



Analysis of Religious Criteria in Qualification Assessment of Candidates in Islamic Republic of Iran

Rahim Nobahar*

<https://orcid.org/0000-0002-2043-5955>

Associate Professor, Islamic Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Ali Velaei

<https://orcid.org/0000-0001-9901-2105>

Ph.D Student, Public Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Abstract

The right to be elected is one of the important examples of right to self-determination. Although this right is not absolute, its restriction must be justified. Unjustified insistence upon meritocracy and trusteeship of candidates, has resulted in violation of the right to be elected and the right to vote. From a socio-political point of view, such restrictions harm democratic aspect of any political system. In I.R. Iran, necessitation of qualification of being just, supposing official positions as religious trust and argument to the principle of incompetency and non-existence of legal qualifications have resulted in many challenges for free, fair and competitive election. Subjective and non-institutional assessment of the nominees by the Guardian Council has worsened the situation. The aim of this article is to evaluate the method of assessment of qualifications of nominees. The article suggests to rely upon those fiqhi theories that present a more tolerant view on the qualification of being just. Also due to the fact that people are the owners of public sphere, it is possible to presume official authorities as contractual trust rather than religious and legal trust. Similarly, there is way to rely upon the presumption of non-sinfulness instead of being just to reduce some restrictions on qualifications of nominees.

Keywords: Qualification of Nominees, Justice, Guardian Council, Right to be Elected.

* Corresponding Author: r-nobahar@sbu.ac.ir

How to Cite: Nobahar, R., Velaei, A, (2022), Analysis of Religious Criteria in Qualification Assessment of Election Candidates in Islamic Republic of Iran, Public Law Research, 23(73), 173-200. doi: 10.22054/qjpl.2021.53061.2432

واکاوی معیارهای فقهی در ارزیابی صلاحیت نامزدهای انتخابات در جمهوری اسلامی ایران

رحیم نوبهار*

دانشیار گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی تهران، ایران

<https://orcid.org/0000-0002-2043-5955>

علی ولایی

دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران،

 ایران <https://orcid.org/0000-0001-9901-2105>

چکیده

حق انتخاب شدن از مهم‌ترین جلوه‌های حق تعیین سرنوشت است. این حق مطلق نیست اما محدود ساختن آن نیازمند به توجیه است. استناد ناموجه به شایسته‌سالاری و لزوم امانت‌داری منتخبین؛ افزون بر تضییع حق انتخاب شوندگان، حق انتخاب‌کنندگان را محدود می‌سازد. از چشم‌انداز سیاسی-اجتماعی؛ سخت‌گیری در شرایط داوطلبان مناصب عمومی، وجهه مردم‌سالاری نظام را مخدوش می‌نماید. در جمهوری اسلامی ایران ضروری دانستن شرایطی مانند عدالت نامزدهای انتخاباتی، امانت شرعی پنداشتن مناصب عمومی و استناد به اصل عدم صلاحیت و عدم واجدیت شرایط قانونی، انتخابات منصفانه و رقابتی را با چالش روبه‌رو ساخته است. بررسی شرایط نامزدها با رویکرد احراز شخصی صلاحیت‌ها بجای احراز نهادی نیز وضعیت را پیچیده‌تر کرده است. این مقاله با روش تحلیلی-انتقادی، کاربرست معیارهای بررسی صلاحیت نامزدها توسط شورای نگهبان را واکاوی می‌نماید. برابر یافته‌های مقاله، برای برون‌رفت از این چالش‌ها می‌توان درباره شرط عدالت به تئوری‌هایی که تفسیری متساهل‌تر از عدالت بدست می‌دهند تکیه کرد. همچنین با توجه به اینکه مردم، مالکان حوزه عمومی‌اند می‌توان ماهیت تصدی مقامات عمومی را به جای امانت شرعی، امانت مالکانه قلمداد کرد. به همین ترتیب می‌توان با بکارگیری اصل عدم فسق، مرتبه‌ای پایین‌تر از عدالت را اثبات نمود و بخشی از مشکلات موجود در نظام انتخاباتی کشور را رفع کرد.

واژگان کلیدی: شرایط نامزدهای انتخاباتی، عدالت، شورای نگهبان، حق بر انتخاب

شدن.

مقدمه

در دنیای امروز همسو با حق رأی همگانی، گرایش غالب به گسترش حلقه انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان است؛ در نظام‌های مردم‌سالار مرسوم نیست که به بهانه شایسته‌سالاری، لزوم امانت‌داری منتخبین و امکان انتخاب اشتباه مردم، حق رأی عده‌ای از انتخاب‌کنندگان، سلب و یا دامنه انتخاب‌شوندگان تنگ شود. انتقال و چرخش قدرت از رهگذر انتخابات و با اراده مردم، زمانی اصیل محسوب می‌شود که با حضور همه احزاب و گروه‌های سیاسی و رعایت مؤلفه‌های انتخابات آزاد، منصفانه و رقابتی، امکان گزینش آزاد از میان کاندیداهای متعدد و متنوع فراهم شود. از چشم‌انداز اسلامی هم حق بر انتخاب کردن و انتخاب شدن از حقوق شهروندان و از مصادیق حق‌الناس است.^۱

اگرچه تاکنون از منظر حقوق بشر و حکمرانی خوب به این موضوع پرداخته شده، اما به دلیل برتری دیدگاه‌های فقهی بر دیدگاه‌های حقوقی در شورای نگهبان بعنوان نهاد ناظر بر انتخابات، بررسی فقهی معیارهای ارزیابی صلاحیت داوطلبان در نظام حقوقی ایران نیز ضروری است؛ منظری که کمتر مورد بحث علمی قرار گرفته است. در تمام نظام‌های حقوقی پرداختن به مبانی یا فلسفه حقوق در همان قلمرو دانشی بخشی از آن رشته حقوقی قلمداد می‌شود. بخش مهمی از استدلال‌ها در گفت‌وگوهای علمی درباره رد صلاحیت نامزدهای انتخابات مختلف، فقهی است. بنابراین ضرورت دارد واریسی نمود مبانی فقهی که اغلب مستند شورای نگهبان است تا چه اندازه با رد صلاحیت‌ها سازگار است. بنظر می‌رسد شورای نگهبان اهمیت فراوانی برای "نتیجه" انتخاب مردم قائل است و خود را موظف می‌داند تا با کنترل‌های پیش از انتخاب، نتیجه اعمال "حق" توسط مردم به "حق" منجر شود و افرادی امین، عادل و متعهد انتخاب شوند.^۲ اما برابر یکی از نظریات موجود در تحلیل مفهوم حق، تفکیک

۱. رحیم نوبهار، «جلوه‌های حق‌الناس در عرصه عمومی»، مجموعه مقالات همایش بین‌المللی حقوق مردم و حکومت دینی در اندیشه امام خمینی، (۱۳۹۶)، ص ۲۰۶ و ۲۰۷.

۲. اقدام شورا با قصد کمک به مردم و جلوگیری از ورود افراد ناصالح به عرصه انتخابات است؛ اما به لحاظ شرعی استفاده از تشخیص واسطه‌ها بعنوان خبره یا شاهد برای احراز موضوعات، زمانی اعتبار دارد که مکلف شخصاً به تشخیصی نرسیده باشد و در این صورت برای رفع تردید، نوبت به احراز غیرمستقیم می‌رسد. در نتیجه شورای

"حق بودن"^۱ و "حق داشتن"^۲ سنگ بنای فلسفه حق محسوب می‌شود.^۳ بهم آمیختن این دو مفهوم از حق موجب محرومیت مردم از حقوق اساسی آنها خواهد شد. اولی در مقابل باطل قرار دارد و در عرصه اندیشه‌های سیاسی و اخلاقی کاربرد دارد اما دومی در مقابل تکلیف قرار دارد. حق داشتن ضرورتاً به معنای انجام عملی خوب و اخلاقی نیست، بلکه دربردارنده این مفهوم است که فرد، صرف نظر از محتوای تصمیم، توانایی اتخاذ تصمیم و گزینش را از میان شقوق مختلف داشته باشد.^۴

یکی از اصول حاکم بر نظام انتخاباتی مطلوب، اصل شفافیت است. برابر این اصل؛ قواعد، رویه و فرآیند انتخابات باید روشن و برای عموم شهروندان قابل پیش‌بینی باشد. بر مبنای عدالت رویه‌ای، همه تصمیم‌گیرانی که وظیفه اتخاذ تصمیمات عمومی بر اساس قانون به آنان واگذار شده، ملزم به ارائه دلایل و توجیه علنی تصمیماتشان هستند و در هر سطحی از حکومت باید در پی شفافیت و صداقت در ارائه دلیل بود. بویژه نهادهایی که شأن و منزلت‌شان بی‌طرفی است باید تلاش کنند با عملکرد شفاف، خود را در معرض اتهام قرار ندهند. با این حال شورای نگهبان برای رد صلاحیت یا عدم احراز صلاحیت، خود را موظف به اعلام دلیل نمی‌داند و بجای بررسی صلاحیت نهادی،^۵ از احراز شخصی صلاحیت دفاع می‌کند؛ امری که بررسی علمی روند احراز صلاحیت را مشکل می‌سازد. شخصی کردن بررسی شرایط، علاوه بر مشکل ابهام در دلیل رد صلاحیت، می‌تواند نهاد ناظر را دچار تناقض‌گویی کند و سبب کاربست ملاک‌های متفاوت در انتخابات‌های مختلف شود. مثلاً در مورد نمایندگان که قبلاً صلاحیت‌شان تأیید شده است، تا زمانی که مدرک معتبری وجود نداشته باشد، علی‌القاعده این عدم التزام است

نگهبان می‌تواند در خصوص صلاحیت داوطلبان به "اعلام نظر" نه "اعمال نظر" اکتفا کند. ر.ک.: سید محمد بهشتی، *مبانی نظری قانون اساسی*، چاپ دوم (تهران: روزنه، ۱۳۹۴)، ص ۶۸ و ۶۹؛ محمد سروش محلاتی، «اصل احراز مردم است»، قابل دسترسی در: www.soroosh-mahallati.com.

1. To be Right.

2. To have Right.

۳. ر.ک.: محمد راسخ، *درس‌گفتارهای فلسفه حق و فلسفه حقوق عمومی* (تهران: خانه اندیشمندان علوم انسانی، ۱۳۹۴).

۴. محمد راسخ، *حق و مصلحت*، ج ۱، چاپ پنجم (تهران: طرح نو، ۱۳۹۳)، ص ۱۷۹.

۵. نهاد ناظر، شخصی حقوقی است و بجای احراز صلاحیت شخصی و ذهنی، باید آنرا نهادی و عمومی کند (نک: رحیم نوبهار، «تأملی حقوقی درباره رد صلاحیت نامزدها»، روزنامه ایران، ش ۶۳۹۲، ۱۳۹۵/۱۰/۷).

