

## 1. IKASGAIA: MERKATARITZA ZUZENBIDEAREN KONTZEPTUA

### I. KONTZEPTUZKO PROBLEMAREN PLANTEAMENDUA.

Merkatal Zuzenbidea azaltzen hasterakoan, lehenengo hurbilketa bat eginaz, planteatzen zaigun problema bere kontzeptua eta aplikazio eremua mugatzea da. Praktikotasun osoa daukan arazo hau Zuzenbide Pribatuaren bi lege gorpuak bereiztean datza: Merkatal Kodea eta Kode Zibila hain zuzen ere.

Merkatal Kodeak, Kode Zibilak beranduago bere barne hartutako zenbait figura eraentzen ditu (esate baterako: baltzua, salerosketa, mailegua, gordailapena). Baina Kode Zibilean parekorik ez duten beste instituzio batzu ere xedatzen ditu (kanbio-letra, txekia, kontabilitatea, itsas merkataritzako kontratuak, e.a.). Beraz, lehenengoz egin beharrekoa araudi hau Zuz. Zibilarekiko bereiztea eta mugatzea da.

Ratione materiae edo sustantziari buruzko erizpide batez Merk. Zuzenbidearen kontzeptu bat finkatzeko beharra somatzen da baita ere, XIX. mendeko kodeketa teknika gainditu eta Zuz. Pribatuarentzat kode bakarra egin duten herrietan (Suizan, Italian).

- Merk. Zuzenbideak (legegintza teknika edozein izanda ere) ba al du autonomia zientifikorik?

- Gaur egun Zuz. Pribatua bi gorputan bereiztua egoteak ba al du zentzurik eta arrazoirik? Galdera hauen erantzunak izango lirateke etorkizuneko legegilearen argibidea.

Merk. Zuzenbidezko kontzeptua -araudi hori Zuz. Zibilarengandik bereizteko ikuspegitik azaldu ezker- Zuz. Positibozko kontzeptu bat da, kontzeptu formal bat, hain zuzen ere. Arazo honek, egitatezko suposamendu baten aurrean, "merkatal" arauak ala "zibilak" aplikatu behar diren erabakitzeko problemara eramaten gaitu.

Errealitate konkretu bati dagokion eraentza juridikoa zein den zehazteko, aurretiaz beharrezkoa da kalifikatzea. Baina horretarako Merk.Kodean ezarri diren arauetara jo ezker (2.art.), problema ez da erabat konpondua geratzen.

2. art. "Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos de comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho Comœn.

Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga."

Merkaltasunari buruzko erizpide onargarri eta orokor bat emateko "merkatal-egintzetan" (actos de comercio) oinarrituriko arauen ezgaitasuna frogatua izan da. Bide honek sorgingurpil batetara eramaten gaitu. Merk.Zuz. merkatal gaia eraentzen duen arau multzoa da, merkatal gaia (hor dago koxka) Zuzenbide edo arau multzo honek eraentzen duena izanik.

Bixtan agertzen zaigun konponbidea beraz, kontzeptuaren planteamendu soilik formal hori gainditzea da, Merkatal Zuzenbidearen kontzeptu zientifiko edo oinarritzko (sustantziatzko)

baten alde eginaz. Horrelako zerbait lortzeko, disziplina positiboaren atzean dauden baldintza ekonomiko errealek jo beharko dugu.

## II. MERKATARIEN ZUZENBIDE BEREZIAREN ERAKETA BEHE ERDI AROAN.

Doktrinaren eritzi orokorrenaren arabera, Merkatal Zuzenbidearen sorrera Erdi Aroan kokatzen da, XI. mende inguruan eman zen fenomeno orokorrago baten atal bezala. Merkatal iraultzaz edo erdi aroko bersorkundeaz (renacimiento medieval) ari gara. Laburki esateko, zera ondoretu zuen honek: autokontsumozko ekonomia landatarra, hiritar eta merkatal izaera duen beste batez ordezkatzeara.

Aurreko garai historikoarekin lotura eginaz, Goi Erdi Aroa dugu. Bere ezaugarri gizaekonomiko adierazgarriena ruralizazio fenomenua da, hirien despopulaketa baten ondorioz. Biztanleek ingurune landatarrean kokatu nahiago dute. Landara itzultzearen fenomeno honek herriarteko merkataritzaren atzerakada dakar (baita "ius civile"ren bilakaera negatiboa). Krisizko garai honetan ematen da ere feudalismo izenez ezagutzen den egitura konplexuzko fenomenua. Dena den, nekazaritza eta merkataritza ez dira aurkako termino bezala hartu behar, elkarren osagarri bezala baizik, bi giza iharduera desberdin bezala. Gertatzen dena da garai honetan nekazaritza dela nagusi. Ondoren merkataritzaren loraketa etorriko da.

Erroma Zaharreko egiturak eta eredu gizaekonomikoa erortzearekin European botere politiko eta ekonomikodun guneak agertzen dira: Galia, Britania Handia, Flandes, Germania, erdi-ifarraldeko Italiak oreka berri honetan lehentasunezko leku bat izanik batez ere kultura eta ekonomia arloan.

Mugimendu eraldatzailearen kausa nagusia X. mendean European eman zen hazkunde demografikoa da. Gure gaiarekin lotuaz, "merkataritzaren iraultzaz" hitzegiten da. Ez da ahaztu behar oraindik ere Erdi Aroko gizonaren jardura ekonomiko garrantzitsuen nekazaritza dela. Baina populazio hazkundeak sortaraziko du: merkataritzaren bilakaera, hiriak berpiztu eta betetzea, e.a.

