

## حق ارتفاق، مشروعیت و اسباب آن در فقه امامیه

عبدالله گوهری طالع\*، اکبر ترابی شهرضایی\*\*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۳/۰۷؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۵/۱۱)

### چکیده

حق ارتفاق به معنای مشروعیت تصرف مالک زمینی در ملک دیگری است تا با این تصرف از ملک غیرمنقول خود، بهتر استفاده نماید. چنین موضوعی با این ویژگی‌ها در منابع فقهی متقدم و حتی متأخر امامیه، مطرح و مورد بررسی، قرار نگرفته 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 شباهت‌های با حق ارتفاق در استفاده‌ی مالک زمین از غیرملک خودش، دارند ولی تفاوت‌های مهمی هم با ارتفاق دارند و نمی‌شود بررسی آن‌ها را در فقه، پیشینه‌ی ادبیات حق ارتفاق شمرد و به همین خاطر، از مشروعیت مسلم آن‌ها نیز پل زدن به این مسئله، براساس قواعد فقه امامیه غیرروشمند خواهد بود. مهم‌ترین، محور در این مسئله، بررسی مشروعیت آن براساس رویکرد فقه امامیه است که با استفاده از عمومات دال بر حسن معاشرت با همسایه‌ها، استحباب تعاون بر کارهای خیر و سیره عقلا، می‌توان 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.

### کلیدواژگان

ارتفاق، حق، عقار، فقه امامیه، مشروعیت.

\* نویسنده مسئول: دانشجوی دکتری، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران

رایانامه: gohari.tale@gmail.com

\*\* استادیار، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران

## مقدمه

بدون شک دوره‌ی معاصر نسبت به ادوار گذشته به لحاظ پیشرفت و توسعه‌ی علوم بشری، دوره‌ی کاملاً متمایز است. تأثیر مستقیم این تحولات را در تمام سطوح معیشت و تعاملات انسانی می‌توان مشاهده کرد که با دوره‌های گذشته، قابل مقایسه نیست. به طور طبیعی، این گونه اتفاقات همان گونه که تغییراتی را در سطوح زندگی رقم می‌زند سؤالات جدیدی را هم نسبت به برخی تغییرات و مسائل جدید، رقم می‌زند. این سنخ سؤالات ممکن است آمار و ارقام بسیار بلند و متنوع، داشته باشد و به موازات همین تنوع خاستگاه پرسش‌ها، منبع پاسخ‌گوی آن هم متعدد و متنوع باشد ولی برای جوامعی مانند جامعه‌ای ما که بنیان فرهنگی و تمدنی آن را آموزه‌های پربرکت اهل‌بیت عصمت و طهارت علیهم‌السلام، تشکیل می‌دهد، مهم‌ترین و اساسی‌ترین مسأله، دغدغه‌ای انطباق سبک و سلوک زندگی، با تعالیم فقه اهل‌بیت علیهم‌السلام است. بنابراین، آن چه برای ما مهم است این است که در جریان مواجهه با مسائل جدید و یا آن چه که ریشه‌های تاریخی داشته اما به شکل برجسته مورد احتیاج و یا توجه قرار می‌گیرد، جریان مراجعه به نخستین منبع که تعیین کننده‌ای تکالیف و حقوق ما است، یعنی جریان مراجعه مکرر و مستمر به فقه امامیه، انقطاعی به وجود نیاید.

البته این مهم تا کنون بر همان روال که انتظار می‌رود خوشبختانه استمرار و تداوم داشته و فقه اهل‌بیت علیهم‌السلام نیز به برکت اتصال به یگانه منبع زلال و لایزال وحی، همواره روشنگر و پاسخ‌گو بوده است و بر همین باور، نوشتار پیش‌رو، تلاش می‌کند از میان مسائل نسبتاً جدید «حق ارتفاق، مشروعیت و اسباب آن را از منظر فقه امامیه»، بررسی نماید. مراد از این عنوان مجموعه امتیازهایی است که شخصی می‌تواند براساس آن، در ملک دیگران تصرف نماید تا از این طریق، منافع و مصالح مترقب از ملک خویش را به نحو کامل، تأمین کند.

بنابراین، به حق ارتفافی که موضوع این نوشتار را تشکیل می‌دهد خودش اجمالاً با این عناصر، شناخته می‌شود: ۱. عقار مرتفق؛ ۲. عقار مرتفق‌به؛ ۳. منفعت عقار مرتفق‌به برای عقار مرتفق.

(سنه‌وری، ۲۰۰۹م، ۹/ ۱۲۸۰)

این سه مورد را به علاوه یک 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 را دارد.

به‌هرحال، چنان که اشاره گردید این موضوع کاملاً جدید و بی سابقه 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 در دوره‌ی معاصر، سؤالات جدیدی را نسبت به مسائل مرتبط با تصرف در حدود املاک همدیگر، به وجود آورده است. این مجموعه سؤالات اکنون در منابع حقوقی و بعضاً پژوهش‌های مرتبط با فقه، تحت عنوان حقوق ارتفاق، شناخته می‌شود که به دلیل عدم بررسی‌های لازم آن در فقه، در حقوق هم به اندازه‌ی کافی تعمیق و تبیین لازم، نشده است. این کاستی به‌خصوص در مطالعات فقه‌پژوهان که رویکرد شیعی دارند، خیلی محسوس است تا آن‌جا که کاربری این اصطلاح در آثار شیعی، بسیار اندک است و آن‌چه هم گاهی دیده می‌شود در معنای متفاوت از آن حق ارتفافی است که در مطالعات جدید حقوق‌دان‌ها، به آن پرداخته می‌شود. ولی در مقابل، فقها و حقوق‌دانان معاصر اهل سنت، با این موضوع آشنایی بیش‌تر داشته و حق ارتفاق اکنون در فقه اهل سنت یک مدخل شناخته شده را تشکیل می‌دهد. در هر حال، جای استفاده از ظرفیت عظیم و پربرکت فقه اهل بیت علیهم السلام در این باره خالی است و این نوشتار می‌کوشد به این سؤال از چنین منظری، پاسخ بدهد تا بتوان از نتایج آن در مجموعه‌های قوانین و حقوق مرتبط با حق ارتفاق، استفاده‌ی بهتر و درست، کرد.

## مفهوم حق ارتفاق

### حق ارتفاق در لغت

ارتفاق از ریشه‌ی «رفق» است که در لغت به مُدارا، رفتار نرم و ضد خشونت، معنا شده است. (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ۵/ ۱۴۹). مشتقات دیگری از این واژه نیز مانند ارتفاق به همین معنا باز

می‌گردد؛ مثلاً، به مرفق هم از آن جهت این عنوان را استفاده کرده‌اند که انسان هنگام نشستن بر آن تکیه می‌دهد و احساس ارتفاق و ملاطفت به انسان، دست می‌دهد. (ابن فارس، ۱۴۰۴، ق، ۲/ ۴۱۸) در این معناشناسی، بین زبان‌شناس‌ها اختلافی وجود ندارد و همه بر این نکته اتفاق دارند که رفق و مشتقاتی آن بار ملایمت و دوری از هرگونه اقدام به عنف را، با خود دارد. جمع‌بندی ذیل از پژوهشگر عرصه‌ی زبان عربی؛ مرحوم مصطفوی است که پس از بررسی آراء دیگر لغت‌شناسان، این گونه ارائه شده است:

معنای اصلی در ریشه‌ی این واژه همان رفتار به نرمی و ملاطفت است که ضد اقدام به خشونت و عنف است. این واژه در فارسی معادل «نرم‌خویی و سازگاری» است. (مصطفوی، ۱۴۰۲، ق، ۷/ ۱۸۶)

به این ترتیب، قبل از آن‌که معنای اصطلاحی این واژه و یا آن را در ترکیب حق ارتفاق، معنا کنیم این نکته را یادآوری می‌کنیم که در اصطلاح فعلی حق ارتفاق، اصل معنای لغوی کاملاً محفوظ است؛ زیرا، چنان که خواهد آمد در این حق که متعلق به ملک دیگری است مدارا و ملاطفت با صاحب حق لازم است تا در استیفای آن مشکلی پیش نیاید.

### حق ارتفاق در اصطلاح

حق ارتفاق که ما در این نوشتار به دنبال آن هستیم باب مستقل و شناخته شده در فقه امامیه نداشته است و حتی از این اصطلاح در منابع متقدم و بلکه متأخر فقه، نشانی دیده نمی‌شود؛ یعنی این گونه نیست که حق ارتفاق همان گونه شناخته شده باشد که حقوقی مانند حق خیار، حق شفعه و مانند این‌ها. بنابراین، آنچه در این زمینه تاحدودی راهگشا است اولاً، پژوهش‌های مختصری است که پژوهشگران عرصه‌ی فقه با رویکرد فقه امامیه در مجموعه‌های دائرة المعارفی و حقوق‌دانان با گرایش فقه، انجام داده‌اند. و ثانیاً، یافته‌های از فقه و حقوق اهل سنت است که بیش و پیش از فقیهان اهل بیت علیهم السلام به این موضوع، توجه کرده‌اند. استفاده از نتایج تحقیقات این‌ها نیز در مقام تعریف برای توضیح، تدقیق و پیشینه‌ی مسأله، خالی از فائده نیست و چنان که ثابت خواهیم کرد حق ارتفاق مصطلح در فقه امامیه در معنای که موضوع این نوشتار می‌باشد

برگرفته از فقه و حقوق اهل سنت معاصر است و این ارتباط و تاحدودی اتفاق نظر، حاکی از این است که اصل موضوع متأثر از رویکردهای فرقه‌ای نیست تا بسترهای تاریخی و رویکردی این مسأله بین ما فاصله ایجاد نماید. به این ترتیب، در مقام تعریف حق ارتفاق در فقه امامیه ما اصلاً با تعریف به آن معنای دقیق سروکار نداریم تا چه رسد به این که در این باره اقوال و آراء متفاوت و مستدل، داشته باشیم. آنچه داریم حاصل توجهاتی است که جسته گریخته و به مناسبتی معطوف این موضوع شده است.

