الشرعیة مسائل الفروع الفقہیة، بیروت، دارالعلم للملایین، بی تا.
- قمی، سبزواری، علی بن محمد بن محمد، جامع الخلاف و الوفاق بین أئمة الحجاز و العراق، تحقیق الشیخ الحسنی البیرجندی، قم، المطبعة پاسدار اسلام، انتشارات زمینه سازان ظهور امام عصر (عج)، بی تا.
- قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، ج ۲، الطبع الاول، تحقیق مرتضی رضوی، مؤسسة کیهان، ۱۴۱۳ ق.
- کاسانی الحنفی، علاء الدین أبی بکربن مسعود، بدائع الصنائع، ج ۶، الطبع الاولی، پاکستان، المكتبة الحبیبة، ۱۴۰۹ ق.

- کرکی (المحقق الثاني)، علی بن الحسین، جامع المقاصد فی شرح قواعد، ج ۵، الطبعة الاولى، قم، تحقیق و نشر مؤسسة آل البيت (ع) المطبعة مهر، ۱۴۱۰ ق.
- لجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية (العالمکیرية)، ج ۵، الطبعة الثانية، مصر، المطبعة الکبری الأمیرية بیولا، ۱۳۱۰ ق.
- محمد بن عبدالواحد (بابن الهمام الحنفی)، کمال الدین، فتح القدير، ج ۵، الطبعة الأولى، مصر، مصورة، دارصار، بیروت، بالمطبعة الکبری الأمیرية بیولا، ۱۳۱۸ ق.
- مرداوی، علاء الدین أبی الحسن علی بن سلیمان، الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف علی مذهب الإمام أحمد، تحقیق محمد الفقی، ج ۵، مطبعة السّنة المحمدية، ۱۳۵۵ ق.
- مزنی، اسماعیل بن یحیی، مختصر المزنی، بیروت، الطباعة و النشر دار المعرفة، بی تا.
- موسوی الخمينی، روح الله، تحریر الوسيلة، تحقیق و نشر مؤسسة تنظیم و نشر آثار الامام الخمينی (س)، ج ۲، الطبعة الثانية، تهران، المطبعة مؤسسة العروج، ۱۳۸۵ ش / ۱۴۲۷ ق.
- نجفی محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تحقیق الشیخ علی الآخوندی، ج ۸، الطبعة الثالث قم، دارالکتب الاسلامیه، تهران، مطبعة حیدری، ۱۳۶۸ ش.