

## آشنایی با حقوق تجارت حجت الاسلام دکتر نصرتی

### چکیده

استاد ضمن مفهوم‌شناسی بحث، سراغ چالش‌هایی که بین حقوق تجارت و فقه هست، رفتند. در مفهوم‌شناسی بین فقه و حقوق، دو تفاوت اساسی وجود دارد که ما در فقه دنبال کسب نظر شارع هستیم؛ درحالی‌که در حقوق غربی آنها از این قید آزادند. و دوم هم از نظر منابع استنباط است. منابع استنباط در فقه محدود و مشخص است؛ اما منابع حقوق زیادند: مثل رویه قضایی، دکترین‌ها، عرف قضایی و... .

استاد بر آن است که فقهای ما باید بیشتر در قانون‌نویسی دخالت کنند تا یکسری مشکلات تعارض شرع با قانون رسمی کشور پیش نیاید.

او در ادامه به بحث عرف تجاری اشاره کرد که شروعش با عرف اروپائیان (دوره‌ای بیشتر از فرانسه و سپس انگلیس) بوده و ما تابع تعبیرات رویه‌های همان‌جا مانده‌ایم. او سفارش می‌کند که ما باید پیشرو باشیم یعنی قبل از اینکه این ماهیت‌های حقوقی داخل کشور ما بشود ما برایش صحبتی نکنیم نه مثل قانون چک و ورشکستگی و ... تابع آنها باشیم.

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين و الصلاه والسلام على سيدنا و نبينا محمد و آله الطاهرين.

مبحثی که قرار است من خدمت دوستان ارایه دهم یک آشنایی مختصر با حقوق تجارت است و در ضمن آن سعی می‌کنیم یکسری از جاهایی که به‌عنوان یک فقیه در عرصه حقوق تجارت مورد بحث قرار گرفته، بیشتر توضیح بدهیم. به عبارت بهتر سعی می‌کنیم آن چالش‌هایی که بین حقوق تجارت و فقه هست را سعی کنیم به آن اشاره کنیم که دوستان در مطالعات فقهی‌شان یک مقدار توجه بیشتری به این قضیه داشته باشند.

من یک مقدمه خیلی مختصری سعی می‌کنم از حقوق بگویم و بعد وارد بحث اصلی‌مان درباره حوزه حقوق تجارت بشویم.

ببینید درباره تعریف حقوق، گفته می‌شود یک‌سری مجموعه قواعدی است که برای تنظیم روابط میان مردم و حفظ نظم در اجتماع به کار می‌رود. به عبارت دیگر، مجموعه قواعدی است که بر اشخاص از این جهت که در اجتماع هستند، حاکم است. من توجه دوستان را به این نکته جلب می‌کنم که به نظر شما این تعریف چه نسبتی با تعریف فقه دارد؟ به عبارت بهتر، احکامی که ما از فقه استنتاج

می‌کنیم آیا در همین راستا بکار می‌روند یا در راستای دیگری هستند؟ ما در فقه هم یکسری احکام بازار داریم، احکام معاملات داریم، برای تنظیم روابط میان مردم و حفظ نظم در جامعه است، حالا صحبت این است که چه تناسبی حقوق از این جهت با فقه دارد، آیا این همان تعریف فقه نیست که ما بالاخره سال‌هاست که فقهای ما دارند کار می‌کنند و زحمتهای زیادی هم کشیدند.

- فقه اعم است.

استاد: خوب، این یک جهتش است.

- نکته دیگر اینکه یکسری نکاتی که اینجا آمده است در واقع نتیجه فقه می‌شود. مثلاً در فقه ما استنباط می‌کنیم ولی احکام در واقع فرآورده فقه است.

استاد: بله این هم نکته‌ای فنی است. این نکته‌ای که حالا ما فقه را به این معنا بگیریم که همان فتاوا، اگر به معنای فتاوا بگیریم. دو نکته می‌شود گفت که حقوق با فقه متفاوت است، چند تا تفاوت اساسی دارند غیر از نکته‌ای که دوستان گفتند.

- در فقه حکم شارع بدست می‌آید؛ اما در اینجا قواعدی می‌شود که مردم هم می‌توانند تنظیم کنند.

استاد: یک مورد دیگر هم دوستان می‌توانند اشاره کنند که خیلی هم مهم است. ببینید. همان‌طور که دوستان اشاره کردند البته اگر ما فقه را به معنای فتاوا بگیریم یعنی ماحصل اجتهاد - چون فقه به یک معنا آن جریان استنباط است - اگر فقه را به عنوان ماحصل و فتاوا بگیریم، دو تا تفاوت عمده با حقوق پیدا می‌کند، یکی را دوستان اشاره کردند و آن اینکه ما در فقه به دنبال کسب نظر شارع هستیم. یعنی فقیه اول می‌گوید من تعهدی نسبت به هیچ‌کس ندارم، منظور من کسب نظر شارع است، در حالی که در حقوق چنین هدفی وجود ندارد. یعنی در حقوق بیشتر به دنبال یکسری راهکارهایی برای حفظ نظم هستند. یا مثلاً در حقوق اقتصادی که اشاره‌ای به آن خواهیم کرد راهکارهایی برای کسب درآمد بیشتر، برای رونق اقتصادی هستند.

### تفاوت فقه ما با حقوق

تفاوت اساسی فقه ما با حقوق مصطلح و حقوق موضوعه یا حقوق غربی این است که ما در فقه دنبال کسب نظر شارع هستیم؛ در حالی که در حقوق غربی از این قید آزادند. یعنی برای آنها نظر شارع به عنوان آن هدف وجود ندارد، هدف‌های دیگری هست.

از یک جهت دیگر بین حقوق و فقه تفاوت هست و آن از نقطه نظر منابع استنباط است. منابع استنباط در فقه محدود و مشخص است. مثلاً ما حدود چهارتا داریم یا به قول بعضی‌ها سه تا. اهل سنت هم ممکن است تا ده یازده تا منبع هم داشته باشند و بالاخره منابعشان محدود است.

منتها منابع حقوق کمی متفاوت است. مثلاً در حقوق رویه قضایی هم یکی از منابع تدوین قوانین است. دکتترین هم یکی از منابع تدوین قوانین است. عرف قضایی هم یکی از منابع تدوین قوانین است.

درحالی که در فقه ما این طور قضیه‌ای وجود ندارد. چیزی به نام عرف فقها به عنوان منابع استنباط بررسی نمی‌شود، نمی‌گویند اگر عرف فقها این است بنابراین این را در کنار سنت و کتاب قرار دهیم؛ درحالی که برخی حقوق‌ها و سیستم‌های حقوقی خیلی مطرح دنیا مثلاً حقوق انگلیس، آمریکا، کانادا، استرالیا و اینها و حتی هندوستان که جمعیت زیادی هم در دنیا تشکیل می‌دهند یکی از بزرگ‌ترین منابع حقوق‌شان رویه‌های قضایی و عرف قضات هست.

بنابراین از نظر منابع هم فقه دقیق‌تر است از این جهت چون فقه منابع مشخص‌تر است. خوب این را من خواستم بگویم چون ما قصد داریم تا آخر کلاس همین تطابق و تقارن بین فقه و حقوق را گاهی به آن اشاره کنم. این را هم گفتم بدانید که مقایسه‌ای بین فقه و حقوق انجام دهیم، چون برخی از حقوق‌دانها در کتاب‌هایشان به راحتی این قضیه را نادیده می‌گیرند که فقه همان حقوق است یا این قضیه ممکن است برای ما نیز پیش بیاید چون در دانشکده حقوق هم خیلی وقت‌ها به منابع اسلامی ارجاع داده می‌شود. ممکن است بگویید ما اگر فقیه هستیم آنها چکار می‌کنند؟ این قضیه بالاخره باید بررسی شود.

### تقسیمات حقوق

خوب بعد از این قضیه به این بحث می‌رسیم که تقسیمات حقوق چیست، من این را به عنوان مقدمه می‌گویم که ببینیم حقوق تجارت در کجای حقوق قرار دارد که ما بررسی کنیم. حقوق را از نقطه نظرهای مختلف تقسیم می‌کنند ولی دو تقسیم آن خیلی اهمیت پیدا کرده است و برای بحث ما هم مهم است و آن تقسیم حقوق به حقوق داخلی و خارجی و حقوق عمومی و خصوصی است.

ما شاید در مطالعاتمان اصطلاح حقوق عمومی و حقوق خصوصی یا حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل را شنیده باشیم. خوب اینها چه تعریفی دارند و چه تفاوتی با هم دارند و آیا در مطالعات فقهی ما هم تفاوتی بین حقوق عمومی و خصوصی داریم یا نه؟

توجه داشته باشید این اصطلاح حقوق عمومی و حقوق خصوصی و حقوق داخلی و بین‌الملل در فقه وجود ندارد. اینها اصطلاحات وارداتی از غرب است که وارد ادبیات حقوقی ما شده است و بکار هم می‌رود ولی خیلی از جاهای آن تطبیق می‌کند با آن چیزی که در فقه ما وجود دارد.

اصطلاح اول، حقوق عمومی است. ما در حقوق عمومی دنبال چه چیزی هستیم؟ یک وقتی هست که من در اینجا به عنوان یک حاکم با شما به عنوان محکوم دارم روابطی را برقرار می‌کنم، من فرمانروا هستم و شما فرمان‌بردار، مسئله حاکم است و رعیت، حاکم و مأموم، دولت و مردم. خوب، مجموعه روابطی را که بین حاکم و محکوم یا دولت و مردم برقرار است اصطلاحاً حقوق عمومی می‌گویند. اینکه من باید به عنوان یک پسر ایرانی به سربازی بروم این قانون را چه کسی نوشته است؟ دولت، دولت بر چه اساسی به من دستور داده است که برو به سربازی؟ براساس اینکه دولت حاکم است و فرمانروا است. اینکه شما باید مالیات بدهید، سازوکار مالیات دادن را در حقوق عمومی از آن بحث

می‌شود. اینکه من و شما باید مطیع حکومت باشیم، سازوکار این را در حقوق عمومی از آن بحث می‌شود.

اما آن مواردی که ما در فقه به دنبال آن هستیم که مثلاً می‌گوید حاکم در اینجا می‌آید امین تعیین می‌کند، حاکم قیّم تعیین می‌کند، یا مثلاً حاکم می‌آید برای مفقودالاثّر حکم موت فرضی صادر می‌کند یا حاکم می‌آید طلاق می‌دهد، اینها از مواردی است که اگرچه امروزه در حقوق خصوصی ما در قانون مدنی ما نوشته شده است ولی جنبه حکومتی دارد. یعنی شخص تا حاکم نباشد نمی‌تواند این کارها را انجام بدهد.

امروزه ما یک رشته خاصی در دانشکده حقوق داریم به نام حقوق عمومی که در ایران دکترای آن هم هست. برخلاف بعضی از رشته‌های دیگر که در این قسمت بحث می‌کنند از قبیل مواردی مثل حقوق اساسی، حقوق اداری اینها در حقوق عمومی بحث می‌شود. قسمت عمده حقوق اینها نیست، قسمت عمده حقوق حقوق خصوصی است؛ یعنی در جایی که روابط من و شما را تنظیم می‌کند، قواعد روابط من و شما را بیان می‌کند. منتها دیگر فرض نمی‌کند من حاکم باشم و شما محکوم، می‌گوید اینها دو تا شخص عادی هستند، من می‌روم از مغازه خرید می‌کنم مشتری هستم و شما بائع. ممکن است من برای خودم رئیس‌جمهور باشم ولی وقتی می‌آیم از شما یک کالایی را اشتراء کنم و بخرم دیگر بنده اینجا حاکم فرض نمی‌شوم، دو تا فرد عادی هستیم.

پس حقوق خصوصی می‌آید روابط بین افراد را از این جهت تنظیم می‌کند که اینها دو فرد عادی هستند. او اینها را دو فرد عادی فرض می‌کند و یکسری قواعدی را برای آنها در نظر می‌گیرد؛ مثل تمام قواعد نکاح، طلاق، معاملات یعنی معاملات به معنای اخص، بیع، اجاره و... اینها در حیطه حقوق خصوصی هستند. بنابراین شما وقتی در مکاسب می‌خوانید که بائع این‌گونه باشد فرض نمی‌کند که اینجا دقت کنید بائع مثلاً رئیس‌جمهور است، نه می‌گوید بائع، می‌خواهد هرکسی باشد، مشتری، می‌خواهد هرکسی باشد، دیگر به آن حیثیت پست و مقام و حاکم و محکوم کاری ندارد. در نکاح می‌گوید که عیوب موجب فسخ اینها هستند یا مثلاً تدلیس موجب حق فسخ می‌شود. حالا این دیگر فرض نمی‌کند اینکه داماد بالاخره فرماندار بوده یا عروس بالاخره بخشدار بوده، اینها را دیگر فرض نمی‌کند و می‌گوید دو فرد عادی.

لذا غالبیت موارد حقوق ما در قسمت حقوق خصوصی هست. ما در فقه در قسمت معاملات دقت می‌کنید که هیچ‌گونه حیثیتی از جهت حاکم و محکوم بین افراد وجود ندارد. بائع را می‌گوید شرایط بائع، شرایط المتعاقدين، دیگر نمی‌گوید اینها مثلاً اگر رئیس‌جمهور باشد چیست و اگر عادی باشد چیست.

بنابراین این دو بحث در حقوق خصوصی هست. حقوق خصوصی خودش به شاخه‌های زیادی تقسیم می‌شود.

تقسیم بعدی ما تقسیم حقوق به حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل یا حقوق خارجی است. ببینید ما در روابطی که بین دو نفر (طرفین) داریم مراد است، یعنی به همان اصطلاحی که ما در فقه می‌گوییم چون طرف نه اینکه یک نفر یعنی یک طرف دعوا یا یک طرف معامله، ممکن است چند نفر باشند، صد نفر وارث باشند و اینها را طرف می‌گوییم، اگر در دعوی ما یا در روابط بین طرفین یک عنصر خارجی وجود داشته باشد آن را در اصطلاح حقوق، بین‌الملل یا حقوق خارجی می‌گویند.

حالا این عنصر خارجی ممکن است یک فرد باشد، شما با یک زن خارجی ازدواج می‌کنید، اینجا یک قضیه مربوط به مسئله حقوق بین‌الملل می‌شود، چرا؟ چون یک عنصرش خارجی است، ایرانی نیست، شما می‌روید با یک دختر ایرانی در انگلیس ازدواج می‌کنید، باز هم قضیه حالت بین‌المللی دارد چرا؟ چون محل وقوع عقدتان در خارج است. بنابراین اگر در عناصر آن قضیه یک عنصر خارجی وجود داشته باشد از قبیل اشخاص یا محل وقوع عقد یا محل وقوع خسارت، اینها دیگر بحث داخل حقوق بین‌الملل می‌رود.

### قانوناً خلاف است و شرعاً درست!

این نکته را می‌خواهم دوستان توجه داشته باشند که ما باز هم در فقه تقسیمی به نام حقوق داخلی و بین‌الملل نداریم، چرا؟ چون در فقه اصولاً کشور به این معنا نداریم، کشور داشته باشیم مثل ایران و عراق و افغانستان و پاکستان و این قضیه را نداریم. یکی از جاهایی که بحثش در فقه جایش خالی است نقش همین تقسیمات کشوری، تقسیمات بین‌المللی در احکام است. امروزه شما اینجا هستید آن طرف مثلاً افغانستان باشد، کلی حقوق حاکم بر شما متفاوت می‌شود؛ در حالی که در فقه چنین تفکیکی قایل نشدند. ما در فقه فقط یک تفکیک داریم: بین مسلمان و غیرمسلمان یا دارُ الحرب و دارُ الاسلام، کافر ذمی و کافر حربی، اهل کتاب و غیر اهل کتاب. در فقه، حقوق افراد بیشتر دایرمدار مذهب‌شان است یا در برخی از موارد در کشور اسلامی باشند یا در کشور غیراسلامی، می‌خواهی ازدواج کنی نمی‌گوید آقا اگر تو می‌خواهی با زن عراقی ازدواج کنی ممنوع است و باید اجازه بگیری، چون الآن اگر یک دختر ایرانی بخواهد با یک مرد خارجی ازدواج کند ممنوع است، خلاف قانون است ولی در فقه می‌گوید فقط زن مسلمان در صورتی خلاف قانون است که با یک کافر ازدواج کند. و دیگر اسمی از عراقی و افغانی و پاکستانی نمی‌برد.

این هم جای بحث دارد که بالاخره الآن در این قضیه چکار کنیم؟ آیا وقتی قانون ما می‌گوید ازدواج زن ایرانی با غیر ایرانی ممنوع است، این اثر فقهی هم دارد یا ندارد؟ الآن که معمولاً ازدواج می‌کنند و اثر فقهی هم ندارد. ولی سؤال این است که ما که در جمهوری اسلامی هستیم و می‌گوییم کلی قوانین تبعیت از آن لازم است آیا این بار شرعی هم دارد این کار یا نه؟ یعنی شما اگر به دفاتر پاسخگویی سؤالات شرعی مراجعه کنید این قضیه هست و سؤال می‌کنند می‌گوید شرعاً درست است

و قانوناً خلاف! اما این قضیه را باید تا کی ادامه دهیم، به نظر من اصلاً کاری روی آن نشده است، قانوناً خلاف است و شرعاً درست است!!

این عدم تطابق شرع و قانون نباید در حکومت ما باشد. یعنی باید به یک‌جایی برسیم که دیگر نگوئیم قانوناً ممنوع است و شرعاً درست!! می‌خواهم بگویم ما باید فقه و حکومت‌مان را در این‌گونه جاها تطبیق کنیم. این قبلاً بوده است، بله در زمان طاغوت خوب قبول داریم که قوانین نبوده است ولی باید به این سمت حرکت کنیم که اینها با هم تطبیق پیدا کند یا قوانین ما به سمت فقه برود یا فقه بالاخره یک تحولاتی در آن ایجاد شود. این مسئله هنوز ادامه دارد، می‌روی بانک می‌گویند آقا قانوناً سود بگیری درست است؛ اما شرعاً اشتباه است! خوب بالاخره تکلیف مردم باید روشن شود.

ما بالاخره این پارادوکس را داریم. ما یک شهروند هستیم که می‌خواهیم خوب زندگی کنیم و قانون‌مدار ازدواج کنیم. این ممکن است مخالف شرع باشد، این باید کار فقهی رویش بشود، فقط هم باید کار فقهی بشود یعنی باید فقهای ما بیشتر در قانون‌نویسی دخالت کنند تا یکسری مشکلاتی پیش نیاید.

حالا ما بحث تقسیمات حقوق را همین‌جا تمام می‌کنیم چون وقتمان هم محدود است. ببینید الآن در دانشکده‌های حقوق ما حدود ۱۰-۱۱ شاید هم ۱۲ گرایش حقوقی داریم: حقوق خصوصی، حقوق جزا، حقوق بین‌الملل، حقوق عمومی، حقوق خانواده، حقوق اقتصادی، حقوق محیط‌زیست، حقوق مالکیت معنوی، حقوق تجارت بین‌الملل و الی‌آخر.

بعضی از آنها را از غرب وارد کردند و بعضی از آنها در کشور خودمان بوده است. ما چون می‌خواهیم سراغ حقوق تجارت برویم از آن شعبه‌های زیاد حقوق فقط حقوق خصوصی را یک مقداری وارد می‌شویم تا وارد بحث تجارت بشویم.

ببینید حقوق خصوصی به آن معنایی که الآن در دانشکده‌های حقوق ما مطرح است تقریباً مطابق با مبحث معاملات در فقه ما هست. تقریباً که می‌گویم چون بعضی چیزها در حقوق خصوصی هست که در فقه نیست، در بحث معاملات نیست، از قبیل بیع، بحث بیع، اجاره، وکالت، مضاربه، تمام عقود معینه تا نکاح، طلاق. اینها را ما در مبحث حقوق خصوصی بحث می‌کنیم. یعنی در دانشکده‌های ما روی حقوق خصوصی بحث می‌شود.

ما در حقوق خصوصی یک منبع خیلی مهم در بحث حقوقی داریم و آن بحث قانون مدنی است. قانون مدنی ما در حدود ۱۳۰۷ تا ۱۳۱۴، در این هفت سال تدوین شده است. دوره‌های اولش آنهایی که نوشتند سالم‌تر بودند بعد هم جو حکومت عوض شد. مثلاً دوره‌های اولش مرحوم مدرس هم در برخی از جلسات آنها بوده است، دوره‌های آخرش یک مقداری از فقه فاصله گرفته است. در ۱۳۱۳ یا ۱۳۱۴ دیگر تقریباً تمام شده است.

قانون مدنی ما که برای معاملات ما هست (یعنی بیع تا نکاح و طلاق)، اینها از همان ۱۳۱۴ تا الآن معتبر است. یکسری تغییرات خیلی جزئی پیدا کرده است وگرنه همان قانون ۱۳۱۴ است که در برخی از جاهای آن ترجمه‌ای از شرح لمعه مرحوم شهید است، بعضی جاهای آن را از شرایع گرفتند، بعضی جاهای آن را از فتاوی مرحوم سید در عروه گرفتند چون آنهایی که می‌نوشتند خودشان نمی‌گویم مجتهد ولی تسلطی بر علوم حوزوی داشتند و خیلی از جاهای آن هم از حقوق فرانسه و بلژیک و سوئیس گرفته شده است. الآن منبع حقوقی ما قانون مدنی است با این توضیحاتی که من دادم.

اصطلاح مدنی هم اصطلاح فقهی ما نیست یعنی شما در هیچ جای فقه اصطلاحی به‌عنوان القانون المدنی یا الحقوق المدنیة ندارید و لذا اصطلاح مدنی یک اصطلاح وارداتی است و از حقوق فرانسه هم وارد شده است، civil، یعنی مدنی، CIVIL LAW یعنی حقوق مدنی. این اصطلاح از حقوق روم وارد شده است یعنی حقوق شهروندی و یعنی افرادی که می‌خواهند در شهر زندگی کنند و شهروند باشند باید از این استفاده کنند.

خوب این حقوق مدنی از اول که آمد شامل نکاح، بیع و اینها هم بود، شامل مباحث تجاری هم بود ولی بعداً چیزهایی از آن جدا شد. الآن ما می‌خواهیم نکاح و طلاق داشته باشیم علاوه بر حقوق مدنی باید به قوانین خانواده هم مراجعه کنیم و دیگر نمی‌توانیم به حقوق مدنی تنها مراجعه کنیم.

حقوق مدنی خودش ۱۳۳۵ ماده دارد. برای بحث اجاره باید به قانون روابط موجر و مستأجر مراجعه کنیم. و برای حمل و نقل ممکن است قوانین خاص دیگری داشته باشد. قانون مدنی ما یک قانون مادر بوده است که کم‌کم بچه‌هایش خودشان مستقل شدند ولی هنوز آن جامعیت و مادر بودن خودش را قانون مدنی ما حفظ کرده است. حالا یکی از مواردی که از قانون مدنی مستقل شده است که ذیل مبحث تجارت است.

مبحث مهم ما این است که اولاً حقوق تجارت چیست و چرا به وجود آمده است. من یک سؤالی از دوستان بکنم در فقه هم ما حقوق تجارت داریم یا نه؟

- مکاسب.

استاد: مکاسب، یعنی به‌عنوان حقوق تجارت مکاسب بحث می‌شود؟ چون ما در قانون مدنی هم بیع و اینها را داریم.

- تجارت به این معنایی که قانون تجارت است نه شرکت‌های سهامی عام و این‌طور چیزها نیست.

استاد: بله. ببینید همان‌طور که اشاره کردند ما در فقه اصطلاحی به‌عنوان حقوق تجارت نداریم. شاید حقوق خانواده بتوانیم از نکاح و طلاق در بیاوریم، بیع و اجاره و اینها را از قسمت مکاسب و عقود معینه استحصال کنیم ولی عنوانی با عنوان حقوق تجارت نداریم. یعنی شما در کلاس اساتید بزرگوار

هم شرکت می‌کنید نمی‌گویند از اینجا ما می‌خواهیم بحث تجاری بکنیم، می‌گویند بیع داریم درحالی‌که بیع ممکن است یک مبحث تجاری باشد و ممکن است نباشد. می‌گویند می‌خواهیم بیع را شروع کنیم، نمی‌گویند می‌خواهیم بحث تجارت را شروع کنیم. شاید برای دروس فقهی ما که به این مبحث بسیار مهم توجهی نداشتند، این یک نقص باشد.

خوب حالا یک بحثی می‌خواهیم انجام دهیم که حقوق تجارت اولاً چیست و چرا به وجود آمده است؟ ببینید ما حقوق تجارت که می‌گوییم منظورمان بیع و اجاره تنها نیست؛ بلکه هر نوع بیع و اجاره‌ای هم نیست. منظور این است که یکسری اشخاصی یکسری کارهای معینی را شغل معمولی‌شان قرار داده باشند. در ماده ۱ قانون تجارت حدود ۱۰ مورد را بیان کرده است.

- فرق بیع و تجارت چیست؟

استاد: کلاً بحث ما همین است. در قانون تجارت آمده ۱۰ مورد را گفته است. ماده ۱ می‌گوید تاجر کسی است که شغل معمولی خود را این معاملات قرار دهد؛ از قبیل خرید و تحصیل هر نوع مال به قصد فروش - نه مثل من و شما که می‌رویم ماست بگیریم مصرف کنیم، خرید و فروش به قصد تجارت، به قصد سودآوری - تصدی و مؤسسات حمل و نقل، دلالی، حق‌العمل‌کاری، عامل تجاری بودن، بکارانداختن کارخانه، متصدی حراجی بودن، متصدی نمایشگاه عمومی بودن، عملیات صرافی، بانکداری، معاملات برواتی، صدور برات که توضیح خواهیم داد، عملیات بیمه دریایی و غیردریایی، و کشتی‌سازی.

ماده ۵ هم می‌گوید: کلیه معاملات تجار، تجارتی محسوب می‌شود. می‌خواهم بگویم که قانون تجارت می‌گوید آن چیزی که من تجارت می‌گویم یعنی فقط اینها. بنابراین اگر من و شما رفتیم چیزی را از مغازه خریدیم درست است بیع انجام دادیم ولی این را قانون، تجارت نمی‌داند. می‌گوید باید بخری که بخواهی بفروشی، به قصد خرید بفروشی، اگر من و شما رفتیم خانه‌ای اجاره کردیم که در آن زندگی کنیم این را قانون ما تجارت نمی‌داند، آن کسی را تاجر می‌داند که برود اجاره کند و اجاره بدهد بنابراین هر بیع و شرایی تجاری نیست و فقط بیع و شرایهای خاصی تجاری هستند با همین قیودی که اینجا گفته شده است. پس این را دقت داشته باشید. حالا چرا این حرف را زدیم؟ چون یکسری قوانین خاصی برای این گروه از معاملات وجود دارد.

- هر تجارتی نمی‌شود زیرمجموعه بیع باشد.

استاد: بله هر تجارتی بیع هست؛ ولی هر بیعی تجارت نیست. (رابطه عموم و خصوص من وجه) چرا؟ چون بیع در قانون مدنی آمده است. قانون مدنی گفتیم قانون مادر است یعنی قانون تجارت را می‌شود از این استحصالش کرد ولی این اختصاص پیدا کرده است. حالا چه لزومی داشته بیاین قانون تجارتی بنویسند که از ۱۳۱۱ تا الآن ادامه پیدا کرده است؟ مگر قانون مدنی ما چه اشکالی داشت؟ فقه ما چه اشکالی داشت که بیاین اینها را جدا کنند و بگویند اینها تجاری است! چون تاجر یکسری



تکالیفی هم دارند که اشاره می‌کنم که چه تکالیفی دارند، چه کارهایی دارند که اینها را تجاری می‌گوییم، خرید و فروش مصرفی خودمان را تجاری نمی‌گوییم. دوستان دقت کنند در فقه هیچ تمایزی بین خرید و فروش‌های تجاری و غیرتجاری قرار داده نشده است. شما در فقه بخواهید یک آدامس بخرید این را هم بیع و شراء می‌گویید و اگر بروید دو تا کشتی بخرید که به اجاره بدهید و با آنها نفت‌کشی کنید آن را هم بیع و شراء می‌گویید. در فقه هیچ‌گونه تفاوتی بین اینها قرار داده نشده است، مراجعه کنید ببینید برای همه اینها شرایط یکی است.

- آیا قوانین اسلامی را پوشش می‌دهد؟

استاد: ما می‌خواهیم به همین بحث برسیم. بنابراین در فقه چنین تقسیم‌بندی وجود ندارد و در فقه احکام را کلاً می‌گویند: عبادات و معاملات. دیگر نمی‌گویند: معاملات تجاری و غیرتجاری. یعنی در فقه نگفتند معاملات یعنی بیع تجاری داریم و بیع غیرتجاری. بله، بیع ربوی و غیر ربوی داریم ولی دیگر تجاری و غیرتجاری نداریم.

بنابراین در فقه و حقوق مدنی ما هیچ تفکیکی بین عمل تجاری و غیرتجاری نیست. تاجر و غیرتاجر هم هیچ تفاوتی با هم ندارند و احکام فقهی معاملاتی هم برای همه یکسان است.

حالا چه نتیجه‌ای می‌خواهیم بگیریم؟ برویم ببینیم که چه چیزی باعث شد قانون تجارت به وجود بیاید؟ در اروپای حدود ۵-۶ قرن پیش، معمولاً اکثر مردم کشاورز، زمین‌ها اکثراً دست کلیسا به عنوان موقوفه و اینها بود و تجارتی به آن صورت نبود. زمانی که جنگ‌های صلیبی ایجاد شد یعنی اینها به فلسطین و سوریه حمله کردند کم‌کم بالاخره این یخ‌زدگی فرهنگی غرب شروع به باز شدن کرد و اینها فهمیدند بالاخره پشت این کوه هم یک شهر دیگری هست. غیر از اینجا جاهای دیگری هم هست، بعد کم‌کم تجارت شروع شد، به‌ویژه در شهرهای جنوبی اروپا یعنی ایتالیا، اسپانیا و پرتغال و یک مقداری فرانسه. تجارت تقریباً بین این شهرها شروع شد.

ببینید تجارت یک عمل پُرونقی است یعنی درآمد زیادی دارد. درآمد زیاد باعث شد که تجار بیشتر شوند، تجار که بیشتر شدند مالیاتی که به جیب حکام می‌رفت بیشتر شد و این حکام کم‌کم به دست‌وپادادن به تجار و تجارت را تسهیل کردن روی آوردند. کم‌کم سلطه کلیسا هم کم شد چون اصلاً کلیسا جنگ‌های صلیبی را راه انداخت که سلطه‌اش را بیشتر کند و برعکس، سلطه‌اش کمتر شد. یعنی دیگر مردمی که آمده بودند خاورمیانه را دیده بودند فلسطین را دیده بودند دیگر حاضر نبودند تحت انقیاد کلیسا باشند؛ چون همین که طرف با اقوام دیگری سروکار پیدا می‌کند کم‌کم روحیاتش عوض می‌شود.

بنابراین تجارت بین شهرهای اروپا به‌ویژه ایتالیا بیشتر شد، وقتی که تجارت بیشتر می‌شود کم‌کم یکسری عرف‌هایی بین تجار به وجود آمد. شما می‌بینید که الآن هر صنفی از صنوف را در نظر بگیرید همین خیابان شهید رجایی صنف‌های مختلفی هستند، اغلب آنها موکت و فرش می‌فروشند، اینها بین

خودشان یکسری عرف‌هایی دارند، طلافروشی‌ها بین خودشان یکسری عرف‌هایی دارند در سطح محدود که به آنها عرف خاص می‌گویند. بله، کم‌کم بین تجار یکسری عرف‌هایی به وجود آمد. مثلاً می‌گفتند اگر فلانی این کاغذ را آورد این کاغذ این مقدار اهمیت دارد، اگر فلانی از آن شهر یک کاغذ نوشت که من این مقدار طلبکارم این کاغذ این مقدار اعتبار دارد. یا اگر می‌خواهید پول بدهید این مقدار باید سود بگیرید، کم‌کم یکسری عرف‌هایی بین تجار به وجود آمد و قسمت اعظم پیشرفت اروپا هم حالا می‌گویند علم هست به‌نظر من به‌خاطر تجارت وسیعی بود که اروپایی‌ها انجام دادند.

تجارت وقتی زیاد شود پول زیاد می‌شود و پول خودش خیلی از کارها را انجام می‌دهد. خوب کم‌کم این‌گونه شد که تجار به هم می‌رسیدند و دعوایی پیش می‌آمد به سراغ قوانین کلیسا نمی‌رفتند، از همان عرف‌های خودشان استفاده می‌کردند. اگر من از شما یک‌چیزی خریده بودم و اختلاف پیش می‌آمد که بالاخره شما تدلیس کردید یا نه، به سراغ قوانین کلیسا نمی‌رفتند و خودشان با همان عرف‌هایشان حل می‌کردند.

از اینجا کم‌کم حقوق تجارت دارد از حقوق مدنی جدا می‌شود. مضافاً این‌که اصولاً کلیسا مثل ما فقه ندارد. کلیسا فقه ندارد؛ چون کلیسا اصولاً شریعت ندارد. کلیسا مجموعه‌ای از قوانین و مقررات اخلاقی بود بیشتر و الآن هم هست. و آن مذهبی که شریعت دارد دو تا مذهب است: یکی ما هستیم و دیگری یهود. یعنی اگر کلیسا می‌خواست از شریعتی هم استفاده کند باید از شریعت یهود و موسوی استفاده می‌کرد، خود کلیسا اصولاً از زمان پولس مقدس، شریعت را بوسیدند کنار گذاشتند و گفتند ما می‌خواهیم اخلاقی باشیم.

### عرف تجاری

بنابراین در نبود شریعت کلیسا، چون تجار اینها زیاد پول داشتند کم‌کم یک عرفی به نام عرف تجاری به وجود آمد. در اوایل قرن ۱۹ میلادی این عرف اولین بار در کشور فرانسه به‌صورت قانون مدون شد. حالا چرا من گفتم فرانسه؟ چون در ۱۸۰۷ اولین قانون مدنی فرانسه نوشته شد. حالا این چه ربطی به ما دارد؟ قانون‌نویسان ما در حدود بیش از صدسال بعد یعنی در ۱۳۱۱ تقریباً آمدند برای حقوق تجارت ایران همین کد تجاری ناپلئون را مبنا برای قانون تجارت ایران قرار دادند، از ۱۳۱۱ تا الآن هم این قانون تغییرات اساسی نداشته است یعنی با عرض تأسف قانون تجاری ما که قانونی معتبر است مال حدود دوپست و پنج سال فرانسه است.

حقوق خود فرانسه تا به حال دو بار تغییر کرده است، آخرین بار فکر می‌کنم سال ۱۹۸۵ بود، آنها خودشان تغییر دادند؛ اما حقوق دانان ما کد تجاری خود ما را تغییر ندادند!! هنوز از ۱۳۸۰ یعنی از زمان آقای خاتمی شروع به تدوین دوباره قانون تجارت جدید برای کشور ما شد. حالا اینکه می‌گویم ما یک مقداری در فقه احتیاج به کار داریم به خاطر این است. ۱۳۸۰ شروع شد الآن تقریباً دو دهه گذشته، ولی هنوز این قانون جدید تصویب نشده است، حالا چرا تصویب نشده است؟ چون یکی دو بار دوباره آن را بررسی کردند از این کمیسیون به آن کمیسیون، در صف است حالا کی نوبتش برسد دعا

کنید به عمر ما ها کفاف دهد یعنی واقعاً باعث شرمندگی است که قانون تجارت ما مال ۲۰۰ پیش است، آن هم دو بیست سال پیش خودمان نه مال فرانسه. الآن قانون تجارت ما مجموعه‌ای از عرف‌های تجاری ۲۰۰ سال پیش پیش فرانسه است!

خوب حالا ما چرا آمدیم از فرانسه گرفتیم؟ ببینید این یک نکته‌ای است در تدوین حقوق ما که جای خالی فقه را اینجا نشان می‌دهد یعنی فقه نیامده است اینجا خودش را نشان دهد، ما هر جا خواستیم قانون بنویسیم همین الآن هم متأسفانه همین طوری است، می‌خواهیم قانون بنویسیم می‌رویم از قوانین حالا یک دوره‌ای بیشتر از انگلیس می‌آورند و یک دوره‌ای بیشتر از فرانسه. می‌رویم از آنجا یک قانون را برمی‌داریم یکسری تغییرات در آن ایجاد می‌کنیم می‌گوییم قانون تجارت ایران، قانون تجارت الکترونیک، قانون مسئولیت مدنی. و متأسفانه خیلی از آنها اصلاً با فقه تطبیقی ندارد.

می‌خواستیم این را بگوییم که علت به وجود آمدن قانون تجارت ایجاد عرف‌های تجاری بین تجار بود، اینها را آمدند قانون کردند مثل اینکه بیایند همین اتحادیه لبنیات در مشهد بیاید یکسری از عرف‌های خودش را قانون کند، مثل قانون تجارت درباره خودشان؛ و مال خارج و اروپا هم هست، اما چرا ما آمدیم قانون تجارت اروپا را برای خودمان پذیرفتیم؟ عرف تجاری ما که با اروپا یکی نیست؟ صد در صد تجار ما با چک و سفته و قبض انبار و برات و اینها آشنا نبودند، با شرکت سهامی آشنا نبودند، الآن هم خیلی‌ها آشنا نیستند، بگوییم برات، خیلی از ما نمی‌دانیم برات چیست! در بانک‌های ملی مثلاً جایی نوشته صدور برات، واقعاً هم کسی به سراغ برات نمی‌رود! آشنا نیستند! چرا ما آمدیم آنها را قانون برای کشور خودمان کردیم؟

چند تا علت دارد، یک علتش این است که اروپا به خاطر همین تفوق ثروت و فرهنگ کم‌کم عرف‌های تجاری‌اش هم در سطح دنیا پذیرفته شد. چون این یک حقیقت است که هر کشوری که پول‌دارتر باشد بقیه کشورها از آن تقلید خواهند کرد، لذا همه اینها را پذیرفتند.

یک علتش هم این است که این قانون در ۱۳۱۱ تصویب شد آن‌هم نه در مجلس بلکه در یک کمیسیون. خوب بالاخره یک سری جو فکری ۱۳۱۱ را شما تصور کنید که همه‌چیز رو به غرب‌زدگی پیش می‌رود. خوب طبیعی است که این قانون بیاید در ایران پذیرفته شود و به‌عنوان قانون تجارت ایران مورد استفاده قرار گیرد.

- یک علت دیگر هم دارد که ما اینها را کاملاً عقلانی می‌دانیم. می‌گوییم عقل، عقل است و مرز ندارد. حالا در سر من باشد یا در سر فرانسوی باشد فرقی نمی‌کند. آنجا عقلاً دور هم نشستند هیچ اشکالی هم ندارد افتخار هم بکنیم و مانعی هم ندارد.

استاد: اگر ما در یک کشوری مثل ژاپن بودیم یا کشورهای اروپای شرقی، یک کشوری بودیم که فقه نداشتیم و دغدغه شریعت نداشتیم حرف شما صد در صد درست بود. اما من اول گفتم که دیگران غیر از ما خیلی در قانون‌نویسی آزادند چون پای آنها زنجیر به فقه نیست. اما ما تحت قید فقه هستیم

یعنی ما باید شریعت را مراعات کنیم. به خاطر همین دیگر نمی‌توانیم بگوییم چون عقلایی است و عقلانی است این را بپذیریم. ما باید از صافی فقه عبور کنیم.

- یک نکته دیگری که می‌شود در مورد علت قانون تجارت ایران گفت این است که با توجه به اینکه بحث حقوق تجارت در فقه نشده است و از طرفی ایران با یک واقعیتی روبرو بود که باید قوانینی را اعمال می‌کرد. این قوانین در فقه که نبود، در غیر از فقه هم ما دیگر حقوق کامن لائو داریم و حقوق غیر کامن لائو. این حقوق فرانسه بهترین قانون ممکن بود که با فقه، حالا نگوییم مخالف اما خیلی مخالف هم نیست.

استاد: ببینید این مشکل را تقریباً ما همه‌جا داریم. گفتیم ما در فقه داریم کم‌کاری می‌کنیم و خیلی هم کم‌کاری می‌کنیم و این مشکل را در همه‌جا داریم. مثلاً درباره مالکیت معنوی، ما قانون از انگلیس آوردیم، تجارت الکترونیک از انگلیس قانون آوردیم، چون نداریم! این حقیقتی که دوستان گفتند یک حقیقت تلخ است. ما کار نکردیم. شما به اجاره عروه مرحوم سید مراجعه کنید بحث اجاره را ببینید خیلی ساده بحث کرده است. از نظر فقهی نکات بسیار زیادی دارد ولی در خیلی از جاها جواب نمی‌دهد یا مثلاً بحث بیع را، ما در تعریف بیع می‌گوییم که تملیک العین بعوض معین. سؤال می‌کنیم از فقها که آیا می‌شود امتیاز اختراع را بیع کرد؟ این یک سؤال فقهی است. من خودم زیاد استفتاء کرده‌ام، می‌گویند خیر نمی‌شود. چرا؟ چون این عین نیست. خوب این را بیع نکنیم که در جامعه با مشکلی مواجه می‌شویم. مثلاً شرکت خودروسازی خودمان می‌خواهد یک امتیاز از شرکت پژو بخرد، اینها مالکیت معنوی است دیگر، خوب از نظر فقهی که بیع نمی‌توانیم انجام دهیم مجبوریم به سراغ یک سری قراردادهای دیگری برویم. این یک مورد است، می‌خواهیم حق یک کتاب را بخریم، این مشکل را ما داریم. اینجا هم همان‌طور که دوستان اشاره کردند ما بالاخره در سطح جهان با سفته و چک و برات مواجه هستیم. خوب، در کجای فقه ما از چک صحبت شده است؟ بله در مسایل مستحدثه که برخی از آقایان نوشتند این بحث‌های چک به‌عنوان یک بحث استطرادی از آن بحث شده است آن هم با همان اسلوب سنتی خودش. سرفقلمی هم همین‌طور است دچار این مشکل هست.

بنابراین حرف شما حرف درستی است. قانون‌گذار ما برای اینکه بالاخره کار مردم راه بیفتد مجبور بودند یک چیزی بنویسند، چون یکی از مشکلات ما در فقه این است که حالا این نکته را به‌عنوان استطرادی بیان کنم که بازار و عرف و جامعه منتظر فقها نمی‌ایستد که ما چه می‌گوییم و براساس آن عمل می‌کنند. این یک حقیقتی است یعنی تجار نمی‌ایستند ببینند که ما چه چیزی برای آنها تشریح می‌کنیم تا بر اساس آن عمل کنند! فقه ما حداقل در این یک قرن اخیر همیشه دنبال بازار دارد می‌دود، بازار از چک و سفته و برات و سرفقلمی استفاده می‌کند، سی سال، چهل سال، پنجاه سال، بعداً فقها می‌آیند برای آن حکم می‌دهند!!

این خوب است یا بد است؟ شما بگویید بد است مگر استفاده نمی‌کنند، همه استفاده می‌کنند. الآن قانون ورشکستگی ما مال سال ۱۳۱۸ است. یکی از نکات آن مسلم با فقه مخالف است ولی فقه ما هنوز جوابی نداده است و همان حرف‌های خودش را می‌زند.

این نکته را دقت کنید، این حقیقتی است که ما باید پیشرو باشیم یعنی قبل از اینکه این ماهیت‌های حقوقی داخل کشور ما بشود ما برایش صحبتی نکنیم، الآن سال‌هاست که ما مجبوریم، می‌گوییم سرمایه‌گذاری خارجی داخل کشور خودمان بیاید. این لازم هم هست. اینها یا به وسیله فرانشیز منتقل می‌شود یا به وسیله لایسنس‌نت. خوب ما ماهیتش را در فقه بحث نمی‌کنیم! کشور ما دارد قراردادهایش را می‌بندد، یا قرارداد بیع متقابل، اینها را می‌بندد، خیلی از آنها هم ممکن است شبهه بیع کالی به کالی داشته باشد ولی خوب اینها می‌آید و ما انجام می‌دهیم بعد از سال‌ها کم‌کم فقهای ما می‌خواهند اینها را بررسی کنند.

- این مستلزم این نیست که حقوق ایران هم پیشرفتی داشته باشد؟

استاد: بله. حقوق ما می‌گوییم که یک مقدار گیرهایی دارد، حالا من می‌گویم. گفتم کم‌کاری حقوق‌دان‌های ما هم هست که بعد از دویست سال هنوز سر جای خودمانیم!  
- یکی از مسایل فقهی این است که موضوعات جامعه باید رصد شود و تنقیح شود، الآن خود حقوق‌دانان ایران دست به چنین کاری نمی‌زنند؟

استاد: تا قبل از انقلاب حقوق‌دانان ما اگر تنبلی می‌کردند هیچ بهانه‌ای نداشتند چون در هیچ جای قانون اساسی زمان مشروطه نیامده بود که باید مطابق قانون شریعت باشد. آنها گفتند برخی از فقها بنشینند اینها را بررسی کنند که آن متمم هم هیچ‌وقت اجرا نشد. این همان سال‌های اول بود و هیچ‌وقت اجرا نشد. به خاطر همین قانون مجازاتی که ما داشتیم در سال ۱۳۵۲ دیگر حدود و قصاص در آن نبود، یکسری چیزهای دیگر به جای آن انجام داده بودند ولی حقوق‌دان ما بعد از انقلاب برای کار نکردن بهانه دارد. می‌گوییم آقا این را درست کن! می‌گوید در فقه شما منقح نیست. چرا؟ می‌گوید در قانون اساسی گفته که باید مطابق با شریعت باشد و این قانون در فقه شما منقح نیست. و حالا که منقح نیست کار مردم هم که نمی‌شود روی زمین بماند من قانون انگلیس یا فرانسه را می‌آورم اجرا کنید. کما اینکه در این سی سال خیلی از این اتفاقات افتاده است. بعد هم به یک کمیسیون مجلسی می‌دهم، کمیسیون مجلس چه کسانی هستند، فقیه که در کمیسیون حقوقی نداریم، این مواد را در کمیسیون بررسی می‌کنند. بعد با یک بررسی خیلی مختصری به شورای نگهبان می‌رود، شورای نگهبان هم اگر تصویب نکند می‌رود به مجمع و معمولاً تصویب می‌شود یعنی آنها هم کار علمی نمی‌توانند روی این مواد انجام دهند.

- پس بفرمایید استاد که اینها (چک، برات، سفته و...) به‌عنوان یک پدیده‌های جدید از غرب آمده است و حقوق خودش را هم به دنبال آورده است.

استاد: خوب آورده دیگر. ما اینها را وارد کرده‌ایم منتها از نظر فقهی چقدر پذیرفته شده است؟ این جای کار دارد. چون گفتم اگر ما مثل خیلی از کشورها آزاد بودیم درست بود ولی ما مجبوریم شریعت را رعایت کنیم. این مجبوریم را که من می‌گویم نه به معنای منفی آن، بلکه بالأخره مسلمان هستیم باید با شریعت باشیم و اینها را باید مراعات کنیم.

### چه کنیم؟

ما بالأخره در این قضیه باید چکار کنیم. حالا با این مقدمه که حقوق تجارت از غرب وارد کشور ما شده است، چه کنیم؟ البته یکسری کارهایی آن اوایل در قانون انجام دادند که خیلی هم غربی نشود ولی زیاد بارز نبود. مثلاً بعضی از قوانین را تحت عقد وکالت بردند تا درست شود، مثل حق‌العمرکاری را که گفتند وکالت است ولی اساسیات آن سر جای خودش بود. همین ماده یک را شما به حقوق‌دان ایرانی بگویید از کجا می‌گویید اینها تاجرند و بقیه غیرتاجرند، این در کجای فقه گفته شده است؟ حرفی ندارد.

خوب با این مقدمه ما در حقوق تجارت سه تا بحث عمده داریم، یکی بحث این است که اصلاً تاجر چه کسی است، غیر تاجر کیست، تاجر چه وظایفی دارد، چون تاجر یکسری وظایفی دارد، چه حقوقی دارد، شرکت‌های تجاری چه هستند، ما هفت تا شرکت تجاری داریم اینها در حقوق ما نبود، بحث ما بحث اسناد و معاملات تجاری است، سند تجاری به‌طور اخص یعنی بحث چک، سفته، برات، قبض انبار، این‌گونه چیزهایی که نبود و اینکه برات چه شکل‌هایی باید داشته باشد، بر چه اساسی مردم چک قبول می‌کنند، سفته قبول نمی‌کنند؟ این بر اساس قانون است چون چک طرف را می‌توانیم زندان ببریم، برات نمی‌توانیم طرف را زندان ببریم یا سفته مثلاً چه شکلی باید داشته باشد، این برگه چک از چه محتویاتی تشکیل شده باشد، اسم چه کسانی روی آن باشد، آیا باید تاریخ داشته باشد یا نداشته باشد، چون اگر چک بدون تاریخ باشد این چک معتبری نیست، برعکس اینکه خیلی از چک‌های ما معمولاً بعضی از آنها تاریخ ندارند، باید تاریخ صدور همان تاریخ وصول باشد، چک مدت‌دار از منظر قانون ایران اصولاً چک معتبری نیست؛ درحالی‌که اغلب چک‌های ما مدت‌دار هستند.

از این‌گونه چیزها در قانون تجارت بحث می‌کنند. در بحث اسناد تجاری که بحث خیلی مهمی هم هست یعنی اگر دوستان می‌خواهند در بازار کار کنند حالا نه اینکه بروند تاجر شوند، بالأخره چک صادر کنند و اینها، خوب است که قانون چک را بخوانند، قانون تجارت را بخوانند که یک‌وقتی دچار غبن و زیان نشوند.

### ورشکستگی در قانون و فقه

مبحث بعدی ورشکستگی است. ورشکستگی در فقه هست یا نه؟ بحث ورشکستگی در فقه ما نیست و ما در ادبیات فقهی ورشکستگی نداریم. ما یک اصطلاح به نام اصطلاح إعسار و إفلاس داریم. إعسار کسی است که بالأخره معلوم است که معسر است؛ اما إفلاس کسی است که پرداخت دیونش

متوقف است، بنده یک میلیون تومان دین دارم مثل اغلب ما طلبه‌ها که از نظر شرعی مفلس هستیم! چون شهریه ما کفاف قسط‌هایمان را نمی‌کند! یعنی مفلس از نظر شرعی کسی است که از پرداخت دیونش متوقف است و نمی‌تواند پرداخت دیون داشته باشد. این، یکسری احکامی دارد. برخی می‌گویند در فقه محجور است و بعضی می‌گویند محجور نیست. البته در محجور بودن ایشان شک است. بالاخره احکامی دارد، حاکم چکار کند زندان بکند یا زندانش نکند؟ بحث‌هایی هست که بازهم در دروس خارج ما این بحث بسیار کم بحث می‌شود و من جایی ندیدم و به ذهنم نیست که کسی از آقایان درس خارج بیاید بحث افلاس را مطرح کند. این بحث افلاس هم در فقه چون بین تاجر و غیرتاجر تفکیکی نشده است هم شامل من و شما می‌شود که تاجر نیستیم و هم شامل آن آقای که میلیارد میلیارد دارد تجارت می‌کند ولی در حقوق تجارت ورشکستگی مختص فقط آقای تاجر است یعنی در حقوق تجارت غیرتاجر مثل من و شما ورشکسته محسوب نمی‌شوند.

- چه محسوب می‌شوند؟

استاد: می‌گویید به سراغ قانون مدنی و فقه خودتان بروید، در فقه‌تان چه می‌گویند. ممکن است ورشکسته را در برخی موارد زندان کنند. این احکام بر شخص غیرتاجر بار نمی‌شود، چرا بار نمی‌شود؟ می‌گوید عرف تجار اروپا این بوده است که برای غیر تاجر ورشکستگی قائل نبودند. پس به این قضیه دقت بفرمایید، ورشکسته در حقوق ایران شامل غیرتاجر نمی‌شود. ما اگر خواستیم روی افلاس در فقه بحث کنیم باید این بحث مدنظر ما باشد که در فقه تفکیک نشده است.

- کسی که چک می‌کشد تاجر محسوب می‌شود؟

استاد: صدور چک نه، عمل تجاری محسوب نمی‌شود.

- قانون تجارت برای چه در مورد چک اعمال می‌شود؟

استاد: نه آن قانون تجارت برای تجاری است که چک می‌کشند.

- قانون‌های مربوط به چک فقط مربوط به تاجر می‌شود؟

استاد: نه. ببینید من و شما هم چک می‌کشیم، من و شما تاجر نیستیم که چک بکشیم. این عمل تجاری نیست یعنی مشمول قانون تجارت نمی‌شود ولی آقای تاجر که مثلاً شرکت بیمه دارد چک بکشد برای او تجاری محسوب می‌شود.

