

تحلیل مبانی اقتصادی اصل حصری بودن حقوق مالکیت*

حسن بادینی^۱

دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه

تهران

فرناز فروزان بروجنی^۲

دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه

تهران (پردیس بین‌المللی کیش)

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۲/۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۹

چکیده

در جریان استخراج اصول زیربنایی نهاد حقوقی مالکیت، «اصل حصری بودن حقوق مالکیت» به عنوان نخستین سنگ بنای این نهاد تلقی می‌شود. طبق اصل مذکور، امکان انتخاب اشخاص در داشتن حق مالکیت، فقط به «شمار محدود» و فقط با «مفاد مشخص» که از قبل توسط نظام حقوقی شناسایی شده‌اند، میسر می‌گردد. در این میان، درک مبانی اقتصادی این اصل به جهت جایگاه آن در مسیر رشد و توسعه اقتصادی حائز اهمیت است. این نوشتار بر مبنای روش کتابخانه‌ای و به صورت تحلیلی-توصیفی در دو بخش به این مهم پرداخته است. بخش اول، به توصیف اصل حصری بودن و ارکان آن اختصاص دارد. بخش دوم به ارائه تحلیل‌های اقتصادی مبانی اصل مذکور می‌پردازد. تحلیل‌های اقتصادی با هدف «کارایی» و «کاهش هزینه‌های مبادله» مطرح شده است: تحلیل اول بر مبنای «جلوگیری از کاهش کارایی» از «ممنوعیت تجزیه افراطی مالکیت» می‌گوید. تحلیل دوم بر مبنای «پیشگیری از بروز آثار خارجی» بر موضوع «تقلیل هزینه‌های سنجش» تأکید می‌ورزد. تحلیل سوم نیز بر مبنای «پیشگیری از بروز اشتباه و رفتارهای فرصت‌طلبانه» به توصیف مفهوم «دریافت درک مشترک» اشخاص از حقوق مالکیت مربوط به

* - مقاله پژوهشی

۱- نویسنده مسئول: hbadini@ut.ac.ir

2-farnazforouzan@gmail.com

DOI: 10.22067/lowecon.2021.39389

آن‌ها می‌پردازد. بدین روال، هر سه تحلیل بر لزوم شناسایی انواع حقوق مالکیت و مفاد آن‌ها توسط نظام حقوقی تأکید نموده‌اند.

کلیدواژه‌ها: اصل حصری بودن حقوق مالکیت، نهاد مالکیت، قطعیت حقوقی، کارایی، هزینه مبادله.

طبقه بندی JEL: K00, K11

۱. مقدمه

مدتی است، از اهمیت پرورش مباحث نهادی در دستیابی به رشد و توسعه اقتصادی سخن می‌رود. در این میان، بر نقش پررنگ نهادهای حقوقی از جمله «نهاد حقوقی مالکیت» تأکید شده است. بدین منظور، واکاوی پیرامون شناسایی اصول زیربنایی نهاد حقوقی جهت برخورداری از نگاهی جامع نسبت به تأثیر اصول مذکور در توسعه اقتصادی ضروری می‌نماید.

در جریان شناسایی اصول زیربنایی نهاد حقوقی مالکیت، به ویژه در مرحله برقراری حقوق مالکیت، توجه به جایگاه حقوق مذکور جالب توجه است. بر این اساس، حق مالکیت به عنوان یک حق مالی، در طبقه حقوق عینی قرار گرفته و از ویژگی‌های خاصی همچون قابلیت استناد نسبت به ثالث^۱، حق تعقیب و حق اولویت برای صاحب آن بهره‌مند است. در نتیجه، «حقوق مالکیت» در مقایسه با «حقوق قراردادی» (زیرگونه نهاد حقوقی تعهدات) که در طبقه «حقوق شخصی» جای می‌گیرد، جایگاه ممتازی را از آن خود کرده است. آنچه در این میان مهم می‌نماید اینکه حقوق مالکیت، چنین مرتبه بلندی را بی‌بها به دست نیاورده است. بلکه نظام حقوقی در مقابل قابلیت استناد حق مالکیت نسبت به ثالث، از خودمختاری فردی در حوزه مالکیت کاسته است. برعکس، در حقوق قراردادی به لحاظ حاکمیت اصل آزادی قراردادی از خودمختاری متعاملین

۱ وقتی حقوق مالکیت وفق طبقه‌بندی نظام حقوقی (در محدوده تعداد و مفاد اعلامی) ایجاد می‌شوند، دارای ویژگی مهم «قابلیت استناد در مقابل ثالث» هستند. این ویژگی حق مالکیت بسیار حائز اهمیت است. برای نمونه، اگر مالکیت بر اساس یک عقد تملیکی (مثل بیع) ایجاد شود، در برابر هر ثالث قابلیت استناد دارد؛ زیرا این حق عینی که در قانون شناسایی شده (بند ۱ ماده ۲۹ قانون مدنی) به وسیله یکی از طرق قانونی (عقد تملیکی مندرج در ماده ۱۴۰ قانون مدنی) ایجاد شده و مفاد آن طبق قانون مشخص شده است؛ بنابراین، مالکیت ایجاد شده ناشی از رابطه قانونی متعاملین در برابر ثالث قابل استناد است.

سخن می‌رود. طرفین قرارداد اصولاً آزادند تا هر آنچه و به هر شکل که می‌خواهند منعقد کنند، زیرا مفاد قرارداد آن‌ها صرفاً بر رابطه طرفین قرارداد تأثیر می‌گذارد؛ اما در حقوق مالکیت، حکایت دیگری است: مالکیت، نه فقط بر مالک و مال مؤثر است، بلکه نسبت به همگان اثر می‌گذارد. بدین سان، شایسته است با هر حقی که نسبت به ثالث تأثیر می‌گذارد، در مقایسه با حقی که دارای چنین تأثیری نیست، برخوردی متفاوت صورت گیرد (Akkermans, 2008: 3). در نتیجه، اشخاص نمی‌توانند هر آنچه و به هر شکل که می‌خواهند تملک نمایند، بلکه ملزم می‌باشند طبق صلاحدید نظام حقوقی پیش روند: انتخاب اشخاص صرفاً از میان «شمار محدود» حقوق مالکیت با «مفادی مشخص» که هر دو توسط نظام حقوقی (قانون و رویه قضایی) شناسایی شده‌اند، امکان‌پذیر است.

این محدودیت همراه با گام بعدی در تکمیل برقراری حق مالکیت، به شفافیت مربوط می‌شود. «اصل شفافیت»، متشکل از دو رکن «اختصاصی بودن» موضوع مالکیت و «اطلاع‌رسانی» نسبت به ثالث، در مقام پرده برداری از حق مالکیتی که در پرتو اصل حصری بودن برقرار شده است، حکومت می‌نماید.

اصل زیربنایی «حصری بودن حقوق مالکیت»^۱ از سیستم‌هایی که معتقد به تفکیک بین حقوق عینی و حقوق شخصی می‌باشند، نشئت می‌گیرد (Savigny, 1981: 374) تا به مثابه یک صافی عمل نموده و تشخیص دهد کدام حق، حق مالکیت هست و کدام حق مالکیت نیست (Erp, 2006: 14). در ادبیات حقوقی ایران نیز اگرچه اصل حصری بودن به صراحت بیان نشده است، اما ساختار ماده ۲۹ قانون مدنی که در مقام بیان بعضی از حقوق مالکیت وضع گردیده، دلالت بر پذیرش اصل مذکور دارد.

در این میان، پرسشی که مطرح می‌شود اینکه چرا اصل حصری بودن به عنوان نخستین ستون اصلی نهاد حقوقی مالکیت شناسایی شده است؟ به بیان دیگر، دلایل ضرورت حاکمیت اصل مذکور چیست؟ با توجه به اینکه نهاد مالکیت از عناصر کلیدی رشد و توسعه اقتصادی به شمار می‌رود، لذا بررسی چرایی وجود اصل موصوف حائز اهمیت است. این امر پژوهشی بنیادی است

۱- انتخاب عنوان اصل «حصری بودن» با الهام از اصطلاح لاتین "Numerus Clausus" به معنای «تعداد محدود» است.

