



AL-Mustafa international university

جامعة المصطفى العالمية واحد گرگان

پایان نامه کارشناسی ارشد

رشته حقوق خصوصی

عنوان:

بررسی تطبیقی حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان

استاد راهنما:

دکتر ابوالفضل حسام

پژوهشگر:

احسان الله امینی

کد تحصیلی: ۱۱۵۱۵۲۸۵

سال تحصیلی: ۱۴۰۱

برای حقوق پدیدآوران



بررسی
پایان نامه کارشناسی
سنت آموزش

تاریخ: ۱۳۹۳/۱۲/۲۲
شماره:
پوسته:

گزارش جلسه رسیدگی به پایان نامه کارشناسی ارشد

به حول و قوه الهی و در پرتو عنایت پیامبر اکرم (ص) جلسه دفاع از پایان نامه

آقای / خانم احمد اسلامی کد تحصیلی ۱۱۵۱۵۲۸۹ در رشته حقوق خصوصی با گرایش حقوق جزایی تحت عنوان تبیین حقوق کیفری در نظام حقوقی ایران در تاریخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۲ برگزار گردید. هیئت محترم داوران بر اساس تحقیق ارائه شده و پس از استماع دفاعیات نظر خود را بر اساس محورهای ذیل اعلام نمودند:

ردیف	محورهای ارزشیابی	مردود	نمره استاد راهنما	نمره استاد مشاور	نمره استاد داور
۱	استحکام چارچوب نظری تحقیق و ارتباط منطقی بین مباحث	۵	۴		۴
۲	کیفیت ارائه مطالب و توان پاسخگویی به سوالات تحقیق	۳	۳		۳
۳	نوآوری، خلاقیت و تازه بودن مطالب	۴	۴		۴
۴	رعایت موازین و معیارهای نگارش	۳	۳		۳
۵	کیفیت استناد و استفاده از منابع و مأخذ	۲	۲		۲
۶	کیفیت دفاع	۳	۳		۳
جمع		۲۰	۱۹		۱۹

در نتیجه:

پایان نامه پذیرفته ☐، پذیرفته مشروط ☒، مردود ☐، اعلام می گردد و با نمره به حروف: موزده و به عدد: ۱۹ به تصویب رسید.

پایان نامه در حد مطلوبه، قابل چاپ ☒، نیاز به اصلاحات و ویرایش ☒ دارد ☐ ندارد ☐ می باشد ☐ نمی باشد ☐

ملاحظات: موضوع مناسب، اصناف مناسب، تأسیس و تدوین مناسب

نام و نام خانوادگی استاد راهنما: احمد اسلامی نام و نام خانوادگی استاد مشاور:

نام و نام خانوادگی استاد داور:

۱۳۹۳/۱۲/۲۲

چکیده

حق ارتفاق حقی است که به واسطه مالکیت فرد بر مال غیر منقول حاصل می شود، این حق چنان برای مالک واجد اهمیت می باشد که وجود ملک بدون آن به منزله عدم ملک برای صاحب حق تلقی می شود. حق ارتفاق یکی از مسائل حقوق موضوعه ی ایران و افغانستان و مذاهب اسلامی می باشد. این حق از جمله تسهیل کننده، دارا شدن و استفاده از حق است که موجب تسهیل روابط اشخاص در املاک مجاور هم گردد. این حق ناظر به اموال غیر منقول بوده با توجه به ساختار شهرسازی و فرهنگی جامعه دارای کاربرد و اهمیت بالایی می باشد. سوالی که در این پژوهش مطرح شده است همواره محور بحث حقوق دانان قرار دارد این است که حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان چیست؟ در این تحقیق با استفاده از روش های توصیفی، تطبیقی و تحلیلی به پاسخ این پرسش در نظام حقوقی ایران و افغانستان پرداخته شده است. یافته های محققین نشان داده است که در حقوق ایران و افغانستان با پیروی از نظام حقوقی اسلام یک سلسله شرایط و آثار برای برقراری حق ارتفاق پذیرفته شده است. قانون مدنی ایران شانزده ماده و قانون مدنی افغانستان بیست و هفت ماده راجع به احکام و مقررات حق ارتفاق نسبت به ملک غیر اختصاص داده است. ولی این مواد تمام آنچه را که در مورد حق ارتفاق لازم می باشد، بیان نمی کند. شرایط که در حقوق ایران بدست آمده است عبارت از: حق عینی قائم به ملک، تابع و فرع مالکین زمین، غیر قابل تقسیم بودن، حق ارتفاق دائمی است، تنها به املاک و ارضی اختصاص دارد، مغایر حق مالکیت است، وجود دو ملک همجوار و یک حق مالی است آثار که بر آن مترتب شده است از: قلمرو و حدود حق ارتفاق، تکالیف صاحب حق ارتفاق، تقسیم ملک مورد ارتفاق و امکان تغییر موضع استفاده از حق ارتفاق می باشد. شرایط که در حقوق افغانستان در این تحقیق یافت شده است حق ارتفاق حق عینی اصلی غیر منقول است، حق ارتفاق امتیاز به نفع یکی و ضرر دیگر باشد و حق ارتفاق مالک دو مال غیر منقول متفاوت باشد و آثار که در این مترتب می شود آثار خاص، آثار مشترک، حقوق و تکالیف مالک عقار مرتفق و حقوق و تکالیف مالک عقار مرتفق به است. حق مرور و عبور، حق مجری، از مصادیق آن شناخته شده است.

کلید واژه ها: حق، ارتفاق، انتفاع، مالکیت، شرایط، آثار.

فهرست مطالب

مقدمه	۱
الف) تبیین مسئله:	۱
ب) اهداف تحقیق:	۲
الف) هدف کلی:	۲
ب) اهداف جزئی:	۲
ج) سابقه و ضرورت انجام تحقیق:	۳
الف: ضرورت علمی	۳
ب: ضرورت کاربردی	۳
هـ) سؤال های فرعی تحقیق:	۴
و) فرضیه های تحقیق:	۴
ز) پیشینه تحقیق:	۵
ح) روش تحقیق:	۶
ط) قلمرو تحقیق:	۶
ی) ساختار تحقیق:	۶
ک) مشکلات تحقیق:	۷
فصل اول: کلیات (مفاهیم و مبانی)	۸
مبحث اول: مفاهیم	۸
گفتار اول: حق	۸
بند اول: حق در لغت	۸
بند دوم: حق در اصطلاح	۱۰
الف: تعریف فقهی حق	۱۰
ب: تعریف حقوقی حق	۱۱
ج: تعریف فلسفی حق	۱۲

بند سوم: اقسام حق	۱۶
الف: حق غیر مالی	۱۷
ب: حق مالی	۱۷
گفتار دوم: ارتفاق	۱۹
بند اول: ارتفاق در لغت	۲۰
بند دوم: ارتفاق در اصطلاح	۲۱
الف: تعریف فقهی ارتفاق	۲۱
ب: تعریف حقوقی ارتفاق	۲۲
بند سوم: اقسام حق ارتفاق	۲۴
الف: حق ارتفاق به اعتبار منشأ حق	۲۴
ب: اقسام حق ارتفاق به اعتبار نحوه اجرای حق	۲۷
بند چهارم: مصادیق حق ارتفاق	۲۸
بند پنجم: تفاوت حق ارتفاق و حق انتفاع	۳۰
الف: در نظام حقوقی ایران	۳۰
ب: در نظام حقوقی افغانستان	۳۰
بند ششم: تفاوت حق ارتفاق با اذن	۳۱
گفتار سوم: انتفاع	۳۲
بند اول: انتفاع در لغت	۳۲
بند دوم: انتفاع در اصطلاح	۳۴
الف: تعریف فقهی انتفاع	۳۴
ب: تعریف حقوقی انتفاع	۳۵
گفتار چهارم: مالکیت	۳۶
بند اول: مالکیت در لغت	۳۶
بند دوم: مالکیت در اصطلاح	۳۷

الف: تعریف فقهی مالکیت	۳۷
ب: تعریف حقوقی مالکیت	۳۷
مبحث دوم: مبانی حق ارتفاق	۳۹
گفتار اول: مبانی فقهی	۳۹
بند اول: کتاب	۴۰
الف: احسان به همسایه	۴۰
ب: آیه تعاون	۴۱
بند دوم: سنت	۴۲
بند سوم: بنا عقلاء	۴۶
بند چهارم: اجماع	۴۶
گفتار دوم: مبانی حقوقی	۴۷
بند اول: مالک باید تصرف خود را به طور متعارف انجام دهد	۴۷
بند دوم: برای رفع حاجت یا رفع ضرر از مالک باشد	۴۷
فصل دوم: شرایط حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان	۴۹
مبحث اول: شرایط حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران	۴۹
گفتار اول: شرایط حق ارتفاق	۴۹
بند اول: حق عینی قائم به ملک است و اختصاص به زمین دارد	۵۰
بند دوم: تابع و فرع مالکین زمین است	۵۰
بند سوم: حق ارتفاق دائمی است	۵۱
بند چهارم: حق ارتفاق قابل تقسیم نیست	۵۱
بند پنجم: حق ارتفاق، تنها به املاک و اراضی اختصاص دارد	۵۱
بند ششم: حق ارتفاق مغایر حق مالکیت است	۵۲
بند هفتم: وجود دو ملک همجوار	۵۲
بند هشتم: حق ارتفاق یک حق مالی است	۵۳

گفتار دوم: اسباب ایجاد حق ارتفاق	۵۴
بند اول: ایجاد حق ارتفاق به موجب قانون	۵۴
بند دوم: ایجاد حق ارتفاق بوسیله طبیعت	۵۵
الف: آبهای طبیعی	۵۵
ب: آبهای باران و خانگی	۵۶
بند سوم: ایجاد حق ارتفاق به اعتبار عمل انسان	۵۶
الف: حق ارتفاق ناشی از عقد	۵۶
ب: ارتفاق ناشی از ایقاع	۵۸
ج: ارتفاق ناشی از مرور زمان	۵۸
مبحث دوم: شرایط حق ارتفاق در نظامی حقوقی افغانستان	۵۹
گفتار اول: شرایط حق ارتفاق	۵۹
بند اول: حق ارتفاق یک حق عینی اصلی عقاری است	۵۹
بند دوم: دو مال غیر منقول در کنار هم باشد	۶۰
بند سوم: مالک دو مال غیر منقول متفاوت باشند	۶۰
بند چهارم: حق ارتفاق تابع ملک و حقی مستقل نیست	۶۰
گفتار دوم: اسباب ایجاد حق ارتفاق	۶۰
بند اول: قرارداد	۶۱
بند دوم: قانون	۶۲
بند سوم: ارث	۶۳
بند چهارم: اختصاص مالک	۶۴
بند پنجم: مرور زمان	۶۵
مبحث سوم: وجوه اشتراکات و افتراقات	۶۵
گفتار اول: وجوه اشتراکات	۶۶
گفتار دوم: وجوه افتراقات	۶۶

نتیجه گیری فصل :	۶۷
فصل سوم: آثار حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان	۶۹
مبحث اول: آثار حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران	۶۹
گفتار اول: آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق نسبت به صاحب حق	۶۹
بند اول: قلمرو و حدود حق ارتفاق	۶۹
الف: ارتفاق تبعی یا ثانویه	۷۰
ب: تقسیم ملک صاحب حق ارتفاق	۷۱
ج: عدم تغیر در کمیت حق ارتفاق بعد از تقسیم	۷۳
بند دوم: تکالیف صاحب حق ارتفاق	۷۴
الف: تجاوز صاحب حق ارتفاق از حدود حق مزبور	۷۵
ب: هزینه و مخارج استفاده از حق ارتفاق	۷۷
بند سوم: اختیارات مالک و صاحب حق ارتفاق	۷۹
الف: منع مالک به اقدام خلاف حق ارتفاق	۷۹
ب: حدود و اختیارات صاحب حق ارتفاق	۸۰
ج: مسئولیت خسارات وارده به مالک و صاحب حق ارتفاق	۸۱
گفتار دوم: آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق نسبت با مالک ملک حق ارتفاق	۸۲
بند اول: تقسم ملک مورد ارتفاق	۸۲
الف: تکالیف مالک ملک مورد ارتفاق	۸۳
ب: خوداری مالک ملک مورد ارتفاق از اعمال مغایر حق ارتفاق	۸۴
ج: ضمانت اجرای عدم امتناع مالک از عمل مغایر با حق ارتفاق	۸۵
بند دوم: امکان تغیر موضع استفاده از حق ارتفاق	۸۶
الف: قانون حاکم بر حق ارتفاق در حقوق بین الملل خصوصی	۸۷
ب: خسارت وارد بر حق ارتفاق در ملک غیر	۸۸
گفتار سوم: اسباب پایان یافتن حق ارتفاق	۹۰

- بند اول: پایان حق ارتفاق در نتیجه عمل انسان ۹۱
- الف: عدم استعمال حق ارتفاق یا مرور زمان مسقط حق ۹۱
- ب: وحدت مالکیت ملک صاحب ارتفاق و ملک مورد ارتفاق ۹۲
- ج: سپری شدن مدت قرار داد ۹۳
- د: اعراض از حق ارتفاق و اسقاط آن ۹۵
- بند دوم: زوال حق ارتفاق در نتیجه تغییر وضعیت ملک ۹۸
- الف: از بین رفتن ملک مورد ارتفاق یا ملک صاحب حق ارتفاق ۹۸
- ب: عدم امکان استفاده از حق ارتفاق ۹۹
- بند سوم: زوال حق ارتفاق در نتیجه حکم قانون ۱۰۰
- الف: حکم قانون ۱۰۰
- ب: غیر قابل معامله شدن یکی از دو ملک ۱۰۱
- مبحث دوم: آثار حق ارتفاق در نظام حقوقی افغانستان ۱۰۲
- گفتار اول: آثار خاص ۱۰۲
- بند اول: آثار مترتب به حقایقه (حق آبیاری) ۱۰۲
- الف: آب های محرز در ظرف های خاص ۱۰۲
- ب: آب های چشمه ها، چاه ها و حوض های مملوکه شخصی ۱۰۳
- ج: آب های انهار مملوکه خاص ۱۰۴
- د: آب های انهار عامه ۱۰۴
- بند دوم: آثار مترتب به حق مجری ۱۰۵
- الف: هرگاه شخص حق جریان آب را بر زمین دیگری داشته باشد، مالک زمین مذکور نمی تواند مانع جریان آب او در زمین خود گردد ۱۰۵
- ب: صاحب زمین نمی تواند مجری آب را از مکان آن تغییر دهد، مگر اینکه اصحاب حق در این مورد رضایت نشان بدهند ۱۰۶
- ج: هرگاه حق مجری در زمین غیر از قدیم وجود داشته باشد ۱۰۶

- د: هرگاه شخصی بخواهد مجری جدیدی احداث نماید و مجری مذکور در راه عام واقع گردد،
 ۱۰۶..... در احداث نماید
- بند سوم: آثار مترتب به حق مسیل ۱۰۷.....
- الف: اگر مسیل منزلی در راه عام یا خاص کشیده شده باشد که از آن ضرری به مردم عاید
 گردیده باشد، ضرر مذکور رفع ساخته می شود گرچه قدیمی باشد ۱۰۷.....
- ب: هیچ کس نمی تواند بدون حق مسیل محلی را که جدیداً احداث نموده به منزل شخص
 دیگری بکشد، مگر اینکه اجازه او را حاصل کرده باشد ۱۰۸.....
- ج: مصارف اصلاح مسیل بر نفع گیرنده در صورتی که مسیل در زمین مملوکه شخصی و یا
 غیر باشد ضروری است ۱۰۸.....
- بند چهارم: آثار مترتب به حق مرور ۱۰۸.....
- الف: هرگاه راه عام باشد ۱۰۹.....
- ب: هرگاه راه خاص باشد ۱۰۹.....
- گفتار دوم: آثار مشترک حق ارتفاق ۱۰۹.....
- بند اول: حقوق و تکالیف مالک عقار مرتفق ۱۱۰.....
- الف: حق مرور، مجرا و مسیل اگر قدیمی باشد، به حال خود گذاشته می شود مگر اینکه اصلاً
 نامشروع باشد ۱۱۰.....
- ب: انجام اعمالی که برای استعمال حق ارتفاق ضروری است ۱۱۰.....
- ج: تحمل مصارف مربوط به استعمال حق ارتفاق و حفاظت آن ۱۱۱.....
- بند دوم: حقوق و تکالیف مالک عقار مرتفق به ۱۱۱.....
- الف: امتناع از اجرای اعمالی که منجر به نقصان حق ارتفاق گردد ۱۱۲.....
- ب: جزای اخلال مالک عقار مرتفق به در قبال مسئولیت خویش ۱۱۲.....
- ج: امکان تغییر موضع تعیین شده جهت استعمال حق ارتفاق با در نظر داشت شروط معینه ۱۱۳.....
- گفتار سوم: تجزیه عقار مرتفق و مرتفق به ۱۱۳.....
- بند اول: تجزیه عقار مرتفق ۱۱۳.....

بند دوم: تجزیه عقار مرتفق به	۱۱۴.....
گفتار چهارم: اسباب پایان یافتن حق ارتفاق	۱۱۵.....
بند اول: پایان مدت تعیین شده	۱۱۵.....
بند دوم: از بین رفتن یکی از دو شی غیر منقول	۱۱۵.....
بند سوم: اجتماع دو عقار در ملکیت شخص واحد	۱۱۶.....
بند چهارم: مرور زمان	۱۱۶.....
بند پنجم: ناممکن شدن استعمال حق ارتفاق	۱۱۷.....
بند ششم: گذشت به نظر اعراض صاحب حق ارتفاق	۱۱۷.....
بند هفتم: تحقق شرط فاسخ و فسخ ملکیت صاحب عقار مرتفق به	۱۱۸.....
بند هشتم: به انتها رسیدن علت ثبوت حق	۱۱۸.....
مبحث سوم: وجوه اشتراکات و افتراقات	۱۱۹.....
گفتار اول: وجوه اشتراکات	۱۱۹.....
گفتار دوم: وجوه افتراقات	۱۲۰.....
نتیجه گیری فصل:	۱۲۱.....
نتیجه گیری نهایی و پیشنهادها	۱۲۳.....
فهرست منابع:	۱۲۸.....

مقدمه

الف) تبیین مسئله:

انسان موجودی اجتماعی است، لازمه این زیستن اجتماعی، فراگیری و رعایت قوانین حقوقی است، تا در ارتباط خود با دیگران در این زندگی اجتماعی گرفتار چالش و مشکلات نشود. از آنجایی که مالک به حکم قانون نسبت به مایملک خود حق هر گونه تصرف و انتفاعی را در اموال خود دارد، در نگاه اول این مالکیت مطلق به نظر می رسد، اما با مراجعه به کتب فقهی و حقوقی، گاهی اوقات این مالکیت مطلق شکسته می شود، و در مواردی محدود به رعایت حقوق دیگران شده، از جمله این موارد رعایت حقوقی است، که مالکان املاک برای استفاده کامل از ملک خود، در ملک دیگری دارند، که در فقه و قانون به نام حق ارتفاق خوانده می شود، و از مباحث مهمی است، که در کتب فقهی و حقوقی در ابواب مختلف ولو با شدت ضعف مورد بحث واقع شده است.

حق ارتفاق در حقوق، حق کسی است در ملک دیگری برای استعمال استفاده از ملک خود، حق ارتفاق گاهی جنبه مثبت دارد مانند حق شرب، حق عبور، حق فاضلاب، حق ناودان و حق پنجره، و گاهی جنبه منفی دارد، مانند حق عدم ساختمان و حق عدم بالا بردن بنا بیش از دو طبقه و ... از جمله خصوصیات این حق در دو نظام حقوقی قائم به ملک بودن و اختصاص به زمین داشتن، و تابع ملک و فرع بر مالکیت زمین بودن است، و همچنین حق ارتفاق دائمی است، قابل تقسیم نیست. این حق به تنوع اسباب پیدایش خود در دسته بندی های مختلفی نظم گرفته و متنوع می گردد، که مهم ترین آن تقسیم حق ارتفاق به حق ارتفاق طبیعی و حق ارتفاق بر اثر عمل انسان یعنی ناشی از قانون، عقد و ایقاع می باشد. چنین موضوعی با این ویژگی ها در منابع فقهی متقدم و حتی متاخر امامیه مطرح و مورد بررسی قرار نگرفته است، حق ارتفاق به این معنا از حقوق مدنی کشور های دیگر به منابع حقوقی و سپس کم و بیش در مطالعات فقهی راه یافته است. البته حقوقی مانند حق انتفاع، حق اختصاص و همچنین حریم شباهت هایی با حق ارتفاق در استفاده مالک زمین از غیر ملک خودش دارند، ولی تفاوت مهمی هم با ارتفاق دارند، نمی شود بررسی آنها را در فقه پیشینه ی ادبیات حق ارتفاق شمرد در مقابل فقها و حقوقدانان معاصر اهل سنت، با این موضوع آشنایی بیشتر داشته و حق ارتفاق اکنون در فقه اهل سنت یک مدخل شکافته شده را تشکیل می دهد، به طبع همین مطالعات فقهی شاهد آن هستیم، که در نظام حقوقی هر دو کشور محور و مبنای وقوع حق ارتفاق ملک

است نه شخص، از طرفی قانون مدنی هر دو کشور در باب حق ارتفاق، انواع آن را به صورت مشخص بیان نکرده است و فقط در ضمن موارد مثال هایی را برای حق ارتفاق بیان داشته اند، مبنای حقوقی و ایجاد حق ارتفاق که شرایط و آثار تامی را با خود به همراه دارد از جمله مواردی است که مصالحه آن لازم و ضرور است به این معنی که قانون، عقد، ایقاع و طبیعت ملک می تواند منشاء تحقق حق ارتفاق باشد، در این میان اگر عقد منشاء ایجاد حق ارتفاق باشد بایستی معوض و مجانی بودن آن، لزوم یا جواز آن، تملیکی یا عقدی بودن آن و مواردی از این دست، در دو نظام حقوقی مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد اگر حق ارتفاق بر مبنای قرارداد شکل گیرد موضوع و نحوه انعقاد آن و رضایی و یا تشریفاتی بودن آن بایستی مورد بررسی قرار گیرد، که آیا صاحبان املاک می توانند آزادانه و به هر ترتیبی که مایل باشند به نفع صاحب ملکی در مقابل ملک دیگر ایجاد حق ارتفاق کنند؟ آیا شرایط شکلی خاصی برای تحقق حق ارتفاق وجود دارد یا نه؟ باید به این سوال اساسی پاسخ داد که حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان چیست؟ این پژوهش، با روش توصیفی و تحلیلی و با رویکرد مقایسه‌ای و تطبیقی در صدد پاسخ گوی به پرسش فوق و مشابه آن بر آمده، هرچند این مسأله در دانشهای مختلف مانند، فقه، قرآن، حدیث، معماری و شهرسازی و عمران مطرح شده است، اما محدوده این تحقیق، در دانش فقه و حقوق است، که با استناد به قوانین و مقررات حاکم در حقوق ایران و افغانستان و آرای حقوقدانان و فقها به بررسی تطبیقی حق ارتفاق و جوه اشتراکات و افتراقات در دو نظام حقوقی پرداخته میشود.

(ب) اهداف تحقیق:

بدون تردید هر پژوهش دارای اهداف است که پژوهنده را وادار به انجام آن نموده است. این پژوهش نیز دارای اهداف به شرح زیر است:

(الف) هدف کلی:

— بررسی تطبیقی حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان

(ب) اهداف جزئی:

۱- تبیین مبانی حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان

۲- بیان شرایط حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان

۳- بیان آثار حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان

۴- بیان مشترکات و جهات افتراق مبانی، شرایط و آثار حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و

افغانستان

۵- بیان نقاط قوی و ضعف قوانین موضوعه ی هر دو نظام و همچنین ارائه ی پیشنهادات جهت

اصلاح کاستی های موجود در دو نظام ایران و افغانستان به مراجع ذی صلاح.

ج) سابقه و ضرورت انجام تحقیق:

الف: ضرورت علمی

یکی از ضرورت های جامعه آگادامیک علمی افغانستان نبود آثار علمی و دقیق راجع به مسئله حقوق ارتفاق است، هرچند به صورت پراکنده این بحث در آثار حقوقی آمده است، ولی به صورت نظامند بررسی تطبیقی آن تدوین نگردیده است، از این رو دادگاه های افغانستان با مشکلات روبرو هستند، این پژوهش تلاش می کند تا تبیین درست از حق ارتفاق و بیان مبانی، شرایط و آثار آن به این بحران علمی، اجتماعی و فرهنگی پاسخ گوید.

ب: ضرورت کاربردی

افزون بر عدم وجود آثار علمی درحوزه حق ارتفاق، این پژوهش می گوشت تا به صورت نظامند و با ادبیات به روز به نشر و گسترش این مباحث در میان توده مردم و آگاه نمودن آنان به حقوق ارتفاق همت نماید، تا از مشکلات مانند جهل و عدم علم به مسائل حقوقی، اختلاف، نزاع و درگیری در دادگاه، بحران اجتماعی و فرهنگی جلوگیری و جامعه را با این گونه از حقوق آشنا سازد. در صورت که قانون مدنی ایران شانزده ماده و قانون مدنی افغانستان بیست هفت ماده راجع به احکام و مقررات حق ارتفاق نسبت به ملک غیر اختصاص داده است. ولی این مواد تمام آنچه را که در مورد حق ارتفاق لازم می باشد، بیان نمی کند. و دارای نواقصی است. این نواقص می تواند علت های مختلفی داشته باشد. اولاً: اوضاع و احوال زمان تدوین قانون مدنی، ضرورتها و نیاز های آن زمان بیش از احکام و مقررات فعلی را اقتضاء نمی کرد. ثانیاً: ماهیت قانون مدنی هر دو کشور از از فقه اقتباس شده و در فقه امامیه بحث مدون، کامل و جامعی تحت عنوان حقوق ارتفاقی یافت نمی شود. و مقررات حق ارتفاق در کتب فقهاء تحت الشعاع حق حریم واقع شده

است. زیرا بحث حق حریم عنوان مستقلی را به خود اختصاص داده است. همچنین قواعدی از حق ارتفاق را می توان در مبحث مشترکات عامه جستجو کرد. ثالثاً: تدوین کنندگان قانون مدنی همواره در پی آن بوده اند که با حفظ ماهیت و محتوای فقهی حقوق ارتفاقی در شکل و قالب تدوین مقررات آن از قانون مدنی فرانسه و عراق استمداد نموده و بدین ملحوظ هنگام اقتباس احیاناً ناگزیر به ترجمه ناقصی از موارد شده اند.

حال چگونه می تواند ملکی را تصور نمود که مالکی نسبت به آن حق مالکیت داشته، اما از حق خود اجازه استفاده ندارد. به دلیل وجود این ویژگی بارز حق ارتفاق است، که اکنون پرونده های مختلفی در دادگاه ها و دادرسی ها تحت عناوینی چون ممانعت و مزاحمت از حق مطرح می شود، پس از روشن شدن اهمیت مسئله، نکات ظریفی پیرامون این موضوع قابل طرح است، که گاه منجر به اقامه دعوا و تقدیم دادخواست در مراجع قضایی می گردد، و دادرس با پرسش های متفاوتی رو به رو می شود که پیش از ورود به ماهیت دعوای مطرح شده به سبب احراز ذی نفع بودن خواهان باید به این پرسش ها پاسخ دهد.

د) سؤال اصلی تحقیق: حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان چیست؟

ه) سؤال های فرعی تحقیق:

1. مبانی حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان چیست؟
2. شرایط حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان چیست؟
3. آثار مترتب بر حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان چیست؟
4. وجوه شتراک و افتراق مبانی، شرایط و آثار حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان چیست؟

و) فرضیه های تحقیق:

۱. به نظر می رسد که در هر دو نظام حقوقی و مواردی را از جمله مفاد ماده ۱۳۲ قانون مدنی، مالک باید تصرف خود را به طور (متعارف) انجام دهد، برای رفع حاجت یا رفع ضرر از مالک باشد و سوء استفاده از حق مالکیت مبانی ایجاد حق ارتفاق دانسته اند. ولی فقهای اسلامی مبانی حق ارتفاق را قاعده (لاضرر و لا ضرار) و قاعده تسلط می دانند، که دلایل مستندات و مشروعیت آن عبارت اند: قرآن کریم،

احسان به همسایه، آیه تعاون، سنت، حدیث لاضرر، قضاوت پیامبر «صلی الله علیه وسلم» عقل، و اجماع گفته است.

۲. به نظر می رسد که حق ارتفاق در حقوق ایران و افغانستان دارای شرایط است، که در نظام حقوقی ایران عبارتند اند: حق ارتفاق قائم به ملک است، حق ارتفاق تابع ملک و فرع بر مالکیت زمین است، حق ارتفاق دائمی است، حق ارتفاق قابل تقسیم نیست، انشا حق ارتفاق، اجرای حق ارتفاق، تنها به املاک و اراضی اختصاص دارد. و در نظام حقوقی افغانستان، حق ارتفاق قائم به ملک است، حق ارتفاق حق عینی اصلی غیر منقول است، حق ارتفاق امتیاز به نفع یکی و ضرر دیگری باشد، حق ارتفاق مالک دو مال غیر منقول متفاوت باشد.

۳. به نظر می رسد که حق ارتفاق در حقوق ایران و افغانستان دارای آثار مترتب است، در نظام حقوقی ایران قرار ذیل می باشد: آثار مرتبط بر وجود حق ارتفاق نسبت به صاحب حق است. قلمرو و حدود حق ارتفاق، تکالیف صاحب حق ارتفاق، و آثار مرتبط بر وجود حق ارتفاق نسبت به مالک ملک حق ارتفاق می باشد. تقسیم ملک مورد ارتفاق، و امکان تغییر موضع استفاده از حق ارتفاق، در نظام حقوقی افغانستان عبارتند از: آثار خاص است. اثر مرتبط به حقابه، اثر مرتبط به حق مجری، اثر مرتبط به حق مرور و اثر مرتبط به حق مسیل، و آثار مشترک است. حقوق و تکالیف مالک عقار مرتفق و حقوق تکالیف مالک عقار مرتفق به می باشد.

۴. به نظر می رسد وجوه اشتراک و افتراق، حق ارتفاق و آثار آن در حقوق ایران و افغانستان یکسان بوده و تفاوت مبنای نداشته است، من جمله افتراقات آن حق ارتفاق بالای مال عام مترتب شده میتواند مشروط بشرط است، در قانون افغانستان، در قانون ایران مطلق است، حق ارتفاق برای صاحب خود صلاحیت استعمال اشیاء و یا استفاده هر دو را میدهد در نظام حقوقی افغانستان در حال که در نظام حقوقی ایران تنها صلاحیت استعمال را می دهد. از وجوه اشتراک زیادی بر خودار است، به نظر می رسد که وجوه اشتراک شان نسبت به افتراق آن ها زیاد تر است.

ز) پیشنهاد تحقیق:

با مراجعه به منابع کتابخانه ای و اینترنتی و مطالعه کتب، مقالات و پایان نامه های مختلف مشخص می شود که تحقیق کافی و مستقلی در باب بررسی تطبیقی حقوق ارتفاق صورت نگرفته است که شاید

علت این امر را بتوان در خلاصه گویی قانونگذار مدنی جستجو نمود برعکس در منابع فقهی موضوع به تفصیل مورد بررسی و تدقیق قرار گرفته است. در کتب فقه امامیه و اهل سنت و شرایط و آثار آن البته به شکل کلی وبدون آنکه اختصاص به حق ارتفاق داشته باشد مطرح شده است، که به نظر مطالعه تطبیقی از یک سو و بهره گیری از قواعد عمومی از سوی دیگر می تواند به بسیاری از سوالات و شبهات در این زمینه پاسخ گو باشد. از دیر باز در کتب مدنی حق ارتفاق به شکل کلی مورد بحث و مباحثه قرار گرفته است کتاب های دکتر لنگرودی، دکتر عدل، دکتر کاتوزیان، دکتر صفائی، دکتر ابراهیم تقی زاده، نظام الدین عبدالله، داد محمد نذیر، غفور احمد، غزنوی و اساتیدی دیگر موضوع حاضر را مورد تدقیق قرار داده اند اما به شکل مجزا نسبت به موارد اجمالی و سکوت قانون پرداخته نشده است، همچنین مقالات و اکثر کتاب ها هم مشابه هستند و به شکل تطبیقی با سایر کشورها یا فقه صورت نگرفته است، اما متأسفانه در این مقالات نیز به موارد سکوت و اجمال قانون و مباحث استنباطی پرداخته نشده است. در این پایان نامه تلاش میشود برای نخستین بار موضوع شرایط و آثار حق ارتفاق هم به شکل تطبیقی و هم به صورت استنباطی مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت.

ح) روش تحقیق:

روش گردآوری مواد در این پایان نامه کتابخانه ای بوده و با استفاده از منابع مکتوب، برنامه های رایانه ای، نرم افزار های اینترنتی، مصاحبه و پرسش تهیه شده و با روش توصیفی، تطبیقی و تحلیلی به پردازش اطلاعات اقدام شده است.

ط) قلمرو تحقیق:

تحقیق حاضر از نظر زمانی بر می گردد به نظام حقوقی فعلی ایران و افغانستان و از نظر مکانی هم محدود به نظام حقوقی ایران و افغانستان است. همچنان از لحاظ موضوعی محدود به حقوق عینی است.

ی) ساختار تحقیق:

تحقیق کنونی در سه فصل تنظیم گردیده است: در فصل نخست کلیات و مبانی بررسی گردیده است. در فصل دوم شرایط حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان مورد بررسی قرار گرفته است. در فصل

سوم آثار حق ارتفاق در هر دو نظام پرداخته شده است و در اخیر نتیجه نهایی و پیشنهاد ها ارائه گردیده است.

ک) مشکلات تحقیق:

متأسفانه در حقوق افغانستان هیچ کتابی مستقل که پیرامون حق ارتفاق تألیف شده باشد و یا حد اقل در حد یک فصل راجع با مبنای و شرایط آن به بررسی این موضوع پرداخته باشد، به دست نیامد و این عمده ترین مشکلی بود که در بسیاری از موارد، محقق را در جمع آوری و تحلیل مواد قانونی دچار چالش می ساخت و با آن هم استعانت الله سبب رفع این چالش ها شده و تحقیق آن گونه که باید انجام می شد، به اتمام رسید.

فصل اول: کلیات (مفاهیم و مبانی)

در آمد

در نخستین فصل این نوشتار، مفاهیم، مبانی و ادبیات نظری تحقیق مورد مطالعه قرار می گیرد. این فصل در قالب دو مبحث مبانی نظری و ادبیات تحقیق را مطرح می نماید که نخستین مبحث آن، طرح مفهوم شناسی، واژگان کلیدی این پژوهش می باشد. در دومین مبحث این فصل، مبانی فقهی و حقوقی حق ارتفاق صورت می گیرد. تا جایگاه حقوق ارتفاق را در این تحقیق واضح نموده و به بیان موضوع بپردازد.

مبحث اول: مفاهیم

در این مبحث به واژه شناسی و بررسی مفاهیم مطرح شده در این نوشتار پرداخته شده است و در ذیل چهار گفتار، واژگان حق، ارتفاق، حق ارتفاق، انتفاع و مالکیت، شرایط و آثار مورد مطالعه و بررسی قرار گرفته است.

گفتار اول: حق

در این گفتار، واژه ی حق در ذیل سه بند مورد مطالعه و بررسی قرار می گیرد. بند نخست به واژه شناسی این مفهوم پرداخته، بند دوم به تعریف حقوقی حق، تعریف فقهی حق و تعریف فلسفی حق و در بند سوم اقسام حق مورد بررسی قرار گرفته است.

بند اول: حق در لغت

(حق) در لغت از ریشه (حقوق) به معنای استواری، درستی^۱ و هماهنگی یک چیز می آید.^۲ حق به این معنا، نقطه مقابل باطل است؛ یعنی نقطه مقابل چیزی که فاقد اساس لازم، نادرست و دارای انحراف است. مثال های زیادی از کاربرد حق در این معنا، در قرآن مجید داریم: «وَقُلْ جَاءَ الْحَقُّ وَزَهَقَ الْبَاطِلُ إِنَّ الْبَاطِلَ كَانَ زَهُوقًا»^۳ و بگو: حق آمد و باطل از میان رفت و نابود گشت بی گمان باطل همیشه از میان رفتنی و نابود

^۱ احمد، ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ج ۲، ص ۱۵.

^۲ حسین، راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن الکریم، ص ۲۶۴

^۳ اسراء آیه ۸۱

شدنی است.» «وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُوا الْحَقَّ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ»^۱ و حق را با باطل نیامیزید و حق را کتمان نکنید در حالی که شما می دانید.

بعضی از تحقیق گران در مورد الفاظ قرآنی، به این نتیجه رسیده است که مفهوم حق تنها اثبات توأم با واقعیت می باشد و از این رو هر آنچه ثابت و استوار است حق نیست، بلکه آنچه در عین ثبات با حقیقت منطبق می باشد، حق است: اساس این ماده تنها بر اثبات که با واقع تطابق داشته باشد، حجت می کند. که این ویژگی در تمام استعمال مشتقات آنها در این الفاظ مستحکم می باشد.^۲

به نظر میاید که قید انطباق با حقیقت در معنای حق، قید آشکار می باشد و مقصود واژه شناس ها دیگر نیز از استواری و درستی و هماهنگی یک چیزی یا هر تعبیر دیگر از آن، به ملاحظه ای حقیقت و ثبات آن می باشد. به عبارت دیگر، حق همان چیزی می باشد که معلول ابهام و خیالات نیست؛ یک شیئی وهمی نیست، بلکه همان شیئی می باشد که واقعیت دارد و به لحاظ همین پایگاه، حق شیئی استوار می باشد، بی اصل نبوده؛ حق صحیح می باشد و خلاف آن اساس حقیقی نمی باشد و باطل می باشد و بالاخره باید گفت حق یک حقیقت هماهنگ و وزن کرده شده می باشد، مانند هر شیئی که در آن باطل و مخلاف طریق نداشته باشد، به جهت که حصه آن از حقیقت متوازن داخلی و یکجا نمودن با واقعیت در بیرون می باشد؛ از این رو نمی تواند در اصل خود مجموعه ای از عناصر متضاد و در تقابل با واقعیت در بیرون است. فلذا مفهوم اساس این الفاظ چنان که از بعضی واژه شناسان پیش گذشته است، یک شیئی بیشتر نیست و آن مطلق وجوب و اثبات می باشد.^۳ و قطعا مثال های آن این الفاظ همان شیئی می باشد که با حقیقتی مطابقت دارد و استوار هم می باشد و قطعا موزون و درست هم خواهد است و به همین خاطر، از دین مبین اسلام که جمعی می باشد از تعلیم صحیح، و ثابت و مستحکم و بدون ذره ای خلاف و کذب، در قرآن کریم به (دین حق) تعبیر شده است:

^۱ . بقره آیه ۴۲ .

^۲ . محمد حسن، مصطفوی، التحقيق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۲، ص ۲۶۲.

^۳ . احمد بن محمد مقرئ، فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص ۴۴.

«هُوَ الَّذِي أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدَىٰ وَدِينِ الْحَقِّ لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ وَلَوْ كَرِهَ الْمُشْرِكُونَ»^۱ او کسی است که پیامبر خود را برای هدایت مردم فرستاد، با دینی درست و بر حق، تا او را بر همه دینها پیروز گرداند، هر چند مشرکان را خوش نیاید.»

و آشکارا می باشد که بارزترین مصداق حق خودی خداوند منان می باشد که استوارتر و ثابت تر از او ذات در عالم هستی تفکر و تصور نمی گردد و به همین خاطر، این واژه از جمله اوصاف الهی نیز می باشد.

بند دوم: حق در اصطلاح

الف: تعریف فقهی حق

در فقه اسلامی این واژه به عنوان سلطه و قدرت استفاده شده است که دارای ضمانت اجرا نیز است.^۲

در دانش فقه نیز حق به مفهوم صلاحیت دارا بودن و استفاده می باشد البته با رویکردی گوناگون. در فقه مفهوم حق دایره و حیطه ای به مراتب بیشتر از سایر موارد دارا می باشد. در فقه دایره حقوق را شریعت معین می سازد و اندازه سنجش آن ذات اقدس تعالی می باشد. کلمه (ملک) هم در فقه هنگامی که در معنای عام خود استفاده می شود، مرادف با این واژه (حق) می باشد. گاهی هدف از کلمه (حقوق) دانش حقوق می باشد؛ یعنی علمی که به تحلیل قواعد حقوقی می پردازد.^۳

در فقه اسلامی، حق در دو مفهوم به کار رفته است:

الف: در مقابل حکم؛ یعنی اموری که افراد سلطه ای اسقاط یا تغییر آنها را دارند و در حقوق موضوعه بیشتر تحت موضوع (قانون تفسیری) از آن یاد کرده است.

ب: در مقابل عین، دین، منفعت و انتفاع؛ یعنی نوعی مال محسوب می شود. به طور فشرده می توان گفت که حق، امتیاز و اقتداری می باشد که فرد در برابر سایر اعضای جامعه دارد.^۴

^۱. توبه، آیه ۲۳.

^۲. وحید، فرهی، حق در مکاتب فقهی اسلام، ص ۵۱.

^۳. همان، ص ۲۶-۲۹.

^۴. عادل، شیخلو، بررسی شرایط و آثار حق ارتفاق قراردادی در حقوق موضوعه ایران و اسلام، (پایان نامه ارشد حقوق)، ص ۱۱.

نیجتها به نظر می رسد در تعریف حق چنین بگوییم: حق امتیازی می باشد که به موجب شرع و حقوق موضوعه ایجاد می شود و سایرین به رعایت آن هستند.

ب: تعریف حقوقی حق

حوزه حقوق از حوزه هایی می باشد که فراوان به بحث حق پرداخته است. حقوق دانان در بحث های حقوقی مباحث مختلفی در مورد (حق) مطرح شده است. آنچه به اختصار در تعریف (حق) از دیدگاه و اصطلاح حقوقی می توان گفت به شرح زیر می باشد:

«گاهی حق به مجموع قواعد حاکم بر اشخاص از این رو که در جمع هستند، اطلاق می شود و جمعی این قاعده را حقوق نامیده است».^۱ حق در این معنی به خاطری که کنترل کننده و تنظیم کننده ارتباط جامعه است و در هر صورت حاکم مطلق انسان های جامعه می باشد در این معنی به کار رفته است. در این مفهوم هر کس اهلیت دارا و استفاده از حق را دارا است و صرف تولد و زیست بودن و در جمع بودن از شرایط در دارا شدن و استفاده حق می باشد.

«حق جمع حقوق، الفاظی می باشد که در معانی مستقیم و صحیح و همچنین در معنی آنچه که فرد یا پدیده ای مناسب آن است، به کار رفته، حق همچنین در زبان های شرقی اصطلاحاً به عنوان یکی از اسم های خداوند به کار رفته است».^۲ در این مفهوم حق به معنای دارا بودن و محق شدن گرفته شده. در این معنی چاشنی ادبی و ایدئولوژیکی زیاد به چشم می رسد. در این مفهوم منشا حق و حقوق خدا تلقی شده و معیار سنجش آن تلقی می شود.

«گاهی به امتیاز و قدرت خاص هر انسان در برابر دیگران که برای برقراری ارتباط آن ها و نگهداری نظم در جمع ضروری است، حق اطلاق می شود؛ مانند حق حیات و حق مالکیت».^۳ در این مفهوم نیز حق در جهت کنترل جمع و تنظیم ارتباط نوع انسان در ابهامات گوناگون آمده است. در این مفهوم حق مفهوم دارا بودن و استفاده نیز می تواند به کارگیرد. در این مفهوم حق در سمت و طرف زندگی اجتماعی به صورت اعتباری مطرح شده است و اندازه آن را جامعه تعیین می کند.

^۱. غلامرضا، بلوچ، فرهنگ مصور فارسی، ص ۴۵۰.

^۲. همان، صص ۴۵۰ - ۴۵۱.

^۳. ناصر، کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۲۴۹.

«در برخی منابع حق به معنای سلطه و اختیار آمده که حقوق هر کشور به منظور تامین منافع انسان ها به آنها می دهد».^۱ در این مفهوم حق نعمتی قابل اعطا از طرف حقوق حاکمه می باشد که در خاطری حفظ منافع انسان ها پیشرو است. در این مفهوم نیز حق معنایی اعتباری می باشد که برای ضمانت زندگی جمعی از طرف حاکمیت به افراد داده می شود.

