

## تأثیر حقوق غربی در قیاس با فقه امامیه بر تدوین قانون مدنی ایران

سید مهدی دادمرزی<sup>۱</sup>

### چکیده:

قانون مدنی ایران با آن که در زمان حاکمیت طاغوت و در دوران سیطره فرهنگ غرب بر نظام حاکم بر کشور به تصویب رسید؛ اما در بازنگری که از این قانون بعد از انقلاب و حاکمیت نظام اسلامی به عمل آمد تغییر چندانی متوجه آن نشد. مقاله حاضر در صدد است تا با معرفی ریشه‌های این قانون و منابع داخلی و خارجی آن، راز این ثبات را آشکار سازد. بررسی مستندات قانون مدنی با دو رویکرد موردی و کلی امکان پذیر است. رویکرد ما در مقاله حاضر رویکرد کلی و جامع بر اساس گزارش‌های قابل اعتماد استادان برجسته حقوق مدنی و یافته‌های نویسنده است. نتیجه بررسی‌های به عمل آمده آن است که منبع اصلی در تنظیم مواد قانون مدنی از همان ابتدا فقه امامیه بوده است و تأثیر شکلی و محتوایی از حقوق خارجی بسیار اندک و مصادیق محتوایی آن نزد صاحب نظران، محل اختلاف است. با این وصف، در همان موارد محتوایی نیز تلاش شده است تا مواد قانون مدنی از فرآیند بومی‌سازی به گونه‌ای فعال عبور داده شود. این خصیصه به عنوان اصل راهنمای تفسیر در مواجهه با مواد قانون مدنی، همواره مورد توجه عملی حقوق دانان و رویه قضایی بوده است.

کلیدواژه: قانون مدنی، فقه امامیه، حقوق اسلامی، حقوق غرب، قانون مدنی فرانسه، تفسیر قانون مدنی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## مقدمه

قانون مدنی، اساس حقوق جدید ایران<sup>۱</sup> و قانونی مادر برای تمامی شعب دانش حقوق<sup>۲</sup> به شمار می‌آید که در کشور عزیز ما ایران، سال‌ها پیش از پیروزی انقلاب اسلامی تدوین و در همان دوران - طی سال‌های ۱۳۰۷ تا ۱۳۱۴- تصویب شده است. اتفاقی چنین سترگ در حاکمیت نظام سیاسی رخ داد که هیچ‌سختی با نظام مقدس جمهوری اسلامی نداشت و در حالی و هوایی صورت قانون به خود گرفت که عمده مجرای تنفسی بدنه حقوقی کشور در عرصه حاکمیت، متأثر از نفحات سکولاریسم<sup>۳</sup> و لائسیسته<sup>۴</sup> بود. شتاب عرفی کردن مقررات شرعی در قالب وضع قوانین موضوعه و به عاریت گرفته شده از نظام‌های غیر دینی در آن دوران چنان بود که حتی اعتراض کسانی را که با اصل این حرکت همراهی می‌کردند نیز برانگیخته بود. نمونه زیر شاهد خواندنی بر این مدعا است: «قانون حمایت خانواده سال ۴۶ و ۵۳ نشان می‌دهد که قانون به سمت لائیک شدن (لامذهبی شدن) پیش می‌رود. به نظر من بر فرض که انتخاب این مسیر را به مصلحت جامعه بدانیم، مسائل خانواده باید آخرین جنبه زندگی باشد که لائیک می‌شود»<sup>۵</sup>. بر این اساس از یک سو احتمال تأثیرپذیری قانون مدنی از منبع یا منابع خارجی در ذهن قوت می‌گیرد و از سویی دیگر، مسانخت عمده مواد قانون مدنی با منظومه معرفتی بعد از برپایی جمهوری اسلامی یعنی فقه امامیه در عین عدم مسانخت این نظام با نظام قبلی، معماگونه می‌نماید؛ چه آن که عمده مواد این مهم‌ترین دستاورد قانونی دوران پهلوی اول، در بازنگری جامعی که از آن بعد از پیروزی انقلاب اسلامی به عمل می‌آید؛ از صافی انطباق با اسلام جز در چند مورد اندک، به راحتی عبور می‌کند.<sup>۶</sup> بدون تردید راه گشودن به اعماق بستری که این درخت تنومند، ریشه در ژرفای آن دارد و کشف آبشخور

۱. شایگان، سیدعلی، حقوق مدنی ایران، تهران، چاپخانه مجلس شورای ملی، ۱۳۲۴، ص ۳۵.

۲. بهرامی احمدی، حمید، تاریخچه تدوین قانون مدنی، دین و ارتباطات، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ش ۲۴، ۱۳۸۳، ص ۳۴.

## ۳. Secularism

## ۴. Laïcité

۵. تابنده، نورعلی، مباحثی در مورد حقوق خانواده، نشریه کانون و کلا، ش ۱۳۲، ۱۳۵۴، ص ۳۵.

۶. در تاریخ ۶۱/۱۰/۸ «قانون اصلاح موادی از قانون مدنی» به صورت آزمایشی به تصویب مجلس شورا رسید. این قانون مجموعاً فقط ۴۸ ماده از ۱۳۳۵ ماده قانون مدنی مصوب سال‌های ۱۳۰۷ تا ۱۳۱۴ را حذف، تغییر و یا اصلاح کرد. در این میان تنها بخشی از این بازنگری که منجر به حذف ۱۲ ماده و اصلاح و تغییر ۱۸ ماده یا تبصره گردید مربوط به انطباق کامل قانون مدنی با احکام اسلامی است که به طور عمده مربوط به موادی است که قانون‌گذار اولیه در تصویب آنها متأثر از حقوق خارجی، مباحث حقوق بشری و ملاحظات عملی بوده است (نائینی، احمدرضا، ۱۳۸۹)، تاملی بر کتاب قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، پژوهش نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، ۲، ۱۳۸۹، ص ۱۶۱). با پایان یافتن مدت آزمایشی قانون مزبور، «قانون اصلاح موادی از قانون مدنی» مشتمل بر پنجاه ماده و یازده تبصره در تاریخ ۱۳۷۰/۷/۱۴ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و در تاریخ ۱۳۷۰/۸/۲۱ مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفت. اگرچه اصلاحیه دائمی سال ۷۰ نسبت به اصلاحیه آزمایشی ۶۱ تفاوت‌هایی دارد؛ اما بدنه اصلی آن را همان قانون آزمایشی سال ۶۱ تشکیل می‌دهد. (مهرپور، حسین، نگاهی اجمالی به چند قانون اخیرالتصویب، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، ش ۲، ۱۳۷۰، ۹۰-۱۱۰).

اصلی و همچنان جاری آن، می‌تواند پرده از این راز بگشاید و نصاب تاثیرگذاری از فرهنگ بومی را در قیاس با حقوق وارداتی مبرهن سازد. همچنین شناخت درست منبع اصلی این جوشش، در سمت و سو دادن به پژوهش‌هایی که در عرصه مباحث مطرح در قانون مدنی در دانشگاه و حوزه قابل انجام است بسیار موثر خواهد بود و مجریان این قانون و ممارست کنندگان با آن در عرصه محاکم و غیر آن را به ماخذی درست برای فهم و تطبیق مقررات قانون مدنی رهنمون می‌شود.

برای پژوهش پیرامون منابع قانون مدنی ایران می‌توان روی کردهای مختلفی اتخاذ کرد. مراجعه به تک تک مواد این قانون و تلاش برای اثبات ترجمه، اقتباس یا تاثر از فلان ماخذ، یکی از این روی کردها است که نسبت به تمام مواد قانون مدنی کاری بسیار گسترده و حجیم است. روی کرد دیگر، تاکید بر اظهار نظر استادان برجسته حقوق مدنی کشور و یافته‌های تحقیقی و کلی در این باره است. محدودیت‌های حاکم بر نوشته‌هایی از نوع نوشته حاضر و هدف ما در ارائه یک نگاه جامع و قابل اعتماد پیرامون منابع قانون مدنی که می‌تواند راهنمای تحقیقات موردی نیز باشد<sup>۱</sup> ما را به انتخاب رویکرد دوم کشانده است.

