

## ارث زنان از فضای محاذی زمین\*

محمدحسن نجفی راد\*\*

### چکیده

از آن جا که به نظر قریب به اتفاق فقهای شیعه، زن از ارث بری برخی اموال شوهر متوفای خویش محروم است، این پرسش وجود دارد که آیا فضای محاذی زمین که امروزه از مهم ترین اموال به حساب می آید، از مصادیق محرومیت به حساب می آید یا آن که محرومیت، شامل این فضا نمی شود و زن مطابق اصل اولیه و عموماً، از آن ارث می برد؟ تحقیق حاضر، ضمن بررسی و اثبات مالیت مستقل برای فضا، محرومیت را مختص زمین دانسته، فضای محاذی زمین را خارج از موارد محرومیت می داند. یکی از ثمرات مهم این تحقیق ارث زنان از عین بسیاری از آپارتمان های مسکونی و تجاری و اداری است.

### کلیدواژه ها

ارث، فضا، زمین، زن.

\* تاریخ دریافت ۹۵/۱/۲۵؛ تاریخ پذیرش ۹۵/۳/۳۰. برگرفته از موظفی نویسنده با عنوان «مالکیت فضای محاذی زمین و احکام بهره برداری از آن».  
\*\* استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

## طرح موضوع

از متفردات فقه شیعه است که زنان بر خلاف مردان - که از همه اموال همسرانشان ارث می‌برند - از به ارث بردن برخی اموال، محروم هستند. این که مصداق این محرومیت چیست، بین فقها اختلاف نظر است؛ آیا مطلق زمین است یا خصوص زمینی که عرصه خانه است و یا مطلق مال غیر منقول؛ و محرومیت از اعیان، هر اعیانی است یا منحصر به اعیان تابع زمین و...؟ طبیعاً این پرسش به وجود می‌آید که آیا محرومیت، شامل فضای محاذی زمین نیز می‌شود؛ به ویژه که امروز، فضای محاذی زمین با توجه به تنوع و گستردگی بهره‌گیری از آن ارزش فراوانی یافته است و مصادیق بسیاری دارد؛ مثلاً این موارد:

۱. کسی که فقط مالک طبقه فوقانی است و پیش از فوتش خراب می‌شود، آنچه در حین فوت در تملک اوست، فضای آن‌جا است. در برخی از متون فقهی به این مورد اشاره شده است (ر. ک: نراقی، بی تا: ۳۸۳/۱۹؛ و سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۱۶/۳۰)؛

۲. صاحب زمینی که فضای فراتر از متعارف محاذی ملک خویش را به عنوان مصداقی از انفال یا مصداق مباح تصرف کرده باشد که تملک او نسبت به این نوع از فضا، به تبعیت از زمین نیست؛<sup>۱</sup>

۳. همان مورد در صورتی که فضا را به عنوان تراکم خریده باشد؛

۴. فضای خریداری شده‌ای که مالک آن، پیش از ساخت، از دنیا برود؛

۵. فضای پیش فروش در پروژه‌های بزرگ که قبل از ساخت و تحویل، صاحب آن از دنیا می‌رود؛

۶. بناهای مسکونی و تجاری موجود در برج‌های بزرگ که مالکیت اصلی و مستقل شخص نسبت به فضای اشغال شده است و مالکیت عرصه، ثانیاً و بالعرض و آن‌هم به صورت مشاع است؛

و نمونه‌هایی از این دست که بر اهمیت پرسش یادشده می‌افزاید.

پاسخ به این پرسش، در گرو بررسی دو موضوع است.

الف: آیا فضای مجرد محاذی زمین، مال هست؟ چه نوع مالی است؟ عین است یا منفعت است یا حق؟ اگر منفعت باشد، ارث منافع برای زنان بلا اشکال است؛ و اگر حق باشد، اختلاف نظر در ارث حقوق مالی، اندک است. ولی اگر عین باشد، به دلیل آن که غیر منقول است، اظهار نظر درباره آن، به اتخاذ موضع در مصداق محرومیت زنان در

ارث، وابسته خواهد بود.

ب: مصادیق محرومیت زنان از ارث چیست؟ آیا منحصر به زمین است یا شامل مطلق غیرمنقول هم می‌شود؟ آیا محرومیت از زمین، شامل اعیان تابع زمین هم می‌شود یا به زمین اختصاص دارد؟ این مقال برای پاسخ به این سؤال‌ها پایه‌ریزی شده است.

### مبحث اول: مالیت‌شناسی فضا

نسبت به نوع مالیت فضا در تحقیق «مالکیت فضای محاذی زمین» فصلی به ماهیت‌شناسی فضای محاذی زمین، اختصاص یافته است. نگارنده در آن جا ضمن بررسی تفصیلی احتمالات پنج‌گانه، مالیت عینی فضا را در برابر مالیت حقیقی و منفعتی برگزیده است که اجمال آن در پی می‌آید.

متعلقات انسان‌ها که در تعاملات اجتماعی مورد دادوستد قرار می‌گیرد، یکی از این سه چیز است: یا عین است؛ یا منفعت است؛ و یا حق. بخش زیادی از منابع فقه و حقوق، به تبیین احکام و قوانین مربوط به این عناوین سه‌گانه می‌پردازد. حال باید دید فضای محاذی زمین، جزو کدامیک از این عناوین است؟ عین است یا منفعت و یا حق. به بیان دیگر، در این‌که فضا به تبع زمین هم موجود است و هم مالیت دارد، تردیدی نیست. سخن در وجود فضای منهای زمین و مستقل از آن است. آیا وجود چنین فضایی، عینی و خارجی (عین) است؛ یا تبعی است (منفعت)؛ یا اعتباری است (حق)؛ و یا از اساس وجود ندارد.

یافتن پاسخ صریح و روشنی از کلمات فقیهان برای این پرسش، مشکل است؛ ولی در منابع فقهی، عبارت مورد وفاقی وجود دارد که می‌توان آن را جمله کلیدی نامید؛ چون در پرتو تحلیل و بررسی آن، می‌توان در دستیابی به احتمالات ثبوتی و اثباتی در موضوع بحث، یاری گرفت. آن جمله کلیدی این است: «الهواء تابع للقرار.»

این عبارت هم در منابع فقهی شیعه آمده است و هم در منابع فقه سنی (ر. ک. شیخ طوسی، ۱۴۱۴: ۲۹۴/۳؛ ۱۴۱۲: ۳۱۲/۴؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۲۴۳/۲۶؛ وزارة الاوقاف، ۱۴۰۴: ۱۸/۱۶۱، و ۸۷-۸۲/۲۳؛ ابوزکریا، بی‌تا: ۴۰۰/۱۳). در ابواب مختلف فقهی، آن را مستند حکم قرار داده‌اند؛ از جمله در کتاب صلح، در مسأله واگذاری فضای بدون زمین گفته‌اند در قالب بیع، جایز نیست، ولی صلح آن بلامانع است و دلیل عدم جواز بیع را «الهواء تابع للقرار» دانسته‌اند (ر. ک. علامه حلی، ۱۴۱۴: ۴۳/۱۶ و ۴۹؛ و بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۱/۱۲۰ و ۱۴۱).

باید دید مقصود از این تبعیت چیست؟ آیا تبعیت در اصل وجود است که فضای بدون زمین وجود ندارد، حتی وجود اعتباری نظیر تبعیت نمائات متصله (چاقی حیوان)؛ یا تبعیت در عینیت خارجی است، یعنی فضای بدون زمین جزو اعیان نیست، هر چند ممکن است حق یا منفعت باشد؛ یا آن که تبعیت در تملک است، به این معنی که فضای مستقل زمین هر چند وجود عینی و خارجی دارد، بدون زمین، قابل تملک و تسلط نیست؛ و نظیر پرنده در هوا است که با وجود مالیت، به دلیل عدم تسلط بر آن، قابل تملک نیست؛ و یا تبعیت صرفاً در ملکیت است، آن هم در حدی محدود به این معنی که فضا به تنهایی، هم عین است و هم قابل تملک، ولی اگر دلیل خاص نباشد، در حد محدودی، مالیت آن تابع مالکیت زمین است. بنابراین احتمالات پنج گانه ذیل برای فضای مستقل محاذی زمین، قابل تصور است:

۱. نفی هرگونه وجود از فضای بدون زمین؛
۲. حق بودن (وجود اعتباری)؛
۳. منفعت بودن فضا؛
۴. عین غیر قابل تملک؛
۵. عین قابل تملک.

برای احتمالات یادشده، غیر از احتمال سوم (منفعت بودن فضا) می توان با تتبع در کلمات فقها، ثبوتاً نیز مستنداتی را به دست آورد. آنچه در ذیل می آید، حاصل این تتبع و کاوش در متون فقهی است.

#### ۱. نفی وجود یا نفی عین و حق و منفعت

نفی وجود از فضای مستقل که نفی مال و حق و منفعت بودن را هم در پی دارد به ابوحنیفه و برخی از پیروان او نسبت داده اند، اینان با این که فروش فضا به تبع زمین را به عنوان حق بنا، جایز می دانند ولی مستقل از زمین را، به دلیل آن که چیزی نیست، تا مبیع واقع شود، جایز نمی دانند (ر.ک: وزارة الاوقاف، ۱۴۰۴: ۱۲/۲۹۳؛ ۵/۱۹۳۴)؛ و از این رو، «حق التعلی»<sup>۲</sup> را نه در قالب بیع و نه حتی مصالحه جایز ندانسته اند از آن جهت که متعلق آن، فضا است و فضا را امری معدوم می دانند؛ (ر.ک: وزارة الاوقاف؛ ۱۴۰۴: ۳۳/۷۹-۷۶)؛ مثلاً در کتاب «الفقہ علی مذاہب الأربعة» وقتی بیع معدوم را جزو انواع بیع باطل می شمارد، یکی از مصادیق آن را فروش «حق التعلی» می داند؛ به این دلیل که متعلق حق

التعلي، فضا و هواست و فضا هم، از آن جهت که مال نیست، وجود خارجی ندارد و امری معدوم است و بیع معدوم نیز باطل است:

«و از انواع بیع باطل، بیع معدوم است؛ مانند بیع طبقه بالا پس از خرابی؛ مثل این که بنایی دو طبقه باشد که هر کدام متعلق به یکی باشد و هر دو خراب شوند یا بالایی خراب شود؛ در این صورت، فروش طبقه بالا پس از خرابی، جایز نیست، چون بیع حق تعلی است و مال نیست؛ چون مال، عین خارجی ای است که امکان احراز و نگهداری داشته باشد؛ و متعلق به مال هم نیست. بلکه متعلق به فضا است که فضا هم مال نیست. حال آن که مبیع یا باید مال باشد و یا متعلق به مال (جزیری، ۱۴۰۶: ۲/۲۱۴). حق تعلی چون به فضا تعلق گرفته و فضا هم مال نیست، پس مصداق امر معدوم است.

