

Critical Studies in Texts & Programs of Human Sciences,
Institute for Humanities and Cultural Studies (IHCS)
Monthly Journal, Vol. 20, No. 11, Winter 2020-2021, 305-321
Doi: 10.30465/crtls.2021.6013

A critical Study on the Book:
The Interpretation of the Civil Code Documents,
Judgements and Legal Views

Hossein Qashqaei*

Abstract

A critical study on works that have scientific content will lead to the growth and development in a field of knowledge. Having a right understanding of legal articles depends on referring to the original texts from those laws that have been enacted. One major shortcoming of this book is that only some minor religious sources were pointed out to interpret a legal article, while to review a legal article, it is essential to see all the documents and resources, or all legal reasons should be investigated. At least, well-known fatwas available at the time of the law must be examined because it can be considerably helpful. Foundations and presuppositions of any legal article are appropriate with a legal system, and for the interpretation of every legal article, the special legal system should be considered and examined.

Keywords: Interpretation, Civil Code, Jurisprudence, Legislator Goals, Sources of Law.

* PhD in Private Law, Faculty Member of Soore University, Iran, g111h@yahoo.com

Date received: 2020-08-07, Date of acceptance: 2021-01-02

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.

نقد و بررسی کتاب تفسیر قانون مدنی، اسناد، آرا و اندیشه‌های حقوقی

حسین قشقایی*

چکیده

نقد و بررسی آثاری که مایه‌های علمی دارند موجب بالنده‌شدن آن رشته از دانش می‌شود. فهم درست از مواد قانونی در گرو مراجعه به منابعی است که آیش‌خور وضع آن قانون شده است. کتاب *تفسیر قانون مدنی، اسناد، آرا و اندیشه‌های حقوقی* با تکیه بر آرا و نظریات رسمی مراجع قضایی و حقوقی و همچنین اندیشه‌های فقهی و حقوقی مواد قانون مدنی را توضیح داده است و در قسمت پایانی کتاب مجموعه مختصر و کاملی از قوانین و مقررات مدنی که تکمیل‌کننده قانون مدنی است آورده شده است. این کتاب از نقدپذیری در امور شکلی و محتوایی به دور نمانده است و از جمله مهم‌ترین نقدهایی که می‌توان به این کتاب وارد کرد آن است که در تفسیر یک ماده قانونی براساس پیشینه فقهی فقط به آوردن یک نمونه از متن کتاب‌های فقهی که دربردارنده همان حکم موجود در ماده است به‌منزله منبع‌یابی آن ماده قانونی بسنده کرده است، درحالی‌که ضرورت داشت مستندات و دلایل فقهی‌ای که سرمنشأ صدور آن حکم شده‌اند آورده شود. دست‌کم فتاوی مشهور موجود در زمان وضع قانون می‌تواند تا اندازه‌ای در فهم قانون راه‌گشا باشد. نظر کلی آن است که مبانی و پیش‌فرض‌های هر ماده قانونی متناسب با نظام حقوقی‌ای است که آن ماده از آن‌جا اخذ شده است و در تفسیر آن همان مبانی باید موردتوجه قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها: تفسیر، قانون مدنی، فقه، اهداف قانون‌گذار، منابع قانون.

* دکترای حقوق خصوصی و عضو هیئت علمی دانشگاه سوره، g1111h@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۵/۱۷، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۱۳

۱. مقدمه

بی‌گمان از مهم‌ترین شیوه‌های بالندگی علوم نقد آثار علمی و بنیان‌گام‌های نو بر سازه‌های پیشین است. در نقد هر اثر این پیش‌فرض نهفته است که آن اثر صلاحیت لازم را برای نقد و بررسی دارد و دارای آن‌چنان رتبه علمی — پژوهشی است که می‌تواند در مسیر تولید علم در وضعیت کنونی و آینده قرار گیرد. نمونه‌ها و مثال‌های بسیاری در تاریخ هر علم می‌توان یافت که رشد و توسعه آن از همین مسیر بوده است. بسیار نقدهایی که نقد شدند و هریک پایه‌ای برای حرکتی دیگر شدند.

بررسی کتاب *تفسیر قانون مدنی؛ اسناد، آرا و اندیشه‌های حقوقی* در دو بخش ساختاری و محتوایی صورت می‌گیرد که در هریک ابتدا امور کلی و سپس امور جزئی بررسی خواهد شد.

۲. معرفی اثر

این کتاب برای توضیح و شرح مواد قانون مدنی با بهره‌گیری از آرا و نظریات رسمی مراجع قضایی و حقوقی و اندیشه‌های فقهی و حقوقی تدوین یافته است و نویسندگان آن بر این باورند که بسیاری از نیازهای استادان، دادرسان دادگاه‌ها، وکیلان دادگستری، دانشجویان، و کارشناسان حقوقی را در تحصیل منابع و مبانی قانون مدنی برطرف می‌کند. علاوه بر این، مجموعه مختصر و کاملی از قوانین و مقررات مدنی که تکمیل‌کننده قانون مدنی است در قسمت دوم کتاب آورده شده است. مانند قانون مسئولیت مدنی، قانون امور حسبی، و قانون حمایت خانواده.

نویسندگان این کتاب مرتضی قاسم‌زاده، حسن ره‌پیک، و عبدالله کیایی هستند و هر سه از اعضای هیئت علمی دانشگاه علوم قضایی و اداری و از دانش‌آموختگان دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس‌اند.

۳. نقد ساختاری و شکلی

۱,۳ طرح جلد

از آن‌جاکه هدف و غرض اصلی مؤلفان کتاب تبیین مقررات براساس اندیشه‌ها و تبیین نظرات است، مناسب‌تر بود که علاوه بر آنچه نشانه حاکمیت مسائل قضایی و مقررات قانونی است، اندیشه‌گرایی و تبیین دانشی نیز در طرح جلد خودنمایی کند.