### فرق قانون تجارت با فقه

برخلاف ما که در فقه گفتم هدف ما کسب نظر و رضایت شارع است، هدف حقوق تجارت، رونق تجارت است. لذا هرکاری که باعث تسهیل تجارت شود در حقوق تجارت می‌گویند که خوب است. اگر یک‌وقتی بگویند امروز نرخ بهره را اگر ما ۱۰ درصد کنیم برای تجارت بهتر است باید در قانون تجارت نوشته شود، اگر یک روزی بگویند نه نرخ بهره را باید به یک درصد برسانیم می‌گویند الآن برای تجارت خوب است باید تدوین شود، یک مقدار دستشان بازتر است.

بنابراین در تفسیر قوانین تجاری براساس نظر اروپایی‌ها باید ببینیم چه قانونی، تجارت را تسهیل می‌کند و کاری به قضایای دیگر آن نداشته باشیم. من یکسری ویژگی‌ها را اینجا نوشتم و سعی می‌کنیم اینها را سریع‌تر رد شویم. ویژگی‌های زیادی دارد من برخی از آنها را که به ذهنم عمده‌تر می‌رسید اینجا نوشتم.

اولاً ببینید در قانون مدنی و فقه ما فقط یک نوع شرکت داریم که هیچ‌وقت در فقه خوانده نمی‌شود فقط در لمعه یک‌بار خوانده می‌شود و رد می‌شوند، بحث شرکت‌ها در فقه چیست؟ گفته است اجتماع حقوق مالکین متعدد است به نحو اشاعه. این در فقه هست و در قانون مدنی ما هم هست (ماده ۵۷۱). این از روی شرح لمعه نوشته شده است. برخی از موارد قانون مدنی کپی شرح لمعه است مثل تعریف بیع و مثل این تعریف. مثلاً ما چند نفر اینجا یک پولی بگذاریم و یک شرکت تشکیل دهیم، دیگر شخصیت حقوقی ندارد، مستقل ندارد؛ درحالی‌که در اروپا از ۲۰۰ سال پیش این قضیه پذیرفته شده بوده است که شرکت، شخصیت حقوقی دارد یعنی من اگر از شرکت طلبکار بودم حق ندارم به سراغ این آقا بیایم که شریک شرکت است. این بدهی شرکت هیچ ربطی به ایشان ندارد، این برای خودش یک شخص دیگری است و فرد مستقلی است. مگر اینکه در یکسری مواردی این آقا دیگر پول نداشته باشد. منظور از این آقا شرکت است، پول نداشته باشد و بیاید از شرکایش در یکسری مواردی بگیرند؛ درحالی‌که در حقوق مدنی ما و فقه ما این‌گونه نیست، شرکت شخصیت حقوقی مستقل ندارد، اصولاً در فقه ما چیزی به نام شخصیت حقوقی نداریم مگر اینکه ما بتوانیم از آن در بیاوریم.

- مثل بحث وقف؟

استاد: بله. این را هم در ۱۳۶۳ استحصالی کردند. یعنی فقهای ما تا سال ۱۳۶۳ مردد بودند که آیا وقف، شخصیت حقوقی دارد یا ندارد؟ اولین بار در سال ۱۳۶۳ در قانون اوقاف، شخصیت حقوقی موقوفه به رسمیت شناخته شد، آن هم از روی ناچاری بود. چون در فقه چیزی به نام الشخصیه الحقیقیه نداریم. این اصطلاح نیست. باید استحصالی کنید، شما در مبحث فقه در بحث وقف بخوانید در کجا گفته است که و للموقوفه مثلاً نفس مستقلة شخصیه.

- این متولی مثل مدیرعامل دارد عمل می‌کند؟

- بله اینها را گفتم چیزهای جدید است. مدیرعامل را از شرکت‌ها گرفتیم و در فقه گذاشتیم، در ذهن فقها بوده است وگرنه متولی را وقتی نگاه می‌کنیم واقعاً دارد مثل یک شخص حقوقی رفتار می‌کند. این در ذهنشان بوده است ولی این را به‌عنوان یک نهاد مستقل مطرح نکردند. چون فقهای ما وقتی با نگاه حقوقی به مطالب‌شان نگاه می‌کنی می‌بینی بعضی از آنها واقعاً از زمان خودشان جلوتر هستند و خیلی جلوتر حرکت می‌کنند. منتها در بند این اصطلاحات برخی از اینها را بیان نکردند.



خوب پس اولین ویژگی‌اش این است که اولین بار در قانون تجارت ما شرکت شخصیت حقوقی پیدا کرد ولی در قانون مدنی این طور نیست.

مورد دوم این است که الآن در قانون تجارت ما، ما هفت نوع شرکت داریم که نوشتیم: شرکت سهامی، با مسئولیت محدود، تضامنی، مختلط سهامی، مختلط غیرسهامی، نسبی، تولید و مصرف. بیشترین چیزی که در جامعه ما هست یکی سهامی است، بعداً مسئولیت محدود است، تضامنی زیاد داریم و تولید و مصرف هم زیاد است، آن سه تای دیگر یک مقدار کمتر هستند. اگر به خیابان امام خمینی تشریف ببرید (خیابان ارگ سابق، روبروی باغ ملی)، چندتا صرافی هست، به تابلوهای آنها دقت کنید اغلب آنها نوشتند «شرکت صرافی فلان، شرکت تضامنی». معمولاً صرافی‌ها شرکت تضامنی هستند و بانک‌ها شرکت سهامی عام یا خاص. اینها در فقه ما نبود در حقوق ما هم نبود و اولین بار از قانون تجارت وارد حقوق ما شد. شرکت نسبی در حقوق اروپا نبود قانون‌گذار ما خودش از روی شرکت مدنی این را در ذهنش پرورش داد و درست کرد وگرنه آن شش تای دیگر از حقوق اروپا گرفته شده است، الآن در اروپا هم آن سه تای اول خیلی زیاد است، باز هم اگر دقت کنید روی برخی از محصولات خارجی وقتی اسم شرکت را نوشته است آخرش نوشته است LTD، حالا اگر با دقت بیشتری نگاه کنید آن یعنی با مسئولیت محدود، این اصطلاحات را خودشان دارند.

#### - مسئولیت محدود یعنی چه؟

استاد: مسئولیت محدود یعنی شرکا به مقدار آورده‌شان مسئول پرداخت بدهی هستند، شرکت تضامنی نه. ببینید در حقوق مدنی کلاً اصل بر مسئولیت نسبی است، یعنی اگر چند نفر از شما بروید به مال یک نفر صدمه بزنید و اتلاف کنید یا باعث خسارت شوید، در این صورت هر کدام از شما به مقدار کار که انجام دادید مسئول هستید. یا مثلاً وراثت وقتی که بدهی مورث را قبول می‌کنند به مقدار سهمی که می‌برند باید بدهی را بدهند، اگر دختر است باید نصف پسر بدهی را بدهد و الی آخر. این مسئولیت نسبی می‌شود.

اما در حقوق تجارت اصل بر مسئولیت تضامنی است. یعنی اگر شما ۲۰ نفر مثلاً یک شرکت تضامنی تشکیل دهید اگر این شرکت ورشکست شود من طلبکار می‌توانم به تک تک شما برای گرفتن همه طلب خودم مراجعه کنم. دیگر کار ندارم شما از این شرکت یک درصد مالک بودید و دیگری ۹۹ درصد. لذا من می‌توانم بیایم از شمايي که یک درصد هستید تمام طلبم را بگیرم. این هم از حقوق اروپا وارد حقوق ما شده است چون در حقوق ما اصل بر مسئولیت نسبی است، چرا این کار را کردند؟ برای اینکه کار تجارت زودتر راه بیفتد.

این هم بنابراین از ویژگی‌های حقوق تجارت است که داخل سیستم حقوقی ما شده است. ما در فقه در یکجایی مسئولیت تضامنی داریم خیلی محدود، مثل ایادی متعاقب در غصب. یک نفر مالی را غصب کند به چند نفر دست‌به‌دست شود، آنجا مسئولیت تضامنی است. اگر دوستان یادشان باشد ماده ۳۱۸ قانون مدنی گفته شده است یا مثلاً چند نفر باعث اتلاف شوند و مشخص نباشد هر کدام چه مقدار

در اتلاف سهم داشتند، آنجا هم مسئولیت تضامنی است. در فقه در موارد محدود داریم؛ اما در قانون تجارت برعکس است و اغلب جاها مسئولیت تضامنی است؛ هرچند در یکجاهایی مسئولیت نسبی است.

