



سرشناسه:	گوهری طالع، عبدالله، ۱۳۶۱
عنوان و نام پدیدآور:	حق ارتفاق از دیدگاه فقه امامیه / عبدالله گوهری طالع
مشخصات نشر:	قم، مرکز بین‌المللی ترجمه و نشر المصطفی ﷺ، ۱۳۹۹
مرجع تولید:	مجتمع آموزش عالی فقه
مشخصات ظاهری:	ص: ۲۳۲، ۱۴/۲۱×۵/۵ س م
شابک:	۹۷۸-۶۰۰-۴۲۹-۷۸۶-۸
وضعیت فهرست نویسی:	فیبا
یادداشت:	کتابنامه: ص ۲۲۱ - ۲۳۱؛ همچنین به صورت زیرنویس
موضوع:	حق ارتفاق (فقه)
موضوع:	(Servitudes (Islamic law
موضوع:	حق مالکیت (فقه)
موضوع:	(Right of property (Islamic law
شناسه افزوده:	جامعة المصطفی ﷺ العالمية، مرکز بین‌المللی ترجمه و نشر المصطفی ﷺ
شناسه افزوده:	Almustafa International University/Almustafa International Translation and Publication center
زده‌بندی کنگره:	KMHV۰۹
زده‌بندی دیوبندی:	۳۴۶/۵۵۰۴۳۵
شماره کتابشناسی ملی:	۷۵۲۸۶۴۹
وضعیت رکورد:	فیبا

BP۰۹۳۱

حق چاپ برای ناشر محفوظ است

حق ارتفاق از دیدگاه فقه امامیه

مؤلف: عبدالله گوهری طالع

چاپ اول: ۱۳۹۹ ش / ۱۴۴۲ ق

ناشر: مرکز بین‌المللی ترجمه و نشر المصطفی ﷺ

● چاپ: چاپخانه دیجیتال المصطفی ﷺ ● قیمت: ۴۰۰۰۰ ریال ● شمارگان: ۵۰۰

مراکز پخش

● ایران، قم، خیابان معلم غربی (حجتیه)، نبش کوچه ۱۸:

تلفن: +۹۸ ۲۵ ۳۷۸۳۶۱۳۴ دوزنگاز: داخلی ۳۷۸۳۹۳۰۹، ۱۰۵

● ایران، قم، بلوار محمدامین، سه‌راه سالاریه، تلفن: +۹۸ ۲۵ ۳۲۱۳۳۱۰۶

✉ miup@pub.miu.ac.ir 🌐 http://buy-pub.miu.ac.ir 📧 pub_almustafa

با تشکر از دست‌اندرکارانی که ما را در تولید این اثر یاری رساندند.

- ناشر گرافیک: مسعود مهدوی
- مدیر انتشارات: مصطفی نوبخت
- ناظر فنی: سید محمدرضا جعفری
- مدیر تولید: جعفر قاسمی ابهری

همه حقوق برای ناشر محفوظ است

با توجه به هزینه‌ها و مشکلات عدیده، هر شخص حقیقی یا حقوقی که اقدام به چاپ، بازنویسی، کپی، تکثیر یا هرگونه برداشت جهت تهیه کتاب و تبدیل آن به جزوه، ed، فایل الکترونیکی pdf، اسکن، عکسبرداری یا انتشار در فضای مجازی نماید، شرعاً مجاز نمی‌باشد و پیگرد قانونی خواهد داشت.

حق ارتفاق از دیدگاه فقه امامیه

عبدالله گوهری طالع



مرکز بین المللی
ترجمه و نشر المصطفی ﷺ

سخن ناشر

با پیروزی انقلاب شکوهمند اسلامی و در عصر جهانی شدن ارتباطات، پرسش‌ها و چالش‌های نوینی در حوزه علوم انسانی فراروی اندیشمندان مسلمان قرار گرفت که همه به نوعی برخاسته از مسئولیت دشوار حکومت در این عصر است؛ دورانی که پای بندی به دین و سنت در مدیریت همه‌جانبه کشورها بسیار چالش برانگیز می‌نماید. از این رو مطالعات و پژوهش‌های به‌روز، جامع، منسجم و کاربردی در حوزه دین، بر اساس معیارهای معتبر جهانی و عمق و اصالت اندیشه‌های ناب، بایسته و ضروری است و جلوگیری از انحرافات فکری و تربیتی پژوهندگان حوزه دین، مهم و مورد عنایت تمامی بنیان‌گذاران این شجره طیبه، به‌ویژه معمار بزرگ انقلاب اسلامی، امام خمینی رحمته‌الله علیه و مقام معظم رهبری مد ظله‌الله می‌باشد.

