

کتابخانه دانشگاه امام صادق (ع)

شماره ثبت ۱۱
شماره ۳

باسمه تعالی

دانشگاه امام صادق (ع)

دانشکده معارف اسلامی و حقوق

حق ارتفاق و بررسی تطبیق آن

پایان نامه کارشناسی ارشد پیوسته

استاد راهنما: جناب آقای دکتر الماسی

اساتید مشاور:

۲ - حجة الاسلام سید حسین مصطفوی

۱ - دکتر اسدا... امامی

نگارش از: احمد سلیمانی نژاد

دانشجوی کارشناسی ارشد پیوسته

رشته معارف اسلامی و حقوق

دی ماه ۱۳۷۴

2148

۱۱۱۶۰

باسمه تعالی

دانشکده حقوق و معارف اسلامی مسئول عقایدی که نویسنده در این پایان نامه اظهار کرده است، نمی باشد.

موضوع: حقوق ارتفاق و بررسی تطبیقی آن

از جمله مباحثی که در قانون مدنی ایران مطرح شده و موادی چند از آن را به خود اختصاص داده است. بحث حقوق ارتفافی است حق ارتفاق از حقوق عینی است که ریشه در فقه امامیه دارد اما مقررات و فروع آن بطور جامع در فقه مورد بررسی قرار نگرفته است حتی قانون مدنی ایران نیز به اقتضای زمان تدوین و اوضاع و احوال اجتماع آن زمان در مقایسه با سایر قوانین مدنی نظیر قانون مدنی فرانسه و مصر از جامعیت لازم برخوردار نمی باشد. لذا به انگیزه طرح مسائلی که در حقوق ایران و در فقه امامیه راجع به آن بررسی صورت نگرفته تحقیق پیرامون حق ارتفاق و بررسی تطبیقی آن از طریق مطالعه کتب فقهاء در مباحث احیاء موات و اشتراکات عامه و بررسی قوانین و مقررات مربوطه در حقوق فرانسه و آثار نویسندگان نظام حقوقی انگلیس و آمریکا انجام شد. در بخش اول تحقیق ابتدا ملاحظاتی پیرامون حق ارتفاق بعنوان فصل مقدماتی مطرح شده است و در خلال آن پیشینه تاریخی موضوع، مفهوم لغوی و حقوقی ارتفاق بیان شده است سپس جهت درک بیشتر موضوع عناصر، خصوصیات و موضوعات حق ارتفاق طی سه گفتار ارائه شده در ادامه به تقسیمات حق ارتفاق نظیر حق ارتفاق ظاهر و غیرظاهر حق ارتفاق مستمر و غیرمستمر و حق ارتفاق سلبی و ایجابی که سابقه ای در حقوق ایران ندارد پرداخته شده است در ادامه بخش اول طرق پیدایش حق ارتفاق مورد بحث و بررسی قرار گرفته و ایجاد حق ارتفاق به موجب قانون و ایجاد حقوق ارتفاق طبیعی و پیدایش حق ارتفاق در نتیجه اعمال حقوقی انسان مانند عقد - ایقاع - مرور زمان (البته مرور زمان از سوئی از عوامل قانونی پیدایش حق ارتفاق تلقی می شود و از سوئی دیگر ممکن است از جمله عوامل انسانی پیدایش حق ارتفاق قلمداد شود) عنوان شده است در بخش دوم آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق نسبت به صاحب حق مورد بررسی قرار گرفته در ضمن آن قلمرو و حدود حق ارتفاق تقسیم ملک صاحب حق، تغییر در کمیت حق ارتفاق بعد از تقسیم، تکالیف صاحب حق ارتفاق تجاوز صاحب حق ارتفاق از حدود حق مزبور، سوء استفاده صاحب حق و هزینه و مخارج استفاده از حق ارتفاق بیان شده و متعاقب آن آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق نسبت به مالک ملک مورد ارتفاق مانند تقسیم ملک مورد ارتفاق و تکالیف مالک آن و ضمانت اجرای عدم امتناع مالک از عمل مغایر با حق ارتفاق و امکان تغییر موضع استفاده از حق ارتفاق طی عناوینی مستقل مطرح شده است در بخش سوم تحقیق به اسباب پایان یافتن حق ارتفاق پرداخته شده است و در مباحث آن به مرور زمان مسقط حق، وحدت مالکیت دو ملک مورد ارتفاق و صاحب ارتفاق، سپری شدن مدت قرار داد، اعراض از حق ارتفاق و اسقاط آن، از بین رفتن ملک مورد ارتفاق یا ملک صاحب ارتفاق و غیر معامله شدن یکی از دو ملک و حکم قانون بعنوان عوامل پایان دهنده حق ارتفاق اشاره شده است.

