

چالش‌های حقوقی تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک

حمیدرضا علومی یزدی*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۹/۶، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۲/۱۴)

چکیده

ماده ۱۰۷ قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران با هدف تسهیل و گسترش فعالیت مشارکت‌های قراردادی، تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک را تجویز نموده است. این نهاد فاقد شخصیت حقوقی مستقل از شرکاء بوده و در قالب شرکت مدنی و با رعایت ضوابط و مقررات مربوط به آن تشکیل می‌شود. علیرغم وصف قراردادی و فقدان شخصیت حقوقی «گروه اقتصادی»، بسیاری از احکامی که قانونگذار در این ماده ذکر کرده است، مناسبت بیشتری با «مشارکت‌های شرکتی» که دارای شخصیت حقوقی مستقل هستند داشته و از این رو این ماده را از هدف تسهیل تشکیل مشارکت‌های قراردادی دور کرده است. این مقاله ابتدا نگاهی به مقررات موجود در نظام حقوقی ایران در مورد تشکیل و فعالیت مشارکت‌های قراردادی داشته و سپس تغییرات ایجاد شده با وضع ماده ۱۰۷ را بررسی می‌کند. این بررسی نشان می‌دهد که حتی قبل از تصویب ماده ۱۰۷ نیز امکان تشکیل و فعالیت مشارکت‌های قراردادی بر اساس قوانین موجود – هرچند پراکنده و بعضاً مجمل – وجود داشته و ماده ۱۰۷ فاقد نقش تجویزی است. در مورد اثر تسهیلی و تشویقی ماده ۱۰۷ نیز باید گفت اجمال و اختصار این ماده در کنار ابهامات تفسیری آن، این ماده را از ایفای چنین نقشی نیز باز داشته است. آنچه قدر متیقن از این ماده است، علاقه و احساس ضرورت برای نظام‌مند کردن و تسهیل ایجاد و فعالیت گروه اقتصادی با منافع مشترک یا به تعبیری عام تر مشارکت‌های قراردادی است که می‌تواند با مقداری مسامحه اسم جنسی برای انواع کنسرسیوم‌ها، جونت ونچرها و ... باشد.

کلیدواژگان: ماده ۱۰۷ قانون برنامه پنجم؛ گروه اقتصادی با منافع مشترک؛ مشارکت قراردادی؛ مشارکت مدنی؛ جوینت ونچر؛ کنسرسیوم

* استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول)

Email: holoumiyazdi@yahoo.com

مقدمه

فضای ایجاد شده با ماده ۱۰۷ قانون برنامه پنجم توسعه^۱ برای ایجاد گروه‌های اقتصادی با منافع مشترک را باید به فال نیک گرفت. این اصطلاح که از زبان فرانسه به وام گرفته شده^۲ می‌تواند، با اندکی مسامحه، معادل واژگان متداول‌تری مانند کنسرسیوم^۳ و یا جوینت ونچر^۴ و یا حتی شرکت مدنی^۵ تلقی شود (خزائی، ۱۳۶۹، صص ۱۲۵-۵۳). لازم بذکر است، هرچند که با توجه به بندهای ۲ و ۳ ماده (۱) قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱، علی‌الاصول برنامه‌های توسعه‌ای کارکردهای مشخص و ویژه‌ای، از قبیل بیان هدف‌ها و سیاست‌های توسعه اقتصادی و اجتماعی را دنبال می‌کند،^۶ و از اینرو محل مناسبی برای ورود احکام، واژه‌ها و مفاهیم بنیادین حقوقی به فضای قانونی نمی‌باشند؛ با

۱. ماده ۱۰۷- تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک با مشارکت دو یا چند شخص حقیقی و حقوقی به منظور تسهیل و گسترش فعالیت اقتصادی و تجاری برای یک دوره محدود و براساس قراردادی کتبی پس از ثبت در مرجع ثبت شرکت‌ها در قالب شرکت مدنی و ضوابط و شرایط مربوط به آن و با رعایت موازین اسلامی و اصل منع اضرار به غیر و منع انحصار مجاز است.

تبصره ۱- تغییر در حیطه اختیارات مدیران در قرارداد در قبال اشخاص ثالث قابل استناد نیست و اعضاء گروه بطور تضامنی مسؤول پرداخت دیون گروه از اموال شخصی خود می‌باشند، مگر این که با اشخاص ثالث طرف قرارداد به ترتیب دیگری توافق شده باشد.

تبصره ۲- عملیات مربوط به دفاتر تجاری، بازرسی و تصفیه، مطابق ماده (۶) و احکام باب یازدهم قانون تجارت و مواد (۱۵۱) و (۱۵۲) لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب سال ۱۳۴۷ انجام می‌شود.

تبصره ۳- فوت یا حجر یا ممنوعیت قانونی یکی از اشخاص حقیقی یا انحلال یا ورشکستگی یکی از اشخاص حقوقی موجب انحلال گروه می‌شود مگر اینکه در قرارداد تشکیل گروه اقتصادی طور دیگری مقرر شده باشد.

2. Groupment d'interet economique, ou societe

3. Consortium

4. Joint venture

5. Partnership

۶. بند ۲ ماده ۱ قانون برنامه و بودجه کشور: «برنامه دراز مدت - منظور برنامه‌ای است که ضمن آن توسعه اقتصادی و اجتماعی برای یک دوره دهساله یا طولانی‌تر به عنوان راهنمای برنامه‌ریزی پنجساله پیش‌بینی می‌شود».

بند ۳ ماده ۱ همان قانون: «برنامه عمرانی پنجساله: منظور برنامه جامعی است که برای مدت پنجسال تنظیم و به تصویب مجلسین می‌رسد و ضمن آن هدف‌ها و سیاست‌های توسعه اقتصادی و اجتماعی طی همان مدت مشخص می‌شود. «همچنین نگاه کنید به مصاحبه دکتر سید محمود کاشانی با سیاست روز مورخ ۱۳۸۹/۸/۱۱ (www.siasatrooz.ir/51128)».



این وجود توجه قوای مقننه و مجریه به وجود خلأ در قوانین مادر برای انواع مشارکت‌های قراردادی و ضرورت پیش‌بینی احکام مناسب برای آن را ارج نهاده و در عین حال به ضرورت دقت علمی و احتیاط در هنگام وضع احکام جدید توصیه می‌شود.

۱- طرح موضوع

در جهان امروز که تخصص و دانش فنی در اجرای طرح‌های مهم اقتصادی به همان میزان که سرمایه و مدیریت موثر است ارزش یافته است و از طرفی اجرای پروژه‌های مهم توسعه‌ای، صنعتی و اقتصادی نیازمند همکاری و تعامل اشخاص حقیقی و حقوقی با تخصص‌های گوناگون است، ضرورت تجمع تخصص‌ها و مهارت‌های مختلف و حتی همکاری تأمین‌کنندگان منابع مالی و ارائه‌دهندگان خدمات مدیریتی و نظارتی در قالب شکل و گروه واحدی بیش از پیش بروز می‌کند. گروه اقتصادی با منافع مشترک، کنسرسیوم و یا جوینت ونچر قالب‌های متداول حقوقی برای تحقق این اهداف و پاسخگویی به آن نیازها است (اسکینی، ربیعا؛ احمدوند، ولی الله، ۱۳۸۶، صص ۱۹۸-۱۵۷).