که از ریشه‌ها می‌گوید و در شکل‌دهی زیرساخت‌های اجرایی مورد توجه است. مروری بر پژوهش‌های حقوقی در ایران نشان می‌دهد که علیرغم اهمیت موضوع، اثری در زمینه ریشه‌یابی و تحلیل اصول کلی و زیربنایی نهاد مالکیت وجود ندارد؛ بنابراین اثر پیش رو، برای نخستین بار در ادبیات پژوهشی-حقوقی ایران مطرح شده و با بیان تحلیل‌های اقتصادی در این زمینه به ارائه تصویری نوآورانه پرداخته است.

مقاله حاضر بر مبنای روش کتابخانه‌ای، به صورت تحلیلی-توصیفی پیش رفته و به دو بخش اصلی تقسیم شده است: بخش نخست، به معرفی ساختار اصل مذکور پرداخته و بخش دوم از چرایی وجود اصل حصری بودن می‌گوید. در پاسخ به چرایی مورد بحث، ضمن بیان اهمیت تأمین قطعیت حقوقی (از نگاه صرفاً حقوقی) مورد نیاز فضای بازار، بر کارایی و کاهش هزینه‌های مبادله (از نگاه اقتصادی) تمرکز شده است. در این راستا، تحلیل‌های اقتصادی بر مبنای «جلوگیری از تقلیل کارایی»، «پیشگیری از بروز آثار خارجی» و «پیشگیری از اشتباه و رفتارهای فرصت‌طلبانه» سامان یافته است. فرجام سخن نیز به نتیجه‌گیری مباحث مطرح شده اختصاص دارد.

۲. ساختار اصل حصری بودن حقوق مالکیت

اصل حصری بودن، از ایده محدودیت بر حقوق مالکیت^۱ بر آمده است و از دو رکن: «محدود بودن شمار»^۲ حقوق مالکیت و همچنین «محدود بودن مفاد»^۳ حقوق مالکیت (مفاد از پیش شناسایی شده) تشکیل می‌شود؛ به نحوی که هم تعداد و هم مفاد فقط توسط نظام حقوقی (اعم از قانون و رویه قضایی) شناسایی و تعیین می‌شوند (Wiegand, 1987: 633).

۱-۲. حصری بودن تعداد حقوق مالکیت

با مطالعه نظام مالکیت سیستم‌های حقوقی مختلف درمی‌یابیم که در بسیاری از کشورها، به ویژه کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته، تعداد «حقوق مالکیت»^۴ یا به بیان دقیق‌تر تعداد رابطه‌های

1- Typengebundenheit (Tipizität)

2- Typenzwang

3- Typenfixierung

4- Property rights

اعتباری که اشخاص نسبت به اموال دارند، محدود هستند (Akkermans, 2008: 565- 566). اعلام تعداد محدود حقوق مالکیت به این معنا نیست که حتماً باید تمام حقوق مالکیت اعلام شده توسط نظام حقوقی به صورت یک فهرست مدون و در قالب یک ماده قانونی درآیند. بلکه شمار حقوق مالکیت یا تعداد رابطه‌های اعتباری از این دست می‌توانند به صورت پراکنده در مجموعه قوانین (به ویژه قانون مدنی) و نیز رویه‌های قضایی (جهت پاسخگویی به ضروریات اجتماعی و اقتصادی) اعلام شوند؛ به طوری که مروری بر آن‌ها دلالت بر پذیرش اصل حصری بودن حقوق مالکیت دارد (Akkermans, 2017: 102). آنچه حائز اهمیت است، تمرکز بر تعداد حقوق مالکیت دلالت بر حصری بودن آن‌ها (نه تمثیلی بودن) دارد. به بیان دیگر، اصل حصری بودن نشان می‌دهد که «فقط نظام حقوقی» (اعم از قانون و رویه قضایی) انواع و مفاد حقوق مالکیت را شناسایی نماید، نه اراده اشخاص.

حصری بودن تعداد انواع حقوق مالکیت، به این معنی است که رابطه حقوقی یک شخص نسبت به یک مال باید ذیل یکی از حقوق مالکیت شناسایی شده توسط نظام حقوقی قرار گیرد (Akkermans, 2008: 6). بدین ترتیب، نظام حقوقی به منظور درک بهتر از تعداد و انواع حقوق مالکیت و سپس مفاد هر یک از آن‌ها به ارائه سلسله‌مراتبی از «حقوق مالکیت»^۱ پرداخته است. در این راستا، سر سلسله موصوف را به حق اصلی^۲ یا مالکیت^۳ اختصاص داده و حقوق محدود^۴ یا حقوق ضعیف‌تر^۵ یعنی شاخه‌های مالکیت (مانند حق انتفاع و حق ارتفاق) را در مراتب پایین‌تر جای داده است^۶ (Erp, 2006: 14). در فقه نیز از مراتب ملکیت اعتباریه، از جمله بیان ملک عین، ملک منفعت و ملک انتفاع سخن رفته است (Gorji, 2015: 305- 309).^۷

1- Property rights

2- Primary right

3- Ownership

4- Limited rights

5- Lesser rights

۶- شایان ذکر است، واژگان به کار رفته در این نوشتار متأثر از ادبیات حقوق نوشته و نظام حقوقی ایران است: «مالکیت» به عنوان جامع‌ترین مصداق حقوق مالکیت و «حقوق مالکانه محدود» برای بیان حقوق مشتق از حق مالکیت.

۷- همچنین به تقسیم ملک در قالب چهار دسته: ملک عین، ملک منفعت، ملک انتفاع و ملک انملک می‌توان اشاره نمود (Ameli, 1980: 348- 350). «و اعلم ان الملک علی اربعه اقسام ملک العین و ملک المنفعه و ملک الانتفاع و ملک الملک

«مالکیت»، حقی قانونی است که نظام حقوقی به فردی اعطا می‌کند تا او بتواند حداکثر درجه کنترل رسمی شده بر منبعی محدود را اعمال نماید. این حق، «گسترده‌ترین» دایره شمول امتیازات را به دارنده آن اعطا می‌نماید؛ به گونه‌ای که وقتی می‌گویند الف مالک خانه است، یعنی الف شخصی است که به وسیله حق مالکیت می‌تواند «همه امتیازاتی» را که قانون برای مالک شناسایی نموده است بر خانه خویش اعمال کند. درحالی که «حقوق مالکانه محدود»، مثل حق انتفاع یا حق وثیقه، از چنین امتیازات جامعی برخوردار نیستند. در نتیجه، دارنده هر کدام از حقوق مالکانه محدود، صرفاً می‌تواند از پاره‌ای امتیازات گسترده مالکیت، مانند استفاده یا وثیقه بهره برد. پس «یک رابطه» به عنوان «مالکیت» شناسایی شده است و «باقی روابط» اشخاص نسبت به اموال در دسته «حقوق مالکانه محدود» گنجانده می‌شوند.

مطالعه قانون مدنی ایران حاکی از آن است که قانون‌گذار ایرانی با اعلام ماده ۲۹ قانون مدنی، در مقام پذیرش اصل حصری بودن حقوق مالکیت برای نظام حقوقی ایران بوده است. اگرچه در ماده قانونی مذکور، به همه انواع حقوق مالکیت در قالب یک ماده قانونی اشاره نشده است، اما آنچه به نظر می‌رسد اینکه لحن بیان قانون‌گذار در عنوان‌گذاری باب دوم از کتاب اول؛^۱ «در حقوق مختلفه که برای اشخاص نسبت به اموال حاصل می‌شود»، می‌رساند که روابط اشخاص نسبت به اموال، به تعداد محدودی است. ماده قانونی مذکور اشعار می‌دارد: «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».

