

فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۸۹، زمستان ۱۳۹۷، ۵۸-۳۵

لزوم تجارتي قلمداد شدن معاملات غير منقول

بهرام تقی پور*

امیر حسینی جلیلیان**

پذیرش: ۹۶/۵/۳۰

دریافت: ۹۵/۹/۱۴

اموال / غیرمنقول / معاملات تجارتي / اعمال تجارتي / حقوق فرانسه.

چکیده

غير تجارتي قلمداد نمودن معاملات غير منقول در حقوق تجارتي ما ریشه در حقوق قدیم فرانسه دارد. قانونگذار ما در سال ۱۳۱۱ هجری شمسی به تاسی از قانون تجارتي ۱۸۰۷ میلادی فرانسه چنین قاعده‌ای را در ماده چهار قانون تجارتي پیش‌بینی نمود. در حقوق قدیم فرانسه وجود چنین قاعده‌ای علل اجتماعی، سیاسی و اقتصادی داشته که به طور سنتی وضع شده است، لکن از سال ۱۹۶۷ میلادی قانونگذار فرانسوی از این قاعده عدول نموده و فرقی بین اموال منقول و غير منقول قائل نشده است و امروزه نیز در حقوق آن کشور معاملات اموال غير منقول تجارتي تلقی می‌شود مشروط بر این که به قصد ساخت و ساز نباشد در حالیکه در حقوق ما درست عکس این قاعده وجود دارد. تصویب و حفظ چنین قاعده‌ای در حقوق ما خصوصاً در حال حاضر فاقد هر گونه توجیه منطقی اقتصادی، اجتماعی و حقوقی است، در این مقاله با ذکر نظر موافقان و مخالفان، وضع و استمرار چنین قاعده‌ای مورد نقد واقع گردیده است.

طبقه‌بندی JEL: K11

taghipour.bahram@yahoo.fr

amir13560701.ah@gmail.com

*. استادیار و عضو هیات علمی دانشگاه خوارزمی

**. کارشناس ارشد حقوق خصوصی و سردفتر اسناد رسمی و مدرس دانشگاه

■ بهرام تقی پور، نویسنده مسئول.

مقدمه

کمتري از يك قرن است كه حقوق تجارت ما به عنوان شاخه مستقل از حقوق به رسميت شناخته شده كه حاكم بر روابط تجاري مي‌باشد و مقرراتي راجع به تجار، عمليات تجاري و ورشكستگي و برخي از قراردادهاي تجاري پيشيني نموده است. در واقع از اوایل قرن حاضر، قانونگذار در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ هجري شمسي اقدام به احصاء اعمال تجاري پرداخت و اصولاً با نزديك شدن به مفهوم موضوعي حقوق تجارت، تاجر را بر اساس انجام اين اعمال تعريف نموده است. از مذاقه و مطالعه در ماده دو اين قانون كه به احصاء اعمال تجاري پرداخته، محرز مي‌شود كه قانونگذار معاملات اموال غيرمنقول را جزء اعمال تجارتي محسوب ننموده و صراحتاً در ماده چهار آن نيز چنين معاملاتي را از قلمرو اعمال تجاري و درنتيجه‌ي دايره‌ي شمول مقررات حقوق تجارت خارج نموده است. مسئله‌اي كه مطرح مي‌شود اين است كه چرا و به چه دليل يا دلایلي قانونگذار با تمايز بين اموال منقول و غيرمنقول، معاملات مربوط به اموال غيرمنقول را تجارتي تلقي ننموده است؟ در واقع وضع چنين قاعده‌اي بر چه اساس بوده است؟ اگر پذيرش اين قاعده در زمان تصويب قانون تجارت فعلي در سال ۱۳۱۱ ه.ش توجیه اقتصادي و منطقي و حقوقي داشته، آیا هنوز هم اين توجیهاات باقی است كه تدوين‌كنندگان لايحه‌ي جديد قانون تجارت در تصويب مرحله اوليه آن دوباره چنين قاعده‌اي را در ماده ۱۴ لايحه‌ي جديد پيشيني نموده‌اند؟ در اين مقاله با بيان سير پيدایش اين قاعده كه ريشه‌ي سنتي در حقوق خارجي داشته و مورد الكوي قانونگذار ما قرار گرفته است مورد نقد و بررسي قرار خواهد گرفت. از لحاظ پيشينه تحقيق اگرچه در كتب حقوق تجارت به طور خلاصه به اين موضوع پرداخته شده است اما براساس تحقيق و شناخت ما، مقاله‌ي جامعي در اين خصوص با نگاهی به حقوق تجارت فرانسه تاکنون منتشر و چاپ نگردیده است. از اين رو ابتدا وضعيت تجارتي بودن معاملات اموال غيرمنقول در حقوق فرانسه و سپس احكام آن در حقوق فعلي ايران با نگاهی نقادانه به لايحه جديد قانون تجارت كه در سال ۱۳۹۲ با فراز و نشیب‌هاي طولاني به تصويب مجلس شورای اسلامي رسیده لکن بدليل مخالفت شوري نگهبان هنوز مراحل نهايي تصويب را طی ننموده است، مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.^۱

۱. حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه که جزء نظام حقوقی سیویل لا یا رومی-ژرمنی است^۱ از قرون وسطی اصل انفکاک حقوق تجارت از حقوق مدنی به عنوان شاخه خاصی از حقوق پذیرفته شده است.^۲ در این زمان قواعد و مقررات حقوقی بیشتر به صورت شفاهی و قانون عرفی یا لکس مرکاتریا^۳ بر روابط بین تجار حاکم بوده و دعاویشان در مجامع صنفی حل و فصل می شد.^۴ در این راستا نیازهای ضروری موجب شد که حقوق تجارت نه تنها به عنوان حقوق حرفه‌ای بر روابط تجار حاکم گردد (مفهوم شخصی) بلکه در برگیرنده فعالیت‌ها و عملیات تجاری (مفهوم موضوعی) نیز باشد تا اینکه در سالهای ۱۶۷۳ و ۱۶۸۱ میلادی قانون تجارت کلبر^۵ (یا قانون ساوری)^۶ به صورت مکتوب وضع گردید.^۷ این قانون در دو زمینه، تجارت زمینی (۱۶۷۳ م.) و دریایی (۱۶۸۱ م.)، تدوین گردید و هدف و اساس وضع این قوانین، بیشتر قاعده‌مند کردن عملیات تجاری و تفکیک بین ورشکستگی به تقلب یا کلاهبردانه از ورشکستگی عادی یا غیرعمدی بوده است.^۸ اما اولین قانون تجارت مدون فرانسه در سال ۱۸۰۷ میلادی، بعد از انقلاب کبیر فرانسه و تصویب قانون مدنی ناپلئون (مصوب ۱۸۰۴ م.)، وضع گردیده است^۹ در این قانون، قانونگذار فرانسوی عملیات تجاری را احصا و بیان نموده بود که مطابق آن «هرگونه خرید کالا و اجناس برای فروش»^{۱۰} تجاری تلقی گردیده بی آنکه عملیات و معاملات خرید و فروش یا اجاره نسبت به اموال غیرمنقول را تجارتی قلمداد شود. تجارتی نبودن معاملات مربوط به اموال غیرمنقول در حقوق فرانسه ریشه تاریخی و سنتی داشته و مبتنی بر دلایل اجتماعی، سیاسی و اقتصادی بوده است^{۱۱} از لحاظ اجتماعی، نظام فئودالیستی بر مالکیت املاک حاکم بود که بر این اساس فقط نجیب زادگان و اشرافیون

