

Studying the Concept of Numerus Clausus of Property Rights: A Comparative Study of French, German, Spanish and Islamic Legal Systems

Received: 18/04/2017; Accepted: 26/08/2017

Jalil Qanavati¹

Pourya Shirkhani²

Abstract

Numerus Clausus, in the law of property, means that private individuals can only use the forms which the Legislator has previously specified in the field of rights in rem and have no authorization to create new forms of such rights. The attitudes of legal systems toward the said rule are not of a similar character. While some countries such as Germany by no means grant permission to private individuals to breach Numerus Clausus, some other legal systems such as Spanish and Islamic ones have accepted the Numerus Apertus system. In this regard, French legal system is considered as the middle approach of these two viewpoints. Although the primary principle in this country is that property rights are limited to those set forth in law, under some circumstances the individuals can create rights of an in rem nature.

Keywords: Numerus Clausus, Exclusivism, Property Rights (Rights in rem), Law of Property.



¹Associated Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Farabi College, University of Tehran (Corresponding Author); Email: J_Ghanavati@yahoo.com

²PhD Candidate in Private Law, Faculty of Law, Farabi College, University of Tehran.

بررسی مفهوم توقیفی بودن حقوق عینی: مطالعه تطبیقی حقوق فرانسه، آلمان، اسپانیا و حقوق اسلامی

جلیل قنواتی^۱

پوریا شیرخانی^۲

تاریخ دریافت ۹۶/۰۱/۲۹ - تاریخ پذیرش ۹۶/۰۶/۰۴

چکیده

انحصارگرایی یا توقیفی بودن حق‌های عینی در حقوق اموال و مالکیت بدین معنا است که اشخاص خصوصی، تنها می‌توانند از قالب‌هایی که قانونگذار در عرصه حقوق عینی از پیش مشخص کرده است، بهره‌گیرند و اجازه آفرینش حقوق عینی جدید را ندارند. نگرش نظام‌های حقوقی به قاعده پیش‌گفته یکسان نیست، در حالی که برخی از کشورها مانند آلمان، اجازه عدول از انحصارگرایی و ایجاد حق عینی جدید را به هیچ‌وجه به اشخاص خصوصی نمی‌دهند، پاره‌ای از نظام‌های حقوقی نظیر اسپانیا و حقوق اسلامی آزادی اراده در آفرینش حقوق عینی را پذیرفته‌اند. نظام حقوقی فرانسه، از این حیث، نقطه وسط این دو طرز تفکر به شمار می‌رود. در این کشور، گرچه اصل اولیه آن است که حقوق عینی محدود به موارد تصریح‌شده در قانون است، اما تحت شرایطی اشخاص می‌توانند حقوقی را ایجاد نمایند که دارای خصیصه‌ی عینی بودن است.

واژگان کلیدی: حقوق عینی، انحصارگرایی، حقوق مالی (حقوق عینی)، حقوق مالکیت



^۱ دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران (نویسنده‌ی مسؤول)؛ رایانامه:

J_Ghanavati@yahoo.com

^۲ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران.



مقدمه

تعهد و حق شخصی رابطه بسیار نزدیکی با یکدیگر دارند، هر کجا سخن از وجود حق شخصی است، تعهد نیز وجود دارد، حق شخصی که بر مدار تعهدات می‌گردد در تقابل با حق عینی است و به دلیل همین رویارویی تقسیم حقوق به حق شخصی و حق عینی شکل می‌گیرد، این تقسیم‌بندی اساس حقوق اموال و به قولی، ستون فقرات حقوق اموال نظام حقوقی رومی ژرمنی است (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۳: ۲۹-۲۸). حق عینی عبارت است از توانایی مستقیم و بلاواسطه که دارنده بر مال موضوع حق اعمال می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۴). در واقع، هرگاه حق، صبغه عینیت بیابد، دارنده می‌تواند مستقیم و بدون هیچ واسطه‌ای حق خویش را اجرا نماید. از ویژگی‌های حق عینی آن است که دارنده آن می‌تواند اختیارات قانونی خود را روی مال موجود در خارج به کار برد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۹). حقوقی عینی به دو دسته حقوق عینی اصلی^۱ و حقوق عینی تبعی^۲ تقسیم می‌شود. حقوق عینی اصلی به گونه‌ای مستقل به چیزی تعلق گرفته‌اند و اشخاص آن‌ها را به طور استقلالی مورد استفاده و بهره‌برداری قرار می‌دهند. در مقابل حقوق عینی تبعی حقوقی هستند که به عنوان وثیقه دین به کار می‌روند و به تبعیت از یک دین هستند و از این جهت استقلالی ندارند (صفایی، ۱۳۸۸: ۱۶۷). حقوق عینی تبعی بدین جهت، تبعی خوانده می‌شوند که تابع و وصله طلب هستند و کارکرد آن‌ها، تضمین پرداخت است. هدف از ایجاد حق عینی تبعی ارزش مادی است که مال مأخوذ بیانگر آن است و یا هنگام فروش آن مال، نصیب دارنده می‌شود و عین مال به خودی خود برای دارنده دارای اهمیت نیست (Anelka & Forté, 2005: 38).

امتیازات متعددی برای حقوق عینی در برابر حقوق شخصی قابل تصور است: حق عینی به دارنده آن حق اولویت و حق تعقیب می‌دهد. حق تعقیب به معنای آن است که دارنده





می‌تواند مال خویش را در ید هر شخص بیابد، استرداد و خلع ید را خواستار شود. حق اولویت بیانگر آن است که در صورت اعسار و ورشکستگی مدیون، دارنده حق عینی در برابر بستانکاران از حق تقدم در وصول طلب برخوردار است و حتی در پاره‌ای از مواقع می‌تواند مال معینی را مسترد سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۸-۱۹). طبیعی است، امتیازاتی که حقوق عینی نسبت به حقوق شخصی دارند، مطلوبیت حقوق عینی را در پی خواهد داشت: حق عینی در برابر تمام مردم قابل استناد است، در حالی که حق شخصی تنها بر مدیون و دارایی است و طلبکار برای وصول بدهی تنها می‌تواند به او رجوع کند. به همین اعتبار گفته می‌شود که حق عینی مطلق و حق شخصی نسبی است. صاحب حق عینی می‌تواند آن را به طور مستقیم اعمال کند و موضوع حق را دست هر کس یافت، از او بگیرد، ولی دارنده حق شخصی فقط می‌تواند به مدیون مراجعه کند. حق تقدمی که حقوق عینی به ارمغان می‌آورد سبب رجحان دارنده حق عینی بر دیگر بستانکاران است. علاوه بر این‌ها، انتقال حقوق عینی بدون اذن دیگران امکان‌پذیر است ولی در بیشتر موارد انتقال دین جز با رضای بدهکار ممکن نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۲۵-۲۶؛ سنهوری، بی تا: ۱۸۷؛ Carbonier, 2000: 71; Cornu, ۲۰۰۷: ۵۲).

دیگر تفاوتی که میان حق عینی و شخصی بیان شده، آن است که گفته می‌شود ایجاد و اصلاح حقوق عینی در صلاحیت قانونگذار است و همو است که می‌تواند حقوق عینی جدید را ابداع کند و اراده اشخاص در این گیر و دار هیچ نقشی ندارد، آنها باید از میان قالب‌های طراحی شده یکی را برگزینند و حقوق و تکالیف را بر مدار آن استوار سازند؛ در حالی که اراده در ایجاد حقوق شخصی حرف نخست را می‌زند و آزادی قراردادی و آزادی اراده در عرصه حقوق شخصی پذیرفته شده است (عییدی، ۲۰۰۸: ۲۳-۲۲؛ عییدات، ۲۰۱۱: ۱۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۸). گرچه این ویژگی از حقوق عینی مورد تردید برخی از حقوقدانان (پیلوار، ۱۳۹۲: ۴۸؛ امینی، ۱۳۸۸: ۹۳)، واقع شده است. پرسش این است که آیا تفاوت اخیر که به طور سنتی بیان شده و مورد تأکید قرار گرفته در واقع توسط نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است یا خیر؟





پاسخ به این پرسش، در نظام‌های حقوقی، با فراز و فرودها و بعضاً اختلاف نظرهای عمیقی همراه است. در خصوص ایجاد حقوق عینی دو سیستم و نگرش وجود دارد. یک سیستم موسوم است به Numerus Clausus، که ایجاد این حقوق را حق قانونگذار می‌داند؛ در مقابل سیستم دیگری به نام Numerus Apertus، وجود دارد که وفق آن اشخاص خصوصی نیز می‌توانند مبادرت به آفرینش حقوق عینی نمایند (Aristi & Maralejo, Imbernon, 2011: 60).