مناسب است که قسمت «راه‌نمای استفاده از کتاب» چون فقط علائم و اختصارات را بیان کرده است به «راه‌نمای علائم و اختصارات» تغییر نام دهد و پیش از «فهرست پیوست‌ها» بیاید.

در این کتاب با توجه به نوع خاص مطالب ارائه شده آوردن پیش‌گفتار مناسب نیست، چون موضوعات و مفاهیم از سوی نگارندگان نیست تا این‌که طرح آن‌ها نیاز به تبیین پیش‌فرض‌ها و نکات پیشینی داشته باشد. بیش‌تر آن‌چه در پیش‌گفتار آمده است در مقدمه آورده می‌شود.

۱. در صفحه ۸ آمده است: «تفسیر قانون». از آن‌جاکه بحث «تفسیر قانون» در قانون مدنی وجود ندارد، مناسب بود که به صورت مستقل مطرح نشود و در مقدمه کتاب آورده شود.

۲. در صفحه ۶۹۶ آمده است: «تالیفات و کتاب‌ها». «کتاب» عنوانی عام است و دیگر موارد را در بر می‌گیرد و نیاز به تکرار «تالیف» ندارد. علاوه بر این، مناسب بود که در بیان ویژگی‌های کتاب‌ها به صورت یک‌سان عمل می‌شد، مانند آن‌که تاریخ و محل نشر برای برخی از کتاب‌ها نیامده است.

۳. در صفحه ۷۰۲ آمده است: «فهرست موضوعی». آن‌چه با عنوان «فهرست موضوعی» آمده است فهرست نمایه‌ها یا فهرست واژه‌هاست و در مواردی نیز که واژه مورد نظر معانی متفاوت پیدا می‌کند مناسب است تکرار شود؛ مانند واژه «اداره» در «اداره ثبت اسناد و املاک» و واژه «قبول» در «اقرار قابل قبول».

و در مواردی که عنوان فرعی آورده می‌شود چنان‌چه از علامت «» استفاده شده است، باید به گونه‌ای باشد که با آوردن واژه اصلی معنای عبارت درست شود. از این‌رو، آوردن علامت «متصدی حمل و نقل» زیر واژه اصلی اجاره درست نیست.

در تبیین مفاهیم روش یک‌سانی استفاده نشده است؛ مانند آن‌که در ماده ۴۲ وجه تسمیه عنوان موجود در ماده آمده است و در موارد بسیاری نیامده است.

در مواردی که مواد قانونی مدنی از مواد قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است، ضرورت داشت ترجمه آن مواد آورده شود؛ زیرا در مقام درک مفهوم هر ماده توجه به محتوای ماده مورد استناد از قانون مدنی فرانسه لازم است و هدف از این کتاب فقط مستندسازی مواد قانون مدنی نبوده است تا به آوردن شماره مواد قانون مدنی فرانسه بسنده شود (برای نمونه، بنگرید به تفسیر ماده ۱۹۶ در صفحه ۷۷).

۴. نقد محتوایی

۱,۴ مقدمه

روشن است که مستندسازی و ارائه منابع برای مواد قانونی با تفسیر آن‌ها متفاوت است و دو مفهوم جداست، گرچه مصداق‌های مشترک نیز دارند. در تفسیر با نظر داشت الفاظ و متن مواد یا با کاربست ابزار عقلی به مقصود و غرض قانون‌گذار از ماده قانونی پی‌برده می‌شود.

زمانی یک طرح و ایده می‌تواند الگو قرار بگیرد که پیش از آن سابقه نداشته باشد، درحالی‌که پیش از نشر این کتاب هم در داخل کشور و هم در حقوق فرانسه این روش متداول بوده است (کاتوزیان ۱۳۸۹؛ جعفری لنگرودی ۱۳۷۰).

میان مبانی و منابع تفاوت وجود دارد. در این کتاب اهتمام به آوردن منابع بوده است، نه مبانی؛ درحالی‌که این دو به‌گونه‌ای به‌کار گرفته شده است که تفاوت مفهومی آن‌ها مشخص نمی‌شود. مانند آن‌که شهرت از منابع حقوق مدنی است و مراد از آن شهرت در فتاوی معتبر است که در زمان تدوین قانون مدنی موجود بودند و شهرت که از مبانی قواعد حقوق مدنی است مجموعه آرای فقهای امامیه در سده‌های نخستین پس از غیبت کبری است. هم‌چنین، مفاهیم موجود در آیات و روایات در این موارد دربردارنده مبانی است. بنابراین، ضمن لزوم تفکیک هر یک نقش آن‌ها مشخص شود و برای آوردن عبارات‌های فقها هم‌چون کتاب *جواهر الکلام* توجیه مناسب آورده شود.

ادعا شده است که «یکی از اهداف مهم این طرح تحقیقی نشان‌دادن متونی است که قانون‌گذار به‌طور گسترده از آن‌ها استفاده کرده است». این هدف‌گیری با آنچه در متن کتاب آمده است مغایرت دارد؛ زیرا متونی از کتاب‌های فقهی آمده است که منبع قانون‌گذاری برای تدوین‌کننده نخستین آن نبوده است.

۲,۴ چگونگی تدوین قانون مدنی و شیوه شکل‌گیری مواد آن

بیان چگونگی تدوین قانون مدنی و شیوه شکل‌گیری مواد آن کمک شایانی در فهم مواد می‌کند که در این جا به آن اشاره نشده است. مانند آن‌که برحسب آنچه برخی از اعضای کمیسیون تدوین قانون مدنی نقل کرده‌اند (مرحوم صدر)، در بخش‌هایی عالمان حقوق فرانسه مانند آقایان داور و عدل مواد را تدوین کرده‌اند و فقها فقط به رفع مغایرت آن‌ها با فقه اقدام می‌کردند (هم‌چون مواد ۱ تا ۲۲ یا مواد ۱۸۳ به بعد) که هنگام تفسیر این مواد باید

توجه داده شود که بنیان‌های نخستین آن‌ها براساس قوانین فرانسه و بلژیک پایه‌ریزی شده است و درمقابل با آشناسدن فقهای عضو کمیسیون با شیوه‌های قانون‌نویسی مجموعه‌هایی از مواد براساس فقه امامیه تدوین یافت و فقط با نیازها و مصالح مواردی از حقوق کشورهای دیگر اضافه شده است (هم‌چون مواد ۲۳ تا ۱۸۲ و مواد مربوط به عقود معین). هم‌چنین، از مواردی که مناسب بود بیش‌تر موردتوجه قرار گیرد آوردن مصادیق موردابتلا و فروعی است که نزدیک به موضوع ماده است.

رفع ابهام و اجمال و نشان‌دادن فتاوی معتبر: مقصود از فتاوی معتبر در اصل یک‌صدوشصت‌وهفتم قانون اساسی فتاوی مراجع تقلید است که صلاحیت افتا دارند و از سوی حوزه علمیه مراجع تقلید طراز اول شناخته شده‌اند. برخی نیز بر این عقیده‌اند که مقصود از آن فتاوی ولی فقیه است و احتمال دیگر آن است که چنانچه مجتهد اعلم برای قاضی (یا نماینده مجلس برای قانون‌گذاری) معلوم باشد، فتاوی او حجت شرعی محسوب می‌شود و اگر اعلمیت مشخص نباشد، فتاوی که با مصالح و کارشناسی منطبق است مقدم است (وحدتی شبیری ۱۳۹۲: ۱۶۰-۱۶۱). در این کتاب موردی دیده نشده است که به این فتاوی ارجاع داده شود.

۱. در صفحه ۳ تفسیر قانون مدنی، آراء و نظریات رسمی آمده است. ضرورت داشت نگارندگان محترم شیوه خود را در تفسیر قانون از تفسیر ادبی، تفسیر تاریخی، تفسیر منطقی، تفسیر اصولی، و تفسیر آزاد علمی مشخص کنند (دانش‌پژوه ۱۳۹۲: ۲۴۴-۲۴۵) و این امر که شیوه‌های اجرایی قانون، احکام دادگاه‌ها، و رویه قضایی از اعتبار لازم در تفسیر برخوردار است منوط بر آن است که کدام شیوه را در تفسیر بپذیریم. به‌هرحال، باید روشن می‌شد که آرای قضات به‌استناد کدام‌یک از روش‌های یادشده است.

نگارندگان گران‌قدر میان بحث لازم‌الاجرا بودن آرای وحدت‌رویه و نظریه‌های شورای نگهبان با بحث تفسیر قانون به‌واسطه آرای قضایی‌ای که قضات درمقام استناد به قوانین صادر می‌کنند تمایز قائل نشده‌اند، زیرا درست است که این موارد اعتبار دارند و الزام‌آورند، در عرض مواد قانون مدنی مطرح می‌شوند و حتی امکان تعارض آن‌ها با هم وجود دارد. در اصل هفتادوسوم قانون اساسی آمده است که شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل، مانع از تفسیری که دادرسان درمقام تمییز حق از قوانین می‌کنند نیست. بنابراین، به‌دست آوردن قصد قانون‌گذار در آغاز باید توسط خود او انجام گیرد. از این‌رو، تفسیر قانون وضع قانون جدید به‌حساب نمی‌آید، اما موادی که برای تفسیر قوانین پیشین وضع می‌شوند اعتبار قانون اصلی را دارند و باید مراحل تصویب یک

قانون را طی کنند (نجفی و محسنی ۱۳۸۸: ۲۰۵). بنابراین، از جمله روش‌های پذیرفته‌شده و معتبر در تفسیر قوانین آن است که به مقررات و قوانین دیگر مراجعه شود.

این شیوه استنادان حقوق در آموزش مباحث حقوقی است که علاوه بر مواد قانون مدنی از قوانین دیگر، آرای وحدت رویه، و مقررات مرتبط دیگر بهره‌گیری می‌کنند. به، اگر رویه قضایی به منظور اجرای قانون مدنی شکل گرفته باشد، می‌تواند تفسیر آن مواد تلقی گردد، با این توجیه که فهم عمومی قضات و حقوق‌دانان فضای حاکم بر مفاهیم مواد را روشن می‌کند و علاوه بر این، آنچه قانون‌گذار به دنبال پیاده‌کردن آن بوده است را روشن می‌کند و این امر نیز در حدودی است که با استناد به مواد قانونی اظهار نظر شده باشد.

۲. صفحه ۴ و ۵: در صفحه‌های ۴ و ۵ آمده است ذکر آرا و نظریات به ترتیب اهمیت و اعتبار: مناسب بود جایگاه نظریات شورای عالی انقلاب فرهنگی و قراردادها و معاهدات بین‌المللی (ماده ۹ ق.م) در این میان مشخص می‌شد. در ضمن، چنانچه یک رأی و مصوبه در محدوده خاصی به صورت نسبی دارای اعتبار باشد، حکم قانون را در همان محدوده خواهد داشت. از این رو، به نظر می‌رسد که نمی‌توان درجه و ترتیب در اعتبار برای قوانین و آنچه در حکم قانون است قائل شد مگر آن که هنگام تعارض مواد قانونی با هم با مقررات لازم‌الاجرا برخی را بر دیگری مقدم کرده باشد.

فتاوی در موارد خلأ و اجمال قوانین از اعتبار قانونی برخوردار است، در صورتی که نظریات مشورتی اداره حقوقی و نظریات حقوقی چنین اعتباری ندارد. از این رو، رتبه آن مقدم بر این دو است. حقوق خارجی اگر از مبانی ماده قانون باشد، چه بسا رتبه آن در پایان قرار نگیرد.

