

کفالت قهری و آثار آن در فقه

عبدالجبار زرگوش نسب^۱، سیده معصومه غیبی^۲

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۱/۰۹/۱۴ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۲/۷/۱۳)

چکیده

کفالت، یکی از ابواب فقهی حقوقی است که امروزه در حوزه دادگاهها و محاکم قضایی به طور گسترده‌ای رواج یافته است و در دعاوی کیفری و مدنی مطرح می‌شود. کفالت از زوایای مختلف از حیث شرایط، احکام و انواع آن قابل بررسی است. یکی از این مباحث که کمتر درباره آن بحث شده، کفالت قهری است. در صورت وقوع، این نوع کفالت که سبب آن استفاده از قهر و غلبه است، آثاری حقوقی را در خصوص کفیل، مکفول^{له}، مکفول^{عنه}، مراجع قضایی و دیگر افراد مشمول در آن به وجود خواهد آورد. در این نوشتار بر آن هستیم تا با تکیه بر روش تحقیق کتابخانه‌ای و شیوه توصیفی - تحلیلی، به بررسی تعریف، مصادیق کفالت قهری، مبانی مسئولیت، مجازات کفیل متخلف در امور کیفری و مالی، حکم فرار دادن مکفول^{عنه} و بری شدن کفیل از منظر فقه و حقوق بپردازیم.

کلید واژه‌ها: فقه، قانون، کفالت قهری، کفیل، مکفول^{عنه}، مکفول^{له}.

۱. نویسنده مسئول، استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه ایلام:

abdulgabar3@yahoo.com

۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق دانشگاه ایلام. مدرس دانشگاه شهرکرد.

مقدمه

کفالت، یک عنصر مهم فقهی حقوقی است که تأسیس آن دارای قدمت زیادی است. قلمرو این عقد به اندازه‌ای است که تقریباً در تمامی امور مدنی، جزایی، بازرگانی، معنوی و سیاسی مشاهده می‌شود. این نهاد حقوقی امروزه به‌عنوان یکی از متداول‌ترین قراردادهای تأمینی هم در خصوص عقود خصوصی افراد و هم در خصوص مراجع قضایی استفاده می‌شود. چون با تحقق این عقد، کفیل ملزم خواهد شد که به التزام وعده داده شده عمل کند، پس می‌طلبد که این مسئله به‌طور جد بررسی شود تا در صورتی که، فرد کفیل به وظیفه قانونی خود عمل کرده است، اما با وجود این عواملی سبب شود که کفیل نتواند مکفول را به دست صاحب حق برساند، علت و آثار آن مشخص شود.

کفالت قهری و کفالت تبرعی از جمله مواردی هستند که سبب می‌شوند قرارداد کفالت از جنبه قانونی و قراردادی خارج شود و نسبت حکمی و قهری به خود گیرد. ضرورت این بحث از آنجا ناشی می‌شود که در بعضی موارد مرتکبان جرایم مختلف با وجود دستگیری و زندان، به انحای مختلف راه فرار در پیش می‌گیرند و از حیطة کنترل ضابط دادگستری و قانون خارج می‌شوند. از آنجا که ارتکاب هر جرم، مجازات خاص خود را دارد، آیا در صورت ثانوی آن، که فرد دیگری سبب فرار این فرد شده است، همان مجازات هم بر او بار می‌شود یا اینکه برخورد قانونی دیگری با او خواهد شد؟ در این پژوهش برآن هستیم تا علل و مبانی این حکم را بررسی کنیم.

۱. تعریف لغوی و اصطلاحی کفالت

کفالت در لغت، مشتق از کفل و «به‌معنای: به‌عهده گرفتن و ملزوم کردن بر نفس می‌باشد» (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۱: ۵۸۹؛ طریحی، ۵: ۴۶۴).

در اصطلاح فقها: عبارت است از «قصد التزام و تعهد به احضار نفس در هنگام مطالبه حق برای مکفول‌له» (مشکینی، ۱۳۸۶: ۴۳۹؛ حمزه طوسی، الوسيلة، ۲۸۱؛ حائری، ۲۸۹/۹).

در اصطلاح حقوقی: «عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین در مقابل دیگری احضار شخص ثالثی را تعهد می‌کند. به شخص متعهد کفیل، به متعهدله مکفول‌له و به شخص ثالث مکفول گفته می‌شود» (ماده ۷۳۴ قانون مدنی).

باید گفت هر عقدی احکام خاص خود دارد که کفالت هم از این قاعده مستثنا نیست و دارای احکام و شرایط مختص خود است.

اما قبل از وارد شدن به بحث اصلی، باید گفت در بین بعضی از مذاهب اسلامی در صحت و فساد عقد کفالت در خصوص افراد، اختلاف نظر وجود دارد، در این میان می‌توان به قول شافعی استناد کرد، شافعی در این زمینه می‌گوید: «کفالت فقط اختصاص به اموال دارد و در امور حدی و مستوجب قصاص و همچنین جرایح عمدی کفالت مورد قبول واقع نمی‌شود و اگر هم قبول شود، سبب بطلان کفالت خواهد شد» (شافعی، ۲۳۵/۳).

اما این گفته پذیرفتنی نیست؛ زیرا اکثر فقهای شیعه و سنی عقد کفالت را صحیح می‌دانند و دلیل آنها نص صریح و روایت از پیامبر اکرم (ص) است. (سبزواری، ۳۱۹؛ علامه حلی، ۳۸۸/۱۴؛ بیهقی، ۱۵/۲).

در خصوص کفالت بنا بر قول اکثر فقها، «رضایت کفیل و مکفول‌له شرط است، اما رضایت مکفول‌عنه شرط نیست» (سیوری حلی، ۱۴۰۴، ج ۲: ۱۹۵؛ شهید ثانی، الروضة البهية ۲/۲۳۴؛ محقق حلی المختصر النافع).

و از حیث اوصاف، کفالت دارای ویژگی‌هایی است که از سایر عقود تفکیک‌پذیر است. به شماری از این ویژگی‌ها اشاره می‌شود: الف) مسامحه‌ای بودن کفالت. از آنجایی که عقد کفالت تعهدات متقابل در سایر عقود از قبیل بیمه، نکاح و صلح را ندارد، لذا حقوقدانان این عقد را مسامحه‌ای به‌شمار آورده‌اند (جعفری لنگرودی، ۲۲).

ب) موسع بودن کفالت. این وصف از آنجا ناشی می‌شود که عقد کفالت در بسیاری از امور مختلف جاری است که می‌توان گفت قلمرو این عقد کفالت بین فرزند و پدر، زن و شوهر و دیگر افراد هم برقرار می‌شود (سرخسی، ۱۷۲/۱۹).

ج) لازم بودن کفالت. کفالت عقدی لازم است و فسخ آن جایز نیست مگر به اقاله و قرار دادن خیار فسخ در مدت معینی برای هر کدام از کفیل و مکفول‌له جایز است (موسوی خمینی، ۶۱/۳).

د) کفالت هم یک نوع عقد مالی است و هم غیر مالی؛ با وجود اینکه کفالت در شرع به معنای تعهد بر نفس است، ولی مانع از آن نمی‌شود که بر اعیان صحیح نباشد (رک: عاملی کرکی، ۳۸۵/۵؛ عاملی حسینی، ۵۶۴/۱۶).