توضیح این که حنفیه، عین بودن و قابلیت احراز و نگهداری را از ویژگی های اصلی مال می دانند؛ و از منظر ایشان، اگر چیزی وجود خارجی قابل نگهداری نداشت، مال نیست. به همین دلیل، حقوق را مال نمی دانستند و در صورتی که متعلق حقوق، مال نباشد، آن را قابل هیچ گونه نقل و انتقالی نمی دانستند. بنابراین نفی مال بودن، به معنی نفی وجود است و مصداق بیع معدوم.

مشابه همین عبارت، از ابن عابدین یکی دیگر از فقهای حنفی، نقل شده است که می گوید:

«حق بلندمرتبه سازی (حق التعلی) مال نیست؛ چون مال، عینی است که امکان احراز و نگهداری داشته باشد؛ و حق، چنین خاصیتی ندارد (چون امری اعتباری است) و متعلق به مال هم نیست. بلکه متعلق به هوا و فضا است و فضا هم مال نیست که بشود آن را فروخت و حال آن که مبیع، باید یکی از این دو (مال یا متعلق به مال) باشد» (ابن الهام، بی تا: ۲۰۴/۵). به دلیل این که فضای مستقل را امری وجودی (مال) نمی دانند، وقف به تنهایی طبقه بالا را هم جایز نمی دانند (عاملی، ۱۴۱۹: ۶۵۸/۲۱).

## ۲. حق بودن فضا

فقها در کتاب بیع، برای عوضین شرایطی را ذکر کرده اند که یکی از آن شرایط، عین بودن «مبیع» است، در مقابل منفعت و حق. به این معنی که «مبیع» نمی تواند حق یا منفعت باشد؛ هر چند می تواند حق یا منفعت «ثمن» قرار بگیرد. البته این مربوط به عقد بیع است؛ ولی از طریق سایر عقود مثل عقد اجاره یا عقد صلح، منافع و حقوق می توانند در برابر

ثمن، مبادله شوند. مقصود از عین هم این است که وقتی در خارج به وجود آید، جسم دارای ابعاد سه گانه (طول و عرض و عمق) باشد (خویی، بی تا: ۱۷/۲).

از طرف دیگر، در کتاب صلح، واگذاری فضای زمین به دیگری را از طریق بیع ممنوع دانسته، ولی مصالحه آن را مجاز شمرده‌اند. دلیل آن را هم این گونه بیان کرده‌اند: «لأن الهواء لا یفرد بالبیع» (عاملی، ۱۴۱۹: ۱۷/۷۸ و ۱۶۷)؛ فضا به تنهایی فروخته نمی شود.

چرا فضای مستقل مبیع قرار نمی گیرد؟

فقها دلیل آن را عین نبودن فضا دانسته‌اند. صاحب «مفتاح الکرامه» در نقد کلام شیخ طوسی که مصالحه مستقل فضا را جایز نمی داند، می گوید: «و لیس فی محلّه لانه حق مالی متعین المالك فجاز الصلح علیه و اخذ العوض عنه... بخلاف البیع لانه لا یتناول الا الأعیان...». (همان: ۷۸/۱۷).

تصریح آنان به جواز صلح به جای بیع، نشان می دهد که فضای مستقل را منفعت هم نمی دانند؛ و گرنه باید غیر از بیع، دو راه پیشنهاد می دادند: اجاره و صلح. از این که فقط گفته اند «لا یفرد بالبیع بل یجوز الصلح»، نشان از منحصر بودن گزینه حق درباره فضا است. از این رو، مرحوم شهید در دروس، پس از آن که می فرماید «یجوز افراد الهواء بالصلح و ان كان لا یفرد بالبیع» (هوا به تنهایی مصالحه می شود اگرچه به تنهایی فروخته نمی شود؛ شهید اول، بی تا: ۳/۳۰۱)، در عبارتی دیگر، ضمن تأکید بر حق بودن هوا، و جواز مصالحه آن، بر نفی اجاره و بیع، هر دو، تصریح می کند که نشانی از انحصار فضا، در حق بودن است؛ در مقابل عین و منفعت؛ «و کذا یصح الصلح علی حق الهوی لا البیع و لا الأجاره» (بر حق هوا، مصالحه صحیح است، نه بیع و نه اجاره؛ همان: ۳۱۰).

تصریح به حق بودن فضا، در کلمات دیگر فقها نیز وجود دارد؛ مثلاً «فلا یجوز بیع حق الهواء...» (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۴/۵۱۶). در آثار فقهی معاصر نیز فضا را در برابر عین قرار داده‌اند:

«یصح الصلح علی مجرد الانتفاع بعین او فضاء کان یصالح علی ان یسکن داره... او علی ان یخرج جناحاً فی فضاء ملکه» (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۸). نتیجه این که بر اساس فرمایش این دسته از فقیهان، فضای مستقل از زمین، حق است، در برابر عین و منفعت.

در کلمات فقها شواهدی بر این وجود دارد که مقصود آنان از «حق الهواء» همان فضای محاذی زمین است و متعلق این حق هم عرصه زمین است؛ از جمله:

۱. صاحب مفتاح الکرامه، ذیل عنوان حقوق متعلق به اعیان که قابل مصالحه هستند

حق الهواء را در ردیف «حق المسيل» و «حق الاستطراق» قرار داده است که این دو از حقوق متعلق به عین یعنی زمین هستند:

«الثالث لا يجوز بيع حق الهواء ولا المسيل ولا الاستطراق» (عاملی، ۱۴۱۹: ۱۲۴/۱۷)؛ آن گاه این سخن را به عده‌ای از فقها نسبت می‌دهد و حتی بر آن، نقل اجماع می‌کند (همان). هم عرضی هوا با راه آب و راه عبور و مرور که از حقوق متعلق به زمین هستند، نشان می‌دهد که مقصودشان از هوا نیز حق متعلق به زمین است.

۲. شاهد دیگر، استدلال فقها بر این که چرا هوا مبیع واقع نمی‌شود (الهواء لا یفرد بالبيع) را شرط عین بودن مبیع دانسته‌اند، معلوم می‌شود هوا به تنهایی عین نیست (همان: ۷۸).

۳. تصریح برخی فقیهان بر این که هوا به تنهایی، نه قابل مصالحه است و نه قابل بیع یا اجاره (الدروس الشرعیه، ج ۳/۳۰۱)؛ و این یعنی منحصر بودن هوا در حق.

### ۳. منفعت بودن فضا

اما احتمال به نظر می‌رسد منفعت بودن فضا، ثبوتاً و اثباتاً مردود است؛ هر چند از ظاهر عبارت علامه که می‌گوید «الهواء لا یفرد بالعقد بل یتبع الدار کالحمل مع الام...» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۴۳/۱۶) این فهمیده شود که فضا، همانند بچه که از منافع مادر به حساب می‌آید، جزو منافع زمین است. مؤید آن، سخن دیگر ایشان است در مسأله واگذاری فضای زمین برای استفاده شاخه درخت غیر، از طریق مصالحه، که شرط کرده باید مدت زمان استفاده، مشخص شود (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۴۹/۲۶) و حال این که چنین شرطی از مشخصات اجاره در باب منافع است. بنابراین این سخن علامه، مورد اشکال صاحب جواهر قرار گرفته است (همان: ۲۴۹ و ۲۵۰)؛ هر چند ممکن است گفته شود که مقصود علامه از این تشبیه، فقط بیان تناظر در عدم استقلال در انتقال است. در هر صورت، منفعت پنداشتن فضا، مخدوش است؛ زیرا:

اولاً: با تعریف منفعت، سازگاری ندارد؛ چون در منفعت، افزون بر تبعیت در وجود، تدریجی بودن نیز از مقومات مفهوم آن است؛ و فضای محاذی زمین، هیچ کدام از این مشخصات را نسبت به عرصه زمین ندارد.

ثانیاً: مخالف اجماع ضمنی فقها است؛ چون همه فقیهان حتی خود علامه، به هنگام

مخالفت با بیع مستقل فضا، تنها صلح را پیشنهاد می‌کنند که لازمه بیان این طریق انحصاری، اجماع بر نفی منفعت بودن فضا است.

#### ۴. عین غیر قابل تملک

از سخنان برخی چنین بر می‌آید که فضا، مال (عین) هست و تعریف مال شامل آن می‌شود، ولی از آن دسته اموالی است که قابل تملک نیست؛ مانند پرندگان در آسمان که تا در آسمان هست، به دلیل عدم وجود تسلط بر آن، ملک نیست با این که مالیت دارد؛ چون مورد رغبت عقلا است.

یکی از کسانی که بر این باور است، ابن حزم است که در مقام استدلال بر این که هوا مبیع قرار نمی‌گیرد، چنین می‌گوید:

«فروش فضا جایز نیست؛ چون هوا استقرار ندارد تا ضبط شود و به ملکیت درآید؛ بلکه متوج است و اجزای آن دائم در حال رفت و آمد است (یک جز می‌رود و جزء دیگری می‌آید). در این صورت، فروش فضا، مصداق اکل مال به باطل است؛ چون چیزی را فروخته که قدرت بر ثبت و ضبط آن را ندارد. بنابراین مصداق بیع غرر و بیع چیزی غیر مملوک و بیع مجهول است» (ابن حزم، بی تا: ۱۹/۹).

از این که ایشان بر خلاف دیگر فقها دلیل عدم جواز را عدم قابلیت تملک به دلیل ماهیت متموج هوا دانسته، معلوم می‌شود که عین بودن فضا را پذیرفته است و شاهد آن هم دلایلی است که بر بطلان این بیع، بیان می‌کند؛ مانند اکل مال به باطل و یا مجهول بودن مبیع و غرری بودن معامله. به نظر می‌رسد منشأ این باور، در تفسیر نادرستی است که از هوا کرده‌اند. ایشان هوا را به معنی زیست محیطی آن، گرفته است؛ یعنی گازهای موجود در فضا که موجودی است غیر مستقر و متحول؛ به خلاف هوا به معنی جغرافیایی آن که خالی گاه محاذی سطح زمین است و این امری است ثابت و مستقر.