به نظر می‌رسد، قانون‌گذار درصدد اشاره به مهم‌ترین انواع حقوق مالکیت بوده است. چرا که در مواد دیگر قانون مدنی به بیان حقوق مالکانه دیگری همچون حق تحجیر (ماده ۱۴۲ قانون مدنی)، حق وثیقه (ماده ۷۷۱ قانون مدنی) و حق شفعه (ماده ۸۰۸ قانون مدنی) پرداخته است؛ اما

کالحقوق فان من له احدى الحقوق المالية مثل حق الخيار و حق التهجير و نحوهما ... (Rashti, no date: 19). همچنین این موضوع را می‌توانیم در ابواب مختلف از جمله بیع و اجاره از منابع فقهی دیگری نیز استنتاج کنیم (Gharavi, 1998: 19; Moosavi Khomeini, 1989, Vol. 1: 100; Moosavi Khomeini, 1989, Vol. 5: 192; Hakim, 1992: 438)

۱- «در بیان اموال و مالکیت به طور کلی»

به هر روی نکته برجسته در متن قانونی فوق توجه به رعایت سلسله‌مراتب حقوق مالکیت از قوی به ضعیف است؛ بنابراین، مالکیت سرآمد سلسله حقوق مالکیت به شمار می‌رود و از نظر منطقی، رابطه بین حق مالکیت و حقوق مالکانه محدود، عموم و خصوص مطلق است: مالکیت دربردارنده حقوق مالکانه محدود است، اما حقوق مالکانه محدود دربردارنده مالکیت نیستند.

در راستای ارائه دسته‌بندی حقوق مالکیت، به ویژه حقوق مالکانه محدود، وفق نظام حقوقی ایران که تا حدودی از وجوه مشترک با نظام حقوق نوشته برخوردار است، می‌توان به ارائه یک طبقه‌بندی سه دسته‌ای از «حقوق مالکانه محدود»، به لحاظ امتیازات اعطایی آن‌ها دست یافت: یک- حقوق مالکانه محدود جهت «انتفاع» از جمله حق انتفاع و حق ارتفاق؛ دو- حقوق مالکانه محدود جهت «وثیقه» مانند حق مرتهن و سه- حقوق مالکانه محدود جهت «ایجاد تملک»^۱ مانند حق شفعه.

۲-۲. حصری بودن مفاد حقوق مالکیت

رکن دوم اصل حصری بودن در مقام بیان این مهم است که قواعد حاکم بر حقوق مالکیت شناسایی شده، تعیین خواهند کرد که هر کدام از این حقوق (مالکیت و حقوق مالکانه محدود) چه امتیازاتی را به مالک و دارنده خویش اعطا می‌کنند؛ به عبارت دیگر، رکن حصری بودن «مفاد» حقوق مالکیت در صدد اعلام ضرورت ازپیش تعیین شدن دامنه امتیازات حقوق مالکیت است؛ امری که نشان از محدودیت در طرق برقراری حقوق مالکیت نیز دارد.

بی‌گمان، تلاش بازیگران میدان رقابت‌های اقتصادی برای به دست آوردن مالکیت بر کسی پوشیده نیست. مالکیت با ارزش است و دستیابی به آن بیشترین امتیازات را به مالک می‌دهد. برخورداری مالک از چنین گستره اختیارات، اصل حصری بودن مفاد مالکیت را توجیه می‌کند؛

۱- مراد از ایجاد تملک، توانایی می‌باشد که با توجه به وضعیت حقوقی خاص به شخصی داده می‌شود تا یک اثر حقوقی را به صرف اراده خویش ایجاد کند. آنچه در خصوص حق مذکور حائز اهمیت است، عنصر تصمیم‌گیری دارنده می‌باشد. چرا که وی می‌تواند پس از تحقق یک سبب قانونی، با اعمال اراده یک طرفه خود، مالی را تملک نماید. ریشه شناسایی چنین حقوقی را در فقه به «نظریه ملکان یملک» نسبت داده‌اند و در ادبیات حقوقی نیز از اصطلاحاتی نظیر «حق تملک» و «حق ایجاد کننده» استفاده کرده‌اند (Ne'matollahi, 2014: 30-33).

زیرا قابلیت استناد مالکیت (به عنوان جامع‌ترین حق عینی) در مقابل ثالث اقتضا دارد که مالک و ثالث از گستره امتیازات اعطایی به مالک آگاه باشند. در این زمینه، اگر امتیازات اعطایی به‌طور نامحدود در نظر گرفته شود، آگاهی از آن‌ها دشوار، پرهزینه و حتی غیرممکن خواهد بود؛ اما در صورتی که امتیازات اعطایی، محصور و از پیش تعیین شده باشد، آگاهی از آن‌ها به سهولت و با هزینه کم‌تری میسر می‌گردد و در نتیجه کارایی افزایش می‌یابد.

قانون‌گذار ایرانی نیز با عنایت به «اصل تسلیط» و با توجه به ترجمه ماده ۵۴۴ قانون مدنی فرانسه، در ماده ۳۰ قانون مدنی اعلام می‌دارد که «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد». بدین ترتیب، ماده قانونی مذکور امتیازاتی را که از مالکیت نصیب مالک می‌شود، در قالب دو دسته بزرگ اعلام می‌کند: یک- قدرت استفاده یا «حق همه‌گونه انتفاع»، یعنی همان حق استعمال و استثمار و دو- قدرت انتقال یا «حق همه‌گونه تصرف»، یعنی همان حق اخراج از ملکیت (Pilvar, 2012: 100).

اما حقوق مالکانه محدود، از درون مالکیت و به عنوان شاخه‌های آن پدیدار شده و در مرتبه پایین‌تر از آن قرار گرفته‌اند. بدین ترتیب، هر یک از حقوق مالکانه محدود، از منظر سنتی، حاوی یک یا برخی از امتیازات مالکیت-«استفاده، استثمار و اخراج از ملکیت»- هستند و نمی‌توانند امتیازی خارج از امتیازات مالکیت را ارائه دهند (Akkermans, 2008: 412). برای نمونه، امتیازی که دارنده حق انتفاع بر ملکی به دست می‌آورد، صرفاً پاره‌ای از امتیازات مالکیت (نه همه آن)، یعنی «استفاده» از ملک را در بر می‌گیرد. لذا دارنده حق انتفاع، حق انتقال ملک و دیگر امتیازات اعطایی به مالک را ندارد. همان‌گونه که در بخش پیشین بیان شد، وفق ادبیات حقوقی ایران و ذیل عنوان حقوق مالکانه محدود می‌توان از طبقه‌بندی سه دسته‌ای سخن گفت: ۱- حقوق مالکانه محدود جهت «انتفاع»؛ ۲- حقوق مالکانه محدود جهت «توثیق»^۱ و ۳- حقوق مالکانه محدود

۱- نظام حقوقی، به غیر از موارد مربوط به رهن در قانون مدنی، در قالب برخی قوانین بانکی به شناسایی پاره‌ای اموال در دایره موضوعی حقوق عینی توثیقی پرداخته است. این مهم خود بر اعمال حاکمیت اصل حصری بودن دلالت می‌نماید. برخی از این قوانین عبارتند از: قانون اساسنامه بانک ملی ایران (۱۳۱۷)، قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک‌ها و دستگاه‌ها و سایر مؤسسات و شرکت‌های دولتی به‌منظور تسهیل امر سرمایه‌گذاری و ایجاد اشتغال بیشتر در طرح‌های تولیدی و صادراتی (۱۳۸۰)، قانون منطقی کردن نرخ سود تسهیلات بانکی متناسب با نرخ بازدهی در بخش‌های مختلف اقتصادی (با تأکید بر قانون عملیات

جهت «ایجاد تملک».

۲-۳. انعطاف‌پذیری اصل حصری بودن در پرتو دگرگونی‌ها

با مطالعه ساختار اصل حصری بودن در کنار تحولات جوامع کنونی درمی‌یابیم که امروزه چالش کلی که همه نظام‌های حقوق مالکیت با آن مواجه هستند، ظهور پدیده‌های جدید در حقوق اموال است (Reich, 1964: 733). سیستم‌های حقوق مالکیت، معمولاً نظام‌های قدیمی حقوق به شمار می‌روند که به سختی در طول زمان تغییر کرده‌اند. بهره‌مندی از نظریات و اصول حاکم در این حوزه، از دوران باستان به ویژه حقوق روم، برای سال‌ها تا به امروز مورد استفاده قرار گرفته و بدین‌سان غبار دیرینگی بر پیکر کهن آن نشانده است (Füller, 2006: 2).