در این جستار، با مطالعه تطبیقی در نظام‌های حقوقی مختلف به پرسش مزبور پاسخ داده می‌شود. شیوه گردآوری داده‌ها در نوشتار حاضر کتابخانه‌ای بوده و از منابع موجود و در دسترس اعم از کتب و مقالات بهره گرفته شده است. نوع پژوهش حاضر، توصیفی و تحلیلی است. مطالب جستار حاضر در دو مبحث گرد آمده است: در مبحث نخست به تبیین مفهوم و جایگاه انحصارگرایی پرداخته می‌شود و در مبحث دوم، دیدگاه‌های نظام‌های حقوقی مختلف در خصوص توقیفی بودن حقوق عینی شرح داده خواهد شد.

۱. توقیفی بودن حقوق عینی در حقوق اموال و مالکیت

توقیفی بودن حقوق عینی در حقوق اموال و مالکیت بدین معنا است که اشخاص خصوصی، تنها می‌توانند از قالب‌هایی که قانونگذار در عرصه حقوق عینی از پیش تعیین نموده، بهره گیرند و اجازه آفرینش حقوق عینی جدید را ندارند. قاعده انحصارگرایی یا به صراحت در قوانین برخی از نظام‌های حقوقی تصریح شده است و یا اینکه حقوق‌دانان کشورهای گوناگون، قاعده مزبور را استنباط نموده‌اند.

در این نوشتار به توضیح انحصارگرایی در حقوق اموال و مالکیت می‌پردازیم و جایگاه آن را شرح خواهیم داد.

۱-۱. مفهوم، پیشینه و جایگاه توقیفی بودن حقوق عینی در حقوق اموال و مالکیت

جایگاه اراده در حوزه حقوق اموال و مالکیت چگونه است؟ بدون تردید در قلمرو قراردادهای، اصل آزادی اراده مورد پذیرش قرار گرفته است (صفایی، ۱۳۸۹: ۴۶)، اما در حقوق اموال و مالکیت، حاکمیت اراده به طور سنتی مورد پذیرش واقع نشده و این اختیار





برای اشخاص خصوصی وجود ندارد تا بتوانند حقوق عینی، غیر از آنچه قانونگذار تعیین کرده است، ایجاد کنند (Stevens, 2011: 83-85). برداشت اخیر موسوم است به انحصارگرایی حقوق عینی. مفهوم و جایگاه انحصارگرایی در بند، بررسی می‌گردد.

۱-۱-۱. مفهوم توقیفی بودن حقوق عینی^۱

واژه Numerus Clausus از ادبیات حقوق آلمان در دهه‌های اولیه قرن بیستم سرمنشأ می‌گیرد، غرض حقوقدانان آلمانی از به کار بردن این واژه، بیان مطلبی بود که به زعم خویش در حقوق اموال و مالکیت کشف کرده‌اند (Sparkes, 2012: 769). اصطلاح مزبور، سیستمی را در برخی از دانشگاه‌ها، به ویژه دانشکده‌های پزشکی، یادآور می‌شود که حاکی از پذیرش تعداد محدودی دانشجو است. این سازوکار سبب الهام بخشی حقوق شرکت‌ها و حقوق ارث و وصایا گردید. در حقوق شرکت‌ها، این اصطلاح اشاره به تعداد معین شرکت‌های با مسئولیت محدود می‌نماید و در حقوق ارث و وصایا بیانگر انواع ترتیب (تقسیم) دارایی است. کاربرد این اصطلاح در حقوق اموال، به حقوق آلمان باز می‌گردد. ابتدا فون گیرک^۲ برای طرح قانون مدنی، از آن استفاده نمود، سپس هارتمن^۳ و هک^۴ آن را در آثار خویش به کار بردند. منظور آنها از قاعده حصری بودن حقوق عینی، توصیف قاعده‌ای در حقوق آلمان بود که تنها قانونگذار و مخصوصاً قانونگذار مدنی، می‌تواند حقوق عینی و حدود آنها را معین نماید (Akkermans, 2016: 5).

پروفسور وان ارپ یکی از نظریه پردازان مشهور حقوق اموال و مالکیت، قاعده فوق را اینگونه تعریف می‌نماید: «نظر به اینکه حقوق مطلق {منظور حقوق عینی است}، دارای اثر فراگیر هستند، قانون مدنی برای این دسته از حقوق، چه از لحاظ تعداد و چه از لحاظ حدود و محتوا، محدودیت‌هایی برقرار نموده است. این، همان چیزی است که به دکترین



^۱Numerus Clausus

^۲Von Gierke

^۳Örtmann

^۴Heck



انحصارگرایی مشهور است. دکترینی که قلب سیستم حقوق اموال به شمار می‌رود. تعداد و محتوای حقوق عینی توسط قوانین آمره محدود می‌شود.» (Van Erp, 2006: 1053)

۱-۲. جایگاه قاعده توقیفی بودن حقوق عینی در حقوق اموال

برای تبیین مفهوم قاعده انحصارگرایی ناگزیر از آن هستیم که موضع قانون را نسبت به ترازی و توافقاتی که در حوزه حقوق اموال و حقوق تعهدات شکل می‌گیرد، به صورت جداگانه بررسی نماییم (Mulligan, 2013: 237). از جمله تفاوت‌های گسترده میان این دو دسته از توافقات، توانایی طرفین در ایجاد قالب دلخواه است. به طور کلی، قواعد معینی در عرصه قراردادها حکومت می‌کند ولی متعاقدين می‌توانند آزادانه آنها را تغییر دهند. در مقابل گفته می‌شود، انتقال مال غیرمنقول یا سایر اموال منقول ممنوع است مگر آنکه قانون جواز انتقال را صادر نماید و این انتقال صرفاً باید در قالب‌های مشخص و محدود صورت گیرد (Mulligan, 2013: 238). این قاعده، بر رویه دادگاه‌های کامن‌لایی تأثیر گذاشته است، گرچه آنها صراحتاً قاعده مزبور را شناسایی نکرده‌اند، اما علی‌رغم عدم وجود چنین تفسیری از سوی خود قانونگذار، در عمل تنها قالب‌های از پیش تعیین شده اموال را به عنوان یک فهرست بسته در نظر گرفته‌اند که تعدیل آنها صرفاً از سوی قانونگذار امکان‌پذیر است (Mulligan, 2013: 238).

اثر پذیرش چنین سازوکاری آن است که اشخاص، اگر از قالب‌های موجود عدول نمایند، دادگاه مفاد توافق ایشان را به قالبی موجود می‌برند. برای نمونه در حقوق برخی از کشورها قرارداد اجاره تنها در چهار شکل باید مورد استفاده قرار گیرد، حال اگر طرفین شکل دیگری به وجود آورند، دادگاه توافق ایشان را در قالب موجودی که به توافق صورت-گرفته نزدیک‌تر است، تفسیر می‌نماید (Mulligan, 2013: 237-238).

۱-۲. نقش انحصارگرایی هم‌چون اصلی اساسی

بیشتر بحث‌ها پیرامون قاعده مزبور، در یک محور دوگانه گرد می‌آید: نخست، ماهیت حقوق عینی در برابر ماهیت حقوق شخصی؛ دوم، جواز و ظرفیت ایجاد و شناسایی انواع حقوق عینی جدید (Akkermans, 2016: 6). این دو محور، بیشتر به ساختار حقوق خصوصی





و حقوق اموال و متعاقبا به قواعد معاملاتی حقوق اموال مربوط می‌شود. از این رو، در معنای عام کلمه می‌توان این دو محور را قواعد اساسی اموال تلقی نمود (Akkermans, 2016: 6). در مورد محور اول، فرض بر این است که تمامی سیستم‌های حقوق خصوصی، میان حقوق شخصی که دارای اثر نسبی است، و حقوق عینی که دارای اثر مطلق است تمایز قایل می‌شوند. این اثر مطلق، اشخاص ثالث را تحت تأثیر قرار می‌هد. پیروی از این سیستم که می‌تواند به صورت ضمنی یا صریح باشد، باید ملاکی داشته باشد که به وسیله آن بتوان حقوقی که دارای اثربخشی به اشخاص ثالث است و به عنوان حق عینی شناخته می‌شود، شناسایی و ایجاد نمود. اگرچه مطالعه حقوق قراردادها بدون حقوق اموال، امکان‌پذیر است، اما عکس این قضیه صحیح نیست و حقوق اموال تنها از مجرای حقوق قراردادها کارایی پیدا می‌کند. برای نمونه در برخی از نظام‌های حقوقی، قراردادی که به منظور ارائه خدمات منعقد می‌گردد، نیازی به بحث راجع به حقوق اموال ندارد و یا در حقوق ایران، انعقاد قرارداد نکاح دارای ذات حقوق قراردادی است، ولی هرگونه ایجاد، انتقال یا خاتمه دادن به حقوق عینی نیاز به یک رابطه حقوقی (عمل یا واقعه حقوقی) دارد که در بیشتر مواقع رابطه حقوقی مزبور یک قرارداد است. در نظام‌های حقوقی مورد بحث، اصل در قراردادها آن است که حق شخصی و تعهد ایجاد می‌کنند و به طور استثنایی حق عینی به وجود می‌آورد (Akkermans, 2016: 6).