از ظاهر کلام محقق اردبیلی نیز چنین بر می‌آید که او نیز فضا را قابل تملک نمی‌داند؛ زیرا دلیل بر عدم جواز بیع هوا را عدم امکان تسلیم دانسته است. این استدلال، در صورتی درست است که هوا را به معنی «اکسیژن» بگیریم: «و لایصح بیع الهواء وحده لعدم امکان التسليم» (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۶۷/۹)؛ و گرنه هوا به معنای فضای مقابل زمین، قابل تسلیم است؛ البته تسلیم عرفی؛ و عرف هم تسلیم هر چیزی را متناسب خودش می‌داند.



نظریهٔ دیگر، این است که فضا نه تنها عین است که قابل تملک هم هست؛ و در نتیجه، مستقل از زمین، قابلیت هرگونه نقل و انتقال را دارد. از میان فقها می‌توان از شهید ثانی به عنوان شخصی که عین بودن فضا را پذیرفته، یاد کرد؛ چون ایشان، از سویی عین بودن مبیع را لازم می‌داند و لذا تعریف محقق از عقد بیع در شرایط را که گفته است «العقد هو اللفظ الدال علی ملک من مالک الی آخر بعوض معلوم»، می‌گوید:

«لفظ ملک شامل اعیان و منافع می‌شود؛ پس مانعیت تعریف به عقد اجاره، نقض می‌شود؛ چون عقد اجاره هم لفظی است که بر نقل ملک دلالت دارد و آن، نقل منفعت است، در مقابل عوض مشخص» (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳/۱۴۵ و ۱۴۶). ولی در کتاب صلح، وقتی محقق از شیخ طوسی به عنوان کسی که مصالحهٔ مستقل فضا را مجاز نمی‌شمرد، نام می‌برد، مرحوم شهید در مقام نقد سخن شیخ طوسی می‌فرماید این سخن مبتنی بر دو مقدمه است که هر دو مقدمهٔ آن، مخدوش است: یکی ممنوعیت مبیع واقع شدن مستقل فضا، و دیگری تبعیت صلح از بیع: «سخن شیخ مبتنی بر آن چیزی است که از او نقل شده است؛ و آن، ممنوعیت فروش مستقل فضا و دیگری فرعی صلح بر بیع؛ و هر دو مقدمه نادرست است» (همان: ۴/۲۸۱). معلوم می‌شود ایشان این را نمی‌پذیرد که گفته شده هوا به صورت منفرد و مستقل از زمین نمی‌تواند مبیع واقع شود. بنابراین از ضمّ این دو فرمایش شهید، می‌توان گفت که ایشان از کسانی است که فضا را مستقل از زمین، هم مال می‌داند و هم عین. البته این سخن، بر خلاف آن چیزی است که از کلمات فقها استفاده می‌شود؛ زیرا آنان فضا را فقط حق می‌دانستند، در برابر عین و منفعت.

در هر صورت ظاهراً تا آن زمان کسی از فقها غیر از ایشان، به عین بودن فضا اشاره نکرده است. از این رو، مرحوم صاحب مفتاح الکرامه پس از نقل آرای مختلف دربارهٔ جواز و عدم جواز مصالحهٔ مستقل فضا، می‌گوید: همهٔ این صاحبان آرای مختلف در مخالفت با این نظر شهید که گفته است «بیع هوا و فضا به گونهٔ منفرد و مستقل جایز است»، متفق و هم‌رأیند:

«و کیف کان، فقد تسالمت الخصوم علی خلاف ما فی المسالک من جواز بیع الهواء منفرداً» (در هر صورت همهٔ مخالفان، در مخالفت با آنچه در مسالک آمده که بیع هوا را مستقلاً مجاز می‌شمرد، متفقند، عاملی، ۱۴۱۹: ۱۷/۷۸).

البته از برخی عبارات صاحب جواهر نیز تمایل به این نظریه استفاده می‌شود؛ چون ایشان نیز به دنبال نقل نظر شیخ طوسی، مشابه سخن شهید را بیان می‌کند:

«ولو صالح من له حق منهم علی احداث روشن مثلاً، قیل و القائل الشیخ لایجوز لانه لایصح افراد لهواء بالبیع و الصلح فرعه، و فیه تردد بل منع اذ المقدمتان ممنوعتان، للعمومات، خصوصاً عمومات الصلح المقتضیه جوازه، و ان قلنا بعدم افراده فی البیع» (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۶/۲۴۹).

و اگر از صاحبان ذی حق کوچه بن بست، بر ساخت بالکن را به دیگری مصالحه کند، شیخ گفته است جایز نیست؛ چون هوا به تنهایی مبیع واقع نمی‌شود و صلح هم در این جا تابع بیع است. این سخن شیخ، قابل تردید بلکه قابل منع است؛ به دلیل ممنوعیت هر دو مقدمه (مبیع واقع نشدن مستقل هوا و مستقل نبودن عقد صلح)؛ به دلیل وجود عمومات، به ویژه عمومات صلح که مقتضی جواز آن است؛ هر چند استقلال در بیع را نپذیریم.

این سخن، دقیقاً مشابه کلام شهید در نقد فرمایش شیخ است. افزون بر آن که در چند سطر بعد، در پاسخ کسانی که می‌خواهند حکم فضا را از سایر اموال جدا کنند، می‌فرماید: «ضرورة کون الفضاء ملک کسائر الاملاک، فیجری علیه جمیع احکامها. و الله العالم» (فضا هم ملکی است مانند سائر املاک و همه احکام دیگر املاک بر آن جاری است (همان: ۲۵۰)).

این سخن نیز مشعر به استقلال فضا در همه دادوستدها است؛ از جمله بیع و امثال آن. این ادبیات، شاهد همراهی صاحب جواهر با مرحوم شهید است و تمایل او به عین دانستن فضا؛ زیرا شرط عین بودن مبیع، مفروض صاحب جواهر نیز هست.

#### بررسی احتمالات پنج گانه

از احتمالات پنج گانه غیر از احتمال سوم (منفعت بودن) که ثبوتاً و اثباتاً مردود بود و مدعی هم نداشت، مابقی قابل بررسی است. از آن جا که برای هر یک از این احتمالات چهارگانه، مدعی و یا مدعیانی وجود دارد، می‌توان از آن‌ها به دیدگاه و نظرات یاد کرد. آنچه در پی می‌آید، به بررسی این دیدگاه‌ها می‌پردازد:

#### ۱. نظریه نفی وجود

اما احتمال نخست که برای فضای مستقل از زمین، هیچ گونه وجودی (عین، حق، منفعت) قائل نیست و آن را امر عدمی می‌داند و مدعی فقهای حنفی بود، بی شک ادعای

نفی هر گونه وجود از فضای مستقل، بدهات بطلان دارد و صرفاً یک ادعا است. شاهد بطلان آن، علاوه بر وجدان:

اولاً مخالفت دیگر فقیهان شیعه و سنی با این نظریه است؛ چه آن‌ها که فضا را عین می‌دانند یا حق و یا حتی منفعت؛ در هر صورت، بر نفی عدمی دانستن فضا، اجماع مرکب دارند.

ثانیا در فروعیات فراوانی در فقه، فضای مستقل از زمین، موضوع حکمی قرار گرفته است و هیچگاه امر عدمی، موضوع حکم قرار نمی‌گیرد؛ مانند خواندن نماز در فضای غصبی، وضو گرفتن در فضای غصبی، عبور از فضای حرم بدون احرام، احرام بستن در فضای محاذی میقات، صید در فضای حرم، تصرف غاصبانه فضای ملک دیگری از طریق گشودن بالکن و...، و ده‌ها فرع و مسأله فقهی که هر کدام به گونه‌ای دلیل و شاهد بر پذیرش وجود مستقل برای فضا منهای زمین است. مصداق بارز آن، چیزی است که در کتاب صلح آمده است و آن، مصالحه فضای زمین به طور مستقل است که غیر از فقهای حنفیه همگان آن را پذیرفته‌اند؛ و معنی آن، واگذاری مستقل فضا بدون زمین، به دیگری است که او نیز از طریق این مصالحه، مالک این فضا می‌شود، بی آن‌که زمین را مالک باشد.

## ۲. نظریه حق بودن فضا

برخی گفته‌اند فضای منهای زمین، حق است (در برابر عین یا منفعت)، در پاسخ اینان باید گفت:

اولاً فضا، از دایره تعریف حق بیرون است؛ زیرا حق با همه پراکندگی آرا در تعریف اصطلاحی آن، اعتباری بودن آن، مورد اتفاق است؛ چون حق را چه سلطنت ضعیفه یا ملکیت ناقصه و یا حکم بدانیم، در همه این فرض‌ها، حق، ماهیت اعتباری دارد.

ثانیاً این مفهوم اعتباری، از مفاهیم ذات اضافه است؛ بدین معنی که تحقق آن، همواره بر دو یا سه عنصر متکی است؛ صاحب حق، متعلق حق، و در برخی موارد، من علیه الحق. با نبود این عناصر دوگانه یا سه‌گانه، حق وجود خارجی و حتی ذهنی ندارد.

این در حالی است که فضای منهای زمین، دارای هویت مستقل و واقعیت موجود خارجی است؛ فضایی که در بسیاری از احکام فقهی، موضوع قرار گرفته است. فضا به این معنی است، نه به معنی حق؛ مثلاً فضای محاذی کعبه در بحث قبله، یا فضای محاذی میقات در باب احرام و امثال آن که نیاز به ذی حق و من علیه الحق ندارد چگونه می‌تواند مصداق حق

باشد. خلاصه آن که حق، وجودش اعتباری است؛ و وجود فضا، عینی است؛ و بین این دو، تفاوت است.

### ۳. نظریه عین غیر قابل تملک

در این نظریه گفته شده که فضای محاذی زمین، به دلیل وجود غیر ثابت و غیر مستقر، قابل تملک نیست. این نظریه اصل وجود و ماهیت مستقل برای فضا را پذیرفته است، اما به دلیل تموج و عدم استقرار و یا عدم امکان تسلط بر آن، تملک آن را غیر ممکن می‌داند.

اگر مقصود از هوایی که وجود غیر مستقر و مواج دارد، هوای به معنی زیست محیطی (اکسیژن و...) آن است، چنان که از ظاهر برخی عبارات‌ها پیداست، این به معنی خلط بین دو معنی از هوا است؛ چنان که مرحوم صاحب جواهر، در نقد سخن جزایری، به آن اشاره کرده است (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۷۸/۸ و ۲۷۹). البته هوا به معنی زیست محیطی، موضوع بحث ما نیست. هر چند امروزه، همین معنی از هوا، نیز قابل ثبت و ضبط است و طبعاً قابل تملک و تسلط نیز هست و از این رو، در محیط زیست، موضوع قوانین و مقررات فراوانی برای حفظ و پیرایش آن از آلودگی‌ها، قرار گرفته است.

