

مرز میان بخش عمومی و بخش خصوصی در حقوق ایران با تأکید بر برنامه خصوصی سازی و برون سپاری

najafikhah@gmail.com

محسن نجفی خواه

دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران.

پذیرش: ۱۳۹۶/۰۵/۲۸

دریافت: ۱۳۹۵/۱۰/۱۱

چکیده: تعیین مرز میان بخش خصوصی و عمومی و سازمان‌های عمومی و خصوصی بسیار مهم و اساسی است. تقسیم کار ملی و تعیین قلمرو فعالیت بخش خصوصی و قلمرو حکومت منطق بازار، به تمایز صحیح میان بخش خصوصی و عمومی بستگی دارد. همچنین، این تقسیم بر نگهداری حساب‌های ملی و تعیین استانداردهای حسابرسی بخش عمومی تأثیر اساسی می‌گذارد. علاوه بر این، تفکیک فوق در تعیین مقررات حاکم بر فعالیت‌های اقتصادی اشخاص عمومی، نقش تعیین‌کننده دارد. اجرای صحیح برنامه خصوصی سازی نیز نیازمند تعریفی دقیق از بخش خصوصی است. در این مقاله، تعاریف قانونی بخش خصوصی و عمومی و سازمان‌های این دو بخش مورد بررسی و نقادی قرار گرفته و نشان داده شده است که تسری تعاریف خاص ناظر به امور مالی و محاسباتی، به قانون اجرای اصل چهارم و چهارم قانون اساسی و اتفاق مشابهی که در قانون مدیریت خدمات کشوری افتاده است، موجب پیچیدگی‌های حقوقی غیرضروری و در بعضی موارد انحراف در برنامه‌های خصوصی سازی و برون سپاری شده است. مسأله تقسیم کار ملی و این که چه اموری شایسته آن است که توسط بخش عمومی انجام شود و در چه مواردی دولت و بخش عمومی نباید فعالیت یا مداخله نمایند، موضوع این مقاله نیست.

کلیدواژه‌ها: بخش عمومی، بخش خصوصی، خصوصی سازی، برون سپاری، تمرکززدایی.
طبقه‌بندی JEL: K0, K2, K23

مقدمه

تعریف واحدی از بخش عمومی و بخش خصوصی و سازمان‌های این دو بخش وجود ندارد. چه تعریفی از بخش عمومی و خصوصی مناسب و ملائم برنامه خصوصی‌سازی و برون‌سپاری است؟ بررسی قانون اجرای اصل چهل‌وچهارم قانون اساسی و قانون مدیریت خدمات کشوری که دو قانون اصلی راجع به خصوصی‌سازی و برون‌سپاری در نظام حقوقی ایران محسوب می‌شوند، نشان می‌دهد که قانونگذار نتوانسته است به این پرسش اساسی پاسخ مناسبی بدهد. حتی در قانون اجرای اصل چهل‌وچهارم قانون اساسی با این که قانونگذار درصدد پیاده‌سازی برنامه خصوصی‌سازی بوده، ضرورتی برای ارائه تعریفی مناسب این برنامه احساس نکرده و کفایت تعاریف موجود قانونی در قانون محاسبات عمومی را مسلم دانسته است. در قانون مدیریت خدمات کشوری نیز با آن که قانونگذار در فصل نخست قانون تعاریفی از سازمان‌های بخش عمومی ارائه داده است، احکام مختلف قانون - به شرحی که گفته خواهد شد - نشان می‌دهد که قانونگذار تصور روشنی از مرز میان بخش خصوصی و دولتی (مناسب با برنامه برون‌سپاری) ندارد و ایراداتی مشابه آن چه که در مورد قانون اجرای اصل چهل‌وچهارم قانون اساسی مطرح است، در مورد این قانون نیز قابل طرح است. علاوه بر این، با وجود این که قانون یادشده - لاقلاً در بخش برون‌سپاری - با قانون اجرای اصل چهل‌وچهارم اهداف مشترکی دارد، تعاریف این دو قانون با یکدیگر متفاوت است. قانون اخیر به تعاریف مندرج در قانون محاسبات عمومی ارجاع داده؛ در حالی که قانون مدیریت خدمات کشوری، خود تعاریف متفاوتی را عرضه داشته است.

این پژوهش درصدد بیان تفاوت میان تعاریف ملاک عمل این دو قانون نیست؛ بلکه تلاش می‌کند نشان دهد که چگونه قانونگذار به دلیل نداشتن دریافت روشن و مناسبی از بخش عمومی و خصوصی و سازمان‌های این دو بخش، به انحراف رفته و بر پیچیدگی وضعیت نظام حقوقی موجود افزوده و در عین حال ایجاد انحراف در برنامه‌های برون‌سپاری و خصوصی‌سازی را سبب شده است.

مسئله تقسیم کار ملی و این که دولت در چه اموری نباید فعالیت نماید و یا چه اموری بر عهده دولت است و بخش خصوصی مجاز به ورود به آن نیست، موضوع این پژوهش نیست. به عنوان مثال، مواد ۸ و بعد قانون مدیریت خدمات کشوری با تفکیک میان امور حاکمیتی از امور تصدی، در صد آن است که دولت را از انجام فعالیت‌هایی که در حوزه بخش خصوصی قرار می‌گیرد، منع نماید. با این حال، ممکن است بنگاه‌هایی در دولت وجود داشته باشد که بر خلاف قانون یادشده، فعالیت‌هایی را انجام دهند که اصولاً باید به بخش خصوصی واگذار شود. تردید نیست که چنین بنگاه‌هایی جزو بخش دولتی تلقی می‌شوند؛ هر چند دولت موظف است این بنگاه‌ها را به بخش خصوصی واگذار نماید.

در این پژوهش نشان داده می‌شود که سازمان‌ها و بنگاه‌هایی در بخش عمومی وجود دارد که به دلیل اشتباه در تعریف درست قانونی از بخش عمومی و خصوصی، در نظم حقوقی موجود به غلط آن‌ها را جزو بخش خصوصی محسوب می‌دارند. حتی در اجرای برنامه خصوصی‌سازی، بنگاه‌های دولتی را به بخش عمومی منتقل می‌سازند و نام این کار را خصوصی‌سازی می‌گذارند. این پژوهش نشان می‌دهد که چرا و چگونه این اشتباه در نظام حقوقی ما ایجاد شده و چگونه می‌توان به این وضعیت پایان داد. پیش از ورود به مباحث اصلی این پژوهش، نخستین مسأله‌ای که در زمینه تعریف مفاهیمی چون مفهوم بخش خصوصی لازم است مورد توجه قرار گیرد، سیال بودن این مفاهیم با توجه به ارزش داور‌ها و تلقی‌ات جامعه مورد نظر و نیز اهداف و سیاست‌هایی است که نیل به آن‌ها مستلزم ارائه تعریفی از این مفاهیم است. به عنوان مثال، اگر در صدد تقسیم کار ملی میان بازار و دولت باشیم، بسته به نوع فکر اقتصادی و نظریه اقتصادی حاکم بر اداره کشور، ممکن است تعریف بخش خصوصی در جوامع مختلف متفاوت باشد. تعریف اصل چهل و چهارم قانون اساسی و سیاست‌های کلی ناظر به این اصل از این جنس است. برعکس، اگر در صدد مقایسه وضعیت اقتصادی کشورهای مختلف و طراحی استاندارد برای حسابرسی بخش عمومی باشیم، ناچار باید چارچوب مفهومی واحدی برای این منظور طراحی و نقش و جایگاه بخش عمومی را متناسب با این هدف تبیین نماییم. تعاریف GFS^۱ و SNA^۲ از این سنخ است. همچنین، اگر هدف تعیین حدود اعمال مقررات بخش خصوصی بر فعالیت‌های اقتصادی دستگاه‌های دولتی و عمومی باشد، ممکن است تعاریف متفاوتی ارائه گردد. تعریف مؤسسه عمومی در قانون فهرست مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی و مفهوم مخالف برخی احکام این قانون که بر اساس آن برخی مؤسسات و شرکت‌ها که از نظر مالکیت عمومی محسوب می‌شوند، ولی از نظر قانون یادشده خصوصی تلقی می‌گردند، از این سنخ تعاریف است. تعریف بخش خصوصی برای تعیین قواعد ناظر به تعارض منافع نیز با توجه به هدف این تعاریف اقتضات خاص خود را خواهد داشت. تعریفی که در قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب سال ۱۳۹۰ آمده است و نیز تعریفی که از احکام قانون منع مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی استنباط می‌شود، چنین وضعیتی دارد.

در این پژوهش، ابتدا به رویکردهای مختلف در تعریف بخش خصوصی و بخش عمومی و کاربرد هریک از آن‌ها پرداخته می‌شود و به بررسی این موضوع پرداخته می‌شود که چگونه گاهی در حقوق

1. Government Finance Statistics (GFS)
2. The System of National Accounts (SNA)

کشور ما قانونگذار میان این کاربردها خلط مبحث نموده و این امر برخی از برنامه‌های مهم کشور را تحت تاثیر قرار داده است. این پژوهش درصدد نقد فعالیت اقتصادی دولت یا بخش عمومی و حدود آن نیست؛ بلکه می‌خواهد نشان دهد که چگونه تسری تعاریف مفاهیمی چون بخش خصوصی و بخش عمومی یا مؤسسه عمومی یا مؤسسه خصوصی در برخی قوانین به قوانین دیگری که از حیث هدف و غایت وضع قانون کاملاً متفاوت هستند، موجب پیچیدگی‌های حقوقی لاینحل یا غیرضروری و یا انحراف در برنامه‌های مهم کشور نظیر خصوصی‌سازی و برون‌سپاری و تأمین کالاها و خدمات عمومی از طریق بخش خصوصی می‌گردد.

رویکردهای مختلف در تعریف بخش عمومی و خصوصی و سازمان‌های این دو بخش

ملاک و معیار تمیز سازمان‌های بخش خصوصی از سازمان‌های بخش عمومی چیست؟ کلمه انگلیسی Public (به فرانسه Public La و به آلمانی Das Publikum) دارای ریشه لاتین و به معنای مردم است؛ در مقابل، Private به انگلیسی (Prive به فرانسه و Privat به آلمانی) که از واژه لاتین Privatus گرفته شده است، به معنای بیرون بودن از حوزه دولت است. تعریف بخش عمومی و بخش خصوصی، هم در فلسفه حقوق و هم در فلسفه سیاسی و هم در نظریه‌های مدیریت دولتی و سازمان، اهمیت زیادی یافته است. هرچند پیش از ۱۹۷۰ نیز تحقیقات قابل توجهی در خصوص مقایسه سازمان‌های بخش عمومی و خصوصی انجام شده بود،^۱ لکن در سال‌های بعد مطالعه‌های مهمی صورت گرفته است که به‌جای مقایسه میان این دو، بیش‌تر درصدد تعیین عناصر اصلی سازمان‌های بخش خصوصی و عمومی هستند. یکی از نخستین پژوهش‌های انجام شده، چهار راه را برای توصیف سازمان‌های بخش عمومی و خصوصی پیشنهاد می‌کند: رویکرد فهم مشترک و عمومی، رویکرد تعاریف عملی، رویکرد تفکیکی و رویکرد تحلیلی.

رویکرد فهم مشترک و عمومی با این فرض که مخاطبان به سادگی و بر اساس متفاهم عرفی مفهوم سازمان عمومی و خصوصی را از یکدیگر تمییز می‌دهند، بدون آن‌که تعریفی رسمی از این دو امر ارائه دهد، به توصیف سازمان‌های عمومی و خصوصی می‌پردازد. رویکرد تعاریف عملی، برای توصیف سازمان‌ها به عنوان عمومی یا خصوصی از قواعد سرانگشتی استفاده می‌کند. رویکرد تفکیکی، بر اساس وضعیت سازمان‌های تحت کنترل یک سازمان یا فعالیت‌هایی که یک سازمان درگیر

۱. در این خصوص ر.ک: Dahl & Lindblom, 1954 و Blau & Scott, 1962 و Kilpatrick *et al.*, 1964 و Rhinehart *et al.*, 1969 و Pugh *et al.*, 1969 و Paine *et al.*, 1966

آن‌هاست، نوع سازمان را تعیین می‌کند. بالاخره رویکرد تحلیلی، بر مبنای تعیین مجموعه‌ای از عوامل عمومی یا خصوصی بودن را تبیین می‌کند. (Rainey et al., 1976) رینی و همکاران (۱۹۷۶) تأکید کرده‌اند که هیچ یک از این رویکردها کاملاً کافی نیست و بنابراین، تفاوت‌های میان سازمان‌های خصوصی و عمومی مبهم است؛ با این حال، وقتی گزینه دیگری وجود ندارد، تفکیک نادقیق و مبهم نیز می‌تواند مفید باشد. در پژوهش دیگری که بعد از این مطالعه به عمل آمده است، رینی نتیجه گرفته است که تعیین مرز میان سازمان‌های خصوصی و عمومی می‌تواند بر اساس ساختار درونی این سازمان‌ها صورت گیرد. هرچند این رویکرد نمی‌تواند همه سازمان‌ها را طبقه‌بندی نماید، ولی عمده سازمان‌ها با این روش از جهت عمومی یا خصوصی بودن قابل توصیف خواهند بود. امروزه سه رویکرد عمده برای طبقه‌بندی سازمان‌ها به عمومی و خصوصی مطرح است: رویکرد کل‌نگر، رویکرد هسته‌ای و رویکرد ابعادی.

