

## آشنایی با حقوق تجارت حجت‌الاسلام دکتر حسین نصرتی<sup>۱</sup>

### چکیده

استاد ضمن مفهوم‌شناسی بحث، از چالش‌های بین حقوق تجارت و فقه گفتند. از دید ایشان 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، رویه 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 (بیشتر از فرانسه و سپس انگلیس) بوده و ما تابع رویه‌های همان‌جا مانده‌ایم! وی سفارش می‌کند که ما باید پیشرو باشیم یعنی پیش‌ازاینکه ماهیت‌های حقوقی داخل کشور بشود درباره‌اش تحقیق و پژوهش کنیم، نه اینکه مثل قانون چک و ورشکستگی و... صرفاً تابع آنها باشیم.

کلیدواژگان: فقه، حقوق، حقوق تجارت، چالش‌های حقوق تجارت و فقه.

---

۱. این گفتار توسط حجت‌الاسلام سید مصطفی حسینی استناددهی شده است. برای آشنایی با سخنران رک: پایان نشست.

بسم الله الرحمن الرحيم

بحث ما درباره حقوق تجارت<sup>۲</sup> است و در ضمن آن سعی می‌کنیم یکسری از جاهایی که به‌عنوان یک فقیه در این عرصه مورد بحث قرار گرفته، بیشتر توضیح بدهیم. به عبارت دیگر سعی می‌کنیم به چالش‌های بین حقوق تجارت و تجارت در فقه<sup>۳</sup> اشاره کنیم که دوستان در مطالعات فقهی‌شان یک مقدار توجه بیشتری به این قضیه داشته باشند.

در ابتدا لازم است خیلی مختصر از «حقوق» بگویم و بعد وارد بحث اصلی‌مان یعنی حقوق تجارت خواهیم شد.

در 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، حقوق، مجموعه قواعدی است که بر اشخاص از این جهت که در اجتماع هستند، حاکم است.<sup>۴</sup> به نظر شما این تعریف چه نسبتی با تعریف فقه دارد؟

---

۲. حقوق تجارت، مجموعه قواعد و مقرراتی است که بر روابط حقوقی و معاملات تجار با یکدیگر و بر امور تجاری حاکم است. هر چند حقوق تجارت یکی از شاخه‌های حقوق خصوصی است، با توجه به اینکه حقوق مدنی بر همه روابط حقوقی افراد حاکمیت دارد، حقوق مدنی نسبت به حقوق تجارت، عام است و در موارد نقص یا سکوت قوانین تجارت، به قواعد حقوق مدنی مراجعه می‌شود. (حسن ستوده‌تهرانی، حقوق تجارت، ج ۱، ص ۱۷، تهران ۱۳۷۴)

۳. برای آگاهی بیشتر: تجارت در لغت به معنای خرید و فروش و نیز خریدن کالا به انگیزه فروختن آن با بهای بیشتر، همچنین بکارگیری سرمایه به منظور سود بردن است. (ابن منظور، محمد بن مکرّم، لسان العرب، ج ۴، ص ۸۹، واژه «تجر») تجارت در کلمات فقها در هر سه معنای اشاره شده در تعریف لغوی به کار رفته؛ ولی معنای سوم (معاوضه به قصد سود بردن) و مراد از تجارت در مسئله تعلق زکات به مال التجاره در باب زکات، همین معنا است. از این رو، برخی فقها قصد کسب و سود بردن را در تحقق تجارت لازم دانسته‌اند. (محمد حسن نجفی جواهری، جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۴-۶). در مقابل، برخی دیگر آن را نپذیرفته‌اند. (علی بن احمد عاملی جبعی، مسالک الافهام، ج ۳، ص ۱۱۷). برخی فقها آیه «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (نساء: ۲۹) را ناظر به معنای دوم تجارت، یعنی مطلق کسب و معاوضه - که شامل انواع کسب‌ها و معاوضه نظیر اجاره، صلح و غیر آن می‌شود - دانسته‌اند. (محمد حسن نجفی جواهری، جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۴-۵). برخی در کتب فقهی، برای عنوان تجارت یا متاجر بابتی مستقل تأسیس کرده و احکام کسب‌ها به نحو کلی و خصوص بیع و انواع آن را به تفصیل در ذیل آن آورده‌اند. (احمد نراقی، مستند الشیعه، ج ۱۴، ص ۱۰-۱۱)

۴. مجموع قواعدی که بر اشخاص، از این جهت که در اجتماع هستند، حکومت می‌کند: انسان موجودی است اجتماعی که میان همگنان خود به سر می‌برد. به حکم طبیعت، شخص در اجتماع کوچک پدر و مادر زاده می‌شود و در سایه مراقبت و تربیت این گروه نیازهای مادی و معنوی خویش را تأمین می‌کند. پس از دوران کودکی نیز او با دیگران زندگی می‌کند و با همکاری آنان به خواست‌های خود می‌رسد. از سوی دیگر، خواسته‌های آدمیان به حکم فطرت با هم شباهت زیادی دارد. کم‌وبیش همه یک چیز را طالبند. پس نزاع بر سر جلب منافع بیشتر و تأمین زندگی بهتر در می‌گیرد. انسان اندیشمند از آغاز خودشناسی دریافت که بقای اجتماع او با آشوب و زورگویی امکان ندارد و ناچار باید قواعدی بر روابط اشخاص، از جهتی

به عبارت بهتر، احکامی که ما از فقه استنتاج می‌کنیم آیا در همین راستا بکار می‌روند یا نه؟ ما هم در فقه یک‌سری احکام بیع و احکام بازار و معاملات<sup>۵</sup> داریم که برای تنظیم روابط میان مردم و حفظ نظم در جامعه است. حالا سؤال این است که حقوق چه تناسبی از این جهت با فقه دارد؟

س: معاملات در فقه اعم از معامله و تجارت در حقوق است.<sup>۶</sup>

استاد: خوب، این یک جهتش است.

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

استاد: بله، این هم نکته‌ای فنی است.

س: در فقه حکم شارع بدست می‌آید؛<sup>۷</sup> اما در اینجا (حقوق) قواعدی می‌شود که مردم هم می‌توانند تنظیم کنند.

### تفاوت‌های فقه با حقوق

**تفاوت اول.** تفاوت اساسی فقه 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؛ بلکه هدف‌های دیگری مدنظر است.

---

که عضو جامعه‌اند، حکومت کند و ما امروز مجموع این قواعد را «حقوق» می‌نامیم. (ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج اول، تعریف و ماهیت حقوق، گنج دانش، ۱۳۹۵)

۵. وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا؛ خداوند بیع (معامله) را حلال و ربا را حرام گردانید. (بقره: ۲۷۵) بیع در لغت به معنای خرید و فروش و دادوستد است (المنجد، ج ۱، ص ۱۲۰) و در اصطلاح فقهی: ایجاب و قبولی است که بر نقل ملک در مقابل عوض معلوم و متعین دلالت کند. (شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۲، نشر دار التبیقة قم) تعریف دوم بیع: ایجاب و قبول از دو طرف کامل ([بالغ، عاقل، مختار، دارای قصد و اراده) است که با رضایت طرفین عین در قبال عوض متعین و معلوم به طرف دیگر منتقل می‌شود. (شهید اول، دروس، ج ۱، ص ۱۹۱، موسسه نشر اسلامی قم)

۶. بیع یا معامله فقهی اعم از تجارت است: بیع به اعتبار زمان به چهار قسم تشکیل می‌شود:

۱. عوضین (پول و کالا) هر دو حال (نقد) باشند. گندم را می‌دهد و همان‌جا هم پولش را می‌گیرد (بیع نقد). ۲. عوضین (پول و کالا) هر دو در آینده تحویل هم دیگر داده شوند. (بیع کالی به کالی). ۳. ثمن (پول) را می‌دهد و ثمن (کالا) را در آینده تحویل بگیرد (بیع سلف). ۴. ثمن (کالا) حال باشد؛ و ثمنش (پولش) بعداً داده شود. (بیع نسبه) (شیخ محمدعلی انصاری، موسوعه فقهیه، ج ۷، ص ۱۵۲، نشر مجمع فکر اسلامی قم)

۷. فقه در اصطلاح عبارت است از علمی که به وسیله آن احکام شرعی را از ادله تفصیلی به دست می‌آوریم. «دلایل تفصیلی» از نظر بیشتر علمای شیعه عبارت است از: قرآن، سنت، اجماع و عقل. (محمدرضا شب‌خیز، اصول فقه دانشگاهی، نشر لقاء قم،

۱۳۹۲)

**تفاوت دوم.** از یک جهت دیگر هم میان حقوق و فقه تفاوت هست و آن از نقطه نظر منابع استنباط است. منابع استنباط در فقه محدود و مشخص است.<sup>۸</sup> مثلاً ما حدود چهار<sup>۹</sup> یا به قول بعضی ها سه منبع داریم.<sup>۱۰</sup> اهل سنت هم ممکن است تا نه<sup>۱۱</sup> یا ده<sup>۱۲</sup> منبع داشته باشند.

