

Study of Commercial Nature of Real Estate Transactions with Recognition in the French Legal System

Hosein Bahrami

Assistant Professor and faculty member of Department of Jurisprudence and Islamic law, Bozorgmehr University of Qaenat., Iran
Email: h_bahrami@buqaen.ac.ir

Received: 2024-01-10

Accepted: 2023-11-03



Abstract

Transactions related to real estate property are considered non-commercial in the commercial law approved in 1311; however, in Article 5 of the Law of purchase of Apartment approved in 1343, the legislator provides the possibility for companies subject to Article 20 of the commercial Law to build houses, apartments or place of business for sale or rent. There is a difference of opinion among jurists regarding the consideration of the matters mentioned in that article as commercial nature. Also, the group that considers the above activities to be commercial; In this regard, they do not agree whether those matters are included in Article 2, Clause 1 of the commercial Law or not. In French law, the purchase of real estate with the intention of sale is considered inherently commercial; unless the buyer proves that he meant to buy, build a building and sell it. Also, some companies are commercial by their form. Therefore, the purchase of real estate for the purpose of construction and sale, if it is done by them, is considered commercial.

Journal of Research and Development in Comparative Law

Iranian Law and Legal Research Institute

Vol. 6 | No. 21 | Winter 2023
(Original Article)

www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:

[10.22034/law.2024.2014978.1269](https://doi.org/10.22034/law.2024.2014978.1269)

The current research is based on the fact that the items listed in Article 5 of the Law of purchase are commercial in nature and are added to the items listed in Article 2 of the commercial Law, and if they are carried out by natural persons, commercial activity has also taken place. Also, according to the analogy of priority, the purchase of real estate property with the intention of selling or renting is commercial nature. Contrary to the opinion of the commentators, the purchase of immovable property with the intention of selling and renting is also considered a commercial act, and this is achieved by the analogy of priority, and in the words of the legislator, it is hidden and not achieved by the analogy of the inferred. The stronger criterion of the ruling can be used in addition to the words of some commentators: in our law, the purchase of land or an existing building is for the purpose of building a new commercial building; but buying a building is not for commercial sale. Something that can be criticized; because the nature of recent transactions is closer to the nature of transactions regarding movable property that are considered commercial. Another thing that confirms the possibility of the analogy of priority is that in French law, the purchase of immovable property with the intention of sale is considered inherently commercial; unless the buyer proves that he meant to buy, construct a building and sell it (paragraph 2 of article 1-110. L). Now that the legislator, contrary to French law, has considered the purchase of land for the purpose of construction and sale as commercial according to Article 5 of the Law of Acquisition, it considers the purchase and sale of land as commercial in the first way.

Keywords: *transaction, real estate, commercial transaction, inherent transaction, subsidiary.*

بررسی تجاری بودن معاملات غیر منقول با تأملی در حقوق فرانسه^۱

حسین بهرامی

استادیار و عضو هیئت علمی گروه فقه و حقوق دانشگاه
بزرگمهر قائنات
Email: h_bahrami@buqaen.ac.ir

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۱۲



فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی
پژوهشکده حقوق و قانون ایران

دوره ۶ | شماره ۲۱ | زمستان ۱۴۰۲
(مقاله پژوهشی)
www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:
[10.22034/LAW.2024.2014978.1269](https://doi.org/10.22034/LAW.2024.2014978.1269)

چکیده

معاملات مربوط به مال غیر منقول در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ غیر تجاری تلقی شده است؛ اما مقنن در ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۴۳ برای شرکت‌های موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت این امکان را فراهم می‌کند که به ساختن خانه، آپارتمان و یا محل کسب جهت فروش یا اجاره بپردازند. در خصوص ذاتا یا تبعاً تجاری تلقی شدن امور مندرج در آن ماده، بین حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. همچنین طیفی که فعالیت‌های فوق را ذاتا تجاری می‌دانند؛ در این امر که آن امور تحت شمول بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت قرار می‌گیرد یا خیر، اتفاق نظر ندارند. در حقوق فرانسه خرید اموال غیر منقول به قصد فروش ذاتا تجاری تلقی می‌شود؛ مگر اینکه خریدار ثابت نماید که منظور وی از خرید، احداث ساختمان و فروش آن بوده است. همچنین برخی شرکت‌ها در حقوق آن کشور از لحاظ شکلی تجاری هستند؛ لذا خرید اموال غیر منقول به قصد ساخت و فروش، اگر توسط آنها صورت پذیرد، به تبع شرکت، تجاری تلقی می‌شود.

پژوهش حاضر بر آن است که موارد ذکر شده در ماده ۵ قانون تملک، ذاتا تجاری بوده و قسمی به اقسام ذکر شده در ماده ۲ قانون تجارت اضافه شده و در صورت انجام آن از سوی اشخاص حقیقی نیز فعالیت تجاری صورت پذیرفته است. همچنین با توجه به قیاس اولویت، خرید مال غیر منقول به قصد فروش یا اجاره نیز به طریق اولی تجاری می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: معامله، غیر منقول، تجاری معامله، ذاتی معامله، تبعی.

مقدمه

مسئله پژوهش حاضر بررسی تجاری بودن معاملاتی است که موضوع آن مال غیر منقول می‌باشد. در بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ مقنن خرید یا تحصیل مال منقول به قصد فروش یا اجاره را تجاری می‌داند. مفهوم مخالف بند فوق دال بر آن است که معاملات مربوط به مال غیر منقول تجاری نخواهد بود. این امر به صراحت در ماده ۴ قانون تجارت^۱ ذکر شده است؛ اما در ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۴۳ برای شرکت‌های موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت این امکان را فراهم می‌کند که به ساختن خانه، آپارتمان و یا محل کسب جهت فروش یا اجاره بپردازند. حال با توجه به مواد فوق پرسش‌های ذیل مطرح است:

۱. فعالیت‌های فوق ذاتا تجاری هستند یا به تبع انجام آن از سوی شرکت‌ها، تجاری محسوب می‌شوند؟
 ۲. اگر فعالیت‌های ذکر شده در ماده فوق از سوی اشخاص حقیقی انجام شود، تجاری شمرده می‌شود یا غیر تجاری خواهد بود؟
 ۳. خرید مال غیر منقول جهت فروش یا اجاره که ماده ۵ قانون تملک در خصوص آن ساکت است، تجاری می‌باشد یا خیر؟
 ۴. وضعیت تجاری بودن معاملات غیر منقول در حقوق فرانسه به چه صورتی است؟
- در خصوص برخی از سوالات فوق بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد و در رابطه با برخی دیگر نظراتی ارائه شده که مورد نقد می‌باشد. نیک پیداست که ارزیابی حکم مقنن در مسئله از اهمیت شایانی برخوردار است.
- در باب پیشینه پژوهش شایان ذکر است که مقاله‌ای با عنوان «لزوم تجارتي قلمداد شدن معاملات غیر منقول توسط قانونگذار» (گلین مقدم، ۱۳۸۹) و پژوهشی دیگر با نام «لزوم تجارتي قلمداد شدن معاملات غیر منقول» (تقی‌پور و حسینی جلیلیان، ۱۳۹۷) نگاشته

۱. «معاملات غیر منقول به هیچ وجه تجارتي محسوب نمی‌شود».

شده است. در کتب حقوق تجارت نیز به صورت مختصر به موضوع پرداخته خواهد شد. صرفنظر از فقدان مشخصه بررسی تطبیقی در برخی از آثار فوق، جستار حاضر به نقد آراء سابق بر خود پرداخته و درصدد ارائه نظریه‌ای نوین است.

۱. هدف از جستار حاضر رفع ابهام و غبارزدایی از تجاری بودن معاملاتی است که موضوع آن مال غیر منقول می‌باشد. روش تحقیق از حیث جمع آوری اطلاعات، کتابخانه‌ای و از نظر پردازش، توصیفی - تحلیلی خواهد بود.

پس از مفهوم‌شناسی در گام نخست؛ با توجه به اقتباس قانون تجارت از حقوق فرانسه، حقوق نامبرده به صورت مختصر بررسی و سپس موضوع در حقوق ایران به سنجه تحلیل افکنده خواهد شد.

۲. مفهوم شناسی

پیش از پرداختن به اصل بحث شایسته است مفاهیم ذیل تعریف شود:

۱. اعمال تجاری ذاتی: عملیاتی که فی‌نفسه تجاری هستند و در ماده ۲ قانون تجارت به آن پرداخته شده است (ستوده تهرانی، ۱۳۸۳، ج ۱: ۴۶ و ۴۷).

۲. اعمال تجاری تبعی: عملیاتی که به اعتبار تاجر بودن متعاملین یا یکی از آنها تجاری محسوب می‌شود و خودش عمل تجاری نیست و در ماده ۳ قانون تجارت مصادیق آن ذکر شده است (ستوده تهرانی، ۱۳۸۳، ج ۱: ۴۷).

۳. مال غیرمنقول: مال غیر منقول در برابر مال منقول بوده و حسب ماده ۱۲ قانون مدنی آنست که از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود اعم از اینکه استقرار آن ذاتی باشد یا به واسطه عمل انسان به نحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود. مال منقول نیز در ماده ۱۹ به این صورت تعریف شده است: «اشیائی که نقل آن از محلی به محلی دیگر ممکن باشد بدون اینکه به خود یا محل آن خرابی وارد آید منقول است».

۳. حقوق فرانسه

حقوق فرانسه در نظام حقوقی رومی ژرمن قرار می‌گیرد (Bell, et. al, 2008, p.1) و قانون در آن محور است (Steiner, 2018, p.1). اولین قانون تجارت فرانسه مصوب ۱۸۰۸ بوده (Pédamon & Kenfack, 2015, p.2,4) که قانون تجارت ایران از آن اقتباس شده (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۹۱)، مطابق ماده ۶۳۲ آن قانون تنها مبادلات مربوط به اموال منقول، تجاری بود. در سال ۱۹۶۷ معاملات مربوط به اموال غیر منقول نیز تجاری دانسته شده است؛ هرچند که در سال ۱۹۷۰ ساخت و ساز فعالان صنعت ساختمان از حکم اخیر استثناء شد (Pédamon & Kenfack, 2015, p.60,61). در هر صورت خرید و فروش اموال غیر منقول در حقوق فرانسه در دو حالت می‌تواند صورت تجاری داشته باشد:

۱. **تجاری ذاتی:** مطابق بند ۲ ماده ۱-110 L. قانون تجارت: «هرگونه خرید اموال غیر منقول به قصد فروش تجاری تلقی می‌شود مشروط بر آنکه خریدار قصد ساخت و ساز یک یا چند ساختمان و فروش آنها را به صورت یکجا یا واحد به واحد را نداشته باشد»؛ بنابراین خرید اموال غیر منقول به قصد فروش ذاتا و اصولا تجاری تلقی می‌شود؛ مگر اینکه خریدار ثابت 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 تجارتي نیست و جزء اعمال مدنی محسوب خواهد شد. در توجیه استثنای حکم فوق آورده‌اند: پس از ابراز نگرانی فعالان ساختمان‌سازی که امتیاز مالیاتی‌شان از بین رفته بود و باید مالیات فعالیت تجاری را پرداخت می‌کردند، قانون‌گذار بر اصل تجاری بودن خرید اموال غیر منقول به قصد فروش استثناء قائل شده و خرید چنین اموالی را «در صورتیکه به منظور ساختن یک یا چند ساختمان و فروش کلی یا جزئی باشد» تجاری تلقی نکرده است (Pédamon, Kenfack, 2015, 61؛ اسکینی، ۱۳۸۳، الف: ۶۹ و ۷۰). البته استثنا را باید تفسیر محدود کرد؛ لذا در صورتیکه شخصی خانه‌ای را به مقصود نوسازی و فروش آن خریده باشد، عمل تجاری انجام داده است (Pédamon & Kenfack, 2015, p.61)؛

۲. تجاری تبعی: شرکت‌ها در حقوق فرانسه بر دو قسم تجاری^۱ و غیر تجاری^۲ تقسیم می‌شوند (Bermann & Picard, 2008, p.334). به عبارت دیگر حسب ماده ۱-۲۱۰-L قانون تجارت فرانسه شرکت‌ها بر حسب موضوع یا شکل تجاری می‌باشند. مطابق ماده فوق شرکت‌های تضامنی^۳، شرکت‌های مختلط^۴، شرکت‌های با مسئولیت محدود^۵ و شرکت‌های سهامی^۶ از لحاظ شکلی تجاری هستند؛ اگرچه موضوع فعالیتشان غیر تجاری باشند؛ لذا خرید اموال غیر منقول به قصد ساخت و ساز و سپس فروش که حسب بند ۲ ماده ۱-۱۱۰ L یک عمل مدنی است، اگر توسط شرکت‌های نامبرده صورت پذیرد، به تبع شرکت، تجارتی تلقی می‌شود.

۴. حقوق ایران

قسمی از اقسام معاملات تجاری مطابق بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت: «خرید یا تحصیل هر نوع مال منقول به قصد فروش یا اجاره اعم از اینکه تصرفاتی در آن شده یا نشده باشد»، است. در نظر مقنن تجاری نبودن معاملات مربوط به مال غیر منقول؛ مانند خرید و فروش آن، به میزانی اهمیت داشته که به مفهوم مخالف بند فوق اکتفا نکرده و صراحتاً در ماده ۴ مقرر داشته است: «معاملات غیر منقول به هیچ وجه تجارتی محسوب نمی‌شود». این امر در حالی است که مطابق بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت «تسهیل معاملات ملکی» فعالیتی تجاری دانسته شده است.

در گام نخست به دلایل حکم مندرج در ماده ۴ پرداخته و سپس وضعیت معاملات یادشده در حقوق کنونی بررسی می‌شود:

1. commercial
2. non- commercial
3. General partnerships.
4. limited partnerships
5. limited liability company
6. joint-stock company

۴-۱. دلایل غیر تجاری بودن معاملات غیر منقول

دلایلی که می‌توان برای توجیه نمودن حکم مقنن در ماده ۴ قانون تجارت ذکر کرد، به شرح ذیل است:

۴-۱-۱. تشریفات بودن بیع املاک

عقود موجب انتقال اموال منقول معمولاً رضائی بوده؛ استحکام معاملات غیر منقول، مقتضی وضع قواعد و مقرراتی؛ از قبیل ثبت در مراجع متعدد و دفاتر اسناد رسمی است که سبب تشریفات شدن قرارداد می‌گردد و با سرعت جریان امور تجاری منافات دارد (عبادی، ۱۳۹۷: ۱۸ و ۱۹؛ افشاری، ۱۳۹۸: ۳۶)؛

دلیل فوق محل اشکال بوده و لازم به ذکر است:

الف- برخی وسایل حمل و نقل؛ از قبیل هواپیما و کشتی از لحاظ تشریفات تقریباً تابع همان تشریفات اموال غیر منقول هستند؛ اما انتقال آنها تجاری است (ستوده تهرانی، ۱۳۸۳، ج ۱: ۶۸ و ۶۹)؛

ب- مقنن در شرایط کنونی درصد دفع تشریفات و کوتاه کردن فرایند انتقال اموال غیر منقول می‌باشد؛ لذا شرایط انتقال اموال غیر منقول مانند گذشته نیست (تقی‌پور و حسینی جلیلیان، ۱۳۹۷: ۵۲)؛ بر همین اساس در بند «و» ماده ۴۶^۱ و بند «م» ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنجم توسعه بر الکترونیکی شدن فرایند انتقال اموال غیر منقول توسط

۱. «سازمان ثبت اسناد و املاک کشور 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.»

۲. «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 پاسخ‌آنی و الکترونیک به استعلامات ثبتی و ثبت‌آنی معاملات با به کارگیری امضاء الکترونیکی مطمئن فراهم شود.»

اداره ثبت اسناد رسمی تأکید شده است. همچنین مطابق تبصره ۴ ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم نیز سازمان امور مالیاتی مکلف به همسو شدن با اداره ثبت اسناد و املاک در راستای نیل به هدف فوق و اخذ بدهی مالیاتی به صورت الکترونیکی از طریق دفاتر اسناد رسمی، پیش از انتقال ملک هستند؛

ج- در خصوص تشریفات بیع املاک اختلاف نظر وجود دارد (ابهری، ۱۳۸۷: ۱۸۵). ظاهر مواد ۴۸ و ۲۲ قانون ثبت دال بر آن است که انتقال املاک تنها با سند رسمی قابل تحقق است؛ اما انتقال امر یادشده بدون تنظیم سند فوق هم واقع می‌شود. دلایل ذیل دال بر آن امر است:

اول- ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مقرر می‌دارد: «... اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند»؛ از این رو بنا بر مفهوم مخالف ماده فوق سند عادی به تشخیص دادگاه می‌تواند هم‌تراز با سند رسمی بوده و حتی آن را از اعتبار ساقط نماید؛

دوم- وجود بنگاه‌های معاملات ملکی موید نظر فوق است. بنگاه‌های نامبرده مطابق قانون مشغول به فعالیت بوده‌اند^۲ و به تنظیم سند عادی جهت انتقال املاک اقدام میکنند. در واقع اگر ملک تنها با سند رسمی منتقل می‌شد، فعالیت آنان بی‌وجه و غیر قانونی بود.

۱. «سازمان امور مالیاتی کشور مکلف است ظرف مهلت یکسال از تاریخ لازم‌الاجراء شدن این قانون (۱۳۹۵/۱/۱) با اتصال به سامانه ثبت الکترونیک سازمان ثبت اسناد و املاک نسبت به اعلام میزان بدهی ملک مورد انتقال و امکان اخذ واریز آن به حساب مالیاتی به صورت آنی از طریق دفاتر اسناد رسمی اقدام کند».

۲. بنگاه‌داران معاملات ملکی حسب ماده ۷ قانون راجع به دلالتان مصوب ۱۳۱۷ و ماده ۲ آیین‌نامه قانون راجع به دلالتان مصوب سال ۱۳۱۹، دلال محسوب می‌شوند.

۴-۱-۲. ملازمه داشتن رفع تشریفات با افزایش قیمت مسکن

رفع تشریفات فوق الذکر و سرعت بخشی به این معاملات در قالب تجاری و با انگیزه‌های سودآوری و بعضاً عدم رعایت چارچوب‌های الزام‌آور قانونی می‌تواند منجر به افزایش کذایی بهای مسکن و زمین می‌گردد و نتیجه آن محروم شدن برخی از توده‌های جامعه از دستیابی به این نیاز اساسی خواهد بود (افشاری، ۱۳۹۸: ۳۶)؛

در پاسخ به ادعای فوق علاوه بر آنچه که سابقاً در خصوص تشریفات نبودن بیع املاک اشاره شد، شایان ذکر است:

الف. کارکرد اصلی لزوم تنظیم سند رسمی جهت معاملات املاک برای پایین نگه داشتن قیمت مسکن نبوده؛ بلکه برای ایجاد دلیل جهت اثبات معامله است؛

ب. همان‌طور که گذشت روند و فرایند انتقال سند در خصوص املاک کوتاه‌تر از گذشته است؛

ج. اشخاص به سوداگری در اموال غیر منقول مشغول هستند و غیر تجاری دانستن معاملات مربوط به املاک، تغییری در این وضعیت ایجاد نمی‌کند. در صورت وجود تشریفات هم بازار مسیر خود را می‌پیماید؛ به عنوان نمونه متداول است که در بنگاه‌های معاملات ملکی سندی عادی تنظیم شده و در دفترخانه وکالتنامه‌ای جهت انتقال سند از جانب فروشنده به نفع خریدار یا هر شخص دیگری تنظیم می‌شود که کارکردی شبیه به بیع داشته و نیاز به اخذ مجوز از ادارات ثبت اسناد و املاک، دارایی و شهرداری ندارد؛

۴-۱-۳. غالب بودن جنبه غیر تجاری در معاملات املاک

خرید اموال غیر منقول کمتر به قصد تجارت می‌باشد؛ به عنوان نمونه به قصد سکونت، خانه یا ملکی خریده می‌شود نه فروش آن و کسب سود (عبادی، ۱۳۹۷: ۱۹)؛ در واقع موضوع حقوق تجارت، توزیع جریان ثروت و جلب نفع بوده و فقط اموال منقول ممکن هست دست به دست منتقل گردیده و جریان پیدا کنند؛ کسانی که اموال نامبرده را خریداری میکنند، فقط برای مدت کوتاهی آنها را نگاه می‌دارند تا پس از مدتی به فروش

برسانند؛ در صورتیکه اموال غیر منقول ثابت بوده و نه تنها عملاً دست به دست نمی‌شوند؛ بلکه خرید آنها اغلب برای فروش نبوده و سالها در دست یک خانواده باقی می‌ماند (ستوده تهرانی، ۱۳۸۳، ج ۱: ۶۸)؛

نظر فوق نیز محل اشکال است:

الف- در گذشته با عنایت بر آنکه قیمت اموال غیر منقول تغییر قابل توجهی نداشته تجار به خرید و فروش آن اقدام نمی‌کردند (اسکینی، ۱۳۸۳/الف: ۶۹)؛ اما امروزه وضعیت تغییر کرده و قیمت این امور در معرض تغییر و نوسان است؛ لذا استثنای اموال غیر منقول وجهی ندارد و اشخاص در جهت تحصیل سود به خرید و فروش آنها اقدام می‌نمایند و استفاده‌های شایان تحصیل میکنند و صحیح نیست که اشخاص تحصیل کننده این ثروت‌ها تابع قانون تجارت نباشند (ستوده تهرانی، ۱۳۸۳، ج ۱: ۶۸ و ۶۹؛ عرفانی، ۱۳۹۳: ۲۹).

ب- اشخاصی که به معاملات مال غیر منقول می‌پردازند، ضمن بهره‌مندی از سود بسیار این معاملات، از محدودیت‌های این مقررات فارغ هستند؛ به عنوان مثال در صورت عدم توانایی پرداخت دیون خود، ورشکسته و ممنوع التصرف در اموال نمی‌شوند و می‌توانند دادخواست اعسار بدهند (گلین مقدم، ۱۳۸۹: ۱۱۴).

از آنچه گذشت مشخص می‌شود که غیر تجاری دانستن معاملات غیر منقول توجیهی منطقی ندارد؛ بر همین اساس است که در قانون تجارت فرانسه که قانون تجارت ما از آن اقتباس شده است، خرید اموال غیر منقول به قصد فروش هم امروز تجاری تلقی می‌شود.

