

## بررسی حقوقی قابلیت خصوصی سازی اموال عمومی (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه)

عاطفه آجری آیسک\*

پذیرش: ۹۴/۱۰/۲۶

دریافت: ۹۳/۱۱/۵

خصوصی سازی / اموال دولتی / اموال عمومی / فرانسه / ایران

### چکیده

با مشخص شدن ناکارآمدی اقتصاد دولتی، خصوصی سازی یکی از ابزارهای مهم دولت‌ها برای اجرای برنامه‌های اقتصادی و اجتماعی، به ویژه دهه‌های اخیر بوده و به یکی از مباحث مهم اقتصادی ایران در سال‌های اخیر تبدیل شده است. بی شک برای خصوصی سازی موفق، در کنار جنبه‌های اقتصادی، شناخت جنبه‌های حقوقی خصوصی سازی نیز مهم و تعیین کننده است. یکی از این موضوعات، قابلیت خصوصی سازی اموال عمومی از جنبه حقوقی است. با توجه به این که از ویژگی‌های اموال عمومی، غیرقابل انتقال بودن آن‌ها است، این سؤال مطرح می شود که آیا امکان واگذاری و خصوصی سازی این اموال وجود دارد یا نه. بنابراین، این مقاله براساس روش تحلیلی - تطبیقی و بر پایه مطالعه کتابخانه‌ای و تحلیل حقوق ایران و تطبیق با نظام حقوقی فرانسه، درصدد پاسخگویی به این سؤال است. مهم ترین دستاورد مقاله این است که اگرچه قانون اساسی ایران، بخش عظیمی از فعالیت‌های اقتصادی را در زمره مالکیت عمومی قرار داده و اصل بر عدم انتقال اموال عمومی است، اما واگذاری این اموال به موجب قانون عادی پذیرفتنی است و از آنجا که بررسی قابلیت خصوصی سازی اموال عمومی، مستلزم شناخت این اموال است، بنابراین، مطالب این مقاله در دو بخش ارائه می شود: در بخش نخست، به شناسایی اموال عمومی و تمایز آن از اموال دولتی پرداخته و در بخش

دوم قابلیت واگذاری آن با استفاده از مطالعه تطبیقی بررسی می‌شود و در پایان نیز ماحصل پژوهش در چند بند ارائه خواهد شد.

**طبقه‌بندی JEL: H11, L33**

Archive of SID

## مقدمه

تعاریف مختلفی از خصوصی‌سازی<sup>۱</sup> صورت گرفته است که در یکی از آن‌ها، خصوصی‌سازی مجموعه اقداماتی دانسته شده که در قالب آن، در سطوح و زمینه‌های گوناگون، کنترل، مالکیت و یا مدیریت از دست بخش عمومی (دولت) خارج و به بخش خصوصی سپرده می‌شود<sup>۲</sup> و به این ترتیب، مکانیسم بازار، حیات دوباره یافته و دولت تنها مقررات و مکانیسم نظارتی خود را حفظ می‌کند، بدون آن که دخالت مستقیم در بازار و اقتصاد داشته باشد<sup>۳</sup>. اما این نکته وجود دارد که آیا از نظر حقوقی در فرآیند خصوصی‌سازی فقط اموال دولتی قابل انتقال‌اند یا اموال عمومی هم قابلیت واگذاری به بخش خصوصی دارند؟ اهمیت این موضوع از آن رو است که اصل ۴۴ قانون اساسی، بسیاری از فعالیت‌های مهم اقتصادی را در قلمرو مالکیت عمومی و در اختیار دولت قرار داده است.

برای پاسخ به این سؤال، ابتدا باید اموال عمومی و دولتی را شناخت که با توجه به مخلوط‌شدن این اموال در قوانین موضوعه کشور، تمیز مصداق‌های آن‌ها دشوار بوده و نیازمند ارائه یک معیار برای تشخیص آن‌ها از یکدیگر است. سپس، قابلیت واگذاری و خصوصی‌سازی آن‌ها با توجه به قانون اساسی و قوانین عادی بررسی می‌شود. از آنجا که این موضوع تاکنون در ادبیات حقوقی ایران دقیقاً بررسی نشده<sup>۴</sup>، بنابراین، این مقاله براساس روش تحلیلی - تطبیقی و بر پایه مطالعه کتابخانه‌ای و تحلیل حقوق ایران و تطبیق با نظام حقوقی فرانسه، درصدد رفع نسبی این خلأ تحقیقاتی است. انتخاب حقوق فرانسه، به دو دلیل است؛ اول آن که معیارهای شناسایی اموال عمومی و ویژگی‌های آن در حقوق ایران و حقوق فرانسه شباهت دارند. دیگر این که هم در حقوق ایران و هم در حقوق فرانسه،

1. Privatization.

2. Starr (1988); Available at: <https://www.princeton.edu/~starr/articles/articles80-89/Starr-MeaningPrivatization-88.htm>; Last Visited: 2014/06/09

3. Zinnes and Others; p.147, Available at: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/staffp/2001/04/pdf/zinnes.pdf>.

۴. در این زمینه کتاب تملک اموال عمومی و مباحث تألیف دکتر محمدطاهر کنعانی نگاشته شده است، اما این کتاب قبل از تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و بر مبنای مطالعه تطبیقی با ماده (۵۳۸) قانون مدنی فرانسه که در حال حاضر منسوخ شده، به رشته تحریر درآمده است. از این رو، مقاله حاضر با تحلیل قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در زمینه موضوع مقاله و با تطبیق قوانین جدید فرانسه دارای نوآوری نسبت به کتاب مذکور است.

ممنوعیت‌های مربوط به قانون اساسی در مورد خصوصی‌سازی اموال عمومی وجود دارد. مهم‌ترین دستاورد مقاله این است که اگرچه قانون اساسی ایران، بخش عظیمی از فعالیت‌های اقتصادی را در زمره مالکیت عمومی قرار داده و اصل بر عدم انتقال اموال عمومی است، اما واگذاری این اموال به موجب قانون عادی پذیرفتنی است. از آنجا که بررسی قابلیت خصوصی‌سازی اموال عمومی، مستلزم شناخت این اموال است، بنابراین، مطالب این مقاله در دو بخش ارائه می‌شود: در بخش نخست، به شناسایی اموال عمومی و تمایز آن از اموال دولتی پرداخته شده و در بخش دوم قابلیت واگذاری آن با استفاده از مطالعه تطبیقی بررسی می‌شود و در پایان نیز ماحصل پژوهش در چند بند ارائه خواهد شد.

## ۱. شناسایی اموال دولتی و عمومی

دولت برای انجام خدمات عمومی و اجرای وظایف خود، اموال گوناگونی در اختیار داشته و به تناسب موارد، از هر یک استفاده خاصی می‌کند. اموالی که در اختیار دولت است (اموال دولتی در معنای عام) به دو دسته اموال اختصاصی (اموال دولتی در معنای خاص) و اموال عمومی تقسیم می‌شود. لازم به ذکر است اموال عمومی در مقابل اموال دولتی قرار نمی‌گیرد. چون همان‌طور که دولت اموال عمومی را در کنار اموال اختصاصی خود، در اختیار دارد، نهادهای دیگر، نظیر شهرداری، هم اموال عمومی و اموال اختصاصی دارند.<sup>۱</sup> اگر دولت به معنای حکومت و نهادهای آن گرفته شود، در این صورت قرار دادن اموال دولتی در مقابل اموال عمومی فاقد وجهت منطقی نخواهد بود. آنچه به موضوع قراردادهای

۱. ماده ۴۵ آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها مصوب ۱۳۴۶ کمیسیون مشترک مجلسین، در تقسیم اموال شهرداری‌ها چنین مقرر داشته است: «اموال شهرداری‌ها، اعم از منقول و غیرمنقول، بر دو نوع تقسیم می‌شود: اموال اختصاصی و اموال عمومی. اموال اختصاصی شهرداری اموالی است که شهرداری حق تصرف مالکانه نسبت به آن‌ها دارد، از قبیل اراضی و ابنیه و اثاثیه و نظایر آن. اموال عمومی شهرداری، اموالی است که متعلق به شهر بوده و برای استفاده عموم اختصاص یافته است، مانند معابر عمومی، خیابان‌ها، میدان، پل‌ها، گورستان‌ها، مجاری آب و فاضلاب و متعلقات آن‌ها، انهار عمومی، اشجار اعم از اشجاری که شهرداری یا اشخاص در معابر و میدان عمومی غرس نموده باشند، چمن‌کاری، گل‌کاری و امثال آن».