در هر صورت، آنچه موضوع بحث ما است، فضا و هوای جغرافیایی آن است؛ یعنی بخش خالی محاذی زمین؛ و هوا به این معنی، هم ثابت و استقرار دارد و هم قابل تفکیک است؛ زیرا فضای محاذی زمین A غیر از فضای محاذی B است و قابل تسلط و تملک نیز هست. مثلاً بسیاری از فقها، گشودن بالکن به معابر عمومی را مجاز دانسته و صاحب آن را مالک فضای تصرف شده دانسته‌اند؛ با این که اصل زمین چون معبر عمومی است، ملک او نیست (ر.ک: همان: ۲۶/۲۵۵ به بعد). این قول، نشانه قابلیت تسلط و تملک فضا، مستقل از زمین است.

### ۴. نظریه عین بودن فضا (نظر مختار)

چنان که اشاره شد، از فقهای گذشته می‌توان مرحوم شهید ثانی را از مدعیان و صاحب جواهر را از مؤیدان این نظریه به حساب آورد و در مقام اثبات این نظر، می‌توان چنین گفت:

اولاً نفی دیدگاه‌های گذشته، خود می‌تواند دلیل کافی بر اثبات این نظریه باشد؛ چون نفی وجود از فضای محاذی زمین، انکار بدیهیات است، کسی نمی‌تواند منکر امکان تسلط و بهره‌گیری از فضا شود. نهایت سخن، در نوع این وجود است که آیا وجودش اعتباری است (مثل این که حقی از حقوق زمین و مصداقی از حق الارتفاق باشد یا منفعتی از نوع

منافع غیر محسوس و اعتباری مانند سکونت در خانه)؛ و یا عین خارجی است؛ چه عین خارجی وابسته، مانند منافع منفصله همچون میوه درختان و یا عین مستقل. از مباحث گذشته، معلوم شد که فضا، نه امری اعتباری است (حق) و نه عین وابسته (منفعت). در نتیجه، تنها گزینه باقی مانده، وجود عین مستقل است.

ثانیاً شواهد فراوانی بر عین بودن فضا، هم در عرف و هم در شرع وجود دارد.

#### شواهد عرفی و عقلایی

از گذشته‌های دور، عقلا برای فضای محاذی زمین ارزش قائل بوده و برای چگونگی بهره‌وری از آن، حق و حقوقی مشخص کرده‌اند؛ اما از آن‌جا که استفاده از فضا نوعاً به مقدار متعارف، محدود می‌شده، نگاه به فضای محاذی زمین، نگاه تبعی بوده است نه استقلالی. اما امروز، به این دلیل که امکان بهره‌گیری از فضا بسیار گسترده شده، فضای مقابل زمین، خود عنصری مجزا و در عرض زمین و دریا، به عنوان یک عنصر تأثیرگذار در زندگی اجتماعی به حساب آمده است؛ مثلاً ترانزیت هوایی نوعی استفاده از فضا است که ربطی هم به سطح زمین ندارد. امروزه حق ترانزیت در کنار ترانزیت زمینی و دریایی، یکی از منابع مهم درآمدی کشورها است. در حق ترانزیت هوایی، فضا، خود متعلق حق است، مانند زمین و دریا؛ نه این‌که خود او، حق باشد.

نمونه دیگر تراکم‌فروشی در شهرهای بزرگ است که نوعاً شهرداری‌ها متولی فروش آن هستند و بخش زیادی از نیازهای شهری را از این راه تأمین می‌کنند. تراکم‌فروشی یعنی اجازه بهره‌گیری از فضای فراتر از متعارف، به صاحب زمین که شهرداری‌ها، خود را مالک آن می‌دانند و نوعاً این فضا به صاحب عرصه زمین فروخته می‌شود. اگر تراکم را حق بدانیم (حق بهره‌گیری از فضا) باز متعلق آن فضا است، نه این‌که فضا، حق باشد.

نمونه دیگر، پیش‌فروش طبقات مسکونی و تجاری در برج‌های مرتفع و سر به فلک کشیده است. کاری که امروز در بین عقلا، امری متداول شده است. مسلم، آنچه در این نوع برج‌ها مورد معامله قرار می‌گیرد، فضای مستقل از زمین است.

این‌ها و نمونه‌های دیگری از این دست، از عین بودن فضا، در عرف عقلا، و نگاه استقلالی داشتن به فضا، حکایت دارد.

#### شواهد شرعی

مقصود از شواهد شرعی، وجود آن دسته از موارد و نمونه‌هایی است که در منابع فقهی و آرای فقیهان، نشان از پذیرش عین بودن فضای مستقل از زمین دارد؛ مثلاً

۱. در موضوع وقف طبقه دوم برای مسجد، همه فقیهان غیر از فقهای حنفی، به جواز فتوا داده اند.

صاحب مفتاح الکرامة که نوعاً به جمع آوری آرا می پردازد، می گوید: وقف طبقه بالا برای مسجد و غیر مسجد بدون طبقه پائین، جایز است؛ و تنها مخالف را ابوحنیفه ذکر می کند: «و ان وَقَفَ الْعُلُوَّ اخْتَصَّ الْوَقْفَ وَ يَتَّبِعُهُ الْهَوَاءُ وَ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا تَصَحُّ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ يَتَّبِعُهُ هَوَا وَ هُوَ مَمْنُوعٌ» (اگر طبقه بالا را فقط وقف کند صحیح است و فضای آن هم به تبعیت وقف می شود. ابوحنیفه گفته است صحیح نیست چون فضا به تبع متعلق وقف قرار می گیرد و این جایز نیست (عاملی، ۱۴۱۹: ۶۶۰/۲۱). از طرف دیگر، عین بودن از شرایط مسلم مال وقفی است: «و شروطه اربعة ان یکون عیناً مملوکه...» (همان: ۶۳۷). در این جا مطابق فرض، آنچه وقف شده، مسلماً زمین نیست، بلکه بخشی از فضای مستقل از عرصه زمین به عنوان طبقه بالا است که با دیوارها و سقفی محصور شده است.

سؤال این است که «موقوف»، این در و دیوار است یا فضایی که این در و دیوار آن را محصور کرده اند؟ اگر صرف این در و دیوارها است، طبعاً باید با از بین رفتن آن ها، وقف هم به دلیل انتفای موضوع از بین برود و اگر مجدداً طبقات ساخته شد، واقف یا موقوف علیهم، هیچ ادعایی نباید داشته باشند؟! به نظر می رسد هیچ فقیهی چنین فتوایی را ندهد. شاهد آن همین مورد است؛ در صورتی که طبقه بالا متعلق به شخصی و طبقه پایین ملک شخص دیگری باشد و طبقه بالا یا هر دو، خراب شوند، هیچ کس با از بین رفتن طبقه فوقانی، مالکیت صاحب طبقه فوقانی را منتفی ندانسته است، بلکه گفته اند اگر صاحب طبقه پایین در این خرابی مقصر بوده است، بر بنای مجدد، اجبار می شود (ر.ک: همان: ۲۶/۲۷۱).

بنابراین در این جا هم باید گفت با خراب شدن مورد وقف، اصل وقف از بین نمی رود؛ چون وقف، فک مالکیت صاحب آن است، نه اصل ملکیت. بنابراین بنا باید تجدید شود. اگر وقف باقی است، نشان می دهد آنچه «موقوف» است، فضا است. ضمن آن که افزون بر طبقه فوقانی فضای محاذی آن نیز به تبع، خود، موضوع وقف است؛ چنان که در عبارت مفتاح الکرامة تصریح شده بود و دلیل مخالفت حنفیه هم همین موضوع وقف قرار گرفتن فضا بود. اگر فضا موضوع وقف باشد، دلیل بر عین بودن آن است؛ زیرا از شرایط مورد اتفاق در وقف، این است که باید عین باشد (عاملی، ۱۴۱۹: ۶۳۷/۲۱)؛ و اساساً در تعریف وقف چنین گفته اند: «تحبیس الأصل او عین و اطلاق او تسبیل المنفعة» (همان: ۴۱۴).

۲. مورد دیگر در کتاب صلح است در مورد تصرف در فضای معابر عمومی، مثل

گشودن بالکن، در گذشته؛ و طاق نصرت یا تابلوهای اعلانات، در حال حاضر. همه فقها گفته‌اند در صورتی که چنین تصرفی، مضر به عبور و مرور مردم نباشد، مجاز است؛ و تصرف کننده را مالک آن فضا، و یا ذی حق (بنا بر اختلاف مبانی در حیازت) دانسته‌اند. در هر صورت، فضا را مستقل از زمین، قابل تصرف و تملک دانسته‌اند. آن‌گاه فرعی را مطرح کرده‌اند که اگر آن چیزی که موجب تصرف این فضا شده، از بین برود، مثل این که بالکن خراب شود، آیا دیگری می‌تواند آن فضا را تصرف کند؟ برخی گفته‌اند می‌تواند؛ و برخی هم گفته‌اند اگر اولی اعراض نکرده باشد، دومی حق تصرف ندارد؛ چون صرف خراب شدن دلیل بر زوال ملکیت و یا حقیقت نیست (ر.ک: نجفی، ۱۹۸۱: ۲۶/۲۵۵). سؤال این است که اولاً اگر فضای مستقل از زمین، عین نیست، تصرف کننده اول چه چیزی را با حیازت و یا احیاء، مالک و یا ذی حق شده است؟ ثانیاً حال که ابزار تصرف از بین رفته، اگر فضای مجرد از زمین، عین نیست، متعلق این حق مالکانه یا حق اولویت تصرف چیست؛ که به بقای آن حکم شده است؟

ثالثاً تعابیری همچون حیازت فضا و یا جریان دادن اصالة الاباحه، شاهد عین بودن فضای مستقل است. به بیان دیگر، این‌ها از عوارض اعیانند نه حقوق.

با توجه به شواهد یادشده تردیدی نمی‌ماند که فضا، عینی از اعیان است؛ نهایت این که تا به تصرف در نیامده، نامحسوس است، نظیر بسیاری از اعیان نامحسوس؛ مثلاً گاز و برق، دو عنصر بسیار مهم و تأثیرگذار در زندگی انسان هستند، ولی نامحسوسند و دارای ابعاد چهارگانه نیستند، ولی نه تنها هیچ کس منکر وجود آن‌ها نیست، بلکه شایع‌ترین و رایج‌ترین مصایق خرید و فروش را به خود اختصاص داده‌اند.

