

قلمرو آزادی اراده در ایجاد حقوق عینی جدید از منظر حقوق اموال و مالکیت و ثبت

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۲/۹

تاریخ تأیید: ۱۳۹۸/۷/۳

رحیم پیلوار*
حاتمه صفری**

چکیده

در یک تقسیم‌بندی عمده، حقوق و دعاوی مالی به دو دسته عینی و شخصی تقسیم می‌گردند؛ یکی از منابع ایجاد حقوق، عقود و قراردادهای خصوصی هستند که ماده ۱۰۱۰ ق.م.حاکمیت اراده را در ایجاد آنها به عنوان قاعده پذیرفته است. در حوزه حقوق شخصی، نظر به نسبی بودن آثار قراردادها، این قاعده به نحو مطلق حاکم است، اما اعمال آن در حقوق عینی غیر از حقوق عینی پیش بینی شده در قوانین و مقررات، به دلیل مطلق بودن این دسته از حقوق و قابلیت اعمال آنها نسبت به دیگران بالأخص باتوجه به غفلت‌های حقوقی درباره این عنوان، نیاز به بررسی بیشتر دارد و نظام‌های حقوقی موضع واحدی ندارند. به همین دلیل در پژوهش حاضر با مطالعه تطبیقی و همچنین بررسی فقهی مسئله، ضمن ارائه تحلیل‌های اقتصادی، جهت کشف موضع مقنن تلاش شده است. نتیجه اینکه علی‌رغم اختلاف نظرها باید اعلام نمود اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها در ایجاد حقوق عینی، هم در حقوق فرانسه و هم در حقوق ایران جاری است مگر اینکه مقنن نظر به مصالحی آن را محدود کند.

واژگان کلیدی: حقوق عینی، حقوق شخصی، مالکیت، آزادی قراردادها، قابلیت اعمال، ثبت.

۲۱۴

حقوق اسلامی / سال شانزدهم / شماره ۶۵ / تابستان ۱۳۹۹

* استادیار گروه حقوق خصوصی پردیس فارابی دانشگاه تهران/ نویسنده مسئول
(rahimpilvar@ut.ac.ir).

** دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق دانشگاه تهران (safari.k@alumni.ut.ac.ir).

مقدمه

حاکمیت اراده و آزادی قراردادها از جمله اصول مهم حقوقی است که زیربنای حقوق قراردادها را تشکیل می‌دهد. مطابق با ماده ۱۰ق.م، قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است. این ماده اراده اشخاص را به خودی خود واجد اثر حقوقی می‌داند؛ لذا همه اشخاص می‌توانند به‌عنوان قاعده اولیه، آزادانه نسبت به انعقاد قرارداد یا عدم انعقاد آن و در صورت تمایل نسبت به انعقاد با فرد یا افراد مورد نظر خود و با تعیین محتوا و آثار دلخواه اقدام نمایند. البته مقبولیت اصل مذکور در قراردادها به‌طور مطلق نبوده، بلکه عواملی نظیر قوانین امری، اخلاق حسنه و نظم عمومی اراده افراد را در قراردادها محدود می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۴۸ / صفایی، ۱۳۸۴، ص ۵۸-۵۰).

حال مسئله این است که در حقوق ما، حاکمیت اراده در ایجاد حقوق شخصی غیرمصرح در قانون مطابق ماده ۱۰ق.م با توجه به نسبی بودن آثار آنها پذیرفته شده است، اما در مورد تأثیر اراده در عرصه حقوق عینی و این موضوع که آفرینش حقوق عینی تنها در قالب‌هایی که قانونگذار برای این دسته از حقوق تعیین کرده، امکان‌پذیر است یا وسعت قلمروی حاکمیت اراده، انواع حقوق عینی را نیز در بر می‌گیرد و اشخاص می‌توانند هر حق عینی را که اراده کنند به دلخواه به‌وجود بیاورند، حتی اگر قانونگذار آن را پیش‌بینی نکرده باشد، اختلاف نظر حاکم است و جالب آنکه این اختلاف نظر هم در اروپای قاره‌ای و هم کشورهای کامن‌لا وجود دارد.

این اختلاف دیدگاه انگیزه‌ای برای نگارش پژوهش حاضر گردید؛ زیرا انتخاب هر یک از دیدگاه‌های فوق‌الذکر در حقوق آثار قابل توجهی خواهد داشت. گرایش به حصرگرایی و قابلیت ایجاد حقوق عینی صرفاً از طریق قالب‌های از پیش تعریف‌شده در قانون، اگرچه باعث تحکیم حقوق عینی مذکور در قوانین و حمایت بیشتر از اشخاص ثالث ناآگاه می‌شود، اما حدود آزادی مالک را برای تصرف در مایملکش بسیار محدود می‌گرداند و اصل تسلیط و سلطه مالک بر ملک متعلق به وی که به‌وسیله قوانین و مقررات مختلف قیده‌های زیادی بر آن قرار گرفته، بیش از پیش مقید می‌گردد. درحالی‌که در نتیجه پذیرش اصل حاکمیت اراده در ایجاد حقوق عینی جدید، اشخاص

در مایملک خود توانایی ایجاد هرگونه حق خواهند داشت؛ خواه حقوق مزبور در قوانین پیش‌بینی شده باشند و یا اینکه قالب آنها بر حسب اراده فرد ابداعی و جدید باشد. جالب آنکه این مسئله مورد توجه نویسندگان تحلیل اقتصادی حقوق هم از نظر کاهش یا افزایش بهره‌وری اراضی و املاک قرار گرفته و بررسی شده است.

شایان ذکر است که درخصوص مسئله مطروحه دو رویکرد متفاوت قابل مشاهده است؛ برخی از کشورها با گرایش به سیستم بسته‌ای از حقوق اموال موسوم به Numerus Clausus، تعداد و محتوای حقوق مربوط به اموال را محدود به موارد مذکور در قانون نموده‌اند و صرفاً قانونگذار یا محاکم را قادر بر خلق حقوق عینی جدید دانسته‌اند. گروه دیگر با پذیرش سیستم باز حقوق اموال موسوم به Numerus Apertus، مالک را در ایجاد انواع حقوق عینی مختار و آزاد قرار داده‌اند (Akkermans, 2008, p.7).

باتوجه به اینکه در نظام حقوقی ما هم حقوق و هم دعاوی مالی به تبعیت از حقوق فرانسه به دو دسته حقوق عینی و حقوق شخصی (دینی) تقسیم شده، همچنین اینکه نگارش ماده ۲۹ قانون مدنی، در شمارش حقوق عینی تقلیدی از ماده ۵۴۳ قانون مدنی فرانسه بوده است؛^۱ لذا بدون شک نویسندگان قانون مدنی ما در این مورد به نظام حقوقی فرانسه و قانون حاکم بر این کشور نظر داشته‌اند. به‌همین دلیل با مطالعه دقیق رویکرد نظام حقوقی فرانسه، ضمن بررسی فقهی به تحلیل «نقش اراده در ایجاد حقوق عینی» و مسئله «حصری یا غیرحصری بودن حقوق عینی به موارد مذکور در قانون» در حقوق ایران خواهیم پرداخت. سرانجام تحلیل‌های اقتصادی مربوطه را نیز مطرح خواهیم نمود و در آخر نتیجه‌گیری خواهد شد.

در باب موضوع مورد بحث گرچه به‌نحو پراکنده در کتب برخی از اساتید یا پایان‌نامه‌ها و حتی رساله‌ها بحث شده است ولی نوآوری این پژوهش آنست که تلاش دارد «مبانی» حقوقی و فلسفی و اقتصادی این اختلاف و همچنین آخرین وضعیت حقوق ایران را باتوجه به تحولات بعد از قانون مدنی از منظر حقوق مالکیت و ثبت روشن کند و ضمن دسته‌بندی عقاید، نظر ارجح را تبیین نماید.