در ماده (۴۶) این قانون آمده است: «حفاظت از اموال عمومی شهرداری و آماده و مهیاساختن آن برای استفاده عموم و جلوگیری از تجاوز و تصرف اشخاص نسبت به آن‌ها به عهده شهرداری است و در صورتی که بعضی از اموال عمومی شهر به نحوی تغییر حالت و موقعیت دهد که قابلیت استفاده عمومی از آن سلب گردد، به تشخیص انجمن شهر، جزء اموال اختصاصی منظور و محسوب می‌شود». در حقوق فرانسه به سلب شدن قابلیت استفاده عمومی desaffectation و به اموال اختصاصی منظور کردن، déclassement می‌گویند.

خصوصی‌سازی مرتبط است، اموال عمومی و اختصاصی دولت است که در ادامه به بررسی آن پرداخته می‌شود.

### ۱-۱. اموال دولتی

در حقوق فرانسه به اموال دولتی در معنای خاص، *domaine privé de l'état* گفته می‌شود که در برابر *domaine public de l'état* یعنی اموال عمومی در اختیار دولت قرار دارد. این تفکیک، ابتدا در دکترین فرانسه به سرمداری Victor Proudhon در سال ۱۸۳۳ شکل گرفت<sup>۱</sup> و سپس در سال ۱۸۵۱ برای نخستین بار وارد قانون شد<sup>۲</sup> که در این قانون، *domaine de l'état* در برابر *domaine public* به کار رفته و بعداً *domaine privé de l'état* جایگزین آن شد<sup>۳</sup>. در حقوق فرانسه از اموال اختصاصی دولت بیش تر تعریف سلبی صورت گرفته است. برای مثال ماده (۱-۲۲۱۱) قانون جامع اموال اشخاص عمومی<sup>۴</sup> در تعریف این اموال مقرر می‌دارد: «آن دسته از اموال دولت که داخل در اموال عمومی نیست (یعنی به استفاده عموم یا خدمت عمومی اختصاص داده نشده است)، اموال اختصاصی هستند که می‌توانند منقول یا غیرمنقول باشند مانند ساختمان‌های اداری»<sup>۵</sup>. بر اموال اختصاصی دولت (اموال دولتی در معنای خاص)، بخش عظیمی از قواعد حقوق خصوصی حاکم است. این اموال قابل انتقال<sup>۶</sup> و مشمول مرور زمان<sup>۷</sup> بوده و دعاوی مربوط به آنها در صلاحیت دادگاه‌های قضایی است. در مقابل، اموال عمومی تابع قواعد حقوق اداری، غیرقابل انتقال<sup>۸</sup> و غیرمشمول مرور زمان<sup>۹</sup> هستند و دعاوی آنها در صلاحیت دادگاه‌های اداری است<sup>۱۰</sup>.

1. Peiser (1973); p.24.

2. La loi du 16 juin 1851 sur la propriété en Algérie.

3. Gaudemet (2008); p.47.

۴. در قانون جامع اموال اشخاص عمومی (Code général de la propriété des personnes publiques)، اموال اختصاصی و عمومی دولت و سایر اشخاص حقوق عمومی و قواعد حاکم بر آنها تبیین شده است.

5. Godfrin et Degoffe (2009); p.9.

6. Aliénable.

7. Prescriptible.

8. Inaliénable.

9. Imprescriptible.

10. Gaudemet (2008), p.47.

در حقوق ایران، اصل ۸۳ قانون اساسی از واژه اموال دولتی استفاده کرده و مطابق آن: «بناها و اموالی دولتی که از نفایس ملی باشد قابل انتقال به غیر نیست مگر با تصویب مجلس شورای اسلامی، آن هم در صورتی که از نفایس منحصر به فرد نباشد». مفهوم مخالف اصل چنین است: اموال دولتی که از نفایس ملی نباشد قابل انتقال به غیر است. بنابراین، ویژگی قابل انتقال بودن اموال دولتی از این اصل قابل استنباط است. اموال دولتی موضوع ماده همان است که ملک دولت محسوب می‌شود. یعنی اموالی که تحت مالکیت دستگاه‌های دولتی قرار داشته و اصل بر امکان واگذاری آن‌ها است.

در ماده (۲۶) قانون مدنی نیز از اصطلاح اموال دولتی استفاده شده<sup>۱</sup> ولی آن را قابل تملک خصوصی ندانسته است؛ به این معنا که مالکیت آن قابل انتقال به اشخاص خصوصی نیست. از این رو می‌توان گفت اموال دولتی در معنای عام آن (که شامل اموال عمومی نیز می‌شود) به کار رفته است.

اگرچه اموال دولتی در قانون محاسبات عمومی تعریف نشده است ولی از مواد این قانون (مواد ۱۰۶ به بعد)، مهم‌ترین ویژگی اموال دولتی - تصرف مالکانه دولت - قابل استنباط است. دولت صرف نظر از این که می‌تواند به صورت انحصاری از این دسته اموال استفاده کرده و استفاده عموم را منع کند، می‌تواند نسبت به انتقال مالکیت این گونه اموال نیز اقدام کند.<sup>۲</sup>

بر اساس ماده (۲) آیین‌نامه اموال دولتی مصوب ۱۳۷۲، «اموال دولت اموالی است که توسط وزارتخانه‌ها، مؤسسات و یا شرکت‌های دولتی خریداری می‌شود یا به هر طریق قانونی دیگر به تملک دولت درآمده یا درمی‌آیند». بر این اساس، معیار دولتی بودن اموال، تملک آن توسط دولت است. در مواد بعدی به قابل انتقال بودن اموال دولتی اشاره شده است.<sup>۳</sup>

در تصویب‌نامه شماره ۱۱۲۹۰۷/ت ۳۸۳۳۹ ه مورخ ۱۶/۷/۸۶، هیأت وزیران بنا به پیشنهاد

۱. ماده ۲۶ قانون مدنی: «اموال دولتی که معد است برای مصالح یا انتفاعات عمومی مثل استحکامات و قلاع و خندق‌ها و خاک‌ریزهای نظامی و قورخانه و اسلحه و ذخیره و سفاین جنگی و همچنین اثاثیه و ابنیه و عمارات دولتی و سیم‌های تلگرافی دولتی و موزه‌ها و کتابخانه‌های عمومی و آثار تاریخی و امثال آن‌ها و بالجمله آنچه از اموال منقوله و غیر منقوله که دولت به‌عنوان مصالح عمومی و منافع ملی در تحت تصرف دارد، قابل تملک خصوصی نیست و همچنین اموالی که موافق مصالح عمومی به ایالت و ولایت یا ناحیه یا شهری اختصاص یافته باشد».

۲. کریمی و پرتو، قابل دسترس در:

<http://www.h-partow.com/ContentDetails.aspx?Typeid=219; Last Visited: 2014/08/10>

۳. به‌عنوان مثال در ماده (۲۳) آیین‌نامه مزبور آمده است: «چنانچه در اجرای مقررات فصل پنجم قانون، بر اثر انتقال اموال منقول یا غیر منقول سرمایه شرکت‌های دولتی که صد در صد سهام آن‌ها متعلق به دولت است...».

سازمان میراث فرهنگی، صنایع دستی و گردشگری و به استناد اصل ۱۳۸ قانون اساسی تصویب نمود: «اموال فرهنگی، تاریخی منقول زیرخاکی جزء اموال عمومی و مالکیت آن‌ها متعلق به دولت جمهوری اسلامی ایران است.» در این تصویب‌نامه مرز بین اموال عمومی و دولتی رعایت نشده است و اموال مذکور را هم جزء اموال عمومی و هم جزء اموال دولتی دانسته است. مگر این که گفته شود تصویب‌نامه مذکور در مقام تمیز اموال دولتی از اموال عمومی نبوده است و مقصود، اعلام عدم امکان تملک خصوصی اموال مذکور است.<sup>۱</sup> همچنین برای رفع این تناقض می‌توان گفت با توجه به این که اصطلاح اموال دولتی دارای دو مفهوم عام و خاص است و در معنای عام خود شامل اموال عمومی نیز می‌شود لذا در تصویب‌نامه مذکور، دولت در معنای عام خود بکار رفته است.<sup>۲</sup>

در نهایت می‌توان گفت اموال دولتی در معنی خاص، اموالی هستند که تحت مالکیت دستگاه‌های دولتی است و عناصر مالکیت خصوصی مانند مطلق بودن، انحصاری بودن و دائمی بودن را دارد و دولت بر طبق اصل اطلاق مالکیت، حق اخراج از مالکیت آن اموال را دارد لذا اصل بر امکان واگذاری آن در جریان خصوصی سازی است.