۲. کفالت قهری

کفالت یا به صورت قرارداد و با اجرای صیغه انجام می‌شود یا اینکه به صورت قهری و خارج از قرارداد صورت می‌گیرد (دیلمی، ۲۰۰؛ طوسی، ۲۸۱) که ممکن است به صورت تبرعی و بدون اذن مکفول‌له باشد یا به صورت قهری و با استفاده از قهر و غلبه و بدون اذن مکفول‌له به وجود بیاید.

قدر متیقن کلام فقها در تعریف مذکور این است که می‌گویند: اگر کسی سبب شود که مکفول‌عنه را از دست صاحب حق خارج کند، باید از عهده حقی که بر عهده اوست، برآید (عاملی حسینی، ۱۶/۶۰۵؛ علامه حلی، تذکره الفقها، ۴۱۸/۱۴).

قانون مدنی هم به پیروی از فقه در این زمینه می‌گوید: «هرکس شخصی را از تحت اقتدار ذی‌حق یا قائم مقام او بدون رضای او خارج کند، در حکم کفیل است و باید آن شخص را حاضر کند والا باید از عهده حقی که بر او ثابت شود، برآید.» (قانون مدنی، ماده ۷۴۵).

۱.۲. مصادیق کفالت قهری یا حکمی

بر اساس ماده ۷۴۵ هرکس سبب فرار و خارج شدن شخصی از دست صاحب حق شود، حکم کفیل دارد. بنابراین، افراد ذیل حکم کفیل دارند، یعنی مصادیق کفالت حکمی و قهری هستند:

الف) نگهبان زندان یا مأمورد در حین اجرای وظیفه که به صورت عمد یا به دلیل کوتاهی کردن در امر وظیفه، سبب آزادی و فراری مکفول را فراهم کرده است یا اینکه شخص ثالثی سبب وقوع این امر شود.

ب) فردی از راه حيله و یاد دادن، سبب آزادی و فراری فرد مکفول شده باشد. حال در این مورد بنا بر اصل احتیاط، آیا باید به قدر متیقن که همان مباشرت باشد، اکتفا کرد یا اینکه باید مطلق کفالت قهری را در نظر گرفت؟ قول صحیح آن است که باید مطلق کفالت در نظر گرفته شود (حائری: ۱۷۳).

ج) شخص کفیل که به درخواست مکفول‌عنه کفالت کرده، سپس با تبانی یا بدون تبانی سبب آزادی و فرار او را فراهم کرده باشد، به طوری که مکفول‌له نتواند به حق خود برسد.

به‌طور مطلق می‌توان گفت هر فردی سبب شود که غریم آزاد شود، مصداق این ماده قرار خواهد گرفت. خواه تهدید زبانی کرده باشد یا اینکه کسی را واسطه کرده باشد، خواه به واسطه سبب حلال باشد یا حرام یا به سبب هر عامل خارجی باشد (نجفی، کاشف‌الغطاء: ۴).

۲.۲. مبانی مسئولیت کفالت قهری

کفالت قهری در مقابل کفالت قراردادی است که در این صورت موجباتی از قبیل موارد گفته شده، سبب می‌شود که این فرد ضامن باشد. به عبارت دیگر می‌توان گفت موجبات کفالت قهری، همان موجبات ضمان قهری است، به دلیل اشتراک بین کفالت و ضمان قهری از حیث ضمان ید، اتلاف، تعدی، تفریط غضب و سایر مواردی که سبب به‌وجود آمدن مسئولیت در هر دو شده است.

از جمله نصوص و قواعدی که می‌توان برای مسئول بودن در کفالت قهری به آنها استناد کرد، عبارتند از:

در روایتی از امام صادق (ع) در این زمینه آمده است: «سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ قَتَلَ رَجُلًا عَمْدًا فَرَفَعَ إِلَى الْوَالِي فَدَفَعَهُ الْوَالِي إِلَى أَوْلِيَاءِ الْمَقْتُولِ لِيَقْتُلُوهُ فَوَثَبَ عَلَيْهِمْ قَوْمٌ فَخَلَصُوا الْقَاتِلَ مِنْ أَيْدِي الْأَوْلِيَاءِ قَالَ أَرَى أَنْ يُحْبَسَ الَّذِي خَلَصَ الْقَاتِلَ مِنْ أَيْدِي الْأَوْلِيَاءِ حَتَّى يَأْتُوا بِالْقَاتِلِ قِيلَ فَإِنْ مَاتَ الْقَاتِلُ وَهُمْ فِي السَّجْنِ قَالَ وَ إِنْ مَاتَ فَعَلَيْهِمُ الدِّيَةُ يُؤَدُّونَهَا جَمِيعًا إِلَى أَوْلِيَاءِ الْمَقْتُولِ. از امام صادق (ع) سؤال کردم: شخصی مرتکب قتل عمد می‌شود. حاکم به پرونده او رسیدگی می‌کند و او را به اولیای مقتول می‌سپارد تا قصاص کنند. هنگام اجرای حکم قصاص، گروهی یورش می‌برند و قاتل را از چنگ اولیای مقتول نجات می‌دهند. امام (ع) فرمود: نظرم این است که آزادکنندگان قاتل از دست اولیای مقتول، بازداشت شوند تا قاتل را تحویل دهند. گفته شد: اگر قاتل مُرد و آنان هنوز در زندان بودند؟ امام (ع) فرمود: اگر قاتل مُرد، آنان باید دیه بپردازند» (بروجردی، ۲۳: ۸۷۷؛ حر عاملی، ج ۱۸: ۴۳۷).

این روایت در خصوص کسی که به‌صورت قهری سبب فرار قاتل شده است صراحت دارد، که شخص قاتل را از دست صاحبان خون برباید و او را فراری دهد و از نظر فقهی وضعی شبیه به وضع کفیل دارد، یعنی او را زندانی می‌کنند تا اینکه قاتل فراری را بازگرداند (منتظری، ۱۸۲/۴).

بنابراین می‌توان گفت اگر فردی اعم از زندانبان و ضابطان دادگستری و غیر آنان در محل زندان یا غیر آن سبب فرار و آزادی قاتلی شده باشند که مرتکب جرم مستوجب قصاص شده است، در این صورت آن فرد زندانی می‌شود تا قاتل پیدا شود. در این صورت فرقی ندارد که کسی از این فرد کفالت کرده باشد یا نه یا اینکه خود کفیل یا دیگری سبب وقوع این آزادی شده باشد. در خصوص دیگر اقسام قتل هم باید گفت حبس، پذیرفتنی است، هم به دلیل نقلی که روایات با اطلاق و عمومیت خود آن را تأیید می‌کنند و هم به دلیل جلوگیری از کاهش جرایم غیر عمد ناشی از بی‌احتیاطی در خصوص تصادفات رانندگی و امثال آن، که روایت ذیل یکی از نمونه‌های روایات مطلق است: «أَتَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ صِ بَرَجْلٍ تَكْفَلُ بِنَفْسِ رَجُلٍ فَحَبَسَهُ فَقَالَ اطَّلَبْ صَاحِبَكَ. شخصی را نزد امیر مؤمنان^(ع) آوردند که از دیگری کفالت کرده بود. علی^(ع) او را بازداشت کرد و فرمود: به جست‌وجوی دوستت بپرداز» (حر عاملی، ج ۱۸: ۴۳۱).

