



# بازشناسی نهاد حریم (۲)

عبدالله شفايي

## مقدمه

در بخش اول این نوشته به کاوش در مبنای نهاد حریم پرداختیم و دو مبنی را برای حریم برشمردیم: مبنای اول، روایات و احادیثی بود که بنا بر آنها در موارد خاصی از حق مالکیت افراد حمایت می‌شود. در این صورت، حریم منوط به تصریح شارع مقدس خواهد بود که آن گاه هم مصادیق و هم اندازه‌ها و حدود آن تعیین شده است. حریم بر غیر موارد منصوص نیز صدق نمی‌کند، چون توسعه در مفهوم حریم خواهد بود. مشهور فقها این نظر را پذیرفته‌اند؛ مبنای دوم، حریم را بر سیره عقلای استوار می‌سازد که تأیید شده برخی از روایات نیز به شمار می‌رود. عقلا برای انتفاع مالک از ملک و نیز دفع ضرر از او حریم را برای ملک در نظر گرفته‌اند. شارع مقدس نیز به آنان تأیید کرده و اندازه‌هایی را که جنبه تمثیلی و غالبی دارد، تعیین کرده است. از آن روی، آن اندازه‌ها جنبه تمثیلی دارد که در گذشته‌ها با توجه به دفع ضرر از ملک، آن اندازه‌ها معین می‌شده و هم اکنون که زندگی انسان‌ها بر اثر توسعه صنعت، تکنولوژی و زندگی شهرنشینی

دگرگون شده، تغییر آن اندازه‌ها نه تنها امکان‌پذیر که ضروری می‌نماید. جمود بر اندازه‌های مصرح در روایات، نهاد حریم را ناکارآمد و منزوی می‌سازد. در بخش اول، اثبات کردیم که مبنای حریم سیره عقلی و روایاتی است که بر نفی ضرر از مالک تکیه دارد. در این بخش، به پیامدها، نتایج و ثمره‌های عملی و علمی این نظر می‌پردازیم و در نهایت، به این پرسش‌ها پاسخ می‌دهیم: آیا حریم در املاک مجاور وجود دارد یا خیر؟ آیا موات بودن ملک مجاور، چنان که فقها از عناصر حریم شمرده‌اند، از عناصر مقوم حریم به شمار می‌رود؟ حریم ملک است یا حق؟ چه احکام وضعی و تکلیفی بر حریم مترتب می‌شود؟ نقش قدرت عمومی و دولت در ایجاد و ابطال حریم چه اندازه است؟ در نهایت، مصادیق و موارد مستحدثه حریم چیست؟ و مصادیق مذکور را چگونه بر مبنای برگزیده، تحت عنوان حریم می‌توان گنجانند؟

## ۱. حریم در املاک مجاور

یکی از عناصر حریم، موات بودن اراضی مجاور بود. هم‌چنان که پیش‌تر نیز اشاره کردیم، فقها بیشتر بر اساس این عنصر حکم کرده‌اند که در املاک متجاور، حریم نیست.

اولین مطلبی که به ذهن می‌آید، این است که چرا در املاک مجاور حریم وجود ندارد؟ و بر چه مبنایی، فقها موات بودن ملک مجاور را شرط دانسته‌اند؟ و آیا شرط موات بودن عقار مخدوم خدشه نمی‌پذیرد؟

پاسخ گفتن به سؤالات بالا، نیاز به توجه و غور در مبنای حریم دارد. از سوی دیگر، تجزیه و تحلیل گفته‌های فقیهان، بسیاری از زوایای بحث را روشن خواهد کرد. بنابراین، نخست نظرات فقیهان را می‌آوریم و آن‌گاه، آنها را تحلیل می‌کنیم:

علامه در قواعد می‌فرماید:

«هذا في الموات ولا حریم في الاملاك لتعارضها ولكل واحد  
أن يتصرف في ملكه كيف شاء وإن تضرر صاحبه فلا ضمان،  
فلو جعل ملكه بيت حداد أو قصار أو حمام على خلاف عادة  
فلا منع»؛<sup>۱</sup>

حریم در زمین موات است و نه در املاك، چون حریم املاك  
تعارض می کنند و هرکس می تواند هرگونه تصرفی که می خواهد  
در ملک خود بکند، و اگر سبب رسیدن ضرر به همسایه  
گردد، ضمانتی بر او نیست. پس چنانچه کسی خانه اش را  
برخلاف معمول، آهنگری، گازرگاه و حمام سازد، نمی توان  
او را از آن منع کرد.

شهید اول در دروس می فرماید:

«ولا حریم في الاملاك لتعارضها فلکل أن يتصرف في ملكه  
بما جرت العادة به وإن تضرر صاحبه ولا ضمان كتعميق  
أساس حائطه و بئره وبالوعته واتخاذ منزله دكان حداد أو صفار  
أو قصار أو دباغ»؛<sup>۲</sup>

به دلیل تعارض حریم، در املاك حریم نیست. پس هرکس  
می تواند در ملک خود به طور معمول تصرف کند، هرچند  
موجب ضرر به همسایه گردد و ضمانتی به بار آورد. مثل این  
که کسی پایه دیوار خویش را عمیق تر پی ریزی کند و چاه آب و  
فاضل آب حفر کند و خانه خود را مغازه آهنگری، روی گری،  
گازر یا دباغی قرار دهد.

۱. قواعد الاحکام، حسن بن یوسف بن مطهر حلی، ج ۱/ ۲۲۰.

۲. الدروس، شمس الدین محمد بن مکی، ج ۳/ ۶۰.

شهید ثانی در شرح لمعه می فرماید:

«هذا كله إذا أحيا هذه الأشياء في الموات، أما الاملاك المتلاصقة فلا حریم لأحدها على جاره، تعارضها فإن كل واحد منها حریم بالنسبة إلى جاره و لا اولوية و لأن من الممكن شروعهم في الاحياء دفعة فلم يكن لواحد على آخر حریم»؛<sup>۳</sup> تمام مطالبی که درباره حریم گفته شد، زمانی است که احیای این موارد (چاه چشمه خانه و دیوار) در زمین موات باشد، اما در ملک های متصل به هم، هیچ همسایه ای به دیگری حق حریم ندارد، زیرا هر یک از آن املاک نسبت به ملک همسایه، حریم است و تعارض میان آن دو حق به وجود می آید و هیچ یک بر دیگری اولویت ندارد. و نیز به دلیل این که ممکن است که آغاز احیای همه یک دفعه بوده باشد، پس برای هیچ یک بر دیگران حق حریم وجود ندارد.

و محقق حلی در شرایع می فرماید:

«وكل ذلك إنما يثبت له حریم إذا ابتكر في الموات. أما ما يعمل في الاملاك المعمورة، فلا»؛<sup>۴</sup> تمام مطالبی که درباره حریم آوردیم، زمانی است که در زمین موات به وجود آید، اما آنچه در املاک آباد است، حریم ندارد.

شهید ثانی در مسالک در شرح عبارت شرایع می فرماید:

«أشار بذلك إلى جميع ما ذكر من الحریم ... فی البشر والعین والحائط والدار وغيرها فإن الحكم فيه مخصوص بما إذا كان الاحياء في الموات أو مجاوراً له من بعض الجوانب، فيختصّ

۳. روضة البهيه، زين الدين بن علي العاملي، ج ۷/۱۶۵.

۴. شرایع الاسلام، ابوالقاسم نجم الدين جعفر بن حسن حلی، ج ۳/۲۷۳.

الحریم بالموات عاماً أو خاصاً . أما إذا كانت الارض محفوفة بالاملاك فلا حریم لها، لأن الاملاك متعارضة وليس جعل موضع حریماً لدار أو غيرها أولى من جعله حریماً لاخری . وكل واحد من الاملاك له التصرف في ملكه كيف شاء، فله أن يحفر بئراً في ملكه وإن كان لجاره بئر قريبة منها وإن نقص ماء الاولى»<sup>۵</sup>

محقق در شرایع با آوردن کلمه ذلك به تمام آنچه از حریم چاه، چشمه، دیوار، خانه و غیر آنها ذکر شده، اشاره می کند و حکم در آن را مخصوص جایی می داند که زمین، موات احیا شده باشد و یا آن که زمین احیا شده، از بعضی از اطراف با آن همسایه باشد. پس بنابر نظر محقق، حریم، چه عمومی و چه خصوصی ویژه موات خواهد بود. اما اگر زمین در میان املاك قرار گرفته باشد، وی آن زمین را دارای حریم نمی داند، زیرا املاك با هم تعارض می کنند؛ آن که مکانی حریم خانه ای بشود، برتر از آن نیست که آن حریم خانه دیگر باشد. پس هر یک از مالکان، می توانند در ملک خویش هرگونه تصرفی بکنند؛ می توانند چاهی را در ملک خود حفر کنند، هر چند همسایه ای در آن نزدیکی چاه داشته باشد و آب آن چاه جذب شود.

محقق در توضیح بیشتر این مطلب، تفاوت حریم در املاك و موات را در آن می داند که حفر چاه و غیره در موات، ملک آور است مگر آن که باعث تضییع به دیگری شود که در این صورت حق سابق مقدم خواهد بود، ولی در املاك

هریک در ملک خود تصرف می کند و از آن تصرف نمی توان او را بازداشت. حتی اگر در ملک خود چاه فاضلاب حفر کند و به سبب آن، آب چاه همسایه آلوده گردد، از احداث چاه فاضلاب نمی توان جلوگیری کرد و بر صاحب آن هم هیچ گونه ضمانتی نیست. البته این کار نکوهیده است و به این می ماند که کسی خانه اش را که در محله مسکونی قرار گرفته، تغییر کاربری دهد و به حمام یا دکان یا آسیاب تبدیل کند، یا آن که مغازه ای در میان رسته عطارها را برخلاف معمول به آهنگری یا گازر تبدیل کند. از این کار او ممانعت نمی شود، چون او مالک است و مالک می تواند هر نوع تصرفی در ملک خود بکند.<sup>۶</sup>

محقق، در پایان از بیان سابق خود استدراک می جوید و تصریح می کند:

«نعم، له منع ما یضرّ بحائطه من البئر والشجر ولو بیروز أصلها

الیه، والضررب المزدی الی ضرر الحائط ونحو ذلک»<sup>۷</sup>

بله، مالک دیوار می تواند همسایه را از آنچه به دیوار او ضرر

می زند، از قبیل: چاه و درخت و برآمدگی ای که پایه اش به

سوی دیوار است و هر نوع (فعلی) که به آسیب رسیدن به

دیوار بینجامد و مانند آن، بازدارد.

قول علامه در تذکره را صاحب جامع المقاصد جز آنچه در پی می آید نقل

می کند که به فرموده صاحب جواهر گویا نقل جامع المقاصد از نسخه غیر صحیح

نقل شده است. علامه وجود حریم را در زمینی ممکن می داند که آن زمین کاملاً

یا تقریباً با زمین های موات احاطه شده باشد و در املاک به دلیل تعارض، حریمی

را ممکن نمی داند و حریم یک خانه را دارای ترجیح بر خانه دیگر نمی شود.

پس هر صاحب ملکی را مختار می داند که هر نوع تصرفی را در ملک خود

بکند، و هر چند آن تصرف سبب آسیب شود، ضمانتی را بر عهده او نمی داند،

۶. همان/۴۱۶.

۷. همان.

مگر آن که از حدّ خویش تعدّی کند. آن گاه علامه دو قول از شافعی را یاد می‌کند و می‌گوید: قول شافعی درباره این که اگر کسی خانه اش را در محله مسکونی تبدیل به حمام یا اصطبل یا آسیاب کند و یا دکانی را در رسته عطاران برخلاف عرف و عادت به آهنگری یا گازر تبدیل سازد، مختلف است: بنا بر یکی از نظرات شافعی، مالک را باید از چنین تصرفی بازداشت و احمد بن حنبل نیز به دلیل آن که این گونه تصرف ضرر می‌رساند، این قول را برگزیده است. اما ظاهر اقوال نزد او دلالت بر جواز می‌کند که این قول پذیرفتنی تر است، چون مالک در ملک خود تصرف می‌کند و جلوگیری از تصرف او، ضرر رساندن به اوست. علامه پس از این بیان می‌فرماید:

«هذا إذا احتاط و أحکم الجدران بحيث يليق بما يقصده فإن فعل ما يغلب على الظن فيه أنه يؤدى إلى خلل في حيطان جاره فأظهر الوجهين عند الشافعية عدم الجواز و ذلك كما إذا كان يدق الشيء في دارة دقاً عنيفاً ينزعج منه الحيطان أو حبس الماء في ملكه ينشر منه النداءة إلى الحيطان الجار ولو اتخذ دارة مدبغة أو حانوتة مخبزة حيث لا يعتاد فإن قلنا لا يمنع في الصورة السابقة فهنا أولى، وإن قلنا بالمنع فهنا يحتمل عدمه لأن الضرر هنا من حيث التأذي بالدخان والرائحة الكريهة وأنه أهون. وكذا البحث في إحاطة البناء ومنع الشمس والقمر والاقوى أن لارباب الاملاك التصرف في أملاكهم كيف شائوا ولو حفر في ملكه بئر بالوعة وفسد بها بئر ماء الجار لم يمنع منه ولا ضمان عليه بسببه ولكنه قد يكون فعلاً مكروهاً وبه قال الشافعي وقال مالك تمنع فإن فعل وتلف شيء ضمنه»<sup>۸</sup>

۸. تذكرة الفقهاء، جمال الدين حسن بن يوسف بن علي بن مطهر حلي، ج ۲/ ۴۱۴.