منتها منابع حقوق کمی متفاوت است.<sup>۱۳</sup> مثلاً در حقوق رویه قضایی<sup>۱۴</sup> و دکترین<sup>۱۵</sup> و عرف قضایی هم یکی از منابع تدوین قوانین است؛ درحالی که در فقه ما این طور منابعی نداریم. مثلاً چیزی به نام

---

۸. مقارن ظهور صفویه در ایران، گروهی پیدا شدند که رجوع مردم را به قرآن ممنوع دانستند و گفتند: فقط پیغمبر(ص) و امام(ع) حق رجوع به قرآن دارند، دیگران حق ندارند حکمی را از آیات قرآن استنباط نمایند. عقل و اجماع هم حجت نیست و تنها منبعی که می توان به آن استناد کرد اخبار و احادیث است. این گروه «خباری» نامیده شدند. (مرتضی مطهری، آشنایی با علوم اسلامی (اصول فقه)، ج ۳، ص ۳۴-۳۶)

۹. قرآن، سنت، اجماع و عقل. (همان)

۱۰. از نظر شیعه/جماع اصالت ندارد. یعنی حجیت و اعتبار آن به این جهت نیست که اتفاق آراء است؛ بلکه از آن نظر خواهد بود که کاشف از رأی و نظریه معصوم است. بنابراین «جماع» را نمی توان به عنوان منبع و مأخذ مستقلی برای استنباط احکام شرعی در عرض «کتاب» و «سنت» قرار داد؛ زیرا اجماع مستقلاً و به خودی خود دارای اعتبار و حجیت نیست؛ بلکه چون کاشف از سنت معصوم علیه السلام می باشد معتبر است و ذکر آن در کنار منابع دیگر، تنها به منظور پیروی از روش پیشینیان در تنظیم این مباحث است. (با اقتباس از: عبدالهادی فضل، مبادی اصول الفقه، ص ۸۲-۸۱)

۱۱. فقهای حنفی مذهب منابع استنباط را ۹ چیز می دانند: ۱. قرآن کریم؛ ۲. سنت متواتره؛ ۳. اجماع؛ در صورتی که نقل اجماع ثابت شده باشد. ۴. گفتار صحابه؛ در چیزهایی مانند عبادت، حدود، دیات که در آن مجال رأی نیست به گفته صحابه عمل می کنند و از دیدگاه ابوحنیفه در این گونه مسایل، گفته صحابی به منزله سنت پیامبر(صلی الله علیه و آله وسلم) است و به همین دلیل آن را بر قیاس مقدم می دارند. ۵. قیاس؛ ابوحنیفه بیش از همه پیشینیان، قیاس را به صورت گسترده بکار گرفته است. ۶. استحسان؛ البته ابوحنیفه تنها کسی نیست که استحسان را یکی از منابع استنباط گرفت، اما بیش از همه مذاهب به آن استناد کرد. ۷. عرف؛ در صورت تعارض عرف با قیاس ابوحنیفه، عرف را مقدم می دارد. ۸. مصالح مرسله؛ ۹. استصحاب. (محمدبن حسن ثعالبی، الفکر السامی، طبع رباط، ۱۳۴۰، ج ۲، ص ۱۳۲)

۱۲. منابع استنباط مالک: مالکی ها برای استنباط احکام از ده منبع استفاده می کنند. ۱. قرآن کریم؛ ۲. سنت؛ از دیدگاه مالک، برخلاف ابوحنیفه، خبر واحد حجت است و کوتاهی درباره آن جایز نیست. ۳. اجماع؛ مالک افزون بر اجماع به معنای مشهور آن نزد جمهور، اجماع مردم مدینه را هم حجت می داند. ۴. قیاس؛ وی بر احکامی که در کتاب و سنت بدانها تصریح شده، قیاس می کرد. ۵. استحسان؛ مالک درحالی که به استحسان اهمیت می داد، در عین حال مانند ابوحنیفه دامنه آن را گسترش نداد. ۶. استصحاب؛ ۷. مصالح مرسله؛ یکی از اصول مالک اعتبار دادن به مصالح مرسله است، چنان که در مذهب او عمل به مصلحت شهرت دارد. ۸. سد ذرایع و فتح ذرایع؛ مالک بیش از دیگران دامنه این اصل را گستراند. ۹. عرف؛ مالک به عرف اهمیت می داد ولیکن در بنای احکام بر آن به اندازه دیگران پیش نمی رفت. ۱۰. قول صحابی؛ فقه مالکی بر فتواها و داوری های صحابه تکیه داشت و برای این موضوع اهمیت زیادی قائل بود. (شهاب الدین قرافی، شرح تنقیح الفصول، مصر، ۱۳۷۴، ص ۴۴۵)

عرف فقها به عنوان منابع استنباط بررسی نمی‌شود و نمی‌گویند اگر عرف فقها این است می‌توانیم آن را در کنار سنت و کتاب قرار دهیم. در حالی 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 فقه از نظر منابع هم دقیق‌تر است؛ چون منابع مشخص‌تر است. این را من خواستم بگویم چون ما قصد داریم تا آخر جلسه 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؛<sup>۱۶</sup> چون برخی از حقوق‌دان‌ها در کتاب‌هایشان به راحتی این قضیه را نادیده می‌گیرند و می‌گویند فقه همان حقوق است! همچنین ممکن است بگویید ما اگر فقیه هستیم آنها چکار می‌کنند؟ این قضیه بالأخره باید بررسی شود.<sup>۱۷</sup>

### تقسیمات حقوق

اما خود حقوق چه تقسیماتی دارد؟ حقوق را از نقطه نظرهای مختلف تقسیم می‌کنند؛ ولی دو تقسیم آن خیلی اهمیت پیدا کرده و آن، تقسیم حقوق به حقوق داخلی و خارجی و حقوق عمومی و خصوصی است.

---

۱۳. منبع حقوق در نظام‌های حقوقی گوناگون متفاوت است؛ اما ممکن است شامل موارد زیر باشد: ۱. قانون؛ ۲. عرف؛ ۳. رویه قضایی؛ ۴. عقل؛ ۵. آرای قضات؛ ۶. دکترین و ایدئولوژی؛ ۷. کتاب‌های مقدس (آیات و روایات، انجیل و تورات و...); ۸. انصاف. (ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، نشر میزان ۱۳۷۷)

۱۴. در ادبیات حقوق ایران عبارت «رویه قضایی» به دو معنا بکار می‌رود: یکی در معنای خاص که منظور آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور است و دیگری در معنای عام که منظور تصمیمات قضایی مکرر است. (محمدجعفر جعفری لنگرودی، مقدمه عمومی علم حقوق، تهران: گنج دانش، ص ۵۰، ۱۳۷۶)

۱۵. دکترین در علم حقوق به مفهوم قواعدی است که از مجموع آرای همه یا اکثریت قاطع عالمان حقوق درباره توجیه و بیان و تفسیر قواعد حقوقی بدست آید و عنوان «ندیشه حقوقی» پیدا کند. قواعد پیشنهادی عالمان حقوق نیز بخشی از دکترین است. دکترین در قلمروهای گوناگون کارکرد می‌یابد، از جمله در قانون و قانون‌گذاری، عرف و عادت، رویه قضایی، آموزش و شناخت نظام حقوقی و آگاه‌ساختن مردم. (ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۶۱۰-۶۱۴، تهران ۱۳۸۰-۱۳۸۱)

۱۶. رک: مقاله نسبت فقه و حقوق در نظام حقوقی ایران، سید ابوالقاسم نقیعی، آموزه‌های فقهی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۲، بهار و تابستان ۱۳۸۸.

