

## بررسی تطبیقی تفکیک قوا در اندیشه ابن خلدون و منتسکیو

ابراهیم موسی‌زاده / دانشیار دانشگاه تهران

علی جان حیدری / دانشجوی دکتری حقوق عمومی

دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۰۱ - پذیرش: ۱۳۹۸/۰۳/۲۵

aliheidari199@yahoo.com

### چکیده

نظریه «تفکیک قوا» یکی از مهم‌ترین نظریه‌ها و مفاهیم در حقوق عمومی است. بسیاری از نویسندگان این نظریه را از مهم‌ترین ابزار تعیین قدرت خوانده‌اند. اساس این نظریه بر این است که هر یک از دستگاه‌های قدرت باید وظیفه مشخصی داشته باشد و در کارویژه قوای دیگر ورود نکند. برخی منتسکیو فیلسوف و حقوق‌دان مشهور قرن هجدهم فرانسه را، مبدع نظریه «تفکیک قوا» دانسته‌اند، اما صاحب‌نظرانی همچون افلاطون، ارسطو، گروسیوس، پوفندر و ژان بدن از جمله اندیشمندانی هستند که پیش از ایشان در این باب سخن گفته‌اند. در اندیشه ابن خلدون، که قرن‌ها پیش از منتسکیو می‌زیسته، نیز این نظریه مطرح شده است. اگرچه ابن خلدون تفکیک قوای مصطلح را مطرح نکرده، اما از لزوم تفکیک وظایف سه‌گانه و تعیین قدرت به روشنی سخن گفته است. نگارنده پس از نگاهی به مفهوم «تفکیک قوا»، با روش «اسنادی» و با رویکرد تطبیقی به مطالعه تطبیقی آن در اندیشه ابن خلدون و منتسکیو پرداخته است. نوآوری این پژوهش نیز آن است که اشتباه رایج درباره اندیشه ابن خلدون مبنی بر پذیرش نظریه «تفکیک قوا» را اصلاح و شکل صحیح نظریه ایشان (پذیرش تقسیم کار و توزیع وظایف) را با استناد به آثار مکتوب وی مطرح نموده است.

**کلیدواژه‌ها:** تفکیک قوا، منتسکیو، ابن خلدون، قوه مقننه، مجریه، قضایه.

## مقدمه

«تفکیک قوا» به مفهوم تفکیک حوزه عملکرد قوای تقنینی، اجرایی و قضایی از یکدیگر، به منظور جلوگیری از تمرکز قدرت در نظام‌های سیاسی جدید، از اهمیت زیادی برخوردار است. تفکیک قوا در پی اندیشه‌ای تبلور یافت که بحق برای تحدید قدرت حاکم و جلوگیری از خودسری‌های آن به عنوان نمادی از نماد شهروند و حاکمیت ایجاد گشت. اولین نظریات جامع و کامل در باب تفکیک قوا متعلق به جان لاک (۱۶۳۲-۱۷۰۴)، فیلسوف و متفکر مشهور انگلیسی، و شارل دو منتسکیو (۱۶۸۹-۱۷۵۵)، فیلسوف و حقوق‌دان مشهور فرانسوی، است. منتسکیو با تأثیرپذیری از لاک و نظام سیاسی آن روز انگلستان، نظریه «تفکیک قوا» را توسعه و تعمیق داد و به تفصیل آن در قالب یک نظریه پرداخت. این نظریه در نظام‌های آن روز جهان، تأثیر بسزایی گذاشت. برای مثال، نظام آمریکا این نظریه را در سال ۱۷۸۹ در قانون اساسی خود پذیرفت و در همین سال، کشور فرانسه در اعلامیه حقوق بشر و شهروند خود بیان کرد: جامعه‌ای که در آن حقوق افراد تأمین نشده باشد و تفکیک قوا برقرار نباشد، فاقد قانون اساسی است.

«تفکیک قوا» با آنچه «تقسیم کار» یا «توزیع وظایف» خوانده می‌شود، متفاوت است. مبنای اصلی تفکیک قوا، جلوگیری از فساد قدرت و مبارزه با استبداد و جلوگیری از سوء استفاده از قدرت است، اما مبنای اصلی تقسیم وظایف، کارآمدی نظام سیاسی است (محمدی، ۱۳۹۳، ص ۲۷-۲۸). به نظر می‌رسد اندیشمندان اسلامی، از جمله ابن خلدون، به تقسیم وظایف معتقدند و نه به تفکیک قوا، در حالی که اندیشمندان غربی برای مهار قدرت و جلوگیری از فساد و سوء استفاده از قدرت، در کنار تفکیک وظایف، به تفکیک قوا می‌پردازند. پس، از این منظر، «تقسیم وظایف برای کارآمدی» و «تفکیک قوا برای جلوگیری از فساد»، می‌توان بین دو اندیشمند اسلامی و غیر اسلامی بررسی تطبیقی انجام داد.

بر همین اساس، مقاله حاضر می‌کوشد تا با بررسی نظریه «تفکیک قوا» در اندیشه منتسکیو، به مقایسه آن با نظریه ابن خلدون به عنوان یک اندیشمند مسلمان بپردازد که خیلی قبل از منتسکیو در این باب سخن گفته است. هدف از مقاله حاضر بررسی نقاط اشتراک و افتراق دو نظریه و بیان شکل صحیح نظریه ابن خلدون مبنی بر نپذیرفتن تفکیک قوا و در مقابل، پذیرش تقسیم کار و توزیع وظایف است.

در ادامه، به بررسی دو نظریه می‌پردازیم. ابتدا نظریه ابن خلدون واکاوی می‌شود و سپس نظریه منتسکیو مطرح خواهد شد.

## تفکیک قوا در اندیشه ابن خلدون

عبدالرحمان بن خلدون (۷۳۲-۸۰۸ ق) از اندیشمندان مسلمان قرن هشتم هجری است که طبق مبنای اهل سنت، به مسئله جانشینی پیامبر اکرم ﷺ و مسئله «خلافت» نگاه می‌کند. مبنای اهل سنت آن است

که منصب خلافت استمرار جنبه اجرایی و قضایی منصب رسالت است، جز اینکه وحی و تشریح از اختصاصات پیامبر ﷺ می‌باشد و تمام قوا در شخصیت پیامبر ﷺ متمرکز بوده است (شمس‌الدین، ۱۳۷۵، ص ۴۵۵). علت تمرکز قوه مقننه در شخص پیامبر ﷺ این است که قرآن کریم و سایر احکام الهی از جانب خداوند متعال تنها به وی وحی می‌شده است. علت تمرکز قوه قضاییه در شخص پیامبر ﷺ این است که تشریح احکام به ایشان وحی می‌شد و ایشان یگانه مرجع امت در احکام الهی بودند و به نص آیات قرآن کریم، پیامبر اکرم ﷺ از طرف خداوند متعال به قضاوت میان مسلمانان منصوب بودند. اما وجه تمرکز قوه مجریه در پیامبر به دلیل آیات قرآن کریم، از جمله آیه «اطاعت» (نساء: ۵۹) و «النبی اولی بالمؤمنین من انفسهم» (احزاب: ۶) است که از طرف خدای متعال به ولایت عامه و مطلقه مسلمانان منصوب بودند. بنابراین، جانشین پیامبر همه مناصب و مسئولیت‌های ایشان جز وحی و تشریح را عهده‌دار می‌شود؛ زیرا آیه اطاعت از «اولی الامر» فرمان برداری از خلیفه را در کنار اطاعت از پیامبر قرار داده است و همان‌گونه که اطاعت از پیامبر را واجب کرده، اطاعت از خلیفه نیز واجب می‌شود (همان، ص ۴۵۶-۴۵۵). حال با توجه به اعتقادات اهل سنت در خصوص مبانی خلافت و همچنین با عنایت به اعتقاد اهل سنت در خصوص فقدان مشروعیت سلطه انسان بر انسان مگر با دلیل شرعی معتبر، اینکه چگونه می‌توان تمام قوای سه‌گانه را در دست یک فرد غیر معصوم و غیر عادل قرار داد و او را بر مقدرات همه مردم مسلط نمود، جای سؤال است که در جای خود باید پاسخ داده شود (محمدی، ۱۳۸۷، ص ۴۱). به نظر می‌رسد تمرکز قوا در شخص خلیفه، نه تنها با مبانی اهل سنت در باب خلافت مخالف است، بلکه با قاعده اولی فقهی در باب (عدم جواز) تسلط انسان بر انسان نیز ماینت دارد (شمس‌الدین، ۱۳۷۵، ص ۴۵۵).

ابن خلدون در یکی از کتاب‌های خود، تحت عنوان مقدمه ابن خلدون، اشارات قابل توجهی به بحث تفکیک وظایف حاکمیتی و لزوم دخالت دین و شریعت در سیاست به منظور مراعات کامل تر مصالح اجتماع دارد. وی ضمن پذیرش خلیفه در رأس هرم قدرت، در یک تقسیم‌بندی کلی، وظایف خلیفه را در دو بخش خلاصه می‌کند و می‌گوید:

باید بدانیم که صاحب شرع (خلیفه) عهده‌دار دو امر مهم است: یکی اجرای امور دینی بر مقتضای تکالیف شرعی، که مأمور است آنها را تبلیغ کند و مردم را بدان‌ها وادارد؛ دیگری تنفیذ سیاست به مقتضای مصالح عمومی در عمران و اجتماع بشری.

با دقت در این‌گونه مطالب، می‌توان مباحث مرتبط با موضوع تفکیک وظایف و تقسیم کار را به دست آورد. همچنین ایشان در یک‌جا از لزوم تنقید سلطان به رعایت مصالح جامعه در سایه قوانین و مقررات شرعی سخن می‌گوید و تصریح می‌کند که اعمال و رفتار سلطان باید با احکام شرعی همراه گردد:

عمران و اجتماع برای بشر ضروری است و همچنین باید مصالح آن رعایت گردد تا مبادا در نتیجه مسامحه، تباهی بدان راه یابد. تشکیلات کشوری و قدرت و نفوذ پادشاه برای وصول به این هدف کافی است، ولی شکی نیست که اگر وظیفه‌ای پادشاهی با احکام شرعی توأم گردد، آن وقت مصالح عمران (اجتماع) به صورت کامل‌تری رعایت خواهد شد؛ زیرا بنیان‌گذار شرع به این‌گونه مصالح از همه مردم داناتر و آگاه‌تر است؛ و اگر مملکت، اسلامی باشد امور پادشاهی و کشورداری ذیل امر خلافت مندرج می‌شود و از توابع آن به شمار می‌رود، و گاه که در غیر ملت اسلام باشد، از آن جدا می‌شود (ابن خلدون، ۱۳۶۶، ص ۴۲۰).

در این گفتار، دو نوع محدودیت برای قدرت هیأت حاکم و زمام‌داران در نظر گرفته شده که اندیشمندان سیاسی غرب صدها سال بعد از وی به چنین نکاتی توجه کرده‌اند (محمدی، ۱۳۸۷، ص ۴۴). وی ابتدا قدرت مطلق هیأت حاکم را در چارچوب مصالح جامعه، مشروع می‌شمارد، و سپس در مسیر تأمین مصالح جامعه، این قدرت مطلق را به قوانین و مقررات شرع محدود می‌کند؛ یعنی هیأت حاکم نمی‌تواند به دلخواه خود و مستبدانه عمل کند، بلکه باید در برابر قوانین و مقررات شرع، که منشأ جداگانه‌ای دارد، تسلیم باشد و از آن تمکین کند.

به نظر برخی نویسندگان، این خود نوعی تفکیک قواست و به طرز تفکر طرفداران حقوق فطری شباهت زیادی دارد (اسکندری و دارابکلایی، ۱۳۷۷، ص ۱۵۲). اما اگر دقت شود، این تفکیک قوا نیست، بلکه نوعی تعیین قلمرو قدرت است که با تفکیک قوا تفاوت دارد. از این‌رو، نمی‌توان ادعا کرد که ابن خلدون نیز قایل به تفکیک قواست.

تقسیم دیگری که ابن خلدون مطرح می‌کند آن است که وظایف خلیفه را به وظایف «دنیوی» و «دینی» تقسیم می‌کند و حاکم را موظف به انجام وظایف دنیوی خلیفه می‌داند و وظایف او را در محدوده اختیارات خلیفه قلمداد می‌کند که به این صورت، در واقع، نوعی تقسیم کار و تفکیک وظایف صورت می‌گیرد. ایشان می‌نویسد:

وظایف سلطان در نظام سیاسی اسلام، در محدوده وظایف و اختیارات مربوط به مقام خلافت قرار می‌گیرد... بنابراین، احکام شرعی، که به همه وظایف این مقام نظارت دارد، بر رفتار سلطان نیز حاکمیت دارد و اختیارات و قدرت سلطان ناگزیر باید از مجرای قوانین شرع اعمال شود. فقیه به پایگاه سلطان و شرایط عهده‌داری سلطنت چنان می‌نگرد که گویی وی به افراد و استقلال از جانب دستگاه خلافت فرمان‌روایی می‌کند و این معنای «سلطان» است و یا به جای مقام خلافت، وظایفی بر عهده می‌گیرد و این معنای «وزیر» در نزد آنان [فقیهان] است... و فقیه ناچار باید در کلیه احکام، اموال و همه سیاست‌های کلی یا جزئی... و مقاصد پادشاه و سلطان و جمیع وظایفی که در زیر فرمان پادشاه و سلطان مندرج است... در برابر نظر سلطان، صاحب‌نظر باشد؛ چنان‌که در فصول پیش در خصوص منجر شدن حکم خلافت شرعی در مذهب اسلام به مرتبه پادشاهی و سلطنت نیز گفت‌وگو کردیم (ابن خلدون، ۱۳۶۶، ص ۲۳۶).

در این بیان، ابن خلدون از وجود فقیه به عنوان قانون‌گذار و ناظر بر اجرای قانون در مقام برتر از سلطان سخن گفته است. فقیه به عنوان کاشف احکام شرع و قوانین سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و دیگر شئون و وظایف مربوط به جامعه و زمامداران، و سلطان زیر نظر او عهده‌دار اجرای آن قوانین و احکام است.

با توجه به مطالب مطرح شده، می‌توان چنین استنباط کرد که ابن خلدون در ضمن این مباحث، به دو وظیفه «تقنین» و «اجرا» اشاره کرده و به نوعی نظارت از بالا به پایین توسط فقیه قایل است، نه نظارت متقابل فقیه و سلطان. از این‌رو، همان‌گونه که در مقدمه ذکر شد، به نظر می‌رسد اندیشمندان اسلامی از جمله ابن خلدون، به تفویض وظایف معتقدند، نه به تفکیک قوای مصطلح. این در حالی است که اندیشمندان غربی در کنار تقسیم وظایف، به تفکیک قوا می‌پردازند و تفکیک قوای مصطلح را ضمانت اجرای قوانین و تضمینی در جهت حفظ آزادی‌های اساسی مردم می‌دانند. اما در الگوی نظام سیاسی اسلام، به چنین تضمینی نیاز نیست، بلکه ضمانت اجرای درونی یا همان تقوای سیاسی حاکمان می‌تواند نقش مهم‌تری در این زمینه داشته باشد.

در جای دیگر، ابن خلدون برای پادشاهی و سلطنت، مراتب و وظایفی فرعی لازم می‌داند که تنها با توزیع وظایف میان دولت‌مردان تحقق می‌یابد (ابن خلدون، ۱۹۷۸، ص ۲۱۹).

ابن خلدون دربارهٔ قوه قضاییه نیز تقسیم وظایف را می‌پذیرد. به باور ایشان، اگرچه از ابتدا امر قضاوت را خود خلفا عهده‌دار بودند، اما بعداً به سبب تراکم کارها و سنگینی وظایف، مجبور شدند قضاوت را به دیگران واگذار کنند. ایشان می‌گویند: منصب قضا در گذشته جزو وظایف خلیفه بوده؛ زیرا منازعات و فصل خصومت‌ها باید در چارچوب احکام شرعی برگرفته از کتاب و سنت حل و فصل می‌شد. از این‌رو، خلفا در صدر اسلام، خود عهده‌دار این وظیفه بودند. سپس با توسعه حکومت و افزایش کار و سنگینی وظایف، امر داوری و قضاوت را به دیگران واگذارند. این واگذاری برای اولین بار، توسط خلیفه دوم، یعنی عمر انجام گرفت که افرادی را در مدینه، بصره و کوفه با نوشتن نامه رسمی، که حاوی احکام قضاوت و دستورالعمل‌هایی برای آنها بود، به امر قضاوت منصوب کرد و سپس این روند در زمان خلفای اموی و عباسی ادامه یافت (همان، ص ۲۲۰).

بنابر این، اگرچه از مجموع سخنان ابن خلدون به دست می‌آید که هیأت حاکم نباید دارای قدرت مطلق، خودمختار و مستبد باشد، بلکه این قدرت باید دارای محدودیت‌هایی همچون مصالح عمومی جامعه، احکام و قوانین شرعی و تحت نظارت فقها و اندیشمندان مذهبی باشد؛ اما ایشان همچون دیگر اندیشمندان اسلامی، به تقسیم وظایف معتقد است، نه به تفکیک قوا. به باور ایشان، در نظام سیاسی اسلام، خلیفه در رأس هرم قدرت و مسئول هماهنگ کردن امور کشور اسلامی است و وظایف خویش را میان چند گروه تقسیم می‌کند و افتا و استنباط قوانین اجتماعی را به مفتیان و فقها واگذار می‌کند. انجام وظایف مربوط به تأمین زندگی مادی و معیشتی را به سلطان و

عوامل او (وزرا و امرا) می‌سپرد و قضاوت و احتساب و نظایر آن را به گروه‌های دیگری می‌دهد که مهم‌ترین آنها قضاات هستند (محمدی، ۱۳۹۳، ص ۴۵).

### تفکیک قوا در اندیشه متسکیو (۱۶۸۹-۱۷۵۵)

اصل «تفکیک قوا» به مفهومی که تقریباً مورد پذیرش و اجماع حقوق دانان واقع شده و به عنوان پایه و اساس حقوق موضوعه کلاسیک در غرب مشروعیت یافته، محصول نظریه متسکیو، فیلسوف قرن هجدهم فرانسه، است (قاضی، ۱۳۸۰، ص ۳۳۴).

شارل دو منتسکیو، حقوق دان و متفکر فرانسوی، تحت تأثیر افکار و اندیشه‌های جان لاک و نظام موجود عصر خود در انگلستان، نظریه «تفکیک قوا» را مطرح ساخت. وی در کتاب پرآوازه‌اش روح القوانين این نظریه را به صورت دقیق و با توجیه روشن و منظم ارائه نموده است (قاضی، ۱۳۷۵، ص ۱۸۳). وی در این کتاب، بیشتر در مقام تعریف «آزادی سیاسی» و پیدا کردن راه عملی برای تأمین و تضمین حقوق فردی است (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۷۵، ص ۱۹۸). شکل‌گیری حکومتی که به بهترین وجه ممکن، ضامن اجرای قانون در جامعه بوده و نهادهای آن به گونه‌ای تنظیم و تنسيق شود که آزادی سیاسی و امنیت فردی از خودکامگی‌های حاکمان مصون بماند، خواسته اصلی منتسکیو از طرح نظریه «تفکیک قوا» بوده است (قاضی، ۱۳۷۳، ص ۳۳۶). هدف ایشان در واقع، یافتن نوعی حکومت است که در آن آزادی وجود داشته باشد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۲). وی معتقد است: سوء استفاده از قدرت قابل جلوگیری نیست، مگر آنکه ترتیباتی داده شود تا قدرت جلوی قدرت را سد کند و لازمه این کار، قطعه قطعه کردن قدرت یا نوعی تفکیک قواست (همو، ۱۳۷۵، ص ۱۹۹).

دقت در نظریه متسکیو نشان می‌دهد که مهم‌ترین دغدغه ایشان، حفظ آزادی و امنیت شهروندان در برابر سوء استفاده از قدرت است. براین اساس، وی بحث «تقسیم قدرت» را مطرح کرده است و برای هر دولت - کشوری سه قوه مقننه، مجریه و قضاییه لازم می‌شمرد و وظایف هر یک را شرح می‌دهد (محمدی، ۱۳۹۳، ص ۳۴).

در ابداع نظریه «تفکیک قوا» توسط منتسکیو، میان نویسندگان اختلاف است. برخی در ابداع اصل تفکیک توسط وی تردید کرده و تنها تجدید نظر در اندیشه‌های گذشته از سوی وی را می‌پذیرند؛ یعنی اینکه منتسکیو اصل «تفکیک قوا» را از دیگران اخذ و با تغییرات کلی، در قالب جدیدی به جهان سیاست عرضه کرده که پس از آن قوای مقننه، مجریه و قضاییه مستقل از یکدیگر در نظر گرفته شده است (اسکندری و دارابکلائی، ۱۳۷۷، ص ۱۳۸). برخی دیگر معتقدند: اگرچه منتسکیو در طرح نظریه «تفکیک

قوا» از افرادی نظیر جان لاک و از اوضاع سیاسی حاکم بر انگلستان عصر خود تأثیر پذیرفته، اما وی این نظریه را آنچنان پرورش داده که عناصر نظریه لاک تغییر ریشه‌ای یافته و نظریه منتسکیو بسیار متفاوت از آن شده و این نظریه است که مبنای فکری و عملی اندیشمندان و سیاست‌سازان جهان واقع شده است (قاضی، ۱۳۷۳، ص ۳۳۴). در واقع، نظریه کلاسیک «تفکیک قوا» را منتسکیو در نوشته خود به نام روح القوانين، که در ۱۷۴۸ منتشر شد، عرضه کرده و این نظریه با نام او نام‌دار شده است (عالم، ۱۳۷۳، ص ۳۲۳). این نظریه نخست به وسیله لاک، دانشمند معروف انگلیسی، اظهار گردید و سپس منتسکیو آن را اقتباس و تکمیل کرد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۷۵، ص ۲۲۴).

نظریه منتسکیو در باب تفکیک قوا بر محور «آزادی سیاسی» دور می‌زند (عالمی، ۱۳۷۴، ص ۶۵). در کنار آزادی سیاسی، «قانون» به عنوان یک ضابطه و مرکز دید در نظریه منتسکیو مطرح است؛ یعنی وظیفه وضع قانون، اجرای قانون و قضاوت بر اساس قانون (همان). منتسکیو در روح القوانين در باره تفکیک قوا در انگلستان می‌نویسد:

در سازمان این کشور، سه قوه وجود دارد که هر یک کار خود را می‌کند و از هم تفکیک شده‌اند: اول قوه مقننه که به وسیله آن پادشاه یا قانون‌گذار برای مدت معین یا برای همیشه قوانینی وضع می‌کند و قوانین موجود را اصلاح یا الغا می‌نماید. دوم قوه اجرا کننده اموری که مربوط به حقوق بین‌المللی است و به وسیله آن، دولت امنیت خارجی کشور را برقرار می‌سازد، از تهاجم و حمله اجانب جلوگیری می‌کند، جنگ و صلح می‌کند، سفیر می‌فرستد و سفرای سایر کشورها را می‌پذیرد. سوم، قوه مجریه اموری که مربوط به حقوق مدنی است و به وسیله آن در اختلافات بین افراد قضاوت می‌کند، دعاوی را حل و فصل می‌نماید و جرایم را کیفر می‌دهد که آن را «قوه قضاییه» هم می‌نامند (منتسکیو، ۱۳۴۹، ص ۲۹۶).

تفکیک میان دو قوه مقننه و مجریه، که می‌تواند به مهار قدرت به وسیله قدرت و تعدیل قوا منجر شود، از نظر منتسکیو حایز اهمیت بسیار و ضامن آزادی مردم است. وی معتقد است که تنها در حکومت‌های میانه‌رو آزادی وجود دارد، و آن هم فقط وقتی از قدرت سوء استفاده نشود. برای جلوگیری از این سوء استفاده، لازم است با تعیین جای درست هر چیزی، قدرت را با قدرت مهار کنیم (عالم، ۱۳۷۳، ص ۳۲۴). انگیزه اصلی منتسکیو در تفکیک قوا، تقسیم‌بندی وظایف سه‌گانه حکومت نیست، بلکه توزیع قدرت در میان مقامات احتمالاً رقیب است و هدف نهایی تفکیک قوای او میانه‌روی و نتیجه آن، آزادی انسان هاست (همان). تفکیک قوا دومین شرط تحقق آزادی و مغایر با هرگونه رژیم استبدادی و تمامیت‌خواه (توتالیتار) و به طور کلی، تمرکز تمام اختیارات حکومتی در دست یک فرد و یا یک ارگان حکومتی است (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۷۵، ص ۲۱۲).

منتسکیو تداخل قوا و تمرکز قوا را مظهر استبداد و سبب از بین رفتن آزادی می‌داند (جونز، ۱۳۵۸، ص ۳۲۶). منتسکیو معتقد است که هرگاه قوای مقننه و مجریه درهم ادغام شوند و در اختیار یک شخص و یا گروه قرار گیرند، دیگر آزادی نمی‌تواند وجود داشته باشد. نیز اگر قوه قضاییه از قوای مقننه و مجریه منفک نباشد، باز هم وجود آزادی ناممکن است؛ زیرا با پیوستن قوه قضاییه به قوه مقننه، زندگی و آزادی فرد در معرض نظارت خودسرانه قاضی‌ای قرار می‌گیرد که خود قانون‌گذار هم هست؛ و اگر قوه قضائیه به قوه مجریه ملحق شود، ممکن است قاضی از خود شدت عمل نشان دهد و به حق افراد تجاوز کند؛ و اگر در کشوری حق اعمال هر سه قوه در اختیار یک فرد و یا یک هیأت قرار گیرد، آن وقت فاتحه همه چیز را باید خواند (منتسکیو، ۱۳۴۹، ص ۲۹۷). و «اگر یک فرد یا یک هیأتی، که مرکب از رجال یا توده و اعیان است، این سه قوه را در عین حال باهم دارا باشد... آن وقت همه چیز از بین می‌رود» (همان). ایشان وجود آزادی در نظام انگلستان را مرهون تفکیک قوا می‌داند و می‌گوید:

یگانه علت آسایش انگلستان و آزادی انگلیسی‌ها همان اجرای ترتیب تفکیک قواست و برای تأمین آزادی افراد و مصونیت آنان از ظلم و تعدی زمام‌داران، باید قوای مملکتی از یکدیگر مجزا و منفصل باشند (اسکندری و دارابکلایی، ۱۳۷۷، ص ۱۳۹).

به باور برخی نویسندگان، درست است که منتسکیو در نظریه «تفکیک قوا»، از جان لاک و نظام انگلستان الهام گرفته، ولی از یک سو، عناصر ترکیبی نظریه لاک را از ریشه تغییر داده و به گونه دیگری عرضه کرده است و از دیگر سو، به رژیم سیاسی انگلیس، که به مثابه رژیم کمال مطلوب مطمح نظر وی بوده، اسنادهایی داده که این حکومت در عالم واقع، این خصوصیات را به تمام و کمال دارا نبوده است (قاضی، ۱۳۸۰، ص ۳۳۴). در نتیجه نظریه تفکیک قوای او صرفاً بازتاب نظریه لاک یا گزارشی از نظام سیاسی انگلستان نیست. از این رو، می‌توان ایشان را به عنوان مبتکر نظریه «تفکیک قوای مصطلح» شناخت.

در طرح این نظریه، آنچه برای منتسکیو اهمیت دارد مسئله «آزادی سیاسی» است. وی در تعریف «آزادی سیاسی» می‌گوید: آزادی سیاسی این نیست که هرکس هرچه دلش می‌خواهد بکند، بلکه در جامعه و حکومتی که قوانین حکم‌فرماست، «آزادی» معنای دیگری دارد. آزادی آن است که افراد آنچه را باید بخواهند، بخواهند و بکنند و آنچه را موظف به خواستن نیستند، مجبور نباشند انجام دهند (منتسکیو، ۱۳۴۹، ص ۲۸۴).

از منظر منتسکیو، آزادی توانایی انجام دادن کارهایی است که هرکس بنا بر وظیفه می‌خواهد، و «آزادی» یعنی اینکه فرد هرگز مجبور نباشد آنچه بنا بر وظیفه نمی‌خواهد انجام دهد. «آزادی» حق انجام دادن همه کارهایی است که قانون روا داشته است (شوالیه، ۱۳۷۳، ص ۱۲۸). منتسکیو تصریح می‌کند:



آزادی عبارت از این است که انسان حق داشته باشد هر کاری را که قانون اجازه داده و می‌دهد، بکند، و آنچه که قانون منع کرده و صلاح او نیست، مجبور به انجام آن نگردد (منتسکیو، ۱۳۴۹، ص ۲۹۴).

