

<http://doi.org/10.22133/MTLJ.2022.33721.1076>

Recognizing the Trader in Light of Iranian Trade Bill (2012) by Examining Corresponding Concepts in Commercial Code and Electronic Commerce Law

Seyedeh Maryam Etemad,^{1*} Sajad Naeem Vafa²

¹ PhD in Private Law, Shahr-e-Danesh Institute for Legal Studies and Research, Tehran, Iran

² MSc of Information Technology, Borhan Institute of ICT Law Development, Tehran, Iran

Article Info	Abstract
<p>Original Article</p> <hr/> <p>Received: 21-2-2022</p> <p>Accepted: 6-7-2022</p> <hr/> <p>Keywords: Business Trader Supplier Commercial Code Trade Bill Electronic Commerce Law</p> <hr/> <p>*Corresponding author e-mail: dr.maryametamad@yahoo.com</p>	<p>The Commercial Code of Iran (adopted in 1932) is the most important set of laws related to commercial affairs in Iran, which forms the basis of Iranian commercial law. The vast majority of Iranian jurists consider the law inadequate, overly incomplete, and vague. In this regard, and accepting the need for amendment, we review the trade bill that has been prepared for this purpose. Given the complexity of the topic, we will only look at the definition of a trader and business practices in the new bill, which is the foundation of the Commercial Code and distinguishes the trader from the non-trader. For this purpose, we first state the main goals of the bill and then examine the success or failure of achieving these goals. Finally, since e-commerce oversees the use of electronic communications in the business process and is a means of doing business, it is inevitable to refer to the corresponding concept in e-commerce law, the concept of "supplier". After analysing the issue, we concluded that by comparing Articles 1 and 2 of the current Commercial Code with Article 1 of the bill, the fundamental changes considered by the Office of Economic Studies of the Deputy Minister of Planning and Economy are not visible, so it cannot be considered a strength listed the innovations of this amendment.</p>
<p>How to Cite: Etemad, S. M., & Naeem Vafa, S. (2022). Recognizing the Trader in Light of Iranian Trade Bill (2012) by Examining Corresponding Concepts in Commercial Code and Electronic Commerce Law. <i>Modern Technologies Law</i>, 3(5), 19-32.</p>	<p>Published by University of Science and Culture https://www.usc.ac.ir Online ISSN: 2783-3836</p>



<http://doi.org/10.22133/MTLJ.2022.33721.1076>

شناخت تاجر حقیقی از منظر لایحه تجارت سال ۱۳۹۱، با نگاهی به مفاهیم متناظر در قانون تجارت و قانون

تجارت الکترونیکی

سیده مریم اعتماد^{۱*}، سجاد نعیم وفا^۲

^۱ دکتری حقوق خصوصی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، تهران، ایران
^۲ دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فناوری اطلاعات، مؤسسه توسعه حقوق فناوری اطلاعات و ارتباطات برهان، تهران، ایران

اطلاعات مقاله	چکیده
مقاله پژوهشی	قانون تجارت ایران (مصوب ۱۳۱۱) مهم‌ترین مجموعه مدون قوانین مربوط به امور بازرگانی در ایران است که اساس حقوق تجارت ایران را تشکیل می‌دهد. قریب به اتفاق حقوق‌دانان ایرانی قانون مذکور را ناکافی و بیش از اندازه ناقص و مبهم می‌دانند. در این راستا و با پذیرش ضرورت اصلاح، لایحه تجارت سال ۱۳۹۱ که با این هدف تنظیم شده، در این مقاله بررسی شده است. البته، با توجه به گستردگی بحث، در این مقاله، صرفاً تعریف تاجر و اعمال تجاری در لایحه جدید که اساس قانون تجارت و وجه متمایز تاجر از غیرتاجر تلقی می‌شود مورد واکاوی قرار گرفته است. برای این منظور، ابتدا اهداف اصلی لایحه بیان شده و سپس موفقیت یا عدم موفقیت در نیل به این اهداف بررسی شده است. در انتها، با عنایت به این‌که تجارت الکترونیکی ناظر به استفاده از ارتباطات الکترونیکی در فرایند تجارت است و شیوه و وسیله‌ای است برای انجام تجارت، ناگزیر به مفهوم متناظر در قانون تجارت الکترونیکی یعنی مفهوم «تامین‌کننده» اشاره شده است. در بند ۲ از ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی آمده است: «تامین‌کننده (Supplier) عبارت از شخصی است که بنا به اهلیت تجاری، صنفی یا حرفه‌ای فعالیت می‌کند.» پس از واکاوی در موضوع و با مقایسه ماده ۱ و ۲ قانون تجارت فعلی با ماده ۱ لایحه، این نتیجه به دست آمده است که تغییرات اساسی مدنظر دفتر مطالعات اقتصادی معاونت برنامه‌ریزی و اقتصادی وزارت بازرگانی قابل مشاهده نیست و نمی‌توان آن را بخشی از نقطه قوت و نوآوری‌های این اصلاحیه برشمرد.
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۲	
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۳/۱۷	
واژگان کلیدی: تجارت تاجر تامین‌کننده قانون تجارت لایحه تجارت ۱۳۹۱ قانون تجارت الکترونیکی	
*نویسنده مسئول رایانامه: dr.maryametamad@yahoo.com	
نحوه استناددهی: اعتماد، سیده مریم و نعیم وفا، سجاد (۱۴۰۱). شناخت تاجر حقیقی از منظر لایحه تجارت سال ۱۳۹۱، با نگاهی به مفاهیم متناظر در قانون تجارت و قانون تجارت الکترونیکی. حقوق فناوری‌های نوین، ۳(۵)، ۱۹-۳۲.	
ناشر: دانشگاه علم و فرهنگ https://www.usc.ac.ir	
شاپای الکترونیکی: ۲۷۸۳-۳۸۳۶	

مقدمه

قانون تجارت ايران مهم‌ترين مجموعه مدون قوانين مربوط به امور بازرگاني در ايران است که اساس حقوق تجارت ايران را تشكيل مي‌دهد. اين قانون در سيزدهم اردیبهشت ماه سال ۱۳۱۱ در ششصد ماده توسط مجلس شورای ملی تصويب شد. اين قانون بر اساس قانون تجارت ۱۸۰۷ فرانسه (معروف به کد ناپلئون) ترجمه و تهيه شده است. قريب به اتفاق حقوق دانان ایرانی قانون مذکور را ناکافی و بیش از اندازه ناقص و مبهم می‌دانند.^۱

غير از آنچه در مقررات لايحه اصلاحی سال ۱۳۴۷ آمده و برخی مقررات مربوط به دلالي و ورشکستگی، بقیه مقررات اين قانون به قوت خود باقی است. در سال ۱۳۴۷ مقررات بخش شرکت‌های سهامی قانون تجارت اصلاح و مقررات جدیدی در سیصد ماده برای شرکت‌های سهامی عام و خاص وضع شده است.

قانون، به‌مثابه نقشه راه، تعیین‌کننده مسیر است. ترسیم‌نکردن درست این مسیر، انطباق‌نداشتن آن با شرایط آتی و پیش‌بینی‌نکردن آینده با عنایت به وضعیت موجود تبعاتی به همراه خواهد داشت. از آنجاکه همه نهادهاى رسمی و غیررسمی، به‌تبع ماهیت رفتار انسان که در قالب نهادهاى ایستا نمی‌گنجد، مستعد تغییرند؛ بنابراین باید پذیرفت که تحولات نهادی استثنایی و بعید نیست، بلکه قوانین اساسی بسیاری از کشورها به‌عنوان مهم‌ترین نهاد رسمی در تأثیرپذیری از تحولات تکوینی رفتار انسان‌ها و مؤسسات از شمول تغییرات برخوردارند. قانون تجارت یکی از قوانین مادر است که به دلیل ارتباط بسیار تنگاتنگ آن با سایر قوانین و فعالیت‌های اقتصادی مستلزم ایجاد هماهنگی آن با سایر قوانین به‌منظور ممانعت از ایجاد کمترین تغییرات در طی زمان است. برای نائل‌شدن به این مهم، پیش‌بینی همه وقایع برای قوانین مادر یک اصل است و آن اصل باید مورد توجه باشد. از آنجاکه قانون تجارت ایران قانونی قدیمی است و با وجود تجدیدنظرهای انجام‌شده این واقعیت ملموس است که با جهانی‌شدن اقتصاد و تجارت الکترونیک، نوع مرادفات، جرایم و نوع برخوردها، قانون فعلی کارایی مطلوبی ندارد. در این راستا و با پذیرش ضرورت اصلاح، لايحه تنظیم‌شده بررسی می‌شود و در این مقال، تعریف تاجر و اعمال تجاری مطالعه خواهد شد.^۲ برای این منظور، نخست به اهداف اصلی طرح کلیات اشاره می‌شود، سپس موفقیت یا عدم موفقیت در نیل به این اهداف بررسی خواهد شد.