۳. صفحه ۸: در صفحه ۸ آمده است تفسیر قانون: همان‌گونه که اشاره شد، مناسب بود که بحث تفسیر قانون و قواعد آن به صورت تحقیقی از سوی نگارندگان در مقدمه ارائه می‌شد و روش خود را در تفسیر تبیین می‌کردند، به ویژه که روش‌شناسی تحقیق به صورت کامل، روش مند، و نظام‌مند ارائه نشده است. هم‌چنین، مناسب بود که جایگاه و کاربرد تفسیر قانونی و تفسیر قضایی در این کتاب مشخص شود. صفحه ۸ بند ۶ با اصل عموم و اصل اطلاق مقصود اصلی گوینده مشخص می‌شود، نه معنای الفاظ. صفحه ۸ بند ۴: به نظر می‌رسد که این بند به بحث تفسیر و روش‌های آن مربوط نیست.

۳. صفحه ۱۱، ماده ۲، بند ۱: عبارت افتادگی دارد و ناقص است.

۴. صفحه ۱۲، ماده ۲، بند ۳: عبارت «خلاف آن قابل اثبات نیست» با اماره بودن سازگاری ندارد و با ادامه عبارت که «با عذر موجه می‌توان خلاف آن را ثابت کرد» نیز سازگاری ندارد.

۵. صفحه ۱۲، ماده ۳: مناسب بود تعریف «روزنامه رسمی» بیاید که آیا روزنامه‌ای است که دولت یا قوه قضاییه قوانین را معین کرده یا دولت یا قوه قضاییه منتشر می‌کنند و در آن قوانین را می‌آورند یا روزنامه‌ای است که فقط اختصاص به این کار دارد.
۶. صفحه ۲۴: ضروری بود برای مواد ۱۳ به بعد توضیح به هم‌راه مصداق‌هایی که در وضعیت کنونی جامعه رواج پیدا کرده و نوپدیدند، آورده شود.
۷. صفحه ۲۳، ماده ۱۲، بند ۵: ماده ۱۵ از مصادیق اموالی که به واسطه عمل انسان غیرمنقول می‌شود نیست، زیرا ثمره و حاصل در باغ و مزرعه با عمل انسان این‌گونه نشده‌اند، بلکه با غرس و زراعت درخت و محصول بارور شده است و آن‌ها پدید آمده‌اند و انسان آن‌ها را شکل و ماهیت نداده است. برخلاف ساخت ساختمان یا نصب پله‌برقی و پنجره در ساختمان که انسان با عمل خود آن‌ها را منصوب کرده و غیرمنقول می‌شوند.
- هم‌چنین، در ماده ۱۶ نیز اشجار و شاخه‌های آن‌ها به علت پیش‌گفته با عمل انسان غیرمنقول نشده‌اند، بلکه بدین‌گونه سامان گرفته و ماهیت خاص پیدا کرده‌اند و در همین حال نهال و قلمه با عمل انسان استقرار پیدا می‌کنند که نقل آن‌ها مستلزم خرابی و نقص آن‌ها می‌شود.
- در ضمن بند ۴ از ماده ۱۲ باید در ذیل ماده ۱۳، ۱۴، و ۱۶ آورده شود، زیرا از اطلاق این مواد می‌توان آن‌چه را به واسطه عمل طبیعت استقرار پیدا کرده و جزو بنا و زمین شده‌اند غیرمنقول دانست و روشن است که در ماده ۱۲ تصریح شده است که عمل انسان نقش اصلی را در استقرار و منصوب شدن اموال در ساختمان و زمین دارد.
۸. صفحه ۳۷: در زیر ماده ۴۶ آمده است: «برقراری حق انتفاع نسبت به مالی که در اثر انتفاع، عین از بین می‌رود با آنچه مقصود از برقراری حق انتفاع است منافات دارد».
- در ماده ۴۶ آمده است: «حق انتفاع ممکن است فقط نسبت به مالی برقرار شود که استفاده از آن با بقای عین ممکن باشد، اعم از این که مال مزبور منقول باشد یا غیرمنقول و مشاع باشد یا مفروز». برقراری حق انتفاع در مالی که با انتفاع از آن عین آن از بین می‌رود با ماهیت حق انتفاع منافات دارد و تحقق آن در این حالت اعتبار نمی‌شود، نه آن‌که لحاظ این حق انتفاع با مقصود از آن منافات دارد.
۹. صفحه ۳۸: در تفسیر ماده ۴۷ بند ۵ آمده است: «تغییر نیت حابس به این‌که ادامه قبض او به عنوان قبض مال موضوع حق انتفاع باشد کافی است»؛ در حالی که در قبض شرط نیست که مشخص کنند به چه عنوان و به چه منظوری قبض محقق شده است. به‌صرف

قبض در هر مورد که آن شرط صحت قرار داده شده است کافی است و از ذیل ماده ۳۶۷ و ۳۷۳ و ۳۷۴ و اطلاق آن‌ها این امر به دست می‌آید.

برخلاف آنچه در تفسیر ماده ۴۸ آمده است، سوءاستفاده فقط به استفاده بیش از مقدار معین شده منحصر نمی‌شود.

۱۰. صفحه ۳۸، ماده ۵۰، بند ۲: آنچه سبب برای امانی شدن می‌شود تحقق حق انتفاع و شرط عدم تعدی و تفریط است و با تحقق تعدی و تفریط حق انتفاع از بین نمی‌رود، و گرنه تعدی و تفریط از اسباب انحلال آن شمرده می‌شد. در نتیجه، با احراز عدم تعدی و تفریط ید منتفع امانی می‌شود. اضافه‌براین، ماهیت حق انتفاع با امانی بودن درهم تنیده و مساوی شده است، به طوری که فقط در موارد خاص و استثنایی می‌توان امانی بودن را در آن به طور محدود در نظر نگرفت.

۱۱. صفحه ۳۹، ماده ۵۲، بند ۱: مثال یادشده در این بند مثال برای سوءاستفاده در مال است، نه عمل نکردن به شروط ضمن حق انتفاع.

