

## ارزیابی فقهی

# جواز صدور قرار تأمین در فرض وجود بینة\*

- میثم خزائی<sup>۱</sup>
- جواد ایروانی<sup>۲</sup>
- علی خاکسار حقّانی دهکردی<sup>۳</sup>

### چکیده

قرار تأمین که از جمله قرارهای موقتی است، یکی از تدابیر احتیاطی برای جلوگیری از تضییع حقوق اصحاب دعواست. در آیین دادرسی مدنی، به موجب قرار تأمین و جهت حفظ حقوق احتمالی خواهان، عین خواسته یا معادل آن از اموال خوانده تا پایان دادرسی به حیطة توقیف درآمده، از نقل و انتقال آن جلوگیری می‌شود. در آیین دادرسی کیفری، پس از تفهیم اتهام و وجود دلایل کافی به منظور حفظ حقوق احتمالی یکی از اصحاب دعوی، قرار تأمین در جریان دادرسی صادر می‌گردد. گرفتن وجه التزام، وثیقه، تکفیل یا حبس

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۰/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۷/۲۹.

۱. استادیار دانشگاه آیةالله بروجردی (نویسنده مسئول) (maysam6235@gmail.com).

۲. دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی (irvani\_javad@yahoo.com).

۳. دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و حقوق اسلامی دانشگاه آیةالله بروجردی (نویسنده مسئول)

(khasar47@gmail.com).

مدعی علیه نیز از مصادیق آن است. در متون فقهی کتاب القضاء نیز به مسئله الزام به کفیل یا حبس مدعی علیه در فرض وجود بینه اشاره شده است که می‌توان از آن به مبانی فقهی قرار تأمین یاد کرد. در قانون آیین دادرسی مدنی، یکی از شروط صدور قرار تأمین، منجز و قطعی بودن خواسته است. بر این اساس، این سؤال مطرح می‌گردد که در فاصله اقامه دعوی تا حاضر کردن بینه و در فاصله حاضر شدن بینه مسلمان تا زمان تعدیل آن‌ها، صدور قرار تأمین توسط قاضی جایز است یا خیر؟ در این پژوهش، به روش توصیفی - تحلیلی پس از بیان نظرات فقیهان و دلایل آن‌ها، این نظریه مطرح گردیده است که حکم اولی در صورت غیبت بینه، عدم جواز صدور قرار است؛ لکن در صورت خوف ضرر عقلایی علیه مدعی، حکم اولی برداشته شده و صدور قرار، جایز بلکه لازم می‌گردد. همچنین در صورت جهل به عدالت بینه، مسئله از باب تراحم حقوق بوده، باید قرار تأمینی صادر شود که در آن ضرر کمتر نسبت به هر دو طرف دعوی لحاظ گردد.

**واژگان کلیدی:** قرار تأمین، الزام به کفیل، غیبت بینه، تعدیل بینه.

#### مقدمه

قرارهایی که از شروع دادرسی تا پایان آن توسط مقام قضایی صادر می‌شود قسمت عمده تصمیمات دادگاه‌ها را تشکیل می‌دهد. از جمله این قرارها، قرار تأمین است به این بیان که در حد فاصل میان اقامه دعوی تا صدور حکم (مراحل آوردن دلیل و بینه و جرح و تعدیل بینه) احتمالاتی در مورد مدعی علیه وجود دارد؛ از جمله فرار، نقل و انتقال اموال، از بین بردن آثار جرم و هر سوءاستفاده دیگری که موجب اخلاف در صدور حکم یا تضییع حق مدعی شود. بر این اساس، قانون‌گذار در موادی از قانون آیین دادرسی مدنی و کیفری به این مسئله پرداخته است؛ مواد ۱۰۸ تا ۱۲۹ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۷۹، به مسئله تأمین خواسته (درخواست تأمین و اقسام آن) پرداخته است. مستند بودن دعوی به سند رسمی، در معرض تضییع قرار گرفتن خواسته، متعهد شدن خواهان به پرداخت خسارات احتمالی که ممکن است به منکر وارد آید، از جمله شرایطی است که در ماده ۱۰۸ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۷۹ برای جلوگیری از تضییع حق مدعی مطرح گردیده است. همچنین مواد ۲۱۷ تا ۲۴۶ ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲ به مسئله قرار تأمین در دادرسی کیفری پرداخته است و در ماده ۲۱۷ ق.آ.د.ک. مقرر شده است به منظور دسترسی به متهم و حضور به موقع وی، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن

او و تضمین حقوق بزه‌دیده و جبران ضرر و زیان وی، بازپرس پس از تحقیق، در صورت وجود دلایل کافی و پس از تفهیم اتهام به وی، اقدام به صدور قرار تأمین می‌کند که می‌تواند بنا بر مورد دعوی و نظر قاضی، تعیین وجه التزام، اخذ کفیل با وجه‌الکفاله، اخذ وثیقه یا بازداشت موقت باشد.

با توجه به مواد فوق، از جمله مواردی که می‌توان قرار تأمین صادر کرد آن است که دلایل کافی علیه خواننده، موجود باشد. یکی از این دلایل می‌تواند وجود ینیه علیه خواننده باشد. با توجه به اینکه در مسئله اقامه ینیه تا حاضر شدن ینیه و همچنین از زمان حاضر شدن ینیه تا جرح و تعدیل ینیه، ممکن است زمان زیادی طول بکشد، این سؤال مطرح می‌گردد که از منظر فقه و حقوق موضوعه، صدور قرار تأمین در این فواصل توسط محکمه جایز است یا خیر؟

در منابع فقهی، فقیهان بی‌آنکه میان دادرسی مدنی و کیفری تفاوتی قائل گردند، نظرات متفاوتی در مسئله صدور قرار تأمین مطرح نموده‌اند. بر این اساس، در این پژوهش سعی بر آن است که دیدگاه‌های مذکور و ادله آن‌ها بیان شود و در نهایت بعد از ارزیابی دلایل، بر اساس ادله روایی، اصول و قواعد کلی، دیدگاه مختار ارائه گردد. پاسخ به این پرسش از لحاظ کاربردی، بسیار حائز اهمیت است؛ زیرا تمامی محاکم قضایی به کرات با این مسئله مواجه می‌گردند. لذا بررسی مبانی فقهی این مسئله، کمکی شایان به صدور قانونی شفاف‌تر می‌نماید.

## ۱. مفهوم‌شناسی

### ۱-۱. قرار تأمین

«أمن» در لغت به معنای سالم بودن (مقری فیومی، بی‌تا: ۲۴/۲)، ایمنی، آرامش قلب و خاطر جمع بودن (قرشی بنابی، ۱۴۱۲: ۱۲۳/۱) است و تأمین از ماده «أمن» به معنای آمین گفتن (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۳۸۹/۸؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۲۷/۱۳؛ حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۲۸/۱۸؛ سعدی، ۱۴۰۸: ۲۶؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶: ۳۲۳/۲)، قرار دادن شیء یا شخص در امنیت و امان (مشکینی، بی‌تا: ۱۲۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۳۳) و بیمه کردن (هاشمی شاهرودی،

۱۴۲۶: ۳۲۳/۲) می‌باشد.

قرار تأمین در اصطلاح حقوقی از جمله قرارهای موقت است؛ بدین معنا که با از بین رفتن شرایطی که صدور آن را ایجاب می‌نموده، پایدار ماندن آن‌ها غیر قابل توجیه شمرده می‌شود و برای حفظ حقوق احتمالی یکی از اصحاب دعوی و گاه شخص ثالث در جریان دادرسی صادر می‌شوند (شمس، ۱۳۹۱: ۲۵۲) و در اصطلاح کیفری، طبق ماده ۲۱۷ ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲، قرار تأمین به منظور دسترسی به متهم و حضور به موقع وی، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او و تضمین حقوق بزه‌دیده و جبران ضرر و زیان وی، در صورت وجود دلایل کافی و پس از تفهیم اتهام به وی، توسط بازپرس صادر می‌گردد. مطابق ماده مذکور، قرار تأمین مصادیق متعددی از جمله التزام به حضور با قول شرف یا با تعیین وجه التزام، اخذ کفیل با تعیین وجه الکفاله، اخذ وثیقه و بازداشت موقت دارد.

