

Critical Studies in Texts & Programs of Human Sciences,
Institute for Humanities and Cultural Studies (IHCS)
Quarterly Journal, Vol. 22, No. 10, Winter 2023, 359-380
Doi: 10.30465/crtls.2023.40168.2525

A Criticism of the Current Legal Science of Iran from the Perspective of Islamization with Emphasis on Civil Law

Mohammad Mahdi al-Sharif*, Nasrollah Jafari**

Abstract

It has been several decades since the concern of Islamization and localization of humanities has occupied the mind and conscience of the country's cultural custodians. Among the humanities, mostly imported sciences such as psychology, which have Western origins, have been considered for localization and Islamization discussion. Based on a superficial conception, considering that the primary codes, such as the Civil Code, are adapted from jurisprudence, we are not facing the challenge of Islamization in legal science. This conception is incorrect for multiple reasons. In the field of law, we face challenges in the two domains of legislation and interpretation. In the area of legislation, one of the fundamental challenges is the existence of a vast volume of laws related to the time before the revolution in which legitimacy has not been audited, and the most important challenge is related to the interpretation system. The existence of some religious propositions and even the establishment of laws based on Islamic principles are not enough for forming Islamic legal science, and the importance lies in the viewpoint and method of interpreting and developing these propositions based on Islamic principles. In this research, we deal with the pathology and criticism of the current legal science, emphasizing civil law as one of the main branches of legal

* Associate Professor of Law, University of Isfahan, Isfahan, Iran, m.alsharif@ase.ui.ac.ir

** Assistant Professor, Department of Law, University of Meybod, Meybod, Iran, (Corresponding Author),
nasrjafari@meybod.ac.ir

Date received: 2022/10/06, Date of acceptance: 2023/02/05



Copyright © 2010, IHCS (Institute for Humanities and Cultural Studies). This is an Open Access article. This work is licensed under the Creative Commons Attribution 4.0 International License. To view a copy of this license, visit <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/> or send a letter to Creative Commons, PO Box 1866, Mountain View, CA 94042, USA.

۳۶۰ پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، سال ۲۲، شماره ۱۰، زمستان ۱۴۰۱

science, in the two fields of legislation and interpretation, based on the descriptive and analytical method from the perspective of Islamic jurisprudence.

Keywords: Legal Science, Localization, Doctrines of Islam, Interpretation, Criticism of Humanities.



نقد علم حقوق کنونی از منظر اسلامی سازی با تاکید بر حقوق مدنی

محمد مهدی الشریف*

نصراله جعفری**

چکیده

چندین دهه است دغدغه اسلامی سازی علوم انسانی ذهن و ضمیر متولیان فرهنگی کشور را مشغول نموده است. در بین علوم انسانی علوم وارداتی همچون روانشناسی که خاستگاه غربی دارند برای بحث اسلامی سازی مورد توجه قرار گرفته‌اند و براساس یک تلقی سطحی، با توجه به اینکه قوانین اصلی همچون قانون مدنی، از فقه اقتباس شده‌اند، در عرصه علم حقوق با چالش اسلامی سازی روبرو نیستیم. این تصور به دلایل متعددی نادرست است. ما در عرصه حقوق در دو عرصه تقنین و تفسیر با چالش روبرو هستیم. در عرصه تقنین وجود قوانینی که مربوط به قبل از انقلاب بوده و مشروعیت آنها ممیزی نشده است، از چالشهای اساسی است و چالش مهم‌تر دیگر، نظام تفسیر قوانین می باشد. وجود برخی گزاره‌های دینی و حتی وضع قانون مبتنی بر مبانی اسلامی، برای شکل گیری علم حقوق اسلامی کافی نیست و آنچه مهم است نگاه و شیوهی تفسیر و توسعهی این گزاره‌ها بر اساس مبانی اسلامی می باشد. در این تحقیق بر اساس روش توصیفی- تحلیلی از زاویه فقه اسلامی به نقد علم حقوق کنونی با تاکید بر حقوق مدنی به عنوان یکی از شاخه‌های اصلی علم حقوق، در دو حوزه تقنین و تفسیر، پرداخته‌ایم.

کلیدواژه‌ها: علم حقوق، بومی سازی، آموزه های اسلام، تفسیر، نقد علوم انسانی.

* دانشیار گروه حقوق، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران، m.alsharif@ase.ui.ac.ir

** استادیار گروه حقوق، دانشگاه میبد، میبد، ایران (نویسنده مسئول)، nasrjafari@meybod.ac.ir

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۷/۱۴، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۶



۱. مقدمه

پس از گذشت چهار دهه از انقلاب اسلامی، تردیدی در اهمیت و ضرورت بومی‌سازی علوم انسانی به‌عنوان پیش‌شرط تحقق اسلام در عرصه فرهنگ و اجتماع، باقی نمانده است و علیرغم تلاش‌های قابل‌توجهی که در اکثر شاخه‌های علوم انسانی در این زمینه صورت گرفته و در حال شکل‌گیری است، اسلامی‌سازی حقوق، هنوز جایگاه شایسته خود را در این جهاد فرهنگی نیافته است. اما حقیقت این است که نه‌تنها تلاش برای بومی‌سازی و تحول در علم حقوق در کنار سایر علوم انسانی ضرورتی انکارناپذیر دارد بلکه این ضرورت در حقوق از سایر عرصه‌ها، جدی‌تر است زیرا علم حقوق علم تعیین وظیفه و حکم در باب باید‌ها و نبایدهاست و چنانچه این احکام از نظام‌های حقوقی عرفی اقتباس و تقلید شده باشد و با آنچه شارع مقرر داشته، همخوان نباشد، مساله ما صرفاً مواجهه با علمی غیر بومی نیست بلکه مساله اصلی، حکم به «غیر ما انزل الله» است؛ چیزی که در قرآن با شدیدترین تعابیر محکوم گردیده است.^۱ به دیگر سخن در حوزه حقوق مساله صرفاً به علم بومی و غیر بومی محدود نمی‌شود بلکه به مساله حاکمیت خدا و غیر خدا در حوزه تشریح باز می‌گردد. این امر بطور خاص مربوط به حوزه‌هایی است که شریعت در آن واجد حکم الزامی تکلیفی یا حکم وضعی است و در قلمرو مباحات، مساله مغایرت با شریعت و مخالفت با ما انزل الله کمتر مطرح است. به هر روی این موضوع از چنان اهمیتی برخوردار است که قانونگذار در اصل دوم قانون اساسی در کنار توحید از آن سخن گفته است: «جمهور اسلامی، نظامی است بر پایه ایمان به: ۱- خدای یکتا (لااله الاالله) و اختصاص حاکمیت و تشریح به او و لزوم تسلیم در برابر امر او. ۲- وحی الهی و نقش بنیادی آن در بیان قوانین ...».

همچنین شاید تنها حوزه‌ای که در علوم انسانی از سوی امامان معصوم بر حساسیت و ضرورت استخراج آن از منابع معتبر اسلامی تاکید صریح شده است، عرصه‌ی حقوق است؛ در کلام ائمه معصوم کسانی که برای وضع احکام از ضوابط و حدود مقرر خارج شده و به جای استمداد از آموزه‌های وحیانی، به استحسان و قیاس و امثال آن روی آورده‌اند، مورد مذمت قرار گرفته و بطلان قیاس و استحسان از خصائص و ضروریات فقه شیعه شناخته شده است.^۲ اما چه شده است که در بحث اسلامی‌سازی علوم انسانی از علم حقوق کمتر سخن به میان می‌آید؟ تا حدی که به نظر می‌رسد در این خصوص، علم حقوق مغفول مانده است.

