

پیشگفتار

کتابی که پیش روی خوانندگان است پنجمین مجلد از «دوره حقوق تجارت» است که وعده تدوین آن را در پیشگفتار اولین مجلد چاپ شده دوره مزبور داده بودیم. در مجلد حاضر، مباحث کلی حقوق تجارت، یعنی تاریخچه، منابع، جایگاه و قلمرو حقوق تجارت مورد بررسی قرار گرفته است، که در برنامه درسی دانشکده‌های حقوق تحت عنوان «حقوق تجارت ۱» تدریس می‌شود.

بدین ترتیب، پنج جلد کتاب چاپ شده کل واحدهای درس حقوق تجارت در مقطع کارشناسی را شامل می‌شود، هرچند مطالب نوشته شده در مقاطع بالاتر نیز قابل استفاده است.

چاپ این جلد از کتاب نیز، مانند جلدهای دیگر، به همت مؤسسه «سمت» صورت می‌گیرد که خدماتش در انتشار کتب معتبر دانشگاهی معلوم همگان است. در اینجا لازم می‌دانم از مسئولان محترم مؤسسه قدردانی و از سرکار خانم اعظم حاجی‌علی‌اکبری که در ویرایش کتاب کوشش بی‌شائبه کرده‌اند، تشکر کنم.

ربیعا اسکینی

تابستان ۱۳۷۸

مقدمه

در آغاز کتابی که موضوعش بررسی حقوق تجارت است، طرح این سؤال که «حقوق تجارت چیست؟» ضرورت دارد. به این سؤال ساده می‌توان پاسخی ساده داد: از بررسی باب اول قانون تجارت ایران (مصوب ۱۳۱۱/۲/۱۳) می‌توان به این نکته پی برد که «حقوق تجارت حقوق اعمال تجاری و تجار است»؛ یعنی قانون‌گذار یک سلسله اعمال را به‌عنوان اعمال تجاری معرفی کرده (ماده ۲ ق.ت)، بیان می‌کند که هر کس این اعمال را شغل خود قرار دهد تاجر است (ماده ۱ ق.ت) و هر کس تاجر شد، همه اعمال حقوقی‌اش تجاری است (ماده ۳ ق.ت)، به‌جز اعمالی که برای امور تجاری نباشند (مواد ۳ و ۴ ق.ت)؛ البته، تحول حقوق تجارت قانون‌گذار ایران را واداشته که قبول کند بعضی اشخاص، حتی با آنکه عمل تجاری انجام نمی‌دهند، تاجر تلقی شوند؛ در واقع ماده ۲ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (مصوب ۱۳۴۷/۱۲/۲۴) مقرر می‌کند؛ «شرکت سهامی شرکت بازرگانی محسوب می‌شود، ولو اینکه موضوع عملیات آن امور بازرگانی نباشد»؛ اما این گفته که به معنی این است که لازم نیست شخص حقوقی برای تاجر تلقی شدن به اعمال تجاری مندرج در ماده ۲ قانون تجارت مبادرت کند، مانع از آن نیست که در شرایط فعلی قانون‌گذاری ایران تعریفی که از حقوق تجارت کردیم، هنوز هم مصداق داشته باشد. اما اگر تعریف حقوق تجارت به این سادگی است، شناخت قواعد حاکم بر آن به بررسی دقیق نیاز دارد. این بررسی مانند بررسی قواعد مربوط به هر شعبه از حقوق (مثل حقوق مدنی) مستلزم طرح یک سلسله مسائل مقدماتی است که درک قواعد آن را آسان‌تر می‌کند. این مسائل عبارت‌اند از تاریخچه حقوق تجارت، منابع

حقوق تجارت، و جایگاه حقوق تجارت در نظام حقوقی ایران که به ترتیب در بخشهای اول تا سوم این مقدمه به آنها می‌پردازیم. در بخش پایانی مقدمه نیز به موضوعات حقوق تجارت و تقسیم‌بندی کتاب خواهیم پرداخت. پیش از آغاز این مباحث لازم است این نکته را ذکر کنیم که لفظ «تجارت» در علم حقوق مفهوم وسیع‌تری از همین لفظ در علم اقتصاد دارد؛ یعنی هم شامل اعمالی می‌شود که از نظر علم اقتصاد جنبه تجارتي دارند (مانند خرید و فروش کالای ساخته‌شده)، هم شامل اعمالی است که جنبه تولیدی دارند (صنعت) و هم شامل اعمالی که خدماتی هستند؛ به عبارت دیگر، حقوق تجارت هم حقوق تجارت است (به معنی معمول کلمه)، هم حقوق صنعت و هم تا حد زیادی حقوق خدمات.

بخش اول: تاریخچه حقوق تجارت

بعضی مؤلفان فرانسوی گفته‌اند: «حقوق تجارت ثمره تاریخ است»^۱؛ پس درک مقررات آن مستلزم بررسی تاریخ آن است.

حقوق تجارت ایران سابقه‌ای طولانی ندارد، اما از تجربه‌های طولانی کشورهای دیگر بهره فراوان برده و تا حد بسیاری از آنها تأثیر پذیرفته است. نتیجه این وضع ارتباط تنگاتنگ حقوق تجارت ما با حقوق تجارت کشورهای دیگر است و بنابراین، بررسی تاریخ حقوق تجارت این کشورها امری منطقی است. تبعیت از این فکر ما را بر آن می‌دارد که ابتدا به بررسی تاریخ حقوق تجارت در کشورهای بیگانه و سپس به تاریخچه حقوق تجارت ایران پردازیم.

مبحث اول: تاریخ بین‌المللی حقوق تجارت

الف) دوره باستان

حقوق تجارت بی‌شک از زمانی آغاز می‌شود که تجارت پا به عرصه حیات می‌گذارد؛^۲ اما آنچه آغاز تمدن بازرگانی تلقی می‌شود به زمانی حدود دو هزار سال

1. Houin, Roger et Michel Pédamon (1990), *Droit Commercial*, n°. 1.

2. Dekeuwer-Défossez, Françoise (1922), *Droit Commercial*, n°. II.

پیش از میلاد مسیح برمی‌گردد. اولین اسنادی که در خصوص روابط بازرگانی به ما رسیده‌اند عبارت‌اند از «الواح وارکا»^۱ (حدود سال ۲۰۰۰ ق.م) و «گد» حمورابی، پادشاه بابل (حدود ۱۷۰۰ ق.م). بررسی این اسناد نشان می‌دهد که در آن زمان، جامعه تجاری، که اکثریت یک جامعه را تشکیل می‌داده،^۲ با حقوق بانکی و حقوق راجع به شرکتها، در حد ابتدایی آشنا بوده است و با مسافرت تجار منطقه بین‌النهرین به مناطق ساحلی دریای مدیترانه این حقوق بدانجا راه پیدا کرده است؛ مناطقی که بیشتر واضح حقوق دریایی بوده‌اند.^۳

برعکس، در مصر به سبب اهمیت ویژه امور کشاورزی تجارت رونق چندانی نداشته است و در نتیجه حقوق راجع به آن نیز فقیر است؛ البته، برخلاف آنچه اغلب گفته می‌شود، مصریان چندان هم نسبت به امور تجاری بی‌اعتنا نبوده‌اند؛ بدین دلیل که خط پیچیده مصری به علت استفاده در ارتباطات تجاری ساده شد؛^۴ اما این نکته قابل قبول است که هیچ اثری از قواعد تجاری مورد اعمال در مصر باستان وجود ندارد.

از تمدن تجاری فینیقیها نیز، به جز «قاعده رودس»^۵، که منسوب به جزیره «رودس» مستعمره فینیقیهاست و هنوز هم در تجارت بحری معمول است، اثری وجود ندارد. به موجب این قاعده، هرگاه برای نجات کشتی حادثه‌دیده‌ای لازم باشد قسمتی از اموال بارشده در آن به دریا ریخته شود، صاحب کالایی که به دریا ریخته می‌شود حق مطالبه خسارات ناشی از پرتاب اموال خود به دریا را از دیگر صاحبان کالا به تناسب خواهد داشت. این قاعده امروز به «خسارت یا آواری مشترک»^۶ معروف است که قانون‌گذار ایران در ماده ۱۸۵ قانون دریایی (مصوب شهریور ۱۳۴۳)

۱. Tablettes de Warka: الواحی که در شهر وارکا، از شهرهای کلده، پیدا شده است.

۲. برای ملاحظه طرز عمل بابلیها در خصوص قراردادهای تجاری رجوع کنید به: صالح، علی پاشا (۱۳۶۸)، مباحثی از تاریخ حقوق، ص ۱۰۹.

3. Ripert, Georges et René Roblet (1991), *Traité de droit commercial*, t. 1, n°. 17.

4. Dekeuwer-Défossez (1992), n°. II.

5. Lex Rhodia de Jactus

6. Avarie Commune

به آن اشاره کرده است.^۱ با وجود این، حدس زده می‌شود که بسیاری از قواعد حقوق تجارت که از طریق حقوق یونان و روم به غرب رسیده است، به طور ناشناس از حقوق فینیقیها بازمانده است.^۲

با آنکه یونانیان باستان در تجارت ید طولایی داشته‌اند، به حقوق راجع به آن کمتر پرداخته‌اند. برعکس، آنچه در تمدن یونان جلب توجه می‌کند پرداختن به حقوق اساسی و سیاست است. با این حال، نقش آنان در ایجاد قواعد تجاری اندک نیست: اولاً، تثبیت و توسعه قاعده «رودس» کار یونانیان است؛ ثانیاً، وام موسوم به «وام دریایی یونانی» را آنان وضع کردند که بعدها در قرون وسطی در اروپا از آن استفاده شد؛^۳ ثالثاً، چون شهرهای یونان قدیم به صورت نسبتاً مستقل اداره می‌شد و هر یک مقررات سیاسی و مدنی خاصی داشت، بازرگانانی که از محل‌های دیگر به این شهرها می‌آمدند و در آنجا سکونت می‌کردند، مجبور بودند حقوق بازرگانی خاص خود را با مقررات شهرها تلفیق کرده، دادگاههای اختصاصی تجار را ایجاد کنند که بازرگانان قرون وسطی به تقلید از آنها دادگاههای بازارهای مکاره را برگزار کردند؛ این دادگاهها اسلاف دادگاههای تجارت امروز فرانسه‌اند.^۴

در نهایت باید از حقوق روم صحبت شود که در عین غنای مقرراتش در خصوص اموال و تعهدات، که حقوق فرانسه از آن بهره فراوان برده است، حقوق تجارت مستقلی ندارد. در واقع، در حالی که در آن زمان طبقات اجتماعی خاصی تحت عنوان «تاجران پول» (بانکداران) و «تاجران کالا» (بازرگانان صادرکننده و واردکننده کالا) وجود داشتند، حقوق تجارت از حقوق مدنی جدا نبود، چه از حیث

۱. روزنامه رسمی، شماره ۵۸۷۶، ۱۳۴۳/۲/۶ (مجموعه قوانین سال ۱۳۴۳، ص ۴۹۸).

2. Champaud, Claude (1981), *Le droit des affaires, Que sais-je?*, p. 7.

۳. قرارداد وام دریایی چنین بوده است که وام‌دهنده به صاحب کشتی پول می‌داده که کالایی از خارج بخرد و حمل نماید. اگر کشتی سالم باز می‌گشت، وام‌دهنده علاوه بر اصل وام درصدی نیز دریافت می‌کرد. هرگاه کشتی غرق می‌شد، وام‌دهنده حقی نسبت به اعاده سرمایه خود نداشت. این قرارداد در عین حال هم جنبه وام داشت و هم بیمه. گفته می‌شود که قرارداد بیمه از همین قرارداد به وجود آمده است.

4. Ripert et Roblot (1991), t. 1, n°. 20.

ماهیت و چه از حیث صلاحیت دادگاهها و تشریفات رسیدگی قضایی.^۱ با این حال، بعضی از قواعد امروزی حقوق تجارت در حقوق روم ریشه دارد؛ از جمله قاعده‌ای که به موجب آن اعمال خدمه و کارگران تاجر به حساب خود تاجر گذاشته می‌شود و بند ۳ ماده ۳ قانون تجارت ایران نیز به آن اشاره دارد.^۲ در حقوق ورشکستگی نیز آثاری از حقوق روم دیده می‌شود که مهم‌تر از همه قاعده تقسیم به نسبت اموال تاجر بین طلبکاران است؛ اما نمی‌توان گفت که بین قواعد حقوق تجارت و حقوق روم ارتباط خاصی وجود دارد.^۳

از اواخر تمدن روم زندگی تجاری و مبادلات رو به افول می‌گذارد و حقوق تجارت تضعیف می‌شود. از آن زمان باید حدود هزار سال صبر کرد تا دوباره تجارت و حقوق تجارت حیات دوباره یابد. آغاز قرون وسطی آغاز ظهور دوباره حقوق تجارت است.

ب) قرون وسطی

این دوره از حقوق تجارت از قرن یازدهم میلادی شروع می‌شود و تا قرن پانزدهم ادامه می‌یابد. این دوره، دوره شکوفایی تجارت است و می‌توان گفت دوره توسعه حقوق تجارت و بین‌المللی شدن آن نیز هست.^۴ سه عامل در ایجاد این وضع مؤثر افتاده‌اند:

۱. عامل سیاسی. رونق تمایل به مصرف در میان مردمی که در حوزه حکومتی

1. Dekeuwer-Défossez (1992), n°. IV.

۲. شهروندان رومی، تجارت را پست می‌شمردند، اما چون نمی‌توانستند از مزایای مادی آن بگذرند غلامان و بردگان را در محل تجاری که برقرار می‌کردند به کار تجارت وا می‌داشتند. برای آنکه اربابان نتوانند از زیر بار تعهدات غلامان و بردگان خود شانه خالی کنند، این قاعده در روم وضع شد که به موجب آن معاملات اینان به حساب اربابان گذاشته می‌شد. هنوز هم بند ۳ ماده ۳ قانون تجارت ما مقرر می‌کند که «کلیه معاملاتی که اجزا یا خدمه یا شاگرد تاجر برای امور تجاری ارباب خود می‌کند» تجاری است، یعنی به حساب تاجر گذاشته می‌شود.

3. Ripert et Roblot (1991), t. 1, n°. 18.

۴. شاپیرا، ژان (۱۳۷۱)، *حقوق بین‌الملل بازرگانی*، ص ۷ به بعد.

روم قرن‌ها در جنگ و خونریزی بودند و طعم صلح را می‌چشیدند، بازرگانان اروپا را ترغیب می‌کرد که در جستجوی کالاهای مصرفی مقبول صاحبان ثروت و مکننت، برای آوردن ابریشم، فرش و ادویه از فلاندر و یا پارچه از شامپانی و از حوالی شهرهای ایتالیا به این مناطق سفر کنند. در این سفرها، که از غرب به شرق یا شمال اروپا انجام می‌گرفت، بازرگانان که به سبب خطرهای راه به صورت گروهی مسافرت می‌کردند، در بین راه در شهرهای مختلف توقف کرده بازارهای موقت و به اصطلاح «بازارهای مکاره» تشکیل می‌دادند. پادشاه و حکام محلی، در جستجوی سود بردن از این رونق معاملات، در این بازارها حضور داشتند، خواه به‌عنوان مشتری، خواه به‌عنوان صاحب‌منصب حکومتی و برای اخذ مالیات و خواه به‌عنوان مقام قضایی و برای حل اختلافات تجار از طریق دادگاههایی که صاحب‌منصبان موسوم به «کنسول»^۱ در آنها عضویت داشتند.

وجود رابطه تنگاتنگ بین تجار و حکام در اروپای قرون وسطی، حکام را بر آن می‌داشت که در مقابل محدودیتهایی که کلیسا برای بازرگانی به وجود آورده بود، از تجار دفاع کنند و به‌ویژه در منطقه‌ای به نام «المباردی» در شمال ایتالیا، اعمال بهره را برخلاف نظر کلیسا، مجاز و نیز غیرقابل تعقیب اعلام نمایند؛ البته، این وضع قابل توجیه است؛ زیرا مقامات این منطقه و بعضی از مناطق دیگر خود از تجار بودند.^۲

۲. عامل مذهبی. توسعه و شکوفایی تجارت کلیسا را بر آن داشت که نظریات

خود را در مورد فعالیت تجاری و به‌ویژه در مورد بهره متحول کند:

اول اینکه مطالبه بهره، که کلیسا با آن به شدت مخالفت می‌ورزید و به همین سبب، فقط یهودیان و کسانی که تحت اقتدار کلیسا نبودند، به آن متوسل می‌شدند

۱. لفظ «کنسول» (Consulaires) از همین زمان به‌عنوان صفت دادگاههای تجاری باقی مانده است. در فرانسه، امروزه هم به دادگاههای تجارت، دادگاههای کنسولر گفته می‌شود. کنسولها (Consuls) در عین حال قاضی حکومتی و قاضی دادگاههایی بودند که به مناسبت بازارهای مکاره در شهرها تشکیل می‌شد.

۲. در همین دوره است که شهر ونیز، با ۳۲۰۰ کشتی بزرگ، «جمهوری کسبه» نام می‌گیرد.

در مورد برات، در فرض زیر مورد قبول قرار گرفت: برات که بنا بر قولی اختراع بازارهای مکاره است^۱، نوشته‌ای است که با استفاده از آن طلبکار می‌تواند به بدهکارش دستور دهد مبلغ معینی را به شخص ثالثی (دارنده برات) پرداخت کند.^۲ بنا به تصمیم کلیسا، طلبکار و بدهکار نباید در یک محل باشند و به همین علت از برات به عنوان وسیله‌ای برای پرداخت از محلی به محل دیگر و در اغلب موارد برای تبدیل پول (محلی) به پول دیگر استفاده می‌شد. کلیسا، در این فرض خاص، اخذ بهره از جانب طلبکار برات را، به عنوان کارمزد «تبدیل» و جبران زحمت راه مجاز تلقی می‌کرد که خود تحول بزرگی در حقوق تجارت و تقویت اعتبار ایجاد کرد.

دوم اینکه کلیسا گرفتن سود را در فرضی که شخصی به شخص دیگر پول می‌داد که با آن فعالیت تجاری کند و حاصل فعالیت را با او تقسیم نماید، پذیرفت. این قرارداد که موسوم به قرارداد «کوماندا» بود به اشراف اجازه می‌داد پول خود را به بازرگانان بدهند تا با آن معامله کنند، بدون اینکه مشمول مقررات سخت کلیسا در خصوص بهره پول شوند. قرارداد مذکور، مادر یک تأسیس حقوق تجارت است که به «شرکت مختلط غیرسهامی» موسوم است، که خود مادر شرکت دیگری موسوم به «شرکت با مسئولیت محدود» است.

۳. عامل صنفی. این دوره از تاریخ تجارت در اروپا با ایجاد اصناف تجاری همراه است؛ با این توضیح که بازرگانان و پیشه‌وران و صنعتگران در گروه‌های صنفی مربوط به شغل خود جمع شده و هر کدام مقررات حرفه‌ای خاصی وضع کرده بودند؛ برای مثال ساخت و فروش هر کالا تابع مقررات ویژه‌ای بود و به‌ویژه هر صنفی از امتیازات خود در مقابل اشخاص غیرعضو و نیز در مقابل گروه‌های مشابه دفاع می‌کرد. اصناف تحت نظارت و کنترل حاکم محلی و در پاریس تحت نظارت شخص شاه بودند.^۳

1. Ripert et Roblot (1991), t. 1, n°. 1915.

۲. برای صحت برات لازم نیست دستور گیرنده (براتگیر) بدهکار باشد، ولی در اغلب موارد برات‌دهنده برات را روی بدهکار خود صادر می‌کند.

3. *Ibid*, n°. 24.