در اصطلاح فقهی، قرار تأمین بدین معانی وجود نداشته و تنها به مصادیق آن اشاره شده است. البته برخی از فقیهان معاصر، اصطلاح تأمین را به معنای توقیف مال و گرفتن وثیقه به کار برده‌اند (موسوی خمینی، بی‌تا: ۴۲۱/۲؛ سبحانی، ۱۴۱۸: ۲۲۶/۱).

با توجه به تعاریف قرار تأمین در منابع فقهی و حقوقی (دادرسی مدنی و کیفری)، در تعریف قرار تأمین و در یک معنای عام باید گفت: منظور از قرار تأمین، دادن آرامش قلبی و اطمینان خاطر به یکی از طرفین دعوی در حفظ حق احتمالی اوست لذا شامل توقیف مال، گرفتن وثیقه، تکفیل، قرار دادن ملازم و حبس می‌باشد.

## ۲-۱. بینه

بینه در لغت به معنای دلالت واضح و روشن است؛ اعم از اینکه این دلالت، عقلی باشد یا حسی (حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۸۴/۱۸) و در اصطلاح فقهی در باب دعاوی به معنای دو شاهد عادل در موضوعی است که حکم شرعی بر آن مترتب می‌شود (ر.ک: نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۱۱/۲؛ مشکینی، بی‌تا: ۱۱۹؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶: ۲۲۶/۲). در نصوص دینی، بینه اسمی است برای هر چیزی که موجب تبیین حق می‌گردد، لذا شامل معنای لغوی و اصطلاحی می‌گردد (سعدی، ۱۴۰۸: ۴۷).

در این پژوهش، منظور از بینه هر چیزی است که صلاحیت استناد به آن و اثبات حق برای مدعی در دادگاه وجود دارد که متناسب با نوع دعوی تغییر می‌کند و شامل مواردی همچون دو شاهد عادل، شاهد و یمین، چهار شاهد عادل و ... می‌شود.

## ۲. موضوع‌شناسی

اگر مدعی نزد قاضی ادعا کند که بینه‌ای دارد و آن‌ها غایب باشند، قاضی او را از حق شرعی خود - انتخاب بین احلاف مدعی علیه و صبر تا آمدن بینه - آگاه می‌کند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷۶/۴). اگر مدعی صبر را انتخاب نمود، با توجه به نوع دعوی ممکن است که در این فاصله، مدعی علیه کارهایی انجام دهد که موجب ضرر به مدعی یا اختلال در صدور حکم گردد. لذا این سؤال مطرح می‌گردد که صدور قرار تأمین در فاصله اقامه دعوی تا حاضر کردن بینه و تعدیل آن، چه حکمی دارد؟ فقیهان در این مسئله دیدگاه‌های متفاوتی را مطرح نموده‌اند. برای تبیین دقیق مسئله باید گفت که نظرات مطرح در قرار تأمین در دو فاصله زمانی مطرح گردیده است:

- در فاصله زمانی اقامه دعوی تا حاضر کردن بینه.

- در فاصله زمانی حاضر کردن بینه تا زمان تعدیل بینه.

در ادامه به بیان نظرات فقیهان و ادله آن‌ها در هر دو حالت می‌پردازیم.

### ۱-۲. قرار تأمین در فاصله اقامه دعوی تا حضور بینه

در روند دادرسی، اگر مدعی علیه ادعای مدعی را انکار نماید، قاضی از مدعی درباره وجود بینه سؤال می‌کند. اگر مدعی بینه داشته باشد دو حالت مفروض است: یا بینه مدعی حاضر است و یا غایب. اگر بینه مدعی غایب باشد و از قاضی برای حاضر کردن آنان درخواست مهلت نماید، به او مهلت داده می‌شود. فقیهان امامیه در جواز و نوع قرار تأمین در این فاصله چهار دیدگاه را مطرح نموده‌اند.

#### ۱-۱-۲. بیان دیدگاه‌ها

دیدگاه اول. عدم جواز احضار کفیل: طرفداران این دیدگاه معتقدند که به مدعی مهلت داده می‌شود تا بینه را حاضر کند. اما در این فاصله، حبس منکر، الزام او به

کفیل یا قرار دادن ملازم برای او جایز نیست (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۳۷/۶؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۵۸/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷۶/۴؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۱۴۶/۵؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۲۴۳/۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۷/۴۰). همچنین تأمین مدعی به گرفتن وثیقه در مقابل آن جایز نیست (موسوی خمینی، بی تا: ۴۲۱/۲).

**دیدگاه دوم.** جواز کفیل در صورت اجل معین برای حضور بینه: این دیدگاه بر این باور است که در مدت معینی که به مدعی مهلت داده می شود تا بینه را حاضر کند، تکفیل مدعی علیه جایز است، اما حبس کردن او یا قرار دادن ملازم برای او به مجرد ادعای مدعی جایز نیست. البته درخواست کفیل از سوی مدعی زمانی مسموع است که برای حضور بینه، اجل معین شده باشد (مفید، ۱۴۱۳: ۷۳۳؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۳۳۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۷۶/۸؛ عاملی، ۱۴۱۷: ۹۰/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۵/۴۰؛ سبحانی، ۱۴۱۸: ۲۲۶/۱؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳: ۳۱۱/۱). ابن حمزه معتقد است که این مهلت معین، سه روز است و اگر در این سه روز، بینه را حاضر نکرد، ذمه کفیل بری می شود (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۲۱۲).

**دیدگاه سوم.** جواز کفیل و ملازم تا حضور بینه: بر اساس این دیدگاه، در مدت معینی که به مدعی مهلت داده می شود تا بینه را حاضر کند، کفیل و ملازم قرار دادن برای مدعی علیه جایز است، اما حبس او جایز نیست (ابن بزاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۵۸۶/۲) و ابوصلاح با واژه تضمین به تأمین اشاره می کند (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۴۴۶) که به نظر می رسد ایشان نیز کفیل و ملازم را جایز می داند.

**دیدگاه چهارم.** جواز کفیل در صورت خوف از فرار منکر: به باور طرفداران این دیدگاه، در صورت خوف از فرار منکر و عدم امکان استیفای حق از مال او، تکفیلش جایز است اما در صورت عدم شرایطی که موجب خوف از فرار یا عدم استیفای حق می شود، دیدگاه اول راجح است. تشخیص اینکه باید برای منکر کفیل گرفته شود یا خیر، منوط به نظر قاضی است (سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۲۵۲/۴؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۷۵/۱۵). با ملاحظه دیدگاه های فوق مشخص می گردد که فقیهان بر ممنوعیت حبس مدعی علیه اجماع دارند. آنچه مورد اختلاف است، جواز اخذ کفیل و ملازم قرار دادن برای مدعی علیه است.

## ۲-۱-۲. بیان ادله دیدگاه‌ها

### ۱-۲-۱-۲. دلایل دیدگاه اول

دیدگاه اول برای اثبات نظر خود (عدم جواز قرار تأمین قبل از حضور بینه) به دلایل زیر استناد می‌کند:

۱. اصل برائت: اصل برائت ذمه مدعی علیه است. بنابراین کسی که موجب صدور قرار تأمین را موجود می‌داند، باید دلیل بیاورد (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۳۷/۶) و اصل یا دلیل دیگری در مقابل وجود ندارد تا با آن معارضه کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۵/۴۰).

۲. تعجیل در مجازات: الزام به احضار کفیل، تعجیل در اجرای مجازاتی است که هنوز دلیلش اقامه و اثبات نشده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۲۴۳/۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۵/۴۰).