این موضوع که قرارداد چگونه حق عینی به وجود می‌آورد، بستگی به رویکردی دارد که بر اساس آن حقوق عینی ایجاد می‌شوند که خود بحث پیچیده‌ای است (Akkermans, 2010: 259). برخی از نظام‌های حقوقی دارای خصیصه «رضایی بودن» هستند. در این نظام‌ها، انعقاد قرارداد برای ایجاد حق عینی کافی است. در نظام حقوقی فرانسه، انعقاد قرارداد اجاره زمین که صرفا موجب حق شخصی است، موجب ایجاد حق‌السطح می‌شود که مستوجب مالکیت هرگونه سازه بر زمین مورد اجاره در طول مدت قرارداد اجاره است. متقابلا در برخی از نظام‌های حقوقی صرفا انعقاد قرارداد موجب حق عینی نبوده بلکه برای





این منظور نیاز به «توافقی عینی»^۱ است (Akkermans, 2016: 6). برای نمونه، در برخی از نظام‌های حقوقی، هم‌چون آلمان انتقال مالکیت که حقی عینی است، به صرف انعقاد قرارداد امکان‌پذیر نیست، بلکه بسته به منقول یا غیرمنقول بودن مورد معامله نیازمند تشریفاتی جداگانه است (امینی، ۱۳۸۲: ۱۵۵-۱۵۹).

دوگانگی نظام‌های حقوقی در موضوع پیش، سبب پیچیدگی محور دوم یعنی، کارکرد اراده در به وجود آوردن حقوق عینی جدید می‌شود. به طور کلی برای پاسخ به این پرسش که آیا اراده می‌تواند غیر از قالب‌های موجود، قالب دیگری که متضمن حقوق عینی باشد، به وجود آورد، نیازمند تحلیل و گرد آمدن سه شرط خواهد بود. نخست، نوع و قالب جدیدی از حقوق عینی به این معنا که این نوع و قالب پیشتر شناسایی نشده باشد، به دیگر سخن نه در قانون مدنی و نه در قوانین ویژه دیگر، این قالب وجود نداشته باشد. دوم، این نوع و قالب، قابلیت این را داشته باشد که توسط دادگاه و رای قضایی شناسایی شود. سوم، اشخاص خصوصی بتوانند خود، انواع جدید حقوق عینی را خلق نمایند (Akkermans, 2016: 6).

لازم به ذکر است که شرط سوم، وجود مستقلی ندارد و می‌تواند تحت شرط دوم بررسی شود، یعنی در واقع این دادگاه و رای قضایی است که حق عینی مخلوق طرفین را اعتبار حقوقی می‌بخشد (Akkermans, 2016: 6). نمونه‌ای از آن در حقوق فرانسه به وسیله رای که دیوان عالی این کشور در سال ۲۰۱۲ صادر نموده است، وجود دارد. در این پرونده، دیوان اجازه برقراری حق مؤبد بهره‌برداری را داد که نوعی حق عینی جدید به شمار می‌آید (Akkermans, 2013: 221).

مبنای انحصارگرایی حقوق عینی چیست و علت آنکه ادعا شده است انحصارگرایی دارای نقش اساسی در حقوق اموال و مالکیت است، چیست؟



^۱real agreement

۲. منظور از توافق عینی همان چیزی است که در حقوق داخلی به آن «عقد عینی» اطلاق می‌شود و مراد از آن «عقدی است که وقوع آن منوط به تسلیم موضوع تعهد یا تملیک است.» (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۵۰).

^۳perpetual right to use



توجیه سنتی محدودیت اراده اشخاص این است که حقوق اموال، ایجاد، انتقال و زوال حقوق عینی را انتظام می‌بخشد. وانگهی حقوق عینی، حقی‌هایی هستند که دارای اثر نسبت به اشخاص ثالث می‌باشند، معمولاً این اثر بخشی علیه همگان است (آنچه به ارگامنس تعبیر می‌شود). از این رو، اگر این توانایی را به اشخاص بدهیم که بتوانند حقوق عینی جدید خلق نمایند، نه تنها خود، بلکه هر شخص دیگری را نیز ملزم می‌نمایند. این توانایی باید کاسته شود. کم‌فروغ نمودن آن، از طریق وضع مقررات آمره‌ای است که نحوه ایجاد، انتقال و زوال حقوق عینی را از قبل مشخص می‌کند (Akkermans, 2016: 7).

توجیه دیگر مبتنی بر اصل شفافیت است، اصلی که بیان می‌کند موضوع حقوق عینی باید معلوم و مشخص باشد و وجود یک حق عینی در رابطه با آن موضوع معین باید برای همه اعلان شود (Akkermans, 2016: 6-7). از ترکیب این دو اصل یعنی اصل انحصارگرایی و اصل شفافیت، نظم و قطعیت حقوقی تبلور می‌یابد. نظم و قطعیت حقوقی در گرو قابلیت پیش‌بینی و پیش‌نگری یک انگاره حقوقی است و سبب توسعه تجارت می‌شود.

توجیه سوم قاعده انحصارگرایی، ارتباط آن، با دو اصل اساسی دیگر در حوزه حقوق است؛ این دو اصل عبارتند از آزادی مالکیت^۱ و چرخه آزاد کالاها^۲. هر اقتصاد مبتنی بر بازار آزاد، بر این اساس قرار گرفته است که هر شخصی می‌تواند و حق دارد که اموال را در اختیار بگیرد (مالک آن باشد) و قادر است که نسبت به اموال با دیگری معامله و تجارت نماید، خالی از هر گونه ممنوعیت و محدودیتی. قاعده انحصارگرایی در این خصوص دارای اهمیت اساسی است؛ زیرا مشخص می‌کند که اشخاص چه حقوق عینی را می‌توانند در اموال برای خویش محفوظ دارند و چه حقی می‌تواند مورد معامله و تجارت واقع شود و در صورت ضرورت، کدام حقوق قابل حمایت هستند. این حقیقت که در یک نظام حقوقی انواع حقوق عینی، شناخته شده‌اند، قابلیت پیش‌بینی و پیش‌نگری برای آن نظام به ارمغان می‌آورد که از ثمرات این ویژگی، تمامی اشخاصی که در بازار آن نظام حقوقی نسبت به حقوق عینی معامله



^۱erga omnes

^۲legal certainty

^۳freedom of ownership

^۴free circulation of goods



می‌نمایند، بهره‌مند می‌گردند (Akkermans, 2016:9). با این توجیهات، قاعده انحصارگرایی می‌تواند به عنوان اصل اساسی حقوق اموال تلقی شود.

۲. بررسی دیدگاه نظام‌های حقوقی مختلف در رابطه با انحصارگرایی

تلقی نظام‌های حقوقی نسبت به جایگاه انحصارگرایی حقوق عینی متفاوت است و نظر دادن در رابطه با این نکته که انحصارگرایی در نظام‌های حقوقی از چه جایگاهی برخوردار است، به طبیعت آن نظام حقوق بستگی دارد (Akkermans, 2016: 8). در بیشتر نظام‌های حقوقی، انحصارگرایی اصلی بنیادین در حقوق اموال محسوب می‌شود (Van Erp, 2006: ۱۰۵۳). در برخی از مواقع ممکن است که ماده‌ای را در قانون صراحتاً به این نکته اختصاص داده باشند (Akkermans, 2016: 8).