هدف دیگری که از طریق کنسرسیوم‌ها و شکل‌های مشابه قابل تحقق است، نیاز کشورهای در حال توسعه به انتقال تکنولوژی در قراردادهای پیمانکاری است. این کشورها از طرفی نیازمند این هستند که پروژه‌هایشان بدست شرکت‌های بزرگ و صاحب تکنولوژی و سرمایه اجرا شود و از طرفی دیگر، از همین طریق دانش فنی، فنآوری و تجربه و توان مدیریتی شرکت‌های پیمانکار به شرکت‌های داخلی نیز منتقل گردد. از این رو ایجاد کنسرسیوم‌هایی متشکل از شرکت‌های بزرگ و با تجربه خارجی و شرکت‌های مستعد داخلی و واگذاری اجرای پروژه به این کنسرسیوم‌ها راه حل مناسبی برای تحقق هر دو منظور است. توجه به همین ضرورت‌ها قانونگذار را به تصویب ماده ۵ «قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی در تأمین نیازهای کشور و تقویت آنها در امر صادرات و اصلاح ماده (۱۰۴) قانون مالیات‌های مستقیم» مصوب ۱۳۹۱ واداشته که مقرر می‌دارد:

«دستگاه‌های موضوع ماده (۲) این قانون موظفند کلیه فعالیت‌های خدماتی، ساخت، نصب و تأمین کالا، تجهیزات، لوازم و فرآورده‌های موردنیاز طرح‌ها و پروژه‌های خود را فقط به شرکت‌های ایرانی ذیصلاح ارجاع دهند. در صورت عدم ارائه خدمات توسط



شرکت‌های ایرانی، فعالیت‌های موردنظر را با رعایت ماده (۴) این قانون می‌توان با تأیید بالاترین مقام اجرائی دستگاه به مشارکت ایرانی - خارجی یا خارجی واگذار کرد». همانگونه که ملاحظه می‌شود، در این ماده قانونگذار در صورت عدم توان شرکت‌های داخلی به ارائه خدمات مذکور، مشارکت شرکت‌های ایرانی - خارجی را مجاز به اجرای پروژه‌های مهم نموده تا التزام با ایجاد این مشارکت تأمین کننده هدف انتقال تکنولوژی و دانش فنی و مدیریتی به شرکت‌های داخلی باشد. در اجرای همین قانون (و قوانینی با احکام مشابه که قبلاً نیز لازم‌الرعایه بود مانند «قانون حداکثر استفاده از توان فنی، مهندسی و ساخت داخل...» مصوب ۱۳۷۶) کنسرسیوم‌هایی نظیر «کنسرسیوم سامسونگ-صدرا» و «کنسرسیوم GS از کشور کره و شرکت مهندسی و ساختمان صنایع نفت (OIEC)» تشکیل شده و در طرح‌های بزرگ توسعه میدان گازی پارس جنوبی فعالیت نموده‌اند.^۱

اما آنچه قانونگذار را به پیش‌بینی و تجویز ایجاد این گونه مشارکت‌ها در قانون برنامه پنجم توسعه واداشته این واقعیت است که ظرفیت‌های قانونی موجود در قوانین بنیادین همانند قانون مدنی و قانون تجارت پاسخگوی ایجاد و اداره این قبیل مشارکت‌ها نبوده و نظام حقوقی ما در این باب با خلأها و نواقصی روبرو است که باید مرتفع گردند. بی‌تردید انشاء چنین حکمی در برنامه در صورتی توجیه‌پذیر خواهد بود که بتواند گامی هماهنگ با قوانین بنیادین و اصول کلی حقوقی در جهت رفع این نواقص باشد. این نوشتار با این نگاه ابتدا به مفهوم مشارکت قراردادی پرداخته و سپس ساختار قوانین موجود درباره این نهاد را بررسی می‌نماید و در نهایت میزان تأثیر و هماهنگی ماده (۱۰۷) و کارآیی این ماده در رفع نواقص و ابهامات موجود و تسهیل و تسریع تشکیل این گونه مشارکت‌ها به عنوان یک ضرورت توسعه‌ای را بررسی خواهد نمود.

۲- تعریف و انواع گروه اقتصادی (مشارکت‌های قراردادی)

در انتخاب واژه مناسب برای تشکلهای موضوع ماده (۱۰۷) قانون برنامه باید با مسامحه برخورد کرد. هر چند از نظر تکنیکی و با توجه به نوع فعالیت، می‌توان تفاوت‌های ظریفی بین کنسرسیوم، جوینت ونچر، مشارکت مدنی و یا سندیکا تصور نمود اما با توجه به محدوده نسبتاً

۱. شرکت ملی نفت ایران: «پارس جنوبی تجلی اراده ملی، نگاهی اجمالی بر روند مشارکت‌ها در طرح‌های توسعه حوزه گازی پارس جنوبی و عوامل موفقیت آنها» موجود در: www.aryangroup.com



وسیع‌تری که این ماده برای فعالیت اینگونه تشکلات ترسیم نموده و ماهیت حقوقی آن را «شرکت مدنی و مبتنی بر قرارداد» تلقی کرده است ما در این نوشتار اصطلاح نامانوس و تعریف نشده «گروه اقتصادی با منافع مشترک» را به قدر مشترک بین همه این واژه‌ها حمل نموده و از تفاوت‌های تکنیکی بین آنها صرف‌نظر می‌کنیم. این ایراد نسبت به مقنن وارد بنظر می‌رسد که چرا در انشاء حکمی که مصادیق عملی آن را جامعه حقوقی و اقتصادی داخلی و بین‌المللی با نام‌های دیگری (همانند کنسرسیوم و جوینت ونچر) می‌شناسد از اصطلاح ناآشنا و تعریف‌نشده‌ای که برگرفته از نظام حقوقی کشور فرانسه است، استفاده کرده است.

مشارکت، جوینت ونچر یا کنسرسیوم ساختاری است که بین دو یا چند شخص حقیقی یا حقوقی و عمدتاً «از کشورهای مختلف تشکیل می‌شود که در آن اعضاء، بخشی از منابع خود را با حفظ استقلال اقتصادی خود، برای هدف مشترکی تجمع می‌کنند. مشارکت‌ها در دو شکل «شرکتی و واجد شخصیت حقوقی»^۱ و یا «مشارکتی یا قراردادی»^۲ تشکیل می‌شوند. در مشارکت‌های شرکتی، شرکت جدیدی ایجاد می‌شود که دارای شخصیت حقوقی مستقلی است؛ حال آنکه در مشارکت‌های قراردادی چنین اثری حادث نشده و شخصیت حقوقی جدیدی ایجاد نمی‌شود. در مشارکت‌های شرکتی یا ثبت شده^۳ مشارکت شخصیت حقوقی جدیدی پیدا می‌کند و به صورت شرکت یا یکی دیگر از شخصیت‌های حقوقی قانون تجارت کشور فعالیت می‌نماید. در اینگونه موارد اگر قراردادی هم بین شرکاء وجود داشته باشد با ایجاد شرکت، آن قرارداد اعتبار خود را از دست داده و اسناد مرتبط با شرکت مثل اساسنامه شرکت جایگزین قرارداد می‌شود. با این وجود در موارد اندکی امکان بقای قرارداد پس از تشکیل شرکت با توافق طرفین وجود دارد. در مورد چنین مشارکت‌هایی، قرارداد جنبه مقدماتی داشته و صرفاً زمینه ایجاد شرکت جدید را فراهم می‌آورد.

در مشارکت‌های قراردادی^۴، همکاری اطراف مشارکت الزاماً منجر به شکل‌گیری شخصیت حقوقی جدیدی به موجب قوانین ملی ذی‌ربط نمی‌شود و اطراف مشارکت (اعضای گروه) همکاری خود را صرفاً بر مبنای قرارداد شکل می‌دهند بدون اینکه شخصیت حقوقی جدیدی ایجاد نمایند.