هر نوع تصرف زمانی جایز است که احتیاط کند و استحکام دیوارها را به گونه ای رعایت کند که با منظورش از تصرف سازگار باشد. پس اگر کاری انجام دهد که غالباً به آسیب دیوار همسایه می انجامد، ظاهرترین قول نزد شافعیه عدم جواز تصرف است. مثل آن که در خانه خود ضربه شدیدی بزند که دیوار همسایه ترک بردارد یا آب را در ملکش ننگه دارد و از آن خانه همسایه نم دهد. اما اگر خانه اش را به طور غیر معمول دکان دباغی یا نانوائی کند، اگر در مشال های اول تصرف را منع نکردیم، در این جا به طریق اولی منع نمی شود و اگر منع کردیم، این جا احتمال دارد که منع نشود، زیرا ضرر در این جا آزار و اذیت به وسیله دود و بوی نامطبوع است که آن هم نسبت به اول ضرر کمتری دارد. هم چنین است بحث در مورد بلند مرتبه ساختن ساختمان و جلوگیری از نور خورشید و ماه و بنابر اقوی، صاحبان املاک می توانند هر نوع تصرفی در املاک خویش بکنند و اگر چاه فاضلابی را حفر کردند و به سبب آن، آب چاه همسایه آلوده گردید، از آن منع نمی گردد و ضمان هم بر او نیست. ولیکن آن تصرف ناپسند بوده و شافعی نیز همین قول را می پذیرد. و مالک گفته که از این تصرفات منع می گردد، پس اگر انجام دهد و چیزی را تلف کند، ضامن است.

صاحب مفتاح الکرامه همانند این گفته را از شمار فراوانی از فقیهان نقل

می کند.<sup>۹</sup>



مبسوط، مهذب، غنیه، سرائر، تحریر، جامع المقاصد، مفاتیح و کفایه و ... حریم را در خصوص زمین موات می دانند و از استدلال های مشابه پیروی می کنند. عمده ترین آن استدلال ها تمسک به قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» است که شیخ از آن به «الناس مسلطون علی املاکهم» تعبیر می کند.<sup>۱۰</sup>

چنان که می بینیم، از میان فقهای سلف کسی را نمی یابیم که حریم را در املاک مجاور معتبر بداند و موات بودن زمین موضوع حریم را شرط نداند. با این حال، از آن جا که اکثر فقها پس از بیان شرط موات بودن حریم و نبودن حریم در املاک، نظرشان را به تعبد حواله نداده اند بلکه تلاش کرده اند تا دلیل و مستند پذیرفتنی ای را برای حکم شان ارائه دهند، پس می توان نتیجه گرفت که راه برای تحلیل و استدلال، برخلاف نظر مشهور، باز است. در این بخش، مستندات قول مشهور را با نگاهی نو باز می خوانیم:

بیشتر فقها تعارض را دلیل نبود حریم در املاک دانسته اند و در این که تعارض میان چیست، اکثر آنان توضیح نداده اند؛ برخی تعارض را میان قاعده لاضرر که مستند حریم است و قاعده تسلیط که در املاک جاری می شود، دانسته اند و برخی هم تعارض را بین دو قاعده لاضرر از سوی دو ملک مجاور برشمرده اند. میرفتاح به گونه ای میان این دو برداشت جمع کرده است. وی می گوید: (اگر در املاک حریم فرض کنیم) تعارض دو ضرر است؛ یعنی جایی که انجام کاری به ضرر دیگران انجامد و موردی که ترك آن موجب ضرر به خود شود. منشأ اشکال، تعارض دو قاعده ضرر و قاعده تسلیط بر اموال و املاک و نظیر آن است.<sup>۱۱</sup> فقها در تعارض میان این دو قاعده، تسلیط را مقدم داشته اند و به این مناسبت، حریم را در املاک مجاور جاری ندانسته اند.

۱۰. المبسوط، محمد بن الحسن طوسی، ج ۳/ ۲۷۲.

۱۱. العناوین، سید میر عبدالفتاح حسینی مراغی، ج ۱/ ۳۲۷.

گویا تحلیل تعارض به این گونه (تعارض میان دو قاعده تسلیط و لاضرر) مطابق مقصود فقها از تعارض است. گفتار صاحب مفتاح الکرامه این مطلب را تأیید می کند. وی می گوید:

«مسلمانان به روایت «الناس مسلطون علی اموالهم» عمل می کنند بلکه این روایت متواتر است و برخی از اخبار اضرار ضعیف به شمار می روند و توانایی معارضه با این ادله (اجماع و روایت تسلیط) را ندارند.»

بنابراین (نخست آن که) آن اخبار حمل بر موردی می شود که شخص غیر از ایراد ضرر قصد دیگر نداشته باشد، چنان که قضیه سمره بن جندب به این مطلب اشاره دارد. نیز (دوم آن که) اگر بپذیریم که اخبار اضرار توانایی معارضه دارند، با وجود این، میان آن اخبار و روایت مشهور نسبت عموم خصوص من وجه خواهد بود، و در همین حال، خبر مشهور به پشتوانه اجماع و اصل ترجیح دارد، هرچند گاهی ورود ضرر به مالک شدیدتر از ضرر به همسایه یا دست کم برابر و یا کمتر است و نیز ضرر به سبب ضرر از بین نمی رود. و هم چنین (سوم آن که) اگر بپذیریم اخبار اضرار از خبر مشهور پذیرفتنی تر است، باید به این اخبار عموماً عمل کنیم و دلیل ندارد که آنها را به جایی که ضرر بسیار باشد،<sup>۱۲</sup> اختصاص بدهیم.

اجماع ادعا شده خدشه می پذیرد، زیرا تفصیل و تقيیدی که در کلام برخی از فقها بود، مخالف اجماع است و مانع از مقدم شدن به طور مطلق قاعده تسلیط بر قاعده لاضرر. و اصل و قاعده مورد ادعا به طور عام با قاعده لاضرر تعارض می کند و بر اساس قواعد اصولی پذیرفته شده فقها، قاعده لاضرر بر قاعده تسلیط حکومت دارد.<sup>۱۳</sup> صاحب جامع المدارك، تقدم و پیش بودن

۱۲. مفتاح الکرامه، ج ۷/۲۲.

۱۳. جواهر الکلام، محمدحسن نجفی، ج ۳۸/۵۱.

قاعده سلطنت را بر لاضرر نمی پذیرد و تصریح می کند:

«ویشکل مع أنَّ المعروف حكومة دليل نفي الضرر والضرار على دليل سلطنت ولعل الادلة المتعرضة لتحديد الحریم ناظره إلى عدم تضرر السابق فللا حق الحفر مع ملاحظه الحریم بدون أن يتضرر هو و جاره الحافر سابقاً فلا يقال تقع المزاحمة بين ضرر الجار وضرره»؛<sup>۱۴</sup>

بر گفته مشهور اشکال می شود، با این که معروف علماً دلیل نفی ضرر را بر دلیل سلطنت حاکم می دانند. و شاید [آورنده] دلایلی که اندازه های حریم را پیش می کشید نیز زیان رساندن به [چاه] سابق را در نظر داشته پس دومی باید با توجه به حریم به گونه ای حفر کند که نه خود زیان ببیند و نه همسایه ای که پیش تر حفر کرده است. به این ترتیب، گفته نمی شود که بین ضرر همسایه و ضرر او تراحم است.

مفتاح الکرامه در توضیح نظریه اش در باب ضرر می گوید:

«ضرر از چند نگاه بررسی می شود: گاهی هدف مالک بدون آن که جلب منفعت یا دفع ضرر از خود باشد، ضرر رساندن به همسایه از راه تصرف در ملک خود است. این ضرر خواه کم باشد یا زیاد، شکی نیست که چنین تصرفی ممنوع است و بر آن روایت سمرة بن جندب هم قولاً و هم فعلاً دلالت دارد. پیامبر (ص) به او فرمود: تو مرد مضری هستی و دستور داد که نخلش را بکنند و جلویش ببندازند. و این فرض ضمان نیز به بار می آورد. مثل این است که کسی مازاد بر نیازش آتش

از آن جا که اکثر فقها پس از بیان شرط موات بودن حریم و نبودن حریم در املاک، نظرشان را به تعبد حواله نداده‌اند بلکه تلاش کرده‌اند تا دلیل و مستند پذیرفتنی‌ای را برای حکم‌شان ارائه دهند، پس می‌توان نتیجه گرفت که راه برای تحلیل و استدلال، برخلاف نظر مشهور، باز است.

بی‌فروزد و احتمال سرایت آن به ملک همسایه باشد که اگر چنین شود، او ضامن است؛ گاهی هم مالک به قصد جلب منفعت یا دفع ضرر تصرف می‌کند و از این رهگذر ضرر اندکی هم به همسایه می‌رسد. این گونه تصرف قطعاً جایز است. از این گونه به شمار می‌رود، بالا بردن دیوار از بام همسایه و مانند آن؛ گاهی هم مالک، جلب سود یا دفع زیان را قصد دارد که البته ضرر رسیده به همسایه بسیار خواهد بود ولی با وجود این می‌تواند آن را تحمل کند. این نوع تصرف، هر چند ناپسند است و کراهت شدید دارد، جایز است.

اگر ضرر رسیده به همسایه بسیار و عرفاً تحمل ناپذیر باشد، به دلیل نفع او در این صورت تصرف جایز نیست. حرمت احتکار از این گونه است که البته ضمان آور نیز به شمار می‌رود. اما اگر ضرر آن به اندازه‌ای باشد که تحمل ناپذیر باشد و به همسایه نیز همان اندازه ضرر برسد، هم چنین است جایز است که از خود دفع ضرر کند، هر چند همسایه و برادر مسلمانش ضرر ببیند و ...»

آن گاه چنین نتیجه می‌گیرد:

«والمحصل أن أخبار الاضرار نعمل بها فيما يعد إضرار معتد به عرفاً والحال أنه لا ضرر بذلك على المضر لأن الضرر لا يزال بالضرر ونقول إن دفع الضرر عن نفسه الذي بها يعبد الله سبحانه ويتغى لها رضوانه واجب إن عظم وجائز إن خف»؛<sup>۱۵</sup>

نتیجه بحث آن که ما به اخبار اضرار در جایی عمل می کنیم که عرفاً ضرر بسیاری متوجه همسایه باشد، در همین حال باید ضرری متوجه ضررزننده نیز نشود؛ چون ضرر، ضرر دیگر را از بین نمی برد. و می گویم که دفع ضرر از خود و خویشتن که خدای بزرگ را پرستش می کند و رضایت او به دست می آورد، واجب است، اگر [ضرر] سنگین و عظیم باشد، و جایز است اگر [ضرر] سبک باشد. با عنایت به مبنایی که برای حریم برگزیدیم، در این مسئله نیز باید رویکردی متناسب با آن مبنی داشته باشیم؛ مبنای برگزیده این تحقیق درباره حریم دفع ضرر بود که تعبیرهای دیگری از آن چه انتفاع از ملک بر آن توقف دارد و عدم رعایت آن برای بهره بردن از ملک مزاحمت ایجاد می کند.

پس آنچه به آن دفع ضرر از ملک می گردد، مقدار حریم است و ادله بیش از آن دلالت ندارد.

هم چنان که برخی از فقها هم فرموده اند:<sup>۱۶</sup> حریم با این مبنی و معنای مذکور و برگزیده، فرقی نمی کند که در زمین موات باشد یا املاک آباد. اگر مبنای دفع ضرر را برگزیدیم، دفع ضرر از خود هم در زمین موات است و هم در زمین مملوک. تعارض میان دو ضرر بحث دیگری را درمی افکند که

۱۵. مفتاح الكرامه، ج ۷ / ۲۲ و ۲۳.

۱۶. الاراضی، محمد اسحاق فیاض / ۱۴۹.

براساس قواعد و اصول خاص خود حل می‌گردد. در مقام تعارض قاعده لاضرر و قاعد تسلیط پذیرفته شده که قاعده لاضرر حاکم بر قاعده تسلیط است. دیگر آن که ادعای ضعف سند روایات قاعده لاضرر پذیرفته نیست بلکه براساس تحقیقات بعضی از فقها، تنها سند و دلالت قاعده تسلیط ضعیف است، نه لاضرر؛<sup>۱۷</sup> زیرا نبوی مشهور در بحار الانوار، در جوامع حدیثی دیگر ذکر شده و این ضعف با عمل اصحاب نیز جبران شدنی نیست. میزان دلالت آن نبوی نیز تنها بر محجور نبودن مالک از تصرف دلالت دارد و به تعبیر دیگر، تنها دلالت اجمالی بر جواز تصرف می‌کند، نه هرگونه تصرفی.

بنابراین، خانه‌هایی که در شهرها بنامی شود و از اطراف به هم چسبیده‌اند، به معنایی که ذکر شد دارای حریم‌اند، و با این که اغلب در زمین‌های موات احداث می‌گردند، لازم نیست که از هر طرف برای آنها حریم در نظر گرفته شود؛ زیرا بر این امر (نخست آن که) دلیل نداریم و (دوم آن که) وانگهی نیازی به در نظر گرفتن حریم از چهار جهت نیست؛ زیرا برای خانه تنها در نظر گرفتن مرافق و حقوقی احتیاج است که ارتفاع از خانه را ممکن سازد. اگر در گذشته‌ها آبریز گاه و محل ریختن زباله و خاک‌روبه و محل تجمع هیزم و ... نیاز بوده، امروزه بسیاری از این مرافق در شهرها به داخل خانه‌ها منتقل شده است و برای استفاده از آنها نیازی به زمینهای اطراف وجود ندارد. امروزه در شهرها جز مسیر رفت و آمد نمی‌توان حریمی را در نظر گرفت که همه می‌بایست به آن احترام بگذارند. بر مبنای لاضرر در هر جا تصرف مالک باعث اضرار به همسایه شود، آن تصرف ممنوع است. و البته قاعده لاضرر، به فرموده بعضی از فقها، از ضررهای جزئی و اندک و معمول که عرف نسبت به آن مسامحه می‌کند، منصرف است.<sup>۱۸</sup>

۱۷. قاعده لاضرر و لاضرار، سید علی سیستانی/۳۳۱.

