



## مقایسه تطبیقی حق ارتفاق از فقه امامی و حنفی و قانون مدنی افغانستان

پدیدآورنده (ها) : هاشمی، عمر؛ هاشمی، محمدعیسی

حقوق :: نشریه یافته های فقه قضایی :: بهار و تابستان ۱۴۰۱، دوره دوم - شماره ۳

صفحات : از ۵۷ تا ۷۹

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/2077322>

تاریخ دانلود : ۱۴۰۴/۰۶/۰۷

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



- مطالعه تطبیقی نظریه عدم پیش‌بینی پس از اصلاحات ۲۰۱۶ قانون مدنی فرانسه و مقایسه با قواعد فقهی مشابه در فقه امامیه
- درنگی مقایسه‌ای بر قاعده تلف مبیع قبل از قبض در ماده ۳۸۷ قانون مدنی؛ (مطالعه تطبیقی در فقه امامی، حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین المللی)
- طلاق حاکم به دلیل نپرداختن نفقه از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و قانون مدنی افغانستان
- امکان‌سنجی اثبات جرم با سوگند از منظر فقه امامی و حنفی با رویکردی تطبیقی به حقوق ایران و افغانستان
- بررسی تطبیقی حضانت طفل از منظر فقه اسلامی و قانون مدنی ایران و قانون مدنی افغانستان
- بررسی جبران خسارات ناشی از به‌هم‌زدن نامزدی و استرداد هدایا از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق مدنی افغانستان
- آثار و ویژگی‌های حق از دیدگاه فقه امامیه و قانون مدنی
- مطالعه تطبیقی اجرت المثل زنان از نگاه فقه امامیه، قانون مدنی افغانستان و ایران
- بررسی مواد ۱۱۰۴ و ۱۱۷۸ قانون مدنی ایران در خصوص تربیت اولاد از دیدگاه فقه و حقوق با مطالعه تطبیقی مقایسه تطبیقی ماهیت و ارکان قذف از منظر فقه امامیه و قانون مجازات دو کشور ایران و مصر

# مقایسه تطبیقی حق ارتفاق از منظر فقه امامی، حنفی و قانون مدنی افغانستان

عمر هاشمی<sup>۱</sup>

محمد عیسی هاشمی<sup>۲</sup>

## چکیده

انسان موجود اجتماعی است، و زندگی اجتماعی انسان‌ها ایجاب می‌کند که انسان علاوه بر اموال خود از اموال دیگر منتفع گردد. یکی از انواع استفاده از مال دیگران، حق ارتفاق است که عمدتاً همسایه‌ای نسبت به همسایه دیگر و بعضاً غیر همسایه‌ها نسبت به هم دارند و همین حق یک عمار بالای عمار دیگر را فقها و قانون مدنی افغانستان حق ارتفاق نامیده است. حق ارتفاق، شامل حق شرب، حق مجری، حق مسیل، حق مرور و حق جوار می‌باشد و فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان یک مبحث را به این موضوع اختصاص داده است. با مطالعه کتب فقهی و آثار حقوق دانان به دست آمد که در مواردی بین آن‌ها اختلاف نظر است، بنابراین پرداختن به آن‌ها و مقایسه آن‌ها لازم و ضروری است. از آنجا که قانون مدنی افغانستان در موافقت با فقه تدوین یافته، در تحقیق حاضر مشابهت نظریات حقوق دانان را با نظریات فقها پیرامون حق ارتفاق، خواهیم دید. از مهم‌ترین امتیازات تحقیق حاضر جمع‌آوری تمام موارد مرتبط به حق ارتفاق در یک رساله و دریافت راه‌حل‌های مناسب فقهی برای آن موارد است که در قانون مدنی افغانستان موجود نیست. در این نوشتار از روش توصیفی تحلیلی استفاده شده است.

واژگان کلیدی: حق، ارتفاق، فقه امامی، فقه حنفی و قانون مدنی افغانستان.

۱. ماستری فقه قضایی از دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص) - افغانستان. (نویسنده مسؤول)

۲. دکتری فقه.

## مقدمه

بشر دارای زندگی اجتماعی است. لازمه زندگی اجتماعی مجاورت و مشارکت با سایرین است. اهمیت رعایت حقوق همسایگان به قدری است که الله متعال در قرآن می‌فرماید: «وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ» (نساء، آیه ۳۶)؛ همسایگان خویشاوند و همسایگان بیگانه منظور است که بیانگر اهمیت حق همسایه بر بالای همسایه دیگر نزد الله تعالی است و نیز ابی هریره<sup>(رض)</sup> از پیغمبر<sup>(ص)</sup> روایت می‌کند که آن جناب فرمودند: «لا یمنع جاره ان یغرز خشبه فی جداره» (متفق علیه).

در این حدیث به همسایه دستور داده شده است تا مانع همسایه خود از نصب کردن و یا گذاشتن چوب بر دیوارش نگردد و این خود نوعی از حق ارتفاق بوده که همسایه حق آن را از دیوار همسایه‌اش دارد. نیز از ابو هریره<sup>(رض)</sup> روایت است که رسول الله<sup>(ص)</sup> فرمودند: «من کان یؤمن بالله و الیوم الآخر فلا یؤذ جاره» (رواه البخاری)

در حدیث فوق از جمله علامات ایمان عدم ضرر همسایه ذکر شده است، پس اذیت کردن همسایه منافی آن بوده و حرام است و از جمله ایذاء همسایه می‌توان ممانعت همسایه را از حق ارتفاق دانست. حق ارتفاق از جمله مباحثی است که موادی چند از قانون مدنی را به خود اختصاص داده و فقها نیز در کتب فقهی پیرامون آن سخن گفته‌اند. این حق که به واسطه مالکیت فرد بر مال غیر منقول حاصل می‌شود، در نمودها و عنوان‌های مختلفی ظاهر می‌گردد که منشأ تحقق آن می‌تواند به اعتبارات متفاوتی بیان شود.

این حق گاه چنان برای مالک واجد اهمیت است که وجود ملک بدون آن به منزله عدم ملک برای صاحب حق تلقی می‌شود. فرض کنید فردی برای استفاده و بهره‌مندی از ملک خود؛ مانند سکونت، مجبور است از ملک دیگری عبور نماید و به عبارت دیگر، وی در ملک همسایه (صرف نظر از منشأ ایجاد آن) دارای حق عبور است و برای استفاده از آن راهی جز عبور از ملک وی ندارد. حال چگونه می‌توان ملکی را تصور نمود که مالکی نسبت به آن حق مالکیت داشته؛ اما از حق خود اجازه استفاده ندارد. به دلیل وجود این ویژگی مهم حق ارتفاق است که اکنون قضایای مختلفی در محاکم تحت عناوینی چون ممانعت و مزاحمت از حق ارتفاق مطرح است.

## ۱. تعریف حق ارتفاق

### ۱-۱. حق ارتفاق در لغت

ارتفاق مصدر ارتفق در لغت به معنی تکیه کردن بر بالشت، فایده بردن، همراه بودن، سود بردن و بهره‌مند شدن نفع، بهره‌برداری و آسایش و سهولت گیری بوده و از ریشه رفق به معنی نرمی و سهل‌گیری، ضد عنف و شدت استعمال می‌گردد (عمید، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۹۹).

### ۱-۲. حق ارتفاق از دیدگاه فقه و قانون

بر اساس تتبع نویسنده در کلمات تعریفی از مفهوم حق ارتفاق ارائه نشده است. برخی از اشارات در این زمینه را بیان می‌کنیم:

۱. المرافق ما یرتفق به و یختص بما هو من التوابع، كالشرب و مسيل الماء (ابن نجیم، بی‌تا، ج ۶، ص ۱۴۸).

فقه‌های امامیه از حق ارتفاق چنین تعریفی ارائه کرده‌اند: «حق الارتفاق و یراد به الحق الثابت لشخص فی ذلک شخص آخر... مثل أن یکون لانسان فی ملک آخر مجری ماء»؛ یعنی حق ارتفاق حقی است که شخص در ملک کسی دیگر دارد...؛ مانند این که مجرای آب ملک یک شخص، از ملک دیگری، عبور نماید. (شاهرودی، ۱۳۹۵، ج ۹، ص ۴۱۷).