1. On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre.

۱. چرایی تردید در اعمال اصل آزادی قراردادها در ایجاد حقوق عینی جدید

برای درک صحیح این تردید لازم است به صفت مطلق بودن حق عینی و آثار آن بالأخص «قابلیت اعمال» توجه شود. حق عینی (Droit réel)، قدرتی است که شخص به طور مستقیم و بی واسطه نسبت به مالی پیدا می کند و می تواند از آن استفاده نماید. براین اساس عناصر حق عینی عبارت اند از: ۱. صاحب حق ۲. موضوع حق؛ بنابراین حق عینی به طور مستقیم بر مال موضوع حق اعمال می شود (Mazeaud, 1976, p.3, n°1285) کاتوزیان، ۱۳۹۴، ص ۱۴) و برای همین هم «عینی» نامیده می شود و لازم نیست اجرای آن از اشخاص دیگر خواسته شود.^۱ ریشه این تقسیم بندی هم به حقوق روم و تقسیم بندی دعاوی می رسد به طوری که در دعاوی عینی بر خلاف دعاوی شخصی، نیازی به ذکر خواننده در دادخواهی نبود.^۲

۱. در مقابل حق عینی، حق شخصی (Droit personnel)، حقی است که شخص نسبت به دیگری پیدا می کند و می تواند انجام دادن تعهدی را از او بخواهد و موضوع این تعهد می تواند: ۱. انتقال مال ۲. انجام فعل ۳. ترک فعل باشد. بدین سان حق شخصی دارای ۳ عنصر است: ۱. متعهدله (Sujet actif – Créancier)؛ ۲. متعهد (Sujet passif – Débiteur)؛ ۳. موضوع تعهد یا متعهدله (Objet du droit). صاحب حق شخصی فقط به وسیله «شخص» متعهد می تواند موضوع تعهد را مطالبه و اجرا کند و در صورت امتناع وی، باید به دادگاه رجوع و انجام تعهد را مطالبه نماید. بر همین اساس نامیدن این حق به «شخصی» صحیح تر است تا حق دینی، زیرا دین در فقه ما معنی دیگری دارد و مساوی تعهد نیست و همین مسئله هم باعث ابهاماتی در حقوق تعهدات ما شده است. (در تأیید این نظر و بیان دقیق و مشروح، رک: عبدی پور و خسروآبادی، ۱۳۹۳، ص ۸۲ به بعد / نعمت اللهی، ۱۳۸۹، ص ۱۱۰ به بعد). با این حال در زبان حقوقی ما حق دینی در مقابل حق عینی به کار می رود و ای کاش متقدمین دقت بیشتری می کردند. مثلاً مرحوم منصورالسلطنه عدل می نویسد به جای حق شخصی می توان حق ذمی هم گفت!! (عدل، ۱۳۷۳، ص ۴۱). در حالی که ذمه نهادی خاص فقه اسلامی است و با تعهد و دارایی فرق دارد.

۲. در حقوق روم، آیین دادرسی و تشریفات نقش تعیین کننده ای داشته اند و به تعبیری می توان گفت بنای حقوق روم بر تشریفات بنیان نهاده شده بود. در ابتدا از جمله رسیدگی ای به نام Sacramentum وجود داشته که به دو دسته in rem و in personam تقسیم می شده است. اولی راجع به حقوق عینی به تعبیر امروز بوده است و دومی راجع به تعهدات. در دعاوی عینی صرفاً نام خواهان باید تعیین می شد و دعوا طرح می گردید و بدین سان در دادخواهی کافی بود فقط نام مدعی و مال مورد اختلاف ذکر شود، ولی در دعاوی شخصی باید هم نام طلبکار ذکر می شد، هم نام مدیونی که طلبکار نسبت به او ادعایی دارد و طبعاً موضوع مورد اختلاف. در همین راستا در انستیتوت گایوس (حدود

حقوق عینی از شخصی بر اساس دو ویژگی (trait)، از هم جدا می‌شوند:

۱. موضوع ۲. قلمرو (Lévy et Castaldo, 2002, p.262). از لحاظ «موضوع»، تفاوت این دو حق در این است که موضوع حق عینی یک شیء ملموس و معین است و صاحب حق عینی «مستقیماً» از یک مال بهره‌مند می‌شود ولی در حق شخصی موضوع تعهد، الزام مدیون به انتقال مال یا انجام عمل یا ترک عملی است. از لحاظ «قلمرو» نیز، این دو حق متمایزند. حق عینی در برابر همه قابل اعمال است (بعضاً گفته می‌شود «قابل استناد» که عبارتی دقیق نیست و حتی گمراه‌کننده هم هست) و بر همین اساس گفته می‌شود حق عینی، حقی «مطلق» (Absolu) است و همه موظفند امکان بهره‌مندی دارنده حق عینی را از حقیش فراهم کنند.^۱ ولی حق شخصی فقط در برابر متعهد قابل اعمال است و دائن فقط می‌تواند گریبان مدیون خود را جهت انجام تعهد بگیرد. به دیگر سخن حق شخصی حقی «نسبی» (Relatif) است (Terré, 2006, p.55).

نکته بسیار مهم در اینجا، توجه به نهاد حقوقی «قابلیت استناد» در کنار «قابلیت اعمال» است. مفهوم قابلیت استناد در سنت حقوقی فرانسه به تدریج از قرن ۱۹ جهت تحدید اصل نسبی بودن قراردادهای شکل گرفته و حدود آن مشخص شده است (ایزائلو، ۱۳۹۱، ص ۳۵ به بعد/ قبولی در افشان، ۱۳۸۹، ص ۲۵۶ به بعد).^۲ اکنون پذیرفته شده چه قراردادهای موجد حق شخصی، چه موجد حق عینی باید از سوی دیگران محترم شناخته شود و به تعبیر کتاب حقوق اموال تحت نظر ژاک گستن، این امر «قدر

سال ۱۶۱ پس از میلاد) و نتیجتاً به علت اقتباس در انستیتوت ژوستی نین (۴۸۲-۵۶۵ میلادی)، حقوق عینی مستقلاً در کتاب دوم درج شدند و تعهدات در کتاب سوم و دو دسته مجزا را شکل دادند (Lévy, 2002, p.261).

۱. این ویژگی همان طور که ریپر و پیکار حقوقدانان بزرگ قرن بیستمی فرانسه بر خلاف نظر برخی دیگر (Terré, 2006, p.55) گفته‌اند در فرانسه، همیشه جنبه سلبی ندارد و در برخی موارد باعث می‌شود انجام کاری هم بر دیگران تحمیل شود نظیر امکان الزام همسایه به نشانه‌گذاری حد ملک مندرج در ماده ۶۴۶ قانون مدنی فرانسه (Planiol et ripert, 1952, p.49).

Article 646: Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs.

۲. برخی نویسندگان بیان داشته‌اند اصل قابلیت استناد از حقوق عینی به قراردادهای تسری پیدا کرده است (اسدی، ۱۳۸۶، صص ۱۴۶ و ۱۶۴).

مشترک» هر دو حق عینی و دینی است (Bergel, 2000, p.36)،^۱ ولی همان‌طور که بیان شد حق عینی به علت مطلق بودن موجد امتیازی بیش از قابلیت استناد است و آن قابلیت اعمال نسبت به دیگران است که امتیازات حق تعقیب و تقدم را به دنبال دارد. البته این امر در خود حقوق فرانسه هم سال‌ها به این شکل تنقیح نشده بوده است و تحولات حقوقی بعدی آن را ایضاح نموده است (Terré, 2006, p.57).

باتوجه به مطالب بالا اکنون می‌توان محل نزاع را به خوبی تقریر کرد: باتوجه به مطلق بودن حق عینی در مقابل حق شخصی، این شبهه پیش می‌آید اگر طرفین قرارداد خارج از چهارچوب قانون که به تصویب مجلس رسیده و در روزنامه رسمی اعلان شده است، مجاز به ایجاد حقوق عینی جدید باشند، حقی قابل اعمال علیه دیگر افراد جامعه ایجاد کرده‌اند و این خلاف اصل نسبی بودن قراردادها است و باعث می‌شود آزادی‌های افراد ثالث خدشه پذیرد. در ادامه به چگونگی مواجهه با این مسئله می‌پردازیم.