یکی از عوامل بی‌توجهی را باید در تصور نادرستی جستجو کرد که نسبت به علم حقوق امروزی وجود دارد و آن این که تصور بسیاری از متولیان امور فرهنگی کشور و حتی معتقدان

به ضرورت اسلامی سازی علوم انسانی این است که بدلیل اقتباس قوانین از شرع و بررسی انطباق آنها با شرع توسط فقهای شورای نگهبان، سخن از اسلامی سازی در علم حقوق، موضوعیت نداشته و از این رو، علم حقوق در این باب نیاز به تغییر و تحولی ندارد. اما برای کسانی که از نزدیک با حقوق آشنا هستند نادرستی این تصور جای درنگ ندارد چرا که اولاً بخش قابل توجهی از قوانین مورد اجرا در کشور، مربوط به قبل از انقلاب بوده و از فیلتر نظارتی شورای نگهبان عبور نکرده است و ثانیاً حقوق هر کشور و از جمله کشور ما در قوانین و مقررات موضوعه خلاصه نمی شود و حقوق و قوانین مساوی با یکدیگر نیستند؛ و بر فرض که قوانین کشور مغایرتی با شرع نداشته باشند- که البته چنین نیست- اما بخش دیگر و چه بسا بخش مهمتر حقوق هر کشور و از جمله کشور ما مقرراتی است که از تفسیر و تحلیل قوانین بدست می آیند و با توجه به فقدان نظام روشن در باب تفسیر، هیچ تضمینی وجود ندارد که این بخش از نظام حقوقی، مغایرت با شرع و موازین اسلامی نداشته باشند. گرچه هسته اصلی هر نظام حقوقی را قوانین موضوعه تشکیل می دهد اما بدون تردید، قوانین هیچگاه نمی توانند برای تمام مسائل راه حل ارائه نمایند و چاره ای جز تکمیل قانون به مدد تفسیر وجود ندارد و از سوی دیگر هیچگاه قوانین آنقدر شفاف و روشن نیستند که نیاز به شرح و تفسیر نداشته باشند چرا که عمدتاً قانونگذار به وضع متون کلی می پردازد که مصادیق و جزئیات، می بایست از این کلیات استخراج گردند و ناچار کلیات قانونی نیازمند شرح و تفسیر است که این بخش نظام حقوقی، به مراتب گسترده تر از قوانین و قواعد موضوعه خواهد بود. به همین دلیل است که گفته می شود قوانین تنها بخشی از نظام حقوقی هر کشور را تشکیل می دهند و نه همه ی آن را.

بر این اساس امروزه تفسیر قوانین نقطه ی ثقل حقوق هر کشوری را تشکیل می دهد و اهمیت پاسداری از اسلامیت این بخش نظام حقوقی دست کمی از اهمیت حفظ اسلامیت بخش قوانین مدون ندارد. اما متأسفانه در کشور ما، به رغم اینکه قوانین در بسیاری حوزه ها از شریعت بدور نیفتاده و مکانیسم نظارت شورای نگهبان برای تضمین مشروعیت قوانین بکار گرفته شده اما بر نظام شرح و تفسیر قوانین قواعد روشنی حکومت نمی کند و از این رو نظام شرح و تفسیر در حقوق ما در بسیاری از موارد راه دیگری را پیموده است و سبب ایجاد تناقضات و اختلافاتی گسترده با مبانی اسلامی شده است.

باتوجه به اینکه شاکله ی نظام حقوقی بر اساس نظام شرح و تفسیر شکل می گیرد و متولیان علم حقوق (قضات، وکلا، نویسندگان حقوقی و...) بر اساس این نظام پرورش می یابند

و همچنین سیستم آکادمیک حقوق کشور نیز به شدت متکی به آن شده است، در فصل بومی سازی علوم انسانی نباید از این بخش غافل بود و اهمیت این بخش به مراتب بیشتر از خود قوانین مدون است؛ بویژه که در این حوزه بر خلاف بخش اول نظام حقوقی، مبانی غیر اسلامی آشکار نیست و به سهولت قابل دستیابی نیست و همچنین رفع آسیب‌ها به مراتب نسبت به بخش قبل، دشوارتر است.

با توجه به آنچه گفته شد نگارندگان در صددند با تاکید بر شاخه حقوق مدنی که یکی از مهمترین شاخه‌های حقوق هر سیستم حقوقی می‌باشد و شاکله نظام حقوقی بر آن استوار شده است، به آسیب‌شناسی نظام تقنین (گفتار اول) و نظام تفسیر و اجرای قانون (گفتار دوم) بپردازند.

۲. آسیب‌شناسی نظام تقنینی ایران

با بررسی مشروح مذاکرات مجلس خبرگان تدوین قانون اساسی به نظر می‌رسد، مبنای پذیرفته شده از سوی قانونگذار در باب وضع قوانین و نسبت آنها با شریعت، مبنای مرحوم میرزای نائینی در باب تفکیک بین احکام ثابت و متغیر است با این توضیح که در باب قوانین ثابت، عدم مغایرت با شرع تنها در صورتی محقق می‌شود که قانون با حکم شرع منطبق باشد، زیرا با فرض وجود حکم ثابت شرعی در یک موضوع، هر حکم دیگری جز آن مغایر با شرع خواهد بود اما در قوانین سنخ دوم (قوانینی که حکم الزامی در شرع ندارند و در حوزه مباحات از سوی حکومت وضع می‌شود) «عدم مغایرت» یا «بر اساس موازین اسلامی بودن» اولاً به معنای «استنباط از شرع» نیست ثانیاً به صرف عدم برخورد قانون با چارچوب‌ها و موازین کلی و عدم نقض احکام الزام‌آور شرعی، حاصل می‌گردد. (الشریف ۱۳۹۲: ۵۶۷)

همان‌گونه که بیان شد اگر چه حقوق در ایران در بسیاری عرصه‌ها لباس اسلام بر تن دارد و عمدتاً قوانین از شریعت و فقه امامیه اقتباس شده‌اند لیکن نظام حقوقی ایران به توضیحی که خواهد آمد پیراسته از قوانین غیر شرعی نمی‌باشد و بر این اساس نمی‌توان آن را یک نظام حقوقی کاملاً منطبق با شریعت دانست که در این بخش به تحلیل آن خواهیم پرداخت.

۱.۲ عدم پیرایش قوانین و مقررات مغایر با شرع از مجموعه ی قوانین

همان گونه که بیان شد به گمان برخی، با وجود شورای نگهبان؛ در حوزه قوانین از حیث رعایت اسلامیت مشکل و ایرادی وجود نخواهد داشت اما واقعیت غیر از این است زیرا مکانیسم مرسوم نظارت شورای نگهبان، بر اساس قانون اساسی تنها مربوط به قوانینی است که پس از انقلاب از تصویب مجلس گذشته است در حالی که آنچه به عنوان مجموعه قوانین، در دسترس جامعه حقوقی و حتی قضات است، مجموعه ای است که سابقه ای یک صد ساله دارد و بخش قابل توجهی از آن مربوط به قوانین و مقررات قبل از انقلاب است؛ قانون تجارت، قانون مسئولیت مدنی، قانون ثبت، قانون استخدام کشوری و ده ها قانون و معاهده دیگر، نمونه هایی از این قوانین است که از حیث مشروعیت و انطباق آنها با مقررات شرعی تا کنون اظهار نظری نشده و احتمال وجود قوانین مغایر موازین شرع در آنها به هیچ وجه منتفی نیست. ممکن است گفته شود شورای نگهبان می تواند نسبت به قوانین قبل از انقلاب نیز اظهار نظر کند (کما این که در چند مورد نیز چنین کرده است) و سکوت شورا نشان دهنده ی این است که این قوانین را مغایر با شرع ندانسته است. اما تاریخچه مساله خلاف این را نشان می دهد. (مهرپور ۱۳۷۱: ج ۱، ۲۲۳)

در اوائل انقلاب امام خمینی (ره) در دیدار اعضاء دادرها و دادگاه های انقلاب در تاریخ ۱۳۶۱/۵/۳۱ بر الغاء قوانین غیر اسلامی تاکید نموده و اظهار داشتند: «تمام قوانینی که در زمان طاغوت بوده است و بر خلاف شرع بوده است، تمام باید دور ریخته بشود و مسئولیتش به گردن من؛ تمام را دور بریزید و به جای او، قوانین شرع را عمل بکنید» (امام خمینی ۱۳۶۹: ج ۱۶، ۴۲۶). در جای دیگر ایشان صراحتاً از کنار نهاده شدن قوانین اسلامی و غربگرایی در حوزه تقنین انتقاد کرده و اظهار داشتند: «کمال تأسف است که کشور ما حقوق اسلامی و قضای اسلامی و فرهنگ اسلامی دارد و آن را نادیده گرفته، به دنبال غرب است». (همان، ج ۱۲، ۴)