۴-۲. تجاری بودن معاملات غیر منقول

در خصوص وضعیت کنونی معاملات غیر منقول در حقوق ایران باید ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۴۳ و ماده ۲ لایحه اصلاح قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ بررسی شود که این مهم در ادامه صورت خواهد پذیرفت:

۴-۲-۱. ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها

ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها در خصوص شرکت‌های موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «انواع شرکت‌های موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت که به قصد ساختمان خانه و آپارتمان و محل کسب به منظور سکونت یا پیشه یا اجاره یا فروش تشکیل می‌شود از انجام سایر معاملات بازرگانی غیر مربوط به کارهای ساختمانی ممنوعند». منظور از «ساختمان»، ساختن و بنا کردن می‌باشد (عمید، ۱۳۶۳، ج ۲: ۱۳۵۵). در حقیقت مقصود مقنن آن است که تأسیس شرکت تجاری به مقصود ساختن محل سکونت یا کسب برای اجاره یا فروش ممکن است و منحصرأ باید به آن امور مشغول باشند. نظرات مختلف در خصوص ماده فوق به شرح آتی بررسی خواهد شد:

۴-۲-۱-۱. اعمال تجاری تبعی بودن

برخی بر این عقیده هستند که اعمال شرکت‌هایی که به قصد ساختن خانه، آپارتمان و محل کسب تشکیل می‌شود، در زمره اعمال تجاری تبعی است (کاتوزیان، ۱۳۸۳/الف: ۴۸)؛ در واقع شرکت‌های ساختمانی به لحاظ شکل تجاری هستند و می‌توانند به موضوعات غیر تجاری از قبیل امور فوق هم مشغول شوند (کاتوزیان، ۱۳۸۳/ب، ج ۲: ۲۵). فعالیت‌های یادشده بنابر نظر فوق باید مصداق بند ۴ ماده ۳ قانون تجارت باشند. اشکالاتی که بر این نظر وارد شده، آن است:

۱. اعمال تجاری تبعی در ماده ۳ قانون تجارت ذکر شده و ساختن ساختمان و فروش آن مصداق ماده یادشده نمی‌باشد (عیسائی نفرشی، ۱۳۹۶: ۳۱). این ایراد وارد نیست؛ زیرا مقنن در بند ۴ ماده مذکور تمامی فعالیت‌های شرکت‌های تجاری را به تبع انجام آن از سوی شرکت، تجاری دانسته است.

۲. در حقوق ایران تنها شرکت سهامی مطابق ماده ۲ ل.ا.ق.ت. براساس شکل، تجاری بوده و سایر شرکت‌ها به صراحت قانون تجارت باید یکی از امور مندرج در ماده ۲ قانون تجارت را به عنوان موضوع خود انتخاب کنند؛ لذا اگر فعالیت‌های مندرج در ماده ۵ قانون

تملك را تجاری ندانیم، انجام آن از سوی شرکت‌های غیر سهامی ممکن نیست (تقی‌پور و حسینی جلیلیان، ۱۳۹۷: ۴۴ و ۴۵). در واقع اگر فعالیت‌های مندرج در ماده ۵ قانون تملك به عنوان موضوع شرکت انتخاب شده و ذاتاً هم تجاری نباشد، شرکت تجاری تشکیل نشده که به تبع آن اعمال مندرج در ماده فوق تجارتي باشد؛

۳. عبارت «از انجام سایر معاملات بازرگانی غیر مربوط به کارهای ساختمانی» در ماده فوق، دال بر آن است که موضوع آن ماده، ذاتاً تجاری است (تقی‌پور و حسینی جلیلیان، ۱۳۹۷: ۴۴).

۴-۲-۱-۲. اعمال تجاری ذاتی بودن

برخی بر این باور هستند که فعالیت‌های مندرج در ماده ۵ قانون تملك فی نفسه تجاری هستند؛ اما در خصوص قرار گرفتن آن امور در تحت عنوان مشخص، اختلاف دارند:

۴-۲-۱-۱-۲. مصداق بند ۱ ماده ۲ قانون تجاری بودن

طیفی بر این باور هستند که رویه قضایی می‌تواند ماده ۴ قانون تجارت را محدود نموده و ماده یاد شده را به این صورت تفسیر نماید که ماسه، تیر آهن و امثال آنها منقول است و حاصل آن ساختمان می‌گردد. در واقع امور فوق که منقول است، خریداری می‌شود و پس از انجام تصرفاتی به فروش می‌رسد؛ لذا عمل فوق تجاری و مصداق بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت می‌باشد (ستوده تهرانی، ۱۳۸۳، ج ۱: ۶۸). برخی دیگر یک گام فراتر نهاده و نظر فوق را در مقام تفسیر ماده ۵ قانون تملك آپارتمان‌ها ذکر نموده و ماده مذکور را تأسیسی جدید نمی‌دانند (عیسائی تفرشی، ۱۳۹۶: ۳۴). به نظر نمی‌رسد این توجیه قابل قبول باشد؛ زیرا:

۱. اگر دلیل حکم مندرج در ماده ۵ قانون تملك آپارتمان‌ها بند فوق است، دیگر نباید تفاوتی بین شخص حقیقی و حقوقی باشد؛ در حالیکه ماده فوق سایر اشخاص را از تحت

شامل آن ماده خارج دانسته است (عیسائی تفرشی، ۱۳۹۶: ۴۳). البته این اشکال وارد نیست:

- الف- ماده مذکور در خصوص سایر اشخاص ساکت است و لقب مفهوم مخالف ندارد؛
ب- قائل به نظر فوق (قرار گرفتن ماده ۵ قانون تملک در تحت شمول بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت) صراحتاً ذکر کرده که در صورت اشتغال اشخاص حقیقی به فعالیت‌های مندرج در ماده ۵، تاجر محسوب خواهند شد (عیسائی تفرشی، ۱۳۹۶: ۳۴).
۲. نظر فوق با منبع اقتباس بند ۱ ماده ۲ که قانون تجارت ۱۸۰۷ میلادی فرانسه بوده، انطباق ندارد (تقی‌پور و حسینی جلیلیان، ۱۳۹۷: ۴۲ و ۴۳). قانون اخیر معاملات مربوط به مال غیر منقول را؛ بنابر توجیحات سیاسی، اجتماعی و اقتصادی غیر تجاری می‌دانست (تقی‌پور و حسینی جلیلیان، ۱۳۹۷: ۳۹)؛
۳. ظاهر بند ۱ ماده ۲ تصرف در مال منقول و فروش آن به عنوان مال منقول است. در فرض ساختمان‌سازی مال منقول در مال غیر منقول محو می‌شود و تغییر وصف از منقول به غیر منقول حاصل می‌شود. ماده ۴ نیز صراحتاً اعلام می‌کند که فروش مال غیر منقول، تجاری نیست.

۴-۲-۱-۲-۲. قسمی مستقل از بندهای ده‌گانه ماده ۲ قانون تجارت

گروهی بر این باور هستند که قسمی دیگر به بندهای ده‌گانه ماده ۲ قانون تجارت اضافه شده و معاملات غیر منقول مندرج در ماده ۵ قانون تملک در خصوص شرکت‌های مشمول آن ماده، ذاتاً تجاری است؛ (اسکینی، ۱۳۸۳/الف: ۶۸؛ دمیرچیلی و دیگران، ۱۳۸۴: ۴۶؛ فرحناکیان، ۱۳۸۸: ۳۳)؛ اما انجام آن معاملات از سوی اشخاص حقیقی (فرحناکیان، ۱۳۸۸، ۴۵) و سایر شرکت‌ها تجاری نیست (اسکینی، ۱۳۸۳/الف: ۶۹).
ظاهر ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها و ذکر «از انجام سایر معاملات بازرگانی غیرمربوط به

۱. لقب اسمی است که موضوع حکم قرار می‌گیرد؛ از قبیل آنکه گفته شود سارق محکوم به حد است (قافی و شریعتی، ۱۳۸۵، ج ۱، ۱۷۸)

کارهای ساختمانی» دال بر ذاتا تجاری بودن معاملات مندرج در آن ماده است (همان: ۶۹). اشکالاتی بر نظر فوق وارد شده است:

۱. نظر فوق با ماده ۴ قانون تجارت انطباق ندارد (تقی‌پور و حسینی جلیلیان، ۱۳۹۷: ۴۴). روشن است که نقد مذکور با عنایت به قواعد نسخ و تخصیص نمیتواند ایراد جدی باشد و قانون تملک با عنایت بر موخر بودن آن نسبت به قانون تجارت مقدم است.

۲. اگر معاملات مندرج در ماده ۵ قانون تملک ذاتا تجاری است؛ چرا تنها مختص به اشخاص حقوقی مندرج در ماده فوق بوده و انجام آن معاملات از سوی اشخاص حقیقی تجاری نباشد (همان: ۴۴).

البته برخی با وجود ذکر اشکال فوق؛ اما در نهایت همان نظر مورد ایراد را پذیرفته‌اند و بر این باور هستند که معاملات فوق، ذاتا تجاری و مختص به اشخاص مندرج در ماده ۵ قانون تملک می‌باشد و ماده یادشده را تخصیصی بر ماده ۴ و مواد ۹۴، ۱۱۶، ۱۴۱ و ۱۸۳ قانون تجارت که مربوط به موضوع شرکت‌های تجاری غیر سهامی است، می‌دانند (همان: ۴۵)؛ در مقام نتیجه‌گیری شایان ذکر است:

۱. فعالیت‌های مندرج در ماده ۵ قانون تملک ذاتا تجاری می‌باشند؛

۲. امور مندرج در ماده ۵ قانون تملک برخلاف آنچه شارحین ذکر کرده‌اند؛ در صورتیکه از سوی اشخاص حقیقی نیز انجام شود، تجاری خواهد بود. ممکن است اشکال شود که ماده ۴ قانون تجارت اصل بوده و ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها استثناء می‌باشد؛ لذا نمیتوان استثناء را تفسیر موسع کرد و حکم آن را به موارد مشابه سرایت داد^۱ و اظهار کرد که امور مندرج در ماده ۵ در خصوص شرکت‌ها و اشخاص حقیقی نیز تجاری است.

در پاسخ به اشکال فوق لازم به ذکر است که از یک سو ورود شرکت‌های تجاری در صنعت ساختمان ضرورت داشته و از سوی دیگر شرکت‌ها نمیتوانستند موضوع غیر تجاری را به

۱. یکی از شرایط قیاس، استثنائی نبودن حکم اصل (موضوعی که حکم آن معلوم می‌باشد) است (قافی و شریعتی، ۱۳۹۰، ج ۲، ۲۱۹).

عنوان موضوع شرکت انتخاب کنند؛ لذا مقنن با وضع قانون تملک این ممنوعیت را رفع نموده است (گلین مقدم، ۱۳۸۹: ۱۱۳) و فعالیت‌های مندرج در آن ماده را تجاری دانسته است. این امر از عبارت «از انجام سایر معاملات بازرگانی غیرمربوط به کارهای ساختمانی» قابل استفاده می‌باشد. روشن است وقتی فعالیت فوق ذاتا تجاری باشد، تفاوتی بین اشخاص حقیقی و حقوقی وجود ندارد. در واقع این امر از کلام مقنن حاصل می‌شود نه آنکه به واسطه قیاس حاصل شود.

۳. شرکت‌هایی که موضوع آن سایر فعالیت‌های تجاری است، صلاحیت ورود به ساختمان‌سازی را ندارند. در حقیقت شرکت‌های تجاری در خارج از موضوع صلاحیت خود نمیتوانند فعالیت کنند (اسکینی، ۱۳۸۳/ب، ج ۱: ۵۳). در ماده ۵ قانون تملک نیز بر این نکته تأکید شده و شرکت تجاری تأسیس شده برای امور ساختمانی را ممنوع از پرداختن به سایر فعالیت‌ها دانسته است؛ لذا شرکت‌هایی که به مقصودی غیر از احداث ساختمان تشکیل شده‌اند نیز نمیتوانند به آن امور مشغول شوند.

