

## **The Idea of Connecting Imami Jurisprudence and European Law in Iran's Civil Law and Examining the Commentators' Approach to This Idea**

**Abolfazl Ghaviolbonyeh\***

### **Abstract**

Civil law is one of the most outstanding achievements of the legislative system in Iran. The authors of this law, who are among the most prominent figures in the history of legislation in Iran and were often mujtahids in Imami jurisprudence and were familiar with European law, linked the content of Imami jurisprudence with European law and presented it in the form of a modern law. However, the commentators of this law have not had a single approach to this link and have followed different styles in explaining and interpreting the civil law. The question of the current research is that according to the fields of drafting and approving the civil law, how should the provisions of this law be understood? The answer to this question will be obtained by simultaneously examining the fields of drafting and approving the civil law, including its intellectual, international and legal fields, as well as the approaches of the commentators and commentators of the civil law towards the idea of linking jurisprudence and European law in this law, and it will be clarified at the end. The right way to deal with the civil law is to simultaneously pay attention to both the sources of its formulation, i.e. Imami jurisprudence and European law.

**Keywords:** Civil Law, Imami Jurisprudence, European Law, Legislation, Civil Rights, Capitulation, Constitutionalism.

\* PhD in Private Law, Adalat University, Tehran, Iran, [abolfazlghavi@gmail.com](mailto:abolfazlghavi@gmail.com)

Date received: 08/07/2024, Date of acceptance: 12/11/2024



**Extended Abstract**

Civil law is one of the most outstanding achievements of the legislative system in Iran. The writing of this law is the first experience of Iranian jurists and jurists in writing a legal text with a modern format and jurisprudential content. The composition of the commission for compiling the first volume of the civil law clearly shows that the link between jurisprudence and modern law was first made in the compilers of this law. Their records show that they were familiar with Imami jurisprudence and with modern law, especially French law. Among the members of this commission, there are Muslim mujtahids and law graduates from France. According to the reports of the compilation of the civil law and as evidenced by the text of this law, the compilers of the civil law paid attention to the French laws on the one hand and planned the division and general form of the civil law based on the French civil law. On the other hand, famous books of Imami jurisprudence have been referred to by them in compiling the content of the law. The need for quick approval of the civil law to abolish capitulation caused the approval of the first volume of the civil law to be hastened and it was approved by the National Assembly on May 18th 1307 with the approval of a single article and a single constitution. The approval of the civil law with its unique features was not something that happened suddenly in 1307, but various causes and fields such as intellectual, international and legal fields were some of the most important fields leading to the approval of the civil law. The intellectual background of the drafting of the civil law can be seen as the acquaintance of the Iranian people with the concept of law through Iranian intellectuals. In the years leading up to the constitutionalism, during the Qajar rule, with the expansion of communication between Iranian intellectuals and politicians with European societies, the grounds for familiarizing Iranians with European laws were slowly formed. The intellectuals such as Mirza Malkam Khan, Mirza Yusuf Khan Mustashar al-Doulah, Abdul Rahim Talebov, etc., tried to introduce the law as the savior of Iranian society by writing various travelogues and treatises. The thought of intellectuals such as Talebov, who, while believing in the distinction between jurisprudence and modern law, believed in the possibility of a kind of union between jurisprudence and law and the completion and cooperation of Islam and modernity, and the dominance of this view in the constitutionalism era can be considered one of the important factors in the formation of the idea of connecting jurisprudence and European law. The international context of writing and approving civil law in Iran is the experience of some Islamic countries, especially Egypt and the Ottoman Empire, in facing modern law and the experience of combining Islamic jurisprudence and

traditions with modern law in these countries. Compilation of civil law and criminal law collections by order of Napoleon in the early years of the 19th century, which was done after the victory of the French Revolution, affected most of the European countries in a short time, and these countries began to compile sets of laws, imitating France. Gradually, other countries, including Islamic countries, followed the wave created in European countries to write laws. The success of the Ottoman government in writing the *Majallah Al-Ahkam al-Adliyya*, which was in fact a law with a modern appearance but based on Hanafi jurisprudence, as well as the experience of the Egyptian government in writing the civil law by adapting French law and respecting the Islamic Sharia, can be considered as the grounds for the formation of the idea of combining jurisprudence and European law. Finally, the last factor that should be taken into consideration in terms of creating the groundwork for drafting and approving the civil law is the occurrence of the constitutional revolution in Iran and the establishment of the Legislative Assembly. Throughout the history of Iran, after Islam until the time of the constitutionalism, no law and order except divine laws and decrees were recognized as legitimate, even some kings tried to get their government approved by Islamic jurists and scholars, but the victory of the constitutional revolution in Iran and the establishment of the Legislative Assembly can be seen as a turning point in the intertwined relations between jurisprudence and government in Iran. Shortly after the approval of the civil law, the writing of the description and commentary on this law also began. The first commentary on the civil law was written only one year after the approval of the first volume of this law by Mustafa Adl, who was one of the members of the civil law drafting commission. Since then, dozens of scientific works such as books, articles, notes, etc. have been written in the explanation and interpretation of all or part of the civil law. After the approval of the civil law and according to the context of the approval of this law and the existence of two great sources of Imami jurisprudence and European law in the compilation of the civil law and the connection of these sources in the formation of this law, four approaches from the interpreters and commentators of this law regarding this connection, were adopted. Some commentators believed that the civil law is a Persian translation of jurisprudence, some considered the civil law to be a translation of European law, some considered the civil law to be independent after its approval. And finally, a group of commentators, although they consider the civil law to have an independent personality, believe the correct way of understanding and explaining it is to pay attention to jurisprudence and European law at the same time. Paying attention to the historical contexts of the compilation of the civil

law shows that the correct approach is the fourth approach, which calls the correct understanding of the civil law dependent on the simultaneous attention to jurisprudence and European law.

## Bibliography

### Books

- Abrahamian, Yervand (2015), *Iran between two revolutions*, translated by Ahmad Golmohammadi and Mohammad Ebrahim Fatahi, Tehran: Ney Publishing.
- Ajudani, Masha Allah (1383), *Iranian Constitution*, Tehran, Akhtaran Publications.
- Al-Kashif al-Ghata, Mohammad Hossein (2010), *Tahrir al-Majla*. The first volume, edited by Mohammad Mahdi Asefi and Mohammad Saedi, Tehran: Al-Majma Al-Alami for the convergence of Islamic religions. Cultural support.
- Emami (1364), Seyyed Hassan, *Civil Rights, Volume 1*, Tehran: Islamic Bookstore.
- Bahrami Ahmadi, Hamid (1390), *the law of obligations and contracts with a comparative study in the jurisprudence of Islamic religions and legal systems*, Tehran, Imam Sadiq University.
- Behnam, Jamshid (1383), *Iranians and New Thought*, Tehran, Forozan Publications.
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (2015), *Expanded on Legal Terminology, Volume 4*, Tehran: Ganj Danesh Publications.
- About the science of law (Knowledge of law and its branches in the Islamic world) (2009), Tehran: Reference book publication.
- Zargarinejad, Gholamhossein (1390), *Constitutional Letters (Constitution according to supporters and opponents)*, Tehran: Research and Development Institute of Human Sciences.
- Shafiei Sarostani, Ibrahim (2014), *jurisprudence and legislation; Pathology of legislation in the Islamic Republic of Iran*, Qom: Kitab Taha.
- Saleh, Ali Pasha (1383), *History of Law*, Tehran: University of Tehran.
- Sadr, Mohsen (1364), *Memories of Sadr al-Shraf*, Tehran: Vahid Publications.
- Tabatabai, Seyyed Javad (2019), "Nation, State and the Rule of Law, An Inquiry into the Interpretation of Texts and Sunnah", Tehran: Minvi Khord.
- Tabatabaei, Seyyed Javad (2013), *A Reflection on Iran: The Theory of the Rule of Law in Iran (Part II: Basics of the Theory of Constitutionalism)*, Tehran: Minavi Khord.
- Adl, Mustafa (1373), *Civil Rights*, by Mohammad Reza Bandarchi, Qazvin: Bahrul Uloom Publications.
- Fatemi Qomi, Seyyed Mohammad (2009), *Memoirs of Seyyed Mohammad Fatemi Qomi*, by the efforts of Dr. Hassan Zandieh, Tehran: Museum Library and Islamic Council Document Center.
- Katouzian, Nasser (2008), *Changes in private law (collection of articles)*, Tehran: Tehran University Press.
- Katouzian, Nasser (2013), *General Rules of Contracts, Volume I*, Tehran: Publishing Company.

## 157 Abstract

Katouzian, Nasser (2017), Property and Property, Tehran, Mizan Publishing House.

Modaresi, Ali (1374), Mard Rozgaran Modares, Martyr of the National Genius of Iran, Qom: Zhanson Publishing.

Mishtar al-Dawlah, Mirza Yusuf Khan (2012), Risalah One Word, Tehran, Bal Publications.

Nayini, Mohammad Hossein (1385), Tanbiyeh al-Uma and Tanziyeh al-Mulleh, Tehran: Islamic Revolution Documentation Center.