XI. mendean Mendebaldeko Europa bat bada jadanik, merkataritzaren garapen eta hedaketa ezagutzen duena. Garapen hau gainera kantitatezkoa eta kalitatezkoa da. Bereziki azken ikuspegi honetatik, merkatu-ekonomiaren agerpena eta pixkanako finkapena aipa daiteke. Fenomeno honi esker ondasun kopuru handiren zirkulazioa eta banaketa posible izango da. Trafiko honen suztapenerako elementu funtsezkoak "feriak" dira. Nazioarteko kontratu gune hauetan lehen aldiz ondasun kopuru handiekin negoziatzen da merkatarien artean. (Comercio al por mayor). Feria hauek, ikuspegi ekonomikotik, diru eta kapitalen nazioarteko mugimendurako tresna egoki berrien agerpena ekarri zuten. Honekin batera sortu ziren lehenengo burtsak XV. mendean. (Brugge 1406, Antwerpen 1460). Ikuspegi juridiko-merkataletik, bi aipamen nagusi:

- Feriak merkataritzako Zuzenbide berriaren iturri ziren. Ferietako auzitegiek, beren erabakien bidez, merkatarien arteko ohizko arau ez idatziak finkatuz joan ziren nazioarte mailan uniformatuaz.
- Merkatal instituzio tipikoak garatu ziren bertan. Ad. "Ganbio-letra".

Azter dezagun merkatal arau horiek non sortzen diren (hirietan) eta nork sortzen dituen (merkatariek). ("Hiria merkatu bat da", Goldschmidt). Ikuspegi ekonomiko edo juridikotik interesgarriena leku desberdinen arteko merkataritza da. Merkataria handia haseran nomada da (salerosketa eta garraioaren artean bereizketarik ez zegoen, berak eramaten zituen bere salgaiak azokara). Lanbide edo profesio berri horrek estamentu bat eratuko du, bidaietan zehar elkar laguntzaren beharrek (lapurketak, arrisku naturalak, e.a.) eraginda. Era berean, merkataria hauek oso kosmopolitak izanik, merkatal eragiketen arteko berdintasunera joko dute. Ondorengo gizalditan beraz, elkartze mugimendu bat somatuko da (ad. merkatarien unibertsitateak).

Behe Erdi aroan merkataritza egonkorra (sedentario) bihurtzen da. Merkataria ez ditu pertsonalki bere salgaiak salmenta lekuraino eramane behar. Aurrerakuntza hau zenbait faktorei esker gertatzen da: "fabrikak" salgaiak saldu beharreko tokitan eraikitzea; negozio osagarrien bilakaera (ad. garraioa, komisioa, igorpena); eta kontu korrontearen sarrera urrutiko merkatarien erlazioak suzatzeko modua bezala.

Erdi Aroko hiriei dagokienez, orokorrean ez ziren merkatariei esker sortuak izan, baina hauek eragin itzela izan zuten beren bilakaeran, Europa osoan zehar. Merkataria hiritan kokatzen dira, ez bakarrik eskaria handiagoa izateagatik, baizik eta inguru landatarreko jaun feudalagandik babestu ahal izateko. Hiriko (burgoko) biztanlea estatuko botere politikoaren babesean jartzen zen, pribilegio eta karta puebla bidez suzatzten bait ziren hiriak, botere feudalei aurre egiteko. Merkatarien jarduerak hirietako bizitza berrian duen garrantzia garbi azaltzen da botere publikoak emandako arauditan merkatuaren eraentzak betetzen duen lekuagatik. Horrela jaiotzen da *ius mercatorum* edo merkatu Zuzenbidea, hasera batetan hiriko Zuzenbidearekin nahasten dena.

Merkatariek, hiriko araudian leku nagusi bat izateaz gain, gizartean klase bat osatuko dute elkarte profesionalen bidez, hirietako gobernuan eragin politikoa izatera iritsiaz. Merkatarien klasea "comuni" edo errepublika munizipalen antolaketa politiko-administratiboaren gunea izango da. Honekin batera, merkatarien Korporazioak antolatuz doazen eran, (XIII. mendetik aurrera) beste fenomeno bat ematen da: ohiturazko merkatal arauak Korporaziotako estatututan finkatuz joango dira.

Erdi Aroko merkatal instituzioei dagokienez, hona hemen adierazgarrien batzu:

- \* Arruntena salerosketa da (birsalketarako eta irabaziak lortzeko helburuarekin) bai banaketarako edo ta kontsumorako.
- \* Honen ondoan diru edo moneta desberdinen trukea dugu. Trafiko honen objektua dirua da. XII. mendetik aurrera truke hau banka jarduerari lotua egongo da.
- \* Ganbio-letra.
- \* Garraioa (batez ere itsas garraioa). Fletamendu kontratua. Untzirapen-agiria (conocimiento de embarque)
- \* "Commenda"
- \* Asegurua.
- \* Baltzu kolektiboa.
- \* Kiebraren eraentza.

\* Kontabilitatearen bilakaera.