اهداف اصلی طرح کلیات عبارت‌اند از:

الف) ارائه معیارهای مشخص برای شناسایی تاجر از غیرتاجر و تعیین تکلیف وضعیت کسبه جزء، با توجه به تحولات اقتصادی و تجارتي

جدید.

ب) دسته‌بندی مناسب اعمال و فعالیت‌های تجارتي و حذف موارد غیرضروری.

ج) بررسی امکان توسعه مصادیق اعمال تجارتي و حذف موارد غیرضروری.

د) اصلاح و تکمیل مقررات ناظر به تکالیف تجار.

ه) به‌روزرکردن مقررات ناظر به دفاتر تجار و نگه‌داری حساب‌ها با توجه به فناوری اطلاعات.

و) به‌روزرکردن و مؤثرسازی ضمانت اجرا در قانون تجارت.

ز) سامان‌بخشیدن به وضعیت قراردادهای تجارتي.

ح) ایجاد هماهنگی بین قانون تجارت و سایر قوانین مرتبط.

۱. در امور مربوط به حاکمیت شرکتی گفته می‌شود این نواقص بیشتر است (جعفری، ۱۳۹۳، ص ۱۹۸).
۲. مواد مربوطه از قانون تجارت ۱۳۱۱ و لايحه اصلاح قانون تجارت ۱۳۸۴ و ۱۳۹۱ در انتهای مقاله آورده شده است.

۱. حقوق تجارت، حقوق تجاری یا حقوق معاملات تجاری؟

برای ورود به بحث این پرسش سنتی را مطرح می‌کنیم که حقوق تجارت حقوق تجاری است یا حقوق معاملات تجاری؟ از دیرباز دو نظریه در مقابل یکدیگر قرار داشته‌اند: نظریه موضوعی و نظریه شخصی (اسکینی، ۱۳۸۰، ص ۵۷). بنابر نظریه موضوعی، حقوق تجارت حقوق معاملات تجاری است؛ یعنی قانون مجموعه‌ای از اعمال را تعریف و آن‌ها را تجاری تلقی می‌کند. در حالی که در نظریه شخصی، حقوق تجارت حقوق تجاری است؛ یعنی اشخاصی که عادتاً تاجر شناخته می‌شوند تابع حقوق مخصوصی هستند که حقوق تجارت نامیده می‌شود. هر دو نظریه مزبور در دنیا مورد توجه قانونگذاران بوده است؛ مانند قانون تجارت آلمان مصوب ۱۸۹۷ که تقریباً تابع نظریه شخصی است و کسانی مشمول آن‌اند که نامشان در دفتر ثبت تجاری آمده باشد. همچنین، قانون تجارت اسپانیا مصوب ۱۸۸۵ که از نظریه موضوعی تبعیت کرده است و فقط معاملات تجاری را دربر می‌گیرد. در دنیای امروز گرایش بر این است که قلمرو و حقوق تجارت از محدوده اشخاص حرفه‌ای (تاجر) خارج شود و به افراد معمولی تعمیم یابد. حقوق تجارت کم‌کم ویژگی‌های حرفه‌ای یا شغلی را از دست می‌دهد و به حقوق اعمال یا معاملات تجاری تبدیل می‌شود (عرفانی، ۱۳۹۶، ص ۴۰).

قانون تجارت ایران به تبعیت از قانون فرانسه موضوعی دوگانه دارد، بدین توضیح که با پیش‌بینی اعمال تجاری تبعی - در تجاری دانستن اعمال به تبع تاجر بودن عامل - از سیستم موضوعی اتخاذ شده در ماده ۲ قانون تجارت عدول شده و در واقع سیستم مختلط (شخصی - موضوعی) را پذیرفته است (دمرچیلی و همکاران، ۱۳۸۶، ص ۳۹)، بدین ترتیب که حسب ظاهر بندهای ماده ۳ معاملات بین تاجر، حتی اگر برای امور غیرتجاری باشد، تجاری به‌شمار می‌رود. اما همچنان که برخی حقوق‌دانان متذکر شده‌اند باید قائل به این نظر بود که معاملات بین تاجر فقط در صورتی تجاری به‌شمار می‌روند که برای امور (حوائج) تجاری انجام گرفته باشند (اسکینی، ۱۳۸۰، ص ۱۱۰؛ دمرچیلی و همکاران، ۱۳۸۶، ص ۴۵). جمع بندهای ۱ و ۳ (ماده ۳)، با توجه به این که معاملات مباشرتی تاجر ویژگی خاصی نسبت به معاملات غیرتجاری که به وسیله شاگردان و خدمه برای او انجام می‌شود ندارد و لزوم وجود هماهنگی بین بند ۱ با بندهای دیگر ماده ۳ و ماده ۵ قانون تجارت که امکان اثبات تجاری نبودن عمل تاجر را پیش‌بینی کرده مؤید نظر بیان شده است.

روح حاکم بر اعمال تجاری، هماهنگی با سایر مواد قانونی از جمله ماده ۱۲۹۷ قانون مدنی که در دعوی تاجر بر تاجر دیگر دفاتر تجاری تاجر را فقط در صورتی دلیل می‌داند که دعوا از محاسبات و مطالبات تجاری حاصل شده باشد نیز مؤید نظر ابراز شده است. در هر حال، لایحه جدید^۱ به کلی ماده ۳ و به عبارتی اعمال تجاری تبعی را کنار گذاشته و به جای نظام مختلط، نظام موضوعی را پیش‌بینی کرده است. هر چند لایحه نیز در مواردی همچون اماره قانونی مندرج در ماده ۱۳ معاملات تاجر را جز در مواردی که معامله^۲ مربوط به حوائج شخصی یکی از طرفین باشد تجاری می‌داند.^۳ البته برخی مؤلفان به تناقض‌های درونی نظام موضوعی و مختلط و ماده ۱ لایحه جدید قانون تجارت که مظهر و جلوه‌گاه نظام موضوعی است اشاره نموده‌اند (سرخوش، ۱۳۹۳، ص ۱).

۱. زین پس در این مقاله هر جا از لایحه نام برده شود منظور لایحه ۱۳۹۱ است و درخصوص لایحه ۱۳۸۴، تاریخ مزبور تصریح خواهد شد.

۲. مناسب‌تر بود به صورت یکنواخت از یک عنوان استفاده شود و با توجه به توضیحاتی که خواهد آمد، زمانی که از واژه «اعمال» استفاده می‌شود، در جاهای مختلف رعایت شود. وگرنه موجب می‌شود تصور شود قانونگذار در هر جا عامدانه و برحسب مصلحتی از یکی از آن‌ها استفاده کرده است، در حالی که به نظر می‌رسد صرفاً این واژه براساس استفاده از متن قانون تجارت از آنجا برداشته شده است. متن ماده ۵ قانون تجارت: «کلیه معاملات تجاری محسوب است، مگر...»

