

اندیشه‌های حقوق عمومی

سال هشتم، شماره دوم، پیاپی ۱۵، بهار و تابستان ۱۳۹۸



مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

به استناد ماده واحده مصوب ۱۳۸۷/۶/۲۴ شورای عالی انقلاب فرهنگی و بر اساس نامه شماره ۳۴۴ مورخ ۱۳۹۸/۱/۲۸ شورای اعطای مجوزها و امتیازهای علمی وابسته به شورای عالی حوزه‌های علمیه، این نشریه از شماره ۹ حائز رتبه «علمی- ترویجی» گردید.

مدیر مسئول

سیدابراهیم حسینی

سر دبیر

ابراهیم موسی‌زاده

مدیر اجرایی

محمد رجیبی‌القا

صفحه‌آرا

مهدی دهقان

ناظر چاپ

حمید خانی

چاپ

زمزم

اعضای هیئت تحریریه

محمدجواد ارسطا

دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران

محمدرضا باقرزاده

استادیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

سیدابراهیم حسینی

استادیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

ولی رستمی

دانشیار دانشگاه تهران

عزیزالله فهیمی

دانشیار دانشگاه قم

رضا محمدی کرجی

استادیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

سیدفضل‌الله موسوی

استاد دانشگاه تهران

ابراهیم موسی‌زاده

دانشیار دانشگاه تهران

سیدعلی میرداماد نجف آبادی

استادیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

سیدمحمود نبویان

دانشیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

نشانی: قم، بلوار امین، بلوار جمهوری اسلامی، مؤسسه آموزشی و پژوهشی

امام خمینی - طبقه چهارم، اداره کل نشریات تخصصی

تحریریه ۳۲۱۱۳۴۷۷ - مشترکان ۳۲۱۱۳۴۷۴ - دورنگار ۳۲۹۳۴۴۸۳ (۰۲۵)

صندوق پستی ۱۸۶-۳۷۱۶۵

www.iki.ac.ir & www.nashriyat.ir

فروشگاه اینترنتی

<http://eshop.iki.ac.ir>

سامانه ارسال و پی‌گیری مقاله

Nashriyat.ir/SendArticle

- اندیشه‌های حقوق عمومی** دوفصل‌نامه‌ای علمی - ترویجی در زمینه مطالعات حقوق عمومی است. قلمرو مسائل این نشریه، مطالعاتی است که حوزه‌های گوناگون زیر را شامل می‌شود:
۱. معرفی و تبیین انواع پژوهش‌های نظری و کاربردی در حوزه‌های گوناگون دانش حقوق عمومی؛
 ۲. حوزه‌های گوناگون حقوق عمومی پژوهی (فراحقوق، حقوق هنجاری، حقوق کاربردی، حقوق توصیفی، حقوق تطبیقی بین‌الادیان، بین‌الملل، بین‌المذاهب، و...);
 ۳. رابطه حقوق عمومی و علوم همگن (رابطه حقوق عمومی و فلسفه، حقوق عمومی و اقتصاد و مدیریت، حقوق عمومی و سیاست، حقوق عمومی و دین، حقوق عمومی و فقه، حقوق عمومی و...);
 ۴. رابطه حقوق عمومی و سایر علوم (معرفت‌شناسی و حقوق عمومی، جامعه‌شناسی و حقوق عمومی، انسان‌شناسی و حقوق عمومی و...);
 ۵. جایگاه حقوق عمومی در دانش‌های تجربی و علوم انسانی؛
 ۶. شیوه‌های استنباط حقوق عمومی از متون اسلامی؛
 ۷. بررسی و نقد روش‌های موجود در حوزه حقوق عمومی پژوهی؛
 ۸. بررسی و نقد منابع و تراث حقوق عمومی؛
 ۹. نقش فناوری نوین در فرایند حقوق عمومی پژوهی و طرح مسائل جدید حقوق عمومی؛
 ۱۰. راهکارهای کاربردی ساختن حقوق عمومی در همه ابعاد زندگی بشری.

ضمن استقبال از دستاورد تفکرات و تأملات دین پژوهشی، پیشنهادها و انتقادهای شما را در مسیر کمال و بالندگی نشریه پذیریم. خواهشمندیم مقالات خود را از طریق وبگاه نشریه: <http://nashriyat.ir/SendArticle> ارسال فرمایید.

اشتراک: قیمت هر شماره مجله، ۱۶۵۰۰۰ ریال، و اشتراک دو شماره آن در یک سال، ۳۳۰۰۰۰ ریال است. در صورت تمایل، وجه اشتراک را به حساب سیبا ۰۱۰۰۰۰۱۰۵۹۷۳۰۰ بانک ملی، واریز، اصل فیش بانکی یا تصویر آن را همراه با برگ اشتراک به دفتر مجله ارسال نمایید.

راهنمای تهیه و تنظیم مقالات

الف) شرایط عمومی

۱. مقالات ارسالی باید برخوردار از صبغه تحقیقی - تحلیلی، ساختار منطقی، انسجام محتوایی، و مستند و مستدل بوده و با قلمی روان و رسا به زبان فارسی نگارش یافته باشند.
۲. مقالات خود را در محیط WORD با پسوند Doc از طریق وبگاه نشریه به <http://nashriyat.ir/SendArticle> ارسال نمایید.
۳. حجم مقالات حداکثر در ۲۵ صفحه (۳۰۰ کلمه‌ای) تنظیم شود. از ارسال مقالات دنباله‌دار جدا خودداری شود.
۴. مشخصات کامل نویسنده شامل: نام و نام خانوادگی، مرتبه علمی / تحصیلات، نشانی کامل پستی، نشانی صندوق الکترونیکی، شماره تلفن تماس، شماره دورنگار، مؤسسه علمی وابسته، همراه مقاله ارسال شود.
۵. مقالات ارسالی نباید قبلاً در نشریات داخلی و یا خارجی و یا به‌عنوان بخشی از یک کتاب چاپ شده باشند. و نیز همزمان برای چاپ به سایر مجلات علمی ارسال نشده باشند.
۶. از ارسال مقالات ترجمه شده خودداری شود. نقد مقالات علمی و یا آثار و کتاب‌های منتشر شده، که حاوی موضوعات بدیع یا نکات علمی ویژه، که با مقتضیات و نیاز جامعه علمی تناسب داشته باشد، امکان چاپ دارند. البته، چاپ مقالات پژوهشی و تألیفی بر این گونه مقالات اولویت خواهد داشت.

ب) نحوه تنظیم مقالات

مقالات ارسالی باید از ساختار علمی برخوردار باشند؛ یعنی دارای عنوان مشخصات نویسنده، چکیده، کلیدواژه‌ها، مقدمه، بدنه اصلی، نتیجه و فهرست منابع باشند.

۱. چکیده: چکیده فارسی مقاله (در صورت امکان به همراه چکیده انگلیسی) حداکثر ۱۵۰ کلمه تنظیم گردد و به اختصار شامل: بیان مسئله، هدف پژوهش، روش و چگونگی پژوهش و اجمالی از یافته‌های مهم پژوهش باشد. در چکیده از طرح فهرست مباحث یا مرور بر آن‌ها، ذکر ادله، ارجاع به ماخذ و بیان شعاری خودداری گردد.
۲. کلیدواژه‌ها: شامل حداکثر ۷ واژه کلیدی مرتبط با محتوا که ایفاکننده نقش نمایه موضوعی مقاله باشد.
۳. مقدمه: در مقدمه مقاله، مسئله تعریف، به پیشینه پژوهش اشاره، ضرورت و اهمیت پژوهش طرح، جنبه نوآوری بحث، سؤالات اصلی و فرعی، تصویر اجمالی ساختار کلی مقاله براساس سؤالات اصلی و فرعی مطرح و مفاهیم و اصطلاحات اساسی مقاله تعریف گردد.
۴. بدنه اصلی: در سامان‌دهی بدنه اصلی مقاله، یکی از شرایط زیر لازم است:

الف - ارائه‌کننده نظریه و یافته جدید علمی؛

ب - ارائه‌کننده تفریر و تبیین جدید از یک نظریه؛

ج - ارائه‌کننده استدلال جدید برای یک نظریه؛

د - ارائه نقد جامع علمی یک نظریه.

۵. نتیجه‌گیری: نتیجه بیانگر یافته‌های تفصیلی تحقیق است که به‌صورت گزاره‌های خبری موجز بیان می‌گردد. از ذکر بیان مسئله، جمع‌بندی، مباحث مقدماتی، بیان ساختار مباحث، ادله، مستندات، ذکر مثال یا مطالب استطرادی در این قسمت خودداری شود.
۶. فهرست منابع: اطلاعات کتاب‌شناختی کامل منابع و ماخذ تحقیق (اعم از فارسی، عربی، و لاتین) در انتهای مقاله براساس شیوه زیر آورده می‌شود:

نام خانوادگی و نام نویسنده، سال نشر، نام کتاب، ترجمه یا تحقیق، نوبت چاپ، محل نشر، ناشر.

نام خانوادگی و نام نویسنده، سال نشر، «عنوان مقاله»، نام نشریه، شماره نشریه، صفحات ابتدا و انتهای مقاله.

۷. آدرس دهی باید بین متنی باشد: (نام نویسنده، سال نشر، شماره جلد، شماره صفحه).

ج. یادآوری

۱. حق رد یا قبول و نیز ویرایش مقالات برای مجله محفوظ است.
۲. مجله حداکثر پس از چهار ماه از دریافت مقاله، نتیجه پذیرش یا عدم پذیرش را به نویسنده اطلاع خواهد داد.
۳. حق چاپ مقاله پس از پذیرش برای مجله محفوظ و امکان نقل مطالب در جای دیگر با ذکر نشانی نشریه بلامانع است.
۴. مطالب مقالات مبین آراء نویسندگان ان‌هاست و مسئولیت آن نیز بر عهده ان‌هاست.
۵. مقالات دریافتی، نرم‌افزارها، ... در صورت تأیید یا عدم تأیید بازگردانده نمی‌شود.

نقش و جایگاه مردم در حکومت: سیر تحول و تکامل مفهوم از قانون اساسی مشروطه تا ... / ۷

علیرضا دبیرنیا / کله زهرا بیدار

نظارت بر کارگزاران حکومت از دیدگاه علی علیه السلام / ۱۹

سیدابراهیم حسینی

بررسی تطبیقی تفکیک قوا در اندیشه ابن خلدون و منتسکیو / ۳۷

ابراهیم موسی زاده / کله علی جان حیدری

ادله اثبات املاک ثبت شده در پرتو نظارت شرعی شورای نگهبان / ۵۱

کله مهدی رحیمی / صادق جعفری شریک آباد / بهاره کریم دادی

الگوی مطلوب حمایت در برابر قراردادهای مدت معین در حقوق کار ایران در پرتو ... / ۶۵

کله سجاد قلیچ پور / رضا رشیدی

بررسی فقهی و حقوقی استرداد مجرم غیرمسلمان در صورت ارتکاب جرم علیه مسلمان / ۸۳

کله رضا محمدی کرجی / احمد حاجی ده آبادی

۱۰۶ / Abstracts

نقش و جایگاه مردم در حکومت: سیر تحول و تکامل مفهوم از قانون اساسی مشروطه تا قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

dr.dabirnia.alireza@gmail.com

علیرضا دبیرنیا / استادیار دانشگاه قم

zb.zahrabidar@gmail.com

کژ زهرا بیدار / دانشجوی دوره دکتری حقوق عمومی دانشگاه قم

دریافت: ۱۳۹۷/۱۰/۲۳ - پذیرش: ۱۳۹۸/۰۵/۱۳

چکیده

شکل جدید رابطه حقوق و سیاست در گفتمان جهان معاصر، انسان را به عنوان دارنده حق‌ها و آزادی‌ها در کانون توجه قرار داده است. در این گفتمان، حق «تعیین سرنوشت» از مهم‌ترین حق‌های بنیادین به شمار می‌رود که بر اساس آن، افراد هر جامعه حق تصمیم‌گیری و تعیین سرنوشت فردی و اجتماعی خود را دارا هستند. از آن‌رو که تمام حق‌ها نیازمند تضمین و حمایت در قوانین بوده و قانون اساسی در سلسله مراتب هنجارهای حقوقی، به عنوان بالاترین و مهم‌ترین هنجار، نقش تعیین‌کننده‌ای در تضمین این حق‌ها می‌تواند داشته باشد. نوشتار حاضر بر آن است تا با مطالعه تطبیقی، سیر تحول مفهوم، مبانی و شیوه‌های تضمین نقش و جایگاه مردم در حکومت را، به عنوان یکی از حقوق بنیادین در قانون اساسی مشروطه و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ارزیابی کند. بررسی‌های انجام شده نشان می‌دهد یکی از نتایج انقلاب مشروطه شناسایی نقش مردم برای نخستین بار و تلاش در جهت تضمین آن بوده است؛ سرآغازی که در روند تکاملی خود و در جریان انقلاب اسلامی ایران، به نحو کامل‌تری به ثمر نشست و دغدغه تضمین آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عینیت قابل توجهی پیدا کرد.

کلیدواژه‌ها: حقوق و آزادی‌های اساسی، حق تعیین سرنوشت، قانون اساسی مشروطه، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

حق «تعیین سرنوشت» تا قبل از انقلاب مشروطه، به عنوان یکی از حقوق بنیادین، هیچ جایگاهی نداشت. در اندیشه متفکران عصر روشنگری، مفاهیمی چون «قدرت سیاسی» متحول شد و کارآمدی نظام سیاسی رابطه‌ای مستقیم با شناسایی نقش و جایگاه مردم در حکومت پیدا کرد (فلایر، ۲۰۰۹، ص ۸۵). همزمان با انقلاب فرانسه، امانوئل سی یس مفهوم دقیق‌تری از نقش مردم، تحت عنوان «قدرت مؤسس» ارائه داد. «قدرت مؤسس» در واقع، به این اصل اشاره دارد که اجرا کننده قدرت سیاسی مردم‌اند. مردم به منزله اعمال کننده قدرت سیاسی شناخته می‌شوند؛ آن هم نه صرفاً به مثابه یک اصل اعتقادی، بلکه به منزله موضوع عمل سیاسی (لاکلین، ۱۳۹۱، ص ۲۳۵). قدرت مؤسس، که در بالاترین جایگاه و سلسله مراتب قرار گرفته است موجب تشکیل قدرت سیاسی می‌گردد و محصول این قدرت سیاسی در قالب قانون اساسی و نهادهای سیاسی و حقوقی نمود می‌یابد. قانون اساسی به عنوان زاینده قدرت مؤسس باید تمام جنبه‌های این قدرت را به همراه داشته باشد و منعکس کننده جلوه‌های حضور مردم در تعیین سرنوشت خود است. بدین روی، ضروری است قانون اساسی ضمانت اجرایی برای تضمین این حق در نظر بگیرد. در واقع، سایر حق‌ها زمانی می‌توانند محل استناد و بهره‌برداری قرار گیرند که حق‌های بنیادین، مانند حق تعیین سرنوشت شناسایی شده باشد (بتیز و گودین، ۲۰۰۹، ص ۴).