روایت لاضرر و لاضرار (کلینی، ۲۹۳/۵): صاحب جواهر در خصوص مسئول بودن کفالت قهری می‌گوید: اگرچه کفالت به معنای اصطلاحی در اینجا واقع نشده است و ضامن بودن کفیل، به ایجاد عقد کفالت اختصاص دارد، اما این مانع از آن نیست که فرد مرتکب کفالت قهری، میرا از مسئولیت باشد، بلکه به استناد قاعده لاضرر و لاضرار و دلایل دیگر، این فرد باید ضرر وارده را جبران نماید. در این صورت فرقی بین صبی، مجنون و دیگر افراد نیست؛ زیرا این موارد در جبران ضرر، اطلاق دارند (نجفی، ۲۶: ۱۹۸). علاوه بر موارد گفته شده، روایت دیگری که فقها در جهت ضمان کفالت قهری به آن استناد می‌کنند روایت «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» است (نوری، ۸/۱۴) در دلالت این روایت باید گفت همانند موارد گفته شده، حکم آن عام است و به حقوق مالی اختصاص ندارد، بلکه این ضمانت همه حقوق مادی و معنوی را در بر خواهد گرفت.

۳.۲. مسئولیت کفیل در امور کیفری و جرایم غیر مالی

گاهی مورد کفالت در ارتباط با قتل عمد، شبه عمد و خطای محض است. در هر یک از این سه صورت، اگر فرد سبب شود که مکفول^{عنه} از سیطره مکفول^{له} خارج شود، نباید به صرف پرداخت وجه الکفاله، کفایت شود؛ زیرا اولاً وقتی در حقوق عینی و دینی که در درجه اول هدف از کفالت وصول مال است، حبس پذیرفته می‌شود، پس به طریق اولی در مسائل کیفری که هدف از کفالت، خود فرد است، حبس پذیرفته می‌شود.

ثانیاً، جرم قصاص در صورت قتل عمد، از جمله مواردی است که با کفالت جبران‌پذیر نخواهد بود. اگر کفیل با پرداخت خسارت از مسئولیت مبرا شود، شاهد هرج و مرج، بی‌اعتنایی به قانون و تخلف از قواعد امره در این زمینه خواهیم شد. پس در هریک از این موارد، اگر فردی به‌صورت قهری، اعم از کفیل معین شده در عقد کفالت، اشخاص عادی، زندانبان، ضابطان دادگستری و هر کس دیگری که به یکی از طرق گفته شده در مبحث پیش، اعم از مباشرة مستقیم مثل باز کردن در یا غیرمستقیم مثل تعلیم دادن راه‌های فرار و... سبب آزاد شدن فرد مکفول‌عنه شود، می‌توان او را حبس کرد تا مکفول‌عنه حاضر شود. در خصوص مدت حبس، محدود به زمان خاصی نیست. مکارم شیرازی در مورد حبس کفیل می‌گوید: «اگر جانی محکوم به قصاص بوده، می‌توان کفیل را زندانی نمود، تا به وسیله‌ای او را تحویل دهند. در مورد حبس کفیل از امتناع معرفی مکفول هم می‌گوید: در روایات اسلامی و کلمات فقها، حدی برای این حبس تعیین نشده و ظاهر اطلاق نصوص و فتاوا، دلیل بر این است که این حبس نامحدود است؛ ولی سه صورت را می‌توان از آن استثنا کرد.

الف) اینکه ثابت شود که کفیل واقعاً از احضار مکفول، عاجز و ناتوان شده است؛

ب) اینکه حاضر شود حق مورد نزاع را شخصاً بپردازد؛

ج) اینکه عناوین ثانویه‌ای ایجاب کند که او در زندان نماند.

ولی به نظر ما راه اول و دوم مقدم است. در قانون جدید صحبتی از بحث حبس نکرده است، که این مطلب خود نیاز به تحقیق دارد» (مکارم شیرازی، ۳۰۵/۲).

در خصوص کفالت در جرایم غیرمالی، می‌توان به جرایمی در زمینه خرید و فروش مواد مخدر و همچنین جرایم وارده در ماده ۱۸۸ ق.ا.ک اشاره کرد. در این‌گونه جرایم اگر فردی سبب آزادی این افراد شود، باید گفت هرچند هم وجه‌الکفاله آنها از حیث مالی مقدارش زیاد باشد و بشود از آن، وجه مورد نظر را وصول کرد، به نظر می‌رسد حبس کفیل قهری تا زمان حضور این فرد در دادگاه، سزاوارتر از آن باشد که آنها را به حال خود واگذار کنند؛ زیرا این کار، سبب تباهی و برهم زدن امنیت جامعه می‌شود و تلاش‌های زیادی برای دستگیری این‌گونه متهمان توسط نیروی انتظامی صرف می‌شود. پس لازم است در مرحله اول درباره مورد کفالت این نوع جرایم، شرایط سخت گرفته شود و از آزاد کردن چنین افرادی با قرارهای سبک خودداری شود و در مرحله دوم نیز در خصوص کسانی که مانع از اجرای مجازات مالی و غیرمالی در حق این افراد می‌شوند،

حکم حبس اعمال شود. در چنین شرایطی از جرایم کاسته می‌شود. مستند این نظر هم روایات مختلفی است که در زمینه کفالت فردی بر فرد دیگر وارد شده است: «قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع فِي رَجُلٍ تَكْفَلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ أَنْ يُحْبَسَ وَقَالَ لَهُ اطَّلَبْ صَاحِبَكَ. امير المؤمنين^(ع) مردی را که نفس مرد دیگری را کفالت کرده بود، زندانی کرد و به او فرمود: رفیقت را پیدا کن و بیاور» (ابن بابویه، ج ۳: ۹۵). به نظر صاحب ریاض، اگر مورد کفالت بدهی باشد قاضی می‌تواند کفیل را حبس کند تا زمانی که بدهکار را تحویل دهد، یا حق را ادا کند. اما اگر ادای آن از جانب کفیل ممکن نباشد، مانند: قصاص و زوجیت که موجب حد یا تعزیر باشد، قاضی او را به حاضر کردن مکفول الزام می‌کند و اگر احضار مکفول ممکن نباشد ولی بدل داشته باشد، مانند دیه قتل، می‌توان پرداخت مال را کافی از احضار دانست (طباطبایی، ج ۹: ۲۹۲).

۴.۲. کفالت در امور مالی

آنچه از روایات در باب کفالت فهمیده می‌شود، بیانگر آن است که کفالت فقط اختصاص به موارد غیرمالی دارد؛ اما معلوم می‌شود که این روایات مختص به امور غیرمالی نیستند؛ چرا که بسیاری از جرایمی که جنبه حق الهی و غیرمالی دارند، بیشتر تحت عنوان حدود قرار می‌گیرند و از شمول کفالت خارج می‌شوند. بیشتر جرایمی هم که دارای جنبه غیرمالی هستند، با توجه به قوانین کفالت در قانون ا. د. ک بیشتر تحت شمول همان کفالت مالی قرار می‌گیرند. این به نظر درست نمی‌رسد که ما برای بیشتر جرایم از وجه الکفاله استفاده کنیم، چرا که بیشتر جرایم با پول جبران نمی‌شود. اما آیا در خصوص کفالت قهری مالی هم می‌شود از حبس استفاده کرد یا خیر. مکفول‌له مختار است که هر کدام را از کفیل درخواست کند که در این خصوص باید به بحث و بررسی درباره دیدگاه فقها پرداخت که اگرچه این موارد مختص به کفالت عقدی است، از آنجایی که قانونگذار در ماده ۷۴۵ مقرر می‌دارد که باید از عهده حقی که بر گردنش ثابت شده است، برآید، می‌توان گفت که قوانین کفالت قهری هم همان قوانین کفالت عقدی است و این کلام اکثر فقها هم هست.