در اصطلاح حقوقی مطابق ماده ۲۳۴۰ قانون مدنی افغانستان حق ارتفاق عبارت است از حق بالای عقار جهت منفعت عقار شخص دیگر. (قانون مدنی افغانستان، ۱۳۵۵، ج ۴ ص ۱۶۶) یا به بیان دیگر، حق ارتفاق عبارت از تکلیفی (قیدی) که بر یک عقار برای مصلحت عقار دیگر مقرر می‌گردد تا سلطه صاحب عقار خادم جهت تأمین مصلحت عقار مخدوم محدود گردد مانند حقابه، حق مرور، حق مجرا، حق جوار و حق تعالی. (رسولی، ۱۳۹۳، ص ۴۷)

### ۱-۳. مفاهیم مرتبط با حق ارتفاق

#### ۱-۳-۱. مفهوم حقابه

از حقابه در فقه بنام حق شرب یاد می‌شود، شرب در لغت به معنی وقت شرب و کسی که آب می‌نوشد و به معنی زمان آب دهی آمده است. امام ابوحنیفه (ره) الشراب و الشروب و الشریب را یکی می‌داند (الافریقی، ۱۴۱۹، ج ۱ ص ۴۸۷).

حق شرب در اصطلاح عبارت است از نوبت استفاده از آب برای زراعت و حیوانات: «هو نوبه الانتفاع بالماء سقياً للزراعة والدواب» (ابن عابدین، ۱۲۷۲، ج ۵ ص ۲۸۱). در تعریف دیگر گفته شده است: حق شرب عبارت حصه‌ای از آب جهت آبیاری زمین و درختان است و گاهی به معنی نوبت استفاده از آب یا زمان انتفاع برای آبیاری زراعت یا درختان استعمال می‌شود. ماده ۱۴۳ مجله الاحکام در تعریف حق شرب می‌گوید: «حقابه عبارت است از استحقاق اندازه معین آب از نهر». در تعریف حق شرب قانون مدنی افغانستان از فقه پیروی نموده است. ماده ۲۳۴۶ قانون مدنی در تعریف حق شرب یا حقابه می‌گوید: «حقابه عبارت از نوبت استفاده از آب به منظور آبیاری زراعت یا اشجار است، حق شفه از ملحقات حق شرب (به ضمه شین) است. حق شفه عبارت است از آن اندازه آبی که انسان برای نوشیدن خودش یا حیواناتش - یا رفع نیازمندی‌های منزلی‌اش - از آن استفاده می‌کند». طبق ماده ۱۲۶۳ مجله الاحکام، حق شفه عبارت از حق نوشیدن آب است. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید که حق شرب دو نوع است: حق آبیاری درختان و زراعت و حق نوشیدن آب توسط انسان و حیوان. از همین رو امام کاسانی حق شرب را حق شفه و آبیاری نامیده است (عبدالله، ۱۳۹۵، ص ۲۷۳).

### ۱-۳-۲. مفهوم حق مجری

مجری در لغت به معنی محل جریان و گذرگاه آب است که جمع آن مجاری است (الافریقی، ۱۴۱۹، ج ۱ ص ۱۴۰). قانون مدنی در مورد تعریف حق مجری سکوت اختیار نموده است و در فقه حق مجری عبارت از حق جریان آب است از طریقی که در ملکیت دیگران قرار دارد؛ بنابراین، همسایه‌ای نمی‌تواند همسایه دیگری را از آبیاری زمینش از جویی که در ملکیت او قرار دارد منع نماید (نذیر، ۱۳۸۸، ص ۲۰۷).

### ۱-۳-۳. مفهوم حق مسیل

کلمه مسیل اسم مکان از فعل سال یسیل بوده که به معنی مکان جاری شدن سیل است (الافریقی، ۱۴۱۹، ج ۱ ص ۳۵۱). بعضی از علماء مسیل را چنین تعریف نموده‌اند: حق مسیل عبارت از داشتن حق رها کردن و جاری ساختن آب زائد از ضرورت و یا فاسد است، از طریق زمین غیر، به سوی مکان و محل فاضل آب که بدین منظور باشد. (التویجیری، ۱۴۳۲، ص ۷۳).

در تعریف دیگر گفته شده: حق مسیل عبارت است از حق سیل و راه آب، به طور ثابت برای

شخصی در ملک دیگری، به سببی از اسباب که بر آن مصالحه نشده است، لیکن آبراه یا محل عبور آب در زمین دیگری را برای خود محفوظ نگه دارد، یا آنکه حق مسیل را از راه مصالحه برای خود ثابت کند (قمی، بی تا، ج ۲، ص ۱۷۰).

طبق تعریف‌های ذکرشده، فرق میان حق مجری و حق مسیل در این است که حق مجری حق جلب آب‌های صالح جهت آبیاری اراضی است ولی حق مسیل حق دفع آب‌های غیر صالح و فاضل از اراضی و خانه است.

#### ۱-۳-۴. مفهوم حق مرور

مرور در لغت به معنی گذشتن، گذر کردن و عبور کردن است و ابن سیده مرور را آمدوشد می‌داند؛ مَمَر یعنی موضع و محل عبور و مرور.

از منظر فقه و قانون استاد زحیلی حق مرور را این‌گونه تعریف نموده است: «حق مرور عبارت از رسیدن انسان به ملک خودش به خانه یا زمین، از طریق عبور از ملک دیگری، خواه از طریق عام و یا خاص مملوک باشد یا برای دیگری باشد یا به هر دو نحو باشد» (الزحیلی، ۱۳۸۵، ج ۵ ص ۶۰۷). طبق ماده ۱۴۲ مجله الاحکام، حق مرور عبارت است از حق رفت آمد در ملک غیر.

#### ۱-۳-۵. مفهوم حق جوار

کلمه جوار در لغت به معنی شریک در زمین، حفی (کسیکه دیگری را امان دهد و از خوف نگاهش می‌دارد)، مستجیر (کسی که پناه می‌طلبد)، حلیف (هم‌پیمان)، ناصر (مددکار)، زوج (شوهر)، زوجه است. (الافریقی، ۱۴۱۹، ج ۴ ص ۱۵۴).

در فقه تعریفی مشخصی از حق جوار بیان نشده است، اما با توجه به کتب فقهی و مطالعه باب صلح می‌توان گفت حق جوار دارای دو نوع بوده که در ذیل به تعریف هر کدام می‌پردازیم:

#### الف) حق جوار تعالی :

حق جوار تعالی عبارت از حق قرار گرفتن مالک طبقه بالا بر طبقه پایین و انتفاع از سقف طبقه پایین، در حالیکه طبقه زیرین ملک شخص دیگری باشد. بنابراین، هر یکی از آن دو نفری که در طبقه بالا و پایین سکونت دارند بر یکدیگر حقوقی دارند که از آن به حق تعالی یاد می‌کنند (نذیر، ۱۳۹۶، ص ۲۶۹).

## ب) حق جوار جانبی

حق جوار جانبی، حقی است که همسایه‌ها بر یکدیگر دارند. حق جوار جانبی، عبارت از حق ناشی از مجاورت دو عمار است که به اساس آن هر یک از صاحبان این دو عمار حق ارتفاق، به عمار همسایه‌اش دارد؛ به شرطی که ضرر واضح فاحش به آن نرسد. به عنوان مثال کلکین باز نماید، وسیله استنادیه بر دیوار مشترک بگذارد و امثالهم که اصل کلی حاکم در رابطه به حق جوار ضرر فاحش به همسایه است که از جمله مباحث قیود ملیکت می‌باشد (التویجیری، ۱۴۳۲، ص ۳۴۸).

## ۲. ارکان حق ارتفاق در فقه و قانون مدنی افغانستان

لازمه حق ارتفاق وجود دو شی غیر منقول است که مال دو شخص باشد، حق به نفع یک غیر منقول و به ضرر غیر منقول دیگر باشد. از تعریف که در فوق گردید معلوم می‌شود که حق ارتفاق دارای سه رکن است ۱- عمار مرتفق ۲- عمار مرتفق به ۳- منفعت که عمار مرتفق به برای عمار مرتفق تقدیم می‌کند.

۱. عمار مرتفق: نخستین رکن حق ارتفاق وجود عمار مرتفق است. عمار مرتفق، عبارت از عمارتی است که حق ارتفاق برای مصلحت آن قانون‌گذاری شده است، این حق تابع عمار مرتفق و ملحق به آن است و با این عمار از یکدست به دست دیگر انتقال می‌یابد بنابراین حق ارتفاق ارزش عمار مرتفق را افزایش می‌دهد.

۲. عمار مرتفق به: دومین رکن حق ارتفاق وجود عمار مرتفق به است، عمار مرتفق به عبارت از عمارتی است که حق ارتفاق برای مصلحت عمار مرتفق بر آن مقرر می‌گردد و بدین ترتیب از ارزش عمار مرتفق به می‌کاهد.

۳. تقدیم منفعت از جانب عمار مرتفق به بر عمار مرتفق: سومین رکن حق ارتفاق تقدیم منفعت از جانب عمار مرتفق به برای عمار مرتفق است و عمار مرتفق به در خدمت عمار مرتفق می‌باشد (نذیر، ۱۳۹۶، ج ۱، ص ۲۶۰).

## ۳. ویژگی‌های حق ارتفاق از دید فقها و قانون مدنی افغانستان

حق ارتفاق حق عینی اصلی غیر منقول است که نه تنها در مقابل مالک غیر منقول مرتفق به بلکه در

- مقابل همه قابل استناد است. حق ارتفاق ویژگی‌های دارد که در اینجا بیان می‌شود:
۱. حق ارتفاق یک حق عینی اصلی است که به اموال غیر منقول اصلی تعلق می‌گیرد به بیان دیگر، در ایجاد حق ارتفاق وجود دو مال غیر منقول اصلی لازم است، مانند دو زمین مجاور هم. بنابراین، حق ارتفاق به اموال منقول و اموالی که در حکم غیر منقول است تعلق نمی‌گیرد. همان‌طور که بیان شد، حق ارتفاق حق عینی اصلی است؛ یعنی صاحب حق ارتفاق، سلطه مستقیم بر ملک مجاور دارد.
  ۲. امتیاز به نفع یکی و به ضرر دیگر باشد؛ یعنی دو مال غیر منقول در کنار هم باشد که امتیاز و حق ارتفاق به ضرر یکی و به نفع دیگری باشد.
  ۳. مالک دو مال غیر منقول متفاوت باشند به بیان دیگر دو مال غیر منقول متعلق به دو مالک و دو شخص باشد تا حق ارتفاق ایجاد شود. بنابراین، اگر دو مال غیر منقول متعلق به یک شخص باشد و تمام شرایط دیگر را دارا باشد حق ارتفاق محقق نمی‌گردد.
  ۴. حق ارتفاق قایم به ملک است، نه به مالک آن؛ به بیان دیگر، حق ارتفاق تابع ملک است و یک حق مستقل نیست. گر چه این حق، به سود مالک ایجاد می‌شود؛ ولی مالک به مناسبت ملک و برای استفاده بهتر از آن، دارای چنین حق شده است، نه به طور مستقل. بنابراین، چنانچه ملکی که دارای حق ارتفاق است به شخص دیگر منتقل شود، حق ارتفاق به تبع ملک به وی منتقل می‌شود. همچنین اگر ملکی که حق ارتفاق به ضرر او برقرار است به دیگری منتقل شود، حق ارتفاق به ضرر آن ملک همچنان باقی است و هیچ‌یک از نقل و انتقالات تغییری در حق ارتفاق ایجاد نمی‌کند (نذیر، ۱۳۹۶، ص ۲۶۱).
  ۵. علامه در تذکره می‌فرماید: (مصالحه به عبور آب برای آبیاری در مدت معلوم و حفر کردن مجرای آب برای آبیاری مجاز است) و در ادامه می‌فرماید: این نظر برخی از شافعیه و حنابله نیز است (حلی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۸).

#### ۴. مصادر حق ارتفاق در فقه و قانون مدنی افغانستان

در مورد کسب حقوق ارتفاق ماده ۲۳۴۲ قانون مدنی که ترجمه ماده ۱۰۶۱ قانون مدنی مصر است تصریح می‌نماید که: «حق ارتفاق به اساس تعهد قانونی یا ارث حاصل شده می‌تواند، مرور زمان باعث کسب حق ارتفاق نمی‌گردد، مگر در مورد ارتفاق از قبیل حق مرور». از نص این ماده

به‌خوبی برمی‌آید که اسباب کسب حق ارتفاق تعهد قانونی، ارث و مرور زمان‌اند. تعهد از اعمال و حوادث حقوقی ناشی می‌شود. به عبارت دیگر اعمال و حوادث حقوقی منجر به ایجاد تعهد می‌شود. باوجود، نص این ماده را باید تفسیر محدود نمود و به همه تعهداتی که از اعمال و حوادث حقوقی ناشی می‌شود تسری نداد، زیرا به حیث مثال، وکالت، کفالت، غصب، اتلاف، قتل و... سبب کسب حق ارتفاق نیست بلکه صرف برخی عقود مانند بیع، هبه و غیره برخی ایقاعات مانند وصیت مصدر حق ارتفاق است.

همچنین طبق این ماده به‌طورکلی مرور زمان سبب کسب حق ارتفاق نیست به جزء در مورد حق مرور مانند اینکه: شخص از طریق زمین دیگری در ملک خویش برای مدت قانونی رفت آمد نماید و در اثر این رفت آمد حق مرور بر وی ثابت گردد. همچنین ارث مصدر دیگری کسب حق ارتفاق است، زیرا در صورت که شخص حق عینی اصلی را به ارث تملک نماید، به تبع حق عینی اصلی حق ارتفاق که از فروعات و شاخه‌های حق عینی اصلی است را نیز کسب می‌نماید. همچنین، طبق ماده ۲۳۴۳ قانون مدنی افغانستان «ارتفاق ظاهر به اساس تخصیص مالک اصلی نیز مرتب شده می‌تواند».

پرسش این است که ارتفاق ظاهر چیست و تخصیص مالک اصلی چگونه صورت می‌پذیرد؟ در پاسخ به این پرسش ماده ۲۳۴۴ حکم می‌نماید که «تخصیص از جانب مالک اصلی وقتی موجود می‌شود که مالک دو عقار منفصل از هم در بین دو عقار علایم ظاهری احداث نماید که به اساس آن بین دو عقار چنین علامت تبعی ایجاد گردد که اگر دو عقار مذکور ملک دو نفر فرض شود، به وجود حق ارتفاق دلالت نماید و این امر به یکی از طرق اثبات ثابت گردد، در این حال اگر ملکیت دو عقار مذکور بدون تغییر به همان حالت به دو نفر دیگر انتقال نماید، حق ارتفاق بین دو عقار مذکور به نفع و ضرر مالکان جدید، ثابت شمرده می‌شود مگر اینکه شرط صریح مخالف آن باشد» (نذیر، ۱۳۹۶ ش، ج ۱ ص ۲۰۶).

## ۵. دلیل مشروعیت حق ارتفاق

### ۵-۱. قرآن کریم

دلیل مشروعیت حق ارتفاق در قرآن کریم: «وَأَعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا

وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ مُخْتَالًا فَخُورًا» (نساء، آیه ۳۶)

نخست در آیه کریمه خداوند بندگان را به عبادت و اطاعت خود حکم فرموده و از شرک باز می‌دارد و پیوسته به آن دستور می‌دهد تا احسان به والدین، اقارب ایتام، مساکین و همسایه و... نمایند و این خود بیانگر اهمیت و برتری حقوق همسایه است. این احسان می‌تواند با فراهم نمودن زمینه استفاده از حق شرب، مجری، مسیل، طریق و امثال آن، برای همسایه و یا حداقل با اجتناب از اعمال و روش‌های که باعث تکلیف و اذیت آن در نحوه استفاده از عقار می‌گردد به دست آید.

## ۲-۵. سنت

روایات متعددی در احادیث پیامبر اکرم<sup>(ص)</sup> موجود است که بر مشروعیت حق ارتفاق صراحت دارد که از آن جمله می‌توان به روایت عروه بن زبیر که آن‌ها از عبدالله بن زبیر پیرامون قصه زبیر رضی‌الله‌عنه نقل نموده است اشاره کرد و در آن چنین آمده است:

زبیر به عبدالله گفت: شخصی از انصار با وی در رابطه با آبی ساحق کار که از آن درختان خرما را سیراب می‌نمودند مخاصمه کرد. انصاری به زبیر گفت: آب را بگذار که از زمینت عبور نماید (بدون آنکه تو از آن برای زمینت استفاده نمائی به زمین من برسد) زبیر از پذیرش حرف وی سر باز زد، بنا هر دو به نزد جناب رسول‌الله صلی‌الله‌علیه و سلم رفتند و دعوی خود را ارائه نمودند، پیامبر<sup>(ص)</sup> به زبیر خطاب فرمودند: «اسق یا زبیر ثم ارسل الی جارك»، آبیاری بکن ای زبیر! و سپس رها کن به همسایه‌ات، انصاری به قهر آمد و به رسول‌الله<sup>(ص)</sup> گفت: از اینکه پسر عمه‌ات بود چنین فیصله نمودی، اینجا است که چهره رسول‌الله<sup>(ص)</sup> (بنا به اتهام و بی‌ادبی وی از غضب) متغیر شد و به زبیر فرمودند: «اسق یا زبیر ثم احبس الماء حتی یرجع الی الجدار» ای زبیر! آبداری نموده و آب را ببند تا اینکه به دیوارهای باغت برگردد. زبیر می‌گوید: قسم به الله من جز این فکر نمی‌کنم که این آیه در همین مورد نازل شده است: «فلا وربک لا یؤمنون حتی یحکموک فیما شجر بینهم ثم لا یجدو فی انفسهم حرجاً مم قضیت و یسلمو تسلیماً» (بخاری، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۸).

در این حدیث رسول‌الله<sup>(ص)</sup> به حق شرب (حقابه) از مجری برای زبیر قبل از انصاری بنا به اینکه آب از زمین وی عبور می‌نمود فیصله فرموده و به چیزی که به مصلحت هر دوی آن‌ها بود

اشاره فرمودند، ولی زمانی که انصاری بر این فیصله اعتراض نمود رسول‌الله<sup>(ص)</sup> زیبر را به استفاده کامل از حق اش بدون گذشت از آن به نفع انصاری، تأکید فرمودند. بنابراین، اعطای حق شرب و آن‌هم به صورت کامل به زیبر رضی‌الله‌عنه در این حدیث، خود دلیل صریح به مشروعیت حق ارتفاق بوده، زیرا حق شرب یکی از انواع حق ارتفاق است.

## وجه دلالت

این قضاوت حضرت محمد<sup>(ص)</sup> بین زیبر عوام و مرد انصاری منجر به نزول آیه ۶۵ سوره نساء شد. زیبر قبل از مرد انصاری، اول از آب برای آبیاری و شرب و عبور آب از زمین استفاده کند و احدی مالک این حق نمی‌شود. طبق آیه ۶۵ سوره نساء احدی نمی‌تواند حکم این حدیث را تغییر دهد، پس حق شرب یکی از مصادیق حق ارتفاق است و دلالت بر مشروعیت این حق دارد. نیز ابی هریره<sup>(رض)</sup> از پیغمبر<sup>(ص)</sup> روایت می‌کند که آن جناب فرمودند: «لا یمنع جاره ان یغرز خشبه فی جداره»؛ یعنی هیچ همسایه حق آن را ندارد که مانع همسایه خود از کوبیدن چوب در دیوارش گردد.

در این حدیث به همسایه دستور داده تا مانع همسایه خود از نصب کردن و یا گذاشتن چوب بر دیوارش نگردد و این خود نوعی از حق ارتفاق بوده که همسایه حق آن را از دیوار همسایه‌اش دارد. ماجرای درخت خرما (سمره بن جندب) نیز بر این مطلب دلالت دارد. این روایت از اهل سنت به طور مختصر و در منابع امامیه به طور مشروح آمده است. مضمون حدیث بدین شرح است: سمره بن جندب چند درختی خرما در محوطه باغ یک مرد انصاری داشت، آن مرد با خانواده‌اش در همان باغ زندگی می‌کرد و سمره داخل محوطه باغ جهت رسیدن به درختان خود می‌شد که باعث اذیت و تکلیف آن مرد انصاری می‌گردید؛ لذا از سمره خواست تا درختان خرما را به وی بفروشد، سمره نپذیرفت سپس از وی خواست تا درختان را مبادله کند بازهم سمره نپذیرفت. آن مرد نزد پیغمبر<sup>(ص)</sup> آمد و موضوع را با ایشان در میان گذاشت، پیغمبر<sup>(ص)</sup> به سمره پیشنهاد فروش و یا معاوضه را نمودند سمره نپذیرفت، سپس به هبه کردن، او را ترغیب فرمودند، ولی بازهم سمره نپذیرفت، پیامبر<sup>(ص)</sup> فرمودند: تو ضرر رسان هستی و سپس به انصاری دستور دادند: برو درختان خرما را او را از بیخ برکن. در این حدیث درخواست و طلب نمودن انصاری از سمره به بیع و

معاوضه درختان خرمایش و نیز پیشنهاد نمودن پیغمبر<sup>(ص)</sup> به بیع، معاوضه و هبه کردن دلالت به داشتن حق مرور سمره دارد که این خود یکی از انواع حقوق ارتفاق بوده و به مشروعیت آن دلالت می‌نماید (ابو داود، ۱۴۲۷، ص ۱۷۲).

آیت‌الله مکارم شیرازی از فقهای معاصر هم درست برای مشروعیت حق ارتفاق افزون بر ادله عمومی، به مضمون روایت لا ضرر مطابق همین تقریر، استدلال نموده است؛ و تصریح نموده که حق ارتفاق سمره در ذات خود مشروع بوده است ولی از آنجاکه وی در استفاده از آن مرتکب تعدی و تجاوز به حریم خصوصی زندگی دیگران می‌گردید، با آن قضاوت قاطع پیامبر<sup>(ص)</sup> مواجه گردید (گوهری طالع، ترابی شهرضایی، ۲۰۱۵، ص ۱۵۶).

### ۳-۵. عمل صحابه

به مشروعیت حق ارتفاق عمل اصحاب کرام نیز دلالت دارد که در منابع اهل سنت موجود است و در منابع فقهی اهل تشیع موجود نیست، چنانچه در روایت عمر بن یحیی مازنی که از پدرش نقل شده آمده است:

«ضحاک ابن خلیفه خواست تا جوی آبی را از میان زمین محمد بن سلمه بگذراند، محمد بن سلمه آن را نپذیرفت، ضحاک برایش گفت: چرا مانع من می‌شوی در حالیکه این کار برای منفعت تو است، اول و آخر زمین تو از آن سیراب می‌گردد و هیچ ضرری به تو ندارد، ولی بازهم محمد آن را نپذیرفت. ضحاک در رابطه به موضوع به امیرالمؤمنین عمر فاروق<sup>(رض)</sup> صحبت نمود، ایشان محمد بن سلمه را فراخوانده و به او دستور دادند که مانع کار ضحاک نگردد، ولی او نپذیرفت، عمر<sup>(رض)</sup> به او فرمودند: چه گونه مانع او می‌شوید در حالیکه به نفع تو بوده و اول و آخر زمین را از آن سیراب می‌نمایی و به تو ضرری هم نمی‌رساند، محمد گفت: قسم به الله نمی‌گذارم، عمر<sup>(رض)</sup> فرمود: به الله قسم (آن را از زمینت) می‌گذراند اگر چه بر بالای شکمت باشد، سپس دستور انجام آن را داد، ضحاک آن را انجام داد (امام مالک، ۱۳۵۵، ص ۴۶).