Azaldutako Merkatal Zuzenbide honen jatorrian ohitura dago. Iturrien artean aurkitzen dira: izaera publikodun arauak, merkatuei buruzkoak; merkatarien Korporaziotako estatutu Zuzenbidea; notarien agiri eta dokumentuak; merkatal jurisdikzio bereziak hartutako erabakiak. Hala ere, iturri guzti hauen azpian ohitura dago. Garai honetako Merkatal Zuzenbidea estamendu edo klase baten Zuzenbidea da, jurisdikzio berezi bat daukana gainera, profesio baten behartasunei erantzun emateko sortua. Azken ezaugarri bezala nazioarte mailako uniformetasuna dago. Jatorrizko merkatal usadio lokala piskanaka unibertsal bilakatzen da. Alderantzizko prozedura ere ematen da: usadio unibertsalak finkapen lokal bat aurkitzen dute estatutu edo legearen bidez. Lekuen desberdinen arteko trafikoak araudi desberdinen arteko erlazioak suztatzen ditu eta azken finean elkar imitatzea. Zenbait hiritako zuzenbideak eta Itsas zuzenbideko konpilazioek hedapen handia izan zuten. Baina guztien gainetik merkataria guztien egoera eta behartasun antzekoak daude, eta antolaketaerako instituzio antzerakoak. Guzti horrek Zuzenbide ia amankomun baten sorrera dakar. Merkatal zuzenbidearen nazioarteko uniformetasunari esker ondare juridiko hau XVII eta XVIII. mendetako Ordenantza handitan jasoko da.

Ikusi dugunez garai hartan Merkatal Zuzenbidearen aplikazio eremua mugatzeko subjektuari erreferentzia egiten zitzaion. Argi dago Zuzenbide honek duen estamentu kutsua. Talde berezi horretakoei (merkatariei) partaide izateagatik aplikatzen zaie. Merkatal zuzenbidea estamentu kanpoko norbaiti aplikatzeko garaian, fikzioa erabiltzen da merkataritzat hartzeko.

### III. MERKATARITZA ZUZENBIDEA ARO MODERNOAN

Aro modernoaren hasieran aurkikuntza bidaiak hasi ziren. Bereziki Asia eta Amerika “aurkitu” ondoren, itsas ibilbide interkontinentalak antolatzen dira eta merkataritza itsasontziz garatzen da. Espedizio hauek kapital handia galdaten dute eta behar hori asetzeko instituzio berriak sortzen dira. Hauen artean konpainia kolonialak (*societas merkatorum*); lehenengoa Oost Indische Compagnie 1602an, edo gure artean Real Compañía Guipuzcoana de Navegación de Caracas, 1728an. Momentu honetan sortzen dira baita lehenengo bankuak (1694an Bank of England), diru-truke eta gordailu kontratuekin, edo burtsak (1611n Amsterdamekoa), non salgaien kotizazioekin batera aipaturiko konpainien partaidetza tituluekin negoziatzen den.

Aro Modernoan garapen ekonomiko izugarria eman zen Europan eta merkatariek hiri aristokrazia boteretsu bat osatu zuten. Aldi berean estatu modernoaren sorrera ere garai honetan kokatu behar dugu, interbentzionismoa eta protekzionismoa ezaugarri dituzten estatuak hain zuzen ere. Monarkek mesfidantzaz begiratzen dute merkatarien boterea eta parte hartu nahi dute merkatuen antolaketan eta arauketan. Merkantilismoa dugu garaiaren definitzaile. Erregeak legeak ematen hasi ziren merkatarien boterea murrizteko eta estatu bakoitzak bere arauak ematearen ondorioz, aurrerago aipatu dugun *ius mercatorum* delakoraen uniformetasuna galtzen hasi zen. Nazioarte mailan 1637ko Frantziako Luis XIV.aren Ordenantzak ditugu esandakoaren eredu, eta gure artean Felipe V.aren Ordenanzas de la Universidad y Casa de Contratación de Bilbao, 1737koak.

Izaera subjetoa garai hontako merkatal zuzenbidearen ezaugarri da oraindik, baina ekoizpenari dagokionez legea usarioen aurretik kokatzen da.

#### IV. MERKATARITZA ZUZENBIDEA XIX. MENDEKO KODEGINTZAN

##### 1. GARAI HISTORIKO BERRIAREN EZAUGARRIAK: LIBERALISMOA.

Kodegintza fenomenoaren hastapena XVIII. mende amaierako gertakizunetan datza. Hau da, Erregimen Zaharretik, herritarren arteko askatasun eta berdintasun printzipiotan oinarritutako gizarte modernorako transizioan; eta nola ez, 1.789. go Frantziako Iraultzaren ondoriotan. Gainera, garai honetan, aurreko estamentu-sistema desagiteaz gain, bestelako berrikuntza teknikoak ere ematen dira. Makinismoak eta Iraultza Industrialak lanaren eta ekoizpenaren (produkzioaren) antolaketa, garraioak, e.a. guztiz eraldatuko dituzte. Ordurarte gizartearen bilakaera eta aurrerapena (progresoa) merkataritzak bultzatua izan bada ere, garai berri honetako legegilearentzat merkataritzak ez du iadanik gizartean lehen zuen funtzio nabarmen hura izango, fenomenu hauen eragina dela eta.

Gertakizun guzti hauek ondorengo garaiaren -liberalismoaren- bi alderdi nagusiak markatuko dituzte: alderdi ekonomikoa eta alderdi politikoa.

##### A. IRAULTZA INDUSTRIALA ETA LIBERALISMO EKONOMIKOA

Iraultza industrialaren hastapenak Ingalaterran 1.760-1.830 tarte inguruan kokatzen dira eta beranduago Europan kontinentalean. Esku-lanetik makina-lanera iragateak gizarte eta ekonomi egituren erorketa suposatzen zuen.