در این قسمت لازم است این سه رویکرد اصلی و غالب، مورد بررسی قرار گیرد و پس از آن باید بررسی شود که برای نیل به غرض و مقصود این پژوهش، کدام یک از رویکردها بیش‌تر به کار می‌آید.

- رویکرد کل‌نگر

در این رویکرد، تفاوت میان سازمان‌های بخش عمومی و خصوصی و سازمان‌های دورگه (سازمان‌هایی که ویژگی‌های عمده هر دو نوع سازمان بخش خصوصی و دولتی را دارا هستند) کم اهمیت جلوه داده می‌شود و بیش‌تر بر مشابهت‌ها تأکید می‌گردد. یکی از مطالعه‌هایی که بر اساس این رویکرد انجام شده است (Murray, 1975; Lau et al., 1980)، تأکید می‌کند که سازمان‌ها قطع نظر از این‌که خصوصی باشند یا عمومی از نظر کارکردها، فرایندهای سازمانی، ارزش‌های مدیریتی و فرایندهای تصمیم‌گیری مشابه هستند. افزایش تعداد سازمان‌های دورگه، جریان خصوصی‌سازی بسیاری از خدمات عمومی و این‌که امروزه پذیرفته شده است، بسیاری از فعالیت‌ها (مانند بازمهندسی فرایندها، ایجاد دفاتر یا مؤسسات فناوری اطلاعات و مدیریت کیفیت) که به‌طور ماهیتی خدمت عمومی نیستند، به وسیله سازمان‌های بخش عمومی انجام پذیرند، شواهدی هستند که در این رویکرد برای اثبات ادعای از میان رفتن مرز میان بخش عمومی و خصوصی، استفاده می‌شوند. همچنین، پدیده‌ای که امروز در کشورهای مختلف وجود دارد و با نام «پدیده درهای گردان» نامیده می‌شود، به عنوان شاهد مدعا مورد استناد قرار گرفته است. همانند درهای گردان که همواره میان داخل ساختمان و بیرون آن درگردشند، مدیرانی وجود دارند که بین بخش دولتی و خصوصی در گردشند و نقش آفرینی می‌کنند (Scott & Falcone, 1998). به نظر طرفداران این رویکرد، این پدیده نیز نشان

می‌دهد که تأکید زیاد بر مرزبندی میان بخش عمومی و خصوصی اهمیت سابق خود را از دست داده است.

بر اساس رویکرد جامع و کلی نگر، تأکید زیاد بر تفکیک سازمان‌های عمومی و خصوصی موجب به هم ریختگی نظام حقوقی و برخورد متفاوت با موضوع‌های مشابه است. به عنوان مثال، سازمان‌هایی که هم نوع دولتی و هم نوع خصوصی آن‌ها وجود دارد، اصولاً باید تابع قوانین و مقررات مشابهی باشند؛ در حالی که اصرار بر تفکیک سازمان‌های بخش عمومی از خصوصی، موجب تفاوت غیراصولی یا فاقد مبنای درست در مقررات حاکم بر آن‌ها می‌گردد.

نمونه‌های متعددی از برخورد متفاوت با موضوع‌های مشابه که در رویکرد جامع و کلی نگر نسبت به آن هشدار داده شده است، در نظام حقوقی کنونی ایران وجود دارد؛ به عنوان نمونه، در حال حاضر با توجه به سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی، هم بانک خصوصی و هم بانک دولتی وجود دارد. بسیاری از بانک‌هایی که امروز خصوصی هستند، در گذشته نه چندان دور دولتی بوده‌اند. علاوه بر بانک مرکزی که نهاد تنظیم‌کننده بازار پولی کشور است، دیوان محاسبات کشور نیز بر بانک‌های دولتی نظیر بانک ملی به دلیل دولتی بودن آن‌ها نظارت دارد؛ ولی بانک‌های خصوصی طبعاً مشمول نظارت دیوان محاسبات نیستند. تصمیم‌ها و مقررات مصوب ارکان بانک‌های دولتی، قابل شکایت در دیوان عدالت اداری است؛ در حالی که در مورد بانک‌های خصوصی، دیوان عدالت صلاحیت رسیدگی ندارد. کارکنان بانک‌های دولتی تابع قانون مدیریت خدمات کشوری هستند؛ در حالی که کارکنان بانک‌های خصوصی تحت شمول قانون کار قرار می‌گیرند. تخلفات کارکنان بانک‌های دولتی تابع قانون تخلفات اداری کارکنان دولت است و مراجع خاص پیش‌بینی شده در قانون یادشده، صلاحیت رسیدگی به این تخلفات را دارند؛ در حالی که کارکنان بانک‌های خصوصی تابع آیین‌نامه‌های انضباطی کارگاه موضوع ماده ۲۷ قانون کار مصوب ۱۳۶۹ و تبصره ۲ اصلاحی آن (مصوب ۱۳۹۰) هستند. از نظر کیفری، اقدامات مجرمانه‌ای که در بانک دولتی با نام اختلاس یا ارتشاء قابل کیفر است، در بانک‌های خصوصی با نام خیانت در امانت یا تحصیل مال نامشروع قابل مجازات است.

از سوی دیگر، اتخاذ رویکرد جامع و کل‌نگر در برخی قوانین نظارتی موجب شده است که اشکال‌های از نوع آن‌چه که در مورد بانک‌های دولتی گفته شد، ایجاد نشود. به عنوان مثال، می‌توان به قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۸ / ۰۵ / ۳۱ اشاره نمود که در بندهای (د) و (هـ) ماده ۱ آن مؤسسات عمومی و خصوصی به نحو زیر تعریف شده است:

«د. مؤسسات عمومی: سازمان‌ها و نهادهای وابسته به حکومت به معنای عام کلمه، شامل تمام

ارکان و اجزاء آن که در مجموعه قوانین جمهوری اسلامی ایران آمده است.

هـ. مؤسسات خصوصی: از نظر این قانون، مؤسسه خصوصی شامل هر مؤسسه انتفاعی و غیرانتفاعی به استثناء مؤسسات عمومی است.»

همچنین، در ماده ۱۸ قانون یادشده، مؤسسه‌های خصوصی که خدمات عمومی ارائه می‌دهند، هم‌زمان با مؤسسه‌های عمومی و در ردیف آن‌ها مورد توجه قرار گرفته است. اشکال اساسی این رویکرد این است که اصولاً نمی‌تواند تفاوت‌های بخش خصوصی و عمومی و سازمان‌های این دو بخش را توضیح دهد. به عبارت دیگر، این رویکرد با طرح مشکلی که در مورد توضیح وضعیت حقوقی سازمان‌های دورگه وجود دارد، به جای حل مسأله و ارائه راه‌حلی برای این موضوع که بتواند وضعیت حقوقی این سازمان‌ها را توضیح دهد، اصل مسأله را پاک کرده و از اساس منکر اهمیت و ضرورت تفکیک سازمان‌ها به عمومی و خصوصی است.

– رویکرد هسته‌ای

برخلاف رویکرد کل‌نگر که تفاوت‌های میان بخش خصوصی و عمومی را کم‌اهمیت جلوه می‌دهد، در «رویکرد هسته‌ای» که «مدل مالکیت» نیز خوانده می‌شود، تأکید می‌شود که تفاوت‌های مهمی میان سازمان‌های بخش عمومی و خصوصی وجود دارد که با توجه به آن‌ها، سازمان‌ها در یکی از دو بخش عمومی و خصوصی قرار می‌گیرند. در این رویکرد، سازمان‌ها با توجه به وضعیت حقوقی رسمی خود یا عمومی هستند یا خصوصی (Bozeman & Bretschneider, 1994). وضعیت حقوقی رسمی اشاره به ساختار و منابع مالی و مالکیت سازمان دارد. بنابراین، مؤسسه‌ای که مالکیت آن متعلق به بخش خصوصی است و هیچ بودجه‌ای از دولت و سازمان‌های دولتی حتی در قالب قرارداد نمی‌گیرد، مؤسسه خصوصی تلقی می‌شود. در مقابل، سازمان‌های عمومی، سازمان‌هایی هستند که هم متعلق به بخش عمومی هستند و هم از بودجه عمومی استفاده می‌کنند.

مدیران خصوصی برای جلب نتایج اقتصادی و سود بیش‌تر به دنبال آن هستند که منابع سازمانی را کارآمدتر اداره کنند. در مقابل، مدیران بخش عمومی برای تولید خدمات و کالاهای عمومی، وابستگی و تعلق خاطری به شاخص‌های بازار ندارند؛ زیرا بودجه و نیروی انسانی آن‌ها را دولت تامین می‌کند. بنابراین، کم‌تر به مدیریت کارآمد منابع حساس هستند. یکی از تفاوت‌های عمده میان سازمان‌های عمومی و خصوصی، محدودیت‌های سیاسی و حقوقی آن‌هاست (Rainey et al., 1976). سازمان‌های عمومی بیش‌تر از سازمان‌های خصوصی از نظر حقوقی تحت نفوذ و کنترل نظام قضایی، از حیث قانونگذاری و بودجه‌ریزی تحت کنترل قوه‌مقننه و از نظر اجرایی تحت نظارت نهادهای نظارتی قوه‌مجریه هستند.

همچنین، از نظر سیاسی، گروه‌های قدرت نفوذ بیشتری در این سازمان‌ها دارند و نظارت و حساسیت عمومی نیز در مورد این سازمان‌ها بیشتر است. تقسیم سازمان‌ها به خصوصی و عمومی بر اساس تفاوت‌های اصلی میان آن‌ها مزایای زیادی دارد: نخست این‌که این رویکرد با تأکید بر چند عامل مشخص ملاک و معیار ساده و سهل‌الوصولی را برای تفکیک سازمان‌های عمومی و خصوصی به‌دست می‌دهد. دوم این‌که در مقام عمل نیز تفاوت‌های مهمی که میان سازمان‌های خصوصی و عمومی از جهات مختلف مانند رضایت شغلی و تعهد سازمانی (Buchanan, 1974) حساسیت و انگیزه جلب پاداش (Raine, 1979)، فورمالیزم و شکل‌گرایی سازمانی (Raine, 1983)، نظارت مدیران قدیمی (Blumenthal, 1983) و حدود تصمیم‌گیری کارکنان (Coursey & Bozeman, 1990) وجود دارد، مؤید این رویکرد است. با این حال، رویکرد هسته‌ای با این اشکال مواجه است که نمی‌تواند وضعیت سازمان‌های دورگه را روشن سازد. به عنوان مثال، سازمان‌های خصوصی عام‌المنفعه که گاهی به عنوان بخش سوم در عرض بخش‌های خصوصی و عمومی از آن‌ها یاد می‌شود، همانند سازمان‌های عمومی بیشتر خدمت محور هستند. درعین حال سازمان‌های عمومی وجود دارند که مشابه سازمان‌های خصوصی، بیش‌تر در قالب قرارداد و بر اساس منابع فعالیت می‌کنند و منبع محورند (Nutt & Backoff, 1993). این ضعف عمده رویکرد هسته‌ای، موجب طرح نظریه‌های دیگری شده است که به رویکرد طیفی مشهور هستند.

- رویکرد طیفی

هر چند بسیاری از سازمان‌ها آشکارا در حوزه خصوصی یا عمومی قرار می‌گیرند، اما سازمان‌هایی وجود دارند که در میان این دو حوزه واقع می‌شوند. رویکرد طیفی مدعی است که تفکیک سازمان‌ها به عمومی و خصوصی می‌تواند مبتنی بر این امر باشد که تا چه اندازه و چگونه قدرت‌های سیاسی و اقتصادی خارج از سازمان بر سازمان نفوذ دارند و آن را محدود می‌سازند. بوزمن^۱ (۱۹۸۴) تأکید می‌کند که همه سازمان‌ها، قطع نظر از استقلال حقوقی آن‌ها و گذشته از وضعیت حقوقی رسمی آن‌ها، درجه‌ای از ابعاد عمومیت را دارند. عمومیت از نظر او یعنی درجه و اندازه‌ای که یک سازمان از نیروهای اقتصاد و دولت تأثیر می‌پذیرد. به عنوان مثال، دادگستری بیش‌ترین درجه و سطح عمومیت را دارد؛ در حالی که یک فروشگاه خصوصی که هیچ نوع قرارداد و همکاری با بخش عمومی ندارد، کم‌ترین درجه عمومیت را دارد. سازمان‌های کاملاً خصوصی، سازمان‌هایی هستند که در هیچ سطحی تحت نفوذ نیروهای دولت نیستند و از این‌رو، خالی از جنبه عمومیت هستند. سازمان‌های کاملاً

1. Bozeman

عمومی، سازمان‌هایی هستند که در هیچ سطحی تحت نفوذ نیروهای بازار و اقتصاد نیستند. البته هیچ سازمانی پیدا نمی‌شود که مطلقاً تحت نفوذ دولت، لاقلاً از نظر مقررات مالیاتی و مقررات محیط‌زیست و نظایر آن نباشد (Bozeman & Bretschneider, 1994).

