

فصلنامه مطالعات سیاسی  
سال چهاردهم، شماره ۵۶، تابستان ۱۴۰۱  
صفحات: ۱۲۱-۱۰۷  
تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱/۱۶؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۱/۳/۲۸

## حق بر اشتغال و محدودیت های فراروی آن مبتنی بر فقه و قانون اساسی

مریم سعادت دورابی\* / سید عسگری حسینی مقدم\*\* / عباس مقدری امیری\*\*\*

### چکیده

یکی از حقوق اساسی هر فردی مبتنی بر منشور حقوق شهروندی، قانون اساسی و مبانی فقهی، حق بر اشتغال است. این حق از چند منظر قابل بررسی است. نخست حق انتخاب آزادانه شغل و منع کار اجباری است. از این منظر نمی توان هیچ شخصی را مجبور به انجام کاری کرد. از منظر دیگر منع برده داری نیز از شقوق بحث حق انتخاب آزادانه شغل است. عدم تبعیض در انتخاب کارگر و نیروی کار و نیز عدم تبعیض در پرداخت حقوق و مزایا نیز در ذیل همین حق قابل بررسی است. قانون اساسی و قوانین عادی از جمله قانون کار به این موضوع پرداخته و به صراحت حق انتخاب شغل و منع هر گونه تبعیض مورد تقنین قرار گرفته است. در اسناد بین المللی نیز این حق ها به رسمیت شناخته شده و در اعلامیه جهانی حقوقی بشر و میثاق حقوق مدنی و سیاسی نیز به آن اشاره شده است. ایران هر دو سند یادشده را پذیرفته و مستند به ماده ۹ قانون مدنی جزو مقررات داخلی و الزام آور محسوب می شود. با این حال در خصوص برخی مشاغل از جمله قضاوت، امام جماعت و جمعه، رهبری و ... تردیدهایی در خصوص حق فرزندان طبیعی وجود دارد. در این پژوهش به مبنای منع اشتغال فرزندان طبیعی در این مشاغل و حدود و ثغور آن پرداخته می شود. برخلاف آنچه شایع شده است، در عمل به ندرت می توان شخصی را صرفاً بر مبنای تردید در نسب وی از اشتغال در این مشاغل منع نمود.

**کلیدواژه‌ها:** فقه، قانون اساسی، حقوق بشر، حق اشتغال؛ تبعیض؛ فرزندان طبیعی؛ قضاوت.

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی ساری، ایران.

\*\* استادیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران (نویسنده مسؤول).

dhoseini@gmail.com

\*\*\* استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد جویبار، دانشگاه آزاد اسلامی، جویبار، ایران.

## ۱. بیان مسأله

حق بر اشتغال و حق داشتن شغل یکی از اقسام حقوق بشر نسل دوم و جزو شهروندی است. نسل دوم حقوق بشر شامل حق‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی می‌شود. از خصایص این دسته از حق‌ها، ضرورت صرف هزینه مالی برای تحقق آن است. شبیه حق داشتن حداقل زندگی شرافتمندانه، حق داشتن شغل، حق داشتن حمایت‌های ناظر به دوران عدم اشتغال و نظایر آن. حق بر اشتغال از دو منظر سلبی و ایجابی قابل بررسی است. از جهت سلبی یعنی نه تنها دولت نباید افراد را از داشتن شغل مورد علاقه خود محروم نماید، بلکه باید از این حق در برابر تعدی دیگران حمایت نماید. از جهت ایجابی دولت باید شرایط اشتغال افراد جامعه را فراهم نماید که در قالب ایجاد فرصت‌های شغلی مناسب تجلی پیدا می‌کند.

برابر اصول ۱۹ و ۲۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مردم ایران دارای حقوق مساوی هستند و به صورت یکسان در حمایت قانون قرار دارند. از این منظر وضع انواع و اقسام سهمیه‌ها در دانشگاه‌ها و در مرحله استخدام محل نقد است. مطابق با اصل ۱۹: «مردم ایران از هر قوم و قبیله که باشند از حقوق مساوی برخوردارند و رنگ، نژاد، زبان و مانند این‌ها سبب امتیاز نخواهد بود». اصل ۲۰ نیز تأکید دیگری بر تساوی همگان است. اصل ۲۰ قانون اساسی بر حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی اشاره دارد که شامل حق بر اشتغال نیز می‌شود. در اصول دیگری از قانون اساسی نیز به مسأله آزادی اشتغال اشاره شده است؛ از جمله برابر اصل ۲۸: «هرکس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست برگزیند. دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون، برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد کند». بر این اساس ایجاد محدودیت برای فرزندان طبیعی جهت اشتغال به شغل قضاوت برخلاف اصول حقوقی چون اصل منع تبعیض و حق اشتغال است.

حق بر اشتغال صرفاً ناظر به آزادی در انتخاب شغل نیست. بلکه فراهم کردن «امکان اشتغال به کار» و «ایجاد شرایط مساوی برای احراز مشاغل» جزو تکالیف دولت است. برابر ماده ۲۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر: «هرکس حق دارد کار کند، کار خود را آزادانه انتخاب کند، شرایط منصفانه و رضایت‌بخشی برای کارخواستار باشد و در مقابل بیکاری مورد حمایت قرار گیرد».

\_\_\_\_\_ حق بر اشتغال و محدودیت های فراروی آن مبتنی بر فقه و قانون...

ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز بر این موضع تأکید دارد. لذا حق بر اشتغال و حق بر داشتن شغل و آزادی انتخاب شغل در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اسناد بین‌المللی حقوق بشر شناسایی شده است. از منظر تحقیق حاضر یعنی حق فرزندان طبیعی در خصوص اشتغال باید تفسیری برگزیده شود که متضمن کمترین محدودیت برای این افراد باشد. در عمل نیز همینگونه است و نمی‌توان گفت تبعیض سیستماتیکی در این خصوص وجود دارد. بنابراین محدودیت‌هایی که در زمینه اشتغال فرزندان فاقد طهارت مولد در مشاغلی چون قضاوت وجود دارد باید در موضع نص و به صورت مضیق تفسیر گردد. در عمل نیز اثبات فقدان طهارت مولد چنان دشوار و نادر است که حتی می‌توان گفت به ندرت شخصی به این علت از اشتغال در شغل قضاوت یا سایر مشاغل محروم شده است و وجود این مقرره بیش از این که فایده و اثر عملی داشته باشد، صرفاً یک مقرره متروک است و پیشنهاد می‌شود متن آن اصلاح شده یا حذف گردد.

## ۲. مبانی منع تبعیض در زمینه اشتغال

در این قسمت به مبانی و مقررات قانونی مربوط به حق اشتغال و منع هرگونه تبعیض پرداخته می‌شود. نخست مقررات داخلی و سپس اسناد بین‌المللی مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

### ۲-۱. حق اشتغال و منع تبعیض در مقررات داخلی

برابر اصل سوم قانون اساسی: «دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم، همه امکانات خود را برای امور زیر به کار برد: «پی ریزی اقتصادی صحیح و عادلانه بر طبق ضوابط اسلامی جهت ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف ساختن هر نوع محرومیت در زمینه های تغذیه و مسکن و کار و بهداشت و تعمیم بیمه». برابر اصل بیست و هشتم: «هرکس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست برگزیند. دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون، برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید». بند دوم و چهارم اصل ۴۳ قانون اساسی بر تأمین شرایط و امکانات کار، برای همه به منظور رسیدن به اشتغال کامل و قرار دادن وسایل کار در اختیار همه کسانی که قادر به کارند ولی وسایل کار ندارند و همچنین رعایت آزادی انتخاب شغل و عدم اجبار افراد به کاری معین و جلوگیری از بهره‌کشی

از کار تأکید کرده است. اصل ۲۲ قانون اساسی نیز بر لزوم حمایت از شغل اشخاص از هرگونه تعرض تأکید دارد.

در قوانین عادی نیز بر منع هرگونه تبعض تأکید شد. برابر ماده ۳۸ قانون کار مصوب ۱۳۶۹: «برای انجام کار مساوی که در شرایط مساوی در یک کارگاه انجام می‌گیرد باید به زن و مرد مزد مساوی پرداخت شود. تبعیض در تعیین میزان مزد بر اساس سن، جنس، نژاد و قومیت و اعتقادات سیاسی و مذهبی ممنوع است». ماده ۹ قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی نیز موید حق اشتغال و تکلیف دولت به ایجاد شغل است. برابر ماده یادشده اصول و سیاست های اجرایی نظام جامع تأمین اجتماعی باید از ویژگی های «الف) سیاست جامعیت؛ ب) سیاست کفایت؛ ج) سیاست فراگیری؛ د) سیاست پیشگیری؛ ه) سیاست توانمندسازی؛ و) سیاست کارگستری؛ ز) سیاست نیازمندیابی فعال» برخوردار باشد. همچنین برابر این ماده قانونی رسیدگی به حقوق افراد با استفاده از سیستم جامع آماری و اطلاعاتی و تأکید بر کرامت انسانی و نفی روش های تحقیرآمیز باید توسط دولت تضمین شود.

برابر مقاله نامه شماره ۱۰۰ در مورد تساوی اجرت کارگران زن و مرد مصوب ۱۳۳۰ هر یک از کشورهای عضو باید اجرای اصل تساوی اجرت کارگران زن و مرد را در قبال کار هم ارزش تشویق و اجرای آن را درباره عموم تأمین کنند. برابر مقاله نامه شماره ۱۱۱ در مورد نفی تبعیض در امور مربوط به استخدام و اشتغال مصوب ۱۳۳۷ هرگونه تبعیض یا سهمیه که بر پایه نژاد، رنگ پوست، جنسیت، مذهب، عقیده سیاسی، سابقه ملیت و طبقه اجتماعی برقرار شود و در امور مربوط به استخدام و اشتغال، احتمال موفقیت و رعایت مساوات بین زن و مرد را به طور کلی از میان ببرد یا به آن لطمه وارد کند، ممنوع است. برابر قانون راجع به الحاق دولت ایران به مقاله نامه بین المللی شماره ۱۱۱ مربوط به تبعیض در امور استخدام و اشتغال مصوب ۱۳۴۳ ایران به این مقاله نامه پیوست و مطابق ماده ۹ قانون مدنی جزو مقررات داخلی محسوب می شود. در این سند بین المللی صراحتاً به منع هرگونه تبعیض از نظر نژاد اشاره شده است. گرچه کلمه نسب به معنی صریح خود مورد استفاده قرار نگرفت، ولی عمومات این مقررہ متضمن منع هرگونه تبعیض در اختصاص شرایط و امتیازات شغلی است.

برابر قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹ مصوب ۱۳۷۲، دولت ایران به این کنوانسیون ملحق شد و با عنایت به ماده ۹ قانون مدنی در

\_\_\_\_\_ حق بر اشتغال و محدودیت های فراروی آن مبتنی بر فقه و قانون...

حکم مقررات داخلی محسوب می شود. در این سند بین المللی به منع هرگونه تبعیض در خصوص کودکان از جمله تبعیض بر اساس وضعیت والدین وی تأکید شده است.

## ۲-۲. محدودیت های فرزندان طبیعی در زمینه اشتغال

با عنایت به تفاوت های مشاغل انتخابی و مشاغل انتصابی، مطالب این قسمت در دو بخش جدا مورد مطالعه قرار می گیرد.

۱-۲-۲. مشاغل انتخابی: مقصود از مشاغل انتخابی، مشاغلی است که فرد با اراده خود در آن کار منصوب می شود و اراده دولت به طور مستقیم در گماردن فرد در آن شغل نقش مستقیم ندارد. همچنین حقوق و مزایای افراد توسط دولت پرداخت نمی شود. بلکه فرد شاغل دریافتی خود را از محل مراجعین و نظایر آن تأمین می کند. البته در این مشاغل نیز ممکن است شرایطی برای اشتغال فرد تعیین شود. مثلاً وکالت گرچه جزو مشاغل انتخابی است، ولی برای اشتغال در آن باید شرایط قانونی را احراز نمود. در این مفهوم، غالب مشاغل بخش خصوصی جزو مشاغل انتخابی محسوب می شوند.

با بررسی مقررات قانونی و رویه های عملی، تبعیض سیستماتیک در زمینه منع یا محدودیت اشتغال فرزندان طبیعی در مشاغل انتخابی مشاهده نشد و می توان گفت در این خصوص تفاوتی بین فرزندان طبیعی با سایر اشخاص وجود ندارد. در مقررات قانونی و قراردادهای استاندارد کار نیز شرطی مبنی بر طهارت مولد به عنوان شرط و پیش نیاز اشتغال رویت نگردید.

۲-۲-۲. مشاغل انتصابی: مقصود از مشاغل انتصابی، مشاغلی است که فرد با صرف اراده خود در آن کار منصوب می شود و اراده دولت به طور مستقیم در گماردن فرد در آن شغل نقش مستقیم دارد. حقوق و مزایای افراد توسط دولت پرداخت می شود. غالب مشاغل دولتی و حاکمیتی جزو مشاغل انتصابی محسوب گردند. در این مفهوم امامت جمعه و جماعت، رهبری، قضاوت، کارمندی در دستگاه های دولتی و نظایر آن مشاغل انتصابی محسوب می شوند. البته بنا به قولی امامت جمعه، جماعت و رهبری شغل محسوب نمی شوند.

از منظر فقهی، رهبری نماینده امام عصر شمرده می شود؛ ولی با عنایت به قانون اساسی می توان آن را یک شغل محسوب نمود. برابر اصل یکصد و نهم قانون اساسی: «شرایط و صفات رهبر: ۱. صلاحیت علمی لازم برای افتاء در ابواب مختلف فقه؛ ۲. عدالت و تقوای لازم برای رهبری امت اسلام؛ ۳. بینش صحیح سیاسی و اجتماعی؛ تدبیر؛ شجاعت؛ مدیریت و قدرت کافی

برای رهبری. در صورت تعدد واجدین شرایط فوق، شخصی که دارای بینش فقهی و سیاسی قوی تر باشد مقدم است». اصل ۱۰۹ واجد ایراد و ابهام است و برخی از صفات را به جهت بدیهی بودن مورد اشاره قرار نداده است. نه اینکه نیازی به احراز این صفات نباشد. مثلاً در خصوص مقام رهبری به لزوم فقدان سابقه کیفری اشاره نشده است. این موضوع به جهت بداهت امر است نه اینکه شخص دارای سابقه کیفری بتواند به عنوان رهبر منصوب شود. بداهت امر به درجه ای بوده که قانونگذار در ماده ۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که یکی از آخرین مصوبات مربوط به این بحث است، به رغم در مقام بیان بوده اشاره ای به این موضوع نکرده است. بنابراین می توان گفت ضرورت طهارت مولد مقام رهبری از نظر قانونگذار امر بدیهی بوده است.

در موارد متعددی از کتاب «ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیه» تصریح شده است که مراد از «امام» در مباحث کتاب همان حاکم و رهبر جامعه اسلامی است که در عصر غیبت، این منصب اختصاص دارد به کسی که از سوی مسلمین مستقیماً و یا از طریق خبرگان منتخب ملت به رهبری انتخاب شده و شرایط هشتگانه را که عبارتند از عقل کافی، اسلام و ایمان، عدالت، فقاقت و علم اجتهادی به اسلام و مقررات آن، قوه و حسن ولایت، نبودن از اهل بخل و حرص و طمع، مرد بودن، طهارت مولد داشتن دارا باشد. که ملاک مشروعیت حکومت اسلامی و اثبات شئونات منصب امامت (و از آن جمله: رهبری و زعامت در دین و سیاسات و اجتماعیات و اخذ و صرف خمس و انفال و وجوهات شرعی) برای رهبر نظام اسلامی، همانا انتخاب فرد حائز شرایط هشتگانه فوق از سوی اکثریت است که به صورت انتخاب مستقیم یا با انتخاب خبرگان انجام می شود. البته نظر مخالفی نیز وجود دارد.

در قانون اساسی، طهارت مولد یکی از شرایط ولی فقیه محسوب نشده است، ولی چون قضاوت از شؤون و وظایف اصلی و اولی حاکم اسلامی و ولی فقیه است و سایر قضات نیز از طرف او منصوب هستند و مشروعیت خود را از وی کسب می کنند، و در باب قضاوت، مشهور فقها طهارت مولد را برای قاضی شرط دانسته اند، از این رو در حاکم و رهبر جامعه اسلامی نیز طهارت مولد بالملازمه شرط است. به عبارت دیگر از نظر اصولی قابل قبول نیست که طهارت مولد شرط انتصاب به به عنوان قاضی باشد، ولی نیازی به وجود این وصف در انتصاب کننده نباشد. همچنین همه اصول قانون اساسی بر رعایت موازین اسلامی مبتنی هستند و مشهور فقها طهارت مولد را برای حاکم اسلامی شرط می دانند.

\_\_\_\_\_ حق بر اشتغال و محدودیت های فراروی آن مبتنی بر فقه و قانون...

به نظر می رسد این مبنا قابل مناقشه است و نمی توان گفت وجود کلیه صفات انتخاب یا انتصاب شونده در انتخاب یا انتصاب کننده شرط است. کما اینکه وجود صفات رهبری در اعضای مجلس خبرگان شرط نیست. حال آنکه رهبر توسط اعضای این نهاد انتخاب می شود. در «تحریر الوسیله» امام خمینی(ره) ذیل مساله ۱۴۵۳ یکی از شرایط امام جماعت و امام جمعه(مساله ۶)، حلال زاده بودن آمده است. ولی حلال زاده بودن ماموم شرط نشده است. بنابراین اقتدای شخص زنا زاده به شخص حلال زاده بلامانع است. با لحاظ شرط حلال زاده بودن برای امام جماعت می توان این شرط را برای رهبری نیز در نظر گرفت(امام خمینی، ۱۳۷۹).

برابر اصل یکصد و پانزدهم قانون اساسی: «رییس جمهور باید از میان رجال مذهبی و سیاسی که واجد شرایط زیر باشند انتخاب گردد: ایرانی الاصل، تابع ایران، مدیر و مدبر، دارای حسن سابقه و امانت و تقوا و مؤمن و معتقد به مبانی جمهوری اسلامی ایران و مذهب رسمی کشور». در تفسیر اصول قانون اساسی باید توجه داشت که بند ۱۴ اصل سوم و اصل بیستم قانون اساسی مقید به رعایت موازین اسلامی است. به همین دلیل، اگر برای تفسیر اصل یکصد و پانزدهم به اصول مزبور مراجعه می شود، باید قید مهم آن دو، یعنی موازین اسلامی را نیز در نظر گرفت. از سوی دیگر، با مراجعه به مذاکرات مجلس خبرگان تدوین قانون اساسی، این نکته به دست می آید که بحث طهارت مولد به صورت مستقل بحث نشده است. برابر ماده ۳۵ قانون انتخابات ریاست جمهوری اسلامی ایران: «انتخاب شوندگان هنگام ثبت نام باید دارای شرایط زیر باشند: ۱. از رجال مذهبی، سیاسی؛ ۲. ایرانی الاصل؛ ۳. تابعیت کشور جمهوری اسلامی ایران؛ ۴. مدیر و مدبر؛ ۵. دارای حسن سابقه و امانت و تقوی؛ ۶. مؤمن و معتقد به مبانی جمهوری اسلامی ایران و مذهب رسمی کشور». در این قانون نیز به شرط طهارت مولد اشاره نشده است.

ولی از نگاه مشهور فقها، ولایت و حکومت مخصوص افراد با طهارت مولد است و ریاست جمهوری هم صرفاً وکالت نیست تا این امر در آن شرط نباشد، بلکه ماهیت ریاست جمهوری، حکومت و از شوون ولایت است، به همین خاطر، به نظر می رسد طهارت مولد در آن شرط باشد. همچنین به موجب اصل نود و هشتم قانون اساسی، مرجع تفسیر اصول قانون اساسی، شورای نگهبان است و این شورا صلاحیت هیچ یک از داوطلبان فاقد این شرط را در دوره های

مختلف انتخابات ریاست جمهوری تأیید نکرد که ظاهراً به دلیل شرطیت داشتن نسب مشروع بوده است.

پذیرش نظر پیش گفته به صورت مطلق نمی تواند مورد تأیید باشد. زیرا اگر مبنا را ولایت ربیبی جمهور به معنی دخل و تصرف در اموال و امور دیگران بدانیم، این مبنا در غالب مشاغل وجود دارد. مثلاً نماینده مجلس، نماینده شوراهای شهر و روستا، معلم و استاد دانشگاه، وکیل دادگستری و ... هر یک به نوعی در امور دیگران دخالت و تصرف می کنند و نمی توان گفت در هر مورد که شغل مورد نظر به نوعی متضمن دخالت در امور دیگران است، فرزندان طبیعی از انتصاب یا انتخاب به آن محروم هستند.

برابر ماده ۲۸ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۸ / ۹ / ۷ با اصلاحات بعدی انتخاب شوندهان هنگام ثبت نام باید دارای شرایط زیر باشند: «۱. اعتقاد و التزام عملی به اسلام؛ ۲. التزام عملی به نظام مقدس جمهوری اسلامی ایران؛ ۳. تابعیت کشور جمهوری اسلامی ایران؛ ۴. ابراز وفاداری به قانون اساسی و اصل متری ولایت مطلقه فقیه؛ ۵. داشتن مدرک تحصیلی کارشناسی ارشد یا معادل آن؛ ۶. نداشتن سوء شهرت در حوزه انتخابیه؛ ۷. سلامت جسمی در حد برخورداری از نعمت بینایی، شنوایی و گویایی؛ ۸. حداقل سن سی سال تمام و حداکثر هفتاد و پنج سال تمام». در این قانون نیز فرزندان طبیعی از نامزدی برای انتخاب به نمایندگی مجلس شورای اسلامی منع نشده اند. در مقررات مربوط به انتخابات مجلس شورای اسلامی و شوراهای شهرها و روستاها نیز چنین منع مشاهده نمی شود.

بر این مبنا آیا فرزند طبیعی می تواند به عنوان نامزد انتخابات ریاست جمهوری یا مجلس شورای اسلامی ثبت نام نماید؟ از یک طرف اصل بر جواز است و هیچ منع صریحی در قوانین مشاهده نمی شود. از طرف دیگر ممکن است گفته شود در فرض سکوت قانون باید از اصل ۱۶۷ قانون اساسی کمک گرفت. از منظر فقهی اگر پست ریاست جمهوری یا نمایندگی مجلس و نظایر آن را نوعی حکومت بدانیم، با پذیرش این مبنا، فرزند طبیعی نمی تواند در انتخابات یادشده شرکت کند و در صورت شرکت نیز فقدان نسب مشروع از موانع اشتغال در مشاغل پیشگفته است.

ولی چنانچه فردی به علت شناخته نشدن نسب در این مشاغل مشغول شود و سپس نسب وی نامشروع تشخیص داده شود، در این صورت از زمان اثبات از ادامه کار ممنوع خواهد بود. ولی به نظر می رسد تصمیمات قبلی وی قابل ابطال نمی باشد.

\_\_\_\_\_ حق بر اشتغال و محدودیت های فراروی آن مبتنی بر فقه و قانون...

اصل یکصد و شصت و سوم، بیان صفات و شرایط قاضی را به قانون عادی احاله داده است و در قانون عادی نیز به طهارت مولد اشاره شده است. مرحوم صاحب جواهر نیز به این موضوع اشاره کرده است. فقیه دیگری نیز طهارت مولد را شرط قضاوت دانسته اند. از جمله آیت الله موسوی اردبیلی علت ممنوعیت را پستی نسب ولدالزنا و شریف و خطیر بودن منصب قضاوت دانسته است. فقهای دیگر نیز با وجود اینکه در مقام بیان شرایط قاضی بوده اند، هیچ اشاره ای به این شرط نکرده اند.

پذیرش مبنای این نظر محل ایراد است. زیرا اگر مبنا را پستی نسب و شرافت شغل قضاوت بدانیم، همین مبنا در مورد شغل وکالت نیز جریان دارد. برابر مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام، در خصوص انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوی مصوب ۱۳۷۰: «تبصره ۳: وکیل در موضع دفاع، از احترام و تأمینات شاغلین شغل قضا، برخوردار می‌باشد». همچنین برابر ماده ۲۲ آیین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۴۴ وزارت دادگستری رئیس کانون وکلای مرکز در ردیف دادستان کل کشور و رؤسای سایر کانون‌ها در ردیف دادستان استان قرار داده است. اگر قرار باشد پستی نسب فرزندان طبیعی را مانع اشتغال ایشان در برخی مشاغل بدانیم، لازم می‌آید تا با همین استدلال حق اشتغال وی را محدود نماییم.

برابر ماده ۱۳ آیین نامه نحوه جذب، گزینش و کارآموزی داوطلبان تصدی امر قضاء و استخدام قضات مصوب ۱۳۹۲، یکی از شرایط اشتغال به قضاوت، طهارت مولد است. با عنایت به نص صریح قانون تردیدی در محرومیت فرزندان طبیعی از انتصاب به این شغل وجود ندارد. ممنوعیت شخص فاقد طهارت مولد مطلق است و فارغ از موضوع و اصحاب دعوا، این منع جریان دارد. مثلاً اگر طرفین دعوا ولدالزنا باشند، باز هم قضاوت شخص فاقد طهارت مولد محل ایراد است.

دلیل این محرومیت به دلیل جایگاه خاص این امور می‌باشد که جایگاهشان در مواردی مثل قضاوت جایگاه ائمه و معصومین باشد و لازم است افرادی متصدی این امور شوند که از نطفه ای پاک به وجود آمده باشد. چون طبق نظری قابل تأمل این افراد اقتضای ارتکاب شقاوت بیشتری دارند شرع مقدس، این محرومیت‌ها را درباره آن‌ها قائل شده است. بر اعتبار طهارت مولد و ممنوعیت زنازاده از این منصب اجماع منقول وجود دارد. در عرف کنونی نیز قضاوت از مناصب پیامبران و ائمه دانسته می‌شود و مستلزم نزاهت باطن و ظاهر و اوصافی است که مایه رغبت می‌باشد. چون زنازاده آماج زبان مردم است، چنین نزاهتی ندارد و تصدی او به چنان مقامی

سبب وهن شریعت و البته دستگاه قضایی است. دستگاه قضایی باید عاری از هر شائبه ای باشد و کسی که نسبش صحیح نیست نزد مردم احترام شخص صحیح النسب را ندارد. از منظر رعایت نظم اجتماعی و ضرورت اتخاذ تدابیر لازم جهت احترام و اطاعت بی چون و چرای مردم از آرای قضایی نیز این نظر تأیید می شود. زیرا قوه قضایی و قانونی هر کشور باید اقدامات و تصمیماتی اتخاذ نماید که مردم آن جامعه بیشترین حد از اطاعت را داشته باشند. نامشروع بودن نسب دست کم در نظر مردم در اعتبار آرای وی و نیز اعتبار قوه قضایی موثر است و با عنایت به دیدگاه منفی مردم به افراد فاقد طهارت مولد حکم قانونگذار در مجموع قابل دفاع است.

نکته دیگر اینکه آیا شرط طهارت مولد صرفاً یک شرط ابتدایی است که در زمان انتصاب سنجیده می شود یا اینکه اگر بعداً هم ثابت شود که نسب قاضی مشروع نیست، حکم انتصاب وی قابل ابطال است؟ در صورتی که اثبات نامشروع بودن نسب از موجبات ابطال حکم قضاوت باشد، آیا آثار ابطال حکم از روز صدور است یا از ابتدا (از روز انتصاب به قضاوت).

شرط طهارت مولد در انتخاب قضاوت در واقع به معنی مانعیت عدم طهارت مولد است. رویه عملی هم بر همین منوال است. یعنی فرض بر طهارت مولد است و داوطلبان منصب قضاوت مکلف به اثبات طهارت مولد خود نیستند. بلی در فرض اثبات عدم طهارت مولد این امر از موانع انتصاب به قضاوت یا لغو مجور قضاوت است. برخی فقها نیز قائل بر همین عقیده هستند. به نظر اثبات عدم طهارت مولد موجب ابطال حکم قضاوت است نه موجب بطلان آن. همچنین موجب نقض آرای صادره توسط این قاضی نمی شود.

در فقه شرط طهارت مولد قول مسلمی نیست. تا جایی که برخی مولفان اعتقاد دارند این شرط توسط محقق حلی کشف شده است و تا قبل از وی هیچ یک از فقها به غیر از ابن ادریس حلی که زنا زاده را نجس می داند، به وجود این شرط اشاره نکرده اند. مبنای اعتقاد این دسته از فقها برابر ولد زنا با سایر اشخاص از لحاظ احتمال عدالت احتمال خطا در قضاوت و نیز درجه تقوا می باشد. با این وصف بعید نیست که شرطیت طهارت مولد یا مانعیت عدم احراز آن بیشتر مربوط به مصالح اجتماعی از نظر جایگاه خطیر قضاوت و نیز دیدگاه منفی جامعه به افراد فاقد طهارت مولد باشد (ر.ک.).

در قوانین قبل از انقلاب نیز طهارت مولد جزو شرایط قضاوت پیش بینی نشده بود. از جمله اینکه قانون استخدام قضاوت و صاحب منصبان پارکه و مباشرین ثبت اسناد مصوب ۲۸ اسفند

\_\_\_\_\_ حق بر اشتغال و محدودیت های فراروی آن مبتنی بر فقه و قانون...

ماه ۱۳۰۶ شمسی با اصلاحات و الحاقات بعدی از جمله اصلاحیه های مصوب سال ۱۳۱۲ و ۱۳۱۷ با وجود اینکه در مقام بیان شرایط قضاوت بوده، به این شرط اشاره نکرده است. تفاوت انتخاب هر یک از مبانی فوق حایز آثار عملی است. چون مثلا اگر طهارت مولد را شرط مسلمی بدانیم یا آن را برگرفته از مسلمات فقهی بدانیم، آن گاه فارغ از دیدگاه غالب جامعه این شرط باید موجود باشد. ولی اگر مبنا را دیدگاه منفی جامعه و لزوم رعایت شأن قضا در نظر بگیریم، آن گاه در فرضی که در سالیان بعد این دیدگاه تعدیل شود، می توان قائل به حذف این شرط و جواز قضاوت ولد زنا بود.

طهارت مولد جزو شرایط داور نیامده است. بر اساس ماده ۴۶۶ قانون آیین دادرسی مدنی: « اشخاص زیر را هر چند با تراضی نمی توان به عنوان داور انتخاب نمود: ۱. اشخاصی که فاقد اهلیت قانونی هستند؛ ۲. اشخاصی که به موجب حکم قطعی دادگاه و یا در اثر آن از داوری محروم شده اند». مقصود از بند ۲ ماده ۴۶۶ مواردی چون مواد ۲۵ و ۲۶ قانون مجازات اسلامی است که به موجب آن محکومیت در جرایم عمدی شخص را از حقوق اجتماعی از جمله حق داوری محروم می کند. همچنین بر اساس ماده ۴۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی: «کلیه قضات و کارمندان اداری شاغل در محاکم قضایی نمی توانند داوری نمایند هرچند با تراضی طرفین باشد». ولی اشخاصی نیز وجود دارند که می توان آن ها را با تراضی به عنوان داور انتخاب نمود. ماده ۴۶۹ در همین خصوص مقرر می دارد: « دادگاه نمی تواند اشخاص زیر را به سمت داور معین نماید مگر با تراضی طرفین: ۱. کسانی که سن آنان کمتر از بیست و پنج سال تمام باشد. ۲. کسانی که در دعوا ذی نفع باشند؛ ۳. کسانی که با یکی از اصحاب دعوا قرابت سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم داشته باشند؛ ۴. کسانی که قییم یا کفیل یا وکیل یا مباشر امور یکی از اصحاب دعوا می باشند یا یکی از اصحاب دعوا مباشر امور آنان باشد؛ ۵. کسانی که خود یا همسرانشان وارث یکی از اصحاب دعوا باشند؛ ۶. کسانی که با یکی از اصحاب دعوا یا با اشخاصی که قرابت نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم با یکی از اصحاب دعوا دارند، در گذشته یا حال دادرسی کیفری داشته باشند؛ ۷. کسانی که خود یا همسرانشان و یا یکی از اقربای سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم او با یکی از اصحاب دعوا یا زوجه و یا یکی از اقربای نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم او دادرسی مدنی دارند؛ ۸. کارمندان دولت در حوزه مأموریت آنان».

همان طور که مشاهده می شود منعی در انتخاب بانوان به عنوان داور مشاهده نمی شود. پس حداقل این است که از مواد قانون آیین دادرسی مدنی در باب داوری منعی در این خصوص استنباط نمی گردد. در قوانین دیگر مانند قانون داوری تجاری بین المللی و نیز در آیین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اتاق بازرگانی هم ممنوعیتی مشاهده نمی شود. با نگاهی به متون فقهی، در می یابیم که دلیل محکمی در لزوم همسانی شرایط داور و قاضی مشاهده نمی شود. روشن است که داور باید توانایی و شرایط صدور حکم را داشته باشد، از همین رو صغیر نمی تواند به عنوان داور تعیین شود. به نظر می رسد اگر هم وجود شرایطی در داور الزامی باشد این به دلیل وظیفه وی در صدور رای است نه شباهت وظیفه وی به قاضی. پس می توان گفت آن دسته از شرایط قاضی مانند رشد، عدالت و ... که در صدور رای منصفانه نقش دارد باید در داور نیز وجود داشته باشد ولی سایر شرایط مانند اذن حاکم، طهارت مولد، مرد بودن و ... الزامی نمی باشد. به علاوه مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، در تعارض بین قانون و برخی اقوال فقهی، حاکمیت با قانون است. در قوانین کنونی نیز منعی در خصوص داوری فرزندان طبیعی مشاهده نمی گردد. از همین رو باید قایل به جواز چنین امری گردید.

در عین حال در فقه قاعده ای وجود دارد که بر اساس آن داوری شخصی پذیرفته می شود که شهادت وی علیه اصحاب دعوا پذیرفته می شود. به تعبیری دارای شرایط لازم برای شهادت از جمله طهارت مولد است. مستند این قول آنست که صدور حکم نوعی شهادت است؛ ولی نه بر خود این قول دلیل محکمی در دست است و نه اینکه لزوم وجود شرایط شاهد در قاضی مستند به دلیل خاصی می باشد. با این حال اجماع فقها بر مشابَهت شهادت و قضاوت (از این جهت) است.

بنا به موارد فوق الذکر و تصریح به لزوم طهارت مولد در خصوص قضاوت و عدم تصریح به این شرط در مشاغل مشابه از جمله وکالت و سردفتری و ... نمی توان با قیاس حکم مقرر در خصوص قضاوت را تسری داد. زیرا اولاً با حق اشتغال و حق آزادی در انتخاب شغل منافات دارد. ثانیاً فقره اخیر از مصادیق جواز قیاس نیست. زیرا موجب توسعه حکم استثنایی می گردد. حال آنکه اصل ممنوعیت فرزند طبیعی در اشتغال به قضاوت خود یک حکم استثنایی است و نمی توان با این استدلال که مشاغل مشابه نیز در رده قضاوت هستند، اقدام به توسعه موارد ممنوعیت نمود.

\_\_\_\_\_ حق بر اشتغال و محدودیت های فراروی آن مبتنی بر فقه و قانون...

گرچه متون فقهی در خصوص منع قضاوت زن روشن است. ولی در حال حاضر انتصاب قضات زن به عنوان قاضی تحقیق، دادیار، سرپرست مجتمع، قاضی اجرای احکام، قاضی مشاور در دادگاه خانواده و نظایر آن رواج یافته است. مبنای این رویه تحدید منع قضاوت زنان به جایگاه و مناصبی است که قاضی حکم صادر می کند. لذا استدلال می شود که چون در خصوص مناصب یادشده، قاضی حکم صادر نمی کند بلکه صرفاً کار اداری و ستادی انجام می دهد یا صرفاً مأمور تحقیق و آماده کردن پرونده است، بر این اساس منع قضاوت زنان شامل این مقامات نمی شود.

فارغ از صحت و سقم این استدلال، آیا می توان همین مبنا را در مورد قضاوت اشخاص ولدالزنا پذیرفت؟ به نظر پاسخ منفی است. زیرا باید بین دو امر قائل به تفکیک شد: ۱. صدور حکم قضاوت توسط رییس قوه قضاییه؛ ۲. اشتغال به عنوان قاضی صادر کننده حکم. زن بودن از موانع حصول مورد اول نیست. ولی در خصوص مورد دوم جزو موانع محسوب می شود. به عبارت دیگر ممنوعیتی در صدور جواز قضاوت برای زنان توسط رییس قوه قضاییه پیش بینی نشده است، ولی در مورد اشخاص فاقد طهارت مولد نص قانونی وجود دارد و رییس قوه قضایی نمی تواند برای این اشخاص مجوز قضاوت صادر نماید.

نکته دیگر به تفاوت مفاهیمی چون نسب نامشروع و مشروع، طهارت مولد و تولد از زنا مربوط است. برابر مواد ۱۱۶۶ و ۱۱۶۷ قانون مدنی و با عنایت به مقررات لعان و نیز نزدیکی به شبهه، بین این اصطلاحات وحدت معنایی وجود ندارد. در عین حال قانونگذار در بحث انتخاب قضات، طهارت مولد را شرط دانسته است و ظاهراً مقصود این است که صرف نامشروع بودن نسب از موانع انتصاب است؛ حتی اگر زنا اثبات نشود. پس ابن الملاعنه و نیز فرزند ناشی از نزدیکی به شبهه نیز نمی تواند قاضی شود. حتی اگر زنا اثبات نگردد.

### نتیجه گیری و پیشنهاد

هر گونه فعالیت فکری یا بدنی که قانون مجاز بوده و منجر به کسب درآمد شود را می توان کار نامید. حق بر اشتغال از جمله آزادی های بنیادی و اساسی هر عضو جامعه انسانی می باشد. در اسناد بین الملل حقوق بشر و همچنین مقاله نامه های سازمان بین المللی کار، حق بر اشتغال، شرایط و محدودیت های آن مورد بررسی قرار گرفته است. قانون اساسی و قانون کار جمهوری اسلامی ایران نیز پاره ای از این مسائل را مورد توجه قرار داده اند. در این پژوهش

ارکان حق اشتغال و موازین حاکم بر آن از جمله آزادی کار، ممنوعیت کار اجباری، ممنوعیت تبعیض و نیز سیاست های حاکم بر آن از دیدگاه اسناد بین المللی و حقوق موضوعه جمهوری اسلامی ایران مورد بررسی قرار گرفته است. حق اشتغال در میان حق های رفاهی یا نسل دوم حق های بشری از جایگاه ویژه ای برخوردار است. حق بر اشتغال به معنی آزادی هر شخص حقیقی یا حقوقی به انجام هر فعالیت، کار و شغل دلخواه خود، اعم از پیشه، هنر، صنعت و بازرگانی بدون وجود محدودیت است به نحوی که در این زمینه دولت و دیگر اشخاص نتوانند مانع او شوند.

مطابق با مبانی فقهی و مقررات قانونی و رویه های عملی، تبعیض سیستماتیک در زمینه منع یا محدودیت اشتغال فرزندان طبیعی در مشاغل انتخابی و انتصابی مشاهده نمی شود. با این حال پیشنهاد می شود:

- با عنایت به تالی فاسد تأثیر نسب نامشروع در مورد شهادت، قضاوت و نظایر آن باید شرط طهارت مولد را مانع و نه شرط دانست؛

- در صورت اثبات تولد از زنا، آثار حکم نباید به گذشته سرایت کند. مثلاً در مورد شاهد یا قاضی نباید اثبات نامشروع بودن نسب موجب نقض یا بطلان آرای گذشته شود. امنیت قضایی و معاملاتی ایجاب می کند که تصمیمات و آرای گذشته دستخوش تغییر نگردد؛

- با توجه به آثار مهم اثبات نامشروع بودن نسب پیشنهاد می شود طرح دعوی مربوط به این حوزه مقید به مهلت گردد و پذیرش بی قید و شرط اینگونه ادعاها از منظر منطق دادرسی غیرقابل قبول گردد چرا که قانون مدنی در ماده ۱۱۶۲ همین رویکرد را پذیرفته است و دلیلی بر انحصار نیز وجود ندارد.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

جمالی شهر بابک، علیرضا (۱۳۹۳)، «بررسی شرط طهارت مولد در تصدی منصب قضا از منظر فقه امامیه»، مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه، شماره ۱، زمستان، صص ۹۳-۷۶.

شیخ انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، قضا و الشهادت، قم: انتشارات باقری.

صانعی، یوسف (۱۳۸۷)، استفتائات قضایی، تهران: انتشارات پرتو خورشید، ۱۳۸۷، ج ۱، تهران: میزان.

\_\_\_\_\_ حق بر اشتغال و محدودیت های فراروی آن مبتنی بر فقه و قانون...

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۴ق)، تکمله العروه الوثقی، ج ۲، قم: انتشارات داوری.

#### ب) منابع عربی

اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، چاپ ۱، ۱۴ج، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

منتظری، حسینعلی (۱۴۱۵ق)، ولایة الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه، ج ۱، بیروت: الدارالاسلامیه للطباعة و النشر.

موسوی خمینی، امام روح الله (۱۳۷۹ش)، تحریر الوسیله، قم: دار العلم، موسسه النشر الاسلامی، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم: مکتبه العلمیه الاسلامیه، مکتبه الاعتماد، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

نجفی، محمد حسن (۱۳۹۸ق)، جواهر الکلام، ج ۴۰، تهران: دار الکتب الاسلامیه.

#### ج) قوانین

آیین نامه نحوه جذب، گزینش و کارآموزی داوطلبان تصدی امر قضاء و استخدام قضات مصوب ۱۳۹۲  
آیین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۴۴  
قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۳۷۲/۱۲/۱.  
قانون کار مصوب ۲۹/۰۸/۱۳۶۹، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، معاونت حقوقی ریاست جمهوری.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به همراه قانون تعزیرات ۱۳۷۵

قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی) مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱

قانون استخدام قضات و صاحب منصبان پارکه و مباشرین ثبت اسناد. مصوب ۱۳۰۶/۱۲/۲۸.

متن قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۶۸ شمسی

مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام، در خصوص انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوی مصوب ۱۳۷۰