Gizarte ikuspegitik, proletarizazio fenomenoak da adierazgarriena. Esku-lana lantegitan (faktoriatan) kokatzen da. Honek, aldi berean, beste bilakaera paralelo bat dakar: ordurarte nagusiki nekazaria zen gizartea hiritar bihurtzea.

Ekonomi ikuspegitik, lanaren banaketa eta serieko ekoizpena ezartzeak ekonomiari beste razionaltasun maila bat ematen dio. Garai honetan sortuko da guzti hau azaltzeko gai izango den Zientzia Ekonomikoa.

Pixkanaka, merkatuaren inguruan biratzen duen sistema kapitalista zabaldu eta finkatu egingo da. Merkatuak garraioen garapenari esker, neurri erraldoi bazu hartuko ditu; eta sistema kapitalista izango da -berak betetzen duen prezio-finkapen funtzioaren bidez- merkatuan ekoizkinekin (produktuekin) kalitate eta prezioak eraenduko dituenak. Beraz, kapitalismoa, liberalismo ekonomikoan oinarritua, merkatu-ekonomiazko sistema bilakatuko da.

Honen lehenengo azalpena Ekonomiaren Eskola Klasikoak egin zuen (A.SMITH, T.R.MALTHUS, RICARDO... k osatzen zuten Manchester-go Eskola). Eskola honek indar ekonomikotatik at dauden eragin edo faktore arrotzak baztertzen zituen (ez zituen kontuan hartzen). Aldiz, XIX. mende erdialdera, industriaren hazkundera nahiz enpresa

kontzentrazioak direla eta, argi geratuko da lehiaketa perfektuko merkatu kontzeptua guztiz teorikoa dela eta Liberalismo Klasikoaren oinarriak zuzendu behar direla, hots badaudela kontuan hartu beharreko beste faktore batzu ere.

Baina XIX.mende haserako legegilea Ekonomiaren kontzeptu liberalean oinarrituko da, eta horregatik, Kodetan ez dira errealitatean gertatzen diren bestelako gorabeherak jasotzen; batez ere, kodegintza industriaren garapen aurreko (predesarrollo) edo transizio garaian egiten delako.

Garai berri honetan merkataritzak ("mercatura" zaharrak) - ordurarteko araugintzan betidanik konstante bat izan denak- bere esanahi historikoa galtzen du. Ondoren, industriak jasoko du merkataritzak ordurarte zuen zeregina, ekonomiaren antolaketa eta jarduera modu berri batetan bilakatuaz.

Aurrerantzean, bizitza ekonomikoaren erdigunean kokatzen da enpresa, ondasun edo zerbitzuen unitate-ekoizle (produktore) bezala. Ikuspegi ekonomiko honen garapenean, industria bera ere beste kontzeptu zabalago batetan bilakatuko da ekoizpena eta merkataritza (banaketa edo zerbitzuak) bere barne hartuko dituelarik.

## B. BURGESIAREN IRAULTZA ETA LIBERALISMO POLITIKOA

Liberalismo politikoaren oinarriak Frantziako Iraultzan errotzen dira. Ondorioz, XIX. mendean zehar europar herrietako botere egituretan aldaketa batzu gertatuko dira apurka apurka, legezko sistema bezala, demokrazia politikoa ezarriaz. Hala ere, bilakaera prozedura hau gorabeheraz beterik egongo da, iraultza garaian ondoren errestituzio garaia etorriko bait dira.

Frantziako Iraultzak Erregimen Zaharrarekiko suposatzen duen hausketa, nagusiki askatasun eta berdintasun balioen aldarrikapenean datza. Hauen artean batez ere bi printzipio interesatzen zaizkigu: askatasun zibila eta merkataritzarako askatasuna.

### B. 1. Askatasun zibila

Kontzeptu hau garai hartako pentsamoldean oinarritzen da. Pertsonen funtsezko askatasunen inguruan sortua da eta jabetzaren ideiarekin loturik dago. 1.789.go abuztuak 26.ko "Gizonaren eta hiritarren eskubideen deklarazioan" ("Declaration des droits de l'homme et du citoyen") gizonaren berezko eskubideen artean, arrezagutzen dira: askatasuna, jabetza, segurtasuna, e.a. Jabetza eskubidearen kontzeptu liberal berria Napoleonen Kodean zehazki jasotzen da eta ondoren, XX. mende erdialdera, oinarri dogmatiko konstituzional mailara eramana izango da.

Askatasun zibila bestalde, kontratatze askatasuna ere berekin dakar. Kontratatzeko askatasuna jabetzaren eskubidearen zerbitzura dago, jabetzaz xedatzeko aukera ematen duen eran. Gainera -borondatearen autonomi pribatuko tresna den neurrian- kontratuak jabetzaz gain, bizitza zibileko beste alor batzu ere ikuituko ditu: ezkontza, familia, e.a. hauengan eraginaz.

## B.2. Merkataritzarako askatasuna

1.789.an bi dekretuk bultzatzen dute merkataritzarako askatasuna aurreko sistemarekin erabat hautsiaz:

- bata, merkataritzarako askatasunari buruzkoa
- bestea, "Loi Le Chapelier" korporazioak deuseztatzen (suntsitzen) eta debekatzen dituen.

Horrela, hiritar oro merkatal (edo industrial) jardueran aritu ahal izatea bermatzen da. (Hau da: "liberté d'entreprendre" edo "libertad de iniciativa económica").