همچنین، کم‌تر سازمانی پیدا می‌شود که کاملاً عمومی باشد؛ زیرا همواره وضعیت بازار ارتباط مستقیمی با بودجه دولت دارد. رویکرد طیفی، ایرادی نمی‌بیند در این‌که درجه عمومیت بعضی سازمان‌های خصوصی از درجه عمومیت برخی سازمان‌های دولتی بیش‌تر باشد. (Bozeman, 1984) بدین ترتیب، رویکرد طیفی با در نظر گرفتن وضعیت سازمان‌های دورگه، از رویکرد هسته‌ای فراتر می‌رود. مطالعه‌های زیادی این رویکرد را تأیید می‌کنند. یکی از مطالعه‌ها که درصدد طبقه‌بندی سازمان‌های دورگه برآمده است، بر اساس درجه عمومیت، سازمان‌ها را به چهار دسته تقسیم می‌کند: سازمان‌های خصوصی سنتی (که کاملاً هم از نظر مالکیت و هم از نظر نوع فعالیت خصوصی هستند)، سازمان‌های عمومی سنتی (که کاملاً از نظر مالکیت و هم از نظر فعالیت عمومی هستند). سازمان‌های دورگه مشارکتی که از نظر مالکیت و فعالیت، به دو یا چند سازمان عمومی و خصوصی تعلق دارند و سازمان‌های دورگه مختلط که بخشی از امکانات و برنامه‌های آن‌ها به سازمان‌های خصوصی و بخشی دیگر به سازمان‌های عمومی تعلق دارد. اما این رویکرد نیز برای توصیف کامل وضعیت سازمان‌های دورگه مفید نیست. این رویکرد فقط می‌تواند وجود سازمان‌های دورگه و مصادیق آن را ثابت کند؛ ولی نمی‌تواند توضیح بیش‌تری راجع این سازمان‌ها و ویژگی‌های آن‌ها بدهد (Bozeman & Bretschneider, 1994).

این رویکرد اشکال رویکرد هسته‌ای را ندارد؛ زیرا می‌تواند وجود سازمان‌های دورگه را به رسمیت بشناسد. در عین حال، ایراد و اشکال اصلی رویکرد جامع را نیز ندارد؛ زیرا برخلاف رویکرد جامع و کل‌نگر، منکر تفاوت و تمایز میان بخش خصوصی و عمومی نیست. بدین ترتیب، سازمان‌هایی که از نظر مالکیت خصوصی محسوب می‌شوند، ولی از نظر نوع خدمات و مسؤولیت‌ها، اهداف دولت را پیگیری می‌کنند - نظیر سازمان‌های حرفه‌ای که برخوردار از امتیازات بخش عمومی هستند، مانند سازمان نظام پزشکی و کانون وکلای دادگستری - در این رویکرد وضعیت قابل توضیحی خواهند داشت. همچنین، شرکت‌هایی که از نظر مالکیت عمومی هستند، ولی از حیث اداره خصوصی هستند، در این روش قابل توضیح و توصیف هستند. نظیر شرکت‌های وابسته به مؤسسه‌ها و نهادهای عمومی غیردولتی که مالکیت آن‌ها متعلق به مؤسسه‌های عمومی است، ولی با توجه به تبصره ۱ ماده واحده قانون فهرست مؤسسه‌ها و نهادهای عمومی غیردولتی مصوب ۱۳۷۳، تابع مقررات بخش خصوصی هستند. این شرکت‌ها به صورت خصوصی ارائه می‌شوند و در عمل کارکرد آن‌ها هیچ

مشابهتی با سازمان‌های عمومی ندارد. خدمت عمومی نیز عرضه نمی‌کند و فقط سهام آن‌ها متعلق به مؤسسه‌های یادشده است و سود سهام آن‌ها نیز عاید این مؤسسه‌ها می‌گردد. مؤسسه‌های دیگری وجود دارند که از نظر مالکیت عمومی محسوب می‌شوند، از نظر نوع خدمات نیز خدمت عمومی یا شبهه عمومی عرضه می‌کنند، ولی نوع اداره آن‌ها خصوصی یا معاف از قوانین و مقررات دولتی است. وضعیت دانشگاه‌ها و مؤسسه‌های آموزش عالی و پژوهشی دولتی و نیز بیمارستان‌های دولتی وابسته به دانشگاه‌های علوم پزشکی و خدمات بهداشتی و درمانی با توجه به بند (ب) ماده ۲۰ قانون برنامه پنجم توسعه و پیش از آن بند (الف) ماده ۴۹ قانون برنامه چهارم توسعه و قانون نحوه انجام امور مالی و معاملاتی دانشگاه‌ها مصوب ۱۳۶۹/۱۰/۱۸ این چنین است.

با آن که رویکرد طیفی می‌تواند سازمان‌های دورگه را شناسایی نماید، این اشکال اساسی را دارد که نمی‌تواند وضعیت حقوقی این سازمان‌ها و حتی سازمان‌های کاملاً عمومی و کاملاً خصوصی را توضیح دهد؛ زیرا صرف پذیرش این که سازمان‌ها در یک طیف قرار می‌گیرند که دو طرف آن سازمان‌های کاملاً عمومی و کاملاً خصوصی هستند و در میانه سازمان‌های دورگه قرار می‌گیرند، کافی نیست و بالاخره باید توضیح داده شود که سازمان‌های یادشده تابع قوانین و مقررات بخش خصوصی هستند یا عمومی. به عنوان مثال، شرکت‌های وابسته به مؤسسه‌های عمومی غیردولتی، وقتی با توجه به تبصره ۱ ماده واحده قانون فهرست مؤسسه‌های عمومی غیردولتی در قالب تجارتي و بر اساس مقررات قانون تجارت در اداره ثبت شرکت‌ها ثبت می‌گردند، در رویکرد هسته‌ای، شرکت خصوصی تلقی می‌شوند و دیگر به مالکیت آن‌ها که عمومی است، توجهی نمی‌شود. اما رویکرد طیفی صرفاً می‌تواند این نکته را تأکید نماید که این شرکت‌ها کاملاً خصوصی و کاملاً عمومی نیستند، ولی این که نظام حقوقی حاکم بر آن‌ها چیست، مسأله‌ای است که این رویکرد توان پاسخ‌گویی به آن را ندارد. به همین دلیل، مطالعات جدیدتر در پی اثبات این مدعاست که هیچ یک از دو رویکرد هسته‌ای و طیفی کفایت لازم را ندارد و این دو رویکرد را باید به عنوان مکمل یکدیگر در نظر گرفت تا رقیب و جایگزین (Bozeman & Bretschneider, S., 1994; Rainey & Bozeman, 2000).

– نقد رویکردهای سه‌گانه و بیان روش منتخب

آن چه که در مورد هر یک از رویکردهای فوق گفته شد، نشان می‌دهد که هیچ یک از سه رویکرد فوق برای ارائه تعریفی جامع و مانع از بخش خصوصی و بخش عمومی و سازمان‌های عمومی و سازمان‌های خصوصی، به نحوی که متناسب با همه اهداف محتمل باشد، کفایت لازم را ندارد. همان‌گونه که گفته شد، رویکرد جامع در تدوین قوانینی چون قانون انتشار و دسترسی آزاد به

اطلاعات مصوب ۱۳۸۸/۰۵/۳۱ و نیز برای بازنگری و هماهنگ‌سازی مقررات ناظر بر سازمان‌هایی نظیر بانک‌ها و شرکت‌های بیمه بازرگانی که هم نوع دولتی و هم نوع خصوصی آن‌ها وجود دارد، بسیار مناسب است؛ ولی ناتوان از شناسایی وضعیت حقوقی متفاوت سازمان‌های بخش خصوصی و عمومی است. رویکرد هسته‌ای با این‌که می‌تواند وضعیت حقوقی متفاوت سازمان‌های دو بخش را توضیح دهد، ناتوان از شناسایی وضعیت خاص سازمان‌های دورگه و نظایر آن است. رویکرد طیفی نیز با آن‌که می‌تواند وضعیت خاص سازمان‌های دورگه را شناسایی نماید، نمی‌تواند وضعیت حقوقی و نظم حقوقی حاکم بر این مؤسسه‌ها را تبیین نماید.

رویکرد تلفیقی هسته‌ای - طیفی، نظر به این‌که متناسب با اهداف قوانین ناظر به تعیین حدود شمول قوانین و مقررات عمومی بر فعالیت‌های اقتصادی کشور نظیر قانون فهرست مؤسسه‌های عمومی غیردولتی مصوب سال ۱۳۷۳ است، نمی‌تواند در مورد قوانینی چون قانون اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی کارایی لازم را داشته باشد. با توجه به قانون فهرست مؤسسه‌ها و نهادهای عمومی غیردولتی، شرکت‌های وابسته به مؤسسه‌های عمومی غیردولتی نظیر شرکت‌های وابسته به سازمان تأمین اجتماعی، تابع حقوق خصوصی محسوب می‌شوند. روشن است که هدف قانونگذار از وضع این قانون، تقسیم کار ملی و تعیین این‌که چه اموری برعهده دولت و چه اموری بر عهده بخش خصوصی به معنای واقعی باید باشد، نیست؛ بلکه هدف، بیان این سیاست است که شرکت‌های یادشده تابع قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های اجرایی نیستند. برعکس اصل چهل‌وچهارم قانون اساسی و سیاست‌های کلی یادشده و قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ به دنبال تقسیم کار ملی و تعیین قلمرو هر یک از این دو بخش است. رویکرد تلفیقی فقط می‌تواند شمول مقررات حقوق خصوصی بر فعالیت شرکت‌های وابسته به مؤسسه‌های عمومی غیردولتی را توضیح دهد. به عبارت دیگر، این رویکرد نمی‌تواند در عین حال ثابت نماید که واگذاری بنگاه‌های اقتصادی دولتی به مؤسسه‌های عمومی غیردولتی، با این‌که خصوصی‌سازی به معنای تبعیت این بنگاه‌ها از مقررات حقوق خصوصی است، ولی در عین حال خصوصی‌سازی به معنای مورد نظر برنامه خصوصی‌سازی و اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی نیست.

بدین ترتیب، به نظر می‌رسد متناسب با اهداف هر یک از قوانین باید تعریف متناسب با آن ارائه گردد.

اساساً تعاریف ناظر به مفاهیمی چون بخش عمومی و بخش خصوصی، همانند تعاریف راجع به «قانون» و «حقوق» از نوع ادعاهای مفهومی هستند. ادعاهای مفهومی قابل تکذیب و تصدیق نیستند؛

بلکه با توجه به هدف از کاربرد آن‌ها قابل ارزیابی و نقد هستند.

موضوع این پژوهش چنان‌که گفته شد، تبیین مرز میان بخش خصوصی و عمومی در برنامه خصوصی‌سازی و برون‌سپاری است. اکنون باید بررسی شود که برای این منظور چه تعریفی از بخش خصوصی و عمومی و سازمان‌های این دو بخش مطلوب و مناسب است. پیش از آن باید وضعیت فعلی قوانین ایران از نظر تبیین مرز میان بخش خصوصی و عمومی بررسی و پس از احراز و تبیین ابهامات و اشکال‌های اصلی، تعاریف پیشنهادی و مبانی آنها مطرح گردد.

مرز بخش خصوصی و عمومی در قوانین کشور

برای اینکه مرز میان بخش خصوصی و عمومی در قوانین کشور مشخص شود، به بررسی قانون محاسبات عمومی، قانون فهرست نه‌ها و مؤسسه‌های عمومی غیردولتی، قانون اساسی (اصل ۴۴)، ابلاغیه سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی و قانون مدیریت خدمات کشوری پرداخته می‌شود.

- قانون محاسبات عمومی و قانون فهرست نه‌ها و مؤسسه‌های عمومی غیردولتی

یکی از قوانینی که در آن می‌توان تعاریفی برای بخش عمومی و دولتی یافت، قانون محاسبات عمومی است. البته باید توجه داشت که مواد ۲ تا ۵ قانون محاسبات عمومی کشور در مقام تعریف قلمرو بخش عمومی نیست؛ بلکه در مقام تعیین انواع سازمان‌های بخش عمومی از نظر نوع و حدود تبعیت آن‌ها از قانون محاسبات عمومی است. ماده ۵ قانون محاسبات عمومی مقرر می‌کند: «مؤسسه‌ها و نهادهای عمومی غیردولتی از نظر این قانون واحدهای سازمانی مشخصی هستند که با اجازه قانون به منظور انجام وظایف و خدماتی که جنبه عمومی دارد، تشکیل شده و یا می‌شود.»

ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور در تعریف مؤسسه‌های عمومی غیردولتی ملاکی شکلی و ماهوی برای تشخیص این مؤسسه‌ها پیش‌بینی کرده است: از نظر شکلی، مؤسسه‌هایی عمومی غیردولتی محسوب می‌گردند که «با اجازه قانون» ایجاد شده باشند و از نظر ماهوی نیز هدف از ایجاد آن‌ها باید انجام وظایف و خدماتی باشد که «جنبه عمومی» دارد؛ ولی از آن‌جا که این تعریف لاقط تعریفی «مانع» نیست، در تبصره ماده یادشده تأکید شده است که فهرست این قبیل مؤسسه‌ها و نهادهای با توجه به قوانین و مقررات مربوط از طرف دولت پیشنهاد و به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسد.