۱۸. الفقه، سید محمد حسینی شیرازی، ج ۸۰/۱۱۷.

این که فقها فرموده‌اند، دو ضرر تعارض می‌کند، در صورتی است که به تساقط بینجامد و میزان هر دو ضرر برابر باشد که آن گاه مطابق با اصول و قواعد تعارض است، اما اگر ضرر یکی بر دیگری غالب باشد، هیچ کس سخن از تساقط نمی‌گوید. ضرر از هرسو غالب باشد، قاعده لاضرر به نفع او اعمال پذیر خواهد بود. گذشته از آن، اندازه‌های تعیین شده برای حریم موضوعیت ندارد؛ همگی از مثال‌ها و اماره‌های نسبی دفع ضرر به شمار می‌روند. به تعبیر دیگر، ماهیت حریم، مشکک است و میزان و مقدار آن، با توجه به اندازه‌ای که دفع ضرر می‌گردد، معین می‌شود. بنابراین، شاید حریم دو خانه برابر نباشد، به ویژه اگر یکی بسیار وسیع و دیگری بسیار کوچک باشد. پس از نظر شرعی، حدّ خاصی برای حریم وجود ندارد و ملاک جلوگیری از ایراد ضرر است. هر جا و هر اندازه که برای کمال انتفاع و دفع ضرر کافی بود، آن مقدار مورد حمایت است؛ چه این حمایت را حریم بنامیم و چه مقتضای قاعده لاضرر.

تکیه فقیهان سلف، چنان که گفته شد، بر قاعده تسلیط است. وقتی لاضرر را بر قاعده تسلیط حاکم دانستیم، دیگر همسایه حق ندارد، به دلیل تصرف در ملک خود، در خانه خود چاه فاضل آبی بکند که چاه آب آشامیدنی همسایه را آلوده کند. به خصوص آن چنان که برخی از محققان گفته‌اند، استنباط فقیهان امامیه از مفهوم قاعده لاضرر این است که در سوءاستفاده از حق، قصد اضرار ضروری نیست؛ معیار اصلی، وقوع ضرر است و هر جا که با به کار بستن حق شخصی به دیگری ضرری برسد، شارع اسلامی این به کار بستن حق را غیر مجاز خواهد شمرد. اگر شارع در موردی به رغم ضرر غیر، به کار بستن حق را مجاز بشمارد، باز در آن جا معیار و ضابطه، ضرر است؛ یعنی ضرری را که از به کار بستن حق، متوجه صاحب حق می‌شود، در نظر گرفته است. (با توجه به تعارض ضرر صاحب حق و ضرر غیر، راه حلی را که

برمی گیرد، تجویز اعمال حق است. ۱۹

به تعبیر دیگر، در فرضی که شخص می خواهد در ملک خود تصرف کند و چاهی را بکند که حفر آن باعث رسیدن ضرر به چاه همسایه گردد و نکنند چاه نیز باعث زیان به خود او شود، فقیهان با در نظر گرفتن و بنا بر مبنای ضرر، اجازه اعمال حق را به آن شخص می دهند. شیخ انصاری می فرماید:

از قاعده لاضرر چنین برمی آید که شخص نتواند از برای دفع ضرری که متوجه اوست، به دیگری ضرر برساند، و واجب نیست که شخصی از دیگری با رساندن ضرر به خودش دفع ضرر کند، چون در فرض اول جواز و در فرض دوم وجوب، حکم ضرری است. ۲۰

میرزا حبیب الله رشتی نیز تصریح می کند:

«فقد ظهر الحكم فيها أيضاً غير مرة و هو عدم جواز إضرار الغير لدفع الضرر المتوجه إلى الشخص ابتداءً وإن لم يجب تحمل الضرر لدفع الضرر المتوجه (إلى) الغير كذلك كما في المكروه على الاتلاف»؛ ۲۱

مادر موارد فراوانی گفته ایم که جایز نیست کسی برای دفع ضرر از خود به دیگری ضرر بزند، اگرچه تحمل ضرر برای دفع ضرری که متوجه غیر است نیز واجب نیست، مثل کسی که اجبار به اتلاف مال دیگری شده باشد.

گویا فقها بر آن بوده اند که میان دو ضرر تعادل برقرار کنند، چون از یک طرف، ایراد ضرر را به دیگران جایز نمی شمارند و از سوی دیگر، تحمل ضرر را به دلیل دفع ضرر از دیگری واجب نمی دانند، پس راه حل را جمع این دو برمی گزینند.

۱۹. سوء استفاده از حق، حمید بهرامی احمدی/ ۲۱۳.

۲۰. ملحقات مکاسب (قاعده لاضرر)، شیخ مرتضی انصاری/ ۳۷۴.

۲۱. کتاب الغصب، میرزا حبیب الله رشتی/ ۱۳۶.



بررسی مسئله از دیدگاه فقهی گذشت، هم اکنون این بحث را از دیدگاه حقوقی برمی‌رسیم:

در قانون مدنی، هیچ ماده‌ای دلالت بر آن نمی‌کند که حریم مخصوص زمین موات است، اما حقوق دانان و شارحان قانون مدنی بیشتر از نظر مشهور فقهی پیروی کرده‌اند. برای نمونه: مؤلف دایرةالمعارف حقوقی می‌گوید:

«بنابر نظر مشهور فقیهان، در املاك متجاور حریم وجود ندارد. پس رأی عادی شماره ۱۶۴۷ مورخ ۱۳/۶/۱۳۴۱ هیئت عمومی تمیز که حریم را در املاك متجاور برگزیده، خلاف قول مشهور و اصول حقوقی است، زیرا در املاك متجاور، اصل لاضرر نسبت به دو مالک متجاور، تعارض و تساقط کرده، و بالتیجه، قاعده تسلیط (ماده ۳۰ ق.م) به قدرت خود باقی می‌ماند.»<sup>۲۲</sup>

یکی دیگر از استادان حقوق می‌گوید:

«از نظر اصول، حریم تنها در زمین موات ایجاد می‌شود نه در ملک، ولی وضع کنونی آن مبهم است؛ در قانون آب و نحوه ملی شدن آن (۱۳۴۷) حریم در املاك نیز شناخته شده است (ماده ۲۵). رویه قضایی نیز به شناسایی حق حریم در املاك می‌گراید (دیوان کشور شعبه چهار، شماره ۶۳۴، ۲۲ خرداد ۱۳۴۳ و دادگاه بخش، شعبه چهار، شمار ۴۰۶، ۲۷ شهریور ۱۳۳۸) مقررات مربوط به حریم چاه و قنات، در قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱، به اراضی غیر محیات اختصاص دارد (ماده ۱۴ تبصره د) و در مورد اراضی

ملکی اشخاص، تبصره دوم ماده ۵ حکم صریحی وجود ندارد و معترض را به دادگاه صالح رجوع داده است. در قانون قنوت، مصوب ۱۳۰۹، مواد ۱ و ۲، در فرضی که مالک به حکم قانون باید ملک خود را به مالک چاه بفروشد، حریم در اراضی محیات نیز شناخته شده است. رویه قضایی می تواند این موارد را به گونه استثنایی بپذیرد.<sup>۲۳</sup>

حقوق دانان، این نظریه ها را از مشهور فقیهانی که حریم را ویژه املاک می دانند و دلیل تعارض دو ضرر و تساقط آن را مستند آن ذکر می کنند، پیروی کرده اند که پیش تر در نقد آن گفتیم: تعارض ضرر همیشه به تساقط نمی انجامد؛ وقتی چنین می شود که میزان ورود ضرر مساوی باشد که آن هم فرض نادری است. گذشته از آن، ادله ضرر از ضررهای جزئی که معمولاً در پی تصرف در ملک خود به همسایه وارد می آید، منصرف است.

از سوی دیگر، میان مبنای محقق اخیر در باب حریم و موضع ایشان در اختصاص حریم به موات، تعارض آشکاری وجود دارد؛ زیرا ایشان ضرر را مبنای حریم می دانند و هر جا این مبنی وجود داشته باشد، حریم نیز وجود دارد و تخصیص حریم به موات وجهی ندارد. قاعده ضرر، بر هر حکم دیگر از جمله حکم قاعده تسلیط، حاکم است. بنابراین، مواردی را که ایشان استثنایی از قاعده و رویه قضایی بر می شمارند، برعکس، موافق قاعده است.

همه نظریه های ذکر شده دیوان و مواد قانونی، منطبق با مبنایی است که اغلب حقوق دانان و فقیهان آن را پذیرفته اند، هر چند در تطبیق مصادیق با مبنای مسامحه کرده اند و مبنی را در املاک نادیده گرفته اند به عدم وجود حریم در املاک حکم داده اند.

۲۳. قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ناصر کاتوزیان/۹۷.

شگفتی انگیز می نماید که حقوق دانان برای مصادیق مستحدثه حریم، مبنایی جز قاعده ضرر ذکر نکرده اند! چگونه در موارد مستحدثه توسعه حریم را پذیرفته اند، با این که از بیشتر این موارد تفاوتی میان حریم در موات و املاک برنمی آید؟ البته برخی از حقوق دانان، متوجه این تناقض بوده اند و آن را این گونه حل کرده اند که: حریم، به حقیقی و مجازی تقسیم می شود. این ادعا نیز بی دلیل است.

مؤلف دایرةالمعارف حقوقی می گوید:

«حریم در قانون مدنی [نیز فقه] معنای ویژه ای دارد که با معانی دیگر و به تازگی به کار رفته و مجازی در مورد حریم جاده، شهر، لوله های نفت و مانند آنها، نمی تواند ضابطه ای را که در حقوق مدنی پیش بینی شده، به هم بزند و حقوق دانان باید قاعده حقوقی مدنی را با توجه به سوابق تاریخی حقوق و نیز استعمالات مجازی در نظر گیرد.»<sup>۲۴</sup>

این که استعمالات جدید حقیقی نیست، اول ادعاست. این ادعا چه دلیلی دارد؟ جمود بر الفاظ عبارات و سوابق تاریخی حقوق و فقه، راه را بر اجتهاد پویا و استنباط حقوق دان و فقه می بندد و آن دو را از پیشرفت باز می دارد. برای همین، برخی بر قانون مدنی زبان اعتراض گشوده اند که: دو ماده ۱۳۷ و ۱۳۸ قانون مدنی دیگر به هیچ کار نمی آیند.<sup>۲۵</sup>

تکیه به مبنای مذکور ما را از مجاز، ابهام و استثناگویی حقوق دانان، بی نیاز می کند البته طبیعی است که میزان تعیین ضرر را باید بر عهده کارشناسان فنی و متخصص گذاشت تا با آخرین یافته های علمی بشر، میزان و اندازه ضرر

۲۴. دایرةالمعارف حقوقی، ج ۳/ ۸۸.

۲۵. پایان نامه محمدحسین پورسعدی، به آدرس اینترنتی:

را در مواردی مثل چاه و قنات مشخص کنند. در این صورت، دیگر به امارات نسبی دفع ضرر و کارا در زمان صدور روایت، نیازی نخواهد بود و آن اندازه‌ها، جنبه‌ای تمثیلی پیدا خواهد کرد. که ممکن است نسبت به زمان و مکان گوناگون، متفاوت باشد. وقتی به مثال راه و اندازه‌هایی که برای آن در کتاب‌های فقهی ذکر شده است و نیز به نسبت آن با زندگی امروزی توجه کنیم، مطالب یاد شده را بهتر در خواهیم یافت. چنان که پیش‌تر از فقیهی آوردیم، اگر امام (ع) در زمان ما حضور می‌داشت، دیگر بر مقادیر پنج یا هفت ذراع تکیه نمی‌کرد و نقشه راه‌های شهرها و روستاها را به متخصصان می‌سپرد تا اندازه حریم راه را متناسب به نیاز و جمعیت شهر و روستا تعیین کنند.

پس بنا بر نظر غیر مشهور فقهی و اکثر فقیهان معاصر، مبنای حریم در املاک نفی ضرر و کمال انتفاع از ملک است. بر اساس این ملاک، فرق نمی‌کند که حریم در موات باشد یا در املاک. با این وصف، کسی از فقیهان را نیافتیم که بر اساس مبنای مذکور، حریم را در املاک مجاور هم بپذیرد. حتی صاحب کتاب الاراضی که مبنی را در حریم ضرر قرار داده است و اندازه‌های تعیین شده در روایات را تمثیلی می‌داند، در «منهاج الصالحین» تصریح می‌کند که در املاک مجاور حریم نیست.<sup>۲۶</sup> البته این بدان معنی نیست که فقیهان معاصر اجازه هرگونه تصرف را در ملک به مالک داده‌اند، آن سان که شیخ طوسی و ابن براج و دیگر فقیهان سلف می‌فرمودند.<sup>۲۷</sup> ایشان، احداث چاه را در ملک خود، حتی اگر به خشک شدن چاه همسایه بینجامد، جایز می‌شمردند. اگر فقیهان معاصر حریم را در املاک مجاور نپذیرفته‌اند، از سوی دیگر کوشیده‌اند تا جلوی ایراد ضرر را به استناد قاعده لاضرر بگیرند. بر همین اساس، تصریح کرده‌اند: مالک نمی‌تواند به دیوار خانه خود چنان ضربه‌ای بزند که بر دیوار

۲۶. منهاج الصالحین، محمد اسحاق فیاض، ج ۲/۳۳۲.

۲۷. المبسوط، محمد بن الحسن طوسی، ج ۳/۲۷۲؛ المذهب، عبدالعزیز بن براج، ج ۲/۳۱.

همسایه شکاف بیفتند و یا آن که در خانه خود حوض آبی بسازد که از آن به خانه همسایه رطوبت سرایت کند.<sup>۲۸</sup> این فقیهان، از مبنای خود در حریم دست نکشیده اند بلکه در باب حریم، به پیروی از مشهور، حفظ ساختار سنتی حریم را لازم دانسته اند و حریم را مختص ملکی برشمرده اند که در اطراف آن زمین موات وجود دارد.