۳. هر کسب و کار یک واحد اقتصادی است که توسط شخص حقیقی یا حقوقی تأسیس شده است و در حوزه تولید، تبدیل، خرید، فروش، توزیع، و یا عرضه خدمات فعالیت می‌کند. قانون نظام صنفی کشور (مصوب ۱۳۸۲) مهم‌ترین قانون در جهت نظام‌بخشی به فعالیت واحدهای اقتصادی است و قواعد و ضوابط فعالیت آن‌ها را تعیین می‌کند. وفق ماده ۱۲ قانون نظام صنفی کشور افراد صنفی موظف‌اند قبل از تأسیس هر نوع واحد صنفی یا اشتغال به کسب و حرفه، به اخذ پروانه کسب اقدام کنند. ماده ۳ این قانون، مفهوم واحد صنفی را چنین تعریف کرده است: «هر واحد اقتصادی که فعالیت آن در محل ثابت یا وسیله سیار باشد و توسط فرد یا افراد صنفی با اخذ پروانه کسب دایر شده باشد، واحد صنفی شناخته می‌شود». ماده ۲ قانون نظام صنفی کشور فرد صنفی را چنین تعریف کرده است: «فرد صنفی: هر شخص حقیقی یا حقوقی که در یکی از فعالیت‌های صنفی اعم از تولید، تبدیل، خرید، فروش، توزیع، خدمات و خدمات فنی سرمایه‌گذاری کند و به‌عنوان پیشه‌ور و صاحب حرفه و شغل آزاد، خواه به شخصه یا با مباشرت دیگران محل کسبی دایر یا وسیله کسبی فراهم آورد و تمام یا قسمتی از کالا، محصول یا خدمات خود را به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم و به‌صورت کلی یا جزئی به مصرف‌کننده عرضه دارد، فرد صنفی شناخته می‌شود» (نعیم‌وفا و اعتماد، ۱۴۰۰، الف، ص ۱۴۳). طبق تعریف مذکور، اشخاص

۱-۱. برای بررسی «این عملیات» چه شیوه‌ای را باید به کار گرفت؟

مؤلفان مقدم حقوق تجارت عموماً عملیات موضوع ماده ۲ قانون تجارت را به ترتیب بندهای ده‌گانه آن بررسی کرده‌اند (ستوده تهرانی، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۴۵؛ کاتبی، ۱۳۶۴، ص ۸) که در واقع تأییدی بر بی‌نظمی در این ماده است و این روش باید کنار گذاشته شود.^۱ با نگاهی به لایحه جدید می‌بینیم متأسفانه نویسندگان لایحه این نقص را هم برطرف نکرده‌اند و جز در خصوص اعمال خدماتی که یک‌سری مصادیق پراکنده زیر یک بند آورده شده است، هیچ‌گونه تلاشی در این زمینه صورت نگرفته است. درحالی‌که این عملیات باید با استفاده از نقاط مشترک آن‌ها و در قالب تقسیم‌بندی‌های اصولی ذکر شود.

۲. تاجر در لایحه قانون تجارت و قانون جاری

اهمیت و نقش حقوق تجارت، خصوصاً در شرایطی که دامنه فعالیت بخش خصوصی در امر تجارت رو به افزایش است، منوط به ترسیم جایگاه حقوق تجارت و قلمرو آن خواهد بود. واقعیت آن است که برای شناخت تاجر، ناگزیر از بررسی ماهیت عملی هستیم که شخص آن را انجام می‌دهد و برای تمیز عمل تجارتي نیز در بسیاری از موارد، ناگزیر از توجه به عامل آن هستیم. از دیدگاه مفهوم شخصی، تاجر بودن شخص، صفت تجارتي بودن را به «عمل» می‌دهد و از دیدگاه مقابل، نوع عمل، صفت شخص را معین می‌کند.

گزارش دفتر مطالعات اقتصادی معاونت برنامه‌ریزی و اقتصادی وزارت بازرگانی تنظیمی در سال ۱۳۸۴ یکی از نقاط ضعف قانون تجارت فعلی را نارسایی ماده ۱ این قانون که تاجر را تعریف کرده است می‌داند و در لایحه با تجمیع ماده ۱ و ۲ به این موضوع پرداخته شده است.

۱-۲. تعریف تاجر - اعمال / عملیات (معاملات / فعالیت‌ها)

در مقایسه ماده ۱ قانون تجارت و ماده ۱ لایحه تجارت می‌بینیم، قانون تجارت در ماده‌ای جداگانه تاجر را چنین تعریف کرده است: تاجر شخصی است که شغل معمولی خود را معاملات تجارتي قرار دهد.^۲ اما در لایحه جدید شاید به علت صعوبت به دست‌دادن ملاکی عام برای شناخت تاجر و فرار از ایراداتی که به تعاریف وارد می‌شود (از جمله جامع و مانع نبودن تعریف) از ارائه تعریف صرف نظر کرده^۳ و ماده ۱ این‌گونه تنظیم شده است: «تاجر شخصی است که برای خود به هریک از اعمال زیر اشتغال دارد...» و این چنین مواد ۱ و ۲ در هم ادغام شده و سپس به ذکر مصادیق پرداخته است.

حقیقی (افراد) نیز می‌تواند به تأسیس واحدهای صنفی مبادرت کنند. بنابراین، فعالیت‌های اقتصادی لزوماً نیازمند ایجاد شخصیت حقوقی (ثبت شرکت تجاری یا مؤسسه غیرتجاری) نیست (نعیم‌وفا و اعتماد، ۱۴۰۰ ب).

۱. بعضی از نویسندگان سعی کرده‌اند وجه مشترکی بین اعمال تجارتي بیابند تا تعریفی از آن نمایند. چنان‌که بعضی گفته‌اند که این وجه اشتراک در اعمال تجاری قصد جلب نفع مادی است، اگرچه این مطلب در غالب اعمال تجاری حقیقت دارد ولی در همه‌جا صادق نیست؛ مثلاً کسی ضمانت تاجر دیگری را نماید به این طریق که پشت برات را امضا کند نمیتوان گفت حتماً برای جلب نفع مادی بوده است (اعظمی زنگنه، ۱۳۵۱، ص ۹).

۲. در ماده ۲ قانون تجارت، به معاملات تجارتي اشاره شده است. با توجه به مصادیق مندرج در ماده، هر شخص اعم از حقیقی یا حقوقی که این معاملات را شغل خود قرار دهد تاجر محسوب می‌شود. البته طبق ماده ۳ قانون مزبور برخی معاملات هم به اعتبار تاجر بودن متعاملین یا یکی از آن‌ها تجارتي محسوب می‌شود (نوری و نخجوانی، ۱۳۹۰، ص ۹۵ و ۹۶).

۳. در لایحه تجارت سال ۱۳۸۴، به منظور انسجام بخشیدن به اعمال مزبور و پیشگیری از پراکندگی آن‌ها، طبقه‌بندی این اعمال بر مبنای اقتصاد نوین و از جمله به طبقه‌بندی ارائه‌شده از سوی سازمان تجارت جهانی توجه شده بود، که در لایحه جدید از آن رویگردانی شده است. در لایحه سال ۱۳۸۴ چنین آمده بود:

الف- هرگونه فعالیت توزیعی یا خدماتی، مانند...

ب- هرگونه فعالیت تولیدی یا صنعتی مانند...

پ- هرگونه فعالیت مالی مانند...

ت- هرگونه فعالیت معاضدتی و واسطه‌ای مانند...

البته بندهای ده‌گانه ماده مزبور نیز گاه متضمن تکرار است و پوشش کافی نظیر آنچه در سازمان جهانی تجارت به کار رفته است ندارد.

الف) در خصوص تغییرات مثبت می‌توان اشاره به واژه «شخصی» کرد که جایگزین واژه «کسی» شده است و مناسب‌تر به نظر می‌رسد، چرا که دربرگیرنده کلیه اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی است.

ب) نکته بعد قید (برای خود) است؛^۱ از این قید می‌توان استفاده کرد و نتیجه گرفت که عمل باید برای خود شخص باشد و خطر سود و زیان را خود متحمل شود؛ از این رو معاملات وکیل برای موکل، کارگر برای کارفرما، معاملات قیم یا ولی برای مولی علیه و مدیر شرکت برای شرکت و مواردی از این دست موجب تاجر شناخته شدن آن‌ها نخواهد شد. هر چند بر اساس آنچه نویسندگان لایحه در ماده ۱۰ آن آورده‌اند، امین اموال غایب یا نماینده قانونی محجور که برای آنان به هریک از اعمال موضوع ماده ۱ اشتغال دارند صرفاً از حیث شمول تکالیف قانونی تاجر محسوب می‌شوند.

ج) واژه «اعمال»^۲ نیز جایگزین واژه «معاملات» شده است. در قانون تجارت از واژه معاملات استفاده شده بود (مواردی را شامل می‌شد که جنبه اتفاقی داشته و ممکن بود فقط یک بار انجام شود؛ مثل انجام معاملات برواتی)، اما در ذیل ماده از فعالیت‌هایی هم که جنبه مستمر داشتند (همچون تصدی به حمل و نقل) نام برده شده بود. هر چند تغییر داده شده در لایحه درست به نظر می‌رسد و هر دو دسته مذکور را دربر می‌گیرد، اما آوردن آن با فعل «اشتغال» در انتهای جمله ممکن است این شبهه را در ذهن ایجاد کند که آیا منظور همان «شغل معمولی مندرج در قانون تجارت» است یا صرف انجام یک مرتبه را هم دربر می‌گیرد. گرچه با تفسیری همراه با مسامحه و اغماض می‌توان از این مسئله گذشت و برداشتی کلی کرد، اما بهتر این بود که مطلب در دو ماده مجزا می‌آمد.

۲-۲. اعمال تجاری

برای بررسی اعمال تجاری، بند اول و دوم ماده ۱ لایحه را در کنار بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت بررسی می‌کنیم. بند ۱ ماده ۱ لایحه مقرر می‌دارد: تحصیل هر نوع مال منقول اعم از مادی و غیر مادی چه در آن تصرفاتی شده یا نشده باشد به قصد فروش، اجاره و یا هر معامله معاوضی دیگر.

بند ۲ ماده ۱ لایحه: استیجار هر نوع مال منقول چه در آن تصرفاتی شده باشد یا نه به قصد اجاره و یا هر معامله دیگر با اثر نقل منفعت یا برقراری حق انتفاع.

بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت: خرید یا تحصیل هر نوع مال منقول به قصد فروش یا اجاره، اعم از این که تصرفاتی در آن شده یا نشده باشد. می‌بینیم، آنچه قانون تجارت در یک بند به آن پرداخته بود، در لایحه به صورت دو بند مجزا آمده است و نویسندگان لایحه علاوه بر تحصیل، استیجار مال منقول را به شرط داشتن قصد اجاره و یا هر معامله دیگر با اثر نقل منفعت یا برقراری حق انتفاع تجاری تلقی کرده‌اند. در لایحه جدید به جای عبارت «خرید یا تحصیل» صرفاً «تحصیل» آمده که منظور از آن تملک مال است به هر طریقی که باشد؛ خواه از طریق حیات (مانند صید ماهی یا مروارید به منظور فروش یا تولید عسل با جلب زنبور به کندو) و خواه از طریق عقود و معاملات (مانند بیع، معاوضه، صلح). به این ترتیب، با توجه به این که «خرید» نیز خود نوعی تحصیل است، این اصلاح موجه به نظر می‌رسد. از طرف دیگر این عنوان کلی باعث می‌شود ماهیت حقوقی معاملات تأثیری در تجاری نشناختن عمل تاجر به واسطه عدم صدق عنوان تحصیل نداشته باشد و اشخاص نتوانند با انجام دادن معاملات در قالب صلح و... خود را از شمول ماده ۱ خارج کنند. علاوه بر این، «قصد فروش یا اجاره» به «قصد فروش، اجاره یا هر معامله معاوضی دیگر» تبدیل شده است که به موجب آن، شرط تجاری بودن تحصیل داشتن قصد فوق حین تحصیل است، هر چند لازم نیست این قصد لزوماً در عالم واقع نیز به وقوع بپیوندد.

۱. این قید در لایحه ۱۳۸۴ هم آمده بود. طبق ماده ۱ لایحه ۱۳۸۴، تاجر شخصی است که به منظور کسب منفعت مادی، برای خود به فعالیت تجاری اشتغال دارد.

۲. اعمال مذکور واژه‌ای عام است که علاوه بر عقود، ایقاعات را نیز دربر می‌گیرد.

البته نویسندگان با هم از آوردن زواید دست برنداشته‌اند و با این‌که قصد انجام معامله‌ای معاوضی دربرگیرنده قصد فروش و اجاره هم می‌شود، جداگانه به ذکر آن پرداخته‌اند.

آخرین نکته هم نقش تصرف در مال در تجاری‌بودن عمل است، که تغییری در ماده ایجاد نشده است و ابهام موجود در آن (درخصوص تأثیر میزان تصرف، و فرضی که ارزش کار به نسبت قیمت مال بیشتر باشد) همچنان باقی است.

۲-۲-۱. نوع مال تحصیل شده

برای این‌که عمل تحصیل تجاری تلقی شود، شرط دیگری هم لازم است و آن این‌که مال مورد معامله منقول^۱ باشد. درخصوص قانون تجارت این اختلاف نظر بود که منظور از مال منقول صرفاً اشیای مادی است یا اشیای غیرمادی را هم دربر می‌گیرد.

رویه قضایی فرانسه اوراق بهادار (سهام و اوراق قرضه) و سایر حقوق غیرمادی (مانند حق اختراع یا مایه تجارتي) را نیز مال منقول تلقی کرده و خرید آن‌ها را به قصد فروش تجاری محسوب کرده است. در لایحه جدید، به نظر می‌رسد نویسندگان با بیان عبارت «هنوع مال منقول؛ اعم از مادی و غیرمادی» قصد داشته‌اند به این اختلاف پایان دهند و حقوق مالی را نیز مال منقول تلقی کنند و در نتیجه معاملات راجع به آن‌ها را تجاری بدانند. دکتر کاتوزیان نیز، علاوه بر اموال منقول مادی، اسناد در وجه حامل، حقوق مادی دیگر مانند دیون، سهم‌الشرکه و حقوق معنوی (حق اختراع و حق نویسنده اثر ادبی) را نیز مال منقول تلقی می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۶۰).

۲-۲-۲. اعمال معاضدتی و واسطه‌ای

بند سوم ماده ۱ لایحه به دلالتی، حق‌العمل‌کاری و نمایندگی تجاری اشاره دارد و بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت هر قسم عملیات دلالتی یا حق‌العمل‌کاری (کمسیون) یا عاملی و همچنین تأسیساتی که برای انجام بعضی امور ایجاد می‌شود، از قبیل تسهیل معاملات ملکی یا پیدا کردن خدمه یا تهیه و رسانیدن ملزومات و غیره، را تجاری می‌داند.

قانون تجارت از واژه عامل استفاده کرده بود که در حقوق تجارت ما از واژگان مبهم به‌شمار می‌آید و قانونگذار تعریفی از آن به‌دست نداده و وضعیت حقوقی وی را مشخص نکرده است. حقوق‌دانان هم درباره مفهوم عامل اتفاق نظر ندارند. برخی عامل را کسی می‌دانند که مانند حق‌العمل‌کار در مقابل اجرت به نمایندگی از دیگری عملی را انجام می‌دهد؛ با این تفاوت که برخلاف حق‌العمل‌کار، عامل برای شخص معینی کار نمی‌کند (به نقل از ستوده تهرانی، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۴۸). برخی دیگر از حقوق‌دانان معتقدند که عامل معمولاً نماینده بازرگان واحد و معینی است و حق انجام معامله برای سایر اشخاص را ندارد، مگر در مواردی که طبق شرایط مقرر بین عامل و آمر چنین اجازه‌ای پیش‌بینی شده باشد. همچنین برخلاف حق‌العمل‌کار، عامل اصولاً از خود سرمایه‌ای دارد و کالا و اجناس را شخصاً خریداری می‌کند و طبق مقررات و شرایط مقرر بین عامل و فروشنده به فروش می‌رساند. برخی دیگر از حقوق‌دانان عاملی را تقریباً نوعی وکالت با اجرت می‌دانند که باید ویژگی تجاری بودن آن در نظر گرفته شود (دمرجیلی و همکاران، ۱۳۸۶، ص ۴۰ و ۴۱) و بعضی او را حق‌العمل‌کار و عده‌ای فروشنده می‌دانند، اما عامل نمی‌تواند حق‌العمل‌کار یا فروشنده باشد؛ زیرا قانونگذار حساب حق‌العمل‌کار را در بند ۳ از عامل جدا کرده است. اگر عامل همان حق‌العمل‌کار بود، ضرورت نداشت قانونگذار یک معنی را با دو واژه بیان کند. از طرف دیگر، عامل نمی‌تواند فروشنده مستقل باشد، چرا که وضع فروشنده در بند ۱ ماده ۲ قانون مذکور پیش‌بینی شده است و عامل با فروشنده که به نام و حساب خود خرید می‌کند و می‌فروشد تفاوت دارد.