#### الف) فقه امامیه

تعریفی را که می‌توان به فقه امامیه از حق ارتفاق نسبت داد، نخست یافته‌های موسوعه‌نگاران فقه بر مذهب اهل بیت علیهم السلام است:

حق الارتفاق و يراد به الحق الثابت لشخص في ملك شخص آخر... مثل أن يكون لإنسان في ملك آخر مجرى ماء...؛ (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، ۹/ ۴۱۷).

حق ارتفاق حقی است که شخصی در ملک کسی دیگر دارد...؛ مانند این که مجرای آب ملک یک شخص از ملک دیگری، عبور نماید.

و البته با تمام این مشکلات ناشی از عدم پیشینه و عدم استقرار و شفافیت اصطلاح، در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران هم روح همان تعریف مصطلح معاصر و رایج در حقوق کشورهای عربی با تغییر متعلق حق از عین به شخص، راه پیدا کرده است:

ارتفاق حقی است برای شخص در ملک دیگری. (ماده ۹۳، قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران).

#### ب) فقه اهل سنت

غالب نویسندگانی که از اهل سنت این موضوع را با رویکرد فقه و یا گرایش‌هایی متأثر از آن مطالعه کرده‌اند به محتوای تعریف ذیل، اکتفا کرده‌اند:

هو أحد أنواع الملك الناقص و هو حقّ عینی قصر علی عقار، لمنفعة عقار آخر، مملوک لغیر الاول، آیا کان شخص المالك؛ كإجرا الماء من أرض الجار...؛ (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ۶/ ۶۵۶ و ۴/ ۲۸۵۰).

حق ارتفاق یکی از گونه‌های ملک ناقص است؛ این حق عینی است که منحصر در عقار بوده و برای منفعت عقار دیگر، مقرر شده است. حق ارتفاق مملوک صاحب ارتفاق نیست و فرقی نمی‌کند مالک که باشد؛ مانند این که آب زمینی را از زمینی که ملک کسی دیگر است، عبور بدهیم...

وجه مناسبت نام‌گذاری این گونه امتیازات به حقوق ارتفاق نیز چنان که قبلاً اشاره شد این است که مالک ملک دیگر، مؤظف به مدارا و عدم خشونت نسبت به صاحب حق بوده تا او بتواند از عقار خود بهتر، استفاده کند. این معنا در حقیقت ریشه در معنای لغوی آن دارد که خود ارتفاق از ریشه‌ی «رفق» به معنای مدارا است. بنابراین، در مواردی که انتفاع از یک عقاری متوقف بر استفاده از عقار کسی دیگر باشد مالک این عقار باید با صاحب حق ارتفاق، به رفق و مدارا رفتار نموده و از استفاده او، جلوگیری نماید.

### مشروعیت حق ارتفاق

#### گفتار اول: قرآن کریم

آنچه از آیات قرآن کریم در این زمینه می‌شود مورد تمسک قرار داد، آیات ذیل‌اند:

#### الف) احسان به همسایه

وَأَعْبُدُوا اللَّهَ وَ لَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَ بِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَ بِذِي الْقُرْبَىٰ وَ الْيَتَامَىٰ وَ الْمَسْكِينِ وَ الْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَ الْجَارِ الْجُنُبِ وَ الصَّاحِبِ بِالْجَنبِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ وَ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ مُخْتَالًا فَخُورًا؛ (نساء، ۳۶).

و خدا را بپرستید، و چیزی را با او شریک مگردانید و به پدر و مادر احسان کنید و در باره خویشاوندان و یتیمان و مستمندان و همسایه خویش و همسایه بیگانه و همنشین و در راه‌مانده و بردگان خود [نیکی کنید]، که خدا کسی را که متکبر و فخر فروش است دوست نمی‌دارد.

اثبات مشروعیت حق ارتفاق به این آیه‌ی شریفه، متوقف بر نکته‌های ذیل است:

- آیه‌ی شریفه متکفل احکام متعدد و متنوع است؛ از وجوب عبادت خدای متعال تا احسان به همسایه‌ها و در راه ماندگان و بردگان.

- مراد از همسایه‌های دور و نزدیک که در آیه بدان تصریح شده دور و نزدیک به لحاظ

همسایگی است که یا دیوار به دیواراند و یا کمی دورترند و فاصله دارند. این محدوده در برخی روایات تا چهل خانه، معرفی شده است. (طبرسی، ۳/۷۲؛ طباطبایی، ۴/۵۶۲).

- حکم همسایه‌ها براساس قاعده‌ی عطف، همان احسان به پدر و مادر است که با خویشاوندان، یتیمان و مستندان با هم، شریک‌اند.

- احسان به همسایه‌ها اگرچه در اصل عطف به احسان به پدر و مادر شده اما این تفاوت را دارد که حکم و جویی نیست بلکه به اتفاق فریقین، مستحبی است. (طباطبایی، همان).

- مراد از احسان چنان که در روایات تصریح شده مجموعه‌ای از رفتارهای نیکو و پسندیده است که کم‌ترین آن آزار نرساندن به همسایه‌ها است. (کلینی، ۴/۷۵۳).

با توجه به این نکات می‌توان استفاده کرد که در آیه شریفه انواع همکاری با همسایه‌ها سفارش شده است و طبیعی است حق ارتفاق در درجه‌ی نخست چنان که از عنوانش پیدا است نوعی همکاری است که صاحب ملک بخشی از منافع ملک خویش را در اختیار همسایه قرار می‌دهد؛ مثلاً، برای رفت و آمد، استفاده از زمینش جهت عبور آب به مزرعه و باغ و خانه مسکونی و مانند این‌ها و البته راه برای این که آن را در قالب عقود معین چون صلح و یا اعمال حقوقی دیگر مانند ارث و وصیت و اگذار نماید، هم باز است. نیز، در تحقق آن کدام عوض، شرط نشده است. بنابراین، می‌تواند به صورت کاملاً مجانی و بدون هیچ‌گونه چشم‌داشت و اگذار گردد. مهم این است که در آیه، مطلق همکاری با همسایه‌ها نه تنها جائز که مستحب عنوان شده است و به همین جهت، فقهای امامیه به استناد این آیه، وصیت برای همسایه را مشروع دانسته‌اند. عبارت مرحوم علامه حلی این است:

اگر کسی برای همسایه اش چیزی را وصیت نماید، به اجماع فقها جایز است. (حلی، طبع قدیم، ۴۶۹).

هم‌چنین اکثریت فقها این مسأله را متعرض شده‌اند که اگر همسایه‌ای التماس کند که چوب‌های سقف خانه‌اش را بر دیوار خانه‌ی همسایه دیگر بگذارد، دادن پاسخ مثبت به این نوع درخواست واجب نیست اما مستحب مؤکد است. مرحوم صاحب حدائق می‌گوید من در منابع

روائی امامیه مستند روشن و مشخص برای استصحاب این حکم، نیافتیم اما می‌شود از عمومات و اطلاقات که نسبت به قضاء حوائج مؤمنان و حقوق همسایه وارد شده، این حکم را استفاده کرد. (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۲۱/۱۲۶). به طور مسلم، یکی از آن ادله‌ای که راجع به رعایت حقوق همسایه وارد شده همین، آیه‌ی فوق است و نیز خود همین مورد فرض، از مصادیق حق ارتفاق است.

تنها مشکلی که در استدلال وجود دارد این است که آیه اختصاص به همسایه‌ها دارد ولی حق ارتفاق لزوماً مربوط به همسایه‌ها نیست بلکه ممکن است کسی در مسافت دور قرار داشته باشد ولی برای تأمین آب مزرعه و یا خانه اش، نیاز به انتقال آب از زمین دیگران، پیدا کند و هم‌چنین در رفت و آمد و یا مصادیق دیگر حق ارتفاق. ولی با این وجود، این مشکل چندان جدی نیست چون در روایات، حد و حدود همسایه تا چهل خانه از هر طرف به خانه انسان، همسایه معرفی شده است. (کلینی، همان / ۷۶۳). براین اساس، خارج از این محدوده بسیار بعید است که برای آن حق ارتفاق، تصور گردد و حداقل به طور اجمال بخشی از حقوق ارتفاق را این آیه اثبات می‌کند.

#### ب) آیه تعاون

وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ؛ (مائده / ۲).

و در نیکوکاری و پرهیزگاری با یکدیگر همکاری کنید، و در گناه و تعدی دستیار هم نشوید، و از خدا پروا کنید که خدا سخت کیفر است.

آیه‌ی شریفه از آیاتی است که در فقه بیش‌ترین استناد به ذیل آن صورت گرفته است و فقها بر اساس آن، قاعده‌ی حرمت اعانت بر اثم را استخراج کرده‌اند. (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۱/۳۶۰). این قاعده با این مستند در فقه فریقین معروف است اما این قسمت مورد استناد ما نیست. آن چه مورد استناد ما است صدر آیه‌ی شریفه است که در آن مؤمنان را به معاونت در «برّ و تقوی»؛ سفارش کرده است. البته مراد از کار خوب و در حدود رعایت تقوای الهی، در عرف مسلمانان روشن است ولی با این وجود مفسرین توضیح داده‌اند که مراد از آن همان کارهای مشروعی است که به انجام آن دستور داده شده و نتیجه این است:

معنای تعاون بر برّ و تقوا به این است که جامعه مسلمین بر برّ و تقوا و یا به عبارتی بر ایمان و



عمل صالح ناشی از ترس خدا اجتماع کنند، و این همان صلاح و تقوای اجتماعی است و در مقابل آن تعاون بر گناه- یعنی عمل زشت که موجب عقب افتادگی از زندگی سعیده است- و بر عدوان که تعدی بر حقوق حقّه مردم و سلب امنیت از جان و مال و ناموس آنان است، قرار می‌گیرد. (طباطبایی، همان، ۵/ ۲۶۶؛ طبرسی، همان، ۳/ ۲۴۰).