۲. بررسی نظام حقوقی فرانسه

از جمله مباحثی که حقوقدانان فرانسوی در انتهای مباحث مربوط به حقوق عینی در کتب حقوق اموال خود، بدان می‌پردازند این است که آیا همچون حقوق شخصی که بر اساس اصل آزادی اراده، افراد در آفرینش قالب‌های جدید مختارند و محدود به قالب‌های عقود معین نیستند، در حقوق عینی هم چنین آزادی‌ای وجود دارد یا خیر؟ برخلاف آنچه در اذهان برخی از اساتید بزرگ ما (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ص ۱۸) و حتی برخی حقوقدانان فرانسوی از جمله رنه داوید نقش گرفته (داوید و ژوزه اسپینوزی، ۱۳۷۸، ص ۱۹۳)، مشهور حقوقدانان فرانسوی قائل به مشابهت حقوق شخصی و عینی از لحاظ امکان ایجاد حقوق عینی جدید هستند. ریپر و پیکار حقوقدانان بزرگ قرن بیستم

۱. همچنین باید توجه داشت بعضاً به اشتباه از "تعهد عمومی منفی" (Obligation passive universelle) دیگران در برابر دارنده حق عینی سخن می‌گویند که اگر منظور "تعهد" به معنی مصطلح حقوقی باشد، مرتکب اشتباه می‌شوند (Terré, 2006, p.57) ولی اگر منظورشان تکلیف دیگران به فراهم کردن امکان بهره‌مندی صاحب حق عینی از مال است، صحیح است.

فرانسه در دوره معروف حقوق مدنی بیان می‌دارند: در این خصوص، سنت حقوق آلمان مخالف ایجاد حقوق عینی جدید است،^۱ ولی سنت حقوقی ایتالیا موافق امکان ایجاد حقوق عینی جدید توسط افراد هستند. ایشان با تاکید بر غلبه اندیشه حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادها بیان می‌دارند با عنایت به اینکه اصل بر آزادی اراده است و اینکه در قانون مدنی فرانسه هیچ منع خاصی وارد نشده، پس افراد قاعداً در ایجاد حقوق عینی جدید آزادند و البته تنها قید آن این است که خلاف نظم عمومی نباشد. بر همین اساس به رأی معروف دیوان عالی فرانسه موسوم به Caquelard صادره در ۱۳ فوریه سال ۱۸۳۴ میلادی اشاره می‌کنند که بیان می‌دارد، مواد ۵۴۴، ۵۴۶ و ۵۵۲ قانون مدنی فرانسه جنبه حصری ندارند بلکه جنبه تمثیلی دارند.^۲

حقوقدانان جدید فرانسه ضمن اشاره به این مسئله تاریخی و این که در مجموع دکترین کلاسیک موافق امکان ایجاد حقوق عینی جدید بوده، بالأخص با اشاره به رأی معروف ۱۸۳۴ میلادی دیوان عالی راجع به ماده ۵۱۶ قانون مدنی فرانسه، بیان می‌دارند باتوجه به اصل آزادی قراردادها و همچنین آزادی مالک در تجزیه (Dissociation) حقوق مالکانه خود و امکان حفظ حقوق افراد ثالث به طرق دیگر، اصل بر آزادی ایجاد حقوق عینی جدید است (Terré, 2006, p.60).

اینکه مقنن فرانسوی بر خلاف سابقه حقوق روم، تعهدات و اموال را در یکجا و نه

۱. ریشه اعتقاد به حصری بودن حقوق عینی در حقوق آلمان در قرن نوزدهم باز می‌گردد؛ در تصویب قانون مدنی آلمان براساس دیدگاه فون ساوینی (Von Savigny) و به تبعیت از حقوق روم، حقوق اموال و حقوق تعهدات دو بخش مجزا از قانون مدنی را تشکیل می‌دهند. به دلیل مطلق بودن حقوق مربوط به اموال و نیز حمایت از حقوق مالکیت، قانون مدنی تعداد و محتوای آنها را محدود نمود. این محدودیت علاوه بر تعداد حقوق، محدودیت در محتوا را نیز در بر می‌گرفت (Akkermans, 2008, p.7). حال آن‌که در قانون مدنی فرانسه اموال و تعهدات دو بخش مجزا از قانون مدنی را تشکیل نداده، بلکه عقود و تعهدات به‌عنوان یکی از اسباب تملک ذیل عنوان اموال آمده اند.

۲. البته ایشان در ادامه بیان می‌دارند ۲ عامل باعث می‌شود "عملاً" امکان ایجاد حقوق عینی جدید محدود شود: ۱- چون حق عینی در برابر همه قابل اعمال است پس باید رضایت همه اخذ شود!! که نتیجه اینست که عملاً فقط می‌شود حقوق عینی موجود را تجزیه کرد و حقی جدید ایجاد کرد نه اینکه حقی کاملاً جدید پدید آورد. دوم اینکه قاعداً حقوق عینی جدید جز در صورت طی مراحل تشریفات رسمی اعلام، الزام‌آور نیستند (Planiol, 1952, p.55) برای دیدن دلایل رد این دیدگاه در حقوق فرانسه ر.ک (Bergel, 2000, p.48).

به صورت دو باب جداگانه تبویب کرده، تأیید دیگری بر حکومت اصل آزادی قراردادها در هر دو دسته حقوق اموال و تعهدات است. توضیح آنکه در انستیتوت گایوس (حدود سال ۱۶۱ پس از میلاد) و نتیجتاً به علت اقتباس در انستیتوت ژوستی نین (۴۸۲-۵۶۵ میلادی)، در حقوق روم حقوق عینی مستقلاً در کتاب دوم درج شده بودند و تعهدات در کتاب سوم و دو دسته مجزا را شکل دادند (Lévy, 2002, p.261). حقوقدانان معاصر فرانسوی همچنین بیان می‌کنند باتوجه به تحولات اقتصادی و نیازهای جدید کسب و کار، باید قائل به مباح بودن ایجاد حقوق عینی جدید مورد نیاز برای مالکین بود.

البته به استناد قانون ۲۳ مارس ۱۸۵۵ و سپس ماده ۲۸ فرمان ۴ ژانویه ۱۹۵۵، معاملات و ایجاد هر حق عینی غیرمنقول و محدودیت‌های جدید، باید «ثبت» و «اعلان» گردد. زیرا دیدیم حق عینی در برابر همگان قابل اعمال است (bergel, 2000, p.48) همچنین باید توجه داشت ضمانت اجرای عدم طی تشریفات در حقوق فرانسه، عدم قابلیت استناد در برابر افراد ثالث است (امینی، ۱۳۸۸، ص ۲۱۹/ ایزانلو و شریعتی‌نسب، ۱۳۹۱، ص ۴۰-۴۱/ طباطبایی، ۱۳۹۶، ص ۲۰۶).

معروفترین مخالفان این نظر در حقوق فرانسه مازوها و کربونیه بوده‌اند که قائل به عدم امکان ایجاد حقوق عینی جدید جز به حکم قانون بوده‌اند که می‌توان مهمترین ادله آنها را به شرح زیر خلاصه کرد:

حق شخصی حقی است که یک شخص در برابر دیگری پیدا می‌کند و به موجب آن می‌تواند خواستار امری شود. در این حق دو شخص در برابر هم قرار می‌گیرند که این دو شخص می‌توانند رابطه حقوقی خویش را به دلخواه خود تعیین نمایند. ولی حق عینی حقی است که شخص نسبت به یک شیء به صورت مطلق و بی‌واسطه پیدا می‌کند. برای شخص امکان ندارد که با شیء به گفتگو پردازد و خود شیء موافق با حقی باشد! درحالی‌که برای ایجاد حق شخصی این امکان وجود دارد. این است که خود قانونگذار باید بگوید بر اشیاء کدام حقوق می‌توانند استقرار پیدا کنند و بدین جهت است که حقوق عینی از طرف خود قانونگذار احصاء می‌شوند.