که نیاز به احراز و اثبات دارد؛ زیرا هم به مقتضای اصل صحت^۱ و هم به حکم استصحاب باید بنا را بر صلاحیت گذاشت. ولی عدم احراز صلاحیت برخی از نمایندگان سابق یا رد صلاحیت آنها در هیأت نظارت و تأیید صلاحیتشان در شورای نگهبان، احتمال وجود مدرک معتبر را منتفی می‌سازد؛ زیرا به نظر شورای نگهبان، تأیید دوره‌های قبلی مبتنی بر مدارکی بوده است که اگر دلیلی اعتبار آنها را زیر سوال نبرد، همچنان معتبر است و این با عدم احراز صلاحیت که نشان‌دهنده جهل آنها نسبت به وضعیت داوطلب است سازگاری ندارد.

اهمیت این بحث از آن روست که سال‌هاست پیش و پس از هر انتخاباتی، بیشترین و مهم‌ترین سؤالات در میان حقوقدانان و عموم مردم، رد صلاحیت‌های شورای نگهبان است که موجب نارضایتی گروهی از مردم و تضعیف این نهاد در انظار عمومی می‌گردد. هرچه از پیروزی انقلاب گذشت، با وجود استقرار نظام و حاکم شدن شرایط آرامش، موانع استیفای حقوق سیاسی در زمینه انتخابات بیشتر و تفسیر آنها سخت‌گیرانه‌تر شد.^۲ برای نمونه در دوره‌های مختلف انتخابات مجلس شورای اسلامی، شرایط مذکور در بند ۳ و ۱ ماده ۸۲ قانون انتخابات مجلس علت بیشتر عدم تأیید صلاحیت‌ها بوده است.^۳ حتی در برخی دوره‌ها، تعداد عدم احراز صلاحیت از موارد رد صلاحیت بیشتر بوده است. همچنین در بعضی از دوره‌های انتخابات مجلس خبرگان رهبری، تعداد کرسی‌های نمایندگی با تعداد داوطلبان تأیید صلاحیت شده در آن حوزه انتخابیه برابر بود. بی‌اعتمادی مردم به نهادهای حکومتی و انتصابی شدن کرسی‌های انتخابی، حذف افراد متخصص، کاهش کارآمدی، گسترش فساد، نفاق و دورویی به دلیل تلاش داوطلبان برای وانمود کردن به برخورداری از شرایط، پیامدهای خطرناکی است که یک نظام سیاسی در صورت رد صلاحیت‌های گسترده با آن مواجه می‌شود.

باری برای برون‌رفت از پاره‌ای از دشواری‌های پیش‌گفته، در این پژوهش سعی شده با تکیه بر روش توصیفی-تحلیلی بررسی شود که چه نسبتی میان احراز صلاحیت در نهاد شورای نگهبان به شیوه کنونی و احراز عدالت و امانت وجود دارد؟ اصل عدم چه

۱. دیدار رهبری با اعضای شورای نگهبان، ۱۳۸۲/۱۰/۲۴.

۲. مقایسه قوانین سال‌های ۵۸، ۶۲ و ۷۴ و همچنین تفاسیر و عملکرد شورای نگهبان نشان‌دهنده این ادعاست.

۳. اعتقاد و التزام عملی به اسلام و نظام جمهوری اسلامی، ابراز وفاداری به قانون اساسی و اصل ولایت مطلقه فقیه.

کاربردی در ارزیابی صلاحیت داوطلبان انتخابات دارد؟ به این منظور به مهم‌ترین معیارهای فراقانونی و تفسیری شورای نگهبان پرداخته و احراز عدالت، امانی دانستن منصب و اصل عدم بعنوان سه ملاک اصلی شورا در بررسی صلاحیت‌ها، بررسی و نقد می‌شود.

۱. جایگاه معیار عدالت در شرایط داوطلبان انتخابات

در قوانین مختلف انتخاباتی ایران، شرایطی برای صلاحیت‌های دینی و اخلاقی داوطلبان پیش‌بینی شده که ذهنی، کیفی و پنهانی بودن آنها مشکلات عملی زیادی را در احراز این شرایط پدید آورده است. شورای نگهبان با استناد به عبارت موجود در متن سوگندنامه نمایندگان، اشخاص امین و عادل را برای نمایندگی دارای صلاحیت دانسته و ورود افراد فاقد این شرایط را مغایر اصل مذکور به حساب آورده است.^۱ اما شرط عدالت در قانون اساسی تنها برای متصدیان بعضی از مناصب ذکر شده است.^۲ در اصل ۱۱۵، با آنکه قانونگذار نسبت به شرایط رئیس جمهور در مقام بیان بوده است، شرط عدالت را ذکر نکرده است؛ از این رو به نظر می‌رسد در مقام تفسیر نمی‌توان این شرط را به شرایط داوطلبان ریاست جمهوری افزود.^۳ پس با توجه به جایگاه و میزان اختیارات، به طریق اولی چنین شرطی برای نمایندگان مجلس - که البته بیان شرایط آن به قانون عادی واگذار شده - وجود ندارد؛ بنابراین به نظر می‌رسد نمی‌توان شرایط مناصب انتخابی را تا مرتبه برخورداری از عدالت توسعه داد.

۱. ر.ک.: نظریه ش ۸۰/۲۱/۲۶۶۵ مورخ ۱۳۸۰/۸/۳۰ و نظریه ش ۸۲/۳۰/۶۴۵۴ مورخ ۱۳۸۲/۱۱/۵، ابراهیم موسی‌زاده، *دادرسی اساسی در جمهوری اسلامی ایران*، زیر نظر غلامحسین الهام (تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۰) ص ۲۹۶ و ۳۰۰.

۲. رهبر (اصل ۱۰۹)، فقهای شورای نگهبان (اصل ۹۱)، رئیس قوه قضاییه (اصل ۱۵۷)، رئیس دیوان عالی کشور و دادستان کل (اصل ۱۶۲)، قضات (اصل ۱۵۸).

۳. لازم بذکر است که دبیر شورای نگهبان در ۲۸ اردیبهشت ۱۴۰۰، تلویحاً شرط عدالت را برای داوطلبان ریاست جمهوری ضروری دانست و لازمه شرط تقوا را انجام واجبات شرعی و ترک گناه اعلام نمود.

متن سوگند نمایندگان مجلس که در اصل ۶۷ آمده است^۱ نیز نشان‌دهنده ضرورت شرط عدالت برای این افراد نیست. زیرا "سوگند التزامی"^۲ که بیان‌گر تعهد فرد به انجام وظیفه یا اقدام معینی به بهترین وجه است، ناظر به آینده می‌باشد. بر این اساس، استخراج شرایطی از آنکه مرتبط با گذشته فرد است معنا ندارد. این موارد نباید با عدم امکان سوگند به خداوند متعال و در پیشگاه قرآن برای افراد کافر خلط شود، چنانکه شورای نگهبان بر این اساس در میان‌دوره‌ای مجلس اول، نظریه تفسیری^۳ صادر کرد تا افراد مارکسیست وارد مجلس نشوند.^۴ زیرا صحت سوگند متوقف بر اصل اعتقاد است، ولی چنین افرادی به عدم اعتقاد مشهور بودند و از اهل کتاب هم نبودند تا به کتاب آسمانی خود سوگند یاد کنند. شورا در دوره‌های بعد، از همین اصل برای رد لایحه اصلاح قانون انتخابات مجلس در سال ۱۳۸۱ استفاده کرد و شرط عدالت و امانت را برای نماینده مجلس لازم شمرد.^۵ به نظر می‌رسد شرایط انتخاب‌شونده و وظایف آینده منتخب بر اساس سوگند و تعهدهای ناشی از آن، دو امر متفاوت است. در صورت التزام به شیوه تفسیری شورای نگهبان از اصول قانون اساسی در مورد داوطلبان انتخابات، باید بند ۲ اصل ۹۱ را هم که تنها اسلام را برای حقوقدانان شورا کافی دانسته، موجب تجویز ورود حقوقدانان مسلمان اما فاسقی به این شورا دانست که موظفند درباره التزام یا عدم التزام به اسلام داوطلبان و دیگر شرایط مقرر در قانون اعلام نظر کنند؛ اما از منظر فقه که مستند

۱. "ودیعه‌ای را که ملت به ما سپرده بعنوان امینی عادل پاسداری کنم و در انجام وظایف وکالت امانت و تقوا را رعایت نمایم." البته در متن سوگند رئیس جمهور (اصل ۱۲۱) هیچ اشاره‌ای به این مضمون نشده است.

۲. ر.ک: ناصر کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ج ۲، چاپ هشتم (تهران: میزان، ۱۳۹۵) ص ۱۸۴.

۳. ابراهیم موسی‌زاده، پیشین، ص ۳۰۱.

۴. بعد از شهادت بعضی نمایندگان مجلس در انفجار حزب جمهوری اسلامی، برای انتخابات میان‌دوره‌ای مجلس اول؛ نورالدین کیانوری، احسان طبری و محمدعلی عمویی ثبت نام کردند. هیأت نظارت سه نفره به اتفاق، شرکت این افراد در انتخابات را که عضو حزب توده و سازمان چریک‌های فدایی خلق بودند، با توجه به قانون فعالیت احزاب بلامانع دانست و نام این افراد را بعنوان کاندیدا اعلام کرد اما مصطفی تهرانی، فرماندار وقت تهران، شروع به نامه‌نگاری کرده و در ۱۳۶۰/۴/۲۴ نیز به شورای نگهبان نامه نوشت که منجر به نظریه تفسیری مورخ ۱۳۶۰/۴/۲۸ شورای نگهبان شد. تردید در سال‌های ابتدایی انقلاب برای پذیرش صلاحیت مارکسیست‌های مشهور، عدم ورود مستقیم شورا و درخواست حذف نام آنها از وزارت کشور پس از صدور نظریه تفسیری، جالب به نظر می‌رسد.

۵. برای رد لایحه مذکور، بیشترین استناد شورا بعد از اصل ۹۹، به اصل ۶۷ بوده است.

اصولی شورای نگهبان است، آیا می‌توان برای قول فاسق آن هم در خصوص التزام به اسلام فرد دیگر اعتباری قائل شد؟!

در رابطه با مفهوم عدالت نظریات گوناگونی در فقه شیعه به شرح زیر ابراز شده است:

* ملکه^۱ نفسانی که باعث ملازمت با تقوا و مروت^۲ می‌شود؛^۳

* اعمال خارجی و بیرونی^۴ ناشی از ملکه نفسانی (استقامت عملی در جاده شریعت مستند به ملکه)؛^۵

* نفس اعمال خارجی و بیرونی بدون ارتباط با ملکه (استقامت عملی در جاده شریعت)؛^۱

۱. قائلین به ملکه بودن عدالت، در خصوص نوع تقابل میان عدالت و فسق اختلاف نظر دارند. برخی تقابل را از نوع عدم و ملکه می‌دانند؛ بر این اساس فسق به عدم عدالت در کسی که قابلیت اتصاف به عدالت را دارد معنا می‌شود، پس واسطه‌ای میان عدالت و فسق وجود نخواهد داشت و از عدم هر کدام می‌توان به دیگری رسید و مجهول‌الحال را بدان ملحق ساخت (ر.ک: میرعبدالفتاح مراغی، *العناوین*، ج ۲، چاپ سوم (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۹) ص ۷۳۶؛ فاضل مقداد سیوری حلی، *کنز‌العرفان فی فقه القرآن*، ج ۲ (قم: انتشارات مرتضوی، ۱۴۲۵) ص ۳۸۴). اما برخی فقیهان با توجه به ایرادهایی که به ملکه دانستن عدالت وارد است - از جمله عدم تبیین وضعیت فرد تازه‌بالغ که نه ملکه عدالت در نفس وی شکل گرفته و نه فسقی از او سر زده - تقابل عدالت و فسق را از نوع تضاد (مشهوری نه حقیقی) می‌دانند (سید رضا صدر، *الاجتهاد و التقليد* (قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۰) ص ۲۹۲؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ج ۴، چاپ ششم (تهران: گنج دانش، ۱۳۹۳)، ص ۲۷۵۸).

