

واکاوی نظرات و ادله حکم فقهی ساخت سایه‌بان در معابر

حمید مسجدرائى*^۱، کاظم هژبری^۲

۱. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سمنان

۲. کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سمنان

(تاریخ دریافت: ۹۴/۳/۲۰؛ تاریخ پذیرش: ۹۴/۸/۱۲)

چکیده

صرف‌نظر از نوع کاربرد اصلی راه‌ها، نتیجه دیدگاه‌های مختلف فقهی، جواز هر نوع تصرف به شرط عدم ضرر است. راه‌های بسته (کوچه بن‌بست) نیز از قبیل املاک اختصاصی صاحبان خانه‌های کوچه محسوب می‌شوند. در مورد حکم تکلیفی ساخت سایه‌بان، های گوناگونی مبنی بر جواز مشروط به عدم ضرر، عدم ضرر همراه با عدم معارض و حرمت مطلق وجود دارد که در این نوشتار تلاش شده است با استمداد از مبانی فقهی، از قبیل یکسان بودن حق تصرف در معابر میان همه مردم، عدم تقدم یکی بر دیگری و همچنین استفاده از اصل لا‌ضرر، دیدگاه دوم موجه تشخیص داده شود. درباره حکم وضعی موضوع نیز بدون شک، جواز ساخت به شرط عدم ضرر است. ممنوعیت قانونی اشغال معابر و رعایت موازین ساخت‌وسازهای شهری از نظر قانونگذار وضعی، در راستای حفظ حقوق شهری و شهروندی، مؤیدی بر ادعای فوق محسوب می‌شود که در مقاله حاضر به مبانی آن پرداخته شده است.

واژگان کلیدی

راه‌های باز، راه‌های بسته، سایه‌بان، سد معبر، ضرر.

مقدمه

در نظام حقوقی اسلام به انسان‌ها هم به‌عنوان فرد و هم عنصر جامعه توجه شده است، به‌گونه‌ای که نه احکام فردی آن به حقوق جمع آسیب وارد می‌کنند و نه احکام اجتماعی آن، حقوق فردی را نادیده می‌گیرند. از جمله مصادیق توازن حقوقی میان فرد و اجتماع، مالکیت عمومی است؛ به همان اندازه که مالکیت عمومی در اسلام محترم است، مالکیت فردی نیز محترم بوده و هیچ‌گاه یکی به نفع دیگری نادیده گرفته نمی‌شود. معابر و گذرگاه‌ها از جمله مصادیق مالکیت عمومی است که حق استفاده از آن به همه تعلق دارد و به شخص خاصی اختصاص ندارد (خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۲۰۹). احترام به حقوق عابران در گذرگاه‌ها تا آن اندازه است که اگر کسانی با خواندن نماز در سطح معابر، عبور و مرور را مختل کنند، نمازشان باطل خواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۱۷۵). لیکن مصادیق سد معبر، حصر عقلی و تعبدی ندارد و معمولاً فقها از مصادیق خاصی صحبت کرده‌اند و بیان آنها جنبه نمونه‌ای دارد (بصری، ۱۴۱۳، ج ۵: ۱۹۶). فقها احکام سد معبر را در ابواب زیر بیان کرده‌اند: ۱. در پایان باب احیای موات ذیل عنوان «منافع مشترک» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۲: ۴۲۸)؛ ۲. در باب صلح هنگام ذکر کردن احکام منازعات (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶: ۲۴۳-۲۵۶)؛ ۳. در کتاب دیات ذیل عنوان «موجبات ضمان» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴: ۲۳۱) در مورد حکم وضعی سد معبر توضیح داده شده است.

امروزه با گسترش شهرنشینی و توسعه شهرها و ساخت‌وسازهای انبوه مراکز مسکونی و تجاری، نیازمندی به آگاهی از حقوق شهروندی و رعایت موازین ساخت‌وساز بیش از پیش از احساس شده و به‌منظور حفظ حقوق شهروندی و شهری، ضرورت طرح این‌گونه مباحث انکارپذیر نیست. از جمله مصادیق شایع سد معبر، ساخت سایه‌بان است. البته مفهوم سایه‌بان به معنای امروزه آن در متون فقهی یافت نمی‌شود، ولی با تتبع در مفهوم کلماتی نظیر: ساباط، روشن و جناح، می‌توان دریافت که کاربری این سازه‌ها، سایه‌بان بودن

آنهاست. در نوشتار حاضر، ضمن مفهوم‌شناسی سد معبر، به اصول کلی ناظر به نحوه تصرف در معابر در مورد راه‌های باز (طریق نافذ) و با بیان اقوال فقها به لحاظ نوع حداکثری کاربری معابر در سه دسته: استفاده آزاد، بیشتر برای تردد و تنها برای تردد می‌پردازیم و در پایان بحث از معابر بسته و به عبارتی همان کوچه بن‌بست خواهد بود که با توجه به اینکه معابر مزبور از قبیل املاک اختصاصی خانه‌های واقع در کوچه محسوب می‌شود، از مالکیت عمومی بیرون و از موضوع اصلی پژوهش ما خارج است. با ارائه اصل کلی تصرف در معابر، احکام سایر مصادیق سد معبر نیز روشن می‌شود. سپس سه دیدگاه فقهی: ۱. جواز ساخت‌وساز مشروط به عدم ضرر؛ ۲. معارض و ۳. حرمت مطلق هر گونه ساخت‌وساز بررسی و تحلیل و احکام فرعی مترتب بر ساخت سایه‌بان همچون اشراف بر همسایه، ایجاد تاریکی، مصالحه در برابر ساخت سایه‌بان و خراب شدن آن تبیین شده است. ضمن اینکه از حکم وضعی ساخت سایبان نیز بحث می‌شود.

۱. معابر باز

در کلمات فقها از راه‌های باز به «طریق نافذ» تعبیر شده است (سیفی مازندرانی، ۱۴۱۵: ۸۵) به طوری که در تعریف آن گفته‌اند: «الطریق النافذ هو الذی یتصل من آخره بطریق عام من طرق البلد أو بأكثر أو یتصل بساحه من ساحاته العامه؛ راه نافذ به راهی گفته می‌شود که انتهایش به معابر عمومی شهرها یا بیشتر راه‌ها یا میدان‌ها متصل می‌شود» (بصری، ۱۴۱۳، ج ۵: ۱۹۶). به راه باز، خیابان عمومی هم گفته شده است (سیفی مازندرانی، ۱۴۱۵: ۸۵). امام خمینی (ره) نیز همچون بسیاری از دیگر فقها، معابر را متعلق به همه دانسته‌اند و می‌فرمایند: «الناس فیه شرع سواء و لیس لأحد إحصاؤه و الاختصاص به؛ مردم در استفاده از معابر مانند هم، حق یکسانی دارند، هیچ‌کس بر دیگری مقدم نیست و نیز کسی حق احیا و اختصاص آن به خود را ندارد (بی‌تا، ج ۲: ۲۰۹).

آرای فقها در مورد استفاده از راه‌های باز را می‌توان به سه دسته تقسیم کرد:

۱. استفاده آزاد: برخی از فقها معتقدند که راه‌ها از جمله «مباحات عامه» محسوب می‌شوند که هر کس می‌تواند هر گونه تصرفی که بخواهد در آن انجام دهد، مشروط به اینکه استفاده او سبب آسیب دیدن افراد عابر نشود (ابن زهره، ۱۴۱۷: ۲۵۴؛ مؤمن قمی، ۱۴۲۱: ۳۱۱).

۲. بیشتر برای تردد: بیشتر فقها از جمله محقق حلی (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۳: ۲۲۰)؛ شهید ثانی در مسالک الافهام (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۲: ۴۲۸-۴۲۹)؛ علامه حلی در تحریر الاحکام (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۴: ۵۰۲)؛ محقق اردبیلی (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۷: ۵۰۹)؛ شهید اول در الدروس الشرعیه (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳: ۷۰)؛ محقق سبزواری (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲: ۵۵۹)؛ سبزواری در جامع الاحکام (سبزواری، بی‌تا: ۴۵۳) و فیض کاشانی (فیض، بی‌تا، ج ۳: ۳۱) کاربرد اصلی جاده و خیابان را رفت و آمد دانسته‌اند. طبیعی است که با فرض تعیین کاربرد اصلی، کاربردهای فرعی نیز تصویرپذیر است. از این رو می‌توان به جز رفت و آمد، از خیابان برای استراحت، داد و ستد و ... نیز استفاده کرد (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳: ۷۰). علامه حلی نیز در بیان زیر به این مطلب اشاره دارد: «المراد من الشوارع والغرض بها الاستطراق و منفعتها الأصلیه التردد فیها بالذهاب و العود و الناس فیها شرع سواء و يجوز الوقوف و الجلوس فیها لغرض الاستراحة و المعامله و غیرهما» (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۴۰۵) اما سایر تصرفات به جز رفت و آمد را مطلقاً خواه مانع رفت و آمد باشد یا نباشد، منع نکرده‌اند، بلکه جواز سایر انتفاعات را به عدم اضرار به عابران، عدم مزاحمت و تنگ نکردن راه منوط دانسته‌اند. از فقهای معاصر (موحدی لنگرانی، ۱۴۲۹: ۲۴۰؛ امام خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۲۱۱) نیز جواز را به عدم ضرر و مزاحمت برای عابران و ضیق راه برای آنان مشروط کرده‌اند. برخی از فقها (بهجت، ۱۴۲۶، ج ۵: ۸۷؛ سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۹۹) جواز را فقط به عدم مزاحمت و برخی دیگر (وحید خراسانی، ۱۴۲۸، ج ۳: ۱۸۵؛ خویی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۱۶۰) آن را به عدم ضرر مقید کرده‌اند.

