

مجله حقوق تطبیقی،
دوره ۱، شماره ۱،
بهار و تابستان ۱۳۸۹،
صفحات ۱ تا ۲۲

از "حق مالکیت" تا "حقوق مالکیت": بررسی تطبیقی سیر تحول مفهوم مالکیت

دکتر حسن بادینی*

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

جواد شیخ سیاه**

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

تاریخ دریافت: ۸۸/۷/۸ - تاریخ پذیرش: ۸۸/۹/۵

چکیده:

در طول تاریخ، مفهوم مالکیت در نظام‌های حقوقی متحول شده و نگرش‌های متفاوتی نسبت به آن ایجاد شده است که می‌توان آن‌ها را در دو دسته نگرش مرسوم و نگرش‌های نوین دسته‌بندی کرد. در این مقاله، این دو نوع نگرش با هدف ارائه مفهومی روشن‌تر از مالکیت مورد مطالعه قرار گرفته است و تلاش شده تا ضمن طرح و مقایسه دیدگاه‌های موجود در حقوق موضوعه، فقه و حقوق تطبیقی، کاستی‌ها و نقاط قوت این دیدگاه‌ها تبیین گردد و در پایان نیز به شیوه‌ای تحلیلی از مطالب نتیجه‌گیری به عمل آمده است و دیدگاهی که به نظر می‌رسد واقع‌گرایانه بوده و از منطقی علمی نیز برخوردار است، به خواننده معرفی گردیده و تقویت شده است.

واژه‌های کلیدی: حق عینی، حق شخصی، مالکیت قانونی، مالکیت اقتصادی، مالکیت به مثابه دسته‌ای از حقوق

hbadini@ut.ac.ir

** javadsheikh@live.com

* نویسنده مسئول - فاکس: ۶۶۴۰۹۵۹۵

مقدمه

حق مالکیت از مسائلی است که از دیرباز مورد توجه مکاتب فلسفی بوده است. ارسطو، جان لاک، هگل، جرمی بنتام و هم چنین سایر اندیشمندان همواره در رابطه با آن سخن گفته‌اند. برخی چون ارسطو مالکیت را وسیله ای جهت برقراری عدالت توزیعی دانسته اند و برخی فایده گرایان چون جرمی بنتام و جان استوارت میل، آن را ابزاری جهت افزایش ثروت، قلمداد نموده‌اند. آزادی گرایان مالکیت خصوصی را هسته آزادی خوانده‌اند (Friedman, 1971, pp 21-23).^۱ و اقتصاددانان کلید توسعه اقتصادی.^۲ در علم حقوق نیز اهمیت نهاد مالکیت غیر قابل انکار است. چه، سایر نهادهای حقوقی منشعب از این نهاد هستند و در مرتبه ای بعد از آن جای گرفته اند: در غالب موارد، حقوق قراردادهای با فرض وجود حق مالکیت پا به عرصه گذاشته است و به بررسی وضعیت حقوقی انتقال حق مالکیت و شرایط آن می‌پردازد؛ حقوق مسئولیت مدنی جایی کارآیی دارد که به حق مالکیت تجاوز شده باشد و حقوق مالکیت فکری نیز جهت حفظ حق مالکیت افراد در حوزه اموال فکری و معنوی ایجاد شده است و به همین ترتیب، سایر نهادهای حقوقی بگونه ای با آن در ارتباطند و به همین جهت است که برخی، به حق، مالکیت را شالوده سایر حقوق خوانده اند.^۳

ناگفته پیداست که علی رغم اهمیت حق مالکیت، هیچ‌گاه حقوقدانان مفهومی روشن از آن ارائه نداده‌اند. از این رو، در این نوشتار تلاش بر آن است تا با مطالعه نگرش‌های موجود نسبت به مفهوم مالکیت از نظر فقها، نظامهای حقوقی و هم چنین اقتصاددانان، مفهومی واضح تر از این نهاد ارائه گردد. بدین منظور، ابتدا نگرش مرسوم که نسبت به مالکیت وجود دارد مطرح شده و مورد بررسی قرار گرفته است. در این بررسی حقوق فرانسه و نگرش فقها به مالکیت و هم چنین نگرش سنتی حقوق کامن لا مرکز مطالعه است. بخش دوم این مبحث، به تحول نگرش مرسوم به مالکیت از حقی عینی به یک حق شخصی اختصاص یافته است. در این بخش عمده مباحث پیرامون تحولی است که در نظام کامن لا نسبت به مفهوم مالکیت به وقوع پیوسته است. از آنجا که نظام حقوقی فرانسه نیز از این نگرش جدید بی نصیب نمانده و برخی اساتید این نظریه را در پاره ای از نوشته‌هایشان مطرح کرده‌اند، در این بخش، نظرات

۱. فردمن (Friedman) بر این باور است که مالکیت خصوصی، در شکل آزادی اقتصادی، برای آزادی فردی و اقتصادی امری ضروری و اجتناب ناپذیر است. کوتر و آلن نیز مالکیت را در معنای حقوقی به مجموعه ای از حقوق تعریف نموده و در ادامه، حق انتخاب و آزادی عمل مالک نسبت به منابع را که از این مجموعه حقوق نشأت گرفته است به آزادی (Liberty) تعبیر می‌کنند.

۲ Gerard P.O'Driscoll Jr. and Lee Hoskins, 2003, No. 482

در این مقاله تحلیلی، تاریخی، نویسندگان با ارائه مستنداتی به بررسی نقش کلیدی حق مالکیت خصوصی و حمایت از آن و تأثیر قابل توجه این نهاد در توسعه و یا عدم توسعه اقتصادی نظامهای اقتصادی پرداخته‌اند.

۳ Carol M, Rose, **Property as the keystone right?** Notre Dame Law Review, Vol. 71, No. 3, 1996

نویسنده در این مقاله با ارائه هفت پاسخ تحلیلی کوشیده است به پرسش طرح شده در عنوان مقاله پاسخ مثبت داده و مرکزیت حق مالکیت را در میان سایر حقوق به اثبات رساند.

فرانسویان نیز ارائه شده است. با توجه به جایگاه کلیدی مالکیت در علم اقتصاد و تحلیل های اقتصادی، به عنوان یکی از نگرش های نوین به مالکیت، این نگرش ذیل مبحث دوم بررسی شده است. سرانجام، در آخرین بخش این مقاله، دیدگاه نوینی که امروزه نسبت به مفهوم مالکیت در نظام کامن لا وجود دارد- و در تلاش است میان نگرش شخصی به مالکیت و نگرش اقتصادی بدان جمع کند- ارائه شده است.

مبحث نخست: نگرش مرسوم به مالکیت و تحول آن

بند نخست: نگرش مرسوم به مالکیت: نگرش عینی

الف- نگرش حقوق موضوعه و فقها

مقصود از نگرش مرسوم، نگرش عینی به حق مالکیت است که در برابر نگرش شخصی قرار گرفته است. مطابق این نگرش، مالکیت رابطه ای خاص میان شخص و یک شیء مادی است و حق محروم نمودن سایرین (The Right to Exclude) از آن شیء خاص از آثار این رابطه به شمار می رود (Merrill and Smith, 2001 A, p 360). تعبیر مالکیت به رابطه میان شخص و شیء به صراحت در قوانین موضوعه وجود دارد: باب دوم قانون مدنی به صراحت مالکیت را از جمله حقوقی دانسته است که برای افراد نسبت به اشیاء حاصل می شود. بدینسان، مطابق ماده ۲۹ قانون مدنی مالکیت به «علقه ای میان فرد و مال» تعریف شده است.^۱ این نگرش، در ادبیات حقوق دانان نیز رسوخ کرده است؛ بگونه ای که برخی شارحین حقوق مدنی، مالکیت را در معنایی موسع اختیار قانونی شخص بر اشیا یا اموال یا اشخاص دیگر دانسته اند و در معنایی مضیق به رابطه میان مالک و مملوک تعریف نموده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ص ۶۸۴) برخی دیگر از اساتید نیز که در رابطه با مالکیت تحقیق کرده اند بر همین راه رفته اند و مالکیت را کامل ترین نوع حقی عینی خوانده اند و حق عینی را نیز حقی دانسته اند که شخص بطور مستقیم و بی واسطه، نسبت به شیء پیدا می کند و می تواند از آن استفاده کند. پس در این مقام، دو مؤلفه را از اجزاء مالکیت دانسته اند: ۱- شخصی که صاحب حق است (اعم از شخص طبیعی یا حقوقی) و ۲- چیزی که موضوع حق قرار می گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۴).

اگرچه این نگرش، هیچ گاه به صراحت توسط فقیهان امامیه مطرح نشده و بحثی منسجم نیز در این باره صورت نگرفته است، اما آنان همواره در نوشته هایشان این مفهوم از مالکیت را مد نظر داشته اند. در تعاریفی که از مفهوم بیع به عمل آمده است به خوبی می توان اندیشه ای را که هر یک از فقیهان درباره مفهوم مالکیت داشته اند ملاحظه کرد. متقدمین چون شیخ طوسی و ابن ادریس و علامه در تعریف بیع همواره بر نقش کلیدی مبیع تأکید کرده اند و بیع را با توجه به

۱. ماده ۲۹ قانون مدنی: «ممکن است اشخاص نسبت به اموال علاقه های ذیل را دارا باشند: ۱- مالکیت (اعم از عین یا منفعت)؛ ۲- حق انتفاع؛ ۳- حق ارتفاق به ملک غیر»

عینی که موضوع عقد قرار گرفته است تعریف نموده اند.^۱ نراقی نیز در عوائد الایام بر همین راه رفته است و بیع را به اثبات مالکیت مشتری بر شیء خارجی تعریف نموده است.^۲ اگرچه این تعریفها بعدها اصلاح گردید اما همواره فقیهان نگرش خویش را به مالکیت به عنوان رابطه‌ای میان مالک و شیء در طول قرن‌ها حفظ کرده اند.^۳ در تعریف مشهوری که همواره از بیع به عمل آمده است - مبادله مال بمال - و تفاسیری که از این عبارت شده است^۴ می‌توان به این نتیجه رسید که علی‌رغم گذر زمان، فقیهان مالکیت را رابطه‌ای میان فرد یعنی مالک و یک عین خارجی می‌دانستند و هیچ‌گاه این نگرش دستخوش تغییر و تحول نشده است.