«جامعة المصطفی ص العالمیة» برای تحقق این رسالت خطیر و در مسیر نشر معارف ناب محمدی ص «مرکز بین‌المللی ترجمه و نشر المصطفی ص» را تأسیس کرده است.

در پایان لازم می‌دانیم تلاش همه عزیزانی را که در نشر این کتاب سهمی داشته‌اند، سپاس گزارده، ارباب فضل و معرفت را به یاری بخوانیم تا ما را از دیدگاه‌های سازنده خویش بهره‌مند سازند.

مرکز بین‌المللی

ترجمه و نشر المصطفی ص

پیش‌گفتار

حق ارتفاق به معنای مشروعیت تصرف مالک زمینی در ملک دیگری است تا با این تصرف از ملک غیرمنقول خود بهتر استفاده کند. چنین موضوعی با این ویژگی‌ها در منابع فقهی متقدم و حتی متأخر امامیه، مطرح و بررسی نشده است. حق ارتفاق به این معنا، از حقوق مدنی کشورهای دیگر به منابع حقوقی و سپس کم و بیش در مطالعات فقهی راه یافته است. البته حقوقی مانند حق انتفاع، حق اختصاص و همچنین حریم شباهت‌هایی با حق ارتفاق در استفاده مالک زمین از غیرملک خودش دارند، ولی تفاوت‌های مهمی هم با ارتفاق دارند و نمی‌شود بررسی آن‌ها را در فقه، پیشینه ادبیات حق ارتفاق شمرد و به همین دلیل، از مشروعیت مسلم آن‌ها نیز پُل زدن به این مسئله، بر اساس قواعد فقه امامیه غیرروشمند خواهد بود. مهم‌ترین محور در این مسئله، بررسی مشروعیت آن بر اساس رویکرد فقه امامیه است که با استفاده از عمومات دالّ بر حُسن معاشرت با همسایه‌ها، استحباب تعاون بر کارهای خیر و سیره عقلامی توان آن را اثبات کرد. علاوه بر این، چون حق ارتفاق به تنوع اسباب پیدایی خود، متنوع می‌گردد به تناسب مشروعیت همین اسباب که در شکل‌گیری آن مؤثر است نیز می‌توان استدلال کرد؛ یعنی با تمسک به عمومات ابواب

معاملات، مشروعیت انشاء حق ارتفاق در قالب عقود و یا ایقاعات اثبات می‌شود. نکته مهم در این‌جا، تعلق آن به حوزه معاملات است و از این نظر گرچه دلیل خاص مبنی بر جواز آن نداریم، با رعایت مقتضیات قواعد و شرایط کلی معاملات، می‌توان آن را به عنوان شرط ضمن عقد، هبه، وصیت یا قانون انشاء کرد. استفاده از این سازکارهای مشروع، برای انشاء حقی در عقار کسی به نفع عقار مالک دیگر که در ذات خود مباح است، با چالشی مواجه نیست؛ چنان‌که امکان مشروعیت آن به نحو مستقل هم خارج از ضوابط رویکرد فقه امامیه نخواهد بود و همین ویژگی‌ها سبب می‌شود که ارتفاق را برخلاف فقه حنفی، به مصادیق خاص منحصر نکنیم، بلکه تعدد و تنوع آن را متناسب با تنوع کاربری‌ها در محدوده الزامات شرع بپذیریم. مهم خطوط کلی و روشن فقه امامیه است؛ یعنی همان‌گونه که در انشاء و استمرار آن قابل اغماض نیست، در ترتب آثار کلی حق بر ارتفاق نیز حاکم است و نمی‌توان ذی‌حق و کسی که زمینش متعلق حق قرار گرفته، از تعهد به قواعدی چون وفای به عهد، حرمت اضرار و التزام به معیارهای عرفی را در محدوده احکام شرع آزاد دانست.