فیض کاشانی این دیدگاه را نسبت به دیدگاهی که به عدم جواز هر گونه تصرفی غیر از رفت و آمد معتقد است، مشهورتر می‌داند (فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۳: ۳۱). مفهوم مطلب فوق این است که قول به منع مطلق نیز مشهور بوده، ولی قول به تفصیل مشهورتر است. لیکن مرحوم نجفی کسی را نمی‌شناسد که به منع از هر گونه تصرفی به غیر از رفت و آمد معتقد باشد و هر گونه تصرفی غیر از رفت و آمد را مطلقاً جایز نداند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۸: ۷۷). علامه حلی، محدوده تصرف در معابر را در فقه اسلامی چنین توضیح می‌دهد: «لیس لأحد أن يتصرف فيها بما يبطل المرور فيها أو ينقصه أو يضرّ بالمارة من بناء حائط فيها أو دكّه أو وضع جناح أو سباط على جداره إذا أضرّ بالمارة إجماعاً؛ به اتفاق نظر فقها، هیچ‌کس حق ندارد از راه‌های باز به‌گونه‌ای استفاده کند که آمد و شد را در آن مختل کرده یا باعث کاهش تردد شود، یا با ساختن دیوار یا دکه یا قرار دادن سایه‌بان، باعث آسیب رساندن عابران شود» (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۴۱). همچنین فقیه بحرانی می‌نویسد: «إنه لاخلاف بين الاصحاب في أن الأراضي المحبوسه على المنافع العامه كالشوارع و المشارع و المساجد و المقابر و الرباطات و المدارس و الاسواق لايجوز لأحد التصرف فيها على وجه يمنع الانتفاع بها فيما هي متّخذة له؛ بين فقهای امامیه هیچ اختلاف نظری نیست در اینکه هیچ‌کس مجاز نیست از زمین‌هایی که برای منافع عمومی وقف شده است، همچون خیابان‌ها، آبخوری‌ها، مساجد، قبرستان‌ها، کاروانسراها، مدارس و بازارها، به‌گونه‌ای استفاده کند که باعث شود دیگران نتوانند از این مکان‌ها در راه مورد نظر آن استفاده ببرند» (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۴: ۱۴۰).

۳. تنها برای تردد: این احتمال را فخرالمحققین در نقد سخن علامه حلی (که به جواز خرید و فروش در راه‌ها معتقد بود) بیان کرده است؛ ایشان فرموده‌اند: احتمال عدم جواز نشستن برای خرید و فروش در راه‌ها نیز هست، زیرا راه‌ها فقط برای رفت و آمد است و نباید در غیر آن استفاده شود. لیکن از این سخن دفاع نکرده‌اند و گفته‌اند که قول

قوی‌تر، همان جواز استفاده از راه‌ها برای غیرتردد هم هست (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲: ۲۳۵).

در جمع‌بندی می‌توان گفت همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، خواه کاربرد اصلی راه را رفت‌وآمد بدانیم یا ندانیم، نتیجه این دو دیدگاه یک مسئله و آن جواز هر نوع تصرف در معابر به شرط عدم ضرر و عدم تضییق است (نظری توکلی، ۱۳۸۷: ۱۵) و فقط ظاهر سخنان فقها با هم فرق دارد. البته منظور فقها از تعیین نوع کاربری معابر بیان این مطلب است که سد معبر منجر به اختلال در رفت‌وآمد، مجاز نیست. شاید تصور شود که دو عنوان «اضرار» و «تضییق» در عبارات فقها، لزوماً ناظر به یک قید است، چرا که تنگ شدن خیابان معمولاً سبب آسیب دیدن عابران می‌شود، ولی باید توجه کرد که این دو عنوان، مستقل از هم هستند و نسبت میان آنها عموم و خصوص من وجه است؛ به طوری که تنگ شدن خیابان، لزوماً با اضرار به دیگران همراه نمی‌شود. محقق کرکی این تعدد را چنین توضیح می‌دهد: «لا فرق فی الجلوس بین کونه للإستراحة، أو للمعاملة أو لغيرهما و لا یتقید إلاً بعدم الإضرار و التضییق علی الماره فحیثینذ یحرم، لأن حق الاستطراق هو المطلوب الأصلي؛ هیچ فرقی بین نشستن در معابر به منظور استراحت یا معامله یا غیر اینها نیست، مگر اینکه موجب ضرر زدن و تنگ کردن راه شود که در این صورت حرام است، زیرا در اصل، راه‌ها برای رفت‌وآمد می‌باشند» (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۷: ۳۴). همان‌گونه که در عبارت ملاحظه می‌شود ایشان دو قید «اضرار» و «تضییق» را به‌عنوان دو قید مفهوماً جدا آورده‌اند و حرمت را به اضرار و تضییق با هم منوط کرده‌اند و باید تنگ کردن راه موجب ضرر زدن شود، چرا که گاهی این‌گونه نیست.

۲. ادله عدم مزاحمت در رفت‌وآمد

به‌منظور اثبات عدم جواز مزاحمت در رفت‌وآمد برای مردم، می‌توان به دلایل زیر استناد کرد:

دلیل اول - قرآن کریم: مطابق آموزه‌های قرآن کریم، کسانی که حدود و مرزهای الهی را می‌شکنند و حرمت آنها را رعایت نمی‌کنند، ستمگر معرفی شده‌اند: «...وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ»؛ هر که از حدود خدا تجاوز کند ظالم است (بقره: ۲۲۹)؛ چرا که هیچ ظلمی خارج از تعدی نیست، زیرا ظلم که عبارت از منع حق از فرد مستحق به غیرمستحق است، تجاوز از حد خداست، چنانچه تجاوز از هر حدی، منع از حق و دادن آن به غیرمستحق است (خانی و ریاضی، ۱۳۷۲، ج ۳: ۲۲). بنابراین، هرگاه حقی زیر پا گذاشته شود، تجاوز صورت گرفته است. پیش از این گفتیم که گذرگاه‌ها از جمله اموال عمومی و منافع مشترکی هستند که هر کس حق دارد از آنها در راستای هدف معینی (که همان عبور و مرور است) استفاده کند. حال اگر کسی در استفاده دیگران از این اموال عمومی خللی ایجاد کند، حق آنها را تضییع کرده است و ستمکار خواهد بود. سد معبر و ایجاد اختلال در امر رفت‌وآمد مردم، هر چند ابتدا حق استفاده آنها از گذرگاه‌ها را کاهش می‌دهد یا از بین می‌برد، اما چون عناصر اجتماعی به هم پیوسته‌اند، کسی که خود چنین مشکلی را برای مردم ایجاد می‌کند نیز در دراز مدت از رهگذر همین کار آسیب خواهد دید، پس می‌توان او را از جمله کسانی دانست که به خود ستم کرده‌اند: «...وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ...» (طلاق: ۱).

دلیل دوم - قاعده نفی حرج: از جمله قواعد مسلم عقلی و فقهی که بر آیات و روایات معتبر مبتنی بوده، قاعده «نفی حرج» است. قاعده مذکور حکایت از این دارد که از نظر قانونگذار اسلام، حرج هم چون ضرر وجود خارجی ندارد. اگر بپذیریم که ایجاد اختلال در رفت‌وآمد مردم، ستم بر ایشان است، دو نتیجه فقهی در پی دارد:

اول: هر گونه همکاری با کسانی که به وسیله سد معبر، عبور و مرور، وسایل نقلیه و افراد را با مشکل مواجه می‌کنند، از آن جنبه که تعاون بر ظلم محسوب می‌شود، حرام است: «... وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ» (مائده: ۲). در مقابل

هرگونه تلاش برای از بین بردن موانع عبور و مرور در سطح گذرگاه‌ها، همکاری بر نیکی است و بالتبع متضمن پاداش اخروی خواهد بود.

پیامبر گرامی اسلام در نقل ماجرای فرمودند: «کانت شجرة تضيق الطريق فقطعها رجل فعزلها عن الطريق، فغفر له؛ درختی راه مردم را تنگ کرده بود که مردی آن را کند و از مسیر حرکت مردم خارج کرد و به واسطه همین کار آمرزیده شد (الموصلی، ۱۴۰۷، ج ۱۱: ۳۰۹). دوم: ایجاد سد معبر جرم به حساب می‌آید و به استناد آیات شریفه قرآن کریم، مرتکبان آن، ستمکارانی هستند که به واسطه تجاوز به حقوق عمومی، استحقاق مجازات دارند: «إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ» (شوری: ۴۲).

۳. ادله جواز انتفاع از معابر

دلیل اول- اصل عملی: در صورت شک در جواز یا عدم جواز بهره‌برداری‌های خاص از معابر، اصل بر جواز آن بهره‌برداری است، مادامی که دلیلی بر حرمت آن یافت نشود (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲: ۵۵۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۲: ۱۵۰).

دلیل دوم- اجماع: نوع بشر در خلال قرون متمادی بر این مطلب اتفاق نظر (اجماع) دارند که می‌توان از راه‌ها و خیابان‌ها برای سایر کارها جز عبور و مرور نیز استفاده کرد، به شرطی که موجب از بین رفتن منفعت مردم نشود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۸: ۷۶ و ۷۷؛ کرکی، ۱۴۱۴، ج ۷: ۳۴).

دلیل سوم- سیره: مردم از راه‌ها جز عبور و مرور برای کارهای دیگری نیز استفاده می‌کنند، به شرط اینکه موجب ضرر و زیان نشود. این سیره نیز شاید دلیلی بر جواز بهره‌برداری‌های مختلف از آن باشد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۸: ۷۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۲: ۱۵۰).

صاحب جواهر در این زمینه چنین توضیح می‌دهد: «إنَّ الاصل و السیره القطعیة یقتضیان جواز سائر وجوه الانتفاع بالمنافع المشترکه إذا لم تعارض أصل المنفعة المقصوده منه الذی أعد لها بإحیاء المحییی أو بوقف الواقف أو بتسبیل المسبیل أو بغير ذلك من غیر فرق بین ما یدوم أثر

التصرف كالبناء و نحوه و بين ما لا يدوم مع فرض عدم إخراجہ بذلك عمّا أعدّ له (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۸: ۸۱-۸۲). اصل و سیرة قطعی اقتضا می‌کند که دیگر شکل‌های انتفاع از منافع عمومی جایز باشد به شرط اینکه با اصل منفعت مورد نظر از راه‌ها که از طریق احیا کردن احیاکننده راه یا وقف کردن واقف یا آزاد گذاشتن آن توسط تسبیل‌کننده یا طرق دیگر فراهم شده است تعارض نداشته باشد و در این زمینه فرقی نمی‌کند که اثر تصرف کردن، دائمی باشد نظیر ایجاد بنا و امثال آن، یا دائمی نباشد مشروط به این فرض که به واسطه انتفاع از راه، از منفعت اصلی مورد نظر برای آن خارج نگردد.

ملاک تشخیص ضرر، عرف است و عرف در موارد مختلف، در مورد ضرر یا عدم ضرر فرق می‌گذارد (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۴۳) مثلاً اگر تصرفی موجب شود که با بلندی ارتفاع سازه، راه بر سواره‌ها تنگ شود و موجبات ناراحتی آنها را فراهم آورد، ضرر محسوب می‌شود.

جمع‌بندی: هرچند مشهور فقها برای اثبات جواز بهره‌برداری‌های مختلف از دو واژه «اجماع» و «سیره» استفاده کرده‌اند، معنای اصطلاحی این دو واژه مورد نظر آنها نیست، چرا که اصطلاح اجماع بر اتفاق نظر فقها در حکم خاصی اطلاق می‌شود و نه بر توافق مردم. البته از دیدگاه امامیه، خصوص سیره عملی مسلمانان در حقیقت نوعی از اجماع است و تنها فرقی که بین اجماع مصطلحی و سیره دیده می‌شود، این است که اجماع، اتفاق نظر فقها بر فتوایی در یک مسئله است، اما سیره عملی، اتفاق همه اندیشمندان و فقها و غیر آنان در مقام عمل به کاری است. به علاوه، سیره و روش عملی مردم تنها در صورتی حجت است که کاشف از رضایت شارع باشد و اگر کاشف نباشد، آن سیره دارای اعتبار نخواهد بود، مانند سیره‌های عملی زیادی که می‌بینیم در میان مسلمانان رواج دارد و دارای ریشه اسلامی نیست و بعضی از آنها خلاف شرع است. مضاف بر اینکه اگر انجام دادن عملی میان مسلمانان رایج باشد و آن را ترک نکنند، نمی‌توان برای وجوب آن به سیره استناد کرد؛ چون سیره عملی دارای لسان گویا نیست که بیان‌کننده وجه آن باشد و تنها

آنچه متیقن محسوب می‌شود، اباحه به معنای عام است، مگر در مواردی که استمرار عملی آنان حکایت از تقیۀ خاص آنان به عمل باشد که این شاید گویای بر رجحان آن محسوب شود (جناتی، بی تا: ۴۱۴-۴۱۵). بر فرض هم که سیره و روش مردم اعتبار شرعی داشته و بر جواز دلالت داشته باشد، روش مردم در استفاده از معابر مبنایی برای رفتار ما در امروز نیست، زیرا مفاهیمی چون خیابان، خیابان اصلی و فرعی و پیاده‌رو، بزرگراه و سواره‌رو، چنین است که یا در گذشته نبوده‌اند یا در معنای امروزی به کار نمی‌رفته‌اند. در نتیجه، سیره و روش مردم بر فرض اعتبار شرعی، با وجود تغییر موضوع، برای زمان حاضر ارزش فقهی نخواهد داشت. توجه به این نکته ضروری است که همان دلایلی که عبور و مرور وسایل نقلیه و افراد را در سطح خیابان و پیاده‌رو جایز می‌دانند، لوازم عقلی و عادی این دو عمل را (که شاید کاری غیر از تردد ولی وابسته به آن باشد) نیز جایز بدانند. به عنوان مثال، لازمه تردد عابران در پیاده‌رو با ملاحظه سن و توانایی‌های جسمانی آنها اندکی توقف و استراحت هم خواهد بود و هیچ فرقی در جواز بین اینها و رفت‌وآمد مردم نیست، اما نه آن‌گونه توقف و استراحتی که افراد در پارک‌ها و تفرجگاه‌ها انجام می‌دهند، مانند ایستادن و نشستن. اما اگر عملی از توابع استطران نباشد (مانند نشستن برای خرید و فروش) هیچ شکی نیست که در صورت مزاحمت با رفت‌وآمد، حق تردد مقدم می‌شود.^۱

شایان ذکر است که مطابق قوانین موضوعه نیز که مبتنی بر مبانی فقهی است، ایجاد معابر عام از قبیل خیابان‌ها، کوچه‌ها و پیاده‌روها برای آمد و شد وسایل نقلیه و عابران در

۱. مرحوم صاحب جواهر، لوازم استفاده از معابر عمومی را چنین توضیح می‌دهد: «إنّ جمیع ما یعرض للمستطرق من المرافق الّتی یحتاجها فی استطران من جلوس و وقوف و نحوها لا فرق بینها و بین الاستطراق و منه ما یحتاج الیه من کانت باب داره الی الطریق من ادخال الاحمال و الدواب و نحوها باعتبار انّ ذلک کلّه من توابع استطران، أمّا اذا لم یکن کذلک، بل کان مرفقا لا من حیث الاستطراق کالجلوس للبیع و نحوه، فلا ریب فی تقدّم حق الاستطراق علیه عند التعارض (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۸: ۷۸).

نظر گرفته شده است و در نتیجه اشغال معابر، موازین خاصی دارد، به طوری که از باب نمونه در بحث ساخت و سازهای شهری چنانچه اشغال معابر عام با هدف احداث آنها منافات داشته باشد، بر مالکان احداث ساختمان تکلیف شده است که در حین احداث ساختمان، موازین اشغال معابر را رعایت کنند. افزون بر این، حتی برابر موادی از قانون مجازات اسلامی سابق و جدید، اگر کسی کاری کند که در معبر عام یا هر جایی که حق تصرف در آن را ندارد، آسیب یا خسارتی متوجه عابران شود، عهده دار دیه یا خسارت خواهد بود و در غیر این صورت ضمان متنفی است (برای اطلاع بیشتر رجوع شود به: ماده ۳۳۹ قانون مجازات اسلامی سابق و ماده ۵۱۶ قانون مجازات اسلامی جدید مصوب ۱۳۹۲).

البته اگر از ظاهر مواد قانونی فوق، ممنوعیت مطلق اشغال معابر استنباط شود، چنین برداشتی صحیح نیست، چرا که در پاره‌ای از موارد، احداث ساختمان بدون اشغال موقت معابر امکان پذیر نیست و به نظر نمی‌رسد که قانونگذار از وضع مواد فوق، چنین قصدی را تعقیب می‌کرده است (کامیار، ۱۳۸۵: ۲۳۲).

مطابق ماده ۵۵ قانون شهرداری، از جمله وظایف شهرداری‌ها نیز جلوگیری از سد معابر عمومی و اشغال پیاده‌روها و استفاده غیرمجاز آنها توسط مأموران خود دانسته شده است؛ در ماده مذکور چنین آمده است: «وظایف شهرداری به شرح ذیل است: ۱. ایجاد خیابان‌ها و کوچه‌ها و میدان‌ها و باغ‌های عمومی و مجاری آب و توسعه معابر در حدود قوانین موضوعه؛ ۲. تنظیف و نگهداری و تسطیح معابر و انهار عمومی و مجاری آبها و فاضلاب و تنقیه قنوات مربوط به شهر و تأمین آب و روشنایی به وسایل ممکنه. تبصره ۱. سد معابر عمومی و اشغال پیاده‌روها و استفاده غیرمجاز آنها و میدان‌ها و پارک‌ها و باغ‌های عمومی برای کسب و یا سکنی و یا هر عنوان دیگری ممنوع است و شهرداری مکلف است از آن جلوگیری و در رفع موانع موجود و آزاد نمودن معابر و اماکن مذکور فوق به وسیله مأمورین خود رأساً اقدام کند...».

۴. معابر بسته

راه بسته که در عبارات فقها تحت عنوان «طریق غیرنافذ» بیان شده است (خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۲۱۰) و در فارسی به آن «کوچه بن‌بست» گفته می‌شود (سیفی مازندرانی، ۱۴۱۵: ۸۸) راهی است که از آن به راه دیگر یا زمین مباح دیگر وصل نشده باشد، بلکه سه جانب آن را خانه‌ها و دیوارها احاطه کرده باشند (خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۲۱۰؛ فیاض، ۱۴۲۶: ۴۴۵؛ سبزواری، بی‌تا: ۴۵۲).

کوچه بن‌بست، ملک صاحبان خانه‌هایی است که درهایشان به گونه‌ای که مستلزم عمل خلاف شرعی نباشد، به کوچه باز می‌شود، نه هر کسی که دیوار خانه‌اش در کوچه است (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۹: ۴۷۴)؛ برای هیچ کدام از صاحبان خانه‌ها و بقیه افراد جایز نیست که بدون اجازه همه صاحبان خانه در زمین و هوای کوچه تصرف کنند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۲۷۸) خواه مضر باشد یا نباشد، چون راه به صاحبان آنها تعلق دارد و از قبیل املاک اختصاصی است (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۱۰۱)؛ البته بعضی از اهل سنت، تصرف در کوچه را به شرط عدم اضرار به مردم جایز دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۲۷۸) مسلم است که در صورت اجازه ندادن اهل کوچه به تصرف در کوچه، این کار جایز نیست و موجب ضمان است.

از جمله آثاری که بر ملکیت صاحبان خانه مترتب می‌شود، موارد زیر است:

۱. همانند سایر اموال مشترک می‌توانند آن را ببندند و بین خودشان تقسیم کنند و هر کدام سهمشان را جزو خانه خود کنند (سبزواری، بی‌تا: ۴۵۲؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۲۱۰) اگر همه صاحبان خانه به توافق نرسند، کسی حق چنین کاری را ندارد. البته همه اینها در صورتی است که مسجدی در کوچه نباشد، در غیر این صورت جایز نیست که کسی از رفت‌وآمد مردم به کوچه جلوگیری کند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۲۷۸).

۲. بعضی می‌پندارند که همه صاحبان املاک، در همه کوچه حق دارند و عادت اهل حدیث است که برای هر مطلب بدیهی، نص خاصی می‌جویند. حد مالکیت کوچه برای

صاحب خانه، مقداری است که برای رفت و آمد به آن نیاز دارد. مالکیت کوچه بن‌بست، نوعی مالکیت است که با مالکیت اصل خانه فرق دارد. با اینکه کوچه بن‌بست، میان صاحبان ملک مشترک است، هیچ‌یک نمی‌توانند دیگران را، از جمله افرادی که صاحب خانه در کوچه نیستند، از تردد در کوچه منع کنند. چون این افراد نیز گاهی به دلیل نیاز به ملاقات با صاحبان کوچه، حق عبور و مرور در کوچه را دارند.

۳. اگر در میان صاحبان کوچه، صغیر یا مجنون یا سفیه باشد، به اجازه قیم نیاز نیست، با اینکه در املاک دیگر اگر صغیر شریک باشد، تصرف دیگران جایز نیست.

۴. کوچه بن‌بست، از متعلقات خانه است نه از متعلقات صاحب خانه. پس اگر کسی ملک خود را که در آن به طرف کوچه بن‌بست باز می‌شود، بفروشد، در حالی که در قرارداد قید کند که او حق عبور از این کوچه را ندارد و راه آن را در جای دیگر قرار دهد، همچنین سهم خود را از کوچه نگه دارد، چنین قراردادی صحیح نیست، زیرا سهم مربوط به کوچه، وابسته به خانه بوده که از مالکیت او خارج شده است و او دیگر نسبت به خانه حقی ندارد.

۵. کسی که پنجره روشنایی دارد و در برای آمد و شد ندارد، صاحب کوچه بن‌بست محسوب نمی‌شود (شعرانی، ۱۴۱۹، ج ۲: ۳۷۴-۳۷۶).

۶. از سر کوچه تا اولین در، مشترک میان همه املاکی است که درهایشان به طرف کوچه باز می‌شود و از در اول تا در دوم، مشترک میان همه املاک است غیر از صاحب در اول؛ و از در دوم تا سوم مشترک است میان همه، غیر از صاحب در اول و دوم و بر همین قیاس از در آخر تا بن کوچه، خاص صاحب ملک آخر است. هیچ‌یک از مردم کوچه حق ندارند که در خانه خود را از جایی که هست، عقب‌تر ببرند، مگر به اذن دیگران، اما جایز است به دهانه کوچه نزدیک‌تر کنند (شعرانی، ۱۴۱۹، ج ۲: ۳۷۴-۳۷۶).

۵. ساخت سایه‌بان و انواع آن

بر اساس یافته‌های موجود در منابع فقهی، از سه نوع سایبان سخن به میان آمده و درباره ساخت آنها در گذرگاه‌های عمومی بحث شده است:

- **ساباط:** از نظر اهل لغت، ساباط مکان مسقفی است بین دو دیوار که زیر آن محل عبور مردم است (زمخشری، ۱۹۷۹: ۲۸۳؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۷: ۳۱۱) یا مکان مسقفی بین دو خانه است (زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۱۰: ۲۷۴). فقها نیز ساباط را چنین تعریف کرده‌اند: خارج کردن چوب از دیوار و ساختن بر روی آن به گونه‌ای که به دیوار مقابل وصل شود (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵: ۴۱۴ - ۴۱۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۲۳۹؛ روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۹: ۴۷۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹: ۳۷۱-۳۷۲).

- **روشن:** در این معانی به کار رفته است: روزنه، سوراخ (بستانی و مهیار، ۱۳۷۵: ۴۴۷)، خارج کردن چوب به سوی کوچه و ساختن روی آن (طریحی، ۱۴۱۶، ج ۶: ۲۵۵)، سوراخ بر روی دیوار غیرنافذ (زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۱۸: ۲۳۶؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۱۸۱)، نوافذی که در اتاق به سوی راه برای نور گرفتن یا هوا گرفتن ایجاد می‌کنند (حسینی شیرازی، ۱۴۲۵، ج ۱: ۳۸۲).

- **جناح:** فقها در تبیین معنای این دو واژه، بین روشن و جناح فرق نگذاشته‌اند و هر دو را به معنای خارج کردن چوب از دیوار طوری که به دیوار مقابل برسد (حسینی عاملی، بی تا، ج ۱۷: ۶۹؛ مجاهد طباطبایی، بی تا: ۳۶۰؛ روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۹: ۴۷۳) یا چوبی گرفته‌اند که از دیوار بر روی راه امتداد دارد و به دیوار مقابل نمی‌رسد (فیض کاشانی، ۱۴۱۸: ۲۰۷).

در جمع‌بندی باید گفت با توجه به تغییر شکل معابر از گذشته تاکنون، این مفاهیم هم امروزه تغییر کرده‌اند و در تمامی موارد، عنوان «سایه‌بان» صادق است، زیرا مهم‌ترین کاربری این سه نوع سازه، ایجاد سایه محسوب می‌شود. شایان ذکر است که در برخی از

منابع فقهی، افزون بر جنبه سایه‌بان بودن این موارد، بحث ساخت و ساز روی آنها مطرح شده است که در این صورت موضوع بحث پیاده‌روهای مسقف نیز خواهد بود.^۱

۱.۵. حکم تکلیفی سایه‌بان

۱.۱.۵. ساخت و ساز

در مورد نصب سه نوع سایه‌بان که در بالا مطرح کردیم، دو نظریه جواز مشروط و حرمت مطلق مطرح شده است:

الف) نظریه جواز مشروط

فقه‌های طرفدار این نظریه، برای اثبات جواز، یکی از دو شرط زیر را معتبر دانسته‌اند:

شرط اول - فقدان ضرر: مشهور فقها هنگامی نصب سایه‌بان در سطح گذرگاه‌ها را جایز دانسته‌اند که این کار، سبب آسیب و ضرر به دیگران نشود و برای مخالفت دیگران با نصب آن اثری قائل نیستند و معتقدند که حتی اگر همسایگان مخالفت کنند، جایز است (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱: ۶۱۳؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲: ۶۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۱۰۱؛ سبزواری، بی‌تا: ۴۵۲؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳: ۳۳۹؛ حلی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۷۳؛ حلی، ۱۴۲۰، ج ۴: ۵۰۴). از فقه‌های اهل سنت شافعی، مالک، اوزاعی و احمدبن حنبل بر این باورند (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۲۹۴). از فقه‌های معاصر نیز وحید خراسانی (وحید خراسانی، ۱۴۲۸، ج ۳: ۱۸۵) آیت‌الله سیستانی (سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۹۷) و امام خمینی (خمینی، بی‌تا، ج ۱: ۵۶۶) این دیدگاه را قبول دارند. طرفداران این نظریه بر مدعای خود دلایل زیر را اقامه کرده‌اند:

۱. الروشن و الجناح یشترکان فی اخراج خشب من حائط المالك الى الطريق بحيث لا یصل الى الجدار المقابل و ینسی علیها و لو وصلت فهو السابط و ربما فرقی بینهما بأنّ الاجنحه ینضمّ اليها مع ما ذکر إنّ توضع لها اعمده من الطريق (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۲۷۵).

دلیل اول: مسلمانان از زمان پیامبر تاکنون به این شیوه رفتار کرده‌اند و کسی خلاف آن عمل نکرده است (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲: ۶۶؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۱: ۱۱۷).

دلیل دوم: شرکت گاهی در عین مال است، مانند شریک شدن در میراث، گاهی در حقوق است، مانند حق شفعه، حق قذف و حق قصاص، گاهی نیز در منافع است، مانند اشتراک در منفعت وقف یا منفعت عین مستأجره. در موضوع مورد بحث نیز مسلمانان مالک خود راه نیستند، بلکه فقط مالک منفعت آن هستند. پس شریک در منافع محسوب می‌شوند. به عبارت دیگر مالک عین نیستند که حق اعتراض داشته باشند (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲: ۶۶).

اشکال: نمی‌توان گفت که اشخاص مالک عین باشند تا در آن صورت حق اعتراض داشته باشند. در واقع هیچ‌گونه مالکیتی در مورد معابر برای مردم متصور نیست. صرفاً حق استفاده از معابر به مردم تعلق دارد و نه مالکیت آن و این دو با هم فرق دارد.

دلیل سوم: چون راه‌ها، مالک خاصی ندارند و به عموم مردم تعلق دارند، جواز تصرف در آنها به آسیب نزدن به عابران مشروط است (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۴۱).

دلیل چهارم: مردم بر جواز نصب سایه‌بان در معابر اتفاق نظر دارند و کسی آن را انکار نمی‌کند (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۴۱-۴۲).

اشکال: چنین اجماعی صحیح نیست، چون اولاً افعال مردم مجمل است و دلالتی بر عموم ندارد؛ ثانیاً گروهی از اعیان امامیه با جواز مخالفت کرده‌اند.

پاسخ اشکال: اگرچه سیره مسلمین فی‌نفسه مجمل است، گاهی مواردی به آن ضمیمه می‌شود که علم به عموم را اقتضا می‌کند، از جمله این موارد قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» است؛ به علاوه، مجرد مخالفت گروهی از اعیان امامیه به اجماع لطمه‌ای نمی‌زند (مجاهد طباطبایی، بی تا: ۳۶۱).

دلیل پنجم: دلیل درستی که بر اشتراط عدم مخالفت مسلمانان دلالت داشته باشد، وجود ندارد و مقتضای اصل، عدم اشتراط، نبود معارض در جواز ساخت سایه‌بان است (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱: ۶۱۳).

اشکال: باید گفت که متعلق اصل عدم، باید امری وجودی باشد، یعنی نمی‌توان متعلق آن را از امور عدمی مثل جهل قرار داد. پس نمی‌توان گفت «اصل عدم جهل» بلکه باید گفت «اصل عدم علم» هر چند نتیجه هر دو یکی بشود. در اینجا نیز باید متعلق را «عدم موافقت» عنوان کرد. به علاوه با وجود دلایل متعدد، جایی برای شک در حکم آن باقی نمی‌ماند تا نوبت به اصل عدمی برسد.

شرط دوم - فقدان ضرر و معارض: قطب‌الدین کیدری (کیدری، ۱۴۱۶: ۳۰۰؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۵۴؛ ابن براج به نقل از حلی، ۱۴۱۳، ج ۶: ۲۱۹)، شیخ طوسی در المبسوط (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۲۹۱) ابوحنیفه (به نقل از طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۲۹۴) به جز مضر نبودن نصب سایه‌بان، شرط دیگری نیز برای جواز نصب آن معتبر دانسته‌اند. از نظر این فقیهان، هنگامی می‌توان سایه‌بان نصب کرد که به جز مضر نبودن، هیچ‌یک از همسایگان یا عابران با نصب آن مخالفت نکنند. البته شیخ طوسی در نظر دیگری در کتاب «الخلاف» فقدان ضرر را برای حکم به جواز کافی می‌داند (طوسی به نقل از حلی، ۱۴۱۳، ج ۶: ۲۱۹).

پیروان این نظریه به دلایلی استناد کرده‌اند:

دلیل اول: آن طریق المسلمین حق لجمیعهم، فإذا أنکر واحد منهم ذلک لم یجز أن یغصب علی حقه و متی طالبه بقلعه کان له ذلک کسائر الحقوق؛ گذرگاه‌ها از جمله اماکن عمومی به حساب می‌آیند و همه به طور یکسان حق استفاده از آنها را دارند. بنابراین حتی اگر یک نفر از استفاده دیگران رضایت نداشته باشد، سبب می‌شود که استفاده آنان، تصرف در مال دیگری (غصب) تلقی شود و حرام باشد و همانند سایر حقوق الناس، در صورت مطالبه معارضین مبنی بر کندن آن، سایه‌بان باید کنده شود (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۲۹۵) همانند جایی که شخص دکه‌ای را در مسیر عبور و مرور مردم بنا کند (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۴۲).

اشکال: قیاس ساخت دکه با ساخت سایبان درست نیست؛ چرا که در صورت ساخت دکه، ضرر به وجود می‌آید اما ساخت سایه‌بان، چنین ضرری به دنبال ندارد؛ چرا که شخص

نابینا به دکه برخورد می‌کند و حتی در شب تاریک، موجب برخورد و سُرخوردن شخص بینا به دکه می‌شود و به واسطه ایجاد دکه، راه تنگ خواهد شد، ولی گذرگاه چنین حالتی ندارد و عبور در ملک دیگران فقط با اذن صاحب ملک جایز است، برخلاف گذرگاه که به اذن نیاز ندارد؛ در نتیجه حکم ساخت دکه با گذرگاه تفاوت دارند (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۴۲).

دلیل دوم: جواز و عدم جواز استفاده از فضای هوایی مکان‌های عمومی همچون معابر، تابع جواز و عدم جواز استفاده از سطح زمینی (قرار) آنهاست (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۲۹۵) و از آنجا که شخص، مالک زمین (قرار) نمی‌شود، پس مالک هوا نیز نخواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶: ۲۴۳). به عبارت دیگر چون احداث بنا در سطح معابر و استفاده اختصاصی از آن برای هیچ‌کس جایز نیست، چنین حقی در استفاده از فضای هوایی معابر نیز برای هیچ‌کس وجود نخواهد داشت. در این صورت مالک زمین حق اعتراض دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۲۷۶). این دلیل مبین مفهوم قاعده فقهی «من ملک عیناً ملک منفعتها بالتبع» است. بنا بر یک دیدگاه در مورد مفهوم قاعده، در صورتی که نه تفکیکی در بین باشد و نه استثنایی، باید به حسب قاعده صاحب عین را به سبب اقتضای رابطه تبعی، مالک منفعت دانست. چون تبعیت منافع از اعیان تبعیت قهری است نه تبعیت قصدی و تنها تملیک عین است که تابع قصد است (اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۵). در ما نحن فیه نیز مالکیت هوای معابر (منفعت) تابع مالکیت عین (زمین) است.

اشکال: چگونگی رابطه منافع با اعیان، از مباحث مهم فقهی است. تردیدی نیست که منفعت یک عین، رابطه‌ای تبعی و مادی با خود آن عین دارد، ولی در مورد اینکه رابطه قهری تا چه حد دارای اثر حقوقی است، ابهام دیده می‌شود. بعضی از فقها در این زمینه قاعده «من ملک عیناً ملک منفعتها بالتبع» را مطرح کرده‌اند. بنا بر مفهوم مخالف مفاد این قاعده هر کس مالک عین نباشد، به تبع مالک منفعت آن نیز نخواهد بود. قاعده مذکور با عمومیت خود شامل هر نوع منفعت مادی یا معنوی است. دیدگاه مخالفی نیز

وجود دارد که اقتضای رابطه مالکیت عین و منفعت را تبعی نمی‌داند (رک: بروجردی، ۱۳۶۵: ۱۲۱).

دلیل سوم: اگر ساخت چنین سازه‌هایی جایز باشد، نمی‌توان سازنده آنها را در برابر خساراتی که عابران یا وسایل نقلیه از وجود یا تخریب آن متحمل می‌شوند، مسئول دانست و حال آنکه تردیدی در ضمان وی نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶: ۲۴۳؛ مؤمن قمی، ۱۴۲۱: ۳۱۱) به عبارت دیگر، اگر ایجاد سازه بدون رضایت مردم جایز بود، به تبع آن ضمانتی در پی نداشت. اشکال: مجازات کیفری سازنده سایه‌بان خواه در صورت موافقت یا مخالفت مردم، با جواز ساخت سایه‌بان منافات دارد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶: ۲۴۳) نمی‌توان به صرف ایجاد سازه، سازنده آن را مسئول خساراتی دانست که به عابران وارد می‌شود. بلکه مسئول دانستن شخص سازنده مشروط به اثبات تقصیر است و حکم تکلیفی و وضعی انجام دادن عمل با هم فرق دارد.

ب) نظریه حرمت مطلق

در برابر دیدگاه جواز مشروط، این نظریه هم در متون فقهی مطرح شده است که نصب سایه‌بان به هر شکلی که باشد، هرچند سبب آسیب دیدن وسایل نقلیه یا عابران نیز نشود، جایز نخواهد بود، چون احداث چنین بنایی در سطح گذرگاه‌های عمومی، تجاوز به حریم عمومی است و ایجاد سازه در ملک دیگران تلقی می‌شود (قدامه، بی‌تا، ج ۵: ۳۳).

در مورد اجازه حاکم باید گفت که در ساخت سایه‌بان اذن ایشان شرط نیست (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۴۲؛ مجاهد طباطبایی، بی‌تا: ۳۶۰). چون در مورد اجازه حاکم شک داریم، اصل عدم را جاری می‌کنیم و ظاهراً فقهای امامیه بر عدم نیاز به اجازه حاکم اتفاق نظر دارند و آنها جواز ساخت سایه‌بان را بدون اشتراط اجازه حاکم بیان کرده‌اند (همان)؛ به علاوه مردم بر جواز ساخت سایه‌بان بدون اجازه حاکم اتفاق نظر دارند. ولی اهل سنت اجازه حاکم را شرط جواز نصب سایه‌بان دانسته‌اند. در این صورت اگر حاکم اجازه ندهد، این کار جایز نیست (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۴۲).

ناگفته نماند که اگر ایجاد سایه‌بان چنانکه از یک جنبه برای عابران ضرر داشته باشد، از یک یا چند جنبه دیگر برای آنان منفعت داشته باشد، ظاهراً واجب است که به حاکم شرع مراجعه و از نظر او تبعیت شود (خمینی، بی تا، ج ۱: ۵۶۷؛ سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۹۸).

تعریف ضرر: حال این پرسش به ذهن می‌رسد که منظور از مضر نبودن سایه‌بان چیست؟ مرجع در ضرر یا عدم ضرر، عرف و آنچه است که عادتاً مناسب عابران باشد. مثلاً سایه‌بان باید ارتفاع مناسبی از سطح زمین داشته باشد (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳: ۳۳۹) و برای عابران مزاحمتی ایجاد نکند یا اینکه جنبه آسیب‌زندگی سایه‌بان بسته به نوع وسایل نقلیه یا افرادی که به‌طور معمول از آنجا عبور می‌کنند، تغییرپذیر است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۲۷۵).

جمع‌بندی: شهید ثانی با بیان اینکه ملاک جواز یا عدم جواز نصب سایه‌بان، ایجاد ضرر یا عدم ضرر به عابران است و به مخالفت افراد توجهی نمی‌شود، بر این دیدگاه خدشه وارد کرده است (شهید ثانی، ۱۴۲۲: ۴۳۸). سخن فقیه بحرانی نیز مؤید این مطلب است: «العمده فی ذلک کله هو إباحه الهواء و أنه غیر مملوک هنا للماره و لا لغيرهم فلا مانع من التصرف فيه الا علی وجه يتضرر به الماره و المفروض عدمه، فلو حصل الضرر به وجب إزالته و لا يختصّ الوجوب بالواضع و ان كان آكد، بل يجب علی كل من له قدره بالأمر بالمعروف و النهی عن المنکر»؛ نکته حایز اهمیت این است که استفاده از هوای معابر برای همه مردم مباح است و قابل تملک برای اشخاص نیست، پس هیچ‌گونه منعی برای تصرف در آن نیست، مگر به‌گونه‌ای که به عابران ضرر بزند، لیکن در فرض ما ضرری در میان نیست. پس اگر ساخت سایه‌بان موجب ضرر و زیان شود، کندن آن واجب است و به سازنده سازه اختصاص ندارد، اگرچه بر این کار تأکید شده است، بلکه بر هر شخصی که بتواند آن را انجام دهد واجب است، زیرا امر به معروف و نهی از منکر محسوب می‌شود (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۱: ۱۱۸).

دیدگاه شهید ثانی و بحرانی با ادله و قواعد فقهی مسلم ما، همچون قاعده لا ضرر تناسب بیشتری دارد، اما قواعد فقهی دیگری همچون قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم»

نیز هست که با قاعده مذکور ظاهراً مخالفت دارد. از یک طرف مفهوم قاعده لاضرر، هر نوع ضرری را مجاز نمی‌داند و از طرف دیگر قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» به هر نوع تسلطی بر معابر توسط افراد حکم می‌دهد. اما دایره شمول قاعده تسلیط تا آنجاست که به منفعت عقلایی و مشروع مردم از معابر ضرر نزند که در این صورت قاعده لاضرر، بر قاعده تسلیط حاکم خواهد شد.

۵.۱.۲. اشراف بر همسایه

در مورد اینکه آیا با ساختن سایه‌بان، اشراف بر همسایه ضرر تلقی می‌شود یا خیر؟ میان فقها اختلاف است. قول مشهور این است که به دلیل مذکور از ساخت سایه‌بان منع نمی‌شود، همان‌گونه که اگر شخصی سایه‌بان را در ملک خودش بسازد (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱: ۶۱۳). نظر علامه حلی در تذکره الفقهاء این است که: «الأقرب أن له المنع؛ لأنه قد حصل به الضرر بخلاف ما لو كان الوضع في ملكه أو ما له محلّ على جاره، فأنه لا يمنع وإن حصل معه الاشراف؛ لأنّ للإنسان التصرف في ملكه كيف شاء و لست أعرف في هذه المسئلة بالخصوصيه نصّاً من الخاصّه و لا من العامّه و إنّما صرت الي ما قلت عن اجتهاد و لعلّ غيري يقف عليه أو يجتهد فيؤدّيه اجتهاده إلى خلاف ذلك» (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۴۵). در صورت اشراف بر همسایه، اقرب حرمت است، زیرا مستلزم ضرر و زیان به همسایه است، برخلاف وقتی که سایه‌بان را در ملک خود ایجاد کند که اگرچه سایه‌بان بر همسایه مشرف است، این عمل جایز است، چون انسان در ملک خود هرگونه تصرفی که بخواهد می‌تواند انجام دهد. به عبارت دیگر، جواز ایجاد سایه‌بان در راه، مشروط به عدم ضرر است، در حالی که در صورت اشراف، همسایه متضرر می‌شود. از طرف دیگر انسان مالک هوا نیست تا هرگونه که بخواهد در ملک خود تصرف کند، چون در این صورت، هر نوع تصرفی حتی اگر مستلزم اشراف بر همسایه یا ایجاد تاریکی برای او باشد، جایز است. ایشان فتوای خود را مبتنی بر اجتهاد و برداشت خود دانسته و در انتها فرموده‌اند: در خصوص این مسئله، هیچ

دلیلی از شیعه و سنی نمی‌شناسم و این گفته من تنها برخاسته از اجتهاد است و شاید فقیه دیگری در این مسئله توقف یا اجتهاد کند و اجتهاد وی به خلاف این حکم بینجامد.

عده‌ای از فقها معتقدند که اگر منع کردن سازنده سایه‌بان از ساخت و ساز، موجب ضرر و زیان به سازنده نشود، جایز است (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۹: ۴۷۴). شهید ثانی در مورد سخن صاحب شرایع که ساخت سایه‌بان را در صورت عدم ضرر به عابران جایز می‌داند، گفته است: «تقییده بتضرر الماره یدل بمفهومه علی عدم اعتبار تضرر غیرهم، کما لو تضرر جاره بالإشراف علیه، فانه لایمنع لأجله کما لایمنع لو کان وضعه فی ملکه و استلزم الإشراف علیه» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۲۷۵-۲۷۶).

مفهوم سخن ایشان آن است که ضرر زدن به افرادی غیر از عابران، موجب حرمت نیست، همان‌گونه که اگر با اشراف بر همسایه موجب ضرر شود، مانند جایی که شخص سایه‌بان را در ملک خود بسازد و موجب اشراف بر خانه همسایه شود؛ یا ممکن است مبنای ایشان این باشد که همه مسلمانان یا مالک احیای خود راه و زمین (قرار) و هوای راه‌های آن یا در حکم مالک هستند. پس برای کسی جایز نیست که در راهی، بدون اجازه بقیه مسلمانان یا ولی آنان تصرف کند، مگر اینکه سیره بر انجام دادن این عمل جاری باشد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶: ۲۴۴).

شهید ثانی نیز از کسانی است که اشراف بر همسایه را موجب ضرر نمی‌داند، همانند ایجاد سازه در ملک شخصی، چون سرک کشیدن به همسایه حرام است نه ساخت آنچه به خانه همسایه مشرف است (شهید ثانی به نقل از نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶: ۲۴۴). از فقهای معاصر، امام خمینی (خمینی، بی‌تا، ج ۱: ۵۶۶) و آیت‌الله سیستانی (سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۹۷) در حکم جواز ساخت سایه‌بان تردید کرده‌اند و پس از اشکال در حکم آن، ساخت سایه‌بان را احتیاطاً جایز نمی‌دانند، با این استدلال که در تحقق سیره، شک وجود دارد، بلکه ظاهراً سیره متشرعه این عمل را انکار می‌کند، در حالی که قواعدی مانند اصل صحت، به عدم انکار سیره متشرعه مقید است (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۸: ۱۸۷). آیت‌الله بهجت بر این

باور است که ملحق کردن حکم نصب سایه‌بان در معابر عمومی، به حکم تصرفاتی که شخص در ملک شخصی خود انجام می‌دهد، محل تأمل است و اینجا معتبر دانستن ضرر حالی که معارض ضرر فعلی است، اقتضای ممنوعیت دارد، بلکه در اصل - اگر اجماع بر جواز نباشد - عدم حق اشراف امکانی موافق با عموم نفی عسر و حرج است (بهجت، ۱۴۲۶، ج ۳: ۱۲۵-۱۲۶).

روایاتی از امام صادق علیه السلام وارد شده است که ساخت سایه‌بان را در صورت اشراف بر همسایه، مطلقاً جایز ندانسته‌اند:

۱. «عن جعفر بن محمد علیه السلام انه قال: ليس لأحد أن يفتح كوه في جداره ينظر منها إلى شيء من داخل دار جاره، فإن فتح للضياء في موضع يري منه لم يمنع ذلك؛ برای هیچ کس جایز نیست که سایه‌بانی بر روی دیوار درست کرده و از آنجا به خانه همسایه نگاه کند، ولی اگر به منظور نورگیری باشد، به گونه‌ای که موجب اشراف بر همسایه نباشد، از این کار منع نمی‌شود (مغربی، ۱۳۸۵، ج ۲: ۵۰۵). در حدیث مذکور بدون هیچ‌گونه قیدی، «کوه» یعنی ساخت سایه‌بان حرام دانسته شده است.

۲. «عن جعفر بن محمد علیه السلام انه سئل عن الرجل يطيل بناءه فمعه جاره الشمس، قال: ذلك له و ليس هذا من الضرر الذي يمنع منه و يرفع جداره ما أحبّ إذا لم يكن نظر منه اليهم» (همان). در جای دیگر در جواب شخصی که با طولانی کردن ساخت و ساز خود موجب شده است که همسایه نتواند از نور خورشید استفاده کند، ایشان فرموده‌اند: این کار موجب ضرر و حرمت نیست، مگر اینکه به خانه همسایه نگاه کند. این حدیث هرگونه اشراف بر خانه همسایه را مصداق ضرر و زیان و موجب حرمت می‌داند.

جمع‌بندی: از جمله لوازم عقلی و عادی و عرفی ساخت سایه‌بان در ملک افراد، اشراف بر معابر و همسایه است و این دو لازم و ملزوم هم هستند، لیکن ایجاد سایه‌بان مقدمه انجام دادن حرام (اشراف بر همسایه) می‌شود و مقدمه حرام (ساخت سایه‌بان) حرام است.

۳.۱.۵. ایجاد تاریکی

در صورتی که ساخت سازه کاملاً موجب تاریکی شود، بدون شک ایجاد سازه حرام است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶: ۲۴۶؛ حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۴۴؛ حلی، ۱۴۱۳، ج ۶: ۲۲۲) و شهید ثانی بر آن ادعای اجماع کرده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۲۷۷) چون موجب اختلال در رفت و آمد می‌شود (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۴۴)؛ به علاوه شخص کم‌بینا به واسطه تعذر تردد در چنین مکانی ضرر می‌بیند (حلی، ۱۴۱۳، ج ۶: ۲۲۲) در این صورت، کندن سازه واجب است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶: ۲۴۶).

شیخ طوسی در کتاب مبسوط، مطلقاً و بدون اینکه بین تاریک شدن کامل راه و تاریک شدن مقداری از آن فرق بگذارد، تاریک شدن راه را موجب ضرر و آسیب ندانسته‌اند (طوسی به نقل از حلی، ۱۴۱۳، ج ۶: ۲۲۲) بر این اساس، کندن بنا واجب نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶: ۲۴۶). البته در توجیه سخن شیخ طوسی می‌توان گفت که ایجاد تاریکی از لوازم ساخت سایه‌بان بوده و ایجاد سایه‌بان لزوماً با تاریک کردن راه همراه است. از طرف دیگر، تاریکی راه همیشه با ضرر زدن به عابران همراه نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶: ۲۴۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۲۷۷) اگر مقداری از روشنایی راه از بین برود، در صورتی که ایجاد سازه موجب ضرر شود، ساخت سازه حرام است و در غیر این صورت حرام نیست. شافعیه نیز در یکی از دیدگاه‌های خود، مطلقاً چه موجب ضرر به عابران شود و چه موجب ضرر نشود، ایجاد بنا را حرام می‌داند و در دیدگاه دیگر خود مطلقاً آن را جایز می‌داند (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۴۴).