آنچه می‌ماند این است که عامل را کسی بدانیم که به نام و به حساب دیگری معامله می‌کند. در قانون فرانسه نیز واژه Agence که در ماده ۶۳۲ به آن اشاره شده و قانونگذار ما آن را «عاملی» ترجمه کرده است همین معنا را می‌دهد. از این‌رو در لایحه جدید برای خاتمه این مباحث از

۱. البته برخی از استادان منحصرکردن مال مورد معامله را به اموال منقول قبول ندارند و معتقدند در حال حاضر در کشورهای پیشرفته از جمله فرانسه خرید و فروش اموال غیرمنقول تجارتي است. در ایران نیز بخش عمده‌ای از اقتصاد، صنعت و تجارت را بخش ساختمان‌سازی، برج‌سازی و ساخت‌وساز تشکیل می‌دهد، درحالی‌که این امر در لایحه جدید تجارت مغفول مانده است (فیضی چکاب در گفت‌وگو با خبرنگار حقوقی خبرگزاری دانشجویان ایران (ایسنا)، ۲۶ خرداد ۱۳۹۳).

واژه «نماینده تجاری» - که در لایحه تجارت ۱۳۸۴ هم آمده بود^۱ - استفاده کرده است که به نظر می رسد باید وی را وکیل تاجر یا تجارت خانه ای تلقی کرد که او را نماینده خود قرار داده است.

۲-۲-۳. فعالیت های مالی و اعتباری

بند چهارم ماده ۱ لایحه به هرنوع فعالیت مالی و اعتباری از قبیل عملیات بانکی و صرافی اشاره دارد و بند ۷ ماده ۲ قانون تجارت از عبارت هر قسم عملیات صرافی و بانکی استفاده کرده است.

در قانون تجارت، از میان خدمات مالی فقط به عملیات بانکی و صرافی و بیمه اشاره شده بود اما در لایحه هر نوع فعالیت مالی و اعتباری تجاری تلقی شده است. غیر از مبحث مربوط به «فعالیت» که توضیح آن آمد، می بینیم هرچند بر اساس بند ب ماده ۳۰ قانون پولی و بانکی، تشخیص عملیات بانکی با شورای پول و اعتبار است، اما طبق قانون عملیات بانکی بدون ربا می توان این موارد را استخراج کرد و آن ها را عملیات بانکی دانست:

افتتاح انواع حساب های قرض الحسنه (جاری و پس انداز) و سپرده های سرمایه گذاری مدت دار و اعطای وام و اعتبار بدون ربا (بندهای ۸ و ۹ ماده ۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا)، قبول و نگهداری امانات طلا و نقره و اشیای گران بها و اوراق بهادار و اسناد رسمی از اشخاص حقیقی و حقوقی و اجاره صندوق امانات و صدور و تأیید و قبول ضمانت نامه های ارزی و ریالی برای مشتریان (بندهای ۱۴ و ۱۵ ماده مذکور)، صدور تأیید و قبول ضمانت نامه ها و ...

و نیز در تبصره ماده ۳ قانون مذکور به صراحت پیش بینی شده است که بانک ها می توانند سپرده های سرمایه گذاری مدت دار را وکالتاً در امور مشارکت، مضاربه، اجاره به شرط تملیک، معاملات اقساطی، مزارعه، مساقات، سرمایه گذاری مستقیم، معاملات سلف و جعاله به کار برند و چون بانک ها آن ها را انجام می دهند، عمل تجاری محسوب می شود. علاوه بر این، عملیات صرافی و عملیات بیمه (که البته لایحه در بند ۵ جداگانه به این اشاره کرده و بیمه های اجتماعی را استثنا کرده است)، سایر فعالیت های مالی و اعتباری تجاری تلقی شده است. بنابراین مواردی همچون بورس که مقررات آن خارج از قانون تجارت پیش بینی شده بود را هم دربر می گیرد.

۲-۲-۴. عملیات بیمه

در بند پنجم ماده ۱ لایحه به «هر نوع عملیات بیمه ای به جز بیمه های اجتماعی» اشاره شده است و در بند ۹ ماده ۲ قانون تجارت عبارت «عملیات بیمه بحری و غیر بحری» آمده است. در ماده ۶۳۲ قانون تجارت فرانسه به این نکته که بیمه عمل تجاری است اشاره نشده است؛ بدین علت که در زمان تصویب این قانون، عملیات بیمه چندان رواج نداشته است. با این حال، رویه قضایی فرانسه در قیاس با مفاد ماده ۶۳۳ قانون تجارت که عمل بیمه بحری را عمل تجاری تلقی کرده، شرکت های بیمه از هرنوع را تجاری محسوب کرده است.

قانون تجارت ایران به صراحت هر نوع عملیات بیمه - اعم از بحری یا غیر بحری - را تجاری تلقی می کند (بند ۹ ماده ۲ قانون تجارت) اما لایحه هرنوع عملیات بیمه ای به جز بیمه های اجتماعی را تجاری دانسته است.

طبق ماده ۱ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶/۰۲/۰۷: بیمه عقدی است که به موجب آن یک طرف تعهد می کند در ازای پرداخت وجه یا جوهی از طرف دیگر در صورت وقوع یا بروز حادثه، خسارت وارده بر او را جبران نموده یا وجه معینی بپردازد. متعهد را «بیمه گر»، طرف تعهد را

۱. بر اساس ماده ۲ لایحه ۱۳۸۴: فعالیت های ذیل ذاتاً تجاری محسوب می شوند:

ت- هرگونه فعالیت معاضدتی و واسطه ای مانند تصدی به عملیات دلالی و تسهیل معاملات منقول یا غیر منقول. همچنین تصدی به هر قسم حق العمل کاری، نمایندگی تجاری و عملیات حراجی.

«بیمه‌گذار»، وجهی را که بیمه‌گذار به بیمه‌گر می‌پردازد «حق بیمه» و آنچه بیمه می‌شود «موضوع بیمه» می‌نامند. هر مؤسسه‌ای که به چنین عملی مبادرت کند، مؤسسه بیمه تلقی می‌شود.

اما این‌که نویسندگان لایحه بیمه‌های اجتماعی را از اعمال تجاری استثنا کرده‌اند جای سؤال دارد؛ آیا این نوع بیمه‌ها ویژگی تجاری بودن و کسب منفعت درشان اعتباری است؟ این‌که چه توجیهی برای این استثنا داشته‌اند مشخص نیست و از آنجا که ضابطه‌ای برای تجاری یا غیرتجاری دانستن اعمال ارائه نشده است، نمی‌توان وارد مباحث مستدل و مستند به مواد شد.

۲-۲-۵. انجام اعمال تجاری روی اسناد تجاری

در خصوص اسناد تجاری، بند هفتم ماده ۱ لایحه به «صدور، ظهنویسی و تضمین چک، سفته و برات و قبول آن‌ها» اشاره کرده است و بند ۸ ماده ۲ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «معاملات برواتی اعم از این‌که بین تاجر یا غیرتاجر باشد».

نویسندگان منظور از معاملات برواتی را اعمال حقوقی دانسته‌اند که روی برات انجام می‌شود و ایجاد و انتقال آن را محقق می‌کند؛ یعنی صدور، قبولی، ظهنویسی و ضمانت. هرچند، بر اساس رأی اصراری شماره ۲۷۸۳-۲۹/۰۹/۱۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، معاملات برواتی به درستی چنین تعریف شده است: «...منظور از معاملات برواتی مذکور در بند ۸ ماده ۲ قانون تجارت، خرید و فروش بروات می‌باشد و معاملات که مورد معامله کالا و اشیایی غیر از برات باشد، اگرچه خریدار به جای وجه نقد برات بدهد، برواتی محسوب نمی‌شود و عنوان آن معاملات اعتبار می‌باشد». از این رو، با توجه به بندهای ماده ۲ و ماده ۳۱۴ قانون تجارت و رأی اصراری شماره ۲۷۸۳-۲۹/۰۹/۱۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور: صدور سفته و چک ذاتاً عمل تجاری محسوب نمی‌شود. اما نویسندگان لایحه صدور، ظهنویسی و تضمین چک، سفته و برات و قبول آن را تجاری دانسته‌اند.

