

مصادیق حریم و تعیین محدوده آن از منظر فقه جعفری و حقوق افغانستان

محمد کبیر رضوی^۱

چکیده

حریم و تعیین محدوده‌ای آن یکی از موضوعات مهم، مبتلا به و کاربردی بوده و مورد توجه فقیهان و حقوقدانان قرار داشته است. با گذشت زمان و پیشرفت صنعت و تکنولوژی امروزی، بروز مسائل مستحدثه و پیچیدگی آن‌ها، مقادیر تعیین شده در روایات پاسخگو نبوده، ضرورت دارد با توجه به تکثر نیازهای فقهی و حقوقی، بحث حریم و تعیین محدوده‌ای آن مورد توجه محققین و نویسندگان قرار گیرد. ضرورت جعل قانون و اجرای آن بر کسی پوشیده نیست، در افغانستان، نظام‌نامه‌ها و قوانین مختلفی از سوی حاکمان، تدوین گردید اما کمترین توجه به مسئله حریم املاک صورت نگرفته است با این که حریم املاک، سالیان سال یکی از عوامل منازعات ملکی، بین کوچی‌ها و دهشینیان در افغانستان بوده و هزینه‌های انگفت و جبران‌ناپذیر را متحمل شده حتی منجر به قتل گردیده اند. با تسلط دوباره طالبان بر افغانستان، منازعات بین کوچی‌ها و دهشینیان گسترش پیدا کرد، برای حل این معضل کمیته حل اختلافات ملکی در مناطق مختلف تشکیل دادند گرچه فقه حاکم، فقه حنفی بوده ولی مقرر شده است، در مناطق شیعه نشین نزاع‌ها براساس فقه اهل بیت (ع) حل و فصل گردد. بررسی مصادیق حریم و تعیین محدوده‌ای آن از نگاه فقه اهل بیت و حقوق افغانستان، می‌تواند چالش‌های موجود را کاهش داده، در جهت رفع مخاصمات و نزاع‌های فردی و اجتماعی رهکشا باشد. لذا با توجه به مشکلات و چالش‌های فقهی و حقوقی در مورد بحث حریم و تعیین محدوده‌ای آن، ضرورت بحث آن را مضاعف می‌نماید، تا مورد تحقیق و پژوهش قرار گیرد. روش تحقیق مقاله حاضر، توصیفی تحلیلی و بر مبنای استنادات کتابخانه‌ای بوده و دیدگاه‌های فقهاء و اندیشمندان چیره دست جعفری و تطبیق با قوانین افغانستان، مورد توجه قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: مصادیق حریم، حقوق افغانستان، فقه جعفری، تعیین حریم.

^۱. دانشجویی کارشناسی ارشد فقه قضایی (nohammadkabi rrazavi@gmail.com)

حریم از واژه‌های پر کاربرد در علم فقه، حقوق و اخلاق می‌باشد؛ در علم فقه و حقوق، حریم به دو شاخه‌ی حریم خصوصی و حریم املاک تقسیم شده است. حریم خصوصی قلمرویی از اطلاعات و متعلقات هر فرد است که آن فرد نوعاً یا عرفاً با اعلام قبلی به نحو معقولی، انتظار عدم دسترسی دیگران و مصونیت از ورود، نگاه و نظارت دیگران یا هرگونه تعرضی نسبت به آن قلمرو را دارد. در حالی که حریم املاک به محدوده‌ی اطراف هر مال مملوک غیرمنقولی می‌گویند که به میزان عرفی در جهت استفاده کامل از ملک در نظر گرفته شده است؛ به بیان دیگر حریم خصوصی، نوعی سپر مصونیت اطلاعاتی و حریم املاک ضامن مصونیت فیزیکی می‌باشد. نوشته حاضر منصرف از حریم خصوصی بوده، بیان مصادیق و تعیین محدوده‌ای حریم را از منظر فقه جعفری و حقوق موضوعه افغانستان به بررسی خواهد گرفت.

۱. مصادیق و محدوده حریم

فقهاء و حقوقدانان، موارد متعددی را به عنوان مصادیق حریم ذکر کرده اند که عبارتند از: حریم قریه، حریم خانه، حریم چاه، حریم چشمه، حریم قنات، حریم نهر، حریم درخت، حریم زمین زراعتی و...

در حقوق موضوعه افغانستان علی‌رغم اینکه متخذ از فقه اسلامی است، آنگونه که شایسته بود به مصادیق حریم پرداخته نشده است و تنها متن حقوقی که مصادیقی از حریم ناظر به منابع آبی را بر می‌شمارد «مقرره بستر و حریم منابع آب و تأسیسات آبی» است. این مقرره علاوه بر حریم چشمه، حریم قنات یا کاریز و حریم نهر که در فقه مطرح شده‌اند، به بیان حریم سد (بند آب)، حریم حوض (جهیل)، حریم رودخانه (دریا)، حریم لوله (پایپ) های آبرسانی (که در فقه مطرح نشده‌اند) نیز پرداخته است. (مقرره بستر و حریم منابع آب و تأسیسات آبی، ماده ۱).

۱-۱. حریم قریه

حریم قریه، زمین‌های است که مورد احتیاجات مختلف اهل قریه می‌باشد؛ مانند زمین‌های که جمع کردن محصولات و هیزم یک قریه نیازمند بهره‌مندی از آنها است. اگرچه در باره حریم قریه، نص و روایت نقل نشده، ولی حریم قریه در فقه مطرح گردیده و فقیهان مذاهب در باره آن، سخن گفته‌اند. حریم قریه مورد اتفاق مذاهب فقهی قرار دارد و معرکه آراء نمی‌باشد. برای توضیح حریم قریه، به ذکر عباراتی از کتب فقهی مورد اعتماد که توسط علمای چیره دست این رشته نوشته شده‌اند، اکتفا می‌گردد.

محمد اسحاق فیاض یکی از فقیهان معاصر می‌باشد در کتاب الاراضی می‌فرماید:

«حریم القرية و هو ما تكون القرية بحاجة ماسة اليه في حفظ مصالحها و مصالح اهلها من مدفن موتاهم، و مرعى ماشيتهم و مرايضها، و ملعب الصبيان، و موارد احتطابهم التي جرت العادة بوصولهم اليها، و مجمع اهاليها لمصلحتهم الاجتماعية: المادية و المعنوية، و مسيل ميائها، و الطرق المؤدية اليها و المسلوكة منها، و مجمع ترابها و كناستها، و مطرح سمادها و رمادها؛ و غير ذلك مما تحتاج القرية اليه» (محمد اسحاق فیاض، ۱۴۰۱ هـ.ق، ص ۱۴۷).

«محدوده‌ای که اهل قریه برای حفظ منافع خود و منافع اهل خود از جمله قبرستان مردگان، چراگاه احشام، زمین بازی و سرگرمی اطفال، استحصال هیزم که نیاز مبرم به آن دارد، گردهمایی مردم آن برای منافع اجتماعی، مجرای فاضلاب، راه‌ها و مسیرهای مواصلاتی، جمع‌آوری خاک و جارو کردن آن، محل تخلیه کود و خاکستر آن و سائر چیزهای که به آن نیاز دارند، حریم قریه محسوب می‌شود و تعرض بر آن، جائز نیست.»

مرحوم فخرالمحققین در ایضاح الفوائد می‌فرماید: «حریم العمارة فإذا قرر البلد بالصلح لأربابه لم یصح احياء ما حوالیه من الموات من مجتمع النادی و مرتکض الخیل و مناخ الإبل و مطرح القمامة و ملقی التراب و مرعی الماشیة و ما یعد من حدود مرافقهم و کذا سائر القرى للمسلمین» (محمد حلی (فخر المحققین)، ۱۳۸۷هـ ش، ج ۲، ص ۲۳۲).