۱۱۱۶۰

تقدیم به:

به تمام معلمان و استادانی که شمع
وجود خود را در راه آموختن دانش
پروهان نهادند.

به تمام شهیدان و دانشجویان شهیدی
که آرمیدند تا بیاموزیم و بیاسائیم.
به والدینم که تعهد به تربیت مرا به
نحو احسن انجام دادند.

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
مقدمه	۱

بخش اول

ملاحظات پیرامون حق ارتفاق و طرق پیدایش آن

فصل اول: ملاحظات کلی درباره حق ارتفاق	۶
مبحث اول: پیشینه تاریخی	۶
مبحث دوم: بررسی مفهوم لغوی و حقوقی ارتفاق	۸
گفتار اول: معانی لغوی واژه ارتفاق	۸
گفتار دوم: مفهوم حقوقی ارتفاق یا تعریف حق ارتفاق	۹
مبحث سوم: عناصر و خصوصیات و موضوعات حق ارتفاق	۱۳
گفتار اول: عناصر حق ارتفاق	۱۳
گفتار دوم: خصوصیات حق ارتفاق	۱۴
گفتار سوم: موضوعات حق ارتفاق	۱۵
الف - ایجاد حق ارتفاق در املاک بلامالک	۱۶
ب - امکان ترتب حق ارتفاق بر اموال عمومی	۱۸
مبحث چهارم: تقسیمات و مصادیق حق ارتفاق	۱۹
گفتار اول: تقسیمات حق ارتفاق	۱۹
گفتار دوم: مصادیق حق ارتفاق	۲۳
مبحث پنجم: تفاوت و تشابه بین حق ارتفاق و حق انتفاع	۲۵

- گفتار اول: تفاوت حق ارتفاق و حق انتفاع..... ۲۵
- گفتار دوم: تشابه حق ارتفاق و حق انتفاع..... ۲۶
- فصل دوم: طرق پیدایش حق ارتفاق..... ۲۷
- مبحث اول : ایجاد حق ارتفاق به موجب قانون ۲۷
- گفتار اول: حق ارتفاق شخصی ۲۹
- گفتار دوم: حق ارتفاق عمومی و بلدی یا ناحیه‌ای ۳۰
- حق ارتفاق ناشی از حکم ضمنی قانون..... ۳۱
- مبحث دوم : ایجاد حق ارتفاق بوسیله طبیعت ۳۲
- اول؛ آبهای طبیعی..... ۳۳
- دوم؛ آبهای باران و خانگی..... ۳۳
- مبحث سوم : ایجاد حق ارتفاق به موجب عمل انسان ۳۴
- گفتار اول : حق ارتفاق ناشی از عقد..... ۳۵
- گفتار دوم: حق ارتفاق ناشی از ایقاع..... ۳۸
- الف- خسارات ناشی از رجوع از اذن..... ۴۲
- ب- پیدایش حق ارتفاق در نتیجه اختصاص مالک اولیه ۴۳
- شروط لازم در پیدایش حق ارتفاق ناشی از اختصاص مالک اولیه ۴۵
- گفتار سوم : حق ارتفاق ناشی از مرور زمان ۴۸
- الف- چه نوع حق ارتفافی با گذشت زمان ایجاد می‌شود؟..... ۴۹
- ب: شیوه استعمال حق ارتفاق در نتیجه مرور زمان ۵۰
- ج: مدت مرور زمان ۵۱

بخش دوم

آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق

- فصل اول : آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق نسبت به صاحب حق..... ۵۹

- مبحث اول : قلمرو و حدود حق ارتفاق ۵۹
- گفتار اول: ارتفاق تبعی یا ثانویه ۶۰
- گفتار دوم: تقسیم ملک صاحب حق ارتفاق ۶۲
- گفتار سوم: عدم تغییر در کمیت حق ارتفاق بعد از تقسیم ۶۴
- مبحث دوم : تکالیف صاحب حق ارتفاق ۶۶
- گفتار اول: تجاوز صاحب حق ارتفاق از حدود حق مزبور ۶۷
- گفتار دوم: سوء استفاده صاحب حق ارتفاق ۶۸
- گفتار سوم: هزینه و مخارج استفاده از حق ارتفاق ۷۰