در خصوص کفالت قهری باید گفت که مکفول‌له می‌تواند مرتکب را (که در اینجا همان آزادکننده مکفول‌له است) را زندانی کند تا مکفول‌لنه را حاضر کند یا اینکه از او بخواهد که وجه مورد کفالت را بپردازد. البته این قول، قول خوبی است، اما اگر عمل

مرتکب به گونه‌ای باشد که سبب تعرض به مأموران نیروی انتظامی شود یا اینکه سبب ورود و تجاوز شده باشد، می‌توان گفت که علاوه بر مقدار تعیین شده در عقد کفالت، باید از عهده خسارت یا مجازات وارده نیز برآید. در زمینه مختار بودن مکفول‌له در جهت درخواست حبس یا پرداخت مال، می‌توان به روایتی که در این زمینه وارد شده است، استناد کرد، متن این روایت در کتاب دعائم‌الاسلام آمده که امام صادق^(ع) فرموده: «إِذَا تَحَمَّلَ الرَّجُلُ بِوَجْهِ الرَّجُلِ إِلَى أَجَلٍ فَجَاءَ الْأَجَلَ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَأْتِيَ بِهِ وَ طَلِبَ الْحَمَالَهَ حَبْسٍ إِلَّا أَنْ يُؤَدَّى عَنْهُ مَا وَجِبَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ الَّذِي يُطَلَبُ بِهِ مَعْلُومًا وَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَيْهِ وَ إِنْ كَانَ الَّذِي قَدْ طَلِبَ بِهِ مَجْهُولًا مَا لَّا بُدَّ فِيهِ مِنْ إِحْضَارِ الْوَجْهِ كَانَ عَلَيْهِ إِحْضَارُهُ إِلَّا أَنْ يَمُوتَ وَ إِنْ مَاتَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ. هرگاه کسی تا مدت مشخص و معینی بدهی کسی را کفالت کند و در سررسید تعیین‌شده شخص بدهکار، وجه مورد کفالت را نپردازد، آن کفیل را زندانی می‌کنند، مگر اینکه از جانب شخص مورد کفالت وجه مورد نظر و تعیین‌شده را بپردازد. البته این در صورتی است که مقدار آن وجه معلوم باشد، کفیل بعد از پرداخت آن وجه، حق دارد به شخص مورد کفالت مراجعه و آن را از او مطالبه کند، [حق دارد علیه او طرح دعوی کند]، و اگر آن وجه مورد نظر، مقدارش نامعلوم باشد، بر کفیل لازمست شخص مورد کفالت را شخصاً حاضر کند؛ مگر اینکه او مرده باشد، در این صورت چیزی بر کفیل نیست» (تمیمی مغربی، ج ۲: ۶۴). این روایت به صراحت بر کفالت مالی دلالت دارد. پس در زمانی که مکفول‌له بتواند در کفالت عقدی این اختیار را به کار گیرد، به طریق اولی در کفالت قهری هم می‌تواند از چنین حقی استفاده کند.

۵.۲. مجازات کفیل به حبس در امور مالی

اگر مکفول‌له از کفیل بخواهد که مکفول را احضار کند و مکفول خواسته مکفول‌له را انجام ندهد، آیا کفیل تا زمانی که حق را پرداخت کند، زندانی می‌شود یا تنها جریمه خواهد شد؟ روایات صحیحی وارد شده است: که هر گاه کفیل از تحویل دادن مکفول خودداری کند، قاضی او را زندانی می‌کند. فقهای شیعه به این امر فتوا داده‌اند؛ از جمله شهیدین، شیخ طوسی، شیخ صدوق، محقق حلی، علامه حلی، سلار دیلمی و دیگران. در میان روایات مذکور، تنها یک روایت (روایتی که در دعائم‌الاسلام آمده است) اشعار دارد به مختار گذاشتن کفیل بین احضار مکفول که مالی بر عهده‌اش است و اینکه شخصاً

وجه بدهی او را به مکفول‌له بپردازد. در سایر روایات، زندانی کردن کفیل تا احضار مکفول به‌طور صریح بیان شده است، بنابراین بین روایات، منافات وجود دارد که می‌توان سایر روایات را بر روایت دعائم حمل کرد و قائل به تخییر شد.

در دعائم‌الاسلام آمده است: «عنه [جعفر بن محمد^(ع)] إنه قال: اذا تحمل الرجل بوجه الرجل الى أجل فجاء الاجل من قبل ان يأتي به و طلب الحماله حبس، إلا أن يودّي عنه ما وجب عليه، إن كان الذي يطلب به معلوما، و له أن يرجع به عليه و إن كان الذي قد طلب به مجهولا، ما لا بد فيه من إحضار الوجه كان عليه إحضاره إلا أن يموت و إن مات فلا شيء عليه» (تمیمی مغربی، ج ۲: ۶۴). از امام صادق^(ع) چنین روایت شده است: اگر کسی کفالت دیگر را تا مدتی مشخص به عهده گرفت و آن مدت مشخص فرا رسید و طلبکار درخواست کرد، در این صورت کفیل زندانی می‌شود؛ مگر آنکه در صورت معلوم بودن مکفول، از طرف او بدهی‌اش را بپردازد و می‌تواند برای دریافت آن به وی مراجعه کند و اگر مکفول مجهول باشد، آن‌گونه که چاره‌ای جز حاضر کردن وجه مورد نظر نباشد، باید آن را پرداخت کند؛ مگر اینکه بمیرد. در این صورت چیزی بر عهده او نیست. در مسند زید، روایت ذیل نقل شده است: «...زید بن علی، عن أبيه عن جده، عن علي (رضي الله عنهم): ان رجلا كفل لرجل بنفس رجل فحبسه حتى جاء به.» (البقال، ۲۵۷). یعنی شخصی کفیل شخص دیگری شد، حضرت علی او را زندانی کرد تا وی را حاضر نمود. این روایت صراحت دارد در حبس کفیل، تا زمانی که مکفول را بیاورد. در وسائل‌الشیعه آمده است: «محمد بن الحسن باسناده عن محمد بن علي بن محبوب، عن الحسن بن موسى الخشاب، عن غياث بن كلوب بن قيس بجلي، عن إسحاق بن عمار، عن جعفر، عن أبيه أن علياً^(ع) أتى برجل كفل برجل بعينه فأخذ بالمكفول فقال: احبسوه حتى يأتي بصاحبه» (حر عاملی، ۱۳/۱۵۶). به اسناد شیخ طوسی از محمد بن علی بن محبوب... از امام صادق^(ع) از پدرش امام باقر^(ع) از حضرت علی^(ع)، مردی را که برای بدهی، شخص دیگری را کفالت کرده بود و بعد در مقابل مکفول دستگیر شده بود، نزد امیر المومنین^(ع) آوردند. آن حضرت فرمود: او را حبس کنید تا رفیقش را بیاورد. علامه مجلسی در ملاذالاخیار در مورد این روایت می‌گوید: این روایت حسن یا موثق است و درباره کلمه «بعینه» علامه پدرم می‌گوید: منظور از آن، این است که تن و بدن او را کفالت کرده بود. البته می‌توان آن را بعینه - به کسر عین - خواند و منظور از آن، این است که به جهت معامله سلف یا نسبه کفالت کرده بود - سخن پدرم پایان یافت - بآء