## ۲. حق حریم یا ملک بودن حریم

بحث از این که حریم ملک است یا حق، پیشینه ای دیرینه دارد و از مباحث اختلافی میان فقیهان به شمار می رود. مشهور فقیهان، تأکید بر ملک بودن حریم می کنند و شماری از آنان، حریم را تنها حق اولویت در استفاده، برمی شمارند. قبل از بیان آرا و استدلال دو طرف، باید یادآور شد که فایده و ثمره بحث در این است که اگر حریم ملک باشد، جدای از خود ملک می توان آن را خرید و فروخت و نقل و انتقال آن، جدای از خود ملک درست است و اگر آن را حق بدانیم، حقی تبعی خواهد بود که به صورت جداگانه می توان آن را انتقال داد.

ثمره دیگری که بر این نزاع بار می شود، این است که اگر حریم را ملک بدانیم، دیگران حق هیچ گونه تصرفی را بدون اجازه مالک نخواهند داشت و اگر آن را حق بدانیم، فقط تصرفات ناسازگار با انتفاع صاحب ملک از حریم جایز نیست و تصرفات سازگار با بهره گیری او جایز است. برای نمونه: در

۲۸. منهاج الصالحین، محمد اسحاق فیاض، مسئله ۹۳۰: «يجوز لكل مالك أن يتصرف في ملكه بما شاء ما لم يستلزم ضرراً على جاره، وإلا فالظاهر عدم جوازها كما إذا تصرف في ملكه على نحو يوجب خللاً في حيطان دار جاره أو حبس ماء في ملكه بحيث تسرى الرطوبة إلى بناء جاره أو أحدث بالوعة أو كنيفاً تقرب بئر الجار، فأوجب فساد مائها أو حفر بئراً يقرب بئر جاره فأوجب نقصان مائها...»

حریم چشمه، چاه و قنات، تصرفات بی ضرر مانند درخت کاری، عبور و مرور و ...، تجاوز به حق و ملک دیگران به شمار نمی رود. اکنون به اصل دیدگاه های مشهور و مخالفان آنان می پردازیم:

### الف. دیدگاه مشهور:

بیشتر فقیهان پیشین، به این نظر گراییده اند که هر ملکی حریم دارد و برخی از معاصران نیز از ایشان پیروی کرده اند. قاضی ابن براج از فقیهان گران قدر شیعه در قرن پنجم، در این باره می گوید:

«وإذا أحيى الإنسان الأرض على ما ذكرناه وملكها فإنه يملك

مرافقها التي لا يصلح الأرض إلا بها»؛<sup>۲۹</sup>

زمانی که انسان زمین را چنان که گفته ایم، احیا کند و به تملک برآورد، مالک مرافق آن، که استفاده از زمین بدون آن ممکن نیست، خواهد شد.

شیخ طوسی، معاصر ابن براج، پیرو این نظر در مبسوط می فرماید:

«فإذا أحيىها وملكها فإنه يملك مرافقها التي لا يصلح للأرض

إلا بها... وأما إذا حفر بشراً أو شق نهراً أو ساقية فإنه يملك

حريمها...»؛<sup>۳۰</sup>

اگر زمینی را احیا کند، مالک آن زمین و اطراف آن که برای انتفاع از آن لازم است، می گردد. چنان که کسی چاهی حفر کند یا نهر یا جویی بکشد، مالک حریم آن خواهد شد.

شهید ثانی پس از نقل دو نظر مخالف، از نظریه ملک بودن حریم دفاع

می کند و می گوید:

۲۹. المهذب، قاضی عبدالعزیز بن براج طرابلسی، ج ۲/۳۰.

۳۰. مبسوط فی فقه الامامیه، محمد بن الحسن طوسی، ج ۳/۲۷۲.

«وإنما الخلاف في أن مالك العامر هل يملك الحریم المذكور تبعاً للعامر، أم يكون أولى وأحقّ به من غيره وليس بملك حقيقه! فالاشهر أنه يملك كما يملك العامر لأنه مكان استحقه بالاحياء، فملك كالمحيي. ولأن معنى الملك موجود فيه، لأنه يدخل مع المعمور في بيعه وليس لغيره إحيائه ولا التصرف بغير إذن المحيي، ولأن الشفعة تثبت بالشركة في الطريق المشترك وهو يدل على الملك»؛<sup>۳۱</sup>

این نکته اختلافی است که آیا مالک ملک آباد، مالک حریم آن هم هست، یا آن که تنها حق اولویت در استفاده نسبت به دیگران دارد و حقیقتاً ملک او نیست؟ مشهور فقیهان، او را مالک حریم می دانند همان طور که مالک خود ملک نیز هست، زیرا آن مکانی است که شخص به واسطه احیای آن نسبت به آن حقی پیدا می کند و بنابراین، همانند زمین احیا شده، ملک احیاگر می شود به دلیل این که حریم در بیع اصل ملک آباد شده داخل است، لذا معنای ملک در آن وجود دارد. و دیگری نمی تواند آن را احیا کند و نمی تواند بدون اذن احیاگر ملک در حریم تصرف کند و نیز به این دلیل که حق شفعه در راه مشترك سازی است و جریان شفعه دلیل ملکیت آن است.

ایشان پس از نقل قول مشهور و دلایل شان به نقل قول مخالف و مستنداتشان می پردازد. و نیز آن را نقد می کند می گوید:

«وقال بعضهم: إنه غير مملوك، وإنما هو حق من حقوقه، لأن الملك يحصل بالاحياء ولم يوجد فيها إحياء وأجيب بمنع

المقدمتين، بأنه لا يشترط في تحقق الاحياء مباشرة كل جزء من المحكوم بإحيائه. الاقوى أن عرصة الدار تملك ببناء الدار وإن لم يوجد نفس العرصه إحياء وإنما الاحياء تارة يكون بجعله معموراً و تارة بجعله تبعاً لمعمور»؛<sup>۳۲</sup>

بعضی از فقها نیز گفته اند که حریم غیر مملوک است و آن حقی از حقوق به شمار می رود، زیرا احیا، ملک آور است و در حریم، احیایی صورت نمی پذیرد. هر دو مقدمه را این چنین پاسخ می دهیم که در مورد احیا این که هر جزئی را که حکم احیا بر آن بار می شود، مستقیم احیا کند، شرط نشده است. بنابراین اقوی، کسی که در موات خانه بنا کند، علاوه بر آن که مالک بنا می گردد، مالک عرصه آن نیز می شود. با این که در عرصه، عملیات احیا صورت نگرفته است و احیا، یا زمین را آباد می کند و یا آن را تابع ملک آباد قرار می دهد.

صاحب جواهر پس از نقل دو نظر مخالف و دلایل دو طرف، همانند آنچه را از مسالک آوردیم، پس از نقل قول مشهور می افزاید:

«ولامكان دعوى كونه محياً باعتبار أن احياء كل شيء بحسب حاله»؛<sup>۳۳</sup>

(علاوه بر این که معنی ملک موجود است و شفعه نیز در آن جاری است) ممکن است بگوییم او احیاگر است به دلیل این که احیاء هر چیز به نسبت خود آن است.

و احیای حریم نیز به این است که در مرافق و حقوق ملک احیا شده، قرار گیرد. و پس از این بیان، به نقل قول مخالف می پردازد و دلیل آن را که احیا در

۳۲. همان.

۳۳. جواهر الکلام، ج ۳۸/۳۵.



حریم نیست تا ملک آور باشد (به این دلیل که در احیا لازم نیست تمام اجزاء تحت عملیات احیاء قرار گیرد بلکه تبعیت ملک احیاء شده کفایت می‌کند)، نمی‌پذیرد. آن‌گاه پس از این بیان خود نیز استدراک می‌جوید:

«إلا انه ينبغي أن يعلم أن السيرة المستمرة في سائر الاعصار والامصار تقتضي عدم اجتناب بعض ما هو حریم للقرية مثلاً. بل لعلها تقتضي في ابتداء حدوث القرية أن لكل احد النزول قريب الاخر و إن اقتضى ذلك بعداً في مرمى قمامته مثلاً. كما إذا اتفق نزول أحد في مرعى حاشية البلد و القرية أو محبظهم لم يكن عليه اعتراض بعد استعباد نزول أهل البلد و القرية المتجاورين و حقوق بلدهم و قريتهم خارج عنهم دفعة، فليس هو إلا لما ذكرنا من عدم التسلط على منع التنازل و إن استلزم بعد بعض الحقوق، وإلا لكان بين كل واحد أو جماعة مسافة بعيدة، اللهم إلا أن يقال بعدم العلم بالحال مع كون المدار على الضرر والله العالم»؛<sup>۳۴</sup>

(نظریه مخالفان مشهور از هر جهت نقد برمی‌دارد) جز آن‌که باید دانسته شود که در تمام زمان‌ها و مکان‌ها، سیره پایداری وجود دارد که از برخی حریم‌ها مثل حریم روستا اجتناب نمی‌شده بلکه شاید این به آن دلیل بوده که در آغاز احداث روستا همه در کنار هم گرد می‌آمده‌اند و هرچند این امر، برای مثال سبب دور شدن محل ریختن زباله می‌شده، مثل آن است که کسی در چراگاه چارپایان شهر یا روستا یا محل هیزم آنها منزل گزیند. بر او به دلیل دور شدن یک باره اهل شهر یا روستا از

**حریم ماهیت مشکک دارد و تابع نیاز ملک احیا شده است و اگر زمانی به آن نیاز نداشت، دیگران حق تصرف و احیای آن را خواهند داشت.**

حقوق و مرافقشان نمی توان اعتراض کرد. این نیست مگر به آن دلیلی که گفتیم اهل روستا نمی توانند از منزل کردن دیگران جلوگیری کنند. حتی اگر دور شدن برخی حقوق و مرافق آن روستا را در پی داشته باشد و اگر چنین امری جایز نباشد، باید میان هر شخص یا گروهی مسافت طولانی وجود داشت، مگر این که گفته شود: با این که در این موارد ضرر وجود دارد، سابقه آن روشن نیست. و خدا آگاه است.

صاحب مفتاح الکرامه علاوه بر مطالب فوق که در جواهر آمده، بر ملک بودن حریم و ردّ قول مخالفان، به روایت بزنطی از امام رضا(ع) استناد می جوید که حدود ملک و ضیاع را معامله پذیر دانسته است. این روایت را در بحث پیش آوردیم.

گذشته از آن، وی سخن برخی از فقیهان را نمی پذیرد که دلیل سیره مستمر بر عدم رعایت حریم روستا و شهرها را آن می دانند که اهالی آن شهر یا روستا همگی آن جا را احیا کرده اند و در آن جا ساکن شده اند، و می گوید که بلکه خلاف آن تحقق یافته است، به گونه ای که شهر و روستا به تدریج آباد می شود. به این دلیل، میان حریم شهرها و روستاهای بزرگ و حریم روستاهای کوچک باید فرق گذاشت. ساختن بنا و تصرف در حریم شهرهای بزرگ و روستاها ممنوع نیست، ولی در روستاهای کوچک که حقوق روستاییان تضییع می شود و

زمین های کوچک از بین می رود، تصرف و ساختن بنا ممنوع است. دلیل تفاوت نیز آن است که حریم شهر و روستاهای بزرگ وسیع است و هرگاه کسی در حریم بنا احداث کند، حریم به بعد از آن منتقل می گردد، ولی در روستاهای کوچک که زمین اندک است، انتقال حریم به بعد آن امکان ندارد.

از سوی دیگر، ایشان بین ملک بودن حریم و ملک اصلی فرق می گذارد و می گوید:

«وکیف کان فالملک فی الحریم لیس نحو سائر الاملاک لأن کثیراً

من لوازم الملک متفیه فیہ و لأنه تارة یوجد و تارة یذهب؛<sup>۳۵</sup>

به هر حال، ملکیت در حریم همانند سایر ملکیت ها نیست،

زیرا بسیاری از لوازم ملکیت در آن وجود ندارد و به دلیل این

که گاهی به وجود می آید و گاهی از بین می رود.»

برخی از فقهای معاصر نیز نظر به ملک بودن حریم را پذیرفته اند.<sup>۳۶</sup>

تفصیل هایی که صاحب مفتاح الکرامه به آن می پردازد، همه برای فرار از

اشکالاتی است که بر نظریه ملک بودن وارد می آید - که آن را پس از بیان نظر

مخالف مشهور بر خواهیم رسید.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

جامع علوم انسانی

ب. دیدگاه غیر مشهور:

در مقابل نظر مشهور، عده ای از فقیهان امامیه و اهل سنت گفته اند که

حریم حقّی از حقوق است که تنها برای صاحبش اولویت در انتفاع و تصرف

می آورد و ملک نیست. کسانی که بر این نظرند، بنابر گزارش مفتاح الکرامه،

شیخ طوسی در مواضع دیگر از مبسوط و ایضاح است و این قول، در میان

فقیهان معاصر نیز طرفدارانی دارد. از جمله آیه الله تبریزی در پاسخ استفتایی

۳۵. مفتاح الکرامه، ج ۱۵/۷.

۳۶. جامع المسائل، آیه الله محمد فاضل لنکرانی، ج ۲/۳۶۷.

درباره تقسیم پذیر بودن حریم قریه، می گوید:

«حریم شرعی قریه، متعلق به تمام اهل قریه است و ملک

نیست تا قابل تقسیم باشد.»<sup>۳۷</sup>

و در پاسخ سؤال دیگر هم می گوید:

«در هر صورت حریم و مرتع ملک نیست و فقط متعلق حق

است که دیگران نمی توانند با صاحب حق مزاحمت کنند.»<sup>۳۸</sup>

طرفداران این قول هم گفته اند که حریم احیا نشده است تا ملک گردد.<sup>۳۹</sup>

دیگر آن که پس از احیای اصل ملک، ما در مالکیت حریم شک می کنیم که

مقتضای اصل عدم ملکیت خواهد بود.<sup>۴۰</sup> این قول، علاوه بر فقیهان مذکور در

قانون مدنی نیز پذیرفته شده است.