فصل دوم: آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق نسبت به مالک ملک مورد ارتفاق ۷۴

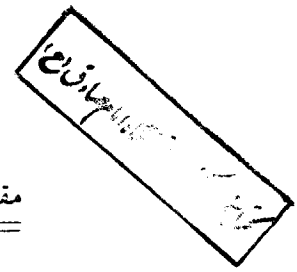
- مبحث اول : تقسیم ملک مورد ارتفاق ۷۴
- گفتار اول: تکالیف مالک ملک مورد ارتفاق ۷۵
- گفتار دوم: خودداری مالک ملک مورد ارتفاق از اعمال معایر حق ارتفاق ۷۷
- گفتار سوم: ضمانت اجرای عدم امتناع مالک از عمل معایر با حق ارتفاق ۷۹
- مبحث دوم : امکان تغییر موضع استفاده از حق ارتفاق ۸۰
- گفتار اول: قانون حاکم بر حق ارتفاق در حقوق بین الملل خصوصی ۸۲
- گفتار دوم: خسارت وارد بر حق ارتفاق در ملک غیر ۸۳

بخش سوم

اسباب پایان یافتن حق ارتفاق

- فصل اول: پایان حق ارتفاق در نتیجه عمل انسان ۸۹
- مبحث اول : عدم استعمال حق ارتفاق یا مرور زمان مسقط حق ۸۹
- گفتار اول: تغییر کیفیت استعمال حق ارتفاق در نتیجه شمول مرور زمان ۹۲
- مبحث دوم: وحدت مالکیت ملک صاحب ارتفاق و ملک مورد ارتفاق ۹۳
- مبحث سوم: سپری شدن مدت قرارداد ۹۵

مبحث چهارم: اعراض از حق ارتفاق و اسقاط آن.....	۹۷
گفتار اول: اعراض از حق ارتفاق	۹۷
گفتار دوم: اسقاط حق ارتفاق از ناحیه صاحب آن.....	۱۰۰
الف: از بین رفتن فایده استفاده از حق ارتفاق	۱۰۰
ب- تحقق شرط فاسخ	۱۰۱
فصل دوم: پایان حق ارتفاق در نتیجه تغییر وضعیت ملک	۱۰۳
مبحث اول: از بین رفتن ملک مورد ارتفاق یا ملک صاحب حق ارتفاق.....	۱۰۳
مبحث دوم: عدم امکان استفاده از حق ارتفاق.....	۱۰۴
فصل سوم: پایان حق ارتفاق در نتیجه حکم قانون.....	۱۰۶
مبحث اول: حکم قانون	۱۰۶
مبحث دوم: غیر قابل معامله شدن یکی از دو ملک.....	۱۰۶
نتیجه	۱۰۹
منابع و مأخذ	۱۱۱



مقدمه : ۱

مقدمه

اگر چه مالکیت مطلق است و مالک به حکم قانون نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاعی را دارد. اما این اطلاق در مواردی محدود به رعایت حقوق دیگران است. و از جمله این مواد رعایت حقوقی است که مالکان املاک برای استفاده کامل از ملک خود در ملک دیگر دارند. و به نام حقوق ارتفاقی نامیده می شود. اینکه مالک موظف باشد. حق عبور یا حق شرب یا ... برای ملک دیگری در ملک خود بپذیرد. و یا اجازه دهد که ساختمان مجاور در برابر منظر او پنجره ای باز کند. یا دری بگشاید. از محدودیتهایی است که قانون بر مالکیت او وارد کرده است.

بحث از حقوق ارتفاقی نسبت به املاک غیر در مبحث اول فصل سوم از باب دوم قانون مدنی صورت گرفته و احکامی از آن بیان شده است. اما مواد این مبحث که بعضاً ترجمه ای ناقص از قانون مدنی فرانسه است. (به ویژه ماده ۹۳ آن در تعریف حق ارتفاق) در برگیرنده تمام احکام به طور جامع نیست. از طرف دیگر چون تلاش نویسندگان قانون مدنی بر این مبنا استوار بوده که ماهیت این قانون از فقه امامیه دور نماند. در بسیاری موارد قانونگذار در جهت تبیین احکام و مقررات راجع به حقوق ارتفاقی مطالبی را از کتب فقهاء اقتباس کرده است. اما از آنجا که بحث کامل و مستقلی در کتب فقهاء راجع به حقوق ارتفاقی به چشم نمی خورد. و اصولاً احکامی بسیار اندک از آن در باب احیاء موات یا مشترکات به عنوان اموری جزئی مطرح شده است، اقتباس از منابع فقهی نیز نتوانسته خلاء موجود را پر کند. و حتی در بعضی موارد در وضع مقررات مربوط به حقوق ارتفاقی. به پاسخ سؤالی که در جامع الشتات بیان شده

و در قالب ماده‌ای تدوین گردیده، بسنده شده است.