### تشریفات تجارت

نکته بعد اینکه از نظر قانون تجارت، اشتغال به تجارت نیازمند به لوازم خاصی است، اولاً شما می‌خواهید تاجر باشید باید چهارتا دفتر داشته باشید که می‌بینید که بعضی از مغازه‌ها دارند، یک دفتر اندیکاتور دارند، یک دفتر روزنامه دارند، روزنامه نه اینکه روزنامه در آن بیندازند یعنی دخل و خرج روزشان را در آن می‌نویسند، یک دفتر کل دارند، یک دفتر دارایی دارند، این چهارتا دفتر را باید حتماً تاجر داشته باشند به صورت چهارتا اندیکاتور می‌توانند برای خودشان درست کنند و باید هم داشته باشند یعنی جزو لوازم تجارت است، نداشته باشند تخلف است، اگر ورشکست شوند زندان دارند یعنی ورشکسته به ثقل محسوب می‌شود، باید نامشان را در دفتر ثبت تجاری بنویسند و تاجر از این گونه مقررات دارند ولی در فقه ما اشتغال به کسب و پیشه هیچ‌گونه تشریفات ندارد.

### آیا عرف تاجر بر اساس موازین اسلام است؟

ما برای پژوهش در فقه، گفتیم باید در فقه نسبت به بحث تجارت پژوهش شود. حالا می‌گوییم براساس اصل سوم قانون اساسی ما که از اصول خیلی بنیادین هست، می‌گوید کلیه قوانین مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی و غیره اینها همه باید بر اساس موازین اسلام باشد. تازه گفته این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی حاکم است و حاکم به همان معنای فقهی است یعنی حکومت دارد و این توسعه و تضییق می‌کند و تشخیص این هم برعهده فقهای شورای نگهبان است. آن چیزی که دست‌وپای ما را در قانون‌نویسی می‌بندد این است، این خیلی اصل مهمی است. یعنی قانونی در جمهوری اسلامی ایران معتبر است که براساس موازین اسلام باشد، حالا سؤال این است که عرف تاجر، نمی‌خواهم بگویم تاجر اروپا، آیا عرف تاجر بر اساس موازین اسلام است؟ آیا می‌توانیم عرف تاجر اسلام را براساس موازین اسلام بدانیم که بیایم این عرف را قانون برای خودمان درست کنیم، آقا فرمودند که رویه‌های خودمان چه اشکالی دارد؟ می‌خواهم بگویم دلیل شما بر حجیت رویه‌های تجاری تاجر خودمان چیست، می‌خواهیم قانون درست کنیم باید براساس موازین اسلام باشد؟ و اساساً آیا عرفی که مثلاً در بین صنف حق‌العمل کار، صنف لبنیاتی مشهود است آیا این براساس موازین اسلام است؟

چرا این حرف را زدم؟ برای اینکه ما یک مبحثی داریم که فلان چیز حجیت دارد. چون ما در فقه دنبال حجیت می‌گردیم. مثلاً بعضی‌ها می‌گویند اجتهاد یعنی دنبال حجت‌گشتن، تمام سعی ما در اجتهاد این است که حجت پیدا کنیم. یعنی خبر واحد را این قدر بالا و پایین می‌بریم تا بالاخره حجیت آن را دربیابیم.

حالا آیا این عرف‌ها برای ما حجت هستند که بشود قانون اسلام؟ چون قرار است اینها قانون اسلام و حکومت اسلامی شوند، خصوصاً اینکه حقوق تجارت ایران هم بیشتر از حقوق تجارت اروپا اتخاذ شده است. آیا عمل تجار فرانسوی می‌تواند برای ما براساس موازین اسلام باشد؟ خوب مثلاً ماده ۴۲۳ قانون تجارت که برای ورشکستگی است و خدمت دوستان گفتیم این مخالف مشهور فقهای امامیه است، بلکه اگر ابن‌جنید نبود می‌گفتیم مخالف اجماع فقهای امامیه است. حالا این را بر چه اساسی ما آمدیم در قانون‌مان درج کردیم و هنوز بعد چنددهه از انقلاب ما این ماده تکان نخورده است! تازه آخرش هم به‌گونه‌ای صحبت کرده است که انگار تنزیل را پذیرفته است.

خوب حالا ما برای اینکه به این پرسش جواب دهیم از دو منظر می‌توانیم بررسی کنیم، به نظر من، خوب ما استاد فقه نیستیم ولی به نظر من بیاییم از جهت احکام امضایی وارد شویم. سؤال این است که اینکه ما احکام امضایی داریم آیا صرفاً برای عرف همان زمان شارع این امضا هست یا وقتی شارع می‌گوید من عرف را امضا می‌کنم این عرف شامل عرف زمان ما هم می‌شود؟ مثال: خداوند در قرآن مجید می‌فرماید *أحلّ الله البيع*، خوب کدام بیع را خداوند حلال کرده است؟ در کجای قرآن و حدیث بیع تعریف شده است؟ در هیچ جا، بنده گشتم مسئولیتش هم با من، می‌توانید بگردید، در هیچ جای سنت و کتاب بیع تعریف نشده است، صرفاً تعاریفی که ما از بیع داریم در تعاریف فقها است.

### رشته حقوق اقتصادی

این را هم بگویم و بحث را تمام کنم. یک رشته‌ای در حقوق امروزه هست که در آمریکا خیلی طرفدار دارد؛ و آن اینکه می‌خواهند تجارت را به‌عنوان رشته حقوق اقتصادی بحث کنند. در کشور ما هم تازه آمده است، چون تازه آمده است آنهایی هم که کار می‌کنند نمی‌توانند زیاد چیزی بگویند. حقوق اقتصادی در آمریکا به وجود آمده است، آمده می‌گوید ما همه پدیده‌های حقوقی را از جهت اقتصادی بررسی کنیم. حتی در آمریکا دارند می‌گویند آیا اشتغال زنان خوب است یا نه؟ ما از نظر اقتصادی بحث نمی‌کنیم از نظر فرهنگی بحث می‌کنیم، آمریکایی‌ها می‌گویند زن اگر سرکار برود بیرون به او حقوق کم می‌دهند، اگر سرکار برود مجبور است برای بچه‌اش پرستار بگیرد دوبرابر آن چیزی که می‌گیرد باید به اینها بدهد بنابراین چون از نظر اقتصادی منفی مثبت آن با هم جور در نمی‌آید بهتر است در خانه باشد. حتی بحث می‌کنند آیا هم‌جنس‌بازی خوب است یا نه؟ و از جهت اقتصادی بحث می‌کنند که آیا از نظر اقتصادی برای جامعه مفید است یا نه. در مباحث تجاری هم این حرف آمده است که آیا دیون مؤجل مدیون ورشکسته حال می‌شود یا نه؟ ما سریع به سراغ اصل عدم می‌رویم همان‌طور که رفتند؛ اما اینها می‌گویند نه، ببینید که از نظر اقتصادی این به نفع جامعه هست یا نه. از این جهت هم باید بحث شود که آیا ما می‌توانیم این روش را در فقه پیاده کنیم مثلاً به مباحث تجاری می‌رسیم بگوییم از نظر اقتصادی برای جامعه مفید هست یا نه.

- مثل قاعده ثانوی و لاضرر؟

استاد: تقریباً اگر مفید نیست بگوییم نه این تجاری نباشد. الآن ما لایحه جدید قانون تجارت این اصطکاکها در آن هست یک‌جاهایی از آن فقهی شده است ولی از نظر اقتصادی جواب نمی‌دهد. این از نظر فقهی خوب جواب می‌دهد، مشهور فقها است؛ ولی از نظر اقتصادی برای جامعه مفید نیست. این بحث باید در فقه باشد و متأسفانه ما بحث نمی‌کنیم که ما چگونه می‌خواهیم از بین این تنگناها بگذریم تا هم اقتصادمان پیشرفت کند و هم دغدغه فقهی ما مطرح شود. خیلی بار سنگینی بر دوش فقهای ما هست و این دغدغه‌ها باید بررسی شود و گرنه اقتصاد راه خودش را می‌رود فقه هم راه خودش را می‌رود.

- الآن سود بانک‌ها.

استاد: بانک‌ها هم همین مشکل هست، بانک‌ها می‌گویند ما اگر سود نگیریم ورشکست می‌شویم، فقها می‌گویند سود نباید بگیرید.

- نظر مخالف هم هست، در غرب هم دیدگاه مخالف هست.

استاد: بله الآن بانکداری اسلامی داریم دیگر. الآن بانکداری اسلامی در خیلی از کشورها دارند این کار را انجام می‌دهند، این یک نمونه‌اش است، حالا ایشان بانکداری گفتند، در خیلی از جاها مثلاً ما حداقل از دید اقتصادی اول که نگاه می‌کنیم، ممکن است دید اقتصادی ما اشتباه باشد، این باید بحث شود و ممکن است آقای اقتصاددان اشتباه کرده باشد و واقعاً این‌طوری نباشد.

امیدوارم یک افق‌هایی در ذهن دوستان باز شده باشد و ببینید ما خیلی احتیاج به کار داریم و گرفتاری در عرصه فقه و تجارت زیاد است و امیدوارم یک روزی حل شود و گرنه خیلی کار روی هم می‌ماند و باید منتظر باشیم امام زمان بیاید حل کند.