فهرست

۱۱	مقدمه
۱۱	تبیین مسئله
۱۳	پیشینه و ابعاد تحقیق
۱۸	ضرورت تحقیق
۱۸	سؤال اصلی
۱۸	سؤالات فرعی
۱۹	فرضیه تحقیق
۲۰	قلمرو تحقیق
۲۰	روش تحقیق
۲۱	محدودیت‌ها

بخش اول: مفاهیم و کلیات

۲۵	۱. مفاهیم
۲۵	گفتار اول: تعریف حق
۲۵	۱. حق در لغت
۲۸	۲. حق در اصطلاح
۳۵	گفتار دوم: حق ارتفاق
۳۶	۱. ارتفاق در لغت
۳۷	۲. حق ارتفاق در اصطلاح

- گفتار سوم: حق انتفاع ۴۳
۱. حق انتفاع ۴۳
۲. انتفاع در لغت ۴۳
۳. حق انتفاع در اصطلاح ۴۵
- گفتار چهارم: حق اختصاص ۴۶
۱. حق اختصاص در لغت ۴۶
۲. حق اختصاص در اصطلاح ۴۸
- گفتار پنجم: حریم ۵۰
۱. حریم در لغت ۵۰
۲. حریم در اصطلاح ۵۱
۲. کلیات ۵۷
- گفتار اول: تأملی در باب منشأ حقوق ۵۷
۱. اندیشمندان غرب ۵۹
۲. منکران وحی و نبوت ۶۰
۳. منشأ حقوق در اسلام ۶۱
۴. مبدأ فاعلی حق ۶۶
۵. نتیجه‌گیری ۶۸
- گفتار دوم: تحلیل عناصر حق ارتفاق ۷۰
۱. تعلق به ملک دیگران ۷۰
۲. حق بودن ۷۰
۳. حق عینی ۷۱
۴. حق مالی ۷۳
۵. حق خصوصی ۷۴

بخش دوم: مشروعیت حق ارتفاق و اسباب آن

۱. مشروعیت حق ارتفاق ۸۱
- گفتار اول: قرآن کریم ۸۴

۱۴۱. احسان به همسایه ۸۴
۱۴۲. آیه تعاون ۸۷
- گفتار دوم: سنت ۹۳
۱۴۳. حدیث لاضرر ۹۳
۱۴۴. قضاوت پیامبر ﷺ ۱۰۲
- گفتار سوم: عقل ۱۰۷
- گفتار چهارم: اجماع ۱۰۹
۱۴۵. منشأ و اسباب حق ارتفاق ۱۱۱
- گفتار اول: اسباب متعارف حق ارتفاق ۱۱۲
- گفتار دوم: مشروعیت اسباب ۱۱۶
۱۴۶. ۱. ارتفاق ناشی از عقد ۱۱۷
۱۴۷. ۲. ارتفاق طبیعی ۱۳۸
۱۴۸. ۳. قانون ۱۴۵
۱۴۹. ۴. تصرف خارجی ۱۵۰

بخش سوم: مصادیق، احکام و آثار حق ارتفاق

۱۵۰. ۱. مصادیق حق ارتفاق ۱۶۵
- گفتار اول: حق شرب ۱۶۵
- گفتار دوم: حق مجری ۱۶۸
- گفتار سوم: حق مسیل ۱۷۰
- گفتار چهارم: حق مرور ۱۷۲
- گفتار پنجم: حق جوار ۱۷۴
- گفتار ششم: حق تعلی ۱۷۶
۱۵۱. ۲. زوال حق ارتفاق ۱۸۱
۱۵۲. ۳. احکام و آثار حق ارتفاق ۱۸۷
- گفتار اول: احکام مالکان عقار و قواعد عمومی ۱۸۸

۱. الزامات سند انشاء ۱۸۹
۲. ارتکازات عرفی ۱۹۴
۳. قواعد حاکم فقهی ۱۹۵
- گفتار دوم: آثار عمومی حق ارتفاق ۱۹۹
 ۱. جواز اسقاط ۱۹۹
 ۲. جواز نقل ۲۰۰
 ۳. انتقال به ارث ۲۰۳
- جمع‌بندی ۲۰۷
 - مفهوم‌شناسی و کلیات ۲۰۷
 - مشروعیت حق ارتفاق ۲۱۲
 - مصادیق حق ارتفاق ۲۱۵
 - احکام و آثار حق ارتفاق ۲۱۶
- منابع ۲۲۱