توجیه دیگر برای احصاء حقوق عینی این است که حق عینی حقی مطلق است

یعنی همگان باید زمینه اعمال حقوق عینی را فراهم کنند. حال وقتی که همه ما مکلفیم که حقوق عینی دیگران را محترم بشماریم، لازمه انجام این امر این است که قبلاً بدانیم که این حقوق عینی ای که ما مکلف به محترم داشتن آنها هستیم، کدام‌ها هستند. پس حقوق عینی باید توسط قانون مورد تعریف و تحدید قرار بگیرند» (ر.ک: درودیان، ۱۳۷۶، ص ۱۶ / 4، p.4, Mazeuad, 1976).

در پاسخ به ایراد اول باید گفت، ایجاد حقوق عینی جدید بر اموال، تابع اراده و توافق طرفین قرارداد است و آنها هستند که با یکدیگر به مذاکره می‌پردازند و حق جدید را متولد می‌کنند و اموال در هر حال موضوع حقوق (ابژه) هستند نه طرف آن (سوژه)! باید توجه داشت در حقوق مدرن هیچگاه شخص و مال در عرض هم نیستند بلکه مال همیشه موضوع است و اینکه گفته می‌شود حق عینی حق بر مال است تسامح تاریخی است، حقوق فقط در رابطه با اشخاص قابل تصور است (پیلوار، ۱۳۹۳، ص ۴۹-۵۱).

در پاسخ به ایراد دوم هم باید توجه کرد که تکلیف دیگران به این که امکان اعمال حقوق مالکانه مالک را فراهم کنند، «تعهد» به معنی تکنیکی کلمه در حقوق فرانسه نیست (Terré, 2006, p.57)، بلکه مراد «تکلیف» دیگران به فراهم کردن امکان بهره‌مندی صاحب حق عینی از مال است. به علاوه امروزه در فرانسه با ثبت و اعلان حقوق عینی در دفاتر و امکان دسترسی افراد ثالث به آنها، اضرار به افراد ثالث قابل تصور نیست.^۱

۱. بر خلاف حقوق فرانسه، به علت عدم وقوع انقلاب در انگلیس، نظام اراضی و املاک انگلیس تحول یافته نظام فئودالی است و حاوی انواع و اقسام حقوق عینی پیچیده موجود در زمین! (Walsh, 1927, p.7 / Smith, 2000, p.5) بر همین اساس مقنن در انگلیس با تصویب قانون ثبت در سال ۱۹۲۵ میلادی ایجاد حقوق عینی جدید را منوط به تجویز پارلمان نموده است (Mcfarlane, 2008, p.344 / Smith, 2000, p.4). در آلمان هم براساس سنت حقوق روم و بر خلاف فرانسه، اولاً معاملات راجع به غیرمنقول تملیکی نیست و نیاز به ثبت در اموال غیرمنقول و تسلیم در منقول دارد (امینی، ۱۳۸۸، ص ۲۱۵)، ثانياً ایجاد هر حق عینی جدید محدود است به تجویز مقنن و اصل آزادی قراردادها محدود است به قلمرو حقوق تعهدات (فتواتی و شیرخانی، ۱۳۹۶، ص ۱۴۰ به بعد).

۳. بررسی فقهی

در فقه که البته بر قانون مدنی هم اساساً تاثیرگذار بوده است، تقسیم‌بندی حقوق مالی به عینی و شخصی به شیوه فرانسوی سابقه ندارد، گرچه شاید بتوان نشانه‌هایی پیدا کرد (حسینی حائری، ۱۴۲۸، ص ۵۴).^۱ با اینحال در ادبیات فقهی یکی از قواعد حاکم بر اموال، قاعده تسلیط و به بیان دقیق‌تر «تسلط» است که می‌توان برای تحلیل نقش اراده در ایجاد حقوق عینی جدید از آن کمک گرفت. البته نباید فراموش کرد بحث قابلیت پذیرش ماده ۱۰ قانون مدنی در فقه خود بحث مفصلی است که امروزه در میان فقها عدم توقیفی بودن عقود نظر غالب است و فراموش نکنیم حقوق عینی جدید هم به موجب قرارداد در اموال ایجاد می‌شود.

مبنای قاعده مزبور حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» است (خویی، ۱۳۷۷، ص ۱۲۱)؛^۲ بدین معنا که مردم بر اموال خود سلطه و اختیار دارند. مراد از این قاعده جواز شرعی و قانونی مالک در اعمال هر نوع تصرف در مال خود جز در مواردی است که تحدیدی مشروع بر مالکیت او وارد شده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۴۳۰). در مورد مفاد قاعده تسلیط در بین فقها، می‌توان بر اساس نظر برخی استادان (محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۱۲۲)، سه نظریه عمده شناسایی کرد:

براساس دیدگاه اول، مالک می‌تواند به استناد این قاعده انواع تصرفات مادی و حقوقی را البته به شرط عدم نهی شارع در مال خود انجام دهد. با این اوصاف در صورتی که در مشروعیت امکان یا عدم امکان نفوذ نوع خاصی از تصرفات تردید وجود داشت، می‌توان با توسل به روایت مزبور، قائل به مشروع بودن آن گردید و حکم به جواز آن داد (ر.ک: اصفهانی، ۱۴۲۷، ص ۱۰۹). دیدگاه مزبور به این دلیل که اقتضا می‌کند حدیث یادشده در مقام تشریح باشد و هر تصرفی را نیز که مشروعیتش از طرف

۱. همان‌طور که برخی اساتید گفته‌اند نهاد مشابه حق عینی در فقه ملک و نه عین و نهاد مشابه حق شخصی، حق و نه دین است البته با توجه به تفاوت‌های موجود (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹، ص ۱۱۳ به بعد).
 ۲. به حدیث «الناسُ مُسَلِّطُونَ عَلَیْ اَمْوَالِهِمْ» که از رسول خدا ﷺ نقل شده ۱ حدیث سلطنت می‌گویند و مفاد آن، این است که انسان بر اموال خود سلطنت دارد و می‌تواند در آن هرگونه تصرف مشروعی بکند. حدیث یاد شده هرچند به لحاظ سند مرسل است، لیکن فقها مفاد آن را پذیرفته و به آن بر قاعده سلطنت استدلال کرده‌اند (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶، ج ۳، ص ۲۶۳).

شارع ثابت نگردیده در بر بگیرد، مورد پذیرش برخی از فقها قرار نگرفته است (خویی، ۱۳۷۷، ص ۱۲۱).

طرفداران دیدگاه دوم معتقدند که مطابق حدیث مزبور، انواع سلطنت مردم بر اموالشان مثل بیع، صلح و.. جایز است و چنانچه در نوع خاصی از سلطنت مثل مزارعه یا مساقات تردید کنیم، سلطنت مزبور با توسل به عموم حدیث فوق‌الذکر ثابت می‌گردد. ولیکن اگر در نحوه تصرف و کیفیت اعمال آن شک کنیم، نمی‌توان برای شرعی دانستن آن به روایت مزبور استناد نمود (انصاری، ۱۴۱۰، ص ۱۰۹-۱۱۰).^۱ مثلاً می‌دانیم که مالک حق فروش مال خود را دارد حال اگر در نوع خاصی از بیع مثل بیع معاطاتی تردید کردیم برای اثبات مشروعیت آن نمی‌توان از این حدیث استفاده کرد (خویی، ۱۳۷۷، ص ۱۲۱) مستنبط از این دیدگاه مردم حق هر نوع تصرفی را در اموال خود دارند و می‌توانند هر نوع معامله عقلایی را درباره آنها انجام دهند، اما کیفیت تصرف باید به شیوه‌ای باشد که شارع تعیین کرده است (قنواتی و دیگران، ۱۳۷۹، ص ۲۰۷). ملاحظه می‌گردد نظریه دوم نسبت به نظریه قبلی قلمرو مضیق‌تری برای قاعده قائل است.