سیستم صنفی امتیازات خاص خود را داشت؛ از جمله تربیت حرفه‌ای جوانان، دفاع از تجار، نمایندگی تجار نزد مقامات دولتی محلی یا شاه، و رسیدگی به وضعیت اقتصادی و اجتماعی اعضاء؛ اما در عین حال، صنف‌گرایی عامل اصلی افزایش قیمت‌ها، عدم رشد تکنیک و یا طرد کسانی بود که داخل در جمع نبودند.^۱ به نظر می‌رسد این اوضاع و احوال هنوز هم در جهان تجارت پابرجاست و در همه جا تجار و مقامات دولتی در مقاطع زمانی مختلف رو در روی هم قرار دارند.

به هر حال، قرون وسطی، با توجه به عوامل یادشده، دوره ایجاد بسیاری از تأسیسات حقوقی است که امروز هم در حقوق تجارت موجودند: شرکت مختلط غیرسهامی، که گفتیم مادر شرکت با مسئولیت محدود است، قرارداد بیمه کالا در مقابل خطرهای دریایی، مقررات صنفی راجع به خرید و فروش کالاهای مختلف، برات که ابتدا به صورت وسیله تبدیل پولی به پول دیگر به کار گرفته می‌شود و بعداً وسیله پرداخت می‌گردد، تأسیس حقوقی ورشکستگی و مانند اینها. این تأسیسات در شرایطی ایجاد می‌شوند که بازرگانان در مقابل دولتهای حاکم از آزادی نسبی برخوردارند؛ به نحوی که آنچه از آن به «حقوق تجار» تعبیر می‌شود در قرون سیزدهم و چهاردهم به عالی‌ترین مرتبه خود می‌رسد.

از این تاریخ به بعد و به خصوص از قرن شانزدهم به این طرف، حقوق تجار سیر نزولی می‌پیماید^۲ و دوره‌ای آغاز می‌شود که می‌توان آن را عصر ملی شدن حقوق تجارت و دخالت دولتها در تدوین این حقوق نامید. این عصر تا آغاز قرن اخیر، که میل کشورها به بین‌المللی کردن قواعد حقوق تجارت دوباره نرج می‌گیرد، ادامه می‌یابد.

ج) دوره جدید

دوره جدید از قرن پانزدهم میلادی آغاز می‌شود. مؤلفان متقدم در خصوص حقوق

1. Dekeuwer-Défossez (1992), n°. IVIII.

۲. شاپیرا (۱۳۷۱)، ص ۱۰ به بعد.

تجارت این دوره گاه به تفصیل سخن گفته‌اند^۱ که تکرار این گفته‌ها ضرورت ندارد. به طور خلاصه می‌توان گفت حقوق تجارت عصر جدید با حقوق تجارت قرون وسطی متفاوت است. در این دوره حقوق تجارت، که حاصل آزادی عمل تجار در قرون وسطی است و بر اساس نیاز فعالان تجاری شکل گرفته است، دولتی می‌شود. نتیجه دولتی شدن حقوق تجارت نیز از بین رفتن خصیصه بین‌المللی آن است و دخالت دولتها در تکوین قواعد تجاری جایی برای تحول آزاد حقوق تجارت در یک فضای بدون مرز باقی نمی‌گذارد.

در این دوره، در انگلستان حقوق تجارت استقلال وجودی خود را از دست داده، در «کامن لاء» حل می‌شود. در فرانسه، حقوق تجارت ساخته و پرداخته تجار، به طور حساب‌شده، تحت نظم ساخته و پرداخته سلطان قرار می‌گیرد.

مطالعه تحول حقوق تجارت اروپا در این دوره از حوصله این کتاب خارج است بنابراین به آن نمی‌پردازیم. به عکس، چون قانون تجارت ۱۸۰۷ فرانسه، که مبنای حقوق تجارت ایران است، در تحولات حقوق فرانسه در دوره جدید ریشه دارد بررسی چگونگی تدوین آن از نظر تاریخی بی‌فایده نخواهد بود.

قانون تجارت ۱۸۰۷ فرانسه، نتیجه سالهای مدید کوشش دولتهای فرانسه در جهت تحت قانون در آوردن عرف و عادات تجاری است که اتفاقاً، مورد تقاضای تجار نیز بوده است. مهم‌ترین حادثه تاریخی در این دوره فرمان مورخ ۱۵۶۳ شارل نهم است که به ایجاد دادگاههای تجاری انجامید. حادثه مهم دیگر، دستور «گُلبِر» - دولتمرد بنام فرانسه - در سال ۱۶۷۳ به شخصی به نام «ساواری» - تاجر پاریسی - است، مبنی بر اینکه رسوم و عادات تجار را به صورت «گُلد» (مجموعه قانون) جمع‌آوری کند. ساواری گُدی تحت عنوان «فرمان برای تجارت تجار و کسبه»^۲ تدوین می‌کند که به «فرمان راجع به تجارت زمینی و یا «گُلد ساواری» نیز معروف است. ساواری، بعدها توضیحاتی درباره گُد خود می‌نویسد و آن را با عنوان، «تاجر کامل»^۳ منتشر می‌کند.

۱. ر.ک.: صقری، منصور [بی‌تا]، حقوق تجارت، ص ۳۱.

2. Édité pour le commerce des marchandises en gros et en détail.

3. Le parfait négociant.

اهمیت گد ساواری در این است که برای اولین بار قواعد تجاری در مجموعه‌ای واحد جمع‌آوری گردید. در سال ۱۶۸۱ نیز فرمان دیگری در مورد تجارت دریایی انتشار یافت؛ اما این فرمان و مجموعه قواعد دیگر علاوه بر اینکه کامل نبودند (و برای مثال در خصوص فعالیت‌های بانکها هیچ قاعده‌ای در آنها دیده نمی‌شد)، عیب عمده‌ای داشتند و آن اینکه با هدف تعقیب و جلوگیری از تقلب تجار، فعالیت تجاری را بیشتر مقید کردند؛ در حالی که باید وسایل شکوفایی آن را فراهم می‌نمودند.^۱ این تفکر، با آنکه بعدها برای آزادسازی و هدایت و نظارت بر اقتصاد و تجارت کوشش‌های فراوانی به عمل آمد، همیشه در قانون‌گذاری تجاری فرانسه اثر داشته و خواهد داشت.^۲ تفکر مسیحیت کاتولیک نیز که برخلاف تفکر پروتستان، به منفعت و دارا شدن با بدبینی نگاه می‌کند بر تقید تجار و تجارت افزوده است.

در قرن هجدهم اقتصاد چهره‌ای کاملاً جدید و متفاوت یافت. این قرن، قرن توسعه افکار فیزیوکراتها و آغاز صنعتی شدن اروپا و تجارت با مستعمرات بود. دولت بیش از پیش در این مورد دخالت می‌کرد و کمپانیهای بزرگی به وجود آمد که دولت انحصار فعالیت‌های تجاری را به آنها واگذار کرد. به زودی گد ساواری قدیمی شد و در سال ۱۸۷۸ به دستور میرومنیل^۳ - دولتمرد وقت - مجموعه جدیدی با عنوان «گد میرومنیل» تدوین شد که به دلیل تقلیل اختیارات پارلمان پاریس با وضع قانون جدید فراموش گردید.

انقلاب کبیر فرانسه آزادی تجارت و صنعت را با خود به همراه آورد و سیستم اصناف، که انقلابیون نسبت به آن بدبین بودند، از میان برداشته شد (قانون لو شاپلیه^۴، مصوب چهاردهم ژوئن ۱۷۹۱). با آزادی تجارت همه می‌توانستند تجارت کنند بدون آنکه لازم باشد از فیلتر اصناف بگذرند.^۵ حقوق تجارت که «حقوق تجار» است به «حقوق اعمال تجاری» تبدیل شد که مبنای حقوق تجارت فرانسه و

1. *loc. cit*

2. Champaud (1981), p. 10.

3. Miromesnil

4. Le Chapelier

5. Houin et Pédamon (1990), n°. 4.

ایران است؛ البته، دادگاههای تجارتي به سبب روح دموکراتیک حاکم بر آنها باقی ماند و تجار اعضای آنها را انتخاب می کردند.

در سوم آوریل ۱۸۰۱ کمیسینی مرکب از هفت عضو برای تدوین لایحه قانون تجارت تشکیل شد. تدوین قانون بسیار سریع انجام گرفت و طرح آن برای اظهار نظر در اختیار دادگاههای تجارتي گذاشته شد که اعضایشان در تجارتي تجربه داشتند. در سال ۱۸۰۶، ناپلئون، امپراتور فرانسه به این دلیل که بورس بازیها به ورشکستگی بسیاری از تجار می انجامید و پایه های بانک مرکزی فرانسه (بانک دوفرانس) را به لرزه درمی آورد، دستور به شور گذاشتن فوری طرح قانون تجارتي را صادر کرد. شورای دولتي از چهارم نوامبر ۱۸۰۶ تا ۲۹ اوت ۱۸۰۷ طرح مذکور را مورد بررسی قرار داد که پس از ارائه به مجلس مطابق قانون اساسی در پانزدهم سپتامبر ۱۸۰۷ به تصویب رسید و از اول ژانویه ۱۸۰۸ لازم الاجرا شد.

قانون تجارتي ۱۸۰۷ مختصر، شامل ۶۴۸ ماده و دارای چهار قسمت^۱ است. قسمت اول آن به طور کلی به تجارتي اختصاص دارد، قسمت دوم آن راجع به تجارتي دریایی، قسمت سوم راجع به ورشکستگی و سرانجام قسمت چهارم راجع به صلاحیت دادگاه تجاری است. این قانون از ابتدای تدوین و تصویب کاستیهایی داشت؛ به ویژه آنکه قاعده ای در مورد تأسیسات حقوقی که بسیار مورد توجه تجار بود در آن دیده نمی شد؛ برای مثال در مورد مایه تجارتي^۲، شرکتهای سهامی، شرکتهای با مسئولیت محدود، سهام مؤسس، اوراق قرضه، بورس و بانک و مالکیت صنعتی^۳. قواعد راجع به این امور بعدها به تدریج یا به قانون تجارتي اضافه شد، یا به موجب قوانین جداگانه به تصویب رسید.

با آنکه قانون تجارتي ۱۳۱۱ ایران (۱۹۳۳ م) از قانون تجارتي فرانسه که بین سالهای ۱۸۰۷ تا ۱۹۳۳ بارها مورد بازبینی قرار گرفت اقتباس شده است، عمده قواعد

1. Livres

2. Fonds de commerce

3. Ripert et Roblot (1991), t. 1, n°. 29.

آن از همان قانون تجارت ۱۸۰۷ نشئت گرفته است، که در خود فرانسه در حال حاضر موارد چندانی از آن باقی نمانده است.^۱

مبحث دوم: تاریخچه حقوق تجارت ایران

همان‌طور که گفتیم، حقوق تجارت ایران تاریخ مفصلی ندارد. البته سابقه تجارت در ایران در حد تمدن ایران است؛ اما آنچه امروز به‌عنوان حقوق تجارت ایران می‌شناسیم، در حقوق فرانسه ریشه دارد که خود از حقوق باستان اروپا و عمدتاً حقوق روم نشئت گرفته است.

در ایران، تا پیش از تصویب قوانین تجاری مدون، در مورد اموری که امروز امور تجاری تلقی می‌شوند، همان اصول و قواعد شرعی حاکم بر امور مدنی اعمال می‌شده است و اصولاً بین امور مدنی و امور تجاری تفکیکی قائل نمی‌شده‌اند.^۲ قواعد حاکم بر بیع، بر بیع مدنی و تجاری حاکم بوده است، قواعد حاکم بر اجاره بر اجاره مدنی و تجاری و قواعد مربوط به اجاره اشیاء بر حمل و نقل؛ بنابراین باید تاریخچه حقوق تجارت ایران را از زمان ورود حقوق تجارت اروپایی به کشورمان بررسی کنیم. در این خصوص باید دو دوره مهم را از یکدیگر جدا نماییم:

دوره اول از نهم جمادی‌الاول ۱۳۲۸ (۲۹ ثور ۱۲۸۹) شروع می‌شود و تا سیزدهم اردیبهشت ۱۳۱۱ ادامه می‌یابد؛ یعنی از تاریخ تصویب «قانون قبول و نکول بروات تجاری» تا تاریخ تصویب قانون تجارت ایران و دوره دوم از تصویب قانون تجارت ۱۳۱۱ تا به حال را دربر دارد. دوره اول را باید دوره احتیاط نامید؛ زیرا قانون‌گذار ایران، در مقابل مخالفت پیشوایان مذهبی با ورود قوانین غربی به کشور، محتاطانه عمل کرده و قوانین مختصر و گاه ابهام‌آمیزی وضع نموده است؛ در حالی که

۱. به موجب قانون مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۹۹ دولت فرانسه اجازه یافت مقررات پراکنده راجع به حوزه حقوق تجارت را در یک «قانون تجارت جدید» جمع کند. این قانون جدید طی فرمان ۱۸ سپتامبر ۲۰۰۰ به تصویب رسیده است. در این کتاب و مجلدات دیگر آن هر جا صحبت از قانون تجارت فرانسه می‌شود منظور قانون تجارت جدید است.

۲. صقری [بی‌تا]، ص ۳۵. و ستوده تهرانی (۱۳۷۴)، حقوق تجارت، ج ۱، ص ۲۱.

پس از تصویب قانون تجارت ۱۳۱۱ جسارت او بیشتر شده و قوانین تجاری غربی را با فاصله‌های کم، یکی پس از دیگری، وارد نظام قانون‌گذاری ایران کرده است. آنچه به‌عنوان تاریخچه حقوق تجارت می‌توان بررسی کرد، همان دوره پیش از سال ۱۳۱۱ است؛ چون همان‌طور که خواهیم دید، قوانینی که بعد از این تاریخ به تصویب رسیده تقریباً دست‌نخورده باقی مانده است و نمی‌توان از آنها به‌عنوان مقررات و اصول تاریخی یاد کرد؛ به همین علت، به این مقررات، از جمله قانون تجارت ۱۳۱۱، در قسمتی که به بررسی منابع حقوق تجارت اختصاص دارد خواهیم پرداخت. در اینجا فقط به سه قانون عمده اشاره می‌کنیم: قانون قبول و نکول بروات تجاری، حقوق تجارت به‌طور کلی و تشکیل محاکم تجاری.

الف) قانون قبول و نکول بروات تجاری

اولین قانون، طبق سوابق قابل دسترس، قانون موسوم به «قانون قبول و نکول بروات تجاری»، مورخ ۲۹ ثور ۱۲۸۹ است. قانون‌گذار، به‌ظاهر از بیم آنکه مقررات وضع شده با قوانین شرع اسلام در تضاد جلوه نکند، برات را به گونه‌ای تعریف کرده است که با طبیعت حقوقی این سند تطبیق نمی‌کند. قانون اخیر با این عبارت شروع شده است: «چون باب برات حواله است و شخص برات‌کننده در مقابل ذمه مشغول خود حواله می‌کند، هرگاه پس از برات کردن انکار مدیونیت شد از او پذیرفته نخواهد شد». با توجه به قسمت اخیر ماده مذکور صدور برات، در مقابل دارندگان برات، امّاره مطلق مدیون بودن صادرکننده است؛ یعنی حتی اگر صادرکننده بتواند ثابت کند که برات را به دارنده داده بدون آنکه به او مدیون بوده باشد و در نتیجه به دارندگان بعد، طلبی انتقال پیدا نکرده که بتوانند از او مطالبه کنند، باز هم دارندگان بعدی برات حق رجوع به او را دارند؛ در حالی که در انتقال طلب، انتقال‌گیرنده وقتی حق دارد به مدیون رجوع کند که او واقعاً مدیون باشد. صدور و تسلیم برات به دارندگان حق می‌دهد که به صادرکننده مراجعه کنند، حتی اگر او به کسی که برات به نفع او صادر شده (یعنی دارنده اول) حق رجوع نداشته باشد.

به همین دلیل، قانون‌گذار بعداً، ضمن «قانون اصلاح قانون قبول و نکول بروات» (مصوب ۲۶ جمادی‌الاول ۱۳۲۹/۴ جوزای ۱۲۹۰) دیگر از برات به‌عنوان

حواله یا چیز دیگر صحبت نمی‌کند. ماده اول قانون اخیر مقرر می‌کند: «اگر برات‌کننده در برات تصریح به اخذ وجه آن نموده و بعد انکار مدیونیت کند از او پذیرفته نخواهد شد»؛ اما اگرچه لفظ حواله در مقررات ماده اصلاح‌شده حذف گردیده مقررات ماده با موازین شرعی انطباق یافته است. در اینجا دیگر فرض این نیست که صدور برات به منزله قبول مدیونیت است، بلکه مدیونیت زمانی فرض مطلق است که صادرکننده در برات بر آن تصریح کرده باشد؛ اگر کسی به اخذ وجه اقرار کند، انکار بعدی او مسموع نیست. این قاعده در ماده ۲۳۱ قانون تجارت ۱۳۱۱ در مورد برات‌گیری با عبارتی عجیب آمده است. به موجب این ماده: «قبول‌کننده حق نکول ندارد». این عبارت بدین معناست که اگر برات‌گیر برات را قبول کرد، در مقابل دارندگان برات حق طرح عدم مدیونیت خود در مقابل صادرکننده را ندارد. این اصل که به «اصل عدم توجه ایرادات» معروف است، در خصوص رابطه تمام امضاکنندگان با دارنده صادق است و به برات‌گیر اختصاص ندارد.^۱

ب) قانون تجارت ۱۳۰۳ و ۱۳۰۴

قانون مهم دیگری که پیش از تصویب قانون تجارت فعلی به تصویب رسید قانون تجارت سالهای ۱۳۰۳ و ۱۳۰۴ است (۲۵ دلو ۱۳۰۳ و ۱۲ فروردین و ۱۲ خرداد ۱۳۰۴).^۲ این قانون که دارای دو قسمت است، نه در مجلس، بلکه در کمیسیون پارلمانی عدلیه به تصویب رسیده است؛ بدین علت که با مخالفت علمای موضوع اصل قانون اساسی مشروطیت روبه‌رو نشود.^۳ در واقع، قانون‌گذاری مطابق قانون

۱. ر.ک.: اسکینی، ربیعا (۱۳۷۷ الف)، حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)، ص ۱۱۰.

۲. مجموعه قوانین موضوعه و مصوبات دوره پنجم قانون‌گذاری، چ ۳، اداره کل قوانین مجلس شورای ملی، آبان ۱۳۵۰، ص ۲ به بعد.

۳. اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطیت مقرر کرده بود که مجلس شورای ملی نمی‌تواند قوانینی خلاف قواعد مقدس اسلام وضع کند. تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامی نیز به موجب این اصل به یک هیئت حداقل پنج نفری واگذار شده بود که می‌بایست از میان مجتهدان و فقهای متدین و مطلع از مقتضیات زمان توسط علمای اعلام و مراجع تقلید شیعه به مجلس معرفی شوند. رأی این هیئت در باب ردّ قوانین مخالف اسلام لازم‌الاتباع بود.