با این وجود، از انقلاب فرانسه و انقلاب صنعتی تا به امروز، از اهمیت زمین به عنوان موضوع مالکیت کاسته شده و بر اهمیت اموال منقول و اخیراً اموال غیرمادی و غیر ملموس، مانند حقوق مالکیت فکری و مطالبات افزوده است. برای مثال، پول را در نظر آورید که غیر از قرار گرفتن در مجموعه ابزارهای پولی فلزی و کاغذی، در حساب‌های بانکی نیز نگهداری می‌شود. حساب بانکی در ادبیات حقوق اموال، در دسته مطالبات و دیون طبقه‌بندی می‌شود: طلبی بر عهده یک بانک برای پرداخت پول در قالب سکه یا اسکناس. زمانی که پول از یک حساب بانکی به دیگری منتقل می‌شود، قواعد حقوق مالکیت اجرا می‌گردد. با این وجود، قواعد انتقال حقوق مالکیت معمولاً مستلزم انتقال فیزیکی مال هستند؛ یعنی کنترل فیزیکی بر مال از انتقال‌دهنده به انتقال‌گیرنده؛ اما رویه بانکداری نوین، انتقال پول حساب بانکی را بدون هیچ‌گونه انتقال فیزیکی، به وسیله یک عمل

بانکی بدون ربا) (۱۳۸۵) و قانون تسهیل اعطاء تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجراء طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کارآیی بانک‌ها (۱۳۸۶). به موجب این قوانین فلزات گرانبها اعم از مسکوکات یا شمش، ارزشهای آزاد، رسید انبارهای رسمی و اموال غیرمنقول ثبت شده، سهام شرکت‌های حاضر در بورس‌های معتبر، اصل طرح تولیدی، اسناد زراعی ضمانت‌نامه‌های زنجیره‌ای اشخاص معتبر یا اهالی روستا به ویژه در طرح‌های کشاورزی امور دام و صنایع روستایی، چک، سفته با ظهرنویسی ضامن معتبر، ذینفع شدن در قراردادهای لازم الاجرا، اسناد اوراق بهادار و مشارکت، تضمین مؤسسات و شرکت‌های معتبر و یا پذیرفته شده در بورس کالای ارزش دار، ماشین‌آلات سنگین و سبک، اموال منقول و ... قابل توثیق می‌باشند. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ر. ک. به: (Kabiri, et al., 2017: 157- 180; Seyfi & Shamsollahi,

2014: 61- 88)

اداری اجرا می‌کند: با طلبکار کردن یک حساب و بدهکار کردن حساب دیگر؛ بنابراین، قواعد حقوق مالکیت به‌سختی در اینجا اعمال می‌گردد. ملاحظات مشابهی نیز دربارهٔ سهام قابل تصور است که به‌طور فیزیکی مثلاً در بانک نگهداری نمی‌شوند، بلکه انتقال سهام نیز فرایند طلبکار کردن یک حساب و بدهکار کردن حساب دیگر است (Johansson, 2003, 167; Heermann, 2009, 14).

بدین ترتیب، در مواجهه با تغییرات روز و ظهور اموال جدید، صاحب‌نظران علیرغم تأکید بر ضرورت وجود اصل حصری بودن، رویکرد مضیق افراطی نسبت به آن را از نظر اقتصادی زیان‌بخش می‌دانند. ضمن اینکه با نزدیک شدن تعاملات حقوق مالکیت و حقوق قراردادهای دیگر نمی‌توان گفت که اشخاص نمی‌توانند از استقلال فردی برای به دست آوردن برخی اثرات در حقوق مالکیت استفاده کنند (Erp and Akkermans, 2010: 43-44)؛ بنابراین، با وجود تمایز پررنگ بین خودمختاری حاکم در حوزه قراردادی و محدودیت موجود در حوزه مالکیت، تعاملات سازنده این دو حوزه به تدریج از سخت‌گیری‌ها کاسته و زمینه‌ساز طرح رویکردهای معتدل نسبت به اصل حصری بودن حقوق مالکیت شده است.

بدین سان، از ضرورت طرح اصل «شبه حصری بودن»^۱ و لزوم به‌کارگیری رویه‌ای انعطاف‌پذیر سخن به میان آمده است: رویه‌ای که ضمن در نظر گرفتن وجوب ارائه نوعی طبقه‌بندی و محدودیت، ظرفیت گنجانیدن انواع جدید حقوق مالکیت را دارد و می‌تواند در شناسایی جنبه‌های نوآورانهٔ حقوق مالکیت و نیازهای روز اقتصادی نیز یاری رساند (Erp, 2003: 1-12). برای نمونه می‌توان به ضرورت پیش‌بینی نظام حقوقی منعطف در شناسایی اموال فکری و مطالبات به‌عنوان موضوع رهن نام برد.^۲

1- Numerus Quasi-Clausus

۲- در این راستا، پژوهش‌هایی نیز انجام شده است، از جمله:

Shabani Kandsari, Hadi. (2016). Mortgage of Future Property and Circulating Assets, First Edition, Tehran, Sahami Enteshar Publication (In Persian); Karimi, Abbas & Mohammad Moein Islam. (2008). The Pledge of Intellectual Property Rights, Private Law Studies Quarterly, Volume 38, No. 2, pp. 315- 324 (In Persian)

۳. چرایی وجود اصل حصری بودن حقوق مالکیت

مطالعه نظام مالکیت کشورهای مختلف نشان می‌دهد که بسته به نوع رویکرد نظام‌های حقوقی، رگه‌های پرننگ یا کم‌رنگ از اصل حصری بودن در سیستم مالکیت کشورها وجود دارد؛ اما پرسشی که مطرح می‌شود اینکه چرا نظام‌های حقوقی نسبت به پذیرش اصل حصری بودن حقوق مالکیت اقدام نموده‌اند؟

در نگاه بسیاری از حقوق‌دانان، اصل حصری بودن بیانگر نوعی طبقه‌بندی و استانداردسازی است. اصل موصوف، قطعیت حقوقی مطلوبی را ارائه می‌دهد؛ یعنی تضمین می‌کند که هیچ حقوق مالکیت دیگری در تعداد و مفاد، جز آنچه توسط فهرست نظام حقوقی^۱ شناسایی شده است وجود ندارد؛ بنابراین زمانی که اشخاص با یک حق مالکیت مواجه می‌شوند، می‌توانند تشخیص دهند که کدام حق مالکیت به آن‌ها ارتباط دارد (Akkermans, 2008: 437).

قطعیت حقوقی مفهومی است در راستای پیش‌بینی‌پذیری^۲ و قابلیت انتظار؛^۳ آنچه برای رونق تجارت نیاز است. این امر با طرح جایگاه اصل حصری بودن حقوق مالکیت، در پیشبرد آزادی مالکیت و گردش آزاد کالا عنوان شده است. هر اقتصاد بازار آزاد مبتنی بر این فرض است که هر کس حق دارا شدن را دارد و می‌تواند نسبت به تجارت آنچه مالک آن است آزادانه با دیگران اقدام کند. نقش اصل حصری بودن در اینجا به این مهم باز می‌گردد که اصل موصوف بیان می‌کند: چه حقوق مالکیتی را می‌توان داشت و بدین ترتیب کدام‌یک از آن‌ها را می‌توان در تجارت به کار گرفت. بر این اساس، ارائه انواع حقوق مالکیت از پیش تعیین شده در نظام حقوقی، پیش‌بینی‌پذیری و قابلیت انتظار را به جامعه پیشکش می‌کند. این امر، نه فقط برای طرفین مستقیم رابطه مالکانه، بلکه برای آنهایی نیز که به نوعی با حق مالکیت در بازار ارتباط پیدا می‌کنند حائز اهمیت است (Akkermans, 2017: 104).