ب- نگرش حقوق فرانسه: نظریه کلاسیک

در نظام حقوق نوشته نیز، نگرش عینی به مالکیت به چشم می‌خورد. مطابق نظریه کلاسیک در حقوق فرانسه، حق به دو قسم عینی و شخصی تقسیم می‌شود. حق عینی حقی است که به شخص یک اختیار مستقیم و بی‌واسطه نسبت به شیء اعطا می‌کند. بدین ترتیب، حق عینی دو مؤلفه دارد: ۱- شخصی که حق نسبت به مال به او تعلق یافته و ۲- مالی که موضوع حق است. اما در آن سوی این تفکیک، حق شخصی قرار دارد که عبارتست از حقی که طلبکار (متعهدله) بوسیله آن پاره‌ای تعهدات را از مدیون (متعهد) مطالبه می‌کند (Carbonnier, 1998, p. 64, 65 et Terre et Simler, 1992, p. 30). بدین ترتیب، حق مالکیت به عنوان کامل‌ترین مظهر حق عینی از دو قطب تشکیل یافته است: یک سوی آن، شخص قرار دارد یعنی مالک و در دیگر سو، یک شیء مادی اعم از منقول یا غیر منقول. این دو مؤلفه از ضروریات تشکیل حق مالکیت دانسته شده است. رابطه

۱. شیخ طوسی در مبسوط در تعریف بیع می‌نویسد: «البيع هو انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ص ۷۶) ابن ادریس در سرائر و هم چنین علامه در قواعد نیز همین تعریف را تکرار کرده‌اند. (ابن ادریس الحلّی، ۱۴۱۰، ص: ۲۴۰ و علامه الحلّی، ۱۴۱۳، ص: ۱۶)

۲. «...وعلى هذا : فلما كان البيع إثبات ملكية شيء للمشتري ، فإن تعلق بالموجود الخارجى حال البيع ، يجب تعيينه خارجا كهذا الشيء المعين...» (محقق نراقی، ۱۳۷۵، ص: ۱۰۳) و به همین ترتیب در بخشی دیگر «...ومن هذا ظهر : أن الأصل فى الأشياء عدم الملكية، وأن كون شيء ملكا و مالا مطلقا أو لأحد أمر مخالف للأصل ، محتاج إلى الدليل المثبت له... فليكن هذا الأصل

نصب عينيك فى كل مقام يحتاج فيه ثبوت حكم على ملكية شيء لأحد ، أو عدمها...» (محقق نراقی، ۱۳۷۵، صص: ۱۱۴ و ۱۱۵)

۳. به عنوان مثال: «...وهو مقتضى الاستصحاب أيضا ، فلا تخرج العين عن ملكية المالك، فله التصرف فيها وأخذها لو أمكن بدون الدعوى والمطالبة والتقصا» (محقق نراقی، ۱۴۱۵، صص: ۲۱۷ و ۲۱۸) در این عبارت به خوبی می‌توان این نگرش را که مبنای استدلال قرار گرفته است ملاحظه کرد. صاحب شرایع و هم چنین صاحب جواهر نیز اگرچه به انتقاد از تعاریف شیخ، حلی و علامه پرداخته‌اند؛ اما تعریف ارائه شده توسط ایشان نیز از همین فکر و نگرش مایه گرفته است. صاحب جواهر با نقل تعریف محقق می‌نویسد: «عقد البيع (هو اللفظ الدال على نقل الملك من مالك إلى آخر بعوض معلوم) وظاهره كاللمعة أن البيع نقل الملك بعوض معلوم، وبه صرح الكركي حيث عرفه بأنه نقل الملك من مالك إلى غيره بصيغة مخصوصة لا انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي...» (شیخ محمد حسن نجفی، ۱۳۶۵، صص ۲۰۳ و ۲۰۴)

۴. شیخ انصاری در توضیح این عبارت می‌نویسد: « و الظاهر اختصاص المعوض بالعين، فلا يعم ابدال المنافع بغيرها، و عليه استقرار اصطلاح الفقهاء فى البيع» (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ص ۷)

میان مالک و شیء مستقیم بوده و در این میان، مؤلفه سومی وجود ندارد.^۱ اما حق شخصی یا دینی (از آن جهت که حاوی دینی بر ذمه سایر افراد است) از سه مؤلفه تشکیل شده است: متعهد، متعهدله و موضوع تعهد (Atias, 1991, pp. 42, 43, 52, 53).

بر مبنای نظریه کلاسیک در حقوق فرانسه میان حق عینی و شخصی علاوه بر تفاوت ماهوی که ذکر شد تفاوت‌های دیگری نیز بر شمرده شده است؛ بدین ترتیب که:

۱- حق عینی چون حق مالکیت، حقی مطلق است. به این معنی که مالک می‌تواند به آن، در برابر هر شخص دیگری استناد کند. سایر افراد نیز ملزمند اجازه دهند مالک حقیش را نسبت به شیء اعمال کند. در واقع، مالک نمی‌تواند در برابر سایر افراد جامعه به حق خویش استناد کند مگر به وجه منفی. توضیح آن که، سایرین می‌بایست به مالکیت فرد احترام بگذارند اما مالک نمی‌تواند با توجه به حقی که دارد، انجام هیچ فعل مثبتی را از سایرین خواستار شود. اما در طرف مقابل، حق شخصی امری نسبی است. حق مزبور فقط علیه مدیون (متعهدله) قابل استناد است.

۲- وجود حق تعقیب برای حق مالکیت تفاوت دیگر این حق با حقوق شخصی است: مالک می‌تواند هر کسی را که مالش در ید اوست تحت تعقیب قرار دهد. در حالی که در حق شخصی، طلبکار هیچ حق خاصی بر دارایی و اموال بدهکار ندارد و دارایی مدیون صرفاً وثیقه عمومی طلب وی به شمار می‌رود.

۳- سومین تفاوت در نظریه کلاسیک وجود حق تقدم برای مالک است. بدین معنی که در صورت تعارض میان مالک و دارنده حق شخصی، از آنجا که مالکیت حقی مطلق است قابل استناد علیه دارنده حق شخصی بوده و مقدم بر آن است. به عنوان مثال، چنانچه شخصی کالای خود را در معامله‌ای که انجام داده است، نزد فروشنده به ودیعه گذارد و قبل از استردادش، فروشنده ورشکسته شود، شرایط جدید در وضعیت مالک بی‌تأثیر خواهد بود؛ بدلیل وجود حق عینی برای مالک نسبت به مال، طلبکاران فروشنده نمی‌توانند مال را توقیف کنند. در حقیقت این مسئله از آثار تعهد منفی است که هر یک از افراد نسبت به مالک دارند (Carbonnier, 1998, p. 67, 68 et Terre & Simler, 1992, pp. 30, 31 et Reboul-Maupin, 2008, pp.99, 100, 101).

ج- نگرش سنتی در کامن‌لا: نگرش عینی

تا اواسط قرن هجدهم، مفهوم عینی مالکیت بخشی از کامن‌لا نیز به شمار می‌رفت. شارحان اولیه کامن‌لا مالکیت را حقی میان فرد و یک شیء مادی می‌دانستند. یکی از این شارحان ویلیام بلکستون است. جلد دوم کتاب بلکستون با عنوان «شرح‌هایی بر حقوق انگلستان» (Commentaries on the Law of England) این گونه آغاز می‌شود: «مقصود از مالکیت آن

۱. استاد دکتر کاتوزیان نیز در تعبیری مشابه مالکیت را رابطه‌ای اعتباری می‌داند که انسان با اشیا دارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۴)

حقوقی است که انسان آن‌ها را نسبت به اشیاء بدست آورده و از شخصیت وی جداست [به عبارت دیگر] آن حق انحصاری و سلطه مطلق و مستبدانه‌ای که فرد مدعی آن بوده و آن را با محروم نمودن سایر اشخاص در کل دنیا نسبت به اشیاء خارجی اعمال می‌کند» (Blackstone, 1897, p.167). این متن اثبات می‌کند که بلکستون بر این باور بوده است که مفهوم عینی مالکیت با محروم نمودن سایر اشخاص نسبت بدان همراه است (Merrill and Smith, 2001 A, p.361). به عبارت دیگر، تعریف بلکستون بطور خلاصه حاوی دو عنصر است: ۱- مفهوم فیزیکی و مادی از مال که نیازمند شیء خارجی است که موضوع مالکیت قرار گیرد و ۲- مفهوم مطلق مالکیت که برای مالک «سلطه انحصاری و مطلقه» نسبت به مال به همراه می‌آورد (Vandevelde, 1980, p.331). رویکرد بلکستون به مالکیت را باید برگرفته از مفهوم رومی مالکیت و وام گرفته از حقوق نوشته دانست؛ آن چنان که خود در مقدمه کتابش در جلد اول نیز بدان اشاره می‌کند.^۱

با توجه به تأثیر عمیق بلکستون بر نظام کامن لا در انگلستان و آمریکا و هم چنین پاره‌ای از آراء صادره در دادگاهها چون رأی صادره در دعوی ویلسون علیه وارد لامبر کمپانی (Wilson v. Ward Lumber Company) و اظهار نظر عجیب قاضی پرونده^۲ می‌توان به این باور رسید که در آن زمان، مالکیت مرادف با مالکیت مطلق بر «اشیاء» بوده و این مفهوم در کامن لا جایگاهی خاص داشته است. از این نیز می‌توان پیش‌تر رفت و قائل بر این شد که تا آن هنگام، هنوز کامن لا با مفهوم شخصی مالکیت آشنا نبوده است و از مالکیت همان رویکرد عینی را مدنظر داشته است.^۳

۱. این برداشت بلکستون از مفهوم مالکیت، در واقع منطبق با عقاید وی در رابطه با مبانی ایجاد حق مالکیت است. بلکستون علت نیاز به نهاد مالکیت را در این می‌داند که رشد جمعیت قواعدی را می‌طلبید که در راستای استفاده و تصرف زمین و منافع آن باشد. وی می‌افزاید نیاز به این نهاد به این دلیل است که با افزایش یافتن جمعیت، زمین، احشام و دامها بطور فزاینده‌ای کمیاب می‌گردند و برای پیش‌گیری از نزاع بر سر تملک اموال و استفاده از محصولات، سود حاصل از منابع و ... قواعد حقوق مالکیت که حاوی حق انحصاری و هم چنین مالکیت پایدار و نه زودگذر باشد ایجاد گردیده است. (Blackstone, 1897, p. 168)