۴. بر خلاف نظر شارحین خرید مال غیر منقول به قصد فروش و اجاره نیز عمل تجاری محسوب می‌شود و این امر به قیاس اولویت حاصل می‌شود و در کلام مقنن، مستتر است نه آنکه با قیاس مستنبط‌العله^۱ حاصل شود. قویتر بودن ملاک حکم در فرع از کلام برخی از شارحین قابل استفاده است: در حقوق ما خرید زمین و یا ساختمان موجود به قصد ساخت ساختمان جدید تجاری است؛ اما خرید ساختمان به قصد فروش تجاری نیست. امری که قابل انتقاد است؛ زیرا طبیعت معاملات اخیر به طبع معاملات راجع به اموال

۱. در قیاس مستنبط‌العله علت حکم اصل در کلام شارع یا قانون‌گذار بیان نشده است و با بررسی خصوصیات موضوع و ارتباط آن با حکم، به علت حکم پی می‌بریم و با ملاحظه این علت در فرع دست به قیاس می‌زنیم (قافی و شریعتی، ۱۳۹۰، ج ۲، ۲۲۱)؛ برای مثال ماده ۸۸۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «قتل از موانع ارث است بنابر این کسی که مورث خود را عمدا بکشد از ارث او ممنوع می‌شود...». علت ممنوعیت وارث از ارث بیان نشده؛ ولی محتمل است که علت ممنوعیت، طمع به مال باشد. حال اگر موصی له، جهت دست‌یابی به موصی به (طمع به مال موضوع وصیت) موصی را بکشد، چون این علت در فرع نیز وجود دارد، محرومیت موصی له از موصی به، نتیجه قیاس مستنبط‌العله خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۳، ۳۵).

منقول که تجاری تلقی شده‌اند، نزدیک‌تر است (اسکینی، ۱۳۸۳/الف: ۷۰). امر دیگری که امکان جریان قیاس اولویت را تأیید می‌نماید، آن است که در حقوق فرانسه خرید اموال غیر منقول به قصد فروش ذاتا تجاری تلقی می‌شود؛ مگر اینکه خریدار ثابت نماید که منظور وی از خرید، احداث ساختمان و فروش آن بوده است (بند ۲ ماده ۱-۱۱۰ L). حال که مقنن بر خلاف حقوق فرانسه خرید زمین به قصد ساخت و فروش را حسب ماده ۵ قانون تملک تجاری دانسته است، به طریق اولی خرید و فروش زمین را تجاری می‌داند.

۴-۲-۲. ماده ۲ لایحه اصلاح قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷

ماده ۲۱ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ مقرر می‌داشت: «شرکت سهامی شرکتی است که برای امور تجاری تشکیل و سرمایه آن به سهام تقسیم شده و مسئولیت صاحبان سهام محدود به سهام آنها است»؛ اما در ماده ۲ لایحه اصلاح قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ آمده است: «شرکت سهامی شرکت بازرگانی محسوب می‌شود ولو اینکه موضوع عملیات آن امور بازرگانی نباشد»؛ این استثنا که تنها در خصوص شرکت‌های فوق وجود دارد، دال بر این امر است که در حقوق ما نیز شرکت‌ها یا بر حسب موضوع یا بر حسب شکل تجاری هستند. شایان ذکر است که فعالیت‌های شرکت سهامی در خصوص امور غیر بازرگانی تبعاً تجاری است ولی ذاتاً تجاری نیست.

ممکن است اشکال شود که اگر معاملات مربوط به غیر منقول تجاری باشد؛ مصداقی برای ماده فوق باقی نمی‌ماند و وضع آن لغو خواهد بود. روشن است؛ این امر شایسته قانون‌گذار حکیم نیست. در حقیقت ماده اخیر با توجه به موخر بودن لایحه اصلاح نسبت به قانون تملک، بر غیر تجاری بودن معاملات فوق تأکید دارد. در پاسخ به ایراد فوق لازم به ذکر است که تنها مصداق قابل تصور از فعالیت‌های غیر تجاری، معاملات مربوط به مال غیر منقول نیست. فعالیت‌های زراعی که قطعاً غیر تجاری هستند، می‌تواند موضوع شرکت سهامی باشد و با توجه به آنکه در خصوص این شرکت تصریح وجود دارد و در خصوص سایر شرکت‌ها چنین تصریحی وجود ندارد؛ پس تنها این شرکت می‌تواند، به این معاملات بپردازد.

نتیجه‌گیری

غیر تجاری بودن معاملات غیر منقول اگرچه در گذشته موجه بوده؛ اما امروزه دلایل ذکر شده جهت غیر تجاری بودن معاملات غیر منقول مثبت ادعا نیست. تغییر وضع در حقوق فرانسه که منبع اقتباس قانون تجارت بوده، شاهد بر این امر است. در حقوق فرانسه سابقاً تنها خرید و فروش اموال منقول تجاری بود؛ اما اکنون خرید اموال غیر منقول به قصد فروش ذاتا تجاری دانسته می‌شود؛ مگر اینکه خرید به منظور احداث ساختمان و فروش آن باشد. حقوق ایران نیز مواجه با دگرگونی و تغییر رویکرد مقنن بوده است. حاصل جمع بند ۱ ماده ۲ و ماده ۴ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ که دال بر غیر تجاری بودن معاملات غیر منقول بوده با ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۴۳ که ورود به صنعت ساختمان‌سازی را برای شرکت‌های موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت مجاز می‌داند، امور ذیل است:

۱. فعالیت‌های مندرج در ماده ۵ قانون تملک ذاتا تجاری می‌باشد؛
۲. امور ذکر شده در ماده فوق مصداق هیچ یک از بندهای ذکر شده در ماده ۲ قانون تجارت نبوده و قسمی به اقسام ذکر شده در آن ماده اضافه شده است؛
۳. امور اشاره شده در ماده ۵ قانون تملک خواه از سوی شرکت‌های یادشده در آن ماده باشد یا اشخاص حقیقی، تجاری است؛
۴. شرکت‌هایی که موضوع آنها فعالیت‌های ساختمانی نیست؛ با عنایت بر فقدان صلاحیت در غیر موضوع شرکت، امکان ورود به امور ذکر شده در ماده ۵ قانون تملک را ندارند؛
۵. با توجه به قویتر بودن ملاک حکم در فرع و قیاس اولویت، خرید مال غیر منقول به قصد فروش یا اجاره نیز تجاری می‌باشد.