حقوقدانان پیشین نیز به تبع از قانون مدنی بحث چندانی درباره حقوق ارتفاقی ننموده‌اند. و یا بعضاً این بحث را در آثار خود عنوان نکرده‌اند. اگرچه حقوقدانان متاخر تا حدی در راه جبران این نقیصه تلاش کرده‌اند. و آنرا با توجه به سیستم‌های حقوقی دیگر تکمیل نموده‌اند. اما باز هم این موضوع مجال وسیعی برای بحث و مطالعه و تأمل دارد. و تحقیق و پژوهش بیشتری می‌طلبد.

با عنایت به مطالب فوق‌الذکر هدف از انتخاب این موضوع نگرشی جدید به ابعاد مختلف بحث حقوق ارتفاقی است. تا از این طریق بتوان نقاط تاریک این بحث را از خلال آثار حقوقدانان ایرانی و خارجی روشن نمود. و مباحثی نظیر تعریف حق ارتفاق یا موضوعات حق ارتفاق (مانند حق حریم و ...) را که از چشم تیزبین این حقوقدانان دور نمانده است، مورد مطالعه قرار داد. و نظر صواب را در موارد مخلف فیه عنوان نمود. و در رسیدن به این مقصود تا حد امکان از آثار فقهاء استمداد جست. با توجه به این موضوع که حقوق ارتفاقی در حقوق بیگانگان به طور مسبوط مورد بحث و مطالعه قرار گرفته است. و تفصیل موجود در آنها در قوانین ایران منعکس نشده است. سعی بر آن است که - تا جایی که سد زبان اجازه دهد - مطالعه مختصری از موضوع در حد امکان در حقوق فرانسه، مصر و انگلیس در ضمن مباحث صورت گیرد. بدین شیوه که در هنگام ارائه یک بحث، مطالب مربوطه از این نظام‌های حقوقی اخذ شده و در جنب سایر مطالب بعنوان تکمیل کننده بحث مطرح گردد.

ذکر این نکته شایسته است که Easement (معادل حق ارتفاق) در حقوق انگلیس دارای

معنای مضیقی است. زیرا در کتب انگلیسی از حق ارتفاق به Servitude که مشابه معادل فرانسه آن است تعبیر شده، در حالی که Servitude دارای مفهوم گسترده‌تری است و شامل حق ارتفاق و حق انتفاع نیز می‌شود. و این امر مقایسه تمام مقررات و شرایط موجود بین Easement و Servitude را بسیار مشکل و در مواردی غیرممکن می‌نماید. چنانچه در حقوق انگلیس Easement و Profits a Prendre دو عنوان جداگانه هستند که در یک مبحث مورد بررسی واقع می‌شوند. بدین جهت بنظر می‌رسد که اطلاق عبارت حق ارتفاق در حقوق انگلیس در مقایسه با حقوق فرانسه مسامحه‌ای بیش نیست. و در نتیجه آن درک بعضی از مفاهیم حقوق کامن‌لا (اعم از حقوق انگلیس و آمریکا) برای کسی که به سیستم حقوقی رومی-ژرمنی پرداخته و همواره در آن پژوهش نموده نامأنوس است.

علاوه بر آن، تطابق بین حقوق ایران و حقوق فرانسه (یا مصر) نیز امری مشکل است. مثلاً استخراج سنگ از معدن در حقوق ایران به عنوان حق انتفاع قلمداد می‌شود. اما در حقوق فرانسه (یا مصر) حق ارتفاق محسوب می‌شود. با این حال نقاط اشتراکی نظیر عناصر حق ارتفاق، خصوصیات و موضوعات حق ارتفاق، تقسیمات و مصادیق حق ارتفاق بین کامن‌لا و نظام حقوقی فرانسه وجود دارد. البته غرض استفاده از آثار و منابع خارجی این است که مباحث شکل جامعی یافته و مسائل غیر مذکور در حقوق ایران نیز عنوان شود. و خواننده از مطالعه آن بتواند به نتیجه‌ای تطبیقی دست یابد.