۲. در این اظهار نظر قاضی دادگاه هرگونه رابطه فرد با شیء خارجی را با عنوان مالکیت توصیف می‌کند. اعم از اینکه مال تحت تملک وی بوده و یا آنکه صرفاً نفعی از آن عاید وی گردد. اما آنچه اهمیت دارد و شاهد مثال در این زمینه است ارتباط فرد با شیء خارجی است که به مالکیت تعبیر گشته و نه نوع ارتباط با آن شیء:

"The term 'property' as commonly used, denotes any external object over which the right of property is exercised." Mentioned by Hohfeld, 1925, p. 28

۳. جرمی والدرون (Jeremy Waldron) نیز، در توجیه اخلاقی مالکیت راه بلکستون را پیموده است بگونه‌ای که تنها تفاوت میان این دو نویسنده را می‌توان جایگزین نمودن لفظ منابع (Resource) به جای اشیاء (Things) در تعریف مالکیت دانست. چه، والدرون در این باره می‌نویسد: «در نظام مالکیت خصوصی، قواعد حاکم بر دستیابی و کنترل منابع مادی، حول این نظریه می‌گردد که منابع کاملاً از یکدیگر جدا بوده و در نتیجه، هریک متعلق به فرد خاصی است... اصولاً، ایده تشکیل دهنده نظام مالکیت خصوصی این است که منابع متعلق به برخی افراد است» (Waldron, 1988, p.38) برای والدرون مالکیت خصوصی به معنی «قاعده وضع شده‌ای است که در هر مورد، یک فرد خاص که نامش ضمیمه مالی گردیده است تعیین کننده این مسئله است که چگونه و توسط چه کسی موضوع مالکیت مورد استفاده قرار گیرد» (Waldron, 1988, p. 39).

بدینسان، در رویکرد سنتی کامن لای نیز با تأکید بر عینی بودن حق مالکیت و تعلق آن به شیء، تفاوت مهم میان حقوق عینی و شخصی برشمرده شده است: ۱- تعداد زیاد و بی‌شمار صاحبان تکلیف در برابر دارنده حق عینی ۲- حق عینی تشکیل یافته از انباشت و تراکم حقوق شخصی نیست بلکه از لحاظ ماهوی متفاوت از آن بوده و بر مبنای پیوند افراد با اشیاء ایجاد می‌گردد و نه از ارتباط افراد با یکدیگر (چون حقوق شخصی) ۳- حق عینی از دو جهت بی‌شمار و نامتناهی است: نه تنها هر دارنده حق عینی در برابر شمار زیادی از دارندگان تکلیف قرار می‌گیرد بلکه، هر یک از دارندگان تکلیف، چنین تکلیفی در برابر عده ای بی شمار از دارندگان حق دارند. به عبارت دیگر، هم دارندگان تکلیف در برابر دارنده حق عینی بی شمارند و هم در طرف مقابل، صاحبان حقوق عینی در برابر یک دارنده تکلیف بی شمارند. ۴- آخرین ویژگی که برای حقوق عینی برشمرده شده وجه منفی این حقوق است. در حالی که حق شخصی فرد، می‌تواند حاوی فعل مثبت و یا ترک فعل فرد دیگر (متعهد یا دارنده تکلیف) باشد، حق عینی صرفاً حاوی تکلیف عدم تجاوز به حق عینی برای سایرین است (Merrill and Smith, 2001 B, pp. 783-9)

بند دوم: تحول نگرش مرسوم

الف- تحولات حقوق فرانسه

۱- نظریه عینی سالی (La Theorie Objective de Saleilles)

سالی، حقوقدانان قرن نوزده فرانسه، از نخستین کسانی بود که نظریه کلاسیک تقسیم حق به عینی و شخصی را مورد انتقاد قرار داد. وی معتقد بود می‌توان حقوق شخصی را به حقوق عینی بازگرداند و تمامی اقسام حق را در یک گروه با عنوان حق عینی طبقه‌بندی کرد. وی در این نظریه معیار «ارزش» را معیاری برتر می‌خواند و معتقد است حق یا بدلیل ارزش شی‌ای که موضوع آن است ارزشمند است (حق عینی در نظریه کلاسیک) و یا بدلیل ارزش تعهدی که مبنای آن است (حق شخصی در نظریه کلاسیک). در حق شخصی نیز آنچه واجد اهمیت است شخصیت مدیون نیست؛ بلکه تعهدی است که وی به عهده گرفته است. تفاوتی نیست در اینکه چرا حق ارزشمند است بلکه آنچه اهمیت دارد ارزش یکسان حقوق اعم از عینی و دینی است و این مسئله است که گروه‌بندی یکسان این دو حق را توجیه می‌کند (Reboul-Maupin, 2008, p.102). به عنوان مثال، چنانچه فردی معادل ۱۰ واحد از مدیون طلبکار باشد ارزش حق شخصی وی با حق مالکیتی که بر مالی با همین ارزش دارد یکسان است. لذا این تقسیم‌بندی را باید به کناری نهاد و تمامی حقوق را عینی دانست. این نظریه علی‌رغم ابتکاری که در آن به چشم می‌خورد با حمایت سایر نویسندگان همراه نشد. مهم‌ترین ایرادی که بر نظریه وارد است بی‌ارزش دانستن «شخصیت متعهد» در بطن نظریه است.

مطمئناً، حق شخصی در پاره‌ای موارد به حق عینی نزدیک می‌شود اما نمی‌توان حق شخصی را به حق عینی بازگرداند و از این تقسیم چشم پوشید (Terre et Simler, 1992, p. 32). حق عینی و شخصی دارای ارزش واحد نیستند و حق شخصی وابسته به درستکاری و صداقت مدیون است. هر اندازه که در جدایی تعهدات از شخصیت افراد اغراق شود باز هم نمی‌توان وابستگی تعهد به شخصیت مدیون را انکار نمود: تعهد مدیونی امین و درستکار هیچ‌گاه با تعهد معسری دغل برابری نمی‌کند. وانگهی، حق عینی ارزشی ثابت دارد و کمتر دستخوش تغییرات و احتمالات است در حالی که حق شخصی به تبع شخصیت مدیون چهره‌ای متزلزل به خود می‌گیرد (Reboul-Maupin, 2008, p.102). باید افزود که وابستگی تعهد به شخصیت فرد در صورت عدم انجام تعهد توسط وی و استفاده از ابزارهای اجبار بیشتر متجلی می‌شود (Terre et Simler, 1992, p.32).

۲- نظریه شخصی پلنیول

پلنیول، استاد فرانسوی، در اواخر قرن نوزدهم نظریه ای را مطرح نمود که به «نظریه شخصی پلنیول» (La Theorie Personnaliste de Planiol) شهرت یافت. مطابق این نظریه، حق عینی را می‌توان به حق شخصی بازگرداند. هر حقی از لحاظ تحلیلی رابطه ای میان اشخاص است. حق در رابطه میان فرد و شیء ایجاد نمی‌شود. مالکیت حقی شخصی است که مطابق آن مالک در ارتباط با سایر افراد جامعه متعهدله به شمار می‌آید: سایرین در برابر مالک تعهدی مبنی بر ترک هرگونه استفاده و بهره‌برداری از مال وی را دارند. بدینسان، مالکیت یک تعهد منفی همگانی ایجاد می‌کند که مطابق آن مالک از تعهد منفی سایر افراد جامعه منتفع شده و هیچ‌گونه مزاحمتی نسبت به استفاده‌اش از مال تحت تملکش رخ نخواهد داد. بنابراین، حق عینی و حق شخصی دارای ماهیتی یکسان هستند و تفاوت صرفاً در قلمرو حق است: در حق عینی تمامی افراد جامعه متعهد قرار گرفته اند و در حق شخصی یک فرد معین (Carbonnier, 1998, p.71 et Terre et Simler, 1992, P.32 et Reboul-Maupin, 2008, P.102) این نظریه نیز با وجود ظرافتی که در آن بکار رفته از انتقاد مصون نمانده است. منتقدین در رد این نظریه سه استدلال مهم ارائه کرده‌اند که خلاصه آنها ذکر می‌شود:

- ۱- مقصود از رابطه میان مالک و شیء رابطه حقوقی به معنی عام کلمه است و نه رابطه‌ای که یک سوی آن متعهد قرار گیرد و در طرف دیگر متعهد له تا این ایراد بوجود آید که بر ذمه شیء تکلیفی قرار نمی‌گیرد، پس حقی نیز نسبت بدان ایجاد نخواهد شد. همانگونه که تعهد در حق شخصی موضوع حق قرار می‌گیرد، شیء نیز می‌تواند موضوع حق باشد. در حقیقت هنگامی که از رابطه میان مالک و شیء سخن گفته می‌شود مقصود این رابطه اخیر با شیء به عنوان موضوع حق است و نه متعهد.
- ۲- تصور وجود یک تعهد منفی و همگانی به این معنی است که در دارایی هر فرد نسبت به هر مالکی چنین تعهدی وجود داشته باشد که اشتباه بودن آن امری آشکار است که معتقدین به

شخصی بودن مالکیت برای لحاظ نمودن وصف قابلیت استناد حق مالکیت بدان متوسل شده‌اند (Carbonnier, 1998, p.71 et Terre et Simler, 1992, p. 32).

۳- نظریه شخصی در بکارگیری مفهوم قابلیت استناد که از مؤلفه‌های نظریه کلاسیک به شمار می‌رود دچار آشفتگی و بی‌نظمی است. مقصود از قابل استناد بودن حق مالکیت در برابر تمامی افراد جامعه در نظریه کلاسیک آن است که حق، نسبت به تمامی افراد جامعه وجود دارد و هیچ کس نمی‌تواند حق مزبور را به رسمیت نشناسد و نادیده بگیرد. در مقابل، مقصود از قابل استناد بودن حق شخصی در برابر متعهد این است که صرفاً مدیون ملزم به آن است و حق شخصی نمی‌تواند تعهدی بر ذمه ثالث ایجاد کند و نباید پنداشت که حق شخصی در برابر اشخاص ثالث غیر قابل استناد است. بلکه اشخاص ثالث مکلفند به حق شخصی موجود میان متعهد و متعهد له احترام بگذارند. بدین ترتیب این تفاوت مفهومی در نظریه کلاسیک در رابطه با لغت قابلیت استناد موجب اشکال در پایه‌گذاری نظریه شخصی گردیده است (Carbonnier, 1998, p.71 et Reboul-Maupin, 2008, p.102 et Terre et Simler, 1992, p.32).