1. Bell J., Boyrons s. and Whittaker S., 1998, p.1.

2. Menjuq M., 2003, p.3.

3. Lex Mercatori.

4. Bruno, Petit, (2012), p.2.

5. Colbert.

6. Code Savary.

7. Bruno, Petit, (2012), P.2.

8. Coquery N., (2008), p. 341-358.

9. Code de commerce - Version de 1807 (<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56629t>). 2016/02/13.

10. La loi répute actes de commerce: "Tout achat de denrées et marchandises pour les revendre".

11. Piedelièvre S., (2013), p.56.

توانایی برخورداري از حق مالکیت نسبت به املاک را دارا بوده و در نتیجه ساير افراد و اقشار عادی جامعه فرانسوی از چنین حقی محروم بودند.^۱ در واقع قدرت سیاسی اشراف زادگان ایجاب می نمود تا آنان مالک املاک شده و در حفظ مرزهای جغرافیایی قبایل اشرافی کوشا و توانمند باشند.^۲ بر همین اساس، انتقال مالکیت اموال غیرمنقول و املاک از اعمال مهم حقوقی بوده و دارای تشریفات خاص و طولانی می بود.^۳ از لحاظ اقتصادی نیز نظریه گردش ثروت و اصل سرعت در معاملات تجاری ایجاب می نمود که معاملات مربوط به اموال غیرمنقول تجارتي محسوب نشود، فلذا این توجیهاات سیاسی، اجتماعی و اقتصادی موجب گردید در قانون تجارت ۱۸۰۷ میلادی فرانسه عملیات مربوط به اموال غیرمنقول تجارتي به حساب نیاید. این وضعیت از اواسط نیمه دوم قرن نوزدهم میلادی با تحولات اقتصادی، اجتماعی و سیاسی ایجاد شده که بدنبال جنگ جهانی دوم در جوامع، خصوصاً جامعه فرانسوی اتفاق افتاده بود و حاصل آن شهرنشینی و توسعه قلمرو شهرها بوده است، موجب گردیده تا در عمل فعالان تجاری نسبت به انجام معاملات اموال غیرمنقول تمایل بیشتری پیدا نمایند و بدنبال آن، گرایش رویه قضایی فرانسه نیز متحول شده و در صدد تجارتي قلمداد نمودن معاملات مربوط به اینگونه اموال بوده است.^۴ این رویه عملی و عرفی در قانون فرانسه نیز موثر افتاد و قانونگذار فرانسوی در اصلاحات قانون تجارت به تاریخ ۱۳ ژوئیه ۱۹۶۷ میلادی با تغییرات عمیق قواعد و مقررات مربوط به ورشکستگی^۵، تمایل به اعمال این مقررات نسبت به تمام حرفه ای ها از جمله فعالان معاملات اموال غیرمنقول داشته و بر همین اساس تمایزی بین معاملات اموال منقول و غیرمنقول قائل نگردید و در نتیجه با عبارتی صریح و مطلق «هرگونه خرید اموال غیرمنقول به قصد فروش»^۶ همانند «هرگونه خرید اموال منقول به قصد فروش»^۷ را تجارتي قلمداد نموده و تابع مقررات خاص قانون تجارت نموده است.^۸ اما این اطلاق موجب نگرانی فعالان ساخت و ساز ساختمانها گردید و دیری نپایید که در اثر مداخله سازندگان

1. Blaise J.-B. et Desgoues R., (2015), p.80.

2. Piedelièvre S., (2013), p.56.

3. Blaise J.-B. et Desgoues R., (2015), p.80.

4. Piedelièvre S., (2013), p.56.

5. Blaise J.-B. et Desgoues R., (2015), p.81.

6. C- "Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre".

7. "Tout achat de biens meubles pour les revendre".

8. Blaise J.-B. et Desgoues R., (2015), p.80.

ساختمان‌ها و مسکن و رایزنی آنها با نمایندگان پارلمان و سنا برای فرار از مقررات تجاری خصوصاً قوانین مالیاتی حاکم بر تجار، بالاخره سه سال بعد از قانون مذکور یعنی در ۹ ژوئیه ۱۹۷۰ میلادی، استثنائی بر قاعده اصلی فوق وارد گردید و آن را تخصیص زد که به موجب آن اعمال سازندگان ساختمان جزء اعمال مدنی تلقی شده و از دایره شمول مقررات قانون خاص تجارت خارج گردید.^۱ از آن پس مطابق این قانون «هرگونه خرید اموال غیرمنقول به قصد فروش تجارتمی تلقی می‌شود مشروط بر اینکه خریدار قصد ساخت و ساز یک یا چند ساختمان و فروش آنها به صورت یکجا یا واحد به واحد را نداشته باشد».^۲ بنابراین از تاریخ تصویب این قانون، خرید اموال غیرمنقول به قصد فروش ذاتاً و اصولاً تجارتمی تلقی می‌شود مگر اینکه خریدار اثبات نماید که منظور وی از خرید ایجاد و احداث ساختمان و فروش آن به صورت یکجا یا واحد به واحد بوده است که در صورت اخیر اعمال خریدار تجارتمی نبوده و جزء اعمال مدنی محسوب خواهد شد.^۳ امروزه این استثناء مورد انتقاد حقوقدانان فرانسوی قرار گرفته است.^۴ بنابراین نظر آنها تفکیک و تمایز بین عمل خرید اموال غیرمنقول به قصد فروش با عمل خرید اموال غیرمنقول به قصد ساخت و ساز و سپس فروش منطقی نبوده و از لحاظ حقوقی نیز توجیه‌ای ندارد^۵ علاوه بر آن امروزه امر تصفیه جمعی تجار و سایر اشخاص حقوقی حقوق خصوصی در فرانسه تابع رژیم حقوقی و مقررات یکسان مندرج در مواد L 620-2 به بعد قانون تجارت می‌باشد.^۶ علی‌ایحال مفاد قانون ۱۹۷۰م. عیناً در اصلاحات بعدی در قوانین تجاری فرانسه نیز تکرار شده است که امروزه مطابق ماده L-110-2 قانون تجارت فعلی فرانسه لازم الاجرا است.^۷ بنابراین در حال حاضر اصل بر این است که خرید

1. Blaise J.-B. et Desgoues R., (2015), p.80.

2. Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux" disponible sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr,2016/02/13>. Sur ce point v. Dimitri Houtcieff, 2015, Répertoire de droit commercial, t. Actes de commerce, Paris, Dalloz.

3. Cass. com., 10 avril 1975, no 73-13310, Bull. com. no 90 [archive]; Cass. com., 13 novembre 2007, no 06-17823.

4. Piedelièvre S., (2013), p.56.

5. Blaise J.-B. et Desgoues R., (2015), p.81.

6. Blaise J.-B. et Desgoues R., (2015), p.80.

7. " L 110-1 La loi répute actes de commerce : 2° Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux" disponible sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr,2016/02/13>.

اموال غيرمنقول به قصد فروش يک عمليات تجارتي به حساب مي آيد. به طور مثال عمل خريد يک زمين صرفاً به قصد فروش در همان حالت يا خريد اموال غيرمنقول ساخته شده به قصد فروش در همان حالت و يا بعد از تغييرات يا ترميمرات، تجارتي تلقی شده و مشمول مقررات حقوق تجارتي مي باشد^۱ مگر اينکه خريد زمين به قصد احداث يک يا چند واحد ساختمان و سپس فروش آن به صورت يک جا يا واحد به واحد باشد که در اين صورت استثنائاً عمل وي تجارتي نبوده و جزء عمليات مدني محسوب و تابع مقررات حقوق مدني خواهد بود.^۲ اما اعمال مدني که توسط شرکت هايي که از لحاظ شکلي تجاري هستند مي توانند به تبع شرکت تجاري تلقی شوند (اعمال تجاري تبعي). بدین توضیح که اگر عمل خريد اموال غيرمنقول به قصد ساخت و ساز و سپس فروش توسط شرکت هايي که از لحاظ شکلي تجاري تلقی مي شوند انجام گيرد عمل مذکور نيز به تبع شرکت تجاري، تجارتي تلقی مي شود و نه بخاطر عمل تجاري ذاتي.^۳ مطابق قسمت اول ماده L-210-1 قانون تجارتي فرانسه «معیار تجاري بودن يک شرکت به وسيله موضوع يا شکل انتخابي اش مي باشد»^۴ و مطابق قسمت دوم همین ماده «شرکت هايي که از لحاظ شکلي تجاري مي باشند اگرچه موضوع فعاليتشان غير تجاري باشند عبارتند از شرکت هاي تضامني (مواد L-221-1 به بعد قانون تجارتي فرانسه)، شرکت هاي مختلط ساده (مواد L-222-1 به بعد قانون تجارتي فرانسه) شرکت هاي با مسئوليت محدود (مواد L-223-1 به بعد قانون يادشده) و شرکت هاي سهامی (مواد L-224-1 به بعد ق.ت فرانسه)^۵ بنابراین شرکت هاي اخير الذکر شرکت هاي تجاري تلقی مي شوند حتی اگر موضوع فعاليت آنها اعمال غير تجاري همانند خريد اموال غيرمنقول بقصد ساخت و ساز و سپس فروش باشد. پس در خصوص اين شرکت ها اصل تجاري بودن

1. Cour d'appel de Rouen, 22 novembre 1995.

2. Cass. com., 10 avril 1975, no 73-13310, Bull. com. no 90 [archive]; Cass. com., 13 novembre 2007, no 06-17823.

3. Cass. com., 13 novembre 2007. no 06-17823 disponible sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr/2016/02/13>. sur ce point v. Mestre, J.et Les autres (2012), Droit commercial, droit inferne et aspects de droit international, 29e édition, LGDJ. P.P.21, 22.