حق بنیادین «تعیین سرنوشت» در سیر تاریخی خود موجی از انقلاب‌ها در کشورهای گوناگون صادر کرد. مردم درصدد برآمدند تا نظام‌های استبدادی، سلطنتی و پادشاهی راه، که تا آن زمان تبعیت بی‌چون و چرا از آنها به عنوان امری بدیهی تلقی می‌شد، سرنگون و نظام سیاسی جدیدی ایجاد کنند. یا نظام‌های موجود را محدود به قانون ساخته، خود به عنوان منشأ قدرت سیاسی قرار گیرند (کارت، ۲۰۱۴، ص ۳۶۰). این پدیده‌ای بود که در قرون ۱۷ و ۱۸ در اروپا به وقوع پیوست. در این زمان، که غرب در حال تجربه کردن عصر روشنگری و آغاز ورود به دنیای صنعتی بود، ایران درگیر عصر رکود سیاسی، اجتماعی، مدنی و فرهنگی بود. از دوران پادشاهی ناصرالدین شاه تغییر و تحولات شگرفی اتفاق افتاد که تغییرات ساختاری شاکله نظام سیاسی سنتی ایران را به چالش کشید. در ابتدای قرن بیستم، استبداد قاجاری مورد هجوم اعتراضات مردمی قرار گرفت. اعتراضات در برابر تعرض و نفوذ بیگانگان بود که با قتل چهارمین شاه قاجار، ناصرالدین شاه، راه برای ایجاد یک جنبش انقلابی هموار شد؛ جنبشی که به دنبال محدود کردن قدرت و قانون‌گرایی بود (اصلان‌زاده، ۱۳۹۳، ص ۸۶).

این جنبش، که در تاریخ معاصر ایران با عنوان «انقلاب مشروطه»، «جنبش مشروطه» یا «مشروطیت» بررسی می‌شود، اساساً نوعی کنش جمعی به نسبت خشونت بار برای تغییر نظم سیاسی مستقر بود. در واقع، مشروطه‌خواهان ایران مانند مشروطه‌خواهان دیگر کشورهای جهان، از نظم سیاسی موجود کم و بیش ناراضی بودند و می‌خواستند نظم سیاسی جدید، یا به بیان دقیق‌تر، الگوی جدیدی از کسب و اعمال قدرت سیاسی تأسیس کنند تا قدرت سیاسی در خدمت مردم قرار گیرد (گل محمدی، ۱۳۹۲، ص ۲۴). در واقع، مردم در جریان انقلاب مشروطه به دنبال بازتعریف «قدرت سیاسی» بودند که یکی از وجوه این بازتعریف، ناظر به منبع و منشأ قدرت سیاسی بود. مشروطه‌خواهان

کوشیدند قدرت سیاسی را به صورت روشن تری تعریف کنند و منشأ این قدرت را مشخص نمایند. بر این اساس، قدرت سیاسی به تک تک افراد جامعه ایران تعلق گرفت، به گونه‌ای که هیچ شخص حقیقی و حقوقی نمی‌توانست مدعی مالکیت آن شود؛ امری که در متمم قانون اساسی مشروطه به وضوح به چشم می‌خورد.

با وجود این و علی‌رغم شکل‌گیری نظام مشروطه و استقرار قانون اساسی، به‌نظر می‌رسد مفاهیم و اندیشه‌های مردم‌سالارانه در عمل توفیق چندانی نیافت و قیام همگانی دومین انقلاب مردم ایران علیه نظام استبدادی را رقم زد. این امر زمینه‌ساز شکل‌گیری مفهوم نوینی از «نقش مردم» و حق تعیین سرنوشت در اندیشه قانونگذار اساسی شد. برای درک فراز و نشیب‌های اجتماعی در جامعه ایران و تحولات ناشی از آن در حوزه حقوق اساسی، بررسی سیر تحول مفهوم جایگاه مردم و راه‌های تضمین آن در دو قانون اساسی برآمده از انقلاب‌های قرن اخیر در ایران ضروری است. در این زمینه، سؤالاتی قابل طرح است؛ از جمله اینکه مفهوم «حق حاکمیت مردم» چیست؟ و سیر تحول آن در اندیشه قانونگذار اساسی از انقلاب مشروطه تا انقلاب اسلامی، چه دگرگونی‌هایی را پشت سر گذاشته است؟ در قوانین اساسی برآمده از دو انقلاب یاد شده، حق حاکمیت مردم چگونه بازتاب یافته است؟ و از منظر تطبیقی، راه‌های تضمین این حق چگونه ارزیابی می‌شود؟ آیا می‌توان سیر تحول این مفهوم را یک روند تکامل اساسی در جهت بازشناسی حقوق بنیادین قلمداد نمود؟

به‌نظر می‌رسد قانونگذار اساسی در سیر حرکت متعالی خود، بر مدار حقوق بنیادین گام قابل توجهی به جلو برداشته و در اصولی درخشان از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، با ادیباتی رسا نقش مردم را به رسمیت شناخته و مردم را در جایگاه واقعی خود، یعنی دارندگان اصیل قدرت سیاسی تلقی نموده است؛ جایگاهی که در گفتمان «حق - بنیاد» امروز از آن به عنوان حق خودمختاری و حاکمیت بر منابع و ثروت‌های طبیعی یاد می‌شود (شورو، ۲۰۱۳، ص ۹۵-۱۰۲). حق حاکمیت مردم همانند تمامی حقوق دیگر، نیاز به تضمین دارد و ضروری است در قانون اساسی به عنوان سند رسمی تأسیس نظام سیاسی و حقوقی، ابزارها و راه‌های حمایت از آن به رسمیت شناخته شده و مد نظر قرار گیرد. مسئله اصلی پژوهش حاضر بررسی سیر تحول، جایگاه و فراز و نشیب‌های تضمین جایگاه مردم از قانون اساسی مشروطه تا قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. بدین منظور، با بهره‌گیری از روش «مطالعه کتابخانه‌ای» و با مراجعه به متون و اسناد حقوقی - تاریخی، مطالب در سه بخش ارائه می‌شود: ابتدا تعریفی از «جایگاه مردم» ارائه می‌گردد، سپس اصل مربوط نقش مردم در قانون اساسی مشروطه و قانون اساسی جمهوری اسلامی بررسی خواهد شد، و در نهایت، راه‌های تضمین این حق در دو قانون مذکور به صورت تطبیقی مقایسه می‌گردد.

جایگاه مردم در حکومت

«حاکمیت» شاخص‌ترین موضوع در حقوق اساسی کشورها و پاسخگوی بسیاری از پرسش‌های بنیادین در قوانین اساسی است (ایوانس، ۲۰۱۳، ص ۱۹). این مفهوم کلیدی - در واقع - مشخص‌کننده وضعیت دیگر اصول و بنیان‌های یک قانون اساسی و تنظیم‌گر روابط آنهاست. «حاکمیت» به عنوان یکی از عناصر تشکیل‌دهنده دولت

کشور، عبارت است از: قدرت برتر فرمان‌دهی؛ امکان اعمال اراده‌ای فوق اراده‌های دیگر؛ نیرویی خودجوش که از نیرویی دیگر بر نمی‌خیزد؛ و قدرت دیگری برابر با آن وجود ندارد. این قدرت در مقابل اعمال اراده و اجرای اقتدارش مانعی نمی‌پذیرد و از هیچ قدرت دیگری تبعیت نمی‌کند. هرگونه صلاحیتی ناشی از اوست، لیکن صلاحیت‌های او فی نفسه است. حاکمیت مانند مرکز تولید اقتدار، به هر یک از دستگاه‌های فرمانروا صلاحیت عملکرد یا اعمال اراده می‌بخشد (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۸۸، ص ۷۱).

از جمله سؤالات مطرح شده درخصوص حاکمیت، بحث دربارهٔ مبدأ و منشأ آن است. در طول تاریخ، دو نظریهٔ مهم در باب منشأ حاکمیت ارائه شده است: یکی نظریهٔ «تئوکراتیک» و دیگری نظریهٔ «دموکراتیک». براساس نظریهٔ اول، قدرت حاصل نیرویی ماورالطبیعه و یا خارج از ارادهٔ بشری است، و طبق نظریهٔ دوم، قدرت برآمده از ملت و مردم و از درون گروه انسانی است (ریلی، ۲۰۰۷، ص ۷۹۹ - ۸۴۸).

علاوه بر آن، لازم است برداشت دیگری را که از این مفهوم وجود دارد ملاحظه کنیم؛ برداشتی از حاکمیت که در فهم عبارت «حاکمیت مردم» به عنوان کلیدواژه به ما کمک می‌کند. حاکمیت را این‌بار از دیدگاه حقوقی و سیاسی باید بررسی کنیم. از این منظر، حاکمیت از یک سو، بازتابی از رابطهٔ سیاسی مردم و دولت است، و از سوی دیگر، گوهر و ذات دولت مدرن. در برداشت حقوقی از حاکمیت، تمرکز بر جنبه‌های نهادی و صلاحیت دولت است؛ صلاحیتی که به دولت داده شده و دولت براساس نظام حقوق اساسی، این صلاحیت‌ها را به نهادهای تقنینی، اجرایی و قضایی واگذار کرده است. با این حال، حاکمیت افزون بر صلاحیت قانونی، نمایانگر رابطه‌ای بنیادین و سیاسی میان مردم و ساختار نهادی قدرت دولت نیز هست. این جنبه از حاکمیت بیش از صلاحیت، به ظرفیت توجه دارد؛ ظرفیت مردم در غلبه بر منازعه و تعارض اجتماعی از طریق برقراری حس وحدت سیاسی. در این رویکرد، به ظرفیت مردم در تأسیس، ابطال، تغییر و اصلاح اشکال حکومت اشاره شده و سی‌س این نوع حاکمیت را «قدرت مؤسس» نامیده است. حاکمیت در برداشت سیاسی مبنای اولیه، این باور است که صاحبان قدرت رسمی این قدرت را نه به سبب حق ذاتی‌شان، بلکه براساس حقی که متعلق به دیگران است، اعمال می‌کنند و ارادهٔ مشترک مردم به امانت به آنها تفویض شده است (لاگلین، ۱۳۹۱، ص ۷۶).

بنابراین، «حاکمیت» در برداشت سیاسی، با «حق حاکمیت مردم» ارتباط پیدا می‌کند، به گونه‌ای که حتی نیاز به ترکیب واژهٔ «حاکمیت» با مردم نیز وجود ندارد، و خود این واژه به تنهایی این مفهوم را منتقل می‌کند. اکنون چگونگی بازتاب مفهوم «حق حاکمیت مردم» در قانون اساسی مشروطه و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را بررسی می‌کنیم.

بررسی جایگاه مردم در قانون اساسی مشروطه و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

با بررسی قانون اساسی مشروطه، هیچ ردیابی از اصلی که به طور شفاف حاکمیت مردم را به رسمیت شناخته باشد به چشم نمی‌خورد، و به نظر می‌رسد در این متن، مظاهری از حاکمیت مردم وجود دارد، بدون آنکه خود این اصل

به طور صریح بیان شده باشد. ایراداتی از این دست در قانون اساسی مصوب دی ماه ۱۲۸۵، که با عجله و بدون دقت و درنظر گرفتن ماهیت نهضت و خواسته‌های ملت فقط در زمینه مسائل مجلس و تبیین قوه مقننه، تدوین و تصویب شده بود، جمعی را بر آن داشت که موضوع متمم قانون اساسی را مطرح و مجلس را به اقدام اساسی در این زمینه وادار کنند (عمید زنجانی، ۱۳۸۷، ص ۲۴).

از جمله موضوعاتی که در متمم قانون اساسی مشروطه مطرح شد، حقوق ملت و بیان منبع و منشأ قدرت سیاسی بود. اصل بیست و ششم متمم قانون اساسی مشروطه اشعار می‌دارد: «قوای مملکت ناشی از ملت است. طریقه استعمال آن قوا را قانون اساسی معین می‌نماید.» بنابر این اصل، قدرت سیاسی یا همان منبع اعمال اقتدار اصالتاً به ملت ایران یا تک‌تک افراد جامعه ایران تعلق گرفت. از جمله اصول دیگری که در متمم قانون اساسی مشروطه به حاکمیت مردم اشاره دارد، اصل سی و پنجم است. براساس این اصل، «سلطنت و دیعه‌ای است که به عنوان موهبت الهی از طرف ملت به شخص پادشاه تفویض شده است». این اصل نیز به این امر اشاره دارد که منشأ قدرت سلطنت اساساً متعلق به تک‌تک افراد جامعه است و این قدرت از سوی مردم به پادشاه به امانت داده شده است.

اما در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ردپای حاکمیت مردم در مقدمه آن در بحث شیوه‌های حکومت اسلام بدین شکل بیان شده است: «قانون اساسی زمینه مشارکت در تمام مراحل تصمیم‌گیری سیاسی و سرنوشت‌ساز را برای همه افراد جامعه فراهم می‌سازد تا در مسیر تکامل انسان هر فردی خود دست‌اندرکار و مسئول رشد و ارتقا و رهبری گردد». به نظر می‌رسد این عبارت به طور ضمنی، اصل «حاکمیت مردم» را پذیرفته و در جهت تضمین و اجرای عملی آن، زمینه‌هایی را فراهم ساخته است.

حاکمیت مردم، اما به صورت بسیار روشن و با بیانی به مراتب منسجم‌تر از متمم قانون اساسی مشروطه، در اصل پنجاه و ششم قانون آمده است: «حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست، و هم او انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است. هیچ‌کس نمی‌تواند این حق الهی را از انسان سلب کند یا در خدمت منافع فرد یا گروهی قرار دهد. ملت این حق خداداد را از طوقی که در اصول بعد می‌آید، اعمال می‌کند». در واقع، این اصل را به تسامح می‌توان نوعی نوزایی در تاریخ حقوق اساسی ایران قلمداد کرد؛ زیرا برای اولین بار، قانون اساسی با عبارتی رسا، حق حاکمیت را به انسان اختصاص داده و به هیچ فرد و جایگاهی غیر از مردم واگذار نشده است؛ یعنی مردم در جایگاه ریاست بر کشور قرار دارند (دبیرنیا، ۱۳۹۵- الف، ص ۱۲۵). اصل پنجاه و ششم قانون اساسی از جمله اصول شاخص قانون اساسی است که دغدغه اصلی تدوین آن را تشکیل می‌دهد. در این اصل، مردم در جایگاه ایجادکنندگان قدرت سیاسی مشروع قرار گرفته‌اند و اساساً حق حاکمیت تنها متعلق به آنان است. این اصل در تفسیر تمام اصول دیگر قانون اساسی همواره باید مد نظر قرار گیرد.

هم در متمم قانون اساسی مشروطه و هم در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران شیوه‌های اجرای حق حاکمیت مردم، به عنوان یکی از حقوق بنیادین به دیگر اصول ارجاع شده است. در قسمت بعد، راه‌های تضمین این حق را در قوانین مذکور بررسی می‌کنیم.

بررسی راه‌های تضمین جایگاه مردم در قانون اساسی مشروطه و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
 اعلام شیوه‌های تضمین و اعمال جایگاه مردم در قوانین اساسی، حتی از شناسایی این مفهوم اهمیت بیشتری دارد. با بررسی متمم قانون اساسی مشروطه و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مشخص می‌گردد در اصول این قانون، دغدغه تضمین حق حاکمیت مردم وجود داشته است. راه‌های تضمین حق حاکمیت مردم را می‌توان در پنج دسته بررسی کرد: اعمال حاکمیت توسط مردم، نمایندگی، تضمین حقوق و آزادی‌ها، مبارزه با استبداد و بازنگری در قانون اساسی. در ادامه، به تفصیل آنها را بررسی و به مصادیق آنها در قوانین مذکور اشاره خواهیم نمود:

۱. انتخابات

بهترین روش برای تضمین هر حقی، اعمال آن توسط صاحب حق است. این موضوع در خصوص حق حاکمیت مردم نیز مصداق دارد. با وجود این، عمدتاً به سبب گستردگی جوامع امروز، در عمل کمتر از این شیوه استقبال می‌شود. در اصول ششم و پنجاه و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در اداره امور عمومی و قانون‌گذاری، شیوه «همه‌پرسی» پیش‌بینی شده است. بنابراین، امکان اعمال مستقیم حاکمیت از سوی مردم در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران فراهم شده است؛ امری که برای آن مابازایی در قانون اساسی مشروطه یافت نمی‌شود. همه‌پرسی در واقع رجوع به آراء عمومی و به مشورت گرفتن مستقیم مردم در خصوص وضع قانون یا تغییر و اصلاح آن و همچنین کسب نظر شهروندان در باب مسائل مهم مملکتی است (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۸۸، ص ۱۲۷). ضروری است این راه‌کار و شیوه اعمال آن در قانون اساسی کشور پیش‌بینی شود تا بتوان از آن بهره جست.