۲. مروت به معنای ترک اموری است که عادتاً موجب تنفر مردم از انسان می‌شود، اما لزوم آن در میان علمای قائل به ملکه عدالت، اختلافی است.

۳. مرتضی انصاری، *رسائل فقهیه* (رساله فی العداله) (قم: مطبعه باقری، لجنه تحقیق تراث الشیخ الاعظم، ۱۴۱۴) ص ۲۴ و ۲۷؛ سید روح‌الله خمینی، *تحریر الوسیله*، ج ۱، چاپ دوم (نجف: مطبعه الآداب، ۱۳۹۰) ص ۱۰. ملکه بودن عدالت به مشهور نسبت داده می‌شود، ولی برخی به دلیل اینکه تا زمان علامه حلی هیچ سخنی از آن مطرح نبوده است، شهرت را قبول ندارند (علی‌پناه اشتهاردی، *مدارک العروه*، ج ۱۷ (تهران: دارالاسوه، ۱۴۱۷) ص ۲۵۴).

۴. انجام واجبات و ترک محرمات یا اجتناب از کبائر و عدم اصرار بر صغائر.

۵. محمد بن علی بن بابویه (شیخ صدوق)، *الهدایه* (قم: مؤسسه امام هادی، ۱۴۱۸) ص ۵۲ - *من لا یحضره الفقیه*، ج ۱، چاپ دوم (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳) ص ۳۸۰ (نقل قول از رساله پدرش)؛ محمد بن محمد بن نعمان عکبری (شیخ مفید)، *المقنعه* (قم: کنگره شیخ مفید، ۱۴۱۳)، ص ۷۲۵. (شیخ انصاری دیدگاه مزبور را به این فقها منتسب کرده است: مرتضی انصاری، پیشین، ص ۷)؛ سید محمدرضا گلپایگانی، *العروه‌الوثقی* (المحشی)، ج ۳ (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۹) ص ۱۸۹.

* اسلام به همراه عدم ظهور فسق (اصاله العداله)؛^۲

* حُسن ظاهر.^۳

چون مجال بررسی تفصیلی این نظریات نیست، به توضیح کوتاهی در خصوص رویکرد چهارم اکتفا می‌شود.^۴ برخی از فقهای شیعه به اصالت عدالت در مسلمان قائل بوده و برای اثبات عدالت معتقد به کفایت اسلام^۵ در صورت عدم ظهور فسق هستند. برابر

۱. ابن حمزه طوسی، الوسيله (قم: مطبعه الخيام، ۱۴۰۸) ص ۲۳۰؛ ابن ادریس حلی، السرائر الحاوی، ج ۲، چاپ دوم (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰) ص ۱۱۷؛ محمد باقر وحید بهبهانی، حاشیه مجمع الفائده (قم: مؤسسه العلامه المجدد الوحید البهبهانی، ۱۴۱۷) ص ۷۶۹؛ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۱۳ (بیروت: داراحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱) ص ۲۹۵؛ سید ابوالقاسم خویی، التنتیج فی شرح العروه الوثقی، تقریر علی غروی تبریزی، چاپ سوم (قم: دارالهادی، ۱۴۱۰) ص ۲۵۳ و ۲۶۳.

۲. ابن جنید اسکافی (به نقل از حسن بن یوسف حلی (علامه)، مختلف الشیعه، ج ۳ (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳) ص ۸۸)؛ شیخ مفید در کتاب الاشراف (به نقل از یوسف بحرانی، الحدائق الناصره، ج ۱۰ (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا) ص ۱۸)؛ محمد بن حسن طوسی (شیخ الطائفه)، الخلاف، ج ۶ (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷) ص ۲۱۸ - المبسوط، ج ۸ (قم: مکتبه مرتضویه، ۱۳۵۱) ص ۲۱۷. (بر این اساس شیخ در نهایه (ص ۵۱۰) اسلام را برای دو شاهد طلاق کافی دانسته است)؛ زین‌الدین عاملی (شهید ثانی)، مسالک الافهام، ج ۱ (قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳) ص ۳۱۲ و ۳۱۳، ج ۱۳، ص ۴۰۳؛ شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، چاپ پنجم (بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۶) ص ۲۹۰. (وی مستفاد از روایات باب "ما یعتبر فی الشاهد من العداله" را اصاله العداله و عدم وجوب تفحص برای احراز دانسته است).

۳. ابن براج طرابلسی، المهذب، ج ۲ (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۶) ص ۵۵۶. در نظر شیخ انصاری این قول به اکثر قدها منسوب است (مرتضی انصاری، پیشین، ص ۸). لازم به ذکر است که بعضی دو تعریف آخر را جنبه اثباتی عدالت و طریق تبعیدی آن دانسته‌اند (محمد حسن آشتیانی، کتاب القضا، چاپ دوم (قم: دارالهجره، ۱۴۰۴) ص ۶۳؛ مرتضی انصاری، پیشین، ص ۴۰؛ سید ابوالقاسم خویی، پیشین، ص ۲۵۳). اما آخوند خراسانی فسق مقابل عدالت و انجام محرمات و ترک واجبات را فسق علنی و ظاهر می‌داند (محمد کاظم خراسانی، رساله فی العداله، مندرج در محسن کدیور، سیاست‌نامه خراسانی، چاپ دوم (تهران: کویر، ۱۳۸۷)، ص ۳۷).

۴. برای تفصیل بیشتر، ر.ک: زین‌العابدین نجفی، «مفهوم‌شناسی واژه عدالت در فقه امامیه»، فصلنامه علمی- پژوهشی انسان‌پژوهی دینی، سال نهم، ش ۲۸ (۱۳۹۱)، ص ۱۴۱-۱۷۰؛ سلمان علیان‌لله مرزی، بررسی موارد شرط عدالت در فقه امامیه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه قم، (۱۳۸۰).

۵. برخی مراد از اسلام را نزد قائلین به این دیدگاه، ایمان می‌دانند (محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۱۳، ص ۲۸۰).

این دیدگاه، اسلام ملکه‌ای است که صاحبش را از فسق بازمی‌دارد.^۱ بعبارت دیگر، ظاهر حال مسلمان حاکی از عدالت و التزام به انجام واجبات و ترک محرمات شرعی است و اصل، عدم فسق است.^۲

در علم رجال نیز در میان متأخران اصطلاح "مُهمل" و "مجهول" بجای یکدیگر بکار می‌روند^۳ و مجهول در معنایی اعم استعمال می‌شود؛ در حالی که نزد قدما این دو دارای مرزبندی مشخصی بوده و مهمل مانند ممدوح مورد عمل بوده است.^۴ از همین رو ابن داود رجال خود را به دو بخش ممدوحین و مهملین، مجروحین و مجهولین تقسیم نموده است.^۵ محقق شوشتری ضمن تأیید این دیدگاه، معتقد است اصحاب نیز بدان عمل

۱. سیدجواد عاملی، *مفتاح‌الکرامه*، ج ۱۰ (بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا) ص ۳۸؛ مرتضی انصاری، *القضاء و الشهادات* (قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵)، ص ۱۲۴. البته کثرت وقوع فسق و معاصی موجب تضعیف این اصل شده است (محمد بن حسن اصفهانی، *کشف‌الثام*، ج ۱۰ (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶) ص ۶۰) شهید ثانی نیز در پاسخ به کسانی که تفحص از فسق را واجب می‌دانند (تا با علم به عدم فسق، تبیین و تثبیت هم نفی شود) می‌گوید: اصل، عدم مانع در مسلمان است و نمی‌توان درباره مجهول‌الحال حکم به فسق کرد (شهید ثانی، *شرح‌البدایه فی علم‌الدرايه*، (قم: منشورات فیروزآبادی، ۱۳۹۰) ص ۲۸).

۲. محقق همدانی منظور از این اصل را به دو چیز برمی‌گرداند: ظهور حال یا اصل صحت در افعال و اقوال مسلمان که واجبات را ترک نمی‌کند و محرمات را انجام نمی‌دهد یا اصل استصحاب؛ هرچند او این مورد دوم را با توجه به زائد بودن وصف عدالت بر اسلام و توقف حصول آن به اسباب وجودی دیگر که اصل، عدم آن است رد می‌کند (رضا همدانی، *مصباح‌الفتیحه*، ج ۲ (بی‌جا: مکتبه الصدر، بی تا) ص ۶۷۱). البته برخی با این ظاهر حال مخالفت کرده‌اند، به دلیل آنکه مبنای آن غلبه است و ظن ناشی از آن اعتباری ندارد؛ همچنین غلبه بر خلاف آن نیز دیده می‌شود (سید محمد شیرازی، *موسوعه‌الفتحه*، ج ۱، چاپ دوم (بیروت: دارالعلوم، ۱۴۰۷) ص ۲۸۴ و ۲۸۵).

۳. مجهول در علم رجال به فرد ناشناخته گفته می‌شود، مهمل اما کسی است که ناشناخته نیست (از نظر نسب، استادان، شاگردان و...) ولی هیچ مدح یا ذمی درباره او به دست ما نرسیده است.

۴. محمد تقی شوشتری، *قاموس‌الرجال*، ج ۱ (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰) ص ۴۴. میرداماد نیز پس از نقل نظر شهید اول در مسأله‌ای که وی روایت فرد مجهول را پذیرفته، از آن چنین نتیجه می‌گیرد: «انَّ الجهالة الطاعنه فی الروایه انما هی الجهالة المصطلحه و هی المحکوم بها من تلقاء ائمه التوثیق و التوهین، لا کون الراوی غیر معلوم الحال لکونه ممن لا حکم علیه من تلقائهم بجرح و لا تعدیل» (محمد باقر استرآبادی میرداماد، *الرواشح السماویه* (قم: دارالحديث، ۱۴۲۲) ص ۱۰۶، الراشحه الثالثه عشر).

۵. ابن داود حلی، *رجال ابن داود* (نجف: المطبعة الحیدریه، ۱۳۹۲) ص ۲۹ و ۲۲۵.