#### ۱- فقه امامیه منبع اصلی قانون مدنی

می‌دانیم که حقوق موضوعه در کشور ما همزاد با مشروطیت است. در مهم‌ترین متن قانونی بعد از مشروطیت یعنی قانون اساسی و مشخصاً متمم آن به لزوم انطباق مقررات موضوعه با احکام و مقررات دین اسلام تصریح شده بود. در اصل اول از متمم قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶ قمری در ارتباط با قوانین موضوعه مجلس شورا چنین می‌خوانیم: «باید در هیچ عصری از اعصار، مواد قانونیه آن مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین موضوعه خیرالانام نداشته باشد...»<sup>۲</sup>

شالوده اصلی قانون مدنی - به عنوان فرش قوانین اساسی و عرش قوانین عادی - پیش از دولت رضا خان پهلوی فراهم آمده بود<sup>۳</sup>؛ و فقط برای نهایی کردن آن پیش‌نویس، کمیسیون‌های مربوط، بعد از روی کار آمدن حکومت پهلوی اول تشکیل گردید؛ اما محتوای فقهی آن چندان برجسته می‌نمود که محمد علی فروغی (رئیس‌الوزرای رضاشاه) در نامه‌ای که به شاه می‌نویسد به صورت تلویحی کار مرحوم فاطمی نویسنده قانون مدنی را در حد تنظیم دست آورد فقها یاد می‌کند.<sup>۴</sup>

۱. از پژوهش‌های قابل اعتنایی که با رویکرد موردی البته در محدوده بخشی از قواعد عمومی قراردادها به این مهم مبادرت ورزیده عبارت است از: سیامک، ره پیک، مروری بر مستندات قانون مدنی ایران در قواعد عمومی قراردادها، فصل نامه مدرس علوم انسانی، ش ۴۱، س ۱۳۸۴. با وجود اشتراک نظری که با پاره‌ای از نتایج پژوهش مزبور داریم و در مقاله حاضر منعکس شده است؛ اما به جهت تفاوت رویکرد مقاله حاضر با نوشته یاد شده علاقمندان را به همان جا ارجاع می‌دهیم.

۲. شفیع سروستانی، ابراهیم، فقه و قانون‌گذاری، مباحثی از تاریخ حقوق، قم، کتاب طه، ۱۳۸۱، ص ۷۱.

۳. نائینی، احمدرضا، نقش رضاخان در تدوین قانون مدنی، مجله پیام بهارستان، دوره دوم، ش ۳، ۱۳۸۸، صص ۹۰۴-۹۲۹.

۴. همان، ص ۹۱۵.

با چنین پیشینه‌ای بدیهی بود که کار تدوین نهایی قانون مدنی به دست کسانی سپرده شود که بتوانند این اصل راهبردی را به نحو مطلوبی رعایت نمایند. توجه به تاریخچه تدوین قانون مدنی پیش از پیروزی انقلاب اسلامی روشن می‌سازد که این اتفاق به شکل مطلوبی رخ داد و قریب به اتفاق اعضای کمیسیون‌های تدوین قانون مدنی از فقهای آن روز به حساب می‌آمدند. با این وصف، یکی از اعضای غیر فقیه کمیسیون‌های یاد شده مصطفی عدل بود. استاد برجسته حقوق مدنی ایران با لحنی انتقادی در مورد آن عضو غیر فقیه می‌نویسد: «نگاهی اجمالی به حقوق مدنی مرحوم عدل نشان می‌دهد که تا چه اندازه تفسیر قانون مدنی از فقه دور افتاده است و چنان است که گویی هیچ سابقه‌ای در کشور ما نداشته است و ساخته شده ذهن نمایندگان مجلس شورای ملی است».<sup>۱</sup> یکی از قدمای شارحان قانون مدنی در این باره می‌گوید: «با قانون مدنی، فقه که تا آن زمان منحصراً در تحت نظر فقها بود از این انحصار خارج شد و ملخص مطالب آن یعنی لبّ کلام فقها به صورت تازه درآمد».<sup>۲</sup> امامی که کاتوزیان وی را از «درخشان‌ترین چهره‌های» حقوقی معرفی کرده است.<sup>۳</sup> راجع به قانون مدنی ایران چنین اظهار نظر می‌کند: «با مطالعه دقیق در مجموع مواد قانون مدنی ایران و توجه به قانون اساسی که پیروی از مذهب جعفری را در قوانین لازم دانسته است می‌توان به طور قطع و یقین بر آن بود که اصول و قواعد مبنایی حقوق مذهب جعفری، راهنمای حقوق مدنی ایران قرار گرفته است».<sup>۴</sup> هم ایشان در جای دیگر می‌نویسد: قانون مدنی به جز در مواردی نادر از قول مشهور فقهای امامیه پیروی کرده است.<sup>۵</sup>

سرگذشت جالب زیر از امامی به نقل از لنگرودی در خور تأمل است: شارح اول قانون مدنی [امامی] روزی به من گفت: ما از فقه همین قدر می‌دانیم که ناظر و تماشاچی مطالب بزرگان باشیم بدون این که حق داشته باشیم دست به مطالب آنان دراز کنیم. آنان هفتاد سال عمر در این کار صرف کردند و ما نکردیم.<sup>۶</sup> با این حساب نباید تعجب کرد اگر دیده می‌شود تاریخ‌نویس حقوق ایران در زمانی دور، قانون مدنی را «ترجمه عبارت فقها» می‌خواند<sup>۷</sup> و مورخ حقوقی دیگری به تازگی آن هم در اروپا می‌نویسد: «قانون مدنی... در حقیقت تدوین فقه امامیه موجود به صورت قانون کشوری بود».<sup>۸</sup> واقعیت یاد شده آن چنان غیر قابل انکار است که هر اندازه از زمان تدوین قانون مدنی دور می‌شویم و حقوق‌دانان برجسته ما هر

۱. کاتوزیان، ناصر، تحولات حقوق خصوصی (مجموعه مقالات)، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۱.

۲. شایگان، سیدعلی، حقوق مدنی ایران، تهران، چاپخانه مجلس شورای ملی، ۱۳۲۴، صص ۳۵-۳۶.

۳. کاتوزیان، ناصر، پیشین.

۴. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامی، ج ۲، ۱۳۴۰، ص ۲.

۵. همان، ج ۱، ۱۳۴۰، ص ۵.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۱، تهران، گنج دانش، ص ۱۱ و جعفری لنگرودی، محمدجعفر، سیستم‌شناسی در علم حقوق، تهران، گنج دانش ۱۳۸۶، صص ۱۲-۱۳.

۷. پاشا صالح، علی، سرگذشت قانون (مباحثی از تاریخ حقوق ایران)، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۵، ص ۲۶۱.

۸. امین، حسن، تاریخ حقوق ایران، تهران، دائرة المعارف ایران‌شناسی، ۱۳۸۶، صص ۵۴۱ و ۵۴۳.

اندازه که به پختگی علمی خود می‌رسند باز هم در جدیدترین آثارشان به تکرار و گوشزد کردن این مهم توجه دارند. به عنوان نمونه لنگرودی در یکی از آثار متأخر خود می‌نویسد: «فقه امامیه... اساس اکثر مواد قانون مدنی... است»<sup>۱</sup>.

یکی از نویسندگان حقوقی معاصر در پاسخ به این سؤال که چگونه قانون مدنی ایران بر اساس فقه امامیه تدوین شده است؟ چنین آورده است: «... رضاشاه سوادى نداشت و احساسات مذهبی او نیز پابرجا نبود. در سال‌های بعدی پادشاهی خود نیز در جهت محدود کردن جلوه‌های اسلامی در فرهنگ ایران نیز تلاش‌های زیادی کرد. "داور" وزیر عدلیه آن زمان نیز تحصیلات خود را در اروپا به انجام رسانده و از حقوق اسلامی بهره‌ای نداشت؛ ولی با این وجود قانون مدنی ایران بر مبنای فقه اسلامی و به طور مشخص بر اساس فقه امامیه نوشته شد و این امر پدیده بدیعی در تاریخ حقوق کشورهای اسلامی بود و هنوز نیز چنین است. واقعیت امر این است که "داور" در ابتدا قصد داشت با به خدمت گرفتن مشاوران اروپایی کار تدوین قانون مدنی را در مسیر اقتباس از قوانین اروپایی قرار دهد. وی در این راه اقداماتی کرده و گروهی را برای این مهم در نظر گرفته بود و در برابر تصمیم او عکس‌العملی هم مشاهده نمی‌شد. علت تغییر تصمیم او تا حدی مرهون مرحوم محمد مصدق است که در آن زمان نماینده مجلس ایران و از شخصیت‌های معروف حقوقی و سیاسی بود. وی در سخنرانی مفصلی که در روزهای هجدهم، بیست و پنجم و بیست و هشتم خرداد سال ۱۳۰۶ در مجلس ایراد کرد، روش کار داور را مورد انتقاد شدید قرار داد. وی در حالی سخنرانی خود را ایراد می‌کرد که در مجلس آن روز گروه قابل توجهی از علمای مذهبی حضور داشتند... داور تمام طول سخنرانی مزبور را به دقت گوش داد و پس از آن به دکتر مصدق گفت: 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. غیر از مصدق، شخص دیگری که در جهت دادن تدوین قانون مدنی به سوی فقه اسلامی مؤثر بود «محسن صدر» (صدرالاشراف) بود...<sup>۲</sup>.

به نظر می‌رسد عمق منویات اسلام ستیزانه رضاشاه و بیگانگی داور نسبت به حقوق اسلامی، در کنار حضور عالمان دینی بسیار در مجلس وقت، باور دینی مردم، غنای درونی فقه امامیه، آماده بودن متن پیش‌نویس قانون مدنی سال‌ها قبل از دولت رضا شاه و انتخاب و چینش هنرمندانه و از پیش تأمل شده اعضای کمیسیون‌های نهایی تدوین‌کننده قانون مدنی از جمله عواملی است که سبب می‌شود از غلو در تأثیر این سخنرانی - با فرض صدور آن - در تغییر روند تدوین قانون مدنی خودداری ورزیم.

حتی مناسب است با معرفی نمونه‌هایی مهم مصادیق کتب فقهی مورد مراجعه تدوین‌کنندگان قانون مدنی را معرفی کنیم. در یکی از قدیمی‌ترین کتب تاریخ حقوق ایران می‌خوانیم: «مآخذ قانون مدنی...»

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی و طرح اصلاح قانون مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۹، ص ۳۷۹.

۲. بهرامی احمدی، حمید، پیشین، صص ۵۲-۳۳.

بیشتر فقه اسلام است و دانشمندانی که عهده دار این امور بودند، از منابع مهم عربی مانند: «شرح لمعه شهیدین» و «شرایع محقق» و «مکاسب شیخ مرتضی انصاری» استفاده کردند و اقوال مشهور فقها را به زبان فارسی درآوردند و محبوب ساختند<sup>۱</sup>. لنگرودی با ذکر خاطره ای از سید حسن امامی که از وی به نام شارح اول قانون مدنی یاد می کند می نویسد: «شارح اول قانون مدنی در ایام نوشتن آن شرح با من مشورت می کرد؛ روزی به من گفت: وقتی در سوئیس درس می خواندم (پس از تحصیلات در نجف) در اروپا حدود هیجده تن در حقوق مدنی معروف بودند که غول های حقوق مدنی بودند...»<sup>۲</sup>. آنگاه خود لنگرودی پس از نقل این سرگذشت می نویسد: «اما آن هیجده غول که او تعبیر کرده بود و در قاره اروپا زندگی کرده و جملگی بدرود حیات گفته اند آیا به عظمت علمی امثال سید بحرالعلوم و مؤلف مفتاح الکرامه و جواهر الکلام و شیخ انصاری رسیده بودند؟»<sup>۳</sup>. هم ایشان می نویسد: «حوزه نجف از عصر آقاباقر [بهبهانی] (۱۱۱۶-۱۲۰۵ هـ ق) تا عصر شیخ انصاری (۱۲۱۴-۱۲۸۱ هـ ق) در فاصله زمانی دو قرن به آهن گداخته شباهت داشت. التهاب عظیم علمی در این دو قرن نشئت گرفت و اقیانوسی متلاطم پدید آمد که آثار آن بر قلم دانشمندان تا روز رستاخیز باقی مانده و باقی خواهد ماند. من چنین نهضت علمی را در جای دیگر جهان سراغ ندارم»<sup>۴</sup>. ایشان در یکی از جدیدترین کتاب های خود در مورد علامه حلی و شیخ انصاری که آثارشان از منابع اصلی قانون مدنی ایران است مطالب خواندنی دارد: «بنیان گذاران سیستم حقوق اسلامی که این کاخ بلند فرهنگی را از خود به یادگار نهادند مردان استوار تاریخ هستند. یکی از آنان علامه حلی است که تاریخ در برابر عظمت کارهای او به ویژه در تذکره، احساس حقارت می کند... بدون احاطه بر سراسر کتاب او نمی توان دعوی فقاقت کرد، چه رسد به علم حقوق جدید در عقود و ایقاعات که ریزه خوار خوان پیشینیان است»<sup>۵</sup>. وی در مورد شیخ انصاری نیز چنین می آورد: «از میان همه رجال این علم در سیستم حقوق ما و حقوق رم، فقط یک نفر را می شناسم... که اگر کسی سخنان او را عمیقاً درک نکند بسا مطالب که از وی فوت می شود و شما ای فرزند، مغرور به سخنان دگران در سیستم های حقوقی دیگر نشو، همه را بخوانید و سر آخر سخنان شیخ انصاری را هم بخوانید که برترین است»<sup>۶</sup>.

منظر دیگری که از طریق آن می توان اصل و میزان تأثیر فقه امامیه را در قانون مدنی مشاهده کرد؛ دقت در پژوهش ها و آثار مکتوب برجستگان حقوق مدنی کشور است. فقه اسلام به عنوان منبع مهم برای رشته

۱. پاشا صالح، علی، پیشین، صص ۲۶۹-۲۷۰.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، پیشین، صص ۳۱-۳۲.

۳. همان، صص ۳۱-۳۲.

۴. همان، صص ۳۱-۳۲.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، سیستم شناسی در علم حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، صص ۱۲-۱۳.

۶. همان، ص ۱۹۶.

حقوق مدنی آن چنان در آثار علمی دانشمندان حقوق این مرز و بوم خود را نمایانده است که توجه به فقه در تحقیقات حقوق مدنی، یک ضرورت پژوهشی قلمداد می شود؛ به گونه ای که قطع نظر از باور قلبی و عقلی چنین ضرورتی از سوی یک مؤلف حقوق مدنی، چنانچه شخص بخواهد نوشته اش از استانداردهای یک اثر پژوهشی برخوردار باشد باید به فقه و کتب فقهی درست به مانند تدوین کنندگان قانون مدنی مراجعه کند. نگاهی به فهرست منابع کتب فحول از حقوق دانان مدنی ما گویای این حقیقت است. به عنوان نمونه کاتوزیان در پایان جلد اول از مهم ترین اثرشان یعنی قواعد عمومی قراردادها بیش از هشتاد منبع فقهی به زبان عربی را در فهرست منابع خود ذکر می کند؛ در حالی که تنها از هشت کتاب حقوقی دیگران به زبان فارسی نام می برند. کتاب مزبور کتابی است که معظم له درباره آن می نویسد: «من با این کتاب می خواستم خودم را معرفی کنم؛ شاید یک مقدار خودخواهی در آن وجود دارد»<sup>۱</sup>. واقعیت یاد شده سبب می شود تا اظهار نظر زیر از این حقوق دان را به دور از مجامله و بزرگ نمایی تلقی کنیم: «اگر کتاب های فقهی نبود، من چیزهایی که نوشتم یک دهم این هم نمی شد»<sup>۲</sup>. این استاد مسلم حقوق مدنی در اعتراض به گزارش و متعاقباً رای مبتنی بر آن که منجر به دور شدن ایشان برای مدتی طولانی از صحنه آموزش در دانشکده حقوق دانشگاه تهران شد می نویسد: «آیا در این گزارش آمده است که: متهم در تمام دوران تدریس، چه در نوشته ها و تقریرات و بیانات و چه در برنامه ریزی ها، همیشه از حقوق اسلام و اخلاق مذهبی به عنوان مبنای حقوق کنونی و راه نجات اخلاقی این مرز و بوم یاد کرده است؟ و... تاکنون یازده جلد کتاب و بیش از چهل مقاله علمی در رشته های حقوق مدنی و فلسفه حقوق منتشر کرده و پایه اساسی غالب آنها فقه امامیه است؟»<sup>۳</sup>.

نمونه بعدی را از آخرین نوشته های اساسی حقوق دان فقید کشورمان مهدی شهیدی (ره) که آن را در اوج پختگی فکری و اواخر عمرشان تألیف کرده اند نقل می کنیم. ایشان در مقدمه کتاب «اصول تعهدات و قراردادها» که از جهت محتوا، مشحون از تحقیقات فقهای امامیه است چنین می نگارد: «ممکن است بدواً به نظر برسد که بحث های فقهی، بیش از اندازه ضروری در این کتاب گنجانده شده، لکن با نگرش به اختلاف زیاد نظری که در مسائل حقوقی مربوط به این اصول و قواعد مبنایی بروز کرده است لزوم این بحث ها آشکار می شود»<sup>۴</sup>.

اقتباس از فقه در تالیفات دانشمندان حقوق ما چندان فراگیر است که سبب شده تا مرز میان فقه و حقوق در کشور ما نادیده گرفته شود و فقه امامیه همان حقوق بومی ایران معرفی شود. کاتوزیان در این باره می نویسد: «حقوق اسلامی، حقوق کشور ماست، حقوق مردم ماست و برای یک حقوق دان، سربلندی آن

۱. کاتوزیان، ناصر، مصاحبه با ناصر کاتوزیان، ماهنامه حقوق و اجتماع، ش ۱۳ و ۱۴، ۱۳۷۸، ص ۵۰.

۲. کاتوزیان، ناصر، اخبار دانشگاه (سخنرانی ناصر کاتوزیان، در دانشگاه مفید، به تاریخ ۱۳۸۲/۱۲/۱۹)، نامه مفید، ش ۴۳، ۱۳۸۳.

۳. کاتوزیان، ناصر، زندگی من، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴، ص ۲۲۸.

۴. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی و اصول قراردادها و تعهدات، ج ۲، تهران، مجد، ۱۳۸۲، ص ۱۷.

است که آنچه اقتباس می کند از حقوق خودش بگیرد نه این که جیره خوار نوشته‌های غربی باشد»<sup>۱</sup>.

۱- واقعیت یاد شده وقتی از قلم استادان برجسته و رقیب در حوزه حقوق مدنی به طور یکسان گزارش می شود غیر قابل انکار بودن آن بیش از پیش آشکار می شود. لنگرودی البته با نگاهی سخت گیرانه می نویسد: «اگر می خواهید از روی بصیرت وارد بحث شوید باید به متون فقه نگاه کنید... این کار فقط از اهل اجتهاد ساخته است. دیگران نباید وارد این کار شوند؛ مگر این که در حوزه‌ها نزد استادان مسلم درس خوانده باشد»<sup>۲</sup>. پیوستگی قانون مدنی با فقه چندان عمیق است که قائل شدن به استقلال قانون مدنی در کنار طرفداری از حقوق لائیک، از دید این حقوق دان برجسته «نفاق» نامیده می شود.<sup>۳</sup> وی در خصوص دو تن از طرفداران این مکتب تفسیری نفاق گونه می گوید: «... دو تن از آنان که اکنون در قید حیات نیستند به خود من گفته بودند که ما متن قانون مدنی را شرح می کنیم و کاری به سابقه آن در فقه نداریم! ما هم کاری به سخن آن دو نداریم»<sup>۴</sup>. همچنین ایشان از این که می شنوند در آن سوی آب‌ها در مجله ای فارسی و معروف، مقاله‌ای علیه «فقه» نوشته شده است چندان نگران می شود که آرزو می کند این خبر، واقعیت نداشته باشد.<sup>۵</sup> جان کلام از نظر این حقوق دان در این رابطه به قلم خود ایشان چنین گزارش می شود: «اگر در ایران کسی حقوق اسلام نداند بدیهی است که قانون مدنی را نخواهد دانست»<sup>۶</sup> و برای آن که تصور نشود اصرار بر مراجعه به فقه از سر تعصب محض و کورکورانه است یادآور می شوند: «در تفسیر مواد موجز این مجموعه قوانین [قانون مدنی] به رسم جهان، در دیدن سوابق مواد قانون مدنی، حاجت به دانستن و دیدن مطالب فقه هست، چنان که کشورهای لاتین در تفسیر مواد قانون مدنی به حقوق رم مراجعه می کنند»<sup>۷</sup>. جالب است بدانیم که ایشان تذکر می دهند وقتی مراجعه به فقه به عنوان منبع عمده قانون مدنی یک ضرورت پژوهشی در حوزه حقوق مدنی قلمداد می شود لوازم آن را نیز باید در نظر گرفت از این رو یادآوری می کند: «کسی که طالب حقوق مدنی است باید علم «اصول فقه» را هم تحصیل کند که ادای همه امور به صرف ترجمه، امکان پذیر نیست»<sup>۸</sup>. البته پیش از ایشان نیز استاد وی به همین نکته توجه داده و نوشته بود: «برای فهم قوانین کشوری و همچنین استنباط احکام از آن باید با علم اصول آشنا بود و توانست قواعد آن را در

۱. کاتوزیان، ناصر، مصاحبه با ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۴۷.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۲۲۱.

۳. همان، ص ۲۲۵.

۴. همان، ص ۲۲۵.

۵. همان، ص ۱۱.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دوره حقوق مدنی (حقوق تعهدات)، ج ۱، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، ص ۱.

۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، سیستم‌شناسی در علم حقوق، پیشین، ص ۲۳۵.

۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، محشای قانون مدنی، پیشین، ص ۴۳۹.



موارد لازم به کار برد<sup>۱</sup>. وی در راستای اهتمام عملی ورزیدن مخاطبان خود به این شیوه، حتی دانستن زبان عربی را به عنوان زبان ادبی فقه به ایشان گوشزد می کند.<sup>۲</sup>

## ۲- حقوق خارجی و قانون مدنی

با توجه به مطالبی که در عنوان قبل از نظر گذشت ممکن است عنوان حاضر و بحث تأثیر قانون مدنی از منبعی غیر از فقه امامیه آن هم «حقوق خارجی» امری غریب بنماید و با آن همه دلیل و استشهاد، متعارض به نظر آید؛ اما واقعیت آن است که ماهیت وابسته به غرب نظام سیاسی دوران پهلوی‌ها و حضور استعمار غرب در بافت‌های آن نظام و معتقدات رجال آن و به ویژه آشنایی رئیس کمیسیون تدوین قانون مدنی و معدودی از اعضای آن با حقوق اروپا و آماده بودن قوانین اروپایی به ویژه کد ناپلئون و... زمینه لازم را برای حضور حقوق خارجی در قانون مدنی فراهم آورده بود.

گذشته از عوامل یاد شده؛ دور بودن فقه امامیه از مسند حکومت و انعکاس نگاه غیر حکومتی قاطبه فقیهان در کتب فقهی و در یک کلام؛ فقدان سابقه برای جا افتادن فرآیند تبدیل فقه شیعه به قانون، عامل مهم دیگری بود که استفاده از قوانین مدنی کشورهای پیشرفته روز دنیا را حداقل در بخش تبویب و شکل تنظیم مواد، موجه می ساخت.

از طرفی نیز اسلام عزیز در آموزه‌های بنیادین خویش، مسلمانان را به فرا گرفتن محاسن دیگران در هر جا که باشد ترغیب می کند؛ همین امر، زمینه فرهنگی و آمادگی علمی را در جامعه متدینان و علمای حاضر در کمیسیون‌های تدوین قانون مدنی و مجالس قانون‌گذاری آن دوران فراهم کرده بود که حدی از اقتباس از قوانین خارجی را در قانون مدنی پذیرا باشند. البته اصل تعامل و استفاده دو نظام حقوقی از یکدیگر امری عجیب یا تردید برانگیز نباید تلقی شود.

به عنوان نمونه قانون مدنی فرانسه<sup>۳</sup> نیز که الگوی قوانین مدنی بسیاری از کشورها به ویژه کشورهای اسلامی است<sup>۴</sup> و پیش از دو قرن است که نوشته شده و دارای ۲۲۷۹ ماده است و هنوز آن را بهترین طرح مجموعه قانون مدنی در جهان می دانند<sup>۵</sup>؛ از این اصل (بهره‌گیری از تجارب دیگران)، تخصیص نخورده

۱. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۲، پیشین، کب.

۲. همان، صص ۱۲۶-۱۲۷.

۳. قانون مدنی فرانسه را کد ناپلئون هم می‌خوانند (Code Napoléon). دلیل این مسئله نقشی است که شخص ناپلئون بناپارت در اصل تشکیل کمیسیون مربوط به تدوین پیش نویس قانون مدنی فرانسه در ۱۸۰۰ میلادی و سپس حضور شخص او به عنوان رئیس جلسه در ۵۷ جلسه از صد و دو جلسه شورای دولتی فرانسه برای نهایی کردن متن قانون مزبور در سال ۱۸۰۴ میلادی، داشته است. ر. ک: ناپلئون بناپارت و قانون مدنی فرانسه، مجله کانون، ش ۹۳، ص ۱۳۴۳، ص ۷۸.

۴. دادمرزی، سیدمهدی، دوره حقوق تعهدات (ترجمه الوسیط عبدالرزاق سنهوری)، ج ۱، قم: دانشگاه قم، ۱۳۸۲، ۹.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، صص ۴۸۱-۴۸۲.

است: «نویسندگان قانون مدنی فرانسه که از هر جهت واجد صلاحیت برای این امر خطیر بودند نه تنها قانون مزبور را بر اساس مبانی حقوقی «رومی-ژرمنی» و ارزش‌های جامعه فرانسه بنا نهادند بلکه از حقوق دیگر کشورها نیز بهره جستند و از جمله به منابع حقوق اسلامی و حتی فقه امامیه هم مراجعه کردند. به عنوان مثال از کتاب «جامع عباسی» تألیف شیخ بهایی در فهرست منابع قانون مدنی فرانسه نام برده شده است. کار تدوین قانون مدنی فرانسه در سال ۱۸۰۴م پایان یافت و در سال ۱۸۰۷م قانون مدنی فرانسه رسماً به عنوان کد ناپلئون نام‌گذاری شد»<sup>۱</sup>.

با پذیرش اصل امکان و نیز وقوع تأثیر قانون مدنی از حقوق خارجی جا دارد سوال شود: قانون مدنی از حقوق کدام کشور یا کشورهای خارجی تأثیر پذیرفته است و این تأثیر به چه میزان و در کدام بخش‌ها و حتی مواد قانون مدنی نمود یافته است؟ برای پاسخ، کوتاه‌ترین راه، مراجعه به اظهارات نویسندگان قانون مدنی؛ مرحوم سید محمد فاطمی است. لنگرودی در این باره می‌نویسد: «آن فقیه، خود در شرح حال خویش به خط خود (که زمانی در اختیار من بود) نوشت که قرب دویست ماده را از مجموعه قوانین مصر و عثمانی اقتباس کردم که آنان هم از مجموعه ناپلئون گرفته بودند؛ باقی مواد قانون مدنی از فقه امامیه گرفته شده است...»<sup>۲</sup>. از زبان وزیر عدلیه وقت در مجلس شورای ملی نیز نقل شده است که از نویسندگان قانون مدنی، آنها که به زبان فرانسه آشنایی داشتند برای موضوعات تازه حقوق، به قوانین مدنی فرانسه و بلژیک و مخصوصاً سوئیس مراجعه می‌کرده‌اند.<sup>۳</sup>

در این که دقیقاً اقتباس حقوق خارجی از جهت محتوا در کدام قسمت‌های قانون مدنی و از روی کدام مجموعه قانون مدنی اروپایی رخ داده است اتفاق نظر روشنی وجود ندارد؛ عده‌ای می‌نویسند: «ده ماده اول قانون مدنی، ترجمه‌ای از قانون مدنی فرانسه و به خصوص ماده ۱۰ بود»<sup>۴</sup> همین نویسندگان با تفصیل میان جلد اول قانون مدنی مشتمل بر ۹۵۵ ماده و جلد دوم و سوم آن، جلد اول را برگرفته از منابع فقهی و جلد دوم و سوم را متخذ از قانون مدنی فرانسه، بلژیک و سوئیس می‌دانند.<sup>۵</sup> نویسندگان دیگر نیز منبع تنظیم قسمت‌هایی از جلد دوم قانون مدنی و تمام جلد سوم آن را در موضوعاتی چون تکالیف زوجین، تابعیت، ثبت احوال، اقامتگاه و ادله اثبات دعوا، قانون مفصل سوئیس معرفی می‌کند.<sup>۶</sup> استاد جعفری لنگرودی نیز ادعا می‌کند در کتاب حقوق اموال، هر ماده را که قانون مدنی ما از کد ناپلئون گرفته است

۱. بهرامی احمدی، حمید، پیشین، صص ۳۴-۳۵.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، سیستم‌شناسی در علم حقوق، پیشین، ص ۱۱ و جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰، ص ۵۲۱.

۳. پاشا صالح، علی، پیشین، صص ۲۶۹-۲۷۰.

۴. امین، حسن، پیشین، صص ۵۴۱-۵۴۲.

۵. همان، ص ۵۱۲.

۶. پاشا صالح، علی، پیشین.

نشان داده است.<sup>۱</sup> ایشان در تالیفات جدیدترشان به صورت کلی تصریح کرده‌اند که با اقتباسات نویسنده قانون مدنی، حدود دویست ماده قانون مدنی از سیستم حقوق رم وارد خانه فرهنگ مسلمین شده است.<sup>۲</sup> عده ای نیز به طور مشخص وضع باب مخصوص در قانون مدنی ایران تحت عنوان «عقود و تعهدات به طور کلی» و حتی موادی از آن را به پیروی از حقوق اروپایی (فرانسه) معرفی کرده‌اند.<sup>۳</sup>

به هر صورت، شواهد بسیاری در دست است که نویسنده قانون مدنی در مواردی که از حقوق اروپایی الهام گرفته تلاش کرده است تا دستاورد حقوق خارجی را با مبانی و اصول حقوق بومی یعنی فقه امامیه هماهنگ و از آن یک پیوند گیرا بر درخت تنومند قانون مدنی فراهم سازد؛ با این حال بعضی از برجستگان حقوق مدنی ما انتقادهای جدی بر مواردی از این اقتباس‌ها مطرح کرده‌اند که به طور ضمنی، اصل مواد اقتباس شده را نیز مشخص می‌کند. لنگرودی مواد ۱۹۹، ۲۰۷ و ۲۰۱ قانون مدنی را که از قانون مدنی فرانسه گرفته شده، پیوند ناگرفته‌ای از جمع دو مبنای متضاد حقوقی می‌داند که چون با هم قابل اعمال نیستند یک مبنا تعطیل می‌شود. همچنین ایشان مواد ۷۶۲ و ۷۶۳ قانون مدنی را که از قانون مدنی فرانسه گرفته شده است مثال دیگری برای این مورد به شمار می‌آورد. ایشان ماده ۱۸۳ ق.م را نیز ترجمه ناقص م ۱۱۰۱ ق.م فرانسه می‌داند و ماده ۱۰ ق.م را تکرار ماده ۷۵۴ ق.م معرفی می‌کند که به جهت ترجمه بدون تحقیق، تکرار مکرری را موجب شده است. ایشان همچنین ماده ۲۱۹ ق.م را ترجمه ماده ۱۱۳۴ ق.م فرانسه ذکر می‌کند که کامل‌تر از آن در حقوق بومی وجود دارد.<sup>۴</sup>

از مناقشه بر سر مصادیق مواد قانون مدنی که از حقوق خارجی اقتباس شده‌اند که بگذریم در این که اساس این اقتباس به تبویب و شکل تنظیم مواد قانون مدنی ناظر بوده است نه محتوای آن نمی‌توان تردید کرد. چنان چه به طور قطع می‌توان اذعان کرد که معدود اقتباس‌های محتوایی نیز منفعلانه نبوده است و این مهم با قطع نظر از میزان توفیق حاصله، از فرآیند بومی‌سازی عبور داده شده است. اما نکته بسیار در خور دقت پیرامون اقتباسات یاد شده با مختصاتی که ذکر شد آن است که هر گز نباید این اقتباسات حتی سنخ شکلی آن، بی‌اعتنا به تفاوت بنیان‌های فلسفی قانون مدنی ایران با قانون مدنی فرانسه مورد تحلیل قرار گیرد. در یکی از جدیدترین مقالاتی که از این منظر به مسئله نگاه کرده است چنین می‌خوانیم: «در نظام حقوق مدنی ایران، از آنجا که مبنا و منشأ الزام‌آوری قواعد حقوقی را باید در اراده الهی جست‌وجو کرد، عقلانیت ماهوی متافیزیکی و مبتنی بر انسان‌گرایی نمی‌تواند در نظریه حکومت قانون مدنی جایگاهی داشته باشد. بنابراین نمی‌توان مواد ۱۰ تا ۳۰ قانون مدنی ایران را بر

۱. قنبری، محمدرضا، بر تارک علم (شرح زندگانی، افکار و آثار استاد محمدجعفر جعفری لنگرودی)، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۱۰۶.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، پیشین، ص ۲۵.

۳. بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، به کوشش: محمدرضا بندرچی، تهران، طه ۱۳۸۰، ص ۱۹۴ و امامی، سیدحسن، حقوق مدنی،

ج ۱، تهران: اسلامیه، ۱۳۴۰، ص ۱۵۹ و شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (تشکیل قراردادها و تعهدات)، ج ۱، تهران: مجد، ۱۳۸۸، ص ۳۸.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی (رهن و صلح)، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸، ؟

آن اساس تحلیل کرد یا مواد مربوط به ارث و حقوق خانواده را براساس آن تغییر داد... در مورد ظهور قانون مدنی ایران در عقلانیت شکلی نیز تردید وجود دارد. عقلانیت شکلی مبتنی بر نوعی نگاه اصلاح‌گرایانه تجربی است و زمینه فهم هرمنوتیکی از قانون با محتوای شرعی را فراهم می‌آورد و به مرور زمان آن قانون را از محتوای دینی تهی می‌سازد. بدیهی است که این امر با اراده الهی به عنوان مبنای قواعد در تعارض قرار می‌گیرد.<sup>۱</sup> اینجاست که باید اذعان کرد: نمی‌توان بدون توجه به نصوص و متون فراوانی که بر انحصار تشریح و حکم به خداوند گواهی می‌دهند، به لزوم تبعیت از حقوق کشورهای پیش رفته فتوا داد و نسبت فقه با حقوق امروز ایران را با نسبت حقوق رُم به حقوق امروز اروپا همسنگ دانست و هزار سال تلاش در کشف اوامر و نواهی الهی را در حد تاریخ حقوق ایران فرو کاست.<sup>۲</sup>

این دغدغه فلسفی نسبت به مواد قانون مدنی به جهت متخذ بودن از فقه، بسیار جدی است. اگر فقه اسلام بخشی از دین و شریعت اسلام است «و روح اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز مقتضی رعایت شرع است»<sup>۳</sup>؛ نمی‌توان منشأ وحیانی این مواد را نادیده گرفت و در مواردی آن را در پای استحسانات متخذ از تمایلات شخصی یا تحمیل‌های جو عمومی فدا کرد ولو آن را واگویی ای از زبان فرشته عدالت معرفی کرد. دریغ است که این نکته مورد توجه حقوق‌دانان غیر مسلمانی چون «رنه داوید»<sup>۴</sup> قرار گیرد که آگاهی‌های او از حقوق اسلام، سطحی دانسته شده است؛ اما از ذهن استادان به واقع مسلمان و برجسته حقوق ما در پاره ای موارد غایب باشد. رنه داوید می‌نویسد: «حقوق اسلامی... نظامی است مبتنی بر قرآن، یعنی یک کتاب آسمانی... حقوق اسلام جزئی از دین و ناشی از وحی است... و در نتیجه هیچ نیرویی در جهان وجود ندارد که صلاحیت تغییر آن را داشته باشد».<sup>۵</sup>

### ۳- اثر مرجعیت فقه امامیه نسبت به حقوق غربی در مراجعه به قانون مدنی

مهم‌ترین بُعد تاثیر فقه در جایگاه یاد شده، در تفسیر قانون مدنی جلوه‌گر است. به تجویز اصل ۱۶۷ قانون اساسی که محتوای آن در ماده ۳ ق. آ. د. م و ماده ۲۱۴ ق. آ. د. ک، بازگویی شده است در سه مورد، قاضی مکلف شده تا به فقه در کلیت آن (اعم از منابع فقه، کتب فقهی و فتاوی فقها) مراجعه کند: تعارض

۱. شهبایی، مهدی، تعامل عقلانیت ماهوی و شکلی در نظام حقوق مدنی ایران و فرانسه، تأملی در ۲۵. مبانی نظری شکل‌گیری قانون مدنی، مجله مطالعات حقوقی، شماره ۴، ۱۳۹۰، صص ۱۴۹-۱۵۰.

۲. الشریف، محمد مهدی، منطق حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱، ص ۵۰۴.

۳. برای دیدن مخاطب این هشدار؛ ر. ک: کاشانی، سید محمود، حقوق مدنی؛ قراردادهای ویژه، ص ۳۲.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی و طرح اصلاح قانون مدنی، پیشین، ص ۷.

۵. Rene David

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مکتب‌های حقوقی در اسلام، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰، ص

۷. داوید، رنه، ترجمه: صفایی و دیگران، نظام های بزرگ حقوقی معاصر، تهران، دانشگاهی، ۱۳۶۴، صص ۴۵۲-۴۵۳.

نصوص قانونی، فقد نص و اجمال نص. اگر گفته شود: اصطلاح «منابع معتبر اسلامی» و «فتاوی معتبر»، از جهات مختلفی مبهم به نظر می رسد؛ بدون نیاز به ورود در این بحث و سنجش وزن این ابهام<sup>۲</sup> با قاطعیت می توان گفت: در خصوص کفایت به فقه مشهوری در هنگام مواجهه با سه حالت مذکور در قانون مدنی، هیچ حقوق دان یا شاغل امور حقوقی تردید ندارد. بی جهت نیست که استوانه های حقوق مدنی ایران با تفاوت هایی از همین شیوه در تفسیر مواد قانون مدنی پیروی کرده اند.<sup>۳</sup>

با این حال اضافه می کنیم که استاد اساتید برجسته حقوق مدنی این روزگار در چند جا از کتاب حقوق مدنی به: پیروی قانون مدنی از نظرات مشهور فقهای امامیه تصریح کرده است.<sup>۴</sup> ایشان برای تبیین شیوه خود در نگارش اثر حقوقی اش با عنوان «حقوق مدنی» می نویسد: «نویسندگان شرح حقوق مدنی و همچنین حقوقیین تجربی که عملاً با حقوق سر و کار دارند مانند دادرسان و وکلای دادگستری در اثر انس به حقوق جعفری که سالیان متمادی در کشور ایران حکمفرمایی می کرده است، سعی دارند تمامی مواد قانون مدنی را با مقررات حقوق اسلام منطبق کنند؛ اگرچه در این امر به تفسیر وسیع یا تأویل بعید متوسل شوند. نگارنده این کتاب در نوشتن سه جلد اول و دوم و سوم حقوق مدنی و همچنین در این جلد از این روش پیروی کرده...»<sup>۵</sup>.

لنگرودی در این باره می نویسد: «در تشریح مقاصد نویسندگان قانون مدنی به ویژه موادی که از فقه اسلام گرفته شده است دو طرز فکر در این هفتاد سال ارائه شده است:

اول) طرز فکر اهل اجتهاد که مطالب قانون مدنی را به کتاب و سنت عرضه می دارند و هر نفی و اثباتی که می کنند به مقیاس کتاب و سنت می کنند حتی اگر به عقل و اعتبار استناد کنند... معتقدم که در طریق حمایت از فرهنگ تشیع که رکن استقلال و تمامیت کشور ایران است باید این راه را طی کرد...

دوم) طریقه تبعیت از الفاظ و عبارات متون قوانین موضوعه... علامت بارز پیروان این طرز فکر این است که در مستندات و ادله آنان تمسک به احادیث و آثار اهل بیت عصمت و طهارت به شیوه فقها دیده نمی شود: راهی دارند جدا از کتاب و سنت...»<sup>۶</sup>.

صاحب عبارت فوق، در نقد شیوه سید حسن امامی که از او با عنوان: «شارح اول قانون مدنی» یاد می کند می نویسد: «شارح اول قانون مدنی در برابر نصوص مذکور سکوت اختیار کرده است. وی بارها به من گفته

۱. کاتوزیان، ناصر، ارزش سنت و جذبه عدالت، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۷، ص ۱۰۸.

۲. دادمرزی، تأملی بر تعامل فقه و حقوق؟؟؟

۳. الشریف، محمد مهدی، پیشین، صص ۴۳۳-۴۶۵.

۴. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، پیشین، صص ۵ و ۱۶ و ۱۷ و لو؛ ج ۴، ۱۳۴۰، ص ۱۴۲.

۵. لو، پیشین، ج ۴، صص ۳۹-۴۰.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، محشای قانون مدنی، پیشین، ص ۴۲۰.

بود: ما شارح قانون مدنی هستیم نه شارح نصوص کتاب و سنت! مقصود او این بود که «حقوق لائیک» وضع جداگانه و اقتضای دگر دارد. به نظر من جدا کردن قوانین موضوعه کشور از سابقه آن نه علمی و نه درست است»<sup>۱</sup>.

از دقت در عبارات حقوق دانان برجسته ما در پیش از انقلاب نیز به دست می آید که ایشان در مواردی از تعبیر مختلفی غیر از رجوع به فقه برای بیان همین شیوه در ارتباط با مواد قانونی به ویژه قانون مدنی استفاده کرده‌اند که بیشتر متأثر از فضای سکولار زده حقوق ایران در پیش از انقلاب بوده است. از جمله این تعبیر می توان به موارد زیر اشاره کرد: «لزوم تفسیر تاریخی» برای فهم مواد قانون مدنی<sup>۲</sup>، «لزوم توجه به روح قوانین»<sup>۳</sup>، «لزوم توجه به قواعد و اصول مبنایی که حقوق مدنی بر آن استوار است»<sup>۴</sup> «تفسیر اصولی»<sup>۵</sup> و «لزوم توجه به عرف مسلم»<sup>۶</sup>. تقریر گویای کاتوزیان تایید روشنی بر درستی این تلقی است: «پیش از تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز بسیاری از نویسندگان و دادرسان، به ویژه در تفسیر قانون مدنی می کوشیدند تا از احکام اسلام و اندیشه‌های فقیهان الهام بگیرند و پیراستن جامه کهن خویش را بر عاریت جامعه دیگران ترجیح دهند. ولی هیچ الزام حقوقی در انتخاب چنین شیوه‌ای وجود... اصل چهارم قانون اساسی (ج. ا. ا) با اعلام حکومت حقوق اسلامی بر اطلاق یا عموم همه قوانین، آن الزام اخلاقی را به تکلیف حقوقی تبدیل کرد...»<sup>۷</sup>

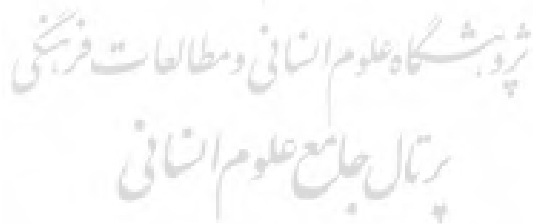
راهبرد رویه قضایی ما نیز به ویژه در بعد از انقلاب نشان از التزام به فقه در تفسیر قوانین و از جمله قانون مدنی دارد. بارزترین تجسم این شیوه را در آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور مشاهده می کنیم. نکته قابل ذکر دیگر این است که راهگشا بودن شیوه رجوع به فقه، فقط به قضات در مقام صدور رای اختصاص ندارد؛ بلکه این باب بر روی غیر قضات نیز گشوده است؛ اگرچه مآلاً ممکن است عدم اتخاذ این شیوه در راستای انجام تکلیف مقرر در اصل ۱۶۷ فقط قاضی را محکوم به مجازات مقرر در ماده ۵۷۹ قانون مجازات اسلامی کند.

رتال جامع علوم انسانی

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۱، پیشین، ص ۲۰۷.
۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۴، تهران، اسلامیه، ۱۳۴۰، صص ۱۲۶-۱۲۷.
۳. امامی، سیدحسن، همان، ج ۲، صص ۳۷ و ۴۲.
۴. لو، همان.
۵. همان، ج ۴، ص ۱۴۹.
۶. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (مقدمه: اموال - کلیات قراردادها)، تهران، دانشکده علوم اداری، ۱۳۵۴، صص ۲۳-۲۴ و کاتوزیان، ناصر، مقدمه، ص ۱۹۶.
۷. کاتوزیان، ناصر، شیوه تجربی تحقیق در حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹، ص ۱۲۵.

در پاره‌ای از تالیفات حقوقی جدید از ضرورت مراجعه به فقه به ویژه فقه مشهوری برای کشف اراده شارع مقدس به "اصل راهنمای تفسیر" تعبیر شده است.<sup>۱</sup> ۲

شواهد متقنی ارائه شده است که رویکرد یاد شده در قانون مدنی به صورتی فراگیر در تمام مواد این قانون رعایت شده است و نه فقط در حوزه احوال شخصیه یا عقود معین؛ بلکه در حوزه‌هایی که به حسب ظاهر، شباهت زیادی با قانون مدنی فرانسه دارد نیز از این اصل تخطی نشده است و اساساً تغییرات و اصلاحاتی که در مواد مقتبس از قانون مدنی فرانسه رخ داده، هدفی جز رعایت موازین شرع و سازگاری با مبانی فقهی نداشته است. اتقان این دلایل به اندازه‌ای است که می‌توان پذیرفت که نه تنها در بسیاری از مباحث به ظاهر فرانسوی قانون مدنی، مبنای اصلی نویسندگان قانون مدنی، فقه امامیه بوده است بلکه حتی در مواردی که ماده‌ای عیناً از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده، دلیلی جز مطابقت کامل آن با مبانی شرعی و فقه از نظر نویسنده قانون مدنی نداشته است.<sup>۳</sup> نتیجه بسیار مهمی که از این مطالب گرفته می‌شود و در تحلیل ریشه‌های مواد متعارض قانون مدنی و ارائه راه حل برای رفع آن در کتاب حاضر یک راهبرد به حساب می‌آید این است که نباید برای تفسیر قانون مدنی در مواردی که اقتباس از حقوق خارجی مسلم است به مراجعه صرف به منبع مقتبس خارجی بسنده کرد و در مراجعه به فقه قائل به تبعیض شد.<sup>۴</sup>



---

۱. باید توجه داشت که: رویکرد قانون مدنی به فقه مشهوری به این معنا نیست که قانون مدنی چه قبل از انقلاب و چه بعد از انقلاب از قول مشهور به صورت نادر و استثنا تخطی نکرده است؛ اگر چه این تخطی در بعد از انقلاب بیشتر بوده است!!

۲. الشریف، محمد مهدی، پیشین، صص ۵۴۱-۵۴۳.

۳. همان، صص ۵۴۲-۵۶۳.

۴. صص ۵۶۳-۵۷۴.

### نتیجه‌گیری:

۱- فقه امامیه منبع اصلی و فراتر از آن، ماخذ متن بسیاری از مواد قانون مدنی است. ریشه داشتن حقوق موضوعه در «فقه» و اقتباس مواد آن از حقوق اسلامی، پدیده‌ای مولود اقتدار قهری یک نوع حاکمیت دینی در یک برهه تاریخی خاص نیست؛ بلکه وضع طبیعی مسئله‌ای که به ابعاد آن اشاره کردیم چنین اقتضایی داشته است. البته از اتفاق‌های مهمی که بعد از پیروزی شکوهمند انقلاب اسلامی در عرصه حقوق موضوعه رخ داد توسعه دامنه و تعمیق نفوذ فقه در عرصه‌های نوینی از حقوق مانند: حقوق جزا، آیین‌های دادرسی کیفری و مدنی و حتی خود قانون مدنی بوده است.

۲- از جنبه منبع بودن حقوق خارجی روشن شد که اولاً) قانون مدنی از جنبه شکلی و محتوایی از حقوق خارجی به ویژه فرانسه متأثر است؛ اگر چه تاثر شکلی در رتبه اول است. ثانیاً) نسبت به تعیین موادی که به لحاظ محتوایی از حقوق خارجی متأثراند، اختلاف نظر وجود دارد. ثالثاً) اگر چه این تأثیر در مواد مورد نظر، از صافی بومی سازی نیز عبور کرده است ولی قسمتی از این پیوندها ناگیرا معرفی شده است؛ به طوری که می‌توان قسمتی از اصلاحات به عمل آمده در قانون مدنی را بعد از پیروزی انقلاب اسلامی که توسط مراجع تقنینی یا نظارتی انجام شده است، در این راستا ارزیابی کرد. رابعاً) هرگز نباید در خصوص اصل این اقتباس به تفاوت بنیان‌های فلسفی حقوق داخلی و خارجی بی‌اعتنا بود.

۳- اصل مسلم و مورد اجماع حقوق‌دانان این است که هرگز حقوق خارجی به عنوان منبع قانون مدنی هم رتبه با فقه امامیه به عنوان منبع اصیل و اصلی قانون مدنی به شمار نمی‌آید. بنابراین منطق پژوهش اقتضا می‌کند که در راستای تحقیق پیرامون فهم مواد قانون مدنی، عمده توجه ما به منابع فقهی باشد و البته به حقوق خارجی آن هم در موارد لزوم، نگاهی داشته باشیم.

۴- انعکاس اصل اصیل یاد شده در تفسیر قانون مدنی، راهبردی بر خوردار از الزام قانونی است.



## منابع و مأخذ:

۱. امامی، سیدحسن (۱۳۴۰)، حقوق مدنی، تهران: اسلامیه.
۲. امین، حسن (۱۳۸۶)، تاریخ حقوق ایران، تهران: دائرة المعارف ایران‌شناسی.
۳. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۳)، تاریخچه تدوین قانون مدنی، دین و ارتباطات، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ش ۲۴.
۴. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۳)، تاریخچه تدوین قانون مدنی، دین و ارتباطات، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ش ۲۴.
۵. بی‌نام (۱۳۴۳)، ناپلئون بناپارت و قانون مدنی فرانسه، مجله کانون، ش ۹۳.
۶. پاشا صالح، علی (۱۳۹۵)، سرگذشت قانون (مباحثی از تاریخ حقوق ایران)، تهران، دانشگاه تهران.
۷. تابنده، نورعلی (۱۳۵۴)، مباحثی در مورد حقوق خانواده، نشریه کانون وکلا، ش ۱۳۲.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰)، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ پنجم.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰)، مکتب‌های حقوقی در اسلام، تهران، گنج دانش.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، حقوق مدنی (رهن و صلح)، تهران، گنج دانش، چاپ سوم.
۱۱. استاد جعفری لنگرودی محمدجعفر (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق مدنی، جلد اول و دوم، تهران، گنج دانش.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۹)، دوره حقوق مدنی (حقوق تعهدات)، ج ۱، تهران، دانشگاه تهران.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹)، مجموعه محشی قانون مدنی و طرح اصلاح قانون مدنی، تهران، گنج دانش.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، محشای قانون مدنی، تهران، گنج دانش.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، سیستم‌شناسی در علم حقوق، تهران، گنج دانش.
۱۶. دادمرزی، سیدمهدی (۱۳۸۲)، دوره حقوق تعهدات (ترجمه الوسیط عبدالرزاق سنهوری)، جلد اول، قم، دانشگاه قم.
۱۷. دادمرزی، سیدمهدی (؟؟)، «تعامل فقه و حقوق»، گاهنامه سروش عدالت، نشریه دانشجویی دانشکده حقوق دانشگاه قم.
۱۸. داوید، رنه، ترجمه: صفایی و دیگران، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، تهران، دانشگاهی.
۱۹. شایگان، سیدعلی (۱۳۲۴)، حقوق مدنی ایران، چاپ سوم، تهران، چاپخانه مجلس شورای ملی.
۲۰. الشریف، محمدمهدی (۱۳۹۱)، منطق حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۱. شفیعی سروستانی، ابراهیم (۱۳۸۱)، فقه و قانون گذاری، مباحثی از تاریخ حقوق، قم: کتاب طه.
۲۲. شهبابی، مهدی (۱۳۹۰)، «تعامل عقلانیت ماهوی و شکلی در نظام حقوق مدنی ایران و فرانسه، تأملی در مبانی نظری شکل‌گیری قانون مدنی»، مجله مطالعات حقوقی، شماره ۴.
۲۳. شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، حقوق مدنی و اصول قراردادهای و تعهدات، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، مجد.
۲۴. شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، «حقوق مدنی (تشکیل قراردادهای و تعهدات)»، جلد اول، تهران، مجد.

۲۵. عبده بروجردی، محمد (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، به کوشش: محمدرضا بندرچی، تهران، طه.
۲۶. قنبری، محمدرضا (۱۳۸۶)، بر تارک علم (شرح زندگانی، افکار و آثار استاد محمدجعفر جعفری لنگرودی)، تهران، گنج دانش.
۲۷. کاتوزیان، ناصر (؟)، مقدمه علم حقوق، ص ۱۹۶.
۲۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۵۴)، حقوق مدنی (مقدمه: اموال - کلیات قراردادها)، تهران، دانشکده علوم اداری.
۲۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، «مصاحبه با ناصر کاتوزیان»، ماهنامه حقوق و اجتماع، شماره ۱۳ و ۱۴.
۳۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، زندگی من، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، «تحولات حقوق خصوصی (مجموعه مقالات)»، تهران: موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
۳۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، «ارزش سنت و جذبه عدالت»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۳۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، «اخبار دانشگاه (سخنرانی ناصر کاتوزیان، در دانشگاه مفید، به تاریخ ۱۳۸۲/۱۲/۱۹)»، نامه مفید، شماره ۴۳.
۳۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، شیوه تجربی تحقیق در حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۵. مهرپور، حسین (۱۳۷۰)، «نگاهی اجمالی به چند قانون اخیرالتصویب»، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، شماره دوم.
۳۶. نائینی، احمدرضا (۱۳۸۸)، «نقش رضاخان در تدوین قانون مدنی»، مجله پیام بهارستان، دوره دوم، شماره ۳.
۳۷. نائینی، احمدرضا (۱۳۸۹)، «تاملی بر کتاب قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، شماره ۲.