باید توجه داشت که لاقط در مورد مؤسسه‌ها و نهادهای عمومی غیردولتی قانونگذار در ماده

۵ قانون محاسبات عمومی تأکید نموده است که تعریف مندرج در این ماده صرفاً از نظر قانون محاسبات عمومی است. بنابراین، باید توجه داشت که مفهوم تعریف بخش عمومی و خصوصی در قانون محاسبات عمومی از نظر ارتباط با امور مالی و محاسباتی و تعیین حدود اعمال مقررات بخش خصوصی بر فعالیت‌های اقتصادی دستگاه‌های دولتی و عمومی است و نباید از این تعریف در ارتباط با تقسیم کار ملی میان بازار و دولت یا تعیین حدود اعمال مقررات بخش خصوصی بر فعالیت‌های اقتصادی دستگاه‌های دولتی و عمومی استفاده کرد. هر یک از این حوزه‌ها نیازمند تعریفی جداگانه برای بخش عمومی و خصوصی هستند. اما چنان‌که توضیح داده می‌شود، قانونگذار با نادیده گرفتن این موضوع، بر پیچیدگی قوانین در تفکیک میان بخش عمومی و خصوصی افزوده است.

ماده ۵ قانون محاسبات عمومی، هر چند ملاک‌هایی را برای مؤسسه‌های عمومی از نظر این قانون بیان کرده است، اما به دلیل این‌که ابهام را به کلی برطرف نکرده، در تبصره آن مقرر کرده است: «فهرست این قبیل مؤسسه‌ها و نهادها با توجه به قوانین و مقررات مربوط از طرف دولت پیشنهاد و به تصویب مجلس شورای اسلامی خواهد رسید.» قانون فهرست نهادها و مؤسسه‌های عمومی غیردولتی برای تعیین نهادهای عمومی غیردولتی موضوع تبصره ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور به تصویب رسیده است. تعیین این نهادها به‌عنوان بخش عمومی نیز با همان هدف تصویب ماده ۵ قانون محاسبات عمومی یعنی در ارتباط با امور مالی و محاسباتی و تعیین حدود اعمال مقررات بخش خصوصی بر فعالیت‌های اقتصادی دستگاه‌های دولتی و عمومی به تصویب رسیده است و باید در همین راستا نیز به کار رود. بنابراین، در قوانینی که هدف دیگری غیر از امور مالی و محاسباتی برای تفکیک بخش عمومی و خصوصی دارند، به‌عنوان مثال قانون اصل ۴۴ قانون اساسی یا قانون مدیریت خدمات کشوری نباید از این تعریف و مصادیق آن استفاده شود.

بررسی تبصره ۱ ماده واحده قانون فهرست نهادها و مؤسسه‌های عمومی غیردولتی نیز از نظر تفکیک میان بخش خصوصی و عمومی حائز اهمیت است. در این تبصره مقرر شده است: «مؤسسه وابسته از نظر این قانون واحد سازمانی مشخصی است که به صورتی غیر از شرکت و برای مقاصد غیرتجارتی و غیرانتفاعی توسط یک یا چند مؤسسه و نهاد عمومی غیردولتی تأسیس و اداره می‌شود و به نحوی مالکیت آن متعلق به یک یا چند مؤسسه یا نهاد عمومی غیردولتی باشد.» از تأکید تبصره مذکور بر این‌که مؤسسه وابسته به نهادهای عمومی غیردولتی باید به صورت غیرشرکت باشند و برای مقاصد غیرتجاری مورد استفاده قرار گیرند، برخی به این نتیجه رسیده‌اند که اگر مؤسسه وابسته به صورت شرکت باشد و برای مقاصد تجاری و انتفاعی استفاده شود، «خصوصی»

خواهد بود. چنین برداشتی از ماده مذکور منتهی به این شده است که واگذاری شرکت‌ها و مؤسسه‌های دولتی به بخش عمومی اگر در قالب شرکت و با هدف انتفاعی باشد، خصوصی‌سازی انجام گرفته است. اما این برداشت قابل انتقاد است. چنان‌که در بررسی اصل ۴۴ قانون اساسی بررسی خواهد شد، دو ملاک «وظایف» و «مالکیت» برای تعیین بخش عمومی در این اصل مورد تأکید قرار گرفته است. با انطباق ملاک «مالکیت» بر تبصره ۱ ماده واحده قانون محاسبات عمومی، حتی مؤسسه‌هایی که به صورت شرکت و با اهداف تجاری به مؤسسه‌های عمومی غیردولتی واگذار می‌شوند، چون در مالکیت بخش عمومی هستند، هنوز جزو بخش عمومی محسوب می‌شوند و خصوصی‌سازی نشده‌اند. اما با توجه به قانون محاسبات عمومی و قانون فهرست نهادها و مؤسسه‌های عمومی غیردولتی، اداره این مؤسسه‌ها باید به شکل خصوصی انجام شود. بنابراین، چنین مؤسسه‌هایی از نظر مالکیت، عمومی و از نظر اداره خصوصی محسوب می‌شوند. اصطلاح مناسب برای چنین فرایندی «تمرکززدایی» است نه «خصوصی‌سازی».

- اصل چهل و چهارم قانون اساسی

در اصل چهل و چهارم قانون اساسی، قانونگذار از یک‌سو وظایف و از سوی دیگر مالکیت را مبنای تعریف بخش خصوصی اعلام نموده است. بنابراین، یکی از ملاک‌های تشخیص بخش دولتی از بخش خصوصی در اصل ۴۴، «وظایف و کارکرد» است که در صدر اصل مذکور نام برده شده است. ملاک دوم تمایز، «مالکیت عمومی» است. در اصل ۴۴ قانون اساسی آمده است: «... بخش دولتی... به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت است...» بنابراین، از نظر اصل ۴۴ قانون اساسی، ملاک تعریف بخش دولتی «مالکیت عمومی» و نه مالکیت دولتی است. بدین ترتیب، از نگاه اصل یادشده به‌عنوان مثال بانکداری، یکی از «وظایف و کارکردهای» بخش دولتی است و سازمان‌های ارائه‌دهنده این وظیفه، به صورت «مالکیت عمومی» و در اختیار دولت است.

حدود مالکیت دولت و بخش دولتی در اصل ۴۴ قانون اساسی باید با توجه به قیودی که در ذیل این اصل آمده است و در ادامه بررسی می‌شود، تعیین گردد:

۱. به موجب ذیل اصل ۴۴ قانون اساسی، مالکیت در هر یک از سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی باید با اصول دیگر فصل چهارم قانون اساسی سازگار باشد.
۲. یکی از اصول فصل چهارم قانون اساسی، اصل چهل و سوم است که در بند ۲ آن بر «تأمین شرایط و امکانات کار برای همه به‌منظور رسیدن به اشتغال کامل و قرار دادن وسائل کار در اختیار همه کسانی که قادر به‌کارند ولی وسائل کار ندارند، در شکل تعاونی، از راه وام بدون بهره یا هر راه

مشروع دیگر که نه به تمرکز و تداول ثروت در دست افراد و گروه‌های خاص منتهی شود و نه دولت را به صورت یک کارفرمای بزرگ مطلق درآورد...» تأکید شده است. بنابراین، هر برداشتی از اصل چهل‌وچهارم قانون اساسی که دولت را تبدیل به یک کارفرمای بزرگ مطلق درآورد، مغایر ذیل اصل ۴۴ و مراد مقنن خواهد بود.

۳. تعریفی از بخش خصوصی که آن را شامل انفال و ثروت‌های عمومی موضوع اصل چهل‌وپنجم قانون اساسی قرار دهد نیز با همین استدلال مردود خواهد بود.

۴. علاوه بر این، مطابق ذیل اصل ۴۴ مالکیت در سه بخش دولتی و خصوصی و تعاونی باید از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور نیز باشد. بدین ترتیب، چنان‌چه ادامه مالکیت دولت در بخشی از موارد مندرج در صدر اصل ۴۴ مانع توسعه و رشد اقتصادی کشور باشد، مطابق ذیل اصل مذکور در مورد ادامه چنین مالکیتی باید تجدیدنظر صورت پذیرد. به همین دلیل است که قانونگذار تأکید نموده است: «تفصیل ضوابط و قلمرو و شرایط هر سه بخش را قانون معین می‌کند.»

به‌هر حال، آن‌چه که از اصل چهل‌وچهارم قانون اساسی از نظر معیار و ملاک تفکیک بخش عمومی و خصوصی می‌توان استفاده نمود، استفاده هم‌زمان از دو ملاک وظیفه‌ای و مالکیتی است. بدین ترتیب، به عنوان مثال در مورد بانکداری، بانکی که با توجه به سیاست‌های کلی اصل یادشده و قوانین ذیربط که سرمایه‌گذاری بخش خصوصی در حوزه بانکداری را در حدود مقرر در سیاست‌ها مجاز اعلام داشته است، توسط بخش خصوصی ایجاد شده یا به بخش خصوصی واگذار شده باشد، به دلیل آن که «مالکیت عمومی» ندارد، بانک خصوصی خواهد بود؛ ولی بانکی که توسط بخش عمومی غیردولتی ایجاد شده باشد یا به بخش عمومی غیردولتی واگذار شده باشد، به دلیل مالکیت بخش عمومی بر آن، جزو بخش خصوصی نیست؛ هرچند که به موجب قوانین، چنین بانکی از قوانین و مقررات بخش خصوصی تبعیت نماید. به عبارت دیگر، از نظرگاه اصل چهل‌وچهارم قانون اساسی، بانک‌هایی که مالکیت آن‌ها عمومی است، از نظر برنامه خصوصی‌سازی و تقسیم کار ملی، جزو بخش عمومی و از نظر قوانین و مقررات حاکم بر آن‌ها، تابع قوانین بخش خصوصی هستند.

با توجه به آن‌چه که در مورد حدود مالکیت در سه بخش دولتی و خصوصی و تعاونی توضیح داده شد، واگذاری بنگاه‌ها به بخش عمومی غیردولتی مغایرتی با اصل چهل‌وچهارم قانون اساسی ندارد؛ ولی خصوصی‌سازی تلقی نمودن این واگذاری‌ها ابهام‌آفرین و محل اشکال است؛ زیرا این بنگاه‌ها هرچند به بخش عمومی غیردولتی واگذار می‌شوند، لکن از نظر اصل ۴۴ قانون اساسی که

ملاک تعریف بخش دولتی را «مالکیت عمومی» و نه مالکیت دولتی قرار داده است، پس از واگذاری هر یک از این بنگاه‌ها، بنگاهی عمومی است که از مقررات بخش خصوصی تبعیت می‌کند. برای جمع میان اصل چهارم و قانون اساسی و سیاست‌های یادشده باید گفت بانک‌ها و شرکت‌های متعلق به مؤسسه‌های عمومی غیردولتی، هرچند از نظر مالکیت عمومی محسوب می‌شوند از نظر اداره در حکم شرکت‌های خصوصی هستند.

- ابلاغیه سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی

از اصل چهارم و چهارم قانون اساسی استنباط می‌شود که، دو ملاک وظایف و مالکیت را می‌توان ملاک تعریف بخش خصوصی قرار داد. اما در نگاه نخست، به نظر می‌رسد که از این ملاک در بند (ج) سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عدول شده است؛ در بند (ج) سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران «واگذاری ۸۰٪ از سهام بنگاه‌های دولتی مشمول صدر اصل ۴۴ به بخش‌های خصوصی، شرکت‌های تعاونی سهامی عام و بنگاه‌های عمومی غیردولتی» به شرح مندرج در بند یادشده مجاز اعلام شده است. به عبارت دیگر، نهادها و مؤسسه‌های عمومی غیردولتی در ردیف بخش خصوصی و تعاونی ذکر شده و واگذاری به آن‌ها خصوصی‌سازی تلقی شده است. در حالی که در مواردی که بنگاه‌ها به بخش خصوصی و تعاونی واگذار می‌شوند، خصوصی‌سازی به عنوان سیاستی برای کوچک‌سازی بخش دولتی و توسعه بخش خصوصی اتفاق می‌افتد، ولی در مواردی که بنگاه‌ها به مؤسسه‌ها و نهاد‌های عمومی غیردولتی واگذار می‌گردد، خصوصی‌سازی به معنای مقررات‌زدایی از فعالیت‌های اقتصادی بخش عمومی محقق می‌شود. هرچند در این موارد نیز مالکیت دولت به مالکیت بخش عمومی غیردولتی تغییر می‌یابد، ولی در هر حال مالکیت به بخش خصوصی و تعاونی موضوع اصل ۴۴ واگذار نشده و هنوز مالکیت عمومی بر این بنگاه‌ها مترتب خواهد بود.

- قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهارم و چهارم قانون اساسی

در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهارم و چهارم قانون اساسی نیز به پیروی از متن سیاست‌های کلی، بخش عمومی غیردولتی هم‌ردیف با بخش خصوصی و تعاونی قلمداد شده است. بنابراین، همان نکات و ابهام‌ها در مورد این قانون نیز وجود دارد. ولی ایرادهای قانون مذکور به موارد یادشده محدود نمی‌شود. هر چند قانونگذار در ماده ۶ اصلاحی قانون، در مقام تعیین حدود فعالیت‌های اقتصادی بخش عمومی غیردولتی برآمده و به نسبت ماده ۶ قبلی تضيیقات بیش‌تری را مقرر داشته است، ولی با ارجاع دادن به تعریف مؤسسه‌های عمومی غیردولتی موضوع ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور

اشکال مضاعفی را موجب شده است. مواد ۲ تا ۵ قانون محاسبات عمومی کشور در در مقام تعیین انواع سازمان‌های بخش عمومی از نظر نوع و حدود تبعیت آن‌ها از قانون محاسبات عمومی است؛ بنابراین از این تعریف نباید برای تعیین قلمرو بخش عمومی و تقسیم کار ملی میان بخش خصوصی و عمومی استفاده کرد. اما با تسری این تعریف به قانونی مانند قانون اجرای اصل چهل و چهارم قانون اساسی که در مقام تعیین قلمرو فعالیت بخش‌های مختلف اقتصادی کشور اعم از عمومی و تعاونی و خصوصی است، پیچیدگی و ابهام تمایز میان بخش عمومی و خصوصی در نظام حقوقی ایران بیش تر شده است. علاوه بر این، تعریف مؤسسه‌های عمومی غیردولتی در ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور هر چند بر اساس دو ملاک شکلی و ماهوی انجام گرفته است؛ ولی چون این تعریف مانع نیست، در تبصره ماده یادشده تأکید شده است که فهرست این قبیل مؤسسه‌ها و نهادها با توجه به قوانین و مقررات مربوط از طرف دولت پیشنهاد و به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسد. در اجرای این تبصره قانون فهرست مؤسسه‌ها و نهادهای عمومی غیردولتی در سال ۱۳۷۳ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و تاکنون نیز مواردی به این قانون الحاق و اضافه شده است. علاوه بر این در برخی قوانین، بعضی سازمان‌ها به عنوان مؤسسه عمومی غیردولتی معرفی شده‌اند؛ نظیر قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۸۴ که مطابق ماده ۵ آن سازمان بورس اوراق بهادار مؤسسه عمومی غیردولتی اعلام شده است. نگاهی اجمالی به فهرست یادشده و نیز قوانین خاص نظیر قانون بازار اوراق بهادار نشان می‌دهد که ارجاع قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ به تعریف ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور ارجاعی ناصواب و ابهام‌آفرین است: به عنوان مثال کتابخانه حضرت آیت‌الله مرعشی نجفی، مؤسسه عمومی غیردولتی اعلام شده است، در حالی که از نظر مالکیت کتابخانه یادشده عمومی نیست. هرچند اساساً فعالیت کتابخانه یادشده اقتصادی نیست. همچنین سازمان بورس اوراق بهادار نهاد تنظیم‌کننده بازار متشکل سرمایه در کشور است و نقشی که در بازار سرمایه دارد نظیر نقش بانک مرکزی در بازار پول و نقش بیمه مرکزی در بازار بیمه بازرگانی و ریسک است. با این تفاوت که بانک مرکزی و بیمه مرکزی مطابق قانون شرکت دولتی محسوب می‌شوند؛ در حالی که قانون بورس اوراق بهادار سازمان بورس را مؤسسه عمومی غیردولتی اعلام نموده است. هرچند از منظر اهداف قانون اجرای سیاست‌های اصل چهل و چهارم قانون اساسی، وضعیت دو سازمان یادشده به عنوان بخش عمومی غیردولتی محل اشکال است، لکن از نظر اهداف قانون محاسبات عمومی کشور و تعیین مقررات حاکم بر هزینه کرد اعتباراتی که از محل بودجه عمومی به این دو مجموعه تعلق می‌گیرد، تلقی هر دو مجموعه و سازمان به عنوان مؤسسه عمومی غیردولتی معنادار است.

نکته جالب‌تر حکم ماده ۴۰ «قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲)» است که مقرر داشته است:

«ماده ۴۰- اشخاص حقوقی که تمام و یا قسمتی از اعتبارات آن‌ها از محل منابع بودجه عمومی تأمین می‌شود و شکل حقوقی آن‌ها منطبق با تعاریف مذکور در مواد (۲)، (۳)، (۴) و (۵) قانون محاسبات عمومی کشور نیست، در مصرف اعتبارات مذکور از لحاظ اجرای مقررات قانون یادشده در حکم مؤسسه‌ها و نهادهای عمومی غیردولتی به شمار می‌آیند.»

هرچند در تنظیم این ماده قانونگذار توجه لازم را داشته و مؤسسه‌ها موضوع این ماده را فقط از نظر هزینه‌کرد اعتباراتی که در اجرای قوانین بودجه به آنها تعلق می‌گیرد، «در حکم» مؤسسه‌های عمومی غیردولتی اعلام نموده است.

- قانون مدیریت خدمات کشوری

قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ در ماده ۵ خود وزارتخانه‌ها، مؤسسه‌های دولتی، شرکت‌های دولتی و مؤسسه‌ها و نهادهای عمومی غیردولتی را «دستگاه اجرایی» خوانده است. برخلاف بند ۱۱ ماده ۱ قانون برنامه و بودجه، در این ماده قانونگذار ملاک ماهوی روشنی برای تعریف دستگاه اجرایی - جز آن چه که در تعریف هر یک از انواع دستگاه‌ها آمده - به دست نداده است. در بند ۱۱ ماده ۱ قانون برنامه و بودجه، «عهده‌دار قسمتی از برنامه سالانه بودن» ملاک تشخیص دستگاه اجرایی است. ولی در ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری قانونگذار صرفاً عناوین انواع دستگاه اجرایی را برشمرده و ملاک‌های شکلی و ماهوی تعیین شده در تعریف هر یک از عناوین یادشده را کافی دانسته است. با توجه به تعاریفی که در مواد ۱ تا ۴ یادشده برای وزارتخانه، مؤسسه دولتی، شرکت دولتی و مؤسسه و نهاد عمومی غیردولتی ارائه شده است، می‌توان گفت قانونگذار در ماده ۵ به نحوی درصد ارائه تعریف جامعی از بخش عمومی است. عبارات ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری که مقام تعیین موارد مستثنی از شمول قانون مذکور است، مؤید این برداشت است. به موجب ماده یادشده:

«کلیه دستگاه‌های اجرائی به استثناء نهادها، مؤسسه‌ها و تشکیلات و سازمان‌هایی که زیر نظر مستقیم مقام معظم رهبری اداره می‌شوند، وزارت اطلاعات، نهادهای عمومی غیردولتی که با تعریف مذکور در ماده (۳) تطبیق دارند، اعضاء هیأت علمی و قضات، دیوان محاسبات، شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام و مجلس خبرگان رهبری مشمول مقررات این قانون می‌شوند و در خصوص نیروهای نظامی و انتظامی مطابق نظر مقام معظم رهبری عمل می‌شود.»

از آنجا که اصولاً مستثنی و مستثنی‌منه باید از یک جنس باشند، ماده یادشده نشان می‌دهد که تعریف دستگاه اجرایی برای شمول به همه عناوین سازمانی بخش عمومی ارائه شده است. با این حال، تعریف‌های مندرج در مواد ۱ تا ۴ این قانون ایرادهای اساسی دارد که در این پژوهش مجال ذکر همه آن‌ها نیست. فقط کافی است تعریف ماده ۳ این قانون مورد بررسی قرار گیرد تا روشن شود بخش مهمی از آن‌چه که امروزه در زمره بخش عمومی غیردولتی تلقی می‌گردد، خارج از تعریف ماده ۳ یادشده قرار دارد و در عین حال، مشمول تعریف‌های سایر دستگاه‌های اجرایی نیز نمی‌شود. به موجب این ماده: «مؤسسه یا نهاد عمومی غیردولتی: واحد سازمانی مشخصی است که دارای استقلال حقوقی است و با تصویب مجلس شورای اسلامی ایجاد شده یا می‌شود و بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) بودجه سالانه آن از محل منابع غیردولتی تأمین می‌گردد و عهده‌دار وظایف و خدماتی است که جنبه عمومی دارد».

یکی از قیود مهم این تعریف، این است که مؤسسه یا نهاد عمومی غیردولتی موضوع این ماده باید با تصویب مجلس شورای اسلامی ایجاد شده یا بشود؛ در حالی که بسیاری از نهادهای انقلابی و آن‌چه که منطقیاً باید جزو بخش عمومی غیردولتی باشد، به موجب مصوبه مجلس شورای اسلامی ایجاد نشده است. برخی مؤسسه‌های عمومی غیردولتی مانند سازمان تأمین اجتماعی و شهرداری‌ها به موجب قوانین مصوب مجالس قانونگذاری قبل از انقلاب ایجاد شده‌اند. مهم‌ترین نهادهای عمومی غیردولتی نیز نهادهای انقلابی هستند که بر اساس اقتضائات انقلاب اسلامی با فرمان امام خمینی (ره) ایجاد شده‌اند و قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی آن‌ها را ایجاد نکرده است. وضعیت این مؤسسه‌ها در قانون مدیریت خدمات کشوری روشن نشده است؛ در حالی که در خصوصی نبودن این مؤسسه‌ها تردیدی نیست.

قید دیگری که در ماده ۳ یادشده در تعریف مؤسسه و نهاد عمومی غیردولتی لحاظ شده است، در مورد منبع تأمین بودجه این مؤسسه‌ها است. مطابق این ماده، مؤسسه‌ای عمومی غیردولتی است که بیش از پنجاه درصد بودجه آن از محل منابع غیردولتی تأمین گردد. عنوان «منابع غیردولتی» تعریف قانونی ندارد و روشن نیست که آیا منظور در مقابل کدام یک از عناوین قانونی زیر است: منابع بودجه عمومی دولت یا منابع بودجه کل کشور؟

علاوه بر این، منابع بودجه سازمان‌ها ممکن است در سال‌های مختلف متفاوت باشد و چنان‌چه در یک سال یک سازمان منابع بیشتری از دولت در قالب کمک یا نظایر آن دریافت دارد، این امر می‌تواند موجب خروج آن سازمان از عنوان مؤسسه و نهاد عمومی غیردولتی گردد.

با این‌که با توجه به مواد ۵ و ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری می‌توان گفت که از نظر این

قانون مؤسسه‌های عمومی غیردولتی در زمره بخش عمومی و بنا به تصریح ماده ۵ دستگاه اجرایی هستند، در مواد ۸، ۱۳، ۱۴، ۱۵ و برخی مواد دیگر همین مؤسسه‌ها و نهادها هم ردیف با بخش تعاونی و خصوصی مورد حکم قرار گرفته‌اند. به عنوان مثال، در ماده ۱۴ آمده است:

«امور زیربنایی با مدیریت، حمایت و نظارت دستگاه‌های اجرائی توسط بخش غیردولتی، (تعاونی و خصوصی و نهادها و مؤسسه‌های عمومی غیردولتی) انجام خواهد شد و در موارد استثنائی با تصویب هیأت وزیران توسط بخش دولتی انجام خواهد شد.»

بنابراین، به عنوان مثال سازمان تأمین اجتماعی از یک طرف از آن‌جا که بنا به تعریف ماده ۳ قانون، مؤسسه عمومی غیردولتی و مطابق ماده ۵ دستگاه اجرایی است، مشمول صدر ماده ۱۴ است و اگر تصدی‌هایی در امور زیربنایی داشته باشد، باید واگذار گردد و از طرف دیگر با توجه به همین ماده دستگاه‌های اجرایی در مقام واگذاری تصدی‌های خود در امور زیربنایی می‌توانند آن‌ها را به سازمان تأمین اجتماعی واگذار کنند. همین تناقض در مورد ماده ۱۵ و واگذاری تصدی‌های اقتصادی نیز وجود دارد.

علت این اشکال‌ها تعریف نامناسبی است که تنظیم‌کنندگان قانون در ذهن خود از بخش خصوصی و عمومی داشته‌اند. با توجه به مجموع احکام مربوط قانون مدیریت خدمات کشوری می‌توان گفت قانونگذار در این قانون هر دو مورد زیر را در نظر داشته است:

- واگذاری امور تصدی‌های اقتصادی و زیربنایی و اجتماعی و فرهنگی و خدماتی به بخش خصوصی و تعاونی که خصوصی‌سازی به معنای خروج این موارد از مالکیت و بخش عمومی به بخش خصوصی است.

- واگذاری امور یادشده به مؤسسه‌ها و نهادهای عمومی غیردولتی نظیر شهرداری‌ها و سازمان‌هایی چون تأمین اجتماعی که از نظر مالکیت موجب خروج این امور از بخش عمومی نخواهد شد و بیش از عنوان خصوصی‌سازی، عنوان تمرکززدایی شایسته این نوع واگذاری است.

البته در مقام اجرای قانون با توجه به اصل حکمت قانونگذار و اصل انسجام قانون، هر حقوقدانی خود را ملزم به رفع تعارض و تراحم احکام قانون می‌داند و در تحلیل نهایی برداشتی از قانون ارائه می‌دهد که فاقد چنین اشکال‌هایی باشد. به عنوان مثال، برای رفع این تعارض و اشکال ممکن است با استناد به ماده ۱۱۷ قانون مدیریت که به موجب آن مؤسسه‌ها و نهادهای عمومی غیردولتی مشمول قانون مدیریت نیستند گفته شود که منظور از دستگاه اجرایی در ماده ۱۴ قانون مدیریت، مقتضای جمع میان مواد ۵ و ۱۱۷ است و نه مطلق دستگاه‌های اجرایی تعریف شده در ماده ۵، ولی این کوشش

به جا و شایسته حقوقدانان برای رفع تعارضها و اشکالهای قوانین نباید موجب غفلت از توجه به ایرادهای قانون و توصیه علمی به اصلاح آن گردد.