افزون بر آن که عین بودن فضا کم‌تر از عین بودن «کلی فی المعین» نیست که هیچ‌گاه تحقق خارجی پیدا نکرده و آنچه در خارج محقق می‌شود مصادیق است نه خود کلی، ولی فقها، در بحث بیع که عین بودن مبیع را شرط می‌دانند، کلی فی المعین را به عنوان مصداقی از عین پذیرفته‌اند.<sup>۳</sup>

نتیجه: از مجموع آنچه گذشت: نگارنده بر این باور است که فضای مجرد از زمین، ماهیت و مالیت مستقل دارد؛ عین است، نه حق و یا منفعت؛ هرچند در نقل و انتقال، اگر شواهد و قرائنی نباشد، در حد متعارف، تابع زمین است. ولی این تبعیت، دلیل نفی استقلال نیست؛ بلکه مانند تبعیت درختان روئیده بر زمین است که با این که مستقل از زمین هستند، برای نفی تبعیت، به شاهد و قرینه نیاز دارد.

## مبحث دوم: موارد محرومیت زنان از ارث

این که زوج از همه اموال زوجه ارث می برد، مورد اتفاق است؛ ولی ارث زن از دارایی شوهر، در فقه شیعه به تبع روایات، مورد اختلاف است. اجمالاً در این که زن از به ارث بردن برخی اموال شوهر خود، محروم است، در فقه شیعه، قریب به اتفاق است و از متفردات فقه شیعه به حساب می آید. ولی در مصداق این که آن مال چیست، اختلاف است. برخی آن را به عین و قیمت اراضی مسکونی اختصاص داده اند؛ برخی محرومیت را فقط به عین خانه مسکونی اختصاص داده و ارث از قیمت را پذیرفته اند؛ برخی هم با این که محرومیت را به مطلق زمین توسعه داده اند، این محرومیت را به زن بدون فرزند اختصاص داده اند؛ بعضی دیگر، دامنه محرومیت را به مطلق زمین، عین و قیمت آن و قیمت همه اموال غیرمنقول بدون تفصیل بین زوجه با فرزند و بدون فرزند، توسعه داده و گفته اند زن فقط از قیمت ابزار و مصالح خانه ارث می برد، نه از عرصه و یا اعیانی آن؛ آخرین نظریه این است که محرومیت، به زن بدون فرزند اختصاص دارد، آن هم نسبت به عین، نه قیمت. تفصیل این اقوال، نوعاً در کتاب ها و رساله های نگاشته شده در موضوع ارث، آمده است (شاهرودی و دیگران، ۱۴۲۳: ۲۶۷/۹).

آنچه در پی می آید، اجمالی از آن تفصیل است:

قول اول: عدم محرومیت

این قول به ابن جنید نسبت داده شده است. علامه حلی در کتاب مختلف، از او چنین نقل می کند که ایشان گفته است:

هرگاه ورثه، زوج و زوجه و فرزند و پدر و مادر باشند: زوج، یک چهارم و زوجه، یک هشتم از همه ترکه منقول و غیرمنقول ارث می برد؛ و به هر یک از پدر و مادر، یک ششم می رسد؛ و باقی مانده به فرزند می رسد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۴/۹).

ایشان همانند فقهای اهل سنت، تفاوتی بین زن و مرد در ارث ندیده است؛ مشابه این نظریه از مرحوم ارباب، از فقهای معاصر نیز نقل شده است.

قول دوم: اختصاص محرومیت به عین و قیمت زمین خانه

به این معنی که زن نه از عین زمین خانه و نه از قیمت آن، ارث نمی برد؛ ولی از قیمت ساختمان ها و از عین اموال دیگر، حتی از زمین و املاک کشاورزی ارث می برد. این قول، نظر شیخ مفید در مقنعه است:

پرتال جامع علوم انسانی



«زوجه از زمین خانه - رباع - شوهر، هیچ ارث نمی برد؛ و از قیمت چوب و آجر و ساختمان و ابزار و آلات آن ارث می برد. این حکم، منصوص از جانب پیامبر (ص) و ائمه (ع) است. رباع عبارت است از خانه و مسکن؛ و شامل باغ و زمین کشاورزی نمی شود» (شیخ مفید، ۱۴۰۱: ۶۸۷).

عبارت شیخ مفید نسبت به این که زوجه از مورث، فرزند داشته یا نداشته باشد، ساکت است. از این رو، از عبارت او چنین استفاده می شود که زن به طور کلی، از ارث رباع محروم است؛ چه فرزند داشته و چه نداشته باشد.

قول سوم: اختصاص محرومیت به عین زمین خانه، نه قیمت آن بنا بر این نظر، زوجه تنها از عین زمین خانه، محروم است؛ ولی از قیمت زمین خانه و ساختمان های آن و از عین اموال دیگر، حتی قری و املاک کشاورزی ارث می برد. این نظر سید مرتضی در کتاب انتصار است که می فرماید:

«از احکام اختصاصی فقه امامیه، آن است که زوجه از رباع هیچ ارث نمی برد، بلکه به قیمت آن، از ساختمان و ابزار و آلات آن و نه قیمت عرصه، حق او داده می شود. دیگر مذاهب فقهی با این حکم مخالف بوده و در حق ارث همسران، تفاوتی میان زمین خانه و غیر آن قائل نیستند» (۵۸۲-۵۸۳).

قول چهارم: اختصاص محرومیت به زنان بدون فرزند، ولی تعمیم محرومیت به عین و قیمت مطلق زمین بنا بر این قول، زوجه اگر فرزندی از مورث نداشته باشد، نه از عین و نه از قیمت هیچ زمینی ارث نمی برد؛ ولی از قیمت ساختمان و ابزار و آلات ساختمانی و از درختان ارث می برد؛ اما اگر زوجه دارای فرزندی از مورث باشد، از عین همه اموال ارث می برد. این نظر صریح شیخ طوسی و پیروان او، بلکه نظر مشهور فقهای بعد از اوست. شیخ طوسی در نهایت می گوید:

«زن از زمین شوهر خود ارث نمی برد، فقط قیمت مصالح ساختمان حساب می شود و سهم او از آن داده می شود و از اصل زمین چیزی به او نمی رسد... این حکم، در صورتی است که زن فرزندی از مورث نداشته باشد؛ اما اگر دارای فرزندی از مورث باشد، حق او از همه اموال، از جمله از زمین های کشاورزی و مسکونی و خانه ها پرداخت خواهد شد» (شیخ طوسی، بی تا: ۶۴۲). ایشان مشابه همین سخن را در مبسوط دارد (شیخ طوسی، ۱۳۵۱: ۱۲۶/۴).

قاضی ابن براج در کتاب مهذب و ابن حمزه در کتاب وسیله نیز بر همین نظرند؛ و

محقق حلی نیز در شرایع می نویسد:

«هرگاه زوجه از مورث فرزندی داشته باشد، از همه ماترک ارث می برد؛ و اگر دارای فرزندی از او نباشد، از زمین هیچ ارث نمی برد، ولی از قیمت ساختمان‌ها سهم خود را می برد» (محقق، بی تا: ۴/۸۳۵).

قول پنجم: همان قول چهارم است بدون تفصیل میان زوجه دارای فرزند و بدون فرزند مطابق این نظریه، زن چه فرزند داشته باشد و چه بدون فرزند باشد، از ارث مطلق زمین، هم عین و هم قیمت آن، محروم است. این قول مشهور میان فقهای سده‌های اخیر است؛ مثلاً مرحوم آقای خویی می فرماید: «ترث الزوجه ممتارکه الزوج من المنقولات... و لاترث من الارض لاعینا و لا قیمة...» (خویی، ۱۴۱۰: ۲/۳۷۲).

امام خمینی (ره) نیز می فرماید: «ترث الزوجه من المنقولات مطلقاً و لاترث من الارض مطلقاً عیناً و لا قیمة...» (بی تا: ۲/۳۹۷).

مشابه این عبارت در اکثر متون فقهی معاصر وجود دارد.

قانون مدنی نیز تا قبل از اصلاح در سال ۸۷ مطابق همین نظر مشهور بین متأخران در ماده ۹۴۶ و ۹۴۷ چنین آمده است:

ماده ۹۴۶: زوج از تمام اموال زوجه ارث می برد لیکن زوجه از اموال ذیل:

۱- از اموال منقول از هر قبیل که باشد؛

۲- از ابنیه و اشجار.

ماده ۹۴۷: زوجه از قیمت ابنیه و اشجار ارث می برد و نه از عین آن‌ها.

قول ششم: اختصاص محرومیت به زنان بدون فرزند آن هم نسبت به عین، نه قیمت بنا بر این نظر، اگر زوجه از مورث دارای فرزند باشد، از عین همه اموال منقول و غیر منقول ارث می برد؛ و اگر بدون فرزند باشد، از عین اموال منقول و قیمت غیر منقول ارث می برد. فقهای معاصر، بر این نظرند؛ مانند هاشمی شاهرودی (مجله فقه اهل بیت شماره ۳/۴۹ و ۱۷/۵۰). نظر مقام معظم رهبری نیز مطابق آنچه از ایشان نقل شده، همین است. ایشان در دیدار تعدادی از بانوان فرموده‌اند: «در همین مسأله ارث زن از زمین و غیر منقول، نظر فقهی بعضی از بزرگان قدیم و امروز، نظر فقهی ما هم همین است که آنچه منع از میراث شده، عین است و قیمت آن بلاشک حق همسر و زوجه است و اشکال هم ندارد.» همچنین در دیدار دیگری با بانوان مجلس شورای اسلامی چنین آمده است: «مثل همین عقار که نظر من، این است که زن از همه چیز ارث می برد و از قیمت. اگر از آن مرد

فرزند داشته باشد، از عین می برد؛ این باید بیاید در قوانین ما» (خامنه‌ای، ۱۳۸۶: ۳). نتیجه این دو فرمایش، همین نظریه ششم است.

از ثمرات این نظریه، بازنگری و اصلاح مواد قانون مدنی در سال ۱۳۸۷ است که تا پیش از آن، مطابق نظر مشهور بود.

توضیح آن که به موجب مواد ۹۴۶ و ۹۴۷ قانون مدنی ایران مصوب (۱۳۰۷ ه. ش)، زن، سهم الارث خود را فقط از قیمت ابنیه و اشجار می برد، و از عین یا قیمت زمین، محروم است. حکم این مواد، با نظر مشهور منطبق است.

پس از بیان دیدگاه رهبر معظم انقلاب اسلامی دام‌پله در دیدار با تعدادی از بانوان، در سال ۱۳۸۶، طرحی از طرف تعدادی از نمایندگان پیشنهاد شد و در سال ۱۳۸۷، به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید (شورای نگهبان، ۱۳۸۴: ۳۰۲). به موجب آن، زن نیز همانند شوهر، از کلیه اموال منقول و غیر منقول همسر خویش ارث می برد؛ با این توضیح که زن از عین اموال منقول، و قیمت اموال غیر منقول بهره مند می گردد. به دنبال آن، اصلاح مواد ۹۴۶ و ۹۴۸ و حذف ماده ۹۴۷، پایان پذیرفت.