می کرده‌اند. او عمل متأخرین در خلط دو نوع مجهول را "خبط عظیم" دانسته است.^۱ البته در مقابل ابن داود، علامه حلی اعتمادی به روایات مهملین ندارد. برخی دلیل اعتماد ابن داود به راویان مهمل را «اصاله العداله» می‌دانند.^۲ جالب‌تر آنکه شیخ طوسی راستگویی و وثاقت در نقل حدیث را برای عدالت راوی کافی می‌داند،^۳ حتی اگر چنین شخصی در افعال جوارحی خود فاسق باشد!^۴ بر این اساس، عدالت بسته به مورد دارای تعاریف متفاوتی است و نمی‌توان تعریف واحدی را برای عدالت در موارد مختلف بدست داد.^۵

دیدگاهی که عدالت را مفهومی واحد نمی‌پندارد، عقلایی‌تر به نظر می‌رسد. اگر از عدالت مورد نیاز برای داوطلبان انتخابات (بر فرض لزوم وجود این شرط) با توجه به وظایف و مسئولیت‌های آنان تعریف خاصی ارائه شود و از تعریف مشکل‌آفرین ترک کبائر و عدم اصرار بر صغائر دست کشیده شود، بخشی از مشکلات حل خواهد شد. زیرا جایگاه‌هایی چون ریاست جمهوری و نمایندگی مجلس در صدر اسلام سابقه نداشته

-
۱. وی ادامه می‌دهد: «فتری القدمات كما يعملون بالخبر الذی رواه ممدوحون، يعملون بالخبر الذی رواه غیرمجروحین و انما یردون المطعونین» (محمد تقی شوشتری، پیشین، ج ۱، ص ۳۸).
 ۲. سید ابوالقاسم خویی، معجم رجال الحدیث (قم: منشورات مدینه العلم، ۱۴۰۹) ج ۱۵، ص ۶۶؛ ج ۱۷، ص ۶۸. ایشان در موارد زیادی مبنای قداما از جمله شیخ صدوق و استادش محمد بن حسن بن ولید و علمای دیگر از جمله احمد بن طاسوس، علامه حلی و ابن داود را اصاله العداله دانسته که بدلیل مغایرت با مبنای خود (وثاقت راوی) آن را رد کرده است. ن.ک: ج ۱، ص ۷۰ و ۲۷۸؛ ج ۲، ص ۵۷؛ ج ۳، ص ۴۴، ۱۲۱، ۱۲۲؛ ج ۴، ص ۲۸۴؛ ج ۱۲، ص ۴۲؛ ج ۱۶، ص ۵۱؛ ج ۱۸، ص ۱۶۳؛ ج ۲۰، ص ۳۳، ۶۲.
 ۳. یکی از فقهای معاصر نسبت میان عدالت و صداقت را عموم و خصوص من وجه می‌داند. به نظر ایشان، حب نفس و هوای نفسانی از امور تأثیرگذار در خطای انسان است. ایشان ادامه می‌دهد: «حجیت دائر مدار این است که هوای نفس شخص از متعارف بیشتر نباشد. اگر هوای نفس انسان در قسمتی از متعارف بیشتر باشد، قول او در آن قسمت حجیت ندارد؛ ولی در سایر زمینه‌ها قول او معتبر است» (سید موسی شبیری زنجانی، درس خارج اصول، مبحث خبر واحد، جلسه ۳۸، ۱۳۹۵/۱۱/۱۲).
 ۴. محمد بن حسن طوسی، *عده الاصول*، ج ۱ (قم: ستاره، ۱۴۱۷) ص ۱۵۲. در حقیقت می‌توان گفت: «العداله فی کل شیء بحسبه».
 ۵. فقها در خصوص تفاوت معنا و درجه عدالت به حسب اعمال و مناصب گوناگون اختلاف نظر دارند. ر.ک.: یوسف بحرانی، پیشین، ج ۱۰، ص ۵۸-۶۶. همچنین بر خلاف سید محمد کاظم یزدی که برای عدالت قاضی به اجماع استناد می‌کند، برخی از فقیهان بر اساس بناء عقلا و همانند اخبار از حکم الهی، تنها وثاقت را برای قاضی کافی می‌دانند (یوسف صانعی، *تعلیقات علی ملحق العروه الوثقی*، ج ۲ (قم: منشورات فقه‌التقلین، ۱۴۴۲) ص ۳۱).

است. اینگونه منصب‌ها حتی در صورت شباهت با بعضی مناصب صدر اسلام نیز با توجه به وجود تفاوت، به تعریف جدید نیاز دارند. شاید چنان تعریفی از عدالت در مسائل عبادی موجه باشد، اما در مسائل اجتماعی علاوه بر دشواری یا امتناع احراز، باعث کاهش محسوس کارآمدی می‌شود؛ زیرا چنین شرایطی ارتباطی با تخصص مورد نیاز نخواهد داشت و صرفاً موجب عدم بهره‌مندی از برخی متخصصان می‌شود. به دیگر سخن در مورد شرایط ذهنی و کیفی که احراز آن دشوار یا ممتنع یا امکان‌خطا در آن زیاد است، تغییر اصل شرط یا مفهوم آن یا شیوه تفسیر و احراز آنها ضروری به نظر می‌رسد. در نتیجه نمی‌توان در برابر آنها رویکردی مشابه شرایط عینی و کمی اتخاذ کرد و در اثبات و احراز شرایط مذکور سختگیری نمود.

حتی بر فرض که منظور قانونگذار از "التزام عملی" و شرایط مشابه، "عدالت" باشد، دیدگاه‌هایی در فقه وجود دارد که ماهیت عدالت را متفاوت دانسته یا راه‌های ساده‌تری را برای احراز این شرایط پیشنهاد می‌دهد؛ مانند دیدگاه‌هایی که ظن مطلق را نیز طریق احراز عدالت می‌داند^۱ یا عدالت غیرمسلمان را ممکن می‌شمارد^۲ یا عدالت را مفهومی

۱. بعضی از معاصرین شیخ انصاری بر اعتبار مطلق ظن برای عدالت تصریح می‌کنند. دلیل آنها انسداد باب علم به عدالت و عدم جواز رجوع به اصل عدم عدالت در تمامی موارد جهل به آن می‌باشد. زیرا رجوع به اصل عدم عدالت در تمامی موارد جهل، مستلزم بطلان حقوق و اختلال نظام است. شیخ، ظن به عدالت را مطلوب و احتیاط در آن را موجب حرج شدید می‌داند (مرتضی انصاری، پیشین، ص ۶۳؛ *مطرح الانظار*، تقریر ابوالقاسم نوری تهرانی، ج ۳، (قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۸۳)، ص ۲۸۹؛ *فرائد الاصول*، ج ۱، (قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۷)، ص ۴۳۱). ر.ک.: محمد باقر وحید بهبهانی، پیشین، ص ۷۵۸؛ محمد حسین اصفهانی، *صلاح الجماعه* (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۹) ص ۱۹۸. برخی از فقهای معاصر نیز به دلیل عدم امکان حصول اطمینان و برای جلوگیری از لغویت احکام مترتب بر عدالت، معتقد به انسداد صغیر در باب عدالت شده و ظن را برای اثبات آن کافی دانسته‌اند (سید موسی شبیری زنجانی، درس خارج فقه اعتکاف، درس ۵۹، ۱۳۹۱/۲/۱۹). همچنین از استقراء در کلمات فقها می‌توان قاعده "حجیت ظن در موضوعات" را اصطیاد کرد که دلیل اصلی آن بناء عقلا است و ارتباطی با اصل عدم حجیت ظن در احکام ندارد (محمد جواد فاضل لنکرانی، نشست گفتمان معرفت، مشهد، ۱۳۹۸/۳/۹، سایت شبکه اجتهاد: ijtihadnet.ir).

۲. شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ج ۱۴، ص ۱۶۰؛ شهید اول هم در موارد پذیرش شهادت اهل ذمه، عدالت آنها در دین خودشان را شرط می‌داند و حتی آنها را به مسلمانان فاسق ترجیح می‌دهد (محمد بن جمال‌الدین مکی عاملی (شهید اول)، *الدروس*، ج ۲ (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۴) ص ۱۲۴).

ذومراتب^۱ می‌داند که واجد معنای عرفی^۲ است و حسب مورد، معنای متفاوتی می‌یابد و نیز دیدگاه‌هایی که در خصوص شخص مسلمان مجهول‌الحال اصاله‌العداله را جاری می‌داند.^۳ اما در رویه عملی شورای نگهبان با اینکه قانون هیچ تصریحی به عدالت ندارد، بلکه ظهور در عدم اشتراط آن دارد، نظریات سختگیرانه‌ای درباره عدالت ملاک کار قرار می‌گیرد.

اگرچه به لزوم تحقیق درباره عدالت شهود بعنوان مؤید مسأله احراز صلاحیت داوطلبان انتخابات استناد شده است،^۴ اما باید توجه نمود که دشواری و عدم امکان احراز عدالت، باعث شده رویه قضایی در مورد شاهد که در فقه و قانون، متوقف بر شرط عدالت است سختگیری نکند و حتی اصل را بر عدالت بگذارد و شهادت او را بپذیرد، مگر آنکه جرحی صورت بگیرد تا بدان رسیدگی شود؛ زیرا اجرای تکالیف دینی به طور معمول دور از دید عمومی انجام می‌شود و تحقیق درباره آن به سختی امکان‌پذیر است.

۱. فقها عدالت را امری مرتبه‌بردار می‌دانند که برای ثبوتش، احراز پایین‌ترین درجه آن نیز کفایت می‌کند و لزومی به احراز بالاترین درجه آن نیست، سخت‌گیری در مراتب عدالت و اثبات آن سبب اختلال نظام، بطلان حقوق و تعطیلی احکام الهی می‌شود. تضییق و سخت‌گیری در این امور باعث می‌شود عدالت در مرز عصمت قرار گیرد و جز افراد معدودی را نتوان به این صفت شناخت و این با شریعت سمحه سازگار نیست (مرتضی انصاری، پیشین، ص ۲۸؛ محمد باقر وحید بهبهانی، پیشین، ص ۷۶۷؛ سید محسن حکیم، مستمسک‌العروه، ج ۱، (نجف: مطبعه الآداب، ۱۳۹۱)، ص ۵۱؛ محمد باقر مجلسی، بحارالانوار، ج ۸۵، چاپ دوم (بیروت: مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳)، ص ۳۳؛ احمد بن محمد اردبیلی، مجمع‌الفائده والبرهان، ج ۳ (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴)، ص ۲۴۹). به نظر صاحب جواهر در صورت ملکه دانستن عدالت، حتی برای افرادی مانند محقق اردبیلی و سید هاشم بحرانی هم نمی‌توان با اطمینان حکم به عدالت کرد! (محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۱۳، ص ۲۹۵).

۲. سید محمد عاملی، مدارک‌الاحکام، ج ۴ (مشهد: آل‌البیت، ۱۴۱۰)، ص ۶۹.

۳. برخی فقها معتقدند که برای تعدیل، معاشرت لازم است تا بتوان این ملکه را که از امور نهانی است کشف کرد، در حالی که برای جرح چنین چیزی لازم نیست زیرا بدون معاشرت هم امکان مشاهده معصیت از فرد وجود دارد. اما صاحب عروه در هر دو مورد عدم لزوم معاشرت را اقوی می‌شمارد، چرا که ملکه عدالت خفی است ولی کاشف آن یعنی حسن ظاهر، امری آشکار می‌باشد (سید محمد کاظم یزدی، العروه‌الوثقی، ج ۶ (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷)، ص ۵۱۶؛ مسأله ۱۲؛ علی‌پناه اشتهازدی، پیشین، ج ۱۷، ص ۲۶۹).

۴. غلامحسین الهام، یادداشت نمایندگی مجلس؛ اصل برائت یا احراز صلاحیت؟ (مبانی حقوقی احراز صلاحیت نامزدی نمایندگی مجلس شورای اسلامی)، روزنامه کیهان، ش ۱۷۴۷، ۱۷/۰۶/۱۳۸۱.

قضات معمولاً به شغل و معلومات و منش اجتماعی شاهد توجه می‌کنند و به حکم ظاهر انسانی متعارف و اجتماعی، اصل را بر صحت و اعتماد به او می‌گذارند.^۱

به تصریح قانون، احراز عدالت برای قاضی لازم است (تبصره ۱ ماده ۱۳۱۳ ق.م و تبصره ۱ ماده ۱۷۷ ق.م.ا) و حُسن ظاهر کافی نبوده و برای شاهد جرح یا تعدیل، در اثبات یا نفی عدالت، علم لازم است (تبصره ماده ۱۹۵ ق.م.ا). در مورد احراز طهارت مولد که از شرایط شهادت است نیز رویه محاکم، شناسنامه را کافی می‌داند. حال اگر در جایی که شرط عدالت وجود دارد این‌گونه عمل می‌شود؛ چرا در موردی که این شرط در متن قانون وجود ندارد و مرتبه‌ای پایین‌تر از آن مدنظر بوده و حتی به لزوم احراز هم تصریح نشده است، این چنین سختگیری می‌شود؟ همچنین طبق ماده ۱۹۱ ق.م.ا، امکان جرح و تعدیل شاهد وجود دارد. لذا در صورت استماع شهادت در فرآیند احراز صلاحیت، داوطلبی که صلاحیتش از طریق شهادت رد می‌شود، باید حق جرح شاهد را داشته باشد؛ بنابراین می‌بایست فردی را که سخنش در تحقیقات، مستند رد صلاحیت قرار گرفته بشناسد تا بتواند از طریق خدشه در اعتبار شهادت او حق خود را استیفا کند، اما آیا چنین حقی برای شخص رد صلاحیت شده به رسمیت شناخته می‌شود؟

۲. نقش تلقی شورای نگهبان از منصب به مثابه امانت در داوری درباره

شرایط داوطلبان

امانت به سه نوع مالکی (قراردادی)، قانونی (شرعی) و قضایی تقسیم می‌شود؛ امانت نوع اول کلیه عقود امانی مانند ودیعه و عاریه را در برمی‌گیرد؛ امانت نوع دوم مانند ولی قهری و ملتقط و امانت نوع سوم از قبیل قیم می‌باشد. در امانت نوع دوم که ناظر به رعایت غبطه و مصلحت فرد به صورت نوعی است قانون به پیروی از نظر مشهور فقها^۲ نظارت پسینی را در نظر گرفته اما شرط عدالت را لازم ندانسته است.^۳ ولی در امانت نوع سوم شرایطی را برای قیم پیش‌بینی نموده است (ماده ۱۲۳۱ ق.م) تا از رعایت مصلحت اطمینان حاصل کند. برعکس در امانت نوع اول که دارای هیچ شرط اضافه‌ای نیست؛ صرف انعقاد

۱. ناصر کاتوزیان، پیشین، ج ۲، ص ۴۲.

۲. مرتضی انصاری، *المکاسب*، ج ۳ (قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵) ص ۵۳۵.

۳. سید روح‌الله خمینی، پیشین، ج ۲، ص ۱۳، مسأله ۶. ماده ۱۱۸۴ ق.م نیز به پیروی از فقه حاکمی از همین مطلب است.

قرارداد باعث امین دانستن فرد می‌شود و مادامی که تعدی یا تفریط ثابت نشده، ید او امانی است. حتی ادعای عدم امانت او توسط مودع، معیر یا... نیز چون با امین دانستن اولیه منافات دارد، پذیرفته نمی‌شود (لیس علی الامین الا الیمین). اختلافی که در فقه شیعه راجع به شرط عدالت وصی وجود دارد نیز ناشی از این است که آیا وصی ملحق به امین مالکی است یا امین شرعی.^۱ به عبارت دیگر، وقتی قاضی موظف به نصب قیم یا ضمّ امین است، باید شخصی موثق و مورد اطمینان را منصوب کند، اما اگر امانت مالکی بود (نه قضایی)، امین به معنای غیرغاصب و غیرضامن است و انتخاب او صرفاً وابسته به اراده فرد بوده و صالح بودن شخص امین لزومی ندارد. از این رو فقیهان در عقود چون ودیعه، عاریه، وکالت، رهن، مضاربه، اجاره و شرکت شرط عدالت را لازم ندانسته‌اند، اما در موردی مانند اذان، مستحب می‌دانند که حاکم فرد عادل را بعنوان مؤذن نصب کند.^۲

مراغی در صورت عدم وجود دلیل بر اشتراط عدالت، اصله الاطلاق را نسبت به تکالیف، ضمانات، عقود و عبادات بلامعارض می‌داند و ضابطه‌ای را درباره موارد اشتراط عدالت مطرح می‌کند: قول یا فعل شخص، مسقط [تکلیف] از دیگری یا حجت بر دیگری باشد؛ امین مال یا حق دیگری بدون نظر مالک باشد (دست او مسلط بر مال دیگری بدون اذن مالک باشد).^۳ از جمله دلایل مراغی در ردّ تشابه وکالت با نیابت در عبادات و در نتیجه عدم تسری شرط عدالت از دومی^۴ به اولی، اصل صحت در فعل

۱. همان، ص ۱۰۲، مسأله ۳۸.

۲. یوسف بحرانی، پیشین، ج ۹، ص ۳۳۶. فقها برای کاتب و مترجم منصوب قاضی هم عدالت را شرط می‌دانند. (نک: محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۴۰، ص ۱۰۶ و ۱۰۹).

۳. میرعبدالفتاح مراغی، العناوین، ج ۲، ص ۷۲۶ و ۷۲۷. وی پس از این تعریف، نمونه‌هایی را ذکر می‌کند: «شاهد، قاضی، کاتب، مترجم، عامل صدقه، امین اموال، مقسم اموال، نایب در هر نوع عبادت (اعم از طرف زنده یا مرده و به نیابت از خود یا وکیل مکلف)، امین حاکم برای اموال ایتم و غایبین و دیوانگان و برای جمع‌آوری حقوق مالی (مانند خمس و زکات)، منصوب حاکم در نظارت بر وقف یا وصایت، وصی بر اموال اطفال و دیوانگان، توزیع‌کننده حقوق مالی از جانب حاکم، ودعی‌ای که هنگام عذر [و محجوریت] مستودع مال نزد او سپرده شده، امام جماعت و نظایر این‌ها». ر.ک.: محمد بن جمال‌الدین مکی عاملی (شهید اول)، القواعد و الفوائد، ج ۱ (قم: مکتبه المفید، بی تا)، ص ۲۱۹، قاعده ۶۴.

۴. بعنوان نمونه برای حج باید به شخص عادل نیابت داد (شهید ثانی، الروضه البهیة، ج ۲ (بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا)، ص ۱۹۷).

مسلمان برای اثبات صحت فعل وکیل است که در نیابت ممکن نیست؛ چون نائب، فعلی را به نیابت از غیر انجام می‌دهد و جریان اصاله الصحه در فعل مسلمانی بجای مسلمان دیگر ممکن نیست.^۱

تفکیک میان امانات را در باب رهن نیز می‌توان دید؛ وقتی پس از موت مرتهن، راهن و وارث مرتهن یکدیگر را نپذیرند باید شخص ثالثی را با توافق یکدیگر انتخاب کنند و اگر به توافق نرسند، حاکم فردی را تعیین خواهد کرد؛ اما شرایط این دو شخص ثالث از لحاظ عدالت با هم متفاوت است.^۲ همچنین در خصوص بازگرداندن مورد ودیعه، در صورت خوف تلف و تعذر رد آن، حاکم آن را نزد فرد عادل و دیعه می‌گذارد.^۳ صاحب جواهر که از لزوم عدالت برای قاسم^۴ منصوب حاکم بحث کرده، عدالت را در صورت ترازی طرفین به دلیل وکالت لازم نمی‌داند.^۵ این تفکیک در مواد ۴۶۶ و ۴۶۹ ق.آ.د.م درباره موانع انتخاب داور توسط دادگاه یا طرفین و مواد ۲۵۸ و ۲۶۸ همان قانون درباره ارجاع امر به کارشناس منتخب دادگاه یا طرفین نیز مشاهده می‌شود.

در دوران مشروطه، علمای مشروطه خواه نمایندگی مجلس را به لحاظ فقهی از جنبه وکالت تحلیل می‌کردند و شرایط مبعوثان ملت را به باب وکالت ارجاع می‌دادند. آخوند خراسانی می‌نویسد: «ایضاً للحجه، لازم است به قاطبه ملت ابلاغ و ذهنی همه فرمایند که در مملکت مشروطه، زمام کلیه امور مملکت را خود ملت بالاستحقاق و الاصله مالک، و حقیقتاً انتخاب و کلای دارالشورای کبری تفویض همین وکالت به وکلاء عظام و حاکمیت مطلقه دادن به آنهاست در مدت مقرر بر کلیه امور.»^۶ در وکالت نیز فقها با

۱. میرعبدالفتاح مراغی، پیشین، ص ۷۲۸. البته عبادت توسط فاسق هم صحیح است اما فقها با توجه به آیه نبأ، عدالت را برای اخبار از عبادت لازم دانسته‌اند و نیابت فاسق تنها در حج مستحبی پذیرفته شده است. (سید محسن حکیم، پیشین، ج ۷، ص ۱۲۴؛ شهید ثانی، همان.)

۲. شهید ثانی، پیشین، ج ۴، ص ۹۰.

۳. همان، ص ۲۴۳.

۴. قسمت به معنای تمییز حق طرفین است.

۵. محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۴۰، ص ۳۲۷.

۶. محمد کاظم خراسانی، قفه فتاوی، ج ۳، ص ۳۱۰؛ به نقل از داود فیرحی، آستانه تجدد (تهران: نی، ۱۳۹۵) ص ۳۹۰.