مقدمه

تبیین مسئله

دوره معاصر نسبت به ادوار گذشته از لحاظ پیشرفت و گسترش علوم بشری، دوره‌ای کاملاً متمایز است. تأثیر مستقیم این تحولات را در تمام سطوح معیشت و تعاملات انسانی می‌توان مشاهده کرد. به‌طور طبیعی این‌گونه اتفاقات همان‌گونه که تغییراتی را در سطوح زندگی رقم می‌زند، سؤالات جدیدی را درباره برخی تغییرات و مسائل جدید طرح می‌کند. این سنخ سؤالات ممکن است آمار و ارقام بسیار بلند و متنوع داشته باشد و به موازات همین تنوع خاستگاه پرسش‌ها، منبع پاسخ‌گویی آن هم متعدد و متنوع باشد، ولی برای جوامعی مانند جامعه ما که بنیان فرهنگی و تمدنی آن را آموزه‌های پربرکت اهل بیت عصمت و طهارت علیهم‌السلام تشکیل می‌دهد، مهم‌ترین و اساسی‌ترین مسئله، دغدغه انطباق سبک و سلوک زندگی با تعالیم فقه اهل بیت علیهم‌السلام است. بنابراین، آنچه برای ما مهم است این‌که در جریان مواجهه با مسائل جدید یا آنچه ریشه‌های تاریخی داشته، اما به شکل برجسته مورد احتیاج یا توجه قرار می‌گیرد، جریان مراجعه به نخستین منبع که تعیین‌کننده تکالیف و حقوق ما است، یعنی جریان مراجعه مکرر و مستمر به فقه امامیه، انقطاعی به وجود نیاید.

البته این مهم تاکنون بر همان روال که انتظار می‌رود، خوشبختانه استمرار و تداوم داشته و فقه اهل بیت علیهم‌السلام نیز به برکت اتصال به یگانه منبع زلال و لایزال وحی، همواره روشنگر و پاسخ‌گو بوده است. بر همین پایه نوشتار پیش‌رو می‌کوشد از میان مسائل نسبتاً جدید «حق ارتفاق را از منظر فقه امامیه»، بررسی کند. مراد از این عنوان مجموعه امتیازهایی است که شخصی می‌تواند بر اساس آن در ملک دیگران تصرف نماید تا از این طریق، منافع و مصالح مترقب از ملک خویش را به نحو کامل تأمین کند. بنابراین، حق ارتفافی که موضوع این کتاب را تشکیل می‌دهد، خود اجمالاً با این عناصر شناخته می‌شود:

- عقار مرتفق؛

- عقار مرتفق به؛

- منفعت عقار مرتفق به برای عقار مرتفق.^۱

این سه مورد را افزون بر سلسله مسائل دیگر که همه در تمایز آن از حقوق دیگر دخالت دارد، در بخش تعریف اصطلاحی حق ارتفاق به تفصیل بررسی خواهیم کرد. به خصوص راجع به حق بودن آن گفت‌وگو خواهیم کرد تا مشخص گردد این ویژگی چه اهمیتی در شناخت ماهیت و ترتب آثار بر آن دارد.

به‌هرحال چنان‌که اشاره گردید، این موضوع کاملاً جدید و بی‌سابقه در فقه نیست؛ احکام برخی مصادیق آن به وضوح قبلاً در فقه مورد توجه قرار گرفته است، اما محدودیت منابع و تراکم و افزایش جمعیت به خصوص در شکل شهرنشینی دوره معاصر، سؤالات جدیدی درباره

۱. سنه‌وری، الوسیط فی القانون المدنی الجدید، ج ۹، ص ۱۲۸۰.

مسائل مربوط به تصرّف در حدود املاک همدیگر به وجود آورده است. این مجموعه سؤالات اکنون در منابع حقوقی و گاه پژوهش‌های مرتبط با فقه، تحت عنوان حقوق ارتفاع شناخته می‌شود که به دلیل عدم بررسی‌های لازم آن در فقه، در حقوق هم به اندازه کافی تعمیق و تبیین نشده است. این کاستی به خصوص در مطالعات فقه‌پژوهان که رویکرد شیعی دارند، خیلی محسوس است تا آن‌جا که کاربری این اصطلاح در آثار شیعی بسیار اندک است و آنچه گاهی دیده می‌شود در معنای متفاوت از آن حق ارتفاعی است که در مطالعات جدید حقوق‌دان‌ها به آن پرداخته‌اند. ولی در مقابل، فقها و حقوق‌دانان معاصر اهل سنت، با این موضوع آشنایی بیشتر دارند و حق ارتفاع اکنون در فقه اهل سنت یک مدخل شناخته شده است. در هر حال، جای استفاده از ظرفیت عظیم و پربرکت فقه اهل بیت علیهم‌السلام در این باره خالی است و این نوشتار می‌کوشد به این پرسش از چنین منظری پاسخ دهد تا بتوان از نتایج آن در مجموعه‌های قوانین و حقوق مرتبط با حق ارتفاع بهتر و درست‌تر استفاده کرد.