البته از آنجا که نکته اصلی قول ششم که تفصیل بین زن بافرزند از مورث، و بدون فرزند است، در این مصوبه مجلس نیامده است بنابراین می توان این مصوبه را نظریه هفتم نامید هر چند نظریه فقهی نیست.

در هر صورت، محور تفاوت آرا دو چیز است: ۱. زنی که محروم است، چه زنی است؛ بافرزند یا بی فرزند؟

۲. آنچه محروم است، چیست؛ آیا زمین است یا هر غیر منقولی؟ زمین هم آیا منحصر به زمین خانه است؛ چه عین و قیمت یا عین فقط. و یا مطلق زمین است؟ این هم عیناً و قیمتاً یا عین فقط؟

شکی نیست که منشأ اختلاف آرای فقها، روایات است. چون ورود به بحث روایی، ما را از طرح مقدمی موضوع دور می سازد، ناگزیر ادامه بحث را بر اساس تفاوت مبانی پی می گیریم و در حد نیاز، به بحث‌های روایی نیز می پردازیم.

### مبحث سوم: بررسی ارث زنان از فضای محاذی زمین

#### بررسی احتمالات مسأله

با توجه به آنچه در مبحث نخست آمد، معلوم شد فضای محاذی زمین، مالی است که

ماهیتاً غیر از زمین است؛ حال چه حق باشد «حق الهواء» یا عین؛ و آنچه از اختلاف آرا دربارهٔ مصداق محرومیت زن از ارث به دست آمد، باید احتمالاتی را که ممکن است نتیجه آن به محرومیت زن از فضای محاذی زمین بینجامد بررسی کنیم. اهم احتمالات به این قرار است:

#### مصداق محرومیت، مطلق غیر منقول باشد

اگر زن از هر غیر منقولی محروم باشد، چه از عین آن و چه از عین و قیمت آن، بنا بر اختلاف موجود، در این صورت اگر فضای محاذی زمین را عین بدانیم - چنان که مقتضای تحقیق، این است - در این صورت، بدون شک زن از فضای محاذی زمین ارث نمی برد؛ چه تبدیل به بنا شده باشد یا نه؛ و چه مالک آن، صاحب زمین هم باشد و چه تنها مالک فضا باشد؛ و چه آن را به تبعیت زمین مالک شده باشد و چه آن را مستقلاً خریده باشد و ...

اگر فضا را حق دانستیم، چنان که مشهور بر این نظر بود، در این جا هر چند متعلق این حق، زمین است که غیر منقول است، نمی تواند دلیل محرومیت باشد؛ بلکه مبتنی بر این است که آیا حقوق هم قابل توارث هستند یا نه؟ اجمالاً نسبت به حقوق مالی که «حق الهواء» از جمله آن است، توارث آن تقریباً مورد وفاق است و اختلاف نظر، اندک است (ر.ک: وزارة الاوقاف، ۱۴۰۴: ۳۷/۹). از این رو، گفته اند زن از حق سرقفلی ارث می برد؛ با این که متعلق آن، زمین است؛ و یا در بحث ارث زن از حق خیار، اکثر فقیهان گفته اند زن از حق خیار متعلق به زمین، ارث می برد (همان/۳۹۷).

بنابراین باید دید آیا عنوان غیر منقول یا چیزی که این عنوان را بتوان از آن استنباط کرد، در روایات و یا کلمات فقیهان آمده است؛ برای این منظور، سیری اجمالی در روایات و منابع فقهی، لازم است.

#### روایات

در روایات در مورد آنچه زوجه از ارث آن محروم است، تعابیر متفاوتی می یابیم که مجموع آن، به پنج عنوان برمی گردد (رباع، دار، عقار، ضیاع و ارض). از بین این عناوین پنج گانه، فقط عنوان عقار است که ممکن است عنوان مطلق غیر منقول را از آن بتوان استنباط کرد؛ و گرنه عناوین چهارگانه دیگر رباع (منزل) و دار (خانه) و ضیاع (بستان) و ارض (زمین)، هر کدام بر قطعه مشخصی از غیر منقول دلالت دارند که مسلماً فضای محاذی زمین، جزو آن ها نیست. از این رو، لازم است هم در معنای لغوی عقار و هم در مقصود آن در روایات درنگ کنیم، تا معلوم شود که آیا شامل مطلق غیر منقول می شود یا خیر؟

در منابع لغوی، چند معنی برای «عقار» آمده است: ۱. ضیعه (بستان)؛ ۲. نخل؛ ۳. منزل؛ ۴. قسمت خوب منزل (عقرالدار)؛ ۵. متاع ویژه منازل که در اعیاد توزیع می شود (عقار البیوت)؛ ۶. هر بخش خوب از هر چیز (جوهری، ۱۴۱۰: ۲۵۲/۷؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۵۹۷/۴). در مجمع البحرین، ضمن اشاره به معنی لغوی، جمله ای دارد که عقار را به هر چیز اصالت دار تعمیم داده است: «... عقر الدار اصلها و فی الحدیث ذکر العقار کسلام کل ملک ثابت له اصل کالدار و النخل و الضیاع و منه قولهم «ما له دار و لا عقار» (طریحی: ۱۴۱۶: ۴۱۰/۳). ظاهر این عبارت، تعمیمی است که ممکن است هر غیر منقولی را شامل شود، اما از مصادیقی که ایشان ذکر می کند و همچنین استشهادی که به آن کرده، درمی یابیم که چیزی فراتر از دیگر لغویان اراده نکرده است؛ چون همین مثال (ما له دار و لا عقار) در دیگر منابع لغت، مصداق ضیعه (بستان) آمده است. بنابراین عقار در لغت، هم مصداق منقول دارد و هم غیر منقول؛ و غیر منقول آن شامل بستان و خانه می شود که بخشی از زمین است؛ و فضا از دایره شمول آن، خارج است.

#### عقار در روایات

در مجموع احادیث مربوط به ارث زوجه (حر عاملی، بی تا: ۱۷/باب ۶، از ابواب ارث الازواج)، هشت بار کلمه عقار به کار رفته است که گفته شده زن از عقار، ارث نمی برد. در چهار مورد آن، قرینه است بر این که مقصود از آن، خانه است؛ چون در این روایات آمده که از عقار ارث نمی برد؛ ولی از بنا و ابزار آن ارث می برد؛ مانند حدیث ۳ و ۷ و ۱۴ و ۱۶. در یک روایت هم از هم عرض قرار گرفتن با زمین، معلوم می شود مقصود، ضیاع و بوستان است؛ مانند حدیث ۶ که چنین آمده است «النساء لایرثن من الارض و العقار شیئاً». در یک روایت هم عقار به دار اضافه شده است، مانند روایت ۷ «لایرثن النساء من عقار الدور شیئاً» (حدیث ۷). اگر این اضافه، بیانیه باشد، در این صورت، تبیین مصداق شده است که مقصود، خانه است، نه بستان که مصداق دیگر عقار است؛ و اگر هم اضافه، لامیه باشد (اگرچه بعید است)، معنی روشن است و مقصود از عقار خانه، یعنی اصل خانه که همان زمین آن است، نه بنا و ابزار و آلات آن. در یک روایت هم عقار به ارض اضافه شده است؛ مانند این روایت: «لایرثن النساء من عقار الارض شیئاً» (حدیث ۶). در این جا نیز اگر اضافه، بیانیه باشد، تبیین مصداق مورد نظر از عقار است و آن زمین و عرصه عقار است، نه بنا در خانه و نه درختان در بوستان. اگر اضافه، لامیه باشد، هر چند بی معنی

است)، مفاد آن، اختصاص محرومیت به عقاری است که با زمین مرتبط است؛ مانند خانه و بستان، نه هر عقاری؛ مثل امتعه خاص که یکی از معانی لغوی عقار بود. در یک روایت نیز عقار بدون هیچ قیدی آمده است؛ مانند این روایت: «ان النساء لیس لهن من عقار الرجل اذا توفی عنهن شیئاً» (حدیث ۶). در این روایت چه حمل بر معنای لغوی عقار شود و چه با روایاتی که اشاره شد، مقید شود، باز مقصود از این روایت، مطلق غیر منقول نخواهد بود. بنابراین از نگاه اجمالی به روایات نیز برمی آید که آنچه در این روایات آمده، متفاوت از معنی لغوی عقار نیست. در نتیجه، نمی توان از عقار، مطلق غیر منقول را استنباط کرد. روشن است که جای الغای خصوصیت نیز نیست که گفته شود چون زن از زمین و خانه و بوستان محروم است، معلوم می شود این ها خصوصیتی ندارند بلکه هر مال ثابت غیر منقولی را شامل می شود و دلیل نپذیرفتن این قول، این است که:

اولاً در این که زن از همه این موارد محروم باشد و این که این محرومیت شامل زن فرزنددار هم بشود، اختلاف نظر است.

ثانیاً در برخی روایات، تعابیری آمده است که نشان از داشتن خصوصیت دارد؛ مانند این که آمده است زن از این جهت از ارث خانه محروم است که ممکن است با ازدواج مجدد، غریبه ای را شریک دیگر وراثت قرار دهد.

ثالثاً محروم شدن زن از ارث، خلاف اصل اولی متخذ از عمومات است و در موارد خلاف اصل، باید به قدر متیقن، اکتفا شود.

#### سخن فقها

در کلمات فقها چنان که اشاره شد، سخن از غیر منقول نیست. هر چه هست، بیان مصادیق است که عمدتاً زمین و متعلقات آن است؛ بلکه می توان گفت غیر منقول، اصطلاح معاصران است و در متون فقهی معاصران نیز با این که تصریح می کنند که زن از منقول ارث می برد، در نقطه مقابل، تعبیر غیر منقول را استفاده نمی کنند و به ذکر مصادیق محرومیت می پردازند. مثلاً مرحوم آقای خوبی می فرماید: «ترث الزوجه مما ترکه الزوج من المنقولات... و لاترث من الارض لاعینا و لا قيمة...» (خوبی، ۱۴۱۰: ۳۷۲/۲). امام خمینی (ره) نیز می فرماید: «ترث الزوجه من المنقولات مطلقاً و لاترث من الارض مطلقاً عیناً و لا قيمة...» (خمینی، بی تا: ۳۹۷/۲). مشابه این عبارت، در اکثر متون فقهی معاصر وجود دارد. البته در استفتائات ایشان آمده است که زن از زمین، نه عین و نه قیمت آن، ارث نمی برد؛ ولی از باقی غیر منقولات فقط از عین محروم است، نه قیمت آن:

«اگر شوهر متوفی، فرزند ندارد، یک چهارم کل دارایی او اعم از نقد و جنس و منقول و غیرمنقول به زوجه می‌رسد؛ نهایت، زوجه از زمین به خصوص ارث نمی‌برد و در غیر زمین، از سایر غیرمنقولات از قبیل ساختمان و درخت، از قیمت آن ارث می‌برد، نه از عین، ...» (همان/۴۳۹).