منابع و مأخذ

- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۳ الف). حقوق تجارت (کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت تجاری). چاپ ششم، تهران: انتشارات سمت
- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۳ ب). حقوق تجارت (شرکت‌های تجاری). جلد اول، تهران: انتشارات سمت، چاپ هشتم.
- ابهری، حمید (۱۳۸۷). نقش سند رسمی در بیع املاک. مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۴، ۱۸۵-۲۱۰.
- افشاری، فریدون (۱۳۹۸). حقوق تجارت. تهران: انتشارات کتاب شهر علم، چاپ اول.
- تقی‌پور، بهرام، حسینی جلیلیان، امیر (۱۳۹۷). لزوم تجارتی قلمداد شدن معاملات غیر منقول. فصلنامه پژوهش‌های بازرگانی، ۸۹، ۳۵-۵۸.
- دمیرچیلی، محمد، حاتمی، علی و قرائی، محسن (۱۳۸۴). قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. تهران: انتشارات میثاق عدالت، چاپ چهارم.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۳). حقوق تجارت. جلد اول، تهران: نشر دادگستر، چاپ هشتم.
- عمید، حسن (۱۳۶۳). فرهنگ عمید. جلد دوم، تهران: موسسه انتشارات امیر کبیر.
- عبادی، محمدعلی (۱۳۹۷). حقوق تجارت. تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ سی‌وهفتم.
- عرفانی، محمود (۱۳۹۳). حقوق تجارت به زبان ساده. تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ پانزدهم.
- عیسائی تفرشی، محمد (۱۳۹۶). حقوق شرکت‌های تجاری. جلد اول، تهران: انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، چاپ سوم.
- فرحناکیان، فرشید (۱۳۸۸). قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ دوم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سی‌وهفتم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳ الف). حقوق مدنی (اموال و مالکیت). تهران: نشر میزان، چاپ ششم.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳ ب). عقود معین (مشارکت‌ها و صلح). جلد دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ ششم.
گلین مقدم، عیسی (۱۳۸۹). لزوم تجاری قلمداد شدن معاملات غیر منقول توسط قانون‌گذار. راه وکالت، ۲(۴)، ۱۱۲-۱۱۵.

References

- Abhari, H. (2008). The role of the official document in the sale of real estate. *Journal of Legal Research*, 14, 185-210. (in Persian)
- Afshari, F. (2018). *Business Law*. Tehran: Kitab Shahr Alam Publications. (in Persian)
- Amid, H. (1984). *Amid dictionary*. Second volume, Tehran: Amir Kabir Publishing House. (in Persian)
- Bell, J., Boyron, S., & Whittaker, S. (2008). *Principles of French Law*. Second edition, Oxford: University Press.
- Bermann, G.A., & Picard, E. (2008). *Introduction to French Law*. Hague: Kluwer Law International.
- Demirchili, M., Hatami, A., & Qaraei, M. (2004). *Commercial law in the current legal order*. Tehran: Mithaq Adalat Publications, 4th edition. (in Persian)
- Eakini, R. (2004b). *Commercial law (commercial companies)*. first Volume, Tehran: Samit Publications, 8th edition. (in Persian)
- Ebadi, M.A. (2017). *Business Law*. Tehran: Ganj Danesh Publication, Thirty-seventh edition. (in Persian)
- Erfani, M. (2013) *Business Law in plain language*. Tehran: Mizan Legal Foundation, 15th edition. (in Persian)
- Eskini, R. (2004a). *Commercial law (general, commercial transactions, business and organization of commercial activity)*. Sixth edition, Tehran: Somit Publications. (in Persian)
- Farhanakian, F. (2009). *Commercial law in the current legal order*. Tehran: Mizan Legal Foundation, Second edition. (in Persian)

- Galian Moghadam, I. (2009). The commercial necessity of immovable transactions being considered by the legislator. *Advocacy Way*, 2(4), 112-115. (in Persian)
- Isaaei Tafarshi, M. (2016). *The rights of commercial companies*. First volume, Tehran: Tarbiat Modares University Press, third edition. (in Persian)
- Katouzian, N. (2003). *Introduction to the science of law and the study of Iran's legal system*. Tehran: Publishing Company, Thirty-seventh edition. (in Persian)
- Katouzian, N. (2004a). *Civil rights (property and ownership)*. Tehran: Mizan publication, Thirty-seventh edition. (in Persian)
- Katouzian, N. (2004b). *Certain contracts (partnerships and peace)*. Second volume, Tehran: Ganj Danesh Library, sixth edition. (in Persian)
- Pédamon, M., & Kenfack, H. (2015). *Droit commercial. Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats du commerce*. fourth edition, Paris :Groupe Lefebvre Dalloz
- Sotoudeh Tehrani, H. (2004). *Business Law. Volume 1*, Tehran: Judge's Press, 8th edition (in Persian)
- Steiner, E. (2018). *French Law a Comparative Approach*. Second edition, Oxford: University Press.
- Taghipour, B., Hosseini Jalilian, A. (2017). The commercial necessity of considering immovable transactions. *Commercial Research Quarterly*, 89, pp. 35-58. (in Persian)