۴.۱.۵. مصالحه در برابر ساخت سایه‌بان

گفتنی است که نمی‌توان از طریق مصالحه با افراد حقیقی یا حقوقی یا امام و پرداخت وجهی، مجوز انجام دادن چنین کاری را به دست آورد، زیرا چنین کاری خرید هوای معابر به تنهایی، محسوب می‌شود، در حالی که چنین بیعی باطل است و هوای معابر به تنهایی معامله نمی‌شود، بلکه به تبعیت از زمین، امکان خرید و فروش دارد (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۴۳-۴۴).

۵.۱.۵. خراب شدن سایه بان

اگر کسی سایه بانی را روی راه بسازد و سپس خراب شود یا آن را خراب کند، در صورتی که قصد تجدید بنا را نداشته باشد، مانعی ندارد که شخص دیگری چیزی بسازد به صورتی که آن فضا را بگیرد و لازم نیست از شخص اول اجازه بگیرد (سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۹۷؛ خمینی، بی تا، ج ۱: ۵۶۶؛ فیاض، ۱۴۲۶: ۴۴۵؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸، ج ۳: ۱۸۵) چون حق سبق شخص اول از بین رفته است (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶، ج ۹: ۱۶۴) لیکن در صورتی که قصد تجدید بنا را داشته باشد، اشغال این فضا توسط دیگری جایز نیست (فیاض، ۱۴۲۶: ۴۴۵). گروه دیگری از فقها، به طور قطع، حکم به جواز نداده اند، بلکه بنا به ظاهر مسئله، به عدم جواز حکم داده اند (سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۹۷؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸، ج ۳: ۱۸۵؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶، ج ۹: ۱۶۴). امام خمینی نیز عدم جواز اشغال فضا توسط دیگری را در این حال فقط قول قوی می داند (خمینی، بی تا، ج ۱: ۵۶۶).

دلیل عدم جواز این است که شخص متسابق به دلیل حق سبق بر تصرف در آن مکان، بر دیگری اولویت دارد (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶، ج ۹: ۱۶۴) و حدیث مربوط به قاعده سبق، بر این مطلب دلالت دارد: «عن ابی عبدالله علیه السلام قال: من سبق الی موضع فهو أحقّ به»؛ امام صادق فرموده اند: هر کسی به محلی سبقت بگیرد، آن شخص نسبت به دیگران اولویت دارد (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۵: ۲۷۸). این روایت به دلیل مرسل بودن، ضعیف است، اما هیچ شبهه ای نیست که حق سبق از حقوق مسلم در دین اسلام است و سیره بر آن جریان دارد (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶، ج ۹: ۱۶۵).

۲.۵. حکم وضعی ساخت سایه بان

در این زمینه دو دیدگاه وجود دارد:

دیدگاه اول - وجوب ضمان: اگر ساخت و ساز موجب ضرر و زیان به عابران شود، شیخ طوسی در خلاف و مبسوط، به ضمان معتقد است. زیرا جواز و عدم ضمان ساخت

سایه‌بان، مشروط به عدم ضرر است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵: ۳۷۰) به‌علاوه روایاتی وجود دارد که آسیب‌زننده به مردم در معابر را، ضامن تلفات می‌داند. این روایات عبارتند از:

۱. «عن ابی الصباح الکنانی قال: قال ابو عبد الله علیه السلام: من أضرّ بشيء من طریق المسلمین، فهو له ضامن»؛ امام صادق علیه السلام فرمودند: هر کس در راه مسلمانان موجب ضرر به دیگران شود، ضامن است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹: ۲۴۱). مقتضی تقیید روایت به اضرار به‌معنای این است که در صورت عدم ضرر، افراد ضامن نیستند (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۶: ۲۰۶) در دلالت این روایت ابهام وجود دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵: ۳۷۲).

۲. «عن الحلبي عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن الشيء يوضع على الطريق - فتمر الدابة فتتفر بصاحبها فتعقره - فقال كل شيء يضر بطريق المسلمین؛ فصاحبه ضامن لما يصيبه؛ حلبی گوید: از امام صادق علیه‌السلام سؤال کردم درباره چیزی که سر راه گذارند و حیوانی بر او بگذرد و از آن رم کند و سوار خود را بر زمین زند و زخمی کند، فرمود: هر چیز که در راه مسلمانان موجب ضرر برای عبورکنندگان باشد، اگر کسی خسارت دید، گذارنده آن ضامن است» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹: ۲۴۳)؛ قسمت دوم حدیث در یک قاعده کلی، شخص ضررزننده را ضامن می‌داند. مقتضی تقیید روایت به اضرار، به‌معنای این است که در صورت عدم ضرر، افراد ضامن نیستند (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۶: ۲۰۶). این روایت در صورتی که سندش صحیح باشد، از نصوص است. روایات مذکور با عمومیت خود هر کسی را که با انحاء مختلف سد معبر، موجب ضرر و زیان به عابران شود، مسئول می‌داند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵: ۳۷۱-۳۷۲).

بدون شک کردن سازه در فرض ضرر و زیان واجب است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۲۷۷؛ مجاهد طباطبایی، بی‌تا: ۳۶۳) زیرا عموم قاعده لاضرر، به نفعی هرگونه ضرری در اسلام دلالت دارد. از طرف دیگر، تصرف در حق دیگران به‌صورت نامشروع،

ظلم محسوب می‌شود و دفع ظلم (که همان کندن سازه است) واجب خواهد بود. به علاوه هیچ مخالفی در این مورد نیست و گروهی از بزرگان امامیه به کندن سازه فتوا داده‌اند و به اختلاف در این موضوع اشاره‌ای نکرده‌اند (مجاهد طباطبایی، بی‌تا: ۳۶۳).

اما در مورد اینکه آیا ازاله سازه بر هر فرد مکلف عالم که متمکن از انجام دادن این عمل باشد، در حالی که ضرری متوجه کسی نباشد، واجب است یا خیر؟ دو احتمال وجود دارد:

احتمال اول: تخریب سازه توسط هر فردی که واجد شرایط عمومی تکلیف باشد، واجب است، زیرا کندن سازه، نهی از منکر بوده و نهی از منکر نیز وظیفه‌ای همگانی است که انجام دادن آن در صورت توانایی، واجب و اهمال در آن موجب گناه است.

احتمال دوم: کندن سازه بر واضع آن واجب است، اما اجازه حاکم شرط خواهد بود، زیرا انجام دادن چنین کاری توسط فردی غیر از واضع، موجب عسر و حرج است (مجاهد طباطبایی، بی‌تا: ۳۶۳).

در هر صورت، کندن سازه توسط هر شخصی به اجازه دستگاه‌های دولتی (حاکم) منوط است، به نحوی که تخریب سازه، موجب آسیب مضاعف به مردم نشود (بهجت، ۱۴۲۶، ج ۳: ۱۲۶) در صورتی که ساخت سایه‌بان در حالت عادی موجب ضرر و زیان نشود و به طور اتفاقی سقوط سایه‌بان سبب هلاکت شخصی شود، شیخ طوسی معتقد است که فرد مسبب، ضامن نصف دیه شخص است، زیرا هلاکت شخص، توسط امری مباح (یعنی آنچه در ملک مسبب ساخته شده بود) و امری محظور (یعنی سازه‌ای که در هوای ملک در دسترس او نبوده) اتفاق افتاده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳: ۱۲۰-۱۲۱). اقرب این است که در صورت جواز به ساخت سایه‌بان، مسبب ضامن نیست. قاعده‌ای کلی نیز وجود دارد که این مطلب را تأیید می‌کند: «إِنَّ كُلَّ مَا لِلنَّاسِ إِحْدَاثُهُ فِي الطَّرِيقِ

لا یضمن ما یتلف بسبب هو یضمن بما لیس له إحدائه کوضع الحجر و حفر البئر» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴: ۲۳۹). افراد ضامن آنچه هستند که در راه بالتسبیب احداث می‌کنند، مرحوم صاحب جواهر^۱ نیز مضمونی قریب به همین نقل محقق را دارند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳: ۱۲۱).

دیدگاه دوم - عدم وجوب ضمان: از میان فقها، شیخ مفید و ابن ادریس معتقدند که هیچ ضمانی در پی ندارد. زیرا متعاقب هر آنچه در ساخت آن اجازه شرعی باشد، ضمان نیست. به علاوه اینکه سایه بان، جزو بنا محسوب می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵: ۳۷۰). اشکال: در صورتی که همه سایه بان خارج از ملک اشخاص باشد، همه آنچه رخ می‌دهد، متوجه شخص مالک است، ولی اگر مقداری از آن داخل ملک شخص و مقداری خارج از آن باشد، در ضمان همه سازه یا مقداری، باز هم دو دیدگاه فوق مطرح است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵: ۳۷۱).

جمع بندی: به نظر می‌رسد که محکم‌ترین دلیل در مورد وجوب ضمان، روایات مذکور باشند که مثبت وجوب ضمان هستند. شهرت روایی روایات مذکور نیز جابر ضعف سند و دلالت آنهاست.

۱. و حیثینذ فضابطه أی الضمان فی ذلک و نحوه أن کَلِّمًا لِلإنسان إحدائه فی الطریق لایضمن ما یتلف بسببه لا لعدم استتباع الجواز الضمان، ضروره عدم المنافاه عقلا و لا شرعا، بل للأصل بعد عدم ما یدلّ علی الضمان به مطلقا حتی مع الإذن من المالك الحقیقی، و ذلک لظهور ما عرفت من النصّ و الفتوی فی أنه یضمن ما لیس له إحدائه کوضع الحجر و حفر البئر و نحو ذلک ممّا هو متأهل للضرر فی الطریق علی وجه لایجوز له فعله فیه، و یلحق به فعل الساهی و الغافل و غیر المکلف کما فی غیر المقام من الأسباب التي لا فرق فیها بین المکلف و غیره و من هنا یتّجه عدم اختصاص السبب بالعدوانی، نعم یرخر منه المأذون فیه شرعا و یمکن إرادته ذلک من العدوانی فتأمّل جيدا و علی کلّ حال فالمراد عدم الضمان فیما جاز له إحدائه فی الطریق الذی هو کالاحداث فی الملك أو فی المكان المباح.

نتیجه‌گیری

از طرح و بررسی مباحث مطرح در این مقاله، نتایج ذیل حاصل می‌شود:

۱. از آنجا که اصل تصرف در معابر باز، به عدم اضرار و تضییق مشروط است، فرقی نمی‌کند که کاربرد اصلی معابر را رفت‌وآمد بدانیم یا ندانیم و برای راه کاربرد اصلی و فرعی قائل شویم. البته باید توجه داشت که همیشه تنگ کردن خیابان سبب اضرار به دیگران نمی‌شود و نسبت میان «عدم اضرار» و «ضییق»، عموم و خصوص من وجه است. البته باید گفت که مرجع در ضرر یا عدم ضرر، عرف خواهد بود.
۲. حکم تکلیفی ساخت سایه‌بان بنا بر دیدگاهی که آن را به عدم ضرر و معارض منوط می‌داند، با اصول کلی تصرف در معابر که همان مالکیت عمومی معابر است، بیشتر انطباق دارد و قدر متیقن فقهاست. مضاف بر اینکه از قبیل حق الناس است که عدم رضایت مردم، تصرف در مال دیگری و غصب تلقی می‌شود.
۳. اشراف بر همسایه به واسطه ساخت سایه‌بان، ضرر زدن به همسایه تلقی نمی‌شود چون ایجاد سازه در ملک شخصی است و سرک کشیدن به همسایه به خودی خود حرام است، نه ساخت آنچه به خانه همسایه مشرف باشد. روایات ناظر به حرمت مطلق نیز با اصل ضرر و لاضرار قید می‌خورد.
۴. در صورتی که ساخت سازه موجب تاریکی تمام راه شود، بدون شک ایجاد سازه حرام است، اما در مورد تاریک شدن مقداری از راه باید بین شخصی که به واسطه تعذر از تردد در چنین مکانی آسیب می‌بیند و شخصی که آسیب نمی‌بیند، فرق گذاشت.
۵. مصالحه در برابر ساخت سایه‌بان، خرید هوای معابر به تنهایی محسوب می‌شود و چنین بیعی باطل است، زیرا هوا به تبعیت از زمین معامله‌شدنی خواهد بود.

۶. در صورت خراب شدن سایه بان، اگر افراد قصد تجدید بنا را نداشته باشند، ساخت و ساز دیگران اشکالی ندارد، اما اگر قصد تجدید بنا داشته باشند، به دلیل حق سبق، او نسبت به دیگران اولویت دارد.

۷. ضمانت اجرای ساخت و ساز موجب ضرر، بدون شک کردن سازه است، اما این کار را باید با نظارت حاکم انجام داد. فرقی نمی‌کند که خود شخص رأساً با نظارت حاکم انجام دهد یا خود حاکم رأساً بنا را تخریب کند.

منابع

۱. ابن ادریس، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دارصادر.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق). *مجمع الفوائد و البرهان فی شرح ارشاد الازدهان*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۴. اصفهانی، محمد حسین (۱۴۰۹ق). *الاجاره*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۵. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). *الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۶. بروجردی، مرتضی (۱۳۶۵). *مستند العروه الوثقی*، کتاب الاجاره، تقریرات درس آیت‌الله خویی، ناشر لطفی.
۷. بستانی، فواد افرام و مهیار، رضا (۱۳۷۵). *فرهنگ ابجدی*، تهران: انتشارات اسلامی.
۸. بصری، محمد امین (۱۴۱۳ق). *کلمه التقوی*، قم: سید جواد وداعی.
۹. بهجت، محمد تقی (۱۴۲۶ق). *جامع المسائل*، قم: دفتر آیت‌الله بهجت.
۱۰. جناتی، محمد ابراهیم (بی‌تا). *منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*، بی‌جا: بی‌نا (نرم‌افزار فقه اهل بیت ۲).
۱۱. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم: مؤسسه آل‌البت علیهم‌السلام.
۱۲. حسینی شیرازی، سید صادق (۱۴۲۵ق). *التعلیقات علی شرایع الاسلام*، قم: انتشارات استقلال.
۱۳. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (بی‌تا). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.

۱۴. حلبی، ابن زهره (۱۴۱۷ق). *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۵. حلبی (علامه حلبی)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). *تذکره الفقهاء*، قم: مؤسسه آل‌البتیت علیهم السلام.
۱۶. _____ (۱۳۸۸ق). *تذکره الفقهاء*، قم: مؤسسه آل‌البتیت علیهم السلام.
۱۷. _____ (۱۴۱۳ق). *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۸. _____ (۱۴۲۰ق). *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۹. حلبی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۰. خانی، رضا و ریاضی، حشمت‌الله (۱۳۷۲). *ترجمه بیان السعاده فی مقامات العبادہ*، تهران: مرکز چاپ و انتشارات دانشگاه پیام نور.
۲۱. خمینی، سید روح‌الله (بی تا). *تحریر الوسیله*، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۲۲. خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق). *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۳. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق). *منهاج الصالحین*، قم: نشر مدینه‌العلم.
۲۴. روحانی، سید صادق (۱۴۱۲ق). *فقه الصادق علیه السلام*، قم: دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
۲۵. زبیدی، محمد مرتضی (۱۴۱۴ق). *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت: دارالفکر.
۲۶. زمخشری، محمود بن عمر (۱۹۷۹م). *اساس البلاغه*، بیروت: دارصادر.
۲۷. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، قم: مؤسسه المنار دفتر حضرت آیت‌الله سبزواری.
۲۸. _____ (بی تا). *جامع الاحکام الشرعیه*، قم: مؤسسه المنار.
۲۹. سیستانی، سید علی (۱۴۱۷ق). *منهاج الصالحین*، قم: دفتر حضرت آیت‌الله سیستانی.

۳۰. سیفی مازندرانی، علی اکبر (۱۴۱۵ق). *دلیل تحریر الوسیله - احیاء الموات و اللقطه*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۱. شعرانی، ابوالحسن (۱۴۱۹ق). *ترجمه و شرح تبصره المتعلمین فی احکام الدین*، تهران: منشورات اسلامیة.
۳۲. شهید اول، محمد بن مکی عاملی (۱۴۱۷ق). *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۳. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۳۴. _____ (۱۴۱۴ق). *حاشیه الارشاد*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۵. _____ (۱۴۲۲ق). *حاشیه شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۶. _____ (۱۴۱۰ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة*، قم: کتابفروشی داوری.
۳۷. طباطبایی قمی، سید تقی (۱۴۲۶ق). *مبانی منهاج الصالحین*، قم: منشورات قلم الشرق.
۳۸. طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق). *مجمع البحرین*، تهران: کتابفروشی مرتضوی.
۳۹. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۴۰. _____ (۱۴۰۷ق). *تهذیب الاحکام*، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۴۱. فیاض، محمد اسحاق (۱۴۲۶ق). *رساله توضیح المسائل*، قم: انتشارات مجلسی.
۴۲. فیض کاشانی، محمد محسن (بی تا). *مفاتیح الشرائع*، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۴۳. _____ (۱۴۱۸ق). *النخبه فی حکمه العملیه و الاحکام الشرعیه*، تهران: مرکز چاپ و نشر سازمان تبلیغات اسلامی.
۴۴. قدامه، عبدالله (بی تا). *المغنی*، بیروت: دارالکتاب العربی للنشر و التوزیع.
۴۵. کامیار، غلامرضا (۱۳۸۵). *حقوق شهریه و شهرسازی*، تهران: انتشارات مجد.

۴۶. کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: مؤسسه آل‌البيت عليهم السلام.
۴۷. کیدری، قطب‌الدین (۱۴۱۶ ق). *اصباح الشیعه بمصباح الشریعه*، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۴۸. مجاهد طباطبایی، سید محمد (بی تا). *کتاب المناهل*، قم: مؤسسه آل‌البيت عليهم السلام.
۴۹. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ق). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۵۰. محقق سبزواری، محمد باقر (۱۴۲۳ ق). *کفایه الاحکام*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۵۱. مغربی، نعمان بن محمد (۱۳۸۵ ق). *دعائم الاسلام*، قم: مؤسسه آل‌البيت عليهم السلام.
۵۲. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ ق). *القواعد الفقهیه*، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه السلام.
۵۳. الموصلی، ابوعلی (۱۴۰۷ ق). *مسند ابی‌علی، بی جا: دارالمأمون للتراث*.
۵۴. موحدی لنکرانی، محمد فاضل (۱۴۲۹ ق). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الغصب، احیاء الموات، المشتركات و اللقطه*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیه السلام.
۵۵. مؤمن قمی، علی (۱۴۲۱ ق). *جامع الخلاف و الوفاق*، قم: زمینه‌سازان ظهور امام عصر علیه السلام.
۵۶. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۵۷. نظری توکلی، سعید (۱۳۸۷). *حقوق گذرگاه‌ها و سد معبر در فقه اسلامی*، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی.
۵۸. وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸ ق). *منهاج الصالحین*، قم: مدرسه امام باقر علیه السلام.