

وجاهت «شرط تأهل» در استخدامی برخی مشاغل

داود سعیدی* / محمدرضا کیخا**

چکیده

تأهل در برخی مشاغل از گذشته تا حال، به عنوان شرطی از شروط استخدامی ها از طرف سازمان ها در نظر گرفته می شود. این وضعیت در حالی است که مشروعیت شرط تأهل در برخی استخدامی ها مورد مناقشه جدی است. با توجه به منابع فقه و همچنین با لحاظ اصول حاکم بر استخدام در حوزه حقوق اداری که شعبه ای از حقوق عمومی به حساب می آید، پیش بینی شرط تأهل به طور مطلق و حتی به صورت شرط اولویت، در موارد و شرایطی، مشروعیت نداشته و به مثابه تضييع و تضييق حقوق عمومی مردم می باشد. گنجاندن شرط تأهل به طور مطلق و مورد اولویت در شرایطی که دلیلی آن را ایجاد نکند، مخدوش کننده اصل آزادی در نکاح و حقوق خصوصی و اصل تساوی در استخدام و حقوق عمومی می باشد. آن چه ضرورت بحث را افزایش می دهد، معطل ماندن ظرفیت های استخدامی، پیامد های اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی، با پیش بینی شروط نامعقول، غیر ضرور و حاشیه ای استخدامی هاست. پژوهش حاضر با استناد به منابع فقه، اصول حاکم بر حقوق عمومی و استخدام و مواد قانونی آن، حداکثر استفاده شرط اولویت را در مورد متأهلین نموده است، لذا مقتضی است که قانونگذار محترم با لحاظ این موارد، خلأ ها و زوائد قانونی موجود را برطرف سازد.

کلیدواژه: حقوق عمومی، حقوق خصوصی، استخدام، اصول حاکم بر استخدام، شرایط استخدام، شرط تأهل

* مدرّس دانشگاه پیام نور فین بندرعباس (نویسنده مسئول) d.saeedi@yahoo.com

** استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان

تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۸/۱۳ - پذیرش نهایی: ۱۳۹۵/۱۰/۰۱

۱- مقدمه

علاوه بر اصل مهم ازدواج و تشکیل خانواده، اصول دیگری در اسلام و قانون اساسی وجود دارد که ضامن بقای اصول دیگر و از جمله همین ازدواج، خانواده و در یک کلام، اساس حیات جامعه بشری هستند. یکی از این اصول مهم و حیاتی بشر، اصل کار و اشتغال انسان است. هدف از طرح این اصول مهم و نوشتار حاضر، بررسی وجاهت شرطیت و وابسته کردن هر یک از اصول مهم حیات جامعه بشر به یکدیگر و همچنین بررسی وجاهت چنین سیاستگذاری هایی از طرف دولت و سازمان ها و در درجه اول، ارائه روش صحیح قانونگذاری با توجه به سنجش همه جانبه یک قضیه و آثار آن در جامعه، از طرف قانونگذار می باشد. بیکاری و معطل ماندن ظرفیت های استخدامی به بهای شرطی غیر ضرور مثل تأهل، از جمله علل طرح چنین مسأله ای است. در مورد پیشینه و بحث علمی راجع به آن تا جایی که نگارندگان بررسی کرده اند موردی مشاهده نگردید، مگر بحثی که راجع به تأهل به صورت شرط مطلق راجع

۱- اصل ۱۰ قانون اساسی مقرر می دارد: «از آنجا که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است، همه قوانین و مقررات و برنامه ریزی های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد.» یا در بند ۱ اصل ۴۳ بر استوار بودن اقتصاد جمهوری اسلامی بر ضوابطی تأکید می کند که این ضوابط عبارت اند از: تأمین نیاز های اساسی: مسکن، خوراک، پوشاک، بهداشت، درمان، آموزش و پرورش و امکانات لازم برای تشکیل خانواده برای همه، که به نوعی مبتنی بر اصل کار یا اشتغال هستند (قانون اساسی - قانون مدنی/ ۱۰، ۴۰).

۲- اصل ۲۸ قانون اساسی بیان می کند: «هر کس 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 ۲ اصل ۱۴۳ به تأمین شرایط و امکانات کار برای همه و بند ۴ همان اصل به رعایت آزادی انتخاب شغل و عدم اجبار افراد به کاری معین و ... اشاره دارد (همان/ ۳۶-۴۱).

به اعضای هیأت علمی دانشگاه ها در مجلس شورای اسلامی مطرح شده بود. ضرورت مسأله با توجه به بیکاری های اختیاری ناشی از زوائد و خلأ های قانونی (با توجه به آمار رو به رشد تحصیل کرده های بیکار در ایران)، همچنین پیامد های اجتماعی و اقتصادی ناشی از آن بیشتر آشکار می شود. در ذیل، مهم ترین مصادیق شغل هایی که مطلقاً به تأهل وابسته اند، آورده شده است:

۱. شرط تأهل به طور مطلق در سال ۹۴ صرفاً برای مردان متقاضی کسب مجوز از طرف معاونت آموزشی و پژوهشی استادان و معارف اسلامی، برای فارغ التحصیلان ارشد معارف اسلامی جهت تدریس دروس عمومی معارف اسلامی در دانشگاه ها پیش بینی شده است (ر.ک: شرایط عمومی در صفحه ۶ دفترچه در سایت www.asatid.org).

۲. به استناد شرایط مقرر در نظام نامه مربوط به انتخاب سردفتران ازدواج و طلاق مورخ ۱۳۷۸/۸/۱۰، یکی از شرایط لازم برای شرکت در آزمون کتبی دفاتر رسمی ازدواج و طلاق، تأهل به طور مطلق است (<http://qz.ssaa.ir>).

۳. بند ح ماده ۶ قانون شوراها حل اختلاف مصوب ۱۳۷۸ درباره شرایط عضویت اعضا که در آن، تأهل به لحاظ ظاهر ماده، افاده اطلاق می کند (ساده ساز آئین - دادرسی مدنی/۶۶۲).

۴. در ماده ۳ قانون واحد ارشاد و امداد در کنار دادگاه های مدنی خاص، مصوب ۱۳۷۰/۱۲/۲۶ شورای انقلاب فرهنگی، راجع به مشخصات اعضا در بند ۱، مسؤول و سرپرست و در بند ۲، دو نفر کارشناس، شرط تأهل به اطلاق پیش بینی شده است (مجموعه قوانین و مقررات مربوط به آئین دادرسی مدنی/۳۹۹).

۵. ماده ۴۰۹ قانون جدید آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴ یکی از شرایط قاضی دادگاه اطفال را شرط تأهل و ترجیحاً داشتن فرزند قرار داده، که از منطوق و ظاهر ماده، مطلق بودن شرط تأهل استفاده می شود (قانون جدید آئین دادرسی کیفری/۱۴۷) یا تبصره ۱ ماده واحده تشکیل دادگاه خانواده، یکی از شرایط قاضی این دادگاه را تأهل به صورت شرط مطلق قرار داده است (مجموعه قوانین و مقررات مربوط به آئین -

دادرسی مدنی/۳۸۳؛ آئین دادرسی مدنی/۶۶/۱). به نظر می‌رسد از آن چه که در کتب و موازین فقهی، قانون اساسی (اصل ۱۶۳)^۱، و قانون شرایط انتخاب قضات مصوب ۱۳۶۱ آمده است، شرط مطلق تأهل حتی برای قاضی دادگستری استفاده نمی‌شود، چه رسد برای مدرس یا وکیل عاقد، آن هم به طور مطلق، نه استفاده استجاب و اولویت؟! (اللمعه الدمشقیه/۱۷۲/۱؛ الروضه البهیة/۱۶۰/۵ - ۱۵۹؛ مباحث حقوقی تحریر الوسیله/۴۱۹؛ ملحقات العروه الوثقی/۱۲/۳ - ۱۳؛ آئین دادرسی مدنی/۱۵۲/۱). اما سؤال اصلی این که آیا به راستی می‌توان یکی از اصول (تأهل) را فرع و به بیان دیگر، شرط اصل دیگر (استخدام و اشتغال) قرار داد؟ اگر می‌توان، این جعل و قرارداد می‌بایست چگونه باشد؟ و دلیل آن چیست؟ به عبارت دیگر، آیا باید به صورت شرط مطلق (همان طور که در مصادیق بالا آمده است)، جعل شود یا می‌بایست به طور نسبی، اولویت و مشروط، در نظر گرفته شود؟