تفاوت مهم دیگر تفاوت صدر و ذیل آیه در این است که فقها از ذیل آن به اتفاق حکم الزامی را استنباط کرده‌اند ولی در باره صدر آن مختصر اختلافی دیده می‌شود و مشهور اعتقاد به استحباب تعاون بر برّ دارند. (حلی، بی تا، ۲/ ۴۷). و برخی هم مستند تعدادی از واجبات کفائی را همین آیه می‌دانند. (سبزواری، بی تا، ۱/ ۳۶۷). ورود در این اختلافات و ارزیابی آن‌ها ما را از مقصد دور می‌کند. ما فعلا مفروض را بر این قرار می‌گذاریم و هیچ مشکلی هم در فرایند استدلال رقم نمی‌زند که تعاون بر اثم حرام است ولی تعاون در کارهای خوب، مستحب است و غیر الزامی. به همین خاطر در فقه، قاعده حرمت تعاون بر اثم داریم اما وجوب معاونت بر برّ، نداریم مگر در شرایط خاص چنان که مرحوم بجنوردی می‌گوید:

دلالت جمله‌ی دوم که مشتمل بر نهی است بر حرمت تعاون بر اثم و عدوان، روشن است همان گونه که جمله‌ی نخست نیز ظهور در وجوب تعاون بر برّ و تقوی، دارد ولکن چون ما بر اساس ادله‌ی دیگر از خارج می‌دانیم که تعاون بر و تقوی مطلقا واجب نیست از ظهور آن رفع ید می‌کنیم و امر موجود در آن را حمل بر استحباب یا حمل بر وجوب در بعضی موارد مانند نجات غریق و حریق و مانند این‌ها می‌کنیم که پای حفظ جان مؤمن، در میان است. (بجنوردی، همان).

پس همان گونه ملاحظه می‌شود آیه‌ی شریفه، نسبت به کمک کردن به مومنان در امور خیر را دستور می‌دهد که حداقل آن استحباب همکاری در محدوده‌ی مطالبات شرع است و حق ارتفاق نیز قطعا از اموری نیست که از مصادیق اثم و عدوان باشد پس از امور مشروع است و همکاری در این موارد از مصادیق آیه شریفه خواهد بود. بنابراین اقداماتی که به خصوص از سوی مالک زمین مرتفق به، می‌شود می‌تواند از مصادیق اعانه بر تقوی و بر باشد.

**گفتار دوم: سنت**

### الف) حدیث لاضرر

حدیث لاضرر از احادیث مشهوری است و بر همین اساس، عنوان و مبنای قاعده‌ی لاضرر در فقه از آن استنباط شده است. (به طور نمونه، نگ: سیستانی، سید علی حسینی، لاضرر و لاضرار، مکتب آیه الله العظمی السیستانی، قم، چاپ ۱۴۱۴ق). شأن صدور این حدیث منازعه‌ای بوده که مردی به نام سمره بن جندب با شخصی از انصار داشته است؛ سمره نخلی داشته که برای بازدید از آن از حیاط خانه‌ای آن مرد انصاری، رفت و آمد می‌کرد. رفت و آمد سمره مزاحمت‌های را بر خانواده‌ای مرد انصاری تحمیل می‌کرد که در نهایت وی، پیش حضرت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله شکایت کرد و به حکم ایشان، آن نخل را از ریشه درآوردند. متن حدیث که مشتمل بر جزئیات ماجرا هم می‌باشد، این است:

عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُكَيْرٍ عَنْ عَنْ زُرَّارَةَ، عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ: «إِنَّ سَمْرَةَ بْنَ جُنْدَبٍ كَانَ لَهُ عَدَقٌ فِي حَائِطِ لِرَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ، وَكَانَ مَنْزِلُ الْأَنْصَارِيِّ بِيَابِ الْبُسْتَانِ، وَكَانَ يَمُرُّ بِهِ إِلَى نَخْلَتِهِ وَلَا يَسْتَأْذِنُ، فَكَلَّمَهُ الْأَنْصَارِيُّ أَنْ يَسْتَأْذِنَ إِذَا جَاءَ، فَأَبَى سَمْرَةُ، فَلَمَّا تَأْتَى جَاءَ الْأَنْصَارِيُّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، فَشَكَا إِلَيْهِ، وَخَبَّرَهُ الْخَبْرَ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، وَخَبَّرَهُ بِقَوْلِ الْأَنْصَارِيِّ وَمَا شَكَا، وَقَالَ: إِنْ أَرَدْتَ الدُّخُولَ، فَاسْتَأْذِنْ، فَأَبَى، فَلَمَّا أَبَى سَأَوْتُهُ حَتَّى بَلَغَ بِهِ مِنَ التَّمَنِ مَا شَاءَ اللَّهُ، فَأَبَى أَنْ يَبِيعَ، فَقَالَ: لَكَ بِعَادَتُكَ مُدُّ لَكَ فِي الْحِجَّةِ، فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ لِلْأَنْصَارِيِّ: اذْهَبْ، فَأَقْلَعْهَا، وَارْمِ بِهَا إِلَيْهِ؛ فَإِنَّهُ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ؛ (كلینی، همان، ۲۹۲/۵).

زراره گفت امام باقر علیه السلام فرمود: سمره بن جندب درخت خرمائی در باغ مردی از انصار داشت و منزل آن شخص انصاری سر راه آن باغ بود. سمره که به دیدن درخت خرمایش می‌آمد از او اجازه نمی‌گرفت. مرد انصاری به سمره گفت هرگاه می‌آیی باید از من اذن بگیری ولی سمره امتناع کرد. پس از این، انصاری پیش پیامبر صلی الله علیه و آله آمد و از سمره شکایت کرده و ماجرا را بازگفت. پیامبر صلی الله علیه و آله قاصدی را دنبال سمره فرستاد و به او داستان انصاری را گفت و این که وی، از او شکایت کرده است. پیامبر صلی الله علیه و آله به سمره فرمود: هرگاه خواستی وارد آن باغ شوی اجازه بگیر! اما او باز امتناع کرد. پیامبر صلی الله علیه و آله بین آن‌ها فروش پادرمیانی برای کرد و مبلغ را بالا برد ولی سمره برای بیع حاضر نشد تا آن که

پیامبر صلی الله علیه و آله فرمود: برای تو عوض این درخت در بهشت، درخت خرمائی آماده می‌شود. سمر باز از قبول امتناع کرد. پس، پیامبر صلی الله علیه و آله به انصاری فرمود: برو و آن درخت را از ریشه بکن و پیش صاحبش بینداز که در اسلام ضرر بردن و ضرر رساندن، نیست.

#### دلالت روایت

غیر از مفاد این حدیث در ارتباط با ضرر و مسائل متفرع بر آن، نسبت به مدعی ما دلالت مستقیم و مطابقی ندارد اما از واقعیتی حکایت می‌کند که از مصادیق حق ارتفاق است؛ زیرا، روایت حاکی از رفت و آمد مکرر سمره برای سرکشی از باغش، می‌باشد؛ رفت و آمدی که مستلزم ورود در حیاط خانه‌ی کسی دیگر بوده ولی هیچ‌گونه ملاحظه‌ی نسبت به اهل آن خانه نمی‌کرده است. بنابراین، اصل تصرف در ملک دیگران برای آن‌چه که سرزدن از نخل ایجاب می‌کرده، مشکل نداشته آن‌چه مشکل ساز شده همان آزار و اذیت خانواده آن مرد انصاری بوده است که پیامبر صلی الله علیه و آله برای تنبیه آن، دستور ریشه‌کن کردن آن نخل را صادر کرد. آیت‌الله مکارم شیرازی از فقهای معاصر هم درست برای مشروعیت حق ارتفاق افزون بر ادله عمومی، به مضمون روایت لاضرر مطابق همین تقریر، استدلال نموده است؛ ایشان تصریح نموده که حق ارتفاق سمره در ذات خود مشروع بوده است ولی از آن‌جا که وی در استفاده از آن مرتکب تعدی و تجاوز به حریم خصوصی زندگی دیگران می‌گردید، با آن قضاوت قاطع پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله، مواجه گردید.

در نتیجه، این روایت هم کاشف از سیره در عصر پیامبر صلی الله علیه و آله مبنی بر رعایت حق ارتفاق است و هم آن را یک امام معصوم بدون مختصر اعتراض، بازگو کرده است. افزون بر این، فقیهان و قواعدنگارانی که تمام مفردات و فقراتی این روایت را بررسی و تحلیل کرده‌اند هیچ‌گاه به این قسمت انتقاد نکرده که چگونه می‌شود به روایتی عمل و اعتماد کرد که مشتمل بر امور غیر مشروع است. باید دقت کرد که مستند ما مدلول مطابقی حدیث نیست بلکه مدلول التزامی آن است؛ یعنی ما از باب لزوم نفی ضرر ارتفاق را اثبات نکردیم بلکه با این روایت معتبر، سیره و استقرار آن را مبنی بر اعمال حق ارتفاق، کشف کردیم.

(ب) قضاوت پیامبر (صلی الله علیه و آله)

در منابع روایی اهل سنت و برخی کتب فقهی و تفسیری امامیه، روایتی نقل شده است که در صدر اسلام دو تن از صحابه راجع به نوبت آبیاری باغ، با هم منازعه داشتند که سرانجام برای داوری و حل منازعه، پیش پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله مراجعه کردند. اصل ماجرا این بود:

حاطب بن ابی بلتعنه یا یکی دیگر، با زبیر درباره‌ی نوبت آب دادن درختان خرمایشان، اختلاف کردند که چه کسی اول آبیاری کند و چه کسی در آخر؛ باغ این هردو از یک نهر کوچک آبیاری می‌شد که موقعیت نخلستان زبیر، در ابتدای این نهر قرار داشت. آنان این نزاع را برای حل و فصل پیش پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله آوردند. آن حضرت حکم کرد که نخست زبیر باغش را آب بدهد و سپس آن را به سمت باغ حاطب، روان کند. شخصی انصاری از این قضاوت ناراحت گردید و گفت یا رسول الله، چون زبیر پسر عمه‌ات بود این گونه حکم کردی؟! در این هنگام صورت آن حضرت متغیر شد و به زبیر فرمود: «ای زبیر، آب را به روی زمین خود ببند و آن قدر صبر کن تا بیخ درخت‌هایت را پر کند؛ یعنی نخلستان کاملاً سیراب شود و حق خود را به تمامی بگیری، آنگاه آب را برای زمین همسایه‌ات، بفرست.» (بخاری، ۱۴۰۱ ق، ۳/۷۶).