اساسی سابق از وظایف خاص قوه مقننه بود. چون در اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطیت پیش‌بینی شده بود که عدم مخالفت قوانین با قواعد مقدس اسلام باید به تأیید علمای اعلام برسد، مشیرالدوله - وزیر عدلیه - تدبیری اندیشید و در مجلس عنوان کرد که «عدلیه محتاج به قوانینی است و آن قوانین مفصل است و اگر بخواهیم آنها را ماده به ماده از مجلس بگذرانیم سالها و بلکه قرن‌ها طول می‌کشد. از این گذشته، ما که در این طریق تازه کاریم در وضع قوانین ممکن است اشتباهات بکنیم و قوانینی بد بگذرانیم. بهتر است که مجلس به کمیسیون عدلیه خود مأموریت بدهد که قوانینی که دولت برای عدلیه پیشنهاد می‌کند مطالعه و تصویب کند و پس از تصویب کمیسیون آن قوانین موقتاً در عدلیه معجزی باشد تا به آزمایش گذاشته شود. پس از آنکه در عمل معایب آنها معلوم شد اصلاحات لازم در آن بشود و پس از تنقیح و تهذیب به مجلس پیشنهاد شود و به تصویب رسیده، صورت قانونیت تامه پیدا کند». این طریق با زحمت زیاد در مجلس پذیرفته شد.^۱ یکی از قوانینی که به تصویب کمیسیون پارلمانی عدلیه رسید، قانون تجارت ۱۳۰۳ و ۱۳۰۴ بود که به آن اشاره کردیم. این قانون از قانون تجارت ۱۸۰۷ فرانسه اقتباس شده است و متضمن ابوابی با عناوین تجار و معاملات تجاری، دفاتر تجاری، شرکتهای تجاری، دلالی، برات و سفته طلب و چک و ورشکستگی است. در این قانون، برخلاف قانون تجارت ۱۸۰۷ فرانسه، از مقررات تجارت دریایی و محاکم تجاری و صلاحیت آنها صحبتی به میان نیامده است. نکته شایان توجه عدم وجود شرکت تضامنی در این قانون است که قانون‌گذار از بیم مخالفت آن با موازین شرع آن را از قانون تجارت فرانسه وارد قانون‌گذاری ایران نکرده است؛ اما در همین زمان اولین کوشش قانون‌گذار برای تطبیق قوانین وارداتی با موازین شرع این است که به جای پذیرش شرکت تضامنی، شرکت دیگری را به نام شرکت ضمانتی ابداع می‌کند. ماده ۶۷ این قانون مقرر می‌دارد: «شرکت ضمانتی شرکتی است که برای امور تجاری بین دو یا چند نفر تشکیل و مسئولیت هر یک از شرکا به نسبت سرمایه‌ای است که در شرکت

۱. شایگان، علی (۱۳۷۵)، حقوق مدنی، ص ۳۸.

گذاشته است». این شرکت، در حقوق اروپایی وجود ندارد؛ اما مقررات راجع به آن که ضمن قانون تجارت ۱۳۰۳ و ۱۳۰۴ معین شده از حقوق راجع به شرکتهای تضامنی گرفته شده است.

تأثیر مقررات شرعی در جای دیگر نیز مشاهده می‌شود. ماده ۸۵ قانون مذکور در تعریف شرکت مختلط، ضمن اینکه این شرکت را شرکتی می‌داند که «بین یک عده شرکای سهامی و یک یا چند نفر شریک ضامن تشکیل می‌شود»، شریک ضامن را به گونه‌ای معرفی می‌کند که با شریک ضامن در شرکتهای مشابه اروپایی تطبیق نمی‌کند. شریک ضامن به موجب این ماده «ضامن قروضی است که ممکن است علاوه بر دارایی شرکت پیدا شود»؛ یعنی اگر شرکت نتواند بدهیهای خود را به طلبکارانش پردازد، شریک ضامن باید همه قروض را بدهد؛ امری که با اصل نسبی بودن تعهد شریک در شرع تطابق ندارد. اما همین شریک ضامن اگر همراه شریک ضامن دیگری در شرکت باشد، مسئولیتش «به نسبت سرمایه‌ای خواهد بود که در شرکت گذاشته است» (قسمت اخیر ماده ۸۵). راه حل اخیر نیز، که امروز رها شده است (ر.ک.: ماده ۱۶۲ ق.ت)، فکر تطبیق قانون تجارت با شرع را می‌رساند و در عین حال بیانگر تشتت فکری قانون‌گذار است که در یک ماده و راجع به یک شخص (شریک ضامن) دو راه حل متفاوت را پیش‌بینی می‌کند: شریک ضامن اگر تنها باشد باید همه قروض شرکت را پردازد و اگر با یک نفر دیگر باشد تنها به نسبت می‌پردازد. بدین ترتیب، قانون‌گذار از قبول مسئولیت تضامنی می‌گریزد! اما در جای دیگر در بحث راجع به برات و سفته و چک، مجبور به قبول آن می‌شود.

به هر حال، این قانون مهم‌ترین قانونی است که تا سال ۱۳۱۱ (تصویب قانون تجارت فعلی) بر روابط تجاری حاکم است و عامل مهمی در تفکیک مقررات حقوق تجارت از حقوق مدنی به شمار می‌رود. قانون‌گذار برای آنکه به تقلید از حقوق فرانسه، به این تفکیک حدت و شدت بیشتری دهد قوانین دیگری وضع می‌کند که به تشکیل دادگاههای تجاری می‌انجامد.

ج) قانون محاکم تجارت

فکر ایجاد محاکم تجاری با تصویب قانون موقتی محاکم تجارت (در تاریخ ۲۴ شعبان ۱۳۳۳/۱۵ سرطان ۱۲۹۴) آغاز و با تصویب قانون تشکیل محاکم تجارت (در کمیسیون عدلیه در تاریخ ۱۳۰۴/۱۱/۱۴) تکمیل گردید؛ ولی بعدها به موجب قانون تسریع محاکمات (مصوب ۱۳۰۹/۴/۳ و ۱۳۰۹/۴/۱۲) کنار گذاشته شد.

قوانین راجع به تشکیل محاکم تجاری از نظر تاریخ حقوق تجارت قابل امعان نظر است. در واقع، در این قوانین برای اولین بار، «امور تجاری» تعریف شد. ماده ۲۳ قانون ۱۲۹۴ مقرر کرده است: «محاکم تجارت به امور راجع به معاملات تجاری که طرفین یا یک طرف آن تاجر باشند رسیدگی می نماید (معاملات تجاری عبارت از نقل و انتقالی است که غرض از آن صرف انتفاع باشد)». البته، این تعریف به موجب مواد یک لغایت سه قانون تجارت ۱۳۰۳ و ۱۳۰۴ کنار گذاشته شد، اما بعدها عیناً در قانون تجارت ۱۳۱۱ منعکس گردید.

برخی از مقررات قانون ۱۲۹۴ عیناً در قانون تجارت ۱۳۱۱ تکرار شده است؛ مانند ماده ۲۴ قانون مذکور مبنی بر اینکه «کلیه معاملات تجار معامله تجاری محسوب است، مادامی که خلاف آن محقق نشده باشد» که با کمی تصرف عبارتی، ماده ۵ قانون تجارت ۱۳۱۱ را تشکیل می دهد. بعضی مواد آن نیز بعدها در قانون تسریع محاکمات و قانون آیین دادرسی مدنی مورد استفاده قرار گرفته و ادامه حیات یافته است؛ مانند ماده ۴۰ قانون مذکور که در آن رسیدگی به امور تجاری در محاکم تجاری به طریق اختصاری پیش بینی شده و ضمن ماده ۱۹ قانون تسریع محاکمات و نیز در قالب ماده ۱۴۳ قانون آیین دادرسی مدنی ادامه حیات یافته است. بنا بر ماده ۵ قانون ۱۲۹۴ رؤسای محاکم تجارت باید از سوی دولت انتخاب می شدند؛ اما در قانون تجارت ۱۳۰۴ پیش بینی شده که برای احراز سمت رئیس محکمه تجاری، شخص باید به وسیله وزارت عدلیه، مطابق قانون استخدام قضات، معین شود و بقیه اعضاء از میان تجار، برای مدت دو سال، انتخاب می شوند. در حال حاضر، محاکم تجاری از بین رفته اند.

در خصوص قوانین راجع به محاکم تجاری نکته دیگری که از نظر تاریخی مهم باشد وجود ندارد؛ اما لازم است اشاره شود که به ظاهر محکمه تجارت به جز در تهران در جای دیگری تشکیل نشده است و از نحوه عمل آن نیز اطلاعاتی در دست نیست. آنچه مسلم است این دادگاه در کار خود موفق نبوده است و ممکن است دلیل عمده حذف آن و ارجاع اختلافات تجاری به دادگاههای عمومی هم این باشد که اگرچه این دادگاه از یک عده قاضی تاجر انتخاب شده تشکیل می‌شده، به سبب آنکه قضات تاجر معلومات حقوقی کافی نداشته‌اند، تصمیم‌گیری همواره به وسیله قاضی منصوب دولت انجام می‌شده است و دولت با حذف این محاکم ترجیح داده است کاری که در عمل از جانب قاضی دادگستری انجام می‌شود در قانون هم به او واگذار گردد.

بخش دوم: منابع حقوق تجارت

بررسی این منابع، به سبب تعددشان، به یک تقسیم‌بندی کلی نیاز دارد. منشأ بعضی از این منابع دولت و مقامات رسمی کشورند و بنابراین، می‌توان از آنها به «منابع رسمی حقوق تجارت» تعبیر کرد؛ اما حقوق تجارت، که حقوق تجار، یعنی اشخاص خصوصی است، نمی‌تواند بر منابع خصوصی تکیه نداشته باشد؛ از این رو، منابع حقوق تجارت را با دو عنوان جداگانه، یعنی منابع رسمی و منابع خصوصی، بررسی می‌کنیم.

مبحث اول: منابع رسمی حقوق تجارت

این منابع یا منشأ قانون‌گذاری دارند، یا منشأ قضایی: گروه اول چیزی را تشکیل می‌دهند که «قانون» نامیده می‌شود و گروه دوم به پدیده‌ای به نام «رویه قضایی» مربوطند.

گفتار اول: متون قانونی و آیین‌نامه‌ای

یکی از ویژگی‌های حقوق کشور ما و فور متون قانونی در زمینه‌های مختلف حیات اقتصادی است. هر کدام از قوانین کشور، به مفهوم عام کلمه، درجه و اعتبار خاص

خود را دارد. قانون اساسی در رأس این قوانین است، پس از آن قوانین عادی و در نهایت تصمیمات هیئت وزیران در قالب تصویبنامه و آیین‌نامه قرار دارد که هر کدام را به طور جداگانه بررسی می‌کنیم.

الف) قانون اساسی

قانون اساسی از دو لحاظ منبع حقوق به طور عام و منبع حقوق تجارت به طور خاص است:

۱. قانون اساسی معین می‌کند که در چه زمینه‌ای قانون باید تصویب شود و در چه زمینه‌ای مصوبات مقامات غیرقوه مقننه اعتبار دارد. مطابق اصل هفتادویکم این قانون تصویب قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است؛ مع‌ذلک، مجلس شورای اسلامی، در موارد ضروری، می‌تواند اختیار وضع قانون و اجرای آزمایشی آن را در مدتی که خود معین می‌کند، به کمیسیونهای داخلی خود تفویض نماید (قسمت اول اصل هشتادوپنجم). «همچنین مجلس شورای اسلامی می‌تواند تصویب دایمی اساسنامه سازمانها، شرکتهای، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را به کمیسیونهای ذی‌ربط واگذار کند و یا اجازه تصویب آنها را به دولت بدهد؛ در این صورت، مصوبات دولت نباید با اصول و احکام مذهب رسمی کشور و یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیب مذکور در اصل نودوششم با شورای نگهبان است» (قسمت دوم اصل هشتادوپنجم). هرگاه، در مورد امر خاصی قانونی در مجلس وضع شود که مورد تأیید شورای نگهبان، از جهت تطبیق آن با موازین شرع یا قانون اساسی، نباشد و بین مجلس و شورای اخیر اختلاف نظر بروز کند، قانون متنازع فیه به مجمع تشخیص مصلحت نظام، موضوع اصل یکصدودوازدهم قانون اساسی، برده می‌شود تا در این خصوص رفع اختلاف کند. تصمیم مرجع اخیر در حکم قانون است.

۲. در قانون اساسی بر اصل آزادی در انتخاب شغل مشروع تأکید شده و حتی دولت موظف گردیده است که با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی برای احراز شغل را ایجاد نماید (اصل

بیست و هشتم و بند ۴ اصل چهل و سوم). این قانون بر احترام به مالکیت مشروع در بخشهای خدماتی، تعاونی و تجارت نیز تأکید کرده است (اصل چهل و چهارم) و مقرر می‌کند: «هرکس مالک حاصل کسب و کار مشروع خویش است و هیچ کس نمی‌تواند به عنوان مالکیت نسبت به کسب و کار خود امکان کسب و کار را از دیگری سلب کند» (اصل چهل و ششم). مجموع این مقررات به حقوق تجاری و فعالیت تجاری جای خاصی داده است؛ زیرا بیانگر آن است که آزادی تجارت از اصول قانون اساسی است. این اصل باید در وضع تمام قوانین و مصوبات کشوری مورد احترام قرار گیرد و قضات نیز حق دارند در صورت برخورد با ترتیبی که خلاف آن باشد عکس العمل نشان دهند. در واقع، به موجب اصل یکصد و هفتادم: «قضات دادگاهها مکلفند از اجرای تصویبنامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا ... است خودداری کنند و هرکس می‌تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند». بدیهی است یکی از مصادیق بارز ابطال تصمیمات دولتی و اجرایی فرض نقض اصل آزادی تجارت است که - به جز در مواردی که قانون خاصی اعمال آن را محدود یا مشروط می‌کند، بدون آنکه حق لغو کامل آن را داشته باشد - خدشه‌بردار نیست.

(ب) قوانین عادی

این قوانین متعددند و می‌توان آنها را از نظر مرجع تدوین به دو دسته تقسیم کرد: دسته اول قوانینی است که به وسیله قوه مقننه (مجلس) وضع می‌شود، اعم از اینکه در زمان موجودیت مجلس شورای ملی و سنا - در رژیم گذشته - باشد یا مجلس شورای اسلامی؛ دسته دوم مصوبات شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت است که تصمیمات آنها در برخی موارد در حکم قانون است.

اول: قوانین ناشی از قوه مقننه. قانون تجارت یا به طور عام‌تر قوانین تجاری از مهم‌ترین قوانینی هستند که به وسیله قوه مقننه وضع می‌شوند و بالطبع در قلمرو حقوق تجارت جای دارند؛ اما قانون مدنی نیز به منزله قانون عام در روابط تجاری نقش خاصی دارد و باید مورد امعان نظر قرار گیرد.

۱. *قوانین تجاری*. منظور از قوانین تجاری تمام قوانینی است که به نحوی به یکی از فعالیتهای تجاری مربوط می‌شود. مهم‌ترین قانون تجاری، قانون تجارت مصوب سیزدهم اردیبهشت ۱۳۱۱ است. این قانون بازتاب قسمتی از قانون تجارت ۱۸۰۷ فرانسه است، با تمام نقایص و کاستیهای آن. در واقع، دو کتاب قانون تجارت ۱۸۰۷ فرانسه در قانون تجارت ما جای نگرفته است: کتاب دوم تحت عنوان تجارت دریایی و کتاب چهارم در مورد صلاحیت دادگاههای تجاری؛ بدین ترتیب، قانون تجارت ۱۳۱۱ ایران فقط از کتابهای اول و سوم قانون مذکور اقتباس شده است.

قانون تجارت ۱۳۱۱ متضمن شانزده باب است که قسمتی از آنها به فعالیت تجاری و فعالان تجاری اختصاص دارد (تجار و معاملات تجاری، دفاتر تجاری، شرکت‌های تجاری، اسناد براتی، دلالی، حق‌العمل‌کاری، حمل‌ونقل، نمایندگان تجاری و ضمانت تجاری)، قسمتی به ورشکستگی (ابواب یازدهم تا سیزدهم)، قسمتی به شخصیت حقوقی (باب پانزدهم) و سرانجام قسمت آخر به مقررات متفرقه (باب شانزدهم). این قانون چه از نظر طرز تحریر، چه از نظر تقسیم‌بندی مطالب و عناوین و چه از نظر محتوا^۱ در سطح پایینی قرار دارد؛ مع‌ذلک، باید توجه داشت که در شرایط دشواری وضع شده و به تصویب خود مجلس نرسیده است، بلکه از مصوبات کمیسیون عدلیه مجلس است و قرار بوده بعداً اصلاح شود. با همه این احوال، تدوین‌کنندگان این قانون در تدوین قواعد راجع به شرکتها و تقسیم‌بندی و تعریف آنها تحت عناوین خاص و نیز تعریف و توصیف اسناد براتی و تنظیم قواعد ورشکستگی و تصفیه ابتکاراتی به خرج داده‌اند که قابل تحسین است.

قانون تجارت ۱۳۱۱ پس از تصویب، قاعدتاً باید به تدریج و به فراخور روند تغییرات در روابط اقتصادی و تجاری مورد اصلاح قرار می‌گرفت و بر حوزه عمل آن افزوده می‌شد؛ اما روش قانون‌گذاری بر این قرار گرفت که قوانین ضروری در

۱. همان‌طور که گفتیم، در قانون تجارت ۱۳۱۱ از مقررات تجارت دریایی صحبتی به میان نیامده است. علاوه بر این به مباحثی مانند سرقتی، بورس، بانک، بیمه و مالکیت صنعتی نیز اشاره‌ای نشده است.

قالب متون خاص و خارج از قانون تجارت به تصویب برسد؛ بدین ترتیب، از آن زمان به بعد، حتی پس از انقلاب اسلامی، در زمینه‌های مختلف راجع به فعالیت‌های تجاری (از قبیل بانکداری، بیمه، تجارت دریایی، حمل‌ونقل هوایی و دریایی، دلالتی و صنعت) قوانینی خاص، به فراخور وضعیت اقتصادی هر دوره، تصویب شده و می‌شود. در این زمینه می‌توان به قوانین و مقررات راجع به بانکداری بدون ربا اشاره کرد.^۱

در نهایت، لازم است اصلاحات مهمی را که خارج از قانون تجارت در مقررات قانون مذکور انجام یافته است ذکر کنیم، به‌ویژه دو قانون مهم که یکی راجع به تصفیه امور ورشکسته است و دیگری راجع به تشکیل شرکت‌های سهامی عام و خاص. قانون و آیین‌نامه مربوط به تصفیه در سال ۱۳۱۸ به تصویب رسیده است و فقط در محلهایی اعمال می‌شود که وزارت دادگستری در آنجا اداره تصفیه ایجاد کند. لایحه قانونی ۱۳۴۷ راجع به شرکت‌های سهامی عام و خاص نیز که مواد ۲۰ تا ۹۴ قانون تجارت در مورد شرکت سهامی را تغییر داده است، از قوانین آزمایشی بود و قاعدتاً باید پس از مدتی اصلاح می‌شد، در مجلس به تصویب می‌رسید و به صورت قانون عادی درمی‌آمد؛ اما هنوز با آنکه حدود سی سال از تصویب آن در کمیسیون مشترک خاص مجلسین سابق شورای ملی و سنا می‌گذرد صورت قانون به خود نگرفته است.

۲. **قانون مدنی.** نه در قانون مدنی ایران به این نکته اشاره شده است و نه در قانون تجارت که قانون مدنی در روابط تجاری نقش دارد یا خیر و حدود نقش آن چیست؛ مع‌ذلک، قانون مدنی به منزله قانون مادر یا قانون عام، در صورت سکوت یا اجمال قانون تجارت و قوانین دیگر، در روابط تجاری حکمفرماست. این نکته را باید به‌عنوان یکی از اصول کلی پذیرفته شده در حقوق ایران پذیرفت.^۲

۱. قوانین وضع شده در مورد فعالیت‌های تجاری بسیار متعدد است. عمده‌ترین آنها در کتابی تحت عنوان *مجموعه قوانین و مقررات بازرگانی و تجاری* - که هر دو کلمه به یک معناست - به وسیله غلامرضا حجتی اشرفی جمع‌آوری و منتشر شده است که دانشجویان در زمان مقتضی می‌توانند به آن مراجعه کنند.

۲. به عکس، قانون مدنی فرانسه متضمن قاعده‌ای است که به موجب آن «قوانین مدنی بر معاملات تجارتی حاکم است» (ماده ۱۱۰۷).