چنان‌که از عبارت پیداست، مصادیق غیرمنقول همان چیزهایی ذکر شده که به زمین وابسته هستند؛ و بیان همان فتوای مشهور از جمله خود ایشان در تحریر است که زن فقط از عین زمین و قیمت آن ارث نمی‌برد ولی از قیمت متعلقات آن مثل بنا و اشجار، ارث می‌برد.

بنابراین عنوان مطلق غیرمنقول نمی‌تواند مصداق محرومیت زن از ارث باشد تا شامل فضای محاذی زمین نیز بشود.

۲. احتمال این‌که فضا به تبع زمین، مصداق محرومیت باشد. درست است که عنوان فضا جزو موارد تصریح شده در روایات و اقوال فقیهان نیست، می‌توان از طریق تبعیت، آن را جزو مصادیق محرومیت زن از ارث قرار داد؟ چون در این‌که زمین از موارد محرومیت زن از ارث است، اجمالاً تردیدی نیست؛ و مشهور بین متأخران و اشهر بین معاصران است. در بعضی روایات هم تصریح شده است؛ مانند «النساء لایرثن من الارض والعقار شیئاً». از سوی دیگر، تبعیت فضا از زمین محاذی آن نیز مورد اتفاق است، اختلافی اگر هست، در مقدار این تبعیت است. بر این اساس، ممکن است گفته شود مقصود از زمین در روایات و کلمات فقها، زمین و توابع آن است، نه خصوص عرصه آن. شاهد آن، فتوای برخی فقها به عدم ارث زن از قنات و چاه‌ها و چشمه‌های آب است که دلیلی جز تبعیت نمی‌تواند داشته باشد (ر. ک: وزارة الاوقاف، ۱۴۰۴: ۲۸۹/۹). بنابراین فضای محاذی زمین، به حکم تبعیت، قابل ارث بردن نیست.

در پاسخ به این احتمال می‌توان گفت که:

اولاً تبعیت فضای محاذی از زمین، صرفاً در ملکیت است، نه در هویت. در فصل سوم تحقیق یادشده (فصل مبانی مالکیت فضای محاذی زمین) تفصیل به آن پرداخته شد که بر اساس آن تحقیق، معلوم می‌شود در متعلق که فضای محاذی زمین، سه نظر وجود دارد: برخی آن را بدون هیچ محدودیتی تا عنان آسمان، ملک صاحب زمین می‌دانند و برخی آن را به مقدار متعارف محدود دانسته، فراتر از آن را از مباحات می‌پندارند؛ و نظر سوم هم ضمن تأکید بر محدود بودن تبعیت به متعارف فراتر از آن را جزو انفال می‌داند. ولی در

مجموع، دوگانگی ماهوی فضا و زمین انکار ناپذیر بود. بنابراین مقایسه فضای محاذی زمین با معادن زیر زمین، درست نیست؛ چون دلیل کسانی که معادن را جزو موارد محرومیت می‌دانند این است که معادن زیر زمین هم عرفاً جزو زمین هستند نه این که با اذعان به تفاوت، به دلیل تبعیت، به محرومیت حکم کرده باشند؛ و لذا مخالفان این نظر، دلیل مخالفانشان را عدم صدق زمین بر معادن می‌دانند (ر.ک: جمعی از مؤلفان، بی تا: ۴۱/۵۰)؛ در حقیقت نزاع، صغروی است.

ثانیاً صرف تبعیت نیز نمی‌تواند دلیل محرومیت باشد. از این رو، بسیاری از فقیهان در مصادیقی که تابع زمین است، یا فتوا به عدم محرومیت زن از ارث داده‌اند و یا آن را مورد تردید قرار داده‌اند؛ مانند ارث زن از حق سرقفلی که از توابع زمین است و حق الاجاره که متعلق به منافع زمین است؛ و یا حق الخيار بنا بر این که متعلق به عین باشد، نه عقد.

۳. احتمال سوم، همانندی با حق الخيار (بنا بر این مبنا که فضای محاذی زمین را حق بدانیم، نه عین)؛ چون متعلق این حق، زمین است، می‌تواند همانند حق الخيار باشد که برخی به عدم ارث آن فتوا داده یا در آن تردید کرده‌اند.

اولاً چنان که اشاره شد، تبعیت، دلیل محرومیت نیست.

ثانیاً صرف نظر از کسانی که معتقدند حقوق قابل توارث نیست (روحانی قمی، ۱۴۱۲: ۱۳۸/۸) و اینان هم در اقلیت هستند، چنان که اشاره شد، اکثر فقیهان، حقوق مالی را قابل توارث می‌دانند، بنابراین فضا اگر حق هم باشد، چون حق مالی است، قابل توارث است. ثالثاً تردید برخی از فقیهان در ارث زن از حق الخيار، به این دلیل نیست که چون متعلق این حق، چیزی است (زمین) که زن از آن ارث نمی‌برد، بلکه دلایل و وجوه متعددی است که یکی از آن‌ها و بلکه ضعیف‌ترین آن، دلیل تبعیت است (ر.ک: جمعی از مؤلفان، بی تا: ۴۲/۵۰).

رابعاً به فرض پذیرش، این احتمال، تنها شامل فضاهایی می‌شود که شخص از طریق تبعیت، مالک آن شده باشد؛ ولی کسی که فضا را از طریق‌های دیگر، مانند احیاء، تحجیر، اذن امام و... مالک شده، طبعاً مشمول آن نخواهد شد.

۴. احتمال چهارم این است که یکی از مصادیق محرومیت زن، نفس خانه و بنا باشد، در عرض زمین و به طور مستقل، نه به تبع زمین. بنابراین اگر کسی فقط مالک بنا و عمارت است و هیچ سهمی از زمین و عرصه آن ندارد و در حقیقت، هوایی را مالک است، همسر او از چنین مالی ارث نمی‌برد. این احتمال، به فرض ثبوت، بخشی از مصادیق فضا را که به



بنا و عمارت تبدیل شده، شامل خواهد شد. بنابراین باید ببینیم آیا در روایات، بنا و عمارت مستقل از زمین، مورد حرمان است یا خیر؟

### روایات

در روایات مربوط به ارث زنان (حر عاملی، بی تا: ۲۶، باب ۶ از ابواب ارث الازواج)، سه تعبیر آمده که ممکن است مؤید این احتمال باشد: یکی واژه «رباع» است؛ دیگری «دار»؛ و سومی «عقار».

رباع جمع ربع است و ربع به فتحه، به معنی منزل و وطن آمده است: «الربع: المنزل و الوطن»؛ و در بسیاری از کتب لغت، تصریح شده که ربع، همان دار است: «الربع الدار بعینها»؛ و در مجمع البحرین، چنین آمده است: «الربع کسهم: الدار نفسها، ففی الحدیث: لایرثن النساء من الرباع شیئاً أی من الدور.» و در معنی دار هم لغویان گفته اند: «و الدار: کل موضع حل به قوم فهو دارهم، و أما الدار فاسم جامع للعرصة و البناء و المحلة»؛ مشابه این عبارت در دیگر منابع لغوی نیز آمده است (ر.ک: فیروزآبادی، بی تا: ۳۴۱/۹؛ و ابن منظور، ۱۴۱۴: ۲۹۸/۴). بنابراین رباع، همان دار است، و دار هم مجموعه عرصه و بنا و محل است. آنچه در فارسی به آن عمارت و بنا، گفته می شود. عقار را هم چنان که قبلاً اشاره کردیم، به چند معنی به کار برده اند که یکی از آن معانی، «دار» است.

در همه این روایات، قرینه وجود دارد که مقصود از «رباع» و «دار» خانه و عمارت است؛ چون به دنبال آن، آمده است که از قیمت خانه و یا قیمت خشت و مصالح آن ارث می برد؛ مانند این حدیث: «إن النساء لایرثن من رباع الأرض شیئاً، و لکن لهن قیمة الطوب و الخشب» (حر عاملی، همان: ۱۱ و ۲).

بنابراین اگر عمارت و بنا، مصداق محرومیت باشد، آن دسته از فضاهایی که به ساخت و ساز تبدیل شده باشد، هر چند مالک آن سهمی از عرصه زمین نداشته باشد (مانند آن که فقط طبقه فوقانی را مالک باشد) و یا سهم آن از عرصه نسبت به اصل بنا بسیار ناچیز و آن هم به صورت مشاع باشد (مانند آپارتمان های برج های بزرگ)، زن از آن ارث نمی برد.

اولاً لفظ «دار» که «رباع» نیز به معنی آن است، در لغت به معنی منزلگاه و محل استقرار است که محصور به دیوار است؛ و ملازم با داشتن عمارت و بنا نیست؛ و دار را هم که دار گفته اند به دلیل وجود دیوار است: «الدَّارُ: المنزل اعتباراً بدوراتها الذی لها بالحائط» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۳۲۱). بعید نیست مقصود از آن، همان زمین اختصاص داده شده به دار یعنی محل سکونت باشد، در برابر «ضیعه» که اراضی اختصاص یافته به بوستان است؛

نه دار به معنی خانه. از این رو، روایت هم بین خانه و دار، تفکیک می‌کند و ضمن آن که تصریح می‌کند زن از دار ارث نمی‌برد، می‌گوید مگر آن که بنایی ایجاد کرده باشد: «ان النساء لایرثن من الدور و لا من الضیاع شیئا الا ان یکون احدث بناء فیرثن من ذلک البناء» (حر عاملی، همان: ح ۱۰).

