

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

* 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: 06-10-2022, Date of acceptance: 05-02-2023



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

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

نقد علم حقوق کنونی از منظر اسلامی‌سازی با تأکید بر حقوق مدنی

محمد مهدی الشریف*

نصرالله جعفری**

چکیده

چندین دهه است دغدغه اسلامی‌سازی علوم انسانی ذهن و ضمیر متولیان فرهنگی کشور را مشغول کرده است. در بین علوم انسانی، علوم وارداتی هم‌چون روان‌شناسی، که خاستگاه غربی دارند، برای بحث اسلامی‌سازی مورد توجه قرار گرفته‌اند و براساس یک تلقی سطحی، با توجه به این که قوانین اصلی هم‌چون قانون مدنی از فقه اقتباس شده‌اند، در عرصه علم حقوق با چالش اسلامی‌سازی روبه‌رو نیستیم. این تصور به دلایل متعددی نادرست است. ما در عرصه حقوق در دو عرصه تقنین و تفسیر با چالش روبه‌رو 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 است. وجود برخی گزاره‌های دینی و حتی وضع قانون مبتنی بر مبانی اسلامی برای شکل‌گیری علم حقوق اسلامی کافی نیست و آنچه مهم است نگاه و شیوه تفسیر و توسعه این گزاره‌ها براساس مبانی اسلامی است. در این تحقیق، براساس روش توصیفی - تحلیلی از زاویه فقه اسلامی به نقد علم حقوق کنونی با تأکید بر حقوق مدنی به‌عنوان یکی از شاخه‌های اصلی علم حقوق در دو حوزه تقنین و تفسیر پرداخته‌ایم.

کلیدواژه‌ها: علم حقوق، بومی‌سازی، آموزه‌های 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 باوجود 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 نه تنها 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 درباب بایدها و نبایدهاست و چنانچه این احکام از نظام‌های حقوقی عرفی اقتباس و تقلید شده باشد و با آنچه شارع مقرر داشته هم‌خوان نباشد، مسئله ما صرفاً مواجهه با علمی غیربومی نیست، بلکه مسئله اصلی حکم به «غیر ما انزل الله» است؛ چیزی که در قرآن با شدیدترین تعابیر محکوم گردیده است.^۱ به‌دیگرسخن، در حوزه حقوق مسئله صرفاً به علم بومی و غیربومی محدود نمی‌شود، بلکه به مسئله حاکمیت خدا و غیرخدا در حوزه تشریح بازمی‌گردد. این امر، به‌طور خاص، مربوط به حوزه‌هایی است که شریعت در آن واجد حکم الزامی تکلیفی یا حکم وضعی است و در قلمرو مباحات مسئله مغایرت با شریعت و مخالفت با ما انزل الله کم‌تر مطرح است. به‌هرروی، 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 برپایه ایمان به: ۱- خدای یکتا (لا اله الا الله) 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 تأکید صریح شده است عرصه حقوق است. در کلام ائمه معصوم، کسانی که برای وضع احکام از ضوابط و حدود مقرر خارج شده و به‌جای استمداد از آموزه‌های وحیانی به استحسان و قیاس و امثال آن روی آورده‌اند مورد مذمت قرار گرفته و بطلان قیاس و استحسان از خصایص و ضروریات فقه شیعه شناخته شده است.^۲ چه شده است که در بحث اسلامی‌سازی علوم انسانی از علم حقوق کم‌تر سخن به‌میان می‌آید؟ تاحدی که به‌نظر می‌رسد در این خصوص علم حقوق مغفول مانده است.

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

معتقدان به ضرورت اسلامی سازی علوم انسانی این است که، به دلیل 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؛ چراکه اولاً بخش قابل توجهی از قوانین مورداً 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 برفرض که قوانین کشور مغایرتی با شرع نداشته باشند - که البته چنین نیست - اما بخش دیگر و چه بسا بخش مهم تر حقوق هر کشور و از جمله کشور ما مقرراتی است که از تفسیر و تحلیل قوانین به دست می آیند و، باتوجه 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 هیچ گاه نمی توانند برای تمام مسائل راه حل ارائه کنند و چاره ای جز تکمیل قانون به مدد تفسیر وجود ندارد و از سوی دیگر، هیچ گاه قوانین آن قدر شفاف و روشن نیستند که نیاز به شرح و تفسیر نداشته باشند؛ چراکه عمدتاً قانون گذار 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 آن را.

بر این اساس، امروزه تفسیر قوانین نقطه ثقل حقوق هر کشوری را تشکیل می دهد و اهمیت پاس داری از اسلامیت این بخش نظام حقوقی دست کمی از اهمیت حفظ اسلامیت بخش قوانین مدون ندارد، اما متأسفانه در کشور ما، با این که قوانین در بسیاری حوزه ها از شریعت به دور نیفتاده و مکانیسم نظارت شورای نگهبان برای تضمین مشروعیت قوانین به کار 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 این که شاکله 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 هم چنین سیستم آکادمیک حقوق کشور نیز به شدت متکی به آن شده است، در فصل

بومی‌سازی علوم انسانی نباید از این بخش غافل بود و اهمیت این بخش به مراتب بیش‌تر از خود قوانین مدون است؛ به‌ویژه که در این حوزه، برخلاف بخش اول نظام حقوقی، مبانی غیراسلامی آشکار نیست و به‌سهولت قابل‌دست‌یابی نیست و هم‌چنین رفع آسیب‌ها به‌مراتب نسبت به بخش قبل دشوارتر است.

باتوجه به آنچه گفته شد، نگارندگان درصددند با تأکید بر شاخه حقوق مدنی که یکی از مهم‌ترین شاخه‌های حقوق هر سیستم حقوقی است 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 به‌نظر می‌رسد مبنای پذیرفته‌شده از سوی قانون‌گذار درباب وضع قوانین و نسبت آن‌ها با شریعت مبنای مرحوم میرزای نائینی درباب تفکیک بین احکام ثابت و متغیر است؛ با این توضیح که درباب 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 «براساس موازین اسلامی بودن» اولاً به‌معنای «استنباط از شرع» نیست، ثانیاً به‌صرف عدم برخورد قانون با چهارچوب‌ها و موازین کلی و عدم نقض احکام الزام‌آور شرعی حاصل می‌گردد (الشریف ۱۳۹۲: ۵۶۷).

همان‌گونه که بیان شد، اگرچه 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 غیرشرعی نیست 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 قوانین

همان‌گونه که بیان شد، به‌گمان برخی، باوجود شورای نگهبان، در حوزه قوانین از حیث رعایت اسلامیات مشکل و ایرادی وجود نخواهد داشت، اما واقعیت غیر از این است؛ زیرا مکانیسم مرسوم نظارت شورای نگهبان براساس 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 مجموعه‌ای است که سابقه‌ای یک‌صدساله 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 ده‌ها قانون و معاهد، دیگر نمونه‌هایی از این قوانین است که از حیث مشروعیت و انطباق آن‌ها با مقررات شرعی تاکنون اظهارنظری نشده و احتمال وجود قوانین مغایر موازین شرع در آن‌ها به هیچ وجه منتفی نیست. ممکن است گفته شود شورای نگهبان می‌تواند درباره قوانین قبل از انقلاب نیز اظهار نظر کند (کمالی که در چند مورد نیز چنین کرده است) و سکوت شورا نشان‌دهنده این است که این قوانین را مغایر با شرع ندانسته است، اما تاریخچه مسئله خلاف این را نشان می‌دهد (مهرپور ۱۳۷۱: ج ۱، ۲۲۳).

در اوایل انقلاب، امام خمینی (ره) در دیدار اعضای دادرها و دادگاه‌های انقلاب در تاریخ ۱۳۶۱/۵/۳۱ بر الغای قوانین غیراسلامی تأکید کرده و اظهار داشتند: «تمام قوانینی که در زمان طاغوت بوده است و برخلاف 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 واحده‌ای را تصویب و تمامی دستگاه‌ها را مکلف کرد که کلیه قوانین را برای بررسی به شورای نگهبان ارسال کنند تا شورای نگهبان نیز ظرف مدت شش ماه درباره 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 هرچه سریع‌تر به تصویب قوانین اسلامی که جانشین قوانین سابق باشد اقدام کند. شورای نگهبان از شورای عالی قضایی نیز خواست، چنانچه قوانینی را که مورد عمل است خلاف شرع می‌داند، برای بررسی و ابطال به شورای نگهبان ارسال کند. 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 (مهرپور ۱۳۷۱: ۳۲). شورای نگهبان برای حل معضل نامه‌ای خطاب به شورای عالی قضایی وقت نوشت و اعلام داشت، به خاطر حفظ نظام و جلوگیری از تخلفات و احقاق حقوق مردم، اجرای قوانینی که هنوز شورای نگهبان درباره 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» (مهرپور ۱۳۷۱: ۳۲؛ الشریف ۱۳۹۲: ۶۰۵).

همان‌گونه که روشن شد، هرچند شورای نگهبان هیچ‌گاه صلاحیت خود را برای اظهارنظر درباره قوانین قبل از انقلاب انکار نکرد، ولی کوشش کرد که جایگاه خود را به‌عنوان یک نهاد نظارتی و نه نهاد دارای ابتکار عمل حفظ کند و به‌جای این که خود رأساً به بررسی قوانین قبل از انقلاب بپردازد، از سایر نهادها خواست که یا قوانین جدید تصویب کنند یا موارد مشکوک را برای شورا ارسال کرده تا شورا نیز به‌صورت موردی اظهارنظر کند. نه‌تنها مصوبه اخیر شورای نگهبان هیچ‌گاه مورد استناد قرار نگرفت، بلکه اساساً موضوع بسیار مهم الغای قوانین غیرشرعی با گذر زمان به‌فراموشی سپرده شد و قوانینی که قرار بود اضطراراً و به‌صورت موقت به آن‌ها عمل گردد چندین دهه است که به حیات خود ادامه داده‌اند. گفتنی است، همان‌گونه که بیان شد، به‌طور قطع قوانین مغایر با شرع در بین قوانین پیش از انقلاب وجود دارد. به‌عنوان مثال، بسیاری از مقررات مربوط به شرکت‌ها در قانون تجارت به‌سادگی با احکام متعارف فقهی قابل جمع نیست (بنگرید به امام خمینی ۱۴۰۹: ج ۱، ۶۲۴ به بعد). و از همین رو، اگر قرار بود قانون تجارت با وضعیت موجود به تأیید شورای نگهبان برسد، طرح‌ده‌ها اشکال شرعی و مورد مغایر با شرع هیچ استبعادی نداشت.

۲،۲ ابهام در جایگاه شورای نگهبان به‌عنوان مرجع نسخ قوانین غیرشرعی

از دیگر آسیب‌های حوزه نظام تقنینی ایران در رابطه با اسلامی‌سازی و پیرایش قوانین غیرشرعی ابهام در خصوص صلاحیت و جایگاه نظارتی شورای نگهبان در خصوص قوانین قبل از انقلاب است. همان‌گونه که بیان شد، اگرچه شورای نگهبان هیچ‌گاه صلاحیت خود را در خصوص قوانین قبل از انقلاب انکار نکرده است، سعی کرده جایگاه خود را به‌عنوان یک نهاد کنترل‌کننده حفظ کند و بر این اساس غالباً شورای نگهبان بدو اقدام به ارائه نظر در خصوص قوانین قبل از انقلاب نکرده است. لیکن، در مواردی که به مناسب‌های مختلف در خصوص مقرره‌ای اعلام نظریه کرده و قانون را خلاف شرع اعلام کرده در نسخ یا عدم نسخ آن هم‌چنان تردید و اختلاف وجود دارد. به‌بیان‌دیگر، 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. براساس نظر بسیاری از نویسندگان (عمید زنجانی ۱۳۸۵: ۴۵۸؛

یزدی ۱۳۷۵: ۸۲؛ هدایت‌نیا 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، براساس اصل چهارم هرگونه قانون حاکم بر کشور الزاماً باید براساس موازین اسلام باشد که تشخیص آن نیز برعهده فقهای شورای نگهبان است و اعلام نظریه خلاف‌شرع بودن مقرر 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 درقبال قوانین قبل از انقلاب تصریح کرده و، باتوجه به این که تفسیر *قانون اساسی* برعهده شورای نگهبان است، برخلاف نظر حقوق‌دانان مخالف (هاشمی ۱۳۸۰: ۲۴۴) این تفسیر را باید در این اختلاف فصل‌الخطاب تلقی کرد، اما، باوجود این نظریه، تفسیری که ارزشی برابر خود *قانون اساسی* دارد، هنوز درعمل در پذیرش نظریات شورای نگهبان درخصوص مغایرت با شرع برخی قوانین پیش از انقلاب تردید و اختلاف‌نظر وجود دارد (برای مطالعه بیشتر، بنگرید به فلاح‌زاده و درویش‌متولی ۱۳۹۲) و این امر نیز پیراستن نظام حقوقی از قوانین غیرشرعی را با چالش مواجه کرده است و اختلاف‌نظر دکترین به رویه قضایی نیز سرایت کرده است.

۳.۲ ابهام در نسخ برخی قوانین قبل از انقلاب

از دیگر آسیب‌های مربوط به این حوزه قوانینی است که نسخ یا بقای آنها معلوم نیست. درست است که پس از انقلاب، باوجود 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 شده‌اند، اما عدم صراحت در نسخ قوانین سبب شده درباره نسخ ضمنی بسیاری از آنها تردید اساسی وجود داشته باشد. به‌عنوان مثال، قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ که عمدتاً از قانون تعهدات سوییس اقتباس گردیده با بسیاری از احکام قانون مجازات اسلامی درباب خسارات بدنی و تقسیم مسئولیت ناهم‌خوانی دارد، اما به‌دلیل این که قانون‌گذار نسبت به نسخ صریح کلی یا جزئی قانون مسئولیت مدنی اظهارنظر نکرده، عملاً تشخیص این امر به‌عهده مفسر قانون اعم از قاضی و حقوق‌دان قرار گرفته است.

به‌عنوان مثال، اگرچه ماده ۴ *قانون مسئولیت مدنی* از اختیار قاضی مبنی بر تخفیف خسارت درصورت وجود شرایطی از جمله به‌عسرت‌افتادن عامل زیان سخن گفته است، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ درباب تعیین دیه و مهلت پرداخت آن هیچ اختیاری

جز مهلت‌های مقرر در قانون برای قاضی قائل نشده و قاضی در هیچ صورتی اجازه تخفیف و کسر از دیه مقرر را ندارد.

از دیگر مصادیق پرچالش این تعارضات تعارض ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی با موادی از قانون مجازات است. مستند به حکم ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، برخی از حقوق‌دانان مبنای مسئولیت مدنی را نظریه تقصیر تلقی می‌کنند (امیری قائم‌مقامی ۱۳۸۰: ۲۱۵)، و این درحالی 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 قانون‌گذار منتسب بودن خسارت به فاعل زیان‌بار را برای تحقق ضمان کافی می‌داند. به‌عنوان مثال، ماده ۴۹۲ مقرر می‌دارد: «جنایت در صورتی موجب قصاص یا دیه است که نتیجه حاصله مستند به رفتار مرتکب باشد، اعم از آن‌که به‌نحو مباشرت یا به‌تسبیب یا به‌اجتماع آن‌ها انجام شود»، و یا ماده ۴۹۸ مقرر می‌دارد: «هرگاه شیئی که توسط انسان یا وسیله نقلیه حمل می‌گردد به‌نحوی از انحاء موجب جنایت گردد حمل‌کننده ضامن دیه است».

گفتنی است براساس مبانی فقه امامیه ارتکاب تقصیر می‌تواند از جمله ملاک‌های احراز رابطه سببیت و یا قابلیت استناد باشد و ازاین‌رو ذکر رفتار عدوانی در برخی از دیگر مواد قانونی دلیل بر شرط بودن تقصیر در مسئولیت 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 کرد و مجلس برای تأمین نظر شورای نگهبان در بند ۲ ماده ۱ به‌جای 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 براساس دیدگاه و سلايق خاص خود درباره نسخ یا بقای قانون اظهار نظر کند. 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 به‌عنوان مبنای اصلی مسئولیت مدنی در حقوق ایران اصرار ورزند (کاتوزیان ۱۳۸۹: ۲۲۰). این اختلاف و تشتت در سایر کتب مسئولیت مدنی نیز وجود دارد (بنگرید به الشریف و قائم‌فرد ۱۳۹۸).

بنابراین، آفت این وضعیت، علاوه بر ایجاد تشتت در رویه قضایی، این است که با بقای این قوانین، به دلیل اقتباس آن از قوانین غربی، راه ورود اصول کلی و مبانی حقوق ناهم‌گون با مبانی فقهی کماکان بازمانده است. لذا، برخی از آثار و مقالاتی که امروزه در حوزه مسئولیت مدنی نگاشته می‌شود با حقوق اسلامی هیچ نسبتی ندارند و به حقوق فرانسه نزدیک‌ترند تا حقوق اسلام.

نگاهی اجمالی به کتب حقوق‌دانان نشان می‌دهد که حکم به بقا یا نسخ این قوانین نیز با پیش‌فرض‌های ذهنی ایشان رابطه مستقیم دارد. حقوق‌دانانی که به حقوق اسلامی اعتقاد دارند و پرورش یافته فقه امامیه هستند در حکم به نسخ این‌گونه مقررات تردید چندانی نمی‌کنند (صفائی 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 می‌ورزند (امیری قائم‌مقامی ۱۳۸۰: ۲۱۵) و بر این اساس این نوع تردیدها به رویه قضایی نیز سرایت می‌کند که توالی فاسد این تردیدها، ناگفته، روشن است.

۴،۲ ابهام در سازوکار اجرایی منابع تکمیلی قانون

همان‌گونه که بیان شد، هیچ‌گاه قوانین نمی‌توانند تمامی مسائل مورداحتیاج را پوشش دهند و همه نظامات حقوقی نوشته با مشکل نقص و سکوت قوانین روبه‌رو هستند. از این رو، هر نظامی برای این معضل چاره‌ای اندیشیده است و حل آن را به دل‌خواه قضات و حقوق‌دانان نسپرده و منابع تکمیلی قانون را مشخص کرده است. برخی از نظام‌های حقوقی، هم‌چون سوییس، قیاس را به‌عنوان منبع تکمیلی ارائه کرده‌اند 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 داده‌اند. در کشور ما نیز، سابقاً به‌موجب 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 کند.

قانون‌گذار ایران پس از انقلاب در قانون اساسی و پس از آن در سایر قوانین عادی استفاده از فتاوی معتبر و منابع معتبر اسلامی را به‌عنوان منبع رفع ابهام و سکوت و نقص قانون نام برده است که به روشنی نشان از جهت‌گیری قانون‌گذار در جهت تفسیر و تکمیل براساس 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 به‌بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

متأسفانه این تمهید شایسته، به‌دلیل ابهام در سازوکار اجرایی خود، هیچ‌گاه نقش واقعی خود را در حوزه تفسیر و تکمیل ایفا نکرده و این امر نیز راه نفوذ مبانی غیربومی را هموار کرده 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 معتبر محسوب می‌شود و بالأخره 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، بنگرید به اسلامی‌پناه ۱۳۹۹).

از دیگر ابهامات مهم درخصوص 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 ماده‌ای با شرع مغایر باشد، می‌توان برای تقیید قانون به فتاوی و منابع معتبر مراجعه کرد؟ یا این‌که، با وجود اطلاق، موضوع سکوت قانون منتفی است؟

۳. آسیب‌شناسی نظام تفسیری حقوق مدنی ایران

همان‌گونه‌که بیان شد، در نظام‌های حقوقی نوشته هم‌چون کشور ما شرح و تفسیر قوانین نیازی ضروری است و یکی از مسائل مبتلا به دانش آموختگان رشته حقوق، قضات، و وکلا و به‌طور کلی هر شخصی که با قانون به‌نحوی سروکار دارد اختلاف در استنباط و فهم قانون است. گاهی مشاهده می‌شود 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 قانون‌گذار می‌تواند با وضع قوانین روشن، صریح، واضح، و ساده این نیاز را تقلیل دهد، لیکن رفع آن به‌صورت کامل ناممکن است. در این راه، آنچه ضروری است این‌که مبانی ذهنی و پیش‌فرض‌های متولی تفسیر قوانین می‌بایست با مبانی قانون‌گذار یک‌سان باشد. در غیر این صورت، نظام تفسیر راه متفاوتی با اراده قانون‌گذار می‌پیماید.

این نکته مهم باعث گردید، به جز 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 سازوکار پیش‌بینی 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 کرد 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 نمی‌گردید. قانون مدنی عراق نیز که در سال ۱۹۵۱ توسط دکتر سنه‌وری تدوین گردید و مدعی بود که ترکیب موفقی از فقه اسلامی و حقوق غربی را در خود جمع کرده در ماده اول خود همان ترتیب مصری را تکرار کرد. هرچند 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 برخلاف ادعای سنه‌وری ترکیب موفقی 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 راضی‌کننده 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 به دنبال تحقق رؤیای حکومت شریعت بر قوانین بودند از چند جهت از الگوی مصری یا حتی عراقی فاصله گرفتند (ibid.: 24). در رأس این کشورها اردن قرار دارد. مجلس سنای اردن در سال ۱۹۵۷ پروژه تدوین قانون مدنی الگو گرفته از قانون مدنی مصر را رد کرد و بر تدوین قانون مدنی مقتبس از شریعت تأکید کرد. اولین تغییر صورت گرفته در قانون مدنی قرار گرفتن شریعت به عنوان اولین منبع تکمیلی به جای عرف بود. دومین تغییر جای‌گزینی اصطلاح «احکام فقه اسلامی»، یعنی راه‌حل‌های موجود در کتب فقه، به جای اصطلاح «مبادی شریعت» بود. سومین تغییر حذف حقوق طبیعی از منابع تکمیلی بود. قانون معاملات مدنی سودان و نیز قانون معاملات مدنی امارات نیز به‌نحو گسترده از قانون مدنی اردن الهام گرفتند (ibid.: 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 تأمین نمی‌کند و مادام که مسئله روش و اصول تفسیر و به تعبیر دیگر منطق حاکم بر استدلال و تفسیر حقوقی

روشن و منضبط نشود، اسلامی‌سازی حقوقی حاصل نخواهد شد. از این رو، دومین گامی که در این قوانین مدنی برای اسلامی‌سازی برداشته شد تعیین روش تفسیر قوانین بود. ماده ۳ قانون مدنی اردن مصوب ۱۹۷۷ مقرر می‌داشت 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 دلالتیه 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 کرده که در فهم و تفسیر و تبیین قوانین از قواعد علم اصول فقه استفاده کند. ماده ۱۸ قانون مدنی یمن نیز مقررهای شبیه به این موارد دارد.^۳

گفتنی است تفسیر و فهم ناخودآگاه از پیش فرض‌های ذهنی مفسر تأثیر می‌پذیرد. هرچند روش به‌کارگرفته‌شده توسط مفسر روشی مؤلف‌مدار باشد که این امر در علم حقوق کنونی به رسمیت شناخته شده، اما آنچه بر ذهن و ضمیر برخی از مفسران غلبه دارد اصول و مبانی حقوق بیگانه است؛ به‌گونه‌ای که در دانشکده‌های حقوق بسیاری از قوانین و قواعد کاملاً اسلامی براساس پیش فرض‌های ذهنی غیربومی مفسر، به‌صورت مغایر با پیشینه اسلامی، شرح و تفسیر می‌گردد و به تبع آن به رویه قضایی و مرحله اجرای قوانین نیز سرایت می‌کند؛ چراکه اغلب قضات پرورش‌یافته همین اندیشه و روش در دانشکده‌های حقوق هستند.

۱.۳ تفسیر قوانین با جهت‌گیری غیرفقهی

در رأس کسانی که برخلاف اقتباس قانون مدنی از فقه امامیه تفسیر آن را به راهی دیگر برده‌اند، باید از نخستین شارح قانون مدنی، یعنی منصورالسلطنه عدل، نام برد که به‌دلیل سابقه تحصیلی وی در فرانسه در نخستین شرح قانون مدنی صبغه فرانسوی بر صبغه فقهی پیشی گرفته و تغییرات و اصلاحاتی که از سوی نویسندگان قانون مدنی برای حفظ سازگاری بخش‌های قانون مدنی با موازین فقهی صورت گرفته بود توسط ایشان نادیده گرفته شد (برای مطالعه بیشتر، بنگرید به الشریف ۱۳۹۲: ۶۶۰). این واقعیت تاریخی را مرحوم کاتوزیان این‌گونه گزارش کرده‌اند:

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

البته، برخی حقوق دانان دیگر نیز، با وجود باور به حقوق اسلامی و اعتقاد به استواری قانون مدنی بر بنیان‌های فقهی، در مقام تفسیر برخی مواد، ناخواسته و به دلیل انس فراوان با مبانی حقوق غرب، مواد دارای پیشینه فقهی را بر مبنای دیدگاه‌های غیربومی تفسیر می‌کردند. به عنوان مثال، اگرچه 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 فی‌الذمه یا کلی در معین باشد، لیکن برخی حقوق دانان همه اقسام بیع را تملیکی نمی‌دانند؛ زیرا اینان تحت تأثیر 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 عهده‌ی محسوب می‌کنند (شهیدی ۱۳۸۹: ش ۲). در واقع، از نظر ایشان، دین یا عین کلی بر ذمه ماهیت مستقل از تعهد ندارد و نمی‌تواند 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 ندارد؛ زیرا متعلق رابطه اعتباری مالکیت نیز می‌تواند اعتباری باشد و لزوماً نیازمند به شیء مادی نیست. در واقع، مالکیت همان‌گونه که می‌تواند به اعیان خارجی تعلق گیرد، می‌تواند به اموال کلی نیز تعلق گیرد و مالکیت ما فی‌الذمه نیز رابطه مستقیم با مال است و به نظر می‌رسد، با توجه به اطلاق ماده ۳۳۸ قانون مدنی، تردید در تملیکی بودن بیع کلی صرفاً ناشی از پیش‌فرض‌های غربی ذهن مفسران قانون مدنی بوده است که بر تفسیر مبتنی بر فقه امامیه پیشی گرفته است؛ چراکه در حقوق فرانسه مالکیت یک حق عینی بوده و متعلق آن لزوماً می‌بایست اعیان خارجی باشد و بیع کلی صرفاً سبب ایجاد تعهد و حق شخصی است، در حالی که در فقه اسلامی بی‌گمان 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، تأسیس دین یا همان مال کلی بر ذمه نقش کاملاً متفاوتی نسبت به تأسیس تعهد پیدا می‌کند (برای مطالعه بیشتر، بنگرید به جعفری ۱۳۹۴).

اختلاف در تعریف عین نیز در آثار برخی حقوق دانان ریشه در خلط مبانی غربی و فقهی دارد. برخلاف آنچه برخی از حقوق دانان 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 (خویی ۱۴۱۷: ۱۶).^۴ 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 این که توجه به این بخش نظام حقوقی در جهت اسلامی کردن اهمیت بیش تری نسبت به بخش سابق دارد؛ چراکه هیچ‌گونه سازوکار نظارتی رسمی در این بخش

وجود ندارد و متولیان می‌بایست جهت آسیب‌شناسی دقیق این بخش اقدامات لازم را آغاز کنند و با بررسی کارشناسانه 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 به‌طور خاص به قانون مدنی مربوط می‌گردد، مسئله شباهت شکلی و ظاهری *قانون مدنی ایران* با قانون فرانسه است. از نظر تاریخ تدوین *قانون مدنی*، گفتنی است وقتی از نویسندگان خواسته شد که قانون مدنی را تدوین کنند، چون الگو و نمونه‌ای در این مورد وجود نداشت، *قانون مدنی فرانسه* را به‌عنوان نمونه و مدل پیش‌روی خود قرار دادند (بهرامی احمدی ۱۳۸۳؛ سلطانی و پیلوار ۱۴۰۰: ۹۰). هرچند این نویسندگان، به‌شهادت اکثر استادان (برای مطالعه بیشتر، بنگرید به سلطانی و پیلوار ۱۴۰۰)، از حیث محتوا کاملاً از مبانی فقهی استفاده کرده و تنها برای نظم، تنسیق مواد، و تقسیم‌بندی موضوعات از قانون فرانسه بهره بردند، لیکن شباهت ظاهری مواد *قانون مدنی فرانسه* از آغاز این مشکل را به‌هم‌راه داشت که برخی از نویسندگان برای *قانون مدنی ایران* اصالتی قائل نشوند و برای تفسیر آن به حقوق فرانسه مراجعه کنند.

گفتنی است ابهام در استقلال قانون مدنی و اصالت آن تاحدی است که از نگاه برخی از معاندان با حقوق اسلامی قانون مدنی مصداق یک قانون موضوعه عقلانی متغیر انسانی و بریده از احکام شرعی و حیوانی و غیرمتغیر ربانی است! (آدمیت، به‌نقل از شهابی ۱۳۹۰).

اعتماد به *قانون مدنی فرانسه* در تفسیر در برخی مفسران تاحدی است که حتی در آن‌جا که نویسنده به‌عمد مقررهای را حذف کرده یا در آن تغییر داده است نیز به *قانون مدنی فرانسه* استناد می‌گردد. به‌عنوان نمونه، قانون‌گذار به‌عمد از اقتباس تقسیم‌بندی تعهدات غیرقراردادی به شبه‌عقد و جرم و شبه‌جرم و قانون‌گذاری کرده و به‌جای آن از اسباب ضمان قهری یاد کرده است، ولی باوجود این بسیاری از مؤلفان حقوق مدنی ایران این تقسیم‌بندی را چنان در کتاب‌های خود مطرح و شرح کرده‌اند که گویی *قانون مدنی ایران* چنین تقسیمی را حذف نکرده است (ره‌پیک ۱۳۹۵: ۲۹).

ماده ۳۰۳ *قانون مدنی* نمونه دیگری است که نویسنده *قانون مدنی* ماده فرانسوی را چنان تغییر داده که مفاد این ماده با ضمان ید سازگار درآید، اما اغلب مؤلفان بدون توجه به اصلاحات صورت‌گرفته در ماده ۳۰۳ آن را بر مبنای متن اصلی تفسیر کرده و آن را به‌عنوان

مصدق ایفای ناروا و داراشدن غیر عادلانه قلمداد کرده‌اند (امامی ۱۳۶۸: ۳۵۳). همین وضعیت در مورد ماده ۳۰۶ قانون مدنی وجود دارد که بسیاری از مؤلفان بر اساس متن اصلی و نه برمبنای متن تغییر یافته فعلی این ماده را به معنای پذیرش نهاد اداره فصولی در حقوق ایران گرفته‌اند و همین امر باعث گردیده که ادبیات حقوقی سنگینی تحت عنوان اداره فصولی و حتی عنوان عام آن، یعنی شبه عقد، به کشور ما وارد شود، در حالی که این ماده 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 قانون مدنی) و نیز خسارات ناشی از حیوان (ماده ۳۳۴) در عین مشابهت ظاهری با مواد قانون مدنی فرانسه^۵ با تغییرات معناداری که در آن‌ها صورت گرفته کاملاً با آموزه‌های فقهی تطبیق داده شده‌اند.

از دیگر تغییرات بنیادین صورت گرفته ماده ۲۹ قانون مدنی است که از برخی تغییرات 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 نظام‌های حقوقی منشعب از حقوق رم و فرانسه وجود دارد! (برای مطالعه بیشتر و نقد مفصل این تقسیم بندی، بنگرید به جعفری خسروآبادی ۱۳۹۶) و این در حالی است که در ماده ۲۹ برخلاف ماده معادل خود در فرانسه تصریح کرده که متعلق مالکیت می‌تواند «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 می‌گردد و نیز افزودن منفعت به عنوان متعلق مالکیت فرسنگ‌ها از متن فرانسوی که مالکیت را یک حق عینی و صرفاً ناظر به عین معین می‌داند 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 اشیا 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 هر چند 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 است و نمی‌توان به بهانه این تقلیدهای شکلی برای همیشه قانون مدنی و حقوق مدنی خود را دنباله‌روی حقوق بیگانه تصور کرد. در این زمینه، شاید هیچ‌کس به زیبایی حقوق دان بزرگ جهان عرب، دکتر عبدالرزاق سنهوری، سخن نگفته باشد و

ما سخن خود را با کلام نافذ و عبرت‌آموز وی به پایان می‌بریم و یادآور می‌شویم که این سخنان در مورد استقلال و کیان ذاتی قانون مدنی مصر گفته شده که تقریباً به‌طور کامل متأثر از حقوق مدنی فرانسه است:

پیش از هر چیز، وظیفه ما این است که حقوق را مصری سازیم و آن را 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: ۴۱۴).

۴. نتیجه‌گیری

از آن‌چه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که نظام حقوقی ایران برای اسلامی‌سازی با دو چالش مهم روبه‌روست. 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 تمیزی قرار نگرفته‌اند. تردیدهای که در مورد صلاحیت شورای نگهبان به‌عنوان مرجع نسخ قوانین مغایر شرع مطرح شده باعث گردیده، حتی در مواردی نیز که شورای نگهبان درباره مغایرت پاره‌ای مقررات قبل از انقلاب با شرع اظهار نظر کرده، رویه قضایی در منسوخ قلمداد کردن این قوانین قاطع عمل نکند.

چالش دوم که، با وجود اهمیت بسیار آن، کم‌تر مورد توجه قرار گرفته است شیوه‌ها و قواعد حاکم بر تفسیر قوانین و استدلال حقوقی یا همان منطق حقوق است. در حوزه تفسیر، نه تنها ضابطه‌ها و معیارها روشن نیست، بلکه برخلاف حوزه تقنین مرجع کنترل‌کننده‌ای نیز وجود ندارد. هرکس آزاد است قانون را بر اساس پیش‌فرض‌ها و مبانی مورد قبول خود تفسیر کند و باتوجه به روشن نبودن منطق تفسیر هیچ‌کس نمی‌تواند 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 می‌کنند. در مقابل، برخی دیگر مسئولیت مدنی را در قالب اسباب ضمان قهری فقهی تحلیل کرده و راه‌کارهای فقهی را بر راه‌کارهای بیگانه ترجیح می‌دهند و طیف وسیعی نیز در این میانه گاه فقهی و گاه فرانسوی تحلیل می‌کنند. هرچند اصل ۱۶۷ قانون اساسی برای رفع ابهام و اجمال از قوانین مراجعه به فتاوی و منابع معتبر را راه‌کار تجویز کرده، اما ابهامات موجود در سازوکار مراجعه به فتاوی و منابع معتبر عملاً این قاعده اساسی تفسیری را کم‌اثر کرده است. بنابراین، یکی از مقدمات ضروری

اسلامی سازی قوانین و مقررات تدوین قواعد و شیوه‌های تفسیر و ضابطه‌مند کردن 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 پیش قدم نشده به نظر می‌رسد مستفاد از مجموع مقررات و به‌طور 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 می‌شود قانون‌گذار اولاً سازوکار رجوع به منابع و فتاوی معتبر را در قوانین عادی مشخص کند و نیز متنی شبیه به متن قانون مدنی اردن و امارات در قانون آورده شود که براساس آن در خصوص قوانینی که پیشینه فقهی دارند و از فقه اقباس شده‌اند 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.

پی‌نوشت‌ها

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. به‌عنوان نمونه، بنگرید به کلینی بی‌تا: ج ۱، باب الرأی والبدع والمقاییس؛ نیز - صاحب الفصول، شیخ غروی بی‌تا: ۳۸۳. «و قد أطبق أصحابنا علی عدم حجیته {ای القیاس} ... و بطلانه فی مثل زماننا بعد من ضروریات المذهب عند المحصلین»؛ میرزای قمی بی‌تا: ج ۱، ۳۸۸. «القیاس الذی أجمع الشیعة علی بطلانه و صار حرمة من باب ضروریات المذهب ...».

۳. ماده ۳ قانون مدنی 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 قانون مدنی یمن مصوب ۲۰۰۲ نیز مرجع تفسیر را فقه اسلامی و مشروح مذاکرات و کتب شرح قانون که از سوی هیئت مخصوص قانون‌گذاری صادر شده اعلام کرده است. الماده (۱۸): المرجع فی تفسیر نصوص القوانين وتطبیقها هو الفقه الاسلامی والمذکرات الايضاحیة والکتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية المختصة.

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

۵. ماده ۱۳۸۵ قانون مدنی فرانسه بدین شرح است: «صاحب حیوان یا کسی که از حیوان استفاده می‌کند مسئول خساراتی است که حیوان وارد کرده است، اعم از این که حیوان تحت اختیار او باشد یا فرار

کرده باشد». درحالی‌که ماده ۳۳۴ قانون مدنی ایران به این صورت است: «مالک یا متصرف حیوان مسئول خساراتی نیست که از ناحیه حیوان وارد می‌شود، مگر در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد...» که این حکم مبتنی بر مبانی فقه امامیه است (بنگرید به موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام ۱۴۲۳: ج ۳، ۲۵۶).

کتاب‌نامه

قرآن کریم.

- اسلامی پناه، علی (۱۳۹۹)، «دکترین به‌منزله منبع حقوق»، پژوهش حقوق خصوصی، س ۹، پیاپی ۳۲.
- امام خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۰۹)، *تحریر الوسیله*، ج ۱، قم: مؤسسه دارالمطبوعات العلم.
- امام خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۶۹)، *صحیفه نور* (مجموعه رهنمودهای امام خمینی ره)، تهران: سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی و سرورش.
- امامی، سیدحسن (۱۳۶۸)، *حقوق مدنی*، ج ۱، تهران: اسلامیه.
- امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید (۱۳۸۰)، *حقوق تعهدات*، ج ۱، تهران: میزان.
- بهرامی، بهرام (۱۳۹۵)، *بایسته‌های تفسیر قوانین و قراردادهای*، تهران: نگاه بینه.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۳)، «تاریخچه حقوق مدنی»، *فصل‌نامه پژوهشی دانشگاه امام صادق*، پیاپی ۲۴.
- الجیوری، ساجر ناصر (۱۴۲۶)، *التشريع الاسلامی و الغزو القانوني الغربي للبلاد الاسلامیة*، بیروت: دار الکتب العلمیة.
- جعفری خسروآبادی، نصرالله (۱۳۹۴)، «نظریه عمومی دیون در حقوق اسلام و مقایسه آن با حقوق غرب»، *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، س ۲، ش ۴.
- جعفری خسروآبادی، نصرالله (۱۳۹۶)، «جایگاه ستون فقرات نظام حقوقی رومی ژرمنی در حقوق اسلام و ایران: تحلیل فقهی حقوقی تقسیم‌بندی حقوق عینی و دینی»، *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، س ۴، ش ۴.
- خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۷ ق)، *مصباح الفقاهة فی المعاملات*، قم: انصاریان.
- ره‌پیک، حسن (۱۳۹۵)، *حقوق مسئولیت مدنی و جبران‌ها*، تهران: خرسندی.
- سلطانی، سیدناصر و رحیم پیلوار (۱۴۰۰)، *مجموعه مقالات یادنامه سیدمحمد فاطمی قمی*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- الشریف، محمد مهدی (۱۳۹۲)، *منطق حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار.

نقد علم حقوق کنونی ... (محمد مهدی الشریف و نصراله جعفری) ۳۶۷

الشریف، محمد مهدی و سید محسن قائم فرد (۱۳۹۸)، «نقد و بررسی کتاب حقوق مسئولیت مدنی و جبران‌ها»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، س ۱۹، پیاپی ۱۲.

شهیدی، مهدی (۱۳۸۹)، حقوق مدنی ۶، تهران: مجد.

صفائی، سیدحسین و حبیب‌الله رحیمی (۱۳۸۹)، مسئولیت مدنی، تهران: سمت.

عدل، مصطفی (منصور السلطنه) (۱۳۷۸)، حقوق مدنی، قزوین: طه.

عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۵)، حقوق اساسی ایران، تهران: دانشگاه تهران.

غروی، شیخ محمدحسین (بی‌تا)، الفصول الغرویه، بی‌جا.

فلاح‌زاده، علی محمد و علی درویش‌متولی (۱۳۹۲)، «نظارت شورای نگهبان بر قوانین مصوب پیش از انقلاب و شورای انقلاب»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، ش ۵.

قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.

قانون مدنی فرانسه.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵)، تحولات حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه تهران.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، الزامات خارج از قرارداد، ضمان قهری، تهران: دانشگاه تهران.

کلینی رازی، محمدبن یعقوب (بی‌تا)، اصول کافی، ترجمه سیدجواد مصطفوی، انتشارات علمیه اسلامی. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۸)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام (۱۴۲۳ ق)، جمعی از پژوهش‌گران، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، ایران: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام.

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

هاشمی، سیدمحمد (۱۳۸۰)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی، ج ۲، تهران: دادگستر.

هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۸۷)، شورای نگهبان: پرسش‌ها و پاسخ‌ها، تهران: کانون اندیشه جوان.

یزدی، محمد (۱۳۷۵)، قانون اساسی برای همه، تهران: امیرکبیر.