Gainera, eskubide horren egikaritzan hiritar batek jasotako irabaziak berari atsekiturik geratzen dira, irabazi hauetan Estatuak ez bait du inongo eskusartzerik izango.

## 2. KODEGINTZA ZUZENBIDEA AGERTZEKO TEKNIKA BEZALA

Kodegintza, legegintza sistema bezala, Frantziako "Code Civil"aren argitalpenarekin hasten da, kode hau Europako kodegintza mugimenduaren eredu bilakatzen delarik.

Erregimen Zaharrean ohizkoak diren iturri juridiko desberdin eta sakabanatuak ez datoz bat XVII. eta XVIII. mendetako razionalismoaren helburuarekin: ordenamendu juridikoa bateratzea, alegia. Eta hauxe da Liberalismoak jasoko duen ideia.

Baina, aldi berean, kodegintzaren bidez egiten den bateratze lan hori Frantziako Iraultzatik sortutako Estatu-Nazioaren barneinguruan ematen da. Zer suposatzen du horrek? Batez ere Zuzenbidearen Nazionalizazio (estatalizazio) prozesu bat, eta honekin batera, baita Zuzenbide Pribatuaren estatalizazioa ere. Estatuari dagokio beraz, arau juridikoak sortzeko monopolioa. Ondorioz, Liberalismoak aldarrikatutako printzipioa -hau da, Estatuaren abstentzionismoa jarduera ekonomikoan- lehen aldiz urratu egiten da.

Bestalde, Zuzenbidearen estatalizazioak, kodegintzaren bidez, positibismoa sendoagotzea dakar: Zuzenbidea Soberaniaren (Estatuaren) borondatearen erabaki baten fruitua izango da.

Horrela, ohituratan edo usadiotan oinarritutako Zuzenbideak bere arau maila (rango normativo) galdu egingo du. Gure gaiari dagokionez, Frantzian adibidez, merkatal zuzenbidearen kodeketa egiten denean, Merkataritza eraentzeko iturria den *consuetudo mercatorum*-ak bere balioa galtzen du.

Kodegintza ingurune kultural batetan kokatzen da: razionaltasun juridikoaren ingurunean, eta ondorioz, printzipio (edo oinarri) bat aldarrikatzen du: lege idatziaren lehentasuna zuzenbidezko iturrien artean. Zergatik? Liberalismoak batez ere segurtasun juridikoa bilatzen du, hiritarrentzat berme bat bait da. Zuzenbideak bere agerpenean razionaltasun baldintzak betetzea da liberalismoaren helburua. Indarrean dagoen Zuzenbidea ezagutzeko (baita segurtasun juridikoa izateko ere) iturriak sakabanatuak eta nahastuak egon ordez, legezko gorpu batetan bilduak izatea galdatzen da.



Hori alde batetik, baina legezko gorpu horri dagokionez, badaude beste galdapen batzu ere: estiloaren edo idazkeraren argitasuna eta sistematizazioa. Galdapen hauek aurreko garaiarekiko (Erregimen Zaharrarekiko) erabat berriak dira. Kodeketa lana sistematizazio ideian oinarritua dago: beharrezkoa da arauak dagozkien printzipio eta erregela orokorrekiko sailkatzea, ordena logiko bat jarraituz, azken finean, xedapen multzo homogeen bat osatuaz.

Errealitate hau askoz nabarmenagoa izango da mende amaieran, 1.896.an Alemanian "Bürgerliches Gesetzbuch" (BGB) argitaratzen denean. Orduantxe hasiko da Zientzia Juridikoa legearen estiloaz, espresio moduz, teknika, sistematizazioaz... arduratzen.

### 3. MERKATARITZA ZUZENBIDEA 1807.ko "CODE DE COMMERCE"-n.

#### A. Zuzenbide pribatuan bi kode bereiztearen oinarria.

Code de commerce-k lehen aldiz planteatzen du merkatal Zuzenbidearen eta Zuzenbide Zibilaren arteko bereizketa. Merkatal Zuzenbidearen autonomia kodegintzaren ondorioa da. Baina, zeintzu izan ziren kode desberdin bat egitearen arrazoiak?

Badirudi Frantzian kodegileak Zuzenbide Pribatuarekiko -edo beste era batetan esanda Trafikoaren Zuzenbide Orokorrarekiko- merkatal jardueraren ezaugarri bereziak arrezagutzen zituela. Beraz, Code de Commerce-k osatzen duen araudi autonomoaren izate arrazoiak eta funtsa merkatal jarduerak dituen berezitasunetan datzala esan dezakegu.

#### B. *Actes de commerce* terminoaren esanahia *Code de Commerce*-n.

Tesi klasikoaren eritziz, "Code de Commerce"-k gure diziplinan ohizkoa (tradizionala) zen egitura subjektiboa baztertua eta beste konzeptu objektibo bat ezartzea ondoretu zuen. Zer esan nahi du honek? Merkatal Zuzenbideak ez duela aurrerantzean erreferentzia bezala pertsona (merkataria) hartuko, aldiz, bere arauak aplikatzeko auresuposamendu bezala, soilik izaera errealeko datu bat hartuko duela kontuan (subjektuarekiko abstrakzioa eginaz): "merkatal-egintzak" (*actes de commerce*). Kodeak 632. artikuluan merkatal-egintza juridikoen zerranda jasotzen zuen (salerosketa, garraioa, komisioa, banka jarduerak...), eta bertan jasotako egintza horiei bi funtzio esleitzen zaie. Alde batetik eginkizun prozesal bat dute, merkatal jurisdikzioaren eskuduntza zehaztea. Eta bestetik hauen errepikapena edo jarduera profesionala egiaztatuz "merkataria" izaera ezarri daiteke.