در عبارت «بالمکفول» سببیه است و منظور آن است که کفیل به سبب مکفول دستگیر شده بود» (مجلسی، ۵۵۵/۹). در وسائل الشیعه چهار روایت آمده که حضرت علی^(ع) کفیلی را که از دیگری کفالت می کرد، حبس می کرد تا مکفول را حاضر کند (حر عاملی، ۱۵۶/۱۳). فقهای شیعه به روایات مزبور استناد کرده اند. اینان در مورد کفیلی که از تحویل دادن مکفول خودداری کند، به حبس وی چنین فتوا داده اند که: قاضی می تواند کفیل را زندانی کند تا زمانی که مکفول را حاضر کند یا بدهی را بپردازد. در صورتی که ادای حق از جانب وی امکان داشته باشد، مانند بدهی، ولی اگر امکان نداشته باشد، مانند قصاص یا زوجیت یا ادعای جرمی باشد که موجب حد یا تعزیر است، کفیل ملزم خواهد شد که در صورت امکان، مکفول را حاضر کند و قاضی نیز می تواند او را برای احضار مکفول مجازات کند. همچنان که در مورد کسی که توان ادای حقی را دارد ولی امتناع می ورزد، همین حکم جاری است. اما اگر کفیل نتواند مکفول را حاضر کند، در صورتی که حق ادعایی دارای بدل باشد مانند: دیه در قتل گرچه عمد باشد و مهرالمثل زن؛ باید بدل آن را بپردازد و گفته شده است: هرگاه مکفول له خواستار احضار مکفول باشد، باید کفیل را به حاضر کردن مکفول ملزم کرد حتی اگر حق، توسط کفیل، پرداخت شدنی باشد؛ چون منظور از کفالت، در ادای حق منحصر نیست، این نظر قوی است و بر فرض اینکه حق مورد کفالت، مال باشد و کفیل آن را ادا کند، چنانچه با اذن مکفول ادا کرده باشد، می تواند برای دریافت آن به او مراجعه کند و نیز همچنین است اگر بدون اذن وی حق را بپردازد و کفالتش با اذن مکفول باشد، ولی احضار مکفول امکان نداشته باشد. در غیر این دو صورت، کفیل حق رجوع ندارد (شهید ثانی، ۱۳۹۶، ج ۴: ۱۵۲-۱۵۴). شیخ صدوق فرموده است: «اگر کسی بر دیگری حقی داشت و تو کفالت او را کردی، بر توست که او را تحویل دهی و اگر او را با مال، ضمانت کردی آن مال به عهده توست» (ابن بابویه: ۳۷۸). شیخ طوسی گفته است: «هر کس بر دیگری تا زمانی معین بدن شخص ثالثی را ضمانت کند (کفالت کند) ... و بعد در زمان تعیین شده، وی را تسلیم نکند، مضمون له (مکفول له) حق دارد او را حبس کند تا مضمون (مکفول) را حاضر نماید و یا از عهده پرداخت حقی که بر عهده اش است برآید» (طوسی، بی تا: ۳۱۵). شیخ طوسی در کتاب مبسوط؛ آزاد کردن کفیل را مقید به تحویل مکفول کرده است و در کتاب «خلاف» به حبس دایم کفیل تصریح کرده است. به نظر می رسد این تنها در مورد قتل و مفساد اقتصادی کلان صدق می کند. ایشان در «مبسوط» گفته است:

«اگر کسی دیگری را در برابر کسی که از وی طلبی دارد یا مدعی مالی نزد اوست، کفالت کند... مکفول‌له می‌تواند از او تسلیم وی را بخواهد، اگر او را تسلیم کرد، بری‌الذمه می‌شود و اگر از تسلیم او امتناع کرد، حبس می‌شود تا او را تحویل دهد» (همو، المبسوط، ۳۳۷/۲) و در کتاب خلاف گفته است: «اگر کسی کفالت دیگری کند و مکفول‌عنه غایب شود که جای اختفای او دانسته شود، کفیل به حاضر کردن او الزام می‌شود و به او به مقدار رفتن و آمدن برای احضارش مهلت داده می‌شود. اگر بعد از سپری کردن این مدت وی را حاضر نکنند، حبس دایمی می‌شود تا او را حاضر کند یا بمیرد و همه کسانی که کفالت را مجاز دانسته‌اند، چنین فتوا داده‌اند» (همو، الخلاف، ۳۲۳/۳). یحیی بن سعید می‌گوید: مجازات کفیل در حبس وی منحصر است و چیزی دیگر از حق و مال بر عهده او نیست (حلی: ۳۰۳). شیخ بهایی می‌گوید: مجازات کفیل در صورت عدم حاضر کردن مکفول حبس یا پرداخت حقی که بر عهده‌اش است می‌باشد (عاملی، ۲۲۵) سلار دیلمی در مراسم قائل به حق کفیل بر کفالت عقدی است و در صورتی که به مضمون کفالت عمل نشود ایشان گفته است: «کفالت بر دو نوع است: کفالتی که عقدی آن را اقتضا کرده است و کفالت قهری. کفالت عقدی بدان گونه است که با بدن خود از دیگری تا زمان معینی کفالت می‌کند و آنگاه که زمان آن فرا می‌رسد. در صورتی که کفیل، مکفول‌عنه را حاضر نکرد، او را حبس می‌کند تا او را حاضر کند و یا حق را پرداخت کند» (سلار دیلمی: ۲۰۰). به نظر محقق حلی: اگر کفیل، مکفول‌عنه را به‌طور کامل تحویل ندهد و از تسلیم وی خودداری کند، مجازاتش حبس است تا وی را حاضر نماید؛ یا بدهی که بر عهده‌اش است را بپردازد (محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۲: ۱۱۵). علامه حلی در تذکره الفقهاء گفته است: «اگر کفالت حال یا مدت‌دار باشد و زمان آن سر رسیده باشد، اگر مکفول حاضر باشد، بر کفیل واجب است او را حاضر کند. در صورتی که مکفول‌له تقاضا کند، اگر او را حاضر کرد چه بهتر و گرنه حبس می‌شود و اگر مکفول‌عنه غایب باشد، چنانچه جای او معلوم و برگرداندن او از آنها ممکن باشد، به کفیل به اندازه رفتن و آوردن او مهلت داده می‌شود، اگر آن مهلت سپری شد و بدون عذر او را نیاورد، زندانی می‌شود. او فوری بدون مهلت حبس نمی‌شود، همه اهل علم چنین فتوا داده‌اند. ولی اگر غایب منقطع باشد، یعنی جایش شناخته نشود و خبری از او نباشد، کفیل به احضار او مجبور نمی‌شود؛ زیرا امکان ندارد و چیزی هم بر عهده او نیست، زیرا او کفالت مال نکرده است» (علامه حلی، تذکره الفقهاء ۲: ۱۰۲). صاحب