۲. نمایندگی

«حکومت به نمایندگی» را در جوامع امروزی باید به منزله روشی نگرینست که مردم با استفاده از آن قادر به حکومت بر خود خواهند بود. در مفهوم «حاکمیت مردم»، مردم به عنوان منبع و منشأ، مقدم بر هر چیزی هستند و حاکمیت آنها اساس حکمرانی به‌شمار می‌رود. این اصل ضروری قابل تصور است که مردم به عنوان قدرت تأسیس‌کننده، در خارج از ساختارهای حقوقی و سیاسی مستقر هستند و به عنوان مبنای مشروعیت‌بخشی به قدرت سیاسی تلقی می‌گردند. در واقع، سیاست برای مدیریت منازعاتی پدید آمده است که راه‌حلی قطعی برای آنها متصور نیست. به دیگر عبارت، در قلمرو سیاست حقیقت محصول باور و نظر است، و واقعیت سیاسی از راه‌گزینش باورهای عرضه شده در جامعه به واسطه نمایندگی محقق می‌شود. از این‌رو، نماینده‌گرایی در بنیاد هر نوع تعامل سیاسی وجود دارد و سیاست به‌طور کلی، از رهگذر هنر نمایندگی عمل می‌نماید (لاگلین، ۱۳۹۳، ص ۳۳۴).

از نظر تاریخی، شکل‌گیری نهادهای دولتی با ماهیت نمایندگی به تدریج، زمینه استقرار حکمرانی مبتنی بر نمایندگی را فراهم آورده است (کاستینگ لیون و وارن، ۲۰۰۶، ص ۳). سازمان‌دهی کارآمد تعارض و منازعه، حکومت به نمایندگی را به برترین شکل حکومت تبدیل ساخته است، به‌گونه‌ای که باید گفت: قدرت سیاسی در معنای نوین خود، از طریق نمایندگی شکل می‌گیرد و در چارچوب آن اعمال می‌شود. دموکراسی نمایندگی، نه یک جایگزین معیوب برای دموکراسی مستقیم، بلکه راهی برای مردمسالاری است (اوربیناتی، ۲۰۰۶، ص ۲۳۲).

در نظام‌های دموکراتیک امروزی، حضور مستمر مردم در اداره امور کشور و تعیین سرنوشت فردی و اجتماعی خویش، مهم‌ترین هدف به شمار می‌آید تا مردم بتوانند منافع خویش را دنبال کنند، و به همین منظور، نظام دموکراسی با نظام نمایندگی درهم تنیده شده است و ساختاری واحد را به نمایش می‌گذارد. استمرار حق حاکمیت مردم مستلزم استمرار نظام نمایندگی در تمامی شئون حکومت است و «نهاد مؤسس به عنوان عینیت قدرت مؤسس و یا تجسم روح یک ملت» در جایگاه خالق نظام دموکراتیک قرار دارد (دبیرنیا، ۱۳۹۵ - ب، ص ۱۷۸).

در کشور ما، نظام نمایندگی با تشکیل «مجلس مؤسسان» شکل گرفت. این مجلس، که قانون اساسی را تدوین کرد، نظام نمایندگی را به عنوان تنها نظام معتبر به رسمیت شناخت و تمام بنیان‌ها را بر نمایندگی مبتنی ساخت. بنابراین، هر آنچه که از رهگذر مجلس مؤسسان و قانون اساسی ایجاد می‌شود، ویژگی نمایندگی دارد. نظام نمایندگی ضرورتاً به معنای نهادهای و مقامات انتخابی نیست، بلکه نهادهای و مقامات غیرانتخابی نیز در قالب نمایندگی قرار می‌گیرند.

از آن رو که دغدغه مردم در تدوین قانون اساسی مشروطه گشایش مجلس قانون‌گذاری بود، موضوع نمایندگی در اصل دوم این قانون بازتاب یافت. براساس این اصل، مجلس شورای ملی نماینده قاطبه اهالی مملکت ایران دانسته شده است. اصل بعدی مجلس شورای ملی را متشکل از اعضای می‌داند که در تهران و ایالات توسط مردم انتخاب می‌گردند. براین اساس، ملاحظه می‌گردد که مجلس شورای ملی، که به تعبیر اصل اول «مؤسس» و «مقرر» است، نماینده مردم ایران بوده و اعضای آن توسط مردم انتخاب می‌شوند. این مجلس حق قانون‌گذاری در عموم مسائل مملکت را با درنظر گرفتن صلاح ملک و ملت داشته است. پیش از این، قانون‌گذاری در ایران وجود نداشت و - در واقع - اصل یاد شده نخستین بار این موضوع را به رسمیت شناخت. نکته‌ای که نباید از آن غافل بود این است که اساساً بحث نمایندگی بدون وضع قانون معنا ندارد و با توانایی و حق قانون‌گذاری است که نمایندگی معنای واقعی خود را پیدا می‌کند.

در متمم قانون اساسی مشروطه، بحث نمایندگی و تعلق حاکمیت به مردم به عنوان دارندگان اصلی قدرت سیاسی با وضوح بیشتری در اصول سی و پنجم و سی و ششم آمده است. بر اساس این دو اصل، حاکمیت (سلطنت) متعلق به مردم است که به صورت امانت از طریق مجلس مؤسسان به پادشاه داده شده است.

اصل نمایندگی در قانون اساسی ایران جایگاه رفیعی دارد، به گونه‌ای که می‌توان آن را یکی از مبانی این قانون برشمرد و بر آن بود که بدون گذار از سیستم نمایندگی هیچ قدرت سیاسی معتبری نمی‌تواند شکل بگیرد. این اصل در مقدمه قانون اساسی با عباراتی چون «سپردن سرنوشت مردم به دست خودشان» و «ایجاد زمینه مشارکت در تمام مراحل تصمیم‌گیری‌های سیاسی و سرنوشت ساز برای همه افراد اجتماع» ظهور یافته است. ارجاع بعدی در بند هشتم از اصل سوم صورت گرفته و بر اساس آن، دولت مکلف گردیده است همه امکانات خود را برای تحقق مشارکت عامه در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش به کار گیرد. استمرار این رویکرد در اصل ششم نمود ویژه‌ای یافته که مطابق آن تشکیل هرگونه قدرت سیاسی منوط به آراء مردم و از طریق انتخابات عمومی است.

به موجب این اصل، باید اذعان نمود که هر قدرتی در چارچوب نظام نمایندگی تأمین و اعمال نشود فاقد اعتبار است و نمی‌تواند واجد آثار سیاسی - حقوقی گردد. پذیرش اصل «نمایندگی» در بستر مفاهیم و اصول بنیادی دیگری همچون شکل‌گیری و تکوین حکومت در تمام اجزای آن با رأی مردم در سرآغاز قانون اساسی (اصل اول)، غیر قابل سلب بودن آزادی‌ها حتی به موجب قانون (اصل نهم)، و تعلق حق الهی و طبیعی تعیین سرنوشت به مردم (اصل پنجاه و ششم) مؤید این حقیقت است که براساس میثاق اساسی حکمرانی، رابطه حقوقی - سیاسی مردم به عنوان اصیل و صاحبان اصلی قدرت و کارگزاران به عنوان عامل و پیش‌کار مردم، همواره باید حفظ شود.

۳. تضمین حقوق و آزادی‌ها

انقلاب حق با پیروزی قدرت اجتماعی بر قدرت سیاسی و پی‌ریزی نظام سیاسی بر بنیاد فرد صاحب حق شکل گرفته است. این گفتمان، که به ویژه پس از جنگ جهانی دوم در سیاست و حقوق رواج پیدا کرده است، نیروی خود را از تغییری عمیق در برداشت انسان از رابطه سیاسی «دولت - شهروند» دریافت می‌کند (پریماس، ۱۹۹۹، ص ۱۷۹). در واقع، دیدگاه‌های متأثر از حقوق طبیعی بر اندیشه حقوق عمومی مدرن، به‌ویژه پس از انقلاب‌های آمریکا و فرانسه، تأثیری مهم گذارده و از این طریق، وارد گفتمان حقوقی شده است؛ رخدادی که با موضوعه‌سازی یا نهادینه کردن برداشت از قانون به مثابه تجلی حقوق بنیادین، شکلی جدید به رابطه حقوق و سیاست بخشیده است (اکرمان، ۱۹۹۱، ص ۲۰۰ - ۲۱۴).

متأثر از این تحولات، بیشتر نظم‌های حقوقی در جوامع امروزی بر یک ساختار سلسله مراتبی مبتنی بر ارجحیت قانون اساسی بنا شده و قانون اساسی در ماهیت خود، نظامی است که جوهر آن را حقوق و آزادی‌های بنیادین تشکیل می‌دهد. از این رو، می‌توان گفت: حقوق و آزادی‌های بنیادین هسته مرکزی تمام مناسبات حکمرانی را به خود اختصاص می‌دهد که نه تنها رابطه افراد و گروه‌ها را با یکدیگر و با دولت تنظیم می‌کند، بلکه در تمام ساختارهای دولتی، تصمیم‌سازی‌ها و تصمیم‌گیری‌ها، فرآیندهای نظارتی، و به طور کلی، در تمام نمودهای اعمال قدرت سیاسی بازتاب یافته، مؤثر واقع می‌شود. به همین دلیل در بیشتر قوانین اساسی مدرن، اعلامیه حق‌ها بخشی جدایی‌ناپذیر به شمار می‌رود.

از آن رو که حاکمیت مردم یا به تعبیر دیگر، حق تعیین سرنوشت یکی از حقوق بنیادین به شمار می‌آید، تضمین حقوق و آزادی‌ها یکی از راه‌های تضمین این حق است و در این میان، نقش قوه قضاییه به عنوان حافظ حقوق و آزادی‌ها، دارای اهمیت است. از سوی دیگر، پیش‌بینی برخی از حق‌ها، مانند آزادی بیان و آزادی مطبوعات در تضمین حق حاکمیت مردم مؤثر است، و این اجازه را به صاحبان اصلی حق حاکمیت می‌دهد که انتقادات و نظرات خود را ابراز کنند.

در قانون اساسی مشروطه، هیچ اصلی به موضوع حقوق و آزادی‌های بنیادین و تضمین آنها اختصاص نیافته است. گویی قانون‌گذاران وقت دغدغه‌ای در این خصوص نداشته‌اند. به نظر می‌رسد این امر از یک سو، ناشی از عجله و شتاب‌زدگی در تدوین متن قانون بوده است، و از سوی دیگر، نتیجه فقدان ادبیات غنی حقوق بنیادین در

زمان تصویب قانون. اما در متمم قانون اساسی، بخشی به نام «حقوق ملت ایران» وجود دارد که اصول هشتم تا بیست و پنجم را به خود اختصاص می‌دهد. اولین اصل از این بخش (اصل هشتم) اهالی مملکت ایران را در مقابل قانون دولتی متساوی‌الحقوق دانسته، در اصل بعدی جان، مال، مسکن و شرف (آبروی) افراد را از تعرض مصون می‌داند. در اصل یازدهم این قانون، حق دادخواهی برای افراد به رسمیت شناخته شده است. آزادی مطبوعات در اصل بیستم، و آزادی اجتماعات در اصل بیست و یکم این قانون از جمله حقوقی است که در جهت تضمین حق حاکمیت مردم می‌توان به آنها اشاره نمود. در این قانون، قوه قضاییه به عنوان حافظ حقوق و آزادی‌های عمومی معرفی نشده و مسئله تضمین حقوق عمومی مغفول مانده است.

در مقابل، فصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به حقوق ملت اختصاص یافته است. برخورداری از حقوق مساوی بدون تبعیض در رنگ، زبان، نژاد و مانند آن (اصل نوزدهم)، مورد حمایت بودن این حقوق (اصل بیستم) و مصون بودن جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض (اصل بیست و دوم) در ابتدای این فصل آورده شده است. اصل بیست و چهارم این قانون به نوعی آزادی مطبوعات و نشریات را با قید «مخل نبودن به مبانی اسلام و حقوق عمومی» به رسمیت شناخته است. آزادی احزاب، جمعیت‌ها، انجمن‌های سیاسی و صنفی، انجمن‌های اسلامی و اقلیت‌های دینی در اصل بیست و ششم، و آزادی تشکلات در اصل بیست و هفتم این قانون آمده است. دادخواهی به عنوان حق مسلم افراد (اصل سی و چهارم) از جمله حقوقی است که همگی در جهت تضمین حق حاکمیت مردم مؤثر است. علاوه بر شناسایی حق‌ها و آزادی‌ها، پیش‌بینی سازوکار تضمین و حمایت از آنها نیز درخور توجه است. در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مسئله «قضا» در رابطه با پاس‌داری از حقوق مردم امری حیاتی دانسته شده، و در اصل یکصد و پنجاه و ششم، قوه قضاییه به عنوان قوه‌ای مستقل، پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی به شمار آمده که از جمله وظایف آن، احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع است.

۴. مبارزه با استبداد

تمرکز قدرت و استبداد از جمله موضوعاتی است که چاره‌اندیشی در خصوص آن از مقدمات تضمین حق حاکمیت مردم است. در صورت تمرکز قدرت در دست فرد یا گروهی خاص، حق حاکمیت مردم خدشه‌دار می‌شود؛ زیرا اساساً قدرت متعلق به مردم است. شاید بتوان گفت: مهم‌ترین مانع برای حق تعیین سرنوشت، استبداد و انحصار قدرت است (سالوا، ۲۰۰۵، ص ۳۶ - ۷۱). در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نفی هرگونه استبداد فکری و اجتماعی و انحصار اقتصادی و گسستن نظام استبدادی و سپردن سرنوشت مردم به دست خودشان، از جمله اهداف و وظایف قانون اساسی در نظر گرفته شده است. به طور کلی، راه کار مبارزه با این استبداد و انحصار به دو بخش تقسیم می‌گردد: ۱. تفکیک قوا؛ ۲. محدود و مشخص بودن اختیارات مقامات به موجب قانون.

تفکیک قوا در اصل بیست و هفتم متمم قانون اساسی مشروطه و در اصل پنجاه و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به چشم می‌خورد. دومین راه رفع استبداد، محدود و مشخص بودن اختیارات مقامات در قانون است. قانون اساسی به عنوان میثاق میان مردم تنظیم، و بر همین اساس، اختیارات مردم صرفاً در چهارچوب یک قرارداد اجتماعی معین (قانون اساسی) به حکومت تفویض شده است. شناسایی اختیارات اضافی برای کارگزاران مستلزم رجوع مجدد به مردم و اخذ اجازه از آنان است (دبیرنیا، ۱۳۹۵- ج، ص ۱۳۱). اصل بیست و هشتم و بیست و نهم قانون اساسی مشروطه، وزرا را محدود به قانون کرده و ضمانت اجرای تخلف از آن را بیان نموده است. در متمم قانون اساسی مشروطه، وظایف نمایندگان مجلس، پادشاه، محاکم و... آورده شده است. نکته‌ای که باید به آن توجه کرد این است که در اصل ۵۷ متمم قانون اساسی مشروطه بیان شده است: «اختیارات و اقتدارات سلطنتی فقط همان است که در قوانین مشروطیت حاضره تصریح شده»؛ اما در اصل ۴۴ این قانون، شخص پادشاه از مسئولیت مبرا شده که این امر نقض غرض اصل پیش گفته است. در مقابل وظایف و اختیارات رهبر، رئیس جمهور، نمایندگان و... در اصول متعدد قانون اساسی جمهوری اسلامی مشخص شده و همه این افراد در مقابل قانون، مساوی و مکلف به پاسخگویی به شکل‌های گوناگون هستند.