پیشینه و ابعاد تحقیق

چنان‌که مختصر اشاره گردید و بعداً نیز در خلال مباحث استدلالی، بیشتر روشن خواهد شد، بررسی حق ارتفاع در فقه شیعه پیشینه‌ای درخور توجه ندارد. البته تعبیر «مرافق الدار» و «مرافق الدار و الصّیعة» در منابع فقه فراوان شده^۱ و مراد از آن هم دقیقاً همان حقوق ارتفاعی است که موضوع این نوشتار را تشکیل می‌دهد و اتفاقاً در کتاب‌های لغت، «مرافق دار» را به حقوق آن

۱. برای نمونه: شیخ طوسی، *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج ۲، ص ۳۴۲؛ علامه حلی،

تذکره الفقهاء، ج ۱۶، ص ۸۹.

نسبت به داشتن جای برای خاک انداز خاکروبه‌ها، آبرفت، برف انداز و مانند این معنا کرده‌اند^۱ ولی تعریف و تحدید ماهیت آن در فقه کاملاً مسکوت مانده است.

آنچه هست احکام برخی مصادیق آن است که غیر از آن، باب یا مدخلی به آن اختصاص داده نشده است و حتی عنوان «حق ارتفاق» در اصطلاح فقیهان غیر معاصر هم استفاده نشده و در میان معاصرین هم کارهایی که انجام شده مربوط به موسوعه فقه اهل بیت علیهم‌السلام است. در این موسوعه یک بار حق ارتفاق از جمله مصادیق مشترکات عمومی معرفی شده^۲ که ارتباط دقیق به موضوع این رساله ندارد؛ حق ارتفاق به این معنا استفاده از مشترکاتی چون راه‌ها، خیابان‌ها و اماکن عمومی است که از آن‌ها گاهی برای محل کسب و کار یا سکونت، استفاده می‌شود. برخی فقها از این موارد به «منافع مشترکه»^۳ و برخی دیگر هم از آن به عنوان مصادیق «حق انتفاع»، یاد نموده‌اند.^۴ در حق انتفاع، مسئله احقیقیت و اختصاص کسانی مطرح می‌شود که اقدام به حیات یا استفاده پیش‌دستانه از موردی کرده‌اند که ملک کسی نیست یا حداقل مالک مشخص ندارد.^۵

۱. رک: فیومی، مصباح المنیر، ج ۲، ص ۱۴۳؛ ابن منظور، لسان العرب ج ۱۰، ص ۱۱۸.
۲. جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، ج ۱، ص ۳۴۴؛ ج ۸، ص ۴۸۰.
۳. جهت اطلاع از موارد و احکام آن، رک: نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۳۸، ص ۷۶.
۴. رک: شاهرودی، همان، ج ۸، ص ۴۶۸.
۵. اصل مشترکات عامه سه چیز است: آب‌ها، معادن و منافع. خود این منافع شش قسم است: مساجد، مشاهد و کاروان‌سراها، و مهمان‌سراها و استراحت‌گاه‌ها، و

البته ممکن است حق ارتفاق مورد نظر این نوشتار هم گاهی ارتفاق از اماکن عمومی باشد، ولی عنصر متمایز در تعریف آن مصلحت و منفعت خود عقار ذی حق است، نه شخص محق و این تعریف حق ارتفاق بر استفاده‌هایی که از اماکن عمومی در راستای کسب و کار می‌شود صادق نیست.

آنچه منطبق با موضوع این رساله است، در جای دیگر این موسوعه تحت عنوان مصادیق حقوق آمده است؛ در آن جا به یکی از دلیل مشروعیت آن نیز اشاره شده است که تمام آن به نیم صفحه هم نمی‌رسد.^۱ افزون بر این، کارهای انجام شده با رویکرد فقه امامیه درباره این موضوع، مربوط به حقوق دان‌ها می‌شود؛ برخی شارحان حقوق مدنی جمهوری اسلامی ایران که به تفسیر و تبیین حقوق مدنی همت گماشته‌اند، مواد

راه‌ها، خیابان‌ها، و محل برپاکردن بازارها. معنای اشتراک همه در این موارد این است که هرکس به این موارد دست یافت، آن شخص از دیگران اولویت و احقیقت دارد و برای دیگران جایز نیست او را مزاحمت نماید و اگر کسی مزاحمت کند، قطعاً حرام است. (کاشف الغطاء، الأرض والتربة الحسينية، ص ۶۷).