«امتیاز و منافع می باشد متعلق به انسان که حقوق هر کشور در مقام اجرای عدالت از آن حمایت می کند و به او قدرت تصرف در موضوع حق و سد دیگران از تجاوز به آن را اعطا می کند».^۲ در این مفهوم نیز حق به معنای دارا بودن و استیفای حقوق بر گرفته شده است که هر وقت تحت حمایت قوای حاکمه است. در این مفهوم حقوق برای همه داده شده و از جنبه حمایتی مورد توجه قرار گرفته است. در این مفهوم هر شخص به آن معیار دارای حق می باشد که به حقوق دیگری تجاوز نکند.

«حق قرار گرفتن چیزی در جای خودش، که آن جای برای وی در نظر گرفته شده نیز تعریف شده است».^۳ در این مفهوم حق دارای مکانی اعتباری می باشد که آن را با جامعه یا قانون و شریعت و... معین می شود.

ج: تعریف فلسفی حق

واژه (حق) در فلسفه، با اشتراک لفظی، یا به صورت حقیقت و مجاز^۴ در موارد گوناگون به کار رفته که در هر مورد ممکن است دارای معنای متفاوت می باشد. در همه این مفاهیم، یکی از مفاهیم (باطل) در مقابل حق است.^۵ این موارد مفاهیم متعدد دارد:

۱. کاربرد حق در مورد موجودات؛

حق در این کاربرد، دارای مفهوم متفاوت می باشد:

^۱. ناصر، کاتوزیان، پشین، ص ۲۴۹.

^۲. همان، ص ۴۴۲.

^۳. امین الاسلام، طبرسی، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۴، ص ۱۰۱.

^۴. صدرالدین محمد، بن ابراهیم، الحاشیة علی الالهیات، ص ۳۸.

^۵. مرتضی، مطهری، التحصیل، ص ۲۹۲.

«گاهی حق به مفهوم وجود حقیقی در عالم خارج به کار رفته است که در این مفهوم مشمول همه موجودات هستی است.»^۱

«گاهی حق به مفهوم وجودی می باشد که ابدی است.»^۲

«گاهی هدف از حق، واجب الوجود بالذات (خداوند متعالی) می باشد. ۳ که بدین ترتیب، می توان گفت حق نامی از نام های خداوند متعالی می باشد.»^۴ در این صورت غیر از الله، فی نفسه (یعنی خود شان صرف مقایسه با سایر موجودات دیگر) باطل محسوب است.^۵ از این جهت در نزد عرفا هر شیئی ماسوای خداوند باطل محسوب می شود.^۶ هدفی اشخاص که می گفتن^۷ «گاهی حق در معنای موجود ثابت واقعی یا موجود ثابت ابدی به کار رفته است»، همین مفهوم از حق (واجب بالذات) می باشد.

اگر در کاربرد حق در مورد موجودات، حق به مفهوم موجود حقیقی و باطل به مفهوم عدم است، مانند این که خداوند واجب الوجود بذاته می باشد، لایق ترین موجودات، در حق بودن (حقیقت) می باشد.^۸ بدین لحاظ باید گفت، واجب الوجود بالذات حق مطلق و ممتنع الوجود بالذات باطل مطلق می باشد.^۹ همچنین گاهی حق در فرقان اسلامی به مفهوم وجود و حقیقت الهی هر شیئی می باشد که در عالم الهیات یا صقع ربوبیت ثابت است و اعیان ثابته مسمی می شود. گاهی اصطلاح هذا به تبع عرفان در فلسفه اسلامی نیز به کار رفته است.

^۱ صدرالدین، شیرازی، الاسفار الاربعه، ج ۱، ص ۹۲.

^۲ شمس الدین، شهرزوری، رسائل الشجره الالهیه فی علوم الحقایق الربانیه، ص ۴۱.

^۳ ابی العباس فضل بن محمد، اللوکر، بیان الحق بضمان الصدق، ص ۳۶.

^۴ علی بن محمد، جرجانی، التعریفات، ص ۴۰.

^۵ همان، ص ۳۶.

^۶ فخرالدین، الرازی، شرح الفخر الرازی علی الاشارات، ج ۲، ص ۱۲۳.

^۷ همان، ص ۴۰.

^۸ فخرالدین، اسفراینی نیشابوری، شرح کتاب النجاه الابن سینا، ص ۱۹۴.

^۹ شیخ الرئيس، ابن سینا، رسائل ابن سینا، ص ۲۵۳.

۲. کاربرد حق در مورد اعتقاد؛

به کارگیری حق در مورد اعتقاد (تفکر، عقد یا قضیه معلومه) یا قول (گفته یا گزاره یا قضیه ملفوظه) حق در این مورد، چندین معنای را افاده می کند:

«گاهی هدف از حق، مطابقت اعتقاد یا قول با حقیقت اعم از بیرون و داخل نفس می باشد.^۱ حق در این مفهوم متلازم با راستی است. بخاطری که اعتقاد یا قول از نظر مساوی بودن آن با حقیقت، راستی و از نظر اینکه حقیقت به عنوان مصداق و مساوی آن می باشد، حق گفته است.^۲ بنابر این اعتقاد حق، اعتقاد راست می باشد و اعتقاد باطل، اعتقاد دورغ می باشد و اعتقاد حق، مقابل اعتقاد باطل می باشد.»^۳

«گاهی گمان می شود حق، صفت شیئی می باشد که گفته یا اعتقاد راست، با آن مطابقت دارد. یعنی اگر گفته یا اعتقادی با واقعیت مطابقت دارد، آن واقع مطابق را حق و آن قول یا اعتقاد مطابق را صادق می گفتند.^۴ اما این دیدگاه، صحیح نمی باشد؛ بخاطری که قول یا اعتقاد و تفکری مطابق با حقیقت است، هم می توان آن را راست گفت و هم می توان آن را حق نامیده ولذا حق و صدق با یکدیگر، متصادق و متلازم می باشد.»^۵

دیدگاه فلاسفه در مورد حق این است که لایق ترین گفتار و اعتقادات برای آنکه حق محسوب میشود، گفتار و اعتقاداتی می باشد که راستی آنها ابدی است و شایسته تر از آنها گفتار و اعتقاداتی اند که راست شان بهتر است.^۶ یعنی راست آنها دارای فکتور و سببی نیست. مانند این اعتقاد یا گزاره که (واسطه ای میان ایجاب و سلب نیست). البته در وسط جمع گزاره های بهتر، گزاره بالا، از جمع به حق بودن، شایسته تر می باشد؛ بخاطری جمع قضایا (اعم از اولی و غیر آن) در هنگام تحلیل به گزاره بالا بازگشت می شود و

۱. ابی العباس فضل بن محمد، اللوکری، پیشین، ص ۳۶.

۲. محمد علی، التهانوی، کشاف اصطلاحات الفنون و العلوم، ج ۱، ص ۶۸۳.

۳. ابونصر، فارابی، المنطقیات للفارابی، ج ۲، ص ۲۲۶.

۴. علی بن محمد، جرجانی، پیشین، ص ۴۰.

۵. شمس الدین، شهرزوری، پیشین، ص ۴۱.

۶. همان، ص ۴۱.

نیازمند هست.^۱ اما بعضی مانند فخررازی، عقیده دارند که خود خداوند، شایسته ترین موجودات به واقعیت و اعتقاد به او، شایسته ترین اعتقادات به حق بودن می باشد^۲ که شاید هدف آنها این بوده که در وسط گزاره های غیر بدیهی و غیر اولی، گزاره مربوط به وجود خداوند، شایسته ترین گزاره به حق بودن می باشد. البته باید توجه کنیم که در تفکرات، حق و باطل مفهوم ندارد؛ بخاطری که حق و باطل در دانش و آگاهی، در مکانی مفهوم دارد که بتوان ارتباط آن را با حقیقت تناسب کنیم در حالی که مطابقت یا عدم مطابقت تفکرات صرف با حقیقت، مفهومی ندارد و تنها در تصدیقات، مطابقت یا عدم آن ممکن می باشد.^۳ فلذا هدف از اعتقاد یا گفته حق، تصدیقات مطابق با واقع و گفته های که دلالت کننده است بر آنها نه تصورات و واژه که دلالت کننده است بر آنان.

دیدگاه سوفسطائیان، (سفسطه) روش وفنی می باشد که از راه آن، حق در صورت باطل نمایان داده می شود و باطل در صورت حق.^۴ قواعد سوفسطائیان، منکر وجود گزاره یا اعتقاد حق می باشد که در این صورت، می توان از این راه با آنان مشاجره کرد: در اوایل از آنها پرسشی داریم که آیا این انکار شما، که خودش اعتقادی خاص می باشد. حق هست یا باطل یا در حق و باطل بودن آن دارای تردید هستید؟ اگر جواب دهد که انکار ما حق می باشد، در این صورت، دست کم به وجود یک اعتقاد حق اقرار می کنند و گفته شان (حق نمی باشد هیچ اعتقادی) باطل است. اگر جواب دهد که انکار ما باطل می باشد، باز به بطلان گفته آنها شهادت می دهند که در این صورت، باید پذیرفته شود که گفته و اعتقاد حق وجود دارد. و اگر بگویند که در حق یا باطل بودن تردید داریم، در این صورت که به این تردید خود یقین داشته باشند) یعنی در اینکه تردید دارند، تردید ندارند) باز به وجود یک اعتقاد حق اقرار می کنند؛ اما اگر بگویند در تردید شان هم تردید داریم، هیچ بشری که عاقل آنها را لایق بحث نمی داند و چنین اشخاص، طبق قول خود که در همه شیئی تردید دارند، نباید به مشاجره و دفاع از آراء و نظریات خود بپردازند.^۵

۱. شمس الدین، شهرزوری، پیشین، ص ۴۱.

۲. فخرالدین، الرازی، شرح عیون الحکمه، ج ۳، ص ۱۳۰.

۳. ابوالبرکات، بغدادی، المعبر فی الحکمه، ج ۱، ص ۳۶.

۴. ابونصر، فارابی، پیشین، ج ۳، ص ۱۹.

۵. شمس الدین، شهرزوری، پیشین، ص ۴۱.

۳. کاربرد حق در مورد افعال؛

در این مورد نیز دارای مفهوم متفاوت می باشد:

«گاهی حق در این مفهوم فعلی به غایت مطلوب از آن می باشد.^۱ به متن دیگری، هر فعلی که مطابق و موافق با غایت مناسب با آن است، حق مسمی شده. حق در این معنا ضد فعل باطل می باشد که در فلسفه، بطور تفصیلی در مورد آن اختصاص داده شده ست.»

«گاهی هدف از حق در این مورد، فعلی می باشد که دارای غایت عقلی درست می باشد.^۲ یعنی تنها کارها و اعمالی که از روی تصور و با منظور عقلانی انجام می گیرد حق مسمی است و اعمالی مثل عبث، گزاف و عادت که دارای غایت و منظور وهمی می باشد نه عقلی، باطل محسوب می گردد.»

۴. کاربرد حق در مفهوم شایستگی و لیاقت؛

«گاهی هدف حق در این می باشد که فلان چیزی، سزاوار فلان شیئی می باشد و لیاقت و شایسته آن را دارد.^۳ هر چند بعضی از فیلسوفان این مفهوم از حق را در آثار فلسفی خود تذکر نموده اند اما به نظر می رسد که این مفهوم از حق، بیشتر در دانشی مانند حقوق و فقه به کار می رود.»

بند سوم: اقسام حق

در یک دسته بندی کلی حق به سه بخش تقسیم می شود: حق سیاسی^۴، حق عمومی^۵، و حق خصوصی^۶ دسته بندی می شود که دو دسته اول در زمره موقعیت های حقوقی آمده است و تنها دسته سوم از حق فرق اساسی بین حق و حکم مطرح است. از این جهت در تفحص و تحلیل این دسته از حق، دو دسته دیگر زیر عناوین (حق مالی) و (حق غیر مالی) مطرح شده است.

۱. شمس الدین، شهرزوری، پیشین، ص ۴۱.

۲. همان، ص ۴۱.

۳. همان، ص ۴۱.

۴. وحید، فرهی، پیشین، ص ۵۱.

۵. همان، صص ۲۶-۲۹.

۶. همان، صص ۳۰-۳۱.

الف: حق غیر مالی

حق غیر مالی حقی می باشد که دارای ارزش مالی و قابل بررسی و ارزیابی به پول و تبدیل نیست منظور از پیش بینی این حق، مرفوع نمودن نیاز های عاطفی و اخلاقی بشر می باشد؛ مثل حق زوجیت، حق ولایت، حق ابوت و بنوت.^۱ این حق غالباً دارای آثار مالی است، مثل امکان مطالبه نفقه که ناشی از حق زوجیت می باشد. حق مالی نیز امتیازی می باشد برای شخص به موجب قانون به هدف مهیا نمودن نیاز های مادی که متعلق آن مال است و قابلیت قیمت به پول را نیز دارا است.^۲

در شرایط کنونی اکثراً حق غیر مالی به دلیل روابط مستقیم با نظم عمومی و اخلاق نیک به صورت حکم در آمده و در زمره موقعیت های حقوقی جاه گرفته است؛ ولی در بعضی موارد به علت قریبی حد بین این حقوق، هر دو جنبه مالی و غیر مالی را می توان تفکر کرد، مثل حق سرقتی در شرکت های تجاری و حق تألیف. واجب به ذکر می باشد که دسته از اختیارات، اوصاف تمام حق را با وجود این که امتیاز تلقی می شوند، ندارند؛ مثل حق اقامه دعوا یا حق فسخ به همین رو، برای آن که مرتبه ضعیف تر آن از حق مشخص شود، به آن (اختیار) یا (اباحه) گفته است.^۳

ب: حق مالی

بعضی از حقوق دانان در تعریف حق مالی گفته است: حقی است که از اجرای آن نفع مالی مستقیم عائد شخص می شود.^۴ ولی این تعریف به نظر ما جامع نمی باشد و به نوعی تعریف به اثر می باشد که از نظر منطقی تعریف جامعی نخواهد بود. بلکه تعریف منطقی تعریفی می باشد که به ماهیت است نه اثر. حق مالی از نظر ماهیت به امتیاز غیر مادی گفته می شود که متعلق و موضوع آن، عین یا منفعت می باشد. مثل حق تألیف که موضوع آن نوشته یا کتاب می باشد و حق اختراع که موضوع آن یک شیء مادی فیزیکی می باشد یا حق سرقتی که موضوع آن مغازه و محل کسب و کار است. فلذا یقینی می باشد که در نتیجه ی

^۱. قدرت الله، خسروشاهی، مصطفی، دانش پژوه، فلسفه حقوق، ص ۲۳.

^۲. سید حسن، امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۳۵.

^۳. همان، ج ۱، ص ۴.

^۴. ناصر، کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۱۲.

اجرای حق مادی، نفع مستقیم مالی به دارنده حق خواهد رسید. مثل اینکه در نتیجه ی اجرای حق سرقتی به شخص دارنده منفعت مادی متعلق است.^۱

از ویژگی های حق مالی، آن است که قابل اسقاط و یا انتقال به غیر شود. برای مثال، مالک خانه می تواند آن را از طریق بیع، هبه و وصیت به غیر واگذار کند و یا از آن اعراض نماید.

حق مالی به حق عینی و حق دینی (شخصی) و حق عینی به اصلی و تبعی (فرعی) دسته بندی می شود.

۱. حق عینی؛

حق عینی حقی است که به صورت مستقیم میان یک مال خارجی و شخص ایجاد می شود و شخص می تواند به استناد آن حق، کلاً یا جزئاً از آن مال استفاده نماید. مانند حق مالکیت ایجاد شده بین یک مال و یک فرد. یعنی حقی می باشد که یک رشته آن مستحکم به یک مال ملموس خارجی و یک طرف آن ظرف دارایی یک فرد وابسته می باشد.^۲ با عنایت به تعریف، ارکان حق عینی به شرح زیر می باشد:

۱- میان شخص و مال می باشد ۲- مستقیم است ۳- مال موضوع آن عین معین می باشد

ویژگی های حق عینی که مهمترین اوصاف آن قرار ذیل می باشد:

۱- حق عینی مشمول مرور زمان نمی شود، ۲- حق عینی مستلزم حق تعقیب است، ۳- حق عینی بر یک مال موجب ایجاد محدودیت برای دیگران می شود، ۴- حق عینی قابل اسقاط نیست، ۵- مصادیق حق عینی محصور اند، ۶- عدم امکان ایجاد حقوق عینی مشابه متعدد در مال واحد.^۳

۲. حق دینی؛

حق دینی که مرادف حق ذمی نیز است، حقی است که شخص بر عهده دیگری داشته و می تواند به موجب آن انجام کاری مبنی بر انتقال مال یا انجام فعل یا ترک فعلی را از او بخواهد. آنچه که از آن به

۱. رسول، ملکوتی، اموال و مالکیت، ص ۳۵.

۲. همان، ص ۳۸.

۳. همان، ص ۴۰-۴۱.

عنوان (دارایی) یاد می شود، مجموع حقوق و تکالیف مالی شخص می باشد.^۱ از تعریف بالا بیرون میاید که ارکان حق دینی قرار ذیل است:

۱_ وجود حداقل دو طرف ۲_ اشتغال ذمه شخص ۳_ انجام یا ترک فعل

ویژگی های حق دینی به شرح زیر که مهمترین آن عبارتند از:

۱. مصادیق حق دینی نامحدود می باشد، ۲. حق دینی در مقابل دیگران قابل استناد نیست، ۳. حق دینی قابل اسقاط است، ۴. حق دینی مشمول مرور زمان می شود، ۵. حق دینی ظرفیت معینی ندارد.^۲ علاوه بر این دسته بندی ها، حق در دسته های دیگری هم نیز تقسیم می شود که نمونه هایی از آنها را اشاره می نمایم:

_ دسته بندی حق به اعتبار موضوع آن: غیرمنقول و حقوق معنوی

_ دسته بندی حق به اعتبار قیود و عوارض آن: معلق و منجر، مؤجل و حال، دایم و موقت، ثابت (مستقر) و متزلزل

_ دسته بندی حق به اعتبار ذی حق در قوانین جزایی: حق الله و حق الناس

_ دسته بندی حق به اعتبار قانون نگذار: حق موضوعی و حق نوعی.

گفتار دوم: ارتفاق

در این گفتار، واژه ی ارتفاق در ذیل ششم بند مورد مطالعه و بررسی قرار می گیرد. بند نخست به واژه شناسی این مفهوم پرداخته، بند دوم تعریف حقوقی و فقهی ارتفاق، بند سوم مصادیق حق ارتفاق، بند چهارم اقسام حق ارتفاق، بند پنجم تفاوت حق ارتفاق با حق انتفاع و در بند ششم تفاوت حق ارتفاق با اذن مورد بررسی قرار گرفته است.

^۱. ناصر، کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۳، ص ۴۵۳.

^۲. رسول، ملکوتی، پیشین، ص ۴۲-۴۴.

بند اول: ارتفاق در لغت

ارتفاق مصدر باب افتعال است از ریشه (رفق) به مفهوم تکیه کردن بر آرنج، بر مرفق تکیه کردن، پرشدن، از چیزی یاری گرفتن و رفاقت کردن می باشد.^۱ و در زبان فارسی در معانی گوناگون هم چون تکیه کردن، رفیق بودن، همراهی و مدارا و سازش کردن به کار رفته است.^۲ به نظر می رسد در حقوق به این دلیل به آن حق ارتفاق می گویند که مالک ملک باید با صاحب حق ارتفاق به رفق و مدارا رفتار کند و از استفاده او جلوگیری ننماید.^۳

فلهذا در مفهوم لغوی، ارتفاق به معنای (مرفق) است که همه آن به صورت (مرفاق) می باشد و مرفاق به مفهوم هر جایی از خانه می باشد که اهل خانه از آن نفی شده است چون چاه، مطبخ و غیره که توسط تمامی اهالی استفاده می شود. آنچه که در حقوق تحت موضوع حق ارتفاق مورد بحث قرار می گیرد به مفهوم قول شده قریب می باشد، اگر چه در مفهوم لغوی، معانی گوناگون مانند پرشدن، یاری گرفتن و رفاقت کردن نیز دیده می شود که با مفهوم حقوق آن مختلف است.^۴

فلهذا قبل از آن که مفهوم اصطلاحی این واژه را در ترکیب حق ارتفاق معنا کنیم، این نکته را یاد آوری می کنیم که در اصطلاح فعلی حق ارتفاق، اصل معنای لغوی کاملاً محفوظ می باشد، زیرا چنان که خواهد آمد، در این حق که متعلق به ملک دیگری می باشد مدارا و ملاطفت با صاحب حق لازم می باشد تا در استفاده آن کدام مشکلی رخ ندهد. البته بعضی واژه شناسان ارتفاق را به طور مستقیم به انتفاع معنا نموده است.^۵ اما به نظر می رسد که این سنخ معنا شناسان بیشتر از نوع اخذ به لوازم معنا باشد، چون ارتفاق به همان معنای لغوی خود خالی از منفعت نمی باشد و یا این که ارتفاق در ذات خود رفتار سودمند بشری دارد.

۱. مسعود، انصاری، محمد علی، طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۱، ص ۱۶۳.

۲. محمد، معین، فرهنگ فارسی، ص ۱۹۲.

۳. سید حسن، امامی، پیشین، ج ۱، ص ۹۸.

۴. سید علی، حایری شاهباغ، شرح قانون مدنی، ص ۶۹.

۵. فخرالدین، طریحی، مجمع البحرین، ج ۵، ص ۱۶۹.

بند دوم: ارتفاق در اصطلاح

الف: تعریف فقهی ارتفاق

حق ارتفاق که ما دنبال آن هستیم، که باب مستقل و شناخته شده در فقه امامیه وجود ندارد. و حتی این واژه در منابع متقدم و بلکه متأخر فقه آنها نشان داده نشده است. راهگشای در این مورد اولاً تحقیق گران بطور فشرده در عرصه فقه با رویکرد فقه امامیه در مجموعه های دائرة المعارفی و حقوق دانان با گرایش فقه انجام داده است.^۱ ثانیاً، یافته هایی از فقه و حقوق اهل سنت می باشد که بیش و پیش از فقیهان اهل بیت (علیه السلام) به این موضوع توجه نموده است، این اصطلاح را با رویکرد فقه امامیه و فقه اهل سنت بررسی می کنیم:

الف: فقه امامیه، تعریفی را که فقه امامیه از حق ارتفاق نموده است، اولاً یافته های موسوعه نگاران فقه بر مذهب اهل بیت (علیه السلام) می باشد:

«حق الارتفاق ویراد به الحق الثابت لشخص فی ملک شخص آخر... مثل أن يكون لإنسان في ملك الآخر مجرى ماء...»^۲

حق ارتفاق حقی می باشد که کسی در ملک شخصی دیگر دارد...؛ مثل این که مجرای آب ملک یک کسی از ملک دیگری مرور کند....

اما دسته مولفان، و نویسندگان معجم الفاظ فقه الجعفری محتوای این تعریف را با یک متن تفاوت گونه با ترکیب زیر آورده اند:

« حق الارتفاق حق مقرر على عقار على منفعة لمنفعة عقار آخر، و هو حق تحصيل منافع تتعلق بالعقار...»^۳

"گاهی حق ارتفاق، حقی در ملک غیرمنقول متعلق به دیگری از آن صاحب ملک مجاور است."^۴

^۱. فخرالدین، طریحی، پیشین، ج ۵، ص ۱۶۹.

^۲. جمعی از پژوهشگران، موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البیت علیه السلام، ج ۹، ص ۴۱۷.

^۳. فتح الله، احمد، معجم الفاظ فقه الجعفری، ص ۱۶۴.

^۴. مسعود، انصاری، محمد علی، طاهری، پیشین، ج ۱، ص ۱۶۳.

ب: فقه اهل سنت، غالباً نویسندگان و پژوهشگران از اهل سنت این عنوان را با رویکرد فقه و یا گرایش‌هایی متأثر از آن بررسی نموده به محتوای تعریف زیر اکتفا نموده است:

« هو أحد أنواع الملك الناقص و هو حق عینی قصر علی عقار، لمنفعة عقار آخر، مملوک لغير الاول، أيا كان شخص المالك؛ كإجرا الماء من أرض الجار...^۱ »

حق ارتفاق یکی از قسم‌های ملک ناقص می‌باشد؛ این حق عینی می‌باشد که منحصر در عقار می‌باشد و برای منفعت عقار دیگر مقرر است. حق ارتفاق مملوک صاحب ارتفاق نیست و فرقی نمی‌کند مالک که چه شخصی باشد؛ مثل این که آب زمینی را از زمینی که ملک شخصی دیگر می‌باشد، مرور دهیم....

محتوای این تعریف را قبلاً موسوعه نگاران فقه اسلامی که به موسوعه جمال عبدالناصر مشهور می‌باشد، مورد توجه قرار داده است:

« هی حقوق مقررہ علی عقار بعینہ لمنفعة عقار آخر مملوک لغير المالك العقار الاول، فتثبت لاحدهما علی الآخر دون نظر إلی مالکها و تسمى بحقوق الارتفاق و هی تسمیة مستحدثة.^۲ »

ارتفاق از حقوقی می‌باشد که در جهت نفع عقار بر عقار دیگری که از آن مالک عقار اول نمی‌باشد، مقرر نموده است. حق هذا برای یکی از آن عقارها بر ضرر دیگر اثبات می‌شود بدون آنکه مالک دخالت نماید. امتیازات هذا را حقوق ارتفاق مسمی شده است که نام گذاری نو می‌باشد.

ب: تعریف حقوقی ارتفاق

هدف از حقوق ارتفاق، آن دسته از حقوق می‌باشد که برای شخص، در ملک دیگری وجود داشته باشد؛ مثلاً در زمین یا خانه کسی، مجرای آب باران یا فاضلاب یا خانه دیگری باشد. در این صورت صاحب آن خانه نمیتواند از استفاده همسایه جلوگیری کند. اگر کسی از ایام قدیم در خانه یا ملک دیگری حق عبور یا مجرای آب به ملک خود داشته، صاحب خانه یا مالک نمیتواند مانع مرور او یا مانع آب بردن از ملک خود شود. همچنین می‌باشد حق داشتن ناودان، حق مشروب، شبکه و غیره مالک میتواند از اجازهای که

^۱. وهبه، زحیلی، فقه الاسلام و ادلته، ج ۶، ص ۴۶۵۶.

^۲. گروهی از نویسندگان، موسوعة الفقه الاسلامی المقارن، ج ۳، ص ۲۷۴.

برای استیفاده از ملکش به دیگران داده، هر زمان که خواست رجوع کند. فلهاذا کسی حق مرور در ملک دیگر ندارد ولی صاحب ملک اجازه دهد که از ملک او مرور کنند، هر وقت مالک بخواهد، میتواند از اجازه خود منصرف شود و مانع مرور شود.^۱

ماده ۹۳ قانون مدنی ایران در تعریفی مجمل با موضوع (در حق ارتفاق نسبت به ملک غیر) حق ارتفاق را چنین معرفی نموده است. «ارتفاق حقی است برای شخص در ملک دیگری» همان گونه که دانسته می شود، این تعریف جامع و مانع نیست و موارد دیگری از حقوق عینی را نیز در بر می گیرد، که از جمله آنها می توان مصادیق زیر را نام برد:

— حق صاحبان وثیقه (مرتهن) در اعیان املاک دیگری (عین مرهونه)

— حق مستأجر بر عین مستأجره

— حق زوجه در استیفا از عین ماترک در صورت امتناع ورثه از ادای قیمت ابنیه و اشجار وفق ماده

۹۴۸ قانون مدنی ایران^۲

پژوهشگران و حقوق دانان بیرونی و داخلی برای از بردن عیب های ذکر شده در تعارف مشابهی حق ارتفاق را چنین تعریف نموده اند:

«ارتفاق حق مالک است به مناسبت ملک خود در ملک دیگری»

«ارتفاق حق است که به موجب آن صاحب ملکی به اعتبار مالکیت خود می تواند از ملک دیگری استفاده نماید.»

«حق ارتفاق عبارت است از حق کسی در ملک دیگری برای کمال استفاده از ملک خود.»

ماده ۲۳۴۰ قانون مدنی افغانستان حق ارتفاق را چنین تعریف نموده است، عبارت از حقی است بالای عمار جهت منفعت عمار شخصی دیگر.

بعضی از حقوق دانان در تعریف حق ارتفاق می گویند: حق ارتفاق حقی می باشد که به موجب آن صاحب ملکی به اعتبار مالکیت خود می تواند، از ملک دیگری استفاده نماید. مثل حق مرور، حق مجرا،

^۱. سایت، موسسه حقوقی علی، عبدی.

^۲. عادل، شیخولو، پیشین، ص ۱۵.

حق تعالی و حق داشتن پنجره. مانند شخصی که برای آبیاری و یا رفتن به ملک خود، می تواند از ملک دیگری مرور کند. این حق آثار مالکیت می باشد.^۱

یکی از حقوق دانان برجسته معاصر در مقام رفع معایب تعریف یاد شده در تعریف حق ارتفاق گفته است:

«ارتفاق حقی می باشد که به موجب آن صاحب ملکی، به اعتبار مالکیت خود، می تواند از ملک دیگری استفاده کند.»^۲

فلهذا ارتفاق که از کلمه عربی رفق به مفهوم مدارا کردن اخذ شده در اصطلاح حقوقی نیز از مفهوم لغوی آن بعید نیست، چه آنکه مالک ملک باید با صاحب حق ارتفاق به رفق و مدارا رفتار کند و جلوگیری از استفاده از ملک خود چنان که باغی در همسایگی خانه دیگری می باشد و مالک باغ برای آبیاری کردن درختان باغ خود، حق بردن آب از خانه همسایه را دارد.^۳

بند سوم: اقسام حق ارتفاق

الف: حق ارتفاق به اعتبار منشأ حق

حق ارتفاق به اعتبار منشأ حق یا چگونگی اجرای آن به دسته ای منقسم می شود:^۴

۱. ارتفاق قراردادی؛

حق ارتفاقی است که به موجب قرارداد ایجاد می شود و بیشتر حقوق ارتفاقی از این قبیل است. این قرارداد بین دارنده حق و صاحب ملک مورد ارتفاق منعقد می گردد.^۵

۲. ارتفاق قانونی؛

گاهی قانون نظر به مصالحی حق ارتفاق به نفع دولت یا سازمان های دولتی یا اشخاص خصوصی ایجاد می کند، بی آنکه قرارداد در میان باشد، مانند حق حریم یا حق عبور شبکه های مخابراتی یا سیم های

۱. عادل، شیخو، پیشین، ص ۱۶.

۲. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۲۲۴.

۳. سید حسن، امامی، پیشین، ج ۱، ص ۷۴ - ۷۶.

۴. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۲۴۳.

۵. سید حسین، صفایی، حقوق مدنی اشخاص و اموال، ج ۱، ص ۳۰۱.

برق از ملک دیگران، یا پاره ای حقوق که قانون مدنی برای املاک مجاور قائل شده است، همچون حق باز کردن شبکه و روزنه به خانه همسایه.^۱

۳. ارتفاع عمومی؛

به موجب این نوع ارتفاع، اراضی در خارج از محدوده شهرها که در مسیر راه های اساسی و فرعی یا خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله های گاز و نفت قرار دارند، با رعایت حریم مورد لزوم مورد استفاده دولت بدون پرداخت وجهی از بابت آن قرار می گیرند. دسته هذا از ارتفاع قانونی که به ماندی حق حریم بشمار می رود، به حق ارتفاع عمومی معروف می باشد.^۲ این نوع ارتفاع تا حدی مشابه ارتفاع قانونی برای نگهداری نظم و بهره برداری از املاک است.

۴. ارتفاع بلدی؛

دسته دیگر ارتفاع قانونی، ارتفاع بلدی می باشد و آن هنگامی می باشد که مالکان مجاور به معابر عمومی به اذن قانون می توانند در خانه یا املاک خود را به سمت معابر بگشایند. به عبارت دیگر، این نوع از ارتفاع قانونی حقی می باشد که مالک مال غیر منقول به مناسبت ملک خود در اموال عمومی پیدا می کند.^۳ این نوع ارتفاع به نفع فرد و به صورت امتیازی از جانب حاکمیت به مردم داد شده است.

۵. ارتفاع اختصاصی؛

گاهی مجاور آن ملکی به مناسبت مالکیت خود و به حکم قانون و با رعایت شرایط مقرر، حق استفاده و بهره مندی از مالکیت اختصاصی شخصی دیگر را پیدا می نمایند؛ مثل حق استفاده از آب مازاد بر حاجت چشمه ای که در ملک اختصاصی دیگری وجود دارد توسط مجاور آن ملک. به این دسته از حقوق ارتفاعی که به اذن قانون ایجاد می شود. حق ارتفاع اختصاصی می گویند. در اجرای همچون حقی، دارنده حق ارتفاع به موجب قاعده (اذن در یک شیئی اذن در لوازم آن نیز می باشد).

^۱. سید حسین، صفایی، پیشین، ج ۱، ص ۳۰۱.

^۲. محمد اسماعیل، افشاریان، «حق ارتفاع»، مجله صالحین روستا، ۱۹۱، ۱۳۸۰، صص ۱۲-۱۳.

^۳. همان، صص ۱۲-۱۳.

«حق الارتفاق مستلزم و سایل انتفاع از آن حق نیز خواهد بود، مانند این که اگر کسی حق شرب از چشمه یا حوض یا آب انبار غیر را دارد، حق عبور تا آن چشمه یا حوض و آب انبار هم برای برداشتن آب دارد.»^۱

۶. ارتفاق ایقاعی؛

ضد حق ارتفافی قراردادی، دسته دیگری نیز در قانون مدنی است که ماهیت قراردادی ندارد و صرفاً ناشی از اذن مالک ملک می باشد و حقوق دانان از آن به عنوان ارتفاق ایقاعی تعبیر کرده است. در این نوع از ارتفاق بدون آن که قرارداد یا توافقی بین صاحبان املاک مجاور بسته شود، مالک به دیگری اذن استفاده از ملک خود را دهد؛ مثل اینکه مالک به همسایه خود اجازه می دهد از ملکش عبور کند. در این گونه موارد که به صورت حق انتفاع از ملک غیر ایجاد می شود، هیچ حقی به سود منتفع یا مأذون به وجود نیامده و مالک همواره حق رجوع از اذن خود را دارد و ملزم به حفظ آن نمی باشد. در حقیقت اذن مالک مفید اباحه انتفاع می باشد و نه تملیک منفعت.^۲

موجب به یاد آوری است که هر چند مالک به دیگری اذن می دهد و حق رجوع از اذن خود را به حجت اثر اباحه ای که ایجاد می شود، دارا است؛ ولی گاهی این مالک تحت شرایطی امکان رجوع از اذن خود را ندارد:

__ وقتی که رجوع از اذن مستلزم انجام عملی شود که به موجب قانون منع باشد؛ مثل اذن مالک به دفن مرده در زمین خود.

__ موردی که مالک حق رجوع را از خود نفی نماید.^۳

۷. ارتفاق طبیعی؛

گاهی حق ارتفاق ناشی از وضع طبیعی زمین است که قانونگذار هم آن را محترم می شناسد، چنانکه زمین بالاتر برای عبور آب باران حق ارتفاق طبیعی نسبت به زمین پایین تر قرار دارد. ماده ۹۵ قانون مدنی

^۱. عادل، شیخلو، پیشین، ص ۲۵.

^۲. همان، ص ۲۵.

^۳. قسمت اخیر ماده ۱۲۰ قانون مدنی ایران به این مسئله اختصاص دارد.

ایران هم به این نوع حق ارتفاق اشاره نموده و جنبه قانونی به آن داده است، هر چند که منشأ اساسی حق، وضع طبیعی ملک می باشد.^۱

«هر گاه زمین یا خانه کسی مجرای فاضلاب یا آب باران زمین یا خانه دیگری بوده است صاحب آن خانه یا زمین نمی تواند جلوگیری از آن کند مگر در صورتی که عدم استحقاق او معلوم شود.»^۲

ب: اقسام حق ارتفاق به اعتبار نحوه اجرای حق

اقسام حق ارتفاق به اعتبار نحوه اجرای حق به حق ارتفاق مثبت و منفی، مداوم و متناوب و نمایان و پنهان دسته بندی شده است.

۱. حق ارتفاق مثبت و منفی؛

حق ارتفاق وقتی مثبت می باشد که صاحب حق می تواند از این حق به طور مستقیم بهره مند شود، در حالی که در ارتفاق منفی برای مالک و به نفع صاحب حق محدودیت هایی ایجاد شده است.^۳ عمل و ترک عمل شباهت مفهومی با چنین حقوق ارتفاقی دارند. حق داشتن در و شبکه، حق شرب، حق عبور، حق المجری و حق ناودان مصادیق های از ارتفاق مثبت و حق حریم املاک و قنوات مصادیقی از ارتفاق منفی می باشد.

در حقوق عمومی و سیاسی محدودیتی که یک حکومت به لحاظ عمل یا ترک عمل در اعمال حاکمیتی خود به فایده دولت دیگر تحمل پذیر که می شود، با موضوع ارتفاق بین المللی شناخته است که ممکن می باشد نمونه هایی آن ارتفاق مثبت یا منفی است، مثل دادن حق عبور سپاه از خاک خود به دولت دیگر یا کاپیتولاسیون که ارتفاق مثبت می باشد و یا نساختن قلعه و مستحکمات در بعضی از نقاط کشور که ارتفاق منفی تلقی می شود.^۴

۱. سید حسین، صفایی، پیشین، ج ۱، ص ۳۰۱.

۲. ماده ۹۵ قانون مدنی ایران

۳. عباس، سلمانی، حق ارتفاق و حقوق صاحبان املاک مجاور در حقوق ایران، (پایان نامه ارشد معارف اسلامی و حقوق)، ص ۷۳.

۴. عادل، شیخولو، پیشین، ص ۲۷.

۲. حق ارتفاق مداوم و متناوب؛

این دسته بندی به لحاظ عمل صاحب حق می باشد، با این روشن بودن که در اجرای حقوق ارتفافی ممکن می باشد صاحب حق برای هر مرتبه استفاده، عملی را در بیرون انجام دهد؛ مثل حق عبور از ملک دیگری که وقتی که تحقق نماید که صاحب حق برای استفاده از حق خود هر مرتبه از آن ملک عبور کند؛ هر چند این حق در عالم اعتبار تحقق دارد. در مقابل، گروهی از حق ارتفافی بنابراین، و نهادن ملک یک مرتبه به لازم بودن رضایت هر دو طرف یا قانون یا به نحوی طبیعی ایجاد شده است و صاحب حق هم به همین اعتبار نیازی به تکرار عمل یا انجام فعلی در بیرون ندارد؛ مثل حق داشتن در و شبکه یا ناودان در ملک غیر که به طور مستمر اجرا می شود. بخش اول را ارتفاق متناوب و بخش دوم را ارتفاق مداوم یا مستمر می نامند.^۱

۳. حق ارتفاق نمایان و پنهان؛

حق ارتفاق نمایان، در مرحله اجرا و در اعمال حق، آشکار است، یعنی استفاده از حق با اعمالی محسوس و قابل رویت انجام می شود، مانند عبور از ملک دیگری؛ اما حق ارتفاق پنهان که در حق ارتفاق منفی مصداق می یابد، نامحسوس است و لزوماً با فعل مثبت بیرونی همراه نمی باشد مانند حق منع از احداث ساختمان یا حق حریم که صاحب حق می تواند مانع تصرف صاحب ملک مورد حق شود، بی آنکه نیاز به انجام عمل خاصی داشته باشد.^۲

بند چهارم: مصادیق حق ارتفاق

در رابطه مصادیق حق ارتفاق در بین نظام های حقوقی و مذاهب اسلامی اتفاق نظر وجود ندارد. فلذا برخی از نظامها حقی را از مصادیق حق ارتفاق محسوب نموده اند، ولی حقوقی دیگر همان حق را از مصادیق گرفته شده از انتفاع قلمداد نموده است.^۳ علاوه بر آن در بین مذاهب اسلامی حنفیه مصادیق حق ارتفاق را در حق شرب، حق مسیل، حق مجری، حق مرور، حق بالا بردن بناء و حق مجاورت فشرده

^۱. عادل، شیخلو، پیشین، ص ۲۸.

^۲. سید حسین، صفایی، پیشین، ج ۱، ص ۳۰۲.

^۳. عبدالرزاق، السنهوری، الوسیط فی شرح قانون مدنی، ج ۹، ص ۱۲۷۸.

نموده اند. و قایل به ایجاد سایر حق ارتفاق نمی باشد. بخاطری اعتقاد داشتن ایجاد حق ارتفاق تقيیدی در مالکیت می باشد و اساس نبودن تقيید مالکیت می باشد. و قيد موجود مستثنی بر اصل می باشد، نباید این قيد را گسترش داد.^۱ به هر حال اکثري از مهمترین مصاديق حق ارتفاق قرار ذیل می باشد: حق مجري: حقی است که مالک زمین دور از آب برای جاری نمودن آب بر زمینش از طریق املاک دیگر دارد. و آن املاک نمی تواند او را از عبور دادن آب منع کنند، از جهت که بر اصل قاعده لاضرر برای دور کردن ضرر عبور آب ضروری می باشد.

حق تعالی یا علو: این حق عبارت از همان بلند رفتن یا در بالای ملکیت دیگری بودن و از آن استفاده نمودن است که مالک آن بر طبقه سفلی دارد و آن حق قرار محسوب می گردد.^۲ حق مسیل: حقی است که بر اساس آن از طریق جوی یا لوله آبهای زائد نظیر آب باران یا فاضلاب یک ملک از املاک دیگر می گذرد، تا به کانال یا رودخانه ای راهنمایی شود.

حق عبور: حق است که مالکی برای رسیدن به ملک خودش از طریق املاک دیگر دارد. حق شرب: حقی است که اختصاص به انسان یا حیوان برای نوشیدن آب دارد. که به وسیله نیاز آن انسان یا حیوان به آب بر طرف شود. حق داشتن درب ناودان و شبکه از مصاديق حق ارتفاق می باشد.^۳ ماده قانونی حق شرب (حقابه) عبارت از نوبت استفاده از آب است بمنظور آبیاری زراعت یا اشجار.^۴ مصاديق دیگری از حق ارتفاق در نظام حقوقی کامن لا قرار ذیل است: حق نور، حق هوا، حق حمایت نسبت به یک ساختمان، حق برداشت آب جاری از یک منبع مصنوعی، حق عبور هوا از طریق یک کانال معین، حق نصب برد تبلیغاتی بر ملک دیگری (مانند شهرداری) حق عبور سیمهای تلفن از ساختمان دیگری و حق ایجاد مزاحمت که یک ملک یا ساختمان اعمال می شود. تا نسبت به ملک یا ساختمان مشخص دیگر مزاحمتی را ایجاد کند. چنین مزاحمتی امکان دارد علت وجود نوعی حق ارتفاق می شود. مثل دودی که از دودکش ساختمان بالا شده و فضای بالای ساختمان دیگر را آلوده می سازد. یا سرو صدایی که از

^۱. وهبه، الزحیلی، پیشین، ج ۴، ص ۵۹۲.

^۲. غفور احمد، غزنوی، حقوق عینی، ص ۷۵.

^۳. احمد سلیمانی، نژاد، حق ارتفاق و بررسی تطبیقی آن، (پایان نامه ارشد معارف اسلامی و حقوق)، ص ۲۴.

^۴. قانون مدنی افغانستان، ماده ۲۳۴۶.

یک ساختمان بلند می شود و علت آزار ساکنان ساختمان دیگر می شود و در تمام این موارد باعث خدشه دار شدن فضای بالای ملک دیگر نیز می شود.^۱

بند پنجم: تفاوت حق ارتفاق و حق انتفاع

الف: در نظام حقوقی ایران

میان حق ارتفاق و حق انتفاع تفاوتی وجود دارد، قرار آتی است:

— حق ارتفاق، مختص به غیر منقول است. اما حق انتفاع امکان دارد که مربوط به منقول یا غیر منقول شود.

— حق ارتفاق برای ملک و حق انتفاع برای فرد می باشد. به عبارت متفاوت، حق ارتفاق برای کمال استفاده از ملک و ملحقات آن می باشد، ولیکن حق انتفاع راست برای استفاده منتفع ایجاد شده و حقی مستقل می باشد و از این جهت می توان آن را مستقل به دیگری منتقل نمود.