نگرش کلاسیک و تفکیک ارائه شده در این نظریه، هر چند برخی صاحب نظران از جمله سالی و پلنیول را قانع نساخت و این دو محقق کوشیدند مبانی نظریه را زیر سوال برند اما هرگز نظریات این دو نویسنده در حقوق فرانسه مقبول واقع نشد و نگرش کلاسیک کماکان نگرش مرسوم در نظام حقوقی فرانسه است. کتب حقوق اموال و مالکیت در این نظام حقوقی همواره با طرح این نظریه آغاز می‌شود و مباحث حقوق مالکیت و فروض آن بر مبنای این تفکیک ارائه می‌گردد.^۱

ب- تحولات در کامن لا

۱- نگرش همز به مالکیت: آغاز تحول

اگرچه نگرش عینی به مالکیت به عنوان نگرش مرسوم، طی سالیان درازی که از پیدایش آن می‌گذرد در حقوق فرانسه امری بدیهی به شمار رفته و مالکیت هم چنان حقی عینی محسوب می‌شود، اما نگرش عینی به مالکیت در کامن لا به تدریج رو به فرسودگی و تکامل نهاد. اولین نشانه‌های تحول در کتاب معروف «کامن لا» (The Common Law) اثر نویسنده شهیر قرن نوزده آمریکا، آلیور وندل همز، (Oliver Wendell Holmes) پیداست. وی مفهوم عینی مالکیت را با این عبارت به خوبی به تصویر می‌کشد: «حقوق رم، متصرف مال را مالک یا در حکم مالک می‌دانست. چه، رویکرد عینی تمرکز بر

۱. برای دیدن این روش در تنظیم مطالب کتب اموال و مالکیت فرانسوی رجوع کنید به کتب ذیل:

1. Carbonnier, Jean (1998), **Droit Civil**, Tome 3, Les biens, 18^e édition refondue, Presses Universitaires de France
2. Terre, Fr et Simler, Ph (1992), **Droit civil, Les biens**, 4^e édition, Dalloz
3. Atias, Christian (1991), **Droit civil, Les Biens**, Paris
4. Reboul-Maupin, Nadege (2008), **Droit des biens**, 2^e édition, Dalloz

اشیاء است و نه اشخاص» (Holmes, 1923, p.209). هُمز معتقد است این تفکر سنتی ساده انگارانه است و کامن‌لا این تفکر را تکمیل نموده و مفهوم عینی مالکیت (به معنی متصرف) را کنار گذارده است. وی می‌نویسد: «حقوق انگلستان همواره درک خوبی داشته است که اجازه دهد "سند" در دفاع از دعوای تصرف مورد استفاده قرار گیرد.» (Holmes, 1923, p. 210) وی بر این باور است که کامن‌لا و بطور مشخص حقوق انگلستان مالکیت را مرادف با تصرف ندانسته و معنایی گستره‌تر را مورد توجه قرار داده است. علت این ادعا نیز این مسئله است که حقوق انگلستان به افراد اجازه داده است بر مبنای "سند" و "مدرک" و نه تصرف فیزیکی اقدام به طرح دعوای ودیعه و یا مالکیت نمایند (Holmes, 1923, pp.210, 211). هُمز معتقد است که بروز مسائل جدید در حقوق اموال، کامن‌لا را بر آن داشته است که از نگرش عینی نسبت به مالکیت دست کشیده و به سوی نگرش شخصی گام بردارد. استدلالات هُمز در این باره منجر به پذیرش این مطلب می‌شود که «فردی که مالکیت را رابطه‌ای میان فرد و شیء می‌پندارد گرفتار سفسطه‌ای کودکانه و چه بسا بدتر از آن شده است».^۱

۲- نظریه هوفلد: مالکیت به مثابه حقی شخصی

استدلالات هُمز اگرچه اولین گام‌ها در جدایی از نگرش عینی به مالکیت و پذیرش نگرش شخصی بدان، در کامن‌لا به شمار می‌رود؛ لیکن، این هوفلد (Wesley Newcomb Hohfeld)^۲ نظریه پرداز مشهور آمریکایی بود که مبنای پذیرش این رویکرد را تقویت کرد و موجب گردید نگرش عینی به مالکیت به فراموشی سپرده شود. وی با طرح این مقدمه که روابط مادی را باید از روابط حقوقی تفکیک نمود، برای اثبات شخصی بودن حق مالکیت از یک استدلال مقدماتی که همگان درباره آن اتفاق نظر دارند استفاده کرده است: «از آنجا که هدف حقوق تنظیم رفتار انسانهاست، تمامی روابط حقوقی، برای اینکه واضح باشند و مفهوم حقیقی خود را القا کنند می‌بایست متوجه افراد باشد».^۳ بنابراین چنانچه حق شخصی را به «حقی علیه شخصی دیگر» تفسیر کنیم، حق عینی چون مالکیت را نبایست حقی علیه سایر افراد، بلکه باید حقی علیه

^۱ «Someone who believes that property is a *right to a thing* is assumed to suffer from a childlike lack of sophistication-or worse...» Merrill and Smith, 2001 A, P. 358

از همین رو است که برخی رویکرد عینی به مالکیت را رویکرد فردی عامی به مسئله و رویکرد شخصی را رویکرد علمی نسبت بدان خوانده اند (Merrill and Smith, 2001 A, p 358).

^۲ وزلی هوفلد، حقوقدان آمریکایی است که در سالهای ۱۸۷۹ تا ۱۹۱۸ می‌زیسته و نظریه مشهور وی در زمینه حق با تألیف کتابی مرجع با عنوان «مفاهیم بنیادی علم حقوق آن چنان که در استدلالات قضایی و سایر تألیفات حقوقی استعمال می‌شوند» (Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays) از شهرت قابل ملاحظه‌ای برخوردار است.

^۳ "...Since the purpose of the law is to regulate the conduct of human beings, all jural relations must, in order to be clear and direct in their meaning, be predicated of such human beings..." (Hohfeld, 1925, p.75)

شیء دانست. حال آن که، حق مالکیت حقی علیه شیء نیست.^۱ مالک ممکن است روابط فیزیکی منتفعانه‌ای با شیء برقرار کند: نظارت فیزیکی بر شیء داشته باشد، از آن استفاده کند، حتی بصورت فیزیکی مانع نظارت یا استفاده سایرین از مال گردد؛ اما، واضح است که این روابط مادی محض، از روابط حقوقی که در یک جامعه منظم برقرار است کاملاً جداست (Hohfeld, 1925, p.75). به همین جهت است که هوفلد معتقد است تعبیر مالکیت به «حق نسبت به شیء» به گونه‌ای که قبلاً وجود داشته است، اندیشه‌ای خام و سفسطه آمیز است و می‌تواند مانعی در درک صحیح و دقیق از مفهوم مالکیت تلقی گردد (Hohfeld, 1925, p.75).

استدلالات هوفلد در این زمینه، از اندیشه‌های جان آستین الهام گرفته است. در تفاوت میان این دو نگرش، آستین تحلیلی دقیق ارائه می‌دهد. وی معتقد است از آنچه که نویسندگان حقوق رم به عنوان اصولی مسلم در نوشته‌هایشان یاد می‌کردند -یعنی اصطلاحات *In rem* و *In personam*- تفسیر صحیحی صورت نگرفته است. اصطلاح *In rem*، به اعتقاد آستین، بیانگر قلمرو و وسعت حق است و نه موضوع آن. به دیگر سخن، این اصطلاح در پی بیان این مطلب است که حق مالکیت قابل اعمال و قابل استفاده نسبت به تمامی افراد جامعه به طور کلی است. حال آن که در دیگر سو، اصطلاح *In personam* از آن جهت مورد استفاده رومیان بوده که حق مورد نظر، نسبت به فرد خاصی قابل اعمال بوده است. بنابراین، نباید اصطلاح *In rem* را به رابطه میان فرد و شیء تعبیر کرد و اصطلاح *In personam* را به رابطه میان اشخاص: در هر دو صورت، حق نسبت به اشخاص اعمال می‌گردد و در این میان، وجه افتراق، دایره شمول و وسعت افرادی است که حق مورد نظر نسبت به آنها قابل اعمال است و این تفاوت است که توجه‌گر این تقسیم است.^۲ بنابراین، حق مالکیت نیز حقی شخصی است، نه عینی (Austin, Lectures on jurisprudence or philosophy of positive law, p.369-70, mentioned by Hohfeld, 1925, p. 81-2). وانگهی، حق در برابر تکلیف قرار می‌گیرد. چگونه می‌توان پذیرفت که حق نسبت

^۱ (Hohfeld, 1925, p. 74) «...A right in rem is not a right "against a thing"»

^۲ رومیان دعاوی را نیز بر این مبنا از یکدیگر تفکیک می‌کردند. برای دعاوی مبتنی بر حق دینی اعم از قراردادی و یا غیر قراردادی از اصطلاح *Actiones in personam* استفاده کرده‌اند و برای دعاوی که بر مبنای حق مالکیت فرد بر مال اقامه می‌گشته از اصطلاح *Actiones in rem* بهره برده‌اند. در تفاوت این دو اصطلاح و موارد اعمال آن، بعضی نویسندگان با آستین مخالفند و معتقدند که این تفکیک بدلیل ماهیت متفاوت دو دعوا بوده است و از آن جهت استعمال شده که در دعاوی مالکیت افراد میان خود و شیء رابطه خاصی را موجود دانسته و بدلیل تجاوز به این رابطه اقامه دعوا علیه خواننده صورت گرفته است. ر. ک. به:

Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, 1953, p 346 and J.A Crook, Andrew Lintott, Elizabeth Rawson, *The Cambridge Ancient History*, Vol. 9 The Last Age of the Roman Republic, 146-43 B.C, Second Edition, 2006, p. 540, 541

اگرچه تفسیر آستین از این دو مفهوم توسط این نویسندگان پذیرفته نشده است و هم چنان اعتقاد بر این است که رومیان مالکیت را رابطه‌ای میان شخص و شیء می‌دانستند؛ لیکن، تفسیر ارائه شده توسط آستین را باید اولین جرقه‌ها و گامها در تحول مفهوم مالکیت از حقی عینی به یک حق شخصی در کامن لا دانست. تفسیر ارائه شده توسط آستین، بستری را فراهم کرد که سایرین از جمله هوفلد، اونوره و مریل و اسمیت و سایر اندیشمندان مبانی نظری نظریاتشان را بر این مفهوم پایه گذاری کنند.