دکتر اسکینی معتقدند، آنچه به اسناد تجاری ماهیت تجاری می‌دهد شکل این اسناد است، نه عملیاتی که اساس ایجاد آن‌ها را تشکیل می‌دهد. اگر روزگاری سفته تجاری و غیرتجاری از یکدیگر جدا می‌شدند به این علت بود که از این سند به منزله وسیله تبدیل پول محل صدور به محل پرداخت استفاده می‌شد، اما در حال حاضر که سفته بدین منظور به کار نمی‌رود، تفکیک سفته تجاری و غیرتجاری بی‌مورد است. این استدلال درباره چک نیز صادق است و به نظر ایشان تفکیک چک هم برحسب این‌که توسط تاجر یا برای امور تجاری استفاده شود یا آن توسط اشخاص غیرتاجر به کار گرفته شود و بر این اساس ویژگی تجاری یا مدنی به خود بگیرد منطقی نیست. زیرا با توجه به این‌که چک سند بانکی است و عمدتاً از سوی بانک‌ها تنظیم می‌شود و به کار می‌رود، باید همچون برات ویژگی تجاری ذاتی پیدا کند (اسکینی، ۱۳۹۲، ص ۶). نویسندگان لایحه نیز به این مطلب جامه عمل پوشانده و تمام این موارد را تجاری تلقی کرده‌اند. درحالی‌که این نظر قابل انتقاد است، چرا که بدین ترتیب موجبات دامنه الزامات تجاری و ورشکستگی به افراد عادی تسری داده شده است.

۲-۲-۶. فعالیت خدماتی

در مقایسه بند ۸ ماده ۱ لایحه «تصدی هر نوع فعالیت خدماتی» و بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت «تصدی به هر نوع تأسیساتی که برای انجام بعضی امور ایجاد می‌شود»، خاطرنشان می‌شود در قانون تجارت غیر از خدمات واسطه‌ای (دلالی، حق العمل کاری، عاملی)، خدمات مالی (بانکی، صرافی، بیمه) و خدمات متفرقه (تصدی به حمل و نقل، تصدی به عملیات حراجی، تصدی به نمایشگاه‌های عمومی)، در بند ۳ ماده ۲ آورده است: تصدی به هر نوع تأسیساتی که برای انجام بعضی امور ایجاد می‌شود.

عبارت «برای انجام بعضی امور» بسیار مبهم و کلی است، هرچند قانونگذار کوشیده است نمونه‌هایی از مصادیق آن را ذکر کند، بدون آن‌که به طور کامل ابهام و کلیت متن را برطرف سازد. این مصادیق عبارت‌اند از تسهیل معاملات ملکی، پیداکردن خدمه یا تهیه و رسانیدن ملزومات. قانونگذار در پایان بند مذکور نیز عبارت کلی «و غیره» را قید کرده است تا تصور حصری بودن مصادیق نشود.

امور خدماتی بسیار متنوع است و ممکن است اداره اموال و تسهیل انعقاد انواع قراردادها میان اشخاص را نیز دربر گیرد؛ و نیز تأسیساتی چون بنگاه‌هایی که به امور تبلیغات تجاری می‌پردازند، بنگاه‌های مسافرتی، بنگاه‌های فروش بلیت برای تئاتر و نمایشگاه‌های عمومی یا بنگاه‌هایی که برای تهیه کنندگان و کارگردانان سینما و تئاتر هنرپیشه پیدا می‌کند. شاید بتوان گفت موارد تسهیل‌کننده امور مشتری در جاهایی که کار فرد نیازمند داشتن دانش و تخصص خاصی است در این بند قرار نمی‌گیرد (مثل وکلای دادگستری یا مشاوران فنی). به نظر می‌رسد نویسندگان لایحه، در راستای ابهام‌زدایی، اقدام به ذکر برخی مصادیق فعالیت‌های خدماتی کرده‌اند، که از چند بعد قابل بررسی است:

اول، تغییری است که در ظاهر عبارت این بند داده‌اند: «تصدی هرنوع فعالیت خدماتی» مشخص نیست حذف «به» در عبارت «تصدی به» سهواً صورت گرفته یا عامدانه و در فرض اخیر مراد چه بوده است.

علاوه‌براین، نبود معیار در این قسم نیز همان مشکلاتی را که در قسم اول اشاره کردیم به‌وجود خواهد آورد. این مسئله از این جهت نیز حائز اهمیت است که گسترش دامنه فعالیت‌های تجاری آنهم در قسم فعالیت‌های خدماتی بدین شکل به مصلحت نیست؛ چرا که افراد با تصدی به این امور تاجر تلقی می‌شوند و آثار سنگین آن (از جمله ورشکستگی) و الزاماتی (چون داشتن دفتر) دامنگیر آنان خواهد شد. به‌ویژه این‌که در حقوق ما حتی محجوران ممیز هم ممکن است تاجر محسوب شوند، چرا که به‌موجب ماده ۸۵ قانون امور حسبی، محجور ممیز می‌تواند با اذن ولی یا قیم خود کار یا پیشه انتخاب کند، و با توجه به این مفهوم گسترده از فعالیت‌های خدماتی (که با توجه به صدر عبارت، جنبه تمثیلی نیز دارند) احتمال قرارگرفتن در این بند بسیار فزونی می‌یابد و این با اصل غیرتجاری بودن اعمال در تعارض است. به‌ویژه که در این میان اعمالی هم که جنبه غیرتجاری دارند به چشم می‌خورد؛ مثلاً مشاوران فنی که کارشان نیازمند داشتن دانش و تخصص خاصی است، طبق مورد ۱۲ آمده در بند ۸ که ارائه خدمات فنی را ذکر کرده است، تجاری محسوب می‌شود یا اداره خبرگزاری‌ها یا بنگاه‌های خبررسانی و مواردی از این دست که به نظر می‌رسد لااقل در کشور ما جنبه تجاریشان غالب نیست.

حمل و نقل کالا یا مسافر از طریق خشکی، آب یا هوا

گرچه تصدی به حمل و نقل دریایی تابع بند ۱۲ ماده ۱ است، همچنان نویسندگان لایحه مثل قانون تجارت حمل و نقل از طریق آب را یک‌بار دیگر هم در بند ۸-۱ آورده‌اند و نویسندگان لایحه با وجود ابهام موجود در واژه تصدی باز از آن استفاده کرده‌اند. این واژه ترجمه اصطلاح فرانسوی enterprise (انترپریز) است و به تشکیلاتی اطلاق می‌شود که با به‌کارگیری تعدادی ابزار عملیات خاصی را انجام می‌دهند. بنابراین تکرار عملیاتی خاص با استفاده از این تشکیلات سازمان‌داده‌شده از عوامل تشخیص این امر است. در نتیجه شوfer و گاریچی و مکاری از هر قبیل و متصدیان حمل و نقل، در صورتی که عایدی سالانه آن‌ها از ۱۲ هزار ریال تجاوز نکند، بر اساس بند ۲ و ۳ آیین‌نامه وزارت دادگستری ناظر به ماده ۱۹ قانون تجارت، کسبه جزء محسوب خواهند شد.

در هر حال می‌بینیم نویسندگان لایحه باز همین واژه را به‌کار برده‌اند. بنابراین باید گفت متصدی حمل و نقل به کاسب یا تاجر اطلاق می‌شود که تنها عمل نمی‌کند و راننده وسیله نقلیه‌ای که با آن عمل حمل و نقل انجام می‌شود نیست. آخرین نکته در این خصوص این‌که در لایحه جدید «حمل و نقل مسافر» هم به‌درستی اضافه شده است و شبهه سابق را که ناشی از ماده ۳۷۷ قانون تجارت بود از میان برداشته است. بر اساس ماده مزبور، متصدی حمل و نقل کسی است که در مقابل اجرت «حمل اشیاء» را به عهده می‌گیرد.

۳. مفهوم تأمین‌کننده در قانون تجارت الکترونیکی

اصطلاح «تأمین‌کننده» از واژگان کلیدی در حقوق تجارت الکترونیکی است. از آنجاکه در فصول مربوط به حمایت از مصرف‌کننده و قواعد تبلیغ از قانون تجارت الکترونیکی بارها و بارها مورد خطاب صریح قانونگذار قرار گرفته است و برای تخلف از تعهدات قانونی وی مسئولیت حقوقی و کیفری پیش‌بینی شده است، ناگزیر از ورود موشکافانه به این مقوله‌ایم. تأمین ریشه عربی دارد و از نظر لغوی به معانی تدارک‌دیدن،

حفظ کردن و امن نمودن (دهخدا، ۱۳۷۷؛ معین، ۱۳۷۱)، امین پنداشتن، اعتماد کردن (دهخدا، ۱۳۷۷؛ فراهیدی، ۱۴۱۰)، امنیت داشتن (عمید، ۱۳۵۸) آمده است.

در اصطلاح حقوقی از این واژه برای توقیف کردن اموال و حفظ ادله استفاده می‌شود. اما در بند «ع» از ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی آمده است: «تأمین‌کننده (Supplier) عبارت از شخصی است که بنا به اهلیت تجاری، صنفی یا حرفه‌ای فعالیت می‌کند». بر اساس بند «م» همین ماده نیز، منظور از شخص (Person) نیز اعم است از شخص حقیقی و حقوقی یا سیستم‌های رایانه‌ای تحت کنترل آنان. با این حال بدیهی است «سیستم‌های رایانه‌ای» به‌عنوان مجموعه‌ای از دستگاه‌های متصل سخت‌افزاری و نرم‌افزاری که از طریق اجرای برنامه‌های پردازش خودکار داده‌پیام عمل می‌کنند، بدون دخالت شخص حقیقی قابلیت ارتکاب جرائم مورد نظر را ندارد و سخن گفتن از اعمال مجازات بر آن نیز بی‌معنی است (حیدری، ۱۳۹۳، ص ۹۹).

همان‌طور که در ادامه به تفصیل شرح داده خواهد شد، می‌بینیم تعریف مندرج در بند «ع» ماده ۲ از «تأمین‌کننده» تعریفی مجمل است و به نظر می‌رسد قصد مقنن صرفاً این بوده است که آن را در مقابل مصرف‌کننده قرار دهد. در قانون تجارت الکترونیکی و آیین‌نامه اجرایی ماده ۴۸ آن از اصطلاح «تأمین‌کننده» استفاده شده است. مطابق آیین‌نامه مزبور، تأمین‌کننده اعم از هر شخص حقیقی و حقوقی است که بنا به اهلیت تجاری، صنفی یا حرفه‌ای فعالیت می‌کند. برای تبیین دقیق معنا و مفهوم اصطلاح تأمین‌کننده نگاهی به مواد مربوطه در قانون تجارت الکترونیکی و تکالیف و الزامات قانونی مربوط به تأمین‌کننده خواهیم داشت. تأمین‌کننده در مواد متعددی از قانون تجارت الکترونیکی به کار رفته است که به بعضی از آن‌ها اشاره خواهد شد. برای مثال، در بند «ف» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی آمده است: «وسایل ارتباط از راه دور عبارت از هر نوع وسیله‌ای است که بدون حضور فیزیکی هم‌زمان "تأمین‌کننده" و مصرف‌کننده جهت فروش کالا و خدمات استفاده می‌شود». بند «ص» ماده مزبور نیز در تعریف عقد از راه دور مقرر می‌دارد: «عقد از راه دور ایجاب و قبول راجع به کالاها و خدمات بین "تأمین‌کننده" و مصرف‌کننده با استفاده از وسایل ارتباط از راه دور است». پر واضح است این دو ماده تأمین‌کننده و مصرف‌کننده را طرفین عقد می‌دانند.

در مواد بعد و در مبحث حمایت از مصرف‌کننده مواد ۳۳، ۳۴، ۳۶، ۳۸، ۳۹، ۴۰، ۴۱، ۴۳^۱، بعضی از تکالیف تأمین‌کنندگان مورد حکم واقع شده است، که برخی ناظر به تعهدات پیش‌قراردادی و برخی در حیطه تعهدات قراردادی جای می‌گیرند. برای نمونه، ماده ۳۴ یکی از تکالیف تأمین‌کنندگان را ارسال اطلاعات می‌داند. طبق این ماده، تأمین‌کننده باید جداگانه، ضمن تأیید اطلاعات مقدماتی، اطلاعات مندرج در بند «الف» تا «د» را ارسال کند.

مراد از اشاره به مواد مزبور تبیین ضرورت ارتباط تأمین‌کننده با مصرف‌کننده بود. تأمین‌کننده‌ای که هیچ‌گاه با مصرف‌کننده ارتباط مستقیم نداشته است چگونه می‌تواند به تکالیف مندرج در مواد مزبور جامه عمل بپوشاند؟ ارسال اطلاعات مندرج در ماده ۳۴، معرفی هویت در برقراری تماس صوتی، عودت وجه و غیره همه و همه تکالیفی است که فقط در صورت بودن چنین ارتباطی قابل اجرا است در غیر این صورت، تکلیف مالایطاقی است که از عهده تأمین‌کنندگان خارج است و به تبع امکان اعمال ضمانت‌اجراهای کیفی پیش‌بینی شده هم وجود نخواهد داشت. در اسناد بین‌المللی معادل‌هایی برای این اصطلاح به کار رفته است. قانون نمونه آنسیترال در خصوص تجارت الکترونیکی^۳ که توسط آنسیترال (کمیسیون حقوق تجارت بین‌المللی سازمان ملل متحد) مورخ ۱۶ دسامبر ۱۹۹۶ تصویب شد. هرچند این قانون جنبه الزام‌آور ندارد، تأثیرگذاری شایان توجهی دارد و تعدادی از کشورها و مؤسسات آن را به منزله قواعد عملی پذیرفته‌اند (زرکلام، ۱۳۹۰، ص ۳۱). از آنجاکه در متن این قانون به تأمین‌کننده و عرضه‌کننده پرداخته نشده، تعریفی از آن نیز نیامده است. شورای اتحادیه اروپا دستورالعمل 93/13/ECC^۴ مورخ ۵

۱. ماده ۴۱: در صورتی که تأمین‌کننده، کالا یا خدمات دیگری غیر از موضوع معامله یا تعهد را برای مخاطب ارسال نماید، کالا و یا خدمات ارجاع داده می‌شود و هزینه ارجاع به عهده تأمین‌کننده است...

۲. ماده ۴۳: تأمین‌کننده نباید سکوت مصرف‌کننده را حمل بر رضایت وی کند.

3. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce.

4. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

آوریل ۱۹۹۳ را با عنوان «شرایط غیر منصفانه در قراردادهای مصرف» تصویب کرد.^۱ این دستورالعمل در قسمت سوم از ماده ۲ مقرر می‌دارد: seller or supplier به معنای هر شخص حقیقی یا حقوقی است که در قراردادهای تحت پوشش این دستورالعمل، برای مقاصد مربوط به تجارت، شغل یا حرفه خود، تحت مالکیت بخش دولتی باشد یا خصوصی عمل می‌کند.^۲ در ماده ۱ نیز صراحتاً طرفین قراردادهای منعقد شده را از یک سو seller or supplier و از سوی دیگر مصرف‌کننده عنوان کرده است^۳ که خود نشان‌دهنده رابطه مستقیم میان دو طرف عقد است. شایان ذکر است در هر جای دستورالعمل که از اصطلاح فروشنده (seller) استفاده شده بلافاصله عبارت or supplier درج شده است^۴ و به‌طور یکسان مورد خطاب قرار گرفته‌اند و تعهدات یکسانی بر آن‌ها بار شده است.

با عنایت به جایگاه تأمین‌کننده در قانون تجارت الکترونیکی و نیز تعهدات و تکالیف بارشده بر تأمین‌کننده مشخص است، برخلاف آنچه در عرف و قراردادهای تخصصی این حوزه رایج است، منظور از تأمین‌کننده اشخاص حقیقی یا حقوقی نیستند که مبادرت به تأمین کالا یا پرکردن موجودی انبار عرضه‌کننده می‌کنند بلکه همان‌طور که گذشت، تأمین‌کننده مدنظر قانون تجارت الکترونیکی ظاهراً همان تاجر است که تعهدات مشخصی در قبال مصرف‌کننده دارد و در صورت نقض تعهدات هم اوست که مسئولیت حقوقی و کیفری خواهد داشت (اعتماد، ۱۳۹۸، ص ۳۳ و ۳۴).