نگاهی به قوانین مدنی و سایر قوانین مربوط به اموال و مالکیت در برخی از نظام‌های حقوقی جهان، تأییدی بر گفته اخیر است. قانون حقوق عینی مراکش در ماده (۱۱) اشعار می‌دارد: «ایجاد حق عینی دیگر امکان‌پذیر نیست مگر به وسیله قانون.» ماده (۵) قانون حقوق عینی جمهوری خلق چین بیان می‌کند: «شمار و محتوای حقوق عینی تنها به موجب قانون تعیین خواهد شد.»^۲ مقرره اخیرالذکر بیانگر موضع سخت و غیرقابل انعطاف راجع به حقوق عینی است، زیرا نه تنها شمار حقوق عینی بلکه محتوای آنها نیز باید به موجب قانون باشد، در حالی که دکتترین حقوقی معتقد هستند که قاعده انحصارگرایی، بدان معنا نیست که اشخاص هیچ‌گونه آزادی عملی در رابطه با تعیین محتوای حقوق عینی نداشته باشند (Van Erp, 2006: 1053).

دیدگاه برخی از نظام‌های حقوقی آن است که انحصارگرایی لزوماً مانعی در برابر ایجاد انواع جدید حقوق عینی نیست، البته عدم مانعیت انحصارگرایی تا وقتی است که انواع جدید

۱. المادة ۱۱: «لا يجوز انشاء أى حق عینی آخر إلا بالقانون»؛ قانون رقم ۳۹،۰۸ بمدة الحقوق العینی: مدونة الحقوق

العینیة؛ صیغة محنیة بتاريخ ۲۸ نوفمبر ۲۰۱۳.

۲ Article 5: "The varieties and contents of real rights shall be stipulated by law": Property Rights Law of the People's Republic of China - 2007





حقوق عینی، تعرضی به حدود از پیش تعریف شده نکنند و به دیگر سخن در قالب مشخص باقی بمانند. بنابراین اراده افراد پیش از آنکه نوع جدید را خلق کنند، تحت کنترل انحصارگرایی است. برای نمونه، چه در نظام حقوقی کامن‌لا و چه در نظام حقوقی حقوق نوشته، حدودی برای حق ارتفاق وجود دارد که مشروط به آنها، طرفین آزادند که رابطه حقوقی خویش را به هر نحو شکل دهند و انواع جدید حق ارتفاق به وجود آورند (Van Erp, 2006: 1053). نظام حقوقی انگلستان، آفریقای جنوبی، ایالات متحده، اسکاتلند، فرانسه، بلژیک و اسپانیا به انحصارگرایی با این دید، می‌نگرند (Sparkes, 2012: 771).

در برخی از نظام‌های حقوقی، انحصارگرایی از قابلیت انعطاف بسیار محدودی برخوردار است، و در برخی موارد غیر قابل تغییر است، به گونه‌ای که می‌توان بیان داشت انحصارگرایی با طبیعت این نظام‌های حقوقی گره خورده است. اگر نوع مطلق و حداکثری تفکیک قوا در نظام حقوقی حاکم باشد، تنها قانونگذار و نه قوه قضاییه می‌تواند انواع جدید حقوق عینی را ایجاد و شناسایی کند. از این منظر دیگر نمی‌توان سخن از نقش اراده طرفین به میان آورد، چرا که این قانونگذار است که حوزه نفوذ توافقات اشخاص را مشخص می‌کند. این رویکرد، زمانی بیشتر تقویت می‌شود که قانونگذار مفاد بخشی از قرارداد و اموال را خود تنظیم نماید، یعنی اینکه اگر قرارداد و اموال مربوط به حوزه‌هایی نظیر ارث، ورشکستگی و یا حقوق تجارت باشد، باید به این نحو تنظیم شود (Akkermans, 2016: 9).

نقش قوه قضاییه در اینگونه سیستم‌ها، عمل نمودن مقرر قانون است و دادگاه‌ها حق ندارند قانون جدید خلق نمایند. نظام حقوقی نوشته، در مورد حقوق اموال و مالکیت بیشتر سنت‌گرا است، در حالی که در سایر حوزه‌های حقوق نظیر قراردادها این سنت‌گرایی کم‌تر است. در مجموع با در نظر گرفتن تعداد محدودی از پرونده‌هایی که در فرانسه استثنائاً انحصارگرایی در آنها رعایت نشده است، دادگاه‌ها در نظام حقوقی نوشته، از شناسایی حقوق عینی جدید امتناع کرده و به نظم انحصارگرایانه قانونگذار احترام گذاشته‌اند. نتیجه‌ای که نگاه به انحصارگرایی به عنوان قاعده دارد، چیزی جز غیر قابل انعطاف بودن در عرصه حقوق اموال و مالکیت نیست، اما بیش از پیش نظم و قطعیت حقوقی را به دنبال دارد. از جمله کشورهای انحصارگرایی را به عنوان قانون شناسایی کرده‌اند، می‌توان به هلند، آلمان و اتریش اشاره داشت (Akkermans, 2016: 9).





در حقوق فرانسه، در عرصه حقوق شخصی اصل حاکمیت و آزادی اراده مورد پذیرش واقع شده است، اما راجع به حقوق عینی منحصرأ طبق اراده و خواست قانونگذار باید رفتار شود. با عنایت به این مطلب، پرسشی که میان دکترین حقوق فرانسه مطرح شده آن است که آیا فی الواقع قاعده انحصارگرایی در رابطه با حقوق عینی، در نظام حقوقی این کشور وجود دارد یا اشخاص فارغ از آنچه قانونگذار مورد شمارش قرارداده (ماده (۵۴۳) قانون مدنی پیش از اصلاحات سال ۲۰۱۶ و مقررات ویژه)، می توانند، حق عینی بدیع و جدید خلق کنند؟ (Reboul-Maupin, 2010: 109)

در پاسخ به این پرسش، برخی از حقوقدانان فرانسه، ضمن پذیرش وجود قاعده انحصارگرایی، بیان می دارند مشکلی برای آزادی ایجاد حقوق عینی وجود ندارد. همان گونه که با وجود پیش بینی قراردادهای معین از سوی قانونگذار، امکان ایجاد قراردادهای بی نام و نامعین نیز وجود دارد. بنابراین چرا باید ایجاد حقوق عینی جدید پذیرفته نشود؟ هم سو با این نظر، به رای مشهور دیوان تمیز در سال ۱۸۳۴ راجع به پرونده کاکلار^۱ می توان اشاره داشت (Reboul-Maupin, 2008: 109). علاوه بر پرونده کاکلار در سال ۲۰۱۲ دیوان عالی فرانسه، رای به شناسایی حق عینی جدید موصوف به «حق مؤبد بهره برداری و استفاده»^۲ داد (Akkermans, 2015: 152).

ماده (۵۴۳) قانون مدنی فرانسه پیش از اصلاحات ۲۰۱۶ مقرر می داشت:^۳ «اشخاص نسبت به اموال علقه های ذیل را می توانند دارا باشند، حق مالکیت، حق انتفاع و یا حق ارتفاق». نظر به ماده اخیرالذکر برخی از حقوقدانان فرانسه معتقد هستند که تعداد حقوق عینی محدود به مواردی است که قانونگذار در قانون مدنی و یا سایر مقررات ویژه برشمرده است (Mazeaud et Chabas, T.2, 2002, n. 2187; Zenati, 2008, n. 196).

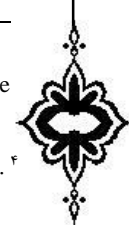
^۱caquelard

^۲ « ni aucune loi n'excluent les diverses modifications et décom positions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible » (Cass. req., 13 févr. 1834, S. 1834. 1. 118 ; DP 1834. 1. 218).

^۳Cass civ 3e, 23 May 2012, 11-13.202

^۴ قانون مدنی فرانسه با اصلاحات ۲۰۱۶، گرچه به حقوق مختلف اشخاص به اشیاء را ذیل یک ماده ذکر نکرده است؛ ولی در فصل مربوط به اموال تنها به شرح سه حق، مالکیت، انتفاع و ارتفاق پرداخته است.

^۵. Article 543: " On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre."