۱. حق الارتفاق: مراد از آن حقی است که برای شخص در ملک دیگری ثابت است، ولی منشأ آن نامشخص است... مثلاً در قانون مدنی هم آمده است: هرگاه برای شخصی از گذشته‌ها در ملک دیگری حق مجرای آب یا درختی باشد یا حق مرور داشته باشد، صاحب آن ملک حق منع ندارد. ذکر کلمه قدیم اشاره به این است که ورثه حق مطالبه دلیل از آن شخص ندارند، زیرا مشمول قاعده است: القديم يترك على قدمه؛ هر چیزی گذشته بر همان وضع سابقش گذاشته می‌شود. شاه‌رودی، همان، ج ۹، ص ۴۱۷. در بخش تعریف اصطلاحی به این نکته برمی‌گردیم که تعریف حق ارتفاق با این پیوست که همیشه منبع انشاء آن نامشخص است، درست نیست، بلکه این یکی از انواع حق ارتفاق به لحاظ منشأ خود می‌باشد و می‌تواند حق ارتفاق گونه‌های جدید داشته و مسبب از قرارداد و مانند آن هم باشد.

قانونی مرتبط با حق ارتفاق را به تفصیل شرح و بسط داده‌اند، اما سراغ مبانی و ادله فقهی آن را کمتر گرفته‌اند^۱ و طبیعی هم هست، چون آن‌ها ملتزم به شرح این مسائل مطابق مبانی فقهی آن نبوده‌اند، بلکه تلاش داشته‌اند تا برخی لوازم و مفاد آن‌ها را مطابق مواد قانونی بررسی کنند.

همچنین، اخیراً مقاله‌ای به زبان فارسی تحت عنوان «ادله مشروعیت حق ارتفاق از دیدگاه مذاهب اسلامی»، منتشر شده است که علاوه بر اختصار، در قسمت استدلال، کاستی‌های فراوان درد^۲ و در عین احترام به نویسنده این اثر باید گفت برخلاف عنوان بزرگ آن، محتوا خیلی ابتدایی و برداشت‌ها سطحی است و چیزی قابل استفاده و استدلال به روش فقهی ندارد تا خواننده بتواند بر مبنای آن دیدگاه مذاهب را به دست آورد.

درست است موضوع این نوشتار به رویکرد فقه امامیه مقید شده، اما لازم است به پیشینه این مسئله در فقه اهل سنت هم اشاره نماییم. چنان‌که در همین مقدمه اشاره نمودیم، برخی فقه‌پژوهان اهل سنت با این مسئله مواجهه جدی‌تر داشته‌اند؛ مثلاً وهبه زحیلی از فقهای معاصر اهل سنت در اثر بزرگ و مفصل خود معروف به *الفقه الاسلامی و ادلته* در دو جلد، به این موضوع پرداخته است؛ نخست، در جلد چهارم و در قسمت مصادر حقوق، و دوم در جلد ششم و در قسمت مصادیق حقوق.^۳ حجم،

۱. برای نمونه، رک: سیدحسن امامی، فصل سوم در حق ارتفاق نسبت به ملک غیر و در احکام و آثار و املاک نسبت به املاک مجاور، بی تا، ج ۱، ص ۹۸؛ حبیب الله طاهری، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۶۶.

۲. امیراحمدی؛ مهدی خدایی، *ادله مشروعیت حق ارتفاق از دیدگاه مذاهب اسلامی*، سال هفتم، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، شماره ۲.

۳. وهبه زحیلی، *الفقه الاسلامی و ادلته*، ج ۶، ص ۴۶۵۶ و ۴۵۵۶؛ ج ۴، ص ۲۸۵۰.

تبویب و تفصیل مباحث در این دو جلد حائز اهمیت است، ولی آنچه در هر دو جلد کم‌رنگ است، استدلال فقهی به نفع اصل مدعا است؛ ایشان اصل مشروعیت آن را از مسلمات گرفته و بیشتر حول مصادیق و برخی احکام ویژه آن‌ها متمرکز شده و در کل رویه کار در این قسمت برخلاف دیگر قسمت‌های این اثر، صبغه حقوقی دارد تا فقهی. می‌توان گفت کار ایشان در این قسمت با کارهای که در حقوق متأثر از فقه اهل سنت انجام شده چندان متمایز نیست.