## ۲-۱. اموال عمومی

در کتب حقوق اداری ایران، برخلاف حقوق فرانسه<sup>۳</sup> در خصوص ماهیت اموال عمومی بحثی به میان نیامده است. از این رو، برای شناخت اموال عمومی از حقوق فرانسه کمک می‌گیریم. در حقوق فرانسه *Domaine Publique* به معنای مالکیت عمومی است، این نوع اموال در مالکیت عادی دولت نبوده و به صورت حق عینی دولت بر شیئی با اوصاف مالکیت خصوصی نیست.<sup>۴</sup>

۱. کریمی و پرتو، همان.

۲. کاتوزیان (۱۳۷۶)؛ ص ۶۸. برخی حقوقدانان، این اموال را جزء اموال ملی می‌دانند. آن‌ها در کنار اموال عمومی و دولتی، قائل به قسم سوم از اموال به نام اموال ملی هستند. اموالی که اگرچه تحت مالکیت دولت (به معنای حکومت) بوده و اصل بر واگذاری آن‌ها است ولی انتقال آن بر اساس قوانین خاص امکان‌پذیر خواهد بود. این گونه اموال جهت اعمال حاکمیت در اختیار دولت قرار دارد. ثروت‌های خدادادی نظیر جنگل‌ها و آب‌های زیرزمینی از این دسته اموال‌اند. (کریمی و پرتو، همان).

۳. کتاب‌های حقوق اداری اموال (*Droit administratif des biens*) مفصل به این موضوع پرداخته‌اند که برخی از آن‌ها در این مقاله به کاررفته‌اند.

4. Lavaille (1996); p.25; Available at: [www.bideug-deja.net](http://www.bideug-deja.net); Last visited: 2014/07/16

عمده‌ترین ویژگی مالکیت عمومی در حقوق فرانسه عدم قابلیت تملک خصوصی بوده و آغاز تفکیک اموال عمومی و دولتی در این کشور، براساس تفکیک اموال نهاد سلطنت<sup>۱</sup> از اموال شخصی پادشاه<sup>۲</sup> بوده است.<sup>۳</sup> همچنین، منشأ اصل غیرقابل انتقال بودن اموال عمومی، فرمان Moulins در فوریه ۱۵۶۶ است که به موجب آن، اموال سلطنتی به منظور جلوگیری از حیف و میل شدن و هدر دادن آن توسط پادشاه، غیرقابل انتقال و واگذاری<sup>۴</sup> اعلام شدند.<sup>۵</sup> در قانون مدنی فرانسه مواد (۵۳۸) تا (۵۴۱) قواعدی را برای مالکیت عمومی ذکر می‌کرد. ماده (۵۳۸) قانون مدنی فرانسه<sup>۶</sup> اموال عمومی را بخش‌هایی از سرزمین فرانسه می‌داند که غیرقابل تملک خصوصی هستند و مثال‌های آن را از قبیل دریا، رودخانه، بندرها، جاده‌ها و خیابان‌ها ذکر کرده بود، معیار طبیعت اموال را برگزیده بود؛ یعنی اموالی که برحسب طبیعت جزو سرزمین کشور محسوب می‌شوند و طبیعت عمومی دارند. ولی دکترین و رویه قضایی معیارهای دیگری را برگزیدند.

اما معیار اصلی‌ای که حقوقدانان فرانسه از اواخر قرن نوزدهم برگزیدند، «اختصاص برای استفاده عموم»<sup>۷</sup> است.<sup>۸</sup> برابر رویه قضایی فرانسه، دو عنصر برای مالکیت عمومی ضروری است؛ اول باید مال مزبور منحصراً متعلق به شخص عمومی باشد. از این رو، اموالی که مالکیت آن مشترک بین بخش عمومی و خصوصی است نیز جزء اموال عمومی محسوب نمی‌شود. دوم این که مال مزبور به استفاده عموم مردم یا به خدمات عمومی<sup>۹</sup> یا

1. La Couronne.

2. Le souverain.

3. Auby et autres (2011); p.126.

4. Inaliénable.

5. Foulquier (2013); p.177.

۶. ماده (۵۳۸) قانون مدنی فرانسه مقرر می‌داشت: «راه‌ها، جاده‌ها، خیابان‌ها، شهرها، رودخانه‌های قابل کشتیرانی و اشیاء شناور، کرانه آب‌ها، سطح و بستر دریا، بندرگاه‌ها، لنگرگاه‌ها و اسکله‌ها و به‌طور کلی همه بخش‌های سرزمین فرانسه که قابل تملک خصوصی نیست، به‌عنوان متعلقات مالکیت عمومی است.»

Article 538: Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public.

7. Affectation à l'usage du public

۸. Victor Proudhon این دکترین را در فرانسه ارائه داد.

Available at: <http://www.minefe.gouv.fr>; Last Visited: 2014/08/09

9. L'affectation à service public

نویسندگان دانش‌نامه حقوق اداری، خدمات عمومی را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «خدمات عمومی عبارت است از ←



به منافع عمومی<sup>۱</sup> اختصاص یافته باشد<sup>۲</sup>. یعنی معیار، کیفیت مصرفی است که از این اموال به دست می‌آید. اگر این دو معیار باهم جمع شوند قاضی اداری تعلق مال به عموم را اعلام می‌کند<sup>۳</sup>. بر طبق عنصر اول، فضاها، عمومی که مالک خصوصی دارند، مانند بازار، رسانه‌های عمومی دارای مالک خصوصی، خیابان‌ها و جاده‌هایی که به تملک مقام عمومی درنیامده‌اند، باغ‌ها و جنگل‌های مصنوعی خصوصی، از این مفهوم خارج می‌شوند. برای مثال، مدارس غیرانتفاعی ایران هر چند مورداستفاده عمومی‌اند، ولی چون مالک خصوصی دارند، جزء اموال عمومی محسوب نمی‌شوند<sup>۴</sup>.

این تقابل میان قانون مدنی و دکترین حقوقی فرانسه ادامه داشت تا این که ماده (۵۳۸) قانون مدنی فرانسه که اثر مالکیت عمومی (عدم قابلیت تملک خصوصی) را بیان می‌کرد و نه ضابطه تشخیص آن را، با تصویب قانونی مجزا در این خصوص با عنوان «قانون جامع اموال اشخاص عمومی»<sup>۵</sup> در تاریخ ۲۱ آوریل ۲۰۰۶ نسخ شد. در این قانون، نظر مقبول در رویه قضایی درباره اموال عمومی، اتخاذ شده<sup>۶</sup> و در ماده ۱-۲۱۱۱ در تعریف اموال عمومی آمده است: «آن دسته از اموال یک شخص عمومی که به استفاده مستقیم عمومی یا به یک خدمت عمومی اختصاص داده شده است».

در قانون مزبور اموال عمومی به چند دسته تقسیم شده و مقررات مفصلی به نحوه اداره، تصرف و انتقال این گونه اموال اختصاص یافته است. با عنایت به مفاد قانون فوق‌الذکر می‌توان اموال عمومی را در دو دسته منقول و غیرمنقول جای داد که اموال غیرمنقول عمومی خود به پنج دسته تقسیم می‌شود: (۱) اموال عمومی دریایی<sup>۷</sup> که عبارت است از

→ اعمالی که توسط یک شخص عمومی در راستای برآوردن منافع عمومی انجام می‌شود. (Van Long et autres (1999), p.261)

1. affectation à l'utilité public

2. Guettier (2008), p.72.

۳. هوریو، از نویسندگان حقوق عمومی در فرانسه نیز همین عقیده را دارد. از نظر وی، اموال عمومی، امالی هستند که در مالکیت اداری دولت بوده و برای مقصد و جهت عمومی اختصاص یافته‌اند. زمانی که این دو معیار باهم وجود داشته باشند، باید مال مربوطه را از اموال عمومی دانست. (Hauriau (1919); p.713).

۴. کنعانی (۱۳۸۷)، صص ۱۸۹-۱۹۰.

5. Code général de la propriété des personnes publiques.

6. Available at: [www.collectivites-locales.gouv.fr/files/files/Guide\\_pratique\\_CG3P.pdf](http://www.collectivites-locales.gouv.fr/files/files/Guide_pratique_CG3P.pdf), p.5 ; Last Visited: 2014/09/05.

7. Domaine Public Maritime.

ساحل و دریای سرزمینی؛ ۲) اموال عمومی واقع در رودها (رودخانه‌ای)؛ ۳) اموال عمومی جاده‌ای؛ ۴) اموال عمومی مربوط به راه آهن؛ ۵) اموال عمومی حمل و نقل هوایی؛ ۶) که هر کدام باز به دو گروه طبیعی<sup>۵</sup> و مصنوعی<sup>۶</sup> تقسیم می‌شوند.

در نظام حقوقی ایران، برخلاف حقوق فرانسه، در هیچ قانونی، تعریف دقیق و جامعی از اموال عمومی ارائه نشده و رویه قضایی نیز در خصوص تشخیص این اموال ساکت است. ابتدا قوانینی که در آن اصطلاح اموال عمومی آمده است را بیان کرده سپس، به بررسی این اموال در حقوق ایران می‌پردازیم.

در اصل ۴۵ قانون اساسی به این اصطلاح اشاره شده است.<sup>۷</sup> با عنایت به مفهوم انفال و نمونه‌های مذکور در اصل، باید گفت مقصود از اموال عمومی در ماده اخیر، اموالی است که در اختیار دولت (در معنای حکومت) - از این جهت که متصدی امور عمومی است - قرار دارد و باید در راه مصالح و اداره امور عمومی از آن اموال بهره گیرد و استعمال مالکیت در این قبیل موارد به این مفهوم است.

در مواد (۲۵) و (۲۶) قانون مدنی نیز به برخی نمونه‌های اموال عمومی اشاره شده است. مانند اموالی که مورد استفاده عموم است و مالک خاصی ندارد از قبیل پل‌ها و آب‌انبارهای عمومی و میدانگاه‌های عمومی، قنوات و چاه‌هایی که عموم استفاده می‌کنند. این اموال، دارای این خصیصه‌اند که برای استفاده عموم بوده و دولت، آن‌ها را در جهت منافع و مصالح عمومی در اختیار دارد (قسمت پایانی ماده ۲۶).<sup>۸</sup>

1. Domaine Public Fluvial.

2. Domaine Public Routier.

3. Domaine Public Ferroviaire.

4. Domaine Public Aéronautique.

5. Domaine Public Naturel.

6. Domaine Public Artificiel.

۷. اصل ۴۵ قانون اساسی: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رهاشده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، نزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست، ارث بدون وارث، و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از غاصبین مسترد می‌شود در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند».

۸. در سایر قوانین نیز مصادیقی از اموال عمومی آمده است. برای مثال بند «د» ماده (۱۱) قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۸۳ مقرر می‌دارد: «وجوه، اموال، ذخایر و دارائی‌های صندوق‌های بیمه اجتماعی و درمانی در حکم اموال عمومی بوده و مالکیت آن مشاع و متعلق به همه نسل‌های جامعه تحت پوشش است، هرگونه تصرف دولت در این اموال و رابطه مالی دولت با صندوق‌های موصوف در چارچوب قوانین و مقررات مورد عمل صندوق‌ها خواهد بود». به نظر بتوان از لحن کلی ماده به این نتیجه رسید که اموال عمومی اموالی‌اند که مالکیت‌شان مشاع و ←

با توجه به عدم شفافیت قوانین، نویسندگان حقوقی نیز معیارهایی برای تشخیص اموال عمومی ذکر کرده‌اند. برخی از آن‌ها، معیارهایی چون، طریق قانونی (به این مفهوم که قانون انواع خاصی از اموال را جزو اموال عمومی تلقی کرده باشد، چنانچه در قانون مدنی بعضی از اموال تصریح شده است)، رجوع به طبیعت ذاتی اموال (به این مفهوم که پاره‌ای از اموال از قبیل راه‌ها، جاده‌ها، رودها و... ذاتاً به گونه‌ای هستند که اشخاص نمی‌توانند آن‌ها را تحت تملک خویش درآورند) و معیار عدم تملک خصوصی (به این مفهوم که هر مالی که مالک خاص نداشته باشد، مال عمومی است، اما اموالی که مالک خاص داشته باشند، خواه مالک، مشخص یا نامشخص باشد، جزء اموال خصوصی به‌شمار می‌آیند) را بیان کرده‌اند.<sup>۱</sup>

عده‌ای دیگر نیز پس از بیان ضابطه طبیعت اموال، ضابطه دیگر را مصرفی می‌دانند که دولت برای این اموال قرار داده است و باید دید اموال دولتی به چه منظور، مورد استفاده و بهره‌برداری قرار می‌گیرند و به تناسب این موضوع، نوع مال را تشخیص داد.<sup>۲</sup> بر این اساس، اموال عمومی به دو صورت استفاده می‌شوند: بعضی از اموال مستقیم و بی‌واسطه در دسترس عموم قرار گرفته و هر کس با رعایت مقررات مخصوص می‌تواند از آن استفاده کند، مانند پل‌ها، جنگل‌ها و راه‌های عمومی. منتها دولت، از نظر اختیاری که در اداره مشترکات دارد می‌تواند امتیاز بهره‌برداری از این اموال را برای مدت محدودی به شخص معین واگذار کند. دسته دیگر اموال به یکی از خدمات عمومی دولت اختصاص یافته و تنها مرجع خاصی حق دارد از آن بهره‌برداری کند، مانند راه آهن و سیم‌های تلفن و تلگراف، که از مشترکات عمومی بوده و به سود عموم استفاده می‌شوند.

«پس، تمام اموالی که از طرف دولت برای رفع نیازمندی‌های عمومی اختصاص داده شده از اموال عمومی است و سایر اموال دولتی ملک دولت محسوب می‌شود. از مفاد ۲۴ تا ۲۷

→ متعلق به عموم مردم است. همچنین، در ماده (۲۶) قانون معادن مصوب ۱۳۷۷ آمده است: «محدوده‌های مربوط به استخراج و انباشت و بهره‌برداری مواد معدنی و دفع مواد زائد معادن واقع در منابع ملی که مساحت این محدوده‌ها در مجوز صادره قید می‌شود، عرصه عملیاتی معدن مربوطه بوده و تا پایان عمر معدن به‌صورت اموال عمومی در اختیار وزارت معادن و فلزات خواهد بود و هرگونه عملیات خارج از موارد مندرج در مجوزهایی که صادر می‌شود به‌منزله تصرف در اموال عمومی محسوب می‌شود». این ماده در راستای اصل ۴۵ قانون اساسی است که از معادن به‌عنوان اموال عمومی در اختیار دولت یاد شده است.

۱. انصاری و طاهری (۱۳۸۴)؛ صص ۱۶۵۱ و ۱۶۵۲.

۲. کاتوزیان (۱۳۷۶)؛ ص ۶۶.

قانون مدنی نیز چنین برمی آید که از همین قاعده پیروی شده است.<sup>۱</sup> بنابراین، بر طبق این دیدگاه حقوقی، ملاک‌های حقوق فرانسه یعنی ضابطه استفاده عمومی و خدمات عمومی در نظام حقوقی ایران پذیرفته شده است. صدر ماده (۲۶) قانون مدنی نیز با بیان «اموال دولتی که معد است برای مصالح یا انتفاعات عمومی» ضابطه تخصیص برای خدمات عمومی را نیز پذیرفته است و بخش یک ماده مذکور نیز معیار «مصالح عمومی و منافع ملی» را نیز افزوده است.

اما این ضابطه در مورد بسیاری از اموال موضوع اصل‌های ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی که به‌طور مستقیم یا با واسطه مورد استفاده عموم نیست، مانند معادن، صدق نمی‌کند و باید دید آیا این اموال، عمومی هستند یا دولتی؟ در پاسخ می‌توان گفت اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی، خود ضابطه مستقلی برای تفکیک اموال عمومی بوده و در اصول مذکور و قوانین اجرایی این اصول، صراحتاً اموال مذکور در آن‌ها به‌عنوان مالکیت عمومی توصیف شده است و بنا به حکم صریح قانون باید آن‌ها را جزو اموال عمومی دانست (معیار طریق قانونی).<sup>۲</sup> در مورد اموال موضوع اصل ۴۵ قانون اساسی ضابطه طبیعت مال نیز صدق می‌کند. پیش از تصویب این اصل، این اموال از مباحات بوده ولی در حال حاضر به دلیل خارج شدن از زمره مباحات، بنا به طبیعت‌شان باید آن‌ها را جزء اموال عمومی دانست. بنابراین، هیچ‌یک از اموال مذکور در اصل ۴۵ قانون اساسی را دیگر نباید در زمره مباحات و قابل تملک خصوصی، بدون مجوز قانونی دانست. این اموال لزومی ندارد به‌طور مستقیم مورد استفاده عموم قرار گیرد، همین اندازه که برای استفاده عموم آماده باشند، کافی بوده و همه این‌ها در زمره اموال عمومی است.<sup>۳</sup>

از آنچه گفته شد به‌نظر می‌رسد عناصر مالکیت عمومی در حقوق فرانسه (مالکیت نهاد عمومی و اختصاص به استفاده عموم) هر دو باهم مدنظر قانونگذار ایران بوده است.<sup>۴</sup> مطلوب

۱. همان، ص ۶۷.

۲. کنعانی (۱۳۸۷)، ص ۲۰۲.

۳. کاتوزیان (۱۳۷۶)، ص ۶۶.

۴. به‌عنوان دلیل می‌توان به قانون املاک واقع در طرح‌های دولت و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۷ و ماده (۱) لایحه قانونی خرید اراضی و املاک مورد احتیاج دولت و شهرداری‌ها... مصوب ۱۳۵۸ است که به‌موجب آن زمین‌هایی که در طرح خیابان و جاده و سایر طرح‌های دولت و شهرداری‌ها قرار می‌گیرد باید با پرداخت بهای عادلانه توسط دستگاه مجری تملک شوند والا کماکان در مالکیت خصوصی مالک است هرچند مثلاً به‌صورت خیابان مورد استفاده عموم قرار گیرد.

است که قانونگذار ایران نیز مانند قانونگذار فرانسه تعریف مشخص و جامعی از اموال عمومی و ویژگی‌های آن ارائه دهد و در ادبیات حقوقی نیز اموال عمومی و دولتی در معنای خاص خود استعمال شوند تا جلوی برداشت‌های اشتباه گرفته شود.

درباره ماهیت حق دولت بر اموال عمومی نیز اختلاف نظر است و ریشه این مباحث به دکتربین فرانسه برمی‌گردد که به‌طور مفصل به این موضوع پرداخته‌اند. گروهی حق دولت و مؤسسات عمومی را حق مالکیت ندانسته و معتقدند این حق، امتیاز اداره و نگهداری و نظارت بر این اموال است.<sup>۵</sup> ولی گروهی دیگر، بر این عقیده‌اند که حق دولت و مؤسسات عمومی بر اموال عمومی نوعی مالکیت محدود بوده که باید در حدود قوانین اعمال شود و آن را مالکیت اداری نامیده‌اند.<sup>۶</sup>

تفاوت این دو نظر پیش‌تر از جهت علمی است و فایده عملی مهمی ندارد. زیرا گروه نخست قبول دارد که مالکیت دولت بسیار محدود است و با مالکیت‌های خصوصی تفاوت فراوان دارد؛ و گروه دوم نیز پذیرفته که دولت در اداره و نظارت خود از پاره‌ای امتیازهای حق مالکیت برخوردار است و مثلاً مانند سایر مالکان می‌تواند از منافع مال عمومی استفاده کند و آن را در دست هر کس بیابد، مطالبه کند و امتیاز بهره‌برداری از آن را به‌طور محدود و در قبال عوض به اشخاص واگذار کند.<sup>۷</sup>

قانون جامع اموال عمومی نیز نظر اکثریت را پذیرفته و رابطه دولت و اشخاص عمومی با اموالی که در اختیارشان است - چه عمومی و چه اختصاصی - رابطه مالکیت می‌داند.<sup>۸</sup>

۵. اختلافی مشابه در فقه در مورد انفال که قسمت اعظم اموال عمومی را شکل می‌دهد وجود دارد. از ظاهر عبارات بعضی از مفسران و فقها چنین برمی‌آید که مالکیت رسول و امام نسبت به انفال مالکیت شخصی است، گویا انفال از اموال شخصی آن‌ها به شمار می‌رود. (برای نمونه در تفسیر عیاشی آمده است: «فأنها لله و لرسوله و بعده لمن قام مقامه یصرفه حیث یشاء من مصالحه و مصالح عیاله». سمرقندی (عیاشی)، (بی تا)، ص ۴۷). باین حال این نظر چندان مقبول نیفتاده و مورد اعتراض قرار گرفته و گفته شده که منظور از قرار دادن انفال برای رسول و امام، مالکیت شخصی آن‌ها نبوده بلکه این مالکیت به اعتبار مقام و منصب آن‌ها داده شده است. به عبارت دیگر، امامت، حیثیت تعلیلیه نیست تا علت مالکیت امام قرار گیرد، بلکه حیثیت تقییدیه است، به این معنا که شخص با قید امام بودن مالک انفال است. از آن گذشته، تصور مالکیت شخصی امام در این اموال با مذاق شارع و روح فقه اسلامی هماهنگ نیست. چراکه دایره انفال آن قدر گسترده است که قرار دادن همه این اموال به‌عنوان ملک شخصی فردی موجب تجمع ثروت عظیم در دست افرادی معدودی می‌شود و این امر منافات با روح قرآن دارد که بیان می‌دارد: «کی لایکون دوله بین الاغنیاء منکم» (کریمی (۱۳۷۸)، ص ۶۴)

6. Auby et autres (2011); p.21.

۷. کاتوزیان (۱۳۷۶)، ص ۶۸.

۸. ظاهر صدر ماده ۲۶ ق.م. که مقرر می‌دارد: «اموال دولتی که معد است برای مصالح یا انتفاعات عمومی...»، با این نظر موافق است.

اگرچه این حق مالکیت ویژگی‌های خاص خود را دارد<sup>۱</sup>. بنابراین، در تعریف اموال عمومی و اختصاصی دولت مقرر می‌دارد: «آن دسته از اموال متعلق به دولت که به استفاده مستقیم عمومی یا به خدمت عمومی اختصاص یافته، اموال عمومی و دیگر اموال، اموال اختصاصی دولت است»<sup>۲</sup>.

از آنچه در حقوق فرانسه و ایران گفته شد، این گونه استنباط می‌شود که اموال دولتی در معنای عام به دودسته تقسیم می‌شود:

- اموالی که ملک دولت است و با این که قوانین تصرفات دولت را در این اموال تا اندازه‌ای محدود کرده است<sup>۳</sup>، ولی حق دولت بر این اموال (اموال دولتی به معنای خاص) شبیه حق مالکیت اشخاص خصوصی است و برابر قوانین و مقررات، دولت حق فروش، اجاره، واگذاری با حفظ مالکیت و تغییر دستگاه بهره‌بردار آن اموال را دارد. دولت این گونه اموال اختصاصی را به نام خود ثبت می‌کند. کمالین که شهرداری‌ها و سایر نهادهای عمومی هم اموال اختصاصی را به نام خود ثبت می‌کنند. اموال دولتی ممکن است به هر طریقی به دست آید، مانند ملی شدن، خرید اموال برای دولت، اخراج ملک از مالکیت اشخاصی به نفع عموم، تصاحب ترکه بدون وارث، هبه و وصیت به نفع دولت و یا سایر معاملاتی که دولت در مقام تصدی‌گری انجام می‌دهد<sup>۴</sup>.

- اموال و مشترکات عمومی که برای استفاده مستقیم تمام مردم آماده است، یا اختصاص به حفظ مصالح عمومی داده شده و دولت، تنها از جهت ولایتی که بر عموم دارد، می‌تواند آن را اداره کند مانند پل‌ها، موزه‌ها و معابر عمومی<sup>۵</sup>. در این نوع اموال، مالک عموم شهروندان هستند و نه تنها شهروندان موجود بلکه نسل‌های بعدی. در این شکل مالکیت (مالکیت عمومی)، سودآوری، معیار الزامی عملکرد موفق نیست؛ چون معیارها را اصول شهروندی از قبیل برابری، استفاده عادلانه مشترک از

1. Aubry et autres (2011); p.21.

2. Art. L. 2111-1 and Art. L. 2211-1 du CG3P

۳. مثلاً فروش اموال دولتی از طریق مزایده صورت می‌گیرد ولی در فروش اموال خصوصی اشخاص عادی رعایت چنین تشریفات الزامی نیست.