۵. بازنگری در قانون اساسی

پس از پذیرش حق بنیادین «حاکمیت مردم» به عنوان سازندگان «قدرت مؤسس»، که توانایی ایجاد مجلس مؤسسان و از خلال آن تدوین قانون اساسی و ساخت نهادهای حقوقی و سیاسی را به عنوان صلاحیت اصلی و ذاتی دارد، صلاحیت تبعی و فرعی دیگری نیز برای مردم ایجاد می‌شود که ناشی از ویژگی تأسیس‌کنندگی نهاد مؤسس است و تحت عنوان «صلاحیت اصلاح قانون اساسی» از آن یاد می‌شود (دبیرنیا، ۱۳۹۵ - ب، ص ۱۹۱).

اصل بر این است که تمام قوانین اساسی دموکراتیک باید از این قابلیت برخوردار باشند که توسط مردم به عنوان خالقان قانون اساسی تغییر کنند. این قابلیت نشان‌دهنده قدرت فراساختاری قوه مؤسس است. مردمی که قانون اساسی را تدوین کرده‌اند هرگز نباید در چارچوب این سند محصور شوند و درست مانند نسل سازنده نخستین باید بتوانند عقیده خود را به صورت تغییر این سند نشان دهند. روش تغییر و اصلاح قانون اساسی با توجه به عواملی همچون دموکراتیک بودن یا نبودن نظام حقوقی متفاوت است. گاه این حق در خود قانون اساسی برای مردم پیش‌بینی و سازوکارهای آن نیز تبیین می‌شود، و گاه رویه‌های عرفی زمینه اصلاح این میثاق اساسی را فراهم می‌آورد (بیسو، ۲۰۱۵، ص ۸۷ - ۶۹)، هرچند پیش‌بینی نکردن این حق مانعی برای اعمال آن ایجاد نمی‌کند؛ زیرا قانون اساسی به عنوان محصول قدرت مؤسس نمی‌تواند صلاحیت خالق را محدود سازد. باید اذعان نمود تغییر قانون اساسی در عمل و رویه مردم، امری است که به وفور اتفاق می‌افتد و گاه ممکن است به تغییر نظام سیاسی نیز منجر شود.

هیچ یک از اصول قانون اساسی مشروطه و متمم آن به بحث بازنگری قانون اساسی نپرداخته است، هر چند مردم ایران در بهمن ۱۳۵۷ تغییر و بازنگری عملی قانون اساسی را انجام دادند که منجر به تغییر نظام سیاسی و شناسایی حق بر انقلاب شد. در عین حال، به حق «بازنگری در قانون اساسی ۱۳۵۸» نیز اشاره نشده بود؛ زیرا برخی معتقد بودند: پیش‌بینی اصل بازنگری لزومی ندارد (ورعی، ۱۳۸۵، ص ۱۰۱۷). بدین روی، با اکثریت تعداد مخالفان اصل مربوط به بازنگری رأی نیاورد. در بازنگری ۱۳۶۸ اصل ۱۷۷ قانون اساسی به بازنگری اختصاص یافته و کم و کیف این بازنگری نیز تبیین شده است.

نکته‌ای که باید به آن توجه کرد تفسیری است که با توجه به تحولات یاد شده و سیر تصویب اصل بازنگری، باید از اصل ۱۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران یاد نمود. اساساً آنچه به عنوان اصول تغییرناپذیر در انتهای این اصل آمده مطلقاً ناظر به مردم نیست؛ زیرا همان گونه که پیش‌تر اشاره شد، قانون اساسی نمی‌تواند اراده مردم را محدود کند و هر نسل با داشتن حق تعیین سرنوشت، می‌تواند برای خود تصمیم بگیرد.

نتیجه‌گیری

با عنایت به موارد فوق، می‌توان گفت: جایگاه و نقش مردم در قانون اساسی مشروطه (متمم قانون اساسی) و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به رسمیت شناخته شده، با این تفاوت که بیان قانون اساسی کنونی به مراتب پخته‌تر و کامل‌تر است و حق «تعیین سرنوشت» را براساس آموزه‌های متعدد اسلام، به خود مردم واگذار ساخته، و با تأکید بر اینکه این حق الهی و خدادادی است، هیچ‌کس نمی‌تواند این حق را از او سلب نماید. باید توجه داشت علی‌رغم تصویب قانون اساسی مشروطه و متمم آن و شناسایی حقوق و آزادی‌هایی برای ملت ایران در این قانون، با توجه به مقدس انگاشتن مقام سلطنت در اصول متعدد، می‌توان گفت: نبود فرهنگ دموکراتیک و وجود روحیه رعیت‌پنداری، موجب گردید این حق جنبه عملی نیابد و برای مردم ایران درونی نشود.

مبانی تضمین این حق را می‌توان در پنج قسمت بررسی کرد:

۱. اعمال این حق توسط خود مردم از طریق مشارکت مستقیم؛ مانند همه‌پرسی؛
۲. پذیرش اینکه تمام ارکان و نهادها و مقامات نماینده مردم هستند و باید خواسته‌ها و تمایلات مردم را منعکس سازند؛

۳. تضمین حقوق و آزادی‌ها؛

۴. مبارزه با استبداد؛

۵. امکان بازنگری و اصلاح قانون اساسی.

با بررسی‌های صورت گرفته، مشخص می‌گردد علاوه بر خود این حق، که در قانون اساسی جمهوری اسلامی به طور کامل‌تر بیان شده، مبانی تضمین این حق نیز در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به مراتب، مستحکم‌تر و با سازوکارهای متفاوتی تضمین گردیده است.

منابع

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

قانون اساسی مشروطه

اصلان زاده، مهدی، ۱۳۹۳، «زمینه‌های تحولات فکری جنبش مشروطه‌خواهی در ایران»، *مطالعات جامعه‌شناختی ایران*، سال چهارم، ش ۱۳، ص ۸۵-۱۱۱.

دیرینیا، علیرضا، ۱۳۹۵، «تحلیلی بر مفهوم نمایندگی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *پژوهش‌های تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، دوره سوم، ش ۱، ص ۱۱۵-۱۳۴.

_____، ۱۳۹۵، «حاکمیت مردم در اندیشه سیاسی غرب و اسلام»، *پژوهش‌های تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، دوره سوم، ش ۳، ص ۲۵-۵۰.

_____، ۱۳۹۵، *قدرت مؤسس* (کاوشی در مبانی حقوق اساسی مدرن)، چ دوم، تهران، شهر دانش.

عمیدزنجانی، عباسعلی، ۱۳۸۷، *کلیات حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، چ سوم، تهران، مجد.

قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، ۱۳۸۸، *بایسته‌های حقوق اساسی*، چ سی و ششم، تهران، میزان.

گل محمدی، احمد، ۱۳۹۲، «انقلاب مشروطه و بازتعریف قدرت سیاسی»، *تاریخ‌نگاری و تاریخ‌نگاری* (دانشگاه الزهراء)، سال بیست و سوم، ش ۱۲، ص ۱۸۲-۲۰۱.

لاکلین، مارتین، ۱۳۹۳، *مبانی حقوق عمومی*، ترجمه محمد راسخ، چ دوم، تهران، نشر نی.

ورعی، سیدجواد، ۱۳۸۵، *مبانی و مستندات قانون اساسی به روایت قانونگذار*، تهران، دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری.

هاشمی، سیدمحمد، ۱۳۹۵، *حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی*، چ سوم، تهران، میزان.

Ackerman, Bruce, 1991, *We The People*, London, Cambridge, Massachusetts.

Betiz, Charles. R, Goodin, Robert. E, 2009, *Global Basic Rights*, New York, Oxford University Press.

Besso, Michael, 2005, "Constitutional Amendment Procedures and the Informal Political Construction of Constitutions", *The Journal of Politics*, 67(1), p.69-87.

Castiglione, Dario, Warren, Mark E (2006), *Rethinking Democratic Representation*, Vancouver: Centre for the Study of Democratic Institutions University of British Columbia.

Campbell black, H., 1891, *Black law dictionary*, 10th edition, Oxford Press..

Evans, Julie and Genovese, Ann and Reilly Alexander and Wolfe, Patrick, 2003, *Sovereignty: Frontiers of Possibility*, University of Hawai'i Press.

Fleiner, Thomas and Basta Fleiner, 2009, *Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalized World*, Germany, Springer Press.

Kurt, Selim, 2014, "The Revolutions of 1848 and its Reflections to modern political mentality", *journal of history school*, 7 (18), p. 359-376.

Primus, Richard, 1999, *American language of rights*, Cambridge, Cambridge University Press.

Riley, Angela, 2007, "Sovereignty and Illiberalism", *California Law Review*, 95(3), p. 799-848.

Salevao, Iutisone, 2005, *Rule of Law, Legitimate Governance & Development in the Pacific*, Sydney, ANU press.

Schrijver, Nicolaas, 2013, *Self-determination of peoples and sovereignty over natural wealth and resources*, New york, United Nation Press.

Urbinati, Nadia, 2006, *Representative Democracy Principles and Genealogy*, Chicago, The University of Chicago Press.

نظارت بر کارگزاران حکومت از دیدگاه علی علیه السلام

sehoseini@hotmail.com

سیدابراهیم حسینی / استادیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی علیه السلام
دریافت: ۱۳۹۷/۱۲/۰۹ - پذیرش: ۱۳۹۸/۰۵/۰۷

چکیده

از آنجاکه قدرت سیاسی در بینش اسلامی صرفاً امانتی است در دست کارگزاران حکومت برای خدمت به بندگان خدا و احقاق حق و دفع باطل، و نه طعمه‌ای برای حاکمان به منظور گردن‌کشی یا زراندوزی، نظارت بر رفتار کارگزاران و حاکمان به منظور تضمین اعمال حاکمیت در مسیر صحیح، ضروری است. هدف اصلی ما در این تحقیق، بیان فلسفه، اهداف و شیوه‌های نظارت بر کارگزاران حکومت با ادبیات حقوقی و به شیوه توصیفی - تحلیلی و با تأکید بر نگاه امام علی علیه السلام است.

کلیدواژه‌ها: نظارت، قدرت سیاسی، کارگزاران، حکومت علوی، نظارت پیشینی، نظارت پسینی.

مقدمه

نظارت، اسم مصدر از ریشهٔ نظر (معین، ۱۳۹۱، ص ۱۱۶۱) به معنای مراقبت، تحت نظر و دیده‌بانی داشتن کاری (دهخدا، ۱۳۷۳، ج ۱۳، ص ۱۹۹۶۰-۱۹۹۶۱) است. نظارت با فتح نون، یعنی عمل ناظر و مقام او، و مراقبت در اجرای امور، مانند نظارت بر امور مالی؛ و نظارت با کسر نون، یعنی زیرکی، فراست، مهارت، تدبیر و تفکر؛ به این معنا که طی آن، میزان تطابق عملکرد اشخاص با قوانین نسبت به مطابقت نتایج عملکرد با اهداف، با اطلاع و اشرافی که ناظر در مقام مافوق حاصل می‌کند، به آن نظر کرده و ارزیابی می‌کند (معین ۱۳۹۱، ص ۱۱۶۲؛ انیس و دیگران، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۹۹۰-۱۹۹۱). البته برخی عالمان اهل لغت بر تأمل در چیزی با چشم یا حس کردن با چشم تأکید ورزیده‌اند (ابن منظور، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص ۱۹۲-۱۹۳)؛ اما مقصود ما، معنای اصطلاحی آن در حوزه تخصصی مدیریت و حقوق است. نظارت، به مجموعه عملیاتی گفته می‌شود که طی آن، میزان تطابق عملکرد اشخاص با قوانین و مقررات حقوقی سنجیده می‌شود تا از این طریق، دربارهٔ مطلوب و مورد نظر اطمینان حاصل شود (اقداری، ۱۳۸۵، ص ۲۵۱؛ هاشمی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۱۹۴ - ۱۸۸ و ۲۴۷ - ۲۳۷) و بدین وسیله، کار مجریان و تصمیم‌گیری‌های کارگزاران حکومت کنترل می‌شود تا جلوی هر گونه اشتباه یا سوءاستفاده گرفته شود (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۷، ص ۷۰ - ۶۱؛ مصباح یزدی، ۱۳۸۱، ج ۳، ص ۷۵).

آیت‌الله عمیدزنجانی در تعریف نظارت به مفهوم حقوقی آن گفته‌اند: «نظارت عنوانی است که به منظور بازرسی و ارزیابی اقدامات مقامات است. بازرسی، سنجش و ارزیابی اقدامات مجریان است» (عمید زنجانی و موسی‌زاده، ۱۳۸۹، ص ۱۵).

۱. فلسفهٔ نظارت بر کارگزاران حکومت

در اندیشهٔ اسلامی دلایل مختلفی برای نظارت بر کارگزاران حکومت و مراقبت از آنها وجود دارد که بیانگر ضرورت نظارت و توجیه‌کنندهٔ آن است که از جملهٔ آنها می‌توان به نکات ذیل اشاره کرد:

۱-۱. نگاه ابزاری به قدرت

در فرهنگ اسلامی، به حکومت به مثابهٔ امانتی نگریسته می‌شود که از سوی خدا به افراد سپرده شده است و آنها مأمور حفظ و صیانت از این امانت‌اند. خدای متعال فراتر از توصیهٔ ارشادی، در قالب یک فرمان الزامی می‌فرماید: «انَّ اللّٰهَ یأمرکم أن تؤدّوا الامانات الی اهلها» (نساء: ۵۸)؛ یعنی همانا خداوند شما را فرمان می‌دهد که امانت‌ها را به اهلش بسپارید. طبق تفسیر مفسر بزرگ، مرحوم طبرسی در مجمع‌البیان، مقصود از امانت در این آیه، حکومت عادل است؛ یعنی قدرت سیاسی در اختیار حاکمانی است که باید نهبان و پاسدار حقوق مردم باشند (طبرسی،

۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۹۱-۹۰؛ کسانی که رعایت حقوق آنها از سوی حکومت و حاکمان لازم است. این برداشت با توجه به سه نکته تقویت می‌شود:

۱. ذیل آیه ۵۸ سوره نساء، دقیقاً در ادامه سفارش به ادای امانت‌ها به صاحبان آن، مسئله داوری و قضاوت مطرح می‌شود که از شئون حکومت است: «و اذا حکمتم بین الناس أن تحکموا بالعدل (نساء: ۵۸)؛ و به شما فرمان می‌دهد که وقتی میان مردم داوری و قضاوت می‌کنید، به عدالت حکم کنید».

۲. در آیه بعد، «یا ایها الذین آمنوا أطیعوا اللهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولی الْأَمْرِ مِنْكُمْ» مسئله فرمانبری از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و حاکمان و رهبران دینی به عنوان جانشینان آن حضرت (اولی الامر) به‌طور ویژه و جدای از اطاعت خدا مطرح شده است (نساء: ۵۹) و این دلیل بر لزوم رعایت حقوق متقابل شهروندان و حکومت است.

۳. در روایاتی از ائمه معصوم علیهم السلام به‌ویژه امام باقر و امام صادق علیهم السلام در تفسیر این آیه نقل شده است: «أنهم قالوا آیتان إحداهما لنا و الأخرى لكم قال الله «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» الآية ثم قال «یا ایها الذین آمنوا أطیعوا اللهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولی الْأَمْرِ مِنْكُمْ». فرمودند: این آیه و آیه بعدی، یکی برای ماست و دیگری برای شما. در آیه ۵۹ سوره نساء به مؤمنین فرمان داده شد که از رهبران دینی و ائمه علیهم السلام به‌عنوان جانشینان پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و حاکم اسلامی (اولی الامر) اطاعت کنند؛ و در آیه قبل به حاکمان اسلامی و رهبران دینی فرمان داده شده است که با رعایت حقوق مردم و شهروندان، امانت‌داری کنند و حق را به صاحبان حق برگردانند (طبرسی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۹۱-۹۰) و شگفت آنکه رعایت حقوق مردم بر رعایت حقوق حاکمان و فرمانبری از آنان مقدم شمرده شده؛ و این از عظمت حقوق اسلامی در پاسداشت حقوق انسانی است.

افزون بر این، حتی اگر مقصود از امانت، مطلق امانت باشد - که معنای وسیعی دارد و هر گونه سرمایه مادی و معنوی را به‌طور عام شامل می‌شود - روشن است که در فرهنگ دینی هر گونه مسئولیت و پست و مقامی یک امانت الهی است؛ بلکه مهم‌ترین مصداق بارز آن، حقوق شهروندان؛ بر عهده حکومت اسلامی است و صاحب‌منصبان قدرت سیاسی و حاکمیت خود را وسیله‌ای برای تلاش و پیگیری به منظور خدمتگزاری به مردم قرار می‌دهند؛ چنانکه امیر مؤمنان علی علیه السلام در نامه‌ای به اشعث بن قیس که استاندار ایشان در آذربایجان بود (حسینی اصفهانی، ۱۳۸۴، ص ۴۲) نوشت: «همانا منصب فرمانداری برای تو وسیله آب و نان نیست؛ بلکه امانتی بر گردن توست؛ وان عَمَلک لیس لک بطعمه ولکنه فی عنقک امانة» (نهج البلاغه، ۱۴۱۴ق، ن ۵).

با چنین بینشی، بایستی زمامداران و کارگزاران حکومت اسلامی، مسئولیت خویش را امانت‌داری و پاسداری از حقوق شهروندان بدانند و برای احراز صحت عملکرد مسئولین و کارگزاران حکومت و انطباق عملکرد آنان با این نگرش، پیوسته باید بر آنان و اعمال آنان نظارت و مراقبت شود؛ چنانکه امیرالمؤمنین علی علیه السلام به سفارش و اندرز

بسنده نمی‌کرد؛ بلکه با گزارش‌گیری‌های مستقیم و غیرمستقیم، از شیوه عملکرد کارگزاران خود آگاهی می‌یافت و بر اساس آن، ایشان را اندرز می‌داد و راهنمایی می‌کرد.

در نگاه علی علیه السلام، حکومت نه ارزش ذاتی دارد و نه ارزش نهایی؛ بلکه ارزش ابزاری دارد تا بدان وسیله حق را برپا و باطل را نابود سازد؛ چنان که نقل شده است:

(الف) امیر مؤمنان علی علیه السلام سال ۳۶ ق به هنگام عزیمت به شهر بصره برای جنگ با ناکثین، در سرزمین ذی‌قار خطبه‌ای را ایراد فرمود. ابن‌عباس می‌گوید: در سرزمین ذی قار خدمت امام رفتیم. دیدم که وی به وصله کردن و دوختن کفش پاره خود مشغول بود. تا مرا دید، فرمود: «قیمت این کفش چقدر است؟» من عرض کردم: «بهایی ندارد». فرمود: «به خدا سوگند، همین کفش بی‌ارزش، نزد من از حکومت بر شما محبوب‌تر است؛ مگر اینکه حقی را با آن به‌پا دارم یا باطلی را دفع نمایم». آن‌گاه از خیمه بیرون آمد و برای مردم خطبه‌ای خواند. (نهج‌البلاغه، ۱۴۱۴ ق، خ ۳۳).

(ب) امیر مؤمنان علیه السلام پس از شهادت محمد بن ابی‌بکر در مصر در سال ۳۸ ق در نامه‌ای به عبدالله بن عباس، حاکم مصر نوشته‌اند: «پس از یاد خدا و درود! همانا انسان از به دست آوردن چیزی خشنود می‌شود که هرگز آن را از دست نخواهد داد و برای چیزی اندوهناک است که هرگز آن را به دست نخواهد آورد. پس بهترین چیز نزد تو در دنیا، رسیدن به لذت‌ها یا انتقام گرفتن نباشد؛ بلکه هدف تو خاموش کردن باطل یا زنده کردن حق باشد. فقط به توشه‌ای که از پیش فرستاده‌ای خشنود باش و بر آنچه که به جای می‌گذاری حسرت خور، و همت و تلاش خود را برای پس از مرگ قرار ده» (نهج‌البلاغه، ۱۴۱۴ ق، ن ۶۶).

(ج) امیر مؤمنان علیه السلام در کوفه بر بالای منبر در خطبه‌ای معروف به خطبه منبریه - که در آن به علل پذیرش حکومت و صفات یک رهبر عادل پرداخته است - می‌فرماید: «خدایا! تو می‌دانی که جنگ و درگیری ما برای به دست آوردن قدرت و حکومت و دنیا و ثروت نبود؛ بلکه می‌خواستیم نشانه‌های حق و دین تو را به جایگاه خویش بازگردانیم و در سرزمین‌های تو اصلاح را ظاهر کنیم تا بندگان ستم‌دیده‌ات در امن و امان زندگی کنند و قوانین و مقررات فراموش شده‌ تو بار دیگر اجرا شود (نهج‌البلاغه، ۱۴۱۴ ق، خ ۱۳۱).

پس از آنکه مردم با امام علی علیه السلام بیعت کردند، ریاست‌طلبان (همانند طلحه و زبیر) از امام علیه السلام ایراد گرفتند که چرا در امور کشور با آنان مشورت نمی‌کند و از آنان کمک نمی‌گیرد؟ امام علیه السلام در پاسخ آنان فرمودند:

به اندک چیزی خشمناک شدید و خوبی‌های فراوان را از یاد بردید! ممکن است به من خبر دهید که کدام حقی را از شما بازداشته‌ام؟ یا کدام سهم را برای خود برداشته و بر شما ستم کرده‌ام؟ و از کدام فرمان الهی آگاه نبوده و راه آن را به اشتباه پیموده‌ام؟ به خدا سوگند، من به خلافت رغبتی نداشته‌ام و به ولایت بر شما علاقه‌ای نشان نمی‌دادم. شما بودید که مرا به آن دعوت کردید و آن را بر من تحمیل نمودید. روزی که خلافت به من رسید، در قرآن نظر افکندم. از هر دستوری که

داده و هر فرمانی که فرموده بود، پیروی کردم و به راه و رسم پیامبر صلی الله علیه و آله اقتدا نمودم؛ پس هیچ نیازی به حکم و رأی شما و دیگران ندارم. هنوز چیزی پیش نیامده که حکم آن را ندانم و به مشورت شما و دیگر برادران مسلمان نیاز داشته باشم. اگر چنین بود، از شما و دیگران روی گردان نبودم. شما اعتراض می کنید که چرا با همه به طور یکسان رفتار کردم؟ این روشی نبود که با رأی و خواسته دل خود انجام داده باشم؛ بلکه من و شما این گونه رفتارها را از دستورالعمل های پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله آموختیم که چه حکمی آورد و چگونه آن را اجرا فرمود. پس در تقسیمی که خدا به آن فرمان داد، به شما نیازی نداشتیم. به خدا سوگند، نه شما و نه دیگران را بر من حقی نیست که زبان به اعتراض گشایند. خداوند قلب های شما و ما را به سوی حق هدایت فرماید و شکیبایی و استقامت را به ما و شما الهام کند! سپس فرمودند: خدا رحمت کند آن کسی را که حقی را بنگرد و یاری کند یا ستمی را مشاهده کند و آن را نابود سازد و حق را یاری کند تا به صاحبش بازگردد (نهج البلاغه، ۱۴۱۴ق، خ ۲۰۵).

با چنین نگرشی، مشروعیت حکومت زمانی تداوم می یابد که کارگزاران و صاحب منصبان در همان راستایی عمل کنند که علی علیه السلام ترسیم فرمودند و این امر مستلزم نظارت و مراقبت و پیگیری است تا هم در تشخیص راه و هم در سلوک در آن راه ترسیم شده به خطا نروند یا از خطا یا تخلف باز ایستند؛ چون خارج از این مسیر و نقشه راه، حکومت و اعمال قدرت سیاسی، بلکه کسب یا در دست داشتن آن، فاقد توجیه است؛ و به تعبیر دیگر، احراز تداوم صلاحیت هر منصبی از مناصب حکومتی برای کارگزاران به منظور مشروعیت حکمرانی، منوط به نظارت صحیح است.

۲-۱. جلوگیری از استبداد سیاسی و مفاسد اقتصادی

از بزرگ ترین اهداف و آرمان های مقدس نظام حکومتی اسلام، پدیداری جامعه ای نمونه و پویاست که اصول حقوقی و سیاسی اسلام تضمین کننده دستیابی به این آرمان بلند خواهد بود. یکی از این ابزارهای پایداری جامعه نمونه، به کارگیری شیوه نظارت متقابل همگانی است که در قرآن و سنت از دو نمونه شاخص آن تحت عنوان امر به معروف و نهی از منکر یاد می شود (هاشمی، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۲۳۶). در ده ها آیه قرآن کریم به مسئله نظارت پرداخته شده، که همگی حاکی از ریشه دار بودن و رسمیت یافتن این مسئله در آموزه های اسلام است.

قرآن کریم نظارت را اهرمی مفید و کارآمد برای حفظ و صیانت بشر از لغزش ها و خطرهای معنوی و انحراف از راه حق و حقیقت در ابعاد گوناگون، از جمله جلوگیری از استبداد سیاسی و مفاسد اقتصادی می داند و آن را عاملی برای فلاح و رستگاری جامعه اسلامی معرفی می نماید؛ چنان که خدای متعال خطاب به مؤمنین و جامعه ایمانی می فرماید: «وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ»

(آل عمران: ۱۰۴)؛ یعنی باید از میان شما جمعی با برنامه و هماهنگی برخیزند و دیگران را به خیر و صلاح دعوت کنند و امر به معروف و نهی از منکر کنند.

در گفتار امام علی علیه السلام، واداشتن به خیر و نیکی و بازداشتن از شرّ و بدی - که ریشه‌کن‌کننده گناهان و انحطاط از جوامع است - بهتر و برتر از جهاد در راه خدا ذکر شده است؛ هرچند جهاد از مهم‌ترین واجبات دینی و از ارکان دین است (نهج البلاغه، ۱۴۱۴ق، ح ۳۷۴) و این بدان علت است که دوام جمیع فرایض، موکول به اجرای صحیح این فریضه مهم خواهد بود و مقابله با دشمن خارجی وقتی مؤثر است که امور داخلی اصلاح شده باشد. علاوه بر این، برتری این فریضه بر جهاد در سخن امام علی علیه السلام به سبب آثار و نتایج آن است، نه به دلیل پاداش آخری و اجری که جهادکنندگان و آمرین به معروف و نهی‌کنندگان از منکر دارند (نوری همدانی، ۱۳۷۷، ص ۵۶).

بی‌تردید، از آثار و نتایج گران‌بهای این دو فریضه الهی، اولاً برپایی جامعه‌ای نمونه و مبتنی بر قانون، و ثانیاً تضمین اجرای صحیح قوانین و عدم انحراف از آن از سوی مجریان آن و عموم مردم خواهد بود و ثالثاً با توجه به آنچه بیان شد، می‌توان به این نتیجه دست یافت که امر به معروف و نهی از منکر «از جمله فرایض اجتماعی بوده و یکی از اندیشه‌های سیاسی مسلمانان» به شمار می‌رود (عمید زنجانی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۱۳۰). از نگاه امیر مؤمنان علی علیه السلام، امر به معروف و نهی از منکر عبارت است از دو خلق از اخلاق خداوند سبحان (نهج البلاغه، ۱۴۱۴ق، خ ۱۵۶)، پشتوانه محکم مؤمنان (همان، ح ۳۱)، مصلحت عموم مردم (همان، ح ۲۵۲) و پایداری شریعت (تمیمی آمدی، ۱۳۶۶، ش ۶۸۱۷).

مسئله امر به معروف و نهی از منکر در اندیشه اسلامی صرفاً فردی نیست؛ بلکه نهادینه شده و یک وظیفه اجتماعی و حکومتی است؛ چنان‌که نهاد «حسبه» به همین منظور تأسیس شده است. حسبه، اسم مصدر و از ریشه «حسب» در لغت به معنای شمارش کردن، طلب اجر، نیکویی در تدبیر و اداره امور، خبرجویی و انکار و خرده‌گیری بر کار زشت کسی است (ابن منظور، ۱۴۱۶ق، ص ۱۶۴-۱۶۶). مفهوم اصطلاحی حسبه به نقل از ماوردی و ابویعلی، از فقهای قرن پنجم هجری و صاحب تألیف در احکام السلطانیه یا حقوق عمومی، عبارت است از: فرمان به نیکی هنگامی که ترک آن آشکار شود، و بازداشتن از بدی آن‌گاه که آشکارا بدان عمل شود: «الحسبه هو الأمر بالمعروف اذا ظهر ترکه، و نهی عن المنکر اذا ظهر فعله» (ماوردی، ۱۳۸۰ق، ص ۲۴۰؛ ابویعلی، ۱۴۰۸ق، ص ۲۸۴). بنابراین، از آنجاکه اولاً حسبه به‌عنوان یکی از نهادهای حکومتی یا ولایت دینی از دیرباز در کتاب‌های مربوط به احکام سلطانیه و مانند آن به رسمیت شناخته شده است و تاریخ آن به عصر پیغمبر صلی الله علیه و آله می‌رسد و ثانیاً پرداختن به امر به معروف و نهی از منکر وظیفه یکایک مؤمنان است، تفاوت‌هایی بین این وظیفه به‌عنوان یک نهاد حکومتی (با مسئولیت محتسب) و به‌عنوان یک وظیفه فردی (که مجری آن را متطوع می‌نامند) بیان شده است (همان).

در میان فقهای شیعه نیز حسبه یا «امور حسبی» مورد توجه برخی از آنان قرار گرفته و مراد از آن، تکالیف و وظایفی است که می‌دانیم شارع مقدس هرگز به ترک آنها راضی نیست (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۱۵۵)، بدون آنکه انجام‌دهنده و متصدی ویژه‌ای داشته باشد (آل بحر العلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۳، ص ۲۹). به لحاظ تاریخی و فقه سیاسی، حسبه به‌عنوان یکی از نهادها و ادارات در جوامع اسلامی به ایفای وظایف خویش پرداخته و از تشکیلات ویژه خود جایگاه رفیع و شامخی برخوردار بوده است؛ به گونه‌ای که «زیر نظر خود خلیفه و رهبری» اداره می‌شد و چه بسا به سبب گستردگی جامعه اسلامی، وظیفه سرپرستی آن از سوی امام به دیگران واگذار شده است.

پس از تشکیل حکومت اسلامی در مدینه، پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله به تنظیم امور و نظارت بر بازار مسلمانان می‌پرداخت؛ اگرچه این نهاد با این نام به‌طور رسمی در آن زمان شناخته شده نبود. روایات زیادی وجود دارد که نشانگر نظارت عملی و اهتمام حضرت امام علی علیه السلام بر امور حسبی و حسن اجرای قوانین شرع و عدالت است.

۲. شیوه‌های نظارت بر کارگزاران حکومت در اسلام

بر همین مبنا، با توجه به اسناد و روایات فراوان در این زمینه، شاهد آن هستیم که علی علیه السلام به شیوه‌های گوناگون، امور مختلف سرزمین پهناور اسلامی را با خردمندی تحت نظارت تیزبینانه و هوشمندانه خویش قرار می‌داد و با سخت‌گیری ویژه خود به حساب و کتاب منصوبان خویش می‌پرداخت و نیز آنان را به رعایت تقوای الهی و نظارت درونی (نهج البلاغه، ۱۴۱۴ق، ن ۵۳) یا خودکنترلی و اعمال نظارت دقیق بر دیگران سفارش می‌کرد و در صورت مشاهده هرگونه تخلفی از سوی آنان، طعم تلخ حق و عدالت را به ایشان می‌چشاند و حق را از ظلم می‌ستاند و به مظلوم می‌سپرد. هدفی که در خودکنترلی یا نظارت درونی دنبال می‌شود، حالتی است در وجود فرد که او را به انجام وظایفش متمایل سازد، بدون آنکه عاملی او را تحت کنترل داشته باشد (الوانی، ۱۳۹۷، ص ۱۰۶).

نظارت بر کارگزاران، گاهی پسینی است و گاهی پیشینی. در ادامه به گونه‌های مختلف نظارت بر کارگزاران حکومت در اسلام اشاره می‌کنیم.

۲-۱. نظارت پسینی

نظارت پسینی که پس از به‌کارگیری کارمندان و مسئولین صورت می‌گیرد و مقصود از آن بازدارندگی است، به دو شیوه آشکار یا پنهان انجام می‌شود.

۲-۱-۱. نظارت مستقیم یا آشکار

در اعمال حاکمیت به‌طور اعم، و نظارت بر اجرای قانون به‌طور اخص، هرچه وسایط و فاصله‌ها کمتر باشد، ضریب احتمال اشتباه کاهش می‌یابد و نتیجه واقع‌بینانه‌تری به دست می‌آید و اطمینان بیشتری

حاصل می‌شود تا آنکه از طریق ابزار و افرادی که نقش واسطه را بازی می‌کنند، البته که در برخی موارد چاره‌ای جز این نیست. امام علی علیه السلام، هم خود به این روش مستقیم نظارتی عمل می‌کرد و هم در فرمان‌ها و نامه‌های خویش به زمامداران منصوب خود، پرداختن به این شیوه از نظارت بر امور جاری جامعه اسلامی را مورد تأکید و اهمیت قرار می‌داد؛ مثل آنجا که به مالک اشتر می‌فرماید: «اعمال کارگزارانت را بررسی کن؛ احتکار را ممنوع کن؛ آن‌گاه در امور کارگزارانت نظارت نما و امر خراج (مالیات) را مورد بررسی قرار بده؛ سپس در امور مربوط به نویسندگان (مالیات) خویش نظارت داشته باش» (نهج البلاغه، ۱۴۱۴ق، ن ۵۳).

نمونه‌های دیگری در سیره و روایات وجود دارد که همگی حاکی از لزوم مباشرت شخص حاکم اسلامی به برخی از کارهای مهم و جاری دولت اسلامی است. این شیوه از نظارت را می‌توان تحت عنوان «نظارت حسبیه» تلقی کرد. روایت شده است که «علی علیه السلام در میان بازارها عبور می‌کرد و کسانی را که در معامله با مسلمانان کم‌فروشی می‌کردند یا آنان را فریب می‌دادند (غش در معامله می‌کردند) با تازیانه‌ای که در دست داشت، می‌زد». اصبغ می‌گوید: روزی به او گفتم: «ای امیر مؤمنان، من به‌جای شما این کار را انجام می‌دهم! شما در منزل خود بنشینید. امام فرمود: ای اصبغ، (با این سخن) خیر مرا نخواستی» (ابن حیون، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۵۳۸).

در کتاب‌های فقها و حقوق‌دانان بزرگ اسلامی مطالبی در این زمینه به چشم می‌خورد که نشان می‌دهد در نظام حکومتی، مراقبت و نظارت پنهان و آشکار بر اعمال و رفتار کارگزاران و زمامداران مورد توجه است و امری لازم و ضروری به شمار می‌آید؛ چنان‌که به گواهی تاریخ، پیامبر مکرم اسلام صلی الله علیه و آله بر مسأله نظارت بر کار کارگزاران خویش اهتمام می‌ورزیده است. برای نمونه، امام رضا علیه السلام می‌فرماید:

هرگاه رسول خدا سپاهی را برای مأموریتی اعزام می‌کرد، پس از تعیین فرمانده، برخی از افراد مورد اعتماد و وثوق خود را بر او می‌گماشت تا رفتار آن فرمانده را زیر نظر داشته باشد و برای او گزارش کند (الحمیری، ۱۴۱۳ق، ص ۳۴۲؛ مجلسی، بی‌تا، ج ۱۰۰، ص ۶۱).

روایات دیگری بیانگر این هستند که صرف تعیین وزیران، فرماندهان نظامی، کارگزاران و کارمندان اداری و مسئولان بخش‌های مختلف و واگذاری مسئولیت‌ها به آنها - هرچند اشخاص متعهد و متدین باشند - برای حُسن اجرای قوانین و اداره امور، آن‌گونه که کاملاً مطلوب عقل شرع باشد، کفایت نمی‌کند (شمس‌الدین، ۱۴۱۳ق، ص ۵۸۸)؛ از این رو، باید بر رفتار کارگزاران و مسئولان کشوری و لشکری، مراقبت و نظارت پنهانی وجود داشته باشد.

۲-۱-۲. نظارت غیرمستقیم یا پنهان

برخی عوامل همچون گستردگی جامعه، تنوع فعالیت‌ها و مناسب نبودن یا عدم امکان نظارت مستقیم و آشکار در همه جا، اقتضا می‌کند که گاهی به‌طور غیرمستقیم یا به‌صورت پنهانی بر اعمال و رفتار کارگزاران نظام و مردم نظارت شود. در این شیوه از نظارت، به‌جای آنکه شخص به‌طور مستقیم و بدون واسطه بر امور نظارت داشته باشد و به ایفای وظیفه خویش بپردازد، با استفاده از افرادی که نقش واسطه را بازی می‌کنند، اعمال نظارت می‌شود. این افراد ممکن است مأموران حکومتی یا مردمی باشند که اخبار و گزارش‌های خود را از اوضاع و احوال مملکت و کارگزاران نظام به اطلاع حاکم یا هیئت حاکمه می‌رسانند و به این وسیله ایشان را در جریان امور مختلف کشور قرار می‌دهند. تشکیل و تأسیس دستگاه‌هایی مثل وزارت اطلاعات، سازمان بازرسی، دیوان عدالت اداری و غیره در ساختارهای حکومتی امروزی، به منظور تسهیل و نظام‌مند نمودن این شیوه از نظارت است و در واقع بازوی نظارتی فرمانروا به شمار می‌آیند.

در نظام حکومتی اسلام نیز سابقه و پایه‌ریزی این نوع از نظارت به دوران حکومت پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله می‌رسد (شریف القرشی، ۱۳۶۹، ص ۴۳۵). پس از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نیز خلفای سه‌گانه به این امر اهتمام می‌ورزیدند؛ به‌ویژه در دوران فرمانروایی امیر مؤمنان علی علیه السلام بر سرزمین اسلامی، این شیوه نظارت و مراقبت با جدیت بیشتری دنبال می‌شد؛ چراکه به سبب وجود کسانی که در پی کارشکنی و ایجاد آشفتگی در حکومت حضرت بودند، وجود یک فرایند نظارتی قوی و کارآمد که بتواند تمام اخبار و اطلاعات لازم را در موقع مناسب به امام صلی الله علیه و آله گزارش نماید، ضروری می‌نمود. افزون بر این، در زمان سه خلیفه قبل که فساد اداری، قضایی و اجتماعی و بی‌عدالتی در ولایت اسلامی فراگیر شده بود، نیاز به وجود کنترل بیش از معمول احساس می‌شد تا کارگزارانی که در رأس کار بودند، حساب کار خویش را کرده، از هرگونه تخلفی بپرهیزند.

روش‌های گوناگون نظارت غیرمستقیم

نظارت غیرمستقیم علی علیه السلام بر کارگزاران حکومت اسلامی، به شیوه‌های مختلف صورت می‌گرفت:

الف) به کارگیری مأموران و بازرسان مخفی

با تدبیر در احادیث و سیره حکمرانی امیر مؤمنان علی علیه السلام مشاهده می‌کنیم که ایشان اهمیت ویژه‌ای برای کسب اخبار به‌طور مخفیانه و به‌وسیله بازرسان مخفی - یا به تعبیر روایات، «عیون» - قائل بود و به اخبار آنان ترتیب اثر می‌داد و از این طریق، رفتار مسئولان، کارگزاران دولتی و امیر سپاه خویش را کنترل می‌کرد. این واقعیت را از اینجا می‌توان دریافت که در موارد متعددی در نامه‌های خویش فرموده است «بلغنی»، یعنی «به من رسیده است» (نهج البلاغه، ۱۴۱۴ق، ن ۳، ۲۰، ۳۴، ۴۳، ۶۳، ۷۱)؛ یا «قد عرفت»، یعنی «آگاه شدم»

(همان، ن ۴۴): یا در نامه‌ای به زیاد، عاملش در فارس، نوشته است: «فإن رسولی أخبرنی»: یعنی «فرستاده من خبر داده است» (یعقوبی، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۲۰۴)

با بازرسی و مراقبت پنهانی و غیرمستقیم، علاوه بر تأمین امنیت داخلی و خارجی کیان اسلامی، رضایت عمومی همه جلب می‌شود و کارگزاران نظام نیز از خطا و لغزش در کارهایشان می‌پرهیزند و از امانتی که به ایشان سپرده شده است، به درستی و با انگیزه پاسداری می‌کنند؛ ضمن آنکه کسب خبر از اجتماع، موجب آگاهی مسئولان از اوضاع و احوال زندگی مردم و جریان‌های اجتماعی می‌شود.

در اینجا نمونه‌هایی از احادیثی را ذکر می‌کنیم که بیانگر اهمیت نظارت مخفیانه بر عملکرد زمامداران، کارگزاران، قضات و لشکریان از دیدگاه آن حضرت است:

علی علیه السلام در عهدنامه خویش خطاب به مالک اشتر می‌فرماید: «سپس بر اعمال و رفتار آنان مراقبت نما و مراقبان و گزارشگرانی مخفی از افراد راستگو و باوفا بر آنان بگمار؛ چون مراقبت و بازرسی تو درباره آنان، آنان را وادار می‌کند و انگیزه می‌دهد که به منصب خودشان به‌عنوان یک امانت بنگرند و با مهربانی با مردم رفتار کنند». از این عبارت، مشخص می‌شود حضرت علاوه بر آنکه شرایطی را برای تصدی مشاغل دولتی لازم می‌داند، نظارت و مراقبت بر کارگزاران را نیز لازم و ضروری دانسته، آن را عاملی برای ایجاد انگیزه در آنها می‌داند که موجب رعایت امانت و مدارا با مردم به‌وسیله آنها می‌شود.

طبق روایت تحف العقول، حضرت در نامه‌اش به مالک اشتر، او را موظف کرده است که علاوه بر کارگزاران و مأموران کشوری، برای نظامیان و مأموران لشکری نیز بازرسان مخفی بگمارد. حضرت می‌فرماید: «فراموش نکن که باید برای نظامیان و سپاهیان نیز افرادی امین و راستگو را که نزد مردم نیز به این اوصاف شناخته‌شده باشند، به عنوان جاسوس و بازرس مخفی نصب کنی...» (ابن شعبه حرانی، ۱۳۶۳، ص ۱۳۳).

درباره لزوم مراقبت و مواظبت از تحرکات مخالفان و دشمنان، در وصیتی به لشکریانش می‌فرماید: «بدانید که باید همیشه پیشاپیش لشکرتان جاسوس داشته باشید» (زهج البلاغه، ۱۴۱۴ق، ن ۱۱).

(ب) رسیدگی مظالم یا ولایت مظالم (ابتکار کسب اخبار از مردم)

همیشه و در همه حال، امکان به‌کارگیری مأمور مخفی و جاسوسان وجود ندارد یا آنکه خلاف مصلحت است؛ چراکه تاریخ نشان داده است، گاهی مأموران حکومتی نیز به‌خوبی از عهده مأموریت خویش برنیامده یا در مسیر انجام وظیفه، مرتکب خیانت و زدوبندهای فردی یا گروهی شده‌اند؛ لذا حکام در هر زمانی تدبیری می‌اندیشیدند که مردم نیز بتوانند اخبار و گزارش‌های خود را از اوضاع و احوال مملکت به اطلاع حاکم برسانند و او را در جریان امور کشور قرار دهند تا از این طریق، علاوه بر آنکه فرمانروا خواهد توانست بر اجرای قانون در سرزمین تحت حکومتش نظارت داشته باشد، مردم نیز از این راه به دادخواهی برمی‌خیزند و

صدای مظلومیت خویش را به گوش او می‌رسانند تا بدین وسیله حق خویش را از ظالمان بستانند. این واقعیت امروزه در شکل‌های گوناگون، مثل دیوان عدالت اداری در جمهوری اسلامی ایران و دادگاه عالی استیناف در کشورهای جهان (باقرالموسوی، ۱۴۱۹ق، ص ۵؛ حسن ابراهیم، ۱۹۵۹م، ص ۳۵۵) تجلی یافته است. بدیل این نهادها را در زمان قدیم، «ولایت مظالم» یا «دیوان مظالم» نامیده‌اند و جایگاهش را از منصب قضاوت بالاتر و آن را دارای امتیازات برتر و وظایف متعدد (شریف القرشی، ۱۳۶۹، ص ۴۱۹؛ حسن ابراهیم، ۱۹۵۹م، ص ۳۲۵) و تشکیلات متنوعی (شمس‌الدین، ۱۴۱۳ق، ص ۵۶۰) دانسته‌اند که سابقه آن به زمامداری علی علیه السلام برمی‌گردد؛ به‌گونه‌ای که بسیاری از مورخان و محققان بنیان‌گذار این سازمان و تشکیلات را در دولت اسلامی، علی بن ابی‌طالب علیه السلام می‌دانند (همان، ص ۵۶۰) و بعضی بر این موضوع تأکید و اصرار ورزیده (باقرالموسوی، ۱۴۱۹ق، ص ۵) و نوشته‌اند که آن حضرت خانه‌ای در مدینه به این کار اختصاص داد و نام آن را «بیت المظالم» گذاشت و به مردم دستور داد که شکایات و تظلمات خود را در نامه‌ای بنویسند (شریف‌القرشی، ۱۳۶۹، ص ۴۱۹) و در آن بیندازند.

به این ترتیب، جای هیچ شبهه و ابهامی نیست که مؤسس این نهاد حکومتی به‌طور رسمی و فراگیر، علی علیه السلام بوده؛ چنان‌که از بیانات متعدد ایشان در زمان خلافتش آشکار است؛ برای نمونه، امیرمؤمنان علی علیه السلام در نامه‌ای خطاب به فرمانداران ولایات و مأموران خراج - که سپاه اسلام از حوزه مأموریت آنان می‌گذشت - پس از یادآوری آنکه هر آنچه لازم است، برای سپاهیان انجام دهند، به آنان متذکر شده است: «من مراقب کارهای سپاه اسلام هستم. اگر ستمی (از جانب ایشان) به شما رفت، به من گزارش کنید و اگر از سرباز و افسری دشواری به شما رسید که جز با یاری خدا و به کمک من توان جلوگیری از آن را نداشته باشید، مرا آگاه سازید تا با یاری پروردگار، او را از کار برکنار سازم» (نهج‌البلاغه، ۱۴۱۴ق، ن ۴۰).

یادآوری این نکته مفید است که حضرت در این نامه، از انواع تعدیات و آزارهایی که ممکن است به سپاهیان به مردم روا دارند، به «مظالم» تعبیر فرموده است: «فأرفعوا الی مظالمکم» (همان). آن حضرت خطاب به مالک اشتر، در مقام بیان ضرورت گوش فرادادن به تظلمات مردم توسط شخص حاکم، می‌فرماید: «بخشی از اوقات خویش را به بررسی حال نیازمندان و دادخواهان بده و با آنان در یک مجلس بنشین و به‌خاطر خدایی که تو را آفریده است، فروتن باش و سپاهیان و پاسبانان و کارمندان را از آنان دور بدار تا بدون نگرانی و گرفتگی زبان و بدون ترس و لرز با تو سخن گویند» (نهج‌البلاغه، ۱۴۱۴ق، ن ۵۳).

گفتنی است که وقتی علی علیه السلام موردی را مشاهده می‌نمود که نقض قانون و خیانت در امانت به شمار می‌آمد، با شدت تمام با آن برخورد می‌کرد و شخص خطاکار را قاطعانه و بدون هرگونه ملاحظه‌ای مجازات می‌نمود و به سزای اعمالش می‌رساند و او را با دلت از مقام و منصبش عزل می‌نمود و با او چنان رفتار می‌کرد که دیگران جرئت

سرپیچی از قانون را به خود راه ندهند. نمونه بارزی که در این زمینه به چشم می‌خورد، قضیه مشهور عزل عثمان بن حنیف است که در نهج‌البلاغه آمده است. نمونه دیگر آن، برخورد با ابن‌هرمه - عامل حکومت بر بازار اهواز - است که قاضی نعمان در کتاب خویش آورده است (ابن‌حیون، ۱۳۸۵ق، ج ۱، ص ۳۹۶).

امام همچنین در جای دیگر خطاب به مالک اشتر می‌فرماید: «پیوسته مراقب یارانت باش و اگر یکی از آنها دست به خیانتی گشود که مراقبان پنهان تو، همه بر آن اتفاق نظر داشتند، به همان گزارش‌ها بسنده کن و بدنش را کيفر ده و گریبانش را به خاطر این کار بگیر و به خاک مذلتش بنشان و داغ خیانت بر پیشانی و قلاده ننگ و بدنامی بر گردن او بنه» (نهج‌البلاغه، ۱۴۱۴ق، ن ۵۳).

۲-۲. نظارت پیشینی (گزینش)

شیوه‌های رایج نظارت بر کارگزاران، نظارت پسینی است؛ اما در اندیشه حقوقی و سیاسی اسلام، علاوه و مقدم بر نظارت پسینی، نظارت پیشینی است؛ یعنی گزینش کارگزاران و کارمندان و مسئولین صالح و شایسته به لحاظ اخلاقی، عقیدتی، سیاسی و کارایی و اجرایی و مدیریتی. به همین دلیل، در جذب و به‌کارگیری نیروهای انسانی، صفات وارستگی شرط می‌شود که مقصود از آن پیشگیری از تخلفات است. البته در نظارت پسینی هم به نظارت آشکار یا مستقیم بسنده نمی‌کند؛ بلکه به سیستم جامع و کارآمد و عادلانه نظارت معتقد است.

نظام سیاسی حکومت امیر مؤمنان علی علیه السلام مبتنی بر یک فرایند منظم و پویای نظارتی بود؛ به این ترتیب که رویه ایشان آن بود که قبل از گماشتن کسی به کاری و واگذاری مسئولیتی به وی، او را مورد گزینش و ارزیابی قرار می‌داد؛ سپس او را می‌آزمود تا ببیند از عهده وظایف خویش برمی‌آید یا خیر (نهج‌البلاغه، ۱۴۱۴ق، ن ۵۳) و پس از آنکه لیاقت و کاردانی آن شخص احراز می‌شد، انتظارات خویش را از وی به صورت کتبی یا شفاهی به او یادآور می‌شد و راهکارهای عملی برای دستیابی به اهداف مورد انتظار را برای او ترسیم می‌نمود (نهج‌البلاغه، ۱۴۱۴ق، ن ۳، ۴، ۵، ۱۲، ۱۳، ۱۴، ۱۸، ۱۹، ۲۰، ۲۱، ۲۲، ۲۵، ۲۶، ۲۷، ۵۳ و...). پرواضح است که مسئولیت حاکم جامعه اسلامی در اینجا پایان نمی‌پذیرد؛ چراکه احتمال لغزش انسان منتفی نیست و هر لحظه ممکن است در دام خودبینی، قدرت‌طلبی، آزمندی و هزاران دام دیگر شیطان که برای انسان‌ها، به‌ویژه صاحبان قدرت، گسترده و با وسوسه‌های پیاپی و رنگارنگ خود درصدد صید آنهاست، گرفتار آید. از این روست که ضرورت نظارت و مراقبت بر اعمال و رفتار مردم به‌طور عام و کارگزاران نظام به‌طور خاص، پدیدار می‌شود.

۲-۲-۱. معیارهای انتخاب کارگزاران حکومت

ملاک‌هایی که علی علیه السلام برای تشخیص و تعیین کارگزاران حکومت برمی‌شمارد، بدین شرح است:

۱. باتجربه و کارآموز باشد و در جریان مسائل و مشکلات و درگیری‌ها، مجرب و آبدیده باشد؛

۲. نجابت و پاکدامنی داشته و اهل شرم و عفت و صیانت نفس باشد و رذیلت و وقاحت را به خود راه ندهد؛
۳. از خانواده‌های اصیل و صالح و متقی و پاکدامن بوده و در محیط جور و خیانت و فساد بزرگ نشده باشد؛
۴. دارای سابقه بوده و سابقه‌اش در اسلام بیش از دیگران باشد؛ یعنی از کسانی باشد که پیش از نفوذ و گسترش قدرت اسلام، به آیین خدا گرویده باشد، نه از آنهایی که وقتی عظمت روزافزون اسلام را دیدند، از روی ترس یا به منظور بهره‌گیری از قدرت اسلام یا دست یافتن به مقام و ثروت و رفاه، تن به اسلام داده‌اند؛
۵. صاحب شخصیت و پیوسته درصدد صیانت نفس و پاکی روح خود باشد و از هرگونه لغزشی دوری گزیند؛
۶. دارای خصیصه مدیریت و دوراندیشی بوده و در کارها و مسائل گوناگون اهل تدبیر و تعمق و تفحص باشد؛
۷. به مطامع مادی نظر نداشته و دارای حیثیت و سلامت نفس باشد.

۲-۲. وظایف دولت در گزینش کارگزاران

حضرت علی علیه السلام ضمن برشمردن خصوصیات و شرایط کارگزاران دولت، وظایف زمامدار اسلامی در انتخاب این‌گونه افراد را به شرح ذیل بیان می‌فرماید:

۱. زمامدار باید در امور و اعمال کارمندان دقت کند و هر کدام را پس از آزمون‌های دقیق به کار گمارد؛
 ۲. در انتخاب این افراد ترجیح با کسانی است که اهل تجربه و شرم و حیا بوده و از خانواده‌های خوش‌نام و پیش‌قدم در اسلام باشند؛
 ۳. در انتخاب این افراد بر اساس نظر شخصی و با استبداد رأی رفتار نکند؛ بلکه به نظرات دیگران هم احترام گذاشته و با آنها مشورت کند؛
 ۴. به کارگزاران خود فرصت مناسبی بدهد تا استعداد و لیاقت خود را بروز دهند و کارایی خود را در معرض آزمایش و بررسی و اظهارنظر بگذارند؛
 ۵. بر اساس تمایلات و روابط شخصی یا به دلیل وجود خصوصیتی در یک فرد که به مقام و مسئولیت مورد نظر ارتباطی ندارد، کسی را به کار منصوب نکند.
- آن‌گاه حضرت علی علیه السلام می‌فرمایند که اگر زمامداری بدون توجه به این ملاک‌ها و معیارهای اسلامی کسی را به پست و مقام منصوب کند، این کار در واقع ریشه واحد و مشترکی است که شاخه‌های گوناگون ظلم و جور و خیانت از آن سر برمی‌کشند (نهج‌البلاغه، ۱۴۱۴ق، ن ۵۳). بنابراین، امور زیر بایسته است:

الف) معرفی اشخاص بر مبنای آزمون

پرواضح است که برای پی بردن به امتیازات و ویژگی‌ها، بر مبنای اصول کارشناسی باید دایره امتحان را گذارند و چنان که انتخاب اشخاصی بر این مبنای نباشد، گزینش بیجا و مسئولان بی‌پایه خواهند بود؛

زیرا قبل از آزمایش، واقعیت و حقیقت هیچ کس به طور ظاهر معلوم نیست؛ ولی پس از آنکه صحنه امتحان پیش آمد، واقعیت روشن می‌شود. علی علیه السلام فرمود: «به هنگام آزمایش، مرد (در فراز و نشیب روزگار) خود را یا خوار یا گرامی می‌دارد» (تمیمی آمدی، ۱۳۶۶، ص ۴۸۹) و «اعتماد به دنیا با آنچه با چشم خود - از دگرگونی‌های آن - مشاهده می‌کنی، جهل و نادانی است. کوتاهی در حسن عمل با اینکه اطمینان به پاداش داری، غبن و خسارت است؛ و اطمینان به هر کس قبل از آزمایش و اطمینان او، دلیل عجز و ناتوانی است» (ابن ابی الحدید، ۱۳۸۷، ج ۶، ص ۲۸۴) و «در گرفتن مسئولان، آزمایش را مقدم دار؛ زیرا که آزمایش، ابزار سنجشی است که به وسیله آن، نیکان از بدان جدا می‌گردند» (تمیمی آمدی، ۱۳۶۶، ص ۵۴۱).

(ب) دقت در گزینش با ملاحظه لیاقت‌ها

بدیهی است گزینش مسئولان برای منصب‌ها، بدون لیاقت ناصواب است؛ چراکه هر مسئولی بایستی در حیطة کار خود پاسخگوی درخواست‌ها بوده و به کار خود آشنا و مسلط باشد. این مطلب به تخصص و ویژگی و کارایی مسئولان مربوط می‌شود که باید کاملاً مورد دقت قرار گیرد.

امیرالمؤمنین علیه السلام می‌فرمایند: رتبه و جاه مرد به اندازه فضل و کمالش است (همان، ص ۵۳۷). همچنین می‌فرماید: قدر و بهای هر کس (در ارزیابی برای مسئولیت‌ها) چیزی است که او را نیکو می‌سازد (نهج البلاغه، ۱۴۱۴، ح ۸۱)؛ و نیز می‌فرماید: هر کس کفایت بهتری دارد (و امور را نیکو اداره می‌کند) سزاوار فرماندهی است (تمیمی آمدی، ۱۳۶۶، ص ۶۷۴). همچنین می‌فرماید: فرد فرومایه (ناکس) را بر شخص بلندمرتبه مگزین (همان، ص ۸۰۰).

در انتخاب مسئولان، برخی خود را لایق اشتغال بعضی از پست‌ها و منصب‌ها می‌دانند؛ درحالی‌که آن لیاقت و ویژگی لازم را ندارند یا به‌خطا خود را واجد آن می‌دانند و به همین دلیل فرافکنی و سنگ‌اندازی می‌کنند. در این راستا، معیار و محکی لازم است که با واقعیت‌گرایی و حقیقت‌نگری ویژگی افراد را ملاحظه کند و افراد بی‌کفایت و بی‌لیاقت را بر مسئولیت‌ها نیفکند؛ بلکه آنان به‌طور واقع‌بینانه ناظر بر خویشتن باشند. امیرمؤمنان علیه السلام می‌فرماید: در آن چیزی (مسئولیتی) که سزاوار نیستی، طمع مکن (همان).

(ج) انتصاب افراد کارآزموده

شهید ثانی در رساله النیبه به سند خویش از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که در نامه‌ای به نجاشی، والی اهواز، فرمودند: «اما آن که بدان انس گرفته و در کنار وی آرامش می‌یابی و مشکلات را با وی در میان می‌گذاری، فردی است که امتحان خویش را پس داده، راه صحیح را شناخته و امین است و در دین با تو موافق. زیردستان را

از یکدیگر متمایز کن و هر دو دسته را بیازمای؛ پس اگر در کسی رشدی یافتی، با وی هرگونه که صلاح دانستی همکاری کن» (مجلسی، بی تا، ج ۷۲، ص ۳۶۱).

همچنین حضرت می فرماید: «در برگزیدن برادران (دوستان و مسئولان) آزمایش را مقدم دار و در کاوش در امتحان کوشا باش؛ و گر نه ناچاری و اضطراب، تو را به دوستی با اشرار مجبور می کند» (تمیمی آمدی، ۱۳۶۶، ص ۵۴۱)؛ و نیز فرمود: «پیش از آزمایش، به دوست اعتماد مکن» (همان، ص ۸۰۵).

(د) امتحان عملی، نه قولی

اسلام در کیفیت امتحان نیز انسان را راهنمایی کرده است که برای رسیدن به واقعیت‌ها بی کم و کاست، نخست از امتحان نگذر؛ و پس از آن، امتحان را بر مبنای عمل و اجرا نهاده است. امیرمؤمنان علیه السلام می فرماید: «مرد با کردارش آزمایش می گردد، نه به وسیله گفتارش» (همان، ص ۸۷۵).

(ه) عدم رودربایستی در اعطای مسئولیت‌ها

در اعطای مسئولیت‌ها به افراد در اسلام هیچ گونه رودربایستی و جانب‌داری از کسانی که دور از حقیقت‌نگری و واقع‌بینی باشند، وجود ندارد؛ چنان که اولیای خدا در مواضع حکومتی و اعطای مسئولیت‌ها چنین عمل کرده‌اند. مجلسی در بحار الانوار از امالی طوسی به سند خویش از ابوذر روایت کرده است که پیامبر صلی الله علیه و آله فرمود: «ای ابوذر! من آنچه را که برای خود می‌خواهم، برای تو نیز می‌خواهم. من تو را ناتوان می‌یابم، پس تو فرمانروایی دو نفر را هم بر عهده مگیر و سرپرستی مال یتیم را نپذیر» (مجلسی، بی تا، ج ۲۲، ص ۴۰۶).

همچنین همان کتاب به سند خویش از ابوذر روایت کرده است که ایشان می‌گوید: من محضر رسول خدا عرضه داشتم: ای پیامبر خدا! آیا مرا به کاری نمی‌گماری؟ آن حضرت با دست مبارک خویش به شانه‌ام زد و فرمود: «یا اباذر! آنک ضعیف و آنها امانت و آنها فی یوم القیامة خزی و ندامة إلا من أخذها بحقها و ادى الذی علیه فیها»؛ یعنی ای ابوذر! تو ضعیف هستی (از نظر جسمی یا از جهت مدیریت و شناخت مسائل سیاسی) و این یک امانت است و همه اینها در روز قیامت ذلت و پشیمانی است؛ مگر کسی که به حق آن را به عهده گرفته باشد و وظایفی که در این ارتباط بر عهده اوست، انجام داده باشد (مسلم، ۱۴۱۲ق، ج ۳، ص ۱۴۵۷).

همان کتاب، همچنین با سند از ابوموسی روایت کرده است: من با همراهی دو نفر از پسر عموهایم بر پیامبر خدا صلی الله علیه و آله وارد شدیم. یکی از آن دو عرضه داشت: ای رسول خدا! ما را نیز به برخی از آنچه خداوند عزوجل بر شما ولایت داده، مسئولیت ده. دیگری نیز سخنی نظیر آن عرضه داشت. حضرت در پاسخ

فرمود: «به خدا سوگند، ما کسی که حکومتی (پستی) را درخواست کند یا بر کسب آن حریص باشد، به ولایت نمی‌گماریم (همان، ص ۱۴۵۶).

(و ارتقای رتبه بر پایه عمل

بدیهی است که مسئولیت‌ها دارای درجات و مراتبی هستند و هر کس طبق معیار، مسئولیتی را انتخاب می‌کند. گاه افراد به دلیل کارایی و توانایی، خود را لایق پست برتر می‌دانند. امیر مؤمنان علیه السلام در این باره می‌فرماید: پایگاه و مسئولیت‌های بالاتر را بدون رنج و زحمت و تلاش خواستن، نادانی است (تمیمی آمدی، ۱۳۶۶، ص ۴۶۶)؛ و نیز فرمودند: به انتهای درجه بلندی‌ها نمی‌رسند، مگر صاحبان خواهی پاکیزه و ریاضت‌کشان (همان، ص ۴۰۶). همچنین فرمودند: هر کس درجات همت‌ها را طی کند و بالا رود، مردم بزرگش شمارند. (همان، ص ۶۶۱).

۲-۲-۳. شبهه تعارض اصل گزینش با اصل منع تجسس

اصل اولیه و داوری مستقل عقل، اقتضا می‌کند که زیر نظر گرفتن دیگران به صورت پنهانی و کنکاش و جست‌وجو کردن درباره آنان و نیز افشاگری و پخش کردن عیب‌ها و اسرارشان، جایز نباشد؛ چنان‌که حضرت علی علیه السلام استاندار خود را به پوشیدن عیوب شهروندان سفارش می‌کند، تا آنجا که خود آنان اصرار بر علنی و آشکار کردن آن نداشته باشند (نهج البلاغه، ۱۴۱۴ق، ن ۵۳). با این حال، با دقت در آیات و روایاتی که تجسس در امور دیگران را نهی می‌کند، این موضوع روشن می‌شود که قلمرو و محدوده این تحریم، فقط اسرار، عیوب، لغزش‌های شخصی و خانوادگی است که با مصالح عمومی هیچ گونه ارتباطی ندارد. اما آنچه به امور عمومی جامعه اسلامی مربوط است و مصلحت همه مردم و حکومت اسلامی به آن بستگی دارد، باید بر اساس قوانین و مقررات اسلامی مورد بازرسی و مراقبت قرار بگیرد.

نتیجه‌گیری

از آنجا که قدرت سرکش است و زمینه طغیان و استکبار در آن فراهم، «كَلَّا إِنَّ الْإِنْسَانَ لِرَبِّهِ لَكَنَّاظِرٌ» (علق: ۶ و ۷)، لازم است مهار شود؛ وگرنه هم صاحبش را منحرف و در نهایت نگون‌بخت می‌کند و هم ابزار ستم به دیگران، به‌ویژه زبردستان و قشر پایین دست و محروم خواهد شد. از سوی دیگر، قدرت سیاسی در بینش اسلامی صرفاً امانتی است در دست کارگزاران حکومت برای خدمت به بندگان خدا در احقاق حق و دفع باطل، و نه طعمه‌ای برای حاکمان به‌منظور گردن‌کشی یا زراندوزی؛ لذا نظارت بر رفتار کارگزاران و حاکمان، امری ضروری است.

نظارت در فرهنگ دینی، به‌ویژه در نگاه علی علیه السلام، یکی از راهکارهای مهم پاسداشت حقوق شهروندان و تضمین اعمال حاکمیت در مسیر صحیح خدمتگزاری و منطبق با قوانین و اهداف مطلوب و مورد نظر و جلوگیری از هرگونه اشتباه یا سوءاستفاده از قدرت است. در فرهنگ دینی، به‌ویژه در نگاه علوی، نظارت تنها به نظارت پسینی و بیرونی و در فرایند اعمال حاکمیت منحصر نمی‌شود؛ بلکه مهم‌تر از آن، نظارت پیشینی و درونی است که در گزینش کارمندان و کارگزاران حکومت اسلامی باید دقت کرد. البته نظارت درونی به نظارت پیشینی محدود نمی‌شود؛ بلکه رعایت تقوا و پایبندی به شریعت اسلامی و ضوابط حکومت اسلامی در حین عمل نیز مدنظر است. از جمله اقدامات مؤثر در نظارت پیشینی، معرفی اشخاص بر مبنای آزمون، دقت در گزینش با ملاحظه لیاقت‌ها، و انتصاب افراد کارآموده در مناصب حکومتی است.

منابع

- نهج البلاغه، ۱۴۱۴ق، تصحیح صبحی صالح، قم، هجرت.
- ابراهیم حسن حسن، علی ابراهیم حسن، ۱۹۵۹م، *النظم الاسلامیه*، قاهره، مکتبه نهضه مصر.
- ابن‌ابی‌الحدید معتزلی، ۱۳۸۷ق، *شرح نهج البلاغه*، چ دوم، قم، کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
- ابن حیون، نعمان بن محمد مغربی، ۱۳۸۵ق، *دعائم الاسلام*، چ دوم، قم، مؤسسه آل‌البتیت.
- ابن شعبه حرانی، حسین بن علی، ۱۳۶۳، *تحف العقول عن آل الرسول*، تحقیق علی‌اکبر غفاری، قم، جامعه مدرسین.
- ابن‌منظور، محمدبن مکرم، ۱۴۱۶ق، *لسان‌العرب*، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ابویعلی، محمدبن حسین الفراء، ۱۴۰۸ق، *الاحکام السلطانیه*، تصحیح محمد حامد الفقی، چ دوم، مصر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
- اقداری، علی‌محمد، ۱۳۸۵، *سازمان و مدیریت: سیستم و رفتار سازمانی*، تهران، دانشگاه تهران.
- انصاری، مرتضی، ۱۴۱۵ق، *مکاسب*، چ ششم، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
- انیس، ابراهیم و دیگران، ۱۴۰۸ق، *المعجم الوسیط*، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
- آل‌بحرالعلوم، سیدمحمد، ۱۴۰۳ق، *بلغة الفقیه*، چ چهارم، تهران، مکتبه الصادق.
- باقر الموسوی، محسن، ۱۴۱۹ق، *النظام الاداری عند الامام علی*، بیروت، مرکز پژوهش‌های اسلامی غدیر.
- تمیمی آمدی، عبدالواحدبن محمد، ۱۳۶۶، *غررالحکم و درر الکلم*، شرح آقاجمال خوانساری، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
- حسینی اصفهانی، سیدمرتضی، ۱۳۸۴، *کارگزاران شایسته در اسلام*، قم، فرهنگ قرآن.
- حمیری، عبدالله بن جعفر، ۱۴۱۳ق، *قرب الاسناد*، قم، مؤسسه آل‌البتیت.
- دهخدا، علی‌اکبر، ۱۳۷۳، *فرهنگ دهخدا*، زیر نظر محمد معین و سیدجعفر شهیدی، تهران، دانشگاه تهران.
- شریف قرشی، باقر، ۱۳۶۹، *نظام حکومتی و اداری اسلام*، مشهد، آستان قدس رضوی.
- شمس‌الدین، محمدمهدی، ۱۴۱۳ق، *نظام الحکم و الادارة فی الاسلام*، قم، دارالثقاف.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، ۱۳۹۷، *حقوق اداری*، چ بیست و یکم، تهران، سمت.
- طبرسی، فضل‌بن حسن، ۱۴۲۷ق، *مجمع‌البیان فی تفسیر القرآن*، بیروت، دارالمرتضی.
- عمیدزنجانی عباسعلی، ۱۳۷۷، *فقه سیاسی: نظام سیاسی و رهبری در اسلام*، چ چهارم، تهران، امیرکبیر.
- عمیدزنجانی، عباسعلی و ابراهیم موسی‌زاده، ۱۳۸۹، *نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری*، تهران، دانشگاه تهران.
- ماوردی، ابوالحسن علی‌بن محمد، ۱۳۸۰ق، *الاحکام السلطانیه و الولايات الدینییه*، قاهره، مصطفى البابي الحلبي.
- مجلسی، محمدباقر، بی‌تا، *بحارالانوار*، قم، اسلامیه.
- مسلم‌بن‌الحجاج القشیری النیشابوری، ابوالحسن، ۱۴۱۲ق، *صحیح مسلم*، تصحیح محمدفؤاد عبدالباقی، قاهره، دارالحدیث.
- مصباح، محمدتقی، ۱۳۸۱، *پرسش‌ها و پاسخ‌ها*، چ نوزدهم، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
- معین، محمد، ۱۳۹۱، *فرهنگ فارسی معین*، تهران، فرهنگ‌نما.
- نوری همدانی، حسین، ۱۳۷۷، *امر به معروف و نهی از منکر*، ترجمه محمدمحمدی اشتهازدی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
- الوانی، سیدمهدی، ۱۳۹۷، *مدیریت عمومی*، چ پنجاه و پنجم، تهران، نشر نی.
- هاشمی، سیدمحمد، ۱۳۹۱، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، چ یازدهم، تهران، میزان.
- یعقوبی، احمدبن اسحاق، ۱۳۶۶، *تاریخ یعقوبی*، ترجمه محمدابراهیم آیتی، تهران، علمی و فرهنگی.

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 این رو، 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 این رو، 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 تنسیق 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 نظریهٔ لاک تغییر ریشه‌ای یافته و نظریهٔ 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، نظریهٔ کلاسیک «تفکیک قوا» را منتسکیو در نوشتهٔ 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 وسیلهٔ لاک، دانشمند معروف انگلیسی، اظهار گردید و سپس منتسکیو آن را اقتباس و تکمیل کرد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۷۵، ص ۲۲۴).

نظریهٔ 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 نظریهٔ منتسکیو مطرح است؛ یعنی وظیفهٔ وضع قانون، اجرای قانون و قضاوت بر اساس قانون (همان). منتسکیو در روح القوانين در بارهٔ 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 قوهٔ مقننه که به وسیلهٔ آن پادشاه یا قانون‌گذار برای مدت معین یا برای همیشه قوانینی وضع می‌کند و قوانین موجود را اصلاح یا الغا می‌نماید. دوم قوهٔ اجرا کنندهٔ اموری که مربوط به حقوق بین‌المللی است و به وسیلهٔ 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، قوهٔ مجریه اموری که مربوط به حقوق مدنی است و به وسیلهٔ آن در اختلافات بین افراد قضاوت می‌کند، دعاوی را حل و فصل می‌نماید و جرایم را کیفر می‌دهد که آن را «قوهٔ قضاییه» هم می‌نامند (منتسکیو، ۱۳۴۹، ص ۲۹۶).

تفکیک میان دو قوهٔ مقننه و مجریه، که می‌تواند به مهار قدرت به وسیلهٔ 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 سه‌گانهٔ حکومت نیست، بلکه توزیع قدرت در میان مقامات احتمالاً رقیب است و هدف نهایی تفکیک قوای او میانه‌روی و نتیجهٔ آن، آزادی انسان هاست (همان). تفکیک قوا دومین شرط تحقق آزادی و مغایر با هرگونه رژیم استبدادی و تمامیت‌خواه (توتالیتیر) 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 قضائیه از قوای مقننه و مجریه منفک نباشد، باز هم وجود آزادی ناممکن است؛ زیرا با پیوستن قوه قضائیه 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 مطرح 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 این گونه 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 پروین گنابادی، چ پنجم، تهران، علمی و فرهنگي.
- ____، ۱۹۷۸، *مقدمه ابن خلدون*، بيروت، دارالعلم.
- اسديان، احمد، ۱۳۹۱، *تحولات تفکيک قوا*، تهران، مجد.
- اسکندري، محمدحسين و اسماعيل دارابکالاي، ۱۳۷۷، *درآمدی بر حقوق اساسی*، قم و تهران، دفتر همکاري حوزه و دانشگاه و سمت.
- جعفری، علی اکبر، ۱۳۸۳، *تفکيک قوا در حقوق ایران*، آمریکا، فرانسه، تهران، مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
- جونز، و. ت، ۱۳۵۸، *خداوندان اندیشه سياسي*، ترجمه علی رامین، تهران، سپهر.
- شمس‌الدين، محمدمهدی، ۱۳۷۵، *نظام حکومت و مدیریت در اسلام*، ترجمه سيدمرتضی آيت‌الله‌زاده شیرازی، تهران، دانشگاه تهران.
- شوالیه، ژان ژاک، ۱۳۷۳، *آثار بزرگ سياسي از ماکياولی تا هیتلر*، ترجمه ليلا سازگار، تهران، مرکز 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، شمس‌الدين، ۱۳۷۴، *حقوق اساسی*، تهران، نورحکمت.
- عمیدزنجانی، عباسعلی، ۱۳۹۱، *فقه سياسي*، چ ششم، تهران، امیر کبیر.
- 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، مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
- محمدي، عبدالعلی، ۱۳۸۷، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان*، کابل، مؤسسه تحصیلات عالی خاتم النبیین ﷺ.
- مدنی، جلال‌الدين، ۱۳۷۶، *کليات 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 این‌گونه 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، اطلاق اش 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 این‌گونه 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 به‌وسیله 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 تشریفات 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 استکاف 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، فی‌الواقع 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...»، درواقع، 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 درواقع، 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 به‌اضافه اقرار، که شاه‌دلیل در امور مدنی است، و در بند دوم سند عادی به‌اضافه 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 تبعی، 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 - دست کم - 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 فوق الذکر، 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 بین.
- 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 ۱۰۲/۹۵/۲۶۶۴ 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^۱ 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 پیشنهادهای 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. بدین‌رو، 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)^۲ 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 مقره‌های 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 کسب و کار 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 اختلال 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.^۳ 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^۴، 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 بخش نامه 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.^۵ 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 دائمی 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 دائم 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 قراردادها مد نظر باشد، تعیین حداقل مدت نیز برای انعقاد این قراردادها 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 بی‌پهلو 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 قراردادها به 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^۲ 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 واقع بینانه 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^۷ 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^۱ قانون کار ایران در مجموع، دارای شدیدترین مقررات حمایت در برابر اخراج، در مقایسه با ۶۵ کشور عضو سازمان همکاری و توسعه اقتصادی^۲ 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 دائم 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 لغو 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 عبادالله 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 ارتکاب 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.

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 (فراهدی، 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؛ ابن‌زهرة، 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 فعالیتی 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 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 می‌نماید؛ 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: قَدَّمْ 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 ۖ وَسْؤَالِهِ عَنْ ذَلِكَ. فَلَمَّا قَدِمَ الْكِتَابَ كَتَبَ أَبُو الْحَسَنِ ۖ يُضْرَبُ حَتَّى يَمُوتَ. فَأَنْكَرَ يَحْيَى بْنُ أَكْثَمٍ وَأَنْكَرَ فَقَهَاءُ الْعَسْكَرِ ذَلِكَ وَقَالُوا يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ: سَلْهُ عَنْ هَذَا؛ فَإِنَّهُ شَيْءٌ لَمْ يُنْطِقْ بِهِ كِتَابٌ، وَلَمْ تَجِءْ بِهِ السُّنَّةُ. فَكَتَبَ أَنَّ فَقَهَاءَ الْمُسْلِمِينَ قَدْ أَنْكَرُوا هَذَا وَقَالُوا: لَمْ تَجِءْ بِهِ سُنَّةٌ وَلَمْ يُنْطِقْ بِهِ كِتَابٌ، فَبَيَّنْ لَنَا بِمَا أُوجِبَتْ عَلَيْهِ الضَّرْبُ حَتَّى يَمُوتَ. فَكَتَبَ ۖ: «بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ فَلَمَّا رَأَوْا بِأَسْنَا قَالُوا أَمْنَا بِاللَّهِ وَخَدَّهُ وَكَفَرْنَا بِمَا كُنَّا بِهِ مُشْرِكِينَ فَلَمْ يَكُ يَنْفَعُهُمْ إِيْمَانُهُمْ لَمَّا رَأَوْا بِأَسْنَا سُنَّتَ اللَّهُ 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.

مجازات‌ی که امام در این روایت تعیین می‌کند 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 زنا‌ی 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؛ ابن‌حمزه، 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 الوسیله*، 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، *شرائع 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 & www.iki.ac.ir

<http://nashriyat.ir/SendArticle>