معنای این که حضرت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در قضاوت دوم به زبیر فرمود باید نخل‌هایت را خوب سیراب نمایی، این است که در قضاوت نخست، حکم به مصالحه کرده باشد ولی پس از اعتراض آن مرد انصاری، پیامبر صلی الله علیه و آله فرمود که حق شما است تا نخل‌هایت خوب و کامل آب نخورد، آب را نگهداری. در ادامه این روایت نقل شده است که پس از این جریان، آیه‌ی ذیل نازل شد:

فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَ يُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا؛

(نساء/۶۵).

ولی چنین نیست، به پروردگارت قسم که ایمان نمی‌آورند، مگر آنکه تو را در مورد آنچه میان آنان مایه اختلاف است داور گردانند سپس از حکمی که کرده‌ای در دل‌هایشان احساس ناراحتی [و تردید] نکنند، و کاملاً سر تسلیم فرود آورند.

در هر حال، این روایت اگرچه به طور مستقیم، دلالتی نسبت به حق ارتفاق ندارد اما به دلالت

التزامی بیان‌گر این است که مشروعیت حق مجری که از جمله‌ی حقوق ارتفاق است، در عصر شارع مسلّم بوده است؛ یعنی در زمان حیات شریف و پربرکت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله استفاده مالکان زمین کشاورزی از زمین‌های دیگران برای جریان و عبور آب برای آبیاری، هم معمول بوده و هم مورد تأیید شرع، زیرا، آن مرد انصاری که با زیبر اختلاف داشت زمینش در موقعیت دورتر از منبع آب قرار داشت و انتقال آب به طور طبیعی از زمین زیبر، می‌گذشت.

### ج) سیره

سیره‌ی عقلا که از آن به بناء عقلا هم تعبیر می‌شود از جمله مصادیق سنت است که به اعتبار کاشفیت از امضا شارع، اعتبار پیدا می‌کند؛ تفاوت آن با روایات در این است که روایات مستقیماً و لفظاً به حکم شرع دلالت می‌کند اما سیره به طور غیر مستقیم و بدون دلالت لفظی از حکم شرعی، کشف می‌کند. سیره با این خصوصیت، عبارت است از آن گرایش عمومی عقلا به یک چیز بدون آن که متأثر از دین، منطقه و یا فرهنگ خاص باشد. به عبارت دیگر، سیره‌ی عقلا، نوعی از رفتار اجتماعی است که براساس عقلانیت، شکل می‌گیرد و در آن فقط تصمیم و محاسبه‌ی عقلانی مردم دخیل است. شرط حجیت سیره، معاصرت آن با معصوم علیه السلام و دلیل حجیت آن تأیید معصوم است؛ زیرا، خود سیره به اعتبار این که رفتاری برخاسته از عقلا، می‌باشد اعتباری ندارد، اعتبار آن وابسته به کشف از حکم شرعی است و در صورتی می‌تواند چنین کاربری داشته باشد که اولاً، معاصر معصوم باشد و ثانیاً، از جانب معصوم ردعی نسبت به آن نرسیده باشد. پس، سیره‌ای که معاصر با معصوم است و از ناحیه‌ی آن، موضع‌گیری منفی هم در مورد آن سیره نرسیده کاشف از رضایت معصوم نسبت به آن است. (صدر، ۱۴۱۸ق، ۱/ ۱۱۲). به این ترتیب، سیره‌ی عقلا باید واجد عناصر ذیل باشد:

- استقرار رفتار اجتماعی معین؛
- عدم تأثر آن از فرهنگ، مذهب و آداب محیطی؛
- معاصرت با معصوم علیه السلام؛
- عدم موضع‌گیری منفی نسبت به آن از جانب شارع.

با توجه به این معنا از سیره، آیا می‌توان ادعا کرد سیره‌ی عقلا مبنی بر شکل‌گیری حق ارتفاق در زمان شارع، وجود داشته است؟ بدون تردید الگوی زندگی انسان‌ها در زمان شارع نیز مبتنی بر الگوی تعاملات جمعی بوده است؛ در این سبک زندگی، مردم با اشتراکات فراوان در منابع مورد نیاز معیشت، نمی‌توانسته‌اند تمام آن چه بدان نیاز دارند به تنهایی و مستقل، تأمین کرده و دور خانه و مزرعه و فضای رفت و آمد خود، دیوار بکشند؛ آن‌ها نیز در زندگی روز مره، انواع احتیاجات خود را از طریق حق ارتفاق و دخل و تصرف در املاک دیگران، تأمین می‌کردند. بنابراین، الگوی معیشت جمعی مردم آن دوره، الگوی معیشت عقلانی بوده است که در آن ارتفاق نسبت به همدیگر، یک گزینه‌ی تغییر ناپذیر است و این الگو مورد تأیید شرع هم قرار گرفته است؛ زیرا، اگر مخالفتی با آن می‌داشت باید ابراز می‌کرد و معمولاً به ما هم می‌رسید. پس، از سکوت معصوم علیه السلام نسبت به این سیره می‌توان رضایت و امضای آن را، کشف کرد.

شاهد روشن این مدعا، گذارش‌هایی است که در ضمن برخی روایات از عصر معصومین علیه السلام به ما رسیده است. نمونه‌های از این دست روایات را در همین بخش ادله سنت، مرور کردیم و در آن برخی از مصادیق حق ارتفاق، مورد گفت‌وگو واقع شده بود. نیز عموم محدثین و فقهای که این روایات را نقل و شرح، کرده‌اند این سیره برای شان مفروض بوده است و از همه مهم‌تر این استدلال مرحوم صاحب جواهر است که برای حقوقی چون نصب ناودان، بالکن و مانند آن به سیره استناد نموده است:

بدون آن که اختلاف و اشکال باشد جایز است مالک برای خانه‌اش، سقف برآمده و بالکن به سمت راه‌هایی عمومی بسازد. مشروط بر این که موجب ضرر به عابرین نشود و نیز مسلمانی نسبت به آن اعتراض نداشته باشد. دلیل این حکم، سیره‌ی مستمری است که در تمام عصرها و شهرها از زمان پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله تا زمان ما، وجود داشته است و خود حضرت پیامبر صلی الله علیه و آله هم برای خانه عمویش عباس، میزاب گذاشت. حتی این کارها، نیاز به اذن از حاکم و از دیگر مردم ندارد چه فضاهایی عمومی را ملک عامه بدانیم و چه آن را بر همان اباحه اصلی، باقی بدانیم. (نجفی، ۲۶ / ۲۴۳).

همان گونه که ملاحظه می‌شود مطابق این حکم، مردم نسبت به فضاهاهی عمومی حتی در صورتی که آن را مال مشاع مردم بدانیم نیز حق ارتفاق دارد ولی مشروط به این که این نوع اقدام موجب ضرر نشود و یا کسی با آن مخالفت نکند که در این صورت، باید رضایت مردم را به دست آورد و حق ارتفاق نیز جز این نوع استفاده نیست که در هر حال، رضایت مردم در آن نقش کلیدی دارد؛ فرقی نمی‌کند با اذن و داوطلبانه حاصل گردد یا در قبال چیزی مصالحه شود.

#### گفتار سوم: عقل

آنچه می‌توان به عنوان دلیل عقل در باب حق ارتفاق مورد تمسک قرار داد، این است که در صورت عدم حق ارتفاق، نظام زندگی مردم دچار اختلال می‌شود؛ یعنی اگر قرار باشد این الگوی موجود معیشت که محصول هزارها سال تجارب و اندوخته‌های بشری است کنار گذاشته شده و فعالیت همه مقید و منحصر در همان فضای تحت مالکیت او باشد و به او اجازه دخالت و تصرف در اموال و املاک دیگران داده نشود، قطعاً نظام معیشت روال عادی خود را از دست خواهد داد و در این صورت، زندگی جمعی نیز آسیب خواهد دید. بنابراین، اختلال در حق ارتفاق، اختلال در نظام زندگی را در پی خواهد داشت و از آنجا که اختلال در نظام معیشت قبیح است اختلال در حق ارتفاق به حکم عقل مستقل، مردود است.

یادآوری می‌نماییم که فقهای امامیه به این دلیل، در ابواب مختلف و موضوعات متعدد استناد کرده‌اند؛ برپایه این استدلال آن‌ها راه را بر هرگونه فعالیتی که نظم عمومی را برهم بریزد، سد کرده و در مقابل، ضرورت هر نوع اقدامی را که در تحکیم و تقییم نظم و آرامش اجتماعی از آن گزیری نیست، اثبات نموده‌اند. از جمله‌ی این موارد، اثبات قاعده‌ی فقهی «اصاله الصّحّه» است که به اعتقاد اکثریت فقها، حذف این گزینه از تعاملات انسانی، به اختلال نظام، می‌انجامد. نیز برخی اصولیین معاصر حجیت کلیه امارات عقلائی را بر همین مبنا تبیین کرده‌اند تا مبدا با تقيّد و انحصار حجیت در امور مفید علم، روال معیشت مردم، به اختلال بیانجامد.

#### گفتار چهارم: اجماع

از مجموع ادله فقهی، تنها اجماع است که در این باب هیچ استدلال و استنادی بدان نشده است.