به شیء به وجود آید اما تکلیف بر دوش فردی دیگر؟ (Hohfeld, 1925, p.36) به عبارت دیگر، حق مالکیت تکلیفی مبنی بر عدم مداخله دیگران در ملک مالک را به همراه می آورد. حال اگر مالکیت به عنوان رابطه ای میان فرد و شیء نگریسته شود چگونه می توان تکلیف سایرین را توجیه نمود؟ همین استدلال با عیبت می شود که مالکیت به حقی میان اشخاص در رابطه با اشیاء تعریف شود.^۱ تفاوت دیگر تعریف هوفلد با بلکستون را (علاوه بر اختلاف در زمینه عینی یا شخصی بودن مالکیت) باید در اطلاق حق مالکیت یا نسبی بودن آن جستجو کرد. در حالی که مالکیت از نظر بلکستون امری مطلق و کامل به شمار می رفت؛^۲ هوفلد مالکیت را مجموعه ای از روابط حقوقی به معنای عام می دانست و نه مجموعه ای از یک نوع رابطه خاص. توضیح آن که، هوفلد این نگرش را که در صدد است تمامی روابط حقوقی مالک را با دیگران در یک چارچوب با عنوان حق مالکیت تعریف کند به شدت نکوهش کرده و معتقد است مالک در این شرایط روابط حقوقی مختلفی با سایرین دارد. پاره‌ای حق، برخی امتیاز (Privilege)، بعضی دیگر قدرت (Power) و... بوده^۳ و اطلاق نام حق به تمامی این روابط سهل‌اندیشی و ساده‌انگاری است. تعریفی که هوفلد از مالکیت به عمل آورد به سرعت توسط پاره‌ای نویسندگان از جمله کوربین پذیرفته شد، اما پذیرش کامل این مفهوم در حقوق آمریکا در سال ۱۹۳۶ رخ داد که در

۱. در توجیه شخصی بودن حق مالکیت هوفلد مثالی ذکر کرده است که نقل می گردد. فرض کنید "الف" مالک قطعه زمینی است و شخص "میم" نیز مالک قطعه زمینی دیگر. حال فرض کنید که الف مبلغ ۱۰۰ دلار به ب می پردازد و در قبال آن ب متعهد می شود که هیچ گاه وارد زمین میم نشود. روشن است که حق الف علیه ب در رابطه با زمین میم یک حق شخصی است. زیرا الف چنین حقی نسبت به زمین شخص میم علیه فردی دیگر ندارد و این حق صرفاً علیه شخص ب برای وی ایجاد شده است. در طرف مقابل، حق الف علیه شخص ب نسبت به زمین خودش یک حق عینی است. با این تفاوت که این حق یکی از بی شمار حقوق یکسان و جداگانه ای است که الف به ترتیب علیه شخص ب، ج، د... داراست. همانگونه که پیداست حق الف علیه ب نسبت به زمین خودش و حق وی علیه ب نسبت به زمین میم از نظر ماهوی و ذاتی یکسان است و اختلافشان ذاتی نیست بلکه عرضی است. توضیح آن که تفاوت حق الف علیه ب نسبت به حق وی در رابطه با زمین میم تنها در شمار افرادی است که الف نسبت بدانها دارای چنین حقی است: در حالی که نسبت به زمین میم تنها علیه شخص ب دارای این حق است، نسبت به زمین خودش علیه افرادی بی شمار چنین حقی دارد که شخص ب یکی از این افراد است. (Hohfeld, 1925, P. 75, 76)

۲ «...These are the rights of dominion or property, which a man claims and exercises to the exclusion of all other individuals...» (Blackstone, 1897, p 167)

۳. هوفلد میان ۴ اصطلاح اساسی و پر کاربرد علم حقوق مرزبندی می کند. وی حق (Right)، امتیاز (Privilege)، قدرت (Power) و مصونیت (Immunity) را از یکدیگر تفکیک نموده و هر یک را هنگامی موجود می داند که نقیض آن نیز حاصل باشد. بدینسان، در مقابل حق، تکلیف (Duty) را قرار می دهد و در مقابل امتیاز، بی حقی (No Right) و به همین ترتیب مسئولیت (Liability) را در برابر قدرت و عدم صلاحیت (Disability) را در مقابل مصونیت قرار داده است. وی این اصطلاحات هشتمانه را از مفاهیم اساسی حقوق دانسته و هر یک را با نقیض آن لازم و ملزوم می داند. از همین رو، وی معتقد است حق هنگامی وجود دارد که در برابر آن تکلیفی وجود داشته باشد و به همین ترتیب نفعی که در برابرش بی حقی سایرین قرار گرفته است حق نیست؛ بلکه امتیاز است. در رابطه با توضیح این مفاهیم، اختلاف آنها با یکدیگر و هم چنین روشن شدن نقیض هر یک از این مفاهیم ر. ک. به:

Hohfeld, Wesley N. (1925) "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays", Yale University Press, pp. 35-65

مجموعه آخرین تفسیرهای ارائه شده در رابطه با مالکیت (Restatement of Property) توسط موسسه حقوق آمریکا (American Law Institute) این نگرش مورد توجه و پذیرش قرار گرفت (Vandavelde, 1980, p.361, 362).

مبحث دوم: نگرش های نوین به مالکیت

بند نخست: مالکیت به مثابه حقی اقتصادی

همانگونه که حقوقدانان مالکیت را مفهومی متعلق به علم حقوق می دانند، اقتصاددانان نیز مالکیت را زیربنای اقتصاد و از اصول اولیه این علم تعریف می کنند.^۱ اقتصاددانانی که در زمینه مالکیت تحقیق نموده اند و تلاشهایشان در تطبیق اصول اقتصادی با تعریف مرسوم مالکیت بی نتیجه مانده است در این باره دست به تفکیکی جالب زده اند. یورام بارزل (Yoram Barzel) از این دسته است که در کتاب «تحلیل اقتصادی حقوق مالکیت»، مالکیت را به دو دسته تقسیم نموده است:

۱- مالکیت قانونی

۲- مالکیت اقتصادی

مالکیت در مفهوم نخست، حقی است که توسط دولت به افراد تخصیص یافته و از طریق دولت نیز حمایت می گردد. بدینسان، مالکیت در این مفهوم به توانایی حقوقی بهره برداری از مال گفته می شود. اما مالکیت به معنی اقتصادی، به امکان استفاده و بهره برداری حقیقی و واقعی از مال تعبیر گشته است. بارزل در این تقسیم با آلچیان و چانگ همراه شده است و مالکیت به مفهوم اقتصادی را هدف و مفهوم حقوقی آن را وسیله ای برای نیل به این هدف می داند (Barzel, 1997, p.8).

این تفکیک از ابداعات بارزل نیست؛ بلکه، آلچیان^۲ برای نخستین بار این تفکیک را میان مالکیت قانونی و اقتصادی قائل شد. از نظر آلچیان مالکیت عبارت بود از حق افراد در استفاده از منابع؛ اما نه حق به مفهوم حقوقی آن که توسط قانونگذار به فرد اعطا می شود بلکه حق و حقوقی که افراد در عالم واقع از آن برخوردارند (Alchian, 1965, p.817, mentioned by Allen).

۱. «اصولاً، اقتصاد مطالعه حق مالکیت در رابطه با استفاده از منابع کمیاب است ... تخصیص منابع کمیاب در جامعه عبارتست از واگذاری حق استفاده از منابع ... موضوع علم اقتصاد یا چگونگی تعیین قیمت، این پرسش است که حقوق مالکیت چگونه و تحت چه شرایطی تعریف و مبادله شوند»

(Alchian, Pricing and society, Occasional Paper No. 17, 1967, pp.2-3, mentioned by Furubotn and Pejovich, 1972, p 1139)

۲. آرمن آلچیان (Armen Albert Alchian)، متولد ۱۹۱۴، اقتصاددان آمریکایی و استاد تمام بازنشسته دانشگاه کالیفرنیا است. آلچیان از برجسته ترین نظریه پردازان نظریه قیمت در نیمه دوم قرن اخیر به شمار می رود. وی هم چنین نویسنده مقاله مشهور "نظریه بنگاه" (Theory of the Firm) است و بدلیل تحقیقاتش در رابطه با حقوق مالکیت و هزینه های معامله بنیان گذار اقتصاد نهادگرایی جدید (New Institutional Economics) دانسته شده است.

2000, p. 897). در این مفهوم، هنگامی فرد مالک است که می تواند کالای خویش را با شرایط مورد نظرش بطور مستقیم یا غیرمستقیم از طریق مبادله آن مورد استفاده و بهره‌برداری قرار دهد. از این نگاه، مالکیت در مفهوم حقوقی اش ابزاری است که باعث رشد مالکیت به مفهوم اقتصادی می گردد. اما در عین حال، نباید پنداشت که حیات مالکیت اقتصادی و حقوقی با یکدیگر همبستگی داشته و لازم و ملزوم یکدیگرند: مالکیت اقتصادی بدون مالکیت حقوقی نیز می تواند وجود داشته باشد (Barzel, 1997, p. 8).

آن^۱ نیز همانند بارزل و آلچیان این تفکیک را پذیرفته و بر این باور است که مالکیت اقتصادی - که به توانایی بهره‌برداری آزادانه از کالا یا خدمات تعریف می‌گردد - وابسته به دولت نیست بلکه از عرف و هنجارها سرچشمه می‌گیرد (Allen, 2000, p. 898). وی هم چنین مدعی است که تلاش جهت خروج از تعریف حق مالکیت به مفهوم حقوقی و فراتر رفتن از این حد و سخن گفتن از حق مالکیت اقتصادی در ادبیات جدید حقوق مالکیت متداول است (Allen, 2000, p. 898).

برای روشن شدن مفهوم مالکیت اقتصادی بحث را با مثالی پی می‌گیریم. سارقی را فرض کنید که مالی را به سرقت برده است. بدیهی است که از نظر قانونی وی هیچ حقی بر مال مورد نظر ندارد. اما بارزل معتقد است اگرچه سارق فاقد هرگونه حق قانونی است اما از نظر اقتصادی وی دارای حق مالکیت است. چه، او می تواند از مال مورد نظر استفاده کرده، از آن کسب درآمد کند و حتی مانع بهره‌برداری سایرین از آن کالا گردد. به بیان دیگر، امکان فعالیت اقتصادی بیانگر وجود حق مالکیت اقتصادی است (Barzel, 1997, p. 122). به همین ترتیب، شخصی که با صرف سرمایه و تلاش فراوان موفق به کشف معدنی می‌شود از نظر اقتصادی مالک معدن به شمار می‌رود؛ هرچند قانون این حقش را به رسمیت نشناسد. از این دیدگاه، رابطه حق مالکیت قانونی و حق مالکیت اقتصادی عموم و خصوص من وجه است. اقتصاد حقی را حق مالکیت می‌نامند که برای رسیدن بدان تلاش شده و سرمایه گذاری شده باشد. اما حقوق به تلاش افراد ممکن است واقعی ننهد و کوششی را بی پاسخ گذارد و یا آنکه در جهت عکس، برای فردی که تلاشی ننموده حقی ایجاد کند. بدین ترتیب، از نظر اقتصاددانان فقدان مالکیت قانونی به منزله فقدان مالکیت اقتصادی نیست. زیرا اگرچه فقدان مالکیت قانونی ممکن است از ارزش کالا بکاهد اما هیچ گاه آن را بی‌ارزش نمی‌کند.

آنچه تاکنون از آن سخن رفت درباره تقسیمی بود که برخی نویسندگان نسبت به مفهوم مالکیت ایجاد کرده بودند. اما بعض دیگر این تقسیم را نیز نپذیرفته و مالکیت را بسیار وسیع‌تر پنداشته‌اند. جان آمبک (John Umbeck) از جمله اقتصاددانانی است که در این دسته جای گرفته

۱. داگلاس آلن (Douglas Allen)، دکترای اقتصاد در سال ۱۹۸۸ از دانشگاه واشنگتن اخذ کرده و از شاگردان بارزل است. وی از متخصصین اقتصاد خرد و شاخه حقوق و اقتصاد به شمار می‌رود که مقالات فراوانی در حوزه تخصصی اش به چاپ رسانده و هم اکنون استاد تمام دانشکده اقتصاد دانشگاه سیمون فریزر (Simon Frazer University) کانادا است.

است. وی معتقد است مالکیت می‌تواند در شرایط مختلف بروز کند. «به عنوان مثال، ممکن است شخص نسبت به یک نارگیل حقی پیدا کند صرفاً به این دلیل که وی تنها کسی است که می‌تواند از درخت نارگیل بالا رود. به همین ترتیب، شخص ممکن است حقی نسبت به ماهیها پیدا کند زیرا وی تنها کسی است که از محل استقرار ماهیان در رودخانه آگاه است و همچنین، در یک اتوبوس شلوغ یک خانم آراسته ممکن است صرفاً بدلیل زیبایی‌اش حق نشستن بر صندلی‌ای را بیابد» آمبک در مقام نتیجه‌گیری از بحث خویش، مالکیت را مبتنی بر توانایی افراد یا گروهها در حفظ قدرتمندانه انحصار خویش نسبت به منابع می‌داند و بدو فرض می‌کند که هر فردی نسبت به بخشی از منابع محق است (Umbeck, 1981, p.39). علاوه بر ایراد مهمی که این تعریف از نظر پارهای نویسندگان دارد باید افزود که پذیرش نظر آمبک مبنی بر حق داشتن تمامی افراد نسبت به بخشی از منابع به تنزل مفهوم مالکیت می‌انجامد و آن را تهی از هرگونه معنی می‌کند: تخصیص منابع که از لوازم و ابزارهای ایجاد حق است بیهوده گشته و داستان «تراژدی اشتراک» (The Tragedy of the Commons)^۱ در خاطر زنده می‌شود.^۲

با وجود انتقاداتی که نسبت به تعریف آمبک از سوی برخی اقتصاددانان مطرح شده است؛ هم‌چنان، پاره‌ای نویسندگان بدلیل رویکرد اقتصادی‌شان به مالکیت و همچنین، ضعف مبانی حقوقی تفاسیر متفاوتی از آن ارائه کرده‌اند. این تفاسیر موسع از مالکیت تا بدانجا پیش رفته است که برخی مالکیت را به تمامی نهادهای رسمی، غیر رسمی و مقرراتی که بر دستیابی به زمین و سایر منابع اقتصادی حاکمند و علاوه بر آن ادعاهای افراد نسبت به منابع و منافع

۱. عنوان مقاله مشهوری است که در سال ۱۹۶۸ توسط گرت هردین (Garrett Hardin) استاد بوم‌شناسی دانشگاه کالیفرنیا، در مجله SCIENCE منتشر شد. هردین در این مقاله به وضعیت بغرنجی می‌پردازد که در آن دامداران متعددی که مشترکاً مالک مرتعی هستند مستقل از یکدیگر عمل نموده و هر یک با چراندن دام‌های بیشتر در مرتع به دنبال به حداکثر رساندن سود خویش از زمین مشترک است و در نتیجه، هر یک بر تعداد دام‌های خویش می‌افزاید و از این طریق سود حاصله را دامدار به تنهایی کسب می‌کند اما زیان وارده به مرتع به تمامی دامداران تحمیل شده و تقسیم می‌گردد. نتیجه چنین وضعیتی آن است که هیچ‌یک از دامداران زیان وارده در اثر فعالیت خویش را محاسبه نموده و پس از مدتی منبع اقتصادی مزبور (قطعه زمین) تخریب شده و برای مدتهای مدیدی غیر قابل استفاده می‌گردد. لازم به ذکر است که طرح این مثال هردین، صرفاً جهت ساده نمودن مسئله بود؛ اما آنچه که در کانون توجه نویسنده در مقاله قرار گرفته است، لزوم مدیریت این مشکل با توجه به افزایش نامطلوب جمعیت زمین و استفاده از ابزارهایی چون خصوصی سازی اموال، وضع مالیات و تنظیم قواعد و مقررات کارآمد است. برای توضیح بیشتر در این باره ر. ک. به:

Garrett Hardin, "The Tragedy of the Commons", Science, Vol. 162, No. 3859 (December 13, 1968),

۲. کل و گراسمن، با الهام از نظریات هوفلد به این تعریف آمبک از مالکیت و مبانی آن به شدت تاخته‌اند و بر وی خرده گرفته‌اند که با ارائه این تعریف از مبانی حقوقی و تعاریف مرسوم مالکیت در علم حقوق به شدت فاصله گرفته و منحرف شده است. به اعتقاد ایشان، در تمامی مثالهای آمبک، فرد صرفاً یک امتیاز و توانایی دارد که نمی‌توان عنوان مالکیت بر آن گذارد: قبل از بالا رفتن از درخت فرد بدلیل توانمندی‌اش صرفاً امتیازی دارد که سایرین از آن محرومند و به همین جهت نمی‌تواند مانع بالا رفتن دیگران از درخت گردد و یا در مثال ماهیان، از ماهی‌گیری دیگری جلوگیری کند. در حالی که اگر این مسئله حق مالکیتی را برای وی به همراه داشت اینگونه نبود (Cole and Grossman, 2002, p. 324).

حاصل از آنها نیز گسترش داده اند.^۱ مطابق این تفسیر مالکیت صرفاً از قانون نشأت نگرفته است؛ بلکه، آداب، رسوم، فعالیتهای بازار و عاملین اقتصادی نیز نقشی اساسی در شکل دهی حق مالکیت به عهده دارند (Keith and Ruth, 1998, p.205). ملیتی موسوله (Maliti Musole) نیز در مقاله ای که به تازگی به چاپ رسانده است از این دسته حمایت کرده و مفهوم مالکیت اقتصادی و تفاسیر موسع ارائه شده از مالکیت را امری مفید در تحلیلهای اقتصادی دانسته و برای آن، نقشی قابل توجه در تحلیل های اقتصادی جوامع شهری قائل است (Musole, 2009, p.53).

بند دوم: حق مالکیت به مثابه «دسته ای از حقوق»

در بند قبل ذکر شد که تعریف اقتصاددانان از مالکیت بسیار گسترده تر از حقوقدانان است و شامل حق، توانایی، امکان، عرفها و حتی هنجارهای اجتماعی و اخلاقی نیز می گردد. اما آنچه که برخی اقتصاددانان با حقوقدانان در رابطه با آن اتفاق نظر دارند تعریف مالکیت به «دسته ای از حقوق» (The Bundle of Rights) است. این تعریف از مالکیت در صدد است میان نگرش شخصی به مالکیت و نگرش اقتصادی بدان جمع کند. دیوید فردمن (David D. Friedman) در متن زیر به خوبی این مفهوم از مالکیت را به تصویر کشیده است:

«این ایده که کالایی متعلق به من است [مالک بودن من] چنانچه آن کالا یک اتمومیل باشد مفهومی واضح است. این مسئله هنگامی مبهم می شود که کالا قطعه ای زمین باشد. مالکیت برای من چه حقوقی به همراه دارد؟ مطمئناً، غالباً می توانم در آن زمین به کشاورزی بپردازم و یا ساختمانی بسازم و یا مانع ورود سایرین به زمین شوم اما آیا می توانم هواپیماها را از پرواز بر فراز آن منع کنم؟ این مسئله که این زمین مال من است آیا به این معنی است که من می توانم به ایستگاههای رادیویی اجازه ندهم که فرکانسها را از زمین من بگذرانند؟ و در صورتی که بدون اذن من دست به چنین کاری زده باشند آیا متجاوز به زمینم شناخته خواهند شد؟ آنچه من مالک آن هستم قطعه ای زمین نیست بلکه «دسته ای از حقوق» است. پاره ای از حقوق به همراه این دسته به من منتقل گشته و من مالک آن هستم. حقوقی چون حق قدم زدن روی زمین و یا منع سایرین از ورود به زمین و... اما برخی دیگر، چون جلوگیری سایرین از گذشتن از فضای محاذی زمین و یا حفر تونل در زیر زمین در این دسته جای نداشته و من مالکیتی بر آن ندارم» (Friedman, 2000, p. 112).