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که هرگاه در خصوص امری بین قانون مدنی و قانون تجارت تعارض وجود داشته باشد، کدام یک از آنها باید بر روابط تجاری اعمال شود؛ برای مثال، در مورد مسئولیت متصدی حمل و نقل بین ماده ۵۱۳ قانون مدنی و مواد ۳۷۸ و ۳۸۶ قانون تجارت تعارض وجود دارد؛ بدین صورت که در قانون مدنی قرارداد با متصدی حمل و نقل اجاره تلقی می‌شود و فقط در صورت اثبات تفریط یا تعدی، متصدی حمل و نقل مسئول تلف یا ضایع شدن اشیائی است که برای حمل به او داده شده است؛ در حالی که در قانون تجارت، قرارداد حمل و نقل تابع قانون وکالت است (ماده ۳۷۸)، ضمن اینکه «اگر مال التجاره تلف یا گم شود متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن خواهد بود، مگر اینکه ثابت نماید تلف یا گم شدن مربوط به جنس خود مال التجاره یا مستند به تفصیر ارسال کننده یا مرسل‌الیه و یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آنها داده‌اند و یا مربوط به حوادثی بوده که هیچ متصدی مواظبی نیز نمی‌توانست از آن جلوگیری نماید» (ماده ۳۸۶)؛ یعنی اثبات تعدی و تفریط متصدی حمل و نقل بر عهده صاحب مال التجاره نیست؛ امری که خلاف ماده ۵۱۳ قانون مدنی است.^۱ تعارض میان قانون مدنی و قانون تجارت چگونه باید حل شود؟

به نظر ما بدیهی است که به‌طور کلی در امور تجاری - از جمله حمل و نقل - در صورت تضاد میان قواعد قانون تجارت و قانون مدنی به قواعد قانون تجارت به‌عنوان قانون خاص ارجحیت داده شود، چه قاعده مندرج در قانون تجارت بعد از قاعده مندرج در قانون مدنی تصویب شده باشد، چه به عکس؛ آیا ممکن است در شرایط استثنایی (رعایت نظم عمومی) قانونی عام، مقررات قانون تجارت سابق را نسخ کند؛ برای مثال پس از انقلاب، فقهای شورای نگهبان به استناد اصل چهارم قانون اساسی مطالبه خسارت تأخیر تأدیه را بدون ذکر مصادیق و موارد آن غیرشرعی تلقی و ممنوع کردند.^۲ باید چنین تلقی کرد که این نظر شورای نگهبان

۱. ر.ک.: شهیدی، مهدی (۱۳۶۴)، «برخورد مقررات قانون مدنی و تجارت در مورد حمل و نقل»،

نشریه دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ص ۶۴ به بعد.

۲. برای ملاحظه نظریات متعدد شورای نگهبان در این زمینه رجوع کنید به: مهرپور، حسین

(۱۳۷۱)، مجموعه نظریات شورای نگهبان، ج ۳، ص ۱۸۹ به بعد.

که در حکم قانون عام است، در دعاوی تجاری نیز قابل اعمال است و قوانین تجاری مخالف این نظر باید نسخ شده تلقی شوند - به جز در مورد بانکها که وام گیرندگان آنها باید اصل بدهی و فروع مقرر و خسارت تأخیر تأدیه را پردازند و محاکم مکلفند بر اساس درخواست بانکها حکم صادر کنند (مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام، مورخ ۱۳۶۸/۱۰/۵، تحت عنوان «قانون نحوه وصول مطالبات بانکها»)^۱.

۳. کنوانسیونهای بین‌المللی. هرگاه کنوانسیونهای بین‌المللی که به تصویب قوه مقننه می‌رسند، متضمن مقررات خاصی در مورد روابط تجاری باشند باید منبع حقوق تجارت کشور تلقی شوند؛ مانند کنوانسیون پاریس برای حمایت مالکیت صنعتی (مصوب ۲۱ مارس ۱۸۸۳) که ایران به موجب قانون اجازه الحاق دولت ایران به اتحادیه عمومی بین‌المللی (مصوب ۱۴ اسفند ۱۳۳۷) به آن ملحق شده است.^۲

در اینجا این سؤال مطرح می‌شود که در صورت تعارض میان مواد کنوانسیونهای مذکور و قانون داخلی کشور، این تعارض چگونه باید حل شود؟ در این مورد ماده ۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد «مقررات عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است»؛ اما تفوق این عهود نسبت به قانون داخلی را معین نمی‌کند. البته، تفوق مقررات قراردادهای بین‌المللی ایران نسبت به قوانین داخلی، اصلی بدیهی است و به قید در قانون هم نیاز ندارد - اگرچه قانون‌گذار در مورد بعضی از مسائل خاص بنا بر احتیاط این قاعده را متذکر شده است.^۳

۱. مجموعه مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام، ج ۱، انتشارات دبیرخانه مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۳۷۰، ص ۱۰۲.

۲. برای ملاحظه متن قانون رجوع کنید به: حجتی اشرفی، غلامرضا (۱۳۶۷)، مجموعه قوانین و مقررات بازرگانی، ص ۳۲۸.

۳. مانند ماده ۱۲۳۰ قانون مدنی ناظر بر مواد ۱۲۲۸ و ۱۲۲۹ که راجعند به نصب قیم به وسیله مأموران کنسولی ایران برای خارجیانی که نیاز به نصب قیم دارند. به موجب ماده ۱۲۳۰: «اگر در عهود و قراردادهای منعقد بین دولت ایران و دولتی که مأمور قنصلی مأموریت خود را در مملکت آن دولت اجرا می‌کند ترتیبی برخلاف مقررات دو ماده فوق اتخاذ شده باشد مأموران مذکور مفاد آن دو ماده را تا حدی که با مقررات عهدنامه یا قرارداد مخالف نباشد اجرا خواهند کرد».

دوم: مصوبات مراجع خاص. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران علاوه بر مجلس شورای اسلامی دو مرجع دیگر به عنوان مرجع ایجاد قانون پیش‌بینی شده است: شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام. تصمیماتی که این دو مرجع تاکنون در مورد مسائل مرتبط با حقوق تجارت اتخاذ کرده‌اند در حکم قانون و لازم‌الاجراست.

۱. *مصوبات شورای نگهبان*. یکی از وظایف شورای نگهبان تفسیر اصول قانون اساسی است و آنچه به عنوان تفسیر اصلی از اصول قانون اساسی از سوی این شورا اعلام می‌شود در حکم قانون اساسی است و همان اعتبار را دارد.^۱ وظیفه دیگر شورای نگهبان نظارت بر مصوبات مجلس است. تصمیمات شورا در این خصوص قانون مستقلاً محسوب نمی‌شود؛ با وجود این، در روند حقوق موضوعه و، البته، حقوق تجارت تأثیر غیرقابل انکاری دارد. در بسیاری از موارد قانونی که مربوط به فعالیتهای تجاری بوده از طرف این شورا غیرقابل قبول تلقی شده یا تصحیح آن از مجلس درخواست گردیده یا اصولاً به تصویب نرسیده و مسکوت مانده است.^۲ در مواردی نیز که بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان، در خصوص امور خاصی، اختلاف ایجاد شده حل اختلاف به مجمع تشخیص مصلحت نظام واگذار گردیده است.

۱. نظریات شورای نگهبان در این خصوص به نظریات تفسیری معروف است. شورای مزبور درباره حقوق تجارت نظریات چندی داده که قابل امعان نظر است، برای مثال در مورد اصل هشتادویکم قانون اساسی مربوط به ثبت شعب شرکتهای خارجی در ایران (ر.ک.: مهرپور (۱۳۷۱)، ج ۳، ص ۴۱ و ۴۶)، بند پنجم اصل چهل و سوم قانون اساسی درباره منع مطالبه خسارت تأخیر تأدیه (ر.ک.: همان، ص ۱۹۳) و نیز نظریه مورخ ۱۳۶۳/۵/۱۷ در مورد ممنوعیت اخذ بهره به هر صورت (ر.ک.: همان، ص ۲۷۳).

۲. برای مثال لایحه تأمین و توزیع کالا (مصوب ۱۳۶۴/۱/۲۲) پس از شور در جلسات مختلف شورای نگهبان به این دلیل که آزادی شغلی افراد را محدود می‌کند، مغایر با اصول چهل و سوم و چهل و چهارم قانون اساسی و مغایر با شرع تشخیص داده شد. این لایحه بعدها از سوی دولت مسترد گردید (ر.ک.: همان، ص ۲۶۳).

۲. مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام. یکی از وظایف این مجمع که در اصل یکصد و دوازدهم قانون اساسی به تشکیل آن اشاره شده است، حل مشکل قانون در مواردی است که «مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند». تصمیمات مجمع مذکور در این زمینه در حکم قانون است و از نظر درجه اعتبار در ردیف قانون عادی است.^۱

تاکنون مجمع تشخیص مصلحت نظام در مورد موضوعات حقوق تجارت دو تصمیم مهم اتخاذ کرده است: اولی در خصوص قانون نحوه وصول مطالبات بانکهاست که در تاریخ ۱۳۶۸/۱۰/۵ اتخاذ شده است^۲ و دیگری در خصوص حق کسب و پیشه یا تجارت است که در تاریخ ۱۳۶۹/۱۱/۸ گرفته شده است.^۳

در تصمیم اول اختلاف شورای نگهبان و مجلس بر سر مطالبه خسارت تأخیر تأدیه از جانب بانکها حل شده است که شورای نگهبان با آن مخالف بوده و آن را غیرشرعی تلقی کرده و مجمع مذکور اجرای قانون را مجاز اعلام کرده است.

تصمیم دوم مجمع به کمی توضیح نیاز دارد. در گذشته نظر شورای نگهبان این بود که «حق کسب و پیشه و تجارت در ملک غیر مذکور در ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر عنوان شرعی ندارد».^۴ مجمع تشخیص مصلحت، به سبب مصالحی که حفظ ماده ۱۹ قانون مزبور دربر داشت، در تاریخ ۱۳۶۹/۱۱/۲۵ ماده واحده‌ای را تصویب نمود که بر اجرای ماده مذکور تأکید می‌کرد. آنچه در این مورد می‌توان گفت این است که اگرچه شورای نگهبان حق کسب و پیشه را

۱. یعنی اگر پس از گذشتن مدتی، ضرورت اجتماعی یا سیاسی یا اقتصادی ایجاب کند قانونی وضع شود و قانون جدید در تصمیم مجمع تشخیص مصلحت نظام تغییراتی بدهد، قانون جدید را باید نسخ‌کننده تصمیم مجمع مذکور تلقی کرد (هاشمی، محمد (۱۳۷۲)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۲، ص ۷۴۵).

۲. مجموعه مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام، ج ۱، ص ۱۰۲.

۳. همان، ص ۱۷۱.

۴. مجموعه قوانین سال ۱۳۶۳، ص ۱۴۵.

به صراحت حرام اعلام نکرده است، از عبارت «عنوان شرعی ندارد» چنین استنباط شده که حق کسب و پیشه قابل مطالبه نیست؛ بنابراین، مجمع تشخیص مصلحت نظام ناچار به دخالت شده، به صراحت مطالبه حق مزبور را مجاز تلقی می‌کند.^۱

ج) تصمیمات هیئت وزیران

تصمیمات هیئت وزیران را، تا آنجا که به تجارت مربوط می‌شوند، می‌توان از منابع حقوق تجارت تلقی کرد. این تصمیمات متعدد، متنوع و در زمانهای مختلف متغیر است و به‌ویژه زمانی که مربوط به تعیین و تعدیل قیمت‌ها و نیز انتقال ارز است از تصمیمات مهم راجع به تجارت محسوب شده، در روند حقوق تجارت نیز تأثیر می‌گذارند.

تصمیمات هیئت وزیران در دو قالب عمده، یعنی آیین‌نامه و تصویب‌نامه، اتخاذ می‌شوند. آیین‌نامه مقرراتی است که برای اجرا یا تسهیل اجرای قانونی خاص (و احتمالاً تکمیل آن) وضع می‌شود. تصویب‌نامه طرحی است که دولت می‌تواند در حدود وظایف خود، به طور مستقل، یعنی بدون آنکه برای اجرای آن به مجلس مراجعه کند، تصویب و اجرا کند.

ما در اینجا قصد نداریم در مورد انواع آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌هایی که دولت می‌تواند در مورد اجرای وظایف خود به موجب قانون اساسی تصویب کند بحث کنیم^۲، بلکه فقط به برخی نکات مهم اشاره می‌کنیم؛ از جمله اینکه تصمیمات هیئت وزیران نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد (اصل یکصدوسی و هشتم قانون اساسی)؛ و این تصمیمات باید بر اساس موازین اسلامی باشد (اصل چهارم قانون اساسی). قانون اساسی برای نظارت بر رعایت این اصول از جانب دولت پیش‌بینی

۱. از جمله مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام در حقوق تجارت تبصره ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک (مصوب ۱۳۷۵/۲/۱۲) است که مورد تعارض میان شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی قرار گرفته بود. این تبصره راجع به مطالبه کلیه خسارات و هزینه‌های وارد شده به دارنده چک از صادرکننده چک بلامحل است (مصوبه ۱۳۷۶/۳/۳۷۶/۲۱/۵۲ مجمع در روزنامه رسمی، شماره ۱۵۲۴۶، ۱۳۷۶/۴/۱۶).

۲. ر.ک.: هاشمی (۱۳۷۲)، ص ۴۲۸ به بعد.

کرده است که تصویبنامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولت باید، ضمن ابلاغ برای اجرا، به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی برسد تا در صورتی که آنها را برخلاف قوانین بیابد با ذکر دلیل برای تجدید نظر به هیئت وزیران بفرستد (اصل یکصدوسی و هشتم). علاوه بر این، اصل یکصد و هفتادم قانون مذکور یک نظارت قضایی بر مصوبات هیئت وزیران برقرار کرده است. به موجب اصل اخیر: الف) «قضات دادگاهها مکلفند از اجرای تصویبنامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند»؛ ب) «هر کس می‌تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند».

در مواردی ممکن است تصویبنامه یا آیین‌نامه‌ای مخالف قانون باشد، ولی کسی متوجه این مخالفت نشود و متعرض آن نگردد. با توجه به تعداد بیشتر این تصمیمات نسبت به قوانین عادی، می‌توان به اهمیت آنها در روند حقوق به طور اعم و حقوق تجارت به طور اخص پی برد؛ چرا که اغلب تصمیمات هیئت وزیران در زمینه‌های اقتصادی است که بخش عمده آن را تجارت به مفهوم حقوقی کلمه تشکیل می‌دهد.

گفتار دوم: رویه قضایی

رویه قضایی از منابع حقوق تجارت است^۱ و از این حیث میان این شعبه از حقوق و حقوق مدنی تفاوتی وجود ندارد. اما آیا رویه قضایی ایران در حقوق تجارت تأثیر خاصی دارد یا خیر؟ پاسخ کلی به این سؤال منفی است؛ چه کسانی که به دعاوی تجاری رسیدگی می‌کنند قضات رسمی دادگستری هستند؛ کسانی که به دعاوی مدنی نیز رسیدگی می‌کنند، با همان طرز تلقی از حقوق و با روشی تقریباً یکسان. در نتیجه آرائی که دیوان عالی کشور در مورد مسائل حقوق تجارت، به طور صحیح و منطبق با اصول حاکم بر این شعبه از حقوق، صادر کرده است بسیار نادرند.^۲ برای

۱. در ارتباط با مفهوم رویه قضایی و ارزش آن به عنوان منبع حقوق به طور کلی رجوع کنید به:

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، مقدمه علم حقوق، ش ۱۶۱ به بعد.

۲. البته باید اذعان کرد که آراء دیوان عالی کشور در باب مسائل حقوق تجارت نیز نادر است.

اثبات این ادعا به دو رأی دیوان مزبور اشاره می‌کنیم.

۱. رأی شماره ۲۰۵-۲۶/۲/۱۳۴۹^۱ که در آن دیوان عالی کشور رسیدگی به صدور حکم راجع به جرم ورشکستگی به تقلب را در دادگاه کیفری بدون صدور حکم ورشکستگی تاجر در دادگاه صلاحیتدار حقوقی بلامانع اعلام کرده است؛ در حالی که به موجب ماده ۴۱۳ قانون تجارت احراز ورشکستگی تاجر فقط به دادگاه مدنی محل اقامت تاجر واگذار شده است و تنها دلیلی که ورشکستگی تاجر را اثبات می‌کند و ورشکستگی به تقصیر یا تقلب او را محرز می‌سازد حکم ورشکستگی به وسیله این دادگاه است.

۲. رأی شماره ۵۳۶-۱۰/۷/۱۳۶۹ که در مقام وحدت رویه صادر شده است^۲ و به موجب آن برای تعقیب ظهنویس چک اعتراض ضرورت ندارد و صرف گواهی عدم پرداخت صادرشده به وسیله بانک کافی است؛ در حالی که ماده ۳۱۴ قانون تجارت به صراحت اعتراض چک و مسئولیت ظهنویس آن را تابع همان مقرراتی کرده که در مورد برات وضع شده است. در واقع، در رأی اخیر این واقعیت حقوقی نادیده گرفته شده که اعتراض و گواهی عدم پرداخت، که آنها را از حقوق فرانسه اقتباس کرده‌ایم، هر یک اثری خاص دارد؛ به عبارت روشن‌تر، تأسیس حقوقی گواهی عدم پرداخت برای شکایت کیفری پیش‌بینی شده است و تأسیس اعتراض (واخواست) به منظور تعقیب مدنی صادرکننده، ظهنویسان و ضامنان چک، همانند وضعیت موجود در حقوق فرانسه.

به همین دلیل، بعضی حقوقدانان متقدم حقوق تجارت ایران رویه قضایی را در تدوین و ایجاد حقوق تجارت مؤثر نمی‌دانند^۳ و بعضی نیز اصولاً آن را جزء منابع

۱. برای ملاحظه رأی مزبور رجوع کنید به: ضمیمه روزنامه رسمی، س ۱۳۴۹، ش ۱۲۳، ص ۳۷ و ۳۹ به بعد.

۲. در انتقاد از رأی مذکور رجوع کنید به: کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹)، «مسئولیت ظهنویسان و ضامن چک»، مجله کانون وکلای دادگستری، دوره جدید، ش ۴، ص ۲۲۷.

۳. صقری [بی‌تا]، ص ۴۳.

حقوق به حساب نیاورده‌اند؛^۱ البته این اعتقاد اغراق آمیز است، چرا که دیوان عالی کشور در رأی راجع به اعتراض در چک به طریقی وضع قاعده کرده است؛ یعنی مقرر نموده که در تعقیب ظهنویس چک اعتراض ضرورت ندارد و دادگاهها باید رأی این دیوان را به منزله قانون تلقی و اجرا کنند. بدین ترتیب، چگونه می‌توان رویه قضایی را منبع حقوق تجارت تلقی نکرد؟ قضات دادگاهها، به‌ویژه دیوان عالی کشور، مأمور اجرای قواعد قانونی راجع به تجارت هستند و با توجه به دعاوی‌ای که نزد آنها مطرح می‌شود این قوانین را تفسیر می‌کنند، آنها را با شرایط اقتصادی حاکم در زمانهای خاص تطبیق می‌دهند و اگر لازم باشد قانون را تکمیل می‌کنند (ماده ۳ ق.آ.د.م).

اشکال اساسی در این است که قانون تجارت ایران از حقوق بیگانه اقتباس شده و در این اقتباس نکات بسیاری در ابهام باقی مانده است که قاضی باید با مطالعه پیشینه تاریخی و اجتماعی قواعد گرفته‌شده از حقوق بیگانه آنها را بسنجد. به‌علاوه، حقوق تجارت حقوقی پویاست و در آن عرف و عادات به‌سرعت تغییر می‌یابند. قاضی باید بر عرف و عادات اشراف داشته باشد تا تصمیماتی که اتخاذ می‌کند با واقعیات حیات اقتصادی جامعه منطبق باشد. در فرانسه قضات دادگاههای تجارت خود در چرخه تجارت قرار دارند؛ چه از میان تجار انتخاب می‌شوند و بالطبع عرف و عادات را می‌شناسند.

در ایران که قضات رسمی به اختلافات تجارته رسیدگی می‌کنند، در حل و فصل اختلافات تجاری، باید به کارشناسان منتخب از میان فعالان تجاری مراجعه کنند. در این صورت می‌توان امیدوار بود که آراء قضایی به‌طور صحیح و منطبق با روح و مفاد قوانین و مقررات حاکم بر امور تجاری صادر شوند.

۱. دکتر ستوده تهرانی ضمن بحث درباره منابع حقوق تجارت از رویه قضایی سخنی به میان نیاورده است (۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۳ به بعد). دکتر اعظمی زنگنه نیز در این مورد صحبتی نکرده است (۱۳۵۱، حقوق بازرگانی، ص ۶).

مبحث دوم: منابع خصوصی حقوق تجارت

اگر قبول داشته باشیم حقوق «مجموعه قواعدی است که ضمانت اجرایی دارد و مقامات رسمی اجرای آنها را تضمین می‌کنند» صحبت کردن از «منابع خصوصی حقوق» بی‌وجه به نظر می‌رسد. چگونه می‌توان پذیرفت که اشخاص خصوصی می‌توانند واضح قواعدی باشند که مانند قواعد رسمی لازم‌الاجراست؟ با وجود این، حقوق تجارت در حد بالایی از منابع غیررسمی تغذیه می‌کند. این منابع در دو قالب عمده جلوه‌گر می‌شوند که ماهیت و ارزش حقوقی آنها را در دو گفتار بررسی می‌کنیم: عمل فعالان تجاری و عقاید علمای حقوق تجارت.

گفتار اول: عمل فعالان تجاری

معمولاً، به قاعده‌ای که فعالان تجاری به آن عمل می‌کنند بدون آنکه قانون به آن اشاره داشته باشد لفظ «عرف» اطلاق می‌شود؛ اما این لفظ تنها لفظی نیست که قاعده عملی تجار به آن متصف است و در کنار آن گاه اصطلاح عرف و عادت، گاه اصطلاح عادت و گاه لفظ رسم به کار گرفته می‌شود. در قسمت اول این گفتار به توضیح این مفاهیم می‌پردازیم، در قسمت بعدی ارزش عرف و عادات را مشخص می‌کنیم و در نهایت به این سؤال پاسخ خواهیم داد که آیا جهل به عرف قابل پذیرش است یا خیر؟

الف) مفاهیم عرف، عادت و رسم

آیا مفهوم عرف با عادت و رسم متفاوت است؟ بررسی نظر حقوقدانان متقدم نشان می‌دهد که اینان از این مفاهیم تلقی واحدی ندارند. ابتدا این نظریات را عیناً نقل می‌کنیم، سپس با توجه به موضع قانون‌گذار ایران به نقد آنها می‌پردازیم.

۱. نظریات حقوقدانان. به نظر دکتر شایگان، عرف و عادت، یعنی مجموع قواعد حقوقی که به صرف طبع بر اثر حوایج اجتماعی به طور مستقیم از طرف مردم معمول می‌شود، منبع اصلی حقوق است و «رسوم مکرر و معمول و غیرمبهم» منبع عرف و عادت.^۱ پس، از دید وی عرف و عادت یکی است و منشأ آن رسم است

۱. شایگان (۱۳۷۵)، ص ۵۲.

که وقتی به طور مکرر به آن عمل شود، به عرف و عادت تبدیل می‌شود که البته منبع حقوق می‌گردد.

دکتر اعظمی زنگنه، نه از عرف و عادت بلکه از «عادات و رسوم» صحبت می‌کند. به نظر ایشان «رسوم تجارتی طرز عملی است که در معاملات تجارتی معمول و مُجر است»؛ ولی «اعتبار قانونی ندارد»؛ در حالی که منظور از عادات «مقرراتی است که به قدری استحکام یافته که حکم قانون را پیدا کرده است». «رسم تجارتی، اگرچه بتواند مورد استناد واقع شود، ولی وقتی کاملاً برقرار است که از عنوان رسم به عنوان عادت ترقی نماید؛ یعنی به وسیله محاکم و رویه قضایی استحکام پذیرد».^۱

دکتر ستوده تهرانی از «عرف و عادات و رسوم تجارتی» سخن می‌گوید. وی معتقد است که «اصول و قواعد حقوق تجارت در نتیجه عادات و رسوم معمولی بین تجار ایجاد می‌شود. این قواعد در بدو امر به صورت رسم تجارتی معمول بوده و بعد از آن عمومیت پیدا کرده، به صورت عرف و عادت درآمده و کم‌کم به صورت قانون درمی‌آیند». به نظر او فرق بین رسوم و عرف و عادات این است که «رسوم تجارتی دایره عملش محدودتر و مخصوص به ناحیه معینی است و وقتی رسم تجارتی توسعه زیادتری پیدا نمود و مورد قبول عامه واقع گردید به صورت عرف و عادت درمی‌آید».^۲

دکتر صقری، از عرف سخنی به میان نمی‌آورد، بلکه مانند دکتر اعظمی زنگنه از عمل و رویه معمول در تجارت به «عادات و رسوم» تعبیر می‌کند. به نظر وی «رسوم عبارت از اصولی است که در عمل به وجود آمده است و طرفین معامله به طور ضمنی خود را مشمول آن اصول می‌دانند. فرض این است که متعاملین در قراردادهایی که منعقد می‌سازند رسوم را بدون آنکه در قرارداد ذکر کرده باشند، پذیرفته‌اند»^۳ قاعدتاً مفهوم این عبارت این است که رسم، قاعده‌ای است که همواره

۱. اعظمی زنگنه (۱۳۵۱)، ص ۷ و ۸.

۲. ستوده تهرانی (۱۳۷۴)، ج ۱، ص ۲۶.

۳. صقری [بی‌تا]، ص ۳۹.

جنبه قراردادی دارد؛ یعنی الزام آور نیست، مگر آنکه ضمن اینکه در عمل به وجود آمده، طرفین در معامله خود آن را پذیرفته باشند، هر چند که پذیرفته شدن قراردادی رسم از سوی طرفین همیشه مفروض است. وی در جملات بعدی ما را از این استنباط اشتباه بیرون می آورد و یادآوری می کند که رسم قراردادی یا عملی از رسم حقوقی جداست: «رسم حقوقی که در حقیقت همان عادت است...، برعکس رسم عملی، با قانون فرقی ندارد و دارای همان قدرت می باشد» و «عادت هنگامی ایجاد می شود که اصول و مقررات معمول به تجار به قدری استحکام پیدا کند که لزوم ارزش قانونی یافتن آن مورد تردید هیچ کس نباشد»^۱؛ بنابراین، از نظر وی، رسم اعم از رسم قراردادی و عادت است. رسم قراردادی الزام آور نیست، مگر اینکه طرفین قرارداد به طور ضمنی یا صریح آن را قبول کرده باشند؛ در حالی که عادت لازم الاجراست، حتی اگر طرفین به صراحت یا به طور ضمنی، در قرارداد به آن اشاره نکرده باشند. در اینجا این سؤال مطرح است که اگر طرفین به عادت اشاره نکرده اند، مبنای الزام آور بودن آن چیست؟ دکتر صقری معتقد است: «عادت در حقیقت اماره توافق تمام اشخاصی است که دارای شغل واحدی هستند در موضوعی معین...» و «ممکن است از اشخاص متحدالشغل گذشته و به اشخاص غیرتاجر هم در روابط با تجار حکومت کند»^۲.

تعریف دکتر کیائی از عرف و عادت و رسم بیانگر آن است که به ظاهر این تأسیسات با یکدیگر متفاوتند ولی در عین حال در مفهوم با یکدیگر تفاوتی ندارند. به نظر ایشان: «عادت عبارت از رویه ای است که در طول زمان به تدریج در امری برقرار شده و رعایت آن الزامی است». «رسم بر دو قسم است: ۱. رسم حقوقی، ۲. رسم عملی یا قراردادی. منظور از رسم حقوقی همان عادت است... و رسمی که به درجه عادت نرسیده باشد رسم عملی یا قراردادی است» و «عبارت از روش و طرز عملی است که در بعضی نقاط در مورد پاره ای از معاملات رایج می باشد» و «عرف

۱. همان، ص ۴۰.

۲. همانجا.

عبارت از قواعد و مقررات لازم‌الاتباع ناشی از عادت است که بین عموم یا عده‌ای از اشخاص برقرار می‌باشد.^۱

پس از مطرح کردن نظریات و تعاریف استادان متقدم حقوق تجارت لازم است به تدقیق در آنها پردازیم و موضع قانون‌گذار را در این زمینه بیان کنیم.

۲. موضع قانون‌گذار. با تدقیق در عقاید استادان حقوق تجارت نتیجه می‌گیریم قاعده‌ای که فعالان تجاری در عمل از آن پیروی می‌کنند بدون آنکه به صورت قانون درآمده باشد ممکن است رسم باشد یا عادت و عرف. رسم بر دو قسم است: رسم عملی (قراردادی) و رسم حقوقی. بعضی از مؤلفان از رسم حقوقی به عادت تعبیر می‌کنند (دکتر صقری، دکتر اعظمی زنگنه و دکتر کیائی) و بعضی به عرف و عادت (دکتر ستوده تهرانی). تفاوت بین رسم و عرف و عادت هم در این است که اولاً رسم تا در قرارداد طرفین - به طور ضمنی یا صریح - مورد توافق قرار نگرفته باشد الزام‌آور نیست؛ در حالی که عرف و عادت الزام‌آور است، حتی اگر طرفین بر آن توافق نکرده باشند؛ ثانیاً رسم یا جنبه منطقه‌ای دارد یا به تجارت خاصی مربوط است و در محدوده‌ای خاص اعمال می‌شود؛ در حالی که عرف و عادت ممکن است جنبه عمومی هم داشته باشند.

بررسی قوانین مدنی و تجاری نشان می‌دهد که قانون‌گذار پدیده‌ای به نام رسم را به رسمیت نمی‌شناسد، به عکس همواره از عرف و عادت صحبت می‌کند، آن هم نه به صورتی یکنواخت؛ گاه به عرف و عادت اشاره می‌کند (ماده ۳۵۶ ق.م) و گاه به عرف و عادت محلی. مورد اخیر نشان می‌دهد قاعده‌ای که الزام‌آور باشد ممکن است جنبه محلی هم داشته باشد (ماده ۳۶۹ ق.ت و ماده ۳۴۴ ق.م)، نه اینکه هر قاعده‌ای که جنبه منطقه‌ای خود را از دست بدهد و عمومی شود عرف و عادت به حساب آید. همچنین قانون‌گذار گاه فقط از عرف صحبت می‌کند، بدون قید کلمه عادت. عرف ممکن است در حوزه عمل حقوق عام قرار گیرد (مواد ۱۴۱، ۲۰۴، ۳۵۸ و ۵۴۹ ق.م) یا صرفاً در حوزه عمل حقوق تجارت (ماده ۳۴۴ ق.م و مواد ۳۴۹، ۳۶۶ و ۳۶۷ ق.ت).

۱. کیائی، کریم (۱۳۵۰)، حقوق بازرگانی، ص ۴۰-۴۲.

سرانجام اینکه قانون‌گذار گاهی لازم‌الاجرا بودن عرف را با به کارگیری لفظ «متعارف» القا می‌کند (ماده ۳۷۲ قانون تجارت که راجع به حق فروش مال از جانب حق‌العمل‌کار از طریق مزایده است، در صورتی که آمر مال‌التجاره را بیش از حد «متعارف» نزد او بگذارد). در قانون مدنی نیز قانون‌گذار در مواد بسیاری از این لفظ استفاده کرده است^۱؛ برای مثال ماده ۳۸۲ قانون مذکور مقرر می‌کند: «هرگاه عرف عادت از بابت مخارج معامله یا محل تسلیم برخلاف ترتیبی باشد که ذکر شده و یا در عقد برخلاف آن شرط شده باشد باید بر طبق متعارف یا مشروط در عقد رفتار شود...». در این ماده لفظ متعارف به صراحت به جای عرف و عادت به کار رفته است.

با توجه به موارد مذکور می‌توان گفت مفاهیم عرف یا عادت یا متعارف، همگی در یک معنا به کار گرفته شده‌اند و به قاعده‌ای اطلاق می‌شوند که مردم و تجار - بر حسب مورد - به آن عمل می‌کنند و آن را دارای ضمانت اجرای حقوقی می‌دانند، بدون اینکه موضوع قانون نوشته باشد. آنچه در حقوق تجارت مورد توجه است عرف تجاری است؛ ولی اگر در زمینه‌ای عرف تجاری خاص وجود نداشته باشد، عرف عام راجع به معاملات در مورد معاملات تجاری نیز اعمال می‌شود؛ برای مثال در ماده ۳۶۹ قانون تجارت در مورد استحقاق حق‌العمل‌کار به دریافت اجرت مقرر شده است: «وقتی حق‌العمل‌کار مستحق حق‌العمل می‌شود که معامله اجرا شده و یا عدم اجرای آن مستند به فعل آمر باشد. نسبت به اموری که در نتیجه علل دیگری انجام‌پذیر نشده حق‌العمل‌کار برای اقدامات خود فقط مستحق اجرتی خواهد بود که عرف و عادت محل معین می‌نماید». منظور از عرف و عادت، پیش از هر چیز، عرف و عادت تجاری است؛ اما همان‌طور که پیشتر گفتیم، اگر عرف و عادت تجاری در این خصوص وجود نداشته باشد، ولی عرف و عادت عام وجود داشته باشد، عرف و عادت عام اعمال می‌شود.

سرانجام لازم است به مسئله احراز عرف اشاره کنیم. در این مورد باید گفت که مدعی باید وجود عرف را اثبات کند و دادگاه آن را مسلم بداند. مسلم بودن

۱. برای مثال مواد ۱۰۷، ۱۲۵، ۱۳۲، ۲۲۵، ۳۸۲، ۳۸۶، ۴۹۰، ۵۰۸، ۵۳۶، ۵۴۲، ۵۵۳، ۵۵۵، ۶۱۲، ۶۴۱، ۹۵۱، ۹۵۲ و ۱۱۰۷ قانون مذکور.

عرف با رجوع به کارشناس مشخص می‌شود؛ اما دادگاه می‌تواند بر اساس قواعد عام آیین دادرسی مدنی نظر کارشناس را مورد تردید قرار دهد.

ب) ارزش حقوقی عرف

مسئله‌ای که مطرح می‌شود این است که آیا عرف می‌تواند، در مقابل قانون نوشته، معتبر باشد. بدیهی است که عرف، مانند قانون نوشته، دارای اعتبار است؛ ولی هرگاه قانونی وجود داشته باشد که مخالف با عرف حکم کرده باشد، کدام یک از این دو مرجح است؟ در جواب این سؤال باید گفت اگر قانون جنبه آمره داشته باشد، عرف نمی‌تواند در مقابل آن مقاومت کند، همان‌طور که قراردادهای خصوصی مخالف قانون نمی‌توانند وجود داشته باشند؛ اما اگر قانون جنبه آمره نداشته باشد باید عرف، اگر وجود داشته باشد، مورد عمل قرار گیرد؛ برای مثال به موجب ماده ۳۶۶ قانون تجارت حق‌العمل کار نمی‌تواند بدون رضایت آمر مال‌التجاره را به صورت نسیه بفروشد، مگر آنکه فروش به نسیه داخل در عرف تجارتهی محل باشد. دستور قانون‌گذار در این ماده این است که «فروش به نسیه بدون رضایت آمر ممنوع است»، اما در عین حال می‌گوید «اگر عرف محل فروش به نسیه را تجویز کرده باشد باید به عرف عمل کرد». اگر آمر و حق‌العمل کار خلاف قاعده عرفی را در قرارداد پیش‌بینی کرده باشند، قاعده عرفی قابل اعمال نیست (قسمت اخیر ماده مذکور).

ماده ۳۶۶ قانون تجارت از مصادیق قانون تکمیلی است، یعنی قانونی که خلاف آن را می‌توان در قرارداد پیش‌بینی کرد و اگر عرفی خلاف آن وجود داشته باشد باید به عرف عمل شود.

مبنای این قاعده که عرف باید بر قانون تکمیلی ترجیح داده شود چیست؟ پاسخ این است که قانون‌گذار چنین می‌خواهد. اما چرا قانون‌گذار چنین خواسته است؟ علت این است که هرگاه عرفی در میان باشد، باید چنین فرض کرد که طرفین آن را به طور ضمنی پذیرفته‌اند؛ چرا که مدت‌ها بین آنان یا تمام افراد جامعه، از جمله آنان، معمول بوده است و به اصطلاح به طور ضمنی بر آن توافق کرده‌اند؛ برای مثال قانون‌گذار قاعده‌ای را مقرر می‌کند، ولی گنجاندن شرط خلاف در

قرارداد به وسیله طرفین را می‌پذیرد. در فرض اخیر، طرفین به صراحت عمل برخلاف قاعده قانونی را پذیرفته‌اند. در مورد عرفِ خلاف قانون، فرض می‌شود که طرفین به طور ضمنی آن را بر قانون ترجیح داده‌اند. به همین دلیل است که فرانسویان عرف خلاف قانون تکمیلی را «عرف قراردادی»^۱ نام نهاده‌اند؛ یعنی عرفی که افراد یک شغل یا یک کشور یا جامعه بین‌المللی، به موجب قرارداد ضمنی، آن را پذیرفته‌اند و اجرای آن را طبیعی تلقی می‌کنند.^۲

ج) جهل به عرف

یکی از مصادیق قاعده «جهل به حکم رفع تکلیف نمی‌کند» جهل به عرف است. در واقع، اگر قبول کنیم عرف در حکم قانون است و همان اثر را دارد، باید بپذیریم جهل به عرف نیز مانند جهل به قانون رفع تکلیف نمی‌کند و بین این دو مورد تفاوتی وجود ندارد؛ اما همان‌طور که در خصوص قانون گفته شده است، در مورد عرف نیز این نکته مصداق دارد که در پاره‌ای موارد جهل به عرف باید پذیرفته شود.

هرگاه طرفین قراردادی در یک شعبه تجاری مشغول کارند باید فرض کرد که عرف راجع به کار خود را می‌شناسند، در غیر این صورت به‌سختی می‌توان عرف تخصصی یکی از طرفین را به دیگری تحمیل نمود. به نظر می‌رسد در سالهای اخیر در کشورهای مختلف این فکر مورد قبول قرار گرفته است که عرفی را باید به تجار تحمیل نمود که یا ثابت شود آن را می‌شناخته‌اند، یا بتوان گفت با توجه به حرفه و تخصصشان باید آن را بشناسند. در بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون سال ۱۹۸۰ وین بر این نکته تصریح شده است.^۳ اگر توجه کنیم که این کنوانسیون نتیجه مطالعات

1. Usage conventionnel

2. Houin et Pédamon (1990), n°. 14.

۳. به موجب این بند از ماده: «فرض بر این است که طرفین عرف و عادت را که نسبت به آن وقوف داشته‌اند یا می‌باید وقوف می‌داشتند و آن عرف و عادت در تجارت بین‌المللی کاملاً شناخته شده و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع تجارت خاص، به طور منظم آن را رعایت می‌کنند، به طور ضمنی بر قرارداد فیما بین یا بر انعقاد آن حاکم ساخته‌اند، مگر در مواردی که خلاف آن ثابت شود».

تطبیقی در حقوق و طرز عمل کشورهای مختلف است، به صحت این گفته که چنین فکری رواج جهانی دارد بیشتر اعتقاد پیدا می‌کنیم.^۱

گفتار دوم: عقاید علمای حقوق تجارت

تأثیر علمای حقوق در تدوین و تحول حقوق غیرقابل انکار است؛ زیرا آنان هم قوانین و مقررات موضوعه را تفسیر می‌کنند و هم می‌توانند برای اصلاح قوانین پیشنهاد بدهند؛ البته نمی‌توان گفت عقاید آنان منبع حقوق است، بلکه جنبه ارشادی و مشورتی دارد و تا همین حد به طور غیرمستقیم بر روند حقوق تأثیر می‌گذارد.

آنچه گفتیم در مورد حقوق تجارت نیز صادق است؛ یعنی عقاید حقوقدانان حقوق تجارت الزام‌آور نیست و دادگاهها مکلف به رعایت آنها، چون قواعد حقوقی دیگر (قانون و عرف)، نیستند. ولی در حقوق تجارت بین‌الملل و در حقوق تجارت داخلی کشورهای اروپایی آهسته‌آهسته بدان سو می‌رویم که اثر نظرات استادان حقوق، به خصوص در قالب آراء داوری، در حد قواعد حقوقی باشد. در واقع، داوران، برخلاف دادرسان دادگاههای دولتی، در بسیاری از موارد برای تحکیم استدلالات رأی خود از عقاید علمای حقوق استفاده می‌کنند؛ مع‌ذلک، از نظر حقوقی، حتی در حقوق تجارت بین‌الملل، عقاید علمای حقوق را قاعده حقوقی تلقی نمی‌کنند و این عقاید منبع غیرمستقیم حقوقند.

بخش سوم: جایگاه حقوق تجارت در نظام حقوقی ایران

همان‌طور که گفتیم، یکی از ویژگیهای حقوق تجارت پراکنده بودن قواعدی است که گاه در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ و گاه در قوانین عدیده‌ای پیش‌بینی شده است. با توجه به این ویژگی مسئله تعیین جایگاه این رشته از حقوق در نظام حقوقی ایران مطرح می‌شود. سؤال عمده در این مورد این است که آیا حقوق تجارت

۱. در مورد ارزش عرف در حقوق تجارت بین‌الملل رجوع کنید به: اسکینی (۱۳۷۱)، مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل، ص ۳۳.

رشته‌ای مستقل از رشته‌های دیگر حقوق است یا خیر؟ آنچه مسلم است حقوق تجارت یکی از رشته‌های اصلی حقوق خصوصی است، اما باید جایگاه آن در کنار حقوق مدنی مشخص شود. از طرف دیگر، قواعد حقوق تجارت محدود به تجار و اعمال تجاری است و باید نقش رشته‌های دیگر حقوق در کنار این رشته در تنظیم فعالیتهای تجاری تعیین گردد. ارتباط حقوق تجارت با حقوق مدنی از یک سو و ارتباط آن با رشته‌های دیگر حقوق موضوع این بخش است که به ترتیب به آنها می‌پردازیم.

مبحث اول: ارتباط حقوق تجارت با حقوق مدنی

گفتار اول: ملاحظات کلی

هنگام تصویب قانون تجارت ایران در سال ۱۳۱۱، قانون مدنی در باب اموال و تعهدات و عقود، قبلاً، به تصویب رسیده بود؛^۱ به همین دلیل قانون‌گذار بر خود واجب نمی‌دید که برای امور تجاری نیز اصول کلی خاصی پیش‌بینی کند؛ در نتیجه در ایران همواره این اصل مورد قبول بوده و کسی به آن اعتراض نکرده است که «قانون مدنی قانون عام یا قانون مادر است و هر جا که قانون تجارت، در خصوص امری، ساکت است باید به قانون مدنی مراجعه شود». این اصل نه تنها مورد تأکید حقوقدانان حقوق مدنی است که سایه قانون مدنی را بر سر قانون تجارت می‌بینند،^۲ بلکه مورد قبول حقوقدانان حقوق تجارت است^۳ و این فکر را تقویت کرده که حقوق تجارت دست‌نشانده حقوق مدنی است و بدون آن افلیجی است که توانایی حرکت ندارد.

۱. مواد راجع به اموال (مواد ۱۱ لغایت ۲۸)، و تعهدات و عقود (مواد ۱۸۳ لغایت ۸۲۴) در سال

۱۳۰۷ ش به تصویب رسیده بود.

۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴ ب)، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، ص ۲۰۷.

۳. ستوده تهرانی (۱۳۷۴)، ج ۱، ص ۲۶. و اعظمی زنگنه (۱۳۵۱)، ص ۷. و کیائی (۱۳۵۰)، ص ۳۹. و

صقری [بی تا]، ص ۳۸.

وابستگی حقوق تجارت به حقوق مدنی انکارناپذیر است؛ زیرا اصول کلی راجع به عقود و معاملات و اموال در حقوق مدنی پیش‌بینی شده است - که حقوق تجارت فاقد آن است - و نیز اینکه قواعد مندرج در حقوق مدنی نشئت گرفته از حقوق اسلامی است و این امر از اعمال بسیاری از قواعد تجاری که پایه در حقوق غرب دارد جلوگیری می‌کند؛ برای مثال این قاعده که مال مرهون باید عین معین باشد و گرنه رهن باطل است (ماده ۷۷۴ ق.م) مانع بزرگی برای قبول به وثیقه گذاشتن اسناد تجاری (برات و سفته و چک)^۱ است که در دنیای غرب معمول است و وسیله ارزشمندی برای توسعه معاملات اعتباری بانکها محسوب می‌شود. همچنین این قاعده که به محض تحقق عقد ضمان ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود (ماده ۶۹۸ ق.م)، پذیرش مسئولیت تضامنی در حقوق تجارت را که در حقوق غرب اصلی پذیرفته شده است در حقوق ما دشوار می‌سازد، تا آنجا که قانون تجارت هم از بیم آنکه با شرع در تضاد باشد، آن را نپذیرفته است، مگر به موجب قرارداد (ماده ۴۰۳ ق.ت).

مع‌ذلک، وابستگی حقوق تجارت به حقوق مدنی مانع آن نبوده است که اهمیت عملی حقوق تجارت در جامعه امروز حتی از حقوق عام هم بیشتر شود. آنچه در کشورهای بزرگ صنعتی رخ داده^۲ در کشور ما نیز به نسبت اتفاق افتاده است؛ به عبارت دیگر تغییر ساختار اقتصادی جامعه در زمان حال و ورود صنایع بزرگ موجب افزایش حجم فعالیت‌های اقتصادی شده و تعداد اشخاصی که در صنعت و تجارت فعالیت می‌کنند نسبت به کسانی که کشاورزی یا فعالیتهای غیرتجاری می‌کنند افزایش یافته است، ضمن اینکه بیشترین حجم ثروت در اختیار تجار و ارباب صنعت است.

در چنین وضعیتی اگرچه حقوق تجارت هنوز هم تحت تأثیر قواعد حقوق مدنی است، تأثیر متقابل آن در حقوق مدنی انکارناپذیر است. بررسی تأثیر متقابل

۱. ر.ک.: اسکینی (۱۳۷۷ الف)، ص ۱۰۹ به بعد.

2. Ripert et Roblot (1991), t. 1, n^o.4.

این دو شعبه از حقوق خصوصی - که در گفتار دوم به آن می‌پردازیم - به طرح این سؤال می‌انجامد که آیا نمی‌توان قواعد حقوق مدنی و حقوق تجارت را در یکدیگر ادغام کرد و به حقوق خصوصی وحدت بخشید؟ به این سؤال در گفتار سوم پاسخ خواهیم داد.

گفتار دوم: تأثیر حقوق مدنی در حقوق تجارت

همان‌طور که گفتیم، هنگام تصویب قانون تجارت ۱۳۱۱، مقررات مربوط به تعهدات و قراردادهای در قانون مدنی (مواد ۱۸۳ لغایت ۳۰۰ و ۳۳۸ لغایت ۸۰۷) قبلاً به تصویب رسیده بود (سال ۱۳۰۷ ش)؛ بدین علت از دید قانون‌گذار وضع قواعد کلی خاص در مورد تعهدات تجاری ضرورتی نداشت و این تعهدات در اصول، تابع قانون مدنی قرار داده شد. در مورد قراردادهای تجاری نیز فقط حدود ۷۰ ماده قانون تجارت به قراردادهای حق‌العمل‌کاری، دلالتی، حمل‌ونقل و ضمانت که قراردادهای موضوع حقوق تجارتند اختصاص یافته؛ در حالی که حدود ۴۷۰ ماده قانون مدنی در مورد قراردادهای مدنی است. همچنین در قانون تجارت از قراردادی چون قرارداد بیع که در عالم تجارت بیشترین مصداق اجرا را دارد، سخنی به میان نیامده است. در عین حال، مقررات حقوق مدنی در روابط تجاری نیز حکمفرماست و قانون تجارت هر جا که لنگ می‌زند، از حقوق مدنی وام می‌گیرد؛ برای مثال مقررات راجع به دلالتی در قانون تجارت تابع احکام و کالت در حقوق مدنی قرار داده شده است (ماده ۳۳۵)؛ این امر در مورد حق‌العمل‌کاری (ماده ۳۵۸) و حتی قرارداد حمل‌ونقل (ماده ۳۷۸) صادق است. مقررات راجع به ضمانت نیز به صورتی در قانون تجارت وضع شده است که با اصول حقوق مدنی چندان در تضاد نباشد؛ برای مثال، برخلاف حقوق فرانسه، ضمانت تضامنی به منزله اصلی در قراردادهای بازرگانی پذیرفته نشده و موکول به توافق طرفین یا دستور صریح قانون گردیده است (ماده ۴۰۳). مسئولیت مدیر شرکت نیز در مقابل شرکا همان مسئولیت وکیل در مقابل موکل تلقی شده است (ماده ۵۱). همچنین در قانون تجارت، نه از اهلیت

تاجر سخنی به میان آمده است، نه از رضایت و قصد و نه از دیگر اصول مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی.

این وضع در نحوه تفسیر قضات از قوانین تجاری نیز تأثیر گذاشته است. آنان مواد قانون تجارت را با همان روشی تفسیر می‌کنند که مواد قانون مدنی را. این واقعیت که در ایران، به جز مدت کوتاهی آن هم در تهران، دادگاه تجارت وجود نداشته است و دادگاههای عمومی به اختلافات و دعاوی تجاری نیز رسیدگی می‌کرده‌اند، علت دیگر تفسیر قانون تجارت به سبک قانون مدنی در دادگاههای ماست؛ در حالی که روح قانون تجارت ما در قانون تجارت فرانسه نهفته و قانون تجارت فرانسه زاینده تاریخ تجارت این کشور است. چگونه می‌توان برای تفسیر قانون تجارت به اصول مستنبط از حقوق مدنی، که عمدتاً از فقه گرفته شده مراجعه کرد؟ از طرف دیگر، روابط تجاری پدیده‌هایی پویاست و تجار برای حل و فصل مسائل خود منتظر حقوق و حقوقدانان نمی‌شوند، بلکه با استفاده از اصل آزادی قراردادها خود به وضع قواعد مناسب روز مبادرت می‌ورزند، به‌ویژه اینکه بین‌المللی شدن تجارت قواعد حاکم بر آن را در کشورهای مختلف به سوی یکسان شدن هدایت می‌کند؛ بنابراین در تفسیر قواعد تجاری ضمن احترام به اصول حاکم بر تفسیر قواعد مدنی باید همه این عوامل را در نظر بگیریم و در درک درست قانون تجارت مبانی خارجی و بین‌المللی آن را نیز تجزیه و تحلیل کنیم. این روش، روشی است که در طرح مباحث مختلف در مجلدات این کتاب رعایت کرده‌ایم و برای درک بهتر تأسیسات حقوقی تجارت به حقوق کشورهای دیگر و به‌ویژه حقوق فرانسه نیز توجه نموده‌ایم.

گفتار سوم: تأثیر حقوق تجارت در حقوق مدنی

شاید به جرئت بتوان تأیید کرد که تأثیر حقوق تجارت در حقوق مدنی، از تأثیر حقوق مدنی در حقوق تجارت بیشتر بوده است. در واقع، می‌توان به‌درستی اذعان نمود که زندگی اقتصادی جامعه امروز ما، مانند جوامع دیگر، تحت لوای قانون تجارت است و این حقوق خاص در زمینه‌های بسیاری گوی میدان را از حقوق

مدنی ر بوده است و قواعد خاص خود را بر قسمت مهمی از حیات مدنی ما تحمیل کرده است. علت این امر بی‌شک در ویژگیهای خاص حقوق تجارت نهفته است که سرعت و امنیت در معاملات را با ایزاری ساده فراهم می‌کند و پویایی و تازگی آن نیازهای جامعه‌ای مدرن را برطرف می‌سازد. اگر به این نکته نیز اذعان کنیم که ثروت امروز جامعه عمدتاً از اموال منقول تشکیل می‌شود و نقل و انتقال و گردش آن به اعمال دو اصل سرعت و امنیت وابسته است، باید قبول کنیم که قالبهای ساده حقوقی حقوق تجارت برای افراد جامعه، تجار و غیرتجار، مطلوب‌تر است. اگر حوزه عمل حقوق تجارت به نسبت حقوق مدنی، روزبه‌روز وسیع‌تر می‌شود به دلیل کندتر بودن تحول قواعد حقوق مدنی نسبت به قواعد حقوق تجارت است؛ به عبارتی حقوق مدنی نخواستار یا نتوانسته است خود را با تحولات اقتصادی جامعه تطبیق دهد و همراه کند. بیهوده نیست که قانون‌گذار ما، چه پیش از انقلاب و چه پس از آن، نسبت به اعمال قواعد مدنی تعصب خاصی نشان نداده و قواعد حقوق تجارت را به بسیاری از فعالیتهای ذاتاً مدنی تسری داده است. موارد ذیل نمونه‌هایی غیرحصری از تسری قواعد حقوق تجارت به عالم مدنی است:

۱. چون نمی‌توان از شرکت موضوع قانون مدنی برای سرمایه‌گذاریهای بزرگ صنعتی استفاده کرد، سرمایه‌گذاری در قالب شرکت سهامی انجام می‌شود، حتی اگر فعالیت اقتصادی دارای خصیصه تجاری به مفهوم ماده ۲ قانون تجارت نباشد. ماده ۲ لایحه قانونی ۱۳۴۷ راجع به شرکتهای تجاری این امکان را فراهم کرده که عملیات مدنی در قالب شرکت تجاری انجام شود.^۱

۲. به دلیل وجود شرکتهای سهامی انجام دادن معاملاتی در عالم حقوق مدنی امکان‌پذیر است که با ابزار سنتی حقوق مدنی به دشواری انجام می‌شود. شرکتهای اخیر می‌توانند اوراق قرضه یا سهام انتشار دهند و این سهام و اوراق قرضه بدون نیاز به رعایت قواعد پیچیده حقوق مدنی در زمینه قرض و انتقال طلب، قابل نقل و انتقال

۱. به موجب ماده مذکور: «شرکت سهامی شرکت بازرگانی محسوب می‌شود، ولو اینکه موضوع عملیات آن امور بازرگانی نباشد».

است. زمانی که بعضی از تأسیسات سنتی حقوق تجارت به سبب مخالفت احتمالی با قواعد شرعی غیر قابل اجرا تلقی می‌شوند، قانون‌گذار اسلامی به جای استفاده از تأسیسات مدنی از تأسیسات تجاری مشابه استفاده می‌کند؛ مانند انتشار اوراق مشارکت به جای اوراق قرضه سابق که تدقیق در مطالعه قانون راجع به آن، به خوبی نشان می‌دهد قانون‌گذار در تدوین آن به مکانیسم اوراق قرضه توجه خاصی داشته است.^۱

۳. شرکتهای تعاونی موضوع قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران^۲ نیز نشان‌دهنده تمایل قانون‌گذار پس از انقلاب به ترجیح قواعد حقوق تجارت بر قواعد مدنی است. در واقع، شرکتهای تعاونی برگرفته از حقوق تجارتند و به‌ویژه به جای اعمال قواعد اعسار موضوع حقوق مدنی، قواعد ورشکستگی در مورد آنها اعمال می‌شود (ماده ۵۴ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران)؛ در حالی که این شرکتهای جنبه تجاری ندارند و ممکن است موضوعشان خارج از حوزه عمل ماده ۲ قانون تجارت باشد. اتحادیه‌های تعاونی که اشخاص حقوقی غیرتاجر هستند نیز مشمول همین قاعده‌اند (ماده اخیر).

۴. مقوله ضمانت نیز از موارد تسری قواعد حقوق تجارت به حقوق مدنی است. همان‌طور که می‌دانیم در حقوق ایران اصل بر این است که ضمانت نقل ذمه به ذمه است (ماده ۶۹۸ ق.م) و تنها در فرضی به صورت ضمّ ذمه به ذمه پذیرفته می‌شود که به موجب قانون یا قرارداد پیش‌بینی شده باشد (ماده ۴۰۳ ق.ت)؛ مع‌ذلک، به جرئت می‌توان گفت ضمانت تضامنی که بدین ترتیب حتی در امور تجاری، جز به موجب قانون یا قرارداد پذیرفته نیست، از ضمانت موضوع حقوق

۱. ر.ک.: قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت مصوب ۳۰ شهریور ۱۳۷۶ مجلس شورای اسلامی (روزنامه رسمی، شماره ۱۵۳۲۸ ۱۳۷۶/۷/۲)، به‌ویژه ماده ۶ این قانون که اوراق مشارکت را، مانند اوراق قرضه سابق، به دو دسته قابل تبدیل و تعویض به سهم تقسیم کرده است، امری که نشان می‌دهد صاحبان اوراق مشارکت در حقیقت سهامدار شرکت نیستند، چون اصل سرمایه و سود آنها نیز به وسیله وزارت دارایی تضمین می‌شود (ماده ۳ قانون مذکور) از این رو در زیان شرکت هم سهم نیستند.

۲. روزنامه رسمی، شماره ۱۳۵۷۲، ۱۳۷۰/۷/۲۲.

مدنی بسیار معمول‌تر است؛ امری که نشان می‌دهد ضمانت معمول در میان تجار و مختص حقوق تجارت، در میان عامه و در زندگی مدنی آنان مقبول افتاده است و در عمل، دست کم از طریق ذکر در قرارداد، ضمانت تضامنی بیشتر صورت می‌گیرد تا ضمانت مدنی. قانون‌گذار نیز در موارد مختلفی در امور غیر تجاری، به صراحت مسئولیت تضامنی را برقرار کرده است؛ مانند مسئولیت تضامنی مدیران یا مدیر عاملی که ورشکستگی شرکت سهامی یا کافی نبودن دارایی شرکت معلول تخلفات او بوده است (ماده ۱۴۳ لایحه قانونی ۱۳۴۷)، یا مسئولیت تضامنی ضامن و مضمون‌عنه در فرضی که، در بحث تأمین خواسته، خواننده دعوی تقاضای تبدیل تأمین کرده و یا با معرفی ضامن معتبر خواستار رفع توقیف مال شده است (ماده ۲۴۳ ق.آ.د.م). در این فرض، قانون‌گذار مسئولیت ضامن و مضمون‌عنه را در پرداخت محکوم‌به تضامنی قرار داده است (ماده ۲۵۱ ق.آ.د.م)؛ قانون مسئولیت مدنی (مصوب ۷ اردیبهشت ۱۳۳۹) نیز مسئولیت کارفرمایان مشمول قانون کار را در مقابل خسارات وارد شده از جانب کارگران و کارکنان اداری آنها به اشخاص ثالث تضامنی مقرر کرده است (مواد ۱۳ و ۱۴ قانون مذکور).

۵. سرانجام باید به این نکته مهم اشاره کرد که امروزه بسیاری از اعمال مدنی در قالب تشکیلات غیر تجاری (انجمنها، باشگاهها، کانونها و ...) انجام می‌شود. در واقع، این تشکیلات همان شرکتهای مدنی هستند؛ یعنی شرکتهایی که به امور تجاری نمی‌پردازند. قاعدتاً این شرکتها باید با توجه به مقررات حقوق مدنی اداره شوند؛ اما قانون‌گذار، ضمن اینکه با اقتباس از قواعد حاکم بر شرکتهای تجاری به آنها شخصیت حقوقی اعطا می‌کند (ماده ۵۸۴ ق.ت) برای اداره آنها از الگوهای حقوق تجارت استفاده می‌نماید (ترتیب اساسنامه، تشکیل مجمع عمومی، انتخاب مدیر، تصفیه مؤسسه بعد از انحلال و ...).^۲

۱. این تشکیلات، حاصل جمع آورده‌های نقدی و غیر نقدی اعضای تشکیل دهنده است که ابتدا به صورت مشاع درمی‌آید و سپس به شخص حقوقی تأسیس شده منتقل می‌شود.
 ۲. ر.ک.: آیین‌نامه اصلاحی ثبت تشکیلات و مؤسسات غیر تجاری مصوب ۱۳۳۷ با اصلاحات بعدی.

موارد مذکور نشان می‌دهد تا چه حد اشخاص در فعالیتهای تجاری سهام‌اند بدون آنکه الزاماً تاجر باشند (سرمایه‌گذاری در شرکتهای تجاری و خرید و فروش اوراق مشارکت) یا تا چه حد الگوهای تجاری را در روابط مدنی خود بر الگوهای مدنی ترجیح می‌دهند (ضمانت تضامنی به جای ضمانت مدنی)؛ اما اگر گرایش اشخاص به رجوع به قواعد حقوق تجارت تا این حد وسیع است چرا نتوان برای روابط تجاری و مدنی مقررات واحدی پیش‌بینی کرد و به عبارت دیگر، در جهت وحدت حقوق خصوصی گام نهاد؟ به این سؤال به طور جداگانه در گفتار بعدی پاسخ خواهیم داد.

گفتار چهارم: وحدت حقوق خصوصی

بررسی اجمالی نظام حقوقی فعلی ایران نشان می‌دهد که وحدت حقوق مدنی و تجارت تا حد قابل ملاحظه‌ای حاصل است؛ مع‌ذلک، دست کم در وضعیت فعلی، حذف یکی از این دو رشته به نفع دیگری یا ادغام قواعد آنها، غیرممکن به نظر می‌رسد.

الف) وحدت عملی حقوق مدنی و حقوق تجارت

بررسی نظام قانون‌گذاری ایران نشان می‌دهد که حقوق مدنی و حقوق تجارت، در عمل، در موارد زیر موضع مشترکی دارند:

۱. حقوق تجارت و حقوق مدنی از لحاظ قواعد عمومی حاکم بر روابط بین افراد جامعه از اصول واحدی پیروی می‌کنند. این اصول عمدتاً در قانون مدنی نهفته است، به‌ویژه در قسمتی که به عقود و تعهدات مربوط می‌شود.
۲. قانون‌گذار در قانون تجارت قاعده خاصی برای بیع مقرر نکرده است، با اینکه این قرارداد مهم‌ترین و شایع‌ترین قرارداد تجاری است؛ بنابراین، بر بیع تجاری همان قواعدی حاکم است که بر بیع مدنی و بدین ترتیب، در این مورد وحدت حقوق خصوصی به طور کامل وجود دارد.
۳. یکی از وظایف تاجر، داشتن دفاتر و ثبت نام در دفاتر ثبت تجاری است. اگر زمانی چنین تکالیفی به تاجر اختصاص داشت، اکنون از طریق مقررات مالیاتی

به مشاغل غیر تجارتي، مانند مشاغل آزاد، تحميل شده است؛ ضرورت نظم بخشیدن به مشاغل و حرف، مقرر کردن تکالیف مشابه را برای اشخاص در مقام انجام حرفه‌شان ايجاب می‌کند.

۴. در زندگی مدنی و تجاری افراد، بسیاری از ابزار حقوقی‌ای که برای انجام دادن معاملات و مبادلات میان اشخاص مورد استفاده قرار می‌گیرد تابع قانون واحدی است؛ از جمله افتتاح حساب بانکی، چک، سفته، کارت اعتباری و اوراق بهادار. در اینجا نیز وحدت حقوق خصوصی از طریق تسری قواعد حقوق تجارت به زندگی مدنی به وضوح حاصل است.

۵. رسیدگی به دعاوی تجاری و مدنی، از حیث صلاحیت دادگاهها، تابع قواعد واحدی است و برخلاف آنچه در بعضی کشورها - مثل فرانسه - می‌گذرد، در ایران دادگاههای تجاری وجود ندارد.

۶. زمانی نحوه رسیدگی به دعاوی مدنی و تجاری در دادگاههای دادگستری متفاوت بود؛ یعنی رسیدگی به دعاوی تجاری به صورت اختصاری صورت می‌گرفت؛ در حالی که رسیدگی به دعاوی غیر تجاری بر مبنای مبادله لوایح انجام می‌شد؛ اما در حال حاضر این تفکیک وجود ندارد و رسیدگی در دادگاههای عمومی چه در امر تجاری و چه در امر مدنی به صورت اختصاری به عمل می‌آید.

۷. اصل عدم تضامن در مسئولیتهای مشترک هم در حقوق مدنی پذیرفته شده است و هم در حقوق تجارت و تضامن قابل قبول نیست، مگر آنکه به موجب قانون پذیرفته شده باشد یا اینکه در قرارداد طرفین پیش‌بینی گردیده باشد (ماده ۴۰۳ ق.ت).

۸. در حقوق فرانسه دعاوی تجاری با هر دلیلی قابل اثبات است و در دعاوی مدنی باید دلیل کتبی وجود داشته باشد؛ اما در ایران، چه پیش از انقلاب اسلامی و چه پس از آن، در خصوص ادله اثبات دعوی بین دعاوی مدنی و تجاری تفاوتی وجود نداشته و ندارد و به‌طور کلی، به‌جز در موارد نادر، آیین دادرسی راجع به دعاوی مدنی و تجاری از قواعد یکسانی پیروی می‌کند.

۹. در نظر قانون‌گذار بسیاری از تشریفات شکلی راجع به عقود در حقوق تجارت و حقوق مدنی یکسان است؛ برای مثال عقد شرکت مؤثر نخواهد بود و دادگاهها و مراجع اداری به آن ترتیب اثر نخواهند داد، مگر آنکه شرکت به موجب سند رسمی به ثبت رسیده باشد (ماده ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک). نظر هیئت عمومی دیوان کشور ایران در این خصوص بسیار واضح است.^۱

در چنین وضعیتی موارد اختلاف حقوق تجارت و حقوق مدنی از شمار انگشتان دست فراتر نمی‌رود؛ در واقع:

۱. در دعاوی تجاری، حکم دادگاه به طور موقت قابل اجراست (بند ۵ ماده ۱۹۱ ق.آ.د.م). این اختلاف بسیار مهم هم در حال از میان رفتن است. در واقع، در لایحه‌ای که اخیراً درباره قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب به مجلس شورای اسلامی ارائه شده است^۲، اجرای موقت حکم به‌طور کلی و به تبع آن اجرای موقت احکام صادرشده در دعاوی تجاری حذف شده است و بدین ترتیب، در این مورد خاص نیز، اگر لایحه به تصویب برسد، بین حقوق مدنی و حقوق تجارت اختلافی وجود نخواهد داشت.

۲. در دعاوی تجاری، دفتر تاجر علیه تاجر دیگر به نفع صاحب دفتر قابل استناد است؛ در حالی که دفتر تاجر، فقط اظهار او بر ضد طرف مقابل است که در حقوق مدنی قابل ترتیب اثر نمی‌باشد.

۳. اگر دعاوی راجع به چک و سفته، تجاری باشد، پس از گذشتن پنج سال از تاریخ صدور اعتراض‌نامه یا آخرین تعقیب قضایی مشمول مرور زمان می‌شود (ماده ۳۱۸ ق.ت)؛ در حالی که اگر مدنی باشد، مشمول مقررات عام حقوق مدنی است؛ البته دعاوی راجع به معاملات برواتی، که به موجب بند ۸ ماده ۲ قانون

۱. ر.ک.: رأی شماره ۴۶۵۶، ۱۳۳۸/۹/۲۳، مجموعه آراء (آرشیو حقوقی کیهان)، س ۱۳۴۱، ص

۳۰۱. برای ملاحظه خلاصه رأی رجوع کنید به: اسکینی، ربیعا (۱۳۷۷ ب)، حقوق تجارت،

شرکتهای تجاری، ج ۱، ص ۹۳.

۲. گزارش شماره ۱۱۰ / ک ق، ۱۳۷۷/۹/۱۱، کمیسیون امور قضایی و حقوقی به مجلس شورای

اسلامی.

تجارت در هر حال عمل تجارتي تلقی می‌شود، مشمول مرور زمان پنجساله مذکور است (همان ماده).

۴. ماده ۳۴۴ قانون مدنی، در خصوص عقد بیع، در فرضی که در عقد شرطی ذکر نشده یا برای تسلیم مبیع یا تأدیه قیمت موعدی معین نگشته است، بین بیع تجاری و بیع مدنی تفاوت قائل شده و برای تشخیص بیع قطعی از مشروط و ثمن مؤجل از غیر مؤجل، عرف و عادت محل را در مورد بیع مدنی و عرف و عادت تجارت را در مورد بیع تجاری قابل اعمال دانسته است؛ به عبارت دیگر، در فرضی که شرط یا موعدی در عقد بیع ذکر نشده است، تشخیص قطعی و مؤجل بودن آن بر حسب عرف و عادت است؛ اما بدین صورت که در بیع مدنی باید عرف و عادت محل مورد توجه قرار گیرد و در بیع تجاری، عرف و عادت تجاری، که ممکن است محلی هم نباشد. ماده ۳۴۴ قانون مدنی از موارد نادری است که در آن واضح قانون بین معاملات مدنی و تجاری به صراحت تفکیک قائل شده است.

۵. تفکیک حقوق مدنی از حقوق تجارت در بحث صلاحیت نسبی دادگاهها نیز مطرح است. به موجب ماده ۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی، دعاوی علیه اشخاص باید در دادگاه محل اقامت مدعی علیه اقامه شود؛ در حالی که اگر دعوی بازرگانی باشد، طبق ماده ۲۲ قانون مذکور مدعی می‌تواند دعوی خود را در دادگاه محلی اقامه کند که قرارداد در آنجا منعقد شده است و یا عقد در آنجا باید انجام شود. این قاعده در حقوق مدنی، فقط در مورد اختلافات راجع به اموال منقول صدق می‌کند. با توجه به اختلافات مذکور بین حقوق مدنی و حقوق تجارت می‌توان دریافت که، برخلاف ظاهر امر، جز در مورد ارائه دفاتر بین تجار در دعاوی تجاری، اختلافات دیگر به تنهایی اهمیتی تفکیک و تقسیم حقوق مدنی از حقوق تجارت را توجیه نمی‌کنند:

الف) در مورد دستور اجرای موقت احکام (بند ۵ ماده ۱۹۱ ق.آ.د.م) گفتیم که طرح قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب که به مجلس شورای اسلامی ارائه شده این تفکیک را بر هم زده است و در صورت تصویب آن این تفاوت از قانون گذاری ایران حذف می‌شود.

ب) در مورد تفکیک ماده ۳۱۸ قانون تجارت بین سفته و چک تجاری و غیرتجاری نیز باید گفت که علت آن مشخص نیست. در واقع، چه امتیازی بین سفته و چک تجاری و مدنی وجود دارد که دعوی راجع به اولی فقط تا پنج سال قابل طرح باشد و دعوی راجع به دومی تابع مرور زمان دعاوی منقول باشد.

ج) ماده ۳۴۴ قانون مدنی نیز، در عمل، تا آنجا که می‌دانیم، مصداق عملی ندارد. کدام عرف تجاری بیع قطعی را ضمناً مشروط تلقی می‌کند و بیع نقد را ضمناً غیرنقد؟

د) در بحث صلاحیت نسبی دادگاهها نیز اگرچه تفکیک دعاوی مدنی از دعاوی تجاری، از این جهت قابل امعان نظر است که مدعی در دعاوی بازرگانی به طور مطلق (دیون و اموال) و در دعاوی مدنی فقط در آن قسمت که به اموال (منقول) مربوط می‌شود، حق انتخاب دادگاه را دارد، اگر این نکته را در نظر داشته باشیم که بخش عمده‌ای از دعاوی بازرگانی راجع به اموال منقول است، کمرنگ بودن اختلاف موجود میان دو شعبه حقوق به‌خوبی روشن می‌شود.

آنچه باقی می‌ماند تفکیک بین تاجر و غیرتاجر در بحث راجع به عجز از پرداخت دیون است که در این صورت تاجر مشمول قواعد ورشکستگی می‌شود و غیرتاجر مشمول قواعد اعسار. ملاک تشخیص تاجر از غیرتاجر نیز این است که تاجر کسی است که شغل معمولی خود را معاملات تجاری قرار داده باشد (ماده ۱ ق.ت)؛ معاملاتی که در ماده ۲ قانون تجارت احصا شده است؛ بدین ترتیب، برای شناخت تاجر و غیرتاجر باید معاملات تجاری را بشناسیم. اما درباره این مورد خاص هم گفتیم که قانون‌گذار حقوق مدنی را (در بحث راجع به شرکتهای تعاونی و اتحادیه‌های تعاونی) به حقوق تجارت نزدیک کرده و این شرکتها را، خواه تاجر باشند، خواه نه (به‌ویژه اتحادیه‌های تعاونی را که تاجر نیستند) به طور یکسان تابع مقررات ورشکستگی قرار داده است.

اگرچه اختلافاتی که برشمردیم، آهسته‌آهسته در حال محو شدن است، نمی‌توان بین حقوق مدنی و حقوق تجارت وحدت کامل ایجاد کرد؛ چرا که عوامل

بازدارنده وحدت حقوق خصوصی فقط در تفاوتهای فوق خلاصه نمی‌شود و موانع بر سر راه بسیار است.

ب) موانع وحدت حقوق خصوصی

تفاوت حقوق تجارت با حقوق مدنی در ویژگیهای حقوق تجارت است که آن را از نظر نگرش به تملک و مالکیت، میزان تأثیر حقوق خارجی و بین‌المللی در آن و سرانجام ضرورت دخالت نظم عمومی در تدوین قواعد حاکم بر آن از حقوق مدنی جدا می‌سازد.

۱. تفاوت در نگرش به تملک و مالکیت. نگرش حقوق تجارت هم در بحث

تعهد و قرارداد و هم در مورد اموال با حقوق مدنی متفاوت است:

- در مورد اول تفاوت در این است که در حقوق تجارت قصد و رضای واقعی طرفین برای ایجاد تعهد اهمیتی ندارد؛ در حالی که در حقوق مدنی، شرط صحت هر تعهدی این است که متعهد واقعاً خواسته باشد خود را متعهد کند؛ به عبارت ساده‌تر، در حقوق تجارت اینکه طرفین در قرارداد خاصی واقعاً چه خواسته‌اند بگویند اهمیتی ندارد، بلکه اینکه چه گفته‌اند و به‌خصوص چه نوشته‌اند مهم است.^۱ نتیجه منطقی چنین تلقی‌ای این است که در حقوق تجارت، قربانی کردن حقیقت به نفع ظاهر به‌سهولت انجام می‌پذیرد؛^۲ اگر ظاهر اعمال تجاری با خواست جامعه تجاری منطبق باشد، صحیح تلقی می‌شوند، بدون آنکه حقوق تجارت در پی مبنای مشروع یا غیرمشروع آن باشد؛ اگر دارنده‌ای سندی را در تصرف داشته باشد که دیگری امضا کرده است طلبکار تلقی می‌شود و برای اثبات ادعای خود لازم نیست مالکیت واقعی خود را بر آن ثابت کند. اگر شرکتی شکل سهامی داشته باشد نسبت به تعهداتی که مدیران آن در قبال اشخاص ثالث، به نام و حساب او قبول کرده‌اند متعهد است و مهم نیست که مدیران، از اختیارات خود، به‌عنوان وکیل شرکت، یا فراتر گذاشته باشند یا نه (ماده ۱۱۸ لایحه قانونی ۱۳۴۷)؛ در حالی که در

1. Didier, Paul (1992), *Droit commercial*, t. 1, p. 19.

2. Ripert et Roblot (1991), t. 1, n°. 73.

حقوق مدنی اقدامات خارج از اختیار و کیل نسبت به موکل تأثیری ندارد (ماده ۶۶۳ ق.م)؛ شرکت سهامی ای که بین چند شریک ایجاد می‌شود و به ثبت می‌رسد، شرکتی معتبر تلقی می‌شود - حتی اگر بر اساس قواعد عام (و مثلاً به سبب فقدان اهلیت یا قصد و رضای یکی از شرکا) اصولاً باطل باشد. معاملاتی که چنین شرکتی انجام می‌دهد نیز معتبر است؛ چه اشخاص ثالث محق هستند شرکت را به صرف ظاهر صحیح آن معتبر تلقی نمایند و بدون آنکه به روابط درونی میان شرکا کاری داشته باشند، با آن معامله کنند. این نوع نگرش قانون تجارت در ظاهر برای ایجاد سرعت و امنیت در انجام دادن معاملات است که به‌وفور انجام می‌شوند. همچنین به گردش اموال سرعت می‌بخشد و اشخاص ثالث را مطمئن می‌سازد که اگر حقی را که به دست می‌آورند بر طبق ظاهر محق به تحصیل آن باشند، کسی متعرض حقوق آنان به دلایلی که برایشان پوشیده مانده است نخواهد شد. در ضمن این ویژگی حقوق تجارت در فرضی که صاحب حق با حسن نیت عمل کرده باشد حامی اوست و طبیعی است که بحث حسن نیت نیز در حقوق تجارت جای مهم تری را اشغال می‌کند تا در حقوق مدنی.^۱ سرعت و امنیت، یعنی اجرای سریع و اعتماد به ظاهر اعمال، دو ضرورت انکارناپذیر در روابط تجاری است: دریافت‌کننده برات نباید در جستجوی ماهیت پنهان تعهدات امضاکنندگان باشد، بلکه همین قدر که با حسن نیت عمل کند و صورت سند او را از وجود تعهد براتی مطمئن سازد کافی است. همچنین کسی که با شرکت تضامنی معامله می‌کند نباید در جستجوی روابط میان شرکا و تعهداتشان نسبت به یکدیگر باشد، بلکه همین قدر که شرکت، بنا به اعلام شرکا، تضامنی باشد او را مطمئن می‌سازد که شرکا نسبت به پرداخت دیون شرکت تعهد تضامنی دارند و مانند اینها.

- در مورد اموال نیز باید گفت که در حقوق مدنی منظور از اموال، از جمله اموال منقول، عمدتاً اموال مادی است، و از اموال غیرمادی سخنی به میان نیامده است؛ به عبارت دیگر، قواعدی که در قانون مدنی راجع به مالکیت اموال و نیز نقل

1. *Ibid*, n°. 70.

و انتقال آنها پیش‌بینی شده است (در بحث راجع به مالکیت، حق انتفاع، عمری و رقبی و سکنی، وقف، اسباب تملک، بیع، اجاره، مزارعه، مساقات، مضاربه، شرکت و ...) جملگی راجع به اموال قابل لمس است؛ در حالی که در حقوق تجارت روزبه‌روز اهمیت اموال غیرمادی بیشتر می‌شود؛ اموالی چون حق اختراع، سرقفلی، اشکال و طرحها، علامات (صنعتی و تجاری)، سهام شرکتها و به طور کلی تر اوراق بهادار. در بحث راجع به شرکتهای سهامی حتی حق تقدّم سهامدار قدیم نسبت به پذیرهنویسان، در فرض افزایش سرمایه و پذیرهنویسی جدید، مالی تلقی می‌شود که قابل نقل و انتقال است (ماده ۱۶۶ لایحه قانونی ۱۳۴۷). وجود این گونه اموال نگرش جدیدی در علم حقوق به وجود آورده است که حقوق مدنی با آن ناآشنا و حتی مخالف است؛ برای مثال در حقوق تجارت سهم که دین احتمالی شرکت به شریک است، به‌عنوان مال شناخته شده و قابل توثیق تلقی گردیده است (ماده ۱۱۴ لایحه قانونی ۱۳۴۷)؛ در صورتی که از دید قانون مدنی، دین قابل توثیق نیست (ماده ۷۷۴ ق.م). سرقفلی نیز مال شناخته شده است و می‌توان آن را توقیف کرد؛ در حالی که مال قابل لمس نیست. بدین ترتیب، وقتی سهم و سرقفلی مال تلقی می‌شوند، انتقال آنها نیز عنوان «خرید و فروش» به خود می‌گیرد؛ در حالی که در قانون مدنی انتقال این دو به صورت انتقال طلب و انتقال حق صورت می‌گیرد و در بحث بیع از آن سخن به میان نیامده است.