Nouri, Hossein Qoli (1389), French Civil and Commercial Law "The first Persian translation of the French Civil Law (Napoleon Code)", corrected by Mohammad Mahdi Montazeri, Tehran, Majd Publications.

## Articles

Bahrami Ahmadi, Hamid (1383), History of Civil Code Compilation, Research Quarterly of Imam Sadiq University, No. 24.

Jafari Nadushan, Ali Akbar and Seyyed Mohsen Hekmati Moghadam (1400), review of the process of approving and implementing the principle of subordination in the Constitutional Law, Tehran University Public Law Studies Quarterly, Volume 51, Number 4.

Zandiyeh, Hassan and Talat de Pahlavi (2012), the position of influential clerics in judicial modernization and the compilation of civil law in the first Pahlavi era. Historical researches, number 4.

Zandiyeh, Hassan and Talat de Pahlwani (2012), The role of Shia scholars in compiling the civil law of Iran, the first Pahlavi era (with an emphasis on the role of Seyyed Mohammad Fatemi Qomi), Contemporary Political Essays, No. 8.

Soltani, Seyyed Nasser (1401), the role of Seyyed Mohammad Fatemi Qomi in compiling the civil law of Iran, Contemporary Comparative Law Studies, No. 29.

Al-Sharif, Mohammad Mahdi (2017), A pause in the history of the compilation of Iran's civil law. Law Journal of Isfahan University, Volume 5, Number 1.

Foroughi, Mohammad Ali (1315), History of Law, Journal of Education and Training, 6th year, No. 10.

Katouzian, Nasser (2013), the relationship between jurisprudence and law, useful letter, number 43.

Kazemi, Mahmoud. (2018), Persian civil law or jurisprudence: a survey of the sources and structure of Iranian civil law. Private Law Research, Volume 8, Number 29.

Nayini, Ahmadreza (2008), Reza Khan's role in drafting the civil law, Payam Baharestan, No. 3.

Nayini, Ahmadreza (2008), the role of civil law commissions in regulating the articles of this law, Payam Baharestan magazine, number 5.

Yaqoubi, Reza (1400), Mohammad Mosadegh's role in compiling Iran's civil law. Legal Research Quarterly, No. 93.

Talebov, Abdul Rahim, Kitab Ahmad (Literature of the Beginning of Constitutionalism), Volume 2, Tehran: Pocket Books Organization, 1346.

Hasanlu Nasiraleh, Shojaei Aliabadi Hassan (1401) Islamic jurisprudence-legal model of system building; Damages and solutions. Quarterly Journal of Basic Human Sciences Research; 8 (3).

Moradkhani, Fardin (2018). The concept of law in the thought of Talebov Tabrizi. Studies of cultural history (research paper of the Iranian History Association); 11(39)

## ایده پیوند فقه امامیه و حقوق اروپایی در قانون مدنی ایران و بررسی رویکرد شارحان در قبال این ایده

ابوالفضل قوی البنیه\*

### چکیده

قانون مدنی یکی از برجسته‌ترین دستاوردهای نظام قانون‌گذاری در ایران است. نویسندگان این قانون که از برجسته‌ترین شخصیت‌های تاریخ قانون‌گذاری در ایران به شمار می‌آیند و اغلب هم در فقه امامیه مجتهد بودند و هم با حقوق اروپایی آشنایی داشتند، محتوای فقه امامیه را با حقوق اروپایی پیوند زده و در قالب یک قانون مدرن ارائه نمودند. با این حال شارحان این قانون روی‌کرد واحدی در قبال این پیوند نداشته‌اند و سبک‌های مختلفی را در شرح و تفسیر قانون مدنی دنبال نموده‌اند. پرسش پژوهش حاضر این است که با توجه به زمینه‌های تدوین و تصویب قانون مدنی، احکام این قانون را چگونه باید فهم نمود؟ پاسخ این پرسش با بررسی هم‌نگام زمینه‌های تدوین و تصویب قانون مدنی از جمله زمینه‌های فکری، بین‌المللی و حقوقی آن و نیز روی‌کردهای شارحان و مفسران قانون مدنی در قبال ایده پیوند فقه و حقوق اروپایی در این قانون به دست خواهد آمد و در پایان روشن خواهد شد که روش صحیح در مواجهه با قانون مدنی، توجه همزمان به هر دو منبع تدوین آن، یعنی فقه امامیه و حقوق اروپایی است.

**کلیدواژه‌ها:** قانون مدنی، فقه امامیه، حقوق اروپایی، قانون‌گذاری، حقوق مدنی، کاپیتولاسیون، مشروطه.

\* دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه عدالت، تهران، ایران، abolfazlghavi@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۱۸، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۲۲



## ۱. مقدمه

قانون مدنی با داشتن ویژگی‌های منحصر به فرد، یکی از برجسته‌ترین دستاوردهای نظام قانون‌گذاری در ایران به شمار می‌آید. سبک ویژه نگارش و فضل و دانش نویسندگان متن قانون مدنی باعث شده است تا این قانون دارای چنان استحکامی باشد که پس از نزدیک به یک قرن از زمان تصویب جلد اول آن در سال ۱۳۰۷، اساس آن تاکنون دست نخورده باقی مانده و تنها اصلاحاتی جزئی در خصوص برخی از مواد آن صورت گرفته است.

یکی از اساسی‌ترین ویژگی‌های این قانون، ایجاد پیوند میان فقه امامیه و حقوق اروپایی به نحوی بی‌سابقه و فوق‌العاده است. مرحوم استاد کاتوزیان در این خصوص چنین می‌نویسد:

تاریخ قانونگذاری ایران هیچگاه زحمات و دوراندیشی و پختگی نویسندگان این قانون را فراموش نمی‌کند. اینان با درایت کامل صورت را از قانون مدنی فرانسه، یعنی آشناترین متن معتبر در عصر خود، و محتوا را از فقه امامیه گرفتند و از آن ترکیبی ساختند که هنوز همتایی برای آن نمی‌توان نشان داد. قالب سنتی شکست و جوهری را که در درون داشت به لباسی نو آراست. (کاتوزیان ۱۳۹۳: هفت)

در میان شارحان این قانون، نگاه‌های مختلفی در خصوص کیفیت و چگونگی پیوند ایجاد شده میان فقه و حقوق اروپایی و میزان تأثیر هر کدام از این عوامل بر قانون مدنی وجود دارد و این تفاوت نگاه‌ها باعث شده تا رویکردهای مختلفی در خصوص شرح و تفسیر قانون مدنی در میان آثار شارحان این قانون وجود داشته باشد.

نوشتار حاضر پس از مطالعه ریشه‌های تاریخی و عواملی که زمینه‌ساز تصویب قانون مدنی در ایران شدند و شرح مختصری از چگونگی تصویب این قانون، اشاره‌ای به رویکردهای مختلف در خصوص ایده پیوند فقه و حقوق اروپایی در قانون مدنی خواهد داشت. این امر سبب خواهد شد که حقوقدانان و پژوهشگران حوزه حقوق مدنی، در مواجهه با آثار شارحان قانون مدنی، فهم درست‌تری داشته و در تفسیر و شرح قانون مدنی از خطا و اشتباه مصون بمانند.

پیش از این پژوهش‌های متعددی در خصوص تاریخچه و کیفیت تصویب قانون مدنی انجام شده که از آن میان می‌توان به تاریخچه قانون مدنی در آثار دکتر حمید بهرامی احمدی (بهرامی احمدی، ۱۳۸۳) (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰)، مقالات حسن زندیه و طلعت ده پهلوانی در خصوص نقش علما و روحانیون در تدوین قانون مدنی (زندیه و ده پهلوانی، ۱۳۹۲) (زندیه و



ایده پیوند فقه امامیه و حقوق اروپایی در قانون مدنی ... (ابوالفضل قوی البینه) ۱۶۱

ده پهلوانی، ۱۳۹۱) مقاله دکتر محمد مهدی الشریف در خصوص تاریخچه قانون مدنی (الشریف، ۱۳۹۷)، مقاله دکتر محمود کاظمی با عنوان قانون مدنی یا فقه فارسی (کاظمی، ۱۳۹۸)، مقاله دکتر ناصر سلطانی در خصوص نقش سید محمد فاطمی قمی در تدوین قانون مدنی (سلطانی، ۱۴۰۱)، مقالات احمدرضا نایینی در خصوص نقش رضاخان و نقش کمیسیون‌های قانون مدنی در تدوین این قانون (نایینی، ۱۳۸۸ الف) (نایینی ۱۳۸۸ ب)، مقاله رضا یعقوبی در خصوص نقش محمد مصدق در تدوین قانون مدنی (یعقوبی، ۱۴۰۰) و نیز کتاب‌های شرح خاطرات افراد دخیل در نگارش و تصویب قانون مدنی از جمله شرح حال سید محمد فاطمی قمی (فاطمی قمی ۱۳۸۹) و سید محسن صدر (صدر، ۱۳۶۴) اشاره نمود. همچنین شرح‌های متعدد قانون مدنی و آثاری همچون کتب دکتر حسن امامی، مصطفی عدل، محمد عبده بروجردی و آثار دکتر ناصر کاتوزیان و دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی را نیز می‌توان از پیشینه‌های پژوهش جاری دانست.

با این حال در این پژوهش تلاش شده تا با وجود استفاده از آثار پیش‌گفته و به ویژه آثار ارزشمند دکتر ناصر کاتوزیان، دسته بندی روشن‌تری از رویکردها در خصوص ایده پیوند فقه و اروپایی ارائه شده و رهنمودی برای نظام قانون‌گذاری کنونی ارائه شود.

## ۲. زمینه‌های تصویب قانون مدنی

تصویب قانون مدنی با ویژگی‌های منحصر به فردش، اتفاقی نبود که به طور ناگهانی و دفعتاً در اسفندماه ۱۳۰۷ انجام شود بلکه علل و زمینه‌های سیاسی، فرهنگی و اجتماعی مختلفی این اتفاق را رقم زد. مواجهه با دنیای مدرن که انتظام امور آن با مفهومی به نام قانون صورت می‌گرفت و توجه روشنفکران ایرانی به این مفهوم و غلبه ایده جمع میان فقه و قانون مدرن در میان ایشان، وجود نمونه‌های موفق از تجربه سایر کشورهای اسلامی در امتزاج فقه و سنت‌های اسلامی با قانون مدرن و در نهایت روند طی شده در زمینه قانونگذاری در کشور در عصر مشروطه، برخی از مهم‌ترین زمینه‌های منتهی به تصویب قانون مدنی بودند. در ادامه به شرح هریک از این عوامل پرداخته خواهد شد.

### ۱.۲ زمینه فکری (نقش روشنفکران در آشنایی ایرانیان با قانون)

نخستین موردی که می‌توان به عنوان یکی از زمینه‌های نگارش و تصویب قانون مدنی در ایران از آن نام برد، آشنایی مردم ایران با مفهوم قانون از طریق روشنفکران ایرانی است. در سال‌های

منتهی به مشروطه، در زمان حکومت قاجار، با گسترش ارتباطات میان روشنفکران و سیاستمداران ایرانی با جوامع اروپایی، آرام‌آرام زمینه‌های آشنایی ایرانیان با قوانین اروپایی شکل گرفت. روشنفکران از فرنگ برگشته، تلاش می‌کردند تا با نگارش سیاحتنامه‌ها و رساله‌های گوناگون، قانون را به عنوان نجات‌دهنده جامعه ایران معرفی کنند. یکی از نخستین تلاش‌ها در این مسیر مربوط به میرزا یوسف خان مستشارالدوله، دیپلمات دوره ناصرالدین‌شاه، است. او در رساله‌ای با عنوان «یک کلمه»، قانون را به عنوان علت‌العلل پیشرفت غرب و محور نظم‌دهنده تمدن غربی، معرفی می‌کند.

رساله یک کلمه اولین بار در سال ۱۲۸۷ قمری (۱۸۷۰ میلادی) به چاپ رسید، این رساله از منظر تحولات حقوقی ایران بسیار مهم و قابل توجه است و برخی این رساله را مبنای نظری تبدیل شرع به نظام حقوقی عرف می‌دانند. (طباطبایی ۱۳۹۳: ۱۴)

مستشارالدوله می‌نویسد:

یک کلمه که جمیع انتظامات فرنگستان در آن مندرج است، کتاب قانون است که جمیع شرایط و انتظامات معمول بها که به امور دنیویه تعلق دارد در آن محرر و مسطور است و دولت و امت، معاً، کفیل بقای آن است. (مستشارالدوله ۱۳۹۲: ۲۶)

در نمونه دیگر، میرزا ملکم خان در سر مقاله اولین شماره از روزنامه قانون چنین می‌نویسد:

قانون عبارت است از اجتماع قوای آحاد یک جماعت به جهت حفظ حقوق عامه... و بدانید که استخلاص ایرانی از این گرداب مذلت و ظلمت و اسیری ممکن نیست مگر به استقرار قانون... جمیع خرابی‌ها و جمیع ظلم‌ها از عدم قانون است... اگر آدم هستید قانون بخواهید...<sup>۱</sup> (آجودانی ۱۳۸۳: ۱۷۹)

روشنفکران دیگری نیز در این دوران به بیان اهمیت قانون پرداخته‌اند که از آن میان می‌توان به عبدالرحیم طالبوف اشاره نمود. او یکی از روشنفکرانی است که آثار قابل توجهی در خصوص مفاهیم بنیادینی مانند قانون، نمایندگی، حق و قانون اساسی دارد. (مرادخانی، ۱۳۹۸: ۱۰۸)

او معتقد است هر جا و در هر کشوری که قانون نباشد هیچ منفعت و تمدن و سعادت نیست و جز وحشت و نعمت چیزی نیست.

ایده پیوند فقه امامیه و حقوق اروپایی در قانون مدنی ... (ابوالفضل قوی البینه) ۱۶۳

«هر جا قانون نیست اساس منافع نیست و هر جا اساس منافع نیست تمدن نیست، هر جا تمدن نیست وحشت است، هر جا وحشت است سعادت و برکات نیست، پس هر جا قانون نیست سعادت برکات نیست.» (طالبوف، ۱۳۴۶: ۱۲۷)

البته تمامی روشنفکران این دوره در خصوص نسبت میان فقه اسلامی و قانون به مفهوم مدرن آن، اتفاق نظر نداشته‌اند. به عنوان مثال نکته قابل توجه در نوشته‌های روشنفکرانی همچون مستشارالدوله و ملکم خان، تلاش آن‌ها برای اثبات این مدعا است که قوانین اروپایی، نه تنها با شریعت اسلامی مغایرتی ندارند، بلکه منطبق بر آن بوده و حتی ملهم از شریعت اسلامی هستند. (مستشارالدوله ۱۳۹۲: ۳۲) (آبراهامیان ۱۳۹۵: ۸۷)

در مقابل روشنفکرانی مانند آخوندزاده، معتقد به تقابل کامل اسلام و حقوق مدرن و عدم امکان جمع میان آنها بودند. آخوندزاده به صراحت فقه و بسیاری از آموزه‌های اسلامی مانند اصول عدالت، قوانین ارث، حقوق زنان، قانون حجاب و... را به تمسخر میگرفت و فقه و علوم اسلامی را برای اداره نهادهای سیاسی، اقتصادی و... ناکارآمد و بی‌ارزش می‌دانست (نصری، ۱۳۸۶: ۱۰۷)

در میان این دو دیدگاه، اندیشه روشنفکرانی مانند طالبوف به چشم میخورد که در عین باور به تمایز فقه و حقوق مدرن از هم، به امکان نوعی جمع میان فقه و قانون و تکمیل و تعاون اسلام و مدرنیته معتقد بودند و از قضا این دیدگاه در نهایت تبدیل به ایده غالب در عصر مشروطه گردید (حسنلو و شجاعی علی آبادی، ۱۴۰۱: ۱۲۷) و می‌توان تأثیر آن را در ایده محوری قانون مدنی یعنی ایجاد پیوند میان فقه و حقوق اروپایی مشاهده نمود.

## ۲.۲ زمینه بین‌المللی (تجربه کشورهای اسلامی در امتزاج فقه و سنت‌های اسلامی با قانون مدرن)

عامل دیگری که می‌توان آن را زمینه‌ساز نگارش و تصویب قانون مدنی در ایران دانست، تجربه برخی کشورهای اسلامی به ویژه مصر و امپراتوری عثمانی در مواجهه با قانون مدرن و امتزاج فقه و سنت‌های اسلامی با قانون مدرن در این کشورها بود.

تدوین مجموعه‌های قانون مدنی و قانون جزایی به دستور ناپلئون در سال‌های ابتدایی قرن نوزدهم که در پی پیروزی انقلاب فرانسه انجام شده بود، در اندک زمانی بیشتر کشورهای اروپایی را تحت تأثیر قرار داد و این کشورها به تقلید از فرانسه، به تدوین مجموعه‌های قوانین مدنی و کیفری پرداختند. به تدریج سایر کشورها و از جمله کشورهای اسلامی نیز به تبعیت از

موج ایجاد شده در کشورهای اروپایی به قانون‌نویسی روی آوردند و بالطبع در نخستین گام، به الگوبرداری و اقتباس از قوانین کشورهای اروپایی همچون فرانسه، آلمان و بلژیک پرداختند. (شفیعی سروستانی ۱۳۹۴: ۲۲)

حکومت عثمانی از جمله نخستین کشورهای اسلامی بود که تحت تأثیر این موج قرار گرفت. حاکمان عثمانی تحت فشار عوامل داخلی و خارجی، به اقتباس از قوانین غربی روی آوردند و قوانینی همچون قانون تجارت و قانون تجارت دریایی با اقتباس از حقوق فرانسه در این کشور به تصویب رسید. با این حال تحت تأثیر اعتقادات دینی جاری در این کشور، فکر تقنین احکام شرعی و تبدیل آن‌ها به متون قانونی در این کشور قوت گرفت و منتهی به تدوین یک مجموعه قانونی منحصر به فرد در زمینه حقوق مدنی شد.

دولت عثمانی هیئتی متشکل از هفت حقوقدان معین کرد تا قانونی مناسب بر اساس فقه حنفی درباره معاملات تدوین کند. این هیئت که انجمن مجله نام گرفته بود، در سال ۱۸۷۶ میلادی مجموعه مقرراتی را به نام «مجله الاحکام العدلیه» منتشر کرد که در واقع نخستین مجموعه مدون قوانین مدنی در کشورهای اسلامی به شمار می‌رود. (درباره علم حقوق ۱۳۸۹: ۳۲) این مجموعه قانون توانست تا حد زیادی خلاء بزرگی را که در عالم قضاوت و معاملات شرعی وجود داشت برطرف کند و از این رو مورد استقبال کشورهای اسلامی قرار گرفت و در بسیاری از کشورها اجرا شد.

در مصر نیز در زمان حکومت محمدعلی پاشا، اقدامات سترگی در زمینه تدوین قوانین انجام شد. در این کشور وکیلی فرانسوی الاصل با نام مانوری، با اقتباس از قوانین مدنی فرانسه و ایتالیا و با رعایت شریعت اسلامی در برخی از مواد، قانون مدنی مصر را در سال ۱۸۷۵ به زبان فرانسوی تدوین کرد که به عربی نیز ترجمه شد. با توجه به اینکه این قانون به دلیل اقتباس از حقوق فرانسه ناهماهنگی‌هایی با مقتضیات جامعه مصر داشت، قانون مدنی جدید این کشور در سال ۱۹۴۹ با رعایت شریعت اسلامی به تصویب رسید. (درباره علم حقوق ۱۳۸۹: ۳۳)

باید توجه داشت که فکر ترجمه قوانین اروپایی به زبان فارسی نیز در سالهای منتهی به مشروطه در ایران نیز به وجود آمده بود. به عنوان مثال در دوره مظفرالدین شاه قاجار، حسین قلی نوری وزیر فوائد عامه، با ترجمه بخش‌های گزیده‌ای از کد ناپلئون یا ترجمه عربی آن، اقدام به نگارش پیش‌نویسی برای قانون مدنی نمود. این اقدام به گفته‌ی خود او در مقدمه‌ی

ایده پیوند فقه امامیه و حقوق اروپایی در قانون مدنی ... (ابوالفضل قوی البنیه) ۱۶۵

کتاب در سال اول سلطنت مظفرالدین شاه (۱۳۱۴ ه قمری) یعنی ده سال پیش از مشروطه صورت گرفته است. (نوری ۱۳۸۹: ۱۱)

### ۳.۲ زمینه حقوقی (تجربه قانون گذاری در ایران در عصر مشروطه)

آخرین عاملی که باید در خصوص زمینه سازی برای تدوین و تصویب قانون مدنی مورد بررسی قرار گیرد، وقوع انقلاب مشروطه در ایران و تأسیس مجلس قانون گذاری است. در سرتاسر تاریخ ایران پس از اسلام تا زمان مشروطه قانون و حکمی به جز قوانین و احکام الهی مشروع شناخته نمی شد، حتی برخی از پادشاهان تلاش می کردند تا حکومت خود را به تایید فقها و علمای اسلام برسانند، اما پیروزی انقلاب مشروطه در ایران و تأسیس مجلس قانون گذاری را می توان نقطه عطفی در روابط در هم تنیده فقه و حکومت در ایران دانست. مزه های ایجاد مجلس قانون گذاری از همان ابتدا باعث ایجاد کشمکش ها و مباحثات طولانی در جامعه شد. برخی از فقها وضع هرگونه قانونی را مخالف با شریعت می دانستند. به عنوان مثال نویسنده رساله تذکره الغافل و ارشاد الجاهل<sup>۲</sup>، می نویسد:

مسلم را حق جعل قانون نیست. والله ابدأ گمان آن نداشتم که کسی جعل قانون را امضاء کند و از برای مملکت اسلام، قانونی جز قانون الهی بیسند و مقتضیات عصر را مغیر بعضی مواد قانون الهی بداند و مع ذلک، او معتقد به خاتمیت و کمال دین محمد (ص) باشد. (زرگری نژاد ۱۳۹۰: ۲۸۵)

در مقابل نیز برخی دیگر از فقها استدلال می کردند که حضور تعدادی از مجتهدین در مجلس قانون گذاری و مواظبت آنان بر اینکه قوانینی که وضع می شوند، مخالف شرع نباشد برای مشروع دانستن مجلس کافی است. به عنوان مثال مرحوم نایینی در مقدمه کتاب تنبیه الامه و تنزیه المله در این خصوص چنین نوشته است:

مشروعیت نظارت هیأت منتخبه مبعوثان بنا بر اصول اهل سنت و جماعت که اختیارات اهل حل و عقد امت را در این امور متبع دانسته اند به نفس انتخاب ملت متحقق و متوقف بر امر دیگری نخواهد بود. اما بنابر اصول ما، طایفه امامیه، که این گونه امور نوعیه و سیاست امور امت را از وظایف نواب عام عصر غیبت علی مغیبه السلام می دانیم، اشتغال هیأت منتخبه بر عده ای از مجتهدین عدول و یا مأذونین از قبل مجتهدی و تصحیح و تنفید و موافقتشان در آراء صادره برای مشروعیت کافی است. (نایینی ۱۳۸۵: ۷۵)

این نگرانی‌ها منتهی به تصویب اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه شد که در آن چنین آمده بود:

مجلس مقدس شورای ملی ... باید در هیچ عصری از اعصار مواد قانونیه آن مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین موضوعه حضرت خیرالانام صلی‌الله علیه و آله و سلم نداشته باشد و معین است که تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامی بر عهده علمای اعلام ادام‌الله برکات وجودهم بوده و هست...<sup>۳</sup>

با این حال و با توجه به اختلاف نظر فقها در خصوص صلاحیت مجلس شورای ملی در وضع قوانین، تصویب هر قانونی در مجلس با مقاومت روبرو می‌شد. راه حلی که برخی از رجال و شخصیت‌ها در آن زمان برای برون رفت از این مشکل پیدا کرده بودند، تقسیم قوانین به قوانین شکلی و ماهوی و به تصویب رساندن قوانینی از قبیل قانون «اصول تشکیلات عدلیه» و قانون «اصول محاکمات حقوقی» و قانون «محاکمات جزایی» در مجلس بود تا زمینه برای تصویب قوانین ماهوی همچون قانون مدنی و قانون مجازات نیز هموار شود.

سخنرانی سید حسن مدرس در دوره چهارم مجلس شورای ملی، نشان‌دهنده تمایز میان قوانین شکلی و قوانین ماهوی در نظر فقها است. او می‌گوید:

ماهیت مسائل حقوقی و جزایی، همان است که در قانون اسلام هست و امکان ندارد بقدر یک خشخاش از آن کم و زیاد بشود اما راجع به کیفیت اجرای آنها (قوانین شکلی) وضعیات دنیا ما را متنبه می‌کند که کیفیات اجرا و طرز اداره باید به وضع سایر نقاط دنیا باشد، که مردم بگویند ما هم داخل در تمدن شدیم. (مدرسی ۱۳۷۴: ۵۰۳)

در همین زمینه محمدعلی فروغی ضمن یک سخنرانی در دانشکده حقوق دانشگاه تهران چنین می‌گوید:

مخالفت آقایان با حکومت قانون چنان اساس و استحکام داشت که تا مدت مدیدی محاکم عدلیه احکامی را که صادر می‌کردند، حکم نمی‌نامیدند و رأی خود را در دعاوی «راپرت به مقام وزارت» عنوان می‌کردند... زیرا باوجود قانون شرع، قانون دیگری محل احتیاج نبود و جایز هم نیست و حتی چیز دیگر را قانون نمی‌توان نامید... این بود که در مجلس شورای ملی وضع قوانین برای عدلیه مشکل، بلکه محال می‌نمود... از آن طرف «اقتضای روزگار» و «عقیده متجددین» که قانون را لازم می‌دانستند و وزیر عدلیه میان دو سنگ آسیا گرفتار بود... مرحوم حسن پیرنیا که وزیر عدلیه شد تدبیری اندیشید... که قوانین مفصل است... مجلس

ابده پيوند فقه اماميه و حقوق اروپايي در قانون مدني ... (ابوالفضل قوی البنيه) ۱۶۷

به کمیسیون عدلیه مأموریت بدهد [قوانین را تصویب کند]... اول قانونی که از یک کمیسیون گذشت، قانون اصول محاکمات حقوقی بود... (فروغی ۱۳۱۵: ۷۳۰)

سپس فروغی تفاوت نگاه به قوانین شکلی و ماهوی را چنین توضیح می‌دهد:

قانون تشکیلات و قانون اصول محاکمات حقوقی و محاکمات جزائی مربوط به اساس محاکم عدلیه و عملیات آنهاست و فقط محاکمه را تنظیم می‌کند و حقوق اصلی مردم را بر یکدیگر و اموری که به زندگانی اجتماعی حاکم است، مشخص نمی‌نماید و این اصول به قوانین مدنی و جزایی استقرار می‌یابد و قوانین تجارت نیز متمم آن می‌باشد، ولکن تهیه این قسمت و پیش بردن آن از قسمت اول هم مشکل تر بود، زیرا که در آن قسمت در مقابل معارض‌ها و معترض‌ها می‌گفتیم این قانون نیست، مقرراتی است که عملیات محاکم عدلیه را تحت نظم و قاعده درمی‌آورد ولی اگر می‌خواستیم نغمه قانون مجازات و قانون مدنی را بلند کنیم هنگامه برپا می‌شد که مقابل قانون شرع، قانون وضع می‌کنند... (فروغی ۱۳۱۵: ۷۳۳)

دکتر احمد متین دفتری نیز در یک سخنرانی این شرایط را چنین توصیف می‌کند:

... در قانونگذاری قدم‌های مهمی ممکن نبود برداشته شود. فقط اصول محاکمات حقوقی و جزایی و تجارتی به صورت قوانین موقت مصوب کمیسیون مجلس شورای ملی با حفظ مرجعیت وسیع محاکم شرع از سال ۱۳۲۹ قمری به بعد تصویب شد و قوانین مربوط به ماهیت دعوی یعنی به اصطلاح قوانین مادی از قبیل قانون مدنی، قانون تجارت، قانون مجازات عمومی مسکوت ماند و محاکم عرفی نسبت به اموری در صلاحیت آنها مانده بود برای قضاوت اکثراً مستند قانونی نداشتند و متداعیین متوسل به اوراق استفتاء از مجتهدین می‌شدند و محکمه احیاناً خود را با فتاوی متعارض مواجه می‌دید. (صالح ۱۳۸۳: ۲۳۵)

در نهایت و با وجود زمینه‌های فوق‌الذکر، کار تدوین قانون مدنی به کیفیتی که در ادامه خواهد آمد، آغاز شد.

### ۳. کیفیت تدوین و تصویب قانون مدنی

اگرچه جلد اول قانون مدنی در سال ۱۳۰۷، در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید لکن نگارش پیش‌نویس آن از سال‌ها قبل توسط سید محمد فاطمی قمی آغاز شده بود. سید محمد فاطمی قمی از شاگردان حاج میرزا محمد حسن آشتیانی و همدرس حاج شیخ مرتضی آشتیانی

و از اعظام مجتهدین بود که نگارش پیش‌نویس بخش مهمی از قانون مدنی توسط او صورت گرفته است. (جعفری لنگرودی ۱۳۹۵: ۲۷۶۰)

او در خاطرات خود به نخستین کمیسیونی که برای تدوین قانون مدنی تشکیل شد، چنین اشاره می‌کند: «در بیست و هشتم سنبله ۱۲۹۸ شمسی دستخطی راجع به تشکیل کمیسیون صادر و در ششم میزان ۱۲۹۸ ش از طرف وزارت عدلیه اطلاع داده شد.» (فاطمی قمی ۱۳۸۹: ۱۰۵) با این حال بر اساس برخی از خاطرات سید محمد فاطمی قمی به نظر می‌رسد که او نگارش پیش‌نویس قانون مدنی را پیش از سال ۱۲۹۸ آغاز کرده است. (نایینی ۱۳۸۸ الف: ۹۰۷) فروغی در سخنرانی خود در دانشکده حقوق دانشگاه تهران پس از بیان مخالفت‌ها با نگارش قوانین ماهوی از جمله قانون مدنی و پاسخ به این اشکالات می‌گوید:

این حرف‌ها در مقابل مردم مغرض و بی‌انصاف موثر نبود و ما را از مخصمه محفوظ نمی‌داشت، این بود که این قسمت را محرمانه شروع کردیم و به اتفاق آقای تقوی و آقای فاطمی مشغول شدیم در حالی که اطمینان نداشتیم که زحمتی که میکشیم، هیچ وقت به ثمر برسد و به موقع عمل بیاید. (فروغی ۱۳۱۵: ۷۳۳)

به هر حال طبق گفته سید محمد فاطمی قمی، چندین کمیسیون برای این منظور تشکیل شده و بدون نتیجه منحل می‌شود. بررسی اسناد مربوط به این دوره نیز نشان دهنده تشکیل کمیسیون‌هایی در مورد قانون مدنی با محوریت نقش علما و روحانیون در تدوین قانون مدنی است. (زندیه و ده پهلوانی ۱۳۹۲: ۹۵) نهایتاً با اراده سیاسی حکومت به جهت الغای کاپیتولاسیون (سلطانی ۱۴۰۱: ۱۲۹) کمیسیون نهایی تدوین قانون اساسی در دهم دی ماه ۱۳۰۶ با حضور جمعی از برجسته‌ترین فقها و حقوقدانان در وزارت دادگستری تشکیل می‌شود. (صالح ۱۳۸۳: ۲۶۹) این کمیسیون موفق می‌شود در مدت کوتاهی جلد اول قانون مدنی از ماده ۱ تا ۹۵۵ را جهت تصویب به مجلس ارائه نماید.

در مجموع باید گفت نگارش قانون مدنی نخستین تجربه‌ی فقها و حقوقدانان ایرانی از نگارش یک قانون با قالب مدرن و محتوای فقهی است. ترکیب کمیسیون تدوین جلد اول قانون مدنی به خوبی نشان می‌دهد که این درهم‌آمیزی فقه و حقوق مدرن، ابتدا در خود تدوین‌کنندگان این قانون صورت گرفته است. سوابق آن‌ها نشان می‌دهد که هم با فقه امامیه آشنا بوده‌اند و هم با حقوق مدرن به ویژه حقوق فرانسه. در میانشان هم مجتهد مسلم وجود دارد و هم فارغ‌التحصیل حقوق از فرانسه. طبق گزارشاتی که از تدوین قانون مدنی صورت گرفته و به شهادت متن خود این قانون، تدوین‌کنندگان قانون مدنی در نگارش آن، هم به



ایده پیوند فقه امامیه و حقوق اروپایی در قانون مدنی ... (ابوالفضل قوی البنیه) ۱۶۹

حقوق فرانسه (به ویژه قانون مدنی ۱۸۰۴) توجه داشته‌اند (کاتوزیان ۱۳۹۷: ۱۶۵) و تقسیم‌بندی و شکل کلی قانون مدنی را بر مبنای قانون مدنی فرانسه طرح ریزی نموده‌اند (کازمی ۱۳۹۸: ۲۵۲) و هم کتب مشهور فقه امامیه از قبیل شرایع الاسلام، شرح لمعه، جواهرالکلام، مکاسب محرمة و ... مورد رجوع آنان بوده است. (بهرامی احمدی ۱۳۹۰: ۳۵) اهمیت تصویب سریع قانون مدنی جهت الغای کاپیتولاسیون موجب گردید که در تصویب جلد اول قانون مدنی تعجیل شود و با یک اقدام انقلابی قانون مدنی مجلد شده و با تصویب یک ماده واحده و یک قیام و قعود در هجدهم اردیبهشت ۱۳۰۷ شمسی به تصویب مجلس شورای ملی برسد. (زندیه و ده پهلوانی ۱۳۹۱: ۸۳)

#### ۴. رویکردهای مختلف در شرح و تفسیر قانون مدنی بر مبنای ایده محوری پیوند فقه و حقوق اروپایی

به فاصله کوتاهی پس از تصویب قانون مدنی، نگارش شرح و تفسیر بر این قانون نیز آغاز شد. نخستین شرح بر قانون مدنی تنها یک سال پس از تصویب جلد اول این قانون توسط مصطفی عدل که یکی از اعضای کمیسیون تدوین قانون مدنی بود، نگاشته شد. از آن پس تاکنون ده‌ها اثر علمی از قبیل کتاب و مقاله و یادداشت و ... در شرح و تفسیر تمام یا بخشی از قانون مدنی نگاشته شده است.

یکی از معیارهایی که در خصوص تمایز شارحان قانون مدنی می‌توان اتخاذ نمود و مورد توجه نوشتار حاضر قرار دارد، نگاه آنان به ایده محوری قانون مدنی، یعنی پیوند فقه امامیه و حقوق اروپایی و رویکرد آنان در خصوص شرح و تفسیر قانون مدنی است. یکی از نویسندگان در این خصوص می‌نویسد:

در تفسیر قانون مدنی همواره دو شیوه وجود داشته است. برخی حقوقدانان از آغاز تدوین قانون مدنی، گرایش به تفسیر قانون مدنی بر اساس مبانی فقهی داشته و برخی دیگر خلأهای قانون مدنی را با مراجعه به حقوق خارجی و به خصوص حقوق فرانسه پر کرده‌اند و البته اغلب حقوقدانان در برزخ بین این دو شیوه قرار دارند (الشریف ۱۳۹۷: ۹۲).

مرحوم استاد کاتوزیان نیز در سال ۱۳۷۹ در مقدمه جدیدی که بر کتاب تحولات حقوق خصوصی (یادنامه دکتر حسن امامی) (کاتوزیان ۱۳۸۱: نه) نگاشته است، این مسئله را چنین شرح می‌دهد:

اگر بیگانه‌ای حقوق مدنی محمد بروجردی عبده یا آقای حائری شاه‌باغ را بخواند. گمان می‌برد که در حقوق ایران منبعی بالاتر از قانون وجود دارد و مواد قانون مدنی تنها به عنوان مثال و مظه‌ری از این قواعد کلی است و چهره فرعی دارد. در برابر این مکتب که هنوز هم در میان حقوقدانان ما پیروانی دارد، گروهی از نویسندگان از همان آغاز امر در پی آن بودند که برای قانون مدنی شخصیتی مستقل به وجود آورند و رابطه آن را با پیشینه تاریخی خود قطع کنند: نگاه اجمالی به حقوق مدنی مرحوم عدل نشان می‌دهد که تا چه اندازه تفسیر قانون مدنی از فقه دو رافنده و چنانست که گویی هیچ سابقه‌ای در کشور ما نداشته و ساخته ذهن نمایندگان مجلس شورای ملی است. در میان این دو گروه جمعی آن افراط و این تفریط را رها ساختند و هر دو مکتب را به هم آمیختند، بدین امید که از این آمیزه به اصالت مطلوب برسند.

با توجه به این بیان و با رجوع به آثار شارحان مختلف قانون مدنی، می‌توان ۴ روی‌کرد مختلف را در شرح و تفسیر قانون مدنی بیان نمود که در ادامه به آن‌ها اشاره خواهد شد.

#### ۱.۴ روی‌کرد نخست: قانون مدنی، ترجمه فارسی و تبویب‌شده فقه است.

این روی‌کرد از زمان تصویب قانون مدنی تا امروز طرفدارانی دارد. بر اساس این نظریه، تمام محتوای قانون مدنی به لحاظ احکام ماهوی، محتوای فقهی بوده و نقش حقوق اروپایی در تدوین قانون مدنی، حداکثر مربوط به ساختار و فرم ظاهری قانون یا به اصطلاح در تبویب و ماده به ماده ذکر کردن احکام بوده است و حداکثر در مواردی که در فقه، حکمی برای مسائل پیش‌بینی نشده مورد توجه تدوین‌کنندگان قانون مدنی قرار گرفته است.

همانطور که در گذشته هم بیان شد، به اعتقاد برخی از شارحان قانون مدنی، تقسیم‌بندی و شکل کلی قانون مدنی بر مبنای قانون مدنی فرانسه طرح ریزی شده (کاظمی ۱۳۹۸: ۲۵۲) ولی مبنای نگارش احکام قانونی، کتب مشهور فقه امامیه از قبیل شرایع الاسلام، شرح لمعه، جواهرالکلام، مکاسب محرمة و ... بوده است. (بهرامی احمدی ۱۳۹۰: ۳۵)

نکته قابل توجه این‌که روی‌کرد فوق تنها محدود به قانون مدنی ایران نیست، بلکه برخی از علما در خصوص مجله الاحکام العدلیه که در عثمانی تدوین شده بود نیز چنین عقیده‌ای داشتند. به نوشته صاحب کتاب تحریرالمجله «این کتاب همان‌طور که از سبک نگارش آن پیداست و بر آن غلبه دارد، یک کتاب فقهی است نه تدوین قانون، یا می‌توان آن را «فقه قانونی» یا «قانون فقهی» نامید.» (آل‌کاشف‌الغطاء ۱۳۹۰: ۱۰۹)

ایده پيوند فقه اماميه و حقوق اروپايي در قانون مدني ... (ابوالفضل قوی البنيه) ۱۷۱

کتاب حقوق مدني مرحوم محمد بروجردی عبده را می توان یکی از مصادیق مهم این روی کرد به قانون مدني تلقی نمود. به تعبیر استاد کاتوزیان

اگر بیگانه ای حقوق مدني محمد بروجردی عبده یا آقای حائری شاهباغ را بخواند. گمان می برد که در حقوق ایران منبعی بالاتر از قانون وجود دارد و مواد قانون مدني تنها به عنوان مثال و مظهری از این قواعد کلی است و چهره فرعی دارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۹۲)

البته این امر بدان معنا نیست که در این کتاب اشاره ای به حقوق اروپایی وجود نداشته باشد، بلکه به واسطه آشنایی مرحوم بروجردی عبده با دو زبان فرانسه و آلمانی، در قسمت های مختلف کتاب از جمله در بحث تعریف مالکیت (بروجردی عبده، ۱۴۰۱: ۳۶) و نیز حد مالکیت در فضا و زیر زمین (بروجردی عبده، ۱۴۰۱: ۴۰)، اشاراتی به حقوق فرانسه، سوئیس و آلمان در این کتاب دیده می شود، اما در نقطه مقابل این اثر مشحون است از ارجاع به آثار فقهای امامیه از قبیل دروس و قواعد شهید اول، مسالک و شرح لمعه شهید ثانی، جواهرالکلام صاحب جواهر، تذکره علامه، شرایع محقق، مکاسب شیخ انصاری و ... که نمونه های تفصیلی آن را می توان در بحث از شرایط اساسی صحت معاملات (بروجردی عبده، ۱۴۰۱: ۸۹-۹۱)، و بحث در باب تنجیز و تعلیق عقود (بروجردی عبده، ۱۴۰۱: ۱۳۲-۱۴۰) مشاهده نمود.

#### **۲.۴ روی کرد دوم: قانون مدني ترجمه ای از حقوق اروپايي به ویژه قانون مدني فرانسه یا قانون مدني سوئیس است.**

با توجه به نقش پررنگ فقه و به ویژه فقه امامیه در تدوین قانون مدني، برای این روی کرد نمی توان قائلین زیادی را در نظر گرفت. مرحوم استاد کاتوزیان این روی کرد را به دکتر عبدالمجید امیری قائم مقامی منتسب می نماید. به تعبیر استاد کاتوزیان:

در این میان عده ای هم فقط به حقوق اروپایی پرداختند. گویی در این کشور حقوقی وجود ندارد یک نمونه آن کتاب حقوق مدني مرحوم عدل است که اگر گاهی هم به فقه اشاره میکند بسیار نپخته است. نمونه دیگر، کتاب تعهدات مرحوم دکتر قائم مقامی است. ایشان تحصیل کرده سوئیس و مرد بسیار زحمت کشی بود ولی حقوق سوئیس را درس میداد و به حقوق ایران کاری نداشت. تفسیر وی از قانون مدني نیز در سایه اصول حقوق سوئیس بود نه در سایه فقه یا حقوق اسلامی (کاتوزیان ۱۳۸۳: ۱۹۲)

یک نمونه جالب از نوع نگاه مرحوم امیری قائم مقامی به قانون مدنی و شیوه تفسیر آن مطلبی است که او در ذیل بحث «مرگ یا زوال اهلیت یکی از طرفین در جریان مذاکره» بیان نموده است. (امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸: ۲۲۷) او در مقدمه بحث می‌نویسد:

قانون مدنی نسبت به آثار حقوقی ایجاب و قبول و به ویژه موردی که یکی از طرفین قبل از تشکیل عقد در جریان مذاکره بمیرد و یا اهلیت اجرای حقوق مدنی خود را از دست دهد ساکت است. لذا به دستور ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی با توجه به روح و مفاد قوانین و عرف و عادت مسلم قضیه از طریق تفسیر باید راه‌های سنتد اگر این مناسب را بیابیم و چون عرف و عادت مسلم قضیه در حقوق ما هنوز پرورش نیافته، کلی بانوان ناچار با توجه به عرف و عادات مسلم قضیه در اقتصاد و حقوق جدید (به ویژه حقوق لقادر او ایرانی آلمان و سوئیس و فرانسه باید راه حلی را یافت که با روح و مفاد قوانین و سایر عناصر محیط ما سازگار باشد. این همان مفهوم تفسیر قضایی است که ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی آن را تکلیف میکند

او در ادامه به صورت تفصیلی و جداگانه، راه حل مسئله را به ترتیب در حقوق آلمان، سوئیس و فرانسه پی می‌گیرد و پاسخ این سه نظام حقوقی به پرسش مطرح شده را بیان می‌نماید.

به هر حال اگر این نگاه در خصوص تمام قسمت‌های قانون مدنی قائلینی نداشته باشد، اما در خصوص برخی از قسمت‌های قانون مدنی به ویژه کتاب‌های دوم و سوم قانون مدنی که با فاصله از کتاب اول به تصویب رسیدند، طرفدارانی دارد. به عنوان مثال به گفته یکی از نویسندگان، کمیسیون دوم تدوین قانون مدنی که مامور تدوین جلد‌های دوم و سوم قانون مدنی بود، در کار تدوین خود گذشته به حقوق اروپایی به ویژه حقوق سوییس نظر داشت و علت این امر را نیز حضور دکتر متین دفتری در این کمیسیون عنوان نموده است. (بهرامی احمدی ۱۳۹۰: ۴۷)

#### **۳.۴ قانون مدنی پس از تصویب دارای شخصیت مستقل و غیر وابسته به فقه و حقوق اروپایی است.**

یکی از روی‌کردهایی که امروزه در تفسیر قوانین تمایل بیشتری به آن وجود دارد، روی‌کرد نگاه به قوانین به عنوان یک شخصیت مستقل و تفسیر هر قانونی بدون رجوع به فقه یا حقوق

ایده پیوند فقه امامیه و حقوق اروپایی در قانون مدنی ... (ابوالفضل قوی البینه) ۱۷۳

اروپایی یا حتی شرح مذاکرات تدوین‌کنندگان آن قانون است. این نگاه در خصوص شرح و تفسیر قانون مدنی نیز وجود دارد. به تعبیر استاد کاتوزیان:

گروهی از نویسندگان از همان آغاز امر در پی آن بودند که برای قانون مدنی شخصیتی مستقل به وجود آورند و رابطه آن را با پیشینه تاریخی خود قطع کنند: نگاه اجمالی به حقوق مدنی مرحوم عدل نشان می‌دهد که تا چه اندازه تفسیر قانون مدنی از فقه دو رافته و چنانست که گویی هیچ سابقه‌ای در کشور ما نداشته و ساخته ذهن نمایندگان مجلس شورای ملی است. (کاتوزیان ۱۳۸۱: نه)

مصطفی عدل در انتهای کتاب خود که شرح کتاب اول قانون مدنی است، در توضیح ماده ۹۵۵ قانون مدنی آورده است:

اگر درست دقت گردد، ملاحظه خواهد شد که احکام قانون مدنی عطف به ماسبق نشده است، چه مقررات مندرجه این قانون احکام و مقرراتی است که قبل از قانون هم معمول و متداول بوده و محاکم آن را به موقع اجرا می‌گذاشتند، متتبعاً مراتب قانون مدنی احکامی را که قبلاً موجود بود، به طرز منظم و مرغوبی تدوین کرده است. (عدل، ۱۳۷۳: ۴۹۰)

بنابراین به اعتقاد او، قانون مدنی در حقیقت همان احکام فقه امامیه است که تنظیم و تبویب شده است، اما همان‌طور که به نقل از استاد کاتوزیان گذشت، توجه به فقه امامیه در تفسیر قانون مدنی، در این اثر نقش کم‌رنگی دارد.

یکی از مواردی که انتساب این روی‌کرد به مصطفی عدل را تقویت می‌کند، روایتی است که در خصوص از بین بردن مشروح مذاکرات تصویب قانون مدنی در کمیسیون تدوین این وجود دارد. یکی از نویسندگان در این خصوص نقل می‌کند:

استاد حسن افشار می‌گفت که از منصورالسلطنه عدل، یکی از حقوق‌دان‌هایی که در تدوین قانون مدنی شرکت داشته‌اند پرسیده که چرا صورت مشروح مذاکرات تدوین قانون مدنی در دسترس نیست. پاسخ منصورالسلطنه این بود که پس از تصویب قانون، صورت مذاکرات سوزانده شده است تا از آن پس حقوق‌دان‌ها و قضات دادگستری هر جا به اشکالی در فهم ماده‌ای از آن برخوردند در تفسیر آن به جای مراجعه به منابع فقهی قدیم، یعنی نص‌های قدیم، به اصول حقوق جدید برگردند و، بدین‌سان، قانون قدیم را در برابر مقتضیات زمان و مکان علم حقوق جدید توضیح دهند. (طباطبایی ۱۳۹۹: ۲۲۳)

#### ۴.۴ قانون مدنی دارای شخصیت مستقل است، اما فهم آن در گرو توجه همزمان به فقه و حقوق اروپایی است.

این روی‌کرد که به سید حسن امامی و شاگردانش از جمله دکتر کاتوزیان و دکتر لنگرودی منتسب است، با توجه به جایگاه ویژه افراد فوق‌الذکر، پرطرفدارترین روی‌کرد در تفسیر و شرح قانون مدنی به شمار می‌آید. استاد کاتوزیان در ستایش این روی‌کرد چنین می‌نویسد:

در میان این دو گروه جمعی آن افراط و این تفریط را رها ساختند و هر دو مکتب را به هم آمیختند، بدین امید که از این آمیزه به اصالت مطلوب رسند. اینان بخوبی در یافته بودند که در حکومت‌های کنونی قدرت قانون تا چه پایه است و باید آن را مهمترین منبع حقوق شمرد، ولی این را نیز می‌دانستند که نیروی سیاسی دولت برای اداره نظام حقوقی کشور ناتوان است. همه راه‌ها را در قانون نمی‌توان یافت و کسی در راه حقگزاری به مقصود می‌رسد که با چشم باز به واقعیتهای اجتماعی نیز نگاه کند؛ حقیقت را چنان که هست ببیند و به نیروهای واقعی سازنده حقوق نیز توجه داشته باشد. این گروه روشن بین نیک می‌دانستند که هیچ پدیده‌ای در اجتماع خود به خود ایجاد نمیشود و نتیجه تحول و حرکت پدیده‌های پیشین است. پس برای شناختن آن به صورت ظاهر قناعت نمی‌کردند و در جستجوی علت تاریخی آن نیز بودند. این حقیقت را میدیدند که هیچ قانونی را نمیتوان از پایه‌های آن در اجتماع جدا ساخت؛ ریشه‌های اصلی را برید و قانون را به گونه‌ای مجرد یا به تقلید از این و آن تفسیر کرد. می‌پذیرفتند که دنیای امروز ما بسان گذشته نیست و نیازهای ویژه دارد، ولی این را نیز اعتراف میکردند که این بنای بلند به پایه‌های کهن خود استوار است. استاد امامی از این گروه بود.

وی در یک سخنرانی در سال ۱۳۸۲ در دانشگاه مفید نیز همین مسئله را با بیانی دیگر چنین

شرح می‌دهد:

در واقع کتابها به سه گروه تقسیم شده بودند کتابهایی که صرفاً جنبه اروپایی داشتند؛ کتاب‌هایی که صرفاً جنبه فقهی داشتند؛ کتابهایی که حد وسط را رعایت می‌کردند؛ یعنی در حالی که برای قانون مدنی شخصیت قائل بودند، مبانی فقهی آن را هم از یاد نبردند. نمونه بارز و کامل آن کتابهای مرحوم دکتر امامی است که هنوز هم در بسیاری از دانشگاههای کشور تدریس میشود و بعد از آن ما نیز دنباله همین سبک را گرفتیم. (کاتوزیان ۱۳۸۳:

ایده پیوند فقه امامیه و حقوق اروپایی در قانون مدنی ... (ابوالفضل قوی البینه) ۱۷۵

مرحوم امامی در مقدمه جلد اول کتاب با اشاره به اصل دوم و اصل بیست و هفتم متمم قانون اساسی مشروطه که بر عدم مغایرت قوانین مصوب مجلس با شرع تأکید دارد، چنین می‌نویسد:

دستور دو اصل نامبرده بالا در وضع قانون مدنی بخصوص رعایت شده و در سال ۱۳۰۷ مجموعه قانون مدنی جلد اول در معاملات و در سال ۱۳۱۳ و ۱۳۱۴ جلد دوم در احوال شخصیه و جلد سوم در ادله اثبات دعوی بر پایه حقوق اسلام و طریقه حقه جعفریه اثنی عشری که طبق اصل اول متمم قانون اساسی مذهب رسمی ایران می‌باشد گذارده شده است و قسمتهائی که از قوانین مدنی فرانسه اقتباس شده مانند فصل تعهدات با اصول و قواعد حقوق جعفری تطبیق گردیده است. (امامی، ۱۳۶۴: ۵)

او در ادامه می‌نویسد:

در حقوق مذهب جعفری که فقها آن را مذهب امامیه نیز می‌نامند، آراء و فتاوی مختلفه موجود میباشد که بر نظریات علمی و مبانی حقوقی استوار است. قانون مدنی در نظریات خود پیروی از اقوال مشهور نموده است مگر در موارد نادری که در شرح مواد بموقع تذکر داده خواهد شد. (امامی، ۱۳۶۴: ۵)

## ۵. نتیجه‌گیری

آنچه گذشت، شرح مختصری از تاریخ تصویب قانون مدنی و شروع آن و بررسی ایده پیوند فقه امامیه با حقوق اروپایی بود. با بررسی عوامل و زمینه‌های تاریخی تصویب قانون مدنی روشن شد که ایده پیوند فقه امامیه با حقوق اروپایی در چه زمینه و زمانه‌ای قانون مدنی را شکل داده است. مواجهه با دنیای مدرن که انتظام امور آن با مفهومی به نام قانون صورت می‌گرفت و توجه روشنفکران ایرانی به این مفهوم و غلبه رویکرد امکان جمع میان فقه و قانون مدرن در میان روشنفکران، وجود نمونه‌های موفق از تجربه سایر کشورهای اسلامی در امتزاج فقه و سنت‌های اسلامی با قانون مدرن و در نهایت روند طی شده در زمینه قانونگذاری در کشور در عصر مشروطه، برخی از مهم‌ترین زمینه‌های منتهی به تصویب قانون مدنی بودند. پس از تصویب قانون مدنی و با توجه به زمینه‌های تصویب این قانون و وجود دو منبع بزرگ فقه امامیه و حقوق اروپایی در تدوین قانون مدنی و پیوند این منابع در شکل‌گیری این قانون، چهار رویکرد از سوی شارحان و مفسران این قانون در قبال این پیوند، اتخاذ گردید.

برخی از شارحان معتقد بودند که قانون مدنی، ترجمه فارسی و تبویب شده فقه است، برخی قانون مدنی را ترجمه ای از حقوق اروپایی می‌دانستند، برخی برای قانون مدنی پس از تصویب، شخصیت مستقل و غیر وابسته به فقه و حقوق اروپایی در نظر می‌گرفتند و در نهایت گروهی از شارحان اگرچه قانون مدنی را دارای شخصیت مستقل می‌دانند، اما روش صحیح فهم و شرح و تفسیر آن را توجه همزمان به فقه و حقوق اروپایی بیان می‌کنند.

توجه به زمینه‌های تاریخی تدوین قانون مدنی، نشانگر آن است که روی‌کرد صحیح، روی‌کرد چهارم است که فهم صحیح قانون مدنی را در گرو توجه همزمان به فقه و حقوق اروپایی عنوان می‌کند. نظر به زمینه‌های تاریخی فوق‌الذکر، نمی‌توان تأثیر و تأثر همزمان فقه و حقوق اروپایی در قسمت‌های مختلف قانون مدنی را انکار نمود و مواد این قانون را بی‌توجه به آبخورهای فکری و فلسفی آن، صرفاً با توجه به مواد دیگر همان قانون فهم و تفسیر نمود.

نکته پایانی این است که پیوند میان فقه و حقوق اروپایی در نظام قانون‌گذاری ایران از ابتدا وجود داشته و مختص قانون مدنی نیست و به ویژه پس از پیروزی انقلاب اسلامی نیز تقویت شده است. بنابراین اتخاذ روی‌کرد مذکور در بالا فقط در تفسیر قانون مدنی کاربرد ندارد و شایسته است پژوهشگران در عرصه‌های مختلف علم حقوق، به این مسئله توجه داشته باشند و با استخراج زمینه‌های تصویب قوانین مختلف، فهم درست‌تری از این قوانین به دست دهند.

## پی‌نوشت‌ها

۱. برای دیدن شرحی از نظرات روشنفکران پیرامون قانون بنگرید به: (بهنام ۱۳۸۳: ۷۷)
۲. نویسنده این کتاب معلوم نیست ولی برخی آن را به شیخ فضل‌الله نوری منتسب می‌دانند.
۳. طبق گزارش‌های تاریخی این سازوکار نظارتی در هیچ دوره‌ای به کیفیتی که در متمم قانون اساسی مشروطه ذکر شده بود، انجام نشد، و تنها در دوره دوم مجلس شورای ملی تلاش‌هایی در جهت اجرای این سازوکار صورت گرفت. (جعفری ندوشن و حکمتی مقدم ۱۴۰۰: ۱۳۶۳)

## کتاب‌نامه

### کتب

آبراهامیان، یرواند (۱۳۹۵)، ایران بین دو انقلاب، ترجمه احمد گلمحمدی و محمد ابراهیم فتاحی، تهران: نشر نی.

آجودانی، ماشاءالله (۱۳۸۳)، مشروطه ایرانی، تهران، انتشارات اختران.



ایدهٔ پیوند فقه امامیه و حقوق اروپایی در قانون مدنی ... (ابوالفضل قوی البنیه) ۱۷۷

آل کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۹۰)، تحریر المجله. جلد اول، تصحیح محمدمهدی آصفی و محمد ساعدی، تهران: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامیه. المعاونه الثقافیه.

امامی (۱۳۶۴)، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، تهران: کتابفروشی اسلامییه.

بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰)، حقوق تعهدات و قراردادها با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظام‌های حقوقی، تهران، دانشگاه امام صادق.

بهنام، جمشید (۱۳۸۳)، ایرانیان و اندیشه تجلّد، تهران، انتشارات فروزان.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۵)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۴، تهران: انتشارات گنج دانش.

درباره علم حقوق (دانش حقوق و شاخه‌های آن در جهان اسلام) (۱۳۸۹)، تهران: نشر کتاب مرجع.

زرگری نژاد، غلامحسین (۱۳۹۰)، رسایل مشروطیت (مشروطه به روایت موافقان و مخالفان)، تهران: موسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی.

شفیعی سروستانی، ابراهیم (۱۳۹۴)، فقه و قانونگذاری؛ آسیب‌شناسی قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران، قم: کتاب طه.

صالح، علی پاشا (۱۳۸۳)، سرگذشت قانون، تهران: دانشگاه تهران.

صدر، محسن (۱۳۶۴)، خاطرات صدراشرف، تهران: انتشارات وحید.

طباطبایی، سید جواد (۱۳۹۹)، «ملت، دولت و حکومت قانون، جستار در بیان نصّ و سنت، تهران: مینوی خرد.

طباطبائی، سید جواد (۱۳۹۳)، تأملی درباره ایران: نظریه حکومت قانون در ایران (بخش دوم: مبانی نظریه مشروطه خواهی)، تهران: مینوی خرد.

عدل، مصطفی (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچی، قزوین: انتشارات بحرالعلوم.

فاطمی قمی، سید محمد (۱۳۸۹)، خاطرات سید محمد فاطمی قمی، به کوشش دکتر حسن زندیه، تهران: کتابخانه موزه و مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، تحولات حقوق خصوصی (مجموعه مقالات)، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، قواعد عمومی قراردادها جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۷)، اموال و مالکیت، تهران، نشر میزان.

مدرسی، علی (۱۳۷۴)، مرد روزگاران مدرس شهید نابغه ملی ایران، قم: نشر هزاران.

مستشار الدوله، میرزا یوسف خان (۱۳۹۲)، رساله یک کلمه، تهران، انتشارات بال.

نابینی، محمدحسین (۱۳۸۵)، تنبیه الامه و تنزیه المله، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.

نوری، حسین قلی (۱۳۸۹)، قانون مدنی و تجارتي فرانسه «نخستین ترجمه فارسی از قانون مدنی فرانسه» (کد ناپلئون)، تصحیح محمد مهدی منتظری، تهران، انتشارات مجد.

## مقالات

- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۳)، تاریخچه تدوین قانون مدنی، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق، شماره ۲۴.
- جعفری ندوشن، علی اکبر و سید محسن حکمتی مقدم (۱۴۰۰)، بررسی سیر تصویب و اجرای اصل طراز در قانون اساسی مشروطه، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، دوره ۵۱، شماره ۴.
- زندیه، حسن و طلعت ده پهلوانی (۱۳۹۱)، جایگاه روحانیون متنفذ در مدرنیزاسیون قضایی و تدوین قانون مدنی در عصر پهلوی اول. پژوهش‌های تاریخی، شماره ۴.
- زندیه، حسن و طلعت ده پهلوانی (۱۳۹۲)، نقش علمای شیعی در تدوین قانون مدنی ایران، عصر پهلوی اول (با تأکید بر نقش سید محمد فاطمی قمی)، جستارهای سیاسی معاصر، شماره ۸.
- سلطانی، سیدناصر (۱۴۰۱)، نقش سید محمد فاطمی قمی در تدوین قانون مدنی ایران، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، شماره ۲۹.
- الشریف، محمدمهدی (۱۳۹۷)، درنگی در تاریخچه تدوین قانون مدنی ایران. مجله حقوقی دانشگاه اصفهان، دوره ۵، شماره ۱.
- فروغی، محمدعلی (۱۳۱۵)، تاریخچه حقوق، مجله تعلیم و تربیت، سال ششم، شماره ۱۰.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، رابطه فقه و حقوق، نامه مفید، شماره ۴۳.
- کاظمی، محمود. (۱۳۹۸)، قانون مدنی یا فقه فارسی: جستاری در منابع و ساختار قانون مدنی ایران. پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۸، شماره ۲۹.
- نایینی، احمدرضا (۱۳۸۸ الف)، نقش رضاخان در تدوین قانون مدنی، پیام بهارستان، شماره ۳.
- نایینی، احمدرضا (۱۳۸۸ ب)، نقش کمیسیونهای قانون مدنی در تنظیم مواد این قانون، مجله پیام بهارستان، شماره ۵.
- یعقوبی، رضا (۱۴۰۰)، نقش محمد مصدق در تدوین قانون مدنی ایران. فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۹۳.
- طالبوف، عبدالرحیم، کتاب احمد (ادبیات آغاز مشروطیت)، ج ۲، تهران: سازمان کتاب‌های جیبی، ۱۳۴۶.
- حسنلو نصیراله، شجاعی علی آبادی حسن (۱۴۰۱) الگوی فقهی-حقوقی نظام‌سازی اسلامی؛ آسیب‌ها و راه‌کارها. فصلنامه تحقیقات بنیادین علوم انسانی؛ ۸ (۳).
- مرادخانی، فردین (۱۳۹۸). مفهوم قانون در اندیشه‌ی طالبوف تبریزی. مطالعات تاریخ فرهنگی (پژوهش‌نامه انجمن ایرانی تاریخ)؛ ۱۱ (۳۹)