تحلیل و بررسی:

مجموع دلیل های دو طرف را در ملک یا حق دانستن حریم، می توان

این گونه گرد آورد: فقیهان پیشین چون شیخ طوسی و ابن براج، هیچ گونه

دلیلی به ملک بودن اقامه نکرده اند و فقهایی که استدلال کرده اند بیشتر به سه

مورد اشاره نموده اند:

۱. معنای ملک در حریم موجود است و به تبع بیع، حریم هم منتقل

می شود و تصرف در آن، نیاز به اجازه مالک دارد و احیای آن نیز جایز نیست.

۲. شفعه در آن جاری می شود و حق شفعه نیز در ملک جاری است، پس

حریم نیز ملک به شمار می رود.

۳. بتایر روایت بزنطی از امام رضا(ع) که حریم را معامله پذیر می داند،

۳۷. آدرس اینترنتی: <http://www.al-shia.com/html>، سؤال ۱۲۳۸.

۳۸. استفتائات جدید، آیه الله میرزا جواد تبریزی/ ۲۷۵.

۳۹. مفتاح الکرامه، ج ۱۵/۷.

۴۰. الفقه، ج ۷۷/۸۰.

معامله پذیر دانستن آن، مستقلاً دلیل ملک بودن است.

واقعیت امر این است که ملک دانستن حریم با مشکلات جدی رو در روی می شود. برعکس استدلال مخالفان مشهور که گفته اند: احیا از اسباب تملک به شمار می رود و در حریم، احیا صورت نگرفته است، ما نیز با مشهور موافق ایم که در احیا آباد کردن جزء جزء لازم نیست بلکه احیای زمین، موجب احیای توابع آن همچون حریم نیز می گردد. لیکن ما معتقدیم: درست است که در این جا تبعیت وجود دارد، اما احیا در حریم ملک آور نیست؛ چون مقصود احیاگر تملک آن نبوده بلکه برای نفع بردن از ملک، آن را احیا کرده است که فقط حق استفاده از آن را به وجود می آورد.

هیچ یک از دو طرف نزاع، نظریه شان را بر ضرر مستند نکرده اند و به مبنای حریم توجه ننموده اند. اگر مبنای حریم را ضرر بدانیم، نوبت به بحث تملک نمی رسد؛ زیرا به دلیل دفع ضرر از ملک، موقتاً و تا زمان احتیاج حق استفاده از آن به وجود آمده است. این ادعای مشهور که معنای ملکیت در حریم وجود دارد، ممنوع است؛ زیرا از عناصر اصلی ملکیت دائمی بودن و مطلق بودن است، یعنی تا اسباب ناقل نیامده، در ملکیت مالک همیشه باقی می ماند و از طرفی، مالک همه گونه تصرفات را در ملک خود می کند و دیگران، حق هیچ نوع تصرف بدون اجازه مالک ندارند، در حالی که هر دوی آنها در حریم وجود ندارد. اکثر فقها گفته اند که حریم ماهیت مشکک دارد و تابع نیاز ملک احیا شده است و اگر زمانی به آن نیاز نداشت، دیگران حق تصرف و احیای آن را خواهند داشت و دیگر حریم نخواهد بود. توجه دارید که هیچ یک از اسباب ناقل ملکیت، ایجاد نشده که آن را از ملک خصوصی خارج سازد.

از سوی دیگر، منع دیگران از احیا و تصرف آن از معانی اختصاصی ملکیت نیست بلکه هر گونه حقی، برای صاحبش توانایی ای به وجود می آورد که دیگران از آن بی بهره اند. تفصیل مفتاح الکرامه در تقسیم ملک به ملک

پایدار، مثل: ملکیت زمین احیا شده، و ناپایدار، مثل: ملکیت حریم، برای حل مشکل ذکر شده، گذشته از آن که با اصول فقهی معاملات نمی سازد، توجیهی بر تکلف است. افزون بر آن که بر مطلق بودن آن نیز خدشه وارد می شود، زیرا بنا بر گفته صاحب جواهر، سیره پایداری میان مسلمین در تمام اعصاب و امصار جاری بوده که برخی از تصرفات را در بعضی موارد حریم، جایز شمرده اند، مانند: منزل گزیدن در حریم شهر و قریه. این چگونه ملکیتی است که تصرف در آن بدون اذن امکان می پذیرد؟ توجیه صاحب جواهر، در امکان نزول دفعه ای و آباد کردن دسته جمعی شهر یا روستا، دور از ذهن است. افزون بر این، واقعیات موجود خلاف آن را ثابت می کند؛ چون همه جا توسعه شهرها و روستاها به صورت تدریجی اتفاق می افتد، نه دفعه ای.

لذا بهتر آن است که حریم را ملک ندانیم و تصرف غیر منافی را تا آن اندازه که ضرر نرساند، بی اشکال بدانیم. به این ترتیب، دیگران می توانند بدون اذن صاحب حریم، تصرفات سازگار با حق او در حریم بکنند، برای نمونه: درخت کاری یا زراعت در حریم چاه یا چشمه.

تمسک به جریان حق شفعه در حریم نیز امکان ندارد، زیرا دلیل اعم از مدعی است؛ چون حق شفعه ای که در راه مشترک و حریم ملک وجود دارد، به اعتبار خود ملک است، نه به اعتبار راه آن، چرا که حکمت وجودی حق شفعه نیز دفع ضرر از شریک است که شاید بر اثر بیع بر او تحمیل شود. طرف ضرر دیده می تواند برای جلوگیری از ضرر، با به کار بستن حق شفعه راه ضرر را بگیرد. در زمین مجاور که راه آن مشترک است، به لحاظ ضرری که متوجه ملک می شود، برای شفیع حق شفعه به وجود می آید. بنابراین، اجرای حق شفعه دلیل ملکیت نمی تواند باشد، چون ممکن است در مواردی، مانند: حق ارتفاق و حریم ملک، حق شفعه به تبع ملک به وجود آید که در خود ملک نیست، چون مبنای آن جلوگیری از ضرر شفیع است.

اما روایت یاد شده تنها دلالت بر معامله پذیر بودن حریم دارد که آن هم اعم از ملکیت است؛ زیرا هر حق مالی که قائم به شخص و وابسته به شخصیت طرف نباشد، معامله و مبادله پذیر است.

در مجموع دلایل مشهور، قول ملک دانستن حریم رد شد. نکته گفتنی دیگر این که در میان کسانی که حریم را حق می‌شمرند، آرای پراکنده‌ای وجود دارد. آیه‌الله تبریزی آن را حق می‌داند، هم چنان که در کلمات فقها نیز حق ذکر شده بود، ولی صاحب «الاراضی» آن را نه حق و نه ملک می‌داند بلکه آن را تنها جوازی بر استفاده از اطراف ملک به دلیل انتفاع کامل از خود ملک برمی‌شمرد. وی حریم را حق به معنای اخص که در مقابل ملک و حکم قرار دارد، نمی‌داند بلکه آن را حق به معنای اعم در نظر گرفته که به حکم شبیه‌تر می‌نماید و آن اباحه‌ای است که صاحب آن به دلیل دفع ضرر از خود، از آن بهره می‌گیرد و دیگران بدون اذن و اجازه می‌توانند تصرف سازگار و بی‌ضرر در آن بکنند. عدم جواز تصرف ناسازگار هم به لحاظ خود ماهیت حریم نیست بلکه به لحاظ ضرری است که به ملک، وارد می‌شود و گرنه چیزی که ملک نیست و متعلق حق دیگری است، تصرف و احیاپذیر خواهد بود. در این تحلیل ظریف، گویا مؤلف یاد شده، به مبنای حریم (تضرر: ضرر رسیدن) توجه داشته است که تضرر نیز تنها حکم منع از تصرف ضرررسان را در پی دارد نه ملکیت می‌آورد و نه حق به معنای اخص ایجاد می‌کند. در توضیح این مطلب می‌گوید:

«أن الحریم لا یدخل فی ملک أحد مثلاً حریم الدار لا یدخل فی ملک صاحب الدار وهكذا ولا یکون متعلقاً لحقه لما عرفت فی ضمن البحوث السابقه من أن الملك أو الحق فی الارض الموات لا یحصل للفرد إلا علی أساس قیامه بإحیائها ولا یمكن حصوله بدون القیام بهذه العملیة، فإن العمل هو المصدر

الوحيد عند الشرع لاختصاص الفرد بها لکن بالرغم من هذا لا يجوز لغيره التصرف فيه بما يوجب مزاحمته؛<sup>۴۱</sup>

حریم در ملک کسی داخل نیست همانند این که حریم خانه در ملک صاحب آن داخل نیست و هم چنین متعلق حق او نیز نیست، به دلیل آن که در ضمن بحث های گذشته آوردیم ملک یا حق در زمین موات برای کسی به وجود نمی آید، مگر که آن را احیا کند، و بدون انجام این عملیات، تملک یا حق، تحصیل نمی شود. پس کار تنها منبع تملک و اختصاص است. با این حال، برای غیر او تصرفی که مزاحم حق او گردد، روا نیست.

این محقق، دلیلش بر آن که حریم را نه ملک می داند و نه حق، آن می داند که: اگر حق بودن آن هم اثبات شود، دیگران بدون اذن صاحب حق در آن نمی توانند تصرف کنند و این با سیره مستمره ای که صاحب جواهر در مورد تصرف در حریم قریه، بدون اذن اهالی در عرف و سیره عقلا نقل می کند، منافات دارد؛ زیرا این حق اگر به وجود آید، صاحب آن می تواند آن را منتقل کند و مورد معامله جداگانه قرار دهد و دیگران را از هر نوع تصرف در آن باز دارد. از سوی دیگر، اسباب ایجاد چنین حقی با این گستره وجود ندارد. نهایت دلیل برای اثبات حریم که بسیاری از فقیهان بدان توجه کرده اند و سیره عقلا آن را بیان می کند، نفی ضرر از مالک و بردن کمال انتفاع از ملک است. خود ملک اهمیت دارد و اگر حقی به وجود می آید، به اعتبار ملک است و اگر دیگران هم از حریم منع می شوند، خود حریم اصالت ندارد تا به صورت مستقل، معتبر شود و موضوع ملکیت و حق قرار گیرد.



### ج. دیدگاه اهل سنت:

چنان که گفتیم، برخی از فقیهان ما حق بودن حریم را به عامه نسبت داده‌اند، اما با نگاه به منابع فقهی اهل سنت درمی‌یابیم که فقهای اهل سنت نیز دو دسته‌اند: از کلمات ابن قدامه استفاده می‌شود که وی حریم را حق می‌داند نه ملک. وی در المغنی می‌گوید:

«الإحياء بأن يهيئه لانتفاع به دون حصول المنفعة فيصير مالكا لقرار النهر وحافته، وهوائه حق له وكذلك حریمه وهو ملقى الطين من كل جانب وعند القاضي أن ذلك غير مملوك لصاحب النهر وإنما هو حق من حقوق الملك وهذا مذهب الشافعي، وظاهر قول الخرقى أنه مملوك لصاحبه لقول رسول الله (ص) "من أحى أرضاً لم تملك فهي له"؛<sup>۴۲</sup> احياء آن است که زمین را برای انتفاع فراهم سازد، بدون آن که از آن نفع برده شود. پس احیاگر، مالک قرار نهر و اطراف آن می‌گردد، و فضا، حقی است برای او و هم چنین حریم آن، که از دو طرف به آن جا خاک سرازیر می‌شود. ولی قاضی، حریم نهر را در ملک مالک نهر نمی‌داند. شافعی نیز چنین می‌گوید، اما بنابر ظاهر گفته «خرقی» حریم در ملک صاحب نهر است، به دلیل روایت نبوی که فرمود: «اگر کسی زمین بی مالک را احیا کند، آن زمین از آن او می‌گردد».

به رغم گفته ابن قدامه که حق بودن حریم را به شافعی نسبت می‌دهد، «جلال الدین سیوطی» که از علمای بزرگ شافعیه است، آشکارا حریم را ملک برمی‌شمرد. وی در کتاب «اشباه و نظائر» قاعده فقهی بیان می‌کند:

۴۲. المغنی، موفق الدین بن قدامه، ج ۶/ ۱۷۱ و ۱۷۲.

«الحریم له حکم ما هو حریم له»؛<sup>۴۳</sup>

حریم همان حکم ذوالحریم را دارد.

وی پس از بیان حدیث نبوی که آن را منشأ قاعده یادشده می‌داند، از گفته زرکشی یاد می‌کند که: در واجب، حرام و مکروه حریم وجود دارد. حریم حرام، به پیرامونی گویند که حرام را در بر گرفته است، مانند: «فخذین» که حریم عورت به شمار می‌رود. و حریم واجب آن است که واجب جز به آن تمام نگردد. و در ادامه تصریح می‌کند: این قاعده، حریم معمور را نیز در بر می‌گیرد و آن حریم نیز در ملک مالک است و بنابر نظر صحیح، نمی‌توان آن را احیا کرد. آن‌گاه می‌افزاید که: حریم مسجد نیز در حکم مسجد است. این که جنبی در آن جا بنشیند تا خرید و فروش کند، حرام است و می‌شود از آن جا اقتدا کرد و می‌توان در آن جا اعتکاف کرد و...<sup>۴۴</sup>

المجمله نیز در ماده ۱۲۸۶ پیرو این نظر، حریم چاه‌ها را ملک صاحبان آنها می‌داند. پس دیگران هیچ‌گونه تصرفی در آنها نمی‌توانند بکنند. لذا اگر کسی در حریم چاه دیگری، چاه احداث کند، چاه دوم بسته می‌شود و حریم چشمه‌ها و نهرها و قنات‌ها نیز چنین است.