Kritika modernoak (Frantzian nahiz beste herri batzutan) egindako lanari esker, mende luze batetan zehar radikalitasun objektibistak ondoretu zituen gehiegikeriak gainditu ziren. Objektibazio honek errealitatean sortzen zituen ondorio desegokiei konponbide bat bilatu nahian, subjektuaren erizpidera itzultzeko joera bat nabaritu zen. Gainera, Merkatal Auzitegiek ere zera proposatzen zuten: beren eskuduntza erabakitzerakoan bi ikuspegi kontuan hartzea:

- egintzaren izaera (merkatal jardura den ala ez)
- pertsonaren kalitatea (merkataria den ala ez).



#### 4. MERKATARITZA ZUZENBIDEAREN KODEKETA ESPAINIAN. INDARREAN DAGOEN MERKATAL KODEA.

##### 4.1. 1829.ko Sainz de Andinoren Kodea. Berezitasunak.

1.829.ko Merkatal kodea, lehen kodeketa lan bezala, 1.807.ko *Code de Commerce*-n oinarritzen da. Baina Espainiako Merkatal Zuzenbideari dagokionez, badaude zenbait berezitasun. Garai honetan (Fernando VII.aren erresumaren garaian) Aintzinako Erregimenaren Errestaurazio (Berrezarkuntza) aldi bat ematen da eta noski, Frantziar Iraultzako ideiek ez dute inolako harrerarik. Horregatik 1.829.ko Kodea Frantziako legegintza prozeduran hain nabarmena izan zen estamentuen aurkako ideologiatik at geratzen da.

*Code de Commerce*-ari esker jasotzen da hemen (nahiz eta aldaketa nabarmenekin) merkatal-egintzei buruzko arazo guztia. Horretan eragina izan zuen baita ere, Merkataritzaren Jurisdikzio bereziaren eskuduntza modu zehatz eta argi batetan erabakitze beharrak, Jurisdikzio hori baztertzeko asmatzen ziren bideek problema ugari sortzen bait zituzten.

Azkenik, esan behar Espainian aurretiaz ez zegoela Kode Zibilik. Hemen, Frantzian gertatu zenaren aldean, Merkatal Kodea Zuzenbide Zibilarena baino 60 urte lehenago egin zen.

##### 4.2. 1885.ko Kodea

###### A. Kodegintza lanaren ezaugarriak.

###### a) Oinarri politiko eta ekonomikoak.

1.885.ko Merkatal Kodea Sainz de Andinok egindakoa eguneratzeko erreforma gisa sortu zen, mende erdi batetako legegintza eta berrikuntzak jasotzeko asmoz. Erreforma hau, funtsean, 1.829.ko Kodean oinarritu arren, 1.868.go Iraultzak ondoretutako ideologia liberalean ere izan zuen inspiraziorik. Dena den, kontuan izan behar dugu kode honen elaborazioa 1.869.an Komisio batek hasi zuela, baina bere lanak 1.875.ko proiektuan burutu zirela, hau da, jadanik Errestaurazio garaian.

XIX. mendearen azken erdialdera, trafiko ekonomikoari buruzko kodeketa bat egiterakoan, funtsean, Ordenantza zaharretako merkataritza kontzeptuan oinarritutako, garai preindustrialeko, eredu bat hartzen da. Argi dago, XIX. mendeko kodegintza osoan, oso arrunta dela giza errealitatearen eta bere eraentza juridikoaren arteko aldea (desfasea). Ez doaz bat. Baina horretaz gain, Espainian beste egoera berezi batzu elkarjartzen dira.

Hasteko, Espainiak bere inguruko herriekiko izan zuen beranduko industrializazioa. Bestalde, 1.870. hamarkadako egoera: trenbidearen eraikuntzak bankuen hedaketa bizkor

bat ekarri zuen, baina aldi berean, baita beste bi ustiapen-sektoreen (ohialgintzaren eta burdingintzaren) geraldia ere. Azken sektore honek ezin izan zuen trenbidearen eraikuntzaz baliatu; eraikuntza soilik inportatutako materialez hornitu bait zen. Gainera, III.Guda Karlistak ere eragin negatiboa izan zuen. Bizkaiako burdingintzaren hazkundera eta berrikuntza teknologikoa 1.882-87 garaian eman ziren. Ondorioz, Kodea Espainiak, merkatu-ekonomiazko sistemaruntz hurbiltzeko, ezagutu zituen aldaketa ekonomikoen atean geratu zen.

b) Kode zibilarekiko loturarik eza.

1.885.ko kodearen beste ezaugarri bat Zuzenbide Zibileko kodegintzarekiko loturarik eza da. Errestaurazio garaiko legegileak ez du kontuan hartzen Merkatal eta Kode Zibilaren arteko armonizaziorik, "berezia" litzatekeen Zuzenbidea (Merkatal Zuzenbidea) Zuzenbide Amankomuna (Derecho Común) baino lehenago kodetua izan arren.

Ordurarte, jabetzaren trafikoari buruzko Zuzenbidea finkatzeko eta batzeko funtzioa Merkatal Kodeari zegokion, baina 1.889.tik aurrera Kode Zibilak bere esku hartuko du.

B. Merkatal egintzen sistema.

Gaur egungo gure diziplinaren kontzeptura iristeko, garai hartako Kodea aztertu behar dugu eta nagusiki, orduko tresna tekniko (juridiko) nabarmenena: merkatal-egintzen esanahia.

Zioen Azalpenean gai honi buruz egiten den aipamena 1.882.ko kodeketa italiarraren zentzu berdinean doala esan dezakegu:

- Iturrien sistema berezia kode haseran (2.art.an) ipintzen da, gainera merkatal-egintzei erreferentzia eginaz (obligazioei egin ordez). Hau da berrikuntza nagusia.
- Badirudi erizpide "objektibista" azpimarratzen dela, hau da, bat datozela: alde batetik, merkatal materia edo diziplinaren aplikazio eremua, eta bestetik, merkatal-egintzek mugatutako sektorea.

Dena den, interpretazio honi buruz doktrinan eritzi ezberdinak daude. Batez ere merkatal kodegileak nozioa ilunki formulatu zuelako. Iluntasun horretan bi elementu aipagarriak dira:

- eragorpen (remisio) teknika
- atipizitate edo analogiaren teknika.

Ez da argi geratzen ere Kode barruan zer bilatu behar den, aipatzen dira: "merkatal-egintzak"(2.art.), "merkataritzaren jardura"(1.1.art.), "merkatal eragiketak" (3.art.) Zioen azalpenak "egintzak", "kontratuak", "fenomenu edo egintza juridikoak", aurrikusten ditu eta modu tautologiko batetan zera esaten du: "Kodeak aipatzen dituen guzti haiek merkatal egintzak dira" ("son actos de comercio todos aquellos que menciona el Código").

Azkenik, 1.885.ko legegilearen merkataltasun erizpideak aztertzen baditugu ere, heterogeneitatea atzemango dugu: batzutan alde formalak hartzen ditu kontuan, bestetan alde ekonomikoak, edo ta merkataritza orokorrean... Gainera, a) zenbait egintza beste merkatal-egintzekiko erreferentzia objektiboz definitzen dira; b) baina badaude egintza

batzu imerkatari baten partaidetza galdatzen dutenak. Arazo hau ez da bereziki gure kodearena. XIX.mendeko kodeak erizpide mixto batez gidatzen dira: merkataria hartzen dute, zenbait kasutan, merkatal instituzio zehatz batzuren egozpen (inputazio) gune bezala.

## 5. MERKATAL ZUZENBIDEAREN ETA ZUZENBIDE ZIBILAREN ARTEKO BEREIZKETA, KONTZEPTUZKO PROBLEMA BEZALA.

### A. PROBLEMATIKA

#### a) Bereizketaren justifikazio eza

\* Alde batetik, garai honetan, araututako gaia eta gaurko Merkatal Zuzenbidea ez dira gauza bera. Horren ondorioz, diziplina juridiko-pribatu bat oinarritzeko arrazoiak desagertzen dira.

\* Bestalde, Doktrina objektiboak berak ez du garapen dogmatiko serio bat burutzen.

\* Azkenik, bereizketa honen justifikazioa zailagotuko duen beste datu bat ere aipatu behar da. Estamenduen sistema zaharrean, ordenamendu orokorraren barruan araudi berezi bat existitzen zen; eta araudi horren berezitasunak elemendu pertsonalarekiko (merkatoriarekiko) ezartzen ziren. Baina kodeek "legatu historiko" hau jasotzerakoan, berezitasunak elemendu pertsonalarengan jarri ordeztu, objektuarengan (merkatal-egintzengan) ezartzen dituzte. Ondorioz, merkatal araudiaren bereizketa eta mugapena egitea zailagoa izango da (batez ere ondoren doktrina objektibo berri horrek garapen serio bat lantzen ez duenean).

#### b) Ondorioak

Guzti horrek Zuzenbide Pribatuaren bereizketarako bi ondorio negatibo dakar:

- \* Merkatal Zuzenbidearen mugaketarako problemak sortzen dira
- \* Zuzenbide Pribatuari buruzko korrante bateratzaileak ugaritzen dira.

Zuz. Pribatuaren bateratze hastapenak Wilhelm ENDEMANNek eman zituen. Merkatal Zuzenbidearen eta Zuz. Zibilaren arteko bereizketa kritikatu zuen. Bere kritika, Zuz.Pribatu arruntaren barruan merkatoriari eta merkatal trafikoari subsidiarioki aplikagarri zaizkien xedapenen kopurua urria zela esanaz oinarritzen zuen. ENDEMANNen eritziz Merkatal Zuzenbide berezi baten beharrik ez dago. Merkatal Zuzenbidearen justifikazio berdinari esker industriak, artesaugintzak, kapitalak... ere beren zuzenbide berezia izan beharko lukete. Horregatik legedi mailan Zuz.Zibilaren erreforma bat proposatzen zuen.

Garai hartan (XIX. mendean) Alemaniako egoera ikusirik, bere proposamena burutzea gauza zaila zen, eta bere ideiek XIX. mendeko alemaniar doktrinaren barruan ez zuten harrerarik izan, baina bai ordea beste herri batzutan. Honen adibide da Suizako Obligazioen Zuzenbidea.

Suizan Zuz.Pribatuaren kodeketak Alemaniako egoera berdintsuari aurre egin behar dio: Ordenamendu juridiko-pribatu kantonal anitz daude, eta Merkatal Zuzenbidea kodetu beharra somatzen da. Merkatal Kodearen lehen Projektua MUNZINGER jaunak burutu zuen (1.862). Bi lehen liburuak merkatal estatutoari eta merkatal baltzuei buruzkoak dira.

Hau da, merkatariei zuzenduak daude. Baina III.Liburua, obligazioei eta ondasun higigarrien trafikoari buruzkoa, subjektu guztiei zuzendua dago, Zuzenbide berezizko inongo kutsurik gabe.

Proiektu horrek Obligazioen Zuz. bat (Obligationenrecht) egitera bultzatu zuen. Ondorioz 1.881.ko Obligazioen Zuzenbideari buruzko Lege Federala burutu zen. Bi alderdi bereizten dira:

- \* Bat orokorra, hiritar guztiei zuzendua, erlazio juridiko-obligazionalen eraentza orokorra nahiz bereziari buruzkoa eta Zuz.Zibilaren ezaugarri formalak agertzen dituen.

- \* Bestea berezia, merkatal izaeradun instituzioz osatua, merkataritzaren partaidetzagatik trafiko orokorretik bereiztua.

Instituzio arruntekiko bereizketa salbuespen bidez edo ta merkatoriaren erreferentziak egiten da (enpresa kontzeptua ere barne hartuaz). Ondorioz 1.881.ko Obligationenrecht honek Merkatal Zuzenbidearen kontzepzio subjektibora itzultzea suposatzen duela esan daiteke.

Enpresa-kontratu nagusietariko zenbaitzu (ad. aseguruak edo banka kontratuak) kodetik kanpo, lege berezien bidez arautu dira.

Ez diran Suizan bakarrik Kodeak bateratu, Italiak edo Holandak bide berdina jarraitu dute.

Egia da gaur egun, eta errealitatea kontutan hartuz, ez duela zentzu handirik zuzenbide pribatuaren bananketa mantentzeak, ez delakoz mantentzen Erdi Aroan ematen zen “tempo” desberdinen bananketa (landatar ekonomia eta hirietakoaren artean ematen zena). Horretaz gain Espainiar kodeek egiten duten bereizketa (merkataria/ez merkataria, salerosketa zibila/merkataritzakoa, sozietate zibila/merkataritzakoa, e.a.) argia ez den heinean, segurtasun juridikoa arriskuan jartzen dute, zuzenbidearen funtsezko printzipio bat urratuz. Baina legegileak gaur egun aztertzen dituan proiektu berriak kontutan izanik ez dirudi zuzenbide pribatuaren bateratzea etorkizun hurbil batean emango denik.

## V. MERKATARITZA ZUZENBIDEA DEFINITZEKO PROPOSAMENAK DOKTRINAN

Merkataritza zuzenbidearen berezitasuna mantentzeko eta kode bereziaren justifikazioa aldarrikatzeko proposamen desberdinak egin dira “merkatarizako materia” definitu nahiean. Garrantzitsuenak aipatuko ditugu.

Gaur egun Espainiako doktrinan nagusitu den definizioa merkataritza zuzenbidea enpresaren zuzenbidearekin identifikatzen duena da (Uría, Menendez, Sanchez Calero, Gondra..). Honela merkataritza zuzenbidea objektu bezala enpresaria, bere estatuto juridikoa eta bere jardura merkatuan arautzen duen zuzenbide pribatu berezia litzake. Kodeak ez du enpresari definiziorik ematen, merkatoriarena baizik (nahiz eta merkatori bezala ulertu behar dugun ez bakarrik merkataria zentzu ekonomikoan, baizik eta merkataritza zentzu juridikoak ere, hau da, industrial eta zerbitzuen eskaintzalea

barnebilduz). Hau da doktrina honek aurkitzen duen lehenengo oztopoa. Enpresaria definituko litzake enpresa jarduera bat garatzen duen pertsona bezala; eta jarduera hau jauduera ekonomiko kualifikatua bezala, merkatuan gauzatzen dena eta antolaketa berezi bat behar duena (Uria/Menendez, *Curso de Derecho Mercantil I*, 2006, 25).

Merkataritza zuzenbidea definitu da baita merkatuaren zuzenbide bezala. Arautuko lituzke partikularren artean ematen diren harreman ekonomikoak, kontratatzeke askatasunean oinarritutakoak. Horretaz gain lehia arautzen duten xedapenak ere barnebilduta geratuko lirateke. Doktrina honek ere oztopoak aurkitzen ditu indarrean dagoen zuzenbidean: kode zibilean jasotzen den zuzenbide zibil patrimoniala (kontratuen eta gauzena) merkatarietza zuzenbidea da?

Baina ditugun kodeak aldatzen ez diren bitartean esan genezake desberdindu ditzazkegula merkatarietza zuzenbidea zentzu hertsian, merkatarietza kodean jasotzen dena, eta merkatarietza zuzenbidea zentzu zabalean, unitate desberdinez osatua dagoen sistema bat osatzen duena eta arrazoi historiko eta akademikoengatik zuzenbide honetara esleitua geratu dena.

Merkataritza zuzenbidea zentzu hertsian merkatariaren estatutoak (kontabilitatea, erregistroa, merkatarien ordezkariak) eta merkatarietza kontratuen eraentzak osatzen dute.

Merkataritza zuzenbideak zentzu zabalean jasotzen ditu baita lehiaren zuzenbidea, jabetza industrialaren zuzenbidea, sozietateen zuzenbidea, zuzenbide konkurtsala, balio-papereen zuzenbidea, merkatu finantzieroaren zuzenbidea edo itsas zuzenbidea.