۳. روایت حضرمی: سماک از علقمة بن وائل بن حجر از پدرش روایت می‌کند که مردی از کِنده و مردی از حَضْرَمُوت بر پیامبر ﷺ وارد شدند. مرد حضرمی گفت: این شخص زمین مرا غصب کرده است، حال آنکه آن زمین ارث پدری من است. مرد کِنندی گفت: من در این زمین زراعت می‌کنم و او حقی در زمین ندارد. نبی اکرم ﷺ به حضرمی فرمود: «آیا بینه‌ای داری؟» گفت: خیر. حضرت فرمود: «حق داری که او را سوگند بدهی». حضرمی گفت: او انسان فاجری است و قسم دروغ هم می‌خورد و از چیزی پروا ندارد. حضرت فرمود: «تو تنها می‌توانی او را سوگند دهی و نه چیز دیگر» (قشیری نیشابوری، بی‌تا: ۸۶/۱).

شیخ در *الخلاف* معتقد است کسانی که با وجود این روایت، حکم به صحت ملازمه و مطالبه کفیل توسط مدعی نموده‌اند، خبر را متروک و نهاده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۳۷/۶). بنابراین از نظر صاحبان دیدگاه نخست، این روایت دلالت می‌کند بر اینکه در صورت فقدان بینه، اعم از اینکه آن بینه غایب باشد یا اصلاً بینه‌ای وجود نداشته باشد، تنها حَقِّ بالفعل مدعی بر مدعی علیه درخواست سوگند دادن وی است و هیچ حقی مبنی بر درخواست صدور قرار تأمین وجود ندارد. در صورت درخواست نیز قاضی مجاز به اجابت مدعی نمی‌باشد.

۴. اجماع: اجماع بر عدم جواز حبس مدعی وجود دارد (عاملی جبعی، ۱۴۱۳:

۳۸۷/۱۳).

۵. قاعده لاضرر: عقوبت قبل از ثبوت جنایت، موجب ضرر بوده و به دلیل قاعده لاضرر نفی شده است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳: ۳۱۱/۱). در توضیح این دلیل می‌توان گفت: جلوگیری از ضرر به مسلمان و از بین رفتن حق او ولو در نفس الامر واجب است و در این فرض، احتمال اینکه شکایت مدعی بر مبنای صحیح و واقعیت اقامه نشده باشد (همان: ۳۱۱/۱) و صدور قرار تأمین موجب ضرر به منکر شود، وجود دارد. جلوگیری از رسیدن ضرر به مسلمان واجب است (مقدمه اول) و با توجه به اینکه مقدمه واجب، واجب است (مقدمه دوم)، عدم صدور قرار تأمین از سوی قاضی واجب است (نتیجه).

۶. عدم اشاره به صحت الزام به کفیل در نصوص: در نصوص حتی با زیاد بودن دواعی علیه منکر، به صحت الزام به کفیل اشاره‌ای نشده است (مجاهد طباطبایی حائری، بی تا: ۷۳۹).

### ۲-۱-۲. دلایل دیدگاه دوم

این دیدگاه برای اثبات نظر خود به دلایل زیر استناد می‌کند:

۱. صحت کفالت در حقوق مالی و غیر مالی: شیخ طوسی بر جواز اخذ کفیل چنین استدلال می‌کند: کفیل گرفتن برای کسی که حق مالی یا غیر مالی بر عهده‌اش می‌باشد، صحیح است و وجوب حضور منکر در جلسه دادگاه، یک حق غیر مالی است که می‌توان بر آن کفیل گرفت (به نقل از: علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۷۷/۸).

۲. مقدمه واجب: این دلیل در قالب استدلال منطقی بیان می‌شود:

مقدمه اول: جلوگیری از ضرر به مسلمان و از بین رفتن حق او ولو در نفس الامر واجب است و در این فرض احتمال اینکه مدعی علیه فرار کند و در نتیجه مدعی نتواند تحصیل حق کند وجود دارد.

مقدمه دوم: مقدمه واجب، واجب است. این مقدمه می‌تواند التزام به کفیل، حبس، ملازم قرار دادن یا هر قرار تأمین دیگری باشد.

نتیجه: در چنین فرضی، صدور قرار تأمین توسط مقام قضایی واجب است.

با توجه به این دلیل و دلیل چهارم از دیدگاه اول، تزامم حقوق لازم می‌آید؛ چرا که از طرفی از بین رفتن حق مسلمان ضرر است و از طرف دیگر صدور قرار تأمین ضرر به‌شمار می‌آید، لذا به موردی که ضرر آن کمتر است عمل می‌شود و آن تکفیل (ر.ک: نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۶/۴۰) و یا ملازم قرار دادن برای اوست.

### ۳-۲-۱-۲. دلایل دیدگاه سوم

دلایل این گروه از فقها، همان دلایل دیدگاه دوم است که به تفصیل مطرح گردید.

### ۴-۲-۱-۲. دلیل دیدگاه چهارم

این دیدگاه نیز برای اثبات نظر خود چنین استدلال می‌کند که اگرچه تکفیل، نوعی ضرر است، باید توجه داشت که از بین رفتن حق مدعی نیز ضرر محسوب شده و قاضی باید از این میان، موردی را برگزیند که ضرر کمتری دارد. گاهی تکفیل ضرر کمتری دارد (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۷۴/۱۵)، لذا اگر منکر صاحب مال و مکنت نبود و امکان فرارش وجود داشت از طرفی مالی هم نداشت تا توسط آن، حق مدعی ادا شود، خوف ضرر بیشتر برای مدعی وجود دارد و مصلحت ایجاب می‌کند که منکر را ملزم به اخذ کفیل کنیم. ولی اگر منکر دارای مروت و مکنت مالی بود یا مدعی، انسان حیله‌گری بود، نیازی به الزام منکر به کفیل نیست (ر.ک: سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۲۵۲/۴). در این دیدگاه جریان قاعده لاضرر در هر دو طرف پذیرفته شده است، لذا موردی مقدم می‌شود که ضرر آن کمتر باشد. تشخیص ضرر کمتر نیز بر عهده قاضی است.

### ۳-۱-۲. ارزیابی دلایل

#### ۱-۳-۱-۲. اشکال وارده به اصل براءت

نسبت به اجرای اصل براءت در دیدگاه اول، این ایراد وارد گردیده که با توجه به جریان لزوم مراعات حق مسلم ولو در نفس الامر و جلوگیری از ضرر محتمل در حق مدعی، در این موضوع دلیل وجود داشته و نوبت به اصل عملی نمی‌رسد (ر.ک: طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۷۴/۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۶/۴۰).

پاسخ: اولاً لزوم مراعات حق مسلم ولو در نفس الامر، شامل هر دو طرف دعوی

می‌شود و اجرای آن در یک طرف دعوی ترجیح بلامرجح است. ثانیاً سخن از ضرر محتمل در حالی که ضرر در حق منکر بالفعل است، بی‌معنا بوده و بدیهی است که ضرر موهوم نمی‌تواند با ضرر یقینی و بالفعل معارضه کند. لذا مقتضای قاعده لا ضرر برائت ذمه منکر و عدم جواز صدور قرار تأمین است. در نتیجه مقتضای اصل اولی برائت ذمه مدعی است.

### ۲-۳-۱-۲. اشکالات وارده بر صحت اخذ کفیل

۱. عقد کفالت قبل از ثبوت صحیح نیست (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۷۶/۸).

پاسخ: علامه حلی بعد از طرح ایراد فوق در پاسخ به آن اظهار می‌دارد: اکثر کفالت‌های صحیحی که واقع می‌شوند، قبل از ثبوت حق هستند (۱۴۱۴: ۴۰۰/۱۴).  
 ۲. حتی کسانی که اخذ کفیل را در چنین حقوقی صحیح می‌دانند، در اینجا نمی‌توانند حکم به صحت نمایند؛ زیرا زمانی حق به گردن مدعی علیه آمده و حضور او در جلسه دادگاه ضروری است که مدعی، بینه را حاضر کند، در حالی که زمان اخذ کفیل، قبل از حضور بینه است و در این زمان حقی مبنی بر حضور، بر مدعی علیه ثابت نیست؛ لذا اخذ کفیل در چنین موردی بی‌معناست (همان).