۱- فهرست موجود از حقوق مالکیت می‌تواند شامل همه انواع حقوق مالکیت مورد نیاز شود و در صورت فقدان حق مورد نیاز و مصالح اقتصادی جامعه، رویه قضایی می‌تواند وارد عمل شده و نسبت به ایجاد حق مالکانه جدید بر حسب اقتضاء بازار اقدام نماید. (Rudden, 1987: 245- 249).

2- Foreseeability

3- Predictability

اما در کنار قطعیت حقوقی برآمده از نگاه حقوقی، تحلیل‌های حقوق و اقتصاد نیز جالب توجه است. با عنایت به اینکه نهاد مالکیت از عناصر کلیدی فرایند دستیابی به رشد پایدار و توسعه اقتصادی به شمار می‌رود، لذا تحلیل‌های اقتصادی مبانی ساختار نهاد حقوقی موصوف از جمله اصل حصری بودن حقوق مالکیت و ارتباط آن با کاهش هزینه‌های مبادله مهم می‌نماید. به‌طور کلی، تحلیل‌های حقوق و اقتصاد، با تمرکز بر دو مفهوم «کمیابی منابع» و «انتخاب فردی» به بیان کارکرد حقوق می‌پردازند. تحلیل‌های این حوزه، به منظور ارزیابی و شناسایی منافع و هزینه‌های افراد درباره انتخاب‌هایی که نسبت به منابع کمیاب دارند حائز اهمیت است. بدین ترتیب، آنچه در حقوق مالکیت مورد توجه قرار می‌گیرد، بررسی راهی است که افراد به صورت مطلوب‌تر نسبت به کسب یا عدم کسب یک منبع، انگیزه یافته و تصمیم‌گیری کنند؛ راهی که با هزینه کمتر به تحصیل منافع بیشتر منتهی گردد. در این راستا، ادبیات حقوق و اقتصاد با تمرکز بر کارایی و هزینه‌های مبادله نسبت به توجیه ضرورت حاکمیت اصل حصری بودن حقوق مالکیت اقدام نموده است. در این راستا، سه تحلیل بر مبنای «جلوگیری از کاهش کارایی»، «پیشگیری از بروز آثار خارجی» و «پیشگیری از بروز اشتباه و رفتارهای فرصت‌طلبانه» ارائه شده است.

۱-۳. پیشگیری از کاهش کارایی

هیلر^۱ با استناد به مقاله تراژدی مشترکات هاردین، بر چالش «مشترکات عمومی» و «ضد مشترکات عمومی» و ارتباط آن با تجزیه امتیازات مالکیت تمرکز نموده است. اظهارات هاردین در توصیف تراژدی موصوف مبنی بر اینکه «آزادی در مشترکات موجب ویرانی برای همگان می‌شود» (Hardin, 1968: 1244)، به زمینه‌ای برای توجیه ضرورت وجود اصل حصری بودن حقوق مالکیت و لزوم اعلام محدودیت‌ها منتهی شده است. «تراژدی مشترکات» زمانی روی می‌دهد که اشخاص زیادی بدون داشتن توافق یا حق اخراج دیگران (انحصاریت) استحقاق استفاده از مالی را پیدا کنند (Heller, 1998: 623-624). این حالت، از داشتن حق استفاده جهت بیشینه کردن سود شخصی ناشی می‌شود که در نهایت به استفاده مفرط از منبع کمیاب و نابودی آن

1- Michael Heller

منجر می‌گردد (Parisi, et al., 2005: 578- 579). تراژدی موصوف، بر این واقعیت مبتنی است که اشخاص زیادی وجود دارند که نمی‌توانند درباره مال تحت مالکیت تصمیم‌گیری کنند. در نتیجه، برای رفع چالش ناشی از تراژدی مشترکات، طراحی ساختار مالکیت خصوصی پیشنهاد شده است. در نظام مالکیت خصوصی، «شخص مشخص» به عنوان «مالک»، با دریافت قدرت اخراج دیگران در رابطه با مال تحت مالکیت که از مشترکات به شمار نمی‌رود، تصمیم‌گیری می‌کند.

البته اتکای صرف به ساختار مالکیت خصوصی نیز لزوماً بدون چالش نیست و روی دیگر آن یعنی تعداد بسیار زیاد مالکیت خصوصی و شمار بسیار قدرت انحصاری تصمیم‌گیری به تراژدی دیگری منتهی می‌گردد و آن «تراژدی ضد مشترکات» است. این حالت زمانی رخ می‌دهد که قدرت تصمیم‌گیری بر مالی بین فعالان زیادی تقسیم شود، به گونه‌ای که تصمیم‌گیری سخت یا غیرممکن گردد. در نتیجه، تجزیه بیش از اندازه قدرت انحصاری تصمیم‌گیری نیز به استفاده نادرست منجر می‌شود و صرفاً با اتحاد مالکیت‌های تجزیه‌شده به مجموعه‌ای قابل استفاده رفع می‌گردد. آنچه در این زمینه باید به آن توجه شود، مفاد مجموعه مالکیت است (Heller, 1998: 633- 642).

نظام مالکیت با ارائه فهرستی از حقوق مالکیت تضمین می‌کند که حقوق زیادی برای اعطای اولویت استفاده که بدون حق خروج دیگران باشد، وجود ندارد. از سوی دیگر نیز این حقوق نباید قدرت تصمیم‌گیری درباره مالی میان مالکان متعدد را تقسیم کنند. به بیان دیگر، اگر امتیازات مربوط به یک مال در قالب تکه‌های بسیار درآید، تصمیم‌گیری یا حمایت نسبت به مال قطعه قطعه شده، دشوار می‌شود و هزینه‌ها نسبت به منافع امتیازات تجزیه‌شده فزونی می‌یابد. در نتیجه، مالکیت آن مال دیگر کارا نیست (Akkermans, 2017: 108- 109). بدین ترتیب، خطر تجزیه حقوق مالکیت دلیل رویارویی با تراژدی‌های موصوف تلقی می‌گردد (Parisi, et al., 2005: 590- 591).

لازم به ذکر است، در تحلیل مبتنی بر تجزیه و کاهش کارایی، باید به هر دو بُعد اصل حصری بودن؛ هم «تعداد حقوق مالکیت» و هم «مفاد حقوق مالکیت» توجه شود. برای نمونه، اگر دارنده مالکیت بخواهد از حق مالکیت خود، راه عبوری به الف بدهد، حق مالکانه محدودی (یک حق ارتفاق) ایجاد می‌شود. حال اگر او بخواهد حق مالکیت خود را به چندین حق مالکانه (چندین حق

ارتفاق) تقسیم کند، تجزیه در انواع حقوق مالکیت اتفاق می‌افتد. حال اگر قاعده‌ای از این بابت حاکم نباشد، زمینه بروز تراژدی مشترکات فراهم می‌گردد. همچنین در جایی مثل مالکیت مشاعی، تجزیه بین چندین مالک رخ می‌دهد. مشکلاتی که در مدیریت اموال مشاعی، از جمله مشکلات مربوط به جلب رضایت چندین مالک یا تأمین همکاری آن‌ها وجود دارد، نمونه‌ای از چالش تجزیه در تعداد مالکین است. به هر روی، هر دو نوع تجزیه، خواه تجزیه در تعداد مالکان خواه تجزیه در تعداد حقوق مالکیت، می‌توانند به بروز تراژدی منتهی گردند و در توجیه اصل حصری بودن حقوق مالکیت در نظر گرفته شوند. در نمونه نخست، شناسایی حقوق مالکانه محدود جدید جهت استفاده (حق ارتفاق)، بدون وجود مقررات کافی در این زمینه، چالشی از شناسایی حقوق جدید یا تعداد حقوق مالکیت است؛ اما نمونه دوم به این مسئله مربوط می‌شود که آیا یک حق مالکیت، اعم از اصلی یا محدود می‌تواند در رژیم مالکیت مشاعی تقسیم شود؛ یعنی آنچه به حوزه مفاد حقوق مالکیت و محدودیت‌های آن باز می‌گردد (Akkermans, 2008: 451).