۲. میزان تأثیر حقوق خارجی و بین‌الملل. اگر قسمت قابل ملاحظه‌ای از مواد قانون مدنی ایران درباره اموال و حق انتفاع و حق ارتفاق و برخی از مواد راجع به عقود و قراردادها از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده^۱، قانون تجارت تقریباً به طور تمام و کمال از قانون تجارت ۱۸۰۷ فرانسه اقتباس شده است؛ بنابراین، می‌توان گفت حقوق تجارت ایران، از ابتدا، تحت تأثیر شدید حقوق بیگانه قرار داشته و در

۱. در جلد اول، قسمت عمده مواد مقدمه و تقسیم اموال به منقول و غیرمنقول و حق انتفاع و حق ارتفاق و نیز پاره‌ای از مواد راجع به عقود و قراردادها از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است (شایگان (۱۳۷۵)، ص ۴۳).

طول سالهای پس از تصویب قانون تجارت ۱۳۱۱ نیز این تأثیرپذیری حفظ شده است؛ مانند قوانین مختلفی که راجع به بانکداری، بیمه و حمل و نقل وضع گردیده است. با پذیرش این واقعیت که تجار (شرکتها و اشخاص حقیقی) نمی‌توانند فقط به معاملات درون‌مرزی اکتفا کنند و توسعه اقتصادی کشور بدون انجام دادن معاملات با خارج میسر نیست، می‌توان گفت حقوق تجارت ما نیز، چون حقوق تجارت هر کشور دیگری، تحت تأثیر حقوق تجارت بین‌الملل است و این امر، امر غریبی نیست. بررسی تاریخ نشان می‌دهد که بازرگانان همواره برای فروش و عرضه کالاهای خود به کشورهای بیگانه نیز توجه داشته‌اند و در بازگشت به کشور خود آداب و رسوم کشورهای دیگر را با خود به همراه آورده و حفظ کرده‌اند. این وضع در کشورهای دیگر نیز به همین منوال است؛ برای مثال قانون‌گذار فرانسه شرکت با مسئولیت محدود را که ما از قانون فرانسه اقتباس کرده‌ایم، از قانون کشور آلمان گرفته است. کنوانسیون ژنو راجع به برات و سفته، که در قانون تجارت فعلی کشور فرانسه پذیرفته شده است نیز عمدتاً بر مبنای قانون تجارت آلمان استوار است. اگرچه این تأثیرپذیری ممکن است ما را از اصول حاکم بر حقوق مدنی بیش از پیش دور کند، بی‌شک به حقوق تجارت ما غنا می‌بخشد و لازم است از آن غفلت نکنیم؛ چرا که ضرورت انجام دادن معاملات و مبادلات با کشورهای بیگانه و در سطح بین‌المللی ارزش آن را دارد که بعضی از اصول حقوق مدنی را که عمدتاً برای امور و معاملات ساده وضع شده است کنار بگذاریم؛ کاری که تاکنون شده و مشکلی نیز پیش نیاورده است.

۳. ضرورت دخالت نظم عمومی در حیات تجاری. اگرچه نظم عمومی زمانی در روابط تجاری دخالتی نداشت، امروزه قانون‌گذار در حقوق تجارت، بیش از حقوق مدنی، قواعدی آمره برای تنظیم این روابط وضع کرده است.^۱ از یک طرف، دخالت دولت برای هدایت اقتصاد و در نتیجه تقویت تولید و گردش ثروت موجب توسعه حوزه عمل نظم عمومی شده است (نظم عمومی هدایتی)^۲ و از طرف دیگر دولت برای حمایت از مصرف‌کنندگان و به طور کلی تر متعاملین ضعیف در برابر

1. Ripert et Roblot (1991), t. 1, n°. 74.

2. Ordre public de direction

حرفه‌ایهای قوی‌تر، قواعدی آمره وضع کرده است (نظم عمومی حمایتی)^۱ تا تعادل مبادلات میان طرفین را میسر سازد. نمونه‌های دخالت قواعد آمره در حقوق تجارت بسیار زیاد است؛ برای مثال می‌توان به قراردادهای راجع به شرکتها، حمل و نقل، بیمه، اوراق بهادار و بانکداری اشاره کرد که مملو از قواعد آمره‌ای است که طرفین نمی‌توانند از آن صرف نظر کنند. در تنظیم شرایط بیع تجاری که در زندگی روزمره با آن روبه‌رو هستیم، آزادی اراده بسیار محدود است و در بسیاری از موارد این شرایط، به‌ویژه بهای کالاهای مصرفی به وسیله دولت یا دست‌کم با توجه به ضوابط مشخصی که دولت مقرر می‌کند معین می‌شود.

دخالت نظم عمومی در حقوق تجارت موجب شده است برای تضمین اجرای قواعد آن مقررات کیفری خاصی وضع شود؛ قواعدی که حوزه عمل آنها در کشورهای پیشرفته بسیار وسیع است تا حدی که موضوع درس جداگانه‌ای تحت عنوان «حقوق جزای تجاری»^۲ یا «حقوق جزای معاملات»^۳ قرار گرفته است. در ایران نیز قوانین کیفری مختلفی در مورد گرانفروشی تنظیم شده که در سالهای اخیر آزادی عمل فعالان تجاری را محدود کرده است. در حال حاضر، قانون تعزیرات حکومتی آخرین قانون وضع شده و لازم‌الاجرائی است که با مجازاتهای سنگینی که در آن پیش‌بینی شده رعایت قواعد وضع شده برای تنظیم فعالیت‌های اقتصادی کشور را به فعالان تجاری گوشزد می‌کند.^۴

مبحث دوم: ارتباط حقوق تجارت با شعبات دیگر حقوق

گفتار اول: ارتباط حقوق تجارت با حقوق عمومی

حقوق عمومی، حقوق دولت به معنای عام کلمه است؛ یعنی حکومت (قوه مقننه، قوه قضاییه و سازمانهای اداری و اجرایی که در مجموع قوه مجریه نامیده می‌شود).

1. Ordre public de protection
2. Droit pénal commercial
3. Droit pénal des affaires

۴. ر.ک.: قانون تعزیرات حکومتی، روزنامه رسمی، شماره ۱۲۸۴۲، ۱۳۶۸/۱/۱۰.

حقوق عمومی به دو شعبه عمده تقسیم می‌شود: حقوق اساسی و حقوق اداری. در حقوق اساسی، ساختمان حقوقی دولت و رابطه سازمانهای آن با یکدیگر مورد بحث واقع می‌شود^۱ و در حقوق اداری راجع به اشخاص حقوقی و تشکیلات اداری و عمومی (وزارتخانه‌ها، ادارات دولتی، شهرداریها، تقسیمات کشوری و نیز روابط حقوقی دولت یا افراد) بحث می‌شود.^۲ حقوق تجارت هم با حقوق اساسی مرتبط است و هم با حقوق اداری.

الف) ارتباط حقوق تجارت و حقوق اساسی

منبع حقوق اساسی ایران، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. اگرچه این قانون به معاملات تجاری و طرز انعقاد و اجرای آنها اشاره‌ای ندارد، در تنظیم آنها و تعیین حدود کلی‌شان بی‌تأثیر نیست. در واقع، از آنجا که اقتصاد کشور ما اقتصادی نیمه‌دولتی-نیمه‌خصوصی است و دولت در توسعه کشور نقش عمده‌ای دارد، لازم بوده قانون اساسی حدود دخالت دولت و اشخاص خصوصی را در چنین اقتصادی معین کند؛ به همین دلیل، در اصل چهل و چهارم قانون مذکور نظام اقتصادی کشور به سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی تقسیم گردیده است. بخش دولتی «صنایع بزرگ، صنایع مادر، بازرگانی خارجی، معادن بزرگ، بانکداری، بیمه، تأمین نیرو، سدها و شبکه‌های بزرگ آبرسانی، رادیو و تلویزیون، پست و تلگراف و تلفن، هواپیمایی، کشتیرانی، راه و راه‌آهن و مانند اینها» را دربر می‌گیرد. در بخش دولتی اشخاص خصوصی نمی‌توانند مالکیت خصوصی داشته باشند؛ برای مثال اشخاص خصوصی (اعم از حقیقی یا حقوقی) نمی‌توانند عهده‌دار امور مربوط به حمل و نقل، هواپیمایی، بیمه و بانکداری شوند و در نتیجه ضمن محدود بودن اراده اشخاص خصوصی در تجارت در این امور، دولت به دلیل خصیصه بازرگانی این امور، برای انجام دادن آنها مجبور است از الگوی حقوق تجارت استفاده کند که در بند ب راجع به آن توضیح می‌دهیم.

۱. ر.ک.: قاضی، ابوالفضل (۱۳۶۸)، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، ج ۱، «مبانی و کلیات».

۲. ر.ک.: طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۷۳)، *حقوق اداری*.

ب) ارتباط حقوق تجارت و حقوق اداری

بررسی اصل چهل و چهارم قانون اساسی نشان داد که دولت فعالیتهای اقتصادی خاصی را انجام می‌دهد و در این راستا به حقوق تجارت رجوع می‌کند. علاوه بر این، بر فعالیتهای تجاری اشخاص خصوصی، در آن قسمت که می‌توانند فعال باشند، نظارت دارد (نظارت بر تأسیسات صنعتی از نظر رعایت ضوابط ایمنی و بهداشتی، نظارت بر قیمت‌ها به منظور تعدیل بازار و ...). این وضعیت موجب تأثیر متقابل حقوق تجارت و حقوق اداری بر هم شده است. دولت برای انجام دادن وظایف مختلفی که حیات اقتصادی بر او تحمیل کرده از مقررات حقوق تجارت استفاده می‌کند (تأسیس شرکت تجاری و انتشار اوراق مشارکت یا اوراق قرضه) و در مقابل، با وضع قواعد عمومی خاص بر معاملات تجاری نظارت دارد؛ البته، این قواعد همواره برای محدود کردن فعالیتهای تجاری خصوصی وضع نمی‌شود، بلکه به عکس، ممکن است برای ترغیب و تشویق این فعالیتهای و کمک به فعالان تجاری باشد.^۱ آنچه مهم است این است که نمی‌توان معاملات تجاری را بدون دخالت دستگاههای اداری و دولتی و به صورت آزاد انجام داد، هرچند شدت و ضعف این دخالت در زمانهای مختلف متفاوت است؛ یعنی زمانی که اقتصاد کشور دچار بحران است شدیدتر است و در زمانهای غیربحرانی نیز با سیستم برنامه‌ریزی به صورت محدود انجام می‌شود.

گفتار دوم: ارتباط حقوق تجارت با حقوق جزا

زمانی که قانون تجارت ۱۳۱۱ وارد نظام قانون گذاری ایران شد، برای تخلف از برخی قواعد آن مجازاتهای حبس و جریمه مقرر گردید. در قوانین تجاری دیگری که بعد از این قانون به تصویب رسید (مانند قانون اداره تصفیه ۱۳۱۸ و قوانین

۱. نمونه این چنین دخالت‌هایی قانون تأسیس سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران مصوب تیر ۱۳۴۶ است (روزنامه رسمی، شماره ۶۵۵۵، ۱۳۴۶/۵/۳۰) که هدفش کمک و راهنماییهای فنی دولت به واحدهای صنعتی و معدنی است. نمونه دیگر وضع قانون حمایت صنعتی و جلوگیری از تعطیل کارخانه‌های کشور مصوب خرداد ۱۳۴۳ است (روزنامه رسمی، شماره ۵۶۸۴، ۱۳۴۳/۶/۲).

مختلف راجع به چک) نیز روند جزایی کردن حقوق تجارت ادامه یافت؛ به نحوی که می‌توان از درون مقررات جزایی وضع شده در این زمینه، شعبه‌ای از حقوق را تحت عنوان «حقوق جزای تجاری» یا «حقوق جزای اقتصادی» بیرون آورد؛ البته، سالهاست که این رشته در دانشکده‌های حقوق فرانسه تدریس می‌شود.

به هر حال، هدف از تدوین قواعد جزایی مرتبط با امور تجاری تضمین صداقت این اعمال از طریق وضع مجازاتهای کیفری است. این مجازاتها در بخشهای مختلف حقوق تجارت پیش‌بینی شده است: تعیین مجازات برای سوء استفاده از اموال شرکت، در بحث شرکتها و در راستای حفظ حقوق شرکا و اشخاص ثالث، تعیین مجازات برای ورشکستگی به تقصیر و تقلب و در جهت حفظ حقوق طلبکاران تاجر، و وضع مجازات برای جلوگیری از فروش کالاهای تقلبی، گرانفروشی و تبلیغ کذب در راستای حفظ حقوق مشتریان و مصرف‌کنندگان. در این مورد لازم است به قانون تعزیرات حکومتی (مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام در ۱۳۶۷/۱۲/۲۳) اشاره کرد که در آن برای گرانفروشی، کم‌فروشی و تقلب، احتکار، عدم درج قیمت، امتناع از عرضه کالا، عدم صدور صورتحساب و ... مجازات تعیین شده است.^۱

گفتار سوم: ارتباط حقوق تجارت با حقوق کار

اگر تاجر فعالیت تجاری خود را به‌تنهایی انجام دهد شاید هیچ‌گاه به مراجعه به حقوق کار نیاز نداشته باشد؛ اما تاجر حقیقی یا حقوقی (شرکت تجاری) در بسیاری از موارد کارکنان و کارگرانی دارد که به حساب او عمل می‌کنند و مزد می‌گیرند. در قانون تجارت در مورد روابط تاجر با کارکنان تجارتخانه مقررات خاصی وضع نشده است و در قانون مدنی این روابط تابع مقررات راجع به اجاره خدمه و کارگران

۱. برای ملاحظه انواع جرایم و مجازاتهای معین شده برای آنها در جهت حفظ حقوق مصرف‌کنندگان رجوع کنید به: مجموعه قوانین سال ۱۳۶۷، ص ۸۱۰، و روزنامه رسمی، شماره ۱۲۸۴۲، ۱۳۶۸/۱/۱۰.

است (مواد ۵۱۲ به بعد ق.م)؛ البته، با وجود مقررات قانون کار، مقررات مزبور قابل اعمال نیست و حقوق تجارت، در این زمینه، وامدار حقوق کار است و تجار و شرکتهای تجاری باید مقررات آمره راجع به کار را که در راستای حفظ حقوق کارگران مزدبگیر وضع گردیده است رعایت کنند. مراجع رسیدگی کننده به اختلافات بین تاجر کارفرما و کارگر هم همان مراجع حل اختلاف کار هستند که احکامشان، در صورت قطعیت، لازم الاجراست و به وسیله دایره اجرای احکام دادگستری به اجرا در می آید (ماده ۱۶۶ قانون کار).^۱

بدین ترتیب، حقوق تجارت و حقوق کار در تنظیم فعالیت تجارخانه‌ها نقشی موازی هم دارند. حقوق تجارت جنبه مالی و اداری و تجاری آنها را معین می‌کند و حقوق کار از حقوق کارگران در مقابل کارفرمای تجاری حمایت می‌نماید؛ مع ذلك، حقوق تجارت نمی‌تواند حقوق کار را نادیده بگیرد؛ زیرا توسعه روابط جمعی کار موجب می‌شود کارکنان در اداره شرکت (در قالب شوراهای اسلامی کار نمایندگان قانونی کارگران) دخیل باشند. علاوه بر این، حقوق کار امکان سهام کردن کارگران در سود را فراهم آورده و به این ترتیب از تأثیر حقوق تجارت که سود را مختص سرمایه و سرمایه‌گذار تلقی می‌کند کاسته است. رقابت حقوق تجارت و حقوق کار در تنظیم روابط تجاری تجار به شدت و ضعف خواست کارگران در دخالت در اداره تجارخانه، و منافع مورد نظر شرکت از فعالیت تجاری بستگی تام دارد و برحسب زمان ممکن است متفاوت باشد. با وجود این همان‌طور که گفته‌اند^۲، در حال حاضر، حقوق کار و حقوق تجارت، ورای

۱. به موجب ماده ۱۵۷ قانون کار (مصوب ۱۳۶۹/۸/۲۶) اختلافات بین کارفرما و کارگر ناشی از اجرای قانون کار و سایر مقررات کار، قرارداد کارآموزی، موافقتنامه‌های کارگاهی یا پیمانهای دسته‌جمعی کار، اول از طریق سازش بین کارفرما و کارگر در شورای اسلامی کار یا در صورتی که شورا نباشد، از طریق انجمن صنفی کارگران یا نماینده قانونی کارگران و کارفرما حل و فصل خواهد شد. در صورت عدم سازش، حل اختلاف از طریق هیئتهای تشخیص و حل اختلاف، مطابق مواد ۱۵۸ به بعد انجام می‌گیرد.

2. Didier (1992), t. 1, p. 24.

مبارزه طبقاتی کارگر و کارفرما، در مجموع حقوق خصوصی مؤسسات تجاری را تشکیل می‌دهند.

گفتار چهارم: ارتباط حقوق تجارت با حقوق بین‌الملل خصوصی

در قانون تجارت، به جز در قواعدی بسیار نادر، از قواعد حل تعارض میان قوانین تجاری سخنی به میان نیامده است؛^۱ بنابراین، در صورتی که یک دعوی تجاری بین‌المللی مطرح شود، قانون تجارت در خصوص تعارض احتمالی میان قوانین راه‌حلی ندارد، و برای حل تعارض و یافتن قانون حاکم بر این اختلاف باید به قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی مراجعه شود که علاوه بر ارائه قواعد حل تعارض میان قوانین تجاری، حقوق تجارت خارجی، اعم از حقیقی و حقوقی را نیز معین می‌کند. حقوق تجارت در این مورد نیز وامدار حقوق بین‌الملل خصوصی است.

بخش چهارم: موضوعات حقوق تجارت و تقسیم‌بندی مطالب کتاب

آنچه در بخش‌های سه‌گانه پیشین بیان شد به تاریخ، منابع و جایگاه حقوق تجارت مربوط می‌شد. در این بخش به موضوعات حقوق تجارت و تقسیم مطالب آن اشاره می‌شود.

موضوعات حقوق تجارت، به طور سنتی دارای چهار عنوان مستقل است. بحث اول راجع به جنبه‌های کلی حقوق تجارت، یعنی قواعد کلی حاکم بر فعالیت تجاری است و بحث‌های دیگر به ترتیب به قواعد راجع به شرکت‌های تجاری، اسناد تجاری و در نهایت قواعد راجع به ورشکستگی اختصاص دارد؛ البته مباحث دیگری هم هستند که رنگ تجاری دارند، اما چه در کتب حقوقدانان متقدم و چه در برنامه‌های درسی دانشکده‌های حقوق، حقوق تجارت با این عناوین عمده تدریس می‌شود و مباحثی چون حقوق تجارت دریایی، حقوق بیمه و حقوق تجارت بین‌الملل، درس‌های جداگانه‌ای است که به طور مستقل تدریس می‌شود؛ به همین

۱. برای مثال رجوع کنید به: مواد ۳۰۵ و ۳۰۶ قانون تجارت در مورد قانون حاکم بر برات.

دلیل، ما نیز مباحث چهارگانه مزبور را با عناوین زیر بررسی می‌کنیم:

- قواعد کلی حاکم بر فعالیت تجاری؛

- شرکتهای تجاری؛

- اسناد تجاری (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)؛

- ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته.

به این ترتیب، موضوع کتاب حاضر، بحث اول، یعنی قواعد کلی حاکم بر فعالیت تجاری است. در حال حاضر، این درس تحت عنوان «حقوق تجارت یک» در دانشکده‌های حقوق تدریس می‌شود.

مطالب این درس در دو باب مورد بررسی قرار خواهد گرفت. در باب اول تصویری از فعالیت تجاری ارائه می‌شود؛ یعنی، در واقع، قلمرو حقوق تجارت مشخص می‌گردد و در باب دوم قواعد راجع به سازماندهی فعالیت تجاری مطرح خواهد شد.