شارح المجمله در پیوست این ماده می‌گوید که: اگر دو نفر نهری را حفر کنند، بر این اساس که نهر مال یکی باشد و زمین ملک دیگری، این قرارداد جایز نیست بلکه نهر و زمین میان هر دو مشترك خواهد بود.<sup>۴۵</sup>

چنان که ملاحظه می‌شود هیچ‌یک از پیروان دو قول یاد شده، استدلال جالب توجهی را پیش نکشیده‌اند. حدیث نبوی که برای اثبات ملکیت آورده شده، دلالتی بر آن ندارد؛ زیرا روایت، عمل احیا را یکی از اسباب تملک می‌داند. بی‌تردید،

۴۳. الاشباه والنظائر، جلال‌الدین عبدالرحمن سیوطی، ج ۱/۲۸۶.

۴۴. همان.

۴۵. درر الحکام، علی حیدر، ج ۱۰ و ۱۱/۳۰۷.

اصل ملک احیا شده در ملک احیاکننده درمی آید، اما آیا حریم ملک نیز چنین است؟ تنها می ماند قاعده ای که سیوطی مستند قول خود قرار داده است. این قاعده، به تصریح وی از این روایت نبوی گرفته شده است:

«الحلال بین والحرام بین وینهما مشبهات لایعلمهن کثیر من الناس فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى، يوشك أن يرتع فيه»؛<sup>۴۶</sup>

حلال آشکار و حرام آشکار است و میان آن دو، مشبیهاتی قرار دارد که اکثر مردم آن را نمی دانند. هرکس از شبهات بپرهیزد، دین و آبرویش را نجات داده است، و هرکس به شبهات عمل کند، در حرام واقع می شود، مانند: چوپانی که در اطراف قُرُق گاه (گوسفند) می چراند که حتماً در قُرُق هم خواهد چراند. این روایت که سیوطی نقل می کند، درباره احتیاط و پرهیزکاری در عبادات است و استفاده یک قاعده فقهی باب معاملات از آن، دور از ذهن و پرتکلف می نماید.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

د. دیدگاه قانون مدنی: *بال جامع علوم انسانی*

قانون مدنی در این مسئله، دیدگاه غیر مشهور را پذیرفته است و آن را حق می داند، مانند: حق ارتفاق. در ماده ۱۳۹ قانون مدنی آمده است:

«حریم در حکم ملک صاحب حریم است و تملک و تصرف در آن که منافی باشد با آنچه مقصود از حریم است، بدون اذن از طرف مالک صحیح نیست ...»

چون این امر تجاوز به حق ثابت سابق، به شمار می رود. دکتر امامی در شرح ماده یاد شده، از جایز نبودن احیای خاکریز پیرامون نهر و چاه و هم چنین برف انداز اطراف خانه و یا محل خاک، کود، خاشاک، معبر و مزرعه بدون اذن صاحب حریم می نویسد و ناسازگار بودن هرگونه عمل موجب احیا با حق حریم را دلیل بر آن برمی شمرد. البته در ادامه می افزاید که: اگر تصرفی ضرر نرساند و با حق حریم سازگار باشد، آن تصرف جایز خواهد بود، چنان که در حریم قنات (پانصد گز) و یا در حریم چاه آب خوردن (بیست گز)، دیگری می تواند بنایی سازد. یا کشتی کند و در این باره اذن صاحب حریم ضرورت ندارد؛ زیرا این اراضی احیا نشده است و طبق ماده ۱۳۴ قانون مدنی، «هرکس از اراضی موات و مباحه قسمتی را به قصد تملک احیا کند مالک آن قسمت می شود». ولی نباید احیاکننده در تصرفات خود به حق صاحب حریم، ضرر برساند. در نتیجه، با احیای این اراضی دو حق با یکدیگر جمع می شود: یکی حق مالکیت احیاکننده و دیگری حق حریم صاحب قنات و چاه آب.<sup>۴۷</sup>

حقوق دانان دیگر هم این موضع قانون مدنی را پسندیده اند و قول مخالف آن را مردود دانسته اند.<sup>۴۸</sup>

از مفاد ماده یاد شده چنین برمی آید که مبنای ایجاد حریم جلوگیری از ضرر رساندن به صاحب حق است و با ماده ۱۳۶ قانون مدنی که حریم را برای کمال انتفاع ضروری می داند، منافات ندارد؛ زیرا نقص در انتفاع نیز ضرر به شمار می رود. افزون بر این، آرای دیوان عالی کشور در ایران نیز بر این مبنی استوار است. شعبه ششم دیوان کشور در تاریخ ۲۲ فروردین ۱۳۲۹ در حکم شماره ۱۰۵ نوشته است:

۴۷. حقوق مدنی، سید حسن امامی، ج ۱/۱۲۲.

۴۸. حقوق اموال، محمدجعفر جعفری لنگرودی/۳۳۷.

«مطلق تصرف در حریم قنات دیگری منع نشده است بلکه تصرفات مضره از قبیل کندن چاه منع شده است.»<sup>۴۹</sup>

نظریه قانون مدنی و حقوق دانان، همان قول غیر مشهور و برآمده از مبانی آنان در حریم است.

با توجه به آنچه در بحث مبانی حریم آورديم، قول مشهور و ملکیت حریم، برخلاف قول غیر مشهور، با دشواری‌ها و موانعی رودرروی است. بنابراین، قول غیر مشهور که حریم را حق می‌داند، ترجیح دارد؛ زیرا هم با مبانی حریم سازگارتر است و هم با واقعیات زندگی امروز.

پس صاحب حریم نمی‌تواند دیگران را از هرگونه تصرف در حریم باز دارد. او فقط می‌تواند از تصرفات ضرررسان دیگران جلوگیری کند. از آن سوی، دیگران هم می‌توانند جز تصرفات ضرررسان، در آن ملک هر نوع تصرف دیگری، حتی احیای آن ملک بکنند. دیگران می‌توانند در حریم قنات دیگری، برای نمونه: در فاصله دویست متری و حتی کمتر، درخت بکارند و تصرفاتی بکنند که سازگار با حق صاحب قنات باشد.

نتیجه آن که قانون مدنی در این مسئله، برخلاف نظر مشهور فقیهان، حریم را ملک نمی‌داند بلکه آن را در حکم ملک قرار می‌دهد. واضح است که تعبیر قانون مدنی نیز مبهم است؛ زیرا در حکم ملک بودن برحق بودن حریم صراحتی ندارد و ممکن است از آن چنین فهمید که: حریم، نه ملک است و نه حق. شاید یقین نداشتن قانون‌گذار به حق بودن حریم، او را به ورطه پوشیده‌گویی کشانده است تا هنگام رودرروی شدن با اشکالات آن، راه‌گریزی داشته باشد.

---

۴۹. مجموعه رویه قضایی، حقوقی، احمد متین‌دفتری/۲۹۶ (به نقل از: قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، کاتوزیان/۱۰۱).

## ۳. احکام حریم:

در پی دو عنوان بررسی می شود:

## الف. حکم تکلیفی حریم:

اتصاف فعلی از افعال مکلف، به یکی از عنوان های وجوب، حرمت و ... را حکم تکلیفی می گویند. برای بیان حکم تکلیفی حریم، دو دسته روایات وجود دارد که دسته ای تصرف در مال غیر را بدون اذن صاحب آن منع می کند، و دسته دیگر روایات باب حریم است که به بعضی از آنها پیش تر اشاره نمودیم. و اما عمومات نیز دو دسته اند: دسته اول عموماتی مانند «من أتلف شيئاً ضمنه» است که دلالتی بر تحریم تصرف غیر در حریم ندارد، و دسته دوم عموماتی است که تصرف در مال غیر را بدون رضایت صاحب آن نفی می کند. کبرای قضیه مورد اتفاق فقها بلکه عقلاست که همگی، تصرف در مال غیر را بدون اذن صاحبش جایز نمی دانند، اما در صغرای قضیه جای بحث وجود دارد: آیا تصرف در حریم بدون اجازه صاحب آن، تصرف در مال غیر است؟ این بحث، در پی پاسخ به این پرسش مطرح می شود: آیا حریم ملک است یا حق؟ بنا بر نظر مشهور که حریم را در ملک صاحب حریم می دانند، این مطلب برمی آید که تصرف در حریم بدون اجازه صاحب آن ممنوع است، اما بنا بر نظر غیر مشهور که حریم را حق می دانند، به نظر می رسد که دلالت عمومات یاد شده، درست باشد؛ زیرا حق و به ویژه حقوق مالی، مورد احترام و حمایت است. در این باره، حتی اگر حق را به معنای اعم بگیریم، باز هم مورد حمایت خواهد بود، به این دلیل که صاحب «الاراضی» که حریم را نه ملک می داند و نه حق، به معنای اخص می گوید:

«لکن بالرغم من هذا لایجوز لغيره التصرف فيه بما یوجب

مزا حتمه»؛ ۵۰

به رغم این که حریم نه ملک است و نه حق ملکی، برای دیگران جایز نیست که در حریم تصرفی کند که موجب مزاحمت صاحب حریم گردد.

فقیهان، حرمت تصرف در حریم را به چندین گونه عبارت آورده اند. شیخ طوسی می گوید:

«لم یکن له ذلک و منع منه بلا خلاف»؛<sup>۵۱</sup>

تصرف در حریم جایز نیست و بدون اختلاف نظر میان فقیهان، تصرف کننده از آن منع می گردد.

و ابن براج نیز تعبیر به «لم یجز» می کند<sup>۵۲</sup> و علامه حلی هم می گوید: «لایجوز...»<sup>۵۳</sup> چنان که مرحوم خوئی گفته است: «لیس لأحد أن یزاحم أهالیها...»<sup>۵۴</sup>.

همه این تعبیرها، همان حکم تکلیفی تحریم است که روی گردان از آن، فعل حرام کرده و در خور عذاب اخروی خواهد بود.

گفتنی است که حکم تکلیفی حریم، به گونه ای از مبنای حریم برمی آید؛ زیرا بنا بر نظر مشهور، هر نوع تصرف در حریم جایز نیست، اما بنا بر نظر مخالف مشهور، تنها تصرفات ضرررسان در حریم بدون اجازه صاحب آن حرام است و تصرفاتی که این گونه نباشد، اشکالی ندارد. از سوی دیگر، به نظر مشهور، در املاک، حریم نیست و حریم ویژه موات است. اما بنا بر نظر غیر مشهور که مبنی را اضرار قرار می دهد، تفاوتی میان ملک و غیر آن وجود ندارد؛ چون قاعده «لا ضرر» حاکم بر قاعده تسلیط است، البته در فرضی که

۵۱. المبسوط، ج ۳/ ۲۷۲.

۵۲. المهدب، ج ۲/ ۳۱.

۵۳. تذکره الفقها، ج ۲/ ۴۱۳.

۵۴. منهاج الصالحین، ج ۲/ ۱۶۷.

شخص برای ضرر نرساندن به حریم همسایه مجبور شود که در ملک خود تصرف نکند و این گونه به خود او ضرر رسد، میان دو ضرر تعارض به وجود می آید که باید به قواعد حل تعارض مراجعه کرد. بیشتر فقیهان برای جلوگیری از ضرر بزرگ تر به ضرر اندک و کمتر توجه نمی کنند. بنابراین، تصرفی که شخص در ملک خود می کند، محدود است به این که نامتعارف نباشد. در غیر این صورت، باید از عهده زیان های وارد شده به همسایه برآید.

مطلب دیگری که صاحب «العناوین» به آن اشاره نموده،<sup>۵۵</sup> فرع بودن حکم تکلیفی حرمت تصرف در حریم یا تصرف ضرررسان در حریم، بر علم یا ظن قوی به حکم و موضوع هر دو است؛ یعنی این که تصرف کننده در زمین هم باید به حریم بودن آن و هم به حرمت تصرف بدون اذن صاحب در آن ملک، علم یا ظن قوی داشته باشد؛ زیرا همه احکام تکلیفی، فرع بر علم است و بنابر نظر غیر مشهور، باید به ضرررسان بودن تصرف، علم داشته باشد.

### ب. حکم وضعی حریم:

به دنبال حکم تکلیفی، معمولاً حکم وضعی نیز مطرح می شود و ارتباط این دو آن قدر به هم تنیده است که بعضی از اعظام فقها فرموده اند که: حکم وضعی برخاسته از حکم تکلیفی است.

اگر کسی در حریم تصرف کند، بنابر قول مشهور، و یا تصرفی بکند که ضرررساند، بنابر قول غیر مشهور، تنها کار حرامی نکرده بلکه نخست در عمل منع می شود و چنان که از نظر شیخ طوسی و ابن براج برمی آید، اگر بر تصرف خود ادامه دهد، از آن بیرون رانده می شود، و بنابر قوانین آیین دادرسی می توان دادخواست رفع تصرف عدوانی کرد و دادگاه نیز او را به دفع مزاحمت



و تصرف و خواهد داشت. اما درباره تصرفات گذشته نیز ضمان به وجود می‌آید؛ یعنی به لحاظ خسارتی که به دلیل تصرف عدوانی تصرف کننده در حریم ایجاد شده، به همان اندازه ضامن جبران خسارت وارد شده نیز خواهد بود. بنابراین حکم وضعی در دو بخش گذشته، حکم به ضمان تصرف کننده می‌شود که از عهده جبران آن برآید. درباره آینده نیز تصرف کننده، از حریم خلع ید خواهد شد. مبنای این حکم نیز عمومات جبران ضرر و زیان در فرض اتلاف و تسبیب، و روایاتی است مانند: «من أُلْف شَيْئاً ضَمَنَهُ» و نیز روایت «من أضرّ بشيء من طريق المسلمين فهو ضامن» که در کتاب عناوین وجود دارد. بنابراین هر دو نظر، از این مبانی برای ضامن دانستن تصرف کننده می‌توان استفاده کرد، به ویژه بنابر نظر غیر مشهور که ملاک ضرر را در مبنای حریم اخذ کرده‌اند و اما تصرفات بی ضرر، بنابر این قول، حکم وضعی ضمان ندارد. گذشته از ضمان، اصولاً بنابر این مبنی حریم را می‌توان احیا کرد، البته به شرط آن که احیای آن لطمه‌ای به حق صاحب حریم وارد نکند. این در حالی است که بنابر نظر مشهور، حریم احیاناً پذیر است.