تعاریف بعضی اقتصاددانان اگرچه ممکن است در پاره ای موارد به اعتقاد برخی دیگر در تحلیل های اقتصادی مفید جلوه کند (Masule, 2009, p. 53) اما توجیهی مناسب در انحراف از

۱. فوربوتن و پژوویچ نیز تعبیری مشابه از مالکیت دارند. از نظر ایشان، حقوق مالکیت به مجموع روابط اقتصادی و اجتماعی که در رابطه با منابع کمیاب در روابط افراد جامعه با یکدیگر وجود دارد اطلاق می گردد. (Furubotn and Pejovich, 1972, p. 1139)

تعاریف مرسوم در این باره به نظر نمی‌رسد. از همین روست که برخی دیگر ترجیح داده‌اند مالکیت را «دسته‌ای از حقوق» بنامند و هیچ‌گاه از تعاریف همفکران خویش ذکر می‌کنند. نیایورند (Cooter and Ulen, 2003, p. 91). پاره‌ای نیز که این مناقشه را دریافته‌اند از تعریف مالکیت در گذشته‌اند و کوشیده‌اند عناصر تشکیل‌دهنده آن را شماره کنند (Shavell, 2004, p. 9, 10).

نگرش نوین به مالکیت با تعریف مالکیت به «دسته‌ای از حقوق» در تلاش است از افراط اقتصاددانان در تعریف مالکیت و توسعه آن به هرگونه امکان و توانایی فعالیت اقتصادی بکاهد و مفهوم مالکیت را بر مبنای قوی تری استوار کند. این مفهوم از مالکیت اگرچه برای نخستین بار توسط اونوره مطرح شد؛ اما در حقیقت از اندیشه‌های هوفلد مایه گرفته است. در بحثی که با عنوان تحول مفهوم مالکیت در این مقاله ارائه گشت دو تفاوت میان تعریف هوفلد و بلکستون برشمرده شد. تفاوت نخست یعنی شخصی بودن مفهوم مالکیت، از نگاه هوفلد به تفصیل بررسی شد. اما تفاوت دیگر یعنی نسبی بودن مفهوم مالکیت، که به اجمال مورد بررسی قرار گرفت، مبنایی برای آخرین نگرش موجود در نظام کامن‌لا نسبت به حق مالکیت گشت.

هوفلد معتقد بود مالکیت یک حق خاص نیست بلکه، مجموعه‌ای از روابط حقوقی به معنی عام است. روابط حقوقی از نظر هوفلد عبارت بود از حق، امتیاز، قدرت و مصونیت. از نظر وی حق مالکیت ترکیبی از تمامی این موارد بود.^۱ این نگرش در سال ۱۹۶۱ توسط اونوره (A. M. Honore) با چاپ مقاله‌ای با عنوان «مالکیت»^۲ صراحتاً مطرح و وارد ادبیات حقوقی کامن‌لا شد و هم‌چنان سایه سنگین خود را بر نظام کامن‌لا حفظ نموده است. اونوره در این مقاله بنیادین، مالکیت را این‌گونه تعریف می‌کند:

«مالکیت دربردارنده حق تصرف، حق استفاده، حق اداره و مدیریت، حق کسب درآمد از مال، حق سرمایه‌گذاری، حق وثیقه‌گذارن، حقوق یا رویدادهای انتقال‌پذیری مال و دائمی بودن، ممنوعیت استفاده زیانبار و... است».^۳

۱. هوفلد نظریه اش را در قالب مثالی اینگونه تشریح می‌کند. فرض کنید شخص الف مالکیتی مطلق (Fee Simple Owner) بر یک قطعه زمین دارد. رابطه حقوقی وی یا مالکیت وی بر آن شیء خارجی یعنی زمین تشکیل یافته از مجموعه‌ای پیچیده از حقوق (یا ادعاها)، امتیازات، قدرتها و مصونیتها است. در وهله اول، الف حقوق قانونی متعددی دارد که سایرین مکلفند با عدم ورود به زمین، وارد نکردن زیان مادی به زمین و غیره بدان احترام بگذارند. ... دوم آنکه، الف امتیازات حقوقی بی شماری در رابطه ورود به زمین خویش، استفاده از زمین، ایراد ضرر به زمین و غیره دارد... سوم آنکه، الف این قدرت و اختیار را دارد که رابطه حقوقی اش [مالکیتش] را به دیگری انتقال دهد، ... امتیاز ورود به زمینش را برای سایرین ایجاد نماید [حق ارتفاق برای سایرین در زمین ایجاد کند] ... و چهارم آنکه، شخص الف از مصونیت‌های حقوقی بی شماری بهره مند است... بنابراین الف دارای این مصونیت است که هیچ فرد عادی دیگری نتواند رابطه حقوقی وی [مالکیتش] را به شخصی دیگر منتقل کند... (Hohfeld, 1925, p. 96, 97).

^۲ A.M. Honore, *Ownership*, in *Oxford Essays in Jurisprudence*, First Series, Edited by A.G. Guest, 1961

^۳ «... Ownership comprises the right to possess, the right to use, the right to manage, the right to the income of the thing, the right to the capital, the right to security, the rights or incidents of transmissibility

مطابق این نگرش، مالکیت ذاتاً حقی جدا از سایر حقوق نیست: نباید پنداشت که مالکیت حقی مستقل است و سایر حقوق از آثار حق مالکیت؛ بلکه، مالکیت ارزش ذاتی نداشته و تشکیل یافته از مجموعه‌ای حقوق است که هر یک از این حقوق از اجزاء و مؤلفه‌های تشکیل دهنده آن به شمار می‌رود.^۱ مالکیت به مفهوم اخیر، نگرش شخصی را نیز در خود نهفته دارد: این مفهوم مالکیت را به عنوان رابطه ای میان فرد و شیء نمی‌نگرد بلکه سه عنصر را در خود جای داده است: رابطه‌ای اصلی میان حداقل دو شخص و نسبت به عنصر سوم که یک شیء است اعم از مادی یا غیر مادی. این دسته از حقوق تعیین‌کننده این مسئله است که فرد چه کاری می‌تواند انجام دهد و چه کاری نمی‌تواند: محدوده تصرف، میزان استفاده، امکان وصیت نسبت به مال، امکان انتقال مال یا محروم نمودن سایرین و استفاده از مال و... توسط این دسته از حقوق تعیین می‌گردد. بدیهی است که این حقوق لایتغیر و ثابت نیست و از فردی به فرد دیگر ممکن است متفاوت باشد. این نگرش به مالکیت اگرچه - همانگونه که ذکر شد- در ابتدای قرن اخیر در اثر اندیشه‌های هوفلد و با صراحت بیشتر توسط /ونوره وارد قلمرو نظام کامن‌لا شده است اما پیشینه‌اش را باید در حقوق رم جستجو کرد. رومیان نیز با این مفهوم از مالکیت بیگانه نبودند زیرا مالکیت را تشکیل شده از چهار حق مختلف می‌دانستند: ۱- حق استفاده (usus) ۲- حق استثمار و کسب منفعت (usus fructus) ۳- حق تغییر و تبدیل مال (abusu) ۴- حق انتقال تمام یا بخشی از مال به دیگران بر مبنای قیمت توافقی (Furubotn and Pejovich, 1990, pp 27-28)

نظریه‌پردازان حقوق مالکیت همواره بر این نکته تأکید داشته‌اند که ارزش کالاها و خدمات وابسته به ارزش «مجموعه حقوق قانونی» (Bundle of Legal Rights) است که به آن‌ها پیوست شده است (Veljanovski, 2007, p. 60). در مقام مبادله کالاها نیز، در صورت ثابت بودن سایر شرایط، ارزش کالا وابسته به دسته حقوق مالکیتی است که مورد نقل و انتقال قرار می‌گیرد. به عنوان مثال، ارزش یک خانه برای یک فرد نسبتاً بیشتر خواهد بود اگر این دسته از حقوق حاوی حق منع همسایگان از ایجاد ایستگاه مواد سوختی و یا تأسیسات شیمیایی نیز باشد (Furubotn and Pejovich, 1972, p. 1139).

جنبش حقوق و اقتصاد نیز این تعریف از مالکیت را پذیرفته است. یکی از مهم‌ترین پیش فرض‌های قضیه کاوز (Coase Theorem) این است که برای نیل به کارایی بیشتر می‌گبایست حقوق مالکیت به درستی تخصیص یافته باشد. وانگهی، چنانچه مقصود کاوز از مالکیت، مفهوم عینی مالکیت و یا مفهوم اقتصادی آن باشد، تصرف فعلی مال به معنی مالکیت بوده و بنابراین،

and absence of term, the prohibition of harmful use,...» (Honore, ownership, p. 113, mentioned by Penner, 1996, p. 732)

۲. با این تفسیر از مالکیت است که می‌توان اصطلاح متداول "property rights" به معنی «حقوق مالکیت» را در ادبیات حقوقی کامن‌لا توجیه نمود و به همین جهت است که در کامن‌لا سخن از حق مالکیت نیست بلکه همواره حقوق مالکیت محل بحث است.

بحث تخصیص واضح حقوق مالکیت به افراد بلاموضوع خواهد ماند. حال آن که، فرض کاوز تنها در شرایطی معقول است که وی نگرش نوین را مبنای نظریه اش قرار داده باشد. بنابراین، قسمت عمده بحثها در حقوق و اقتصاد مبتنی بر این نگرش نسبت به مالکیت است (Merrill and Smith, 2001 A, p. 375, 383). و به همین جهت، نفوذ نگرش نوین به مالکیت را در تحقیقات دانشگاهی باید تا حد زیادی مرهون نفوذ جنبش حقوق و اقتصاد طی دهه‌های اخیر دانست.