همچنین، در دائرة المعارف معروف به موسوعه، جمال عبدالناصر نیز مدخلی تحت این عنوان گشوده و در آن باز مصادیق و گستره حق ارتفاق از دید مذاهب اهل سنت، گزارش شده است.^۱ با این وضعیت که مصادر فقهی معاصر اهل سنت دارد، وضعیت منابع حقوقی آن‌ها هم تا حدودی روشن می‌شود؛ یعنی با مسکوت ماندن مباحث استدلالی آن در منابع فقهی، طبعاً استدلالات پیرامون آن در این نوع تحقیقات، به همان مواد قانونی خلاصه می‌شود.^۲

بنابراین، حق ارتفاق که موضوع این نوشتار است، حق ارتفاق به معنای استفاده از اماکن عمومی نیست و نیز آنچه منظور اساسی ما است، تبیین آن بر اساس رویکرد فقه امامیه است که قهراً به بررسی حکم آن اختصاص خواهد پیدا کرد و از این جهت بحث از مشروعیت حق ارتفاق، بحث و بررسی ادله فقهی این موضوع است و از این جهت بحث ما منشأ حق به آن

۱. گروهی از نویسندگان، موسوعه الفقه الاسلامی المقارن، المجلس الاعلی للثقون الاسلامیه، ج ۳- ۴، ص ۲۷۴.

۲. به طور نمونه، رک: نبیل ابراهیم سعد، الحقوق العینیه الاصلیه فی القانون المصری و اللبنانی، ص ۴۳۵؛ مروان کربکی؛ سامی بدیع، الاموال و الحقوق العینیه العقاریه، ص ۲۹۹.

معنا که در فلسفه حقوق منظور است، نخواهد بود؛ هرچند ممکن است به عنوان بحث فرعی به آن نیز در مواردی اشاره نماییم.

ضرورت تحقیق

از آنچه در پیشینه آوردیم ضرورت تحقیق این موضوع بر پایه فقه امامیه هم روشن می‌شود؛ یعنی با توجه به درهم‌تنیدگی حدود املاک مردم و وابستگی انتفاعات از ملک به دخل و تصرف در املاک و منافع دیگران، ضرورت مبرم دارد که موضع فقه اهل بیت علیهم‌السلام به صورت منسجم، جامع و مستدل شفاف گردد؛ به خصوص که اکنون اصطلاح حق ارتفاق در منابع حقوقی و قانونی راه پیدا کرده، ولی این مفهوم چنان‌که در قسمت پیشینه مرور کردیم، در مطالعات فقهی پژوهشگران عرصه فقه امامیه هم به لحاظ کاربرد گاهی با مفاهیم دیگر خلط می‌شود و هم با فقر استدلال و کمبود منابع مواجه است. به همین دلیل، بزرگ‌ترین موسوعه فقه اهل بیت علیهم‌السلام در تعریف مفهوم حق ارتفاق، در یک مورد به نصّ قانون مدنی ارجاع می‌دهد^۱ و در موردی هم که به خود این مدخل اختصاص دارد، هیچ منبعی معرفی نمی‌کند.

سؤال اصلی

- حکم حق ارتفاق بر اساس رویکرد و مبانی فقه امامیه چیست؟

سؤالات فرعی

۱. مراد از حق ارتفاق چیست و چه تفاوت‌های با حقوق مانند انتفاع، اختصاص و حریم، دارد؟

۱. ر.ک: هاشمی‌شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، همان، ج ۸، ص ۴۶۸.

۲. مطابق رویکردهای فقهی منشأ حقوق و از جمله حق ارتفاق چیست؟

۳. بر اساس چه ادله‌ای می‌توان از مشروعیت حق ارتفاق دفاع کرد؟

۴. اسباب و شرایط حق ارتفاق چیست و ادله مشروعیت آن کدام است؟

فرضیه تحقیق

فرضیه که قرار است در این تحقیق اثبات گردد مشروعیت حق ارتفاق است؛ یعنی استفاده از حقوق ارتفافی و هرگونه اقدام در جهت انشاء و انتقال آن مانند دیگر موارد که در فقه به عنوان حقوق پذیرفته شده تکلیفاً جائز و وضعاً هم صحیح است. بنابراین، آنچه در این تحقیق اهمیت دارد، شناسایی و تقریر ادله‌ای است که بر اساس آن بتوان از مشروعیت حقوق ارتفاق، مطابق قواعد اجتهاد فقه شیعه سخن گفت. در واقع، اصل مدعا که مربوط به مشروعیت حق ارتفاق می‌شود، مسلم است و در آن اختلافی نیست؛ آنچه نیاز به تحقیق دارد، تبیین این مدعا مطابق اصول و قواعد فقه امامیه است و با کمال فروتنی می‌خواهیم در این جا با اقتباس از کلام مرحوم کاشف الغطاء ادعا کنیم که هدف نشان دادن ظرفیت متعالی و مترقی فقه امامیه در حل موضوعات مستحدث و گره‌گشایی از زندگی مردم در نظم پیچیده معاصر است.^۱