۱۷. در رابطه و نسبت بین فقه و حقوق، چهار الگوی مختلف برای بیان این نسبت ارائه می‌شود. الگوی اول «کفایت فقه از قانون»، الگوی دوم «اصالت فقه در برابر قانون»، الگوی سوم «اصالت فقه و اصالت قانون به شکل توأمان»، و الگوی چهارم «اصالت قانون در برابر فقه». رک: محمد سروش محلاتی، نشست میزگرد نسبت فقه و حقوق در نظام حقوقی ایران، دانشگاه

شهید بهشتی ۹۸، ۲، ۳ soroosh-mahallati.com

ما شاید در مطالعات مان 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<sup>۱۸</sup> و حقوق خصوصی<sup>۱۹</sup> و حقوق داخلی<sup>۲۰</sup> و بین‌الملل<sup>۲۱</sup> در فقه وجود ندارد.<sup>۲۲</sup> 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.<sup>۲۳</sup>

### حقوق عمومی

امروزه ما یک رشته خاصی در دانشکده حقوق به نام حقوق عمومی<sup>۲۴</sup> داریم که در ایران دکترای آن هم هست. حقوق اساسی، حقوق اداری اینها در حقوق عمومی بحث می‌شود.<sup>۲۵</sup>

۱۸. شاخه‌های حقوق عمومی عبارت‌اند از: حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق مالی، حقوق کیفری و حقوق کار.
۱۹. «حقوق خصوصی» قواعدی است که روابط مردم را با یکدیگر، با دولت یا سازمان‌های دولتی، در مقامی برابر با آحاد مردم و بدون اعمال حق حاکمیت، تنظیم می‌کند و شاخه‌هایش عبارت است از: حقوق مدنی، حقوق تجارت، حقوق دریایی و حقوق بین‌الملل خصوصی. (مصطفی دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی با رویکرد به حقوق اسلام و ایران، ج ۱، ص ۳۹-۴۱)
۲۰. بنابر نظریه «دوگانگی حقوقی»، حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی - به سبب تفاوت در مبانی، منابع، موضوعات و قلمرو - دو نظام حقوقی مستقل هستند. از این رو، قواعد بین‌المللی تنها هنگامی برای دولت‌ها الزام‌آور است که این قواعد را وارد مقررات ملی خود کنند. قواعد داخلی مخالف حقوق بین‌الملل نیز تا زمانی که لغو نشده، به اعتبار خود باقی است. نظریه «یگانگی حقوقی» بر آن است که حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی، هر دو، اجزای نظام حقوقی واحدی هستند و دوگانگی میان آنها وجود ندارد. پیروان این نظریه درباره قانون مرجع، در فرض تعارض آن دو، اختلاف نظر دارند. به هر یک از این دیدگاه‌ها انتقاداتی شده است. (هوشنگ مقتدر، حقوق بین‌الملل عمومی، ج ۱، ص ۳۵-۳۹، تهران ۱۳۸۳)
۲۱. حقوق بین‌الملل متکفل بحث در همه مواردی است که رابطه حقوقی و قاعده حاکم بر آن حداقل به دو دولت ارتباط می‌یابد. (حسین صفایی، مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱، ص ۱۳، تهران، ۱۳۷۴) حقوق بین‌الملل به دو شاخه تقسیم می‌شود: حقوق بین‌الملل عمومی که به مناسبات بین‌المللی دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی، شرکت‌ها و افراد از آن حیث که به حاکمیت مربوط می‌شوند، می‌پردازد. (رضا موسی‌زاده، بایسته‌های حقوق بین‌الملل عمومی (۲ - ۱)، ج ۱، ص ۶-۷، تهران ۱۳۸۳) و حقوق بین‌الملل خصوصی که مناسبات خصوصی اشخاص (از حقیقی و حقوقی) را در سطح زندگی بین‌المللی تنظیم می‌کند. (محمد نصیری، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱، ص ۱۳، تهران ۱۳۸۳)
۲۲. ر.ک: محسن قدیر و فریده سعیدی، مدخل حقوق بین‌الملل، دانشنامه جهان اسلام، ج ۱۳.
۲۳. ر.ک: علی منصور علی، المدخل للعلوم القانونیه والفقہ الاسلامی، مقارنات بین الشریعه والقانون. بیروت، الطبعة الثانیة، ۱۳۹۱ق.
۲۴. اهداف حقوق عمومی: ۱. قانونمندان دولت و حکومت است تا زمامداران در برابر مردم مسئول باشند و مهار و کنترل قدرت دولت یا حاکمیت و برقراری حکومت قانون و یا همان قانون‌مداری ۲. ابتکار عمل به دست مردم باشد. ۳. وجود قدرتی که بتواند بر پایه قواعد و هنجارهای اخلاقی و حقوقی، امنیت و عدالت را در جامعه مستقر سازد. ۴. موضوع اصلی

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 فرمان بردار. یعنی مسئله: حاکم و رعیت یا حاکم و مأموم یا دولت و مردم است. خوب، مجموعه روابطی را که بین حاکم و محکوم یا دولت و مردم برقرار است اصطلاحاً حقوق عمومی می‌گویند.<sup>۲۶</sup> اینکه من باید به عنوان یک پسر ایرانی به سربازی بروم این قانون را چه کسی نوشته؟ دولت. این فرمان دولت است براساس اینکه حاکم و فرمانروا است. اینکه شما باید مالیات بدهید، سازوکارش در حقوق عمومی بحث می‌شود. اینکه من و شما باید مطیع حکومت باشیم، سازوکارش در حقوق عمومی بررسی می‌شود.

اما آنجا که جنبه حکومتی پیدا می‌کند جزو مواردی است که ما در فقه بحث می‌کنیم. مثلاً حاکم در مواردی می‌آید/امین یا قَیم تعیین می‌کند،<sup>۲۷</sup> یا مثلاً حاکم برای مفقودالامر حکم موت فرضی صادر می‌کند یا حاکم طلاق می‌دهد. اینها مواردی است که اگرچه امروزه در حقوق خصوصی ما یا در قانون مدنی ما نوشته شده است ولی جنبه حکومتی دارد.<sup>۲۸</sup> یعنی شخص تا حاکم نباشد نمی‌تواند این کارها را انجام بدهد.

### حقوق خصوصی

---

آن چگونگی رابطه نظام حقوقی با نظام سیاسی است. ۵. تنظیم روابط فرد با دولت و دولت با فرد (که در این زمینه حقوق عمومی از حقوق مدنی جدا می‌شود)؛ ۵. اعلام و حفظ و حمایت حقوق طبیعی فرد و حقوق سیاسی شهروندان. محمدهاشمی، ج ۱، ص ۳-۴-۷، «حوزه حقوق عمومی» (مصاحبه)، حقوق عمومی، ش ۱ (مرداد ۱۳۸۵).

۲۵. شاخه‌های حقوق عمومی در یک تقسیم بندی سنتی عبارت است از: حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق مالی (یا مالیه عمومی)، حقوق کیفری و حقوق بین‌الملل عمومی. همچنین برخی از رشته‌های حقوق ذاتاً در شاخه حقوق خصوصی می‌گنجد؛ ولی چون نیازمند ابتکار عمل حکومتی یا مداخله جامعه اند، عَرَضاً عمومی به شمار می‌روند؛ مانند آیین دادرسی مدنی و آیین دادرسی کیفری و حقوق کار. حتی برخی حقوق دانان، رشته‌هایی مانند حقوق بشر و بیمه را نیز در زمره انشعابات حقوق عمومی قرار داده‌اند. ناصر کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، ج ۱، ص ۲۶-۳۴، تهران ۱۳۸۳ (محمدهاشمی، «حوزه حقوق عمومی» (مصاحبه)، ج ۱، ص ۱۲-۱۵، حقوق عمومی، ش ۱، مرداد ۱۳۸۵).

۲۶. ر.ک: ناصر کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، ج ۱، تهران ۱۳۸۳.

۲۷. در برخی موارد که ولی، قَیم و متولی یا ناظر وقف توان انجام دادن و پیگیری امور مؤلفی‌علیهم را ندارند یا فسق و خیانتی از آنان دیده شود، حاکم فردی امین را برای مساعدت و یا نظارت بر کارهای آنان تعیین می‌کند. از این اقدام حاکم در اصطلاح به «ضَمَّ امین» تعبیر می‌شود. (فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، زیر نظر آیت‌الله محمودهاشمی شاهرودی، ج ۵، ص ۱۴۹، برگرفته از مقاله «ضَمَّ امین»)

۲۸. ر.ک: بررسی آثار حکم موت فرضی در حقوق موضوعه/یران، علی رزمان، قانون یار، ش ۳، پاییز ۱۳۹۶.

قسمت عمده حقوق، حقوق خصوصی است؛<sup>۲۹</sup> یعنی حقوقی که روابط من و شما را تنظیم می‌کند و یا قواعد روابط من و شما را بیان می‌کند. منتها دیگر فرض نمی‌گیرد من حاکم باشم و شما محکوم؛ بلکه 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 بخرم، دیگر بنده اینجا حاکم فرض نمی‌شوم؛ بلکه دو تا فرد عادی هستیم.

گفتیم حقوق خصوصی یک سری قواعدی را در نظر می‌گیرد؛ مثل تمام قواعد نکاح، طلاق، معاملات (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 بائع مثلاً رئیس‌جمهور است؛ بلکه می‌گوید بائع، می‌خواهد هرکسی باشد، الآن مشتری است و لذا به حیثیت پست و مقام و حاکم و محکوم کاری ندارد. در نکاح می‌گوید عیوب موجب فسخ اینها هستند، یا مثلاً تالیس موجب حق فسخ می‌شود. حالا این دیگر توجه نخواهد داشت که طرف مقابل داماد فرماندار بوده یا عروس فلان بخشدار.