«هرگاه شهر یا قریه‌ای در یک جایی احداث گردید، هیچ کس حق ندارد اطراف آن را احیا نماید؛ بنابراین، زمین‌های موات اطراف شهر و قریه، محل گردهمایی‌های مردم شهر و قریه، محل مسابقه‌ی اسب‌های مردم شهر و قریه، خوابگاه شتران قریه، محل دورریختن پسماندهای شهر و قریه، خاکریز شهر و قریه، چراگاه‌های قریه، و هر جای که جزء منافع شهر و قریه محسوب می‌شود، حریم شهر و قریه قلمداد گردیده و غیر قابل احیا می‌باشد. این حکم نسبت به حریم تمام شهرها و قریه محل سکونت مسلمانان، جاری و ساری است»

در حقوق افغانستان حریم قریه به صورت مستقل مطرح نشده، اما در قانون مدنی به حق مرور، حق مجرا و حق مسیل اشاره گردیده که می‌تواند با بحث حریم قریه مرتبط باشد (قانون مدنی افغانستان، ماده‌های ۲۳۵۱ و ۲۳۵۲).

۲-۱. حریم زمین زراعتی

در اصل مشروعیت حریم زمین زراعتی مذاهب اسلامی اختلاف نظر ندارد. اما در مورد قلمرو و محدوده‌ای حریم زمین زراعتی دو دیدگاه عمده در باره آن مطرح است: دیدگاه حنفی‌ها و دیدگاه فقیهان دیگر.

فقیهان جعفری، شافعی و حنبلی محدوده حریم زمین زراعتی را بر اساس احتیاجات آن تعیین نموده‌اند؛ یعنی انتفاع و بهره‌برداری از زمین‌های زراعتی نیازمند محدوده‌ای است که در آن، ابزار کشاورزی نگهداری شود، آبرفت زمین در آن جریان پیدا کند، کود زمین در آن انبار شود و امورد دیگری که مرتبط با امور زمین است، در آن انجام گردد.

مرحوم خویی از فقهای بزرگ جعفری در این زمینه نوشته است: «حریم المزرعة ما یتوقف علیه الانتفاع منها و یکون من مرافقها کمسالك الدخول إليها و الخروج منها و محل بیادرها و حظائرها و مجتمع سمادها و نحو ذلك.» (خویی، ۱۴۱۰هـ ق، ج ۲، ص ۱۵۴). «حریم زمین‌های آباد به میزانی است که بهره‌وری از آن زمین‌ها، بستگی تام به آن میزان از زمین‌های اطراف زمین کشاورزی دارد؛ مانند راه‌های ورودی و خروجی، محل خرمن کوبیدن (خرمن جای)، محل نگهداری حیوانات محلی، محل جمع‌آوری کود و مانند آن».

ایشان در جای دیگر به صورت قاعده کلی فرموده است:

«حریم کل شیء مقدار ما يتوقف عليه الانتفاع به ولا يجوز لأحد أن يحيى هذا المقدار بدون رضا صاحبه»^۱ (همان) «حریم هر مکان، مقداری است که انتفاع از زمین آباد، متوقف بر آن بوده و تصرف دیگران در آن، بدون اجازه‌ای صاحب آن زمین، ممنوع باشد». «حریم المزرعة: آن حریمها بقدر ما تحتاج المزرعة اليه - و هو ما يتوقف عليه الانتفاع بها - كمجتمع سمادها، و مسالك الدخول اليها و الخروج منها، و محل بيادرها و حظائرها، و مسيل مائها، و غير ذلك مما تحتاج المزرعة اليه فعلا». (فياض، ۱۴۰۱ هـ ق، ص ۱۴۸ - ۱۴۹). «حریم زمین زراعتی به اندازه نیاز مزرعه است که انتفاع، به آن بستگی دارد مانند محل جمع آوری کود، راه‌های ورودی و خروجی، محل خرمن‌ها و انبارهای آن، چیزهای که مزرعه واقعا به آنها نیاز دارد». بنابراین از عبارت علامه محمد اسحاق فیاض کابلی، چنین استفاده می‌شود: قاعده کلی در حد حریم مزرعه نیست بلکه تابع نیاز مزرعه و متوقف بر انتفاع از آن است.

فقیهان حنفی در باره حریم زمین زراعتی دیدگاه منسجمی ندارند؛ امام ابوحنیفه، حریم این نوع زمین را محدوده‌ای دانسته که بعد از زمین قرار دارد و آب زمین به آن نمی‌رسد؛ اما ابویوسف صدای انسان را معیار تعیین محدوده حریم زمین زراعتی دانسته است؛ یعنی اگر انسان از منتهی‌الیه زمین صدا بزند و صدایش به هر جا رسید تا آن نقطه حریم این زمین محسوب می‌شود. در کتاب موسوعه فقهیه آمده است: «قال ابو حنیفة: حریم أرض الزرع ما بعد منها ولم يبلغه ماؤها، و قال ابو يوسف: حریمها ما انتهى اليه صوت المنادی من حدودها. و صرح الشافعية والحنابلة بأن حریم أرض الزراعة قدر ما يجتاج زراعتها لسقيها، وربط دوابها، و طرح سبخها ونحوه، لأن كل المذكور من مرافقها» (الموسوعة الفقهية، ۱۴۰۷ هـ ق، ج ۱۷، ص ۲۱۹).

«ابوحنیفه گفت: حریم زمین زراعتی آن چه است که از آن دور باشد و آب به آن نرسیده باشد. و ابویوسف گفت: حریم زمین زراعی به اندازه است که صدای منادی از حدود او می‌رسد. شافعیان و حنبلیان می‌گفتند که حریم زمین زراعتی، مقداری است که برای دهقانان آن برای آبیاری، بستن چهار پایان، انداختن مرداب و امثال ذلک، به آن نیاز دارند، زیرا همه موارد فوق از جمله ملازمات زمین زراعتی‌اند»

امام ماوردی در کتاب الاحکام السلطانیة، نوشته است: «و أما حریم ما أحياء من الموات لسكنى أو زرع، فهو عند الشافعى معتبر بما لا تستغنى عنه تلك الأرض من طريقها و فنائها و مجارى مائها و مغيضها. و قال ابو حنیفة: حریم أرض الزرع ما بعد منها ولم يبلغه ماؤها، و قال ابو يوسف: حریمها ما انتهى اليه صوت المنادی من حدودها» (امام ماوردی، ۱۴۲۷ هـ ق، ص ۲۶۹).

«و اما حریم آنچه از زمین موات برای سکونت یا زراعت خود آباد می‌کنیم، به نظر شافعی آنچه آن زمین را از راه و پیرامون و جوی و محل جمع کردن (حوض آبیاری، نَوُور) آب، بی نیاز می‌کند، محسوب می‌شود.

^۱. به باور ایشان حریم جزء حقوق صاحب ملک محسوب شده و هر کس زمینی را احیا نماید به تبع آن مالک حریم آن نیز می‌شود.