پاسخ: در ذیل اشکالات بعد معلوم می‌گردد که حضور در جلسه دادگاه بر منکر واجب است، اما تا قبل از حضور بینه هنوز زمان انجام این واجب نرسیده است.  
 ۳. یکی از احکام عقد کفاله این است که اگر کفیل نتواند مکفول را در موعد مقرر حاضر کند باید حقی را که بر گردن مکفول آمده ادا کند. اگر این حق، غیر مالی باشد، کفیل ملزم به رد بدل آن می‌گردد. پس تا حقی بر گردن مکفول نباشد کفیل گرفتن برای او صحیح نیست. در فرض غیاب بینه نیز هنوز حقی علیه مکفول ثابت نشده تا کفیل با حاضر نکردن او در جلسه دادگاه ملزم به آن شود، لذا کفیل گرفتن برای او نیز صحیح نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۵/۴۰).

پاسخ: غرض از کفالت، منحصر در ادای حق نیست (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۳۶۹/۱). در این مورد، غرض از کفالت، اعم از ادای حق است. توضیح اینکه اگر کفیل، منکر را در دادگاه حاضر نکرد دو حالت دارد؛ یا حقی اثبات می‌گردد یا نمی‌گردد. در فرض

اول، کفیل باید مکفول را حاضر کند و یا در صورتی که مکفول، مالی نگذاشته، کفیل باید حق را پرداخت نماید. حتی اگر حق غیر مالی بوده و بدل مالی داشته باشد، کفیل موظف به پرداخت آن می‌گردد. در فرض دوم نیز بدیهی است که ذمه کفیل بری می‌شود؛ زیرا غرض از حضور منکر، تسهیل در دادرسی و صدور حکم و در دسترس بودن منکر بوده نه ادای حق.

۴. در فرض مذکور، حقی - اعم از مالی یا غیر مالی - بر گردن مدعی علیه نیامده تا بتوان بر آن کفیل گرفت؛ یعنی مدعی علیه ملزم به حضور در جلسه دادگاه و سماع بینه نیست، به این دلیل که اگر مدعی علیه حضور نیابد، با وجود بینه علیه او حکم خواهد شد. البته اگر حاضر شود می‌تواند از خود دفاع نموده و ادله‌ای مبنی بر جرح بینه اقامه نماید. با توجه به این اشکال، اخذ کفیل برای منکر در صورتی که حقی وجود نداشته باشد، بی‌مورد و بی‌فایده خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۵/۴۰).

پاسخ: زمانی که مدعی علیه از ابتدای اقامه دعوی غایب بوده و برای مثال، به مکان دوری رفته باشد و کسی علیه او ادعایی کند و بینه بیاورد، حکم صادر خواهد شد و تکلیفی مبنی بر حضور در جلسه دادگاه برای مدعی علیه وجود ندارد. کسانی که معتقدند حضور مدعی علیه در جلسه دادگاه در فرض غایب نبودن او نیز الزامی نیست این فرض را با فرض غیبت مدعی علیه قیاس نموده و حکم کرده‌اند، در حالی که این قیاس مع الفارق است؛ زیرا در فرض غایب بودن مدعی علیه، الزام او به حضور در جلسه دادگاه امکان ندارد. به همین دلیل، دادگاه در غیاب او تشکیل شده و حکم صادر می‌گردد، حال آنکه در فرض غایب نبودن، الزام او به حضور امکان دارد؛ لذا قیاس این دو فرض با یکدیگر مع الفارق است (ر.ک: مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۷۳۹).

علاوه بر این، عدم فایده تکفیل، زمانی مسلم است که امکان اثبات حق در نفس الامر توسط مدعی وجود نداشته باشد. اما باید گفت که چنین امکانی وجود دارد؛ زیرا احتمال حضور بینه و اثبات حق وجود دارد و فایده در جایی محقق می‌شود که پس از اثبات حق، کفیل موظف است که منکر را حاضر کند و یا در صورت عدم امکان احضار به دلیل فرار منکر و نداشتن مالی که حق به وسیله آن ادا شود، کفیل ملتزم به ادای حق شود. با توجه به این بیان روشن می‌گردد که حکم کردن علیه غایب

موجب این نمی‌شود که احتمال ذهاب حق مدعی از بین برود (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۶/۴۰)؛ زیرا ممکن است که منکر مالی نگذاشته باشد تا حق مدعی با آن ادا شود و دسترسی به منکر فراری هم غیر ممکن باشد.

۵. همان گونه که احتمال فرار منکر وجود دارد، خوف فرار کفیل نیز وجود دارد. بلکه این احتمال در مورد کفیل بیشتر است، به طوری که می‌توان گفت: تکفیل به طور کلی فایده‌ای در بر ندارد؛ چرا که فایده آن نادر بوده و «النادر کالمعدوم» (مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۷۳۹).

پاسخ: قاضی می‌تواند با قبول کفیل مناسب، این احتمال را از بین برده یا آن را به حداقل برساند.

نتیجه: براین اساس می‌توان گفت با توجه به اینکه هیچ کدام از اشکالات، وارد نیستند، در صحت اخذ کفیل تردیدی نیست.

### ۲-۱-۳. اشکالات وارد بر خبر (روایت حضرمی)

۱. محل بحث، غیاب بینه است، در حالی که مورد روایت، فقدان بینه می‌باشد. توضیح اینکه با توجه به روایت، پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ابتدا می‌پرسد که آیا مدعی بینه دارد و چون با پاسخ منفی مدعی مواجه می‌شود، راهکاری را ارائه می‌دهد که متناسب با موقعیت مدعی است و می‌فرماید که در این موقعیت تنها حق مدعی، قسم دادن منکر است نه چیز دیگر. لذا این پاسخ در مورد فرض فقدان بینه بیان شده و نمی‌توان آن را به مورد دیگری تسری داد. البته در مورد فرض وجود بینه، روایت موثقی وجود دارد که معتبره سکونی است. در این روایت، سکونی از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَام چنین روایت می‌کند:

همانا پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ در جایی که اتهام قتل وجود داشت، متهم را شش روز حبس می‌کرد. اگر اولیای مقتول، دلیل اثبات کننده‌ای می‌آوردند که هیچ، وگرنه پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ متهم را آزاد می‌فرمود (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۶۰/۲۹).

مورد روایت آنجاست که مدعی، بینه‌ای دارد که غایب است. برای آوردن بینه از قاضی مهلت می‌گیرد و مقام قضایی با توجه به اهمیت موضوع، چند روز به مدعی مهلت داده و در این مدت، منکر را حبس می‌کند. مشاهده می‌شود که در فرض وجود

بینة غایب و یا حتی احتمال وجود بینة، حکم مسئله تفصیل دیگری دارد که در روایت حضرمی بدان اشاره نشده است. لذا مورد روایت حضرمی تنها فقدان بینة است.

۲. روایت عامی بوده و در منابع حدیثی شیعه وجود ندارد.

۳. این روایت، مرسل است.

پاسخ اشکال دوم و سوم: عده‌ای از فقهای متقدم که تبانی آن‌ها بر کذب محال است، بدان استناد کرده و مطابق آن فتوا داده‌اند. لذا این روایت، مشهور میان فقها بوده و این شهرت، ضعف سند را جبران می‌کند (مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۷۳۹-۷۴۰).

پاسخ: شهرت عملی و به عبارت دیگر شهرت فتوایی این روایت، محل تردید است؛ چرا که به همان اندازه که توسط برخی از فقها بدان استناد شده و بلکه بیشتر، فقهای دیگر به آن استناد نکرده و آن را متروک نهاده‌اند.

اشکال به این پاسخ: احتمال دارد که دلیل عدم استناد برخی از فقها آن باشد که مورد روایت را از محل بحث بیگانه دانسته‌اند.

پاسخ: اولاً دلیل ترک روایت توسط عده‌ای از فقها مشخص نیست. ثانیاً بر فرض که دلیل ترک، همان باشد که بیان شد و شهرت عملی روایت اثبات گردید، باز هم اشکال اصلی پابرجاست؛ یعنی مورد روایت با فرض مسئله مغایر است.

نتیجه: بر این اساس، با توجه به اشکالاتی که بر این روایت وارد است، استناد به این روایت در فرض مسئله صحیح نیست.

#### ۴-۳-۱-۲. اشکال وارده بر اجماع بر عدم حبس

با توجه به معتبره سکونی باید گفت قدر متیقن آن است که در مورد روایت، اجماع، بر خلاف مدرک است. بر این اساس نمی‌توان به اجماع استناد نمود.

#### ۵-۳-۱-۲. اشکال وارده بر قاعده لاضرر

۱. در این مسئله، وجهی برای جریان قاعده لاضرر نیست؛ زیرا اولاً ضرر را نمی‌توان با ضرر دفع نمود. ثانیاً قاعده لاضرر مقتضی تعجیل در ضرر رساندن به یک مسلمان به واسطه احتمال رسیدن ضرر به مسلمان دیگر نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۶/۴۰). توضیح اینکه الزام به کفیل، برای منکر ضرر محسوب می‌شود. این ضرر بالفعل، محقق و یقینی

است، اما فرار منکر علاوه بر اینکه بالقوه و غیر محقق است، یک ضرر متوهم و یا نهایتاً مظنون بوده و مسلم است که چنین ضرری نسبت به ضرر اول مرجوح است و ترجیح مرجوح بر راجح عقلاً قبیح است و بنا بر قاعده ملازمه بین حکم عقل و شرع، اخذ کفیل و هر قرار تأمین دیگری ممنوع است (ر.ک: مجاهد طباطبایی حائری، بی تا: ۷۳۹). لذا اگر قرار باشد که قاعده لاضرر جاری گردد، تنها در حق منکر جاری می شود؛ زیرا ضرر، فقط نسبت به او بالفعل و یقینی است.

**پاسخ:** بدیهی است که در صورت الزام به قرار تأمین، ضرر در حق منکر، بالفعل و یقینی است. اما گاهی احتمال ضرری که برای مدعی می رود بسیار زیاد بوده و در عین حالی که محتمل است، از منظر عقلاً غیر قابل چشم پوشی است. از طرفی، مستند اصلی قاعده لاضرر، بنای عقلاست. لذا در این موارد می توان گفت از ضرری که متوجه منکر است چشم پوشی شده و قرار تأمین صادر می گردد. سیره پیامبر صلی الله علیه و آله نیز که در معتبره سکونی بیان شده، مؤید این مطلب است.

۲. قاعده لاضرر در حق منکر نیز جاری نیست؛ چرا که اساساً قاعده لاضرر، جعل حکم نمی کند.

**پاسخ:** اولاً این قاعده جعل حکم نیز می کند. ثانیاً هر نفی حکمی را می توان به جعل حکم بازگرداند؛ به این صورت که در این فرض، قاعده لاضرر ابتدا برای هیچ کدام از طرفین ثابت نیست، لذا ادله دیدگاه اول مقدم شده و حکم به عدم الزام به صدور قرار تأمین می شود. این یک حکم عمومی است که قاعده لاضرر در برخی مصادیق که این حکم ضرری باشد نقش بازدارنده خود را ایفا می کند.

## ۲-۱-۴. دیدگاه مختار

با توجه به بررسی و تبیین محدوده جریان قاعده لاضرر باید گفت که قاعده لاضرر ابتدا در حق منکر جاری است. لذا اصل، براءت ذمه مدعی است (البته با توجه به دلایل در صورت رضایت منکر، صدور قرار تأمین بلامانع است). اما در صورت خوف ضرر زیاد در حق مدعی با توجه به بنای عقلاً، قاعده لاضرر در حق مدعی جاری شده و صدور قرار، بلامانع می شود.

بر این اساس، تکفیل منکر - با توجه به رد اشکالات - در دعاوی مالی و غیر مالی، جایز و فایده‌اش بدیهی است. در مواردی هم که امر دایر میان قرار دادن ملازم و حبس باشد، با توجه به اینکه دلیلی بر عدم جواز قرار دادن ملازم وجود ندارد و ضرر آن از حبس کمتر است، ملازم مقدم می‌گردد.

همچنین با توجه به معتبره سکونی، قدر متیقن آن است که در مورد روایت، اجماع، بر خلاف مدرک بوده و در مواردی که خوف ضرر (فرار منکر) در حق مدعی زیاد باشد، با تشخیص مقام قضایی، حبس منکر جایز بلکه لازم است.

## ۲-۲. قرار تأمین در فاصله زمانی حضور بینه تا تعدیل بینه

بعد از پاسخ به مسئله فوق، این سؤال مطرح می‌گردد که بعد از حاضر شدن بینه و ادای شهادت تا زمان تعدیل بینه، آیا صدور قرار تأمین جایز است یا خیر؟ در پاسخ باید گفت که در روند دادرسی، اگر مدعی علیه، ادعای مدعی را انکار نماید، قاضی از مدعی درباره وجود بینه سؤال می‌کند. اگر مدعی، بینه اقامه نمود، یکی از سه حالت زیر واقع می‌گردد:

۱. به سببی از اسباب، قاضی از عدالت آن‌ها آگاهی دارد، لذا با شهادت آن‌ها حکم ثابت می‌شود.

۲. به سببی از اسباب، قاضی از فسق آنان آگاه است، لذا با شهادت آن‌ها حکمی ثابت نمی‌گردد و مدعی تنها می‌تواند درخواست سوگند منکر را بنماید.

۳. قاضی از وضعیت (عدالت یا فسق) آن‌ها آگاهی ندارد. این حالت خود به دو بخش تقسیم می‌شود:

الف) قاضی مطلقاً آن‌ها را نمی‌شناسد؛ نه مسلمان بودن آن‌ها را می‌داند و نه عدالت یا فسق آن‌ها را. در این حالت، فحص از آن‌ها قبل از حکم لازم است (ر.ک: طوسی، ۱۳۸۷: ۱۰۴/۸؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۹۷/۱۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۰/۱۰) و تا قبل از احراز اسلام شهود، مسئله ملحق به غیبت بینه است و بعد از احراز اسلام شهود، مسئله ملحق به فرض بعد می‌شود.

ب) قاضی علم به اسلام شهود دارد، لکن عدالت آن‌ها مجهول است. در این حالت

اگر مدعی علیه به عدالت شهود اقرار نمود، نیازی به تزکیه بینه نبوده و قاضی بر اساس شهادت آن‌ها، اقدام به صدور حکم می‌کند (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۵۱/۱۲). در غیر این صورت (عدم اقرار مدعی علیه) به مدعی مهلت داده می‌شود تا بینه را به وسیله دو شاهد عادل تزکیه نماید.

این فاصله، فرصت خوبی برای منکر است که در صورت محکوم بودن فرار کرده یا اقداماتی جهت اخلال در صدور حکم انجام دهد. لذا این سؤال مطرح می‌گردد که صدور قرار تأمین و حبس منکر در فاصله حاضر شدن بینه تا زمان تعدیل آن‌ها، چه حکمی دارد؟

فقه‌های امامیه در پاسخ به سؤال فوق، سه دیدگاه مطرح نموده‌اند.

## ۱-۲-۲. بیان دیدگاه‌ها

۱. جواز حبس و صدور قرار تأمین: طرفداران این دیدگاه معتقدند که اگر مدعی، بینه‌ای اقامه کند که عدالتشان نزد قاضی مجهول است، بینه رد نمی‌شود بلکه نوشته و مهر می‌شود. اما نفوذ حکم، منوط به تبیین و تثبیت از حال شهود است (مفید، ۱۴۱۳: ۷۳۰؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۳۴۲؛ ابن بزّاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۵۷۷/۲). بر این اساس می‌تواند تا زمان مشخص شدن حال آن‌ها، منکر را حبس کند (طوسی، ۱۳۸۷: ۹۳/۸).