۱. «وعسى في طي ذلك تستبين الموزن بين فقه سائر المذاهب الإسلامية وفقه المذهب الجعفري وما فيه من غزارة المادة وسعة الينبوع، وكثرة الفروع، وقوة المدارك وريانة المباني، وسمو المعاني، ومطابقة العقل والعرف في الأكثر، ومع بعد النظر، على اننا لا نبخس حقّ القوم، ولكل وجهة هو موليها. وكلا وعد الله الحسنى وكل واحد من اعلام فقهاء الإسلام قد استفرغ معه وجد واجتهد وسعى وكل سعيه مشكور. (نجفی، کاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج ۱، قسم ۱، ص ۴).

قلمرو تحقیق

این تحقیق چنان‌که طبیعت آن اقتضا دارد به لحاظ موضوعی، مقید به هیچ قلمرو خاص نیست. از این جهت، در استناد به منابع و نیز بررسی مصادیق، به هیچ دوره زمانی یا جغرافیایی محدود نمی‌گردد. فقط از نظر رویکرد، مقید به قواعد و اصول استنباط فقه امامیه است و این تقید البته مانع از آن نخواهد شد تا ضمناً برای توضیح بیشتر، از فقه اهل سنت و نیز منابع حقوقی و مرتبط دیگر هم استفاده کنیم. ارجاع و استناد به منابع حقوقی از این جهت اهمیت دارد که ضرورت تقنین در حوزه‌های حقوق ارتفافی، حقوق دانان را زودتر به ورود در این عرصه‌ها وادار کرده است و به‌طور طبیعی، منابعی که در بستر فرهنگی فقه امامیه یا هماهنگ با آن تدوین شده، اصول کلی فقهی در نگارش و تصویب آن مورد توجه قرار داشته است.^۱

روش تحقیق

تلاش بر این است که برای اثبات فرضیه تحقیق از روش تحلیلی - انتقادی استفاده کنیم؛ یعنی سؤالاتی را که قبلاً فهرست گردید، با حفظ همین طبقه‌بندی پاسخ بدهیم. مطابق این الگو ابتدا موضوعات لازم و ادله مربوطه را از منابع معتبر که عمدتاً کتابخانه و اسنادی‌اند، استخراج و سپس به روش تحقیق در علم فقه، مدلولات و مقتضیات آن را شرح و بسط خواهیم کرد و چنان‌که شیوه معمول در این‌گونه پژوهش‌ها می‌باشد،

۱. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران اگرچه مصوب ۱۷ اردیبهشت ۱۳۰۷ش است و برخی مواد آن در نظام جمهوری اسلامی مبتنی بر فقه امامیه، اصلاح و بازنگری شده، اما فصل مربوط به ارتفاق همچنان بدون اصلاح باقی مانده است.

در نهایت آنچه از میان آرا به حسب ادله ترجیح داشته باشد، گزینش می‌کنیم یا بر اساس نقد و بررسی، جمع‌بندی جدید ارائه خواهیم کرد.

محدودیت‌ها

مهم‌ترین محدودیتی که در تحقیق این کتاب با آن مواجه هستیم، عدم پیشینه کافی این موضوع در فقه امامیه است. در قسمت پیشینه به‌طور مفصل این مسئله را یادآوری کردیم که اصولاً از تعبیر «حق ارتفاق» در سراسر فقه تا همین دوره متأخرنشانی دیده نمی‌شود و البته این به معنای آن نیست که اصلاً برخی مصادیق آن هم در فقه مطرح نشده باشد، اما مطرح شدن آن به این شکل که خیلی پراکنده و غیرمتمرکز است، از محدودیتی که نام بردیم، چندان نمی‌کاهد. به این خاطر، ما در مورد تعریف اصل مسئله، اقوال و آرا و یا انواع استدلال یا نقض‌ها و ابرام‌ها، آن‌گونه که در ابواب دیگر فقه موجود است، در دست نداریم. بنابراین، چنین خلأیی سبب می‌گردد ما این نوشتار را بدون تجربه قبلی، ساماندهی نموده و در مقام استدلال نیز نهایت احتیاط را رعایت کنیم. افزون بر این، مشکل دیگر، عدم دسترسی به برخی کتاب‌ها و مقالاتی است که جدیداً در عرصه فقه و حقوق به‌خصوص در حوزه زبان عربی تألیف می‌گردد.