4. "Article L210-1. Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet." disponible sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr/2016/02/13>.

5. "Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions." disponible sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr/2016/02/13> . Sur ce point v. Philippe Merle et Anne Fauchon, Droit commercial. Sociétés commerciales., Paris, Dalloz, coll. « Précis », septembre 2015, 1004 p.

معاملات غیرمنقول به تبع شکل شرکت حاکم است. سایر شرکت‌ها اگر اقدام به خرید اموال غیرمنقول به قصد ساخت و فروش نمایند اعمالشان مدنی بوده و تجاری تلقی نمی‌شوند.^۱

۲. حقوق ایران

۲-۱. قوانین تجاری لازم الاجرا

قانون تجارت فعلی ایران مصوب ۱۳۱۱ هجری شمسی برگرفته از قانون تجارت ۱۸۰۷م. فرانسه است. ماده‌ی دو این قانون نه تنها در مقام بیان و احصاء عملیات تجاری، ذکری از معاملات اموال غیرمنقول به میان نیاورده است، بلکه فقط خرید یا تحصیل اموال منقول به قصد فروش یا اجاره را تجاری قلمداد نموده و در ماده چهار صراحتاً معاملات اموال غیرمنقول را غیرتجارتی دانسته است. هرچند مفاد این ماده به طور اطلاق معاملات غیرمنقول را موضوعاً از حیطه قلمرو عملیات تجاری و حاکمیت مقررات قانون تجارت خارج و آنها را جزء عملیات مدنی به حساب آورده است؛ لکن بعد از تصویب این قاعده، قوانین خاصی وضع گردید که ضمن ورود تخصیص به عمومیت این اطلاق، استثنائاتی را پیش‌بینی نموده‌اند. به‌طور کلی دو قانون خاص که هر دو در آنها در حوزه‌ی شرکت‌های موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت وضع گردیده‌اند، قاعده عام فوق را تخصیص زده است که عبارتند از: عملیات ساخت و ساز و شرکت‌های سهامی.

۲-۱-۱. عملیات ساخت و ساز

اولین استثنایی که به اطلاق ماده چهار قانون تجارت وارد گردیده است، به کلیه شرکت‌های مندرج در ماده ۲۰ قانون تجارت^۲ که موضوع فعالیت‌شان مربوط به احداث ساختمان، خانه، آپارتمان و محل کسب برای سکونت یا کسب و پیشه است مربوط می‌شود. ماده پنج قانون تملک آپارتمان مصوب ۱۳۴۳/۱۱/۱۶ هجری شمسی تصریح نموده است: «انواع شرکت‌های موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت (مصوب ۱۳۱۱) که به قصد ساختمان خانه و

1. " Article L210-1. Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet." disponible sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr,2016/02/13>.

۲. ماده ۲۰ ق.ت. مصوب ۱۳۱۱ اشعار می‌دارد « شرکت‌های تجاری بر هفت قسم است: ۱) شرکت سهامی ۲) شرکت با مسئولیت محدود ۳) شرکت تضامنی ۴) شرکت مختلط غیرسهامی ۵) شرکت مختلط سهامی ۶) شرکت نسبی ۷) شرکت تعاونی تولید و مصرف».

آپارتمان و محل کسب به منظور سکونت یا پیشه یا اجاره یا فروش تشکیل می‌شود از انجام سایر معاملات بازرگانی غیرمربوط به کارهای ساختمانی ممنوع می‌باشند.» همانگونه که هویدا است مفاد این ماده از صراحت لازم برخوردار نیست؛ زیرا الفاظ و عبارات آن به نحوی تنظیم یافته که سبب بروز ابهامات و در نتیجه موجبات خلق تفاسیر متعدد توسط حقوقدانان شده است. حتی برخی از حقوقدانان بر این عقیده‌اند که «در بیان قانونگذار در قسمت اول این ماده ناظر بر معامله نسبت به ساختمان، به عنوان یک مال غیرمنقول - که یکی از مصادیق معاملات غیرمنقول مذکور در ماده ۴ قانون تجارت محسوب می‌گردد - نیست، بلکه تفسیر غیرمستقیمی از معامله تجاری مذکور در بند یک ماده‌ی دو قانون تجارت است؛ یعنی عمل موضوع ماده پنج مذکور و ساختن خانه و آپارتمان و محل کسب قسمتی از اعمال تولیدی است»^۱.

مطابق این نظر ماده‌ی پنج قانون تملک آپارتمان‌ها استثنایی بر ماده‌ی چهارم قانون تجارت نیست، بلکه از مصادیق بند یک ماده‌ی دو قانون تجارت یعنی خرید یا تحصیل مصالح که مال منقول است به قصد فروش یا اجاره اعم از اینکه تصرفاتی در آن شده یا نشده باشد، است. حتی اگر این نظریه پذیرفته شود دیگر نمی‌توان خرید یا تحصیل اموال غیرمنقول (ملک یا ساختمان) به قصد ساخت یا بازسازی و فروش مجدد یا اجاره را در زمره اعمال تجارتي به حساب آوریم؛ زیرا عمل خرید یا تحصیل مربوط به مال غیرمنقول است و نه مال منقول، بنابراین یکی از ارکان مربوط به بند یک ماده‌ی دو وجود نداشته و فقط خرید مصالح به قصد ساخت و ساز و فروش آن به صورت مال غیرمنقول می‌تواند تجارتي تلقی شود، از طرف دیگر از لحاظ تاریخی چنین تفسیری با مبنای بند یک ماده‌ی دو، که از حقوق فرانسه (قانون تجارت ۱۸۰۷ فرانسه) اقتباس شده است نیز منطبق نمی‌باشد. علاوه بر آن، اگر چنین عملی [مفاد ماده ۵] از مصادیق بند یک ماده‌ی دو قانون تجارت باشد بنابراین هیچ تفاوت و تمایزی نباید بین اشخاص حقیقی و حقوقی قائل شد؛ در حالیکه ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها منحصرأ شرکت‌های موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت را بیان نموده و سایر اشخاص حقوقی و حقیقی را از شمول این قاعده خارج دانسته است. برخی دیگر از حقوقدانان معتقدند که «معاملات غیرمنقول مندرج در این ماده ذاتاً تجاری است، نه تبعاً.

۱. عیسائی تفرشی، محمد، (۱۳۸۷)، ص ۳۶.

یعنی به تبع تاجر بودن شرکت‌های تجاری که برای انجام دادن آنها تشکیل می‌شود تجارتي تلقی نمی‌شود^۱. پذیرش این نظر به‌طور مطلق نیز با مفاد این ماده و ماده‌ی چهار قانون تجارت انطباق ندارد زیرا اگر معاملات غیرمنقول مذکور در ماده‌ی پنج ذاتاً تجاری بود چرا انجام این عمل توسط اشخاص حقیقی تجاری تلقی نگردد؟ به همین جهت حقوقدان فوق در ادامه اضافه نموده است: «برعکس معاملات غیرمنقول شرکت‌های غیرشرکت‌های مندرج در ماده پنج قانون مذکور تجاری نیست»^۲.