۲. عدم جواز حبس و صدور قرار تأمین: این دیدگاه بر خلاف دیدگاه اول، خبر بینه مجهول الحال را غیر معتبر می‌داند (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۴۴۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۶۷/۴؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۷۲/۱۵). بنابراین اگر مدعی، حبس منکر را تا زمان حاضر کردن بینه طلب کند، اجابت نمی‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱۴۱/۲). بر این اساس، تا اثبات عدالت شهود نمی‌توان هیچ گونه قرار تأمینی (حبس، وثیقه، تکفیل و...) علیه منکر صادر نمود (نجفی، ۱۴۰۴: ۹۳/۴۰؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۴۲۱/۲).

۳. این دیدگاه، حبس مدعی علیه را با بینه مجهول الحال نمی‌پذیرد، لکن رهاسازی او را نیز بدون تأمین مناسب برای حضور در مجلس قضاوت دوم جایز نمی‌داند (سبحانی، ۱۴۱۸: ۲۲۶/۱).

## ۲-۲-۲. بیان دلایل دیدگاه‌ها

### ۱-۲-۲-۲. دلایل دیدگاه اول

طرفداران دیدگاه اول (جواز حبس مدعی علیه و قرار تأمین) برای اثبات نظر خود به دلایل زیر استناد می‌نمایند:

۱. عمل مدعی به وظیفه خود: آنچه بر عهده مدعی است اقامه بینه است - نه تعدیل یا معرفت عدالت آنان- و مدعی هم به وظیفه خود که اقامه بینه باشد عمل نموده و بعد از اقامه بینه توسط مدعی، آنچه که باقی می‌ماند دانستن عدالت بینه است که وظیفه حاکم می‌باشد (طوسی، ۱۳۸۷: ۹۳/۸-۹۴). بنابراین در صورتی که تعدیل بینه طولانی و زمان‌بر باشد تقصیری متوجه مدعی نیست و باید حق وی تأمین شده و از ضررهای احتمالی به وی جلوگیری شود. بر این اساس تا زمانی که عدم عدالت بینه اثبات نشده است بینه معتبر بوده و بدان ترتیب اثر داده می‌شود، لذا منکر بدون تأمین رها نشده و حبس او نیز جایز خواهد بود.

۲. اصالة العدالة: یعنی اثبات عدالت مسلمان، نیاز به دلیل ندارد بلکه این فسق است که نیاز به دلیل دارد (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۱۸/۶؛ همو، ۱۳۸۷: ۹۳/۸-۹۴).

شیخ طوسی می‌فرماید:

اصل در اسلام عدالت است و فسق بدان عارض می‌شود. لذا عدالت، مفروض است مگر آنکه خلاف آن ثابت شود و اثبات مزیل عدالت، نیاز به دلیل دارد (۱۴۰۷: ۲۱۸/۶).

شیخ طوسی در بحث طلاق نیز استشهد دو مرد مسلمان را برای صحت طلاق، کافی می‌داند (۱۴۰۰: ۵۱۰).

این گروه از فقیهان برای اثبات اصالة العدالة به دلایل زیر استناد می‌کنند:

الف) آیه نبأ: وجوب توقف از حکم، تبیین در خبر معلوم الفسق و ذکر وصف فاسق، مشعر به علیت فسق برای حکم به تبیین است و گرنه ذکر وصف فاسق در آیه، بی‌فایده می‌شود. نتیجه اینکه خبر مجهول العدالة، مدلول آیه نبوده و می‌توان بدون تبیین آن را اخذ نمود (ر.ک: عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۸۷/۱۳).

ب) روایات باب شهادت: (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۱۸/۶) که برخی، موانع عدالت و پذیرش شهادت را بیان می‌کنند (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۹۷-۳۹۵/۷؛ تمیمی مغربی، ۱۳۸۵: ۵۱۱/۲-۵۱۲؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۴۰/۳-۴۳؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۴۰۷: ۲۴۱/۶-۲۴۳) و برخی دیگر، اسلام را مقتضی عدالت دانسته و احراز عدم مانع (فسق) را لازم نمی‌دانند؛ یعنی عدالت شهود تا زمانی که یکی از این موانع در او دانسته نشده، مفروض است (طوسی، ۱۳۹۰: ۱۳/۳-۱۴).

ج) اجماع: علمای شیعه بر اصالة العدالة اجماع دارند (همو، ۱۴۰۷: ۲۱۸/۶).  
د) تنافی شرطیت عدالت با سیره پیشوایان: زیرا در زمان پیامبر اسلام ﷺ و صحابه و تابعان نبوده و این بحث توسط شریف بن عبدالله قاضی ایجاد شده است. نتیجه اینکه اگر عدالت، شرط پذیرش بینة بود اهل تمامی عصور، بر ترک عملی شرطیت احراز عدالت، اجماع نداشتند (ر.ک: همان).

با توجه به ادله بالا، مقتضی یعنی قیام ادله شرعی به حق موجود بوده و حبس جایز است. البته باید دانست که حبس منکر، منافاتی با توقف از صدور حکم ندارد؛ چرا که قائلان به حبس نیز ترکیه را هنگام شک در عدالت بینة و مطالبه غریم جایز می‌دانند، لذا اصالة العدالة در مسلمان منافاتی با طلب ترکیه نزد قائل به آن ندارد (ر.ک: عاملی جیبی، ۱۴۱۳: ۳۸۷/۱۳).

بر این اساس باید گفت که حبس موقت منکر به صرف حضور شهود، جایز است.

## ۲-۲-۲. دلایل دیدگاه دوم

طرفداران دیدگاه دوم (عدم جواز حبس مدعی علیه و قرار تأمین) به دلایل زیر استناد می‌نمایند:

۱. اصل براءت: تا زمانی که عدالت شهود اثبات نشود، حبس مدعی علیه جایز نیست؛ زیرا حبس مدعی علیه مجازاتی است که دلیل آن به اثبات نرسیده است و مسلم است که اعمال چنین مجازاتی قبل از ثبوت جرم جایز نیست (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۴۶۱/۷)؛ برای مثال، محقق حلی بر اساس اصل براءت، به دیدگاه اول (جواز حبس مدعی علیه) چنین اشکال می‌کند:

با بینة مجهول الحال، حقی که موجب عقوبت باشد، ثابت نمی‌شود (۱۴۰۸: ۶۷/۴).

شاهد ثانی در مسالک در مقام تبیین این قول و دلیل آن می‌فرماید:

برای اثبات عدالت، اکتفا به اسلام و حسن ظاهر کافی نیست. لذا به موجب بینه مجهول، حقی که موجب جواز عقوبت غریم به وسیله حبس شود ثابت نشده، لذا حبس منکر در واقع تعجیل در عقوبتی است که دلیل آن ثابت نشده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۸۸-۳۸۷/۱۳).

در تبیین دلیل مذکور به بیان دیگر می‌توان چنین استدلال کرد که درباره بینه دو احتمال وجود دارد:

الف) بینه فاسق باشد، در نتیجه حبس منکر ناحق است.

ب) بینه عادل باشد، در نتیجه حبس منکر به حق است.

و «اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال» و با احتمال و شک، دیگر دلیلی برای حبس منکر باقی نمی‌ماند.

۲. عدالت، شرط پذیرش بینه: در اینکه با اقامه بینه مجهول الحال، حقی اثبات نمی‌شود، باید گفت که عدالت، شرط پذیرش بینه (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۴۳۵؛ سلار دیلمی، ۱۴۰۴: ۲۳۲؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۴۱۹/۴؛ مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۱۹۵) و صدور حکم است (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۴۳۳/۸). اکتفا به حسن ظاهر برای پذیرش عدالت بینه کافی نیست، به دلیل اینکه جهل به شرط، یعنی عدالت، مقتضی جهل به مشروط، یعنی ترتیب اثر دادن به شهادت بینه است. در نتیجه تا زمانی که عدالت بینه احراز نشده، وضعیت مانند زمانی است که اصلاً بینه‌ای اقامه نگردیده است. به بیان دیگر، زمانی که بینه - که جزء العله برای حکم به حساب می‌آید - وجود نداشته حکمی هم وجود نخواهد داشت. بر این اساس، هرچقدر هم که ادعای مدعی معتنابه و احتمال ضرر زیاد باشد باز هم تفاوتی نمی‌کند؛ زیرا جزء العله برای حکم وجود ندارد (ر.ک: عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۸۸-۳۸۷/۱۳).