علت این مسأله هم همان گونه که مکرراً یادآوری نمودیم، عدم پیشینه روشن آن در فقه امامیه و بلکه در فقه فریقین است. این نکته را بارها و به خصوص در بحث مرور پیشینه حق ارتفاق از همان آغاز، روشن کردیم که حق ارتفاق به این معنا که موضوع این نوشتار قرار دارد در فقه مطرح نبوده تا در باره آن، تحصیل اجماع ممکن باشد و از این نظر، حتی از اجماع منقول هم، نشانی دیده نمی‌شود. بر فرض اینکه اجماعی هم مطرح بوده باشد همه کتب به دست ما نرسیده تا اجماع محصلی داشته باشیم. و از فقها هم نیز کسی ادعای اجماع نکرده، فرض براینکه چنین ادعایی هم شده باشد. اولاً: اجماع به خبر واحد است که بیشتر اصولیین آن را حجت نمی‌دانند. ثانیاً: محتمل است مدرک فتوایی مجمعین همان ادله ای سه گانه ای باشد که اشاره کردیم لذا اجماع یا مدرکی یا محتمل المدرکیه است که در هر دو صورت حجت نخواهد بود. البته همین خلاء پیشینه در فقه سبب شده تا سرفصل مربوط به حق ارتفاق در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، مطابق قانون مدنی فرانسه، نگارش و تبویب گردد. این در حالی است که باقی مواد آن غالباً به استناد فقه امامیه، تدوین شده است.

## منشأ و اسباب حق ارتفاق

### گفتار اول: اسباب متعارف حق ارتفاق

همان گونه که اشاره کردیم منابعی مورد انتظار فقه امامیه در ارتباط با شناسایی و تحلیل اسباب حقوق ارتفاق، ساکت اند و حداقل این که جست‌وجوهای ما در این باره، بی نتیجه ماند. مهم‌ترین یافته‌های ما در این خصوص این است که شارحان حقوق مدنی هم این قسمت را در عین فقدان منابع لازم و کافی، هماهنگ با حقوق معاصر اهل سنت و برخی کشورهای غربی، تکمیل و حداکثر با قواعد فقه امامیه در ابواب کلی معاملات، تطبیق کرده‌اند؛ این دسته از نویسندگان علی‌رغم این که در شرح و تفسیر مواد قانونی، فقه امامیه را به عنوان یکی از منابع نخست و با اولویت در نظر داشته. (امامی، ۱ / ۲۱). ولی در ترتیب و تنسیق، چاره‌ای جز این نداشته‌اند. به طور مشخص، حقوق مدنی جمهوری اسلامی ایران، عوامل ذیل را از اسباب حق ارتفاق، شمرده است:

**عقد:** منظور از عقد قراردادی است که به موجب آن مالک یک عقار حق ارتفافی را برای عقار



متعلق به شخص دیگر، به رسمیت می‌شناسد. این قرارداد ممکن است مجانی باشد مانند هبه و ممکن است در قبال عوض معین در قالب شرط ضمن بیع، منعقد گردد. (کرکبی، ۴۴۶). برخی نویسندگان عرصه‌ی حقوق کشورهای عربی از این عامل به تصرف قانونی تعبیر کرده تا شامل وصیت و عقد، هردو گردد. (نبیل ابراهیم، ۳۰۶).

**موقعیت طبیعی عقار:** در مواردی ممکن است حق ارتفاق ناشی از موقعیت طبیعی یک عقار باشد؛ مانند این که در محدوده‌ای قرار داشته باشد که برخی انتفاعات از آن بدون تصرف در ملک دیگران، غیرممکن باشد. نمونه‌ی روشن آن زمین‌های اند که در موقعیت بالاتر از زمین‌های دیگری قرار دارند و طبعا زمین‌های پایین دست، مجرای فاضلاب و آب باران زمین بالاتر خواهد بود.

**قانون:** در مواردی ممکن است قانون عمومی برخی تصرفاتی را به منظور تأمین مصالحی زمین و یا املاک غیر منقول شهروندان، در املاک دیگران مقرر نماید. البته مفروض این است که آن املاک تحت مالکیت شخصی قرار داشته باشند. در غیر این صورت چنانچه از اماکن عمومی باشند همه در حق انتفاع از آن مساوی خواهند بود.

**تصرف خارجی:** گاهی حق ارتفاق ناشی از تصرف خارجی؛ یعنی اعمال ارتفاق است؛ مثلا، شخصی برای آبیاری زمینش از زمین کسی دیگر استفاده می‌کند بدون آن که مجوز و یا سند مشخص داشته باشد. این گونه اقدامات در صورتی دلیل بر حق ارتفاق است که مسبق به سابقه‌ی طولانی باشد و در حقوق مدنی کشور مصر و لبنان صریحا از آن به تقادم و گاهی به مرور زمان، تعبیر شده است. (نبیل ابراهیم، همان).

#### گفتار دوم: مشروعیت اسباب

تا آن جا که ما اطلاع داریم از میان حقوقی که منشاء مشروعیت آن در فقه امامیه مورد بررسی قرار گرفته، حق اختصاص است. البته آن هم در دو مورد است؛ مورد نخست آن به اعیانی تعلق دارد که از ملکیت، ساقط شده است؛ مانند آبی که ملک شخصی یک فرد بوده ولی در شط سرازیر می‌شود یا حیوانی که مملوک کسی بوده می‌میرد و یا زمین‌های شخصی که از سوی حکام جائز، به هر بهانه‌ای مشترک اعلام می‌شود. در تمام این موارد با این که ملکیت از بین رفته ولی حق اختصاص

برای مالک قبلی آن، محفوظ است و همین مسأله فقیهان را واداشته تا منشأ استمرار این حق را، مورد تأمل قرار بدهند. (انصاری، ۱۰۶/۱). مورد دوم آن هم به اراضی خراجیه مرتبط است که برای متصرفان در این گونه املاک منهای ملکیت، حق اختصاص قائل شده‌اند. (همان، ۲۵/۴).  
بنابراین، بررسی مشروعیت حق ارتفاق سابقه‌ای مشخص ندارد ولی با این وجود، تلاش می‌نماییم همان عواملی را که به‌عنوان اسباب ارتفاق در حقوق مدنی ایران و برخی کشورهای عربی پذیرفته شده، از منظر قواعد فقه امامیه، تحلیل نماییم.

### ۱. ارتفاق ناشی از عقد

چنان که اشاره گردید نویسندگان و شارحان حقوق مدنی ایران ماهیت عقدی را که منشأ ارتفاق می‌گردد مشخص نکرده‌اند فقط برخی از شارحان حقوق مدنی لبنان و مصر، تصریح کرده‌اند که مراد از عقد در این جا، تصرف قانونی مانند هبه و منظور نمودن آن در ضمن عقد بیع و هم‌چنین، وصیت است. بنابراین، اولاً، در باره‌ی مشروعیت ارتفاق در قالب همین تصرفات سه‌گانه، تأمل خواهیم کرد و ثانیاً، وجه انحصار آن را در همین عناوین متعارف بررسی می‌نماییم تا امکان انشاء مشروع آن را به صورت عقد مستقل به همان شیوه‌ای مستحدث، بیازماییم.

مفروض ما در این بحث این است که طرفین واجد شرایط عمومی صحت معامله از قبیل بلوغ، عقل، عدم منع قانونی از تصرف در اموال و اختیار اند؛ یعنی کسی که حق ارتفاق پیدا می‌کند و نیز آن کسی که انتفاع از ملک خودش را برای تأمین مصلحت عقار دیگر براساس عقد ملتزم می‌گردد اهلیت شخصی معامله را، دارند. بنابراین، شرایطی که اختصاصاً به مسأله ارتفاق، ارتباط پیدا نکند مورد بحث قرار نخواهد گرفت.

### الف) هبه

هبه در لغت به معنای بخشیدن چیزی بدون چشم‌داشت هرگونه پاداشی به دیگری است. (ابن منظور، ۸۰۳/۱). انشاء حق ارتفاق هم که امتیازاتی است برای مدارا و ملاحظت با دیگران، با عقد هبه علی القاعده، اشکال ندارد؛ یعنی کسی بخشی از منافع ملک خود را برای تأمین مصلحت ملک دیگری؛ مانند عبور آب، عبور و مرور شخصی و مانند این‌ها به مالک همان ملک هبه نماید؛

زیرا، هم در راستای تعاون با دیگران است و هم معنای قبض حتی مطابق معنای مشهور بر آن منطبق است؛ زیرا، در تمام اموال غیرمنقول، موهوب‌له بر عین تسلط پیدا می‌کند و قبض هیچ معنای جز این ندارد و همین معنا از آن در منافع هم معقول و ممکن است که به تبع تسلط بر عین، بر منافع نیز تسلط پیدا می‌شود.

#### ب) وصیت

قبل از این که جواز انشاء ارتفاق را با وصیت بررسی نماییم لازم است تعریفی از این سازوکار فقهی داشته باشیم:

وصیت در لغت اسم مصدر و به معنای عهد است؛ (همان، ۱۵ / ۳۹۴). یعنی التزام و پذیرفتن مسئولیتی در قبال شخص معین برای انجام دادن یک کار. (مصطفوی، پیشین، ۸ / ۲۴۶). این معنا از وصیت در کاربرد فقهی آن هم محفوظ است با این تفاوت که وصیت در فقه تنها به تعهداتی گفته می‌شود که بر مرگ تعلیق شده است:

«وهی [الوصیة] اما تملیک عین أو منفعه بعد الوفاة؛ (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۲ / ۱۸۹)

وصیت عبارت است از تملیک عین و یا منفعتی بعد از مرگ.

هر شخصی با اجتماع شرایطی که برای وصیت کننده در فقه منظور شده است می‌تواند هرگونه ارتفافی را برای ملک کسی دیگر، انشا نماید و از این جهت، فرقی نمی‌کند وصیت را عقد بدانیم یا ایقاع در هر حال، وصیت می‌تواند یکی از عوامل مشروع و قانونی حق ارتفاق، باشد.