۲-۳. پیشگیری از بروز آثار خارجی

این تحلیل توسط مریل^۱ و اسمیت^۲ بر اساس رأی قاضی عالی رتبه انگلیسی؛ لرد بروگهام^۳، در دعوی کیپل علیه بیلی^۴ ارائه شده است. در تصمیم مشارالیه آمده است که وقتی اشخاص ثالث نسبت به تحصیل قطعه زمینی اقدام می‌کنند، به سختی می‌توانند نسبت به حقوق و تکالیف متعلق به آن آگاهی یابند. پس اعطای آزادی عمل کامل به افراد جهت ایجاد نوع جدیدی از امتیازات مالکانه، شایسته علم حقوق و رفاه عمومی نیست. آنچه حائز اهمیت است، ابهامات به وجود آمده در امتیازات اعطاشده خسارات سنگینی به بار خواهد آورد. در نتیجه، تمام دارایی‌ها و روابط مالکانه فقط باید توسط «نظام حقوقی» شناسایی شوند و هیچ نوع حقوق مالکانه جدیدی نباید صرفاً مبتنی بر «تصورات و تمایلات مالک»^۵ ایجاد گردد. (Keppel v Bailey (1834) 2, 535-536).

1- Thomas W. Merill

2- Henry E. Smith

3- Lord Brougham

4- Keppel v Bailey (1834) 2 My & K 517, 520-526.

5- "at the fancy or caprice of any owner"

این نکته از منظر حقوقی مهم است که اعطای آزادی به اشخاص برای «ایجاد ارادی» حقوق مالکانه جدید نمی‌تواند به قطعیت حقوقی منتهی گردد (Akkermans, 2008: 388).

به بیان دیگر، ایجاد ارادی حقوق مالکانه جدید و شناسایی آن‌ها، هزینه سنجش غیرقابل قبولی را برای اشخاص ثالث؛ یعنی آن‌ها که در ایجاد حق مالکیت جدید نقشی نداشته‌اند، به وجود می‌آورد. «هزینه‌های سنجش»، هزینه‌هایی هستند که افراد در رویارویی با حقوق مالکیت با آن‌ها مواجه می‌شوند. با توجه به اینکه اشخاص خالق حق مالکیت در مقابل این هزینه‌ها قرار نمی‌گیرند، بلکه اشخاص ثالث با حق مالکیت جدید مواجه می‌شوند، لذا به عنوان آثار خارجی به شمار می‌روند. تصور کنید ۱۰۰ نفر دارای ساعت می‌باشند. در این میان، یکی از آن‌ها یعنی الف ساعت خود را به ب می‌فروشد. البته او مالکیت ساعت را به‌طور کامل منتقل نمی‌کند، بلکه فقط «حق استفاده» از ساعت را برای روز دوشنبه منتقل نموده است. بدین ترتیب، رابطه مالکانه جدیدی با عنوان «حق استفاده دوشنبه» مطرح شده است. تصویر مذکور بیانگر انتقال یک حق مالکیت معمولی نیست، بلکه آنچه نسبت به ساعت ایجاد شده، گونه‌ی جدیدی از حق استفاده است (سهام زمانی یا مالکیت زمانی). ایجاد ارادی چنین امتیاز جدیدی، نه تنها الف، ب و وراث آن‌ها را نسبت به این انتقال متأثر می‌نماید، بلکه بازیگران دیگر بازار را نیز با موقعیت جدید و دشواری مواجه می‌سازد. ایجاد چنین حقی موجب می‌گردد، هر فردی که می‌خواهد ساعت بخرد، مجبور شود بررسی کند که آیا ساعتی که می‌خواهد خریداری کند، دارای حق استفاده دوشنبه یا حق استفاده سه‌شنبه و از این قبیل و حتی دیگر حقوق مالکانه تازه تأسیس هست؟ (Smith & Merrill, 2000: 26-28)

در نتیجه، هزینه پردازش اطلاعات اشخاصی که به‌نوعی دارای منافع موجود یا بالقوه هستند افزایش می‌یابد؛ به عبارت دیگر، اگر افراد هزینه اقدامات خود را به درستی محاسبه نمایند، آثار خارجی ناشی از عمل طرفین مبادله بر دیگر مشارکت‌کنندگان بازار که مستقیماً در ایجاد حق مالکیت جدید نقشی نداشته‌اند، بار می‌شود. شاید به نظر برسد، برای جلوگیری از چنین چالشی، بتوان از مفهوم اطلاع‌رسانی و روش‌های خاص علنی نمودن حق مالکانه جدید یاری گرفت؛ اما باید توجه نمود زمانی که از دیگر بازیگران بازار صحبت می‌شود، اطلاع‌رسانی نمی‌تواند راهکار مناسبی باشد. چرا که دیگر فعالان بازار، نه طرف معامله خالق حق مالکیت بوده‌اند و نه قصد کسب حق مالکیت مورد بحث را داشته‌اند. بر این اساس، تنها راه کنترل نمودن این گونه آثار خارجی که

بر اشخاص ثالث بار می‌شود، در استانداردسازی اجباری حقوق مالکیت است. تعداد محدود از اشکال بنیادین مالکیت موجب می‌شود که فرایند تحقیق و تفحص بازیگران بازار نسبت به این امر که آیا این رابطه خصیصه‌های صورت‌های مندرج در فهرست از پیش تعیین شده را دارد یا ندارد، تقلیل یابد؛ اما استانداردسازی به صورت خودکار و در پرتو دست نامرئی بازار ایجاد نمی‌شود، بلکه به دخالت ضروری قانون‌گذار نیاز دارد. در این میان، حقوق مالکانه جدیدی که به وسیله قانون‌گذار ایجاد شده است، نسبت به حقوق مالکانه‌ای که توسط قضات به وجود آمده است، اطلاعات بیشتری را با هزینه کمتر برای اشخاص ثالث تولید می‌کند (Smith & Merrill, 2000: 61-36).

البته به نظر می‌رسد که تحلیل فوق بیشتر به راهی که حقوق‌دانان نظام نوشته از سیستم حقوق مالکیت در ک می‌کنند، نزدیک باشد؛ زیرا آنچه مطرح شده مبتنی بر تمایز سنتی بین حقوق مالکیت و حقوق اشخاص و نیز اثرات متفاوت این دو دسته بر اشخاص ثالث است.^۱ بدین ترتیب، به دلیل تأثیرگذاری حقوق مالکانه بر اشخاص ثالث، بر ضرورت اعمال محدودیت در ایجاد حقوق مالکیت تأکید شده است. این رویکرد به عنوان تلاشی برای برقراری تعادل بین هزینه‌ها و اقدام برای استانداردسازی بهینه مالکیت می‌تواند بیانگر کشمکش بین قطعیت حقوقی و خودمختاری فردی در میان حقوق‌دانان نظام نوشته تلقی گردد (Akkermans, 2008: 451-453).

۳-۳. پیشگیری از بروز اشتباه و رفتارهای فرصت‌طلبانه

نظام حقوقی با وضع مجموعه‌ای از قواعد در صدد توانمند کردن اشخاص برای تأیید و اثبات حقوق مالکانه است. در این راستا، اصل حصری بودن به عنوان روشی برای تأیید «درک مشترک»^۲ اشخاص از حقوق مالکیت مربوط به آن‌ها محسوب می‌گردد. آنچه در این میان مهم می‌نماید، معرفی جایگاه اصل حصری بودن در رفع برخی چالش‌هاست. اگر دو نفر، حقوقی بر دارایی واحد دارند، به وسیله‌ای نیاز دارند تا از طریق آن مطمئن شوند که هر دوی آن‌ها در «درک مشترک» نسبت به این حقوق سهیم هستند. فقدان چنین درکی، احتمال استفاده متناقض یا نامناسب افراد

۱- از جمله مهم‌ترین پیامدهای آن مباحث مربوط به «نظریه قابلیت استناد در برابر ثالث» است.

نسبت به آن دارایی را فراهم می‌آورد که «چالش هماهنگی»^۱ نام گرفته است. به علاوه، حتی اگر افراد چالش هماهنگی را رفع کنند، هر یک نیاز دارند تا مطمئن شوند که طرف دیگر با فرصت طلبی نسبت به حقوقی که به دیگری تعلق دارد، ادعایی نخواهد کرد؛ آنچه تحت عنوان «چالش اجرا» مطرح شده است. در این راستا، هراندازه ناکارآمدی در رفع چالش‌های هماهنگی و اجرا به دامنه اشتباهات و فرصت طلبی‌ها وسعت داده و موجب کاهش ارزش امتیازات مربوط به رابطه مالکانه می‌گردد. چرا که در صورت عدم رفع چالش‌های موصوف، احتمال بروز مشکلات و افزایش هزینه‌ها می‌رود: ممکن است اشخاص برای حمایت از حقوق خود به اقامه دعوا روی آورند؛ ممکن است سرمایه‌گذاری‌ها نسبت به استفاده و توسعه دارایی‌ها تضعیف شود؛ احتمال بروز خطرها افزایش یابد و مبادلات منعقد نگردند؛ اما راه حل دو چالش فوق، در راهکار مبتنی بر ضرورت وجود ابزار مناسب جهت «تأیید»، مطرح شده است: به منظور رفع چالش هماهنگی، هر فرد به راهی برای تأیید کردن درک طرف دیگر از حقوق مربوط به دیگری نیاز دارد. جهت حل چالش اجرا نیز اجراکننده ثالث مانند قاضی به روشی برای تأیید کردن درک فرد از حقوق مربوط به دیگری نیاز دارد (Hansmann & Kraakman, 2002: 383-384).

آنچه مسلم است، تأیید و اثبات حقوق مالکیت در مقایسه با تأیید و اثبات حقوق قراردادی، امری دشوار تلقی می‌گردد. برای افرادی که به وسیله یک قرارداد به یکدیگر مرتبط می‌شوند، خود قرارداد ابزار اصلی رفع چالش‌های هماهنگی و اجراست. قرارداد، طریقی را ارائه می‌دهد که به وسیله آن طرفین می‌توانند تأیید کنند که حقوق مربوط به آن‌ها، دانش مشترک بین آن‌هاست. همچنین، قرارداد به عنوان گواهی بر اثبات انتظارات طرفین در حوزه اجرا که مورد نیاز قاضی است، تلقی می‌گردد؛ اما تأیید و اثبات حقوق مالکیت به این دلیل سخت است که «نسبت قرارداد» نمی‌تواند برای دارندگان حقوق مالکیت نسبت به موضوع مالکیت وجود داشته باشد. فرض کنید که الف، بیشتر حقوق خود نسبت به مالی را به ب می‌فروشد، در حالی که بخشی از حقوق او نسبت به مال مذکور کماکان برای وی باقی می‌ماند. «درک مشترک» بین الف و ب در قرارداد بیع بین آن‌ها بیان شده است، به گونه‌ای که ب می‌تواند تمام حقوق خود نسبت به مال مذکور را منتقل

1 the problem of coordination

کند، اما حقوق الف را نمی تواند منتقل نماید. حال تصور کنید ب حقوق خود نسبت به مال موصوف را به شخص ثالث یعنی ج بفروشد. آنچه در اینجا حائز اهمیت است، اگر ج به واسطه اظهارات ب در مورد حقوق منتقل شده از ب، اشتباه کرده باشد یا به طور فرصت طلبانه ای، حقوق منتقل شده از ب را به نادرستی اظهار نماید، الف چگونه تأیید کند که ج در درک حقوق الف سهیم است. یا برعکس، ج چگونه ماهیت هر حقی را که به اشتباه به الف نسبت داده شده، خواه به عمد خواه غیر عمد تأیید کند. خلاصه کلام، چگونه الف و ج تأیید کنند که ج از ماهیت حقوق باقی مانده الف به طور دقیقی مطلع بوده و چگونه دادگاه نسبت به تأیید چنین درکی اقدام نماید؟

چالش اصلی حقوق مالکیت، فراهم نمودن مکانیزم هایی جهت رفع مشکلات مربوط به تأییدهاست. نظام مالکیت به منظور حل چنین مشکلاتی، انواع مختلف «قواعد تأیید» را به کار می گیرد. قاعده تأیید شرایطی را تنظیم می کند که به موجب آن، حق داده شده نسبت به مال معلوم، با آن مال همراه شود. رابطه مستحکم و درهم آمیخته ای بین «قواعد تأیید» و «انواع و اشکال حقوق مالکیت» وجود دارد و قانون جهت شناسایی آن مهیا شده است. در فرایند تأیید، فرض نظام مالکیت این است که تمام حقوق مالکیت نسبت به مال معلوم توسط یک مالک نگهداری می شوند؛ بنابراین تجزیه حقوق مالکیت میان بیش از یک مالک صرفاً در صورتی قابل اجراست که اطلاعیه کافی از تجزیه مذکور به افرادی که از آن متأثر می شوند، وجود داشته باشد (Hansmann & Kraakman, 2002: 384).

۴. نتیجه گیری

در پایان، نتیجه گیری نهایی از توصیف اصل حصری بودن حقوق مالکیت و تحلیل مبانی آن به شرح زیر بیان می گردد:

۱- دروازه ورودی نهاد مالکیت به اصل حصری بودن حقوق مالکیت اختصاص یافته است. چراکه نتیجه عینی بودن حقوق مالکیت و تأثیر آن بر اشخاص ثالث، اعمال حصرها و تعیین محدودیت ها بر خودمختاری فردی است. در نتیجه، مالک نمی تواند به هر شکل، هر آنچه را که می خواهد تملک نماید. بلکه او ملزم می باشد مطابق با صلاحدید نظام حقوقی پیش رفته و از میان «تعداد محدود» و «مفاد مشخص» انتخاب کند. به بیان دیگر، رابطه حقوقی یک شخص نسبت به

یک مال باید ذیل یکی از انواع حقوق مالکیت شناسایی شده توسط نظام حقوقی (قانون و رویه قضایی) قرار گیرد (محدودیت در تعداد). همچنین قواعد حاکم بر حقوق مالکیت شناسایی شده، تعیین خواهند کرد که هر کدام از این حقوق (مالکیت و حقوق مالکانه محدود)، چه امتیازاتی را به مالک و دارنده خویش اعطا می‌کنند (محدودیت در مفاد).

۲- در کنار اعمال حاکمیت اصل حصری بودن؛ یعنی وجوب ارائه نوعی طبقه‌بندی و اعمال محدودیت در تعداد و مفاد حقوق مالکیت، باید بر لزوم به کارگیری موضع انعطاف‌پذیر اصل مذکور نیز تأکید نمود. رویکردی که ظرفیت شناسایی جنبه‌های نوآورانه حقوق مالکیت را داشته و توان پاسخگویی به نیازهای بازار باشد. برای نمونه می‌توان به ضرورت توسعه دایره موضوعی حقوق مالکانه توثیقی و نیاز بازار به این مهم اشاره نمود؛ به گونه‌ای که موضوع رهن صرفاً در «عین» خلاصه نگردد و دیون و حقوق از جمله اموال فکری را نیز در برگیرد.

۳- با توجه به اینکه واکاوی نهاد مالکیت به جهت برخورداری از جایگاه کلیدی در دستیابی به رونق بازار حائز اهمیت است، چرایی حاکمیت اصل حصری بودن نیز به عنوان یکی از اصول زیربنایی نهاد موصوف مهم می‌نماید. در پاسخ به چرایی ضرورت حاکمیت اصل موصوف، از نگاه حقوقی صرف، به قطعیت حقوقی که در پیشبرد آزادی مالکیت و گردش آزاد کالا مؤثر است، استناد شده است. قطعیت حقوقی نشان می‌دهد که چه حقوق مالکیتی را می‌توان داشت و کدام یک از آن‌ها را می‌توان در بازار به تجارت گذارد. بدین ترتیب، بازیگر بازار می‌تواند نوعی پیش‌بینی‌پذیری و قابلیت انتظار را درک کند؛ امری که منجر به افزایش انگیزه مشارکت فعالان اقتصادی در بازار می‌شود و بر نقش مهم نهاد حقوقی دلالت می‌نماید. این امر از خدمات قابل توجه نظام حقوقی در روند رشد اقتصادی پایدار و در نهایت توسعه اقتصادی است.

۴- اما آنچه از مبانی توجیه این اصل در کنار قطعیت حقوقی مطرح شده است، تحلیل‌های اقتصادی با هدف «کارایی» و «کاهش هزینه‌های مبادله» است:

الف- تحلیل نخست بر مبنای «جلوگیری از کاهش کارایی» و با توصیف «ممنوعیت تجزیه افراطی مالکیت» ارائه شده است. در اعلام ممنوعیت تجزیه افراطی، توجه به هر دو نوع تجزیه، خواه تجزیه در تعداد مالکان خواه تجزیه در تعداد حقوق مالکیت حائز اهمیت است. برای نمونه، اگر محدودیتی بر تعداد حقوق مالکانه جهت استفاده (مثل حق ارتفاق) ایجاد نشود و یا اگر محدودیتی بر مفاد حقوق مالکیت (مثل مالکیت مشاعی) اعمال نگردد، دارندگان حقوق مالکیت با

کاهش کارایی امتیازات ناشی از آن حقوق مواجه خواهند شد.

ب- تحلیل دوم بر مبنای «پیشگیری از بروز آثار خارجی» به تبیین موضوع «تقلیل هزینه‌های سنجش» و لزوم اعمال استانداردهای بهینه پرداخته است. آنچه در این میان حائز اهمیت است، ضرورت وجود یک نظام حقوقی (قانون و رویه قضایی) است که توان ایجاد استانداردهای بهینه در اعلام تعداد و مفاد حقوق مالکیت را داشته باشد. چراکه ایجاد ارادی حقوق مالکانه جدید و شناسایی آنها، هزینه سنجش غیرقابل قبولی را برای اشخاص ثالث؛ یعنی آنها که در ایجاد حق مالکیت جدید نقشی نداشته‌اند، به وجود خواهد آورد.

ج- تحلیل آخر نیز بر مبنای «پیشگیری از بروز اشتباه و رفتارهای فرصت طلبانه» و بر اساس مفهوم «دریافت درک مشترک» اشخاص از حقوق مالکیت مربوط به آنها همت گمارده است. بدین روال، بر شناسایی انواع حقوق مالکیت توسط نظام حقوقی (قانون و رویه قضایی) تأکید شده است. این نوع شناسایی، بستر دریافت درک مشترک اشخاص از حقوق مالکیت مربوط به آنها را فراهم می‌آورد. در نتیجه، این امر به پیشگیری از بروز اشتباه و رفتارهای فرصت طلبانه و در نهایت به کاهش هزینه‌ها منتهی خواهد شد.

۵- در پایان برای نظام حقوقی ایران توصیه می‌شود که ضمن حفظ اصل حصری بودن حقوق مالکیت به رویکردی منعطف‌تر در پاسخ به نیاز بازار و شناسایی اموال نوین از جمله در حوزه شناسایی موضوع قرارداد رهن بپردازد.

References

- [1] Gorji, Abolghasem. (2015). *Legal Articles*, Second Edition, Tehran, University of Tehran Press
- [2] Kabiri, Hamid & Mohammad Issaei Tafreshi & Morteza Shahbazinia. (2017). Comparative Study of the Unitarianism or Pluralism Approaches regarding Security Devices within Movable Properties in the legal system of the US, England and Iran, *Comparative Law Researches*, Volume 21, No. 2, pp. 157-180
- [3] Karimi, Abbas & Mohammad Moein Islam. (2008). The Pledge of Intellectual Property Rights, *Private Law Studies Quarterly*, Volume 38, No. 2, pp. 315-324
- [4] Katouzian, Naser. (2010). *Property and Ownership*, Thirty-first Edition, Tehran, Mizan
- [5] Nematollahi, Esma'il. (2014). Review of Malek-an-Yamlak Theory, *Islamic Law*, Volume 41, pp. 29-62

- [6] Pilvar, Rahim. (2012). *Philosophy of Property Right*, first edition, Tehran, Sahami Enteshar Publication
- [7] Seyfi, Gholamali & Atiye Shamsollahi. (2014). The Comparative Study of Mortgage Systems Development Process, *Legal Studies*, Volume 3, pp. 61- 88
- [8] Shabani Kandsari, Hadi. (2016). *Mortgage of Future Property and Circulating Assets*, First Edition, Tehran, Sahami Enteshar Publication
- [9] Ameli, Mohammad-Ibn-Makki. (1980). *Al-Qawaed va Al-Fawaed*, Volume 1, Qom, Mofid Pblcation
- [10] Gharavi Esfahani, Mohammad Hossein. (1998). *Hashiye Ketab-al-Makaseb*, Vol. 1, First Edition, Qom, Zol-Qorba
- [11] Hakim, Seyed Mohsen. (1992). *Nahj-al-Feqahah*, Qom, Bistodoe Bahman Pblcation
- [12] Moosavi Khomeini, Seyed Rohollah. (1989). *Ketab-al-Bey'*, Volume 1, Fourth Edition, Qom, Esma'ilian Publication
- [13] Rashti, Habibollah. *Ketab-al-Ghasb*, no date, no place
- [14] Tabatabaei Yazdi, Seyed Mohammad Kazem. (1919). *Hashiye Makaseb*, Volume 1, Fourth Edition, Qom, Esma'ilian Publication
- [15] Füller, Jens Thomas. (2006). *Eigenständiges Sachenrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck
- [16] Heermann, Peter W. (2003). *Geld und Geldgeschäfte*, Tübingen, Mohr Siebeck
- [17] von Savigny, Friedrich Carl. (1981). *System des heutigen römischen Rechts*, Aalen, Scienta Verlag
- [18] Wiegand, Wolfgang. (1987). *Numerus clausus der dinglichen Rechte- Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas*, In *Wege europäischer Rechtsgeschichte – Festschrift Kroeschell*, Edited by G. Köbler (ed.), Frankfurt A. M., Peter Lang, pp. 623- 643
- [19] Akkermans, Bram. (2017). *The Numerus Clausus of Property Rights*, In *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Edited by Michele Graziadei and Lionel Smith, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 100- 121
- [20] Akkermans, Bram. (2008). *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerp, Intersentia
- [21] van Erp, Sjef. (2006). *European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?*, Walter van Gerven Lectures (6), Groningen, Europa Law Publishing
- [22] van Erp, Sjef. (2003). "A Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol.7, 2, pp. 1- 12
- [23] van Erp, Sjef and Akkermans, Bram. (2010). *Property Rights: A Comparative View*, In *Property Law and Economics*, Edited by Boudewijn Bouckaert,

- Cheltenham, Edward Elgar, pp. 31- 52
- [24] Hansmann, Henry and Kraakman, Reinier. (2002). "Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights", *Journal of Legal Studies*, Vol. 31, 2, pp. 373- 420.
- [25] Hardin, Garrett. (1968). "The Tragedy of the Commons", *Science*, Vol. 162, 3859, pp. 1243- 1248
- [26] Heller, Michael A. (1998): "The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets", *Harvard Law Review*, Vol. 111, 3, pp. 621- 688
- [27] Johansson, Erica. (2009). *Property Rights in Investment Securities and the Doctrine of Specificity*, Heidelberg, Springer
- [28] Parisi, Francesco and Schulz, Norbert and Depoorter, Ben. (2005). "Duality in Property: Commons and Anticommons", *International Review of Law and Economics*, Vol. 25, pp. 578- 591
- [29] Reid, Kenneth G.C. (1997). "Obligations and property: Exploring the Border", *Acta Juridica*, 227, pp. 225- 245
- [30] Rudden, Bernard. (1987). *Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem*, In *Oxford Essay in Jurisprudence*, Edited by John Eekelaar and John Bell, Oxford, Clarendon Press, pp. 239- 263
- [31] Smith, Henry E. and Merrill, Thomas W. (2000). "Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle", *Yale Law Journal*, Vol. 110, pp. 1- 70