با توجه به توضیح فوق، بر اساس دلایل ذیل باید گفت که عدالت، یکی از شروط پذیرش بینه است:

الف) قرآن: فقیهان به پنج آیه از قرآن کریم استدلال نموده‌اند: «وَأَشْهُدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» (طلاق/ ۲) که صراحت در پذیرش شهادت عدول دارد (ر.ک: عاملی جبعی، ۱۴۱۳:

۳۸۷/۱۳؛ ﴿إِثَانِ ذَوَا عَدْلٍ﴾ (مائده/۱۰۶)؛ ﴿مَنْ تَرَضَّوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ (بقره/۲۸۲) که مرضی همان عدل است (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۹۹/۲۷)؛ ﴿إِنْ جَاءَكَ كُفْرٌ فَاسِقٌ بِنَبِيٍّ﴾ (حجرات/۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۰۸/۱۲)؛ ﴿يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ﴾ (مائده/۹۵) که مطلوب با اجماع مرکب اثبات می‌شود (نراقی، ۱۴۱۵: ۵۴/۱۸). برای مثال، به دو نمونه از این استدلال‌ها اشاره می‌کنیم:

۱. آیه نبأ: نبأ یعنی خبر، لذا صحت خبر هر انسان فاسقی نامعلوم بوده و مورد قبول واقع نمی‌شود. شهادت هم خبر است لذا همین حکم را دارد. رد شهادت فاسق یعنی شرطیت عدم فسق و شرط بودن عدم فسق ملازمه با شرطیت عدالت دارد (همان: ۵۷/۱۸). از طرفی انسان فاسق مرضی نیست و مطابق آیه ۱۸ سوره سجده، عادل و فاسق مساوی نیستند، لذا تنها انسان عادل مرضی بوده و قبول قولش واجب می‌باشد. بر این اساس، مطلوب که شرطیت عدالت بینة است اثبات می‌شود (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۴۱۹/۴-۴۲۰؛ ر.ک: صیمری، ۱۴۲۰: ۲۷۶/۴).

۲. آیه ذوی عدل: از نظر قائل به اصالة العدالة، احراز اسلام شهود برای جریان اصالة العدالة و حکم کردن کافی است، حال آنکه این کلام با منطوق آیه شریفه ﴿ذَوَى عَدْلٍ﴾ تناقضی آشکار دارد؛ زیرا آیه شریفه، خطاب به مسلمانان نازل شده و اعتبار اسلام شهود از کلمه «منکم» استفاده می‌شود. بنابراین کلمه «ذوی عدل» که اشاره به عدالت بینة دارد به وصفی زائد بر اسلام اشاره دارد که باید مراعات گردد (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۱۳/۹).

ب) سنت: کثرت روایات از جمله روایات ابن ابی‌یعفور (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۹۱/۲۷)، روایت یونس بن عبدالرحمن (همان: ۲۴۲/۲۷-۲۷۱) و روایات دیگر (همان: ۲۳۱/۲۷، ۲۶۴-۲۶۵، ۳۴۵، ۳۵۵، ۳۶۱-۳۶۲ و ۳۷۱) در این موضوع تا حدی است که می‌توان گفت که روایات در این مسئله، تواتر معنوی دارند.

ج) دلیل عقل: دلیل عقل را می‌توان به این صورت تبیین نمود:

۱. بدیهیات عقلی: لازم آمدن تساوی مجهول‌العدالة با عادل: اگر شهادت مجهول پذیرفته شود مجهول، مساوی عادل خواهد بود که بداهتاً این گونه نیست (ر.ک: عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۸۷/۱۳).

۲. حسن و قبح عقلی: عقل حکم می‌کند که اطمینان قلبی حاصل نمی‌شود مگر با

خبر عدل. عقل حکم می کند که صیانت و حفظ حق دیگران ممکن نیست مگر به وجه قوی که آن وجه، دلایل قوی است که جز با خبر عادل حاصل نمی شود (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۲/۳۰۸).

د) اجماع مسلمانان: مسلمانان در شرطیت عدالت شهود اجماع دارند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲/۱۴۰). نتیجه اینکه بر قاضی واجب است تا اثبات عدالت بینه صبر کرده و حکم صادر نکند (ر.ک: عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۳/۳۸۷).

### ۳-۲-۲. دلایل دیدگاه سوم

طرفداران این دیدگاه به دلایل زیر استناد می نمایند:

۱. تزامم حقوق: این مسئله از باب تزامم حقوق است که در آن، جمع بین دو حق یا اخذ به اقوی ملاکاً واجب است. این مورد از مواردی است که در آن، امکان جمع بین دو حق وجود دارد. بر این اساس، جمع بین دو حق با صرف نظر کردن از حبس و استفاده از قرار تأمین صورت می پذیرد (سبحانی، ۱۴۱۸: ۱/۲۲۶).
۲. سیره محاکم عرفی: سیره محاکم عرفی این است که اگر مدعی علیه مظنون باشد او را بدون تأمین رها نمی کنند (همان).

### ۳-۲-۲. ارزیابی دلایل

همان گونه که ملاحظه گردید، با توجه به صراحت آیات، کثرت روایات، دلیل عقل و اجماعی که در شرطیت عدالت بینه وجود دارد - حتی نظر شیخ طوسی نیز در برخی از آثارش همین است (۱۳۸۷: ۸/۲۱۷) - می توان گفت که در این مسئله، هیچ شک و اختلافی نیست و اختلاف آرا تنها در چگونگی احراز عدالت است که مشهور فقیهان قائل به احراز مقتضی عدالت یعنی اسلام، صلاح، عفاف، کفّ نفس و احراز عدم مانع (فسق) هستند. در مقابل، عده ای از فقها، اسلام و حسن ظاهر یا اسلام و معروف نبودن به فسق را در احراز عدالت کافی می دانند و عمده دلیل آنان روایاتی بود که در دو دسته به آن ها اشاره شد.

در ارزیابی روایات مذکور باید گفت که هرچند در سند روایات دسته اول اشکالی نیست، - زیرا برخی صحیح و برخی موثق بودند - لکن بر مقصود دیدگاه اول دلالتی

ندارند؛ زیرا مورد روایات، سؤال از موانع عدالت و موانع پذیرش شهادت بود و امام علیه السلام نیز در مقام پاسخ به سؤال، تنها موانع عدالت را نام برد. آری، اگر از امام علیه السلام شرایط عدالت و پذیرش شهادت پرسیده می‌شد و ایشان تنها موانع عدالت را برمی‌شمرد، آنگاه حکم به اینکه مقتضی عدالت هر مسلمانی موجود است و تا زمانی که مانعی احراز نشده، شهادت او پذیرفته می‌گردد، ممکن بود؛ حال آنکه برای مثال در روایت ابن ابی‌یعفور، از امام صادق علیه السلام درباره دانستن عدالت شخص سؤال می‌شود، امام علیه السلام در پاسخ، هم مقتضیات و هم موانع عدالت را ذکر می‌فرماید (طوسی، ۱۳۹۰: ۱۳/۳-۱۴). در برخی دیگر از روایات، مقتضی و عدم مانع را در یک جمله «إذا كان خيراً» (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۹۳/۷) بیان می‌نمایند. علاوه بر این، شیخ نیز در *النهائية*، عدالت را مرکب از مقتضی و عدم مانع می‌داند و می‌گوید:

عادل کسی است که شهادتش له و علیه مسلمانان پذیرفته می‌شود و او کسی است که اولاً ظاهرش ظاهر ایمان باشد. ثانیاً به صلاح و عفاف و کف نفس و... و ثالثاً به اجتناب از کبائر شناخته می‌شود (طوسی، ۱۴۰۰: ۳۲۵).