ابوحنیفه گفت: حریم زمین زراعتی آن چه است که از آن دور باشد و آب به آن نرسیده باشد. و ابویوسف گفت: حریم زمین زراعی به اندازه است که صدای منادی از حدود او می رسد»

در حقوق افغانستان حریم زمین زراعتی مطرح نگردیده، به غیر از آن چه که در قانون مدنی تحت عنوان حق مرور، حق مسیل و حق مجرا، مورد اشاره قرار گرفته است. (قانون مدنی افغانستان، ماده‌های ۲۳۵۱ و ۲۳۵۲). با توجه به اصل جعل و تشریع حریم که برای جلوگیری از ضرر و انتفاع کامل و بهره‌برداری مالک از حریم می‌باشد، اگر بر اساس دیدگاه فقهی حنفی مورد توجه قرار گیرد ممکن است انتفاع و بهره‌برداری کامل صورت نگیرد، باعث تضییع حقوق مالک مزرعه گردیده باشد لذا به نظر می‌رسد برای اینکه مالک مزرعه استفاده کامل از آن برده باشد ملاک و معیار محدوده حریم مزرعه را، نیاز مزرعه بدانیم. چنانچه از برخی روایات نیز چنین فهمیده می‌شود.

۳-۱. حریم خانه

خانه در صورتی می‌تواند حریم داشته باشد که در کنار ملک یا خانه کسی دیگر واقع نشده باشد. (شمس الدین حلّی، بی تا، ج ۲، ص: ۴۷۸) خانه‌ای که اطراف آن را زمین موات احاطه کرده باشد، به اتفاق مذاهب فقهی دارای حریم می‌باشد و مقدار حریم به اندازه‌ای تعیین می‌گردد که انتفاع تام و کامل از خانه بر آن، متوقف باشد؛ بنابراین، محدوده‌ای که برای خاکروبه، آبرفت، برف پاک خانه و هم چنین عبور و مرور به خانه و سایر کارهای مرتبط به آن، مورد نیاز است، حریم خانه محسوب می‌شود. شهید ثانی در کتاب شرح لمعه می‌فرماید: «حریم الدار مطرح ترابها و رمادها و کناستها و ثلوجها مسیل مائها حیث یحتاج إلیهما» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ هـ.ق، ج ۷، ص: ۱۶۴) «حریم خانه محل خاک و خاکستر و جارو و برف آن و محل آب آن است که به آن نیاز دارد.» سیفی مازندرانی در کتاب دلیل تحریر الوسيله معیار محدوده حریم خانه را تشخیص عرف و قدر نیاز صاحب خانه دانسته است می‌فرماید: «ان تشخیص مقدار حریم الدار موکول الی نظر العرف و ملاکه قدر حاجه صاحب الدار فی الانتفاع التام و الکامل من داره و عدم المزاحمه معه فی ذلک.» (سیفی مازندرانی، ۱۴۱۵ هـ.ق، ص: ۴۱)

در حقوق افغانستان برای خانه حریم تعریف نشده است؛ اما در قانون مدنی به حق مرور، حق مجرا و حق مسیل اشاره شده که می‌تواند در بحث حریم خانه مطرح باشد. (قانون مدنی افغانستان، ماده‌های ۲۳۵۱ و ۲۳۵۲). بطور کلی، معیار در تعیین محدوده حریم خانه، آن مقدار زمین مورد نیاز صاحب خانه است که بتوان کمال انتفاع را ببرد و این بستگی به تشخیص عرف دارد. (علامه حلّی، ۱۳۸۸ هـ.ق، ج ۲، ص ۴۱۳ هـ.ش خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۱۹۹).

۴-۱. حریم دیوار

برای دیوار فقها حریم قائل شده اند، محقق حلی در شرایع می‌فرماید: «وحریم الحائط فی المباح مقدار مطرح ترابه نظراً الی امساس الحاجة الیه لو استهدم» (محقق حلی، ۱۴۰۸ هـ ق ج ۲، ص ۲۳۳). «حریم دیوار در زمین مباح مقدار زمینی است که صاحب دیوار برای ریختن خاک و مصالح ساختمانی (هنگامی که دیوار خراب شود و نیاز به ترمیم داشته باشد) به آن احتیاج دارد.» صاحب جواهر در ذیل کلام محقق بیان می‌دارد: «بلاخلاف اجده فیه، بل فی التذکیر عندنا مشعراً بدعوی الاجماع علیه.» «در این مسأله خلافتی بین فقها وجود ندارد، بلکه علامه در تذکره ادعای اجماع نموده است.» امام خمینی در تحریر الوسیله می‌فرماید: «وحریم الحائط لو لم یکن جزءً من الدار...» (امام خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۱۹۹). «حریم دیوار چنانچه جزء از خانه به حساب نیاید بلکه دیوار قلعه یا باغ یا غیر آن باشد، مقدار زمینی است که صاحب خانه بتواند برای تجدید بنا و یا تعمیر دیوار، خاک و مصالح ساختمانی بریزد و گل تهیه کند ولی چنانچه دیوار متعلق به خانه باشد، حریم دیوار جدای از حریم خانه نخواهد بود.» محقق خویی در منهاج الصالحین می‌فرماید: «حریم حائط البستان و غیره مقدار مطرح ترابه والآلات...» (خویی، ۱۴۱۰ هـ ق، ج ۲، ص ۱۶۶). «حریم دیوار باغ و امثال آن، مقدار زمینی است که برای ریختن خاک و ابزار آلات و گل و گچ مورد نیاز باشد که اگر دیوار نیاز به ترمیم داشته باشد جهت بنای آن مورد استفاده قرار گیرد.» پس بنابراین حریم دیوار مقدار زمینی است که برای استفاده کامل و بهره‌بردن از آن نیاز دارد.

۵-۱. حریم درخت

در باره حریم درخت برخی فقهاء بهره‌برداری و احتیاج درخت را معیار تعیین محدوده حریم درخت قرار داده اند. صاحب الاراضی تصریح می‌کند: «ومن ذلک یظهر حال حریم الاشجار المغروسة فی الارض الموات فانه بمقدار ما یتوقف علیه الانتفاع بها واما تحدیده بمقدار بروز اغصانها اوسرایه عروقها فلا دلیل علیه...» (فیاض، ۱۴۰۱ هـ ق. ص ۱۴۹). «از آنچه گذشت وضعیت درختانی که در زمین موات غرس شده روشن می‌شود که حریم آن درختان، مقداری است که برای استفاده از آن درختان مورد نیاز است. و اما محدود کردن حریم درخت را به مقدار رسیدن شاخه های آن، دلیلی و جو د ندارد.» این حرف ایشان از آنجا نشأت می‌گیرد که بعضی ها حریم درخت را به اندازه رسیدن شاخه ها و ریشه های آن دانسته چنانکه در کلمات مرحوم کاشف الغطاء نمایان است:

« حریم الشجر طول اغصانها » (کاشف العطاء، ۱۴۲۳ هـ ق، ج ۳، ص: ۵). «حریم درخت به اندازه طول شاخه‌های او است» اگر حریم درخت را به اندازه‌ای شاخه‌های بلندش در نظر بگیریم ممکن است کمال انتفاع از آن برده نشود در حالیکه هدف از جعل حریم عدم اضرار وعدم مزاحمت غیربوده و انتفاع تام مالک از آن می‌باشد. پس بنابر این می‌توان گفت حریم درخت به اندازه‌ای است که کمال انتفاع به آن توقف داشته باشد.

۶-۱. حریم چاه

حریم چاه تقریباً در اکثر کتب فقهی جامع مورد بررسی قرار گرفته است... مشهور فقیهان، برای هر چاه مقداری را برای حریم آن در نظر گرفته است مثلاً برای چاهی مخصوص شتران مقداری ۴۰ ذراع از هر طرف و برای چاهی که در زراعت و غیر آن به کار گرفته می‌شود ۶۰ ذراع در نظر گرفته شده است چنانچه محمد حسین نجفی از فقیهان بزرگ شیعه در کتاب جواهرالکلام می‌فرماید: «حریم بئر المعطن بکسر الطاء التي يستقى منها لشرب الإبل أربعون ذراعاً من كل جانب. و بئر الناضح و هو البئر الذي يستقى عليه للزرع و غيره ستون ذراعاً» (نجفی، ۱۴۰۴ هـ ق، ج ۳۸، ص: ۴۱). «حریم چاهی که مخصوص شتران است از تمام جوانب ۴۰ ذراع، و حریم چاهی برای زراعت و غیر آن استفاده می‌شود ۶۰ ذراع می‌باشد.» محقق حلی در کتاب شرایع الاسلام نیز تصریح دارد: «حریم البئر المعطن أربعون ذراعاً و بئر الناضح ستون و للعین ألف ذراع فی الأرض الرخوة و فی الصلبة خمسمائة ذراع.» «حریم چاهی که شتر را با آن آب می‌دهند ۴۰ ذراع و حریم بئر ناضح یعنی چاهی که از آن برای زراعت می‌کشند ۶۰ ذراع و برای چشمه ۱۰۰۰ ذراع، در زمین رخوه و سست و ۵۰۰ ذراع در زمین صلب و سخت از آن دور باشد.» مرحوم محقق حلی به قول غیر مشهور اشاره کرده ادامه می‌دهد: «و قيل حد ذلك أن لا يضر الثاني بالأول و الأول أشهر.» (شرائع الإسلام، ۱۴۰۸ هـ ق، ج ۳، ص: ۲۱۷). بنا بر قوی اندازه آن این است که فرد دوم به مالک چاه اول ضرر نرساند - سپس مرحوم محقق، قول و فتوای خودش را بیان می‌دارد که همان - قول مشهور است.»

در مقابل قول مشهور، علامه ابن جنید اسکافی و پیروانش بر این باورند که ملاک در تعیین حریم چشمه و چاه، ضرری است که متوجه مالک چشمه و چاه نشود. به این معنی حریم چشمه و چاه تا مسافتی حمایت می‌شود که ضرر و خسارت به چشمه و چاه سابق وارد نگردد، رعایت اندازه‌های مذکور در روایات مهم نیست بلکه این اندازه‌ها تمثیلی است و غالباً با این اندازه ضرر دفع می‌شود. بنابراین حریم بر اساس وارد ساختن ضرر تنظیم می‌گردد. ممکن است ضرر کمتر از اندازه‌های مذکور که در روایات آمده است باشد یا بیشتر از آن باشد. (اسکافی، ۱۴۱۶ هـ ق، ص: ۲۲۲-۲۲۳). شهید صدر یکی از فقهای معاصر به پیروی از ابن جنید اسکافی چنین تصریح می‌کند: «الميزان في حریم البئر والنهر ونحوهما عدم الاضرار الناشئ من ناحية القرب المکانی» (صدر، بی تا، ص: ۱۸۱) «معیار در حریم چاه و نهر و مانند آن این است که به دلیل نزدیک

بودن مکانی به دیگری ضرر نزند.» مرحوم شهید صدر نیز ملاک را در حریم چاه ... ضرر قرار داده بلکه ایشان صریحاً این ملاک را توسعه داده و حریم به این معنا را در نهر و مانند آن نیز قائل شده است.

در حقوق افغانستان انواع چاه مورد توجه واقع نشده است و برای چاه به صورت مطلق حریم تعیین شده است. البته کیفیت زمین از نظر سختی و نرمی مد نظر قرار گرفته؛ بدین ترتیب حریم چاهی که در زمین سخت و کم نفوذ واقع شده، دو صد و پنجاه متر و حریم چاهی که در زمین پرنفوذ قرار دارد، پنج صد متر تعیین گردیده است. (مقررہ بستر و حریم منابع آب و تأسیسات آبی، ماده ۱۰).

۱-۷. حریم چشمه

حریم چشمه نیز به دلیل اهمیت آن از صدر اسلام مورد توجه بوده، روایاتی فراوانی از پیامبر گرامی اسلام (ص) در این باره نقل گردیده است. بدین جهت در کتب فقهی بازتاب گسترده یافته است. مشهور فقیهان، حریم برای چشمه‌های که در زمین سست واقع شده است مقدار هزار ذراع و در چشمه‌های که در زمین سخت واقع شده است به اندازه ۵۰۰ ذراع می‌دانند چنانچه صاحب کفایت الاحکام می‌فرماید:

«فالمشهور أنه ألف ذراع في الأرض الرخوة، و في الصلبة خمسمائة ذراع.» (سبزواری، ۱۴۲۳ هـ ق، ج ۲، ص: ۵۵۳). «مشهور فقیهان قائل اند، چشمه‌ای که در زمین سست واقع شده است هزار ذراع و چشمه‌ای که در زمین سخت واقع شده است پنج صد ذراع می‌باشد.» در مقابل مشهور، ابن جنید اسکافی و پیروان ایشان ملاک در تعیین حریم چشمه را ضرری می‌دانند که متوجه صاحب چشمه نشود: «قال: و قد يجوز أن يكون هذان الحدان مما الأغلب بهما زوال الضرر عن العينين جميعاً، فان استيقن الضرر بالعين المستحدثة على ماء العين القديمة لم يطلق له الحفر، فان حفر فتبين الضرر بذلك فعموم قوله صلى الله عليه و آله: لا ضرر ولا ضرار.» (ابن جنید اسکافی، ۱۴۱۶ هـ ق، ص ۲۲۳).

«ابن جنید اسکافی فرماید: اندازه‌های که مشهور فرموده اند غالباً با این اندازه ضرر از مالک چشمه دفع می‌شود اگر یقین داشته باشد چشمه‌ای که جدیداً ایجاد کرده است بر چشمه‌ای قدیم ضرر و خسارت وارد کند، ایجاد چشمه‌ای دوم (قنات) جایز نیست» ابن جنید اسکافی و پیروان ایشان مبنای حریم را قاعده لا ضرر دانسته اند. بر اساس مبنای ایشان ایجاد چشمه‌ای دوم در صورتی جایز است که ضرر متوجه چشمه‌ای قدیم نشود ولو اینکه فاصله بین دو چشمه بیشتر از آن اندازه‌ای باشد که مشهور فقهاء فرموده اند.

قوانین افغانستان از جمله در مقررہ بستر و حریم منابع آب و تأسیسات آبی، حریم چشمه‌هایی که در زمین - های سخت و کم نفوذ قرار دارد، دو صد و پنجاه متر و حریم چشمه‌هایی که در زمین‌های سست و پرنفوذ واقع شده‌اند، پنج صد متر مقرر شده است. (مقررہ بستر و حریم منابع آب و تأسیسات آبی، ماده ۱۰).

«قناة» واژه عربی است به معنای کانال و آب راهه‌ای که در آن، چاه‌هایی متوالی حفر می‌گردد، تا آب از یک مکان به مکان دیگر منتقل گردد. (بن منظور، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۱۵، ص ۲۰۴) در واقع قنات مجرا و کانال آب در زیر زمین است (ابن عابدین، ۱۴۱۲ هـ.ق، ج ۱۰، ص ۹. عینی حنفی، ۲۰۰۰م، ج ۱۲، ص ۳۰۳). که در فارسی به آن کاریز گفته می‌شود. (معین، ۱۳۸۶ ش، ص ۱۳۰۱)

برای چاه، چشمه و قنات دو نوع حریم وجود دارد؛ ۱- محدوده‌ای که برای انتفاع از آن‌ها لازم است و ۲- محدوده‌ای که در آن حفر چاه یا چشمه جدید و مانند آن، به منافع چاه، چشمه و قنات آسیب می‌زند. (نجفی، ۱۴۰۴ هـ.ق، ج ۳۸، ص ۳۴). شهید ثانی در مورد نوع اول اشاره می‌کند: «المراد بالشرب هنا النهر و القناة و نحوهما ممّا یجری فیہ الماء، فإن حریمه مقدار ما یطرح فیہ ترابه إذا احتیج إلى إخراجہ منه، و مشی مالکة علی حافّتیہ للانتفاع به و لإصلاحه، إما فوق التراب المرفوع أو بدونہ علی قدر ما یحتاج إلیہ الحال عادة» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ هـ.ق، ج ۱۲، ص ۲۸۹)

«مراد از کلمه شرب در این جا نهر و قنات و مانند آن است؛ یعنی جای که در آن آب جاری می‌شود. بنابراین حریم نهر مقدار زمینی است که هنگام لای روبی نهر در صورت نیاز و اصلاح بتوان خاک آن را در آن زمین ریخت و مالک نهر بتواند برای محافظت و استفاده از آن نهر در کنار آن رفت و آمد کند. چه عبور و مرور از روی خاک‌ها باشد یا اینکه اصلاً در دو طرف خاکی نباشد که مورد استفاده قرار گیرد». در مورد حریم نوع دوم کاریز مشهور فقهاء حریم قنات، در زمین سست ۱۰۰۰ ذراع و در زمین سخت ۵۰۰ ذراع ذکر کرده‌اند «و الحریم للقناة و هی العیون ذات الینایع القویة ألف ذراع فی الأرض الرخوة و هی المتهایلة و خمسمائة ذراع فی الأرض الصلبة و هی المقابلة للرخوة لتمامسکها و اشتدادها. و علی هذا التفصیل المذهب المشهور» آل عصفور، الأنوار اللوامع، بی تا، ج ۱۱، ص ۱۷۳ و در این مورد ادعای اجماع نیز شده است «حریم القناة کحریم العین، وهو ألف ذراع فی الأرض الرخوة، وخمسمائة فی الأرض الصلبة، وهو المشهور عند فقهاء الامامیة - بل علیه دعوی الجماع» (علی طباطبایی، بی تا، ج ۱۲، ص ۳۵۷، محمد اسحاق فیاض، الاراضی، ۱۴۰۱/۱۴۰۲ هـ.ق، ۱۴۵-، هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ هـ.ق، ج ۷، ص ۳۲۳). در مقابل مشهور، عده‌ای از فقیهان معیار و ملاک حریم قنات را ضرر دانسته‌اند و معیار (۱۰۰۰ ذراع و ۵۰۰ ذراع) که مفاد برخی روایات است را حمل بر غالب کرده‌اند به این معنی که در این فاصله غالباً ضرر دفع می‌شود و الا این فاصله معین بدون در نظر گرفتن ضرر هیچ مفهومی ندارد، بلکه ملاک عدم اضرار به غیر است. (مشکینی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ص: ۳۴۹). لذا امام خمینی ابتدا مقدار حریم کاریز در زمین سخت را ۵۰۰ ذراع و در زمین سست را ۱۰۰۰ ذراع می‌داند. در صورتی که با این اندازه دفع ضرر شود، در غیر آن معتقد است فاصله باید به اندازه ای باشد

که ضرر را دفع کند یا اینکه صاحب کاریز اول اجازه بدهد (استفتاءات روح الله خمینی؛ ۱۴۲۲ هـ.ق، ج ۲، ص: ۵۸۶).

برخی فقیهان معاصر، در این باره نوشته اند: «للعین والقناة ایضا حریم آخر وهو أن يكون الفصل بین عین وعین اخرى وقناة وقناة ثانية فی الارض الصلبة خمس مئة ذراع، وفي الارض الرخوة ألف ذراع ولكن الظاهر أن هذا التحديد غالبي حيث أن الغالب یندفع الضرر بهذا المقدار من البعد وليس تعبدياً وعليه فلو فرض أن العین الثانية تضر بالاولی وینقص ماءها مع هذا البعد فالظاهر عدم جواز إحداثها ولا بد من زیادة البعد بما یندفع به الضرر أو یرضی به مالک الاولی، كما أنه لو فرض عدم لزوم الضرر علیها فی إحداث قناة أخرى فی أقل من هذا البعد فالظاهر جوازه بلا حاجة إلى الاذن من صاحب القناة الاولی» (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ هـ.ق، ج ۲ ص ۲۱۶).

« برای چشمه و کاریز حریم است به این که بین دو چشمه و دو کاریز در زمین سست هزار ذراع و در زمین سخت پانصد ذراع فاصله باشد. و اما ظاهراً اندازه های مذکور (فاصله بین قنات اول با قنات دوم در زمین سخت ۵۰۰ ذراع و در زمین سست ۱۰۰۰ ذراع) جنبه غالبی دارد، به طوری که با فاصله مذکور دفع ضرر محقق می شود. اندازه های تعیین شده تعبدي نیستند، بنابراین، چنانچه در فاصله مذکور هم چشمه دوم به چشمه اول ضرر بزند و آب آن را کم کند، ظاهراً احداث چنین چشمه ای جایز نباشد و به ناچار باید اندازه را افزایش داد تا ضرر دفع گردد و یا رضایت صاحب چاه اول را جلب کند. هم چنان که اگر در کمتر از فاصله مذکور ضرری متوجه قنات دیگر نباشد، ظاهراً می توان بدون اجازه صاحب قنات اول به حفر قنات اقدام کرد». ایشان می افزایند که: تفاوتی میان احداث قنات در زمین موات و در ملک خود وجود ندارد: «و لا فرق فی ذلک بین إحداث قناة فی الموات و بین إحداثها فی ملكه فکما یعتبر فی الأول أن لا یکون مضراً بالاولی فکذلک فی الثاني». (همان) «فرقی در این امر میان احداث قنات در زمین موات و در ملک خود شخص وجود ندارد پس همان طور که ضرر نرساندن به چاه اول معتبر است، به چاه دوم نیز نباید ضرر برسد»

علامه محمد اسحاق فیاض، بعد از آنکه قول مشهور را در حد فاصل بین دو قنات نقل می کند که مشهور بتبع از روایات قائل بر حد فاصل پانصد ذراع و هزار ذراع است. و این قول را نمی پذیرد، چون دارای اشکالاتی زیادی می داند که اشکالاتش را یکی یکی برشمرده، توضیح می دهد و بعد از آن می فرماید: «... فی مقابل ذلک القول، قول آخر وهو أن الحد الفاصل بین العینین لا یقدر بحد خاص، بل هو منوط بان لا یکون حفر القناة الثانية موجباً للضرر علی الاولی، والالم یجز، سواء اکان الحفر المذکور فیما دون المسافة المذكورة ام کان فی خارج تلك المسافة، فاذا افترضنا ان حفرها لا یسبب ضرراً علی الاولی فی اقل من تلك المسافة جاز و لا مانع منه اصلاً وهذا القول: هو الصحيح» (فیاض، ۱۴۰۱ هـ.ق، ص ۱۴۲)

«در مقابل قول مشهور قول دیگری است که حد فاصل بین دو چشمه و دو قنات را به اندازه و محدوده‌ای خاصی محدود نمی‌داند بلکه ملاک را ضرر و عدم ضرر می‌داند، در صورتی که قنات دوم به قنات اول ضرر وارد کند، چه مقداری مسافت و محدوده آن کمتر از آن چیزی باشد که در روایات تعیین شده، چه زیادتر از آن باشد، حفر قنات دوم جایز نیست اما در صورتی که با حفر قنات دوم ضرری به قنات اولی وارد نشود ولو اینکه مسافت کمتر از آن چیزی باشد که ذکر شد، حفر قنات دوم جایز است و هیچ مانعی از آن نیست. و این قول، قول صحیح است».

خود این محقق نیز قائل بر همین قول دوم است. البته پرچمدار این نظریه ابن جنید اسکافی است. فقهای زیادی به پیروی از ایشان این نظریه را پذیرفته‌اند. باتوجه به مصادیق جدید و وسایل پیشرفته‌ای امروزی در امور صنعت کشاورزی و ایجاد مشکلات عدیده، این نظریه می‌تواند در بخش‌های مختلف، پاسخگوی نیازهای امروزی بشر باشد.

در حقوق افغانستان، حریم قنات و چشمه به صورت مساوری مقرر شده است. (مقررہ بستر و حریم منابع آب و تأسیسات آبی، ماده ۱۰).

۱-۹. حریم نهر

فقهاء حریم نهر را به مقدار مایحتاج و نیاز در لایروبی و سایر کارهای مرتبط به آن در نظر گرفته‌اند.

علامه محمد اسحاق فیاض در الاراضی می‌فرماید: «حریم النهر و هو مقدار ما یحتاج النهر الیه عادة من الاطراف و الحواشی عند تنقیته و اصلاحه، و المجاز علی حافیه للمواظبة علیه، و لا فرق فی ذلک بین کون النهر ملکاً خاصاً او عاماً.» (فیاض، ۱۴۰۱ هـ.ق، ص ۱۴۶).

«حریم نهر آن مقدار زمینی است که نهر عادهً به آن نیاز دارد که عبارت باشد از اطراف و حواشی، در زمانیکه نهر نیاز به اصلاح و تمیز کردن داشته باشد و هم چنین راه رفتن در اطراف آن نهر برای محافظت از آن و در این مورد فرق نمی‌کند بین نهري که خصوصی باشد و یا عمومی»

صاحب جواهر به قدر نیاز و انتفاع به آن اشاره دارد و این نظریه را اجماعی می‌داند: «حریم الشرب بکسر أوله الذی هو هنا النهر و القناه و نحوهما بمقدار مطرح ترابه و المجاز علی حافیه للانتفاع به و لإصلاحه علی قدر ما یحتاج إلیه عادةً بلا خلاف أجده فیه» (نجفی، ۱۴۰۴ هـ.ق، ج ۳۸، ص ۴۰). «مراد از حریم شرب در اینجا حریم نهر و قنات و مانند آنها است به مقدار زمینی است که هنگام لایروبی بتوان گل لای کف نهر را در آن

ریخت و نیز دوطرف نهر بتوان رفت آمد کرد و از آن انتفاع برد و هرگاه نهر نیاز به اصلاح داشته باشد بتوان به مقدار نیاز از آن استفاده کرد، آنچه که من یابیدم اختلافی در این نظریه وجود ندارد.»

آنچه که از عبارات فقهاء استفاده می شود حریم نهر (اعم از اینکه بزرگ باشد یا کوچک) به مقدار نیاز و مایحتاج نهر است اما در قانون افغانستان، مقرر بستر و حریم منابع آب و تأسیسات آبی، حدودی را برای نهر در نظر گرفته است: حریم نهرهایی که ظرفیت جریان آب در آن، کمتر از ۱۵۰ لیتر در ثانیه است، یک متر و نهرهایی که ظرفیت جریان آب در آنها، ۱۵۰ لیتر یا دو متر مکعب در ثانیه باشد، دو الی سه متر، تعیین شده است؛ نهرهایی که ظرفیت جریان آب در آنها دو تا پنج متر مکعب در ثانیه باشد، چهار تا پنج متر حریم دارند؛ نهرهایی که ظرفیت جریان آب در آنها، پنج تا ده متر مکعب در ثانیه باشد، شش تا هشت متر حریم دارند و نهرهایی که ظرفیت جریان آب در آنها، ده تا پانزده متر مکعب در ثانیه باشد، هشت تا دوازده متر حریم دارند. (مقرر بستر و حریم منابع آب و تأسیسات آبی، ماده ۵).

۲. تبیین دیدگاه‌ها و تعیین محدوده حریم

برخی مصادیق بر حسب اقتضائات زمان در عصر پیغمبر اسلام (ص) مورد توجه قرار گرفته و آن حضرت در باره آن‌ها حریم تعیین نمود. در منابع فقهی، موارد متعددی به عنوان مصادیق حریم مطرح گردیده است. در حقوق موضوعه افغانستان علی‌رغم اینکه متخذ از فقه اسلامی است، آنگونه که شایسته بود به مصادیق حریم پرداخته نشده است و تنها متن حقوقی که مصادیقی از حریم ناظر به منابع آبی را بر می‌شمارد «مقرر بستر و حریم منابع آب و تأسیسات آبی» است. این مقرر علاوه بر حریم چشمه، حریم قنات یا کاریز و حریم نهر که در فقه مطرح شده‌اند، به بیان حریم سد (بند آب)، حریم حوض (جهیل)، حریم رودخانه (دریا)، حریم لوله (پایپ) های آبرسانی (که در فقه مطرح نشده‌اند) نیز پرداخته است. (مقرر بستر و حریم منابع آب و تأسیسات آبی، ماده ۱. وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی نمبر ۱۲۸۰) در قانون مدنی، ماده ۲۳۵۱ حق مرور، حق مجرا و حق مسیل نیز ذکر شده است و این سه مورد می‌تواند در حریم خانه، حریم زمین زراعتی و حریم قریه مطرح باشند؛ اما مواردی چون؛ حریم سد یا بند آب، حریم حوض یا «جهیل»، حریم دریا یا رودخانه و حریم لوله یا «پایپ» های آبرسانی در فقه مطرح نشده‌اند، ولی در قانون وجود دارند. (وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی نمبر ۱۲۸۰، ص ۴).

در باره تعیین محدوده حریم، به صورت کلی چهار دیدگاه فقهی وجود درارد:

۱-۲. تعیین محدوده حریم بر اساس روایات

مشهور فقیهان ((نجفی، ۱۴۰۴ ه.ق، ج ۳۸، ص ۴۶). معیار تعیین محدوده حریم را مقادیر و اندازه‌های ذکر شده در روایات می‌داند و بر این نکته تأکید دارد که اندازه محدوده حریم در هریک از مصادیق، همان چیزی می‌باشد که در زبان روایات به آن، تصریح شده است و باید آن را تعبداً پذیرفت؛ مثلاً اگر در روایت، حریم چاه «عَطَن» چهل ذراع تعیین گردیده، حریم این نوع چاه، در هر زمان و در هر مکان، چهل ذراع خواهد بود و حریم چاه «ناضح» که در روایت شصت ذراع تعیین شده است، حریم آن، همیشه و همه جا، شصت ذراع می‌باشد. طبق این نظریه محدوده‌ای حریم به ایراد ضرر و عدم آن منوط نخواهد بود. مثلاً اگر کسی به‌رغم عدم اضرار در فاصله‌ی کمتر از محدوده‌ای حریم چاه حفر شده، چاه جدیدی را حفر نماید، هم از ایجاد آن جلوگیری می‌شود و هم در صورت حفر شدن، چاه دوم، پر می‌شود. چنانکه اگر کسی در فاصله‌ی تعیین شده در روایات یا بیشتر، چاه جدیدی را حفر نماید و با این عملش، باعث ایراد ضرر گردد، صاحب چاه نمی‌تواند به استناد ایراد ضرر از اقدام او جلوگیری نماید؛ از این بابت ضمانتی هم متوجه حفر کننده چاه دوم، نخواهد بود. طبق این دیدگاه عرف و احتیاجات و ضرورت‌های زمانی و مکانی، هیچ نقشی در تعیین محدوده حریم ندارند

۲-۲. تعیین محدوده حریم بر اساس عرف

دسته‌ای از فقیهان امامیه و غیر امامیه (شافعیه و مالکیه) تعیین مقدار و اندازه حریم را نیاز ملک دانسته و به «عُرف» واگذار می‌کند. طبق این دیدگاه آنچه در روایات آمده است موضوعیت ندارد، بلکه معیار و مرجع در تعیین محدوده حریم عرف را می‌داند. چنانکه در کتاب مذهب الاحکام می‌فرماید: «فالمعیار فی مقدار الحریم هو العرف العادی الذی استقرت علیه السیره من قدیم الأزمان فی جمیع الأمکنه و الأزمان، قرره‌هم الشارع علی ذلک، لکنه حدّ الموضوع بحدود خاصه کما هو شأنه فی جمله من الموضوعات» (موسوی سبزواری، ج ۲۳، ص ۲۲۴، ۱۴۱۳ ه.ق). «معیار در مقدار حریم عرفی عادی است که از قدیم الایام در تمام زمان‌ها و مکان‌ها وجود داشته است و شارع آن را تأیید کرده است با این حال، موضوع حریم را اندازه‌های خاصی تعیین کرد، همانطور که در مقتضای حال تعدادی از موضوعات بوده است. در الموسوعه الفقهیه نیز نگاشته‌اند: «ویری المالکیه والشافعیه أنه لیس لذلك حد مقدر، والمرجع فيه إلى العرف» (الموسوعه الفقهیه، ۱۴۰۷ ه.ق، ج ۱۷، ص ۲۱۶). «فقهای مالکی و شافعی معتقدند که برای چشمه حریم معین وجود ندارد و برای تشخیص محدوده حریم باید به عرف مراجع کرد»

۳-۲. تعیین محدوده حریم بر اساس نیاز

آنچه که از عبارات برخی از فقهای مالکی استفاده می‌شود، تعیین اندازه و محدوده حریم، حاجت و ضرورت برای انتفاع از ملک را مد نظر قرار می‌دهد؛ یعنی به هر میزان که صاحب ملک برای انتفاع تام و کامل از ملک نیاز به حریم داشته‌باشد، به همان میزان برای ملک حریم تعیین می‌گردد. (مالک بن انس، ۱۹۹۴ م، ج ۴، ص ۴۶۸. الصاوی المالکی، بی تا، ج ۴، ص ۸۸-۸۹ الزحیلی، ۱۹۸۵ م، ج ۲، ص ۳۰۳). طبق این نظر مقادیر مذکور در روایات تعبیدی نیست، بلکه در جهت تفسیر و تبیین نیاز و ضرورت به انتفاع بوده است. بنابراین، محدوده‌ی حریم، تا مقداری است که استفاده‌ی کامل از قریه، زمین زراعتی، نهر، چاه، چشمه و ... با همان مقدار فراهم می‌گردد؛ طبعاً، تصرف در آن مقدار از حریم، از طرف دیگران، تحت هیچ شرایطی بدون اذن صاحبان حریم مجاز نمی‌باشد چنانکه در کتاب موسوعه فقهیه به نقل از قاضی ابو یعلی و ابو خطاب در مورد حریم چاه نوشته‌اند:

«وقال القاضي أبو يعلى وأبو الخطاب: ليس هذا على طريق التحديد، بل حریمها فی الحقیقه ما تحتاج إليه فی ترقیه مائها منها.» (الموسوعه الفقهیه، ۱۴۰۷ ه.ق، ج ۱۷، ص ۲۱۶).

«قاضی ابو یعلی و ابو خطاب گفتند: حریم چاه محدود و معین نیست، بلکه آنچه که برای کشیدن آب از چاه نیاز است، حریم واقعی چاه است» البته این دیدگاه از فقهای شافعی و حنبلی در مورد حریم زمین زراعتی نیز نقل شده است:

«وشرح الشافعی والحنابلہ بأن حریم أرض الزراعة قدر ما یحتاج زراعتها لسقیها، وربط دوابها، وطرح سبختها ونحوه، لأن کل المذكور من مرافقها» (الموسوعه الفقهیه، ۱۴۰۷ ه.ق، ج ۱۷، ص ۲۱۹).

«شافعیان و حنبلیان می‌گفتند که حریم زمین زراعتی، مقداری است که برای دهقانان آن برای آبیاری، بستن چهار پایان، انداختن مرداب و امثال ذلک، به آن نیاز دارند، زیرا همه موارد فوق از جمله ملازمات زمین زراعتی‌اند».

۳-۲. تعیین محدوده حریم بر اساس عدم اضرار

عده‌ای فقیهان با محوریت ابن جنید اسکافی، با استناد به قاعد «لاضرر» دفع ضرر از ملک و مالک را معیار و ملاک تعیین اندازه حریم دانسته‌اند؛ یعنی به هر اندازه که مسافت اطراف ملک سبب دفع ضرر از ملک و مالک گردد، به همان میزان، حریم تعیین می‌شود. (حلی، ۱۴۰۴ ه.ق، ج ۴، ص ۱۰۰، خوانساری، جامع المدارک، ۱۴۰۵ ه.ق، ج ۵، ص ۲۳۹).

تعیین اندازه حریم بر معیار دفع ضرر، با مقادیر ذکر شده در روایات منطبق نخواهد بود؛ این دیدگاه بر این نظر است که اندازه‌های تعیین شده در روایات جنبه تمثیلی دارد و البته در زمان صدور روایات از مالک دفع

ضرر می کرده است؛ اما با گذشت زمان و پیشرفت صنعت و تکنولوژی امروزی و تغییر شرایط مکانی، مقادیر تعیین شده پاسخگو نبوده و نمی تواند از مالک دفع ضرر کند. علامه حلی از جمله طرفداران این نظریه است ایشان چنین می فرماید: قال ابن جنید: «وقد يجوز ان يكون هذان الحدان مما لا غلب بهما زوال الضرر عن العينين جميعا، فان استيقن الضرر بالعين المستحدثه على ماء العين القديمه لم يطلق له الحفر فان حفر فتيين الضرر بذلك فعموم قول النبي "لا ضرر ولا ضرار" حاضر اقرار الثاني المحدث للضرر على الاول على اضراره به وموجب ازاله الضرر عنه... والاعتبار الذي ذكره ابن الجنيد من الضرر جيد» (علامه حلی، ۱۴۱۳ هـ، ج ۶، ص ۲۰۸).

«علامه پس از نقل روایات مستند قول مشهور می گوید: ابن جنید گفته است که اندازه های تعیین شده غالبا ضرر را از دو چشمه دفع می کند اما اگر دانسته شود که حفر چشمه جدید بر آب چشمه سابق ضرر زده است دومی در حفر چشمه مجاز نیست اما اگر پس از احداث چشمه ضرر آشکار شود عموم قول رسول الله (ص) «لا ضرر ولا ضرار» مانع از استقرار حق دومی می شود که باعث ضرر شده و باعث می شود که جلو ضرر اولی گرفته شود البته در صورتی که اولی مطالبه کند.... و آنچه ابن جنید ذکر کرده که مبنا ضرر باشد، بسیار نیکو است».

شهید صدریکی از فقهای معاصر به پیروی از ابن جنید اسکافی چنین تصریح می کند: «الميزان في حریم البئر والنهر ونحوهما عدم الاضرار الناشي من ناحية القرب المكانية» (خویی، تعلیقه شهید صدر ۱۴۱۰ هـ، ج ۲، ص ۱۸۱). «معیار در حریم چاه و نهر و مانند آن این است که به دلیل نزدیک بودن مکانی به دیگری ضرر نزنند». اگرچه به دیدگاه اول، حدود تعیین شده در روایات (که مبنای مشهور فقهاء است) بسنده کنیم؛ از نظر اصول محاکمات قضائی دارای ارجحیت بوده و بر اساس آن، رفع منازعات آسان تر صورت می گیرد؛ چراکه مقدار حریم در فقه تعیین گردیده و قاضی تنها وظیفه تطبیق آن را دارد؛ ولی بسیاری از مشکلات لاینحل باقی خواهد ماند. اما دیدگاه های دوم، سوم و چهارم می توانند مکمل همدیگر باشند و معیارهای سه گانه؛ «عرف»، «حاجت» و «دفع ضرر» در تعیین و تشخیص اندازه حریم با هم ترکیب گردد و دیدگاه واحدی را در مقابل دیدگاه اول شکل دهد که در تمام مصادیق و موضوعات حریم به تعیین مقدار آن پردازد؛ یعنی باید عرف نظر دهد که برای انتفاع تام و کامل از ملک چه مقدار حریم، نیاز و ضروری است تا به واسطه آن، دفع ضرر از ملک و مالک صورت گیرد. بر اساس این معیار، کلماتی چون ماینتفع به التام، حاجته یا مایحتاج الیه و عدم المزاحمة، که در کلام فقهاء تصریح شده است؛ بخوبی تامین می گردد.

چون شکل گیری این دیدگاه، که ملاک تعیین محدوده ای حریم ضرر و عدم ضرر دانستیم، بحث فقهی حریم را دچار تحول گسترده خواهد کرد و دست کم، سه اثر مهم بر آن مترتب می گردد:

الف) مصادیق مستحدثه حریم مانند؛ حریم سدّ یا بند آب، حریم کانال های آبرسانی، حریم حوض یا جهیل و غیر آن که در فقه مطرح نشده اند ولی در قوانین وجود دارند، از نظر فقهی توجیه پذیر خواهند شد.

ب) لحاظ نمودن شرایط و مقتضیات زمانی و مکانی در تعیین اندازه حریم، امکان‌پذیر خواهد شد.

ج) علاوه بر حکم تکلیفی (حرمت تعرض بر حریم ملک معمور)، حکم وضعی (ضمانت و جبران ضرر و خسارت وارده) نیز دربر می‌گیرد. پس این معیار، می‌تواند پاسخگوی تمام نیازهای امروزی بشر بوده و می‌توان در بخش‌های مختلفی از مصادیق جدید حریم، تسری داد.

فهرست منابع

۱. ابن عابدین، محمد امین، رد المحتار علی الدر المختار، الناشر: دار الفکر-بیروت، الطبعة: الثانية، ۱۴۱۲ هـ.ق، ۱۹۹۲ م.
۲. ابن منظور، محمد، لسان العرب، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، سوم، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۳. اسکافی، ابن جنید، مجموعه فتاوی ابن جنید، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۱۴۱۶ هـ.ق.
۴. آل عصفور، حسین بن محمد، الانوار اللوامع، مجمع البحوث العلمیه، قم، اول، بی تا.
۵. امام ماوردی، الاحکام السلطانیة، قاهره، دارالحديث، ۱۴۲۷ هـ.ق، ۲۰۰۶ م.
۶. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام، قم، اول، ۱۴۲۳ هـ.ق.
۷. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء (ط - القديمة)، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، اول، ۱۳۸۸ هـ.ق.
۸. حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مؤسسه اسماعیلیان، قم، دوم، ۱۴۰۸ هـ.ق.
۹. حلّی، مقداد بن عبد الله سیوری، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، قم، اول، ۱۴۰۴ هـ.ق.
۱۰. حلّی، شمس الدین، معالم الدین فی فقه آل یاسین؛ بی جا.
۱۱. خمینی، سید روح الله موسوی، استفتاءات (امام خمینی)، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، پنجم، ۱۴۲۲ هـ.ق.
۱۲. خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، مؤسسه اسماعیلیان، قم، دوم، ۱۴۰۵ هـ.ق.
۱۳. خویی، سید ابو القاسم، منهاج الصالحین، نشر مדיنة العلم، قم، بیست و هشتم، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۱۴. الزحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، دارالفکر للطباعة و التوزیع و النشر، دمشق، سوریه، ۱۹۸۵ م.

۱۵. سبزواری، محقق، محمد باقر بن محمد مؤمن، کفایة الأحكام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۱۴۲۳ ه.ق.
۱۶. شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، بیروت، بی تا.
۱۷. الصاوی المالکی، ابوالعباس، احمد بن محمد، بلغة السالك لا قرب المسالك، دارالمعارف، بیروت، لبنان، بی تا.
۱۸. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلانتر)، کتابفروشی داورى، قم، اول، ۱۴۱۰ ه.ق.
۱۹. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، مؤسسه المعارف الإسلامیة، قم، اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
۲۰. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، مختلف الشیعه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
۲۱. عینی حنفی، محمود، معروف بیدرالدین، البانیة شرح الهدایه، بیروت، دارالکتب العلمیه، چاپ اول، ۲۰۰۰.
۲۲. فخر المحققین، محمد، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم موسسه اسماعیلیان، اول، ۱۳۸۷ ه.ش.
۲۳. کابلی، محمد اسحاق فیاض، الأراضی - مجموعه دراسات و بحوث فقهیة اسلامیة، دار الکتب، قم، اول، ۱۴۰۱ ه.ق.
۲۴. مازندرانی، علی اکبر سیفی، دلیل تحریر الوسیلة - إحياء الموات و اللقطة، در یک جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۵ ه.ق.
۲۵. مالک بن انس، المدونه الکبری، دارالکتب العلمیه. بیروت، لبنان، ۱۹۹۴ م.
۲۶. مشکینی، میرزا علی، الفقه المأثور، در یک جلد، نشر الهدای، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۸ ه.ق.
۲۷. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، تهران، آذنا، کتاب راه نو، چاپ چهارم، ۱۳۸۶.
۲۸. الموسوعة الفقهیة، وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة - الكويت، طباعة ذات السلاسل - الكويت، دوم، ۱۴۰۷ ه.ق - ۱۹۸۳ م.
۲۹. موسوی سبزواری، عبدالاعلی، مهذب الاحکام، قم، موسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ ه.ق.
۳۰. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربی، بیروت - لبنان، هفتم، ۱۴۰۴ ه.ق.
۳۱. نجفی، کاشف الغطاء، احمد بن علی بن محمد رضا، سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف اشرف - عراق، اول، ۱۴۲۳ ه.ق.

۳۲. هاشمی شاهرودی، محمود، مناج الصالحین، مکتب آیه الله العظمی السید محمود الهاشمی ۱۴۳۲ هـ.

ق.