— حق ارتفاق اساساً دائمی می باشد. لیکن حق انتفاع جز در مورد جنس موبد و وقف، موقت می باشد.^۲

ب: در نظام حقوقی افغانستان

— طبق فقه و حقوق وجه اشتراک حق ارتفاق و انتفاع این می باشد که هر دو از شعبه های حقوق عینی اصلی و هر دو ملک ناقص هستند. ولی تفاوت آنها به شرح زیر می باشد:

— حق ارتفاق همیشه بر عقار مرتب است مثل حق مسیل، حق مجرا، حق مرور و غیره. اما حق انتفاع علاوه بر عقار ممکن می باشد بر منقول مرتب شود مثل عاریت کتاب، وقف یا اجاره؛^۳

— حق ارتفاق همیشه استوار به ملک می باشد و هر کس مالک زمین دارای ارتفاق است، به اطاعت از حقوق مالکیت خود، می تواند از آن استفاده نماید. اما حق انتفاع برای فرد منتفع بر قرار است و استوار به فرد منتفع می باشد.^۴

^۱. احمد سلیمانی، نژاد، پیشین، ص ۲۴.

^۲. سید حسین، صفایی، پیشین، ج ۱، ص ۳۰۰.

^۳. وهبه، الزحیلی، پیشین، ج ۴، صص ۲۹۰۳ - ۲۹۰۴.

^۴. همان، ج ۶، ص ۲۹۰۴.

__ حق ارتفاق به نظر احناف گرچه از جمله ملحقات ملکیت محسوب می شود قابل توارث می باشد.
اما در رابطه به حق انتفاع بین فقهاء اختلاف است.^۱
__ منابع حق انتفاع عبارت اند از عمل قانونی، شفعه، مرورزمان و وصیت. ولی منابع حق ارتفاق عبارت اند از عمل قانونی، ارث و مرورزمان در مورد حق مرور.
__ حق ارتفاق به حق مرور، مسیل، حقا به و مجری دسته بندی می شود. ولی حق انتفاع به حق حکر، حق استعمال و حق سکونت؛ و... .
__ در هر دو فرد از ملک دیگری انتفاع می برد. در حقوق ارتفاق این انتفاع بر اساس آلات حق ارتفاق و ملکیت فرد می باشد، ولی در حق انتفاع، به موجب آلات حق انتفاع می باشد.^۲

بند ششم: تفاوت حق ارتفاق با اذن

حق ارتفاق، هم مانند حق انتفاع تفاوت های دارد که به شرح ذیل با اذن تبیین خواهد شد:
الف: حق ارتفاق از توافق دو اراده عقد حاصل می شود و اراده مالک، به تنهایی در تحقق آن اثر گذار نبوده، و قبول شخصی که از حق ارتفاق بهره می برد نیز لازم می باشد، در حالی که اذن به اراده اذن دهنده واقع می شود و قبول یا رد مأذون در حدوث یا بقای آن نقشی ندارد.^۳
ب: حق ارتفاق، دائمی و همیشگی می باشد. بنابر این، مالک نمی تواند مانع استفاده دیگری از ارتفاق خود شود. چنانچه که ماده ۹۵ ق. م. به صورت مثال، اعلام می کند: « هرگاه زمین خانه کسی، مجرای فاضل آب باران زمین یا خانه دیگری بوده است، صاحب آن خانه یا زمین نمی تواند جلوگیری از آن کند، مگر در صورتی که عدم استحقاق او معلوم شود».
همچنین، مالک نمی تواند با تصرف در ملک خود موجب تضییع حق دیگری یا وقفه می باشد در استفاده او از ارتفاق است. از این جهت، ماده ۱۰۶ ق. م. بیان نموده: «مالک ملکی که مورد حق الارتفاق غیر است، نمی تواند در ملک خود تصرفاتی نماید که باعث تضییع یا تعطیل حق مزبور باشد، مگر با اجازه صاحب حق...».

۱. وهبه، الزحیلی، پیشین، ج ۶، ص ۴۵۶۰.

۲. نظام الدین، عبدالله، حقوق عینی، ص ۲۸۵.

۳. علیرضا، فصیحی زاده، اذن و آثار حقوقی آن، ص ۵۰.

در مقابل، اذن قابل رجوع می باشد و شخصی که به دیگری در استفاده از ارتفاق معینی اذن داده می باشد، هرگاه بخواهد می تواند از اذن خویش رجوع کند؛ به همین جهت می باشد که ماده ۹۸ ق.م.عقب از بیان مطلب فوق، آن را در قالب یک اصل به تمامی ارتفاقات تسری داده، است: «اگر کسی حق عبور در ملک غیر ندارد، ولی صاحب ملک اذن داده باشد که از ملک او عبور کند، هر وقت بخواهد می تواند از اذن خود رجوع کرده و مانع عبور او شود و هم چنین است سایر ارتفاقات».

و نیز ماده ۱۰۸ ق.م. آن را به صورت قاعده، این چنین تصریح نموده است: «در تمام مواردی که انتفاع کسی از ملک دیگری به موجب اذن محض باشد، مالک می تواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند، مگر این که مانع قانونی موجود باشد».

د: بحث حق ارتفاق، تنها مال غیر منقول می باشد، در حالی که بحث اذن نه فقط مال غیر منقول مختص نیست، بلکه غیر مال را نیز در بر می گیرد.^۱

گفتار سوم: انتفاع

در این گفتار، واژه ی انتفاع در ذیل دو بند مورد مطالعه و بررسی قرار می گیرد. بند نخست به واژه شناسی این مفهوم پرداخته، بند دوم تعریف حقوقی و فقهی انتفاع مورد بررسی قرار گرفته است.

بند اول: انتفاع در لغت

در لغت، مصدر باب افتعال از ریشه نفع به مفهوم فایده گرفتن، نفع یافتن، بهره مند شدن، بهره مندی، سود برداشتن و سودمند شدن می باشد. چنانچه که عرب هاب می گفتند: (انتفع به؛ یعنی از منفعت و بهرمندی دست یافت).^۲

(انتفاع) در لغت از ریشه (نفع) به مفهوم نفع یافتن و سود بردن می باشد.^۳ توسط اسباب که بشر را به هدف و مرام او می رساند نیز سود اطلاق می شود.^۴ به هر صورت، سود در مقابل ضرر؛ یعنی مقابل آن

^۱. علیرضا، فصیحی زاده، پیشین، ص ۵۱.

^۲. مسعود، انصاری، محمدعلی، طاهری، پیشین، ج ۱، ص ۴۶۵.

^۳. حسن، عمید، فرهنگ فارسی عمید، ص ۸۹.

^۴. محمد بن مکرم، ابن منظور، لسان العرب، ج ۸، ص ۳۵۹.

شیئی می باشد که در فارسی به آن ضرر نیز می گویند^۱ و همچنین در آیات قرآن مجید، سود و زیان در ضد یکدیگر نیز آمده است:

«وَاتَّخَذُوا مِنْ دُونِهِ آلِهَةً لَا يَخْلُقُونَ شَيْئًا وَهُمْ يُخْلَقُونَ وَلَا يَمْلِكُونَ أَنْفُسِهِمْ ضَرًّا وَلَا نَفْعًا وَلَا يَمْلِكُونَ مَوْتًا وَلَا حَيَاةً وَلَا نُشُورًا؛ و آنان غیر از خداوند معبودانی را برای خود برگزیده؛ (معبودانی)^۲ که چیزی را نمی آفرینند، بلکه خودشان مخلوق اند، و نه مالک زیان و سود خویش هستند، و نه مالک مرگ و حیات و رستاخیز (خویش اند).

«قُلْ أَتَعْبُدُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ مَا لَا يَمْلِكُ لَكُمْ ضَرًّا وَلَا نَفْعًا وَاللَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ؛ بگو: آیا جز الله خدای دیگری را که برای شما مالک هیچ سود و زیانی نیست می پرستید؟ و حال آنکه الله شنوا و داناست.»^۳

«قُلْ مَنْ رَبُّ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ قُلِ اللَّهُ قُلْ أَفَاتَّخَذْتُمْ مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ لَا يَمْلِكُونَ أَنْفُسِهِمْ نَفْعًا وَلَا ضَرًّا؛^۴

چه کسی پروردگار آسمانها و زمین است؟ در (پاسخ آنان)، بگو: (الله) بگو: آیا جز خدا دوستانی گرفته اند که برای خودشان سود و زیانی ندارند؟»

فلهذا این همه موارد اثبات شده علایم است از منابع لغت که عبور نمودیم، واضح است واژه (نفع) و مشتقات آن برابر می باشد با همان شیئی، که در فارسی از آن به ضرر و نفع تعبیر شده است و در زیاد از موارد خود همین واژه نفع به جای سود در محاورات فارسی زبان ها استعمال و استفاده شده است.

۱. محمد بن مکرم، ابن منظور، پیشین، ص ۵۰۲.

۲. فرقان، آیه ۳.

۳. مائده، آیه ۷۶.

۴. رعد، آیه ۱۶.

بند دوم: انتفاع در اصطلاح

الف: تعریف فقهی انتفاع

این واژه در فقه اسلامی دارای دو مفهوم می باشد:

الف: «حقى است که به موجب آن مى تواند از ملک غیر بهره مند شود که ذیل مدخل حق انتفاع از آن سخن گفته مى شود.»^۱ حق الانتفاع.

ب: گاهی به مفهوم مطلق بهره مندی شخص که به اقتضای موارد فرق مى کند، گاه عبارت از انتفاع شخص از اموال خویش است و گاه در اموال دیگری که هر یک باز احکام جداگانه ای دارد. به طور کلی در فقه اسلامی به گستردگی هر چه بیشتر این مفهوم از انتفاع به کار برده شده است. چنانچه که از مقومات تعریف مال به شمار مى رود و اگر از شیئی امکان انتفاع وجود نداشته باشد، نمى تواند آن را به موضوع مال به شمار برد، که این امر با توجه فرهنگ اسلامی بسیار در تعیین مال موثر مى باشد. چنانچه به عنوان نمونه در شریعت اسلام گوشت مرده یا گوشت خوک به دلیل نداشتن امکان انتفاع شرعى مال محسوب نمى شود. از آن گذشته این انتفاع باید عادى باشد، فلذا نمى توان قطره ای آب را مال دانست (مال) اسباب حق انتفاع (حق انتفاع) از آن گذشته در فقه اسلامی از انتفاع از گنج، انتفاع از متجنس، انتفاع از موضوع زیاد از عقود از قبیل عین مستأجره، انتفاع عدل (نماینده در قبض مرهون) انتفاع مستعیر از عاریه، انتفاع رهن از رهن، انتفاع مرتهن از رهن، و غیره سخن در میان آمده است.^۲

فلذا در حقیقت، حق انتفاع مترادف حق ملکیت منفعت در فقه مى باشد از این رو در حق انتفاع رقبه ملک متعلق به مالک رقبه و منفعت متعلق به سود گیرنده مى باشد. حق سکونت، استعمال و حکر از مثال ها و انواع حق انتفاع مى باشد. حق انتفاع در اصطلاح فقهی عبارت است «از حقى است که برای غیر در ملک دیگری که به موجب یکی از اسباب کسب ملکیت منفعت فقط حاصل مى شود.»^۳

^۱. مسعود، انصاری، محمدعلی، طاهری، پیشین، ج ۱، ص ۴۶۶.

^۲. همان، ج ۱، ص ۴۶۶.

^۳. نظام الدین، عبدالله، پیشین، ص ۲۴۹.

ب: تعریف حقوقی انتفاع

ماده ۴۰ قانون مدنی ایران در تعریف حق انتفاع اعلام داشته است که: «حق انتفاع عبارت از حقی است که بموجب آن شخص می تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند.» مثل اینکه شخصی به برادر نیازمند خود اجازه دهد برای مدتی معلوم یا مجهول در ملک وی سکونت نماید و از منافع آن استفاده کند که در این موارد برادر نیازمند صرفاً (حق بهره برداری و انتفاع) از ملک ایجاد شده و (مالکیتی) برای ایشان نسبت به منافع ایجاد نخواهد شد و به همین رو می باشد که منتفع حق انتقال و واگذار منفعت مال را به دیگری ندارد. اگر حق انتفاع خاطر سکونت در مسکنی باشد آنرا (سکنی) می گویند و اگر این حق برای مدت عمر مالک یا منتفع یا شخص ثالث قرار داده شود آنرا (عمری) و اگر برای مدت معینی تعیین شود آنرا (رقبی) و اگر برای این حق مدتی معین نشود آنرا (مطلق) دانسته و مالک در هر زمان به حق رجوع می کند و در صورت منعدم رجوع مالک، این حق تا زمان فوت مالک استمرار خواهد داشت.^۱

حقوق دانان فرانسوی در تعریف حق انتفاع می گویند: حق انتفاع عبارت از حق عینی در انتفاع از شی مملوک غیر به شرط حفظ ذات شی جهت رد آن به صاحب شی در صورت انتهای حق انتفاعی که در اثر موت منتفع حتماً منتهی می گردد.^۲

ماده ۵۷۸ ق.م.ف. در تعریف حق انتفاع می گوید: «حق انتفاع عبارت است از حق استفاده از اشیاء مانند مالک شی اما با مسوولیت حفظ ذات شی.»

ماده ۲۲۹۹ ق.م. افغانستان در تعریف حق انتفاع می گوید: «انتفاع جایز، عبارت از حق نفع گیرنده است در استعمال و بکار انداختن عین تا زمانیکه به حالت خود باقیمانده، اگر چه رقبه آن در مالکیت او نباشد.»

از نص این مواد به خوبی معلوم می شود که حق انتفاع عبارت از حق نفع گیرنده می باشد در استفاده عین مشروط بر این که عین جمله اعیان استعمالی است هر چند رقبه عین ملکیت منتفع نباشد. قانونگذار مدنی

^۱. سایت، پیشین.

^۲. عبدالرزاق، السنهوری، پیشین، ج ۹، ص ۱۲۰۱.

در نص این مواد از انتفاع جایز سخن می گوید. معنای مخالف این ماده می باشد که امکان دارد انتفاع ناجایز باشد، مثل این که کسی مال دیگری را غصب کند و از آن انتفاع بگیرد یا مثل این که یک کسی مال کسی دیگر را به سرقت ببرد و از آن سود بگیرد. از مجموع هذا تعریف چنین پدید می آید که حق انتفاع عبارت از حق نفع گیرنده می باشد از منفعت عینی که رقبه آن ملک دیگری می باشد به شرط نگهداری عین و اعاده آن به مالک رقبه بعد از انتهای حق انتفاع، مثل: کرایه که کرایه نشین می تواند از سود چیزی که به کرایه گرفته است، استفاده کند و در عین حال در نگهداری آن ساعی و در صورت زوال مدت اجاره عین چیز مستأجره را به مالک آن مسترد نماید، یا مثل: عاریت، وقف برای مدت معین و وصیت و امثال اینها می باشد.^۱

گفتار چهارم: مالکیت

در این گفتار، واژه ی مالکیت در ذیل دو بند مورد مطالعه و بررسی قرار می گیرد. بند نخست به واژه شناسی این مفهوم پرداخته، بند دوم تعریف حقوقی و فقهی مالکیت مورد بررسی قرار گرفته است.

بند اول: مالکیت در لغت

ملکیت یا مالکیت مصدر جعلی یا صناعی می باشد که ریشه اساسی آن ملک و جمع آن املاک است، واژه (ملک) در کتب لغت چنین مفهوم گردیده است؛ ملکه یملکه ملکا و ملکه، به مفهوم مالک بودن صاحب بودن، دارا بودن حق تسلط و استیلا ی فرد بر شیئی می باشد به نحوی که بتواند در آن تصرف کند و هیچ کسی نتواند وی را منع نماید.^۲

مالکیت رابطه ای حقوقی بین شخص و شیئی یا منافع شیئی، که بر اساس آن مالک حق هر گونه بهر برداری از آن را دارد، مگر در مواردی که قانون استثنا نموده است: این پاشنه کش ... در حدود دوازده سال است که در تصرف و مالکیت من وارد شده است.^۳

^۱. نظام الدین، عبدالله، پیشین، ص ۲۴۹.

^۲. رحیم الله، پیمان، حقوق عینی ملکیت و اسباب کسب آن، ص ۳۱.

^۳. حسن، انوری، فرهنگ بزرگ سخن، ج ۷، ۷۳۳۷.

بند دوم: مالکیت در اصطلاح

الف: تعریف فقهی مالکیت

فقها اسلامی در مورد ملکیت تعاریف گوناگون را ارایه نموده اند که ذیلا به آنها اشاره می کنیم:

۱_ قرافی ملک را چنین تعریف کرده است: «تمکن الانسان شرعا بنفسه او بنیابه من الانتفاع بالعين أو المنفعة»^۱

«قدرت و صلاحیت که شارع به مالک داده تا از جانب نفس خود یا نیابتا از غیر، از عین یا منفعت بهره برداری نماید.»

۲_ جرجانی در التعریفات، ملک را چنین تعریف کرده است: «اتصال شرعی بین الانسان و بین شیء یكون مطلقا لتصرفه فيه، و حاجزا عن تصرف غیره فيه»^۲

«علاقه اختصاصی شرعی است بین انسان و مال، بگونه ی که بصورت مطلق در آن تصرف داشته و مانع از تصرف غیرباشد.»

۳_ ابوزهره ملک را در یک عبارت کوتاه این گونه تعریف نموده است: «قدرت شرعی که جز در حالت وجود مانع، به صاحبش اجازه تصرف را می دهد.»^۳

۴_ تعریف مالکیت در مجله الاحکام، در ماده ۱۲۵ چنین تسجیل گردیده است:

«الملک ما ملکه الانسان سواء كان اعیان او منافع»^۴

«ملک آن است که انسان آن را مالک گردیده است، برابر است که عین باشد یا منافع.»

ب: تعریف حقوقی مالکیت

دانشمندان حقوق تعریف های متفاوتی از ملکیت ارایه داشته اند که به شرح زیر آنها بررسی نموده و

تعریف جامع و کامل مالکیت را مشخص می سازیم:

۱. شهاب الدین بن ادریس، قرافی، الفروق، ج ۳، ص ۳۲.

۲. علی بن محمد، جرجانی، پیشین، ص ۴۶.

۳. محمد، ابوزهره، المکیه و نظریه العقد فی الشریعه الاسلامی. ص ۸۴

۴. مجله الاحکام، ماده ۱۲۵.

- ۱_ ملک، در قاموس اصطلاحات حقوقی چنین تعریف گردیده است: «هر آن چیزی که انسان آن را مالک گردیده باشد، اعم از اینکه از جمله اعیان باشد یا منافع»^۱
- ۲_ ملک به معنی «تسلط و استیلائی فرد برشیء به نحوی که بتواند در آن، تصرف کند و دیگران را از آن، باز دارد» و مالک کسی است که قادر است در مال چنان تصرف کند که هیچ کس نتواند وی را منع نماید.^۲
- ۳_ مالکیت حقی است دائمی، که به موجب آن شخص می تواند در حدود قوانین تصرف در مالی را به خود اختصاص دهد و از تمام منافع آن استفاده نماید.^۳
- ۴_ قانون مدنی افغانستان در ماده ۱۹۰۰ ملکیت را چنین تعریف نموده است: «ملکیت حق است که به مقتضای آن شیء تحت اراده و تسلط شخص قرار می گیرد، و تنها مالک می تواند در حدود احکام قانون به استعمال، بهره برداری و هرنوع تصرف مالکانه در آن بپردازد.»
- قانون مدنی ایران حق مالکیت را تعریف نکرده است اما از خصوصیات و آثاری که برای آن اثبات می شود، می توان به شکل فشرده و خلاصه تعریف حق مالکیت را به دست بیاوریم. گفته شده که مالکیت دارای سه صفت اصلی می باشد: ۱- مطلق بودن؛ ۲- انحصاری بودن؛ ۳- دائمی بودن. اما به نزدیک ترین فرصت خواهیم دید که هیچ یک از این خصوصیات به مفهوم پیشین خود نیست.^۴
- از تعاریفات بالا فهمیده می شود که ملکیت در واقع یک رابطه بین مالک (انسان) و مملوک (مال) می باشد که شارع آن را تجویز نموده است و مالک را قادر به استفاده از آن در چارچوب شریعت و قانون نموده است، و این یک حق می باشد و جنبه معنوی نیز دارد.

۱. نصر الله، ستانکزی، قاموس اصطلاحات حقوقی، ص ۳۶

۲. عبدالحسین، رسولی، اموال و مالکیت در حقوق افغانستان، ص ۱۰۶

۳. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۱۱۰.

۴. همان، ص ۱۰۵.

ملکیت حقی می باشد که به موجب آن، مالک می تواند نسبت به شیء محل حق، در حدود احکام قانون استعمال، بهره برداری و تصرف نماید. آزادی استعمال و بهره برداری و تصرف مالک نسبت به محل حق، قاعده می باشد، مگر در مواردی که قانون منع نموده باشد.^۱

به باور زیادی از حقوق دانان، تعریف قانون مدنی افغانستان از مالکیت، به نسبت ذکر تجویز قانونی و تسجیل ارکان و عناصر ملکیت، تعریفی جامع و مانع از ملکیت دانسته شده است.^۲

مبحث دوم: مبانی حق ارتفاق

در این مبحث به مبانی حق ارتفاق پرداخته شده است و در ذیل دو گفتار تدوین شده است در گفتار نخست مبانی فقهی و در دومین مبحث مبانی حقوقی مورد مطالعه و بررسی قرار گرفته است.

گفتار اول: مبانی فقهی

اساس ترین مبنای فقهی حق تملک، قاعده لاضرر می باشد. بخاطری که شخص تا وقتی که می تواند حقوق خویش را اعمال کند که موجب زیان به دیگری نشود. در حقیقت قاعده لاضرر، مالکیت را تنگ و محدود می سازد؛ در دین اسلام، هر چند مطابق قاعده تسلیط، مردم را بر اموال خود مسلط می کنند و حق هر نوع تصرفی در آن را دارا می باشند. ولی این تصرفات مطلق نیست و اینجاست که برخی باورمند به این است که قاعده لاضرر و تسلیط با هم مخالف می شوند که در نقطه آخر، قاعده لاضرر حاکم می شود.^۳

در واقع از نظریات موافق و مخالف تعارض دو قاعده تسلیط و لاضرر، قانگذار ایران و قاعده لاضرر در تصویب قوانین خاص تملیک، تأثیر پذیرفته است که در نهایت برای رفع ضرر از عموم، حقوق خصوصی را مضیق نموده است.

مبنای دیگری که می توان به آن اشاره نمود قاعده ولایت حاکم بر ممتنع می باشد، بر این مبنا حاکم بر اموال و نفوس مردم ولایت پیدا می کند و هر مکانی که فردی از انجام حقوق دیگران جلوگیری نماید

^۱. رحیم الله، پیمان، پیشین، ص ۳۳.

^۲. همان، ص ۳۴.

^۳. محمد، حسینی شیرازی، الفقه، موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی، ص ۸۲.

و یا مانع استفاده دیگران از حقوق شان شود، حاکم اسلامی به قائم مقامی وی عمل می نماید و اسیتفاده حقوق خواهد نمود.^۱

مستندات این مبانی و مشروعیت حق ارتفاق به شرح زیر می باشد:

بند اول: کتاب

آنچه از آیات قرآن کریم در این مورد استدلال شده، آیات ذیل می باشد:

الف: احسان به همسایه

«وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنْبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ مُخْتَلًا فُخُورًا»^۲ خدای را بپرستید و هیچ چیز شریک او مسازید و با پدر و مادر و خویشاوندان و یتیمان و بینوایان و همسایه خویشاوند و همسایه بیگانه و یار مصاحب و مسافر رهگذر و بندگان خود نیکی کنید هر آینه خدا متکبران و فخر فروشان را دوست ندارد.»

اثبات مشروعیت حق ارتفاق به این آیه مبارکه، موقف بر نکات زیر می باشد:

۱_ آیه مبارکه متکفل احکام متعدد و متنوع می باشد؛ از وجوب عبادت خدای متعال تا احسان به همسایه ها و در راه ماندگان و بردگان.

۲_ مرام از همسایه های دور و قریب که در آیه بدان تصریح شده بعید و قریب به لحاظ همسایگی می باشد که یا دیوار به دیوار باشد و یا کمی دورترند و فاصله دارند. این محدوده در برخی روایات تا چهل خانه شناخته شده است.^۳

۳_ حکم همسایه ها بر اصل قاعده عطف، همان احسان به پدر و مادر است، که با خویشاوندان، یتیمان و مستندان با هم شریک می باشد.

^۱. مرتضی، حائری، الخمس، ص ۱۵.

^۲. نساء، آیه ۳۶.

^۳. فضل بن حسن، طبرسی، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۳، ص ۷۲.

۴_ احسان به همسایه ها اگر چه در اساس قاعده عطف به احسان به پدر و مادر شده، این تفاوت را دارد که حکم واجب نمی باشد، بلکه به اتفاق فریقین مستحبی می باشد.

۵_ مقصد از احسان چنان که در حدیث تبیین است، مجموعه ای از شیوه های پسندیده و نیکو می باشد که کمترین آن آزار نرساندن به همسایه ها می باشد.^۱

وجه دلالت؛

خداوند متعال در این آیه مبارکه امر و فرمان به نیکی و احسان به همسایه را صادر نموده است و نیکی به همسایه را از بالاترین امور در دین قراردادده است، از این رو که خالق را عبادت کردن و شریک برای خداوند قرار ندادن، نیکی به والدین، احسان به بینوایان، صله ارحام به محتاجان، اینها حجت هستند بر بزرگ داشت حق همسایه، و از حقوقی که در قرآن به آن سفارش شده است نیکی به همسایه می باشد، مثل متمکن شدن همسایه از مجری آب و چاه آب همسایه خود یا مرور آمد و شد و مرور از زمین او که اینها مصادیق از حق ارتفاق هستند، پس استفاده و فایده همسایه به منزله فرض از همسایه نمی باشد، بلکه به منزله بزرگداشت همسایگی و یا بار کردن دری از روی لطف و مرحمت بر روی همسایه و به راهی برای همسایه و مانند آن است پس مراعات و نگه داشتن تمام این امور در آیه شریفه، دعوت به نیکی و احسان به همسایه می باشد که در آیه کریمه به آن اشاره نموده است.^۲

ب: آیه تعاون

«وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ»^۳ و در نیکوکاری و پرهیز همکاری کنید نه در گناه و تجاوز و از خدای بترسید که او به سختی عقوبت می کند. آیه کریمه از آیاتی می باشد که در فقه اکثرا استناد به آن صورت گرفته است و فقها بر اساس آن، قاعده حرمت اعانت بر گناه را بیرون نموده اند.^۴ این قاعده با این مستند در فقه اهل سنت و شیعه معروف

۱. عبدالله، گوهری طالع، حق ارتفاق از دیدگاه فقه امامیه، ص ۸۵.

۲. امیر، احمدی، مهدی، خدایی، «دلیل مشروعیت حق ارتفاق از دیدگاه مذاهب اسلامی»، مجله علمی پژوهشی پژوهش ها فقهی، ۲،

پائیز ۱۳۹۰، ص ۸۱.

۳. مائده، آیه ۲.

۴. سید حسن، بجنوردی، القواعد الفقهیه، ص ۳۶۰.

می باشد، اما این قسمت مورد استناد ما نیست. آنچه مورد استناد ما می باشد، ابتداء آیه کریمه می باشد که در آن مسلمانان را به نصرت در (بر و تقوی) سفارش نموده است. البته مقصد از افعال نیک و در حدود رعایت تقوای خداوند، در عرف مومنان واضح می باشد، اما با وجود این مفسران توضیح داده اند که مقصد از آن همان اعمالی مشروعی می باشد که به انجام آن دستور داده شده و نتیجه این می باشد:

معنای تعاون بر نیکی و تقوا به این می باشد که جامعه مسلمین بر نیکی و تقوا و یا به متن متفاوت بر ایمان و عمل صالح ناشی از ترس الهی اجتماع کنند و این همان صلاح و تقوای اجتماعی می باشد و در مقابل آن تعاون بر اثم یعنی فعل بد که موجب پس افتادگی از زندگی سعادت می شود، و بر عدوان که تجاوز بر حقوق حقه مردم و نفی امنیت از جان و مال و ناموس آنها می باشد، قرار داده است.^۱

بند دوم: سنت

حدیث مطهر پیامبر و ائمه می تواند حجت باشد بر مشروعیت نمونه های حق ارتفاق و احادیثی را که در این مورد در کتب اهل سنت و امامیه آمده است بررسی و تبیین می نمایم:

از جمله:

عن أبي هريرة أن النبي (ص) قال « لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره ». ثم يقول: أبي هريرة « أبو هريرة مالي أركم عنها معرضين؟ والله لأرmin بها بين أكتفكم »^۲ همسایه از همسایه خود را جلوگیری نمی نماید از اینکه همسایه خود سر تاق دیوار خود را بر دیوار خانه ای او بگذارد.

وجه دلالت؛

این حدیث در کتاب اهل سنت آمده است، در این حدیث مبارکه پیغمبر اسلام (ص) همسایه را منع نموده از اینکه بر سرتاق خانه همسایه خود بر دیواری او بگذارد و بدین فکتور اجازه نهادن سرتاق بر روی دیوار همسایه از نمونه های ارتفاق است، گذاشتن سرتاق بر روی دیوار همسایه، با اجازه همسایه خود حجت بر درست بودن این نوع حق ارتفاق است.^۳

^۱. عبدالله، گوهری طالع، پیشین، ص ۸۸.

^۲. محمد بن اسماعیل، بخاری، صحیح البخاری، ج ۵، ص ۱۰۲.

^۳. امیر، احمد، مهدی، خدایی، پیشین، ص ۸۲.

در کتب حدیثی اهل سنت نقل شده است: عن عروة بن زبیر عن عبدالله بن الزبیر رضی الله عنها أنه حدثه أن رجلاً الأنصاري خاصم الزبیر عند رسول الله في شراج الحرّة) شراج: کسرشین، جمع شرج؛ و مراد از شراج، جایی در مدینه منوره است؛ التي يستقون بها النحل فقال الأنصاري: سرح الماء يمر، فأبى عليه، فاختصما عند رسول اسق يازبیر ثم أرسل إلى جارك، فغضب الأنصاري، ثم: «الله» (فقال رسول الله) ص (للزبیر اسق يا زبیر: «قال: يا رسول الله أن كان ابن عمك؟ فتلون وجه رسول الله) ص (ثم قال للزبیر فقال الزبیر: والله أنى لا أحسب أن هذه الآية نزلت إلا، «ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر»^۱

در حدیث هذا که در کتاب های اهل سنت آمده است، مردی انصاری با زبیر در مسأله حقایقه باغ خرما اختلاف داشتند از پیامبر خدا (ص) قضاوت خواستند، پیامبر اسلام به نفع زبیر فیصله نمود که (بخاطری که بخش بالای باغ برای زبیر بود، نخست زبیر حقایقه را دارا می باشد). آن مرد انصاری با اعتراض گفت: چون زبیر پسر عمه شما است؟ (این فیصله را کردی، یعنی طرف اقارب خود را گرفتی در حالی که حق با من می باشد) چهره پیامبر اسلام تغییر می کند. و زبیر می فرماید که این آیه مبارکه به همین موضوع فرود آمده است که خداوند متعال می فرماید: «فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا»^۲ نه، سوگند به پروردگارت که ایمان نیاورند، مگر آنکه در نزاعی که میان آنهاست تو را داور قرار دهند و از حکمی که تو می دهی هیچ ناخشنود نشوند و سراسر تسلیم آن گردند.

وجه دلالت؛

این قضاوت پیامبر بزرگ اسلام (ص) در میان زبیر و مرد انصاری منجر به فرود آیه ۶۵ سوره نساء شده است، این اعمال سبب شد که زبیر پیش از مرد انصاری، نخست حقایقه و مرور آب از زمین را مستفید شود. و این حجت واضح است بر آن که زبیر نخست حقایقه را صاحب شده و هیچ کسی صاحب این حق نیست و طبق آیه ۶۵ سوره نساء هیچ کسی نمی تواند این فیصله پیامبر اسلام (ص) را تغییر دهد. و این به

^۱ شهاب الدین ابی عبدالله، یاقوت بن عبدالله، الحموی الرومی البغدادی، معجم البلدان، ج ۳، ص ۳۳۱.

^۲ نساء، آیه ۶۵.

دلیل پاکی پیامبر بزرگ اسلام (ص) است، پس حقایق یکی از نمونه های حق ارتفاق است و دلالت بر صحیح بودن این حق می کند.^۱

داستان درخت خرما (سمره بن جندب) که این داستان در کتاب های احیای اهل سنت و شیعه نقل گردیده است:

سمره بن جندب در عهد پیغمبر اسلام (ص) ظاهراً مسلمان بود، اما صفات ناپسند در وجود اش بود که تا هنوز دور نشده بود او یک درخت خرما در خانه ی یک مرد انصاری داشت و هر وقت و نا وقت به سوی آن سر میزد، راه عبور آن از داخل خانه مرد انصاری بود، اما سمره بن جندب بدون اطلاع و کسب اجازه از مالک خانه به دیدن درخت خرما خود می رفت از این جهت مزاحمت و تنگ شدن صاحب خانه را فراهم نمود.

روزی مرد انصاری او را ملاقات نمود گفت: ای سمره تو به هر روز که سراغ درخت خرما خود میروید ما را ناراحت می کنی، و با رفت و برگشت خود آرامیش را از ما نفی کرده ای؛ صحیح است که درخت خرما در پیشروی خانه من داری ولی راه مرور تو از خانه ماست، هر وقتیکه میل داشتی از درخت خرما خود دیدن کنی و ورود خود را اعلام نماید، و از ما اجازه بگیر، تا فامیل من اذیت نشود و مواظب باشند، اما سمره مرد تیره دل بود از خواهش و تقاضای مرد انصاری سر باز زد، و گفت که من برای دیدن درخت خود میروم و اجازه ضرور نیست. مرد انصاری به ناچار خدمت پیامبر اسلام (ص) رفت و آنچه که میان او و سمره گذشته بود واضح بیان نمود، و رسماً از وی شکایت کرد رسول اکرم (ص) سمره را حاضر نمود و به او گفت: تو بدون اجازه گرفتن داخل خانه همسایه خود می شود و سبب اذیت و ناراحتی او و فامیل آن می شوی. ای سمره هر وقتیکه میل داشتی طرف نخله خود بروی از مالک خانه دستور بگیر. او گفت: یعنی چه برای دیدن و رفتن به سوی نخله ام باید اجازه بگیرم؟

پیامبر اسلام (ص) از جواب او فهمید که سمره دست از مزاحمت و اذیت بیرون نمی کند، درخت او را قیمت کرد و به وی پیشنهاد نمود که آن را در مقابل فلان مبلغ به آن حضرت بفروشد، تا آن شخص از این ناراحتی خلاص شود، اما هر چه که مبلغ را پیامبر اسلام (ص) زیاد نمود، سمره قبول نکرد و حاضر

^۱. امیر، احمد، مهدی، خدایی، پیشین، ص ۸۳

بفروش نبود. حضرت محمد (ص) ارشاد نمودند: به خاطر آرامیش این مرد با ایمان آن را با یک درخت خرما که من در فلان مکان دارم عوض کن، سمره گفت نخیر، فرمودند: که با دو درخت عوض کن، گفت نخیر، حضرت فرمودند: با سه نخله عوض کن، گفت نخیر سرانجام در هر بار یکی را زیاد می نمود تا به ده نخله رسید، گفت قبول ندارم.

حضرت محمد (ص) ارشاد نمودند: من ضمانت می کنم که اگر در این دنیا برای رضایت خالق خود از آن بگذری در سرای دیگری خالق ات نصیب بهتری به تو می دهد. اما سمره با نهایت فرومایگی گفت، این چنین نصیب و پاداشی نمی خواهم؛ در این جا پیامبر (ص) از لجاجت و تیردل سمره درک کرد که به هیچ وجه حاضر نبود که راه حلی را برای شکایت مرد انصاری و آرامیش فامیل او بپذیرد، رسول اکرم (ص) فرمود: ای سمره تو شخص مردم آزاری هستی؛ سپس مرد انصاری را مخاطب قرار داد و گفت: «فقال رسول الله (ص) للانصاری اذهب فاقلمها وارم بها الیه فانه لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام.» برو نخله او را از بیخ خارج کن بیاور و پیشروی آن بی انداز، بخاطری که اسلام هر گونه ضرر و زیان به مردم با ایمان را منع نموده است. خود مرد انصاری نخله را از بیخ بیرون کرد، حضرت به سمره گفت: حال برو در هر مکان که میل داشتی آن را بکار^۱

وجه دلالت؛

اینکه مرد انصاری از سمره در خواستی عوض و بیع درخت خرما را نمود و رسول اکرم (ص) نیز در خواست فروش و معاوضه نخل خرما را با درخت خرما های دیگر نمود، ولی سمره ابا ورزید، ولی بعد از آن پیغمبر (ص) به زوال یافتن حق ارتفاق و به جلوگیری از عبور سمره فیصله نمود و حق مرور از خانه و زمین مرد انصاری را با قاعده لا ضرر به پایان رسانید. پس حجت بودن این حدیث بر اینکه برای سمره بن جندب حق مرور و عبور در زمین مرد انصاری وجود داشت و حق مرور یکی از انواع حقوق ارتفافی می باشد، پس این حدیث حجت واضحی دارد بر درست بودن این نوع از حق ارتفاق و مشروعیت حق ارتفاق را اثبات می نماید.^۲

^۱. احمد بن الحسین بن علی، البیهقی، سنن الکبری، ج ۶، ص ۱۵۷. و ناصر، مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۳۲.

^۲. امیر، احمد، مهدی، خدایی، پیشین، ص ۸۵.

بند سوم: بنا عقلاء

عقلای هستی در هر بخش مرادی یا هر آینی که باشند، برابر است مسلمان باشد (اعم از سنی و شیعه) یا غیر مسلمان، حق ارتفاق را می پذیرند مثلاً در نظام حقوقی فرانسه این حق مورد پذیرش شده است و آنها این احکام و شرایط حق ارتفاق را از هیچ منبع الهی نگرفته است. یکی از مصادیق حق ارتفاق که مورد قبول عقلای هستی می باشد، عبور آب از ارض های همسایه می باشد تا اینکه به ارض مورد نظر برسد و این خود نوعی از حق ارتفاق در ملک دیگر می باشد. یا مورد حق جوار می توان گفت: دو همسایه که املاک شان به هم پیوسته شده، می توانند به صورت مصالحه یا تعوض با یکدیگر راضی نمایند واز دیوار ملک دیگری برای نهادن سر تاق بر روی دیوار استفاده نمایند، که این درنظر عقلای عالم مورد پذیرش است.

فلهذا استفاده از ملک دیگری و داشتن حق ارتفاق در ملک دیگری نزد عقلای هستی جایز و درست است فلها می توان فرمود که بنا عقلاء یکی از منابع مشروعیت حق ارتفاق است. بنا عقلاء حجت شده نمی تواند، مگر آنچه که یقیناً کاشف از توافق شارع و امضای او نسبت به طریقه عقلاء و حجیت هر حجیتی به یقین ختم می شود.^۱

بند چهارم: اجماع

از جمعی ادله فقهی تنها اجماع می باشد که در این باب هیچ استدلال و استنادی بدان نشده است. فکتور این مسئله همان قسم که تکراراً یادآوری کردیم، نبود پیشینه واضح آن در فقه امامیه و بلکه در فقه اهل سنت و شیعه می باشد. این مطلب را همیشه و به خصوص در بحث مرور پیشینه حق ارتفاق از همان آغاز روشن کردیم که حق ارتفاق به این معنا که موضوع این نوشتار قرار است در فقه مطرح نبوده تا در مورد آن، تحصیل اجماع ممکن باشد و از این نظر، حتی از اجماع منقول هم علایم نیست؛ اگر دلیل آن یقینی باشد البته همین خلا پیشینه در فقه سبب شده تا سر فصل مربوط به حق ارتفاق در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، با مطابقت قانون مدنی فرانسه نویخته شده و تصویب گردد است.^۲

^۱. محمد رضا، مظفر، اصول فقه، ج ۲، ص ۳۴۲.

^۲. عبد الله، گوهری طالع، پیشین، ص ۱۰۹.

گفتار دوم: مبانی حقوقی

قانون مدنی به طور بهتر دامنه قاعده سلطنت را که در ماده ۳۰ منعکس شده بود به نبود اضرار به غیر، مضیق می نماید و ماده ۱۳۲ تبیین داشته است: «کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت با رفع ضرر از خود باشد.» ماده مذکور بر مبنای این ماده قانونی، تصرفات مالک وقتی در تقابل و تعارض با حقوق دیگران قرار می گیرد، با لحاظ نموده خصوصیات ذیل جواز خواهد داشت:

بند اول: مالک باید تصرف خود را به طور متعارف انجام دهد

صاحب مال در حقیقت باید تصرفات خویش را به شکل متعارف عمل و انجام دهد؛ مانند این که برای کارخانه خود دودکش و سیستم تخلیه مناسب قرار دهد یا به نوعی مانع نفوذ رطوبت به ملک همسایه شود و یا خود روی خویش را به شکل آشنا و با سرعت مطمئنه انجام دهد. و نبود مراعات در این مورد و تجاوز از رفتار متعارف، تقصیر شمرده می شود و توان آور خواهد بود. واضح می باشد که اندازه تشخیص متعارف بودن تصرف، عرف محل می باشد. امکان دارد که ساختن بلند منزل پنج طبقه در محلی متعارف و در محلی دیگر غیر متعارف شمرده می شود.^۱

به بیان دیگر بین مالکین و همسایگان یک معیار ناراحتی و نبود آرامش موجود است که صرفاً قابل تحمل و چشم پوشی می باشد اگر از آن معیار بگذرند مجاز نخواهد بود تشخیص حد متعارف بسته به نظر محکمه دارد.

بند دوم: برای رفع حاجت یا رفع ضرر از مالک باشد

بخاطری مرفوع نمودن احتیاجات یا دور ساختن زیان از صاحب مال باشد، در تشخیص نیاز صاحب مال نیز عرف مناط اعتبار می باشد، یعنی باید دید آیا این گونه مالکان بخاطری رفع حاجت و رفع زیان به چنین کاری دست می زنند یا خیر؟

آنچه باید اساس داوری باشد خواستها و هوسهای صاحب مال نمی باشد. بخاطری تشخیص قصد اضطرار از هوسهای غیر متعارف از حدود علم حقوق بیرون می شود. فلهمذا باید به داوری عرفی و نوعی

^۱. فرج الله، هدایت نیا، مبانی فقهی تحدید سلطنت مالکانه، ج ۴، صص ۱۵۱-۱۵۲.

روی آورد و مالک را از عمل که بشکل معمول بخاطری دور نمودن حاجت و رفع زیان فعل نمی کند منع ساخت.^۱

اینکه شخصی به جهت دور نمودن حاجت خویش، چاهی را حفر کند در حد متعارف در ملک خویش، و از آن زیانی به همسایه برسد یا بخاطری رفع زیان از خویش، گله حیوانی را از ملک خود دور نماید و در نتیجه، گله مذکور به ملک دیگری وارد شود و خسارتی به بار آورد؛ اما تصرف هوس آلود و اقدام که فقط بخاطری سر گرمی و سیاحت صورت پذیرفته است، اگر در تقابل با حقوق دیگران قرار گیرد، با قاعده لاضرر مانع خواهد شد و مرتکب، مسئول معرفی خواهد شد.^۲

^۱. ناصر، کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، صص ۱۱۳-۱۱۴.

^۲. سحر محسنی، گرگانی، حقوق ناشی از مجاورت املاک در فقه و حقوق ایران، (پایان نامه ارشد فقه و حقوق خصوصی)، ص ۳۹.

فصل دوم: شرایط حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان

در آمد

در این فصل شرایط حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان مورد مطالعه قرار می گیرد. در قالب سه مبحث می باشد، مبحث نخست شرایط حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران که این مبحث دارای دو گفتار می باشد، در گفتار اول شرایط حق ارتفاق و در گفتار دوم اسباب ایجاد حق ارتفاق مورد بررسی قرار خواهد گرفت، در مبحث دوم شرایط حق ارتفاق در نظام حقوقی افغانستان است که این مبحث دارای دو گفتار می باشد، در گفتار اول شرایط حق ارتفاق و در گفتار دوم اسباب کسب آن مورد تفحص قرار می گیرد و در مبحث سوم وجوه اشتراکات و وجوه افتراقات هر دو نظام بررسی می شود.

مبحث اول: شرایط حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران

در این مبحث سعی برین شده است که نخست شرایط حق ارتفاق را در نظام حقوقی ایران به طور فشرده و سپس اسباب ایجاد آن به شکل خلاصه بررسی شود.

گفتار اول: شرایط حق ارتفاق

بحث دیگری که در این جا باید به آن پردازیم، شرایط حق ارتفاق می باشد که البته بیشتر با ماهیت حق بودن آن روابط دارد و نیز باید این تذکر را بدهیم که هر چند زمینه برای تبیین حقوقی آن فراهم می باشد و از ظرفیت حقوقی می شود برای تحلیل و تجزیه آن به وجه احسن استفاده نمود، جای بهتر آن در کتاب های فقهی شیعه خالی است و حتی در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران هم که انتظار می رود این موارد به صورت جزئی و شفاف و در یک نظم درست و منطقی جمع آوری نگردیده، تنظیم و تصویب نشده است. فلذا یافته های نخست ما به طور معین از مصادیق ها و تقسیم بندی ها، مربوط به برخی منابع حقوقی معاصر می باشد.^۱

۱. حبیب الله، طاهری، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۸۰.