حقوق خصوصی خودش به شاخه‌های زیادی تقسیم می‌شود.<sup>۳۰</sup>

### حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل

مقسم بعدی، تقسیم حقوق به حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل (خارجی) است.<sup>۳۱</sup> اینجا ما ناظر به روابط بین دو نفر (طرفین) توجه داریم. یعنی به همان اصطلاحی که در فقه هم مورد نظر هست. «طرف» نه اینکه یک نفر بلکه یعنی یک طرف دعوا یا معامله مدنظر است. اگر در دعوی ما یا در روابط بین طرفین یک عنصر خارجی وجود داشته باشد به آن حقوق بین‌الملل یا حقوق خارجی می‌گویند. حالا این عنصر خارجی ممکن است یک فرد باشد. شما با یک زن خارجی ازدواج می‌کنید، اینجا اگر محل وقوع عقدتان در خارج باشد، قضیه مربوط به مسئله حقوق بین‌الملل می‌شود. چرا؟ چون یک عنصرش خارجی است، ایرانی نیست. بنابراین اگر در عناصر آن قضیه یک عنصر خارجی وجود داشته باشد از قبیل اشخاص (خارجی) یا محل وقوع عقد یا محل وقوع خسارت، اینها در زمره حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود.

### تناقض شرع و قانون

---

۲۹. حقوق خصوصی به قواعدی گفته می‌شد که ناظر به منافع افراد و سامان‌دهنده مناسبات حقوقی آنان است. (رنه داوید،

نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ج ۱، ص ۵۸، ترجمه حسین صفائی و دیگران، تهران، ۱۳۶۴)

۳۰. حقوق خصوصی شامل سه رشته است: حقوق مدنی، حقوق تجارت و حقوق دریایی. (حسن ستوده‌تهرانی، حقوق

تجارت، ج ۱، ص ۱۷، تهران ۱۳۷۴) برای بیشتر رک: ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، تهران، ۱۳۸۰-۱۳۸۱.

۳۱. علم حقوق بر مبنای ارتباط قاعده حقوقی با یک یا چند «دولت - کشور» به دو شاخه حقوق داخلی یا ملی و حقوق

بین‌الملل تقسیم شده است. (عبدالمعز فرج صده، اصول القانون، ج ۱، ص ۴۷-۵۱، بیروت: دارالنهضة العربیه)



نکته‌ای را دوستان توجه داشته باشند که ما بازم در فقه، تقسیمی به نام حقوق داخلی و بین‌الملل نداریم، چرا؟ چون در فقه اصولاً کشور ایران و عراق و افغانستان و پاکستان به این معنا نداریم. یکی از جاهایی که بحثش در فقه خالی است نقش همین تقسیمات کشوری و بین‌المللی در احکام است. امروزه شما اینجا هستید آن طرف مثلاً افغانستان باشد، حقوق حاکم بر شما کلی متفاوت می‌شود؛ درحالی که در فقه چنین تفکیکی قایل نشدند. ما در فقه فقط یک تفکیک داریم: 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 دائرمدار مذهب‌شان است.

یا در برخی از موارد در کشور اسلامی باشند یا در کشور غیراسلامی. می‌خواهی ازدواج کنی نمی‌گویی 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 و 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 بالأخره 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 نه؟<sup>۳۲</sup> الآن که معمولاً ازدواج می‌کنند و اثر فقهی هم ندارد. ولی سؤال این است: ما که در جمهوری اسلامی هستیم و می‌گوییم تبعیت از کلیه قوانین لازم است آیا این بار شرعی هم دارد یا نه؟ یعنی شما اگر به دفاتر پاسخگویی سؤالات شرعی مراجعه کنید می‌گویند شرعاً درست است و قانوناً خلاف! ما این قضیه را باید تا کی ادامه دهیم؟

لذا مسئله عدم تطابق شرع و قانون باید در حکومت ما حل شود. باید به یک‌جایی برسیم که دیگر نگوئیم قانوناً ممنوع است و شرعاً درست! ما باید فقه و حکومت‌مان را در این‌گونه جاها تطبیق کنیم. یعنی یا قوانین ما به سمت فقه برود یا بالأخره یک تحولاتی در فقه آن ایجاد شود. این مسئله هنوز ادامه دارد. می‌روی بانک می‌گویند آقا! قانوناً سود بگیری درست است؛ اما شرعاً اشکال دارد! خب بالأخره تکلیف مردم باید روشن شود.

---

۳۲. فقهای قرن سیزده در خصوص تابعیت زن معتقد بودند که «ازدواج در تابعیت تأثیر دارد و زن در اثر ازدواج، تابعیت شوهرش را کسب می‌کند» و در پاسخ به مخالفان این امر نیز دلایل گوناگونی ارائه شد: برخی آن را ناشی از سلطه شوهر نسبت به زن و برخی دیگر آن را نتیجه قهری وصف نهاد ازدواج دانستند. در کنار آنها عده‌ای نیز عقیده داشتند این تغییر تابعیت از اراده خود زن ناشی می‌شود. (محمود سلجوقی، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۸۱، ص ۲۰۵) در این دیدگاه حکومت دو قانون متفاوت در نهاد واحد یعنی خانواده غیرممکن بوده است.

ما بالأخره این تناقض را هنوز هم داریم. ما یک شهروند هستیم که می‌خواهیم خوب زندگی کنیم و قانون‌مدار ازدواج کنیم. این ممکن است مخالف شرع باشد<sup>۳۳</sup> و باید کار فقهی رویش بشود. فقط هم باید کار فقهی بشود یعنی باید فقهای ما بیشتر در قانون‌نویسی دخالت کنند تا مشکلاتی پیش نیاید.

### قانون مدنی به مثابه مادر قوانین

الآن در دانشکده‌های حقوق ما ۲۰-۳۰ تا 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.<sup>۳۴</sup>

بعضی از آنها از غرب وارد شده و بعضی هم در کشور خودمان بوده است. ما چون می‌خواهیم نهایتاً 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 معنا که الآن در دانشکده‌های حقوق ما مطرح است تقریباً مطابق با مبحث معاملات در فقه ما است. تقریباً که می‌گویم چون بعضی چیزها در حقوق خصوصی هست که در فقه و بحث معاملات نیست، از قبیل نکاح، طلاق. اینها را ما در مبحث حقوق خصوصی بحث می‌کنیم. یعنی در دانشکده‌های ما ذیل حقوق خصوصی بحث می‌شود.

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 (طی هفت سال) تدوین شده است.<sup>۳۵</sup> دوره‌های اول آنهایی که

---

۳۳. ممکن است تأثیر قواعد فقهی در تابعیت زوجه در ذهن متصور شود لیکن در این امر تردید است؛ زیرا زوجیت امری خصوصی است که به «حقوق اشخاص» مربوط می‌شود؛ اما تابعیت مربوط به «روابط اشخاص با دولت» است. لذا آثار زوجیت نباید به حقوق ملت در برابر دولت تسری داده شود. با وجود این، درخواست صدور شناسنامه برای بانوان خارجی دارای همسر ایرانی پس از انجام تشریفات ثبت ازدواج آنان با زوج ایرانی در نمایندگی‌های جمهوری اسلامی ایران امکان‌پذیر است و صدور شناسنامه برای مضمولین بند ۶ ماده ۹۷۶ بدون ثبت ازدواج رسمی ممنوع است. (حسین محمدنبی، حقوق ایران و اتباع خارجه، تهران، نشر کشاورز، ۱۳۸۲، ص ۳۹)

۳۴. گرایش‌های علم حقوق عبارت است از: فلسفه حقوق - گرایش شورای حل اختلاف، حقوق ارتباطات، حقوق اسناد و قراردادهای تجاری، حقوق اقتصادی، حقوق انرژی، حقوق بشر، حقوق بین‌الملل، حقوق بین‌الملل عمومی، حقوق پزشکی، حقوق تجارت الکترونیکی، حقوق تجارت بین‌الملل، حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی، حقوق تجاری اقتصادی بین‌المللی، حقوق ثبت اسناد و املاک، حقوق جزا و جرم‌شناسی، حقوق حمل‌ونقل تجاری، حقوق خانواده، حقوق خصوصی، حقوق دادرسی اداری، حقوق شرکت‌های تجاری، حقوق عمومی، حقوق فناوری‌های زیستی، حقوق قضائی-علوم ثبتی، حقوق کیفری اطفال و نوجوانان، حقوق کیفری و جرم‌شناسی، حقوق گرایش ارشاد در امور کیفری، حقوق گرایش ارشاد در امور مدنی، حقوق گرایش در امور کیفری، حقوق مالکیت فکری، حقوق مالی، حقوق مالی-اقتصادی، حقوق محیط‌زیست، حقوق نفت و گاز، حقوق هوایی، حقوقی-کنسولی. (سایت وزارت علوم و تحقیقات و فناوری [www.msrt.ir](http://www.msrt.ir))

۳۵. ر.ک: تاریخچه تدوین قانون مدنی، حمید بهرامی‌احمدی، سایت دانشگاه امام‌صادق علیه‌السلام، ([www.isu.ac.ir](http://www.isu.ac.ir))

نوشتند سالم‌تر بودند بعد هم جوّ حکومت عوض شد. مثلاً در دوره‌های اول مرحوم مدرّس<sup>۳۵</sup> هم در برخی از جلسات بوده ولی دوره‌های آخر یک مقداری از فقه فاصله دارد.