مجلس برای تحقق منظور امام، در تاریخ ۱۳۶۱/۶/۱۴ ماده واحده ای را تصویب و تمامی دستگاهها را مکلف کرد که کلیه قوانین را برای بررسی به شورای نگهبان ارسال نمایند تا شورای نگهبان نیز ظرف مدت ۶ ماه نسبت به مغایرت یا عدم مغایرت آنها با قوانین اسلامی اظهار نظر کند. شورای نگهبان این مصوبه را به این دلیل که متضمن تعیین تکلیف برای شورای نگهبان بود، مخالف قانون اساسی اعلام کرد و از مجلس خواست هر چه سریعتر به تصویب قوانین اسلامی که جانشین قوانین سابق باشد اقدام نماید. شورای نگهبان از شورای عالی

قضائی نیز خواست چنانچه قوانینی که مورد عمل است را خلاف شرع می‌داند، برای بررسی و ابطال به شورای نگهبان ارسال نماید. به دنبال سخنان امام برخی از محاکم و دستگاه‌ها به عذر روشن نبودن وضع و بیم مخالفت با شرع، دست از کار کشیده و پرونده‌ها را معطل گذاشتند (مهر پور ۱۳۷۱: ۳۲). شورای نگهبان برای حل معضل، نامه‌ای خطاب به شورای عالی قضائی وقت نوشت و اعلام داشت به خاطر حفظ نظام و جلوگیری از تخلفات و احقاق حقوق مردم، اجراء قوانینی که هنوز شورای نگهبان نسبت به آنها اظهار نظر نکرده، مادام که مخالفت آنها با موازین اسلامی اعلام نشده، «موقتاً» بلامانع است. سپس در یک نظریه تکمیلی در تاریخ ۱۳۶۱/۹/۲۹ اعلام داشت: «در مواردی که قانون با فتاوی امام طبق تحریر الوسیله و توضیح المسائل مغایر با شرع است، عمل به آن قانون جایز نیست». (مهر پور، همان، الشریف ۱۳۹۲: ۶۰۵)

همانگونه که روشن شد هر چند شورای نگهبان هیچگاه صلاحیت خود برای اظهار نظر نسبت به قوانین قبل از انقلاب را انکار ننمود، ولی کوشش کرد که جایگاه خود را به عنوان یک نهاد نظارتی و نه نهاد دارای ابتکار عمل حفظ نماید و به جای اینکه خود راساً به بررسی قوانین قبل از انقلاب بپردازد، از سایر نهادها خواست که یا قوانین جدید تصویب نمایند یا موارد مشکوک را برای شورا ارسال نموده تا شورا نیز بصورت موردی اظهار نظر کند. نه تنها مصوبه اخیر شورای نگهبان هیچگاه مورد استناد قرار نگرفت بلکه اساساً موضوع بسیار مهم الغاء قوانین غیر شرعی با گذر زمان به فراموشی سپرده شد و قوانینی که قرار بود اضطراراً و به صورت موقت به آنها عمل گردد، چندین دهه است که به حیات خود ادامه داده‌اند. لازم به ذکر است همان گونه که بیان شد بطور قطع قوانین مغایر با شرع در بین قوانین پیش از انقلاب وجود دارد. به عنوان مثال بسیاری از مقررات مربوط به شرکت‌ها در قانون تجارت بسادگی با احکام متعارف فقهی قابل جمع نیست.^۳ و از همین رو اگر قرار بود قانون تجارت با وضعیت موجود به تایید شورای نگهبان برسد، طرح دهها اشکال شرعی و مورد مغایر با شرع هیچ استبعادی نداشت.

۲.۲ ابهام در جایگاه شورای نگهبان به عنوان مرجع نسخ قوانین غیر شرعی

از دیگر آسیب‌های حوزه نظام تقنینی ایران در رابطه با اسلامی سازی و پیرایش قوانین غیر شرعی ابهام در خصوص صلاحیت و جایگاه نظارتی شورای نگهبان، در خصوص قوانین قبل از انقلاب است. همان گونه که بیان شد اگر چه شورای نگهبان هیچ گاه صلاحیت خود در

خصوص قوانین قبل از انقلاب را انکار ننموده است اما سعی نموده جایگاه خود را به عنوان یک نهاد کنترل کننده حفظ کند و بر این اساس غالباً شورای نگهبان بدو اقدام به ارائه نظر در خصوص قوانین قبل از انقلاب ننموده است لیکن در مواردی که به مناسب های مختلف، در خصوص مقررهای، اعلام نظریه نموده و قانون را خلاف شرع اعلام نموده، در نسخ یا عدم نسخ آن همچنان تردید و اختلاف وجود دارد. به بیان دیگر در نظام حقوقی ایران، با توجه به عدم تصریح قانون اساسی در این خصوص، صلاحیت شورای نگهبان در خصوص نسخ و ابطال قوانین مورد تردید قرار گرفته است. بر اساس نظر بسیاری از نویسندگان (عمید زنجانی ۱۳۸۵: ۴۵۸، یزدی ۱۳۷۵: ۸۲، هدایت نیا ۱۳۸۷: ۹۲-۹۵)، اصل چهارم قانون اساسی، در مقام تعمیم وظیفه شورای نگهبان نسبت به همه قوانین حاکم در جمهوری اسلامی ایران است و ذکر مصوبات مجلس شورای اسلامی در اصل ۷۲ و یا ۹۴ از باب غلبه و خصوصیت مورد است لیکن بر اساس اصل چهارم هر گونه قانون حاکم بر کشور الزاماً باید بر اساس موازین اسلام باشد که تشخیص آن نیز بر عهده فقهای شورای نگهبان است و اعلام نظریه خلاف شرع بودن مقررهای، از سوی فقهای شورای نگهبان، در حکم نسخ قانون مزبور است.

شورای نگهبان خود نیز در تفسیر اصل ۴ قانون اساسی بر صلاحیت عام خود نسبت به قوانین قبل از انقلاب تصریح کرده و با توجه به اینکه تفسیر قانون اساسی بر عهده شورای نگهبان است، برخلاف نظر حقوقدانان مخالف (هاشمی ۱۳۸۰: ۲۴۴) این تفسیر را باید در این اختلاف فصل الخطاب تلقی کرد. اما با وجود این نظریه تفسیری که ارزشی برابر خود قانون اساسی دارد هنوز در عمل در پذیرش نظریات شورای نگهبان در خصوص مغایرت با شرع برخی قوانین پیش از انقلاب، تردید و اختلاف نظر وجود دارد (برای مطالعه بیشتر رک به: فلاح زاده و درویش متولی ۱۳۹۲) و این امر نیز، پیراستن نظام حقوقی از قوانین غیر شرعی را با چالش مواجه نموده است و اختلاف نظر دکترین به رویه قضایی نیز سرایت کرده است.

۳.۲ ابهام در نسخ برخی قوانین قبل از انقلاب

از دیگر آسیب های مربوط به این حوزه، قوانینی است که نسخ یا بقای آنها معلوم نیست. درست است که پس از انقلاب، با وجود شورای نگهبان در مشروعیت قوانین همچون قانون مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری و مدنی تردیدی نیست و با تصویب آنها، قوانین و مقررات مغایر نسخ ضمنی شده اند اما عدم صراحت در نسخ قوانین، سبب شده نسبت به نسخ ضمنی بسیاری از آنها تردید اساسی وجود داشته باشد. به عنوان مثال قانون مسئولیت مدنی

مصوب ۱۳۳۹ که عمدتاً از قانون تعهدات سوئیس اقتباس گردیده با بسیاری از احکام قانون مجازات اسلامی در باب خسارات بدنی و تقسیم مسئولیت نا همخوانی دارد اما بدلیل اینکه قانونگذار نسبت به نسخ صریح کلی یا جزئی قانون مسئولیت مدنی اظهار نظر ننموده، عملاً تشخیص این امر به عهده مفسر قانون اعم از قاضی و حقوق دان قرار گرفته است.