1. Incorporated

2. Contractual

3. Incorporated joint venture

4. Contractual joint venture



دو ویژگی مهم مشارکت‌های قراردادی که موجب مطلوبیت آنها می‌شوند عبارتند از انعطاف پذیری بیشتر از لحاظ شکلی و تشکیلاتی و مسئولیت‌پذیری بیشتر شرکاء در قبال اشخاص ثالث. در غالب کشورها آزادی بیشتری برای اطراف یک مشارکت قراردادی وجود دارد تا روابط خود را بر اساس قرارداد تنظیم کنند تا اینکه روابط خود را تابع مقررات محدودکننده قانون شرکت‌ها قرار دهند. بنابراین، مشارکت‌های قراردادی می‌توانند مطابق با نیازهای اطراف این مشارکت طراحی و سازمان‌دهی شوند. به علاوه، از آنجا که ایجاد مشارکت قراردادی منتهی به ایجاد شخصیت حقوقی جدیدی نمی‌شود، مانعی برای مسئولیت کسانی که آن را ایجاد کرده‌اند، نمی‌باشد و به همین دلیل اطراف مشارکت‌های قراردادی «مجتعماً و منفرداً» مسئول دیون و خسارات ناشی از عملکرد مشارکت می‌باشند.

ویژگی دیگر مشارکت‌های قراردادی که موجب ترغیب افراد به استفاده از این قالب، در سطح ملی و هم فراملی، می‌شود موضوع مالیات است؛ زیرا انتخاب قالب مشارکت قراردادی موجب پرهیز از پرداخت مالیات مضاعف می‌شود. بدیهی است در صورت ایجاد شخصیت حقوقی جدید در قالب مشارکت، آن شخصیت موضوع قانون مالیاتی محل قرار گرفته و ملزم به پرداخت مالیات می‌شود و بنابراین علاوه بر مالیاتی که شرکاء در کشور خود می‌پردازند، برای شرکت ایجاد شده نیز باید مالیات پرداخت نمایند. اما در قالب مشارکت قراردادی شخصیت حقوقی جدیدی ایجاد نمی‌شود و بنابراین نفع و زیان و درآمدهای شرکاء، و نه مشارکت، مبنای پرداخت مالیات قرار می‌گیرد (International Trade Center, 2014, pp. 2-3).

بنظر می‌رسد مراد مقنن از حکم ماده (۱۰۷) قانون برنامه پنجم، فراهم کردن بستر قانونی برای ایجاد مشارکت‌های قراردادی بوده؛ زیرا امکان ایجاد کنسرسیوم و یا مشارکت از طریق ایجاد شخصیت حقوقی جدید تحت حاکمیت قانون تجارت از قبل فراهم بوده است و اشخاص حقیقی و حقوقی می‌توانستند از طریق ایجاد یکی از شرکت‌های مذکور در قانون تجارت توان مالی و یا فنی خود را تجمیع کنند. از این رو ضروری است تا قواعد حقوقی و قوانین عمده قابل اعمال به مشارکت‌های قراردادی را قبل از تصویب ماده (۱۰۷) قانون برنامه پنجم بررسی نماییم تا آثار و نتایج این ماده روشن‌تر شده و ارزیابی تلاش قانونگذار برای بسترسازی حقوقی و تسهیل ایجاد این مشارکت‌ها امکان‌پذیر گردد.



۳- مشارکت‌های قراردادی در قانون مدنی

قانون مدنی از شرکت به عنوان یکی از عقود معین در مواد ۵۷۱ الی ۶۰۶ نامبرده است. اما در بیان احکام آن عمدتاً به نقل احکام مال مشاع پرداخته و توجه کمتری به جنبه عقدی شرکت و ایجاد شرکت با قرارداد شرکاء معطوف داشته است. با این وجود، قانون مدنی متضمن احکامی در مورد امکان و اعتبار توافق شرکاء در مورد چگونگی اداره مال مشاع است. این شیوه متأثر از فقه امامیه است زیرا به نظر بسیاری از فقهاء عقد شرکت در میان عقود معین در فقه تعریف نشده است و به علاوه حالت اشاعه هم جز با اسباب احصاء شده در فقه که در میان آنها عقد مستقلى بنام عقد شرکت وجود ندارد ایجاد نمی‌شود (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۶۳، ص ۱۲) مطابق موجب قانون مدنی شرکت به دو نحو ارادی و اختیاری و یا قهری ایجاد می‌شود (ماده ۵۷۲). شرکت اختیاری یا در نتیجه عقدی از عقود ایجاد می‌شود و یا در نتیجه عمل شرکاء مانند مزج اختیاری و یا قبول مالی مشاعاً در اداء عمل چند نفر و یا نحو آنها (ماده ۵۷۳)؛ شرکت قهری را نیز قانون نتیجه عمل غیر ارادی مثل امتزاج یا ارث دانسته است (ماده ۵۷۴). قانونگذار در ماده ۵۷۳ اثر اراده طرفین در ایجاد شرکت را پذیرفته و شرکت را با اراده و توافق قابل خلق می‌داند اما اشکال خاصی را برای انشاء اراده و بیان توافق لازم دانسته است که عبارت است از عقدی از عقود معین و یا در هم آمیختن ارادی دو یا چند مال و یا انجام دادن عمل مستحق اجرت توسط چند نفر و قبول اجرت آن توسط انجام‌دهندگان عمل به صورت مشاعی. برای مثال، چنانچه سه نفر بخواهند با تجميع سرمایه‌های خود با هم به تجارت پردازند و سود حاصل را بین خود تقسیم کنند ابتدا لازم است با توسل به یکی از عقود معین مثل صلح یا هبه در آورده‌های خود حالت اشاعه ایجاد نمایند تا شرکت و اشاعه در سرمایه ایجاد شود، سپس آثار و احکام حقوقی شرکت بر روابط بین آنها حاکم خواهد شد. آثار و احکامی نظیر اینکه مداخله هر شریک بدون اذن شرکای دیگر مجاز نخواهد بود؛ شرکاء می‌توانند از بین خود و یا شخص ثالثی را به عنوان مدیر شرکت تعیین نمایند؛ و اینکه تقسیم سود و زیان به تناسب آورده هر شریک خواهد بود (مواد ۵۸۵-۵۷۵ قانون مدنی).

مروری اجمالی بر نظرات فقهی مطروحه در مورد شرکت که بعضاً در تالیفات حقوقی نیز نقل و نقد شده است می‌تواند به روشن‌تر شدن نگاه قانون مدنی به عقد شرکت کمک کند. گروهی از فقهاء عقیده دارند عقدی بنام شرکت وجود و اصالت ندارد و اثراتی که از



این تاسیس مورد انتظار است، یعنی ایجاد حالت اشاعه و توافق در نحوه اداره مال مشاع، با توسل به عقود معین موجود قابل دستیابی می‌باشد. یعنی مثلاً از طریق عقد صلح می‌شود به حالت اشاعه دست یافت و توافق شرکاء در مورد نحوه اداره مال مشاع و تعیین شخصی به عنوان مدیر از طریق وکالت تحقق می‌یابد.

گروهی دیگر بر این عقیده‌اند که عقد شرکت نمی‌تواند حالت اشاعه ایجاد کند اما شرکت را به عنوان عقدی که در آن نحوه اداره مال مشاع توسط شرکاء مورد توافق قرار می‌گیرد به رسمیت شناخته‌اند. نویسندگان قانون مدنی نیز تحت تاثیر همین نظر قرار گرفته‌اند زیرا بدون اینکه شرکت را به عنوان عامل ایجاد اشاعه بشناسند، در موارد متعددی به اعتبار توافق شرکاء در مورد نحوه اداره مال مشاع تصریح نموده و آن را توافقی جایز (قابل رجوع) اعلام می‌دارد. (مواد ۵۷۶ و ۵۷۸ قانون مدنی) در مواد دیگری قانون مدنی احکام و قواعد حاکم بر این توافق‌ها، از قبیل حکم اقداماتی که مدیر یا شریک مأذون خارج از حدود اذن انجام می‌دهد و لزوم اجتماع در فرض تعدد مدیران را بیان نموده است (مواد ۵۷۹-۵۸۱ قانون مدنی).

گروه سوم از فقهاء به پرچمداری مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی یزدی صاحب عروه الوثقی، عقدی بنام عقد شرکت یا «تشریک» را که به موجب آن شرکاء با توافق و تراضی می‌توانند حالت اشاعه ایجاد نموده و نیز نحوه اداره مال مشاع را معین کنند، به رسمیت شناخته‌اند. حقوق‌دانان ما نیز بر همین روال تقسیم شده‌اند؛ از بین متقدمین مرحوم منصورالسلطنه عدل معتقد به وجود عقد مستقلی بنام عقد شرکت بوده و آن را مفید ایجاد حالت و تعیین نحوه اداره مال مشاع می‌داند. برخی دیگر، مانند مرحوم دکتر امامی (امامی، دکتر سیدحسن، ۱۳۶۲، صص ۱۳۸ و ۱۳۷) و دکتر سید محمود کاشانی (کاشانی، دکتر سیدمحمود، ۱۳۸۵، ص ۸۵)، به تبعیت از قانون مدنی، عقد شرکت را تنها برای تعیین اداره مال مشترک مؤثر می‌دانند و برای تحقق حالت اشاعه وجود عقدی از عقود معین را ضروری می‌دانند. اما گرایش حقوق‌دانان معاصر از جمله دکتر کاتوزیان (کاتوزیان، پیشین، ص ۱۶) بر این مبنا است که عقد شرکت به عنوان مظهر اراده و قصد اطراف آن می‌تواند هم حالت اشاعه ایجاد کند و هم منعکس‌کننده توافق آنها در مورد اداره مال مشاع باشد. برای توضیح اثر اول باید گفت، اگر اراده طرفین می‌تواند در قالب عقدی از عقود معین حالت اشاعه ایجاد کند پس این اثر می‌تواند محصول اراده مستقیم طرفین آن در قالب عقد



شرکت نیز باشد. این توافق ولو در قالب عقد معین شرکت تعریف نشده باشد، اما با استناد به ماده (۱۰) قانون مدنی و اصل حاکمیت اراده و لزوم عقد معتبر است. بنابراین، ایجاد مشارکت‌های مدنی قراردادی در چارچوب اصول کلی حقوقی و احکام قانون مدنی امکان‌پذیر بوده و نیازمند صدور مجوز خاصی از ناحیه قانونگذار نبوده است. لازم به ذکر است که آورده شرکاء در مشارکت‌های مدنی می‌تواند وجه نقد، اموال منقول و یا غیر منقول، آورده‌های غیر مادی و حتی اموال معنوی همانند حق اختراع و ... نیز باشد.

۴- احکام مربوط به مشارکت مدنی در سایر قوانین موضوعه

۱. ماده (۲۲۰) قانون تجارت

ماده ۲۲۰ قانون تجارت مقرر می‌دارد: هر شرکت که فعلاً وجود داشته یا در آینده تشکیل شود و با اشتغال به امور تجاری خود را به صورت یکی از شرکت‌های مذکور در این قانون در نیاورده و مطابق مقررات آن شرکت عمل ننماید شرکت تضامنی محسوب شده و احکام مربوط به شرکت‌های تضامنی در مورد آن اجرا می‌گردد. تلقی برخی از حقوقدانان از این ماده این است که این ماده به حیات شرکت‌های مدنی خاتمه داده است و هر گونه شرکتی که بدون رعایت یکی از اشکال مندرج در این قانون ولو به شکل شرکت مدنی تشکیل شده باشد، بی توجه به قصد تشکیل دهندگان، آن را از جمیع جهات شرکت تضامنی تلقی می‌کند و احکام شرکت‌های تضامنی مندرج در مواد (۱۱۶) الی (۱۴۰) قانون تجارت را در مورد آنان مجری می‌داند. (کاتوزیان، همان، ص ۲۹) اما نظر دیگر در خصوص این ماده این است که این ماده از دیدگاه حمایت از حقوق اشخاص ثالثی که با شرکت‌های مدنی طرف معامله قرار می‌گیرند وضع شده صرفاً مسئولیت شرکاء این شرکت‌ها در قبال اشخاص ثالث تضامنی تلقی می‌شود اما سایر احکام شرکت‌های تضامنی، و مهم‌تر از همه ایجاد شخصیت حقوقی جدید بدون اراده و تراضی شرکاء و تشکیل دهندگان شرکت مد نظر قانونگذار نبوده است (مقایسه شود با: کاتوزیان، ۱۳۸۹، صص ۳۰۸ و ۳۰۹).

۲. ماده ۴۷ قانون ثبت

ماده ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک کشور مقرر می‌دارد: «در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است:

۱. ...؟

۲. صلحنامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه»

در این ماده ثبت شرکت‌نامه در محل‌هایی که وزارت دادگستری اعلام می‌کند، اجباری است. این اعلام در مورد نقاط بسیاری از کشور انجام و ثبت شرکت‌نامه یا قرارداد مشارکت مدنی بین اشخاص در آن محل‌ها اجباری شده است. اینکه قانون ثبت شرکت‌نامه را از جمله اسنادی که ثبت آن اجباری است قرار داده، نشان دهنده اهمیت این سند و لزوم تعیین دقیق حدود مشارکت و مسئولیت‌های شرکاء است. نظریه مشورتی اداره حقوقی وزارت دادگستری در همین راستا ثبت شرکت‌نامه‌های تجاری و مربوط به شرکت‌ها را در مرجع ثبت شرکت‌ها الزامی دانسته و ثبت شرکت‌نامه‌های مدنی را در دفاتر اسناد رسمی لازم می‌داند (شهری، غلامرضا، ۱۳۶۹، صص ۲۱۹ و ۲۲۰).

۳. قانون عملیات بانکی بدون ربا

در ماده (۷) قانون عملیات بانکی بدون ربا و آیین‌نامه‌های اجرایی آن نیز مشارکت به عنوان یکی از شیوه‌های اعطای تسهیلات در قالب بانکداری اسلامی شناسایی شده است. در ماده (۲۳) آیین‌نامه اجرایی این قانون، مشارکت بانک‌ها از طریق تأمین بخشی از سرمایه شرکت‌های سهامی عام و از طریق مشارکت با شرکت (شخص حقوقی)، و نه با اشخاص حقیقی، تحت عنوان «مشارکت حقوقی» تجویز شده است. بانک، به موجب این ماده، می‌تواند بخشی از سرمایه شرکت در حال تأسیس را تقبل نماید و یا بخشی از سهام شرکت‌های سهامی موجود را خریداری کند.