قانون مدنی ما - که برای معاملات (از بیع تا نکاح و طلاق) نوشته شده - محورهایی دارد<sup>۳۶</sup> و از همان ۱۳۱۴ تا الآن معتبر است. البته ممکن است در طی این ایام یک‌سری تغییرات خیلی جزئی پیدا کرده باشد؛ اما باز هم همان قانون ۱۳۱۴ است. در برخی از جاهای آن ترجمه‌ای از شرح لمعه مرحوم شهید آمده است، یا بعضی قوانین آن را از شرایع یا از فتاوی‌ای مرحوم سید در عروه گرفته‌اند.<sup>۳۷</sup>

لذا آنها که قانون مدنی را می‌نوشتند خودشان مجتهد نبودند؛ ولی تسلطی بر علوم حوزوی داشتند و خیلی از جاهای آن هم از حقوق فرانسه و بلژیک و سوئیس<sup>۳۸</sup> گرفته شده است.<sup>۳۹</sup>

با این توضیحاتی که دادم باید بدانیم که منبع حقوقی ما قانون مدنی است. اصطلاح مدنی هم اصطلاح فقهی ما نیست. یعنی شما در هیچ جای فقه اصطلاحی به عنوان القانون المدنی یا الحقوق المدنی ندارید و لذا یک اصطلاح وارداتی است که از حقوق فرانسه وارد شده و ریشه رومی دارد. civil یعنی مدنی، Civil Law یعنی حقوق مدنی و شهروندی.

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

---

۳۶. محورهای کلان حقوق مدنی به ۸ قسمت تقسیم شده است: ۱. اشخاص و محجورین؛ ۲. اموال و مالکیت؛ ۳. تعهدات قراردادی (قواعد عمومی قراردادها)؛ ۴. مسئولیت مدنی ضمان قهری؛ ۵. حقوق خانواده؛ ۶. عقود معین ۱؛ ۷. عقود معین ۲؛ ۸. وصیت و ارث (درس حقوق مدنی مطابق سرفصل‌های وزارت علوم سایت وزارت علوم).

۳۷. منبع مهم جلد اول قانون مدنی مخصوصاً قسمت عقود معین، کتاب‌های مشهور فقه امامیه بود و هیئت تدوین قانون مدنی به کتاب‌های مشهور فقهی مثل شرایع و شرح لمعه، جواهرالکلام، مکاسب شیخ انصاری و شروح آن و نظایر اینها نظر داشتند و همچنین «شرح استاد رستم سلیم باز» بر قانون «مجله الاحکام العدلیه» را که قانون مدنی عثمانی بود مطالعه می‌کردند و از قوانین خارجی مخصوصاً به قانون مدنی فرانسه و قانون مدنی مصر نظر داشتند.

۳۸. دومین کمیسیونی که برای تدوین دیگر بخش‌های قانون مدنی تشکیل شد در سال ۱۳۱۳ شروع به کار کرد. اعضای این کمیسیون عبارت بودند از: سید محمد فاطمی، سید نصرالله تقوی، شیخ محمد بروجردی، شیخ اسدالله ممقانی، سید محمدرضا افجه‌ای، صدر الاشراف، جواد عامری و دکتر متین دفتری. افراد جدیدی که در این هیئت عضویت داشتند نیز همانند هیئت نخستین بیشتر از فقهای طراز اول و جملگی از صلاحیت لازم برخوردار بودند.

۳۹. مواد مربوط به عقود معین تقریباً به‌طور کامل از فقه امامیه اقتباس و بیشتر مواد مربوط به «مقدمه» و تقسیم اموال به منقول و غیرمنقول و حق انتفاع و حق ارتفاق و قواعد اساسی صحت معامله از قانون مدنی فرانسه اقتباس و با ضوابط فقه امامیه تطبیق داده شد. (سید علی شایگان، مقدمه کتاب حقوق مدنی ایران، ص ۳۵) مرحوم دکتر امیر سلیمانی در رساله خود (La Formation et les effets des contrats en droit Iranian. Paris. Librairie A.Rousseau) در صفحات ۴۲

تا ۵۰ موادی از قانون مدنی ایران را که از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده، آورده است.

حقوق مدنی خودش ۱۳۳۵ ماده دارد. برای بحث /جاره باید به قانون روابط موجر و مستأجر مراجعه بشود و برای حمل و نقل ممکن است قوانین خاص دیگری داشته باشد. قانون مدنی ما یک قانون مادر بوده است که کم کم بچه‌هایش مستقل شدند؛ ولی خودش هنوز آن جامعیت و مادربودن خودش را حفظ کرده است. یکی از مواردی که از قانون مدنی مستقل شده مبحث تجارت است.

### حقوق تجارت

اولاً حقوق تجارت چیست و چرا بوجود آمده است. دوستان بفرمایند ما هم در فقه‌مان حقوق تجارت داریم یا نه؟  
- مکاسب.

استاد: یعنی مکاسب به عنوان حقوق تجارت 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...  
استاد: بله. ببینید همان‌طور که اشاره کردند ما در فقه اصطلاحی به عنوان حقوق تجارت نداریم. شاید حقوق خانواده بتوانیم از نکاح و طلاق در بیاوریم، یا مباحثی ذیل بیع و اجاره 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 نمی‌گویید از اینجا ما می‌خواهیم بحث تجاری بکنیم. آنها می‌گویند بیع داریم در حالی که بیع ممکن است یک مبحث تجاری باشد یا نباشد.

### فرق بیع و تجارت؟

در ماده ۱ قانون تجارت گفته تاجر، کسی است که شغل معمولی خود را این معاملات قرار دهد؛<sup>۴۰</sup> از قبیل خرید و تحصیل هر نوع مال به قصد فروش. نه مثل من و شما که می‌رویم ماست بگیریم مصرف کنیم؛ بلکه خرید و فروش به قصد تجارت و تحصیل سود و سودآوری، تصدی و مؤسسات حمل و نقل، دلالی، حق العمل کاری، عامل تجاری بودن، بکار انداختن کارخانه، متصدی حراجی بودن، متصدی

---

۴۰. برای آگاهی بیشتر: تاجر، کسی است که شغل معمولی خود را معاملات تجاری قرار بدهد. (قانون تجارت ماده ۱) همچنین قانون تجارت، ماده ۲. معاملات تجاری از قرار ذیل است: ۱. خرید یا تحصیل هر نوع مال منقول به قصد فروش یا اجاره اعم از این که تصرفاتی در آن شده یا نشده باشد؛ ۲. تصدی بحمل و نقل از راه خشکی یا آب یا هوا به هر نحوی که باشد؛ ۳. هر قسم عملیات دلالی یا حق العمل کاری (کمسیون) و یا عاملی و همچنین تصدی به هر نوع تأسیساتی که برای انجام بعضی امور ایجاد می‌شود از قبیل تسهیل معاملات ملکی یا پیدا کردن خدمه یا تهیه و رسانیدن ملزومات و غیره؛ ۴. تأسیس و بکار انداختن هر قسم کارخانه مشروط بر اینکه برای رفع حوائج شخصی نباشد؛ ۵. تصدی به عملیات حراجی؛ ۶. تصدی هر قسم نمایشگاه‌های عمومی؛ ۷. هر قسم عملیات صرافی و بانکی؛ ۸. معاملات برواتی اعم از اینکه بین تاجر یا غیر تاجر باشد؛ ۹. عملیات بیمه بحری و غیر بحری؛ ۱۰. کشتی‌سازی و خرید و فروش کشتی و کشتی‌رانی داخلی یا خارجی و معاملات راجع به آنها.

نمایشگاه عمومی بودن، عملیات صرافی، بانکداری، معاملات برواتی، عملیات بیمه دریایی و غیردریایی و کشتی‌سازی.

ماده ۵ هم می‌گوید: کلیه معاملات تجار، تجارتی محسوب می‌شود. 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، یعنی به قصد خرید بفروشی. لذا 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 شرائی تجاری نیست و فقط بیع و شراهای خاصی تجاری هستند با همین قیودی که اینجا گفته شده است.

خب، هر تجارتی بیع هست؛ ولی هر بیعی تجارت نیست. یعنی رابطه عموم و خصوص مطلق دارند. گفتیم *قانون مدنی*، *قانون مادر* است لذا قانون تجارت را می‌شود از آن استحصالی کرد. اما واقعاً چه لزومی داشته بیاین قانون تجارتی بنویسند که از ۱۳۱۱ تا الآن ادامه پیدا کند؟! مگر قانون مدنی ما چه اشکال یا کاستی‌ای داشت؟ مگر فقه ما چه اشکالی داشت که بیاین اینها را جدا کنند و بگویند اینها تجاری است!