### ۱. تأثیر اندیشهٔ منتسکیو بر افکار سیاست‌مداران

اندیشهٔ منتسکیو در افکار عمومی و آثار فلاسفه و دانشمندان حقوق و علوم سیاسی قرن هجدهم تأثیر عمیقی داشته است و مؤسسان قانون اساسی کشورهای متحدهٔ آمریکا در ۱۷۸۷ این نظریه را با تغییرات اندکی پذیرفته‌اند و در قانون اساسی ۱۷۹۱ فرانسه نیز شاهد تأثیر ژرف آن بودیم، به گونه‌ای که انقلابیون فرانسه از نظرات وی برداشت‌های فلسفی در جهت توجیه نظرات افراطی خویش کردند (قاضی، ۱۳۸۰، ص ۳۳۹). نویسندگان اعلامیهٔ «حقوق شهروند»، مورخ ۱۷۸۹، با الهام از افکار لاک و منتسکیو کوشیدند ساختار کشور را بر پایهٔ اصل «تفکیک قوا» و تأمین حقوق فردی استوار کنند تا بدین وسیله، از عوارض ضد آزادی، که در بطن نظریهٔ روسو نهفته است، جلوگیری کنند (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۷۵، ص ۲۰۳).

### ۲. آثار تفکیک قوا در اندیشهٔ منتسکیو

به باور منتسکیو، اثر مهم «تفکیک قوا» تعادل قوای سه‌گانه، تأمین آزادی سیاسی، امنیت اجتماعی و رعایت حقوق شهروندان است. بسیاری از نویسندگان، که به بررسی نظریهٔ منتسکیو پرداخته‌اند، بر این مطلب تأکید کرده‌اند که در ادامه، نظر برخی از نویسندگان بررسی می‌شود:

به نظر برخی، انگیزه و هدف اصلی منتسکیو از طرح نظریهٔ «تفکیک قوا» مهار قدرت، نفی استبداد، حاکمیت قانون و تأمین آزادی سیاسی و امنیت اجتماعی است و منتسکیو آزادی سیاسی و حقوق اساسی ملت را تنها زمانی قابل رعایت می‌داند که ملت از ستم حاکمان مصون باشند. این مصونیت از طریق تفکیک قوای حاکم حاصل می‌شود (مدنی، ۱۳۷۶، ص ۱۲۴). در اثر تفکیک مطلق قوا، وزرا عضو مجریه‌اند و در مقننه عضویت ندارند؛ رئیس قوهٔ مجریه و وزرا حق شرکت در جلسات مقننه را ندارند؛ وزرا در برابر مجلس مسئولیت سیاسی ندارند؛ قوهٔ مجریه نمی‌تواند لوایح قانونی را به مجلس پیشنهاد نماید؛ رئیس قوهٔ مجریه نمی‌تواند از توشیح و ابلاغ قوانین مجلس امتناع ورزد؛ قوهٔ مجریه حق انحلال مجلس و حق دعوت از آن برای تشکیل جلسات فوق‌العاده را ندارد؛ قوهٔ مقننه حق نظارت بر مجریه و حق ورود در وظایف آن را ندارد؛ قوهٔ مقننه نمی‌تواند وزرا را متهم و یا در محاکمهٔ آنان ایفای نقش نماید؛ مقننه و مجریه صلاحیت عزل و نصب قضات را ندارند و نمی‌توانند نسبت به عفو یا تخفیف مجازات مجرمان دخالت کنند. چنانچه در قانون اساسی کشوری این موارد رعایت شود، تفکیک مطلق را پذیرفته است (همان، ص ۱۲۶).

برخی نیز معتقدند که منتسکیو نظریه «تفکیک قوا» را برای غلبه بر استبداد مطرح کرده است (اسدیان، ۱۳۹۱، ص ۱۰۴). در این نگاه، «مبارزه با حکومت (پادشاه)، برای تضعیف قدرت داخلی آن در مقابل مردم و ایجاد توازن به نفع شهروندان و بازگرداندن آن حق به مردم... و محدود نمودن قدرت حاکمان، از برنامه‌های جدی طراحان نظریه تفکیک قوا بوده است. پذیرش اصل تفکیک قوا و وجود نظام تأثیر و تأثر مناسب و منطقی قوا بر یکدیگر، از شاخصه‌های تشکیلاتی و سازمانی نظام‌های دموکراتیک است» (همان).

به باور برخی دیگر، منتسکیو معتقد بوده: برای اینکه انسان‌ها آزاد باشند، باید قوای سه‌گانه از هم جدا باشند؛ یعنی آزادی انسان‌ها مستلزم جدایی قوای سه‌گانه از هم است (عالم، ۱۳۷۳، ص ۳۲۳). معنای نظریه منتسکیو آن است که سه وظیفه حکومت را مجموعاً باید افراد متفاوتی عهده دار باشند و هر کدام نیز به حوزه صلاحیتی خود محدود باشد (همان).

برخی معتقدند که در واقع، برداشت «تفکیک کامل قوا»، به مهار قدرت با قدرت می‌انجامد و در این سازوکار، جایگاه قوا به گونه‌ای تعریف می‌شود که هر کدام ضمن حفظ حریم خویش، بتواند دیگری را مهار و کنترل نماید تا بدین وسیله، میان آنها تعادل و توازن برقرار شود (محمدی، ۱۳۸۷، ص ۳۲۶).

### ۳. تعادل قوا در اندیشه منتسکیو

اصطلاح «تفکیک قوا» به طور صریح، در عبارات منتسکیو نیامده، بلکه بیشترین تکیه وی بر «تعادل و توازن قوا» است (قاضی، ۱۳۸۰، ص ۳۳۶). منتسکیو تعادل قوا را امری ضروری می‌داند و به نوعی از تفکیک نسبی قوا حمایت می‌کند و می‌گوید: «هیأت قانون‌گذاری از دو قسمت تشکیل یافته است که هر قسمت به وسیله حق «وتو»، بر دیگری نظارت می‌کند. قوه مجریه هر دو قسمت را محدود می‌کند و به نوبه خود، به وسیله آنها محدود می‌گردد. این سه قوه می‌توانند از تدروی یکدیگر جلوگیری کنند و به حالت موازنه و سکون در آیند (جونز، ۱۳۵۸، ص ۳۲۷).

منتسکیو تصریح می‌کند:

قوه مجریه باید حق داشته باشد جلوی عملیات قوه مقننه را بگیرد. اگر چنین حقی مقرر نگردد قوه مقننه شکل استبداد را پیدا خواهد کرد و هر گونه قدرتی را ممکن است به خود داده و قوای دیگر را نابود نماید... قوه مقننه باید نسبت به اعمال قوه مجریه قضاوت کند و ببیند قوانینی که وضع نموده به چه طرز اجرا می‌شود (منتسکیو، ۱۳۴۹، ص ۳۰۴).

### الف. سازوکار ایجاد تعادل قوا

تعادل میان قوا باید به وسیله یک نیرویی ایجاد شود. نیرویی که تعادل ایجاد می‌کند قسمتی از هیأت تقنینی است: این دو قوه (مقننه و مجریه) احتیاج به یک قوه دارند که آنها را منظم و تعدیل کند. برای انجام این کار، همان قسمت از هیأت تقنینی، که از اشراف تشکیل شده، یعنی مجلس سنا، کاملاً صلاحیت دارد (همان، ص ۳۰۲).

اینکه مجلس سنا چگونه می‌تواند بین قوه مجریه و مقننه تعادل برقرار کند، شاید چنین توجیه شود که اگر بین قوه مجریه و مقننه اختلاف درگیرد، مجلس سنا از حق وتوی خود می‌تواند استفاده کند و به شکلی نزاع را خاتمه بخشد (اسکندری و دارابکلائی، ۱۳۷۷، ص ۱۴۵).

منتسکیو مجلس ملی و مجلس سنا را تعدیل‌کننده قوه قضاییه معرفی می‌کند:

اگرچه به طور کلی، قوه قضاییه نباید به هیچ قسمتی از قسمت‌های قوه مقننه مربوط باشد (لازم است از استقلال کامل برخوردار باشد)؛ ولی در سه مورد، برای این حکم کلی، استثنا وجود دارد این موارد مربوط به منافع خصوصی متهمین است که مورد تعقیب و محاکمه قرار می‌گیرند... (منتسکیو، ۱۳۴۹، ص ۳۰۶-۳۰۵).

#### ۴. ابعاد تفکیک قوا در اندیشه منتسکیو

برداشت اولیه از نظریه «تفکیک قوا» بر اساس بیان منتسکیو، تفکیک مطلق قواست که طبق آن، برخی قوانین اساسی جهان، همچون قانون اساسی ۱۷۸۷ ایالات متحده آمریکا تدوین شدند. در مقابل، برداشت دیگری با الهام از نظر اندیشمندانی همانند ژان ژاک روسو صورت گرفته که به «تفکیک نسبی قوا» یا «تفکیک عمودی قوا» مشهور است. در نظریه روسو، قوه مقننه به عنوان تجسم حاکمیت مردم، بر قوه مجریه نظارت دارد و قوه مجریه عامل آن محسوب می‌شود. طبق این رویکرد، نظریه جدیدی با عنوان همکاری قوا شکل گرفت (محمدی، ۱۳۸۷، ص ۳۲۵).

تفکیک کامل قوا، منجر به ایجاد تعادل و موازنه قوا می‌شود، به گونه‌ای که جایگاه هر یک از قوا به نحوی تبیین می‌گردد که هر کدام، ضمن حفظ حریم خویش، بتواند دیگری را مهار و کنترل نماید تا بدین طریق، میان آنها موازنه برقرار گردد و در نتیجه، آزادی و امنیت شهروندان تأمین شود (همان، ص ۳۲۶).

شرایط تفکیک مطلق را موریس دوورژه چنین برمی‌شمارد:

وظایف هر کدام از دستگاه‌ها تخصصی است و هیچ‌یک یارای دخالت در کار دیگری را ندارد. هر دستگاه کلیه وظایف تخصصی خود را انجام می‌دهد و در نهایت، هیچ‌یک از قوا منبعث از دیگری نیست. از این رو، نه مجریه می‌تواند مقننه را منحل نماید و نه مقننه حق سؤال، تذکر و استیضاح مجریه را دارد (قاضی، ۱۳۷۵، ص ۱۹۶).

برای این‌گونه تفکیک، «نظام ریاستی» را به عنوان مثال ذکر می‌کنند. «نظام ریاستی» تجسم بخش تفکیک کامل قواست و این نظام، مولود قانون اساسی ۱۷۸۷ ایالات متحده آمریکا است (همان، ص ۳۷۹).

از نظر منتسکیو، قوه مقننه به لحاظ اختیار قانون‌گذاری، ذاتاً بر دو قوه دیگر برتری دارد. برای ایجاد تعادل و موازنه، راه کار پیشنهادی ایشان آن است که:

۱. رئیس قوه مجریه حق وتوی قوانین را داشته باشد و بتواند از توشیح و ابلاغ قوانین غیر عادلانه خودداری نماید.

۲. حق تعطیلی و صلاحیت انحلال مجلس را داشته باشد.

۳. جلسات مقننه دایمی نباشد.

۴. برای جلوگیری از تفوق مجریه، قوه مقننه حق نظارت بر تصمیمات مجریه را داشته باشد تا در صورت ارتکاب تخلف توسط وزراء، مجلس نمایندگان آنها را متهم و مجلس اعیان محاکمه کند؛ و پادشاه چون به عنوان رئیس کشور مسئول نیست، احکام و دستورات وی باید پس از امضای وزیر مسئول به اجرا درآید (مدنی، ۱۳۷۶، ص ۱۲۵).

منتسکیو پس از تفکیک قوا به سه قوه، برای مقننه دو مجلس در نظر می‌گیرد: مجلس «مبعوثان» و مجلس «اعیان». اعضای مجلس مبعوثان از سوی تمام ملت انتخاب می‌شوند و اعضای مجلس اعیان را طبقات ممتاز جامعه برمی‌گزینند. توجیه ایشان این است که در هر کشوری عده‌ای هستند که یا استعداد بالایی دارند یا از درجه علمی بالایی برخوردارند یا صاحبان ثروت زیادی هستند. اگر آراء این افراد در ردیف عامه مردم قرار گیرد، سبب می‌شود که آنان از حقوق سیاسی‌شان محروم شوند. از این رو، اینان باید به لحاظ ممتاز بودن، مجلس جدایی داشته باشند (همان).

در تحلیل این موضوع می‌توان گفت: طبقه‌بندی جامعه به صورت فوق، خود می‌تواند اصل حاکمیت قانون و تساوی افراد در مشارکت سیاسی را نقض کند و جامعه طبقاتی را دامن بزند. این امر با اصل «تساوی همگان» ناسازگار به نظر می‌رسد و خود زمینه‌ساز نوعی برتری‌جویی برخی افراد در جامعه می‌شود.

#### ۵. قوه تعدیل کننده در اندیشه منتسکیو

جمعی از نویسندگان نظیر هگل، بنجامین کونستان و فونشتاین معتقدند که نظریه تفکیک قوای منتسکیو برای ایجاد تعادل، کامل نیست. برای اینکه تعادل سه قوه محفوظ بماند و یکی بر دیگری تعدی نکند، وجود قوه ناظری لازم است تا در صورت بروز اختلاف میان سه قوه، توان حل اختلافات را داشته باشد و سه قوه را تعدیل نماید. این قوه در کشورهای سلطنتی متعلق به پادشاه است که هرگاه میان مجریه و مقننه اختلافی پدیدار شود، شاه می‌تواند با تغییر کابینه یا انحلال مجلس، اختلاف را خاتمه دهد، و اگر مقننه از نوع دو مجلسی باشد می‌تواند مجلس مبعوثان را منحل و اعضای مجلس اعیان را تغییر دهد. در صورتی که اختلاف بر سر احکام صادر شده از قوه قضاییه باشد، شاه می‌تواند با عفو محکومان یا تغییر کابینه و یا با انحلال مجلس، تعادل را برقرار سازد (همان، ص ۱۲۸).

## نتیجه‌گیری

پس از بررسی تفکیک قوا در اندیشه ابن خلدون و منتسکیو، به این نتیجه دست می‌یابیم که نگاه دو اندیشمند به اصل تفکیک قوا کاملاً از هم متمایز است؛ زیرا ابن خلدون به تفکیک وظایف معتقد است، نه به تفکیک قوای مصطلح. «تفکیک قوا» به معنای مصطلح آن، یعنی شکل‌گیری قوای سه‌گانه مقننه، مجریه و قضاییه به صورت مستقل و تفکیک قلمرو صلاحیت هر یک از دیگری، در اندیشه ابن خلدون مطرح نیست، بلکه آنچه ایشان به عنوان تفکیک قوا می‌پذیرد، صرفاً تفکیک وظایف و تقسیم کار است؛ زیرا ایشان با تأثیرپذیری از مبانی اهل سنت در حوزه سیاست و اجتماع، قایل به نظام خلافت بوده و خلیفه را عهده‌دار وظایف پیامبر می‌داند. وی معتقد است که بر اساس اندیشه اهل سنت، همان‌گونه که تفکیک قوا در حکومت پیامبر وجود نداشته، بلکه شخص پیامبر، هم مقنن بوده، هم مجری قانون و هم وظیفه اجرای عدالت و دادرسی را بر عهده داشته، خلیفه نیز تمام وظایف فوق را شخصاً عهده‌دار است. به نظر ابن خلدون، قانون‌گذاری به عنوان یک امر شرعی، باید از سوی شارع مقدس، که آگاه‌تر به مصالح عامه است، صورت پذیرد، و خلیفه در مقامی برتر از سلطان، وظیفه استنباط قوانین شرعی را برعهده دارد؛ اما اجرای قانون در اختیار سلطان و امرای اوست که ناگزیر باید در چارچوب قوانین شرعی و مصالح عمومی، عمل کنند، و قضاوت نیز باید در اختیار قضاتی باشد که مستقل از سلطان هستند.

اما تفکیک قوا در اندیشه منتسکیو همان تفکیک قوای مصطلح است که تحت عنوان تعادل قوا آمده، که در آن، سه قوه مقننه، مجریه و قضاییه به صورت مستقل و منفصل از یکدیگر و بدون دخالت در کار دیگری به انجام وظایف سه‌گانه تقنین، اجرا و قضاوت می‌پردازند و تفکیک قوا به شکل تفکیک افقی و به شیوه تفکیک کامل انجام می‌شود و در اثر آن، ساختار سیاسی حکومت به گونه‌ای شکل می‌گیرد که آزادی سیاسی، امنیت فردی و حفظ حقوق شهروندی، که مهم‌ترین هدف تفکیک قوا به شمار می‌رود، حاصل می‌گردد. از این رو، برخی نظریه تفکیک قوای مصطلح را محصول تفکرات ایشان دانسته، اشکال نظام‌های سیاسی پدید آمده در قرن هجدهم و بعد از آن را نتیجه دو رویکرد متفاوت به نظریه ایشان می‌دانند. ایشان تمرکز قدرت را موجب تباهی و فساد می‌داند و معتقد است: اگر در جامعه‌ای یک نهاد، هم قانون وضع کند هم قانون را اجرا نماید و هم وظیفه دادرسی و قضاوت را برعهده داشته باشد، در چنین جامعه‌ای همه چیز از بین خواهد رفت و دیگر از آزادی سیاسی، اصل حاکمیت قانون و حفظ حقوق شهروندی اثری نخواهد بود.

## منابع

- ابن خلدون، عبدالرحمن، ۱۳۶۶، *مقدمه ابن خلدون*، ترجمه محمد پروين گنابادي، چ پنجم، تهران، علمی و فرهنگي.
- \_\_\_\_، ۱۹۷۸، *مقدمه ابن خلدون*، بيروت، دارالعلم.
- اسديان، احمد، ۱۳۹۱، *تحولات تفكيك قوا*، تهران، مجد.
- اسكندري، محمدحسين و اسماعيل دارابكالاى، ۱۳۷۷، *درآمدی بر حقوق اساسی*، قم و تهران، دفتر همكاري حوزه و دانشگاه و سمت.
- جعفری، علی اکبر، ۱۳۸۳، *تفكيك قوا در حقوق ایران*، آمریکا، فرانسه، تهران، مركز اسناد انقلاب اسلامي.
- جونز، و. ت، ۱۳۵۸، *خداوندان اندیشه سياسي*، ترجمه علی رامين، تهران، سپهر.
- شمس الدين، محمدمهدی، ۱۳۷۵، *نظام حكومت و مدیریت در اسلام*، ترجمه سيدمرتضی آيت‌الله‌زاده شيرازی، تهران، دانشگاه تهران.
- شوالیه، ژان ژاک، ۱۳۷۳، *آثار بزرگ سياسي از ماکياولی تا هیتلر*، ترجمه ليلا سازگار، تهران، مركز نشر دانشگاهي.
- طباطبایي مؤتمنی، منوچهر، ۱۳۸۰، *حقوق اساسی*، تهران، میزان.
- \_\_\_\_، ۱۳۷۵، *آزادی‌های عمومی و حقوق بشر*، تهران، دانشگاه تهران.
- عالم، عبدالرحمن، ۱۳۷۳، *بنیادهای علم سياست*، تهران، اسلاميه.
- عالمی، شمس‌الدین، ۱۳۷۴، *حقوق اساسی*، تهران، نورحکمت.
- عميدزنجانی، عباسعلی، ۱۳۹۱، *فقه سياسي*، چ ششم، تهران، امير کبير.
- قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، ۱۳۷۵، *گفتارهایی در حقوق عمومی*، تهران، دادگستر.
- \_\_\_\_، ۱۳۸۰، *حقوق اساسی و نهادهای سياسي*، چ هفتم، تهران، دانشگاه تهران.
- محمدي، شهرام، ۱۳۹۳، *رهبری و قوای سه گانه در جمهوری اسلامی ایران*، تهران، مركز اسناد انقلاب اسلامي.
- محمدي، عبدالعلی، ۱۳۸۷، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان*، کابل، مؤسسه تحصیلات عالی خاتم النبیین ﷺ.
- مدنی، جلال‌الدین، ۱۳۷۶، *کلیات حقوق اساسی*، تهران، پایدار.
- منتسکیو، ۱۳۴۹، *روح القوانین*، ترجمه علی اکبر مهتدی، چ ششم، تهران، شرکت افست.

## ادله اثبات املاک ثبت شده در پرتو نظارت شرعی شورای نگهبان

Mahdi.rahimi5012@yahoo.com

مهدی رحیمی / دانش‌آموخته سطح سه حوزه علمیه قم

صادق جعفری شریک‌آباد / کارشناس حقوق جزا دانشگاه شهید باهنر کرمان

بهاره کریم‌دادی / کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید باهنر کرمان

دریافت: ۱۳۹۷/۰۸/۱۴ - پذیرش: ۱۳۹۸/۰۲/۱۹

### چکیده

قانون «ثبت اسناد و املاک»، مصوب سال ۱۳۱۰، برگرفته از نظام حقوقی آلمان است و با واقعیت جامعه ما، که مبتنی بر فقه امامیه است، هماهنگی ندارد. بدین‌رو، با گذشت زمان، قانون‌گذار ماده ۷۳ قانون مذکور را با بند ۲، ماده ۱۶ قانون نظارت بر رفتار قضات، مصوب ۱۳۹۰، نسخ ضمنی جزئی کرده و با نسخ این ماده، مواد ۲۲ و ۴۸ قانون «ثبت اسناد و املاک» نیز نسخ ضمنی جزئی شده است. بنابراین، نیازی به باطل اعلام کردن مواد ۲۲ و ۴۸ قانون فوق‌الذکر در خصوص اسناد عادی، که ادله قانونی یا شرعی معتبر بر صحت مفاد آنها باشد، نیست؛ زیرا ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی، این‌گونه اسناد را از جهاتی خاص در حکم اسناد رسمی دانسته است. در حقیقت، با نسخ ماده ۷۳ قانون «ثبت اسناد و املاک» از لحاظ اصولی، می‌توان گفت: ماده ۲۲ و ۴۸ قانون «ثبت اسناد و املاک» نیز نسخ ضمنی جزئی شده است. علاوه بر این، قوانین خاصی وجود دارند که قوانین ثبتی را نسخ جزئی کرده‌اند که از آن جمله، قانون روابط «موجر و مستأجر» است که در واقع، شکلی از ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی هستند. چنان‌که از بند ۱ ماده ۱۲۹۱ برمی‌آید، اگر طرفی که سند علیه او اقامه شده صدور آن را از منتسب الیه تصدیق نماید و یا به موجب ماده ۲۲۵ آیین دادرسی، مصوب ۱۳۷۹ اعتبار و اصالت سند نزد قاضی محرز گردد قاضی، که خود مأمور دولت است، به موجب ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی، در حدود صلاحیت، که از مباحث مربوط به آیین دادرسی مدنی است، اعلام مالکیت می‌کند و این اعلام مالکیت سندی رسمی محسوب می‌گردد و در روابط بین طرفین معتبر است.

**کلیدواژه‌ها:** اسناد رسمی، اسناد عادی، قوانین ثبتی، نسخ ضمنی جزئی.

بعضی متدینان و محترمان بازار در ضمن نامه و پیوست‌هایی، به مسئول شورای نگهبان اعلام داشته‌اند که معاملات زیادی در بازار به صورت شرعی و صحیح انجام گرفته است و وقتی برای تنفیذ آنها به مراجع قضایی مراجعه می‌کنیم، اعلام می‌دارند: چون این معاملات به ثبت رسمی نرسیده و به‌ویژه مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون «ثبت اسناد و املاک» مصوب ۱۳۱۰ این معاملات را بی ارزش می‌داند، نمی‌توان آنها را تأیید و تنفیذ کرد. شورای نگهبان، در مصوبه ۱۳۹۵/۰۸/۰۴ با بررسی این مواد و تطبیق مسائل شرعی و نیازهای روز، این مواد را باطل و غیر شرعی اعلام نمود. مطابق شق اول ماده ۷۳ قانون «ثبت اسناد و املاک»، قضات و دیگر مأموران دولتی، که از اعتبار دادن به اسناد ثبت شده استتکاف ورزند در محکمه انتظامی یا اداری تعقیب می‌شوند. با دقت در این ماده، در خواهیم یافت که خودداری از اعتبار دادن به اسناد رسمی در هر صورت، برای قضات محاکم و سایر مأموران دولتی تخلف محسوب می‌گردد، که این امر خود ضمانت اجرایی برای مواد ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون «ثبت اسناد و املاک» محسوب می‌گردد؛ زیرا وفق ماده ۴۶ قانون ثبت اسناد و املاک، اصل بر اختیاری بودن ثبت اسناد است، جز در خصوص:

۱. تمام عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده باشد.

۲. تمام معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است.

در خصوص املاک ثبت نشده نیز ماده ۴۷ قانون مزبور با وجود قیود و شروطی، از جمله وجود اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی، ثبت اسناد تمام عقود و معاملات راجع به عین یا منافع اموال غیر منقوله ثبت نشده را اجباری می‌داند. از سوی دیگر، ماده ۴۸ قانون فوق‌الذکر بیان می‌دارد: «سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد». ماده ۷۳ قانون ثبت به عنوان یک ضمانت اجرا برای منع تجاوز به این مواد امره قانون «ثبت اسناد و املاک» تلقی می‌گردید. در سال ۱۳۹۰ با تصویب بند ۲، ماده ۱۶ قانون «نظارت بر رفتار قضات»، خودداری از اعتبار دادن به مفاد اسناد ثبتی بدون سبب قانونی، تخلف محسوب می‌گردد. بنابراین، با وضع این ماده قانونی، قضات محاکم می‌توانند با وجود علت موجه قانونی، از اعتبار دادن به اسناد ثبت شده خودداری نمایند.

مطابق ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی، اسناد عادی که در دو زمینه اعتبار اسناد رسمی را داشته باشند، درباره طرفین و وراثت و قائم مقام آنان معتبر است:

۱. اگر طرفی که سند علیه او اقامه شده است صدور آن را از منتسب الیه تصدیق نماید.

۲. هرگاه در محکمه ثابت شود که سند مزبور را طرفی که آن را تکذیب کرده فی الواقع امضا یا مهر کرده است.



در حقیقت، این ماده نوعی حکومت توسیعی است. قانون‌گذار از جهاتی خاص این اسناد را داخل در موضوع اسناد رسمی قرار داده است. در نتیجه، حکم اسناد رسمی بر این گونه اسناد عادی مترتب می‌گردد. بنابراین، در نظام حقوقی کنونی به علت نسخ ماده ۷۳ قانون «ثبت اسناد و املاک»، مصوب ۱۳۱۰ با قانون «نظارت بر رفتار قضات»، مصوب ۱۳۹۰، قضات محاکم می‌توانند اسناد موضوع ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی را در خصوص املاک ثبت شده (ماده ۴۶ قانون ثبت) و املاک ثبت نشده (اسناد موضوع ماده ۴۷) بپذیرند. از یک سو، این باطل اعلام نمودن قانون منسوخ توسط شورای نگهبان، توالی فاسد زیادی دارد؛ از جمله به علت اینکه این بطلان اثر قهقربایی دارد، بنابراین، به گذشته سرایت می‌کند و موجب بطلان مستند قانونی آراء مختومه می‌گردد. در نتیجه، همه احکام مختوم قبلی از موارد اعاده دادرسی، خلاف شرع بین ماده ۴۷۷ قانون «آیین دادرسی کیفری»، مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات ۱۳۹۴ محسوب می‌گردد. این امر می‌تواند قوه قضاییه را با حجم وسیعی از پرونده‌های اعاده دادرسی مواجه کند. از سوی دیگر، باز شدن پرونده‌هایی از این دست با نظم عمومی در تضاد است؛ زیرا اعتبار امر مختوم را در خصوص ادله اثبات دعوی املاک ثبت شده دچار خدشه می‌سازد، و به حقوق مکتسبه اشخاصی که بر اساس مواد ۲۲ و ۴۸ قانون «ثبت اسناد و املاک» از مراجع قضایی حکم گرفته‌اند، تجاوز می‌کند، و امنیت معاملات و قراردادهای املاکی را که در گذشته صورت گرفته است نادیده می‌گیرد؛ زیرا اگر اشخاص با صرف هزینه‌های زیاد برای استفاده از سند رسمی برای انجام معاملات و قراردادهای املاک وجهی می‌پرداختند به خاطر امنیت معامله خودشان بود، اما اکنون با این نظر فقهای شورای نگهبان این امنیت از بین می‌رود.

