

پژوهش نامه انتقادی
متون و برنامه های علوم انسانی
(ویژه فقه و حقوق)

دوفصلنامه علمی - تخصصی

شورای بررسی متون و کتب علوم انسانی
سال دهم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۸۹
شاپا: ۹۲۱۲ - ۱۶۰۵

صاحب امتیاز: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
مدیر مسئول: حمیدرضا آیت اللهی
سر دبیر: سید فضل الله موسوی

هیئت تحریریه

غلامعلی افروز	استاد دانشگاه تهران
بهروز درّی نوکورانی	دانشیار دانشگاه شهید بهشتی
محمد سپهری	استاد دانشگاه آزاد اسلامی
حامد صدقی	استاد دانشگاه تربیت معلم
جاناله کریمی مطهر	استاد دانشگاه تهران
حسین کلباسی اشتری	استاد دانشگاه علامه طباطبائی
سید فضل الله موسوی	استاد دانشگاه تهران
سید حسین میر جلیلی	دانشیار پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
ناصر نیکوبخت	دانشیار دانشگاه تربیت مدرس تهران

مشاوران علمی

محمد جواد جاوید (فقه و حقوق)، احمد حاجی ده آبادی (فقه و حقوق)، سید محمد حسینی (فقه و حقوق)،
ولی رستمی (فقه و حقوق)، روشنعلی شکاری (فقه و حقوق)، محمد حسن صادقی مقدم (فقه و حقوق)،
حسین قشقایی (فقه و حقوق)، عباسعلی کدخدایی (فقه و حقوق)، علی مرادخانی (فلسفه و کلام)،
مهدی موسوی (فقه و حقوق)، حسین میر محمد صادقی (فقه و حقوق)

مدیر تولید: رضا حسینی

مدیر اجرایی: امیر اعتمادی بزرگ

ویراستار: سید جلیل شاهی

مترجم چکیده: آتوسا رستم بیک

طراح جلد: مجید اکبری کلی

چاپخانه: پردیس دانش، تیراژ: ۵۰۰، بها: ۳۰۰۰ تومان

نشانی: تهران، بزرگراه کردستان، خیابان ایرانشناسی، صندوق پستی ۱۴۱۵۵-۶۴۱۹

تلفکس: ۸۸۰۳۶۳۲۰، پست الکترونیک: criticalstudies@ihcs.ac.ir، پایگاه اینترنتی: http://www.ihcs.ac.ir

راهنمای تدوین و پذیرش مقاله

نشریه از دریافت مقاله با محورهای زیر استقبال می‌کند:

- بررسی و تحلیل مبانی علوم انسانی
- بررسی و نقد منابع رشته‌های علوم انسانی
- بررسی و نقد برنامه‌های آموزشی و پژوهشی علوم انسانی
- بررسی و نقد شیوه‌های اجرایی و عملکرد برنامه‌های آموزشی و پژوهشی علوم انسانی

صرفاً مقاله‌هایی در این مجله منتشر می‌شود که در نشریه‌های داخلی و خارجی چاپ یا ارائه نشده باشد.

حق چاپ مقاله، پس از پذیرش، برای نشریه محفوظ است و نویسنده مقاله مجاز به چاپ آن در جای دیگر نیست.

انتشار آثار ارسالی الزاماً به معنای هم‌رأی بودن با نویسندگان نیست و مجله مسئولیتی در این زمینه ندارد.

مجله در قبول، رد، اصلاح، و ویرایش مقاله‌های دریافتی آزاد است.

نویسنده/ نویسندگان محترم، مشخصات ذیل را به همراه مقاله ارسال کنند:

- نام و نام‌خانوادگی نویسنده/ نویسندگان به فارسی و انگلیسی؛
- میزان تحصیلات، رتبه علمی، گروه آموزشی، نام دانشکده، دانشگاه و شهر محل دانشگاه نویسنده/ نویسندگان به فارسی و انگلیسی؛
- معرفی نویسنده مسئول در صورت تعدد نویسندگان؛
- درج نشانی پست الکترونیک نویسنده/ نویسندگان؛
- نشانی، کدپستی، شماره تلفکس نویسنده مسئول؛

نویسندگان محترم، فایل الکترونیک مقاله‌های ارسالی را به همراه درخواست انتشار و مشخصات بالا از طریق پست عادی (در قالب CD) و یا پست الکترونیک، به نشانی مجله ارسال کنند.

پذیرش اولیه مقاله مشروط به رعایت نکات «راهنمای تدوین مقاله» و پذیرش نهایی و چاپ مشروط به تأیید شورای داور است. در هر صورت، نتیجه به نویسنده اعلام خواهد شد.

صفحات مقاله حداقل ۱۵ و حداکثر ۲۵ صفحه باشد و در مجموع از ۸۰۰۰ کلمه تجاوز نکنند. درضمن، مقاله با قلم بی‌لوتوس ۱۳ در برنامه Word 2007 حروف‌نگاری و به همراه فایل pdf ارسال شود.

داشتن عنوان، چکیده (حداکثر ۱۵۰ کلمه) و واژه‌های کلیدی (حداکثر ۷ واژه)، به دو زبان فارسی و انگلیسی برای همه مقاله‌ها الزامی است.

مقاله‌ها مشتمل بر مقدمه، مباحث اصلی، نتیجه‌گیری و فهرست منابع باشد.

معادل خارجی اسامی خاص، اصطلاحات و واژگان در متن، درون پرانتز قرار گیرد.

شیوه استناد

ارجاعات مقاله، درون متنی و به شیوه زیر باشد:

برای ارجاع به منابع، بلافاصله، پس از نقل قول مستقیم (داخل گیومه)، نام خانوادگی نویسنده کتاب یا مقاله، سال انتشار، شماره جلد و صفحه منبع مورد نظر، درون پرانتز آورده شود. مثال: (حقیقی، ۱۳۶۶: ج ۱/۲۱۰)

برای ارجاع به منابع، بلافاصله، پس از نقل قول غیرمستقیم، نام خانوادگی نویسنده کتاب یا مقاله، سال انتشار و شماره جلد، درون پرانتز آورده شود. مثال: (حقیقی، ۱۳۶۶: ج ۱/ ۲۱ - ۲۵)

ارجاعات درون متنی غیرفارسی، به شیوه قبل و به زبان اصلی آورده شود. مثال: (Nelson, 2003: 115)

اگر از نویسنده‌ای در یکسال بیش از یک اثر منتشر شده باشد، با قراردادن حروف الف، ب، پ، و ... در زبان فارسی و حروف a, b, و ... در زبان‌های خارجی، پس از سال انتشار، آثار از هم متمایز شوند.

در صورت استفاده از فرهنگ یا دانشنامه‌ای که سرویراستار دارد، نام او، سال انتشار، شماره صفحه، درون پرانتز آورده شود. اگر به مقاله خاصی ارجاع داده می‌شود، نام مؤلف مقاله، سال انتشار و صفحه منبع مورد نظر، درون پرانتز آورده شود. غیر از موارد مذکور، نام فرهنگ یا دانشنامه، سال انتشار و صفحه منبع مورد نظر، درون پرانتز آورده شود.

ارجاعات تکراری، کامل و مانند بار نخست آورده شود و از کاربرد واژه‌های «همان»، «پیشین» و «مانند آن» در متن و یا ترسیم خط به جای نام مؤلف در منابع خودداری شود.

منابع: در پایان مقاله، ابتدا منابع فارسی و سپس منابع لاتین، براساس نام خانوادگی نویسنده، به ترتیب حروف الفبا و به صورت زیر ذکر شود:

کتاب: نام خانوادگی نویسنده / نویسندگان، نام نویسنده / نویسندگان (تاریخ انتشار). نام کتاب به صورت ایتالیک (/یر/نیک)، نام مترجم یا مصحح، شماره جلد، نوبت چاپ، محل انتشار: نام ناشر.

مقاله: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (تاریخ انتشار). «عنوان مقاله»، نام مترجم، نام نشریه به صورت ایتالیک (/یر/نیک)، سال نشریه، شماره نشریه، شماره صفحات مربوط به مقاله.

منابع اینترنتی: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (تاریخ دسترسی). «عنوان مقاله»، نام وبسایت (یا عنوان نشریه الکترونیکی، جلد، شماره، سال)، صفحه، آدرس اینترنتی.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست

بررسی و تحلیل مبانی علوم انسانی

آسیب‌شناسی رشته‌های حقوق با توجه به بررسی تطبیقی آموزش رشته‌های حقوق در ایران و فرانسه

منوچهر توسلی نائینی / ۱

نقد و بررسی حقوقی ورود به خدمت و استخدام در قانون مدیریت خدمات کشوری (فصل‌های ششم و هفتم)

ولی رستمی / ۱۷

بررسی مبانی حقوق اجتماعی

ابراهیم موسی‌زاده و فهیم مصطفی‌زاده / ۴۹

قلمرو فقه در حقوق موضوعه ایران

علی‌رضا یزدانیان / ۷۷

بررسی انتقادی متون علوم انسانی

بازاندیشی معیارهای نگارش دانشنامه حقوقی

سیدرحیم حسینی / ۹۳

تحلیلی انتقادی از کتاب فلسفه حقوق؛ فلسفه انتقادی در نقد فلسفه حقوق ایرانی

محمدجواد جاوید / ۱۰۷

تأملی بر کتاب قانون مدنی در نظم حقوق کنونی

احمدرضا نائینی / ۱۳۹

بررسی و نقد کتاب سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران

محمدرضا نظری‌نژاد کیاشی / ۱۶۹

پیوست

نقدی بر منشور «حقوق و مسئولیت‌های زنان در نظام جمهوری اسلامی ایران»

ناصر قربان‌نیا / ۱۸۹

آسیب‌شناسی رشته‌های حقوق با توجه به بررسی تطبیقی آموزش رشته‌های حقوق در ایران و فرانسه

منوچهر توسلی نائینی*

چکیده

احداث مدارس حقوق ایران در زمان قاجاریه به سبک مدارس فرانسه و بلژیک سبب شد که حقوق ایران علاوه بر گرایش به سمت حقوق اسلامی، به سمت سنت‌های حقوقی رومی - ژرمنی گرایش پیدا کند. سابقه آموزش حقوق در ایران نشان می‌دهد که در حال حاضر حقوق کشورمان در بسیاری از مسائل از حقوق کشورهای پیشرفته فاصله گرفته و پویایی خود را از دست داده است. بنابراین نیاز به آسیب‌شناسی رشته‌های حقوق در مراکز دانشگاهی در تمامی ابعاد از جمله منابع، روش‌های آموزش و برنامه‌ریزی درسی احساس می‌شود. یکی از راه‌های این آسیب‌شناسی، بررسی تطبیقی آموزش رشته‌های حقوق بین ایران و کشورهای دیگر است. در این مقاله این تطبیق با مقایسه سابقه و شیوه آموزش حقوق در دو کشور ایران و فرانسه صورت می‌گیرد.

کلیدواژه‌ها: رشته‌های حقوق، آسیب‌شناسی، بررسی تطبیقی، ایران، فرانسه.

مقدمه

حقوق ایران در فقه اسلام ریشه دارد و بسیاری از مباحث این رشته، مبتنی بر شریعت است. به همین دلیل، بعضی مباحث این رشته، در حوزه‌های علمیه تدریس می‌شد. اولین مدارس حقوقی ایران به سبک امروزی را تحصیلکردگان ایرانی در فرانسه و بلژیک در اواخر دوره قاجاریه ایجاد کردند. تأثیر این مدارس و استفاده از حقوق کشورهای مزبور باعث شد

* استادیار حقوق دانشگاه شهرکرد tavassoli2000@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۸۹/۹/۱۸، تاریخ پذیرش: ۸۹/۱۲/۵

حقوق ایران علاوه بر گرایش به سمت حقوق اسلامی، به سمت بعضی سنت‌های حقوق رومی - ژرمنی از جمله مدون‌بودن قوانین نیز گرایش پیدا کند. سابقه آموزش حقوق در ایران نشان می‌دهد که در حال حاضر حقوق کشورمان در بسیاری از مسائل حقوقی و شیوه تدریس و کار عملی، از حقوق کشورهای پیشرفته فاصله گرفته و پویایی خود را ازدست داده است. این وضعیت، به آسیب‌شناسی رشته‌های حقوق در مراکز دانشگاهی در تمامی ابعاد آن از جمله منابع، روش‌های آموزش و برنامه‌ریزی درسی نیاز دارد. درکنار بررسی نقش نهادهای تأثیرگذار در ارتقای کیفی رشته‌ها و جایگاه فقه در حقوق ایران، بررسی تطبیقی آموزش رشته‌های حقوق در کشورهای مختلف می‌تواند ما را در یافتن راهکارهای ارتقای کیفی این رشته‌ها یاری دهد. هدف از تحقیق حاضر این است که با مقایسه سابقه و شیوه آموزش حقوق در دو کشور ایران و فرانسه، آسیب‌های رشته حقوق در کشورمان پیدا و در رفع آن اقدام شود.

الف) سابقه آموزش حقوق در ایران

برای آگاهی از سابقه رشته حقوق در ایران، شناخت تاریخچه این رشته و چگونگی آموزش آن در حال حاضر الزامی به‌نظر می‌رسد.

۱. تاریخچه رشته حقوق در ایران

در گذشته‌های دور، در زمینه مسائل حقوقی، مراکزی به‌سبک امروزی وجود نداشت؛ لیکن در مدارس طلبگی و به‌سبک خاص حوزه‌های علمیه، موضوع تدریس و آموزش علوم فقهی که بسیاری از مباحث حقوقی و مرتبط با فقه را دربر می‌گرفت، وجود داشت. با توجه به نیازهای زمان، موضوع تشکیل مدارس جدید در حوزه علوم اجتماعی از زمان قاجاریه مطرح می‌شود. در زمان صدارت میرزا علی‌اصغر خان امین‌السلطان، پسران میرزا نصرالله‌خان مشیرالدوله نائینی (وزیر خارجه ایران در زمان مظفرالدین شاه) به نام‌های حسن و حسین پیرنیا که دوره حقوق دارالفنون را در مسکو به‌اتمام رسانده بودند، به داخل کشور فراخوانده شدند و نامبردگان مدرسه عالی علوم سیاسی را در ۱۲۷۷ شمسی در تهران تأسیس کردند. (<http://www.hookup.com>) محمدعلی فروغی (ذکاءالملک) در زمان ریاست خود در سال ۱۲۸۵ شمسی - که همزمان ریاست دیوان کشور را به عهده داشت - موجبات رونق مدرسه را فراهم نموده و چندین کتاب در زمینه‌های کلی حقوق، مانند حقوق اساسی و علم ثروت

(اقتصاد)، تألیف و آنها را در مدرسه تدریس کرد. همزمان با توسعه آموزش مسائل کلی حقوق سیاسی و نیز درگیری هر چه بیشتر دولتمردان با مسائل حقوقی جدید، نیاز به تأسیس مدرسه مستقل آموزش عالی حقوق بیشتر از هر زمان دیگری احساس می‌شود. در سال ۱۳۳۲ هجری، اصل تأسیس مدرسه عالی حقوق به تصویب می‌رسد؛ اما شروع جنگ جهانی اول باعث می‌شود که در تأسیس این مدرسه، پنج سال وقفه بیفتد. در آبان ۱۲۹۸ هجری شمسی، اولین مدرسه عالی حقوق رسماً تشکیل می‌شود. نخستین استادان در رشته‌های حقوق بین‌الملل عمومی، حقوق طبیعی، حقوق جنایی و اقتصاد، از فرانسه استخدام و به ایران اعزام می‌شوند. ریاست اولیه مدرسه عالی حقوق به عهده مسیو پرنی بود و معاونت آن را میرزا جوادخان عامری به عهده داشت. در سال ۱۳۰۰ شمسی، درکنار استادان فرانسوی، مدرسان ایرانی نیز مشغول‌کاری می‌شوند، از جمله: محمدعلی خان فروغی (ذکاءالملک) (حقوق اساسی)، حاج سید نصرالله تقوی سادات اخوی (رئیس عالی شعبه تمیز) (فقه و اصول).

دروس مدرسه حقوق به زبان‌های فارسی و فرانسه ارائه می‌شد. در این مدرسه، دو دوره تحصیلی وجود داشت: دوره اول، تصدیق (Baccalaureate) و دوره دوم، تصدیق (لیسانس) نامیده می‌شد و مدت آن جمعاً سه سال بود. (<http://www.Iranbar.org>) ترکیب اولیه استادان این مدرسه نشان می‌دهد که حقوق مورد تدریس در این مدرسه، بسیار تحت تأثیر ایرانیانی بوده است که در دوران حکومت قاجاریه و عهد مشروطه برای اولین بار برای تحصیل علم به فرانسه و بلژیک رفتند؛ لذا در بعضی موارد، واژگان این علم از حقوق فرانسه و فرانسوی‌زبانان اقتباس شده است.

در سال ۱۳۰۶ شمسی، طرح ادغام دو مدرسه عالی سیاسی و حقوق در یکدیگر، به تصویب شورای عالی معارف کشور رسید و اساسنامه آن نیز در تاریخ ۱۳۰۶/۶/۱۵ به تصویب شورای مذکور رسید و سرانجام در تاریخ شنبه ۱۳۰۶/۷/۲، مدرسه عالی حقوق و علوم سیاسی با سخنرانی محمدتدین رسماً گشایش یافت. در مدرسه عالی حقوق و علوم سیاسی، دو شعبه علوم قضایی و علوم اداری وجود داشت؛ و برای حضور در مدرسه، داشتن تصدیق کامل رشته ادبی و یا تصدیق کامل مدرسه دارالمعلمین لازم بود. دارندگان تصدیق دوره متوسطه علمی نیز تحت شرایطی حق ورود به مدرسه را داشتند. از طرفی، چون تعداد فارغ التحصیلان برای پوشش نیازهای عدلیه کافی نبود، مرحوم علی‌اکبر داور، موقتاً کلاس‌های آموزشی در عدلیه را برقرار کرد. شرط ورود، داشتن تصدیق‌نامه سیکل اول متوسطه و قبول شدن در امتحانات ورودی بوده است. دروس آن تقریباً همان دروس

مدرسه عالی حقوق بود و تمامی مدرسان آن از قضات عدلیه بودند؛ و برای داوطلبان شهرستان‌ها، جزوات درسی ارسال می‌شد، که نوعی آموزش از راه دور بوده است. البته سال آخر، حضور در امتحانات ضروری بوده است. فارغ‌التحصیلان با رتبه یک قضایی، به خدمت مشغول می‌شدند.

در اسفند ۱۳۱۲ شمسی، با پیوست مدرسه عالی تجارت به مدرسه عالی حقوق و علوم سیاسی، دانشکده حقوق رسماً گشایش می‌یابد. ریاست دانشکده به عهده میرزا علی اکبر خان دهخدا بود و معاونت آن را دکتر شایگان بر عهده داشت. در سال ۱۳۱۳، همزمان با تصویب قانون دانشگاه تهران، دانشکده حقوق یکی از شعب دانشگاه تهران تعیین می‌شود؛ سپس در سال ۱۳۱۸، با گشایش بنگاه روزنامه‌نگاری در دانشگاه و انتقال بخش منقول به دانشکده حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تقریباً به صورت امروزی در محل فعلی تثبیت می‌شود. در سال ۱۳۲۰، ریاست دانشکده به آقای سید مصطفی عدل واگذار شد؛ و در سال بعد، مقدمه نخستین دوره دکتری حقوق فراهم شد. تا سال ۱۳۲۰ شمسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تنها دانشکده حقوق در ایران محسوب می‌شد. در سال ۱۳۲۵، با تشکیل دانشگاه ملی ایران (شهید بهشتی فعلی) توسط پرفسور علی شیخ الاسلام، دانشکده حقوق دانشگاه ملی ایران نیز به عنوان دومین دانشکده حقوق تأسیس شد. در سال ۱۳۲۶، دوره فوق لیسانس حقوق جزا نیز راه اندازی شد. در سال‌های دهه ۵۰ و ۶۰، مجتمع آموزش عالی قضایی قم و دانشکده حقوق دانشگاه شیراز گشایش یافت. همچنین، با تأسیس دانشگاه تربیت مدرس - که مقرر بود صرفاً برای تربیت استادان دانشگاهی باشد - دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس در مقاطع دکترا و فوق لیسانس تأسیس شد. قبل از انقلاب نیز طرح تشکیل دانشکده ویژه علوم قضایی در قوه قضائیه به تصویب رسید؛ ولی در عمل از سال ۱۳۶۱ به ایجاد دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری و تربیت دانشجویان در رشته حقوق اقدام شد. دانشجویان این دانشکده از بدو ورود، به استخدام قوه قضائیه در می‌آیند و بعد از پایان تحصیل، به خدمت در قوه قضائیه متعهد می‌شوند. (مبارکیان، ۱۳۷۷) به علاوه، در بعضی از مراکز دولتی، نظیر دانشکده افسری و نیز در مراکزی مثل دادگستری، دوره‌های تخصصی آموزش حقوق وجود داشته است. در حال حاضر، رشته حقوق علاوه بر دانشگاه‌های مزبور، در دانشگاه‌های قم، شیراز، اصفهان، کاشان، شهرکرد، تبریز، مازندران، مشهد و بسیاری از دانشگاه‌های پیام نور در سطح کشور تدریس می‌شود. شیوه آموزشی در دانشگاه پیام نور به صورت «آموزش از راه دور» و

برنامه‌های آموزشی آن به صورتی خاص تنظیم و تدوین می‌شود. در این شیوه آموزشی، از ابزار آموزشی نظیر متون درسی خودآموز، نوارهای ویدیویی، کتاب‌های آموزشی و آزمایشگاهی، روش‌های آموزشی مکاتبه‌ای و تشکیل کلاس‌های رفع اشکال حضوری بهره‌گیری می‌شود. از سال ۱۳۶۱، با تأسیس دانشگاه آزاد اسلامی، گروه آموزشی حقوق و مقاطع تحصیلی لیسانس حقوق تشکیل شد و از سال ۱۳۷۱، این دانشگاه با راه‌اندازی دانشکده حقوق و علوم سیاسی در مقاطع مختلف لیسانس، فوق لیسانس و دکتری، رسماً به تربیت دانشجوی حقوق مشغول است.

۲. آموزش رشته حقوق در ایران

در حال حاضر، دروس دوره کارشناسی رشته حقوق در ایران در ۱۳۶ تا ۱۳۸ واحد ارائه می‌شود: ۲۱ واحد دروس عمومی، ۱۵ واحد دروس پایه، ۶ واحد اختیاری، و ۹۴ واحد تخصصی. تحصیل در این دوره معمولاً ۴ سال به طول می‌انجامد و به دانش‌آموختگان مدرک کارشناسی اعطاء می‌شود.

دروس رشته‌های تحصیلی در دوره کارشناسی از لحاظ محتوا به ۴ دسته دروس عمومی، پایه، اصلی و تخصصی تقسیم می‌شود. گفتنی است که دروس عمومی به منظور توسعه اطلاعات و معلومات عمومی، دروس پایه به منظور تقویت بنیه علمی و ایجاد پیش‌زمینه مناسب برای دروس اصلی و تخصصی، دروس اصلی به عنوان اساس و مبنای دروس تخصصی، و دروس تخصصی در جهت ارتقای کارآیی علمی و عملی دانشجویان ارائه می‌شود. دروس دانشگاهی عمده‌الزامی است و تعدادی دروس نیز به صورت اختیاری ارائه می‌شود که شامل دروس مستقل و پیوسته است. دروس مستقل، دروسی هستند که انتخاب آنها منوط به گذراندن درس یا دروس قبلی یا پیش‌نیاز است. از لحاظ نحوه آموزش، دروس دانشگاهی به دروس نظری و عملی تقسیم می‌شود. دروس نظری، حاوی مجموعه‌ای از دانش‌ها است که به صورت خطابه، کنفرانس، سمینار و بحث و گفت‌وگو به دانشجویان ارائه می‌شود و دروس عملی نیز مجموعه مهارت‌هایی است که انتقال آن به دانشجویان به صورت کار عملی یا میدانی صورت می‌گیرد (<http://www.iranculture.org>). دروس عملی در رشته حقوق، شامل کار تحقیقی ۱ و ۲ (از دروس اصلی تخصصی) و کارآموزی قضایی (از دروس اختیاری) است. تعداد کم دروس عملی در رشته حقوق بیانگر توجه بیش از حد به مباحث تئوریک و یا کمبود امکانات در زمینه دروس عملی است. به‌طور کلی، به نظر

می‌رسد گروه‌های حقوق درمورد منابع درسی، با کمبود کتب آموزشی جدید روبه‌رو هستند و مواد درسی و منابع این رشته، با پیچیدگی‌ها و نیازهای جدید و با حجم و تنوع موضوعات اجتماعی تناسبی ندارد. افزون بر این، نشریه‌های حقوق در دانشگاه‌ها یا وجود ندارد و یا بسیار نامنظم منتشر می‌شود. در بسیاری از دانشگاه‌های کشور، کتابخانه‌های تخصصی رشته حقوق وجود ندارد تا دانشجویان بتوانند به مطالعات حقوقی بپردازند و دانشجویان به ویژه در دانشگاه‌های کوچک با فقر منابع حقوقی روبه‌رو هستند.

مهم‌ترین وظایف اعضای هیئت علمی دانشگاه‌ها در رشته حقوق، می‌توان به تدریس دروس حقوقی، پاسخگویی به سؤالات درسی، ارائه کار تحقیقی و پیگیری کار تحقیقی^{۱ و ۲}، مشاوره و راهنمایی تحصیلی دانشجویان، رسیدگی به پایان‌نامه‌های تحصیلی در دوره کارشناسی ارشد، حضور در جلسات رسمی دانشگاه‌ها، اجرای طرح‌های پژوهشی و تحقیقاتی و انجام وظایف اجرایی اشاره کرد. از استادان این رشته انتظار می‌رود که اطلاعاتشان به‌روز باشد و از جزوه‌ها و منابع جدید درسی استفاده کنند؛ لیکن در عمل، مکانیسمی برای رسیدن به این هدف وجود ندارد. تدریس حقوق در کلاس‌های درس به‌صورت تجزیه و تحلیل قوانین و مبتنی بر تئوری‌های حقوقی است. از دانش‌آموختگان این رشته انتظار می‌رود جسور باشند و قدرت استدلال، خلاقیت ذهنی و فن بیان خوب داشته باشند. استادان رشته حقوق می‌توانند در تقویت این ویژگی‌ها در دانشجویان نقش عمده‌ای داشته باشند.

دانشجوی حقوق باید به زبان و ادبیات فارسی مسلط باشد تا بتواند کسانی را که خطاب می‌کند و یا دادگاهی را که مأمور رسیدگی به دعوا است، با زبان روان و بلیغ قانع کند. در دوره کارشناسی، تنها درس در این مورد فارسی عمومی است که چنین انتظاری را برآورده نمی‌سازد و در بعضی گروه‌های حقوق، از درس اختیاری آیین نگارش حقوقی برای رفع این نقیصه استفاده می‌شود. دانشجویان حقوق باید با مفاهیم اساسی فقه و اصول در اسلام، امور مالی و پزشکی قانونی و ... آشنا شوند و از جامعه‌شناسی، روان‌شناسی و علوم فلسفی تاحدی آگاهی داشته باشند. این نیاز دانشجویان، در دروس پایه مانند مالیه عمومی و مبانی جامعه‌شناسی و در دروس تخصصی مانند متون و اصول و قواعد فقه و در دروس اختیاری مانند فلسفه حقوق پیش‌بینی شده است.

تعداد واحدهای کارشناسی ارشد ناپیوسته بر ۲۸ تا ۳۲ واحد و کارشناسی ارشد پیوسته بر ۱۷۲ تا ۱۸۲ واحد درسی بالغ می‌شود. تحصیل در دوره کارشناسی ارشد پیوسته ۶ سال و

در دوره کارشناسی ارشد ناپیوسته ۲ سال به طول می انجامد و به دانش آموختگان آن، مدرک کارشناسی ارشد اعطا می شود.

تعداد واحدهای دوره دکتری نیز بر ۴۲ تا ۵۲ واحد درسی، مشتمل بر واحدهای آموزشی و پژوهشی، بالغ می شود. آموزش دوره دکتری ۴/۵ سال به طول می انجامد و به دانش آموختگان آن، مدرک دکتری (Ph.D) اعطا می شود.

به دلیل انبوه متقاضیان ورود به دانشگاه ها و مؤسسات آموزش عالی دولتی و به منظور برقراری عدالت اجتماعی و گزینش شایسته ترین افراد و نیز تخصیص امکانات آموزش عالی به افراد مستعد، گزینش دانشجو در مقاطع آموزشی کارشناسی و کارشناسی ارشد به صورت متمرکز صورت می گیرد.

ب) سابقه آموزش حقوق در فرانسه

فرانسه از معدود کشورهای دنیا است که رشته حقوق در آن سابقه ای دیرینه دارد. برای اطلاع از سابقه آموزش رشته حقوق در این کشور، آگاهی از تاریخچه این رشته و چگونگی آموزش آن در وضعیت فعلی الزامی به نظر می رسد.

۱. تاریخچه رشته حقوق در فرانسه

فرانسه جزو کشورهایی است که حقوق رومی - ژرمنی در آنها برقرار شده است. در این کشور، ابتدا در دوره شخصی و فئودالی بودن قوانین، حقوق رم به عنوان حقوق موضوعه در جنوب فرانسه و حقوق ژرمن به عنوان حقوق عرفی در شمال فرانسه و حقوق کلیسایی در کل کشور و در دادگاه های کلیسایی اجرا می شد. در حقوق رم، جنبه های فنی حقوق و در حقوق ژرمن، راه حل های معمولی و شیوه محاکمات ارائه می شد و حقوق کلیسایی، در حقوق خانواده و محاکمات جزایی تأثیر زیادی داشت. (عرفانی، ۱۳۷۳) از قرن سیزدهم، دانشگاه ها برای وحدت و تجدید حیات حقوق در فرانسه، اقدامات خود را شروع کردند. فرامین پادشاه و رویه قضایی پارلمان های فرانسه، کمک زیادی به این روند کرد. اولین دانشگاه اروپایی در پاریس و در قرن دوازدهم بنیان گذاشته شد که یکی از رشته های آن، حقوق بود. در سال ۱۶۷۹، برای اولین بار، یک کرسی حقوق فرانسه در دانشگاه سوربن پاریس تأسیس شد؛ لیکن آغاز تدریس حقوق ملی در فرانسه، همانند بسیاری از کشورهای اروپایی، در قرن هجدهم بوده است.

(داوید، ۱۳۸۰) پس از انقلاب کبیر فرانسه در سال ۱۷۸۹، اولین قانون اساسی فرانسه تصویب شد. در سال ۱۸۰۲، براساس قانون اساسی دیگری، ناپلئون امپراتور فرانسه شد که مجموعه قوانین تدوین شده به دستور وی و از جانب حقوق دانان - به ویژه کد یا قانون مدنی در ۱۸۰۴ (کاتوزیان، ۱۳۸۰)، قانون آیین دادرسی مدنی در ۱۸۰۷، قانون تحقیقات جنایی در ۱۸۰۸، قانون تجارت در ۱۸۰۹ و قانون جزا در ۱۸۱۰ - تأثیر زیادی بر تحول حقوق فرانسه و حرکت به دوره حقوق مبتنی بر قانون داشت و حقوق واحدی بر کل کشور فرانسه حاکم شد. در این مرحله، قانون‌گرایی به صورت یک سنت درآمد و قانون، منبع اول حقوق در این کشور شناخته شد؛ و بدین ترتیب، آموزش رشته حقوق در تمامی دانشکده‌ها و گروه‌های حقوق با تأکید بر اهمیت قانون به عنوان منبع اصلی حقوق ادامه یافت. در حال حاضر نیز همین روند ادامه دارد. با افزایش تعداد دانشگاه‌های دولتی در فرانسه که در بیش از پانصد محل در سراسر کشور پراکنده است و حدود هزار واحد آموزشی و پژوهشی را شامل می‌شود، رشته حقوق نیز از لحاظ کمی و کیفی توسعه زیادی یافته است. این توسعه کمی و ایجاد دانشکده‌های متعدد حقوق در فرانسه، به کاهش کیفیت آموزش و پژوهش حقوق در مناطق مختلف کشور منجر نشده است.

۲. آموزش رشته حقوق در فرانسه

آموزش رشته حقوق در فرانسه، مبتنی بر تجزیه و تحلیل انتقادی و تأمل بر مسائل حقوقی است. در این سیستم، دانشجو براساس شناختی که به دست می‌آورد، به سمت تفکر در مسائل حقوقی هدایت می‌شود. در طول زمان، سؤالات روش یا شکل قاعده حقوقی تعدیل یا جابه‌جا می‌شود و یا تغییر می‌یابد. شناخت قاعده، ضروری است؛ اما نکته مهم، توانایی در تفسیر، تجزیه و تحلیل و انتقاد از آن است که امکان درک کاربرد قاعده جدید و اهداف آن را نشان می‌دهد. روش اخیر در رشته حقوق، علاوه بر مشاغل قضایی (قضات، وکالت، ...)، درمورد مشاغل اداری یا مستخدمین عالی مشاغل خصوصی، مؤسسات عمومی، مشاغل تجاری به مفهوم عام و به طور خلاصه تمامی مشاغلی که در آن حل مسائل قضایی، اداری و منابع انسانی وجود دارد نیز مفید واقع شده است؛ اعم از اینکه حوزه موضوع رشته حقوقی در حقوق داخلی یا اروپایی یا بین‌المللی باشد.

مدرک پایان آموزش متوسطه فرانسوی، مدرک Baccalaureate است؛ که با داشتن آن، امکان ورود به مراکز عالی در رشته حقوق امکان‌پذیر است. این مدرک نشان‌دهنده اولین

سطح آموزشی است که تحصیلات آموزش عالی براساس آن آغاز می‌شود و اعتبار می‌یابد. این مدرک، معادل مدرک دیپلم پیش‌دانشگاهی - یعنی دیپلم پایان تحصیلات متوسطه ایران - است. رشته حقوق، جزو رشته‌هایی است که تنها در دانشگاه‌ها ارائه می‌شود؛ لیکن رشته‌های مهندسی، مدیریت و هنر را می‌توان در دانشگاه‌ها یا در چهارچوب مدارس عالی یا موسسات آموزشی دولتی یا خصوصی با شرایط و چگونگی پذیرش، طول دوره و روش‌های آموزشی و اهداف متفاوت ادامه داد.

در دانشگاه‌های فرانسه، تمامی رشته‌ها از جمله حقوق وجود دارد؛ و چندرشته‌ای بودن آنها، آموزش و پژوهش دانشگاهی متناسب با تحولات علمی و فناوری را تضمین می‌کند. همه رشته‌های تحصیلی، از این تطابق بهره می‌جویند و مدارک و دوره‌های بسیار تخصصی را با هدفی مضاعف (آموزش نظری و کاربردهای عملی) ارائه می‌کنند. بسیاری از استادان رشته حقوق و حقوقدانان، دانش خود را با تحول وضعیت اجتماعی و اقتصادی به‌روز می‌کنند و خود را با نیازهای جدید منطبق می‌سازند. مواد درسی و منابع این رشته نیز متناسب با حجم نیازها و تنوع موضوعات اجتماعی تغییر می‌یابد. در همین راستا، رشته‌ها و گرایش‌های جدید حقوق نیز با واحدهای درسی و سرفصل‌های جدید ارائه می‌شود.

در فرانسه، دوره‌های آموزشی دانشگاهی در سه سیکل پیاپی سامان گرفته است؛ که در پایان آنها، مدارک ملی در سه درجه اعطاء می‌شود: لیسانس (سه سال)، ماستر (پنج سال) و دکتری (هشت سال). در دوره سه‌ساله لیسانس، دانشجویان مفاهیم اصلی و تقسیم‌بندی‌های حقوقی را یاد می‌گیرند. آموزش حقوق در دانشگاه‌ها به دو صورت است: کلاس درس و کارهای تحقیقاتی یا کارهای عملی. یکی از بخش‌های مهم آموزش از طریق پژوهش‌های شخصی به‌عهده دانشجو است. کلاس‌های درس در آمفی‌تئاترهای با ظرفیت ۱۰۰ تا ۱۰۰۰ نفر به‌شکل سخنرانی استاد برگزار می‌شود که دانشجو باید از سخنرانی یادداشت بردارد. در این دوران، علی‌رغم آنکه دانشجویان، بسیاری از دروس خود را در سالن‌های بزرگ با تعداد زیاد دانشجو سپری می‌کنند، این دانشجویان با تعداد کمتر با حدود ۳۰ دانشجو و زیر نظر استادان، کارهای تحقیقی یا عملی متعددی در درون گروه‌های درسی انجام می‌دهند. در طی این «کارهای عملی یا کارهای تحقیقاتی» (travaux dirigés – Ceux – cipermettent aux) raisonnement juridique etudints d acquerir les mecanismes du دروس‌های نظری به‌صورت عملی تجربه می‌شود و موجب تعمیق شناخت و آگاهی‌های نظری کسب‌شده در کلاس‌های درس می‌شود. برخلاف کلاس‌های درس نظری، کارهای عملی اجباری هستند

و یک استادیار یا دانشیار مسئولیت آنها را برعهده دارد. وظیفه استاد در مورد این دروس، تکرار دروس نظری نیست و باید موضوعات را به صورت عملی و عمقی کار کند. درحقیقت، کارهای عملی یا کارهای تحقیقاتی، برای درک بهتر دروس نظری و فهمیدن منافع عمقی این دروس است. این دروس برای فهم حقوق در عمل و روش‌های کار در رشته حقوق و برای تفهیم موضوعات حقوقی به کار می‌رود. تمرین‌های کارهای عملی یا کارهای تحقیقاتی متفاوت است و براساس موقعیت‌های ایجادشده در تصمیمات و رویه‌های قضایی بنا می‌شود. دانشجو با انجام این کارها درمی‌یابد که هدف اولیه حقوق، حل و فصل مسائل زندگی جاری انسان‌ها است. به همین دلیل، برای موفقیت در دوره حقوق و برای موفقیت در آینده شغلی در این رشته، انجام جدی کارهای عملی یا کارهای تحقیقاتی ضروری است؛ زیرا بسیاری از مباحث نظری حقوق به سرعت تغییر می‌کنند و قدیمی می‌شوند و با انجام کارهای عملی، دانشجو همیشه با اطلاعات واقعی و به‌روز روبه‌رو است. (<http://www.Cpuniv.Com>)

در هر دانشگاه، یک کتابخانه وجود دارد که بسیاری از کتب حقوقی موجود در فرانسه و سایر کشورها در آن موجود است؛ همچنین، بسیاری از مجلات حقوقی به صورت اشتراک در دسترس است. وجود این نشریات، در تحقیق دانشجویان بسیار مؤثر است و در به‌روز کردن اطلاعات حقوقی آنان، نقش اساسی دارد. سایر منابع موردنیاز دانشجویان، از طریق سیستم قرض بین کتابخانه‌ای و یا درخواست ارسال کپی یا اصل مطلب درخواستی امکان‌پذیر است. با توجه به رایج شدن استفاده از اینترنت، استفاده از منابع به زبان انگلیسی و سایر زبان‌ها وجود دارد و مشکل کمبود احتمالی منابع درسی به زبان فرانسه نیز مرتفع شده است. بنابراین، مشکل کمبود کتب آموزشی وجود ندارد و امکان استفاده از روش‌های متعدد تدریس برای استادان فراهم است. چنین وضعیتی، به ارتقای علم حقوق در فرانسه منجر می‌شود.

اخذ فوق‌لیسانس حقوق در یکسال امکان‌پذیر و قابل تمدید است. این دوره، شامل ادامه تحصیل تخصص موردنظر برای دریافت یک مدرک با نگارش یک رساله و دفاع از آن درمقابل هیئت داوران است. دانشجو منابع موردنیاز خود را به راحتی به دست می‌آورد و گاه با مشکل انتخاب منابع از بین منابع موجود روبه‌رو است. با توجه به تمرکز انتخاب موضوعات و آگاهی از موضوعات انتخاب‌شده، استفاده از پایان‌نامه‌های دفاع‌شده دانشجویی آزاد است و نگرانی از کپی‌برداری از این پایان‌نامه‌ها وجود ندارد، بلکه حتی

امکان مطالعه در منزل نیز وجود دارد. اخذ مدرک دکترا نیز در سه سال امکان‌پذیر و قابل‌تمدید است. این دوره، آخرین سطح تحصیلات عالی با نگارش رساله دکترا و پایان اولین کار پژوهشی دانشجوی است. سطح دانشکده‌های حقوق در فرانسه، غالباً خوب است. در دوره‌های کارشناسی ارشد و دکترا، گرایش تخصصی براساس مراکز تحقیقی دانشکده‌های حقوق و استادان شاغل در آنها مشخص می‌شود. (<http://www.Edudroit.net>) بنابراین، رشته‌های کارشناسی ارشد با توجه نیازها و ظرفیت‌های موجود برگزار می‌شوند. چنین امری، به‌کاربردی کردن دانش حقوق و ایجاد گرایش‌های جدید در این رشته مانند حقوق تجارت بین‌الملل، حقوق محیط زیست و غیره کمک می‌کند.

سال تحصیلی که به نیم‌سال تقسیم شده است، از ماه سپتامبر تا ماه مه طول می‌کشد و زمان امتحانات در ماه‌های فوریه و ژوئن است. یک دوره امتحان تجدیدی نیز در ماه سپتامبر برای دانشگاه‌ها در نظر گرفته شده است. با توجه به افزایش تعداد فارغ‌التحصیلان مقطع آموزش متوسطه، از یک‌سو میزان تقاضای افراد جهت ورود به مراکز آموزش عالی افزایش یافته و از سوی دیگر، به‌دلیل پیشرفت تکنولوژی، بر خورداری از تخصص و مهارت‌های حرفه‌ای جهت اشتغال در بازار کار الزامی است. از این رو، نظام آموزش عالی کشور فرانسه، به‌ویژه دانشگاه‌ها، با دو مسئله مواجه هستند: تخصصی‌سازی و گزینش تحصیلی؛ و این درحالی است که دانشگاه‌ها به‌دلیل کاهش رشد اقتصادی طی دهه پایانی قرن بیستم، از پاسخگویی به نیازهای کمی و کیفی دانشجویان عاجز بوده‌اند. از جمله مهم‌ترین معضلاتی که در حال حاضر نظام آموزشی کشور فرانسه با آن دست‌به‌گریبان است، می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۱. ترک تحصیل سالانه ۷۰۰ هزار جوان فرانسوی بدون دستیابی به مهارت شغلی و آموزش‌های لازم؛
۲. عدم جای‌دهی شغلی به آن دسته از جوانان فرانسوی که سطح تحصیلات و کارآموزی آنان کمتر از دیپلم متوسطه (سیکل اول آموزش متوسطه) است؛
۳. تأکید بر نخبه‌گرایی و تمرکز آموزش به جای فراهم‌سازی برابری فرصت؛
۴. رقابت‌پذیری سیستم‌های تولید و انتقال دانش و مهارت‌ها از یک‌سو و نابرابری پیامدهای یادگیری از سوی دیگر به‌رغم پایداری و پویایی آموزشی.

(<http://www.iranculture.org>)

ج) آسیب‌شناسی رشته حقوق در ایران

درخصوص آسیب‌شناسی رشته حقوق در ایران، در مقایسه با سیستم آموزش حقوق در فرانسه، می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۱. به دلیل کمبود امکانات و مشکلات مالی قوه قضاییه و نیز تعداد زیاد دانشجویان، فضای مناسب و کافی برای کار عملی در اختیار دانشجویان رشته حقوق قرار نمی‌گیرد. دادگاه‌ها در یک سیستم حقوقی، به منزله آزمایشگاه دانشکده‌های حقوق هستند و چنانچه دانشجوی حقوق نتواند با کار دادگاه آشنا شود، مثل دانشجوی پزشکی خواهد بود که سالن تشریح یا بیمارستان را ندیده است؛ و لذا دروس نظری به تنهایی برای وی کاربردی ندارد. بنابراین، بهتر است برای آشنایی دانشجویان با روند حقوقی خارج از دانشگاه و ارتباط هرچه بیشتر مراجع قضایی با گروه‌های حقوق دانشگاه‌ها، پرونده‌های حقوقی مراجع قضایی در کلاس‌های دانشگاهی بررسی شود و قضات نیز از اطلاعات علمی استادان رشته حقوق استفاده کنند. باید استادان و دانشجویان رشته حقوق به این اعتقاد برسند که راه حل حقوقی را نباید فقط در قانون جست‌وجو کرد، زیرا قانون به تنهایی کافی نیست. لذا مجریان قانون، قضات و استادان حقوق باید در نظام حقوقی نقش فعالی داشته باشند. به نظر می‌رسد یکی از مشکلات اساسی دانشجویان رشته حقوق، متفاوت بودن مطالب درسی با واقعیت‌های جامعه است و متأسفانه دانشجویان ما در دوران تحصیل خود با مسائل حقوقی درگیر نمی‌شوند. با توجه به این موضوع، لزوم ارائه واحد کار عملی در دروس مختلف این رشته، بسیار احساس می‌شود؛ درحالی‌که مدت‌ها است که دوره کارآموزی دانشجویان در دادگاه‌ها فراموش شده یا به صورت یک امر اختیاری درآمده است.

۲. به لحاظ توسعه و تنوع گرایش‌ها و مباحث حقوقی، مواد درسی و منابع این رشته باید با این پیچیدگی‌ها و تنوعات سنخیت داشته باشد. سرفصل‌های دروس رشته حقوق کهنه است. موضوعات مورد بحث در کلاس‌های حقوق، تناسبی با وقایع حقوقی موجود در جامعه و دادگستری‌ها ندارد. بسیاری از استادان رشته حقوق با همان دانش سال‌های پیش در کلاس حضور می‌یابند؛ و این درحالی است که دنیا در حال تحول است، حقوق نیز براساس نیازهای جامعه شکل می‌گیرد و حقوقدان باید دانش خود را با این نیازها منطبق سازد. در عمل، بعضی استادان رشته حقوق، به دلیل چندی‌ساله بودن امکان به‌روزکردن آموخته‌های علمی خود را ندارند و نمی‌توانند در کلاس‌های درس خود محیطی کاملاً علمی برای رشد استعدادها و بحث‌های حقوقی در سطح عالی فراهم کنند.

یکی از چالش‌های رشته حقوق در دانشگاه‌ها، نامتناسب بودن دروس با حجم و تنوع موضوعات اجتماعی است. بسیاری از واحدهای درسی در مقاطع کارشناسی ارشد و دکترا به‌روز نشده است و بسیاری از استادان و دانشجویان همچنان به منابع و تحقیقات کلاسیک و سستی در حقوق اکتفا می‌کنند و از مسائل متعدد و گوناگون حقوقی مانند جرایم رایانه‌ای، پول‌شویی، قاچاق انسان، تجارت و قرارداد الکترونیک و قوانین آنها اطلاع چندانی ندارند؛ درحالی‌که در جهت کاربردی کردن دانش حقوق در مقطع کارشناسی باید دانشجوی حقوق را با گرایش‌های جدید این رشته مانند حقوق مالکیت معنوی، حقوق محیط زیست، حقوق پزشکی و حقوق تجارت بین‌الملل و غیره آشنا کرد.

۳. کمبود کتب و منابع درسی و بعضی رشته‌های حقوق مشهود است. نشریه‌های حقوق در دانشگاه‌ها یا وجود ندارند یا بسیار نامنظم منتشر می‌شوند؛ حال آنکه وجود این نشریات برای تحقیق دانشجویان می‌تواند بسیار مؤثر باشد. در دانشگاه‌های کشور، کتابخانه‌های ویژه رشته حقوق و یا حتی بخش کتب حقوقی وجود ندارد تا دانشجویان بتوانند به مطالعات حقوقی بپردازند و دانشجویان این دانشگاه‌ها با فقر منابع روبه‌رو هستند. دانش ترجمه‌ای و زبان انگلیسی دانشجویان رشته حقوق همانند سایر رشته‌ها بسیار ضعیف است آن‌چنان‌که مشکلات منابع درسی فارسی را نمی‌توان با معرفی منابع لاتین و اصلی مرتفع کرد. توجه به کیفیت پایان‌نامه‌های دانشجویی در دوره کارشناسی ارشد و دکترا، یکی از راهکارهای ارتقای منابع درسی رشته حقوق است؛ لیکن، بعضی از این پایان‌نامه‌ها نیز به دلیل کپی‌برداری و رعایت نکردن اصول اولیه تحقیق فاقد کیفیت‌اند.

۴. به لحاظ اهمیت رشته حقوق، باید بهترین دانشجویان را در امتحانات ورودی دانشگاه‌ها انتخاب کرد. در حال حاضر، به نظر می‌رسد با ایجاد گروه‌های متعدد حقوق در دانشگاه‌های مختلف کشور - اعم از دولتی و غیردولتی - و پذیرش مازاد بر نیاز دانشجویان در رشته‌های شبانه در این رشته، کیفیت آموزش و پژوهش در رشته حقوق کاهش یافته است.

نتیجه‌گیری

برای آسیب‌شناسی رشته‌های حقوق در مراکز دانشگاهی ایران در تمامی ابعاد آن - از جمله منابع، روش‌های آموزش و برنامه‌ریزی درسی - مطالعه تطبیقی آموزش رشته‌های حقوق در کشورهای مختلف می‌تواند ما را در یافتن راهکارهای ارتقای کیفی این

رشته‌ها یاری دهد. مقایسه آموزش رشته حقوق در ایران و فرانسه به دلیل نزدیکی حقوق دو کشور از بعد تاریخی و شیوه‌های حقوقی در این راستا می‌تواند کمک زیادی به این هدف کند.

از بعد تاریخی، فرانسه جزو کشورهایی است که حقوق رومی - ژرمنی در آنها تشکیل و اولین کرسی‌های حقوق ملی در آن تأسیس شده است. در اوایل قرن نوزدهم، قانون‌گرایی به صورت یک سنت در فرانسه درآمد و قانون، منبع اول حقوق در این کشور شناخته شد؛ و بدین ترتیب، آموزش رشته حقوق در تمامی دانشکده‌ها و گروه‌های حقوق با تأکید بر اهمیت قانون به عنوان منبع اصلی حقوق ادامه یافت و این روند هم‌اکنون نیز ادامه دارد.

از نظر تاریخی، حقوق ایران در فقه اسلام ریشه دارد و بسیاری از مباحث این رشته مبتنی بر شریعت است. به همین دلیل است که بعضی مباحث این رشته در حوزه‌های علمیه تدریس می‌شد. اولین مدارس حقوقی ایران به سبک امروزی را در اواخر دوره قاجاریه، ایرانیانی تأسیس کردند که تحصیل کرده فرانسه و بلژیک بودند. تأثیر این مدارس و استفاده از حقوق کشورهای مزبور باعث شد که حقوق ایران نیز به سمت سنت‌های حقوق رومی - ژرمنی از جمله مدون بودن قوانین گرایش پیدا کند. با مقایسه وضعیت فعلی رشته‌های حقوق در ایران و فرانسه، مشخص می‌شود که گرایش دانشگاه‌های متعدد در ایران به رشته حقوق، فقط تحول کمی ایجاد کرده است و رشته‌های حقوق از بعد کیفی پیشرفتی نداشته‌اند. استادان به جای تجزیه و تحلیل انتقادی و تأمل بر مسائل حقوقی و هدایت دانشجوی به سمت تفکر در مسائل حقوقی، صرفاً به تجزیه و تحلیل قوانین و ارائه تئوری‌های حقوقی می‌پردازند. تعداد کم دروس عملی در رشته حقوق در ایران، بیانگر توجه بیش از حد به مباحث تئوریک و یا کمبود امکانات در زمینه دروس عملی است؛ در حالی که کار عملی یا تحقیقاتی دانشجوی برای درک بهتر دروس نظری و فهمیدن منافع عملی این دروس لازم است.

در خاتمه به نظر می‌رسد برای حل این مشکلات، به روزکردن منابع درسی و کتب آموزشی متناسب با پیچیدگی‌ها و نیازهای جدید، افزایش نشریه‌های حقوقی و گرایش بیشتر به سمت کارهای عملی و ارتباط بیشتر با نهادهای تأثیرگذار بر رشته‌های حقوقی الزامی است. در این راستا، کمک و یاری قوه قضائیه می‌تواند نقش مهمی در تکامل این رشته ایفا کند.

منابع

داوید، رنه (۱۳۶۴). *نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر*، ترجمه حسین صفایی، محمد عاشوری و عزت‌الله عراقی، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.

داوید، رنه و کامی ژوفره اسپینوزی (۱۳۸۰). *درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر*، ترجمه و تلخیص حسین صفایی، چ سوم، تهران: نشر دادگستر.

عرفانی، محمود (۱۳۷۳). *حقوق تطبیقی و نظام‌های حقوقی معاصر*، چ چهارم، تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی (ماجد).

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). *مقدمه علم حقوق*، چ سی و دوم، تهران: انتشار.

مبارکیان، عباس (تابستان ۱۳۷۷). *چهره‌ها در تاریخچه نظام آموزش عالی حقوق و عدلیه نوین، تهران: نشر پیدایش*.

<http://www.Cpuniv.Com/preparer/preparer-td.as#q2ca>

<http://www.Edudroit.net/etudroit/etudedr3.html>

<http://www.hookup.com/article42.html>

<http://www.iranbar.org/pa19.php>

<http://www.iranculture.org/research/edupol/countries.php?C=iran&s=3-6#content-1>

<http://www.Iranculture.Org/research/edupol/countries.Php?C=france&#content>

نقد و بررسی حقوقی ورود به خدمت و استخدام در قانون مدیریت خدمات کشوری (فصل‌های ششم و هفتم)

ولی رستمی *

چکیده

مباحث ورود به خدمت و استخدام که لازم و ملزوم یکدیگرند، از مباحث کلیدی و مهم حقوق استخدامی به‌شمار می‌روند که در قانون مدیریت خدمات کشوری، تحولات و نوآوری‌های بسیاری در آنها صورت گرفته است و در عین حال، ابهامات و نارسائی‌هایی دارند.

بیان اصول کلی ورود به خدمت، به‌ویژه تأکید بر اصل لیاقت و شایستگی و اصل برابری فرصت‌ها، رفع پاره‌ای از نارسایی‌ها و اشکالات شرایط قبلی ورود به خدمت، از جمله تحولات مثبت مربوط به ورود به خدمت در این قانون است. از سوی دیگر، ارائه سیاست استخدامی جدیدی با تکیه بر معیار استخدام رسمی برای تصدی پست‌های ثابت در مشاغل حاکمیتی، ضابطه‌مند کردن دقیق شرایط و ضوابط انواع استخدام و به‌کارگیری نیروی انسانی در دستگاه‌های اجرایی و کاهش تبعات منفی استخدام رسمی رایج، از تحولات عمیق و نوآوری‌های مثبت استخدام در قانون مذکور حکایت می‌کند. این تغییر و تحولات در صورت رفع برخی نارسایی‌ها، کاستی‌ها و ابهامات قانونی در آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های پیش‌بینی‌شده، قطعاً آثار شگرفی در نظام استخدامی کشور ایجاد خواهد کرد؛ لیکن ابهامات و اجمال‌ات قانون و به‌ویژه عدم تعیین تکلیف قوانین قبلی، تلاش قانونگذار در این زمینه را انتقادآمیز کرده است.

کلیدواژه‌ها: ورود به خدمت، استخدام، قانون مدیریت خدمات کشوری، استخدام رسمی، استخدام پیمانی.

مقدمه

به‌طور کلی مباحث ورود به خدمت و استخدام، از موضوعات مهم، کلیدی و پایه‌ای حقوق استخدامی به‌شمار می‌روند که رابطه نزدیک و تنگاتنگی با یکدیگر دارند و به عبارت دیگر لازم و ملزوم هم‌اند به‌گونه‌ای که ورود به خدمت، مقدمه و لازمه استخدام و استخدام نیز نتیجه و لازمه ورود به خدمت محسوب می‌شود؛ و بر این اساس، در قانون مدیریت خدمات کشوری (که از این پس با علامت اختصاری ق.م.خ.ک. به‌کار برده می‌شود) به‌ترتیب در دو فصل متوالی (فصل‌های ششم و هفتم) مطرح شده‌اند و بدین لحاظ، توأمان موضوع این نوشتار قرار گرفته‌اند و به همین ترتیب آنها را بررسی و درباره آنها بحث می‌کنیم.

این دو موضوع در قانون مذکور و قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵ (که از این پس با علامت اختصاری ق.ا.ک. به‌کار برده می‌شود)، دستخوش تحولات و نوآوری‌های زیادی شده‌اند. این وضعیت در مورد استخدام بیشتر صدق می‌کند و کاملاً چشمگیر است؛ به‌نحوی که اصل استخدام رسمی در قانون اخیرالذکر را کنار می‌گذارد و اصول و قواعد جدیدی را پایه‌ریزی می‌کند.

این تغییر و تحولات قانونی، موضوعات مذکور را بحث‌انگیز کرده است و نقد و بررسی حقوقی آنها را توجیه می‌کند.

بخش اول: ورود به خدمت

پذیرش یا ورود به خدمت، دروازه استخدام محسوب می‌شود. اهمیت مشاغل عمومی - که هدف از آنها تأمین خدمات عمومی و حفظ نظم عمومی است - ایجاب می‌کند که قانونگذار به‌طور انتخاب افراد اصلح و شایسته‌گزینی، شرایط و تشریفات الزام‌آوری برای ورود به خدمت در این مشاغل وضع کند که رعایت آنها از سوی اداره و افراد داوطلب استخدام ضروری است؛ به‌نحوی که میان آنها در این خصوص امکان تراضی و توافق و تبادل اراده وجود ندارد. (ابوالحمد، ۱۳۷۰: ۱۵۲)

ورود به خدمت، موضوع فصل ششم ق.م.خ.ک. است که در آن، طی چهار ماده (از ماده ۴۱ تا ۴۴)، درباره اصول کلی ورود به خدمت، شرایط عمومی و تشریفات ورود به خدمت بحث می‌شود.

گفتار اول: اصول کلی ورود به خدمت

یکی از نوآوری‌های مثبت ق.م.خ.ک. بیان اصول کلی و چهارچوب‌هایی برای ورود به خدمت در ماده ۴۱ است. در این ماده مقرر شده است که «ورود به خدمت و تعیین صلاحیت استخدامی افرادی که داوطلب استخدام در دستگاه‌های اجرایی می‌باشند، براساس مجوزهای صادره، تشکیلات مصوب و رعایت مراتب شایستگی و برابری فرصت‌ها انجام می‌شود».

لیکن قانونگذار، ضوابط دقیقی برای رعایت این اصول بیان نکرده و به کلی گویی بسنده کرده است.

الف) اصل ورود به خدمت براساس مجوزهای صادره و تشکیلات مصوب

با توجه به اینکه ورود به خدمت سرآغاز استخدام است و افرادی که این مرحله را طی کنند، به استخدام درمی‌آیند و اداره مکلف به استخدام آنها است و از آنجا که از نظر قانونی استخدام مستلزم کسب مجوز استخدامی براساس تشکیلات مصوب دستگاه اجرایی است، قانونگذار برای جلوگیری از هرگونه استخدام فاقد مجوز و غیرقانونی، چنین اصلی را در مرحله ورود به خدمت مقرر کرده است تا از هرگونه بی‌نظمی و بروز مسائل و مشکلات استخدامی در همان گام نخست پیشگیری کند.

قانونگذار به همین اصل کلی بسنده نکرده و با توجه به اهمیت موضوع، ضمانت اجرای کیفری مناسبی در تبصره ماده ۵۱ برای برخورد با تخلف از این اصل پیش‌بینی کرده است؛ که بعداً، در مبحث استخدام، درباره آن بحث می‌شود.

به‌علاوه، ضوابط تصویب تشکیلات دستگاه‌های اجرایی که در ماده ۲۹ ق.م.خ.ک. آمده است نیز سنگین و درخور توجه است به‌نحوی که علاوه بر رعایت الگوها، ضوابط و شاخص‌های مصوب هیئت وزیران، اولاً لازم است که در این تشکیلات، سقف پست‌های سازمانی دستگاه‌های اجرایی با رعایت راهبردهای مذکور در فصل دوم این قانون با پیشنهاد دستگاه و تأیید سازمان (معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی ریاست جمهوری که از این پس معاونت نامیده می‌شود) به تصویب هیئت وزیران برسد، ثانیاً تشکیلات و سقف پست‌های سازمانی مصوب حداقل پس از یک برنامه و حداکثر پس از دو برنامه پنج‌ساله متناسب با سیاست‌ها و احکام برنامه جدید مورد بازنگری و تصویب مجدد قرار خواهد گرفت، ثالثاً به‌منظور کوتاه‌کردن مراحل انجام کار و

سلسله مراتب اداری، سطوح عمودی مدیریتی در دستگاه‌های اجرایی ملی و استانی با احتساب بالاترین مقام اجرایی در هر واحد سازمانی در بند «ج» این ماده تعیین شده است. با وجود این، باید در عمل دید که نظام دیوان سالار اداری ایران این محدودیت‌ها را چگونه می‌پذیرد.

ب) اصل رعایت مراتب شایستگی در ورود به خدمت

بدون تردید، نظام اداری و استخدامی کارآمد و شایسته زمانی برقرار می‌شود که توانایی جذب و به کارگیری افراد لایق را داشته باشد و بتواند براساس معیارهایی مانند تخصص، کارایی، خلاقیت، اخلاق حسنه و مانند اینها چنین افرادی را جذب کند و افراد برپایه لیاقت و شایستگی‌هایی که دارند، پذیرش شوند و ارتقا یابند؛ همچنین، این نظام باید به گونه‌ای سازمان‌دهی شود که افراد مذکور را حفظ و از خروج و جذب آنها به سازمان‌های دیگر جلوگیری کند. پذیرش افراد براساس وابستگی‌های قومی، مذهبی، سیاسی، دوستی و مانند اینها خلاف اصل یادشده است و در عمل موجب ورود افراد ناشایست به خدمت می‌شود. (امامی و استوار سنگری، ۱۳۸۶) قانون مدیریت خدمات کشوری، ضمن تأکید بر این اصل به عنوان یکی از اصول ورود به خدمت، سازوکارهای لازم برای دستیابی به این اصول و هدف مهم پیش‌بینی شده است. شرایط عمومی و تشریفات ورود به خدمت در فصل ششم (که در بندهای بعدی این بخش بررسی خواهد شد) و نیز پیش‌بینی دوره آزمایشی در استخدام رسمی (ماده ۴۶) و باز خریدی کارمندان رسمی به دلیل کسب نتایج ضعیف از ارزیابی عملکرد آنها (ماده ۴۸) و شرط کسب نتایج مطلوب از ارزیابی عملکرد و رضایت از خدمات کارمندان پیمانی برای تمدید قرارداد آنها (ماده ۴۹) مذکور در فصل هفتم (که در بخش بعدی بررسی خواهد شد) و به‌ویژه تحول نظام پرداخت کارمندان براساس ارزشیابی عوامل شغل و شاغل، از جمله این سازوکارها به‌شمار می‌روند. لیکن احتمال اعمال سلیقه و نقش مؤثر مدیران در احراز این سازوکارها، انتقاداتی را در محیط‌های اجرایی به‌همراه داشته است.

ج) اصل رعایت برابری فرصت‌ها در ورود به خدمت

اصل برابری فرصت‌های شغلی یا به عبارتی اصل پذیرش به خدمت و منع تبعیض در استخدام و اشتغال، یکی از مصادیق مهم حقوق بشر محسوب می‌شود که در بند ۲ ماده ۲۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر بدین نحو به رسمیت شناخته شده است که «هرکس حق دارد با

تساوی شرایط به مشاغل عمومی کشور خود نایل آید». این حق در بند «ج» ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و در مقاوله‌نامه‌های بنیادین کار مصوب کنفرانس بین‌المللی کار راجع به منع تبعیض در استخدام و اشتغال مورد تأکید قرار گرفته است و اصل ۲۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بر آن تأکید می‌کند.

تأکید بر این حق به‌عنوان یکی از اصول ورود به خدمت (ماده ۴۱) در ق.م.خ.ک. به‌ویژه در جهت آشکارکردن تعهد دولت به رعایت آن در استخدام کشوری، از نکات مثبت این قانون است. اما سازوکارهای دقیق رعایت آن پیش‌بینی نشده است که جای ایراد دارد.

با وجود این، در نظام حقوق ایران، استثنائاتی بر این اصل در ارتباط با استخدام زنان و اقلیت‌های مذهبی در برخی مشاغل وجود دارد؛ بدین نحو که زنان نمی‌توانند در مشاغل نظامی نیروهای مسلح (به‌جز نیروی انتظامی) استخدام شوند و یا تصدی عنوان شغل قاضی صادرکننده حکم را در دادگستری به‌عهده گیرند. اقلیت‌های مذهبی نیز با توجه به شرط پیرومذهب رسمی بودن رئیس‌جمهور در اصل ۱۱۳ قانون اساسی و شرط مسلمان‌بودن قاضی (در قانون استخدام قضات) نمی‌توانند عهده‌دار این مشاغل بشوند و طبق قوانین استخدامی نیروهای مسلح از استخدام در این نیروها منع شده‌اند.

به هر حال، اصل یادشده، تعارضی با شرایط عمومی ورود به خدمت ندارد؛ زیرا همه داوطلبان استخدام باید این شرایط را داشته باشند. (همان: ۱۰۶)

گفتار دوم: شرایط عمومی ورود به خدمت

در ماده ۴۲ ق.م.خ.ک. با بیان شرایط عمومی استخدام در دستگاه‌های اجرایی، درواقع شرایط عمومی ورود به خدمت طی چند بند جداگانه برشمرده شده و در ماده ۴۳ این قانون نیز با تجویز ملاک عمل قراردادن شرایط مذکور در قوانین و مقررات قبلی مورد عمل دستگاه‌های اجرایی، بر دامنه این شرایط افزوده شده است. که به‌علت افزایش نامشخص این شرایط، ایراد و اشکال دارد.

الف) شرط سن

در بند الف ماده ۴۲ ق.م.خ.ک. داشتن حداقل بیست سال تمام و حداکثر چهل سال برای استخدام رسمی و چهل و پنج سال برای متخصصین با مدرک تحصیلی دکتری مقرر شده است.

تعیین حداقل و حداکثر سن برای ورود به خدمت موجه و منطقی است. حداقل سن که از ۱۸ سال مذکور در قانون استخدام کشوری به ۲۰ سال افزایش یافته، سنی است که یک نفر بتواند به‌طور عادی حداقل تحصیلات دانشگاهی (به‌عنوان ورود به خدمت) را کسب کند و رشد کافی فکری و جسمی برای پذیرفتن مسئولیت‌های اداری را داشته باشد. در تبصره ۵ ماده مذکور، استثنائاً به‌کارگیری افراد با حداقل سنی کمتر از رقم مذکور، تحت شرایطی با تصویب هیئت وزیران، مجاز شده است.

دلیل حداکثر سن نیز روشن است: قدرت یادگیری، آموزش‌پذیری و بازدهی افراد جوان بیشتر از افراد مسن است. به‌علاوه سابقه خدمت و سن بازنشستگی اجباری مذکور در تبصره‌های ۲ و ۳ ماده ۱۰۴ ایجاب می‌کند که افراد در سنی به استخدام درآیند که متوسط ۳۰ یا ۲۵ سال خدمت به‌هنگام بازنشستگی را داشته باشند.

ممکن است از ظاهر مفاد بند فوق برداشت شود که شرط حداقل و حداکثر سن مذکور در این بند، مربوط به استخدام رسمی است و استخدام پیمانی را دربر نمی‌گیرد؛ لیکن با توجه به تبصره ۳ ماده ۴۵ ق.م.خ.ک. که در آن تصریح شده است «سن کارمند پیمانی در انتهای مدت قرارداد استخدام نباید از شصت و پنج سال و برای مشاغل تخصصی از هفتاد و یک سال تمام تجاوز کند» و بدین ترتیب حداکثر سن در استخدام پیمانی بیان شده است و با توجه به اطلاق شرط تحصیل دانشگاهی در بند «و» ماده ۴۲ که استخدام پیمانی را نیز شامل می‌شود و حداقل سن استخدام با آن توجیه می‌شود و می‌توان گفت که عبارت «برای استخدام رسمی» در بنید یاد شده به عبارت نزدیک‌تر به آن یعنی «حداکثر چهل سال سن» بر می‌گردد، حداقل سن استخدام مذکور در این بند، استخدام پیمانی را نیز در بر می‌گیرد.

از سوی دیگر، طبق قانون اصلاح حداکثر سن داوطلبان استخدام مصوب ۱۳۷۱/۲/۲۲، شرط حداکثر سن ورود به خدمت با رعایت مواردی مانند سابقه خدمت درجه، مدت اسارت، افراد خانواده شهدا، جانبازان، آزادگان و مفقودالانرها (تا میزان ۵ سال)، سابقه خدمت مقامات سیاسی و سابقه خدمت غیررسمی تمام‌وقت افزایش یافته است. اینک با لازم‌الاجرا شدن قانون مدیریت خدمات کشوری، اعتبار قانون مذکور و موارد افزایش حداکثر سن داوطلبان استخدام مندرج در آن و یا نسخ این قانون مورد سؤال است. در پاسخ می‌توان گفت با توجه به ماده ۱۲۷ ق.م.خ.ک. که در آن، کلیه قوانین و مقررات عام و خاص مغایر با این قانون از تاریخ لازم‌الاجرا شدن آن لغو شده، قانون یادشده تاحدودی که مغایر با قانون مدیریت خدمات کشوری است، لغو شده است. بر این اساس، ضوابط قانون

موصوف درمورد افزایش حداکثرسن ایثارگران و خانواده‌های آنها، با توجه به تبصره ۳ ماده ۴۴ ق.م.خ.ک. که در آن مقرر شده است: «استخدام ایثارگران و خانواده‌های آنان براساس قوانین مصوب مربوط به خود خواهد بود»، کماکان معتبر و به قوت خود باقی است. در ضمن طبق تبصره ۲ ماده ۴۶، سوابق پیمانی کارمندان پیمانی در صورت پذیرفته شدن برای استخدام رسمی، جزو سوابق رسمی محسوب می‌شود.

به هر حال، جا داشت که قانونگذار تکلیف قانون فوق را صراحتاً روشن می‌کرد و باب هرگونه تفسیری را می‌بست.

ب) شرط تابعیت

در بند «ب» ماده ۴۴، همانند بند «ب» ماده ۱۴ ق.ا.ک. داشتن تابعیت ایرانی، یکی از شرایط عمومی استخدام در دستگاه‌های اجرایی برشمرده شده است. همان‌طور که می‌دانیم، تابعیت بر دو نوع اصلی و اکتسابی است و اطلاق این بند هر دو نوع تابعیت مذکور را شامل می‌شود و لذا افرادی که تابعیت ایران را کسب می‌کنند و تابعیت اکتسابی ایران را دارند، می‌توانند به خدمت عمومی پذیرفته شوند مگر در موارد استثنایی که در ماده ۹۸۲ قانون مدنی پیش‌بینی شده است که به موجب آن، اشخاصی که تابعیت ایرانی را تحصیل کرده‌اند یا می‌کنند، از کلیه حقوقی که برای ایرانیان مقرر است، بهره‌مند می‌شوند لیکن نمی‌توانند به این مقامات نایل شوند: ۱. ریاست جمهوری و معاونت او، ۲. عضویت شورای نگهبان و ریاست قوه قضائیه، ۳. وزارت و کفالت وزارت و استانداری و فرمانداری، ۴. عضویت در مجلس شورای اسلامی، ۵. عضویت در شوراهای استان و شهرستان و شهر، ۶. استخدام در وزارت امور خارجه و نیز احراز هرگونه پست و یا مأموریت سیاسی، ۷. قضاوت ۸. عالی‌ترین رده فرماندهی در ارتش و سپاه و نیروی انتظامی، ۹. تصدی پست‌های مهم اطلاعاتی و امنیتی.

با توجه به این بند فقط اتباع ایران می‌توانند به استخدام دستگاه‌های اجرایی درآیند. طبق اصل ۸۲، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، استخدام کارشناسان خارجی ازطرف دولت ممنوع است مگر در موارد ضرورت با تصویب مجلس شورای اسلامی. در تبصره یک ماده ۴۲ ق.م.خ.ک. نیز مقرر شده است: «به‌کارگیری موقت و تعیین حقوق و مدت خدمت اتباع خارجی حسب قوانین و مقررات خاص خود انجام خواهد شد».

ج) شرط انجام خدمت دوره ضرورت یا معافیت قانونی برای مردان

این شرط که در ق.ا.ک. تحت عنوان «انجام خدمت زیر پرچم یا داشتن معافیت قانونی

در صورت مشمول بودن^۱ آمده بود، ناشی از حکم الزامی قانون خدمت نظام وظیفه عمومی است که به موجب آن، همه اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی و عمومی از استخدام کسانی که باید خدمت دوره ضرورت را انجام داده باشند، منع شده‌اند. طبق قانون مذکور، خدمت وظیفه عمومی سی سال است: دوره ضرورت، دو سال؛ دوره احتیاط، هشت سال؛ و دوره ذخیره اول و دوم، هر کدام ده سال. انجام خدمت دوره ضرورت برای کسانی که معافیت قانونی - اعم از کفالت و پزشکی - دارند، لازم نیست و دارندگان این معافیت‌ها به‌ویژه پزشکی منعی برای استخدام در دستگاه‌های اجرایی ندارند و قانون عدم ممنوعیت استخدام دارندگان معافیت پزشکی مصوب ۱۳۷۷ در این خصوص کماکان معتبر و لازم‌الاجرا است.

د) شرط عدم اعتیاد به دخانیات و مواد مخدر

شرط عدم اعتیاد به دخانیات برای اولین بار است که به‌عنوان یکی از شرط‌های ورود به خدمت و استخدام کشوری در قوانین و مقررات استخدامی مطرح می‌شود و متأسفانه با توجه به واقعیات موجود ممکن است در عمل مشکلاتی را به‌وجود آورد. بنابراین، اعلام یکباره آن در این قانون بدون زمینه‌سازی قبلی محل اشکال است.

شرط عدم اعتیاد به مواد مخدر، مناسب‌تر از شرط معتادنبودن به استعمال افیون در بند «ت» ماده ۱۱۴ ق.ا.ک. است؛ زیرا علاوه بر اعتیاد به افیون (تریاک)، اعتیاد به سایر مواد مخدر خطرناک‌تر را نیز شامل می‌شود.

ه) شرط نداشتن سابقه محکومیت جزایی مؤثر

منظور از سابقه محکومیت جزایی مؤثر، محکومیت به مجازات‌های کیفری است که در حقوق اجتماعی محکوم‌علیه مؤثر است و او را از این حقوق محروم می‌کند. مهم‌ترین مصداق آن، مجازات‌های تبعی موضوع ماده ۶۲ مکرر قانون مجازات اسلامی (الحاقی ۱۳۷۷/۲/۲۷) است. برابر این ماده، محکومیت قطعی کیفری در جرایم عمومی به شرح زیر محکوم و پس از انقضای مدت تعیین‌شده و اجرای حکم رفع اثر می‌شود: ۱. محکومان به قطع عضو در جرایم مشمول حد پنج سال پس از اجرای حکم، ۲. محکومان به شلاق مشمول حد یک سال پس از اجرای حکم، ۳. محکومان به حبس تعزیری بیش از ۳ سال، دو سال پس از اجرای حکم.

طبق تبصره ۲ ماده مذکور، چنانچه اجرای مجازات اعدام به جهتی از جهات متوقف شود، آثار تبعی آن پیش از انقضای هفت سال از تاریخ توقف اجرای حکم رفع می‌شود.

به موجب تبصره یک ماده فوق، حقوق اجتماعی عبارت است از حقوقی که قانونگذار برای اتباع کشور جمهوری اسلامی ایران و سایر افراد مقیم در قلمرو حاکمیت آن منظور کرده و سلب آن به موجب قانون یا حکم دادگاه صالح است، از جمله مواردی که در بندهای هشت گانه ذیل این ماده آمده که یکی از آنها طبق بند «ه»، استخدام در وزارتخانه‌ها، سازمان‌های دولتی، شرکت‌ها و مؤسسات وابسته به دولت، شهرداری‌ها، مؤسسات مأمور به خدمات عمومی، ادارات مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان و نهادهای انقلابی است.

همان‌طور که می‌دانیم، در مجازات تبعی نیازی به ذکر آن در حکم دادگاه نیست و به تبع محکومیت قطعی به شرح فوق اعمال می‌شود. نوع دیگری از محرومیت از حقوق اجتماعی به عنوان مجازات تکمیلی یا تتمیمی در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ آمده است که به موجب آن دادگاه می‌تواند کسی را که به علت ارتکاب جرم عمومی به تعزیر یا مجازات بازدارنده محکوم کرده است، به عنوان تتمیم حکم تعزیری یا بازدارنده، مدتی از حقوق اجتماعی محروم کند. این نوع مجازات برخلاف مجازات‌های تبعی، باید در حکم دادگاه تصریح شود.

قانونگذار با آوردن قید «مؤثر»، به احکام مذکور قانون مجازات اسلامی توجه داشته است؛ که نکته مثبتی محسوب می‌شود.

(و) شرط تحصیل

درباره شرط تحصیل، در بند «و» و ماده ۴۲ ق.م.خ.ک. مقرر شده است: «دارا بودن مدرک تحصیلی دانشگاهی و یا مدارک هم‌تراز (برای مشاغلی که مدارک هم‌تراز در شرایط احراز آنها پیش‌بینی شده است)». مفاد این بند با توجه به مفاد شرط تحصیل مذکور در بند «ج» ماده ۱۴ ق.ا.ک. مبنی بر حداقل داشتن گواهی‌نامه پایان دوره ابتدایی، تحول عمیقی به شمار می‌رود. البته این تحول و ممنوعیت استخدام افراد فاقد مدرک دانشگاهی، از مدت‌ها پیش و تقریباً از سال ۱۳۶۴ با درج در تبصره ۶۰ بودجه کل کشور این سال شروع شده است. در تبصره مذکور، استخدام جز برای شغل‌های آموزشی، بهداشتی و فنی بدون داشتن مدرک دانشگاهی ممنوع اعلام شده بود.

در تبصره ۵ ماده ۴۲ ق.م.خ.ک. استثنایی در مورد شرط تحصیل دانشگاهی قائل و مقرر شده است: «به کارگیری افراد با مدرک تحصیلی دیپلم و یا حداقل سن کمتر از رقم مذکور در این ماده در موارد یا مناطق خاص برای مدت زمان مشخص و برای فرزندان شهدا صرفاً در

مشاغلی که با پیشنهاد سازمان به تصویب هیأت وزیران می‌رسد، مجاز است». البته این استثنای مقید به شروط متعدد و بعضاً مبهمی است که در عمل مشکل‌آفرین خواهد بود.

افزون بر این، با توجه به قانون «راجع به معافیت آن عده از معلولین انقلاب اسلامی که قادر به کار نیستند، همچنین افراد خانواده شهدا و معلولین از شرط بند «ح» ماده ۱۴ ق.ا.ک. مصوب ۱۳۶۱/۶/۱۶»، این سؤال مطرح می‌شود که آیا با عنایت به تبصره ۳ ماده ۴۲ ق.م.خ.ک. که در آن مقرر شده است استخدام ایثارگران و خانواده‌های آنان برای قوانین مصوب مربوط به خود خواهد بود، قانون مذکور به‌عنوان یکی از قوانین مربوط به استخدام ایثارگران و خانواده‌های آنان کماکان معتبر و لازم‌الاجرا است به موجب آن افراد مذکور کماکان از شرط تحصیل به‌طور کلی معاف هستند یا اینکه با توجه به تبصره ۵ ماده ۴۲ ق.م.خ.ک. که براساس آن به‌کارگیری افراد با مدرک تحصیلی دیپلم در میان ایثارگران صرفاً برای فرزندان شهدا مقرر شده است، باید به تخصیص قانون موصوف در حدود حکم این تبصره قایل بود. به‌نظر می‌رسد که برداشت اخیر با اصول حقوقی منطبق‌تر است، به‌ویژه آنکه قانون یادشده مربوط به شرط تحصیل مذکور در قانون استخدام کشوری سابق است. لازم است یادآوری شود که برابر تبصره ۶۰ قانون بودجه کل کشور ۱۳۶۴، جانبازان و فرزندان شهیدان از ممنوعیت استخدام بدون داشتن مدرک تحصیلی مستثنا شده‌اند و این برداشت در این زمینه نیز صدق می‌کند.

به هر حال، ابهاماتی در این باره وجود دارد که باب تفسیر را گشوده است؛ ضمن اینکه شرط تحصیل دانشگاهی درمورد برخی مشاغل مثل مشاغل سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی در عمل باعث مشکل شده است.

ز) شرط داشتن سلامت جسمانی و روانی و توانایی برای انجام کاری که استخدام شوند

این شرط نسبت به قانون استخدام کشوری نیز تا اندازه‌ای موسع شده است؛ زیرا در بند «ح» ماده ۱۴ قانون مذکور در این باره صرفاً به شرط توانایی انجام کاری که مستخدم برای آن کار استخدام می‌شود، تصریح شده بود که در بند «ز» ماده ۴۲ ق.م.خ.ک. عبارت «داشتن سلامت جسمانی و روانی» به آن اضافه شده و ممکن است در عمل مشکلاتی ایجاد کند مگر آنکه قید «برای انجام کاری که استخدام می‌شوند» را شامل این موارد نیز بدانیم. به هر حال، طبق قسمت اخیر این بند، شرط مذکور براساس آیین‌نامه‌ای است که با پیشنهاد سازمان (معاونت) به تصویب هیئت وزیران می‌رسد. امیدواریم در آیین‌نامه مذکور این ابهام رفع شود.

یکی از موضوعاتی که در ارتباط با این شرط همواره مطرح بوده، استخدام دارندگان معافیت پزشکی است که به تصویب قانون عدم ممنوعیت استخدام دارندگان معافیت

پزشکی مصوب ۱۳۷۷ منجر شد؛ و این قانون، با توجه به مفاد ماده ۱۲۷ ق.م.خ.ک. به علت عدم مغایرت با قانون مدیریت خدمات کشوری، کماکان معتبر و لازم‌الاجراست.

ح) شرط اعتقاد به دین مبین اسلام یا یکی از ادیان شناخته‌شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

این شرط از نوآوری‌های مثبت قانون مدیریت خدمات کشوری و بسیار مناسب‌تر از شرط دشوار «عدم محکومیت به فساد عقیده» مذکور در صدر بند «ج» ماده ۱۴ ق.ا.ک. است که به علت ابهام در عمل مشکلاتی را ایجاد کرده بود. (همان: ۱۱ - ۱۱۵)

با وجود این، ممکن است این شرط مغایر اصل برابری ورود به خدمات دولتی تلقی شود که باید از لحاظ حقوقی توجیه شود.

البته نحوه احراز این شرط اعتقادی - که امری فردی و درونی است - روشن نیست و به نظر می‌رسد که اعلام و اقرار افراد در این زمینه کفایت می‌کند.

ط) شرط التزام به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

این شرط جدید است و در قانون استخدام کشوری سابق وجود نداشت؛ لیکن نحوه احراز آن روشن نشده است. به نظر می‌رسد که قوانین و مقررات گزینش که طبق تبصره ۴ ماده ۴۲ ق.م.خ.ک. کماکان به قوت خود باقی است، می‌تواند در این زمینه به کار رود.

ی) شرط احراز ضوابط عمومی گزینش اخلاقی، اعتقادی و سیاسی

این شرط از مفاد تبصره ۴ ماده ۴۲ ق.م.خ.ک. احراز می‌شود که در آن مقرر شده است: «قوانین و مقررات گزینش به قوت خود باقی است». منظور از این قوانین و مقررات، «قانون گزینش معلمان و کارکنان آموزش و پرورش» مصوب ۱۳۷۴/۴/۱۴ و ماده واحد قانون «تسری قانون گزینش معلمان و کارکنان آموزش و پرورش به کارکنان سایر وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی» مصوب ۱۳۷۵/۴/۹ و آئین‌نامه اجرایی این قوانین است. مع الوصف جا داشت که قانونگذار این موضوع را صراحتاً به عنوان یکی از شروط ورود به خدمت ذکر می‌کرد.

ک) شرط توانایی در مهارت‌های پایه و عمومی فناوری اطلاعات برای استخدام در مشاغل تخصصی و کارشناسی و بالاتر

این شرط که جدید است، در تبصره ۲ ماده ۴۲ ق.م.خ.ک. آمده که در آن مقرر شده است:

استخدام افراد در دستگاه‌های اجرایی در مشاغل تخصصی، کارشناسی و بالاتر، منوط به احراز توانایی آنان در مهارت‌های پایه و عمومی فناوری اطلاعات است که عناوین و محتوای مهارت‌های مذکور توسط سازمان تهیه و ابلاغ خواهد شد.

البته با توسعه فناوری اطلاعات در دستگاه‌های اجرایی، آموزش مهارت‌های مذکور در سال‌های اخیر توسط سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی سابق برای کارمندان دولت الزامی و اجرائی شده و تأکید بر آن مناسب و مثبت است.

ل) سایر شرایط مذکور در قوانین و مقررات قبلی مورد عمل دستگاه‌های اجرایی بنا به اختیار آنها

این موضوع در ماده ۴۳ ق.م.خ.ک. پیش‌بینی شده است که به موجب آن، «دستگاه‌های اجرایی می‌توانند در صورتی که در قوانین و مقررات قبلی مورد عمل خود شرایطی علاوه بر شرایط ماده ۴۲ این قانون داشته باشند، آن را ملاک قرار دهند».

دادن این اختیار به دستگاه‌های اجرایی ممکن است به این نحو توجیه شود که درمورد برخی مشاغل تخصصی، دستگاه‌های اجرایی مطابق قوانین و مقررات مورد عمل قبلی آنها، شرایط خاصی برای استخدام وجود دارد که ویژگی‌های این گونه مشاغل، تداوم شرایط مذکور را ایجاب می‌کند اما دامنه این شرایط را به‌نحو نامشخصی افزایش می‌دهد که از این حیث ایراد دارد.

در پایان این گفتار لازم است یادآوری شود که - همان‌طور که قبلاً اشاره شد - طبق تبصره ۳ ماده ۴۲ ق.م.خ.ک. استخدام ایثارگران و خانواده‌های آنان، براساس قوانین و مقررات مربوط به خود خواهد بود. در این زمینه قوانین و مقررات متعددی وجود دارد، مانند قانون استخدام جانبازان، اسرا و افراد خانواده شهدا ... مصوب ۱۳۶۷/۱۰/۷، قانون تسهیلات استخدامی و اجتماعی جانبازان انقلاب اسلامی مصوب ۱۳۷۴/۳/۳۱ و قانون تسهیلات استخدامی ویژه فرزندان شاهد مصوب ۱۳۸۰/۳/۲۲ و برخی قوانینی که قبلاً به آنها اشاره شد که در این قوانین و مقررات معافیت‌ها و تسهیلاتی برای استخدام این افراد پیش‌بینی شده است و با توجه به مفاد این تبصره، درمورد آنها کماکان ساری و جاری خواهد بود. لیکن ابهامات و اشکالاتی درخصوص حدود اعتبار آنها با اجرای قانون موصوف وجود دارد که در اجرا مشکل‌آفرین خواهد بود.

گفتار سوم: تشریفات ورود به خدمت

کسانی که شرایط پیش‌گفته را داشته باشند، با رعایت تشریفات مذکور در ماده ۴۴ ق.م.خ.ک. می‌توانند به خدمت دستگاه‌های اجرایی پذیرفته شوند. این تشریفات که به منظور ایجاد رقابت و عدالت استخدامی، انتخاب اصلح و بی‌طرفی در استخدام صورت می‌گیرد و رعایت آن اصل

است، استثنائاً در برخی موارد اندک مانند انتخاب مقام‌های سیاسی نظیر وزرا و استانداران الزامی نیست. روشی که امروزه بیش از روش‌های دیگر در همه جا به کار برده می‌شود، روش پذیرش به خدمات عمومی از طریق امتحان یا مسابقه و ورودی است که در ماده ۱۳ ق.ا.ک. به عنوان یک اصل پذیرفته شده بود (همان: ۱۲۳) و در ماده مذکور ق.م.خ.ک. نیز به همین نحو پیش‌بینی شده است. در این ماده مقرر شده است: «به کارگیری افراد در دستگاه‌های اجرایی پس از پذیرفته شدن در امتحان عمومی که به طور عمومی نشر آگهی می‌گردد و نیز امتحان یا مسابقه تخصصی امکان‌پذیر است. دستورالعمل مربوط به نحوه برگزاری امتحان عمومی و تخصصی به تصویب شورای توسعه مدیریت می‌رسد».

الف) امتحان عمومی

امتحان عمومی یادآور آزمون ادواری است که در سال‌های اخیر توسط سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی سابق مطرح و اجرایی شد و بالأخره ابتدا طبق ماده ۶۹ الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۴ برای استخدام نیروی بومی در استان‌های محروم غیرالزامی شد و سپس در سال ۱۳۸۵ با طرح قانونی مصوب نمایندگان مجلس شورای اسلامی کلاً حذف شد. لیکن اینک به موجب ماده ۴۴ ق.م.خ.ک. مجدداً تحت عنوان امتحان عمومی که به طور عمومی نشر آگهی می‌شود، احیا و برقرار شده است. لذا با همان ایرادات وارد بر امتحان ادواری مواجه است و احیای مجدد آن، با توجه به لغو تازه این موضوع، تعجب‌برانگیز است.

مطابق قسمت اخیر ماده مذکور، نحوه برگزاری این نوع امتحان، به دستورالعملی واگذار شده است که به تصویب شورای توسعه مدیریت موضوع ماده ۱۱۶ ق.م.خ.ک. می‌رسد که با تصویب آن، ابعاد امتحان عمومی روشن خواهد شد.

ب) امتحان یا مسابقه تخصصی

امتحان یا مسابقه تخصصی با توجه به ماده ۴۴ ق.م.خ.ک.، بعد از امتحان عمومی برگزار می‌شود و جنبه اختصاصی دارد. با توجه به ویژگی‌های متنوع و متفاوت مشاغل تخصصی دستگاه‌های اجرایی برگزاری این نوع امتحان یا مسابقه، منطقی و موجه به نظر می‌رسد. قانونگذار مفهوم امتحان یا مسابقه تخصصی و تفاوت و تقدم آنها را روشن نکرده و صرفاً نحوه برگزاری آن را به همراه امتحان عمومی به دستورالعمل مصوب شورای توسعه مدیریت محول کرده است.

البته در آیین‌نامه امتحانات یا مسابقات استخدامی مصوب تیرماه ۱۳۶۳ شورای امور اداری و استخدامی موضوع تبصره ۳ ماده ۱۳ ق.ا.ک. روشن شده که طبق بند «ب» ماده یک آن، «مسابقه عبارت از انتخاب بهترین داوطلبان به ترتیب امتیازات مکسبه است». امتحان نیز مطابق بند «الف» ماده مذکور، «عبارت از مجموع اقداماتی است که به منظور سنجش شایستگی و توانایی‌های افراد و تشخیص صلاحیت آنان در زمینه‌های مورد نظر انجام می‌گیرد. کسانی در امتحان پذیرفته می‌شوند که نمره مکسبه آنان به حد نصاب رسیده باشد». مطابق آیین‌نامه مذکور، در تشریفات ورود به خدمت، اصل بر مسابقه است و استثنائاً در برخی موارد امتحان جایگزین آن می‌شود؛ ضمن اینکه در قانون استخدام کشوری، استثنائاتی درمورد رعایت تشریفات ورود به خدمت وجود داشت. در حال حاضر به نظر می‌رسد که همه این موارد به جز استثنائات مربوط به استخدام ایثارگران و خانواده آنها (با توجه به تبصره ۳ ماده ۴۳)، براساس ماده ۱۲۷ ق.م.خ.ک. نسخ شده‌اند و باید منتظر دستورالعمل نحوه برگزاری این موارد باشیم و بنابراین در این زمینه با هاله‌ای از ابهام مواجهیم.

بخش دوم: استخدام

فصل هفتم ق.م.خ.ک. مشتمل بر ۸ ماده (مواد ۵۲ - ۴۵) به بحث مهم استخدام اختصاص دارد که در آن، درباره نحوه استخدام و به‌کارگیری نیروی انسانی در دستگاه‌های اجرایی بحث و در این راستا انواع استخدام و شرایط و ضوابط آنها و محدودیت‌های قانونی حاکم بر این موضوع بیان شده است.

اختصاص فصل مستقلی به استخدام، از اهتمام قانونگذار به ضابطه‌مند کردن این موضوع و ساماندهی آن حکایت می‌کند. در این فصل، سیاست استخدامی جدیدی مطرح شده است و نوآوری‌های زیادی در آن به چشم می‌خورد؛ اگرچه ابهامات و اشکالاتی را نیز به همراه آورده است.

گفتار اول: ضوابط کلی و انواع استخدام و به‌کارگیری نیروی انسانی در دستگاه‌های اجرایی

در قانون مدیریت خدمات کشوری در فصل هفتم راجع به استخدام، ضوابطی برای استخدام و به‌کارگیری نیروی انسانی در دستگاه‌های اجرایی مقرر و در این راستا انواع استخدام و شرایط و ضوابط آنها بیان شده است.

الف) ضوابط کلی استخدام و به‌کارگیری نیروی انسانی در دستگاه‌های اجرایی

قانونگذار برای ایجاد انضباط استخدامی و جلوگیری از بی‌نظمی و آشفتگی در امر استخدام و سوءاستفاده و انحراف در این زمینه، ضوابطی کلی و محدودیت‌هایی درمورد استخدام و به‌کارگیری نیروی انسانی در دستگاه‌های اجرایی در فصل مورد بحث برقرار کرده که قبل از هر چیز لازم است به آنها اشاره شود.

۱. استخدام در چهارچوب مجوزهای استخدام

این موضوع در تبصره ماده ۵۱ ق.م.خ.ک. پیش‌بینی شده است: «هرگونه به‌کارگیری نیروی انسانی در دستگاه‌های اجرایی خارج از مجوزهای این ماده (مجوزهای استخدام) خلاف قانون محسوب و ممنوع می‌باشد و پرداخت هرگونه وجهی به افراد که بدون مجوز به کار گرفته می‌شوند، تصرف غیرقانونی در اموال عمومی محسوب می‌گردد».

چنان‌که ملاحظه می‌شود، قانونگذار برای عدم رعایت این ضابطه کلی و اساسی، ضمانت اجرای محکمی پیش‌بینی کرده است و پرداخت هرگونه وجهی به افرادی که بدون مجوز استخدام به کار گرفته می‌شوند را در حکم بزه تصرف غیرقانونی در اموال عمومی موضوع ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی قرار داده است.

لازم است یادآوری شود که طبق ماده ۵۱ ق.م.خ.ک. «مجموع مجوزهای استخدام دستگاه‌های اجرایی با رعایت فصل دوم این قانون (راجع به راهبردها و فناوری انجام وظایف دولت) در برنامه‌های پنج‌ساله تعیین می‌گردد و سهم هر یک از وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی با پیشنهاد سازمان (معاونت) به تصویب هیئت وزیران می‌رسد».

همچنین قانونگذار در ماده ۱۲۴ به‌کارگیری نیروی انسانی براساس قانون کار را منوط به رعایت مجوزهای استخدامی کرده و به‌علاوه درمورد به‌کارگیری افراد به صورت ساعتی یا کار معین در تبصره ماده ۳۲، آن را مشروط به شرایط خاص با تأیید سازمان (معاونت) تا ده درصد پست‌های سازمانی مصوب، بدون تعهد استخدامی و در سقف اعتبارات مصوب کرده است.

امید است رعایت این محدودیت‌ها، مانع گسترش سازمان‌های اداری شود؛ اگرچه درعمل مشکلاتی را به‌ویژه درخصوص اشتغال نیروی انسانی ایجاد خواهد کرد.

۲. منع به‌کارگیری کارمندان شرکت‌ها و مؤسسات غیردولتی برای انجام وظایف پست‌های سازمانی

این موضوع که برای جلوگیری از انحراف و سوءاستفاده از به‌کارگیری نیروی انسانی شرکت‌ها و مؤسسات غیردولتی برای انجام وظایف پست‌های سازمانی در ماده ۴۷ ق.م.خ.ک. پیش‌بینی شده، با توجه به واقعیت‌های موجود قبلی درمورد سوءاستفاده برخی

دستگاه‌های اجرایی از این موضوع، کاملاً موجه و منطقی است. قانونگذار در ماده مذکور، این موضوع را تحت هر عنوان ممنوع کرده و استفاده از خدمات کارمندان این‌گونه شرکت‌ها و مؤسسات را صرفاً براساس ماده ۱۷ این قانون امکان‌پذیر دانسته است.

طبق ماده ۱۷، به دستگاه‌های اجرایی اجازه داده می‌شود از طریق مناقصه و با عقد قرارداد با شرکت‌ها و مؤسسات غیردولتی براساس فعالیت مشخص، حجم کار معین، قیمت هر واحد کار و قیمت کل به‌طور شفاف و مشخص بخشی از خدمات مورد نیاز خود را تأمین کنند.

۳. ممنوعیت هر نوع به‌کارگیری افراد به غیر از موارد پیش‌بینی‌شده در قانون

این موضوع در ماده ۵۲ ق.م.خ.ک. بدین نحو مقرر شده که هر نوع به‌کارگیری افراد به غیر از حالات مندرج در ماده ۴۵ و تبصره ماده ۳۲ این قانون ممنوع است.

البته قانونگذار، علاوه بر حالات مذکور، در ماده ۱۲۴ نیز به‌کارگیری نیروی انسانی براساس قانون کار را با شرایطی تجویز کرده است که جا داشت آن را در ماده ۵۲ ذکر می‌کرد. این موارد، در بند بعدی تحت عنوان «انواع استخدام و به‌کارگیری نیروی انسانی در دستگاه‌های اجرایی» بررسی و درباره آنها بحث می‌شود.

ب) انواع استخدام و به‌کارگیری نیروی انسانی در دستگاه‌های اجرایی

به‌موجب ماده ۴۵ ق.م.خ.ک. «از تاریخ تصویب این قانون، استخدام در دستگاه‌های اجرایی به دو روش ذیل انجام می‌پذیرد:

الف) استخدام رسمی برای تصدی پست‌های ثابت در مشاغل حاکمیتی؛

ب) استخدام پیمانی برای تصدی پست‌های سازمانی و برای مدت معین.

علی‌رغم این حکم به‌ظاهر حصری، در ماده ۵۲ ق.م.خ.ک. با بیان اینکه به‌کارگیری افراد در دستگاه‌های اجرایی به‌غیر از حالات مندرج در ماده ۴۵ و تبصره ماده ۳۲ قانون ممنوع است نوع دیگری از به‌کارگیری نیروی انسانی به شرح مذکور در تبصره ماده اخیرالذکر تحت عنوان ساعتی یا کار معین مطرح شده است. به‌علاوه، در ماده ۱۲۴ نیز به‌کارگیری نیروی انسانی در برخی مشاغل که سازمان (معاونت) اعلام می‌دارد، در سقف پست‌های سازمانی مصوب و مجوزهای استخدامی براساس قانون کار امکان‌پذیر داشته شده است که بر مراتب موضوع می‌افزاید.

از مجموع احکام قانونی مذکور برداشت می‌شود که دو روش استخدام رسمی و پیمانی، روش اصلی و اساس استخدام را تشکیل می‌دهند و سایر روش‌های به‌کارگیری نیروی

انسانی، جنبه فرعی و استثنایی دارند و نوعی به‌کارگیری نیروی انسانی (نه استخدام) محسوب می‌شوند.

۱. استخدام رسمی

این نوع استخدام که می‌توان گفت دائمی و استمراری است و تا زمان بازنشستگی تداوم دارد و به‌موجب حکم برقرار می‌شود، در قانون استخدام کشوری سابق، روش اصلی استخدام محسوب می‌شد و به عبارت دیگر در استخدام کشوری اصل بر این نوع استخدام بود (مؤتمنی طباطبایی ۱۳۷۳: ۱۷۵)؛ لیکن در سال‌های اخیر در رویه استخدامی دولت عملاً رعایت نمی‌شد.

استخدام رسمی اگرچه به‌علت ایجاد ثبات و امنیت شغلی مورد علاقه و استقبال افراد داوطلب استخدام است و با توجه به حساسیت و اهمیت مشاغل عمومی با ماهیت این مشاغل بیشتر سازگاری دارد، با عنایت به تبعات منفی آن، ازجمله کاهش انگیزش و بهره‌وری کارکنان، رسوب کارکنان ضعیف و ناتوان، تقلیل نیروی انسانی توانمند و کارا و انعطاف‌ناپذیری آن در جهت شایسته‌گزینی، کم‌کم اصل بودن آن از سیاست استخدامی بیشتر کشورها رخت بر بسته است و امروزه در دنیا شاهد چرخش نظام استخدامی به سمت استخدام غیررسمی هستیم و استخدام رسمی حذف و یا به مشاغل حساس و مهم مثل مشاغل حاکمیتی، امنیتی و قضایی محدود شده است.

در لایحه مدیریت خدمات کشوری مصوب دولت نیز با توجه به ملاحظات مذکور، استخدام رسمی پیش‌بینی نشده و درواقع حذف شده بود که از تغییر و تحول اساسی در سیاست استخدام کشوری حکایت می‌کرد. اما در مراحل تصویب این لایحه در کمیسیون مشترک مجلس شورای اسلامی، این سیاست استخدامی تعدیل شد و در متن نهایی مدیریت خدمات کشوری، این نوع استخدام به‌عنوان یکی از دو روش اصلی استخدام به شرح مذکور در ماده ۴۵ پذیرفته شد؛ لیکن در بند الف این ماده، به تصدی پست‌های ثابت در مشاغل حاکمیتی اختصاص یافت که خود بیانگر سیاست استخدامی جدید و متفاوتی در نظام استخدامی کشور است. البته با توجه به اصل فعالیت دولت در امر حاکمیتی مذکور در فصل دوم قانون موصوف که طبق تبصره ۲ ماده فوق، مشاغل حاکمیتی با توجه به ویژگی‌های امور حاکمیتی مذکور در ماده ۸ مصوب خواهند شد، می‌توان گفت که اصل کماکان بر استخدام رسمی است؛ ولی تداوم مشاغل غیرحاکمیتی و طولانی‌بودن کاهش تدریجی آنها، این اصل را تحت الشعاع قرار می‌دهد.

به هر حال، قانونگذار با وضع شرایط و ضوابط جدیدی در مورد تداوم استخدام رسمی، تبعات منفی آن را مرتفع کرده است که در گفتار بعدی بررسی خواهد شد.

۲. استخدام پیمانی

استخدام پیمانی که در قانون استخدام کشوری سابق نیز به عنوان استخدام غیررسمی، به صورت فرعی و استثنایی در کنار استخدام رسمی وجود داشت، جنبه قراردادی و موقت دارد. این نوع استخدام در سال‌های اخیر به دلایل انعطاف‌پذیری در ایجاد انگیزش و رقابت در کارمندان و امکان تحقق شایسته‌گزینی، به عنوان روش مناسب استخدام جهت جذب نیروی انسانی توانمند و کار به مورد استفاده بیشتری قرار گرفته و تقریباً به عنوان اصل در استخدام به کار رفته است.

در لایحه مدیریت خدمات کشوری نیز صرفاً همین نوع استخدام البته به دو صورت کوتاه‌مدت (تا ۳ ساله) و بلند مدت (۵ تا ۱۵ ساله) پیش‌بینی شده بود که در نهایت در تصویب قانون یادشده مورد پذیرش مجلس شورای اسلامی قرار نگرفت و در بند «ب» ماده ۴۵، به عنوان یکی از دو روش استخدام برای تصدی پست‌های سازمانی و برای مدت معین مقرر شده است که در واقع به مشاغل غیرحاکمیتی و پست‌های سازمانی موقت اختصاص دارد.

در قانون مدیریت خدمات کشوری، برخلاف قانون استخدام کشوری، شرایط و ضوابط استخدام پیمانی به آیین‌نامه محول نشده است بلکه به گونه‌ای است که بیشتر مقررات این قانون شامل این نوع استخدام می‌شود؛ در ضمن، برخی شرایط خاص آن بیان نشده است. البته با توجه به تفاوت ماهوی این نوع استخدام با استخدام رسمی، تسری احکام استخدام رسمی به آن محل ایراد و اشکال است.

۳. به کارگیری افراد به صورت ساعتی یا کار معین

همان‌طور که قبلاً بیان شد، ماده ۵۲ ق.م.خ.ک. با ارجاع به تبصره ماده ۳۲، این روش به عنوان یکی از حالات به کارگیری افراد در دستگاه‌های اجرایی بر شمرده شده است. طبق این ماده، هر نوع به کارگیری افراد در دستگاه‌های اجرایی به غیر از حالات مندرج در ماده ۴۵ و تبصره مذکور ممنوع است. به موجب تبصره فوق، «دستگاه‌های اجرایی می‌توانند در شرایط خاص با تأیید سازمان (معاونت)، تا ده درصد پست‌های سازمانی مصوب، بدون تعهد استخدام و در سقف اعتبارات مصوب افرادی را به صورت ساعتی یا کار معین برای حداکثر یک سال به کار گیرند».

این نوع به‌کارگیری نیروی انسانی که اخیراً در دولت نهم متداول شده است، جنبه قراردادی و موقت دارد و تقریباً جایگزین شیوه سابق به‌کارگیری نیروی انسانی به‌صورت خرید خدمت شده است. به‌نظر می‌رسد که با توجه به اصل شمول قانون کار مذکور در ماده ۱۸۸ این قانون، می‌توان گفت که این روش به‌کارگیری نیروی انسانی مشمول قانون کار است و حتی عنوان کار معین آن از ماده ۲۱ قانون یادشده اقتباس شده است و بنابراین معضل رعایت مقررات قانون کار در دستگاه‌های اجرایی را به‌همراه خواهد داشت.

روش مذکور، جنبه کاملاً استثنایی دارد؛ زیرا طبق تبصره یادشده، موکول به شرایط خاص با تأیید سازمان (معاونت) است و تا سقف ده‌درصد پست‌های سازمانی مصوب امکان‌پذیر است و منوط به رعایت سقف اعتبارات مصوب است. همچنین، تعهد استخدامی ایجاد نمی‌کند اگرچه کراراً تمدید شود. تأکید اخیر، برای جلوگیری از تبعات احتمالی تبدیل آن به قرارداد کار غیرموقت در اثر برداشت از شمول قانون کار، مفید و ضروری است.

قانونگذار نحوه تعیین حقوق و مزایای این شیوه به‌کارگیری افراد را روشن نکرده است. مع‌الوصف، با توجه به اینکه آن را مشمول قانون کار دانستیم و در تبصره ماده ۱۲۴ ق.م.خ.ک. مقرر شده است مجموع دریافتی کارمندان که به‌موجب قانون کار در دستگاه‌های اجرایی شاغل هستند از ۱/۲ برابر حقوق و مزایای کارمندان مشابه تجاوز نمی‌کند، می‌توان گفت که این تبصره می‌تواند در این خصوص راهگشا باشد؛ اگرچه احراز کارمندان مشابه در عمل مشکل است و بنابراین در اینجا نیز با ابهاماتی مواجه هستیم، به‌ویژه آنکه قانونگذار نحوه تعیین حقوق و مزایای این نوع به‌کارگیری نیروی انسانی را روشن نکرده است و قطعاً در اجرا مشکل‌ساز خواهد بود.

۴. به‌کارگیری نیروی انسانی براساس قانون کار

این موضوع که قبلاً در تبصره ماده ۴ قانون استخدام کشوری پیش‌بینی شده بود، در ماده ۱۲۴ ق.م.خ.ک. آمده است: «به‌کارگیری نیروی انسانی در برخی مشاغل که سازمان اعلام می‌دارد، در سقف پست‌های سازمانی مصوب و مجوزهای استخدامی براساس قانون کار امکان‌پذیر است». بنابراین، تشخیص مشاغل مشمول قانون کار یا به‌عبارتی مشاغل کارگری همانند قانون سابق برعهده سازمان (معاونت) است.

قانونگذار برای جلوگیری از احتمال تفاوت فاحش حقوق و مزایا در این نوع به‌کارگیری نیروی انسانی با حقوق و مزایای سایر کارمندان دستگاه‌های اجرایی، در تبصره ماده مذکور مقرر می‌دارد: «مجموع دریافتی کارمندانی که به‌موجب قانون کار در دستگاه‌های اجرایی

شاغل می‌باشند، نباید از ۱/۲ برابر حقوق و مزایای کارمندان مشابه تجاوز کند». با وجود این، تشخیص کارمندان مشابه، با توجه به تنوع مشاغل دستگاه‌های اجرایی، تاندازه‌ای مشکل و مبهم به نظر می‌رسد و درضمن، اطلاق عنوان کارمند به این افراد که درواقع کارگر محسوب می‌شوند، مناسب نیست.

گفتار دوم: شرایط و ضوابط روش استخدام رسمی

در قانون مدیریت خدمات کشوری، در فصل مورد بحث طی مواد ۴۵، ۴۶، ۴۸ و ۵۰، شرایط و ضوابطی درباره روش استخدام رسمی مقرر شده است.

الف) استخدام رسمی برای تصدی پست‌های ثابت در مشاغل حاکمیتی

این ضابطه کلی در بند «الف» ماده ۴۵ ق.م.خ.ک. مقرر شده است و مبنای این نوع استخدام در نوع پست سازمانی ثابت و شغل حاکمیتی قرار داده شده و این نوع استخدام ضابطه‌مند شده است.

پست سازمانی طبق ماده ۶ ق.م.خ.ک. عبارت است از جایگاهی که ساختارهای سازمانی در دستگاه‌های اجرایی برای انجام وظایف و مسئولیت‌های مشخص (ثابت و موقت) پیش‌بینی و برای تصدی یک کارمند در نظر گرفته می‌شود. پست‌های ثابت صرفاً برای مشاغل حاکمیتی که جنبه استمرار دارند، ایجاد خواهد شد.

قانونگذار برخلاف قانون استخدام کشوری، شغل را تعریف نکرده در صورتی که کراراً آن را به کار برده است؛ ازجمله اینکه در انتهای ماده مذکور، پست‌های ثابت را صرفاً مخصوص مشاغل حاکمیتی قلمداد می‌کند و مجدداً در بند «الف» ماده ۴۵ استخدام رسمی را مخصوص پست‌های ثابت در مشاغل حاکمیتی بیان می‌دارد و درواقع این دو را لازم و ملزوم یکدیگر می‌داند. مع الوصف، تعریفی از مشاغل حاکمیتی یا مصادیق آن را نیز ارائه نمی‌دهد بلکه در تبصره ۲ ماده اخیرالذکر مقرر می‌دارد که این مشاغل با توجه به ویژگی‌های مذکور در ماده ۸ این قانون بنا به پیشنهاد سازمان (معاونت) به تصویب هیئت وزیران می‌رسد.

ویژگی‌های مذکور در ماده ۸ مربوط به تعریف «امور حاکمیتی» است که طبق آن، امور حاکمیتی آن دسته از اموری است که تحقق آن موجب اقتدار و حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت همه اقشار جامعه را شامل می‌شود، و بهره‌مندی از این نوع خدمات، موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی‌شود؛ از قبیل:

الف) سیاستگذاری، برنامه‌ریزی و نظارت در بخش‌های اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی؛
ب) برقراری عدالت و تأمین اجتماعی و بازتوزیع درآمد؛
ج) ایجاد فضای سالم برای رقابت و جلوگیری از انحصار و تضییع حقوق مردم؛
د) فراهم کردن زمینه‌ها و مزیت‌های لازم برای رشد و توسعه کشور و رفع فقر و بیکاری؛
ه) قانونگذاری، امور ثبتی، استقرار نظم و امنیت و اداره امور قضایی؛
و) حفظ تمامیت ارضی کشور و ایجاد آمادگی دفاعی و دفاع ملی؛
ز) ترویج اخلاق، فرهنگ و مبانی اسلامی و صیانت از هویت ایرانی - اسلامی؛
ح) اداره امور داخلی، مالیه عمومی، تنظیم روابط کار و روابط خارجی؛
ط) حفظ محیط زیست و حفاظت از منابع طبیعی و میراث فرهنگی؛
ی) تحقیقات بنیادی، آمار و اطلاعات ملی و مدیریت فضای فرکانس کشور؛
ک) ارتقای بهداشت و آموزش عمومی، کنترل و پیشگیری از بیماری‌ها و آفت‌های فراگیر، مقابله و کاهش اثرات حوادث طبیعی و بحران‌های عمومی؛
ل) بخشی از امور مندرج در مواد ۹، ۱۰ و ۱۱ این قانون نظیر موارد مذکور در اصول بیست‌ونهم و سی‌ام قانون اساسی که انجام آنها در بخش خصوصی و تعاونی و نهادهای مؤسسات عمومی غیردولتی با تأیید هیئت وزیران امکان‌پذیر نیست؛
م) سایر مواردی که بارعایت سیاست‌های کلی مصوب مقام معظم رهبری به موجب قانون اساسی در قوانین عادی جزء این امور قرار می‌گیرد.
چنان‌که ملاحظه می‌شود، تعریف امور حاکمیتی چندان روشن نیست و بیان موارد تمثیلی آن که عمده‌تاً کلی و توصیفی هستند، بر این ابهام می‌افزاید.
بنابراین، استخدام رسمی منوط به تعیین و تصویب مشاغل حاکمیتی است در صورتی که در ماده ۴۵ تصریح شده است که از تاریخ تصویب این قانون، استخدام در دستگاه‌های اجرایی به روش استخدام رسمی و پیمانی به نحو مذکور در بندهای الف و ب این ماده انجام می‌پذیرد و لذا نوعی ناهماهنگی و عدم تقارن بین ماده و تبصره مذکور وجود دارد که موجب سردرگمی و دردسر است.
از سوی دیگر، با توجه به ضابطه کلی موصوف، این سؤال اساسی مطرح می‌شود که پس از اجرای قانون، وضعیت کارمندان رسمی موجود در دستگاه‌های دولتی چگونه خواهد بود. در تبصره ۲ ماده یادشده در این زمینه مقرر شده است: «کارمندانی که به موجب قوانین مورد عمل

به استخدام رسمی درآمده‌اند، با رعایت مقررات این قانون به صورت رسمی ادامه خواهند داد». حال اگر منظور از رعایت مقررات این قانون، از جمله رعایت ضابطه مورد نظر باشد، ممکن است در عمل به علت عدم انطباق برخی مشاغل کارمندان رسمی موجود با مصادیق مشاغل حاکمیتی مشکلاتی بروز کند، مگر آنکه رعایت مقررات این قانون را منحصر از این موضوع بدانیم و این خود یکی از بزرگ‌ترین مشکلات فراروی اجرای این قانون است.

در خاتمه یادآوری می‌شود که با توجه به سابقه و ماهیت استخدام رسمی و مستفاد از ماده ۷ ق.م.خ.ک. استخدام رسمی به موجب حکم مقام صلاحیتدار است و جاداشت که به این ضابطه نیز در بند الف ماده ۴۵ اشاره می‌شد و یا در تبصره ۴ این ماده تصریح می‌شد که در آن مقرر شده است تعیین محل خدمت و شغل مورد تصدی در مورد کارمندان رسمی به عهده دستگاه‌های اجرایی ذی ربط است.

به هر حال، تغییر ضابطه استخدامی رسمی، کارمندان رسمی موجود را با چالش‌ها و مشکلاتی مواجه خواهد کرد.

ب) استخدام رسمی، مستلزم دوره آزمایشی است

یکی از شرایط و ضوابط استخدام رسمی، لزوم طی دوره آزمایشی است. در ماده ۴۶ ق.م.خ.ک. در این باره آمده است: «کسانی که شرایط ورود به استخدام رسمی را کسب می‌نمایند، قبل از ورود به خدمت رسمی، یک دوره آزمایشی را که مدت آن سه سال می‌باشد، طی خواهند نمود». دوره مذکور در قانون استخدام کشوری نیز برای استخدام رسمی ضروری بود. در ماده ۷ این قانون مقرر شده است: «کسانی که در امتحان یا مسابقه ورودی استخدام رسمی قبول شده‌اند، از قبل از ورود به خدمت رسمی، یک دوره آزمایشی را طی خواهند کرد». به نظر می‌رسد که عبارت به کار رفته در این ماده، مناسب‌تر از عبارت مذکور در ماده ۴۶ ق.م.خ.ک. است؛ زیرا در استخدام رسمی، صرف کسب شرایط ورود به خدمت کفایت نمی‌کند بلکه علاوه بر آن، طی تشریفات ورود به خدمت و قبولی در امتحان یا مسابقه ورودی ضروری است. از سوی دیگر، در بند «چ» ماده ۱۲۴ ق.ا.ک. حالت آزمایشی یکی از حالات استخدامی بر شمرده شده بود، در صورتی که ماده ۱۳۰ ق.م.خ.ک. این موضوع در شمار حالات استخدامی ذکر نشده است.

دوره آزمایشی، یک مرحله برزخی است و همه کسانی که وارد استخدام رسمی می‌شوند، باید این دوره را طی کنند. علت وجود این دوره این است که قانونگذار مطمئن

نیست که کارمند تازه استخدام شده بتواند از عهده وظایف و مسئولیت‌های شغل مربوط برآید و لذا برای اینکه کارمند ثابت کند که می‌تواند از عهده این امر خطیر برآید، باید یک دوره آزمایشی را سپری کند. (ابوالحمد، ۱۳۷۰: ۱۳۵)

طبق ماده ۱۸۰ ق.ا.ک. مدت دوره آزمایشی حداقل ۶ ماه و حداکثر ۲ سال بود، اما در ماده ۴۶ ق.م.خ.ک. مدت آن بدون تعیین حداقل و حداکثر به سه سال افزایش یافته که مدت زیادی است و محل اشکال است، زیرا عادلانه نیست که پس از سه سال خدمت، کارمند آزمایشی را آگاه کنند که نحوه کار او در اداره رضایت‌بخش نبوده است و باید اداره را ترک کند. بنابراین، برای جلوگیری از اتلاف وقت مستخدم بهتر است که دوره آزمایشی را به کمترین مدت پایین آورد. (همان) در ماده اخیرالذکر، شرایط طی این دوره نیز افزایش یافته و در ادامه مقرر شده است که کارمندان آزمایشی در صورت احراز شرایط زیر از بدو خدمت جزء کارمندان رسمی منظور خواهند شد:

الف) حصول اطمینان از لیاقت (علمی، اعتقادی، و اخلاقی)، کاردانی، علاقه به کار، خلاقیت، نوآوری، روحیه خدمت به مردم و رعایت نظم و انضباط اداری از طریق کسب امتیاز لازم با تشخیص کمیته تخصصی تعیین صلاحیت کارمندان رسمی؛

ب) طی دوره‌های آموزشی و کسب امتیاز لازم؛

ج) با تأیید گزینش.

در مقایسه با ماده ۱۹ ق.ا.ک. که در آن صرف نشان‌دادن لیاقت و کاردانی و علاقه به کار از سوی افراد در دوره آزمایشی برای تبدیل به استخدام رسمی کافی دانسته شده بود، در ماده مذکور این شرایط افزایش یافته که ممکن است در عمل با مشکلاتی مواجه شود. لیکن تعیین امتیازبندی آنها در کمیته تشخیص صلاحیت کارمندان رسمی، از شدت این ایراد می‌کاهد و حتی می‌توان گفت از این حیث مناسب‌تر از ماده یادشده ق.ا.ک. است که در آن تشخیص شرایط موردنظر علی‌الاطلاق به مقامات صادرکننده حکم استخدام رسمی واگذار شده بود. بنابراین، برخلاف قانون سابق که به موجب آن، شکایت کارمندان آزمایشی درمورد تشخیص صالح نبودن برای ابقای خدمت و صدور حکم برکناری آنها عملاً مسموع نبود، می‌توان گفت که این امتیازبندی و تشخیص شرایط مذکور، شکایت مربوط به عدم احراز آنها را قابل استماع کرده است. به هر حال، چگونگی اعمال این موضوع به آیین‌نامه اجرایی این ماده محول شده است که طبق تبصره ۳ آن توسط سازمان (معاونت) تهیه می‌شود و به تصویب هیئت وزیران می‌رسد.

یکی دیگر از نوآوری‌های مثبت قانون مدیریت خدمات کشوری در مورد دوره آزمایشی این است که در تبصره ۱ ماده ۶۶، گزینه‌های متعددی برای نحوه برخورد با کارمندان آزمایشی که شرایط مذکور را کسب نمی‌کنند، پیش‌بینی و مقرر شده است: «در صورتی که در ضمن یا پایان دوره آزمایشی، کارمندان شرایط ادامه خدمت و یا تبدیل به استخدام رسمی را کسب نکنند، به یکی از روش‌های زیر با آنان رفتار خواهد شد:

الف) اعطای مهلت دوساله دیگر برای احراز شرایط لازم؛

ب) تبدیل وضع به استخدام پیمانی؛

ج) لغو حکم.

از منطوق قسمت اخیر این تبصره برداشت می‌شود که انتخاب یکی از روش‌های مذکور در اختیار دستگاه اجرایی قرار دارد. البته جزئیات آن در آیین‌نامه اجرایی این ماده موضوع تبصره ۳ آن روشن خواهد شد. به هر حال، این موضوع ابهام دارد که امید داریم آیین‌نامه اجرایی مذکور از آن رفع ابهام کند.

نکته مهمی در ارتباط با حکم این تبصره قابل ذکر است و آن اینکه عبارت «در ضمن یا پایان دوره آزمایشی» معادل عبارت «طی یا در پایان دوره آزمایشی» مذکور در ماده ۲۰ ق.ا.ک. است که با توجه به آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در این باره می‌توان گفت که پس از سپری شدن دوره مذکور و عدم برخورد با کارمند آزمایشی به یکی از روش‌های فوق، وی خودبه‌خود به استخدام رسمی درمی‌آید و باید با او مانند کارمند رسمی رفتار کرد. (امامی و استوار سنگری، ۱۳۸۵: ۲۱۳)

ج) حالات خروج از استخدام رسمی و تحدید ثبات شغلی

یکی دیگر از نوآوری‌های قابل توجه قانون مدیریت خدمات کشوری در مورد استخدام رسمی، اختصاص ماده‌ای به حالات انتزاع کارمندان رسمی از خدمت در دستگاه اجرایی با هدف تحدید ثبات شغلی در این نوع استخدام و تعدیل تبعات منفی است. در ماده ۴۸ قانون مذکور در این باره آمده است: کارمندان رسمی در یکی از حالات ذیل از خدمت در دستگاه اجرایی منتزع می‌گردند:

– بازنشستگی و یا از کارافتادگی کلی طبق قوانین ذی‌ربط؛

– استعفاء؛

– بازخریدی به دلیل نتایج ضعیف ارزیابی عملکرد کارمند در سه سال متوالی یا چهار

سال متناوب (که براساس آیین‌نامه‌ای با پیشنهاد سازمان به تصویب هیئت وزیران می‌رسد)؛

- آماده به خدمت براساس ماده ۱۲۲؛

- اخراج یا انفصال به موجب احکام مراجع قانونی ذی ربط.

به نظر می رسد که دلیل وجودی این ماده بیشتر به موضوع بازخریدی خاص مذکور در آن به جهت کاهش و تعدیل تبعات منفی استخدام رسمی و تحدید ثبات شغلی ناشی از آن است؛ وگرنه حالات مذکور در آن، مجدداً در ماده ۱۳۵ باعوان حالات استخدامی کارمند رسمی آمده است و این تکرار و دوگانگی، توجیهی جز این ندارد. لذا در اینجا صرفاً به بررسی این موضوع و حالت مذکور می پردازیم و از بررسی سایر حالات که مجال دیگری را می طلبد، خودداری می کنیم.

به نظر نگارنده، با وجود ماده ۱۳۵، نیازی به ماده ۴۸ نیست و این ماده زاید به نظر می رسد؛ که یکی از اشکالات قانون در این مبحث است. جا داشت که قانونگذار در این ماده صرفاً به تبیین بازخریدی ناشی از نتایج ضعیف ارزیابی عملکرد می پرداخت و از تکرار سایر موارد حالات خروج از خدمت رسمی مذکور در ماده ۱۳۵ خودداری می کرد.

همان طور که قبلاً عنوان شد ایراد اساسی و مشکل آفرین وارد بر استخدام رسمی این است که معمولاً کارمندان رسمی پس از طی دوره آزمایشی و تبدیل به کارمند رسمی، خود را در حاشیه امن می بینند و به علت ثبات و امنیت شغلی، انگیزش، کارایی و بهره وری آنها کاهش می یابد و مدیران اختیارات قانونی لازم برای برخورد با کارمندان ضعیف و فاقد کارایی و انگیزش را ندارند و این وضعیت به رسوب این گونه کارمندان در بدنه دستگاه های اجرایی و کاهش بهره وری نیروی انسانی منجر می شود. برخی چاره کار را حذف استخدام رسمی و استفاده صرف از استخدام پیمانی یا غیررسمی می دانند که امکان برخورد با کارمندان یادشده را از طریق عدم تمدید یا لغو قرارداد آنها فراهم می کند و موجبات رقابت و افزایش کارایی و بهره وری نیروی انسانی را در پی دارد. این راهکار را که در لایحه قانون مدیریت خدمات کشوری پیش بینی شده بود، در نهایت قانونگذار نپذیرفت و به جای آن، راهکار بازخریدی این نوع کارمندان رسمی در ماده فوق پیش بینی شده است که طبق آن، کارمندان رسمی در صورت کسب نتایج ضعیف از ارزیابی عملکرد در سه سال متوالی یا چهار سال متناوب، بازخرید و از خدمت در دستگاه اجرایی منتزع می شوند. با این تدبیر، حاشیه امن مورد نظر کارمندان رسمی از بین می رود و این نوع کارمندان ناگزیر به تلاش برای بالابردن ارزیابی عملکرد خود خواهند بود؛ چرا که در غیر این صورت، با خطر بازخریدی و انتزاع از خدمت در دستگاه اجرایی مواجه خواهند شد. این راهکار که قبلاً در

قوانین و مقررات استخدامی اعضای هیئت علمی دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی کشور پیش‌بینی شده است، مطلوب و مناسب به نظر می‌رسد، اگرچه امنیت و ثبات شغلی کارمندان رسمی را محدود می‌کند و کم‌کم به دغدغه اصلی آنها مبدل خواهد شد. با وجود این، جزئیات نحوه اجرای آن به آیین‌نامه‌ای محول شده است که با پیشنهاد سازمان (معاونت) به تصویب هیئت وزیران می‌رسد.

در اینجا لازم است به ماده ۵۰ ق.م.خ.ک. در این زمینه اشاره‌ای شود که در آن مقرر شده است «کارمندان مشمول استفاده از مزایای بیمه بیکاری مطابق قوانین و مقررات مربوط خواهند بود». حکم این ماده، به تأمین اجتماعی کارمندان مربوط است و تاکنون صرفاً کارگران مشمول قانون کار را دربر می‌گرفت و سابقه‌ای در قوانین و مقررات استخدام کشوری ندارد، لذا کاملاً مبهم بوده و جای بحث و بررسی بیشتری دارد. مع الوصف به نظر می‌رسد که با توجه به اطلاق حکم آن، کارمندان رسمی را که به علت بازخرید موضوع ماده ۴۸ از خدمت در دستگاه اجرایی منتزع می‌شوند دربر می‌گیرد و بدین لحاظ نوآوری شگرفی به شمار می‌رود، اگرچه با ابهامات و سؤال‌های زیادی مواجه است و شاید بتوان گفت مبهم‌ترین ماده قانون است و تاکنون نیز در هاله‌ای از ابهام باقی مانده و اجرایی نشده است.

گفتار سوم: شرایط و ضوابط روش استخدام پیمانی

در قانون مدیریت خدمات کشوری، برخلاف قانون استخدام کشوری، شرایط و ضوابطی برای روش استخدام پیمانی برشمرده شده و این موضوع صرفاً به آیین‌نامه خاص و مستقلاً محول نشده است؛ ضمن اینکه بیشتر مقررات استخدام رسمی علی‌الطلاق شامل این نوع استخدام شده است اما احکام آن در این خصوص جامع و کافی نیست و نارسایی‌ها و پرسش‌هایی را به همراه آورده است.

الف) استخدام پیمانی برای تصدی پست‌های سازمانی و برای مدت معین

این ضابطه کلی در بند «ب» ماده ۴۵ ق.م.خ.ک. به عنوان معیار و مبنای اصلی استخدام پیمانی ذکر شده است؛ و با توجه به اینکه در بند «الف» این ماده، استخدام رسمی برای تصدی پست‌های ثابت در مشاغل حاکمیتی اختصاص یافته و در ماده ۶ راجع به تعریف پست‌های سازمانی به دو نوع ثابت و موقت تقسیم‌بندی و پست‌های ثابت صرفاً مخصوص مشاغل حاکمیتی قلمداد شده است، می‌توان گفت که استخدام پیمانی درواقع برای تصدی

پست‌های سازمانی موقت در مشاغل غیرحاکمیتی و برای مدت معین است. قانونگذار میزان مدت معین مذکور را تعیین نکرده است و به نظر می‌رسد که در اختیار دستگاه اجرایی قرار دارد؛ و البته به علت عدم تعیین سقف آن اشکال دارد که یکی از اشکالات و ابهامات قانون است. طبق تبصره ۴ این ماده، محل خدمت و شغل مورد تصدی کارمندان پیمانی در پیمان‌نامه مشخص می‌شود.

در تبصره ۳ ماده موصوف درباره حداکثر سن کارمند پیمانی آمده است که سن کارمند مذکور در انتهای مدت قرارداد استخدام نباید از شصت و پنج سال و برای مشاغل تخصصی از هفتاد سال تجاوز کند. همان‌طور که قبلاً عنوان شد، حداقل سن لازم برای استخدام پیمانی همان بیست سال مذکور در بند «الف» ماده ۴۲ ق.م.خ.ک. است.

(ب) شرایط و آثار تبدیل استخدام پیمانی به رسمی

یکی از مسائل مهمی که همواره مورد توجه و دغدغه کارمندان پیمانی بوده، نحوه تبدیل این نوع استخدام به استخدام رسمی است. با توجه به مفاد تبصره ۲ ماده ۴۶ ق.م.خ.ک. این موضوع مستلزم شرکت در آزمون و احراز صلاحیت‌های موضوع ماده ۴۲ و پذیرفته شدن برای استخدام رسمی در مشاغل حاکمیتی است. بنابراین برخلاف، قانون تعدیل نیروی انسانی، صرف داشتن سابقه خدمت در این خصوص کفایت نمی‌کند بلکه احراز شرایط مذکور ضروری است و لذا ممکن است برخی کارمندان پیمانی به علت عدم احراز این شرایط، هیچ‌گاه به مستخدم رسمی تبدیل نشوند و بی‌دلیل نیست که دغدغه کارمندان پیمانی و انتقاد آنها را برانگیخته است.

در صورت تحقق این تغییر وضعیت استخدامی طبق قسمت اخیر تبصره مذکور، اولاً سوابق پیمانی کارمندان پیمانی جزو سوابق رسمی محسوب می‌شود و ثانیاً سابقه سنوات خدمت آنها به سقف سن موضوع بند «الف» ماده ۴۲ اضافه می‌شود.

به هر حال، جزئیات موضوع مورد بحث در آیین‌نامه اجرایی ماده ۴۶ موضوع تبصره ۳ این ماده روشن خواهد شد.

سؤال و ابهامی که در اینجا مطرح می‌شود، وضعیت کارمندان پیمانی موجود قبل از اجرای قانون است که آیا کماکان مشمول قوانین و مقررات قبلی در این خصوص هستند و یا اینکه به علت نسخ آنها، مشمول قانون جدید می‌شوند. قانون مدیریت خدمات کشور در این خصوص ساکت است و مایه اختلاف نظر و ایجاد مشکل اجرایی شده است.

ج) شرایط تمدید قرارداد کارمندان پیمانی

مطابق ماده ۴۹ ق.م.خ.ک.:

تمدید قرارداد کارمندان پیمانی منوط به تحقق شرایط ذیل می باشد:

- استمرار پست سازمانی کارمندان،

- کسب نتایج مطلوب از ارزیابی عملکرد و رضایت از خدمت کارمند؛

- جلت رضایت مردم و ارباب رجوع؛

- ارتقاء سطح علمی و تخصصی در زمینه شغل مورد تصدی.

دربارۀ شرط اول باید گفت با توجه به اینکه طبق مواد ۷ و ۴۵ ق.م.خ.ک. پست های سازمانی دراستخدام پیمانی، موقت اند، استمرار آنها برای همیشه امکان پذیر نیست و بدین لحاظ کارمندان پیمانی همواره در معرض عدم تمدید قرارداد به علت عدم استمرار پست سازمانی خود قرار دارند.

سه شرط بعدی، برای احراز کارآیی و توانمندی کارمندان پیمانی است و بیانگر مزیت این نوع استخدام در راستای افزایش انگیزش و بهره وری کارمند است. مع الوصف، قانونگذار نحوه احراز این شرایط را بیان نکرده و به آیین نامه هم ارجاع نداده است؛ که جای ابهام و ایراد دارد.

در تبصرۀ ماده مذکور تصریح شده است که در صورت عدم تمدید قرارداد با کارمندان پیمانی، مطابق قوانین و مقررات مربوط عمل خواهد شد. ارجاع تبصره به قوانین و مقررات مورد عمل، بیانگر عدم نسخ و تداوم قوانین و مقررات قبلی مربوط به استخدام پیمانی، از جمله آیین نامه استخدامی موضوع تبصرۀ ماده ۶ ق.م.خ.ک. است؛ البته به شرطی که با توجه به ماده ۱۲۷ ق.م.خ.ک. با این قانون مغایرت نداشته باشند. براین اساس می توان گفت حکم این ماده ناظر بر تبصرۀ ۳ ماده ۱۲ آیین نامه مذکور است که به موجب آن، دستگاه ها مکلف شده اند به مستخدمین پیمانی به هنگام خاتمه قرارداد، به ازای هر سال سابقۀ خدمت قابل قبول، علاوه بر حقوق و فوق العاده مربوط به مرخصی استحقاقی ذخیره شده، یک ماه آخرین حقوق و مزایا پرداخت کنند.

نکته آخر اینکه با توجه به ماده ۵۰ ق.م.خ.ک. که براساس آن، کارمندان علی الاطلاق مشمول استفاده از مزایای بیمه بیکاری مطابق قوانین و مقررات مربوط قرار داده شده اند، باید گفت که کارمندان پیمانی در صورت عدم تمدید قرارداد، مشمول حکم این ماده خواهند بود. مع الوصف، با توجه به اینکه در قوانین قبلی استخدامی، چنین حکمی درمورد

بیمه بیکاری کارمندان وجود نداشته است، به نظر می‌رسد منظور از عبارت قوانین و مقررات مربوط در این ماده، همان قانون بیمه بیکاری کارگران و آیین‌نامه اجرایی آن است که بدین وسیله کارمندان مشمول آن شده‌اند.

به هر حال، این نکات، استنباطات شخصی نگارنده و ناشی از ابهامات و نارسایی‌های قانون است که اجرای آن را با چالش و مشکلات عدیده ای مواجه خواهد کرد.

نتیجه‌گیری

مباحث ورود به خدمت و استخدام که موضوع فصل‌های ششم و هفتم قانون مدیریت خدمات کشوری را تشکیل می‌دهند، از موضوعات مهم و کلیدی حقوق استخدامی محسوب می‌شوند که با هم رابطه نزدیک و تنگاتنگی دارند و لازم و ملزوم یکدیگرند.

ورود به خدمت، اولین موضوع استخدامی است که در طی آن، درباره شرایط و تشریفات پذیرش افراد به خدمت دولت بحث شده است. علاوه بر این، در قانون مذکور، اصول کلی ورود به خدمت برای اولین بار در نظام استخدامی کشور تبیین شده که شامل اصل رعایت مجوزهای استخدامی و تشکیلات مصوب، اصل لیاقت و شایستگی و اصل برابری فرصت‌های شغلی مذکور در ماده ۴۱ است. اصل اول ناظر بر رعایت انضباط استخدامی، اصل دوم بیانگر شایسته‌سالاری و شایسته‌گزینی، و اصل سوم تأکید بر یکی از حقوق مهم بشر است.

شرایط عمومی ورود به خدمت در قانون فوق افزایش یافته اما از ابهامات و نارسایی‌های آن در مقایسه با قانون استخدام کشور در برخی موارد کاسته شده است و در عین حال، موارد جدید آن، ابهاماتی را به همراه دارد. تشریفات ورود به خدمت، مختصر و نارسا و بحث‌انگیز به نظر می‌رسد؛ که جاداشت جزئیات آن به جای دستورالعمل به آیین‌نامه مستقلى محول می‌شد.

فصل استخدام که ناظر بر روش استخدام است، از تغییر و تحول چشمگیری حکایت می‌کند و سیاست استخدامی جدیدی را بنا می‌نهد که مبتنی بر روش استخدام رسمی برای تصدی پست‌های ثابت در مشاغل حاکمیتی و استخدام پیمانی برای تصدی پست‌های سازمانی موقت در مشاغل غیرحاکمیتی و برای مدت معین است. این دو روش استخدام که شیوه استخدام به آنها منحصر شده است دقیقاً ضابطه مند شده‌اند؛ اما با ابهامات و اشکالاتی، به ویژه در خصوص نحوه تداوم وضعیت کارمندان رسمی و یا پیمانی قبلی،

مواجهه است. در قانون موصوف، علاوه بر این، به کارگیری نیروی انسانی به صورت ساعتی یا کار معین و نیز براساس قانون کار تحت شرایطی تجویز شده که به نوبه خود مبهم و سوال برانگیز است.

مهم‌ترین تحول مقررات قانون یادشده در ارتباط با استخدام رسمی را می‌توان پیش‌بینی بازخریدی کارمندان رسمی در صورت کسب نتایج ضعیف از ارزیابی عملکرد در سه سال متوالی یا چهار سال متفاوت دانست که در راستای تعدیل و کاهش تبعات منفی ثبات شغلی در این نوع استخدام و استقرار شایسته‌سالاری و شایسته‌گزینی در دستگاه‌های اجرایی مفید و مؤثر خواهد بود، اگرچه به علت تحت‌الشعاع قرار دادن امنیت شغلی کارمندان رسمی با انتقاداتی مواجه است و دغدغه این کارمندان را به همراه داشته است.

لزوم طی دوره آزمایشی که کمافی‌سابق در استخدام رسمی پیش‌بینی شده نیز تا اندازه‌ای از حیث مدت و شرایط موفقیت افزایش یافته است که جای ایراد و اشکال دارد؛ هرچند که امتیازبندی شرایط، از شدت انتقادات وارد بر آن می‌کاهد.

شرایط و ضوابط استخدام پیمانی در قانون مورد بحث نیز متحول و دگرگون شده است؛ به‌ویژه آنکه شرایط تبدیل این نوع استخدام به استخدام رسمی و شرایط تمدید قرارداد کارمندان پیمانی سخت‌تر شده است به نحوی که تبدیل وضعیت استخدامی مذکور، منوط به شرکت در آزمون و پذیرفته شدن در مشاغل حاکمیتی و احراز مجدد شرایط ورود به خدمت است و شرایط تمدید قرارداد کارمندان یادشده در راستای شایسته‌سالاری و شایسته‌گزینی، به کارآیی و عملکرد آنها بستگی دارد. اما شمول یا عدم شمول این احکام جدید به کارمندان رسمی و پیمانی قبلی، از ابهامات چالش برانگیز این قانون است.

از نکات مهم و بحث‌انگیز قانون جدید، پیش‌بینی بیمه بیکاری برای کارمندان دستگاه‌های اجرایی است که با بازخریدی یا عدم تمدید قرارداد مواجه می‌شوند. لیکن عدم سابقه موضوع در قوانین قبلی استخدامی و کلی و سرپسته بودن این حکم، آن را به یکی از مبهم‌ترین و سوال برانگیزترین مواد قانونی تبدیل کرده و در هاله‌ای از ابهام قرار داده؛ به‌همین دلیل این حکم با چالش و اشکال اجرایی مواجه شده است.

منابع

ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۷۰). *حقوق اداری/ایران*، چ چهارم، تهران: نشر توس.
امامی، محمد و استوار سنگری، کوروش (۱۳۸۶). *حقوق اداری*، ج اول، تهران: نشر میزان.

قانون مدیریت خدمات کشوری.
رضایی زاده، محمدجواد (۱۳۸۵). حقوق اداری (۱)، تهران: نشر میزان.
مجموعه قوانین و مقررات استخدامی.
مجموعه آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
مؤتمنی طباطبایی، منوچهر (۱۳۷۳). حقوق اداری، تهران: سمت.
مؤتمنی طباطبایی، منوچهر (۱۳۸۵). حقوق اداری تطبیقی، تهران: سمت.
موسی زاده، رضا (۱۳۸۶). حقوق اداری (۱-۲)، چ هشتم، تهران: نشر میزان.

بررسی مبانی حقوق اجتماعی

ابراهیم موسی‌زاده *

فهم مصطفی‌زاده **

چکیده

حقوق اجتماعی، جایگاه مهمی در اندیشه‌های سیاسی، فقهی، حقوقی و مدیریت‌های اقتصادی و اجتماعی دارد. در دین مبین اسلام، از همان آغاز شکل‌گیری، چه در نصوص و چه در عمل و سیره پیشوایان دین، اهمیت حقوق اجتماعی به‌لحاظ حفظ کرامت انسانی و تأمین بنیان‌های جامعه سالم دینی یادآور شده و برای آن، نظام خاص حقوقی و اجرایی طراحی شده است. این در حالی است که در نظام‌های غربی، راجع به حقوق اجتماعی، مبانی، الگو و نظام مطلوبی وجود ندارد. به‌تأسی از اندیشه مترقی اسلامی، جلوه‌های نظام حقوق اجتماعی را می‌توان در اصول متعدد، از جمله بند ۴ اصل ۳ (بیمه بیوگان و زنان سالخورده و بی‌سرپرست)، اصل ۲۸ (حق کار)، اصل ۲۹ (حق تأمین اجتماعی)، اصل ۳۰ (حق آموزش) و اصل ۳۱ (حق مسکن) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مشاهده کرد.

در این مقاله، ضمن آشنایی با زمینه‌های فکری حقوق اجتماعی، جایگاه این حقوق در اندیشه‌های اسلامی و غربی بررسی می‌شود.

کلیدواژه‌ها: حقوق اجتماعی، عدالت اجتماعی، رفاه عمومی، نظام حقوقی اسلام، نظام حقوقی غرب.

مقدمه

امروزه، مسئله حقوق و رفاه اجتماعی، جایگاه مهمی در سیر اندیشه‌های فقهی، سیاسی،

* استادیار دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) e_mousazadeh@yahoo.com

** دانشجوی دکتری حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی

تاریخ دریافت: ۸۹/۱۰/۹، تاریخ پذیرش: ۸۹/۱۲/۸

حقوقی و مدیریت‌های اقتصادی - اجتماعی دارد؛ چرا که انسان به دلیل مدنی‌الطبع بودن، همواره در طول تاریخ، نیازمند ارضای نیازهای حداقلی خود برای گذران زندگی بوده و مهم‌ترین دلیل گردآمدن انسان‌ها به دور یکدیگر و تشکیل جامعه، تدارک مشترک امنیت و نیازهای اجتماعی بوده است. بقا و استمرار نسل افراد جامعه در برابر قهر طبیعت (قحطی، سیل، آتش‌سوزی، بیماری، ...) و دشمنی دیگر انسان‌ها، به تلاش مشترک نیاز دارد. انسان‌ها با توجه به تأمین نیازهایشان گردهم می‌آیند، عقلانی رفتار می‌کنند، و پایه‌های یک نظام اجتماعی مبتنی بر عقلانیت و توسعه را بنیان می‌نهند. از این لحاظ، حقوق اجتماعی هدف توسعه نیست بلکه خود توسعه محسوب می‌شود؛ یعنی دولت و جامعه‌ای را می‌توان توسعه‌یافته دانست که سطح حداقل یا متناسب زندگی را از جهات مسکن، آموزش، تغذیه، اشتغال، بهداشت و درمان برای یکایک آحاد و ساکنانش فراهم کرده باشد.

کرامت انسان که در قرآن کریم بر آن تأکید شده، مبنای اصلی حقوق و آزادی‌های بشر است که به نوع شناختی که اسلام از انسان و جامعه ارائه می‌دهد، بازمی‌گردد. انسان، موجودی مستعد با قابلیت‌ها و توانایی‌های فراوان و بالقوه است که استعدادهایش پیوسته در حال حرکت و شکوفاشدن است؛ از این رو، در این فرایند، به حقوق و آزادی‌ها، نیازی حیاتی و فطری دارد. بخش عظیمی از این حقوق و آزادی‌ها، ذاتی و فطری انسان محسوب می‌شود (عمید زنجانی ۱۳۸۵: ۳۸۵). حقوق اجتماعی و برخورداری از شرایط آبرومندانه زندگی و حمایت از قشرهای آسیب‌پذیر و افراد نیازمند - که از جمله حقوق به حق و مورد تأکید اسلام است - در اصول متعدد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آمده است که از جمله می‌توان به اصول ۲۸، ۲۹، ۳۰ و ۴۳ اشاره کرد.

یک دولت حامی و مراقب امت و شهروندان، ضمن آنکه دست محرومان و مطرودان را می‌گیرد و آنها را به حیات اجتماعی بازمی‌گرداند، هم سطحی حداقل و به تدریج سطحی متناسب برای درماندگان تأمین می‌کند و عواملی چون فقر، نیاز، و فقدان مسکن و درمان و بهداشت را از میان برمی‌دارد، و هم به افراد فرصت می‌دهد تا به تناسب هوش و آمادگی و استعداد و تلاش و کوشش خود، به مراتب شایستگی و اجتماعی بالاتری دست یابند.

«فرصت برابر» را در سایه دولتی مراقب و دلسوز، که جبرانگر نابرابری‌های طبیعی یا موروثی است، می‌توان به دست آورد؛ و چنین دولتی، برای هرکسی که آمادگی و استعداد و کوشایی لازم را برای ترقی در سلسله‌مراتب اجتماعی داشته باشد، امکان ترقی و ارتقای وضع را فراهم می‌سازد.

در مقاله حاضر، ضمن آشنایی با زمینه‌های فکری و قانونی حقوق اجتماعی، حقوق اجتماعی از دو منظر و رویکرد اسلامی و غربی، به شکلی مقایسه‌ای بررسی می‌شود. بررسی رویکرد اسلام و دولت برآمده از آن، در مورد حقوق اجتماعی، با توجه به تصویب و اجرای قانون هدفمند کردن یارانه‌ها، امروزه اهمیت دو چندان دارد؛ چرا که قانون مزبور، در راستای تأمین رفاه عمومی، پیشرفت اقتصادی و تحقق عدالت اجتماعی در دولت و جامعه اسلامی تصویب شده است.^(۱)

بند اول: مفهوم حقوق اجتماعی

برای شناخت مفهوم حقوق اجتماعی، باید جایگاه فرد و اجتماع در هستی مشخص شود تا برداشت ما از حقوق اجتماعی با آن جایگاه انطباق داشته باشد. در دین مبین اسلام، فرد و جامعه هرکدام جایگاه و حقوق خاص خود را دارند و در عین تعامل منطقی بین آنها، هیچ‌کدام فدای دیگری نمی‌شود. بر این اساس، نه اندیشه اصالت فرد که جامعه و مصالح آن فدای فرد شود مورد تأیید اسلام است نه مکتب اصالت جامعه که مصالح و حقوق فرد قربانی منافع جامعه شود؛ هرچند که در این تعامل سعی می‌شود فرد در قبال مصالح عمومی، در منزلت ایثار دیده شود. بی‌تردید، پیچیدگی وحدت و مناسبات در جامعه انسانی به گونه‌ای است که: چو عضوی به درد آورد روزگار / دگر عضوها را نماند قرار:

قال أئمة المؤمنون في تراحمهم تعاطفهم بمنزلة الجسد الواحد، إذا اشتكى منه عضو واحد تداعى له سائر الجسد بالحمى والسهر (قمی، ۱۳۸۴: ج ۱/۱۳)

در قرآن، انسان موجودی در حال حرکت مستمر و دائمی معرفی می‌شود:

يَا أَيُّهَا الْإِنْسَانُ إِنَّكَ كَادِحٌ إِلَىٰ رَبِّكَ كَدْحًا فَمُلَاقِيهِ (انشقاق/۶)

و این حرکت در دو بعد فردی و اجتماعی است؛ و حرکت و تعالی فردی در درون جامعه انجام می‌گیرد ولی فدای آن نمی‌شود. (عمید زنجانی، ۱۳۸۵: ۳۹۹)

با این رویکرد، حقوق اجتماعی عبارت است از مجموعه حق‌ها و حمایت‌هایی که از طریق آن، آسایش، رفاه و بهزیستی به حداکثر و عدم رفاه به حداقل می‌رسد. حقوق اجتماعی، ناظر است بر حق برخورداری از حداقل رفاه اقتصادی و اجتماعی که به عنوان مزایای عضویت و مشارکت در حیات جامعه، به افراد تعلق می‌گیرد تا فرد در مسیر کمال و رشد خویش، از شرایط آبرومندانه زندگی برخوردار شود. این حقوق، به موازات استقرار نظام‌های حمایتی شکل می‌گیرد. هدف این حقوق، برخلاف برداشت‌های مارکسیستی و

سوسیالیستی، نه حذف نفس نابرابری، بلکه تلاش برای حذف نابرابری غیرعادلانه است، یعنی آن نابرابری‌هایی که از امتیازات ناموجه و محرومیت‌های غیرمشروع و غیرمعقول سرچشمه می‌گیرد. هدف حقوق اجتماعی، ایجاد یک جامعه بی طبقه نیست بلکه جامعه‌ای است که در آن، شایستگی و تحرک اجتماعی، اهمیتی بیشتر از تقسیم‌بندی‌های درآمدی داشته باشد:

حقوق اجتماعی، در یک معنی محدود، به حقوقی گفته می‌شود که فرد آن را به عنوان اینکه عضو جامعه است و با فعالیت شخصی و حرفه‌ای خود و یا با به کارگیری دارایی خود در اجتماع تأثیر می‌گذارد، دارا می‌باشد. در یک معنی وسیع‌تر، حقوق اجتماعی به یک سلسله حق‌هایی اطلاق می‌شود که به منظور رفع بی‌عدالتی‌های اجتماعی و اقتصادی برای فرد شناخته شده است و این بی‌عدالتی‌ها ناشی از شرایط اقتصادی و اجتماعی حاکم بر جامعه و محیطی است که فرد در آن زندگی می‌کند. (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۲: ۱۳۵)

حقوق اجتماعی، مانند حقوق و آزادی‌های فردی، ناشی از مقتضیات طبیعت بشر است که برای او به همان اندازه حقوق فردی، امری حیاتی و اساسی است، و موجب رهایی او از بی‌عدالتی‌ها می‌باشد. (Burdeau, 1979:194)

تأمین استقلال مادی و اقتصادی فرد، و برطرف کردن ترس و واهمه و تشویش سبب می‌شود که فرد در جامعه، در محیط امن و مطمئن قرارگیرد و بتواند از سایر حقوق و آزادی‌های خود به گونه‌ای مطلوب بهره‌مند شود؛ که مسلماً بدون آن، سایر حقوق و آزادی‌ها، به ویژه حقوق مدنی - سیاسی، معنی و مفهوم خود را از دست خواهد داد. حقوق اجتماعی، به جامعه‌ای که مبتنی بر احترام به آزادی‌های سستی و کرامت انسانی است، محتوا می‌بخشد و تحقق آن را ممکن و میسر می‌سازد. به عبارت بهتر، حقوق اجتماعی، مجموعه امتیازاتی است که دولت‌ها با مشارکت فعالانه خود، باید برای ملت خویش فراهم آورند؛ و حقوقی نظیر اشتغال، تأمین اجتماعی، بهداشت، مسکن، و آموزش و پرورش را در دستور کار و برنامه‌های خود قرار دهند. (آراسته، ۱۳۸۴: ۱۰۶)

حقوق اجتماعی، ویژگی‌هایی به شرح زیر دارد:

۱. این رشته حقوقی به افراد به‌طور کلی مربوط نمی‌شود، بلکه در آن، به فرد به‌عنوان عضوی از یک گروه اجتماعی مشخص توجه می‌شود، مانند کارگران، کشاورزان و افرادی که از نظر اقتصادی ضعیف‌اند؛

۲. قواعد حقوقی در این زمینه‌ها، جنبه حمایتی دارند، یعنی افراد یادشده را در برابر گروه یا گروه‌هایی که اینان تحت سلطه آنها قرار می‌گیرند، حمایت می‌کنند.

۳. این حمایت، جنبه اقتصادی و اجتماعی دارد و برای پیشرفت معنوی گروه‌های مورد حمایت، فراهم کردن منافع آنان را ضروری می‌شمارد.

۴. هدف نهایی آن است که به جای برخورد خصمانه میان گروه‌ها، بین آنان همکاری مسالمت‌آمیز برقرار شود. (عراقی، ۱۳۸۱: ۴۴)

علاوه بر قوانین داخلی، در اسناد بین‌المللی نیز توجه ویژه‌ای به حقوق اجتماعی شده و این دسته از حق‌ها به عنوان حق‌هایی بنیادی و پایه‌ای محسوب شده‌اند. در ماده ۲۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر، مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ میلادی، اعلام شده است:

هر کس به عنوان عضو اجتماع حق امنیت اجتماعی دارد و مجاز است با مساعی ملی و همکاری بین‌المللی، حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خود را که لازمه مقام و نمو آزادانه شخصیت او است با رعایت تشکیلات و منابع هر کشور به دست آورد.

در این اعلامیه، در ماده ۲۳، حق کار، در ماده ۲۶ برحق آموزش و پرورش، و در ماده ۲۵ بر حق برخورداری از تأمین اجتماعی تأکید و اعلام شده است:

۱. هر کس حق دارد سطح زندگی، سلامتی و رفاه خود و خانواده‌اش را از حیث خوراک و مسکن و مراقبت‌های طبی و خدمات لازم اجتماعی تأمین کند؛ همچنین حق دارد که در مواقع بیکاری، بیماری، نقص اعضا، بیوگی، پیری یا در همه موارد دیگری که به عللی خارج از اراده انسان، وسایل امرار معاش از بین رفته باشد، از شرایط آبرومندانه زندگی برخوردار شود.

۲. مادران و کودکان حق دارند از کمک و مراقبت مخصوص بهره‌مند شوند؛ و همه کودکان حق دارند از یک نوع حمایت اجتماعی برخوردار شوند.

در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی - اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۹۶۶ نیز به شکلی ویژه به حقوق اجتماعی توجه شده و در مواد مختلف آن، حقوق اجتماعی از جمله حق تأمین اجتماعی، حق اشتغال، حق آموزش و پرورش، حق مسکن و حق بهداشت و درمان، به رسمیت شناخته شده است. در مواد ۶ و ۷ میثاق، حق کار و اشتغال جزو یکی از حق‌های انسانی محسوب شده و درباره شرایط عادلانه کار، مزایا، ساعات کار و استراحت رهنمودهایی بیان شده است. در ماده ۱۲، به حق برخورداری از سلامت و تمتع از بالاترین سطح بهداشت و سلامتی جسمی و روحی ممکن الحصول تصریح و در ماده ۱۳ به فراهم ساختن آموزش عالی اشاره و از آموزش به عنوان سرمایه‌گذاری در عامل انسانی، و مهم‌ترین رکن توسعه یاد شده است. در ماده ۹۰ میثاق اعلام شده است:

کشورهای طرف این میثاق، حق هر شخص را به تأمین اجتماعی از جمله بیمه‌های اجتماعی به رسمیت می‌شناسند.

در ماده ۱۱ نیز اعلام شده است:

۱. کشورهای طرف این میثاق، حق هرکس را به داشتن سطح زندگی کافی برای خود و خانواده‌اش شامل خوراک، پوشاک و مسکن کافی و نیز بهبود مداوم شرایط زندگی به رسمیت می‌شناسند ...

در اعلامیه اسلامی حقوق بشر قاهره، مصوب ۱۴۱۱ ق، نیز به حقوق اجتماعی توجه و در مواد مختلف، این حقوق به رسمیت شناخته شده است. از جمله در ماده هفدهم آن اعلام شده است:

الف) هر انسانی حق دارد در یک محیط پاک از مفساد و بیماری‌های اخلاقی، به گونه‌ای که بتواند در آن خود را از لحاظ معنوی بسازد، زندگی کند. جامعه و دولت موظف‌اند این حق را برای او فراهم کنند.

ب) دولت و جامعه موظف‌اند برای هر انسانی تأمین بهداشتی و اجتماعی را از طریق ایجاد مراکز عمومی مورد نیاز برحسب امکانات موجود فراهم کنند.

ج) دولت مکلف است حق هر انسانی را در زندگی شرافتمندانه‌ای که بتواند از طریق آن مایحتاج خود و خانواده‌اش را برآورده سازد و خوراک و پوشاک و مسکن و آموزش و درمان و سایر نیازهای اساسی شامل می‌شود، تضمین کند.

بند دوم: رویکرد اسلامی به اندیشه حقوق اجتماعی

براساس دیدگاه قرآنی:

خداوند آسمان‌ها و زمین را آفرید، و از آسمان آبی آورد، و کشتی‌ها را مسخر شما کرد، تا بر صفحه دریا به فرمان او حرکت کنند، و نه‌رها را مسخر شما ساخت، و خورشید و ماه را که با برنامه منظمی در کارند، به تسخیر شما درآورد، و شب و روز را مسخر شما کرد و از هر چیزی که از او خواستید [نیازمند بودید] به شما داد؛ و اگر نعمت‌های خدا را بشمارید، هرگز آنها را شماره نتوانید کرد. (ابراهیم/۳۴-۳۲)

مطابق این آیه، خداوند نعمت‌های فراوان و مناسب نیاز انسان‌ها را آفرید و آنها را مسخر انسان کرد تا بتواند زندگی مناسب شأن و کرامت خود به‌پا دارد. بر این اساس، یکی از اهداف دولت اسلامی در جایگاه خلیفه خدا بر روی زمین، تحقق بخشیدن غایات الهی و رساندن جامعه به رفاه مطلوب اسلامی و قرآنی است.

نبی اکرم (ص) در این باره می‌فرماید:

هر حاکمی که مسئول امور مسلمانان باشد اما بی‌شائبه در جهت رفاه و بهروزی آنان نکوشد، با آنان وارد بهشت نخواهد شد. (مسلم، ۱۳۹۷ق: ج ۱۰/۱۲۶)

حضرت امیر نیز در نامه‌اش به مالک اشتر، گسترش رفاه و آبادانی را هدف اول حکومت اسلامی شمرده و بی‌توجهی به آن را عامل نابودی حکومت دانسته و نوشته است: باید توجه تو به آبادانی سرزمین بیش از تحصیل و جمع‌آوری خراج باشد و باید توجه داشته باشی که جمع‌آوری خراج، جز با آبادانی میسر نمی‌شود، و آن که خراج خواهد و به آبادانی نپردازد، شهرها را ویران کند، مردم را از بین ببرد و حکومتش جز اندکی دوام نیابد. (سید رضی، ۱۳۸۳: ن ۵۳)

در تحلیل اثباتی این واقعیت است که ابن خلدون از اندیشه‌وران بزرگ اسلامی می‌گوید: اگر حاکم، همراه و مهربان باشد، انتظارات مردم گسترش می‌یابد و برای آبادانی و فراهم ساختن اسباب آن، فعال‌تر می‌شوند؛ درحالی که تجاوز به اموال مردم، آنان را از به دست‌آوردن و بارورکردن ثروت نومید می‌سازد؛ چه، می‌بینند در چنین وضعی، سرانجام، هستی‌شان را به غارت می‌برند و آنچه را به‌دست می‌آورند، از ایشان می‌ربایند و هرگاه مردم از به دست آوردن و تولید ثروت نومید شوند، از کوشش در راه آن دست برمی‌دارند ... و اگر مردم در راه معاش خود نکوشند و دست از پیشه‌ها بردارند، بازارهای اجتماع و آبادانی بی‌رونق، و احوال متزلزل می‌شود و مردم در جست‌وجوی درآمد از آن سرزمین رخت برمی‌بندند و در نواحی دیگر که بیرون از قلمرو فرمانروایی آن ناحیه است، پراکنده می‌شوند، در نتیجه، جمعیت آن ناحیه کم، و شهرهای آن از سکنه خالی، و ویران می‌شود و پریشانی آن دیار، به دولت و سلطان هم سرایت می‌کند. (ابن خلدون، ۱۳۸۹، ۲۵۶)

بنابراین می‌توان گفت که برای استقرار و استمرار دولت اسلامی، باید عمران و آبادانی و گسترش رفاه اجتماعی مردم، یکی از اهداف مهم حکومت اسلامی باشد؛ به عبارت دیگر، یکی از وظایف حکومت اسلامی، تضمین سطح زندگی آبرومندانه برای تمامی افرادی است که توانایی تأمین نیازهای خود را ندارند و از این رو نیازمند کمک‌اند.

ابعاد و عناصر مرتبط با حقوق اجتماعی از دیدگاه و رویکرد اسلامی

۱. رویکرد اسلامی به اقتصاد اجتماعی

رابطه اقتصاد و سیاست در دیدگاه اسلامی، در عدالت اجتماعی خلاصه می‌شود؛ که یکی از اهداف عمده دین در رسالت انبیا(ع) است: «لَيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ». (حدید/۲۵) اصل عدالت در مفهوم اسلامی، پایه اصلی توزیع ثروت و قلمرو اقتصاد و تقسیم قدرت در عرصه سیاست است. در مفهوم اسلامی عدالت، در بحث از توزیع درآمد و ثروت، سهم افراد در تولید ثروت جامعه نادیده گرفته نمی‌شود. در اسلام، نابرابری در درآمد جایز شمرده می‌شود

زیرا ویژگی‌ها، توانایی‌ها و تأثیرات اجتماعی همه افراد برابر نیست، اما فقر و تنگدستی اجتماعی مطلوب جامعه اسلامی نیست. از این رو، عدالت توزیعی در جامعه اسلامی، پس از تضمین یک سطح زندگی مناسب برای تمامی اعضای جامعه از طریق آموزش و شغل متناسب، دستمزدهای عادلانه، امنیت اجتماعی و کمک مالی به تهیدستان از طریق زکات، و تشدید توزیع ثروت از طریق سیستم اسلامی تقسیم ارث فوت‌شدگان، تفاوت در میزان ثروت با توجه به تطابق با سهم افراد در تولید ثروت و ارائه خدمات اجتماعی است.

دستور مؤکد اسلام بر عدالت در ایجاد ثروت، تولید، توزیع و مصرف آن و واگذاری اجرای عدالت برعهده دولت اسلامی، نه تنها به معنی سیاسی کردن اقتصاد است بلکه همچنین اولویت دادن به بعد اجتماعی اقتصاد بر بعد فردی آن است. به این معنا، هراندازه که بعد فردی در اقتصاد کمرنگ و بی‌ارزش نشان داده می‌شود، ابعاد اجتماعی اقتصاد در قالب فلسفه انفاق، احسان، فقرزدایی و بی‌نیازی پررنگ‌تر و بارزتری بسیار بالا ترسیم می‌شود و به این ترتیب، آفت‌ها و آثار منفی زهدگرایی و ترک دنیا - که معمولاً در تبلی، فقر، رکود ثروت و عقب‌ماندگی متجلی می‌شود - محکوم و با آنها مبارزه می‌شود.

یکی از راه‌حل‌های اسلامی در تعدیل ثروت و ممانعت از تکاثر و فقرزدایی، انفاق و احسان است. انفاق و احسان هرگز به معنی تشویق بیکاری و تعطیل نیروی انسانی و رکود خلاقیت‌ها نیست بلکه راه‌حلی دوجانبه در مبارزه با تکاثر و فقر و عاملی اخلاقی در حل مشکل طبقاتی است. گرچه در فقه، انفاق و احسان دو عمل اخلاقی تلقی شده، تعبیر قرآن در این مورد که آن دو را نوعی استرداد حق به‌شمار آورده است - «وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ؛ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ» (معارف/۲۴ و ۲۵) - نشان می‌دهد که این دو دستور، هرچند اخلاقی اما درواقع نوعی ادای حق است که به نفع نیازمندان در اموال اغنیا قرار داده شده و این حق به‌جز حقوق مالی واجب است که بر عهده ثروتمندان تعلق گرفته است و یا خواهد گرفت. نظارت بر کم و کیف این نوع حقوق عمومی و نحوه اخذ و استرداد آن به صاحبان شایسته‌اش، از مسئولیت‌های بسیار مهم دولتی است که درعین بعد اقتصادی، بعد سیاسی و اجتماعی نیز دارد. (عمید زنجانی، ۱۳۸۳: ۳۰ - ۲۹)

در اسلام، به مقتضای فطرت و براساس اصول عقلانی، مالکیت محترم شمرده و شیوه‌های معقول و منطقی درآمد مانند کار، تجارت، و تولید، تجویز و راه‌های زیانبار و فسادانگیز کسب درآمد مسدود شده و به این ترتیب آزادی «هدایت‌شده‌ای» در بخش خصوصی و بازار، دولتی و تعاونی به‌وجود آمده و در مرحله اجرایی، دولت امامت مسئول

اجرای آن دانسته شده است. منطق اسلام در سیاستگذاری‌ها و شیوه‌های کنترل، هدایت و حمایت در زمینه تولید، توزیع و مصرف ثروت در چهارچوب احترام به مالکیت کاملاً روشن و قابل تجزیه و تحلیل عقلانی است. دیدگاه فقهی در زمینه مالکیت، نظریه‌ای مجرد و منفک از مدیریت کلان جامعه و مسائل سیاسی و بحران‌های ناشی از توزیع ناعادلانه ثروت نیست و این نوع مالکیت محدود و کنترل‌شده توسط دولت می‌تواند نقش مؤثری در ایجاد حقوق اجتماعی و عدالت بازتوزیعی و نهایت دولت کارآمد ایفا کند. به عبارت دیگر، مالکیت یک مسئله اقتصادی صرف نیست بلکه نشأت گرفته از یک دیدگاه کلی در زمینه نظم، امنیت، عدالت و رشد و تعالی فرد و جامعه است که باید یک دولت در قالب امامت آن را ایجاد کند. (همان: ۲۳)

دیدگاه اسلام در فرایض مالی مانند خمس، زکات، مظلّم، کفارات مالی، جزیه، خراج و انفال، تا آنجا که به نظم، امنیت و عدالت اجتماعی مربوط می‌شود، از عوامل مشترکی حکایت دارد که این عوامل خود مبین نقش دولت اسلامی در فرایند توزیع عادلانه ثروت در جامعه اسلامی است.

همان‌طور که از آیه‌های ۲۴ و ۲۵ سوره معارج (وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ لِّلْسَائِلِ وَالْمَحْرُومِ) برمی‌آید، با تراکم ثروت، حتی در ثروت‌های به‌دست آمده از راه‌های مشروع و عادلانه، همواره نوعی حق عمومی برای مستمندان جامعه به‌وجود می‌آید. در منابع و نصوص اسلامی، صریحاً بر این اصل بنیادی تأکید شده است که فقرا با اغنیا در اموال شریک‌اند: «ان... تبارک و تعالی اشرك بين الأغنياء والفقراء في الأموال فليس لهم أن يصرفوا الى غير شركائهم». (حر عاملی ۱۴۰۳ق: ج ۱۴۷/۶)

بنابراین، رابطه اقتصاد و سیاست که در رابطه پیچیده دین و سیاست ریشه دارد، رابطه‌ای اجتناب‌ناپذیر از دیدگاه اسلام است و عنوان اقتصاد سیاسی خود برخاسته از این رابطه نزدیک است. اما این دیدگاه به معنی نفی اقتصاد آزاد نیست و هر کدام از اقتصاد آزاد و اقتصاد دولتی و حمایتی در نظام اسلامی، جایگاه ویژه خود را دارند. (عمید زنجانی، ۱۳۸۳: ۱۸۹)

۲. تأمین اجتماعی در اسلام

یکی از مسئولیت‌هایی که در اسلام بر عهده تمامی مسلمانان، به‌ویژه حکومت گذاشته شده، تأمین نیازهای ضروری افراد است که به علل گوناگون یا درآمدی ندارند یا درآمدشان برای تأمین زندگی کافی نیست. امام علی(ع) در نامه خود به مالک اشتر، پس از سفارش اصناف

چهارگانه کشاورزان، صنعتگران، بازرگانان و کارمندان که نیروهای فعال و مولد جامعه‌اند، متوجه طبقه دیگری متشکل از یتیمان، مسکینان، ناتوانان و معلولان می‌شود و می‌فرماید:

سپس خدا را، خدا را در نظر بگیر، درمورد طبقه پایین مردم، آنان که راه چاره‌ای ندارند، از درماندگان، نیازمندان، بیماران و زمینگیران؛ به درستی که در این طبقه، افرادی قانع وجود دارد که نیازشان را به روی خود نمی‌آورند. برای خدا، حقی را که خداوند نگهبانی آن را برای آنان به تو سپرده، حفظ کن و بخشی از بیت‌المال و بخشی از غله‌های زمین‌های خالصه را در هر شهر به آنان واگذار ... (سید رضی *نهج البلاغه*، نامه حضرت به مالک اشتر)

در حدیثی از پیامبر اکرم (ص) نقل شده است:

کسی که خداوند، او را مسئول امور مسلمانان کرده، اما به نیازها و فقر آنها بی‌توجهی می‌کند، خداوند نیز به نیازها و فقر او بی‌توجهی خواهد کرد. (ابوداود ۱۴۰۹ق: ج ۱۲۲/۲)

همچنین حضرت (ع) در روایت دیگری می‌فرماید:

هر کس مالی برجای نهد، از آن وارثانش خواهد بود و هر کس باری برجای نهد، ما آن را برخواهیم داشت. (ابن حجر عسقلانی ۱۴۲۰ق: ج ۴۴۲/۱۱)

با توجه به این روایات، فقیهان اسلام، تأمین نیازمندی‌های ناتوانان و درماندگان را در حد کفایت برعهده دولت می‌دانند (امام خمینی، ۱۳۷۰: ج ۱۳۰/۱۸). صاحب کتاب *بدائع الصنائع*، تهیه داروی فقیران و بیماران و درمان آنها، تهیه کفن مردگانی که مالی ندارند، هزینه کودکان بی‌سرپرست رهاشده، هزینه کسی که از کار ناتوان است و کسی را نیز ندارد که نفقه‌اش بر او واجب باشد، ... را از محل بیت‌المال می‌داند (الکاسانی، بی‌تا: ۹۶). برخی از اقتصاددانان عقیده دارند:

اگر نظام اقتصادی اسلام به معنای درست خود اجرا شود، کودکان و یتیمان بی‌سرپرست، نیازمندان و بدهکاران و درراه‌ماندگان، بسیار بالاتر، سخاوتمندانه‌تر و شرافتمندانه‌تر از انواع بیمه‌ها و نظام‌های تأمین اجتماعی رایج در کشورهای پیشرفته، تأمین می‌شوند. (العسل، ۱۳۷۸: ۱۸۵)

البته مسئله تأمین نیازهای ضروری این گروه، به دولت اختصاص ندارد؛ بلکه همه مسلمانان در این مهم مسئول‌اند (صدر، ۱۳۷۵: ۳۳۶-۳۲۵) و از پیامبر اکرم (ص) نقل شده است:

کسی که سیر بخوابد، درحالی که همسایه‌اش گرسنه است، به من ایمان نیاورده است؛ و هیچ آبادی‌ای نیست که در آن کسی شب را با گرسنگی بگذراند و خداوند روز قیامت به اهل آن آبادی نظر کند. (حرعاملی ۱۴۰۳ق: ج ۱۳۰/۱۲)

۳. منابع مالی حکومت اسلامی برای تحقق حقوق اجتماعی

حکومت اسلامی برای عمل به تعهدات رفاهی و تحقق حقوق اجتماعی شهروندان جامعه اسلامی، طبقاً به منابع مالی کافی نیازمند است. براساس آموزه‌های اسلامی و دیدگاه فقها، اصل «رضامندی» افراد و اشخاص در تأمین منابع و نیازهای مالی دولت اسلامی که در اعتقادات دینی آنان ریشه دارد، بر تمامی روش‌ها و شیوه‌های مرسوم در سایر نظام‌ها برتری دارد. باتوجه به این اصل مهم اسلامی، منابع مالی اولیه حکومت اسلامی را به صورت زیر می‌توان برشمرد:

۱.۳. زکات: برای تحقق جامعه اسلامی، شبیه یک خانواده منسجم، که در آن ثروت به‌طور عادلانه توزیع و نیازهای اساسی تمامی افراد مستحق، از طریق کمک‌های برنامه‌ریزی شده و سازمان‌یافته دولت، برآورده شود، اسلام یک سیستم امنیت اجتماعی توانمندی ایجاد کرده و به‌گونه‌ای به آن تقدس مذهبی بخشیده است. پرداخت زکات، به میزان معینی از ارزش خالص درآمد که به صندوق زکات واریز می‌شود، فریضه مذهبی هر مسلمانی است. زکات، چنان اهمیتی در اسلام دارد که در هر جایی از قرآن که از فریضه نماز سخن به میان می‌آید، همزمان بر الزام مسلمانان به پرداخت زکات نیز تأکید می‌شود. در این باره، پیامبر گرامی اسلام (ص) فرموده است: «هر کس که نماز به‌جای می‌آورد ولی زکات پرداخت نمی‌کند، نماز او هیچ ثمره‌ای ندارد.» (نوری، ۱۳۶۰: ج ۵۰۷/۱). با این حال، با وجود اینکه دولت زکات را جمع‌آوری می‌کند، در هر حال، مبلغ حاصله، میزان محدودی است. از این گذشته، مصادیق مصرف زکات، به‌طور واضح در قرآن مشخص شده است. گرچه بعضی از فقها، مصادیق تحت پوشش فی سبیل‌الله را گسترش می‌دهند، به‌سختی می‌توان تمامی مخارج دولت را تحت این عنوان قرار داد. بنابراین، اگر دولت اسلامی بخواهد به وظایف خود عمل کند، باید به منابع مالی فراتر از زکات نیز دسترسی داشته باشد (بن‌سلام ۱۳۵۳: ۹۱۹). بسیاری از فقیهان، جمع‌آوری و توزیع زکات را وظیفه دولت اسلامی می‌دانند (قرضاوی، ۱۴۱۰ق: ج ۷۴۷/۲). این کار در روزگار پیامبر (ص) و دو خلیفه اول (ابوبکر و عمر) انجام می‌شد؛ حتی ابوبکر در مورد کسانی که از پرداخت زکات سرباز می‌زدند، از زور استفاده می‌کرد. عثمان - خلیفه سوم - بود که اجازه داد مردم زکات را مستقیم به نیازمندان بپردازند و در زمان حضرت علی (ع)، زکات را دولت و کارگزاران حکومتی دریافت می‌کردند. (دستی، ۱۳۷۹: ۲۴۳)

۲.۳. درآمد حاصل از منابع طبیعی: این مسئله که خداوند منابع طبیعی را برای رفاه تمامی مردم اختصاص داده، مسئله پذیرفته‌شده‌ای در دین اسلام است. سود مالی حاصل از

این منابع باید به تمامی مردم اختصاص داده شود و تحت هیچ شرایطی نباید در اختیار افراد یا گروه‌های خاصی قرار گیرد. پذیرش این اصل، ضرورتاً به معنی انحصار دولت بر این منابع نیست. خواه دولت یا مؤسسات خصوصی، بهره‌برداری از این منابع را اداره کنند، بهره‌برداری از منابع طبیعی باید تحت ضابطه بازدهی انجام شود. با این حال، اگر مؤسسات خصوصی بخواهند عملیات بهره‌برداری از این منابع را اداره کنند، سود حاصله از این کار نباید بیشتر از خدمات انجام‌شده یا بازدهی به‌دست آمده باشد (امام خمینی، ۱۳۷۰: ج ۳/۱؛ شاپرا، ۱۳۷۸: ۲۱۹-۲۱۸). در کشورهایی با منابع طبیعی فراوان که سود زیادی را روانه خزانه عمومی می‌کند (مانند کشورهای مسلمان تولیدکننده نفت). نیاز چندانی به منابع درآمدی دیگری نخواهد بود. با این حال، در کشورهایی که این منابع را ندارند یا اگر دارند، درآمد حاصل از آن کافی نیست، دولت باید برای تکمیل منابع درآمدی خود، به مالیات‌گیری و یا در صورت نیاز، به استقراض متوسل شود.

۳.۳ مالیات‌گیری: در صورتی که مالیات به شیوه‌ای عادلانه و به میزان قابل تحملی گردآوری شود، حق دولت اسلامی برای جمع‌آوری مالیات، قابل چون و چرا نیست. براساس این فرموده پیامبر (ص) که «در اموال شما تعهداتی فراتر از زکات وجود دارد» و نیز با توجه به یکی از اصول فقه اسلامی به این مضمون که «سود اندک باید فدای به دست آوردن سود بیشتر شود و نیز دفع افسد به فاسد واجب است»، می‌توان از حق مالیات‌گیری دولت دفاع کرد. شهید مطهری در این باره می‌گوید:

وضع مالیات، از اختیارات حاکم شرعی است. او در هر زمانی می‌تواند برای هر چیزی، اتومبیل، غیراتومبیل، و هر چه باشد، برطبق مصلحتی که ایجاب می‌کند، مالیات وضع کند و این ربطی به زکات ندارد؛ بنابراین، این دو را نباید با همدیگر مقایسه کرد که زکات، مالیات اسلام است و در غیر این موارد هم زکاتی نیست. (مطهری، ۱۳۶۸: ج ۲/۶)

با وجود این، تنها یک سیستم مالیات‌گیری عادلانه با روح اسلام سازگاری دارد؛ و سیستم مالیات‌گیری که بسیار سنگین و یا از حد توان مردم خارج باشد، در اسلام بالاجماع رد شده است. به نظر می‌رسد که در پرتو اهداف عدالت اجتماعی و توزیع عادلانه درآمدها، یک سیستم مالیات‌گیری تصاعدی، به‌طور کامل با اهداف اسلام سازگار باشد. مبنای مشروعیت چنین مالیاتی، حق ولایتی است که از طرف خداوند برای ولی امر مسلمین بر جامعه قرار داده شده است. ولی امری که مسئولیت اداره امور جامعه را دارد، می‌تواند با رعایت مصلحت مسلمانان، به هر اندازه‌ای که صلاح بداند، مالیات حکومتی وضع کند و

دایره چنین مالیات‌هایی گسترده‌تر از فلسفه تشریع خمس و زکات است (مؤمن، ۱۳۷۹: ۲۷۳-۲۷۱). حضرت امام خمینی نیز در کتاب *البیع*، از حق دولت در گرفتن مالیات‌هایی افزون بر خمس و زکات دفاع می‌کند. (امام خمینی، ۱۳۷۳: ج ۲/۴۶۷)

باید تأکید شود که طبق مقتضیات دوران مدرن، دولت اسلامی حق اخذ مالیات عادلانه را دارد که درعین سازگاری با اهداف اسلام، درآمدی کافی پدید آورد تا دولت اسلامی مدرن بتواند کارویژه‌های خود به‌عنوان یک دولت رفاه را به‌خوبی انجام دهد.

۴.۳ زکات فطره: صدقه‌ای است که بر هر مسلمان، اعم از زن و مرد، کوچک و بزرگ، با شرایط مشخص فقهی واجب است. فطره، هر سال در زمانی معین یعنی پایان ماه رمضان و به اندازه‌ای مشخص یعنی یک صاع (حدود سه کیلو) خرما یا گندم یا غذای غالب هر فرد، پرداخت می‌شود. در حال حاضر، مقدار فطره‌ای که مسلمانان در سراسر جهان می‌پردازند، سالانه حدود یک میلیارد دلار تخمین زده می‌شود (العسل، ۱۳۷۸: ۱۹۱). دولت‌های اسلامی می‌توانند با طراحی نظامی کارآمد، جذب و توزیع فطره را عهده‌دار شوند و بخشی از هزینه‌های اجتماعی را از این طریق پوشش دهند.

۵.۳ خمس: بدانید که هرگونه غنیمی به دست آورید، خمس آن برای خدا، و برای پیامبر و برای نزدیکان و یتیمان و مسکینان و واماندگان در راه است. (انفال/۴۱) فقیهان شیعه به پیروی از احادیث امامان معصوم (ع)، واژه «غنیمت» را در آیه شریفه عام می‌گیرند و موارد خمس را گسترده می‌دانند، به طوری که درآمد حاصل از کسب (پس از کسر هزینه زندگی)، غنائم حاصل از جنگ، مال به‌دست آمده از معادن، گنج‌ها و غواصی، مال حلال مخلوط به حرام و زمینی که کافر ذمی از مسلمانان می‌خرد، می‌شود؛ درحالی‌که اهل سنت، واژه «غنیمت» را بر معنای خاص یعنی «غنایم جنگی» حمل می‌کنند. (مکارم شیرازی ۱۳۸۴: ج ۷/۱۸۱-۱۷۵)

۶.۳ کفارات: اسلام برای تأمین نیاز فقیران، افزون بر زکات، حقوق مالی دیگری نیز به‌عهده ثروتمندان گذاشته است که افراد قادر باید به‌صورت مجازات مخالفت برخی از احکام شریعت بپردازند. این حقوق در فقه اسلامی، کفارات مالی نامیده می‌شود؛ حقوقی مانند کفاره قسم، کفاره ظهار، کفاره روزه خوردن در ماه رمضان، کفاره قتل غیر عمد، و کفاره عدم وفا به نذر. چنان که می‌دانیم، ارتکاب این معاصی، تجاوز به حقوق الهی است و به بندگان خدا هیچ ربطی ندارد؛ اما اسلام خواسته است که اطعام فقیران یا آزادکردن بردگان یا پرداخت مال به مستحقان، کفاره مخالفت با اوامر الهی و بخشش گناهان باشد تا بدین وسیله، از بار فقر و بینوایی جامعه کاسته شود.

۷.۳ تبرعات: مسلمانان ثروتمند، در سایه آموزه‌های معنوی اسلام، بخشی از ثروت‌ها و اموالشان را داوطلبانه به نفع جامعه و اسلام تقدیم می‌کنند. این رفتار، به شکل‌های گوناگون متصور است:

الف) وقف خیریه‌ای: این وقف دو نوع است: گاهی مراکزی چون کتابخانه، مدرسه، مسجد، و بیمارستان برای امور خیر و عام‌المنفعه تعیین می‌شود و گاهی مراکزی تولیدی و تجاری برای حمایت از مستمندان، از کارافتادگان، یتیمان، ... اختصاص می‌یابد.

ب) وصیت خیرخواهانه: وصیت خیرخواهانه، مال یا مستغلاتی است که مسلمانان برای دستیابی به ثواب آخرت، در امور خیریه وصیت می‌کنند. در دین مقدس اسلام نیز، جهت تشویق آنان به این عمل، اجازه داده شده است به اندازه یک سوم از اموال و دارایی خود را در این امور وصیت کنند.

دولت اسلامی می‌تواند با طراحی نظامی کارآمد و مطمئن، اوقاف عام و وصایای مسلمانان را جهت تحقق اهداف عالی اسلامی سازماندهی کند و با گسترش فضای اطمینان‌بخش، بر کمیت و کیفیت آنها بیفزاید.

۸.۳ اموالی که از طریق غیرمسلمانان در اختیار دولت قرار می‌گیرد: افزون بر منابع گوناگونی که برشمرده شد و دولت اسلامی آنها را از طریق مسلمانان به دست می‌آورد، حقوق مالی دیگری چون خراج، جزیه، فیه و عشر وجود دارد که دولت از طریق غیرمسلمانان در اختیار می‌گیرد. این اموال در گذشته، یکی از منابع اصلی و مهم بیت‌المال به شمار می‌آمده است.

۹.۳ استقراض و مشارکت: اگر درآمد حاصل از همه منابع پیشین، از جمله فروش خدمات دولتی برای مخارج دولت، کافی نباشد، دولت اسلامی به استقراض و استفاده از منابع دیگران نیاز می‌یابد و از آنجا که استقراض با بهره، ربا و حرام است، باید راه‌های دیگری اتخاذ شود. برای این منظور، دولت می‌تواند جهت راه‌اندازی طرح‌های عام‌المنفعه و خیریه، از مردم و مؤسسات خصوصی قرض‌الحسنه بگیرد؛ چنان‌که برای تأمین سرمایه طرح‌های زیربنایی و سودآور می‌تواند با فروش اوراق مشارکت و سهام، مردم را در مالکیت و به تبع آن، در سود اقتصادی آن طرح‌ها شریک کند. اما استقراض از بانک مرکزی، چون سبب افزایش نقدینگی و حجم پول می‌شود، فقط به اندازه رشد تولید جایز خواهد بود و بیشتر از آن، تورم و کاهش ارزش واقعی پول را به دنبال دارد که خلاف اهداف دولت است؛ در نتیجه، فقط زمانی می‌توان بیش از رشد واقعی تولید، از بانک مرکزی استقراض کرد که اهدافی مهم‌تر از هدف تثبیت ارزش پول در خطر باشد. (شاپرا، ۱۳۷۸: ۲۲۱-۲۲۱)

در پایان و در یک استنتاج مشترک از اصول حاکم بر تمامی منابع درآمد اسلامی، می‌توان به راحتی استنباط کرد که عنصر «رضایت» و «رضایت‌مندی» افراد در تأمین منابع به عنوان اصلی محکم و متقن و غیرقابل مخدوش در نظام اسلامی ایفای نقش می‌کند و به دلیل آمیختگی وظایف و تعهدات مالی مسلمانان با امور عبادی و اعتقادی آنها، دولت اسلامی به راحتی به منابع مالی پاک و فراوانی در راستای ایفای تعهدات حقوق اجتماعی دسترسی پیدا می‌کند؛ و علاوه بر دولت، افراد، نهادها و مجامع خیریه‌ای و وقفی نیز رفع نیازمندی‌های اجتماعی و ظهور جامعه عاری از فقر و پریشانی را وظیفه شرعی و دینی خود تلقی می‌کنند.

بند سوم: حقوق اجتماعی در نظام غربی

۱. سیر پیدایش

در حالی که در دین مبین اسلام، از همان اوان شکل‌گیری خویش، چه در نصوص اسلامی (قرآن و حدیث) و چه در عمل و سیره پیشوایان دین، اهمیت حقوق اجتماعی به لحاظ حفظ کرامت انسانی و تأمین بنیان‌های جامعه سالم دینی، به صورت متعدد و متواتر یادآور شده و اقدام در راستای تحقق این حقوق، تکالیف مشترک فرد و دولت اسلامی تلقی و برای آن نظام خاص حقوقی و اجرایی طراحی شده است، و دین اسلام در این زمینه، سابقه تاریخی درخشانی دارد، در نظام‌های غربی، دولت طرفدار حقوق اجتماعی مولودی تازه و به تاسی از الگوی حکومت سوسیالیستی پدید آمده است که هدف آن، در واقع بازداشتن توده‌ها از توسل به انقلاب سوسیالیستی بود. در دهه ۱۹۳۰ و به دلیل اعتقاد به توانایی نیروهای چپ در ارائه راه‌حل برای بدبختی‌های ناشی از بحران اقتصادی در جوامع صنعتی چون فقر گسترده، گرسنگی و بیماری‌های همه‌گیر، اندیشه تأمین همگانی در کشورهای صنعتی شکل گرفت. این دوره از سویی با تشدید تبلیغات احزاب کمونیستی، افزایش بیکاری و بروز اعتصابات گسترده کارگری و از سوی دیگر با تشدید تنش‌های بین‌المللی و بحران مناسبات اقتصادی و سیاسی دولت‌های صنعتی در عرصه جهانی همراه بود.

دولت‌ها از محدودیتی که اقتصاددانان کلاسیک برای آنان فراهم کرده بودند، رهایی یافتند؛ زیرا هدف و وظایفی که اقتصاد کلاسیک برای دولت تعیین کرده بود، برای رفع احتیاجات و نیازهای عمومی کافی به نظر نمی‌رسید. دولت‌هایی که برای اجرا و عملی کردن احتیاجات جدید افراد اقدام کردند، در حقیقت وظایف دولت را از حوزه اموری چون تأمین

حقوقی قضایی، حفظ و حراست از مرزهای کشور و برقراری نظم و امنیت، خارج کردند و مسئولیت‌های سنگینی را در زمینه فرهنگ و آموزش، بهداشت و درمان، تأمین اجتماعی، مسکن، برعهده گرفتند. لذا مسئله حقوق اجتماعی و نحوه ارائه این گونه خدمات، توجه صاحب‌نظران، دولتمردان و سیاستگذاران را به خود جلب کرد و اندیشمندان، متفکران و فیلسوفان درخصوص دولت عرضه‌کننده حقوق و خدمات اجتماعی به نظریه‌پردازی‌های متفاوت پرداختند.

در جریان بعد از جنگ جهانی دوم، بنیانگذاران سازمان ملل متحد، تأمین حقوق اجتماعی را شرط اول رفاه اجتماعی و اساس صلح و تفاهم بین‌المللی تلقی می‌کردند که هدف این حقوق آن است که فرد از همه نوع قید و بند اقتصادی و تشویش از هر قبیل، که حیثیت، شخصیت و عزت نفس انسان را زایل می‌سازد و به آزادی او لطمه وارد می‌کند، رهایی یابد. در آغاز جنگ جهانی دوم، دولت چرچیل در بریتانیا طرحی آماده کرد که دربرگیرنده شش محورا اصلی نیازهای بشری - شامل بهداشت و درمان، غذا، پوشاک، مسکن، سوخت و روشنایی، حمل و نقل - بود. به‌طور کلی جنبش سوسیال دموکراسی در اروپا در پیشبرد اندیشه حقوق اجتماعی نقش بسیار مؤثری داشته و موفق‌ترین نمونه آن را حزب سوسیال سوئد در مدت سی سال حکومت خود پس از جنگ جهانی دوم ارائه داده است. (آشوری، ۱۳۸۵: ۶۵) درواقع، دو عامل زیر را می‌توان دلیل اصلی پیدایش حقوق اجتماعی در غرب دانست که به تدریج به وجود آمد:

۱. تغییر ایدئولوژی و اصلاحاتی که در لیبرالیسم اقتصادی به وجود آمد؛ به طوری که مداخله دولت در برخی از امور اقتصادی پذیرفته و تشویق می‌شد تا جایی که بحث از لیبرالیسم - سوسیالیسم مطرح می‌شد.
۲. کارگران به تدریج لزوم تشکل و اتحادیه و همدمی را احساس و سازمان و تشکیلاتی برای خود پایه‌ریزی کردند که ضمن انعکاس خواسته‌های خود، خواهان اجرای برنامه‌های حقوق اجتماعی نیز شدند.

۲. دولت رفاه، محصول اندیشه‌های حقوق اجتماعی

اصطلاح «دولت رفاه» را نخستین بار، حکومت حزب کارگردر بریتانیا (۵۰ - ۱۹۴۵) مطرح کرد. در این دولت، واژه رفاه، به‌حالتی از سلامت، شادی، سعادت و خوب بودن و مساعدتی ویژه به‌صورت پول، غذا و دیگر مایحتاج ضروری که به نیازمندان ارائه می‌شود، اشاره دارد.

در فرهنگ‌های لغت، «رفاه» به معنی «فراخ شدن و آسان شدن» زندگی آمده است (عمید زنجانی، ۱۳۸۴: ۱۰۴۸). منظور از «دولت رفاه» نظامی است که در آن، دولت مسئولیت اصلی فراهم ساختن امنیت اجتماعی و اقتصادی جمعیت کشور را با دادن مستمری‌ها، سودهای تأمین اجتماعی، مراقبت بهداشتی رایگان و غیره به عهده می‌گیرد (احمدی، ۱۳۸۱: ۸۶۲). در «دولت رفاه»، دولت مسئول حمایت و پیشبرد ایمنی و اجتماعی و رفاهی شهروندان خود است و وظیفه دارد که از «گهواره تا گور» برای تمامی شهروندان امکانات پرستاری درمانی، بیمه بیماری و بیکاری، بازنشستگی، اعانه خانوادگی و مسکن و مانند آن را فراهم کند. (آشوری، ۱۳۸۵: ۱۶۴)

«دولت رفاه» را صاحب‌نظران به صورت‌های مختلف تعریف کرده‌اند. یکی از صاحب‌نظران، به نام کول، می‌نویسد: «دولت رفاه، جامعه‌ای است که در آن، حداقل سطح زندگی و فرصت تضمین شده در اختیار همه شهروندان قرار می‌گیرد». آرتور شلزی‌نگ - یکی دیگر از صاحب‌نظران رفاه اجتماعی - «دولت رفاه» را چنین تعریف می‌کند: «نظامی که در آن، حکومت متعهد می‌شود سطوح معینی از اشتغال، درآمد، آموزش، کمک بهداشتی، تأمین اجتماعی، و مسکن را برای همه شهروندان خود فراهم کند.» (Hobman, 1990: 10). یکی دیگر از صاحب‌نظران نیز دولت رفاه را دولتی می‌داند که رشته گسترده‌ای از خدمات اجتماعی را برای شهروندان خود برقرار کند. به عقیده هربرت لهن - از صاحب‌نظران حوزه رفاه اجتماعی - «دولت رفاه، دولتی است که در آن، مردم آزادند استعدادهای فردی خود را پرورش دهند، در مقابل زحمات خود پاداش عادلانه دریافت کنند، و در پی کسب سعادت و خوشبختی باشند بدون آنکه ترس از گرسنگی، بی‌مسکنی یا ستم به دلیل نژاد، عقیده یا رنگ مانع باشد.» (Ibid: p6)

با توجه به این تعاریف، می‌توان گفت که دولت رفاه بر وجود سیاست‌های سنجیده و هوشمندانه در زمینه تأمین حداقل استاندارد زندگی برای همه و ارتقای برابری در فرصت‌های زندگی و تمرکز کلیه نهادهای رسمی بر تأمین خدمات همگانی دلالت دارد.

بند چهارم: رویکردهای غربی به حقوق اجتماعی

۱. موافقان حقوق اجتماعی

همراهان حقوق اجتماعی، از ابعاد فکری و نظری متعدد، این حقوق و «دولت مراقب و حامی شهروند» را همراهی کرده و هر یک برحسب اینکه از چه زاویه و نگاهی از این موضوع حمایت کرده‌اند، به مکتب‌ها و ایدئولوژی‌های فکری خاصی وابسته شده‌اند.

موافقان حقوق اجتماعی معتقدند به جای آنکه درصدد حذف فقیران باشیم، باید به فکر حذف شرایطی باشیم که برانگیزنده فقر است. حقوق اجتماعی یا به دنبال رفع بی عدالتی های اجتماعی مسبب شرایط معطوف اند و یا در پی بهبود رفتار و عادات افراد هستند. البته هرگز به یکی از این دو نهایت آرمانی نمی رسند. بنابراین، در تصمیم گیری های خود باید همیشه به هردو عامل «اجتماعی» و «فردی» توجه کنیم. توماس مور (Thomas More) - روحانی و رجال سیاسی انگلیسی و نویسنده کتاب معروف *آرمانشهر* - درباره فقر و نابرابری چنین می گوید:

اگر برای درمان این آفات شیطانی تلاش نکنید، فخرفروشی در این باب که در مجازات دزدان جدی هستید، عبث و بی حاصل است. سیاست شما ممکن است به ظاهر عادلانه بنماید، اما در واقع نه عادلانه است و نه عملی. اگر اجازه دهید که جوانان شما در شرایطی ناخوشایند پرورش یابند و خوی آنها، اندک اندک از کودکی، فاسد شود و آنگاه در بزرگی آنها را به خاطر تبهکاری هایی که آموخته هایشان به آنها فرا داده است، کیفر دهید، از شما می پرسیم که آیا کارتان جز آن است که نخست آنها را دزد کنید و سپس به خاطر دزدی مجازاتشان کنید؟ (پتريک، ۱۳۸۱: ۱۳)

برخی از مکتب ها و اندیشه های مهم موافق با نظریه «حقوق اجتماعی» عبارت اند از:

۱.۱ سوسیال دموکرات ها: سوسیال دموکرات ها به دنبال یافتن راهی میانه بین ساختارهای سرمایه داری و کمونیسم هستند و در دیدگاه آنها، صورتی جانشین برای بازار سرمایه داری - که در تحقق بخشیدن به عدالت اجتماعی شکست خورده است - و نیز اقتصاد متمرکز کمونیستی - که از دموکراسی و از آزادی مدنی بری است - عرضه می شود.

تونی کراسلند (Tony Crosland) - از نظریه پردازان مهم این مکتب - معتقد است:

سرمایه داری به این سبب که اقتصاد بازار بر تحصیل سود و مالکیت خصوصی مبتنی است و همواره به خدمت کارگران کم دستمزد نیاز دارد، موجب فقر و محرومیتی گسترده است ... در حالی که سوسیالیسم می خواهد نیازهای اساسی فراگیر و نیازهای خاص محرومان و عقب ماندگان را برطرف کند ... و رسیدن به جامعه بی طبقه مساوات طلب، هدفی است که سوسیالیسم دموکراتیک در پی آن است ... در این مکتب، همکاری بر رقابت ترجیح دارد ... با برنامه ریزی سوسیالیستی می توان چهارچوبی کارآتر برای فعالیت های اقتصادی تنظیم کرد که با هرج و مرج و دولت ستیزی کمتری قرین باشد و به سطوح بالاتری از رشد دست یابد.

(Crosland, 1956: 77-81)

نظریه پردازان این مکتب، هدف خود را ایجاد یک برابری دموکراتیک اعلام می دارند که بر مبنای آن شهروندی معنای بیشتری از حقوق صوری تجمع و تحزب، نمایندگی قانونی و

رأی دادن داشته باشد و امور در چهارچوب مالکیت مردمی و کنترل عمومی ابزار تولید سازمان داده شود. آنها معتقدند که برابری اجتماعی، واجد ارزش فی نفسه است. برای مثال، یک جامعه نابرابر ممکن است هزینه‌های نامرئی و پنهان تحمیل کند. جامعه‌ای که نابرابر است، حتی اگر فقیران آن بالنسبه مرفه باشند، دستخوش ارزش‌ها و عادات‌های اجتماعی نامطلوب می‌شود. برآمدن این روحیه که هرکسی به فکر خودش باشد، رشته‌های اعتماد، حیات اجتماعی و همکاری جمعی را از بین می‌برد.

توجیه اقتصادی نظریه «حقوق اجتماعی» عموماً مبحثی کینزی است. جان مینارد کینز استدلال می‌کند که دولت می‌تواند و باید شرایط لازم برای رشد پایدار اقتصاد را فراهم کند. قبل از او، اقتصاددانان بر این عقیده بوده‌اند که دولت نباید در اقتصاد دخالت کند، زیرا چنین کاری در بهترین حالت به اقتصاد لطمه می‌زند و در بدترین حالت، ضد مولد است. این دیدگاه از این اندیشه سرچشمه می‌گرفت که بازارهای آزاد به سبب وجود دست نامرئی، تنها ابزار افزایش رفاه و بهزیستی فردی و جمعی هستند؛ برعکس، دخالت دولت در اقتصاد، فقط باعث برهم خوردن حرکت تعادل بخشی دست نامرئی می‌شود. (پتریک، ۱۳۸۱: ۱۶۳)

۲.۱ لیبرال سوسیال‌ها: طرفداران و هواخواهان این مکتب معتقدند که اقتصاد بازار، شرط لازم آزادی است ولی شرط کافی نیست؛ بنابراین اگر بخواهیم از برخی از بدترین خصوصیات سرمایه‌داری بپرهیزیم، به ناچار باید به میزانی از برابری اجتماعی تن دردهیم و این کار، بدون داشتن یک دولت توانا، بازتوزیع‌گر و مدبر ممکن نیست. لیبرال سوسیال‌ها به پیوندی نیرومند بین برابری سیاسی و برابری اقتصادی معتقدند. اینان از حقوق اجتماعی به مثابه ابزاری برای تقویت جامعه لیبرال دموکراتیک طرفداری می‌کنند و از این طریق خواهان ایجاد سطوحی مطلوب از برابری اجتماعی هستند. به نظر آنان، ثروت فوق العاده و فقر فوق العاده باهم ارتباط دارند و از همین رو طرفدار سیاست‌هایی هستند که منافع ممتاز را محدود کند. آنها از برقراری خدمات اجتماعی حمایت می‌کنند، برای اینکه ثابت شده است که این حقوق و خدمات برآزادی فردی می‌افزاید؛ درعین حال، دفاع آنها از حقوق و برابری اجتماعی، به پای چپ‌ها نمی‌رسد. لیبرال سوسیال‌ها، به موازات تأکید بر وجه اخلاقی نیرومند نیازها، طرفدار وجه اخلاقی نیرومند استحقاق نیز هستند. حقوق اجتماعی از نظر این گروه، حقوقی در چهارچوب اقتصاد بازار است نه حقوقی علیه آن، و برابری به معنای برابری فرصت است نه برابری نتیجه.

۳.۱ مارکسیست‌ها: یکی از مهم‌ترین مکتب‌های معترض به اقتصاد آزاد و نظریات آدام

اسمیت، مکتب سوسیالیسم است. متفکرانی چون سن سیمون، پرودن، و مارکس، کاملاً با اقتصاد آزاد و نظام سرمایه‌داری مخالف بوده و در انتقاد از این مکاتب سنگ تمام بنا گذاشته‌اند. شایان ذکر است که مارکسیست‌هایی چون «مارکسیست‌های ارتدکسی معتقدند که برنامه‌های رفاه و حقوق اجتماعی و به‌طور کلی هرگونه برنامه اصلاحی در چهارچوب نظام سرمایه‌داری، از آنجا که از شور انقلابی می‌کاهد و از این رهگذر باعث به‌تعویق افتادن انقلاب می‌شود، این برنامه‌ها و دولت رفاه را مورد انتقاد قرار می‌دهند» (مالجو، ۱۳۸۱: ۵۸).

اما برخی دیگر از مارکسیست‌ها، به‌خصوص صاحبان مکتب فکری «نظریه نظام‌ها» همچون یورگن هابرماس و کلاوس اوفه، مدافع و توجیه‌گر نظام رفاهی و حقوق اجتماعی هستند تا حدی که قائل‌اند دولت برای کسب مشروعیت سیاسی، چاره‌ای جز توسل به ابزار دولت رفاهی ندارد. به‌نظر آنان، سرمایه‌داری از سه نظام فرعی تشکیل شده است: نظام اقتصادی، نظام سیاسی و نظام اجتماعی.

سرمایه، نیاز مالی دولت را تأمین می‌کند و درمقابل دولت هم تضمین می‌کند که شرایط اقتصادی لازم برای رشد و انباشت سرمایه فراهم باشد. دولت از منابع مالی تأمین شده برای برقراری خدمات رفاهی استفاده می‌کند و درمقابل، وفاداری شهروندان را به‌دست می‌آورد. بدون دولت رفاه نمی‌توان مشروعیتی را که لازمه هر دولتی است، کسب کرد. اگر دولت مردم را از خود براند، آنها هم به دولت پشت می‌کنند. اگرچه سرمایه‌داری نمی‌تواند با دولت رفاه و حقوق اجتماعی همزیستی داشته باشد، بدون حقوق اجتماعی هم قادر نیست به حیات خود ادامه دهد. (پتریک، ۱۳۸۱: ۲۶۹)

۱.۴ محیط زیست‌گرایان: اهمیت سیاسی طرفداران محیط زیست به دهه ۱۹۶۰ بازمی‌گردد. سخن اساسی این مکتب این است که ما نمی‌توانیم انتظارات و تقاضایی نامحدود از کره زمینی داشته باشیم که فقط منابعی محدود و پایان‌پذیر دارد اکنون میزان تقاضا از امکانات عرضه چند نسل فراتر رفته و این امر، ناشی از کارکردهای جوامع غربی است. برخی از محیط زیست‌گرایان، مصلحت‌جو و مصلحت‌اندیش‌اند از نظر آنان، برای رسیدن به توسعه پایدار باید تغییراتی در نظام‌های اجتماعی - اقتصادی صورت گیرد و در این راه، با توجه به شرایط می‌توان هم از ابزار بازار آزاد و هم از ابزار دولت و یا از هر دو استفاده کرد. اما برخی دیگر از محیط زیست‌گرایان رادیکال‌اند:

اینها، به ضرورت اصلاحات نهادی و پیرامنه اعتقاد دارند و دستی به سر و گوش ساختارهای سیاسی و اقتصادی موجود کشیدن را کافی نمی‌دانند. سوسیالیست‌های زیست‌محیطی بر این

عقیده‌اند که نابودی محیط زیست با استثمار طبقاتی و نابرابری‌های اجتماعی پیوند دارد؛ مرفهان از منابع مصرف می‌کنند تا موقعیت ممتاز خود را پایدار و مستمر نگاه دارند و تنگدستان منابع مزبور را مصرف می‌کنند تا وضعیت خود را درقبال مرفهان بهبود بخشند. به این ترتیب، فقط یک نظام مالکیت عمومی، برابری اجتماعی و برنامه‌ریزی کلان اجتماعی و جهانی است که می‌تواند از طریق پیشگیری از اتلاف رقابت‌آمیز بازار سرمایه‌داری، باعث عاقلانه‌شدن چگونگی استفاده‌ما از منابع شود. (پتريک، ۱۳۸۱: ۳۷)

اندیشه اینها در نظام داخلی، به تشکیل یک دولت برنامه‌ریز و مداخله‌گر در امور اقتصادی و اجتماعی منجر می‌شود که درواقع تجلی همان دولت حامی حقوق اجتماعی است. شایان ذکر است که علاوه بر چهار مکتب مذکور، مکتب‌ها و نظریه‌پردازان دیگری نیز وجود دارند که از نگاهی دیگر و با بیانی متفاوت و در ادوار مختلف در توجیه حقوق اجتماعی کوشیده‌اند؛ که جهت رعایت اختصار، به این چهار مورد بسنده کردیم.

۲. مخالفان حقوق اجتماعی

نظریه‌ها، مکتب‌ها و اندیشه‌های مخالف حقوق اجتماعی را از ابعاد گوناگون می‌توان ملاحظه کرد؛ چه از بعد تاریخی و چه از بعد موضوعی، که از مکاتب فلسفی، سیاسی، اقتصادی و یا جامعه‌شناسی مشترک سرچشمه گرفته‌اند. در اینجا، به دیدگاه‌های برخی مخالفان اصلی نظریه «حقوق اجتماعی» اشاره می‌شود.

۱.۲ **راست افراطی:** منظور از راست افراطی، کسانی هستند که پابندی به آزادی بازار را با پابندی به اخلاقیات محافظه‌کاری درهم می‌آمیزند (Barry, 1987: 143). آزادی بازار دلالت دارد بر عملیات آزادانه بازار همراه با حداقل دخالت دولت؛ و اخلاق محافظه‌کاری، مبین ترجیح ارزش‌های خانوادگی، اقتدار سستی، روحیه و احساس مسئولیت شدید کاری است. آنچه دو شاخه راست رادیکال را به هم پیوند می‌دهد، دشمنی با حقوق اجتماعی است؛ زیرا تصور بر این است که این نوع حقوق باعث تضعیف اقتصاد می‌شود و اخلاقیات را در جامعه متزلزل می‌کند. راست رادیکال، اساساً بین آنچه حقوق اجتماعی وعده داده و آنچه عملاً عرضه داشته، به تضاد و تناقض قائل است. انتقادهایی را که راست رادیکال بر حقوق اجتماعی وارد می‌کند، می‌توان به شرح زیر توضیح داد. (Pirson, 1998: 78-86)

۱. حقوق اجتماعی برقرار می‌شود تا انضباط بازار از طریق کاهش جایزه موفقیت و سبک‌کردن بار شکست متزلزل شود. در این شرایط، صاحبان سرمایه، به سبب مالیات‌های

سنگین و مقررات دست‌وپاگیر، انگیزه سرمایه‌گذاری را از دست می‌دهند؛ و حقوق اجتماعی به این ترتیب، به رقابت بین افراد و شرکت‌ها لطمه می‌زند، مردم را به تنبلی تشویق می‌کند و آنها را به این صورت بار می‌آورد که از دولت متوقع باشند همه کارها را برای آنها انجام دهد.

۲. بخش عمومی هرچه بیشتر اجازه گسترش پیدا کند، بخش خصوصی بیشتر محدود می‌شود و از منابعی که لازمه شکوفایی آن است، محروم می‌شود؛ یعنی کارآفرینی لطمه می‌خورد و اقتصاد با تعداد زیادی غیرتولیدکننده که ثروت ملی را تلف می‌کنند و شماری اندک از تولیدکنندگان مولد ثروت برجا می‌ماند.

۳. مدافعان حقوق اجتماعی، ماهیت و علل فقر را به درستی نمی‌شناسند. این ماهیت را نباید با نابرابری اشتباه کرد؛ و این علل را نباید به پدیده‌های ساختاری انتزاعی منسوب داشت. به جای اینها، باید بر فرهنگ فقیران، اعتقادات و ارزش‌های آنان تأکید کرد و تشخیص داد که آنچه در پدیدآمدن فقر و محرومیت اهمیت دارد، برداشته‌ها و رفتارهای خود افراد فقیر است. حقوق اجتماعی ممکن است از سطح نابرابری درآمدها بکاهد، اما نوعی فرهنگ وابستگی به وجود می‌آورد.

۴. نظریه حقوق اجتماعی با تأکید خود بر اخلاق نیازمندی، بر حقوق و شرایط برخورداری از مزایا تمرکز دارد نه بر وظایف و مسئولیت‌ها که عمدتاً از اخلاق استحقاق سرچشمه می‌گیرد؛ یعنی همه متوقع می‌شوند که دولت کارها را برای آنها انجام دهد و دیگر هیچ‌کس به عواملی چون خانواده و اجتماع محلی به عنوان منابع اصلی بهزیستی نگاه نمی‌کند.

۲.۲ لیبرال‌ها: لیبرالیسم به عنوان ایدئولوژی رژیم‌های سیاسی، در اواخر قرن هجدهم و اوایل قرن نوزدهم در اروپا تکوین یافت. لیبرالیسم در واقع رژیم سیاسی طبقه بورژوازی بود که پس از سرنگونی نظام فئودالی و دولت مطلقه و حکومت محافظه‌کارانه اشرافیت زمیندار، قدرت را به دست گرفت. (بشیریه، ۱۳۸۱: ۳۰۸)

از لحاظ تاریخ اندیشه، نظریات متفکرانی چون جان لاک، منتسکیو و آدام اسمیت، بنیاد فکری رژیم‌های لیبرال را فراهم آورد.

لیبرال‌ها بر این اعتقادند که دولت به طور کلی باید در مورد مفاهیم گوناگونی از خیر و خوبی که به شهروندان عرضه می‌شود، بی‌طرف باشد؛ برای مثال، اگر جماعتی بخواهند زندگی زاهدانه داشته باشند و جماعتی دیگر چنین تمایلی نداشته باشند، دولت باید بین آنها بی‌طرفی پیشه کند، زیرا اگر نوع خاصی از زندگی را بر شهروندانش تحمیل کند، علیه

کسانی که مایل به این نوع زندگی نیستند، تبعیض اعمال کرده است. بر این اساس، اگر دولت باید به تمامی بی طرف باشد، سیاست های اجتماعی نیز باید بی طرف باشد. از آنجا که دخالت دولت در تأمین حقوق اجتماعی افراد، از نظر آنان با اصول لیبرالی سازگار نیست، به عنوان مخالفان حقوق اجتماعی تلقی می شوند.

۳.۲ محافظه کاران: اندیشه محافظه کارانه غالباً با نظریه حقوق اجتماعی فاصله دارد؛ و از همین رو است که محافظه کاری را اغلب باید زائده ای بر راست رادیکال پنداشت.

ایدئولوژی محافظه کاری به طور کلی بر مفاهیمی چون اهمیت و نقش اساسی اقتدار سیاسی، قداست مالکیت خصوصی، خانواده و مذهب و تمجید سنت و رسوم تأکید می گذارد. در ایدئولوژی محافظه کاری، نهاد مالکیت خصوصی مهم ترین نهاد و اساس کلیه حقوق و تمامیت انسانی انسان تلقی می شود... در این ایدئولوژی، بر حوزه غیرعقلانی زندگی انسان به عنوان حوزه ای پایدار و تعیین کننده و تغییرناپذیر تأکید می شود. چنان که ماکس وبر، ادموند برک و الکسی دو توکویل می گفتند، انسان موجودی مرموز، مذهبی و افسانه پرداز است. محافظه کار در پی کشف نظمی است که در ذات امور وجود دارد ولی نمی خواهد خود نظمی بر آن تحمیل کند. می توان سرشت انسان، جامعه و سیاست را دگرگون ساخت. از دیدگاه محافظه کاران، جامعه مبتنی بر قرارداد اجتماعی و پدیده ای مصنوعی نیست بلکه بر تعصبات و سنت های قرون و اعصار متمادی قوام گرفته است. به گفته ادموند برک - پدر محافظه کاری - «این تعصبات و سنت ها، ده هزار بار بهتر از انتخاب عقلانی است. (همان: ۳۰۵)

محافظه کاران هرگونه کوشش برای تحقق آرمان شهر را مصیبت بار می دانند. به نظر آنان، نابرابری های اجتماعی، چنان که هست، طبیعی است، و مالکیت، محصول نظم طبیعی امور و اشیا است. ادموند برک معتقد است:

دخالت دولت در امور اقتصادی، نظام طبیعی جامعه را به هم می ریزد. به نظر او، دولت حق ندارد برای تعدیل ثروت در جامعه دخالت کند یا به تهی دستان یاری برساند، زیرا فقر خود جزء دستگاه طبیعی بازار است و تهی دستان شایسته تهی دستی اند. هرگونه دخالت در اقتصاد آزاد نهایتاً به زیان طبقات تهی دست تمام خواهد شد، زیرا به کسب و کار آسیب می رساند و به بیکاری تهی دستان می انجامد. (بشیریه، ۱۳۸۲: ۱۷۷)

۴.۲ آنارشیست ها: درحالی که راست افراطی، لیبرال ها و محافظه کاران هر کدام به نوعی به وجود دولتی کوچک و یا سستی قائل اند، آنارشیست ها از نوعی عدم تمرکز کامل ساختار تصمیم گیری طرفداری می کنند که با مفهومی از سیاست اجتماعی و حقوق اجتماعی که

برای ما آشنا است، تفاوت کلی دارد. آنارشیست‌ها با هر نوع تحمیل و اجبار و نسخه‌پیچی‌های از بالا به پایین مخالفاند.

آنارشیست‌ها را می‌توان به مکاتب فکری چپ و راست تقسیم کرد. آنارشیست‌های دست راستی شبیه افرادی نظیر نوزیک هستند که اعتقاد دارند بازار آزاد می‌تواند نقش هماهنگ‌کننده را که جوامع فاقد دولت یا دارای دولت حداقل به آن نیازمندند، ایفا کند. آنارشیست‌های دست‌چپی، برعکس، بازار را به همان اندازه منبع خطرناک اجبار و تحمیل می‌دانند که دولت. بنابراین از دید آنها، یک جامعه آنارشیست راستین باید بر مبناهایی مساوات‌طلبانه، که هم غیردولتی و هم غیربازاری باشد، متکی باشد. به این ترتیب، آنارشیست‌های دست‌چپی هواخواه الغای مالکیت خصوصی در روند تولید هستند. (پتریک، ۱۳۸۱: ۱۰۸)

در یک استنتاج کلی می‌توان اظهارنظر کرد که رویکرد نظام غربی به حقوق اجتماعی، علی‌رغم عمر نه‌چندان طولانی آن، مملو از تناقض‌گویی‌ها و تعارضات مبنایی و بنیادین است که این تعارضات همچنان استمرار دارد، به نحوی که رکود اقتصادی جهان غرب، رشد روزافزون بیکاری و اعتراضات صنفی و روی کارآمدن دولت‌های متلون و متغیر همچون نئولیبرال‌ها، پسامدرن‌ها، و نومحافظه‌کاران، همه دلیل بر این مدعا هستند. دلیل این امر را می‌توان در فقدان مبنای و حیانی برای نظام حقوق اجتماعی غربی و نگرش غیرالهی به انسان و نیازهای فطری او دانست.

نتیجه‌گیری

با نگاه به زمینه‌های فکری شکل‌گیری نظام حقوق اجتماعی و بررسی رویکرد اسلامی و نیز نظام غربی به حقوق و رفاه اجتماعی، به نتایج زیر رسید:

۱. عمران، آبادانی و گسترش رفاه اجتماعی امت، یکی از اهداف مهم حکومت اسلامی برای استقرار و استمرار آن است و تضمین سطح زندگی آبرومندانه برای تمامی افرادی که توانایی تأمین نیازهای خود را ندارند و نیازمند کمک هستند، یکی از وظایف حکومت اسلامی است. در همین راستا، در دین مبین اسلام، از همان اوان شکل‌گیری، به طراحی نظام خاص حقوقی و اجرایی در زمینه حقوق اجتماعی به لحاظ حفظ کرامت انسانی و تأمین بنیان‌های جامعه سالم اقدام شده است.

۲. حکومت اسلامی برای عمل به تعهدات رفاهی و تحقق حقوق اجتماعی امت خویش، طبعاً به منابع مالی کافی نیازمند است و به همین خاطر منابعی در قالب‌های زکات،

درآمد حاصل از منابع طبیعی، زکات فطره، خمس، مالیات گیری، کفارات، تبرّعات، دریافت اموالی از غیرمسلمانان در قالب خراج، جزیه، فئ، عشر، ... و استقراض و مشارکت در آن پیش‌بینی و طراحی شده است.

۳. عنصر «رضایت» و «رضایت‌مندی» افراد در تأمین منابع، به‌عنوان اصلی محکم و متقن در نظام اسلامی ایفای نقش می‌کند و به‌دلیل آمیختگی وظایف و تعهدات مالی مسلمانان با امور عبادی و اعتقادی آنها، دولت اسلامی به‌راحتی به منابع مالی پاک و فراوانی در راستای ایفای تعهدات حقوق اجتماعی دسترسی پیدا می‌کند. علاوه بر دولت اسلامی، افراد، نهادها و مجامع خیریه و وقفی نیز رفع نیازمندی‌های اجتماعی و ایجاد جامعه‌عاری از فقر و پریشانی را وظیفه شرعی و دینی خود تلقی می‌کنند.

۴. نظام حقوق اجتماعی غرب، به‌دلیل فقدان مبنای وحیانی و نگرش غیرالهی به انسان و نیازهای فطری او، مملو از تناقض‌گویی‌ها و تعارضات بنیادی است به نحوی که رکود اقتصادی جهان غرب، رشد روزافزون بیکاری و اعتراضات گسترده صنفی، و روی کارآمدن دولت‌های متغیر همچون نئولیبرال‌ها، پسامدرن‌ها، و نومحافظه‌کاران را می‌توان از نمودهای این تعارضات و تناقض‌ها دانست.

پی‌نوشت

۱. این قانون - که در تاریخ ۸۸/۱۰/۱۵ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده - مقرر شده است: دولت مجاز است حداکثر تا پنجاه درصد (۵۰٪) خالص وجوه حاصل از اجرای این قانون را در قالب‌بندهای زیر هزینه کند: الف) یارانه در قالب پرداخت نقدی و غیرنقدی، با لحاظ میزان درآمد خانوار نسبت به کلیه خانوارهای کشور، به سرپرست خانوار پرداخت شود.
- ب) اجرای نظام جامع تأمین اجتماعی برای جامعه هدف، از قبیل ۱. گسترش و تأمین بیمه‌های اجتماعی، خدمات درمانی، تأمین و ارتقای سلامت جامعه و پوشش دارویی و درمانی بیماران خاص و صعب‌العلاج؛ ۲. کمک به تأمین هزینه مسکن، مقاوم‌سازی مسکن‌هاشتغال؛ ۳. توانمندسازی و اجرای برنامه‌های حمایت اجتماعی.

منابع

قرآن کریم.

آراسته، حسین (۱۳۸۴). *حقوق اجتماعی و سیاسی در اسلام*، قم: نشر معارف.
آشوری، داریوش (۱۳۸۵). *دانشنامه سیاسی*، چ سیزدهم، تهران: انتشارات مروارید.

۷۴ بررسی مبانی حقوق اجتماعی

- ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی (۱۴۲۰ق). *فتح الباری بشرح صحیح البخاری*، بیروت: دارالفکر.
- ابن خلدون، عبدالرحمان بن محمد (۱۳۸۹)، *مقدمه ابن خلدون*، تهران: خرسندی.
- ابوداود، سلیمان بن اشعث (۱۴۰۹ق). *سنن ابی داود*، بیروت: دارالجنان، مؤسسة الکتب الثقافیه.
- احمدی، حمید (۱۳۸۱). *فرهنگ علوم سیاسی آکسفورد*، تهران: نشر میزان.
- اعلامیه جهانی حقوق بشر.*
- اعلامیه اسلامی حقوق بشر.*
- امام خمینی (۱۳۷۰). *صحیفه نور*، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- بشیری، حسین (۱۳۸۱). *جامعه‌شناسی سیاسی*، تهران: نشر نی.
- بشیری، حسین (۱۳۸۲). *لبیر الیسم و محافظه کاری*، تهران: نشر نی.
- بن سلام، ابو عبید قاسم (۱۳۵۳). *الاموال*، قاهره: المکتبه التجاریه الکبری.
- پتریک، تونی فیتز (۱۳۸۱). *نظریه رفاه*، ترجمه هرمز همایون پور، تهران: گام نو.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۳ق). *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، تهران: اسلامیه.
- خمینی، روح الله (۱۳۷۳). *البیع*، قم: جماعه المدرسین قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- دشتی، محمد (۱۳۷۹). *امام علی (ع) و اقتصاد*، مؤسسه تحقیقاتی امیرالمؤمنین (ع).
- رضی، سید (۱۳۸۳). *نهج البلاغه*، ترجمه جعفر شهیدی، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
- شاپرا، محمد (۱۳۷۸). *مطالعاتی در اقتصاد اسلامی*، ترجمه محمد جواد مهدوی، مشهد: آستان قدس رضوی.
- صدر، محمد باقر (۱۳۷۵). *اقتصادنا*، مکتبه الاعلام الاسلامی.
- طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۲). *آزادی‌های عمومی و حقوق بشر*، تهران: دانشگاه تهران.
- عراقی، سید عزت الله (۱۳۸۱). *حقوق کار*، ج، تهران: سمت.
- العسل، ابراهیم (۱۳۷۸). *توسعه در اسلام*، ترجمه عباس عرب‌مازار، مشهد: آستان قدس.
- عمیدزنجانی، عباسعلی (۱۳۸۴). *فقه سیاسی، مبانی حقوق عمومی در اسلام*، ج ۷، تهران: امیرکبیر.
- عمیدزنجانی، عباسعلی (۱۳۸۳). *اقتصاد سیاسی*، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- عمیدزنجانی، عباسعلی (۱۳۸۵). *حقوق اساسی ایران*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.*
- قرضاوی، یوسف (۱۴۱۰ق). *فقه الزکاة*، بیروت: مؤسسه الرساله.
- قمی، عباس (۱۳۸۴). *سفینه البحار*، تهران: بنیاد پژوهش‌های اسلامی.
- الکاسانی (بی تا) *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، قاهره: شركة المطبوعات المصریه.
- مؤمن، محمد (۱۳۷۹). *رابطه خمس و مالیات‌های حکومتی، نظام مالی اسلام*، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- مالجو، محمد (بهار ۱۳۸۱). «حقوق شهروندی و تأمین اجتماعی»، *نشریه مجلس و پژوهش*، سال نهم، شماره سی و سوم.
- مسلم (۱۳۹۷ق). *صحیح مسلم*، ج ۱۰، بیروت: دارالکتب العلمیه.

ابراهیم موسی زاده و فهیم مصطفی زاده ۷۵

مطهری، مرتضی (۱۳۶۸). *اسلام و مقتضیات زمان*، قم: انتشارات صدرا.
مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۴). *تفسیر نمونه*، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
موفقیان، ناصر (۱۳۷۸). «دولت کارگستر، دولت رفاه گستر»، فصلنامه تأمین اجتماعی، سال اول، شماره سوم.
میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی.
میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی.
نوری، حسین بن محمدتقی (۱۳۶۰). *الاحیاء التراث*، قم: مؤسسه آل البیت (ع).

Barry, Norman p. (1987). *The New Right*. London: Croom Helm.
Burdeau, G. (1979). *Liberalism*, Paris.
Crosland, T. (1956). *The future of socialism*, London: Jonathan Cape.
Pierson, C. (1998). *Beyond the Welfare State?* Cambridge: Polity.

قلمرو فقه در حقوق موضوعه ایران

علی‌رضا یزدانیان*

چکیده

از زمان پیدایش حقوق، دین و مذهب و اعتقادات قلبی منبع عظیمی برای حقوق به‌شمار می‌رفته است. قرن‌های متمادی، مقررات کلیسا هم دین و شریعت بوده است هم حقوق؛ همان وضعیتی که قبل از مشروطه در ایران می‌توان شاهد آن بود. سعی قانونگذاران نیز این بوده است که تا حد ممکن راه‌حل معضلات اجتماعی را از درون نظام شرعی پیدا کنند و به‌صورت قانون جلوه دهند، همچنان‌که قضات و حقوقدانان نیز در عمل به فقه وفادار مانده‌اند و مواردی که احکام فقهی در آرا انعکاس یافته است، کم نیست. حتی دکترین حقوقی نیز در مواردی برای تفسیر و شرح مواد قانونی به دامن فقه پناه آورده است.

با وجود این، بخشی از قواعد حقوقی ما از فقه فاصله گرفته و رنگ و بوی اروپایی به خود گرفته است. از سویی، اصولی در قانون اساسی وجود دارد که دامنه کاربرد فقه را در حقوق موضوعه تیره و تار کرده است. در قانون اساسی، تفسیر و شرح مواد ناقص یا مبهم به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر واگذار شده درحالی‌که دامنه کاربرد فقه در مورد قوانین مقتبس از رژیم‌های حقوقی دیگر محل تردید است. همین امر، تدوین قلمرو فقه در حقوق موضوعه را ضروری ساخته است؛ که در این مقاله بررسی می‌شود.

کلیدواژه‌ها: فقه، حقوق موضوعه، تفسیر، وضع قانون.

مقدمه

نمی‌توان انکار کرد که پس از معتقدات مذهبی، هیچ وسیله‌ای برای ملتی بهتر از قوانین اجتماعی و سیاسی نیست. بنابراین، مذهب برای نظم جامعه مفید است؛ زیرا مذهب، نوعی

* استادیار حقوق دانشگاه اصفهان yazdanian_alireza@ase.ui.ac.ir

تاریخ دریافت: ۸۹/۸/۲۰، تاریخ پذیرش: ۸۹/۱۲/۵

کنترل درونی افراد است. گویا مذهب گذشته از تأمین سعادت جاوید بعد از مرگ، سعادت دنیوی را نیز تأمین می‌کند. با وجود این، نظم جامعه گاه اقتضا می‌کند قوانینی وضع شود که گاه در مذهب و فقه ریشه ندارند. گاه جمع این مواد در کنار هم مسئله خاصی ایجاد نمی‌کند؛ اما مشکلی که در حقوق ایران وجود دارد، این است که در اصل ۴ قانون اساسی نه تنها منبع وضع قواعد، حقوق اسلامی داشته شده است - که در این صورت، با محدودیت منبع روبه رو خواهیم شد - بلکه در اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز تفسیر و رفع نقص اصول مزبور از طریق منابع و فتاوی معتبر اسلامی امکان‌پذیر دانسته شده است. در حالی که تفسیر یک قاعده اروپایی با یک منبع مذهبی، حداقل برای یک قاضی، امری مشکل است. در این مقاله ضمن تأکید بر الهام‌بخشی مذهب و دین به عنوان منبع حقوق، ابهامات اصول قانون اساسی در مورد دامنه کاربرد فقه در وضع، تفسیر و تکمیل قوانین موضوعه در طی چند گفتار بررسی شده است.

۱. تأثیر فقه در وضع قوانین

۱.۱ ارتباط فقه و حقوق

قواعد مذهب که در متون فقهی ما انعکاس یافته، بیشتر برای تزکیه روح و قلب است. بدین ترتیب که مذهب بیشتر جنبه پند و اندرز دارد و به عبارتی «مبشراً و نذیراً» است؛ به همین جهت، حتی اگر در قالب مقررات خشک حقوقی نیز تنظیم نشود، بشر از روی اراده و احساس قلبی آنها را به موقع اجرا می‌گذارد (منتسکیو، ۱۳۶۲: ۶۷۵). حتی اگر مذهبی غیرآسمانی در جامعه وجود داشته باشد، این حسن را دارد که افراد را کنترل می‌کند. نمونه آن، مذهب «پگو» در هندوستان است که آسمانی نبوده اما وسیله کنترل خوبی به‌شمار می‌رفته است. (همان: ۶۷۶)

به این ترتیب، هر چه مقررات حقوقی یک کشور با مذهب و اعتقادات قلبی سازگارتر باشد، از نظر روانی به نفع دولت‌ها است: اولاً دولت مجبور نیست برای وادار ساختن مردم به اجرای قواعد، هزینه‌ای صرف کند چرا که مردم خودبه‌خود به آنها عمل می‌کنند؛ ثانیاً قوه قضائیه کمتر با قانون‌شکنان مواجه می‌شود. بی‌جهت نیست که قوانین گاه در عمل رنگ و بوی مذهبی به خود گرفته‌اند. (لوی برول، ۱۳۶۷: ۹۳)

از سوی دیگر، دین نیز صرفاً به جنبه باطنی و روحی انسان محدود نیست؛ بلکه اصول خاصی برای زندگی دنیوی در ادیان وجود دارد. نگاهی به قرآن، تورات یا انجیل

نشان می‌دهد که این متون مقدس، به علم دین محدود نیستند. این کتاب‌ها، سرشار از قوانینی هستند که بامسائل اجتماعی و حقوقی سروکار دارند، مانند مقررات خانواده، مالکیت، ارث، تعهدات و ... (همان، ص ۴۲). بنابراین، با ارتباط حقوق و دین در طول تاریخ، خواه در ایران خواه در اروپا (Kanner, 1965: 10) فقه نیز عملاً به‌عنوان یکی از علوم دینی با حقوق در ارتباط بوده است و هست. حتی پس از انقلاب مشروطه نیز وضع به همین صورت باقی ماند. در اصل اول متمم قانون اساسی مشروطه مقرر شده بود: «مذهب رسمی ایران، اسلام و طریقه حقه جعفریه اثنی عشریه است. پادشاه ایران باید دارا و مروج این مذهب باشد.» و در اصل دوم، درخصوص وضع قوانین در مجلس و ارتباط آن با فقه درج شده بود: «باید در هیچ عصری از اعصار، مواد قانونیه آن، مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین حضرت خیرالانام - صلی الله علیه و آله و سلم - نداشته باشد.» بنابراین، حتی پس از مشروطه تا امروز نیز وضع قانون، بی‌تأثیر از فقه نبوده است و نیست.

۱.۲ کاهش جنبه‌های فقهی حقوق در مقطعی از زمان

در اروپا، رنسانس این تأثیر را بر جامعه نهاد که جامعه به فکر افتاد فقط با وضع حقوق می‌توان نظم و امنیت را در جامعه برقرار کرد؛ و برای حقوق، وظیفه و قلمرویی جدا از مذهب در نظر گرفته شد. (داوید، ۱۳۶۹: ۳۶؛ دل - وکیو ۱۳۸۰: ۱۹۷)؛ جنبشی که به ایران نیز سرایت کرد و عده‌ای دم از جدایی دین و حقوق زدند. (دفتر همکاری حوزه و دانشگاه تهران، ۱۳۶۸: ۷۲)

قانون اساسی مشروطیت نیز نهاد خاصی برای تقنین پدید آورد به‌نام مجلس که با شروع فعالیت آن، حقوق و مذهب و فقه عملاً از هم جدا شد و تأثیر فقه در قوانین رو به کاهش نهاد. روابط ایران و اروپا نیز افزایش یافت و به تدریج قواعد فقهی جای خود را به قواعد اروپایی داد و عملاً این قواعد به مجلس پیشنهاد می‌شد؛ چنان‌که علیرغم تظاهر به دینداری و احترام به فقه از سوی مجلس، در عمل قوانین غیرفقهی زیادی به تصویب رسید (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ج ۱/۳۰۳)؛ قوانین اصول محاکمات حقوقی و کیفری و قانون تجارت به کلی از حقوق فرانسه و تقریباً بدون نظر به فقه تنظیم شد؛ حقوق خانواده و ارث به فقه وفادار ماند و قانون مدنی در این قسمت، ترجمه‌ای است از نوشته‌های فقهی. باوجود این، تصویب قانون حمایت از خانواده نشان داد که حقوق خانواده نیز از حقوق غیرفقهی متأثر شده است. در

امور مالی و قسمت‌هایی از قواعد تعهدات و معاملات، باینکه فقه امامیه رعایت شد، ظاهر این قواعد اروپایی بود و از باب‌بندی قانون مدنی فرانسه اقتباس شده بود. بنابراین، درمقطعی از زمان، حقوق موضوعه ایران، رنگ غیرفقهی به‌خود گرفت یا این تأثر از فقه رو به کاهش نهاد.

۳.۱ سایه دوباره فقه در وضع قوانین

بعد از انقلاب اسلامی، در سال ۱۳۵۷، با بروز اسلام‌گرایی و تجددخواهی، در اصل ۴ قانون اساسی، حقوق اسلامی دوباره در عرصه وضع قانون دخیل دانسته شده است. در اصل مزبور مقرر شده است:

کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر برعهده فقهای شورای نگهبان است.

گذشته از اصل ۴، منع مجلس از وضع قوانین مخالف با مذهب رسمی کشور (اصل ۷۲) و نظارت استصوابی شورای نگهبان در وضع قوانین (اصل ۹۱) و راهنمایی و الزام دادرس در اسناد به فقه در صورت فقدان حقوق موضوعه (اصل ۱۶۷)، همه منابعی است که با آنها، فقه مستقیماً به پیکره حقوق موضوعه تزریق می‌شود.

۴.۱ قلمرو مبهم فقه در وضع قوانین

با وجود اصل ۴ قانون اساسی، امروزه مهم‌ترین منبع حقوق موضوعه ایران، فقه و حقوق اسلامی است. امروز، بین فقه و حقوق همزیستی خاصی آغاز شده است؛ بدین ترتیب مجلس باید براساس موازین اسلامی قانون وضع کند. حقوق رسمی ایران، فقه نیست بلکه هرچه وضع شود باید براساس فقه باشد و این خود نشان می‌دهد که گرچه آرمان قانون اساسی اتحاد فقه و حقوق بوده است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ج ۲/۳۸۴)، شیوه تنظیم اصل ۴ نشان می‌دهد که این اتحاد حاصل نشده است. برای تحقق آرمان مزبور باید در قانون اساسی چنین مقرر می‌شد: «حقوق اسلامی، قانون رسمی کشور است». با وضع اصل ۴، فقط مجلس مکلف است قوانین آتی را برطبق موازین اسلامی وضع کند. (همان: ۳۸۷)

این الزام، به طرح این ابهام انجامیده است که آیا قوانین موضوعه نیز باید مانند احکام فقهی از منابع اصلی یعنی قرآن، سنت، اجماع و عقل استنباط شود یا همین که قانونی با احکام اسلامی مغایرت نداشته باشد، کفایت می‌کند؟

از فایده عملی رفع این ابهام نباید غافل شد؛ زیرا «الزام به وضع قانون براساس موازین اسلامی» با «منع وضع قانون مخالف اسلام» یکسان نیست. اگر تکلیف مجلس، وضع قانون براساس موازین اسلامی باشد، در این صورت دامنۀ ابتکار مجلس محدود است؛ چراکه معلوم نیست چگونه با تکیه بر منابع اصلی فوق‌الذکر می‌توان با رعایت مصالح جامعه قانون وضع کرد، به عنوان مثال میزان جریمۀ قاچاق ارز چگونه از این منابع به‌دست می‌آید؟ اما اگر تکلیف مجلس، عدم وضع قوانین مغایر موازین اسلامی باشد، آنگاه مجلس در تمامی مستحذات و مسائل روز جامعه می‌تواند قانون وضع کند؛ وانگهی، در استفاده از منابع اسلامی و غیراسلامی نیز آزاد است و فقط نباید قوانین مغایر با اسلام وضع کند. از بین این دو احتمال، یکی را باید برگزید؛ که در قسمت بعدی، درباره آن توضیح داده شده است.

۵.۱ تبیین قلمرو فقه در وضع قوانین

در اصل ۴ قانون اساسی، به‌شکلی مبهم، وضع قانون براساس موازین اسلامی به مجلس تکلیف شده است و معلوم نیست آیا منظور «الزام به وضع قانون براساس موازین اسلامی» است یا «منع وضع قانون مغایر اسلام». بی‌گمان، یکی از راه‌های رفع ابهام از قانون، تفسیر به‌وسیله خود قانون (Linter pretation par le code) است. اصل ۷۲ قانون اساسی به گونه ای تنظیم شده است که نظر دوم را اقوی جلوه می‌دهد. مطابق این اصل، «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام و مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد...». از فحوای اصل برمی‌آید که مقصود این است که مجلس نباید قانونی وضع کند که با اسلام مغایرت داشته باشد. در این صورت، این قانون بر اساس موازین اسلامی است گرچه در فقه بی‌سابقه بوده و از امور مستحذۀ باشد.

در اصل ۹۴ قانون اساسی نیز مقرر شده است:

کلیۀ مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آن را حداکثر ظرف ۱۰ روز از تاریخ وصول از نظر انطباق بر موازین اسلامی و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر ببیند، برای تجدیدنظر به مجلس بازگرداند. در غیر این صورت، مصوبه قابل اجرا است.

طبق این اصل، معیار انطباق بر موازین اسلامی، مغایرت‌نداشتن با احکام اسلام است؛ چنان‌که در اصل ۹۶ نیز این تفسیر تأیید شده است. طبق این اصل، «تشخیص عدم

مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام، با اکثریت فقهای شورای نگهبان است».

بنابراین، در مواردی که فقه منبع مستقیم حقوق موضوعه است و مواد قانونی دقیقاً مضمونی از آیات یا احادیث است (مانند مقررات ارث در قانون مدنی) و در مواردی که مصالح و نیازهای جامعه وضع قانونی را اقتضا کند که در فقه سابقه نداشته، دست مجلس در وضع قانون باز است؛ به عبارت دیگر، لازم نیست که راه حل تمامی معضلات اجتماعی در فقه جست و جو شود. فقه نیز داعیه چنین شمولی را ندارد. بلکه کافی است که قوانین مغایر فقه و احکام اسلامی نباشد. با این تفسیر، اقتباس قوانین از کشورهای اروپایی مانند فرانسه نیز اگر مغایر موازین فقهی نباشد، قید انطباق با موازین اسلامی را تأمین می کند؛ زیرا منظور از این قید، عدم مغایرت با فقه است. در نتیجه، اگر قانونی مورد نیاز جامعه باشد ولی در فقه مطرح نشده باشد و به عکس در یک رژیم حقوقی دیگر مانند فرانسه وجود داشته باشد، در صورتی که مغایر احکام اسلامی نباشد و نیز از طریق روش های موجود در حقوق ایران مانند «اصول فقه» نتوان به همان نتیجه مورد نظر رسید، مجلس می تواند از آن مورد اقتباس کند و با ایجاد تغییراتی و یا به عبارت دیگر با بومی کردن قانون، آن را به پیکره حقوق ایران پیوند دهد.

۲. تأثیر فقه در تفسیر قوانین

۱.۲ لزوم تفسیر قانون

تفسیر یعنی هویدا کردن (معین، ۱۳۸۲: ج ۱/۱۱۱۳)؛ و در اصطلاح علم حقوق یعنی تعیین معنی درست و گسترده قاعده حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ج ۲/۲۰۸). لزوم تفسیر از این امر ناشی می شود که قانونگذار هر قدر هم دقیق و آینده نگر باشد، باز هم مسائل اجتماعی در محدوده دقت و آینده نگری او نمی گنجد و اگر هم به فرض چنین احاطه ای داشته باشد، جامعه پویا است و هر روز معضلی تازه بروز می کند و حقوقدان ناگزیر از تفسیر قواعد مزبور و حل معضلات پیش آمده است؛ به عبارتی، سرعت تحولات اجتماعی بیش از سرعت قانونگذاری است. وانگهی، گاه توده نامنسجم قوانین با شماری از نسخ و تخصیص ها مشکلی است که جز به یاری تفسیر، نمی توان قانون را اعمال کرد. از سوی دیگر، استناد به ابهام و اجمال و تناقض و سکوت قانون، دست آویز مناسبی برای معافیت از احقاق حق نیست. بنابراین، چاره ای جز تفسیر قواعد وجود ندارد.

۲.۲ لزوم تفسیر قانون به وسیله فقه

بحث از تفسیر و انواع آن را در این مختصر جایی نیست و در اینجا، برحسب موضوع، فقط به تفسیر تاریخی اشاره می‌شود.

تفسیر تاریخی یعنی استفاده از ملاحظات برای کشف منظور مقنن؛ که به دو گونه به کار می‌رود: (۱) استفاده از مقدمات تهیه قانون و مباحث نمایندگان در مجلس؛ (۲) استفاده از تاریخ برای راه یافتن به نظر قانونگذار (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ج ۲/۲۴۵)؛ که طریقه دوم با موضوع مقاله مرتبط است.

با استفاده از تاریخ می‌توان قواعدی را که الهام‌بخش مقنن بوده است، به دست آورد. تاریخ حقوق ایران نشان می‌دهد که در برخی قوانین، فقه امامیه الهام‌بخش مقنن در تدوین مواد بوده است. کتب معروف فقه مانند شرح لمعه، شرایع، تذکره علامه، جواهرالکلام و مکاسب، همه از متونی هستند که مقنن ایران در تدوین قسمت‌هایی از حقوق موضوعه، فراوی خود داشته است. حقوق را باید با روح و روش تاریخ نگاری بررسی کرد (پاشا صالح، ۱۳۴۸: ۶) و اگر تاریخ قسمت‌هایی از قوانین ما چون قانون مدنی و مجازات را فقه تشکیل دهد، نمی‌توان از تأثیر فقه در تفسیر مواد غافل شد. برای مثال، در ماده ۸۸۲ قانون مدنی «لعان» و در ماده ۱۰۵۸ همان قانون «طلاق عدی» مطرح شده است ولی تعاریفی از آن دو وجود ندارد و باید به فقه مراجعه کرد. (محقق حلی، ۱۳۷۷: ۱۸۸؛ جبعی‌العاملی، ۱۳۷۲: ج ۲/۱۸۱) به همین جهت، در اصل ۱۶۷ قانون اساسی مقرر شده است:

قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزد.

۳.۲ قلمرو مبهم فقه در تفسیر قوانین

همان‌طور که مطرح شد، تاریخ بخش عظیمی از مقررات حقوق موضوعه ایران را فقه تشکیل می‌دهد که در مقام تفسیر باید لحاظ شود. این امر در مورد مواد قانونی که صرفاً از فقه و بدون دخالت حقوق اروپایی تدوین شده اشکالی پیش نمی‌آورد؛ برای نمونه، در خصوص تفسیر مقررات خانواده در قانون مدنی یا ارث و وصیت در رجوع به فقه برای تفسیر تردیدی نیست. مشکل جایی بروز می‌کند که یک ماده خاص، آمیزه‌ای است از فقه و حقوق اروپا. این آمیزش در قوانین به این صورت است که یا مطالب کهن در باب‌بندی

اروپایی عرضه شده (مانند باب معاملات قانون مدنی)، و یا درمیان مواد، ماده‌ای از اصول اروپایی اقتباس و گنجانده شده (مانند ماده ۱۰ قانون مدنی)، و یا ماده‌ای در قانونی دیگر آمده که با مطالب قانونی که مستقیماً از فقه گرفته شده است، سر ناسازگاری دارد (مانند مقررات حقوق تجارت که از حقوق اروپا ترجمه شده است و بعضاً مغایر با موادی از قانون مدنی به نظر می‌رسد). به عنوان مثال، در خصوص معامله به قصد فرار از دین، در ماده ۲۱۸ سابق قانون مدنی، به تبعیت از فقه، حکم چنین معامله‌ای، عدم نفوذ اعلام شده و مقرر شده بود: «هرگاه معلوم شود که معامله به قصد فرار از دین واقع شده است، آن معامله نافذ نیست»؛ و در ماده ۲۱۸ فعلی مقرر شده است: «هرگاه معلوم شود که معامله با قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده، آن معامله باطل است». در حالی که در ماده ۴۲۴ قانون تجارت که از حقوق فرانسه اخذ شده، حکم چنین معامله‌ای، قابلیت فسخ دانسته شده است. طبق این ماده:

هرگاه در نتیجه اقامه دعوی از طرف مدیر تصفیه یا طلبکاری بر اشخاصی که با تاجر طرف معامله بوده یا بر قائم مقام قانونی آنها ثابت شود تاجر متوقف قبل از تاریخ توقف خود برای فرار از دین یا برای اضرار به طلبکارها معامله نموده که متضمن ضرری بیش از ربع قیمت حین معامله بوده است، آن معامله قابل فسخ است مگر اینکه طرف معامله قبل از صدور حکم فسخ تفاوت قیمت را بپردازد ...

بنابراین، در تفسیر این مواد معلوم نیست چگونه می‌توان از فقه کمک گرفت و عملاً دامنه فقه در تفسیر قوانین دچار ابهام می‌شود.

۴.۲ تبیین قلمرو فقه در تفسیر قوانین

با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، در تفسیر مواد، فقه مرتبه نخست را دارا است. ولی معلوم نیست تفسیر مواد قانون تجارت که از فرانسه گرفته شده است یا موضوعاتی در حقوق مدنی که ریشه در فرانسه یا سوئیس دارد، چگونه با فقه ممکن است. به نظر می‌رسد در این موارد، رجوع به منبع اقتباس آن مواد در تفسیر مفیدتر و عملی‌تر است. به عنوان مثال، عبارت «خود موضوع معامله» در ماده ۲۰۰ قانون مدنی و عبارت «استفاده بلاجهت» در ماده ۳۱۹ قانون تجارت، جز با رجوع به حقوق فرانسه قابل تفسیر نیست. در ماده ۲۰۰ قانون مدنی مقرر شده است: «اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد»؛ که این عبارت را فقط در ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه می‌توان دید.^(۱) (Strack, 1972: 414) یا عبارت «تعهد ناشی از داراشدن بلاجهت» (Des obligation

(resultant de l'enrichissement illegitime) را فقط با مراجعه به کتب فرانسوی (همان، ص ۶۷۹) یا ماده ۶۲ قانون تعهدات سوئیس می‌توان تفسیر کرد.^(۳)

نگاهی به ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ این امر را مدلل می‌سازد که فقه نمی‌تواند تنها منبع تفسیر به‌شمار رود. در این ماده مقرر شده است:

قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند و در صورتی که قوانین کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصولی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند.

چنان‌چه ملاحظه می‌شود، عبارت «اصولی که مغایر با موازین شرعی نباشد»، دایره شمول بیشتری برای ماده قائل شده است به‌نحوی که به‌نظر می‌رسد اصول حقوقی اروپایی نیز که مغایر با موازین شرعی نباشد و در زمان تصویب قانون به نوعی الهام‌بخش مقنن بوده و در احراز اراده مقنن مؤثر است، می‌تواند در تفسیر متون قانونی به‌کار آید، البته به شرطی که با متون فقهی و اصول حقوقی ایران از جمله اصول عملی مغایرت نداشته باشد. نکته قابل توجه این است که ماده ۳ قانون مزبور گرچه قانون عادی است و اصل ۱۶۷ جزء قانون اساسی است و قانون عادی نمی‌تواند مغایر با قانون اساسی باشد، بدیهی است معنای «تغایر» و معنای «افزودن» دو پدیده متفاوت است و در ماده ۳ فقط منبع دیگری برای تفسیر افزوده شده است ولی با قانون اساسی مغایرت ندارد. (اصل ۹۴ قانون اساسی)

بنابراین، قلمرو فقه در تفسیر مواد، تا جایی است که مواد مزبور از فقه گرفته شده باشد؛ در غیر اینصورت، در مورد موادی که از حقوق اروپایی اقتباس شده است، تا جایی که بتوان نهادی مشابه در فقه یافت و یا از اصول عملیه استفاده کرد، می‌توان در رفع ابهام از فقه مدد جست و گرنه باید به سرچشمه آن مواد یعنی حقوق اروپایی مراجعه کرد. (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ج ۱۴۵/۳ به بعد)

۳. تأثیر فقه در تکمیل قوانین

۱.۳ نقص و سکوت قوانین

همان‌گونه که عنوان شد، مقنن قادر نیست برای همه جوانب یک پدیده اجتماعی قانون وضع کند و اگر هم به‌فرض بتواند با لحاظ تمامی جوانب یک پدیده اجتماعی قانونی وضع کند، تحول پدیده‌های اجتماعی به‌حدی است که قانون امروز شاید در مورد برخی جنبه‌های

همان پدیده در روز دیگر ناقص جلوه کند. در مواردی نیز ظهور یک معضل اجتماعی به قدری اتفاقی و سریع است که مدت زمان زیادی طول می کشد تا مجلس درباره آن قانون وضع کند و بنابراین در این فاصله زمانی، قوانین در مورد آن مسئله در حالت سکوت به سر می برند. بنابراین، نقص و سکوت قانون در علم حقوق، امری طبیعی است. در این موارد، اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی ابتدا به قوانین مدونه و در صورت فقدان قانون به منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی معتبر راهنمایی شده است. بنابراین قاضی مکلف به رسیدگی است و در غیر این صورت خود مجرم است. در ماده ۴ قانون اساسی فرانسه این تکلیف مطرح شده^(۳) که در حقوق ما نیز در لابه لای قوانین تکرار شده است. در نتیجه، مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، حتی در صورت نقص و سکوت قانون، قاضی مکلف است با استناد به فقه و منابع معتبر اسلامی نقص قانون را رفع و به پرونده رسیدگی کند. طبق این اصل، فقه در سکوت و نقص قانون نیز منبع تکمیل کننده حقوق است.

۲.۳ قلمرو مبهم فقه در تکمیل قوانین

سوالی که در اینجا مطرح می شود، این است که حقیقتاً چگونه می توان با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی ادعا کرد که چنانچه قانون در هر زمینه ناقص یا ساکت باشد، با استناد به «منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر» می توان آن را تکمیل کرد؟ گستردگی مسائل مستحدثه به اندازه ای است که بتوان اذعان داشت که همه آنها نمی توانند در فقه سابقه طرح داشته باشند. مسائلی چون بیمه، گمرک، ورشکستگی، اسناد تجاری، شرکت ها و ... همه از مسائلی است که در دنیای معاصر پای گرفته اند و رجوع به فقه در تکمیل آنها میسر نیست (کاتوزیان ۱۳۷۷: ج ۱/۲). وانگهی، گاه نیازها و مصالح اجتماعی پدیده ای را اقتضا می کند که قانون درباره آن ساکت است و به عکس فقه جواب معارض دارد. به عنوان مثال، در عرصه بین المللی، گاه بیع جنبه کالی به کالی به خود می گیرد؛ قانون مدنی در این زمینه ساکت است و از سویی انعقاد آن به این نحو نیاز جامعه است و در عمل می توان شاهد چنین بیعی بود در حالی که فقه صراحتاً به بطلان آن حکم داده است. نکته دیگر اینکه تنوع آرا و نظرها در فقه زیاد است و اگر قرار باشد فقه منبع مکمل قانون به شمار آید، به تشتت احکام و آرا و قواعد حقوق دامن زده خواهد شد. بنابراین، شاید منابع پنهان دیگری نیز مکمل حقوق باشند. در نتیجه، با محدودیت مندرج در اصل ۱۶۷ قانون اساسی، دامنه کاربرد فقه در تکمیل قانون مبهم است.

۳.۳ تبیین قلمرو فقه در تکمیل قوانین

چنان‌که عنوان شد، در مورد نقص و سکوت قانون، اصل ۱۶۷ قانون اساسی به‌طور مطلق قاضی را مکلف به رجوع به فقه کرده است و حتی در مورد مسائلی که مسبوق به طرح در فقه نیست نیز قاضی طبق اصل ۱۶۷ باید به فقه مراجعه کند؛ امری که بی‌نهایت مبهم و در مواردی غیرعملی است. در حالی که با توجه به خود قانون اساسی باید از کلی‌نگری دست برداشت و قلمرو فقه در تکمیل قوانین را تبیین کرد؛ بدین ترتیب که ابتدا باید اصل ۱۶۷ را به حقوق مدنی و به‌طور کلی امور غیرجزایی محدود کرد، چراکه در حقوق کیفری اصل قانونی‌بودن جرایم و مجازات‌ها (اصل‌های ۳۷ و ۱۶۶ و ۱۶۸) مانع از رجوع قاضی به فقه و تنبیه را عملی است که در قانون ذکر نشده است. بنابراین، اصل ۱۶۷ قانون اساسی منصرف از مسائل کیفری بوده و معطوف به امور مدنی است. اما در مسائل حقوقی و مدنی نیز این اشکال هست که اگر موردی مطرح شود که قانون در مورد آن ساکت باشد و در عین حال مبانی این مسئله در فقه نیز طرح نشده باشد، چه باید کرد. به‌نظر می‌رسد در ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، در امور مدنی واقع‌بینانه‌تر عمل شده است؛ چرا که گذشته از منابع معتبر اساسی و فتاوی معتبر، منبع دیگری اضافه شده و آن عبارت است از «اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد»، که این منبع، ابزاری است که دامنه منابع را در تکمیل حقوق گسترده‌تر ساخته است. بنابراین، در این موارد که قانون ساکت است و درباره آنها در فقه مطلبی نیست، از طریق اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، می‌توان نقص قانون را جبران ساخت، حتی اگر این اصول حقوقی، در رژیم‌های حقوقی دیگر یافت شود. بدیهی است استناد به اصول حقوقی رژیم‌های حقوقی دیگر نباید با اصول حقوقی ایران از جمله اصول عملیه مغایرت داشته باشد.

بنابراین، در موارد نقص یا سکوت قانون، اگر مسئله مطرح‌شده کیفری باشد، قاضی به متن قانون بسنده می‌کند و در امور غیرکیفری، رجوع دادرسی به فقه، به مواردی محدود است که آن مسئله در فقه، سابقه طرح داشته باشد، در غیر این صورت، یعنی در مواردی که امری حقوقی و غیرکیفری طرح شود که در فقه نیز سابقه نداشته باشد، ارجاع قاضی به فقه بیشتر شبیه ارجاع وی به ناکجاآباد است. به‌نظر می‌رسد که در این موارد باید به خاستگاه آن پدیده اجتماعی مراجعه کرد. (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ج ۱/۳۶۱). به عنوان مثال، قانون مدنی در بند ۳ ماده ۸۶۲، طبقه سوم را «اعمام و احوال و عمامات و احوال و خالات و اولاد آنها» عنوان کرده است اما در خصوص اعمام و احوال و اولاد اعمام و احوال پدر و مادر متوفی ساکت است.

طبیعی است که با توجه به سابقه طرح آن در فقه باید در حل مسئله به فقه مراجعه کرد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ۱۲۰)

اما در مورد پدیده‌ای چون «غیرمنقول حکمی» مندرج در ماده ۱۷ قانون مدنی، به نظر نمی‌رسد که دانش یک قاضی توان استخراج حکم از فقه را داشته باشد. بنابراین، در این موارد باید به خاستگاه مسئله (برای مثال، حقوق فرانسه) مراجعه کرد. در ماده ۱۷ مزبور مقرر شده است:

حیوانات و اشیایی که مالک آن را برای عمل زراعت اختصاص داده باشد، از قبیل گاو و گاو میش و ماشین و اسباب و ادوات زراعت و تخم و غیره و به طور کلی هر مال منقول که برای استفاده از عمل زراعت لازم و مالک آن را به این امر تخصیص داده باشد، از جهت صلاحیت محاکم و توقیف اموال، جزء ملک محسوب و در حکم مال غیرمنقول است.

این ماده در فقه سابقه ندارد و به نظر می‌رسد از ماده ۵۵۲ قانون مدنی فرانسه گرفته شده باشد^(۴) و در موارد سکوت و ابهام در این ماده باید به شرح آن در قانون مدنی فرانسه مراجعه کرد.

البته نباید فراموش کرد که تفسیر یک پدیده با کمک یک رژیم حقوقی دیگری مانند فرانسه کافی نیست و باید تا حد ممکن با فقه و موازین اسلامی سازگاری یابد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۹۷)؛ به عبارت دیگر، در اقتباس و تفسیر یک پدیده حقوقی، نباید پیوند آن با رژیم حقوقی ایران و فقه را از یاد برد و آن را بومی ساخت، کاری که آبا و اجداد ما در مورد قانون مدنی تا حد ممکن رعایت کرده‌اند. به عنوان مثال، در ماده ۱۹۰ قانون مدنی مقرر شده است:

برای صحت هر معامله، شرایط ذیل اساسی است: ۱. قصد طرفین و رضای آنها؛ ۲. اهلیت طرفین؛ ۳. موضوع معین که مورد معامله باشد؛ ۴. مشروعیت جهت معامله.

با اینکه در تدوین ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران، ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه^(۵) مدنظر نویسندگان قانون مدنی ایران بوده است و این دو ماده را می‌توان شبیه دانست، در بند ۱ ماده ۱۹۰، کلمه «قصد» اضافه شده ولی در بند ۱ ماده ۱۱۰۸ به کلمه «رضایت» بسنده شده است. بنابراین، در اقتباس احکام دیگر رژیم‌های حقوقی برای تکمیل قانون، فقه مبنا قرار می‌گیرد؛ به عبارتی، حقوق اخذ شده نباید با موازین اسلامی مغایر باشد.

نکته دیگر اینکه در حقوق برخی کشورها، با فقدان قانون یا سکوت قانون، منابعی در نظر گرفته شده است که قاضی با رعایت سلسله مراتب به آنها رجوع می‌کند؛ به عنوان مثال، در

حقوق مصر، در صورت سکوت قانون، عرف، حقوق اسلامی، مبانی حقوق طبیعی و عدالت می‌توانند منبع تکمیل حقوق باشند که در ماده ۱ قانون مدنی مصر پیش‌بینی شده است.^(۶)

نتیجه‌گیری

تردیدی نیست که دین اسلام کامل‌ترین ادیان است و بیشتر مسائل روزمره زندگی، از عبادات تا معاملات، در کتب فقهی طرح شده است. نکته دیگر اینکه هیچ رژیم حقوقی نمی‌تواند خود را از مذهب و باورهای قلبی بی‌نیاز کند و در این مورد فقه ما در مرحله وضع، تفسیر و تکمیل قانون، مهم‌ترین نقش را ایفا می‌کند، به نحوی که فهم و درک برخی از مواد حقوق ایران بدون تکیه بر فقه میسر نیست.

اما واقعیت این است که همه حقوق در فقه خلاصه نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ج ۲/ ۲۸ به بعد). زندگی اجتماعی گسترده‌تر از آن است که بتوان آن را پیش‌بینی کرد. سرعت ظهور و تکامل و تحول پدیده‌های اجتماعی، فراتر از سرعت قانونگذاری است و همواره حقوق عقب‌تر از پدیده‌های اجتماعی در حرکت است. از سوی دیگر، برخی از این پدیده‌ها و نیازها در فقه مسبوق به طرح نیست و گرنه فقهای مدبر درمورد آن چاره‌اندیشی می‌کردند. از سوی دیگر، در وضعیت کنونی، این یک حقیقت است که بسیاری از نهادها و تأسیسات حقوقی، از کشورهای اروپایی مخصوصاً فرانسه در رژیم حقوقی ما وارد شده است؛ همچنین، زندگی اجتماعی اقتضا می‌کند که گاه دستاوردهای حقوقی دیگران را در حقوق وارد کنیم. بنابراین، با اصل ۱۶۷ قانون اساسی که تنها منبع وضع و تکمیل و تفسیر قانون را فقه می‌داند، قلمرو فقه مبهم است و معلوم نیست درمورد پدیده‌های جهانی چگونه می‌توان حقوق را به منابع داخلی محدود کرد و لذا به نظر می‌رسد که در حقوق فعلی ایران، قانون نوشته بر هر متن دیگری مقدم است و با وجود قانون نمی‌توان به فقه یا حقوق اروپایی مراجعه کرد. (اصول ۴، ۱۶۷) اما در وضع یا شرح یا تکمیل قانون باید تحقیق کرد که آیا در فقه حکمی هست یا نه. اگر مسئله مسبوق به طرح در فقه بود، باید به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر مراجعه کرد و در غیر این صورت، یعنی اگر در قانون مطرح نشده یا ناقص و مجمل باشد و در فقه نیز چنین پدیده‌ای طرح نشده و فتوای جدیدی نیز به دست نیامده باشد و با اصول حقوقی ایران از جمله اصول عملیه نیز نتوان مشکل را حل کرد، باید به خاستگاه آن مسئله مراجعه کرد و چنانچه قانونی از حقوق کشور دیگری گرفته شده باشد، برای درک آن باید به متون مربوط مانند نوشته‌های حقوق‌دانان فرانسه مراجعه کرد.

این امر نه تنها در وضع و تفسیر و تکمیل حقوق مؤثر است، بلکه بر آموزش حقوق نیز اثر می‌گذارد: معلم حقوق باید در شرح و بسط مواد قانونی، به سابقه آن بنگرد؛ هر جا امری مقتبس از فقه است، به فقه رجوع کند و هر جا پدیده‌ای و یا قانونی جدید وجود داشته باشد که در فقه نیست و با منابع داخلی نیز نمی‌توان آن را تفسیر کرد، به منابع اصلی یعنی حقوق اروپایی مراجعه کند.

پی‌نوشت

1. Article 1110: L'erreur n'est une cause de nulite de la convention que lorsque elle tombe sur la substance meme de la chose qui est l'objet ...
2. Article 62. 1: Celui qui sans cause legitime s'est enrichi aux depens d'autrui est tenu a restitution...
3. Article 4: Le juge qui refusera de juger sous pretexte du silence . de l'obscurite ou de l'insuffisance de la loi pourra etre poursuivi comme coupable de deni de justice.
4. Article 1108: Quatre conditions sont essentielles pour la validite d'une convention: le consentement de la partie qui s'oblige: sa capacite de contracter : un objet certain qui forme la matiere de l'engagement : une cause licite dans l'obligation.
5. Article 1108: Quatre conditions sont essentielles pour la validite d'une convention: le consentement de la partie qui s'oblige: sa capacite de contracter : un objet certain qui forme la matiere de l'engagement : une cause licite dans l'obligation.
۶. ماده ۱: تسری النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناول هذه النصوص في لفظها او في فحواها . فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فاذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية فاذا لم توجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة.

منابع

- پاشا، صالح، علی (۱۳۴۸). سرگذشت قانون؛ مباحثی از تاریخ حقوق، تهران: دانشگاه تهران.
- جبعی‌العاملی، زین‌الدین (۱۳۷۲). *الروضة البهیة فی شرح المعمة الدمشقیة*، ج ۲، چ هفتم، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰). *ترمینولوژی حقوق*، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۹). *ارث*، ج ۱، چ دوم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲). *صدمه مقاله در روش تحقیق علم حقوق*، تهران: گنج دانش.

داوید. رنه (۱۳۶۹). *نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر*، ترجمه حسین صفایی، محمد آشوری و عزت‌الله عراقی، چ دوم، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.

دفتر همکاری حوزه و دانشگاه تهران (۱۳۶۸). *درآمدی بر حقوق اسلامی*، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها.

دل وکیو، جرج (۱۳۸۰). *فلسفه حقوق*، ترجمه جواد واحدی، تهران: نشر میزان.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). *فلسفه حقوق*، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). *گامی به سوی عدالت*، ج ۲، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

لوی برول، هانری (۱۳۷۶). *جامعه‌شناسی حقوق*، ترجمه ابوالفضل قاضی، چ سوم، تهران: نشر دادگستر.

محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن (۱۳۷۷). *المختصر النافع*، تهران: الهام.

معین، دکتر محمد (۱۳۸۲). *فرهنگ فارسی*، ج ۱، چ بیستم، تهران: امیرکبیر.

متسکیو (۱۳۶۲). *روح‌التوانین*، ترجمه علی‌اکبر مهتدی، چ هشتم، امیرکبیر.

Kanner, M. (1965). *Le droit simple et complet*. 5e. ed. Parsi: Librairie generale de droit et jurisprudence.

Strack. Boris (1972). *Droit civil. Obligations*. Paris: Librairies Techniques, Librairie de la cour de cassation.

بازاندیشی معیارهای نگارش دانشنامه حقوقی

سیدرحیم حسینی*

چکیده

کتاب *دانشنامه حقوقی* (لنگرودی، ۱۳۷۲) که بارها به حله طبع آراسته شده، برای اهل تحقیق و دانشجویان رشته حقوق شناخته شده است. در عین حال، این مجموعه از جهت‌هایی قابل تأمل و نقد است؛ البته در اینجا، مراد نقد شکلی یا شیوه‌ای نیست. در این مقاله از دو زاویه متأملانه و نقادانه به این اثر علمی نگریسته شده است: ۱. از حیث مستندات فقهی، اصولی، قواعد فقهی و ...؛ ۲. از جهت انتقادات و اشکالات مؤلف به برخی آرا و نظریات فقه و اصولیان. به عبارت دیگر در این مقاله در پی آن هستیم که از زاویه فقه شیعه مهم‌ترین مواضع غیرعملی و نادرست مؤلف محترم را در حوزه اندیشه فقهی نقد کنیم. **کلیدواژه‌ها:** نقد، دانشنامه حقوقی، فقه شیعه، اصولیان.

مقدمه

کتاب *دانشنامه حقوقی* به‌رغم تلاش‌های علمی و ارزنده مؤلف و محاسن و مزایای آن که بر اهل فن پوشیده نیست، از جهاتی چند که نادیده‌انگاشتن آنها نیز ممکن نیست، جای بسی نقد و تأمل دارد که دقت و درنگ در آنها، اعتبار این اثر را با تردیدهای جدی مواجه می‌سازد. در این پژوهش به دنبال آن نیستیم که محتوای این کتاب را از حیث اینکه در برخی موارد نظر صرفاً علمی مخالف با نظر مؤلف آن داریم، بررسی کنیم و بر صحت و سقم دیدگاه‌ها و استدلال‌های ایشان از زاویه‌ای صرفاً به‌عنوان یک نظریه علمی تأمل کنیم، چرا که هر نوشته و تألیف بشری جای دقت و درنگ دارد و ممکن است برای نظریه ارائه‌شده

* استادیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی 1348@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۸۹/۹/۲۱، تاریخ پذیرش: ۸۹/۱۱/۷

جایگزین دیگری پیدا کنیم؛ بلکه در پی آنیم که نقاط برجسته‌ای از مواضع و دیدگاه‌های غیرعملی و غیرمنصفانه مؤلف محترم را در حوزه فقه و اندیشه فقهی به‌ویژه از زاویه‌ای شیعی بررسی و معیارهای به‌کار بسته‌شده ایشان را بازبینی کنیم.

۱. نادیده‌انگاری اغلب دستاوردهای اخیر و معاصر

با وجود کوشش فراوان صاحب اثر برای بهره‌گیری از متون اصلی فقهی، حقوقی و اصولی، فضای حاکم بر فصل‌های مختلف آن، گویای این مطلب است که در تدوین آن صرفاً از آثار پیشینیان استفاده شده است و از یافته‌های علمی متأخرین و معاصرین که بخش بزرگی از تاریخ علم فقه و حقوق را شکل می‌دهند، به‌ندرت و در حد ضرورت اجتناب‌ناپذیر استفاده شده است.

در مستندات اثر، صرفاً از آثاری بهره گرفته شده است که امروزه به‌رغم اهمیت علمی و مکانیت تحقیقی و مرجعیت برای مطالعه فقهی و حقوقی، تنها درصدی از سهم پژوهش و نوآوری در این عرصه را به خود اختصاص می‌دهند. به‌طور طبیعی، استفاده از یافته‌های علمی اخیر و معاصر و گستردگی بهره‌مندی از منابع قدیم، به عمق و اهمیت یک کوشش علمی می‌افزاید و اگر مراجعه به این منابع به شکلی محدود و یا طبق ذهنیت پژوهشگر و به‌صورت گزینشی صورت گیرد، به تناسب ثمره حاصل از آن نیز محدود، مضیق و صرفاً منحصر به فضای خودساخته وی خواهد بود.

اتخاذ این رویه از یک سو موجب شده مفاهیم مطرح شده به‌عنوان‌هاژگان اساسی دانشنامه، از آنچه در دیگر آثار فقهی اخیر و معاصر آمده و مبنای بسیاری از آرا و فتاوی فقهی و مبنای علمی قانونگذار و عرف فعلی جامعه ایران است، فاصله‌ای فراوان پیدا کند و مسیر تفسیر و تطبیق قوانین جاری با فقه را تغییر دهد، و از دیگر سو مراجعه‌کنندگان به این اثر را با نوعی سردرگمی و با سؤالات متعدد مواجه سازد. از جمله این سؤالات: آیا آنچه در این اثر آمده است، به‌روشنگری درباره مفاهیم مطرح شده کمک می‌کند یا در صدد ابهام‌افزونی است؟ آیا از دوران قدیم و یا در دو دهه سال اخیر، فقط پژوهش‌های محدودی که مؤلف به آنها اعتماد کرده نگارش یافته و کوشش دیگری در این زمینه صورت نگرفته است؟

۲. بومی‌انگاری مفاهیم نوعی و فقهی

در قسمت‌های مختلف کتاب، برخی مفاهیم اساسی در حوزه فقه و اصول به‌عنوان یک

یافته فرهنگی - بومی ایرانی معرفی شده است که بر توجه نکردن به مبانی دینی و نوعی و عقلانی آنها حکایت دارد؛ از جمله:

- در صفحه ۳۵۲ جلد یک، با طرح بحث پیرامون سیر تطوّر اصل استصحاب، این بحث برخلاف نظر مشهور و بدون استدلال یک «فرض قانونی» در برابر «امارات قانونی یا قضایی» عنوان شده و در صفحه ۳۵۳، درباره منشأ ایجاد آن چنین نظر داده شده است:

به حق می توان گفت: با توجه به زحمات سلف ایرانی ما، بحث استصحاب را فرهنگ ایرانی به وجود آورده است و جزء لایتجزای فکر حقوقی حقوقدانان این مرز و بوم است.

این درحالی است که «اصل استصحاب»، مبنای عقلی نوعی و ادله ای دارد که منشأ آن حکم شارع است نه فرهنگ یا کوشش حقوقدانان ایرانی. شیخ انصاری در ادله حجّیت استصحاب می گوید:

أنا تتبعنا موارد الشك في بقاء الحكم السابق المشكوك من جهة الرفع فلم نجد من أوّل الفقه الى آخره مورداً إلّا حكم الشارع فيه بالبقاء. (قوائد الاصول، ج ۲/۵۶۳)

آخوند خراسانی، پس از بررسی در ادله اقامه شده بر حجّیت این اصل و تحریر و تقریر وجوهی مانند «استقرار بنای عقلاء»، و «اجماع ادعاشده درباره آن»، دلیل برتر بر اثبات این اصل عملی را اخبار و احادیث دانسته و نوشته است:

العمدة في الباب الاخبار المستفيضة (كفاية الاصول: ۳۸۸) و به تعبیر میرزای نائینی «الاخبار و هي العمدة و قد بلغت ما يقرب من الاستفاضة» (قوائد الاصول: ج ۴/۳۳۴) و متأخرین از ایشان مانند آقای خوئی (مصباح الاصول: ج ۳/۱۲) و دیگر بزرگان نیز به تبع نیاکان فکری خود، عمده ترین دلیل اقامه شده بر حجّیت و جواز استفاده از اصل استصحاب را روایات مستفیضة از معصومین (ع) دانسته اند.

۳. تنزیل جایگاه فقه شیعه

بی تردید، نه ستایش آقای لنگرودی از جایگاه فقیهان شیعه موجب رفعت منزلت و مکانیت ایشان است و نه تنقیص و تنزیل ایشان کسر شأن برای آنان می شود. اما این توقّع وجود دارد که اثری که داعیه آن دارد مبانی نظری و استنباطی قوانین جاری کشور شیعی را تبیین کند، آبشخور اصلی آن، مبانی همان قوانین باشد که قانونگذار در نگارش آنها عنایت خود را معطوف به آنها داشته است.

مؤلف در مواضع فراوان، ضمن ستایش از نظریات فقیهان اهل سنت و ضربه کردن آرای

آنان در برابر فقیهان شیعه، می‌کوشد با مقلد جلوه‌دادن شیعه از فقه اهل سنت، این پندار غیرواقعی و غیرعلمی را تثبیت کند که فقه شیعه اصالت چندانی ندارد. به‌عنوان نمونه، در ج ۱، ص ۵۰۶-۵۰۵، در مسئله «شهادت بر اعسار» که از نظر فقیهان خاصه و عامه، لازم است شاهد از شرایطی برخوردار باشد، که از جمله این شرایط، با توجه به اینکه اعسار از امور خفیه است، حشرونشر درازمدت شاهد با مشهود له (مدعی اعسار) است تا با احاطه و اشراف بر جزئیات زندگی وی، شهادتش ممنوع شود. در این مسئله، ضمن تأکید بر پیروی علامه حلی از ابن‌قدامة، درباره این فقیه حنبلی چنین نوشته شده است:

[وی] از مفاخر اسلامی است و کتاب فقه او در ده مجلد از بزرگ‌ترین مآخذ فقه فرق اسلامی بوده و هست. راقم این سطور در تتبع متون خاصه و عامه دریافتم که علامه حلی با همه عظمت خویش، چنان فریفته کتاب/المعنی بوده که غالباً عین عبارات آن را در کتاب تذکرة الفقهاء گنجانده است؛ و شگفت آنکه پس از علامه تاکنون کسی روش او را دنبال نکرده و ندیدم فقیه امامی از (المعنی) مثلاً مطلبی ذکر کرده باشد.

سخن درباره فریفتگی مؤلف در برابر ابن‌قدامة به موقعیت دیگر نیازمند است؛ ولی در اینجا راجع به مدعای ایشان درباره علامه حلی، نکاتی به اختصار یادآوری می‌شود: اولاً نقل قول از یک کتاب، به‌معنای پذیرش نظریه مؤلف آن نیست، به خصوص اگر ناقل همانند علامه حلی در تذکرة (ج ۷۰/۱۴ - ۶۹) پس از نقل قول از ابن‌قدامة و پیش از آن، نظر متفاوت خود را درباره آن ابراز کرده باشد. ثانیاً ادعای اینکه غالب عبارات ابن‌قدامة در تذکرة گنجانده شده، نظری است غیرمنطبق با واقع؛ زیرا از مراجعه به ابواب مختلف این کتاب به‌خوبی روشن است که قسمت اعظم آن را براساس مذهب و مذاق فقهی علامه حلی، روکرد شیعی این اثر شکل می‌دهد. ثالثاً بر اساس آنچه مؤلف کتاب تذکرة در مقدمه نوشته، این کتاب با محوریت فقه مقارن تألیف شده است:

وقد عزمنا فی هذا الكتاب الموسوم بـ تذکرة الفقهاء علی تلخیص فتاوی العلماء، و ذکر قواعد الفقهاء علی أحق الطرائق و أوثقها برهاناً، و اصدق الأقاویل و أوضحها بیاناً و هی طريقة الاحیة الآخذین و یتهم بالوحی الالهی، والعلم الربانی، لا بالرأی والقیاس و لا باجتهاد الناس ... و اثر نافی کل مسئله الی الخلاف واعتمدنا فی المحاکمة بینهم طریق الانصاف. (تذکرة الفقهاء: ج ۴/۱)

و در لابه‌لای مطالب و نقل قول‌ها و در عرصه دفاع از مواضع مبتنی بر دیدگاه‌های حقوق

لائیک و فقهای اهل سنت، فقهای شیعه با تعبیری مخاطب شده‌اند که نه تنها خطاب یک عالم دینی با این تعبیر شایسته نیست، بلکه به کارگیری آنها درباره هر مخاطب عامی نیز دوراز شأن عالمان حقوق است:

در صفحه ۳۵۱ جلد یک، در بحث از راه‌حل‌های ارائه شده پیرامون مصادیق مشتبه بین حق و حکم که به حق جزء مواردی است که مؤلف حتی از عهده تصویر آن بر نیامده تا صورت مسئله را آن‌گونه که فقط مطرح است، تحریر کند تا چه رسد به داوری در این زمینه، درباره یکی از صاحب‌نظران که قائل به استصحاب حکم در مقابل حق است، می‌گوید: «... امثال این‌گونه استصحابات، از هوس‌های بزرگان است».

و در صفحه ۳۸۳ جلد یک، درباره فقیه بزرگوار دیگری اظهار می‌دارد: «... تشخیص مصادیق مشتبه حق و حکم که مسئله‌ای مشکل نیست، موجب سرگرمی ساده‌دلان شده است».

۴. مفاهیم خودساخته و مشکلات پیش‌رو

تفسیر واژگان و اصطلاحات براساس معیارهای خودخواسته و شخصی که زمینه نوعی و استدلالی ندارد و براساس ملاحظات غیررسمی، موجب شده است از بعضی مفاهیم اساسی تعاریفی ارائه شود که در منابع اصیل و قابل اعتماد در حوزه فقه و حقوق، بنیانی ندارند، مع الوصف مؤلف در پی آن است تا با اتخاذ چنین رویه‌ای در بیان ماهیت این مفاهیم، از اهل اصطلاح و پدیدآورندگان آنها انتقاد کند؛ حال آنکه اگر بخواهیم تفسیر شخصی و مبتنی بر اعتبارات و ملاحظات غیررسمی خود از یک واژه ارائه دهیم، نباید توقع داشته باشیم که گذشتگان و صاحب‌نظران پیشین با ما همراه شوند؛ به عنوان نمونه:

در صفحه ۳۱۲ جلد ۴، تعریفی از دلیل ارائه شده است که به تغییر مؤلف، شامل دو معنای این واژه است: دلیل به معنای «کاشف» و دلیل به معنای «مصلحت» مؤلف:

راهنمای اندیشه را دلیل باید نامید، خواه در این راهنمایی وصول به مجهول مورد نظر باشد یا صرفاً وصول به هدف مورد توجه باشد هرچندکه مجهولی حل نشود. فقهاء با همه تلاشی که در معرفی دلیل کرده‌اند، به کلی از دلیل مصلحت غفلت کرده‌اند و حال آنکه دلیل مصلحت در علم حقوق عمده‌ترین نقش‌ها را دارد.

در این عبارت، براساس تفسیری از دلیل توقع همسوئی فقها با خود را دارد که اصولاً تفسیر یادشده ارتباطی به دلیل از منظر فقه ندارد، زیرا دلیل در این حوزه مساوق با «حجیت» و «منجز» در صورت کشف واقع و «معدّر» در صورت خطا و عدم وصول به

واقع است و صرف راهنمای اندیشه‌بودن معنای لغوی آن است که زمینه‌ساز دلالت است و دلیل به این معنا به حوزه فقه و حقوق منحصر نیست بلکه در تمامی علوم مطرح است؛ اما آنچه برای هر علمی اهمیت دارد، بیان ممیزات و مشخصات دلیل موردنظر در آن است تا براساس آن، حدود و ثغور آن درمقایسه با دلیل در دیگر علوم مبین شود، و شما در جواب سؤالتان درباره دلیل، از هیچ صاحب‌نظری قبول نخواهید کرد که در جواب بگویند مقصود ما از دلیل مورد استفاده در دانش حوزه تخصص راهنمای اندیشه است، بلکه انتظار آن است تا ویژگی‌های اساسی این راهنمای اندیشه را برای ما بیان کند، مسئله ای که در مباحث حجت کتب اصولی، فراوان پیرامون آن سخن رفته و تصویر روشنی از دلیل ارائه شده است.

همچنین، دلیل مصلحت، از اصل مدنظر فقیهان شیعه نبوده و طبق بررسی‌های به عمل آمده در ردّ برخی از ادله مورد اتباع فقیهان اهل سنت آن را تحت عنوان «استحسان» و «مصلح مرسله» نقد کرده‌اند؛ با این حال، چگونه می‌توان متوقع بود مطلبی که در بوته انتقاد است، عنصر اساسی دلیل ازمنظر فقه شیعه تلقی شود؟!

نیز در صفحه ۲۹۷، پس از تعریف «استصحاب» به «مشئ برطبق سابقه موجود در صورت شک در بقای آن»، نوشته شده است:

بنابراین باید چیزی که قبلاً وجود داشته، بعداً در ادامه وجود آن تردید حاصل شود و وسیله‌ای برای رفع تردید نباشد و لا علاج مصلحت جامعه در آن است که برطبق همان سابقه عمل کنند، فی‌الجمله فکر استصحاب به نوعی مصلحت‌اندیشی است که کم و بیش هر جامعه‌ای بآن راه برده و می‌برد.

این بیان درباره استصحاب و اینکه زیربنای آن را «مصلحت‌اندیشی» بدانیم، در هیچ اثر فقهی نیامده است؛ چه، با وجود ادله متعدد عقلی و نقلی برای اثبات این اصل، نیازی به افزودن «مصلحت‌اندیشی» به زمره این ادله نیست مگر اینکه مانند مؤلف دنبال این باشیم که واژه خودتفسیر کرده را مبنای انتقاد از فقه قرار بدهیم و بگوییم:

النهایه حدود و سامان این نوع مصلحت‌اندیشی در عمل به قدری مبهم است که با همه تلاشی که فقهای اسلام برای رفع این ابهام کرده‌اند، هنوز در ابتدای راه هستیم. مصلح قابل ملاحظه ای گردآورده اند ولی ابهام از همه‌طرف آنها را گرفته است، به‌خصوص که مثال‌هایی که باید نمایشگر صحت و اصالت این تلاش‌ها باشد، همگی خیالی و یا غیرفقهی و یا اختصاص به مسائل پاکیزگی و پلیدی و پرستش دارد که حکمت آن مسائل از دسترس اندیشه بشری بسیار دور است.

حال آنکه کار فقیه نه گردآوری مصالح است نه تکثیر استدلال براساس ذائقه‌های فکری شخصی؛ بلکه آنچه در فقه متبّع است، دلیل و اصلی است که حجّیت آن به معنای کشف از حکم واقعی یا ظاهری به اثبات رسیده است، تا استنباط حکم شرعی را بر بنیان صحیح و قابل دفاع بنا بگذارند و معیارهای تحصیل حکم شرعی را رعایت کنند؛ که در جای خود، مباحث ارزشمندی پیرامون این موضوع ارائه شده است.

۵. آیا منطق ارسطویی، زیربنای فقه است؟

مؤلف در مقام انتقاد از مبانی فقه و خاستگاه آن، داوری‌های غیرمنصفانه و به دور از واقع فراوان دارد، تا جایی که در برخی موارد گفته‌های ایشان به مخالفت با بداهت عقل و اولیات فقه و عرف فقها تبدیل می شود، به عنوان نمونه متهم کردن فقه به تبعیت از منطق ارسطویی است که در صفحه ۳۱۲ جلد ۴، می نویسد:

فقهاء، توجه زیاد به منطق ارسطو(!) داشته اند که مطلقاً بی فایده بوده است. گذشت قرون، آشکارکننده عجز منطق ارسطو(!) است.

تنها آقای لنگرودی نیست که این مسئله را آن هم به صورت فوق مطرح می سازد و استفاده‌های فراوان خود از فقه را در مجموعه آثار و کتب و مقالات نادیده می انگارد؛ و این اوج داوری غیرمنصفانه است که درعین بهره‌مندی از یک دانش و دستاوردهای ارزشمند بزرگان آن، همان دانش را به تبعیت از منطقی بی فایده(!) منتسب سازیم.

ایشان در عبارت فوق، دو ادعا را همزمان مطرح کرده ولی برای هیچ یک دلیل اقامه نکرده اند: یکی ادعای مطلقاً بی فایده بودن منطق ارسطویی؛ دیگری، استفاده مفراط فقها از این منطق. جواب برای ادعای اول ایشان، نیازمند بحث منطقی و عقلانی مستقلی است که سخن در این باره را به محل خود وا می گذاریم و به همین جمله بسنده می کنیم که تاکنون احدی منطق ارسطویی را مطلقاً بی فایده ندانسته و تنها به برخی از قواعد آن در مباحث تصدیق و حجّت ایراداتی وارد کرده است. لیکن مباحث تصور و معرف آن که صرفاً ارسطویی نیست و یا مباحث مربوط به قضایا که صرفاً به منطق ارسطویی مربوط نیست بلکه منطق ارسطویی تنها با سایر نحله‌های فکری و منطقی در این موارد مشترک است، در منظر نقد کسی قرار نگرفته است. البته تمامی مباحث فکری و علمی جای بحث دارند و از جهات گوناگون می توان آنها را در بوتۀ ارزیابی نقّادانه قرار داد؛ اما چنین نیست که ثمرۀ هر انتقادی، الزاماً به محض اینکه به عنوان یک انتقاد مطرح شد، به نفی تامّیت یک علم منتهی

شود، بلکه به عکس، در اغلب موارد اگر نقد براساس قاعده و انصاف صورت پذیرد، به نتیجه‌ای کامل در راستای تکمیل همان دانش منجر می‌شود.

امروز برای اهل فن به‌خوبی مشهود است که آنچه با عنوان منطق ارسطویی شناخته می‌شود، تنها یافته‌های ارسطویی این منطق نیست بلکه در قرون متمادی و بر اثر نقّادی‌های فراوان و تأملات عالمان فکر و منطق قواعد و اصول دیگری به‌ویژه از سوی عالمان منطق در دنیای اسلام بر آن افزوده شده تا جایی که در مقایسه یافته‌های منطقی ابن‌سینا، خواجه نصیرالدین طوسی، ملاصدرا، سبزواری و دیگر بزرگان با منطق ارسطویی و ترجمه‌های ابن‌رشد از این منطق برای اثبات عینیت این دو منطق با تردیدهای جدی مواجه هستیم.

درباره ادعای دوّم مؤلف نیز با توجه به محدودیت فضای مقالات، به چند نکته در زیر بسنده می‌شود:

۱. علم فقه، دانش بسیار گسترده‌ای است که در آن از احکام و قوانین مختلف تشریعی بحث می‌شود. این احکام به‌قدری وسیع است که همه اعمال و روابط اجتماعی فرد و جامعه و احوال شخصیه را دربر می‌گیرد؛ به عبارت دیگر، هر عملی که از انسان مکلف صادر شود، حکمی از احکام خمسّه تکلیفیه دارد و منابع و مبانی آن از دوره آغازین یا به‌قطع می‌توان گفت از طرح نخستین مسئله فقهی مشخص و تعریف شده از کتاب و سنت بوده و با تطوّر مسائل این علم و پیدایش شرایط جدید اجماع و عقل نیز به آنها افزوده شده است. لذا مبانی احکام از نظر شیعه عبارت‌اند از کتاب، سنت، اجماع و عقل (منابع الاحکام: ۳؛ ضوابط الاصول: ۸؛ قوانین الاصول: ج ۹/۱؛ الفصول الغریبه فی الاصول الفقهیه: ۱۱ و ۱۲؛ ...)

از نظر مذهب حنفی عبارت است از کتاب، سنت متواتره، قول صحابی، اجماع، اجتهاد به رأی، قیاس، استحسان، و عرف (به‌ترتیب اهمیت و فقدان دلیل قبلی) (ادوار علم الفقه و اطواره: ۱۴۲)، از نظر مذهب مالکی عبارت است از کتاب، سنت، عمل اهل مدینه، قول صحابی، قیاس منصوص‌العله و مصالح مرسله (همان: ۱۵۲)، از نظر مذهب شافعی عبارت است از؛ کتاب، سنت، اجماع، قیاس مستنبط‌العله (همان: ۱۵۸)، و از نظر مذهب حنبلی عبارت است از کتاب، سنت، فتاوی‌ای صحابه و قیاس (اعلام‌الموقعین عن رب‌العالمین: ج ۱/۳۳) و در هیچ مقطع از مقاطع تاریخ فقه شیعه و سنی، احدی از فقها، منطق ارسطویی را به‌عنوان یکی از مبانی یا منابع خود در استنباط مطرح نکرده‌اند.

۲. از منظر فقهای امامیه، عقل، در استنباط و کشف حکم شرعی، در کنار سایر منابع استنباط از کتاب و سنت و اجماع قرار می‌گیرد ولی هرگز به‌عنوان مشرّع و قانونگذار

شناخته نمی‌شود و تنها براساس معیارهای شناخته‌شده در موارد خاص آن‌هم در رتبه‌ای پس از منابع سه‌گانه نخست به کشف نظر شارع می‌پردازد، برخلاف پندار بعضی از اشاعره که نظر عقل را نوعی تحمیل و تحکّم بر شریعت می‌دانند بدون اینکه به تفاوت میان کشف و حکم توجه کنند؛ و در قرون اخیر، برخی هرگونه اهتمام به عقل را در برابر شریعت قرار می‌دهند و اعتماد به آن در فقه و مسائل کلامی را با تکیه بر پندارهای خود، برون‌رفت از قواعد استنباط می‌دانند، حال آنکه اهمیت عقل از نظر فقه شیعی نه از باب اهتمام منطق ارسطویی به آن است و نه از سر غفلت، بلکه این دستورپیشوایان مذهب (علیهم‌السلام) است که عقل را به‌عنوان یک حجّت و برهان قابل قبول توصیه می‌کنند، چنان‌که امام صادق (ع) می‌فرماید:

حجّة الله على العباد النبي، والحجّة في مابين العباد و بين الله العقل. حجّت و برهان خدا بر بندگان، پیامبر (ص) است و حجّت میان بندگان و خدا، عقل است. (الكافي: ج ۱/ ۲۹ - ۱۰، جلد العقل والجهل)

و در خطاب امام موسی بن جعفر (ع) به هشام بن الحکم آمده است:

يا هشام! انّ الله على الناس حجّتين: حجّة ظاهرة، و حجّة باطنة؛ فاما الظاهرة فالرسل والانبياء والائمة و اما الباطنة فالعقول. هشام! خدا برای آدمی دو حجّت قرار داده است: حجّت ظاهری که پیامبران‌اند و حجّت باطنی که عقول‌اند. (همان: ج ۱/ ۲۵)

و روایات متضافر متعدد دیگر که مبنای اهتمام فقیهان به دلیل عقل و اندیشه توأم با تأمل در کشف احکام شرعی بوده و این ادعا که فقه بر بنیان منطق ارسطویی نهاده شده، ظلمی بس عظیم در حق این دانش است.

۶. افراط در ستایش یافته‌های خود

هرچند که بیان محاسن یک تلاش علمی و یادآورشیدن امتیازات آن خود بخشی از هر پژوهش است، تأکید بر فضل و برتری مؤلف و محقق، آن‌هم در مراحل مختلف و به قصد تنقید و تنقیص دیگر صاحب‌نظران و بزرگان یک فن، خلاف آیین پژوهشگری و سنت علمی حاکم بر فضای فقه و حقوق است، که پیشگامان این عرصه اگرچه به آرا و انظار جدید و منتقد از نیاکان فکری خود دست یافته و در عرصه تألیف آورده‌اند، در بیان آن، کمال تواضع و تمجید از تلاش‌های گذشتگان را نصب‌العین قرار داده‌اند.

در این اثر، موارد فراوانی وجود دارد که مؤلف محترم این اصل و قاعده مرسوم میان پژوهشگران را نادیده گرفته‌اند؛ به‌عنوان نمونه:

در صفحه ۳۵۳ جلد یک:

«... لازم بود صاحب‌همتی این مشکلات را از سر راه بردارد و با مطالعات پیگیر در حقوق لائیک ... و جداکردن فهم از وهم مطالب بر محک تجربه و عمل آزموده شود. این کار در کتاب حاضر جامه عمل پوشید ...»

در، صفحه ۲۱۶ جلد ۲:

افتتاح بحث تازه مقداری احاطه و شجاعت هم لازم دارد که ... در همین مجلد از این دایرةالمعارف، عناوین ذیل را طرح کرده‌ایم ...

در صفحه ۳۸۳ جلد ۲:

مردی که در اواخر عمر خود، علم اصول خوانده بود با این حال در فروع مانده بود حکم داشت مرا بیازماید گرچه حق نداشت ...

در صفحه ۳۸۴ جلد ۲:

فرق است بین کسی که ترا به ظلمات تفاهم عرف سوق دهد و کسی که (مؤلف) ترا در ظلمات تفاهم عرف راهنمایی کند.

۷. آیا علم حقوق بر تفاهم معمولی مردم استوار است؟

تردیدی نیست که فلسفه وجودی قوانین و احکام، رعایت غبطه کمال و ارتقای انسان و حفظ منافع فردی و نوعی و جلوگیری از مضرات و تهدیدات حیات فردی و جمعی در حوزه‌های مختلف و شئون گوناگون روابط انسان‌ها با یکدیگر، با محیط، با جامعه و ازسوی دیگر با خدا و آموزه‌های الهی است.

مؤلف بر این عقیده است که فارغ از همه تعلقات و مبانی و اقتضائاتی که برای قوانین و علم حقوق وجود دارد، این علم و محتوای آن، چیزی جز تفاهم در حد متعارف نیست.

در صفحه ۳۳۱ جلد یک، نوشته شده است: «اساس علم حقوق، تفاهم معمولی مردم است به قدری که مصالح آنان در حد صحیحی حفظ شود.»

این نظریه از جهات گوناگون قابل تأمل است؛ که تمامی این تأملات به رغم اهمیت و جایگاه تفاهم عرفی در وضع قوانین قابل طرح است:

۱. آیا تفاهم معمولی مردم می‌تواند همانند عقل حکم کند و به عنوان یکی از ادله و منابع فقه و حقوق اسلام تلقی شود؟ آیا تفاهم می‌تواند مؤسس و بنیانگذار حکم حقوقی و شرعی قرار

گیرد؟ در صورت قول به این مطلب، محدوده اختیارات تفاهمات معمولی چیست؟ آیا تفاهم می‌تواند عمومیت حکمی را مانند دلیل نقل و عقل تخصیص بزند یا مطلقاً را مقید کند؟

تردید نیست که از منظر علمی، بنای عرف و تفاهمات معمولی، از جمله حجّت‌های قطعی در مقام کشف واقع نیست، بلکه عقل است که همانند نصوص، با رعایت شرایط خاص آن، حجّت قطعی است و می‌تواند به عنوان اساس برای علم حقوق دانسته شود، زیرا طریقت قطع ذاتی است (نهایة الدرایه فی توضیح الکفایة، ج ۳۱/۵ - ۲۹)؛ و فرق است بین یافته‌های عقلی و قراردادهای اجتماعی یا منطقی‌ای. اساس این مدعا این است که تفاهم‌ها و قراردادهای معمولی به خودی خود حجّت نیستند و برای حجّت خود به تقریر معصوم (ع) و دست کم عدم ردع شارع نیازمندند. این مبنا شاید نظر عمده فقهای شیعه باشد و چه بسا به همین دلیل قراردادهای اجتماعی را در شمار منابع فقه نیآورده‌اند؛ و از دقت در این معنا، پاسخ دو سؤال فوق واضح است.

۲. درست است که تفاهم‌ها ممکن است جنبه عقلایی داشته باشند، اغلب بدون توجه به علت و سبب قانون و براساس اراده عمومی برخاسته از شرایط در حال تغییر صورت می‌گیرند، و به همین علت مفاد آنها نه تنها احکام و ضوابط واقعی دانسته نمی‌شود بلکه کاشف از این دسته قوانین نیز نیستند، مگر در حوزه‌های تعریف‌شده‌ای مانند حوزه مفاهیمی که شارع القای به عرف کرده باشد، مثل اینکه احکام خود را ارائه می‌دهد، اما فهم آن را به عهده عرف گذاشته است که در این صورت تفاهم عرفی می‌تواند حقیقت و کنه حکم و قانون را روشن کند و از قشر اندیشی بر حذر دارد؛ یا حوزه اثبات موضوعات و تحولاتی که رخ می‌دهد، مثلاً شارع گفته نفقه زن واجب است و امساک زوجه باید با معروف باشد (... فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِیحُ بِإِحْسَانٍ ... بقره ۲۲۹) اما مقدار نفقه و حدود آن از نظر عرف بر اثر تحولات زندگی و جامعه و تغییر اوضاع زمان ما بالاتر از مقداری می‌شود که در گذشته بوده است؛ یا در مواردی که خود شارع به تفاهم و عادت مردم احاله کرده است که در این گونه موارد و نظایر آنها که فراوان است، تفاهم و فضای حاکم بر عرف کارساز است. اما اینکه همه حقوق را ناشی از این امر بدانیم، غفلت از واقعیت علم حقوق و دور کردن کامل آن از فقه است.

۳. در تمامی عرصه فقه و حقوق اسلام، چیزی تحت عنوان «تفاهم معمولی مردم» وجود ندارد و تنها می‌توان عناوینی نظیر «بنای عقلا» یا «سیره متشرعه» یا «عرف» را به این معنی تفسیر کرد که «شرط معمولی بودن» این تفاهم مغایر با این امر است، زیرا «سیره» یا «بنای عقلا» که نزدیک‌ترین واژگان به این عبارت هستند، چنین تعریف شده‌اند:

استمرار عادت مردم و تبانی عملی آنها بر انجام دادن یا انجام ندادن کاری است ... که اگر مراد از مردم، همه عقلا و عرف عام از هر نژاد و آیینی باشد، در این صورت سیره عقلانیه یا بنای عقلاء شکل می گیرد. (اصول الفقه: ج ۳ و ۴/۱۷۱)

و به تعبیر شهید صدر:

عنوان جامع و فراگیر در تعریف سیره عقلا این است که آن را دیدگاه‌های عقلایی در یک موضوع بدانیم. (بحوث فی علم الاصول: ج ۴/۲۳۴)

اما اینکه سیره عقلا را به قرارداد معمولی ولو اینکه غیرعقلانی هم باشد، تفسیر کنیم، در هیچ تعبیر حقوقی و فقهی به آن برنخواهیم خورد.

۴. تأکید بر صرف توافقی بودن قوانین حقوقی، مغایر با روح دینی و الهی حقوق اسلام است که بنیان آن را کتاب و سنت شکل می دهد و منزلت فهم عرفی و قراردادهای وضع قانون از تطبیق نصوص تعدی نمی کند.

۸. عیار بی حاصلی

مؤلف، بحث پیرامون برخی از مباحث اصول فقه را بیهوده دانسته اما دلیلی بر این مدعا اقامه نکرده و یا اگر دلیلی آورده به سبک خود ایشان است! چنان که درباره ضرورت اثبات اصل براءت در صفحه ۴۰ جلد ۲ می گوید:

در کتب اصول فقه، تلاش زیادی برای اثبات اصل براءت شده است. به نظر من تجدید آن مباحث بیهوده است و مسئله از بدیهیات عقول عصر ما است و نباید که همه مباحث اعصار گذشته را که به دوران تاریخ یک علم بسته است، بر سر راه نسل حاضر و نسل های بعد نهاد. قدری تعقل و تفکر، ما را از انتقال به مباحث بی حاصل باز خواهد داشت.

و به فاصله ای اندک، پیرامون کوشش گذشتگان در این زمینه در صفحه ۴۲ جلد ۲ اظهار می دارد:

در کتب اصول فقه، غالباً اصل اباحه را با اصل براءت اشتباه کرده اند حتی کسانی که متوجه فرق این دو اصل بوده اند، غالباً یکی را به جای دیگری به کار برده اند.

و در بیان جایگاه علمی خود در بحث از این اصل می افزاید:

اول کسی که کوشش برای نمایاندن فرق آن دو کرد، شیخ انصاری بود. او چهار فرق به دست آورد و ما نیز چهار فرق بر آن افزودیم و اکنون این نسخه پرسی در این مسئله، از هر کتاب به زبان عربی فراهم تر و رساتر گردیده است و راهنمایی برای حل مسائل مربوط به این باب خواهد بود.

سؤال این است: اگر بحث در این زمینه بی حاصل است و تعقل و تفکر به قول ایشان ما را از انتقال به مباحث آن باز می دارد، خود ایشان مستنداً به کلام اصل عقلائی، مباحث دامنه داری را در این باره مطرح می سازند؟ و اگر بحث و بررسی پیرامون پیشینه این اصل را بی حاصل می دانند، آیندگان از کجا متوجه این معنا بشوند که ادعای ایشان در باب برتری این اثر پارسی بر منابع اصیل در این زمینه بی دلیل نیست؟

و در این زمینه، اشاره به دو مطلب را ضروری می دانیم:

۱. چنان که در جای خود روشن شده است، بررسی پیرامون هر اصل یا دلیلی که در احکام فقهی و حقوقی به آن استناد می شود و اثبات آن، از مراحل اولیه پژوهش های فقهی و حقوقی است که ضرورت آن برای کسی قابل انکار نیست تا جایی که گفته اند اساساً شأن مجتهد و پژوهشگر در این حوزه این است که:

کوشش کند تا آن دسته از قواعد را که در استنباط احکام مورد استنادند یا در مقام عمل و در صورت عدم دسترسی به دلیل نیازمند به آنهاست را بشناسد. (کفایة الاصول: ۹؛ المحاضرات: ج ۸/۱)

و این گونه نیست که اصل برائت و ادله آن از بدیهیات، بی نیاز از بررسی باشد؛ چرا که اگر چنین بود، حجم فراوانی از کتب قدیم و جدید اصول فقه را به خود اختصاص نمی داد و صاحب نظران و خبرگان این همه به بحث در این زمینه اهتمام نمی کردند، زیرا بسیاری از فروع مترتب بر این اصل، از منظر اثبات و عدم اثبات آن سرچشمه می گیرد و بر اهل تحقیق پوشیده نیست که اختلاف نظر علمی در مفاد ادله اثبات آن از حیث محدوده فایده این ادله تا چه اندازه در فروع و احکام مستنبط از آنها تأثیرگذار است.

۲. اگر چه ممکن است در مواردی، از مؤلفات اصولی بین اصل برائت و اصل اباحه خلط شده باشد، چنین نیست که این خلط به اندازه ای مغفول مانده باشد که تا عصر شیخ انصاری احدی از عالمان اصول به این تفاوت و فرق میان این دو واژه توجه نداشته باشند؛ بلکه پیش از شیخ انصاری، نظر عالمان اصولی این بوده است که اصل اباحه به رغم تفاوت هایی که با اصل برائت دارد، از حیث اینکه هر دو نافی الزام و تکلیف اند، قابل ارجاع به برائت است. (کاشف الغطاء: ج ۱۹۹/۱)

۹. خلط میان یافته های حقوق فرانسه و قواعد اساسی فقه

بی تردید، بهره گیری از یافته های حقوقی ملل مختلف، در فهم ضرورت ها و وضع قوانین جاری مؤثر است، اما مطلق انگاری آنها در برابر آموزه های حقوق ایران و تخصیص و تقیید قوانین به واسطه

حقوق فرانسه، گذشته از تبعات مختلف آن که باید در جای خود به آنها پرداخته شود، با این ایراد علمی مواجه است که مخصص عمومات قواعد فقهی و حقوقی و مقیدات آنها ابتدا باید از حیث حجیت و عدم حجیت مورد بحث قرار گیرند و صلاحیت آنها برای این مهم به اثبات برسد. مؤلف، در مواردی، بدون رعایت این اصل، برخی از موازین حقوقی به تعبیر ایشان لائیک را به عنوان مخصص برای عمومات دینی و حقوقی مطرح می‌سازد.

به عنوان نمونه، در صفحه ۴۹۰ جلد یک در باب تقسیط دین به تراضی دائن و مدیون اظهار می‌دارد: «بهتر است که قانونگذار ایران با استفاده از تجارب سایر ملل، مقررات صریح وضع کند و مواد مورد بحث را یکجا در قانون مدنی تمرکز دهد و گرنه از صد حکم اعسار و استثنای مستثنیات دین سودی حاصل نیست (چنان‌که در متون فقهی شیعه نظیر (نهایه شیخ طوسی: ج ۳۰۹/۱؛ مفتاح‌الکرامه: ج ۹/۵؛ منابع‌المتقین: ۲۵۶، چنین استثنایی آمده است). تجارب سایر در حالی برابر این متون قرار می‌گیرد که برخی از آنها مانند نهایه شیخ طوسی صرفاً براساس احادیث متواتر یا مستفیض از معصومین (ع) تألیف شده است.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایه‌الاصول*، الاسلامیه، چاپ سنگی.
- آل کاشف‌الغطاء، علی، *ادوار علم‌الفقه و اطواره*، بیروت: دارالزهران.
- ابن قیم‌الجوزیه، *اعلام‌الموقعین عن رب‌العالمین*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- اصفهان‌ی، محمدحسین بن عبدالرحیم، *نهایة‌الدرایه فی توضیح‌الکفایه*، مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث.
- اصفهان‌ی، محمدحسین بن عبدالرحیم، *الفصول‌الغرویة فی‌الاصول‌الفقهیة*، چاپ سنگی.
- حلی، علامه ابومنصور جمال‌الدین، *تذکرۃ‌الفقاء*، قم: مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث.
- الخویی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۶). *المحاضرات فی اصول‌الفقه*، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام‌الخویی.
- الصدر، سیدمحمدباقر، *بحوث فی علم‌الاصول*، قم: مؤسسه دایرة‌المعارف فقه شیعه.
- طوسی، ابوجعفر محمدبن‌الحسن، *النهایة فی مجردالفقه والفتاوی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- القزوینی، سیدابراهیم، *ضوابط‌الاصول*، چاپ سنگی.
- قمی، ابوالقاسم، *قوائد‌الاصول*، چاپ سنگی.
- کاشف‌الغطاء، جعفر، *کشف‌الغطاء عن مبهمات‌الشریعة‌الغراء*، قم: مکتب الاعلام‌الاسلامی.
- کلینی (۱۳۸۶). *الکافی*، تهران: انتشارات اسوه.
- لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲). *دانشنامه حقوقی*، چ سوم، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- المظفر. *اصول‌الفقه*، نجف: المطبعة‌النعمانیة.
- نراقی، احمدبن محمد مهدی، *منابع‌الاحکام و‌الاصول*، چاپ سنگی.

تحلیلی انتقادی از کتاب فلسفه حقوق؛ فلسفه انتقادی در نقد فلسفه حقوق ایرانی

محمدجواد جاوید*

چکیده

نزدیک به سه دهه است که بشر معاصر بار دیگر به‌سراغ سؤالات سابق جامعه خویش در فلسفه حقوقی رفته است که از قدمت طرح منسجم آن حداقل بیش از سه هزار سال می‌گذرد. محققان معاصر به‌سبک تبار یونانی این دانش، در عرصه فلسفه حقوق، خواسته یا ناخواسته، متوجه مسئله‌ای کلیدی شده‌اند که به تولید ادبیاتی غنی اما همچنان مبهم و ذهنی‌درتسهیل دسترسی همگان به صلح و دستیابی عموم به‌برابری منجر شده است. فلسفه حقوق کنونی نزدیک به نیم قرن است که بازهم از «عدالت» سخن می‌گوید؛ بحثی که نه قدیم است، نه جدید. در نظر، عمری به قدمت عمر عالم و آدم دارد اما در عمل، جنینی سخت نارس است. فلسفه حقوق در ایران نیز همچون قایقی سبک‌وزن بر پهنه دریای مسائل فلسفه‌حقوق درجهان حاضر در حال دوران است؛ و دور نیست تا یا موجی سهمگین به‌کلی بنیان او را براندازد، یا باز به امید اصلاح، طرحی نو در قالبش دراندازد. مقاله حاضر تفسیری بر همین وضعیت فلسفه حقوق در ایران امروز است. اما در این مختصر قصد دارد تا تحلیل خویش را براساس مطالعه موردی اثری گرانسنگ در فلسفه حقوق فارسی‌زبانان رقم زند. با مفروض قلمدادکردن الگو، نوشتار حاضر بر این فرضیه استوار است که کتاب فلسفه حقوق: تعریف و ماهیت حقوق (کاتوزیان، ۱۳۸۵) نوشته‌ای درخور توجه در این حوزه است، از آن روی که زبانی دوگانه در محتوا دارد.

کلیدواژه‌ها: فلسفه حقوق، عدالت، قانون، حقوق تحقیقی، قانون طبیعی، دولت.

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران Univiran@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۸۹/۱۰/۹، تاریخ پذیرش: ۸۹/۱۲/۸

مقدمه

ادب نقد طبق سنت فیلسوفانه بر این بوده است تا علاوه بر ذکر محسنات، ازپیش، ذهن مخاطب را بر زوایا و محتوای کلان اثر، آگاهی دهند. از این رو است که باید بی تردید اذعان داشت که در طی سه دهه اخیر، کمتر کتابی در زمینه فلسفه حقوق به اندازه کتاب *فلسفه حقوق* نوشته دکتر ناصر کاتوزیان - استاد بازنشسته دانشگاه تهران - با ذهن دانشجوی حقوق در ایران همراه بوده است. در اسلام هیچ مذهبی به اندازه مکتب شیعه بر تأملات عقلایی ابرام نداشته است؛ به طوری که از جمله منابع فقهی - حقوقی علمای این مکتب، «عقل» است. از این رو نگارش *فلسفه حقوق* به زبان فارسی، گام گذاردن در محیطی نامأنوس برای متفکر و پژوهشگر ایرانی نبوده است و نمی تواند باشد؛ چراکه پیش تر از این هم حتی در ایران باستان رگه هایی فلسفی در آرای اندیشمندان ایرانی می توان یافت که نه تنها بر میراثی کهن تأکید دارد بلکه خود مشرب و آبشخوری برای فلسفه یونانی بوده است. مطالعه همین تأثیر، خود از پژوهش های سترگ و پرارزشی است که محتاج تبارشناسی در تاریخ فلسفه غرب است تا نشان دهد که به چه میزان هراکلیت، افلاطون و ارسطو از گستره تأملات فلسفی مشرق زمین متأثر بوده اند.^(۱) بگذریم از دوره هایی که فلسفه و منطق عقلی، بنا به دلایل عموماً سیاسی و اجتماعی، غبار کهنگی گرفت و علما و ادبایی برای برائت از تهمت رجس و الحاد از آن کناره گرفتند و ناخواسته اسباب زوالی را پدید آوردند. (طباطبایی، ۱۳۷۳) با وجود این، جایگاه عقل به مثابه بنیان تحلیل فلسفی همواره زنده بوده است و علمای شیعه نقش مهمی در ارتقای تبیینی میانه و به دور از قشری گری اشعری و تکسویی معتزلی داشتند. از این رو است که با سلطه اندیشه اشعری بر دنیای اهل سنت، قرن ها رکود اندیشه، ارمغان جمود و صوری انگاری در دین بود. در حوزه حقوق نیز بالطبع نمی توان از رونق اندیشه حقوق طبیعی در مفهوم فطری یا عقلی سخن گفت. (Chehata, 1973: 17)؛ چراکه این اندیشه به قبول لوازمی مستقل از تفسیر منجر می شود که تفکر غالب (عموماً در جهان عرب معاصر) تاب تحمل آن را ندارد. (عابد الجابری، ۱۹۸۶) هنوز هم ایرانیان رویکرد فلسفی و عقلی عمیقی به مسائل علمی دارند که حتی از منظر افراد سیاسی جهان هم قابل توجه است. لذا باید تدبیری در اعاده هویت فلسفی جامعه به ویژه در حوزه حقوق اندیشید.

بر این الگو و مبنا است که نویسنده کتاب *فلسفه حقوق*: تعریف و ماهیت حقوق که از این پس از او تحت عنوان «مؤلف» یاد خواهیم کرد، در بیان انگیزه های تهیه کتاب، در پیشگفتار نخست خود در سال ۱۳۵۲ می نویسد:

اعتقاد داشتم تا زمانی که این گونه مسائل فلسفی درباره حقوق مطرح نشود و حقوقدان در پژوهش‌های خود از بن معماها آغاز نکند و تنها به فروغ پردازد، حقوق ملی و ریشه‌داری مایه نمی‌گیرد. (ص ۹)

در یادداشت چاپ دوم که در سال ۱۳۶۵ متناسب با وضعیت جدید در ایران است، می‌افزاید:

طرح مسائل مربوط به فلسفه حقوق در حکمت و فلسفه اسلامی به شیوه کنونی مرسوم نبوده است. با این وجود نباید چنین پنداشت که در این باره هیچ اندیشه قابل ذکر نشده است. (ص ۲)

بنابراین، به نظر می‌رسد مؤلف هم به تدریج خمیرمایه ملی - دینی (اسلامی) را در کار خویش قابل توجه می‌داند و بر پایه این باور، سعی می‌کند در نگارش این کتاب، دغدغه ایران و اسلام را از سر نرهند.

در بررسی و نقدی که در این مقاله صورت گرفته، نقاط قوت و ضعف اثر در دو بخش صوری و محتوایی ارزیابی شده است. مجموعه مطالب نیز با لحاظ شرایط فوق، به صورت موازی ذکر شده‌اند. به عبارت دیگر، در این نوشتار، «درستی و نرمی به هم در به است». طبیعتاً در هر اثر بشری، وجود این صنف از مزایا و معایب هم غریب نبوده و آرمان محققان و مصنفان منصف آن است تا آسیب‌های اثر خویش را به حسن‌ها تبدیل کنند و بدین وسیله تدارک تقریب بیشتر به آمال‌های اولیه در تألیف کتاب خویش را تسهیل کنند. از سوی دیگر، بر ارزیابان و منتقدان است تا به نیکی به موضوع پردازند و جز نیکی به مؤلف در سر نداشته باشند. و البته در این گذر و گذار ذهنی نه مؤلف و نه مفسر، هیچ یک مدعی مصونیت و معصومیت فکری نیستند. امید است تا با این نیت، نگارنده این سطور نیز بتواند در حد وسع، با آسیب‌شناسی اثر مذکور، زمینه‌های مساعدت لازم برای دستیابی مؤلف به آرمان‌های خویش را در آینده‌ای نزدیک بهتر فراهم کرده باشد.^(۲)

الف) اسلوب صوری اثر

۱. از منظر ظاهری، در کتاب فلسفه حقوق سعی شده است سنت مکتوبات فلسفی در تنظیم مطالب به نیکی رعایت شود. بدین منظور، در تیتربندی محتوا، از الگوی شمارگان استفاده شده است که باید هر شماره ناظر به موضوعی جدید باشد؛ و ذیل هر شماره، موارد جزئی‌تر با هم با شماره‌های غیرمسلسل تقسیم‌بندی شده‌اند. به این ترتیب، محتوای کتاب

در چاپ چهارم خود در سال ۱۳۸۵، که مستند این نوشتار است، به ۲۶۳ عنوان شماره‌دار تقسیم یافته است. به علاوه، متن کتاب برای محققان آشنا به حوزه‌های حقوق سلیس و روان است و علی‌رغم منابع فراوان غیرفارسی، نمی‌توان محتوای کتاب را صرفاً پاره‌هایی ترجمه‌شده از کتب خارجی دانست؛ چراکه مؤلف در عموم مباحث از تحلیل بومی بی‌بهره نبوده و بر داده‌های هم‌اوا با فکر معاصر ایرانی استناد جسته‌اند.

۲. مجموعه کتاب بنا به سنت عموم نویسندگان فرانسوی، به صورت ثلاثی در سه فصل تدارک دیده شده است^(۳)؛ هر فصل، جز فصل نخست، سه مبحث دارد و ذیل هر مبحث نیز گفتارهایی آورده شده که البته تناسب فصل‌ها بسیار تأمل‌برانگیز است، به نحوی که به عنوان مثال فصل اول به تنهایی نزدیک به ۴۰۰ صفحه از کتاب را شامل می‌شود در حالی که فصل دوم به سختی به ۸۰ صفحه می‌رسد. در این باره شایسته بود مؤلف در صورت عنایت و اعتقاد به لزوم این توازن منطقی در نوشتار، فلسفه به هم‌ریختگی این نظام‌مندی را به نیکی توجیه می‌کردند.

۳. مؤلف در بند ۶ صفحه ۳۱ کتاب، نظام‌مندی و طرح کلی کتاب را توضیح داده است و کار خویش را در سه جلد می‌بیند که در جلد مورد بحث قرار است «بیشتر به چهره فلسفی و مجرد» مباحث فلسفه حقوق بپردازد. اما متأسفانه هیچ‌گونه توضیحی درباره سبک توزیع و پردازش مطالب داده نمی‌شود. به دیگر سخن، نویسندگان به ارائه کلیاتی صرف در سازماندهی کتاب اشاره دارد که لزوماً سازماندهی پژوهش تلقی نمی‌شود. در باب فلسفه این گونه تقسیم‌بندی، توجیه و توضیحی مطلوب وجود ندارد؛ چراکه اساساً فرضیه و سؤال اصلی برای کتاب به صورت منقح یافت نمی‌شود.

۴. انتظار آن است که مسیر حرکت در هر پژوهشی با سؤالی اصلی و فرضیه‌ای بنیادین روشن شده باشد و به عبارت دیگر، نقشه راه براساس این نوع دغدغه‌ها تنظیم شود. در این خصوص، خلأی بزرگی بر کتاب حاضر حاکم است؛ به‌ویژه که نگارنده در چاپ اول دغدغه اخلاق و حقوق دارد و در چاپ‌های بعدی دغدغه خود را عدالت و حقوق می‌داند. تغییر این استراتژی تحقیقی نه تنها قابل تقییح نیست؛ بلکه باید در برخی موارد مبارک و میمون تلقی شود، زیرا اساساً بشر در فرایند افزایش دانش و آگاهی قرار دارد، اما مشروط به آنکه این تغییر مبنا در عمل مبتنی بر همان داده‌های مبنای سابق نباشد. توضیح آنکه اگر پرسش بنیادین مؤلف در دو برهه زمانی، به دو گونه متفاوت نمود یافته باشد، اما مواد تشکیل‌دهنده پاسخ ایشان عناصر یکسانی باشند، امکان تفسیرهای متفاوت از متن ایشان

حتی بیش از همین دو مورد مد نظر مؤلف هم وجود خواهد داشت. در نتیجه، تا زمانی که سازماندهی کلان پژوهش قصد پرکردن خلأی خاصی را به صورت دقیق (سؤال اصلی) در سر نداشته باشد، این امکان تفسیر متفاوت و بعضاً متعارض، و حتی امکان کج تابی در متن را هم فراهم خواهد کرد. همه این آسیب‌ها از آن روی وارد خواهد بود که نویسنده اگر هم استراتژی خاص تحقیقاتی خود را نشان داده که مثلاً در نظر مؤلف حاضر «تعریفی از حقوق، که به اختصار نمایشگر اوصاف» (ش ۶: ۳۱) کتاب است، در عمل تاکتیک‌ها و راهکارهای مطلوب رسیدن به آن هدف را دقیقاً مشخص نکرده است. این عیب آنگاه جدی‌تر می‌شود که در آینده نیز احتمال تغییر استراتژی کلان کتاب بدون تحول در محتوای آن قابل پیش‌بینی باشد، اگر برای فلسفه حقوق سؤالات مهم‌تری غیر از اخلاق و عدالت هم قائل باشیم.

۵. فقدان اصول پیش‌گفته باعث می‌شود کتاب اساساً قابل ارزیابی علمی نباشد؛ چراکه معیارهای اتخاذشده در متن مؤلف تابع قواعد قابل تبیین و لزوماً شفاف نیست و به عبارت علمای پوزیتیویست احساس می‌شود نوعی رویکرد شهودی یا به تعبیر روشن‌تر سلیقه‌ای استخدام شده است که مبتنی بر داده‌های قابل تبیین چون تجربه، تعمیم و تکرار طبعاً نخواهد بود. نبود سؤالات اصلی و فرعی، فرضیه‌ها، متغیرهای مستقل و وابسته، ابزار تحقیق، ... هر ارزیابی کارا در این خصوص را عقیم می‌گذارد و در بهترین حالت، بررسی از کتاب هم شهودی خواهد بود. نتیجه آنکه این سبک بررسی و تحلیل پژوهش، تنها برای خود مؤلف و در حد عالی نیز شاید برای ارزیاب معتبر باشد نه عموم از غیر؛ چراکه در عمل نیز نه می‌توان فرضیه‌ای را اثبات کرد نه فرضیه‌ای را رد کرد.

۶. طبیعی است در کتاب‌هایی که مؤلف نظریه‌ای جدید یا تزی خاص را مطرح می‌کند، کمتر می‌توان از ادبیات موجود سخن گفت. اما این بدان معنا نیست که پیش از وی سخنی در این باب نرفته باشد. بسیار طبیعی است که میراث بشری دفعی نیست و زاده فرد خاصی هم نیست. از این رو انتظار می‌رفت آنگاه که در مقدمه از «بیشتر کتاب‌هایی که امروز به نام فلسفه حقوق تدوین می‌شود» (ش ۲: ۲۱)، نمونه‌هایی را ذکر می‌کردند تا ادعای مؤلف در این باره که از «شیوه هیچ‌یک از این مکتب‌ها به طور کامل پیروی نمی‌شود» (همان)، مصداق عینی یابد.

۷. عدم توجه به موارد پیش‌گفته، نتیجه‌ای بس ناخشنودکننده به دست می‌دهد و آن اینکه مؤلف اساساً دغدغه بیان نوع تحقیق را هم در ذهن ندارد. اگر چنین ذهنیتی برای محقق نباشد، بسیار طبیعی خواهد بود که مرزهای انواع تحقیق را ناخواسته بدرد و از آنها بی‌تأمل بگذرد و فلسفه ورود و خروج را معین نسازد. لذا در قضاوتی خوش‌بینانه نوع تحقیق را

می‌توان نوع ابتدایی تحقیق در علوم انسانی دانست که عموماً ناظر به تحقیقات اکتشافی (discovery) (نوع اول) است که هدف در آن چیزی فراتر از گردآوری و تدوین نیک داده‌های موجود نیست و محقق در این گستره بیش از مدون نیست؛ به عبارت دیگر، هدف محقق آن است که مجموعه‌ای از ادبیات موجود درباره فلسفه حقوق را گردآوری کند و براساس تخصص خود، به چینی‌سازی مطلوب دست زند. با این حال، هرچند که مؤلف فلسفه حقوق: تعریف و ماهیت حقوق عملاً چنین کرده، بی‌نام‌ونشان پا در این مسیر گذاشته است؛ و حتی آنگاه که پای در بحث شناخت قاعده حقوقی در فصل سوم (ش ۲۰۹ - ۱۹۱: ۵۶۱ - ۵۱۶) می‌گذارد، تلاش دارد به نوعی استدلال و توصیف هم دست یازد اما چون داده‌های توصیفی از تحلیلی را در این اثر نمی‌توان به‌خوبی مرزبندی کرد، نمی‌توان اثر پژوهشی را که فاقد فرضیه است، به تحقیق توصیفی (نوع دوم و متوسط) یا تبیینی - تحلیلی (نوع سوم و عالی) متصف کرد.

۸. از نیکی‌ها و دقایق کاری مؤلف، ارجاعات مناسب و متعدد او است. این مسئله بیشتر از آن جهت تحسین‌برانگیز است که علاوه بر نقل قول از بزرگان صاحب‌نظر در این حوزه و علی‌رغم روش برخی پیشکسوتان، نگارنده محترم ابا نداشته است تا به آثار مؤلفان و محققان بومی یا تازه‌کار و جوان هم استناد دهد. گرچه مؤلف عموم پاورقی‌ها و ارجاعات پایین صفحات را به فارسی آورده و عناوین منابع لاتین را نیز در ارجاعات به فارسی ترجمه کرده که خود نوعی خرق عادت و خلاف عرف اصحاب قلم است، این عیب بخشودنی است از آن‌روی که در منابع پایان کتاب، پژوهشگر کنجکاو را در کشف اصل کتاب لاتین حیران نمی‌گذارد.

۹. گرچه به‌سختی می‌توان کتابی در این حجم را فارغ از عیوب ناخواسته املائی و انشایی دانست و اثر حاضر از این منظر در وضع ستودنی قرار دارد، ذکر این نکته لازم است که شایسته بود حداقل در منابع پایان کتاب روش یکسانی در تنظیم مآخذ در نظر گرفته می‌شد؛ به این معنا که ذکر منابع تابع سیاق واحدی نیست. نگاهی به آخرین منبع به زبان فارسی در صفحه ۶۹۲ می‌تواند گواه خوبی بر به‌هم خوردگی نظم پیشین باشد. در ارجاعات عربی نیز همین مشکل به نوع دیگری وجود دارد، از آن جهت که عموم منابع پایانی فاقد سال نشر هستند. نکته مهم‌تر عدم آوردن آثار ارجاع‌شده توسط خود مؤلف در پاورقی‌ها، در منابع پایانی کتاب است. آثار ارزنده محقق که تنها در صفحات ۶۳۱ تا ۶۳۳ هفت‌بار به آنها ارجاع داده شده، در پایان در ضمن منابع ذکر نشده است. البته این انتقاد کلی به مؤلف

قابل انکار نیست که علاوه بر موارد قبل، برخی از منابع ارجاعی در پاورقی‌ها را در منابع پایانی به هیچ شکلی ذکر نکرده‌اند، هرچند که در پاورقی‌های متن نیز برخی آدرس‌ها ناقص و ناتمام یا بعضاً از منابع دست دوم است. (برای نمونه، ص ۵۲۴، ش ۱۹۶، پاورقی ش ۹. به‌ویژه پاورقی ص ۱۰۶، ش ۱۰۱)

(ب) الگوی محتوایی اثر

۱. **روح دایرةالمعارفی کتاب:** مؤلف قصد ندارد در کتاب خود از مکتبی خاص در فلسفه حقوق سخن بگوید؛ از این رو است که مجموعه‌ای از مکاتب موجود و مسائل مهم فلسفی را به‌تصویر می‌کشد و وصف می‌کند. لذا معتقد است در «بیشتر کتاب‌هایی که امروز به‌نام فلسفه حقوق تدوین می‌شود» (ش ۲: ۲۱)، «شیوه هیچ‌یک از این مکتب‌ها به‌طور کامل پیروی نمی‌شود». (همان) مؤلف خود نیز از مکتب خاصی طرفداری نکرده و کوشیده است آرا و مکاتب موجود را بی‌طرفانه وصف کند. معلوم نیست آنچه مؤلف در این خصوص در مقدمه می‌گوید، مدح است یا ذم؛ اما آنچه مسلم است، اینکه در هر صورت مؤلف نیز همین روش همگانی را درپیش می‌گیرد و خود را نماینده مکتب خاصی نشان نمی‌دهد. براین اساس می‌توان گفت که روح کلی حاکم بر کتاب ازمنظر محتوایی بر محور تنظیم متنی منبع برای دانشجویان و فارسی‌زبانان است و از این رو است که سعی می‌شود چیزی در این حوزه از قلم نیفتد. این شیوه، دو عیب دارد: اولاً، مباحث لزوماً تخصصی نخواهد بود، ثانیاً، مؤلف نمی‌تواند علایق خود را تا پایان کتاب مخفی نگاه دارد و تمایلی نیابد. در این کتاب، علایق مؤلف به‌طور خاص در قالب مکتب خاصی قرار نمی‌گیرد و نوسان دارد.

۲. **محور کلان در بحث مکاتب:** با تأکید نویسنده بر اخلاق در چاپ اول و سپس بر عدالت در چاپ‌های بعدی، ممکن است در نگاه اول چنین تصور شود که این اسلوب، مشخصه نوعی تأکید بر عناصری پایدار در گستره مکتب حقوق طبیعی باشد؛ اما از آنجا که مؤلف هیچ تعریف مشخصی از اخلاق و عدالت ارائه نمی‌دهند، خواننده را در فهم مقصود خویش تا پایان کتاب حیران می‌گذارند. همه تأکیدات مؤلف از آغاز نوشتار در چاپ اول بر اخلاق و سپس تغییر موضع بدون دلیل یا مبنا و خالی از علت وی در چاپ دوم با تأکید بر عدالت، نشان‌دهنده نبود عنصر جوهری در تمیز اخلاق و عدالت به‌مثابه مبانی فلسفه حقوقی خاص در ذهن مؤلف است؛ آن چنان که این سیالیت به‌راحتی این امکان را به نویسنده خواهد داد که احتمالاً در چاپ‌های آینده بنابر وضع موجود جامعه یا سلاقی و

علاقه شخصی آتیه، بر مسئله دیگری تأکید کند و هدف کتاب را ناظر بدان موضوع بداند بدون آنکه در عمل و در محتوا و متن، ابزارهای برداشت مطلوب و معطوف به آنرا فراهم کرده باشد. این انتقاد محتوایی می‌تواند بازتاب همان فقدان مبانی روش‌شناختی در طرح مسئله اصلی کتاب باشد؛ به عبارت دیگر، مؤلف محترم بر مواد خامی ثابت، تنها رنگی جدید می‌پاشد یا در ساختمانی پیش‌ساخته تنها به تغییر نام و پلاک بسنده می‌کند. نگاهی به صفحه ۴ نشان می‌دهد که مؤلف عنصری از وضع حاضر را به تحلیل خود افزوده است نه بیشتر:

افزودن عامل عدالت بر تعریف حقوق، از مهم‌ترین ویژگی‌های این چاپ است. در جهان کنونی، شاید از هر زمان دیگری خود را تشنه عدالت می‌یابیم.

این سبک ورود به یک بحث فلسفی چندان معمول و میمون نیست، به‌ویژه اینکه خروج از بحث کتاب نیز در همان راستای موضوع آغازین بحث اصلی نیست.

۳. تضاد و تناقض: واقعیت آن است که در جوهره فهم مکاتب در حقوق نمی‌توان از دو مکتب حقوق طبیعی و حقوق تحقیقی فراتر رفت. مابقی مکاتب، به‌نوعی مدیون این دو ریشه‌اند.^(۴) از ظرایف کار مؤلف آن است که بر این مهم وقوف داشته‌اند و مجموعه فصل اول را با بیش از ۴۰۰ صفحه بر محور این تفکیک به خوانندگان خویش تقدیم کرده‌اند. اما مشکلی که نگارنده به‌وجود آورده‌اند، تفکیک‌نشدن کلیات حقوق از فلسفه حقوق است. گرچه نویسنده در پیشگفتار (ص ۹) بر این مهم معترف است و قصد اصلی از نگارش فلسفه حقوق را برنامه کلیات حقوق می‌دانند و هرچند بین این دو بحث از حقوق، ارتباط تنگاتنگی وجود دارد، این دو به‌هیچ‌وجه به یک معنا نیستند بلکه بین این دو مبحث در بهترین حالت نوعی عموم و خصوص مطلق وجود دارد که در ذیل آن کلیات، فلسفه هم بحث می‌شود ولی نه به‌نحو خاص. تغییر رسالت نوشتاری کتاب باعث شده است ردپاهای سترگ کلیات حقوق در فلسفه حقوق حاضر به‌خوبی قابل رصد باشد، افزون بر اینکه در سایر آثار مؤلف چون کتاب *مبانی حقوق عمومی و کلیات حقوق* نیز مباحث این کتاب مستقیم و غیرمستقیم تکرار شده است. ازجمله مهم‌ترین نمودهای این اشکال در همان طرح *تعریف حقوق* در کتاب حاضر، عیان است. ورود و خروج مؤلف در این کتاب بر محور *تعریف حقوق* (و نه عدالت و نه اخلاق) بنا شده، حال آنکه طبق سنت فلسفی در نگارش کتب حقوقی مسئله تعریف قانون، عدالت و اخلاق و پیش‌تر از آنها مبحث انسان و طبیعت وی قبل از هرچیز در فلسفه حقوق قابل بحث است. به‌همین دلیل است که نگارنده نیز در صفحه ۲۰ این کتاب، ذیل بحث موضوع فلسفه حقوق، مکاتبی به‌هم تنیده را در

چهار مورد احصا کرده و قائل به نقش آنان در این خصوص شده است که از این بین در بخش «مکتب‌های فلسفی» (مورد چهارم) تنها از مکتب حقوق طبیعی یاد کرده و این شعبه از فلسفه را مترصد این امر مهم یعنی عدالت دانسته‌اند. اما بسیار عجیب آنکه نگارنده محترم، در نتیجه‌گیری کلی از کتاب در تعریف حقوق، تماماً رویکرد مکتب تحقیقی (پوزیتیویستی) را درپیش می‌گیرد و می‌نویسد: «مجموعه‌ای الزام‌آور و کلی است که به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می‌کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می‌شود.» (ش ۲۶۳: ۶۶۶) گرچه مؤلف وظیفه دولت را در اینجا تضمین و حمایت می‌داند، اندکی پیش‌تر می‌نگارد: «حقوق، نیروی الزام‌آور خود را از دولت می‌گیرد و به همین نام است که امر و نهی می‌کند.» (ش ۲۶۰: ۶۶۳) از این‌رو است که در صفحه ۶۶۵ می‌نویسد که بدون قید دولت، مرزی برای شناسایی اخلاق، حقوق، مذهب و عادات وجود ندارد. این تماماً مخالف مکتب حقوق طبیعی کلاسیک و مدرن است که بر جوهره طبیعت و عقل انسانی، مقدم بر تأسیس دولت نظر دارد. تأکید نگارنده بر نقش دولت به قدری در این کتاب رنگین است که همان‌گونه که در پیشگفتار صفحه ۱۰ نگاشته‌اند که «مفهوم حقوق را نمی‌توان از دولت جدا کرد»، در شماره ۲۶۰ – یعنی پایان کتاب – نیز می‌نویسد: «از مجموع مباحث فصل نخست چنین برآمد که به قاعده‌ای می‌توان وصف حقوقی داد که مورد حمایت دولت واقع شود». این نکته بدان معنا است که (۱) نگارنده اساساً باور به عدالت و حقوق را در دولت می‌بیند و لذا علی‌رغم برداشت اولیه از کتاب، مؤلف یا باوری به اخلاق و عدالت جوهری ندارد یا نمی‌خواهد حقوق را تا بدانجا عقب تبارشناسی کند؛ (۲) نویسنده از ابتدا تا انتهای کتاب در صدیافتن نمونه‌هایی برای پیش‌فرض ذهنی خویش بوده که از منظر روش‌شناختی عملاً مغایر اصل بی‌طرفی در تحقیقات اکتشافی است؛ (۳) با مرگ دولت، مرگ حقوق، انصاف، عدالت و اخلاق هم‌فرا می‌رسد و یا حداقل مرزهای آنها درهم می‌ریزد.

۴. مفاهیم کلیدی: واقعیت آن است که مؤلف مفاهیم کلیدی مدنظر خود را که باید در مقدمه ذکر می‌کرد، تبیین نکرده و برای آنچه از حقوق و تعریف آن آورده است، گواهی وجود ندارد تا به خواننده نشان دهد که این مفاهیم کلیدی خود مؤلف است نه کلیاتی از مفاهیم در علم حقوق. مؤلف تکلیف خود را تا آخر کتاب با خواننده خود روشن نمی‌کند که بالأخره از این همه داده‌های فلسفی چه قصدی جز تعریف حقوق داشته است و اساساً اگر همین تعریف را هم مدنظر دارد، آن را در دل کدام مکتب فلسفی پرورانده‌اند. از این

منظر به واقع نمی‌توان فهمید که خواننده در نهایت چه موضعی دارد و جز گردآوری نیکو، چه غایتی فلسفی از در تدوین این مجموعه فلسفه حقوق دنبال می‌کند و جز طرح کلیات که از آن گریزان است (ش ۲: ۲۴)، چه مشکل یا معضلی را در پاسخ به مسائل فلسفه حقوق و به‌ویژه نگاه بومی - ملی («حقوق ملی و ریشه‌دار») که درس‌ر داشته (پیشگفتار اول: ۹)، گفته است و البته اگر هدف صرفاً تعریفی از حقوق با رویکردی فلسفی بوده است، بسیاری از گفتارها زائد جلوه می‌کند.

۵. فلسفه حقوق خصوصی در دامن عمومی: به نظر می‌رسد مؤلف قصد دارد به «انتخاب بهترین راه اداره» (ش ۲: ۲۴) برای جامعه دست یابد نه ارائه بهترین راه در تدبیر آن. این انتظاری دور از ذهن نیست برای مؤلفی که معتقد است در این سیر، «دیگر نظریه‌های کلی و فلسفی به کار نمی‌آید». (همان) این رویکرد که خود مؤلف هم به نوعی از آن به رویکرد حقوق خصوصی به فلسفه حقوق یاد می‌کند، (همان) سخت محافظه‌کارانه است و چرایی تأکید مؤلف بر نقش دولت را مجدداً بر ذهن خواننده متبادر می‌سازد. شاید اگر این فلسفه را شخصی غیر از «استاد حقوق خصوصی» (همان) مطرح می‌کرد، اندکی بیشتر از مبانی انقلابی و رسالت فلسفه حقوق در تأمین مفهوم عدالت عاریت می‌گرفت. من فکر می‌کنم با تأکیدی که کتاب بر مسئله دولت و عدالت دارد و کل رسالت فلسفه حقوق را در این حضور می‌بیند، واقعاً شایسته بود که جایگاه مباحث هانس کلسن (ش ۹۱ - ۷۸: ۲۴۰ - ۲۲۷) و جان رالز در این کتاب باز هم برجسته‌تر می‌بود. جان رالز (۲۰۰۲ - ۱۹۲۱) - مدرس در دانشگاه هاروارد و پیرو آرای کانت - به عنوان یک دمکرات سوسیالیست نیز تلاش کرده است از اندیشه عدالت به مثابه انصاف (justice as fairness) سخن بگوید با این مفروض که جامعه عادلانه جامعه‌ای انصاف‌مدار است. (تفسیر کن بینمور (Binmoreken) در کتاب عدالت طبیعی - ۲۰۰۵) حتی رالز نیز علی‌رغم تعلقات خاص خود به نظام ابرقدرت، بر نوعی حقوق فرادولتی قائل است، آنجا که می‌گوید: اگر دولتی با نقض حقوق بنیادین بشری، رویه‌ای تهاجمی به خود گیرد، مستحق اجماع جامعه بین‌المللی، البته از مسیر سازمان ملل، علیه خود خواهد بود و طبعاً در اینجا ابتکار نظامی به عنوان آخرین گزینه فراموش نخواهد شد. (رالز، ۱۹۹۳: ۲) بررسی نظام حقوقی کلسن هم، برخلاف تصور مؤلف، ما را به تمامی در بند دولت نمی‌کشد؛ هرچند که تلاشی بی‌حد و وصف در محافظه‌کاری در سر دارد، در عمل ناکامانه به حقوق بین‌المللی رو می‌آورد. در واقع، هانس کلسن (۱۹۷۳ - ۱۸۸۱) وضعیت حقوقی را همچون دکتر کاتوزیان - مؤلف محترم کتاب

فلسفه حقوق - در وضعیت حاکمیت دولت می‌داند، نیز آن را تنها قدرتی می‌داند که باید خود را تحمیل کند و هرچند بالاجبار به تأمین ثبات اجتماعی و وضع حقوقی اقدام کند. از این رو قاعده حقوقی هم امری فراتر از ضمانت دولت نیست. (ش ۸: ۳۶، تعریف «قاعده حقوقی») مؤلف خود به نیکی بر معایب و آسیب‌های تئوری ناب واقف است و در شماره ۹۰، این نظریه را به نقد کشیده است، به ویژه در آن قسمت که می‌نویسد: «در انتقاد از اندیشه کلسن، این نکته را نیز باید توجه داشت که اختیار مربوط به وضع قواعد مطلق نیست و ضرورت‌های ناشی از زندگی اجتماعی آن را محدود می‌کند.» (ش ۹۰: ۲۳۷) اما در هر صورت، انتقاد اصلی مؤلف فراتر از لزوم عنایت به ضرورت‌های اجتماعی از جمله اخلاق نیست: «... آیا می‌توان حقوق را جدای از اخلاق بررسی کرد و روابط این دو را به فراموشی سپرد؟» (ش ۹۰: ۲۳۸) بی‌تردید این انتقاد مؤلف را باید بسیار تحسین کرد که بر امری تکیه می‌کند که هدف اصلی نگارش اولیه و موضوع اساسی نشر نخست کتاب وی را پوشش می‌داده است. ولی تناقضی که بار دیگر مؤلف در این نقد سبب می‌شود، به نظر بی‌پاسخ می‌ماند. مؤلف تعریفی متقن از مراد خویش از اخلاق ارائه نمی‌دهد و چنین تعریفی را «نه ممکن و نه مفید» می‌داند. (ش ۲۰۵: ۵۴۵) از سوی دیگر، از مجموعه آرای که نقل می‌کند، موضع خود را به نیکی مشخص نمی‌کند و در هر شاخه‌ای از بحث، ضمن توصیف، نقدهایی هم می‌کند که در ذیل اغلب آنها باز ارجاعاتی وجود دارد که واقعاً خواننده را از فهم مقصود اصلی نگارنده به تکلف می‌اندازد. به عنوان مثال، در صفحه ۵۵۰، ناگهان و بی‌مقدمه از مفروض مقبول خویش در «نسبی بودن حسن و قبح» در نگاه فلسفی سخن می‌گوید و در نقد و تأیید آن به علامه طباطبایی در *المیزان* و کلسن در *نظریه حقوق محض* اشاره می‌کند. در شماره ۲۰۷، بار دیگر این احساس به خواننده دست می‌دهد که نگارنده قصد نقد نسبیت را دارد، آنجا که می‌نویسد: «اعتقاد به نسبی بودن اخلاق به ویژه در حقوق این عیب مهم را دارد که به نام اخلاق و عدالت بر نارواترین قوانین نمی‌توان خرده گرفت یا در اعتبار آنها تردید کرد یا مقاومتی را در این زمینه مشروع دانست ...». (ش ۲۰۷: ۵۵۲) اما در کمال صراحت در ادامه آن نتیجه می‌گیرد: «پس باید اطاعت از فرمان حکومت را اخلاقی و نیک‌مرد و سرپیچی از آنرا نکوهش کرد.» و بلافاصله باز هم به کلسن آدرس داده می‌شود. واقعاً در یک پاراگراف مشخص نیست که کدام قسمت از این دو بخش تناقض‌آلود از آن مؤلف است تا بتوان داوری نیکی در خصوص نظر وی به عمل آورد. تنها با احتمال و عاریت‌گیری از محکّمات سخن مؤلف که در صفحه ۵۵۵ از آن مراد واقعی

خویش سخن گفته و مدعی است که در پی اخلاقی جهانی و همگانی نیست (ش ۲۰۸: ۵۵۵)، می‌توان دریافت که مؤلف اخلاق را اصلی می‌داند که برپایه تجربه افراد شکل گرفته (ش ۲۰۸: ۵۵۷-۵۵۵) و این «فرض یا اصل» دستمایه خوبی برای رهایی از سرگردانی در شرایط سخت به‌ویژه برای قضات است. طبعاً این اخلاق، هرچند به‌نظر ما سطحی یا حرفه‌ای، باید از منبعی فراتر از رسوم توده مردم نشأت گرفته باشد؛ (ش ۲۰۸: ۵۵۹) اما این منبع کیست یا کجا است؟ «تجربه قوم» (ش ۲۰۸: ۵۵۵) است یا تجربه نخبگان و «پارسایان»؟ (ش ۲۰۹: ۵۶۰) این مسئله هم در متن مؤلف، دقیقاً مشخص نیست. نتیجه آنکه ارزش‌های برتری وجود دارد که باید برای جلوگیری از تجاوز دولت به کارآید، اما در چిستی آنها و میزان ثبات آنها محکی وجود ندارد. این توسل به اخلاق که نه تعریفی متقن لازم دارد نه منبعی مشخص برای آن می‌توان سراغ گرفت و نه ضمانتی جز توصیه به رعایت آن می‌توان داشت، چگونه می‌تواند در برابر اقتدار دولت دوام آورد و ضمانت بقای نیک قوانین جامعه (ش ۲۰۸: ۵۵۹) هم باشد؟ (فاقد شیء کی تواند معطی شیء باشد؟) آیا این مأخذ غیرحقوقی (حداقل در حد تعریف این کتاب)، ابهامی به‌مراتب بیشتر از حقوق طبیعی ندارد که نویسنده مدعی است پیرو منطق دوره ما به‌شدت مورد انتقاد است؟ (ش ۲۱۲: ۵۶۵)

۶. **مبنای غیرحقوقی:** از مجموع گفته‌های پیشین محرز نیست که چرا مؤلف از مبنا قرار دادن اصلی حقوقی برپایه مکتب حقوق طبیعی کراهت داشته و تماماً به‌سوی اخلاقی گرایش پیدا کرده است که حقوق نیست و قوام آن‌را هم به‌خوبی نمی‌تواند توجیه کند. بنابراین می‌توان مدعی شد که به‌نظر نمی‌رسد مؤلف توانسته باشد در هر حال از نسبییت اخلاقی بگریزد و لذا تنها کاری که صورت گرفته، تخفیف شدت آن در نگاه اجتماعیون است نه انکاری در حد حذف نسبییت آن. در این صورت باید انتظار داشت که نگارنده نیز به نوعی نسبییت اخلاقی باور داشته باشد یا دیر یا زود در قالب و شکلی دیگر در دامن آن بیفتد، که این خود مقبول طرفداران اندیشه‌های دولت‌محور است که نه تنها اخلاق را اطاعت از دولت می‌دانند، بلکه به‌تبع آن، عدالت را نیز نسبی می‌دانند چرا که امری جز اطاعت از قانون حکومت نیست و این هردو در برابر مکتب حقوق طبیعی قرار دارند. نتیجه آنکه این قسمت از کاوش در اثر مؤلف، ما را متقاعد می‌کند که گویی مؤلف - چنان‌که در صفحه‌های بعد بیشتر توضیح داده خواهد شد - در هر زمان که در دامن نقد دولت می‌افتد، برون‌رفت از آن تلاطم و بی‌ثباتی را در بازگشت و احترام به اخلاق برای رسیدن به عدالت

به مثابه مطلوب خویش می‌جوید؛ فرایند امری که در اندیشه مؤلف جدای از حقوق طبیعی تعبیر می‌گردد. در نتیجه، می‌توان گفت که راهکارهای مؤلف برای استقرار و استمرار وضعی حقوقی، لزوماً حقوقی نیست چراکه اخلاق را هرچند مهم و در ارتباط با حقوق می‌داند، ضرورتاً نه حقوق یا نه حتی منبعی ثابت و جاودانه (مبتنی بر قوانین طبیعی) برای حقوق تلقی می‌کند، از این رو که نمی‌تواند به‌خوبی آن را اثبات کند. در هر حال، قانون‌طلایی در اندیشه مؤلف نیز همسایه‌ای همنشین با برداشت دولت‌محورها است، آنان که لزوم اطاعت از دولت را اصل می‌دانند. طبعاً در عرصه بین‌المللی هم همین دولت‌ها هستند که رسالت ویژه برعهده دارند. همین دولت و سلسله‌مراتب حقوقی است که بنیان این نظریه ناب حقوق را تشکیل دهد. (Kelsen, 1953) در کتاب مورد بحث ما دیگر نه از پیشینه حقوق سخن به میان می‌آید نه از پسینه آن، درحالی که اساس فلسفه حقوق بر آن گذشته و آن آینده است تا این حقوق درمیان آن هر دو به‌ثمر بنشیند، چراکه فلسفه حقوق معاصر و حتی حقوق معاصر از خود استقلالی ندارد و محتاج تبار است. نتیجه آنکه فلسفه حقوق خصوصی در این کتاب به شکل تناقض‌گونه‌ای فلسفه حقوق عمومی و به‌صورت خاص‌تر، امری فراتر از فلسفه حقوق دولتی نیست، از آن‌روی که عدالت مفهومی سیال است و اسیر گردش زمانه. (ش ۱۷۸: ۵۱۲)

۷. فلسفه‌ای برای حق خودکامگی: طبیعتاً عدالت باید هم مبنای قانون باشد هم یکی از اهدافی که قانون در نظر دارد تلقی شود. از این‌رو است که می‌توان گفت بی‌تردید تفسیرسیال مؤلف بهترین مسیر برای بی‌عدالتی و توجیه استبداد خودکامه دولتی است که در این مسیر، اخلاق با تعریفی که مؤلف پیش‌تر ارائه کرد، کمترین کمکی نمی‌تواند انجام دهد؛ لذا باید منتظر سرنوشتی باشد که مسئله مشروعیت پسینی را درمیان اهل سنت رقم زده و مؤلفان این حوزه را تا مرز حذف عدالت به مثابه اصالت و رسالت در حکوم پیش رانده است. (قرضاوی ۱۴۱۹ق؛ عنایت ۱۳۷۲: ۲۳-۲۰؛ Redissi, 1998) این امر حداقل درمقابل غایات فلسفه سنتی حقوق و روح عدالت‌طلبی حاکم در آن است. بس عجیب آنگاه که مؤلف در داوری خویش بر بحث مقاومت تعرضی، به‌تمامه اخلاق محافظه‌کاری در پیش گرفته و اعتراض و مقاومت منفی در برابر دولت غیرعادل و قوانین ستمگرانه را امری بیرون از حقوق دانسته است که تنها در چهارچوب اخلاق می‌توان مشروعیت برای آن قائل شد. دراین زمینه البته دو عنصر متناقض محوریّت دولت و تفکر حقوق خصوصی در کتاب فلسفه حقوق، نگارنده را برآن داشته است با گرایش به نوعی عدالت حکومتی چنین

بنویسد: «در حقوق موضوعه، مشروع بودن انقلاب در هیچ محکمه‌ای مطرح نمی‌شود». (ش ۱۵: ۱۳۶). این نوع اندیشه با عنایت به سابقه آن باعث شده است قداست بخشی به هر دولت در نزد عموم اهل سنت آنان را در بدترین شرایط به سوی اصلاحات رهنمون شود نه به سوی انقلابی که در وضعیت بی‌عدالتی سازمان یافته (حکومتی) مدنظر عموم علمای شیعه است. این تاحدودی فاصله گرفتن از اندیشه بومی در فلسفه حقوق است که دغدغه نوشتاری نویسنده در کلام آغازین بوده است. مؤلف در صفحه ۱۳۷ در تفسیر این گفته می‌افزاید: «از نظر حقوقی، هیچ دادگاهی نمی‌تواند به استناد مشروع بودن مقاومت، جرمی را نادیده بگیرد یا شخصی را از اجرای قانون معاف کند.» (ش ۵۲: ۱۳۷) دادگاه تابع احکام موضوعه اساساً قدرتی فراتر از این محدوده ندارد و قاضی نیز به همین حدود متعهد خواهد بود. بنیان این سخن در مکتب حقوق موضوعه و تحقیقی است؛ و اوج این سبک قضاوت، به رویه و سخن سقراط در قبول حکم ناعادلانه حکومت و نوشیدن جام شوکران برمی‌گردد که مؤلف هم بدان اشاره دارد. اما این عمل سقراط را برخلاف آنچه مؤلف می‌پندارد، نمی‌توان لزوماً با تفسیری موسع دال بر مشروع نداشتن مقاومت در برابر قوانین نادرست و ضدانسانی از سوی وی دانست (ش ۵۱: ۱۳۵)^(۵)، چراکه از همان ابتدا عمل سقراط خلاف قوانین حاکم بود و اگر اطاعت از قانون حکومت به تمامه مورد تأیید وی بود، باید از همان ابتدا به عمل خلاف قوانین حکومتی دست نمی‌زد تا حکمی حکومتی (قانونی) و ضد عادلانه صادر نمی‌شد. این خود بر اعتقاد به قوانینی برتر از اراده دولت و فرمان حاکم دلالت دارد.^(۶) در هر صورت، آنچه از مکتب حقوق طبیعی انتظار نمی‌رود، پذیرش ظالمانه وضع موجود به نام قانون است و آنچه از مکتب حقوق تحقیقی انتظار می‌رود، قبول قوانین ظالمانه در ظل یک حکومت و دولت است. آن یکی منطقی انقلابی در سر دارد چونان که روسو (Jean-Jacques Rousseau) (۱۷۸۸ - ۱۷۱۲) *قرارداد اجتماعی* (۱۹۶۶) را بر آن اسلوب بنا می‌نهاد و این یکی منطقی محافظه کارانه در سر می‌پروراند چنان که هابز (Thomas Hobbes) در لویتان (۲۰۰۰) بر آن نظر دارد. هرچند هابز به بهانه امنیت، حقوق طبیعی را محدود می‌کرد، در مکتب تحقیقی معاصر حقوقی جز حقوق قانونی (وضع‌ی) مد نظر دولت در جامعه نیست و این یعنی قائل شدن به **نسبیت در عدالت**، البته اگر این مهم یعنی عدالت در غایات کلسنیسم^(۷) بگنجد.

۸. امنیت یا عدالت: از مهم‌ترین سؤالات فلسفی در حقوق، همین تقدم و تأخر عدالت و امنیت است که طبیعتاً طرفداران فلسفه حقوق دولتی را به سوی اصالت دادن به امنیت

می‌کشاند و دغدغه‌داران صلح پایدار را به‌سوی تقدم عدالت بر امنیت. موضع مؤلف در این باره قابل تأمل است از آن جهت که نوعی تناقض را مجدداً گوشزد می‌کند. مؤلف در این خصوص ضمن تأکید دوباره بر ارزش محوری عدالت در تلاقی با امنیت می‌نویسد: «ابهام مفهوم عدالت، در برابر معایبی که دارد، این فایده را دارد که به حقوق‌دانان مجال رعایت همه ضرورت‌ها و ویژگی‌های جامعه را می‌دهد تا عدالت زمانه را هدف خود سازد.» (ش ۵۱۲: ۱۷۸) معلوم نیست واقعاً مفهوم عدالت زمانه مدنظر مؤلف چیست و معیار فهم آن کجا است. مؤلف با نقل سخنی از رویه در کتاب *نظریه عمومی حقوق* (ش ۳۶ – ۳۷)، بدون تدقیق بیشتر، منظور خود را به تفسیر کلسن از عدالت نزدیک‌تر می‌کند. او با نظر موافق، به‌گفته رویه، علل عقب‌ماندگی ملت‌های آسیایی و افریقایی را آمیختگی قواعد حقوقی با جمود مذهبی می‌داند و در نقل قول خود می‌آورد:

در حقوق این کشورها، اصول مربوط به حفظ نظم وجود دارد و در همه آنها نیز هدف خاصی به‌منظور اجرای عدالت به‌چشم می‌خورد ولی قواعد حقوق با مذهب آمیخته و جامد است و از ابتکارها و ابداعات سودمند جلوگیری می‌کند و به‌دلیل همین جمود است که این ملت‌ها در حال رکود مانده‌اند و قادر نیستند همگام با دولت‌های غربی و امریکا که حقوقشان سریع‌تر رو به تحول می‌رود، پیش روند.

در اصل این سخن، جای بسیار نقدها است؛ اما تعجبم از دکتر کاتوزیان است که چگونه این حکم کلی و درون‌تھی را برای تأیید گفته‌های خویش نقل کرده‌اند بدون آنکه در اساس سخن اندکی تردید روا دارند. من بین این گفته‌ها در نقش قواعد حقوقی و آنچه کلسن گفته است، فاصله‌ای نمی‌یابم جز آنکه معتقدم سخنان هانس کلسن حداقل صراحت و شفافیت لازم را دارد. مکتب کلسنیسم هم مدعی واقعیتی منفک از اصالت‌های دینی و فلسفی در تأسیس قواعد حقوق است. (Kelsen, 1953) در این خصوص، اگر واقعاً مؤلف به‌دنبال رویکردی فلسفی در مبحث عدالت بود، شایسته بود به ژان کاربنیه – جامعه‌شناس حقوقی فرانسه^(۸) و متخصص در رشته حقوق مدنی استناد می‌کردند^(۹) که معتقد است عدالت سیال وجود ندارد. با این استدلال، الزامی برای بنای حقوق جامعه بر امور ثابت ضروری به‌نظر می‌رسد همانگونه که گریز از ابتدای حقوق بر صرف قوانین سیال در حقوق موضوعه نیز حیاتی است. او در کتاب خود با عنوان *حقوق و شیفتگی حقوق*، با طرح نظریه حقوق نانوشته یا «غیرحقوق» (La théorie du «non-droit») در انتقاد شدید از نظریه محض حقوق کلسن (۱۹۵۳) و اندیشه پوزیتیویسم حقوقی می‌نویسد: قوانینی وجود دارد که نه

گفته شده‌اند و نه نوشته شده‌اند اما به مراتب از حقوق نوشته شده و کدبندی شده در جامعه قوی‌ترند. نمونه آن، ادب و احترام است.^(۱۰) اینها زمینه‌ساز عدالت واقعی و بادوام‌اند.

۹. عدالت وضعی و عدالت طبیعی: به نظر می‌رسد از جمله خلأهای موجود در این کتاب، عدم شفافیت در مباحث حقوق و اقسام آن است. این مهم از آن‌روی خلأ محسوب می‌شود که آنچه در نقش محوری و تضمین‌های دولت مطرح است، بیش از هر چیز دیگری در حقوق عمومی و بخشی خاص از آن یعنی حقوق شهروندی مطرح است. تنها در این حقوق است که می‌توان از عدالتی سخن گفت که تنها در اسم با عدالت حقیقی هم‌آوا است. کتاب فلسفه حقوق مورد بحث ما در اینجا، به‌واقع تابعی از فلسفه حقوق معاصر است، از آن جهت که به تبار فلسفی خویش وفادار نیست. حقوق معاصر می‌تواند به تبار خود بی‌اعتنا باشد آنگاه که اندیشه نسبت قواعد حقوقی را باور دارد. در این صورت، طبعاً نه جایی برای بحث از حقوق بنیادین باقی می‌ماند نه جایگاهی برای عدالت طبیعی؛ زیرا آنگاه هم که حقوقی بر مبنای این موارد تأسیس یابد، حقوق طبیعی است نه تماماً وضعی. اگر دغدغه مؤلف اجرای عدالت است، این عدالت طبعاً تنها زمانی بقا می‌یابد که بر محور عدالت طبیعی استوار شود؛ حال آنکه دغدغه اولیه در عموم نظریه‌های دولت‌محور، امنیت است، چراکه تقدم در حق شهروند، با ایجاد امنیت او شکل می‌گیرد. نظریه عدالت وضعی در برابر عدالت طبیعی هم در همین راستا قابل بررسی است. به تعبیر آکوئیناس (۱۲۷۴ - ۱۲۲۵) - قدیس مسیحی قرن سیزده میلادی - موضوع حقوق، عدالت است. (Villey 1998: 43; 2006: 364) ارسطو نیز پیش از او ضمن تأکید بر این مسئله، آنگاه که از عدالت فردی و اجتماعی سخن می‌گوید، به‌ناچار از عدالت طبیعی حرف می‌زند و مراد او، آن عدالتی است که در نظام خلقت به رسمیت شناخته شده و برای همگان در دسترس است. اما به عقیده مؤلف، عدالتی دیگر در جامعه لازم است؛ عدالتی که ساخته دست دولت‌ها است. (انور سلطان، ۱۹۸۳: ۷۵) مؤلف خود در آغاز بحث مکتب حقوق طبیعی، به این بحث ارسطو پرداخته؛ و عدالت قانونی مدنظر در آن نوشتار، همان عدالت وضعی است که مؤلف تحقق آن را در ابتکار دولت می‌سنجد. (ش ۱۳: ۴۵) بسیاری از نویسندگان یونان و روم باستان نیز آنگاه که از عدالت سخن به میان می‌آوردند، از دو نوع عدالت عمومی و خصوصی سخن می‌گفتند که یکی ناظر به نظام خلقت و دیگری دربرگیرنده اوضاع جوامع انسانی بود. (Villey, 1998: 43) در میان اندیشمندان، کلامیون و فقهای مسلمان نیز عدالت تقسیم شده و حول آن مکاتبی رونق گرفته است. (اصغری، ۱۳۸۶: ۲۰۸ - ۱۰۹؛ ۲۹۴ - ۲۵۷)

هرچند بسیاری از فلاسفه یونان باستان، رواقیون و برخی متألهین مسیحی تلاش کرده‌اند عدالت طبیعی را با عدالت وضعی و شرعی همسو قلمداد کنند، این تلاش همواره به تلاقی و تضاد دو مکتب حقوقی کهن و مدرن یعنی مکتب حقوق طبیعی و مکتب حقوق تحقیقی منجر شده که مؤلف نیز در فصل اول به‌نیکی بر تقسیم آن دو همت گمارده است. در این جدال البته مؤلف کتاب ندای عدالت را در سرتاسر اثر خود و جای‌جای آن به ملاحظه خواننده می‌گذارد اما از بیان راه‌های دوام آن جز در چهارچوب تنگ دولت هراس دارد. این عدالت برپایه قانون موضوعه‌ای شکل می‌گیرد که در اختیار دولت است. چنین عدالتی تنها در مکاتب وضعی جای می‌گیرد که خود منکر لقب فلسفه برای خویش‌اند چراکه با مبانی کلان حقوقی خویشی ندارند. به‌راستی کیست که منکر ارزش محوری عدالت برای قانونمندی باشد که در کتاب *فلسفه حقوق* زیربنای آن را بر موج‌های ناهمگون و متلاطم بنا شده است؟ باید در این باره، بیش از همه با علامه محمدتقی جعفری هم‌آوا بود، آنجا که می‌نویسد:

از آن هنگام که در دیدگاه نوع انسانی، حقیقتی به نام «قانون» نمودار شده، مفهوم «عدالت» نیز برای او مطرح گشته است؛ زیرا عدالت عبارت است از: رفتار مطابق قانون. این تعریف که به نظر ما یکی از جامع‌ترین تعاریفات برای عدالت است، می‌تواند شامل همه رفتارها و پدیده‌های عادلانه باشد. (www.1.farsnews.com)

اما این قانون، قانونی طبیعی است - که بحث از آن، عمری به عمر خود فلسفه دارد - نه حقوق وضعی صرف. با وجود این، متأسفانه قانون هم در اندیشه مؤلف فراتر از فرمان حاکم و دولت نیست؛ و این بالاترین معضل و کج‌تابی برای فلسفی پنداشتن مبانی عدالت در فلسفه حقوق است.

۱۰. طبیعت و فطرت انسان: مؤلف در مبحث اول از فصل اول کتاب خود درباره نمایندگان مکتب حقوق فطری بحث کرده است. در بحث از حقوق طبیعی، به‌طور سستی باید از طبیعت انسان و ماهیت او سخن به‌میان آورد که - همان‌گونه که اشاره شد - متأسفانه جای آن در مجموعه مباحث این فصل خالی است. نوع برداشت از طبیعت انسانی می‌تواند موضع مؤلف را مشخص کند که تابع یا موافق کدام رأی در این خصوص در فلسفه حقوق است. از تعلیقاتی که مؤلف در فصل سوم کتاب، ذیل مبحث «قاعده حقوقی، حقوق و اخلاق» آورده است، می‌توان استنباط کرد که نگارنده ضمن اعتقاد به طبیعت انسانی و تمجید از اخلاق عالی بشری، بر نوعی ذات قدرتمند و درعین حال

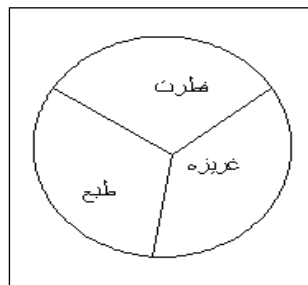
شروانه در درون بشر اعتقاد دارد. این اندیشه در کلام مسیحی، جایگاه سترگی دارد. و طبعاً تاحدود زیادی مغایر آموزه‌های بومی ما است. در میان فیلسوفان نیز آن دسته که عموماً چون هابز، ماکیاول، لوتر، بوسوئه، ... بر صیانت ذات و طبیعتی شر در ذات بشری عقیده دارند، اغلب از نظام‌های حقوقی دولتی در قالب حکومت مطلقه حمایت کرده‌اند. مؤلف در پاورقی ۶۱ در فصل سوم، پیرو بحث خود در متن و مستندات که آورده، معتقد است که در وضع فعلی، بشر از نظر اخلاقی ضعیف‌تر و زبون‌تر در برابر دشواری‌ها شده است: «انسان عاری از عیب و خطا نیست؛ سودجو و زورگوست و شیفته قدرت.» (ش ۲۰۸: ۵۵۸) این نگاه بدبینانه مؤلف، در تفسیر آیه ۱۸ سوره مبارکه کهف نیز تأثیر گذاشته است: «در داستان آفرینش آدم نیز اشاره قرآن مجید بر امتناع ابلیس از سجده به آدم ... شاید کنایه از این است که انسان بر تمام قوای طبیعت به‌جز شرور و پستی‌ها پیروز می‌شود ...» (همان) فارغ از تفحص در تفسیرهای معتبر مفسران در این خصوص، آثار حقوقی چنین برداشتی از بشر، به تمایل به سمت عدم اعتماد به نوع بشر و در نتیجه گرایش به‌سوی سبک‌دانستن آرای مردمی و توده افراد جامعه منجر می‌شود؛ رویکردی که طبیعتاً مورد سوءاستفاده حکومت‌های اقتدارگرا می‌شود و بستر خوبی در توجیه حکومت استبدادی فراهم می‌کند. این نوع فهم از بشر و ذات او برای مناقرا دادن اخلاق باید بر محوری فراتر از عادات و رسوم و عرف و رویه عموم بنا گردد. قانون در این برداشت نیز می‌بایستی جدا از خواست صرف نهادهای اجتماعی باشد. با این تفسیر از بشر، مؤلف دو گزینه بیشتر ندارد: الف) گرایش به دولت‌محوری و مکتب حقوق تحقیقی؛ ب) بازگشت به حقوق بنیادین و مکتب حقوق طبیعی. با توضیحاتی که گذشت، هرچند ابهاماتی بسیار در کلام مؤلف وجود دارد، می‌توان گفت که مؤلف بیشتر به موضع اول گرایش دارد تا دوم. بنا قرار دادن حقوق بر طبیعتی نیک و خوش‌بینانه، زمینه ایجاد قوانینی برای عدالت را بیشتر فراهم خواهد کرد حال آنکه تفسیر بدبینانه و دولت‌محور، زمینه تحکیم فضای امنیتی را در جامعه بیشتر فراهم خواهد کرد. تأکید کتاب بر عدالت، با تفسیر مؤلف از طبیعت بشر، در تضاد است. علت شاید این باشد که مؤلف در پایان کتاب، به‌جای ملموس ساختن وضع عدالت، تعریف نهایی از حقوق می‌دهد.

۱۱. چستی طبیعت و فطرت: نوشتار مؤلف به‌ویژه در شماره‌های ۱۵، ۱۶ و ۱۷، ناظر به بحثی از مکتب حقوق طبیعی است که مبانی و پیش‌فرض‌های آن که ناظر به اصل بحث طبیعت یا فطرت است، اساساً مبهم مانده است. مؤلف در شماره ۱۳،

حقوق طبیعی و فطری را آشکارا در یک ترازو قرار می‌دهد تفاوت آن‌دو را در مذاق ما جست‌وجو می‌کند:

دو اصطلاح حقوق طبیعی و حقوق فطری در غالب نوشته‌ها به‌عنوان مترادف به کار می‌رود و دو ترجمه از *Droit naturel* است. با وجود این باید دانست که حقوق فطری به مذاق ما ریشه و رنگ الهی دارد، درحالی‌که حقوق طبیعی با طبیعت اشیا و بنای عقلا تناسب دارد. (ش ۱۳: ۴۴، پاورقی ۲)

به نظر، این بیان واقعاً جسورانه اما به‌غایت ناتمام است؛ از آن‌روی که در آن، عملاً همه چیز اعم از طبیعت اشیا و طبیعت انسان، حقوق طبیعی و حقوق فطری درهم آمیخته شده‌اند، حال آنکه بیرون از زبان عاریتی و ترجمه‌ای ما، آنها بر حقایقی خاص ناظرند. در این خصوص، بیان مؤلف و نقد ناظر به آن را در دو بند به تفصیل توضیح می‌دهیم. ابتدا بد نیست ضمن روشن کردن این بحث، میزان گریز از مرکز بودن مباحث فوق‌الذکر در حول مکتب حقوق طبیعی را گوشزد کنیم. واقعیت آن است که در مکتب «حقوق طبیعی مدرن»، با تأکید بر مسئله «عقل» انسانی به‌جای «طبیعت» آدمی، بر تعریف سبکی از قانون طبیعی و حقوق انسانی گرد آمده‌اند که به‌واسطه آن، انسان بیش از آنکه حقوق بشری خود را مدیون هم‌آوایی و ودیعت طبیعت بداند، ناشی از خرد خاص خویش می‌داند. این رویکرد جدید به حقوق انسانی که عمدتاً در اروپای غربی پس از عصر روشنگری رایج شد، علاوه بر رد الهیات خاص مسیحی در هم‌ردیف قراردادن حقوق طبیعی با حقوق الهی، ناظر به تأیید نوعی انسانگرایی و اومانیزم به‌مثابه مرجعی برای حقیقت وجودی و در نتیجه حقوق انسانی هم بود. در اینجا عقل انسانی به‌عنوان پایگاه قانون طبیعی انسان، خاستگاه حقوق انسانی او است؛ اما طبیعی است که برطبق مکتب حقوق طبیعی، انسان نتواند فاقد طبیعت باشد. مراد از «طبیعت انسان» هم جوهره‌ای وجودی است که به‌مثابه گوهری در اندرون تمامی صدف‌های انسانی پنهان است و انسان‌ها با قول، فعل، رفتار، اخلاق و اعراض خود، پرده از اغراض آن مکتوم برمی‌دارند و بدین‌سان از اندرون همدیگر باخبر می‌شوند. زمینه‌های حق و تکلیف مشترک انسانی هم بدین حقیقت باز می‌گردد که در میان همه انسان‌ها وجود داشته است و همگان از آن برخوردارند. ولی این طبیعت، امری واحد نیست تا آن‌را فطرت الهی بنامیم یا طبعی، تا چون جسم نامی بگوییم و یا اموری همچون غرایز حیوانی بدانیم؛ بلکه مجموعه اینها ساختمان طبیعت انسانی را بنا کرده‌اند. این کلیت طبیعت انسانی در تصویر ۱ نشان داده شده است:



تصویر ۱. عناصر سازنده طبیعت انسانی

طبیعت انسان، اقتضائات فرشته‌بودن (خدایی‌شدن)، حیوان‌بودن و جسم‌بودن را در خود نهفته دارد؛ و اگر انسانی در این موارد نقصانی دارد، شایسته نام انسانی نبود. اما چگونه می‌توان از فوران عنصری بر دیگری مطمئن بود و زمینه هم‌آوایی لازم بین آنان را تضمین کرد؟

مؤلف در این خصوص هیچ نمی‌گوید؛ شاید پیش‌فرض‌های وی در عدم تفاوت این عناصر، عملاً نیاز به این تفکیک را نیز لازم نمی‌بیند. اما من فکر می‌کنم در تصویر ۱ خلأیی وجود دارد که متفکران حقوق طبیعی مدرن بر آن بسی اصرار دارند و مؤلف نیز جز این عنصر به دیگر عناصر باوری نداشته؛ و آن، عنصر عقلانیت در وجود آدمی است. که اساساً این دسته از متفکران جوهر آدمی برای تحمل حقوق را فقط همان دانسته‌اند. طبیعت آدمی در نزد متفکران کلاسیک حقوق طبیعی، بیش از هر چیز مدیون طبیعت و شباهت به عدالت و اعتدال در آن دارد. لذا هرچه انسان معتدل‌تر باشد، به طبیعت نزدیک‌تر و در نتیجه به همان نسبت به عدالت نیز نزدیک‌تر است، چراکه طبیعت میزان عدالت و اعتدال است و هر چه بدان قرابت یابد، مطلوب‌تر است. با وجود این، دانشمندان حقوق طبیعی مدرن ضمن احترام به پیشینیان خود، این نوع دین و مدیون بودن را خارج از وجود آدمی نمی‌دانند و در اندرون او به جست‌وجوی عنصرپایه‌ای برای حقوق بنیادین می‌گردند که از نظر آنان نه مدیون طبیعت است نه وامدار آفریده طبیعت، بلکه متکی به خود انسان است و آن چیزی جز عقل آدمی نیست که به نیکی می‌تواند مسیر حیات را برای او و همقطارانش، مطلوب‌تر مستقل از سایر امور هموار سازد. در اینجا، طبیعت آدمی، چیزی جز همان قوه عاقله انسانی نیست؛ و همان است که قانون طبیعی تلقی می‌شود و حقوق طبیعی را هم ترسیم می‌کند، به این معنا که از آن قانون، حقوق زاده می‌شود. بسیار عجیب است که مؤلف در تمامی بحث خود از مکتب حقوق طبیعی کلاسیک و مدرن، سخنی مدلل در باب تفکیک قانون طبیعی از حقوق طبیعی بیان

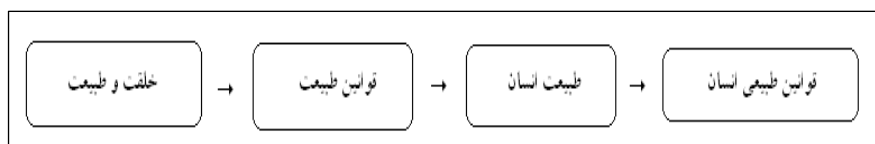
نداشته‌اند؛ این عیبی نابخشودنی در بحث از مکتب حقوق طبیعی است، هرچند که باید معترف بود که در عین حال آنچه طرفداران مکتب حقوق طبیعی مدرن دربارهٔ طبیعت انسانی به‌مثابهٔ قانون طبیعی قائل‌اند، لزوماً در تنافی و تناقض با ادعاهای مکتب حقوق کلاسیک نیست و به عبارت دیگر، آورده‌های مدرن این مکتب، ضرورتاً داده‌های مکتب کلاسیک را نقد نمی‌کند. هر دو بر وجود طبیعتی به‌مثابهٔ مرکز ثقل قوانین طبیعی انسان تأکید دارند و همان را مبنای کشف، فهم و وصول به حقوق طبیعی انسانی می‌دانند. با وجود این، آنگاه که سخن از تفکیک مرزها و شناسایی عناصر این طبیعت انسانی است، ابرهای ابهام در آسمان حقوق طبیعی ظاهر می‌شوند. همین ابهام به نظر من حربه‌ای شده است که هرکسی بر حقوق طبیعی بتازد یا هرکسی بتواند با ادعاهایی خود را بدان منتسب کند و سره از ناسره قابل تمییز نباشد. در این خصوص، مطمئن نیستم که همهٔ افرادی که مؤلف ذیل بحث طرفداران حقوق طبیعی در این کتاب گرد آورده است، لزوماً به این مبانی معتقد باشند یا اساساً بتوان آنها را در این جرگه قرار داد. از شاخص‌ترین این چهره‌ها می‌توان از فرانسوا ژنی نام برد که به‌استناد مؤلف، «مشهورترین حقوقدان این مکتب» است و مؤلف نیز در این اثر، سخت از او متأثر بوده است؛ اما نگارنده تصور نمی‌کند که او با اعتقاد به حقوقی مبتنی بر «سیاست زور» (ش ۴۲: ۱۱۹) بتواند همسفرهٔ افرادی بزرگ در این مکتب همچون «میشل ویلی» باشد که مؤلف نیز او را جز در حواشی مباحث کتاب، فراموش کرده است. از این‌رو نگارنده معتقد است برای شفافیت در این مکتب باید دقت کرد که هرچند عقل آدمی عنصر بنیادین حقوق مدرن تلقی می‌شود، مراد از آن، بازی کردن نقش ام‌القوانین طبیعی است و لذا تبلور نقشی مستقل از سایر اجزای طبیعت انسانی. به دیگر سخن، مجموعهٔ عناصری که در تصویر ۱ نشان داده شد، اقتضائات خاصی دارند که هر یک مبنای حق طبیعی می‌شود؛ برای مثال، داشتن حس نوع‌دوستی (هم‌آوا با «وجدان»، چنان‌که مؤلف در توضیح بر نظریهٔ «احساس حقوق» آورده‌اند (ش ۳۹: ۱۰۸) یا غریزهٔ زیبادوستی، هر یک مبنای حقی هستند، همان‌گونه که دارابودن حس یا غریزهٔ خور و خواب هر یک مبنای حقی از این سنخ هستند. در نتیجه باید گفت هر غریزهٔ طبیعی به‌مثابهٔ قانونی طبیعی، مبنای یک حق طبیعی است. (مطهری، ۱۳۷۱: ۷۹)

هر نوع استعدادی، مبنای حقی در آدمی است. این استعدادها به‌مثابهٔ قوانین بر جوهره‌ای ثابت شده‌اند که خود ضمن داشتن سه جزء نشان داده شده در تصویر ۲، با کمک عقل کنترل، هدایت و هماهنگ می‌شوند.



تصویر ۲. عقل در توازن بخشی به طبیعت انسان

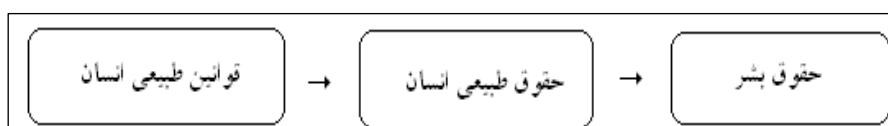
درحقیقت، نقش عقل ایجاد تعادل در قوانین طبیعی است که هریک از پایگاه‌هایی متفاوت، زمینه گرایش‌های متفاوتی را سبب می‌شوند. قوه تعدیل‌کننده‌ای چون عقل مقدور می‌سازد که انسان از حدود متناسب رشد انسانی که حیات او را از این سه بعد تضمین و در عین حال تهدید می‌کند، برخوردار شود. هر نوع افراط و تفریطی در پاسخگویی به این قوانین طبیعی، عملی غیرعقلانی لقب می‌گیرد. انسان کامل، کسی است که تنها در پی اشباع طبایع نباشد، صرفاً دنباله‌روی غرایز حیوانی نباشد و از این دو تماماً چشم‌پوشی کند تا به تعالی معنوی و فطری برسد. لذا مسیر طبیعت تا حقوق طبیعی، به شکل تصویر ۳ قابل ترسیم خواهد بود.



تصویر ۳. سیر تکامل و شناخت قوانین طبیعی

بر این اساس است که باید گفت در مکتب حقوق طبیعی، اصالت با قانون است نه با حقوق؛ به عبارت دیگر، تمامی حقوق انسانی باید بر قوانین انسانی مبتنی باشد که همگی آنها نیز در حقوق و در نتیجه در قوانین طبیعی خلقت انسان ریشه دارند. به این موازات، حقوق بشر با ریشه‌ای سترگ، از روز نخست خلقت با بشر بوده و همت دانشمندان در طول قرون و اعصار تنها مصروف کشف آن شده است نه خلق آن. بدین ترتیب، به هر میزان که بر دانش بشر افزون می‌شود، انتظار فهم دقیق‌تر از مجموعه حقوق انسان نیز بیشتر می‌شود.

و طبیعی است که در این مسیر گذار و گذر، امکان آزمون و خطا زیاد است.^(۱۱) به عقیده طرفداران مکتب حقوق طبیعی، مسیر قانونگذاری از طبیعت انسانی می‌گذرد و حقوق وضعی در انتهای این زنجیره قرار دارد. (تصویر ۴)



تصویر ۴: تقدم قانون طبیعی بر حقوق طبیعی و حقوق بشر

۱۲. **حقوق طبیعی و حقوق فطری:** آخرین نکته کلان در فهم و تحلیل کتاب حاضر، به مسئله تمایز حقوق طبیعی با فطری بازمی‌گردد که مؤلف در اثر خویش آنها را در یک معنا استخدام کرده است، حال آنکه اگر تعریفی مطلوب از نقش طبیعت انسان و قوانین ناظر بر آن ارائه می‌شد، این شکاف معنایی زودتر خودنمایی می‌کرد. مؤلف در شماره ۱۶، درباره حقوق فطری بحث کرده‌اند و طبیعتاً از آنجا که در میان اهل سنت معمولاً و براساس توضیحی که در مقدمه نیز گذشت، بحث از این نوع حقوق مبتنی بر عقل محل تأمل است، مؤلف نیز خواسته یا ناخواسته آن‌را ویژگی مذهب امامیه دانسته‌اند، از آن جهت که از دیگر مذاهب بدین صورت سخنی به میان نیاورده‌اند. البته به نظر می‌رسد:

۱. مؤلف بین دین و مذهب نیز تفاوتی قائل نبوده‌اند، از آن‌روی که در شماره ۱۵ از حقوق فطری در «مذهب» مسیح سخن می‌گویند و عیبی کلان فارغ از این جزئیات بر مؤلف وارد است.

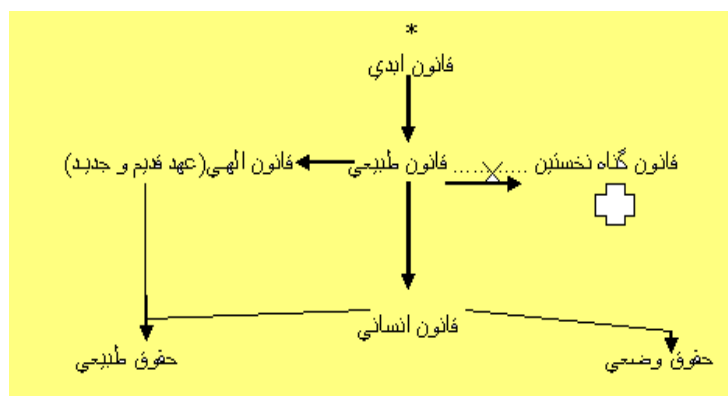
۲. اساساً معیار قضاوت ایشان در باب ادیان و مذاهب، حقوق طبیعی مدرن بوده و در زمینه تعامل حقوق طبیعی کلاسیک که بر محور قوانین طبیعت و حول جوهره انسانی است، مؤلف یا وارد نشده‌اند یا برای آن قسم از بحث، اساساً ورودی در این خصوص قائل نبوده‌اند. بنابراین، نگارنده محترم به نام مسیح، تنها از مذهب کاتولیک آن‌هم آرای سن توماس داکن (آکوئیناس) بحثی مختصر ارائه کرده‌اند و آنگاه که به اسلام رسیده‌اند به نام مذهب امامیه، اشارتی نیز به آرای اسلامی سایر فرق کلامی سنی، از اشعری و معتزلی، کرده‌اند. فلسفه این عموم و خصوص‌ها مشخص نیست و مؤلف محترم نیز بیش از ۱۰ صفحه در این باب به تدقیق مقصود نپرداخته‌اند. (ش ۱۷-۱۵: ۵۸-۴۷) به جرأت باید گفت این قسمت از کتاب، ناقص‌ترین بخش آن است.

۳. به نظر می‌رسد این عدم تفصیل، به نوعی بدفهمی از موضوع نیز منجر شده است، آنجا که مؤلف ضمن اعتراف بر عدالت‌محوری در مکتب حقوق طبیعی می‌نویسد:

لزوم اطاعت از قانون، به اندازه‌ای بدیهی است که بسیاری از پیروان حقوق فطری و کسانی که خود را تشنه عدالت می‌دیده‌اند، از مشروع‌شناختن مقاومت در برابر قوانین نادرست پرهیز کرده‌اند. (ش ۵۱: ۱۳۵)

۴. حال می‌افزایم که حتی فهم مؤلف محترم یا نوشتار او در این خصوص هم از خبطی عظیم خبر می‌دهد که مبانی آن در عدم تفکیک حقوق طبیعی از حقوق فطری (اسلامی - مسیحی) نهفته است. حقوق طبیعی با آن اوصافی که تاکنون گفتیم، نمی‌تواند با مبانی مسیحی به‌ویژه رویکرد کاتولیسیسم همسان باشد و اگر تفاهمی در مکتب حقوق طبیعی با اسلام است، این تفاهم و همراهی با عموم مذاهب اسلام نیست، بلکه به دلیل محوریت عقل، تنها نوعی ویژگی است که در مذهب شیعه یافت می‌شود. توضیح آنکه اکثریت فلاسفه مسیحی اساساً اصالتی برای عقل قائل نیستند و آن را تابعی از وحی می‌دانند که استقلال ندارد و در بسیاری از آیات عهد جدید، چون نامه‌های پولس، عقل سخت تحقیر شده است. این نزاع وحی و عقل یا عرف و شرع، به‌ویژه در مکتب حقوقی میانه و متأخر مسیحی، به دلیل کمرنگ‌شدن نقش عقل در نظر و عمل به واسطه گناه اولیه آدم ابوالبشر و در نتیجه سقوط و هبوط مقام انسان و در نهایت به سبب انتقال این نقیصه به تمامی نسل بشری، برجستگی خاصی دارد. این اتفاق به مثابه تجاوز از قانون بوده (Es. 1.5; Jé. 17.9; Lu. 6.45; Ro. 7.24; Ep. 4.22) که تنها راه خلاصی از آن، تمسک به قوانین جدید مسیح و پذیرش او است. (1Jn. 1.7) اما در عمل، ترمیم آن، علی‌رغم تلاش عظیم فلسفی و عقل‌گرایانه سن‌توماس داکن، همچنان ناتمام مانده است. میشل ویلی - از طرفداران مکتب حقوق طبیعی نوین - در تحلیلی به نمودار زیر اشاره کرده که در آن نشان داده شده چگونه حقوق طبیعی انسانی یا فطری (به تعبیر مؤلف) با حقوق الهی مسیحی به هم آمیخته و در نهایت در مسیحیت، حقوق طبیعی همان حقوق الهی نامیده شده است. (Villey, 1998:240; 2006: 632) در اینجا بالطبع اولین اصل از معیارهای کشف و فهم حقوق طبیعی و از آن جمله عدالت طبیعی که همانا قوه عقلانیت بشری است، به نفع وحی کنار نهاده می‌شود. (Villey, 1998:240) نمودار به نوعی گویای این منطق در نزد مسیحیان است که انسان را به سبب گناه نخستین دارای عقل معیوبی می‌دانند که امکان دسترسی او را به حقوق طبیعی مخدوش ساخته و تنها راه وصول به

این کمال حقوقی تمسک به حقوق الهی است که به صورت کامل برای انسان از پیش طراحی شده است:



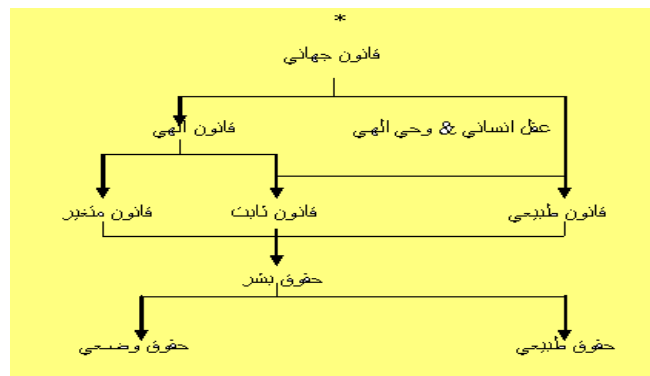
تصویر ۵. قوانین و حقوق طبیعی مدرن و مسیحیت

قانون طبیعی در اینجا متأثر از قانون الهی است؛ چراکه عقل بشری که سابقاً مبنای قوانین طبیعی تلقی می‌شد و امکان کشف و فهم را تسهیل می‌کرد، به دلیل گناه آدم ابوالبشر و وراثتی بودن، این بیماری به کل نسل بشری منتقل شده است. لذا امروزه قانون طبیعی چیزی جز قانون الهی که در *تورات* و *انجیل* آمده است، و همین‌ها مبنای حقوق انسانی هستند. سن آگوستین در کنار نظریه طبیعت آدمی. (برای اطلاعات بیشتر، بشیریه، ۱۳۷۴) در این باره نکته ظریفی دارد. آگوستین می‌نویسد:

مگر نه این است که خداوند متعال نظمی طبیعی آفرید و آنرا بر عالم تحمیل کرد و هر آنچه در خلقت است، به تبع میل او آراسته شده است؟ پس عدالت چیزی جز اطاعت از این نظم طبیعی هم نخواهد بود. لذا کفار بی‌ایمان هم در قید این عدالت‌اند چون در بند قوانین طبیعی‌اند و از آن گریزی نیست. تنها راه کمال و هدایتشان همین است و نه قانون عقل که مستقل از خالق باشد. (Jacqueline, 1999:109-110)

حال آنکه در منظر اسلامی، به‌ویژه مکتب امامیه، عقل و بلوغ عقلی انسانی، زمینه‌ساز تبلور و به‌فعلیت رسیدن فطرت نیز است. در اینجا فطرت اساساً مسیری خارج از طبیعت انسانی ندارد. در نتیجه، در اسلام، همین عقل سلیم بشری، معیار قضاوت و سنجش قوانین عرفی و شرعی قرار گرفته است. لذا در قرآن کریم، بی‌عقلی و عدم تعقل مدام تحقیر شده است.^(۱۲) و این، نشان از تکلیف و حقی برای انسان دارد. انسان در سایه این قانون طبیعی

مادر، قادر است به تدبیر سایر قوانین طبیعی بپردازد و از افراط و تفریط در حقوق خود جلوگیری کند. عقل به انسان توصیه می‌کند به ارضای خواسته‌های طبیعی خود بپردازد، و از سوی دیگر به او تذکر می‌دهد که دیگران هم خواهش‌های مشابهی دارند. باتوجه به اینکه عقل در بین سایر قوانین طبیعی چنین نقش مادری دارد، به‌نظر می‌رسد که اسلام برداشت مکتب حقوق طبیعی مدرن را به‌نوعی تأیید می‌کند و معتقد است که شرط لازم بهزیستی بشر، پیروی از عقل است. اما در اینکه عقل شرط کافی سعادت انسانی باشد و ادعای عقلانی‌بودن برای برخورداری از حق کفایت می‌کند، اختلاف نظر وجود دارد. به عبارت دیگر، می‌توان گفت نقش عقل در دومرحله‌ای‌شدن حق انسانی است: ابتدا کشف و فهم قانون و حق و سپس تلاش برای رسیدن و کسب آن حق. در مرحله دوم، مسئله تکالیف متقابل در جامعه هم طبعاً به‌میان می‌آید. درعین حال، برخی از طرفداران این نظریه معتقدند که قوانین طبیعی در مرحله اول هرچند که ممکن است به‌کمک عقل انسان را به حقوق طبیعی خویش راهنمایی کنند، در تشخیص مصادیق و میزان آن، عموماً دچار سردرگمی هستند. به‌عنوان نمونه، بیشتر انسان‌ها به‌دنبال ارضای میل جنسی، دچار افراط و در نتیجه تعدی و تجاوز به حقوق دیگران می‌شوند؛ به‌دنبال حفظ جان و اموال خود، دیگران را قربانی می‌کنند؛ به‌دنبال ارضای میل به پرستش و خداجویی، به‌سوی انواع خدایان ساختگی خود می‌روند؛ ... پس قانونی الهی لازم است تا مکمل قانون طبیعی باشد. در اینجا است که اسلام، مسئله قوانین ثابت و متغیره را ذیل بحث از حقوق طبیعی انسان به‌میان می‌کشد و معتقد است که در دین خاتم، قوانینی ثابت که طبعاً مطابق عقل بشری نیز هست اما بشر در فهم و تشخیص آن ممکن است به‌خطا رود، از پیش براساس وحی به‌صورت صریح‌تر معرفی شده و این قوانین به‌دلیل ویژگی ثابتشان و نیز تعلق به طبیعت و فطرت انسانی، جهان‌شمول و ابدی داشته شده‌اند، هرچندکه مصادیقی از آنها در ذیل قوانین متغیره می‌تواند اسباب اثرپذیری از مقتضیات زمان و مکان را فراهم آورد و از جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت باشد. انسان متغیر است ولی مدار ثابتی دارد. مدار انسانیت، مدار وسطیت و جامعیت است که در جوهره و طبیعت انسانی ریشه دارد: «وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا...» (بقره/۱۴۳) حقوق اسلامی برای جنبه‌های ثابت انسان، قوانین ثابت دارد که وفادار به قوانین طبیعی است؛ برای آنچه مربوط به مدار انسان نیست بلکه ناظر به سبک و سیاق زیست اجتماعی او است، فروع متغیری دارد که در چهارچوب قوانین موضوعه هر عصر تعریف می‌شود. (تصویر ۶)



تصویر ۶. سرشت دوگانه قوانین اسلامی در تعامل عقل و وحی

در اینجا عقل به مثابه بازویی در کنار شرع، حقوق طبیعی انسانی را ترسیم و تبیین می‌کند بدون آنکه استقلال و سلامت عقل، همچون مسیحیت، زیر سؤال رود یا با تکیه صرف بر شرع، همچون اشاعره، به نوعی جزم‌اندیشی فرو رود و یا آنکه با تکیه صرف بر عقل ابزاری، به نوعی اجتهاد به روز براساس ذوق و مد مجوز دهد. همین جا است که اجتهاد در اسلام یعنی مهندسی نظام حقوق براساس زمان و مکان با استفاده از عقلی که از مواد و منابع اولیه دین مدد می‌گیرد.

نتیجه‌گیری

مطالعه کتاب «فلسفه حقوق: تعریف و ماهیت حقوق اثر مؤلف محترم دکتر ناصر کاتوزیان را بی‌تردید باید گامی مهم در راستای بومی‌کردن فلسفه حقوق در ایران قلمداد کرد، تنها به این دلیل ساده که متأسفانه پس از طی بیش از سه دهه از انتشار آن، هنوز کتابی با ویژگی‌های اثر حاضر منتشر نشده است. طبیعتاً باید از آثار متعددی که طی دو دهه اخیر ترجمه یا تألیف شده‌اند نیز به نیکی یاد کرد؛ اما از سوی دیگر باید معترف بود که کتاب‌ها و مقالات موجود، هنوز با اقبال عمومی دانشگاهیان مواجه نشده‌اند. دقیقاً به همین دلیل بود که کتاب حاضر جهت بررسی و نقد برگزیده شد تا به نوعی از زحمات مؤلف ارجمند آن نیز قدردانی شود. ولی همان‌گونه که در مقدمه نیز عنوان شد، اثر آدمی با محک و مناط نقد است که توانا تر از گذشته ظهور می‌یابد و همین اندک خدمت، نویسنده این سطور را بسنده است تا از استادان کوشای ایران‌زمین در حد وسع سپاسگزاری کند.

آنچه در طی این مقاله ارائه شده است هم طبیعتاً بدون عیب نخواهد بود؛ و چه نیکو

خواهد بود خوانندگان این اوراق هم مرا به سهم خویش با پیشنهادهای سازنده مدد رسانند تا ادبیات این نوع نوشتار بیش از پیش قوام و دوام یابد.

در مطالعه این کتاب از منظر صوری، بیش از هر امر دیگر، عدم امکان تفکیک نیک کلام مؤلف از نقل قول‌های مطرح شده در متن و مشخص نشدن حوزه نظر شخصی از مباحث عمومی عاریتی، بزرگ‌ترین حیرانی را برای خواننده پدید می‌آورد. مؤلف محترم فرضیه‌ای خاص نه در مکتوب خویش معلوم می‌دارد و نه در کتاب از معلول‌هایی در تبیین متغیرهای تحقیق خویش، سخن به میان می‌آورد. از این منظر، اثر را نمی‌توان به نیکی ارزیابی کرد؛ چرا که هدفی خاص یا زنجیره‌ای روان در سلسله‌مباحث مؤلف دنبال نمی‌شود تا به همین منوال قابل رصد نیک هم باشد. طبعاً این فرایند به فهم محتوا نیز آسیب رسانده است؛ زیرا همان‌گونه که ملاحظه شد. اگر مؤلف را صاحب نظریه‌ای خاص در فلسفه حقوق یا حداقل پیرو تئوری خاص در حقوق بدانیم، در آن صورت از جمله انتقاداتی که می‌توان به وی داشت، وفادار نبودن ایشان به آن نظریه در طول نگارش کتاب است؛ از آنجا که کتاب با تعلق خاصی زنجیره خاص موضوعی را میان مباحث متفاوت دنبال نمی‌کند، می‌توان حدس زد که نگارنده به موضوعاتی علاقه‌مند است، از جمله: عدالت، بنیان وضع حقوقی است؛ بدون اخلاق، فساد در جامعه حاکم می‌شود (ش ۲۰۸: ۵۵۹)؛ و دولت متعهد به قانون، بدون توجه به اخلاق، سرمایه‌ای بزرگ را از دست می‌دهد. اما واقعیت آن است که مؤلف به فراخور موضوعی که در فصل‌های مختلف کتاب مطرح می‌کند، موضعی متفاوت در پیش می‌گیرد که در کتب علمی و فلسفه حقوق مرسوم نیست. هر چند که مؤلف در صفحات آغازین کتاب خویش خاطرنشان می‌کند که تابع مکتب خاصی نیست؛ این عدم تمایل به مکتبی خاص عملاً به طرح همه و هیچ و مسائلی تناقض‌گونه منجر شده است؛ به این معنا که مؤلف آنگاه که از قانون سخن می‌گوید، یک کلسن فارسی‌زبان است و آنگاه که از اخلاق سخن به میان می‌آورد، یک فیلسوف اخلاق‌گرای کانتی است. گاهی ژنی است، گاهی ویلی. در جایی حقوقدان تحقیقی است و در جای دیگر حقوقدان طبیعی، و گاه نه این است نه آن، آنگاه که می‌خواهد هم به قانون احترام بگذارد و هم از استبداد دولتی بگریزد. این تطور و تحول در سرتاسر کتاب، خواننده را در حیرانی عجیبی رها می‌کند که بالأخره نمی‌فهمد موضع مؤلف دقیقاً از ابتدای کتاب بر عدالت و اخلاق چیست. چه می‌شود که مؤلف ناگهان سر از قداست قانون و دولت بیرون می‌آورد؟ از این‌روست که می‌توان گفت حتی اندیشه عدالتی که نویسنده در این کتاب نیز مطرح می‌کند، سخت قابل انتقاد است و اجرای آن تنها در چهارچوب تنگ قواعد دولتی می‌گنجد و فراتر از آن اساساً بستر حقوقی تلقی نمی‌شود تا محتاج مبنایی از فلسفه حقوق باشد.

پی‌نوشت

۱. «یک دعوی قدیمی در مورد منشأ اندیشه یونان». (ورنر، ۱۳۸۲: ۱۴-۳)
 ۲. از این پس «ش» نماد شمارگان داخل در متن کتاب و «ص» صفحه مربوط به ارجاع است.
 ۳. شایان ذکر است که این شیوه تقسیم، به فرانسویان هم منحصر نیست. به عنوان نمونه می‌توان به مبحث تقسیم قضایا در منطق کانت مراجعه کرد که قضیه را به سه قسم حملیه، شرطیه و منفصله طبقه‌بندی می‌کند و آنگاه به اعتبار مقولات ذهنی به اعتبارهای متفاوت، آنها را به بخش‌های سه‌گانه دیگر تقسیم می‌کند. (خوانساری، ۱۳۶۸: ج ۲/ ۹۸-۸۹) برخی، رونق این شیوه تقسیم منطق کلاسیک در اروپا را بی‌تأثیر از منطق دینی در منزلت تثلیث کلیسایی نمی‌دانند.
 ۴. با این تقسیم‌بندی، حتی مکتب ارادی نیز که در دو بعد داخلی و بین‌المللی بر اراده دولت‌ها و حضور عینی کشورها تأکید دارد، ذیل حقوق تحقیقی قابل توصیف است، چراکه فارغ از یک جوهره بنیادین است.
 ۵. بلکه به نظر می‌رسد عمل سقراط در این خصوص می‌تواند تابع این منطق باشد که پیش از مرگ از او نقل شده است: «بهتر آن است که انسان مورد بی‌عدالتی واقع شود تا بی‌عدالتی کند.» (افلاطون، ۱۹۹۹)
 ۶. سقراط از خود نوشته‌ای برجای نگذاشت؛ و آنچه از اندیشه او می‌دانیم، عمدتاً از نوشته‌های افلاطون است. در این باره، تنها کتابی که سیره سقراط را به‌خوبی بیان کرده کتابی، منسوب به افلاطون است: Plato (1999) *Apologie de Socrate*, Flammarion (GF).
 ۷. کلسنیسم درواقع مکتبی حقوقی است که پیرامون آرای هانس کلسن (1881-1973) — نویسنده اتریشی‌الاصل — شکل گرفته است و بر نقش دولت در قانونگذاری و ترسیم هنجارهای حقوقی اهتمامی تام دارد. در این راستا، اثر وی برجستگی خاصی دارد:
- Kelsen, Hans (1988). *Théorie pure du droit*, Trad. Thevenez, La Baconnière, Neuchâtel 1953, 2ème éd.
8. Verdier Raymond, « Jean Carbonnier, historien-sociologue du pénal et du non-droit pénal », in Jacqueline Hoareau-Dodinau et Pascal Texier (dir.), « La peine. Discours, pratiques, représentations », Limoges, PULIM, Université de Limoges, Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Judirique, n° 12, 2005, p. 255-267.
 9. CARBONNIER Jean, *Droit civil: introduction à l'étude du droit et droit des personnes*, 27 éditions.
 10. Carbonnier Jean, *Droit et passion du droit : Sous la Ve République: « il existe des règles non dites, non écrites, qui sont souvent plus fortes que les règles codifiées comme par exemple, la politesse.*

۱۱. به تعبیر شهید مطهری، در این مسیر، در اینکه قانون‌های واقعی آفرینش تخلف‌ناپذیر است، یک سخن و اینکه آیا قوانینی که ما شناخته‌ایم، قانون‌های واقعی جهان است یا قشری از قانون است، سخنی دیگر است. (مطهری، ۱۳۷۲: ۱۱۵)
۱۲. إِنَّ شَرَّ الدَّوَابِّ عِنْدَ اللَّهِ الصُّمُّ الْبُكْمُ الَّذِينَ لَا يَعْقِلُونَ. (انفال/ ۲۲)
همانا بدترین جنبندگان نزد خدا کران، لال‌اند که تعقل نمی‌کنند.

منابع

- اصغری، سیدمحمد (۱۳۸۶). *عدالت و عقلانیت در فقه و حقوق*، نشر اطلاعات.
- انور سلطان (۱۹۸۳). *المبادئ القانونية العامة*، بیروت: دارالنهضة العربية.
- بشیریه، حسین (۱۳۷۴). *دولت عقل*، تهران: مؤسسه نشر علوم نوین.
- جعفری، علامه محمدتقی (۱۳۷۸-۱۳۵۷). *ترجمه و تفسیر نهج‌البلاغه*، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
- خوانساری، محمد (۱۳۶۸). *منطق صوری*، ج دوم، تهران: آگاه.
- طباطبایی، سیدجواد (۱۳۷۳ الف). *درآمدی فلسفی بر تاریخ اندیشه سیاسی در ایران*، تهران: کویر.
- طباطبایی، سیدجواد (۱۳۷۳ ب). *زوال اندیشه سیاسی در ایران*، تهران: کویر.
- عابدالجابری، محمد (۱۳۸۶). *بنیة العقل العربی؛ دراسة تحليلية نقدية لنظم المعرفة فی الثقافة العربیة*، بیروت: مرکز الثقافی العربی.
- عنایت، حمید (۱۳۷۲). *اندیشه سیاسی در اسلام معاصر*، ترجمه بهاء‌الدین خرمشاهی، تهران: خوارزمی.
- قرضاوی، یوسف (۱۴۱۹ق). *من فقه الدولة فی الاسلام (مکانتها، معالمها، طبیعتها، موقفها من الديمقراطية و المراه و ...)*، القاهرة: دارالشروق.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). *فلسفه حقوق*، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- مطهری، مرتضی (آبان ۱۳۷۲). *عدل الهی*، چاپ هفتم، تهران: صدرا.
- ورنر. شارل (۱۳۸۲). *حکمت یونان*، ترجمه نادر بزرگ‌زاد، تهران: علمی - فرهنگی.
- ورنر. شارل (۱۳۷۱). *نظام حقوق زن در اسلام*، تهران: صدرا.

Binmore, Ken (2005). *Natural Justice*. Oxford University Press.

Chehata, Chafik (1973). «La religion et les fondements du droit en islam», *Archives de philosophie du droit*, 18, Sirey.

Hobbes, Thomas (2000). *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*. traduction et notes par Mairet (Gérard). Paris: Gallimard.

Jacqueline Russ (1999). *Les Chemins de la pensée : Philosophie*, Bordas.

Kelsen, Hans (1953). *Théorie pure du droit*. Trad. Thevenez, La Baconnière, Neuchâtel. 2ème éd. 1988, Trad. Eisenmann, Dalloz, Paris 1962, réimp. 1989.

- Kelsen, Hans (1953). *Théorie pure du droit*, Trad. Thevenez, La Baconnière, Neuchâtel, 2ème éd. 1988.
- Plato (1999). *Apologie de Socrate*. Flammarion (GF).
- Rawls (1993). *Le Monde*, 30 novembre.
- Redissi, Hamadi (1998). *Les Politiques en Islam: Le Prophète, le Roi et le Savant*. Paris: L'Harmattan.
- Rousseau, Jean-Jacques (1966). *Du Contrat social*. Paris: Flammarion.
- Villey, Michel (1998). *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris : Dalloz.
- Villey, Michel (2006). *La formation de la pensée juridique moderne*. PUF.
- <http://www1.farsnews.com/newstext.php?nn=8708260832>

تأملی بر کتاب قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی

احمد رضا نائینی*

چکیده

بحث تنقیح قوانین و مقررات، از مباحثی است که در حال حاضر محافل علمی را بیش از پیش به خود مشغول کرده؛ و یکی از مباحث مهم تنقیح قوانین و مقررات، بررسی و تشخیص «نسخ ضمنی» مصوبات است.

در این مقاله به گوشه‌هایی از مبحث نسخ (آن هم نه نسخ و تغییرات ضمنی، بلکه نسخ و تغییرات صریح)، اکتفا می‌شود. شاید تصور شود که نسخ، اصلاح و الحاق صریح معلوم است و نیازی به بیان آن نیست، اتفاقاً در این تحقیق، دایره بحث، بیشتر پیرامون همین موضوع دور خواهد زد و از بحث درباره نسخ ضمنی که بعضاً ممکن است پیرامون آن اختلاف‌نظرهایی وجود داشته باشد، پرهیز شده است. نگرانی همیشگی حقوقدانان، نسخ یا تغییرات ضمنی قوانین و مقررات است؛ ولی به نظر می‌رسد با مشاهده کتبی از این قبیل باید نگران نسخ یا تغییرات صریح نیز بود.

در کتاب مورد بررسی با عنوان *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی* (کاتوزیان، ۱۳۷۷) ایرادات عدیده‌ای از جهت شکلی (و بعضاً ماهوی) وجود دارد. آنچه در این مقاله به آن اشاره می‌شود، مصوباتی است که قبل از چاپ اول یا چاپ‌های مجدد کتاب مذکور، به‌طور صریح نسخ یا اصلاح و در مواردی با الحاق و تفسیر مواجه شده‌اند. یکی از نمونه‌های بارز این مصوبات، آیین‌نامه اجرایی قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۷/۴/۱۵ است. این آیین‌نامه اجرایی که بیش از ۲۶ صفحه از چاپ اول و بیش از ۲۴ صفحه از چاپ هجدهم کتاب مورد بحث را به خود اختصاص داده، به‌موجب ماده ۴۰ آیین‌نامه اجرایی قانون

* کارشناس ارشد حقوق خصوصی و معاون اداره کل تنقیح قوانین مجلس شورای اسلامی mnhjytrei@gmail.com
تاریخ دریافت: ۸۹/۱۰/۹، تاریخ پذیرش: ۸۹/۱۲/۸

زمین شهری مصوب ۱۳۷۱/۳/۲۴ به طور صریح نسخ شده است. شایان ذکر است که آیین نامه اجرایی مذکور که شش سال قبل از چاپ جلد اول کتاب (تابستان ۱۳۷۷) به طور صریح منسوخ بوده است، تا چاپ هجدهم (تابستان ۱۳۸۷) آن کتاب نیز همچنان به چشم می خورد.

کلیدواژه‌ها: اصلاح، الحاق، تنقیح قوانین، قانون، مجموعه‌های قوانین، نسخ، نسخ صریح.

مقدمه

کتاب *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، از جمله کتاب‌هایی است که عصاره بسیاری از کتب دیگر دکتر کاتوزیان در آن متجلی شده است.

در این کتاب، علاوه بر دیدگاه‌های ایشان، نظرهای بعضی از استادان و صاحب نظران حقوقی نیز بررسی شده است.

نگارنده این سطور، پس از بررسی کتاب مذکور و ملاحظه مصوباتی که به طور صریح نسخ یا اصلاح و در مواردی با الحاق و تفسیر مواجه شده‌اند، نکاتی را برای بهبود چاپ‌های بعدی ارائه می کند.

قبل از ورود به بحث اصلی، تذکر چند نکته ضروری است:

الف) بحث تنقیح قوانین و مقررات، از مباحثی است که در حال حاضر محافل علمی را بیش از پیش به خود مشغول کرده است. نگارنده تصمیم ندارد که این موضوع را در این مبحث مطرح کند، بلکه در این مقاله، صرفاً به طرح گوشه‌هایی از مبحث نسخ (آن هم نه نسخ و تغییرات ضمنی، بلکه نسخ و تغییرات صریح) که یکی از مباحث تنقیح قوانین و مقررات است، اکتفا می شود.

ب) کتاب مذکور، تاکنون هجده بار چاپ شده و در این مقاله، چاپ اول و دهم و هجدهم آن بررسی شده است. شایان ذکر است که در تابستان ۱۳۸۷، چاپ هجدهم کتاب با عنوان ویرایش جدید (ویرایش سوم با تجدید نظر کامل) در ۵۰۰۰ نسخه انتشار یافته است.

ج) نگارنده مقاله، چاپ‌های دوم تا نهم و یازدهم تا هجدهم را در اختیار نداشته است تا بتواند براساس آنها نیز اظهار نظر کند؛ اما به نظر می رسد مجموعه‌های مذکور نیز با اندک اضافاتی در آخر کتاب، بر همان منوال به چاپ رسیده و اصلاحات جدی در آن کتب صورت نگرفته است.^(۱)

گفتار اول: بررسی چاپ اول تا دهم تا هجدهم

در این مجموعه‌ها، مصوباتی وجود دارد که به‌طور صریح نسخ شده است؛ همچنین، قوانین و مقرراتی در کتاب به‌چشم می‌خورد که اصلاحات و الحاقاتی دارد ولی این‌گونه اصلاحات و الحاقات در مجموعه مورد نظر اعمال نشده است. در این گفتار، موارد مذکور تا تاریخ انتشار اولین چاپ کتاب مورد بحث (تابستان ۱۳۷۷) بررسی خواهد شد. مصوبات یادشده به این شرح است:

یک) قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه^(۲) مصوب ۱۳۶۳/۱۰/۲ مندرج در صفحه ۷۱

این مصوبه، الحاقیه‌ای به شرح زیر داشته است که در مجموعه مذکور وجود ندارد:
الف) قانون الحاق یک بند و یک تبصره به ماده ۱ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳/۱۲/۱۲ مصوب ۱۳۷۵/۱۲/۱۲. (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۵: ۱۲۲۳)

دو) قانون تملک آپارتمانها مصوب ۱۳۴۳/۱۲/۱۶ مندرج در صفحه ۸۹
این مصوبه، اصلاحات و الحاقاتی به شرح زیر داشته است:
الف) قانون الحاق ماده ۱۰ مکرر و دو تبصره به قانون تملک آپارتمانها مصوب ۱۳۵۱/۱۱/۲. (مجموعه قوانین سال ۱۳۵۱: ۲۶۹)؛
ب) لایحه قانونی الحاق یک تبصره به عنوان تبصره ۳ به ماده ۱۰ مکرر قانون تملک آپارتمانها مصوب ۱۳۵۸/۴/۹. (مجموعه قوانین سال ۱۳۵۸: ۶۸)؛
ج) لایحه قانونی اصلاح قانون الحاق ماده ۱۰ مکرر و دو تبصره به قانون تملک آپارتمانها مصوب ۱۳۵۹/۳/۱۷. (مجموعه قوانین سال ۱۳۵۹: ۳۴۰)؛
د) قانون اصلاح قانون تملک آپارتمانها مصوب ۱۳۷۶/۳/۱۱. (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۶: ۲۵۴)

شایان ذکر است که موارد فوق، در مجموعه مورد نظر اعمال نشده است.

سه) قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ مندرج در صفحه ۱۰۴
این مصوبه، اصلاحیه‌ای به شرح زیر داشته است که در مجموعه مذکور وجود ندارد:
الف) قانون اصلاح قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۸/۴/۲۸. (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۸: ۳۸۲)

تذکر: با توجه به تبصره ۱۱ ماده ۹ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲، ماده ۹ و یازده تبصره مربوط به آن ... برای مدت ۵ سال از تاریخ تصویب قابل اجرا بوده است.

چهار) آیین نامه اجرایی قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۷/۴/۱۵ (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۷، روزنامه رسمی کشور: ۴۱۱) مندرج در صفحه های ۱۱۱ تا ۱۳۷

الف) آیین نامه اجرایی که بیش از ۲۶ صفحه از مجموعه مورد بحث را به خود اختصاص داده، به موجب ماده ۴۰ آیین نامه اجرایی قانون زمین شهری مصوب ۱۳۷۱/۳/۲۴ به طور صریح نسخ شده است. (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۱: ۲۰۱)

تذکر:

اولاً آیین نامه اجرایی مذکور، شش سال قبل از چاپ جلد اول کتاب به طور صریح منسوخ بوده است؛

ثانیاً تاریخ تصویب این آیین نامه اجرایی، در صفحه ۱۱۱ درج نشده است؛

ثالثاً تاریخ ابلاغ آن نیز در مجموعه مذکور، ۱۳۶۷/۴/۱۵ عنوان شده، در حالی که این تاریخ، مربوط به تاریخ تصویب است (تاریخ ابلاغ آیین نامه اجرایی مورد بحث، ۱۳۶۷/۴/۲۹ است)؛

رابعاً در مورد اعتبار آیین نامه اجرایی قانون زمین شهری مصوب ۱۳۷۱/۳/۲۴، به ماده ۳۹ آن که درباره انقضای پنج سال مهلت مندرج در ماده قانون زمین شهری است، توجه شود.

پنج) قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۶ مندرج در صفحه ۱۴۱

این مصوبه، الحاقیه ای به شرح زیر داشته است:

الف) قانون الحاق دو تبصره به ماده ۴۳ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۴/۸/۱۴. (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۴: ۴۵۸)

این الحاقیه نیز در مجموعه مذکور اعمال نشده است.

شش) قانون معادن مصوب ۱۳۶۲/۳/۱ مندرج در صفحه ۱۵۶

این مصوبه، اصلاحیه ای به شرح زیر داشته است:

الف) قانون اصلاح قانون معادن مصوب ۱۳۶۴/۳/۲۶. (همان: ۱۲۵)

تذکر:

اولاً اصلاحیه اخیر طی ۱۰ بند تغییراتی را در قانون معادن مصوب ۱۳۶۲/۳/۱ به وجود آورده است؛

ثانیاً قانون معادن مصوب ۱۳۶۲/۳/۱ و اصلاحات بعدی آن به موجب ماده ۳۶ قانون معادن مصوب ۱۳۷۷/۳/۲۳ نسخ شده است. (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۷: ۲۰۹)^(۳) اثری از موارد فوق، در مجموعه موردنظر دیده نمی شود.

هفت) قانون شکار و صید مصوب ۱۳۴۶/۳/۱۶ مندرج در صفحه ۱۸۹

این مصوبه، اصلاحیه ای به شرح زیر داشته است:

الف) قانون اصلاح موادی از قانون شکار و صید - مصوب ۱۳۴۶ - و اصلاحیه بعدی آن مصوب ۱۳۷۵/۹/۲۵. (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۵: ۷۹۷)
تذکر: اصلاحیه سال ۱۳۷۵ مشتمل بر ۱۲ ماده است که تغییرات زیادی را بر قانون مصوب سال ۱۳۴۶ وارد کرده است.

اثری از این اصلاحیه، در مجموعه مورد بررسی دیده نمی شود.

هشت) قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶/۵/۲ مندرج در صفحه ۳۷۱

این مصوبه، اصلاحیه ای به این شرح داشته است:

الف) لایحه قانونی اصلاح ماده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۸/۹/۳. (مجموعه قوانین سال ۱۳۵۸: ۲۴۵)

این مصوبه نیز در کتاب مورد بحث وجود ندارد.

نه) ماده ۹۸۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳/۱۱/۲۷ (اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴) مندرج در صفحه ۵۹۳

این مصوبه، استفساریه ای به شرح زیر داشته است:

الف) قانون استفساریه ماده ۹۸۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۲/۷/۲۷. (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۲: ۴۸۶)

این استفساریه نیز در کتاب موردنظر وجود ندارد.

ده) قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵/۴/۱۶ مندرج در صفحه های ۶۰۱ و ۶۱۲ تا ۶۲۴:

این مصوبه، اصلاحیه ای به شرح زیر داشته است:

الف) قانون اصلاح قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۶۳/۱۰/۱۸. (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۳: ۴۷۲)

تذکر: اصلاحات و الحاقات زیاد و مهمی در این مصوبه اصلاحی وجود دارد که اثری از آنها در مجموعه موردنظر دیده نمی شود.

یازده) قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰/۵/۲۳ مندرج در صفحه ۶۴۸

۱۴۴ تأملی بر کتاب قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی

این مصوبه، اصلاحیه‌ای به شرح زیر داشته است:
الف) قانون اصلاح مواد ۳ و ۱ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۶/۲/۲۹. (مجموعه قوانین سال ۱۳۱۶: ۸)

این اصلاحیه نیز در کتاب مذکور وجود ندارد.
دوازده) ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴/۱/۱۷ مندرج در صفحه ۶۶۸
این مصوبه، الحاقیه‌ای به شرح زیر داشته است:
الف) قانون الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۶/۴/۲۹. (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۶: ۴۴۲)

این الحاقیه، در مجموعه مذکور اعمال نشده است.
سیزده) لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸/۷/۱ مندرج در صفحه ۷۰۰
این مصوبه، الحاقیه و اصلاحیه‌ای به شرح زیر داشته است:
الف) قانون الحاق یک تبصره به عنوان تبصره ۳ به ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸/۷/۱ شورای انقلاب مصوب ۱۳۶۶/۴/۹. (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۶: ۲۷۹)
ب) اصلاح بند ۴ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص (به موجب قانون اصلاح و حذف موادی از قانون تشکیل دادگاه‌های حقوقی ۱ و ۲ مصوب سال ۱۳۶۴ و لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب مصوب ۱۳۷۱/۱۲/۱۲). (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۱: ۷۴۴)

اثری از این موارد در کتاب مذکور یافت نمی‌شود.

تذکر:

اولاً در صفحه ۷۰۰ کتاب، یک بند تحت عنوان بند ۵ به ماده ۳ الحاق شده که تاریخ الحاق آن ذکر نشده است.

ثانیاً بند ۵ مذکور به موجب قانون الحاق یک بند (بند ۵) به ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸/۷/۱ شورای انقلاب، مصوب ۱۳۶۰/۷/۲۱ کمیسیون امور قضایی مجلس شورای اسلامی، به ماده مذکور الحاق شده و برای مدت ۵ سال از تاریخ تصویب به صورت آزمایشی قابل اجرا بوده و پس از سپری شدن مدت مذکور، اعتباری نداشته است. (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۰: ۱۱۳)

چهارده) قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۸۱/۸/۲۸ مندرج در صفحه ۷۰۱

این مصوبه، استفساریه‌ای به شرح زیر داشته است:

الف) قانون^(۴) تفسیر تبصره‌های ۳ و ۶ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب مورخ ۱۳۸۱/۸/۲۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام مصوب ۱۳۷۳/۶/۳ مجمع مذکور. (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۳: ۴۲۴)

این تفسیر، در کتاب مورد نظر وجود ندارد.

تذکر: این تفسیر رأساً در مجمع تشخیص مصلحت نظام انجام شده است و از موارد اختلافی بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان نیست.

پانزده) ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴/۱/۱۹ مندرج در صفحه ۷۱۹:

این مصوبه، اصلاحیه‌ای به شرح زیر داشته است:

الف) قانون اصلاح ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۶/۸/۱۱. (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۶: ۶۸۳)

این اصلاحیه نیز در متن کتاب اعمال نشده است.

تذکر: ظاهراً در بعضی از چاپ‌های بعدی، این اصلاحیه در آخر کتاب درج شده است.

شانزدهم) سایر موارد

اول) ذیل ماده ۲ قانون مدنی، «قانون مستثنی‌بودن مصوبات مربوط به آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی از موضوع ماده ۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۲/۱۰/۷» (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۲: ۶۰۷) وجود ندارد.

دوم) در مواد ۴۱۷، ۶۵۳، ۸۸۱ مکرر، ۱۰۴۲، ۱۲۲۷، ۱۲۲۸، ۱۲۴۳، ۱۳۰۶، ۱۳۰۷، ۱۳۰۸، ۱۳۱۰ و ۱۳۱۱، به مصوبه اصلاحی سال ۶۱ اشاره شده، در حالی که مصوبه سال ۶۱ به صورت آزمایشی به تصویب رسیده و پس از پایان مدت آن، اعتباری نداشته است؛ ضمن اینکه همین مواد در سال ۱۳۷۰ نیز اصلاح شده و باید به مصوبه سال ۱۳۷۰ استناد می‌شد.

ذکر این نکته نیز ضروری است که مصوبات مدت‌دار صرفاً در مدت اعتبارشان، مصوبات دائمی را موقوف‌الاجرا می‌کنند؛ و پس از پایان اعتبار مصوبه مدت‌دار، مصوبه دائمی به حالت قبلی خود که لازم‌الاجرا است، برمی‌گردد.

سوم) ماده ۱۲۵۱ در سال ۱۳۶۱ اصلاح شده و چون در سال ۱۳۷۰ بررسی نشده است، با توضیحی که داده شد، به حالت قبلی خود برمی‌گردد. این ماده، در این مجموعه براساس اصلاحیه سال ۱۳۶۱ آمده است.

چهارم) با توجه به تذکراتی که در مورد مصوبه سال ۱۳۶۱ آمد، در مجموعه مذکور، تبصره ماده ۱۳۲۸ مکرر، براساس مصوبه سال ۱۳۶۱ که غیرمعتبر بوده، آمده است.

پنجم) ذیل ماده ۱۱۷۱ مندرج در صفحه ۷۰۷، به قانون واگذاری حق حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها مصوب ۱۳۶۰/۱۰/۸ ارجاع داده شده، درحالی که این مصوبه برای مدت سه سال به صورت آزمایشی به تصویب رسیده و پس از پایان مدت آن اعتباری نداشته است. (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۰: ۱۴۳)

ششم) در این مجموعه، ذیل ماده ۱۳۰۹، به نظریه شورای نگهبان در مورد ماده مذکور اشاره‌ای نشده است.^(۵)

هفتم) نظریه شورای نگهبان در مورد ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵ (نظر شورای نگهبان در مجموعه قوانین سال ۱۳۶۳: ۱۴۵) در صفحه ۶۸۳ کتاب وجود ندارد.

هشتم) نظریه شورای نگهبان در مورد ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶/۵/۲ و نیز مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص «حق کسب یا پیشه یا تجارت» مصوب ۱۳۶۹/۱۰/۲۵، (نظر شورای نگهبان در مجموعه قوانین سال ۱۳۶۹: ۷۱۴)^(۶)، در صفحه ۳۷۱ آن نهاد وجود ندارد. (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۳: ۱۴۵)

تذکر: در مورد بعضی از سوابق قانونی دیگر مندرج در این مجموعه نیز شورای نگهبان نظرهایی ارائه کرده که به دلیل عدم اطلاع نوشتار، از ذکر آنها خودداری می‌شود.

نهم) در مواد ۹۷۷، ۹۸۱، ۹۸۲، ۹۸۷، تبصره‌های ماده ۹۸۸، تبصره ماده ۹۸۹، ۹۹۱، ۱۰۳۶، ۱۰۳۹، ۱۰۴۱، ۱۰۴۳، ۱۰۴۴، ۱۱۲۲، ۱۲۰۵، ۱۲۰۹، ۱۲۱۰، ۱۲۲۲، ۱۲۳۶، ۱۲۴۳، ۱۲۵۱، ۱۲۵۴، ۱۳۱۳، ۱۳۱۳ مکرر، ۱۳۲۸، ۱۳۲۸ مکرر و ۱۳۳۵، به تاریخ اصلاح آنها اشاره‌ای نشده است؛ در نتیجه، خواننده تصور می‌کند که مواد مذکور از سال ۱۳۱۳ یا ۱۳۱۴ تاکنون تغییری نکرده است.

دهم) در متن مواد ۳۱۳، ۳۸۰، ۳۵۴، ۶۵۱، ۸۸۷، ۹۲۳، ۱۱۶۲، ۱۲۱۹، ۱۲۴۳ و تبصره ماده ۱۳۲۸ مکرر، ایرادات و اغلاطی وجود دارد.

یازدهم) در این کتاب، موارد متعددی وجود دارد که تاریخ تصویب مصوبات ذکر نشده و در مواردی تاریخ کامل آنها درج نشده است. موارد مذکور، به شرح زیر است:

الف) قانون مدنی مندرج در ص ۲۳ که به تاریخ تصویب یا زمان لازم الاجرا شدن آن اشاره‌ای نشده است.

در مجموعه مورد نظر، تاریخ‌های مربوط به لازم‌الاجرا شدن و تصویب قانون مدنی، به‌طور کامل ارائه نشده است. در بعضی از صفحاتی که سوابق مربوط به مواد اصلاحی قانون مدنی درج شده، به عبارت مصوب ۱۳۰۷ (صفحات ۱۶۸، ۱۶۷، ۱۶۸، ۲۳، ۴۴، ۶۸، ۱۶۷، ۱۶۸، ۱۶۹^(۷)، ۴۷۶، ۴۳۷، ۴۳۵، ۳۲۶، ۲۹۷، ۲۱۱ و ۵۵۲) و در بعضی صفحات دیگر به مصوب ۱۳۱۳ (صفحات ۶۴۹، ۶۴۸، ۶۴۷، ۶۴۶، ۶۴۴، ۵۹۹، ۵۹۶، ۵۹۳، ۵۹۲ و ۶۵۰) و در صفحاتی نیز به مصوب ۱۳۱۴ (صفحات ۶۹۴، ۶۹۷، ۷۳۶، ۷۳۸، ۷۳۹، ۷۴۳، ۷۴۵، ۷۴۶، ۷۴۷، ۷۴۸، ۷۵۱، ۷۵۴، ۷۵۷، ۷۵۸، ۷۹۲ و ۷۹۳) بسنده شده است.

شایان ذکر است که در قسمت‌های مختلف کتاب، تاریخ‌های لازم‌الاجرا شدن و تصویب مواد مربوط به قانون مدنی وجود ندارد.^(۷)

ب) قانون مجازات اسلامی مندرج در صفحه‌های ۲۵، ۲۹، ۹۳، ۲۸۴ و ۷۴۳ تاریخ تصویب ندارد.

ج) نظامنامه اصلاح شده اجرای قانون دوازدهم آبان‌ماه ۱۳۰۹ راجع به حفظ آثار عتیقه ایران مندرج در صفحه ۱۷۷ تاریخ تصویب ندارد.

د) قانون شکار و صید مندرج در صفحه ۱۸۹ تاریخ تصویب ندارد.

شایان ذکر است که در سطر بالای عنوان مذکور، به «خرداد ۱۳۴۶» اشاره شده؛ که تاریخ کامل آن، «۱۳۴۶/۳/۱۶» است.

ه) قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸/۶/۲۵ مندرج در صفحه‌های ۲۴۱، ۲۲۱، ۷۹۶ و ۸۰۴ تاریخ تصویب ندارد.

تذکر:

موادی از قانون آیین دادرسی مدنی در صفحه‌های ۸۰۴ تا ۸۱۹ کتاب درج شده که اصلاحات مورد نظر، در متن اعمال شده ولی در کنار حدود ۳۰ ماده به تاریخ‌های اصلاحی آنها مربوط به ۱۳۳۴/۵/۱ و ۱۳۴۹/۹/۹، اشاره‌ای نشده است.

و) قانون اصلاح لایحه قانونی احداث پایانه‌های مسافربری و ممنوعیت تردد اتومبیل‌های مسافربری برون‌شهری در داخل شهر تهران مندرج در صفحه ۳۸۲، تاریخ تصویب ندارد.

ز) قانون ثبت مندرج در صفحه‌های ۴۹۴ و ۷۸۵، تاریخ تصویب ندارد.

تذکر:

اولاً عنوان صحیح قانون مذکور، «قانون ثبت اسناد و املاک» مصوب ۱۳۱۰/۱۲/۲۶ است؛

ثانیاً تاریخ اصلاحاتی که در مواد موردنظر صورت گرفته، در آن مجموعه درج نشده است. (ح) قانون امور حسبی مندرج در صفحه‌های ۵۳۲، ۵۴۴، ۶۳۰، ۶۰۷، ۶۳۶، ۷۴۰ و ۷۵۹، تاریخ تصویب ندارد.

(ط) تاریخ دقیق تصویب آیین‌نامه راجع به ماده ۲۹۹ قانون امور حسبی مندرج در صفحه ۵۳۵، درج نشده و به مصوبه سال ۱۳۲۲ وزارت دادگستری اکتفا شده است.

(ی) قانون ثبت احوال مندرج در صفحه‌های ۶۰۱ و ۶۱۰، یک مورد تاریخ تصویب ندارد و در مورد دیگر، تاریخ تصویب آن به‌طور کامل درج نشده است.

(ک) تاریخ تصویب قانون منع ازدواج کارمندان وزارت امور خارجه با اتباع بیگانه مصوب ۱۳۴۴/۱۰/۲۵ مندرج در صفحه ۶۶۰، به‌طور کامل درج نشده است.

(ل) تاریخ تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵ مندرج در صفحه ۶۸۳، به‌طور کامل درج نشده است.

(م) تاریخ تصویب لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸/۷/۱ مندرج در صفحه ۷۰۰، به‌طور کامل درج نشده است.

(ن) تاریخ تصویب قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۸۱/۸/۲۸ مندرج در صفحه ۷۰۱، به‌طور کامل درج نشده است.

ذکر این نکته ضرورت دارد که تاریخ تصویب مصوبات از جهت تقدم و تأخر تصویب، در ارتباط با مغایرت آنها و نتیجتاً نسخ ضمنی و ... اهمیت ویژه‌ای دارد.

دوازدهم) تاریخ تصویب بعضی از مصوبات مندرج در این مجموعه نادرست است. مصوبات مورد نظر عبارتند از:

الف) تاریخ تصویب ماده ۲ اصلاحی قانون مدنی مندرج در صفحه ۲۴، «۸ آذر ۱۳۴۸» آمده در حالی که تاریخ «۱۳۴۸/۸/۲۹» صحیح است. (مجموعه قوانین سال ۱۳۴۸: ۴۶۵)

ب) تاریخ تصویب قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم مندرج در صفحه ۲۹، «دهم مرداد ماه ۱۳۱۲» عنوان شده، در حالی که تاریخ «۱۳۱۲/۴/۳۱» صحیح است. (مجموعه قوانین سال ۱۳۱۲: ۵۹)

ج) تاریخ تصویب قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مندرج در صفحه ۲۸۱، «آذرماه ۱۳۴۷» درج شده، در حالی که تاریخ «۱۳۴۷/۱۰/۲۳» صحیح است. (مجموعه قوانین سال ۱۳۴۷: ۴۴۲)

گفتار دوم: بررسی چاپ هجدهم

قبل از ورود به بحث اصلی، تذکر این نکته ضروری است که مطالب این قسمت، مربوط به چاپ‌های اول تا هجدهم (در صورت عدم رعایت تغییرات مذکور در چاپ هجدهم) و ایرادات مربوط به چاپ هجدهم (تا تاریخ انتشار آن: «تابستان ۱۳۸۷») است.

شایان ذکر است که در این گفتار، به دلیل عدم اطالۀ نوشتار، از ذکر عناوین مصوبات منسوخ، اصلاحی و الحاقی که در چاپ‌های قبلی بررسی شد، خودداری شده و به این عبارت که «ایراد» (یا ایرادات) مندرج در چاپ‌های قبلی کماکان به قوت خود باقی است، بسنده شده است.

یک) قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳/۱۰/۲ مندرج در صفحه ۷۳

اولاً ایراد مندرج در چاپ‌های قبلی، کماکان به قوت خود باقی است. ثانیاً تبصره ذیل ماده ۹ قانون فوق، دو استفساریه به شرح زیر دارد که در این مجموعه رعایت نشده است:

الف) قانون استفساریه تبصره ذیل ماده ۹ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳ مصوب ۱۳۷۹/۲/۲۸. (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۹: ۵۶۰)
ب) قانون استفساریه تبصره ذیل ماده ۹ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳ مصوب ۱۳۷۹/۶/۱۳. (همان: ۱۰۷۳)

دو) قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۴۳/۱۲/۱۶ مندرج در صفحه ۹۱
ایرادات مندرج در چاپ‌های قبلی، کماکان به قوت خود باقی است.
سه) قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ مندرج در صفحه ۱۰۶
ایراد مندرج در چاپ‌های قبلی، کماکان به قوت خود باقی است.

چهار) آیین‌نامه اجرایی قانون زمین شهری مصوب ۱۳۷۱/۳/۲۴ مندرج در صفحه‌های ۱۱۲ تا ۱۳۵
الف) ایراد قبلی که مربوط به منسوخ‌بودن صریح این مصوبه است، کماکان به قوت خود باقی است.

ب) در چاپ جدید، فقط عبارت «مصوب ۱۳۷۱/۳/۲۴ هیئت وزیران» در صفحه ۱۱۲ اضافه شده ولی متن مصوبه، همان متن مصوبه منسوخ است.

ج) شماره و تاریخ ابلاغ مصوبه منسوخ که مربوط به سال ۱۳۶۷ است، هنوز در بالای عنوان این مصوبه وجود دارد.

د) مصوبه مورخ ۱۳۷۱/۳/۲۴ مندرج در صفحه‌های ۱۸۶ تا ۲۰۱ مجموعه قوانین سال ۱۳۷۱ (منتشر شده در روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران) مشتمل بر ۴۰ ماده است، در حالی که مصوبه منسوخ که در کتاب مذکور وجود دارد، مشتمل بر ۷۵ ماده است.

پنج) قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۶ مندرج در صفحه ۱۳۹

ایراد مندرج در چاپ‌های قبلی، کماکان به قوت خود باقی است.

شش) قانون معادن مصوب ۱۳۷۷/۲/۲۷ مندرج در صفحه ۱۵۳

دو استفساریه در مورد قانون فوق وجود دارد که در آن مجموعه وجود ندارد:

الف) قانون استفساریه ماده ۲۹ قانون معادن مصوب ۱۳۷۷/۲/۲۷ مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۹/۲/۱۸. (همان: ۳۶۲)

ب) قانون استفساریه ماده ۳۳ قانون معادن مصوب ۱۳۷۷/۲/۲۷ مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۹/۲/۱۸. (همان: ۳۶۳)

تذکر:

الف) به قانون تمرکز امور صنعت و معدن و تشکیل وزارت صنایع و معادن مصوب ۱۳۷۹/۱۰/۶ نیز باید توجه شود؛

ب) در انتهای قانون، به جای «رئیس مجلس شورای اسلامی - علی اکبر ناطق نوری»، «رئیس مجلس شورای اسلامی - مهدی کروبی» درج شده است. (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۷: ۲۰۹)

ج) در ماده ۲۹، ایراد عبارتی وجود دارد.

هفت) قانون شکار و صید مصوب ۱۳۴۶/۳/۱۶ مندرج در صفحه ۱۸۶

الف) ایرادات مندرج در چاپ‌های قبلی، کماکان به قوت خود باقی است؛

ب) تاریخ درج شده در صفحه ۱۸۶ صحیح نیست.

هشت) قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶/۵/۲ مندرج در صفحه ۳۶۱

ایراد مندرج در چاپ‌های قبلی، کماکان به قوت خود باقی است.

نه) ماده ۹۸۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳/۱۱/۲۷ (اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴) مندرج در صفحه ۵۸۳

ایراد مندرج در چاپ‌های قبلی، کماکان به قوت خود باقی است.

ده) قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵/۴/۱۶ مندرج در صفحه‌های ۵۹۱ و ۶۰۱ تا ۶۱۳

ایراد مندرج در چاپ‌های قبلی، کماکان به قوت خود باقی است.

یازده) قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰/۵/۲۳ مندرج در صفحه ۶۳۶
ایراد مندرج در چاپ‌های قبلی، کماکان به قوت خود باقی است.
دوازده) لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸/۷/۱ مندرج در صفحه ۶۸۹
ایرادات مندرج در چاپ‌های قبلی، کماکان به قوت خود باقی است.
سیزده) قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۸۱/۸/۲۸ مندرج در صفحه ۶۸۹
ایراد مندرج در چاپ‌های قبلی، کماکان به قوت خود باقی است.
چهاردهم) سایر موارد

اول) ذیل ماده ۲ قانون مدنی، مندرج در صفحه ۲۴ کتاب، «قانون مستثنی‌بودن مصوبات مربوط به آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی از موضوع ماده ۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۲/۱۰/۷» وجود ندارد. (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۲: ۶۰۷)

دوم) در ماده ۱۷، به مصوبه اصلاحی سال ۱۳۶۱ اشاره شده، درحالی‌که مصوبه سال ۱۳۶۱ به‌صورت آزمایشی به‌تصویب رسیده و پس از پایان مدت آن، اعتباری نداشته است؛ ضمن اینکه ماده مذکور در سال ۱۳۷۰ نیز اصلاح شده است و باید به مصوبه سال ۱۳۷۰ استناد می‌شد. چنان‌که مذکور افتاد، مصوبات مدت‌دار صرفاً در مدت اعتبارشان، مصوبات دائمی را موقوف‌الاجرا می‌کنند و پس از پایان اعتبار مصوبه مدت‌دار، مصوبه دائمی به حالت قبلی خود که لازم‌الاجرا است، برمی‌گردد.

سوم) ماده ۱۲۵۱ در سال ۱۳۶۱ اصلاح شده و چون در سال ۱۳۷۰ بررسی نشده است، با توضیحی که داده شد، به حالت قبلی خود برمی‌گردد. در این مجموعه، ماده مذکور براساس اصلاحیه سال ۱۳۶۱ آمده است.

شایان ذکر است که ذیل این ماده، به تاریخ‌های اصلاحی سال‌های ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ اشاره شده است.

چهارم) با توجه به تذکراتی که درمورد مصوبه سال ۱۳۶۱ آمد، در این مجموعه، تبصره ماده ۱۳۲۸ مکرر، براساس مصوبه سال ۱۳۶۱ که غیرمعتبر بوده، آمده است.

پنجم) ذیل ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی مندرج در صفحه ۷۰۷، به قانون واگذاری حق حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها مصوب ۱۳۶۰/۱۰/۸ ارجاع داده شده، درحالی‌که این مصوبه برای مدت سه سال به‌صورت آزمایشی به‌تصویب رسیده و پس از پایان مدت آن، اعتباری نداشته است. (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۰: ۱۴۳)

ششم) در این مجموعه، ذیل ماده ۱۳۰۹، به نظریه شورای نگهبان در مورد ماده مذکور اشاره‌ای نشده است.^(۹)

هفتم) نظریه شورای نگهبان در مورد ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵ (نظر شورای نگهبان در مجموعه قوانین سال ۱۳۶۳: ۱۴۵)، در صفحه ۶۷۲ کتاب وجود ندارد.

هشتم) نظریه شورای نگهبان در مورد ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶/۵/۲ و نیز مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص «حق کسب یا پیشه یا تجارت» مصوب ۱۳۶۹/۱۰/۲۵ (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۹: ۷۱۴)،^(۱۰) در صفحه ۳۶۱ آن مجموعه وجود ندارد. (نظر شورای نگهبان در مجموعه قوانین سال ۱۳۶۳: ۱۴۵)

تذکر: در مورد بعضی از سوابق قانونی دیگر مندرج در این مجموعه نیز شورای نگهبان نظرهایی ارائه داده است که به دلیل عدم اطالۀ نوشتار، از ذکر آنها خودداری می‌شود.

نهم) بعضی از ایرادات قبلی، از جمله ایراد در متن مواد ۱۲۱۹، ۱۲۴۳ و تبصره ماده ۱۳۲۸ مکرر، کماکان به قوت خود باقی است.

دهم) در این کتاب، موارد متعددی وجود دارد که تاریخ تصویب مصوبات ذکر نشده و در مواردی تاریخ کامل یا صحیح آن، در مجموعه مورد نظر درج نشده است. موارد مذکور به شرح زیر است:

الف) قانون مدنی، مندرج در صفحه ۲۳، که به تاریخ تصویب یا زمان لازم‌الاجرا شدن آن اشاره‌ای نشده است.

چنان‌که قبلاً نیز توضیح داده شد، در مجموعه مورد نظر، تاریخ‌های مربوط به لازم‌الاجرا شدن و تصویب قانون مدنی، به طور کامل درج نشده است؛ و در بعضی از صفحاتی که سوابق مربوط به مواد اصلاحی قانون مدنی ارائه شده، به عبارت مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸ (صفحات ۲۴، ۲۳، ...) و در صفحاتی نیز به مصوب ۱۳۱۴ (صفحات ۷۷۶، ۷۷۷، ۷۷۸، ۷۸۰، ۷۸۸ و ۷۹۰) بسنده شده است. در بعضی از صفحات دیگر، به مصوب ۱۳۱۴/۱/۱۹ (صفحات ۷۴۲، ۷۳۹، ۷۳۶، ۷۳۵، ۷۳۴، ۷۳۳، ۷۳۲، ۷۲۷ و ۷۴۶)^(۱۱) اشاره شده، در حالی که تاریخ تصویب آن مواد ۱۳۱۴/۷/۱ است.

شایان ذکر است که در قسمت‌های مختلف کتاب، تاریخ‌های لازم‌الاجرا شدن و تصویب مواد مربوط به قانون مدنی وجود ندارد.^(۱۲)

ب) تاریخ تصویب قانون مجازات اسلامی، مندرج در صفحه‌های ۲۵، ۲۹، ۲۷۶، ۲۷۷ و ۷۳۱، ایراد دارد.

ج) نظامنامه اصلاح شده اجرای قانون دوازدهم آبان ماه ۱۳۰۹ راجع به حفظ آثار عتیقه ایران مندرج در صفحه ۱۷۴، تاریخ تصویب ندارد.

د) تاریخ تصویب قانون شکار و صید مندرج در صفحه ۱۸۶، ایراد دارد. تاریخ صحیح آن، «۱۳۴۶/۳/۱۶» است.

ه) عنوان مصوبه و تاریخ تصویب قانون آیین دادرسی مدنی مندرج در صفحه‌های ۲۱۸ و ۷۹۱ ایراد دارد.

و) قانون ثبت مندرج در صفحه ۴۸۶، تاریخ تصویب ندارد.

تذکر:

اولاً عنوان صحیح قانون مذکور، «قانون ثبت اسناد و املاک» مصوب ۱۳۱۰/۱۲/۲۶ است.

ثانیاً تاریخ اصلاحات مواد مورد نظر، در آن مجموعه درج نشده است.

ز) تاریخ دقیق تصویب آیین‌نامه راجع به ماده ۲۹۹ قانون امور حسبی مندرج در صفحه ۵۲۴، درج نشده و به مصوبه سال ۱۳۲۲ وزارت دادگستری اکتفا شده است.

ح) تاریخ تصویب لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸/۷/۱ مندرج در صفحه ۶۸۹، به‌طور کامل درج نشده است.

ط) تاریخ تصویب قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم، مندرج در صفحه ۲۹، «دهم مردادماه ۱۳۱۲» درج شده، درحالی‌که تاریخ صحیح آن، «۱۳۱۲/۴/۳۱» است. (← مجموعه قوانین سال ۱۳۱۲، ص ۵۹)

ذکر این نکته ضرورت دارد که تاریخ تصویب مصوبات از جهت تقدم و تأخر تصویب، در ارتباط با مغایرت آنها و در نتیجه نسخ ضمنی و ... اهمیت ویژه‌ای دارد.

یازدهم) در زیرنویس صفحه ۸۰۱، فهرست مصوباتی درخصوص کارشناسان رسمی عنوان شده است که آن مصوبات به‌طور صریح نسخ شده‌اند.

مصوبات مذکور به‌شرح زیر است:

الف) قانون راجع به کارشناسان رسمی مصوب ۱۳۱۷/۱۱/۲۳؛

ب) قانون راجع به اصلاح قانون کارشناسان رسمی وزارت دادگستری مصوب ۱۳۳۹/۲/۱۴؛

ج) لایحه قانونی مربوط به استقلال کانون کارشناسان رسمی مصوب ۱۳۵۸/۸/۱ شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران.

توضیح: تاریخ تصویب قانون راجع به اصلاح قانون کارشناسان رسمی وزارت دادگستری، در مجموعه مذکور ۱۳۳۹/۸/۱ عنوان شده، در صورتی‌که تاریخ صحیح آن ۱۳۳۹/۲/۱۴ است.

این مصوبات فوق به موجب ماده ۴۱ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب ۱۳۸۱/۱/۱۸ به طور صریح نسخ شده‌اند:

ماده ۴۱: قانون راجع به کارشناسان رسمی مصوب ۱۳۱۷/۱۱/۲۳ و قانون راجع به اصلاح قانون کارشناسان رسمی وزارت دادگستری مصوب ۱۳۳۹/۲/۱۴ و لایحه قانونی استقلال کانون کارشناسان رسمی مصوب ۱۳۵۸/۸/۱ شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران لغو می‌شوند. (مجموعه قوانین سال ۱۳۸۱: ۵۲)

د) با تصویب قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب ۱۳۸۱/۱/۱۸ مجلس شورای اسلامی و آیین‌نامه آن مصوب ۱۳۸۲/۲/۷ هیئت وزیران (مجموعه قوانین سال ۱۳۸۲، ج اول: ۱۰۴)^(۱۳)، به نظر می‌رسد که آیین‌نامه قانون کارشناسان رسمی مصوب ۱۳۱۸/۶/۲۵ و آیین‌نامه مواد الحاقی به آیین‌نامه کارشناسان رسمی مصوب ۱۳۴۱/۴/۱۸ و اصلاحات و الحاقات بعدی آن نیز در حال حاضر اعتباری نداشته باشند.

ه) آیین‌نامه مترجمان رسمی مصوب ۱۳۶۹/۱/۲۲ (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۹: ۱۱) به موجب ماده ۳۶ «آیین‌نامه مترجمان رسمی مصوب ۱۳۷۲/۹/۷» (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۲: ۵۵۸) نسخ شده است. آیین‌نامه اخیر نیز به موجب ماده ۳۹ «آیین‌نامه مترجمان رسمی مصوب ۱۳۷۴/۵/۱۲» (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۴: ۳۰۷) و نهایتاً این آیین‌نامه نیز به موجب ماده ۵۷ «آیین‌نامه اجرایی اصلاح ماده ۳ قانون راجع به ترجمه اظهارات و اسناد در محاکم و دفاتر رسمی مصوب ۱۳۱۶ و الحاق چند ماده به آن مصوب ۷۶/۶/۲۴ مصوب ۱۳۷۷/۵/۳۱» (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۷: ۲۷۷) نسخ شده است. در حال حاضر، آیین‌نامه اخیر در مورد مترجمان رسمی، معتبر است.

تذکر مهم: اخیراً چاپ بیست‌وسوم این مجموعه (پاییز ۱۳۸۸)، منتشر شده است و کلیه ایرادهای مندرج در چاپ هجدهم عیناً در همان صفحات به چشم می‌خورد.

گفتار سوم: بحثی پیرامون دو لایحه تقدیمی مربوط به قانون مدنی در سال ۱۳۰۷

در تاریخ ۱۳۰۷/۲/۱۸، همزمان، دو لایحه توسط علی‌اکبر داور - وزیر عدلیه وقت - تقدیم ششمین دوره مجلس شورای ملی گردید. لوایح مذکور عبارت‌اند از:

۱. لایحه مربوط به قانون مدنی مشتمل بر ۹۵۵ ماده؛
۲. لایحه اجازه اجرای لایحه قانون مدنی تا موقع اعلام رأی قطعی کمیسیون پارلمانی عدلیه.

علت تقدیم لایحهٔ اخیر که تحت عنوان ماده واحد و با قید دوفوریت تقدیم مجلس شورای ملی گردیده، مجوز اجرای لایحهٔ مربوط به قانون مدنی مشتمل بر ۹۵۵ ماده بوده است که همراه این لایحه تقدیم مجلس شورای ملی شده بود.

«لازم به ذکر است که سایر لوایح مربوط به قانون مدنی یعنی لوایح مربوط به مواد ۹۵۶ تا ۱۳۳۵ توسط محمد علی فروغی به عنوان رئیس الوزراء و محسن صدر به عنوان وزیر عدلیه امضاء و توسط محسن صدر تقدیم ادوار نهم و دهم مجلس شورای ملی گردیده است.» (نائینی، ۱۳۸۷: ۵۶۴)

متن لایحهٔ اجازهٔ اجرای لایحهٔ قانون مدنی تا موقع اعلام رأی قطعی کمیسیون پارلمانی عدلیه که به صورت دست نویس و همراه با مقدمهٔ توجیهی تقدیم مجلس شورای ملی شده، چنین است:

«نمره ۳۲۵۲ به تاریخ ۱۳۰۷/۲/۱۷

ساحت مقدس مجلس شورای ملی

البته آقایان نمایندگان محترم تصدیق دارند برای روشن کردن تکلیف افراد و ترتیب معاملات و برای انتظام امور و تأمین قضایی، تدوین قانون مدنی یکی از ضروریات اجتماعی است. نظر به احساس این ضرورت، وزارت عدلیه برای تهیهٔ قانون^(۱۴) مزبور، کمیسیونی از اشخاص مجرب و عالم به علوم فقهیه تشکیل داده و آن کمیسیون با مطالعهٔ تمام اطراف و جهاتی که لازم بود در نظر گرفته شود، تاکنون ۹۵۵ ماده تنظیم کرده است که منضم به این لایحه تقدیم می شود. نظربه اینکه به آخر دورهٔ ششم مدت کمی مانده، نظربه اینکه مصالح قضایی مملکت سرعت گذراندن قانون^(۱۵) مزبور را امر می دهد، ماده واحد ذیل با قید دوفوریت تقدیم و تقاضای تصویب آن را می نماید.

ماده واحد: دولت مجاز است از روز ۲۰ اردیبهشت ۱۳۰۷ که کاپیتولاسیون ملغی است، لایحهٔ قانون^(۱۶) مدنی را که به مجلس شورای ملی تقدیم داشته، تا وقتی که رأی قطعی کمیسیون قوانین عدلیه مجلس شورای ملی اتخاذ و اعلام شود، به موقع اجرا گذارد.

رئیس الوزراء
وزیر عدلیه
مهدیقلی هدایت^(۱۷)
داور^(۱۸)

با توجه به مراتب فوق، نکات زیر درخور توجه است:

۱. این لایحه عیناً در تاریخ ۱۳۰۷/۲/۱۸ به تصویب مجلس شورای ملی رسیده است. با توجه به متن لایحه و نهایتاً قانون مذکور، بنا بر این بوده که لایحهٔ مربوط به قانون مدنی که مشتمل بر ۹۵۵ ماده بوده است، برای بررسی و اعلام نظر به کمیسیون قوانین عدلیه مجلس شورای ملی ارسال شود.

۲. از آنجا که دوره ششم مجلس شورای ملی در تاریخ ۱۳۰۷/۵/۲۲ خاتمه یافته است، لذا: اولاً در مدت سه ماه و اندی که به پایان عمر مجلس ششم باقی مانده بوده، رسیدگی به ۹۵۵ ماده در کمیسیون قوانین عدلیه میسر نبوده است؛ ثانیاً با توجه به مشروح مذاکرات کمیسیون قوانین عدلیه در دوره ششم، به نظر می‌رسد که در این فرصت کوتاه هم، هیچ‌گونه بحثی درمورد لایحه تقدیمی دولت، در کمیسیون مذکور مطرح نشده است. برای اثبات این موضوع مذاکرات سه جلسه کمیسیون قوانین عدلیه دوره ششم که پس از تقدیم لایحه مربوط به قانون مدنی، تشکیل شده و به صورت بسیار مختصر به ثبت رسیده است، عیناً ارائه می‌شود:

یک) صورت مذاکرات جلسه مورخ ۱۳۰۷/۴/۱۶

روز شنبه چهار ساعت قبل از ظهر شانزدهم تیر ۱۳۰۷، کمیسیون قوانین عدلیه با حضور آقای وزیر عدلیه تشکیل، قانون^(۹۱) تشکیلات وزارت عدلیه که در جلسات عدلیه مطرح و در تحت مشاوری بود، آخرین شور آن شروع و اکثریت از ماده ...^(۹۰) تا ماده ...^(۹۱) که کلاً ...^(۹۲) ماده است تصویب گردید.

دو) صورت مذاکرات جلسه مورخ ۱۳۰۷/۴/۲۰

کمیسیون قوانین عدلیه روز چهارشنبه چهار ساعت قبل از ظهر بیستم تیر ۱۳۰۷ با حضور وزیر عدلیه تشکیل و قانون^(۹۳) تشکیلات وزارت عدلیه مطرح، چون شور دوم بود با مطالعات زیاد راجع به قانون^(۹۴) مزبور، رأی قطعی به علت تمام مواد موکول شد به جلسه آتی. جلسه آتی، روز شنبه ۲۳ تیر ۱۳۰۷ چهار ساعت قبل از ظهر مقرر گردید.

سه) صورت مذاکرات جلسه مورخ ۱۳۰۷/۴/۲۳

روز شنبه ۲۳ تیر ۱۳۰۷، کمیسیون قوانین عدلیه چهار ساعت قبل از ظهر، به ریاست آقای مدرس و با حضور آقای وزیر عدلیه تشکیل و شروع به بقیه شور ثانی قانون^(۹۵) تشکیلات وزارت عدلیه گردید و کلیه مواد تصویب، بعد از ماده بندی در دفتر یادداشت خواهد شد. (نائینی ۱۳۸۷: ۵۶۲ - ۵۶۱)

در ابلاغیه مصوبه مورخ ۱۳۰۷/۲/۱۸ که از طرف رئیس مجلس شورای ملی و به صورت دست‌نویس و در ورقه مربوط به مینوت مخصوص قوانین، به ریاست وزراء نوشته شده، چنین آمده است:

ریاست محترم وزراء

در جواب لایحه قانونی نمرة ۳۲۵۲ مورخه ۱۳۰۷/۲/۱۷، متن لایحه قانون مدنی و تقاضای اجازه اجرای آن قانون مصوب ۱۸ اردیبهشت ماه ۱۳۰۷ را لفا^(۳۶) ارسال می دارد.

رئیس مجلس شورای ملی

با توجه به متن فوق، لایحه مربوط به مواد ۱ تا ۹۵۵ قانون مدنی عیناً برای اجرا به دولت عودت داده شده است.

بنابراین همان لایحه تقدیمی دولت به مجلس، بدون دخل و تصرف، به پیوست مصوبه مورخ ۱۳۰۷/۲/۱۸ مجدداً به دولت برای اجرا ارسال گردیده است. (همان، ۵۶۶ - ۵۶۵)

۳. آنچه در تاریخ ۱۳۰۷/۲/۱۸ به تصویب رسیده، «قانون اجازه اجرای لایحه قانون مدنی تا موقع اعلام رأی قطعی کمیسیون پارلمانی عدلیه» مصوب ۱۸ اردیبهشت ماه ۱۳۰۷ است نه لایحه مربوط به قانون مدنی.

۴. با توجه به مصوبه فوق، لایحه مربوط به قانون مدنی (مواد ۱ تا ۹۵۵) از تاریخ ۱۳۰۷/۲/۲۰ لازم الاجرا شده است.

۵. لایحه قانون مدنی به همان شکل و بدون تغییر به موجب مصوبه مذکور اجازه اجرا یافته است.

۶. با توجه به «لایحه اجازه اجرای لایحه قانون مدنی تا موقع اعلام رأی قطعی کمیسیون پارلمانی عدلیه» و نهایتاً قانون مذکور مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸، از ابتدا بنابراین بوده است که لایحه قانون مدنی در کمیسیون قوانین عدلیه بررسی و تصویب شود نه در صحن علنی مجلس شورای ملی.

۷. برای لایحه مربوط به قانون مدنی، عنوان «قانون مدنی» انتخاب شده است، در حالی که تا زمانی که یک لایحه (یا طرح) به تصویب قوه مقننه نرسیده و به طور کلی مراحل قانونی را طی نکرده باشد، عنوان «قانون» به آن اطلاق نمی شود. لذا لایحه تقدیمی «لایحه مدنی» است نه «لایحه قانون مدنی».

۸. با توجه به اینکه لایحه مذکور مراحل قانونی خود را طی نکرده و صرفاً به موجب ماده واحده مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸ اجازه اجرای آن داده شده است، به جای استفاده از عنوان «قانون مدنی»، استفاده از عنوان «لایحه قانونی مدنی» صحیح به نظر می رسد.

۹. در «قانون اجازه اجرای لایحه قانون مدنی تا موقع اعلام رأی قطعی کمیسیون پارلمانی عدلیه» مصوب ۱۸ اردیبهشت ماه ۱۳۰۷، به «لایحه قانون مدنی» اشاره شده است، در حالی که:

اولاً چنان‌که توضیح داده شد، عبارت «لایحه مدنی» صحیح است. ثانیاً پس از تصویب مصوبه مورخ ۱۳۰۷/۲/۱۸، عبارت «لایحه قانونی مدنی» صحیح به نظر می‌رسد نه عبارت «قانون مدنی» و نه آن طور که در مصوبه مورخ ۱۳۰۷/۲/۱۸ تحت عنوان «لایحه قانون مدنی» آمده است. بنابراین، عنوان «لایحه قانونی مدنی» به مواد ۱ تا ۹۵۵ اختصاص می‌یابد و هر قسمت از موادی را که بعداً به این لایحه قانونی الحاق شده است، می‌توان تحت عنوان «قانون الحاق موادی به لایحه قانونی مدنی» تلقی کرد. ذکر این نکته ضروری است که لایحه قانونی، در حکم قانون است. به هر حال، از آنجا که لایحه قانونی مذکور به قانون مدنی معروف شده، در این مقاله نیز همان عنوان مشهور آن، یعنی «قانون مدنی»، استعمال شده است.

گفتار چهارم: تاریخ لازم‌الاجرا شدن و تصویب قانون مدنی و اصلاحات بعدی

با توضیحاتی که داده شد، مشخص شد که مواد ۱ تا ۹۵۵ قانون مدنی تاریخ تصویب ندارد؛ بلکه تاریخی که به عنوان تاریخ تصویب قانون مدنی عنوان می‌شود، تاریخ تصویب «قانون اجازه اجرای لایحه قانون مدنی تا موقع اعلام رأی قطعی کمیسیون پارلمانی عدلیه» مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸ است.

بنابراین، به جا است که در کتب حقوقی و مجموعه‌های قوانین و مقررات، به جای درج تاریخ تصویب قانون مدنی (در مورد مواد ۱ تا ۹۵۵)، به تاریخ اجرای آن که به موجب ماده واحده مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸ مجلس شورای ملی، ۱۳۰۷/۲/۲۰ تعیین شده است، اشاره شود.

بند اول: تاریخ اجرا و تصویب قانون مدنی

قانون مدنی در سه دوره مجلس شورای ملی (دوره‌های ۶، ۹ و ۱۰) بررسی و لازم‌الاجرا یا تصویب شده است.

ادوار قانونگذاری، مواد، تاریخ اجرا و تاریخ تصویب قانون مدنی به شرح زیر است:

الف) دوره ششم مجلس شورای ملی

دوره ششم مجلس شورای ملی، در تاریخ ۱۹ تیرماه ۱۳۰۵ خورشیدی مطابق با ۳۰ ذیحجه ۱۳۴۴ هجری قمری و برابر با ۱۰ ژوئیه ۱۹۲۶ میلادی افتتاح شده و در تاریخ ۲۲ مردادماه

۱۳۰۷ خورشیدی مطابق با ۲۶ صفر ۱۳۴۷ هجری قمری و برابر با ۱۳ اوت ۱۹۲۸ میلادی خاتمه یافته است. (فرهنگ قهرمانی ۱۳۵۶: ۶۸)

چنان‌که مذکور افتاد، در این دوره به موجب ماده واحد مصوب ۱۸ اردیبهشت ۱۳۰۷ (مجموعه قوانین موضوعه و مسائل مصوبه دوره ششم تقنینیه، تیرماه ۱۳۳۴: ۱۱۷؛ مجموعه قوانین موضوعه و مسائل مصوبه دوره نهم تقنینیه، بهمن‌ماه ۱۳۲۹: ۱۰۰)، مواد ۱ تا ۹۵۵ قانون مدنی، از تاریخ ۱۳۰۷/۲/۲۰ لازم‌الاجرا شده است.

ب) دوره نهم مجلس شورای ملی

دوره نهم مجلس شورای ملی در تاریخ ۲۴ اسفند ۱۳۱۱ خورشیدی مطابق با ۱۸ ذی‌قعدة ۱۳۵۱ هجری قمری و برابر با ۱۵ مارس ۱۹۳۳ میلادی افتتاح شده و در تاریخ ۲۴ فروردین‌ماه ۱۳۱۴ خورشیدی مطابق با ۱۰ محرم ۱۳۵۴ هجری قمری و برابر با ۱۳ آوریل ۱۹۳۵ میلادی خاتمه یافته است. (فرهنگ قهرمانی ۱۳۵۶: ۱۱۱)

در این دوره، مواد ۹۵۶ الی ۱۲۰۶ قانون مدنی به شرح زیر به تصویب رسیده است:

۱. مواد ۹۵۶ الی ۹۷۵ در تاریخ ۱۳۱۳/۱۱/۶ (مجموعه قوانین سال ۱۳۱۳: ۵۸)؛

۲. مواد ۹۷۶ الی ۱۰۳۰ در تاریخ ۱۳۱۳/۱۱/۲۷ (همان: ۶۸)؛

۳. مواد ۱۰۳۱ الی ۱۰۶۱ در تاریخ ۱۳۱۳/۱۲/۲۱ (همان: ۱۱۰)؛

۴. مواد ۱۰۶۲ الی ۱۱۱۹ در تاریخ ۱۳۱۴/۱/۱۷ (مجموعه قوانین سال ۱۳۱۴: ۵)؛

۵. مواد ۱۱۲۰ الی ۱۱۵۷ در تاریخ ۱۳۱۴/۱/۲۰ (همان: ۱۰)؛

۶. مواد ۱۱۵۸ الی ۱۲۰۶ در تاریخ ۱۳۱۴/۱/۱۹ (همان: ۱۴).

ذکر این نکته ضروری است که مواد ۱۱۵۸ تا ۱۲۰۶ در تاریخ ۱۳۱۴/۱/۱۹ به تصویب مجلس شورای ملی رسیده، در حالی که مواد ۱۱۲۰ تا ۱۱۵۷ که شماره مواد آن مقدم بر مواد ۱۱۵۸ تا ۱۲۰۶ است، در تاریخ ۱۳۱۴/۱/۲۰ به تصویب آن مجلس رسیده است.

ج) دوره دهم مجلس شورای ملی

دوره دهم مجلس شورای ملی در تاریخ ۱۵ خرداد ۱۳۱۴ خورشیدی مطابق با ۴ ربیع‌الاول ۱۳۵۴ هجری قمری و برابر با ۶ ژوئن ۱۹۳۵ میلادی افتتاح شده و در تاریخ ۲۲ خردادماه ۱۳۱۶ خورشیدی مطابق با ۳ ربیع‌الثانی ۱۳۵۶ هجری قمری و برابر با ۱۲ ژوئن ۱۹۳۷ میلادی خاتمه یافته است. (فرهنگ قهرمانی ۱۳۵۶: ۱۲۵)

در این دوره، مواد ۱۲۰۷ الی ۱۳۳۵ قانون مدنی به شرح زیر به تصویب رسیده است:

۱. مواد ۱۲۰۷ الی ۱۲۵۶ در تاریخ ۱۳۱۴/۷/۱ (مجموعه قوانین سال ۱۳۱۴: ۳۹)؛
۲. مواد ۱۲۵۷ الی ۱۲۸۳ در تاریخ ۱۳۱۴/۷/۱۳ (همان: ۴۷)؛
۳. مواد ۱۲۸۴ الی ۱۳۳۵ در تاریخ ۱۳۱۴/۸/۸ (همان: ۷۲).

بند دوم : تغییرات قانون مدنی

بعضی از مواد قانون مدنی در ادوار مختلف، نسخ، اصلاح یا مواد یا تبصره‌ای به آنها الحاق شده است.

در این بند، به تغییرات قانون مدنی در قبل و بعد از پیروزی انقلاب اشاره می‌شود.

الف) تغییرات قانون مدنی قبل از پیروزی انقلاب

از تاریخ لازم‌الاجرا شدن قانون مدنی (۱۳۰۷/۲/۲۰) تا پیروزی انقلاب (۱۳۵۷/۱۱/۲۲) - یعنی پس از گذشت بیش از پنجاه سال از عمر قانون مدنی - فقط سه بار و آن هم چهار ماده از قانون مدنی اصلاح یا تبصره‌ای به آن مواد الحاق و یک تبصره از همان مواد اصلاح شده است:

۱. در تاریخ ۱۳۳۷/۱۱/۱۱، تبصره ماده ۹۸۸ قانون مدنی اصلاح و یک تبصره به ماده ۹۸۹ الحاق شد. (مجموعه قوانین سال ۱۳۳۷: ۶۵۴)
۲. در تاریخ ۱۳۴۸/۸/۲۹، ماده ۲ قانون مدنی اصلاح شد. (مجموعه قوانین سال ۱۳۴۸: ۴۶۵)
۳. در تاریخ ۱۳۴۸/۱۱/۲۷، ماده ۹۷۷ قانون مدنی اصلاح شد؛ همچنین، تبصره ماده ۹۸۸ اصلاح و به تبصره «الف» تبدیل و تبصره‌ای تحت عنوان تبصره «ب» به این ماده الحاق شد. (همان، ص ۶۴۳).

ب) تغییرات قانون مدنی بعد از پیروزی انقلاب

بحث در مورد مواد قانون مدنی و تغییرات آن پس از پیروزی انقلاب در دو قسمت به شرح زیر بررسی می‌شود.

یک) شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران

شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران دو مصوبه در مورد قانون مدنی دارد که این دو مصوبه درباره ابقای ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و ابقای مقررات راجع به ولایت و قیمومت در مورد اطفال صغار است. مصوبات مذکور به شرح زیر است:

یکم) لایحه قانونی الغای مقررات مخالف با ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۵۸/۲/۸
ماده واحده: ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی به قوت خود باقی است و مقررات مخالف با آن، ملغی
می‌گردد. (روزنامه رسمی شماره ۹۹۶۰ مورخ ۱۳۵۸/۲/۱۷، مجموعه قوانین سال ۱۳۵۸: ۱۲)
دوم) لایحه قانونی الغای مقررات مخالف با قانون مدنی راجع به ولایت و قیمومت مصوب
۱۳۵۸/۷/۱۱

ماده واحده: قواعد و مقررات قانون مدنی راجع به ولایت و قیمومت در مورد اطفال
صغار به قوت و اعتبار خود باقی است و مقررات مخالف با آن ملغی می‌گردد. (روزنامه
رسمی شماره ۱۰۰۱۴ مورخ ۱۳۵۸/۷/۲۶، مجموعه قوانین سال ۱۳۵۸: ۲۰۶)^(۳۷)
دو) مجلس شورای اسلامی

مجلس شورای اسلامی، دهها ماده از قانون مدنی را اصلاح، نسخ یا مواد یا تبصره‌ای به
مواد قانون مدنی الحاق کرده است. مواد منسوخ، اصلاحی یا الحاقی، با تاریخ‌های مربوط به
شرح زیر است:

۱. در تاریخ ۱۳۶۱/۱۰/۸، به موجب اصل ۸۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
کمیسیون امور قضائی و حقوقی مجلس شورای اسلامی موادی از قانون مدنی را اصلاح،
حذف، یا موادی به این قانون الحاق کرد. این قانون برای مدت ۵ سال به طور آزمایشی قابل
اجرا بود که ذیلاً به تفکیک به مواد اصلاحی، حذف شده و الحاقی اشاره می‌شود:

الف) مواد اصلاحی عبارت‌اند از:

مواد ۱، ۲۶، ۸۱، ۱۶۲، ۱۶۳، ۱۶۴، ۳۴۷، ۴۱۷، ۶۵۵، ۷۴۷، ۸۸۱، ۹۸۰، ۹۸۲، ۹۸۷، ۹۹۱،
۱۰۴۱، ۱۰۴۳، ۱۱۲۲، ۱۱۳۰، ۱۲۱۰، ۱۲۱۹، ۱۲۲۲، ۱۲۲۳، ۱۲۲۷، ۱۲۲۸، ۱۲۳۶، ۱۲۴۳،
۱۲۵۱، ۱۲۵۴، ۱۳۱۳، ۱۳۲۸ و ۱۳۳۵.

ب) مواد حذف شده عبارت‌اند از:

مواد ۲۱۸، ۶۵۳، ۷۰۶، ۹۸۱، ۱۰۳۶، ۱۰۳۹، ۱۰۴۲، ۱۲۰۹، ۱۳۰۶، ۱۳۰۷، ۱۳۰۸، ۱۳۱۰ و ۱۳۱۱.

ج) مواد الحاقی عبارت‌اند از:

مواد ۸۸۱ مکرر، ۱۳۱۳ مکرر و ۱۳۲۸ مکرر. (مجموعه قوانین، سال ۱۳۶۱: ۱۶۳)^(۳۸)

۲. در تاریخ ۱۳۶۳/۵/۶، به موجب اصل ۸۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، کمیسیون
امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی ماده ۱۲۰۵ قانون مدنی را اصلاح کرد. این قانون،
به مدت سه سال به صورت آزمایشی قابل اجرا بود. (مجموعه قوانین، سال ۱۳۶۴: ۵۲۸)

۳. در تاریخ ۱۳۷۰/۸/۱۴، مجلس شورای اسلامی موادی از قانون مدنی را اصلاح، نسخ یا موادی را به این قانون الحاق کرد.

شایان ذکر است که اکثر مواد اصلاحی، منسوخ یا الحاقی در سال ۱۳۷۰، همان مواردی بود که در سال ۱۳۶۱ اصلاح، حذف یا تحت عنوان موادی به قانون مدنی الحاق شده بود. از آنجا که مصوبه سال ۱۳۶۱ برای مدت ۵ سال به صورت آزمایشی قابل اجرا بود، مصوبه اخیر که جنبه دائمی دارد، در مجلس شورای اسلامی بررسی شده و به تصویب رسیده است. مواد اصلاحی، منسوخ و الحاقی به شرح زیر است:

الف) مواد اصلاحی عبارت‌اند از:

مواد ۱، ۲۶، ۸۱، ۱۶۲، ۱۶۳، ۱۶۴، ۲۱۸، ۳۴۷، ۴۱۷، ۶۵۵، ۷۴۷، ۸۸۱، ۹۸۰، ۹۸۲، ۹۸۷، ۹۹۱، ۱۰۴۱، ۱۰۴۳، ۱۰۴۴، ۱۱۲۲، ۱۱۳۰، ۱۲۰۵، ۱۲۱۰، ۱۲۱۹، ۱۲۲۲، ۱۲۲۳، ۱۲۲۷، ۱۲۲۸، ۱۲۳۶، ۱۲۴۳، ۱۲۵۴، ۱۳۱۳، ۱۳۲۸ و ۱۳۳۵.

ب) مواد منسوخ عبارت‌اند از:

مواد ۶۵۳، ۷۰۶، ۹۸۱، ۱۰۳۶، ۱۰۳۹، ۱۰۴۲، ۱۲۰۹، ۱۳۰۶، ۱۳۰۷، ۱۳۰۸، ۱۳۱۰، ۱۳۱۱ و ۱۳۱۳ مکرر.

ج) مواد الحاقی عبارت‌اند از:

مواد ۲۱۸ مکرر، ۸۸۱ مکرر و ۱۳۲۸ مکرر. (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۰: ۵۲۳)

۴. در تاریخ ۱۳۷۱/۸/۲۸، قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق به تصویب نهایی مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است. (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۱: ۴۹)

۵. در تاریخ ۱۳۷۲/۷/۲۷، قانون استفساریه ماده «۹۸۲» قانون مدنی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است. (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۲: ۴۸۶)

۶. در تاریخ ۱۳۷۲/۱۰/۷، قانون مستثنی بودن مصوبات مربوط به آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی از موضوع ماده ۲ قانون مدنی از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشته است. (همان: ۶۰۷)

۷. در تاریخ ۱۳۷۶/۴/۲۹، قانون الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی در خصوص مهریه به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است. (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۶: ۴۴۲)

۸. در تاریخ ۱۳۷۶/۸/۱۱، قانون اصلاح ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشته است. (همان: ۶۸۳)

۹. در تاریخ ۱۳۷۹/۳/۱، قانون اصلاح ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است. (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۹: ۵۶۲)
۱۰. در تاریخ ۱۳۸۱/۴/۱، قانون اصلاح ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی موضوع ماده ۲۴ قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰ به تصویب نهایی مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است. (مجموعه قوانین سال ۱۳۸۱: ۴۳۲)
۱۱. در تاریخ ۱۳۸۱/۴/۲۹، قانون الحاق یک تبصره به ماده ۱۳۰ قانون مدنی به تصویب نهایی مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است. (همان: ۷۶۳)
۱۲. در تاریخ ۱۳۸۱/۸/۱۹، قانون اصلاح موادی از قانون مدنی از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشته است. (همان: ۱۰۷۹)
۱۳. در تاریخ ۱۳۸۲/۹/۸، قانون اصلاح ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ به تصویب نهایی مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است. (مجموعه قوانین سال ۱۳۸۲: ۱۳۸۱)
۱۴. در تاریخ ۱۳۸۴/۲/۲۷، قانون استفساریه تبصره ذیل ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۶ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است. (مجموعه قوانین سال ۱۳۸۴، بخش قوانین: ۵۷)
۱۵. در تاریخ ۱۳۸۵/۷/۲، قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشته است. (روزنامه رسمی شماره ۱۷۹۶۲ مورخ ۱۳۸۵/۸/۷، مجموعه قوانین سال ۱۳۸۵: ۲۷۸)^(۲۹)
۱۶. در تاریخ ۱۳۸۵/۱۰/۲۳، قانون الحاق یک تبصره به ماده ۳۳۶ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ به تصویب نهایی مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است. (روزنامه رسمی شماره ۱۸۰۴۹ مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۲۴، مجموعه قوانین سال ۱۳۸۵، بخش قوانین: ۶۲۴)
۱۷. در تاریخ ۱۳۸۷/۱۱/۶، قانون اصلاح موادی از قانون مدنی از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشته است. (روزنامه رسمی شماره ۱۸۶۵۱ مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۲۱)

نتیجه گیری

۱. در این مقاله، فقط تغییرات صریح بررسی شده و از اصلاحات و الحاقات و نسخ ضمنی اجتناب شده است. نگرانی همیشگی حقوقدانان، از نسخ یا تغییرات ضمنی قوانین و مقررات است ولی به نظر می رسد با مشاهده کُتب از این قبیل باید نگران نسخ یا تغییرات صریح نیز بود.

۲. تاکنون ده‌ها هزار نسخه از این کتاب به چاپ رسیده است. تصور شود چنانچه کسانی که این مجموعه را در اختیار دارند یا به نحوی از آن استفاده می‌کنند، به مصوبات غیرمعتبر استناد کنند، وضع مجریان و کسانی که در اجرا از آن متضرر یا منتفع می‌شوند، چگونه خواهد بود! لذا برعهده ناشر و مؤلف محترم است که به هر نحو ممکن، موضوع را به اطلاع این‌گونه افراد برسانند.

۳. از آنجا که مجموعه مذکور از زاویه تنقیح قوانین و مقررات بررسی شده^(۳۰)، از این جهت که چه قوانین و مقرراتی از قلم افتاده نیز بررسی نشده است. به هر حال، قوانین و مقررات متعددی وجود دارد که می‌توان به عنوان مکمل مواد مربوط به قانون مدنی، در آن مجموعه درج کرد.

۴. پس از بررسی موارد فوق، اهمیت وجود سیستمی تحت عنوان تنقیح قوانین و مقررات که در آن، قوانین و مقررات را از زاویه نسخ صریح ارائه شود، مشخص می‌شود. با توجه به انبوه قوانین و مقررات، وجود چنین سیستمی که نمونه آن در قوه مقننه «اداره کل تنقیح قوانین مجلس»^(۳۱) وجود دارد، از ضروریات است.

۵. در متن سایر مصوباتی که به عنوان مصوبات مرتبط به مواد قانون مدنی آمده بود، ایراداتی وجود دارد. همچنین، ایرادات شکلی و ماهوی دیگری در مجموعه مذکور وجود دارد که به دلیل عدم اطلاع نوشتار از طرح آنها صرف نظر شد.

۶. به نظر می‌رسد که باید مرجعی بر کتبی که حاوی مصوبات است، نظارت داشته باشد تا از این جهت، خسارتی متوجه استفاده‌کنندگان این‌گونه کتب نشود.

۷. از ناشر و مؤلف محترم درخواست می‌شود مجموعه موردنظر را جمع‌آوری و نسخه‌ای با رفع کامل ایرادات به جامعه حقوقی ارائه کنند.

۸. در مقدمه کتاب مذکور آمده است:

... نخستین هدف هر مجموعه این است که متن درستی از قانون را در اختیار همگان قرار دهد. متأسفانه مجموعه‌های کنونی قانون مدنی پر از اغلاط فاحش و گمراه‌کننده است ... در این مجموعه، سعی شده است با مراجعه به چاپ‌های نخستین قانون مدنی و مقابله اسناد رسمی قانونگذاری، متن درستی از قانون مدنی ارائه شود ... (ص ۱۵)

با توجه به مراتب فوق:

الف) معلوم نیست که صاحب کتاب، چاپ‌های نخستین قانون مدنی را از کجا به دست آورده است.

ب) همچنین مشخص نیست که مؤلف محترم، اسناد رسمی قانونگذاری را از چه مرجعی دریافت کرده که تا توانسته است آن را با چاپ‌های نخستین قانون مدنی مقابله کند. شایان ذکر است که ادعاهای فوق، با وجود ایرادات زیاد در مجموعه مذکور، سازگاری ندارد. ۹. با توجه به نکات فوق، نامی که برای کتاب مورد نظر انتخاب شده است، با مندرجات آن تطابق ندارد.

پی‌نوشت

۱. اینجانب ابتدا قصد داشتم ایرادات موجود در چاپ‌های اول تا دهم را تحت عنوان مقاله‌ای منتشر کنم ولی بعد تصمیم گرفتم موضوع را با مؤلف محترم در میان بگذارم تا ایشان برای رفع آنها اقدام کنند. در پی این فکر، ایرادات متعدد مندرج در کتاب مذکور را به جناب آقای دکتر کاتوزیان ارائه کردم و ایشان نامه‌ای را به ناشر محترم نگاشتند که ذیلاً می‌آید:

«جناب آقای دکتر شیری

جناب آقای احمد رضا نائینی - رئیس اداره تنقیح قوانین مجلس، نظراتی درباره بعضی قوانین و آیین‌نامه‌های منسوخ کتاب قانون مدنی دارند که برای اصلاح کتاب بسیار مفید است. تقاضا دارم پس از بررسی و کسب نظر نهایی اینجانب، در چاپ‌های آینده اعمال فرمائید.

امضا

ناصر کاتوزیان»

اینجانب پس از تماس تلفنی با ناشر، و به دنبال آن ارسال فکس، موفق به دریافت پاسخ از ناشر محترم نشدم. بنابراین، برای رعایت حقوق کسانی که کتب مذکور (چاپ‌های اول تا هجدهم) را در اختیار دارند یا به نحوی از انحاء از آنها استفاده می‌کنند، نکاتی را در قالب این مقاله یادآور شده‌ام.

۲. شایان ذکر است که به موجب ماده «۵» مصوبه مورخ ۱۳۷۰/۸/۱۵ شورای عالی اداری در خصوص کیفیت اداره امور حج و زیارت، نام «سازمان حج و اوقاف و امور خیریه» به «سازمان اوقاف و امور خیریه» تغییر یافته است. (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۰، ص ۵۲۲)

۳. به نظر می‌رسد در آن تاریخ، مجموعه مذکور (چاپ اول) زیر چاپ بوده است. وارد نشدن این مصوبه در چاپ‌های بعدی، محل ایراد است.

۴. «مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام» صحیح است، نه «قانون».

۵. نظریه شماره ۲۶۵۵ مورخ ۱۳۶۷/۸/۸ شورای نگهبان:

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. قائم مقام دبیر شورای نگهبان (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۷: ۶۳۶)

۶. الف) مصوبه، رأساً در مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب رسیده است و از موارد اختلافی بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان نیست؛ ب - با تصویب این مصوبه، نظریه شورای نگهبان، درخصوص مورد، بی اثر شده است.
۷. در این صفحه، به جای «۱۳۰۷»، «۱۳۰۸» آمده است.
۸. این مبحث و کلیه تغییرات بعدی قانون مدنی، در همین مقاله، در دو گفتار جداگانه بررسی خواهد شد.
۹. برای آگاهی از نظریه شماره ۲۶۵۵ مورخ ۱۳۶۷/۸/۸ شورای نگهبان ← یادداشت ۴.
۱۰. این مصوبه، رأساً در مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب رسیده است و از موارد اختلافی بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان نیست.
۱۱. در این صفحه، به جای «مصوب ۱۳۱۴»، «مصوب ۱۲۱۴» آمده است.
۱۲. این موضوع و کلیه تغییرات بعدی قانون مدنی، در دو گفتار جداگانه، در ادامه مقاله، بررسی خواهد شد.
۱۳. تغییرات بعدی آیین نامه اجرایی قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری به شرح زیر است:
- نسخ ماده ۳۲، به موجب مصوبه شماره ۱۲۷۷۷ مورخ ۱۳۸۴/۳/۳ هیئت وزیران،
- اصلاح عبارتی به موجب ابلاغیه شماره ۲۵۴۹۷ مورخ ۱۳۸۴/۴/۲۸ دبیر هیئت دولت،
- ابطال ماده ۷۵ به موجب رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مندرج در روزنامه رسمی شماره ۱۸۴۵۵ مورخ ۱۳۸۷/۴/۱۹
۱۴. به جای عنوان «قانون»، استفاده از عنوان «لایحه» صحیح به نظر می رسد. هر طرح یا لایحه پس از سیر مراحل قانونی، عنوان «قانون» را به خود اختصاص می دهد.
۱۵. به جای عنوان «قانون»، استفاده از عنوان «لایحه» صحیح به نظر می رسد.
۱۶. در این متن، عبارت «قانون» اضافی است.
۱۷. ذیل لایحه فوق، عبارت «رئیس الوزراء» و امضای او وجود داشت. نام و نام خانوادگی وی از کتاب دولت های عصر مشروطیت، جمشید ضرغام بروجنی، اردیبهشت ماه ۱۳۵۰، ص ۱۷۵، ۱۷۶ و ۱۷۹ استخراج و ذیل لایحه درج شده است.
۱۸. ذیل لایحه فوق، امضای «داور» وجود داشت عنوان وزیر عدلیه و نام خانوادگی وی از کتاب دولت های عصر مشروطیت، پیشین، ص ۱۷۵، استخراج و ذیل لایحه درج شده است.
۱۹. منظور، لایحه است.
۲۰. در متن دست نویس نیز به صورت نقطه چین آمده بود.
۲۱. همان.
۲۲. همان.

۲۳. منظور، لایحه است.
۲۴. همان.
۲۵. همان.
۲۶. پیچیدن، لوله کردن (در لف چیزی = در طی آن، لای آن، جوف آن، در لف پاکت). (دکتر محمد معین، فرهنگ فارسی، ذیل واژه «الف»).
۲۷. تذکر: در روزنامه رسمی و مجموعه قوانین سال ۱۳۵۸، تاریخ تصویب دو مصوبه شورای انقلاب وجود نداشت و صرفاً تاریخ ابلاغ آنها وجود داشت؛ که از کتاب *قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران* و مجموعه *لوائح قانونی مصوب شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران* (اداره کل تنقیح و تدوین قوانین و مقررات، ۱۳۵۹، صفحات ۵۶ و ۲۳۸) استخراج شده است.
۲۸. تذکر: در مورد حذف ماده «۱۲۰۹»، نکته مندرج در روزنامه رسمی شماره ۱۱۳۱۶ مورخ ۱۳۶۲/۱۰/۱۱ و (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۲: ۴۴۵) عیناً می آید:
- «شورای محترم عالی قضایی شماره ۴۱۶ ک ق مورخ ۱۳۶۲/۵/۳۱
- اصلاحیه قانون اصلاح مواد از قانون مدنی
- پیرو نامه شماره ۱/۲۶۳۶۱ - ۱۳۶۲/۵/۲۵ به اطلاع می‌رساند که ماده «۱۲۰۹» قانون مدنی در مصوبه کمیسیون امور قضایی حذف گردیده است و درج آن در مجموعه‌های چاپ شده اشتباه است.
- رییس کمیسیون امور قضایی - سید محمد خامنه‌ای»
۲۹. در این مقاله، تغییرات صریح در قانون مدنی ارائه شده است.
- در دو مورد از این قاعده عدول شده است:
- یک) مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام در مورد اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸، که در متون قبلی به آن اشاره شد.
- دو) قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی مصوب ۱۳۸۵/۷/۲.
۳۰. شایان ذکر است که در این مقاله فقط در موارد جزئی، مواردی غیر از بحث تنقیح قوانین و مقررات بررسی شده است.
۳۱. مصوبات مجلس از سال ۱۲۸۵ تا کنون فیش برداری شده و در لوحی تحت عنوان «لوح قانون» و سپس تحت عنوان «لوح حق» در چند نسخه منتشر شده است. بازنگری فیش‌های موجود با همکاری مرکز پژوهش‌های مجلس، در اداره کل تنقیح قوانین مجلس و سایر فیش برداری‌های مربوط به این کار، از سال ۱۳۷۳ شروع شده و بخش زیادی از کار کارشناسی «لوح قانون» و «لوح حق» و ابتکارات ارائه شده در فیش‌های تغییر و تفسیر و سایر فیش‌های موضوعی را نگارنده انجام داده است.

۳۲. این لوح‌ها با همکاری اداره تنقیح قوانین مجلس و مرکز پژوهش‌های مجلس، تقدیم جامعه حقوقی شده است.

منابع

الف) اسناد، کتب حقوقی و تاریخی

صورت مشروح مذاکرات کمیسیون قوانین عدلیه مجلس شورای ملی (دوره ششم).
ضرغام بروجنی، جمشید (اردیبهشت ۱۳۵۰). دولت‌های عصر مشروطیت. اداره کل قوانین، چاپخانه مجلس شورای ملی.
فرهنگ قهرمانی، عطاءالله (خرداد ۱۳۵۶). اسامی نمایندگان مجلس شورای ملی از آغاز مشروطیت تا دوره ۲۴ قانونگذاری و نمایندگان مجلس سنا در هفت دوره تقنینیه، چاپخانه مجلس شورای ملی.
کاتوزیان، ناصر (پاییز ۱۳۸۳). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ دهم. نشر میزان.
کاتوزیان، ناصر (تابستان ۱۳۷۷). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. چاپ اول. نشر دادگستر.
کاتوزیان، ناصر (تابستان ۱۳۸۷). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ هجدهم. نشر میزان.
لوح قانون و لوح حق.^(۳۲)
معین، دکتر محمد (۱۳۷۱). فرهنگ فارسی. تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر.
نائینی، احمدرضا (پاییز و زمستان ۱۳۸۷). «بحثی پیرامون لایحه مربوط به قانون مدنی»، پیام بهارستان، دوره دوم، سال اول، شماره اول و دوم.
نائینی، احمدرضا (بهار ۱۳۸۶). مشروح مذاکرات قانون مدنی. چاپ اول. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

ب) مجموعه‌های قوانین و مقررات

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با رعایت اصلاحات سال ۱۳۶۸ شورای بازنگری قانون اساسی، دبیرخانه شورای بازنگری قانون اساسی.
قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مجموعه لوایح قانونی مصوب شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران (۱۳۵۹)، اداره کل تنقیح و تدوین قوانین و مقررات.
مجموعه قوانین موضوعه و مسائل مصوبه دوره ششم تقنینیه (تیر ۱۳۳۴)، اداره مطبوعات و اطلاعات مجلس شورای ملی، چاپ سوم.
مجموعه قوانین موضوعه و مسائل مصوبه دوره نهم تقنینیه (بهمن ۱۳۲۹)، اداره مطبوعات و اطلاعات مجلس شورای ملی، چاپ سوم.
مجموعه قوانین سال‌های ۱۳۱۲، ۱۳۱۳، ۱۳۱۴، ۱۳۱۶، ۱۳۳۷، ۱۳۴۷، ۱۳۴۸، ۱۳۵۱، ۱۳۵۸، ۱۳۵۹، ۱۳۶۰، ۱۳۶۱، ۱۳۶۲، ۱۳۶۳، ۱۳۶۴، ۱۳۶۶، ۱۳۶۷، ۱۳۶۸، ۱۳۶۹، ۱۳۷۰، ۱۳۷۱، ۱۳۷۲، ۱۳۷۳، ۱۳۷۴، ۱۳۷۵، ۱۳۷۶، ۱۳۷۷، ۱۳۷۹، ۱۳۸۱، ۱۳۸۲، ۱۳۸۴، ۱۳۸۵، روزنامه‌های رسمی کشور.

بررسی و نقد کتاب سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران

محمد رضا نظری نژاد کیاشی*

چکیده

در راستای ورود به بحث بسیار مهم «سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران»، (لنگرودی، ۱۳۷۲) شایسته بود که مطالب منبایی پیرامون هدف و مبنای حقوق، به طور عام، و حقوق اسلامی به طور خاص مطرح شود؛ چه، بدون تحقیق در این باره که اولاً حقوق چیست و چه تفاوتی با اخلاق و دین دارد، ثانیاً مبنای حقوق و الزام‌آوری قواعد آن، ناشی از چیست، ثالثاً حقوق با هنجارهای خود چه هدف و کارکردی را دنبال می‌کند، طرح بحث «سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران» تنها غوطه‌ور شدن در آرا و فتاوی فقهی است، بدون اینکه مشخص باشد در راستای یک نظم اجتماعی معقول که هدف بنیادی سیاست جنایی است، این آرا چه نقش و جایگاهی دارند. به سخن دیگر، خلط مباحث دین، اخلاق و حقوق، با یکدیگر، و عدم طرح مباحث منبایی و فلسفی پیرامون حقوق و اهداف آن، تعارض‌گویی‌هایی را در کتاب موجب شده است که امکان «تهیه و ارائه چهارچوبی سازگار با منطق علمی» را که نویسنده در پیشگفتار اثر خود ادعای آن را دارد، متفی کرده است.

کلیدواژه‌ها: قاعده حقوقی، مبنای حقوق، کارکرد حقوق، نظم اجتماعی، حاکمیت.

مقدمه

کتاب سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران - تألیف دکتر سید محمد حسینی

* عضو هیئت علمی دانشگاه گیلان m.nazarinejad@gmail.com

تاریخ دریافت: ۸۹/۹/۱۱، تاریخ پذیرش: ۸۹/۱۲/۸

که در سال ۱۳۸۳ مشترکاً در انتشارات دانشگاه تهران و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت) روانه بازار کتاب شده - از کتبی است که در نگاه اول با توجه به سوابق مطالعاتی نویسنده در حوزه و دانشگاه، این امیدواری را ایجاد می‌کند که با مطالعه آن به پرسش‌ها و ابهامات خواننده در زمینه تعارض مبانی حقوق مدرن و حقوق اسلامی پاسخ داده شود این امیدواری زمانی بیشتر می‌شود که در پیشگفتار این اثر، نویسنده در مواضع مختلف، از قلت منافع داخلی و احیاناً کم‌عمق بودن آنها از یک طرف و مطالعه عمقی و منطبق با چهارچوب استدلالی اثر خود، از طرف دیگر، سخن به میان آورده است، آن‌چنان‌که در صفحه ۲ کتاب، پیشینه موضوع در ایران را منحصر به «چندکار صرفاً ترجمه‌ای و احیاناً فاقد هر رابطه و علاقه‌ای با واقعیت‌های حقوقی داخلی» تلقی می‌کند؛ و در صفحه‌های ۳ و ۴، در معرفی اثر خود و ویژگی‌های آن چنین اشعار می‌دارد:

تهیه و ارائه چهارچوبی سازگار با منطق علمی و واقعیت علمی، به‌درآوردن آموزش و پژوهش سیاست جنایی از شکل و محتوای بی‌فایده - اگر نه غلط انداز، تقلیدی و ترجمه‌ای - و جنبه تحقیقی، اصیل و مفید به حال ملک و ملت دادن به عرصه سیاست جنایی.

اما به‌رغم همه این امیدها، مطالعه کتاب بیانگر آن است که نویسنده با توجه به مطرح نکردن پاره‌ای از پرسش‌های مبانی، به تعارضی اساسی دچار شده است؛ به عبارت بهتر، از این جهت که کتاب، فاقد مبنا و چهارچوب منطقی برای ورود به بحث است، بسیاری از مسائل به نحوی متعارض در آن عرضه شده است.

در این مقاله، این کتاب در دو مبحث نقد شده است.

پیر واضح است که کتابی شایسته نقد است که شایسته مطالعه بوده و برانگیزاننده پرسش برای خواننده باشد. بنابراین نقد حاضر به معنی نادیده گرفتن ارزش کار نویسنده نبوده بلکه کاملاً بالعکس بیانگر اهمیت والای کتاب مورد نقد، در طرح مباحث جدید پیرامون مهمترین موضوع حقوق کیفری ایران است. نقد حاضر به تبعیت از عقلانیت انتقادی حاکم بر علم، امید آن دارد با طرح مسایل آتی و پرداختن آن توسط صاحب‌نظران و در بستر گفتگوی بین‌الذهانی زمینه دستیابی به حقیقت فراهم گردد.

مبحث اول: خلأهای تئوریک (عدم طرح مباحث مبانی)

مسائلی که برای ورود به بحث بسیار مهم «سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران» طرح آنها ضروری بوده و از نگاه نویسنده محترم مغفول افتاده، به قرار زیر است:

۱. مفهوم حقوق به طور کلی، به عنوان جامع سیاست جنایی مشخص نشده و تفاوت آن با اخلاق و دین از هم به خوبی تفکیک نشده است.

۲. درباره رابطه دین و حقوق کیفری به عنوان مهم ترین بخش یک سیاست جنایی بحث نشده است. روابط محتمل دین و حقوق کیفری به قرار زیر است: (نظری نژاد ۱۳۸۴)

۱.۲. اجباری ساختن پذیرش اعتقادات و عقاید دینی، که قطعاً از نظر نویسنده محترم مردود است؛ زیرا لازمه دین، ایمان است و در پذیرش ایمان و حکومت آن بر قلب و روان افراد، آنچه اهمیت اساسی دارد، مجاب شدگی است و مجاب شدگی نیز چیزی نیست که از خارج بتوان آن را تحت نظارت گرفت یا به زور و اجبار قابل تحمیل باشد.

۲.۲. دومین رابطه محتمل دین و حقوق کیفری، فقه جزایی است. اما پرسش این است که مراد و مقصود از فقه (بخش معاملات) چیست؛ آیا فقه، موضوعی اولاً و بالذات دینی و مشمول اصل ثبات و شکل گرایی است یا اینکه دربردارنده اهداف خاصی است؟ اگر اهدافی خاص دارد، رابطه این اهداف با تحولات اجتماعی و عقلانیت متغیر در زمان چگونه است؟

بر نویسنده محترم مکتوم نیست که به قول غزالی، فقه دنیوی ترین بخش دین است. در صورتی که فقه را علمی دنیوی بدانیم، نمی توان از تفاوت هدف حقوق و فقه سخن راند؛ زیرا هر دو علمی گفتمانی هستند، که با توجه به عقاید حاکم بر اجتماع و به منظور تأمین و تضمین نظم اجتماعی، پاسداری از پاره ای قواعد و احکام در آنها ضروری دانسته می شود. در همین راستا است که شاطبی فقه را دایرمدار مصالح می داند (ریسونی ۱۳۷۶: ۱۷۰ به بعد) و قاعده «ما حکم به العقل حکم به الشرع» نیز از این دیدگاه قابل تصور منطقی است.

۳. درباره مبنای حقوق به طور عام و حقوق کیفری به طور خاص، از منظر فلسفی بحث نشده است. نویسنده مبنای حقوق و فقه را چه می داند؟ در صورتی که مبنای حقوق و الزام آوری قواعد آن را ناشی از بیان الهی بداند، پرسش این است که در فرض تعارض این احکام با خواست اجتماعی، اولویت با کدام است و به چه علت. در صورتی که بر اجرای احکام الهی، فساد مترتب باشد و اجرای چنین احکامی خود از مصادیق لطمه به نظم اجتماعی و به مخاطره افکندن حیات اجتماعی باشد، تکلیف چیست؟ آیا می توان از اجرای این احکام دست شست؟ اگر پاسخ مثبت است، به چه علت؟ آیا علت، اولویت نظم اجتماعی بر هر موضوع دیگر نیست؟ اگر به خاطر اولویت نظم اجتماعی می توان از اجرای احکام الهی دست شست، آیا نمی توان نتیجه گرفت که مبنای حقوق، اجتماع و ضرورت های زندگی اجتماعی است؟ در همین راستا، با توجه به تحول و پویایی اجتماع،

آیا سخن از قواعد ثابت و لایتغیر منطقی است؟ برای این پرسش‌ها در این کتاب، پاسخی ملاحظه نمی‌شود.

۴. درباره هدف از قواعد حقوقی و فقه، به‌نحو مبنایی بحث نشده است. اگر هدف از قواعد حقوقی از نگاه نویسنده محترم، سعادت انسان است که در بخش‌هایی از کتاب، از جمله صفحه ۸۵، به آن اشارت رفته، پرسش این است که آیا سعادت انسان و رستگاری و فلاح، با تحمیل قواعد اجباری و الزامی و همراه با ضمانت اجرای کیفر میسر می‌شود. به عبارت دیگر، اگر از نظر نویسنده محترم، هدف قاعده حقوقی، سعادت انسان است، باید نتیجه گرفت که حقوق یا فقه باید انسان را به زور به فلاح و سعادت رهنمون شود؛ زیرا سلاح حقوق، ضمانت اجرا است و ضمانت اجرا نیز امری بیرونی است. منطقی و معقول این است که هدف حقوق را تأمین و تضمین نظم اجتماعی بدانیم؛ و در صورتی که نظم اجتماعی را هدف حقوق دانستیم، باید از همین زاویه و با همین نورافکن به سراغ قواعد فقهی برویم.

۵. رابطه اسلام و جمهوری اسلامی مشخص نیست. آیا رابطه این دو، رابطه تساوی است یا عموم و خصوص مطلق؟ یا عموم و خصوص من وجه؟ به نحوی که بعداً اشاره خواهد شد، به علت عدم تبیین رابطه این دو، بسیاری از مطالب مطرح شده در این کتاب، قابلیت قضاوت و ارزیابی را از خواننده سلب می‌کند. اگر نویسنده رابطه اسلام و جمهوری اسلامی را رابطه تساوی می‌داند، پرسش این است که نگاه او به اسلام چیست. مراد او از اسلام کدام اسلام است؟ رابطه اجتهاد - که امری متنوع و متکثر است - با قانون - که موضوعی واحد است - معلوم نیست. بیان عقاید مختلف و متفاوت فقهی در کتاب، چه رابطه‌ای با اسلام و جمهوری اسلامی ایران دارد؟ اسلام واحد است یا متکثر؟ در صورت متکثر بودن مکاتب فقهی، و اختلاف عقاید، چگونه می‌توان درباره سیاست جنایی اسلام قضاوت کرد؟ با توجه به این مقدمات، درباره پاره‌ای از ابهامات و تعارض‌های موجود در کتاب بحث می‌شود.

مبحث دوم: تعارض‌ها و ابهامات

۱. در صفحه ۸۴ کتاب نوشته شده است:

در یک جامعه لائیک - لیبرال مبتنی بر بینش تک‌قطبی مادی که ارزش‌های فرامادی مورد پذیرش و باور نیست یا به‌عنوان عاملی جدی و تعیین‌کننده در صحنه زندگی حضور مؤثر

ندارد و به آزادی‌های فردی حداکثر اهمیت و اولویت داده می‌شود، قلمرو هنجار حقوقی محدود می‌باشد ... برعکس، در یک نظام دینی اسلامی که براساس بینش دوقطبی مادی - فرامادی انسان را تعریف می‌کند و مصلحت دنیا و عقبای او را مدنظر قرار می‌دهد، قلمرو هنجار حقوقی گسترده است.

پرسش این است که در یک جامعه اسلامی با اوصاف برشمرده، هدف هنجار حقوقی چیست؟ آیا نظم اجتماعی هدف هنجار حقوقی است یا خیر؟ اگر نظم اجتماعی، هدف هنجار حقوقی قلمداد شود، محدوده اعمالی که با ضمانت اجرای حقوقی باید پاسخ داده شوند، تا کجاست؟ آیا با توجه به مادی و فرامادی بودن انسان (مطابق ادعای نویسنده محترم)، می‌توان بسیاری از امور اعتقادی، دینی و خصوصی را به‌بهانه سعادت و رستگاری انسان، با ضمانت اجرای حقوقی، مشمول هنجار حقوقی ساخت؟ اگر پاسخ مثبت است، محدوده آزادی و اختیار، در جامعه اسلامی تا کجا است؟ به‌علاوه از گسترده‌بودن هنجار حقوقی که ادعای نویسنده محترم است، چه هدفی دنبال می‌شود؟ تأمین و تضمین نظم اجتماعی برای فعالیت اجتماعی انسان‌های آزاد؟ یا هدایت جبری و قسری انسان‌های نابرخوردار از آزادی؟!

۲. صفحه ۸۶ :

هنجار حقوقی در نظام اسلامی علاوه بر الزامات - یعنی باید‌ها (واجبات) و نباید‌ها (محرمات) - موارد ترجیح بدون الزام (مستحبات) و ترجیح ترک بدون عقاب بر فعل (مکروهات) و نیز موارد تخییر یعنی موارد تساوی فعل و ترک از لحاظ مصلحت و مفسده (مباحات) را تعیین می‌کند.

مطابق این ادعا، هنجار حقوقی شامل واجبات، محرمات، مستحبات، مکروهات و مباحات است. طرح چنین ادعایی، پرسش‌هایی بدین شرح را در ذهن ایجاد می‌کند: از نظر نویسنده محترم، تفاوت دین، اخلاق و حقوق از هم چیست؟

تعریف نویسنده محترم از قاعده حقوقی چیست که، مطابق این تعریف، همه رفتارهای متصور انسان‌ها، در یک جامعه، مشمول هنجار حقوقی قرار گرفته‌اند؟

مطابق نظر علمای حقوق، قاعده حقوقی، قاعده‌ای است که حداقل دو رکن «آمریت» و «ضمانت اجرا» (دل‌وکیو ۱۳۸۰: ۵۲ به بعد) در آن باشد. قاعده حقوقی‌ای وجود ندارد که فاقد خصیصه آمریت باشد. خصیصه آمریت، قاعده حقوقی را با مفاهیمی مثل حکم، دستور و فرمان، پیوند می‌دهد. غالب قواعد حقوقی با صیغه امر یا نهی بیان می‌شوند و اگر به صیغه

بیانی یا خبری اعلام شوند، نیز، معنای امری دارند. با توجه به قاعده آمریت، احکام استحباب، کراهت و اباحه به علت نبود عنصر آمریت، از قلمرو حقوق خارج هستند.

رکن دیگر قاعده حقوقی، ضمانت اجرا است که بعد از اثبات آمریت حقوق، پا به عرصه وجود می‌گذارد؛ به عبارت بهتر، بعد از اثبات اینکه حقوق اساساً یک دستور (امر یا نهی) است، آنچه باقی می‌ماند این است که مشخص شود این امر چگونه و به چه طریق تظاهر می‌کند. تظاهر جنبه آمریت حقوق، در ضمانت اجرای آن متبلور می‌شود. ضمانت اجرا یعنی اینکه حقوق قابلیت اجبار دارد؛ به این معنی که، در صورت عدم رعایت آن، می‌توان از طریق زور آن را اعمال کرد. با توجه به این خصیصه، باید استدلال کرد که تنها بخش کوچکی از واجبات و محرمات که قابلیت اجبار دارند، هنجار حقوقی قلمداد می‌شوند، نه کل واجبات و محرمات، و به طریق اولی، مستحبات، مکروهات و مباحات؛ زیرا بسیاری از واجبات و محرمات از شمول قابلیت اجبار خارج‌اند. نویسنده محترم نیز در صفحه ۱۵۳، با تفکیک تحریم از تجریم، معتقد است که تنها برخی از واجبات و محرمات مشمول مجازات‌اند. اما متأسفانه در اینجا همه احکام پنج‌گانه جزو هنجار حقوقی دانسته شده است.

در هر صورت، استدلال نویسنده محترم در صفحه ۸۶، با مطلب زیر که در صفحه ۸۸ کتاب دیده می‌شود نیز تعارض دارد. در این صفحه چنین استدلال شده است: «سومین و واضح‌ترین مصداق هنجار حقوقی و منبع یا منابع هنجارنگاری آن است که مستند به وضع و جعل قانونی و برخوردار از جنبه الزام و ضمانت اجرایی است».

تعارض مطرح‌شده، ناشی از فقدان مبنا و چهارچوب استدلالی برای طرح مباحث است.

۳. صفحه ۸۶:

گسترده‌گی قلمرو هنجار حقوقی در نظام اسلامی، جای چندانی برای هنجار اجتماع به عنوان وضعیت غالب رفتاری مستقل از هنجار تشریعی باقی نمی‌گذارد. در نظام اسلامی، هنجار اجتماعی به‌طور عمده ملهم از هنجار حقوقی است ... آورده‌های دین‌باور شده بر جامعه تحمیل نمی‌شود، بلکه مورد باور و قبول آن واقع می‌شود و وضعیت غالب رفتاری در آن تحت تأثیر تعالیم و احکام اسلام شکل می‌گیرد. از این رو است که واجبات و مستحبات شرعی (معروف، نیک‌شناخته‌شده در افکار عمومی) و محرمات و مکروهات (منکر، بدشناخته‌شده نزد اجتماع) نامیده شده است.

قطع نظر از ابهامات پیش‌تر مطرح‌شده پیرامون مفهوم هنجار حقوقی، این ادعا که در نظام اسلامی هنجار اجتماعی ملهم از هنجار حقوقی است، اساساً نامشخص و مبهم است.

آیا جامعه‌ای که اسلام در آن نازل شد و یا جوامعی که به دست مسلمانان تسخیر شد، از خود هیچ نداشتند و مومی در دستان هنجار حقوقی اسلامی بودند. در این صورت، نویسنده محترم این ادعا را که حدود ۹۰ درصد احکام اسلام، احکام امضایی هستند نه تأسیسی، تا چه اندازه می‌پذیرد؟ به علاوه، با توجه به خصلت الزام‌آوری هنجار حقوقی، طرح این ادعا، آیا به معنای تحول قسری، جبری و از بالا به پایین اجتماع نیست؟

این ادعا را که هنجار اجتماعی ملهم از هنجار حقوقی است، نویسنده در چند سطر پایین‌تر تخدیش و تخطئه کرده است، آنجا که می‌نویسد: «آوردۀ دین باور شده بر جامعه تحمیل نمی‌شود، بلکه مورد باور و قبول آن واقع می‌شود».

صرف‌نظر از اینکه نامشخص است که این آورده‌ها چند درصد از هنجارهای موجود در یک اجتماع را شکل می‌دهند، پرسش این است که تا قبل از پذیرش آورده‌های دینی در جامعه، آیا امکان تحمیل آنها وجود دارد. به عبارت بهتر، برای اینکه بتوان به تضمین کیفی قاعده‌ای اقدام کرد، آیا تا قبل از پذیرش اجتماعی آن، چنین مهمی امکان‌پذیر است؟ پاسخ قطعاً منفی است. در این صورت، آیا خواست اجتماعی در تضمین حقوقی آن حکم، نقش اصلی و اساسی را به عهده ندارد؟ وجود تعارض‌های مذکور، به علت مطرح نشدن این پرسش است که اصولاً مبنا و هدف حقوق چیست.

مدعای ما این است که مبنای حقوق، اجتماع و هدف آن نیز نظم اجتماعی است؛ به عبارت دیگر، از آنجاکه در اجتماع زندگی می‌کنیم، ناگزیریم هنجارهای آن را، جهت حفظ نظم اجتماعی، گردن نهیم. در این معنا، حقوق و هنجار حقوقی، خصلتی روبنایی دارد نه زیربنایی و ساختاری. در جامعه معین، با توجه به مجموعه شاخصه‌های دینی، اخلاقی، زیبایی‌شناختی، ...، رعایت پاره‌ای قواعد و هنجارها، لازمه نظم اجتماعی قلمداد می‌شود. در این مفهوم، همه مؤلفه‌های دینی، اخلاقی، تاریخی، ... در نظام حقوقی مؤثر است و با توجه به اثر دیالکتیکی امور، مؤلفه‌های حقوقی هم تا حدی اندک می‌تواند در باورهای اجتماعی مؤثر افتد؛ اما این ادعا به هیچ وجه درست نیست که هنجار حقوقی، هنجار اجتماعی را می‌سازد.

اساس هنجار حقوقی، ضمانت اجرا است و اساس هنجار اجتماعی پذیرش و مقبولیت اجتماعی. آیا با ضمانت اجرای حقوقی می‌توان پذیرش اجتماعی را در جامعه پدیدار ساخت؟ یا برعکس، با پذیرش اجتماعی یک حکم، امکان تحمیل ضمانت اجرا برای تحقق نظم اجتماعی میسر خواهد شد؟ منطقی است که گزینه دوم پذیرفته شود. نویسنده محترم نیز می‌پذیرد که احکام اسلامی در جامعه اسلامی، به عنوان «معروف» و «منکر»، جای خود را

باز می‌کنند. در این صورت باید همین پذیرش اجتماعی را مبنای هنجار حقوق شمرد نه عکس آن را.

۴. صفحه ۸۸ :

مهمترین تفاوت، تفاوتی است که بین دیدگاه دهری و دیدگاه الهی وجود دارد. از نقطه نظر دهری، الزام فقط در حد ضرورت برای حفظ اجتماع و نظم عمومی آن و تأمین منافع و مصالح مادی جامعه و افراد آن قابل توجیه و قبول است و مرجع تشخیص آن عقل و تمیز بشری است ... اما از دیدگاه الهی اسلام، منبع اصلی هنجارنگاری ماورای مادی، آسمانی و حیانی است ... حمکت و لطف خداوند بر انسان واجب کرده که از طریق وحی بر پیامبران و اولیای خود راه درست را به آدمیان نشان دهد ...

پرسش این است که آیا بدون پذیرش انسان‌ها، خداوند آنها را به‌زور به راه درست رهنمون می‌شود یا با پذیرش قلبی انسان‌ها است که می‌توان از هدایت سخن گفت؟ در صورتی که گزینه دوم انتخاب شود، باز هم خصلت الزامی هنجار حقوقی، ناشی از خواست و پذیرش اجتماعی است. به علاوه، این ادعا که حکمت و لطف خداوند سبب شده است راه درست به انسان‌ها نشان داده شود، آیا ملازم آن است که این نشان دادن راه همراه با زور و اجبار (که خصیصه هنجار حقوقی است) باشد؟ یا اینکه اصل و اساس دین، تلاش برای حکومت بر روان و قلب انسان‌ها است؟ جالب توجه این است که برخلاف مطلب مذکور در صفحه ۸۸، نویسنده محترم در صفحه ۱۵۳ کتاب، محدوده الزام و اجبار در اسلام را بسیار محدود قلمداد می‌کند و آن را به رفتارهایی منحصر می‌داند که برای خود یا جامعه، زیانبار است. در این صورت، چه تفاوتی بین نظام حقوقی الهی و مادی وجود خواهد داشت؟

استدلال مطرح شده در صفحه ۱۵۳ کتاب، تعارضی اساسی با ادعای گسترده بودن هنجار حقوقی دارد؛ و راه حلی هم برای جمع این تعارضات در این کتاب ملاحظه نمی‌شود. در هر صورت، پرسش این است که با عبارات مطرح شده در صفحه ۸۸ کتاب در بیان تفاوت نظام الهی و نظام دهری به شرحی که گذشت، چه محدوده‌ای برای آزادی و اختیار انسان باقی می‌ماند؟

۵. صفحه ۹۰:

البته اعتبار عقل بشری، مطلق و همه‌جانبه نیست؛ چرا که دامنه علم بشر به واقعیت‌های عالم شهود محدود و به واقعیت‌های عالم غیر ناچیز است. ثانیاً احساسات غرایز و امیال مختلف بشری و تحریکات متنوع خارجی مانع از صدور حکم صحیح عقلانی می‌باشد.

بنابراین، در مواردی که قلمرو حکم عقلانی نیست و در موارد وجوب شبهه عقلی و نه حکم قطعی بدیهی عقلی، در مورد یک حکم شرعی با تعبد به آورده‌های شرعی، احکام دینی به عنوان واقعیت‌های بی چون و چرا پذیرفته می‌شوند.

صرف نظر از مبهم بودن عباراتی مثل «اعتبار عقل بشری مطلق و همه جانبه نیست»، «وجوب شبهه عقلی»، و «حکم قطعی بدیهی عقلی»، پرسش این است که آیا قاعده «ما حکم به الشرع حکم به العقل و ما حکم به العقل حکم به الشرع» را مؤلف محترم می‌پذیرند یا خیر؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، مفهوم این قاعده چیست؟ آیا با پذیرش این قاعده و با توجه به رسول باطنی بودن عقل، نباید در هر دوره‌ای از زمان، احکام عقل را، قهراً، مطلوب شارع قلمداد کرد؟

۶. صفحه ۹۵-۹۶: در راستای گسترده‌انگاری هنجار حقوقی، مؤلف محترم در این صفحه‌ها قوانین را به قوانین الزامی، غیرالزامی و اباحه تقسیم کرده است. اساساً پرسش این است که آیا قانون غیرالزامی و یا قانون اباحه از نظر حقوقی واجد اعتبار و جاهت است؟ آیا چنین عباراتی تعارض آلود نیست؟

اگر همان‌طور که گذشت، آمریت و ضمانت اجرا را رکن اساسی قاعده حقوقی بدانیم، نمی‌توان عبارات قانون غیر ملزمه، و «قانون اباحه» را واجد مفهوم دانست.

۷. صفحه ۹۵: نویسنده محترم در این صفحه، در بحث از قوانین ملزمه می‌نویسد: ویژگی الزام‌آور این دسته از قوانین از آنجا است که ترک واجب یا فعل حرام «گناه» تلقی می‌شود که در روز جزا قضاوت و کیفر می‌شود و در این جهان نیز با کیفرهای تحمیل شده (مقدر) یا واگذار شده به قاضی قابل مجازات است.

به نظر می‌رسد که در این بخش شایسته بود نویسنده محترم با نگاه تاریخی و اجتماعی به دین، نحوه ممنوعیت‌انگاری رفتارهای ضد اجتماعی را بررسی و درباره آن بحث می‌کرد و در این راستا، این موضوع را می‌کاوید که در زبان دین در طول تاریخ چه رفتارهایی گناه تلقی می‌شده‌اند و رابطه مفهوم گناه با رفتارهای ضد اجتماعی چگونه بوده است؟

قطع نظر از اینکه طرح این بحث بر غنای اثر می‌افزود، پرسش این است که آیا از نظر نویسنده محترم، همه واجبات و محرمات که با عبارت قوانین ملزمه از آنها یاد شده، مشمول کیفرهای مقدر و غیرمقدر در دنیا است؟ عبارت نقل شده، مفید این معنا است. اما نویسنده محترم از صفحه ۱۲۹ تا ۱۵۸ در پی اثبات این مطلب است که تحریم با تجریم متفاوت است. با فرض پذیرش تفاوت تحریم از تجریم، در اینجا تعارض دیده می‌شود. به علاوه در صورتی که تحریم متفاوت از تجریم باشد و تنها در بخش تجریم، ضمانت

اجرای بیرونی، ملموس و محسوس و حکومتی وجود داشته باشد، در بخش تحریم، چه ضمانت اجرایی وجود دارد که نویسندۀ محترم ذیل قوانین ملزمه درباره آنها بحث کرده است؟ ممکن است ادعا شود که در اینجا، ضمانت اجرای اخروی، درونی، ... وجود دارد. اما مگر وجود ضمانت اجرای اخروی و درونی، می تواند سازندۀ قاعدۀ حقوقی باشد؟ در این صورت، حد و مرز و فارق اخلاق و حقوق چیست؟

۸. صفحه ۱۰۰:

گذشته از آرای فقهی در نتیجه اختلاف در منابع که بیشتر در اختلاف منابع فقه اهل سنت و شیعه امامیه مشهود است، در یک مکتب فقهی نیز زمینه برای اختلاف رأی فقهی وجود دارد ...

در جای جای این کتاب، در بحث سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، به اختلاف منافع فقهی شیعه و سنی اشاره شده و با توجه به این اختلافات، نتیجه گیری هایی درباره سیاست جنایی اسلام به عمل آمده است. چنین مباحثی، این کتاب را بیشتر به کتاب های تاریخ فقه شبیه می کند تا سیاست جنایی در اسلام. اصطلاح «سیاست جنایی» به ادعای نویسندۀ محترم در صفحه ۴ پیشگفتار این کتاب، باید زمینه را برای یک نگاه مجموعه ای و منسجم به اجزا و ابعاد مختلف مسائل مربوط به جرم انگاری و پاسخ دهی به نقض هنجارها فراهم سازد. چنین مهمی، با نقل اختلافات فقهی و تشت فتاوا و آرای فقهی که ناظر به رابطه مقلد و مجتهد است، محقق نمی شود. سیاست جنایی اولاً و بالذات مربوط به عرصۀ عمومی است و از این حیث بیشترین ارتباط را با مفهوم حاکمیت دارد. پرسش این است که در کدام دوره از اسلام می توان از سیاست جنایی سخن راند؟ در دورۀ تشکیل حاکمیت های اسلامی؟ یا در همه اعصار و قرون؟ آیا مطالعۀ نظریات فقهی بدون در نظر گرفتن اینکه این نظریات تا چه اندازه با حاکمیت و قانون گذاری ارتباط دارند، می تواند مفید معنای سیاست جنایی باشد؟

به سخن دیگر، در بسیاری از زمان ها، حاکمیتی که از نظر علمای فقه مورد قبول باشد، در جوامع اسلامی شکل نگرفت و به همین جهت امر مهم قضاوت که از نظر شرعی، از مهمات دین است، به جای آنکه در حوزه حاکمیت قرار داشته باشد، در اختیار علمای دین قرار داشت و با توجه به اختلاف عقاید و با توجه به تشت آرای فقهی، امکان اعمال سیاست واحد، یکپارچه و منسجم (به نحوی که در سیستم های امروزی وجود دارد)، وجود نداشت. در چنین جامعه ای، آیا سیاست جنایی اساساً واجد مفهوم است؟

به علاوه، نویسنده محترم که در بسیاری از مواضع از اجتهاد و نقش عقلانیت در آن سخن به میان آورده، مشخص نکرده است که اجتهاد حتی پویا و متحول، اساساً در اسلام و حتی جمهوری اسلامی، چگونه می‌تواند در سیاست جنایی، مؤثر افتد. اجتهاد که ناظر به رابطه بین مجتهد و مقلد است، با حوزه قانونگذاری - اجرایی و قضایی - چه ارتباطی دارد؟ این مسائل و پاسخ آنها، در این اثر دیده نمی‌شود.

به نظر می‌رسد که سیاست جنایی، جز با ملحوظ نظر قرار دادن مفاهیمی مثل حکومت، حاکمیت، نظم اجتماعی، ...، فاقد مفهوم و معنا است. بنابراین، تا چنین پیش شرط‌هایی فراهم نباشد، بهتر است که به بحث نقل اختلاف منابع فقهی به عنوان تاریخ فقه، بسنده شود و بی‌جهت از اسم بدون مسمای سیاست جنایی استفاده نشود.

۹. صفحه ۱۱۷:

«در سیاست جنایی اسلام که اصل «انما الاعمال بالنیات» حاکم است، گرایش کمتری به جرم‌انگاری و مجازات جرایم مطلق دیده می‌شود و می‌توان گفت در این سیاست جرایم عمدتاً از نوع جرایم مقید می‌باشند ... در نتیجه می‌توان گفت در این سیاست جنایی، منطقه مسئولیت کیفری از جهت اعتبار وجود قصد خاص مجرمانه نسبتاً محدود است.»

این سخن در جای خود درست است؛ اما اگر جهت مقایسه سیاست جنایی اسلام با سیاست جنایی نظام‌های مدرن از حیث سعه یا ضیق دایره جرایم، و نتیجه‌گیری درباره عقلانیت سیاست جنایی اسلام باشد، این قیاس را اساساً باید مع الفارق تلقی کرد، زیرا آنچه مقید بودن غالب جرایم در اسلام را موجب است، غلبه قاعده «الاعمال بالنیات» نیست، بلکه محدودیت جوامع اسلامی و فقدان روابط پیچیده و ماشینی است. در عصر حاضر، جرم‌انگاری از اعمال غیر عمدی و اعمال فاقد بار اخلاقی (که به جرایم مادی صرف یا فنی موسوم است)، به منظور تضمین احتیاط و سلامت محیط اجتماعی و شغلی است. صرف‌نظر از اینکه چنین جرم‌انگاری‌های موسعی، معقول باشد یا نباشد، در قوانین جمهوری اسلامی نیز شاهد تورم کیفری و جرم‌انگاری موسع هستیم. این اندازه از جرایم در نظام جمهوری اسلامی ایران به علت نادیده گرفتن قاعده «الاعمال بالنیات» نیست، بلکه به علت گسترش دایره اعمال خطرناک و تلاش قانونگذار ایران برای مقابله با آنها است.

۱۰. صفحه ۱۳۰:

«حاصل اینکه الزامات شرعی برمی‌گردد به مصالح و مفاسد ذاتی مربوط به موجودیت مادی - معنوی و فردی اجتماعی انسان و گناه عبارت است از هرگونه تخلف از این

الزامات فراگیرنده قلمروی گسترده از افعال و احوال؛ درحالی که جرم‌انگاری مقوله‌ای حکومتی است؛ هدف حفظ و تأمین مصالح عمده و نظم عمومی و دفع مفاسد مهم فردی و اجتماعی که می‌تواند قلمروی محدود از رفتارها را درحد ضرورت دربر می‌گیرد.»

در تکمیل این استدلال، نویسنده محترم در صفحه ۱۵۳ می‌نویسد:

مبنای تحریم پاره‌ای از رفتارها (اعم از عملی و ذهنی)، هدایت تشریعی انسان است به آنچه هر آنچه مصلحت فردی و اجتماعی و مادی و معنوی اوست و ترک هر آنچه متضمن مفسده مادی یا معنوی و فردی یا اجتماعی برای او می‌باشد. در این دیدگاه، مصلحت و مفسده، معنا و مفهومی بسیار گسترده و فراگیر دارد. چنان‌که فعل و ترک نیز علاوه بر افعال مادی، شامل حالات و نیت نیز می‌شود. درحالی که مبنای تحریم، ممنوع‌ساختن رفتارهایی اصولاً مادی است که برای فرد یا جامعه دارای آثار غیر قابل تحمل زیانبار است به نحوی که از حاکمیت انتظار می‌رود مداخله کرده و درجهت پاسخ‌دهی پیشگیرانه و واکنشی به ارتکاب آن دسته اعمال و رفتار دست به کار شود و ازجمله درحد ضرورت ضمانت اجراهای متناسب کیفری قابل اجرا را پیش‌بینی و اجرا نماید.

صرف‌نظر از اینکه این استدلال منطقی و عقلانی، با مطالبی که درباره گسترده‌گی هنجار حقوقی و شمول آن بر کلیه واجبات، مستحبات، محرمات، مکروهات و مباحات و نیز تقسیم قوانین به ملزومه، غیرملزومه و اباحه ارائه شد، تعارض آشکار دارد، پرسش این است که اگر از نظر نویسنده محترم، مبنای تحریم (جرم‌انگاری)، ممنوع‌ساختن رفتارهایی باشد که برای فرد یا جامعه آثار غیرقابل تحمل و زیانبار دارد و از این رو، هدف تحریم، حفظ و تأمین مصالح عمده و نظم عمومی باشد، چگونه می‌توان از حقوق ثابت و غیرقابل تغییر سخن راند؟ مگر اجتماع، منجمد، ساکن و راکد است که حقوق حاکم بر آن، در تمامی اعصار و قرون، ثابت باشد؟ اگر بپذیریم که هدف حقوق کیفری یا تحریم، حفظ نظم اجتماعی است، با توجه به پویایی و سیالیت اجتماع و تغییر عقیده انسان‌ها، هنجارهای حقوقی نیز متغیر و پویا خواهند بود. از این رو، مبنا و هدف حقوق در جامعه لائیک لیبرال، تفاوتی با جامعه اسلامی نخواهد داشت؛ زیرا حقوق در هر جامعه، علمی گفتمانی است که از خواست اجتماعی تبعیت می‌کند. در صورتی که نویسنده محترم تحریم را از تحریم تفکیک و مبنای تحریم را اجتماع و هدف آن را نظم اجتماعی تلقی کند، باید به لوازم این ادعا نیز معتقد باشد. لازمه چنین استدلالی این است که تمامی هنجارها و قوانین را باید با توجه به منطق و عقلانیت حاکم بر زمان تفسیر کرد. نویسنده محترم، علی‌رغم طرح اصل ادعا، به لوازم آن چندان پابندی نشان نمی‌دهد و سعی دارد همه قواعد فقهی را به علت وجود پیش‌فرض‌های خاص توجیه کند.

آموزش‌ها، احکام و مقرراتی در سیاست جنایی اسلام که هدف کیفرزدایی یا تعبیر دقیق‌تر اجتناب و انحراف از کیفر را دنبال می‌کنند، بسیار متعدد و مختلف بوده.

مؤلف محترم در راستای اثبات این موضوع در مراحل مختلف تعقیب مجرم، اثبات جرم، حکم به مجازات و اجرای مجازات، سیاست جنایی حاکم بر اسلام را به گونه‌ای معرفی می‌کند که، تا سرحد امکان، مجازات اعمال نمی‌شود؛ به علل مختلف، از جمله: گسترده بودن جرایم قابل عفو، محدود بودن ادله اثبات جرم، سخت کردن اثبات جرم، وجود توبه، اختیارات حاکم بر عدم اجرای مجازات، اجرای صوری حد، ...

قطع نظر از وجود ادله بسیار دیگری که قوت این استدلال را تا حد زیادی کاهش می‌دهد - از جمله: وجود قسامه به عنوان یکی از ادله اثبات جرم، نظام عاقله برای مجازات افراد بی‌گناه در قتل خطای محض، لزوم عمل قاضی به علم خود برای مجازات، وجود نظام دلایل قانونی در اثبات جرم، ... - باید متعرض این نکته شد که مؤلف محترم در پیشگفتار اثر خود، کارهای مشابه در ایران را ترجمه‌های تقلیدی و فاقد هرگونه رابطه و علاقه‌ای با واقعیت‌های حقوق داخلی معرفی می‌کند؛ اما به نظر می‌رسد خود نیز به نحوی دیگر گرفتار این موضوع شده است، با این توضیح که با مفروض گرفتن اصالت و عقلانیت مفاهیمی مثل کیفرزدایی، تلاش وافر کرده است تا ثابت کند که در اسلام بهتر از تاکتیک‌های حاکم بر غرب، چنین مفاهیمی وجود دارد.

پرسش این است که بر فرض وجود چنین مفاهیمی در اسلام، چگونه است که در جمهوری اسلامی ایران، شاهد مصادیق این مفاهیم نیستیم. مفاهیم فوق در دوره‌ای، گفتمان‌های غالب در سیاست جنایی غرب بودند و ممکن است در دوره‌ای دیگر، به علت تغییر واقعیات اجتماعی و سیاست آزمون و خطا، مفاهیم و گفتمان‌های دیگری بر سیاست جنایی غالب شوند. با مفروض گرفتن اصالت و عقلانیت یک سلسله مفاهیم، نمی‌توان سعی کرد مشابه داخلی پیدا و ادعا کرد که مشابه داخلی بر خارجی برتری دارد.

در غرب، در حال حاضر، تئوری‌های مجازات‌گرایی نیز تحت عنوان مکاتب کلاسیک جدید مطرح است. آیا فردی دیگر نمی‌تواند با پیدا کردن مشابه این تئوری‌ها در اسلام، برتری اسلام در زمینه مجازات را نیز بر هر مکتب دیگری ثابت کند؟ قطعاً می‌تواند؛ زیرا با پیش فرض و ذهنیت، هر موضوع، قابل اثبات خواهد بود.

آنچه اهمیت بنیادین دارد، مقایسه نظام‌های حقوقی با یکدیگر و نشان دادن برتری آنها

بر دیگری، با مفروض گرفتن یک سلسله مفاهیم متغیر، نیست؛ بلکه آنچه اهمیت دارد، نقد و بررسی حقوق موجود، با تکیه بر یک سلسله مفاهیم منطقی و عقلانی، است. در همین راستا، قوت و ضعف یک سیستم، با تکیه بر اساسی ترین مفهوم حقوق - یعنی تحقق یا عدم تحقق نظم اجتماعی - قابل ارزیابی است. از این دیدگاه، پرسش این است که دلایلی که نویسنده محترم برای اثبات محدود بودن منطقه مجازات در اسلام مطرح کرده، تا چه اندازه با شرایط فرهنگی و اجتماعی این مرز و بوم که برای هر جرم کوچک، اعدام مرتکب را خواستار است، قابل انطباق است؟ عفو مجرم، توبه، ... آیا قطعیت و مشروعیت هنجارها را سست و بی پایه نمی سازد؟ در راستای انطباق یا عدم انطباق قوانین اسلامی با مفهوم نظم اجتماعی، در عصر حاضر، علاوه بر مطالب صدرالذکر، شایسته بود که درباره مصادیقی دیگر نیز بحث می شد، از جمله: تجویز قتل در موارد اباحه دم، قتل به اعتقاد مهدورالدم بودن، عدم تساوی خون انسان ها به علت عدم تساوی در عقیده، جنسیت، مذهب، ...، مجازات های بدنی، نظام دلایل قانونی، قسامه، نظام عاقله، ...

۱۲. صفحه ۱۷۶:

رئیس دولت اسلامی دارای شأنی نیست جز تشخیص و اجرای اشراف بر اجرای احکام و اداره مجتمع اسلامی براساس مبانی و قواعد کلی و جزئی اسلامی ... مشروعیت مقام ولایت امر درگرو پابندی او به شریعت الهی است و به محض خروج از دایره طاعت، صلاحیت خود را ازدست داده و مردم تکلیف به تبعیت از او ندارند.

نویسنده محترم در ادامه مطلب، با بیان مثال های تاریخی، حاکمیت قانون بر عملکرد رؤسای دولت اسلامی را یادآور می شود و در صفحه ۱۷۹ نتیجه می گیرد که غیبت اصل قانونی بودن در عملکرد رهبر، مستلزم سلب مشروعیت و اعتبار او است.

پرسش این است که اگر قانون، ملاک و مبنای عمل باشد و همگان حتی رئیس دولت اسلام نیز مکلف به رعایت قانون باشند و قانون نیز فرآیندی تصور شود که به نحو منطقی و عقلانی، به منصه ظهور و بروز خواهد رسید، اصولاً آیا وجود یا نبود رهبر به عنوان شخص واحد، علی السویه نیست.

به سخن دیگر، این استدلال آیا دربردارنده طریقت داشتن رهبری، و نه موضوعیت داشتن آن، نیست؟ آیا با طرح چنین استدلالی نمی توان به جای بحث از عدالت، تقوا و اجتهاد به عنوان شرایط رهبری، از عدالت سیستماتیک سخن داند که در آن، پیدا کردن رهبر عادل، فرع به نظام و سیستم عادلانه مقید به قانون خواهد بود؟

۱۳. در صفحه ۱۸۱، عزل و نصب مقامات قضایی، امضا و تصویب قوانین موضوعه و مصوبات دولتی، تنفیذ مشروعیات مقامات اجرایی، عفو یا تخفیف مجازات مجرمان، صدور احکام و فرامینی که به اقتضای طبایع برخی از جرایم یا ضروریات و اوضاع خاصی پیش می‌آید و تصمیماتی که در پرونده‌ای خاص اخذ و اعلام می‌کند، نقش رهبر در سیاست جنایی تلقی شده است.

مشخص نیست که مؤلف محترم با مصادیق برشمرده شده در بیان نقش رهبر موافق است یا مخالف؛ اما با توجه به کلیت کتاب، احساس می‌شود که نویسنده محترم با نظر موافق، مصادیق برشمرده را در اسلام، نقش رهبر در سیاست جنایی قلمداد می‌کند. ولی پرسش این است که مصادیق صدرالذکر، چه اثر و ثمره عملی، علمی و کاربردی در راستای یک نظم اجتماعی معقول دارند.

۱۴. در صفحه‌های ۱۸۱ تا ۱۸۲، نویسنده محترم در فصل «روابط پاسخ به پدیده مجرمانه با مراجع دولتی»، در مبحث نخست درباره رابطه با رهبری و در مبحث دوم، راجع به رابطه با قانون بحث می‌کند.

در همین بحث، با بیان ادله‌ای، قانون را دارای صلاحیت انحصاری برای جرم‌انگاری تلقی می‌کند و اشاره می‌کند:

این مرجعیت انحصاری، در قلمروی جرایم معینی که در شرع جرم‌انگاری شده و برای ارتکاب آنها مجازات مشخص، تقدیر و تعیین شده یا کیفر ارتکاب آنها به تشخیص و تقدیر «حاکم» واگذار شده، مشهود و مسلم است.

در مبحث اول این فصل، در بحث رابطه سیاست جنایی با رهبری، همه تلاش نویسنده مصروف آن بود که ثابت کند رهبری مقید به قانون است. اما اگر به لوازم این ادعا پایبند بود، رهبری را در مبحث اول و قانون را در مبحث دوم، جداگانه مورد بحث قرار نمی‌داد. مؤلف در ادامه، در راستای تعارض‌گویی و نقض استدلالات پیشین، در صفحه ۱۸۳ بیان می‌دارد که «قدرت و اختیار قانونگذاری دولت اسلامی، منبعث از تشریع الهی و امر خدا و اطاعت از اولوالامر می‌باشد».

بالآخره، رهبر مقید به قانون است یا قانون منبعث از اوامر رهبری است؟

مطلب دیگر اینکه در سیاست جنایی اسلام، «حاکم» کیست؟ رابطه آن با سیستم‌های امروزی حکومتی چگونه است؟ «حاکم»، موضوعی مربوط به سیاست جنایی اسلام است یا جمهوری اسلامی ایران؟

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

تعارضات و ابهامات مطرح شده در این مقاله، ناشی از مطرح نشدن پرسش‌ها و مسائل مبنایی است که در مبحث اول درباره آن بحث شد. اما مطرح نشدن این پرسش‌ها، صرفاً بی‌توجهی نویسنده به آنها نبوده است، بلکه به نظر می‌رسد که علت آن‌را، باید در نگاه نویسنده به فقه و انتظار او از آن جست‌وجو کرد؛ به این معنا که دو نوع نگاه به فقه می‌توان داشت:

مطابق نگاه اول، فقه حداقل در بخش جزایی، نظام حقوقی محدود به زمان خاص بوده و با توجه به حاکمیت گفتمان‌های حاکم بر جامعه، در آن زمان بسیار منطقی، معقول و منطبق با چهارچوب‌های استدلالی و منطقی بوده است. در این دیدگاه، مطالعه فقه، امروزه مطالعاتی در ذیل تاریخ حقوق خواهد بود.

نگاه دوم به فقه، دیدگاهی است که براساس آن، فقه و قواعد فقهی، فرازمانی و فرامکانی بوده و در هر زمان و مکان قابل اجرا است. در صورتی که فردی معتقد به این دیدگاه باشد، به بحث فلسفی و برون‌فقهی در مورد مسائل آن نیازی ندارد و صرفاً به تشریح فقه و بیان نظرهای مختلف خواهد پرداخت، و هرگونه تعارض را نیز با تمسک به تعبدی بودن قواعد فقهی، پاسخ خواهد داد.

اما تعارض، واقعیتی کتمان‌ناپذیر است. از این رو، از دو حالت خارج نخواهد بود: یا پرسش‌هایی مبنایی - که پاره‌ای از باب مثال ذکر شد - را به علت مخالف با شرع بودن و به بهانه‌هایی مثل غریب‌زدگی، تقلیدی بودن، ... بدون پاسخ بگذاریم و به جای حل مسئله، صورت مسئله را پاک کنیم؛ یا اینکه با نورافکن فلسفه و مبنای فلسفی، به فقه نگاه کنیم. مسلماً نگاه فلسفی و مبنایی به فقه و طرح پرسش‌های بیرون از فقه در مورد نظام فقهی، دیدگاه قائلین به فقه را درباره کارکرد فقه و هدف آن دگرگون خواهد ساخت.

در صورتی که فقه و نظام حقوقی مبتنی بر آن، از بیرون به چالش کشیده نشود و درباره آن سؤالات مبنایی و فلسفی طرح نشود و به جای پاسخ به پرسش، پرسشگر تکفیر شود، تعارضات برشمرده شده، گریزناپذیر خواهد بود. تعارضات برشمرده شده، ناشی از نگاه درونی به فقه است که مطابق آن ذهنیت‌ها و پیش فرض‌ها، اثبات چنین نظامی را به دنبال خواهند داشت و منتقدان نیز به بهانه‌های مختلف، از میدان به در خواهند شد. اما نگاه بیرونی و انتقادی به فقه، سبب خواهد شد که حداقل پذیرفته شود تعارضاتی وجود دارد. این واقعیت، به اندازه کافی محرک و انگیزه تفکر و تحقیق خواهد بود؛ و پرواضح است که تفکر و اندیشه مانند آب روان راه خود را پی خواهد گرفت و پاسخی منطقی به دنبال خواهد داشت.

منابع

- حسینی، سید محمد (۱۳۸۳). *سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران و سمت.
- دل وکیو، ژرژ (۱۳۸۰). *فلسفه حقوق*، ترجمه جواد واحدی، تهران: انتشارات میزان.
- ریسونی، احمد (۱۳۷۶). *اهداف دین از دیدگاه شاطبی*، ترجمه سید حسن اسلامی و سید محمد علی ابهری، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، حوزه علمیه قم.
- نظری نژاد، محمد رضا (اسفند ۱۳۸۲). «دو تلقی از دین، دو تلقی از حقوق کیفری»، *ماهنامه آفتاب*، شماره ۳۳.



نقدی بر منشور

«حقوق و مسئولیت‌های زنان در نظام جمهوری اسلامی ایران»

ناصر قربان‌نیا*

مقدمه

شورای عالی انقلاب فرهنگی در جلسه مورخ ۱۳۸۳/۶/۳۱ خود نظام جمهوری اسلامی ایران را به عنوان یک سند مرجع در سیاستگذاری امور فرهنگی و اجتماعی در سه بخش و پنج فصل و ۱۴۸ بند به تصویب رساند. در این منشور که به صورت ماده واحده از تصویب شورای مزبور گذشته است، کلیه دستگاه‌های ذی‌ربط مکلف شده‌اند برحسب وظایف دستگاهی و سازمانی جهت سیاستگذاری، اتخاذ تدابیر قانونی، تصمیمات و برنامه‌ریزی راجع به زنان قواعد و اصول مندرج در این منشور را رعایت کنند. این منشور همچنین مبنای معرفی و تبیین جایگاه زن در نظام جمهوری اسلامی ایران در مجامع بین‌المللی تلقی شده است. در مقدمه منشور تأکید شده است:

این منشور اهتمام بر تبیین حقوق و تکالیف زنان در اسلام داشته و مبتنی بر قانون اساسی، اندیشه‌های والای بنیانگذار جمهوری اسلامی و رهبر معظم انقلاب و با بهره‌گیری از سند چشم‌انداز بیست‌ساله و سیاست‌های کلی نظام و با لحاظ قوانین موجود و خلاءها و کاستی‌های آن و به منظور تحقق عدالت و انصاف در جامعه زنان مسلمان است.

شورای فرهنگی و اجتماعی زنان، نهادی است که توسط شورای عالی انقلاب فرهنگی با هدف سیاستگذاری در مسائل فرهنگی و اجتماعی زنان و ایجاد هماهنگی‌های لازم در این زمینه ایجاد شده است. برخی از وظایف و اختیارات این شورا عبارت است از:

تدوین سیاست‌های لازم به منظور ایجاد زمینه‌های مساعد برای رشد شخصیت زن و تسریع در بازیابی ارزش و کرامت انسانی و تأمین حقوق همه‌جانبه زنان بر پایه موازین

* عضو هیئت علمی و معاون پژوهشی دانشگاه مفید nghanbannia@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۸۹/۱۰/۹، تاریخ پذیرش: ۸۹/۱۲/۸

اصیل اسلام، تدوین سیاست‌های لازم به منظور شناخت و ریشه‌یابی و مقابله با مظاهر منحط فرهنگ‌های بیگانه و انحرافات اخلاقی و نیز زدودن بقایای بینش‌های متحجر که به نام مذهب در جامعه وجود دارد و آثار ستم و تبعیضی که از دوران نظام طاغوتی بر جامعه بانوان تحمیل شده است، بررسی زمینه مشارکت زنان در فعالیت‌های سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی و رفع مشکلات و موانع موجود در راه گسترش این‌گونه فعالیت‌ها و برنامه‌ریزی برای تقویت هرچه بیشتر نهاد خانواده.

نظر به جایگاه رفیع شورای عالی انقلاب فرهنگی - که شخصیت‌های برجسته فرهنگی کشور در آن عضوند و تحت ریاست رئیس‌جمهور فعالیت می‌کند - توقع بیشتری از مصوبات آن می‌رود. در این نوشته، مختصر با اذعان به پاره‌ای از نکات مثبت منشور، مطالب آن نقد و مهم‌ترین ایرادات وارد بر آن عنوان می‌شود. امید است مفید واقع شود و از آنجاکه نویسنده به‌عنوان کسی که چندین سال در حوزه مطالعات زنان وقت صرف و اندک آگاهی در این زمینه کسب کرده است، فقط و فقط به قصد خدمت به دین و دانش، نکات انتقادی را عنوان می‌کند، دست‌اندرکاران تدوین و تصویب نیز بردبارانه و بدون تعصب غیرعلمی تأمل فرمایند و اگر پاسخ روشن‌گر و عالمانه‌ای از آنان دریافت کنم بسیار خرسند و سپاسگزار و دعاگو خواهم بود. همچنین آمادهم در هر میزگردی با حضور هر شخصیت (شخصیت‌های) ارجمندی شرکت کنم سخنان آنان را بشنوم و از ایده‌های خود دفاع کنم.

قبل از ورود به مباحث اصلی مطرح در منشور، بیان دو نکته ضروری است:

الف) تصویب در قالب ماده واحده

هرچند شورای عالی انقلاب فرهنگی یا هر نهاد سیاستگذار علی‌الاصول حق دارد به نهادهای کارشناسی خود اعتماد کند و آنچه را که آنان با دید کارشناسانه تدوین کرده‌اند را در قالب ماده واحده به تصویب رساند، این شیوه بی‌تردید آسیب‌هایی به دنبال دارد. تردید ندارم اگر درباره منشور به تفصیل و بند به بند در شورا بحث و گفتگو می‌شد، اشکالاتی که به نظر صاحب این قلم می‌رسد، از نگاه تیزبین اعضای آن مخفی نمی‌ماند.

البته این ترتیب در نهادهای دیگر هم گاه به صورت استثنایی رخ داده است، برای مثال، بخش مهم قانون مدنی در سال ۱۳۱۳ در قالب ماده واحده به تصویب رسید. قانون مجازات اسلامی که هم از حیث شکل و هم از حیث محتوا اشکالاتی دارد، هرگز در صحن علنی مجلس به بحث گذاشته نشده، بلکه مجلس برای دومین بار اجازه اجرای آن را به صورت آزمایشی صادر کرده است. قانون مزبور، قانون آزمایشی مصوب کمیسیون حقوقی و

قضایی مجلس است که مطابق قواعد حقوقی تنها به‌طور موقت و استثنایی و اضطراری قابلیت اجرا دارد. بی‌تردید، سیاستگذاری نیازمند دقت و تأمل بیشتری است.

ب) تناسب اندک مفاد منشور با سیاستگذاری

هرچند که منشور «سند مرجع در سیاستگذاری در امور فرهنگی و اجتماعی» نامیده شده، تناسب مفاد آن با سیاست اندک است، اگر نگوئیم آنچه نگاشته شده است اساساً سیاستگذاری نیست. منشور به قانونگذاری شبه است تا سیاستگذاری.

اگر قرار است شورای انقلاب فرهنگی سیاستگذاری کند، طبعاً باید سیاست‌های کلی را تدوین کند. تدوین سیاست در ۱۴۸ بند توسط شورا؟! از جای جای منشور، از مقدمه تا متن، به‌خوبی مستفاد است که تدوین‌کنندگان تفکیک چندانی میان قانونگذاری و سیاستگذاری قایل نبوده‌اند. این ادعا با عبارات زیر به خوبی روشن می‌شود:

منشور ... با تکیه بر شناخت و ایمان به خداوند متعال و با هدف تبیین نظام‌مند حقوق و مسئولیت‌های زنان ... تدوین گردیده است. (ص ۱)

«تبیین نظام‌مند حقوق و مسئولیت‌ها» را می‌توان سیاستگذاری دانست؟

از آنجا که این منشور فقط درصدد بیان حقوق زنان می‌باشد حقوق سایر اقشار اجتماعی در آن ذکر نشده است ... (صص ۲ و ۳)

تأکید بر این است که منشور تنها مبین حقوق زنان (و مسئولیت‌ها) است. آیا تبیین حقوق یعنی سیاستگذاری؟

برخی از وظایف شورای فرهنگی اجتماعی عبارت است از:

تدوین سیاست‌های لازم به منظور ایجاد زمینه‌های مساعد برای رشد شخصیت زن و تسریع در بازیابی ارزش و کرامت انسانی و تأمین حقوق همه جانبه زنان بر پایه موازین اصیل اسلام، تدوین سیاست‌های لازم به منظور شناخت و ریشه‌یابی و مقابله با مظاهر منحط فرهنگ‌های بیگانه و انحرافات اخلاقی ...

آیا این منشور سیاستی است که زمینه مساعدی برای رشد شخصیت زن فراهم می‌کند؟ بازیابی ارزش و کرامت انسانی را تسریع می‌بخشد؟ مگر شخصیت و کرامت انسان تنها با تبیین حقوق و مسئولیت‌های آنها تحقق می‌یابد؟ آیا این منشور، زمینه مساعدی برای تأمین حقوق همه‌جانبه زنان بر پایه موازین اسلام ایجاد کرده است؟ اصولاً آیا تأمین همه جانبه حقوق بدون

توجه به ضمانت اجرا امکان‌پذیر است؟ در خود منشور تأکید شده است که در صدد بیان نحوه اجرای حقوق نیست. حقوق همه‌جانبه بدون بیان نحوه اجرا چگونه تأمین می‌شود؟ سیاست‌های لازم به منظور شناخت و ریشه‌یابی و مقابله با مظاهر منحن فرهنگ‌های بیگانه و انحرافات اخلاقی در کجای منشور وجود دارد؟ نام منشور، «منشور حقوق و مسئولیت‌ها» است. «تدوین سیاست لازم برای زدودن بقایای بینش‌های متحجر که به نام مذهب در جامعه وجود دارد و آثار ستم و تبعیضی که از دوران نظام طاغوتی بر جامعه بانوان تحمیل شده است...» که از وظایف شورای فرهنگی اجتماعی زنان است، در کجای این منشور یا منشور دیگر آمده است؟ مع‌الاسف گویا از سال ۱۳۶۷ تدوین این منشور آغاز شده است و این انتظار نامعقولی نیست که باید در این دوره بسیار طولانی، سیاستگذاری همه‌جانبه در حوزه زنان صورت می‌گرفت. و اما اشکالات موجود در خود منشور، در چند محور کلی بیان می‌شود.

۱. مبانی و اصول

توجه به مبانی را باید از حسن‌های منشور دانست؛ اما متأسفانه میان مبنای ذکر شده و حقوق و مسئولیت‌های مندرج در منشور هیچ تناسبی وجود ندارد، بلکه برعکس، از این مبنایی که به رسمیت شناخته شده است برابری میان زنان و مردان در حقوق و مسئولیت‌ها نتیجه می‌شود. به تصریح منشور:

مبنای اساسی منشور بر این اعتقاد بنیادین استوار است که در اسلام، زن و مرد در فطرت و سرشت، هدف خلقت، برخورداری از استعدادها و امکانات، امکان کسب ارزش‌ها، پیشتازی در ارزش‌ها و پاداش و جزای اعمال فارغ از جنسیت در برابر خداوند یکسان می‌باشند و فقط به واسطه رشد همه‌جانبه انسانی در سایه دانش و علم، تقوای الهی و ایجاد جامعه‌ای شایسته بر یکدیگر مزیت دارند.

تردید نمی‌توان کرد که از این مبنا، برابری زن و مرد در حقوق و تکالیف به دست می‌آید نه حقوق و مسئولیت‌های نابرابر که منشور مشحون از آن است؛ بنابراین، آنچه به عنوان مبنا ذکر شده است، اساساً نمی‌تواند مبنای این منشور باشد.

ذیل عنوان «مبانی و اصول»، در ادامه، به تفاوت‌های طبیعی میان زن و مرد اشاره شده و همین تفاوت‌ها منشأ تفاوت‌های حقوقی دانسته شده است بی‌آنکه روشن شود چگونه و چرا تفاوت طبیعی به رغم برابری در فطرت، هدف خلقت، بهره‌مندی از استعدادها و امکانات و ... منشأ تفاوت‌های حقوقی است.

همچنین در منشور تصریح شده است:

به جهت اشتراک زن و مرد در حقیقت انسانی، در بیشتر موارد زن و مرد در نظام حقوق اسلام از حقوق و مسئولیت‌های یکسان برخوردار می‌باشند.

پرسش این است که آیا اشتراک زن و مرد در حقیقت انسانی، اختلاف در حقوق و مسئولیت‌ها را نتیجه می‌دهد؟ ما به هیچ روی به برابری به معنای تشابه قایل نیستیم و اختلافات طبیعی و نیز تفاوت در پاره‌ای از حقوق و مسئولیت‌ها را غیرقابل انکار می‌دانیم. سخن در این است که مبنای دیگری باید برای این اختلاف‌ها جست‌وجو کنید. البته بر این باور هم نیستیم که حقوق انسانی زن و مرد متفاوت است. حقوقی که به انسانیت انسان برمی‌گردد، نمی‌تواند بین انسان‌ها متفاوت باشد. درحالی که در منشور تأکید شده است: «در اندیشه اسلامی، زنان و مردان در حقوق انسانی خویش عموماً مشترک می‌باشند». ظاهراً مراد از عموماً، تماماً نیست یا دست‌کم ابهام دارد.

نکته دیگر درخصوص مبانی این است که تلاش شده است در بحثی کوتاه اختلاف حقوقی زن و مرد توجیه شود درحالی که در منشور اساساً مقایسه‌ای صورت نگرفته است و سخن از اختلاف میان زن و مرد نیست.

و اما نکته پایانی در این قسمت عنوانی است که در صفحه سوم برگزیده شده است: «اصول و مبانی». درحالی که اثری از اصول حاکم بر این منشور نیست، مگر آنکه از اصول و مبانی یک معنا اراده شده باشد که نادرست بودن آن نیازمند توضیح نیست.

۲. ذکر مسئولیت به‌طور ناقص

بیان مسئولیت‌ها در کنار حقوق بدو به عنوان حسن منشور جلوه می‌کند؛ اما با نگاه عمیق و دقیق به بندهای ۱۴۸ گانه منشور، با فقدان سیاق واحد در بیان مسئولیت‌ها مواجه می‌شویم. معلوم نیست با چه میزانی در مواردی بر مسئولیت زنان تأکید شده و در مواردی که بعضاً مهم‌ترند سخنی از مسئولیت نیست. علاوه بر این، مسئولیت‌های بیان شده در کنار حق‌ها به‌گونه‌ای است که شاید نیازمند بیان نبود. در بند اول، از حق برخورداری از حیات شایسته و تمامیت جسمانی و مسئولیت محافظت از آن در مقابل هرگونه بیماری، حادثه و تعدی سخن به میان آمده است. اما آیا انسان در برابر حق حیات دیگران، مسئولیت ندارد؟ تعهد به نکشتن دیگران مسئولیت هر انسانی نیست؟ در بند دوم، خلاف بند اول رفتار شده است: «حق برخورداری از تکریم و مسئولیت رعایت آن برای دیگران» گویی انسان در مورد

حیات خود حق و مسئولیت دارد ولی در برابر حیات دیگران مسئول نیست. اما برعکس: در مورد کرامت خود حق دارد و در برابر کرامت دیگران، فقط مسئولیت. درحالی که ارزش کرامت انسان کمتر از حیات او نیست. همان طور که انسان نمی‌تواند حیات خود را سلب کند، کرامت خود را نیز نمی‌تواند زایل سازد. آزادی اراده با همه اهمیت‌هایی که در اعمال حقوقی دارد، محکوم حق حیات و حق کرامت انسانی است. در بند ۳ بر حق آزادی اندیشه و مصونیت از تعرض تأکید شده است. آیا انسان در برابر آزادی اندیشه دیگران مسئولیت ندارد؟

همچنین است بند ۵ که در آن، از مصونیت جان، مال و حیثیت زنان و زندگی خصوصی آنان از تعرض غیرقانونی سخن به میان آمده است. در بند ۱۱، مصونیت زنان از ضررهای مادی و معنوی یادآوری شده است بدون اینکه از تعهد آنان در مورد عدم‌اضرار به دیگران ذکر به میان آورده شود. در بند ۴۱ عنوان شده است: «حق برخورداری از فسخ نکاح در صورت تدلیس و عیوب مقرر و اخذ خسارت در تدلیس». آیا در نکاح، تدلیس منحصرأً از ناحیه مرد صورت می‌گیرد و در منشور حقوق و مسئولیت‌های زنان نباید از تعهد زن به عدم تدلیس و مسئولیت او در پرداخت خسارت در صورت تدلیس سخن گفته شود؟ البته ما بیان این مسائل را به این شکل تفصیلی مناسب نمی‌دانیم؛ ولی تدوین‌کنندگان منشور که این مثنی را برگزیده‌اند باید در همه‌جا از آن تبعیت کنند. در بند ۴۸، از حق بهره‌مندی از بهداشت و اطلاعات و آموزش‌های مورد نیاز سخن رفته است. آیا زن در مورد کسب اطلاعات و آموزش‌های بهداشتی مسئولیت ندارد؟ اگر ندارد، چرا در بند ۶۰ زن در کسب و افزایش آگاهی در مورد شخصیت و حقوق خویش صاحب حق و مسئولیت دانسته شده و در بند ۶۳ ارتقای بینش، منش و کنش دینی و انسانی، حق و مسئولیت او دانسته شده است؟ همچنین در بند ۷۱، آگاهی و کسب مهارت‌های لازم در مدیریت خانه و ... مسئولیت زن تلقی شده است؟ از این ناهماهنگی‌ها در منشور فراوان یافت می‌شود.

۳. احال‌های پرشمار به موازین شرع و قوانین عادی

در منشورج - که به مثابه یک سند مرجع در سیاستگذاری است - باید از احال‌های پرشمار به موازین شرع و قوانین عادی پرهیز می‌شد. فرض آن است که شورای محترم عالی انقلاب فرهنگی با استفاده از شرع و قانون اساسی، سیاست‌هایی را به صورت شفاف و

روشن ترسیم و نهادهای مقننه، مجریه و قضائیه و سایر دستگاه‌های موجود در کشور را مکلف کرده است که برپایه آن عمل کنند. آیا معقول است سیاستگذار به تابعان خود بگوید شما باید از سیاست‌هایی که من ترسیم کرده‌ام، پیروی کنید اما خود مکرراً به آنها ارجاع دهد؟ منشوری که در آن از حقوق زنان سخن می‌رود، به‌واقع باید برای خود حق تقدم و اولویت قایل باشد، چنان‌که باید تفسیر و قرائت خود از شرع را ارائه کند و از نهادهای پیرو بخواهد از او پیروی کنند، اگر حق سیاستگذاری دارد.

در بند ۹۰ منشور آمده است: «حق برخورداری از ماترک متوفی و وصایای مالی آن طبق قوانین اسلامی». اصلاً تمام سخن همین است که در منشور باید این موارد ترسیم می‌شد. در فروع مسئله ارث، بین فقیهان امامیه اختلاف فتوا وجود دارد. برپایه برخی فتاوا، زنان بهتر به حقوق خود نایل می‌شوند. براساس سیاست منشور قوانین اسلامی چه؟

در بند ۹۹ تصریح شده است: «حق مالکیت بر اموال و دارایی شخصی و بهره‌برداری از آنها با رعایت حدود شرعی و قانونی». خواننده منشور که انتظار شفافیت بیشتر دارد، حق دارد پرسد حدود شرعی کدام است. در بند ۱۱۴ بر حق آزادی قلم، بیان و اجتماعات با رعایت موازین تأکید شده و در بند ۱۲۳ از حق بهره‌مندی زنان ایرانی از حمایت‌های قانونی درخصوص ازدواج و تشکیل خانواده با مردان غیرایرانی با رعایت ضوابط (!) سخن به میان آمده است. و این در حالی است که قانونی که ده‌ها سال پیشتر وضع و تصویب شده، در مادتين ۱۰۵۹ و ۱۰۶۰ تکلیف زنان ایرانی درخصوص ازدواج با اتباع بیگانه به طور شفاف روشن شده است.

در بند ۱۳۵ منشور، بر حق زنان در تصدی مشاغل حقوقی و قضایی مطابق قانون تصریح شده است. فرض کنید قانونگذار عادی می‌خواهد در امر تقنین، از سیاست‌های مندرج در منشور بهره‌مند شود و تکلیف قضاوت زنان را روشن کند. وقتی در مسئله‌ای با این اهمیت، قانون و ضوابط فعلی آن مرجع قرار گرفته است، چگونه می‌تواند هدایتگر قانونگذار باشد.

در بند ۱۴۷ نیز برحق و مسئولیت شهادت در دادگاه مطابق موازین شرعی و قانونی تصریح شده است. اگر خواننده منشور پرسش‌هایی از این دست داشته باشد: آیا زن می‌تواند قاضی شود؟ آیا زن حق شهادت‌دادن دارد؟ آیا زن می‌تواند رئیس‌جمهور شود؟ آیا زن می‌تواند بدون اجازه شوهر از منزل خارج شود؟ آیا مرد می‌تواند زن خود را از اشتغال به کار مشروعی که با حیثیت خانوادگی او منافات ندارد، منع کند؟ پاسخ آنها را از منشور دریافت می‌کند؟ هرگز! باید به شرع و قانون مراجعه کند.

این منشور به مثابه کلیدی است که به هر قفلی می‌خورد ولی هیچیک را نمی‌گشاید.

۴. مخالفت با دیدگاه‌های مشهور و رایج فقیهان امامیه

ما نظر مشهور فقیهان ارجمند امامیه را عین دین نمی‌پنداریم. بنابراین، مخالفت با آن و دفاع از یک نظریه غیر مشهور را در چهارچوب موازین و ضوابط استنباط و با اعتماد به مبانی، منابع و منهج فقهی به منظور بهبودبخشیدن به وضعیت حقوق انسان‌ها خاصه زنان کاملاً روا می‌داریم. اما با شناختی که از تدوین‌کنندگان منشور داریم، آنان سرپیچی از آرای مشهور فقیهان را به آسانی بر نمی‌تابند؛ و حال آنکه در این منشور، مواردی از این دست به چشم می‌خورد. آیا تصویب یک سند توسط شورای عالی انقلاب فرهنگی با انطباق یا عدم‌مغایرت مفاد آن با موازین شرع ملازمه دارد؟ مگر نه این است که برپایه اصل چهارم قانون اساسی، مرجع انحصاری در تشخیص عدم مغایرت قوانین قابل اعمال در جمهوری اسلامی ایران با موازین شرع و قانون اساسی، شورای محترم نگهبان است؟ مایل نیستیم و حق ندارم از طرف شورای نگهبان سخن بگویم؛ اما رویه شورای محترم و دیدگاه‌های فقهی آنان تاکنون نشان داده است که نمی‌تواند با پاره‌ای از بندهای این منشور موافقت کند. افزون بر این، مخالفت با آرای مشهور و رایج، نیازمند پشتوانه تحقیقاتی است. در منشور، برپایه کدامین مطالعه و تحقیق، برخلاف دیدگاه رایج فقهی حق و مسئولیت جعل شده است؟ به پاره‌ای از موارد توجه فرمایید:

(الف) در بند ۱۲ آمده است: «حق و مسئولیت حفظ ویژگی‌های خلقتی متفاوت زنان با مردان». در اینکه زن حق دارد ویژگی‌های خلقتی خود را حفظ کند، بحثی نیست؛ اما بر اساس کدام میزان فقهی، مسئولیت حفظ را برعهده او می‌نهد؟ آیا تغییر جنسیت در فقه ممنوع است؟ (ب) در بند ۲۵، مسئولیت مهمی برعهده زنان گذاشته شده است. مسئولیت رعایت ضوابط دینی و قانونی در ازدواج، از جمله یکسانی زوجین در باور به مبانی اعتقادی و دینی. واقعاً زن مطابق شرع چنین مسئولیتی دارد؟ واقعاً یکسانی در باورهای زوجین در نکاح شرط است؟ نکاح زن مسلمان با مرد غیرمسلمان مطابق فقه اسلامی ممنوع و در نتیجه باطل است که در ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی ایران هم عیناً انعکاس یافته است. اما آیا نکاح زن شیعه امامیه با پیروان سنت و جماعت نامشروع است؟ افزون بر این، توجه دارید که بخشی از زنان ما را اهل سنت تشکیل می‌دهند. برای آنان نیز نسخه می‌پیچید که مثلاً مبادا با شیعیان ازدواج کنند؟ از اهل کتاب که درصدی اندک از زنان ایرانی را تشکیل می‌دهند و در منشور

باید به آنان نیز توجه شود که البته در مواردی همچون بند ۹ به آنها عنایت شده است، فعلاً می‌گذریم. گذشته از همه اینها، مبانی اعتقادی و دینی، مفهومی گسترده، کش‌دار و تفسیربردار است که حتی ممکن است اختلاف‌نظر میان شیعیان را نیز شامل شود.

البته اگر توصیه و ارشاد اخلاقی است مبنی بر اینکه آرامش و آسایش بیشتر در یک خانواده با وحدت کامل اعتقادی بهتر تحقق می‌یابد، مسئله درستی است؛ ولی اولاً لحن، لحن حقوقی است نه اخلاقی، ثانیاً دست‌کم باید معلوم شود کجا با زبان حقوقی سخن گفته شده است و کجا با ادبیات اخلاقی!

ج) در بند ۲۶ تصریح شده است که زن حق تعیین شروط موردنظر ضمن عقد نکاح را در چهارجوب ضوابط شرعی دارد! واقعاً زن حق دارد شروط را تعیین کند؟ ممکن است اشتباه در تعبیر باشد. زن حق پیشنهاد دارد نه تعیین. تعیین شروط علی‌التوافق صورت می‌گیرد. رئیس‌جمهور حق تعیین معاون خود را دارد، چون به تأیید نهاد دیگری نیاز ندارد؛ اما هرگز نمی‌توان گفت رئیس‌جمهور حق دارد وزیر تعیین کند. او تنها حق دارد وزرای پیشنهادی خود را به مجلس معرفی کند. همچنین است بند ۹۳ در تصریح به حق تعیین مهریه.

د) در بند ۲۹ آمده است: «حق و مسئولیت تأمین، تخصیص، طهارت و سلامت در ارتباط جنسی با همسر قانونی و حق اعتراض قانونی در صورت نقض آنها». فارغ از ایراد به نوع عبارت‌پردازی - که در جای خود درباره آنها بحث خواهد شد - آنچه از این عبارت مستفاد است، حق زن در برخورداری از تمکین شوهر و حق اعتراض قانونی در صورت نقض آنها است. آیا واقعاً مطابق فقه اسلامی چنین حقی وجود دارد؟ ما البته بر این نظریم که همان‌گونه که مرد حق دارد به طور معمول زن به او تمکین کند، زن نیز حق مطالبه تمکین از همسر خویش را دارد. ولی نظر رایج و مشهور فقهی غیر از این است. در منشور بر چه پایه‌ای از این نظر عدول شده است؟

ه) در بند ۳۳، به حق باروری، بارداری، تنظیم و کنترل آن تصریح شده است. آیا به نظر تدوین و تصویب کنندگان محترم، مطابق فقه اسلامی زن حق تنظیم و کنترل باروری و بارداری را دارد؟ از کجای فقه چنین استنباط شده است که مثلاً اگر مرد خواهان فرزند باشد، زن حق امتناع و کنترل دارد؟

۵. کمرنگ بودن نقش دولت

اصولاً حقوق بشر در رابطه میان شهروندان و دولت مطرح است. هرچند که به باور ما،

ضرورت رعایت حقوق بشر در روابط فی‌مابین شهروندان را نیز نباید نادیده انگاشت، اما نه در این حد که در یک منشور از حقوق و مسئولیت‌های زنان سخن بگوییم و دولت را به حاشیه برانیم. اگرچه در مواردی روشن است که دولت مسئولیت دارد، اما به میزانی از مسئولیت زوج یا والدین زن سخن گفته شده است که گویی دولت هیچ مسئولیتی ندارد، ضمن اینکه در هیچ جای منشور به صراحت از مسئولیت دولت در تأمین این حقوق و تعهد او به مداخله یا عدم مداخله بحثی به میان نیامده است.

۶. تنزل شأن منشور به گردآوری حق‌های مسلم و غیرقابل تردید

پرداختن به حقوق و مسئولیت‌های بسیار واضح، هم شأن منشور را در حدّ یک «گردآوری» - و نه سیاستگذاری - تنزل داده و هم از شأن نظام جمهوری اسلامی ایران کاسته است. منشوری که قرار است مبنای معرفی و تبیین جایگاه زن در نظام ج.ا. ایران در مجامع بین‌المللی و محور گفتگو با دیگر کشورهای اسلامی درخصوص مسائل زنان قرار گیرد، باید حاوی مطالب بدیعی باشد که مبین تمدن رو به رشد نظام اسلامی است. مع‌الاسف در این سند بر مطالبی تأکید شده که قرن‌هاست در فقه امامیه تبیین شده و بیش از هفتاد سال است که قانونگذار ایرانی از آن اقتباس کرده و جامعه قانون بر تن آن پوشانده و اجرای آن را تضمین کرده است. فردی که با موازین فقهی و قانونی ما آشنا نیست، با مطالعه این سند گمان می‌برد که این حق‌ها دستاوردهایی است که تازه ایران اسلامی به آن دست یافته است. از جمله این موارد عبارت است از: حق داشتن نام، حفظ یا تغییر آن (بند ۷)؛ حق ثبت ازدواج، طلاق و رجوع در (به) مراجع رسمی و قانونی (بند ۲۷)؛ برخورداری زن از حقوق مالی در ایام زوجیت (بند ۲۸)؛ حق صلّه رحم (بند ۳۲)؛ حق آگاه شدن که در بندهای مختلف تکرار شده است؛ حق تولید برنامه‌ها و کالاهای فرهنگی سالم و بهره‌مندی از آنها (بند ۶۵)؛ حق سوادآموزی عمومی (بند ۷۶)؛ حق تحصیل در آموزش عالی تا بالاترین سطح علمی (بند ۷۷)؛ حق پژوهش، تألیف، ترجمه و انتشار کتب و مقالات در نشریات عمومی با رعایت صداقت، امانت و مصلحت جامعه (بند ۸۵)؛ حق برخورداری از ماترک متوفی (بند ۹۰)؛ حق وقف، پذیرش وقف و رسیدگی به آن (بند ۹۱)؛ حق پذیرش وکالت یا وصایت در امور اقتصادی (بند ۹۲)؛ حق مالکیت بر اموال و دارایی شخصی و بهره‌برداری از آنها با رعایت حدود شرعی و قانونی (بند ۱۹۹)؛ حق زنان در انعقاد قراردادها و ایقاعات (بند ۱۰۰)؛ حق دریافت دیه و خسارات براساس قوانین

(بند ۱۱۰)؛ حق آگاهی از رویدادها و مسائل سیاسی جهان (بند ۱۱۷). آیا این حق‌ها از جمله حقوقی هستند که کسی در آنها تردید دارد؟ مفتخریم که قرن‌ها پیش‌تر اسلام استقلال مالی زنان را به رسمیت شناخته و ده‌ها سال پیش وارد قانون شده است. مگر کسی تردید داشت که زن حق انعقاد قرارداد دارد؟ اگر بر مسئولیت ثبت ازدواج و سداً راه سوءاستفاده تأکید می‌شد، وجیه بود؛ ولی آیا در اینکه زن حق ثبت ازدواج دارد، حق وقف کردن دارد، حق قبول وقف و وصیت را دارد، حق دارد مطالعه و تحقیق کند، حق دارد حاصل پژوهش خود را منتشر کند، حق دارد تحصیلات دانشگاهی داشته باشد، حق دارد در چهارچوب شرع و قانون کالای فرهنگی تولید کند، امروز نیازمند تأکید است؟ سال‌هاست که زنان ما از این حقوق متمتع‌اند و آزادانه آنها را استیفا می‌کنند.

این سند به زبان انگلیسی ترجمه شده است. خوب بود تذکر داده می‌شد که این سند عهده‌دار جمع‌آوری تمامی حقوق و مسئولیت‌هایی است که قرن‌هاست در جامعه ایرانی درپرتو تعالیم ارجمند اسلام جریان دارد و این سند هرگز قصد ندارد هیچ امر مورد تردیدی را روشن سازد و تنها به بیان مصادیق روشن، واضح و بعضاً بدیهی و بی‌نیاز از بیان می‌پردازد، تا تصور نشود که این حقوق قبلاً نبوده است و تازه به لطف این منشور برای زنان ایرانی جعل می‌شود! با دیدن این موارد بسیار بدیهی، خواننده منتظر می‌ماند تا این گزاره‌ها را نیز ببیند: زن حق دارد راه برود، زن حق دارد فکر کند، زن حق دارد از طعام مشروع استفاده کند و بلکه «زن هم انسان است».

۷. پاره‌ای دیگر از بی‌دقتی‌های علمی

به رغم آنکه شانزده سال وقت برای تدوین منشور مصروف، اما از متن آن نگارش عجولانه همراه با بی‌دقتی مستفاد است. البته اجمالاً باخبرم که متن چندین مرتبه ویرایش شده است. در این قسمت، به برخی از اشکالات ماهوی موجود در مقدمه، مبانی و بندهای مختلف منشور می‌پردازم که بی‌تردید در صورت دقت در تدوین، این اشکالات رخ نمی‌داد:

۱. در ابتدای ص ۲، مسئولیت به معنای تکالیفی گرفته شده است که زن در برابر دیگران برعهده دارد. قدر متیقن آن است که دیگران، «خود» را شامل نیست درحالی‌که در جای‌جای منشور، از مسئولیت زن درقبال خویش سخن رفته است. بی‌تردید زن همچون مرد در برابر خداوند، دولت، جامعه و طبیعت هم مسئول است. آیا «دیگران»، خداوند، دولت، جامعه و طبیعت را دربر می‌گیرد؟

۲. در بند سوم ص ۲، در (مطابق) قوانین اسلامی، افراد در برابر خدا، خود، جامعه و هستی مسئول دانسته شده‌اند. در برابر خدا، خود و جامعه کاملاً درست. مراد از هستی چیست؟ افزون بر این، در برابر طبیعت چه؟ هستی طبیعت را شامل است؟ در برابر دولت چه؟ لابد دولت چون نماینده جامعه است، ذکر نشده است. بسیار خوب؛ اما اگر جامعه که شخصیت مستقلی از افراد دارد، به عنوان جامعه ذکر شده، مسئولیت مهم افراد در برابر یکدیگر یا آحاد جامعه چرا مغفول مانده است؟ بخش مهم قواعد حقوقی، تنظیم‌کننده رابطه انسان‌ها با یکدیگر است.

۳. در بند ۸ ص ۲ آمده است: در ساختار منشور، حقوق و مسئولیت‌های زنان با استقرا به صورت زیر تقسیم شده است:

حقوق فردی، حقوق خانوادگی، حقوق اجتماعی (که حقوق اجتماعی برحسب موضوع به حق سلامت، حقوق فرهنگی، حقوق اقتصادی، حقوق سیاسی و حقوق قضایی دسته‌بندی شده است).

ظاهراً تدوین‌کنندگان محترم برای علم و دانش و تقسیمات علمی هم‌مرز می‌شناسند و آن را متعلق به غرب یا شرق می‌دانند. علم و دانش، مرز و بوم نمی‌شناسد؛ و در هر کجا که باشد، به بشریت تعلق دارد. چرا از تقسیم رایج حقوق (حق‌ها) که در اسناد و منشورهای حقوق بشر آمده، استفاده نشده است؟ می‌توان از آنها استفاده نکرد ولی نه به این بهانه که غربی است. بله؛ اگر تقسیم غیرعلمی است می‌توان تقسیم درست علمی ارائه کرد. حقوق دو نسل اول و دوم به حقوق مدنی سیاسی و حقوق اقتصادی اجتماعی فرهنگی منقسم‌اند. به نظر تدوین‌کنندگان محترم، این تقسیم چه ایرادی دارد؟ حقوقدانان داخل کشور هم که اتفاقاً از رئیس محترم‌جمهور پیشین نشان درجه یک دانش دریافت کردند، حقوق را به عمومی، سیاسی و خصوصی تقسیم کرده‌اند که البته این تقسیم، فقط حق‌های بشری را دربر نمی‌گیرد و اتفاقاً در منشور که حق‌های خصوصی را هم شامل است، می‌توانست از این تقسیم استفاده شود و البته چون منشور حاوی حقوق و مسئولیت‌های فراوان اخلاقی است، ذکر دسته چهارمی از حقوق (و مسئولیت‌ها) به عنوان «حقوق و مسئولیت‌های اخلاقی» که کتب اخلاقی و دینی ما مشحون از آن است - لازم بود.

اگر هم از تقسیم رایج و شناخته‌شده عدول می‌شود، لازم است تقسیمی درست و علمی جایگزین آن شود. آیا تقسیم حقوق به فردی، خانوادگی و اجتماعی درست است؟ اگر حقوق را به فردی و اجتماعی تقسیم کنیم، تقسیم ثناتی (دوگانه) درستی است، ولی حقوق

خانوادگی در این میان، تقسیم را به ناحق به تقسیم ثلاثی (سه گانه) تبدیل می‌کند که در اینجا منشأی درستی ندارد. خانواده یا جزء اجتماع است که هست (به تصریح جامعه‌شناسان، خانواده کوچک‌ترین نهاد اجتماعی است)؛ و یا رابطه موجود در یک خانواده، رابطه‌ای فردی است: رابطه زوجین و رابطه والدین با فرزندان. بنابراین، حقوق خانوادگی را هم باید در زمره یکی از حقوق فردی یا اجتماعی قرار داد و تقسیم را دوگانه ارائه کرد.

۴. در مبنا، آنگاه که از میزان‌های مزیت انسانی بر انسان دیگر سخن به میان آمده، علم و دانش، تقوای الهی و ایجاد جامعه‌ای شایسته، به‌عنوان ملاک برتری ذکر شده است. اولاً مراد از ایجاد جامعه‌ای شایسته چیست؟ ثانیاً قبلاً از آموزه‌های قرآنی آموخته ایم که جهاد فی سبیل‌الله نیز ملاک برتری است، مگر آنکه جهاد را به معنای ایجاد جامعه‌ای شایسته بدانیم! ۵. در بند ۶ آمده است: «حق برخورداری از عدالت اجتماعی در اجرای قانون بدون لحاظ جنیست». مراد چیست؟ تساوی همگان در برابر قانون؟ اگر بله، مگر این تعبیر زیبای رایج که اتفاقاً در قانون اساسی هم آمده است، چه اشکالی دارد که از عبارت نسبتاً مبهم دیگر استفاده شده است؟

۶. در بند ۱۱ آمده است: «مصونیت زنان از ضررهای مادی و معنوی با توجیه اعمال حق دیگران». ظاهراً تدوین‌کنندگان از تکلیف انسان‌ها به خودداری از سوءاستفاده از حق، به این حق رسیده‌اند. به نظر نویسندگان، اگر کسی از قاعده «ممنوعیت سوءاستفاده از حق و عدم جواز اضرار به دیگری به بهانه اعمال حق خود» آگاه نباشد، آیا از این بند به معنای محصلی دست می‌یابد؟ عبارت زیبا و آهنگین قانون اساسی ما در اصل چهلم این است: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خود را وسیله اضرار به دیگری قرار دهد». در ضمن، زنان فقط مصون نیستند، مسئول هم هستند که از اعمال حق سوءاستفاده نکنند؛ که در این بند مغفول مانده است.

۷. در بند ۲۲ آمده است: «حق بهره‌مندی از امکانات فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی جهت تسهیل امر ازدواج در زمان مناسب و مسئولیت خویشنداری تا آستانه ازدواج». اولاً مسئولیت زن فقط همین است؟ آیا زنان در تسهیل امر ازدواج مسئولیتی ندارند؟ ثانیاً آیا زنان تنها مسئول خویشنداری تا آستانه ازدواج هستند؟ آستانه، نه ازدواج؟ لابد پس از ازدواج، مسئولیتی در عفت و خویشنداری ندارند! شاید از آیه شریفه «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَأِمَائِكُمْ... وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحاً...» استفاده کرده اند، ولی حقاً آن را بد بیان کرده‌اند.

۸. در بند ۸۸ زنان پژوهشگر در ارائه دیدگاه و تبیین دستاوردهای مثبت دینی و ملی در زمینه مسائل زنان به جهانیان مسئول شناخته شده‌اند.
- گویی تمام زنان پژوهشگر در همه حوزه‌های علمی در زمینه مسائل زنان کار می‌کنند. پژوهشگر زن غیرمسلمان چه مسئولیتی دارد؟ مسئولیت زنان در این حوزه، به این نحو کلی بیان نمی‌شود. افزون بر این، واقعاً می‌توان برای پژوهشگر نسخه پیچید که لزوماً در پژوهش‌های خود به نکات مثبت، آن هم از منظر ما، دست پیدا کند؟
۹. در بند ۸۹ بر «حق بهره‌مندی از نفقه در ازدواج دائم مطابق با شأن زن توسط شوهر یا توسط پدر و فرزند در صورت نیاز زن و توانمندی آنان» تأکید شده است.
- اولاً برپایه کدام مبنای فقهی - حقوقی، شأن زن را برای دریافت نفقه میزان تلقی می‌کنید؟ چرا شأن خانواده جدید شکل گرفته را معیار تلقی نمی‌کنید؟ اگر مرد ثروتمندی از خانواده فقیری زن اختیار کند، و متناسب با شأن زن که سابقه زندگی در خانواده فقیر را دارد، به او نفقه پرداخت شود، عادلانه است؟
- ثانیاً انصافاً مقررات قانون مدنی در باب نفقه که در آن برای عدم پرداخت نفقه ضمانت اجرا هم منظور شده، جامع‌تر است. اگر شوهر و نیز پدر یا فرزند توان مالی نداشته باشند و زن هم نیازمند نفقه باشد، تکلیف چیست؟ اگر شوهر توانمند باشد ولی ظالمانه از پرداخت نفقه امتناع کند و پدر یا فرزند ناتوان باشند، چه باید کرد؟
۱۰. آیا حق برخورداری وراثت قانونی از حقوق بازنشستگی زن کارمند متوفی جزء حقوق زن است که در بند ۹۵ بر آن تأکید شده است؟
۱۱. در بند ۹۸، بر حق دریافت دستمزد از همسر در برابر انجام امور خانه‌داری در صورت تقاضا تصریح شده است ...
- اولاً چنین نیست که در صورت تقاضا حق دریافت دارد؛ بلکه درست این است که «حق دستمزد دارد» و این دسته از حقوق در زمره حق - مطالبه یا حق - ادعا قرار دارند که صاحب حق می‌تواند مطالبه کند و در صورت مطالبه، «مَن علیه الحق» مکلف به پرداخت است. به علاوه، این دسته از حقوق چون جزء حقوق پایه‌ای بشر نیستند، قابلیت اعراض و اسقاط دارند. ثانیاً حق دریافت دستمزد ظاهراً ملهم از تبصره ۶ ماده واحده اصلاح مقررات طلاق است؛ که تحت شرایطی حق اجرة المثل کارهایی که زوجه در منزل زوج در دوران زوجیت انجام داده، در آن به رسمیت شناخته شده است.
- از این تبصره، شرایط زیر قابل استخراج است:

۱. مطالبه اجرة المثل به صورت دعوی تبعی (به تبع دعوی طلاق)؛
۲. ضرورت درخواست اجرة المثل؛
۳. طلاق به درخواست زوجه یا به دلیل تخلف وی از وظایف همسری نباشد؛
۴. اثبات وجود دستور زوج؛
۵. اثبات عدم وجود قصد تبرع؛
۶. انجام کارهایی که به عهده زوج نبوده است؛
۷. عدم امکان مصالح یا فقدان وجود شرط مالی ضمن عقد نکاح (همچون شرط تنصیف دارایی).

در حالی که ماده ۳۳۶ قانون مدنی ایران، با عبارتی گویا و شیوا، هر عاملی که به حسب امر دیگری اقدام به عمل عرفاً دارای اجرت کند و معلوم نشود که قصد تبرع داشته، مستحق اجرت دانسته شده، قانونگذار در سال ۷۱ برای پرداخت اجرة المثل به زن قیودی را ذکر کرده است که اثبات همه آنها چندان آسان نیست، مهم‌تر از همه اینکه این حق را متوقف بر وقوع طلاق کرده است. البته خوشبختانه حق مندرج در بند ۹۸ منشور، اناطه‌ای به وقوع متارکه ندارد. نکته مهمی که در گذشته در نقد تبصره مزبور بر زبان حقوقدانان جاری شده، این است که با جعل این تبصره، شأن زنان ما درست مدنظر قرار نگرفته است. این ایراد، به تعبیر به کار رفته در این بند بیشتر وارد است. زن حق دریافت دستمزد دارد. شأن زن در حد یک کارگر در منزل تنزل یافته است. روشن است که کارگر شخصیت باارزشی است و خدا هم کارگر است؛ و اصلاً مراد، کاستن از ارزش کار و کارگر نیست. مسئله تنها این است که رابطه میان زوجین، رابطه زیباتری است که نباید آن را تا حد رابطه کارگر و کارفرما تنزل داد. زن شریک مرد است؛ و آنان آنچه از مال دنیا می‌اندوزند، با هم می‌اندوزند. بنابراین، شرط تنصیف دارایی که در عقدنامه‌ها وجود دارد، آبرومندانه‌تر است.

۱۲. در بند ۱۲۹، بر اولویت مادران در قیمومت فرزندان در صورت شهادت، اسارت و مفقودالاثر شدن همسر تصریح شده است بدون اینکه ذکر شود آیا این اولویت مطلق است و یا تا زمانی است که مادر، شوهر اختیار نکرده است.

۱۳. در بند ۱۴۰، بر حق زنان در معافیت از مجازات در صورت وجود عوامل رافع مسئولیت کیفری تأکید شده است. آیا وجود عوامل رافع مسئولیت کیفری موضوعیت دارد؟ چرا تدوین‌کنندگان منشور، عامل موجهه جرم را بیان نکردند؟ معاذیر قانونی چه؟ و چرا اصول مهم دیگر عدالت کیفری را از یاد بردند؟ زنان حق دارند از اصل براءت، اصل قانونی

بودن جرایم و مجازات‌ها و محاکم، اصل عطف به گذشته‌نشدن قوانین کیفری و اصل شخصی بودن مجازات‌ها بهره‌مند شوند. آیا اینها اهمیت کمی دارند؟ ای کاش تدوین‌کنندگان به اسناد حقوق بشری و یا دست‌کم فصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مراجعه می‌فرمودند و از عبارت زیبا، جامع، گویا و رسای آنها در نوشتن منشور عاریه می‌گرفتند.

۱۴. در بند ۱۴۲ چنین آمده است: «حق برخورداری از تخفیف قانونی از نظر میزان مجازات یا معافیت از آن و یا نحوه اجرا در صورت ندامت و اثبات توبه زنانه بزهکار در زمان بارداری، شیردهی و بیماری»؛ غافل از اینکه مطابق فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی، در پاره‌ای صور توبه اساساً مسقط مجازات است و شامل هر زن و مردی می‌شود و نیازمند آن نیست که زن باردار، شیرده یا بیمار باشد.

۸. پاره‌ای از ایرادات شکلی و ادبی

اگر لازم است متن قانون شفاف باشد، مبهم، دوپهلوی، کش‌دار و تفسیربردار نباشد، و اصول ادبیات در قانون‌نویسی رعایت شده باشد، می‌توان گفت به طریق اولی سیاست‌گذاری نمی‌تواند از صراحت، شفافیت، رسایی و گویایی و مطابقت با اصول و قواعد ادب فارسی به‌دور باشد. منشوری که تدوین آن شانزده سال به طول انجامیده است، نباید حاوی اشکالات پیش‌پاافتاده نگارشی (ویرایشی) باشد. در زیر، بعضی از این اشکالات به عنوان نمونه ارائه می‌شود:

۱. قسمتی از مقدمه را فقط ذکر می‌کنم و قضاوت درست‌بودن یا نادرست‌بودن آن را به تدوین‌کنندگان و خوانندگان گرامی واگذار می‌نمایم:

این منشور اهتمام بر تبیین حقوق و تکالیف زنان در اسلام داشته و مبتنی بر قانون اساسی، اندیشه‌های والای بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران و رهبر معظم انقلاب و با بهره‌گیری از سند چشم‌انداز ۲۵ ساله و سیاست‌های کلی نظام و با لحاظ قوانین موجود و خلأها و کاستی‌های آن و به منظور تحقق عدالت و انصاف در جامعه زنان مسلمان می‌باشد.

۲. در بند ۲۹ آمده است: «حق و مسئولیت تأمین، تخصیص، طهارت و سلامت در ارتباط جنسی با همسر قانونی ...». آیا این جمله از حیث نگارشی درست است؟ حق و مسئولیت تأمین چه؟ تخصیص چه؟ لابد مراد از تخصیص، اختصاص است که به پیروی از تخصیص بودجه ذکر شده است. عطف طهارت و سلامت به تخصیص روا است؟

۳. عنوان فصل اول از بخش سوم چنین است: «حقوق و مسئولیت‌های سلامت جسمی و روانی زنان». «حق سلامت جسمی و روانی» و یا «حق بر سلامت و بهداشت جسمی و روانی» صحیح است؛ اما مسئولیت(های) سلامت... نادرست است، بلکه «مسئولیت حفظ یا صیانت از سلامت جسمی و روانی» درست است.

۴. در بند ۹۰ چنین مقرر شده است: «حق برخورداری از ماترک متوفی و وصایای مالی آن طبق قوانین اسلامی». مراد از متوفی، کدام متوفی است؟ هر زنی از هر متوفایی ارث می‌برد؟ لابد مراد، اقربای نسبی یا سببی به حسب درجات ارث است؛ ولی این بیان مطلق چرا؟ و حتماً مراد از ماترک، همان ارث است. مگر ارث چه ایراد داشت؟ شما که نوشته‌اید «طبق قوانین اسلامی»، «حق ارث طبق قوانین اسلامی» گویاتر نبود؟

۵. در بند ۱۰۴ آمده است: «حق برخورداری از مزد و مزایای برابر در شرایط کار مساوی با مردان و سایر زنان». روشن است که «سایر زنان» زاید است؛ چراکه از حقوق و مسئولیت زنان سخن گفته می‌شود نه یک زن یا تعدادی از زنان، تا گفته شود حقوق و مزایای این زن یا این دسته از زنان باید با سایر زنان برابر باشد.

۶. عنوان فصل چهارم چنین است: «حقوق و مسئولیت‌های سیاسی زنان». عنوان قسمت «الف» چنین است: «حقوق و مسئولیت‌های زنان در سیاست داخلی». درحالی که خواننده منتظر است قسمت «ب» را ملاحظه کند که در آن، از حقوق و مسئولیت‌های زنان در سیاست خارجی سخن به میان آمده باشد، با قسمت «ج» روبه‌رو می‌شود که عنوان «حقوق و مسئولیت‌های زنان در امور دفاعی - نظامی» را دارد. ممکن است تدوین‌کنندگان لازم ندیده باشند از سیاست خارجی سخن بگویند؛ اما ظاهراً در حروف الفبا، بعد از الف، ب قرار دارد نه ج. نکته دیگر اینکه ذیل قسمت «ج» در بند ۱۳۰ به حق بهره‌مندی از آموزش و تصدی مشاغل انتظامی اشاره شده و احتمالاً روشن است که «انتظامی» متفاوت از «نظامی» است. ای کاش در عنوان «ج»، واژه «انتظامی» هم افزوده می‌شد تا بند ۱۳۰ بتواند ذیل آن قرار گیرد.

۷. عبارت بند ۱۴۱ نیز درست نمی‌نماید: «حق اعاده حیثیت زنان در اثر تقصیر، اشتباه قاضی در موضوع حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص و جبران خسارت مادی و معنوی از آنها». این بند از اصل ۱۷۱ ق. ا. اقتباس شده است. «اعاده حیثیت زنان در اثر تقصیر، اشتباه قاضی در...» بی‌معنا است. مراد این است: «حق اعاده حیثیت زنان در صورت هتک آن در نتیجه تقصیر و اشتباه قاضی در موضوع حکم یا...».

اللهم لاتؤاخذنا ان نسينا أو اخطأنا

برگ اشتراک دوفصلنامه «نامه علوم انسانی»

برای اشتراک نامه علوم انسانی، لطفاً حق اشتراک را به حساب جاری شماره ۵۴۰ نزد خزانه بانک مرکزی قابل پرداخت در کلیه شعب بانک ملی، به نام پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی واریز و اصل سند بانکی را همراه با برگ تکمیل شده اشتراک به نشانی دفتر فصلنامه ارسال فرمایید.

بهای اشتراک برای دو سال (۴ شماره)

در ایران		برای افراد (با احتساب هزینه پستی): ۱۳۰۰۰۰ ریال	}	در خارج	برای کشورهای همسایه و خاورمیانه: ۱۰۰ دلار
		برای مؤسسه‌ها: ۱۴۰۰۰۰ ریال			برای اقیانوسیه، امریکا، انگلستان و کانادا: ۱۱۰ دلار

مشخصات مشترک

نام خانوادگی نام میزان تحصیلات نام مؤسسه تاریخ آغاز اشتراک
نشانی کدپستی صندوق پستی تلفن فاکس

نشانی دفتر دوفصلنامه

تهران، بزرگراه کردستان، خ ۶۴، کدپستی ۱۴۳۷۷، صندوق پستی ۶۴۱۹/ ۱۴۱۵۵، تلفکس ۸۸۰۳۶۳۲۰-۳، تلفن: ۸۸۰۴۶۸۹۱ (داخلی ۲۹۷) E-mail: Ensani@ ihcs.ac.ir



«Name-ye Olum-e Ensāni » Subscription Order Form

SurnameName Education Beginning with vol. / Date.....
Address Country / State / City / Zip code
P. O. Box Tel Fax Telex E-mail

Prices (Quarterly)

Iran { Individuals (postage included): Rls 130000
Institutes : Rls 140000

Outside Iran { Nearby Countries and Middle East: \$100
Britain, Canada, Australia, U. S. A.: \$110

Please return this form with your check to Institute for Humanities and Cultural Studies (IHCS) to P. O. Box 14155-6419, Tehran, Iran, Tel :
(98) (21) 88036320 , E- mail: Ensani @ ihcs. ac. Ir.



The Domain of Islamic Jurisprudence in Positive Law of Iran

Ali Reza Yazdaniyan^{*}

From the beginning of the formation of Law, religion, faith and beliefs were considered as valuable and rich resources and inspiration for the purpose. For centuries rules defined by the church were both religion and law, the same situation as Iran before constitutional revolution. Legislators have always tried to find the solution for the problems of society in religious rules and system and represent it as law, as well as judges and jurists who were faithful to Islamic jurisprudence in practice, and a lot of judgments and judicial decisions are actually representations of commandments of Islamic jurisprudence. Even in some cases legal doctrine benefits from Islamic jurisprudence to explain and describe law articles.

Nevertheless, some parts of our legal rules have kept distance from Islamic jurisprudence and are more close to western and European rules. On the one hand, some principles of constitutional law have made the domain of Islamic jurisprudence unclear. In the constitutional law of Iran, reliable Islamic sources and accredited religious injunctions are to explain and describe the defective or obscure articles, but the domain of Islamic jurisprudence for laws extracted from other legal regimes is in doubt. Thus, it is necessary to provide the framework for the domain of Islamic jurisprudence in positive rights, which we will be discussed in this article.

Keywords: Islamic jurisprudence, Positive rights, Explanation, Legislation.

^{*} Assistant Professor- Department of Law, Isfahan University, yazdaniyan_alireza@ase.ui.ac.ir

**Critical Study of Different Fields of Study in Law:
A Comparative Study of Different Fields of Study in Law,
in Iran and France**

Manoochehr Tavassoli Naeeni*

Establishing Iran law schools which were of the same style as law schools in Belgium and France during Qajar dynasty, caused Iran legal system to have a tendency to German- Roman legal traditions in addition to Islamic law. The history of law education in Iran shows that at the moment, Iran legal system is far away from legal systems of the developed countries and has lost its dynamic nature. Thus we are in need of pathology of different fields of study in law in academic centers, regarding different dimensions like resources, teaching methods, and curriculum development. This can be done by comparative study of law education in Iran and other countries. In this article, we try to compare the history of law education and teaching method in Iran and France.

Keywords: Fields of study in law, Critical study, Comparative study, Iran, France.

* Assistant Professor- Head of the Department of Law, Shahr- e Kord University,
Tavassoli2000@yahoo.com

A Critical Study of Legal Aspects of Starting Work and Permanent Employment in Civil Service Management Act (Chapters Six and Seven)

Vali Rostami*

Starting work and Employment which are correlative and interdependent are key subjects and important chapters of employment law. Although there have been some changes, reforms, and innovations regarding the issue in “Civil Service Management Act”, there are still some obscurities and insufficiencies.

Introducing general principles of starting work, especially emphasizing on the principle of efficiency and being qualified, principle of equal opportunity, and clarifying and removing obscurities and insufficiencies are some of the positive changes related to starting work principle comparing to the previous version. Presenting new employment policy while emphasizing on permanent employment criterion for governmental positions, determining the conditions and requirements of different types of employment and employing human resources in administrative organizations, and decreasing the negative consequences of permanent employment, are some of the innovations and positive changes of the above said act. If some of the weak points and ambiguities in predicted regulations and rules are revised, a big change will surely occur in the employment system of Iran. However, obscurities and abridgments of the law, and especially not determining the status of previous rules has made the efforts of law makers open to criticisms.

Keyword: Starting work, Employment, Civil Service Management Act, Permanent employment, Employment on contract basis.

* Assistant Professor, Department of Public Law, The Faculty of Law and Political Science,
Vali.Rostami@yahoo.com

**Book Review and Criticism:
A Review on: "Crime Policy in Islam
and Islamic Republic of Iran"**

Mohammad Reza Nazari Nejad Kiyashi*

Before discussing important issues regarding crime policy in Islam and Islamic Republic of Iran, it is better to introduce the basis and objective of Law in general, and Islamic Law in particular. In fact, without learning about and researching on important issues in the field, discussing crime policy in Islam and Islamic republic of Iran is no more than just plunging in religious injunctions without identifying their role and functions in achieving the fundamental goal of crime policy which is reasonable social discipline. So, first, it is necessary to determine what law is and how it is different from ethics and religion. Second, what is the necessity of law and why its rules are obligatory; and third, what are the objective and output of law and its norms. Thus, In other words, confusing the concepts of religion, ethics, and law, and not discussing basic and philosophical issues concerning law and its objectives have caused contradictions in the book "Crime Policy in Islam and Islamic Republic of Iran"**, which questions the possibility of "developing and presenting a framework compatible with scientific logic" claimed by the writer in the preface of the book.

Keywords: Rule of Law, Basis of Law, Output of Law, Social Discipline, Sovereignty.

* Faculty Member of Department of Law, Gilan University, m.nazarinejad@gmail.com

** Seyyed Mohammad Hoseini (1383). *Crime Policy in Islam and Islamic Republic of Iran* Tehran: Tehran University Press and SAMT.

A Review on "Civil Law in Current Legal System"

Ahmad Reza Naeeni*

Expurgation of rules and regulations is one of the issues which academic societies are increasingly interested in. One of the categories in the field is examination and identification of the "implied abrogation" of the approved laws.

In this article, we try just to discuss some aspects of abrogation (not implicit abrogation and changes but explicit abrogation and changes).

You may think that abrogation, modification and explicit annexation are clear and there is no need to discuss them. However, in this article it is tried to discuss such issues and not the implied abrogation which there may be some disagreements upon.

Jurists' main concern is the implied abrogation or changes of rules and regulations. However, books like this one makes us also concerned about explicit changes and abrogation.

In the book "Civil Law in Current Legal System"** there are a lot of faults both in content and form. In this article, we discuss the approved laws which have been explicitly abrogated, modified and in some cases underwent annexation and interpretation before the first or later publications of the above mentioned book. One of the examples of these approved laws is the executive regulation about urban land approved in 6/7/1988. This executive regulation which was more than 26 pages in the first publication and 24 pages in 18th publication is explicitly abrogated according to article 40 approved in 14/5/1992. It should be noted that this executive regulation was explicitly abrogated 6 years before the first publication of the book in 1998, but you can find it even in the 18th publication in 2008.

Keywords: Modification, Annexation, Expurgation of rules and Regulations, Collection of laws, Abrogation, Explicit Abrogation.

* M.A in Private Law, Head of Expurgation of Laws Department in Islamic Consultative Assembly, mnhyjtrei@gmail.com

** Naser Katouzian (1377). *Civil Law in Current Legal System*, Tehran: Dad Gostar Publication.

A Critical Study of Principles of Social Rights

Ebrahim Mousazadeh^{*}

Fahim Mostafazadeh^{**}

Social rights have a critical role not only in political, religious, and legal thinking, but also in social and economic management. Islam from its arising both in Islamic texts and in practice and Imams' deeds emphasized on social rights for their role in preserving human dignity and providing the hard stones of a healthy religious society and has developed a legal and administrative system. On the contrary, in western systems there are no proper principles, pattern, and framework for social rights. Following the progressive Islamic thought, social rights system in Iran is manifested in different principles of the constitutional law of Islamic republic of Iran including: principle 3, article 4(the insurance of widowed, old and guardianless women), principle 28 (right of work), principle 29 (right of social security), principle 30 (right of education), principle 31 (right of habitation).This article not only introduces philosophical background of social rights but also discusses their role in Islamic and Western thinking.

Keywords: Social rights, Social justice, General welfare, Islamic legal system, Western legal system.

^{*} Assistant Professor- Department of Public Law, The Faculty of Law and Political Science, Tehran University, e_mousazadeh@yahoo.com

^{**} PhD candidate in Law- Islamic Azad University, Tehran Markaz.

Critical Philosophy to Criticize Iranian Philosophy of Law: A Critical Review of “The Philosophy of Law”

Mohammad Javad Javid*

It is nearly three decades that modern human being has been thinking about the previous questions raised in its community regarding the philosophy of law, something that goes back to more than three thousand years. Contemporary researchers having the same point of view as Greek philosophers in the domain of Law, intentionally or unintentionally have noticed a key issue which itself lead to lots of deep but abstract and vague literature in facilitating access to peace and equality for all people. It is nearly half of a century that today's philosophy of law discusses "justice", a subject which is neither old nor new. In theory, it goes back to the creation of human beings and universe, but in practice it is just like a fetus. The philosophy of law in Iran seems like a light boat floating and wandering on the ocean of world current philosophy of law. It is very likely that a huge wave demolishes it completely or in the hope of reformation, restructures it. This article is an explanation of the same situation we experience with philosophy of law in Iran. It aims at analyzing “philosophy of law: definition and nature of law”^{**} which, in this article, is considered of great interest for the duality of its content.

Keywords: Philosophy of law, Justice, Law, Positive law, Natural law, Government.

* Faculty Member, The Faculty of Law and Political Science, Univiran@yahoo.com

** Naser Katouzian, (1385). *The Philosophy of Law*, Tehran: Sherkat Shami Enteshar.

A Review on the Standards of “Encyclopedia of Law” Standards

Seyyed Rahim Hosseini*

“Encyclopedia of Law”** which has been reprinted many times is well known to students and researchers of law. However, this series is open to criticism and for consideration for certain reasons. However, criticizing the form or style of the book is not intended here.

In this article, the above said book is analyzed from two points of view: reflective and criticizing. 1. Regarding documents of Islamic jurisprudence and Usul, juratory rules, ... ; 2. concerning the writer's criticism to some opinions and comments of jurists and Usulin.

In other words, in this article, it is tried to criticize some of unscientific and incorrect standpoints of the writer in the domain of juratory thought from the view point of shiite jurisprudence.

Keywords: Criticism, Encyclopedia of Law, Shiite jurisprudence, Usulin.

* Assistant Professor- The Faculty of Law and Political Science, Tehran University,
1348@yahoo.com

** Mohammad Ja'far Langeroudi, (1372). *Encyclopedia of Law*, 3rd publication, Tehran: Amir Kabir

***Pazhuhesh-Nāme-ye Enteqādi-ye
Motun va Barnāmeḥā-ye Olum-e Ensāni***

(Critical Studies in Texts & Programs of Human Sciences)

Biannual Journal

Volume 10 , Number 2, Autumn & Winter 2010-2011

ISSN: 1605 – 9212

Concessionaire: Institute for Humanities and Cultural Studies (I.H.C.S.)

Director in charge: Hamidreza Ayatollahy

Editor-in-Chief: Seyyed Fazlullah Mousavi

Editorial board

- Afrouz, Gh. A. Professor, Tehran University
Dorry Nokurani, B. Associate Professor, Shahid Beheshti University
Sepehri, M. Professor, Islamic Azad University
Sedqi, H. Professor, Tehran Tarbiyat Mo'alleh university
Karimi Motahhar, J. Associate Professor, Tehran University
Kalbasi Ashtari, H. Professor, Allameh TAbataba'i University
Mousavi, Seyyed. F. Professor, Tehran University
Mirjalili, Seyyed. H. Associate Professor, Institute for Humanities and Cultural Studies
Nikubakht, N. Associate Professor, Tehran Tarbiyat Modarres University

Advisory Board

- Mohammad Javad Javid, Ahmad Haji Deh Abadi, Seyyed mohammad Hoseini,
Vali Rostami, Roshanali Shekari, Mohammadhasan Sadeqimoghaddam,
Hosein Ghashghaee, Abbas a'li Kadkhodaei, Ali Moradkhani,
Mahdi Mousavi, Hossein Mir mohammad Sadeqi

Production Manager: Reza Hosseini

Executive Manager: Amir Etemadi Bozorg

Copy Editor: S. J. Shaheri

Abstracts Translator: A. Rostambeik Tafreshi

Cover Designer: M. Akbari Kolli

Mailing address:

Institute for Humanities and Cultural Studies (IHCS)

P.O.Box 14155-6419, Iran, Tehran

Tel. Fax:(98) (21) 88036320

E-mail: Ensani @ ihcs.ac.ir, <http://www.ihcs.ac.ir>