دقت کنید که فرق بیع و تجارت معلوم شود. تجار یک‌سری تکالیفی هم دارند که اشاره خواهم کرد، لذا خرید و فروش مصرفی خودمان را تجاری نمی‌گویند. در فقه هیچ تمایزی بین خرید و فروش‌های تجاری و غیرتجاری نشده است. شما در فقه بخواهید یک آدامس بخرید این را هم بیع و شراء می‌گوید و اگر بروید دو تا کشتی بخرید که اجاره بدهید و با آنها نفت‌کشی کنید آن را هم بیع و شراء می‌گوید. احکام در فقه 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 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.

### تاریخ قانون تجارت

چه چیزی باعث شد قانون تجارت بوجود بیاید؟ در اروپای حدود ۵-۶ قرن پیش، معمولاً اکثر مردم کشاورز بودند و زمین‌ها اکثراً دست کلیسا به‌عنوان موقوفه بود و تجارتی به آن صورت نبود. زمانی که جنگ‌های صلیبی ایجاد شد و اینها به فلسطین و سوریه حمله کردند، کم‌کم این یخ‌زدگی فرهنگی غرب شروع به باز شدن کرد و اینها فهمیدند بالأخره پشت این کوه هم یک شهر دیگری هست! بعد کم‌کم تجارت شروع شد، به‌ویژه در شهرهای جنوبی اروپا یعنی ایتالیا، اسپانیا و پرتغال و یک مقداری فرانسه. تجارت گسترده‌ای بین این شهرها شروع شد.

تجارت یک عمل پُرونی است یعنی درآمد زیادی دارد. لذا 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 تجار تسهیلات و گشایش‌هایی دادند. هم‌زمان سلطهٔ کلیسا هم کم شد چون اصلاً کلیسا جنگ‌های صلیبی را راه انداخت تا سلطه‌اش را بیشتر کند و برعکس، سلطه‌اش کمتر شد!

بنابراین تجارت بین شهرهای اروپا به‌ویژه ایتالیا بیشتر شد، وقتی که تجارت بیشتر می‌شود کم‌کم یک‌سری عرف‌هایی بین تجار بوجود آمد.<sup>۴۱</sup> شما می‌بینید که الآن هر صنفی از صنوف را در نظر بگیرید بین خودشان یک‌سری عرف‌هایی دارند. کم‌کم بین تجار یک‌سری عرف‌هایی بوجود 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 و... مثلاً گاه بین تجار دعوایی پیش می‌آمد ولی اینها دیگر به سراغ قوانین کلیسا نمی‌رفتند و از همان عرف‌های خودشان استفاده می‌کردند.

از اینجاست که کم‌کم حقوق تجارت داشت از حقوق مدنی جدا می‌شد. مضافاً بر اینکه اصولاً کلیسا مثل ما فقه ندارد. کلیسا فقه ندارد؛ چون اصولاً شریعت ندارد. کلیسا بیشتر مجموعه‌ای از قوانین و مقررات اخلاقی بود و الآن هم هست. و آن مذهبی که شریعت دارد دو تا مذهب است: یکی اسلام است و دیگری یهود.

### دلایل تبعیت از قانون تجاری فرانسه

بنابراین در نبود شریعت کلیسا، چون تجار اینها زیاد پول داشتند کم‌کم یک عرفی به نام عرف تجاری بوجود آمد. در اوایل قرن ۱۹ میلادی این عرف اولین بار در کشور فرانسه به صورت قانون مدون شد. چرا فرانسه؟ چون در ۱۸۰۷ اولین قانون مدنی فرانسه نوشته شد. حالا این چه ربطی به ما دارد؟ قانون‌نویسان ایرانی بیش از صدسال بعد از آنها، یعنی در ۱۳۱۱ آمدند برای حقوق تجارت ایران همین کد تجاری ناپلئون را برای قانون تجارت ایران مبنا قرار دادند. باید عرض کنیم که از ۱۳۱۱ تا الآن هم این قانون تغییرات اساسی‌ای نداشته است! یعنی قانون تجاری ما که قانونی معتبر است مربوط به حدود ۲۰۰ سال پیش فرانسه است!

حقوق تجارت فرانسه تا به حال دو بار تغییر کرده است. آخرین بار فکر می‌کنم سال ۱۹۸۵ بود<sup>۴۲</sup> که آنها خودشان تغییر دادند؛ اما حقوق دانان ما کد تجاری خود ما را تغییر ندادند! البته از ۱۳۸۰ یعنی از

---

۴۱. ر.ک: پایان‌نامه قلمرو و آثار حقوق عرفی بازرگانی (*lex mercatoria*) در حقوق تجارت بین‌الملل، فریده نصیری، استاد راهنما؛ غلامرضا حاجی‌نوری، وزارت علوم، تحقیقات و فناوری دانشگاه تبریز، ۱۳۹۱.

۴۲. ر.ک: قانون قراردادهای جدید فرانسه، سولین روان، مترجم روح‌الله خلجی، چاپ ۲۰۱۷. این مقاله به بررسی اصلاحات اخیر قانون قراردادهای فرانسه می‌پردازد. سال گذشته بخش مربوط به حقوق قراردادهای در قانون مدنی فرانسه مورد اصلاح قرار گرفت و ساختار آن به‌طور کلی تغییر کرد. بخش اصلاح شده در تاریخ یکم اکتبر ۲۰۱۶ به اجرا گذاشته شد.

زمان ریاست‌جمهوری آقای خاتمی شروع به تدوین دوباره قانون تجارت جدید برای کشور ما شد.<sup>۴۳</sup> حالا اینکه می‌گوییم ما یک مقداری در فقه احتیاج به کار داریم به‌خاطر این است. ببینید این یک نکته‌ای در تدوین حقوق ما است که جای خالی فقه را اینجا نشان می‌دهد. یعنی در آن روزگار فقه نیامد خودش را نشان بدهد!

اما ما چرا آمدیم قانون تجارت اروپا را برای خودمان پذیرفتیم؟ عرف تجاری ما که با اروپا یکی نیست؟! یعنی تجار ما صد در صد با چک و سفته و قبض انبار و برات و اینها آشنا نبودند! با شرکت سهامی آشنا نبودند، چنان‌که حتی الآن هم خیلی‌ها آشنا نیستند! یعنی بگوییم برات، خیلی از ما نمی‌دانیم برات چیست! در بانک‌های ملی جایی در تابلو نوشته صدور برات، واقعاً هم کسی به سراغ برات نمی‌رود! آشنا نیستند! چرا ما آمدیم آن را قانون برای کشور خودمان کردیم؟

چند تا دلیل دارد. یکی اینکه اروپا به‌خاطر 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.

دلیل دیگر اینکه این قانون در ۱۳۱۱ تصویب شد آن‌هم نه در مجلس بلکه در یک کمیسیون. خوب بالاخره جو فکری ۱۳۱۱ را در ایران تصور کنید که همه‌چیز رو به غرب‌زدگی پیش می‌رفت. لذا طبیعی است که این قانون بیاید در ایران پذیرفته شود و به‌عنوان قانون تجارت ایران استفاده شود.

### مباحث قانون تجارت

با عبور از این مقدمه، اکنون وارد برخی مباحث حقوق تجارت می‌شویم. یکی بحث این است که اصلاً تاجر چه کسی است، غیر تاجر کیست، و تاجر چه وظایف و حقوقی دارد و شرکت‌های تجاری چه هستند. مثلاً ما هفت شرکت تجاری داریم<sup>۴۴</sup> که اینها در حقوق ما نبود. بحث دیگر اسناد و معاملات تجاری است. سند تجاری<sup>۴۵</sup> به‌طور اخص یعنی بحث چک، سفته، برات، قبض انبار،<sup>۴۶</sup> این‌گونه

---

۴۳. قانون تجارت جدید ایران در ۱۲ فصل و در ۳۳۱ ماده تدوین و در انتظار تصویب نهایی نمایندگان مجلس شورای اسلامی است. دوازده فصل «قانون تجارت ایران» به شرح زیر است: ۱. مقررات عمومی؛ ۲. دلالتی؛ ۳. حق‌العمل‌کاری؛ ۴. نمایندگی تجاری؛ ۵. حمل و نقل؛ ۶. قرارداد امانت‌گذاری در انبار عمومی؛ ۷. وثیقه تجاری؛ ۸. معامله از طریق حراجی؛ ۹. اجاره بشرط تملیک (لیزینگ)؛ ۱۰. نمایندگی توزیع؛ ۱۱. ضمانت؛ ۱۲. اعطای امتیاز کسب‌وکار (فرانچایز).

۴۴. ماده ۲۰ قانون تجارت: شرکت‌های تجاری بر هفت قسم است: ۱. شرکت سهامی؛ ۲. شرکت با مسئولیت محدود؛ ۳. شرکت تضامنی؛ ۴. شرکت مختلط غیرسهامی؛ ۵. شرکت مختلط سهامی؛ ۶. شرکت نسبی؛ ۷. شرکت تعاونی تولید و مصرف.

۴۵. ماده ۱۲۸۶ قانون مدنی: «سند عبارت از هر نوشته‌ای است که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد باشد.»

۴۶. قبض رسمی انبار، سند قابل معامله‌ای است که بوسیله آن تاجری به‌عنوان ضمانت تعهد خود اجناسی را که در انبار عمومی یا در نزد خود دارد، به گرو طلبکار می‌دهد. این سند درعین حال معرف طلب و گروبی است. حسن ستوده‌تهرانی، حقوق تجارت، جلد سوم.

چیزهایی که نبود و اینکه برات چه شکل‌هایی باید داشته باشد، بر چه اساسی مردم چک قبول می‌کنند، سفته قبول نمی‌کنند و... .

### ورشکستگی در قانون و فقه

بحث بعدی ورشکستگی است. بحث ورشکستگی در فقه ما نیست و ما در ادبیات فقهی ورشکستگی نداریم. البته ما یک اصطلاح به نام *اعسار و افلاس* داریم.<sup>۴۷</sup> مفلس 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 نمی‌دهد! 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 اینها شک است. بالأخره احکامی دارد، حاکم چکار کند؟ معسر را زندان بیندازد یا نه؟

### فرق روح و ویژگی قانون تجارت با فقه

برخلاف ما که در فقه گفتیم هدف، کسب‌نظر 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 بینیم چه قانونی، تجارت را تسهیل می‌کند و کاری به قضایای دیگر آن نداشته باشیم! من یکسری ویژگی‌ها را نوشتم و سعی می‌کنیم اینها را سریع‌تر رد شویم.

### شخصیت حقوقی شرکت

بینید در قانون مدنی و فقه ما فقط یک نوع شرکت داریم که آن‌هم در لعمه یک‌بار خوانده می‌شود و رد می‌شوند، و آن بحث شرکت‌ها<sup>۴۸</sup> است. در تعریفش گفته‌اند اجتماع حقوق مالکین متعدد به‌نحو اشاعه. این در فقه هست و در قانون مدنی ما هم هست (ماده ۵۷۱). این تعریف را از روی شرح لعمه نوشته شده‌اند. برخی از موارد *قانون مدنی* کپی شرح لعمه است؛ مثل تعریف بیع و همین تعریف شرکت.

---

۴۷. ر.ک: مقاله پیشگیری از وقوع ورشکستگی در نظام حقوقی ایران و جایگاه آن در فقه امامیه با نگاهی به حقوق فرانسه، محمد روشن، امین امیرحسینی، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال پنجاهم، ش اول، تابستان ۱۳۹۶، ص ۸۷-۱۰۴.

۴۸. شرکت بر دو قسم است: قهری و عقدی. شرکت عقدی خود چهار قسم است: شرکت عنان، شرکت ابدان، شرکت وجوه، شرکت مفاوضه. فقها فقط اولی را صحیح می‌دانند. (مجموعه آثار شهید مطهری، ج ۲۰، ص ۵۰۴)



مثلاً ما چند نفر اینجا یک پولی بگذاریم و یک شرکت تشکیل دهیم، دیگر شخصیت حقوقی و مستقل ندارد؛ در حالی که 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 و فرد مستقلی است. مگر اینکه در یک سری مواردی این آقا دیگر پول نداشته باشد. منظور از این آقا شرکت است، پول نداشته باشد و بیایند از شرکایش در یکسری مواردی بگیرند؛ در حالی که در حقوق مدنی ما و فقه ما این گونه نیست، شرکت، شخصیت حقوقی مستقل ندارد، اصولاً در فقه ما چیزی به نام شخصیت حقوقی نداریم مگر اینکه ما بتوانیم از آن چنین مفهومی را در بیاوریم.

س: مثل بحث وقف؟

استاد: بله. این را هم در ۱۳۶۳ استحصال 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، که آن هم از روی ناچاری بود. چون در فقه چیزی به نام الشخصية الحقوقية نداریم. این اصطلاح نیست. باید استحصال کنید، شما در مبحث فقه در بحث وقف بخوانید در کجا گفته است که و للموقوفة مثلاً نفس مستقلة شخصية.

س: این متولی مثل مدیرعامل دارد عمل می کند؟

استاد: بله اینها را گفتم چیزهای جدید است. مدیرعامل را از شرکتها گرفتیم و در فقه گنجانیدیم. در ذهن فقها بوده است و گرنه متولی را وقتی نگاه می کنیم واقعاً دارد مثل یک شخص حقوقی رفتار می کند. این در ذهنشان بوده است ولی فقها این را به عنوان یک نهاد مستقل مطرح نکردند. پس اولین ویژگی حقوق تجاری این است که شرکت اولین بار در قانون تجارت ما شخصیت حقوقی پیدا کرد ولی در قانون مدنی این طور نیست.

### تنوع شرکتها و ورود شرکتهایی با مسئولیت محدود

ویژگی دوم حقوق تجاری، تنوع شرکتها از جمله با مسئولیت محدود است. الآن در قانون تجارت ما، هفت نوع شرکت ذکر شده مثل: 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.

این نوع شرکتها نه در فقه ما بود و نه در حقوق ما، 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 و گرنه 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 یعنی با مسئولیت محدود.

### فرق مسئولیت محدود با تضامنی

مسئولیت محدود یعنی شرکا به مقدار آورده‌شان مسئول پرداخت بدهی هستند، اما در 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 بدهند و الی آخر. این مسئولیت نسبی می‌شود.

اما در حقوق تجارت اصل بر مسئولیت تضامنی است. یعنی اگر شما ۲۰ نفر یک شرکت تضامنی تشکیل دهید و 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.

ما در یک‌جاهایی از فقه، 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. در ماده ۳۱۸ قانون مدنی گفته شده اگر 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؛ هر چند در یک‌جاهایی مسئولیت نسبی است.

### تشریفات تجارت

نکته بعد اینکه از نظر قانون تجارت، اشتغال به تجارت نیازمند به لوازم خاصی است. مثلاً تاجر باید چند تا دفتر اندیکاتور داشته باشد که دخل و خرج روزشان را در آن می‌نویسند، یک دفتر کل دارند، یک دفتر دارایی دارند، این چند تا دفتر را باید حتماً تاجر داشته باشند به صورت چهار تا اندیکاتور می‌توانند برای خودشان درست کنند و باید هم داشته باشند یعنی جزو لوازم تجارت است، نداشته باشند تخلف است. یعنی اگر ورشکست شوند زندان دارند یعنی ورشکسته به تقلب محسوب می‌شود. لذا باید نامشان را در دفتر ثبت تجاری بنویسند و تاجر از این‌گونه مقررات دارند ولی در فقه ما اشتغال به کسب و پیشه هیچ‌گونه تشریفات ندارد.

### میزان اسلام در ترازی عرف تجار

ما برای پژوهش در فقه گفتیم باید در فقه نسبت به بحث تجارت پژوهش شود. حالا می‌گوییم اصل سوم قانون اساسی ما - که از اصول خیلی بنیادین است - 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 توسعه و تضییق می‌کند و تشخیص این هم بر عهده فقهای شورای نگهبان است. این خیلی اصل مهمی است. یعنی قانونی در جمهوری اسلامی ایران معتبر است که بر اساس موازین اسلام باشد.

حالا سؤال این است که عرف تجار خودمان نمی‌خواهم بگویم تجار اروپا، آیا عرف تجارمان بر اساس موازین اسلام است؟ آیا می‌توانیم عرف تجار اسلام را بر اساس موازین اسلام بدانیم که بیایم بر اساس این عرف، قانون برای خودمان بنویسیم؟ می‌خواهم بپرسم دلیل شما بر حجیت رویه‌های تجاری تجار خودمان چیست که وقتی می‌خواهیم قانون درست کنیم باید بر اساس موازین اسلام باشد؟ و اساساً آیا عرفی که مثلاً در بین صنف حق‌العمل‌کار یا صنف لبنیاتی مشهود هست آیا این بر اساس موازین اسلام است؟

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

آیا این عرف‌ها برای ما حجت هستند که قانون اسلام بشوند؟ 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 بر اساس موازین اسلام باشد؟

مثلاً ماده ۴۲۳ قانون تجارت که برای ورشکستگی است<sup>۴۹</sup> و این مخالف مشهور فقهای امامیه است، بلکه اگر ابن‌جنید نبود می‌گفتیم مخالف اجماع فقهای امامیه است. حالا این را بر چه اساسی در قانون مان درج کردیم و هنوز بعد چنددهه از انقلاب، این ماده تکان نخورده است! تازه آخرش هم به‌گونه‌ای صحبت کرده است که انگار تنزیل را پذیرفته است!