بند اول: حق عینی قائم به ملک است و اختصاص به زمین دارد

بدین مفهوم است که، از سوی به نفع صاحب زمین خاصی اثبات می شود و هر شخص صاحب آن است، یا حق انتفاع از آن به دست بیاورد، قدرت دارد که از آن حق مستفید شود. از طرفی دیگر، حق مالکیت زمین را که ارتفاق بر آن مانده شده، به شکل عمومی محدود می کند و تغییر مالک آن تاثیری در پایان یافتن حق نمی کند.

بشکل عادی، حق ارتفاق در دو ملک مجاور و پیوسته پیدا می شود. اما چنین بر داشت نشود که اتصال دو ملک از شرایط لازم آن است. بخاطری که امکان دارد میان دو ملک فاصله زیاد باشد، و حق ارتفاق نیز میان آن دو به وجود بیاید؛ مانند این که در موارد، مجرای آب و چراگاه ملکی در زمینهای غیر متصل به آن نیز واقع می باشد.^۱

بند دوم: تابع و فرع مالکین زمین است

حق ارتفاق ملحقیات و تابع ملک می باشد و یک حق مستقل نمی باشد. صحیح است که در واقعیت این حق به فایده صاحب مال اثبات می شود، ولی صاحب مال به مناسبت مال خود و برای کمال مستفید شدن از آن دارای حق ارتفاق می باشد، به شکل مستقل نیست.^۲

اگر ملکی که حق ارتفاق به سود آن و به تعبیر شایسته، برای کمال مسفید شدن از آن، پیدا شده باشد به دیگری منتقل یابد، حق ارتفاق نیز به او انتقال می شود. ماده ۱۰۲ قانون مدنی در این خصوص مقرر می دارد: «هرگاه ملکی کلاً یا جزئاً به کسی منتقل شود و برای آن ملک حق الارتفاقی در ملک دیگری یا در جزء دیگر همان ملک موجود باشد، آن حق به حال خود باقی می ماند، مگر اینکه خلاف آن تصریح شده باشد».

همچنین است مال مورد ارتفاق، یعنی ملکی که حق ارتفاق به زیان آن ثابت شود، مورد منتقل قرار گیرد، تغییری در حق ارتفاق پدید نمیاید.

^۱. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۲۳۳.

^۲. سید حسین، صفایی، پیشین ج ۱، ص ۲۹۸.

بند سوم: حق ارتفاق دائمی است

تا وقتی که ملک یا مال وجود دارد، حق ارتفاق نسبت به آن ملک نیز وجود دارد و چون مالکیت در مورد عین، (دائمی) می باشد از این رو ارتفاق هم که ملحقات و تابع ملکیت می باشد. دائمی است. البته صاحب ملک قدرت دارد که به صورت قراردادی و نه اینکه طرف قرارداد دارای حق ارتفاق است، برای مدت محدودی برای دیگری، حق عبور از ملک خود را ایجاد نماید که در این صورت قدرت دارد که بعد از زوال مدت، این حق را نفی نماید یا مالک حق پس از زوال مدت، آن را ساقط نماید.^۱

بند چهارم: حق ارتفاق قابل تقسیم نیست

هدف از قابل تقسیم بودن ارتفاق این می باشد که، فرضا اگر حق به فایده ملک شرکاء بر جا گذاشته شود، تقسیم ملک موجب تجزیه حق و مختص شدن آن به یکی از سهم ها نمی باشد. در این فرضیه، هر یک از مشاعیان مثل گذشته قدرت دارند که از حق خود به شکل تمام مستفید شوند.^۲ ماده ۱۰۳ قانون مدنی در بیان این چنین تصریح می دارد: «هرگاه شرکاء ملکی دارای حقوق و منافع باشند و آن ملک مابین شرکاء تقسیم شود، هر کدام از آنها به قدر حصه مالک آن حقوق و منافع خواهد بود؛ مثل اینکه اگر ملکی دارای حق عبور در ملک غیر بوده و آن ملک که دارای حق است بین چند نفر تقسیم شود، هر یک از آنها حق عبور از همان محلی که سابقا حق داشته است خواهد داشت»

به همین شیوه است اگر مالی یا ملکی که ارتفاق بر آن تحمیل شده باشد مشاع باشد، تجزیه آن اثری در شیوه بهره برداری از حق نیست. مانند اینکه ماده ۶۰۴ ق.م. در این مورد می گوید: «کسی که در ملک دیگری حق ارتفاق دارد نمی تواند مانع از تقسیم آن ملک بشود؛ ولی بعد از تقسیم، حق مزبور به حال خود باقی می ماند».

بند پنجم: حق ارتفاق، تنها به املاک و اراضی اختصاص دارد

حق ارتفاق تا در میان مال های که انتقال آن امکان پذیر نیست حکمی و تبعی نافذ نمی شود. در مورد مشابهت حریم با (حق ارتفاق) قول های گوناگون وجود دارد؛ برخی از حقوق دانان آن را با توجه با اینکه

^۱. سید احمد علی، هاشمی، ابراهیم، تقی زاده، حقوق اموال و مالکیت، ص ۲۳۸.

^۲. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۲۳۴.

به تابعیت و به لحاظ مالکیت مالک آن بر ملک دیگری است، این را نوعی خاص حق ارتفاق شماره کرده اند، که صاحب آن بر زمین موات و مباح دست پیدا نماید و در خصوص دیگر، حق هذا برای صاحب چاه و جوی و نهر و غیره... بر اراضی اطراف ملک پیدا می شود.^۱

در مقابل برخی از حقوقدانان با حجیت قرار دادن این که قانون مدنی، فصل سوم را با موضوعی در (حق ارتفاق نسبت به ملک غیر و در احکام و آثار املاک نسبت به املاک مجاور) بیان داشته و بعد بحثی را بدون آنکه در این موضوع داخل کند، به حق حریم مختص نموده است و با در نظر داشت به اینکه تابع حق حریم، اراضی موات می باشند با وجودی که تابع حق ارتفاق، ملک غیر است، تفاوت و مغایرت حق حریم با حق ارتفاق را استخراج نموده و به قرار گرفت حق حریم در زمره حق ارتفافی از نظر نویسندگان قانون مدنی با شک به نگارش در آورده است ولی بالاخره حق حریم را از جمله حق ارتفاق قانونی که ناشی از حکم قانون است اثبات می کنیم.^۲

بند ششم: حق ارتفاق مغایر حق مالکیت است

بند سوم ماده ۲۹ ق. م. نیز بر آن صراحت دارد، ضرورت به وضاحت است که حق ارتفاق اساسا در باره املاکی صدق می کند که در مجاور یکدیگر می باشد. ولی در باره ساختمانها و بناءها وجود حق ارتفاق میان دو ملکی که با یکدیگر فصل در میان شان دارد و مجاور یکدیگر نمی باشند نیز قابل فکر و اندیشیدن است.^۳

بند هفتم: وجود دو ملک همجوار

حق ارتفاق با از بین رفتن هر یک از دو ملک زائل می شود؛ بخاطری که بودن دو ملک از رکن های حق هذا می باشد، فلذا طبیعی می باشد با نابودی هر یک از آن ها حق ارتفاق نیز از بین می رود.^۴

^۱. سید احمد علی، هاشمی، ابراهیم، تقی زاده، پیشین، ص ۲۳۸

^۲. همان، ص ۲۳۸ - ۲۳۹.

^۳. حسن فرج، توفیق، القانون الروماني، ص ۳۵۳.

^۴. حبیب الله، طاهری، پیشین، ج ۱ و ۲، ص ۲۶۹.

بند هشتم: حق ارتفاق یک حق مالی است

حق ارتفاق، تابع به ملک می باشد و ملک مال می باشد، از این جهت باید حق ارتفاق را یک حق مالی بدانیم، اگر چه ریشه و اساس این حق مال نیست. یعنی متصرف بخاطری به دست آوردن این حق، مالی را به حیث عوض به صاحب ملک مورد حق ارتفاق داده نه شده باشد. از مالی بودن حق ارتفاق این حاصل می شود که این حق هم قابل نقل را دارد و هم قابل ساقط شدن را. اما قدرت استنتاج کردن و واگذاری را ندارد، که حتما باید عوضی باشد. روشن تر این است که مالک در وقتی نقل مال خود به انتقال دهنده از او مبلغی را به عنوان نقل حق ارتفاق به وی مطالبه نماید و آنچه که مروج است این می باشد که ملک با حق ارتفاق موجود در آن گرچه مورد معامله قرار می گیرد. با وجودیکه صاحب مال امکان دارد امتیاز جداگانه ای برای حق ارتفاق در نظر بگیرد و با امتیاز مال که روی هم حساب کند و یک مبلغ را اعلام نماید.

منتقل نمودن خود حق ارتفاق ممکن می باشد که مورد آن این باشد که متصرف ملک صاحب حق ارتفاق، این حق را به متصرف ملک مورد حق ارتفاق بفروشد. با وجودیکه سند خرید و فروش به صورت سند صلح حقوق تنظیم و به ثبت می رسد زیرا که در حقوق ما فقط عین می باشد که قابل فرختن است، و برای منتقل حقوق مالی، سند صلح حقوق که به عبارت روشن تر معامله صلح حقوق (عقد صلح حقوق) به جای سند قطعی، بیع قطعی به کار رفته است.^۱

از این جهت ماده ی ۱۰۲ ق. م. می گوید: « هرگاه ملکی کلا یا جزئا به کسی منتقل شود و برای آن ملک حق الارتفاقی در ملک دیگری یا در جزء دیگر همان ملک موجود باشد، آن حق به حال خود باقی می ماند، مگر اینکه خلاف آن تصریح شده باشد.» سپس صحیح می باشد که حق ارتفاق در محیط ملک پیدا می شود، اما خود حق هذا یک حق مالی عینی یک مال مستقل هم می باشد و از متن آخر ماده ی متذکره دانسته می شود و هم قابل نقل و هم قابل ساقط نمودن این حق فهمیده می شود.

^۱. فاطمه سعادت، امین پور، بررسی موارد حاکمیت شاخه های مالکیت در فقه و حقوق مدنی ایران، (پایان نامه ارشد فقه و حقوق اسلامی)، صص ۱۲۱-۱۲۲.

گفتار دوم: اسباب ایجاد حق ارتفاق

حق ارتفاق با شیوه های ذیل ایجاد می شود:

بند اول: ایجاد حق ارتفاق به موجب قانون

یکی از راه های بوجود آمدن حق ارتفاق حکم قانون می باشد. بطوریکه حق ارتفاق با نص قانون به سود ملکی و به زیان ملک دیگری پیدا می شود. مثلاً قانون که مشتمل سرک ها و اضحا برای آنها در املاک مجاور حریم ثابت می کنند. با قوانین و مقررات برق برای لین های که از ملک های مردم عبور می نماید، حق ارتفاق را در نظر می گیرند، پمپ های نفت و گاز و نشانه های جغرافیایی که بر خانه ها و اماکن زیستی و سائر مکان های نصب می شود، و چنین می باشد. برخی از نمونه های حق ارتفاق که گرفته شده از حکم قانون در قوانین ایران می باشد که قرار ذیل می باشد.^۱

ماده ۳ قانون در مورد قنوات مصوب ۶ و ۸ شهریور ۱۳۰۹ هر گاه کسی بخواهد چاه یا حوض آب بازی یا مجرای قناتی احداث کند، یا برای جور نمودن یا تمام قناتی چاه یا مجرائی پیدا نماید. مالک ملک متذکره حق ندارند. (مشروط بر اینکه رعایت حریم شده باشد) جلوگیری کنند. اما باید قیمت عادلانه زمین و اعیان آن که چاه و حوض آب بازی و مجرای نو در آنجا ایجاد می شود قبلاً داده شده است.^۲ ماده ۳۸ قانون آب و نحوه ملی شدن آن: «اگر کسی مالک چاه یا قنات یا مجرای آبی در ملک غیر باشد. تصرف چاه یا مجری فقط از نظر مالکیت قنات و مجری و برای عملیات مربوطه به قنات و چاه و مجری خواهد بود و صاحب ملک می تواند در اطراف چاه و مجری و یا اراضی بین دو چاه تا حریم چاه و مجری هر تصرفی که بخواهد بکند، مشروط بر اینکه تصرفات او موجب ضرر صاحب قنات و چاه و مجری نشود.»^۳ ماده ۱ قانون تعیین حریم دریاچه‌های حادثی در پشت سدها با توجه به استدلال ماده ۱۳۶ ق.م. حریم دریاچه های حادثی در پشت سدها یکصد و پنجاه متر از محیط تر شده مخزن سد بر مبنای حداکثر ارتفاع آب روی سرریز، اجازه وجود تاسیسات و هر گونه دخل و تصرف در حریم به موجب آئین نامه ای خواهد بود که بنا بر پیشنهاد وزارت آب و برق و تصویب هیأت وزیران معین می شود.

۱. احمد سلیمانی، نژاد، پیشین، ص ۲۷.

۲. مجموعه قوانین سال ۱۳۰۹ ص ۷۰.

۳. مجموعه قوانین سال ۱۳۴۷ ص ۶۷.

بند دوم: ایجاد حق ارتفاق بوسیله طبیعت

همین نوع از حق ارتفاق اخذ شده از نهادن طبیعی املاک می باشد، مثلاً حق مسیل که از املاک و منازل مسکونی خلق گذر می کند. و به ضرر آن املاک حق را پیدا می کنند، یا ارضی که فوق از ارضی دیگر می باشد و بر اقتضایی طبیعت که قانون نیز بر آن حرمت می گذارد، صاحب حق ارتفاق برای عبور آب و برف انداز خود نسبت به خانه یا زمین پایین تر می باشد. به عبارت دیگر زمین پایین تر طبیعتاً مجرای آب و باران زمین بالاتر است، الا اینکه اثبات شود، که به تقاضایی قرارداد مترتب دیگری اخذ شده باشد، این نوع از حق ارتفاق بالعکس حق ارتفاق ناشی از قانون که جنبه تاسیسی دارد. یعنی به نصرت قانون پیدا می شود. جنبه اعلامی و شناسائی دارد.^۱ ماده ۹۵ ق.م. در این مورد می گوید: «هرگاه زمین یا خانه کسی مجرای فاضلاب یا آب باران زمین یا خانه دیگری بوده است صاحب آن خانه یا زمین نمی تواند جلوگیری از آن کند مگر در صورتی که عدم استحقاق او معلوم شود.»

در شرح این ماده باید گفت آبهایی که از یک زمین به زمین دیگر و یا از یک خانه به خانه دیگر عبور می کند، به دو دسته می باشد.

الف: آبهای طبیعی

این آبها که بشکل فطری از مکان بالا به مکان پایین نازل می شود، پنهان به شکل حق ارتفاق از زمین فوقانی و زمین تحتانی میاید. و صاحب زمین پایین باید فرو ریختن فاضلاب که گرفته شده از فرو ریختن های فطری را تحمل نماید. ماده ۶۴ قانون مدنی فرانسه این مورد را بشکل روشن تبیین نموده است. این ماده می گوید: «زمینهای پست مجبور به پذیرش آبهای زمینهای بلند که جریان آنها بدون دخالت انسان صورت می گیرد می باشند. مالک زمین پست نمی تواند مانع برای عبور آبهای مذکور ایجاد کند. همچنان که مالک زمین بلند هم نمی تواند بار آبهایی که به مقتضای طبیعت جریان می یابد بیشتر کند.» بنظر می رسد ماده ۹۵ ق.م. ایران در مقام اقتباس مدلول ماده ۶۴ ق.م. فرانسه می باشد، لکن ترجمه آن درست و کامل نمی باشد.

^۱. احمد سلیمانی، نژاد، پیشین، ص ۳۲.

ب: آبهای باران و خانگی

این آبها اساسا به خانه دیگران فرو ایجاد نخواهد نمود. الا که در اندازه در خصوص آبهای فطری باشد. فلذا این آبها قطعا در ملک صاحب ملک به چاه راهنمای می شود، یا به آبراههای جاده های عمومی عبور داده می شود.^۱

بخش نخست از مبحث حقوق ارتفافی در ق.م. فرانسه تحت عنوان حقوق ارتفافی که اخذ شده از وضعیت املاک می باشد، طی مواد ۶۴۰ الی ۶۴۸ به حق ارتفاق طبیعی پرداخته اند. و مقررات مربوط به آب باران و دیگر آبهای فطری و کیفیت عبور و بهره برداری از آنها دعاوی مربوط به آنها و زیان وارد شده را تبیین نموده است. ضرور به بیان است که در نظام کامن لا ایجاد حق ارتفاق به وسیله طبیعت مطرح نشده است و مقرراتی در خصوص آن پیدا نشده.^۲

بند سوم: ایجاد حق ارتفاق به اعتبار عمل انسان

الف: حق ارتفاق ناشی از عقد

هر صاحب ملکی مطابق ماده ی ۳۰ ق.م. ایران نسبت به مایملک خود حق هر گونه تصرف و نفع را دارد. ماده ی ۳۰ ق.م. مقرر می دارد: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.» با توجه به ماده ی ۳۰ و با در بر گرفتن ماده ی ۹۴ ق.م. ایران که مقرر است: «صاحبان املاک می توانند در ملک خود هر حقی را که بخواهند نسبت به دیگری قرار دهند در این صورت کیفیت استحقاق تابع قرار داد و عقدی است که مطابق آن حق داده شده است.» می توان بیان نمود که هر صاحب ملکی می تواند بطور آزادانه در ملک خود هر نوع تصرف و حق ارتفافی که بخواهد بشکل رایگان یا در مقابل عوض برای صاحب ملک دیگر انجام دهد و هیچ کس حق ندارد بدون اجازه صاحب ملک، در ملک او تصرف کند، از این رو ماده ی ۹۹ ق.م. ایران می گوید: «هیچ کس حق ندارد ناودان خود را به طرف ملک دیگری بگذارد یا آب باران از بام خود به بام یا ملک همسایه جاری

^۱. محمد جعفر، لنگرودی، حقوق اموال، ص ۲۸۰.

^۲. احمد سلیمانی، پیشین، ص ۳۳-۳۴.

کند و یا برف بریزد مگر به اذن او.» و ماده ی ۱۵۴ ق. م. مقرر می دارد: « کسی نمی تواند از ملک غیر آب به ملک خود ببرد بدون اذن مالک اگر چه راه دیگری نداشته باشد.»

دکتر امامی معتقد می باشد؛ بر اینکه برقراری حق ارتفاق به وسیله ی عقد بین دو ملک بوجود میاید و در عقد مزبور مثل عقود دیگر حتما مرعات خصوصیات اصلی برای درست بودن عقد شود و این عقد از جمله عقد های لازم بشمار میرود.^۱ ارتفاق که ناشی از عقد است امکان دارد از عقد های مغایه باشد یا از عقد های مسامحه، یعنی امکان دارد که در صورت نخست، طرفین در محاسبه ی ارزش عوضین، در مقام تلاش برای برقراری تعادل نسبی اقتصادی بوجود بیاید که این خاصیت عقد مغایه می باشد و امکان دارد نظر به ملاحظات عاطفی چنین کاری نکند. مانند کسی حق ارتفاق را به صلح مهاباتی به دیگری واگذار نماید. از اینکه جهت عقد قرارداد ارتفاق، هیچ شرط خاصی در قانون در نظر گرفته نشده است فلذا صاحبان املاک قدرت دارند که بطور آزادانه و هر شکل که میل داشته باشند به سود مالک در مقابل مالک دیگر حق ارتفاق را بوجود بیاورند. امکان دارد عقد که موجب انتقال حق ارتفاق، معوض یا مجانی، کتبی یا شفاهی و یا معلق باشد؛ مانند اینکه در ضمن عقد شرط نمایند، هر گاه فلان ملک را تا چهار ماه دیگر خریدی، مبیع تو از خانه ی من حق عبور داشته باشد. مالکی که تعلیق فاسخ علیه او وجود داشته باشد قدرت دارند که به دیگری حق ارتفاق بوجود بیاورد ولی هر گاه فسخ، عارض شود بر روی حق ارتفاق متذکره نیز تاثیر می کند. مانند: اگر شخصی ضمن هبه ی منارل ی بر متتهب شرط نماید که هر گاه تو قبل از من بمیری هبه از بین برود. در حال که اگر پس از عقد هبه متتهب از آن منزل به ثالثی حق عبور بدهد و پس از دادن این حق قبل از واهب بمیرد، هبه از بین نمی رود و حق ارتفاق نیز منحل نمی شود.^۲ فلذا عقود که سبب حق ارتفاق می شود از عقود تشریفاتی نیست و قدرت دارد که بشکل های گوناگون منعقد می شود. ولی آن چه که دارای اهمیت می باشد، آن می باشد که طرفین عقد در زمان انعقاد عقد خصوصیات اصلی را درج در ماده ی ۱۹۰ ق. م. را داشته باشد.^۳

۱. سید حسن، امامی، پیشین، ج ۱، ص ۹۹.

۲. فاطمه سعادت، امین پور، پیشین، ص ۱۳۱.

۳. محمد جعفر، لنگرودی، پیشین، ص ۲۷۵.

ماده ی ۱۹۰ ق.م. می گوید: « برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آنها ۲- اهلیت طرفین ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد ۴- مشروعیت جهت معامله.»

ب: ارتفاق ناشی از ایقاع

هیچ شخصی به خاطری مقدار املاک خود قدرت ندارد که حق ارتفاق را برای یک ملک خویش در برابر ملک دیگر خود قرار بدهد، الا این که مفروض تعدد مالک در آینده دهد و احتمال دارد که مانند دو یا چند ملک او پس از وی (یا در زمان زندگی او) دارای مالکان زیاد خواهد بود، در آن وقت راهی برای مالکان یک ملک دیگر به صورت بی بنیان و ریشه مقرر می شود. از این رو بی بنیان و بی اساس می باشد که هر گاه تعدد مالک (به صورت ارادی یا قهری) بر آن املاک پیش می شود آن ارتفاق که قبلاً در نظر اخذ شده است در وقتی متحقق جفت مالکان عمل می کند. قانون مدنی فرانسه در ماده ی ۶۹۹ این مورد را فقط در خصوص حق ارتفاق دوام بوجود میاورد و هدف کرده است و قانون مدنی ایران با عبارت (حق الارتفافی در جزء دیگر همان ملک پیدا باشد) مفروض پیدا حق ارتفاق را با وحدت مالک دو ملک نموده است و ضمناً حق ارتفاق معلق و ایقاعی را شناخته است.^۱

ج: ارتفاق ناشی از مرور زمان

این نوع حق ارتفاق تنها در خصوص ارتفاق مستمر بوجود میاید و در نظر گرفته می شود. تمیز نمی شود که اساس تصرف دارنده ی این حق یک فعل حقوقی نیز است و یا صرف تصرف، سبب این که حق ارتفاق ناشی از مرور زمان را تنها در خصوص ارتفاق دوام یا مستمر موجود می باشد در نظر گرفته است، که نشانه تمام و رسا بر تصرف به طور محسوس و آشکار پیدا می باشد و حال آن که در خصوص ارتفاق مستمر نا موجود (مثلاً حق ارتفاق یک همسایه بر همسایه ی دیگر مبنی بر این که دیوار خویش را از ارتفاع معین فراتر نماند که آن را ارتفاق فرا نماند می تواند مسمی نمود) حجت واضح بر دوام تصرف و شاید بر اساس حق، وجود نداشته باشد.

ماده ی ۱۲۴ ق.م. ایران مقرر می دارد: «اگر از قدیم سرتیر عمارتی روی دیوار مختصی همسایه بوده و سابقه این تصرف معلوم نباشد باید به حال سابق باقی بماند و اگر به سبب خرابی عمارت و نحو آن

^۱. محمد جعفر، لنگرودی، پیشین، ص ۲۷۶.

سرتیر بر داشته شود صاحب عمارت می تواند آن را تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد مگر اینکه ثابت نماید وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است.»

اساس ماده ۱۲۴ بر قاعده ی حقوقی (القدیم یترک علی قدمه) یعنی نهادن قدیمی مال مادی که به صورت حق ارتفاق باشد حتما بشکل خود باقی بماند. اصل این قاعده در فقه (اصل صحت) می باشد برابر است که این ارتباط ناشی از عقد باشد (ماده ۲۲۳ ق.م). برابر است که ناشی از ایقاع، مانند اذن، فلهاذا این املاک ماده ی ۱۲۴ ق.م. از نظر اثبات اصل صحت، ماده ی ۱۲۴ ق.م. را کامل می شود و حدود و اساس صحت را حدود در ایقاعات نیز می کشاند.^۱

مبحث دوم: شرایط حق ارتفاق در نظامی حقوقی افغانستان

در این مبحث کوشش شده است که نخست شرایط حق ارتفاق را در نظام حقوقی افغانستان به شکل فشرده و سپس اسباب کسب آن به طور خلاصه بررسی شود.

گفتار اول: شرایط حق ارتفاق

حق ارتفاق که یک حق عینی غیر منقول می باشد که نه تنها در مقابل غیر منقول مرتفق به، بلکه در مقابل همه قابل استناد می باشد. حق ارتفاق شرایط و دارای یک سلسله خصوصیات است که در اینجا به بیان آن می پردازیم:

بند اول: حق ارتفاق یک حق عینی اصلی عقاری است

حق ارتفاق یک حق عینی اصلی عقاری می باشد که به اموال غیر منقول اصلی تعلق می گیرد؛ به عبارت دیگر، در پیدایش حق ارتفاق وجود دو مال غیر منقول اصلی لازم می باشد؛ مانند دو زمین مجاور هم. بنابر این، حق ارتفاق به اموال منقول، اموالی که در حکم غیر منقول یا غیر منقول تبعی می باشد، تعلق نمی گیرد. همان طور که بیان شد، حق ارتفاق حق عینی اصلی می باشد؛ یعنی صاحب حق ارتفاق، سلطه مستقیم بر ملک مجاور دارد.^۲

^۱. فاطمه سعادت، امین پور، پیشین، صص ۱۳۲-۱۳۳.

^۲. عبد الحسین، رسولی، پیشین، ص ۱۴۸.

بند دوم: دو مال غیر منقول در کنار هم باشد

امتیاز به سود یکی و به زیان دیگری باشد؛ یعنی دو مال غیر منقول در کنار هم باشد که امتیاز و حق ارتفاق به نفع یکی و به ضرر دیگری باشد.^۱

بند سوم: مالک دو مال غیر منقول متفاوت باشند

مالک دو مال غیر منقول متعدد باشند؛ به عبارت دیگر، دو مال غیر منقول متعلق به دو مالک و دو شخص باشد تا حق ارتفاق ایجاد شود. بنابر این، اگر دو مال غیر منقول متعلق به یک شخص باشد و تمام شرایط دیگر را دارا باشد، حق ارتفاق تحقق پیدا نمی کند.^۲

بند چهارم: حق ارتفاق تابع ملک و حقی مستقل نیست

حق ارتفاق قایم به ملک می باشد، نه به مالک آن؛ به عبارت دیگر، حق ارتفاق تابع ملک می باشد و یک حق مستقل نیست. گرچه این حق، به نفع مالک ایجاد می شود؛ اما مالک به مناسبت ملک و برای استفاده بهتر از آن، دارای چنین حقی شده است، نه به طور مستقل. بنابر این، چنانچه ملکی که دارای حق ارتفاق است به شخص دیگر منتقل شود، حق ارتفاق نیز به تبع ملک به وی، منتقل می شود. همچنین، اگر ملکی که حق ارتفاق به زیان و بر قرار شود به دیگری انتقال نماید، حق ارتفاق به زیان آن ملک همچنان باقی می باشد و هیچ یک از نقل و انتقالات تغییری در حق ارتفاق ایجاد نمی کند.^۳

گفتار دوم: اسباب ایجاد حق ارتفاق

بر اساس مواد ۲۳۴۲، ۲۳۴۳، ۲۳۴۴ و ۱۹۱۹ قانون مدنی افغانستان اسباب ایجاد یا کسب حق ارتفاق عبارتند از:

قرارداد، قانون، ارث، اختصاص مالک و مرور زمان. هر یک از این ها، به شکل جداگانه مورد بحث قرار می گیرد. معادل آن، مواد ۱۲۷۲ و ۱۲۷۳ قانون مدنی عراق، ماده ۱۰۱۶ و ۱۰۱۷ قانون مدنی مصر، ماده ۹۶۱ قانون مدنی سوریه، ماده ۱۰۱۹ و ۱۰۲۰ قانون مدنی لیبی می باشد^۴

۱. عبدالحسین، رسولی، پیشین، ص ۱۴۸.

۲. همان، ص ۱۴۸.

۳. همان، ص ۱۴۸.

۴. همان، ص ۱۵۰.

بند اول: قرارداد

یکی از اسباب کسب حق ارتفاق قرارداد می باشد. ماده ۱۹۰۴ قانون مدنی افغانستان مقرر می دارد: «مالک میتواند در ملکیت خود در حدود قانون تصرف نماید.» مثلاً: شخصی در ساحه دارالامان موازی پنج جریب زمین مزروعی در جوار سرک عمومی باسناد قبالة قطعی رسمی و یا رویت سایر اسناد شرعی و قانونی حق و ملکیت متصرفه ذوالیدی دارد نامبرده بحیث مالک زمین می تواند رد زمین مربوطه خویش در حدود احکام قانون در آن تصرف مالکان از قبیل زرع گندم و نهال شانی و اعمار تعمیر و خانه و دکانین و غیره نماید و یا آنرا بالای اشخاص به بیع قطعی بفروش و یا آنرا طور وصیت بموصی له بدهد و یا آنرا طور وقف برای اشخاص محتاج و فقرا و یا موسسه خیریه بدهد در این مورد اشخاص حقیقی یا حکمی خصوصی و یا دولت مخالف کرده نمی تواند و نه مزاحمت خلق می نمایند مگر در قلمرو قانون.^۱

معادل آن، ماده ۱۰۱۲ قانون مدنی اردن می باشد. مالک می تواند به موجب قرارداد برای مالک مجاور حق ارتفاق؛ مانند حق عبور یا حق دیگری در ملک خویش کسب می کند. کسب این حق، می تواند در مقابل عوض باشد که بیع نامیده، یا بدون عوض باشد که هبه اطلاق می شود. در هر صورت، قراردادی ایجاد کننده حق ارتفاق نباید مخالف قواعد آمره، نظم و آداب عمومی باشد.^۲ چنانچه حق ارتفاق از طریق قرارداد کسب می گردد، حتماً شکلیات قانونی ثبت در آن، رعایت گردد.

ماده ۲۲۱۲ قانون مدنی افغانستان می گوید: «ملکیت عقار و سایر حقوق عینی که رد آن شرایط مقرر قانون مبنی بر ثبت اسناد رعایت نشود انتقال نمی نماید.»

این ماده را با ذکر مثال روشن و توضیح می دهیم: مانند اینکه اگر موضوع عقد بیع را موازی پنج جریب زمین عقار مملوکه حسن نام تشکیل دهد و در عین حال حسن مذکور از زمین مبیعه قبالة شرعی قطعی مدارک ملکیت داشته و در دفتر مالیه دهی دولت نیز زمین مذکور بنام حسن ثبت باشد، هر وقتی بایع صاحب زمین بخواهد ملکیت آنرا به علت عقد بیع برای حسین مشتری انتقال نماید، در این صورت برای حسن بایع و حسین مشتری لازم می باشد رعایت منتقل ملکیت عقار را طبق شرایط مقرر قانون مبنی بر

۱. یادگار، راجی سمنگانی، تشریح و توضیح قانون مدنی، ج ۴، ص ۶.

۲. عبدالرزاق، السنهوری، پیشین، ج ۹، ص ۱۳۰۴.

قید اسناد نشر شده انجام می شود. نخست عاقدین ذریعه در خواست رسمی با تقدیم اسناد ملکیت زمین به محکمه مربوط ثبت اسناد (وثایق) مراجعه و بعد از اخذ فورمه دورانی فروش مبیعه و تکمیل فورمه دوران در مرحله دوم در وثیقه قباله قطعی و شرعی رسمی صورت فروش را از اقرار خود باسم مشتری به شهادت دو نفر شاهدان معرفت و ملکیت خویش طبق شرایط مقرر قانون مبنی بر ثبت اسناد اجراء و بعد از طی مراحل شرعی و تحویل محصول مقرر طبق لائحہ ستره محکمه و ثبت آن به ثبت کننده وثیقه قباله رسمی مذکور و بعد از مهر و امضاء قضائی و وثیقه مذکور به حیث سند قانونی رسمی ملکیت به مشتری سپرده است که مشتری و وثیقه قباله قطعی مذکور را به دفتر مالیات دولتی برده و به ملاحظه آن مامور موظف دفتر مذکور در مقابل اسم بایع موازی پنج جریب زمین را از اسم بایع وضع و بنام مشتری قید می کند بدین لحاظ انتقال ملکیت پنج جریب زمین مبیعه به سبب عقد بیع به وثیقه رسمی با نام مشتری طبق احکام قانون مبنی بر ثبت اسناد شده می تواند.

هر گاه موضوع عقد عقار را حقوق عینی رهن رسمی تشکیل دهد مطابق ماده ۱۸۳۳ قانون مدنی انتقال حقوق عینی رهن رسمی مذکور مطابق مقرر قانون مبنی بر ثبت اسناد و مدارک قرار فوق رعایت می شود و در غیر آن حقوق عینی رهن رسمی انتقال نمی کند.^۱

بند دوم: قانون

حق ارتفاق امکان دارد که ناشی از حکم مستقیم قانون و مربوط به وضع طبیعی املاک باشد.^۲ ماده ۱۹۱۹ قانون مدنی بیان می دارد: «مالک زمینی که اصلاً به راه عام اتصال ندارد و یا راه مرور به آن نا کافی و دشوار باشد، طوری که احداث راه کافی بدون تحمل مصارف گزاف یا دشواری بزرگ میسر نباشد، میتواند در برابر تعویض عادلانه در زمین همجوار به اندازه لازم تصرف و آن را استعمال نماید. مشروط بر اینکه از حد معتاد تجاوز ننماید و آن حق تنها در موضوع استعمال شده می تواند که با کمترین ضرر رفت و آمد مقصود بدست آید.» مانند: زمین کسی از یک طرف به کوه سنگی و از جانب دیگر به کنار دریا بزرگ متصل باشد اصلاً به راه عام اتصال ندارد و یا راه مرور به آن نا کافی و دشوار باشد چنانچه احداث راه

۱. یادگار، راجی سمگانی، پیشین، ج ۴، صص ۲۷۰-۲۷۱.

۲. عبد المنعم، فرج صده، اصول القانون، صص ۹۸-۹۹.

کافی از جناح کوه سنگی و یا ساختن پل بالای دریا بدون تحمل مصارف گزاف نسبت عدم دارائی کافی میسر نباشد؛ در این صورت مالک زمین می تواند در برابر تعویض عادلانه در زمین همجوار که به راه عام اتصال دارد، به اندازه لازم راه را به اجازه وی احداث و آنرا تصرف و استعمال نماید، مشروط بر اینکه از حد معتاد اهل قریه و ضرورت لازم تجاوز ننماید و با کمترین ضرر به همسایه راه رفت و آمد مقصود بدست آید و زیان عاید از نگاه عدم راه مورد نظر مرفوع گردد.^۱ عین این مطلب را بند ۱ ماده ۸۱۲ قانون مدنی مصر، بند ۱ ماده ۸۲۱ قانون مدنی لیبی و ماده ۷۴ و ۷۵ قانون ملکیت عقاری لبنان مقرر نموده اند. شرایط حق ارتفاق قانونی قرار شرح زیر است:

اول- زمین محبوس مانده باشد و به راه عام اتصال نداشته باشد.

دوم- راه عبور و مرور برای استعمال و بهره بر داری ضروری باشد.

سوم- محبوس ماندن زمین در اثر عمل مالک زمین نباشد.^۲

بند سوم: ارث

حق ارتفاق ممکن می باشد که از راه ارث ایجاد شود؛ مانند زمینی که قبلاً ملک یک نفر بوده سپس به دلیل مرگ مالک، زمین یاد شده، به وارث وی منتقل می شود، بعضی از قطعات زمین یاد شده که از چهار طرف محصور اراضی یاد شده می باشد به یکی از وارث می افتد که راه عبور به راه عام ندارد. همان طور که اصل زمین از طریق ارث به او می رسد راه عبور و مرور به آن، نیز از طریق ارث به او می رسد، یا با مرگ صاحب حق ارتفاق، آن حق، به وارث وی منتقل می شود.^۳ ماده ۲۳۴۲ قانون مدنی در این خصوص مقرر می دارد: «حق ارتفاق باساس تعهد قانونی یا ارث حاصل شده می تواند، مرور زمان باعث کسب حق ارتفاق نمی گردد. مگر در مورد ارتفاق از قبیل حق مرور.» از ماده مذکور دانسته می شود که: الف: حق ارتفاق باساس تعهد قانونی مانند اینکه بایع بر مشتری حق مرور بر زمینی را که بر مشتری می فروشد شرط گذارد و یا حقا به را به زمین دیگری که ملک وی می باشد شرط بگذارد که در اثر این شرایط حقوق مذکور برای بایع تثبیت می گردد.

^۱. یادگار، راجی سمگانی، پیشین، ج ۴، ص ۱۵.

^۲. عبد المنعم، فرج صده، پیشین، صص ۹۴-۹۷.

^۳. عبد الحسین، رسولی، پیشین، ص ۱۵۱.

ب: هر گاه حق ارتفاق برای عقار ثابت باشد و کسی پیدا نشود تا وقت ثبوت آنرا بداند مانند اینکه کسی زمین زراعتی دارای حق مرور و مسیل بر عقار دیگر را به ارث ببرد و وقت ثبوت حق بر عقار معلوم نباشد و بعد از آن زمین به ارث برده شود در اثر تقادم زمان وارث حق مذکور به دیگری منتقل می شود.^۱ شبیه این مورد را بند ۱ ماده ۱۰۱۶ قانون مدنی مصر، بند ۱ ماده ۱۰۱۹ قانون مدنی لیبی و بند ۱ ماده ۱۲۷۲ قانون مدنی عراق مقرر نموده است.

بند چهارم: اختصاص مالک

ماده ۲۳۴۴ قانون مدنی در این خصوص تصریح نموده است: «تخصیص از جانب مالک اصلی وقتی موجود میشود که مالک دو عقار منفصل از هم در بین دو عقار مذکور علایم ظاهری احداث نماید که به اساس آن بین آن دو عقار چنین علامه 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 طریق 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 می شود، مگر اینکه شرط صریح مخالف آن باشد.» به طور مثال: مالک دو عقار در بین دو زمین خود راه را احداث و علایم ظاهری از قبل سنگ فرش کرده راه و احاطه راه توسط گل و سنگ و چوب به عرض دو مسیر به عمل آورد و بگذشت زمان علایم مذکور به طور طبیعی راه ایجاد گردد که اگر دو عقار مذکور ملک دو نفر فرض شود به وجود حق ارتفاق دلالت نماید. در این حال ملکیت دو عقار مذکور بدون تغییر به همان حالت به دو نفر دیگر از قبل بیع شرا و انتقال نماید حق ارتفاق بین دو عقار مذکور به نفع و زیان مالکان عقار جدید ثابت محسوب می شود، مگر این که شرط صریح مخالف آن مبنی بر اینکه یک مالک عقار به حق ارتفاق ضرورت نداشته از آن صرف نظر نماید در این صورت حق ارتفاق او ساقط می گردد.^۲

مثل این مورد است ماده ۱۰۱۷ قانون مدنی مصر، ماده ۱۰۲۰ قانون مدنی لیبی، ماده ۱۲۷۵ قانون مدنی اردن و بند ماده ۱۲۷۳ قانون مدنی عراق مقرر کرده اند.

^۱. یادگار، راجی سمگانی، پیشین، ج ۴، صص ۳۶۲-۳۶۲

^۲. همان، ج ۴، صص ۳۶۳-۳۶۴.

از ماده مذکور، استفاده می شود که اختصاص مالک برای ایجاد حق ارتفاق در شرایط زیر محقق می شود:

اول- حق ارتفاق باید واضح و روشن باشد. بنابر این، چنانچه حق ارتفاق واضح و روشن نباشد، زمینه ضرر زدن به غیر فراهم می شود.

دوم- ثابت شود که دو مال غیر منقول، قبلاً مال یک شخص بوده.

سوم- علامت ظاهری که قرینه وجود حق ارتفاق است، ناشی از عمل مالک باشد. بنابر این، چنانچه علامت ظاهری که قرینه وجود حق ارتفاق می باشد، گرفته شده از عمل اجاره گیرنده یا سود گیرنده باشد، باعث ایجاد حق ارتفاق نمی شود، مگر این که مالک آن را تأیید کند.

چهارم- ظاهری ایجاد شده میان دو غیر منقول باید دایمی باشد، نه به صورت موقت.^۱

بند پنجم: مرور زمان

حق ارتفاق در مورد عبور و مرور با مرور زمان کسب می شود؛ مانند این که شخصی روی زمین دیگری مدت پانزده سال عبور و مرور کند و کسی در این مدت، مانع او نشود، بعد از مدت پانزده سال، اگر صاحب زمین مانع شود، این مانع، تاثیر نمی کند و برای شخص استفاده کننده در اثر استفاده پانزده سال، حق عبور و مرور ایجاد گردیده است. ماده ۲۳۴۲ قانون مدنی در این خصوص مقرر می دارد: «مرور زمان باعث کسب حق ارتفاق نمی گردد، مگر در مورد ارتفاق از قبیل حق مرور». عین این بحث را بند ۲ ماده ۱۰۱۶ قانون مدنی مصر و بند ۲ ماده ۱۰۱۹ قانون مدنی لیبی، بند ۲ ماده ۲۷۲ قانون مدنی عراق مقرر نموده اند.^۲

مبحث سوم: وجوه اشتراکات و افتراقات

در این مبحث به بررسی وجوه مشترک و ما به الامتیاز حق ارتفاق در نظام حقوق ایران و افغانستان طی دو گفتار یعنی در گفتار نخست اشتراکات نظام های مذکور بررسی می شود و در گفتار دوم افتراقات بیان خواهد شد.

^۱. محمد طه، البشیر، و غنی، حسون طه، الحقوق العينية الا صلیه - الحقوق الیعیة التبعية، صص ۳۳۰ - ۳۳۱.

^۲. عبد الحسین، رسولی، پیشین، ص ۱۵۳.

گفتار اول: وجوه اشتراکات

از آن رو که نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران از فقه امامیه و نظام حقوقی افغانستان از فقه حنفی برگرفته شده است، وجوه مشترک هر دو نظام قرار ذیل می باشد:

- ۱_ حق ارتفاق یک حق عینی است در هر دو نظام
- ۲_ حق ارتفاق فرع ملکین زمین است در هر دو نظام
- ۳_ حق ارتفاق حق دایمی است در هر دو نظام
- ۴_ حق ارتفاق قابل تقیسم و تجزیه نیست در هر دو نظام
- ۵_ حق ارتفاق تنها به املاک و اراضی اختصاص دارد در هر دو نظام
- ۶_ حق ارتفاق مغایر حق مالکیت است در هر دو نظام
- ۷_ در هر دو نظام وجود دو ملک همجوار با از بین رفتن هر یک از دو ملک حق ارتفاق زایل می شود.

- ۸_ در هر دو نظام حق ارتفاق یک حق مالی است
 - ۹_ در هر دو نظام ایجاد حق ارتفاق به موجب قانون می باشد
 - ۱۰_ در هر دو نظام کسب حق ارتفاق بوسیله طبیعت می باشد
 - ۱۱_ در نظامین حق ارتفاق ناشی از عقد است
 - ۱۲_ در نظامین حق ارتفاق ناشی از مرور زمان است.
 - ۱۳_ در هر دو نظام ایجاد حق ارتفاق به موجب قرارداد است
 - ۱۴_ در هر دو نظام ایجاد حق ارتفاق به سبب عمل انسان است
- سپس خلاصه این بحث وجوه مشترک این دو نظام در خصوص حق ارتفاق بیشتر می باشد نسبت به وجوه افتراقی و امتیازی آنها.

گفتار دوم: وجوه افتراقات

از آن رو که نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران از فقه امامیه و نظام حقوقی افغانستان از فقه حنفی برگرفته شده است، وجوه افتراق هر دو نظام قرار ذیل می باشد:

۱: دو مال غیر منقول در کنار هم باشد، در نظام حقوقی افغانستان حق ارتفاق، مجاور در کنار هم پیوسته بوجود می آید، شرط اصلی و الزامی آن پیوستگی و همجواری آن می باشد. و در نظام حقوقی ایران علاوه بر دو ملک مجاور و پیوسته میان دو ملک از هم جدا و دارای فاصله زیاد بوجود می آید، یعنی اتصال دو ملک از شرایط لازم حق ارتفاق نیست و می تواند دو ملکی که غیر متصل است نیز بوجود بیاید. مانند: مجرای آب و چراگاه در زمین های غیر متصل.

۲: حق ارتفاق دائمی است، در نظام حقوقی افغانستان قرارداد و مرور زمان می تواند حاکم بر آن باشد و پس از زوال قرار داد حق ارتفاق از بین می رود. در نظام حقوقی ایران حق ارتفاق علاوه بر دائمی بودن، مگر با دلائل شدن یکی از دو ملک به جهت بودن دو ملک از ارکان حق ارتفاق می باشد، که با نابودی هر یک از آنها حق ارتفاق نیز از بین می رود.

۳: در نظام حقوقی ایران ایجاد حق ارتفاق به وسیله طبیعت که از اثر آبهای طبیعی و آبهای باران و خانگی بوجود می آید، این آبها از اثر سرازیر شدن از نقاط مرتفع به سطوح پایتتر و یا هم از اثر جریان و یا عبور آبهای باران و آبهای خانگی از یک ملک به ملک دیگر سبب ایجاد حق ارتفاق می شود. ولی این در نظام حقوقی افغانستان سبب کسب حق ارتفاق نمی گردد.

۴: حق ارتفاق با ارث کسب می شود در نظام حقوقی افغانستان و در نظام حقوقی ایران با ارث ایجاد نمی شود.

نتیجه گیری فصل :

در دومین فصل از این تحقیق، شرایط حق ارتفاق در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و افغانستان مورد مطالعه قرار گرفته. این فصل، دارای سه مبحث است. در مبحث نخست آن شرایط و اسباب ایجاد حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و در مبحث دوم آن شرایط و اسباب پیدایش حق ارتفاق در نظام حقوقی افغانستان به بررسی گرفته است.

از مجموع مطالب ارائه شده در این فصل، روشن گردید، که شرایط حق ارتفاق موارد زیر است. حق عینی قائم به ملک است و اختصاص به زمین دارد، تابع و فرع مالکین زمین است، حق ارتفاق دائمی است، حق ارتفاق قابل تقسیم نیست، حق ارتفاق تنها به املاک و اراضی اختصاص دارد، حق ارتفاق مغایر حق مالکیت است، وجوه دو ملک همجوار و حق ارتفاق یک حق مالی می باشد. و اسباب ایجاد حق ارتفاق

این ها می باشد. قانون، قرارداد، بوسیله طبیعت و به اعتبار عمل انسان می باشد. سپس ارتفاق ناشی است از عقد، ایقاع و مرور زمان، در صورت عدم این موارد حق ارتفاق بوجود نمی یابد.

در نظام حقوقی افغانستان شرایط حق ارتفاق عبارت از: یک حق عینی اصلی عقاری می باشد، دوماً غیر منقول در کنار هم باشد، مالک دو مال غیر منقول متفاوت باشند و حق ارتفاق تابع ملک و حق مستقل نیست. و اسباب کسب حق ارتفاق، قانون، قرارداد، ارث، اختصاص مالک و مرور زمان می باشد. که این اسباب مذکور حدود و قلمرو را معین می سازد.

در نظام حقوق ایران و افغانستان که صرفاً تشابه اسمی و اشتراکات لفظی دارند. اما شرایط حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران نسبت به نظام حقوقی افغانستان بیشتر می باشد، ولی اسباب کسب این حق در نظام حقوقی افغانستان زیاده‌تر می باشد نسبت به نظام حقوقی ایران، وجوه مشترک شان بیشتر است بین نسبت به افتراق و امتیاز آن در نظامین، اشتراک و تفاوت های چشم گیری دارند.

فصل سوم: آثار حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان

در آمد

در این فصل آثار حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان مورد مطالعه قرار می گیرد. در قالب سه مبحث می باشد، مبحث نخست آثار حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران که این مبحث دارای سه گفتار می باشد، در گفتار اول آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق نسبت به صاحب حق، در گفتار دوم آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق نسبت به مالک ملک حق ارتفاق و در گفتار سوم اسباب زوال حق ارتفاق مورد بررسی قرار خواهد گرفت، در مبحث دوم آثار حق ارتفاق در نظام حقوقی افغانستان است که این مبحث دارای چهار گفتار می باشد، در گفتار نخست آثار خاص حق ارتفاق، در گفتار دوم آثار مشترک حق ارتفاق، در گفتار سوم تجریه عقار مرتفق و مرتفق به و در گفتار چهارم اسباب پایان یافتن حق ارتفاق مورد تفحص قرار می گیرد و در مبحث سوم وجوه اشتراکات و وجوه افتراقات هر دو نظام بررسی می شود.

مبحث اول: آثار حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران

در این مبحث سعی برین شده است که نخست آثار حق ارتفاق را در نظام حقوقی ایران به طور فشرده و سپس اسباب زوال آن به شکل خلاصه بررسی شود.

گفتار اول: آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق نسبت به صاحب حق

در این گفتار سعی برین شده است که آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق نسبت به مالک حق، در قالب سه بند تدین شده، در بند نخست آن قلمرو و حدود حق ارتفاق، در بند دوم تکالیف صاحب حق ارتفاق و در بند سوم اختیارات مالک و صاحب حق ارتفاق مورد بررسی و مطالعه قرار گرفته است.

بند اول: قلمرو و حدود حق ارتفاق

معیار و حدود حق ارتفاق ملحق و وابسته به علت و عواملی می باشد. که سبب ایجاد این حق شده می تواند. فلهمذا حق متذکره در نتیجه حکم قانون پیدا شده است، کیفیت و قلمرو آن نیز حتما از قانون بیرون شود. و در صورتی که حق ارتفاق گرفته شده از اعمال انسان باشد، حتما به قرار دادی که آن را پیش بین کرده و اساس ایجاد حق ارتفاق بوده است. مراجعه نماید. و اگر این حق در نتیجه مرور زمان ایجاد

شده باشد، قوانین و مقررات که این حق با استناد به آن پیدا شده است. حتما مورد بررسی قرار گیرد. و اگر حق هذا گرفته شده از ایقاع باشد. حتما نیت و اراده فرد واگذار کننده مورد تفحص و تحلیل قرار گیرد. و قلمرو این حق با تفسیر اراده او معین گردد. ماده ۹۴ ق.م. در این خصوص مقرر می دارد: «صاحبان املاک می توانند در ملک خود هر حقی را که بخواهند نسبت به دیگری قرار دهند در این صورت کیفیت استحقاق تابع قرارداد و عقدی است که مطابق آن حق داده شده است.» ماده ۱۰۷ ق.م. نیز راجع به کیفیت و قلمرو تصرفات مالک حق ارتفاق چنین می گوید: «تصرفات صاحب حق در ملک غیر که متعلق حق اوست باید به اندازه ای باشد که قرار داده اند و یا به مقدار متعارف و آنچه ضرورت انتفاع اقتضا می کند. ماده هذا ترجمه ای از ماده ۷۰۲ ق.م. فرانسه می باشد. این ماده تصریح دارد: «هر شخصی که دارای حق ارتفافی است که شناوه خود می تواند از آن مطابق استحقاقش استفاده کند، بدون اینکه قادر باشد هیچ تغییری که وضعیت آن را بدتر کند، بر ملک داری حق ارتفاق و بر ملک مورد ارتفاق ایجاد نماید.» با بررسی به این ماده معیار و حدود حق ارتفاق ملحق مدلول قرارداد می باشد. و از آن مدلول قدرت تجاوز را ندارد. و در صورت تجاوز از مدلول قرارداد قدرت ندارد که از حدود متعارف و ماده ۱۳۲ قانون مدنی فراتر برود.^۱

الف: ارتفاق تبعی یا ثانویه

بخاطری معرفت بهتر معیار و قلمرو حق ارتفاق سزاوار می باشد که به ارتفاق تبعی اشاره کند. از آنجائی که بهره برداری از این حق از نظر عقلی بدون بهره از وسایل مقدماتی که موجب تصرف بیشتری در ملک مورد ارتفاق است. ممکن نیست، ایجاد حق ارتفاق در برگیرنده مقدمات و وسایلی که بخاطری مستفید شده از آن حق لازمی می باشد. ماده ۱۰۴ ق.م. در این مورد مقرر می دارد: «حق الارتفاق مستلزم وسایل انتفاع از آن حق نیز خواهد بود مثل اینکه اگر کسی حق شرب از چشمه یا حوض یا آب انبار غیر دارد حق عبور تا آن چشمه یا حوض و آب انبار هم برای بر داشتن آب دارد.» مجازی ایجاد شده در این ماده استناد بر قاعده فقهی آشکار شده ضروری می باشد. که بر مبتنی آن (لاذن الشی اذن فی لوازمه) بخاطری عمل نمودن هر فعلی عقلا توقف بر فعلی مقدمات و لوازم آن می باشد. بنظر می رسد، ماده ۱۰۴ ق.م. ایران از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است. بخاطری که ماده ۶۹۶ ق.م. فرانسه بدین شکل درست

۱. محمد جعفر، لنگرودی، پیشین، ص ۲۹۸.

شده است: «وقتی حق ارتفافی بوجود می آید. فرض آن است که تمام آنچه برای استفاده از آن حق ضروری است اعطاء می شود. بنابر این حق بر داشتن آب از چشمه دیگری ضرورتاً حق عبور به آن را بطور ضمنی اجازه می دهد.» قابل یاد آوری می باشد که وسایلی و مقدمات ذکر شده حتماً بخاطری استفاده از حق ارتفاق لازمی است. نه اینکه صرفاً فایده مند باشد، فلذا حق مجری ضرورتاً مستلزم عبور از ملک دیگری نیست. اگر چه عبور سبب آسان مستفید شدن از حق مجرای است. و هم چنین بهره مند شدن از حق ارتفاق به دلیل صورت نگیرد. استفاده از وسایلی و مقدمات آن نیز عقلاً مجاز نخواهد بود.^۱

ب: تقسیم ملک صاحب حق ارتفاق

مطابق ماده ۵۹۸ ق.م. ایران هر یکی از شرکای مالی قدرت دارند که هر وقتی بخواهد اقتضائی تجزیه مال مشاع را کند. الا در مواردی که تجزیه به موجب این قانون منع یا شرکاء به وجه لازمی واجب کرده شده بر عدم تقسیم شده باشند. و ایجاد حق ارتفاق ممنوع از تقسیم ملک نخواهد شد. بلکه پس از تجزیه صاحبان حصه ها از همان حق، بصورت دسته جمعی بهره برداری خواهند نمود. ماده ۱۰۳ ق.م. ایران که از ماده ۷۰۰ ق.م. فرانسه گرفته شده است که در این خصوص چنین مقرر دارد: «هرگاه شرکاء ملک دارای حقوق و منافع باشند و آن ملک بین شریک ها تجزیه شود. هر فرد از آنان به اندازه سهم خویش، صاحب آن حقوق و منافع خواهد بود. مثل اینکه اگر ملکی دارای حق عبور در ملک غیر بوده و آن که دارای حق می باشد بین چند شخص منقسم شود، هر یک از آنان حق عبور از همان محلی که قدیماً حق داشته است خواهد داشت. از این ماده فهمیده می شود که قلمرو و حدود حق ارتفاق بعد از تجزیه ملک مالک حق تغییر نخواهد نمود. و مثل فرصت قبل از تقسیم آن خواهد بود. تجزیه ملک امکان دارد به شکلهای مختلفی صورت گیرد. چنانچه ملک مشترک میان شرکاء افزای یا تجزیه شود. و هر حصه به یک از آنها مختص یابد. که در این حالت صاحبان هر حصه دارای حق ارتفاق در ملک مورد ارتفاق می باشند. فلذا امکان دارد که تجزیه ملک مالک ارتفاق اخذ شده از ارث بردن چند ورثه است. که در این زمینه حق ارتفاق به شکل قبل از وراثت باقی خواهد ماند با این تفاوت که افراد گوناگون از این حق استفاده خواهند کرد. در دسته بندی بین وارث و هر وارث حصه خویش را از اموال غیر منقول با توجه با مستفید شدن های همیشگی

۱. احمد سلیمانی، نژاد، پیشین، صص ۶۰-۶۱.

ظاهری، مستمر و لازمی که در وقتی مرگ مورث ایجاد دارد، می برد و یا منتقل می کند. یعنی هر وارث سهم خویش را همراه با حقوق و تکالیف ایجاد شده در وقتی مرگ مورث منتقل می کند.^۱

تجزیه ملک مالک حق ارتفاق امکان دارد که در نتیجه بیع جزئی از آن به دیگری باشد. در حالت هذا آن ملک به دو جزء مبدل شده و هر جزء دارای همان حق ارتفاق پیش از فروش و تجزیه ملک خواهد بود. به متن دیگر چنانچه ملکی بشکلی قهری یا ارادی منتقل کند. حق ارتفاق نیز به تبع آن انتقال می شود. ماده ۱۰۲ ق.م. حکم کلی آن را بیان می دارد: «هرگاه ملکی کلا یا جزئا به کسی منتقل شود و برای آن ملک حق الارتفاقی در ملک دیگر یا در جزء دیگر همان ملک موجود باشد آن حق به حال خود باقی می ماند مگر اینکه خلاف آن تصریح شود.» البته می توان گفت حکم این ماده بطوری کلی تری در ماده ۳۵۶ ق.م. پیش بینی شده است.^۲

ماده ۳۵۶ ق.م. می گوید: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا ملحوق محسوب شود. یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید. داخل در بیع و متعلق به مشتری است. اگر چه در عقد صریحا ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند.» چون حق ارتفاق نسبت به ملک مورد انتقال حقی تبعی می باشد. از توابع ملک محسوب می شود و همراه با ملک به منتقل الیه انتقال می یابد. و بدین علت وقتی تردید، اساس انتقال حق ارتفاق به تبعیت از انتقال ملک می باشد و سکوت مشتری دلالت بر آن دارد. الا اینکه به تصریح قسمت اخیر ماده ۱۰۲ ق.م. خلاف آن در سند انتقال مقرر شده باشد. مانند اینکه منزلی دو راه داشته باشد. که یکی از آن دو به موجب حق ارتفاق مقرر گردیده باشد. در وقتی انتقال منزل آن را با یک راه انتقال دهد. و راهی را که به موجب حق ارتفاق ایجاد شده است از مورد انتقال ساقط کند.

در حقوق انگلیس حق ارتفاق که ملحوق به تبع ملک صاحب ارتفاق پیدا شده بدون احتیاج به بیان یا مستفید شدن از واژه کلی با ملک مالک ارتفاق نقل داده می شود. به جهت اینکه حق ارتفاق مزبور برای بهره مندی و کار گرفتن بهتر و سودمند تر از ملک لازمی می باشد. به عبارت دیگر هر چه برای مستفید شدن از ملک لازمی و مورد احتیاج می باشد جزء توابع ملک قلمداد می شود و با یکجا نمودن آن نقل

^۱ احمد سلیمانی، نژاد، پیشین، صص ۶۲-۶۳

^۲ محمد جعفر، لنگرودی، پیشین، ص ۲۹۵.

ایجاد می نماید. علاوه بر آن در حقوق انگلیس بر این نکته تاکید نموده است که تجزیه ملک صاحب ارتفاق علت الغاء حق ارتفاق نمی شود. بلکه صاحب آن هر حصه دارای حق مستفید شدن از ارتفاق در جزء خویش دارد. و قدرت دارد که از آن در جزء خویش بدون اینکه بار اضافی را بر ملک مورد ارتفاق اعمال نماید، مستفید شوند. الا اینکه خلاف آن قرارداد شده باشد. پس تجزیه ملک صاحب ارتفاق علت تحمیل بار زیاد بر ملک مورد ارتفاق نخواهد شد.^۱

ج: عدم تغییر در کمیت حق ارتفاق بعد از تقسیم

با اهتمام به ماده ۱۰۲ و ۱۰۳ ق. م. وقتی نقل یا تجزیه ملک صاحب ارتفاق به قسم خودش گذاشته می شود و تغییری در آن پیش کرده نمی شود. ولی امر هذا در حالت می باشد که تجزیه یا نقل آن ملک علت زیادی کمیت یا اندازه ی حق هذا نشود. بشکلی که در وقتی تجزیه هر یک از شریک ها به مقدار سهم خود، ملک آن حق می شوند. و در کل حقوق شریک ها زیاد از اندازه حق پیش از تجزیه ملک صاحب حق نباشد. هدف که قابل تأمل است اینکه اگر ملکی در ملک دیگر حق ارتفاق داشته باشد و حق ارتفاق هذا تنها بخاطری بهره برداری نمودن حصه ی از ملک است و بخش دیگر قدرت ندارد که از آن مستفید شود و یا نیاز به آن نداشته باشد فلذا از تجزیه ملک مالک ارتفاق حق هذا مختص آن حصه ی خواهد شد که از آن مستفید شده است. مانند: باغ و سیلی حصه ی از آن از کانال که برای نوشیدن می باشد و حصه ی دیگر آن از دریا خانه که حتما آب آن از ملک مجاور عبور نماید نوشیده شود و این باغ میان دو شخص تجزیه شود و حصه ی که از کانال که برای نوشیدن می باشد سهم یکی از همان دو نفر و حصه ی که از آن دریا خانه که برای نوشیدن است در سهم دیگری یکجا شود تنها حصه اخیر حق مجری از ملک مجاور دارد و قدرت از دریا خانه به جهت نوشیدن و استفاده از سهم خویش آب ببرد.^۲

در خصوص این موضوع قسمت نخست ماده ۱۰۲۴ ق. م. مصر می گوید: «هرگاه ملک صاحب حق ارتفاق تقسیم شود. حق ارتفاق برای هر جزء به شکل قبل از تقسیم باقی ماند. بطوریکه تقسیم ملک سبب افزایش مقدار حق مزبور در ملک مورد ارتفاق نشود.» علاوه بر ماده هذا ماده ۷۰۰ ق. م. فرانسه در خصوص

^۱. احمد سلیمانی، نژاد، پیشین، ص ۶۴.

^۲. سید حسن، امامی، پیشین، ص ۱۱۰.

نبود توسعه حق هذا صراحت دارد: «... پس اگر این حق ارتفاق حق عبور باشد همه مالکان باید این حق را در محل خودش اعمال نمایند.»

قسمت دوم ماده ۱۰۲۴ ق. م. مصر در این خصوص مقرر دارد: «اگر حق ارتفاق فقط برای یک جزء از اجزاء تقسیم شده مورد استفاده باشد. مالک ملک مورد ارتفاق می تواند سقوط این حق را نسبت به سایر اجزاء تقاضا کند.^۱

بند دوم: تکالیف صاحب حق ارتفاق

اساساً بخاطری استفاده از حق ارتفاق انجام کارهایی لازم و انجام ندادن یعنی ترک اعمالی دیگر لازمی می باشد. صاحب حق ارتفاق حتما باید تمام افعال لازمی را بخاطری استفاده از این حق را عمل می کند. و از آن عمل کردن کارهایی که مخالف مالکیت ملک مورد ارتفاق می باشد جلوگیری کند. فلذا حق مزبور حق مجری است. استفاده از این حق مستلزم حفر آب راه یا جوی می باشد. که آب در آن جریان پیدا نماید. و در حالتی که این حق حقابه از چاهی است نهادن وسایلی مانند پمپ آب یا چرخ چاه بخاطری بالا نمودن یا بیرون کردن آب از چاه لازمی می باشد بخاطری استفاده خوب تر از این حق می باشد. پس صاحب حق ارتفاق حتما نسبت به آنچه که برای نگهداری از این حق لازمی می باشد اقدام نماید. مانند راهی را که حق عبور از او داشته باشد آنرا پخته نماید. یا چاهی را که حقابه از آن دارا است پنهان کند تا علت آلودگی آن پیدا نشود.

شایان به ذکر است که در قانون مدنی ایران یادآوری از این اعمال ننموده است شاید حجت آن سخن بی اندیشه و آشکار باشد عمل نمودن همچنین کارها از سوی صاحب حق ارتفاق باشد. ولی قسمت نخست ماده ۱۰۲۰ ق. م. مصر در این خصوص می گوید: «صاحب حق ارتفاق می تواند اعمالی را که برای استفاده از حق ارتفاق ضروری است و آنچه را که جهت محافظت از آن ضروری و لازم است انجام دهد...» در ادامه این بحث برخی اعمالی را که صاحب حق ارتفاق حتما نسبت با آن اقدام نماید یا در مکان اعمال حق حتما از آن خوداری نماید مورد بررسی قرار خواهیم داد.

^۱. عبدالرزاق، السنهوری، پیشین، ج ۹، ص ۱۳۶۷.

الف: تجاوز صاحب حق ارتفاق از حدود حق مزبور

مالک حق ارتفاق در وقتی بهره برداری از این حق از قلمرو آن تجاوز نکند و علاوه بر آن حتما بطوری از آن استفاده نماید که کم ترین زیان بر مال مورد ارتفاق پیش شود. مالک حق ارتفاق بخاطری که مال صاحب حق ارتفاق و از این رو مضمون حق از قلمرو آن بالاتر نرود. الا اینکه صاحب حق ارتفافی را که بخاطری ملک مشخصی مختص پیدا نموده بخاطری مرفوع ساختن احتیاجات و نیازمندی ها ملک دیگرش نیز مورد استفاده قرار داده شود. از این رو ملک مالک حق تجاوز کرده است، از این جهت آن حق بخاطری مرفوع نمودن احتیاجات ملک مالک حق مختص یافته و منتشر آن بخاطری مرفوع نمودن احتیاجات ملک دیگر تجاوز از قلمرو ارتفاق می باشد. فلذا مالک حق از این رو موضوع را نیز از قلمرو حق ارتفاق تجاوز ننماید. فلذا اگر حق ارتفاق حق مروری داشته باشد که مالک حق حتما از آن پیاده مرور نماید پس او قدرت ندارد که سواره از آن گذر نماید یا حیوانات را از آن مرور دهد. همه مسائل بالا که ذکر نمودیم در حالتی می باشد تجاوز از قلمرو حق علت داخل شدن زیان است. ولی تجاوز از قلمرو حق علت دخول زبانی نیز می شود تجاوز از حق با الذات سراسیمگی و اضطراب را در وظایف و تکالیف مالک حق بوجود میآورد و من وجب مسئولیت او می باشد.^۱ مالک حق ارتفاق علاوه بر تکلیف نبود تجاوز از قلمرو حق حتما از حق هذا بهره برداری سوء ننماید در نوشتار سوء استفاده از حق ارتفاق واقع شدن زیان بشرط ضروری می باشد. بدین ملحوظ که مالک حق حتما بشکلی از آن بهره برداری نماید که اقل زیان بر ملک مورد ارتفاق داخل شود و اگر به مثل از آن بهره برداری نماید که زیانی وارد به ملک مورد ارتفاق کند و آن زیان بطوری باشد که در حالت استفاده از حق از راه دیگر خوداری از آن امکان داشته باشد علت مسئولیت مالک حق است.^۲

برخی اعتقاد بر این است که مالک حق ارتفاق به هر طوری قدرت دارد از حق خویش بهره مند شود و هر قسم قدرت دارد آن را اعمال نماید. اگر چه زبانی متوجه مال مورد ارتفاق یا برخی املاک شود مشروط بر اینکه نیت از این وجود نداشته باشد. فلذا اگر بنیان خود را بلند نماید که منع کند نور آفتاب

^۱ عبدالرزاق، السنهوری، پیشین، ج ۹، ص ۱۳۷۲.

^۲ سید روح الله، خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۱۸۰.

یا مهتاب را با مستفید شدن آن از جریان هوا شود ایرادی نمی داشته باشد در حالتی که به نیت اذیت و آزار صاحب ملک حق راتفاق یا دیگه املاک نیست و این مضمون گرفته شده از اهمیت به مالکیت و قاعده تسلیط می باشد که در این حالت سوء استفاده از حق ارتفاق معنی خود را از دست می دهد. از این جهت در هر حالت مالک حق ارتفاق قدرت دارد به اتکاء به عدم نیت اذیت و آزار کند و ثابت نماید ایجاد نیت مزبور بخاطری مدعی آن امری که سخت می باشد. بخاطری نیت امری داخلی می باشد که دور نمودن آن کار سهل نمی باشد. در مجموع مالک حق از قلمرو آن تجاوز نماید یا از آن بهره برداری سوء کند حتمی به اعاده وضع بطوری نخست می باشد و جبران و توان پیش شده نیز بر او ضروری است. مقصد جبران و توان پیش شده تنها از مالک حق ارتفاق طلب کرده می شود. ولی اعاده وضع به صورت قبل از تجاوز از مالک حق مزبور و هر شخصی که مال صاحب ارتفاق به او نقل شود بررسی کرده می شود.^۱ جبران و زیان وارد شده در حقوق ایران با توجه به ماده ۲ قانون مسئولیت مدنی خصوص حکم قرار می گیرد، بشکلی که اگر وارد ضرر را احراز نمایم و ضرر هذا اخذ شده از عمل مالک حق ارتفاق است و اگر همچون ارتباط ثابت شود، محکمه رای به جبران و زیان مزبور می کند. ماده ۲ قانون مسئولیت مدنی در این مورد مقرر می دارد: «در موردی که عمل وارد کننده زیان موجب خسارت مادی یا معنوی زیان دیده باشد دادگاه پس از رسیدگی و ثبوت امر او را به جبران خسارت مزبور محکوم می نماید و چنانچه عمل وارد کننده زیان موجب یکی از خسارات مزبور باشد. دادگاه او را به جبران همان نوع خساراتی که وارد نموده محکوم خواهد نمود.» فلهمذا استفاده سوء از حق ارتفاق یا تجاوز از قلمرو آن علت از بین رفتن حق ارتفاق نمی شود، الا اینکه مرفوع نمودن بار اضافی که بدین سبب بر مال مورد ارتفاق تحمیل است غیر امکان باشد. علاوه بر آن درخواست جبران و زیان برای تجاوز از قلمرو حق ارتفاق به مثل باشد که جلوگیری از وسایلی ضروری علت وارد به زیان به صاحب ملک مورد ارتفاق را افراد سوم می باشد. جلوگیری از آنجا وسایلی ضروری مثال های از سوء استفاده از حق ارتفاق است و مالک حق مکلف به پرداخت زیان ذکر شده می باشد.

۱. عبدالرزاق، السنهوری، پیشین، ج ۹، ص ۱۳۷۴.

ب: هزینه و مخارج استفاده از حق ارتفاق

مخارج اعمال ضروری بخاطری استفاده از حق ارتفاق و نگهداری از آن به دوش مالک حق ارتفاق می باشد. بخاطری او شخصی می باشد که از حق ارتفاق سود می برد. و فطرتاً حتماً مصارف و مخارج این استفاده را نیز مهیا نماید. اساسی که تقاضای متحمل شدن مصارف استفاده از حق ارتفاق از طرف مالک حق آن را دارا می باشد، که گرفته شده از نظم کلی نمی باشد. بلکه قدرت در اسناد بوجود حق ارتفاق یا در فرصتی تأخر از آن اتفاق نظر کرده اند. که مصارف های ذکر شده بر دوش صاحب ملک مورد ارتفاق است. در این حالت تعهد صاحب ملک مورد ارتفاق به پرداخت مصارف های ذکر شده تعهدی عینی می باشد. بخاطری که علت تعهد، ملکیت ملک مورد حق ارتفاق می باشد. در یک جمع بندی این تعهد تنها به وارث صاحب ملک مورد ارتفاق انتقال نمی یابد. بلکه به هر شخصی که ملکیت آن ملک به او نقل می شود. فلهمذا در این صورت که مخارج بر بنیادی توافق جانبین در قرارداد بر عهده صاحب ملک مورد ارتفاق مانده می شود. صاحب متذکره قدرت دارد بخاطری آزادی از پرداخت این مخارج از استفاده از این ملک جلوگیری نموده و فایده گرفتن از آنرا به صاحب حق واگذار نموده است.^۱

مطابق ماده ۱۰۵ قانون مدنی، «کسی که حق الارتفاق در ملک دیگر دارد، مخارجی که برای تمتع از آن حق لازم شود که به عهده صاحب حق می باشد، مگر اینکه بین او و صاحب ملک بر خلاف آن قراری داده شده باشد.» که در این حالتی مطابق ماده ۱۰ و ماده ۲۱۹ ق.م. قرارداد هذا میان آنان لازم الاتباع می باشد. مثلاً امکان دارد شخصی پارکینگی آماده می سازد که راه به جاده عمومی دارد در غیر دیگر آن در برگیرنده عبور از ارض مجاور می باشد، مالک زمین مجاور حق عبور به مالک پارکینگ و ماشین های نیاز به پارکینگ را اعطا می کند، اما بخاطری پاک نگهداشتن و سایر مخارج برای هر ماشینی که عبور نموده یکصد ریال به مالک زمین پرداخت می شود توافق و قراری مطابق ماده ۱۰ لازم الاتباع می باشد. فلهمذا بخاطری استفاده از حق ارتفاق بر اساس ماده ۱۰ ق.م. می توان قرار داد های عقلایی زیادی تنظیم می نماید.^۲ ماده ۶۹۸ ق.م. فرانسه در مورد مخارج استفاده از حق ارتفاق و اعمال لازمی بخاطری نگهداری از آن می گوید: «چنین

۱. احمد سلیمانی، نژاد، پیشین، صص ۷۰-۷۱.

۲. سید جلال الدین، مدنی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۳۲۸.

افعالی (افعال لازمی بخاطری استفاده و نگهداری از حق ارتفاق با توجه به ماده ۶۹۷ با مصارف او مالک حق ارتفاق) صورت می گیرد. نه با مصارف صاحب ملک مورد ارتفاق، الا اینکه سند پیدایش حق ارتفاق خلاف آن را مقرر نموده است.^۱ با ملاحظه این دو ماده معین است که ماده ۱۰۵ ق.م. ایران از نظر مضمون مشابهت دارد به ماده ۶۶۸ ق.م. فرانسه می باشد. ماده هذا استناد بر اساس (من له الغنم فعلیه الغرم) می باشد.^۱ در حالتی که صاحب ملک مورد حق ارتفاق از مکان حق مزبور استفاده نماید. به شکل که سودی از مکان حق مزبور حصه برای صاحب حق ارتفاق شود. مخارج استفاده از آن ارتفاق بنسبت سودی که برای هر یک است متوجه می باشد. بر دوش مالک حق ارتفاق و صاحب ملک مورد ارتفاق هست. فلذا ارتفاق مزبور حق عبور است. علاوه بر ملک حق، صاحب ملک مورد ارتفاق از آن مرور می کند. بشکل که سود مکان حق ارتفاق بطوری برابر برای جانبین می باشد. مخارج استفاده و نگهداری از حق ارتفاق به اندازه برابر بر دوش جانبین است.

گرچه حق ارتفاق بالا نمودن آب از چشمه ای در ملک مورد ارتفاق است و صاحب آن به اندازه سه بر چهار از آب چشمه استفاده نمی نماید. سه بر چهار مخارج حفاظت و استفاده از چشمه ها حتما به سبب آن تحویل داده شود. و یک بر چهار باقی مانده بر دوش مالک حق می باشد. بخاطری که در این خصوص تعهد صاحب ملک مورد ارتفاق نسبت به تحویل دادن اندازه ی از مخارج استفاده از حق هذا تعهدی عینی نمی باشد. بخاطری او تحمل نمودن مخارج هذا به علت مالکیت ملک مورد ارتفاق نیست. بلکه تحمل نمودن مخارج به علت فایده بردن از حق مزبور می باشد. که مقدمات و اسباب استفاده از آن را مالک حق مهیا می کند. ماده ۱۰۲۲ ق.م. مصر در این موضوع مقرر می دارد: «۱- مخارج اعمال ضروری بخاطری استفاده و نگهداری از حق ارتفاق هنگامی که مخالف آن شرط نشده باشد بر دوش مالک حق می باشد. ۲- اگر صاحب ملک مورد ارتفاق مکلف به پرداخت مخارج ذکر شده باشد، قدرت دارد که از این تکلیف با جلوگیری از استفاده از ملک مزبور خلاصی یابد. ۳- اگر صاحب ملک مورد ارتفاق از مکان حق هذا استفاده کند مخارج استفاده و نگهداری از آن حق به نسبت سودی که هر یک شان متوجه است می شود.

۱. محمد جعفر، لنگرودی، پیشین، ص ۲۹۷.

بر دوش جانبین می باشد.^۱ و اگر حق ارتفاق تنها به سبب مالک حق استفاده شود. صاحب ملک مورد ارتفاق مکلف به هیچگونه تعمیر نمی باشد. و چنانکه صاحب حق ارتفاق بخواهد به استفاده از ارتفاق مستمر است. حتما کلی آنچه را که بخاطری جور و اصلاح حق ارتفاق ضروری می باشد انجام دهد و حتما عمومی مصارف های که گرفته شده از آن را نیز متحمل نماید.^۲

بند سوم: اختیارات مالک و صاحب حق ارتفاق

اختیارات که قانون برای مالک و صاحب حق مزبور داده است آن تابع عقد و قرارداد می باشد که منعقد شده است و گرچه در قرارداد تصریح نشده باشد، اختیارات هر دو را در این زیر مورد مطالعه و بررسی قرار خواهد گرفت.

الف: منع مالک به اقدام خلاف حق ارتفاق

مطابق ماده ۱۰۶ ق.م. «مالک ملکی که مورد حق الارتفاق غیر است، نمی تواند در ملک خود تصرفاتی نماید، که باعث تضییع یا تعطیل حق مزبور باشد، مگر با اجازه صاحب حق» در یک مکان منظم حقوق عموم اشخاص محترم و مراعات کرده می شود، و هر فرد در قلمرو اعمال و اجرای حق خویش آزاد می باشد، اگر چه صاحب اختیار می باشد هر گونه تصرفی در ملک خویش کند، ولی هنگامی که در ملک حق ارتفافی بر او ثابت شود، تصرفات مالک حتما قسم باشد که به حق ارتفاق خطری وارد نکند. بخاطری که قانون مجاز تجاوز به حقوق سائرین را به هیچ فردی نمی دهد. هدف از واژه (تضییع) در ماده بالا از میان برداشتن حق می باشد، چنانکه صاحب آب حوض که غیر از آن حق نوشیدن دارد خراب، و به زیر زمین و حوض مبدل می شود، و هدف از واژه (تعطیل حق) آن می باشد که صاحب آن عملی را انجام دهد که زمانی مالک حق ارتفاق قدرت نداشته باشد که از حق خویش استفاده نماید، اگر چه فردی که دارای حق المرور در ملک غیر داشته باشد و صاحب آن به سبب ریختن وسایلی ساختمانی بشکل راه را منع نموده باشد، که مالک حق المرور قدرت گذشت از آن را ندارد، و بعد از چند روزی مصالح ساختمانی را برداشته و راه را به مکان قدیمی آن انتقال و استفاده شود، و در هر دو حالت صاحب آن مکلف به زیانی وارده می

۱. عبدالرزاق، السنهوری، پیشین، ج ۹، ص ۱۳۷۴.

۲. احمد سلیمانی، نژاد، پیشین، ص ۷۳.

باشد که به مالک حق ارتفاق وارد می نماید. ماده ۱۰۱ ق.م. به نحوی از مالکیت آب و حق ارتفاق مانند گردانیدن آسیا مقرر می دارد: «هرگاه کسی از آبی که ملک دیگری است به نحوی از انحاء حق انتفاع داشته باشد از قبیل دایر کردن آسیا و امثال آن صاحب آن نمی تواند مجری را تغییر دهد به نحوی که مانع از استفاده حق دیگری باشد» که در این مورد قانون ضروری بودن نگهداری وضع حاضر را طلب نموده، تا بخاطری مالک حق ارتفاق تضییعی به پیدا نشود، اگر برای صاحب جوی امکان دارد که راه آب را تغییر دهد و از دسترسی همسایه که آسیا اش با جریان این آب گردانیده و به چرخش می شود بعید کند، مسئولیت همه زیان وارده بر دوش او می باشد. بخاطری که مالک حق ارتفاق را از اعمال حق خویش باز نموده است.^۱

ب: حدود و اختیارات صاحب حق ارتفاق

حدود و اختیارات مالک حق ارتفاق، تابع عقد و قراردادی می باشد که منعقد شده و چنانچه در قرارداد تبیین نشده باشد، تصرفات مالک حق ارتفاق باید شناخته شده باشد. بخش اخیر ماده ۹۴ ق.م. می گوید: «صاحبان املاک می توانند در ملک خود هر حقی را که بخواهند نسبت به دیگری قرار دهند در این صورت کیفیت استحقاق تابع قرارداد و عقدی است که مطابق آن حق داده شده است.» و هم چنین در ماده ۱۰۷ ق.م. تصریح شده است: «تصرفات صاحب حق در ملک غیر که متعلق حق او است باید به اندازه ای باشد که قرار داده اند و یا به مقدار متعارف و آنچه ضرورت انتفاع، اقتضاء می کند.» ماده ۱۰۴ ق.م. نیز می گوید: «حق الارتفاق، مستلزم و سایل انتفاع از آن حق نیز خواهد بود، مثل اینکه اگر کسی حق شرب از چشمه یا حوض یا آب انبار غیر دارد حق عبور تا آن چشمه یا حوض و آب انبار هم برای برداشتن آب دارد.» از این رو مجازی که متکی به قاعده عقلی (ملازمه) می باشد بخاطری که انجام هر کاری، ایستاد بر انجام مقدمات و سایلی آن می باشد (اذن در چیزی اذن در وسایلی آن می باشد)^۲

^۱. سید جلال الدین، مدنی، پیشین، ج ۱، ص ۳۲۶.

^۲. سید احمد علی، هاشمی، و ابراهیم، تقی زاده، پیشین، ص ۲۴۴.

ج: مسئولیت خسارات وارده به مالک و صاحب حق ارتفاق

قوانین و مقررات تکالیف، قلمرو، وظایف و حقوق هر یک از مالک و صاحب حق ارتفاق را ماده های متفاوت روشن و مشخص نموده است، فلذا هر وقتی در قلمرو حق خویش اقدام نمودی اگر چه زیانی هم به غیر وارد شده باشد مسئولیتی نداشته است، ولی هر یک در استفاده از حقوق خویش تجاوز یا تفریط کند و یا از استفاده آن به غیر خوداری نماید که در اثر آن زیانی به غیر عائد شود بر بنیادی این ماده ۳۳۱ ق.م در اسباب ضمانت آن زیان خواهد است، مانند اینکه صاحب عین از بردن آب جلوگیری کند و به علت آن درختان باغ مالک حق ارتفاق خشک شود، و یا ضرری در مثمر آن درختان پیش شود، صاحب عین بنابر علت ضمانت زیان وارده است، که حتما جبران نماید، چنانچه اگر مالک حق ارتفاق بیشتر از آنچه مجری قدرتی کشیدن آب را داشته باشد آب در آن جاری کند و در کل آب بیرون شود و زراعت صاحب عین آبیاری شود و یا به ساختمان او خطری وارد نشود در غیر آن مالک حق المجری مسئول زیان وارده است. استفاده از ماده ۱۳۲ ق.م. این می باشد که ضامن زیان غیر نمی باشد، ماده ۱۰۰ ق.م که در همین خصوص مقرر نموده است: «اگر مجرای آب شخصی در خانه دیگری باشد و در مجری خرابی بهم رسد به نحوی که عبور آب موجب خسارت خانه شود مالک خانه حق ندارد صاحب مجری را به تعمیر مجری اجبار کند بلکه خود او باید دفع ضرر از خود نماید چنانچه اگر خرابی مجری مانع عبور آب شود مالک خانه ملزم نیست که مجری را تعمیر کند بلکه صاحب حق باید خود رفع مانع کند در این صورت برای تعمیر مجری می تواند داخل خانه یا زمین شود ولیکن بدون ضرورت حق ورود ندارد مگر به اذن صاحب ملک.» رای حکم قسمت نخست ماده اخذا شده از آن می باشد که دو خسارت با یکدیگر مخالفت ایجاد می نماید زیان مالک گرفته شده از مجری و خسارت مالک حق ارتفاق گرفته شده از اجبار و هر دو مسقط می شود و قاعده تسلیط مقدم است و در نتیجه مالک مجری قدرت دارد که در عدم متحمل شدن خسارت آب خویش را ببرد و صاحب مجری حتما مخارجی که مربوط به ملک خویش است پرداخت نماید. حکم قسمت ثانی ماده هم با همان دلیل که مالک حق ارتفاق بایستی راه عبور آب را تعمیر نماید و مرفوع خوداری کند در این حالت برای راه عبور آن قدرت دارد که ورود منزل یا زمین شود به جهت که سلطنت بر حق خویش دارد و هر تصرفی که استفاده حق موقوف بر آن دارد مجاز می باشد در ارتباط مالکان املاک

همسایه خصوصاً در قریه ها مبتنی بر این ماده زیاد می باشد مصادیق زیادی ایجاد می کند هر یک از جانبین کوشش خویش را در مطالبه زیان و یا دور نمودن خسارات، مالک حق می شناسد.^۱

گفتار دوم: آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق نسبت با مالک ملک حق ارتفاق

در این گفتار کوشش برین شده است که آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق نسبت با مالک ملک حق ارتفاق، در قالب دو بند بررسی شده، در بند اول آن تقسیم ملک مورد ارتفاق و در بند دوم آن تغییر موضع استفاده از حق ارتفاق مورد بررسی و مطالعه قرار گرفته است.

بند اول: تقسیم ملک مورد ارتفاق

قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران با پیروی از قانون مدنی فرانسه تنها از تقسیم ملک مورد ارتفاق سخن گفته است. اما بحث از تقسیم ملک مورد ارتفاق ننموده است. ولی ماده ۶۰۴ ق.م. ایران با اقتباس از فقه آن را آورده است. با وجودیکه جای آوردن آن ماده در مبحث تقسیم اموال مشترک نبود.^۲ ماده ذکر شده می گوید: «کسی که در ملک دیگری حق ارتفاق دارد نمی تواند مانع تقسیم آن ملک شود. ولی بعد از تقسیم حق مزبور به حال خود باقی می ماند.» به هر صورت با نظر کردن به ماده هذا کیفیت حق ارتفاق در حالت تقسیم ملک مورد ارتفاق تغییری نخواهد نمود. همان شکل که در وقتی تقسیم ملک مالک حق ارتفاق دچار تغییر و متحول نیست. تجزیه ملک مورد ارتفاق به همان حالت های که در خصوص ملک مالک حق ارتفاق تبیین شد. انجام شود در نتیجه تقسیم ملک مورد ارتفاق هر جزئی از آن به همان طوری پیشین از تجزیه موضع حق ارتفاق می باشد. فلذا این حق نبود اصل بر زمین مورد ارتفاق است. و این زمین تجزیه شود هر جزئی از آن زمین مکان این حق ارتفاق است نبود اصل می باشد. ولی اگر ملک مورد ارتفاق به چند دسته تقسیم شود. اما بهره برداری از حق ارتفاق در عموم دسته ها امکان پذیر نخواهد بود. صاحب جزئی که بهره برداری از این حق در آن امکان نمی باشد. قدرت دارد که از مالک، زوال آن را از جزء مزبور طلب کند. فلذا کسی حق مرور از زمینی را داشته باشد و آن زمین به چند دسته تجزیه شود و مرور مالک حق تنها از یک دسته خاص باشد. صاحبان غیر دسته ها قدرت دارند که ساقط حق مزبور را در دسته های

۱. سید جلال الدین، مدنی، پیشین، ج ۱، ص ۳۳۰.

۲. محمد جعفر، لنگرودی، پیشین، ص ۲۹۶.

خویش از مالک حق اقتضاء نمایند. و فقط دسته مورد استفاده مالک حق مرور به همان طوری که قبل از تجزیه زمین ایجاد شده بود موضع حق ارتفاق قرار گرفته است. پس صاحبان دسته های که حق ارتفاق از آنان مسقط شده نسبت به پرداخت زیان دسته ی که مکان این حق قرار می گیرد توافق شده و از این راه پایان ارزش آن دسته را جبران می نمایند.^۱ به علت نبود تغییر حق ارتفاق بعد از تجزیه ملک مورد ارتفاق حق ارتفافی نسبت به عموم نقل گیرندگان ملک مورد ارتفاق عدم تنظیم اسناد ارتفاق لازم آور می باشند.

الف: تکالیف مالک ملک مورد ارتفاق

صاحب ملکی که حق ارتفاق در آن قدرت اثبات را ندارد در ملک خویش کاری انجام دهد که معارض با حق مالک ارتفاق ایجاد نماید. اساسا کارهای که صاحب ملک مورد ارتفاق را مکلف به آن می سازد فقط انجام ندادن آن کار می باشد. زیرا صاحب ملک مکلف به هیچ کاری نمی باشد. پس از این رو حق ارتفاق خط راست از سوی مالک حق بر ملک مورد ارتفاق می باشد. که عدم مداخله صاحب ملک مورد ارتفاق او را اعمال می نماید. و همه آنچه را که از صاحب حق طلب کرده می شود این از کارهای است که علت خسارت در استفاده از حق ارتفاق است یا این استفاده را با تکلیف یکجا می نماید که از آن باید خوداری کند.^۲

ماده ۱۰۱ ق.م. ایران در خصوص شخصی که از آب غیر حق ارتفاق دارا می باشد می گوید: «هرگاه کسی از آبی که ملک دیگری است به نحوی از انحاء حق انتفاع داشته باشد از قبیل دایر کردن آسیا و امثال آن صاحب آن نمی تواند مجری را تغییر دهد به نحوی که مانع از استفاده حق دیگری باشد.» با نظر کردن به محتوای این ماده صاحب ملک قدرت مصرف استفاده آب را ندارد. که آسیا به زمان و موقع خود نتواند کار کند. قانون مدنی به مثال که در ماده متذکره اکتفا ننموده است بلکه قاعده عمومی را در ماده ۱۰۶ واضح کرده است. ماده ۱۰۶ ق.م. مقرر نموده است: «مالک ملکی که مورد حق الارتفاق غیر است نمی تواند در ملک خود تصرفاتی نماید که باعث تضییع یا تعطیل حق مزبور باشد مگر با اجازه صاحب حق.» این ماده که مترجم شده قسمت نخست ماده ۷۰۱ ق.م. فرانسه می باشد به تضییع و تعطیل حق ارتفاق اشاره کرده

۱. عبدالرزاق، السنهوری، پیشین، ج ۹، ص ۱۳۶۹.

۲. احمد سلیمانی، نژاد، پیشین، ص ۷۶.

است. ماده ۷۰۱ ق.م. فرانسه تصریح نموده است که: «مالک زمینهایی که مورد حق ارتفاق هستند نمی توانند عملی انجام دهند که منجر به کم شدن یا مشکل شدن استفاده از آن گردد. بنابر این آنها نمی توانند وضعیت عرصه ملک را تغییر دهند و نمی توانند اعمال حق ارتفاق را به محلی متفاوت از محلی که در ابتدا برای آن مشخص شده انتقال دهند...» هدف از واژه تضييع که در ماده ۱۰۶ ق.م. ایران ذکر شده است از میان بردن حق می باشد. فلهمذا صاحب چاهی که غیر از آن حق برداشتن آب دارد آن را پر کند. و یا آن را تخریب نماید. بشکل که قابل برداشتن آب نباشد. و هدف از واژه تعطیل حق آن می باشد که صاحب کاری که انجام دهد که زمانی چند مالک حق قدرت نداشته باشد که از حق خویش استفاده کند. مثل شخصی که صاحب حق عبور در ملک غیر می باشد و صاحب آن به سبب ریختن خشت و مصالح آپارتمان یا حفر جوی محل عبور را شکلی منع می کند. که مالک حق قدرت گذر کردن را پیدا نکند. اما بعد از چند روزی مصالح آپارتمان را دور و جوی را پر نماید. در این حالت صاحب آن رای مدتی چند روزی مانع بهره برداری مالک حق ارتفاق می شود.^۱ در مقابل مشقت و تکالیف بالا مذکور صاحب ملک مورد ارتفاق صاحب حقی می باشد. من جمله اینکه فرد قدرت دارد که از ملک خویش به هر طوری و برای هر مرامی که توافقی کار گرفتن و بهره برداری و مستفید شدن از حق ارتفاق است. بهره مند شدن از این حق مالک حق ارتفاق قدرت ندارد که مستفید شدن او را منع نماید مگر اینکه صاحب ملک مورد ارتفاق بشکل واضح بر خلاف آن موافق نموده باشد.^۲

ب: خوداری مالک ملک مورد ارتفاق از اعمال مغایر حق ارتفاق

اعمال حق مالکیت با حق ارتفاق ملحق و ارتباط پیدا نباید کند و هر وقتی که حق ارتفاق بر ملکی ترتیب داده شود، این حق صاحب ملک مورد ارتفاق را از ملک خویش منع نمی نماید اگر چه ملک مورد ارتفاق و جای از آن در تحت مالکیت او می باشد و قدرت دارد که عموم حقوق مالکیت را در آن اعمال کند. و چنانچه حق ارتفاق حق مرور از مکان مشخصی است این مکان زیر سلطه صاحب ملک مورد ارتفاق می باشد. او قدرت دارد هر آپارتمانی در آن جور نماید، مشروط به مسافتی که برای مرور مالک حق ارتفاق

^۱. سید حسن، امامی، پیشن، ص ۱۰۴

^۲. نرگس، کارگر، بررسی مقایسه ای حق ارتفاق و انتفاع در فقه و حقوق موضوعه، (پایان نامه ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی)، ص ۷۰.

انجام دهد. علاوه بر آن صاحب مزبور قدرت دارد مثل مالک حق ارتفاق از آن مرور نماید. هکذا مشروط به اینکه مرور او مانع مرور مالک حق نیست. مانند صاحب ملک مورد ارتفاق قدرت دارد در آخر این راه دربی نصب نماید مشروط بر اینکه کلیدی آن را به مالک حق تحویل کند. ضروری می باشد که صاحب ملک مورد ارتفاق مانع استعمال حق ارتفاق نشود و یا کاری او سبب خسارت در استعمال آن یا استعمال همراه با تکلیف نباشد. این وظیفه در برابر مشقت مالک حق ارتفاق می باشد که اعمال حق از طرف وی علت پیدایش سختی ها برای صاحب ملک مورد ارتفاق نیست. فلذا حق ارتفاق مرور است صاحب ملک مورد ارتفاق قدرت ندارد که در آن زراعت کند یا درخت غرس نماید به جهت همچون کارهای که مانع حق مرور می شود یا مرور همراه با سختی و تکلیف است. با وجودیکه حق مزبور حق چرا است صاحب ملک قدرت ندارد که در آن زمین منزلی آباد نماید یا کارخانه ای جور کند به جهت که در این حالت ملک مزبور سودمند بخاطری چرا نمی باشد.^۱

بدین وسیله صاحب ملک مورد ارتفاق قدرت ندارد که تغییرات یا واژه ها را در ملک خویش حالت دهد که با استفاده از حق ارتفاق به سبب مالک حق تعارض داشته باشد. هر شئی که بشکل غیر درست با ویژگی مالک حق ارتفاق که تابع آن می باشد تعارض داشته باشد مزاحمت شمرده است و علت بهره برداری مشکل تر و غیر سودمند تر از آن نسبت به قدیم است. گرچه صاحب ملک مورد ارتفاق در ملک خویش عملی را انجام دهد که سبب صعوبت بهره برداری شود با حق مالک ارتفاق مغایرت نخواهد داشت. مانند شخصی که ملک وی در مکان عبور غیر است بر آن معبر آپارتمان یا بنائی آباد نماید که مانع از دخول آفتاب و هوا به معبر شود. اما محل عبور برای مالک حق از تحت آپارتمان یا بنای ذکر شده موجود باشد با حق مالک ارتفاق مغایرت نخواهد داشت به جهت نبود آفتاب و هوا مانع عبور مالک حق نخواهد شد.^۲

ج: ضمانت اجرای عدم امتناع مالک از عمل مغایر با حق ارتفاق

اگر صاحب ملک مورد ارتفاق به مشقت خویش در قبال مالک حق عمل نکند. و استعمال این حق را ممنوع قرار دهد. یا وسیله خسارت آن باشد. یا استعمال آن را یکجا با تکلیف کند. لازم به اعاده وضع بطور

^۱. سید حسن، امامی، حقوق اموال، ص ۲۹۴.

^۲. نرگس، کارگر، پیشین، ص ۶۹.

قدیم می باشد. و در حالت لازمی به جبران زیان وارده نیز حکم کرده می شود. البته تنها صاحب ملک مورد ارتفاق قدرت به جبران زیان وارده حکم شده است. ولی اعاده وضع بطور قدیم امکان دارد از صاحب که مرتکب عمل خلاف شده و یا هر شخص غیر که ملک مزبور مورد ارتفاق به وی منتقل میابد. با وجودیکه منتقل الیه مرتکب اعمال خلاف حق ارتفاق نشده باشد.

برخی معتقد اند که منتقل الیه لازم به اعاده وضع بطور قدیم نمی باشد. بلکه او حتما به مالک حق ارتفاق اجازه دهد. که وضع موجود را به طوری قدیم خود اعاده نماید. فلذا مالک حق ارتفاق مخارج گرفته شده از اعاده وضع را از صاحبی که مرتکب عمل خلاف شده باشد. رد کند.^۱

بند دوم: امکان تغییر موضع استفاده از حق ارتفاق

گرچه بهره برداری از حق ارتفاق در مکان معینی تفکر یافته باشد. مثل راه که برای بهره برداری حق مرور در بر گرفته است. مکان متذکره به جهت بهره برداری از حق ارتفاق در صورت عدم تغییر ثابت می ماند. و صاحب ملک مورد ارتفاق قدرت ندارد آن را به اراده خویش و بدون موافق مالک حق تغییر دهد. همان شکل که مالک حق قدرت ندارد به طلب خویش و در حالت نبود توافق یا صاحب ملک مورد ارتفاق مکان ذکر شده را تغییر دهد. البته در حالتی صاحب ملک مورد ارتفاق قدرت خواست تغییر مکان حق ارتفاق است. که مستمر پیدایش این مکان علت موجود سختی برای ملک مورد ارتفاق است. اگر چه حق مجری به سود صاحب مال در ملک غیر پیدا شده باشد. و ایجاد این مجری مانع آبیاری ملک مورد ارتفاق است. چنانچه در این حالت صاحب ملک مورد ارتفاق قدرت دارد خواستار تغییر مکان مجری است. به شکلی که مانع آبیاری ملک مزبور نشود. همچنین اگر دوام ایجاد مکان حق ارتفاق مانع از انجام اعمالی برای صاحب ملک مورد ارتفاق است. صاحب ملک قدرت طالب تغییر آن مکان است. مانند اگر صاحب ملک در ملک غیر حق عبور دارا باشد. و این حق مانع از احداث بنائی مفید برای ملک مورد ارتفاق از سوی صاحب آن است. صاحب ملک قدرت منتقل معبر را به مکانی غیر درخواست نماید. بدین ملحوظ که با مالک حق ارتفاق مذاکره نموده و در حالت نبود پذیرش مالک حق تصمیم آخر را به محکمه واگذار

^۱. عبدالرزاق، السنهوری، پیشین، ج ۹، ص ۱۳۸۴.

کند. علاوه بر آن در خواست کننده حتما مکان غیر را برای مالک حق در بر بگیرد و موضع حق ارتفاق در مکان نو حتما به مقدار مکان قدیم برای مالک آن باید موجود باشد.

البته مکان نو امکان دارد نهائی دیگر از ملک مورد ارتفاق باشد. نهائی از ملک دیگر صاحب ملک باشد. یا نهائی در ملک بیگانه ای باشد. مشروط به اینکه در خواست کننده تغییر رضایت بیگانه را کسب نموده باشد. در حالت ثابت نمودن خسارات تغییر مکان حق ارتفاق مالک آن قدرت ندارد از پذیرش آن اهمال و مسامحه نماید. در حالت که هیچ زیانی اخذ شده از این تغییر بر او وارد نیست. ضمنا مخارج تغییر متذکره بر دوش صاحب ملک مورد ارتفاق می باشد و مالک حق نیز مستحق دریافت زیان به علت این تغییر نخواهد شد.^۱

ماده ۷۰۱ ق.م. فرانسه در مورد موضع تغییر در مکان حق ارتفاق می گوید: «مالک زمینهایی که مورد حق ارتفاق هستند، نمی توانند عملی انجام دهند که منجر به کم شدن یا مشکل شدن استفاده از آن گردد. بنابر این آنها نمی توانند وضعیت عرصه ملک را تغییر دهند و نمی توانند اعمال حق ارتفاق را به محلی که در ابتدا برای آن شخص شده انتقال دهد. به هر حال اگر چنین محل ابتدایی برای مالک ملک مورد ارتفاق مشکل تر شده باشد. یا اینکه اگر آن محل مانع او از انجام تعمیرات مفید در آن شود او می تواند به مالک ملک دیگر محلی به همان سهولت برای اعمال حق خود پیشنهاد کند، و مالک دیگر نمی تواند آن را رد نماید.»

در حقوق آمریکاه هیچ تغییر ماده محسوس نمی تواند در حق ارتفاق به سبب یکی از جانبین در صورت عدم رضایت غیر صورت گیرد. الا اینکه توافق خاصی بر خلاف آن ایجاد شده باشد.^۲

الف: قانون حاکم بر حق ارتفاق در حقوق بین الملل خصوصی

نکات که در حقوق بین الملل خصوصی مورد بررسی قرار گرفته است که قانون حاکم بر اموال برابر است که قابل انتقال باشد یا غیر قابل انتقال قانون مکان واقع شده آن می باشد. ولی حقوق عینی (مانند حق ارتفاق و انتفاع) صاحب مکان وقوع واقعی و حقیقی نمی باشند. برای همچون مال ها واقع شدن بطریق

^۱. عبدالرزاق، السنهوری، پیشین، ج ۹، ص ۱۳۸۶.

^۲. احمد سلیمانی، نژاد، پیشین، صص ۸۱-۸۲.

فرضی در بر گرفته شده است. و نظر به اینکه حقوق عینی بشکل مستقیم بر متن خود یعنی مال قابل انتقال و مال غیر قابل انتقال اعمال شده است. فلذا اساس و ریشه حقوق هذا مکان وقوع آن اموال تلقی می شود و حتما قانون مکان وقوع اموال نسبت به آنها اعمال نموده است. پس از این جهت در خصوص حق ارتفاق حتما قانون مکان وقوع مال غیر قابل انتقال را صلاحیتدار دانست. ولی این سوال موجود می باشد که هرگاه دو ملک در خاک دو کشور مجاور واقع باشند، قانون مکان وقوع کدام یک را باید صلاحیتدار دانست. قانون مکان وقوع ملک مورد ارتفاق یا قانون مکان وقوع ملک مالک حق ارتفاق؟

گرچه ملک های مجاور عادتاً در یک کشور واقع می شوند و ناچیز اتفاق می افتد که مکان وقوع دو ملک مجاور در دو کشور است. اما حتما دید در صورت پیدایش فرض متذکره کدام قانون حتما بر حق ارتفاق حاکم است. با نظر نمودن به این حقایق که عملیات مادی برای بهره برداری از حق ارتفاق در ملک مورد ارتفاق صورت می گیرد. حتما مکان وقوع ملک مورد ارتفاق را اساس و ریشه ارتباط حقوقی مرتبط به حقوق ارتفاق دانست. در نهایت قانون مکان وقوع ملک مورد حق ارتفاق قانون حاکم بر حقوق ارتفاقی می باشد و این حجت که حق ارتفاق حقی می باشد که با اعتبار مالکیت ملکی که مالک حق مزبور می باشد بر قرار می شود. و به تبع آن ایجاد شده است. بنابر این حتما تبع قانون محلی باشد که این ملک در آنجا واقع می باشد، قبول ننموده است.^۱

ب: خسارت وارد بر حق ارتفاق در ملک غیر

اگر در ارتفاق که است در ملک غیر خرابی ایجاد شود. و آن خرابی علت وارد شدن زیان به ملک مورد ارتفاق می شود. صاحب ملک مورد ارتفاق قدرت ندارد که مالک حق را وادار به اصلاح یا ترمیم خرابی متذکره کند. بلکه مالک حق حتما زیان پیش آمده بر حق را خود جبران کند. ماده ۱۰۰ ق.م. در این خصوص می گوید: «اگر مجرای آب شخصی در خانه دیگری باشد. و در مجری خرابی بهم رسد به نحوی که عبور آب موجب خسارت خانه شود. مالک خانه حق ندارد صاحب مجری را به تعمیر مجری اجبار نماید. بلکه خود او باید دفع ضرر از خود نماید چنانچه اگر خرابی مجری مانع عبور آب شود مالک خانه ملزم نیست که مجری را تعمیر کند بلکه صاحب حق باید خود رفع مانع کند در این صورت برای تعمیر

^۱. نجادعلی، الماسی، تعارض قوانین، صص ۱۹۲-۱۹۳.

مجری می تواند داخل خانه یا زمین شود لیکن بدون ضرورت حق ورود ندارد مگر به اذن صاحب ملک.» ملاک حکم مزبور منافات دو زیان با یکدیگر و ساقط آن دو، و اعمال قاعده تسلیط می باشد. بخاطری که جاری شدن آب در مجری از سوی مالک حق موجب زیان مالک خانه می باشد. و لازمی مالک مجری به تعمیر آن، زیان بر مالک مجری می باشد. و چون این دو زیان با یکدیگر منافات ایجاد می نمایند. سقوط نموده اند و قاعده تسلیط پیش می شود و در نهایت مالک حق مجری قدرت دارد که صورت عدم تحمل خسارت آب خویش را ببیرد.^۱ بر خلاف حکم مندرج در ماده ۱۰۰ ق.م. ماده ۱۲۳۳ شرح المجله که متأثر از فقه اهل تسنن می باشد. به صاحب منزل اجازه می دهد که مالک مجری را به تعمیر مجری و دفع ضرر اجبار کند. این ماده مقرر می دارد: «اگر مجرائی که به حق در خانه دیگری جاری است پر شود. یا اینکه در آن شکاف حاصل شود. و موجب ضرر فاحش گردد. مالک خانه می تواند صاحب مجری را بر دفع این ضرر اجبار نماید.»^۲

همچنین که مطابق قانون مدنی مالک مجری خود حتما موانع که است دور نماید، وی قدرت دارد که بخاطری این عمل داخل ملک مورد ارتفاق شود. و صاحب ملک قدرت ندارد از داخل شدن وی به ملک خویش منع کند. ماده ۱۰۰ ق.م. در خصوص این موضوع این گونه مقرر می دارد: «... چنانچه اگر خرابی مجری مانع عبور آب شود. مالک خانه ملزم نیست که مجری را تعمیر کند بلکه صاحب حق باید رفع مانع کند. در این صورت برای تعمیر مجری می تواند داخل خانه یا زمین شود ولیکن بدون ضرورت حق ورود ندارد مگر باذن صاحب ملک.» یاد آوری این نکته سزاوار است که ماده ۱۰۰ ق.م. ایران سابقه ای در ق.م. فرانسه ندارد. و تدوین کنندگان قانون مدنی ایران آن را از فقه اقتباس نموده است. و اصل این ماده در فقه اسلامی می باشد. در ذیل این ماده به مالک حق ارتفاق اجازه داده شده که برای تعمیر مجرای آب داخل زمین یا منزل غیر شود. این اجازه به حالت قاعده عمومی در ماده ۱۰۴ ق.م. تبیین شده است و بر یادآوری آن در ماده ۱۰۰ ق.م. اثری مترتب نمی شود. ماده ۱۰۴ ق.م. مقرر می دارد: «حق الارتفاق مستلزم وسایل انتفاع از آن حق نیز خواهد بود. مثل اینکه اگر کسی حق شرب از چشمه یا حوض یا آب انبار غیر دارد،

^۱. سید حسن، امامی، پیشین، ص ۱۰۶.

^۲. سلیم رستم، بالالبانی، شرح المجله، ص ۶۷۵.

حق عبور تا آن چشمه یا حوض و آب انبار هم برای داشتن آب دارد.» بدین ملحوظ آن متن ولیکن در صورت خسارت حق داخل شده نمی تواند. نیز خالی از سود می باشد. از این رو ماده ۱۰۷ ق.م. ضابطه ای عمومی در این خصوص بدست داده و ذکر آن در ماده ۱۰۰ تکراری بیش نیست.^۱ ماده ۱۰۷ در مورد زیان مزبور چنین می گوید: «تصرفات صاحب حق در ملک غیر که متعلق حق اوست. باید به اندازه ای باشد که قرار داده اند و یا به مقدار متعارف و آنچه ضرورت انتفاع اقتضاء می کند.»

گفتار سوم: اسباب پایان یافتن حق ارتفاق

اساس بر این می باشد که حق ارتفاقی مثل حق مالکیت دائمی است. اما این حق امکان دارد. از راه عدم عناصری از عنصر تشکیل دهنده اسباب ایجاد آن دور شود. از دست رفتن آن عنصر امکان دارد نهایتاً کار انسان است مثل نبود استعمال یا انجام ندادن استعمال حق ارتفاق که منجر به سقوط این حق می شود. یا تغییر وضعیت ملک منجر به از بین رفتن حق ارتفاق است. مانند از بین رفتن ملک مورد ارتفاق یا ملک مالک حق ارتفاق که باعث پایان یافتن حق ارتفاق می گردد. علاوه بر آن حکم قانون نیز امکان دارد این حق را ملغاً کند و به آن زوال دهد.

عوامل گوناگون در نظامهای حقوقی آمده است که اسباب زوال حقوق ارتفاقی می باشد. چنانچه در نظامی حقوقی انگلیس حق ارتفاق به سبب اعراض صریح یا ضمنی، وحدت مالکیت دو ملک، از بین رفتن یکی از دو ملک یا از راه حکم قانون زوال می یابد. ولی در نظامی حقوقی فرانسه انقضاء مدت قرارداد، عدم استعمال حق ارتفاق، عدم ممکن استفاده از حق ارتفاق، اسقاط حق ارتفاق، غیر قابل معامله شدن یکی از دو ملک و... علت زایل شدن حق ارتفاقی می شود. به هر حال مهمترین اسباب پایان یافتن حق ارتفاق را در قالب سه بند در این گفتار اشاره می گردد. در بند اول پایان یافتن حق ارتفاق در نتیجه عمل انسان مورد مطالعه قرار می گیرد. در بند دوم زوال حق ارتفاق در نتیجه تغییر وضعیت ملک یا املاک مختص می شود، و در بند سوم از بین رفتن حق ارتفاق به حکم قانون است.

۱. محمد جعفر، لنگرودی، پیشین، ص ۲۹۳.

بند اول: پایان حق ارتفاق در نتیجه عمل انسان

الف: عدم استعمال حق ارتفاق یا مرور زمان مسقط حق

بنابر ماده ۷۰۶ ق.م. فرانسه «حق ارتفاق بوسیله عدم استعمال به مدت سی سال پایان می یابد». بند دوم ماده ۷۴۱ ق. آئین دادرسی مدنی در خصوص ابتدا مدت مرور زمان مقرر می دارد: «راجع به حقوق ارتفاقی و انتفاعی از تاریخی که نسبت به استفاده از حق نامبرده جلوگیری شده» تکیه نمودن این ماده به معنی منع کردن از حق ارتفاق خصوصیتی ندارد. و ظاهراً هدف قانگذار همان نبود استعمال می باشد. که در مورد این برداشت و استنباط رویه قضائی حتماً در آینده تعیین تکلیف نماید.^۱

همچنین ماده ۷۳۷ ق. آ. د. م در باره مدت این مرور زمان این گونه ادامه دارد: «در کلیه دعاوی راجعه به اموال اعم از منقول و غیر منقول و حقوق... مدت مرور زمان ده سال است...» به هر صورت از این ماده در میاید که نبود استعمال حق ارتفاق به مدت ده سال وسیله ساقط حقوق عینی نظیر حق ارتفاق و حق انتفاع می شود. از این رو اگر مالک حق در طول این مدت از حق بهره بردار نشود. این حق یا انجام ندادن استعمال سقوط می کند. و تفاوت نمی کند که انجام ندادن استعمال بشکل اختیاری است. یا اینکه بشکل اجباری صورت گیرد. مانند فورس مازور (قوه قاهره) مانع از استعمال آن شود یا مالک ملک مورد ارتفاق یا بیگانه ای از استعمال آن جلوگیری نماید. که در این حالت نیز جریان مدت مرور زمان ادامه دارد. هر حق ارتفاقی برابر است از ایجابی یا سلبی، دوام دار یا غیر دوام دار، ظاهر یا مخفی با نبود استعمال پایان می یابد. البته جریان مرور زمان در ارتفاق غیر دوام دار از زمانی آغاز می شود که مالک حق بعد از آخرین عملی که در مقام اعمال حق ارتفاق انجام داده استعمال آنرا ترک کند. ولی در ارتفاق دوام دار و همچنان ارتفاق سلبی از روزی که عملی منافات با حق ارتفاق انجام شد جریان مرور زمان ابتدا شده است. از این جهت اگر ارتفاق متذکره حق منظر باشد. جریان مرور زمان از وقتی شروع می شود که مالک ملک مورد ارتفاق مانع یا دیواری پیدا نماید که علت بند شدن آن پنجره شود. و یا جریان مرور زمان نسبت به حق نبود بناء از وقتی که صاحب ملک مورد ارتفاق اقدام به ساختن بناء در ملک خود کند شروع است. (ماده ۷۰۷ ق.م. فرانسه) پس الزامی نمی باشد که در هر باره اعمال مخالف با حق ارتفاق توسط صاحب ملک

۱. محمد جعفر، لنگرودی، پیشین، ص ۳۰۱.

مورد ارتفاق صورت گیرد. بلکه اگر این عمل توسط بیگانه یا قوه قاهره نیز صورت گیرد. شروع جریان مرور زمان خواهد بود. قطع شدن مرور زمان سقوط حق نیز مثل قطع شدن مرور زمان ایجاد حق می باشد. چنانچه چند نفر بشکل مشاع صاحب ملک مالک ارتفاق باشند و یکی از آنها اقدام به استعمال حق ارتفاق کند. جریان مرور زمان متذکره به نفع اقدام کننده و سایر شرکاء قطع می شود.^۱ بند دوم ماده ۱۰۲۷ ق.م. مصر در این خصوص مقرر می دارد: «اگر چند شریک بطور مشاع مالک ملک صاحب حق ارتفاق باشند. اعمال حق ارتفاق به وسیله یکی از شرکاء جریان مرور زمان را به نفع سایرین نیز قطع می کند، همانگونه که توقف مرور زمان به نفع یکی از شرکاء آن را به نفع سایر شرکاء نیز متوقف می کند.»

چنانچه ده سال از ترک استعمال حق ارتفاق گذشته باشد حق ارتفاق سقوط می کند. و استعمال صاحب ملک مالک ارتفاق بعد از سپری این مدت مانع از ساقط نمودن آن حق یا اعاده آن نخواهد شد. بخاطری که او بدین ملحوظ از حق خویش اعراض نموده است.

این نکته قابل یادآوری می باشد که بنابر تبیین نمودن بند اول ماده ۱۰۲۷ ق.م. مصر اگر استعمال حق ارتفاق به مدت ۱۵ سال ترک شده باشد. این حق ساقط می شود. و در حالتی که حق ارتفاق به سود ملک موقوفه تعیین شده باشد. مدت مرور زمان به ۳۳ سال بالا می رود. ولی اگر حق ارتفاق بر ملک موقوفه مترتب شده باشد. در مواردی که این امر مجاز می باشد. و ملک مالک ارتفاق غیر موقوفه است. ترک استعمال حق به مدت ۱۵ سال علت پایان آن حق خواهد شد.^۲

ب: وحدت مالکیت ملک صاحب ارتفاق و ملک مورد ارتفاق

با جمع شدن دو ملک مالک ارتفاق و مورد ارتفاق در مالکیت یک کسی حق ارتفاق خویش را از بین میبرد. بخاطری که صاحب ملک مورد ارتفاق حتما کسی غیر از صاحب ملک مالک ارتفاق باشد. فلذا حق ارتفاق هذا میان دو ملکی که متعلق به یک کس می باشد ثابت نمی شود. از این جهت صاحب ملک مورد ارتفاق ملک مالک ارتفاق را تملک نماید. یا صاحب ملک مالک حق ارتفاق ملک مورد ارتفاق را تملک کند، دو ملک به تملک یک فرد وارد می شود و حق ارتفاق با وحدت مالکیت دو ملک به اتمام می رسد.

^۱. احمد سلیمانی، نژاد، پیشین، صص ۸۹-۹۰.

^۲. عبدالرزاق، السنهوری، پیشین، ج ۹ ص ۱۳۹۵.

وقتی که بیگانه ای همزمان دو ملک مورد ارتفاق و مالک ارتفاق را تملک نماید، به علت وحدت مالکیت حق ارتفاق پایان می یابد. جمع بوده دو ملک زیر تملک یک فرد امکان دارد. از راه های متعدد از قبیل مرور زمان، وصیت، ارث یا به سبب هر عقدی بوجود میاید. الان اگر دو ملک زیر تملک یک کس به علتی پایان یابد، آیا حق ارتفاق قدیم باز خواهد گشت؟ در این خصوص حتماً میان دو فرض تفاوت قایل شد: فرض نخست: اگر دو ملک جمع شود زیر تملک فرد واحد پایان یابد به شکل که اثر آن به سابقه باز گردد، حق ارتفاق اعاده می شود. مانند صاحب ملک مالک ارتفاق ملک مورد ارتفاق را می خرد و در نهایت و حدت مالکیت حق ارتفاق زوال پیدا می کند. پس بیع فسخ است یا یکی از جانبین آن را فسخ می کند. در این صورت بیع متذکره معتبر نیست وحدت مالکیت اخذ شده از آن نیز معتبر نیست. سپس حق ارتفاق به طوری پیش از عقد باز می گردد. فرض دوم: در حالتی که دو ملک جمع شود تحتی تملک فرد واحد زایل شود به شکل که اثر رجوع آن به قدیم بر نگردد، حق ارتفاق گذشته اعاده نمی شود. چنانچه صاحب ملک مالک ارتفاق ملک مورد ارتفاق را خرایداری کند و در اثر وحدت مالکیت حق ارتفاق پایان می یابد. و بعد از چندی خریدار ملک مورد ارتفاق را بفروشد، در این صورت اثر بیع نخست باقی است و آنچه از که ملحوظ وحدت مالکیت و زوال حق ارتفاق بر بیع نخست مترتب می شود نیز باقی است و آنچه از لحاظ وحدت مالکیت و زوال حق ارتفاق بر بیع نخست مترتب است نیز باقی است و حق ارتفاق بعد از زوال اعاده نمی شود.^۱

ج: سپری شدن مدت قرار داد

اگر عقدی که به موجب آن حق ارتفاق ثابت شده محدود به مدت معلوم شود و آن مدت گذشته باشد. در این حالت حق ارتفاق ساقط است. سپس در وصیتی که ریشه ایجاد حق ارتفاق می باشد. تبیین نموده بر حق ارتفاق در زمان معین شده باشد. با زوال این زمان حق ارتفاق تمام می شود. البته امکان دارد که شروع پیدایش حق ارتفاق مربوط به گذشت مدت معینی و پایان آن نیز مربوط به انقضاء مدت معینی است. چنانچه کسی حق ارتفاق در ملک خویش به سود ملک غیر را قبول نماید. و شروع آن را مشروط به تمام شدن مدت کند که تا پیش از گذشت آن مدت حق ارتفاق متذکره پیدا نشود. زیرا که زوال آن را مقید

۱. نرگس، کارگر، پیشین، ص ۷۳.

به مدت خاصی کند که تا پیش از آن مدت حق ارتفاق زوال را قبول نمی کند. مانند صاحب ملک مورد ارتفاق حق عبوری را سود ملک غیر از ابتدای سال ۱۹۹۶ قرار دهد که پیش از مدت متذکره حق عبور ایجاد نمی یابد و پیش از مدت متذکره نیز زوال را قبول نمی کند. حق ارتفاق مانند حق مالکیت در حقیقت حق دائمی می باشد. ولی خصوصیت دائمی بودن جزئی از فطرت حق ارتفاق می باشد. ولی دائمی بودن در اصل مالکیت وضع شده است. بدین معنی که حق ارتفاق هنگامی که به زمان خاصی محدود نشده بدون تبیین به هنگامی، دائمی می باشد. ولی حق مالکیت بشکل همیشه دائمی می باشد. و قدرت محدود نمودن به دوره ای خاص را ندارد.^۱

نکته قابل یادآوری و ذکر می باشد که فسخ عقد نیز قدرت دارد به عنوان زوال حق ارتفاق تلقی است. بشکل که اگر کسی به موجب عقدی حق ارتفافی به دست آورد. لکن در آن عقد برای واگذار کننده حق ارتفاق حق فسخ باشد. مالک حق فسخ قدرت دارد که عقد را فسخ نماید. و با این عمل حق ارتفاق پایان می یابد. سپس اگر مالکیت شخصی که حق ارتفاق بر ملک مورد ارتفاق تصریح کرده فسخ شود. حق ارتفاق از بین می رود. و او قدرت ندارد که حق ارتفاق را بر ملکی مقرر نماید که صاحب آن نیست. بخاطری که فسخ علت مالکیت او از روز عقد است. همچنین حق ارتفاق یا پایان مالکیت صاحب نسبت به ملک مورد ارتفاق از بین می رود. ولی اگر حق ارتفاق به سود ملکی بر قرار شده باشد. با فسخ ملکیت صاحب آن، این حق را زوال نمی شود. بخاطری که حق ارتفاق در این حالت ملحق به ملک می باشد. و سپس فسخ ملکیت صاحب به هر کسی انتقال پیدا می کند. حق ارتفاق نیز به همراه آن انتقال می شود. در حالتی که کسی منزلی را به سه ماه حق خیار برای خود بفروشد. و در این مدت خریدار از شخصی سومی حق عبور بگیرد. و بعد مالک خیار عقد را فسخ نماید. در این صورت حق ارتفاق به واگذارکننده آن باز می شود. و فسخ کننده عقد فروشنده منزل قدرت ندارد که ادعایی نسبت به حق ارتفاق داشته باشد.^۲ از این جهت با فسخ منزل مزبور به صورت پیش از عقد بازگشت نماید. و در آن صورت نیز خانه ای متذکره دارای حق عبور در ملک غیر نمی باشد.

^۱. احمد سلیمانی، نژاد، پیشین، ص ۹۶.

^۲. محمد جعفر، لنگرودی، پیشین، ص ۳۰۰.

د: اعراض از حق ارتفاق و اسقاط آن

۱. اعراض از حق ارتفاق؛

اگر مالک حق ارتفاق از حق خویش به سود ملک مورد ارتفاق چشم پوشی نماید. این حق زوال پیدا می کند. اعراض از حق امکان دارد ضمنی باشد و یا صریح، اعراض ضمنی زمانی می باشد که بر فرض مالک حقی بر بیع واقع است بر ملک مورد ارتفاق گواهی دهد. در صورتی که در بیع متذکره مشروط می باشد. که این ملک بدون از حق ارتفاق به سود ملک مجاور می باشد. و هیچ حق ارتفافی بر آن وجود ندارد. عدم اینکه مالک حق بر ساقط شدن حق خود بدین نحو اعتراض کند. که این کار اعراض ضمنی تلقی می شود. اعراض ضمنی امکان دارد نتیجه عدم تعهد به قیود و شروط مندرج در عقد در حقوق ارتفافی متقابل است. چنانچه اگر علت تعهد صاحب یک ملک در احترام به حق ارتفاق مقرر در ملک خود به سود ملک غیر، تعهد صاحب آن ملک در احترام به حق ارتفاق مقرر بر آن ملک به سود ملک نخست است. و هر یک از صاحب از تعهد خویش نسبت به حق غیر بیرون می شود. حق خویش را در لازمی نمودن صاحب غیر نسبت به انجام تعهداتش از دست داده و بعبارت بهتر حق ارتفاق خویش را در ملک غیر اسقاط کرده است. و چنین کاری نیز اعراض ضمنی تلقی شده، بخاطری که قانون شکل خاصی را برای اعراض ضمنی پیش بینی ننموده است.

اگر صاحب ملک مورد ارتفاق پیشگرا نه را روی دست بگیرد که مخالف حق ارتفاق صورت بگیرد. و مالک حق در مقابل آن اقدامات سکوت نماید. و اعتراض نکند. آن سکوت و اعتراض اعراض ضمنی شمرده نمی شود. و از آنجائی که اعراض از حق ارتفاق تنها به اراده مالک حق بستگی دارد. اسقاط حق ارتفاق از طریق اعراض احتیاج به قبول صاحب ملک مورد ارتفاق ندارد. و به صرف صدور آن از سوی مالک حق و اعلان به صاحب ملک مورد ارتفاق پیدا می شود. در حقوق آمریکا نیز بر این محتوا تاکید نموده است که اعراض از حق ارتفاق یک موضوع ارادی می باشد و عدم رضایت و مسئولیت صاحب ملک مورد ارتفاق قبول می شود.^۱

۱. احمد سلیمانی، نژاد، پیشین، ص ۹۸.

اعراض صریح از حق ارتفاق حتما به سبب قرارداد (سند) صورت گیرد. و چنانچه تشریفات قانونی برای اعراض از حق ارتفاق صورت نگیرد هیچ کسی قدرت ندارد بر چنین اعراضی که در نبود تشریفات انجام شده اعتماد کند. بخاطری که در نظام حقوقی کامن لا تنها چنین اعراضی صریح تلقی شده است، با توجه به اینکه اعراض از حق ارتفاق تنها به سبب صاحب ملک مالک ارتفاق امکان دارد. فلهمذا مستأجر، مرتهن و... قدرت ندارد از حق ارتفاق اعراض نماید. علاوه بر آن اعراض کننده حتما دارای اهلیت قانونی بخاطری چشم پوشی است از حق ارتفاق می باشد. لازم به یاد آوری می باشد که نبود استفاده از حق ارتفاق به تنهایی علت ملغاء و پایان آن نمی باشد. تعلیق اعمال حق برای اثبات قصد اعراض کافی نمی باشد. بلکه حتما شرایط و اوضاع و احوالی وجود داشته باشد. که فرض قصد اعراض ممکن پذیر است. سپس در صورتی که مدت تعلیق استفاده از حق ارتفاق زیاد طولانی است. به نظر می رسد که تعلیق استفاده موجب اعراض از حق ارتفاق تلقی می شود. نیت اعراض از حق ارتفاق امکان دارد از تغییراتی که در ملک مالک ارتفاق صورت می گیرد. و ادامه بهره برداری از این حق را غیر امکان یا غیر ضروری می سازد، استنباط شود. اگر حق ارتفاقی برای استفاده اختصاصی یک آپارتمان پیدا شود. و مالک آپارتمان آن را با نیت رها نمودن حق ارتفاق خراب نماید. او بعد از تخریب قدرت ندارد تغییر عقیده داده و ادعای این حق را کند. البته اگر بتوان استنباط نمود. که او از حق خود به سود ملک مورد ارتفاق صرف نظر نموده حق ارتفاق زایل می شود.^۱

۲. اسقاط حق ارتفاق از ناحیه صاحب آن؛

امکان دارد صاحب حق ارتفاق حقی است که به سود صاحب ملک مورد ارتفاق چشم بپوشد. منزلی را در نظر بگیریم که دو راه دارد که یکی را به استناد حق ارتفاق بدست آورده است. وی قدرت دارد از این حق چشم پوشی نماید. ماده ۱۲۲۷ شرح المجله در این خصوص می گوید: «اگر برای شخصی حق عبور در محل معینی از ملک دیگری وجود داشته باشد. و صاحب ملک در محل عبور بنائی با اجازه صاحب

۱. احمد سلیمانی، نژاد، پیشین، ص ۹۹.

حق بسازد. مالک ملک صاحب حق ارتفاق حق خود را ساقط نموده است و حق اقامه دعوی علیه صاحب ملک برای او وجود ندارد.^۱

۱-۱ از بین رفتن فایده استفاده از حق ارتفاق

هرگاه سودی استفاده از حق ارتفاق بشکل عمومی از بین برود و یا سودی استفاده از آن به مقداری محدود شود که تناسبی به مسئولیتی که بر ملک مورد ارتفاق وارد می نماید. حق ارتفاق سقوط پیدا می کند. چنانچه حق مزبور حق شرب باشد. و صاحب ملک مالک ارتفاق قدرت دارد چاهی در ملک خود حفر نماید. که او را از اعمال یا استعمال حق شرب بی نیاز کند. در این حالت حق شرب سود خود را از دست داده و صاحب حق موافق سقوط حق ارتفاق بدین طور نباشد. اما صاحب ملک مورد ارتفاق حتما عوض مناسبی در مقابل پایان حق ارتفاق بدون رضایت مالک حق به او پرداخت می شود. اغلبا می توان گفت این عمل نوعی باز خرید حق ارتفاق می باشد. که واگذار کننده حق ارتفاق آن را از صاحب آن حق می خرد. و در نهایت این عمل حق ارتفاق ساقط می شود. البته این نوع باز خرید بدون رضایت مالک حق صورت می گیرد. بخاطری که مصلحتی بزرگتر آن را ایجاب می نماید. این در فرضی بود که سود حق ارتفاق بشکل جزئی از بین برود ولی اگر سودی حق ارتفاق بشکل عمومی از بین برود. صاحب ملک مورد ارتفاق قدرت دارد ملک خویش را از این حق در عدم پرداخت هیچ عوضی رها نماید. بخاطری که زیانی که به صاحب ملک مالک ارتفاق وارد شده تا در برابر پایان حق طلب جبران زیان کند.^۲

لازم به توضیح می باشد که باز خرید حق ارتفاق به طوری می باشد که واگذار کننده حق آن را از دارنده آن بخرد و وسیله ساقط حق ارتفاق شود.

۲-۲ تحقق شرط فاسخ

همان قسم که حق ارتفاق قدرت معلق به زمان مشخص را دارد که با گذشت آن زمان حق ارتفاق نیز سقوط می کند. حق ارتفاق قدرت معلق بر شرط فاسخ را نیز دارد. و مادام که شرط متذکره ایجاد شود حق ارتفاق زوال پیدا می کند. مانند اگر کسی در ضمن عقدی به مالک منزل مجاور راه عبوری از ملک خود

^۱. سلیم رستم، بالالبانی، پیشین، ص ۶۷۳.

^۲. عبدالرزاق، السنهوری، پیشین، ج ۹ ص ۱۴۰۳.

دهد. و شرط نماید که چنانچه مالک حق پیش از واگذار کننده آن بمیرد. عقد مزبور فسخ می شود. سپس انفساخ این عقد معلق بر وقوع حادثه ای در آینده می باشد. بخاطری که این عنوان را حتما تعلیق فاسخ خواند. نه شرط فاسخ از این جهت در زبان حقوقی، اگر به شرط فاسخ تعبیر شود مفهوم تعلیق بیان نشده است.^۱

در حقوق کامن لا شرط فاسخ نیامده است. ولی حق ارتفافی که حتما در حالت ایجاد و دوام شروط معینی مورد استفاده قرار گیرد. هرگاه آن شروط فسخ شوند. یا از بین بروند این حق نیز زایل و ملغاء می شود. یا در حالتی که حق ارتفاق با توجه به قبول و موافقت شرایط معین ایجاد شده است. نبود قبول یا مخالفت با چنین شرایطی علت عدم اعمال آن حق می شود. یعنی در صورت نقض شروط حق ارتفاق از بین می رود.

بند دوم: زوال حق ارتفاق در نتیجه تغییر وضعیت ملک

الف: از بین رفتن ملک مورد ارتفاق یا ملک صاحب حق ارتفاق

هرگاه ملک مورد ارتفاق به شکل کل از بین برود. مانند آپارتمان که مورد حق ارتفاق می باشد. منهدم شود. یا دچار حریق شود. و تجدید بنا نشود. حق ارتفاق در نتیجه عدم مکان اعمال حق زایل می شود. ولی اگر آپارتمان متذکره به دلیل مرور زمان مسقط حق ترک استعمال و عدم ممکن استعمال از بین نرفته باشد. ولی اگر ملک مورد ارتفاق به شکل کل تلف نشود. بلکه بشکل جزئی دچار تخریب یا از بین برود یا آتش بگیرد، حق ارتفاق در جزء باقیمانده به اندازه که اعمال این حق در آن امکان دارد مقرر می شود. پس اگر جزئی از ملک از بین برود حق ارتفاق بر اجزاء باقیمانده اعمال می شود. در حالتی که از صاحب ملک مورد ارتفاق در جهت سود و مصالح همه خلع ید شود. پایان مالکیت بدین طور مثلا از زایل شدن ملک مورد ارتفاق می باشد. که در نهایت آن حق ارتفاق مقرر بر آن نیز زوال می یابد. نکته که قابل به یادآوری است اینکه مالک حق ارتفاق در این باره قدرت زبانی اخذ شده را از پایان حق خویش دارا می باشد، که مطالبه نماید.