سومین نظریه حاکی از این است که این قاعده تنها اختیار و سلطه مالک برای تصرف در اموال خود را اثبات می‌کند و نمی‌توان استقلال او در تعیین نوع و شیوه تصرف را نیز از این قاعده استنباط نمود. پس قاعده بیانگر استقلال مالک جهت تصرف در اموال خود در جهات مشروع و عدم حجر او برای تصرف فوق‌الذکر است (خویی، ۱۳۷۷، ص ۱۲۱). مطابق نظریه اخیر حدیث فوق‌الذکر را نمی‌توان مثبت صحت معاملات و عقود جدید دانست. در واقع این دیدگاه قاعده تسلیط را بسیار محدود می‌نماید.

اینجا در مقام نقد این دیدگاه‌ها نیستیم، ولی به نظر می‌رسد امروزه، تفسیر اول که موجد آزادی مالک در انجام هر تصرفی در مایملکش است مگر مواردی که شارع نهی کرده باشد و به استقلال و آزادی انسان بهای بیشتری می‌دهد، مورد پسند بیشتری باشد.^۲ از این رو در اثبات صحت معاملات جدید، به‌عنوان یک نوع تصرف عقلایی،

۱. شیخ انصاری صراحتاً معتقد است قاعده تشریح‌کننده نیست.

۲. یکی از فقهای معاصر بیان می‌دارد: و الحاصل ان کون الإنسان مسلطاً علی امواله یتقلب فیہ کیف

می‌توان به حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» استناد کرد» (قنواتی و دیگران، ۱۳۷۹، ص ۲۰۸).

۴. حقوق ایران

قانون مدنی ایران همچون بسیاری از کشورهای اسلامی از قانون مدنی فرانسه الهامات زیادی گرفته است، بالأخص در اموال و تعهدات. اولاً همچون فرانسه تعهدات را هم ذیل اموال گنجانند. ثانیاً در ماده ۱۱ همچون ماده ۵۱۶ قانون مدنی فرانسه، اموال را به نحو مطلق به دو دسته منقول و غیرمنقول تقسیم نمود و در ماده ۲۹ هم به تقلید از ماده ۵۴۳ قانون مدنی فرانسه بیان نمود: «ممکن است اشخاص نسبت به اموال علاقه‌های ذیل را دارا باشند: ۱. مالکیت (اعم از عین و منفعت) ۲. حق انتفاع ۳. حق ارتفاق به ملک غیر». در ماده ۱۸ و ۲۰ هم به تبع فرانسه، حقوق و دعاوی عینی و شخصی را به غیر منقول و منقول تقسیم کرد.

در آیین دادرسی هم، چه در «قوانین موقتی اصول محاکمات حقوقی» مصوب کمیسیون قوانین عدلیه مورخ ۱۹ ذی‌القعدة ۱۳۲۹ قمری (۱۲۹۰/۸/۱۸)، چه در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ و ۱۳۷۹ و قوانین مربوط به تشکیلات قضائی، این تقسیم‌بندی‌ها ورود پیدا کرد و بالأخص در بحث صلاحیت محاکم تبدیل به سنگ‌بنا گردید و دعاوی از جمله به دو دسته بزرگ (عینی، شخصی)^۱ و همچنین منقول و غیرمنقول) تقسیم شدند (برای اطلاعات بیشتر، رک: متین‌دفتری، ۱۳۹۴، ص ۲۲۸ به بعد / بروجردی عبده، ۱۳۹۷، ص ۱۲۱ به بعد / شمس، ۱۳۹۲، ص ۳۱۳ به بعد).

از همه مهم‌تر و شاید مغفول‌تر به نظر، مواد ۷۱ و ۷۲ قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰ هستند که در همین راستا مقرر می‌دارند: «ماده هفتاد و یکم - اسناد ثبت شده در قسمت راجعه بمعاملات و تعهدات مندرجه در آن‌ها نسبت بطرفین و یا طرفی که تعهد کرده و کلیه اشخاصی که قائم‌مقام قانونی آنان محسوب می‌شوند رسمیت و اعتبار

یشاء لا ینافی تقيیده بقیود مختلفه من شتی الجهات، بل احکام أبواب المعاملات علی سعتها انما شرعت لیبان تلك القيود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۳۵).
 ۱. البته دعاوی مختلط را هم داریم که یک دعوا را می‌توان به دو شکل عینی یا شخصی طرح کرد.

خواهند داشت». ماده هفتاد و دوم - «کلیه معاملات راجعه باموال غیر منقوله که بر طبق مقررات راجعه به ثبت املاک ثبت شده است، نسبت بطرفین معامله و قائم مقام قانونی آنها و اشخاص ثالث دارای اعتبار کامل و رسمیت خواهد بود».

درخصوص ماده ۲۹ قانون مدنی تقریباً تمام نویسندگان حقوق مدنی همچون فرانسه تصریح دارند حقوق معنونه حصری نیستند. مرحوم منصورالسلطنه عدل از نویسندگان قانون مدنی در کتاب خود تصریح می‌کند «حقوق مذکور در ماده ۲۹ حقوق عینی مهمه است...» نه همه آنها (عدل، ۱۳۷۳، ص ۵۷/ نیز ر.ک: امامی، ۱۳۷۷، ص ۴۷/ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۰۳). ولی درخصوص امکان ایجاد یا عدم ایجاد حقوق عینی جدید توسط مالکان به دو دسته تقسیم می‌شوند:

گروه اول در بیان معیارهای تمایز بین حقوق عینی و شخصی، یکی از تفاوت‌های اساسی را معین و مشخص بودن اقسام حقوق عینی در قانون دانسته‌اند؛ (کاتوزیان، پیشین، ص ۱۸) بر اساس این دیدگاه به دلیل مطلق بودن حقوق عینی و الزام‌آور بودن آن نسبت به دیگران، اقسام حقوق عینی توسط قانونگذار باید تعیین و مورد تعریف و تحدید قرار بگیرند (درودیان، ۱۳۷۶، ص ۱۶).

گروه دوم قائل به تمثیلی بودن حقوق عینی هستند. صرف نظر از ادله موافق فرانسویان که در بالا ذکر شد می‌توان به سنت فقهی دایر بر آزادی مالک در این حوزه استناد کرد (قنواتی و شیرخانی، ۱۳۹۶، ص ۱۴۶). به علاوه بدون تردید از متن ماده ۹۴ ق.م.ا حاکمیت اراده در ایجاد حقوق عینی برداشت می‌گردد. تنها شبهه موجود قرار گرفتن این ماده ذیل مبحث «در حق ارتفاق نسبت به ملک غیر» است که در نگاه اول فقط حقوق ارتفافی را در بر می‌گیرد؛ اما با توجه به تعریف قانونگذار مدنی از حق ارتفاق مذکور در ماده ۹۳ می‌توان بیان نمود که اگرچه حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۲۲/ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۲۶۵/ صفایی، ۱۳۸۴، ص ۲۶۷)، معتقدند که قانونگذار در این ماده به خوبی از پس تعریف حق ارتفاق بر نیامده، شاید مقنن تعمداً حق ارتفاق

۱. ماده ۹۴ قانون مدنی: «صاحبان املاک می‌توانند در ملک خود هر حقی را بخواهند نسبت به دیگری قرار دهند در این صورت، کیفیت استحقاق، تابع قرارداد و عقدی است که مطابق آن حق داده شده است».