### ایرادهای وارد بر نظر فقهای شورای نگهبان

طبق نظر فقهای شورای نگهبان، مفاد مواد ۴۶ و ۴۷ قانون «ثبت اسناد و املاک»، صرفاً اختیاری دانستن ثبت در برخی موارد و الزامی دانستن آن در سایر موارد است که این مطلب به خودی خود ایرادی ندارد. اما مفاد ماده ۲۲ قانون «ثبت اسناد و املاک» و نیز ماده ۴۸ آن، که بر بی اعتبار دانستن اسناد عادی غیررسمی دلالت دارد، اطلاقش در خصوص سند عادی، که قراین و ادله قانونی یا شرعی معتبر بر صحت مفاد آنها باشد، خلاف شرع و باطل است. اما در خصوص سند عادی همراه با قراین و ادله فوق، مانند سندی که بینة و شهادت شهود معتبر بر صحت آن باشد این اسناد معتبر است و دو ماده مزبور در چنین مواردی تخصیص خورده است و مواد ۱۲۸۵ و ۱۲۹۱ قانون مدنی به این گونه اسناد عادی اشاره دارد (نظر شماره ۲۶۶۴/۱۰۲/۹۵، مورخ ۱۳۹۵/۸/۴ شورای نگهبان).

بر این نظر فقهای شورای نگهبان، دو ایراد اساسی وارد است:

اولاً، موضوع ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی، شهادت‌نامه است، و طبق ماده مذکور، شهادت‌نامه سند محسوب نمی‌شود، درحالی‌که فقهای شورای نگهبان شهادت‌نامه را، که فقط اعتبار شهادت را دارد، سند محسوب کرده‌اند که این امر مغایر با متن صریح ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی است که بیان می‌دارد: «شهادت‌نامه سند محسوب نمی‌شود و فقط اعتبار شهادت را خواهد داشت». به عبارت دیگر، ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی سند عادی، که ادله قانونی و یا شرعی معتبر بر اصلش دلالت داشته باشد، نیست؛ زیرا ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی اصلاً سند محسوب نمی‌شود.

ثانیاً، طبق اصل ۷۳ قانون اساسی، شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است و اینکه شورای نگهبان اعلام می‌کند مواد ۱۲۹۱ و ۱۲۸۵ مخصص مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت است، به نوعی تفسیر قانون عادی است که طبق اصل ۷۳ قانون اساسی، از صلاحیت ذاتی شورای نگهبان و به طریق اولی، ذاتاً از صلاحیت فقهای شورای نگهبان تخصصاً خارج است. اینکه فقهای شورای نگهبان مواد ۴۶ و ۴۷ را خلاف شرع اعلام نمی‌کند دلالت بر این دارد که سایر ادله اثبات دعوی تخصصاً خارج هستند. این مقاله با بیان ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی، که با شرایطی خاص، اسناد عادی را در دو موضوع در حکم سند رسمی قرار داده و نیز با بیان قوانینی که مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت را نسخ ضمنی جزئی کرده است، به بیان این مطلب خواهیم پرداخت که نیازی به باطل اعلام کردن مواد ۲۲ و ۴۸ قانون «ثبت اسناد و املاک»، که خود با بند ۲، ماده ۱۶ قانون «نظارت بر رفتار قضات» نسخ ضمنی جزئی شده، نیست و نظر فقهای شورای نگهبان جز با مواجه کردن دستگاه قضا با حجم وسیعی از پرونده‌های مختومه برای اعاده دادرسی و تضييع حقوق صاحبان اسناد رسمی، اثری برایش متصور نیست.

### استثنای ماده ۴۸ قانون ثبت

کسی که دعوای حقی بر دیگری در دادگاه طرح می‌نماید، هرگاه به وسیله یکی از ادله اثبات نشود آن حق ارزش خود را از دست می‌دهد؛ زیرا نمی‌توان حمایت آن را از هیأت حاکم خواست. از این رو، می‌توان «دلیل» را تکمیل‌کننده حق نامید (امامی، ۱۳۸۵، ص ۴). از ماده ۱۰ قانون مدنی چنین برمی‌آید که برحسب اصل، توافق دو اراده، هم رکن لازم برای انعقاد قرارداد است و هم کافی، و به پیرایه و تشریفاتی نیاز ندارد. پس می‌توان گفت که در حقوق ما، اصل بر رضایی بودن معامله است. این نکته را نیز باید افزود که موانع اثبات قرارداد مانند جاهایی که تنظیم سند رسمی ضرورت دارد، مواد ۴۶ و ۴۷ قانون «ثبت اسناد و املاک» با اصل رضایی بودن عقد منافات ندارد، و با اینکه دشواری اثبات عقد نیز از قلمرو نفوذ و اعتبار اراده می‌کاهد، هیچ‌گاه سبب بطلان عقد یا مانع وقوع آن نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۴۹). در این بحث، به این مطلب

خواهیم پرداخت که چه ادله‌ای علاوه بر سند رسمی، برای انتقال و یا انجام تمام عقود و معاملات املاک ثبت شده جانشین سند رسمی می‌گردد. زمانی که قانون «ثبت اسناد و املاک» در تاریخ ۱۳۱۰/۱۲/۲۶ وضع گردید، جلد سوم قانون مدنی در ادله اثبات دعوی وضع نگردیده بود و جلد سوم از ماده ۱۲۵۷ تا ۱۲۸۳، مبحث مربوط به «کلیات ادله اثبات دعوا» و مبحث اقرار در تاریخ ۱۳۱۴/۷/۱۳ و از ماده ۱۲۸۴ تا ۱۳۳۵ تا پایان قانون مدنی در تاریخ ۱۳۱۴/۸/۸ به تصویب مجلس شورای ملی رسید. بنابراین، ماده ۴۶ و ۴۷ قانون «ثبت اسناد و املاک» در مرحله‌ای از نظام حقوقی ایران تدوین گشته است که مبحث مربوط به ادله اثبات دعوا را نداشتیم (کریمدادی، ۱۳۹۶، ص ۷۱). چنانکه از اعمال و رفتار قانون‌گذار برمی‌آید، وی اهداف مهمی داشته که قانون مدنی را به طور عجولانه و شتاب‌زده وضع نکرده است. «به‌طور کلی، حقوق ثبت به شیوه فعلی در کشور ما رشته‌ای جدید از علم حقوق است که همگام با فرهنگ اروپایی وارد سرزمین ما شده است» (تفکریان، ۱۳۹۳، ص ۱۸) که منطبق بر نظام قانون مدنی برگرفته از فقه امامیه نیست. بنابراین، بعید نیست که قانون‌گذار در مبحث مربوط به سند، در ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی، در حکمی که به ظاهر عام و در واقع مقید به شرایطی خاص است، به اسناد عادی اعتبار اسناد رسمی داده باشد که شامل قانون «ثبت اسناد و املاک» نیز گردد (کریمدادی، ۱۳۹۶، ص ۷۱).

در ایران، نظام ثبتی بر پایه دفتر املاک استوار شده است و با اعلانات دفتر ثبت و با تشریفات مشخص، اشخاص درخواست ثبت می‌کنند و ملک مورد نظر در دفتر املاک به نام آنها به ثبت می‌رسد. اساس این نظام، که در حقوق، به نام «سیستم دفتر املاک» معروف است، از آلمان گرفته شده، ولی در فرانسه بجز برخی استان‌های آن، که مجاور آلمان هستند، چنین نظامی رایج نیست. ماده ۸۷۳ قانون مدنی آلمان می‌گوید: «مالکیت منتقل می‌شود از طریق توافق طرفین و ثبت آن در دفتر املاک. پس برای احراز مالکیت، دو رکن وجود دارد: یک رکن تراضی و توافق، و دیگری ثبت در دفتر املاک» (کاشانی، ۱۳۸۶، ص ۲۱). از آن‌رو که قانون‌گذار ما قانون «ثبت اسناد و املاک» را از نظام حقوقی آلمان گرفته و این قانون با شرایط و اوضاع احوال جامعه ما هماهنگ نبوده است، قانون‌گذار قدری از نظر اولیه و خشک خود دست شسته و تحت شرایطی خاص، سند عادی را جانشین سند رسمی قرار داده است؛ زیرا طبق ماده ۴۶ قانون ثبت، که مقرر می‌دارد: «ثبت اسناد اختیاری است، مگر در موارد ذیل: ۱. کلیه عقود یا معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده باشد. ۲. کلیه معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است»، ثبت اسناد اختیاری است و اختیاری بودن ثبت به عنوان یک اصل در این ماده بیان گردیده و استثنای این اصل در بند ۱ و ۲ ماده فوق‌الذکر و ماده ۴۷ بیان شده است. این ماده عبارت است از: «در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد

ذیل اجباری است: ۱. کلیه عقود و معاملات راجعه به عین یا منافع اموال غیرمنقول که در دفتر املاک ثبت شده. ۲. صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه».

از سوی دیگر، ماده ۱۲۹۱ بیان می‌دارد: «اسناد عادی در دو مورد اعتبار اسناد رسمی را داشته، درباره طرفین و وراثت و قائم مقام قانونی آنان معتبر است: ۱. اگر طرفی که سند علیه او اقامه شده است صدور آن را از منتسب الیه تصدیق نماید. ۲. هرگاه در محکمه ثابت شود که سند مزبور را طرفی که آن را تکذیب یا تردید کرده فی‌الواقع امضا یا مهر کرده است». بنابراین، این شبهه به ذهن متبادر می‌گردد که با توجه به اصل اختیاری بودن ثبت اسناد، اگر بگوییم که ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی شامل قانون ثبت نمی‌گردد، پس هدف از وضع این ماده چه بوده است؟ زیرا هیأت عمومی دیوان عالی کشور در یک رأی وحدت رویه اعلان داشته است: «عام لاحق خاص سابق را از بین نمی‌برد» (محمدی، ۱۳۹۱، ص ۱۱۷)، و طبق ماده ۴۷۳ قانون «آیین دادرسی کیفری»، مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات ۱۳۹۴، رأی وحدت رویه به موجب قانون یا رأی وحدت رویه مؤخر الصدور نسخ می‌شود. بنابراین، این انتقاد بر این نظریه وجود دارد که عام، خاص را از بین نمی‌برد. بدین روی، برخی می‌گویند: دایره شمول ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی منحصر به امور مدنی است و شامل ادله اثبات املاک (ثبت شده ماده ۴۶ و ثبت نشده بند ۱، ماده ۴۷ قانون «ثبت اسناد و املاک»، مصوب ۱۳۱۰) نمی‌شود.

در اینجا، درصددیم تا پاسخ این انتقاد را با یک نظریه اصولی و منطقی بیان نماییم، و در این زمینه، از تفسیری که منطبق بر اوضاع و شرایط جامعه باشد، استفاده خواهیم کرد؛ زیرا قانون‌گذار هنگام وضع قانون، دو هدف دارد: ۱. حفظ نظم اجتماعی؛ ۲. بهبود بخشیدن به وضع موجود. بنابراین، اکتفا بر تفاسیر خشک بدون در نظر گرفتن احتیاجات جامعه، و دیگری تفسیر قوانین بدون رعایت اصول و قواعد حقوقی، هر یک آثار منفی فراوانی خواهد داشت (امامی، ۱۳۸۵، ص ۴).

### مواد ۷۳ قانون ثبت اسناد و املاک و ۱۲۹۱ قانون مدنی

طبق ماده ۷۳ قانون «ثبت اسناد و املاک»، «قضات و مأمورین دیگر دولتی، که از اعتبار دادن به اسناد ثبت شده استکفاف نمایند در محکمه انتظامی یا اداری تعقیب می‌شوند، و در صورتی که این تقصیر قضات یا مأمورین بدون جهت قانونی باشد و به همین جهت، ضرر مسلم نسبت به صاحبان اسناد رسمی متوجه شود محکمه انتظامی یا اداری علاوه بر مجازات اداری، آنها را به جبران خسارت وارده نیز محکوم خواهد نمود». از این عبارات قانون‌گذار چنین برمی‌آید که قاضی یا دیگر مأموران رسمی در صورتی که برخلاف سند رسمی عمل نمایند، در هر صورت، مرتکب تخلف شده‌اند، خواه بدون جهت قانونی باشد و یا نباشد؛ و در مفهوم

مخالف انتهایی ماده، اشاره شده است که اگر با جهت قانونی باشد فقط محکوم به پرداخت خسارت صاحبان اسناد رسمی نخواهند شد. اما در هر صورت، مرتکب تخلف شده‌اند. این ماده و بند ۱ و ۲، ماده ۴۶ و ماده ۲۲ این نظر را تکمیل خواهد کرد که بیع و یا معاملات املاک ثبت شده کاملاً تشریفاتی هستند. ولی از سوی دیگر، مواد دیگری نیز وجود دارند که نشان می‌دهند قانون‌گذار به خاطر اینکه قانون ثبت با واقعیت جامعه همسان و هماهنگ نبوده از نظر اولیة خود عدول کرده است. بدین روی، ماده ۷۳، قانون ثبت را نسخ کرده است، با موادی، از جمله: بند ۲ از ماده ۱۶ قانون «نظارت بر رفتار قضات» که خودداری از اعتبار دادن به مفاد اسناد ثبتی بدون جهت قانونی را تخلف اعلام کرده است. طبق مقررات اصولی و منطبق حقوقی، چون قانون ثبت در سال ۱۳۱۰ وضع شده و قانون «نظارت بر رفتار قضات» در تاریخ ۱۳۹۰/۷/۱۷ تصویب شد، بنابراین، ماده ۷۳ قانون ثبت توسط بند ۲ از ماده ۱۶ قانون «نظارت بر رفتار قضات» نسخ ضمنی جزئی شده است؛ زیرا وفق شق اول ماده ۷۳ قانون «ثبت اسناد و املاک» ۱۳۱۰، خودداری از اعتبار دادن به اسناد ثبتی برای قضات محاکم و سایر مأموران رسمی را در هر صورت تخلف شمرده بود و برای آن مجازات انتظامی تعیین کرده بود. و تنها در شق دوم ماده فوق‌الذکر، در صورتی که این تخلف بدون علت موجه قانونی باشد و از این رهگذر، خسارتی به حقوق صاحب سند رسمی وارد آید، محکمه عالی انتظامی یا اداری متخلف را علاوه بر مجازات انتظامی یا اداری، به جبران خسارت وارد شده بر صاحب سند رسمی محکوم می‌نماید. این درحالی است که بند ۲ ماده ۱۶ قانون «نظارت بر رفتار قضات» خودداری از اعتبار دادن به اسناد ثبت شده را بدون علت قانونی تخلف دانسته است. بنابراین، جمع عرفی میان این دو مقررۀ قانونی امکان‌پذیر نیست. پس چاره‌ای نمی‌ماند که برای جمع این تنافی بگوییم که ماده ۷۳ قانون ثبت با وضع بند ۲، ماده ۱۶ قانون «نظارت بر رفتار قضات»، نسخ جزئی به صورت ضمنی شده است. پس در وضعیت حقوقی کنونی، این امکان وجود دارد که اگر یک سند رسمی در خصوص ملکی بود، قاضی این اختیار را دارد که با رسیدگی به یک دلیل موجه، از اجرای سند رسمی خودداری کند. قبلاً نیز اشاره گردید که با وجود باطل اعلام نکردن مواد ۴۶ و ۴۷ قانون «ثبت اسناد و املاک» توسط فقهای شورای نگهبان، سایر ادله اثبات دعوی در خصوص املاک ثبت شده تخصیصاً خارج‌اند. اما در خصوص اینکه این دلیل موجه چه می‌تواند باشد، محل سؤال است. ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی در دو جا به سند عادی اعتبار سندی رسمی داده است. در خصوص اینکه این اعتبار چه معنایی می‌دهد، باید به سایر مواد قانونی برای کشف اراده قانون‌گذار مراجعه کرد.

در ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی آمده است: «۱. اگر طرفی که سند علیه او اقامه شده است صدور آن را از منتسب الیه تصدیق نماید. ۲. هرگاه در محکمه ثابت شود که سند مزبور را طرفی که آن را تکذیب یا تردید

کرده، فی الواقع امضا یا مهر کرده است». بند ۱، ماده مذکور، اقرار به صدور سند است و در بند ۲ که گفته شده: «هرگاه در محکمه ثابت شود...»، در واقع، این اثبات می‌تواند از طریق شهود و یا علم قاضی بر مبنای امارات و یا اسناد به استناد مواد ۱۳۳۵ قانون مدنی و ۲۲۵ قانون آیین دادرسی مدنی صورت گیرد.

در خصوص تفسیر مواد قانونی، اشاره‌ای به نظر دکتر کاتوزیان داریم:

با اندک دقتی، می‌توان دریافت که سرانجام دادرسی ناچار است که به روح قانون و عرف نیز رجوع کند؛ زیرا یکی از منابع معتبر اسلامی عقل است. استلزام‌های عقلی در واقع، همان ورای قانون، یا معانی و هدف‌هایی است که در پس پرده الفاظ قانون وجود دارد و از طریق عقل کشف می‌شود، و عرف، عقل را به سوی عدالت زمانه رهبری می‌کند و چهره دیگری از روح قانون است (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۰۹).

بند ۱ ماده فوق‌الذکر به اقرار به صدور سند اشاره دارد. طبق ماده ۱۲۷۷ قانون مدنی، انکار بعد از اقرار مسموع نیست و بند ۲، ماده مذکور، که «هرگاه در محکمه ثابت شود...» در خصوص بند دوم تصریحی ندارد که چگونه ثابت گردد، و بر طبق ماده ۱۳۳۵ قانون مدنی، «توسل به قسم وقتی ممکن است که دعوای مدنی نزد حاکم به موجب اقرار یا شهادت یا علم قاضی بر مبنای اسناد یا امارات ثابت نشده باشد...». این ماده تصریح دارد به اینکه علم قاضی می‌تواند از طریق اسناد یا امارات به دست آید. چنان که پیوسته است، در بند اول ماده ۱۲۹۱، سند عادی به اضافه اقرار، که شاه‌دلیل در امور مدنی است، و در بند دوم سند عادی به اضافه شهادت یا علم قاضی، به اسناد عادی اعتبار سند رسمی می‌دهد. در این ماده، درست است که قانون‌گذار واژه عام «اسناد عادی» را به کار برده، ولی آن را در دو جا به کار برده است. گویا قانون‌گذار می‌خواسته است بگوید: اسناد عادی در دو جا در حکم سند رسمی است؛ چنان که نظر دکتر کاتوزیان نیز همین است. ایشان در حاشیه کتاب خود، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، عبارت «اسناد عادی» را، که در حکم سند رسمی هستند، به کار برده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۷۷۵). بنابراین، بحث حکومت و ورود، که از مباحث تعارض ادله است، مطرح می‌گردد. گویا قانون‌گذار خواسته است بگوید: من در دو جا اسناد عادی را همانند سند رسمی می‌دانم و جانشین آن قرار می‌دهم.

مرحوم دکتر شهیدی نیز می‌نویسد:

اطلاق ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی نیز دلالت دارد که سند عادی مربوط به معامله غیرمنقول در صورتی که طرفی سند علیه او اقامه شده صدور آن را از منتسب الیه تصدیق کند یا اعتبار سند مزبور در دادگاه ثابت گردد و... شناختن اعتبار برای سند عادی در دو مورد بالا به معنی معتبر شناختن مندرجات آن و از جمله، معامله دارای شرایط قانونی مندرج در آن است (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۷۶).

«حکومت» عبارت است از: خارج کردن برخی از افراد عام از حکم یا داخل کردنش در آن، لیکن همراه با تصرفی که غالباً در ناحیه موضوع صورت می‌گیرد (حیدری، ۱۳۸۹، ص ۳۸۵). در حکومت توسیعی، دلیل دوم تعدادی از

افراد خارج از موضوع دلیل اول را به طور اعتباری و تبعیدی، داخل در موضوع دلیل اول می‌کند تا مشمول حکم دلیل اول قرار گیرند. به این قسم از حکومت، «ادخال موضوعی» نیز می‌گویند (شهبازی، ۱۳۹۴، ص ۲۲۳).

بدین روی، توجه به ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی نیز بیانگر این مسئله است که این ماده نیز نوعی حکومت توسیعی است، و اینکه بخواهیم این اعتبار را فقط محدود کنیم به اینکه این اسناد همانند اسناد رسمی قابل انکار و تردید نیستند، تفسیری نادرست است؛ زیرا بند اول آن اقرار است که طبق قواعد حقوق مدنی انکار بعد از اقرار مسموع نیست، و بند دوم آن نیز مبین این امر است که ابتدا به موجب یک سند عادی اقامه دعوا گردد، سپس خواننده آن را انکار یا تردید و به اصالت آن تعرض کند و به هر نحو، در محکمه ثابت گردد که آن را امضا یا مهر کرده است؛ زیرا بدیهی است وقتی خواننده به اصالت سند تعرض کرد و اصالت آن سند محرز گشت، دیگر امکان اینکه خواننده بتواند به اصالت آن تعرض کند، نیست، و دادگاه وارد ماهیت دعوا می‌گردد. پس محدود کردن این اعتبار به اینکه مقنن می‌خواسته است بگوید که این اسناد فقط قابل انکار و تردید نیستند، درست نیست؛ زیرا تحصیل حاصل می‌شود، و تحصیل حاصل از سوی شارع حکیم منتفی است. بنابراین، همان گونه که دکتر کاتوزیان برای این اسناد عبارت «اسناد در حکم سند رسمی» را به کار برده و دکتر شهیدی می‌گوید: «این ماده اطلاق دارد و مقید نشده و شناختن اعتبار برای اسناد عادی در این دو مورد بالا به معنی معتبر شناختن مندرجات آن و از جمله معامله دارای شرایط قانونی مندرج در آن است»، صحیح است و نظر این بزرگواران نیز مؤید آن است که این ماده نوعی حکومت توسیعی است، ولی قانون‌گذار حکیم برای آنکه از این ماده سوء استفاده نگردد - چون این اسناد اعتبار اسناد رسمی را دارند - توان اثباتی آن را محدود به طرفین سند و وراثت و قائم مقام آنها کرده است. مقنن حکیم توجه داشته است که اگر این ماده را حکومت توسیعی به طور کامل در همه ابعاد قرار دهد نقض غرض حاصل می‌گردد؛ زیرا نمی‌خواسته است تمام امتیازات اسناد رسمی را به این سند بدهد. طبق قاعده اصولی، اذن در شیئی، اذن در لوازم آن است. می‌توان گفت: اگر طبق ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی، اسناد عادی در دو جا اعتبار اسناد رسمی را دارند، بنابراین، از آثار و نتایج عقلی آن، این است که این قبیل اسناد در ادارات و محاکم پذیرفته شود. تردیدی نیست که اگر شارع معنای خاصی را از یک لفظ اراده کرده و آن را بیان نموده باشد، باید همان معنای شرعی را مطمح نظر قرار داد. در این صورت، معنای شرعی واژه بر معنای عرفی و لغوی آن مقدم خواهد بود. در غیر این صورت، به عقیده همه صاحب‌نظران، برای فهم معنای واژه‌ها، باید به عرف مراجعه کرد (شریعتی و قافی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۱۹۹-۲۰۰). از این روست که مواد ۳۵۶ و ۲۲۵ قانون مدنی «عرف» را به عنوان یکی از منابع حقوق پذیرفته و در صورت نبودن حقیقت قانونی و یا حقیقت شرعی اصل ۱۶۷ قانون اساسی، نوبت به حقیقت عرفی خواهد رسید. علاوه بر این، مواردی در قوانین وجود دارد که قانون‌گذار برای

اینکه یک چیز را در حکم چیز دیگر قرار دهد از واژه «در حکم» استفاده نکرده است؛ مانند: ماده ۱۲۸۱ قانون مدنی: «قید دین در دفتر تجار، به منزله اقرار کتبی است» (همان، ج ۳، ص ۱۵۸). عرف نیز از واژه «اعتبار» همان معنای «در حکم» را استنباط می‌کند.

### نگاهی به سایر قوانین و مقررات ناسخ قانون ثبت

ماده ۲ قانون «روابط موجر و مستأجر» درباره تشریفات تنظیم اجاره‌نامه عادی مقرر می‌دارد: «قراردادهای عادی اجاره باید با قید مدت اجاره در دو نسخه تنظیم شود و به امضای موجر و مستأجر برسد و به وسیله دو نفر افراد مورد اعتماد طرفین به عنوان شهود گواهی گردد».

تشریفات تنظیم سند به خاطر این است که دادگاه بر پایه مفاد آن و پس از رسیدگی مقدماتی، دستور تخلیه می‌دهد و ناچار بایستی تضمینی برای حفظ اصالت آن پیش‌بینی گردد. هر چند ضمانت اجرای تخلف از شرایط تنظیم اجاره در قانون پیش‌بینی نشده است، نباید حکم را لغو شمرد. وظیفه قانون‌گذار نیز به ارشاد و راهنمایی محدود نمی‌شود و قانون باید حاوی امر و نهی باشد، به خصوص از آنجاکه دو قانون ۱۳۵۶ و ۱۳۶۲ تصرف به عنوان اجاره را اماره بر وجود رابطه استیجاری می‌داند و اجاره شفاهی را کافی می‌بیند. قید «اجاره‌نامه رسمی و عادی» در قانون ۱۳۷۶ نشان می‌دهد که - دست‌کم - اجرای قانون جدید تنها درباره مستأجرانی اجرا می‌گردد که سند اجاره در دست دارند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۲۴۱).

چنان‌که از متن قانون و گفته‌های دکتر کاتوزیان برمی‌آید، این ماده امره محسوب می‌گردد و با دقت در آن می‌توان آن را یک شکل از بند ۲، ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی دانست؛ زیرا در آن ماده، در قسمت بند ۲، سند عادی را جانشین سند رسمی می‌داند که اعتبار آن نزد محکمه ثابت گردد و ماده ۲ قانون روابط موجر و مستأجر می‌گوید: اجاره عادی، که به امضای موجر و مستأجر برسد و به وسیله دو تن از افراد مورد اعتماد طرفین گواهی گردد، این قرارداد عادی اجاره با این شرایط در واقع، یک شکل از بند ۲ ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی است؛ زیرا در آنجا گفته شده که اگر اصالت سند برای دادگاه محرز گردد، و این احراز ممکن است از راه‌های گوناگونی برای دادگاه ثابت شود که یکی از آن طرق شهود هستند که امضای طرفین و وقوع اجاره را گواهی می‌کنند. البته توجه به این نکته مهم ضروری است که قانون روابط «موجر و مستأجر» در خصوص توان اثباتی اجاره‌نامه عادی سکوت کرده است که در این خصوص، باید به قانون مادر، یعنی قانون مدنی رجوع کرد. طبق مواد قانون مدنی، سند عادی فقط در روابط بین طرفین قابل استناد است. حتی سند ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی، که اعتبار سند رسمی را دارد، در روابط فیما بین طرفین قابل استناد است؛ زیرا طبق بند یک ماده ۴۶ قانون ثبت، تمام عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی، که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است، باید به ثبت برسند. بدین روی، یکی از استثنائات این ماده، ماده ۲ قانون خاص



«روابط موجر و مستأجر»، مصوب ۱۳۷۶ به شمار می‌آید که آن را نسخ ضمنی جزئی کرده است. البته اینکه برخی از استادان به جای «نسخ جزئی» از عنوان «تخصیص» استفاده می‌کنند، صحیح نیست:

در برخی موارد، قانون‌گذار حکم عام را بیان می‌کند و پس از مدتی، حکم دیگری مقرر می‌شود که نسبت به حکم قبلی خاص است و بخشی از حکم عام قبلی را نسخ می‌کند. این قسم از نسخ شباهت زیادی به تخصیص دارد، ولی این شباهت نباید باعث خلط این دو شود و نباید آنها را یکسان پنداشت (شریعتی و قافی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۲۳۸ - ۲۳۹).

زیرا در تخصیص، دلیل دوم (خاص) پیش از زمان عمل به دلیل اول (عام) وضع می‌شود. بنابراین، هنگام اجرای عام، دلیل خاص نیز وجود دارد و کشف می‌شود از ابتدا دلیل عام شامل همه افراد نبوده و تنها شامل برخی از افراد می‌گردد، در حالی که در نسخ جزئی، دلیل خاص پس از زمان عمل به دلیل عام وضع می‌شود؛ بدین معنا که پس از ورود دلیل عام و اجرای آن، دلیل خاص وارد می‌شود و از آن تاریخ به بعد عام، شمول و فراگیری خود را از دست می‌دهد و تنها شامل برخی از افراد می‌گردد (شهبازی، ۱۳۹۴، ص ۱۲۵).

البته تبصره ۲ و ۳ ماده ۱۴۷ قانون «ثبت اسناد و املاک» (که اکنون منسوخ شده) سند عادی را پذیرفته است و بر مبنای آن اقدام به صدور سند مالکیت می‌نماید که این نیز خود می‌تواند مؤیدی باشد که ماده ۴۸ قانون ثبت به وسیله ماده ۱۴۷ این قانون نسخ ضمنی جزئی شده است؛ زیرا طبق ماده ۱۴۷، سند عادی، حتی در اداره ثبت اسناد و املاک، مبنای صدور سند مالکیت قرار می‌گیرد.

تبصره ۲ ماده ۶ قانون «روابط موجر و مستأجر»، مصوب ۱۳۷۶ از این حد هم فراتر رفته است و می‌گوید: «در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی، سرقفلی را به مستأجر منتقل نماید، هنگام تخلیه، مستأجر حق مطالبه سرقفلی به قیمت عادلانه روز را دارد». این ماده نیز به نحوی نسخ ضمنی جزئی قوانین ثبتی محسوب می‌گردد.

همچنین مطابق تبصره ماده ۶ قانون اراضی شهری، مصوب ۱۳۶۰/۱۲/۲۷ و تبصره ماده ۷ قانون زمین شهری، مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ مجلس شورای اسلامی، به اشخاصی که پیش از لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن، مصوب ۱۳۵۸/۴/۵ سند عادی مالکیت زمین داشته‌اند، در صورتی که تاریخ تنظیم سند عادی و صحت معامله از طرف مراجع قضایی تأیید گردد، اجازه عمران در نصاب مقرر داده خواهد شد (شهیدی، همان، ص ۷۶).

### ابطال ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی و انتقادات وارد شده بر آن

ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی، مصوب ۱۳۱۴ مقرر می‌داشت «در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در نزد محکمه محرز شده، دعوی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد به شهادت اثبات نمی‌گردد». نظریه

فقه‌های شورای نگهبان، منتشر شده در روزنامه رسمی ش ۱۲۷۳۴، مورخ ۱۳۶۷/۸/۲۴: «ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی از این نظر که شهادت بینة شرعیه را در برابر اسناد معتبر فاقد ارزش دانسته، خلاف موازین شرع و بدین وسیله ابطال می‌گردد».

این نظریة شورای نگهبان، که نتیجه آن تشویق مردم به اهمال در تنظیم سند است، قابل انتقاد بوده و افزون بر آن، پیامدهای بدی در تنظیم روابط حقوقی مردم دارد، که از جمله موجب افزایش دعاوی شده، حقوق صاحبان حق را در معرض خطر دعاوی بی‌اساس مستند به گواهان کاذب قرار می‌دهد. شاید به همین علل بوده که حتی در زمانی که شمار باسوادان اندک بوده بر تنظیم سند در روابط حقوقی تأکید شده است. آیه ۲۸۲ سوره مبارکه بقره می‌فرماید: «یا ایها الذین آمنوا اذا تداینتم بدین الی اجل مسمی فاکتوبوه»؛ ای اهل ایمان، چنانچه وامی به یکدیگر تا سرآمد معینی دادید لازم است آن را بنویسید. می‌توان گفت: در مواردی که در زمان ایجاد رابطه حقوقی و تنظیم آن، ثبت سند ممکن بود، برای اثبات، دلیلی مانند گواهی، شرعاً نمی‌بایست پذیرفته شود (شمس، ۱۳۹۴، ص ۱۵۳-۱۵۶). با دقت در آیه فوق‌الذکر، به جایگاه تنظیم سند در روابط حقوقی از دیدگاه شارع مقدس پی می‌بریم. اهمیت تنظیم سند در روابط حقوقی، به گونه‌ای است که شارع مقدس به استفاده از تنظیم سند در روابط حقوقی امر می‌کند؛ امری که از منظر قواعد منطبق حقوقی، بر وجوب استفاده از سند دلالت دارد.

بنابراین، پذیرفتن گواهی در مقابل سند رسمی مقرر در قوانین خاص، از جمله ماده ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون «ثبت اسناد و املاک»، اجتهاد در مقابل نص محسوب می‌گردد و این امر یک تخلف برای قاضی به شمار می‌آید؛ زیرا طبق ماده ۴۷۳ قانون جدید آیین دادرسی کیفری آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور فقط به موجب قانون یا رأی وحدت رویه مؤخری که مطابق ماده ۴۷۱ این قانون صادر می‌شود، قابل تغییر است. بنابراین، اگر رأی دادگاهی برخلاف آن باشد، می‌تواند طبق ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات ۱۳۹۴ از موارد اعاده دادرسی محسوب شود.

## نتیجه‌گیری


چنانچه از قوانین ثبتی و نظرات استادان حقوقی برمی‌آید، معاملات و عقود املاک ثبت شده ماده ۴۶ و ثبت نشده ماده ۴۷ با شرایط خاص خود، نیاز به تنظیم سند رسمی دارد. ولی هیچ جای قانون «ثبت اسناد و املاک» بیان نشده است که وقتی معامله بدون تنظیم سند رسمی منعقد گردد، معامله باطل و کأن لم یکن تلقی می‌گردد. ولی شخص زمانی دارای حق است که بتواند حق خود را ثابت کند و قانون تنها سند رسمی را پذیرفته است و سایر ادله اثبات دعوا تخصیصاً از مواد ۴۶ و ۴۷ و قانون ثبت خارج هستند. ولی


چون این قانون برگرفته از ساختار دفتر املاک آلمان بود و با اوضاع و احوال جامعه ما هماهنگ نبود، قانون گذار قدری از نظر اولیة خود عدول کرد و با تقنین ماده ۱۲۹۱ در سال های بعد از تصویب قانون ثبت، یک سند عادی را با وجود شرایط خاص، در حکم سند رسمی قرارداد؛ ولی چون قانون گذار حکیم هدفش از وضع این قانون نقض غرض نبود و برای اینکه وضع این ماده موجب توالی فاسد در جامعه نگردد، این سند را فقط بین طرفین معامله و قائم مقام ایشان معتبر دانست و نوعی حکومت توسیعی مضیق و نه عام به وجود آورد. اما این سند مزایای سند رسمی را ندارد. در حقیقت، با نسخ ماده ۷۳ قانون «ثبت اسناد و املاک» از لحاظ اصولی، می توان گفت: ماده ۲۲ و ۴۸ قانون «ثبت اسناد و املاک» نیز نسخ ضمنی جزئی شده است. علاوه بر این، قوانین خاصی وجود دارند که قوانین ثبتی را نسخ جزئی کرده اند؛ از جمله: قانون «روابط موجر و مستأجر» که همه - در واقع - شکلی از ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی، یعنی قانون مادر هستند. چنان که از بند ۱، ماده ۱۲۹۱ برمی آید که اگر طرفی که سند علیه او اقامه شده است صدور آن را از منتسب الیه تصدیق نماید، و بند ۲ آن که هرگاه در محکمه ثابت شود و... این سند در صورتی در حکم سند رسمی است که صاحب سند یا خواهان در دادگاه طرح دعوا کند و سپس یا با اقرار خوانده بند ۱ و یا با شهادت یا علم قاضی بند ۲ که از طریق امارات قضایی حاصل می گردد، ماده ۲۲۵ آیین دادرسی مصوب ۱۳۷۹، اعتبار و اصالت سند نزد قاضی محرز گردد. به عبارت دیگر، قاضی، که خود مأمور دولت است، به موجب ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی، در حدود صلاحیت، که از مباحث مربوط به آیین دادرسی مدنی است، اعلام مالکیت می کند، و این اعلام مالکیت سندی رسمی محسوب می گردد و فقط در روابط بین طرفین معتبر است؛ زیرا طبق ماده ۱۲۹۰ قانون مدنی، اعتبار سند رسمی نسبت به اشخاص ثالث در صورتی است که قانون تصریح کرده باشد و طبق یک قاعده عقلی و اصولی استثنا را باید در حدود نصوص تفسیر نمود. چنین تصریحی در خصوص آراء دادگاه ها نداریم؛ اما در خصوص اسناد املاک ثبت شده در ماده ۷۲ قانون «ثبت اسناد و املاک» چنین تصریحی داریم. البته عرف نیز از واژه «اعتبار» همان معنای در حکم، به منزله، به مثابه، جانشین و مانند آن را می فهمد. بنابراین، برای اعتبار دادن به این گونه اسناد، نیازی به باطل اعلام کردن مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت توسط فقهای شورای نگهبان نیست.

## منابع

- امامی، سیدحسین، ۱۳۸۵، *حقوق مدنی* (درادله اثبات دعوا، اقرار، اسناد، شهادت، امارات، قسم، اصول عملیه)، تهران، اسلامیه.
- تفکریان، محمود، ۱۳۹۳، *حقوق ثبت املاک*، تهران، مؤسسه فرهنگی انتشاراتی نگاه بینه.
- حیدری، علی نقی، ۱۳۸۹، *ترجمه اصول استنباط*، ترجمه محسن غرویان و علی شیروانی، قم، دارالفکر.
- شربعتی، سعید و حسین قافی، ۱۳۹۲، *اصول فقه کاربردی*، تهران، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت).
- شمس، عبدالله، ۱۳۹۴، *ادله اثبات دعوا و حقوق ماهوی و نسکلی*، تهران، دراک.
- شهبازی، محمدحسین، ۱۳۹۴، *درس‌هایی از اصول فقه*، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
- شهبیدی، مهدی، ۱۳۸۸، «فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی»، *کانون*، ش ۹۱، ص ۶۴-۸۸.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۹، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، چ هفتاد و چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۹۱، *دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد و ایقاع*، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۹۱، *عقود معین*، تهران، گنج دانش.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۹۱، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، چاپ سی و سوم، تهران، میزان.
- کریمدادی شمس‌آباد، بهاره، ۱۳۹۶، *دایره تسمول ماده ۱۰ قانون مدنی و مقایسه آن با عقد صلح*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته پیوسته حقوق، کرمان، دانشگاه شهید باهنر کرمان.
- کاشانی، محمود، ۱۳۸۶، «قولنامه معارض، حالات مختلفه آن و راه‌حل‌های ارائه‌شده»، *قضاوت*، ش ۴۶، ص ۲۱-۲۲.
- محمدی، ابوالحسن، ۱۳۹۱، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، تهران، دانشگاه تهران.
- نظریه شماره ۱۲۷۳۴ مورخ ۱۳۶۷/۸/۲۴ شورای نگهبان.
- نظریه شماره ۲۶۶۴/۱۰۲/۹۵ مورخ ۱۳۹۵/۸/۴ شورای نگهبان.

## الگوی مطلوب حمایت در برابر قراردادهای مدت معین در حقوق کار ایران در پرتو رویکرد حقوقی - اقتصادی به امنیت شغلی

سجاد قلیچ‌پور / دانشجوی دکتری معارف اسلامی و حقوق عمومی، دانشگاه امام صادق   
ghelichpour73.isu@gmail.com

رضا رشیدی / دانشجوی دکتری معارف اسلامی و حقوق عمومی، دانشگاه امام صادق   
دریافت: ۱۳۹۷/۱۰/۱۱ - پذیرش: ۱۳۹۸/۰۴/۰۵

### چکیده

امنیت شغلی از جمله جنبه‌های حمایتی قوانین کار است که همواره محل نزاع طرفین رابطه کار بوده است. غالباً اندیشمندان حقوقی و تشکل‌های کارگری به دفاع از این موضوع پرداخته و آن را جزو حقوق مسلم کارگران دانسته‌اند و در مقابل اقتصاددانان و کارفرمایان، امنیت شغلی را مانعی بر سر راه تولید و اشتغال و یکی از عوامل کاهش بهره‌وری می‌دانند. یکی از مهم‌ترین روش‌های تأمین امنیت شغلی در بسیاری از نظام‌های حقوقی، حمایت کارگران در برابر قراردادهای مدت معین مکرر در کارهای مستمر است که با روش‌های متفاوتی قابل تحقق است. پژوهش حاضر به روش «توصیفی و تحلیلی»، علاوه بر بررسی رویکردهای مختلف در خصوص امنیت شغلی و تبیین نظر مختار خود، به این مقوله، یعنی رویکرد «حقوقی - اقتصادی» به مقوله امنیت شغلی می‌پردازد و راه‌کارهای حقوقی را به منظور نیل به الگوی مطلوب حمایت در برابر قراردادهای مدت معین و سامان‌دهی وضعیت آشفته امنیت شغلی در کشور بررسی می‌کند. استفاده از ظرفیت تبصره ۱، ماده ۷ «قانون کار» با توجه به ملاحظات اقتصادی به عنوان راه کار کوتاه مدت و همچنین اصلاح قانون کار به وسیله سامان‌دهی قراردادهای کار موقت با تعیین محدودیت زمانی و عددی و تعیین دقیق موارد جواز انعقاد این نوع قراردادها به موازات تسهیل مقررات اخراج کارگران، به عنوان راه کار بلندمدت، از مهم‌ترین نتایج این پژوهش است.

**کلیدواژه‌ها:** قانون کار، قراردادهای مدت معین، امنیت شغلی، رویکرد حقوقی-اقتصادی، حمایت قانونی.

«امنیت شغلی» از جمله مسائلی است که همواره میان کارفرمایان و کارگران محل مناقشه بوده است. کارگران همواره بر این باور بوده‌اند که کارفرما نباید حق داشته باشد بدون علت و به میل خود به قرارداد کار خاتمه دهد و همین باور مفهوم «امنیت شغلی» را می‌سازد، در حالی که کارفرمایان بر این عقیده‌اند که اخراج و حق فسخ قرارداد کار از جمله لوازم اساسی مالکیت آن‌هاست و بدون آن مدیریت کارگاه خدشه‌دار می‌شود (هکی، ۱۳۹۲، ص ۱۴۵). امنیت شغلی به واسطهٔ مجموعه‌ای از قواعد، که در پی ثبات رابطهٔ قراردادی هستند، محقق می‌شود. برخی از آنها حفظ قرارداد را سامان‌دهی می‌کنند، و برخی دیگر امکان گسیختن آن را محدود می‌سازند (سویو، ۱۳۹۰، ص ۱۴۴). هرچند «امنیت شغلی» در اسناد بین‌المللی تعریف نشده، اما بر برخورداری از آن در حقوق بین‌الملل کار و حقوق داخلی کشورها به عنوان جنبه‌ای از حق بر کار<sup>۱</sup> تأکید شده و به طور ویژه، از دو طریق حمایت گردیده است: ۱. حمایت از کارگر در مقابل اخراج؛ ۲. حمایت در مقابل قراردادهای مدت معین (نامدارپور بنگر و عباسی، ۱۳۹۵، ص ۱۲۰).

این پژوهش به روش «توصیفی و تحلیلی» می‌کوشد ابتدا با تحلیل رویکردهای مختلف دربارهٔ امنیت شغلی، به رویکرد صحیح به منظور دست‌یابی به الگوی مطلوب در خصوص حمایت از امنیت شغلی دست پیدا کند و سپس در پرتو آن رویکرد، به سؤال اصلی پژوهش، یعنی «الگوی مطلوب حمایت در برابر قراردادهای مدت معین به عنوان یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌های تضمین امنیت شغلی» پاسخ گوید. بیشتر پژوهش‌هایی که در این خصوص به عمل آمده بر یکی از رویکردهای حقوق بشری یا اقتصادی تأکید کرده و به نقد یا دفاع از وضعیت کنونی امنیت شغلی در نظام حقوقی ایران پرداخته، و چون نگاهی تک بعدی داشته‌اند راه صواب نییافته‌اند و پیشنهاداتی عملیاتی ارائه نکرده‌اند. مزیت و نوآوری پژوهش حاضر این است که با تلفیق این دو رویکرد، به تحلیل مسئلهٔ امنیت شغلی از طریق حمایت در برابر قراردادهای مدت معین پرداخته و با تحلیل ظرفیت‌های فعلی قانون کار، پیشنهادهای اجرایی نیز برای انجام اصلاحات احتمالی قانون کار ارائه می‌کند.

### مفهوم شناسی رویکرد حقوقی - اقتصادی به مسئلهٔ امنیت شغلی

در خصوص امنیت شغلی، دو رویکرد عمده وجود دارد: رویکرد اول رویکرد «حقوق بشری» است که غالباً از سوی حقوق‌دانان مطرح می‌شود، و رویکرد دوم نیز رویکرد اقتصادی و «توسعه‌محور» است که غالباً از سوی اقتصاددانان و اندیشمندان توسعه مطرح می‌شود. در این بخش، ابتدا با تبیین دو رویکرد فوق، رویکرد سومی که در این نوشتار به رویکرد «حقوقی - اقتصادی» موسوم است و رویکرد مختار پژوهش حاضر نیز هست، معرفی و تبیین می‌گردد.

## رویکرد حقوق بشری

موافقان حمایت‌های قانونی در جهت افزایش امنیت شغلی، علاوه بر کارگران غالباً اندیشمندانی هستند که از منظر حقوقی و اجتماعی به رابطه کار می‌نگرند و اشتغال و به تبع آن، امنیت شغلی را حق هر یک از افراد اجتماع می‌دانند که دولت حتی‌الامکان مکلف به حفظ و حراست از آن است. به عقیده این دسته، ثبات و امنیت شغلی امروزه از حقوق بنیادین کار محسوب می‌شوند. بدین‌روی، اسناد بین‌المللی حقوق کار و قوانین اساسی و عادی کشورها با حساسیت ویژه‌ای به موضوعات خاتمه قرارداد کار پرداخته‌اند (عراقی، ۱۳۹۲، ص ۵۲۰). در اسناد بین‌المللی به صراحت از «امنیت شغلی» به عنوان یک حق بشری نام برده نشده است، لیکن در اسناد گوناگونی، از جمله اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به حق اشتغال تصریح شده و این حق جزو حقوق رفاهی یا نسل دوم حقوق بشری است (طاهری، ۱۳۹۲، ص ۲).

بند ۱، ماده ۲۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر مقرر می‌دارد: «هرکس حق دارد کار کند و در مقابل بیکاری مورد حمایت قرار بگیرد.» همچنین طبق بند ۱، ماده ۳ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی: «کشورهای طرف این میثاق حق کار کردن را به رسمیت می‌شناسند و اقدامات مقتضی برای حفظ این حق را معمول خواهند داشت.» بنابراین، امنیت شغلی لازمه حفظ یک حق بشری است و مبنای امنیت شغلی را باید حق بر اشتغال دانست. امروزه امنیت شغلی یکی از حقوق شناخته شده کار و از مهم‌ترین محورهای کار شایسته است (ر.ک: هکی، ۱۳۹۲، ص ۹۷-۱۰۵) که مهم‌ترین اثر آن تأمین آرامش فکری نیروی کار و خانواده اوست (ابدی و آگاه، ۱۳۹۱، ص ۲۰۰). در این رویکرد مفهوم امنیت شغلی به حد کافی از پشتیبانی اسناد بین‌المللی حقوق بشری و کار، همچون اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و مقاله‌نامه ۱۵۳ سازمان بین‌المللی کار (خاتمه اشتغال)<sup>۲</sup> برخوردار است که همه دولت‌ها ملزم به تضمین آن با استفاده از ابزارهای حقوقی هستند. در اسناد بالادستی جمهوری اسلامی ایران نیز به رعایت این حق اشاره شده است. بر اساس اصل ۲۲ قانون اساسی، شغل اشخاص از تعرض مصون است، مگر در مواردی که قانون تجویز کند. ذیل اصل ۴۶ قانون اساسی نیز مقرر می‌دارد: «... هیچ‌کس نمی‌تواند به عنوان مالکیت نسبت به کسب و کار خود، امکان کسب و کار را از دیگری سلب کند.» از این اصل، می‌توان چنین استنباط کرد که کارفرما نیز به عنوان مالک کارگاه، نمی‌تواند به طور ناموجه و بی سبب امکان کار را از کارگر سلب کند. همچنین در سیاست‌های کلی نظام نیز با وجود نبود اشاره صریح به امنیت شغلی، عباراتی دال بر امنیت شغلی وجود دارد؛ از جمله: بندهای ۳ و ۱۱ سیاست‌های کلی اشتغال ابلاغی ۱۳۹۰/۴/۲۸ که بر «اشتغال پایدار» تأکید دارند.

## رویکرد اقتصادی (توسعه محور)

برخی معتقدند: فضای تصویب قانون کار ۱۳۶۸ فضای توسعه نبوده است و در نتیجه، بیشتر منافع کنونی کارگران را حفظ و منافع آتی آنها را به مخاطره می‌اندازد. وجود مقررات سخت قانون کار موجب شده است که کارفرمایان علاقه کمتری به جذب نیروی انسانی داشته باشند و سعی می‌کنند با حداقل نیروی کار، به حیات خود ادامه دهند، و به نظر می‌رسد، این قانون به جای اشتغال‌زایی، خود مانعی بر سر راه اشتغال باشد (حجت‌زاده، ۱۳۸۴، ص ۱۹۳).

راهبردهای توسعه بر روی روابط کار در کشورها تأثیر بسیار قابل توجهی دارند. در برخی کشورها روابط کار بر این مبنا سامان‌دهی شده‌اند که با گسترش عدالت اجتماعی از طریق مقررات حمایتی کار، می‌توان توسعه اقتصادی و اجتماعی جامعه را تضمین نمود، و در مقابل، برخی دیگر از کشورها بر این عقیده‌اند که تا وقتی رشد اقتصادی و اشتغال مداوم و مطلوب وجود نداشته باشد، صحبت از عدالت اجتماعی بی‌فایده است. کشورهای با رویکرد نخست (بیشتر کشورهای جنوب آسیا، مثل هندوستان، پاکستان و سریلانکا) سیاست حمایت از نیروی کار را دنبال می‌کنند و نظام روابط صنعتی آنها بسیار قانونمند است. در این کشورها، به سبب حمایت از صنایع داخلی، عواملی نظیر رقابت، بهره‌وری، خلاقیت، نوآوری و کیفیت در حد شعار باقی می‌ماند.

از الزامات راهبرد دوم، توجه به روابط صنعتی منعطف، تولید مدار و کارمدار و حمایت از کارفرمایان به منظور افزایش قدرت رقابت است (کشورهایی نظیر چین، کره جنوبی، سنگاپور و تایوان) (مظفری، ۱۳۸۲، ص ۱۵۹-۱۴۲).

به استثنای ژاپن، نظام روابط صنعتی کشورهای شرق و جنوب شرق آسیا شباهت چندانی به غرب ندارد و از اصول دموکراسی و پلورالیسم حاکم بر روابط صنعتی غرب پی‌روی نمی‌کنند. در این کشورها، به اتحادیه‌ها اجازه نمی‌دهند که در راهبردهای توسعه، که توسط دولت تنظیم می‌شود، مداخله کنند. برای مثال، در کشورهای مالزی و سنگاپور انتقال کارگر، کاهش هزینه‌های کارگر، انفعال از خدمت کارگر و انتصابات شغلی کارگر جزو حقوق مدیریت بوده و توسط اتحادیه‌ها قابل مذاکره و چانه‌زنی نیست. در بیشتر این کشورها، دولت مداخله وسیعی بر روابط صنعتی داشته، ولی موضوع مداخله آنها متفاوت است. در کشورهای شرق و جنوب شرق آسیا، که رشد اقتصادی مطلوبی داشته‌اند، مداخله دولت در جهت حمایت از منافع مؤسسات صنعتی و بازرگانی بوده است و منافع مؤسسات قربانی حمایت از کارگران نمی‌شود، و در عین حال، استاندارد زندگی کارگران در این کشورها روز به روز بهتر شده است (همان، ص ۱۶۲-۱۶۰). بنابراین، به عقیده این دسته، دولت نباید در تأمین امنیت شغلی کارگر مداخله‌ای داشته باشد و مقرره‌ای در رابطه با محدود ساختن اخراج کارگران و یا مدت قرارداد کار وضع کند و دولت با تأمین منافع کارگاه‌های تولیدی به نحو غیر مستقیم، امنیت شغلی را برای کارگران تضمین می‌کند. به عقیده این افراد، امنیت شغلی کارگر مسئله‌ای نیست که بتوان از طریق قانون آن را تأمین کرد، زیرا در این رابطه دوسویه، کارگر و کارفرما هریک وظیفه‌ای بر عهده دارد که باید آن را انجام دهد و بدون تردید، هرگاه کارگران، مسئولیت‌پذیری، وجدان کار،



احترام به نظامات کارگاه، ابتکار، نوآوری، ارتقای سطح مهارت و کارآیی خود را رعایت کنند، امنیت شغلی خود را حفظ کرده‌اند؛ زیرا به تجربه ثابت شده که هیچ مدیری حاضر نیست کارگری را که مسائل مزبور را رعایت می‌کند و وجود او در پیشرفت امور واحد مؤثر است از دست بدهد.

برخی از سیاست‌های نظام در سالیان اخیر، در جهت رونق بازار تولید نیز بر این رویکرد صحه می‌گذارند؛ از جمله: بند ۲۰ سیاست‌های کلی تولید ملی، حمایت از کار و سرمایه ایرانی ابلاغی ۱۳۹۱/۱۱/۲۴ مقام معظم رهبری مقرر می‌کند: «تنقیح و اصلاح قوانین و مقررات برای تسهیل فعالیت در بخش‌های تولیدی و رفع موانع سرمایه‌گذاری در سطح ملی با رویکرد ثبات نسبی در قوانین». همچنین بند ۲ سیاست‌های برنامه ششم توسعه نیز بر «بهبود مستمر فضای کسب‌وکار و تقویت ساختار رقابتی و رقابت‌پذیری بازارها» تأکید دارد. به عقیده این گروه، هرگونه افزایش مقررات حمایتی کارگران، از جمله افزایش امنیت شغلی در وضعیت کنونی، موجب تضعیف فضای کسب و کار و کاهش جذب سرمایه به سمت بخش تولید می‌شود و خلاف سیاست‌های کلی مذکور است.

### رویکرد مختلط (حقوقی - اقتصادی)

حقوق کار فقط از کارگر حمایت نمی‌کند، بلکه میان منافع متعارض طرفین رابطه نوعی تعادل ناپایدار ایجاد می‌نماید و چه بسا در شرایط ویژه‌ای نظیر بحران‌های اقتصادی، بیشتر از کارگاه، که منشأ اشتغال است، حمایت می‌کند (عراقی، ۱۳۹۲، ص ۲۱).

حقوق کار اصولاً برای حمایت از کارگران ایجاد شده است، لیکن اثرات آن بر وضعیت اقتصادی غیر قابل انکار است؛ زیرا اولاً وضعیت کارگران رابطه‌ای مستقیم با رکود یا شکوفایی اقتصادی دارد، و بعکس افزایش سطح زندگی کارگران به عنوان گروه بزرگی از مصرف‌کنندگان، شکوفایی بازار مصرف را در پی خواهد داشت. ثانیاً، بی‌توجهی به وضعیت کارگر، جوی از عدم مفاهمه را در محیط کارگاه ایجاد می‌کند و سبب عدم دل‌بستگی کارگر به محیط کار و محصولات تولیدی و در نهایت، سبب کاهش کیفیت محصولات تولیدی و اخلال در روند تولید و ضرر کارگاه می‌شود. از سوی دیگر، نادیده گرفتن شرایط اقتصادی و اعمال تکالیف مالایطاق قانونی بر عهده کارفرما نیز به تدریج، کارگاه را به سقوط و تعطیلی می‌کشاند و امنیت شغلی کارگران را در خطر قرار می‌دهد (هاشمی، ۱۳۷۰، ص ۲-۱).

پل دوران، حقوق‌دان فرانسوی، در این باره می‌گوید:

نمی‌توان تصور کرد که حقوق کار تنها دارای هدف‌های اقتصادی یا اجتماعی است. هر قاعده‌ای در این قلمرو، این دو مفهوم را با یکدیگر سازگار می‌کند. به عبارت بهتر، میان خواست‌های متغایر نوعی تعادل برقرار می‌سازد (همان، ص ۶-۵).

به نظر می‌رسد رویکرد جمهوری اسلامی ایران با توجه به قانون اساسی و سیاست‌های کلی نظام نیز در خصوص مقوله امنیت شغلی رویکرد فوق باشد و به همین دلیل، با ملاحظه جوانب اقتصادی، بر امنیت شغلی نیز تأکید می‌کند و از این نظر، سیاست‌ها با یکدیگر تعارضی ندارند و قابل جمع هستند. بنابراین، منظور از «امنیت شغلی» در پژوهش حاضر نیز رویکرد مختلط (حقوقی-اقتصادی) است؛ رویکردی که امنیت شغلی را از حقوق مسلم کارگر می‌شناسد، ولی در میزان و کیفیت حمایت از آن به تبعات اقتصادی نیز توجه دارد و به نحوی میان حقوق کارگران و منافع کارفرمایان تعادل ایجاد می‌کند و مسئله حمایت در برابر قراردادهای مدت معین نیز در ادامه پژوهش باید بر این اساس تحلیل شود؛ زیرا توجه صرف به هر یک از این رویکردها به نادیده انگاشته شدن یکی از طرفین رابطه کار می‌انجامد و این مسئله نیز به خودی خود، یا اجرای قانون را در عمل با مشکل مواجه می‌کند و یا در طولانی مدت به شرایط اقتصادی بخش تولید و منافع بلندمدت طرفین رابطه کار (کارگر و کارفرما) آسیب می‌زند.

#### امنیت شغلی و حمایت در برابر قراردادهای مدت معین

قانون کار ایران از امنیت شغلی در جاهای گوناگون حمایت کرده است؛ از جمله، از طریق پیش‌بینی پرداخت خسارت به سبب فسخ قرارداد کار به کارگران، یا سلب حق یکجانبه کارفرما در اخراج کارگران، و تعیین حکم به هیأت‌های حل اختلاف و یا ترکیبی از دو روش فوق، خاتمه قرارداد کار را محدود ساخته است. به طور کلی، با توجه به مواد ۱۷، ۲۰، ۲۱، ۲۵، ۲۷ و ۱۶۵، موارد خاتمه قرارداد کار در حقوق ایران عبارت است از: ۱. فوت کارگر، ۲. از کار افتادگی کلی کارگر، ۳. بازنشستگی کارگر، ۴. محکومیت کارگر پس از بازداشت وی، ۵. مراجعه نکردن کارگر به کارفرما یا هیأت تشخیص پس از رفع حالت تعلیق، ۶. پایان مدت قرارداد کار، ۷. پایان کار، ۸. استغای کارگر، ۹. فسخ قرارداد کار از سوی کارگری که حکم بازگشت به کار به نفعش صادر شده است، ۱۰. اخراج کارگر، و ۱۱. توافق طرفین. از میان عوامل مذکور، دو عامل «خاتمه مدت قرارداد کار» و «اخراج کارگر»، چون به نوعی با اراده یکجانبه کارفرما در ارتباط است، بیش از سایر عوامل به مقوله امنیت شغلی گره خورده و محل توجه اسناد بین‌المللی، قوانین کار کشورهای گوناگون و دکترین واقع شده است و این پژوهش بیشتر بر عامل «خاتمه مدت قرارداد کار» تمرکز داشته و به مقوله «اخراج» نیز اشاراتی دارد.

#### ۱. حمایت در برابر قراردادهای مدت معین در حقوق بین‌الملل و تطبیقی کار

در حقوق بین‌الملل کار و چارچوب سازمان بین‌المللی کار (ILO) هیچ سند الزام‌آوری مستقلاً به حمایت کارگران در مقابل قراردادهای مدت معین اختصاص ندارد و در این زمینه، تاکنون توافق جمعی میان کشورها حاصل نشده است.<sup>۳</sup> نیز همان‌گونه که در بخش اول ذکر شد، برخی از کشورها با تکیه بر مبانی اقتصادی، چنین حقی را برای

کارگران به رسمیت نمی‌شناسند. در این گفتار، به اجمال، به محدودیت‌هایی که در قوانین برخی از کشورها بر قراردادهای مدت معین وضع شده است، اشاره خواهد شد.

اتحادیه اروپا در بند ۱، ماده ۵ توافق‌نامه الحاقی به دستورالعمل ۲۸ ژوئن ۱۹۹۹ در خصوص چارچوب انعقاد قراردادهای مدت معین<sup>۴</sup>، دولت‌های عضو را ملزم می‌سازد تا در قوانین داخلی خود، به شیوه‌های ذیل، از تمدید مکرر قرارداد کار جلوگیری کنند:

- دلیل موجهی برای انعقاد قرارداد موقت با کارگران از سوی کارفرما ارائه شود.

- دوره کلی مجاز برای انعقاد قراردادهای مدت معین با تعیین سقف زمانی محدود شود و بیش از آن فرض بر دایم بودن قرارداد می‌شود (مثلاً، تمدید حداکثر تا ۳ سال).

- تعداد مجاز انعقاد این قراردادها محدود شود (مثلاً، تمدید حداکثر برای ۲ نوبت).

ضوابط کلی مذکور در قوانین داخلی کشورهای اروپایی و حتی غیر اروپایی به شکل‌های گوناگونی مطمح نظر قرار گرفته و به قوانین مزبور راه یافته است. در هلند، کارفرمایان می‌توانند سه نوبت قراردادهای مذکور را تمدید کنند و در صورتی که چنین قراردادهایی طی یک دوره سه ساله اجرا شده باشند، کارفرما می‌تواند بدون اخطار قبلی قرارداد را خاتمه دهد. قرارداد چهارم یا قراردادی که طبق آن جمعاً میزان کل دوره اشتغال کارگر را به بیش از ۳۶ ماه می‌رساند، به نحو خودکار، به قرارداد با مدت نامعین تبدیل می‌گردد و پس از آن کارگر از حمایت‌های قانونی در قبال اخراج غیر منصفانه بهره می‌برد و این موضوع، که وظایف شغلی انجام شده، که طبق قراردادهای گوناگون توسط کارگر انجام شده، یکسان هستند یا خیر، فاقد اهمیت است.

در شیلی نیز طبق اصلاحاتی که در سال ۱۹۹۰ به دنبال وضعیت نابسامان امنیت شغلی کارگران در قانون کار ایجاد شد، حداکثر طول دوره قراردادهای با مدت معین به ۱۲ ماه محدود شد و همچنین کارگری که طبق چندین قرارداد با مدت معین، طی یک دوره زمانی ۱۵ ماه متوالی به مدت ۱۲ ماه برای کارفرمای واحدی کار کرده باشد، فرض بر این است که طبق قرارداد مدت نامعین در استخدام وی بوده است.

در کشور اسپانیا نیز بعد از یک دوره ناموفق تشویق نسبت به انعقاد قراردادهای مدت معین در سال ۲۰۰۶ تغییرات چشم‌گیری در قانون کار اسپانیا صورت گرفت و انعقاد قراردادهای مدت معین برای مشاغل دایم ممنوع شد (برونستین، ۱۳۹۵، ص ۱۲۴-۱۲۵).

در کشور فرانسه، محدودیت انعقاد قراردادهای مدت معین به عنوان عامل مهمی در جهت توسعه اجتماعی محسوب و مقررات دقیق و سختی در خصوص انعقاد و نیز تجدید این نوع قراردادها در قوانین بیان شده است. در این کشور، اصل بر ممنوعیت انعقاد قراردادهای مدت معین در کارهای دایمی است و استثنائات بر این اصل نیز در خود قانون احصا شده است. این موارد عبارت است از:

۱. برای جای‌گزینی کارگر غایب.

۲. چنانچه شرکت یا مؤسسه‌ای به طور موقت رشد کرده و نیاز به کارگران زیادی برای دوره زمانی محدود داشته باشد.

۳. برای کار فصلی.

۴. برای پر کردن پست‌های خالی تا زمانی که کارگر دائمی کار خود را شروع کند.

۵. در شغل‌ها و بخش‌های خاص، جایی که قرارداد دائمی مناسب نیستند؛ مثل کارگران بخش «سرگرمی و نمایش» برای کار در یک نمایش خاص.

قرارداد مدت معین در فرانسه، باید مکتوب باشد و با یکی از دلایل فوق تناسب داشته باشد، وگرنه دایم فرض می‌شود. طبق قوانین فرانسه، قراردادهای مدت معین در مجموع نباید از ۱۱ ماه فراتر رود و نباید بیش از ۲ بار تجدید شود. همچنین باید میان دو قرارداد کار مدت معین فاصله‌ای به اندازه دست‌کم یک سوم طول مدت قرارداد باشد (نامدارپور بنگر و عباسی، ۱۳۹۵، ص ۱۴۴-۱۴۶). در کشور آلمان نیز طبق قانون، قراردادهای مدت معین و کارهای پاره وقت مصوب سال ۲۰۰۱، اصل بر انعقاد قراردادهای کار دائمی است و انعقاد این قراردادها صرفاً در مواقعی که دلیل مشخص قانونی داشته باشد مجاز است و قانون آلمان نیز همچون فرانسه، به نحو صریح و روشن، این دلایل را احصا کرده است؛ از جمله اینکه نیروی کار لازم صرفاً موقتی باشد؛ یک کارگر جای خود را به دیگری بدهد؛ ماهیت خاص آن شغل محدودیت زمانی را توجیه کند؛ دلایل مرتبط با کارگر به لحاظ شخصی این وضعیت را توجیه نماید؛ و... (همان، ص ۱۴۷).

در کشور سوئد، با تغییر قانون کار در سال ۲۰۰۷ به کارگیری کارگر با قراردادهای موقت در کارهای مستمر تا ۲۴ ماه مجاز است، لیکن این قرارداد نمی‌تواند از مدت کلی ۲ سال در یک دوره ۵ ساله فراتر رود. برای مثال، کارفرمایی که کارگری را با دو قرارداد یک‌ساله برای مدت دو سال در اختیار داشته است، برای سال سوم نمی‌تواند از این نوع قرارداد استفاده کند و الزاماً می‌بایست قرارداد دائمی با وی منعقد کند، مگر اینکه بعد از ۳ سال که دوره ۵ ساله به پایان برسد، مجدداً بخواهد با همان کارگر قرارداد ببندد که در این حالت، دوره ۵ ساله جدیدی آغاز می‌شود که تابع قواعد فوق است. در این کشور، در صورتی که کار کارگر در دوره ۵ ساله از ۲ سال تجاوز کند، به طور خودکار قرارداد وی نامحدود تلقی می‌شود (آلرکروز و بریتا، ۲۰۱۰).

در کشور چین نیز با وجود اینکه رویکرد اقتصادی به مقوله روابط کار بر رویکرد حقوق بشری غلبه دارد در سالیان اخیر، با توجه به افزایش روزافزون میزان انعقاد قراردادهای موقت و نگرانی دولت از تضعیف رابطه کاری و کاهش انگیزه کارگران و عدم اهتمام کارفرمایان به مهارت‌آموزی کارگران، انعقاد این قراردادها محدود شد. مطابق قانون «قرارداد کار چین»، کارفرمایان مکلفند در سه حالت با درخواست کارگر، با وی قرارداد دائم منعقد کنند:

۱. زمانی که کارگر برای مدت ده سال نزد کارفرما کار کرده است.
  ۲. زمانی که قرارداد کار مدت معین برای ۲ بار متوالی منعقد شده باشد.
  ۳. بیش از یک سال ایجاد رابطه کاری گذشته و قرارداد کتبی منعقد نشده باشد (رستمی و قبادی، ۱۳۹۷، ص ۷۱).
- در کشور انگلستان نیز تمدید نشدن قرارداد موقت از سوی کارفرما در کارهای مستمر بدون علت موجه، اخراج غیر موجه تلقی می‌شود (مجتهدی، ۱۳۸۵، ص ۳۵۵-۳۵۶).

## ۲. حمایت در برابر قراردادهای مدت معین در حقوق کار ایران

بر اساس ماده ۷ قانون کار: «قرارداد کار عبارت است از: قرارداد کتبی یا شفاهی که به موجب آن، کارگر در قبال دریافت حق السعی، کاری را برای مدت موقت یا مدت غیرموقت برای کارفرما انجام می‌دهد.» همچنین تبصره‌های ۱ و ۲ این ماده مقرر می‌دارند: «حداکثر مدت موقت برای کارهایی که طبیعت آنها جنبه غیر مستمر دارد توسط وزارت کار و امور اجتماعی تهیه و به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید.» و «در کارهایی که طبیعت آنها جنبه مستمر دارد، در صورتی که مدتی در قرارداد ذکر نشود، قرارداد دایمی تلقی می‌شود.»

مسئله امنیت شغلی در رابطه با کارهای موقت، عملاً سالبه به انتفای موضوع است؛ زیرا با پایان کار، عملاً امکان ادامه کار نیز از بین می‌رود. لیکن در خصوص کارهای با ماهیت مستمر، عبارت «در صورتی که مدتی در قرارداد ذکر نشود» در تبصره ۲، ماده ۷ قانون کار به مرور زمان به طریقی قانونی برای انعقاد قراردادهای موقت مکرر برای کارهای مستمر تبدیل شد و امروزه انعقاد قرارداد دایم در کارهای مستمر، پدیده‌ای استثنایی محسوب می‌شود و می‌توان ادعا کرد که امنیت شغلی در حقوق کار ایران از مفهوم خود، تهی شده است. متأسفانه بسیاری از کارگران پس از گذشت چندین سال از اشتغال در یک محل، همچنان به صورت قراردادهای چند ماهه و بدون هیچ‌گونه مزایا، از جمله داشتن بیمه، به همکاری خود ادامه می‌دهند و وضعیت نامناسب اشتغال و کمبود کار و بیم از دست دادن شغل، مانع شکایت کارگران از کارفرمایان متخلف می‌شود. امنیت شغلی پاشنه آشیل قانون کار و به نوعی، تضمینی برای تحقق سایر حمایت‌های قانون کار خواهد بود و نتیجه معمول اعتراض به سیاست‌ها و رفتارهای کارفرما، تمدید نکردن قرارداد کار خواهد بود. امروزه کارگران به واسطه احساس ناامنی شغلی قادر به هیچ نوع اعتراضی در خصوص مسائل محیط کار خود، اعم از حق شرکت در تشکلات کارگری، ایمنی و بهداشت کار، مزد و مزایای ناچیز و مانند آن نیستند (هکی، ۱۳۹۲، ص ۱۴۴).

قانون کار پیش از انقلاب اسلامی، مصوب ۱۳۳۷ در فصل هفتم خود، تحت عنوان «قرارداد کار»، حکمی را در خصوص مدت قرارداد کار مقرر نکرده بود و به طور کلی، از انواع قرارداد کار، نظیر مدت معین، مدت نامحدود و کار معین نام برده و مقررات هر یک را بیان داشته بود. علی‌رغم سکوت قانون‌گذار، رویه محاکم پیش از

انقلاب اسلامی بر این بود که قراردادهای مدت معین مکرر را به منزله قرارداد دائم در نظر می‌گرفتند. پس از انقلاب اسلامی و ایجاد «هیأت عالی حل اختلاف» به موجب تصمیم شورای انقلاب در سال ۱۳۵۸ به عنوان مرجع عالی رسیدگی نهایی به اختلافات کارگر و کارفرما، این هیأت نیز بر این رویه صحه گذاشت (عراقی، ۱۳۹۲، ص ۲۰۹-۲۱۰). این رویه با مفهوم حمایتی قانون کار کاملاً هماهنگ بود، لیکن بعد از تصویب قانون کار ۱۳۶۹ در این خصوص اختلاف شد. ابتدا اداره کل تنظیم و نظارت بر روابط کار بخش نامه شماره ۳۵۷۲۲ مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۱۵ صادر شده از سوی اداره کل تنظیم و نظارت بر روابط کار مقرر داشت: «در صورت تمدید مدت قراردادهای کار با مدت معین برای مدت معین دیگر، قرارداد کار نامحدود و به عبارت دیگر، مستمر نخواهد بود. بر این اساس، کارفرمایان می‌توانند با انقضای مدت قرارداد، بدون طی هیچ‌گونه تشریفات به رابطه خود با کارگران خاتمه دهند.» بعد از صدور نظر اداره کل تنظیم و نظارت بر روابط کار، شخصی به دیوان عدالت اداری شکایت کرد و تقاضای ابطال بخش‌نامه مزبور را نمود و در نهایت، دیوان عدالت اداری نیز در جلسه مورخ ۱۳۷۵/۸/۱۲ هیأت عمومی، دستورالعمل مورد اعتراض را خلاف قانون تشخیص نداد.<sup>۵</sup> برداشت برخی از حقوق دانان از این ماده و تبصره‌های آن، این است که مراد قانون‌گذار انعقاد قراردادهای موقت برای کارهای موقت و انعقاد قراردادهای دائم برای کارهای مستمر بوده است؛ زیرا اولاً، تبصره ۲ ماده ۷ مبنا را بر دائم بودن قرارداد کار (در صورت ذکر نکردن مدت) قرار می‌دهد. ثانیاً، میان کارهای مستمر و غیرمستمر تمییز قایل می‌شود و اگر بر این تفکیک هیچ اثری بار نشود، کار قانون‌گذار لغو می‌شود. ثالثاً، اگر تبصره ۲، ماده ۷ بنا بر رأی دیوان عدالت اداری، مفهوم مخالف داشته باشد، چرا مقررات و تشریفات اخراج تدوین شده است؟ رویه محاکم پیش از انقلاب نیز مبتنی بر همین تفسیر بود و شایسته بود که دیوان عدالت اداری نیز مبتنی بر یک تفسیر غایت‌گرا و متناسب با روح حاکم بر قانون کار، به حمایت از کارگران می‌پرداخت و از مهم‌ترین دستاورد قانون کار ۱۳۶۹ حمایت می‌کرد (عراقی، ۱۳۹۲، ص ۲۲۵ - ۲۲۹).

هرچند این دیدگاه با رویکرد حقوق بشری نسبت به مسئله امنیت شغلی کاملاً منطبق است، لیکن به مسائل اقتصادی توجهی ندارد. در توجیه رأی دیوان عدالت اداری در قضیه مذکور، می‌توان گفت که در خصوص عملکرد محاکم قبل از انقلاب، قانون در خصوص مسئله محل نزاع مسکوت بود و بدین روی، قضات دیوان نیز به غایت و روح حاکم بر قانون کار استناد جسته‌اند. اما در موضوع محل بحث، متن ماده در این خصوص صراحت دارد و دیوان عدالت اداری نیز نمی‌تواند با استناد به روح قانون کار، در مقابل ظاهر ماده قانونی حکم صادر کند، و به نظر می‌رسد تبصره ۲، ماده ۷ صرفاً در مقام بیان اصل در مواقع سکوت قرارداد در خصوص مدت قرارداد در کارهای مستمر است و در خصوص حمایت در برابر قراردادهای مدت معین دلالتی ندارد و از این حیث، تبصره ۱ این ماده قابلیت بیشتری برای تفسیر دارد.

## تبصره ۱، ماده ۷ قانون کار و حمایت در برابر قراردادهای مدت معین

ماده ۷ قانون کار کنونی و تبصره‌های آن در فرایند تصویب، دستخوش تغییرات فراوانی شده و برای فهم و تفسیر دقیق این ماده و تبصره‌های آن لازم است تا سابقه و سیر تصویب این ماده بررسی شود.

مطابق ماده ۱۴ لایحه کار تقدیمی از سوی دولت به مجلس، مصوب ۱۳۶۴/۲/۲۲، «قرارداد کار برای مدت معلوم یا انجام کار معین (کاری که آغاز و انجام آن معلوم است) منعقد می‌گردد. چنانچه در قرارداد مدت قید نشده باشد، مدت قرارداد همان است که برای آن حقوق یا مزد منظور شده است...». تبصره این ماده نیز مقرر می‌داشت: «حداقل مدت معلوم برای کارهایی که طبیعت آنها جنبه مستمر دارد، توسط وزارت کار و امور اجتماعی تهیه می‌شود و به تصویب هیأت وزیران می‌رسد». بر اساس این لایحه، که با عطف نظر به محتوای آن، به ویژه در حوزه قرارداد کار، به نظر می‌رسد با رویکرد اقتصادی و مبتنی بر اصل آزادی قراردادها تدوین شده بود و به دیدگاه‌های فقهی شورای نگهبان وقت نیز نزدیک‌تر بود، اصل بر انعقاد قرارداد مدت معلوم (موقت) مورد توافق طرفین در نظر گرفته شده بود، و در تبصره آن نیز در جهت حمایت از حقوق کارگران و ایجاد یک امنیت شغلی حداقلی بر تعیین حداقل مدت معلوم در کارهای مستمر تأکید شده بود. این لایحه، که با مطالبات انقلابی کارگران به هیچ وجه تناسب نداشت، پس از بازنگری و ایجاد تغییرات متعدد در دولت و مجلس و در بازه زمانی قابل توجه در تاریخ ۱۳۶۶/۸/۲۴ در مجلس شورای اسلامی تصویب شد. ماده ۷ این مصوبه، که شباهت زیادی با قانون کار کنونی دارد، مقرر می‌داشت:

قرارداد کار عبارت است از: قرارداد کتبی یا شفاهی که به موجب آن، کارگر در قبال دریافت حق‌السعی، کاری را برای مدت موقت یا غیر موقت برای کارفرما انجام می‌دهد.

تبصره ۱: حداکثر مدت موقت برای کارهایی که طبیعت آنها جنبه غیرمستمر دارد، توسط وزارت کار و امور اجتماعی تهیه و به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید.

تبصره ۲: اصل در قرارداد کار، عدم تعیین مدت است (کار غیر موقت)، مگر اینکه معین بودن مدت کار در قرارداد تصریح شود.

در نهایت، در جریان اختلاف بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان، مصوبه برای تشخیص مصلحت به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع شد. در مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام، مورخ ۱۳۶۹/۸/۲۹، که شکل قانون به خود گرفت و اکنون نیز مجری است، تبصره ۱ ماده ۷ تغییری نکرد، لیکن تبصره ۲ بدین شکل تغییر کرد: «در کارهایی که طبیعت آنها جنبه مستمر دارد، در صورتی که مدتی در قرارداد ذکر نشود، قرارداد دایمی تلقی می‌شود». همان‌گونه که ملاحظه شد، با تغییر اساسی لایحه در مجلس، ماده ۷ قانون کار کنونی به جای ماده ۱۴ لایحه نشست و بر خلاف ماده سابق، اصل بر انعقاد قرارداد غیر موقت یا دایم قرار گرفت و به تبع این تغییر رویکرد، تبصره ۱ ماده نیز باید به نحو متناسب تغییر می‌کرد و مفهومی معکوس تبصره سابق را بیان

می‌داشت، و به جای تعیین حداقل مدت قرارداد در کارهای مستمر، تعیین حداکثر مدت قرارداد در کارهای مستمر را بر وزارت کار مقرر می‌کرد. تعیین حداکثر مدت قرارداد برای کارهای غیرمستمر، سالبه به انتفای موضوع و فاقد معنای منطقی است؛ زیرا اگر کار غیرمستمر باشد، اساساً قرارداد موقت است و تعیین سقف زمانی برای انعقاد قرارداد در کارهای ماهیتاً غیرمستمر، نیازی به مداخله قانون‌گذار ندارد و در قوانین سایر کشورها نیز - که بحث آن گذشت - همواره برای کارهای مستمر سقف زمانی تعیین می‌شود و نه غیر مستمر؛ و حتی اگر حمایت در برابر کارگران در این نوع قراردادهای مد نظر باشد، تعیین حداقل مدت نیز برای انعقاد این قراردادهای نیز توجیه ندارد؛ زیرا ممکن است طول دوره انجام کار ماهیتاً غیر مستمر - مثل نقاشی یک ساختمان - بیشتر از حداکثر مدت تعیین شده از سوی قانون باشد. چه بسا به همین علل، دولت با گذشت قریب ۳۰ سال از تصویب قانون کار، تاکنون آیین‌نامه اجرایی این تبصره را تهیه و تصویب نکرده است. با این تحلیل، به نظر می‌رسد واژه «غیر» مندرج در متن تبصره را باید ناشی از سهو قانون‌گذار بدانیم، و گرنه تصویب این ماده قانونی امری بی‌بهره و لغو خواهد شد، و این مسئله با حکمت قانون‌گذار سازگار نیست. بنابراین، معنای این تبصره تعیین یک سقف زمانی برای انعقاد قرارداد موقت در کارهای با ماهیت مستمر است که در صورت تجدید آن، قرارداد دایم فرض می‌شود. مسئله دیگری که این فرض را تقویت می‌کند، متون پیشنهادی وزارت کار وقت به مجلس بر اساس مطالعات بین‌المللی و تطبیقی است که برای تمديد یا تجدید قراردادهای مدت معین سقف دوره‌ای تعیین کرده بود و همین پیشنهادات نیز مبنای تغییر لایحه اولیه قرار گرفت؛ اما تغییر و رفت و برگشت‌های متعدد لایحه و تغییراتی که در مجلس و حتی مجمع تشخیص مصلحت نظام در متن مواد ایجاد شد، محملی برای ناهماهنگی متن قانون کار، به ویژه در بخش قرارداد کار، بوده است (ر.ک. عراقی، ۱۳۸۱، ص ۲۱۴ - ۲۱۶). همچنین این تفسیر از تبصره ۱، ماده ۷ با روح حاکم بر قانون کار نیز سازگار است و تدبیری مطلوب برای سامان‌دهی این قراردادهای مد نظر می‌رسد، هرچند این تفسیر از تبصره ۱، ماده ۷ تفسیری خاص است و به نوعی با ظاهر ماده همخوانی ندارد، لیکن در کوتاه مدت می‌تواند به راه حلی برای سامان‌دهی وضعیت اسفبار امنیت شغلی در کشور مبدل شود. البته نگارندگان بر این عقیده‌اند که پذیرش نظر فوق نیز ما را از ایجاد تغییر در ضوابط قانون کار در جهت ایجاد الگوی مطلوب حمایت در برابر قراردادهای مدت معین بی‌نیاز نمی‌کند و این راه کار فوق صرفاً در جهت رویکرد حقوق بشری به مسئله امنیت شغلی است و منافع بلندمدت کشور را، که در گرو بهبود فضای کسب و کار و جذب سرمایه به سمت بخش تولید است، مد نظر قرار نمی‌دهد و نپذیرفتن دستورالعمل شماره ۴۰ وزارت کار<sup>۲</sup> از سوی کارفرمایان، خود دلیلی بر این ادعاست. این در حالی است که این دستورالعمل با رویکردی حداقلی و صرفاً برای انعقاد قراردادهای موقت در کارهای مستمر، حداقل مدت تعیین می‌کرد و روشن است که کارفرمایانی که تاب تحمل این میزان اندک حمایت از کارگران را در برابر قراردادهای موقت ندارند، به



طریق اولی، در برابر تهیه آیین‌نامه با رویکرد تعیین سقف زمانی برای انعقاد قراردادهای مدت معین مکرر، مخالفتی گسترده کرده‌اند و مجدداً درصدد ابطال آن از طریق دیوان عدالت اداری برخوانند آمد و با توجه به رویه دیوان عدالت اداری در این مسئله و تفسیر لفظ محور از ماده ۷ و تبصره‌های آن، اصولاً بعید است دیوان عدالت اداری نیز چنین تفسیری از تبصره ۱، ماده ۷ را پذیرا باشد. بدین روی، به نظر می‌رسد ظرفیت‌های کنونی قانون کار در جهت حمایت مطلوب و اجرایی از کارگران در برابر قراردادهای مدت معین کافی نبوده و تنها راه حل این مسئله در اصلاح قانون کار با رویکرد حقوقی-اقتصادی و توجه متعادل به حفظ منافع طرفین رابطه کار است که در گفتار بعد، این موضوع ذکر خواهد شد.

### الگوی مطلوب حمایت در برابر قراردادهای مدت معین در صورت اصلاح قانون کار

به نظر می‌رسد قانون کار مصوب ۱۳۶۹ با توجه به شرایط پس از انقلاب اسلامی به طور کلی، در کشاکش دو رویکرد حقوق بشری و رویکرد اقتصادی، ساختاری ناهمگون با غلبه رویکرد حقوق بشری به خود گرفته و همین مسئله برخی بخش‌های قانون کار را متروک ساخته است. «امنیت شغلی» از جمله مفاهیمی است که در قانون کار با نگاهی جامع و واقع‌بینانه مطرح نظر قرار نگرفته و بنابراین، در شرایط کنونی این قانون نمی‌تواند امنیت شغلی را به نحو مطلوب تنظیم کند. همان‌گونه که ذکر شد، امنیت شغلی در غالب نظام‌های حقوقی به طور ویژه، از دو طریق «حمایت در برابر اخراج‌های غیر منصفانه» و همچنین «حمایت از کارگران در برابر قراردادهای مدت معین» تضمین می‌شود، اما نکته بسیار مهم در عرصه تقنین در این حوزه، آن است که این دو مسئله ارتباط تنگاتنگی با یکدیگر دارند و مقررات این دو مقوله در تناظر با یکدیگر سامان‌دهی می‌شوند و از هم پشتیبانی می‌کنند. به نظر می‌رسد در قانون کار، به هر یک از این مقوله‌ها با رویکردی متفاوت توجه شده و همین مسئله، مشکل امنیت شغلی در حقوق کار ایران را به گرهی باز نشدنی مبدل ساخته و کارفرمایان حاضر به پذیرش هیچ تغییری به نفع کارگران نیستند. همان‌گونه که تبیین شد، در قانون کار در خصوص حمایت در برابر قراردادهای مدت معین، ضوابط منسجم و صریحی وجود ندارد و - دست کم - در عمل، می‌توان ادعا کرد که رویکرد قانون‌گذار، مجریان و محاکم رویکردی اقتصادی است و با تفاسیری که مجریان و قضات از ضوابط قانون کار و به ویژه ماده ۷ این قانون ارائه کرده‌اند، عملاً انعقاد این نوع قراردادها به هر نحو و در همه انواع کار، مجاز شمرده می‌شود و با شیوع بسیار این قراردادها و تمدید نشدن آنها با اتمام مدت، عملاً جایگاه ضوابط قانونی در خصوص اخراج<sup>۷</sup> متزلزل و کم اثر شده است. در مقابل، حمایت در برابر اخراج در قراردادهای دایم و تشریفات و هزینه‌های ناشی از آن در قانون کار ایران به نحوی پیچیده و سخت‌گیرانه است که علی‌الاصول هیچ

کارفرمایی حتی در کارهای مستمر به میل خود، قرارداد دائم منعقد نمی‌کند و با عقد قرارداد موقت و سپس اتمام مدت، بدون هیچ تشریفات و هزینه‌ای به رابطه خود با کارگر خاتمه می‌دهد. در این باره، لازم به ذکر است که طبق ارزیابی برخی اقتصاددانان، با شاخص EPL<sup>۱</sup> قانون کار ایران در مجموع، دارای شدیدترین مقررات حمایت در برابر اخراج، در مقایسه با ۶۵ کشور عضو سازمان همکاری و توسعه اقتصادی<sup>۲</sup> است (متوسلی و قاسمی، ۱۳۸۴، ص ۳۰-۳۲). بنابراین، با توجه به رویکردی که در خصوص امنیت شغلی اختیار شد (رویکرد مختلط)، قانون‌گذار باید علاوه بر تعدیل رویکرد صرفاً اقتصادی و کارفرما محور به مقوله مدت قرارداد کار و رفع ابهام از ضوابط مربوط به این مسئله، رویکرد حقوق بشری و سخت‌گیرانه خود در خصوص اخراج کارگران را نیز به نفع کارفرما تعدیل کند، وگرنه اصلاحات احتمالی قانون کار در زمینه محدودیت انعقاد قراردادهای مدت معین در کارهای مستمر، یا متروک خواهد شد و یا در صورت اجراء این امر در طولانی مدت، موجب افزایش هزینه‌های کارفرما و بالطبع، کاهش جذب سرمایه در بخش تولید خواهد شد و این مسئله با سیاست‌های کلان اقتصادی کشور در زمینه رونق تولید و بهبود فضای کسب و کار نیز تعارض آشکار دارد.

از جمله تشریفات اخراج، که می‌توان در آن بازنگری و آن را حذف کرد عبارت است از: حق وتوی شورای اسلامی کار و یا نهادهای مشابه در خصوص اخراج موجه موضوع ماده ۲۷ قانون کار و تعیین موارد اخراج موجه و همچنین اخراج غیر موجه به طور دقیق و صریح در قانون؛ زیرا واگذاری این حق طبق ماده ۱۶۵ قانون کار به مراجع حل اختلاف، می‌تواند برخورد سلیقه‌ای این مراجع را به همراه داشته باشد (رستمی و قبادی، ۱۳۹۷، ص ۷۹ - ۸۱).

در خصوص قراردادهای مدت معین نیز همان‌گونه که در بحث تطبیقی ملاحظه شد، در کشورهای اروپایی نیز، که حمایت‌های حقوق بشری از کارگران رواج دارد و مقوله امنیت شغلی مورد توجه ویژه قوانین بیشتر کشورهای عضو اتحادیه اروپا، به ویژه از حیث حمایت در برابر قراردادهای مدت معین، قرار دارد، این مسئله با توجه به شرایط اقتصادی و اجتماعی در هر کشور، به نحو ویژه‌ای مورد توجه قرار گرفته و از ملاحظات اقتصادی در این مقوله، حمایت نیز شده است. حتی متعاقب اصلاحات جدید در قوانین برخی از این کشورها، دامنه استفاده از قراردادهای مدت معین با قرار دادن برخی استثنائات و یا از طریق افزایش دلایل موجه استخدام، طبق چنین قراردادهایی افزایش یافته است. برای مثال، در بلژیک و هلند، طول دوره قراردادهای با مدت معین می‌تواند تا سه سال افزایش یابد، و یا طبق مجموعه قوانین کار فدراسیون روسیه (۲۰۰۱) شرکت‌هایی که کمتر از ۴۰ کارگر دارند، مجازند تمام نیروهای کار خود را بر اساس قراردادهای مدت معین استخدام کنند (برونستین، ۱۳۹۵، ص ۱۲۲-۱۲۴). بنابراین،

پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار برای ایجاد انعطاف و برقراری تعادل میان رویکردهای اقتصادی و حقوق بشری، علاوه بر ایجاد محدودیت زمانی و عددی برای انعقاد قراردادهای مدت معین در کارهای مستمر، از طریق افزایش طول دوره مجاز استفاده از این قراردادها، یا افزایش تعداد دفعات مجاز انعقاد قرارداد در طول دوره مجاز، و یا قرار دادن برخی استثنائات، نظیر کارگاه‌های کوچک، قانون کار را با وضعیت واقعی اقتصاد کشور هماهنگ کند و از طریق گفت‌وگوی واقعی میان تشکل‌های کارگری و کارفرمایی، منافع طرفین را به نحو متعادل تأمین نماید.

برخی معتقدند: در کوتاه‌مدت و وضعیت رکود و بحران اقتصادی کنونی، مسکوت ماندن این مسئله در قانون کار، به مصالح اقتصادی و اجتماعی نزدیک‌تر است. به عقیده نگارندگان، هرچند وضعیت اقتصادی ایران در بخش تولید با کشورهای توسعه‌یافته، نظیر فرانسه و آلمان فاصله فراوانی دارد و نمی‌توان از قواعد حقوقی، که حاصل شرایط ویژه و انباشت تجربیات تاریخی، فرهنگی و اقتصادی در آن کشورها بوده است، به صورت کورکورانه تقلید کرد، لیکن بر فرض پذیرش وجود چنین حقی برای کارگران و با الهام از قواعد حقوقی این کشورها، در صورتی که گفت‌وگوی آزاد و منطقی میان نمایندگان کارگری و کارفرمایی و با مداخله بی‌طرفانه و کارشناسانه دولت صورت گیرد، می‌توان به وضعیتی بهتر از وضعیت کنونی دست یافت که تأمین‌کننده منافع تمام طرفین رابطه کار باشد؛ زیرا در وضعیت کنونی، به بهانه حفظ و تسهیل فضای کسب و کار و تولید، حق امنیت شغلی اکثریت قریب به اتفاق کارگران بکلی نادیده انگاشته شده و برخی به جای حل مسئله، به انحلال مسئله روی آورده‌اند.

## نتیجه‌گیری

رسالت حقوق کار، تمثیت مقتدرانه روابط کار است، به نحوی که میان منافع متعارض دوطرف تعادل برقرار کند. توجه صرف به منافع کارگران موجب متروک شدن قوانین کار و تمایل نداشتن کارفرمایان به استمرار سرمایه‌گذاری و تولید می‌شود. امروزه یکی از منافع مورد مناقشه کارگران و کارفرمایان مسئله «امنیت شغلی» است.

با توجه به رویکرد حقوقی - اقتصادی به مسئله امنیت شغلی و توجه به رویه سایر کشورها در حمایت از کارگران در برابر قراردادهای موقت در کارهای مستمر، اقدامات لازم برای شکل‌گیری نظام مطلوب قرارداد کار برای تأمین امنیت شغلی، عبارت است از:

الف. راه کار کوتاه مدت: استفاده از ظرفیت تفسیر تبصره ۱، ماده ۷ قانون کار و تدوین و تصویب آیین‌نامه اجرایی از سوی وزارت کار با هدف تعیین مشاغل مستمر و تعیین حداکثر مدت انعقاد قرارداد موقت در این کارها.

ب. راه کار بلند مدت (اصلاح قانون کار):

۱. سامان‌دهی قراردادهای دایم و حل مشکل استفاده از قراردادهای موقت در کارهای مستمر به وسیله تعیین کارهای با ماهیت مستمر و تعیین سقف زمانی و تعدادی در خصوص انعقاد قرارداد موقت در کارهای مستمر و همچنین تعیین دقیق موارد جواز انعقاد قراردادهای موقت در قانون کار.

۲. توجه به ملاحظات اقتصادی در انتخاب راه کارهای محدودسازی انعقاد قراردادهای موقت، از قبیل افزایش طول دوره مجاز استفاده از این قراردادها، افزایش تعداد دفعات مجاز انعقاد قرارداد در طول دوره مجاز، قرار دادن برخی استثنائات برای شمول این قواعد، نظیر کارگاه‌های کوچک و افزایش موارد جواز انعقاد قراردادهای موقت.

۳. کاستن از تشریفات و هزینه‌های اخراج در قانون کار، نظیر اصلاح مواد ۲۷ و ۱۶۵، در جهت ایجاد تعادل میان منافع کارگران (رویکرد حقوق بشری) و منافع کارفرمایان (رویکرد اقتصادی).

۱. شناسایی این حق ریشه در حق «احترام به زندگی خانوادگی» مندرج در ماده ۷ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر دارد؛ زیرا اخراج یا عدم تجدید قرارداد کار (بدون دلیل موجه) امر معیشت و زندگی خانوادگی را تحت تأثیر قرار می‌دهد (نامدار پور بنگر و عباسی، ۱۳۹۵، ص ۱۲۰).
۲. بر اساس ماده ۴ این مقاله نامه به اشتغال کارگر نباید خاتمه داده شود؛ مگر اینکه علت موجهی برای چنین خاتمه‌ای در ارتباط با توانایی کارگر یا بر اساس مقتضیات اجرایی کارگاه، نهاد یا خدمت وجود داشته باشد. لازم به ذکر است که جمهوری اسلامی ایران تاکنون به این مقاله‌نامه نپیوسته است.
۳. البته کنوانسیون خاتمه اشتغال ۱۹۸۲ (ش ۱۵۸) به این مسئله اشاره کرده و دولت‌های متعاقد را به اتخاذ تضمین‌های مقتضی «در قبال توسل به قراردادهای استخداً با مدت معین، که با هدف احتراز از حمایت‌های مبتنی بر کنوانسیون» صورت می‌گیرد، ملزم می‌سازد.

#### 4. Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work.

۵. متن رأی هیئت عمومی، مورخ ۱۳۷۵/۸/۱۲: «مستفاد از مفهوم مخالف تبصره ۳، ماده ۷ قانون کار مصوب ۱۳۶۹ این است که در صورت ذکر مدت در قرارداد کار، قرارداد تنظیمی موقت و غیر دائمی خواهد بود. بنابراین، دستورالعمل مورد اعتراض خلاف قانون تشخیص داده نمی‌شود».
۶. لازم به ذکر است که معاون روابط کار وزارت کار، تعاون و رفاه اجتماعی طی دستورالعملی به شماره ۴۹۲۰۷، مورخ ۱۹ خرداد سال ۹۴۱۳ موسوم به «دستورالعمل شماره ۴۰ روابط کار» اعلام کرده بود که «انقضاء قرارداد کار مدت موقت زیر یکسال در کارهای ماهیتاً مستمر، مشروط به بقای کارگاه و کار، ممنوع است». بعد از گذشت یک هفته از ابلاغ؛ دستورالعمل مزبور با درخواست رئیس کانون عالی انجمن‌های صنفی کارفرمایی ایران، دستورالعملی به دستور مقام صادر کننده برای گفت‌وگوی بیشتر طرفین رابطه کار حول این مسئله نشو شد. همچنین این دستورالعمل توسط یکی از کارفرمایان مجدداً در دیوان عدالت اداری موضوع شکایت قرار گرفت و ابطال آن به سبب مغایرت با ماده ۷ قانون کار درخواست گردید. در نهایت، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۳۹۶/۵/۳۱ تشکیل شد و پس از بحث و بررسی اعلام کرد: «از تبصره ۲، ماده ۷ قانون کار، مصوب سال ۱۳۶۹ مبنی بر اینکه در کارهایی که طبیعت آنها جنبه مستمر دارد، در صورتی که مدتی در قرارداد ذکر نشود، قرارداد دائمی تلقی می‌شود، مستفاد می‌شود که در صورت ذکر مدت در قرارداد کار، ولو آنکه طبیعت آن جنبه مستمر داشته باشد، قرارداد کار موقت تلقی می‌شود. بنابراین، احکام مقرر در دستورالعمل شماره ۴۰ روابط کار وزارت کار، تعاون، و رفاه اجتماعی، که انقضاء قرارداد کار زیر یک سال در کارهای با طبیعت مستمر را ممنوع اعلام و کارفرمایان را به انقضاء قرارداد یک ساله تکلیف کرده، مغایر حکم تبصره ۲، ماده ۷ قانون کار است و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود».
۷. در قانون کار ۱۳۶۹ اخراج در ارتباط با قرارداد دائمی مطرح می‌شود که خود به دو شکل «اخراج موجه» (ماده ۲۷) و «اخراج ناموجه» (ماده ۱۶۵) تقسیم می‌شود. در اخراج موجه، کارفرما باید موجه بودن اخراج را در چارچوب یکی از موارد مندرج در ماده ۲۷ تعیین کند و با کسب موافقت شورای اسلامی کار یا نهاد مشابه آن با پرداخت حق سنوات، به خدمت کارگر خاتمه دهد، و در صورتی که اخراج ناموجه باشد طبق ماده ۱۶۵ قانون کار، کارفرما مکلف به بازگرداندن کارگر به کار و پرداخت حق السعی او در فاصله میان اخراج تا بازگشت خواهد بود. درباره قرارداد موقت، اصولاً هم امکان فسخ یک طرفه قرارداد کار وجود ندارد و هم کارفرما تکلیفی به تمديد یا تجدید ندارد و مطابق ماده ۲۴ قانون کار تنها در صورتی که کارگر برای مدت ۱ سال یا بیشتر به کار اشتغال داشته است برای هر سال سابقه اعم از متوالی یا متناوب بر اساس آخرین حقوق مبلغی معادل یک ماه حقوق به عنوان مزایای پایان کار به وی پرداخت می‌شود.
۸. از مهم‌ترین شاخص‌های اقتصادی ارزیابی هزینه‌های پایان دادن به قرارداد کار با روش کمی، شاخص «امنیّت شغلی» (JS) و شاخص «مقررات حمایت شغلی» (EPL) هستند که محققان به نحو گسترده از آن استفاده کرده‌اند. این شاخص‌ها شاخص‌های مرکبی هستند که مؤلفه‌های گوناگونی از قبیل رویه‌های قانونی و زمان طی شدن آن‌ها، میزان حق سنوات، مقررات اخراج و نحوه تعریف اخراج موجه و غیر موجه در آنها لحاظ شده است و به نظر محققان، نتایج واقع‌بینانه‌تری در اختیار ما قرار می‌دهند. در روش‌های کمی برای ارزیابی شدت مقررات امنیت شغلی، دو عامل رویه‌های اخراج و هزینه‌های اخراج مد نظر قرار می‌گیرد (متوسلی، قاسمی، ۱۳۸۴، ص ۱۱-۳۱).
۹. OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) «سازمان توسعه و همکاری اقتصادی»، سازمانی است بین‌المللی، دارای ۶۵ عضو که اعضای آن متعهد به اصول دموکراسی و اقتصاد آزاد هستند. این سازمان به تعبیری، عمده‌ترین سازمان بین‌المللی تصمیم‌گیرنده اقتصادی است. مقر اصلی این سازمان در شهر پاریس واقع است.

## منابع

- ابدی، سعیدرضا و وحید آگاه، ۱۳۹۱، «تحلیلی بر تأثیر ماده ۳ قانون رفع برخی از موانع تولید صنعتی بر روابط کار»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۳۱، ص ۲۳۴-۱۷۳.
- برونستین، آرتورو، ۱۳۹۵، *حقوق بین‌الملل و تطبیقی کار؛ چالش‌های جاری*، ترجمه سعیدرضا ابدی و اصلی عباسی، چ دوم، تهران، دراک.
- حجت‌زاده، علیرضا، ۱۳۸۴، «بررسی قانون کار و سیاست اشتغال»، *پژوهش حقوق عمومی*، ش ۱۵، ص ۲۱۲-۱۸۷.
- رستمی، ولی و حسین قبادی، ۱۳۹۷، «عدالت توزیعی؛ کارایی و پایان قرارداد کار»، *مطالعات حقوق عمومی*، دوره چهل و هشتم، ش ۱، ص ۶۵-۸۳.
- سویبو، آلن، ۱۳۹۰، *حقوق کار*، ترجمه حسن مرادزاده و زهراسادات نوابزاده شهریابکی، تهران، شهر دانش.
- طاهری، آزاده‌السادات، ۱۳۹۲، «حق اشتغال به مثابه‌ی حق بشری»، *کار و جامعه*، ش ۱۶۲، ص ۲۰-۹.
- عراقی، سیدعزت‌الله، ۱۳۹۲، *حقوق کار*، تهران، سمت.
- متوسلی، محمود و محمد قاسمی، ۱۳۸۴، «ارزیابی اثر مقررات حمایت شغلی بر اشتغال در ایران»، *برنامه‌ریزی و بودجه*، ش ۱۶، ص ۳۹-۳.
- مجتهدی، محمدرضا، ۱۳۸۵، «راهکارهای قانونی برای مقابله با اخراج کارگر در انگلستان و مقایسه آن در ایران»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۷۴، ص ۳۷۵-۳۴۹.
- مظفری، محمد مهدی، ۱۳۸۲، «تأثیر راهبردهای توسعه بر روی «سیستم روابط صنعتی» و «قانون کار» در کشورهای منتخب آسیا و اقیانوسیه»، *مدیریت فرهنگ سازمانی*، ش ۶، ص ۱۷۳-۱۴۱.
- نامدار پوربنگر، مصطفی و عبدالله عباسی، ۱۳۹۵، *حقوق کار*، تهران، شهر دانش.
- هاشمی، سیدمحمد، ۱۳۷۰، *تاریخچه و سیر تحول حقوق کار*، تهران، مؤسسه کار و تأمین اجتماعی.
- هکی، فرشید، ۱۳۹۲، *حقوق کار؛ تحلیل اقتصادی و رویکرد حقوق بشری*، تهران، شهر دانش.
- Adlercreutz, Birgitta Nyström, 2010, "Labour Law in Sweden", *Kluwer Law International, Netherlands*, p. 75-80.

## بررسی فقهی و حقوقی استرداد مجرم غیرمسلمان در صورت ارتکاب جرم علیه مسلمان

Rbnmw@yahoo.com

رضا محمدی کرجی / استادیار مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی

احمد حاجی ده‌آبادی / دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران - قم

دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۱۵ - پذیرش: ۱۳۹۸/۰۳/۱۱

### چکیده

در حوزه حقوق جزای بین الملل و حقوق جزای عمومی، بحث استرداد مجرمان مطرح است. استرداد مجرمان فارغ از مباحث شکلی، دارای فروع و شقوق زیادی است. این نوشتار با عنایت به قواعد حقوقی حاکم بر استرداد و منابع فقهی شیعه، صرفاً به این سؤال پاسخ می‌دهد که اگر بیگانه کافری در کشور دیگر، مرتکب جرمی علیه یکی از مسلمانان شود، سپس در کشور اسلامی حضور داشته باشد، و آن کشور از کشور اسلامی تقاضای استرداد او را نماید، در حالی که عمل ارتكابی او در هر دو کشور جرم باشد، در چنین حالتی از لحاظ احکام اولیه اسلام، استرداد چنین شخصی چه حکمی دارد؟ در این باره، اقوال فقها درباره استرداد مجرم کافری که مرتکب زنا یا لواط علیه مسلمان شده واکاوی گردیده و با روش «استنباطی»، بعد از بررسی ادله بحث، مانند خروج از دمه به خاطر ارتكاب جرم، هتک حرمت اسلام، روایت خان بن سدید، روایت جعفر بن رزق الله، و اجماع، جواز استرداد چنین مجرمی در غیر از صورت زنا با زن مسلمان اثبات شده است.

**کلیدواژه‌ها:** استرداد مجرمان، جرم علیه مسلمان، استرداد مجرم کافر، مرتکب زنا. لواط با مسلمان.

## مقدمه

اگر کسی در قلمرو کشوری و یا علیه مصالح عالی آن کشور مرتکب جرم شود و به کشور دیگر فرار کند یا به هر علتی در کشور دیگر به سر برد و بدین وسیله از چنگال عدالت بگریزد، در این حالت، کشور اول واجد صلاحیت تقنینی و صلاحیت قضایی برای رسیدگی به جرم وی هست و در نتیجه، می‌تواند او را، که در کشور خارجی به سر می‌برد، غیباً محاکمه و به مجازات خاصی محکوم سازند؛ اما صلاحیت اجرایی ندارد؛ یعنی نمی‌تواند نیروهای خود را برای اجرای حکم یا دستگیری شخص، وارد آن کشور نماید. اما در صورت انعقاد قرارداد «استرداد مجرمان» بین دو کشور، می‌تواند از کشوری که مجرم در آن به سر می‌برد تقاضای استرداد او را نماید و آن کشور طبق قرارداد، مجرم را برای مجازات (و متهم را برای محاکمه و رسیدگی) تحویل دهد.

از نظر احکام ثانوی و احکام حکومتی فقهی نیز عمل استرداد و انعقاد قرارداد «استرداد مجرمان» جایز و صحیح است؛ چنان که در ایران، بیشتر قراردادهای استرداد مجرمان، که مطابق با قانون استرداد مجرمان مصوب قبل از انقلاب منعقد می‌شود، توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام از باب حکم ثانوی موافق با مصلحت نظام تشخیص داده شد و این قرارداد با برخی از کشورها اکنون وجود دارد و به آن عمل می‌شود. اما سؤال اینجاست که از لحاظ حکم اولیه فقه اهل بیت علیهم‌السلام چنین عملی و در نتیجه، چنین قراردادی چه حکمی دارد؟ عمل تحویل دادن مجرم یا متهم به کشورهای دیگر و نیز بازگرداندن وی از کشورهای دیگر به کشور اسلامی اگر فی نفسه جایز نباشد، انعقاد قرارداد استرداد نیز عقد قرارداد بر عمل حرام محسوب می‌شود و (طبق مبنا) صحیح نخواهد بود؛ و اگر این عمل فی نفسه جایز باشد انعقاد این قرارداد نیز صحیح است.

این مسئله فروع و جنبه‌های متعددی دارد که نوشتار حاضر صرفاً این فرع را بررسی می‌کند که اگر بیگانه کافری در کشور دیگری مرتکب جرمی علیه یکی از مسلمانان شود سپس در کشور اسلامی حضور داشته باشد، و آن کشور از کشور اسلامی تقاضای استرداد او را نماید، در حالی که عمل ارتكابی او در هر دو کشور جرم باشد، در چنین حالتی از لحاظ احکام اولیه اسلام، استرداد چنین شخصی چه حکمی دارد؟ در صورت عدم جواز استرداد، آیا حکومت اسلامی می‌تواند قرارداد استرداد مشتمل بر چنین عمل حرامی را منعقد نموده، به آن وفادار بماند؟ پاسخ به سؤال دوم مجال دیگری می‌طلبد. این نوشتار صرفاً به سؤال اول پاسخ می‌دهد.

## واژه‌شناسی

واژه «استرداد» در لغت، مصدر باب استفعال از ریشه «رَدَد» (بازگرداندن، پس دادن) و به معنای طلب بازگرداندن چیزی است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۱۷۳). واژه «مجرم» در لغت، اسم فاعل از «جرم» به



معنای تعدی و تجاوز و گناه (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۹۱؛ فیومی، بی تا، ج ۲، ص ۹۷) و انجام شر است (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۱۱۸).

ترکیب «استرداد مجرمان» در اصطلاح حقوق، مربوط به حوزه حقوق جزای بین الملل است. در ذیل بحث از قلمرو حقوق جزا در مکان، مسئله استرداد مجرمان مطرح می شود. استرداد مجرمان از دو کلمه «استرداد» و «مجرم» ترکیب یافته است. در حقوق، تعریف مستقلی برای «مجرم» ذکر نشده، بلکه واژه «جرم» تعریف شده است و مرتکب آن را «مجرم» گویند.

در تعریف واژه «جرم» در حوزه شرع و حقوق موضوعه اتفاق نظر وجود ندارد. در حقوق موضوعه نیز برای «جرم» تعریف های متعددی ذکر شده است.

به اعتقاد گروهی، جرم فعل یا ترک فعلی است که از نظر خارجی، به نظم، صلح و آرامش لطمه وارد می کند و قانون بدین دلیل، با مجازات، ضمانت اجرایی برای آن فراهم می سازد، و یا در اندیشه عده ای، فعلی یا ترک فعلی است که توسط قانون پیش بینی شده و مجازات بر آن تعلق گرفته و قابل استناد به فاعل آن است (نوربها، ۱۳۸۸، ص ۱۳۶).

«جرم» عبارت است از: «هر عمل یا ترک عملی که تجاوز به جان یا مال یا متعلقات دیگری بوده، به عامه آسیب رساند، و مرتکب به موجب قانون مستحق مجازات باشد» (بوشهری، بی تا، ج ۱، ص ۱۶)؛ چنان که ماده ۲ قانون «مجازات اسلامی» (مصوب ۱۳۹۲) «جرم» را چنین تعریف کرده است: «هر رفتاری، اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می شود».

اما معنای اصطلاحی «استرداد» در حقوق، که بی ارتباط با معنای لغوی آن نیست، بستگی به مضاف الیه آن دارد؛ مثلاً، «استرداد اموال» و «استرداد مجرمان» دو بحث کاملاً مجزا و متفاوت است که اولی در حقوق مدنی و دومی در حقوق جزای بین الملل مطرح می شود.

برای تعبیر «استرداد مجرمان» (آریان پور کاشانی، ۱۳۸۸، ص ۴۹۳)، در اصطلاح حقوق، تعریف های متعددی ذکر شده است که بررسی تمام این تعاریف مجال گسترده ای می طلبد. به همین دلیل، به ذکر یک تعریف و اشکال آن و در نهایت، تعریف مد نظر بسنده می کنیم:

استرداد روش قضایی و - در برخی کشورها - اداری است که به موجب آن، فرد فراری از عدالت (متهم یا محکوم) توسط کشوری که فرد در آن حضور دارد به کشوری که فرد از آن فرار کرده است تسلیم می شود (بلدسو و بوسچک، ۱۳۷۵، ص ۱۴۳).

این تعریف و تعاریف مشابه به سبب عدم شمول نسبت به حالت خروج غیر اختیاری مجرم، و همچنین استرداد متهمان و اشکالات دیگر، نمی تواند تعریف جامع و مانعی محسوب شود. ولی بهترین تعریفی که برای استرداد مجرمان به ذهن می رسد عبارت است از:

«تحويل دادن مجرم یا متهم (بدون توجه به رضایت وی) به کشوری که در قلمرو آن یا علیه مصالح عالی آن مرتکب جرمی شده است و در کشور دیگر به سر می‌برد، به غرض محاکمه یا اجرای حکم».

### تحويل دادن مجرم کافر در صورت ارتکاب جرم علیه مسلمانان

در قوانین و قراردادهای استرداد مجرمان، چیزی درباره‌ی عدم استرداد مجرمی که علیه اتباع کشور متقاضی عنه مرتکب جرم شده باشد یافت نشد. اگر چه کشور متقاضی عنه بر اساس اصل صلاحیت شخصی، خود را صالح برای رسیدگی می‌داند و کشور متقاضی هم بر اساس اصل صلاحیت سرزمینی، خود را صالح می‌داند، ولی اصلی با عنوان «عدم استرداد وقتی که جرم علیه اتباع کشور متقاضی عنه باشد» وجود ندارد.

ولی قانون‌گذار ایران در قانون مجازات برای حمایت سیاسی از اتباع خود می‌گوید:

هرگاه شخص غیرایرانی در خارج از ایران علیه شخصی ایرانی یا علیه کشور ایران مرتکب جرمی بجز جرایم مذکور در مواد قبل شود و در ایران یافت و یا به ایران اعاده گردد، طبق قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران به جرم او رسیدگی می‌شود.

اگر چه چنین چیزی جزو شرایط استرداد مجرمان نیست، ولی می‌توان عدم جواز استرداد چنین مجرمی و اجرای قوانین ایران نسبت به او را از ماده‌ی فوق برداشت کرد.

همین مسئله در حوزه‌ی فقه نیز می‌تواند تحقیق و بررسی شود؛ بدین صورت که آیا استرداد مجرم کافری که جرمش علیه مسلمانان بوده جایز است؟

در برخی کتب فقهی، فرضی را مطرح کرده‌اند با این عنوان که اگر یک کافر با یک زن مسلمان زنا کند آیا باید مجازات شود؟ یا اینکه می‌توان او را به اهل ملتش تحويل داد؟ در صورتی که اثبات شود استرداد در چنین حالتی ممنوع است، می‌توان به این قاعده اصطیادی نزدیک شد که در استرداد مجرمان، نباید جرم ارتكابی علیه مسلمانان باشد. اگر چه این فرض به سبب دو ویژگی «زنا» و «زن مسلمان» تمام بحث ما را پوشش نمی‌دهد، ولی باید دید که آیا در موارد دیگری که این دو خصوصیت وجود ندارد نیز همین حکم را می‌توان جاری و ساری دانست؟ فقها همین بحث را درباره‌ی لواط هم مطرح کرده‌اند.

نکته‌ی دیگر اینکه ممکن است این اشکال به ذهن برسد که این فرع فقهی و اقوال و ادله‌ی آن مربوط به جایی است که جرم کافر ذمی در دارالاسلام صورت بگیرد و مجرم هم در دارالاسلام و در اختیار حکومت اسلامی باشد، در حالی که استرداد وقتی است که مجرم در خارج از دارالاسلام مرتکب جرم شده باشد و به دارالاسلام فرار کند یا در دارالاسلام مرتکب جرم شده باشد و به خارج فرار کند و در اختیار حکومت اسلامی نباشد.

در پاسخ، می‌توان چنین گفت که جواز تحويل مجرمی که در داخل سرزمین اسلامی مرتکب جرم شده است به طریق اولویت، جواز تحويل او را در حالتی که جرم در خارج از سرزمین اسلامی واقع شده باشد، ثابت می‌کند؛

یعنی وقتی کسی مجازات جرم واقع شده در سرزمین خودش را لازم نمی‌داند، به طریق اولی، مجازات جرم واقع شده در خارج از سرزمین را لازم نخواهد دانست.

عبارت «اهل ملت» نیز می‌تواند مطلق باشد؛ یعنی چه کفاری که در داخل جامعه اسلامی هستند و چه کفاری که در خارج از جامعه اسلامی زندگی می‌کنند اهل ملت این مجرم محسوب می‌شوند. در این قسمت، ابتدا مسئله تحویل دادن کفاری را که مرتکب زنا با زن مسلمان شده باشد بررسی می‌کنیم، سپس به مسئله تحویل دادن مجرم کفاری را که مرتکب لواط با مسلمان شده باشد اشاره می‌کنیم:

### الف. تحویل دادن کافر زانی با زن مسلمان

در زمینه استرداد کفاری که با زن مسلمان زنا کرده، فقها به سه گونه اظهار نظر کرده اند که ابتدا به تبیین این اقوال می‌پردازیم، سپس ادله آنها را بررسی می‌کنیم.

#### بند ۱) بررسی اقوال

۱. کافر ذمی به اهل ملتش تحویل داده نمی‌شود و کشته می‌شود (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۳۳۶ و ۴۷۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۳۳۶ و ۳۱۳).

۲. کافر ذمی کشته می‌شود (بدون اشاره به جواز یا عدم جواز تحویل) (مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۷۸۳؛ صدوق، ۱۴۱۸ق، ص ۲۹۲؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۴۳۷؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۶۹۲؛ شریف مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص ۵۲۷؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۳۳۶؛ سلار دیلمی، ۱۴۰۴ق، ص ۲۵۲؛ ابن‌زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۴۲۱-۴۲۲؛ ابن‌حمزه، ۱۴۰۸ق، ص ۴۱۰).

۳. برخی دیگر نظر دوم را به مطلق کافر تعمیم داده‌اند (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱، ص ۲۳۴؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۳۶؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۲۶۲).

نظر دوم منافاتی با جواز تحویل ذمی ندارد، برخلاف نظر اول. فقهای بی که نظر دوم را پذیرفته‌اند شاید منظورشان این بوده که اگر حاکم اسلامی این کافر ذمی را به اهل ملتش تحویل نداد و خواست او را مجازات کند حکمش قتل است، نه چیز دیگر.

ولی به نظر می‌رسد که قول دوم و سوم هم همان قول اول باشد؛ چنان‌که مرحوم آیت‌الله فاضل همین را استظهار کرده است. (فاضل لنکرانی، ۱۴۰۳ق، ص ۱۹۵).

بنابراین، یک قول بیشتر نیست و آن عدم جواز تحویل کافر زانی با زن مسلمان و وجوب قتل اوست.

#### بند ۲) ادله عدم جواز استرداد کافر ذمی زانی با زن مسلمان

برای اثبات عدم جواز استرداد کافر ذمی، که با زن مسلمان زنا کرده است، می‌توان به ادله ذیل استناد کرد:

۱. خروج از ذمه با ارتکاب جرم زنا

برخی فقها گفته‌اند: نمی‌شود از چنین مجرمی اعراض کرد و باید او را مجازات نمود؛ چون وی با ارتکاب جرم از ذمه خارج شده است (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۴۷۴ و ۴۳۶: نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۳۳۶؛ نیز، ر.ک: شریف مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص ۵۲۷). از آن رو که اهل ذمه موظفند هیچ‌گونه فعالیت‌هایی علیه مسلمانان انجام ندهند و بر پیمان ذمه باقی بمانند، در غیر این صورت محکوم به قتل هستند (شریف مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص ۵۲۶)، چون جزو کفار حربی محسوب می‌شوند (کاملی تستری، بی‌تا، ص ۱۷۵)، بنابراین، اگر کافری ذمی با زن مسلمان مرتکب زنا شود، از ذمه خارج می‌شود و باید به سزای عمل خود برسد و حکم قتل بر او اجرا شود، و حاکم اسلامی نباید او را رها کند.

برخی اشکال کرده‌اند که کافر ذمی با این کار از مصادیق ذمه خارج نمی‌شود و جزو کفار حربی قرار نمی‌گیرد (فاضل لنکرانی، ۱۴۰۳ق، ص ۱۹۵).

شاید بتوان این اشکال را چنین تقویت کرد که اینجا سه مطلب جداگانه وجود دارد:

یکی اینکه آیا این زنا خرق ذمه محسوب می‌شود؟

دوم اینکه آیا هر نوع خرق ذمه‌ای مستلزم حکم وجوب قتل است؟

سوم اینکه آیا خرق ذمه موجب دخول در کفار حربی می‌شود؟

در خصوص سؤال اول، پاسخ منفی است؛ زیرا دلیلی وجود ندارد که هر کاری را خرق ذمه محسوب کنیم؛ چنان‌که فقها حتی قتل را هم خرق ذمه محسوب نکرده‌اند (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۳۳۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۱۴۵).

اما اینکه «خرق ذمه» دقیقاً چیست و چه شرایطی دارد، خود بحث مفصلی است که جداگانه باید بررسی شود. اما نسبت به سؤال دوم نیز حکم وجوب قتل برای خرق ذمه یک حکم قطعی نیست، بلکه مسئله اختلافی است و در جای خود باید بررسی شود؛ چنان‌که فخر المحققین و شهید ثانی به وجود دو احتمال در این زمینه اشاره کرده‌اند (حلی، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص ۳۸۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۱۴۵).

اما نسبت به سؤال سوم و اینکه آیا بین خرق ذمه و دخول در زمره کفار حربی ملازمه‌ای وجود دارد، باید بگوییم: پاسخ منفی است؛ زیرا اولاً، در جای خود مطرح شده است که اگر کافری با امان وارد دارالاسلام شده باشد هر جا حکم به انتفای امان شود؛ نباید او را غافل‌گیرانه به هلاکت رساند، بلکه باید او را به محل امن خود بازگرداند، و تازه بعد از این مرحله است که او کافر حربی محسوب می‌شود. همچنین عقد ذمه قوی‌تر از عقد امان است (حلی، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص ۳۸۸) و کافر ذمی به تصور امان داشتن در کنار مسلمانان باقی مانده است. بنابراین، تا او را به محل امنی مانند کشور خودش بازنگردانیم کافر حربی

محسوب نمی شود. ثانیاً، اقسام کافر منحصر در ذمی و حربی نیست، بلکه شامل معاهد و مستأمن و بی طرف نیز می شود. بنابراین، خروج از ذمه با دخول در زمره کفار حربی ملازمه ای ندارد؛ زیرا غیر ذمی می تواند معاهد یا مستأمن یا بی طرف باشد.

اما اشکال دیگری که به نظر می رسد این است که اگر زن ذمی با یک مسلمان زنا کند مجرم است و این هم خروج از قرارداد ذمه است، در حالی که امام در روایت سگونی حکم قتل او را نداد، بلکه فرمود: «او را به اهل ملتش بازگردان» (فابعث بها الی اهل ملتها). فقها هم حکم قتل او را نداده اند، بلکه گفته اند: مجرم را به اهل ملتش مسترد کنید. پس معلوم می شود عدم جواز استرداد به سبب خروج از ذمه نیست، بلکه باید دنبال ادله دیگر باشیم. البته این در صورتی است که خرق ذمه توسط زنان را هم علاوه بر مردان بپذیریم و زنان را نیز مانند مردان کافر حربی و واجب القتل بدانیم.

## ۲. هتک حرمت اسلام

برخی از فقها هتک حرمت اسلام را دلیل دیگری برای عدم جواز اعراض از مجازات مجرم ذمی دانسته اند که با زن مسلمان زنا کرده است (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۴۷۴ و ۴۳۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۳۳۶؛ نیز، رک: شریف مرتضی، ۱۴۱۵ق، ۵۲۷).

کافر ذمی با زنا با زن مسلمان، هتک حرمت اسلام کرده است. بنابراین، حاکم اسلامی نباید او را رها کند، بلکه باید حکم اسلامی اعدام را اجرا کند. پس استرداد او جایز نیست.

## اشکالات

اشکالاتی بر دلایل فوق مطرح است که عبارتند از:

اشکال اول: می توان به این دلایل چنین اشکال کرد که اگر فقها در زنا با زن مسلمان گفته اند که حکم اسلام در این زمینه به سبب هتک حرمت اسلام توسط ذمی تشدید می شود و مجازاتش قتل است، منافاتی با تخییر حاکم اسلامی در اجرای این مجازات یا تحویل مجرم به اهل ملتش برای اجرای مجازات ندارد؛ یعنی حاکم اسلامی مخیر است که چنین مجرمی را مجازات کند یا به اهل ملتش تحویل دهد، اما اگر خواست مجازات کند باید مجازات قتل را اجرا کند (فاضل لنکرانی، ۱۴۰۳ق، ص ۱۹۵).

اشکال دوم: آنچه از ادله برمی آید این است که این حکم مختص ذمی ای نیست که به احکام و مقررات ذمه پایبند باشد، بلکه شامل هر یهودی و نصرانی می شود، چه اهل ذمه باشد و چه نباشد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۵۰۸). توضیح اینکه علت خروج از ذمه فقط در خصوص کافر ذمی ای اثر دارد که به قوانین ذمه عمل می کرده و تنها این بار با زنا آن قوانین را نقض کرده است، اما شامل کافر ذمی نمی شود که قبل

از زنا مرتکب تخلف از قوانین ذمه شده باشد و همچنین دیگر یهودیان و نصرانیانی که قرارداد ذمه با دولت اسلامی را ندارند، در حالی که ادله از این نظر مطلق هستند.

### نقد اشکالات

اشکال اول: با توجه به اینکه اسلام در این خصوص برای صیانت از نوامیس مسلمانان مجازات زانی را تشدید نموده است، اگر حاکم اسلامی مخیر باشد و او را به اهل ملتش تحویل دهد نقض غرض و مخالف دلیل ثبوت این حد خواهد بود (مؤمن قمی، ۱۴۲۲ق، ص ۲۴۴).

اشکال دوم: این اشکال نمی تواند دلیل دوم (هتک حرمت اسلام) را نقض کند؛ زیرا هتک حرمت در خصوص کافر ذمی با این اوصاف نیست، بلکه شامل هر کافری می شود. علاوه بر آن، این اشکال بنایی است؛ یعنی برای اینکه این اشکال قابل طرح باشد اول باید اطلاق ادله را بپذیریم و اثبات شود که حکم قتل در خصوص کافر ذمی نیست و شامل هر یهودی و نصرانی می شود.

### ۳. اجماع

در این زمینه، اجماع (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۳۱۳؛ شریف مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص ۵۲۷) و عدم خلاف (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۴۲۱-۴۲۲) وجود دارد.

### ۴. روایت حنّان بن سدیر

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ سَنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ حَنَّانِ بْنِ سَدِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ يَهُودِيٍّ فَجَرَّ بِمُسْلِمَةٍ قَالَ: يُقْتَلُ. راوی می گوید: از امام صادق عليه السلام درباره یک یهودی که با یک زن مسلمان زنا کرده است، پرسیدم. امام فرمودند: کشته می شود (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۱۴۱).

### بررسی سند

اسناد شیخ طوسی به محمد بن یحیی در مشیخه تهذیب چنین ذکر شده است: «وما ذکرته عن محمد بن یحیی العطار فقد رویته بهذه الاسانید عن محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی العطار؛ واخبرنی به ایضا الحسین بن عبید الله وابوالحسین بن ابی جید القمی جمیعاً عن احمد بن محمد بن یحیی عن ابیه محمد بن یحیی العطار».

در اینجا، باید یکایک افراد واقع در اسناد شیخ طوسی از حیث رجالی بررسی شوند:

محمد بن یحیی العطار القمی توسط نجاشی توثیق خاص شده است (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۵۳).

ابن ابی جید توثیق خاص ندارد، ولی برای اثبات وثاقت او، می توان وجوهی را اقامه کرد: از جمله، شهادت شهید ثانی که می نویسد: راویان بعد از شیخ کلینی تا زمان ما به وثاقت مشهور بودند و نیاز به توثیق ندارند (شهید ثانی،

۱۴۱۳ق، ص ۱۹۲-۱۹۳)، هرچند شهید ثانی از متأخران است و توثیقاتش حسی نیست، اما ایشان نقل شهرت کرده، نه اینکه خود توثیق کند.

حسین بن عبدالله الغضائری نیز توثیق خاص ندارد، اما برای ایشان نیز وجوه عامه‌ای مطرح است؛ مانند اعتماد مرحوم نجاشی در توثیق رجال بر ایشان، و وقوع ایشان در طرق صدها کتاب و روایت که طرق دیگری نیز داشته‌اند، ولی شیخ طوسی و دیگران اختلاف نسخه‌ای بین نسخه‌ی ایشان و سایر نسخ روایت ثقه نقل نکرده‌اند. بنابراین، مشخص می‌شود وی فرد ثقه و مورد اعتمادی بوده است.

حتی اگر این وجوه را نپذیریم، چون شیخ طوسی طریق دیگری به محمد بن یحیی العطار دارد، مشکلی از نظر ایجاد نمی‌شود.

احمد بن محمد بن یحیی العطار توثیق خاص ندارد، اما ایشان نیز وجوه عامه متعددی بر توثیقشان وجود دارد. اما درباره‌ی محمد بن الحسین باید گفت که محمد بن یحیی، هم از محمد بن الحسین مطلق نقل روایت کرده که روایانی با این نام داریم که توثیق ندارند و هم از محمد بن حسین بن ابی الخطاب که توثیق دارد (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۹، ص ۴۴)؛ ولی چون محمد بن الحسین بن ابی الخطاب مشهور و معروف است، منصرف به او می‌شود. بنابراین، این راوی (محمد بن الحسین) نیز توثیق دارد.

حنان بن سدير توثیق خاص دارد. مرحوم شیخ طوسی در الفهرست وی را توثیق کرده است (طوسی، بی‌تا، ص ۱۶۴). بنابراین، روایت مزبور صحیح است.

#### بررسی دلایلی

راوی از امام درباره‌ی یهودی‌ای که با زن مسلمان زنا کرده است، سؤال می‌کند و امام می‌فرماید: کشته می‌شود. درست است که امام فقط مجازات آن را بیان فرموده‌اند و به تحویل یا عدم تحویل یهودی به اهل ملتش اشاره‌ای نکرده‌اند، ولی به خاطر هتک حرمتی که این مجرم به نوامیس مسلمانان کرده، غرض امام تشدید مجازات اوست بدین روی، می‌فرماید: باید کشته شود. حال اگر ما او را مجازات نکنیم و به اهل ملتش تحویل دهیم نقض غرض می‌شود. به همین دلیل است که امام این حکم را تنها درباره‌ی زن مسلمان فرموده‌اند، نه مرد مسلمان. به عبارت دیگر، تنها در جایی که با زن مسلمان زنا کرده و ناموس مسلمانان هتک حرمت شده باشد امام حکم به کشتن آن کافر ذمی می‌نمایند؛ ولی در جایی که زن کافر با مرد مسلمان زنا انجام داده باشند امام (در روایت سکونی) حکم به کشتن مجرم کافر نمی‌کنند، بلکه می‌فرمایند: وی را به اهل ملتش تحویل دهید.

شاید بتوان گفت: با توجه به روایت سکونی که فرمودند: «زن یهودی را به اهل ملتش بازگردان» (وَأَمَّا الْيَهُودِيَّةُ فَابْتَعْ بِهَا إِلَى أَهْلِ مِلَّتِهَا فَلْيَقْضُوا فِيهَا مَا أَحْبَبُوا) (طوسی، ۱۴۰۷ق-ب، ج ۱۰، ص ۱۵) و روایت دیگر سکونی که

امام علیه السلام قصاص زمین را به خودشان ارجاع می‌دهند «يَقْتَصُّ (الْيَهُودِيَّ وَالنَّصْرَانِيَّ وَالْمَجْجُوسِيَّ) بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ وَيَقْتُلُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا إِذَا قَتَلُوا عَمْدًا» و با عنایت به روایت محل بحث، که چون نوامیس مسلمانان مورد تعرض قرار گرفته است، فرمودند: باید کشته شود و استرداد او را مطرح نفرمودند، جمع روایات این است که وقتی مجنی علیه زن مسلمان باشد نمی‌توان مجرم را مسترد نمود.

اما سؤالی که اینجا باید بررسی شود این است که آیا حکم این روایت شامل باقی کفار هم می‌شود؟

در پاسخ به این سؤال، دو نظر بین فقها وجود دارد:

برخی از فقها گفته‌اند: حکم این روایت در خصوص یهودی است و تعدی از موضوع روایت نیاز به علم به مناط و علت حکم دارد، در حالی که ما به آن علم نداریم (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۲۶-۲۷). طبق این نظر، حکم روایت مخصوص یهودی است و حتی به نصرانی هم سرایت نمی‌کند، چه رسد به سایر کفار.

برخی دیگر از فقها گفته‌اند: اگر چه این روایت در خصوص یهودی است، ولی متفاهم عرفی از این روایت این است که مطلق کفاری را که قتلشان فی نفسه جایز نیست، چه یهودی باشند، چه نصرانی شامل می‌شود. روایت جعفر بن رزق الله، که درباره نصرانی است، می‌تواند مؤید بر این مطلب باشد (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱، ص ۲۳۴).

برخی ادعای اجماع کرده‌اند که این حکم مطلق کافر را شامل می‌شود؛ زیرا اولاً، فرقی بین انواع کفر (از این نظر) نیست و کفر ملت واحد محسوب می‌شود؛ و ثانیاً، با قیاس اولویت، این اطلاق اثبات می‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷، ص ۲۶۹). ظاهراً منظور ایشان از «قیاس اولویت»، قیاس اولویت درباره کافر حربی است، و گرنه کافر نصرانی چه اولویتی نسبت به کافر یهودی دارد؟

به نظر می‌رسد اولاً، این روایت منحصر در کافر ذمی نمی‌شود؛ زیرا یهودی، اعم از ذمی و غیر ذمی است. ثانیاً، یهودی در این روایت خصوصیت ندارد، بلکه شامل مطلق کفار یا دست کم کفار اهل کتاب می‌شود، چه یهودی و چه غیر یهودی. چنان که در روایت سکونی گفتیم که با توجه به اینکه سؤال کننده در متن سؤال، هم یهودی و هم نصرانی را بیان کرده است و امام در پاسخ فقط یهودی را ذکر می‌کند و جوابی درباره نصرانی نمی‌دهد، معلوم می‌شود ذکر اینها از باب مثال بوده و معیار اصلی «اهل کتاب بودن» است، چه یهودی باشد، چه نصرانی و چه دین دیگر؛ چنان که صاحب وسائل الشیعه هم در عنوان باب، یهودی و نصرانی هر دو را ذکر کرده است.

بنابراین (اگر این اطلاق را بپذیریم)، بر اساس این روایت، در صورتی که زنا با زن مسلمان صورت گرفته باشد استرداد کافر اهل کتاب (چه ذمی و چه غیر ذمی) ممنوع است و استرداد کافر حربی نیز به طریق اولی، ممنوع است، بلکه باید کشته شوند.



۵. روایت جعفر بن رزق الله

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ جَعْفَرِ بْنِ رِزْقِ اللَّهِ، قَالَ: قَدَّمَ إِلَيَّ الْمُتَوَكَّلُ رَجُلٌ نَصْرَانِيٌّ فَجَرَّ بِامْرَأَةٍ مُسْلِمَةٍ وَأَرَادَ أَنْ يُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدَّ فَأَسْلَمَ. فَقَالَ يَحْيَى بْنُ أَكْثَمٍ: قَدْ هَدَمَ إِيْمَانُهُ شِرْكُهُ وَفِعْلُهُ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يُضْرَبُ ثَلَاثَةَ حُدُودٍ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يُفْعَلُ بِهِ كَذَا وَكَذَا. فَأَمَرَ الْمُتَوَكَّلُ بِالْكِتَابِ إِلَى أَبِي الْحَسَنِ الثَّلَاثِ ۖ وَسْأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ. فَلَمَّا قَدِمَ الْكِتَابَ كَتَبَ أَبُو الْحَسَنِ ۖ يُضْرَبُ حَتَّى يَمُوتَ. فَأَنْكَرَ يَحْيَى بْنُ أَكْثَمٍ وَأَنْكَرَ فُقَهَاءُ الْعَسْكَرِ ذَلِكَ وَقَالُوا يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ: سَلْنَا عَنْ هَذَا؛ فَإِنَّهُ شَيْءٌ لَمْ يُنْطَقْ بِهِ كِتَابًا، وَلَمْ تَجِءْ بِهِ السُّنَّةُ. فَكَتَبَ أَنَّ فُقَهَاءَ الْمُسْلِمِينَ قَدْ أَنْكَرُوا هَذَا وَقَالُوا: لَمْ تَجِءْ بِهِ سُنَّةٌ وَلَمْ يُنْطَقْ بِهِ كِتَابًا، فَبَيَّنَّا لَنَا بِمَا أُوجِبَتْ عَلَيْهِ الضَّرْبُ حَتَّى يَمُوتَ. فَكَتَبَ ۖ: «بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ فَلَمَّا رَأَوْا بِأَسْنَا قَالُوا آمَنَّا بِاللَّهِ وَخَدُّهُ وَكَفَرْنَا بِمَا كُنَّا بِهِ مُشْرِكِينَ فَلَمْ يَكُ يَنْفَعُهُمْ إِيْمَانُهُمْ لَمَّا رَأَوْا بِأَسْنَا سُنَّتَ اللَّهِ الَّتِي قَدْ خَلَّتْ فِي عِبَادِهِ وَخَسِرَ هُنَالِكَ الْكَافِرُونَ». قَالَ: فَأَمَرَ بِهِ الْمُتَوَكَّلُ، فَضْرَبَ حَتَّى مَاتَ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۱۴۱).

بررسی سندی

با توجه به اینکه این روایت بعد از روایت حنان بن سدید آمده است و با عبارت «و عنه» آغاز می شود، و در وسائل الشیعه هیچ گاه ضمیر در «عنه» به «محمدون ثلاث» بر نمی گردد، بلکه به شخص بعد از آنها برمی گردد، سند روایت به این صورت است: «محمد بن الحسن باسناده عن محمد بن يحيى عن مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ جَعْفَرِ بْنِ رِزْقِ اللَّهِ».

چنان که در بررسی روایت قبل گذشت، از شیخ طوسی تا محمد بن یحیی العطار توثیق دارند. محمد بن احمد بن یحیی توسط نجاشی توثیق شده است (نجاشی، بی تا، ص ۳۴۸). ولی جعفر بن رزق الله توثیق ندارد. حتی سندهایی که در پایان روایت آمده، از صدوق و کلینی و طبرسی نیز صحیح نیستند؛ زیرا در همه آنها، جعفر بن رزق الله وجود دارد. البته اگر مبنای استخراج از کتب مرحوم صدوق را قبول کنیم جعفر بن رزق الله تقه می شود (صدوق، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۳). همچنین اگر مبنای صحت روایات کلینی طبق شهادت ایشان، در مقدمه الکافی پذیرفته شود، باز روایت معتبر می شود.

علاوه بر اینکه در سند کلینی به صورت تردید بیان شده (او رجل عن جعفر بن رزق الله)، پس ممکن است یک راوی آن مجهول باشد. و با توجه به اینکه طریق شیخ طوسی تا محمد بن یحیی نیز از کلینی می گذرد و همین سند است، ولی عبارت «او رجل» در آن وجود ندارد، معلوم می شود در نسخه ای که در دسترس شیخ طوسی بوده، این تردید وجود نداشته است، بخلاف نسخه صاحب وسائل الشیعه. بنابراین، اختلاف نسخ مطرح می شود، که در صورت پذیرش اصل عدم زیاده، نسخه صاحب وسائل الشیعه مقدم می شود؛ یعنی وجود عبارت «او رجل» در سند صحیح است. بنابراین، سند از اعتبار ساقط می شود؛ زیرا ممکن است یک راوی آن مجهول باشد.

بنابراین، روایت صحیح نمی‌شود. اما اگر طبق مبانی مشارالیه روایت را معتبر بدانیم یا از متن روایت به این نتیجه برسیم که از غیر معصوم صادر نشده است، می‌توان به روایت عمل کرد؛ چنان که صاحب مدارک همین برداشت را داشته است (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۲۶-۲۷).

### بررسی دلالتی

در زمان متوکل در خصوص مردی نصرانی که با یک زن مسلمان زنا کرده بود، از امام علیه السلام سؤال کردند؛ امام فرمودند: آنقدر کتک زده شود تا بمیرد.

مجازات‌هایی که امام در این روایت تعیین می‌کنند با مجازاتی که دربارهٔ یهودی فرمودند انطباق کامل ندارد (همان)، و این نوع مجازات در این زمینه قایلی ندارد. علاوه بر آن، همان‌گونه که ذکر شد، این روایت مشکل سندی دارد. نتیجه اینکه بر اساس برخی از ادله فوق، استرداد کافری که با زن مسلمان زنا کرده باشد ممنوع است، بلکه باید کشته شود، چه کافر ذمی باشد یا غیر ذمی. بر اساس آنچه گفته شد، آیا می‌توان این حکم را به جرایم دیگر، مانند لواط نیز سرایت داد؟ در قسمت بعد، به پاسخ این سؤال می‌پردازیم.

### ب. تحویل دادن کافر در صورت لواط با مسلمان

آیا حکمی که دربارهٔ زنا کافر با زن مسلمان گفته شد، دربارهٔ لواط نیز صادق است؟ یعنی: اگر کافر با مسلمان لواط کند آیا مانند بحث قبل از استرداد او ممانعت شده، حکم قتل جاری می‌شود؟ ابتدا اقوال فقها در این باره، سپس ادله آن را تبیین می‌نماییم:

### بند ۱) اقوال

فقها در این باره سه نظر ارائه کرده‌اند:

۱. اگر ذمی با یک مسلمان لواط کند کشته می‌شود و به اهل ملتش تحویل داده نمی‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۴۷؛ قطان حلی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۴۹۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷، ص ۳۰۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۴۰۴).

۲. اگر ذمی با یک مسلمان لواط کند کشته می‌شود (حلی، ۱۴۱۱ق، ص ۱۸۶).

۳. اگر مطلق کافر با یک مسلمان لواط کند کشته می‌شود و به اهل ملتش بازگردانده نمی‌شود (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۷۰۵؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۱۸).

می‌توان گفت که قول اول و سوم اتحاد دارند؛ زیرا وقتی حکم کافر ذمی لواط کننده با مسلمان اعدام باشد، به طریق اولی، کافر غیر ذمی نیز همین حکم را دارد.

اما نسبت به قول دوم، از ظاهر عبارت علامه حلی چنین برمی آید که نفی تخیر نمی کند، اگرچه ممکن است ایشان نیز با بقیه هم نظر باشد. چنان که پیداست، این سه نظر مشابه سه نظر قبلی درباره زناست.

## بند ۲) بررسی ادله عدم جواز استرداد کافر لواط کننده با مسلمان

### ۱. هتک حرمت مسلمانان

چون لواط کافر با مسلمان نیز مانند زنا، بلکه شدیدتر از زنا، هتک حرمت مسلمانان محسوب می شود، این کافر مجرم نیز کشته می شود و به اهل ملتش تحویل داده نمی شود (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۱۸).

اشکالی که به ذهن می رسد این است که آیا استرداد او منافاتی با حکم حد قتل دارد؟ یعنی: شاید منظور این باشد که اگر او را مسترد نکردیم و خواستیم حکم اسلام را اجرا کنیم حکم او قتل است. همان مباحثی که درباره کافر زانی با مسلمان گفتیم، اینجا هم تکرار می شود.

### ۲. ادله دال بر وحدت حد زانی و حد لوطی

ادله دال بر اینکه حد لوطی همان حد زانی است، به ضمیمه ادله قتل کافر زانی با مسلمان - که گذشت - (مانند روایت سکونی) دلالت می کنند بر اینکه حد کافر لواط کننده با مسلمان نیز قتل است و تحویل دادن او جایز نیست. در کتب فقهی، دلیلی غیر از این دو ذکر نشده است.

به نظر می رسد درست است که این حکم اگر برای کافر ذمی اثبات شود به طریق اولی، درباره کافر حربی هم صادق است، ولی برای سرایت حکم عدم جواز استرداد از کافر زانی به کافر لواط کننده دلیلی نداریم؛ زیرا در کافر زانی، عمده دلیل روایت سکونی بود؛ اما در اینجا نصی وجود ندارد. همچنین دلیل هتک حرمت و اینکه حد لوطی حد زانی است چیزی بیش از لزوم افزایش مجازات لواط کننده را نمی رساند و ناظر به استرداد یا عدم استرداد لواط کننده نیست.

از سوی دیگر، وقتی دلیلی بر حرمت استرداد کافر لواط کننده با مسلمان نداریم ادله برائت نقلیه و عقلیه شامل این مورد نیز می شوند و استرداد چنین شخصی جایز می شود.

نتیجه اینکه آنچه عدم جواز در این بحث اثبات شد استرداد کافری بود که با زن مسلمان و ناموس مسلمانان زنا کرده باشد؛ ولی این حکم درباره لواط ثابت نشد. بنابراین، عدم جواز استرداد کافری که با مسلمان لواط کرده است اثبات نمی شود. بنابراین، تعمیم دادن حکم عدم جواز استرداد به سایر جرایم و سایر حالات نیز چیزی جز قیاس باطل نیست.

### بازگرداندن مجرم فراری در صورت ارتکاب جرم علیه مسلمانان

تمام مباحث گذشته دربارهٔ تحویل دادن مجرم بود. اما بازگرداندن مجرم مسئلهٔ دیگری است و نیاز به بررسی دارد. باید دید بازگرداندن مجرم در صورتی که جرم علیه مسلمانان یا علیه مصالح مسلمانان صورت گرفته باشد، چه حکمی دارد؟ آیا برای اجرای حدود و احکام اسلامی، بازگرداندن واجب است؟ آیا استعانت از کفار محسوب نمی‌شود؟

برخی از فقها در بعضی از موارد، رسیدگی و مجازات مجرم ذمی (در صورت امکان) را بر حاکم اسلامی واجب دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۱، ص ۳۱۸ و ۲۷۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۲۰۰)؛ اما به این نکته اشاره نکرده‌اند که اگر مجرم از دسترس حاکم خارج شد و - مثلاً - به کشوری دیگر گریخت، آیا بر حاکم واجب است که او را بازگرداند؟ بحث در وجوب یا عدم وجوب بازگرداندن نیست، بلکه اگر حکم جواز به معنای اعم برای «بازگرداندن» اثبات شود، کافی است.

تنها مانعی که برای حکم جواز بازگرداندن مجرم به کشور اسلامی محتمل است بحث استعانت از کفار است (البته در صورت بازگرداندن از کشور غیر اسلامی).

فقها استعانت از کفار را در فصل مصارف زکات مطرح ساخته و برای برخی امور، مثل تألیف قلوب برای جهاد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۲۹۴-۲۹۵؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۲۳۳؛ همو، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص ۲۴۹؛ همو، ۱۴۰۰ق، ص ۱۸۴؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، ص ۲۸؛ سلار دیلمی، ۱۴۰۴ق، ص ۱۳۲؛ حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۲۴۹) و قتال یا مثل آن (سبحانی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۱۱۱)، استعانت از کفار را جایز دانسته‌اند. برخی هم جواز استعانت از کفار را منحصر به کفاری کرده‌اند که از خطر آنها ایمن باشیم (نجفی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۱، ص ۱۹۴-۱۹۳). برخی نیز قایل به عدم جواز استعانت از کفار (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۲۸۰) شده‌اند. اما درخصوص استعانت از کفار برای اجرای مجازات متنی وجود ندارد.

بنابراین، اثبات جواز یا عدم جواز بازگرداندن مجرم از کشور غیر اسلامی منوط به این است که در بحث «استعانت از کفار» قایل به جواز باشیم یا عدم جواز. اگر قایل به جواز باشیم - که ظاهر همین است - بازگرداندن مجرم مانعی ندارد. این بحث باید به صورت جداگانه بررسی شود که این نوشته گنجایش آن را ندارد.

### بازگرداندن کافر در صورت ارتکاب جرم علیه کافر

فرض دیگر این است که کافری علیه کافر دیگر جرمی مرتکب شده و به کشوری غیر اسلامی فرار کرده باشد در این صورت، بازگرداندن او توسط حکومت اسلامی چه حکمی دارد؟ آیا بر حاکم اسلامی واجب است که او را برای اجرای مجازات بازگرداند؟ یا اینکه مخیر است؟ یا اینکه بازگرداندن کافر به خاطر استعانت از کفار حرام است؟ ابتدا نسبت به وجوب بازگرداندن مطالبی را طرح می‌کنیم، سپس جواز آن را بررسی می‌نماییم:

در خصوص وجوب بازگرداندن کافری که علیه کافر دیگر مرتکب جرم شده است، در فقه بحث مستقلی مطرح نشده؛ اما بحث دیگری مطرح است که اگر دو کافر ذمی به حاکم مراجعه کنند اختیار با حاکم است که یا بین آنها به حکم اسلام حکم کند یا اینکه اصلاً رسیدگی نکند، زیرا مقتضای آیه شریفه «فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ» همین است، و در صورتی هم که هر دو کافر مستأمن (دارای امان) باشند باز بر حاکم اسلامی واجب نیست که بین آنها حکم کند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۳۱۸-۳۲۰؛ حلی، ۱۴۱۲ق، ص ۹۸۱؛ همو، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۱۵۴؛ همو، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۳۸۶؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۳۹۷).

این تخییر حاکم اسلامی شامل امور کیفری نیز می‌شود؛ یعنی - مثلاً - اگر کافری موجب جراحت کافر دیگر شود و به حاکم اسلامی مراجعه کند حاکم اسلامی مخیر است که حکم کند یا خیر. از این بحث فقهی می‌توان از طریق برهان اولویت چنین استنباط کرد که اگر در سرزمین اسلامی کافری علیه کافر دیگر جرمی مرتکب شود و به کشور دیگر فرار کند، حال چه اینکه هر دو (جانی و مجنی علیه) اهل ذمه باشند و چه اینکه یکی کافر حربی (مستأمن یا غیر مستأمن) باشد و دیگری کافر ذمی، بر حاکم اسلامی لازم نیست که هزینه کند و او را به کشور اسلامی بازگرداند، سپس هزینه دیگری برای رسیدگی به پرونده آنها بپردازد؛ زیرا وقتی رسیدگی به این گونه پرونده‌ها در صورتی که طرفین در کشور اسلامی حاضر باشند واجب نباشد، به طریق اولی، در صورتی که یکی از طرفین یا هر دو در خارج از کشور اسلامی باشند رسیدگی واجب نخواهد بود؛ زیرا بازگرداندن آنها هزینه‌های مالی و سیاسی زیادی دربر دارد.

نتیجه اینکه بازگرداندن کافری که علیه کافر دیگر مرتکب جرم شده و به کشور دیگر متواری شده، واجب نیست.

اما نسبت به جواز یا عدم جواز بازگرداندن کافری که علیه کافر دیگر مرتکب جرم شده است مانعی غیر از بحث استعانت از کفار وجود ندارد، که همانند بحث قبل، بستگی به مبنا در بحث استعانت از کفار دارد. اگر استعانت از کفار برای اجرای مجازات را حرام ندانیم، بازگرداندن او جایز است.

### نتیجه‌گیری

اگر کافری در کشور دیگر مرتکب جرمی علیه یکی از مسلمانان شود سپس در کشور اسلامی حضور داشته باشد، و آن کشور از کشور اسلامی تقاضای استرداد او را نماید، در حالی که عمل ارتكابی او در هر دو کشور جرم باشد، در چنین حالتی از لحاظ احکام اولیه اسلام، بر اساس روایت حنان بن سدید در صورتی که زنا با زن مسلمان صورت گرفته باشد استرداد کافر اهل کتاب (چه ذمی و چه غیر ذمی) ممنوع است و استرداد کافر حربی نیز به طریق اولی، ممنوع است، بلکه باید کشته شوند. اما روایت جعفر بن رزق الله دارای اشکالات سندی و دلالی است.

نتیجه اینکه بر اساس برخی از ادله فوق، استرداد کافری که با زن مسلمان زنا کرده باشد ممنوع است، بلکه باید کشته شود، چه کافر ذمی باشد یا غیر ذمی. ولی این حکم درباره لواط ثابت نشد. بنابراین، عدم جواز استرداد کافری که با مسلمان لواط کرده است، اثبات نمی‌شود. بنابراین، سرایت دادن حکم عدم جواز استرداد به سایر جرایم و سایر حالات نیز چیزی جز قیاس باطل نیست.

جواز استرداد مجرمی که داخل سرزمین اسلامی مرتکب جرم شده باشد به طریق اولویت، جواز استرداد او را در حالتی که جرم در خارج از سرزمین اسلامی واقع شده باشد، ثابت می‌کند؛ یعنی وقتی کسی مجازات جرم واقع شده در سرزمین خودش را، حتی در صورت تفاوت مجازات دو طرف، لازم نمی‌داند، به طریق اولی، مجازات جرم واقع شده در خارج از سرزمین را نیز لازم نخواهد دانست.

همچنین بازگرداندن مجرم کافری را که مرتکب جرم علیه مسلمانان شده است و به کشورهای دیگر فرار کرده نیز از نظر فقهی بررسی کردیم و بیان شد که اثبات جواز بازگرداندن مجرم از کشور غیر اسلامی منوط به اثبات جواز در بحث «استعانت از کفار» است.

## منابع

- ابن حمزه طوسی، محمدبن علی، ۱۴۰۸ق، *الوسيلة إلى نيل الفضيلة*، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- ابن زهره حلبی، حمزئین علی حسینی، ۱۴۱۷ق، *غنیة النزوع إلى علمی الأصول والفروع*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- ابن منظور، محمدبن مکرم، بی تا، *لسان العرب*، بیروت، دارصادر.
- آریان پور کاشانی، منوچهر، ۱۳۸۰، *فرهنگ بزرگ یک جلدی پیشرو آریان پور*، چ دوم، تهران، جهان رایانه.
- بلدسو، رابرت و بولسلو بوسچک، ۱۳۷۵، *فرهنگ حقوق بین الملل*، ترجمه بهمن آقایی، تهران، گنج دانش.
- بوشهری، جعفر، بی تا، *حقوق جزاء، اصول و مسائل*، چ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- حراغی، محمدبن حسن، ۱۴۰۹ق، *تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
- حلی، ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چ دوم، قم، جامعه مدرسین.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، ۱۴۱۲ق، *منتهی المطلب فی تحقیق المذهب*، مشهد، مجمع البحوث الإسلامیه.
- \_\_\_\_\_، ۱۴۱۳ق، *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم، جامعه مدرسین.
- \_\_\_\_\_، ۱۴۱۴ق، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
- \_\_\_\_\_، ۱۴۲۰ق، *تحریر الأحکام الشرعیه علی مذهب الإمامیه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- \_\_\_\_\_، ۱۴۱۱ق، *تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین*، تهران، مؤسسه چاپ و نشر.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۸۷ق، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- حلی، مقداد بن عبد الله سیوری، ۱۴۰۴ق، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- خوانساری، سید احمدبن یوسف، ۱۴۰۵ق، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- خویی، سید ابوالقاسم موسوی، ۱۴۲۲ق، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی.
- سبحانی تبریزی، جعفر، ۱۴۲۴ق، *الزکاة فی الشریعة الإسلامیه الغراء*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- سبزواری، سید عبد الأعلى، ۱۴۱۳ق، *مهذب الأحکام فی بیان الحرام والحلال*، چ چهارم، قم، دفتر حضرت آیت الله سبزواری.
- سالر دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز، ۱۴۰۴ق، *المواسم العلویة و الأحکام النبویه*، قم، منشورات الحرمین.
- شریف مرتضی، علی بن حسین، ۱۴۱۵ق، *الاتصار فی انفرادات الإمامیه*، قم، جامعه مدرسین.
- صدوق، محمدبن علی، ۱۴۱۸ق، *الهدایة فی الأصول والفروع*، قم، مؤسسه امام هادی علیه السلام.
- طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، ۱۴۱۸ق، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
- طوسی، محمدبن حسن، *الفهرست*، نجف اشرف، المکتبه الرضویه.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۸۷ق، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، چ سوم، تهران، المکتبه المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة.
- \_\_\_\_\_، ۱۴۰۰ق، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بیروت، دارالکتب العربی.
- \_\_\_\_\_، ۱۴۰۷ق، *الخلاف*، قم، جامعه مدرسین.
- \_\_\_\_\_، ۱۴۰۷ق، *تهذیب الأحکام*، تهران، دارالکتب الإسلامیه.
- عاملی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۳ق، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- فاضل مقداد، جمال الدین مقداد بن عبد الله، ۱۴۰۴ق، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- فاضل لنکرانی، محمد، ۱۴۰۳ق، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة*، قم، جامعه مدرسین.
- فاضل هندی، محمدبن حسن، ۱۴۱۶ق، *کشف اللثام و الإیهام عن قواعد الأحکام*، قم، جامعه مدرسین.
- فیومی، احمد بن محمد مقرئ، بی تا، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، قم، دار الرضی.

- القطّان حلّی، شمس‌الدین محمدبن شجاع، ۱۴۲۴ق، *معالم‌الدین فی فقه آل یاسین*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- کاظمی تستری، اسدالله، *مقابس الأتوار و نقائس الأسرار*، قم، مؤسسه آل‌البيت علیهم السلام.
- محقق حلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، ۱۴۰۸ق، *شرائح الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- محقق کرکی، علی‌بن حسین عاملی، ۱۴۱۴ق، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چ دوم، قم، مؤسسه آل‌البيت علیهم السلام.
- مفید، محمدبن محمدبن نعمان، ۱۴۱۳ق، *المقنعه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- منتظری نجف‌آبادی، حسین علی، ۱۴۰۹ق، *دراسات فی ولایة القیبه و فقه الدولة الإسلامیه*، قم، نشر تفکر.
- موسوی اردبیلی، سیدعبد‌الکریم، ۱۴۲۷ق، *فقه الحدود و التعزیرات*، قم، مؤسسه النشر لجامعة المفید.
- موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، مؤسسه مطبوعات.
- موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا، ۱۴۱۲ق، *الدر المنضود فی أحكام الحدود*، قم، دارالقرآن الکریم.
- مؤمن قمی، محمد، ۱۴۲۲ق، *مبانی تحریر الوسیله - کتاب الحدود*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- نجاشی، احمد بن علی، ۱۴۰۷ق، *رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفی الشیعه*، قم، جامعه مدرسین.
- نجفی، محمدحسن، ۱۴۰۴ق، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، چ هفتم، تحقیق و تصحیح عباس قوچانی، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- نورپها، رضا، ۱۳۸۸، *زمینه حقوق جزای عمومی*، تهران، گنج دانش.



## Jurisprudential and Legal Investigation of Extradition of a Non-Muslim Offender if Committed a Crime against a Muslim

✉ **Reza Mohammadi-Karaji** / Assistant Professor, the Imam Khomeini Education and Research Institute  
Rbnmw@yahoo.com

**Ahmad Haji-DehAbadi** / Associate Professor, Farabi Campus - University of Tehran

**Received:** 2019/02/04 - **Accepted:** 2019/06/01

### Abstract

In the field of international criminal law and public criminal law, the issue of extradition is at stake. The extradition of criminals, irrespective of form, has many minutiae and modes. Given the legal rules governing extradition, and Shi'a jurisprudential sources, this article merely answers the question that if an infidel in another country commits a crime against one of the Muslims, then he should be present in the Islamic State, and that country appeal to the Islamic State for his extradition, while the act of committing it is a crime in both countries, what is the ruling on extradition of such a person in such a case in terms of Islamic precepts? In this regard, the jurists have examined the extradition of an infidel who commits adultery or sodomy against a Muslim, and by "deductive" method, after examining the arguments, like خروج از دمه for committing a crime, defaming Islam, narrating Hanan bin Sadir, narrating Jafar bin Raziqullah, and اجماع, has proved the authorization of extradition of such offender except for adultery with a Muslim woman.

**Keywords:** Extradition of Criminals, Crime against Muslim, Extradition of Infidel, Committing Adultery, Sodomy with Muslims.

## **Desirable Pattern of Protection against Fixed-Term Contracts in Iranian Labor Law in Light of the Legal-Economic Approach to Job Security**

✉ **Sajjad Gheleech-Pour** / Ph.D. Student of Islamic Education and Public Law, Imam Sadiq University  
ghelichpour73.isu@gmail.com

**Reza Rashidi** / MA in Islamic Education and Public Law, Imam Sadiq University

**Received:** 2019/01/01 - **Accepted:** 2019/06/26

### **Abstract**

Job Security is one of the supportive aspects of labor laws that has always been the subject of labor disputes. Legal scholars and trade unions have often advocated this as an inalienable right for workers, and economists and employers see job security as an obstacle to production and employment, and one of the factors that reduce productivity. One of the most important ways of securing a job in many legal systems is to protect workers against repeated fixed-term contracts in continuous work that can be accomplished in different ways. The present study uses descriptive and analytical method in addition to examining different approaches to job security and expressing its autonomous opinion, namely the legal-economic approach to the issue of job security and examines legal solutions to achieve the desired pattern of protection against fixed-term contracts and to regulate the turbulent state of job security in the country. Using the capacity of Note 1, Article 7 of the Labor Code, taking into account economic considerations as a short-term solution, as well as amending the Labor Code by organizing temporary labor contracts by setting time and number limits and accurate determination of the permissibility of such contracts in addition to facilitating layoffs as a long-term solution is one of the most important results of this study.

**Keywords:** Labor Code, Fixed-Term Contracts, Job Security, Legal-Economic Approach, Legal Protection.

## Proof of Property Registered in the Light of the Guardian Council's Religious Supervision

✉ **Mahdi Rahimi** / Student of Qom Seminary, Level 3

Mahdi.rahimi5012@yahoo.com

**Sadegh Ja'fari Sharik-Abad** / Bachelor Degree of Criminal Law, Shahid Bahonar University of Kerman

**Bahareh Karim-Dadi** / Master Degree of Private Law, Shahid Bahonar University of Kerman

**Received:** 2018/11/05 - **Accepted:** 2019/05/09

### Abstract

Registration of Deeds and Properties Law, adopted in 1931, is derived from the German legal system and is incompatible with the reality of our society, which is based on Imamiyyah jurisprudence. Thus, over time, the legislator has amended Article 73 of the aforementioned law with paragraph 2 Article 16 of the Law on the Supervision of Judges' Conduct, adopted in 2011, as a partial imposition and with the enactment of this article, Articles 22 and 48 of the Law on Registration of Deeds and Properties have also been partially implicit. Therefore, there is no need to invalidate Articles 22 and 48 of the aforementioned Law on Ordinary Documents, which are valid legal or religious proofs of their validity. Because Article 1291 of the Civil Code defines such documents in certain ways as official documents. In fact, by the abrogation of Article 73 of the Registration of Deeds and Properties Law in principle, we can say: Articles 22 and 48 of the Registration of Deeds and Properties Law has been partially implied abrogated. In addition, there are specific laws that have partially repealed the registration laws, including the "Landlord-Tenant" Relations Act, which is in fact a form of Article 1291 of the Civil Code. As referred to in paragraph 1 of Article 1291, if the party against whom the document is lodged confirms that the document has been issued against him or to be confirmed by a judge under Article 225 of the Rules of Procedure, adopted in 2000, The judge, who is a government official, declares ownership under Article 1291 of the Civil Code, as a matter of jurisdiction, which is a matter of civil procedure, and this declaration is an official document and is valid in relations between the parties.

**Keywords:** Official Documents, Ordinary Documents, Registration Laws, Partial Implied Abrogation.

## A Comparative Study of the Separation of Powers in the Thought of Ibn Khaldun and Montesquieu

Ibrahim Mousa-Zadeh / Associate Professor, University of Tehran

✉ Ali Jan-Heydari / Ph.D. student of Public Law

aliheidari199@yahoo.com

Received: 2019/01/21 - Accepted: 2019/06/15

### Abstract

The theory of "separation of powers" is one of the most important theories and concepts in public law. Many authors have called this theory one of the most important means of restraining power. The basis of this theory is that each power system must have a specific task and not interfere with other powers' particular affairs. Some have considered Montesquieu, the philosopher and the famous French lawyer of the eighteenth century, as the creator of the theory of separation of powers, but scholars such as Plato, Aristotle, Hugo Grotius, Pufendorf, and Jean Bodin are among the scholars who have spoken before about this. This theory is also reflected in the thought of Ibn Khaldun, who lived centuries before Montesquieu. Although Ibn Khaldun has not discussed the colloquial concept of "separation of powers", he has spoken clearly about the necessity of separating the triple tasks and the limitation of power. After looking at the notion of "separation of powers", the author has made a comparative study of this subject in Ibn Khaldun and Montesquieu's thought, having a documentary and comparative approach. The novelty of this study is that it has corrected the common mistake made by Ibn Khaldun in his acceptance of the theory of "separation of powers" and proposed his correct theoretical form (acceptance of division of labor and distribution of duties) by citing his written works.

**Keywords:** Separation of Powers, Montesquieu, Ibn Khaldun, Legislature, Executive, Judiciary.

## Supervising Government Officials from Imam Ali's Viewpoint

**Seyed Ibrahim Hosseini** / Assistant Professor, the Imam Khomeini Education and Research Institute

sehoseini@hotmail.com

**Received:** 2019/02/28 - **Accepted:** 2019/07/29

### **Abstract**

Since political power in the Islamic vision is merely a trustee in the hands of government agents to serve the servants of God and to seek right and reject the wrong, and not a prey for rulers for wealth gathering and bullying, it is imperative to monitor the behavior of agents and rulers to ensure that governance is exercised in the right way. Our main purpose in this research is to express the philosophy, aims and methods of monitoring government officials in legal literature in a descriptive-analytical way, with emphasis on Imam Ali's view.

**Keywords:** Supervision, Political Power, Officials, Alavi Government, A Priori Supervision, Subsequent Supervision.

# Abstracts

## **The Role and Position of People in the Government: The Evolution of the Concept from the Constitution of the Constitutional Period to the Constitution of the Islamic Republic of Iran**

**Alireza Dabirnia** / Assisstant Professor, Qom University

✉ **Zahra Bidar** / Ph.D. Student of Public Law, Qom University

zb.zahrabidar@gmail.com

**Received:** 2019/01/13 - **Accepted:** 2019/08/04

### **Abstract**

The new form of the relation of law and politics in contemporary world discourse has placed man as the holder of rights and freedoms. In this discourse, the right to self-determination is one of the most important fundamental rights, according to which individuals in every society have the right to decide and determine their individual and social destiny. Since all rights need to be guaranteed and protected in laws, the constitution can play a decisive role in guaranteeing these rights as the highest and most important norm in the hierarchy of laws. The present article aims to evaluate the evolution of the concept, principles and ways of guaranteeing the role and position of the people in the government, as one of the fundamental rights in the constitution of the Constitutional Period and the constitution of the Islamic Republic of Iran. Surveys show that one of the results of the Constitutional Revolution has been to identify and try to secure the role of the people for the first time; The beginning that was more fully achieved in its evolutionary process and in the course of the Islamic Revolution of Iran, and its concern with its guarantee in the constitution of the Islamic Republic of Iran, was significantly attained.

**Keywords:** Fundamental Rights and Freedoms, Right to Self-Determination, Constitutional Constitution, Constitution of the Islamic Republic of Iran.

# Table of Contents

**The Role and Position of People in the Government: The Evolution of the Concept from the Constitution of the Constitutional Period to the Constitution of the Islamic Republic of Iran / *Alireza Dabirnia / Zahra Bidar*.....7**

**Supervising Government Officials from Imam Ali's Viewpoint / *Seyed Ibrahim Hosseini*.....19**

**A Comparative Study of the Separation of Powers in the Thought of Ibn Khaldun and Montesquieu / *Ibrahim Mousa-Zadeh / Ali Jan-Heydari*.....37**

**Proof of Property Registered in the Light of the Guardian Council's Religious Supervision / *Mahdi Rahimi / Sadegh Ja'fari Sharik-Abad / Bahareh Karim-Dadi*..... 51**

**Desirable Pattern of Protection against Fixed-Term Contracts in Iranian Labor Law in Light of the Legal-Economic Approach to Job Security / *Sajjad Gheleech-Pour / Reza Rashidi*.....65**

**Jurisprudential and Legal Investigation of Extradition of a Non-Muslim Offender if Committed a Crime against a Muslim / *Reza Mohammadi-Karaji / Ahmad Haji-DehAbadi*.....83**

*In the Name of Allah*

**Andishehaye Hoghuq Omomi**

Vol.8, No.2

*A Quarterly Journal of law*

Spring & Summer 2019

**Director-in-charge:** *Imam Khomeini Educational and Research Institute*

**Managing Director:** *Seyyed Ebrahim Hussein*

**Editor in Chief:** *Ebrahim Mosazadeh*

**Executive Manager:** *Mohammad Rajabi Elgha*

**Editorial Board:**

**Mohammad Javad Arasta:** *Associate Professor, Pardis Farabi University*

**Mohammad Reza Bagherzadeh:** *Assistant professor IKI*

**Seyyed Ebrahim Hoseini:** *Assistant professor, IKI*

**Vali Rostami:** *Associate professor, Tehran University*

**Azizallah Fahimi:** *Associate Professor, Qom University*

**Reza Mohammadi Karaji:** *Assistant professor, IKI*

**Seyyed Fazlollah Mousavi:** *Full Professor, Tehran University*

**Ebrahim Mosazadeh:** *Associate professor, Tehran University*

**Seyyed Ali MirDamad Najafabadi:** *Assistant professor, IKI*

**Seyyed Mahmud Nabaviyan:** *Associate professor, IKI*

---

**Address:**

IKI

Jomhori Eslami Blvd  
Amin Blvd., Qum, Iran

**Tel:** +982532113477

**Fax:** +982532934483

**Box:** 37185-186

[www.nashriyat.ir](http://www.nashriyat.ir) & [www.iki.ac.ir](http://www.iki.ac.ir)

<http://nashriyat.ir/SendArticle>

---