پس، وصیتی که اولاً، بار مالی داشته باشد و ثانیاً، دواطلبانه باشد و ثالثاً، موصی وارث هم داشته باشد باید در بیش از یک سوم اموال، نباشد ولی همین شرط هم محدودیتی را نسبت به حق ارتفاق رقم نمی‌زند؛ زیرا، مفروض این است که وصیت در این ارتباط با حفظ اصل ملکیت است و حداکثر وصیتی هم اگر صورت بگیرد راجع به انتفاعاتی است که قهراً نسبت به اصل ملک، جزئی خواهد بود. بنابراین، انتفاعاتی که عرفاً در قالب حق ارتفاق، شناخته می‌شود ارزش مالی آن به اندازه‌ی ثلث ارزش خود آن عقار مرتفق‌به، نمی‌رسد و در نتیجه، انشاء ارتفاق در قالب وصیت، شرعاً با محدودیتی مواجه نمی‌باشد.

### ج) شرط ضمن بیع

از اموری که می‌تواند منشأ حق ارتفاق گردد، اشتراط آن در ضمن عقد بیع است؛ البته شرط ضمن عقد به طور مطلق و از آن جمله شرط ضمن عقد بیع، از مسائلی است که از گذشته‌های دور مورد توجه فقیهان قرار داشته است:

فقه‌های امامیه مطلقاً بیع مشروط را جایز دانسته‌اند؛ مانند این که شرط کند مشتری کاری را برای بایع انجام بدهد یا چیزی به او قرض بدهد و نیز چیزهای دیگری مانند این‌ها و یا شرط کند که بایع کاری را برای مشتری، انجام بدهد. (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ۵ / ۳۰۰).

با توجه به متن مرحوم علامه حلی به وضوح نشان می‌دهد که متعاقدین می‌توانند هرگونه تعهدی را در خود عقد به نفع همدیگر، بگنجانند؛ فرقی نمی‌کند که از نوع کار شخصی و خارجی باشد یا تصرفات حقوقی دیگر مانند وکالت و یا انتفاع از ملک باشد، چنان که در ارتفاقات از این قبیل است. هم چنین، امور متعددی که برای صحت و مشروعیت این گونه التزامات در فقه مقرر شده هیچ کدام در تضاد و تنافی با التزام به حق ارتفاق برای طرف مقابل، قرار ندارد. مطابق آن چه جدیداً و به طور مستقل استقصا شده حداکثر آن چه لازم است در این زمینه رعایت گردد، در امور نه گانه‌ای ذیل، خلاصه می‌شود:

- مقدور باشد؛
- در ذات خود شرعاً جایز باشد؛
- مخالف احکامی از کتاب و سنت، نباشد؛
- غرض عقلایی به آن تعلق بگیرد؛
- در تنافی با مقتضای عقد قرار نگیرد؛
- ناشناخته نباشد؛
- مستلزم محال نباشد؛
- در متن عقد به آن تصریح شود؛
- منجز نباشد. (یعنی آن چه مورد اشتراط قرار می‌گیرد وقوعش مردّد نباشد تا به تنجیز عقد آسیب بزند؛ زیرا، تنجیز در عقد یکی از عناصر مورد اتفاق در فقه است.)

#### د) صلح

صلح یا مصالحه چنان که از عنوان آن به خوبی روشن است یکی از راه‌های بسیار آسان و موسع جهت هرگونه توافق خارج از عقود معین است؛ فرقی نمی‌کند متعلق آن عین باشد یا دین و یا حق و منفعت. بنابراین، به هر توافقی که در قالب یکی از عقود چون بیع، اجاره، هبه و مانند این‌ها صورت نگیرد، صلح یا مصالحه گفته می‌شود. این عقد چنان که مرحوم امام خمینی توضیح داده است عقد مستقل بوده و هیچ محدودیتی ندارد مگر این که حلالی در اثر آن تحریم گردد یا حرامی تحریم، شود:

«صلح عبارت است از رضایت طرفین و توافق آنان بر چیزی؛ از قبیل تملیک عین یا منفعت یا ساقط نمودن دین یا حق، و مانند این‌ها و لازم نیست که مسبوق به نزاع باشد و صلح بر هر چیزی - غیر از آنچه که استثناء شده و در هر مقامی جایز است مگر این که حلالی را حرام یا حرامی را حلال نماید.» (خمینی، ۱ / ۵۶۱).

با توجه به این شرائط عمومی و نیز آنچه در خصوص صلح بر حقوق باید رعایت گردد، انشاء هرگونه حقوق ارتفافی با عقد صلح، آخرین و آسان‌ترین و موسع‌ترین راه است؛ زیرا، حق ارتفاق، از جمله حقوق مالی است و از این جهت، هم قابلیت تقویم با امور مادی را و هم طبعاً قابلیت تبدیل و نقل را دارد.

#### ه) عقد ارتفاق به شکل مستقل

تا این جا تلاش نمودیم که مشروعیت حق ارتفاق را مستند به یکی از عوامل آن یعنی عقود متعارف و زیر مجموعه‌های آن، تطبیق و بررسی نماییم. تمام دغدغه‌ی ما در این قسمت تقید به عناوینی عقود بود که ماهیت و مشروعیت آن‌ها در فقه کاملاً شناخته شده و پذیرفته شده‌اند. اکنون می‌خواهیم از این زاویه به مطلب نگاه نماییم که آیا می‌توانیم خود عقد ارتفاق را به گونه‌ای مستقل و مستحدث آن، در شمار عقود مشروع بگنجانیم؟ یعنی بدون آن که لازم باشد آن را به هبه یا وصیت و یا شرط ضمن بیع، برگردانیم ماهیت این قرارداد را فقط حق ارتفاق بدانیم؛ قراردادی که به منظور واگذاری بخشی از منافع یک عقار برای تأمین نیاز و منفعتی یک عقار، میان

مالکان آن‌ها منعقد می‌گردند. این نکته را نیز لازم است یادآوری بنماییم که هدف از این طرح، این نیست که برای مشروعیت هر قرارداد و یا توافق، دلیل به خصوص ضرورت دارد بلکه کافی است در تضاد صریح با احکام شرع نباشد. بنابراین، منظور ما از مشروعیت عقد ارتفاق چنان که فقیه معاصر مرحوم مغنیه تأکید کرده، جست‌وجو برای یافتن دلیلی است تا احکام عقود صحیحه از قبیل لزوم و عدم امکان فسخ، بر آن مترتب گردد. این فقیه نواندیش لبنانی به اقتضای مرحوم نائینی، زاویه‌ای را در مباحث معاملات گشوده تا تکلیف عقودی جدید را حل نماید. مطابق یافته‌های ایشان، عقود جدید در اصل جواز خود به استدلال ویژه، نیازی ندارند و نیز چنان که طرفین رضایتمندانه آن را ادامه بدهند مسأله‌ای نیست:

سزوار است از این نکته غفلت نکنیم که وقتی طرفین قراری را میان خود تنفیذ کردند و با کمال میل و اراده و اختیار به آن ملتزم شدند این حق آن‌ها است و کسی حق اعتراض ندارد، مشروط بر این که با این اقدام حلالی را حرام و حرامی را حلال، نکرده باشد. سخن در جایی است که اگر یکی از آن‌ها اقدام به فسخ کنند و زيربار تعهد نروند چطور؟ آیا طرف مقابل می‌تواند او را شرعاً به مقتضای توافق، ملزم نماید؟ (مغنیه، ۳/ ۱۴). پاسخ برخی فقهای معاصر که در تعمق نظر، جامعیت و اتقاق در روش استدلال معروف بوده اند به این پرسش مثبت است. مثل مرحوم میرزای نائینی که در تمسک به آیه شریفه «أوفو بالعقود» (مائده/۱) فرموده است که این آیه اختصاص به عقود متعارف و معاملات متداول در زمان صدور آیه ندارد بلکه هر عقدی را شامل می‌شود؛ زیرا «لام» ی که در «العقود» است ظهور در عموم دارد نه عقودی خاص (نائینی ۱/۱۰۴)

## ۲. ارتفاق طبیعی

تعبیر به ارتفاق طبیعی در واقع اشاره به آن دسته از حقوق ارتفاق دارد که در ظاهر منشأ آن موقعیت طبیعی خود عقار است. نویسندگان معاصر «دانشنامه حقوق خصوصی» در تعریف ارتفاق طبیعی روی این نکته متمرکز شده‌اند که منشأ پیدایی آن تحولات طبیعی است و اراده‌ی انسان در آن نقشی ندارد:

«ارتفاق طبیعی در فقه عبارت از حق ارتفاقی است که منشأ پیدایی آن تحولات طبیعی باشد و

اراده‌ی انسان در آن نقشی نداشته باشد؛ چنان که به طور طبیعی مسیر گذر رودخانه‌ای در میان زمین شخصی قرار گرفته باشد که دیگران از آن رودخانه حق آبیاری اراضی خود را داشته باشند.» (انصاری و طاهری، ۱/ ۱۶۳).

نمونه‌ای روشن دیگر این نوع ارتفاقات را در زمین‌هایی می‌توان دید که به موجب موقعیت خود، تصرفاتی را در زمین دیگر، پدید می‌آورد. نویسندگان قانون مدنی ایران ارتفاق طبیعی را با این نمونه توضیح داده اند:

«زمینی که بالاتر از زمین دیگری است، بر حسب طبیعت (که قانون نیز آن را محترم می‌شمارد) دارای حق ارتفاق برای فاضلاب و آب باران، نسبت به زمین پایین‌تر است؛ و به تعبیر دیگر، زمین پایین‌تر، طبیعتاً مجرای آب و آب باران زمین بالاتر است، مگر این که ثابت شود که به موجب قرارداد، ترتیب دیگری اتخاذ شده است.» (کرکبی، پیشین، ۴۴۳).

#### ادله

##### الف) روایت

برخی از فقیهان معاصر امامیه مانند مرحوم محمد حسین کاشف الغطاء؛ شارح «تحریر المجله» به مستندی در این خصوص اشاره کرده که گویا متخذ از روایات است:

«القدیم علی قدمه اذا کان مشروعاً؛ (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ ق، ۲/ ۲۴۵).