– قانون برنامه پنجم توسعه

در قانون برنامه پنجم توسعه، بخش عمومی و خصوصی تعریف نشده است؛ ولی نگاهی به موارد کاربرد این دو عنوان و عنوانهای مشابه آنها در قانون برنامه می‌تواند مبین نکات آموزنده‌ای باشد. در ماده ۱۱ قانون برنامه پنجم (اصلاحی ۱۳۹۰/۰۲/۰۵) سازمان میراث فرهنگی، صنایع دستی و گردشگری مجاز شده است:

«الف. اقدامهای قانونی در جهت امکان ایجاد مراکز فرهنگی و گردشگری و نحوه تأسیس مراکز تخصصی غیردولتی را در زمینه میراث فرهنگی از قبیل موزه‌ها، مرمت آثار فرهنگی و تاریخی، کارشناسی اموال تاریخی و فرهنگی و همچنین مراکزی جهت نظارت بر مراکز اقامتی، پذیرایی، دفاتر خدمات مسافرتی و گردشگری با استاندارد لازم و شرایط سهل و آسان را فراهم نماید.

ب. از راه‌اندازی موزه‌های تخصصی به ویژه موزه‌های دفاع مقدس و شهدا توسط مؤسسه‌ها یا نهادهای عمومی غیردولتی، تعاونی و بخش خصوصی حمایت مالی نماید.

ج. از ایجاد مراکز حفظ آثار و فرهنگ سنتی عشایری و روستایی توسط بخش خصوصی و نهادهای عمومی غیردولتی و تعاونی با رعایت موازین اسلامی به منظور توسعه گردشگری آن مناطق حمایت مالی نماید».

همان‌گونه که ملاحظه می‌گردد در این ماده همانند قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و قانون مدیریت خدمات کشوری، بخش عمومی غیردولتی، هم‌ردیف با بخش خصوصی و تعاونی به کار رفته است. ولی در برخی مواد دیگر قانون برنامه وضع به گونه دیگری است.

در جزء ۲ بند الف ماده ۲۶ قانون برنامه تأکید شده است:

«انجام هرگونه فعالیت بنگاهداری جدید برای صندوق‌های دولتی ممنوع است و موارد قبلی و موجود و نیز سهام مدیریتی که در ازاء مطالبات به صندوق‌ها واگذار می‌شود باید طی برنامه زمانبندی شده‌ای که به تصویب هیأت وزیران می‌رسد تا پایان اجرای برنامه با رعایت مقررات به بخش‌های خصوصی و تعاونی واگذار شود».

به عبارت دیگر صندوق‌های بازنشستگی دولتی در مقام واگذاری بنگاه‌های اقتصادی خود مکلفند این بنگاه‌ها را صرفاً به بخش خصوصی و تعاونی واگذار نمایند و واگذاری این بنگاه‌ها مطابق این ماده

به بخش عمومی غیردولتی مورد حکم قرارنگرفته است.

در ماده ۶۱ قانون برنامه پنجم حکم روشن‌تری در این خصوص آمده است: «ماده ۶۱. به کارگران و کارکنان واحدهای مورد واگذاری، فقط برای یک بار سهام ترجیحی اعطاء می‌گردد. دولت مجاز است به دستگاه‌های اجرائی موضوع ماده (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری و ماده (۵) قانون محاسبات عمومی و صندوق‌های بازنشستگی و کارکنان خود در ازاء مطالبات آنان با توافق آنها سهم یا سایر اموال و دارائی‌ها را واگذار نماید. پرداخت مطالبات کارکنان دولت از طریق واگذاری سهام و بنگاه‌ها و اموال و دارائی‌ها به صندوق‌های بازنشستگی و تعاونی‌ها و دستگاه‌های اجرائی مذکور با رعایت تبصره (۱) ماده (۶) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) نیز مجاز است. دستگاه‌ها و صندوق‌های مذکور موظفند اموال و سهامی را که در اجرای این حکم تملک می‌نمایند به بخش خصوصی یا تعاونی برابر قوانین و مقررات به نحوی واگذار نمایند که در هیچ مورد فعالیت سرمایه‌گذاری آن‌ها به صورت بنگاهداری نباشد.»

در این ماده نیز هدف خصوصی‌سازی به معنای خروج این بنگاه‌ها از بخش عمومی به بخش خصوصی است. به همین دلیل، واگذاری بنگاه‌های اقتصادی به سایر مؤسسه‌های عمومی غیردولتی، همانند سایر دستگاه‌های اجرایی صرفاً به شرطی مجاز است که این واگذاری موجب بنگاهداری نگردد و دستگاه‌های اجرایی و مؤسسه‌های عمومی غیردولتی بنگاه‌های مذکور را به بخش خصوصی و تعاونی (و نه عمومی غیردولتی) واگذار کنند.

تبصره ۲ ماده ۳۲ قانون نیز که درصدد تنظیم و مدیریت تعارض منافع میان کارکنان بخش عمومی و خصوصی نظام سلامت بوده است، به‌روشنی کارکنان بخش عمومی را هم‌ردیف با کارکنان بخش دولتی و در مقابل بخش خصوصی مورد حکم قرار داده است:

«تبصره ۲. پزشکانی که در استخدام پیمانی و یا رسمی مراکز آموزشی، درمانی دولتی و عمومی غیردولتی هستند، مجاز به فعالیت پزشکی در مراکز تشخیصی، آموزشی، درمانی و بیمارستان‌های بخش خصوصی و خیریه نیستند. سایر شاغلین حرف سلامت به پیشنهاد وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و تصویب هیأت‌وزیران مشمول حکم این تبصره خواهند بود...»

در جزء ۲ بند (ج) ماده ۴۶، دستگاه‌های اجرائی مکلف شده‌اند تا پایان برنامه کلیه خدمات قابل ارائه در خارج از محیط اداری خود و قابل واگذاری یا برون‌سپاری را «به دفاتر پستی و پیشخوان

خدمات دولت که توسط بخش‌های غیردولتی اعم از خصوصی یا تعاونی ایجاد و مدیریت می‌شود، واگذار کنند».

ماده ۸۴ قانون برنامه که در حکم اساسنامه صندوق توسعه ملی است، در مقام تعیین حدود ارائه تسهیلات صندوق توسعه ملی به «بخش غیردولتی» میان بخش غیردولتی عمومی و غیر عمومی تفکیک نموده است.

هرچند مطابق بند ۲۲ سیاست‌های کلی برنامه پنجم توسعه، تسهیلات صندوق علاوه بر بخش تعاونی و خصوصی به بخش عمومی غیردولتی نیز قابل اعطاء اعلام شده است، ولی قانونگذار در ماده ۸۴ قانون برنامه این امر را مانع از توجه به تفاوت میان بخش عمومی غیردولتی و بخش خصوصی و تعاونی ندانسته است.

در جزء ۲ بند (ب) «تصویب شرایط و نحوه اعطاء تسهیلات برای تولید و سرمایه‌گذاری به بخش‌های خصوصی، تعاونی و عمومی غیردولتی» وظیفه هیأت امنای صندوق و در جزء ۱ بند (ط) «اعطای تسهیلات به بخش‌های خصوصی، تعاونی و بنگاه‌های اقتصادی متعلق به مؤسسه‌های عمومی غیردولتی برای تولید و توسعه سرمایه‌گذاری‌های دارای توجیه فنی، مالی و اقتصادی» از جمله مصارف صندوق اعلام شده است. آن‌گاه در جزء ۴ بند (ی) مقرر شده است:

«۴. مجموع تسهیلات اختصاص‌یافته از منابع صندوق با عاملیت بانک‌ها به مؤسسه‌ها و نهادهای عمومی غیردولتی و شرکت‌های تابعه و وابسته در هر حال نباید بیش از بیست درصد (۲۰٪) منابع صندوق باشد.»

در تبصره ۱ ذیل جزء ۴ یادشده، قانونگذار برای نخستین‌بار از اصطلاح «مؤسسه‌ها و شرکت‌های غیرعمومی» استفاده نموده و مقرر داشته است:

«از نظر این ماده، مؤسسه‌ها و شرکت‌ها در صورتی غیرعمومی محسوب می‌شوند که حداقل ۸۰٪ سهام، یا سهم‌الشرکه آن‌ها مستقیم و یا با واسطه اشخاص حقوقی متعلق به اشخاص حقیقی باشد. مؤسسه‌ها و شرکت‌هایی که اکثریت مطلق سهام آن‌ها متعلق به مؤسسه‌های عمومی و عام‌المنفعه نظیر موقوف‌ها، صندوق‌های بیمه‌ای و بازنشستگی و مؤسسه‌های خیریه عمومی است، از نظر این ماده در حکم مؤسسه‌ها و شرکت‌های وابسته به نهادهای عمومی غیردولتی هستند.»

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، در این تبصره قانونگذار سعی نموده است میان بخش عمومی و خصوصی تفکیک نماید؛ با این حال، با توجه به خطیر بودن مسأله تعریف بخش خصوصی و عمومی -

شاید برای اجتناب از آثار تعاریف نادقیق - تعریف مندرج در این تبصره را صرفاً از نظر ماده ۸۴ قانون برنامه (که حکم اساسنامه صندوق توسعه ملی را دارد) معتبر اعلام نموده است. این تدبیر هر چند می‌تواند مانع از انتقادهای و ایرادهای این تعریف (نظیر مؤسسه عمومی تلقی کردن موقوف‌ها) گردد، نمی‌تواند تردید تنظیم‌کنندگان متن این ماده را در مورد مرز میان بخش عمومی و خصوصی بپوشاند. در تبصره ۲ ذیل جزء ۴ مذکور قانونگذار علاوه بر ضابطه مالکیت، ضابطه کنترل را نیز مطرح ساخته و مقرر داشته است:

«تبصره ۲. بنگاه‌های اقتصادی که صرف‌نظر از نوع مالکیت بیش از بیست درصد (۲۰٪) اعضاء هیأت مدیره آنها توسط مقامات دولتی تعیین می‌شوند، از نظر این ماده دولتی محسوب می‌گردند و پرداخت از منابع صندوق به آنها ممنوع است.»

حکم این تبصره نیز هرچند صرفاً ناظر به وظایف صندوق توسعه ملی است، ولی از این جهت که ملاک و ضابطه «کنترل» را نیز علاوه بر مالکیت برای تعیین قلمرو بخش دولتی به کار گرفته است، حائز اهمیت است؛ که در مباحث بعدی به آن خواهیم پرداخت.

در بعضی احکام قانون برنامه پنجم، قانونگذار صرفاً از بخش خصوصی و تعاونی یاد نموده است؛ ولی جز ظاهر قانون دلیل روشنی برای محدود بودن این احکام به بخش خصوصی و تعاونی و عدم شمول آنها به مؤسسه‌های عمومی غیردولتی وجود ندارد. به عنوان مثال، در ماده ۱۱۰ آمده است:

«ماده ۱۱۰. (اصلاحی ۱۳۹۰/۰۴/۰۸) در راستای بند (۹) سیاست‌های کلی اصلاح الگوی مصرف به منظور اصلاح الگوی مصرف نان... تنظیم مبادلات تجاری گندم و آرد با هدف تنظیم بازار داخلی و استفاده از نیروی انسانی آموزش دیده در فرآیند تولید نان و در فضای رقابتی و انجام امور از طریق بخش غیردولتی اعم از خصوصی و تعاونی، سیاستگذاری اهداف و نظارت بر عهده شورای اقتصاد است و...»

آیا قانونگذار عمداً بخش عمومی غیردولتی را در این ماده مورد حکم قرار نداده است و تولید و عرضه نان خصوصیتی دارد که بنگاه‌های وابسته به مؤسسه‌های عمومی غیردولتی نباید بتوانند در این امور فعالیت نمایند؟

در بند (د) ماده ۱۳۳ وزارت نیرو مجاز شده است در طول برنامه، نسبت به افزایش توان تولیدی برق تا بیست و پنج هزار (۲۵۰۰۰) مگاوات «از طریق سرمایه‌گذاری بخش‌های عمومی، تعاونی و خصوصی اعم از داخلی و خارجی» اقدام نماید. اما در ماده ۱۶۴ افزایش سهم بار و مسافر توسط بخش‌های خصوصی و تعاونی و واگذاری بخش‌های غیرحاکمیتی راه‌آهن جمهوری اسلامی ایران به

بخش‌های خصوصی و تعاونی و ایجاد ظرفیت‌های جدید توسط بخش‌های خصوصی و تعاونی مورد حکم قرار گرفته است، و این پرسش را باقی گذارده است که آیا در این ماده، عدم ذکر بخش عمومی در ردیف بخش خصوصی و تعاونی، هدف خاصی داشته است؟ یا آن که از روی تسامح و یا از باب غلبه و یا از باب در نظر داشتن مفهوم عام بخش خصوصی است که هم شامل بخش خصوصی به معنای دقیق و هم شامل بنگاه‌هایی است که تابع حقوق خصوصی هستند؛ هر چند مالکیت آن‌ها عمومی است؟ در بند (ب) ماده ۲۱۴ قانون برنامه پنجم، قانونگذار روش «مشارکت بخش عمومی - خصوصی» را به عنوان یکی از راه‌های افزایش کارآمدی و اثربخشی طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای مورد تأکید قرار داده و این پرسش را باقی گذاشته است که منظور از عمومی در اصطلاح «مشارکت عمومی-خصوصی» چیست؟ آیا شرکت‌های وابسته به مؤسسه‌های عمومی غیردولتی با آن که مالکیت آن‌ها عمومی است، می‌توانند از آن‌جا که همانند بخش خصوصی فعالیت می‌نمایند، به عنوان بخش خصوصی طرف مشارکت با دولت در قالب شیوه مشارکت عمومی-خصوصی گردند؟ آیا مانعی وجود دارد که شهرداری‌ها با توجه به این که مؤسسه عمومی غیردولتی محسوب می‌شوند، بتوانند به عنوان بخش عمومی در قالب روش مشارکت عمومی خصوصی با بخش خصوصی و تعاونی مشارکت نمایند؟

ملاک تعیین بخش خصوصی از عمومی در برنامه خصوصی‌سازی و برون‌سپاری

استفاده نادرست از تعریف‌های مختلفی که می‌تواند از بخش خصوصی و عمومی و سازمان‌های هر یک از این دو بخش مطرح گردد، موجب پیچیدگی و ابهام‌های اساسی در نظام حقوقی کشور و ایجاد مشکل در برنامه خصوصی‌سازی و برون‌سپاری شده است. به نظر می‌رسد چاره کار اذعان به این امر مهم است که برنامه خصوصی‌سازی و برون‌سپاری نیازمند تعریفی خاص از بخش خصوصی است، که متناسب با ماهیت و ویژگی‌های این برنامه باشد.