ساماندهی تحقیق حاضر در سه بخش صورت گرفته است. بخش اول به آشنایی کلی با تعریف، عناصر، خصوصیات، موضوعات، تقسیمات و مصادیق حق ارتفاق اختصاص داده

شده است. در ادامه این بخش اسباب و عوامل پیدایش حق ارتفاق نظیر عوامل قانونی، انسانی و طبیعی مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. در بخش دوم آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق یعنی آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق نسبت به مالک ملک صاحب ارتفاق و آثار مترتب بر وجود حق ارتفاق نسبت به مالک ملک مورد ارتفاق و حقوق و تکالیف هر یک از آنان مطرح می‌گردد. سپس از بین رفتن و زوال حق ارتفاق را در بخش سوم مطالعه می‌کنیم. در این بخش پایان یافتن حق ارتفاق در نتیجه عمل انسان و همچنین پایان یافتن حق ارتفاق در نتیجه تغییر وضعیت املاک و حکم قانون مطرح می‌گردد. و در پایان جمع‌بندی مختصری به عنوان نتیجه تحقیق ارائه می‌گردد.

در خاتمه ضروری است از جناب آقای دکتر الماسی که هدایت این تحقیق را پذیرفتند و اینجانب را مدیون راهنمایی‌های ارزنده خود نمودند، تشکر کنم. همچنین بر خود فرض می‌دانم که از آقایان دکتر امامی و حجة الاسلام سید حسین مصطفوی که در مقام مشاور و در طول سالهای تحصیل فرزند خویش را مساعدت و ارشاد کردند نهایت قدردانی را داشته باشم.

بخش اول

ملاحظاتی پیرامون حق ارتفاق و طرق پیدایش آن

بحث اصلی بخش اول این تحقیق به طرق پیدایش حق ارتفاق اختصاص یافته است. اما از آن جهت که شناختن راههای ایجاد این حق مستلزم آشنایی با تاریخچه، مفاهیم، عناصر، تقسیمات، خصوصیات و مصادیق آن است. در ابتدا پیشینه تاریخی موضوع، بررسی مفهوم لغوی و حقوقی ارتفاق، عناصر تشکیل دهنده حق ارتفاق، خصوصیات و موضوعات حق ارتفاق، تقسیمات و مصادیق مختلف آن بعنوان فصل اول ارائه می‌گردد. آنگاه علل و موجبات انسانی، قانونی و طبیعی حق ارتفاق در قالب فصل دوم این بخش مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

فصل اوّل

ملاحظات کلی درباره حق ارتفاق

مبحث اوّل: پیشینه تاریخی

از قدیمی ترین حقوق حق ارتفاق عینی است و این حق برای حسن انتفاع از زمین یا منزل از نظر اقتصادی پیش بینی شده است. و این نوع از حقوق از حق مالکیت جدیدتر است. بخصوص بعد از اینکه منازل و املاک در جوار یکدیگر قرار گرفتند. و مالکان در استفاده از املاک خود نیاز به ملک یکدیگر داشتند. البته این حقوق در سایه اوضاع و احوال قدیم که منازل و زمینها از یکدیگر به مسافت معینی (مانند پنج فوت) فاصله داشتند قابل تصور نبود.

در حقوق رم قدیم بین حق ارتفاق زراعی و حق ارتفاع غیرزراعی تفاوت قائل می شدند. بطوریکه نوع اوّل در ابتدا بوجود آمد. سپس نوع دوّم در مرحله بعد ظاهر شد. چنانچه گفته شد از قدیمی ترین حقوقی که بر مال دیگران مقرر می شد حق ارتفاق به نفع ملک دیگری بود. اما این ملک حق خاصی را به نفع استفاده کننده ای که حقی در استعمال آن در بعضی موارد دارد بر ملک مورد ارتفاق تحمیل می کند.

خصوصیت دیگر حق ارتفاق در حقوق رم تلقی مادی از آن بود. ارتفاق ذاتاً چیزی بود که حق بر آن مقرر می شد. پس چنانچه شخصی دارای حق عبور در ملک دیگری باشد، ارتفاق از جزء مادی از زمینی که عبور بر آن واقع می شود تشکیل می گردد. و ملکی که مورد حق ارتفاق قرار گرفته به مقدار جزئی که عبور از آن صورت می گیرد دچار نقصان قیمت شده است. دقیقاً

بخش اول: ملاحظاتی پیرامون حق ارتفاق و طرق پیدایش آن ۷

مثل اینکه این جزء از تمام ملک جدا شود و به صاحب حق ارتفاع داده شود. یعنی صاحب حق ارتفاق در حقوق قدیم رم مالک جزئی از ملکی که از آن انتفاع می برد، محسوب می شد. پس چون انتفاع مربوط به حق عبور است او صاحب محل عبور است.^(۱)

اما در مراحل بعدی حقوق ارتفافی دو تحوّل عظیم یافت.

یکی تحوّل از حقوق مادی به معنوی بود. بطوریکه در این تحوّل طرز فکر معنوی جایگزین طرز فکری مادی شد. و رومیها بین حق و محل آن فرق گذاشتند. چراکه حق ذاتاً امری معنوی است. ولی محل حق چیزی مادی است که مورد تملک دیگری می باشد. و هنگامیکه حقوق ارتفافی نظیر حق منظر بوجود آمد. این تفاوت آشکارتر گشت.

تحوّل دیگر تبدیل از حقوق شخصی به حقوق عینی بود. حقوق ارتفافی در دوره فئودالیه در فرانسه حقوقی صرفاً عینی که بر ملکی به نفع ملک دیگری تحمیل شود، نبود. بلکه حقی بود که علاوه بر ملک به شخص نیز سرایت می کرد و تعهداتی شخصی برای مالک ملک مورد ارتفاق به نفع مالک ملک صاحب حق ارتفاق قرار می داد. که در نتیجه آن مالکان املاک مورد ارتفاق طبقه اجتماعی بودند که تحت سیطره و استیلاء طبقه اجتماعی دیگر یعنی مالکان املاک صاحب حق ارتفاق بودند. البته انقلاب فرانسه تمام این امتیازات طبقاتی را از بین برد. و آنچه را که در عصر فئودالیه راجع به برتری یک ملک بر ملک دیگر وجود داشت، محو کرد. زیرا این امر سبب برتری طبقه ای نسبت به طبقه دیگر می شد. محو امتیازات طبقاتی در قانون

۱ - دکتر توفیق حسن فرج، القانون الروماني، (بیروت؛ الدار الجامعية الطباعة و النشر ۱۹۸۵) صص ۳۴۸ و ۳۴۹ و ۳۵۰.

بخش اول: ملاحظاتی پیرامون حق ارتفاق و طرق پیدایش آن ۸

مدنی فرانسه نیز مورد توجه قرار گرفت. بطوریکه ماده ۶۳۸ ق.م فرانسه مقرر می‌داد: «حق ارتفاق متضمن برتری ملکی بر ملک دیگر نیست.»^(۲)

مبحث دوم: بررسی مفهوم لغوی و حقوقی ارتفاق

در این مبحث ابتداء به مطالعه معانی مختلف واژه ارتفاق پرداخته می‌شود. سپس نزدیکترین معنی به مفهوم حقوقی آن انتخاب می‌شود. آنگاه تعاریف حق ارتفاق در نظام‌های حقوقی گوناگون مورد بحث قرار می‌گیرد.

گفتار اول: معانی لغوی واژه ارتفاق

ارتفاق از ریشه رفق بر باب افتعال است. در لغت‌نامه‌های معتبر فارسی ارتفاق به تکیه کردن بر مرفق، رفیق بودن، همراهی و مدارا کردن و سازش کردن تعبیر شده است. و به معنای نرمی کردن نیز آمده است.^(۳) همچنانکه به چیزی یاری گرفتن یا منفعت گرفتن نیز معنی شده است.^(۴)

ورکند نرمی نفاقی می‌کند ز استمالت ارتفاقی می‌کند

۲- عبدالرزاق السهنوری، الوسیط. به نقل از پلانیول و ریروبیکار ج ۳ شماره ۹۴۰، (بیروت، انتشارات احیاء التراث العربی ۱۹۸۶) ج ۹، ص ۱۳۱۸.
متن این ماده بدین شرح است:

"Servitude establishes no pre-eminence of one land over the other."

۳- دکتر محمد معین، فرهنگ فارسی، چاپ ششم (تهران: انتشارات امیر کبیر ۱۳۶۳) ج ۱ ص ۱۹۲

۴- علی اکبر دهخدا، لغت‌نامه، (تهران: موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۲۸) ج ۵، ص ۱۶۲۸.