۴. داراب‌پور (۱۳۹۱)؛ ص ۵۷.

۵. کاتوزیان (۱۳۷۶)؛ ص ۶۵.

منافع عمومی و پایداری منابع (به‌طوری‌که نسل‌های بعدی هم بتوانند استفاده برابر را ببرند) تعیین می‌کنند. به‌عبارت‌دیگر این اموال متعلق به دولت به‌معنای کشور و ملت (معنای عام دولت) است و دولت به‌معنای خاص (قوه مجریه) وظیفه نگهداری و مدیریت آن را بر طبق قوانین دارد.

دسته اول را اموال دولتی به معنای خاص (اموال اختصاصی دولت) و گروه دوم را اموال عمومی می‌نامند.

## ۲. قابلیت واگذاری اموال دولتی و عمومی

پس از بررسی ضابطه تشخیص اموال عمومی از اموال دولتی سؤال این است که در فرآیند خصوصی‌سازی کدام‌یک قابل انتقال به بخش خصوصی است؟

در اموال دولتی همان‌طور که گفته شد مالکیت دولت مانند مالکیت خصوصی است و حق مالکیت دولت، مالکیت مطلق و انحصاری است. دولت به‌عنوان یک شخصیت حقوقی مالک اموال خود است، لذا می‌تواند بدون نیاز به مجوز قانونی هرگونه اعمال حق مالکانه را بنماید. با این‌که قانونگذار تشریفات و محدودیت‌هایی در نحوه اعمال مالکیت دولت وضع کرده ولی اصل بر اختیار مالکانه دولت است و اما از آنجا که اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی بسیاری از فعالیت‌ها و دارایی‌های اقتصادی (اعم از مصنوعی و طبیعی) را در زمره مالکیت عمومی و در اختیار دولت قرار داده، سؤال مهم این است که آیا از نظر حقوقی این اموال قابلیت واگذاری به بخش خصوصی را دارند یا خیر؟

در حقوق فرانسه برای حمایت از اموال عمومی اصل بر غیرقابل واگذاری بودن و مشمول مرور زمان نشدن اموال عمومی است<sup>۱</sup>. اما برای این‌که این اصل، مانعی برای استفاده از سرمایه بخش خصوصی در زیرساخت‌های عمومی نشود<sup>۲</sup>، قانونگذار راهکارهایی پیش‌بینی کرده است: اول این‌که اشخاص عمومی می‌توانند اموال (غیرمنقول) عمومی را به

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اصل را اقتصاد دولتی (عمومی) قرار داده بعد از آن، تعاونی و بخش خصوصی را به‌عنوان یک استثنای حداقلی پذیرفته است. این امر ناشی از دیدگاه‌های انقلابی و افراطی در مبارزه با سرمایه‌داری و مالکیت خصوصی در زمان تصویب قانون اساسی است.

۲. ماده ۱-۳۱۱۱ قانون جامع اموال اشخاص عمومی.

۳. یکی از اهداف خصوصی‌سازی، توسعه بازارهای سرمایه و استفاده از پس‌اندازهای بخش خصوصی برای رشد اقتصادی کشور است. (کمپجانی (۱۳۸۲)؛ ص ۵۵).

اشخاص خصوصی اجاره دهند<sup>۱</sup> که این نوع قراردادهای اجاره طولانی مدت اداری<sup>۲</sup> موسوم اند.<sup>۳</sup>

دوم این که دولت می تواند مجوز تصرف موقت اموال عمومی را به اشخاص خصوصی واگذار کند که برای دارنده مجوز یک حق عینی نسبت به مال ایجاد می شود.<sup>۴</sup> این نوع قراردادهای اجاره به مجوز تصرف موقت<sup>۵</sup> موسوم است<sup>۶</sup> و واگذاری امتیازات بهره برداری معادن به بخش خصوصی در ایران را می توان معادل این نوع قراردادهای دانست.<sup>۷</sup>

سوم این که اصل بر غیرقابل انتقال بودن اموال عمومی است تا زمانی که این اموال اختصاص به استفاده عمومی یا خدمت عمومی دارند. اما زمانی که این ویژگی را از دست می دهند<sup>۸</sup> با یک تصمیم اداری، این اموال از حوزه اموال عمومی خارج و وارد حوزه اموال اختصاصی دولت می شود.<sup>۹</sup> این عمل به مفهوم تأیید خاتمه اختصاص آن مال به استفاده عموم یا خدمت عمومی است. در این صورت، آن مال مانند سایر اموال اختصاصی قابل واگذاری و خصوصی سازی است.<sup>۱۰</sup> این تصمیم که توسط دولت یا شخص عمومی که آن مال عمومی را در اختیار دارد، اتخاذ می شود باید با در نظر گرفتن منفعت عموم مردم صورت گیرد و در صورت وجود اختلاف، تشخیص آن بر عهده قاضی اداری است.<sup>۱۱</sup>

چهارم این که خصوصی سازی اموال عمومی و انتقال مالکیت از بخش عمومی به بخش خصوصی به موجب قانون پذیرفته شده است. برای رسیدن به این گزاره لازم است دو مقرر را ذکر کنیم؛ اول این که، در اصل ۳۴ قانون اساسی فرانسه انتقال شرکتها از بخش عمومی

1. Beauregard (2014), p.136.

2. Bail Emphytéotique Administratif (BEA)

۳. این نوع قراردادهای اجاره در ماده ۲۰-۲۱۲۲ قانون جامع اموال اشخاص عمومی پیش بینی شده و مقررات حاکم بر آن در مواد ۱-۲-۱۳۱۱ تا ۴-۱-۱۳۱۱ قانون جامع سازمان های دولتی (Code général des collectivités territoriales) آمده است.

4. Beauregard (2014); p.124.

5. Autorisation d'Occupation Temporaire (AOT).

۶. این نوع از قراردادهای اجاره در ماده ۲۰-۲۱۲۲ قانون جامع اموال اشخاص عمومی پیش بینی شده و مقررات حاکم بر آن در مواد ۵-۱۳۱۱ تا ۸-۱۳۱۱ قانون جامع سازمان های دولتی آمده است.

۷. برای مطالعه در زمینه واگذاری حق بهره برداری از معادن در حقوق ایران، ر.ک. کتغانی (۱۳۸۹)؛ صص ۲۹۶-۲۷۷.

۸. اصطلاحاً به آن désaffectation می گویند.

۹. این عمل اداری déclassement نامیده می شود. شرایط این فرآیند در مواد ۱-۲۱۴۱ قانون جامع اموال اشخاص عمومی پیش بینی شده است.

10. Deliancourt (2012); p.107.

11. *Ibid*, p.119.



به بخش خصوصی از اختیارات پارلمان و در قالب وضع قانون، دانسته شده است.<sup>۱</sup> شورای قانون اساسی فرانسه در تفسیر این اصل اظهار کرده که این اصل، برای خصوصی‌سازی مجوزی که به طور مستقیم از سوی قانونگذار صادر شده باشد را لازم نمی‌داند، بلکه پارلمان می‌تواند اختیار صدور مجوز خصوصی‌سازی را به قوه مجریه واگذار کند.<sup>۲</sup> از این رو، مجوز خصوصی‌سازی اموال و شرکت‌های مهم از سوی قانونگذار<sup>۳</sup> و مجوز واگذاری سایر اموال و شرکت‌ها از سوی قوه مجریه<sup>۴</sup> صادر می‌شود. دوم این که، در بند (۹) مقدمه قانون اساسی ۱۹۴۶ فرانسه که در قانون اساسی ۱۹۵۸ نیز به آن ارجاع داده شده، آمده است: «مالکیت همه اموال و شرکت‌هایی که کارکرد آن‌ها دارای ویژگی خدمات عمومی یا انحصار عملی هستند، متعلق به جامعه است»<sup>۵</sup>. براساس ضابطه‌ای که برای اموال عمومی ذکر شد، اموال و شرکت‌هایی که به خدمات عمومی اختصاص داده شده‌اند از مصادیق اموال عمومی محسوب می‌شوند. از این رو، براساس این مقرر، در ابتدا خصوصی‌سازی این اموال خلاف قانون اساسی دانسته شد.<sup>۶</sup> با این وجود، همواره مفاهیم خدمات عمومی ملی و انحصار عملی به صورت خیلی محدود مورد نظر شورای قانون اساسی بوده، به طوری که هیچ‌گاه مجوزهای صادره برای خصوصی‌سازی با ایراد مخالفت با قانون اساسی از سوی شورای قانون اساسی مواجه نشد.<sup>۷</sup>

از سال ۱۹۸۶ به بعد با مشخص شدن اهمیت خصوصی‌سازی و ضرورت بیش از پیش آن، تفسیرهایی از سوی شورا درباره مقرر مذکور صورت گرفت که تقریباً این محدودیت مرتبط با اموال موضوع خصوصی‌سازی را برداشت. شورا در خصوص واگذاری شرکت France Télécom اظهار داشت که قانون مصوب پارلمان می‌تواند برای اموال و شرکت‌هایی که موضوع فعالیت‌شان خدمات عمومی بوده، مجوز واگذاری صادر کند.