ویژه‌ای که حقوقدانان به آن اشاره دارند ماده (۴۵۱-۱) قانون مصوب ۲۵ ژوئن ۱۹۰۲ در «زمینه قراردادهای اجاره غیرمنقول بلندمدت»^۱ و ماده (۲۵۱-۱) قانون مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۴ در رابطه با «اجاره برای ساخت و ساز» است. در مقابل برخی دیگر از حقوقدانان فرانسه، معتقدند که برشماری حقوق عینی توسط قانونگذار، به معنای محدود و منحصر بودن نیست، بلکه آزادی ایجاد حقوق عینی وجود دارد (Planiol et Ripert, T. 3, 1952, n. 48; Atias, 2008, n. 39). برخی از حقوق دانان، نظریه گسترش «شبه وضعیت‌های حقوق عینی» را پیشنهاد نموده‌اند، برای نمونه لیشابر عنوان کرده است که در مورد اجاره یا مستلزم بودن امانت، از آنجا که امین همیشه امکان انتقال شی را دارد، به تناسب رابطه امانی، حق عینی باید تصور کرد. در برخی از دیدگاه‌ها نیز، آزادی قراردادی در تأیید مدعا استناد می‌شود (Reboul-Maupin, 2008: 106).

دیوان عالی فرانسه در پرونده کاکلار مربوط به ۱۳ ژانویه ۱۸۳۴ خاطر نشان کرد امکان ایجاد یا اصلاح حقوق عینی به وسیله توافقات دوجانبه و حتی ایقاعات وجود دارد؛ زیرا هیچ مقرره‌ای ممنوعیتی را برای اشخاص در نظر نگرفته است. این رای، با استقبال چندانی در عمل مواجه نشد (Reboul-Maupin, 2008: 106).

در رابطه با حق شکار^۲، پرسشی مشابه مطرح شده است: آیا حق شکار حقی عینی است یا شخصی؟ شعبه سوم مدنی دیوان تمیز، در رای مورخه ۲۲ ژوئن ۱۹۷۶ اظهار داشت: شرطی که مفاد آن «ذخیره کردن و اختصاص دادن شکار» است، حق عینی تلقی نمی‌شود. واگذاری حق شکار، ویژگی‌های حق عینی را دارا نیست؛ زیرا مستنبط از توافق موجود، تنها برخورداری و منتفع شدن شخص مالک نیست (Reboul-Maupin, 2008: 106).

در رای شعبه سوم مدنی مورخه ۲ اکتبر ۲۰۰۲ دیدگاه توقیفی نبودن حقوق عینی مورد تأیید قرار گرفت. این پرونده، دوباره در رابطه با ذخیره کردن حق شکار بود. پدری چهار

^۱bail emphytéotique
^۲bail à construction
^۳droit de chasse

۷. بر اساس قانون فرانسه، شکار عبارت است از: «هر عمل ارادی که برای یافتن، به دام انداختن و یا جست و جو کردن شکار به منظور صید کردن و یا کشتن آن انجام می‌گیرد.» حق شکار عبارت است از «حق شکار کردن مالک زمین در شکار کردن یا اجازه دادن به دیگری برای شکار کردن حیوانات در محدوده ملک»





قطعه از زمین را به چهار پسر خود هبه می‌کند، اما در قرارداد تقسیم یا هبه، تصریح می‌کند که حق شکار موجود در زمین تا هنگامی که زنده هستند برای خود و پسرانش محفوظ بماند. یکی از پسران، مال خویش را منتقل می‌کند و سایر پسران، دادخواستی علیه منتقل‌الیه مبنی بر شناسایی حق شکار خویش تقدیم می‌کنند. خواسته مزبور توسط دادگاه تجدیدنظر اکس-آن-پروانس مورد پذیرش قرار می‌گیرد. خواننده در مقام دفاع بیان می‌کند که حق شکار، واجد خصیصه عینی بودن نیست و در نتیجه، شرط ذخیره پیش‌بینی شده در برابر او غیر قابل استناد است. این عبارات دقیقاً مشابه رای ۲۲ ژوئن ۱۹۷۶ دیوان تمیز بود. با وجود این، دیوان تمیز فرانسه، رای قضاات دادگاه تجدیدنظر را تأیید نمود. رایی که حق شکار را، نوعی حق انتفاع می‌دانست. دادگاه پذیرفت که اشخاص می‌توانند برای دیگران حق انتفاع ایجاد کنند، حتی که دارای استقلال نسبی است، و حق عینی به شمار می‌رود (Reboul-Maupin, 2008: ۱۰۷-۱۰۶). در ۳۱ اکتبر ۲۰۱۲ نیز، شعبه سوم مدنی دیوان عالی فرانسه، حق انتفاع مؤبد و حق عینی قطع کردن درختان را مورد شناسایی قرار داد.

با در نظر گرفتن نظرات دکترین و رویه قضایی فرانسه، به نظر می‌رسد که نظام حقوقی این کشور ایجاد حقوق عینی جدید را توسط اشخاص خصوصی ممنوع نکرده است. بنابراین، در این کشور، اراده اشخاص در ایجاد حقوق عینی با مانعی روبرو نیست و اگر حق عینی جدید، قابل تطبیق با علقه‌های سه‌گانه‌ای که در ماده (۵۴۳) قانون مدنی پیش از اصلاحات ۲۰۱۶ آن کشور عنوان شده، منطبق باشد، هیچ تردیدی در نفوذ و صحت آن روا نخواهد بود، هم‌چنین با توجه به رأی اخیری که توسط دیوان عالی کشور فرانسه صادر شده است، حق انتفاع مؤبد مورد شناسایی قرار گرفته است (Akkermans, 2017: 103)، که حکایت دارد انحصارگرایی حقوق عینی به طور مطلق مورد پذیرش قرار نگرفته است و ایجاد حقوق عینی جدید می‌تواند مورد پذیرش واقع شود.

در حقوق آلمان، بخش عمومی قانون مدنی، دربرداخته بخش‌های اختصاصی در زمینه تعهدات، اموال و مالکیت، خانواده و حقوق ارث و وصایا است. این گونه تنظیم قانون با سایر قوانین مدنی که تمایزی میان حوزه‌های اخیر می‌گذاشتند، متفاوت است. قانون مدنی آلمان، با توجه به التفات عمیقی که نسبت به حقوق روم دارد و در حقوق روم حقوق تعهدات و حقوق اموال به گونه‌ای اساسی از یکدیگر جدا هستند، این دو دسته از حقوق را به یکدیگر





نیامیخته است. فون ساوینی می گوید، اگر این جدایی میان آن دو وجود نداشته باشد، سبب می شود که حقوق عینی دنباله رو حقوق تعهدات باشد. از طرفی دیگر، در صورت آمیختگی حقوق مزبور، دیگر تنها این حقوق تعهدات است که دارای ارج و قرب خواهد بود، و حقوق عینی، حظی از مناسب بودن نخواهد داشت. حقوق تعهدات تنها نقش واسطه را بر عهده خواهند گرفت و کارکرد آنها ایجاد حقوق عینی می شود. فون ساوینی بیان می دارد که چنین رویکردی یک جانبه و ناقص است (Akkermans, 2008: 172-174).

دیدگاه ساوینی حاکی از تمایز گذاشتن میان حقوق تعهدات و حقوق اموال و مالکیت است و قانون مدنی آلمان، تا حد زیادی از دیدگاه این دانشمند گرتته برداری نموده بود. فی الواقع می توان بیان داشت جدا کردن حقوق اموال و حقوق تعهدات از یکدیگر از جمله اصول بنیادین قانون مدنی آلمان است. موتیف، از جمله شارحان قانون مدنی آلمان، در این خصوص بیان می دارد: «در پیش نویس قانون مدنی آلمان، حقوق اموال از موقعیت مستقلی برخوردار شد. از یک سو، نسبت به حقوق تعهدات و از سوی دیگر نسبت به حقوق ارثی و خانواده استقلال پیدا کرد، استقلال حقوق اموال در تمایز میان حقوق شخصی و عینی تجلی می یابد. به منظور حفظ استقلال حقوق اموال، باید ایجاد حقوق عینی مورد بررسی قرار گیرد. از این رو، شخص خصوصی برای ایجاد هر حقی در خصوص یک مال که دارای اثر مالکانه باشد، آزاد نیست. آزادی اراده، آن گونه که در حقوق تعهدات مورد استفاده قرار می گیرد، در حقوق اموال جایگاهی ندارد. در رابطه با این حقوق، وضعیت برعکس است: اشخاص تنها می توانند حقوق عینی ای را ایجاد کنند که قانونگذار آنها را مورد شناسایی قرار داده است. در نتیجه، شمار حقوق عینی محدود است (Akkermans, 2008: 173-174).