چونکه هر جزوی بگوید ارتفاق چون بود جان عزیز اندر فراق

البته در این آیات معنای لغوی ارتفاق مد نظر شاعر بوده و معنایی که نزدیک به مفهوم حقوقی ارتفاق باشد. مورد نظر نبوده است.

در انتهای آیات ۲۹ و ۳۱ سوره کهف نیز اسم مفعول از کلمه ارتفاق ذکر شده است.
«... ساءت مُرتفقا» (آیه ۲۹) «حَسُنْتَ مُرتفقا» (آیه ۳۱) مفسرین در بیان اوصاف فردوس و دوزخ و در مقام تفسیر این آیات به معنای لغوی که در فرهنگهای فارسی ذکر شده اشاره کرده‌اند. ولی آنرا به جایگاه و تکیه‌گاه، محل اجتماع یا تجمع ترجمه نموده‌اند.^(۵)
اما آنچه در بین معنای لغوی و عرفی (اصطلاحی) ارتفاق با معنای حقوقی آن قرابت دارد و حقوقدانان نیز بر آن تاکید کرده‌اند، همراهی کردن، مدارا کردن و نرمی کردن است. زیرا چنانکه گفته خواهد شد مالک ملک مورد ارتفاق باید با مالک ملک صاحب حق ارتفاق همراهی و مدارا نماید. و امتیازاتی را در ملک خود به او واگذار نماید. و از اعطاء این امتیازات خودداری نکند.

گفتار دوم: مفهوم حقوقی ارتفاق یا تعریف حق ارتفاق:

ماده ۹۳ قانون مدنی در مبحث حق ارتفاق نسبت به ملک غیر این حق را چنین تعریف کرده است: «ارتفاق حقی است برای شحص در ملک دیگری». این تعریف به اجماع تمام حقوقدانان تعریف کامل نیست. زیرا شامل مواردی نظیر حق انتفاع، حق رهن و حق مستاجر نسبت عین

۵- ابوعلی الطبرسی. تفسیر مجمع البیان، (تهران، موسسه انتشارات فراهانی، بی تا) ج ۱۵، صص ۴۹-۵۶.

مستاجر می‌شود. و چنانکه مرتهن حق عینی در رهنه داشته باشد. بنابراین تعریف، دارای حق ارتفاق بر مال مورد رهن است. یا مستاجر بعد از عقد اجاره بر عین مستاجر حق پیدا می‌کند. پس حق ارتفاق در مورد اجاره دارد. اگر چه این تعریف از ماده ۶۳۷ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده. اما بصورت ناقص ترجمه شده است.^(۶)

ماده ۱۰۵ قانون مدنی مصر حق ارتفاق را اینطور تعریف کرده است: «ارتفاق حقی است که از منافع یک غیر منقول به نفع غیر منقول دیگر که در تملک دیگری است می‌کاهد.»^(۷)

فقهای مسلمان نیز برای حق ارتفاق تعریفی مشابه قانون مدنی مصر ارائه داده‌اند: «حقوق مقرر بر یک غیر منقول ذاتی به نفع غیر منقول دیگر که دارای مالکی غیر از مالک غیر منقول اول می‌باشد. و این حقوق بدون توجه به مالک غیر منقول دیگر مقرر می‌شود.»^(۸) گروهی از نویسندگان حق ارتفاق را تملک منفعت عینی خوانده‌اند. و آنرا نظیر عبارات فوق الذکر تعریف نموده‌اند.^(۹)

حق ارتفاق در نظام حقوقی کامن لا چنین تعریف شده است: «حقی که مالک جزئی از یک زمین به دلیل مالکیتش جهت استفاده از زمین دیگری به خاطر یک مقصود خاص که مغایر

۶- دکتر محمد جعفر لنگرودی، حقوق اموال، چاپ دوم (تهران، کتابخانه گنج دانش ۱۳۷۰) ص ۲۶۵.

۷- دکتر رمضان ابوالسعود، مقدمة القانون المدنی (بیروت؛ الدار الجامعیه للطباعة و النشر ۱۹۸۳) ص ۵۴۱.

۸- گروهی از اساتید فقه اسلامی، الموسوعة الفقه الاسلامی المقارن (قاهره، المجلس الاعلی للشئون الاسلامیه ۱۳۹۸) ج ۲، ص ۲۷۴.