شاهد دیگر، تعابیر آمده در برخی روایات است؛ از جمله روایت ذکر شده که در آن، نفی کلی ارث زن از دار و یا رباع آمده، ولی به دنبال آن، ارث از بنا یا قیمت آن را استثنا می‌کند که نشان می‌دهد مقصود از دار و رباع، همان زمین اختصاص یافته است، نه اصل بنا و خانه. ثانیاً این احتمال وجود دارد که چون بنا تابع زمین است و از زمین قابل تفکیک نیست، عین آن، مصداق محرومیت قرار گرفته است، نه این که خود در عرض زمین، بالاستقلال مورد توجه روایات باشد. به بیان دیگر می‌توان گفت مستفاد از روایات، این است که زن، تنها از زمین محروم است، چه عین، یا عین و قیمت آن، بنا بر اختلاف آرا. اگر چیزی متصل به زمین است که تفکیک آن موجب اضرار به دیگر ورثه است، در این صورت، از قیمت آن ارث می‌برد؛ عمارت باشد یا درخت. شاهد آن، تصریح روایات به ارث زن از قیمت بنا و یا مصالح به کار رفته در آن است. مؤید دیگر، این که در کلمات فقها آنچه بدان تصریح شده، عین زمین است، چه مطلق زمین یا خصوص زمین خانه؛ ولی نسبت به غیر زمین، سخن از ارث از قیمت یا عین آن است. به بیان دیگر، فقها با همه اختلاف نظری که دارند، بر این نکته متفقند که در مورد خانه، زن فقط از زمین آن محروم است، چه عین آن به تنهایی؛ یا عین و قیمت هر دو؛ ولی نسبت به بنای آن نیز اتفاق بر عدم محرومیت است که به دلیل عدم انفکاک از زمین، باید قیمت شود. مؤید دیگر، نحوه قیمت گذاری بنا است. هر چند در نحوه قیمت گذاری، اختلاف نظر است، ولی نظر مورد قبول اکثریت، این است که بنا با همین هویت بنایی و مستمر آن، قیمت می‌شود، نه مصالح آن و نه هویت فاقد استمرار (ر.ک، جواهر الکلام، ج ۵ و مجله فقه اهل بیت، ج ۵۰ / و نظام الارث)؛ و این امر، گویای عدم محرومیت زن از فضای محاذی است.

### نتیجه

از آنچه تاکنون گفته شد، می‌توان نتیجه گرفت که محرومیت زن از مال الارث شوهر، به زمین اختصاص دارد؛ عین آن، یا عین و قیمت هر دو. چون فضای محاذی زمین ماهیتاً غیر از زمین است، طبعاً به مقتضای اصول اولیه، زن نیز همانند مرد از آن ارث می‌برد. در

نهایت، آنجا که متوفی فضا را از طریق تبعیت از زمین مالک شده و در آن ساخت و ساز کرده، به دلیل آن که تفکیک فضای تصرف شده از زمین ممکن نیست و موجب ضرر به دیگر وراثت است، طبعاً جمع بین حقیقین، اقتضا می کند که در این گونه موارد، ناگزیر قیمت فضای تصرف شده از طریق قیمت بنا، به زن داده شود؛ همان چیزی که هم در روایات و هم در فتاوا بر آن تأکید شده بود. یکی از نتایج مهم این تحقیق، ارث زنان از عین آپارتمان ها و ساختمان هایی است که متوفا، یا زمین آن را مالک نیست و یا درصد اندکی را، آن هم به صورت مشاع، مالک است؛ که در برابر مالکیت فضا که به آپارتمان تبدیل شده، چیزی به حساب نمی آید و مورد توجه عرف نیست. امروزه این نوع از اموال، مصادیق فراوان دارد که متأسفانه در فتاوی فقهی، توجه لازم بدان نشده است؛ و بلکه برخی این ها را نیز به زمین ملحق کرده اند.

### پی نوشت ها

۱. در تحقیق «مالکیت فضای محاذی زمین» به تفصیل از مبانی تملک فضا سخن به میان آمده و مشخص شده است که نسبت به مالکیت فضای فراتر از متعارف محاذی زمین، سه دیدگاه وجود دارد. برخی آن را به تبع زمین، تا عنان آسمان ها ملک صاحب زمین دانسته و برخی آن را جزو مباحات شمرده و برخی هم مصداق انفال دانسته اند.
۲. حق التعلی هو ان یكون الانسان محققا ان یعلو بنائه غیره جابر الانصاری.
۳. ر. ک: خوبی، بی تا: ۱۷/۲ به بعد و ۳۳/۱.
۴. در فصل چهارم تحقیق «مالکیت فضای محاذی زمین...» به اسباب تملک فضا پرداخته شده است که تبعیت، یکی از آن ها است.

### منابع و مأخذ

۱. قرآن کریم.
۲. الجزیری، عبد الرحمن (۱۴۰۶)، الفقه علی المذاهب الاربعه، دار احیاء التراث، بیروت، چاپ هفتم.
۳. ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد (بی تا)، النهایة فی غریب الحدیث و الأثر، ۵ جلد، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، اول.
۴. ابن حزم اندلسی، ابی محمد علی بن احمد بن سعید (بی تا)، المحلی بالآثار، دار الجیل و

- دار الآفاق الجديدة، بيروت .
- ٥ . ابن منظور، ابوالفضل، جمال الدين محمد بن مكرم (١٤١٤)، لسان العرب، ١٥ جلد، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر، بيروت، سوم .
- ٦ . ابن الهام الإمام كمال الدين (بی تا)، شرح فتح القدير على الهداية، للمرغاني، ٢٠٤/٥، المطبعة التجارية بمصر .
- ٧ . أبوزكريا، محيي الدين يحيى بن شرف النووي (بی تا)، المجموع شرح المهذب، مع تكملة السبكي و المطيعي، دار الفكر .
- ٨ . اردبيلي، احمد بن محمد (١٤٠٣)، مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان، ١٤ جلد، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم، اول .
- ٩ . بحراني، آل عصفور يوسف بن احمد بن ابراهيم (١٤٠٥)، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ٢٥ جلد، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم، اول .
- ١٠ . بيهقي، أبوبكر محمد بن حسن (١٣٤٤)، السنن الكبرى، مطبعة مجلس، حيدرآباد دكن .
- ١١ . جمعی از مؤلفان (بی تا)، مجله فقه اهل بيت عليهم السلام (فارسی)، ٥٦ جلد، مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامي بر مذهب اهل بيت عليهم السلام، قم .
- ١٢ . جوهری، اسماعيل بن حماد (١٤١٠)، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية، ٦ جلد، دار العلم للملايين، بيروت، اول .
- ١٣ . حر عاملي، محمد بن حسن (بی تا)، وسائل الشيعة الى تحصيل الشريعة، با تحقيق عبدالرحيم الرباني الشيرازي، دار احیاء التراث العربي، بيروت .
- ١٤ . خميني، روح الله (بی تا)، تحرير الوسيلة، ٢ جلد، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم، اول .
- ١٥ . خويي، سيد ابوالقاسم موسوي (بی تا)، مصباح الفقاهة (المكاسب)، ٧ جلد .
- ١٦ . خويي، سيد ابوالقاسم (١٤١٠)، منهاج الصالحين، ٢ جلد، نشر مدينة العلم، قم، ٢٨ .
- ١٧ . راغب اصفهاني، حسين بن محمد (١٤١٢)، مفردات ألفاظ القرآن، در يك جلد، دارالعلم - الدار الشامية، لبنان - سوریه، اول .
- ١٨ . روحاني قمی، سيد صادق حسینی (١٤١٢)، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦

- جلد، دار الكتاب - مدرسه امام صادق عليه السلام، قم، اول .
- ۱۹ . سبزواری، سید عبدالأعلى (۱۴۱۳)، مهذب الأحكام (للسبزواری)، ۳۰ جلد، مؤسسة المنار - دفتر حضرت آیت الله، قم، چهارم .
- ۲۰ . شاهرودی، سید محمودهاشمی؛ و دیگران (۱۴۲۳)، موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام، مؤسسة دایرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب أهل بیت عليهم السلام، قم، اول .
- ۲۱ . شهید اول محمد بن جمال الدین مکی العاملی (بی تا)، الدروس الشرعية فی فقه الامامیه، نشر صادقی، قم .
- ۲۲ . شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی (۱۴۱۳)، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، اول .
- ۲۳ . شیخ طوسی (۱۴۱۴)، الخلاف، چاپ جامعه مدرسین، قم، ۱۴۱۴ .
- ۲۴ . شیخ طوسی (۱۳۵۱)، المبسوط، مكتبة المرتضوية، تهران .
- ۲۵ . شیخ طوسی (بی تا)، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، نشر قدس، محمدی، قم .
- ۲۶ . شیخ طوسی (۱۴۱۲)، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، ۱۵ جلد، مجمع البحوث الإسلامية، مشهد، اول .
- ۲۷ . شیخ مفید، ابی عبدالله محمد بن محمد بن نعمان العکبری البغدادی (۱۴۰۱)، المقنعة، چاپ جامعه مدرسین، قم .
- ۲۸ . صاحب بن عباد (۱۴۱۴)، کافی الكفاة؛ و اسماعیل بن عباد، المحيط فی اللغة، ۱۰ جلد، عالم الكتاب، بیروت، اول .
- ۲۹ . طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶)، مجمع البحرين، ۶ جلد، کتابفروشی مرتضوی، تهران، سوم .
- ۳۰ . عاملی، سید جواد بن محمد حسینی (۱۴۱۹)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - الحدیثة)، ۲۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم، اول .
- ۳۱ . علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰)، تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه (ط - الحدیثة)، ۶ جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، اول .
- ۳۲ . علامه حلی (۱۴۱۴)، تذکرة الفقهاء (ط - الحدیثة)، ۱۴ جلد، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، اول .

٣٣. علامه حلی (١٤١٣)، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، ٩ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم، دوم.
٣٤. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (بی تا)، القاموس المحیط، مؤسسة الحلبي، قاهره.
٣٥. فیومی، احمد بن محمد مقرئ (بی تا)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، در یک جلد، منشورات دار الرضی، قم، اول.
٣٦. محقق حلی، جعفر بن حسن (بی تا)، شرایع الاسلام فی الحلال والحرام، ٤ جلدی، بیروت.
٣٧. نجفی، محمدحسن (صاحب جواهر) (١٩٨١)، جواهر الکلام، ٤٣ جلد، دار احیاء التراث، بیروت.
٣٨. نراقی، مولا احمد بن محمد مهدی (بی تا)، مستند الشیعة، مکتبة السيد النجفی، قم.
٣٩. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت (١٤٠٤-١٤٢٧)، الموسوعة الفقهية الكويتية، عدد الأجزاء: ٤٥ جزء؛ الأجزاء ١-٢٣: الطبعة الثانية، دارالسلاسل - الكويت...؛ الأجزاء ٢٤-٣٨: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة - مصر؛ الأجزاء ٣٩-٤٥: الطبعة الثانية، طبع الوزارة.



پروپشگاه علوم انسانی ومطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی