

Copyright & Creative Commons:

The copyright of articles published in the *Journal of Criminal Law and Criminology Studies* remains with the author(s). This journal is published as an open access publication, and all articles are distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0). This license permits use, redistribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited and the use is non-commercial in nature. For more information, please refer to the journal's *Open Access Policy* page.



The Theory of Commerciality in Iranian and French Law

Saeed Johar¹

Abstract

Despite more than two centuries since the codification of commercial laws, legal systems have yet to establish clear and definitive criteria for identifying commercial acts. In other words, there is still no consensus on what constitutes a commercial act. Although legislators in various countries have provided lists of commercial acts, these have never been comprehensive or exclusive. As a result, the question of what qualifies as a commercial act remains unresolved. In practice, identifying commercial acts is essential, as it delineates the scope of application of commercial law and determines when commercial legal rules should apply. Moreover, in jurisdictions where specialized commercial courts are established, accurately identifying such acts helps define the courts' jurisdiction more precisely. This study adopts a descriptive-analytical method and conducts a comparative analysis of the theories related to commercial acts in Iranian and French law. It further examines acts that are not considered commercial. Today, there is a general tendency to broaden the scope of commercial acts due to legal and fiscal considerations. However, it is important to note that in cases of uncertainty regarding the commercial nature of an act, the default assumption should be that the act is non-commercial.

Keywords: Commerciality, Commercial Acts, Immovable Transactions, Commercial Profession, Immovable transactions.



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



:Publisher
Shahr-e Danesh
Research and Study
Institute of Law

:Article Type
Original Research

DOI:
10.48300/jfel.2025.483605.1037

Received:
14 March 2025

Accepted:
13 July 2025

Published:
10 March 2025



1. PhD in Private Law, Varamin Branch, Islamic Azad University, Varamin, Iran.
Email: saeed.johar@yahoo.com

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Saeed Johar: Conceptualization, Methodology, Formal analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Project administration.

Competing interests:

The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Johar, Saeed. "The Theory of Commerciality in Iranian and French Law", *Journal of Financial and Economic Law* 1, no. 1 (March 10, 2025): 369-400.

Extended Abstract

More than two centuries after the codification of commercial laws, legal systems have yet to establish clear and definitive criteria for identifying commercial acts. In other words, there remains no consensus on what precisely constitutes a commercial act. Although legislators in various jurisdictions have enumerated certain acts as commercial, these lists have proven neither exhaustive nor exclusive, leaving open the enduring question: what qualifies as a commercial act? The classification of an act as commercial determines the scope of commercial law and triggers the application of specific legal norms. Furthermore, this classification plays a crucial role in defining the jurisdiction of specialized commercial courts. This article adopts a descriptive-analytical approach and conducts a comparative study between Iranian and French legal systems to examine the prevailing theories surrounding commercial acts. It also addresses the types of acts that are not considered commercial. In contemporary practice, there is a growing tendency to expand the scope of commercial acts for legal and fiscal reasons. Nevertheless, in any case of doubt, the presumption should favor the non-commercial nature of the act.

It should be noted that traditionally, two personal and subject theories define the scope of commercial practices and merchants. If we consider commercial law as the law-governing merchants, we have followed the personal theory, and if we consider it as the law-governing merchants, we have followed the subject theory. The concept of commerciality, which is known in French law as *Commercialité*, has a simple concept on the surface, but due to the variety of its instances, courts, especially commercial courts and arbitration tribunals, are hesitant in determining what constitutes a commercial practice and is subject to specific commercial regulations. In French law, commerciality is defined as a description of what is commercial and has criteria accepted by the legislator. In Iranian law, Dr. Sotoudeh Tehrani uses the term commercial operations instead of commercial practices. In her opinion, commercial operations are operations that are continuously carried out by merchants to gain profit and are divided into four types: 1- distributive commercial operations, 2- production commercial operations, 3- service commercial operations, and 4- auxiliary commercial operations. Some other jurists believe that a group of legal acts or transactions is considered commercial acts or transactions by their nature and due to their characteristics.

They believe that commercial acts are a combination of three criteria: "conducting a transaction as a business profession and occupation", "obtaining profit and benefit", and "exchange and circulation of wealth".

Although the existence of these criteria helps to recognize commercial acts, they do not determine the scope and boundaries of commercial and civil activities. It should be noted that becoming a businessperson creates a new legal status. In the realm of private law, the requirements of contracts

between merchants, the requirements of lawsuits between merchants, and the requirements of merchants' inability to pay debts are among the examples that have perhaps forced the legislator to establish special rules for merchants. Describing commercial acts and recognizing those leads to the following results: recognizing merchants from non-merchants, the rule of insolvency or bankruptcy rules, business books, and the specific requirements of the business profession are the effects of determining the scope of commercial acts. On the other hand, commercial acts lead to the implementation of a set of commercial obligations; the passage of specific commercial times, the jurisdiction of commercial courts, the special principles of commercial documents, etc. are among these works that do not exist in civil law. The term "commercial" is not defined in any domestic or foreign law. However, it is a fundamental and main criterion for recognizing commercial acts. The Commercial Law has merely listed acts and considered them commercial, but many activities outside this list are also considered commercial. The concept of commercial acts provides familiarity with its examples. In response to the question of what a commercial act is, several theories have been presented: the theory of profit making, the theory of wealth and capital circulation, the theory of commercial enterprise, the theory of conducting a commercial transaction as a regular job and profession, and the theory of the legality of commercial acts are the most important of these theories. Along with these theories, we should also discuss the acts and activities of commercial companies, as everything they do is commercial. Recognizing and examining cases that are outside the scope of commercial activities will help determine the scope of commercial affairs; therefore, the contents of this article have been divided into two parts; in the first part, we will examine the theories on commercial practices, and then in the second part, we will examine practices that are not commercial. This division helps us to know in the first part what criteria exist for recognizing commercial practices and which ones are effective. In the second part, by recognizing examples of practices that are not generally commercial, the scope of commercial affairs and practices will be determined with greater certainty.



نظریه تجاری بودن در حقوق ایران و فرانسه

سعید جوهر^۱

چکیده

با گذشت بیش از دو قرن از تدوین قوانین تجاری، نظام‌های حقوقی نتوانسته‌اند معیارهای مشخصی برای شناخت اعمال تجاری ارائه دهند؛ به عبارت دیگر این نظام‌ها در تعیین اینکه چه عملی تجاری است، به نتیجه قاطعی نرسیده‌اند. هر چند قانونگذاران تجاری در هر کشوری فهرستی از اعمال تجاری را معرفی کرده‌اند، اما هیچ‌گاه جامع و مانع نبوده است و همواره این پرسش مطرح است که چه عملی تجاری محسوب می‌شود؟ در واقع شناخت اعمال تجاری، حدود حاکمیت مقررات قوانین تجاری را مشخص می‌کند و باعث می‌شود قواعد حقوق تجارت در مورد آن عمل اجرا شود. همچنین در صورت تشکیل دادگاه‌های اختصاصی تجاری، صلاحیت این محاکم با دقت بیشتری تعیین می‌شود. این نوشتار با روش توصیفی - تحلیلی و با انجام مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه نظریات مرتبط با اعمال تجاری را بررسی و سپس اعمالی را که تجاری نیستند، معرفی می‌کند. در حال حاضر تمایل عمومی بر این است که قلمرو اعمال تجاری بنا به مصالح حقوقی و مالیاتی گسترش یابد. البته باید توجه داشت که در موردی که در تجاری بودن عملی تردید شود، باید اصل را بر غیرتجاری بودن آن عمل قرار داد.

کلیدواژه‌ها:

تجاری بودن، اعمال تجاری، معاملات غیرمنقول، شغل تجارت، معاملات غیرمنقول.



پژوهش‌های حقوق



نوع مقاله: علمی - پژوهشی

DOI:

10.48300/jfel.2025.483605.1037

تاریخ دریافت:

۲۴ اسفند ۱۴۰۳

تاریخ پذیرش:

۲۲ تیر ۱۴۰۴

تاریخ انتشار:

۲۰ اسفند ۱۴۰۳



۱. دکترای حقوق خصوصی، واحد ورامین، دانشگاه آزاد اسلامی، ورامین، ایران.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

سعید جوهر: مفهوم سازی، روش شناسی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، مدیریت پروژه.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

جوهر، ر، سعید. «نظریه تجاری بودن در حقوق ایران و فرانسه». مجله پژوهش‌های حقوق مالی و اقتصادی ۱، ش. ۲ (پاییز و زمستان ۱۴۰۳): ۳۶۹-۴۰۰.

مقدمه

به طور سنتی، دو نظریه شخصی و موضوعی، قلمرو اعمال تجاری و تجار را مشخص می‌کند. اگر حقوق تجارت را حقوق حاکم بر تجار بدانیم، از نظریه شخصی^۱ پیروی کرده‌ایم^۲ و چنانچه آن را حقوق حاکم بر تجار بدانیم، از نظریه موضوعی^۳ تبعیت نموده‌ایم.^۴ پذیرش هر یک از این دو نظر در عمل مشکلاتی به همراه دارد؛^۵ اما آنچه موضوع این نوشتار را تشکیل می‌دهد، قلمرو اعمال تجاری است و به طور مشخص پاسخ به این سؤال که چه عملی تجاری محسوب می‌شود؟ پاسخ به این سؤال هرچند بدیهی به نظر می‌رسد، اما این مسئله می‌تواند کلید حل بسیاری از مسائل حقوقی باشد. شناخت اعمال تجاری منتهی به شناخت تجار می‌شود؛ به نحوی که در بدیهی‌ترین تعریف از تاجر می‌توان گفت شخصی که اعمال تجاری انجام می‌دهد، تاجر است. در واقع اعمال تجاری، مفهوم اصلی و محوری حقوق تجارت است. جدای از اینکه شناخت عمل تجاری باعث شناخت تاجر می‌شود، باعث حکومت قواعد خاص تجاری بر عمل انجام‌شده می‌گردد.^۶ مفهوم «تجاری بودن فعالیت»^۷ در حقوق فرانسه، در ظاهر مفهومی ساده دارد؛ اما به علت تنوع مصادیق آن، دادگاه‌ها و به‌ویژه محاکم تجاری و دیوان‌های داوری در تعیین اینکه چه عملی تجاری است و مشمول ضوابط خاص تجارت می‌شود، دچار تردید هستند. در حقوق فرانسه تجاری بودن تحت عنوان وصف آنچه تجاری است و دارای معیارهای مورد پذیرش قانونگذار است، تعریف شده است.^۸ در حقوق ایران، دکتر ستوده تهرانی از اصطلاح عملیات تجاری به جای اعمال تجاری استفاده می‌کند. به نظر ایشان، عملیات تجاری اصولاً عملیاتی است که

1. Conception Subjective

۲. حقوق تجارت در ابتدا حقوق مربوط به تجار بوده است. بعد از انقلاب فرانسه، نظریه موضوعی برای شناخت اعمال تجاری وارد حقوق این کشور شد. حقوق ایران به تبعیت از حقوق فرانسه از نظریات شخصی و موضوعی توأمان استفاده کرده است و به عبارت دیگر از نظریه مختلط برای شناخت تجار و اعمال تجاری استفاده می‌کند.

3. Conception Objective

4. Iony Randrianirina, Cours de droit commercial et des affaires (Paris : Gualino-Lextenso, 2020), 16.

۵. برای دیدن مشکلات اجرای هر یک از این دو نظریه نک: عباس نیازی و سعید جوهر، «مطالعه تطبیقی دوره گذار از معیارهای سنتی به سوی معیار اقتصادی در شناخت تجار و اعمال تجاری در حقوق ایران و فرانسه»، فصلنامه قضاوت، ۲۱، ۱۰۶ (۱۴۰۰)، ۵۱.