مفتاح‌الکرامه پس از نقل کلام علامه حلی گفته است: «همان‌گونه که در نهاییه، سرائر، شرائع‌الاسلام، المختصر‌النافع، تحریر‌الاحکام، ارشاد، لمعه و الروضه‌البهیة آمده است، ظاهر عبارات این کتاب‌ها آن است که اگر آنچه بر او بوده، پرداخت کند، بر مکفول‌له واجب است آن را بپذیرد و کفیل بری‌الذمه می‌شود و در تذکره‌الفقهاء و جامع‌المقاصد آمده است: اگر مکفول‌له به پرداخت مال راضی نشود و احضار او را مطالبه کند، قاضی او را به تسلیم مکفول‌الزام می‌کند» (عاملی حسینی، ج ۵: ۴۳۴). سپس در توضیح کلام علامه حلی در قواعد‌الاحکام گفته است: به‌وسیله کفالت سعی در حاضر کردن مکفول واجب می‌شود، پس اگر او را تحویل نداد، تنها حبس می‌شود نه چیزی دیگر» (همان: ۴۲۹). صاحب حدائق گفته است: «بعضی از اصحاب امامیه چنین ذکر کرده‌اند: اگر تسلیم مکفول ممکن نباشد، از اخبار پیشین معلوم گردید که قاضی می‌تواند او را زندانی کند تا وی را حاضر نماید و نیز می‌تواند او را بر این امر مجازات نماید، همان‌طور که درباره هر کس که از ادای حق خودداری کند، چنین است، ولی این حکم اشکال دارد؛ زیرا نهایت آنچه اخبار پیشین بر آن دلالت دارد این است که باید او را زندانی کرد تا وی را حاضر کند و این در مجازاتش کافی است، پس مجازات دیگری علاوه بر حبس او، معنایی ندارد؛ زیرا شرع در مورد آن اذنی نداده است» (بحرانی، ج ۲۱: ۶۵). به نظر امام خمینی^(ره) هر کس حق مالی به عهده‌اش باشد، کفالت به بدنش صحیح است و علم به مقدار آن مال شرط نیست، ولی باید مال در ذمه‌اش ثابت باشد و اگر کفیل از تحویل دادن مکفول خودداری کند، قاضی او را حبس می‌کند تا اینکه او را حاضر نماید یا آنچه را بر عهده اوست، مانند بدهی، ادا نماید (موسوی خمینی، ج ۲: ۳۵ و ۳۶). در وسیله‌النجاه آمده است: «اگر کفالت با تمام شرایطش محقق گردد، در صورتی که کفالت مطلق یا فوری باشد، برای مکفول‌له جایز است که مکفول را فوری از کفیل مطالبه کند و در صورتی که کفالت مدت‌دار باشد، بعد از فرا رسیدن موعد، چنین حقی را خواهد داشت، اگر کفیل مکفول را حاضر کرد و در اختیار او گذاشت، آنچنان که مکفول‌له بر او دسترسی داشته باشد، از آنچه که بر عهده‌اش است، بری‌الذمه می‌شود و اگر امتناع ورزید، می‌تواند از قاضی حبس او را بخواهد تا وی را حاضر نماید یا آنچه بر عهده اوست، بپردازد. ولی اگر غایب باشد، چنانچه جای او معلوم و برگرداندن او از آنجا ممکن باشد، به کفیل به اندازه رفتن و آوردن او مهلت داده می‌شود. اگر آن مهلت سپری شد و بدون عذر او را نیاورد، حبس می‌شود» (اصفهانی، ج ۲: ۱۴۶). در مواردالسجن آمده است: «اگر

کفیل از تحویل دادن مکفول خودداری کند، قاضی او را بدان الزام می‌کند، اگر نیز خودداری کرد مکفول^۱ له می‌تواند حبس او را از قاضی تقاضا کند تا زمانی که بدهکار را حاضر کند یا آنچه که بر عهده‌اش است، بپردازد البته در صورتی که ادای آن برایش امکان داشته باشد، مانند پرداخت بدهی» (طبسی، به نقل از ذخیره‌الصالحین: ۴۳۲). صاحب جواهر الکلام در ذیل کلام محقق حلی گفته است: «اشکال و خلافی نیست در اینکه مکفول^۱ له می‌تواند مکفول^۱ عنه را از کفیل به صورت فوری مطالبه کند، اگرچه کفالت او مطلق یا فوری و بدون مهلت باشد و اگر کفالت مهلت‌دار باشد، پس از انقضای مهلت می‌تواند مطالبه کند. سپس اگر او را به نحو کامل تحویل داد، به طوری که صاحب حق دسترسی به او داشت، ذمه‌اش از آنچه بر عهده‌اش است، بری می‌شود... اگر کفیل از آن خودداری نمود، می‌تواند او را حبس کند، بلکه می‌تواند به سبب آن مجازاتش کند تا وی را حاضر نماید یا آنچه بر عهده اوست، ادا کند، چنانچه در نهایه شیخ طوسی، سرائر ابن‌ادریس، مختصر النافع محقق حلی، تحریر علامه حلی، ارشاد، مصنف و الروضة البهیة آمده است» (نجفی، ۱۸۹ / ۲۶).

۶.۲. تخییر کفیل بین احضار مکفول و پرداختن وجه الكفاله

سؤالی که اینجا مطرح می‌شود این است که آیا مختار گذاشتن کفیل بین اینکه وجه بدهی را پرداخت کند یا شخص مکفول را حاضر کند، جایز است؟ طبسی می‌گوید: «آنچه گفته می‌شود که تخییر بین احضار مکفول و ادای آنچه بر عهده اوست در روایات گذشته، به جز روایت دعائم الاسلام، نیامده است چون گاهی مکفول مقصود و غرضی دارد که به ادای مال تعلق نمی‌گیرد، یا اینکه آن را از کسی دیگر غیر از مکفول نمی‌خواهد در صورتی که کفالت در غیر مال باشد و گرنه در صورتی که کفالت به مال تعلق گرفته باشد، تردیدی در این نیست که کفالت با پرداخت دین از جانب کفیل منحل می‌شود، همان‌طور که با تحویل دادن مکفول یا با ابرای مکفول^۱ له، یا با مرگ مکفول، یا با رفع ید مکفول^۱ له از کفالت منحل می‌شود. با این وضعیت دیگر جایی برای این اشکال باقی نمی‌ماند. علاوه بر آن احتمال می‌رود که روایت به مورد غالب، نظر داشته باشد که کفیل مال را پرداخت نمی‌کند، چنانچه در مفتاح‌الکرامه چنین احتمالی داده است» (طبسی: ۴۳۲). صاحب جواهر به مسئله تخییر و مختار گذاشتن کفیل در اینکه شخص مکفول را حاضر کند یا خود شخصاً وجه بدهی او را به

مکفول‌له بپردازد ایراد گرفته و گفته است: «همان‌گونه که ملاحظه کردید، مختار گذاشتن کفیل در اینکه شخص مکفول‌عنه را حاضر کند و یا خود شخصاً وجه بدهی او را به مکفول‌له بپردازد، در روایات وجود نداشت...ممکن است مکفول‌له مقصودی داشته باشد که با پرداخت بدهی توسط کفیل تحقق نپذیرد و یا اینکه حاضر نباشد آن را از غیر مکفول بپذیرد (همان).