به عنوان مثال اگر چه ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی از اختیار قاضی مبنی بر تخفیف خسارت در صورت وجود شرایطی از جمله به عسرت افتادن عامل زیان سخن گفته است لیکن قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در باب تعیین دیه و مهلت پرداخت آن هیچ اختیاری جز مهلت های مقرر در قانون برای قاضی قائل نشده و قاضی در هیچ صورتی اجازه تخفیف و کسر از دیه مقرر را ندارد.

از دیگر مصادیق پر چالش این تعارضات، تعارض ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی با موادی از قانون مجازات است. مستند به حکم ماده ۱ قانون مسولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ برخی از حقوقدانان، مبنای مسئولیت مدنی را نظریه تقصیر تلقی می کنند (امیری قائم مقامی ۱۳۸۰: ۲۱۵) و این در حالی است که در مواد پیرامون اسباب ضمان در قانون مجازات اسلامی هیچ صحبتی در مورد شرطیت تقصیر در تحقق مسئولیت و ضمان وجود ندارد و قانون گذار متناسب بودن خسارت به فاعل زیان بار را برای تحقق ضمان کافی می داند. به عنوان مثال ماده ۴۹۲ مقرر می دارد: «جنایت در صورتی موجب قصاص یا دیه است که نتیجه حاصله مستند به رفتار مرتکب باشد اعم از آنکه به نحو مباشرت یا به تسبیب یا به اجتماع آنها انجام شود.» و یا ماده ۴۹۸ مقرر می دارد: «هرگاه شی ای که توسط انسان یا وسیله نقلیه حمل می گردد به نحوی از انحاء موجب جنایت گردد حمل کننده ضامن دیه است.»

گفتنی است بر اساس مبانی فقه امامیه ارتکاب تقصیر، می تواند از جمله ملاکهای احراز رابطه سببیت و یا قابلیت استناد باشد و از این رو ذکر رفتار عدوانی در برخی از دیگر مواد قانونی دلیل بر شرط بودن تقصیر در مسولیت مدنی و ضمان قهری نیست. جالب است که شورای نگهبان در بررسی لایحه اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری، در نظریه مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۳ تبصره ۲ ماده ۱ را که مبتنی بر نظریه تقصیر بود و از عبارت «مسئولیت شخصی که حادثه در اثر تقصیر او ایجاد شده» استفاده کرده بود مغایر با شرع اعلام نمود و مجلس برای تامین نظر شورای نگهبان در بند ۲ ماده ۱ بجای عبارت «در نتیجه تقصیر او ایجاد شده» عبارت «منسوب به فعل یا ترک فعل او» را جایگزین کرد و تمام مواردی که در قانون از کلمه «راننده مقصر» استفاده شده بود به راننده «مسبب» تغییر داد.

بنابراین ابهام در نسخ این قوانین، باعث شده هر مفسر بر اساس دیدگاه و سلاطی خاص خود، نسبت به نسخ یا بقاء قانون اظهار نظر نماید؛ مثلاً حقوقدانانی که متمایل به فقه و مبانی شرعی است، قانون مسئولیت مدنی را در قسمت خسارات بدنی و تقسیم مسئولیت منسوخ بدانند (صفایی ۱۳۸۹: ۸۲) و حقوقدانان دیگری که در مباحث مسئولیت مدنی از حقوق فرانسه متأثرند همچنان بر مبنای تقصیر به عنوان مبنای اصلی مسئولیت مدنی در حقوق ایران اصرار ورزند (کاتوزیان ۱۳۸۹: ۲۲۰) این اختلاف و تشتت در سایر کتب مسئولیت مدنی نیز وجود دارد. (رک: الشریف و قائم فرد ۱۳۹۸)

بنابراین آفت این وضعیت علاوه بر ایجاد تشتت در رویه قضائی این است که با بقاء این قوانین، بدلیل اقتباس آن از قوانین غربی، راه ورود اصول کلی و مبانی حقوق ناهمگون با مبانی فقهی کماکان باز مانده است؛ لذا برخی از آثار و مقالاتی که امروزه در حوزه مسئولیت مدنی نگاشته می شود، با حقوق اسلامی هیچ نسبتی ندارند و به حقوق فرانسه نزدیک ترند تا حقوق اسلام.

نگاهی اجمالی به کتب حقوقدانان نشان می دهد که حکم به بقاء یا نسخ این قوانین نیز با پیش فرضهای ذهنی ایشان رابطه مستقیم دارد. حقوقدانانی که به حقوق اسلامی اعتقاد دارند و پرورش یافته‌ی فقه امامیه هستند، در حکم به نسخ اینگونه مقررات تردید چندانی نمی کنند (صفایی ۱۳۸۹: ۸۲) و در مقابل حقوقدانانی که با مبانی فقهی آشنایی یا علقه کمتری دارند در بقای این قوانین و بلکه نسخ مقررات متخذ از فقه که در قانون مدنی انعکاس یافته همچون اتلاف و تسبیب اصرار می ورزند (امیری قائم مقامی ۱۳۸۰: ۲۱۵) و بر این اساس این نوع تردیدها به رویه قضایی نیز سرایت می کند که توالی فاسد این تردیدها ناگفته روشن است.

۴.۲ ابهام در ساز و کار اجرایی منابع تکمیلی قانون

همان گونه که بیان شد هیچگاه قوانین نمی توانند تمامی مسائل مورد احتیاج را پوشش دهند و همه نظامات حقوقی نوشته با مشکل نقص و سکوت قوانین روبرو هستند. از این رو هر نظامی برای این معضل چاره ای اندیشیده است و حل آن را به دلخواه قضات و حقوق دانان نسپرده و منابع تکمیلی قانون را مشخص کرده است. برخی از نظامهای حقوقی همچون سوئیس، قیاس را به عنوان منبع تکمیلی ارائه نموده اند و برخی نیز مانند حقوق مصر، در بند ۲ از ماده اول قانون مدنی قاضی و مفسر را در موارد نقص و سکوت به عرف و سپس مبادی شریعت اسلامی و سپس مقتضای حقوق طبیعی و انصاف ارجاع داده اند. در کشور ما نیز سابقاً به

موجب ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، مواردی که به علت سکوت، تناقض، اجمال و ابهام قانون، حکم صریح قضیه در قوانین یافت نمی‌شد، قاضی ملزم بود با استناد به عرف و عادت مسلم یا روح قانون حکم قضیه را مشخص نماید.

قانون گذار ایران پس از انقلاب در قانون اساسی و پس از آن در سایر قوانین عادی استفاده از فتاوی معتبر و منابع معتبر اسلامی را به عنوان منبع رفع ابهام و سکوت و نقص قانون نام برده است که به روشنی نشان از جهت گیری قانون گذار در راستای تفسیر و تکمیل بر اساس منابع اسلامی دارد. قانون اساسی ایران در اصل ۱۶۷ در این باره می‌گوید:

قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

اما متأسفانه این تمهید شایسته به دلیل ابهام در ساز و کار اجرایی خود، هیچ‌گاه نقش واقعی خود را در حوزه تفسیر و تکمیل ایفا نکرده و این امر نیز راه نفوذ مبانی غیر بومی را هموار نموده است. در اصل ۱۶۷ قانون اساسی از تعبیر فتاوی و منابع معتبر استفاده شده ولی مراد از «معتبر» معلوم نشده است و در فرض تعدد فتاوی کدام فتوا فتاوی معتبر محسوب می‌شود و بالاخره مراد از رجوع به منابع اسلامی در کنار رجوع به فتاوی چیست و آیا قاضی رأساً می‌تواند به اجتهاد در مبانی بپردازد (برای تفصیل در این مورد ر.ک: اسلامی پناه، ۱۳۹۹).

از دیگر ابهامات مهم در خصوص استفاده از این اصل، تشخیص موارد سکوت قانون است. اگر مراد از سکوت این باشد که با استفاده از اصول عملیه نیز نتوان موضوع را فیصله داد در این صورت با توجه به گستره اعمال اصول عملیه جای چندانی برای مراجعه به فتاوی و منابع معتبر باقی نمی‌ماند. آیا چنانچه اطلاق ماده ای با شرع مغایر باشد، می‌توان برای تقیید قانون به فتاوی و منابع معتبر مراجعه نمود؟ یا اینکه با وجود اطلاق، موضوع سکوت قانون متفی است؟

۳. آسیب شناسی نظام تفسیری حقوق مدنی ایران

همان گونه که بیان شد در نظام های حقوقی نوشته همچون کشور ما شرح و تفسیر قوانین نیازی ضروری است و یکی از مسائل مبتلابه دانش آموختگان، رشته حقوق، قضات و وکلا و به طور کلی هر شخصی که با قانون به نحوی سر و کار دارد، اختلاف در استنباط و فهم قانون

است. گاهی مشاهده می شود یک ماده قانونی مانند ماده ۲۶۵ یا ماده ۳۳۸ قانون مدنی در باب تعریف عقد بیع با چند نوع تفسیر و برداشت و اظهار نظر همراه است (بهرامی ۱۳۹۵: ۱۲۵). اگرچه قانون گذار می تواند با وضع قوانین روشن، صریح، واضح و ساده این نیاز را تقلیل دهد لیکن رفع آن به صورت کامل ناممکن است. در این راه آنچه ضروری است این که مبانی ذهنی و پیش فرضهای متولی تفسیر قوانین می بایست با مبانی قانون گذار یکسان باشد؛ در غیر این صورت نظام تفسیر راه متفاوتی با اراده ی قانون گذار می پیماید.

این نکته مهم باعث گردید بجز کشورهایمانند سوریه و لیبی و الجزایر و کویت که قانون مدنی آنها کاملاً مقتبس از قانون مدنی مصر است، کشورهای اسلامی دیگری که پس از مصر در صدد تدوین قانون مدنی برآمدند و دغدغه اسلامیت و مشروعیت قوانین را داشتند، ساز و کار پیش بینی شده در ماده اول قانون مدنی مصر را ناکافی دانسته و از آن عدول کنند. چنانکه پیشتر گفته شد ماده اول قانون مدنی مصر، در فرض سکوت قانون نخست عرف را منبع تکمیل قانون اعلام نمود و سپس مبادی شریعت اسلامی و نهایتاً مقتضیات حقوق طبیعی را. تعبیر « مبادی شریعت اسلامی» که مرادف با اصول کلی حقوق یا روح شریعت است به دلیل کلیت و عدم انضباط، در عمل به مراجعه به فقه و تفصیل احکام منجر نمی گردید. قانون مدنی عراق نیز که در سال ۱۹۵۱ توسط دکتر سنهوری تدوین گردید و مدعی بود که ترکیب موفقیتی از فقه اسلامی و حقوق غربی را در خود جمع کرده، در ماده اول خود همان ترتیب مصری را تکرار نمود. هر چند قانون مدنی عراق که جایگزین مجله الاحکام شده بود، بهره بیشتری از احکام شریعت داشت اما در واقع قانون مدنی عراق مرکب از دو دسته قوانین فقهی و رومی- ژرمنی بود که بخش رومی- ژرمنی آن مقتبس از قانون مدنی مصر و بخش فقهی آن عمدتاً بازمانده از مجله الاحکام بود و بر خلاف ادعای سنهوری ترکیب موفقیتی بین آنها صورت نگرفته و بلکه این دو دسته صرفاً در کنار یکدیگر قرار گرفتند (Al- Dabbagh, 2015). این وضعیت طبیعتاً برای حقوقدانان مسلمانی که آرزوی حکومت شریعت را داشتند راضی کننده نبود. بر این اساس قوانین مدنی چندین کشور اسلامی همچون اردن (۱۹۷۶)، سودان (۱۹۸۴)، امارات (۱۹۸۵) و یمن (۲۰۰۲) که سالها پس از تدوین قانون مدنی مصر نوشته شدند و بدنبال تحقق رویای حکومت شریعت بر قوانین بودند، از چند جهت از الگوی مصری یا حتی عراقی فاصله گرفتند (Ibid, p. 24). در راس این کشورها اردن قرار دارد. مجلس سنای اردن در سال ۱۹۵۷ پروژه تدوین قانون مدنی الگو گرفته از قانون مدنی مصر را رد نمود و بر تدوین قانون مدنی مقتبس از شریعت تاکید نمود. اولین تغییر صورت گرفته در قانون مدنی، قرار گرفتن شریعت به

عنوان اولین منبع تکمیلی بجای عرف بود. دومین تغییر، جایگزینی اصطلاح «احکام فقه اسلامی» یعنی راه حل های موجود در کتب فقها بجای اصطلاح « مبادی شریعت» بود. سومین تغییر، حذف حقوق طبیعی از منابع تکمیلی بود. قانون معاملات مدنی سودان و نیز قانون معاملات مدنی امارات نیز به نحو گسترده از قانون مدنی اردن الهام گرفتند (Ibid, p. 26).

اما این کشورها به فراست دریافتند که صرف اقتباس قوانین از شریعت و انحصار منبع تکمیلی به احکام فقه مقصود آنان یعنی حکومت شریعت بر عرصه حقوق را تامین نمی کند و مادام که مساله روش و اصول تفسیر و به تعبیر دیگر منطق حاکم بر استدلال و تفسیر حقوقی روشن و منضبط نشود، اسلامی سازی حقوقی حاصل نخواهد شد. از این رو دومین گامی که در این قوانین مدنی برای اسلامی سازی برداشته شد، تعیین روش تفسیر قوانین بود. ماده ۳ قانون مدنی اردن مصوب ۱۹۷۷ مقرر می داشت در فهم متون قانونی و تفسیر و برداشت از آنها باید به قواعد اصول فقه اسلامی مراجعه شود: « یرجع فی فهم النص و تفسیره و تأویله و دلالته الی قواعد أصول الفقه الاسلامی » و نیز ماده ۲ قانون معاملات مدنی امارات مصوب ۱۹۸۵ نیز عبارتی تقریباً یکسان با ماده ۳ قانون مدنی اردن دارد و قاضی را ملزم نموده که در فهم و تفسیر و تبیین قوانین از قواعد علم اصول فقه استفاده کند. ماده ۱۸ قانون مدنی یمنی نیز مقرر ای شبیه به این موارد دارد.^۴

گفتنی است تفسیر و فهم، ناخود آگاه از پیش فرض های ذهنی مفسر، تاثیر می پذیرد. هرچند روش به کار گرفته شده توسط مفسر، روشی مولف مدار باشد که این امر در علم حقوق کنونی به رسمیت شناخته شده اما آنچه بر ذهن و ضمیر برخی از مفسرین غلبه دارد اصول و مبانی حقوق بیگانه است به گونه ای که در دانشکده های حقوق، بسیاری از قوانین و قواعد کاملاً اسلامی بر اساس پیش فرض های ذهنی غیر بومی مفسر، به صورت مغایر با پیشینه اسلامی شرح و تفسیر می گردد و به تبع آن به رویه قضایی و مرحله اجرای قوانین نیز سرایت می کند چرا که اغلب قضات پرورش یافته همین اندیشه و روش در دانشکده های حقوق می باشند.

۱.۳ تفسیر قوانین با جهت گیری غیر فقهی

در راس کسانی که برخلاف اقتباس قانون مدنی از فقه امامیه، تفسیر آن را به راهی دیگر برده است ، باید از نخستین شارح قانون مدنی یعنی منصور السلطنه عدل نام برد که به دلیل سابقه تحصیلی وی در فرانسه، در نخستین شرح قانون مدنی، صبغی فرانسوی بر صبغی فقهی

نقد علم حقوق کنونی از منظر اسلامی ... (محمد مهدی الشریف و نصراله جعفری) ۳۷۳

پیشی گرفته و تغییرات و اصلاحاتی که از سوی نویسندگان قانون مدنی برای حفظ سازگاری بخش های قانون مدنی با موازین فقهی صورت گرفته بود توسط ایشان نادیده گرفته شد. (برای مطالعه بیشتر رک: الشریف ۱۳۹۲، ۶۶۰) این واقعیت تاریخی را مرحوم کاتوزیان اینگونه گزارش نموده اند:

گروهی از نویسندگان از همان آغاز امر، در پی آن بودند که برای قانون مدنی شخصیتی مستقل بوجود آورند و رابطه آن را با سوابق تاریخی خود قطع کنند. نگاه اجمالی به حقوق مدنی مرحوم عدل نشان می دهد که تا چه اندازه تفسیر قانون مدنی از فقه دور افتاده و چنان است که گویی هیچ سابقه ای در کشور ما وجود نداشته و ساخته ذهن نمایندگان مجلس شورای ملی است (کاتوزیان ۱۳۷۵).

البته برخی حقوقدانان دیگر نیز علیرغم باور به حقوق اسلامی و اعتقاد به استواری قانون مدنی بر بنیان های فقهی، در مقام تفسیر برخی مواد، ناخواسته و به دلیل انس فراوان با مبانی حقوق غرب، مواد دارای پیشینه فقهی را بر مبنای دیدگاه های غیر بومی تفسیر می کردند. به عنوان مثال اگر چه بر اساس ماده ۳۳۸ قانون مدنی بیع عبارت است از «تملیک عین به عوض معلوم» و بر مبنای ماده ۳۵۰، مبیع ممکن است عین معین یا کلی فی الذمه یا کلی در معین باشد لیکن برخی حقوقدانان، همه ی اقسام بیع را تملیکی نمی دانند زیرا اینان تحت تاثیر حقوق فرانسه معتقدند مالکیت یک حق عینی است و متعلق آن لزوماً باید عین مشخص موجود در خارج باشد و بر همین اساس بیع عین کلی را عهدی محسوب می کنند (شهیدی ۱۳۸۹: ش ۲) در واقع از نظر ایشان دین یا عین کلی بر ذمه ماهیت مستقل از تعهد ندارد و نمی تواند موضوع مالکیت واقع شود و از این رو عقد بیع کلی، تملیکی نیست.

لیکن از منظر فقها هیچ تردیدی نسبت به تملیکی بودن بیع کلی وجود دارد، زیرا متعلق رابطه اعتباری مالکیت نیز می تواند اعتباری باشد و لزوماً نیازمند به شی مادی نیست. در واقع مالکیت همانگونه که می تواند به اعیان خارجی تعلق گیرد می تواند به اموال کلی نیز تعلق گیرد و مالکیت ما فی الذمه نیز رابطه مستقیم با مال است و به نظر می رسد با توجه به اطلاق ماده ۳۳۸ قانون مدنی، تردید در تملیکی بودن بیع کلی صرفاً ناشی از پیش فرض های غربی ذهن مفسرین قانون مدنی بوده است که بر تفسیر مبتنی بر فقه امامیه پیشی گرفته است چرا که در حقوق فرانسه، مالکیت یک حق عینی بوده و متعلق آن لزوماً می بایست اعیان خارجی باشد و بیع کلی صرفاً سبب ایجاد تعهد و حق شخصی می باشد. در حالی که در فقه اسلامی بی گمان متعلق مالکیت منحصر در عین معین نبوده و در امکان مالکیت مال بر ذمه و عمل در بین فقهای

امامیه تردیدی وجود ندارد و بر این اساس تاسیس دین یا همان مال کلی بر ذمه، نقش کاملاً متفاوتی نسبت به تاسیس تعهد پیدا می‌کند. (برای مطالعه بیشتر رک: جعفری ۱۳۹۴)

اختلاف در تعریف عین نیز در آثار برخی حقوقدانان ریشه در خلط مبانی غربی و فقهی دارد. بر خلاف آنچه برخی از حقوقدانان می‌پنداشتند (عدل ۱۳۷۸: ۱۰۰) عین در اصطلاح حقوق مدنی ما منحصر در مال خارجی قابل لمس نبوده و بلکه مراد از آن چیزی است که اگر در خارج موجود شود جنبه مادی و ملموس داشته باشد^۵ (خوبی ۱۴۱۷: ۱۶). و تنها بر همین اساس است که تقسیم عین به عین معین، عین کلی در معین و عین کلی در ذمه معنا می‌یابد.

آنچه مسلم است اینکه، توجه به این بخش نظام حقوقی در راستای اسلامی کردن، اهمیت بیشتری نسبت به بخش سابق دارد چرا که هیچ‌گونه ساز و کار نظارتی رسمی در این بخش وجود ندارد و متولیان می‌بایست جهت آسیب شناسی دقیق این بخش اقدامات لازم را آغاز نمایند و با بررسی کارشناسانه ی دقیق و یافتن علل و عوامل آسیب‌ها، به ارائه راهکارهای مناسب در این زمینه بپردازند.

۲.۳ ابهام در استقلال و اصالت حقوق مدنی

از دیگر مشکلات موجود در علم حقوق که به طور خاص به قانون مدنی مربوط می‌گردد، مساله شباهت شکلی و ظاهری قانون مدنی ایران با قانون فرانسه است. از نظر تاریخ تدوین قانون مدنی لازم به ذکر است وقتی از نویسندگان خواسته شد که قانون مدنی را تدوین نمایند چون الگو و نمونه ای در این مورد وجود نداشت، قانون مدنی فرانسه را به عنوان نمونه و مدل پیش روی خود قرار دادند. (بهرامی احمدی ۱۳۸۳؛ سلطانی و پیلووار ۱۴۰۰: ۹۰) هرچند این نویسندگان به شهادت اکثر اساتید^۶ از حیث محتوا کاملاً از مبانی فقهی استفاده نموده و تنها برای نظم، تنسيق مواد و تقسیم بندی موضوعات از قانون فرانسه بهره بردند، لیکن شباهت ظاهری مواد قانون مدنی فرانسه از آغاز این مشکل را به همراه داشت که برخی از نویسندگان، برای قانون مدنی ایران اصالتی قائل نشوند و برای تفسیر آن به حقوق فرانسه مراجعه نمایند.

گفتنی است ابهام در استقلال قانون مدنی و اصالت آن تا حدی است که از نگاه برخی از معاندان با حقوق اسلامی، قانون مدنی مصداق یک قانون موضوعه‌ی عقلانی متغیر انسانی و بریده از احکام شرعی و حیانی و غیر متغیربانی است! (فریدون آدمیت به نقل از شهابی، ۱۳۹۰)

اعتماد به قانون مدنی فرانسه در تفسیر در برخی مفسران تا حدی است که حتی در آنجا که نویسندگان به عمد، مقرر ای را حذف نموده یا در آن تغییر داده است نیز به قانون مدنی فرانسه استناد می‌گردد. به عنوان نمونه قانونگذار به عمد از اقتباس تقسیم بندی تعهدات غیر قراردادی به شبه عقد و جرم و شبه جرم و قانون خودداری نموده و بجای آن از اسباب ضمان قهری یاد کرده است ولی با این وجود بسیاری از مولفان حقوق مدنی ایران، این تقسیم بندی را چنان در کتاب های خود مطرح و شرح نموده اند که گویی قانون مدنی ایران چنین تقسیمی را حذف نکرده است. (ره پیک ۱۳۹۵: ۲۹).

ماده ۳۰۳ قانون مدنی نمونه دیگری است که نویسندگان قانون مدنی، ماده فرانسوی را چنان تغییر داده که مفاد این ماده با ضمان ید سازگار درآید. اما اغلب مولفان بدون توجه به اصلاحات صورت گرفته در ماده ۳۰۳، آنرا بر مبنای متن اصلی تفسیر کرده و آن را به عنوان مصداق ایفاء ناروا و دارا شدن غیر عادلانه قلمداد نموده اند (امامی ۱۳۶۸: ۳۵۳). همین وضعیت در مورد ماده ۳۰۶ ق.م وجود دارد که بسیاری از مولفان بر اساس متن اصلی و نه بر مبنای متن تغییر یافته فعلی، این ماده را به معنای پذیرش نهاد اداره فضولی در حقوق ایران گرفته اند و همین امر باعث گردیده که ادبیات حقوقی سنگینی تحت عنوان اداره فضولی و حتی عنوان عام آن یعنی شبه عقد به کشور ما وارد شود. در حالیکه این ماده ی قانونی با تغییراتی که در آن صورت گرفته کاملاً با نهاد فقهی «حسبه» قابل تطبیق است. (امام خمینی ۱۴۰۹: ج ۱، ۶۰۶) مواد مربوط به خسارات ناشی از خرابی بنا (ماده ۳۳۳ ق.م) و نیز خسارات ناشی از حیوان (م ۳۳۴) در عین مشابهت ظاهری با مواد قانون مدنی فرانسه^۷، با تغییرات معناداری که در آنها صورت گرفته کاملاً با آموزه های فقهی تطبیق داده شده اند.

از دیگر تغییرات بنیادین صورت گرفته ماده ۲۹ قانون مدنی است که با برخی تغییرات از ماده ۵۴۳ قانون مدنی فرانسه اقتباس گردیده است و از منظر اکثر نویسندگان قانون مدنی این مقرر در مقام بیان حقوق عینی اصلی و دلیل بر پذیرش تقسیم بندی حقوق عینی و دینی است که در تمام نظام های حقوقی منشعب از حقوق رم و فرانسه وجود دارد! (برای مطالعه بیشتر و نقد مفصل این تقسیم بندی رک: جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶) و این در حالی است که در ماده ۲۹ برخلاف ماده معادل خود در فرانسه، تصریح نموده که متعلق مالکیت می تواند «عین یا منفعت» باشد و با افزودن همین تغییر به ظاهر کوچک و افزودن عین که شامل سه قسم عین از جمله عین کلی فی الذمه می گردد و نیز افزودن منفعت به عنوان متعلق مالکیت، فرسنگ ها از متن فرانسوی که مالکیت را یک حق عینی و صرفاً ناظر به عین معین می داند فاصله گرفته

است. از یاد نبریم که منفعت در حقوق ما شامل منفعت اشخاص یا همان عمل نیز می‌گردد و روشن است که مالکیت منفعت شخص یا عمل هیچ نسبتی با مالکیت به عنوان یک حق عینی صرف ندارد و این در حالی است که در حقوق فرانسه مالکیت صرفاً به اعیان خارجی تعلق می‌گیرد و نه مالکیت منفعت اشیاء به مفهوم مورد نظر در حقوق ما و نه مالکیت منفعت شخص و نه مالکیت عین کلی فی الذمه در آن نظام شناخته شده نیست (الشریف ۱۳۹۲: ۶۴۱)

به هر تقدیر سخن بر سر این بود که هرچند قانون مدنی صرفاً از حیث شکل و ظاهر از حقوق فرانسه الهام گرفته ولی با توجه به تغییرات فراوانی که در آن اعمال گردیده و نیز با توجه به نظام متفاوت تفسیر در حقوق ایران و فرانسه، قانون مدنی ما دارای استقلال بوده و برای خود دارای یک هویت جدید می‌باشد و نمی‌توان به بهانه این تقلیدهای شکلی برای همیشه قانون مدنی و حقوق مدنی خود را دنباله رو حقوق بیگانه تصور نمود. در این زمینه شاید هیچکس به زیبایی حقوقدان بزرگ جهان عرب دکتر عبدالرزاق سنهوری سخن نگفته باشد و ما سخن خود را با کلام نافذ و عبرت آموز وی به پایان می‌بریم و یاد آور می‌شویم که این سخنان در مورد استقلال و کیان ذاتی قانون مدنی مصر گفته شده که تقریباً بطور کامل متأثر از حقوق مدنی فرانسه است:

پیش از هر چیز وظیفه ما این است که حقوق را مصری سازیم و آنرا تبدیل به یک حقوق خالص مصری نماییم... حقوق ما امروز در اشغال بیگانه است و اشغالگری در این جا از نوع فرانسوی است و سختی و دشواری تحمل این اشغال‌گری از سایر انواع اشغال‌گری‌ها کمتر نیست... (السنهوری ۱۹۹۸: ۲۵ به نقل از: الجبوری ۱۴۲۶، ص ۴۱۴).

۴. نتیجه‌گیری

از آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که نظام حقوقی ایران برای اسلامی‌سازی با دو چالش مهم روبرو است. نخستین چالش مربوط به حوزه تقنین است. حجم عمده‌ای از قوانین که امروزه در محاکم مورد استناد و عمل قرار می‌گیرند قوانینی هستند که پیش از انقلاب تصویب شده‌اند و از حیث مطابقت با موازین اسلامی مورد ممیزی قرار نگرفته‌اند. تردید‌های که در مورد صلاحیت شورای نگهبان به عنوان مرجع نسخ قوانین مغایر شرع، مطرح شده، باعث گردیده حتی در مواردی نیز که شورای نگهبان نسبت به مغایرت پاره‌ای مقررات قبل از انقلاب با شرع اظهار نظر نموده، رویه قضائی در منسوخ قلمداد کردن این قوانین قاطع عمل ننماید.

چالش دوم که علیرغم اهمیت بسیار آن، کمتر مورد توجه قرار گرفته است شیوه ها و قواعد حاکم بر تفسیر قوانین و استدلال حقوقی یا همان منطق حقوق است. در حوزه تفسیر نه تنها ضابطه ها و معیارها روشن نیست بلکه بر خلاف حوزه تقنین مرجع کنترل کننده ای نیز وجود ندارد. هر کس آزاد است قانون را بر اساس پیشفرض ها و مبانی مورد قبول خود تفسیر کند و با توجه به روشن نبودن منطق تفسیر، هیچکس نمی تواند دیگری را به بیراهه رفتن متهم سازد. نگاهی به ادبیات مسئولیت مدنی در ایران نمونه جالبی است. برخی نویسندگان، مسئولیت مدنی ایران را در پرتو مسئولیت مدنی فرانسه تبیین می کنند در مقابل برخی دیگر مسئولیت مدنی را در قالب اسباب ضمان قهری فقهی تحلیل کرده و راهکارهای فقهی را بر راهکارهای بیگانه ترجیح می دهند و طیف وسیعی نیز در این میانه، گاه فقهی و گاه فرانسوی تحلیل می کنند. هر چند اصل ۱۶۷ قانون اساسی برای رفع ابهام و اجمال از قوانین، مراجعه به فتاوی و منابع معتبر را راهکار تجویز نموده اما ابهامات موجود در سازو کار مراجعه به فتاوی و منابع معتبر عملاً این قاعده اساسی تفسیری را کم اثر کرده است. بنابراین یکی از مقدمات ضروری اسلامی سازی قوانین و مقررات، تدوین قواعد و شیوه های تفسیر و ضابطه مند نمودن تفسیر و استدلال حقوقی است و این کار در درجه نخست نیازمند قانونگذاری و تبیین و تفصیل اصل ۱۶۷ قانون اساسی است. اما مادام که قانونگذار در این امر پیشقدم نشده بنظر می رسد مستفاد از مجموع مقررات و بطور خاص اصل دوم و چهارم و ۱۶۷ قانون اساسی، در تفسیر قوانین، تفسیری موجه و سازگار با اراده قانونگذار است که بیشترین سازگاری را با موازین اسلامی داشته باشد.

در پایان پیشنهاد می شود قانونگذار اولاً سازو کار رجوع به منابع و فتاوی معتبر را در قوانین عادی مشخص نماید و نیز متنی شبیه به متن قانون مدنی اردن و امارات در قانون آورده شود که بر اساس آن در خصوص قوانینی که پیشینه فقهی دارند و از فقه اقتباس شده اند، روش تفسیر، روش اصول فقه باشد و ثانیاً در قانون تصریح شود که تفسیر قانون نیز نباید با موازین اسلامی و فقه مغایرت داشته باشد.

پی نوشتها

۱. «و من لم یحکم بما انزل الله فأولئك هم الکافرون» (مائده، ۴۴) «و من لم یحکم بما انزل الله فأولئك هم الظالمون» (مائده، ۴۵) // «و من لم یحکم بما انزل الله فأولئك هم الفاسقون» (مائده، ۴۷)

۲. به عنوان نمونه ن. ب: کلینی، بی تا، ج ۱، باب الرأی والبدع والمقاییس و نیز- صاحب الفصول، شیخ محمد حسین غروی، بی تا، ص ۳۸۳: «و قد أطبق أصحابنا علی عدم حجیته {ای القیاس} و بطلانه فی مثل زماننا یعدّ من ضروریات المذهب عند المحصلین»/میرزای قمی، بی تا، ج ۱ ص ۳۸۸: «القیاس الّذی أجمع الشیعة علی بطلانه و صار حرّمته من باب ضروریات المذهب...»

۳. ر.ک امام خمینی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۶۲۴ به بعد).

۴. ماده ۳ ق.م اردن: یرجع فی فهم النص وتفسیره وتأویله ودلالته الی قواعد أصول الفقه الاسلامی. ماده قانون معاملات مدنی امارات نیز با تفاوت اندکی از متن اردنی چنین است: یرجع فی فهم النص وتفسیره وتأویله الی قواعد وأصول الفقه الإسلامی. ماده ۱۸ ق.م یمن مصوب ۲۰۰۲ نیز مرجع تفسیر را فقه اسلامی و مشروح مذاکرات و کتب شرح قانون که از سوی هیات مخصوص قانونگذاری صادر شده اعلام کرده است. المادة(۱۸): المرجع فی تفسیر نصوص القوانين وتطبیقها هو الفقه الاسلامی والمذکرات الايضاحیة والکتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية المختصة

۵. «المراد من العين ما إذا وجد فی الخارج کان جسماً مشتملاً علی الأبعاد الثلاثة: العرض، و الطول، و العمق»

۶. (برای مطالعه بیشتر ر ک : مجموعه مقالات یادنامه سید محمد فاطمی به کوشش سلطانی و پیلوار، (۱۴۰۰

۷. ماده ی ۱۳۸۵ قانون مدنی فرانسه بدین شرح است: صاحب حیوان یا کسی که از حیوان استفاده می کند، مسئول خساراتی است که حیوان وارد کرده است، اعم از اینکه حیوان تحت اختیار او باشد یا فرار کرده باشد « در حالی که ماده ی ۳۳۴ قانون مدنی ایران به این صورت است «مالک یا متصرف حیوان مسئول خساراتی نیست که از ناحیه حیوان وارد می شود مگر در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد...» که این حکم مبتنی بر مبانی فقه امامیه است (رجوع به: موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام، ۱۴۲۳، ج ۳، ۲۵۶)

کتاب‌نامه

قرآن کریم.

قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران

قانون مدنی فرانسه

اسلامی پناه، علی(۱۳۹۹). دکترین به منزله منبع حقوق. پژوهش حقوق خصوصی، سال نهم ش ۳۲: ۹-۲ الشریف، محمد مهدی (۱۳۹۲). منطق حقوق. دوم. تهران: شرکت سهامی انتشار.

نقد علم حقوق کنونی از منظر اسلامی ... (محمد مهدی الشریف و نصراله جعفری) ۳۷۹

- الشریف، محمد مهدی، قائم فرد، سید محسن (۱۳۹۸). «نقد و بررسی کتاب حقوق مسئولیت مدنی و جبران ها»، پژوهش نامه انتقادی متون و برنامه های علوم انسانی، سال نوزدهم، شماره ۱۲. ۸۱-۱۰۳
- امام خمینی، سید روح الله (۱۴۰۹)، تحریر الوسیله، ج ۱، قم: موسسه دار المطبوعات العلم.
- امام خمینی، سید روح الله (۱۳۶۹)، صحیفه نور (مجموعه رهنمودهای امام خمینی (ره)، تهران: انتشارات سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، انتشارات سروش.
- امامی، سید حسن (۱۳۶۸)، حقوق مدنی، ج ۱، تهران: انتشارات اسلامی.
- امیری قائم مقامی، عبد المجید (۱۳۸۰)، حقوق تعهدات، ج ۱، تهران: نشر میزان.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۳)، «تاریخچه حقوق مدنی»، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق، ش ۲۴
- بهرامی، بهرام (۱۳۹۵). بایسته های تفسیر قوانین و قراردادهای، چ پنجم تهران: انتشارات نگاه بین،
- جعفری خسرو آبادی، نصراله (۱۳۹۴). نظریه عمومی دیون در حقوق اسلام و مقایسه ی آن با حقوق غرب. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال دوم، شماره ۴: ۱-۱۸.
- جعفری خسرو آبادی، نصراله (۱۳۹۶). جایگاه ستون فقرات نظام حقوقی رومی ژرمنی در حقوق اسلام و ایران: تحلیل فقهی حقوقی تقسیم بندی حقوق عینی و دینی. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال چهارم شماره ۴: ۱-۲۴
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی (۱۴۲۳ ه.ق)، موسوعه الفقه الإسلامی طبقا لمذهب أهل البيت عليهم السلام، اول ایران: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام.
- ره پیک، حسن (۱۳۹۵). حقوق مسئولیت مدنی و جبران ها، تهران: انتشارات خرسندی
- سلطانی، سید ناصر و پیلوار، رحیم (۱۴۰۰) مجموعه مقالات یادنامه سید محمد فاطمی قمی، تهران: شرکت سهامی انتشار
- الجبوری، ساجر ناصر، (۱۴۲۶)، التشریح الاسلامی و الغزو القانوني الغربی للبلاد الاسلامیة، بیروت، دار الکتب العلمیة
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۹) حقوق مدنی ۶. تهران: مجد.
- خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۷ ق)، مصباح الفقاهه فی المعاملات، قم: انصاریان
- صفائی و رحیمی، سید حسین و حبیب الله (۱۳۸۹)، مسئولیت مدنی، تهران: انتشارات سمت.
- عدل، مصطفی (منصور السلطنه) (۱۳۷۸)، حقوق مدنی، قزوین: انتشارات طه، بی جا.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۵)، حقوق اساسی ایران، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ اول.
- غروی، شیخ محمد حسین (بی تا)، الفصول الغرویة، بی جا.

۳۸۰ پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، سال ۲۲، شماره ۱۰، زمستان ۱۴۰۱

فلاح زاده، علی محمد و درویش متولی، علی (پاییز ۱۳۹۲) «نظارت شورای نگهبان بر قوانین مصوب پیش از انقلاب و شورای انقلاب»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، ش ۵، کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹) الزامات خارج از قرارداد، ضمان قهری، چاپ هفتم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵)، تحولات حقوق خصوصی، چاپ سوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران. کلینی رازی، محمد بن یعقوب بن اسحاق (بی تا)، اصول کافی. انتشارات علمیه اسلامی، ترجمه سید جواد مصطفوی.

مهرپور، حسین (۱۳۷۱)، مجموعه نظریات شورای نگهبان، ج ۱، چاپ اول، تهران: سازمان انتشارات کیهان.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸) نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی

هاشمی، سید محمد (۱۳۸۰) حقوق اساسی جمهوری اسلامی، چ پنجم، ج دوم، تهران: انتشارات دادگستر.

هدایت نیا، فرج الله، (۱۳۸۷) شورای نگهبان: پرسشها و پاسخها تهران: کانون اندیشه جوان یزدی، محمد، (۱۳۷۵) قانون اساسی برای همه، چ اول، تهران: انتشارات امیرکبیر.

Al-Dabbagh, Harith (2015) Droit comparé et renouveau du droit musulman : le vieux rêve de Sanhoury revisité, Journal of Comparative Law in Africa, vol. 2, p. 2.39

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی