

قانون مدنی یا فقه فارسی: جستاری در منابع و ساختار قانون مدنی ایران

محمود کاظمی¹

تاریخ دریافت: 1997/12/4 تاریخ پذیرش: 1998/4/9

چکیده

قانون مدنی ایران تجلی پیوند سنت و مدرنیته است و به خوبی بین قواعد حقوق بومی (فقه اسلامی) و نظام‌های حقوقی پیشرفته، سازگاری ایجاد کرده؛ این قانون از یک سو، بر پایه قواعد و فقه امامیه و از سوی دیگر بر مبنای نهادهای حقوقی جدید (قانون مدنی فرانسه) استوار شده است؛ اما نقش این دو منبع در ساختار قانون مدنی ایران، یکسان نیست. برخی از مواد قانون مدنی فرانسه به دلیل عدم مغایرت با فقه اسلامی عیناً وارد قانون مدنی شده است، اما محتوای بسیاری از مواد اقتباس شده از قانون مدنی فرانسه برای انطباق با فقه امامیه، با دقت و مهارت تغییر داده شده است. همچنین بخش عمده‌ای از مواد قانون، به ویژه در فصل مربوط به عقود معین، عیناً از فقه امامیه اقتباس شده است. هم نویسنده قانون مدنی بر آن بوده که ساختار قانون مدنی بر مبنای فقه امامیه پی‌ریزی گردد. بدین سان، شکل و تقسیم‌بندی کلی را از قانون مدنی فرانسه اقتباس کرده، اما محتوی را بر اساس فقه امامیه تهیه کرده است. تأثیر فقه امامیه بر قانون مدنی به حدی است که برخی اساتید به درستی، آن را «فقه فارسی» نامیده‌اند. در این مقاله تلاش شده ضمن بررسی ساختار قانون مدنی و تأثیر فقه اسلامی و حقوق فرانسه بر آن، به برخی ابهامات آن اشاره گردد.

واژگان کلیدی: ابهامات قانون مدنی، انطباق قانون مدنی با فقه امامیه، تاریخچه قانون مدنی، منابع قانون مدنی ایران، نحوه تدوین قانون مدنی.

مقدمه

- 1- قانون مدنی ایران، یک شاهکار حقوقی و حتی ادبی است و نشانه‌ای از فرهنگ غنی ملت ایران به حساب می‌آید. دقت و ظرافتی که در تدوین مواد آن بکار رفته است آن را به سند افتخار ملی و میراث ماندگار تبدیل کرده و ستایش تمام حقوقدانان و سیاست‌مداران را سبب شده است.
- 2- قانون مدنی تجلی پیوند سنت و مدرنیته است و به خوبی بین قواعد حقوق بومی (فقه اسلامی) و نظام‌های حقوقی جدید، سازگاری ایجاد کرده است؛ این قانون از یک سو، بر پایه قواعد و اصول شریعت (فقه امامیه) و از سوی دیگر بر مبنای نهادهای حقوقی جدید استوار شده است.
- 3- این قانون بر چنان بنیاد مستحکمی استوار شده که به رغم گذشت بیش از نود سال از زمان تصویب آن، همچنان یک قانون مدرن و پیشرفته به حساب آمده و گرد کهنگی و گذشت زمان، از جلای آن نکاسته است.
- 4- قانون مدنی سند محکمی بر پویایی، جامعیت و کارایی فقه امامیه به عنوان یک نظام حقوقی پیشرفته است و نویسنده آن به نیکوترین روش، قواعد و اصول فقه امامیه را به شکلی جدید و قالبی نوین بیان کرده و آن را به عنوان یک نظام حقوقی جامع و پیشرفته که برای تمام مسائل مبتلابه جامعه راه حل دارد، معرفی کرده است.
- 5- بعد از «مرشد الحیران، الی معرفة احوال الانسان» (قانونی در مصر قدیم) و «مجله الاحکام العدلیه» (قانون مدنی دولت عثمانی) که بر مبنای فقه حنفی تهیه شده بودند و بعداً قانون مدنی مصر که بر مبنای فقه حنفی و قانون مدنی فرانسه تدوین شده بود، قانون مدنی ایران چهارمین قانون مدنی کشورهای اسلامی است و البته نخستین و تنها قانون مدنی است که بر بنیاد فقه امامیه تدوین شده است.
- 6- امتیاز قانون مدنی ایران بر سایر قوانین از این دست، آن است که این قانون به خوبی بین قواعد فقه امامیه و نظام‌های حقوقی پیشرفته جهان (قانون مدنی فرانسه) جمع کرده است؛ زیرا قوانینی که قبلاً نوشته شده، یا صرفاً از فقه اسلامی اقتباس شده است، مانند مجله الاحکام العدلیه که بر مبنای فقه حنفی است، یا قواعد فقه اسلامی در ساختار آن نقشی نداشته، مانند قانون مدنی الجزایر یا لبنان و...، یا نقش آن ناچیز است، مانند قانون مدنی مصر؛ اما نقش و تأثیر این دو منبع و به ویژه فقه امامیه در قانون مدنی ایران برجسته و آشکار است.
- 7- سرگذشت و نحوه شکل‌گیری قانون مدنی ایران شنیدنی و درس‌آموز است و دقت و

وسواسی که نویسنده آن در انطباق مواد قانون با فقه امامیه داشته است، ستودنی است. آگاهی از تاریخچه و چگونگی تدوین مواد قانون مدنی و این که همت و تلاش نویسنده آن، نگارش قانونی بر مبنای فقه امامیه بوده است، در تفسیر قانون و رفع ابهام از موارد مجمل اهمیت بسزایی دارد.

8- به رغم تلاش درخور نویسنده قانون مدنی، این متن دارای خلأها و نواقصی در مباحث مختلف است که البته امری طبیعی است نمی توان هیچ نوع کوتاهی و اهمالی را به کسی نسبت داد. در این مقاله تلاش کرده ایم ضمن درنگی در منابع و نحوه شکل گیری و ساختار قانون مدنی، به برخی از خلأهای آن اشاره کنیم.

1- منابع دوگانه قانون مدنی - قانون مدنی فرانسه و فقه امامیه

قانون مدنی بر اساس دو منبع اصلی، یعنی فقه اسلامی و قوانین مدنی کشورهای پیشرفته، به ویژه قانون مدنی فرانسه شکل گرفته است. الگو گیری نویسنده قانون مدنی از قانون مدنی فرانسه، مسلم است. چنانکه خود نویسنده قانون مدنی، بر این امر اقرار کرده است¹ و از باب «من ملک شیئاً ملک الاقرار به»، سخن وی در این زمینه حجت است؛ اما فقه امامیه هم منبعی غنی و مؤثر در تعیین محتوای مواد قانون مدنی بوده است. اگر خواننده توانایی بهره برداری از منابع فرانسوی (به ویژه قانون مدنی سال 1404 فرانسه) را داشته باشد و با مبانی فقه امامیه نیز آشنا باشد و بتواند از متون فقهی استفاده کند، به وضوح تأثیر این دو منبع عظیم در شکل گیری و ساختار قانون مدنی را درک خواهد کرد؛ اما باید اذعان کرد که نقش این دو منبع در ساختار قانون مدنی ایران یکسان نیست.

آن گونه که بعضی از نویسندگان حقوقی گفته اند در تدوین برخی از مواد قانون مدنی، به ویژه در جلد دوم و سوم آن، از قانون مدنی سوئیس و بلژیک نیز اقتباس شده است.² به عنوان مثال گفته شده که ماده 1102 قانون مدنی ایران از ماده 199 قانون مدنی سوئیس اقتباس شده است.³ حتی اگر این امر را بپذیریم، تأثیر قوانین مدنی سوئیس و بلژیک بر قانون مدنی ایران به

1- فاطمی قمی، سید محمد، خاطرات سیاسی سید محمد فاطمی قمی، نویسنده قانون مدنی، به کوشش: نائینی، احمد و زندیه، حسین، (تهران: کتابخانه موزه و مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی، 1444). ص 105.

2- شایگان، سید علی، حقوق مدنی، (تهران: انتشارات مهر کلام، 1666). ص 88؛ پاشا صالح، علی، مباحثی از تاریخ حقوق، چاپ اول (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، 1888). ص 270.

3- شایگان، سید علی، پیشین، ص 660.

نسبت قانون مدنی فرانسه، بسیار ناچیز و محدود به برخی مواد است. بر این اساس باید قانون مدنی ایران را مقتبس از قانون مدنی فرانسه و فقه امامیه دانست.

5-1- تأثیر قانون مدنی فرانسه بر قانون مدنی ایران

مطالعه قانون مدنی فرانسه (مصوب 1404 م.)^۱ و مقایسه آن با قانون مدنی ایران ثابت می‌کند که تقسیم‌بندی و شکل کلی قانون مدنی ایران بر مبنای قانون فرانسه طرح‌ریزی شده است. به علاوه برخی از مواد قانون مدنی عیناً ترجمه مواد قانون مدنی فرانسه است (مانند مواد 301 و 302 ق.م. ایران که ترجمه مواد 1666 و 1777 ق.م. ف؛ و ماده 299 که ترجمه ماده 1238 ق.م. فرانسه است).^۲ همچنین قالب برخی مواد قانون مدنی ایران از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده و محتوی بر اساس فقه امامیه تهیه گردیده است (مانند ماده 140 که از ماده 711 و ماده 255 که از ماده 1255 ق.م. ف. اقتباس شده است).

قانون مدنی فرانسه در ظاهر به سه بخش کلی (تحت عنوان کتاب - Livre) تقسیم شده است؛ اما دقت در این سه بخش، ثابت می‌کند که برخلاف ظاهر، مواد قانون فرانسه در واقع از دو بخش کلی؛ یعنی «اشخاص» و «اموال» (به عبارتی «حقوق اشخاص» و «حقوق اموال») تشکیل شده است؛ زیرا کتاب نخست قانون مدنی فرانسه در مورد «اشخاص» و کتاب دوم و سوم هر دو در مورد «اموال» است؛ به این بیان که کتاب دوم قانون مدنی فرانسه در مورد اموال و مالکیت و حقوق عینی دیگر (حق انتفاع و ارتفاق) است و کتاب سوم آن در مورد اسباب تحصیل مالکیت است که به این مناسبت از تعهدات و قراردادهای به‌عنوان یکی از منابع تحصیل مالکیت، صحبت شده است.

بر این مبنا قانون مدنی ایران نیز در واقع به دو بخش کلی: «اشخاص» و «اموال» تقسیم شده است (جلد اول، اموال و جلد دوم، اشخاص) و جلد سوم قانون مدنی، که راجع به ادله اثبات دعواست، خارج از قانون مدنی بوده که در نبود قانون آیین دادرسی مدنی به آن افزوده شده

1. خاطر نشان می‌سازد که بخش تعهدات قانون مدنی فرانسه (از مواد 1101 تا 1666) در سال 2016 میلادی اصلاح و تغییراتی شگرف در آن ایجاد شده و شماره مواد نیز تغییر کرده است. با توجه به این که در زمان تدوین قانون مدنی ایران، قانون مدنی فرانسه، همان قانون سال 1404 میلادی بوده است، شماره‌های مواد استنادی در این مقاله، بر مبنای قانون قدیم فرانسه (قبل از اصلاحات) بیان شده و خواننده در صورت لزوم و نیاز به آگاهی از شماره جدید مواد و احیاناً تغییرات احتمالی می‌تواند این مواد را در قانون اصلاحی 2016 تطبیق دهد.

2. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشای قانون مدنی، (تهران: گنج دانش، 1999). ص 244.

است. بخشی از مواد جلد اول قانون مدنی ایران (کتاب اول) به بیان احکام کلی اموال و مالکیت اختصاص داده شده و کتاب دوم، راجع به اسباب مالکیت است. این تقسیم‌بندی، دقیقاً از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده که در کتاب دوم و سوم آن آمده است.

اما کتاب دوم از جلد اول قانون مدنی ایران (اسباب مالکیت) به چهار قسمت تقسیم شده است. ماده 140 قانون مدنی ایران که نخستین ماده این کتاب است، از ماده 711 ق.م. فرانسه (که نخستین ماده در کتاب سوم آن قانون، راجع به اسباب تملک است)، با تغییراتی که جهت انطباق آن با فقه انجام شده، اقتباس شده است. مطابق بند یک این ماده، یکی از اسباب تملک «احیای اراضی موات و حیازت مباحات» است که احکام آن در قسمت نخست این کتاب و بر اساس فقه امامیه تدوین شده است. بند دوم ماده 140 ق.م. یکی دیگر از اسباب تملک را «عقود و تعهدات» ذکر کرده است. قسمت دوم از این کتاب، عنوان «در عقود، معاملات و الزامات» به خود گرفته که به دو باب، تحت عنوان: «باب اول، در عقود و تعهدات به طور کلی» (مواد 300-133) و «باب دوم، در الزاماتی که بدون قرارداد ایجاد می‌شود» (مواد 777-301) تقسیم شده است. این تقسیم‌بندی نیز از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است.

عنوان سوم از کتاب دوم قانون مدنی فرانسه (از ماده 1101 ق.م.ف. به بعد) تحت عنوان: «قراردادها یا تعهدات ارادی به طور کلی»¹ نام‌گذاری شده که در آن، احکام و قواعد حاکم بر تعهدات به طور کلی و به ویژه قواعد عمومی قراردادها (شرایط انعقاد آن) و احکام کلی سقوط تعهدات بیان شده است.

عنوان چهارم از کتاب سوم قانون مدنی فرانسه (از ماده 1770 ق.م.ف. به بعد) به «الزاماتی که بدون اراده ایجاد می‌شوند»² نام‌گذاری شده و تحت این عنوان، قواعد کلی حاکم بر الزامات خارج از قرارداد (به ویژه مسئولیت مدنی)، بیان شده است.³

1. Des contrats ou des obligations conventionells en général.

2. Des engagements qui se forment sans convention.

3. نویسنده قانون مدنی بامهارت و درایت کامل به‌جای واژه فرانسوی «obligation» واژه «تعهد» و به‌جای واژه «engagement» کلمه «الزام» را استعمال کرده است. این، یک تغییر اصطلاح که صرفاً جنبه ادبی و نگارشی داشته باشد، نیست بلکه بار معنایی در آن نهفته است؛ واژه «تعهد» در مورد آن دسته از الزامات استعمال می‌شود که منبع آن‌ها عقد (اراده) است ولی «الزام»، یا «التزام» اعم از آن است و شامل «الزامات قراردادی و غیر قراردادی»، هر دو می‌شود (رش: السنهوری، عبدالرزاق، نظریه العقد (بیروت: دارالفکر، بی تا). ص 1).

بدین سان روشن است که مواد ابتدایی جلد اول قانون مدنی ایران (مواد 307-11) و به ویژه مواد 133 تا 707 و تقسیم‌بندی و تبویب آن از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده،^۱ اما مواد 808 تا 727 که راجع به ضمان قهری (الزامات خارج از قرارداد) است، عیناً از فقه امامیه اقتباس گردیده است.

از عناوین پنجم به بعد قانون مدنی فرانسه تا آخر مواد آن قانون، راجع به عقود معین است که نخستین قسمت آن، یعنی از ماده 0880 تا ماده 1777 راجع به عقد ازدواج و رژیم مالی زن و شوهر است و از ماده 1882 به بعد، قواعد و احکام بیع شروع می‌شود و به دنبال آن به ترتیب احکام سایر عقود معین، بیان شده است.

نویسنده قانون مدنی ایران بعد از بیان احکام ضمان قهری در باب دوم، باب سوم از قسمت دوم از کتاب دوم از جلد اول قانون را، ذیل عنوان «در عقود معینه مختلف» به بیان احکام عقود معین اختصاص داده و در نخستین فصل (از ماده 888 به بعد) احکام عقد بیع را بیان کرده، نه عقد نکاح؛ و از این جهت با قانون مدنی فرانسه که نخستین فصل را به عقد نکاح اختصاص داده است، متفاوت است. قانون‌گذار ما به ترتیب در فصول بعدی، عقود معین مالی را بیان کرده و احکام نکاح را در جلد دوم که مربوط به «اشخاص» است، ذکر کرده است. نکته درخور توجه آن که به جز در موارد جزئی که امکان دارد شکل یک ماده از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده و محتوی بر اساس فقه تنظیم شده باشد (مانند ماده 707 ق.م. در تعریف ودیعه که از ماده 1515 ق.م. فرانسه^۲ و ماده 666 ق.م. در تعریف وکالت که از ماده 1444 ق.م. فرانسه^۳ اقتباس شده

1. به عنوان نمونه ماده 133 ق.م.ا. از ماده 1101 قانون مدنی فرانسه اقتباس شده؛ ماده 133 مقرر داشته: «عقد عبارت از این است که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد بر امری نماید و مورد قبول آن‌ها باشد». ماده 1101 ق.م.ف. مقرر داشته است:

Art.1101: "Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs personnes, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose".

2. ماده 707 ق.م. ایران: «ودیعه عقدی است که به موجب آن، یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد برای آنکه مجاناً نگه دارد...». ماده 1515 قانون مدنی فرانسه مقرر داشته است:

Art.1915: "Le depot, en general, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature".

3. ماده 666 ق.م. ایران مقرر داشته: «وکالت عقدی است که به موجب آن، یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید؛ و ماده 777 ق.م. ایران مقرر داشته: «تحقق وکالت منوط به قبول وکیل است». ماده 1444 قانون مدنی فرانسه مقرر داشته است:

Art.1984: "Le mandate ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. le contrat ne se

است و...)، عمده مواد قانون مدنی ایران در این باب (باب سوم، در عقود معینه مختلفه) بر اساس فقه امامیه تدوین و تنظیم شده است و این امر از مطالعه مواد قانون و تطبیق آن با کتاب های فقه امامیه به آسانی روشن می گردد.

جلد دوم و سوم قانون مدنی نیز به همین شیوه تدوین شده است. البته جلد سوم راجع به ادله اثبات دعوی بوده که مربوط به آیین دادرسی مدنی و از مباحث قانون مدنی خارج است. به دلیل محدودیت حجم مقاله از بررسی تفصیلی آن ها خودداری می شود. البته تأثیرپذیری قانون گذار در این دو جلد به ویژه جلد دوم که راجع به حقوق اشخاص بوده از قانون مدنی فرانسه کمتر است. در عین حال از تقسیم بندی قانون مدنی فرانسه استفاده شده است. به اختصار باید گفت جلد دوم قانون مدنی به ده بخش تحت عنوان «کتاب» تقسیم شده که در انتخاب سرفصل ها و عناوین کتاب ها از عناوین جلد نخست قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است. عنوان کتاب اول از جلد دوم قانون مدنی «کلیات» نامیده شده که در آن احکام مختلفی بعضاً مربوط به حقوق اشخاص و قواعد حل تعارض و... ذکر شده و محتوای مواد آن با عنوان اول از کتاب اول قانون مدنی فرانسه که «در حقوق مدنی»^۱ است خیلی شباهت ندارد. کتاب دوم از این جلد «در تابعیت» بوده که از عنوان اول قانون مدنی فرانسه، «در تابعیت»^۲ اقتباس شده است. کتاب سوم با اقتباس از عنوان سوم قانون مدنی فرانسه «در اسناد سجل احوال»^۳ نامیده شده و کتاب چهارم با اقتباس از عنوان سوم قانون مدنی فرانسه «در اقامتگاه»^۴ و کتاب پنجم هم با اقتباس «در غایب مفقودالاثار»^۵ نامیده شده است. تا اینجا ترتیب قانون مدنی فرانسه رعایت شده اما از اینجا ترتیب به هم خورده است؛ در حالی که عنوان بعدی قانون مدنی فرانسه (عنوان ۵) «در نکاح»^۶ است، کتاب ششم قانون ایران «در قرابت» است. کتاب هفتم قانون مدنی «در نکاح» نامیده شده در حالی که عنوان بعدی قانون مدنی فرانسه «در طلاق»^۷ است. قانون مدنی ایران مباحث طلاق را ذیل کتاب نکاح آورده ولی قانون مدنی فرانسه در دو عنوان مجزا ذکر کرده است. کتاب هشتم از قانون مدنی ایران «در اولاد» نام دارد که مقتبس از

forme que par l'acceptation du mandataire".

مقایسه متن مواد قانون مدنی ایران با قانون مدنی فرانسه، اقتباس نویسنده قانون مدنی ایران از قانون مدنی فرانسه را ثابت می کند.

1. Des droit civils.
2. De la nationalité Française.
3. Des actes de l'état civil.
4. Du domicile.
5. Des absents.
6. Du mariage.
7. Du divorce.

عنوان هفتم قانون مدنی فرانسه است.^۱ کتاب نهم قانون مدنی ایران «در خانواده» است که در قانون مدنی فرانسه این عنوان وجود ندارد. کتاب دهم «در حجر و قیمومت» نام‌گذاری شده که مقتبس از عنوان «دهم قانون مدنی فرانسه است.^۲ به علاوه در قانون مدنی فرانسه سه عنوان دیگر، یعنی «در فرزندخواندگی»^۳، «ولایت والدین»^۴، «کبر و اشخاص کبیر قابل حمایت»^۵ و «هم خانگی»^۶، یا «زندگی مشترک زن و مرد بدون ازدواج» نیز، وجود دارد که برخی از آن‌ها در ذیل عناوین دیگر آمده و برخی هم در قانون مدنی ما نیامده است.

به نظر می‌رسد که اقتباس از قانون مدنی فرانسه در تدوین قانون مدنی ایران امری تصادفی نبوده، بلکه قانون مدنی فرانسه با اندیشه و مطالعه انتخاب شده است، زیرا بین دو نظام حقوق اسلام و حقوق رُم قدیم (که منبع قانون مدنی فرانسه بوده است) قرابت زیادی وجود دارد. حتی گفته شده که در تدوین قانون مدنی فرانسه نیز از فقه امامیه اقتباس شده و کتاب «جامع عباسی» تألیف شیخ بهایی جزء منابع قانون مدنی فرانسه ذکر شده است.^۷

2-1- تأثیر بنیادین فقه امامیه بر تعیین محتوای مواد قانون مدنی

این امر انکارناپذیر است که تأثیر فقه امامیه و نظام حقوق عرفی (قانون مدنی فرانسه و سایر قوانین) در شکل‌گیری و ساختار قانون مدنی ایران یکسان نیست. چنانکه گفته شد مواد اقتباسی از قانون مدنی فرانسه تا آنجا که با فقه امامیه مباینتی نداشته است، عیناً در قانون مدنی آمده است (مانند مواد 301 و 302 ق.م؛ که عیناً ترجمه مواد 1666 و 1777 ق.م. فرانسه است و ماده 299 که ترجمه ماده 1288 قانون مدنی فرانسه است)؛ اما در آنجا که محتوا با فقه امامیه مباینت داشته، آن را به‌طور ماهرانه تغییر داده تا با آن منطبق گردد. همچنین بخش عمده‌ای از مواد قانون مدنی عیناً از فقه امامیه اقتباس شده است. از اظهارات نویسندگان قانون مدنی در این خصوص استنباط می‌گردد که اگرچه ایشان در تقسیم‌بندی کلی قانون مدنی، از قانون مدنی فرانسه و مصر

1. De la filiation.

2. De la minorité de la tutelle et de l'émancipation.

3. De la filiation adoptive.

4. De l'autorité parentale.

5. De la majorité et des majeures protégés par la loi.

6. De pacte civil de solidarité et du concubinage.

7. بهرامی احمدی، حمید، «تاریخچه تدوین قانون مدنی ایران»، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق، شماره 24 (1333)، ص 55.

(مقتبس از قانون مدنی فرانسه) و نیز قانون مدنی عثمانی (مجلة الاحکام العدلیه) استفاده کرده، ولی محتوی بر اساس فقه امامیه تهیه شده و هدف وی تدوین فقه امامیه به سبک جدید و به شکل قانون بوده است. خود او در این خصوص نوشته است:

«در موقع سلطنت مظفرالدین شاه، مدارس در ایران به طریق جدید تأسیس شد. در آن موقع بر حسب اصرار بعضی از کتاب‌فروشی‌ها، کتاب‌هایی راجع به شرعیات و احکام فقهیه برای تدریس در مدارس نو شتم و منتشر شد.^۱ پس از آنکه وارد عدلیه شدم و قوانین تشکیلات و اصول محاکمات و غیره از مجلس گذشت، به خیال افتادم که راجع به معاملات، احکام فقهیه را مفصل‌تر از آنچه در شرعیات نوشته‌ام، بنویسم. آقا میرزا عیسی خان علی‌آبادی که در آن موقع؛ یعنی از 1330 قمری، رئیس کابینه وزارت عدلیه بود، اصرار کرد که آن را به ترتیب مواد قانونی بنویسم که شاید وقتی به کار آید. من هم قبول کردم و به ترتیب قانون مدنی فرانسه و قوانین مدنی مصر و عثمانی، مواد قانون مدنی را تهیه کردم.»^۲

تأثیر فقه امامیه در تدوین مواد قانونی مدنی به حدی است که برخی از استادان حقوق، آن را «فقه فارسی» یا «متون فقه» نامیده‌اند،^۳ که تعبیر شایسته و با مسمایی است. برخی از تاریخ دانان حقوقی نیز معتقدند که تهیه قانون مدنی، «در حقیقت تدوین فقه امامیه موجود به صورت قانون کشوری بود».^۴

در تاریخچه تدوین قانون مدنی آمده، در ابتدا مقرر بوده قانون مدنی ایران بر مبنای قوانین مدنی کشورهای پیشرفته خارجی و با اقتباس از آن‌ها نوشته شود، ولی پیگیری‌های سخت‌کوشانه‌ی مرحوم دکتر مصدق و سید محسن صدر (صدرالاشراف) موجب تغییر عقیده وزیر وقت عدلیه شده است. در سخنرانی که مرحوم مصدق در 28 خرداد 1606 ه.ش. در مجلس شورای ملی و در حضور نمایندگان و آقای دکتر داور، وزیر عدلیه وقت ایراد کرده، آمده است:

1. این کتاب بعدها در سال 1777 به کوشش ناصر دولت‌آبادی، تحت عنوان: «فقه فارسی، سید محمد فاطمی قمی، به کوشش ناصر دولت‌آبادی» چاپ شده است (فاطمی قمی، سید محمد، پیشین، ص 106).

2. فاطمی قمی، سید محمد، پیشین، ص 105.

3. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، دائرةالمعارف عمومی حقوق، ج 1، چاپ اول، (تهران: گنج دانش، 1666). صص 4 و 32.

4. امین، سید حسن، تاریخ حقوق ایران، چاپ اول، (تهران: انتشارات دائرةالمعارف ایران شناسی، 1991). ص 442.

«... هر ملتی عقیده نداشته باشد، آن مملکت کارش زار می‌شود. پس باید مملکت را همیشه اصل اسلامیت حفظ کند، فقط...»¹

خلاصه خطابه دکتر مصدق آن است که با توجه به نقش مذهب امامیه در جامعه ایران، قانونی باید تصویب شود که منطبق با فقه امامیه باشد. نقل شده که پس از سخنرانی دکتر مصدق، آقای دکتر داور وزیر عدلیه به وی گفته است:

«من با شنیدن سخنان شما قانع شدم و تصمیم خود را عوض کردم. ما باید قانون مدنی ایران را با اقتباس از فقه اسلام تهیه کنیم»².

بدین سان تمام اعضای کمیسیون تدوین قانون مدنی، از مجتهدان و روحانیون باتجربه‌ای که نوعاً سابقه قضاوت در محاکم شرع را داشتند، به جز یک نفر که تنها تحصیلات حقوقی داشت (سید مصطفی عدل (منصورالسلطنه))، انتخاب شدند. البته وی نیز از خانواده عالم پرور بوده و پدر و برادر و عموی وی جزء علمای حوزه بودند.³

تأثیرپذیری قانون مدنی از فقه امامیه به حدی است که انتقاد برخی از روشنفکران را در پی داشته است؛ از جمله مرحوم دکتر سید علی شایگان یکی از نخستین کسانی که بر قانون مدنی ایران شرح نوشته در این زمینه اظهار داشته:

«طرز تألیف و روش قانون مدنی تقریباً تقلید بی تصرفی است از فقه و تقسیم‌بندی آن قانون هم نتیجه همین تقلید است. توضیح آن که مترجمین قانون مدنی سعی داشته‌اند حتی الامکان فصول و تقسیمات فقه را نگاه دارند و در آن دست نبرند و حال آن که بهتر بود در تدوین قانون مدنی، ترتیب و روش و تقسیم‌بندی قوانین جدید دنیا را هم در نظر می‌گرفتند. از فقها نمی‌توان چنین توقعی داشت ولی معلوم نیست سایر اعضای کمیسیون که به حقوق جدید آشنا بوده‌اند به

1. بهرامی احمدی، حمید، پیشین، ص 99.

2. همان، ص 40.

3. اعضای کمیسیون تدوین قانون مدنی عبارتند از: سید محمد فاطمی قمی، سید محسن صدر (صدرالاشراف)، شیخ علی‌بابا فیروز کوهی، سید نصرالله تقوی (سادات اخوی)، شیخ محمدرضا ابروانی، محمدعلی کاشانی، سید مصطفی عدل (منصورالسلطنه). برخی نویسندگان سید کاظم عصار را هم جزء اعضای کمیسیون دانسته‌اند ولی به نظر می‌رسد که وی بعداً به نمایندگی از علما، متن نهایی را به فقه عرضه کرده و مطابقت آن با فقه را اعلام داشته است (مبارکیان، عباس، چهره‌ها در تاریخچه آموزش عالی حقوق و دادگستری نوین، (تهران: انتشارات پیدایش، 1777). ص 277؛ زارعی رشکوئی، مسعود، «برگی از تاریخ، عدلیه نوین، اصلاحات نظام قضائی در عصر پهلوی اول»، مجله حقوقی گواه، شماره‌های 2.3 (1444) ص 88.

چه دلیل از اظهار نظر امتناع کرده، یا نتوانسته اند حرف خود را به کرسی بنشانند.¹ این متن تأثیر پذیری قانون مدنی از فقه امامیه را به خوبی ثابت می کند، هر چند سخن نویسنده در انتقاد از آن و ادعای عدم استفاده از قوانین جدید، مورد نقد است و چنانکه ثابت کردیم تقسیم بندی کلی و تبویب قانون مدنی و حتی برخی از مواد آن، عیناً از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است.

3-1- نقش مرحوم سید محمد فاطمی قمی در ساختار قانون مدنی و انطباق آن با فقه امامیه

آنچه مسلم است، نقش مرحوم سید محمد فاطمی قمی که عالمی سخت کوش و فقیهی با تقوی بوده، در تهیه قانون مدنی بر مبنای فقه امامیه، از سایرین متمایز است؛ زیرا اولاً، متن اولیه مواد قانون مدنی (دست کم جلد اول که مشتمل بر 555 ماده است) انشای ایشان است؛ ثانیاً، آن گونه که از آثار تاریخی استنباط می گردد، ایشان سال ها قبل از تصویب قانون مدنی (1707)؛ یعنی در سال های 1277 و 1288، مواد قانون مدنی را (با همان روشی که ذکر شد) انشاء و تدوین کرده و به این دلیل حتی قبل از تصویب قانون مدنی، در سال 1505 عصای مرصع به عنوان جایزه، از سوی رضاشاه، به وی اعطاشده است.² وی فقیه و مجتهدی برجسته، قاضی عادل و محقق سخت کوش و دارای شخصیتی والا و درس خوانده ای حوزه علمیه تهران بوده است؛ چنانکه آقای دکتر لنگرودی در مدح و ستایش ایشان گفته اند:

«قانون مدنی ایران را مجتهدی توانا، بر اساس فقه نوشته است».³

شاید اگر مرحوم سید محمد فاطمی قمی نبود در آن کشاکش و برخوردها و مبارزه پنهان و آشکاری که بین دو موج اسلام گرایی و تجددخواهی در آن دوران وجود داشت،⁴ سرنوشت دیگری در انتظار قانون مدنی بود. فقاها و دانش نظری او و تجربه عملی وی در دادگستری از یک سو و ایمان و اعتقاد راسخی که به فقه اسلامی داشت از سوی دیگر که موجب اعتماد

1. شایگان، سید علی، پیشین، ص 99.

2. رک: نائینی، احمد رضا، «نقش رضاشاه در تهیه و تدوین قانون مدنی»، مجله پیام بهارستان، دوره 2، سال 1، شماره 3 (1888) ص 606 به بعد.

3. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، قوة قدسیه، چاپ اول، (تهران: انتشارات گنج دانش، 1333). ص 155.

4. کاتوزیان، امیر ناصر، شیوه تجربی تحقیق در حقوق، چاپ اول، (تهران: شرکت سهامی انتشار، 1999). ص 111.

اسلام‌گرایان و روشنفکران آن زمان نسبت به تجربه، درایت و دیانت وی شده بود، همچنین بیان سحرآمیز او در انشای مباحث حقوقی که زبانزد بوده است،^۱ سبب شد تا اثر ماندگاری خلق شود که تأیید روشنفکران و تنفیذ فقیهان و مجتهدان را به همراه داشته باشد.

2- نحوه تدوین و تصویب قانون مدنی با اقتباس از منابع آن

چنانکه گفته شد به دلیل عدم سابقه قانون‌نویسی، نویسندگان قانون مدنی در نحوه تنظیم مواد و ابواب قانون مدنی از قانون مدنی فرانسه، اقتباس کرده‌اند؛ اما در آنجا که محتوای مواد اقتباسی با فقه امامیه مغایرت داشته، آن را به‌طور ماهرانه تغییر داده تا با فقه امامیه منطبق گردد. این امر در برخی موارد خلأ و نقصان‌هایی را موجب شده است. در اینجا نمونه‌هایی از این نوع اقتباس‌ها را بیان و به برخی نقصان‌ها اشاره می‌کنیم.

1-2- نمونه‌هایی از تغییر محتوای مواد قانونی اقتباس‌شده، جهت انطباق با فقه امامیه

در قانون مدنی نمونه‌های متعددی وجود دارد که نویسندگان شکل و قالب را از قانون مدنی فرانسه گرفته، اما محتوا را برای انطباق با فقه امامیه تغییر داده‌اند. به‌عنوان مثال، ماده 255 قانون مدنی ایران در مبحث اول از فصل ششم (در سقوط تعهدات)، از باب اول (در عقود و تعهدات به‌طور کلی)، از قسمت دوم (در عقود و معاملات و الزامات)، از کتاب دوم (اسباب تملک) از جلد اول قانون مدنی تحت عنوان: «در وفای به عهد» واقع است. این فصل و عنوان آن از بخش پنجم از عنوان سوم از کتاب سوم قانون مدنی فرانسه با عنوان: «در سقوط تعهدات»^۲، اقتباس شده است. قسمت اول این بخش در قانون مدنی فرانسه با عنوان «Du payment» نامیده شده که در چند ماده احکام ایفای تعهد را بیان کرده است. نویسنده قانون مدنی این عنوان را به «در وفای به عهد» ترجمه کرده و عنوان مبحث اول از فصل ششم قرار داده است. نخستین ماده از فصل مربوط به وفای به عهد در قانون مدنی فرانسه، ماده 1255 بوده که ماده 255 قانون مدنی ما از آن اقتباس شده است. ماده 1255 ق.م. فرانسه^۳ مقرر داشته: «هر پرداختی مستلزم وجود دین

1. مبارکیان، عباس، پیشین، ص 88.

2. De l'extinction des obligations

3. چنانکه قبلاً اشاره شد بخش تعهدات قانون مدنی فرانسه (از مواد 1101 تا 1666) در سال 2016 میلادی اصلاح و تغییراتی شگرفی در آن ایجاد شده و شماره مواد نیز تغییر کرده است. با توجه به این که در زمان تدوین قانون مدنی ایران، قانون مدنی فرانسه، همان قانون سال 1404 میلادی بوده است، شماره‌های مواد بر مبنای قانون قدیم فرانسه (قبل از

است: آنچه بدون وجود دین پرداخت شده، موضوع استرداد قرار می‌گیرد.^۱ اما ماده 255 قانون مدنی ایران با تغییراتی که نویسنده قانون اعمال کرده، مقرر داشته است: «هر کس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است؛ بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد، بدون اینکه مقروض آن چیز باشد، می‌تواند استرداد کند».

ملاحظه می‌شود، نویسنده قانون مدنی چگونه عبارات ماده 1255 قانون مدنی فرانسه را در جهت انطباق با فقه تغییر داده است. نویسندگان حقوقی و رویه قضائی فرانسه از عبارات ماده 1255 ق.م. فرانسه این گونه استنباط کرده‌اند که پرداخت، اماره مدیونیت پرداخت کننده است و هر کس مالی به دیگری پرداخت کند، فرض بر این است که دین خود را پرداخته است، مگر آنکه عدم مدیونیت خود و این که به اشتباه و به تصور مدیون بودن، پرداخت کرده را ثابت نماید.^۲ اما نویسنده قانون مدنی ایران، چون «اماره مدیون بودن پرداخت کننده» را خلاف شرع می‌دانسته، عبارات ماده را تغییر داده تا چنین برداشتی از آن نشود. عبارت «هر کس مالی را به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است»، به این معناست که کسی مجانی مالی را به دیگری نمی‌دهد و قصد بخشش و تبرع ندارد؛ یا او بدین وسیله بدهی خود را پرداخته و یا آن را به عنوان قرض، یا وکالت داده است تا بعداً مسترد نماید، یا دریافت کننده آن را به مصرف معین برساند. بخش دوم ماده نیز تفسیر بخش نخست است و مقرر داشته: «بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد، بدون اینکه مقروض باشد، می‌تواند استرداد کند».

حال اگر بین پرداخت کننده و دریافت کننده در مورد وجود دین، اختلاف شود، مطابق اصل براءت، مدعی دین (دریافت کننده)، باید وجود آن را ثابت کند و در صورت عدم اثبات، باید آنچه را دریافت کرده، مسترد نماید. عدم توجه به این واقعیت که در تفسیر مواد قانون مدنی باید به منابع فقه امامیه توجه داشت تا به قانون مدنی فرانسه،^۳ موجب شده تا در تفسیر ماده 255

اصلاحات 2016) است و خواننده در صورت لزوم و آگاهی از شماره جدید مواد و احیاناً تغییرات احتمالی می‌تواند این مواد را در قانون اصلاحی 2016 تطبیق دهد.

1. Art.1235: "Tout paiement suppose une dette. ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition".

2. Mazeau, H. J. et Chabas, F. Leçons de droit civil, T.II, V.I, Obligations, (Pari: Montchretien, 1998). p. 891; Terré F., Simlé, ph-, Lequett, Y., Droit civil, les obligations, (Paris: Dalloz, 1999). p. 891.

3. الشریف، محمد مهدی، منطق حقوق، چاپ دوم، (تهران: شرکت سهامی انتشار، 1992). ص 622 به بعد.

قانون، تلاش بی حد انجام شود تا ثابت شود این ماده در صدد ایجاد اماره مدیونیت پرداخت کننده است.¹

مصادیق متعدد دیگری در قانون مدنی وجود دارد که نویسنده قانون، قالب را از قانون مدنی فرانسه گرفته، اما محتوا را بر اساس فقه اسلامی طرح ریزی و تغییر داده است؛ به عنوان مثال ماده 29 قانون مدنی (مقتبس از ماده 333 ق.م. فرانسه)، ماده 140 ق.م. (مقتبس از ماده 711 ق.م. فرانسه) و ماده 277 (مقتبس از مواد 1299 به بعد ق.م.ف.) و ماده 606 ق.م. (مقتبس از ماده 1772 ق.م.ف.) از این دسته مواد هستند.²

2-2- تأیید قانون مدنی از سوی فقها و مراجع تقلید، به ویژه شیخ عبدالکریم حائری یزدی، مؤسس حوزه علمیه قم

به رغم اینکه نویسنده قانون مدنی خود از فقهای تراز اول و به خوبی به فقه آگاه بوده است و اعضای کمیسیون نهایی تدوین قانون مدنی نیز تماماً (به جز یک نفر) از فقیهان بوده اند و هم تلاش آنان تدوین قانونی مطابق فقه اسلام بوده است، پس از نهایی شدن متن پیش نویس قانون مدنی، آن را به نظر برخی از فقها و مراجع تقلید عصر رسانده و آن ها انطباق آن با فقه امامیه را تأیید کرده اند. در تاریخچه تدوین قانون مدنی آمده است که:

«متن قانون مدنی (جلد اول) پس از اتمام ماشین نویسی در دادگستری، به منظور تأیید علما، فقها و مجتهدین وقت به نظر حضرات عظام آیت الله بهبهانی، آیت الله امام جمعه خوئی و آیت الله حاج آقا جمال الدین اصفهانی، رسید و مورد استفتاء قرار گرفت. مراجع عظام آقای شیخ [سید] محمد کاظم عصار و شیخ علی بابا فیروز کوهی را به نمایندگی از خود مأمور مطالعه و تدقیق در مفاد قانون مدنی کردند. اینان نیز با اندکی تغییرات جزئی تمام مواد را تأیید و تنفیذ

1. کاتوزیان، امیر ناصر، حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها، ج 4، چاپ دوم، (تهران: شرکت سهامی انتشار، 1666). ص 44 به بعد.

2. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک: الشریف، محمد مهدی، منطق حقوق، ص 444 به بعد؛ همو، «درنگی در تاریخچه ی تدوین قانون مدنی ایران»، مجله علمی تخصصی حقوقی دانشگاه اصفهان، شماره 6 (1777) ص 91 به بعد؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، چاپ اول، (تهران: گنج دانش، 1882). ص 66 به بعد؛ همو، مجموعه محشای قانون مدنی؛ ره پیک، سیامک، مروری بر منابع و مستندات قانون مدنی ایران در قواعد عمومی قراردادها، فصل نامه مدرس علوم انسانی، ویژه نامه حقوق، (بهار 1444)، ص 55 به بعد.

کردند»^۱.

در متون مختلف گفته شده که مرحوم آیت الله شیخ عبدالکریم حائری یزدی، مؤسس حوزه علمیه قم و مرجع تقلید آن دوران در قم، قانون مدنی را رؤیت کرده و آن را تأیید نموده است. نگارنده منبع دقیق این سخن را نیافته ولی چهار تن از نویسندگان و اساتید حقوقی آن را در نوشته‌های خود نقل کرده‌اند. استاد محترم دکتر بهرامی احمدی در مقاله‌ای که در خصوص تاریخچه قانون مدنی نگاشته‌اند و نگارنده از آن بهره‌های زیاد برده، در انتهای مقاله به این نکته اشاره کرده، ولی منبع آن را ذکر نکرده‌اند. عبارت ایشان این است: «گفته شده که متن قانون مدنی به نظر و تأیید مرحوم حاج شیخ عبدالکریم حائری، آیت الله مؤسس و مرجع تقلید وقت نیز رسیده است»^۲.

استاد فقه و حقوق، دکتر سید مصطفی محقق داماد نیز در مصاحبه‌ای ضمن نقل سخن دکتر بهرامی در تأیید آن اظهار داشته‌اند:

«من از یکی از دوستانم که پدرشان، مرحوم حاج شیخ عبدالکریم را درک کرده بودند و از شاگردان حاج میرزا محمد ارباب قمی بودند، شنیدم که پدرشان نقل کرده وقتی قانون مدنی را نزد حاج شیخ آوردند، ایشان گفتند، این که همان فقه ماست، فقط شما به جای «مسئله» از واژه «ماده» استفاده کرده‌اید»^۳. ایشان در ادامه در پاسخ به این سؤال که آیا این کار توسط مرحوم سید محمد فاطمی قمی انجام شده است، گفته‌اند:

«نمی‌دانم ولی قاعدتاً باید کار ایشان بوده باشد، چون ایشان از تدوین کنندگان اصلی قانون مدنی بود و با حاج شیخ رابطه خوبی داشت و حاج شیخ را وصی خود کرده بود. خلاصه این که حاج شیخ گفته، شما این را عیناً از شرایع ترجمه کرده و به جای مسئله ماده گذاشته‌اید»^۴.

همچنین آقای مبلغی یکی از فضلای حوزه، در این خصوص اظهار داشته‌اند: «مرحوم حائری یزدی با مرحوم فاطمی قمی ارتباط داشته و فاطمی مرید مرحوم حائری بوده است. مرحوم حائری از شخصیت‌های نادری است که جامعه را خیلی خوب می‌شناخته است و بعید است که

1. زارع رشکونیه، مسعود، پیشین، ص 88.

2. بهرامی احمدی، حمید، پیشین، ص 51، پاورقی شماره 8.

3. محقق داماد، سید مصطفی، فتحی، علی اشرف، «ناگفته‌ها از تأسیس حوزه ی علمیه ی قم»، در گفتگو با آیت الله دکتر سید مصطفی محقق داماد، شهر قانون، شماره 9 (1333) ص 29.

4. همان، ص 30.

مرحوم سید محمد فاطمی قمی با تمام ارادتی که به ایشان داشته، بدون اجازه مرحوم حائری یا بدون مشورت با ایشان وارد آن کمیسیون شده باشد و ایشان را از تدوین قانون مدنی مطلع نکرده باشد.¹

سرانجام آقای عباس مبارکی، نویسنده و پژوهشگر، در کتاب «چهره‌ها در تاریخچه آموزش عالی حقوق و دادگستری نوین» در این خصوص نوشته:

«بر اساس گفته عده‌ای، پیش از استفتاء از علمای تهران، سید محمد فاطمی مواد قانون مدنی را به قم نزد حاج شیخ عبدالکریم حائری یزدی، مرجع معظم تقلید و مؤسس حوزه علمیه قم برده و نظر ایشان را جویا می‌شود. آقای حائری پس تأیید مواد تهیه‌شده توصیه می‌کند که به جای شماره «مواد» لفظ «مسئله» ذکر شود. به عنوان مثال مسئله 1 مسئله 2 والخب».²

3-2- شیوه و منبع تفسیر قانون مدنی

قانون مدنی بی‌نیاز از تفسیر نیست زیرا روشن است که پیش‌بینی تمام حوادث و مسائلی که در آینده ممکن است رخ دهد در یک قانون غیرممکن است؛ دادرس در مقام دادرسی و احقاق حق و حقوق‌دان در مقام افتا و نظریه‌پردازی و تطبیق موارد جزئی بر امور کلی، ناچار از تفسیر قانون است. با توجه به پیشینه تاریخی قانون مدنی و این که هم نویسنده آن بر تدوین قانونی منطبق با فقه امامیه بوده، حتی قبل از انقلاب و پیش از تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی و ایجاد «اصل راهنمای تفسیر»³ در اصول دوم و چهارم، واصل 177 قانون اساسی، جمع‌کنندگی از حقوق‌دانان و دادرسان در تفسیر قانون مدنی تلاش می‌کردند با الهام از اندیشه‌های فقیهان امامیه، مفهوم و محتوای مواد قانون مدنی را تبیین و به اصطلاح، آن را تفسیر کنند. به تعبیر استاد دکتر کاتوزیان این افراد «می‌کوشیدند تا از احکام اسلامی و اندیشه‌های فقیهان الهام بگیرند و پیراستن جامه کهن خویش را بر عاریت جامه دیگران ترجیح دهند».⁴ این گروه با استفاده از عبارت

1. مبلغی، محمد، «تأثیرات فقه‌های قم بر قوانین ایران»، شهر قانون، شماره 9 (1333) ص 88.

2. مبارکیان، عباس، پیشین، ص 277.

3. نگارنده اصطلاح «اصل راهنمای تفسیر» را از کتاب منطق حقوق، تألیف دوست و استاد گرانمایه، جناب آقای دکتر مهدی الشریف، اقتباس و استفاده کرده است که لازم است آن را یاد آور شود (رش: الشریف، محمدمهدی، منطق حقوق، ص 991 به بعد).

4. کاتوزیان، امیر ناصر، شیوه تجربی تحقیق در حقوق، ص 125.

«عرف و عادت مسلم» که در ماده 3 قانون آیین دادرسی مدنی سابق وجود داشت، قانون مدنی را بر اساس نظر مشهور فقیهان امامیه و مبانی اقتباسی از آن تفسیر می‌کردند.¹ البته روشن است که به لحاظ حقوقی در آن زمان چنین الزامی وجود نداشت و دین‌باوری و اعتقاد شخصی این گروه، آن‌ها را به این وادار می‌کرد.² به همین دلیل در مقابل، گروهی دیگر به نحوی عمل می‌کردند که گویی شریعت و فقهی وجود ندارد و این کشور، یک کشور لائیک و قانون مدنی هم یک قانون لائیک است. به تعبیر استاد دکتر لنگرودی «شارحان آن قانون تحت تأثیر مد روز (که تغییر تاریخ هجری شمسی [قمری] از آثار آن است) قانون مدنی را به‌سوی لائی سیزم سوق داده‌اند که معلوم نیست چه نتیجه معقولی به دست آورده‌اند».³

3- خلأها و ابهامات قانون مدنی و علل آن

به‌رغم استحکام مبانی قانون مدنی و دقت نظری که نویسندگان آن داشته، همانند هر کار دیگری، دارای نواقصی و ابهاماتی است که با مطالعه متن قانون مدنی و مراجعه به کتب حقوقی که در شرح و تفسیر آن نگاشته شده، می‌توان به موارد آن آگاه شد. به‌عنوان مثال می‌توان به نقص قانون در مورد عقد شرکت (ماده 771)، ضمانت اجرای نقض تعهد قراردادی (ماده 221 به بعد) و اسباب سقوط تعهد (ماده 233 به بعد) و ... اشاره کرد.⁴ در این مبحث ابتدا علل این ابهام‌ها و سپس برخی مصادیق آن را به اختصار بررسی می‌کنیم.

1-3- علل و عوامل ایجاد ابهام در مواد قانون مدنی

نواقص و ابهامات قانون مدنی را می‌توان ناشی از چند علت دانست:

الف- قانون مدنی نخستین متنی است که به‌عنوان یک قانون جامع در ایران نوشته شده و اگرچه قبل از آن، قوانین پراکنده و در موارد خاص تدوین شده بود، ولی هیچ کدام به وسعت و جامعیت قانون مدنی نبوده است. اهمیت و جامعیت قانون مدنی به حدی است که لغو نظام

1. الشریف، محمد مهدی، منطق حقوق، ص 424.

2. کاتوزیان، امیر ناصر، شیوه تجربی تحقیق در حقوق، ص 125.

3. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، ص 66.

4. برای مطالعه برخی نواقص قانون مدنی رک: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی، جلد چهارم، (تهران: گنج دانش، 1888). صص 2777 و 2888.

کاپیتولاسیون منوط به تصویب آن شده بود.¹ بنابراین طبیعی است که این متن به‌عنوان نخستین تجربه قانون‌گذاری در ایران، نواقصی داشته باشد. به تعبیر یکی از استادان حقوق: «واضعین قانون مدنی در کار خود مبتکر بوده‌اند و برای مبتکرین هر امر، افتخار ابتکار کافی است».²

ب- منابع دو‌گانه قانون مدنی؛ یعنی قانون مدنی فرانسه و فقه امامیه. اگرچه سعی نویسنده قانون مدنی بر انطباق مواد قانون با فقه امامیه بوده، ولی گاه این امر به آسانی ممکن نشده و تغییرات اعمال‌شده در برخی مواد اقتباس‌شده از قانون مدنی فرانسه نواقصی را در قانون ایجاد کرده است.

ج- منابع فقهی که مورد رجوع نویسنده قانون مدنی ایران بوده. آن‌گونه که نقل شده، دو کتاب شرائع الاسلام، تألیف محقق حلی و شرح لمعه، تألیف شهید ثانی منابع اصلی مورد رجوع نویسندگان قانون مدنی بوده است.

البته کتاب جواهر الکلام (که شرح شرائع الاسلام است) و مکاسب شیخ انصاری (که صرفاً در مورد بیع، خیارات و شروط ضمن عقد است) هم مورد رجوع نویسنده قانون مدنی بوده است.³ کتاب شرائع مربوط به قرن هفتم هجری و کتاب شرح لمعه، از کتب قرن دهم هجری است. اما فقه امامیه به‌ویژه بعد از تألیف کتاب مکاسب (در اواخر قرن 13 هجری) تحول چشم‌گیری به خود دیده، به گونه‌ای که مبدأ یکی از ادوار فقه امامیه قرار گرفته است، اما چون دو کتاب شرائع و شرح لمعه جزء کتب مشهور فقهی است، به گونه‌ای که قرن‌ها کتاب شرائع، کتاب درسی حوزه‌های علمیه بوده و قریب دو سه قرن است که کتاب شرح لمعه جای آن را گرفته و کتاب درسی رسمی حوزه شده، این دو کتاب منبع اصلی و محل رجوع نویسنده قانون مدنی بوده است. از سوی دیگر کتاب جواهر شرح شرائع است و چون کتاب مکاسب هم مشتمل بر تمام ابواب فقه (از جمله عقود

1. شایگان، سید علی، پیشین، 77.

2. شایگان، سید علی، همان، ص 66.

3. سید محسن صدر (صدر الاشراف) یکی از اعضای کمیسیون تدوین قانون مدنی در خصوص چگونگی مراجعه و استفاده از آرای فقها، چنین اظهار داشته است: «در کمیسیون مقرر شد که چون فتاوی علمای اعصار اخیر اغلب مطابق آرای مشهور متأخرین از فقهای درجه اول، یعنی از زمان شیخ طوسی و محقق حلی به بعد است، قانون، مطابق رأی مشهور از علمای متأخرین تدوین شود... چه بسا لازم بود برای یک ماده به چندین کتاب از کتب مفصله فقهی مراجعه شود و غالباً مباحثات در یک ماده دو، سه جلسه طول می‌کشید و قواعد علامه، شرح لمعه شهیدین، شرائع محقق و مکاسب شیخ انصاری، متون اصلی مورد مراجعه کمیسیون مزبور بود» (زندیه، حسین و ده پهلوانی، طلعت، «جایگاه روحانیت در مدرنیزاسیون قضائی و تدوین قانون مدنی در عصر پهلوی»، پژوهش‌های تاریخی، شماره 4 (1991) ص 81).

معین، ارث، وصیت، غصب، دیات و ...) نیست، پس باید اذعان داشت که قانون مدنی نوعاً بر مبنای کتاب‌های شرائع و شرح لمعه تدوین شده که مربوط به قرن هفتم و دهم هجری بوده و منعکس‌کننده آرا و اندیشه‌های فقهی در آن دوران است. دقت در برخی مواد قانون مدنی (از جمله ماده 771 ق.م. در مورد شرکت) این امر را ثابت می‌کند.

د- دلیل دیگری که برخی نویسندگان برای نواقص قانون مدنی ذکر کرده‌اند، تعجیل و شتابی بوده که جهت الغای کاپیتولاسیون، در تصویب قانون مدنی وجود داشته است.¹ به گونه‌ای که جلد نخست قانون مدنی (مشمول بر 555 ماده) در قالب یک ماده واحده و به صورت یکجا در 18 اردیبهشت ماه 1707 شمسی به تصویب مجلس شورای ملی رسیده است.

2-3- نقد و تحلیل چند نمونه از خلأها و ابهامات قانون مدنی

1-2-3- عقد شرکت - ماده 171 ق.م.

قانون مدنی فصل هشتم از باب سوم (از قسمت دوم، از کتاب دوم (در اسباب تملک) از جلد اول) را که تحت عنوان «در عقود معین» است، به «شرکت» اختصاص داده؛ و در نخستین ماده از آن (ماده 771) «شرکت» را تعریف کرده که این ماده عیناً ترجمه عبارت کتاب شرائع است. در این ماده قانون‌گذار، در حقیقت، عقد شرکت را تعریف نکرده، بلکه مال مشاع (یکی از معانی شرکت) را تعریف نموده است. چون در فقه امامیه «شرکت» دارای دو معناست: 1- مال مشاع؛ 2- عقد شرکت.

در ادوار نخستین فقه (متقدمان) «شرکت» تنها به معنای مال مشاع استعمال می‌شد و فقها منکر عقدی به نام شرکت بودند و نیازی هم به آن احساس نمی‌کردند. از جمله در کتاب شرائع، شرکت، صرفاً به معنای مال مشاع تعریف شده و از عقد شرکت ذکر می‌شود،² اما به مرور (ابتدا در عصر شهید ثانی به بعد)، وجود عقدی به نام «شرکت» پذیرفته شد که اثر آن، اذن در تصرف در مال مشاع بود.³ سپس، صاحب جواهر (قرن 13) ضمن تأکید بر وجود عقد شرکت، اثر آن را ایجاد اشاعه دانست، نه صرف اذن در تصرف؛ اما شرط لازم برای انعقاد این

1. شایگان، سید علی، پیشین، ص 77.

2. عبارت شرائع این است: «الشركة اجتماع حقوق الملاك في شيء الواحد، على سبيل الشیاع» (حلی (محقق حلی)، نجم الدین حسن، شرائع الاسلام، تصحیح: محمد علی بقال، ج 2، (قم: مؤسسه اسماعیلیان، 1808 هـ ق.). ص 104).

3. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین، مسالک الافهام، ج 4، (قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، 1313 هـ ق.). ص 301.

عقد را، امتزاج مادی مال موضوع شرکت بیان کرد.¹ پس از آن، ابتدا از سوی صاحب عروه این شبهه مطرح شد که چرا برای انعقاد عقد شرکت، باید «امتزاج مادی مال» صورت گیرد؟ اما وی در نهایت تحت تأثیر اجماع فقیهان سلف، نظر مشهور را تأیید کرد؛ اما بعد از او به مرور در وجود اجماع نسبت به لزوم «امتزاج مادی مال» برای انعقاد عقد شرکت، تردید ایجاد شد و در نهایت فقها پذیرفتند که اولاً، عقدی به نام شرکت وجود دارد؛ ثانیاً، برای تحقق آن، امتزاج مادی مال موضوع شرکت لازم نیست، بلکه عقد شرکت بدون امتزاج مادی منعقد می‌شود و با انعقاد آن، اشاعه و شرکت محقق می‌شود.²

اما نویسنده قانون مدنی بی توجه به این تحولات فقهی و با اقتباس از کتاب شرائع، «شرکت» را منحصر به مال مشاع دانسته و به رغم ذکر آن در ذیل عنوان فصل هشتم از باب سوم که «در عقود معینه» است، از عقد شرکت سخنی به میان نیاورده، صرفاً مال مشاع را تعریف و احکام آن را بیان کرده است و احکام عقد شرکت در هاله‌ای از ابهام باقی مانده است.

2-2-3- مسئولیت قراردادی - ماده 221 ق.م.

فصل سوم از باب اول (از قسمت دوم، از کتاب دوم (در اسباب تملک) از جلد اول) قانون مدنی به عنوان «در اثر معاملات» نامیده شده؛ باب اول به طور کلی در مورد تعهدات قراردادی و

1. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح الشرائع الاسلام، ج 26، (بیروت: دار احیاء التراث العربی، 1404 هـ.ق.)، ص 288.
2. به نظر می‌رسد این نظریه را ابتدا سید محمد کاظم طباطبایی یزدی در کتاب عروه مطرح کرده، هرچند در نهایت از آن پیروی نکرده و تسلیم اجماع فقیهان سلف شده است و برای فرار از آن، توسل به حیل شرعی را پیشنهاد کرده و اظهار داشته است که «احتیاط ایجاب می‌کند که هرگاه طرفین بخواهند، بدون امتزاج مادی و نسبت به دو یا چند مال غیر مختلط (غیر ممزوج) عقد شرکت منعقد نمایند، بدو به وسیله صلح یا عقد بیع، اشاعه ایجاد کنند، سپس بر روی آن، عقد شرکت منعقد نمایند» (طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی مع التعليقات، ج 2، (قم: انتشارات مدرسه امام علی، 1828 هـ.ق.)، ص 323)؛ بعد از وی آیت الله خوئی این نظریه را تأیید کرده و در تحقق اجماع، برخلاف آن، تردید کرده است (خوئی، سید ابوالقاسم، مبانی العروه الوثقی، ج 1، (قم: مدرسه دارالعلم، 1909 هـ.ق.)، ص 244)؛ اکثر فقهای بعد از وی و به ویژه فقهای معاصر نیز از این نظریه پیروی کرده‌اند (سیستانی، سید علی، منهاج الصالحین، ج 2 (قم: انتشارات دفتر آیت الله سیستانی، 1717 هـ.ق.)، صص 177، 181؛ طباطبایی حکیم، سید محمد سعید، منهاج الصالحین، ج 2، چاپ اول (بیروت: دارالصفوه، 1515 هـ.ق.)، ص 177 به بعد)، به گونه‌ای که در کتاب‌های فقهی معاصر از شرکت به دو عنوان «عقدی» یا «عقد شرکت» و «غیر عقدی»؛ یعنی مال مشاع یاد شده است (سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام، ج 20، چاپ چهارم، (قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله، 1313). ص 18 به بعد؛ سیستانی، سید علی، همان، ص 177؛ هاشمی شاهرودی، سید محمود، بحوث فی الفقه، کتاب الشریکه، الطبعة الاولى، (قم: مؤسسه الفقه و معارف اهل البیت، 1444). ص 9؛ هاشمی شاهرودی، سید محمود، منهاج الصالحین، الطبعة السابعة، (قم: مؤسسه الفقه و معارف اهل البیت، 1444) ص 161).

احکام و آثار قراردادها است و فصل سوم آن در حقیقت از بخش سوم از عنوان سوم از کتاب سوم قانون مدنی فرانسه اقتباس شده که با عنوان «در آثار تعهدات»^۱ از ماده 1144 تا ماده 1155 ق.م.ف. احکام و آثار تعهدات قراردادی را بیان کرده است. نویسنده قانون مدنی به جای «تعهد»، از واژه «معامله» استفاده کرده است. قانون مدنی فرانسه با ایجاد این فصل، به ویژه از ماده 1142 تا ماده 1155 که به بیان احکام و آثار «مسئولیت قراردادی» (مسئولیت ناشی از نقض تعهد قراردادی) اختصاص داده شده، بین «مسئولیت قراردادی» و «مسئولیت غیر قراردادی» که احکام آن در مواد 1770 تا ماده 1666 بیان شده، تفکیک قائل شده و دو نظام مسئولیت مدنی (قراردادی و غیر قراردادی) ایجاد کرده است.^۲

نویسنده قانون مدنی به تبعیت از قانون مدنی فرانسه، خواسته، یا ناخواسته دو نظام مسئولیت مدنی (قراردادی و غیر قراردادی) را به تفکیک بیان کرده و ماده 221 را با اقتباس از ماده 1142 قانون مدنی فرانسه و با تغییراتی در جهت انطباق با فقه امامیه، برای بیان مسئولیت قراردادی وضع کرده و احکام مسئولیت‌های غیر قراردادی را در مواد 300 به بعد بیان کرده است.

ماده 1142 قانون مدنی فرانسه مقرر داشته:

«در هر تعهد به انجام فعل، یا ترک فعل، در صورتی که متعهد نقض عهد کند، مسئول جبران خسارت است».^۳

اما ماده 221 قانون مدنی ایران مقرر داشته:

«اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند، یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط به این که جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد، عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون، موجب ضمان باشد».

نویسنده قانون مدنی ایران به هنگام اقتباس ماده 1142 قانون مدنی فرانسه، قسمت دوم را؛ یعنی عبارت «مشروط به این که جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح

1. De l'effet des obligation.

2. Malurrie, Ph., Aynès, L. et Stoffel-Munck, Ph., Droit civil, Les obligations, (Paris: Defrénois, 2003). p 459 et s.

3. Art.1142: " Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages intéréêt, en cas d'inexécution de la part du débiteur".

باشد...» را به عنوان شرط مطالبه خسارت ناشی از نقض تعهد قراردادی، به آن افزوده است و ظاهراً مطالبه خسارت ناشی از نقض تعهد قراردادی را منوط به تصریح در قرارداد، یا وجود عرف کرده است، یا این که قانوناً از موجبات ضمان باشد. اعمال این تغییرات و مقید کردن مطالبه خسارت ناشی از قرارداد به این قیود، موجب ابهام در مفهوم مسئولیت قراردادی در نظام حقوقی ما شده و حتی اعجاب برخی نویسندگان حقوقی را سبب شده که اگر از نقض یک قرارداد به متعهدله خسارتی وارد شود، چرا برای تحقق مسئولیت ناقض تعهد (متعهد)، نسبت به جبران آن باید در قرارداد به آن تصریح شود، یا عرف، یا قانونی در این خصوص وجود داشته باشد^۱ و در فقدان چنین وضعی، او مسئول نباشد! به این دلیل در صدد تفسیر آن برآمده‌اند. بررسی تفصیلی این ماده مجال دیگری می‌طلبد اما به اختصار به آن اشاره می‌کنیم.

مرحوم دکتر امامی، شارح اول قانون مدنی، بدون توجه به غوغایی که در تفسیر این ماده وجود دارد، به راحتی از آن عبور کرده و صرفاً به شرح مفردات و الفاظ آن بسنده کرده است.^۲ استاد دکتر لنگرودی هم به گذرا از این ماده رد شده و به نکات ابهام آن هیچ اشاره‌ای نکرده‌اند.^۳ گویی اصلاً ابهامی در آن وجود ندارد.

استاد دکتر کاتوزیان، به تفصیل به نقد و تحلیل این ماده پرداخته است. ایشان به خوبی دریافته‌اند که این ماده با این کیفیت، باید به هدفی وضع شده باشد، اما به رغم تجزیه و تحلیل زیاد آن، در کشف مبنای وضع آن به فرجامی قاطع نمی‌رسند، و این ابهام را همچنان باقی می‌گذارند. ایشان در نخستین اظهار نظر این قید را زائد دانسته و اظهار داشته‌اند:

« قطع نظر از مواردی که در قرارداد یا قانون به ضمان عهدشکنی تصریح می‌شود، حکم عرف درباره لزوم جبران خسارت، چنان قطعی و عام است که به دشواری می‌توان نمونه‌ای آورد که نقض عهد بشود و عرف مدیون عهدشکن را مسئول جبران خسارت نداند.»^۴ سپس ایشان با تعجب این سؤال را مطرح کرده‌اند: «چرا مسئولیت قراردادی در این ماده چهره استثنایی

1. مطابق ماد 220 قانون مدنی حکم عرف و قانون در یک قرارداد، به منزله تصریح در قرارداد است؛ به این معنا که اگر عرف یا قانون امری را تعهد یکی از طرفین قرارداد، بدانند آن امر تعهد قراردادی آن شخص محسوب شده و به منزله تصریح در قرارداد است.

2. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج 1، چاپ دوازدهم، (تهران: انتشارات اسلامی، 1772)، ص 266 به بعد.

3. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشای قانون مدنی، صص 192 - 133.

4. کاتوزیان، امیر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ص 606.

پیدا کرده و در قلمرو عمومی اتلاف و تسبیب قرار نگرفته است؟^۱ ایشان در ادامه تلاش می‌کنند پاسخ این سؤال را در قانون مدنی فرانسه که منبع قانون مدنی در این ماده بوده، بیابند و با شگفتی می‌نویسند:

«نویسندگان ما پاسخی به این پرسش‌ها نداده‌اند و شگفتی در این است که ماده 221 ق.م. در قانون مدنی فرانسه هم که در مبحث تعهدات مورد اقتباس نویسندگان قانون مدنی ما قرار گرفته است، همانندی ندارد، پس نباید مفاد ماده 221 را نتیجه تقلید پنداشت. حکمی است که بر اندیشه و هدفی استوار است و باید دید اندیشه و هدف کدام است؟»^۲ ایشان در نهایت این‌گونه اظهار داشته‌اند:

«در فقه مسئولیت قراردادی عنوان خاص ندارد، پس احتمال دارد نویسندگان قانون مدنی خواسته باشند این ضمان استثنایی و اقتباس شده را به دو منبع اصلی تعهدات، یعنی قرارداد و قانون منسوب کنند و در اجرای این هدف گفته‌اند: «... جبران خسارت مشروط بر این است که در عقد تصریح شود، یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد یا...»^۳

واقعیت آن است که برای فهم این ماده و مبنای این تغییرات باید مفهوم «مسئولیت قراردادی» در حقوق قدیم فرانسه را بررسی کنیم. چنانکه می‌دانیم مسئولیت قراردادی در مفهوم خاص خود به مسئولیت ناشی از نقض تعهد قراردادی گفته می‌شده و منبع این مسئولیت نیز همان اراده متعاقدین دانسته می‌شده؛ به علاوه برای تحقق این نوع مسئولیت، اگرچه ورود ضرر به متعهد له نیز شرط بوده ولی مفهوم ضرر به‌طور وسیع تفسیر می‌شده و دارای دو جنبه بوده است: تلف مال، یا فوت منفعت (م. 1199 ق.م.ف.)^۴؛ یعنی منافعی که اگر به تعهد قراردادی عمل می‌شد، متعهد له در آن موقعیت قرار می‌گرفت و به آن می‌رسید و با نقض تعهد، از آن محروم شده است.^۵

این دو خصیصه جوهری (عدم وجود تقصیر و صرف نقض تعهد قراردادی و توسعه ضرر به

1. همان، ص 707.

2. همان.

3. همان، ص 808.

4. Art. 1149: "Les dommages et interest dus au créancier sont ,en general, de la perte qu'il a faite et de guan don't il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-aprés"

5. Viney, G., Traité de droit civil, Sous direction du Jacques Ghestin, Introduction à la responsabilité, 2^e éd., (Paris: L.G.D.J, 1995). P. 281, n° 166 et s.

محرومیت از نفع موقعیت قراردادی) بود که مسئولیت قراردادی را از مسئولیت مدنی به معنای خاص متمایز می‌کرد. البته این مفهوم از مسئولیت قراردادی در حال حاضر در نظام‌های حقوقی غرب هم دیگر طرفداری ندارد.

اما در حقوق اسلام «مسئولیت قراردادی» به این مفهوم وجود ندارد. به این معنا که نفس نقض تعهد قراردادی، صرف نظر از این که سبب تلف مال متعهد له گردد، یا خیر، از اسباب ضمان نیست. به عبارت دیگر در حقوق اسلام «نقض تعهد قراردادی» از موجبات ضمان دانسته نشده است.¹ بر این اساس برای این که نفس «نقض تعهد قراردادی» از موجبات ضمان باشد باید در قرارداد تصریح شود، یا عرف به منزله تصریح در قرارداد باشد. این در موردی است که نقض قرارداد سبب تلف مال متعهد له نگردد؛ اما اگر نقض تعهد سبب تلف مال متعهد له گردد، به گونه‌ای که بین نقض تعهد و تلف ایجاد شده رابطه سببیت وجود داشته باشد، ناقض تعهد بر مبنای تسبیب ضامن جبران ضرر متعهد له است (هر چند در قرارداد قید نشده باشد، یا عرف هم وجود نداشته باشد)، اما این مسئولیت از باب مسئولیت قراردادی نیست، بلکه از مبتنی بر تسبیب است که یکی از منابع ضمان قهری و یک نوع مسئولیت غیر قراردادی است. ثمره این امر در قابل جبران دانستن «عدم النفع» است؛ به این معنا که بر مبنای نظر مشهور در فقه «عدم النفع» ناشی از عدم انجام تعهد قراردادی به این دلیل که مصداق هیچ یک از منابع ضمان نیست (مصداق تسبیب نیست و مشمول ضمان ید هم نمی‌گردد)، قابل جبران نیست اگر چه ناشی از نقض تعهد است؛ زیرا «نقض تعهد قراردادی» فی نفسه از موجبات ضمان نیست؛ اما اگر این امر در قرارداد شرط شود یا عرفاً به منزله تصریح در قرارداد باشد، بر مبنای قرارداد (به موجب شرط ضمن عقد) ناقض تعهد، ضامن است و یک نوع مسئولیت قراردادی برای او ایجاد می‌شود.

نتیجه‌گیری

به عنوان نتیجه از مباحث مطرح شده باید گفت:

قانون مدنی ایران بر مبنای دو منبع عظیم شکل گرفته است که عبارتند از فقه امامیه و قانون مدنی فرانسه (و به طور محدود قانون مدنی سوئیس و بلژیک)؛ اما تأثیر این دو منبع در

1. گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، ج 1، چاپ دوم (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، 1772). ص 44.

شکل‌گیری و ساختار قانون مدنی یکسان نیست. نویسندگان قانون مدنی، برخی از مواد را عیناً از قانون مدنی فرانسه گرفته و به دلیل عدم مغایرت با فقه امامیه آن‌ها را حفظ کرده‌اند. برخی از مواد قانون مدنی نیز اگرچه از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده، اما محتوای آن‌ها تغییر کرده، منطبق با فقه امامیه شده است؛ اما بخش عمده‌ای از مواد قانون مدنی به ویژه در بخش مربوط به عقود معین، عیناً از فقه امامیه اقتباس شده است.

مطالعه تاریخچه قانون مدنی ایران ثابت می‌کند که هم نویسندگان قانون مدنی تهیه متنی بوده که در درجه نخست منطبق با فقه امامیه باشد؛ بنابراین، فصل‌بندی، ابواب و تقسیم مواد قانون مدنی ایران از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده، اما محتوای مواد بر مبنای فقه امامیه تهیه شده است. بر این اساس در تفسیر قانون مدنی و رفع ابهام از آن، باید به منابع فقه امامیه توجه داشت. این دیدگاه حتی قبل از انقلاب که اصل 1 و 4 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تصویب نشده بود، وجود داشت.

مرحوم سید محمد فاطمی قمی که از فقهای بزرگ و فردی فاضل، با تقوی و درعین حال آگاه به مسائل روز بوده و تجربه سال‌ها قضاوت در دادگستری را داشته است، متن اولیه قانون مدنی را سال‌ها قبل از تصویب، مطابق با فقه امامیه تهیه کرده است و نقش مؤثری در شکل‌گیری و ساختار قانون مدنی بر اساس آن داشته است.

دوگانگی منابع قانون مدنی از یک سو و تجربه نخستین قانون‌گذاری در ایران، از سوی دیگر، همچنین تعجیل و شتابی که برای تصویب قانون مدنی، جهت الغای کاپیتولاسیون وجود داشته، سبب ایجاد نواقص و ابهام‌هایی در قانون مدنی ایران شده است. این نواقص و ابهام‌ها در مباحث مختلف حقوقی وجود دارد.

از جمله در خصوص ضمانت اجرای نقض تعهد قراردادی و این که آیا «حق فسخ قرارداد» در عرض سایر ضمانت اجراها به ویژه «اجرای عین قرارداد» است، یا در طول آن و تا متعهد له اجبار تعهد به اجرای عین قرارداد را از دادگاه درخواست نکند، نمی‌تواند قرارداد را فسخ کند. همچنین در مورد عقد شرکت در قانون مدنی ابهام‌های زیادی وجود دارد؛ این که آیا از دیدگاه قانون مدنی عقد شرکت وجود دارد یا «شرکت» منحصر به «مال مشاع» است و عقدی به نام «شرکت» وجود ندارد؟ ماده 771 ق.م. تعریف مال مشاع است که ترجمه تحت‌اللفظی کتاب

شرایع است. در فقه قدیم (در عصر صاحب شرایع و قبل از آن) عقد شرکت وجود نداشت، ولی بعدها فقها پذیرفتند که عقدی به نام «شرکت» وجود دارد و اثر آن ایجاد اشاعه است. به علاوه در مورد مسئولیت قراردادی (ماده 221 ق.م.) نیز ابهام‌هایی وجود دارد. این که چرا قانون‌گذار در این ماده مسئولیت قراردادی ناشی از نقض تعهد را منوط به تصریح در قرارداد و... کرده است از سؤالاتی است که تاکنون پاسخ قاطعی به آن داد نشده است. واقعیت آن است که قانون‌گذار در این ماده در صدد بیان این نکته بوده که مسئولیت قراردادی به آن عنوان که در حقوق قدیم غرب وجود داشت و نفس «نقض تعهد» صرف نظر از این که سبب ضرر متعهد له گردد، موجب مسئولیت بود، در حقوق اسلام وجود ندارد مگر آن که در قرارداد تصریح گردد، یا عرفاً در حکم تصریح باشد و... فصول این مقال را باید در مقاله دیگر پیگیری کرد.



منابع

فارسی و عربی

- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج 1، چاپ دوازدهم، (تهران: انتشارات اسلامی، 1772).
- امین، سید حسن، تاریخ حقوق ایران، چاپ سوم، (تهران: انتشارات دائرةالمعارف ایران‌شناسی، 1991).
- الشریف، محمد مهدی، منطق حقوق، چاپ دوم، (تهران: شرکت سهامی انتشار، 1992).
- _____، درنگی در تاریخچه تدوین قانون مدنی، مجله علمی تخصصی حقوقی دانشگاه اصفهان، دوره 5، شماره 6.
- بهرامی احمدی، حمید، تاریخچه تدوین قانون مدنی ایران، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق، شماره 24، (1333).
- پاشا صالح، علی، مباحثی از تاریخ حقوق، چاپ اول، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، 1888).
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، دائرةالمعارف عمومی حقوق، ج 1، چاپ اول، (تهران: گنج دانش، 1666).
- _____، قوه قدسیه، چاپ اول، (تهران: انتشارات گنج دانش، 1333).
- _____، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، چاپ اول، (تهران: گنج دانش، 1882).
- _____، مبسوط در ترمینولوژی، جلد چهارم، (تهران: گنج دانش، 1888).
- _____، مجموعه محشای قانون مدنی، چاپ اول، (تهران: گنج دانش، 1999).
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، ج 1، (قم: موسسه آل البيت السلام، 1414).
- حلی (محقق حلی)، نجم الدین حسن، شرائع الاسلام، تصحیح: محمدعلی بقال، ج 2، چاپ دوم، (قم: مؤسسه اسماعیلیان، 1808).
- خوئی، سید ابوالقاسم، مبانی العروه الوثقی، ج 1، چاپ اول، (قم: مدرسه دارالعلم، 1909).

- ره پیک، سیامک، مروری بر منابع و مستندات قانون مدنی ایران در قواعد عمومی قراردادها، فصلنامه مدرس علوم انسانی، ویژه نامه حقوق، (1444).
- زارعی رشکوئی، مسعود، برگی از تاریخ، عدلیه نوین، اصلاحات نظام قضائی در عصر پهلوی اول، مجله حقوقی گواه، شماره های 2.3 بهار 1333 و بهار 1444، (1333).
- زندیه، حسین و طلعت ده پهلوانی، جایگاه روحانیت متنفذ در مدرنیزاسیون قضائی و تدوین قانون مدنی در عصر پهلوی، پژوهش های تاریخی، سال 40، شماره 4، (1991).
- _____، نقش علمای شیعه در تدوین قانون مدنی ایران، عصر پهلوی اول (با تأکید بر نقش سید محمد فاطمی قمی)، جستارهای سیاسی معاصر، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، س 2، ش 2، (1992).
- سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام، 30 جلدی، چاپ چهارم، (قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله، 1313).
- سیستانی، سید علی، منهاج الصالحین، ج 2، چاپ پنجم، (قم: انتشارات دفتر آیت الله سیستانی، 1717).
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی مع التعليقات، ج 2، چاپ اول، (قم: انتشارات مدرسه امام علی، 1828).
- طباطبایی حکیم، سید محمد سعید، منهاج الصالحین، ج 2، چاپ اول، (بیروت: دارالصفوة، 1515).
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین، مسالك الافهام، ج 4، چاپ اول، (قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، 1313).
- شایگان، سید علی، حقوق مدنی، چاپ اول، تهران: انتشارات مهر کلام، 1666.
- فاطمی قمی، سید محمد، خاطرات سیاسی سید محمد فاطمی قمی، نویسنده قانون مدنی، به کوشش: احمد نائینی و حسین زندیه، چاپ دوم، (تهران: کتابخانه موزه و مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی، 1444).
- کاتوزیان، امیر ناصر، حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها، ج 4، چاپ اول، (تهران: انتشارات به نشر، 1888).
- _____، حقوق مدنی، عقود معین، ج 2، چاپ دوم، (تهران: شرکت انتشار، 1666).

- _____، شیوه تجربی تحقیق در حقوق، چاپ اول، (تهران: شرکت سهامی انتشار، 1___).
 - گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، ج 1، چاپ دوم، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، 1772).
 - مبارکیان عباس، چهره‌ها در تاریخچه آموزش عالی حقوق و دادگستری نوین، (تهران: انتشارات پیدایش، 1777).
 - مبلغی، محمد، تأثیرات فقه‌های قم بر قوانین ایران، شهر قانون، شماره 9، (1333).
 - محقق داماد، سید مصطفی، فتحی، علی‌اشرف (1333)، ناگفته‌ها از تأسیس حوزه علمیه قم، در گفتگو با آیت‌الله دکتر سید مصطفی محقق داماد، شهر قانون شماره 9، بهار 1333.
 - نائینی، احمدرضا، نقش رضاشاه در تهیه و تدوین قانون مدنی، مجله پیام بهارستان، دوره 2، سال 1، ش 3، (1888).
 - نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح الشرائع الاسلام، ج 26، چاپ هفتم، (بیروت: دار احیاء التراث العربی، 1404).
 - هاشمی شاهرودی، سید محمود، بحوث فی الفقه، کتاب الشریکه، الطبعة الاولى، (قم: مؤسسه الفقه و معارف اهل‌البيت، 1444).
 - _____، منهاج الصالحین، الطبعة السابعة، (قم: مؤسسه الفقه و معارف اهل‌البيت، 1___).

Les sources françaises

- Mazeaud, H.J.et Chabs, F. (1998), *Leçons de droit civil*, T.II, V.I, Obligations, 9^{er} ed., Paris, Montchretien.
 -Malurrie, Ph., Aynès,L. et Stoffel-Munck,Ph.,(2003), *Droit civil*, Les obligations, Paris, Defrénois.
 - Terré, F., Simler, ph- , Lequette, Y. (1999). *Droit civil, les obligations*, Paris, Dalloz.
 - Viney, G. (1995) *Traité de droit civil, Sous direction du Jacques Ghestin, Introduction à la responsabilité*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J.