نتیجه‌گیری

با عضویت ۱۴۶ کشور جهان در سازمان تجارت جهانی و حرکت جهان تجارت به سوی جهانی‌شدن، کشورها می‌کوشند تا قوانین داخلی خود را در جهت انطباق با قوانین بین‌المللی تدوین کنند. از آنجاکه چشم‌انداز تجاری جمهوری اسلامی ایران پیوستن به این سازمان مهم بین‌المللی است، از هم‌اکنون باید در همگن‌ساختن قانون تجارت کشور با قوانین سازمان تجارت جهانی و سایر قوانین بین‌المللی تلاش کرد، چرا که به علت تفکیک‌ناپذیری آن‌ها نمی‌توان قانون تجارتی تدوین کرد که در تناقض با قوانین سازمان‌هایی باشد که در صدد پیوستن به آن‌ها بوده‌ایم (بر اساس سند چشم‌انداز ۱۴۰۴) یا هم‌اکنون عضو آن‌ها هستیم. بنابراین، بینش حاکم بر تدوین قانون تجارت داخلی کشور باید منطبق و هماهنگ با فلسفه و بینش حاکم بر سازمان تجارت جهانی و سایر سازمان‌های بین‌المللی باشد و قانونگذار باید با توجه به آنچه گذشته است اصلاحات بعدی را انجام دهد.

با مقایسه ماده ۱ و ۲ قانون تجارت فعلی با ماده ۱ لایحه ایجاد تغییرات اساسی مدنظر دفتر مطالعات اقتصادی معاونت برنامه‌ریزی و اقتصادی وزارت بازرگانی مشاهده نمی‌شود و نمی‌توان آن را بخشی از نقطه قوت و نوآوری‌های این اصلاحیه برشمرد. همچنین، در بخشی از معرفی مشاغل که به‌واسطه آن شخص تاجر شناخته می‌شود، گاه به کلی‌گویی و گاه به جزئی‌ترین مصادیق تجارت پرداخته شده است. به‌کاربردن واژگان مبهم، آوردن تکرارهای بی‌موردی که در قانون تجارت به اشتباه به‌کار رفته بود، تغییر ندادن عبارات ضعیف و حذف نکردن زواید، بی‌پاسخ گذاشتن بسیاری از ابهاماتی که طی این سال‌ها وجود داشته است و بارها درباره آن صحبت می‌شد و سایر موارد ریز و درشتی که به آن‌ها اشاره شد، همه و همه از ایراداتی است که می‌توان به این لایحه وارد دانست. هرچند نکات مثبتی نیز دارد، اما در ارزیابی کلی و با توجه به رفع نکردن بسیاری از ایرادات سابق و بلکه ایجادکردن ابهامات و ایرادات جدید، هیچ ترجیحی بر قانون تجارت (با همه ایراداتش) ندارد، درحالی‌که انتظار می‌رفت پس از سالیان سال تحقیق و بررسی و ارائه مقالات متعدد در خصوص مواد قانون تجارت و آشکارشدن نکات مثبت و

۱. بر اساس دستورالعمل مزبور، دولت‌های عضو مکلف شدند به‌منظور مقابله با شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف، قوانین لازم را به تصویب برسانند. در ایران، پس از سال‌ها انتظار، بالاخره قانون موسوم به «حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان» در مهر ماه ۱۳۸۸ به تصویب رسید (امینی و همکاران، ۱۳۹۱، ص ۱۷۴).

2. 'seller or supplier' means any natural or legal person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes relating to his trade, business or profession, whether publicly owned or privately owned.

3. "... contracts concluded between a seller or supplier and a consumer".

۴. ر. ک به مواد ۱، ۲، ۳، ۴، ۶، ۷ از دستورالعمل اشاره‌شده.

منفی و خلأهای آن، قانون جدید یک گام به جلو بر می داشت. بنابراین، به نظر می رسد تصویب لایحه با این وضعیت به صلاح نبوده است و «اصلاح» قانون بر «تغییر» آن ارجحیت خواهد داشت.

اصطلاح تأمین کننده در حقوق ایران برگردان و ترجمه ای از supplier است که در قوانین اروپایی و دستورالعمل های اتحادیه اروپا آمده است. در مصوبات مزبور، انتخاب واژه با رعایت الزامات عرفی، تجاری و قراردادی انجام شده است. معادل مناسب که نه تنها با مفاد پیش بینی شده در قانون، که با عرف و قراردادهای موجود در این عرصه هم خوانی دارد، اصطلاح «عرضه کننده» است.

منابع

- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۰). حقوق تجارت (ج ۱). تهران: سمت، چاپ ششم.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۲). حقوق تجارت: برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک. تهران: سمت، چاپ هجدهم.
- اعتماد، سیده مریم (۱۳۹۸). اصول حقوقی حاکم بر تبلیغات بازرگانی در فضای سایبر با مطالعه تطبیقی در دستورالعمل های اتحادیه اروپا. رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم و تحقیقات تهران.
- اعظمی زنگنه، عبدالحمید (۱۳۵۱). حقوق بازرگانی. تهران: بی جا، چاپ چهارم.
- امینی، منصور، عابدیان، میرحسین و کرمی، سکینه (۱۳۹۱). نحوه مقابله نظام های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان در ایران. تحقیقات حقوقی، ۵(۵۹).
- جعفری، امین (۱۳۹۳). وضعیت نظام حاکمیت شرکتی در حقوق ایران و ضرورت بازنگری لایحه قانون تجارت جدید. پژوهش های حقوقی، ۱۳(۲۶)، ۱۹۷-۲۰۴.
- حیدری، علی مراد (۱۳۹۳). نقد سیاست کیفی تقنینی در قبال جرائم علیه حقوق مصرف کننده در تجارت الکترونیکی. مجلس و راهبرد، ۲۱(۷۹)، ۹۵-۱۲۲.
- دمرچیلی، محمد، حاتمی، علی و قرانی، محسن (۱۳۸۶). قانون تجارت در نظم حقوق کنونی. تهران: میثاق عدالت، چاپ ششم.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷). لغت نامه دهخدا. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- زرکلام، ستار (ترجمه و تحقیق) (۱۳۹۰). حقوق تجارت الکترونیک. زویه لینان دو بلفوند. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهردانش.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۷۴). حقوق تجارت (ج ۱). تهران: نشر دادگستر.
- سرخوش، موسی علی (۱۳۹۳). تجار و معاملات تجاری با نگرشی بر لایحه جدید قانون تجارت. پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی. دانشکده حقوق. دانشگاه آزاد اسلامی، واحد کرمانشاه.
- عرفانی، محمود (۱۳۹۶). حقوق تجارت به زبان ساده. تهران: میزان.
- عمید، حسن (۱۳۵۸). فرهنگ فارسی عمید. تهران: امیرکبیر.
- فراهیدی، خلیل بن احمد محقق (۱۴۱۰). العین (ج ۲ و ۴). قم: منشورات الهجره.
- فیضی چکاب، غلام نبی (۱۳۹۳). ایرادات جدی یک مدرس حقوق تجارت به لایحه ای در شرف تصویب.

<http://www.isna.ir/fa/news/93032613857>

- کاتبی، حسینقلی (۱۳۶۴). حقوق تجارت. تهران: انتشارات فرزنان، چاپ دوم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). اموال و مالکیت. تهران: انتشارات میزان، چاپ دهم.

معین، محمد (۱۳۷۱). فرهنگ معین. تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر.

نوری، محمدعلی و نخجویی، رضا (۱۳۹۰) حقوق تجارت الکترونیکی. تهران: گنج دانش، چاپ دوم.

نعیم وفا، سجاد و اعتماد، سیده مریم (۱۴۰۰ الف). مجموعه قوانین و مقررات کاربردی تجارت الکترونیک و کسب و کارهای اینترنتی. تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش.

نعیم وفا، سجاد و اعتماد، سیده مریم (۱۴۰۰ ب). بررسی نظام حقوقی حاکم بر صدور مجوز برای کسب و کارهای اینترنتی در ایران. حقوق فناوری‌های نوین، ۲(۲)، ۲۲۱-۲۴۶.

وزارت بازرگانی، معاونت برنامه‌ریزی و امور اقتصادی، دفتر مطالعات اقتصادی (۱۳۸۴). لایحه اصلاح قانون تجارت - فرایند و اصول تدوین و نوآوری‌ها.

Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce.