نتیجه

بدهات پاره‌ای امور، اگرچه از اهمیت آن‌ها نمی‌کاهد اما گاه موجبات بی‌توجهی به آن‌ها را فراهم می‌آورد. حقوقدانان، همواره پاره‌ای اصول را مسلم فرض می‌کنند و آن‌گاه به استدلال می‌پردازند اما ذهن‌های تیزبین در این اصول مسلم تشکیک می‌کنند تا به قواعدی دقیق‌تر دست یابند. حق مالکیت از جمله این امور مسلم در زندگی حقوقدانان است که هیچ‌گاه ماهیت آن مورد پرسش قرار نگرفته است. از سوی دیگر، قواعد حقوق اموری انتزاعی نیز نیستند که علم حقوق برای تنظیم امور داخلی خود به وضع آن‌ها پرداخته باشد: کارخانه‌ای تأسیس می‌شود، کارگری در آن مشغول به کار می‌شود و در پی آن، حقوق کارگر و کارفرما و مقررات حاکم بر آن وضع می‌گردد؛ پزشک چاقوی جراحی بدست می‌گیرد و به درمان بیماران می‌شتابد و در پی این وضعیت است که حقوق پزشکی پا به عرصه علم حقوق می‌گذارد. حقوق برای تعریف پزشک به علم پزشکی و عرف حاکم بر آن رجوع می‌کند و برای ارائه تعریفی از معمار و وکیل و... به قواعد و عرفهای موجود در این مشاغل تا بوده چنین بوده است. حقوق ابزاری است جهت تنظیم روابط موجود در جامعه.

بعضی چنین می‌پندارند که مالکیت امری است ذاتاً حقوقی که علم حقوق باید تعریفی از آن بدست دهد و آن‌گاه قواعد سایر علوم بر این تعریف استوار شود. اما این اندیشه خام را باید از ذهن زدود. مالکیت اگرچه در علم حقوق امری مسلم فرض شده است اما بیش از آن که مفهومی حقوقی باشد، مفهومی اقتصادی است و بنیان علم اقتصاد بر این مفهوم پایه ریزی شده است. حال اگر علم حقوق، مالکیت را امری حقوقی فرض کند و به تعریف آن بپردازد و از سویی این تعریف با تعریف اقتصاددانان در تعارض افتد - هم چنان که هم اکنون در کشور ما این‌گونه است - نتیجه اش چیزی جز عدم توسعه اقتصادی نخواهد بود: برای نیل به توسعه اقتصادی، علم اقتصاد اقدام به تعریفی از مالکیت می‌نماید و توسعه اقتصادی را با توجه به تعریفی که خود ارائه داده است تضمین می‌کند. حال اگر حقوق این تعریف را به رسمیت نشناسد، بدیهی است که به توسعه اقتصادی نیز نائل نمی‌شود و به همین جهت است که در کتبی که هر ساله توسط بانک جهانی در توصیف وضعیت توسعه اقتصادی کشورها منتشر می‌شود یکی از

متغیرهای تحت بررسی در عدم توسعه اقتصادی کشورهای توسعه نیافته، متغیر قانونی و فقدان تضمین حقوق مالکیت و تعریفی صحیح از آن، در این کشورهاست.^۱

هدف از طرح این مطالب تأیید کامل نگرش اقتصادی مطرح شده در این مقاله نیست؛ بلکه مقصود آن است که حقوق همان گونه که برای تعریف معمار و پزشک و... به علم مربوطه مراجعه می کند، می بایست تا حد امکان برای ارائه تعریف مالکیت به علم اقتصاد رجوع کند. توسعه اقتصادی در گرو چنین نگرشی است که متأسفانه تاکنون حقوقدانان از آن غفلت کرده‌اند. هدف نگارنده آن نیست که بر نگرش بارزل به مالکیت اقتصادی صحنه گذارده باشد بلکه تعریف اخیر از مالکیت به مفهوم «دسته‌ای از حقوق» را می‌پذیرد و معتقد است این دسته از حقوق باید به کسی تخصیص یابد که برای رسیدن به آن تلاش کرده است: تلاش و سرمایه‌گذاری مشروع افراد را حقوق نباید بی پاسخ گذارد بلکه، باید با تخصیص حقوق مالکیت به افراد تلاشگر موجبات رشد و بالندگی اقتصادی را فراهم آورد و این مهم میسر نمی‌شود مگر با به رسمیت شناختن رویکرد اقتصادی به مالکیت و تجدید نظر در قواعد حقوق مالکیت.

مفهوم اقتصادی مالکیت علاوه بر کمک به درکی صحیح از ساختار حقوق مالکیت، در فهم چگونگی ایجاد حقوق مالکیت در طول تاریخ نیز اهمیتی انکار ناپذیر دارد. با استفاده از این مفهوم می‌توان به این پرسش مهم نیز پاسخ گفت که آیا تخصیص اولیه حقوق مالکیت عادلانه و کارا بوده است و تخصیص اینگونه حقوق مالکیت، در عمل منجر به استفاده بهینه از منابع می‌شود و یا این که به عکس، منابع را هدر می‌دهد؟ وانگهی، از طریق این نگرش می‌توان حق مالکیت را به عناصری بسیط تجزیه کرد و حقوق و امتیازاتی را که حق مالکیت در یک نظام حقوقی مشخص و در یک زمان خاص متضمن آن است استخراج کرد و توجیه نمود و از همه مهم‌تر آن که، نظریه اقتصادی مالکیت می‌تواند نشان دهد که چگونه می‌توان حقوق مالکیت را بگونه‌ای بازتخصیص (Reallocation) داد که منجر به رشد اقتصادی و کارایی شود و پاسخ این پرسش اساسی را که چه ارتباطی میان نظام حقوق مالکیت و توسعه اقتصادی وجود دارد، ارائه دهد.

۱. سلسله کتابهایی که با عنوان «Doing Business» هر ساله توسط بانک جهانی با همکاری انتشارات دانشگاه آکسفورد به چاپ می‌رسد.

منابع و مأخذ

الف - فارسی و عربی:

- ۱- ابن ادریس حلی، (۱۴۱۰ ه. ق) السرائر، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
- ۲- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۴) ترمینولوژی حقوق، چاپ پانزدهم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- ۳- شیخ طوسی، (۱۳۸۷ ه. ق) المبسوط، ج ۲، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية
- ۴- شیخ مرتضی انصاری، (۱۴۱۵ ه. ق) کتاب مکاسب، چاپ اول، قم، المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأنصاري.
- ۵- شیخ محمد حسن نجفی (۱۳۶۵ ه. ش)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران، دارالکتب الإسلامیة.
- ۶- علامه حلی، (۱۴۱۳ ه. ق) قواعد الاحکام، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
- ۷- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸) حقوق مدنی، اموال و مالکیت، چاپ سوم، تهران، نشر دادگستر- نشر میزان.
- ۸- محقق نراقی، (۱۳۷۵) عوائد الأيام، بی جا، مطبعة مكتب الإعلام الإسلامی.
- ۹- محقق نراقی، (۱۴۱۵ ه. ق) مستند الشیعه، ج ۱۷ و ۱۴، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث.

ب - انگلیسی و فرانسه:

1. Allen, Douglas W. (2000) "transaction costs", In Encyclopedia of Law and Economics, published By [Edward Elgar](#) and the [University of Ghent](#), Edited By Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, Available at: <http://www.sfu.ca/~allen/allentransactioncost>. Pdf.
2. Atias, Christian (1991), **Droit civil, Les Biens**, Paris.
3. Barzel, Yoram (1997) "**Economic Analysis of Property Rights**", Second Edition, Cambridge University Press.
4. Berger, Adolf (1953) **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, The American Philosophical Society.
5. Blackstone, Sir William(1897) "**Commentaries on the Law of England**", in One Volume, Edited By WM. Hardcastlejele Browne, West Publishing Co.
6. Carbonnier, jean(1998), **Droit Civil**, Tome 3, Les biens,18^e edition refondue, Presses Universitaires de France.
7. Cole, Daniel H. and Grossman, Peter Z. (2002) "The Meaning of Property Rights: Law versus Economics?" **Land Economics**, Vol. 78, No. 3.
8. Cooter, Robert & Ulen, Thomas (2003) "**Law and Economics**", Third Edition, Addison Wesley Longman, Inc.
9. J. A Crook, Andrew Lintott, Elizabeth Rawson (2006) **The Cambridge Ancient History**, Vol. 9 The Last Age of the Roman Republic, 146-43 B. C, Second Edition.
10. Friedman, David D. (2000) "**Law's Order**", Princeton University Press.
11. Friedman, Milton (1971) **Capitalisme et Liberte**, Traduction Francaise: Ed. Robert Laffont S. A.

12. Furubotn and Pejovich (1972) "Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature", **Journal of Economic Literature**, Vol. 10, No. 4.
13. Hohfeld, Wesley N. (1925) "**Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays**", Yale University Press.
14. Holmes, Oliver Wendell, (1923) "**The Common Law**", Boston, Little Browne and Company.
15. Keith D. Wiebe and Ruth Meinzen-Dick,(1998) "Property rights as policy tools for sustainable development", **land use policy**, Vol. 15, No. 3.
16. Merrill, Thomas W. and Smith, Henry E. (2001 A) "What Happened to Property in Law and Economics?", **The Yale Law Journal**, Vol. 111, No. 2.
17. Merrill, Thomas W. and Smith, Henry E. (2001 B) Property/contract interface, **Columbia Law Review**, Vol. 101, No. 4.
18. Musole, Maliti (2009)"Property rights, transaction costs and institutional change: Conceptual framework and literature review", **Progress in Planning**, Vol. 71.
19. Penner, J. E. (1996) "The "bundle of rights" picture of property", **UCLA Law Review**, Vol. 43.
20. Reboul-Maupin, Nadege (2008), **Droit des biens**, 2 edition, Dalloz.
21. Shavell, Steven (2004) **Foundations of Economic Analysis of Law**, Harvard University Press.
22. Terre, Francois et Simler, Philippe(1992), **Droit civil, Les biens**, 4 edition, Dalloz.
23. Umbeck, John, (1981) "might Makes rights: A theory of the formation and initial distribution of property rights", **Economic Inquiry**, Number 19.
24. Vandavelde, Kenneth J. (1980) "The new property of the nineteenth century: the development of the modern concept of property", **Buffalo Law Review**, Vol. 29.
25. Veljanovski, Cento. J (2007) "**Economic Principles of Law**", Cambridge University Press Waldron, Jeremy (1988) "**The Right to Private Property**", Clarendon Press, Oxford.