6. Lionel Andreu and Isabelle Sérandour, Droit commercial (Paris: Gualino-Lextenso, 2021), 21.

7. Commercialité

8. Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique (Paris: PUF, 2022), 223.

به‌طور مستمر به‌وسیله تاجر برای جلب منفعت انجام می‌گیرد و به چهار نوع: ۱- عملیات تجارتي توزیعی، ۲- عملیات تجارتي تولیدی ۳- عملیات تجارتي خدماتی و ۴- عملیات تجارتي کمکی تقسیم می‌شود.^۹ برخی دیگر از حقوق‌دانان معتقدند که دسته‌ای از اعمال حقوقی یا معاملات بر حسب طبیعت خود و به‌واسطه ویژگی‌هایی که دارند، عمل تجاری یا معامله تجاری تلقی می‌شوند. ایشان بر این باورند اعمال تجاری تلفیقی از سه معیار «مبادله و گردش ثروت»، «تحصیل سود و منفعت» و «انجام معامله به‌عنوان حرفه و شغل تجاری» است.^{۱۰} هرچند وجود این معیارها برای شناخت اعمال تجاری کمک می‌کند، اما قلمرو و مرزهای فعالیت‌های تجاری و مدنی را مشخص نمی‌کند. در مواردی که در تجاری بودن فعالیت تردید داشته باشیم، باید اصل را بر مدنی بودن آن قرار دهیم؛ اما این اصل نیز نمی‌تواند در تمام موارد راهگشا باشد و قلمرو امور تجاری را معین کند. باید در نظر داشت تاجر شدن، یک وضعیت حقوقی جدید را به وجود می‌آورد. در قلمرو حقوق خصوصی، مقتضیات قراردادهای بین تاجر، مقتضیات دعوی بین تاجر و مقتضیات ناتوانی تاجر از تأدیه دیون از جمله نمونه‌هایی است که چه‌بسا مقنن را به وضع قواعد خاص برای تاجر واداشته است.^{۱۱} توصیف اعمال تجاری و شناخت آنها منتهی به نتایجی می‌شود؛ شناخت تاجر از افراد غیر تاجر، حکومت قواعد اعسار یا ورشکستگی، دفاتر تجاری و الزامات خاص حرفه تجارت آثار تعیین قلمرو اعمال تجاری است. از طرف دیگر، اعمال تجاری منتهی به اعمال مجموعه‌ای از تعهدات تجاری می‌گردد؛ مرور زمان‌های خاص تجاری، صلاحیت محاکم تجاری، اصول ویژه اسناد تجاری و... از جمله این آثار است که در حقوق مدنی وجود ندارد. اصطلاح «تجاری بودن» در هیچ یک از قوانین داخلی یا خارجی تعریف نشده است. با این حال برای شناخت اعمال تجاری، معیاری اساسی و اصلی است. قانون تجارت تنها اعمالی را فهرست کرده و آنها را تجاری شمرده است، اما بسیاری از فعالیت‌ها خارج از این فهرست نیز تجاری تلقی می‌شوند.^{۱۲} مفهوم اعمال تجاری باعث آشنایی با مصادیق آن می‌شود. در پاسخ به این سؤال که چه عملی تجاری است، نظریات متعددی ارائه شده است. نظریه کسب سود، نظریه گردش ثروت و سرمایه، نظریه بنگاه تجاری، نظریه انجام معامله تجاری به‌عنوان شغل و حرفه معمول و نظریه قانونی بودن اعمال تجاری مهم‌ترین این نظریات هستند. در کنار این نظریات

۹. حسن ستوده تهرانی، حقوق تجارت، جلد اول (تهران: دادگستر، ۱۳۹۰)، ۴۶.

۱۰. ابراهیم عبدی‌پور فرد، حقوق تجارت: تاجر و معاملات تجاری (تهران: مجد، ۱۳۹۵)، ۴۳ و ۵۲.

۱۱. کورش کاویانی، مقدمه حقوق تجارت (تهران: میزان، ۱۳۹۴)، ۶۱.

12. Luc Paulet, Droit commercial (Paris: Ellipses, 2018), 188.

باید از اعمال و فعالیت‌های شرکت‌های تجاری نیز بحث کنیم که هر آنچه انجام می‌دهند، تجاری است. شناخت و بررسی مواردی که از قلمرو فعالیت‌های تجاری خارج هستند، به تعیین قلمرو امور تجاری کمک خواهد کرد؛ بنابراین مطالب این نوشته را در دو بخش بررسی می‌کنیم؛ در بخش اول، نظریات مطرح در مورد اعمال تجاری را بررسی خواهیم کرد و سپس در بخش دوم، اعمالی را که تجاری نیستند، بررسی می‌کنیم. این تقسیم‌بندی کمک می‌کند که در بخش اول بدانیم برای شناخت اعمال تجاری، چه معیارهایی وجود دارد و کدام یک کارایی دارند. در بخش دوم با شناخت مصادیقی از اعمالی که قاعدتاً تجاری نیستند، تعیین قلمرو امور و اعمال تجاری با قطعیت بیشتری تعیین خواهد شد.

آقای حسین بهرامی در مقاله‌ای با عنوان «بررسی تجاری بودن معاملات غیرمنقول با تأملی در حقوق فرانسه»، به بررسی معاملات اموال غیرمنقول در حقوق ایران و فرانسه پرداخته است و به‌ویژه ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها را در حقوق ایران بررسی کرده است و به مقایسه آن با معاملات غیرمنقول در حقوق فرانسه پرداخته است.^{۱۳}

در کتب حقوق تجارت به مناسبت بررسی مواد ۲ و ۴ قانون تجارت ایران مصوب ۱۳۱۱ به بررسی جنبه‌های تجاری اعمال اشخاص پرداخته شده است و تلاش شده که قلمرو و حدود و ثغور این اعمال مشخص شود. کتب حقوقی مزبور و نظریات و تحلیل‌هایی که ارائه شده است، در این نوشتار مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ اما مقاله حاضر در دو بخش درصدد تعیین قلمرو دقیقی از اعمال تجاری و ارائه نظریه در این رابطه است تا بتوان با استفاده از این معیارها، در مصادیق مشتبه، اعمال تجاری را از اعمال غیرتجاری بازشناسیم و به‌طور کلی به این سؤال پاسخ دهیم که چه عملی تجاری است تا دادگاه‌ها در موارد اختلافی بتوانند با استفاده از این معیارها برای نمونه مشخص کنند که آیا قواعد اعسار بر خواهان حاکم است یا مشمول مقررات ورشکستگی است و اینکه در صورت تشکیل محاکم تجاری، مصادیق اعمال تجاری و غیرتجاری چه مواردی هستند.

۱- نظریات در مورد تجاری بودن عمل

در این قسمت، نظریات اصلی را که در حقوق تجارت در مورد تجاری بودن عمل مطرح شده است، بررسی می‌کنیم. این نظریات، معیارهایی هستند که در شناخت اعمال تجاری کمک

۱۳. حسین بهرامی، «بررسی تجاری بودن معاملات غیرمنقول با تأملی در حقوق فرانسه»، فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی، ۶ (۱۴۰۳)، ۴۵-۶۶.

می‌کنند و باعث تمییز بین اعمال تجاری و غیرتجاری می‌شوند.

۱-۱- نظریه کسب سود

بر اساس این نظر، هر عملی که با هدف کسب سود^{۱۴} انجام شود، تجاری است. هدف شخصی که کالایی را به قصد فروش مجدد می‌خرد، کسب سود است. همین‌طور هدف اولیه کسی که خدمتی را عرضه می‌کند، کسب سود از حاصل کار خود است. برعکس، فعالیت‌هایی که با هدف کسب سود انجام نمی‌شود یا کالایی که با هدف فروش به قصد سودآوری خریداری نمی‌شود، تجاری نیست. در بند اول ماده ۲ قانون تجارت ایران که خرید مال منقول به قصد فروش یا اجاره را تجاری می‌داند، از این نظر استفاده کرده است؛ چراکه کسی که مال منقولی را می‌خرد تا اجاره دهد یا به فروش برساند، با هدف کسب سود است؛ بنابراین اگر هدف شخص کسب سود باشد، فعالیتی که انجام می‌دهد، تجاری است. از این معیار در ماده ۲۳ قانون منسوخ محاکم تجارت مصوب کمیسیون قوانین عدلیه ۱۳۳۳ ق (۱۲۹۳ ش) استفاده شده بود. بر اساس این ماده «محاکم تجارت به امور راجعه به معاملات تجاری که طرفین یا یک طرف آن تاجر باشند، رسیدگی می‌نماید. (معاملات تجاری عبارت از نقل و انتقالی است که غرض از آن صرف انتفاع باشد.)» در عرف نیز این معیار به‌عنوان اساسی‌ترین معیار برای شناخت اعمال تجاری شناخته می‌شود.

اینکه معیار کسب سود تا چه اندازه واقع‌بینانه است و می‌تواند قلمرو فعالیت‌های تجاری را مشخص کند، محل بحث است. به نظر می‌رسد که این معیار هرچند می‌تواند معیار مهمی برای شناخت عمل تجاری باشد، اما به‌طور کامل نمی‌تواند گویای تجاری بودن یک فعالیت باشد. در واقع این معیار، جامع تمام مصادیق نیست؛ به عبارت دیگر کسب سود، هدف اولیه تاجر است، اما فعالیت‌هایی را می‌توان نام برد که در آنها کسب سود وجود دارد ولی تجاری نیست. برای نمونه خرید و فروش اموال غیرمنقول، هرچند سودمند است، اما تجاری نیست. در مقابل، برخی فعالیت‌ها هرچند عنوان غیرانتفاعی دارند، اما یکی از اهداف اولیه آنها، کسب سود است. مدارس غیرانتفاعی نمونه بارز چنین فعالیت‌هایی است که هدف کسب سود را دارد، اما غیرتجاری محسوب می‌شود. در نتیجه باید گفت کسب سود را می‌توان قرینه‌ای بر تجاری بودن دانست، اما دلیل قاطعی نیست. در واقع این معیار برای تجاری بودن یک فعالیت، لازم است اما معیار کافی تلقی نمی‌شود و جامع تمامی مصادیق و مانع از ورود مصادیق مشتبه نمی‌شود. با این حال هدف

اولیه اشخاص از سرمایه‌گذاری در امور تجاری، کسب سود و سوداگری است؛ اما همان‌طور که گفته شد در بسیاری از فعالیت‌هایی که انسان‌ها انجام می‌دهند، هدف کسب سود وجود دارد. پس باید در جستجوی معیار دیگری در کنار این معیار بود.

۱-۲- نظریه گردش ثروت و سرمایه^{۱۵}

یکی از پایه‌های اصلی و اساسی اقتصاد هر کشور، تجارت است. در واقع تجارت باعث گردش ثروت و سرمایه در جوامع می‌شود و به همین علت، نظریه گردش ثروت و سرمایه به‌عنوان یکی از نظریات مطرح در مورد تجاری بودن فعالیت شناخته می‌شود. برابر این نظریه، هر عملی که باعث گردش ثروت و سرمایه در نظام اقتصادی کشورها شود، تجاری است. تولید، خدمات، صنایع بزرگ و کوچک و توزیع چنین نقشی را در اقتصاد کشورها دارند و از جمله فعالیت‌های تجاری هستند. در واقع تبدیل کالاهاى اولیه به کالای مصرفی، ارائه خدمت به نحوی که باعث تسهیل امور مشتریان شود و فعالیت‌هایی که باعث رساندن کالا از تولیدکننده به دست مصرف‌کننده می‌شوند، منجر به تولید ثروت و سرمایه و گردش آنها می‌شود و در نتیجه تجاری محسوب می‌گردد. در این نظریه، ثروت به معنای محصولات تولیدشده و فلزات قیمتی و پول است.^{۱۶} باید دانست که معیار گردش ثروت و سرمایه برای شناخت اعمال تجاری، جستجوی سود با در نظر گرفتن ضرری است که وارد می‌شود. بی‌شک می‌توان گفت تجارت از جمله اعمال بشردوستانه نیست و همواره با قصد کسب ثروت و سود انجام می‌شود.^{۱۷} با این اوصاف به نظر می‌رسد این معیار برای شناخت فعالیت‌های تجاری بسیار مطلوب باشد، اما ایراد مهم معیار گردش ثروت و سرمایه برای تجاری تلقی شدن فعالیت‌ها این است که حدود و ثغور آن مشخص نیست. در واقع معلوم نیست که چه فعالیت‌هایی باعث گردش ثروت و سرمایه در اقتصاد کشورها می‌شود. برای نمونه فعالیت کسبه جزء در سطح گسترده، نقش زیادی در گردش ثروت و سرمایه ندارد. ایراد دیگر این نظر این است که گردش ثروت و سرمایه باعث کسب سود می‌شود؛ بنابراین این معیار با معیار کسب سود، در نتیجه یکسان است. همچنین برخی از فعالیت‌ها و مصادیق امور غیرتجاری باعث گردش ثروت و سرمایه در کشور می‌شوند، اما تجاری تلقی نمی‌شوند. برای نمونه، گردش مالی فعالیت‌های غیرقانونی مانند بنگاه‌های قمار و گروپندی و سایت‌های

15. Theory of Speculation

۱۶. عبدی‌پور فرد، پیشین، ۴۵.

17. Jack Hirshleifer, "The theory of speculation under alternative regimes of markets", *Journal of Finance*, 32, 4(1977), 980.

شرط‌بندی بسیار گسترده است اما نمی‌توان آنها را تجاری دانست؛ چراکه گردش ثروت و سرمایه‌ای را می‌توان مطلوب دانست که مورد حمایت قانون هم باشد.

۱-۳- نظریه بنگاه تجاری

حقوق تجارت، حیاتی از گذشته تاکنون داشته است، اما همواره با تحول همراه بوده و در حال تغییر و تکامل است. این تحول به دنبال آن است که دامنه فعالیت‌های تجاری را توسعه دهد و شامل همه بنگاه‌های اقتصادی کند.^{۱۸} در این نظریه هر فعالیتی که در قالب بنگاه انجام شود، تجاری است. بنگاه اقتصادی به هر شخصی اطلاق می‌شود که یک هدف معین اقتصادی را در یک بازار مشخص دنبال می‌کند^{۱۹} و ممکن است شخصیت حقوقی داشته باشد یا خیر.^{۲۰} ایجاد رشته‌های جدید در تجارت، مانند حقوق رقابت تجاری، حقوق مالیاتی، حقوق بانکی و... نتیجه همین تحول است. این تحول و توسعه باعث می‌شود بخشی از حقوق تجارت به حقوق مدنی مرتبط باشد و در سایر موارد، قواعد متنوع و مختلفی به گستره تمامی رشته‌های مرتبط با خود داشته باشد. برای مثال، فعالیت‌هایی که در زمینه بهره‌برداری معادن انجام می‌شود، بر طبق قاعده تجاری است. برابر ماده ۲۳ قانون معادن فرانسه «بهره‌برداری از معدن به‌عنوان یک عمل تجاری شناخته می‌شود».^{۲۱} قلمرو فعالیت‌های تجاری با شرکت‌هایی که به لحاظ شکل خود تجاری‌اند، مانند شرکت‌های سهامی،^{۲۲} توسعه چشمگیری داشته و نیز ابزارهای پرداخت هرچند ماهیتی مدنی دارند، در حقوق تجارت بررسی می‌شوند. در حقوق ایران نیز مصادیق اصلی اعمال و فعالیت‌های تجاری، همان است که در مواد ۲ و ۳ قانون تجارت آمده، اما نمونه‌هایی از توسعه قلمرو حقوق تجارت را در قوانین دیگر می‌بینیم. برای مثال بر اساس ماده ۵ قانون تملک

18. Michel Cabrillac, "Vers La Disparition Du Droit Commercial?" In : Jean Foyer, Leges Tulit, Jura Docuit (Paris: PUF, 1997), 329.

۱۹. ماده یک قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهارم و چهارم قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶ بنگاه تجاری را به این شکل تعریف می‌کند: «بنگاه، واحد اقتصادی [ای] است که در تولید کالا یا خدمت فعالیت می‌کند؛ اعم از آنکه دارای شخصیت حقوقی یا حقیقی باشد».

۲۰. سعید جوهر، بایسته‌های دادرسی تجاری (تهران: جاودانه، ۱۴۰۰)، ۳۲.

21. Article 23 Code minier: L'exploitation des mines est considérée comme un acte de commerce...

۲۲. در ماده ۲ قانون تجارت اصلاحی ۱۳۴۷ در مورد اینکه شرکت سهامی به لحاظ شکلی تجاری است، می‌خوانیم: «شرکت سهامی شرکت بازرگانی محسوب می‌شود، ولو اینکه موضوع عملیات آن امور بازرگانی نباشد.» در واقع بر اساس این ماده، شرکت سهامی تنها به دلیل شکل خود تجاری است؛ و هر فعالیتی که داشته باشد، تفاوتی در این موضوع ایجاد نمی‌کند.

آپارتمان‌ها،^{۲۳} شرکت‌های تجاری‌ای که به قصد ساخت خانه، آپارتمان و محل کسب به‌منظور سکونت، پیشه، اجاره یا فروش تشکیل می‌شود، تجاری محسوب می‌شود. در حال حاضر، تمایل عمومی بر این است که فعالیت‌های تجاری و قلمرو آنها گسترده شود و علاوه بر فعالیت‌های تجاری که توسط قانونگذار مشخص شده است، فعالیت‌های اقتصادی را نیز در برگیرد؛ یعنی حقوق تجارت به‌عنوان حقوق فعالان اقتصادی تعریف شود و بر این اساس هر شخصی که فعالیت اقتصادی انجام می‌دهد و یک هدف معین اقتصادی را دنبال می‌کند، تاجر است. داشتن هدف اقتصادی به معنای فراهم‌آوری کالا و خدمات در یک بازار مشخص^{۲۴} است. در نتیجه حقوق تجارت با توسعه قلمرو خود، شامل تمام فعالان دنیای اقتصاد و اشخاصی می‌شود که یک هدف معین اقتصادی را دنبال می‌کنند.

۱-۴- نظریه انجام معامله تجاری به‌عنوان شغل و حرفه معمول

برابر ماده ۱ قانون تجارت ۱۳۱۱ «تاجر کسی است که شغل معمولی خود را معاملات تجاری قرار دهد»؛ بنابراین هر شخصی که اعمال تجاری ماده ۲ قانون تجارت را به‌عنوان شغل و حرفه معمول خود انتخاب کرده باشد، تاجر است و فعالیتی که انجام می‌دهد، تجاری است. این معیار بر دو مبنا تأکید دارد؛ اول اینکه تجارت فعالیت حرفه‌ای است که انجام‌دهنده آن تاجر تلقی می‌شود. دوم آنکه برای اینکه شخصی تاجر قلمداد شود، باید اعمال مدنظر قانونگذار را انجام دهد؛ بنابراین هر عملی که قانونگذار تجاری تلقی کرده باشد، تجاری است و شخصی که آن عمل را به‌عنوان شغل و حرفه خود انتخاب کرده باشد و از آن راه به‌طور معمول امرار معاش کند، تاجر است. در این نظر در پاسخ به این سؤال که چه عملی تجاری است، به شخص تاجر تأکید دارد و معتقد است هر عملی که تاجر انجام می‌دهد، تجاری است. با این نظر حقوق تجارت، حقوق حرفه‌ای و صنفی است که مخصوص تاجر است. شاید بتوان گفت اعمال تجاری را از دیدگاه شناخت تاجر می‌توان بازشناخت، به نحوی که هر عملی که تاجر انجام دهد تجاری است؛^{۲۵} بنابراین هر شخصی که تجارت را شغل معمول خود قرار داده باشد، تاجر است و اعمالی که انجام می‌دهد، به تبعیت از حرفه او، تجاری محسوب می‌شود. ماده ۳ قانون تجارت ۱۳۱۱ از

۲۳. ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها: «انواع شرکت‌های موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت که به قصد تجارت ساختمان خانه و آپارتمان و محل کسب به‌منظور سکونت یا پیشه یا اجاره یا فروش تشکیل می‌شود، از انجام سایر معاملات بازرگانی غیرمربوط به کارهای ساختمانی ممنوع‌اند.»

24. Fourniture de biens et services sur un marché déterminé.

25. Dimitri Houtcieff, Droit Commercial (Paris: Sirey université, 2021), 72.

این نظر تبعیت کرده است که طبق آن، اعمال تجاری پس از شناخت تاجر مشخص می‌شوند، به نحوی که هر عملی که تاجر انجام دهد، به تبعیت از وصف تاجر بودن او، تجاری است. برخی حقوق‌دانان فرانسوی برای تاجر در تعریف حقوق تجارت اصالت قائل شده‌اند و معتقدند که تاجر یا رسمی هستند و فعالیت مدام تجاری انجام می‌دهند، یا شبه‌تاجر^{۲۶} هستند که شامل مدیران شرکت‌های تجاری می‌شوند، یا تاجر اتفاقی هستند و اعمال تجاری را به صورت مدام انجام نمی‌دهند. در هر سه حالت چنین اشخاصی موضوع حقوق تجارت را تشکیل می‌دهند.^{۲۷} این معیار مورد قبول قانونگذار ایرانی نیز قرار گرفته است. در ماده ۳ قانون مقررات صادرات و واردات می‌خوانیم: «مبادرت به امر صادرات و واردات کالا به صورت تجاری مستلزم داشتن کارت بازرگانی است که توسط اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران صادر و به تأیید وزارت بازرگانی می‌رسد.» بنابراین شخصی که قصد انجام فعالیت تجاری صادرات و واردات دارد، باید کارت بازرگانی داشته باشد تا هویت و میزان فعالیت او برای مراجع دولتی در مفهوم اعم مشخص باشد. داشتن کارت بازرگانی از دلایل قطعی و قوی بر تاجر بودن شخص است. در رأی شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۱۱۷۵ شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران چنین آمده است: «در خصوص دو فقره تجدیدنظرخواهی الف آقای ف. ح. ز. ب- آقایان و خانم‌ها ن. ب. س. خسروشاهی، داود بابائی و س. بدوچی به طرفیت یکدیگر نسبت به دادنامه شماره ۱۴۶ مورخ ۲۲/۲/۱۳۹۴ شعبه ۱۷ دادگاه عمومی تهران که به شرح آن حکم به پذیرش اعسار آقای ف. ح. ز. از پرداخت یکجای محکوم به دادنامه شماره ۳۸۴ مورخ ۳۱/۴/۱۳۹۲ شعبه مزبور و پرداخت آن به نحو اقساط صادر گردیده است، با عنایت به بررسی اوراق پرونده صرف‌نظر از اینکه محکوم به دادنامه شماره ۳۸۴ مورخ ۳۱/۴/۱۳۹۲ موضوع دادنامه تجدیدنظرخواسته صرفاً الزام به پرداخت ۵/۵۵ تن روغن جانشین کاکائو آکریم ترکیه بوده و دلیلی بر تبدیل آن به ریال و توافق طرفین در این خصوص ارائه نگردیده است، چون مطابق تصویر مصدق کارت بازرگانی پیوست صفحه ۲۸ پرونده تجدیدنظرخوانده تاجر بوده و به همین مبنا نیز دادخواست ورشکستگی طرح نموده که به شماره پیگیری ۳۲۷۷۳۲ ثبت و به شعبه ۷ دادگاه عمومی تهران ارجاع گردیده است و با این وصف چون نامبرده تاجر بوده مطابق ماده ۱۵ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۲۳/۳/۱۳۹۴ دعوی طرح‌شده قابلیت استماع نداشته، مستنداً به مواد ۳۴۸ و ۳۵۸ و ۲

26. Quasi-Commerçant

27. François-Xavier Vincensini, La commercialité. Recherche sur l'identification d'une activité (Paris: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999), 718-719.