آیه‌الله تبریزی در پاسخ به استفتای «شخصی در حریم زمین و قریه دیگران عمارت درست می‌کند در ابتدا از اهل قریه کسی از آن جلوگیری نمی‌کند و قدرت آن را نداشتند، ولی پس از آن اعتراض می‌کنند تکلیف شرعی چیست؟» می‌گوید:

«باسمه تعالی. اگر عمارت در حریم شرعی که در رساله تعیین شده، ساخته شده باشد، اهالی قریه حق مطالبه و اجبار بر خراب کردن آن را دارند، در فرضی که مزاحمت با اهل قریه داشته باشد. والله العالم.» ۵۶

این سؤال، فقط به یک بخش از حکم وضعی حریم پرداخته و به این مسئله

که آیا تصرف کننده، ضامن مدت استفاده خویش از حریم خواهد بود، اشاره ای ندارد و بنا بر مطالبی که تاکنون گفتیم، شخص یاد شده، اجرت زمان استفاده از حریم را نیز ضامن خواهد بود و او باید از عهده جبران خسارت وارد شده، از جمله هزینه قلع بنا و حمل آوار تخریب شده نیز برآید.

#### ۴. حریم و حقوق عمومی:

شاید حریم از دو جهت با حقوق عمومی ارتباط پیدا کند: نخست ایجاد اصل حریم، و دیگر توسعه و تضییق حریم.

#### الف. ایجاد حریم:

در فقه، دخالت قدرت عمومی و حکومت در ایجاد حریم، به این گونه مطرح شده است که آیا اذن امام (ع) و اذن نایب خاص یا عام او در احیای موات و به تبع آن ایجاد موارد حریم، ضروری است یا خیر؟ فقیهان در این بحث دو دسته شده اند: دسته ای که زمین های موات را جزء انفال می شمرند، اذن را ضروری دانسته اند، ولی فقیهانی که موات را از مشترکات عمومی یاد کرده اند، چنین اذنی را ضرور ندانسته اند.<sup>۵۷</sup> حضرت امام خمینی اذن حاکم شرع را ضروری می شمارند.<sup>۵۸</sup>

امروزه گرفتن مجوز برای احیای موات به طور کلی و احداث چاه، نهر و مانند آن به خصوص، از دولت و نهادهای تابعه آن، لازم شمرده می شود.

المجله نیز در عنوان بحث حریم چاه ها و نهرها تذکر می دهد که: احداث چاه و مانند آن باید با اذن سلطان باشد.<sup>۵۹</sup>

البته تحولات زندگی کنونی و محدودیت های خاص اقتضا دارد که برای

۵۷. تحریر المجله، کاشف الغطاء، ج ۲/۲۵۴.

۵۸. کتاب البیع، امام خمینی (ره)، ج ۳/۱۵.

۵۹. درر الحکام، ج ۳/۳۰۳.

نظم و نسق یافتن امور، نهاد خاص بر احداث چاه آب و نهر و احیای موات نظارت کند و برای جلوگیری از سوءاستفاده های عده ای سودجو و فرصت طلب، گرفتن مجوز ضروری باشد.

### ب. توسعه و تضییق حریم:

توسعه و تضییق حریم، مهم ترین بخش تأثیر قدرت عمومی و حکومت در نهاد حریم است. آیا دولت چنین حقی دارد که املاک اشخاص را به حمایت از منافع جامعه و حقوق عمومی تملک کند یا جزء مشترکات عمومی قرار دهد؟ مشهور فقیهان که اندازه های تعیین شده را برای حریم مقطوع می پندارند، به دلایلی مانند حفظ نظام و جلوگیری از اختلال نظام و هرج و مرج، راه حلی را برای دخالت دولت اسلامی در افزایش و یا کاستن از اندازه حریم پیدا کرده اند، همانند آنچه در ماده نهم قانون زمین شهری آمده است:

«... مالکان اراضی بایر و دایر شهری موظف اند زمین های مورد نیاز دولت یا شهرداری ها را ... با تقویم دولت به آنها بفروشند».

مجلس شورای اسلامی طی نامه ای به امام خمینی، ضرورت قانون یاد شده را به استحضار ایشان رساند و خواستار اجازه ایشان شد که در تاریخ ۱۹ مهر ۱۳۶۰ در پاسخ چنین فرمودند:

«... آنچه در حفظ نظام جمهوری اسلامی دخالت دارد که فعل یا ترك آن موجب اختلال نظام می شود و آنچه ضرورت دارد که ترك یا فعل آن مستلزم فساد است و آنچه فعل یا ترك آن مستلزم حرج است، پس از تشخیص موضوع به وسیله اکثریت وکلای مجلس شورای اسلامی با تصریح به موقت بودن آن مادام که موضوع محقق است و پس از رفع موضوع

خود به خود لغو می شود، مجازاند در تصویب اجرای آن، و باید تصریح شود که هر یک از متصدیان اجرا از حدود مقرر تجاوز نمود، مجرم شناخته می شود...»<sup>۶۰</sup>

چنین مبنایی درباره حریم نیز استوار خواهد شد که به لحاظ ضرورت و جلوگیری از اختلال نظام، اکثر نمایندگان مجلس، قانونی موقتی برخلاف مقادیر تعیین شده، وضع کنند.

اما بنا بر نظر غیر مشهور که مبنی را بر ضرر قرار می دهند، دولت اسلامی مجری امین این قاعده خواهد بود که حریم را تا جایی که دفع ضرر و انتفاع را فراهم می آورد، توسعه دهد یا تضییق کند، و چنین دستورها و فرمان های دولت اسلامی، خلاف قاعده محسوب نمی گردد بلکه مطابق قاعده است. یکی از مواردی که فقیهان به گسترش آن توجه کرده اند، توسعه راه هاست، از آن روی که اندازه های تعیین شده در روایات (پنج ذراع یا هفت ذراع) با وجود وسایط نقلیه و صنعت و ماشین و پدید آمدن مشکل ترافیک در زندگی شهری، پاسخ گوی نیازهای زمان نیست. مؤلف الاراضی می گوید:

«قد قام علی عدم جواز التصرف فی الزائد علی الحد المذكور بناء قطعی من العقلاء ومن الطبیعی أن هذا البناء یكون قرینة علی أن التحدید فی المعتبرین المتقدمین مبنی علی الغالب ولا موضوعیة له والمناط إنما هو بطبیعة حاجة المارة كما و کیفاً»<sup>۶۱</sup>

در حقیقت، بر عدم جواز تصرف بیشتر از مقدار ذکر شده، بنای مسلم عقلا وجود دارد و طبعی است که بنا بر این مبنا، اندازه های تعیین شده در دو روایت مذکور (پنج ذراع و هفت

۶۰. مجموعه قوانین آیین نامه و ... مربوط به داخل محدوده شهرها، سازمان زمین شهری/ ۱۳ (به نقل از: تملک اراضی توسط دولت و شهرداریها، محمد جامه بزرگ/ ۳۳).

۶۱. الاراضی/ ۱۵۴.

ذراع) مبتنی بر غالب (زمان صدور روایت) بوده است و موضوعیت ندارد و ملاک آن، به نیاز طبیعی رهگذر هم از لحاظ کمی و هم کیفی، بستگی دارد.

وی می افزاید که: اندازه های تعیین شده امکان نفی بنای یاد شده را ندارد. بدیهی می نماید که ناممکن است شارع مقدس امری را جایز شمرد که موجب اختلال نظام بشود بلکه شارع مقدس باید از این نوع تصرف ها باز دارد و برای آن، حدّ و حدودی وضع کند، چنان که در عصر غیبت بر حاکم شرع لازم است که از آن منع کند تا هرج و مرج و اختلال نظام پیش نیاید.<sup>۶۲</sup> وی پس از آن در تأیید مبنای خود، از گفته شهید در مسالک و محقق در جامع المقاصد یاد می کند.

دولت اسلامی، بنا بر آنچه در کتاب الفقه آمده، زمانی که به توسعه راه عمومی یا اختصاصی در صحرا یا شهر نیاز باشد می تواند در خانه ها و باغ ها تصرف کند، البته به شرطی که به صاحبان آن خانه ها عوض دهد تا جمع میان دو حق گردد.<sup>۶۳</sup>

روایتی در وسایل و روایتی در مستدرک با مضمونی مانند هم که البته تفاوت اندکی با هم دارند، شاید بتواند شاهی بر مدعای ما باشد:

بخشی از آن روایت اشاره دارد که هرگاه حضرت حجت (ع) ظهور می فرماید راه ها را توسعه می دهد، هر بنایی را که راه را بسته باشد، از بین می برد، مستراح ها و ناودان های مزاحم معبرها را می بندد...<sup>۶۴</sup> و در روایت مستدرک تصریح شده است که راه ها را شصت ذراع توسعه می دهد.<sup>۶۵</sup>

از همه مهم تر سخن کاشف الغطاءست که بر اساس مبنای ضرر، تعیین آن

۶۲. همان.

۶۳. الفقه، ج ۸۰/۸۲.

۶۴. وسایل الشیعه، ج ۱۷/۳۴۷.

۶۵. مستدرک، میرزا حسین نوری، ج ۱۷/۱۲۱.

را به اولیای امور می سپارد که البته باید صالح و مصلح باشند و دولت، دفاع از منافع جامعه را با گماردن افراد صالح و امین و نیز خیره عهده دار می شود و اندازه حریم ها را متناسب با نیاز زمان و مکان تعیین می کند و خود نیز از آن حمایت می نماید و آن را اجرا می کند.

دولت می تواند این امر را به سازمان ها و شرکت ها واگذار کند، چنان که روند معمول فعلی نیز چنین است. برای نمونه: آیین نامه نحوه تعیین حد بستر و حریم رودخانه ها و انهار و مسیل ها و مرداب ها و برکه های طبیعی، مصوب دوازدهم تیرماه ۱۳۷۰ تعیین حریم را بر عهده وزارت نیرو یا شرکت های آب منطقه ای گذاشته است. ۶۶ و ماده نهم آیین نامه اجرایی قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن مصوب هشتم مهر ۱۳۶۶ تعیین حریم روستا را بر عهده هیئت مرکزی واگذاری زمین گذاشته است. ۶۷ اهل سنت نیز معمولاً اختیار کم و زیاد کردن حریم راه را به دولت می دهند. برای نمونه: استفتایی از سیوطی در «حاوی» نقل شده به این عبارت:

«این روزها ابنیه ای که در خیابان ها و حریم مساجد احداث شده اند قلع و قمع می نمایند آیا این کار جایز است؟» که وی چنین پاسخ گفته است: «بله این کار نه تنها جایز بلکه واجب است.» ۶۸

## ۵. موضوعات نوپیدای حریم:

یکی از آثار مهم نزاع در مبنای حریم، در مصادیق حریم و به خصوص موضوع های مستحدثه آن آشکار می گردد. به این ترتیب، بنابر نظر مشهور این

۶۶. مجموعه کامل قوانین و مقررات حقوقی، تدوین فرج الله قربانی / ۹۱۲.

۶۷. سایت سازمان جنگل ها و مراتع و آب خیزداری:

<http://www.Frw.org.ir/Fa/saruquz>

۶۸. الحاوی، ج ۱ / ۱۷۰.

مصادق‌ها را نمی‌توان زیر موضوع حریم گنجانند بلکه تنها مبنای مشروعیت آن را یا باید در موضوع‌ها و نهادهای دیگر فقهی؛ مانند: حق ارتفاق، جست و یا آن که آن را زیر موضوع حکم حکومتی گنجانند تا مشروعیت آن ناشی از قدرت عمومی دولت باشد. اما بنابر دیدگاه برگزیده ما، بسیاری از این موضوع‌ها که در قوانین آمده، در نهاد حریم می‌گنجند.

بنابر نظر مورخ هشت اردیبهشت ۱۳۶۰ شورای نگهبان در ارتباط با اصل ۴ قانون اساسی مقرر می‌دارد:

«... مستفاد از اصل چهارم قانون اساسی این است که به طور اطلاق کلیه قوانین و مقررات در تمام زمینه‌ها به عهده فقهای شورای نگهبان است، بنابراین قوانین و مقرراتی را که در مراجع قضایی اجرا می‌گردد و شورای عالی قضایی آنها را مخالف موازین اسلامی می‌داند، جهت بررسی و تشخیص مطابقت یا مخالفت با موازین اسلامی برای فقها و شورای نگهبان ارسال دارید.»

پاسخ فوق در جواب نامه شورای عالی قضایی داده شده است که در آن از اجرای قوانین و تصویب نامه‌ها و آیین نامه‌های گذشته که خلاف موازین اسلام است و نحوه صدور حکم در محاکم پرسیده شده است.<sup>۶۹</sup> یکی از اعضای شورای نگهبان در این خصوص می‌گوید:

«بحث مهمی که در رابطه با اصل ۴ قانون اساسی مطرح بود، هم اکنون نیز مطرح و مورد بحث می‌باشد این است که آیا تشخیص فقهای شورای نگهبان در خصوص منطبق بودن قوانین و مقررات با موازین شرع ناظر به قوانینی است که در مجلس شورای اسلامی تصویب می‌شود و وفق اصل ۹۴ باید

۶۹. مهرپور، حسین، مجموعه نظریات شورای نگهبان/ ۴۸، جلد سوم، انتشارات کیهان، چاپ اول، ۱۳۷۱.

بازنگری قوانین مربوط به حریم از جمله قانون مدنی و قوانین دیگر جهت یک‌دست نمودن احکام و مسائل آنها و به لحاظ سایر عناصر حریم ضرورت دارد.