در ماده (۱۸) آیین‌نامه «مشارکت مدنی» به نحو زیر تعریف شده است:

«در آمیختن سهم الشرکه نقدی و یا غیر نقدی متعلق به اشخاص حقیقی و یا حقوقی متعدد به نحو مشاع به منظور انتفاع طبق قرارداد».

در این نوع قراردادها، بانک‌ها با اشخاص حقیقی یا حقوقی مشارکت نموده و تأمین لازم برای طرح‌ها و پروژه‌های آن‌ها را در قالب عقود اسلامی انجام می‌دهند. مدت این گونه مشارکت‌ها معمولاً محدود بوده و با بازپرداخت تسهیلات اعطایی به بانک خاتمه می‌یابد (خاوری، محمود، ۱۳۶۹، ص ۲۳۰).

قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی:



مقررات فصل نهم از قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ با عنوان «تسهیل رقابت و منع انحصار» در مورد قراردادهای مشارکت مدنی نیز قابل اعمال می‌باشد. ماده (۴۴) همان قانون هرگونه تبانی از طریق قرارداد و توافق یا تفاهم بین اشخاص یک یا چند اثر معین و احصاء شده در این ماده را به دنبال داشته باشد و نتیجه آن اخلال در رقابت باشد را ممنوع دانسته است. از میان اثرات هفتگانه احصاء شده در این ماده مواردی از قبیل ملزم کردن طرف معامله به عقد قرارداد با اشخاص ثالث یا تحمیل کردن شروط قرارداد به آنها، موکول کردن انعقاد قرارداد به قبول تعهدات کتبی توسط طرف‌های دیگر که بنا بر عرف تجاری با موضوع قرارداد ارتباطی ندارد، می‌توانند در مورد قراردادهای مشارکت مصداق پیدا کند. به علاوه ماده (۴۵) همان قانون که اعمال احصاء شده در این ماده را که منجر به اخلال در رقابت شود ممنوع کرده است، می‌تواند از طریق عناوینی مانند «مداخله در امور داخلی و یا معاملات بنگاه یا شرکت رقیب»، «تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه» و «سوء استفاده از وضعیت مسلط» منجر به اجرای ضمانت‌های مذکور در این قانون نسبت به قراردادهای مشارکت شود.

به طور خلاصه، از مجموع قواعد موجود قبل از تصویب برنامه پنجم می‌توان چنین استنباط کرد که ایجاد مشارکت‌های قراردادی در قالب عقد شرکت موضوع قانون مدنی امکان‌پذیر بوده، حدود مسئولیت شرکاء در قبال اشخاص ثالث همانند شرکاء شرکت‌های تضامنی بوده و قراردادهای مربوط به ایجاد این مشارکت‌ها باید در دفاتر اسناد رسمی به ثبت برسند. این قراردادها تابع نظارت و ضمانت اجراهای مرتبط با کنترل رقابت و منع انحاء مذکور در قانون نحوه اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی می‌باشند.

ه- گروه اقتصادی با منافع مشترک در لایحه تجارت ۱۳۸۴ دولت

دولت در تاریخ ۱۳۸۴/۵/۱۰ لایحه‌ای را به عنوان لایحه تجارت به مجلس شورای اسلامی ارائه نمود. در نظر بود تا این لایحه جایگزین قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ و لایحه اصلاحی آن مصوب ۱۳۴۷ شود، و از این رو لایحه هم به بازنگری مواد موجود در قانون تجارت پرداخته بود و هم تلاش داشت تا خلأها و نواقص قوانین موجود را مرتفع نماید. یکی از موضوعاتی که در این لایحه با تفصیل بیشتر مورد توجه قرار گرفته بود «قراردادهای تجاری» بود که در نتیجه «گروه اقتصادی با منافع مشترک» به عنوان یکی از انواع قراردادها در مواد (۱۰۱) تا (۱۲۱) مورد حکم قرار گرفته بود. از جایگاهی که لایحه

مزبور برای «گروه اقتصادی» در نظر گرفته، به خوبی واضح است که از دیدگاه لایحه گروه اقتصادی جنبه قراردادی داشته و لذا می‌توان آن را در جایگاه «مشارکت‌های قراردادی» طبقه بندی نمود.

ماده (۱۰۱) لایحه مقرر می‌داشت: گروه اقتصادی با منافع مشترک عبارت است از شکل دو یا چند شخص که بمنظور تسهیل و گسترش فعالیت‌های اقتصادی و تجارتي و افزایش فعالیت‌های اعضای گروه به موجب قرارداد برای دوره محدود تشکیل می‌شود. در ماده (۱۰۲) لایحه مقرر شده که گروه اقتصادی با منافع مشترک می‌تواند بدون سرمایه تشکیل شود و ماده (۱۰۳) ضرورت ثبت آن در دفتر تجاری و ایجاد شخصیت حقوقی برای آن پس از ثبت را مورد حکم قرارداده است. ماده (۱۰۶) به اصل مسئولیت تضامنی اعضاء در قبال دیون اشخاص ثالث تصریح نموده و قرارداد خصوصی با اشخاص ثالث را بر خلاف آن تجویز نموده است. در ماده (۱۰۸)، لایحه به قرارداد تشکیل گروه اقتصادی و مواردی که باید در آن ذکر شود اشاره نموده و در ماده (۱۱۴) به تکلیف به نگهداری دفاتر و در ماده (۱۱۵) و تبصره آن به تکلیف به داشتن بازرس و دریافت گزارش بازرسی و در مواد دیگر به امکان تبدیل گروه به شرکت تضامنی بدون انحلال (ماده ۱۱۶) و بالاخره به چگونگی تصفیه آن‌ها (مواد ۱۱۸ و ۱۱۹) می‌پردازد (معاونت برنامه‌ریزی و امور اقتصادی وزارت بازرگانی، ۱۳۸۵، صص ۲۸۵-۲۸۰).

لازم به ذکر است که کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی در زمان رسیدگی به این لایحه به نوآوری‌های لایحه دولت از جمله مواد مربوط به گروه اقتصادی با منافع مشترک توجهی نکرده و مصوبه کمیسیون مذکور که تاکنون در تاریخ‌های ۹۱/۱/۲۳ و ۹۳/۱/۱۷ به تأیید صحن به عنوان قانون آزمایشی رسیده است - هرچند هنوز موفق نشده مهر تأیید شورای نگهبان را تا این زمان دریافت کند - حکمی در مورد گروه اقتصادی با منافع مشترک ندارد. شاید اطلاع مسئولان دولت از حذف این مواد از لایحه تجارت بود که باعث شد تا ماده ۱۰۷ در لایحه قانون پنجم جایگاهی پیدا کند.

۵- ارزیابی و تحلیل ماده (۱۰۷) قانون برنامه پنجم

در این ارزیابی ابتدا آنچه که به موجب این ماده تجویز شده، بیان می‌گردد و سپس به ضوابطی که قانونگذار برای این تجویز مقرر کرده اشاره می‌شود و در نهایت به این سوال



پاسخ می‌دهیم که آیا ماده (۱۰۷) حکم جدیدی را تجویز و یا با وضع مقرراتی تسهیلاتی را برای ایجاد گروه‌های اقتصادی فراهم آورده است یا خیر؟

اول: آنچه به موجب ماده ۱۰۷ تجویز شده است: ماده (۱۰۷) قانون برنامه پنجم، تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک را در قالب شرکت مدنی و ضوابط و شرایط مربوط به آن و با رعایت موازین اسلامی و اصل منع اضرار به غیر و منع انحصار مجاز دانسته است. حال این سوال به ذهن متبادر می‌شود که آیا تشکیل مشارکت قراردادی در قالب شرکت مدنی قبل از تصویب این ماده ممنوع بوده که با این حکم مجاز شده باشد؟ همانگونه که قبلاً ذکر شد، علی‌الاصول ایجاد مشارکت مدنی در چارچوب قانون مدنی و اصول کلی حقوقی امری مجاز بوده و ممنوعیتی در قوانین نسبت به آن وجود نداشته است. این قالب حتی در قانون عملیات بانکی بدون ربا و آیین‌نامه اجرایی آن مورد استفاده قرار گرفته است. بعلاوه از مواد مربوط به شرکت در قانون مدنی و نیز ماده (۱۰) آن مجاز بودن تشکیل مشارکت‌های مدنی بر مبنای قرارداد استفاده می‌شود.