با عنایت به مطالب فوق، حقوق اموال در آلمان تحت حکومت قواعد خاص خود می باشد و امکان تغییر آن از مجرای حقوق تعهدات وجود ندارد. جدایی مطلق میان حقوق تعهدات و حقوق اموال که توسط موتیف مورد تأکید قرار گرفته؛ اساس نظام حقوقی آلمان در زمینه حقوق اموال را شکل می دهد. این سیستم مستقل حقوق اموال با روابط حقوقی ای که، می توان از آنها برای کنترل و نظارت بر اعیان استفاده نمود، سر و کار دارد. یکی از این رابطه های حقوقی مالکیت است که گسترده ترین حق عینی به شمار می رود، لیکن سایر حقوق عینی نیز وجود داشته و مورد استفاده قرار می گیرند، اگرچه صرفاً روابطی که مورد





شناسایی قانونگذار واقع شده، عنوان حق عینی را می‌توانند یدک کشند. از این رو، حقوق آلمان در حوزه اموال و مالکیت و در شاخه حقوق عینی، قاعده انحصارگرایی را رعایت می‌کند. بنابراین، دو قاعده در حقوق اموال و مالکیت آلمان جلوه‌گری می‌کند: یک، «جدایی مطلق میان حقوق اموال و حقوق تعهدات»^۱، دو، «قاعده انحصارگرایی». با وجود این، تحولات گسترده‌ای در حوزه حقوق اموال و مالکیت این کشور رقم خورده و استثنائات گوناگونی را بر این دو اصل وارد آورده است (Akkermans, 2008: 174-175).

به زعم برخی دیگر از نویسندگان، حقوق آلمان هم‌سو با دیگر نظام‌های حقوقی اروپایی، تنها تعداد محدودی از حقوق عینی را شناسایی نموده؛ در واقع، حقوق این کشور از قاعده انحصارگرایی پیروی کرده است. فهرست حقوق عینی موجود حصری است و این از جمله قواعد آمره حقوق آلمان می‌باشد. بنابراین، متعاملین صرفاً می‌توانند حقوق عینی‌ای را که قانونگذار ایجاد کرده، انتخاب نموده و حق آفرینش حق عینی جدید ندارند. این قاعده هم در رابطه با شمار و تعداد حقوق عینی باید رعایت شود و هم در محتوای حقوق عینی موجود. لذا اشخاص خصوصی نمی‌توانند با توافقات خویش محتوای حقوق عینی را از آنچه که قانونگذار بیان کرده، توسعه دهند (Rahmatian, 2016).

از آنجا که حقوق عینی، مطلق بوده و سبب الزام اشخاص ثالث، بدون رضایت ایشان می‌گردد، مشارالیه‌م باید اطمینان یابند که حدود و ثغور حقوق عینی به چه میزان باشد؛ چه اینکه آنها ملزم هستند این حقوق را محترم شمرده و نقض نمایند و در صورت اکتساب حقوق عینی از سوی اشخاص ثالث، باید نسبت به نوع و کیفیت حق یقین یابند، زیرا در غیر این صورت، نقل و انتقال ایمن حقوق عینی به گونه‌ای جدی به تأخیر خواهد افتاد و در برخی مواقع مانعی برای نقل و انتقال به وجود می‌آید. حقوق عینی شناخته‌شده در آلمان، در معنای اخص عبارتند از: یک، حق عینی کامل^۲، که منظور از آن حق مالکیت^۳ است، جامع‌ترین حق عینی در نظام حقوق آلمان، حق مالکیت می‌باشد. دو، حقوق عینی محدودیت یافته یا علقه‌های عینی مادون مالکیت یا حق مالی مخصوصی یا حقوق عینی ثانوی. علقه‌هایی چون،



^۱Trennungsprinzip
^۲dingliches Vollrecht
^۳Eigentum



حق ارتفاق، حق انتفاع، تعهدات متعلق به اموال غیرمنقول، حقوق عینی ناتمام، نظیر حقی که مالک یک مال به سبب درج شرط حفظ مالکیت به دست می‌آورد و حق بر رهینه. هم‌چون حقوق فرانسه، با توجه به ماهیت و نوع رهینه، نام و مقررات وثیقه‌های دین متفاوت است (Rahmatian, 2016).

بنا به آنچه بیان شد، حقوق آلمان با توجه به گرایش تاریخی به حقوق روم و رسوخ اندیشه‌های فون ساوینی، میان حقوق تعهدات و حقوق اموال تمایز گذاشته است و قائل به دیدگاه انحصارگرایی در حقوق عینی است. انحصارگرایی حقوق عینی در نظام حقوقی آلمان، به گونه‌ای غیر قابل انعطاف پذیرفته شده است؛ زیرا نه تنها شمار حقوق عینی در حقوق مدنی آلمان بیان شده، محتوای حقوق عینی نیز از سوی قانونگذار تصریح شده است و اشخاص خصوص نمی‌توانند حق عینی جدید ایجاد کنند یا حقوق عینی موجود را تغییر دهند.

در نظام حقوقی اسپانیا، همانند دو نظام پیش‌گفته، حقوق عینی مبتنی بر حق مالکیت است. حق مالکیت، نوع قطعی و نهایی حقوق عینی محسوب می‌شود. حق مالکیت، حداکثر درجه توانایی بهره‌گیری از مال را به مالک می‌دهد، لذا حق مالکیت، یک حق عینی مطلق است. حقوق عینی دیگر، به حقوق عینی محدودیت‌یافته موسوم هستند و دربردارنده اختیارات محدودی برای دارنده می‌باشند و در یک زمان و در یک مال مشخص، می‌توانند با حق مالکیت دیگری و یا سایر حقوق عینی جمع شوند (برای نمونه حق الرهانه مرتهن بر خانه یا زمین مشخص و حق ارتفاق دیگری بر روی همان زمین). حقوق عینی مادون مالکیت منقسم به دو نوع می‌شوند. یک، هنگامی حق عینی‌ای وجود داشته باشد که به موجب آن دارنده، کلاً یا جزئاً بتواند از مال دیگری استفاده کرده و متمتع شود. این وضعیت، موسوم به حقوق انتفاعی هستند، و حق انتفاع، حق ارتفاق و حق‌السطح از نمونه‌های آن به شمار می‌آیند. دو، حقی عینی که وفق آن، حق انتقال موضوع حق برای به دست آوردن ارزشی مالی، نصیب دارنده می‌گردد. وثیقه‌ها، نمونه‌هایی از این دست محسوب می‌شوند. لازم به ذکر است، ماهیت برخی از حقوق مورد بحث و گمانه‌زنی اندیشمندان حقوقی است. در واقع،





اینکه حقوق مزبور حقوق عینی هستند یا شخصی، در هاله‌ای از ابهام قرار دارد. می‌توان به اجاره، حق معامله مجدد، حق تقدم در خرید، حق بازخرید و ذخیره مالکیت اشاره داشت (de las heras Ballell, 2010: 180).

نظام حقوقی اسپانیا، حاوی مقرره‌ای نیست که بیانگر رویکرد تحدیدی نسبت به خلق و ایجاد حقوق عینی باشد. با وجود این ماده (۱۲۵۵) قانون مدنی اصل آزادی اراده را به عنوان یک اصل کلی مورد تصریح قرار می‌دهد، اطلاق این اصل را نباید به گونه‌ای غیرمعقولانه، غیر منصرف به حقوق عینی بدانیم. از سوی دیگر، مقررات مربوط به ثبت اموال عام محسوب می‌شوند و دارای الفاظی هستند که عمومیت آنها را بیش از پیش می‌نماید و هیچ‌گونه تخصیصی نخورده‌اند برای نمونه، یکی از این مقرره‌ها، پس از اشاره به فهرست حقوق-عینی‌ای که مقررات قانونی ابراز داشته‌اند، حاوی الفاظی نظیر «و هر حق عینی» یا «هر حق دیگری» است و این دلایل، موید وجود سیستم numerus apertus در نظام حقوقی اسپانیا است (de las heras Ballell, 2010: 180).

در فقه اسلامی، اصطلاح حقوق عینی وجود ندارد (سنهوری، ۱۹۹۷: ۲۵). صرفاً یکی از فقیهان این اصطلاح را به کار برده است (حسینی شیرازی، ۱۴۱۰: ۲۵۷). پرسش این است که آیا تقسیم حق به عینی و شخصی در فقه اسلامی قابل پذیرش است یا خیر؟ به اعتقاد برخی، این تقسیم در فقه قابل پذیرش است ولی ممکن است تفاوتی میان حقوق اسلامی و حقوق موضوعه از حیث احکام وجود داشته باشد (زرفاء، ۱۹۸۸ : ۳۱-۱۵). به باور برخی از نویسندگان، بدیل این دو اصطلاح در فقه اسلامی وجود دارد و آنها عبارتند از «عین» و «دین». «دین» در فقه اسلامی برابر حق شخصی یا التزام در حقوق غربی قرار می‌گیرد؛ زیرا هر دو عهده مدیون قرار می‌گیرد و هر دو عباتند از دادن مالی، یا انجام عملی یا امتناع از انجام عملی. «عین» برابر حق عینی قرار می‌گیرد که این موضوع در رابطه با حقوق عینی اصلی به طور کامل صادق است و در اغلب حقوق عینی تبعی نیز به همین نحو است (آخولی،

^۱. Article 1,255. The contracting parties may establish any covenants, clauses and conditions deemed convenient, provided that they are not contrary to the laws, to morals or to public policy.