به شورای نگهبان ارسال شود یا کلیه قوانین و مقررات قابل اجرا حتی قوانینی که قبل از تصویب قانون اساسی و قبل از انقلاب اسلامی تصویب نشده چون فسخ نشده قابل اجراست را نیز شامل می‌شود و در خصوص قوانین مزبور نیز فقهای شورا می‌توانند اظهار نظر کنند و اگر آن‌ها را مغایر موازین شرع تشخیص دادند، آن را اعلام کنند... اصل ۴ قوانین گذشته و حال را شامل می‌شود و در هر مورد تشخیص شورای نگهبان معتبر است. ۷۰

بنابراین قوانین تا زمانی که خلاف شرع بودن شان توسط شورای نگهبان اعلام نشده معتبر است. قوانین مربوط به حریم اعم از قوانین، آیین‌نامه‌ها، تصویب‌نامه‌ها و دستورالعمل‌هایی که قبل از انقلاب اسلامی تدوین و تصویب شده‌اند نیز خلاف شرع بودن شان اعلام نشده است.

لذا قوانین و مقررات مزبور تا زمانی که با قانون جدید نسخ نشده و یا خلاف شرع بودن شان توسط شورای نگهبان اعلام نشده است، قوانین



لازم‌الاتباع و معتبر خواهند بود.

به نظر این تحقیق نیز قوانین مذکور مخالفت صریح با احکام اسلام ندارد و فقط با برخی نظریات فقهی ممکن است تعارض داشته باشد.

با این مقدمه شایسته است که به برخی از مصداق‌های حریم اشاره نماییم.

حریم نیروی انتقال برق: دو نوار فرضی در دو طرف مسیر خطوط نیروی برق است که در عرض هر یک از دو نوار در سطح افقی با توجه به ولتاژ برق جهت عبور ایمن جریان الکتریسیته و نیز جلوگیری از ضرر رساندن به مجاورین و ساکنین خطوط تعیین می‌شود.<sup>۷۱</sup>

حریم خطوط هوایی با توجه به نوع عملیات و ایجاد تأسیسات ساختمانی و مانند آن به دو قسم حریم درجه یک و درجه دو تقسیم می‌شود.<sup>۷۲</sup>

حریم لوله انتقال گاز و نفت: به شرکت ملی گاز اجازه داده شده است حریم لول انتقال گاز را تا ۲۵۰ متر در خارج محدوده شهرها افزایش دهد و اگر

۷۱. حریم از نظر فنی و حقوقی و قوانین مربوطه، مرتضی سرمد، ج ۱/۱۱۱.

۷۲. در حریم درجه یک، هرگونه عملیات ساختمانی و ایجاد تأسیسات مسکونی و دامداری یا باغ و درخت کاری و انبارداری تا هر ارتفاع ممنوع است و فقط ایجاد زراعت فصلی و سطحی و حفر چاه و قنوات در راه سازی و شبکه آب یاری‌ای بی مانع است که موجب ورود خسارت به تأسیسات خطوط انتقال نگردد. در حریم درجه دو فقط ایجاد تأسیسات ساختمانی اعم از مسکونی و صنعتی و مخازن سوخت تا حد ارتفاع ممنوع است.

ماده هشتم آن قانون نیز مقرر می‌دارد: برای کلیه عملیاتی که به وسیله اشخاص حقیقی یا حقوقی، به منظور راه سازی، کارهای کشاورزی، حفر چاه و قنات، عبور و حمل بار و ماشین آلات و مانند آن که در مسیر و حریم خطوط نیروی برق انجام می‌گیرد، باید اصول حفاظتی به منظور جلوگیری از بروز خطرهای جانبی و ورود خسارت‌های مالی رعایت شود.

کسی این حریم را نادیده گرفت و در آن بنایی احداث کرد بدون جبران خسارت آن بنا نابود می‌گردد. ۷۳

حریم دریا: قسمتی از اراضی ساحلی یا مستحدث که یک طرف آن متصل به آب دریا یا دریاچه باشد. حریم دریای خزر و خلیج فارس و دریای عمان شصت متر تعیین شده است. ۷۴

حریم رودخانه: آن قسمت از اراضی اطراف رودخانه‌ها، مسیل، نهر طبیعی یا سستی مرداب و برکه طبیعی است که بلافاصله از بستر قرار دارد و به گونه حق ارتفاق برای کمال انتفاع و حفاظت آن لازم است و آن بیست متر

۷۳. ماده یکم آیین‌نامه اجرای تبصره یکم قانون منع احداث بنا و ساختمان در دو طرف خطوط لوله انتقال گاز مصوب ۱۳۵۰ بیان می‌کند که: احداث هرگونه بنا و ساختمان، مانند: بیمارستان، مدرسه، آپارتمان، میدان ورزشی، اردوگاه نظامی و پیش‌آهنگی و نظایر آن، ساختمان سد، فرودگاه، ایستگاه راه آهن، انبار مواد سریع‌الاشتعال کارخانه و تأسیسات صنعتی و حمل و نقل جز آنچه برای بهره‌برداری از خطوط لوله گاز ضروری باشد، در فاصله ۲۵۰ متری هر طرف و محور خط لوله انتقال گاز ممنوع است. فاصله ۲۵۰ متر در مورد لوله‌های نفت و گاز، بیشترین مقدار حریم تعیین شده است که البته با توجه به شرایط و مکان‌های مختلف و نیز بناهای گوناگون کم‌شدنی خواهد بود که در ماده ۱۲ آیین‌نامه مذکور پیش‌بینی شده است.

حریم از نظر فنی و حقوقی، ج ۱/۲۱۱.

۷۴. براساس بند «د» ماده دوم قانون اراضی مستحدث و ساحلی مصوب ۱۳۵۴، عرض حریم دریای خزر شصت متر از آخرین نقطه پیشرفتگی آب در سال ۱۳۴۳ و عرض حریم دریاچه ارومیه شصت متر از آخرین نقطه پیشرفتگی آب در سال ۱۳۵۳ و عرض حریم خلیج فارس و دریای عمان شصت متر از آخرین نقطه مداست حریم‌های یاد شده، تملک خصوصی نمی‌پذیرد (ماده هفتم).

سایت حفاظت و بهره‌برداری از رودخانه‌ها و سواحل:

خواهد بود که از طرف منتهی الیه بستر به وسیله وزارت نیرو و شرکت های تابعه آن تعیین می گردد. ۷۵

حریم بزرگراه: بزرگراه در قوانین مربوط تعریف شده است و حریم هایی متناسب به عرض بزرگراه برای آن در نظر گرفته شده است که در برخی ضوابط اجرایی تازه تصویب شده حریم راه ها، از حریم ۱۲۰ متری سخن رفته است. ۷۶

حریم راه آهن: عبارت از هیجده متر فاصله به هریک از دو طرف محور خط است. ۷۷

۷۵. مجموعه کامل قوانین و مقررات حقوقی، تدوین فرج الله قربانی/۹۱۱، انتشارات فردوسی، ۱۳۷۲.

۷۶. برای نمونه: دستورالعمل و ضوابط بند چهار تفویض اختیار شماره ۱۱/۱۵۲۴۹ مورخ ۸۰/۱۰/۴

<http://www.orumyah.com/html>.

۷۷. در قسمتی از ماده یازدهم قانون ایمنی راه ها و راه آهن آمده: تجاوز به محدوده ایستگاه ها، در حکم تجاوز به حریم خط آهن است و حدود ایستگاه های راه آهن عبارت است از محوطه ای که مورد نیاز راه آهن بوده و براساس نقشه های مصوب راه آهن، قانوناً به تصرف و تملک راه آهن درآمده باشد که به وسیله علایم مخصوص از طرف راه آهن مشخص می شود. بنابر ماده چهاردهم قانون کیفر بزه های مربوط به راه آهن نگاه داری و چراندن دام در حریم راه آهن ممنوع است. ماده پانزدهم قانون یاد شده نیز می گوید: تا مسافت کمتر از پنجاه متر از خط آهن ساختن بناهایی که دارای سقف پوشالی باشد و خرمن نمودن کاه و علف و انبار نمودن مواد زود احتراق و زود اشتعال ممنوع است. تمام این تدابیر، یا برای دفع خطر و ضرر از مجاوران راه ها و راه آهن است و یا برای عبور ایمن و وسایط نقلیه جاده ای و ریلی.

حریم شهرها: اراضی و املاک متصل به حد خارجی محدوده قانونی شهرهاست و حدود آن طبق تشریفات مقرر در قانون شهرداری تعیین می شود که بابت رفع نیاز شهر مورد استفاده قرار می گیرد.<sup>۷۸</sup>

به باور برخی نویسندگان قانونی را که محدوده شهر را تعیین می کند نمی توان حریم اصطلاحی نامید زیرا این ماده به تعیین وظایف شهرداری می پردازد و به ممانعت از تصرف دیگران و جلوگیری از تجاوز به آن اشاره ندارد.<sup>۷۹</sup>

حریم آثار تاریخی: محدوده ای است که برای حفظ اثر از راه پیوند آن با محیط به نحوی که بقای اثر و نیز زیبایی و ارزش آن را تضمین کند، تعیین می شود. ممنوعیت ساخت بناهای بلندمرتبه در آن محدوده به خاطر آن که ضرر مادی و معنوی به اماکن تاریخی می رساند، ممنوع است.

در مجموع هدف اصلی از تعیین حریم در موضوعات نوپیدا نظیر آنچه ذکر شد در وهله نخست تأمین امنیت موضوع و جلوگیری از تصرف مضر دیگران و در درجه دوم جلوگیری از ضررهای احتمالی تأسیسات به مجاوران و ساکنان اطراف آن هاست. علوم انسانی

نکته مهم دیگر آن که اندازه های حریم در این موضوعات به تشخیص اهل فن و کارشناسان خبره با در نظر گرفتن اهداف فوق تعیین می گردد، که ممکن است به مرور زمان و تغییر مکان اندازه حریم نیز کم یا زیاد گردد.

۷۸. حریم از نظر فنی و حقوقی، ج ۱/۳۱۶.

۷۹. همان.

## ۶. نتیجه گیری

با توجه به مبنایی که در بخش اول این تحقیق برگزیدیم، در بسیاری از مسائل، احکام و آثار حریم نظری، متفاوت از نظر مشهور فقها به دست می آید که نتیجه نهایی آن در مصادیق مستحدثه حریم آشکار می گردد.

از دید این تحقیق ثابت شد که لازم نیست حتماً حریم در زمین موات باشد بلکه در املاک مجاور نیز می توان حریم گذارد. به تعبیر دیگر، موات بودن زمین مجاور از عناصر تشکیل دهنده حریم نیست. این شرط از آن جا وارد بحث حریم گشته که بحث حریم در کتاب های فقهی در ذیل کتاب احیای موات مطرح شده و بنا بر آن، یکی از شرایط قابل احیا بودن زمین، در ملک دیگری نبودن حریم، یاد شده است. سپس در پیوست این مطلب، به تعریف و برشمردن مصادیق حریم پرداخته اند. بنابراین، آوردن بحث حریم در کتاب احیای موات به کمترین مناسبت بوده، نه این که موات بودن جزء مقوم و عنصر اساسی حریم باشد؛ زیرا موات بودن حریم نسبت به حکمت و غایت حریم، امری ضروری و حتمی شمرده نمی شود. دیگر این که اگر در املاک مجاور حریم ایجاد گردد، ممکن است میان دو حریم مالک و همسایه تعارض به وجود آید که با استفاده از قواعد حل تعارض می توان از آن بهره برد.

دیگر آن که مصادیق مستحدثه حریم هر چند با تعریف، عناصر و مفهوم سنتی حریم ناسازگار می نماید و عمده دلیل این ناسازگاری دو چیز است: یکی انحصار حریم سنتی بر مصادیق با سابقه فقهی، و دیگر تکیه آن مصادیق بر اندازه های تعیین شده در روایات، در صورتی که اگر نفی ضرر پایه و اساس حریم گردد، هر دو محدودیت فوق برداشته خواهد

شد؛ یعنی هم مصادیق حریم محصور و محدود در موارد ذکر شده در کتب فقهی نخواهد بود و هم اندازه های حریم، ثابت و مقطوع. بر این اساس مصادیق مستحدثه حریم را در پیوست نهاد حریم می توان باز جست که البته نهاد حریم در این صورت، به نهادی مستقل، گسترده، کاربردی و پربار بدل خواهد شد. بنابراین، از دیدگاه این تحقیق بازنگری قوانین مربوط به حریم از جمله قانون مدنی و قوانین دیگر جهت یک دست نمودن احکام و مسائل آنها و به لحاظ سایر عناصر حریم ضرورت دارد، به خصوص که مواد مندرج در قانون مدنی در باب حریم بسیار ناقص و فرسوده می نماید.

از نظر ما اثبات مشروعیت مصادیق مستحدثه حریم و مقررات مربوط به آن در بسیاری موارد، به توسل به عنوان های ثانوی و قرار دادن آن زیر موضوع حکم حکومتی نیازی ندارد؛ چرا که در حریم دریا و دریاچه ها، حریم شهرها، حریم شاهراه ها و راه آهن، حریم ابنیه تاریخی، حریم خطوط انتقال و توزیع نیروی برق و لوله های انتقال گاز و نفت، همه مبتنی بر رعایت ایمنی و دفع ضرر از تأسیسات مذکور یا سایر افراد جامعه است.

بنابر نتیجه دیگری که از این تحقیق برمی آید، حریم تنها حقی است برای صاحب آن که دیگران را از تصرف در آن منع می کند. البته این منع تصرف، مطلق نیست و هر نوع تصرف دیگران در حریم ممنوع نیست بلکه تصرفاتی منع شده است که ناسازگار با حق ذوالحریم باشد، پس مطلق تصرفات در حریم ممنوع نیست.