استناد به نیاز عمومی و تسامح در احکام آن،^۱ اسلام و عدالت را لازم ندانسته‌اند و جز در موارد معدودی، وکالت کافر و فاسق را جایز می‌دانند.^۲ نایینی به تناسب حکم و موضوع، اجتهاد و تخصص در سیاست و حقوق را لازم می‌داند اما نمایندگی را از اموری چون قضاوت جدا کرده و عدالت را در آن ضروری نمی‌بیند. به نظر او «عقد مجلس شورای ملی برای نظارت متصدیان و اقامه وظائف راجعه به نظم و حفظ مملکت و سیاست امور امت و احقاق حقوق ملت است، نه از برای حکومت شرعی [قضاوت] و فتوی و نماز جماعت، و شرایط معتبره در این باب اجنبی و غیر مرتبط به این امر است، چنانچه صفات لازمه در این باب [وکالت و نمایندگی] هم که امهات آنها ذکر شد، اجنبی و بی‌ربط به آن ابواب [ولایت، برخی وجوه وکالت که قصد قربت دارد.] است، و از برای مراقبت در عدم صدور آراء مخالفه با احکام شریعت، همان عضویت هیئت مجتهدین و انحصار وظیفه رسمیّه ایشان در همین شغل، اگر غرض و مرضی در کار نباشد، کفایت می‌کند.»^۳ در مشروح مذاکرات قانون اساسی نیز می‌بینیم که یکی از فقهای حاضر در مجلس، رئیس جمهور منتخب را امین از جانب مردم می‌داند.^۴ ذکر شرط عدالت در قانون اساسی برای مقامات انتصابی و عدم ذکر آن برای مناصب انتخابی نیز می‌تواند مؤیدی بر تفاوت شرایط لازم برای امین منصوب و منتخب و برگرفته از فقه باشد. به همین دلیل همانندسازی استخدام توسط دولت با احراز شرایط داوطلبان انتخابات^۵ صحیح به نظر نمی‌رسد.

برخی برای رد کاربرد اصول صحت و براءت به آیه ۵۸ سوره نساء (انّ الله یأمرکم ان تودّوا الامانات الی اهلها) استناد می‌کنند و با بیان امانت بودن منصب، احراز صلاحیت را

۱. حسن بن یوسف حلّی، تذکره الفقهاء، ج ۱۵ (قم: آل البیت، ۱۴۱۵) ص ۵۲.

۲. علامه حلّی، پیشین، ص ۳۵ - مختلف الشیعه، ج ۶، ص ۲۴؛ سید ابوالحسن اصفهانی، وسیله النجاه، حاشیه سید روح‌الله خمینی (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲) ص ۵۰۸.

۳. محمد حسین نایینی، تنبیه‌الامه و تنزیه‌المله، تصحیح سید جواد ورعی (قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴) ص ۱۲۵.

۴. سخنان ناصر مکارم شیرازی در مشروح مذاکرات مجلس بررسی قانون اساسی سال ۱۳۵۸، ص ۱۱۱۵.

۵. غلامحسین الهام، یادداشت نمایندگی مجلس؛ اصل براءت یا احراز صلاحیت؟ (مبانی حقوقی احراز صلاحیت نامزدی نمایندگی مجلس شورای اسلامی)، روزنامه کیهان، ش ۱۷۴۷، ۱۳۸۱/۰۶/۱۷.

برای آن لازم می‌دانند.^۱ می‌توان پرسید: "منصب"، امانت از جانب چه کسی است؟ آیا امانت شرعی و از جانب خداست و دلیل شرعی متقنی درباره صلاحیت‌های لازم برای آن وجود دارد یا آنکه امانت، مالکی و از جانب مردم است؟ یا اینکه امانت مالکی از سوی نظام سیاسی است که در آن صورت حاکمیت باید صلاحیت‌های لازم برای این امتیاز را احراز کند و منصب را نصیب هر کسی نکند؟^۲

۳. استناد شورای نگهبان به اصل عدم در ارزیابی صلاحیت داوطلبان

کاربرد اصل عدم در قوانین انتخاباتی چنین است که در بررسی صلاحیت‌ها اصل را بر عدم واجدیت شرایط قانونی لازم می‌گذارند و در موارد تردید که علم به وجود شرایط ندارند، داوطلبان را رد صلاحیت می‌کنند. بر این اساس میان فردی که قطعاً صلاحیت ندارد و فردی که صلاحیت او مورد تردید است، در عمل تفاوتی نیست. از منظر شورای نگهبان چنانچه در قوانین انتخاباتی، هر نوع مقتضی یا شرط اثباتی برای تصدی مسئولیت لحاظ شده باشد، باید آن را احراز یا اثبات کرد (البینه علی المدعی) و گرنه در صورت فقدان دلیل مبنی بر وجود شرایط قانونی، اصل را بر نبود شرایط می‌گذارند. زیرا همه چیز به جز خداوند حادث و مسبوق به عدم است و انسان‌ها تا یقین به حدوث چیزی پیدا نکنند، به وجود آن حکم نمی‌کنند، بلکه اصل را بر عدم آن قرار می‌دهند.^۳ اما چرا چنین

۱. محسن اسماعیلی، نظارت قانونی، روزنامه همشهری، ش ۳۲۷۳، ۱۳۸۲/۱۰/۱۵.

۲. باید توجه داشت که انتخاب هر کدام از مبانی فوق، موجب تشکیل نظام سیاسی متفاوتی خواهد شد؛ مبنای اول به نظام ولایی نزدیک‌تر است ولی با اتخاذ مبنای دوم، نظام وکالتی تشکیل می‌گردد که به جمهوریت نزدیک‌تر است. البته ولایت فقیه بر مبنای نظریه انتخاب نیز از مردم بعنوان مالکان حوزه عمومی منبعث می‌شود؛ به ویژه اگر اصل عدم ولایت، تسلط افراد بر مال و نفس خویش و برابری انسان‌ها نقطه عزیمت قرار گیرد که در نتیجه آن، مردم ولایت داشته باشند. (ر.ک.: منتظری حسینی، دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه، ج ۱، ص ۲۷).
فرازهایی از قانون اساسی مانند اصل ۵۶ نیز که بیان می‌دارد خداوند انسان را مسلط و حاکم بر تعیین سرنوشت اجتماعی خویش قرار داده، مؤید همین رویکرد به ولایت فقیه است.

۳. غلامحسین الهام، یادداشت نمایندگی مجلس؛ اصل برائت یا احراز صلاحیت؟ (مبانی حقوقی احراز صلاحیت نامزدی نمایندگی مجلس شورای اسلامی)، روزنامه کیهان، ش ۱۷۴۷، ۱۳۸۱/۰۶/۱۷. همچنین برای مشاهده یادداشت‌های یکسان دیگر؛ ر.ک.: محمد بهادری جهرمی، یادداشت مبانی حقوقی ضرورت احراز صلاحیت، سایت شورای نگهبان (www.shora-gc.ir)؛ جلیل مجبی، یادداشت احراز صلاحیت از دیدگاه قانون و مبانی حقوقی، خبرگزاری مشرق، ۱۳۹۰/۱۰/۲۷.

معیاری فقط در خصوص انتخاب‌شوندگان اعمال می‌شود و درباره شرط عاقل بودن که برای انتخاب‌کنندگان مطرح شده^۱ اعمال نمی‌گردد؟ مجریان و ناظران انتخابات در مورد این شرط کیفی که نسبت به بعضی از شرایط داوطلبان نظیر اعتقاد به اسلام و نظام، امکان بیشتری برای اثبات و ارائه مدرک دارد، اصل را بر صحت می‌گذارند و ظاهر حال را ملاک قرار می‌دهند و این نشان‌دهنده تبعیت از معیارهای دوگانه است. البته دلیل تکیه بر اصل صحت و ظاهر حال، دشواری یا ناممکن بودن احراز برخی شرایط کیفی است که در مورد برخی شرایط انتخاب‌شوندگان هم صادق می‌باشد و اقتضای رفتاری یکسان دارد. به عبارت دیگر، شرایط کیفی و ذهنی به لحاظ احراز نیز متفاوت با شرایط کمی و عینی هستند و به همین دلیل می‌بایست میان شرایط اثباتی تفصیل قائل شد. وقتی اثبات امور درونی افراد دشوار یا محال باشد، مدعی کسی است که وجود شرایط و صلاحیت را انکار می‌کند و به راحتی با نشان دادن موارد نقض اعتقاد و التزام می‌تواند این امر به ظاهر عدمی را اثبات نماید.

اگر چه در هیچ یک از مواد قانونی که بیان‌گر وضعیت داوطلبان است، اشاره‌ای به وضعیت "عدم احراز صلاحیت" نشده است و در همه موارد، وضعیت دوگانه تایید یا رد صلاحیت به چشم می‌خورد،^۲ اما شورای نگهبان در مقام عمل و مبتنی بر پیش‌فرض اصل عدم واجدیت شرایط قانونی، وضعیت سوم (عدم احراز صلاحیت) را ایجاد کرده و مانع از ورود افراد زیادی به عرصه انتخابات شده است.^۳ هرچند شورا از بکار بردن عبارت رد صلاحیت ابا دارد و از عبارت عدم احراز صلاحیت استفاده می‌کند، اما "لازمه" عدم احراز صلاحیت - با توجه به کاربرد اصل عدم توسط شورا - رد صلاحیت است. وقتی شورا برای رد صلاحیت شخصی که صلاحیت او احراز نشده، عبارت عدم احراز صلاحیت را بکار می‌برد، در واقع اطلاق ملزوم بر لازم کرده است که نوعی مجاز‌گویی است. ممکن است گفته شود رد صلاحیت شخصی که صلاحیت او احراز نشده، صرفاً اثباتی است و نه ثبوتی؛ لذا از رد صلاحیت آن شخص، اثباتاً نمی‌توان نتیجه گرفت که وی ثبوتاً نیز فاقد شرایط قانونی لازم است. اما باید توجه داشت که با رد صلاحیت آن

۱. ماده ۲۷ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی.

۲. تبصره‌های ماده ۵۲ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی.

۳. تنها جایی که از واژه "احراز" درباره این موضوع استفاده شده، بند ۱۰-۳ سیاست‌های کلی انتخابات است.

شخص به واسطه اصل عدم، عرف نسبت به وجود شرایط قانونی لازم در او از جمله اعتقاد و التزام وی به اسلام دچار تردید می‌شود و شخص در موضع تهمت قرار می‌گیرد؛ از این رو گویی فرض برائت برای این شخص نقض می‌گردد. همچنین در کنار استدلال منطقی، پیامدهای استنباط در مسائل اجتماعی نیز می‌بایست مورد نظر قرار گیرد و اهمیت عرض و آبروی انسان‌ها با فرض عدم اعتقاد و التزام به اسلام مغفول واقع نشود. لذا با توجه به خدشه در حیثیت و وجهه اجتماعی شخص، مجالی برای تمسک به اصل عدم - که در عمده موارد استصحاب عدم ازلی است - باقی نمی‌ماند.^۱ بگذریم از اینکه حجیت استصحاب عدم ازلی با توجه به فقدان یکی از ارکان استصحاب یعنی وحدت متیقن و مشکوک،^۲ با اشکال و تردید جدی مواجه است و شماری از دانشوران اصولی برجسته، صحت آن را نمی‌پذیرند.^۳

البته اگر بنا بر استفاده از اصل عدم باشد، می‌توان آن را در موارد دیگری هم تصور کرد؛ مثلاً در مواردی که اصل وجود شرط خاصی (مانند عدالت) یا میزان وجود شرط قانونی خاصی که دارای مراتب است (مانند التزام به اسلام) در داوطلب مورد تردید باشد، اصل عدم اشتراط نسبت به کل یا بعض آن جاری می‌شود. نمونه دیگر اصل عدم درباره شرط التزام به اسلام است که بستگی به سابقه فرد داشته و اگر وجود یا عدم آن به طور یقینی معلوم نشود، می‌توان اصل را بر عدم فسق و معصیت گذاشت.

۱. محقق حلی تمسک به خبر واحد را که از امارات است، وقتی منجر به تهجم بر دماء می‌شود، نمی‌پذیرد. (شریع/اسلام، ج ۴، نجف: مطبوعه الآداب، ۱۳۸۹)، ص ۱۱۴) طبعاً دماء خصوصیتی ندارد و چنانکه صاحب جواهر بیان می‌دارد، شاید اهمیت عرض نزد برخی بیشتر از نفس هم باشد (محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۴۱، ص ۶۵۵). حال وقتی با تمسک به اماره خبر واحد نمی‌توان اعراض مردم را مخدوش کرد، چگونه می‌توان اصل عدم را که از اصول عملی و در مرتبه‌ای پایین‌تر از امارات است، آن هم اصل عدم ازلی که پذیرش حجیت آن محل تردید است، در امور مهم مورد استفاده قرار داد؟

۲. چون قضیه متیقن از نوع سالبه به انتفاء موضوع و قضیه مشکوک از سنخ سالبه به انتفاء محمول است.

۳. محمد حسین نائینی، *فوائد الاصول*، تقریرات محمد علی کاظمی، ج ۲ (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴) ص ۵۳۶؛ سید حسین بروجردی، *نهایه الاصول*، تقریرات حسینعلی منتظری (تهران: تفکر، ۱۴۱۵)، ص ۳۳۷ و ۳۳۸؛ سیدروح‌الله خمینی، *مناهج الوصول*، ج ۲ (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۴) ص ۲۶۹ - *انوارالهدایه*، ج ۲ (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۳) ص ۳۵۱.

مشهور فقیهان تقسیم‌بندی سه‌گانه‌ای از وضعیت افراد مسلمان به لحاظ عدالت و عدم عدالت ارائه می‌کنند: عادل، فاسق و مجهول‌الحال.^۱ اگرچه با اصل عدم فسق، نمی‌توان عدالت را که امری وجودی و طبق یک نظریه، ملکه‌ای نفسانی است اثبات کرد اما اعتبار خود این اصل مورد اتفاق است. بر همین اساس برخی از فقیهان نسبت دادن فسق به فرد مجهول‌الحال را موجب تعزیر دانسته‌اند.^۲ در نتیجه می‌توان اصل عدم فسق را در مورد فرد مجهول‌الحال بکار برد و مرتبه پایین‌تر از عدالت را که التزام عملی به اسلام هم از آن دسته است، اثبات نمود.

ممکن است اشکال شود که این اصل با اصل عدمی دیگری که در خصوص وجود شرایط قانونی است، در تعارض می‌باشد و در نتیجه تساقط خواهند کرد؛ در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت: در تعارض اصل عدم فسق و اصل عدم وجود شرایط قانونی می‌بایست اولی را مقدم شمرد. زیرا ابتدا وضعیت فرد نسبت به دستورات اسلامی سنجیده خواهد شد و در نتیجه اصل عدم فسق به عنوان اصل سببی بر اصل عدم وجود شرایط دینی مذکور در قانون به عنوان اصل مسببی مقدم خواهد بود و موضوع آن را از بین می‌برد.^۳ پس اصل عدم را نه درباره صلاحیت، بلکه درباره منشأ آن باید اجرا کرد و گفت "عدم الدلیل دلیل علی العدم".

اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی و اصل عدم ولایت در فقه نیز از دیگر مسائلی است که در بحث احراز صلاحیت داوطلبان مطرح می‌شود. اگرچه برخی، اصل عدم صلاحیت را نشأت‌گرفته از اصل عدم دانسته و در مورد احراز صلاحیت داوطلبان انتخابات جاری می‌نمایند،^۴ اما باید توجه داشت که مقصود از اصل عدم صلاحیت، بنابر آنچه در حقوق عمومی مدرن مطرح شده، محدودیت اختیارات صاحبان قدرت و مقامات دولتی و مستند کردن تصمیمات آنان به صلاحیت‌های مصرح در قانون است.^۵

۱. سیدروح‌الله خمینی، *تحریرالوسیله*، ج ۲، ص ۲۷۴.

۲. محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۲۸، ص ۳۹۳.

۳. ر.ک: عیسی ولایی، *فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول*، چاپ چهاردهم (تهران: نی، ۱۳۹۸) ص ۶۵.

۴. جلیل محبی، یادداشت احراز صلاحیت از دیدگاه قانون و مبانی حقوقی، خبرگزاری مشرق، ۱۳۹۰/۱۰/۲۷.

۵. صلاحیت نداشتن یعنی تحدید صلاحیت «مأموران دولتی» به منظور حفظ منافع عمومی و جلوگیری از تجاوزات و تعدیات آنها. مأمور دولت مکلف است در حدودی که دولت مقرر کرده است به صلاحیت خود عمل بکند و از آن هم تجاوز ننماید (منوچهر طباطبائی مؤتمنی، *حقوق اداری*، چاپ بیستم (تهران: سمت، ۱۳۹۵) ص ۴۴۶ و ۴۴۷).

بنابراین در مورد انتخاب یا انتصاب مقامات مسئول نمی‌توان از اصل عدم صلاحیت استفاده کرد بلکه این اصل صرفاً در خصوص اقدامات و اختیارات این افراد پس از انتخاب و انتصاب کاربرد دارد. حتی برخی مدافعان دیدگاه شورای نگهبان نیز به تغایر مفهومی عدم صلاحیتی که در حقوق عمومی مطرح می‌شود با عدم صلاحیتی که در بررسی صلاحیت کاندیداها مدنظر شورا است، اذعان دارند.^۱

در خصوص اصل عدم ولایت نیز گاه استدلال می‌شود که ولایت تنها از آن خداست^۲ و در مرحله بعد پیامبران و ائمه (ع) و در زمان غیبت، ولی فقیه از جانب خداوند دارای ولایت هستند و اعضای شورای نگهبان نیز منصوب و مأذون از جانب ولی فقیه می‌باشند. بنابراین جز از این طریق کسی نمی‌تواند ولایت، صلاحیت و سلطه‌ای کسب کند و در صورت شک در واجدیت صلاحیت، مطابق اصل عدم ولایت، رد صلاحیت صورت می‌گیرد.^۳

این استدلال درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا هر صلاحیتی از سنخ ولایت و حاکمیت نیست بلکه غالب انتخابات‌ها معطوف به اموری از سنخ مدیریت و وکالت است و چنین اموری اقتضای مسامحه را دارند^۴ تا حق کسی تضییع نشود. همچنین مبنای اصل عدم ولایت را باید در برابری آدمیان و فطرت آزاد و مستقل آنان جست.^۵ بر این اساس، هیچ دلیلی برای سلطه و ولایت مقامات عمومی بر مردم بدون اذن آنها وجود ندارد و اولویت

نیز ر.ک: محمد امامی، کوروش استوارسنگری، حقوق اداری، چاپ هجدهم (تهران: میزان، ۱۳۹۳) ص ۴۵؛ محمد حسین زارعی، مفهوم و گستره اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی، مندرج در کتاب حاکمیت قانون و دموکراسی (تهران: خرسندی، ۱۳۹۴) ص ۲۳۳-۲۵۶.

۱. محمد جواد رضایی‌زاده، محسن داوری، «مبانی و اصول تشخیص صلاحیت نمایندگی مجلس شورای اسلامی»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال پنجم، ش ۱۴، (۱۳۹۵)، ص ۱۳۴.

۲. احمد نراقی، عوائد الایام (قم: مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۷) ص ۵۲۹.

۳. محمد تقی مصباح یزدی، نظریه سیاسی اسلام، ج ۱، چاپ ششم (قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۹۱) ص ۳۰۷-۳۱۲؛ سیداحمد مرتضایی، نظارت استصوابی یا استطلاعی (قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۹۰) ص ۱۱۶.

۴. حسن بن یوسف حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱۵ (قم: آل البیت، ۱۴۱۵) ص ۳۵.

۵. حسینعلی منتظری، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه، ج ۱ (قم: المرکز الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۸) ص

هر یک بر دیگری بلا دلیل و ترجیح بلامرّح است. این، مردم هستند که می‌توانند با انتخاب خویش، به داوطلبان اذن در مداخله و تصمیم‌گیری دهند. بنابراین در مورد صلاحیت شورای نگهبان هم با توجه به اختلاف موجود در تفسیر قانون اساسی نسبت به محدوده نظارت بر انتخابات و شمول بررسی صلاحیت‌ها، می‌توان از اصل عدم صلاحیت و عدم ولایت بهره برد و با توجه به عدم تصریح، شورا را برای چنین عملی صالح ندانست. بگذریم از اینکه مردم، سفیه و محجور نیستند تا نهادهایی مانند شورای نگهبان ولیّ و سرپرست آنان باشد؛ اما تشبیه احراز صلاحیت شورای نگهبان به اموری چون ازدواج و تربیت فرزند،^۱ نشانگر نوعی نگاه قیّم‌آبانه به شهروندان است. اگرچه شورای نگهبان در ساختار جمهوری اسلامی نهادی است که با انتخاب‌های با واسطه مردم چنین جایگاهی را پیدا کرده است.

گفتنی است که اصل عدم صلاحیت با ارزیابی بدون چهارچوب و معیار عینی و بر اساس صلاحدید شخصی هم تعارض دارد. به‌طور کلی اصل مسلمی وجود دارد که در عالم حقوق هیچ اختیاری مطلق نیست و حتی در مواردی که قانونگذار به مقام عمومی، صریحاً یا ضمناً اجازه می‌دهد که در موضوعی به تشخیص خود تصمیم‌گیری نماید، این مقام نمی‌تواند هر تصمیم دلبخواهی^۲ اتخاذ کند. بنابراین حتی اختیاراتی که به ظاهر مطلق‌اند، در واقع مقید به اصول و قواعدی نوشته یا نانوشته‌اند که مقام عمومی در مقام تصمیم‌گیری و یا اجرا مکلف به رعایت آنها است.^۳

نتیجه‌گیری

جدا از اراده سیاسی درباره انتخاب آزاد که بود و نبود آن به بحثی جداگانه نیاز دارد، یکی از مشکلات در نظام انتخاباتی ایران، وجود شرایط قانونی ذهنی، کیفی و مبهم در خصوص انتخاب‌شوندگان است که با احراز شخصی و غیرنهادی شورای نگهبان و تمسک این نهاد به بعضی معیارهای فقهی و فراقانونی همراه شده است. معیار عدالت یکی از شاخص‌های مدّ نظر شورای نگهبان است که علاوه بر مغایرت با قانون و عدم مطابقت

۱. جلیل محبی، یادداشت احراز صلاحیت از دیدگاه قانون و مبانی حقوقی، خبرگزاری مشرق، ۱۳۹۰/۱۰/۲۷.

2. Arbitrary (Discretionary) (در برابر).

۳. مهدی هداوند، «نقش دیوان عدالت اداری در صیانت از قانون اساسی»، هفته‌نامه آسمان، ش ۳۰، (۱۳۹۱)، ص ۶.

با رویه قضایی در شیوه احراز عدالت، حاکی از اعمال نظریات سخت گیرانه و بی توجهی به طرق احراز سهل گیرانه در فقه می باشد؛ نظریاتی که اصل را عدالت می دانند، ظن مطلق را کافی دانسته، در خصوص غیرمسلمانان هم قائل به امکان عدالت هستند، عدالت را مفهومی ذومراتب و دارای معنایی عرفی می دانند و به حسب مورد و با توجه به جایگاه، تعریف متفاوت و مرتبطی از عدالت به دست می دهند. همچنین می توان با توجه به مالکیت و اختیار مردم در اداره امور عمومی، مناصب عمومی را امانت مالکی قلمداد کرد؛ همچنانکه از منظر فقهی نیز میان امین منصوب قاضی و امین منتخب طرفین تفاوت وجود دارد. بنابراین می توان بدون در نظر گرفتن شرایط اضافی، نقش مردم را در انتخاب پررنگ نمود و بر این پایه به تحلیل تفاوت شرایط لازم برای مناصب در قوانین اساسی و عادی پرداخت.

از دیگر سو، اصل عدم برخورداری از شرایط قانونی از جمله ملاک های شورای نگهبان و عامل تبدیل وضعیت دو گانه قانونی به وضعیت سه گانه می باشد که مستند رد صلاحیت قرار می گیرد؛ در حالی که امکان کاربرد اصل عدم در برابر رویکرد شورای نگهبان هم وجود دارد. بعبارت دیگر کاربرد اصل عدم سببی در خصوص منشأ صلاحیت، موضوع اصل عدم واجدیت شرایط قانونی را از بین می برد. اگرچه اصل عدم فسق، ناتوان از اثبات عدالت است اما برای التزام به اسلام که مرتبه ای پایین تر از عدالت است، کاربرد خواهد داشت. همچنین اصل عدم صلاحیت که در حقوق عمومی مدرن مطرح شده است، بعد از انتصاب یا انتخاب و برای تعیین حوزه اختیارات قانونی مقام مسئول بکار برده می شود؛ در حقیقت، اصل این است که مردم می توانند نامزد تصدی مقامات عمومی شوند. اصل عدم ولایت نیز ناشی از برابری آدمیان است و نشان دهنده لزوم اذن مردم برای اعمال قدرت توسط مقامات عمومی است. در نهایت اکتفا به ظاهر حال و بی توجهی به اصل عدم واجدیت شرایط و لزوم احراز شرایط اثباتی در بعضی موارد، نشان دهنده کاربست استانداردهای دو گانه توسط نهاد ناظر بر انتخابات است.

بدین سان مبانی و استدلال های فقهی که از عملکرد فعلی نهاد ناظر بر انتخابات پشتیبانی می کند چندان استوار نیست. حتی این رویه با اخلاق فضیلت - علی رغم مناقشاتی که درباره ورود آن به حوزه عمومی وجود دارد - سازگاری ندارد. سخت گیری ها برای تشکیل مجلسی متشکل از نمایندگان با فضیلت ضرورتاً به برپایی

مجلس فضیلت‌مند نمی‌انجامد؛ بر عکس در بسیاری موارد این دست سخت‌گیری‌ها باب ظاهرسازی و دورویی را می‌گشاید. تا آنجا که به مباحث حقوقی بازمی‌گردد تنها راه حل اصلاح وضعیت موجود در مسأله احراز صلاحیت‌ها، تغییر در برخی شرایط قانونی و شیوه تفسیر قوانین انتخاباتی است؛ از این رو این نوشتار به نقد معیارهایی پرداخت که ریشه در برخی رویکردهای فقهی دارد و در مقابل هر کدام، معیاری بدیل ارائه شد که فرآیند احراز صلاحیت را برای شورای نگهبان تسهیل و برای داوطلبان شفاف و قابل پیش‌بینی می‌سازد. اگر اراده سیاسی برای برگزاری انتخاب آزاد وجود داشته باشد، گمان نمی‌رود معیارهایی فقهی وجود داشته باشد که بتواند مانع این امر باشد. باری نباید پنداشت که مقتضای اصل احتیاط لزوماً سخت‌گیری در اثبات شرایط داوطلبان است. اصل احتیاط همچنانکه می‌طلبد در اثبات شرایط داوطلبان احتیاط شود، ایجاب می‌کند تا افراد واجد صلاحیت را بی‌جهت از نامزدی برای مناصب، محروم نکنیم و یا دامنه انتخاب شهروندان را در اعمال حقتشان محدود نکنیم. بدین سان احتیاط بی‌اندازه در یک جهت به بی‌احتیاطی در جهتی دیگر می‌انجامد که به لحاظ مبانی، قابل قبول نیست.

منابع

کتاب‌ها

- امامی، محمد و استوارسنگری، کوروش، حقوق اداری، چاپ هجدهم (تهران: میزان، ۱۳۹۳).
- اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفوائد و البرهان، ج ۳ (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴).
- اشتهاردی، علی‌پناه، مدارک العروه، ج ۱۷ (تهران: دارالاسوه، ۱۴۱۷).
- اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیله النجاه، حاشیه خمینی سید روح‌الله (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲).
- اصفهانی، محمد بن حسن، کشف اللثام، ج ۱۰ (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶).
- اصفهانی، محمدحسین، صلاه الجماعه (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۹).
- انصاری، مرتضی، رسائل فقهیه (رساله فی العداله) (قم: مطبعه باقری، لجنه تحقیق تراث الشیخ الاعظم، ۱۴۱۴).
- _____، القضاء و الشهادات (قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵).

- _____، المكاسب، ج ۳ (قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۵).
- _____، فرائد الاصول، ج ۱ (قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۳۷).
- _____، مطارح النظار، تقرير نوری تهرانی ابوالقاسم، ج ۳ (قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۳۸۳).
- آشتیانی، محمد حسن، كتاب القضاء، چاپ دوم (قم: دارالهجره، ۱۴۰۴).
- بحرانی، یوسف، الحدائق الناضره فی احكام العتره الطاهره (قم: موسسه النشر الاسلامی، بی تا).
- بروجردی، سیدحسین، نهایه الاصول، تقرير منتظری حسینعلی (تهران: تفکر، ۱۴۱۵).
- بهشتی، سیدمحمد، مبانی نظری قانون اساسی، چاپ دوم (تهران: روزنه، ۱۳۹۴).
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۴، چاپ ششم (تهران: گنج دانش، ۱۳۹۳).
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسایل الشیعه، ج ۱۸، چاپ پنجم (بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۶).
- حسینی مراغی میر عبدالفتاح، العناوین، ج ۲، چاپ سوم (قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۹).
- حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروه، ج ۱ (نجف: مطبعه الآداب، ۱۳۹۱).
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف، تذکره الفقها، ج ۱۵ (قم: آل البيت، ۱۴۱۵).
- _____، مختلف الشیعه فی احكام الشریعه (قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳).
- حلی (محقق)، ابوالقاسم جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسایل الحلال و الحرام (نجف: مطبعه الآداب، ۱۳۸۹).
- حلی، ابن ادریس، السرائر الحاوی، ج ۲، چاپ دوم (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰).
- حلی، ابن داود، رجال ابن داود (نجف: المطبعه الحیدریه، ۱۳۹۲).
- خویی، سیدابوالقاسم، التنقیح فی شرح العروه الوثقی، تقرير غروی تبریزی علی، چاپ سوم (قم: دارالهادی، ۱۴۱۰).
- _____، معجم رجال الحدیث (قم: منشورات مدینه العلم، ۱۴۰۹).
- راسخ، محمد، حق و مصلحت، چاپ پنجم (تهران: طرح نو، ۱۳۹۳).
- _____، درس گفتارهای فلسفه حق و فلسفه حقوق عمومی (تهران: خانه اندیشمندان علوم انسانی، ۱۳۹۴).
- روابط عمومی دفتر تحکیم وحدت، نظارت استصوابی (تهران: افکار، ۱۳۷۸).

- زارعی، محمدحسین، مفهوم و گستره اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی، مندرج در کتاب حاکمیت قانون و دموکراسی (تهران: خرسندی، ۱۳۹۴).
- سیوری، حلی فاضل مقداد، کنزالعرفان فی فقه القرآن، ج ۲ (قم: انتشارات مرتضوی، ۱۴۲۵).
- شوشتری، محمدتقی، قاموس الرجال (قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰).
- شیرازی، سیدمحمد، موسوعه الفقه، ج ۱، چاپ دوم (بیروت: دارالعلوم، ۱۴۰۷).
- صانعی، یوسف، تعلیقات علی ملحق العروه الوثقی، ج ۲ (قم: منشورات فقه الثقلین، ۱۴۴۲).
- صدر، سیدرضا، الاجتهاد و التقليد (قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۰).
- صدوق (شیخ)، محمدبن علی، من لا یحضره الفقیه، ج ۱، چاپ دوم (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳).
- _____، الهدایه (قم: مؤسسه امام هادی، ۱۴۱۸).
- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم، العروه الوثقی (قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷).
- طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ بیستم (تهران: سمت، ۱۳۹۵).
- طرابلسی، ابن براج، المهدب، ج ۲ (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۶).
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن، الخلاف، ج ۶ (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷).
- _____، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۸ (قم: مکتبه مرتضویه، ۱۳۵۱).
- _____، عده الاصول، ج ۱ (قم: ستاره، ۱۴۱۷).
- طوسی، ابن حمزه، الوسيله الی نیل الفضیله (قم: مطبعه الخیام، ۱۴۰۸).
- عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة (بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا).
- _____، شرح البدایه فی علم الدرایه (قم: منشورات فیروزآبادی، ۱۳۹۰).
- _____، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام (قم: موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳).
- عاملی، سیدجواد، مفتاح الکرامه، ج ۱۰ (بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا).
- عاملی، سیدمحمد، مدارک الاحکام، ج ۴ (مشهد: آل البیت، ۱۴۱۰).
- علینقی، امیرحسین، نظارت بر انتخابات و تشخیص صلاحیت داوطلبان (تهران: نی، ۱۳۷۸).
- غروی نایینی، محمد حسین، تنبیه الامه و تنزیه المله، تصحیح ورعی سید جواد (قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴).
- فیرحی، داود، آستانه تجدد (تهران: نی، ۱۳۹۵).
- قاضی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی (تهران: میزان، ۱۳۹۳).