لازم به ذکر است که در ماده ۴۲ قانون مدیریت خدمات کشوری و کتب حقوقی حقوق اداری به طور مختصر شرایط استخدام، غالباً به عنوان شرایط عمومی عنوان شده‌اند (قوانین و مقررات استخدامی/۴۲). همچنین بحثی در مجلس شورای اسلامی به عنوان ممنوعیت مجرد ها در هیأت های علمی دانشگاه ها مطرح شد، که معاون اول رئیس جمهور در امور زنان و خانواده آن را راهکار متناسب با سیاست افزایش جمعیت ندانسته و به حق، آن را نقض غرض تلقی کرده بود. این چنین طرح هایی هم از اقدامات ایجابی و تشویقی در زمینه ازدواج صرف نظر کرده و علت مطرح کردن آن را محرومیت افراد مجرد از عضویت در هیأت های علمی دانشگاه ها می‌داند (بازار کار، شنبه ۳ آبان ۱۳۹۳، سال چهاردهم، شماره ۸۸۲، ص ۲)؟! ناگفته نماند که به حکم ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری، این قانون دارای مستثنیاتی است که این مستثنیات به سه دسته مؤسسات، مقامات و مشاغل تقسیم می‌شدند و از جمله این مشاغل اعضای هیأت علمی دانشگاه ها، قضات و کارگران را شامل می‌شد (قوانین و مقررات استخدامی/۹۳). گرچه

۱- «صفات و شرائط قاضی طبق موازین فقهی به وسیله قانون معین می‌شود» (قانون اساسی - قانون مدنی/۸۵).

این اشکال به قانون مدیریت خدمات کشوری وارد نیست اما مراد ما همین قوانین زائد و احیاناً غیر منطبق با شرع مقدس از یک طرف، و خلأهای قانونی از طرف دیگر است که راه را برای اعمال سلیقه های افراطی و تفریطی سازمان ها، اشخاص حقوقی خصوصی و عمومی باز گذاشته اند.

۲- تعریف استخدام و اشتغال

مشاغل به طور کلی به دو دسته دولتی و آزاد تقسیم می شوند که اولی، مشمول حقوق اداری و اصول حاکم بر استخدام بوده و در این حوزه از حقوق عمومی مورد بحث و بررسی قرار می گیرد و دومی، یعنی مشاغل آزاد، مشمول قانون کار می گردند. بنابراین، استخدام ها مثل مشاغل آزاد، شعبه ای از اشتغال به معنای اعم هستند. این نکته - ای کلیدی است که نباید از آن غافل شد، چراکه تمام استدلال های ما در این نوشتار، بر آن استوار است. بعد از این که مشخص گردید که جایگاه استخدام به عنوان بخشی از مشاغل در کجا قرار دارد، به تعریف حقوق اداری از دیدگاه حقوقدانان این رشته و مفهوم استخدام دولت و مستخدم دولت از دیدگاه قوانین می پردازیم. «حقوق اداری به عنوان شاخه ای نوپا از حقوق عمومی داخلی به مجموعه قواعد حقوقی متمایز و پراکنده ای اطلاق می شود که حقوق و تکالیف سازمان های اداری دولت، خصوصاً سازمان های اجرائی آن و روابط آنها با مردم را تعیین می کند. با تکیه بر امتیازات حقوق عمومی، فعالیت سازمان های اداری به دو منظور صورت می گیرد: انجام خدمات عمومی و حفظ نظم عمومی» (موسی زاده، حقوق اداری (۲-۱)/۲۷). قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵/۳/۳۱ به جای تعریف «مستخدم دولت»، به تعریف «استخدام دولت» پرداخته است. در تعریف استخدام دولت، ماده یک قانون استخدام کشوری مقرر می - دارد: «استخدام دولت عبارت از پذیرفتن شخص به خدمت دولت در یکی از وزارتخانه ها یا شرکت ها یا مؤسسات دولتی است». قانون مدیریت خدمات کشوری ۱۳۸۶ به جای کلمه مستخدم، از اصطلاح کارمند استفاده کرده که در ادبیات اداری

ایران اصطلاحی رایج است. طبق ماده ۷ این قانون، کارمند دستگاه اجرائی، «فردی است که بر اساس ضوابط و مقررات مربوط به موجب حکم یا قرارداد مقام صلاحیتدار در یک دستگاه اجرائی به خدمت پذیرفته می‌شود.» در مقابل، مطابق برخی تعاریف که در ایران هم پذیرفته شده است، «حقوق کار بر همه روابط حقوقی ناشی از انجام کار برای دیگری، حاکم است، مشروط بر این که اجرای کار با تبعیت یک طرف نسبت به طرف دیگر همراه باشد» (حقوق کار/۱۷). اشتغال در حقوق کار با توجه به تعاریف قانون کار از کارگر و کارفرما در مواد ۲ و ۳ این قانون^۲ و همچنین شرایط و تعریف قرارداد کار به استناد مواد ۷، ۹ و ۱۰ این قانون^۳ در بادی امر، این معنی را به ذهن متبادر می‌سازد که قراردادهای کار، از اصول حاکم در حقوق خصوصی، یعنی اصل آزادی و حاکمیت اراده طرفین، پیروی می‌کنند. بنابراین، اگر شروطی در قرارداد های کار از جمله شرط تأهل گنجانده شود با توجه به اصول پذیرفته شده در آن حوزه (حاکمیت اراده)، خالی از اشکال خواهند بود. برخی از اساتید حقوق مدنی همچون لیون کان و پلیسیه همین دیدگاه را پذیرفته اند. چراکه روابط کار، میان اشخاص حقوق خصوصی - یعنی کارگر و کارفرما - تنظیم می‌شود و دولت به هیچ وجه طرف قرارداد نیست (حقوق کار/۴۷). همان طور که گفته شد این تحلیل، تحلیلی ظاهری است که در بدو امر به ذهن

۱- ماده ۲ قانون کار مقرر داشته است: «کارگر از لحاظ این قانون کسی است که به هر عنوان در مقابل دریافت حق السعی اعم از مزد، حقوق، سهم سود و سایر مزایا به درخواست کارفرما کار می‌کند». ماده ۳ نیز مقرر می‌دارد: «کارفرما شخصی است حقیقی یا حقوقی که کارگر به درخواست و به حساب او در مقابل دریافت حق السعی کار می‌کند و.....» (قانون کار/۱۷).

۲- ماده ۷ قانون کار: «قرارداد کار عبارت است از قرارداد کتبی یا شفاهی که به موجب آن کارگر در قبال دریافت حق السعی کاری را برای مدت موقت یا مدت غیر موقت برای کارفرما انجام می‌دهد». ماده ۹: «برای صحت قرارداد کار در زمان بستن قرارداد رعایت شرایط ذیل الزامی است: الف- مشروعیت مورد قرارداد ب- معین بودن مدت قرار داد و». ماده ۱۰ ق.ک: «قرارداد کار علاوه بر مشخصات دقیق طرفین، باید حاوی موارد ذیل باشد: الف- نوع کار یا حرفه یا وظیفه‌ای که کارگر باید به آن اشتغال یابد. ب- حقوق یا مزد مبنا و لواحق آن و.....» (قانون کار/۱۹-۲۰).

می‌رسد لکن با توجه به این که حقوق کار، همانند حقوق استخدامی، شاخه‌ای از حقوق عمومی و تابع اصول این حوزه از حقوق است، معنای اول صحیح نبوده یا دست کم به لحاظ ماهیت ذو جنبیتی این حوزه از حقوق و همچنین سنگینی و تقدّم طرف عمومی آن، این حوزه از حقوق در کشور ما به عنوان شاخه‌ای از حقوق عمومی بشمار رود. در بیشتر کشورها، سازمان‌ها یا وزارتخانه‌ای برای نظارت بر اجرای مقررات کار، رفع اختلافات میان کارگر و کارفرما و حتی کارپایی به وجود آمده است. نظارت روزافزون دولت بر ایجاد کارگاه‌ها و نقشی که در تنظیم پیمان‌های جمعی میان سازمان‌های کارگری و کارفرمایی دارد، سبب شده است که برخی از حقوقدانان، حقوق کار را جزو حقوق عمومی بشمارند (مقدمه علم حقوق/شماره ۷۷). توجه به رابطه حقوق کار با حقوق خصوصی و حقوق عمومی موجب شده است برخی دیگر چون دوران و ژوسو یا ریورو و ساواتیه این رشته از حقوق را، حقوق مختلطی بشمارند که از قواعد حقوق عمومی و حقوق خصوصی، بر حسب مورد، الهام می‌گیرد (حقوق کار/۴۷-۴۸). ما هم به تبعیت از دیدگاه دوم که قابل دفاع نیز هست، همین موضع را در نوشتارمان اختیار کرده‌ایم.

۳- مبانی نظری تحقیق

دولت نمی‌تواند مشاغل دولتی را در انحصار افرادی خاص قرار دهد (عدم تبعیض) ولی می‌تواند بدون توجه به داوطلبین، شرایطی معین کند تا هر کس حائز آن شرایط بود به خدمت دولت درآید. امروزه در غالب کشورها، استخدام از طریق مسابقه صورت می‌گیرد یا چنین وانمود می‌نمایند که همه واجدین شرایط در وضع یکسانی قرار می‌گیرند. نه تنها در مقام استخدام دولت، بلکه در همه مراحل خدمتی، اصل تساوی باید رعایت شود. برتری و ارجحیت در ارتباط با لیاقت، کاردانی، تحصیلات، و تجربیات، به اصل تساوی لطمه وارد نمی‌آورد، ولی مقدّم داشتن روابط بر معیارها و ضوابط قانونی، عدم رضایت عمومی را به دنبال دارد (کلیات حقوق اساسی/۱۹۶). به نظر می‌-

رسد که مبنای استدلال اول (استخدام بدون توجه به شرایط مستخدمین) مخدوش است؛ و شرط تأهل در استخدامی برخی مشاغل مزید بر علت این خدشه می‌باشد. گرچه در مشاغلی همچون قضاوت در دادگاه‌های خانواده و اطفال می‌توان به لحاظ ماهیت و الزامات ویژه این مراجع قضائی و نه به لحاظ صدور حکم به استناد مدارک و شواهد پرونده، اصل منع تبعیض را جاری ندانست. اصل منع تبعیض در استخدام و اشتغال علاوه بر قوانین داخلی توسط ایران، در قوانین بین‌المللی نیز پذیرفته شده است. این اصل با توجه تعلق بحث کار به حقوق عمومی، منحصر به استخدام نبوده و در روابط بین کارگر و کارفرما نیز حکمفرماست. دولت ایران، چند دهه پیش (۱۳۴۳) به مقاله‌نامه شماره ۱۱۱ سازمان بین‌المللی کار ملحق شده و متعهد است که موازین آن را رعایت کند. بر اساس این مقاله‌نامه، دولت‌هایی که بدان ملحق می‌شوند، باید سیاستی اتخاذ و اعمال کنند که هر نوع تبعیضی از بین رفته و شرایط مساوی کار و استخدام برای همه فراهم شود. از لحاظ مقاله‌نامه یاد شده، تبعیض عبارت است از: «هرگونه تفاوت و محرومیت، یا تقدم که بر پایه نژاد، رنگ پوست، جنسیت، مذهب، عقیده سیاسی و یا سابقه ملیت آباء و اجداد یا طبقه اجتماعی برقرار بوده و در امور مربوط به استخدام و اشتغال، تساوی احتمال موفقیت و رعایت سلوک با کارگر را یا به کلی از میان برده و یا بدان لطمه وارد سازد». البته، برابر بند دو ماده یک، «تفاوت یا محرومیت و یا حق تقدمی که بر پایه صلاحیت حرفه‌ای جهت اشتغال به حرفه معینی لازم شناخته شده باشد، تبعیض محسوب نخواهد شد» (حقوق بین‌المللی کار/۲۴۹). بند ۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر مقرر می‌دارد: «هرکس حق دارد با تساوی شرایط، به مشاغل عمومی کشور خود نائل آید». بند ج ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز «تساوی فرصت برای هرکس که بتواند در خدمت خود به مدارج مناسب عالی ارتقاء یابد، بدون در نظر گرفتن هیچ‌گونه ملاحظات دیگری جز طول خدمت و لیاقت» را به عنوان حق هرکس به برخورداری از شرایط عادلانه و مساعد کار به رسمیت شناخته است. بنابراین همه افراد جامعه باید فرصت برابر برای دستیابی به

مشاغل عمومی را داشته باشند و قراردادان موانعی از طریق اعمال ملاک های جنسیتی، قومی، نژادی، مذهبی، سیاسی و مانند آن، خلاف این اصل است (امامی، استوار سنگری، حقوق اداری/۱۹۷/۱؛ آشنایی با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران/۹۵). به حکم ماده ۴۱ و ۴۲ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ می توان شرایط عمومی را برای یک مستخدم دولت جهت استخدام، استفاده کرد (قوانین و مقررات استخدامی/۴۲، ۱۱۱، ۱۱۲). در این که دولت، سازمان ها و مؤسسات و یا به تعبیر حقوقی، اشخاص حقوق عمومی یا اشخاص حقوق خصوصی در بکارگماردن اشخاص می بایست شرایطی را در نظر بگیرند، شکی نیست اما این که آیا این سازمان ها و مؤسسات به ویژه اشخاص حقوق عمومی و کارفرما ها که ذاتاً از امتیازات قدرت عمومی، سرمایه و موقعیت اجتماعی بالاتری نسبت به ملت و کارگران خویش برخوردارند، می توانند شروطی از جمله شرط تأهل در استخدامی مشاغل در نظر گیرند؟ محل تأمل و مناقشه جدی است. هنگامی که به تحقیق مشخص گردید که اشخاص حقوق عمومی، به لحاظ اصول حاکم بر آن (منع تبعیض) نمی توانند از اصول خویش تخطی کنند مگر به دلایل خاص، به طریق اولی، اشخاص حقوق خصوصی، مشمول قانون کار نیز که از همان اصول و مبانی تبعیت می نمایند، نمی توانند جهت اشتغال افراد چنین شرایطی را پیش بینی نمایند؛ پس صرفاً اشخاص حقوق خصوصی ای می توانند چنین شرایطی را در قرارداد های کار خود، پیش بینی نمایند که منحصرأ مشمول قانون مدنی یا قانون تجارت می باشند. با این وجود، حتی می توان جهت منافع و مصالح عمومی، دایره قوانین مدنی و تجارت (اصل آزادی و حاکمیت اراده) را تحدید نمود؛ کما این که به منظور حفظ منافع عمومی، قوانین گوناگون از حق تصرف و انتفاع مالک کاسته است؛ از جمله قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ و ۱۳۶۲، قانون زمین شهری، قانون توسعه معابر، قانون اصلاحات ارضی، قانون دیات و ... که گاه باعث سلب مالکیت نیز می شود (قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی/۴۴). مطابق ماده ۵۸۷ قانون تجارت «مؤسسات و تشکیلات دولتی و بلدی به محض ایجاد و بدون احتیاج به ثبت، دارای شخصیت حقوقی می شوند». این یکی از مزایای

اشخاص عمومی در مقابل اشخاص حقوقی حقوق خصوصی است که باید با رعایت برخی تشریفات به ثبت برسند (طباطبائی مؤتمنی، حقوق اداری/۲۶۳). در مورد قرارداد کار هم، این موضوع، یعنی عدم تساوی طرفین عقد به روشنی دیده می‌شود. یک طرف قرارداد کار، کارفرماست که نه تنها دارای سرمایه است، بلکه موقعیت اجتماعی او بالاتر از کارگر است؛ نوعاً اطلاعات بیشتری دارد و از نظر اقتصادی در وضعی قرار دارد که می‌تواند استخدام کارگر را تا فراهم شدن شرایط مورد نظر خود، به تأخیر اندازد، بدون این که از این راه، دچار زیان فراوان شود. در مقابل، کارگر تنها سرمایه‌اش نیروی کار اوست. از اینرو، یکی باید شرایط دیگری را بپذیرد. روشن است که کارگر، به ناچار تسلیم شرایط کارفرما خواهد شد (حقوق کار/۶۹). اگر پاسخ به سؤال اول ما در مقدمه (گنجاندن شرط تأهل برای اشتغال)، مثبت باشد این امر از چه جهت می‌باشد؟ به چه دلیل؟ و می‌بایست به طور مطلق باشد یا اولویت؟ چرا؟ در پاسخ به سؤال اول باید گفت که در حوزه حقوق عمومی (اداری و کار) اصولی داریم که در رأس همه این اصول، اصل حاکمیت قانون قرار دارد. بعد از این اصل اساسی، اصل برابری فرصت شغلی یا عدم تبعیض، اصل حقوق مساوی برای کار مساوی، اصل لیاقت و شایستگی، اصل وجود امنیت شغلی، اصل تأمین رفاه کارکنان دولت، اصل حق دفاع از حقوق شغلی، اصل انضباط اداری و هشتم اصل استمرار و توسعه آموزش کارکنان جای دارد (امامی، استوار سنگری، حقوق اداری/ ۱۹۶/۱ - ۲۰۰). اصل آزادی اراده افراد در حقوق خصوصی، حاکم است و این اصل حکم می‌کند که اراده کسی بر دیگری تحمیل نشود و عضویت در اشخاص حقوق خصوصی به عهده افراد گذاشته شود. این اشخاص اصولاً تابع مقررات حقوق خصوصی هستند و عمدتاً مقررات قانون مدنی و قانون تجارت بر آنها حکمفرماست (موسی‌زاده، حقوق اداری/۷۴). اما اشخاص حقوق عمومی اصولاً از قواعد حقوق عمومی تبعیت می‌کنند و مقررات حاکم بر اموال دولتی و اشخاص دولتی کاملاً با مقررات حاکم بر اموال و اشخاص خصوصی متفاوت است (همان/۷۸). بنا بر مقدمات و اصول حقوقی حاکم بر حقوق عمومی، اشتغال و استخدام، در وهله نخست به استناد

اصل ۲۰ قانون اساسی و اصل منع تبعیض یا برابری فرصت شغلی، هیچ تفاوتی بین فرد متأهل و مجرد وجود ندارد، اما به تعبیر اصول فقهی، این حکم به مثابه احکام اولیه است و ممکن است با توجه به شرایط و مواردی، حکم ثانوی برای مسأله وجود داشته و تأهل را در برخی شرایط و موارد، برای برخی مستخدمین شرط بدانیم.

۴- اثبات نسبی بودن شرط تأهل و استفاده اولویت نه اطلاق

همان طور که به اختصار اشاره شد، مطلق بودن شرط تأهل در برخی مشاغل، صرفنظر از ایرادات قانونی (یعنی مشاغلی چون اعضای هیأت علمی دانشگاه ها، قضات و کارگران به استناد ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ استثناء هستند، پس ایراد قانونی، بدان وارد نخواهد بود)، مبنای شرعی ندارد. به استدلال نگارندگان، این نسبیّت و استفاده اولویت متأهلین، به تعبیر منطقی موجه کلیّه و در همه اوضاع و شرایط، ثابت نیست چراکه ما در حقوق عمومی (چه اشتغال و حقوق کار و چه استخدام و حقوق اداری)، اصول کلی (اصل عدم تبعیض) داریم که نباید زیر پا گذاشته شود مگر به دلیل یا شرایطی خاص و همان طور که می دانیم شرایط و احوال، امری عارضی، نسبی و متغیّر هستند. تساوی افراد در برابر امتیازات و تکالیف اجتماعی، تساوی افراد در استخدام دولتی، قاعده عطف بما سبق نشدن تصمیمات مقامات اداری و غیره از جمله اصول کلی هستند که در حکم قاعده حقوقی قابل استناد می باشند (موسی زاده، حقوق اداری/۱۵۷). به تعبیر اصول فقه، آن اصول کلی حقوقی به مثابه احکام اولیه و شرط اولویت متأهلین در برخی موارد و شرایط، به مانند احکام ثانویه هستند. در تعریف احکام اولیه و ثانویه که خود از اقسام احکام واقعی هستند باید گفت که حکم واقعی ثانوی، حکمی است که برای مکلف با توجه به حالات مختلف او، به استثنای حالت علم و جهل، وضع می شود و چون بیشتر مورد آن حالت اضطرار است آن را حکم اضطراری نیز می گویند (المکاسب/۱۳۷/۷؛ فرائد الاصول/۳۰۹/۲)؛ به علاوه این که، حق اولویت برای متأهل، در شرایط مساوی باقی شروط است. منظور از تعبیر برخی موارد و

شرایط، همان شاخصه نسبی بودن این شرط می‌باشد. مثلاً یکی از این شرایط و موارد، بحث جمعیت شناختی، زمانی (تاریخی) یک کشور و جامعه می‌باشد. هنگامی که آمار بیکاری متأهلین، بالاتر یا برابر با جمعیت مجرد باشد، پیش‌بینی اولویت برای واجدان چنین شروطی، وجاهت خواهد یافت. در وضعیتی که ۱۱ تا ۱۲ میلیون نفر مجرد در سن ازدواج در کشور وجود دارد (www.sabtahval.ir)، پیش‌بینی چنین شرطی حتی به طور اولویت، زمانی که دلیلی آن را ایجاب نکند، مسلماً اشتباه بزرگی است، چراکه بیکاری یکی از دلایل مهم عدم تشکیل خانواده به ویژه از طرف پسران مجرد است، تا چه رسد به این که این شرط به طور مطلق و واژگون صرفاً برای مردان گذاشته شود، آنچنان که برای گرفتن مجوز تدریس دروس عمومی معارف اسلامی در دانشگاه‌ها در دفترچه آزمون پیش‌بینی شده است (www.asatid.org). مضاف بر این که متأهلین یک حداقل - هایی را دارا شده‌اند و افراد مجرد، فاقد آن حداقل‌ها هم می‌باشند. درباره این نسبی بودن، این نسبیّت باید در خود افراد مجرد در سن ازدواج هم، با توجه به مبانی فقهی و حقوقی ما ادامه یابد. به بیان روشن‌تر، مفهوم اولویت‌شناسی یا همان بحث اهمّ و مهمّ اصولی در اینجا کارکرد خواهد داشت. به عنوان مثال، در همین جمعیت مجرد در سن ازدواج، اولویت به طور معمول می‌بایست به پسران مجرد برای تشکیل خانواده تعلق گیرد، به این علت که طبق مواد ۹۴۶، ۱۱۰۶ و ۱۰۸۲ قانون مدنی، زن تکلیف و مسؤلیت اقتصادی نداشته و صرفاً دارای حقوق مالی و اقتصادی است، مگر این که دلیلی، عکس قضیه یعنی اولویت دختران مجرد را ایجاب کند. البته این نظر به دنبال نفی حقوق زنان و به ویژه حق اشتغال و مشارکت آنان در جامعه و به اصطلاح، مردسالارانه کردن قضیه، نمی‌باشد لکن باید همه جوانب را مدنظر قرار داد و به همین دلیل آن را به صورت نسبی و اولویت و نه مطلق، عنوان نمودیم. فرض کنیم پسران مجرد و بیکاری به خواستگاری یک دختر شاغل رفته‌اند، به نظر شما، در غالب موارد و نه استثنائات، پاسخ این خانم به خواستگارانش چیست؟

۵- استفاده از عمومات و تعمیم

ممکن است برخی، از عموماتی مثل آیه «إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقِيكُمْ» (حجرات/ ۱۳) یا روایاتی نظیر «من تزوج فقد استكمل نصف الإيمان فليتق الله في النصف الباقي» از پیامبر اکرم (نهج الفصاحه/ ۵۶) و امثال اینها، شرط تأهل در حوزه حقوق استخدامی را استفاده نماید، اما این تسری و تعمیم از جهاتی متصور است:

۵-۱- تقوای جنسی، سالم سازی محیط کار و جامعه

شاید توجیه قانونگذار از پیش‌بینی شرط تأهل در قوانین استخدامی خود (منظور ما از قانون هر نوع ضابطه‌ای است، چه مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری (ماده ۱۱۷)، قانون استخدام کشوری، قانون کار و قوانین خاص استخدامی بشود یا نه)، تقوای جنسی، و سالم سازی محیط کار از شائبه‌های جنسی باشد. آیه ۳۳ سوره نور «و لِيَسْتَعْفِفَ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُعْزِمَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ» به این فلسفه ازدواج، یعنی حفظ عفت و تقوی اشاره می‌کند. همچنین آیه «هَنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَ أَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ» (بقره/ ۱۸۷) همین مسأله را روشن می‌سازد. این توجیه، ساده‌ترین و ابتدائی‌ترین توجیه قابل تصور قانونگذار در پیش‌بینی این شرط می‌باشد. قابل ذکر است که از این به بعد، هر استدلال و پاسخی که آورده می‌شود برای اثبات شرط اولویت است. در پاسخ به این توجیه قانونگذار باید گفت که این توجیه، با قواعد کلی حقوق عمومی و اجتماعی در تناقض است. این تناقض با توجه به اصول قانون اساسی مرتبط با تأهل، اشتغال و انتخاب شغل در اصل ۱۰، بند ۱ اصل ۴۳ در مورد تشکیل خانواده و اصل ۲۸، بند ۲ اصل ۱۴۳ در مورد اشتغال و انتخاب شغل بیشتر رخ می‌نمایاند. در اصل ۱۰ آمده است که: از آنجا که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است، همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد (قانون اساسی - قانون مدنی/ ۳۰). حال سؤال ما در مورد پیش‌بینی شرط تأهل این است که آیا گنجاندن این شرط با توجیه سالم سازی محیط کار و جامعه، مخالفت و مغایرت صریح

با این اصل قانون اساسی ندارد؟ این مغایرت و تنافی با توجه به عبارت «همه قوانین و مقررات و ...» و «باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده» نه بقای خانواده، که آن مهمّ تر از اوّلی، لکن ابتدائاً منوط به تشکیل خانواده است، بهتر دانسته می‌شود. یا در اصل ۲۸ قانون اساسی آمده است که: «هر کس حقّ 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» (همان/۳۶). با توجه به این اصل نیز می‌توان این سؤال را مطرح کرد که آیا این شرط، مخالف با انتخاب شغل و شرایط مساوی اشتغال که استخدام شعبه ای از آن است، نمی‌باشد؟ همان طور که می‌دانیم به استناد اصل ۴ قانون اساسی، کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیره باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق و عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است (قانون اساسی - قانون مدنی/۲۸). علاوه بر مغایرت با اصول قانون اساسی، گنجاندن چنین شروطی به نوعی مخالفت با اصل سالم سازی محیط کار و جامعه از انحرافات جنسی و به بیان دقیق تر، نقض غرض خواهد بود. تضییق حقوق اقتصادی مثل معطل ماندن ظرفیت های استخدامی، بدبینی به دولت و سازمان ها، تسری به دیگر شئون اجتماعی مثل نظام سلامت و بهداشت که با اعضاء و جوارح انسان، سر و کار دارند و به تعبیر فقهی، اختلال نظام^۴ از پیامد های چنین سیاست هایی خواهد بود.

۱- یکی از مقاصد عالی شریعت برقراری نظم و انضباط در زندگی فردی و اجتماعی انسان است. احکام الهی طوری طراحی شده است که هیچ گونه تراحم و ناسازگاری با دنیای مردم و پیشرفت و توسعه زندگی نداشته باشد. از اینرو مثلاً احتیاط ورزی که در ذات خود دارای ارزش است اگر باعث هرج و مرج زندگی، کاهش سرعت در تجارت، صنعت و علم و دانش باشد ممنوع و ناپسند شمرده می‌شود. احتیاط مخلّ به زندگی را همه ناروا دانسته اند (کفایه الأصول/۲، ۲۵۵، ۲۳۳، ۲۰۲).

۵-۲- تشبیه یا تخلّق به صفت خالق

در برخی آیات قرآن کریم و روایات معصومین (ع) به صفت «رِزَاقِیت و فضل خداوند» اشاره شده است؛ نظیر آیه «إِنَّ اللَّهَ هُوَ الرَّزَّاقُ» (ذاریات/۵۸)، یا آیه «وَأُنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ وَ... إِنْ يَكُونُوا قُرَّاءَ يُغْنِيهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ» در مورد فضل خداوند و همین طور در آیه بعد از آن «وَلَيْسَتَعْفِيفِ الدِّينِ لِأَيِّجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ» (نور/۳۲-۳۳). در روایتی از رسول گرامی اسلام در نهج الفصاحه می خوانیم که: «الْتَمَسُوا الرِّزْقَ بِالنِّكَاحِ» به وسیله ازدواج [از خدا] روزی طلب کنید (نهج الفصاحه/۵۲). از این گونه تعبیرات قرآن کریم و روایات معصومین (ع) استفاده می شود که دو نوع رِزَاقِیت و فضل خداوند وجود دارد؛ یکی عامّ و شامل همه، و دیگری خاصّ و مشمول کسانی که عفت و تقوی می ورزند و تأهل هم راه حفظ این عفت و تقواست. بنا بر مقدمه فوق، آیا قانونگذار (دولت و سازمان های استخدام کننده) مجاز خواهند بود به یک تسرّی و تعمیم این چنینی اوصاف خداوند و به اصطلاح «تشبیه به اوصاف خداوند» دست بزنند یا خیر؟! در پاسخ به این استدلال باید گفت که علاوه بر وارد بودن ایرادات بحث قبلی، آن چه که در وهله اول به نظر می رسد، مطلوب و شایسته بودن این تشبیه سازمان های استخدام کننده به صفت خداوند متعال یعنی ترجیح متأهلین بر افراد مجرد از باب رازقِیت و فضل است. اما اشکالات دیگر ما به استدلال بالا این است که اولاً- شما (استخدام کنندگان) چرا صرفاً در این مورد خاصّ، به تسرّی و تعمیم دست زده و شئون مهم دیگر اجتماعی را رها کرده اید؛ مثلاً اولویّت افراد دهک های پائین جامعه (اصل ۳۱ قانون اساسی) یا تسهیل شرایط استخدامی و حذف قوانین زائد، هم می تواند از صفات خالق باشد. ثانیاً- چرا در همین مورد ما، دایره تشبیه به صفت خداوند و به تبعیّت از آن، قوانین استخدامی خود را توسعه و گسترش نداده و با استخدام افراد مجرد، مقدمات تشکیل خانواده این افراد را فراهم نمی کنید؟ چرا که غالب افراد ازدواج خواهند کرد. در ضمن، این امر، موافق با سیاست افزایش جمعیت و تقوی هم خواهد بود. مگر این که اشکال شود که اولویّت مذکور، به لحاظ فعلیّت تأهل است که آن

هم، بحث دیگری است. آن چه که بیشتر مؤید نظر ما در ردّ دو دلیل بالا و ارائه دو دلیل بعدی می‌باشد این مسأله است که امتیاز، دائر مدار حقّ و تکلیف و به مثابه دو روی یک سکه اند. به بیان دیگر، در حوزه فقه و حقوق اگر امتیاز و حقّ ایجاد می‌گردد، این امر نتیجه مسؤولیت و تکلیفی است که بر عهده گرفته می‌شود.

۶- استفاده از لوازم شرعی و اقتصادی نکاح و سیاست افزایش

جمعیت

برای توجیه اولویّت متأهلین ممکن است برخی اولویّت را به لحاظ فعلیت تأهل توجیه کنند. یعنی به اعتبار این که بعد از ازدواج، حقوق و تکالیفی وجود خواهد داشت که قبل از آن وجود ندارد، این ترجیح یا اولویّت صحیح به نظر رسد. عقد نکاح سبب زوجیت گردیده، و مهریه و نفقه از لوازم شرعی آن است که این لوازم، اقتصادی و مالی هستند. در قانون مدنی در مواد ۱۰۷۸ و ۱۰۸۲، ۱۱۰۶، ۱۱۰۷، لوازم اقتصادی و مالی عقد نکاح مطرح شده اند (قانون اساسی- قانون مدنی/ ۲۹۳، ۲۹۴، ۲۹۷). مهریه در اصطلاح، عبارت است از مالی که زن بر اثر ازدواج، مالک آن می‌گردد و مرد ملزم به دادن آن به زن می‌شود (حقوق مدنی/ ۳۷۸/۴). ماده ۱۱۰۷ ق.م. نفقه را چنین تعریف می‌کند: «نفقه عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیّت زن از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض». بنا بر وجود دو لوازم مالی و اقتصادی مهریه و نفقه بعد از ازدواج می‌توان در توجیه اولویّت متأهلین در برخی شرایط و موارد به حق این گونه استدلال کرد که مهریه که معمولاً عندالمطالبه است و به ویژه نفقه که ماهیّت «لا بشرطی» دارد (نسبت به تمکّن مالی)، یعنی ربطی به تمکّن و عدم تمکّن مالی شوهر ندارد و از باب مقدمه واجب است. به بیان دیگر، استطاعت مالی برای نفقه اقارب نسبی، مقدمه وجوبی است مانند استطاعت مالی در وجوب حجّ؛ اما استطاعت در نفقه زوجه از باب مقدمه واجب است. ثمره بحث این که، شوهر برای پرداخت نفقه زن

واجب است تا استطاعت مالی را تحصیل کند (حقوق و شکوه زن در نظام حقوقی اسلام/۱۵۸). راه معمول و غالبی تحصیل این استطاعت، اشتغال است و استخدام هم به عنوان شعبه - ای از اشتغال، راه کسب درآمد می‌باشد. این دلیل ظاهراً محکم‌ترین دلیل، دلیلی خاصّ و مطلق می‌باشد، ولی با توجه به دلایل قبل و با اولویّت داشتن جوانان مجرد در شرایطی (مثل شرایط کنونی ایران)، نسبی بودن آن آشکار می‌گردد. اضافه بر آن که، این تکالیف، ویژگی شرعی و داخلی عقد ازدواج است و از خارج آن عارض نشده است. توجیه دیگری که قانونگذار می‌تواند از آن نهایتاً استفاده اولویّت متأهلین در برخی شرایط و موارد نماید، تمسّک به سیاست کلی افزایش جمعیت است. در مورد سیاست افزایش جمعیت می‌توان بیان کرد که در روایات معصومین (ع)، به دو طرف قضیه پرداخته شده و هم افزایش و هم کاهش آن از جهات و شرایطی ممدوح و از جهات و شرایط دیگر می‌توانند غیر معقول باشند. مثلاً پیامبر درباره افزایش جمعیت مسلمانان می‌فرماید: «أَنْكِحُوا فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ: ازدواج کنید، زیرا من به واسطه [ازدواج و فرزندان شما] به شما افتخار می‌کنم». یا «تَنَاقَحُوا تَكْتَرُوا فَإِنِّي أَبَاهِي بِكُمْ الْأُمَّمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: ازدواج کنید تا [تعدادتان] زیاد شود، زیرا روز قیامت بر امت‌های دیگر به خاطر زیادی شما، مباهات می‌کنم» (نهج الفصاحه/۵۲-۵۳). در نقطه مقابل این روایات، علی (ع) در حکمت ۱۴۱ می‌فرماید: «قَلَّ الْعِيَالُ أَحْلَى الْيَسَارِينَ: اندک بودن تعداد زن و فرزند، یکی از دو آسایش است» (نهج البلاغه/۴۷۶-۴۷۷). یا این دو روایت از نهج الفصاحه که رسول اکرم (ص) می‌فرماید: «جُهْدُ الْبَلَاءِ كَثْرَةُ الْعِيَالِ مَعَ قَلَّةِ الشَّيْءِ: نهایت بلا و مصیبت، زیادی زن و فرزند، در صورت تنگدست بودن است» (نهج الفصاحه/۱۲۳)؛ و «إِنَّ الْوَالِدَ مَبْخَلَةٌ مَجْنِبَةٌ مَجْهَلَةٌ مَحْزَنَةٌ: همانا فرزند، موجب بُخل، ترس، نادانی و غم است» (همان/۴۳۳). این استدلال هم مثل استدلال تمسّک به لوازم شرعی نکاح، چنان‌چه مبتنی بر فعلیّت نکاح باشد، با توجه به نقش خانواده در تأمین نیروی انسانی و جلوگیری از پیری جمعیت کشور برای جامعه در حدّ حقّ الویّت در برخی شرایط و موارد، قابل دفاع است، نه این که آن را دست‌آویزی برای ممنوعیت مجردها از عضویت در

هیأت های علمی دانشگاه ها، آنچنان که در مجلس شورای اسلامی مطرح شده بود، قرار دهیم. از طرف دیگر، این سیاست باید با وضعیت افزایش سن ازدواج در جامعه ایران هماهنگی داشته تا مقداری از مشکلات ناشی از افزایش سن ازدواج به دلیل بیکاری جوانان کاسته شود. به نقل از یکی از معاونان سازمان ثبت احوال کشور، ۱۱ تا ۱۲ میلیون نفر مجرد در سن ازدواج در کشور وجود دارد (www.sabtaahval.ir). از مقدمات سیاست افزایش جمعیت به استناد اصل ۱۰ قانون اساسی، بکارگرفتن قوانین و مقررات و برنامه ریزی ها جهت آسان کردن تشکیل خانواده است. بنابراین، این سیاست ریشه اصلی اش را به غیر از آن چه خانواده ها و مردم عهده دار آن هستند، باید در وظایف دولت و سیاست های آن به ویژه در بخش اشتغال، استخدام و ... جستجو کرد که همه مربوط به مرحله قبل از تشکیل و مرحله تشکیل خانواده است. نکته ای که در پایان این بحث باید اضافه کرد آن است که توجه شرط اولویت متأهلین به استناد لوازم شرعی نکاح به حکم ماده ۱۰۸۲ و ۱۱۰۶ ق.م.مختص مردان متأهل است؛ چراکه این تکالیف حقوقی، صرفاً برای مردان متأهل در قانون مدنی پیش بینی شده است. این در حالی است که توجه شرط اولویت استخدام متأهلین به استناد سیاست کلی افزایش جمعیت، قابلیت طرفینی را دارا می باشد.

۷- بررسی متون شرعی شرایط استخدام

در برخی از متون شرعی نظیر نهج البلاغه که یک دوره کامل فقه سیاسی و اجتماعی بشمار می رود، در خطبه ها، نامه ها و حکمت های آن، بسیاری از حقوق، تکالیف و شرایط آن بیان شده است. در نامه ۵۳، علی (ع) به مالک اشتر در بخش ۸ شناخت اقشار گوناگون اجتماعی، قسمت سوم با عنوان الثالث: افضل المسؤولين، سوم- سیمای کارگزاران دولتی، به برخی شرایط مهم و اختصاصی استخدام کارگزاران و کارمندان دولتی اشاره شده است: «ثُمَّ انظُرْ فِي أُمُورِ عَمَّا لِكَ فَاسْتَعْمَلْهُمْ إِخْتِبَارًا وَ لَا تُؤَلِّمَهُمْ مُحَابَاهَ وَ ...: پس در امور کارمندانت بیاندیش، و پس از آزمایش به کارشان

بگمار، و با میل شخصی و بدون مشورت دیگران، آنان را به کارهای مختلف وادار نکن، زیرا نوعی ستمگری و خیانت است. کارگزاران دولتی را از میان مردمی با تجربه و باحیا، از خاندانی پاکیزه و باتقوی، که در مسلمانی سابقه درخشانی دارند، انتخاب کن...» (نهج البلاغه/۴۱۹). همان طور که از ظهور این جملات بر می آید شرطی به عنوان تأهل در آن به چشم نمی خورد، مگر این که دست به تصرف زده، که خلاف ظهور^۵ متن نامه است. البته نکات مهم در این بخش از نامه کم نیست، که از حوصله این بحث خارج است.

۸- دلایل اثبات تقدم اشتغال بر تأهل

۱. در حوزه فقه و حقوق اسلامی، در تعارض حقوق عمومی با حقوق خصوصی مردم، غالباً حقوق عمومی آنان مقدم است، مگر دلیل یا شرایطی، عکس آن را اقتضاء کند. مثلاً حق اقامه دعوا در مورد جرایم که از قوانین مربوط به نظم عمومی می باشد (اصل ۳۴ ق.ا. و ماده ۹۷۵ ق.م.) با توافق طرفین قابل اسقاط نیست. در تعریف قوانین مربوط به نظم عمومی گفته شده است: «قوانینی است که هدف از وضع آن حفظ منافع عمومی باشد و تجاوز به آن نظم را که لازمه حسن جریان امور اداری، سیاسی و اقتصادی یا حفظ خانواده است برهم زند. اخلاق حسنه، چهره خاصی از نظم عمومی است؛ بخشی از اخلاق که هنوز در قوانین نفوذ نکرده و ضامن اجرای آن تنها وجدان اجتماعی است» (قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی/۵۷۷-۵۷۸). هرگاه اصل تساوی در حقوق عمومی و استخدام، با اصل حاکمیت و آزادی اراده در حقوق خصوصی و نکاح تعارض پیدا کنند، اصل تساوی یا عدم تبعیض، مقدم است. در واقع، نکاح در ابتدا به

۱- هرگاه لفظ ظاهر در معنایی باشد و در عین حال، احتمال دیگری نیز در مورد آن برود، با تمسک به اصاله الظهور که می گوید «اصل در کلام آن است که معنای ظاهر آن اراده شده باشد»، احتمال اراده معنای غیر ظاهر نفی شده، و لفظ بر همان معنایی که در آن ظهور دارد، حمل می شود (اصول الفقه/۶۶/۱).

صورت شرط مطلق یا اولویت استخدامی، تخصصاً خارج از بحث حقوق عمومی است. امروز، اصل آزادی قراردادها به عنوان وسیله مفید اجتماعی حفظ شده است، ولی در مقام تعارض این آزادی با مصالح عمومی یا اخلاق، هیچ کس در ترجیح عوامل اجتماعی تردید ندارد (قواعد عمومی قراردادها/۳/۳۱۳). درباره تعارض دو دلیل یا حق باید گفت که تعارض ممکن است واقعی یا ظاهری باشد. در مسأله ما یکی از دو دلیل دارای مرجح است؛ مرجح ما دلیل اهم، یعنی همان اصول حاکم بر حقوق عمومی است و در واقع تعارضی نه واقعی، و نه ظاهری ابتدائاً وجود ندارد. در تعارض واقعی که مرجحی وجود ندارد، قاعده «الجمع مهما أمکن أولى من الطرح» مجراست. اگر قاعده جمع که جمع عرفی است، مجری نباشد و بین دو دلیل واقعاً تعارض باشد هر دو دلیل تساقط می نمایند: «الدلیلان إذا تعارضا تساقطا» مگر این که مورد از موارد نسخ باشد که یکی دیگری را منسوخ می کند. این راه حل عقلی است و از نظر حقوق موضوعه قابل قبول است. اگر تعارض ظاهری باشد و خواستن هر دو دلیل ممکن باشد، این موارد عبارت است از تراحم احکام، تخصیص، تخصّص، حکومت، ورود و جمع عرفی (مبانی استنباط حقوق اسلامی/۳۵۰-۳۵۱). مثلاً به منظور حفظ منافع عمومی، قوانین گوناگون از حق تصرف و انتفاع مالک کاسته است؛ از جمله قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ و ۱۳۶۲، قانون زمین شهری، قانون توسعه معابر، قانون اصلاحات ارضی، قانون دیات و ... که گاه باعث سلب مالکیت نیز می شود (قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی/۴۴). همچنین در این مورد، قاعده لاضرر بر قاعده تسلیط مقدم است (حقوق مدنی/۴۸-۴۹).

۲. در اینجا به روایت های ازدواج پیامبر اکرم (ص) و خواستگاری علی (ع) از فاطمه زهرا (س) خواهیم پرداخت که به نظر ما اگر همین روایات هم باشد، تمام کننده و مثبت مدّعی تقدّم اشتغال و به تبع آن استخدام بر تأهل می باشد. در روایات آمده است که پیامبر اکرم (ص) قبل از خواستگاری و ازدواج با خدیجه (س) برای ایشان به عنوان مضاربه و نه اجیر کار می کرده است (تاریخ تحلیلی و سیاسی اسلام/۱۳۳). هنگام

خواستگاری حضرت علی(ع) از فاطمه زهرا(س) پدر بزرگوار ایشان یعنی رسول اکرم(ص) از امام علی(ع) پرسیدند: آیا برای عروس چیزی پس انداز کرده ای؟ و ... توجه کنید پیامبر(ص) پیش از هر چیز مسأله مهریه را مطرح و پی گیری می کند و به حضرت علی(ع) می فرماید: آیا برای ازدواج پس انداز کرده ای؟ و این مسأله می رساند که جوانان باید برای ازدواج خویش پس اندازی داشته باشند (نیازها و روابط دختران و پسران/۲۹).

۳. اما اگر از دلایل قبلی، خواننده بر تقدّم اشتغال و به تبع آن استخدام نرسد در مرحله سوّم و به استناد دلیل عقلی باید گفت که نه تنها ازدواج و بقاء خانواده و جامعه، بلکه سلامت جسم و روان، بهداشت و درمان، نیازهای ضروری و اولیّه یک فرد مجرد از جمله خوراک، پوشاک و مسکن، همه منوط به اشتغال، استخدام و کسب درآمد است. تا سلامتی فردی نباشد و آن نیازهای اولیّه، فردی نخواهد بود تا ازدواج و تشکیل خانواده معنا پیدا کند. از آنجایی که هر شخص ابتدائاً باید از درآمدی که دارد مخارج اولیّه زندگی خویش را تأمین کند و سپس به انفاق دیگران پردازد، علی رغم سکوت قانون مدنی، که به نظر می رسد به علت بداهت امر صورت گرفته است باید گفت که منفق، بر هر شخص دیگری مقدّم می باشد، پس از منفق، زوجه او مطابق ماده ۱۲۰۳ ق.م. بر دیگران مقدّم است و بالاخره مطابق ماده ۱۲۰۲ ق.م. اولاد بر ابویین تقدم دارند (مختصر حقوق خانواده/ شماره ۴۳۴).

نتیجه گیری و پیشنهاد

گنجاندن شرط تأهل به طور مطلق، و در مورد شرط اولویّت، زمانی که شرایط، احوال، ضرورت و دلیلی آن را ایجاب نکند، در استخدامی مشاغل، اعمّ از دولتی یا غیر دولتی؛ خواه مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۷/۸، قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵/۳/۳۱، قانون کار مصوب ۱۳۶۸/۷/۲ و اصلاحات بعدی آن بشود یا نشود، و چه مشمول قوانین خاص استخدامی بشود، مبنای شرعی

نداشته و متناقض با ادله عدالت اجتماعی و اقتصادی، قواعد حقوق عمومی، اعمّ از اصول قانون اساسی، اصول حاکم بر اشتغال و استخدام است. تنها در قراردادهای کاری که صرفاً مشمول قوانین مدنی و تجاری هستند (قراردادهای کار و استخدامی ولو در بخش خصوصی، همه مشمول حقوق عمومی و اصول حاکم بر آنها) می‌توان با توجه به اصل آزادی و حاکمیت اراده، چنین شروطی گنجانده شوند، که موضوعاً خارج از بحث ما قرار می‌گیرند. مضاف بر این که در همان قراردادهای هم، دولت می‌تواند جهت مصالح و حفظ حقوق عمومی آحاد ملت و با توجه به اصل منع تبعیض، دایره مشمول پیش‌بینی چنین شرایط تبعیض‌آمیزی را تضییق نماید. باید اذعان داشت که با توجه ویژگی حقوق عمومی (حقوق کار و حقوق استخدامی) یعنی مختلط بودن با حقوق خصوصی افراد، در حال حاضر، کمتر قرارداد کار یا استخدامی را می‌توان یافت که صرفاً مشمول قوانین مدنی و تجاری باشد. گنجاندن شرط مطلق تأهل، مخدوش‌کننده دو اصل اساسی از دو حوزه حقوق، یعنی حقوق عمومی و حقوق خصوصی می‌باشد. از یک طرف، این شرط مغایر و متناقض با اصل منع تبعیض و عدالت در حوزه حقوق عمومی، اداری و استخدام است و از طرف دیگر، مخدوش‌کننده اصل آزادی و حاکمیت اراده در حوزه حقوق خصوصی و نکاح می‌باشد. گنجاندن چنین شرایطی باعث معطل ماندن ظرفیت‌های استخدامی و اشتغال به بهای شرطی غیر ضروری می‌باشد. در مورد غیر شرعی بودن گنجاندن این شرط باید تأکید کرد که گرچه گنجاندن این شرط فی نفسه، در مشاغل پسندیده و مشروع به نظر می‌رسد، لکن اگر همین شرط مؤخّل عدالت استخدامی و حقوق عمومی مردم باشد که این گونه است، در شرایط عادی، نامشروع جلوه خواهد کرد. تسری و تعمیم بی مورد این شرط و شروط غیر ضروری به دیگر شئون اجتماعی مثل حوزه بهداشت و درمان که به نظر، قوت بیشتری دارد تحدیدکننده حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و در یک کلام، موجب اختلال نظام است؛ لذا مقتضی است که قانونگذار ما اگر قوانین زائدی وجود دارد که به نظر ما وجود دارد، آنها را حذف کند. همچنین با پیش‌بینی مواد قانونی در

مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۹ - شماره ۱۶ - بهار و تابستان ۹۶ - ۱۹۹

قانون مدیریت خدمات کشوری مثلاً ماده ۴۲ مکرراً، شروطی از جمله شرط تأهل به اطلاق، کارشناس ارشد پیوسته، سوابق کاری برای جوانان جویای شغل (ابتدای ورود) و هر شرط مخالف با عدالت استخدامی را ممنوع اعلام نماید. از یک طرف، ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری، با مستثنی کردن برخی مشاغل، مقامات (قضات) و مؤسسات، راه برای تقنین چنین شروط افراطی یا تفریطی و به اطلاق، که نه مبنای شرعی داشته و نه موافق با قواعد حاکم بر حقوق عمومی هستند باز گذاشته است. از طرف دیگر، با توجه به ماده ۴۲ قانون مدیریت خدمات کشوری که به شروط عمومی پرداخته و با عدم تصریح به مخالفت این چنین شروطی (تأهل به اطلاق) با حقوق عمومی مردم، در واقع جواز پیش‌بینی چنین شروطی را برای همان مستثنیات ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری صادر نموده که به ظاهر قانونی است.

منابع

- قرآن کریم.

- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ج ۲، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۱.
- _____، حقوق مدنی، ج ۴، ج ۴، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۳.
- امامی، محمد، استوار سنگری، کورش، حقوق اداری، ج ۱، ج ۱۶، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲.
- _____، حقوق اداری، ج ۲، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۱.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (شیخ انصاری)، فرائد الأصول (الرسائل)، ج ۲، ج ۵، قم، مجمع الفکر الإسلامي، ۱۴۱۹ ق.
- _____، المکاسب، ج ۷، قم، لجنه تراث الشیخ الأعظم الأنصاری، ۱۳۷۳.
- تاجانی، بهرام، مجموعه قوانین و مقررات مربوط به آئین‌داری مدنی، قم، انتشارات لاهیجی، ۱۳۸۴.
- جبعی عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ترجمه علی شیروانی، ج ۵، ج ۹، قم، انتشارات دار العلم، ۱۳۹۱.
- حسنی، علی اکبر، تاریخ تحلیلی و سیاسی اسلام، ج ۱، ج ۷، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۱.

۲۰۰ ————— وجاهت «شرط تأهل» در استخدامی برخی مشاغل

- خراسانی، سید محمد کاظم، کفایه الأصول، ج ۲، ج ۷، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۳ ق.
- دشتی، محمد، ترجمه نهج البلاغه، ج ۳، تهران، انتشارات پیام عدالت، ۱۳۸۶.
- زراعت، عباس؛ حاجی زاده، حمیدرضا، آشنائی با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، انتشارات دانش پذیر، ۱۳۸۸.
- سالارزائی، امیر حمزه، حقوق و شکوه زن در نظام حقوقی اسلام، اداره کل فرهنگ و ارشاد اسلامی سیستان و بلوچستان، ۱۳۸۹.
- شمس، عبدالله، آئین دادرسی مدنی، ج ۱، ج ۲۶، تهران، نشر دراک، ۱۳۹۰.
- صفایی، حسین؛ امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، ج ۱۲، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۱.
- طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، ج ۹، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، ملحقات العروه الوثقی، ج ۳، ج ۳، قم، مکتبه الداوری، بی تا.
- عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، اللمعه الدمشقیه، ترجمه علی شیروانی و محسن غرویانی، ج ۱، ج ۲۰، قم، انتشارات دار الفکر، ۱۳۸۸.
- عراقی، سید عزت الله، حقوق کار (۱)، ج ۱۳، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۱.
- _____، حقوق بین المللی کار، ج ۱۰، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۶.
- فرحناکیان، فرشید، ساده ساز آئین دادرسی مدنی، ج ۶، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰.
- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ج ۱۴، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵.
- _____، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ج ۷، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
- _____، مقدمه علم حقوق، ج ۵، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۲.
- ماجراجو، محسن، نیازها و روابط دختران و پسران، ج ۳، قم، نشر جمال، ۱۳۸۱.
- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ج ۳۰، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.
- مدنی، سید جلال الدین، حقوق اساسی، ج ۲، تهران، انتشارات پایدار، ۱۳۸۰.
- مظفر، محمدرضا، أصول الفقه، ترجمه علی شیروانی، ج ۱، ج ۳، قم، انتشارات دار العلم، ۱۳۸۶.
- منصور، جهانگیر، قانون اساسی / قانون مدنی، ج ۲۳، تهران، نشر دوران، ۱۳۹۴.
- _____، قوانین و مقررات استخدامی، ج ۱۰، تهران، نشر دیدار، ۱۳۹۳.
- _____، قانون کار، ج ۴۲، تهران، نشر دوران، ۱۳۸۵.
- _____، قانون جدید آئین دادرسی کیفری، تهران، نشر دیدار، ۱۳۹۳.

مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۹ - شماره ۱۶ - بهار و تابستان ۹۶ _____ ۲۰۱

- موسوی بجنوردی، سید محمد، **مباحث حقوقی تحریر الوسیله**، چ ۲، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۲.

- موسوی زاده، رضا، **حقوق اداری (۱-۲)**، چ ۱۶، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۳.

- میرزایی، علی اکبر، **نهج الفصاحه**، قم، انتشارات مفاتیح قرآن، ۱۳۸۹.

-www.asatid.org

-www.sabteahval.ir

-http//qzssaa.ir





پروفیسر شہناز گل خان
پرنسپل جامعہ اسلامیہ اسلامیہ