نقد اظهارات صاحب جواهر

به نظر می‌رسد که اظهارات صاحب جواهر در مختار بودن کفیل در احضار مکفول و یا پرداخت وجه بدهی به این دلایل دارای خدشه است:

الف) روایت دعائم‌الاسلام هرچند که از نظر سند با روایات حبس کفیل، همسنگ نیست، موافق عرف و عادت است؛ چون در مسئله کفالت، مقتضای بنای عقلاً جز این نیست که کفیل یا شخص مکفول را حاضر کند یا طلب شخص شاکی را بپردازد. لذا روایت دعائم مبین و مکمل آن روایات است، نه معارض آنها.

ب) اینکه مکفول‌له و شاکی بر ذمه مکفول (بدهکار) حقی جز این ندارد که بدون کمترین زیان، طلب خود را بگیرد و این حق در صورت پرداخت کفیل نیز کاملاً تأمین شده است. همان‌طور که شخص بدهکار می‌تواند بدهی خود را شخصاً به طلبکار بپردازد یا از طریق قاصد و یک فرد واسطه، آن را ادا کند و در هر دو صورت بری‌الذمه می‌شود؛ لذا در صورتی که کفیل نیز به نیابت او آن را بپردازد، بری‌الذمه خواهد شد.

ج) اما اینکه صاحب جواهر گفته است: «ممکن است از احضار شخص مکفول غرض دیگری نیز در کار باشد» این مطلب نیز استوار به نظر نمی‌رسد، برای اینکه در صورت مصداق پیدا کردن این فرض — که مصداق آن فعلاً متصور نیست — جنبه استثنایی دارد و آن را نمی‌توان به صورت قاعده‌ای کلی در آورد و به همه موارد و مصادیق کفالت عمومیت داد. لذا با توجه به مطالب یاد شده و با در نظر گرفتن روایت دعائم‌الاسلام، می‌توان گفت: روایاتی که در آنها فقط «حکم به زندانی شدن کفیل تا احضار مکفول» آمده و به مسئله «تخیر او» اشاره نشده است، به موردی انصراف دارند که شخص کفیل از پرداخت وجه مورد نظر که بر ذمه مکفول واجب است، خودداری کند و در صورت عدم خودداری او از این عمل، ضرورتی ندارد او را زندانی کنند» (منتظری، ج ۴: ۱۸۱ و ۱۸۲).

۷.۲. بری شدن کفیل از تعهد

در خصوص برائت کفیل، باید به همان موارد گفته شده در قانون مدنی در ذیل ماده ۷۴۶ اشاره کرد. می‌توان گفت اکثر قریب به اتفاق فقها در این موارد نظر واحد دارند. این ماده مقرر می‌دارد: در موارد ذیل کفیل بری می‌شود:

(الف) در صورت حاضر کردن مکفول به نحوی که متعهد شده است؛

(ب) در صورتی که مکفول در موقع مقرر شخصاً حاضر شود؛

(ج) در صورتی که مکفول به نحوی از انحا از حقی که مکفول‌له بر او دارد، بری شود؛

(د) در صورتی که مکفول، کفیل را بری کند؛

(ه) در صورتی که حق مکفول‌له به نحوی از انحا به دیگری منتقل شود؛

(و) در صورت فوت مکفول (۱۲۹).

از آنجا که کفالت قهری در مقابل کفالت عقدی قرار دارد، می‌توان گفت که وقوع این موارد در خصوص کفالت قهری هم صادق است؛ اما آیا در صورت فوت مکفول، کفیل قهری هم بری خواهد شد یا خیر؟ باید گفت در چنین صورتی کفیل قهری از تعهد بری نمی‌شود و باید از عهده خسارت وارده برآید، اعم از اینکه حق، مادی یا معنوی باشد. مستند این قول روایتی است که آن را در خصوص قتل عمد - در مبحث قبل ذکر شد - که می‌گوید: اگر قاتل مُرد و کفیل در زندان بود، باید دیه را بپردازد. در کفالت قهری، به همان دلایل گفته‌شده در مبانی فوق و همچنین به دلیل مسئولیت مدنی (ماده ۳۲۸، ۳۰۷ و ۳۳۲) فرد باید از عهده خسارت وارده برآید و در مواردی که دادگاه لازم بداند، می‌تواند او را علاوه بر خسارت مالی به حبس نیز محکوم کند.

نتیجه‌گیری

در این پژوهش نتایج زیر به دست آمده است:

(الف) کفالت عقدی در جایی صادق است که فردی با اراده و اختیار خود احضار دیگری را تعهد کند. در بعضی موارد با اینکه شخص در قراردادی، به احضار کسی تعهد نکرده است، قانون بر او حکم می‌کند که باید آن شخص را احضار کند وگرنه مال مورد تعهد او را باید بپردازد. در چنین مواردی این کفالت را کفالت حکمی یا قهری می‌نامند.

ب) کفالت قهری از سوی افراد مختلف اعم از ضابطان دادگستری تا افراد عادی تحقق پذیر است و شاید به انحای مختلف واقع شود؛ از قبیل فراری دادن، تعلیم روش فرار، تعلیم نوع دفاع، حيله و هر علتی که به واسطه آن بتوان اسباب رهایی و آزادی مجرمان را فراهم کرد.

ج) مصادیق کفالت قهری: از جمله آن؛ یاد دادن و نشان دادن راه فرار به مکفول توسط فرد یا افراد یا افرادی با حيله یا تقصیر و کوتاهی در انجام وظیفه، سبب آزادی و رهایی مجرم و بدهکار می شوند، مانند نگهبان زندان یا مأمور در حین اجرای وظیفه خواه به صورت عمد باشد یا به دلیل کوتاهی کردن در انجام وظیفه یا فرد یا افرادی با زور سبب فرار کسی که حقی به عهده اش است از دست نیروی انتظامی و دادگاه شوند یا خود کفیل سبب خارج کردن مکفول از دست مکفول گه شود، خواه با تبانی یا بدون تبانی.

د) با توجه به اینکه مصادیق و موارد کفالت قهری امروزه به شکل چشمگیری در جامعه رخ می دهد، باید بررسی جدی صورت گیرد؛ چرا که اخذ وجه الکفاله در خصوص فراری دادن مجرم در بیشتر موارد جبران شدنی نیست، چه بسا بسیاری از جرایم، با پول جبران پذیر نیستند. از سوی دیگر در بسیاری از روایات، حبس را به عنوان حربه ای برای احضار مکفول قرار داده اند، ولی امروزه از این روش در قانون، کم استفاده می شود که این خود بی اعتمادی، ضعف و سوء استفاده از قانون را برای جامعه در پی خواهد داشت.

ه) بسیاری از فقها به حبس کفیل قائل شده اند و تصریح کرده اند به اینکه: کفیل در زندان باقی می ماند تا زمانی که مکفول را حاضر کند و گفته اند: چیزی دیگر مانند ادای حق به عهده وی نیست. نظر این دسته از فقها با مفاد بعضی از روایات، یکسان است. دسته دیگری از آنان قائل به تخییر شده اند. به این معنا که کفیل، مختار است مکفول را احضار کند و اگر از آن خودداری کرد و زندانی شد، می تواند شخصاً وجه بدهی را به مکفول گه پرداخت کند و آزاد شود. روایتی که در «دعائم الاسلام» آمده است بر این نظر دلالت دارد. به نظر می رسد نظر درستی است؛ زیرا عرف و بنای عقلا جز این را اقتضا ندارد، چون اگر کفیل به جای مکفول عنه، حق مکفول گه را ادا کند، دیگر حقی برای مکفول باقی نمی ماند.