۱۲. صفحه ۳۹، ماده ۵۲، بند ۳: در بحث سوءاستفاده از حق (اصل چهلم) از حقی که به صورت قانونی برای شخص مقرر شده است به گونه‌ای بهره‌گیری می‌کند که موجب اضرار به دیگری می‌شود، اما در این جا با عدم رعایت شرایط ضمن حق انتفاع این حق تحقق پیدا نمی‌کند و به رسمیت شناخته نمی‌شود. در نتیجه، شخص از آنچه حق او نبوده استفاده کرده است و سبب ضرر شده است.

۱۳. صفحه ۴۰، ماده ۵۵، بند ۱: در محدوده تعریف وقف نمی‌گنجد. در بند ۳ فقها حبس عین را تعریف کرده‌اند و تنها ممنوعیت از نقل و انتقال ملکیت را برای آن آورده‌اند و به تصرف‌هایی که موجب تلف عین یا ضرر غیرمتعارف به آن شود اشاره نکرده‌اند. از مفهوم حبس عین نیز فقط ممنوعیت انتقال ملکیت به دست می‌آید، نه امر دیگری.

در بند ۴ «تسبیل منفعت» را به معنای مصرف کردن در راه خدا قرار داده است. در وهله نخست به نظر می‌رسد که در مفهوم تسبیل منفعت «در راه خدا» بودن نهفته نباشد و دوم آن که اعتبار قصد تقرب در وقف مسلم نیست. در این باره در تحریر الوسیله آمده است: مسئله ۷ (از مسائل کتاب وقف): «الاقوی عدم اعتبار قصد القربه حتی فی الوقف العام و ان کان الاحوط اعتباره مطلقاً» (خیمینی ۱۳۶۳: ج ۲، ۵۶).

۱۴. صفحه ۴۱، ماده ۵۶، بند ۴: نگارندگان آورده‌اند قانون مدنی از بیان ماهیت وقف خودداری کرده است، در حالی که در ماده ۵۶ تصریح دارد که وقف واقع می‌شود به ایجاب از ... و قبول طبقه اول، در نتیجه آن را از عقود شمرده است.

۱۵. صفحه ۴۱، ماده ۵۷، بند ۲: شرط مالکیت برای واقف منافات با تحقق وقف فضولی به صورت غیرنافذ ندارد، هم‌چنان‌که امکان تحقق وقف غیرنافذ در ماده ۶۵ موردشناسایی واقع شده است و درعین حال از ماده ۲۴۷ قاعده منبذ بودن فضولی در معاملات استنباط می‌شود.

۱۶. صفحه ۴۲، ماده ۵۷، بند ۳: اهلیت واقف برای معامله غیر از شرایط مورد معامله در وقف کردن آن است. قسمت اخیر ماده ۵۷ به شرایط و اهلیت واقف مربوط می‌شود، نه به شرایط مورد معامله.

۱۷. صفحه ۴۵، ماده ۷۳، بند ۳: این‌که وقف بر اقوام، اقوام سببی را در بر می‌گیرد نیازمند تبیین دلیل آن، اعم از مفهوم لغوی یا اصطلاحی آن است و اگر قرینه عام بر آن وجود دارد، باید توضیح داده شود؛ به‌ویژه که مباحث ارث و قانون امور حسبی و سرشت خونی انسان‌ها برخلاف آن است که برداشت شده است.

۱۸. صفحه ۴۲، ماده ۶۰، بند ۲: مسئله فوری بودن یا امکان تأخیر پس از وجود یک امر و فرمان معنا پیدا می‌کند. در وقف پس از انشای وقف توسط واقف برای تحقق جزء دیگر وقف باید قبض محقق شود و با عدم تحقق قبض وقف تحقق پیدا نمی‌کند و از آن‌جاکه الزامی در تحقق وقف وجود ندارد در قبض نیز الزامی نیست؛ در نتیجه، مسئله فوریت یا عدم فوریت در آن معنا پیدا نمی‌کند تا به اصل عدم فوریت متمسک شد.

اگر از آغاز شرط تحقق وقف را انشای وقف و قبض فوری پس از آن قرار داده شده باشد، با عدم احراز فوریت قبض وقف محقق نیست و اگر در اشتراط آن تردید باشد، اصل عدم اشتراط کارساز است.

۱۹. صفحه ۴۲، ماده ۵۹، بند ۱: منبع این بند بیان نشده است، درحالی‌که مورد اتفاق است (طباطبایی یزدی بی تا: ۱۸۷).

مناسب بود که حالات گوناگون سلب اهلیت واقف و موقوف‌علیه پیش از قبض مورد بررسی قرار می‌گرفت.

۲۰. صفحه ۵۰، ماده ۸۴، بند ۲: به نظر می‌رسد که ثبوت اجرت‌المثل به علت اجاره فاسد است، چون رابطه معاملی میان واقف متولی متصور است؛ درحالی‌که استیفاء از اسباب ضمان قهری است.

۲۱. صفحه ۵۳، ماده ۹۴، بند ۱: علاوه بر قاعده تسلیط، اصل نفوذ قراردادهای خصوصی و حاکمیت اراده نیز مبنای این ماده است.

۲۲. صفحه ۶۰: ارجاع به کتاب‌های فقهی همراه با آدرس عمومی که محل بحث را معین می‌کند نمی‌تواند هدف اصلی را از کتاب تأمین کند، حتی آوردن متن یک کتاب فقهی که مرتبط با بحث در ماده قانون است نمی‌تواند کارگشا باشد. درعین حال، استدلال‌ها و مستندات فقهی که آتش خور اصلی ماده‌اند می‌توانند نقش به‌سزایی در تحصیل نظر قانون‌گذار داشته باشند.

۲۳. صفحه ۸۰: ذیل مواد ۲۱۱ و ۲۱۲ و ۲۱۳ قانون مدنی اهلیت طرف‌های معامله و محجوران موردتوجه قرار گرفته است. در میان محجوران نیز فرد فاقد عقل، یعنی مجنون قرار داده شده است؛ اما در شرح ماده ۲۱۲ تعریف و تبیین ماهوی جنون را به مواد ۱۲۱۲، ۱۲۱۳، و ۱۲۱۴ قانون مدنی احاله داده است و در ذیل ماده ۱۲۱۱ قانون مدنی نیز به مواد ۲۱۱ و ۲۱۲ قانون مدنی ارجاع داده شده است و در مواد ۱۲۱۲، ۱۲۱۳، و ۱۲۱۴ قانون مدنی و شرح آن‌ها نیز درباره مفهوم و تعریف جنون مطلبی آورده نشده است (قاسم‌زاده و دیگران ۱۳۸۲: ۴۳۱).

در همین حال در رویه قضایی در رأی برخی از شعبه‌های دیوان عالی آمده است: «جنون موقعی موجب حجر است که موجب اختلال تام مشاعر و اراده شود. هر نوع جنون که از امراض روانی بوده و موجب افسردگی شده، ولی اراده مشاعر را مختل نکند قانوناً و شرعاً موجب حجر و سلب مسئولیت نیست» (دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۰۰۱۴ مورخ ۹۲/۱/۱۸ شعبه ۳ دیوان عالی کشور به نقل از مجموعه آرای قضایی: ۱۳۹۶: ۱۵).

۲۴. صفحات ۱۰۶ تا ۱۰۹: فقط به مواد مشابه آن از قانون مدنی فرانسه اشاره کرده است و درخصوص ماده ۲۷ اشاره شده است که قانون مدنی باتوجه به مبانی حقوق داخلی در این ماده تغییراتی داده است و نگارندگان محترم مشخص نکرده‌اند که تغییرات چه بوده و براساس کدام مبانی بوده است.

۲۵. صفحه ۱۰۹، ماده ۲۸۳: «فسخ یا اقاله قراردادهای مذکور در حدود اختیارات قانونی (موضوع اصل ۷۷ قانون اساسی)». علاوه بر ابهام‌داشتن باید در ذیل ماده ۹ قانون مدنی بیاید. اقاله قراردادهای بین‌المللی مانند خود قرارداد نیست و نیاز به تصویب مجلس شورا ندارد و در نتیجه اقاله آن‌ها در حکم قانون نیست.

۲۶. صفحه ۱۱۰، ماده ۲۸۳، بند ۳ آمده است که اقاله در لغت به معنی «گذشت کردن» است. در مورد عقد یا فسخ بودن اقاله اختلاف نظر وجود دارد. قانون مدنی نظریه فسخ بودن را پذیرفته است (نجفی ۱۳۶۵: ج ۲۴، ۳۵۱).

معنای اصلی اقاله در لغت اسقاط و رفع است (تهانوی ۱۸۶۲: ج ۲، ۱۲۱۱) و به معنای رهاکردن و ترک معامله هم آمده است (لسان‌العرب ج ۱۱، ۵۷۹؛ مرتضی زبیدی بی تا: ج ۸، ۹۲). در نتیجه، گرچه در معنای اقاله صفح و گذشت هم آمده است، ولی معنای اصلی آن برانداختن است.

در خصوص اختلاف نظرها درباره ماهیت اقاله در کتاب *جوهر الکلام* در صفحه ۳۵۲ به شش قول اشاره شده است، نه فقط دو قول.

۲۷. صفحه ۱۶۲، ماده ۴۵۳، بند ۱: آنچه از صاحب جوهر نقل شده است که با شرط اسقاط بی آمده‌های عیب و تبری از عیب هم حق فسخ و هم ارش ساقط می‌شود مورد پذیرش عموم فقیهان نیست. در این باره، امام خمینی (ره) می‌فرماید:

فالتحقیق ما تقدّم: من ثبوت حقّ الفسخ متعلّقاً بالعقد، كسائر الخيارات، و ثبوت حقّ آخر متعلّق بالأرش، و هو غير الخيار، و للمشتري إسقاط خياره، و إسقاط حقّ الأرش، و إسقاط كليهما، فاليبحث عن المسقطات إنّما يصحّ، على هذا المبنى السديد، لا على ما أفادوا. و من ذلك يظهر: أنّه لو قال: «أسقطت الخيار» لم يسقط إلّا خيار فسخ العقد؛ إذ هو الخيار، و أمّا حقّ الأرش فليس خياراً، و كون المشتري مخيراً بين أخذه و تركه، لا يجعله الخيار الذي يمكن إسقاطه؛ ضرورة أنّ اختيار المشتري، ليس أمراً اعتبارياً قائماً بشيء، بخلاف الخيار في باب الخيارات، و بخلاف حقّ الأرش في المقام (خمینی بی تا: ج ۵، ۲۱).

در این جا ممکن است میان اسقاط خيار و تبری از عیب تفاوت گذاشت، زیرا تبری از عیب از بار تمامی بی آمده‌ها و آثاری که بر اثر وجود عیب امکان حصولشان است شانه خالی می‌کند که هم شامل فسخ عقد و هم پرداخت ارش عیب است. برخلاف اسقاط خيار که چنین ظهوری را ندارد و به نظر می‌رسد که قانون مدنی ناظر به موردی است که از همه آثار احتمالی ناشی از عیب تبری حاصل شده باشد.

۲۸. صفحه ۱۶۳، ماده ۴۴۱: این ماده در خصوص خيار تبعض صفة است. بدین معنا که اگر تعهد قراردادی تجزیه شود، مثلاً عقد بیع نسبت به قسمتی از بیع به هر دلیلی باطل باشد، مشتری می‌تواند مبیع تجزیه شده را نپذیرد و بیع را فسخ کند. در این حالت برخی از مبانی بیان شده برای این خيار عبارت‌اند از:

تخلف از شرط ضمنی، خيار ناشی از معیوب بودن، نفی غرر، لاضرر، و هم چنین عدالت معاوضی و نظریه خطر را نیز می‌توان مبنای خيار یاد شده تلقی کرد.

در کتاب *التواعد الفقهية* در بخش مربوط به قاعده الانحلال العقود که مستند ادعای یاد شده است، در آنچه در خصوص خيار تبعض صفة می‌توان از آن بهره گرفت آمده

است: «و حیث ان الرضا و طیب النفس فی معاوضة المجموع بالمجموع فلذلک جاء الخيار» (بجنوردی بی تا: ج ۳، ۱۵۳).

بر این پایه، خیار تبعض صفة به علت آن است که رضایت به مجموع بیع در برابر مجموع ثمن بوده است و با تجزیه آن رضایت دچار آسیب می‌شود و با معیوب شدن رضا خیار فسخ ایجاد می‌شود. در نتیجه، مبنای ایجاد خیار قاعده انحلال عقد نخواهد بود.

۲۹. صفحه ۱۷۰: از قوانین مربوط به اجاره قوانین زیر آورده نشده است:

- قانون مربوط به واگذاری منافع و تخلیه اماکن، غرف و دکه‌های واقع در مراکز اقامتی و مراکز سیاحتی و تفریحی تحت نظارت و سرپرستی بنیاد مستضعفان و جان‌بازان و بنیاد شهید انقلاب اسلامی، سازمان ایران‌گردی و جهان‌گردی و نیروهای مسلح مصوب ۱۳۷۸/۱۲/۰۳؛

- قانون واگذاری امتیاز سرفعلی و مشارکت غرب و فروشگاه‌های پایانه‌های عمومی بار و مسافر و مجتمع‌های خدمات رفاهی بین‌راهی مصوب ۱۳۷۷/۰۷/۰۵؛

- آیین‌نامه اجرایی قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶/۰۵/۲۶، مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۱۹ هیئت وزیران؛

- قانون الزام تخلیه ساختمان‌های وزارت‌خانه‌های فرهنگ و آموزش عالی و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و مؤسسات وابسته به دانشگاه که در اختیار سایر وزارت‌خانه‌ها و ارگان‌ها می‌باشد، مصوب ۱۳۶۸/۱۱/۲۹؛

- قانون نحوه تخلیه خانه‌های سازمانی نیروهای مسلح و وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح و نیروهای انتظامی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۷۲/۰۵/۰۶.

۳۰. صفحه ۲۲۶، ماده ۵۶۹: عقد وکالت به خودی خود اقتضای اجرت برای وکالت یا

نبود اجرت برای آن (مجانی) را ندارد؛ از این رو، در خصوص انجام مورد وکالت اگر قرائنی دلالت بر لزوم پرداخت اجرت کند، همان مورد پذیرش است و نمی‌توان گفت که مقتضای عقد وکالت عدم اجرت است تا آن‌که این اطلاق در برابر آن قرینه قرار بگیرد. بنابراین در وکالت پس از انجام موضوع آن توسط وکیل می‌توان ماده ۳۳۶ قانون مدنی را جاری دانست. در نتیجه، بحث از این‌که اطلاق وکالت اقتضای مجانی بودن دارد یا با اجرت بودن محل طرح ندارد و قانون مدنی به تبعیت از فقها به درستی مقرر کرده است که در وکالت هم می‌توان شرط مجانی بودن کرد و هم شرط اجرت داشتن و مشخص نکرده است اصل و قاعده نخستین آن در وکالت کدام یک از این دو است. پس اگر علاوه بر وکیل شدن در انجام

آن کار امر موکل یا درخواست او نسبت به انجام کار از جانب وکیل فهمیده شود، این رابطه حقوقی دو عنوان خواهد داشت؛ یکی، وکالت و دیگری، استیفاء و در نتیجه وکیل مستحق اجرت خواهد بود.

۳۱. صفحه ۲۵۰، ماده ۷۵۸: در متن کتاب شرح لمعه در جلد چهارم و صفحه ۱۷۵ عبارت چنین است: «و هو اصل فی نفسه علی اصح القولین و اشهرهما لاصالة عدم الفرعية لا فرع البیع و الاجارة و العاریة و الابرء». برگردان این عبارت به فارسی به خوبی صورت نگرفته است و مناسب است که این گونه ترجمه شود: «قول درست تر و مشهورتر آن است که صلح به خودی خود عقد مستقلی است، نه آن که در پرتو معاملات دیگر هم چون بیع، هبه، اجاره، عاریه، و ابرا قرار بگیرد؛ زیرا آن چه قاعده مندی پیدا کرده است آن است که هر نهاد حقوقی پیرو و تابع نهاد دیگر نباشد و تبعیت یک عقد از عقد دیگر نیازمند دلیل است». نگارندگان در ادامه آورده اند: «برخی از احکام مطلق مانند حرمت ربا در صلح نیز جریان دارد». این عبارت اقتباس از این عبارت است: «و اما من حیث الربا کما لو کانا من جنس واحد فان الاقوی ثبوتہ فیہ بل فی کل معاوضۃ لاطلاق التحريم فی الایة و الخبر» «دلهای را که بر حکم حرمت ربا دلالت دارد دارای اطلاق است به طوری که گستره آن هر دادوستد یا مبادله‌ای که مفهوم زیادتی و ربا بر آن تطبیق کند را در بر می گیرد (مانند آیه شریفه احل الله البیع و حرم الربا)». در نتیجه، مراد از اطلاق مطلق بودن خود حکم نیست. اضافه‌براین، در متن اصلی هم‌تا برای کلمه «برخی» وجود ندارد.

۳۲. صفحه ۲۶۵ و ۲۶۶: در خصوص شرط قابل تقسیم بودن مال غیر منقول در امکان اخذ به شفعه به نظر می رسد آنچه در شماره ۲ آمده با آنچه در شماره ۱۰ آمده است تهافت داشته باشند. در شماره ۲ ملاک قابل تقسیم بودن را مقررات شهرداری یا ثبتی قرار داده است و آنچه در شماره ۱۰ ملاک قابل تقسیم بودن قرار داده شده است ایراد ضرر قابل توجه به یکی از شرکا پس از تقسیم مال غیر منقول است. روشن است که آنچه مبنای ماده است همان است که در شماره ۱۰ آمده است که منطبق بر فقه است و نصاب‌های تفکیکی که در مناطق گوناگون و زمان‌های مختلف متفاوت می شوند نمی تواند مبنای حکمی قرار گیرد که به طور کامل از فقه گرفته شده است.

۳۳. صفحه ۲۶۷ و ۲۷۶، ماده ۸۲۵ و ۸۴۳: در بند ۴ ذیل ماده ۸۴۳ قانون مدنی نظریه مشورتی اداره حقوقی دادگستری به شماره ۳۰۳۴/۷ مورخ ۱۳۶۱/۰۷/۰۳ آورده شده است که درباره مفاد آن ضرورت دارد بند «ب» ماده ۲۳۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب اسلامی مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱ لحاظ شود. در این بند آمده است: «دعاوی مالی یا

آن‌چه مقصود از آن مال می‌باشد از قبیل دین، ثمن، مبیع، معاملات، وقف، اجاره، وصیت به نفع مدعی، غصب، جنایات خطایی، و شبه‌عمد که موجب دیه است با گواهی دو مرد یا یک مرد و دو زن ...».

۳۴. صفحه ۲۹۴، ماده ۸۸۰: در این بند آمده است: «اگر زوج زوجه‌اش را با مرد اجنبی ببیند و او را بکشد، ممنوع از ارث خواهد؛ زیرا قتل عمد مصداق پیدا می‌کند و این قتل به حکم قانون نمی‌باشد، گرچه مجازات نمی‌شود».

در ادامه، ماده ۸۸۱ قانون مدنی (اصلاحی ۷۰) بیان می‌دارد: «در صورتی که قتل عمدی مورث به حکم قانون یا برای دفاع باشد، مفاد ماده فوق مجری نخواهد بود». صرف‌نظر از این‌که بر این عمل دفاع از عرض و ناموس صدق می‌کند یا نه. در ماده ۶۳۰ قانون مجازات تعزیرات ۱۳۷۵ آمده است: «هرگاه مردی همسر خود را در حال زنا با مرد اجنبی مشاهده کند و علم به تمکین زن داشته باشد می‌تواند در همان حال آنان را به قتل برساند». آن‌چه به حکم قانون انجام می‌شود اعم است از آن‌که قانون دستور به انجام کار را داده باشد یا اجازه انجام رفتار ممنوعی را داده باشد. آن‌چه مهم است این‌که انجام آن رفتار مستند به حکم قانون باشد و اگر قانون نباشد، انجام آن رفتار ممنوع باشد. بنابراین، زوج به حکم قانون اقدام به قتل زوجه زانیه کرده است؛ از این رو، ماده ۸۸۰ قانون مدنی آن را در بر می‌گیرد و ممنوع از ارث نخواهد بود.

۵. نتیجه‌گیری

در کتاب تفسیر قانون مدنی: اسناد، آرا و اندیشه‌های حقوقی اثر سیدمرتضی قاسم‌زاده، حسن رهپیک، و عبدالله کیایی هدف نشان‌دادن متونی است که قانون‌گذار قانون مدنی از آن‌ها در تدوین این قانون بهره گرفته است و علاوه بر آن نگارندگان به دنبال آن‌اند که منابع موردنیاز را برای تدوین قانون جدید معرفی کنند، اما علاوه بر آن‌که موفقیت محققان در دستیابی به اهداف یادشده احراز نمی‌شود، در حوزه‌های شکلی و ماهوی نقدهایی قابل‌طرح است که به شماری از آن‌ها در متن مقاله اشاره شد.

کتاب‌نامه

بجنوردی، میرزا حسن (بی‌تا)، القواعد الفقهیه، قم: اسماعیلیان.
بهجت، محمدتقی (۱۳۸۸)، مباحث الاصول، قم: شفق.

نقد و بررسی کتاب تفسیر قانون مدنی، اسناد، آرا و اندیشه‌های حقوقی (حسین قشقایی) ۳۲۱

- تهانوی، محمد بن علی (۱۸۶۲)، *کشاف اصطلاحات الفنون*، بنگال.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰)، *مجموعه محشای قانون مدنی*، تهران: گنج دانش.
- خمینی، روح‌الله (۱۳۶۳)، *تحریر الوسیله*، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- خمینی، روح‌الله (بی‌تا)، *کتاب البیع*، ج ۵، قم: اسماعیلیان.
- دانش پژوه، مصطفی (۱۳۹۲)، *مقدمه علم حقوق (با رویکرد به حقوق ایران و اسلام)*، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (بی‌تا)، *الروضة البهیة فی شرح المعنة الدمشقیة*، بیروت: دارالعالم الاسلامی.
- طباطبایی یزدی، سیدکاظم (بی‌تا)، *العروة الوثقی*، ج ۲، قم: مکتبه الداوری.
- قاسم‌زاده، سیدمرتضی، حسن ره‌پیک، و عبدالله کیایی (۱۳۸۲)، *تفسیر قانون مدنی؛ اسناد، آرا و اندیشه‌های حقوقی*، تهران: سمت.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: میزان.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد (بی‌تا)، *تاج العروس*، بیروت: دارالمکتبه الحیاء.
- مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) سال ۱۳۹۱ (۱۳۹۶)، پژوهشگاه قوه قضاییه (پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی کشور)، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۶۵)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران: دارالکتب الاسلامیة.
- نجفی، مرتضی و فریده محسنی (۱۳۸۸)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی*، تهران: الهدی و فردا.
- وحدتی شبیری، حسن (۱۳۹۲)، «تعامل قانون و فقه در جمهوری اسلامی ایران»، در: *فقه و قانون؛ ایده‌ها، پیش‌نهادها و راه‌حل‌های روشی*، قم: زینی.