### ۳-۶. عقل

آنچه می‌توان به عنوان دلیل عقلی در باب ارتفاق مورد تمسک قرار داد، این است که در صورت عدم حق ارتفاق نظام زندگی مردم دچار اختلال می‌شود؛ یعنی اگر قرار باشد این الگوی موجود

معیشت که محصول هزارها سال تجارب و اندوخته‌های بشری است کنار گذاشته شده و فعالیت همه مقید و منحصر در همان فضای تحت مالکیت او باشد و به او اجازه دخالت و تصرف در اموال و املاک دیگران داده نشود، قطعاً نظام معیشت روال عادی خود را از دست خواهد داد و در این صورت زندگی جمعی نیز آسیب خواهد دید. بنابراین، اختلال در حق ارتفاق، اختلال در نظام زندگی را در پی خواهد داشت و از آنجا که اختلال در نظام معیشت قبیح است اختلال در حق ارتفاق به حکم عقل مستقل مردود است.

عقلای عالم در هر مسلک مرامی یا هر دینی باشند، اعم از مسلمان یا غیرمسلمان حق ارتفاق را می‌پذیرند؛ مثلاً در حقوق مدنی فرانسه حق ارتفاق مورد پذیرش است و آن‌ها این احکام و شرایط حق ارتفاق را از هیچ منبع الهی اخذ نکرده‌اند (گوهری طالع، ترابی شهرضایی، ۲۰۱۵، ص ۱۵۶).

## ۶. تجزیه عقار مرتفق و مرتفق به

در این مبحث نخست تجزیه عقار مرتفق و سپس عقار مرتفق به را ذیلاً مورد بحث قرار می‌دهیم:

### ۱-۶. تجزیه عقار مرتفق

فقره‌های ۱ و ۲ ماده ۲۳۶۰ قانون مدنی که ترجمه فقرات ۱ و ۲ ماده ۱۰۲۴ قانون مدنی جمهوری مصر است در مورد تجزیه عقار مرتفق تصریح می‌نماید که «(۱) هرگاه عقار دارای حق ارتفاق تجزیه شود، هر یک از اجزاء مستحق ارتفاق شناخته می‌شود مشروط بر این که این امر تکلیف اضافی را بر عقار مرتفق به عاید نسازد؛ (۲) اگر حق ارتفاق در واقع تنها برای یک جزء مفید بوده و برای تمام اجزاء مفید نباشد، مالک عقار می‌تواند زوال حق مذکور را از سایر اجزاء، مطالبه نماید». نص این ماده بیان می‌نماید که حدود حق ارتفاق در حالت تجزیه عقار مرتفق نیز باقی می‌ماند. تجزیه عقار مرتفق با طرق مختلف صورت می‌گیرد: گاهی تجزیه عقار مرتفق به طور افزاری صورت می‌گیرد و گاهی تجزیه عقار از طریق توارث حاصل می‌شود. به هر حال هرگاه عقار مرتفق با یکی از شیوه‌های فوق تجزیه شود و هر شریک مالک جزء آن گردد، در این حالت با تعدد اجزای عقار، حق ارتفاق نیز متعدد می‌شود و هر جزء آن عین حق ارتفاق بر عقار مرتفق به را دارا است، مشروط بر اینکه این کار باعث زیادت مصارف حق ارتفاق اصلی نگردد، مانند اینکه صاحبان حق

ارتفاق بخواهند بیشتر از آنچه مالک عقار مرتفق از عقار مرتفق به استفاده می نمود، استفاده نمایند. اما هرگاه عقار مرتفق بین دو نفر تجزیه شود و یکی در قسمت مربوط به خود کارخانه ای اعمار نماید و دیگری قسمت مربوط خود را برای زراعت اختصاص دهد، در این حالت حق ارتفاق نسبت به آن قسمت زمینی که برای زراعت اختصاص داده شده است باقی می ماند، اما نسبت به آن قسمت زمینی که در آن کارخانه اعمار گردیده است باقی نمی ماند؛ زیرا این قسمت به عنوان زمین زراعتی باقی نمانده است. بنابراین، در این حالت مالک عقار مرتفق به می تواند نسبت به این قسمت زوال حق ارتفاق را مطالبه نماید. (نذیر، ۱۳۹۶، ج ۱، ص ۲۷۸-۲۷۹)

## ۲-۶. تجزیه عقار مرتفق به

در مورد تجزیه شدن عقار مرتفق به فقرات ۱ و ۲ ماده ۲۳۶۱ که ترجمه ماده ۱۰۲۵ قانون مدنی جمهوری مصر است تصریح می نماید که: «(۱) هرگاه عقار مرتفق به تجزیه شود حق ارتفاق در تمام اجزاء آن باقی می ماند؛ (۲) اگر حق ارتفاق در واقع بالای بعضی اجزاء عقار استعمال نمی گردید و امکان استعمال آن هم نباشد، مالک اجزای مذکور می تواند زوال حق مذکور را از جزء ملکیت خود مطالبه نمایند.»

این نص قانونی مبین این مطلب است که هرگاه عقار مرتفق به با یکی از شیوه های متذکره در تجزیه عقار مرتفق، تجزیه شود، در این حالت بر هر جزء آن عین حق ارتفاقی است که بر کل عقار مرتفق به قبل از تجزیه بود. به عنوان مثال هرگاه موضوع حق ارتفاق عدم اعمار بناء در زمین مرتفق به باشد و این زمین تجزیه شود، بر هر جزء آن همان حق ارتفاق، یعنی عدم اعمار بنا خواهد بود؛ و هرگاه موضوع حق ارتفاق اخذ مقداری از سنگ از معدن سنگ، یعنی عقار مرتفق به باشد و این معدن تجزیه شود، بر هر جزء آن همان حق ارتفاق، یعنی اخذ مقداری از سنگ خواهد بود و هرگاه حق ارتفاق در واقع بر بعض اجزاء عقار مرتفق به که تجزیه شده استعمال نگردد و امکان استعمال آن هم نباشد، می تواند زوال حق ارتفاق را از جزء که مالک آن است مطالبه نماید؛ زیرا در این حالت حق ارتفاق بر این اجزاء بدون موضوع باقی می ماند.

به عنوان مثال هرگاه حق ارتفاق حق مرور از یک محل معین در زمین مرتفق به باشد، یعنی حق ارتفاق به صورت کلی در یک مکان معین زمین مرتفق به باشد و این زمین تجزیه شود، حق ارتفاق تنها بر جزئی که این حق (حق مرور یا حق شرب و یا حق شفه) در آن واقع است، به صورت کامل

باقی می‌ماند همان‌گونه که قبل از تجزیه عقار مرتفق به وجود داشت. در این حالت مالک هر جزء از اجزائی که مالک آن نیست مطالبه نماید؛ زیرا حق ارتفاق در این جزء استعمال نمی‌گردد و امکان استعمال آن نیست. مالکان اجزاء مختلف عقار مرتفق به مبنی بر تعویض مالی برای مالک جزء مرتفق به که محل حق ارتفاق در آن واقع است و به تنهایی مسئولیت این حق را پذیرفته است، اتفاق می‌کنند.

از نص این ماده به خوبی فهمیده می‌شود اگر عقار مرتفق به تجزیه شود، مثلاً عقار مرتفق به توسط بیشتر از دو نفر به ارث برده شود و سپس به اجزای متعدد تقسیم گردد و یا قسمتی از آن به دیگری به فروش رسد، حق ارتفاق در تمام اجزاء باقی می‌ماند. اما اگر حق ارتفاق بر بعضی از اجزای متعدد تقسیم گردد و یا قسمتی از آن به دیگری به فروش رسد، حق ارتفاق در تمام اجزاء باقی می‌ماند. اما اگر حق ارتفاق بر بعضی از اجزای عقار مرتفق به تجزیه شده استعمال نگردد و یا استعمال آن ممکن نباشد، مالک این جزء می‌تواند زوال حق ارتفاق را از مالک عقار مرتفق مطالبه نماید به عنوان مثال، اگر حق ارتفاق حق مرور یا حق شرب باشد و محل حق مرور و حق شرب صرف در یک جزء عقار مرتفق به واقع باشد، مالک جزئی که محل حق مرور و حق شرب در آن واقع نیست، می‌تواند زوال حق ارتفاق را از مالک عقار مرتفق مطالبه نماید (عبدالله، ۱۳۹۵، ص ۲۸۷).