از طرفی دیگر شاید برخی بر این عقیده باشند که عملیات مذکور در ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها ذاتاً تجاری تلقی نشده، بلکه اینگونه فعالیت‌ها به تبع تاجر بودن شرکت‌های تجاری موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت تجارتي هستند. پذیرش این نظر منوط به آن است که تمام شرکت‌های مذکور در ماده ۲۰ قانون تجارت را از لحاظ معیار شکلی تجاری قلمداد کنیم ولو اینکه موضوع عملیات آنها عملیات غیرتجارتی باشد؛ چنین نظری با ماهیت برخی شرکت‌ها و برخی از مقررات قانون تجارت سازگار نیست زیرا قانونگذار ما بر خلاف قانونگذار فرانسوی در بیان صریح پذیرش معیار تجارتي بودن شرکت‌ها (از لحاظ شکلی یا موضوعی) ساکت است اگر چه ماده ۲۰ قانون تجارت صراحتاً اعلام میکند که «شرکت‌های تجاری عبارتند از ...» و اطلاق ماده ظهور در پذیرش معیار شکلی در تجاری قلمداد نمودن شرکت‌ها دارد لکن با مذاقه و مطالعه مقررات اختصاصی بر شرکت‌ها این نظریه قابل پذیرش نیست زیرا قانونگذار در تعریف شرکت‌های با مسئولیت محدود (ماده ۹۴ ق.ت) تضامنی (ماده ۱۱۶ ق.ت) مختلط غیرسهامی (ماده ۱۴۱ ق.ت) و نسبی (ماده ۱۸۳ ق.ت) عبارت «برای امور تجاری» تشکیل شده باشد را بیان نموده است و این عبارت دلالت بر آن دارد که موضوع شرکت‌های مذکور باید از اعمال تجاری ماده دو قانون تجارت باشد تا این شرکت‌ها تجاری تلقی شوند و ماده‌ی دو قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مربوط به شرکت‌های سهامی نیز موید این تفسیر می‌باشد؛ زیرا همانطوریکه بعداً خواهیم دید قانونگذار در این ماده شرکت‌های سهامی را شرکت تجاری قلمداد نموده، ولو اینکه موضوع عملیات آنها تجارتي نباشد. بعلاوه، عبارت «از انجام سایر معاملات بازرگانی» (خصوصاً قید کلمه «بازرگانی») در قسمت آخر ماده نیز پذیرش این نظریه را با مشکل مواجه خواهد نمود

۱. اسکینی، ربیعا، (۱۳۹۲)، ص ۷۸.

۲. همان، ص ۷۸.

زیرا شرکت‌های مذکور قبلی (مسئولیت محدود و تضامنی) زمانی تجاری تلقی می‌شوند که موضوع عملیاتشان تجارتي باشد و این تفسیر علاوه بر انطباق با مفاد ماده ۴ قانون تجارت با مواد اختصاصی مربوط به شرکت‌های فوق‌الذکر نیز منطبق می‌باشد.

برخی دیگر از متخصصان حقوق تجارت بر این عقیده‌اند که مفاد ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها، ماده‌ی چهارم قانون تجارت را تخصیص زده و استثنائی بر ماده اخیر الذکر می‌باشد^۱ و عده دیگر اعتقاد دارند خرید اموال غیرمنقول برای فروش که مبین قصد انتفاع می‌باشد تجارتي تلقی می‌شود و از این لحاظ نباید فرقی بین اموال منقول و غیرمنقول قائل شد.^۲ این نظریه که دیگر نباید تفاوتی بین معاملات اموال منقول و غیرمنقول قائل شد با مبانی حقوق تجارت و سابقه تاریخی آن که در حقوق فرانسه ذکر شده است، بیشتر سازگاری دارد اما پذیرش این نظر به‌طور مطلق با وجود ماده چهارم قانون تجارت ممکن نخواهد بود زیرا ماده‌ی پنجم دو شرط برای تجارتي بودن عمل ساخت و ساز بیان نموده است. شرط اول اینکه «ساخت خانه و آپارتمان و محل کسب به‌منظور سکونت یا پیشه یا اجاره یا فروش» باشد و شرط دوم اینکه این اعمال توسط شرکت‌های موضوع ماده ۲۰ صورت پذیرد نه توسط اشخاص حقوقی دیگر و یا اشخاص حقیقی. به عبارت دیگر در حال حاضر چنانچه موضوع شرکت‌های ماده ۲۰ قانون تجارت عمل «ساخت خانه و آپارتمان و محل کسب به‌منظور سکونت یا پیشه یا اجاره یا فروش» باشد شرکت تجاری تلقی می‌گردد، اگر چه این شرکت از جمله شرکت‌های مسولیت محدود، تضامنی، نسبی و یا مختلط غیرسهامی باشد در واقع این ماده نه تنها ماده‌ی چهارم قانون تجارت را تخصیص زده است بلکه تخصیص و استثنائی بر مقررات اختصاصی مربوط به شرکت‌های اخیرالذکر و مواد ۹۴، ۱۱۶، ۱۴۱ و ۱۸۳ قانون تجارت می‌باشد. در واقع معاملات مندرج در ماده‌ی پنج فقط توسط شرکت‌های موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت انجام شود تجاری تلقی می‌شود. علی‌ایحال بعداً در همین مقاله خواهیم دید که قانونگذار در بند ۱۵-۸ ماده یک لایحه جدید قانون تجارت «تصدی به عمل ساخت در امور عمرانی» را تجاری قلمداد نموده است که این امر ابهام‌آمیز و قابل نقد و بررسی است.

۱. عرفانی، محمود، (۱۳۸۹)، ص ۸- عرفانی، محمود، (۱۳۹۲)، ص ۴۳.

۲. صقري، منصور، (۱۳۴۳)، ص ۴۷.

۲-۱-۲. شرکت‌های سهامی

استثنای دیگری که به ماده‌ی چهار قانون تجارت و قاعده غیرتجارتی قلمداد نمودن معاملات اموال غیرمنقول وارد شده است به شرکت‌های سهامی مربوط است. به موجب ماده‌ی دو لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷/۱۲/۲۴ «شرکت‌های سهامی شرکت بازرگانی محسوب می‌شود ولو اینکه موضوع عملیات آن امور بازرگانی نباشد». بنابراین چنانچه موضوع فعالیت شرکت‌های سهامی (عام و خاص) عملیات غیربازرگانی، مثل خرید و فروش اموال غیرمنقول اعم از اینکه تصرفاتی از قبیل احداث ساختمان، پاساژ یا به منظور سکونت یا پیشه یا تجارت باشد؛ تجارتی تلقی می‌شوند. در واقع ماده‌ی دو لایحه قانونی فوق الذکر، ماده‌ی چهار قانون تجارت را تخصیص زده و در مقام تعارض عام و خاص، قانون خاص مقدم خواهد بود^۱ بدین توضیح که معاملات غیرمنقول ذاتاً تجارتی نیستند بلکه چنانچه موضوع فعالیت شرکت‌های سهامی باشد به تبع شرکت سهامی تجارتی تلقی می‌شود. در حالیکه سایر شرکت‌ها مانند شرکت‌های با مسئولیت محدود، تضامنی، نسبی، مختلط غیرسهامی، همین فعالیت را به عنوان موضوع خود انتخاب کنند به استناد قاعده عام مذکور در ماده‌ی چهار قانون تجارت عملیات آنها تجارتی تلقی نمی‌شود مگر اینکه فعالیت آنها مربوط به ساخت و ساز و مشمول ماده‌ی پنج قانون تملک آپارتمان‌ها تلقی گردد؛ زیرا شرکت‌های فوق در حقوق ما از لحاظ موضوعی به شرحی که در مبحث قبلی معروض گردید تجارتی می‌باشد و نه از لحاظ شکلی. بدین ترتیب قانونگذار در سال ۱۳۴۷ با تجارتی قلمداد کردن تمامی فعالیت‌های شرکت‌های سهامی ولو فعالیت‌های مدنی، قدمی مثبت در جهت عدول از موضع مطلق غیرتجارتی خواندن معاملات غیرمنقول توسط این شرکت‌ها برداشت^۲. فرق این استثناء با استثنای قبل (ماده‌ی پنج قانون تملک آپارتمان‌ها) این است که ماده‌ی پنج قانون اخیر الذکر فقط عمل «ساخت خانه و آپارتمان و محل کسب به منظور سکونت یا پیشه یا اجاره یا فروش» توسط شرکت‌های ماده ۲۰ ق.ت. را در بر می‌گیرد در حالیکه ماده‌ی دو لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت به طور عام، تمامی معاملات اموال غیرمنقول

۱. اسکینی، ربیعا، (۱۳۷۷)، صص ۱۹ و ۲۰.

۲. عرفانی، محمود، (۱۳۸۹)، ص ۸ و حاجی پور شوشتری، عبدالحمید؛ حاجی پور شوشتری، امیر، (۱۳۹۰)، ص ۴۲.

۳. عرفانی، محمود، (۱۳۹۳)، ص ۲۹ و عبادی، محمدعلی، (۱۳۹۲)، ص ۲۹ و حسینی، حسن، (۱۳۸۹)، ص ۳۰ و رودیجانی، محمد مجتبی، (۱۳۹۲)، ص ۲۷.

شرکت‌های سهامی به اعتبار شرکت اصولاً تجاری تلقی می‌شود و بحث بر سر اعمال تجاری تبعی است.

۲-۲. لایحه جدید قانون تجارت مصوب ۱۳۹۱

تدوین‌کنندگان لایحه جدید قانون تجارت در ماده ۱۴ آن با تغییر و اصلاح جزئی و حذف عبارت «به هیچ وجه» اقدام به تکرار و وضع قاعده مندرج در ماده‌ی چهار قانون تجارت فعلی (مصوب ۱۳۱۱) نموده و اصل غیرتجارتی بودن معاملات غیرمنقول که ریشه در حقوق تجارت فرانسه دارد را پذیرفته‌اند. ماده ۱۴ لایحه مقرر میدارد: «معاملات غیرمنقول تجاری محسوب نمی‌شود». اما این قاعده در لایحه جدید مطلق نبوده و استثنائاتی نسبت به آن وجود دارد که در اینجا ضمن بیان استثنائات به نقد و بررسی ماده مذکور و اصل غیرتجارتی قلمداد شدن معاملات غیرمنقول با ذکر نظریه موافقان و مخالفان خواهیم پرداخت.

۲-۲-۱. استثنائات ماده ۱۴ لایحه جدید

۲-۲-۱-۱. شرکت‌های تجاری موضوع ماده ۱۴۳ لایحه

لایحه جدید قانون تجارت با پذیرش معیار شکلی به ابهامات و اختلافات راجع به تجاری بودن شرکت‌های تجاری مذکور در قانون تجارت فعلی (مصوب ۱۳۱۱) خاتمه داده که این موضوع از نکات مثبت این لایحه به شمار میرود. به این ترتیب اختلافات و تفاسیر متعدد نسبت به ماده‌ی پنج قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۴۳ در این حوزه منتفی خواهد شد؛ زیرا تدوین‌کنندگان لایحه جدید در ماده‌ی دو با پذیرش انحصاری معیار شکلی، عملیات کلیه شرکت‌های تجاری مذکور در ماده ۱۴۳ همان لایحه را تجارتي قلمداد نموده‌اند هرچند موضوع فعالیت شرکت امور غیر تجارتي باشد. در این خصوص ماده‌ی دو اشعار میدارد: «شرکت تجارتي تاجر محسوب می‌شود، هرچند موضوع فعالیت آن از اعمال مندرج در ماده (۱) این قانون نباشد». بنابراین ماده مذکور استثنائی بر ماده ۱۴ لایحه جدید تلقی شده و چنانچه موضوع فعالیت شرکت‌های تجاری مذکور در ماده ۱۴۳ لایحه، معاملات اموال غیرمنقول باشد، شرکت تجاری تلقی خواهد شد. در واقع این گونه معاملات به تبع تجاری بودن شرکت، معاملات تجارتي تلقی می‌شوند.

۲-۱-۲-۲. عملیات ساخت در امور عمرانی

یکی از ابهامات و انتقادات مربوط به لایحه جدید قانون تجارت، به بند ۸-۱۵ ماده یک این لایحه مربوط است. این بند تصدی به «عملیات ساخت در امور عمرانی از قبیل احداث ساختمان، راه و یا شبکه‌های آبرسانی» را تجارتي تلقی نموده است. ابهام در این قسمت از لایحه معنونه، بیشتر مربوط به احداث ساختمان است، بدین توضیح که چنانچه شخص حقیقی تصدی به خرید یا معامله اموال غیرمنقول (مثلاً ملک یا ساختمان) سپس احداث ساختمان و فروش آنها نماید آیا عمل وی تجارتي تلقی می‌شود؟ بدون شک معاملات غیرمنقول توسط اشخاص حقیقی و یا حقوقی غیر از مذکور در ماده ۱۴۳ لایحه مطابق ماده‌ی چهارده لایحه جدید تجارتي تلقی نمی‌شوند؛ بلکه در صورتیکه شخص سازنده، اقدام به احداث ساختمان نماید صرفاً همین عمل [ساخت] باید تجارتي تلقی شود اما اگر شخصاً به عملیات ساخت مبادرت ننماید و آنرا به صورت شراکت در ساخت (آنچه که امروزه در عمل وجود دارد) پیمانکاری به ثالث یا شرکت‌های تجارتي واگذار کند اعمال وی (یعنی معامله خرید و فروش ملک یا ساختمان) نباید مطابق مفاد ماده‌ی چهارده لایحه تجارتي تلقی گردد و علی‌الاصول چنین شخصی را نباید تاجر تلقی کنیم خصوصاً با توجه به ماده یک لایحه جدید که در تعریف تاجر گفته است «تاجر شخصی است که به منظور کسب منفعت مادی، برای خود به فعالیت تجارتي اشتغال دارد». علی‌ایحال این بند از لایحه، یکی از ابهاماتی است که در آینده می‌تواند در عمل اختلافاتی را سبب گردد و آثار حقوقی قابل توجهی را به وجود آورد؛ زیرا اشخاص حقیقی که به امر خرید و فروش اموال غیرمنقول (املاک و ساختمان) و حتی با دخل و تصرف، به احداث ساختمان و یا بازسازی آن پرداخته‌اند از شمول بند ۸-۱۵ لایحه خارج و مشمول ماده‌ی چهارده لایحه می‌گردند. علیهذا در این خصوص تردید و ابهام وجود داشته و ضرورت دارد قانونگذار قبل از انجام مراحل نهایی تصویب لایحه، وضعیت آنرا مشخص نماید تا در عمل ابهامات و اشکالاتی ایجاد نشود. حال جهت نقد غیرتجارتي قلمداد نمودن معاملات اموال غیرمنقول و تمایز آن با احکام مربوط به معاملات اموال منقول به دلایل و توجیهاات پذیرش این قاعده و سپس دلایل لزوم عدم تمایز بین معاملات اموال منقول و غیرمنقول می‌پردازیم.

۲-۳. دلایل غير تجاری قلمداد نمودن معاملات غيرمنقول

مهمترین دلایلی که می‌توان وضع ماده‌ی چهار قانون تجارت یا ماده‌ی چهارده لایحه جدید قانون تجارت و در نتیجه غير تجاری قلمداد نمودن معاملات غيرمنقول را توجیه نماید عبارتند از: تشریفاتى بودن معاملات غيرمنقول، عدم سرعت در گردش ثروت، ایجاد بی‌انضباطی و سوداگری در بازار اموال غيرمنقول.

۲-۳-۱. تشریفاتى بودن معاملات غيرمنقول

طبیعت نقل و انتقال اموال غيرمنقول با طبیعت داد و ستد اموال منقول کاملاً متفاوت است؛ اموال منقول به راحتی خرید و فروش می‌شوند و نقل و انتقال آن‌ها با سرعت، سهولت و تکرار همراه است و تصرف در آن‌ها مستند به ماده ۳۵ قانون مدنی^۱ دلیل مالکیت آن‌ها بوده و انتقال آن‌ها به قبض و اقباض به عمل می‌آید. اما انتقال اموال غيرمنقول تابع تشریفات خاص بوده و عموماً به موجب اسناد رسمی انجام می‌پذیرد و به دلیل همین خصوصیت است که برای اثبات حقوق مربوط به اموال غيرمنقول به دفاتر تجارتي و اسناد عادی که در تجارت معمول است نمی‌توان استناد نمود.^۲ برای استحکام معاملات غيرمنقول قواعد و مقررات خاصی وضع شده که با سرعت جریان امور تجارتي منافات دارد؛^۳ استعلامات متعدد و اخذ مجوز از مبادی ذیربط در نقل و انتقال اموال غيرمنقول، مانعی عمده در مسیر سرعت و سهولت انتقال این‌گونه اموال محسوب شده، در حالی که این تشریفات در خصوص نقل و انتقال اموال منقول اعمال نمی‌گردد.^۴

۲-۳-۲. عدم سرعت در گردش ثروت

خصوصیت اموال منقول، سهولت در نقل و انتقال و سرعت در دست به دست شدن است. حقوق تجارت، حقوق گردش ثروت و ناظر به اعمالی است که در گردش ثروت دخالت دارد.^۵ اموال منقول با دست به دست شدن منتقل گردیده و جریان می‌یابند و کسانی که

۱. « تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، مگر این که خلاف آن ثابت شود»

۲. ستوده تهرانی، حسن، (۱۳۹۲)، ص ۶۸.

۳. عبادی، محمدعلی، (۱۳۹۲)، ص ۱۸.

۴. حاجی‌پور شوشتری، عبدالحمید؛ حاجی‌پور شوشتری، امیر، (۱۳۹۰)، ص ۴۳.

۵. گلین مقدم، عیسی، (۱۳۸۹)، ص ۱۱۲.

آن‌ها را خریداری می‌نمایند فقط برای ایام کوتاهی نگاه داشته و در اولین فرصت ممکن آن‌ها را به فروش می‌رسانند و همین امر موجب گردش سرعت و جلب منفعت می‌گردد اما اموال غیرمنقول نه تنها دست به دست نمی‌شوند بلکه خرید آن‌ها اغلب برای فروش نبوده و سال‌ها در دست یک نفر یا یک خانواده باقی خواهند ماند.^۱ معاملات غیرمنقول به دلیل تشریفاتی بودن و صعوبت در نقل و انتقال، به ندرت دست به دست می‌شوند و به سبب آن که تغییر چندان در قیمت آن‌ها رخ نمی‌دهد بنابراین تجار، کمتر به خرید و فروش آن مبادرت می‌کنند و همین امر باعث عدم تحرک معاملاتی و کندی در گردش ثروت می‌گردد.^۲ زیرا عملی تجارتي محسوب می‌شود که موجب انتقال و گردش ثروت شود و چون معاملات غیرمنقول بنا به دلایل فوق چنین خصوصیتی ندارند بنابراین در جرگه اعمال تجارتي قرار نمی‌گیرند.^۳

۲-۳-۳. ایجاد بی انضباطی و سوداگری در بازار اموال غیرمنقول

برخی اعتقاد دارند که تجارتي شدن معاملات غیرمنقول، سبب بورس‌بازی در این بخش شده و منفعت طلبی، بیش از پیش سبب آشفتگی در این قسمت از اقتصاد، و در نهایت ورود آسیب جدی به مصرف‌کننده نهایی خواهد شد؛ بعلاوه از آنجا که زمین جزئی از هویت قبایل و ملت‌ها بوده، لذا ورود آن به عرصه تجارت را منافی با مصالح خود می‌دیدند؛ همچنانکه در عصر حاضر در نظام حقوقی ما برای تملک املاک غیرمنقول توسط اتباع بیگانه تضییقات و محدودیت‌های سختگیرانه‌ای مقرر گردیده است و حتی برخی ارث نبردن زوجه از اموال غیرمنقول زوج بویژه زمین را در همین راستا تحلیل می‌کنند.^۴

۲-۴. دلایل لزوم تجارتي دانستن معاملات غیرمنقول

همانطوری که ملاحظه شد، مخالفان تجارتي بودن معاملات غیرمنقول دلایلی از جمله؛ صعوبت در نقل و انتقال، کندی در گردش ثروت و سوداگری و در نتیجه آشفتگی در بازار

۱. ستوده تهرانی، حسن، (۱۳۹۲)، ص ۶۷ و حاجی‌پور شوشتری، عبدالحمید؛ حاجی‌پور شوشتری، امیر، (۱۳۹۰)، ص ۴۲ و

عبادی، محمدعلی، (۱۳۹۲)، ص ۱۹.

۲. اسکینی، ربیعا، (۱۳۷۷)، ص ۷۸.

۳. عبدی‌پور فرد، ابراهیم، (۱۳۹۳)، ص ۶۱.

۴. گلین مقدم، عیسی، (۱۳۸۹)، ص ۱۱۲.

معاملات اموال غيرمنقول را براي توجيه عقیده خویش ارائه نموده‌اند. دلایل آنان صرفاً بنا به ضرورت تاریخی و مقتضیات زمانی دوران گذشته، شاید تا حدودی قابل قبول و منطقی به نظر برسد؛ زیرا در زمان تصویب قانون تجارت، (سال ۱۳۱۱ ه.ش.)، اقتصاد رشد چندانی نداشت، شهرنشینی برخلاف عصر حاضر از رشد و توسعه قابل توجهی برخوردار نبود، اقتصاد زراعت محور و روستائینی رونق فراوان داشت و بنا به اقتضای زمانه، قانون‌گذار بنا به یک دلیل مهم دیگر که همان اهمیت کشاورزی بود، تمایلی به تجارتي قلمداد نمودن معاملات غيرمنقول نداشته است. علاوه بر این همانطوری که ملاحظه شد، ملاک ماده‌ی چهار قانون تجارت و پذیرش اصل غيرتجارتي قلمداد نمودن معاملات اموال غيرمنقول ریشه در حقوق تجارت فرانسه (قانون سال ۱۸۰۷ م.) داشته که مورد اقتباس قانونگذار ما در تصویب قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ قرار گرفته است و در حقوق فرانسه نیز دیدیم پذیرش آن در گذشته مبتنی بر دلایل سیاسی و اجتماعی و اقتصادی آن زمان (یعنی بیش از دوست سال پیش) بوده است. حال دلایل پذیرش چنین قاعده‌ای هرچه باشد، امروزه دیگر نمی‌تواند قابل توجیه و طرفدارانی داشته باشد زیرا پذیرش آن توجیهاً با مذاقه در ماهیت این گونه اموال و تغییر رویکرد عملی و عرفی در مورد آنان با هیچ منطقی سازگار نیست و بنا به دلایل متقن و استوار می‌توان نظریه موافقان غيرتجارتي خواندن معاملات غيرمنقول را به تاریخ سپرد. از جمله دلایل ضرورت تجارتي شمردن معاملات غيرمنقول می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد.

۲-۴-۱. سرعت در نقل و انتقال اسنادی

اصل سرعت در معاملات تجارتي مبتنی بر این واقعیت است که تعدد و کثرت معاملات روزانه تاجر و فضای رقابت تجاری ایجاب می‌کند که تجار معاملات تجاری خود را با سرعت و بدون فوت وقت انجام دهند و لازمه اصل سرعت، فقدان تشریفات در معاملات تجاری است.^۱ همان‌طور که قبلاً هم بیان کردیم، بیع اموال غيرمنقول در کشور ما تشریفات و مستلزم فراهم نمودن مقدماتی از جمله اخذ استعلام از مبادی ذیربط چندگانه است و همین امر در گذشته تسریع در نقل و انتقال این گونه اموال را به شدت تحت تاثیر قرار داده

۱. عبدی‌پور فرد، ابراهیم، (۱۳۹۳)، ص ۲۸.

بود؛ اما رشد و توسعه زاید الوصف وسایل الکترونیکی و ارتباطی و بهره‌گیری از تکنولوژی نرم‌افزاری و سخت‌افزاری، امروزه انقلابی حیرت‌آور در ارائه سریع و آسان خدمات آورده است. در راستای تحقق اصل سرعت، سهولت و صحت در سال‌های اخیراً مقررات فراوانی به منظور بهره‌گیری از فناوری اطلاعات در حوزه املاک وضع گردیده که خاصه برخی از آن‌ها به تسریع نقل و انتقال املاک و حذف تشریفات زمان‌بر کمک شایانی نموده است.^۱ در شقوق مختلف ذیل ماده‌ی ۴۶ قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۰) بر بسط خدمات دولت الکترونیک و توسعه بهره‌گیری از فناوری الکترونیکی و تبادل ارسال و دریافت سریع کلیه استعلامات تأکید شده به طوری که در بند ۲ قسمت «و» ماده‌ی ۴۶ مقرر گردید: «سازمان ثبت اسناد و املاک مکلف است: ... ۲- در راستای توسعه سامانه یکپارچه ثبت اسناد رسمی و املاک، نسبت به الکترونیکی نمودن کلیه مراحل نقل و انتقالات، ثبت اسناد رسمی و املاک تا پایان سال دوم برنامه اقدام نماید. همچنین بند «م» ماده ۲۱۱ قانون مذکور اشعار می‌دارد: «سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مکلف است در راستای توسعه سامانه یکپارچه ثبت اسناد و املاک و راه‌اندازی مرکز ملی داده‌های ثبتی، نسبت به الکترونیکی کردن کلیه مراحل ثبت معاملات تا پایان سال دوم برنامه اقدام کند، به نحوی که امکان پاسخ آنی و الکترونیکی به استعلامات ثبتی و ثبت آنی معاملات امضای الکترونیکی مطمئن فراهم شود.»

همچنین در راستای اهداف تسهیل‌کننده نقل و انتقال توسط قانون‌گذار، به موجب تبصره‌ی چهار ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم (اصلاحی ۱۳۹۴): «سازمان امور مالیاتی کشور مکلف است ظرف مهلت یک سال از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون (۹۵/۱/۱) با اتصال به سامانه ثبت الکترونیک سازمان ثبت اسناد و املاک نسبت به اعلام میزان بدهی ملک مورد انتقال و امکان اخذ و واریز آن به حساب مالیاتی به صورت آنی از طریق دفاتر اسناد رسمی اقدام کند.» علاوه بر مقررات فوق، قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۸۵، بسیاری از استعلامات زاید که مانع سرعت در نقل و انتقال املاک بود را از میان برداشت به طوری که امروزه در بسیاری از زمینه‌ها نقل و انتقال املاک به مراتب ساده‌تر و سریع‌تر از اموال منقول است. از طرف دیگر تفویض اعطای و کالت از

۱. از جمله قوانین تسهیل‌کننده می‌توان به قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی (۱۳۸۵)، قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۰)، قانون اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم (۱۳۹۴)، قانون تجارت الکترونیکی (۱۳۸۴)، قانون بودجه سال ۱۳۹۲ و ... را اشاره کرد.

طرف فروشنده به خریدار در نقل و انتقال اموال غيرمنقول که امروزه امری رایج بوده است می تواند خود ضمن معافیت از مراجعه به محاکم موجب تسهیل در نقل و انتقال گردد. تشریفات مربوط به معاملات غيرمنقول نمی تواند دلیل تمایز آن از معاملات منقول شود، زیرا وسایل حمل و نقل مخصوصاً هواپیما و کشتی از لحاظ تشریفات و انتقال تقریباً همانند تشریفات اموال غيرمنقول هستند؛ این در حالی است که عملیات مربوط به این گونه اموال به دلیل منقول بودن، تجارتي محسوب می شود.^۱ همچنین بسیاری دیگر از اموال منقول هستند که از نظر تشریفات در انتقال، دارای مراحل طولانی تری نسبت به اموال غيرمنقول هستند لکن مطابق قانون تجارت عملیات نقل و انتقال آنها تجارتي تلقی شده و تابع حقوق تجارت هستند.^۲

نکته آخری این که مخالفان تجارتي بودن معاملات غيرمنقول، به الزام نقل و انتقال اموال غيرمنقول از طریق سند رسمی استناد نموده و آن را به دلیل تشریفات بودن و اخذ مجوزهای گوناگون مانعی بزرگ بر سر راه سرعت که از خصایص معاملات تجارتي است، دانسته و معتقدند در معاملات و قراردادهای تجاری اصولاً تشریفات خاصی برای انعقاد قرارداد وجود ندارد.^۳ در رد این ادعا می توان چنین پاسخ داد که هر چند معاملات اموال منقول از نظر قانون تجارت، تجارتي محسوب می شوند، لکن در مورد بسیاری از این اموال علاوه بر رعایت تشریفات خاص، بنا به الزام قانون، نقل و انتقال آنها باید مطابق سند رسمی و در دفاتر اسناد رسمی و یا مراکز خاص صورت پذیرد. بنابراین وجود تشریفات و لزوم اخذ مجوز از مبادی ذیربط نمی تواند دلیل بر رد تجارتي بودن معاملات غيرمنقول باشد. کما این که در شرایط کنونی اموال غيرمنقول مانند اموال منقول به سادگی با مبیعه نامه عادی معامله می شوند و مطابق رویه قضایی جاری ضرورت انتقال آن در دفاتر اسناد رسمی و ثبت در دفتر املاک مانع نقل و انتقال آنان نیست؛^۴ و اکثریت دادگاهها مبیعه نامه عادی اموال غيرمنقول را مملکت انتقال دانسته و حکم بر الزام به ثبت انتقال و تنظیم سند رسمی آن صادر

۱. ستوده تهرانی، حسن، (۱۳۹۲)، ص ۶۸.

۲. به طور مثال نقل و انتقال تلفن همراه و ثابت (استعلام از شرکت مخابرات و شرکت ارتباطات سیار) نقل و انتقال ماشین های چاپ و نشر (استعلام از وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی) نقل و انتقال کشتی، لنج، قایق و ... (استعلام از سازمان بنادر و دریانوردی و مراجعه به دفتر اسناد رسمی دارای مجوز خاص) نقل و انتقال وسایل نقلیه موتوری زمینی (تعویض پلاک بنام خریدار، اخذ معاینه فنی، اخذ مفاصا حساب عوارض شهرداری) و ...

۳. عبدی پور فرد، ابراهیم، (۱۳۹۳)، ص ۲۹.

۴. خزاعی، حسین، (۱۳۹۱)، ص ۱۹۹.

می‌نمایند. بنابراین این استدلال که انتقال مالکیت اموال غیرمنقول دارای تشریفات خاص است و این امر موجب حکومت رژیم حقوقی خاصی بر نقل و انتقال اینگونه اموال دارد نمی‌تواند در عمل موجب غیرتجارتی بودن معاملات اموال غیرمنقول گردد.

۲-۴-۲. سرعت در گردش ثروت و کسب منفعت

برخی عمل تجارتي را فعاليتي مي‌دانند که موجب انتقال و گردش ثروت شود؛ اينان ثروت را به محصولات توليد شده، فلزات قيمتي و پول محصور دانسته و معتقدند چون اموال غيرمنقول در گردش ثروت و کسب منفعت نقشي ندارند بنابر اين اينگونه اموال از حيطه قلمرو تجارتي و اعمال تجارتي خارجند.^۱ اين نظريه اولين بار توسط يک حقوقدان فرانسوي بنام «تالر»^۲ در اواخر قرن بيستم مطرح که بعدها مورد انتقاد شديد قرار گرفت.^۳

ناگفته پيدا است که در روزگار ما اموال غيرمنقول به حکم اين که جزو گران‌ترين اموال قلمداد مي‌شوند بيش از اموال منقول موجب کسب منفعت و توزيع ثروت شده و به همين دليل مورد استقبال تاجران و منفعت‌طلبان قرار گرفته‌اند. امروزه در عمل، معاملات غيرمنقول از لحاظ اقتصادي به علت داشتن هدف منفعت و گردش ثروت، تجارتي محسوب مي‌شوند و دليلي ندارد بين اموال منقول و غيرمنقول وجه تمايزي قائل شد.^۴ در عصر حاضر املاک به سهولت مورد داد و ستد قرار گرفته و موجب کسب منفعت زيادي مي‌شوند به همين جهت اشخاصي هستند که شغلشان فقط خريد و فروش املاک است و از اين رو استفاده‌هاي شاياني تحصيل مي‌کنند؛ بنابر اين املاک غيرمنقول نيز براي قصد انتفاع و خريد براي فروش، همانند اموال منقول قرار مي‌گيرند و منطقي به نظر نمي‌رسد اين دسته اشخاص که ثروت عظيم و عمده‌اي در اختيار دارند از حيطه مقررات قانون تجارتي و تکاليف آن خارج شوند.^۵

در حقوق ما همانند حقوق تجارتي فرانسه، تاجر قلمداد شدن تکاليفي را براي تاجر ايجاد مينمايد. همچنين رژيم خاص مقررات حقوق تجارتي بر اعمال اين اشخاص حاکم خواهد شد. هرچند تبعات اين موضوع در حقوق ما به مراتب کمتر از حقوق فرانسه است.

۱. حسني، حسن، (۱۳۸۹)، ص ۴۵.

2. Thaller.

۳. اسکيني، ربيعا، (۱۳۷۷)، ص ۱۳۵.

۴. عبادي، محمدعلي، (۱۳۹۲)، ص ۲۹.

۵. ستوده تهراني، حسن، (۱۳۹۲)، ص ۶۸.

از جمله تکالیفی که تاجر در حقوق ما به عهده دارد می‌توان به داشتن دفاتر تجاری (ماده ۶ ق. ت و یا ماده ۹۱ لایحه جدید)، اعلام ورشکستگی مطابق مقررات قانون تجارت (ماده ۴۱۵ ق. ت و ماده ۸۸۹ لایحه جدید) و حکومت مقررات مربوط به رژیم ورشکستگی (مواد ۴۱۲ به بعد ق. ت) و قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی) و در نتیجه عدم پذیرش اعسار می‌باشد. چنانچه معاملات غیرمنقول را غیرتجاری قلمداد کنیم اشخاصی که امروزه به عنوان مالک، بخش عمده‌ای از بازار املاک را بر عهده دارند و میلیاردها تومان کسب منفعت می‌کنند مشمول مقررات فوق نبوده و از دایره شمول مقررات مذکور و در نتیجه تکالیف قانونی خارج می‌شوند و حتی ادعای اعسار از هزینه دادرسی و اصل محکوم به از اینگونه تاجر عملی قانوناً قابل پذیرش است و از طرف دیگر از مقررات مالیاتی نیز فرار می‌کنند در حالی که یک بقال یا قصاب که کسب منفعت وی در مقابل مالکین فوق بسیار ناچیز است متأسفانه مطابق مقررات تاجر تلقی شده و مشمول رژیم خاص حقوق تجارت هستند.^۱ بنابراین تجاری قلمداد نمودن معاملات اموال غیرمنقول خصوصاً از سوی اشخاص حقیقی که شغل خود را خرید و فروش اینگونه اموال قرار داده و به قصد انتفاع به اینگونه اعمال می‌پردازند فاقد هرگونه توجیه عقلایی و منطقی است و منطبق بر نیازهای جامعه امروز نمی‌باشد و در واقع نیاز و ضرورت اجتماعی و اقتصادی جامعه در حال حاضر ایجاب میکند دیگر تمایزی بین معاملات (خرید به قصد فروش) اموال منقول با غیرمنقول قائل نشویم و اشخاص حقیقی که اقدام به خرید اموال غیرمنقول به قصد فروش مینمایند را هم تاجر قلمداد نموده و تابع مقررات حقوق تجارت بدانیم.

نتیجه‌گیری و ملاحظات

مطالعه تاریخی نشان داده است که قانونگذار ما در تدوین قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ هجری شمسی به تبعیت از قانون تجارت فرانسه مصوب ۱۸۰۷ م. معاملات اموال غیرمنقول را تجاری ندانسته است و همچنین مشخص گردید که در حقوق فرانسه نیز این قاعده که سنتی بوده و مستند به علل اجتماعی، سیاسی و اقتصادی گذشته بوده است با تغییر و تحولات اجتماعی اصلاح گردید و تفاوت احکام جداگانه در خرید و فروش اموال

۱. تقی‌پور، بهرام، (۱۳۹۳).

منقول و غیرمنقول از بین رفت بطوریکه نزدیک به پنجاه سال است که خرید اموال اعم از منقول و غیرمنقول به قصد فروش اصولاً تجاری تلقی شده مگر اینکه اینگونه معاملات به قصد ساخت و ساز باشد. در حالی که در حقوق ما، عکس این قاعده وجود دارد. بنابراین حفظ قاعده غیرتجاری قلمداد کردن معاملات اموال غیرمنقول فاقد هرگونه مبنا و توجیهی بوده و بنا به دلایل و استدلالاتی که در رد توجیهاات موافقان غیرتجارتی بودن معاملات غیرمنقول ذکر شد، نظریه غیرتجارتی بودن معاملات غیرمنقول امروزه صحیح نبوده است زیرا معاملات غیرمنقول از وضعیت سابق خارج شده و دچار تغییر و تحولات کمی و کیفی فراوانی گشته و تحولات زندگی اجتماعی تاثیر به سزایی بر اموال غیرمنقول گذاشته به طوری که در عصر حاضر، تجارت مربوط به اموال غیرمنقول نه تنها جزء سودآورترین نوع تجارت، بلکه یکی از فعالیت‌های عمده تجارتی به شمار می‌رود. به رغم تجارتی بودن این گونه معاملات در نظر عرف و پذیرش آن به عنوان یک حرفه و شغل در دید اجتماع، لکن پذیرش قاعده غیرتجارتی بودن معاملات آن در لایحه جدید توسط قانون‌گذار نشان از عدم همسویی قانون با عرف مسلم تجاری جامعه دارد. بنابراین رفع تمایز بین اموال منقول و غیرمنقول و در نتیجه پذیرش شمول مقررات تجارتی بر معاملات غیرمنقول نه تنها برای فعالان اقتصادی و تجاری مفید فایده خواهد بود بلکه منفعت آن نیز نصیب جامعه خواهد شد. در نتیجه خروج طیف عظیمی از فعالان بخش معاملات غیرمنقول از زیر چتر مقررات تجارتی حداقل امروزه برخلاف انضباط اجتماعی و اقتصادی جامعه امروزی بوده و سبب انحطاط و بی‌انضباطی مالی و حقوقی در این عرصه خواهد شد؛ فلذا اصلاح ذهنیت قانونگذار در این خصوص به جهت لزوم همسویی با عرف تجارتی جامعه و تجارتی شدن معاملات غیرمنقول از ضروریات بوده که این مهم با به کارگیری ابزارهای کنترلی و اتخاذ سیاست‌های اقتصادی مناسب، منافع متقابل فراوانی برای دولت و شهروندان و عامه جامعه در پی خواهد داشت. امید است این مهم مورد توجه قانونگذار قرار گیرد و در اصلاح قانون تجارت با اضافه نمودن اموال غیرمنقول در بند یک ماده یک، خرید یا تحصیل اموال غیرمنقول بقصد فروش را همانند اموال منقول که مبین استبراح و کسب منفعت است را تجاری و تابع مقررات حقوق تجارت نماید.

منابع

- اخلاقی، بهروز، (۱۳۸۸)، «نقدی بر لایحه اصلاح قانون تجارت»، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۳۵ و ۳۶ جدید، صص ۲۳-۳۴.
- اسکینی، ربیعا، (۱۳۷۷)، حقوق تجارت (شرکت‌های تجاری)، چاپ اول، جلد دوم، تهران، انتشارات سمت.
- اسکینی، ربیعا، (۱۳۹۲)، حقوق تجارت (کلیات، معاملات تجاری، تجار و ساماندهی فعالیت تجاری)، چاپ هجدهم، تهران، انتشارات سمت.
- تقی پور، بهرام، (۱۳۹۳) «اعسار از هزینه دادرسی، اطاله دادرسی و تاجر (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه)» برگزیده در همایش ملی شناسایی قوانین و مقررات زمینه ساز و تسهیل کننده جرایم و اختلافات حقوقی در سال ۱۳۹۳
- حاجی پور شوشتری، عبدالحمید؛ حاجی پور شوشتری، امیر، (۱۳۹۰) حقوق تجارت، چاپ اول، تهران، انتشارات یادواره اسدی.
- حسینی، حسن، (۱۳۸۹)، حقوق تجارت، جلد اول، تهران؛ انتشارات میزان.
- خزاعی، حسین، (۱۳۹۱)، مقدمه علم حقوق تجارت داخلی و بین‌المللی، چاپ دوم، تهران، انتشارات جنگل جاودانه.
- رودیجانی، محمد مجتبی، (۱۳۹۲)، حقوق تجارت (بازرگانی) به زبان ساده، چاپ سوم، تهران، انتشارات کتاب آوا.
- ستوده تهرانی، حسن، (۱۳۹۲)، حقوق تجارت، جلد اول، چاپ سی و چهارم، تهران، انتشارات دادگستر.
- صقری، منصور، (۱۳۴۳)، حقوق تجارت، جلد اول، چاپ اول، تهران.
- عبادی، محمدعلی، (۱۳۹۲)، حقوق تجارت، چاپ سی و سوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- عبدی پور فرد، ابراهیم، (۱۳۹۳)، حقوق تجارت (تجار و معاملات تجارتي) چاپ اول، تهران، انتشارات مجلد.
- عرفانی، محمود، (۱۳۹۳)، حقوق تجارت به زبان ساده، چاپ پانزدهم، تهران انتشارات میزان.
- عرفانی، محمود، (۱۳۸۹)، مجموعه کامل محشای قانون تجارت ایران، چاپ سوم، تهران، انتشارات جنگل جاودانه.
- عرفانی، محمود، (۱۳۹۲)، حقوق تجارت، جلد اول، چاپ سوم، تهران، انتشارات جنگل جاودانه.
- عیسائی تفرشی، محمد، (۱۳۸۷)، مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری، جلد اول، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تربیت مدرس.
- گلین مقدم، عیسی، (۱۳۸۹) «لزوم تجاری شناخته شدن معاملات غیرمنقول توسط قانون‌گذار»، راه و کالت، سال دوم، شماره ۴.

- Blaise J.-B. Et Desgores R., (2015), Droit Des Affaires (Commerçants, Concurrence, Distribution), 8E Édition, L. G. D.
- Bruno, Petit, (2012), Droit Commercial, 5Edition, Lexisnexis.P2 N°3.
- Coquery N., «Les faillites boutiquières sous l'Ancien Régime», 2008, Revue française de gestion8/2008 (n° 188-189), p. 341-358.
- Menjucq M., (2003), Droit Des Affaires (Le Commerçant, Les Actes De Commerce, Le Fonds De Commerce, Le Bail Commercial, Les Contrats Commerciaux), 3E Édition, Gulino Éditeur.
- Piedelièvre S., (2013), Droit Commercial (Actes De Commerce, Commerçants, Fonds De Commerce, Concurrence, Consommation), 9E Édition, Dalloz.