^۲ «ی طرح الدكتور محمد زکی عبد البر المصطلحين المعروفين في الفقه الاسلامي (الدین و العین) بدیلاً عن المصطلحين السابقين (الحق الشخصي و الحق العینی)، و یذهب أبعد من ذلك لیقرر - مخالفاً بذلك أستاذة الدكتور السنهوری - أن (الدین) فی الفقه الاسلامی یقابل (الحق الشخصي أو الالتزام) فی الفقه الغربی و یساویه. فكل منهما یقع فی ذمه»





۲۰۰۳: ۱۱۷-۱۱۸). برخی از فقهای امامیه، با توجه به اینکه متعلق حق، عین یا دین باشد، حق را به عینی و شخصی تقسیم نموده و بیان داشته‌اند: حق عینی دو طرف دارد: مالک و مملوک؛ در حالی که حق شخصی سه رکن دارد: مالک، مدیون و دین. حق عینی ظهور خارجی دارد ولی حق شخصی بر ذمه قرار می‌گیرد (حسینی الشیرازی، ۱۴۱۰: ۲۵۷).

به نظر نمی‌رسد که بتوان حقوق مدنی اسلامی را بر مبنای دو گانه حق عینی و حق شخصی تقسیم نمود و میان دین و حق شخصی و عین و حق عینی نیز رابطه تساوی برقرار نیست؛ زیرا دین عبارت است از مال کلی در ذمه (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۴: ۳)؛ در حالی که حق شخصی رابطه‌ای است که به موجب آن متعهدله حق الزام متعهد به انجام تعهد را دارد (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۳: ۲۷). هم‌چنین عین عبارت است از چیز معین و مشخص (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۳: ۵۵) یا آنچه در مقابل منفعت قرار می‌گیرد (باریکلو، ۱۳۹۴: ۴۲) یا عین عبارت از چیزی است که اگر در خارج یافت شود، جسمی است دارای طول و عرض و ارتفاع (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۳: ۲۲۵).

به نظر برخی آنچه قابلیت مقایسه با حق عینی را در فقه اسلامی دارد، ملک است نه عین و هم‌چنین می‌توان حق شخصی را با حق قیاس نمود نه با دین؛ زیرا در ملک همانند حق عینی، صحبت از رابطه بین شخص (مالک) و شی (مملوک) است و در حق، مانند حق شخصی رابطه میان حداقل دو شخص است (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹: ۱۱۳ و ۱۲۱). اگر تنها به تعدد طرفین رابطه در حق عینی و حق شخصی نظر داشته باشیم، این گفته صحیح است، ولی آنچه در حقوق غرب حق عینی نامیده می‌شود، صرفاً ناظر به مال خارجی است، در حالی که در حقوق اسلامی مملوک می‌تواند، مال اعتباری نظیر دین باشد (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۳: ۱۷۵). هم‌چنین برخی از مصادیق حق در فقه اسلامی مانند حق تحجیر، در بیان حقوقی حق عینی به شمار می‌روند.

به نظر می‌رسد آنچه می‌تواند با حق عینی مقایسه شود، روابطی است که مال را از طلق بودن خارج می‌سازد. در فقه اسلامی یکی از شرایط عوضین طلق بودن آن‌هاست. برخی از فقهاء در تبیین معنای طلق بودن عنوان داشته‌اند: «یعنی آنکه مالکیت مالک از هر گونه تعلقی



المدین، و کل منهما إما أن یکنون إعطاء شیء، أو القیام بعمل، أو الامتناع عن عمل». و یقرر كذلك «أن العین فی الفقه الإسلامی تقابل الحق العینی فی الفقه الغربی و تساویه فی الحقوق العینیة الأصلیة و فی اکثر الحقوق العینیة التبعیة».



رها باشد. از قبیل وقف بودن یا در رهن بودن» (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۱۰). پاسخ به این پرسش که آیا حقوق اسلامی قائل به انحصارگرایی حق عینی است یا خیر، در گرو پاسخ به این پرسش است که خارج کردن مال از طلق بودن با چه ساز و کارهایی ممکن است؟ اگر در میان راهکارها، تراضی طرفین وجود داشته باشد، قاعده انحصارگرایی در فقه اسلامی جایگاهی نخواهد داشت. برخی از فقهاء اسبابی را که مال را از طلق بودن خارج می‌سازند ۲۲ مورد دانسته‌اند که مهمترین آنها عبارتند از وقف بودن مال، رهن، حق نذر و مانند آن، نهی شدن از نقل و انتقال به علت سوگند یا وصیت، تعیین کردن حیوان قربانی برای ذبح پس از مشعر شدن، درج شرط عتق در ضمن قرارداد لازم، ثبوت خیار برای بایع یا مشتری یا هر دوی آنها یا شخص ثالث، تعلق حق موصی به به موصی له پیش از قبول مشارالیه، تعلق حق بستانکاران به مال مفلس یا متوفی، تعلق حق مضمون‌له به مالی که شرط شده است ضمان از محل آن مال ادا گردد، تعلق حق متبرع به مال پیش از کامل شدن ارکان تبرع، تعلق حق مالک به مال در عقود معاوضی پیش از تکمیل ارکان معاوضه، تعلق حق شفعه به مال و اشاعه‌ای که امر قسمت بر عهده شخص غیرمالک باشد (کاظمی تستری، بی تا: ۲۱۳-۱۳۹). شیخ انصاری عنوان کرده است که فقها، مواردی را که مال را از طلق بودن خارج می‌سازد، در سه مورد رهن، وقف و ام ولد بودن منحصر می‌دانند، ولی حقیقت آن است که هر حقی مانند خیار و نذر می‌تواند مال را مقید نماید و عناوین مزبور منحصر در سه مورد نیست (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۰). برخی از این اسباب نظیر حق رهن، از مصادیق حقوق عینی هستند که جزء اسباب خاص ایجادکننده حق عینی به شمار می‌روند. در میان این سبب‌ها، اشاره‌ای به تراضی طرفین نشده است. ظاهراً سبب‌هایی که مال را از طلق بودن خارج می‌کند، منحصر هستند و اراده طرفین نمی‌تواند سبب تازه‌ای ایجاد کند. لکن برخی معتقدند نظر به اینکه حق ناشی از نذر و حق خیار مالکیت را از اطلاق خارج می‌سازد، حق ناشی از شرط نیز چنین کارکردی دارد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۱۱).

از این رو، با توجه به اینکه اسبابی که مال را از طلق بودن خارج می‌سازد منحصر به موارد و قالب‌های مشخصی نیستند و از سویی تراضی طرفین در قالب شرط ضمن عقد می‌تواند مال را مقید سازد، انحصارگرایی در حقوق اسلامی جایگاهی نخواهد داشت.



نتیجه‌گیری

در حوزه حقوق عینی قاعده‌ای به نام «انحصار‌گرایی» مورد پذیرش حقوق‌دانان و نظام‌های حقوقی جهان واقع گردیده است. قاعده مزبور اشاره به این نکته دارد که فهرست حق‌هایی که دارای خصیصه عینی بودن هستند، توسط قانونگذار مشخص شده است و اشخاص خصوصی، صرفاً بایستی از موارد مصرحه قانونی بهره‌جویند. از این رو، آنها نمی‌توانند حقوق عینی جدیدی خلق نمایند. البته ممکن است تعبیر «آفرینش حقوق جدید» خالی از مسامحه نباشد، دقیق‌تر آن است که گفته شود، توافقات خصوصی اشخاص اگر در هم‌سو با قالب‌های ارائه‌شده قانونی باشد، حق عینی توصیف شده و آثار و احکام حقوق عینی بر آنها بار خواهد شد و در غیر این صورت، ذی‌نفع توافق نمی‌تواند خواستار مزایای حقوق عینی، نظیر حق تعقیب یا حق تقدم گردد.

در این خصوص که اشخاص خصوصی می‌توانند از رهگذار خلاقیت اراده، فارغ از قالب‌های مشخص حقوق عینی، از مزایای حقوق مزبور بهره‌گیرند یا خیر، میان حقوق‌دانان و نظام‌های حقوقی جهان اختلاف نظر وجود دارد. یافته‌های این پژوهش حاکی از آن است که دو نگرش متفاوت در این زمینه وجود دارد. برخی از حقوق‌دانان و نظام‌های حقوقی، بر این عقیده هستند که حقوق عینی در قانون احصاء شده است و اشخاص صرفاً باید از این قالب‌ها بهره‌جویند و توافق خصوصی آنها اگر در قالب‌های مزبور نگنجد، واجد حقوق عینی نخواهد بود. نظام حقوقی آلمان طرفدار این نگرش است. در مقابل، برخی از حقوق‌دانان و نظام‌های حقوقی از این ایده پیروی می‌کنند که قانون نمی‌تواند بر اراده اشخاص خصوصی حتی در زمینه آفرینش حقوق خصوصی قید و بند بزند؛ بنابراین اشخاص می‌توانند آزادانه قراردادی منعقد نمایند که حقی عینی به ذی‌نفع آن اعطاء کند. نظام حقوقی اسپانیا و نظام حقوقی اسلام، از ایده پیش‌گفته حمایت می‌کنند. در برابر این دو دیدگاه، می‌توان به رویکرد حقوق فرانسه به عنوان، نقطه میانی اشاره داشت. رویه قضایی این کشور نگاهی «اصل‌گرایانه» به انحصار‌گرایی دارد. از این رو، اندیشه قانونگذار در شمارش حقوق عینی محترم است، لیکن در صورتی که تدابیر قانون، تکافوی نیاز اشخاص خصوصی را نکند، آنها می‌توانند از حکم قانونگذار عدول کرده و قالب دلخواه را ایجاد کنند.





۱. امینی، منصور ۱۳۸۸ش، نابرابری موقعیت اقتصادی فروشنده و خریدار در عقد بیع، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۲.
۲. _____ ۱۳۸۲ش، انتقال مالکیت در قراردادهای فروش در نظام‌های حقوق آلمان، فرانسه و ایران، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷.
۳. انصاری، مرتضی ۱۴۱۵ق، مکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، ج ۴.
۴. باریکلو، علیرضا، ۱۳۹۴ش، حقوق قراردادها: عقود معین (۱)، تهران: نشر میزان.
۵. پیلوار، رحیم، ۱۳۹۲ش، فلسفه حق مالکیت، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۲.
۶. جعفری خسروآبادی، نصراله، ۱۳۹۳ش، بررسی تطبیقی ماهیت و کارکرد «دین» و «تعهد» در نظام‌های حقوقی رومی ژرمنی، کامن لا و اسلام، رساله دکتری، دانشگاه قم.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۸ش، حقوق اموال، تهران: گنج دانش، چ ۶.
۸. حسینی الشیرازی، محمد، ۱۴۱۰ق، الفقه: موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی، بیروت: دارالعلوم، ج ۱۰۰.
۹. خولی، أحمد محمود، ۲۰۰۳م، نظریه الحق بین الفقه الاسلامی و القانون الوضعی، قاهره، دارالسلام.
۱۰. زرقاء، مصطفی، ۱۹۸۸م، المدخل الفقهي العام، بیروت، دارالفکر، ط ۹.
۱۱. سنهوری، عبدالرزاق، بی تا، الوسیط فی شرح القانون المدني، حق الملكية، لبنان، دار احیاء التراث العربی، ج ۱۰۰.
۱۲. _____ ۱۹۹۷م، مصادر الحق فی الفقه الإسلامی، لبنان، دارالاحیاء التراث العربی، ج ۱.
۱۳. صفایی، سید حسین، ۱۳۸۸ش، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اشخاص و اموال، تهران، نشر میزان، چ ۱۰، ج ۲.
۱۴. _____ ۱۳۸۹ش، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر میزان، چ ۱۰، ج ۲.
۱۵. کاتوزیان. ناصر، ۱۳۸۶ش، حقوق مدنی، اموال و مالکیت، تهران، نشر میزان، چ ۱۸.





۱۶. _____ ۱۳۹۳ش، نظریه عمومی تعهدات، تهران، نشر میزان، چ ۷.
۱۷. _____ ۱۳۹۱ش، اعمال حقوقی، قرارداد - ایقاع، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ ۶.
۱۸. کاظمی تستری، اسدالله، بی‌تا، مقابسه الأنوار و نفائس الأسرار فی أحكام النبی المختار و عترته الأطهار، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۱۹. محمد عبيدات، يوسف، ۲۰۱۱ م، الحقوق العينية الأصلية و التبعية، دار الميسرة.
۲۰. هادی العبيدی. علی، ۲۰۰۸ م، الوجيز فی شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دارالتقافة.
۲۱. محقق داماد، مصطفی، ۱۳۸۸ش، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۲. نعمت‌اللهی، اسماعیل، ۱۳۸۹ش، تحلیلی فقهی حق عینی و دینی و مفاهیم مرتبط، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۳.

۲۳. Akkermans, Bram (2017), The Numerus Clausus of Property Rights, In Comparative Property Law, edited by: Michele Graziadei and Lionel Smith, Cheltenham: Edward Elgar.
۲۴. _____ (2016), "The Numerus Clausus of Property Rights", Comparative Property Law: Global Perspectives, Cheltenham, M. Graziadei and L. Smith, eds., Edward Elgar.
۲۵. _____ (2010), "Concurrence of Ownership and Limited Property Rights", European Review of Private Law, Issue 2.
۲۶. _____ (2013), "Standardization of Property Rights in European Property Law", Property Law Perspectives, Intersentia Publication.
۲۷. _____ (2014), "Embargo – a new property right in South African Law: Willow Waters Homeowners Association (PTY) Ltd v Koka (768/13) [2014] ZASCA 220", EPLJ, Vol. 4, Issue 2.
۲۸. _____ (2008), The Principle of Numerus Clausus in European Property Law, Doctoral Dissertation, Maastricht University.
۲۹. Anelka, Taylor & Forté, Nadine, (2005), Economie-Droit, Frence: Bréal.
۳۰. Atias. C. (2008), Droit des biens, Paris: LexisNexis, 8^{ième}.éd.
۳۱. Bergel. Jean-Louis et al. (2010), Les biens, Paris: L.G.D.J., 2^{ième} éd.
۳۲. Carbonnier. Jean, (2000), Droit civil, «Les Biens (monnaie, immeubles, meubles)», 19^{ième} éd., t. 3 Paris, PUF.



۳۳. Cornu. Gérardo, (2007), Droit civil Les Biens, Paris: Montchrestien, 13ième éd.
۳۴. Mazeeaud. H.L et J, Chabas. F. (2002), Leçons de droit civil, T.2., Vol. 2, Paris: Montchrestien, 5ième.éd.
۳۵. Mulligan. Christina, (2013), "a Numerus Clausus Principle for Intellectual Property" Tennessee Law Review, Vol. 80
۳۶. Planiol. M. et Ripert. G. (1952), Traité Pratique de droit civil. T. 3., Les biens, par Picard, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2ième éd.
۳۷. Rahmatian. Andreas, (2016), A Comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law, available at: <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=340>.
۳۸. Reboul-Maupin. Nadège, (2008), Droit des biens, Paris: Dalloz, 2ième éd.
۳۹. Rodríguez de las Heras Ballell. Teresa, With the collaboration of Jorge Feliu Rey, (2010), Introduction to Spanish Private Law, Facing the Social and Economic Challenges, Oxon: Routledge-Cavendish.
۴۰. Rudden. B. (1978), "Economic Theory v Property Law: The Numerus Clausus Problem", Oxford Essays in Jurisprudence, London: Oxford.
۴۱. Sánchez Arísti, Rafael and I. Moralejo Imbernón Nieves, (2011), Property and Trust Law in Spain, Netherland: Kluwer Law International.
۴۲. Sparkes. Peter, (2012), Certainty of Property: Numerus Clausus or the Rule with no Name?" European Review of Private Law, Issue 3.
۴۳. Stevens Robert, (2011), Party Autonomy and Property Rights, In Party Autonomy in International Property Law, edited by: Roel Westrik and Jeroen van der Weide, Munich: Sellier Publishing.
۴۴. Van Erp. S. (2006), "Comparative property Law", Oxford Handbook of Comparative Law, London: Oxford.