از قانون آیین دادرسی مدنی ضمن نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته قرار رد دعوی نخستین را صادر و اعلام می‌نماید این رأی قطعی است.»^{۲۸}

۱-۵- نظریه قانونی بودن اعمال تجاری

قانونگذاران کشورها همواره در تلاش‌اند فهرستی از اعمال و فعالیت‌های تجاری ارائه دهند تا هر شخصی که این اعمال را انجام می‌دهد، تاجر تلقی شود. طرفداران این نظر برای شناخت اعمال تجاری و پاسخ به این پرسش که چه عملی تجاری است، پاسخ مشخصی دارند. آنها معتقدند به غیر از اعمالی که قانونگذار تجاری تلقی کرده است، عمل دیگری را نمی‌توان تجاری دانست. برخی معتقدند معاملات تجاری یا اعمال بازرگانی، کلیه عملیات و دادوستدهایی است که در ماده ۲ قانون تجارت ذکر شده است.^{۲۹} قانونگذاران فهرستی از اعمال تجاری را احصا کرده‌اند که هرکسی یکی از آنها را شغل دائم خود قرار دهد، تاجر است و عمل انجام‌شده، تجاری است. این فهرست، راه را برای شناخت اعمال تجاری توسط دادگاه‌ها هموار کرده است. برای نمونه در رأی شماره ۷۲۵۰۰۰۲۲۸۰۹۸۰۹۴۰۹۴۰۹۴ شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران آمده است: «در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای ع. الف. پ. به طرفیت تجدیدنظرخوانده خانم ک. ح. پ. نسبت به دادنامه شماره ۱۴۰۳ مورخه ۱۶/۱۲/۹۴ شعبه بیست دادگاه عمومی حقوقی تهران که به موجب آن قرار رد دعوی نخستین تجدیدنظرخواه مبنی بر اعسار از تأدیه محکوم به دادنامه شماره ۲۷۵ مورخه ۱۲/۸/۹۴ همان دادگاه صادر گردیده است، دادگاه نظر به اینکه مقررات ماده ۲ قانون تجارت معاملات تجاری که به اعتبار آن شخص تاجر محسوب می‌شود را احصا نموده و صرف اشتغال به شغل خیاطی و تعمیرات وسایل خیاطی از موجبات تاجر تلقی نمودن تجدیدنظرخواه نبوده لهذا دادنامه تجدیدنظرخواسته درخور نقض می‌باشد، مستنداً به ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته پرونده جهت رسیدگی به دادگاه محترم نخستین اعاده می‌گردد رأی صادره قطعی می‌باشد.»^{۳۰} از مزایای این نظر نباید

۲۸. «تقاضای اعسار از پرداخت محکوم‌به توسط شخص دارای کارت بازرگانی»، تاریخ دسترسی در ۲۷ اردیبهشت ۱۴۰۴، قابل دسترس در:

<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/30207>

۲۹. حسینقلی کاتبی، حقوق تجارت (تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰)، ۷.

۳۰. «اعسار خیاط رابطه شغل خیاطی و تاجر تلقی شدن»، تاریخ دسترسی در ۲۷ اردیبهشت ۱۴۰۴، قابل دسترس

در:

<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/35507>

چشم‌پوشی کرد، اما بسیاری از فعالیت‌هایی که در اقتصاد کشورها انجام می‌شود و در اثر تحولات اجتماعی به وجود آمده است، توسط قانونگذاران پیش‌بینی نشده است و تجاری نیست. برای نمونه، فهرست ماده ۲ قانون تجارت ایران از سال ۱۳۱۱ بدون تغییر باقی مانده است و دسته بزرگی از فعالیت‌های نوین و نوظهور تجارت را در برنمی‌گیرد. برای نمونه ارائه‌دهندگان خدمات اینترنتی، خدمات پرداخت الکترونیکی، دانشگاه‌های خصوصی و... هیچ یک طبق قانون تجارت فعلی ایران، تجاری نیست. پس این معیار کامل و جامع نیست. حتی در حقوق فرانسه، مواد ۱-۱۱۰ و ۲-۱۱۰ قانون تجارت، مجمل است و بسیاری از فعالیت‌هایی را که در سطح جامعه انجام می‌شود و در ماهیت تجاری است، در برنمی‌گیرد. اصل عمل‌گرایی در حقوق تجارت ایجاب می‌کند قوانین تجاری با سرعت و همسو با تحولات جامعه به‌روزرسانی شوند تا مصادیق نوظهور را در برگیرد. تحولات اخیر در تجارت الکترونیک، فین تک،^{۳۱} ارزهای دیجیتال و اقتصاد پلتفرمی،^{۳۲} مفهوم «تجاری بودن» را دچار دگرگونی کرده است اما در حقوق تجارت فعلی ایران، جایگاهی ندارد و معیارهای سنتی قادر به پوشش و تحلیل تجاری بودن آنها نیستند. برای تجاری دانستن چنین فعالیت‌هایی معمولاً مؤسسين را ملزم به انجام آنها در قالب شرکت‌هایی مانند سهامی می‌کنند که از لحاظ شکلی تجاری باشند، اما با شناخت این مفاهیم توسط قانونگذاران، تردیدی در تجاری بودن آن وجود نخواهد داشت و نیازی به استفاده از این ابزارها نیز نیست. همه این فعالیت‌های نوظهور در قالب بنگاه تجاری با تعریفی که ارائه شد، انجام می‌شود و نمی‌توان در تجاری بودن آن تردید کرد. این نوع فعالیت‌ها به‌عنوان فعالیت‌های واسطه‌ای در گردش ثروت و سرمایه نقش ایفا می‌کنند و باعث توسعه مفهوم حقوق تجارت می‌شوند.

۱-۶- اعمال و فعالیت‌های شرکت‌های تجاری

به‌عنوان یک قاعده کلی می‌توان گفت تمامی اعمال و فعالیت‌های شرکت‌های تجاری، تجاری است. فرض غیرتجاری بودن اعمال این اشخاص اساساً متصور نیست؛ چراکه برخی شرکت‌ها

۳۱. فین تک به معنای فناوری مالی است که در آن از فناوری‌های جدید برای تولید محصولات و ارائه خدمات و سرویس‌ها در صنعت مالی استفاده می‌شود. دستگاه‌های عابر بانک را می‌توان به‌عنوان اولین نشانه‌های ظهور فین تک در دنیا تلقی کرد.

۳۲. اقتصاد پلتفرمی به مدلی از اقتصاد اطلاق می‌شود که در آن پلتفرم‌ها نقش واسطه و تسهیل‌کننده بین کاربران مختلف را ایفا می‌کنند. در این مدل، پلتفرم‌ها به‌عنوان فضای دیجیتال یا فیزیکی، ارتباطات، خدمات و تبادل‌های اقتصادی را میان افراد، شرکت‌ها یا سازمان‌ها فراهم می‌کنند. شرکت‌هایی مانند دیجی کالا و اسنپ در حیطه این نوع اقتصاد قرار می‌گیرند.

به لحاظ شکلی که دارند تجاری هستند و هر عملی که انجام می‌دهند، تجاری است. برخی دیگر باید برای امور تجاری تشکیل شوند تا تجاری باشند. از سوی دیگر بر اساس بند ۱ ماده ۳ قانون تجارت ۱۳۱۱ تمامی معاملاتی که شرکت‌های تجاری انجام می‌دهند به تبع وصف تاجر بودن آنها، تجاری محسوب می‌شود. با این حال این پرسش مطرح است که تعهدات خارج از قرارداد یا ضمانت‌های قهری که ناشی از فعالیت‌های شرکت تجاری ایجاد می‌شود، تجاری است؟ ظاهراً بند یک ماده ۳ قانون یادشده، تنها از معامله صحبت می‌کند و ضمانت‌های قهری را در برنمی‌گیرد؛ اما باید از این ظهور چشم پوشید و بر این عقیده بود که قانونگذار اعمال شرکت‌های تجاری را به‌طور کلی تجاری تلقی کرده است؛ چراکه فرض غیرتجاری بودن فعالیت‌های شرکتی متصور نیست و منظور قانونگذار، کلیه اعمال شرکت‌های تجاری بوده است؛ هرچند نظر مخالف هم قابل پذیرش است. در واقع مهم‌ترین مصداقی که در تجاری بودن فعالیت‌هایش هیچ تردیدی نیست، شرکت‌های تجاری است؛ بنابراین شرکت‌های تجاری با دارایی تجاری که دارند، فعالیت انجام می‌دهند و تمام دیون و تعهدات به اموال ایشان تعلق می‌گیرد و امور شخصی ندارند که فعالیتی در مورد آن انجام دهند و در تجاری یا غیرتجاری بودن آن تردید وجود داشته باشد. یکی از اولین مصداقی که قانونگذاران تجاری در دنیا آن را جزء اعمال تجاری دانسته‌اند و آن را در صلاحیت محاکم تجاری قرار داده‌اند، شرکت‌های تجاری است. اساساً شرکت‌های تجاری برای اینکه تجاری محسوب شوند، در حقوق ایران باید فعالیت‌های تجاری ماده ۲ را انجام دهند و فقط شرکت‌های سهامی عام و خاص است که به‌واسطه موضوعی که دارند، تجاری‌اند. در نتیجه شناخت فعالیت‌های تجاری در بررسی وضعیت شرکت‌ها نیز مؤثر است.