هر چیز قدیم بر همان حال سابقش، واگذاشته می‌شود مشروط به این که این ابقا مشروع باشد. در هر حال، منظور از آن این است که اگر چیزی از گذشته‌های دور در وضعیتی قرار داشته باید همان وضعیت سابق، حفظ گردد. بنابراین، اگر قرار باشد وضعیت گذشته‌ای یک عقار با توجه به برخی تصرفات قهری که در زمین دیگر در موقع آبیاری و برخی استفاده‌های دیگر پدید می‌آورد حفظ گردد، طبعاً حق ارتفاقی نسبت به زمین بالادست رقم می‌خورد و این حق براساس مدلول التزامی آن مشروعیت نیز دارد؛ زیرا، علی القاعده امر غیر مشروع، مجاز به استمرار و ابقا نیست.

##### ب) سیره

در باب مشروعیت ارتفاق طبیعی مهم‌تر از استناد به آن چه که یک قاعده‌ی فقهی عنوان شده بود،

تمسک به سیره عقلا است. توضیح مطلب این است که بدون شک عقارات به‌خصوص زمین‌های که کاربری کشاورزی دارند با این که از یک مالک هم نیستند، در موارد فروان در کنار هم قرار دارند و تصرف در این‌ها و استفاده از آن در اغلب موارد تصرفاتی را در عقارات مجاور، موجب می‌گردد که البته اختصاص به جریان آب اضافی از آبیاری و نزول باران هم، ندارد بلکه شامل عبور و مرور اشخاص و حمل و نقل وسایل کشت و کار، نیز می‌گردد. قطعا این گونه دخل و تصرف در زمین‌های مجاور، پدیده‌های مستحدثه نیستند؛ زیرا، در گذشته‌ها نیز رفت و آمدها بر سر مزارع و هم‌چنین، استفاده از زمین‌های زراعی بدون استفاده از زمین‌های مجاور دیگران امکان نداشته است. بنابراین، می‌توان قطع پیدا کرد که در زمان حضور پیامبر صلی الله علیه و آله و امامان معصوم علیه السلام نیز وضع بر همین منوال بوده است و آن‌ها هم ردعی نکرده‌اند؛ زیرا، اگر موقف مخالف داشتند باید ابراز می‌گردید و طبیعتا به ما هم می‌رسید. پس، از این عدم ردع کشف امضا می‌کنیم که شارع نیز این سیره را تأیید نموده است. به این ترتیب، اولاً، ارتفاعاتی ناشی از موقعیت طبیعی، پدیده‌ی جدید نیست؛ ثانیاً، در عصر شارع نیز اکثریت کاربری‌ها از عقارات با تصرف در عقاراتی مالکان دیگر، صورت می‌گرفته است؛ ثالثاً، شارع نیز با عدم ردع خود این سیره را تأیید کرده است و ما در حجیت سیره چنان که در جای خودش مطابق قرائت مشهور تحقیق شده، بیش از این چیزی نمی‌خواهیم.

### ج) ظهور حال مسلمان

مرحوم محقق ثانی؛ مؤلف اثر گرانسنگ «جامع المقاصد فی شرح القواعد» معتقد است ظهور حال مسلمان هم از جمله قواعد فقهی مستقل است که می‌توان بر مبنای آن تمام اقدامات فرد مسلمان را، مشروع دانست؛ یعنی انسان مسلمان به حکم این که ظاهراً در اعمال خود ملتزم به رعایت احکام شریعت می‌باشد کار غیر مشروع انجام نمی‌دهد. (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ۳۱۵/۵). با توجه به این تقریر از ظهور حال مسلمان، مشروعیت ارتفاعات طبیعی هم ثابت می‌گردد؛ زیرا، درست است ما از کیفیت ارتفاع در این سنخ حقوق ارتفاعی، اطلاع نداریم اما این عدم اطلاع ما نباید موجب سؤ ظن و اتهام به آن شخص، گردد چون علی‌الفرض، مسلمانان اقدامات غیرمشروع انجام نمی‌دهند



و در نتیجه، حق ارتفاق طبیعی موجود، براساس عوامل و اسباب مشروع، شکل گرفته تا به نسل‌های بعدی، منتقل شده است.

### قانون

قبل از پرداختن به مقوله‌ی اعتبار ارتفاقاتی مستند به قوانین، لازم است به این نکته اشاره نماییم که مراد از قانون در این گفت‌وگوها، همان مقررات لازم‌الاجرا است که با تشریفات خاص از سوی یک مرجع شناخته شده‌ی بشری مانند نهاد قوه‌ی مقننه کشورها، وضع می‌گردد. با توجه به این معنا از قانون، منظور از حق ارتفاق یا ارتفاقاتی که منشأ قانونی دارد همان تصرفات و امتیازاتی است که به ملاحظه‌ی شرایطی، برای استفاده از یک عقار نسبت به عقار دیگر، تصویب می‌گردد. به این ترتیب، همان گونه که اعتبار دیگر قوانین موضوعه در داخل نظامات اسلامی مبتنی بر شرع است و یا دست‌کم می‌توان گفت غیرمشروع نیست، حق ارتفاقی که سرچشمه‌ای آن قوانین بشری است نیز حق مشروع و لازم‌الاجرا خواهد بود؛ مشروط به این که در راستای تأمین مصالح همه جانبه مردم وضع و احکام و شرائط کلی شرع، در آن رعایت شده باشد.

### ۳. تصرف خارجی

قبلاً در بخش عوامل ارتفاق توضیح دادیم که مراد از این عنوان هرگونه تصرف و استفاده از ارتفاق نیست بلکه تصرفی مسبوق به زمان است به گونه‌ای که سبب و عامل خاص آن، برای ما روشن نباشد. در حقوق کشورهای مانند مصر و لبنان صریحاً از این عامل به تقادم یاد شده است. (نبیل ابراهیم، پیشین، ۴۳۵). اتفاقاً، موسوعه‌نگاران فقه اهل بیت علیهم السلام، تمام حق ارتفاق را به همین نوع ارتفاقی که سبب آن برای ما ناشناخته است، معنا نموده‌اند:

**حق الارتفاق:** و یراد به الحق الثابت لشخص في ملك شخص آخر مما لا يعلم مصدره، مثل أن يكون لإنسان في ملك آخر مجرى ماء أو شجرة أو حق العبور أو نحوها؛ (جمعی از پژوهشگران، پیشین، ۹/ ۴۱۷).

مراد از حق ارتفاق، حقی است که برای شخصی در ملک دیگری، ثابت است بدون آن که منشأ آن معلوم باشد؛ مانند این که مجرای آب زمین کسی در ملک دیگری قرار داشته باشد یا درختی، یا حق عبور و یا مانند این‌ها در زمین کسی دیگر، داشته باشد.

## ادله

### الف) روایت

چنان که پیش‌تر اشاره گردید به اذعان فقیه معاصر؛ مرحوم کاشف الغطا، «القدیم علی قدمه» قاعده‌ی فقهی و قهراً متّخذ از نصوص روایات است. بر اساس مفاد این قاعده، کسی که عملاً در خارج اعمال ارتفاق می‌کند و سبب آن برای ما ناشناخته است باید بر همین وضع که داشته ابقا گردد و حقّ منع استفاده‌ای او را نداریم.

این دلیل در قسمت ادله‌ی ارتفاق طبیعی، در بخش استدلال به روایت هم بررسی گردید و در آن‌جا گفتیم که مستند خود این قاعده شدیداً ابهام دارد و از این جهت اعتماد بر آن به عنوان یک قاعده‌ی مسلم فقهی، مشکل است. خود کاشف الغطا نیز اگرچه در موارد مختلف به این قاعده استناد نموده ولی در هیچ مورد به مدرک و منبع آن، اشاره نکرده است.

### ب) قاعده‌ی لاضرر

مرحوم کاشف الغطا مستند برخی مصادیق بارز ارتفاق را که از جمله‌ای آن حقّ شرب، حقّ عبور و حقّ مسیل است قاعده‌ی لاضرر، عنوان کرده است. (کاشف الغطاء، پیشین، ۲/ ۲۴۲) قهراً مواردی از این سه دسته حقوق می‌تواند از مصادیق تصرّف در ارتفاق و یا اعمال ارتفاق خارجی مسبوق به زمان، باشد و از این‌رو، مشمول استدلال به قواعد تصرّف ارتفافی و یا ارتفاق مسبوق به زمان خواهد بود.

### ج) سیره

امکان این وجود دارد که ما برای مشروعیت این گونه اتفاقات از سیره استفاده نماییم با همان تقریر و توضیحی که در استدلال به سیره در ارتفاق طبیعی، گذشت. مفروض در این استدلال هم این است که ارتفاق مستند به قدمت نوعی از ارتفاق طبیعی است؛ زیرا، ارتفاق همان گونه که در تعریفش گفته شد استفاده از ملک دیگران در جهت استیفای منافع ملک صاحب ارتفاق است و به طور طبیعی، در مواردی که برای صاحب حقّ، استفاده از گزینه‌های مختلف وجود دارد و می‌تواند بدون تحمیل محدودیت و ضرر به ملک دیگران، منافع مملوک خودش را استیفا نماید، دلیلی بر

اثبات حق ارتفاق وجود ندارد. بنابراین، حق ارتفاق از آغاز اصولاً به مواردی محدود می‌شود که برای مالک امکان استفاده از گزینه‌های دیگر، وجود ندارد و این تنگناهای شرایط مجاورت و کمبود امکانات و در هم تنیدگی زندگی اجتماعی است که به ناچار تصرف در ملک دیگران را مجاز می‌کند. در واقع، اولاً، موقعیت طبیعی عقار یا ارتفاق طبیعی در لسان نص شرعی وارد نشده تا ما مکلف بر تحفظ آن مطابق ظاهر باشیم و ثانیاً، موقعیت طبیعی به معنای وضعیت کاملاً دست نخورده و براساس جایگاه ذاتی عقار نیست بلکه استقرار در حالتی است که استفاده از آن، مستلزم تصرف در منافع دیگران است و آنچه بیش از همه اهمیت دارد حفظ مصالح و دغدغه‌ی منافع دنیوی مردم است و در این حوزه که پای تعبد نیست، دست برای تعمیم احکام و توسعه مفاهیم، باز است.