را به حقی برای شخص در ملک دیگری معنا کرده است تا براین اساس بتوان اکثر حقوق عینی حتی حقوق غیر مذکور در قوانین را نیز ذیل این دسته جای داد. در واقع باید توجه داشت اتفاقاً محل نزاع اصلی هم همین حقوق ارتفاقی است. زیرا مدت حق انتفاع نوعاً محدود است، ثانیاً حق ارتفاق فقط نسبت به اموال غیر منقول بوجود می آید. با این اوصاف در حقوق ایران هم با همان استدلال‌های حقوقدانان فرانسوی و همچنین نحوه نگارش قانون مدنی، می توان قائل به حصری نبودن حقوق عینی شد. ولی باید به قید خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه بودن ماده ۱۰ قانون مدنی توجه کرد.

جهت حفظ حقوق اشخاص ثالث و حتی متعاملین (طباطبایی حصاری، ۱۳۹۶، صص ۳۲-۳۴)، قانون ثبت، ثبت معاملات راجع به اموال غیر منقول را لازم نموده (مواد ۴۶ و ۴۷) و بی شک ذی نفعان با مراجعه به دفتر املاک می توانند از حقوق عینی راجع به پلاک ثبتی مطلع شوند و در هر حال پنهان ماندن این حقوق باعث مسئولیت انتقال دهنده خواهد شد؛ بنابراین ثبت حقوق عینی در هر حال در حقوق ما الزامی است گرچه مثل فرانسه اعلان آن ضروری نیست.

البته ماده ۶۲ قانون احکام دائمی توسعه کشور در اقدامی نابخردانه از قاعده کلی عدول کرده و مقرر داشته است: «کلیه معاملات راجع به اموال غیر منقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این گونه معاملات باید به طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیر منقول تنظیم شوند مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است، در برابر اشخاص ثالث غیر قابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند». بدیهی است استثنا مندرج در ماده خلاف قاعده لاضرر و باعث مشکلات جدی در نظام حقوقی ما است و باید در اسرع وقت حذف شود و به نظام قانون ثبت برگردیم.

۵. قانون تملک آپارتمان‌ها استثنایی بر قاعده

شاید مهم ترین استثنا را بر قاعده به دست آمده، بتوان قانون تملک آپارتمانها دانست

که آزادی اراده را در بسیاری موارد به علت اقتضائات یکجا نشینی محدود کرده بالأخص این که در شرایط فعلی در خصوص نحوه استفاده از مشاعات و بخش‌های اختصاصی ساختمان، اختلافات زیادی در مراجع قضایی مطرح است.

گرچه با تصویب قانون تملک آپارتمان‌ها و وجود صورتمجلس تفکیکی از بسیاری اختلافات پیشگیری شد، ولی نظر به وجود برخی تعارضات در مورخ ۱۳۸۲/۵/۲۰ دستورالعمل تفکیک آپارتمانها از سوی سازمان ثبت اعلام شد. بند ۱۶ مقرر می‌دارد: «۱۶- در صورت مجلس تفکیکی تصریح شود انباری و پارکینگ باید توأم با آپارتمان مورد انتقال واقع شود و انتقال انباری و پارکینگ به تنهایی به افرادی غیر از مالکین مجموعه آپارتمان‌ها و نیز انتقال مشاعی پارکینگ به مالکین دو واحد یا بیشتر مجوزی ندارد و همچنین انتقال دو واحد پارکینگ یا بیشتر به مالک یا مالکین یک آپارتمان (به‌طوری که مالک یا مالکین یک واحد آپارتمان دارای پارکینگ متعدد و واحد دیگر فاقد پارکینگ شود) صحیح نیست».

علی‌رغم تقاضای ابطال بندهای مذکور در دیوان عدالت اداری، دیوان چنین انشا رای نمود: «... بند ۱۶ دستورالعمل تفکیک آپارتمانها که انتقال انباری و پارکینگ را به غیر مالکین آپارتمانهای یک مجتمع ساختمانی و یا به مالکینی که خود دارای انباری و پارکینگ مستقل هستند منع کرده است، مغایرتی با قانون ندارد و خارج از حدود اختیارات سازمان ثبت اسناد و املاک کشور نمی‌باشد...»؛^۱ زیرا همان‌طور که دیدیم قاعده لاضرر و حفظ حقوق اشخاص ثالث بر آزادی افراد حاکم است، با این حال افراد ساکن در یک مجتمع می‌توانند نسبت به یکدیگر ایجاد حق عینی کنند.

۶. تحلیل اقتصادی

موضوع حصری یا تمثیلی بودن حقوق عینی از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق نیز مورد بررسی قرار گرفته است. جهت جامعیت تحلیل و توجه به نقطه نظرات اقتصادی، نظر صاحب‌نظران را در این حوزه بررسی می‌کنیم:

۱. رأی شماره ۳۱۸ مورخ ۱۳۸۶/۵/۷.

۶-۱. برتری حصری بودن

برنارد رادن (Bernard Rudden) برای اثبات ضرورت حصری بودن حقوق عینی از دیدگاه اقتصادی، به چند دلیل اشاره می‌کند؛ ۱. کاهش قابلیت نقل و انتقال اموال در صورت افزایش حقوق عینی در املاک. ۲. افزایش هزینه اشخاص ثالث در بازار. ۳. آثار سودمند حصرگرایی بر گردش آزاد کالا با توجه به عملکرد اقتصاد بازار. ۴. تحمیل هزینه‌های اطلاعاتی بر اشخاص. ۵. توسعه کارآمدی زمین در صورت محدود بودن حقوق موجود در آن. ۶. حفظ ثبات سیستم حقوقی (cited by: Akkermans, 2015/10, p.11) با این اوصاف نظر به اینکه حقوق مربوط به املاک قاعداً دائمی هستند و برای مدت طولانی باقی می‌مانند، با پذیرش حصری بودن حقوق عینی، می‌توان تعداد حقوقی را که به صورت دائمی بر روی اموال ایجاد می‌گردند، محدود نمود و اینگونه با محدود نمودن حقوق موجود در اموال ثبات در نظام حقوقی حاصل می‌گردد. این نویسنده همچنین اشاره به مشکل «مدیریت هرمی» (Pyramiding) می‌کند و منظور او این است که اگر مالکی قادر باشد در ملک متعلق به خودش حقوق جدیدی ایجاد کند، قائم‌مقام وی نیز دارای چنین حقی هست و بدین صورت اهرام نامطلوبی از حقوق در ملک واحد ایجاد می‌گردد (cited by: Akkermans, 2015/10, p.10).

در همین راستا مریل و اسمیت (Merrill & Smith)، در «نظریه ارتباط» (Communication theory) چنین استدلال می‌کنند که اشخاصی که حقوق عینی جدید را ایجاد می‌کنند، غافل از هزینه‌هایی هستند که بر اشخاص ثالث تحمیل می‌کنند (Henry E & Thomas W, 2000, pp.26-27) عده‌ای نیز از جمله مایکل هلر و فرانچسکو پاریزی (Michael Heller and Francesco Parisi) معتقدند حصری بودن حقوق اموال سبب می‌شود تا از ایجاد حقوق غیرضروری خودداری شود، چه بسا این حقوق هزینه‌های زیادی را ایجاد می‌کنند. برای مثال در یک ملکی که ۵ نفر دارای حق ارتفاق هستند، اگر فردی قصد خرید زمین را داشته باشد باید با ۵ نفر مذاکره کند و هزینه‌های معامله بسیار زیادی را متحمل شود، بعلاوه هر شخص سعی می‌کند بیشترین سود ممکن را از

معامله به دست بیاورد^۱ (Baffi, 2008, p.8).

ریچارد اپستین با تفکیک دو وضعیت و با اشاره به محدود بودن حقوق ارتفاقی معتقد است حصرگرایی در سیستمی که قادر به کاهش هزینه‌های اطلاعات برای خریداران بالقوه حقوق عینی نباشد الزامی است ولی در نظام‌هایی که ایجاد حقوق ارتفاقی بر یک قطعه زمین با اطلاع‌رسانی انجام گیرد، اصل فوق‌الذکر غیرقابل توجیه است^۲ (Baffi, 2008, p.16).