در مورد شرکت‌های تجاری تردیدی نیست که برای آنها دین مدنی ایجاد نمی‌شود و آنچه انجام می‌دهند، تجاری است. مدیر و مدیرعامل شرکت‌های تجاری، تاجر نیستند؛ چراکه نخست، ایشان فعالیت تجاری را برای شرکت انجام می‌دهند و نه خودشان؛ دوم اینکه در ماده ۲ قانون تجارت ۱۳۱۱ از ایشان به‌عنوان تاجر نام برده نشده است. با این حال برخی محاکم مدیر و مدیرعامل شرکت‌های تجاری را تاجر دانسته‌اند. برای نمونه در رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۵۰۰۷۰۵ شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران چنین آمده است: «تجدیدنظرخواهی م. ن. به طرفیت م. ن. نسبت به دادنامه شماره ۱۰۰۰۹۹ صادره از شعبه ۱۵۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران که به موجب آن حکم به بطالن دعوی نام برده مبنی بر اعسار از پرداخت محکوم به دادنامه شماره ۴۳۴ - ۹۱/۵/۱۷ صادر و اعلام گردیده مورد بررسی قرار

گرفت، از توجه به مستندات دعوی و اظهارات مکتوب در پرونده ایراد و اعتراض تجدیدنظرخواه وارد نمی‌باشد، زیرا دادنامه تجدیدنظر خواسته بر اساس محتویات پرونده و دلایل و مدارک ابرازی صحیحاً و مطابق مقررات قانونی و خالی از هرگونه اشکال صادر شده و تجدیدنظرخواه در این مرحله از رسیدگی دلیل یا مدرک قانع‌کننده و محکمه‌پسندی که نقض و بی‌اعتباری دادنامه معترض‌عنه را ایجاب نماید ابراز نموده و لایحه اعتراضیه متضمن جهت موجه نیست و تجدیدنظرخواهی با هیچ یک از شقوق ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی مطابقت ندارد، لذا دادگاه ادعای تجدیدنظرخواه را وارد و محمول بر صحت تشخیص نداده و دادنامه مورد اعتراض را منطبق با مقررات و اصول دادرسی می‌داند، مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن رد درخواست تجدیدنظرخواهی دادنامه تجدیدنظر خواسته را عیناً تأیید می‌نماید. رأی صادره قطعی است.» رأی بدوی چنین بوده است: «در خصوص دعوی خواهان م. ن. به طرفیت م. ن. به خواسته اعسار از پرداخت محکوم‌به دادنامه شماره ۴۳۴/۲۳۲۱۰۰۴۳۴ مورخ ۹۱/۵/۱۷ پرونده کلاسه ۹۱۰۳۲۷ این دادگاه که به مبلغ یکصد و هشتاد میلیون ریال نظر به اینکه حسب مقررات قانون تجارت خواهان مدیرعامل شرکت تجاری و با توجه به نوع فعالیت شغل تاجر محسوب می‌گردد و عدم فعالیت شرکت و زایل شدن وصف مذکور از ایشان رسماً اعلام نگردیده و از تاجر تقاضای اعسار پذیرفته نمی‌شود، بلکه بایستی تقاضای ورشکستگی نماید، لهذا مستنداً به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۳۳ قانون اعسار حکم بر بطلان دعوی خواهان صادر و اعلام می‌گردد رأی صادره حضوری و ظرف مهلت بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظرخواه در محاکم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.»^{۳۳} البته در مقابل برخی از محاکم مدیر شرکت را تاجر تلقی نکرده‌اند. برای مثال در رأی شماره ۱۵۶۱/۲۲۲۸۰۹۹۷۰۹۴ شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌خوانیم: «تجدیدنظرخواهی بانک ر. به طرفیت آقای م. ش. و غیره و نیز تجدیدنظرخواهی آقایان ۱- الف. م. ۲- الف. س. به طرفیت بانک ر. نسبت به دادنامه شماره ۰۰۳۱ مورخ ۹۱/۱/۲۷ صادره از شعبه ۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران که به موجب آن حکم بر اعسار آقایان الف. م. و الف. س. نسبت به هشتاد درصد از مبلغ هزینه دادرسی صادر گردیده و آقایان م. ش. و م. س. به‌طور کلی از پرداخت هزینه دادرسی معاف گردیده‌اند، دادگاه با توجه به

۳۳. «طرح دعوای اعسار از سوی مدیرعامل شرکت تجاری»، تاریخ دسترسی در ۲۷ اردیبهشت ۱۴۰۴، قابل

دسترس در:

مؤدای گواهی گواهان که متفقاً اعلام داشته‌اند، وضعیت مالی تجدیدنظرخواندگان به نحوی نیست که بتوانند هزینه دادرسی را که بالغ بر سیصد میلیون تومان است، پرداخت نمایند و با در نظر گرفتن اینکه تجدیدنظرخواندگان همگی کارمند و حقوق نامبردگان برابر مدارک ابرازی، تکافوی پرداخت مبلغ مذکور را نمی‌نمایند و از طرفی دفاعیات تجدیدنظرخواه مبنی بر اینکه تجدیدنظرخواندگان تاجر می‌باشند نیز با توجه به اینکه سمت آنها در حد مدیرعاملی است؛ بنابراین توانایی پرداخت هزینه دادرسی را دارند، موجه و صحیح نیست چراکه مدیرعامل بودن شرکت، ملازمه‌ای با تاجر بودن ندارد، زیرا قانونگذار عملیات تجاری را به عهده شرکت گذارده و عملیات و اقدامات تجاری شرکت تأثیری در کارگزاران آن، که مدیرعامل یا اعضای شرکت هستند، ندارد؛ بنابراین نمی‌توان عنوان تاجر به آنها اطلاق نمود. از طرفی مدیرعامل یا رئیس هیئت‌مدیره شرکت‌های وابسته به دولت یا سازمان‌های دولتی با مدیرعامل و رئیس هیئت‌مدیره شرکت‌های خصوصی تفاوت دارد، چراکه در شرکت‌های دولتی سرمایه و سود از آن دولت بوده و مدیرعامل فقط حقوق‌بگیر بوده و حقوق وی نیز ثابت است، لکن در شرکت‌های خصوصی درآمد متعلق به صاحب شرکت است؛ بنابراین دفاعیات تجدیدنظرخواه در این خصوص نیز موجه نبوده، دادگاه مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی، دادنامه موصوف را در آن قسمت که مربوط به اعسار کلی تجدیدنظرخواندگان آقایان ۱- م. ش. ۲- م. س. باشد تأیید و در آن قسمت که حکم به اعسار از پرداخت هزینه دادرسی به میزان ۸۰٪ نسبت به آقایان ۱- الف. م. ۲- الف. س. صادر گردیده نقض و حکم بر اعسار کلی تجدیدنظرخواندگان از پرداخت هزینه دادرسی صادر و اعلام نماید. رأی صادره قطعی است».^{۳۴}

۲- مصادیق اعمال غیر تجاری

شناخت مواردی که عمل، تجاری تلقی نمی‌شود، کمک زیادی به تعیین حدود و ثغور فعالیت‌های تجاری می‌کند. در واقع این موارد، فعالیت‌هایی هستند که تجاری تلقی نمی‌شوند. معاملات اموال غیرمنقول، کشاورزی، آموزش، سلامت و امور مربوط به عدالت و فعالیت‌های مرتبط با آنها تجاری نیستند. تجاری تلقی شدن این مصادیق باعث می‌شود کیفیت ارائه خدماتی مانند سلامت، آموزش و عدالت کاهش یابد؛ چراکه امور تجاری برای سودآوری نیازمند افزایش کمیت محصولات است. از سویی دیگر در مصادیقی مانند معاملات اموال غیرمنقول و کشاورزی، اصل

۳۴. «ادعای اعسار از طرف مدیرعامل شرکت»، تاریخ دسترسی در ۲۷ اردیبهشت ۱۴۰۴، قابل دسترس در: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/4566>

سرعت به‌عنوان یکی از اصول کلیدی حقوق تجارت رعایت نمی‌شود؛ بنابراین این مصادیق تجاری تلقی نشده است. از این معیارها می‌توان در مصادیق مشتبه دیگر نیز استفاده کرد؛ بنابراین در هر موردی که عملی با اصل سرعت در امور تجاری همسو نباشد و افزایش کمیت در آن منجر بر کاهش کیفیت آن شود، می‌توان آن عمل را تجاری ندانست. برای مثال در حقوق تجارت، وثایق شخصی جایگزین وثایق عینی شده‌اند؛ چراکه وثایق عینی با اصل سرعت در امور تجاری هماهنگ نبوده‌اند.^{۳۵} این مصادیق و دلایل مربوط به هر یک در ادامه بررسی می‌شود.

۲-۱- معاملات اموال غیرمنقول

در اکثر نظام‌های حقوقی دنیا، در تجاری نبودن معاملات و فعالیت‌های مرتبط با اموال غیرمنقول تردیدی جدی نشده است. علل متعددی برای تجاری نبودن این فعالیت‌ها می‌توان در نظر گرفت؛ معاملات اموال غیرمنقول، نقشی در اقتصاد کشورها ندارند؛ چراکه مرتبط با توزیع و تولید محصولات و خدمات نیستند. این فعالیت‌ها و معاملات راجع به آنها، از جمله فعالیت‌های مولد به حساب نمی‌آیند که باعث پیشرفت اقتصادی کشورها بشوند. تجاری بودن معاملات اموال غیرمنقول باعث می‌شود هزینه تمام‌شده این محصولات بالا برود؛ چراکه میزان این اموال محدود است و اگر اموال غیرمنقول به‌عنوان یک کالای تجاری شناخته شود، دسترسی عموم مردم به آنها برای ساخت یا سکونت، با دشواری مواجه می‌شود. همچنین تجاری نبودن معاملات مربوط به اموال غیرمنقول به علت این است که فعالیت‌های مرتبط با این اموال از اصل سرعت تبعیت نمی‌کنند و انتقال آنها به علت نیاز به ثبت رسمی، زمان‌بر است. به همین علت است که در تضمین دیون تجاری، تضمین‌های شخصی، جایگزین وثایق غیرمنقول شده است. در نتیجه فقط خرید و فروش اموال منقول از اعمال تجاری است و کسی که به معاملات اموال غیرمنقول مشغول است، هر اندازه که معاملات او مهم و پردرآمد باشد، تاجر محسوب نمی‌شود.^{۳۶} البته برخی حقوق‌دانان معاملات غیرمنقول را مانند مال منقول، کالا به حساب آورده و تبعاً به آن در قانون تجارت و عملیات تجاری موضوعیت داده‌اند. ایشان این‌گونه استدلال می‌کنند که نخست هرگاه خرید مصالح ساختمانی برای تبدیل آن به ساختمان موضوع فعالیت باشد، خرید زمین، یعنی مال غیرمنقول تبعاً تجاری محسوب می‌شود (بند ۱ ماده ۲ و ماده ۳)؛ دوم اینکه وقتی بنگاهدار یعنی صاحب کارخانه، کالا یا خدمت را به‌طور منظم با کار شاغلان ارائه می‌کند، عمل

۳۵. جوهر، بایسته‌های حقوق تجارت، پیشین، ۶۳.

۳۶. ناصر کاتوزیان، اموال و مالکیت (تهران: میزان، ۱۳۸۸)، ۵۰.

تجاری انجام می‌دهد. (بند ۴ ماده ۲).^{۳۷}

قانونگذاران اکثر کشورها معاملات غیرمنقول را تجاری ندانسته‌اند. در ماده ۴ قانون تجارت ایران ۱۳۱۱ می‌خوانیم: «معاملات غیرمنقول به‌هیچ‌وجه تجارتي محسوب نمی‌شود.» البته این اصل، مصون از استثنا نمانده است. سه استثنای مهم در قوانین بعدی آمده است؛ استثنای اول، فعالیت شرکت‌های سهامی است که مطابق با ماده ۲ قانون تجارت ۱۳۴۷، از لحاظ شکل و ساختاری که دارد، تجاری تلقی می‌شود؛ صرف‌نظر از اینکه چه نوع فعالیتی انجام بدهند. پس اگر شرکت سهامی اقدام به خرید زمین و واگذاری به اعضا یا خارج از شرکت کند، عمل چنین شرکتی، تجاری تلقی می‌شود؛ هرچند که فعالیت تجاری مرتبط با اموال غیرمنقول باشد. استثنای دیگر ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌هاست. به موجب این ماده، شرکت‌های تجاری که به قصد ساخت خانه، آپارتمان و محل کسب به‌منظور سکونت، پیشه، اجاره یا فروش تشکیل می‌شود، تجاری محسوب می‌شوند. نکته حائز اهمیت این است که شرکت‌های تجاری باید فعالیت‌های این بند را انجام دهند و به‌عنوان مثال چنانچه آپارتمان‌های موجود را برای فروش بخرند، تاجر نیستند و فعالیت ایشان تجاری محسوب نمی‌شود و همچنین خریدوفروش زمین یا ساختمان موجود با قصد ایجاد ساختمان جدید، تجاری نیست. پس افرادی که آپارتمان می‌سازند و آن را به فروش می‌رسانند،^{۳۸} تاجر نیستند. استثنای سوم، معاملات اموال غیرمنقول بین تجار است یا اینکه یکی از طرفین معامله تاجر باشد. با توجه به بند ۱ ماده ۳ قانون تجارت ۱۳۱۱ چنین عملی، عمل تجاری تبعی است؛ هرچند در مورد اموال غیرمنقول باشد. برای مثال اگر بانکی برای تأسیس شعبه خود اقدام به خرید ساختمانی از یک نفر غیرتاجر کند، این عمل از طرف بانک تجاری است، اما از طرف فروشنده تجاری محسوب نمی‌شود. البته چنانچه حق‌العمل کار، دلال یا عامل تجاری مبادرت به انجام فعالیت‌های غیرمنقول کنند، عمل آنها تجاری است. در واقع صرف‌نظر از نوع فعالیتی که دلال، حق‌العمل کار یا عامل تجاری انجام می‌دهند، فعالیت ایشان تجاری است. برای همین است که در بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت ایران، تسهیل معاملات ملکی را عملی تجاری تلقی کرده است. در این زمینه رأی شماره ۳۰۹۹۸۲۱۶۳۲۰۰۸۷۳ شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران چنین آمده است: «در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای س. زمانی به طرفیت آقای م. ش. پ. نسبت به دادنامه ۱۹۴ مورخ ۳۰/۳/۹۴ صادره از شعبه ۲۰۷ دادگاه

۳۷. محمد صقری، دوره جدید حقوق بازرگانی، کلیات و قراردادهای (تهران: مجد، ۱۴۰۲)، ۱۵۸-۱۵۹.

۳۸. در عرف به این اشخاص «انبوه‌ساز» یا «بساز و بفروش» می‌گویند.

حقوقی تهران که به موجب آن قرار عدم استماع دعوی اعسار تجدیدنظرخواه از پرداخت محکوم به دادنامه ۹۲۰۶۵۱ همان شعبه صادر گردیده، نظر به اینکه دادنامه تجدیدنظرخواسته با توجه به محتویات پرونده مطابق مقررات قانونی صادر گردیده است و ادعای تجدیدنظرخواه قابل انطباق با شقوق ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ نمی‌باشد، لذا اعتراض نامبرده غیرموجه تشخیص و به استناد ماده ۳۵۳ قانون مذکور ضمن رد اعتراض دادنامه تجدیدنظرخواسته تأیید می‌گردد. رأی صادره قطعی است». رأی بدوی توسط شعبه ۲۰۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران چنین صادر شده است: «در خصوص دعوی آقای س. ز. ن. به طرفیت آقای ر. ش. پ. به خواسته صدور حکم بر اعسار از پرداخت محکوم به موضوع دادنامه شماره ۹۲۰۶۵۱ مورخه ۱۰ / ۹ / ۹۲ این دادگاه مقوم بر ۱/۵۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال به استناد شهادت شهود به شرح دادخواست تقدیمی نظر به اینکه به شرح مفاد شهادت‌نامه استنادی ابزاری از سوی خواهان و نیز اظهارات نامبرده به شرح صورت‌جلسه دادرسی مورخه ۳۰ / ۳ / ۹۴ این محکمه مشارالیه در آژانس املاک س. واقع در ... اشتغال دارد که با استناد به اینکه حسب ماده ۲ از قانون تجارت اشتغال به هر قسم عملیات دلالی یا حق‌العمل کاری عمل تجاری محسوب می‌گردد و به موجب ماده ۳۳ از قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ از تاجر ادعای اعسار پذیرفته نمی‌شود و ثانیاً سه نفر از چهار نفر شاهد امضاکننده ذیل شهادت‌نامه در جلسه دادرسی مذکور حاضر شده‌اند که کفایت در اثبات ادعای خواهان نداشتند، لذا مستنداً به مواد مذکور قرار عدم استماع دعوی خواهان صادر و اعلام می‌گردد. قرار صادره ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.»^{۳۹}

از لحاظ تاریخی، تملک زمین و اموال غیرمنقول در نظام فئودالی فرانسه در دوران ناپلئون، مختص طبقه اشراف بود و تجار که از طبقه عادی جامعه بودند، نمی‌توانستند مالک اموال غیرمنقول شوند.^{۴۰} بنابراین قانونگذار تجاری فرانسوی این معاملات را از قلمرو فعالیت‌های تجاری خارج کرده است. این نگرش در حال حاضر تغییر یافته است و بسیاری از فعالیت‌ها در مورد اموال غیرمنقول، تجاری تلقی شده است. قانونگذار فرانسوی در حال حاضر به‌موجب بند یک ماده ۱-۱۱۰ قانون تجارت فرانسه در وهله اول، خرید اموال منقول برای فروش مجدد آنها

۳۹. «اعسار در فرض اشتغال در آژانس املاک»، تاریخ دسترسی در ۲۷ اردیبهشت ۱۴۰۴، قابل دسترس در: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/32454>

۴۰. عبدی‌پور فرد، پیشین، ۶۱.

را تجاری تلقی کرده است، خواه تصرفی در آن شده یا نشده باشد.^{۴۱} سپس در بند دوم ماده مذکور، خرید اموال غیرمنقول با هدف فروش مجدد آنها را تجاری دانسته است، مگر اینکه خرید این اموال با هدف ساخت یک یا چند واحد آپارتمانی و فروش آنها به صورت مجموعه یا تک واحدی باشد^{۴۲} که در حالت اخیر، یعنی در جایی که خریدار هدف خرید و فروش عمده اموال غیرمنقول را ندارد، عمل مذکور تجاری نیست. مثال بارز در مورد بند ۲ ماده ۱-۱۱۰ قانون تجارت فرانسه، خرید و فروش زمین است. شخصی که شغل خود را خرید و فروش زمین قرار داده باشد، تاجر است؛ اما در انتهای این بند استثنای مهمی پیش‌بینی شده است. به این شرح که اگر کسی زمینی را برای ساخت یک یا چند ساختمان بخرد و پس از ساخت ساختمان، آن را به صورت مجموعه یا تک‌واحد بفروشد، چنین عملی تجاری تلقی نمی‌شود.^{۴۳} با این حال اگر کسی ساختمان‌های موجود را بخرد و بفروشد و ساخت‌وسازی انجام ندهد، در حیطه استثنائات این بند قرار نمی‌گیرد و چنین شخصی تاجر است. همین‌طور در بند ۴ ماده یادشده، تصدی به‌بنگاه اجاره اموال منقول را به‌عنوان یک عمل تجاری ذاتی قلمداد کرده است.^{۴۴} پس اجاره اموال غیرمنقول تجاری نیست؛ بنابراین علی‌رغم قطعیت قانونگذاران در قوانین دنیا، امروزه به علت توسعه فعالیت‌های مرتبط با اموال غیرمنقول، برخی از فعالیت‌های مرتبط با آن تجاری دانسته شده است.^{۴۵}

۲-۲- کشاورزی

فعالیت کشاورزی با معیارهایی که در بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت برشمرده شده، منطبق است. کشاورز، محصول کشاورزی که مال منقول است را از دل طبیعت به دست می‌آورد و هدف او در زمان کشت، فروش آن است. به عقیده برخی از استادان، انتاج زراعی و به دست آوردن محصولات کشاورزی از راه تولید و فروش آنها عمل تجاری محسوب نمی‌شود.^{۴۶} تجاری نبودن

41. Article L110-1: La loi répute actes de commerce: 1° Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en œuvre.

42. Article L110-1: 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.

43. Cass. Com., 10 avr.1975; JrisData no 1975-097090: Gaz. Pal. 1975, 2, p. 436- Cass. Com., 13 Nov. 2007, 06-17823.

44. Article L110-1: La loi répute actes de commerce: 4° Toute entreprise de location de meubles.

45. Nabil N. Antaki, "La commercialité des immeubles: une théorie en construction", Les Cahiers de droit, 19, 1(1978), 157.

فعالیت‌های کشاورزان دارای زمینه‌های تاریخی است. در حقوق فرانسه، در زمان نگارش گد تجاری ناپلئون، اشراف، تجار و کشاورزان، سه طبقه اصلی جامعه فرانسه را تشکیل می‌دادند و هیچ یک نمی‌توانستند وارد طبقه دیگر شوند؛ بنابراین کشاورزان نمی‌توانستند وارد طبقه تجار شوند و تاجر باشند. این نگرش تاریخی وارد حقوق ایران شد و باعث شد کشاورزان، تاجر محسوب نشوند. از این جنبه‌های تاریخی که بگذریم، فعالیت کشاورزی با اصل سرعت در امور تجاری نیز منطبق نیست؛ چراکه برای به دست آوردن محصول کشاورزی، مدت‌زمان نسبتاً طولانی برای کاشت، داشت و برداشت باید سپری شود. همین‌طور اگر کشاورز را تاجر بدانیم، الزامات تجاری مانند داشتن دفاتر تجاری و حکومت قواعد ورشکستگی در مورد او وجود دارد که چندان با واقعیات تجارت و کشاورزی سازگاری نیست. البته می‌توان بنگاه‌های کشت و صنعت را تاجر دانست و این فعالیت را منطبق با انتهای بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت^{۴۷} تجاری بدانیم. در عرف جامعه ایرانی نیز هیچ‌گاه کشاورزی به‌عنوان یک فعالیت تجاری در نظر گرفته نشد. با این حال اگر فعالیت کشاورزی در قالب شرکت سهامی خاص یا عام کشت و صنعت باشد، تجاری است.

۲-۳- آموزش^{۴۸}

فعالیت‌های آموزشی مانند مؤسسات آموزش غیرانتفاعی یا دانشگاه آزاد یا مؤسسات آمادگی برای آزمون‌های ورودی را نمی‌توان تجاری تلقی کرد. در حقوق فرانسه و ایران، این فعالیت‌ها هیچ‌گاه به‌عنوان اعمال تجاری ذاتی تلقی نشده‌اند. حق هم همین است؛ تجاری بودن این فعالیت‌ها باعث می‌شود صاحبان این مؤسسات با دید تجاری به امر آموزش نگاه کنند و کیفیت امور آموزشی کاهش یابد. همچنین فعالیت‌های آموزشی به‌طور مستقیم نقشی در اقتصاد کشورها ایفا نمی‌کنند و باعث پیشرفت اقتصادی نمی‌شود. هرچند فعالیت‌های علمی مانند شرکت‌های دانش‌بنیان، زمینه را برای فعالیت‌های تجاری و اقتصادی هموار می‌کنند، اما امور آموزشی و آنچه در حیطه آموزش قرار دارد، تجاری نیست. به نظر می‌رسد فعالیت بنگاه‌های چاپ و نشر کتاب با معیارهای اعمال تجاری منطبق باشد و بتوان آنها را تجاری تلقی کرد؛ چراکه فعالیت آنها منطبق با بند یک ماده ۲ قانون تجارت ۱۳۱۱ است. فعالیت‌های آموزشی در هر زمینه و زیرمجموعه‌ای که باشد، تجاری تلقی نشده است. در رأی شماره ۱۶۸۳/۰۹۵۵۸۰۹۹۷۰۹۴۰ شعبه ۸ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری چنین می‌خوانیم: «قطع نظر از اینکه مطابق تبصره بند ۲۴ ماده

۴۷. تصدی به هر نوع تأسیساتی که برای انجام بعضی امور ایجاد می‌شود.