#### د) اماریت تصرف ارتفافی

شاید این آخرین راه حل باشد که از فتوای مرحوم میرزای قمی (۱۲۳۳ق) استفاده می‌گردد؛ مطابق استفتای که از ایشان در دست است اعمال ارتفاق در خارج که مسبوق به سابقه هم هست، اماره‌ی بر حق ارتفافی است که بدون اسباب شرعی، حاصل نشده است (میرزای قمی، بی تا، ۱/ ۱۲۹-۱۳۰). البته این حکم چنان که میرزای قمی تصریح کرده مختص به تصرف خارجی در باب ارتفاق نیست بلکه از مصادیق قاعده‌ی «ید» است که در تمام موارد اماره‌ای بر ملکیت است؛ فرقی نمی‌کند آن مملوک از اعیان باشد یا منافع و حقوق مالی. پس، همان گونه که «ید» در موارد دیگر، کاشف اصل مالکیت است بدون آن که نسبت به سبب تملک چیزی را اثبات کند در این جا نیز کاشف از مالکیت بر حق است بدون آن که نسبت به سبب تملک آن چیزی را ثابت کند. بنابراین، صرف اعمال ارتفاق هر چند مسبوق به سابقه باشد، دلیل بر مشروعیت نیست و در موارد دیگر هم مسبوقیت و مرور زمان در اسلام، نه موجب بطلانیت حقی می‌شود و نه حقی را ثابت می‌کند. به هر حال، این جا نیاز به مرور مستندات قاعده‌ی ید و مجالی نیز برای این مهم نیست؛ آنچه مهم است مسلم بودن اماریت ید است که انتفاع عملی در خارج از امتیازاتی که به آن امروزه حق ارتفاق می‌گویند واز مصادیق آن شمرده شده است و ظاهراً مشکلی هم ندارد؛ زیرا، مهم‌ترین

مدرک قاعده بناء عقلا است؛ یعنی سلوک مستمر و فراگیر مردم مبنی بر اعتماد به ید و استیلا خارجی بر یک مال و این سیره در مورد استیلا بر ارتفاقات هم هست؛ زیرا، همه بر اعمال ارتفاقاتی که در خارج جریان دارد، صحه می‌گذارند و کسی از ریشه و سبب آن، پرس و جو نمی‌کند.

### نتیجه

آن چه پیرامون حق ارتفاق و مشروعیت آن گذشت معطوف به عوامل و اسباب آن، بود. انتخاب این زاویه مبتنی بر این مفروض روشن است که حق ارتفاق ذاتا امتیازی است که به موجب آن تصرف در منافی ملک غیر، برای ذی‌حق مجاز می‌گردد. بنابراین، دلیل گفت‌وگو از اصل مشروعیت این گونه امتیازات به خاطر تعلق آن به حوزه مالکیت یک فرد دیگر است. اما دلیل بررسی آن از زاویه‌ای تمرکز بر تنوع عوامل انشا و یا به عبارتی، سازوکارهای حقوقی آن این بود که از یک طرف، از قبل به تنوع آن اشاره نماییم؛ از این زاویه دید، تنوع حق ارتفاق وابسته به عوامل تولید آن است و ما با یک گونه حق ارتفاق سروکار نداریم تا با بررسی کلیت آن به نتیجه‌ی مطلوب، دست یابیم. از سوی دیگر، بررسی مشروعیت حق ارتفاق به این سبک، بررسی طبقه‌بندی شده است و مطابق این الگو، از تعمیم حکم مشروعیت و یا عدم آن به موارد خارج از موضوع، جلوگیری نموده‌ایم. تأکید می‌شود اتخاذ این روش، راه کلی‌گویی را نفی و یا اثباتا در این باره می‌بندد.

آن چه در این خصوص بررسی گردید عبارت بود از عقدهای چون هبه، وصیت، شرط ضمن بیع، صلح و نیز برخی عوامل طبیعی و خارجی ولی نکته‌ای که باید از آن غفلت نکنیم این است که این نمونه‌ها، حداکثر عوامل غالب تولید ارتفاق است نه این که تنها نمونه‌های انحصاری انشا چنین حقی باشد. برای این مهم کافی است، ماهیت آن عامل حقوقی-شرعی و نیز قلمرو و شرائطش را شناخته و نهایتا امکان تطبیق آن را در مورد ارتفاق که منافی در خدمت منافع دیگران است، بیازماییم. افزون بر این، در این نوشتار از امکان عقد ارتفاق؛ یعنی مشروعیت عقد ارتفاق به طور مستقل، سخن به میان آمد. عملیاتی شدن این فرضیه، علاوه بر آن که با روح تشریح این گونه

حقوق تناسب کامل دارد که همان تسهیل و امتنان بر خلق است، نوعی بازیافتن آزادی مشروع در انشا و تولید آن هم هست؛ در داخل این فرایند، بدون آن که ارتفاق را به عقود متعارف و سنتی ارجاع داده باشیم، عقدی را به این عنوان در چارچوب حدود شریعت، شناسایی و تحدید قلمرو نموده‌ایم.

این سنخ تلاشی که در این مبحث صورت گرفت در حقیقت استفاده از ظرفیت پویای فقه امامیه است که اصول و قواعد آن در طول تاریخ به جُهد و جهاد شبانه روزی فقیهان، تکامل و تدوین یافته است. درست است جز مرحوم کاشف الغطاء؛ شارح مجله الاحکام فقیهی دیگر از امامیه به این مسائل از نزدیک مواجهه‌ای استدلالی نداشته اما راه برای عرضه احکام حق ارتفاق مانند بسیاری از مسائل مستحدثه بر فقه امامیه، باز است و چنان که این مهم با آگاهی از اسلوب و اصول موجود در این فقه، صورت بگیرد نه تحمیل بر فقه است و نه ساده‌سازی صورت مسأله. به عبارتی دیگر، در این پروسه کاری که صورت گرفت داده‌های اولیه‌ای آن را واقعیت‌های پیرامون تشکیل می‌دهد؛ این واقعیت‌ها قبلاً در حقوق معاصر انعکاس یافته است و ما این یافته‌ها را از حقوق به فقه منتقل کردیم تا هم‌خوانی آن را با بینش و باورهای دینی اسلامی مطابق رویکرد امامیه، بسنجیم. بنابراین، گفت‌وگو در این عرصه‌ها با رویکرد فقه امامیه، نه فرضیات محض است و نه در غیاب فقیهان امامیه بلکه گفت‌وگو با یک جریان زنده و پویا است که مسائل نوپدید را به شکل مستمر و وسیع، رصد می‌کند.

## منابع و مأخذ

### قرآن

۱. ابن فارس، احمد بن فارس بن زکریا، ۱۴۰۴ ه ق، «معجم مقاییس اللغه»، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، اول.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم، ۱۴۱۴ق، «لسان العرب» بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، سوم.
۳. انصاری، مرتضی، ۱۴۱۵ق، کتاب المکاسب»، قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، اول.
۴. بحرانی، محمد سند، ۱۴۲۸ق، «فقه المصارف و النقود»، قم: انتشارات فدک، اول.
۵. جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، «فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام»، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، اول.
۶. حلّی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۴ ه ق، «تذکره الفقها»، مصحح: گروه پژوهش مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، اول.
۷. خمینی، روح الله، ۱۴۲۵ ه ق، «تحریر الوسیله»، ترجمه: علی اسلامی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۲۱.
۸. زحیلی، وهبه، ۱۴۱۸ق، «الفقه الاسلامی و ادلته»، بیروت: دار الفکر المعاصر، چهارم.
۹. سنهوری، عبدالرزاق، ۱۹۹۷م، «مصادر الحق فی الفقه الاسلامی»، بیروت: مؤسسه التاریخ العربی - دار احیاء التراث العربی.
۱۰. صدر، محمد باقر، ۱۴۱۸ق، «دروس فی علم الاصول»، قم: دفتر انتشارات اسلامی، پنجم.
۱۱. طباطبایی، محمد حسین، «ترجمه تفسیر المیزان.
۱۲. طبرسی، فضل بن حسن، ۱۳۶۰ق، «مجمع البیان فی تفسیر القرآن»، ترجمه: گروهی از نویسندگان، تحقیق: ستوده، تهران: فراهانی، اول.
۱۳. علامه حلّی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۳ق، «مختلف الشیعۀ فی أحكام الشریعۀ»، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دوم.

۱۴. فراهیدی، خیلی بن احمد، ۱۴۱۰ ه ق، «کتاب العین» قم: هجرت، دوم.
۱۵. کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی، ۱۳۵۹ق، «تحریر المجله»، نجف اشرف: المكتبة المرتضویة، اول.
۱۶. کرکبی، مروان- بدیع، سامی، ۲۰۰۹م، «الاموال و الحقوق العینیة العقاریة»، قاهره: منشورات الحلبي.
۱۷. محقق ثانی، علی کرکی، ۱۴۱۴ق، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، تحقیق و نشر: موسسه آل البيت (ع)، ج ۵، چاپ دوم.
۱۸. محقق حلی، جعفر، ۱۴۰۸ق، «شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام»، تصحیح: عبد الحسین محمد علی بقال، قم: اسماعیلیان، دوم.
۱۹. مصطفوی، محمد حسن، ۱۴۰۲ق، «التحقیق فی کلمات القرآن الکریم»، تهران: مرکز الكتاب للترجمة والنشر، اول.
۲۰. مغنیه، محمد جواد، ۱۴۲۱ ه ق، «فقه الامام الصادق علیه السلام»، قم: مؤسسه انصاریان، دوم.
۲۱. میرزای قمی، ابوالقاسم محمد حسن، ۱۴۱۳ ه ق، «جامع الشتات فی اجوبه السؤالات» تهران: مؤسسه کیهان، اول.
۲۲. نبیل ابراهیم، «الحقوق العینیة الاصلیه فی القانون المصری و اللبنانی».
۲۳. نجفی، محمد حسن، ۱۴۰۴ق، «جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام»، بیروت: دار احیاء التراث العربی، هفتم.