## ۶. آثار حق ارتفاق در قانون مدنی افغانستان

حق ارتفاق موجب ایجاد یک سلسله آثار می‌گردد که برخی متوجه مالک عقار مرتفق و برخی نیز مربوط به عقار مرتفق به می‌گردد:

### ۶-۱. حقوق و تکالیف مالک عقار مرتفق

حق ارتفاق نسبت به مالک عقار مرتفق موجب ایجاد حقوق و تکالیف ذیل می‌گردد:

۱. اجرای اعمالی که بر استعمال حق ارتفاق ضروری است: ماده ۲۳۵۵ قانون مدنی که ترجمه ماده ۱۰۲۰ قانون مدنی جمهوری مصر است در این مورد تصریح می‌نماید که: «صاحب حق ارتفاق، می‌تواند به چنان اعمالی مبادرت ورزد که برای استعمال حق او در ارتفاق ضروری باشد، یا برای محافظت حق مذکور لازمی شناخته شود و باید حق مذکور را طوری

استعمال نماید که از آن ضرری عاید نشود».

از نص این ماده به خوبی برمی آید که مالک عقار مرتفق، در استعمال حق ارتفاق می تواند به اعمالی مبادرت ورزد که جهت استعمال حق ارتفاق ضروری است. بنابراین، اگر مالک عقار مرتفق بر زمین دیگری حق مرور داشته باشد و استعمال حق ارتفاق مستلزم احداث پل بر سر جوی یا دریا باشد، یا بر زمین دیگر حق مجری داشته باشد و استعمال حق مجری ایجاب احداث جوی را نماید، یا حق شرب را از جوی عامه داشته باشد و حق شرب ایجاب احداث جوی کوچک را نماید تا مالک حق ارتفاق توسط آن بتواند زمین خویش را آبیاری نماید یا حق شفه داشته باشد و استعمال آن مقتضی نصب بمبه بر چاه باشد، می تواند پل و جوی احداث نماید، یا بر سر چاه بمبه نصب نماید زیرا اجرای همه این اعمال برای استفاده از حق ارتفاق ضروری است.

همچنین مالک عقار مرتفق می تواند اعمالی را انجام دهد که برای حفاظت حق ارتفاق ضروری است، مانند اگر حق مرور داشته باشد می تواند راه را هموار نماید و عنداللزوم می تواند آن ها اسفالت نماید و اجرای اعمال جهت حفظ پل، جوی و غیره. مالک عقار مرتفق به نحوی حق ارتفاق را استعمال نماید که باعث ضرر به عقار مرتفق به نگردد. مالک عقار مرتفق در انجام چنین اعمال و عدم آن مختار است، ولی اگر به انجام این اعمال اقدام ننماید و در اثر استعمال حق ارتفاق به عقار مرتفق به ضرر برسد، در این صورت مالک عقار مرتفق مسؤول پرداخت خسارت خواهد بود (نذیر، ۱۳۹۶، ج ۲، ص ۲۶۷).

۲. پرداخت مصارف مربوط به استعمال و حفظ حقوق ارتفاق: ماده ۲۳۵۷ قانون مدنی که ترجمه ماده ۱۰۲۲ قانون مدنی جمهوری مصر است در این مورد حکم می نماید که «مصارف اعمالی که به منظور استعمال حق ارتفاق لازم شمرده شود یا تکالیف حفاظت آن به ذمه ای مالک عقار مرتفق می باشد، مگر این که برخلاف آن شرط گذاشته شده باشد و اگر اعمال مذکور برای مالک عقار مرتفق نیز نافع باشد تکالیف صیانت آن به تناسب مفاد که به هر یک عاید می گردد، است».

از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که مصارف اعمال لازم جهت استعمال و حفظ حقوق ارتفاق در اصل به عهده مالک حق ارتفاق است زیرا مالک حق ارتفاق شخصی است

که از حق ارتفاق نفع می‌گیرد. پس لازم است تا مصارف آن را نیز پرداخت نماید. بنابراین مصارف این استفاده را باید بپردازد و لو این مصارف به خاطر اعمالی باشد که وجود عیب در عقار مرتفق یا تغییر محل ارتفاق به سبب تعدیل وضعیت اشیاء ایجاب آن‌ها را نماید و اما اگر اجرای این اعمال به خطا باشد، در این مصارف آن‌ها به صورت تعویض بر عهده کسی خواهد بود که آن را مرتکب گردیده است؛ خواه مالک عقار مرتفق به باشد یا مالک عقار مرتفق باوجوداین، چون این قاعده مربوط به نظام عامه نیست، مالک عقار مرتفق و مرتفق به می‌توانند حین انشای حق ارتفاق در این مورد توافق نمایند که این مصارف را مالک عقار مرتفق و مرتفق به پرداخت نماید. گذشته از این، اگر حفظ حق ارتفاق، برای مالک عقار مرتفق به نیز نافع باشد، مانند این که مالک عقار مرتفق به نیز از جوی، پل و راهی که مالک عقار مرتفق بر عقار مرتفق به دارد، استفاده نماید، مصارف حفظ جوی، پل و راه میان ملک عقار مرتفق و مرتفق به صورت مساوی تقسیم می‌شود (عبدالله، ۱۳۹۵، ص ۲۸۴).

## ۶-۲. حقوق و تکالیف مالک عقار مرتفق به

آثار متعلق به عقار مرتفق به عبارتند از:

۱. امتناع از اجرای اعمال که منجر به نقصان حق ارتفاق گردد قانون مدنی افغانستان در فقره ۱ ماده ۲۳۵۹ که ترجمه ماده ۱۰۲۳ قانون مدنی جمهوری مصر است در مورد تکالیف مالک عقار مرتفق به حکم می‌نماید که «مالک عقار مرتفق به نمی‌تواند به اجرای اعمالی بپردازد که منجر به نقصان استعمال حق ارتفاق شود.» یعنی هرگاه حق ارتفاق حق مرور باشد مالک عقار مرتفق به نمی‌تواند در آن زراعت کشت نماید یا درختان غرس نماید؛ زیرا این کار مانع عبور و مرور می‌گردد یا حداقل عبور و مرور را دشوار می‌سازد. هرگاه حق ارتفاق حق چراگاه باشد، مالک عقار مرتفق به نمی‌تواند در آن منزل یا کارخانه اعمار کند؛ زیرا این کار مانع چریدن مواسی می‌گردد یا حداقل چریدن را دشوار می‌سازد.

۲. جزای اخلال مالک عقار مرتفق در قبال مسئولیت خویش: هرگاه مالک عقار مرتفق به اعمالی را انجام دهد که باعث نقصان استعمال حق ارتفاق گردد، مکلف به اعاده آن به حالت اولی‌اش بوده و در صورت لزوم مکلف به پرداخت تعویض مالی خواهد بود. اعاده ارتفاق به حالت اولی همان‌گونه که از مالک عقار مرتفق به که مرتکب تخلف گردیده است

مطالبه می‌شود از هر متخلف خاص که ملکیت این عقار به وی منتقل خواهد شد نیز مطالبه خواهد شد هر چند این تخلف را مرتکب نشده باشد؛ زیرا اعاده به حالت اولی تکلیف عینی بر عقار است؛ اما تعویض مالی تنها از مالک عقار مرتفق به که مرتکب تخلف شده مطالبه می‌شود؛ زیرا تعویض مالی تکلیف شخصی بر ذمه مالک می‌باشد.