بر این اساس، از تعریف ایشان مشخص می‌گردد که مقتضی عدالت در هر انسان ظاهرالایمانی وجود ندارد و برای مقتضی عدالت باید وجود صفاتی محرز گردد. یعنی حتی اگر قائل به اصالة العدالة بوده و احراز مقتضی را در صدور حکم کافی بدانیم باز هم صرف اسلام کافی نبوده و احراز صلاح و عفاف و... نیز برای احراز مقتضی و صدور حکم، لازم خواهد بود.

روایات دسته دوم دیدگاه اول نیز چهار روایت است که شیخ طوسی در *الاستبصار* آن‌ها را ذکر نموده است (۱۳۹۰: ۱۳/۳-۱۴). لکن دو روایت از آن‌ها به دلیل مرسل بودن یا راوی ضعیف (ذبیان بن حکم) (ابن غضائری، ۱۳۶۴: ۵۹/۱) ضعیف بوده و از دو روایت صحیح دیگر تنها یک روایت -اینکه شهادت بر زنا با فطرت اسلام و عدم معروفیت به فسق پذیرفته می‌شود- صریح در مقصود می‌باشد اما به دو دلیل قابل پذیرش نیست: دلیل اول اینکه این روایت، موافق رأی ابوحنیفه است (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۱۷/۶)، لذا احتمال تقیه در روایت وجود دارد. دلیل دوم اینکه خبر واحد، توان معارضه با روایات کثیری که صراحت در احراز عدالت دارند و دارای شهرت عملی هستند، ندارد.

بر این اساس، با توجه به ادله قول دوم و عدم معارضه روایات دیدگاه اول با آنها، واضح می‌شود که اصالة العدالة منتفی است؛ زیرا منظور از اصالة العدالة، یا استصحاب حکم عدالت قبل از بلوغ است که اصل مثبت بوده و اعتبار ندارد و یا اصالة الصحة در فعل مسلم است که بر فرض صحت اصل، وصف عدالت با آن محقق نشده، تنها موجب حسن ظن به مسلمان است نه تعبد به عنوان عدالت (سبحانی، ۱۴۱۸: ۱/۲۷۰-۲۷۱).

#### ۲-۲-۴. دیدگاه مختار

با توجه به ادله مورد استناد دیدگاه‌های فوق به نظر می‌رسد با توجه به بطلان اصالة العدالة، با اقامه یتیمه مسلمان گرچه مدعی به وظیفه خود عمل نموده، احراز عدالت یتیمه که وظیفه قاضی است هنوز انجام نشده است. لذا تنها جزء العله ثابت شده و صدور حکم منتفی است.

درباره صدور قرار تأمین باید گفت که منکر با انکار خود و مدعی با اقامه یتیمه مجهول الحال، در یک سطح هستند. لذا بر خلاف فرض غیبت یتیمه، ابتدا به ساکن، ضرر در مورد هر دو طرف بالفعل است و درباره هر دو خوف ضرر وجود دارد. لذا با تراحم دو ضرر و عدم جواز ترجیح در این فرض، جمع میان دو حق لازم می‌آید؛ بدین شکل که قرار تأمینی در نظر گرفته می‌شود که برای هر دو طرف دعوی کمترین ضرر را داشته باشد؛ یعنی تأمینی که کمترین ضرر را برای منکر داشته، از طرفی از ذهاب حق احتمالی مدعی نیز جلوگیری کند.

در این مورد نیز با توجه به معتبره سکونی، به طریق اولی در موارد معدودی نظیر خوف فرار و ضرر معتابه و... با توجه به میزان ضرر احتمالی به تشخیص قاضی، حبس منکر نیز جایز خواهد بود.

### نتیجه گیری

الف) در فرض غیبت یتیمه: اصل، برائت ذمه منکر است و ابتدا به ساکن، صدور هرگونه قرار تأمینی علیه او ممنوع است مگر در فرض رضایت او. در موارد خوف ضرر عقلایی در حق مدعی، صدور قرارهایی نظیر کفالت و ملازم، علیه منکر بلامانع است.

در موارد معدودی با تشخیص قاضی، حبس منکر نیز جایز است.  
 ب) در فرض جهل به عدالت بینة: به صرف اقامة بینة مسلمان مجهول‌العدالة، حکمی صادر نمی‌شود. تأمینی که در آن حق هر دو طرف دعوی رعایت شده باشد در نظر گرفته می‌شود. در موارد معدودی با تشخیص قاضی، حبس منکر نیز لازم است.

### پیشنهادهات

با توجه به ارزیابی و نتایجی که از این پژوهش حاصل گردید، نمی‌توان گفت که فقط در صورتی که دعوی مستند به سند رسمی باشد و دلایل کافی وجود داشته باشد یا خواسته در معرض تضییع باشد، صدور قرار جایز است؛ زیرا ملاک اصلی در جواز صدور قرار تأمین، خوف ضرر عقلایی است. لذا پیشنهاد می‌گردد که در فرض غیبت بینة یا جهل به عدالت آنان، با وجود خوف ضرر عقلایی، قاضی حسب مورد اقدام به صدور قرار تأمین متناسب نماید.

## کتاب شناسی

۱. آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۲. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزيز بن نحریر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۴. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسيلة الى نيل الفضيلة*، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۵. ابن غضائری، احمد بن حسین، *رجال ابن الغضائری*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۴ ق.
۶. ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، *لسان العرب*، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۷. ابوصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، *الكافی فی الفقه*، اصفهان، کتابخانه امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۸. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان الى احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۹. تمیمی مغربی، نعمان بن محمد بن منصور، *دعائم الاسلام*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۳۸۵ ق.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمنبولوژی حقوق*، چاپ بیست و دوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۱۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
۱۲. حسینی واسطی زبیدی، سیدمحمد مرتضی بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۱۳. سبحانی، جعفر، *نظام القضاء والشهادة فی الشریعة الاسلامیة الغراء*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۸ ق.
۱۴. سعدی، ابوجیب، *القاموس الفقهي لغة واصطلاحا*، چاپ دوم، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۸ ق.
۱۵. سلار دیلمی، ابویعلی حمزة بن عبدالعزيز، *المراسم العلویة والاحکام النبویة*، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ق.
۱۶. سیوری حلی، جمال الدین مقداد بن عبدالله، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۱۷. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)*، چاپ بیست و نهم، تهران، ۱۳۹۱ ش.
۱۸. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۹. صیمری، مفلح بن حسن، *غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار الهدای، ۱۴۲۰ ق.
۲۰. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمد، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلة*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق.
۲۱. طوسی، محمد بن حسن، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
۲۲. همو، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲۳. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المکتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ق.
۲۴. همو، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى*، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۲۵. عاملی، محمد بن مکی، *الدروس الشریعیة فی فقه الامامیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

۲۶. عاملی جبعی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیه*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۲۷. همو، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۸. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، *ارشاد الافهام الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲۹. همو، *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۳۰. همو، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۳۱. فخرالمحققین حلی، محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات التواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۳۲. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، چاپ دوم، قم، هجرت، ۱۴۱۰ ق.
۳۳. قرشی بنای، سیدعلی اکبر، *قاموس قرآن*، چاپ ششم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
۳۴. قشیری نیشابوری، مسلم بن حجاج بن ورد بن کوشاذ، *الجامع الصحیح*، بیروت، دار الفکر، بی تا.
۳۵. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۶. مجاهد طباطبایی حائری، سیدمحمد بن علی، *کتاب المناهل*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، بی تا.
۳۷. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن هذلی، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۳۸. مشکینی، میرزا علی، *مصطلحات الفقه*، بی جا، بی نا، بی تا.
۳۹. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، *المقنعه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۴۰. مقرئ فیومی، احمد بن محمد بن علی، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر*، قم، دار الرضی، بی تا.
۴۱. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، *فقه القضاء*، چاپ دوم، قم، ۱۴۲۳ ق.
۴۲. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۴۳. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جوهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، تهران، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۴۴. نجفی کاشف الغطاء، محمدحسین بن محمدرضا، *تحریر المجله*، نجف، المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.
۴۵. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعه فی احکام الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۵ ق.
۴۶. هاشمی شاهرودی، سید محمود، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ ق.