۶-۲. ادله مخالفان حصری بودن

در مقابل چنین پاسخ داده شده که افراد منطقی، بر اساس ارزش اموال در دو حالت قبل و بعد از تجزیه حقوق مربوط به کالا با دیگران، نسبت به ایجاد حقوق جدید یا عدم ایجاد آنها تصمیم می‌گیرند. اگر هیچ عارضه منفی وجود نداشته باشد و ارزش کالا بالاتر برود، ایجاد حقوق جدید مطلوب‌تر است. در واقع افراد منطقی با دقت انتخاب خواهند کرد که ارزش حقوق مربوط به اموال در کدام یک از دو حالت و وضعیت مورد نظر، بهتر است. آنها ارزش فعلی کالا را با ارزش آن در هنگام تجزیه حقوق، مقایسه می‌کنند و سپس از بین این دو گزینه دست به انتخاب خواهند زد (Baffi, 2008, pp.10-7).

عده‌ای نیز بیان داشته‌اند اگر سهولت انتقال‌پذیری و کاهش هزینه‌های اطلاع‌یابی، دلیل توجیه حصری بودن حقوق عینی است، این هدف از راه‌های دیگری نیز قابل تأمین است. در واقع به کمک دو نوع مقرر می‌توان این مشکل را برطرف نمود: اول مقرراتی که مطابق آنها حقوق ایجاد شده جز در صورت تصریح در اسناد مربوط به فروش قابلیت

۱. پاریزی از حادثه‌ای سخن می‌گوید که منجر به تکه تکه شدن اموال می‌گردد و از آن به « Entropy in Property » یاد می‌کند حادثه‌ای که افراد کاملاً منطقی را نیز درگیر خواهد کرد و آن مقابله با وضعیتی است که سبب ناکارآمد شدن تقسیمات ایجاد شده در اموال می‌گردد، تقسیماتی که در ابتدا مفید به نظر می‌رسیدند. در این صورت با توجه به بالا بودن هزینه معاملات جبران آن امکان‌پذیر نخواهد بود (Baffi, 2008, pp.7-8).

۲. دیدگاه ریچارد اپستین، به دلیل عدم پاسخگویی به این پرسش که چرا در بسیاری از سیستم‌های حقوقی که ایجاد حقوق ارتفاقی مربوط به اموال به اطلاع عموم می‌رسد، با این حال اصل حصرگرایی الزامی است، مورد انتقاد واقع شده است (ibid, p.16).

اجرایی ندارد، دوم مقرراتی است که حقوق ایجادشده را صرفاً در صورت ثبت قابل اعمال می‌دانند (Shavell, 2004, p.32). هانس‌مان و کراکمان در این باره بیان می‌کنند که با ایجاد یک ساز و کار اساسی برای اعلان، می‌توان تا حد زیادی نگرانی‌های راجع به هزینه‌های اطلاع‌یابی را از بین برد. برای مثال، پیشنهاد می‌کنند که راه‌اندازی سیستم برچسب‌زنی حقوق (Rights-Labeling Regime)، از کارآیی قابل‌توجهی در این راستا برخوردار خواهد بود. به این نحو که حقوق مربوط به یک مال با یک برچسب مشخص شده و این برچسب ملصق به مال گردد، البته شرایط تفصیلی راجع به حق در سند دیگری (اغلب قراردادی است که در برچسب نیز بدان اشاره می‌گردد) مقرر می‌کنند^۱ (Hansmann & Kraakman, 2002, p.393).

همچنین در خصوص ایراد هزینه‌ها گفته شده است اگر قانون واقعاً به هزینه‌های ارتباطی اهمیت می‌داد، باید در ایجاد حقوق شخصی نیز محدودیت‌هایی را اعمال می‌کرد. به علاوه وظیفه قانون ایجاد شرایطی است که با رعایت آنها از سوی افراد، اعمال حقوق عینی بر اشخاص ثالث امکان‌پذیر باشد (Baffi, 2008, p.18). برخی نیز در همین راستا، اظهار کرده‌اند که مریل و اسمیت در بیان تأثیر اصل مزبور در کاهش هزینه‌های مربوط به اطلاعات مبالغه نموده‌اند (Rabilant, p.10).

۶-۳. نقد و نظر

مهم‌ترین دلایل طرفداران حصرگرایی، اهمیت حفظ معاوضه‌پذیری آسان اموال در اقتصاد جامعه است؛ به نظر این عده وجود حقوق عینی مختلف در مال معین علاوه بر کاهش تمایل افراد به خرید مال مزبور و قابلیت نقل و انتقال و معاوضه‌پذیری آن، ضمن افزایش هزینه‌های معاملاتی سبب افت قیمت آن در مقایسه با زمانی که حقوق کمتری در آن قابل اعمال است، می‌گردد.

با این حال با توجه به اینکه استدلالات مخالفان کاملاً اثبات نشده و حتی در تحلیل

۱. با این حال سیستم برچسب‌زنی نیز ممکن است مشکلاتی مانند تغییر یا از بین رفتن برچسب را به همراه داشته باشد که در این صورت ثبت وسیله‌ای است که از طریق آن می‌توان از ویژگی‌ها و خصوصیات آن حق مطلع شد (Hansmann & Kraakman, 2002, pp.394-395).

اقتصادی حقوق هم مورد نقد قرار گرفته و بالأخره اینکه حقوق الزاماً به نتایج اقتصادی پای بند نیست، دلایل مخالف اقتصادی مطروحه، در برابر «اصل آزادی مالک» تاب مقاومت ندارند. بعلاوه ایجاد یک نظام مالکیت رسمی می تواند با تمییز ویژگی های اقتصادی اموال از وضعیت فیزیکی آن، به نسبت قابل توجهی کاهش هزینه های معاملاتی را به دنبال داشته باشد (طباطبایی حصاری، ۱۳۹۶، ص ۲۴۱) زیرا در یک نظام ثبتي افراد می توانند به راحتی از انواع حقوق عینی موجود در املاک مطلع گردند و با در نظر گرفتن نوع کاربری، ملک متناسب با خواسته خود را گزینش و مورد معامله قرار دهند. لذا ایجاد یک نظام ثبتي مطمئن نه تنها در معاوضه پذیر نمودن املاک تاثیر بسزایی دارد بلکه با تکیه بر آن و الزام عموم جامعه به ثبت املاک و حقوق موجود در آنها می توان رشد و رونق روزافزون اقتصادی را نیز به ارمغان آورد (برای مطالعه بیشتر، ر.ک: طباطبایی حصاری، ۱۳۹۶، ص ۲۳۳-۲۶۰). در حقوق فرانسه هم با الزامی کردن ثبت و اعلان حقوق عینی جدید و امکان دسترسی افراد به اطلاعات مربوطه، در عین حفظ آزادی مالکان و تأمین خواسته های آنان، حمایت از اشخاص ثالث و حفظ نظم و ثبات معاملات را بیش از پیش تأمین کرده اند.

نتیجه

دیدیم در مورد تأثیر اراده آزاد در امکان ایجاد یا عدم قابلیت ایجاد حقوق عینی غیر مصرح در قوانین و مقررات و این موضوع که آفرینش حقوق عینی تنها در قالب هایی که قانونگذار برای این دسته از حقوق تعیین کرده، امکان پذیر است یا اینکه اشخاص می توانند هر حق عینی با هر محتوایی را که اراده کنند به دلخواه به وجود بیاورند، حتی اگر قانونگذار آن را پیش بینی نکرده باشد، اختلاف نظر حاکم است و جالب آنکه بیان شد این اختلاف نظر هم در اروپای قاره ای و هم کشورهای کامن لا وجود دارد. ضمن بررسی ادله هر دیدگاه، ملاحظه کردیم در حقوق فرانسه مشهور قایل به آزادی اراده است. همچنین دیدیم در حوزه تحلیل اقتصادی حقوق وحدت نظری در این خصوص وجود ندارد. در نظام حقوقی ما نیز متأثر از نظام حقوقی فرانسه دو دیدگاه مطرح گردیده که با

همان استدلال‌های حقوقدانان فرانسوی، همچنین نظر به عدم منع مقنن و همچنین شارع و بالأخص ماده ۹۴ق.م، می‌توان حصری نبودن حقوق عینی را دیدگاه برتر دانست؛ بنابراین باید همچنان به اصول حقوقی پای‌بند بود و اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها را محترم شمرد و به اراده مالک احترام گذارد البته در ایجاد حقوق مزبور رعایت نظم عمومی و اخلاق حسنه الزامی است.