برای این منظور، لازم است مواردی را که می‌تواند در تعریف‌های مذکور ملاک و معیار قرار گیرد بررسی و سپس تعریف پیشنهادی مطرح شود:

– تعریف بر اساس وظایف و کارکردها

یکی از رویکردهای ممکن این است که وظایف بخش عمومی ملاک تعریف بخش عمومی قرار داده شده و آن‌چه که در حوزه بخش عمومی قرار نمی‌گیرد، خصوصی تلقی شود. در نسخه ۲۰۰۱ راهنمای آمار مالی دولت (IMF, 2001) و نیز در نظام حسابداری کشورهای اروپایی (Eurostat, 2007) طبقه‌بندی وظایف دولت به عنوان شیوه‌ای که در سطح بین‌المللی برای دسته‌بندی و تنظیم هزینه‌های دولت‌ها

پذیرفته شده است، ملاک عمل قرار گرفت (Lienert, 2009). مشکل این شیوه این است که بسیاری از آن چه که توسط دولت‌ها انجام می‌شود، توسط بخش خصوصی نیز انجام می‌گیرد؛ به عنوان مثال، در زمینه‌های سلامت، آموزش و پرورش، آموزش عالی، حمایت‌های اجتماعی که همگی از جمله طبقات وظایف دولت است، بخش خصوصی نیز فعالیت داشته و دارد. هرچند بسته به شرایط اقتصادی و سیاسی کشورهای مختلف، حدود فعالیت بخش عمومی و خصوصی در هر یک از زمینه‌های یادشده متفاوت است، با وجود این، تعداد کمی از موضوعات و وظایف وجود دارد که در انجام آن‌ها دولت مسئولیت انحصاری یا شبه انحصاری دارد: مانند دفاع ملی و سیاست خارجی. با این حال، حتی در برخی کشورها در زمینه دفاع ملی خدمات موردنظر در قالب همکاری با کشورهای دیگر یا سازمان‌های چندجانبه و یا حتی بخش خصوصی تأمین می‌گردد.

بنابراین، هرچند نگهداری حساب مصارف دولت بر اساس وظایف و کارکردها از نظر ارزیابی اثربخشی برنامه‌های دولت در هر یک از این زمینه‌ها (IMF, Paragraph 6.90, 2001) می‌تواند توجیه‌پذیر باشد، برای تعیین حدود قلمرو بخش عمومی و خصوصی کفایت لازم را ندارد. حتی می‌توان نظام طبقه‌بندی وظایف بخش عمومی را به بخش خصوصی نیز تسری داد و از این طریق میزان اثربخشی هر یک از دو بخش را در زمینه‌های مشابه مورد ارزیابی و محاسبه قرار داد. چنین ارزیابی و محاسباتی می‌تواند برای تصمیم‌گیری در مورد شیوه تأمین کالاها و خدمات عمومی مورد استفاده قرارگیرد. ولی برای تعیین قلمرو بخش خصوصی و عمومی کارایی لازم را ندارد.

ماده ۵ قانون محاسبات عمومی در تعریف مؤسسه عمومی غیردولتی، «انجام وظایف و خدماتی که جنبه عمومی دارد» به عنوان معیار تعریف مؤسسه عمومی غیردولتی معرفی شده است. با این حال، از آن‌جا که این تعریف کفایت لازم را ندارد، در تبصره این ماده مقرر شده است که فهرست این مؤسسه‌ها را قانون تعیین می‌کند. ماده ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز همین ملاک و معیار را به عنوان یکی از شاخص‌های تعیین مؤسسه‌های عمومی غیردولتی مقرر داشته است.

در قانون مدیریت خدمات کشوری، تأکید زیادی بر تفکیک وظایف بخش خصوصی و عمومی شده است. در این قانون از یک سو در تعریف سازمان‌های بخش عمومی، ملاک و معیار اجرای «وظایف دولت» مورد تأکید قرار گرفته و از سوی دیگر، در مواد ۸، ۹، ۱۰ و ۱۱ امور حاکمیتی و امور تصدی‌های اقتصادی و زیربنایی و اجتماعی تعریف گردیده و سعی شده است وظایف دولت از غیردولت تفکیک گردد. مطابق این قانون، وزارتخانه تحقق یک یا چند هدف از اهداف دولت را بر عهده دارد (ماده ۱)، مؤسسه دولتی بخشی از وظایف و اموری را که بر عهده یکی از قوای سه‌گانه و سایر

مراجع قانونی است انجام می‌دهد (ماده ۲)، مؤسسه عمومی غیردولتی، عهده‌دار وظایف و خدماتی است که جنبه عمومی دارد (ماده ۳) و شرکت دولتی، انجام قسمتی از تصدی‌های دولت را - که به موجب سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی، ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری جزء وظایف دولت محسوب می‌گردد - عهده‌دار است (ماده ۴).

- تعریف بر اساس مالکیت

در تعریف بخش عمومی و خصوصی، مفهوم مالکیت از جایگاه و اهمیت زیادی برخوردار است. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (اصل چهل و چهارم) مالکیت به عنوان ملاک و ضابطه‌ای برای تعریف بخش دولتی به کار رفته است. حق مالکیت به مالک حق تصرف و اعمال سایر حقوق متفرع بر مالکیت و کنترل مایملک خود را می‌دهد. با این حال، چنین نیست که مالک در مورد اعمال و تصرفاتی که در مال خود می‌نماید، هیچ مسئولیتی نداشته باشد. اعمال حقوق مالکانه نباید به نقض حقوق سایر اشخاص بینجامد.

بسیاری از اشخاص حقوقی بخش خصوصی، به‌ویژه آن‌هایی که در قالب شرکت هستند، برای جلب منفعت و کسب سود ایجاد می‌شوند. در بخش عمومی شرکت‌های دولتی و شرکت‌هایی که تحت مالکیت عمومی قرار دارند، اصولاً برای کسب سود و منفعت ایجاد شده و می‌شوند. سازمان‌ها و مؤسسه‌های غیرانتفاعی نیز که تحت مالکیت خصوصی هستند، جزو بخش خصوصی محسوب می‌شوند. اما دست‌کم وجود اشخاص حقوقی که از نظر مالکیت کاملاً متعلق به بخش عمومی یا خصوصی نیستند، موجب می‌شود که نتوانیم مالکیت را به عنوان تنها ملاک تفکیک بخش خصوصی و عمومی مطرح سازیم.

- تعریف بر اساس ضابطه کنترل

با توجه به مفاهیم متفاوت و مبهم کنترل - به‌ویژه در مورد شرکت‌ها و اشخاص حقوقی - مرز میان بخش عمومی و خصوصی، از این جهت نیز واجد ابهام است. ممکن است بخش عمومی در شرکتی سهم اندکی داشته باشد؛ ولی تعیین‌کننده سیاست‌های شرکت باشد. برای توضیح این موارد است که از اصطلاح «مالکیت اقتصادی» - در مقابل «مالکیت حقوقی» استفاده می‌شود. متخصصان حسابداری و متخصصان آمار تعاریف متفاوتی از کنترل دارند. متخصصان آمار معتقدند که وقتی یک شرکت را تحت کنترل دولت باید محسوب نمود که دولت بتواند سیاست‌های اداره یک شرکت را تعیین کند (Lienert, 2009). در این طرز تلقی، معیار کنترل سیاست‌هاست. در مقابل، متخصصان حسابداری قرار دارند. در نظر هیئت تعیین استانداردهای بین‌المللی حسابداری، بخش عمومی که

متعلق به فدراسیون بین‌المللی حسابداران است، شرکتی تحت کنترل دولت محسوب می‌شود که دولت بتواند سیاست‌های مالی و عملیاتی شرکت را به نفع خود تعیین نماید (IFAC, 2008). این تعریف بر کنترل مالی تأکید دارد. کنترل در این معنا به ماهیت رابطه بین دو شخص حقوقی بستگی دارد. دو عنصر ماهوی برای تعیین وجود کنترل به کار می‌رود: عنصر اختیار و قدرت و عنصر منفعت و سود. منظور از عنصر نخست، قدرت تعیین سیاست‌های مالی و عملیاتی است که در موارد زیر می‌توان گفت چنین قدرت و اختیاری وجود دارد:

- اکثریت آراء در مجمع سهامداران یا عناوین مشابه: یک شخص حقوقی یا بنگاه در شخص حقوقی یا بنگاه دیگر به طور مستقیم یا غیرمستقیم (از طریق اشخاص حقوقی دیگر) اکثریت سهام و یا حقوقی را که متضمن اکثریت آراء است، داراست.

- قدرت نصب و عزل اکثریت مدیران.

- اکثریت رأی: یک شخص حقوقی یا بنگاه در شخص حقوقی یا بنگاه دیگر قدرت تعیین اکثریت آراء در هنگام تصمیم‌گیری در مجامع عمومی یا هیأت مدیره را داشته باشد.

- سایر موارد نظیر حق وتو در مورد بودجه و تصمیم‌ها و حدود اختیارات مدیران.

عناصر منفعت به این معناست که منافع حاصل از فعالیت‌های یک شخص حقوقی عاید شخص حقوقی دیگر شود. در موارد زیر عنصر منفعت وجود دارد:

- قدرت منحل کردن: یک شخص حقوقی قدرت منحل کردن شخص حقوقی دیگر و با این کار بخش مهمی از منافع و نیز تعهدهای شرکت متوجه او خواهد بود.

- کنترل توزیع دارایی‌ها و دیون تعهدها

- قدرت مدیریت شرکت از طریق تعیین اهداف و برنامه آن

سایر موارد نظیر مالکیت مستقیم یا غیرمستقیم بر دارایی خالص یا ارزش ویژه شرکت (IFAC, 2008). وقتی سهام دولت یا بخش عمومی در یک شرکت بیش از ۵۰٪ باشد، تردیدی نیست که چنین شرکتی در بخش عمومی قرار می‌گیرد. اما شرکتی که دولت یا بخش عمومی در آن سهامدار اقلیت است، ولی کنترل شرکت را از طریق نمایندگان خود در هیأت مدیره یا مجمع عمومی یا از طریق دستورات و ضوابط تعیین‌کننده تصمیمات و سیاست‌های شرکت در اختیار دارد، چنین شرکتی نیز از نظر فدراسیون بین‌المللی حسابداران در بخش عمومی قرار می‌گیرد.

مفهوم کنترل در حقوق ایران در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی به کار رفته است. قانون یادشده علاوه بر این که درصد تعیین قلمرو فعالیت‌های بخش خصوصی و

دولتی و برنامه خصوصی‌سازی است، حاوی مقررات ناظر به رقابت و جلوگیری از انحصار (فصل نهم قانون) نیز هست. در ماده ۱ این قانون تعاریف اصطلاحات به‌کار رفته در قانون بیان گردیده است. بند ۷ این ماده سهام‌کنترلی را تعریف کرده است که در قانون این اصطلاح در احکام راجع به خصوصی‌سازی و واگذاری‌ها مورد استفاده قرار گرفته است. سهام‌کنترلی به موجب بند ۷ یادشده عبارت است از حداقل میزان سهام مورد نیاز برای آن که دارنده آن قادر به تعیین اکثریت‌اعضاء هیأت مدیره باشد. در بند ۱۸ ماده یادشده، بنگاه یا شرکت کنترل‌کننده تعریف شده است: «بنگاه یا شرکت کنترل‌کننده: بنگاه یا شرکتی که از طریق تملک تمام یا قسمتی از سهام یا سرمایه یا مدیریت و یا از طرق دیگر، فعالیتهای اقتصادی بنگاه‌ها یا شرکت‌های دیگر را در یک بازار کنترل می‌کند.»

برخلاف اصطلاح سهام‌کنترلی، اصطلاح بنگاه یا شرکت کنترل‌کننده در فصل نهم قانون و در بخش مقررات راجع به منع انحصار و تسهیل رقابت مورد استفاده قرار گرفته است.

در لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزراء و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری مصوب سال ۱۳۳۷ مفهوم مدیریت و کنترل به نحوی برای تبیین مفهوم کارمند «دولت» مورد استفاده قرار گرفته است. از یک سو در عنوان قانون از کارمندان دولت یادشده و از سوی دیگر، پس از این‌که در بند ۳ ماده اول قانون کارمندان و صاحب‌منصبان کشوری و لشکری و شهرداری‌ها و دستگاه‌های وابسته مورد حکم قرار گرفته است، در بند ۴ ماده مذکور به «کارکنان هر سازمان یا بنگاه یا شرکت یا بانک یا هر مؤسسه دیگر که اکثریت سهام یا اکثریت منافع یا مدیریت یا اداره کردن یا نظارت آن متعلق به دولت و یا شهرداری‌ها و یا دستگاه‌های وابسته به آن‌ها باشد»، اشاره شده است. دست کم این است که مشمولین بند ۴ یادشده از نظر قانونگذار در حکم کارمندان دولت (از نظر اجرای قانون یادشده) هستند.

ضابطه کنترل در این قانون علاوه بر مدیریت، نظارت را نیز شامل می‌شود. انتخاب چنین معنای عامی از کنترل در این قانون با هدف قانون که برخورد با تبانی در معاملات دولتی است، سازگاری دارد؛ ولی طبعاً چنین معنای عامی از کنترل نمی‌تواند در قوانین راجع به خصوصی‌سازی و برون‌سپاری مورد استفاده قرار گیرد.

ضابطه کنترل چنان عمومیتی دارد که به‌تنهایی نمی‌تواند به عنوان ملاک تعریف بخش خصوصی مورد استفاده قرار گیرد؛ به عنوان مثال، می‌توان به موقوفات عام و وقف بر مصالح عامه اشاره نمود که مطابق قانون، چنان‌چه این موقوفات دارای متولی نباشند یا مجهول‌التولیه باشند، سازمان اوقاف و امور خیریه اداره آن‌ها را بر عهده خواهد داشت (بند ۱ ماده ۱ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان اوقاف

و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳)، روشن است که چنین اشخاص حقوقی را نمی‌توان عمومی تلقی نمود. به عبارت دیگر، کنترل سازمان دولتی اوقاف و امور خیریه بر چنین شخص حقوقی موجب خروج این شخص حقوقی از بخش خصوصی و عمومی تلقی شدن آن نمی‌تواند محسوب گردد. به همین دلیل است که در نظر هیأت تعیین استانداردهای بین‌المللی حسابداری بخش عمومی که متعلق به فدراسیون بین‌المللی حسابداران است شرکتی تحت کنترل دولت محسوب می‌شود که دولت بتواند سیاست‌های مالی و عملیاتی شرکت را به نفع خود تعیین نماید (IFAC, 2008). بنابراین، از آنجا که سازمان اوقاف و امور خیریه نمی‌تواند در اداره موقوفات عام سیاست‌های موقوفه را به نفع خود یا به نفع دولت تعیین نماید و باید به وقف عمل کند از این نظرگاه موقوفات عام تحت کنترل دولت محسوب نمی‌شوند.

نتیجه‌گیری

با بررسی مجموعه قوانین و مقررات کشور مشخص است که نه تنها تعریف واحد و دقیقی از بخش عمومی و خصوصی و همچنین سازمان‌های عمومی و خصوصی در کشور وجود ندارد، بلکه گاه قانونگذار در بیان مفهوم بخش عمومی و خصوصی با ارجاع به قوانینی که ارتباط اندکی با موضوع دارند بر این آشفتگی افزوده است. بنابراین، در شرایط حاضر، استخراج تعاریف جامع و مانع قانونی از بخش عمومی و خصوصی بسیار دشوار است.

گام نخست، شناسایی منشاء پیچیدگی‌ها در تعریف و تفکیک بخش خصوصی از عمومی و باز کردن این کلاف سر در گم است. بدین منظور باید بین دو موضوع تفکیک قائل شد:

۱. مفهوم بخش عمومی و خصوصی در ارتباط با امور مالی و محاسباتی و تعیین حدود اعمال مقررات بخش خصوصی بر فعالیتهای اقتصادی دستگاه‌های دولتی و عمومی،

۲. مفهوم بخش عمومی و خصوصی در ارتباط با تقسیم کار ملی میان بازار و دولت

در «قانون محاسبات عمومی» و «قانون فهرست مؤسسه‌ها و نهادهای عمومی غیردولتی» تعریفی که از بخش عمومی و خصوصی قابل استخراج است، ناظر به امور مالی و محاسباتی، نحوه حسابرسی بخش عمومی و تعیین حدود اعمال مقررات بخش خصوصی بر فعالیتهای اقتصادی دستگاه‌های دولتی و عمومی است.

در قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی نیز قاعدتاً باید تعریفی از بخش عمومی و خصوصی ارائه می‌شد که در ارتباط با تقسیم کار ملی میان بازار و

دولت قابل کاربرد بود. در صورتی که چنین تعریفی ارائه می‌شد، تفاوت در دو نوع تقسیم مذکور از بخش عمومی و خصوصی قابل دفاع بود؛ چراکه همان‌طور که گفته شد، این مفاهیم سیال بوده و اتفاق نظری در تعریف آن‌ها در نظام‌های حقوقی مختلف وجود ندارد و بسته به هر موضوع باید تعریف مناسب را ارائه کرد. اما مشکل جایی شروع می‌شود که نه تنها تعریف دقیقی از بخش عمومی و خصوصی در قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی ارائه نشده است؛ بلکه گاه به تعریف قانون محاسبات عمومی ارجاع داده شده و عملاً بین دو حوزه که بین آن‌ها تفکیک قابل شدیم، اختلاط ایجاد شد. این اختلاط بر پیچیدگی‌ها و ابهامات افزوده و مشکلات زیر را به وجود آورده است.

۱. در نظام حقوقی ایران، با رجوع به قوانین، ارائه تعریف صحیحی از بخش عمومی و خصوصی دشوار است.

۲. به دلیل ارجاع قانون اصل ۴۴ قانون اساسی به تعریف قانون محاسبات عمومی، عملاً تعریفی که برای بخش عمومی و خصوصی در تقسیم کار ملی میان بازار و دولت استفاده می‌شود که مناسب برای این حوزه نیست و از اساس ناظر به امور مالی و محاسباتی بوده است.

۳. مشکلات قوانین در این خصوص باعث شده است که آنچه در واقع «تمرکززدایی» محسوب می‌شود، «خصوصی‌سازی» نام گیرد. اثر این چالش را می‌توان در قانون مدیریت خدمات کشوری به‌وضوح مشاهده کرد. در این قانون، واگذاری امور یادشده به مؤسسه‌ها و نهادهای عمومی غیردولتی نظیر شهرداری‌ها و سازمان‌هایی چون تأمین اجتماعی که از نظر مالکیت موجب خروج این امور از بخش عمومی نخواهد شد نیز خصوصی‌سازی در نظر گرفته شده است؛ در حالی که بیش از عنوان خصوصی‌سازی، عنوان تمرکززدایی شایسته این نوع واگذاری است.

به استناد تبصره ۲ ماده واحده قانون محاسبات عمومی، به فرایند واگذاری مؤسسه‌هایی که به بخش عمومی واگذار می‌شوند، صرفاً برای این که دو شرط این ماده را ندارند (یعنی به شکل شرکت اداره می‌شوند و اهداف تجاری و انتفاعی دارند)، خصوصی‌سازی اطلاق می‌شود؛ در حالی که مستند به شرط مالکیت مذکور در اصل ۴۴ قانون اساسی، هنوز در بخش عمومی قرار دارند و خصوصی نشده‌اند. فرایند مذکور، عملاً «تمرکززدایی» محسوب می‌شود؛ چراکه هر چند مالکیت این مؤسسه‌ها مربوط به بخش عمومی است، اما نحوه اداره آن بر اساس مقررات بخش خصوصی انجام می‌گیرد. لازم به ذکر است که انتقاد مطرح شده مربوط به اصل اختلاط مفاهیم «خصوصی‌سازی» و «تمرکززدایی» در نظام حقوقی ایران و اثرات آن است؛ ولی نسبت به اصل تمرکززدایی انتقادی وجود ندارد.

بنابراین، در ترسیم مرز میان بخش عمومی و خصوصی اولاً باید به تفکیک میان «خصوصی‌سازی» و «تمرکززدایی» توجه کرد و این دو را مترادف و هم‌معنی با یکدیگر به کار نبرد و ثانیاً باید به عناصر امتیاز بخش عمومی از خصوصی در قوانین مختلف دقت کرد و توجه نمود که این عناصر تفکیک‌کننده وقتی در مقام بحث در مورد امور مالی و محاسباتی هستیم، با زمانی که مفهوم بخش عمومی و خصوصی در ارتباط با تقسیم کار ملی میان بازار و دولت را مورد نظر داریم، متفاوت است.

منابع

الف انگلیسی

- Blau, P. M. & Scott. W. R. (1962). *Formal Organizations*. San Francisco: Chandler.
- Blumenthal, J. M. (1983). *Candid Reflections of a Businessman in Washington*, In J. L. Perry and K. L. Kraemer (Eds.), *Public Management: Public and Private Perspectives*, Palo Alto, CA: Mayfield.
- Bozeman, B. & Bretschneider, S. (1994). The Publicness Puzzle in Organizational Theory: A Test of Alternative Explanations of Differences between Public and Private Organizations. *Journal of Public Administration Theory and Research*, 4(2), pp. 197-223.
- Bozeman, B. (1984). *Dimensions of 'Publicness': An Approach to Public Organizational Theory*. In B. Bozeman and J. Straussman (Eds.) *New Directions in Public Administration*, New York: Brooks-Cole 46-62.
- Buchanan, B. (1974). Government Managers, Business Executives, and Organizational Commitment. *Public Administration Review*, 34(4), pp. 339-347.
- Coursey, D. & Bozeman, B. (1990). Decision Making in Public and Private Organizations: A Test of Alternative Concepts of Publicness, *Public Administration Review*, 50(5), pp. 525-535.
- Dahl, R. A. & C. E. Lindblom. (1953). *Politics, Economics, and Welfare*. Chicago: University of Chicago Press.
- Eurostat. (2007). *Manual on Sources and Methods for the Compilation of COFOG Statistics: Classification of the Functions of Government (COFOG)*. Eurostat Methodologies and Working Papers. (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities).
- Gibbons, J. D. (1976). *Nonparametric Methods for Quantitative Analysis*. New York: Holt, Rinehart & Winston.
- IFAC. (2008). *Handbook of International Public Sector Accounting Pronouncements - Volume I, International Public Sector Accounting Standards Board*. New York: International Federation of Accountants.
- IMF (2001). *Government Finance Statistics Manual*. Washington: International Monetary

Fund.

- Kilpatrick, F. P. & Cummings, M. C. & Jennings, M. K. (1964). *The Image of the Federal Service*. Washington D. C.: Brookings Institution.
- Lienert, L (2009). *Where Does the Public Sector End and the Private Sector Begin?*, IMF Working Paper, Fiscal Affairs Department.
- Murray, M. A. (1975). Comparing Public and Private Management: An Exploratory Essay. *Public Administration Review*, 35(4), pp. 364-371.
- Scott, P. G. & Falcone, S. (1998). Comparing Public and Private Organizations: An Exploratory Analysis of Three Frameworks. *American Review of Public Administration*, 28 (2), pp.126-145.
- Nutt, P. C. & Backoff, R. W. (1987). A Strategic Management Process for Public and Third Sector Organizations. *American Planning Association Journal*, 53(1), pp. 44-57.
- Paine, F. T. & Carroll, S. J. & Leete, B. A. (1966). Need Satisfaction of Managerial, Level Personnel in a Governmental Agency, *Journal of Applied Psychology*, 50, pp. 247-249.
- Pugh, D. S. & Hickson, D. J. & Hinings, C. R. & Turner, C. (1969). The Context of Organization Structures, *Administrative Sciences Quarterly*, 14(1), pp. 91-114.
- Rainey, H. G. (1979). Perceptions of Incentives in Business and Government: Implications for Civil Service Reform, *Public Administration Review*, 39(5), pp. 440-448.
- Rainey, H. G. (1983). Public Agencies and Private Firms: Incentive Structures, Goals, and Individual Roles, *Administration and Society*, 15(2), pp. 207-243.
- Rainey, H. G. & Backoff, R. W. & Levine, C. H. (1976). Comparing Public and Private Organizations, *Public Administration Review*, 36(2), pp. 233-244.
- Rainey, H. G. & Bozeman, B. (2000). Comparing Public and Private Organizations: Empirical Research and the Power of a Priori, *Journal of Public Administration Research and Theory*, 10(2), Tenth Anniversary Issue, pp. 447-469.

The Border between Public and Private Sectors in Iran's Law with Emphasis on Privatization and Outsourcing

Mohsen Najafikhah¹

| najafikhah@gmail.com

Abstract From legal perspective, the boundary between public and private sectors and organizations is of great importance. The distinction between private and public sectors affects prominent issues like balancing the territories of market and government, determining the scopes of private and public sector functions, implementation of national accounts and Public Sector Accounting Standards, specifying laws governing the economic activities of public sector organizations and programming the privatization.

In this article legal definitions of public and private sectors and their organizations are criticized, and it is demonstrated that generalization of public accounting act's definitions to other laws - like enforcement of general policies pertaining to principle 44 of the constitution of the Islamic Republic of Iran act (a law on privatization) - has resulted in legal complications, misunderstandings and some deviation in privatization and outsourcing processes. Thus, the other mentioned issues like balancing between market and government functions are not the subject of this paper.

Keywords: Public Sector, Private Sector, Privatization, Outsourcing, Decentralization.

JEL Classification: K0, K2, K23.

1. Ph.D. in Private Law, University of Tehran, Tehran, Iran.