۵۵ قانون شهرداری صرفاً تعطیلی محل کسب پیش‌بینی گردیده و کمیسیون مشتکی عنه علاوه بر حکم به تعطیلی قلع مستحذات را نیز مورد حکم قرار داده است؛ نظر بر اینکه مشارالیها دارای پروانه تأسیس آموزشگاه بوده و مجوز فعالیت صادر گردیده است و دایر نمودن آموزشگاه آرایش خواهران از سوی کمیسیون ماده ۵ قانون شورای عالی شهرسازی و معماری ایران تجویز گردیده است؛ بنابراین نظر به اینکه از سوی تجدیدنظرخواه ایرادی مؤثر، به طوری که اساس رأی معترض عنه را مخدوش نماید ابراز نشده و در رسیدگی به پرونده و صدور رأی اقدام مغایر موازین قانونی که موجبات فسخ رأی بدوی را فراهم آورد، مشهود نیست، لذا به استناد ماده فوق‌الذکر ضمن رد تجدیدنظرخواهی، دادنامه شماره ۳۵۵۷-۳۸۱۲/۱۳۹۲ تأیید می‌گردد. رأی صادره قطعی است.» رأی بدوی چنین صادر شده است: «نظر به اینکه اشتغال به شغل آرایشگری اعم از مردانه و زنانه نوعی کسب‌وکار محسوب و تابع قانون نظام صنفی می‌باشد و دایر کردن آن در اماکن غیرتجاری مجاز نمی‌باشد، لکن در خصوص مورد که شاکی به آموزش آرایشگری که از موضوعات آموزشی است و تابع مقررات خاص آموزش حرفه‌وفن است و جواز اشتغال به این حرفه نظیر سایر مشاغل آموزشی توسط ادارت کل آموزش فنی و حرفه‌ای وابسته به ادارت کل کار و امور اجتماعی صادر می‌شود، غیرتجاری محسوب و از دایره شمول تبصره ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری خارج است. لذا به جهات فوق رأی کمیسیون واجد ایراد تشخیص و با اجازه حاصله از ماده ۶۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری حکم به الزام کمیسیون به رسیدگی مجدد لحاظ استدلال مطروحه در این رأی صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادره ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ برابر ماده ۶۵ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری قابل تجدیدنظرخواهی در شعب تجدیدنظر دیوان می‌باشد.»^{۴۹}

۲-۴- سلامت^{۵۰}

امور مربوط به سلامت و بهداشت به علت اهمیتی که دارند، تجاری تلقی نشده‌اند. در قوانین دنیا، فعالیت‌های پزشکی و درمانی از جمله بیمارستان‌ها تجاری تلقی نشده است؛ چراکه تجاری بودن این فعالیت‌ها باعث می‌شود کیفیت ارائه این خدمات تنزل یابد و امر سلامت که مرتبط با مصالح عمومی جامعه و از اعمال حاکمیتی است، تحت تأثیر قرار گیرد. اگر امور سلامت و

۴۹. «دایر نمودن آموزشگاه آرایشگری در اماکن غیرتجاری»، تاریخ دسترسی در ۲۷ اردیبهشت ۱۴۰۴، قابل

دسترس در:

<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/27130>

50. Santé

بهداشت تجاری باشد، انجام‌دهندگان آن مانند پزشک‌ها و بیمارستان‌ها تاجر تلقی می‌شوند و مجبورند برای رقابت در دنیای تجارت، کمیت خدمات را افزایش دهند و بیمار بیشتری را جذب کنند تا از رقبای تجاری عقب نمانند و در نتیجه، کیفیت ارائه خدمات از سوی ایشان کاهش می‌یابد. به عبارت عامیانه، این افراد همیشه تمایل دارند جامعه، بیمار باشد تا بتوانند از آن کسب درآمد کنند. امری که در نهایت منجر به کاهش سطح سلامت و بهداشت جامعه می‌شود. در قوانین دنیا نیز این فعالیت تجاری دانسته نشده است. باید دانست استفاده مالکین از ملک خود به منظور طبابت، کاربری تجاری محسوب نمی‌شود. در رأی شماره ۹۵۰۹۹۷۰۹۵۶۱۰۰۳۵۹ در رأی شماره ۹۵۰۹۹۷۰۹۵۶۱۰۰۳۵۹ شعبه ۱۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری چنین می‌خوانیم: «با عنایت به اینکه دعوی شرکت در رابطه با تغییر و تبدیل کل ملک از انبار مسکونی، پارکینگ سرایداری زیر زمین به اداری مبنی بر استفاده تحقیقاتی جهت تولید داروهای ام اس، هموفیلی و سرطانی که جزء مستثنیات تبصره ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری‌ها نیاز به بررسی و استعمال از مراجع مربوطه دارد و نظر به اینکه از سوی تجدیدنظرخواه ایراد مؤثری، که اساس رأی تجدیدنظر خواسته را مخدوش نماید، ارائه نشده و در رسیدگی به پرونده و صدور رأی، اقدام مغایری و خلاف موازین قانونی که موجبات فسخ دادنامه شعبه بدوی را فراهم نماید، مشهود نیست، علی‌هذا و مستنداً به ماده ۷۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری ضمن رد تجدیدنظرخواهی دادنامه تجدیدنظر خواسته تأیید و ابرام می‌گردد. رأی صادره طبق ماده ۳ قانون مذکور قطعی است». رأی بدوی چنین صادر شده است: «در خصوص شکایت شرکت تحقیقاتی و تولیدی س. به خواسته ابطال رأی شماره ... کمیسیون تجدیدنظر ماده صد نظر به اینکه شکات مدعی هستند در ملک خود به صورت طبابت و آزمایش مشغول به کار می‌باشند و همگی شکات، پزشک هستند و به استناد بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری استفاده مالکین از ملک خود به صورت مطب تجاری محسوب نمی‌شود و مدرکی مبنی بر اینکه به صورت مسکونی بوده و هم‌اکنون به صورت اداری از آن استفاده می‌نمایند، ارائه نشده است. لذا جهت رسیدگی دقیق‌تر رأی معترض عنه را به استناد مواد ۱۰ و ۱۱ و ۶۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری نقض و خوانده ملزم به ارسال پرونده به مرجع مربوطه است. تا مرجع مذکور پس از دعوت از طرفین و اخذ اظهارات آنها اتخاذ تصمیم نماید. رأی مذکور به استناد ماده ۶۵ قانون اخیرالذکر ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در شعب تجدیدنظر دیوان عدالت اداری می‌باشد».^{۵۱}

۵۱. «کاربری مطب»، تاریخ دسترسی در ۲۷ اردیبهشت ۱۴۰۴، قابل دسترس در:

در مورد دکتر داروساز این اختلاف وجود داشته که آیا او تاجر است یا خیر؟ روبه قضایی فرانسه، دکتر داروساز را تاجر تلقی کرده است.^{۵۲} اداره کل حقوقی قوه قضائیه در مورد داروخانه چنین اعلام نظر کرده است: «برابر آیین‌نامه دفتر ثبت تجاری مربوط به مواد ۱۶، ۱۷ و ۱۸ قانون تجارت مصوب فروردین ۱۳۲۵ با اصلاحات بعدی وزارت دادگستری، تجارتخانه محلی است که برابر این آیین‌نامه تأسیس و ثبت شده باشد. در حالی که تأسیس و ثبت داروخانه مشمول مقررات آیین‌نامه تأسیس، ارائه خدمات و اداره داروخانه‌ها مصوب ۱۴۰۰/۳/۸ وزیر بهداشت درمان و آموزش پزشکی است و برابر بند ۱-۱۳ ماده ۱ این آیین‌نامه داروخانه «مؤسسه‌ای پزشکی است که با اخذ مجوز از کمیسیون قانونی دانشگاه یا مرکز تأسیس شده و با داشتن مسئول فنی واجد شرایط به عرضه فرآورده‌های سلامت‌محور، ارائه خدمات دارویی و مراقبت‌های مشاوره‌ای در حیطه وظایف تعیین‌شده و ضوابط مبادرت می‌نماید.» بنا به مراتب فوق هرچند با لحاظ تجویز حاصل از بند ۱-۱۳ ماده ۱ و ماده ۲۲ آیین‌نامه اخیرالذکر علاوه بر ارائه خدمات دارویی و مراقبت‌های مشاوره‌ای فرآورده‌های سلامت‌محور نیز در داروخانه عرضه می‌شود؛ اما داروخانه از تجارتخانه موضوع آیین‌نامه صدرالذکر و ماده ۵۲۹ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ خروج موضوعی دارد».^{۵۳} بیمه‌های تأمین اجتماعی هرچند در امور مربوط به سلامت فعالیت دارند، اما چون هرگونه عملیات بیمه‌ای به موجب قانون، تجاری محسوب شده است، تاجرند.

۲-۵- عدالت^{۵۴}

هر فعالیتی که در زمینه دادگستری و امور مربوط به عدالت انجام می‌شود، نمی‌توان تجاری دانست. وکالت، سردفتری و انجام مشاوره حقوقی از جمله اعمال تجاری نیستند. علت این امر علاوه بر نبود نص قانونی در این موارد، ماهیت این فعالیت‌ها است. این‌گونه فعالیت‌ها نقشی در گردش ثروت و سرمایه در جوامع ایفا نمی‌کنند و تجاری دانستن آنها باعث می‌شود این‌گونه امور به شکل مطلوبی انجام نشود و خدماتی که ارائه می‌شود، با دید تجاری باشد و کیفیت آنها کاهش یابد. در حقوق ایران نیز تا اندازه زیادی تأثیر این نظر را در روبه قضایی و پرسش و پاسخ‌های اداره حقوقی قوه قضائیه می‌بینیم. بر اساس نظریه شماره ۷/۴۸۸۹-۷/۶-۱۳۶۴/۹ اداره کل حقوقی قوه

۵۲. ربیعا اسکینی، حقوق تجارت ۱ (تهران: سمت، ۱۳۸۶)، ۹۲.

۵۳. نظریه شماره ۷/۱۴۰۰/۱۴۰۰/۷ به تاریخ ۱۴۰۰/۱۲/۲۴.