۳. امکان تغییر موضع تعیین شده جهت استعمال حق ارتفاق با در نظر داشت شروط معینه: قانون مدنی در فقره ۲ ماده ۲۳۵۹ خود تصریح می‌دارد: همچنین (مالک عقار مرتفق به) نمی‌تواند موضع حق مذکور را تغییر دهد مگر اینکه موقع مذکور به اثر حوادث طوری گردد که تکلیف (مصرف) ارتفاق را تزئید بخشد یا استعمال حق از موضع مذکور مانع آوردن تحسینات در عقار مرتفق به شود. در این صورت مالک عقار، می‌تواند انتقال ارتفاق را به موضع دیگر مطالبه نماید؛ یعنی مالک عقار مرتفق، به تنهایی بدون موافقت مالک عقار مرتفق به نمی‌تواند به تغییر محل تعیین شده برای استعمال حق ارتفاق اقدام نماید چنانچه مالک عقار مرتفق به تنهایی بدون موافقت مالک عقار مرتفق نمی‌تواند دست به تغییر محل اصلی برای استعمال حق ارتفاق بزند. عدم جواز استقلال مالک عقار مرتفق به تغییر محل اصلی برای استعمال حق ارتفاق امر مطلق و استثنای پذیر است، چنانچه قانون مدنی در فقره ۲ ماده ۲۳۵۹ خود تصریح نموده: ... مگر اینکه موقع ... موضع دیگری مطالبه نماید. نص این ماده بیان می‌نماید که تکالیف مالک عقار مرتفق به تکالیف سلب محض است. مالک عقار مرتفق به مکلف به اجرای هیچ عمل ایجابی نیست. زیرا حق ارتفاق سلطه مباشر صاحب حق ارتفاق بر مرتفق به است که صاحب حق ارتفاق آن را بدون وساطت مالک عقار مرتفق به و بدون تداخل او اعمال می‌نماید. آنچه که از مالک عقار مرتفق به مطالبه می‌شود، امتناع از اجرای اعمالی است که منجر به نقصان استعمال حق ارتفاق شود، مانند اینکه: مالک عقار مرتفق به پل را تخریب و راه را تبدیل به زمین زراعتی نماید. در چنین حالتی، مالک عقار مرتفق می‌تواند اعاده حالت اولی را از محکمه ذی صلاح مطالبه نماید. همچنین، مالک عقار مرتفق به نمی‌تواند حق ارتفاق را که مالک زمین مرتفق به عقار وی دارد، تغییر دهد، مگر این که هر دو در این مورد توافق نمایند (عبدالله، ۱۳۹۵ ش، ص ۲۸۵).

## ۷. پایان حق ارتفاق در قانون مدنی افغانستان

طبق قانون مدنی، اسباب پایان حق ارتفاق به قرار ذیل اند:

۱. انقضای مدت، انهدام عقار مرتفق و یا مرتفق به و تملک هر دو عقار توسط یک شخص:

طبق ماده ۲۳۶۲ قانون مدنی که ترجمه ماده ۱۰۲۶ قانون مدنی جمهوری مصر است «(۱)

حق ارتفاق به انقضای مدت معین یا از بین رفتن کامل عقار مرتفق به یا عقار مرتفق و به

اجتماع هر دو عقار در ملکیت یک شخص منتهی می‌شود؛ (۲) اگر حالت اجتماع ملکیت

بنا بر تأثیری زایل گردد که به زمان گذشته راجع می‌گردد، حق ارتفاق عودت می‌نماید».

از نص این ماده به خوبی بر می‌آید که حق ارتفاق در اثر انقضای مدت منتهی می‌شود، به عنوان

مثال، اگر شخصی استفاده از حق شرب خویش را به دیگری جهت آبیاری زمین و یا باغ و

درختان وی برای مدت معین مثلاً یک سال وصیت نماید، با انتهای این مدت حق ارتفاق

منتهی می‌گردد و همچنین، حق ارتفاق در اثر انهدام و یا هلاک عقار مرتفق و یا عقار مرتفق به

منتهی می‌گردد. به عنوان مثال، اگر عقار مرتفق و یا عقار مرتفق به بنا باشد و منهدم شود و یا

حریق گردد، یا عقار مرتفق و یا مرتفق به زمین زراعتی باشد و در اثر سیل از بین برود، حق

ارتفاق منتهی می‌شود و اما اگر بنا در اثر زلزله از بین برود و دوباره احیاء گردد، حق ارتفاق

نیز عودت می‌نماید. همچنین، اتحاد ذمه، سبب سوم انتهای حق ارتفاق است. زیرا چنانچه

بیان شد، جهت تحقق حق ارتفاق باید دو عقار وجود داشته باشد، به نحوی که یکی ملکیت

شخصی و دیگری ملکیت شخصی دیگری باشد. پس در صورتی که صاحب عقار مرتفق،

عقار مرتفق به را نیز تملک نماید، هر دو عقارها ملکیت شخص واحد می‌گردند و حق ارتفاق

در اثر اتحاد ذمه منتهی می‌گردد. اجتماع دو عقار درید مالک واحد در اثر هر یک از اسباب

کسب ملکیت متحقق می‌گردد، مانند میراث، وصیت، عقد، شفعه و مرور زمان.

۲. عدم استعمال: در مورد انتهای حق ارتفاق در اثر عدم استعمال و مرور زمان ماده ۲۳۶۳

قانون مدنی که ترجمه ماده ۱۰۲۷ قانون مدنی جمهوری مصر است تصریح می‌نماید که

«اگر حق ارتفاق در خلال مدت پانزده سال استعمال نشود، منقضی می‌گردد». همچنین

ماده ۲۳۶۴ قانون مدنی که ترجمه فقره ۲ ماده ۱۰۲۷ قانون مدنی جمهوری مصر است

در این مورد تصریح می‌نماید که «هرگاه عقار دارای حق ارتفاق در ملکیت یک عده شرکا

به صورت مشترک داخل شود، استفاده یکی از شرکا مرور زمان را در مورد سایر شرکا قطع می نماید. همچنین توقف مرور زمان به منفعت یکی از شرکا به منفعت شرکای باقیمانده، متوقف می شود».

از نصوص این مواد به خوبی معلوم می گردد حق ارتفاق در اثر عدم استعمال برای مدت پانزده سال منتهی می گردد. به عبارت دیگر: اگر حق ارتفاق برای مدت پانزده سال استعمال نشود، تحت مرور زمان مسقط حق قرار گرفته و منتهی می شود. اما اگر عمار مرتفع دارای مالکان متعدد باشد و یکی از آنها حق ارتفاق را استعمال نماید، این امر موجب قطع مرور زمان نسبت به سایر شرکا نیز می گردد و در نتیجه حق ارتفاق شریک های که حق ارتفاق را نیز استعمال ننموده اند، ساقط نمی گردد.

۳. ناممکن شدن استعمال: در مورد انتهای حق ارتفاق در اثر استحاله استعمال ماده ۲۳۶۵ قانون مدنی که ترجمه ماده ۱۰۲۸ قانون مدنی جمهوری مصر است تصریح می نماید که: «هرگاه وضع اشیاء طوری تغییر نماید که استفاده از حق ارتفاق غیرممکن گردد، حق ارتفاق منقضی شناخته می شود و در صورتی که اشیاء به حالتی برگردد که استفاده از حق مذکور ممکن شود، حق ارتفاق نیز اعاده می گردد، مگر این که به اساس عدم استعمال تحت مرور زمان آمده باشد».

نص این ماده بیان می نماید که هرگاه استعمال حق ارتفاق مستحیل گردد، حق ارتفاق منتهی می شود. استحاله استعمال ناشی از تغییر وضع اشیاء است خواه تغییر در عمار مرتفع به حادث شود. به عنوان مثال، اگر حق ارتفاق حق مرور باشد و صاحب عمار مرتفع به راه را تغییر دهد مثلاً آن را ضمیم زمین زراعتی خویش نماید، استعمال حق مرور ناممکن و در نتیجه حق ارتفاق منتهی می شود؛ اما اگر صاحب عمار مرتفع به دوباره راه را از زمین زراعتی جدا نماید، حق ارتفاق دوباره اعاده می گردد.

۴. انعدام فایده حق ارتفاق: در مورد انتهای حق ارتفاق در اثر انعدام فایده حق ارتفاق ماده ۲۳۶۶ قانون مدنی که ترجمه ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی جمهوری مصر است تصریح می نماید که: «مالک عمار مرتفع به وقتی می تواند که خود را از تمام یا بعضی ارتفاق خلاص کند که منفعت عمار مرتفع کاملاً از بین رفته یا منفعت محدودی از آن باقی مانده باشد که

با تکالیف واقع بر عقار مرتفق به تناسب نداشته باشد». نص این ماده بیان می‌نماید که زمانی که عقار مرتفق به برای عقار مرتفق هیچ نوع فایده عاید ننماید یا فایده محدودی عاید نماید که با تکالیف واقع بر عقار مرتفق به تناسب نداشته باشد مالک عقار مرتفق به می‌تواند حق ارتفاق را از عقار خویش زایل نماید. به عنوان مثال اگر حق ارتفاق حق شرب باشد صاحب عقار مرتفق به در عقار خویش چاه یا آرد حفر نماید و از آب آن (چاه یا آرد) زمین خویش را آبیاری نماید، صاحب عقار مرتفق می‌تواند حق ارتفاق مالک عقار مرتفق به را زایل نماید. زیرا در چنین حالتی، حق شرب برای مالک حق ارتفاق دیگر فایده ندارد. (عبدالله، ۱۳۹۵، ص ۲۸۸).