۱. محمد جعفر، لنگرودی، پیشین، ص ۳۰۰.

همچنین اگر ملک مالک ارتفاق تلف شود و تجدید بنا نشود. حق ارتفاق متعلق به آن نیز زایل می شود. بخاطری که حق ارتفاق مدت قابل اعمال می باشد که دو ملک مورد ارتفاق و مالک ارتفاق وجود داشته باشند. و در صورت تلف شدن یکی از آنها حق ارتفاق نیز زایل می شود. خلع مالکیت از ملک مالک ارتفاق در جهت مصالح جمعی است مانند از پایان آن می باشد که وسیله پایان حق متعلق به آن است.^۱

ب: عدم امکان استفاده از حق ارتفاق

هرگاه تغییری در وضعیت ملک مالک ارتفاق یا ملک مورد ارتفاق به وجود بیاید. و وسیله نبود ممکن استفاده از حق ارتفاق گردد استعمال آن غیر امکان می شود. این مورد در ماده ۷۰۳ قانون مدنی فرانسه توضیح داده شده است. ماده ۷۰۳ ق.م. فرانسه مقرر می دارد: «حقوق ارتفاقی وقتی پایان می یابند که املاک در حالتی قرار گیرند که آن حقوق نتوانند بیشتر مورد استفاده واقع شوند.» مثلاً اگر حق هذا حق منظر باشد و خانه مالک ارتفاق تخریب شود. و در نهایت پنجره ای که مشرف بر ملک مورد ارتفاق باشد نیز از بین برود استعمال یا اعمال حق منظر غیر ممکن باشد. برخی معتقدند در صورت نبود ممکن بهره‌برداری از حق استفاده از حق ارتفاق حق متذکره سقوط می کند.^۲ در صورت که این اعتقاد درست نمی باشد. بخاطری که حق ارتفاق از این راه نبود ممکن استعمال سقوط نشود. بلکه استعمال آن تا مدت دفع مانع متوقف می شود. و مدت که ملک به وضعیت قبل از تغییر در بیاید حق ارتفاق را نیز اعاده نماید. ماده ۶۶۵ ق.م. فرانسه در این خصوص می گوید: «اگر خانه یا دیوار مشترک تجدید بنا شود حقوق ارتفاقی مورد بهره‌برداری که به سود یا زیان دیوار یا منزل متذکره موجود باشد، ادامه پیدا می کند. عدم اینکه در کمیت آن افزایشی صورت گرفته باشد. شرط به اینکه تجدید بنا پیش از زوال زمان مرور زمان صورت گیرد. ضروری می باشد که نبود ممکن استعمال حق ارتفاق به حالت تمام است. استعمال حق ارتفاق با یکجا تکلیف نبود ممکن تلفی نمی شود. و میان این امر که نبود ممکن بهره‌برداری از حق ارتفاق گرفته شده از قوه قاهره (فورس ماژور) یا کاری مالک حق یا کاری صاحب ملک مورد ارتفاق و یا کاری بیگانه باشد فرقی وجود ندارد. از ماده ۶۶۵ ق.م. فرانسه این نتیجه بدست میاید که اگر نبود ممکن استعمال حق ارتفاق الی ختم

۱. احمد سلیمانی، نژاد، پیشین، ص ۱۰۳-۱۰۴.

۲. محمد جعفر، لنگرودی، پیشین، ص ۳۰۱.

زمان مرور زمان که مطابق قوانین ایران ده سال می باشد. ادامه یابد. حق ارتفاق اعاده نمی شود. حتی اگر ملک مالک حق ارتفاق به صورتی باز گردد. که امکان بهره برداری از حق ارتفاق موجود باشد. بخاطری که حق ارتفاق در این حالت شامل مرور زمان شده است و وسیله شمولیت مرور زمان نبود امکان استفاده از آن نبود بلکه به علت ترک استعمال آن بوده است البته این نظر مطرح شده که نبود امکان بهره برداری از حق ارتفاق جریان مرور زمان را قطع می نماید. اما نظر غالب خلاف آن می باشد.^۱

بند سوم: زوال حق ارتفاق در نتیجه حکم قانون

الف: حکم قانون

اگر امکان داشته باشد شخصی به همسایه خویش اجازه دهد که در زمین وی دیواری بنا نماید. این یک نوع حق ارتفاق می باشد. حال اگر این دیوار بر سبب حوادث متمایل به ملک واگذارنده حق ارتفاق یا متمایل به معبر جمعی یا مانند آن است. و مشرف بر خرابی است. مالک آن دیوار جبران کرده می شود که آنرا خراب نماید. به این اساس حکم قانون به این حق ارتفاق زوال پیدا می کند. بخاطری که نظر به ملاک ماده ۱۲۱ ق.م. ایران اذن که برای حق ارتفاق داده می شود. تنها برای یک بار قابل بهره برداری می باشد. با انتها رسیدن آن یکبار دیگر حقی برای صاحب ملک مالک ارتفاق پیدا نمی شود.^۲

البته اگر مکان کاری حق ارتفاق نظیر آن (حق عبور و حقابه) است. که به سبب مقامات حکومت مورد اشغال قرار گیرد. یا برای آباد نمودن پارک، جاده، سرک و یا دیگر مکان ها عمومی از آن بهره برداری شود. حق ارتفاق ترتیب شده بر آن مکان به حکم قانون پایان می یابد.

الان این موضوع پیش شده که هرگاه املاک یا زمین ها مجاور زمین که مورد تملک مقامات حکومت یا شاروالی ها دارای حق ارتفافی از این اراضی هستند. مانند اینکه حق مرور یا حقابه از کانال یا چاه در آن ایجاد شده باشد. یا دارای حق داشتن و پنجره و ناودان در آن اراضی باشند. و در حالت تملک آن اراضی توسط حکومت یا شاروالی ها هرگاه انجام طرحی که تملک اراضی به واسطه آن صورت گرفته مستلزم سلب یا تضییع آن حقوق ارتفافی باشد به نحوی که انجام طرح با نگهداری حقوق هذا امکان ندارد. دستگاه

^۱ عبدالرزاق، السنهوری، پیشین، ج ۹ ص ۱۴۰۲.

^۲ محمد جعفر، لنگرودی، پیشین، ص ۳۰.

تملك كننده مؤظف مى باشد ارزش آن حق را تقديم به صاحب حق پرداخت كند. بخاطريكه در بعضى جاها سلب حق ارتفاق ملكى از ملك غير موجب منتفى انتفاع تمام ملك مالك يا صاحب حق ارتفاق مى گردد. مانند حق مرور زمين يا ملكى منحصر از زمين غير باشد كه آن زمين مورد تملك سازمانهاى دولتى واقع است. و انجام طرح سازمان تملك كننده جز يا منتفى آن حق ممكن پذير نيست. ملك مالك حق ارتفاق ديگر قابل بهره بردارى نمى باشد. بخاطريكه ملكى كه راه دخول و بيرون نداشته باشد. قيمت ندارد. در اين نوع موارد به نظر مى رسد كه قيمت حق ارتفاق از ارزش كلى ملك مالك حق ارتفاق مى باشد.^۱

ب: غير قابل معامله شدن يكي از دو ملك

اگر در نتيجه تغييرات كه در محدوده شهر ها صورت مى گيرد. يا اصلاحاتى كه در داخل مكان هاى مسكونى بوجود مى آيد. يكي از دو ملك مالك حق ارتفاق يا ملك مورد ارتفاق از تملك صاحب آن بيرون مى شود. و در مقدارى مال هاى جمعى قرار مى گيرد. حق ارتفاقى كه براى يك ملكى ايجاد مى شود. يا به زيان يك ملك متحمل مى كند كه زوال پيدا نمايد. به وسيله كه بيرون شدن يكي از دو ملك از دست صاحب آن و ورود شدن آن در محدوده مال هاى جمعى مى باشد، كه به منزله ايجاد حق براى هر يك از افراد جامعه در ملك هذا است. و ملكى كه متعلق به عموم اشخاص جامعه مى شود قابل داد و ستداد نمى باشد. و بدين وسيله آن ملك غير قابل خريد و فروش است و پيدايش حق ارتفاق به سود آن يا به زيان آن سلب مى شود. همچنين اين در حالتى مى باشد كه اعمال تغييرات مورد نظر يا اصلاحات ضرور مستلزم منتفى آن حقوق ارتفاقى است. كه يا حد اكثر يا آن حقوق تناقض دارد. البته ملك مورد ارتفاق به فضاي خرم مبدل مى شود. و انجام حق ارتفاق براى مالك آن در فضاي سبز متذكره امكان پذير نيست. بخاطريكه كه در اثر اين كار ملك مورد ارتفاق از قابليت تعامل بيرون مى شود. در اين صورت حق ارتفاق قدرت قديم باز خريد را ندارد. يا به طور قديم آن را اعمال نمود. چنانچه اگر ملك مالك حق ارتفاق مبدل به ميدان جمعى، سر ك و كانال يا غيره شود. كه در اين حالت نيز آن ملك به مال هاى جمعى مبدل مى شود

^۱. محمد، جامه بزرگ، تملك اراضى توسط دولت و شهرداريها، صص ۱۸۰-۱۸۱.

و به راه نخست حق ارتفاقی که به سود آن موجود است پایان می شود. به جهت که ملک موارد انتفاع از آن حق پیدایش بیرونی نمی داشته باشد.^۱

مبحث دوم: آثار حق ارتفاق در نظام حقوقی افغانستان

در این مبحث سعی برین شده است که نخست آثار حق ارتفاق را در نظام حقوقی افغانستان به طور فشرده و در قالب چهار گفتار مورد مطالعه قرار گیرد. در گفتار اول آثار خاص، در گفتار دوم آثار مشترک حق ارتفاق، در گفتار سوم تحزیه عقار مرتفق و مرتفق به و در گفتار چهارم اسباب پایان یافتن حق ارتفاق بررسی خواهد شد.

گفتار اول: آثار خاص

در این گفتار سعی برین شده است که آثار خاص حق ارتفاق در قالب چهار بند تدین یافته است، که در بند نخست آن آثار مترتب به حقابه (حق آبیاری)، در بند دوم آثار مترتب به حق مجری، در بند سوم آثار مترتب به حق مسیل و در بند چهارم آثار مترتب به حق مرور مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

بند اول: آثار مترتب به حقابه (حق آبیاری)

مطابق ماده ۲۳۵۰ ق.م. افغانستان «صاحب زمینی که توسط آلات و وسایل یا مستقیماً از جوی آبیاری میکند نمی تواند صاحبان اراضی تحت آب را به مسیر آب در اراضی آنها مجبور سازد مگر اینکه حق جریان آب را در آن داشته باشد.» از محتوا این ماده مذکور به نظر می رسد که اگر کسی که حق شرب را بر جوی عام راه داشته باشد می تواند اشخاصی را که آب از مسیر زمین آنها به زمین این شخص عبور کند مجبور کند تا به وی اجازه دهند زمین خود را از طریق زمین آنها آبیاری کند. پس به نظر می رسد تشخیص این حق نظر به عرف و مسیر آب و موقعیت زمین ها صورت می گیرد. در فقه آب ها از نقطه نظر حقابه و حق شفه به چهار دسته تقسیم می شود.

الف: آب های محرز در ظرف های خاص

محرز آب هایی می باشد که در کوزه ها و یا ظرف های خاص محافظت می شود. این نوع آب ها خاص و متعلق به اشخاصی می باشد که این آب را از طریق استیلاء احراز می نماید. فلذا هیچ شخصی

^۱. نرگس، کارگر، پیشین، ص ۷۸-۷۹.

در این نوع آب ها حق انتفاع ندارد مگر به اجازه مالک آب. مالک این نوع آب ها می تواند آب را بفروشد و یا در آن به هر قسم که می خواهد تصرف کند. با وجود این که نوع آب ها مملوک مالک آن تلقی می شود، در صورتی که شخص مضطر گردد و در معرض هلاکت قرار بگیرد می تواند از آن به قدر ضرورت استفاده نماید ولو با متوسل شدن به زور باشد. ولی در این حالت شخص منتفع به موجب قاعده «الاضطرار لا یبطل حق الغیر» یعنی صورت اضطرار، موجب ابطال حق غیر نمی شود حتما جبران زیان را بپردازد.^۱

ب: آب های چشمه ها، چاه ها و حوض های مملوکه شخصی

این گونه آب ها عبارت از آب هایی می باشد که شخص آن را برای نفس خود استخراج می کند. حکم این گونه آب ها به نظر حنفیه این می باشد که این نوع آب ها مملوک مالک آن تلقی نمی شود، بلکه این نوع آب ها مباح است و برای مالک این نوع آب ها حق خاص ثابت می باشد فرق نمی کند که این نوع آب ها در زمین مباح و یا مملوک است. بخاطری که، آب در اساس خود برای همه مردم مباح می باشد به دلیل این حدیث پیامبر (صلی الله علیه وسلم) که می فرماید: «الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: فِي الْكَلْبِ، وَالْمَاءِ، وَالنَّارِ»^۲ مسلمانان در سه چیز شریک اند: آب، آتش و گیاه خودرو. در آب های چشمه ها، چاه ها و حوض های خاص حق شفه بدون حقا به تثبیت می شود. بنابر این، همه می توانند از آن بنوشند، حیوانات خویش را بنوشانند و برای استعمال خانه ای خود از آن بهره برداری کند. اما اگر مالک آب دیگران را از بهره برداری منع نماید، شخص نیازمند به آب می تواند حتی با توسل به جبر و قوه آرا استعمال کند، به جهت که آب در چاه مباح و غیر مملوک می باشد به شرط این که شخص نیازمند آب دیگر در قریبی ها پیدا ننماید.^۳ ماده ۱۲۶۷ مجله الاحکام در این خصوص مقرر می دارد: «آب های مملوکه یعنی آب های که در جوی های مملوکه داخل است، حقا به آن مختص به مالکان آن است و عامه مردم صرف در آن حق شفه را دارند و هیچ کس حق ندارد زمین های خود را از نهر و یا چاهی که مختص به قومی می باشد بدون

۱. وهبه، الزحیلی، پیشین، ج ۶، ص ۴۶۶۱.

۲. سلیمان بن اشعث، سجستانی، سنن ابی داوود، ج ۳، ص ۲۷۸.

۳. وهبه، الزحیلی، پیشین، ج ۶، صص ۴۶۶۲-۴۵۵۳.

اجازه مالکان آن آبیاری کند ولی حق نوشیدن در آن را دارد. همچنین، می تواند حیوانات را به نهر، جوی، کاریز داخل کند به شرطی که خوف تخریب مواضع مذکور به علت کثرت حیوانات موجود نباشد.»

ج: آب های انهار مملوکه خاص

آب جوی های خاص کوچک آب های می باشد که متعلق به ملکیت بعضی اشخاص است. حکم این گونه آب این می باشد که هر شخص در آن دارای حق شفه است نه شرب. فلذا هر شخص قدرت دارد که از آن بهره برداری کند و حیوانات خویش را سیراب بسازد هر چند ضرر اندک به مالک نهر برسد، به جهت که زیان کوچک با زیان بزرگ دفع می شود. اما قدرت ندارد که از آن زراعت و اشجار خود را آبیاری کند مگر این که مالک نهر اجازه بدهد زیرا صاحب نهر می تواند اشخاص را از آبیاری زمین و زراعت منع کند به دلیل حق خاصی که بر این نهر ها دارد.^۱ ماده ۱۲۶۶ مجله الاحکام: «انسان و حیوان حق نوشیدن را از آبی که محرز نباشد، دارد.»

د: آب های انهار عامه

آب های انهار عام، آب های می باشد که در مجاری (کانال ها) که ملک کسی نباشد جاری است، مانند: رود نیل، دجله و فرات و سایر انهار بزرگ. حکم آب های انهار عامه این می باشد که هیچ شخص نمی تواند آب و مجرای آب های متذکره را تملک کند، زیرا آب های انهار عامه متعلق به عموم مردم است. بنابراین، همه مردم حق انتفاع اعم از حقابه، شفه، حق حفر جوی و نصب آلات بخاطری جاری کردن آب از آن را دارا است.^۲ ماده ۱۲۶۴ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «همانطوری که هر شخص حق دارد از هوا و روشنی آفتاب منتفع شود، حق دارد از ابحار و حوض های غیر مملوکه نیز استفاده نماید.» اما حتما دانست که به موجب قاعده (لاضرر و لا ضرار) بهره برداری از آب های انهار عامه مشروط به نبود خسارت به غیر است.^۳

از آب های انهار عامه همه مردم می تواند انتفاع بگیرند و حاکم در حالتی که بهره برداری متذکره منتج به زیان نهر، سایر اشخاص و عامه نگردد به هیچ صورت نمی تواند مانع بهره برداری از انهار عامه

^۱. هبه، الزحیلی، پیشین، ج ۶، ص ۴۶۶.

^۲. همان، ج ۶، ص ۴۶۵.

^۳. همان، ج ۶، ص ۴۵۶.

گردد. پس، شرط عمده بهره برداری از آب های دریا های عامه نبود زیان رسانیدن غیر است. به طور مثال، هر شخصی زمین خود را طوری آبیاری نماید که آب از زمین وی سرازیر شود و موجب خسارت زمین همجوار شود و یا از آب های عمومی طوری بهره برداری کند که مانع گردش کشتی در آب شود، از بهره برداری از آن منع می گردد.^۱

ماده ۱۲۶۵ مجله الاحکام در این باره مقرر می دارد: «هر کس می تواند زمین های خود را از نهر های که در ملک شخصی داخل نمی باشد آبیاری کند و از آن جوی ها برای آبیاری اراضی و نصب آسیا احداث نمایند. اما، عدم ضرر عامه در آن شرط می باشد و در صورتی که آب زیاد شود و از جوی سرازیر گردد و به مردم ضرر رساند و یا به کلی قطع گردد و یا مانع گشت کشتی شود در این حالت ممانعت به عمل می آید.»

بند دوم: آثار مترتب به حق مجری

حق مجری موجب ایجاد آثار ذیل است:

الف: هرگاه شخص حق جریان آب را بر زمین دیگری داشته باشد، مالک زمین مذکور نمی

تواند مانع جریان آب او در زمین خود گردد

مطابق ماده ۱۹۱۳ ق.م: «هرگاه شخص حق جریان آب را بر زمین دیگری داشته باشد، مالک زمین مذکور نمی تواند مانع جریان آب او در زمین خود گردد.» نص این ماده از فقه گرفته شده است. طبق نص این ماده مالک زمینی که آب از آن عبور می نماید نمی تواند همسایه خویش را از عبور آب از زمین خویش منع نماید به دلیل قول حضرت عمر (رضی الله عنه) برای محمد بن مسلمه زمانی که ضحاک بن خلیفه می خواست آب را از زمین ابن مسلمه جاری کند که گفت: (والله، لیمرن به، ولو علی بطنک) یعنی خداوند (جل جلاله) آن را جاری می نماید هر چند از روی بطن شما عبور کند.^۲

^۱. محمد خالده، اتاسی، شرح محله الاحکام، ص ۱۱۶.

^۲. وهبه، الزحیلی، پیشین، ج ۶، ص ۶۷۴.

ب: صاحب زمین نمی تواند مجری آب را از مکان آن تغییر دهد، مگر اینکه اصحاب حق در این مورد رضایت نشان بدهند

مالکان حق مجری قدرت دارد حق مجری را ترمیم و تعمیق نمایند و اطراف آن را تقویه نمایند و از تسرب آب از آن جلوگیری نمایند همچنانی که مالک زمین می تواند اصلاح حق مجری را از مالکان حق مجری مطالبه کند تا آب از آن تسرب ننموده و زراعت او را تلف ننماید.^۱

ج: هرگاه حق مجری در زمین غیر از قدیم وجود داشته باشد

اگر حق مجری در زمین دیگری از سابق وجود داشته باشد به دلیل قاعده: (قدیم به حالت قبلی گذاشته می شود) به حال خودش باقی می ماند مگر این که باعث خسارت مالک زمین گردد و یا اصلاً نا مشروع باشد که در چنین موارد از بین برده می شود بخاطری که در این خصوص قاعده فقهی وجود دارد که: (ضرر قدیم بوده نمی تواند).^۲ سوال این است که هدف از قدیم در این ماده چیست؟ در جواب به این سوال به نظر می رسد هدف از قدیم امری می باشد که زمان حدوث آن معلوم نباشد.

د: هرگاه شخصی بخواهد مجری جدیدی احداث نماید و مجری مذکور در راه عام واقع گردد،

در احداث نماید

اگر کسی بخواهد مجری جدیدی باز کند و مجری متذکره در جاده عمومی باشد، در این حالت ضروری است که فرد احداث کننده جهت عدم خسارت به مصلحت عمومی آن را به اجازه حاکم احداث کند. ولی، هرگاه حق مجری بر زمین مملوکه شخص واقع گردد، احداث کننده باید آن را به اجازه مالک زمین احداث کند. مالک نمی تواند احداث کننده را از احداث حق مجری منع کند هنگامی که به وی زیان نرسد به دلیل قول حضرت عمر (رضی الله عنه) که گذشت.^۳ در این باره ق. م. از فقه پیروی کرده است. ماده ۱۹۱۲ ق. م. تصریح می نماید: «مالک اراضی ای که به واسطه آلات یا نهر زمین خود را آبیاری می نماید در حالی که حق جریان آب را بر اراضی غیر نداشته باشد نمی تواند مالک زمین مذکور را به جریان

^۱. هبه، زحبل، پیشین، ج ۶، ص ۴۶۷.

^۲. همان، ج ۶، ص ۴۶۷.

^۳. عبدالکریم، زیدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص ۲۰۶.

آب خود مجبور گرداند.» از نصوص این ماده دو حکم به ترتیب زیر قابل استخراج به نظر می رسد: نخست این که مالک زمینی که می خواهد زمین خود را از جوی عمومی آبیاری کند، در صورتی می تواند این امر را انجام دهد که بر مالکان زمین هایی که آب از آنها جاری می شود، حق مجری داشته باشد. پرسش این است که این حق چگونه تثبیت و تشخیص می شود؟ در پاسخ به این پرسش به نظر می رسد در تعیین و تثبیت حق ارتفاق موقعیت هر دو زمین و عرف مدنظر گرفته می شود و با توجه به این دو حق ارتفاق (توسط مردم و یا محکمه) تثبیت و تشخیص می گردد. دوم این که به نظر می رسد در صورت اثبات حق ارتفاق صاحب زمینی که آب از آن جاری می شود، نمی تواند صاحب حق ارتفاق را منع نماید. سوم این که به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی در این قواعد حمایت مالک حق مجری می باشد.

بند سوم: آثار مترتب به حق مسیل

حق مسیل موجب ایجاد آثار زیر می گردد:

الف: اگر مسیل منزلی در راه عام یا خاص کشیده شده باشد که از آن ضرری به مردم عاید

گردیده باشد، ضرر مذکور رفع ساخته می شود گرچه قدیمی باشد

مطابق ماده ۲۳۵۱ فقره دوم ق.م: «اگر مسیل منزلی در راه عام یا خاص کشیده شده باشد که از آن ضرری به مردم عاید گردیده باشد، ضرر مذکور رفع ساخته می شود گرچه قدیمی باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استخراج می باشد: اولاً این که امکان دارد حق مسیل بر راه عمومی و یا راه خاص مترتب گردد. هر چند این حکم به صورت صریح در نص این ماده پیش بینی نشده است. ولی، به نظر می رسد می توان این حکم را از بند نخست این ماده که می گوید اگر مسیل منزلی در راه عمومی و یا خاص به گونه ای که تعریف هر دو گذشت کشیده شود استنباط کرد. دوم این که حق مسیل موجب ایجاد ضرر برای دیگران گردد، ضرر باید از بین برده شود هر چند حق مسیل قدیمی باشد. مانند بسیاری از حق های ارتفاق بر استفاده از حق مسیل نیز قاعده عدم ضرر (لاضرر) حاکم می باشد. به نظر می رسد هدف از قدامت حق مسیل این می باشد که هیچ شخص زمان حدوث آن را ندارد. در این صورت، به قدامت اعتبار داده نمی شود.^۱

^۱. نظام الدین، عبد الله، پیشین، ص ۲۷۸.

ب: هیچ کس نمی تواند بدون حق مسیل محلی را که جدیداً احداث نموده به منزل شخص دیگری بکشد، مگر اینکه اجازه او را حاصل کرده باشد

بر اساس ماده ۲۳۵۳ ق.م.: «هیچ کس نمی تواند بدون حق مسیل محلی را که جدیداً احداث نموده به منزل شخص دیگری بکشد، مگر اینکه اجازه او را حاصل کرده باشد.» از نص این ماده دو حکم استنباط به نظر می رسد: نخست این که هیچ کس نمی تواند مسیل را به منزل همسایه بکشد مگر به اجازه همسایه. به نظر می رسد در این فرض، شخص دارای حق مسیل بر همسایه نیست و به همین دلیل قانونگذار مدنی رضایت همسایه شخص دیگر را شرط گذاشته است. دوم این که اگر کس حق مسیل را بر همسایه بنابر اسباب حق ارتفاق که تفصیل آن گذشت داشته باشد، می تواند حق مسیل را بر خانه همسایه بکشد.^۱

ج: مصارف اصلاح مسیل بر نفع گیرنده در صورتی که مسیل در زمین مملوکه شخصی و یا غیر باشد ضروری است

مصارف اصلاح مسیل بر نفع گیرنده در صورتی که مسیل در زمین مملوکه شخصی و یا غیر باشد ضروری است، ولی در صورتی که حق مسیل بر زمین های عمومی باشد، مصارف آن از بیت المال تمویل می شود.^۲

بند چهارم: آثار مترتب به حق مرور

طبق ماده ۲۳۵۴ ق.م.: «احداث ناوه دان یا حفر چاه بدرفت، فاضل آب باران و غیره در راه عمومی در صورتی که آن خسارت به عموم تولید شود جواز ندارد. همچنین احداث امور فوق در راه خاص که غیر نافذ باشد، بدون اجازه شاروالی یا اهل کوچه، مجاز نمی باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استخراج می باشد: نخست این که هر شخص می تواند در راه عام ناوه دان احداث نماید، چاه بدرفت حفر نماید و تصرفاتی که مشابه ناوه دان و حفر چاه است مانند احداث دوکان، دروازه و امثال اینها انجام دهد، زیرا قانونگذار مدنی سایر موارد را به احداث ناوه دان قیاس نموده است. در چنین حالتی، شرط است که ضرر به غیر وارد نگردد. در صورت ورود ضرر به مردم، شخص نمی تواند تصرفات متذکره را انجام دهد. دوم

^۱. نظام الدین، عبدالله، پیشین، ص ۲۷۸.

^۲. وهبه، الزحیلی، پیشین، ج ۶، ۴۶۷۶.

این که هرگاه راه خاص باشد، همه افراد می تواند تصرفات مذکور در ماده ۲۳۵۴ ق.م. را در آن انجام دهند، ولی به دو شرط: نخست این که از شاروالی اجازه گرفته شود و دوم این که اهل کوچه اجازه دهند. عبارت غیر نافذ در این ماده مبهم به نظر می رسد. آثاری که بر حق مرور به موجب فقه مرتب می گردد نظر به نوع راه به شرح زیر فرق می نماید:

الف: هرگاه راه عام باشد

اگر راه عمومی بود، همگان حق انتفاع از آن را دارند بخاطریکه راه های عام از جمله مباحات تلقی می شود برابر است از این که انتفاع عبور و مرور، باز نمودن کلکین، احداث دوکان، احداث راه فرعی، دروازه و غیره باشد. همچنین، اشخاص می توانند در آن موتر و حیوان خویش را متوقف کند. اما تصرفات بالا مقید به دو شرط است: نخست اینکه تصرفات بالا نباید باعث زیان غیر گردد، دوم اینکه گرفته شده اذن حاکم در آن لازمی پنداشته می شود. بنابراین، در حالتی که تصرفات بالا باعث خسارت غیر نگردد به نظر امام ابوحنیفه (رحمه الله) گرفته شده اذن حاکم در آن شرط می باشد. ولی به نظر امام محمد (رحمه الله) و امام یوسف (رحمه الله) اخذ اذن حاکم شرط تلقی نمی گردد. همچنین، به نظر فقهای شافعی و حنبلی نیز اخذ اذن حاکم شرط تلقی نمی گردد.^۱

ب: هرگاه راه خاص باشد

اگر راه خاص باشد، حق انتفاع از آن محدود و منحصر به مالک، یا مالکین آن می باشد. بنابراین، دیگران نمی توانند در آن دروازه و نظیر آن احداث نمایند. ولی عموم مردم می توانند از آن عبور و مرور نمایند و مالکان راه بالا جهت احترام به عام نمی توانند آن را مسدود نمایند یا از بین ببرند.^۲

گفتار دوم: آثار مشترک حق ارتفاق

در این گفتار سعی برین شده است که آثار مشترک حق ارتفاق، در قالب دو بند بررسی خواهد شد، بنابراین، حق ارتفاق یک رشته آثاری را ایجاد می کند که بعضی از آنها به مالک عقار مرتفق و بعضی دیگری به مالک عقار مرتفق به متعلق می باشند.

^۱. وهبه، الزحیلی، پیشین، ج ۶، ص ۶۷۷.

^۲. همان، ج ۶، ص ۶۷۸.

بند اول: حقوق و تکالیف مالک عقار مرتفق

آثار متعلق به مالک عقار مرتفق عبارتند از:

الف: حق مرور، مجرا و مسیل اگر قدیمی باشد، به حال خود گذاشته می شود مگر اینکه اصلا

نامشروع باشد

طبق ماده ۲۳۵۱ فقره اول ق.م: «حق مرور، مجرا و مسیل اگر قدیمی باشد، به حال خود گذاشته می شود مگر اینکه اصلا نامشروع باشد. در این صورت به قدامت اعتبار داده نمی شود و در صورت زیان واضح از بین برده می شود. از نص این ماده سه حکم قابل استنباط می باشد: نخست این که حق مرور، مجری و مسیل اگر قدیمی باشد به حال خودش گذاشته می شود؛ دوم این که اگر حق مجری، مرور و مسیل نامشروع باشد و یا زیان واضح داشته باشد، در اثر تقاضای متضرر از صاحب حق مجری، مرور و مسیل و در صورت عدم توافق صاحب حق مجری، مرور و مسیل توسط محکمه ذیصلاح باید از بین برده شود، بخاطری که در این مورد قاعده حقوقی و فقهی دیگر وجود دارد که: (ضرر باید دفع گردد) سوم این که اصل این است که سبب حق مجری، مرور و مسیل مشروع است. این اصل قابل اثبات عکس می باشد. فلذا، طرفی که ادعای نامشروع بودن حق مجری، مرور و مسیل را می نماید باید آن را طبق قواعد عمومی اثبات ثابت نماید.^۱

ب: انجام اعمالی که برای استعمال حق ارتفاق ضروری است

چنانچه قانونی مدنی در ماده ۲۳۵۵ خود مقرر می دارد: «صاحب حق ارتفاق، می تواند 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.» این نص قانونی مبین این مطلب است که مالک عقار مرتفق در استعمال حق ارتفاق می تواند به اعمالی اقدام کند که به خاطر استعمال حق ارتفاق زیانی پنداشته می شود. به عنوان مثال هرگاه کسی بر زمین غیر حق مرور داشته باشد و استعمال آن مستلزم احداث جویی باشد یا حق شفه داشته باشد و استعمال آن مقتضی نصب بمبه بر چاه باشد، در تمام این حالات وی می تواند پل و جوی احداث کند و بر سر چاه بمبه نصب نماید؛ زیرا انجام این کارها

۱. نظام الدین، عبدالله، پیشین، ص ۲۸۰.

برای استعمال حق ارتفاق ضروری پنداشته می شوند. همچنین مالک عقار مرتفق می تواند کارهایی را انجام دهد که برای حفاظت حق ارتفاق ضروری می باشد، به عنوان مثال اگر حق مرور داشته باشد می تواند راه را هموار نماید و عنداللزوم می تواند آن را اسفالت کند و به نحوی حق ارتفاق را استعمال نماید که باعث زیان به عقار مرتفق به ننگردد. مالک عقار مرتفق در انجام چنین اعمال و عدم آن مختار می باشد، اما اگر به انجام این اعمال اقدام ننماید و در اثر استعمال حق ارتفاق به عقار مرتفق به زیان برسد، در این حالت مالک عقار مرتفق مسئول پرداخت ضرر خواهد بود.^۱

ج: تحمل مصارف مربوط به استعمال حق ارتفاق و حفاظت آن

قانون مدنی در ماده ۲۳۵۷ خود تصریح می دارد: «مصارف اعمالی که به منظور استعمال حق ارتفاق لازم شمرده شود یا تکالیف حفاظت آن به ذمه مالک عقار مرتفق می باشد، مگر اینکه بر خلاف آن شرط گذاشته شده باشد و اگر اعمال مذکور برای مالک عقار مرتفق نافع باشد، تکالیف صیانت آن به تناسب مفادی که به هر یک عاید می گردد می باشد.» این نص قانونی مبین این مطلب می باشد که در اصل، مصارف اعمال لازمه ای که برای استعمال حق ارتفاق و حفاظت آن لازمی است بر مالک عقار مرتفق می باشد؛ بخاطر او از حق ارتفاق بهره برداری می نماید. بنابراین، مصارف این استفاده را باید پردازد ولو این مصارف به خاطر اعمالی باشد که وجود عیب در عقار مرتفق یا تغییر محل ارتفاق به سبب تعدیل وضعیت اشیاء ایجاب آنها را کند. ولی اگر اجرای این اعمال به خطاء است، در این حالت مصارف آنها به صورت تعویض بر عهده شخصی خواهد بود که آن را مرتکب گردیده است خواه مالک عقار مرتفق به باشد یا مالک عقار مرتفق.^۲

بند دوم: حقوق و تکالیف مالک عقار مرتفق به

طبق ماده ۲۳۵۹ ق.م: «مالک عقار مرتفق به، نمی تواند به اجرای اعمالی پردازد که منجر به نقصان استعمال حق ارتفاق شود. همچنین، نمی تواند موضع حق مذکور را تغییر دهد مگر اینکه موقع مذکور به اثر حوادث طوری گردد که تکلیف ارتفاق را تزئید بخشد یا استعمال حق از موضع مذکور مانع آوردن

^۱. عبدالرزاق، السنهوری، پیشین، ج ۹ صص ۱۳۷۰ - ۱۳۷۱.

^۲. همان، ج ۹ ص ۱۳۷۵.

تحسينات در عقار مرتفق به شود. در اين صورت، مالك عقار، مي تواند انتقال ارتفاق را به موضع ديگر مطالبه نمايد.» نص اين ماده تصريح نموده است كه تكاليف صاحب عقار مرتفق به، تكاليف سلب محض مي باشد. صاحب عقار مرتفق به مكلف به اجراي هيچ كار ايجابي نيست. بخاطري كه حق ارتفاق قدرت مباشر مالك حق ارتفاق بر عقار مرتفق به مي باشد كه مالك حق ارتفاق آن را بدون وساطت صاحب عقار مرتفق به و بدون تداخل او اعمال مي كند. آنچه كه از صاحب عقار مرتفق به مطالبه مي شود، امتناع از اجراي اعمالی می باشد كه منجر به نقصان استعمال حق ارتفاق شود، مانند اينكه: صاحب عقار مرتفق به، پل را تخریب و راه را تبدیل به زمین زراعتی نماید. در چنین حالتی، صاحب عقار مرتفق می تواند اعاده حالت اولی را از محكمه ذيصلاح مطالبه نماید. همچنین، صاحب عقار مرتفق به نمی تواند حق ارتفاق را كه مالك زمین مرتفق به عقار او دارد، تغيير دهد، مگر اينكه هر دو در اين باره توافق نمایند.^۱

آثار متعلق به مالك عقار مرتفق به عبارتند از:

الف: امتناع از اجراي اعمالی كه منجر به نقصان حق ارتفاق گردد

قانون مدنی در فقره نخست ماده ۲۳۵۹ خود مقرر می دارد: «مالك عقار مرتفق به، نمی تواند به اجراي اعمالی بپردازد كه منجر به نقصان استعمال حق ارتفاق شود.» یعنی هرگاه حق ارتفاق حق مرور باشد صاحب عقار مرتفق به نمی تواند در آن زراعت كشت كند يا اشجار غرس كند؛ به جهت كه اين اعمال مانع عبور و مرور می شود يا حد اقل عبور و مرور را مشكل می سازد. هرگاه حق ارتفاق حق چراگاه باشد، صاحب حق عقار مرتفق به نمی تواند در آن خانه يا كارخانه اعمال نماید؛ زیرا اين كار مانع چريدن حيوانات می شود يا حد اقل چريدن را مشكل و سخت می سازد.^۲

ب: جزای اخلال مالك عقار مرتفق به در قبال مسئولیت خویش

هرگاه مالك عقار مرتفق به اعمالی را انجام دهد كه باعث نقصان استعمال حق ارتفاق گردد، مكلف به اعاده آن به حالت نخست اش است و در صورت لزوم مكلف به پرداخت تعویض مالی خواهد بود. اعاده ارتفاق به حالت اولی همان گونه كه از صاحب عقار مرتفق به كه مرتكب تخلف گردیده است مطالبه

^۱. نظام الدین، عبدالله، پیشین، ص ۲۸۱.

^۲. داد محمد، نذیر، حقوق عینی در فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان، ص ۲۷۷.

می شود از هر خلف خاص که ملکیت این عقار به وی منتقل خواهد شد نیز مطالبه خواهد شد هر چند این تخلف را مرتکب نشده باشد؛ بخاطری که اعاده به حال نخست تکلیف عینی بر عقار می باشد. ولی تعویض مالی تکلیف شخصی بر ذمه مالک می باشد.^۱

ج: امکان تغییر موضع تعیین شده جهت استعمال حق ارتفاق با در نظر داشت شروط معینه

قانون مدنی در فقره دوم ماده ۲۳۵۹ خود می گوید: همچنان (مالک عقار مرتفق به) «نمی تواند موضع حق مذکور را تغییر دهد، مگر اینکه موقع مذکور به اثر حوادث در حالتی واقع 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، می تواند انتقال ارتفاق را به موضع دیگری مطالبه نماید.» مالک عقار مرتفق به فقط بدون موافقه مالک عقار مرتفق نمی تواند به تغییر مکان تعیین شده برای استعمال حق ارتفاق اقدام کند چنانچه مالک عقار مرتفق به تنهایی بدون موافقه مالک عقار مرتفق به نمی تواند دست به تغییر مکان اصلی برای استعمال حق ارتفاق، امر مطلق واستثناء ناپذیر می باشد، ولی عدم جواز استقلال مالک عقار مرتفق به به تغییر این مکان اصلی امر استثناء پذیر می باشد،^۲ چنانچه قانون مدنی در فقره دوم ماده ۲۳۵۹ خود مقرر می دارد: ... «مگر اینکه موقع مذکور به اثر حوادث در حالتی واقع 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، می تواند انتقال ارتفاق را به موضع دیگری مطالبه نماید.

گفتار سوم: تجزیه عقار مرتفق و مرتفق به

در این گفتار سوم تجزیه عقار مرتفق و سپس مرتفق به را ذیلا مورد بحث قرار می دهیم:

بند اول: تجزیه عقار مرتفق

قانون مدنی در ماده ۲۳۶۰ خود مقرر می دارد: (۱) «هرگاه عقار دارای حق ارتفاق تجزیه شود، هر یک از اجزاء مستحق ارتفاق شناخته می شود، مشروط بر اینکه 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

^۱. داد محمد، نذیر، پیشین، ص ۲۷۷.

^۲. عبدالرزاق، السنهوری، پیشین، ج ۹، صص ۱۳۸۲ - ۱۳۸۴.

می تواند زوال حق مذکور را از سایر اجزاء مطالبه نماید.» این نص قانونی مبین این مطلب می باشد که حدود حق ارتفاق در حالت تجزیه عقار مرتفق به طور افرازی صورت می گیرد و گاهی تجزیه عقار با بیع قسمتی از آن به شخص بیگانه انجام می یابد و گاهی تجزیه عقار از طریق توارث حاصل می شود. به هر حال هرگاه عقار مرتفق با یکی از شیوه های فوق تجزیه شود و هر شریک صاحب جزء آن گردد، در این حالت با تعدد اجزای عقار، حق ارتفاق نیز متعدد می شود و هر جزء آن عین حق ارتفاق بر عقار مرتفق به را دارا می باشد، مشروط بر اینکه این کار باعث زیادت مصارف حق ارتفاقی اصلی نگردد، مانند اینکه مالکان عقار مرتفق بخواهند بیشتر از آنچه صاحب عقار مرتفق به استفاده می نمود، استفاده نمایند. ولی هرگاه عقار مرتفق بین دو نفر تجزیه شود و یکی در قسمت مربوط به خود کارخانه ای اعمار کند و دیگری قسمت مربوط به خود را برای زراعت اختصاص دهد، در این صورت حق ارتفاق نسبت به آن حصه زمینی که برای زراعت اختصاص داده شده است باقی می ماند، ولی نسبت به آن قسمت زمینی که در آن کار خانه 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 مطالعه نماید.^۱

بند دوم: تجزیه عقار مرتفق به

طبق ماده ۲۳۶۱ فقره های نخست و دوم ق.م: «(۱) هرگاه مرتفق به، تجزیه شود حق ارتفاق در تمام اجزاء آن باقی می ماند؛ و (۲) اگر حق ارتفاق در واقع بالای بعضی اجزاء عقار استعمال نمی گردید و امکان استعمال آن هم نباشد، مالک اجزای مذکور می توانند زوال حق مذکور را از جزء ملکیت خود مطالبه نمایند.» از نص این ماده به خوبی فهمیده می شود 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 می ماند. ولی، اگر حق ارتفاق بر بعضی از اجزای عقار مرتفق به تجزیه شده استعمال نگردد و یا استعمال آن ممکن نباشد، صاحب این جزء می تواند زوال حق ارتفاق را از مالک عقار مرتفق مطالبه نماید. به عنوان مثال، اگر حق ارتفاق حق مرور یا حق شرب باشد و مکان

۱. داد محمد، نذیر، پیشین، ص ۲۷۸-۲۷۹.

حق مرور و حق شرب صرف در یک جزء عقار مرتفق به واقع باشد، صاحب جزئی که مکان حق مرور و حق شرب در آن واقع نیست، می تواند زوال حق ارتفاق را از مالک عقار مرتفق مطالبه نماید.^۱

گفتار چهارم: اسباب پایان یافتن حق ارتفاق

در این گفتار سعی برین شده است که زوال حق ارتفاق در نظامی حقوقی افغانستان در قالب هشت بند تدین یافته، بنابراین، حق ارتفاق به اسباب زیر منتهی می شود:

بند اول: پایان مدت تعیین شده

اگر حق ارتفاق برای مدت معین ایجاد گردیده باشد، با زوال مدت تعیین شده، حق ارتفاق نیز زوال می یابد. بند ۱ ماده ۲۳۶۲ ق.م. در این باره، تصریح می دارد: «۱- حق ارتفاق به انقضای مدت معینه... منتهی می شود.» معادل آن، ماده ۱۰۲۶ ق.م. مصر و ماده ۱۰۲۹ ق.م. لیبی می باشد. حق ارتفاق می تواند موقت باشد؛ زیرا دوام جزء ذات و جوهر حق ارتفاق نیست. بنابراین، وقتی که حق ارتفاق ایجاد می شود می تواند دایم یا موقت باشد. چنانچه از اول، حق ارتفاق موقت و محدود ایجاد شود، با پایان یافتن مدت تعیین شده، حق ارتفاق نیز پایان می یابد.^۲

بند دوم: از بین رفتن یکی از دو شی غیر منقول

بند ۱ ماده ۲۳۶۲ ق.م. در این خصوص می گوید: «حق ارتفاق به ... از بین رفتن کامل عقار مرتفق به یا عقار مرتفق... منتهی می شود.» هر یک از دو غیر منقول چه مرتفق چه مرتفق به از بین رود. حق ارتفاق نیز به تبع آن از بین می رود. لازم به ذکر است که غیر منقول مرتفق به، غیر منقول خادم را گویند؛ به تصریح دیگر، غیر منقولی که حق به زیان آن، ایجاد شده است. غیر منقولی که حق به سود آن ایجاد شده، مرتفق یا مخدوم نامیده می شود.^۳

۱. عبدالرزاق، السنهوری، پیشین، ج ۹، صص ۱۳۶۲ - ۱۳۸۹.

۲. عبدالحسین، رسولی، پیشین، ص ۱۵۸.

۳. همان، صص ۱۵۸ - ۱۵۹.