قضائیه: «با توجه به تعریف قانون تجارت، وکیل دادگستری، دارنده دارالترجمه و سردفتر اسناد رسمی، تاجر و پیشه‌ور (کسبه جزء) محسوب نمی‌شوند و مشمول ماده یک قانون تجارت نیستند.» در رأی شماره ۹۵۰۹۹۷۰۹۵۵۸۰۲۱۵۱ شعبه ۸ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری در مورد سردفتر اسناد رسمی چنین آمده است: «اولاً در مورد تجدیدنظرخواهی آقای س. الف. ع. د. از دادنامه شماره ۲۳۳۹ مورخ ۸ / ۶ / ۹۳ شعبه ۳۳ بدوی دیوان دایر بر الزام شهرداری به صدور پایان کار تجاری ملک متنازع‌فیه با صرف‌نظر از اینکه مادام که رأی کمیسیون اجرا نشده و محل دارای رأی کمیسیون است، الزام به انجام خواسته فاقد وجاهت قانونی است، مع الوصف و چون شعبه بدوی در این قسمت از خواسته نفیاً یا اثباتاً اظهارنظر نکرده و این شعبه نیز رأساً حق اظهارنظر در مورد خواسته فوق را ندارد، قرار رد تجدیدنظرخواهی صادر و اعلام می‌گردد؛ ثانیاً در رابطه با تجدیدنظرخواهی شهرداری از دادنامه مذکور (از جهت حکم به ورود شکایت و رسیدگی مجدد در کمیسیون) نظر به دلایل و مستندات شاکی که بعضاً در دادنامه شماره ۳۴۳ مورخ ۳۱ / ۵ / ۶۳ شعبه ۵۹ دادگاه عمومی صلح تهران نسبت به خواسته آقای س. م. م به طرفیت خوانده‌ها در رابطه با ملک مذکور آمده از جمله... نظر به اینکه به موجب دادنامه ش ۳۳۳ شعبه ۷۲ دادگاه عمومی صلح تهران محل کسب و تجاری بودن مورد اجاره به اثبات رسیده و متعاقب آن دادنامه ش ۷۶۸ مورخ ۲۱ / ۲ / ۶۲ شعبه ۲۷ دادگاه عمومی تهران مبنی بر تأیید حکم دادگاه نخستین و سایر اوراق و محتویات پرونده جملگی بر صحت ادعای خواهان دلالت می‌نماید و تردیدی در محل کسب و پیشه بودن مورد اجاره باقی نمی‌گذارد و از ناحیه خوانده‌ها نیز دفاع مؤثری که رافع ادعای خواهان از دعوی مطروحه باشد، به عمل نیاورده و مندرجات لایحه واصله به شماره ۱۴۵۴ مورخ ۲۹ / ۵ / ۶۳ از ناحیه احد خوانده‌ها بنام آقای حاج م. پ نیز مؤثر در مقام نبوده و شایان توجه نیست علی‌هذا، دادگاه دعوی خواهان را ثابت تشخیص و حکم به الزام خوانده‌ها به حضور در دفترخانه و تنظیم سند اجاره‌نامه رسمی نسبت به محل مورد بحث وفق شرایط مرسوم و متعارف در اجاره‌نامه‌ها به‌عنوان کارگاه سری‌دوزی صادر و اعلام می‌دارد؛ بدیهی است و لذا دادنامه تجدیدنظر خواسته مبنی بر ارجاع پرونده به کمیسیون جهت رسیدگی مجدد عادی از اشکال و ایراد قانونی تشخیص می‌گردد، به استناد ماده ۷۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و با رد تجدیدنظرخواهی شهرداری تهران دادنامه تجدیدنظر خواسته شعبه بدوی تأیید و ابرام می‌گردد تا کمیسیون با رعایت مفاد دادنامه بدوی و این رأی و با بررسی دقیق دلایل و مدارک طرفین (و عنداللزوم ارجاع به کارشناسی با درخواست شاکی) مجدداً مبادرت به

صدور رأی نماید. رأی و قرار صادره طبق ماده ۳ قانون موصوف قطعی است». رأی بدوی تصریح دارد که از آنجایی که سردفتری در زمره موارد احصا شده در قانون تجارت نیست، دایر کردن دفتر اسناد رسمی استفاده تجاری محسوب نمی‌شود و می‌توان آن را در مناطق غیرتجاری دایر کرد. بر اساس این رأی: «نظر به اینکه شغل سردفتری در دفترخانه اسناد رسمی تابع قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۵ و آیین‌نامه مذکور در مورد این قانون بوده و طبق ماده ۱ و ۲ قانون مذکور دفترخانه اسناد رسمی واحد وابسته به قوه قضائیه است و برای تنظیم و ثبت اسناد رسمی طبق قوانین و مقررات مربوط تشکیل می‌شود و اداره امور آن به عهده شخصی است که به موجب ابلاغ ریاست سازمان ثبت اسناد و املاک کشور منصوب و سردفتر نامیده می‌شود و این شغل در زمره هیچ یک از مشاغل احصا شده و در ماده ۲ قانون تجارت نبوده و به لحاظ داشتن مقررات خاص به موجب تبصره یک ماده ۲ قانون نظام صنفی از شمول مقررات نظام صنفی مستثنا می‌باشد، لذا به اقتضای مراتب فوق و به استناد قانون موادی از قانون شهرداری مصوب ۱۳۳۴ با اصلاحات و الحاقات بعدی تبصره بند ۲۴ از ماده ۵۵ قانون شهرداری دایر کردن دفتر اسناد رسمی از نظر این قانون استفاده تجاری محسوب نمی‌شود و دفتر اسناد رسمی را می‌توان در مناطق غیرتجاری دایر کرد و این امر تخلف محسوب نمی‌شود تا کمیسیون ماده صد مجاز باشد در مورد تعطیلی و اعاده و رفع خلاف اتخاذ تصمیم نماید؛ لذا بنا به جهات فوق رأی معترض به واجد ایراد بوده و با استناد به ماده ۶۳ قانون دیوان عدالت اداری حکم به الزام کمیسیون مذکور به رسیدگی مجدد با لحاظ ذکر شده در این رأی صادر و اعلام می‌گردد؛ رأی صادره ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ برابر ماده ۶۵ قانون فوق‌الذکر قابل تجدیدنظرخواهی در شعب تجدیدنظر دیوان عدالت اداری می‌باشد».^{۵۵}

نتیجه‌گیری

معیارهای قانونی برای شناخت اعمال تجاری مانند آنچه در مواد ۲ قانون تجارت ایران و ۱-۱۱۰ و ۲-۱۱۰ قانون تجارت فرانسه آمده است، کافی نیست. این معیارها محدود و مضیق هستند و قلمرو اعمال تجاری را به‌درستی تعیین نمی‌کنند. معیارهای قانونی برای شناخت اعمال تجاری و معیار شخصی برای شناخت تجار از جمله معیارهای قطعی و مسلم هستند، اما مصادیقی وجود

۵۵. «دائر کردن دفتر اسناد رسمی در کاربری مسکونی»، تاریخ دسترسی در ۲۷ اردیبهشت ۱۴۰۴. قابل دسترس

دارد که در این حیطة قرار نمی‌گیرند. با استفاده از معیار کسب سود، گردش ثروت و سرمایه و بنگاهداری تجاری می‌توان آنها را در قلمرو تجارت قرار داد؛ بنابراین پس از بررسی معیارهای شش‌گانه برای شناخت اعمال تجاری، می‌توان گفت ترکیبی از این معیارها برای تجاری بودن یک فعالیت باید استفاده شود؛ به این صورت که عملی را تجاری بدانیم که باعث کسب سود شود و در گردش ثروت و سرمایه در کشور نقش ایفا کند و نیز در عین حال، یک هدف معین اقتصادی را در یک بازار مشخص به‌عنوان یک بنگاه تجاری دنبال کند. در مورد تجاری بودن فعالیت‌های شرکت‌های تجاری نیز نباید تردید کرد و در واقع مصداق بارزی که هیچ تردیدی در تجاری بودن آن وجود ندارد، فعالیت شرکت‌های تجاری است. همچنین در مواردی که شخص به لحاظ قانونی تاجر است یا یکی از فعالیت‌های تجاری مذکور در قانون تجارت را انجام می‌دهد، شناخت تاجر و فعالیت‌های تجاری آسان است. با این حال نخست معیارهای مالیاتی برای شناخت اعمال تجاری کارایی ندارند و قلمرو آنها را مشخص نمی‌کنند؛ چراکه این معیارها برای سهولت اخذ مالیات است. دوم اینکه اعمال تجاری، اعمال واسطه‌ای هستند که در مورد اموال و کالاها استفاده می‌شوند و در گردش ثروت و سرمایه در اقتصاد کشورها نقش دارند. با این تعریف، بسیاری از فعالیت‌ها از جمله صنعتگری، تولید، کشاورزی، معاملات اموال غیرمنقول، سلامت، عدالت و آموزش از قلمرو حقوق تجارت خارج می‌شوند؛ چراکه در این فعالیت‌ها، واسطه‌گری وجود ندارد، هرچند نقش مهمی در اقتصاد کشورها دارند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- اسکینی، ربیعا. حقوق تجارت ۱. تهران: سمت، ۱۳۸۶.
- بهرامی، حسین. «بررسی تجاری بودن معاملات غیرمنقول با تأملی در حقوق فرانسه». فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی، ۶، ۲۱ (۱۴۰۳)، ۴۵-۶۶.
- Doi: 10.22034/law.2024.2014978.1269
- جوهر، سعید. بایسته‌های حقوق تجارت. تهران: جاودانه، ۱۴۰۳.
- جوهر، سعید. بایسته‌های دادرسی تجاری. تهران: جاودانه، ۱۴۰۰.
- ستوده تهرانی، حسن. حقوق تجارت. جلد اول. تهران: دادگستر، ۱۳۹۰.
- صقری، محمد. دوره جدید حقوق بازرگانی، کلیات و قراردادها. تهران: مجد، ۱۴۰۲.
- عبدی‌پور فرد، ابراهیم. حقوق تجارت (جلد اول): تجار و معاملات تجاری. تهران: مجد، ۱۳۹۵.
- کاتبی، حسینقلی. حقوق تجارت. تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰.
- کاتوزیان، ناصر. اموال و مالکیت. تهران: میزان، ۱۳۸۸.
- کایوانی، کوروش. مقدمه حقوق تجارت. تهران: میزان، ۱۳۹۴.
- نیازی، عباس و سعید جوهر. «مطالعه تطبیقی دوره گذار از معیارهای سنتی به سوی معیار اقتصادی در شناخت تجار و اعمال تجاری در حقوق ایران و فرانسه». فصلنامه قضاوت، ۲۱، ۱۰۶ (۱۴۰۰)، ۴۷-۵۹.

ب) منابع خارجی

- Antaki, Nabil N. "La commercialité des immeubles: une théorie en construction", *Les Cahiers de droit*, 19, 1(1978), 157-176. <https://doi.org/10.7202/042229ar>
- Association Henri Capitant. *Vocabulaire juridique*. Paris: PUF, 2022.
- Cabrillac, Michel. "Vers La Disparition Du Droit Commercial ?". In : Jean Foyer. *Leges Tulit, Jura Docuit*. Paris: PUF, 1997.
- Hirshleifer, Jack. "The theory of speculation under alternative regimes of markets". *Journal of Finance*, 32, 4(1977), 975-999. <https://doi.org/10.2307/2326507>.
- Houtcieff, Dimitri. *Droit Commercial*. Paris: Siery université, 2021.
- Lionel Andreu and Isabelle Sérandour. *Droit commercial*. Paris: Gualino-Lextenso, 2021.
- Paulet, Luc. *Droit commercial*. Paris: Ellipses, 2018.
- Randrianirina, Iony. *Cours de droit commercial et des affaires*. 2nd edition. Paris: Gualino-Lextenso, 2020.
- Vincensini, François-Xavier. *La commercialité. Recherche sur l'identification d'une activité*. Paris: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

ج) وبسایت‌ها

- «ادعای اعسار از طرف مدیرعامل شرکت». تاریخ دسترسی در ۲۷ اردیبهشت ۱۴۰۴. قابل دسترس در: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/4566>
- «اعسار خیاط رابطه شغل خیاطی و تاجر تلقی شدن». تاریخ دسترسی در ۲۷ اردیبهشت ۱۴۰۴. قابل دسترس در:

- «تقاضای اعسار از پرداخت محکوم‌به توسط شخص دارای کارت بازرگانی». تاریخ دسترسی در ۲۷ اردیبهشت ۱۴۰۴. قابل دسترس در:
<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/30207>
- «دایر نمودن آموزشگاه آرایشگری در اماکن غیرتجاری». تاریخ دسترسی در ۲۷ اردیبهشت ۱۴۰۴. قابل دسترس در:
<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/27130>
- «دائر کردن دفتر اسناد رسمی در کاربری مسکونی». تاریخ دسترسی در ۲۷ اردیبهشت ۱۴۰۴. قابل دسترس در:
<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/34311>
- «طرح دعوای اعسار از سوی مدیرعامل شرکت تجاری». تاریخ دسترسی در ۲۷ اردیبهشت ۱۴۰۴. قابل دسترس در:
<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/4804>
- «کاربری مطب». تاریخ دسترسی در ۲۷ اردیبهشت ۱۴۰۴. قابل دسترس در:
<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/31861>