و) در صورتی که ادای مورد کفالت از جانب کفیل (خواه کفیل قهری باشد یا کفیل عقدی) ممکن نباشد، مانند قصاص، حد و زوجیت (در صورتی که زوجه صاحب حق

باشد و ادای حق زناشویی نکند) قاضی کفیل را به حاضر کردن مکفول، الزام می‌کند و اگر احضار مکفول ممکن نباشد، ولی بدل داشته باشد، مانند دینه قتل، پرداخت دینه کفایت می‌کند.

کتابشناسی

قرآن کریم.

- [۱]. ابن بابویه، محمد بن علی، (۱۴۱۳)، من لا یحضره الفقیه، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۲]. ابن منظور، (۱۴۱۴) ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم، لغت نامه، چاپ سوم، بیروت دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع (دار صادر).
- [۳]. اصفهانی، ابوالحسن، (؟) وسیله النجاة، نجف مطبعة الاداب.
- [۴]. البقال، عبدالعزیز، (۱۳۹۵) مسند زید، بیروت، دارالکتب العلمیة.
- [۵]. بحرانی، (؟) یوسف، الحدائق الناضرة، قم، نشر جماعه المدرسین.
- [۶]. بروجردی، آقا حسین طباطبائی، (۱۴۲۹) منابع فقه شیعه، مترجمان: مهدی حسینیان قمی و دیگران، چاپ اول، تهران، انتشارات فرهنگ سبز.
- [۷]. بیهقی، ابوبکر أحمد بن الحسین، (۱۳۴۴) السنن الکبری، حیدرآباد، مجلس دائرة المعارف النظامی.
- [۸]. تمیمی مغربی، نعمان بن محمد، (۱۳۸۵) دعائم الإسلام، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- [۹]. جعفری لنگرودی، (۱۳۷۰) محمد جعفر، حقوق مدنی عقد کفالت، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
- [۱۰]. حائری، علی بن محمد طباطبائی، (۱۴۱۸) ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- [۱۱]. حائری، محمد مجاهد طباطبائی، (؟) کتاب المناهل، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- [۱۲]. حلی، (محقق) جعفر بن الحسن، (۱۳۸۹) شرائع الاسلام، مطبعة الإداب، النجف الاشرف.
- [۱۳]. ----- (۱۴۱۸) المختصر النافع فی فقه الإمامی، قم، چاپ ششم، مؤسسه المطبوعات الدینیة.
- [۱۴]. حلی، یحیی بن سعید، (؟) الجامع للشرائع، قم، مؤسسه سید الشهداء.

- [۱۵]. حلى، مقداد بن عبدالله سيورى، (۱۴۰۴) التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، چاپ اول، قم، انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى نجفى.
- [۱۶]. حلى (علامه)، حسن بن يوسف بن مطهراسدى، (۱۴۱۴) تذكرة الفقهاء، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- [۱۷]. ديلمى، سلاّر، حمزة بن عبدالعزيز، (۱۴۰۴) المراسم العلوية و الأحكام النبوية، چاپ اول، قم، منشورات الحرمین.
- [۱۸]. سبزواری، على مؤمن قمى، (۱۴۲۱)، جامع الخلاف و الوفاق بين الإمامية و بين أئمة الحجاز و العراق، چاپ اول قم، زمينه سازان ظهور امام عصر عليه السلام.
- [۱۹]. سرخسى، محمد بن أحمد بن أبى سهل شمس الأئمة، (۱۴۱۴) المبسوط، بيروت، دارالمعرفة.
- [۲۰]. شافعى، أبو عبد الله محمد بن إدريس، (۱۴۱۰) الام شافعى، دار المعرفة، بيروت.
- [۲۱]. طباطبائى، سيدعلى بن سيدمحمد، (۱۳۰۰) رياض المسائل فى بيان احكام الشرع، تهران، المكتبة الاسلامية.
- [۲۲]. طبسى، نجم الدين، (۱۴۱۱) موارد السجن فى النصوص و الفتاوى، قم، مكتب الاعلام الاسلامى.
- [۲۳]. طريحي، فخر الدين، (۱۴۱۶) لغتنامه، چاپ سوم، تهران، كتابفروشى مرتضوى.
- [۲۴]. طوسى، محمد بن الحسن، (؟) النهاية، قم، نشر قدس محمدى.
- [۲۵]. -----، (۱۴۲۴) الخلاف، مؤسسة النشر الاسلامى التابعة لجماعة المدرسين، قم.
- [۲۶]. -----، (۱۴۱۷) المبسوط فى فقه الامامية، تهران، نشر صدوق.
- [۲۷]. طوسى، محمد بن على بن حمزه، (۱۴۰۸) الوسيلة إلى نيل الفضيلة، چاپ اول، قم، انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى نجفى^(هـ).
- [۲۸]. عاملى (شهيد ثانى)، زين الدين بن على، (۱۴۱۳) مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع، چاپ اول، قم الإسلام، مؤسسة المعارف الإسلامية.
- [۲۹]. -----، (۱۳۹۶) الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية، تصحيح و تعليق سيد محمد كلانتر، قم، انتشارات علميه.
- [۳۰]. عاملى، بهاء الدين، (؟) جامع عباسى، تهران، مؤسسة منشورات الفراهانى.
- [۳۱]. عاملى كركى (محقق ثانى)، على بن حسين، (۱۴۱۴) جامع المقاصد فى شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- [۳۲]. عاملى، محمد بن حسن، (۱۴۰۹) وسائل الشيعة، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

- [۳۳]. عاملی، جواد بن محمد حسینی، (۱۴۱۹) مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۳۴]. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، (۱۴۰۷) الکافی، چاپ چهارم تهران، دار الکتب الإسلامية.
- [۳۵]. مجلسی، (۴)، محمدباقر، ملاذالاحیار، قم، مکتبه السیدالنجفی.
- [۳۶]. مشکینی میرزا علی، (۱۳۸۶) مصطلحات الفقه، قم، انتشارات الهادی.
- [۳۷]. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۷) استفتاءات جدید، چاپ دوم، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- [۳۸]. موسوی خمینی، سید روح الله موسوی، (۱۴۲۵) تحریر الوسیله، ترجمه علی اسلامی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- [۳۹]. منتظری، حسین علی، (۱۴۰۹) مبانی فقهی حکومت اسلامی، مترجم: صلواتی، محمود و شکوری، ابو الفضل، چاپ اول، قم، مؤسسه کیهان.
- [۴۰]. منصور، جهانگیر، (۱۳۹۰) قانون مدنی، تهران، نشر دیدار.
- [۴۱]. نجفی (کاشفالغطاء)، حسن بن جعفر بن خضر، (۱۴۲۲) أنوارالفقاهة، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء.
- [۴۲]. نجفی (صاحب الجواهر)، محمد حسن، (۱۴۰۴) جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
- [۴۳]. نوری، حسین بن محمد تقی، (۱۴۰۸) مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- [۴۴]. قانون ایین دادرسی کیفری.