۵. تنازل صاحب حق ارتفاق از حق خویش: هرگاه صاحب حق ارتفاق با اراده منفرد از حق خویش تنازل نماید، حق ارتفاق منتهی خواهد شد. تنازل گاهی صریح و گاهی ضمنی است. تنازل صریح واضح است و نیاز به توضیح ندارد، اما تنازل ضمنی مثل اینکه صاحب حق ارتفاق مبنی بر عقد بیع واقع بر عقار مرتفق به گواهی دهد؛ زیرا از جمله شروط بیع این است که عقار مبیعه باید از هرگونه حق ارتفاق خالی باشد؛ اما اگر صاحب حق ارتفاق بگذارد تا اعمالی انجام داده شود که متعارض با حق ارتفاق باشد و اعتراض نکند، تنازل ضمنی شمرده نخواهد شد.

۶. تنازل صاحب حق ارتفاق از حق خویش: هرگاه صاحب حق ارتفاق با اراده منفرد از حق خویش تنازل نماید، حق ارتفاق منتهی خواهد شد. تنازل گاهی صریح و گاهی ضمنی است. تنازل صریح واضح است و نیاز به توضیح ندارد، اما تنازل ضمنی مثل اینکه صاحب حق ارتفاق مبنی بر عقد بیع واقع بر عقار مرتفق به گواهی دهد؛ زیرا از جمله شروط بیع این است که عقار مبیعه باید از هرگونه حق ارتفاق خالی باشد. اما اگر صاحب حق ارتفاق بگذارد تا اعمالی انجام داده شود که متعارض با حق ارتفاق باشد و اعتراض نکند، تنازل ضمنی شمرده نخواهد شد.

از آنجایی که تنازل از حق ارتفاق اراده منفرد است و از صاحب این حق صادر شده است. نیازی به قبول مالک عقار مرتفق به ندارد و به مجرد صدور آن از جانب صاحب عقار مرتفق و اعلان آن برای صاحب عقار مرتفق به اثر حقوقی را ایجاد می‌کند؛ اما نسبت به حق غیر، مانند مشتری عقار

مرتفق قابل تطبیق نیست مگر این که قبل از ثبت این شراء طبق قواعد ثبت، ثبت شده باشد (نذیر، ۱۳۹۶، ج ۲، ص ۲۸۲).

### نتیجه گیری

ارتفاق کلمه عربی بوده که در لغت به معنی بهره برداری و سهولت گیری بوده و در اصطلاح عبارت از حق انتفاع عقار یک شخص و یا حق انتفاع خود آن شخص بر عقار دیگری بوده و حق ارتفاق در نصوصی قرآنی و سنت نبوی تأکید شده و فقهای اسلام به بیان احکام مفصل آن پرداخته اند و قانون گذاران جهت تنظیم این حق مواد را جهت حمایت از مالکین حق ارتفاق مواد را وضع نموده اند.

اسباب کسب حق ارتفاق عبارت از اشتراک عام، حيازت و قدامت زمان، معاوضه، استفاده از زمین موات، هبه و عاریت، جوار، وصیت و ارث.

انواع حق ارتفاق عبارت اند از: حق شرب (حقابه)، حق مجری، حق مسیل، حق مرور و حق جوار. حق شرب به مفهوم حقابه زمین به اتفاق فقها در آبهای بحرهای و دریاها و نهرها و چشمه های غیر مملوک و عامه که در احداث و جریان آن تصرف آدمی دخیل نباشد، در صورت هم جوار و نزدیک بودن به زمین آنها ثابت است.

حق مجری نیز با در نظر داشت انواع آن دارای احکام متفاوت بوده که به گونه اجمالی می توان گفت که ارتفاق با تمام انواع آن با در نظر داشت خصوصیات همان نوع برای انسان ثابت بوده، البته در صورت که انسان مالک رقبه مجری نباشد، استفاده از این حق مشروط به عدم اضرار دیگران است.

ارتفاق به حق مسیل همانند حق مجری تقریباً دارای احکام و مسائل مشابه اند که می توان این را به آن قیاس نمود، زیرا هر دو محل جریان و گزار آب اند با این فرق اساسی که از مجری جهت جلب آب های مرغوب و از مسیل جهت دفع آب های غیر مرغوب استفاده به عمل می آید.

حق مرور در طریق با در نظر داشت این که منفعت اصلی و مقصود آن همانا مرور است یک امر ثابت و محل اتفاق بوده است، اما تصرفات دیگری اگر در طریق نیاز باشد قابل تطبیق است مانند باز نمودن دروازه و گذاشتن کلکین به سوی آن و غیره.

## منابع

### قرآن کریم

۱. ابن انس، الامام مالک (۱۳۵۵) الموطأ، مطبوع مع شرحه للزرقانی، بیروت: المكتبة التجارية الكبرى.
۲. ابن عابدين، محمدا مين الشهير ابن عابدين (۱۲۷۲)، رد المختار على الدر المختار (حاشیه ابن عابدين) مصر: دارالطبعة المصرية.
۳. ابن منظور، جمال الدين محمد بن منظور الافريقى ابوالفضل المصرى (۱۴۱۹)، لسان العرب، بیروت: دار احیاء التراث العربی و مؤسسه تاریخ العربی، الطبعة الثانية.
۴. ابن نجيم، زين العابدين بن ابراهيم بن محمد، (بی تا)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، طبع دوم.
۵. البخاری، ابو عبدالله محمد بن اسماعيل (بی تا)، صحيح البخاری، پشاور: طبعه المكتبة السلفية.
۶. التويجيري، د. سليمان بن وايل بن خريف (۱۴۳۲)، حق الارتفاق، مصر: دار ابن الجوزي للنشر و التوزيع، طبع اول.
۷. الزحيلي، وهبة (۱۳۸۵)، الفقه اسلامي وادلته، ايران: چاپ دوم، مطبعة احسان.
۸. المرغيناني، برهان الدين على بن ابي بكر (۱۳۱۸)، الهداية شرح بداية المبتدى، طبع مع فتح القدير، الطبعة الاولى، بيروت: بلمطبعة الامرية ببولاق، مطبعة مصورة، دار صادر.
۹. حلي، حسن بن يوسف بن مطهر (۱۳۷۹)، تذكرة الفقهاء، نجف: مطبعة الآداب.
۱۰. رسولی، عبدالحسين (۱۳۹۳)، اموال و مالکیت در حقوق افغانستان، انتشارات دانشگاه ابن سینا.
۱۱. شاهرودی، سيد محمود هاشمی (۱۳۹۵)، فرهنگ اختلاف مطابق مذهب اهل بیت، تهران: مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی، جلد نهم، چاپ اول.
۱۲. عبدالله، نظام الدين (۱۳۹۵)، شرح قانون مدنی افغانستان-حقوق عینی، کابل: چاپخانه سعید.
۱۳. عمید، حسن (۱۳۹۱)، فرهنگ فارسی عمید، جلد دوم، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر.
۱۴. قمی، میرزا ابوالقاسم بن ملا حسن (بی تا)، جامع الشتات فی اجوبة السؤالات، ج ۲، قم.

۱۵. گوهری طالع، عبدالله و ترابی شهرضایی، اکبر (۲۰۱۵)، حق ارتفاق مشروعیت و اسباب آن در فقه امامیه، دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم.
۱۶. لنگروردی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم.
۱۷. نذیر، دادمحمد (۱۳۸۸)، اساسات حقوق اسلام، کابل: انتشارات نعمانی.
۱۸. نذیر، پوهاند داد محمد (۱۳۹۶)، حقوق عینی در فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان، ج ۱، کابل: انتشارات حامد رسالت.
۱۹. وزارت عدلیه (۱۳۵۵)، قانون مدنی افغانستان، جریده رسمی.