بند سوم: اجتماع دو عقار در ملکیت شخص واحد

اگر یک شخص مالک دو عقار گردد، در این صورت حق ارتفاق زوال خواهد یافت؛ زیرا چنانچه در تعریف حقوق ارتفاق گفته شده حق ارتفاق جز در ملک غیر ثابت نخواهد شد.^۱ چنانچه قانون مدنی در فقره ۱ ماده ۲۳۶۲ خود مقرر می دارد: «(۱) حق ارتفاق،... با انقضای مدت معینه یا از بین رفتن کامل عقار مرتفق به یا عقار مرتفق، و به اجتماع هر دو عقار در ملکیت یک شخص منتهی می شود.» (۲) اگر صورت اجتماع ملکیت بنابر تاثیر زایل گردد که به زمان گذشته راجع می گردد، حق ارتفاق عودت می نماید.^۲

بند چهارم: مرور زمان

هرگاه مالک حق ارتفاق به مدت پانزده سال از این حق استفاده نکند حق ارتفاق خاتمه خواهد یافت. چنانکه قانون مدنی در ماده ۲۳۶۳ خود تصریح می دارد: «اگر حق ارتفاق در خلال مدت پانزده سال استعمال نشود، منقضی می گردد.» در ماده ۲۳۶۴ خود مقرر می دارد: «هرگاه عقار دارای حق ارتفاق در ملکیت یک عده شرکاء به صورت مشترک داخل شود، استفاده یکی از شرکاء از حق ارتفاق مرور زمان را در مورد سایر شرکاء قطع می نماید. همچنان وقف مرور زمان به منفعت یکی از شرکاء به منفعت شرکای باقی مانده، موقوف (وقف شده محسوب) می شود.»

بطور مثال علی نام موازی چهار جریب زمین و عقار دارای حق ارتفاق داشته باشد و باثر فوق علی نام مورث ملکیت چهار جریب زمین برای چهار نفر بنون ورثه او به طریق ارث بشکل مشاع و مشترک داخل شود و از جمله یکی از شرکاء حق ارتفاق استفاده کند این استعمال حق ارتفاق از جانب یکی از شرکاء مرور زمان را در مورد سایر شرکاء قطع می نماید همچنان در جمله شرکاء یکی بنام احمد صغیر بوده و مرور زمان عدم استعمال حق ارتفاق در مورد او متوقف به زمان کبارت آن است این وقف مرور زمان به منفعت احمد نام یکی از شرکاء به منفعت سایر شرکاء باقیمانده موقوف می شود و مرور زمان عدم استعمال حق ارتفاق از زمان کبارت احمد نام صغیر مذکور محاسبه می شود.^۳

۱. عبدالرحمن، حمدی، مبادی القانون، الجزء ۱، صص ۱۳۶۶-۱۳۶۹.

۲. داد محمد، نذیر، پیشین، ج ۲، ص ۲۸۰.

۳. یادگار، راجی سمنگانی، پیشین، ج ۴، صص ۳۷۵-۳۷۶.

بند پنجم: ناممکن شدن استعمال حق ارتفاق

هرگاه استعمال حق ارتفاق در اثر تغییر وضع اشیاء ناممکن شود، حق ارتفاق منتهی خواهد شد خواه این تغییر در عقار مرتفق به حادث شده باشد یا در عقار مرتفق. بنابراین، هرگاه حق ارتفاق، حق احداث کلکین مشرف بر عقار مرتفق به باشد و منزل مرتفق تخریب یا منهدم شود و کلکین مشرف بر عقار مرتفق به از بین برود، در این صورت حق ارتفاق به دلیل ناممکن بودن استعمال آن در اثر حدوث تغییر در عقار مرتفق منتهی خواهد شد. و هرگاه حق ارتفاق، حق مرور باشد و عقار مرتفق به بند شود به گونه ای که رسیدن از آن به راه عمومی ناممکن گردد، در این صورت حق ارتفاق به دلیل ناممکن بودن استعمال آن در نتیجه حدوث تغییر در عقار مرتفق به منتهی خواهد شد.^۱ چنانچه قانون مدنی ماده ۲۳۶۵ مقرر می دارد: «هرگاه وضع اشیاء طوری تغییر نماید که استفاده از حق ارتفاق غیر ممکن گردد، حق ارتفاق منقضی شناخته می شود. در حالتی که اشیاء به صورتی بر گردد که استفاده از حق مذکور ممکن شود، حق ارتفاق نیز اعاده می گردد، مگر اینکه به اساس عدم استعمال تحت مرور زمان آمده باشد.»

عین این مطلب را بند ۱ ماده ۱۰۲۸ ق.م. مصر، بند ۱ ماده ۱۰۳۱ ق.م. لیبی و شبیه آن را ماده ۱۲۸۳ ق.م. عراق و بند ۳ ماده ۹۹۳ ق.م. سوریه مقرر نموده اند. تغییری که سبب غیر ممکن شدن استفاده از حق ارتفاق می شود، فرق نمی کند در اثر عمل مالک زمین مرتفق یا مرتفق به یا شخص سوم یا قوه قاهره باشد، در هر صورت، باعث زوال حق ارتفاق می شود.^۲

بند ششم: گذشت به نظر اعراض صاحب حق ارتفاق

حق ارتفاق با گذشت مالک حق زوال می یابد. گرچه این مورد، در قانون مطرح نشده است؛ ولی حق ارتفاق از حقوق مالی می باشد و یکی از عناصر حقوق مالی این می باشد که قابل اسقاط است. در نتیجه، حق ارتفاق با گذشت مالک حق زوال می یابد. اسقاط حق ارتفاق می تواند با اراده منفرد مالک حق باشد و نیاز به قبول طرف مقابل ندارد. اسقاط حق ارتفاق در حقوق ما نیاز به ثبت و صدور سند رسمی دارد.^۳

۱. عبدالرزاق، السنهوری، پیشین، ج ۹، ص ۱۴۰۰.

۲. همان، ج ۹، ص ۱۴۰۱.

۳. عبدالحسین، رسولی، پیشین، ص ۱۶۰.

ماده ۲۲۱۲ ق.م. بیان می دارد: «ملکیت عقار و سایر حقوق عینی که رد آن شرایط مقرر قانون مبنی بر ثبت اسناد رعایت نشود انتقال نمی نماید.»

بند هفتم: تحقق شرط فاسخ و فسخ ملکیت صاحب عقار مرتفق به

حق ارتفاق معلق به شرط فاسخ است؛ بخاطری که همانگونه که اقتران حق ارتفاق به مدت درست می باشد، تعلیق آن بر شرط نیز جایز خواهد بود. هرگاه حق ارتفاق معلق به شرط فاسخ شود، تطبیق قواعد عمومی لازم خواهد بود. بنابراین، هرگاه شرط فاسخ تحقق یابد، حق ارتفاق زایل خواهد شد. ولی پایان یافتن حق ارتفاق اثر رجعی به ماقبل ندارد؛ زیرا طبیعت اشیاء از این ابناء می ورزند که مدتی که حق ارتفاق قبل از تحقق شرط فاسخ در آن باقی مانده باشد از بین برده و اعتبار آن نادیده گرفته شود. همچنین هرگاه ملکیت شخصی که حق ارتفاق بر عقار مرتفق به را ایجاد کرده با یکی از اسباب فسخ، فسخ شود، تطبیق قواعد عمومی نیز لازم خواهد بود. قواعد عمومی مستلزم آن می باشد که چنین شخص که حق ارتفاق را ایجاد کرده صاحب عقار مرتفق به نبوده و بر عقراری حق ارتفاق را مرتب ساخته است که یک روز هم صاحب آن نبوده است. بنابراین، حق ارتفاق با زوال ملکیت عقار مرتفق به از دست شخص مذکور زایل خواهد شد. ولی فسخ ملکیت مالک حق ارتفاق برای عقار مرتفق، حق ارتفاق را زایل نمی سازد؛ زیرا اشتراط حق ارتفاق توسط مالک عقار مرتفق برای مصلحت عقار خویش از جمله اعمال اداری نیکی به شمار می رود که با فسخ ملکیت این مالک زایل نخواهد شد. بنابراین، این حق ارتفاق به تبع عقار در هر دستی که عقار مذکور بعد از فسخ به آن منتقل می شود باقی خواهد ماند.^۱

بند هشتم: به انتها رسیدن علت ثبوت حق

اگر به کدام عقار حق ارتفاق برای پنج سال ثابت شد پس به اتمام این مدت حق به پایان می رسد.^۲

۱. داد محمد، نذیر، پیشین، ج ۲، ص ۲۸۲.

۲. مصطفی، نیازی، حقوق عینی، ص ۱۱۹.

مبحث سوم: وجوه اشتراکات و افتراقات

در آمد

موقعیت جغرافیایی، وجوه اشتراکات دینی، قومی، زبانی و فرهنگی و شمولیت هردو کشور در یک حوزه تمدنی سبب ایجاد پیوندهای عمیق در عرصه های مختلف شده؛ بویژه در عرصه حقوقی اشتراکات زیادی میان نظام حقوقی هردو کشور دیده می شود ولی وجوه این اشتراکات مانع از وجود افتراقات بوده نمی تواند. بنابر این، در این مبحث وجوه اشتراکات و افتراقات آثار و اسباب پایان یافتن حق ارتفاق در هردو نظام حقوقی (ایران و افغانستان) مورد بحث قرار می گیرد.

گفتار اول: وجوه اشتراکات

اشتراکات هر دو نظام حقوقی قرار ذیل است:

۱. در هردو نظام حقوقی علل و عوامل که سبب ایجاد حق ارتفاق می شود می تواند عوامل ذیل باشند: حکم قانون، انعقاد قرارداد میان طرفین، مرور زمان و ایقاع.
۲. در هردو نظام حقوقی قلمرو تصرفات شخص که دارای حق ارتفاق در ملک غیر است به اندازه‌ی می باشد که در قرارداد میان مالک ملک مورد ارتفاق و صاحب حق ارتفاق توافق صورت گرفته باشد و یا هم به مقدار متعارف که ضرورت انتفاع اقتضاء نماید و حق تجاوز از محدوده تعریف شده فوق را ندارد مگر اینکه اذن مالک ملک مورد ارتفاق موجود باشد و سبب ایجاد ضرر به اشخاص دیگر نشود و یا هم ممانعت قانونی موجود نباشد.
۳. در هردو نظام حقوقی استفاده از حق ارتفاق مستلزم استفاده از وسایل و لوازم آن نیز می باشد مشروط به اینکه حق ارتفاق بر اساس حجتی بوجود آمده باشد در غیر آن استفاده از وسایل و لوازم حق ارتفاق محال خواهد بود.
۴. در هردو نظام حقوقی تجزیه و تقسیم، به ارث بردن، به استحقاق رفتن و یا هم بیع جزئی ملک صاحب حق ارتفاق، سبب زوال حق ارتفاق نخواهد شد بلکه حق ارتفاق کما فی السابق به حالت خود باقی خواهد ماند و شرکا، وارثین و سایر اشخاص ذینفع بصورت دسته جمعی از حق مذکور مستفید خواهند شد مگر اینکه خلاف آن توافقی صورت گرفته باشد.

۵. در هردو نظام حقوقی صاحب حق ارتفاق جهت استفاده صحیح از حق مذکور مکلف به اتخاذ تدابیر حفاظتی می باشد.
۶. در هردو نظام حقوقی صاحب حق ارتفاق در صورت سوء استفاده از حق مذکور مکلف به جبران خسارت زیان وارده می باشد.
۷. در هردو نظام حقوقی اعمال مخارج ضروری بخاطر استفاده از حق ارتفاق و نگهداری از آن بدوش مالک حق ارتفاق است مگر اینکه خلاف آن توافقی صورت گرفته باشد.
۸. در هردو نظام حقوقی مالک ملک مورد ارتفاق حق ندارد اقدام به انجام کاری کند که مانع انتفاع صاحب حق ارتفاق از ملک مورد ارتفاق شود مگر اینکه صاحب حق ارتفاق به آن رضایت داشته باشد.
۹. در هردو نظام حقوقی مالک ملک مورد ارتفاق و صاحب حق ارتفاق در مورد زیان های وارده به یکدیگر از رهگذر استفاده از حق ارتفاق در مقابل یکدیگر مسئول می باشند.
۱۰. در هردو نظام حقوقی در صورت تقسیم و تجزیه ملک مورد ارتفاق در میان شرکا و یا هم افراد ذینفع، حق ارتفاق به حالت اولی و سابق باقی می ماند و سبب زوال حق مذکور نمی شود.
۱۱. در هردو نظام حقوقی در عرصه حقوق بین الملل خصوصی راجع به حق ارتفاق، قانون کشوری قابل اجراست که ملک مورد ارتفاق در آن کشور موقعیت داشته باشد.
۱۲. در هردو نظام حقوقی اسباب پایان یافتن حق ارتفاق می تواند یکی از اسباب ذیل باشد؛ ۱. عدم استعمال حق ارتفاق یا مرور زمان. ۲. وحدت مالکیت ملک صاحب حق ارتفاق و ملک مورد ارتفاق. ۳. اتمام مدت قرارداد. ۴. اعراض از حق ارتفاق و اسقاط آن.

گفتار دوم: وجوه افتراقات

- از مطالعه هردو نظام حقوقی چنین فهمیده می شود که وجوه اشتراک در هردو نظام حقوقی نسبت به وجوه افتراق بیشتر بوده و تنها به چند مورد ذیل به عنوان وجوه افتراق می توان اشاره کرد:
۱. در نظام حقوقی افغانستان آثار خاص حق ارتفاق از آثار مشترک آن تفکیک شده و از آثار خاص حق ارتفاق بطور واضح تعریف به عمل آمده است. مانند؛ حق آبیاری، حق مجری، حق مسیل و حق مرور.
۲. نظام حقوقی افغانستان نسبت به نظام حقوقی ایران در مورد آثار حق ارتفاق بیشتر متاثر از فقه می باشد.

۳. در نظام حقوقی ایران مدت انقضای حق ارتفاق سپری شدن ۱۰ سال تعیین شده است در حالیکه در نظام حقوقی افغانستان مدت انقضای حق مذکور ۱۵ سال مشخص شده است.

نتیجه گیری فصل:

در سومین فصل از این نوشتار آثار حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران و افغانستان مورد مطالعه قرار گرفته، این فصل در قالب سه مبحث می باشد. مبحث نخست آن آثار حق ارتفاق و زوال آن در نظام حقوقی ایران، در مبحث دوم آثار حق ارتفاق و اسباب پایان یافتن آن در نظام حقوقی افغانستان و در مبحث سوم وجوه اشتراکات و افتراقات هر دو نظام را به بررسی گرفته است.

از مباحث ارائه شده در این فصل نتایج زیر بدست می آید:

با توجه به بررسی های انجام شده در مبحث نخست این فصل آثار حق ارتفاق عبارت از آثاری است. آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق نسبت به مالک حق می باشد، از قبیل، ارتفاق تبعی یا ثانویه، تقسیم ملک صاحب حق ارتفاق و عدم تغییر در کمیت حق ارتفاق بعد از تقسیم. و تکالیف صاحب حق ارتفاق می باشد، از قبیل، تجاوز صاحب حق ارتفاق از حدود حق مزبور، سوء استفاده صاحب حق ارتفاق و هزینه و مخارج استفاده از حق ارتفاق است. و آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق نسبت به مالک ملک حق ارتفاق است. تقسیم ملک مورد ارتفاق است، تکالیف مالک ملک مورد ارتفاق، خوداری مالک ملک مورد ارتفاق از اعمال مغایر حق ارتفاق و ضمانت اجرای عدم امتناع مالک از عمل مغایر با حق ارتفاق، و امکان تغییر موضع استفاده از حق ارتفاق می باشد، قانون حاکم بر حق ارتفاق در حقوق بین الملل خصوصی و خسارات وارد بر حق ارتفاق در ملک غیر است.

اسباب پایان یافتن حق ارتفاق، قرار ذیل می باشد. زوال حق ارتفاق در نتیجه عمل انسان است، از قبیل، عدم استعمال حق ارتفاق یا مرور زمان مسقط حق، وحدت مالکیت صاحب ارتفاق و ملک مورد ارتفاق و سپری شدن مدت قرار داد، منتهی شدن حق ارتفاق در نتیجه تغییر وضعیت ملک می باشد، از قبیل، از بین رفتن ملک مورد ارتفاق یا ملک صاحب حق ارتفاق، عدم امکان استفاده از حق ارتفاق، و پایان یافتن حق ارتفاق در نتیجه حکم قانون تبیین شده، حکم قانون و غیر قابل معامله شدن یکی از دو ملک به بررسی قرار گرفته است.

از مبحث دوم این فصل این نتیجه به دست می آید، که آثار حق ارتفاق و اسباب منتهی آن در نظام حقوقی افغانستان عبارت از: آثار خاص، از قبیل، اثر مرتب به حقابه (حق آبیاری) می باشد، اثر مرتب به حق مجری، اثر مرتب به اثر مرتب به حق مرور است. و آثار مشترک حق ارتفاق، مانند، حقوق و تکالیف مالک عقار مرتفق و حقوق و تکالیف مالک عقار مرتفق به، تجزیه عقار مرتفق و مرتفق به است. و اسباب پایان یافتن حق ارتفاق از جمله، پایان مدت تعیین شده، از بین رفتن یکی از دو شی غیر منقول، اجتماع دو عقار در ملکیت شخص واحد، مرور زمان، ناممکن شدن استعمال حق ارتفاق، محال شدن استفاده از حق ارتفاق، گذشت صاحب حق ارتفاق، تحقق شرط فاسخ و فسخ ملکیت صاحب عقار مرتفق به و به انتها رسیدن علت ثبوت حق مورد مطالعه و بررسی قرار گرفته است.

نتیجه گیری نهایی و پیشنهادها

از بررسی انجام شده در این تحقیق نتیجه زیر به دست آمد:

۱. قانون مدنی ایران شانزده ماده را به احکام و مقررات حق ارتفاق نسبت به ملک غیر اختصاص داده است. ولی این مواد تمام آنچه را که در مورد حق ارتفاق لازم می باشد، بیان نمی کند. و دارای نواقصی است. این نواقص می تواند علت‌های مختلفی داشته باشد. اولاً: اوضاع و احوال زمان تدوین قانون مدنی، ضرورتها و نیازهای آن زمان بیش از احکام و مقررات فعلی را اقتضاء نمی کرد. ثانیاً: ماهیت قانون مدنی از فقه امامیه اقتباس شده و در فقه امامیه بحث مدون، کامل و جامعی تحت عنوان حقوق ارتفافی یافت نمی شود. و مقررات حق ارتفاق در کتب فقهاء تحت الشعاع حق حریم واقع شده است. زیرا بحث حق حریم عنوان مستقلی را به خوداختصاص داده است. همچنین قواعدی از حق ارتفاق را می توان در مبحث مشترکات عامه جستجو کرد. ثالثاً: تدوین کنندگان قانون مدنی همواره در پی آن بوده اند که با حفظ ماهیت و محتوای فقهی حقوق ارتفافی در شکل و قالب تدوین مقررات آن از قانون مدنی فرانسه استمداد نموده و بدین ملحوظ هنگام اقتباس احیاناً ناگزیر به ترجمه ناقصی از موارد شده اند. که از جمله این مواد ماده ۹۳ قانون مدنی در تعریف حق ارتفاق است. که تمام حقوقدانان نسبت به عدم جامعیت و عدم مانعیت آن اتفاق نظر دارند. از دیگر موارد ماده ۹۸ ق.م. می باشد. که با وجود ماده ۱۰۸ ق.م. و حکم کلی مندرج در آن مبنای درستی ندارد. و علت آن وجود محتوا این ماده در متون فقهی امامیه می باشد. همچنانکه با حکم صریح ماده ۱۰۴ قسمت اخیر ماده ۱۰۱ قانون مدنی نیز ضرورت وجودی ندارد.

۲. مطالعه تطبیقی مباحث نشان می دهد که تمام نظامهای حقوقی تقسیم دسته بندی حق ارتفاق را به ظاهر و غیر ظاهر، مستمر و غیر مستمر و مثبت و منفی پذیرفته اند. ولی نظام حقوقی ایران برای دور نماندن از فقه امامیه به تقسیم بندی مزبور پابند نبوده است. اگرچه سود عملی این دسته بندی در شمول جریان مرور زمان اشکار می شود. و نظام حقوقی ایران به تقلید از مبانی فقهی خود تملک حقوق عینی ناشی از جریان مرور زمان را نپذیرفته است. ولی طرح آن به عنوان یک بحث علمی نظری در آثار حقوقدانان می توانست مفید واقع شود. چنانکه اشاره شد یکی از اسباب ایجاد حق ارتفاق مرور زمان می باشد. و فقه امامیه آن را از اسباب تملک قلمداد ننموده و در عوض احیاء موات را به عنوان عامل کسب این حق مورد تاکید قرار داده است. بدین صورت که اگر ملکی احیاء گردد و سپس املاک محیط بر آن احیاء شوند. ملک

نخست در املاک محیط خود حق عبور، حق مجری و... دارد. اگرچه به این عامل نیز در قانون مدنی ایران اشاره ای نشده است. علاوه بر آن کلیه عوامل و اسباب زوال حق ارتفاق نیز در قانون مدنی ایران اشاره ای نشده است. و به اسبابی چند به عنوان پایان دهنده حق ارتفاق اکتفاء گردیده است.

۳. خلاصه مطلب که قانون مدنی ایران در بخش حق ارتفاق در مقایسه با سایر نظامهای حقوق به خصوص نظام حقوقی افغانستان و فرانسه به طور کامل تدوین نشده است. و اگر در زمان تصویب آن حقوق ارتفاقی به حق عبور، حق شرب، حق مسیل، حق مجری و حقوق نظیر آن منحصر می شد. امروزه با بوجود آمدن برجهای آسمان خراش و عبور کابلهای تلفن، برق و لوله های آب و گاز قواعد کلی قانون مدنی نمی تواند پاسخگوی احتیاجات جدید باشد. و به نظر می رسد که در این قسمت اصلاح و تجدید نظر متعاقب آن تدوین به تناسب حقوق ارتفاقی جدید ضرورت داشته باشد.

۴. قانون مدنی افغانستان بیست هفت ماده را به احکام و مقررات حق ارتفاق نسبت به ملک دیگر اختصاص داده است. اما این مواد تمام آنچه را که مورد حق ارتفاق لازم می باشد واضح و روشن نمی کند. دارای نواقصی است. این نواقص می تواند علتهای گوناگون داشته باشد. علت فوق در مورد قانون مدنی افغانستان نیز صدق می نماید. که تدوین کنندگان این قانون به جهت نگهداری ماهیت و محتوای فقهی این حق در شکل و قالب تدوین مقررات آن از قانون مدنی عراق اقتباس نموده است. بدین لحاظ هنگام استمداد از آن احیاناً ناچار به ترجمه ناقص برخی موارد شده باشد. از جمله ماده ۲۳۴۰ ق.م. حق ارتفاق را تعریف می نماید، که حقوقدانان در مورد جامعیت و مانعیت آن اتفاق نظر ندارند. ولی قانون مدنی افغانستان بی نسبت به قانون مدنی ایران در مورد حق ارتفاق مفصل تر و همه جوانب آن را در نظر گرفته بحث نموده است.

۵. شرایط که برای حق ارتفاق در حقوق هر دو کشور وجود دارد عبارت از حق عینی قائم به ملک است و اختصاص به زمین دارد، تابع و فرع مالکین زمین است، حق ارتفاق دائمی است، حق ارتفاق قابل تقسیم نیست، حق ارتفاق تنها به املاک و اراضی اختصاص دارد، حق ارتفاق مغایر حق مالکیت است، وجود دو ملک همجوار، حق ارتفاق یکی حق مالی است، حق ارتفاق یک حق عینی اصلی عقاری است، مالک دو مال غیر منقول متفاوت باشند، دو مال غیر منقول در کنار هم باشد و حق ارتفاق تابع ملک و حقی مستقل نیست.

۶. آثار که برای حق ارتفاق در حقوق هر دو کشور وجود دارد قرار ذیل است: آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق نسبت به صاحب حق، قلمرو و حدود حق ارتفاق، تکالیف صاحب حق ارتفاق و اختیارات مالک و صاحب حق ارتفاق، آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق نسبت با مالک ملک حق ارتفاق، تقسیم ملک مورد ارتفاق و امکان تغییر موضع استفاده از حق ارتفاق می باشد، آثار خاص، آثار مترتب به حقه، آثار مترتب به حق مجری، آثار مترتب به حق مسیل و آثار مترتب به حق مرور، آثار مشترک، حقوق و تکالیف مالک عقار مرتفق و حقوق و تکالیف مالک عقار مرتفق به است.

۷. اسباب کسب حق ارتفاق که در حقوق هر دو کشور بدست آمده عبارت است از: ایجاد حق ارتفاق به موجب قانون، ایجاد حق ارتفاق بوسیله طبیعت، ایجاد حق ارتفاق به اعتبار عمل انسان و ایجاد حق ارتفاق به اساس قرارداد، کسب حق ارتفاق به واسطه ارث، کسب حق ارتفاق به مرور زمان و کسب آن به اختصاص مالک می باشد.

۸. اسباب پایان یافتن حق ارتفاق که در نظام حقوقی هر دو کشور وجود دارد قرار ذیل می باشد: پایان یافتن حق ارتفاق در نتیجه عمل انسان، زوال حق ارتفاق در نتیجه تغییر و وضعیت ملک، منتهی شدن حق ارتفاق در نتیجه حکم قانون، پایان مدت تعیین شده، از بین رفتن یکی از دو شی غیر منقول، اجتماع دو عقار در ملکیت شخص واحد، مرور زمان، ناممکن شدن استعمال حق ارتفاق، محال شدن استفاده از حق ارتفاق، گذشت صاحب حق ارتفاق، تحقق شرط فاسخ و فسخ ملکیت صاحب عقار مرتفق به و انتها رسیدن علت ثبوت حق است.

۹. با توجه به بررسی که انجام شده مصادیق حق ارتفاق در حقوق هر دو کشور زیاد می باشد. حق شرب، حق مسیل، حق مجری، حق تعالی (علو)، حق مجاورت، مصادیق دیگر از این حق که در نظام حقوقی کامن لا قرار دارد عبارت از: حق نور، حق هوا، حق حمایت نسبت به یک ساختمان، حق بر داشت آب جاری از یک منبع مصنوعی، حق عبور هوا از یک راه کانال معین، حق نصب برد تبلیغاتی بر ملک دیگر، حق عبور سیمها تلفن از ساختمان دیگری و حق ایجاد مزاحمت که یک ملک یا ساختمان اعمال می شود.

۱۰. حق ارتفاق دارای اقسام زیادی است و به دو دسته زیر تقسیم می شود: الف) حق ارتفاق به اعتبار منشأ حق، که عبارت از ارتفاق قراردادی، ارتفاق قانونی، ارتفاق عمومی، ارتفاق بلدی، ارتفاق اختصاصی،

ارتفاق ایقاعی و ارتفاق طبیعی می باشد. ب) حق ارتفاق به اعتبار نحوه اجرای حق، به حق ارتفاق مثبت و منفی، حق ارتفاق مداوم و متناوب و حق ارتفاق نمایان و پنهان است.

۱۱. مبانی بدست آمده در نظام حقوقی هر دو کشور این می باشد. مالک باید تصرف خود را به طور (متعارف) انجام دهد، برای رفع حاجت یا رفع ضرر از مالک باشد و سوء استفاده از حق مالکیت مبانی حقوقی ایجاد حق ارتفاق دانسته اند. ولی فقهای اسلامی مبانی حق ارتفاق را قاعده (لاضرر و لا ضرار) و قاعده تسلط می دانند، که با مستندات ذکر شده است.

۱۲. در مورد مشروعیت حق ارتفاق در فقه ادله عامی که مورد استناد فقهای مذاهب سنی و شیعه باشد موجود نیست، اما هر یک از مصادیق حق ارتفاق در فقه هر دو مذهب ادله خاصی در مورد مشروعیت آن وجود دارد. بنابراین آنچه در اسلام آمده است اکرام همسایه و محافظت بر حقوق همسایه مورد سفارش قرار گرفته است و اکرام همسایه بالا ترین شئون می باشد که در قرآن و سنت آمده است، بنابراین، حق ارتفاق در غالب واگذاری منفعت به همسایه می باشد، پس از حقوق ارتفاقی تعبیر از حقوق متداول میان همسایه است. در اسلام عزیز نخست منبع که در مورد مشروعیت حق ارتفاق رجوع شده است، قرآن می باشد، که به سوره نساء آیه، ۳۶ تاکید شده است که حق همسایه بر همسایه و نیکی به همسایه در این آیه مورد تاکید است، که نیکی به همسایه می تواند در غالب واگذاری حق شرب یا جوار و مانند آن، به او باشد. دومین منبع سنت پیامبر می باشد که روایتی از اهل سنت و امامیه در مورد مشروعیت حق ارتفاق بیان شده است و نیز به بناء عقلاء که حق ارتفاق مورد پذیرش عقلای عالم است. و در عمل اصحاب پیامبر (ص) نیز حق ارتفاق مورد پذیرش می باشد که عمل اصحاب از ادله اهل سنت است.

با توجه به نتایج مزبور پیشنهادات زیر ارائه می گردد.

۱. در حقوق هر دو کشور حق ارتفاق پذیرفته شده است ولی تعریفی جامعی از آن صورت نگرفته است، لذا قانونگذاران هر دو کشور با توجه به مصادیق حق ارتفاق تعریفی مانعی و جامعی ارائه دهد.

۲. امروزه با بوجود آمدن برجهای آسمان خراش و عبور کابلهای تلفن، برق و لوله های آب و گاز قواعد کلی قانون مدنی هر دو کشور نمی تواند پاسخگوی احتیاجات جدید باشد فلذا قانونگذاران هر دو کشور به جمع آوری و تدین یک قانون نظامند که جوابگوی آن باشد اقدام نمایند.

۳. قانون مدنی ایران شانزده ماده و قانون مدنی افغانستان بیست و هفت ماده راجع به احکام و مقررات

حق ارتفاق نسبت به ملک غیر اختصاص داده است، اما این مواد قانون هر دو کشور آنچه که در مورد حق ارتفاق لازم می باشد بیان نمی کند، بایستی قانونگذاران هر دو کشور به یک قانون مدنی کلی توجه کنند.

۴. یک تحقیق کامل در باره مصادیق جدید حق ارتفاق در تمدن نوین و شهرسازی ها مدرن باید انجام بگیرد، تا مردم از چالش ها این مصادیق نو خلاصی بسته سبب تسهیل روابط آنها در زندگی اجتماعی شود.

فهرست منابع:

الف) قرآن کریم

ب) منابع فارسی

۱- کتاب

۱. اتاسی، محمدخالد، شرح مجله الاحکام، مترجم، موج سمگانی و نهضت، عبدالواحد، بی چا، انتشارات ستره محکمه، ۱۳۷۰.
۲. استانکزی، نصرالله، قاموس اصطلاحات حقوقی، چاپ اول، بی تا.
۳. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، چاپ ۲۴، نشر اسلامی، تهران، ۱۳۶۲.
۴. انصاری، مسعود، طاهری، محمد علی، دانشنامه حقوق خصوصی، چاپ سوم، نشر جنگل جاودانه، ۱۳۸۹.
۵. انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، بی چا، کتابخانه ملی تهران، ۱۳۸۱.
۶. پلوج، غلام مرزء، فرهنگ مصور فارسی، بی چا، اسرار دانش، تهران، ۱۳۷۹.
۷. پیمان، رحیم الله، حقوق عینی ملکیت و اسباب کسب آن، چاپ اول، نشر تمدن شرق، ۱۳۹۶.
۸. جامعه بزرگ، محمد، تملک اراضی توسط دولت و شهرداریها، چاپ اول، انتشارات سلم، ۱۳۶۹.
۹. جردی عبده، محمد، حقوق مدنی، تهران، بی چا، ۱۳۲۹.
۱۰. خسروشاهی، قدرت الله، دانش پژوه، مصطفی، فلسفه حقوق، بی چا، نشر موسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی تهران، ۱۳۷۸.
۱۱. خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، بی چا، انتشارات پیام، ۱۳۷۸.
۱۲. رسولی، عبدالحسین، اموال و مالکیت در حقوق افغانستان، چاپ اول، نشر دانشگاه ابن سینا، ۱۳۹۳.
۱۳. رسولی، عبدالحسین، حقوق اموال مطالعه تطبیقی حقوق افغانستان با کشور های عربی، چاپ دوم، انتشارات فرهنگ و انتشارات امیری، کابل، ۱۳۹۶.

۱۴. سمنگانی، یادگار راجی، تشریح و توضیح قانون مدنی، چاپ اول، نشر سعید، ۱۳۹۷.
۱۵. صفایی، سید حسین، اشخاص و اموال، چاپ ۲۸، نشر میزان، ۱۳۹۹.
۱۶. طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، چاپ دوم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸.
۱۷. عبدالله، نظام الدین، حقوق عینی، چاپ نهم، نشر سعید کابل، ۱۳۹۷.
۱۸. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، تهران، ۱۳۸۹.
۱۹. غزنوی، غفور احمد، حقوق عینی، چاپ ششم، ناشر نمایشگاه دائمی کتاب الهام احدی، ۱۴۰۰.
۲۰. فرهی، وحید، حق در مکاتب فقهی اسلام، بی جا، نشر السوه قم، ۱۳۸۲.
۲۱. فصیحی زاده، علیرضا، اذن و آثار حقوقی آن، چاپ دوم، نشر بوستان، ۱۳۸۰.
۲۲. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی اموال و مالکیت، چاپ چهل و سوم، نشر میزان، ۱۳۸۲.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، نشر میزان، ۱۳۹۴.
۲۴. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، بی جا، انتشارات تهران، ۱۳۸۲.
۲۵. گوهری طالع، عبدالله، حق ارتفاق از دیدگاه فقه امامیه، چاپ اول، نشر مرکز بین المللی ترجمه المصطفی، ۱۳۹۹.
۲۶. لنگرودی، محمد جعفر، حقوق اموال، چاپ دوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۸.
۲۷. الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه مرکز تهران، ۱۳۷۰.
۲۸. معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، نامن، چاپ سوم، ۱۳۸۸.
۲۹. ملکوتی، رسول، اموال و مالکیت، چاپ اول، انتشارات مجد تهران، ۱۳۹۷.
۳۰. نذیر، دادمحمد، حقوق عینی در فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان، چاپ اول، انتشارات حامد رسالت، کابل، ۱۳۹۶.
۳۱. نیازی، مصطفی، حقوق عینی، مترجم، امانی، امان الله، بی جا، انتشارات مستقبل، ۱۳۹۸.

۳۲. هاشمی، سید احمد علی، تقی زاده، ابراهیم، حقوق اموال و مالکیت، چاپ هشتم، نشر مجد،

۱۳۹۸،

۲_ مقالات

۳۳. افشاریان، محمد اسماعیل، حق ارتفاق، مجله صالحین روستا، شماره ۱۹۱، ۱۳۸۰

۳۴. مهدی خدایی، امیراحمد، «دلیل مشروعیت حق ارتفاق از دیدگاه مذاهب اسلامی»، مجله علمی

پژوهشی پژوهش ها فقهی، شماره ۲، صص ۷۳-۹۲ پائیز، ۱۳۹۰

۳_ پایان نامه ها

۳۵. امین پور، فاطمه سعادت، بررسی موارد حاکمیت های مالکیت در فقه و حقوق ایران، پایان نامه

ارشد فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۳

۳۶. سلمانی، عباس، حق ارتفاق و حقوق صاحبان املاک مجاور در حقوق ایران، پایان نامه ارشد

معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه تهران، ۱۳۸۵

۳۷. شیخلو، عادل، بررسی شرایط و آثار حق ارتفاق قراردادی در حقوق موضوعه ایران و اسلام، پایان

نامه ارشد حقوق، دانشگاه تبریز، ۱۳۹۳

۳۸. گارگر، نرکس، بررسی مقایسه ای حق ارتفاق و انتفاع در فقه و حقوق موضوعه، پایان نامه ارشد

فقه و مبانی حقوق اسلامی، آزاد اسلامی واحد گچساران، ۱۳۹۷.

۳۹. گرگانی، سحر محسن، حقوق ناشی از مجاورت املاک در فقه و حقوق ایران، پایان نامه ارشد

فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۶

۴۰. نژاد، احمد سلیمانی، حق ارتفاق و بررسی تطبیقی آن، پایان نامه ارشد معارف اسلامی و حقوق،

دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۷۴

۴_ قوانین

۴۱. قانون آئین دادرسی مدنی ایران

۴۲. قانون مدنی افغانستان

۴۳. قانون مدنی ایران

۴۴. قانون مدنی سوریه

۴۵. قانون مدنی عراق

۴۶. قانون مدنی فرانسه

۴۷. قانون مدنی لیبی

۴۸. قانون مدنی مصر

۴۹. مجله الاحکام

۵۰. مجموعه قوانین ایران ۱۳۰۹

ج) منابع عربی

۱- کتاب

۵۱. ابوزهر، محمد، المکیه ونظیریه العقد فی الشریعه الاسلامی، دارالفکر عربی، قاهره، بی چا، بی نا،

بی تا.

۵۲. احمد ابن فارس، معجم مقایسه اللغة، چاپ اول، انتشارات تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم،

۱۴۰۴ ق.

۵۳. احمد، فتح الله، معجم الفاظ فقه الجعفری، بی چا، بی نا، ۱۴۱۰ ق.

۵۴. بازاللبانی، سلیم رستم، شرح المجله، چاپ سوم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.

۵۵. بخاری، محمد ابن اسماعیل، صحیح البخاری، ج ۵، طبعه المکیه السلفیه، ترقیم، بی چا، بی تا.

۵۶. البشیر، محمد طه، غنی، حسون طه، الحقوق العینة الاصلیة الحقوق العینة التبعية، ناشر، وزارت

التعلیم العالی و البحث العلمی عراق، بی چا، ۱۹۸۲ م ۱۴۰۲ ق.

۵۷. بغدادی، الوالبرکات، المعتبر فی الحمکه، ج ۱، دانشگاه اصفهان، ۱۳۶۲ هـ.

۵۸. بهرزوری، شمس الدین، الشجره الالهیه فی علوم الحقایق الربانیه، چاپ دوم، مؤسسه حکمت

وفلسفه، تهران، ۱۳۷۵ هـ.

۵۹. توفیق، حسن فرج، القانون الرومانی، بیروت، الدار الجامعه للطباعة والنشر، بی چا، ۱۹۸۵ ق.

۶۰. التهانوی، محمدعلی، کشف اصطلاحات الفنون والعلوم، ج ۱، چاپ اول، بی نا، بی تا.

۶۱. جمعی از پژوهشگران، موسوعه الفقه الاسلامی طبق المذهب اهل البیت (ع) قم، مؤسسه المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل البیت (ع) چاپ اول، ۱۳۲۶ ق.
۶۲. حایری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، ناشر، گنج دانش، چاپ پنجم، ۱۳۹۹ هـ.
۶۳. حائری، مرتضی، الخمس، مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البیت، قم، بی چا، بی تا.
۶۴. حمدی، عبدالرحمن، مبادئ القانون، ج ۱، جامعه عین شمس، القاهرة، بی چا، بی تا.
۶۵. الحموی الرومی البغدادی، شهاب الدین أبی عبدالله، یاقوت بن عبدالله، معجم البلدان، ج ۳، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی چا، بی تا.
۶۶. الرازی، فخرالدین، الفخرالدین الرازی علی الاشارات، ج ۲، مکتبه آیت الله، قم، بی تا.
۶۷. الرازی، فخرالدین، شرح کتاب النجاه لابن سینا، بی چا، انجمن آثار و مفاخر تهران، بی تا.
۶۸. الرازی، فخرالدین، شرح عیون الحکمه، ج ۳، مؤسسه الصادق، بی چا، بی تا.
۶۹. راغب اصفهانی، حسین، مفردات الفاظ القرآن الکریم، چاپ اول، بیروت، دارالعلم، ۱۴۱۸ ق.
۷۰. زحیلی، وهبه، فقه الاسلام و ادلته، ج ۶، دمشق، دارالفکر، الطبعة الاولى، ۱۴۰۶ هـ ق.
۷۱. زیدان، عبدالکریم، المدخل ادراسه الشریعه الاسلامیه، مکتبه البشایر، عمان، بی چا، ۱۴۱۱ ق.
۷۲. سجستانی، سلیمان بن اشعث، سنن ابی داود، بیروت، المکتبه العصریه، بی چا، بی تا.
۷۳. السنوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح قانون مدنی، ج ۹، بیروت، احیاء التراث العربی، بی چا، ۱۹۸۶ ق.
۷۴. شیخ رئیس، ابن سینا، وسائل ابن سینا، قم، بیدار، بی چا، بی تا.
۷۵. شیرازی، صدرالدین، الاسفار الاربعه، ج ۱، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، بی تا.
۷۶. شیرازی، محمد حسین، الفقه، موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی، مؤسسه الامام رضا، قم، بی چا، ۱۴۱۲ هـ.
۷۷. صدرالدین محمد بن ابراهیم، الحاشیه علی الالهیات، قم، بیدار، بی چا، بی تا.
۷۸. طبرسی، امین الاسلام، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۴، بی چا، نشر ناصر خسرو، تهران، ۱۳۷۲ هـ.

۷۹. طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، مترجم، گروهی از نویسندگان، چاپ اول، فراهانی، تهران، ۱۳۶۰ق
۸۰. طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، چاپ سوم، کتاب فروشی مرتضوی، تهران، ۱۴۱۶ق
۸۱. علی بن محمد، التعریفات، بی چا، تهران، بی تا.
۸۲. فارابی، ابونصر، المنطقیات للفارابی، ج ۲، مکتبه آیت الله المرعش، قم، بی چا، بی تا.
۸۳. فرح صده، عبدالمنعم، اصول القانون، بیروت، دارالنهضة العربیه، بی چا، بی تا.
۸۴. فیومی، احمد بن محمد مقری، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، چاپ اول، منشورات دار الرضی قم، بی تا.
۸۵. گروهی از نویسندگان، موسوعه الفقه الاسلامی المقارن، المجلس الاعلی للشؤون الاسلامیه، قاهره، بی چا، بی تا.
۸۶. محمد بن ابی العباس الفضل، بیان الحق بضمان الصدق، بی چا، اللوکر، تهران، بی تا.
۸۷. محمد بن مکرم، ابن منظور، لسان العرب، ج ۸، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ سوم، ۱۴۱۴ق
۸۸. مصطفوی، محمد حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، چاپ اول، مرکز الکتاب الترجمة و النشر تهران، ۱۴۰۲ق
۸۹. مطهری، مرتضی، التحصیل، بی چا، دانشگاه تهران، ۱۳۴۹هـ.
۹۰. مظفر، محمدرضا، اصول فقه، ترجم، غریبان، محسن، شیروانی، علی، ج ۲، چاپ چهارم، انتشارات دارالفکر، قم، بی تا.
۹۱. هدایت نیا، فرج الله، مبانی فقهی تحدید سلطنت مالکانه، ج ۴، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، تهران، بی چا، ۱۳۷۵هـ.

Abstract

The right of easement is a right that is acquired through the ownership of immovable property by a person, this right is so important for the owner that the existence of property without it is considered as lack of property for the right holder. The right of access is one of the issues of Iranian and Afghan law and Islamic religions. This right includes the facilitator, the possession and use of the right to facilitate the relations of persons in adjacent properties. This right refers to real estate and has a high application and importance due to the urban and cultural structure of the society. The question that has been raised in this research is always at the center of the jurists' discussion is what is the right of easing in the legal system of Iran and Afghanistan? In this research, descriptive, comparative and analytical methods have been used to answer this question in the legal system of Iran and Afghanistan. Researchers' findings have shown that in Iranian and Afghan law, following the Islamic legal system, a series of conditions and effects have been accepted to establish the right of easement. The Civil Code of Iran has sixteen articles and the Civil Code of Afghanistan twenty-seven articles regarding the provisions and rules of the right of easement over non-property. But these articles do not say everything that is required about the right of way. The conditions obtained in Iranian law are: the objective right to property, subordinate and subsidiary of landowners, indivisibility, the right of permanent easement, it is allocated only to real estate and land, is contrary to the right of ownership, Existence of two adjacent properties and one financial right. This research has found that the right of easement is the main objective immovable right, the right of easement is a privilege for the benefit of one and the loss of the other, and the easement of the owner of two immovable properties is different. Obligations of the property owner and the rights and duties of the property owner. The right of passage and passage, the right of the executor, are known examples of it.

Keywords: right, easement, usufruct, ownership, conditions, effects.



AL-Mustafa international university

Master Thesis

Private Law

Title:

**Comparative study of easement in the legal system of Iran and
Afghanistan**

Supervisor:

Dr. Abolfazl Hussam

Researcher:

Ehsanullah Amini

Academic Code: ۱۱۵۱۵۲۸۵

Academic Year: ۱۴۰۱