1. Article 34: «La loi fixe les règles concernant: ..., les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé, ...».

2. Linotte et Romi (2013); p.19.

3. Privatisation par loi.

4. Privatisation par réglementaire.

5. Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946: «Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité.»

6. Bernard (2013); p.106.

7. *Ibid.*

از این رو، خصوصی سازی اموال عمومی مانند سایر شرکت های مهم دولتی<sup>۱</sup> به موجب قانون عادی (و نه مصوبات قوه مجریه) امکان پذیر شد.<sup>۲</sup>

در حقوق امریکا نیز اموال عمومی در مالکیت مطلق دولت به معنای عام بوده و برابر ماده (۴) قانون اساسی فدرال<sup>۳</sup>، کنگره به نمایندگی از آن حق هرگونه قانونگذاری در مورد املاک عمومی را دارد.

در نظام حقوقی ایران، عدم قابلیت تملک خصوصی اموال عمومی در ماده (۲۶) قانون مدنی به تبعیت از ماده (۵۳۸) منسوخ قانون مدنی فرانسه ذکر شده است. همچنین، به موجب اصل ۸۳ قانون اساسی بناها و اموال دولتی که از نفایس ملی باشند، قابل انتقال به غیر نیست مگر با تصویب مجلس شورای اسلامی، آن هم در صورتی که از نفایس منحصر به فرد نباشد. نتیجه این که تنها نفایس ملی منحصر به فرد حتی با تصویب مجلس قابل واگذاری نیست، اما سایر نفایس ملی که منحصر به فرد نباشد با تصویب مجلس قابل واگذاری است.

انتقال مالکیت سایر اموال عمومی به مالکیت خصوصی، از نظر حقوقی همواره مورد بحث و مناقشه بوده است. برخی معتقدند آن دسته از اموال عمومی که طبق قانون اساسی در حوزه مالکیت دولتی (عمومی) قرار گرفته، غیر قابل انتقال به بخش خصوصی است، زیرا تبدیل عرصه های مذکور به مالکیت خصوصی خلاف قانون اساسی است و از آنجا که قوانین عادی نباید مخالف قانون اساسی باشند، به موجب قانون عادی نیز چنین امری امکان ندارد.<sup>۴</sup> عقیده دیگر این است که مالکیت عمومی به معنای مالکیت دولتی عام بوده و از شئون مالکیت حق واگذاری به غیر است. بنابراین، نمایندگان ملت به نمایندگی و وکالت از مردم حق اعمال مالکیت بر آنها را دارند و از آنجا که وکیل باید مصلحت موکل را رعایت کند،

۱. منظور از شرکت های مهم، شرکت هایی است که دولت به طور مستقیم مالکیت بیش از نصف سرمایه شرکت را داراست یا شرکت هایی که تعداد کارکنان آنها بیش از ۱۰۰۰ نفر است یا شرکت هایی که سرمایه آنها بیش از ۱۵۰ میلیون یورو است و شرکت هایی که کارکرد آنها دارای ویژگی خدمت عمومی یا انحصار عملی است. این شرکت ها تنها به موجب قانون مصوب پارلمان قابل واگذاری به بخش خصوصی هستند ولی سایر شرکت ها با مصوبات قوه مجریه نیز قابل خصوصی سازی هستند. (Colin (2013); p.245)

2. Linotte et Romi (2013); p.18.

3. Article IV, Section 3 of U.S Constitution: The Congress shall have power to dispose of and make all needful rules and regulations respecting the territory or other property belonging to the United States; and nothing in this Constitution shall be so construed as to prejudice any claims of the United States, or of any particular state.

۴. کنعانی (۱۳۸۷)؛ ص ۲۰۵.

برخی اموال عمومی مانند آثار تاریخی، موزه‌ها، استحکامات نظامی و سایر اموالی که در ماده (۲۶) قانون مدنی تصریح شده، قابل واگذاری و تملک خصوصی نیست. اما سایر اموال عمومی که براساس مصالح عمومی مورد استفاده مستقیم و بلاواسطه مردم نیست، یا تغییر ماهیت می‌دهند، براساس حکم قانون قابل واگذاری‌اند. این عقیده، مطابق نظر پذیرفته شده در حقوق فرانسه است. بنابراین، اموال عمومی قابل واگذاری نیست مگر این که نص خاص قانون آن را در قلمرو اموال اختصاصی دولت قرار دهد و به این ترتیب، واگذاری آن را تجویز کند. با استقراء در مواد مختلف قوانین مانند قانون زمین شهری، قانون شهرداری‌ها، قانون توزیع عادلانه آب و قانون معادن مشخص می‌شود که انتقال مالکیت اموال عمومی به مالکیت خصوصی در موارد زیادی و البته طبق شرایطی که در خود این قوانین آمده، مجاز شده است. برای مثال طبق قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱، مالکیت خصوصی در مواردی مجاز و براساس مجوز قانونی، آب و مجرای آن و چاه‌ها قابلیت تملک خصوصی دارند (ماده ۳). یا می‌توان از قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۰۶/۲۲ مثال زد که اراضی موات شهری را قابل تملک خصوصی می‌داند، لیکن برای واگذاری مالکیت عمومی به مالکیت خصوصی علاوه بر مجوز قانونی، باید احیاء و عمران نیز انجام شود (مواد ۶ و ۷). قانون نحوه واگذاری و احیای اراضی در حکومت جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸/۶/۲۵، واگذاری اراضی مرتع و جلگه‌ای پراکنده و محاط در مزارع را به کلیه اشخاص خصوصی مجاز دانسته است (ماده ۷).

از طرف دیگر، اصل ۴۴ قانون اساسی قیودی دارد که شامل هر سه بخش دولتی (عمومی)، تعاونی و خصوصی می‌شود و آن‌هم مصلحت عمومی و رشد و توسعه اقتصادی کشور است. بنابراین، اگر استمرار مالکیت عمومی برخلاف مصلحت عمومی و جلوگیری از رشد اقتصادی باشد مورد حمایت قانون نخواهد بود. از این رو، با مشخص شدن عدم کارایی اقتصاد دولتی و جهان‌شمول شدن پدیده خصوصی‌سازی، واگذاری اموال عمومی به بخش خصوصی در سطح وسیع مورد پذیرش نخبگان و مسئولان کشور قرار گرفت و قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی به تصویب رسید. تصویب این قانون با این نظر که اموال عمومی به‌موجب قانون، قابل واگذاری‌اند، سازگار است. نکته اساسی

این است که استراتژی خصوصی سازی اموال عمومی باید به گونه ای باشد که زیربنای مالکیت عمومی و امور امنیتی و حیاتی به بخش خصوصی واگذار نشود و در اختیار دولت باقی بماند؛ زیرا انتقال کلی مالکیت و تبدیل کامل عرصه عمومی به خصوصی، هم خلاف قانون اساسی است و هم این که خصوصی سازی به معنای حذف کامل دولت از فعالیت های اقتصادی نیست؛ بلکه دولت باید در عرصه هایی که بخش خصوصی توان یا انگیزه کافی برای فعالیت ندارد، وارد عمل شود. اما به نظر می رسد قانونگذار ایران برخلاف قانونگذار فرانسه رویکردی محدود در تعیین اموال قابل واگذاری داشته و همچنان حجم وسیعی از فعالیت های اقتصادی را غیرقابل واگذاری می داند. برای مثال در زمینه خصوصی سازی بانک ها اولاً تعداد زیادی از بانک ها (بانک مرکزی، بانک ملی ایران، بانک سپه، بانک صنعت و معدن، بانک توسعه صادرات، بانک کشاورزی، بانک مسکن و بانک توسعه تعاون) غیرقابل واگذاری اند. ثانیاً در مورد بانک هایی که قابل واگذاری اند نیز برای تملک سهام شان محدودیت وجود دارد؛ سقف مجاز تملک سهام بانک ها برای اشخاص حقوقی، ۱۰ درصد و برای اشخاص حقیقی، ۵ درصد است (ماده ۵ قانون اجرای اصل ۴۴). این در حالی است که اثبات شده هر چه پراکندگی مالکیت سهام بیش تر باشد، عملکرد ضعیف کنترل شرکت توسط مالکان بیش تر و در نتیجه کارایی کم تر است. اما اگر مالکیت سهام توسط تعداد کمی از اشخاص خصوصی باشد (تمرکز مالکیت) این افراد اطلاعات دقیق تری راجع به جزئیات عملکرد شرکت داشته و در نتیجه آسان تر شرکت را راهبری می کنند<sup>۱</sup>. از این رو، بهتر است قانونگذار به اصلاح قانون در جهت افزایش اموال قابل واگذاری و حذف این محدودیت ها بپردازد.

## جمع بندی و ملاحظات

- اموال عمومی ملک همه مردم است و در مالکیت کشور به معنای عام است و دولت به نمایندگی از مردم حق دارد آن ها را اداره کند، حال این حق اداره چه مالکیت

۱. براساس مجموع مواد (۲)، (۳) و (۴) قانون اجرای اصل ۴۴، فعالیت های اقتصادی به سه دسته تقسیم شده اند: الف) فعالیت ها و بنگاه هایی که باید ۱۰۰ درصد در مالکیت و مدیریت دولت باقی بمانند. ب) فعالیت ها و بنگاه هایی که ۱۰۰ درصد باید واگذار شوند. پ) فعالیت هایی که امکان واگذاری ۸۰ درصد سهام شان وجود دارد.

۲. باقری و شوشی نسب (۱۳۹۰)؛ صص ۸-۹.

اداری نامیده شود یا حق تولیت و اشراف، از نظر عملی تفاوت چندانی ندارد. این اموال به‌طور کلی از قلمرو اموال خصوصی دولت (اموال دولتی در معنای خاص) خارج بوده و شامل دو دسته اموال مصنوعی و اموال طبیعی است.

- به لحاظ حمایت از اموال عمومی، اصل بر عدم واگذاری و تملک خصوصی اموال عمومی است و دولت به‌عنوان شخص حقوقی (دولت به معنای خاص) حق واگذاری این اموال به بخش خصوصی را ندارد، مگر آن‌که از طرف عموم مردم و مجلس قانونگذاری به نمایندگی از ملت حق واگذاری داشته باشد.
- با توجه به این‌که اصل‌های ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی و نیز قوانین عادی، بسیاری از اموال و عرصه‌های اقتصادی را در حیطه مالکیت عمومی و در اختیار دولت قرار داده، این امر، فعالیت‌های بخش خصوصی را محدود و دولت را به یک انحصارگر بزرگ تبدیل کرده است. مشخص شدن عدم کارایی اقتصاد دولتی و اندیشه اقتصاد رقابتی و آزاد، قانونگذار را بر آن داشت تا امکان واگذاری اموال عمومی به بخش خصوصی را در قوانین بگنجاند. این امر با نظر پذیرفته‌شده در مقاله سازگار است.
- اگرچه استراتژی خصوصی‌سازی اموال عمومی باید به گونه‌ای باشد که زیربنای مالکیت عمومی به بخش خصوصی واگذار نشده و در اختیار دولت باقی بماند، اما این انتقاد بر آن وارد است که قانونگذار ایران برخلاف قانونگذار فرانسه رویکردی محدود در تعیین اموال قابل واگذاری داشته و همچنان حجم وسیعی از فعالیت‌های اقتصادی را غیرقابل واگذاری می‌داند. از این رو، برای داشتن خصوصی‌سازی واقعی، اصلاح قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در جهت افزایش اموال قابل واگذاری و خصوصی‌سازی پیشنهاد می‌شود.

## منابع

انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی (۱۳۸۴)؛ دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۳، تهران: محراب فکر.

باقری، محمود؛ شوشی نسب، نفیسه (۱۳۹۰)؛ «محدودیت‌های تملک سهام بانک‌ها در ایران با مطالعه تطبیقی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۵، ش ۲، صص ۱-۲۰.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۳)؛ حقوق اموال، تهران: انتشارات گنج دانش.

داراب پور، مهرباب (۱۳۹۱)؛ حقوق اموال و مالکیت، تهران: انتشارات جنگل.

سمرقندی (عیاشی)، ابونصر محمد بن مسعود (بی تا)؛ التفسیر العیاشی، المجلد الثانی، تهران: المكتبة العلمیه الاسلامیه.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)؛ اموال و مالکیت، تهران: نشر دادگستر.

کریمی، عباس (۱۳۷۸)؛ «بهره‌برداری از انفال»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۴۳، صص ۵۹-۷۵.

کریمی، عباس؛ پرتو، حمیدرضا؛ داوری‌پذیری اختلافات راجع به اموال عمومی و دولتی، قابل دسترس در:

<http://www.h-partow.com/ContentDetails.aspx?Typeid=219> ; Last Visited: 2014/08/10

کمیجانی، اکبر (۱۳۸۲)؛ ارزیابی عملکرد سیاست خصوصی سازی در ایران، تهران: معاونت امور اقتصادی وزارت امور اقتصادی و دارایی.

کنعانی، محمد طاهر (۱۳۸۷)؛ تملک اموال عمومی و مباحات، تهران: میزان.

کنعانی، محمد طاهر (۱۳۸۹)؛ «حق بهره‌برداری از معادن»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، ش ۳، صص ۲۹۶-۲۷۷.

Auby, Jean-Marie; Bon, Pierre; Auby, Jean-Bernard; Terneyre, Philippe (2011); *Droit administratif des biens*, Paris: Dalloz, 6e éd.

Beauregard, David (2014); *Droit administrative des biens*, Paris: Gualino, 9e éd.

Bernard, Sebastien (2013); *Droit public économique*, Paris: Lexis Nexis, 4e éd.

Colin, Frédéric (2013); *Droit public économique*, Paris: Lexis Nexis, 7e éd.

Deliancourt, Samuel (2012); *Droit domanial*, Editions du papyrus.

Droit administratif des biens: [www.bideug-deja.net](http://www.bideug-deja.net); Last Visited: 2014/07/16

- Droit administratif des biens: <http://www.minefe.gouv.fr>; Last Visited: 2014/08/09
- Foulquier, Norbert (2013); *Droit administratif des biens*, paris: Lexis Nexis, 2<sup>e</sup> éd.
- Gaudemet, Yves (2008); *Droit administratif des biens*, Paris:L.G.D.J., 13e éd.
- Godfrin, Philipe; Degoffe, Michel (2009); *Droit administratif des biens*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd.
- Guettier, Chiristophe (2008); *Droit administratif des biens*, Paris: Presses Universitaires de France.
- Guide pratique d'utilisation du code général de la propriété des personnes publiques, disponible à: [www.collectivites-locales.gouv.fr/files/files/Guide\\_pratique\\_CG3P.pdf](http://www.collectivites-locales.gouv.fr/files/files/Guide_pratique_CG3P.pdf); Last Visited: 2014/09/05
- Hauriau, Maurice (1919); *Droit administratif de droit public*, Paris, 9<sup>e</sup> éd.
- Lavaille, Christian (1996); *Droit administratif des biens*, paris: presse université France.
- Linotte, Didier; Romi, Raphael (2013); *Droit public économique*, Paris: Lexis Nexis, 7<sup>e</sup> éd.
- Peiser, G. (1973); *Droit Administratif*, Paris: Dalloz, 2<sup>e</sup> éd.
- Starr, Paul (1998); "The Meaning of Privatization", *Yale Law and Policy Review*, available at: <https://www.princeton.edu/~starr/articles/articles80-89/Starr-Meaning Privatization-88.htm>; Last Visited: 2014/06/09
- Van Long, (A.) et autres (1999); *Dictionnaire de droit administratif*, paris: Armand colin, 2<sup>e</sup>éd.
- Zinnes, Clifford; Eilat, Yair; Sachs, Jeffrey; "The Gains from Privatization in Transition Economies: Is "Change of Ownership" Enough?", Available at: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/staffp/2001/04/pdf/zinnes.pdf>; Last Visited: 2014/06/05