۹- وهبه الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، چاپ سوم (دمشق، دارالفکر ۱۹۸۹) ج ۴، ص ۶۳.

مالکیت مالک دیگر بطور کلی نباشد، دارد»^(۱۰) یا حق ارتفاق عبارت از «امتیاز یا منفعتی است که مالک یک زمین ممکن است در زمینهای دیگران داشته باشد. یا یک خدمتی است که یک ملک نسبت به ملک دیگر انجام می دهد»^(۱۱)

چنانکه ملاحظه می شود تعریفهای موجود در سایر نظامهای حقوقی کاملتر از تعریف مذکور در قانون مدنی ایران است. زیرا ماده ۹۳ بدون توجه به خصوصیت عینی بودن حق ارتفاق، آنرا امتیاز یا حقی برای شخصی در ملک دیگری تلقی کرده است. گروهی^(۱۲) در مقام توجیه نقص ماده ۹۳ اظهار داشته اند. اگر چه حق ارتفاق قائم به شخص نمی باشد اما مقنن برای اینکه نخواست است. صراحتاً وجود حقی را به نفع ملکی قائل گردد از تصریح به آن خودداری کرده زیرا با توجه به اصول معموله شخصی را صاحب چنین حقی نمودن خارج از متعارف می باشد. و برای استحکام توجیه خود به ماده ۱۰۲ قانون مدنی استناد کرده اند که مقرر می دارد: «هرگاه ملکی کلاً یا جزءً به کسی منتقل شود و برای آن ملک حق الارتفافی در ملک دیگر یا در جزء دیگر همان ملک ...» زیرا در این ماده حق ارتفاق برای ملک مقرر شده است. البته این توجیهی بیش برای سرپوش نهادن بر نقصان ماده مزبور نیست. زیرا از وظائف قانونگذار ارائه تعریفی جامع و مانع و خالی از ابهام نسبت به امور حقوقی است. و بدست دادن

10- Henry C. Black, Black Law dictionary, Fifth edition (U.S.A; West Publishing Co. 1983) P.457.

11- WILLIAM BACK and DONALD J.KISER. corpus Juris secundum (U.S A; the american law book Co and west publishing Co, 1941) Volume 28. P.619.

۱۲ - مصطفی عدل. حقوق مدنی (تهران: انتشارات امیرکبیر ۱۳۴۲) ص ۶۴.

تعریفی مبهم مغایر با هدف قانونگذار است.

شایان ذکر است که خصوصیت عینی بودن حق ارتفاق در ماده ۶۸۶ ق.م فرانسه مورد تأکید قرار گرفته است. این ماده مقرر می‌دارد: «مالکین می‌توانند تمام حقوق ارتفافی را که مناسب فرض می‌کنند بر املاک خود یا به نفع املاک خود ایجاد نمایند. با این حال مشروط به اینکه حقوق ایجا شده بر یک شخصی یا به نفع یک شخص تحمیل نشده باشد. بلکه بر یک زمین یا به نفع یک زمین بوجود آمده باشد...»

به هر حال شاید اشتباه تعریف مذکور در ماده ۹۳ ق.م ناشی از وجود اشتباه در مراحل و مراتب قانونگذاری باشد. زیرا چنانچه قبل از کلمه «شخص» در تعریف مذکور واژه «ملک» اضافه شود. نقص موجود برطرف شده و تعریف مذکور بدین صورت تصحیح می‌شود: «ارتفاق حقی است به نفع ملک شخص در ملک دیگری.»

جامع‌ترین و مانع‌ترین تعریف راجع به حق ارتفاق را ماده ۶۳۷ ق.م فرانسه ارائه نموده است. این تعریف عبارت است از: «ارتفاق حقی است که بر ملکی جهت استفاده یا بهره‌برداری ملکی که به شخص دیگر متعلق است تحمیل می‌شود.» (۱۳)

نوع دیگری از حق ارتفاق وجود دارد که به ارتفاق بین‌المللی مشهور است. این ارتفاق محدودیتی است که یک دولت در حق حکمرانی خود به نفع دولت دیگر (از لحاظ فعل یا ترک فعل) تحمّل می‌کند. مانند دادن حق عبور سپاه از خاک خود به دولت دیگر و

13- John H. Crabb, The French Civil Code, 2 and printing (New Jersey; south Hackensack, 1985) P.145.