### احکام امضایی

به نظرم می‌رسد، ما می‌توانیم برای حل مسئله (حجیت عرف) بیاییم از جهت احکام امضایی وارد شویم. سؤال این است: باتوجه به اینکه ما احکام امضایی داریم آیا این امضا صرفاً برای عرف همان

---

۴۹. «هرگاه تاجر بعد از توقف معاملات ذیل را بکند باطل و بلا اثر خواهد بود: هر صلح محاباتی یا هبه و بطورکلی هر نقل و انتقال بلاعوض اعم از اینکه راجع به مال منقول یا غیرمنقول باشد؛ تأدیه هر قرض اعم از حال یا موجد به هر وسیله که به عمل آمده باشد؛ هر معامله‌ای که مالی از اموال منقول یا غیرمنقول تاجر را مقید کند و به ضرر طلبکاران تمام شود.»

زمان شارع هست یا وقتی شارع می‌گوید من عرف را امضا می‌کنم این عرف شامل عرف زمان ما هم می‌شود؟ مثال: خداوند در قرآن مجید می‌فرماید: «أحلَّ اللهُ البيع». خب کدام بیع را خداوند حلال کرده است؟ در کجای قرآن و حدیث بیع تعریف شده است؟ در هیچ‌جا. بنده گشتم مسئولیتش هم با من. شما هم 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

در تتمه بد نیست بدانیم رشته‌ای به نام حقوق اقتصادی در حقوق دنیا هست که در آمریکا خیلی طرفدار دارد و آن اینکه می‌خواهند تجارت را به‌عنوان رشته حقوق اقتصادی بحث کنند. در کشور ما هم تازه وارد شده و به‌همین دلیل آنهایی هم که کار می‌کنند نمی‌توانند زیاد چیزی بگویند. حقوق اقتصادی در آمریکا بوجود آمد.

رشته حقوق اقتصادی می‌گوید ما بیایم همه پدیده‌های حقوقی را از جهت اقتصادی بررسی کنیم. حتی در آمریکا این پرسش را مطرح می‌کنند که آیا اشتغال زنان خوب است یا نه؟ ما در ایران از نظر اقتصادی بحث نمی‌کنیم بلکه بحث ما از نظر فرهنگی قصه است. آمریکایی‌ها می‌گویند زن اگر سرکار برود، به او حقوق کم می‌دهند، اگر سرکار برود مجبور است برای بچه‌اش پرستار بگیرد و 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 از جهت اقتصادی برای جامعه مفید است یا نه.

در مباحث تجاری هم این سؤال مطرح شده 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.

س: مثل قاعده ثانوی و لاضرر؟

استاد: تقریباً. اگر مفید نیست بگوییم نه این تجاری نباشد. الآن در لایحه جدید قانون تجارت این اصطکاک‌ها دیده می‌شود. البته 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 چگونه می‌خواهیم از بین این تنگناها بگذریم تا هم اقتصادمان پیشرفت کند و هم دغدغه فقهی ما مطرح و پیاده شود. خیلی بار سنگینی بر دوش فقهای ما هست و این دغدغه‌ها باید بررسی شود و گرنه اقتصاد راه خودش را می‌رود و فقه هم فقط حرف خودش را می‌زند.

امیدوارم یک افق‌هایی در ذهن دوستان باز شده باشد. ببینید! ما خیلی احتیاج به کار داریم و گرفتاری در عرصه فقه و تجارت زیاد است و امیدوارم یک روزی به همت امثال شما حل شود.

### منابع برای مطالعه بیشتر

- پایان‌نامه بررسی لایحه آیین دادرسی دادگاه تجاری در خصوص صلاحیت و ساختار دادگاه تجاری و مقایسه آن با حقوق فرانسه، سید حسین موسوی‌نطنزی، استاد راهنما: مهدی حسن‌زاده، وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، دانشگاه قم، ۱۳۹۲.
- پایان‌نامه قلمرو و آثار حقوق عرفی بازرگانی (*lex mercatoria*) در حقوق تجارت بین‌الملل، فریده نصیری، استاد راهنما: غلامرضا حاجی‌نوری، استاد مشاور: رضا سکوتی، وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، دانشگاه تبریز، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، ۱۳۹۱.
- تحلیل مبانی فقهی شرکت (با تأکید بر نقد شرایط و خصوصیات مطرح‌شده از شرکت عقدی)، اکبر فلاح، دانش‌نامه اهل‌بیت‌ع، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی ([abp.isca.ac.ir](http://abp.isca.ac.ir))
- حقوق تجارت، حسن ستوده‌تهرانی، ج اول، تهران: دادگستر، ۱۳۸۲.
- حقوق تجارت (کلیات)، ربیعا اسکینی، تهران: سمت، ۱۳۷۸.
- عاملیت تجاری در حقوق ایران و فرانسه، رضا آخوندی، تهران: میزان، ۱۳۸۴.
- قانون تجارت، سایت وزارت کار و رفاه اجتماعی ([hormozgan.mcls.gov.ir](http://hormozgan.mcls.gov.ir))
- حقوق بین‌الملل خصوصی، محمود سلجوقی، تهران، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۸۱.
- حقوق مدنی، ج ۱، علی شایگان به کوشش محمدرضا بندرچی، قزوین، ۱۳۷۵.
- بررسی آثار حکم موت فرضی در حقوق موضوعه ایران، علی رزمان، قانون یار، پاییز ۱۳۹۶، ش ۳.
- ترمینولوژی حقوق، محمدجعفر جعفری‌لنگرودی، چاپ‌های مکرر، تهران، گنج دانش.
- حقوق تجارت کلیات، معاملات تجاری، دکتر اسکینی، انتشارات سمت.
- اصول القانون، عبدالمنعم فرج صده، ج ۱، بیروت: دارالنهضة العربیه.
- فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل‌بیت‌علیهم‌السلام، زیر نظر آیت‌الله محمود هاشمی‌شاهرودی، ج ۵، برگرفته از مقاله «ضمّ امین».
- اللمعة الدمشقیة، شهید اول و شرح آن تألیف شهید ثانی.
- مبانی حقوق عمومی، ناصر کاتوزیان، ج ۱، تهران ۱۳۸۳.
- تاریخچه تدوین قانون مدنی، حمید بهرامی‌احمدی، سایت دانشگاه امام صادق‌علیه‌السلام، [www.isu.ac.ir](http://www.isu.ac.ir)
- جایگاه رویه قضایی و قانون به‌عنوان منابع حقوق در دکتترین حقوقی، حسن وکیلان، فصلنامه حقوقی پژوهش در قانون عمومی، دوره ۱۹، ش ۵۸، بهار ۱۳۹۷.
- حقوق‌شناسی عمومی با رویکرد به حقوق اسلام و ایران، مصطفی دانش‌پژوه، ج ۱.

المدخل للعلوم القانونيه و الفقه الاسلامي، مقارنات بين الشريعه والقانون، علي منصور علي، بيروت: الطبعة الثانية، ١٣٩١ق.

كليات حقوق: نظريه عمومي، ج ١، ناصر كاتوزيان، تهران ١٣٧٩.

مدخل حقوق بين الملل، ج ١٣ دانشنامه جهان اسلام، محسن قدير، فريده سعیدی.

مبادئ القانون: المدخل الي القانون - نظريه الالتزامات، ج ١، نبيل ابراهيم سعد و محمد حسين منصور، بيروت ١٩٩٥.

نسبت فقه و حقوق در نظام حقوقی ايران، سيد ابوالقاسم نقیبي، آموزه های فقهی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ٢، بهار و تابستان ١٣٨٨.

## آشنایی با سخنران

حجت‌الاسلام حسین نصرتی (متولد ۱۳۵۸ کاشمر) در سال ۱۳۷۶ به قم رفت و دروس سطح حوزوی را در مدرسه علمیه شهیدین قم به پایان رساند. او از سال ۱۳۸۱ تحصیل دروس حوزوی را در کنار تحصیل در دوره کارشناسی حقوق در دانشگاه علوم اسلامی رضوی در حوزه علمیه مشهد ادامه داد. ثمره این تقارن فارغ‌التحصیلی در رشته کارشناسی حقوق (۱۳۸۵)، کارشناسی ارشد در رشته حقوق خصوصی (۱۳۸۸) و دکتری حقوق خصوصی (۱۳۹۸) بود که در کنار آن مراتب تحصیلات حوزوی را تا پایان خارج فقه و اصول به انجام رساند.

استاد نصرتی از سال ۱۳۸۸ به‌طور مستمر در دانشگاه‌های مشهد از جمله علوم اسلامی رضوی، آزاد اسلامی، امام رضا علیه‌السلام، شهید مطهری و پیام نور و نیز در حوزه علمیه مشهد به تدریس دروس حقوقی در دوره‌های کارشناسی و کارشناسی ارشد و دروس حوزوی پرداخته است.

تألیف برخی مقالات و نیز کتبی در زمینه وقف و نیز سردبیری مجله گفت‌مان حقوقی از دیگر فعالیت‌های اوست. ایشان از سال ۱۳۹۴ در کسوت قضاوت در دادگستری مشهد مشغول خدمت است.