بدیهی است لزوم ثبت حقوق عینی در دفتر املاک و امکان رجوع افراد ذی نفع و همچنین اختیار فسخ خریدار ناآگاه از حق عینی موجود در ملک، نگرانی‌ها را جمع به حقوق اشخاص ثالث را رفع می‌نماید.

منابع

۱. اسدی، محمدحسن؛ «اصل قابلیت استناد قرارداد در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق فرانسه»، فصلنامه معارف اسلامی و حقوق؛ ش ۲۵، ۱۳۸۶، ص ۱۴۱-۱۷۲.
۲. اصفهانی، محمدحسین؛ حاشیة‌المکاسب؛ ج ۲، قم: منشورات ذوی‌القربی، ۱۴۲۷ق.
۳. امامی، حسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۱، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۷.
۴. امینی، منصور؛ «نقش ثبت سند در بیع مال غیرمنقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی؛ ش ۴۹، ۱۳۸۸، ص ۲۱۱-۲۳۸.
۵. انصاری، مرتضی؛ المکاسب؛ بیروت: مؤسسه نورالمطبوعات، ۱۴۱۰ق.
۶. ایزانلو، محسن و صادق شریعتی‌نسب؛ «مطالعه تطبیقی "عدم قابلیت استناد" در حقوق ایران و فرانسه»، مجله حقوق خصوصی؛ ش ۲۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۱.
۷. بروجردی عبده، محمد؛ اصول محاکمات حقوقی؛ تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ حقوق اموال؛ ج ۵، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق؛ ج ۱، چ ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۱.

۱۰. حسینی حائری، سیدکاظم؛ *فقه العقود*؛ ج ۱، چ ۳، قم: مجمع فکر اسلامی، ۱۴۲۸ق.
۱۱. خمینی، سیدروح‌الله؛ *کتاب البیع*؛ ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹.
۱۲. خویی، سیدابوالقاسم؛ *مصباح الفقاهه*؛ ج ۲، قم: انتشارات مکتبه الداوری، ۱۳۷۷.
۱۳. داوید، رنه و کامی ژوزه اسپینوزی؛ *درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر*؛ ترجمه حسین صفایی؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۷۸.
۱۴. درودیان، حسنعلی؛ *حقوق مدنی ۲ - اموال و مالکیت (جزوه درسی)*؛ تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۶.
۱۵. دو سوتو، هرناندو؛ *راز سرمایه؛ چرا سرمایه داری در غرب موفق می‌شود و در جاهای دیگر شکست می‌خورد؟*؛ ترجمه فریدون تفضلی؛ چ ۴، تهران: نشر نی، ۱۳۹۳.
۱۶. شمس، عبدالله؛ *آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)*؛ ج ۳، چ ۲۴، تهران: انتشارات دراک، ۱۳۹۲.
۱۷. صفایی، حسین؛ *قواعد عمومی قراردادها*؛ ج ۲، چ ۳، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۴.
۱۸. طباطبایی حصار، نسرتین؛ *مبانی و آثار نظام ثبت املاک*؛ تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۶.
۱۹. عبدی پورفرد، ابراهیم و نصرالله جعفری خسروآبادی؛ «خلط نظری ناشی از خطا در واژه‌شناسی (بازشناسی و تطبیق نسبت میان سه مفهوم دین، تعهد و حق شخصی)»، *مجله حقوق خصوصی*؛ ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۳، ص ۸۱-۱۰۰.
۲۰. عدل، منصورالسلطنه؛ *حقوق مدنی*؛ قزوین: انتشارات بحرالعلوم، ۱۳۷۳.
۲۱. قبولی درافشان، سید محمد مهدی، مفهوم و مبانی قابلیت استناد قرارداد، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۰، شماره ۱، بهار ۱۳۸۹، ص ۲۵۵-۲۷۴.
۲۲. قنواتی، جلیل و پوریا شیرخانی؛ «بررسی مفهوم توقیفی بودن حقوق عینی: مطالعه تطبیقی حقوق فرانسه، آلمان، اسپانیا و حقوق اسلامی»، *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*؛ ش ۳، پاییز ۱۳۹۶، ص ۱۲۰-۱۵۰.
۲۳. قنواتی، جلیل و دیگران؛ *حقوق قراردادها در فقه امامیه*؛ تهران: انتشارات سمت،

- ۱۳۷۹.
۲۴. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق اموال و مالکیت؛ چ ۴، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۴.
۲۵. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)؛ ج ۱، چ ۷، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
۲۶. متین دفتری، احمد؛ آیین دادرسی مدنی و بازرگانی؛ چ ۵، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۴.
۲۷. محقق داماد، سیدمصطفی؛ قواعد فقه (بخش مدنی ۲)؛ تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۰.
۲۸. مکارم شیرازی، ناصر؛ القواعد الفقهية؛ چ ۳، قم: مدرسه امیرالمؤمنین، ۱۴۱۱ق.
۲۹. نعمت‌اللهی، اسماعیل؛ «تحلیل فقهی حق عینی و حق دینی و مفاهیم مرتبط»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی؛ ش ۳، ۱۳۹۰، ص ۱۰۹-۱۳۲.
30. Akkermans, Bram , **The Numerus clausus Of Property Rights**, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No, 2015/10
31. Akkermans, Bram; **The Principle of Numerus Clausus in European Property Law**, Doctoral Dissertation, Maastricht University, 2008.
32. Baffi, Enrico, "The Anticommons and the Problem of Numerus Clausus of Property Rights", 2008. available at: https://works.bepress.com/enrico_baffi/12/download · PDF file, Last seen:25/12/2017.
33. Bergel.J et Bruschim.M et Cimamonti.S: *Traité de droit civil*, Sous la direction de Jaques Ghestin, L.G.D, 2000.
34. Hansmann, H, & Kraakman, R.."Property, contract, and verification: The numerus clausus problem and the divisibility of rights". **The Journal of Legal Studies**, 31(S2), S373-S420. 2002.
35. Henry E. Smith & Thomas W. Merrill, "Optimal Standardization in

- the Law of Property: The Numerus Clausus Principle", **110 Yale Law Journal 1**, 2000.
36. Lévy, Jean-Philippe et Castaldo, Andfe: **Histoire du droit civil**, Dalloz, 2002.
37. Mazeaud, Henri, Léon, Jean, **Leçons de droit civil, Biens T.2, V.2**, Par: Juglart, Montchrestien pub, 1976.
38. Mcfarlane, Ben: **The structure of property law**, Hart pub, 2008.
39. Planiol, Marcel et Ripert, George: **Traité pratique de droit civil Français**, T 3, 2 Edition, Les biens, L.G.D.J, Par Picard, 1952.
40. Rabilant, A di; "**Property and deliberation, The Numerus Clausus Principle, New Property Forms and New Property Values**", available, at: law.loyno.edu/sites/law.loyno.edu/files/numerous_clausus_draft.25/12/2017
41. Shavell, Steven, **FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW**, 2004.
42. Smith, Roger.j: **Property law**, 3 edition, Longman, ,2000.
43. Terré, François et Simler, Philippe: **Droit civil, Les biens**, Dalloz, 2006.
44. Walsh, William F , **A treatise on the law of property**, Baker, Voorhis & co. New York, 1927.