«رعایت موازین اسلامی» و «اصل منع اضرار به غیر» نیز قیود مسلمی بوده که در صحت همه عقود و قراردادها لازم‌الرعایه می‌باشند. به‌علاوه لزوم پرهیز از انحصار نیز از مفاد مسلم قانون نحوه اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ است که باید در همه قراردادها و توافقات رعایت گردد. بنابراین، ماده (۱۰۷) اثر «تجویزی» نداشته و باید اثر آن را در امر «ضابطه گذاری» و «تسهیل» مورد بررسی قرار گیرد.

دوم: ضوابط تعیین شده در ماده ۱۰۷: در صدر ماده (۱۰۷) «مشارکت دو یا چند شخص حقیقی و حقوقی به منظور تسهیل و گسترش فعالیت اقتصادی و تجاری» تجویز شده است. این عبارت با توجه به برابری حقوق اشخاص حقیقی و حقوقی (ماده ۵۸۸ قانون تجارت) و نیز گستره وسیعی که فعالیت اقتصادی و تجاری دارد، به‌نظر نمی‌رسد تعیین‌کننده ضوابط جدیدی برای ایجاد این مشارکت باشد؛ جز اینکه مخرج مشارکت‌های غیر تجاری و غیر اقتصادی مانند جبهه‌های متحد سیاسی و گروه‌های ائتلافی باشد که البته اینگونه تشکلهای به دلیل وجود قوانین و مقررات خاص نظیر قانون احزاب، خود بخود از شمول این قانون خارج می‌باشند.

ضابطه دیگری که در این ماده بیان شده قید تشکیل گروه «برای یک دوره محدود» است، که به‌نظر می‌رسد این قید اقتضای ذاتی تشکیل مشارکت‌های قراردادی در مقابل

مشارکت‌های ثبت شده و همراه با ایجاد شخصیت حقوقی مستقل باشد. بهر حال، این قید تشکیل مشارکت را مستلزم ذکر مدت می‌داند اما ضمانت اجرای عدم ذکر مدت را معین نمی‌کند. این ضمانت اجرا می‌تواند ابطال قرارداد، حمل آن بر مدت متیقن، و یا تبدیل آن به شرکت دارای شخصیت حقوقی مستقل باشد.

ضرورت وجود «قرارداد کتبی» برای مشارکت از دیگر ضوابط مقرر در این ماده است. همانگونه که قبلاً اشاره شد، ماده (۴۷) قانون ثبت وجود شرکت‌نامه رسمی یعنی ثبت شده در دفاتر اسناد رسمی را علاوه بر قید کتبی بودن آن ضروری دانسته است. حال این سؤال مغفول مانده که آیا ذکر لزوم کتبی بودن قرارداد در ماده ۱۰۷ بدون اشاره بر ضرورت ثبت آن در دفاتر اسناد رسمی رافع تکلیف ثبت شرکت‌نامه‌های موضوع این ماده در محل‌هایی است که وزارت دادگستری ثبت اینگونه اسناد را لازم دانسته است یا خیر؟ بنظر می‌رسد باید به این سؤال پاسخ مثبت داد؛ زیرا از طرفی همین ماده مرجع دیگری یعنی «مرجع ثبت شرکت‌ها» را برای ثبت معین نموده و از طرف دیگر ماده ۲۲۷ قانون برنامه پنجم مقررات مغایر را در طول برنامه موقوف الاجرا اعلام نموده است.

یکی دیگر از ظوابطی که ماده (۱۰۷) قانون برنامه پنجم برای تشکیل گروه‌های اقتصادی با منافع مشترک برقرار نموده است، ضرورت ثبت آنها در مرجع ثبت شرکت‌ها است. در این مورد این سؤال اساسی مطرح می‌شود که با توجه به عدم ایجاد شخصیت حقوقی جدید، گروه اقتصادی تحت چه عنوان و با چه توجیهی در «مرجع ثبت شرکت‌ها» به ثبت می‌رسد؟ بدیهی است که مقررات مربوط به ثبت شرکت‌ها ویژه موارد ناظر به ایجاد واحد جدید تحت عنوان شرکت تنظیم شده است و حتی در مورد ثبت مؤسسات غیرتجاری که جداگانه در ماده (۵۸۴) قانون تجارت مورد حکم قرار گرفته است، صلاحیت ندارد. شاید موجه‌تر می‌بود تا قانونگذار ثبت قرارداد مشارکت و همکاری را در دفاتر اسناد رسمی و یا ثبت نام تجاری کنسرسیوم را در دفتر مربوطه الزامی کرد و نه ثبت گروه فاقد شخصیت حقوقی را در مرجعی که خاص شرکت‌های تجاری است.

تصریح قانونگذار به اینکه «گروه‌های اقتصادی با منافع مشترک در قالب شرکت مدنی و ضوابط و شرایط به آن» تشکیل می‌گردد، متبادرکننده احکام قانون مدنی در مواد (۵۷۱) الی (۶۰۶) تحت عنوان «در شرکت» است. این مواد احکامی را در خصوص نحوه اداره شرکت مدنی بیان نموده است که از یک سو آن احکام برای اداره گروه اقتصادی با منافع



مشترک مکفی نیست و از سوی دیگر برخی از آن احکام تناسبی با اهداف و کارکردهای گروه اقتصادی با منافع مشترک ندارد. برای مثال، در مقررات قانون مدنی مرزی بین مسئولیت شریک و مدیر تعیین نشده است و یا برای خودداری یکی از شرکاء برای تأمین هزینه‌های مشارکت حکمی بیان نشده است. به علاوه، مقرراتی نظیر ماده (۵۸۳) قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «هریک از شرکاء می‌تواند بدون رضایت شرکاء دیگر سهام خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند.» و نیز ابهامات مطرح در مورد مواد (۵۸۰) و (۵۸۱) در مورد معاملات خارج از حدود اذن مدیران شرکت مدنی نا کارآمدی قانون مدنی و ضوابط و شرایط مذکور در آن برای اداره گروه اقتصادی با منافع مشترک را به اثبات می‌رساند. در هر حال این سؤال قابل طرح است که اگر از نظر قانونگذار ضوابط و شرایط شرکت‌های مدنی برای اداره گروه‌های اقتصادی کفایت می‌کرد چه نیاز و ضرورتی برای انشای حکم جدید در ماده (۱۰۷) برنامه پنجم وجود داشت. حکم قانونگذار در ماده (۱۰۷) به تبعیت از مقررات و ضوابط شرکت‌های مدنی که فاقد شخصیت حقوقی هستند با الزام دیگر ماده یعنی ثبت آنها در مرجع ثبت شرکت‌ها که خاص شرکت‌های تجاری با شخصیت حقوقی مستقل است در تضاد و تقابل است.

تبصره (۱) ماده (۱۰۷) قانون برنامه پنجم، تغییر در حیطه اختیارات مدیران در قرارداد مشارکت در قبال اشخاص ثالث را قابل استناد ندانسته و مسئولیت تضامنی اعضای گروه برای پرداخت دیون گروه از اموال شخصی خود، مگر در مواردی که با اشخاص ثالث به ترتیب دیگری توافق شده باشد، را مفروض می‌داند. در این تبصره، هدف استمرار مسئولیت مدیران و تضامنی بودن مسئولیت اعضای گروه در قبال اشخاص ثالث است. ظاهراً قانونگذار با مصلحتی قابل درک یعنی حفظ حقوق اشخاص ثالث طرف معامله با گروه، به مسئولیت تضامنی شرکاء حکم داده است. اما در قسمت اول تبصره که قرارداد را برای تغییر مسئولیت مدیران معتبر نمی‌داند با مشارکت‌های قراردادی که در آنها اصولاً تعیین حدود اختیارات مدیران در قرارداد بین شرکاء صورت می‌گیرد، مناسبتی ندارد و این حکم مناسب شرکت‌های تجاری است که قرارداد نمی‌تواند حدود اختیارات مدیران را از آنچه در اساسنامه معین شده و علی‌الاصول به اطلاع اشخاص ثالث رسیده است، تغییر دهد.

به علاوه، جمله اول تبصره از آن جهت مبهم است که معلوم نیست تغییر در حیطه اختیارات مدیران از چه مبنایی قابل استناد در قبال اشخاص ثالث نیست؛ آیا مبنا قرارداد و

شرکت‌نامه است و یا فروض قانونی؟ و به‌علاوه موجب این تغییر چه توافق‌هایی می‌تواند باشد؟ توافق بین مدیران، یا مدیران و شرکاء و یا حتی مدیران و اشخاص ثالث. این ابهامات در کنار عطف جمله دوم تبصره به جمله اول این تصور را ایجاد می‌کند که شاید جمله دوم در مقام توصیف و رفع ابهام از معطوف‌الیه خود وضع گردیده است. اما با توجه به تفاوت موضوعات عبارت اول و دوم که در یکی «مدیران» است و در دیگری «شرکاء» از این تعبیر نمی‌توان کمک گرفت تا ابهام جمله اول تبصره را مرتفع نمود. جمله دوم نیز به حکمی مضاف بر قدر متیقن برداشت ما از ماده (۲۲۰) قانون تجارت حکم نمی‌کند و از اینرو فاقد اثر انشائی است.

در تبصره ۲ ماده ۱۰۷، قانونگذار، گروه‌های اقتصادی را مجدداً به شرکت‌های تجاری نزدیک کرده و پس از حکم به ثبت آن‌ها در مرجع ثبت شرکت‌ها، آن‌ها را مکلف به نگهداری دفاتر تجاری، انجام بازرسی و تصفیه مطابق با احکام مربوط به شرکت‌های تجاری می‌نماید. البته تکلیف به نگهداری دفاتر تجاری خالی از وجه نمی‌باشد زیرا در هر حال این گروه‌ها به فعالیت‌های تجاری و اقتصادی می‌پردازند و نگهداری دفاتر تجاری می‌تواند به شفاف‌سازی فعالیت این گروه‌ها منجر شود. اما ورود نهاد بازرسی به آن‌ها به حکم قانون برخلاف ماهیت قراردادی این گروه‌ها بوده و شرکاء مشارکت را در معرض هزینه‌های بازرسی و دخالت نهادها و اشخاص غیر انتخابی توسط شرکاء و غیر پاسخگو در قبال آنان قرار می‌دهد. علی‌الاصول بازرس در شرکت‌ها از طرف مجمع عمومی انتخاب می‌شود تا بر کار مدیران نظارت کند. در حالی که در گروه‌های اقتصادی با توجه به اندک بودن تعداد شرکاء و اداره گروه یا مشارکت توسط شرکاء و یا نمایندگان مستقیم آنان دخالت بازرس از این بابت بلاوجه است.

علاوه بر آن به‌موجب مواد (۱۵۰) و (۱۵۱) لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ وظیفه دیگر بازرس اعلام جرایمی است که به هنگام انجام وظایف قانونی خود با آن روبرو می‌شود و نیز تأیید صورت‌داری و حساب سود و زیان شرکت است که مهمترین کارکرد آن از دیدگاه حقوق عمومی تعیین مالیات بر فعالیت شرکت‌ها است. در حالی که گروه‌های اقتصادی به دلیل فقدان شخصیت حقوقی موضوع قوانین جزایی و یا تکالیف مالیاتی قرار نمی‌گیرند، معلوم نیست هدف قانونگذار به حضور بازرس در این گروه‌ها چه بوده و چه ضرورتی موجب تحمیل این امر بر شرکاء بدون رضایت



آنان شده است. بدیهی است شرکاء می‌توانند حسابرس انتخابی خود را با وظایف مشخص شده در قرارداد تعیین نمایند.

در جمله اول تبصره ۳، قانونگذار قاعده کلی برخاسته از ماهیت قراردادی گروه‌های اقتصادی را بیان می‌کند که به لسان حقوقی بیان می‌دارد در صورت زوال اهلیت از اشخاص حقیقی و یا ورشکستگی و یا انحلال اشخاص حقوقی تشکیل دهنده گروه، برخلاف شرکت‌های تجاری دارای شخصیت حقوقی مستقل که عوارض اهلیت شرکاء موجب انحلال آنها نمی‌شود، گروه منحل می‌شود. به اصطلاح حقوقی شرکت مدنی از جمله عقود اذنی است و اذن ماهیتی جایز داشته و با فوت، جنون و حجر اذن دهنده از بین می‌رود. اما آنچه که می‌تواند محل تردید و بحث انگیز باشد، حکم قسمت اخیر این تبصره است که مقرر می‌دارد: «... مگر این که در قرارداد تشکیل گروه اقتصادی طور دیگری مقرر شده باشد.» این عبارت چنین به ذهن متبادر می‌کند که شرکاء مشارکت مدنی یا اعضای گروه اقتصادی می‌توانند با قرارداد خود در زمان اهلیت چنین توافق کنند که عوارض اهلیت بر قرارداد آن‌ها بی‌تأثیر خواهد بود. این اثر بی‌تردید خلاف قواعد آمره و اصول کلی حقوقی است. قانون مدنی هم اگر در موادی مانند ماده (۶۷۹) در باب وکالت و ماده (۵۷۸) در باب شرکت عقود جایز را با توافق مستقل و یا ضمن عقد خارج لازم غیر قابل گسستن با اراده طرفین نموده است، این توافق صرفاً حق فسخ از جانب یکی از طرفین را ساقط می‌کند اما معنای آن به هیچ وجه روئین تن شدن عقد در مقابل عوارض اهلیت مانند فوت، حجر و جنون نمی‌باشد. با این وجود معلوم نیست منظور قانونگذار از عبارت اخیر تبصره (۳) چه بوده است. جای تعجب آنکه شورای محترم نگهبان نیز ایراد عدم مطابقت این حکم را با شرع احراز و اعلام نکرده است.

قانون مدنی در ماده (۵۸۸) فوت یا محجور شدن یکی از شرکاء شرکت مدنی را موجب زوال اذن در تصرف برای شرکاء دانسته و نه انحلال خودبخودی شرکت. بدین ترتیب می‌توان گفت در صورت فوت یا حجر یکی از شرکاء شرکت مدنی یا گروه اقتصادی، در صورتی که قائم مقام قانونی آن شریک تصمیم به ادامه حضور در مشارکت یا گروه بگیرد گروه یا مشارکت فعالیت خود ادامه می‌دهد، والا استمرار فعالیت ممکن نیست. به نظر می‌رسد هدفی که قسمت اخیر تبصره (۳) به دنبال آن بوده نیز فراهم آوردن امکان استمرار فعالیت گروه در صورت فوت، حجر و ورشکستگی یکی از شرکاء است.



اما در این مورد توافق شرکاء با یکدیگر در قرارداد مشارکت کارساز نمی‌تواند باشد و آنچه می‌تواند ملاک اعتبار قرار گیرد، توافق بعدی شرکاء موجود با قائم مقام قانونی شریکی است که فوت شده و یا اهلیت خود را از دست داده است. از همین روی، آنچه در قرارداد تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک می‌تواند مورد توافق قرار گیرد، فراهم آوردن امکان توافق با قائم مقام قانونی شریکی است که اهلیت خود را از دست داده است و نه توافق بر بقای گروه.

در مدل پیشنهادی مشارکت قراردادی مرکز تجارت جهانی پیش بینی شده است که در قرارداد می‌توان به استمرار فعالیت مشارکت پس از فوت و یا ورشکستگی و یا وضع ممنوعیت قانونی برای یکی از شرکاء به این نحو توافق کرد که شرکاء تراضی خود را به استمرار فعالیت توسط شرکاء با قیمانده پس از خروج شریک متوفی، ورشکسته و یا ممنوع التصرف اعلام می‌دارند با این امکان که وراثت متوفی نیز می‌توانند به فرض قبول بی‌قید و شرط قرارداد مشارکت قائم مقام مورث خود شوند (International Trade Center, 2004, article 23). به این ترتیب این رضایت شریک فاقد اهلیت نیست که موجب استمرار فعالیت مشارکت می‌شود بلکه تراضی شرکاء دیگر بر بقای شرکت پس از خروج آن شریک از مشارکت است که ادامه حیات مشارکت را ممکن می‌سازد. بدیهی است چون شرکای دیگر همچنان دارای اهلیت هستند، تراضی و اذن قبلی آنها همچنان معتبر است. متن موجود تبصره (۳) هر چند در صدد حفظ حیات و استمرار فعالیت مشارکت در صورت فوت و یا ورشکستگی یکی از شرکاء بوده اما بیان مناسبی را برای رسیدن به این منظور انتخاب نکرده است. به بیان دیگر نه قاعده وضع شده در صدر تبصره با اهداف و کارکردهای گروه اقتصادی و مشارکت‌های قراردادی مناسب دارد و نه استثناء قسمت اخیر آن وافی به مقصود می‌باشد. متبادر از آن استثناء همان برداشتی است که در بالا به آن اشاره شد، هر چند که تاویل آن به ترتیب مذکور در این بند نیز امکان‌پذیر می‌باشد.

نتیجه‌گیری

هر چند قانونگذار با هدف تجویز و تسهیل تشکیل و فعالیت کنسرسیوم‌ها و رفع نواقص قانونی موجود در قوانین مادر چون قانون مدنی و تجارت، ماده (۱۰۷) و تبصره‌های آن را انشاء کرده است، اما این ماده را در وضع موجود نمی‌توان گامی به جلو دانست. زیرا از



یکسو ایجاد کنسرسیوم در قالب شرکت مدنی در نظم حقوقی موجود قبل از تصویب قانون برنامه پنجم امر ممنوعی نبود که نیاز به تجویز داشته باشد. و از سوی دیگر قیود و شرایط و احکامی که در ماده مذکور برای آن ذکر شده است عمده‌تاً از قبل موجود و بدون ذکر هم لازم‌الرعايه بود.

احکام و تبصره‌هایی هم که به قصد ایضاح به این ماده اضافه شده نه تنها در این کارکرد ناموفق جلوه می‌کنند بلکه به دلیل نارسایی در تعییرات و عبارات بعضاً موجب ابهامات بیشتر و حتی تعارضاتی با اصول کلی حقوقی نیز می‌گردد. وجود این نقایص بی‌تردید موجب نا کارآمدی این ماده و محجور ماندن آن شده که هدف مقدس قانونگذار را تحقق نیافته باقی می‌گذارد.

حقیقت آنست که قانون برنامه محل مناسبی برای تجویز و تشریع احکام مربوط به نهادهای حقوقی با سابقه‌ای که کارآمدی آنان منوط به تبیین احکام تفصیلی و بسترسازی مناسبی است نمی‌باشد. ماده (۱۰۷) مصداق بارز «حفظتک شیئا» و «غابت عنک اشیاء» می‌باشد که یک از هزاران را گفته است. این دو، سه حکم تجميع شده در ماده (۱۰۷) نه می‌تواند خلاء قانونی شرکت مدنی در قوانین مدنی و تجارت را حل کند و نه در عمل مشکلات مبتلی به شرکت‌های بزرگ چند ملیتی در حوزه‌های اقتصادی و حقوقی را برای مشارکت در ایران و یا با ایرانی مرتفع نماید.

از این رو باید نتیجه گرفت ماده (۱۰۷) برنامه در مقام ایجاد تکلیف برای قوه مجریه است که لایحه جامعی در مورد گروه‌های اقتصادی با منافع مشترک را در چارچوب تئوری‌های حقوقی و با نگاهی عمل‌گرایانه تهیه و به مجلس ارائه دهد. این تکلیف هر چند نه به تصریح اما به حکم ضرورت‌های عقلی و عرفی و اجرایی بر عهده قوه مجریه سنگینی می‌کند. امید است این لایحه بتواند در ساخت و پردازش این نهاد مهم اقتصادی موفق باشد.



منابع

- اسکینی، ربیعا و احمدوند، ولی الله (بهار و تابستان ۱۳۸۶)، بررسی تطبیقی ساختار حقوقی جوینت ونچر بین المللی، مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۲۳، صص ۱۹۸-۱۵۷
- امامی، سید حسن (۱۳۶۲)؛ حقوق مدنی، جلد ۲، اسلامیه
- شرکت ملی نفت ایران: پارس جنوبی تجلی اراده ملی، نگاهی اجمالی بر روند تشکیل مشارکت‌ها در طرح‌های توسعه حوزه گازی پارس جنوبی و عوامل موفقیت آن‌ها
- قابل دسترسی در: WWW.aryangroup.com
- شهری، غلامرضا (۱۳۶۹)؛ حقوق ثبت اسناد و املاک، جهاد دانشگاهی
- خاوری، محمود رضا (۱۳۷۵)، حقوق بانکی، چاپ سوم، موسسه بانکداری ایران
- خزایی، حسین (پاییز و زمستان ۱۳۶۹)؛ بررسی اجمالی مفهوم حقوقی J.V. در حقوق آمریکا و حقوق بین الملل، مجله حقوقی، شماره ۱۳، صص ۱۲۵-۵۳
- کاشانی، سید محمود (۱۳۸۸)؛ قراردادهای ویژه، میزان
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۳)؛ حقوق مدنی: مشارکت‌ها صلح عطایا، تهران، اقبال
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)؛ حقوق مدنی: درس‌هایی از عقود معین، جلد ۱، گنج دانش
- معاونت برنامه‌ریزی و امور اقتصادی وزارت بازرگانی؛ معرفی لایحه تجارت و نوآوری‌های آن (مقالات همایش همراه با متن لایحه)، ۱۳۸۵

International Trade Center (2004), Contractual Joint Venture Model Agreement,
UNCTAD/WTO, Geneva