

## کفالت در لسان شرع

آنچه از مجموع نظریه فقهاء استنباط میشود آنستکه کفالت از عقود صحیحه و لازم الوفاء است و تعریف او را بعبارت بین القوسین نموده اند ( آنها عقد شرع للتعهد بالنفس ) و تمام احکامیکه در بیع ذکر شده از لزوم ایجاب و قبول و مقارنه بین ایجاب و قبول و عربیت و غیره نیز در مورد عقد مزبور متصور است و علامه در تذکره فرموده است قاعده کلی در کفالت آنستکه کفیل کفالت بدن مکفول را برای حضور نزد حاکم یا محلیکه حاکم تعیین نموده بنماید و کفالت کسی که مشمول حدود الهی است صحیح نمیداند مثل آنکه کسی در اثر ارتداد و کفر مستحق مجازات شود یا در اثر ارتکاب اموریکه شرعاً ممنوع است مستحق مجازات باشد و بحکم حاکم احضار گردد نمیتوان از چنین کسی کفالت نمود فلسفه آنستکه در این مورد و در صورت عدم حضور مکفول نمیتوان کفیل را مجرم قرار داد و گرفتن وجوه هم جبران مجازات مکفول را نمینماید و کفالت جایز عبارت از آنستکه مکفول طرف دعوی یا مدیون دیگری باشد و کفیل تعهد حضور مکفول را در مجلس شرع بنماید .

آنچه مورد اختلاف است آنستکه رضایت کفیل و مکفول له لازم است آیا رضایت مکفول عنه هم بکفالت شخص کفیل لازم است یا خیر - عده از فقهاء از قبیل شیخ طوسی و قاضی و ابن حمزه و غیره رضایت مکفول عنه را هم در تحقیق و صحت کفالت لازم دانسته اند و اشعار داشته اند که هرگاه مکفول عنه رضایت بکفالت کفیل ندهد الزامی بحضور در موقع احضار حاکم ندارد و کفیل هم حق الزام او را بحضور نیزد حاکم ندارد زیرا در نتیجه کفالت امری را نموده که خارج از اختیار اوست و چنین کفالتی اصولاً صحیح نیست .

بعضی از فقها رضایت مکفول عنه را در انعقاد کفالت شرط ندانستند و کفالت شرعی را جایز دانسته اند و موضوع کفالت را تشبیه بحواله و ضمان نموده و گفته‌اند. در باب حواله و باب ضمان رضایت مضمون عنه و مجال علیه لازم نیست و با ضمانت و حواله ذمه مضمون عنه یا مجال عنه اولیه منتقل بذمه ضامن و محیل میشود در مورد هم با عدم حضور مکفول عنه حق یا دینی که مورد دعوی است از کفیل اخذ میشود ولی حق آنستکه کفالت یا ضمانت فرق دارد زیرا بموجب ضمان اشتغال ذمه ضامن و برائت مضمون عنه ایجاد میشود. ولی در کفالت اینمعنی متصور نیست زیرا فقط کفیل الزام باحضر مکفول عنه در موقع احضار حاکم دارد و اینمعنی فرع رضایت مکفول عنه و اطلاع او از حضور در موقع میباشد و بانبودن رضایت مکفول عنه رکن اولیه که عبارت از قدرت کفیل بانجام موضوع کفالت است منتفی است.

بعلاوه قدر متیقن از اخبار و ادله که مجوز کفالت است مربوط بموردی است که رضایت کفیل و مکفول علیه و مکفول له است و با فقدان رضایت هر يك مطابق اصل اولیه کفالت صحیح نیست و کفالت بنحو حال و مؤجل صحیح است یعنی ممکن است کفالت بطور مطلق باشد یا مختص بمدت معینی باشد.

و با احراز کفالت لازم است در مورد احضار مکفول عنه کفیل او را حاضر نماید و در صورت امتناع از حضور مکفول عنه باید وجهی را که مورد دعوی و حق مکفول له است تادیه نماید و در صورت امتناع بدستور حاکم قضیه کفیل را توقیف مینمایند چنانچه صاحب نهایی و نافع و سائر و تحریر و سایر فقهاء اشعار داشته اند مستند اخباری است که در عماره نقل شده در مورد کفیلی که کفالت از مردی نموده بود حضرت امیر فرمود بکفیل اطلب صاحبك و در روایت دیگر حضرت فرمود کفیل را حبس کنند تا صاحب یعنی مکفول عنه را حاضر کنند و امثال روایات مزبور از حضرت صادق و سائر ائمه اطهار در کتب فقهیه ذکر شده. هر گاه کفیل قبل از احضار مکفول عنه حاضر شود که حق یا دین موضوع کفالت را نیز بپردازد ولی مکفول له قبول نکند و روی اغراض خصوصی حضور مکفول عنه را از حاکم

تقاضا نماید آیا با دادن وجه و حق طرف موضوع کفالت منتفی میشود یا آنکه کفیل ملزم باحضار مکفول عنه است .

عده از فقهاء قائل بلزوم احضار مکفول عنه شده و گفته اند مقصود اولیه از کفالت احضار مکفول عنه است عده قائل بعدم لزوم احضار مکفول عنه شده و گفته اند مقصود اصلی از کفالت حفظ حق یا دین مکفول له است و با تأدیه وجه یا حق اصل اولیه انجام شده و کفیل را نباید ملزم بمتابعت اغراض شخص مکفول له قرار داد و حق هم همین است .

با احراز کفالت هر گاه کفیل بواسطه عدم حضور مکفول عنه وجه یا مالی را بمکفول له ادا نماید حق رجوع بمکفول عنه را دارد یعنی اگر در نتیجه عدم حضور مکفول عنه ده هزار تومان از کفیل گرفته شود کفیل حق دارد که بمکفول عنه رجوع نموده و وجهی را که داده از او دریافت نماید و فرق بین کفالت و ضمان آنست در موردیکه کسی ضامن مالی از دیگری شود و آن مال را بمضمون تأدیه ننماید حق رجوع بآن ندارد ولی در کفالت حق رجوع و دریافت مال را دارد و فرق بین دومورد بطوریکه ذکر کرده اند آنست که کفالت اولاً و بذات تعلق بمال نداشت بلکه مربوط بحضور مکفول عنه است و با عدم حضور آن وجهیکه از کفیل گرفته میشود در حکم مالیست که از اجنبی از مدیون دریافت شده باشد و بدیهی است شخص اجنبی از دین حق رجوع بمدیون اولی بقاعده لاضرر و الاضرار و سایر ادله قضائی دارد ولی در مورد ضمان چون هدف ضمان اشتغال ذمه ضامن و برائت مضمون عنه در درجه اول میباشد و خود ضامن بتعهداً اقدام باین امر نموده است مشمول قواعد لاضرر و قاعده احترام مال مسلم و سایر جهات نیست و بمباراة آخری چون در مورد کفالت شخص کفیل خود را مشغول و متعهد بتأدیه حق یا دین مکفول له ننموده و فقط ملزم باحضار مکفول عنه شده و مکفول عنه هم با استحضار و رضایت اولیه خود حاضر برای حضور در محضر حاکم یا مقامات مقرر نگردیده بنا براین مکفول عنه موجب این ضرر بر کفیل شده و بایستی روی قواعد مزبور از عهده برآید ولی در مورد ضمان چون خود ضامن ابتداء حاضر برای قبول عهده و برائت مضمون عنه شده هرگونه ضرری متوجه او گردد

ناشی از رضایت اولیه او بوده وحق مراجعه بمضمون عنه را ندارد بعضی از فقهاء از قبیل صاحب نهاییه و سرائر و غیره خواسته اند کفالت را نیز مثل ضمان تلقی نمایند و گفته اند که چون در مرحله اولیه قبول احضار مکفول عنه را نموده و نتیجه عدم احضار آنرا بدو مستحضر بوده از اینجهت خود اقدام بضرر خود نموده و حق مراجعه بمکفول عنه ندارد ولی حق همان نظریه اولیه است که مورد نظر صاحب جواهر و سایر فقهاء متأخرین میباشد نکته ای که قابل ذکر است آنستکه هر گاه کفیل بگوید اگر من مکفول عنه را حاضر نمودم پنجاهزار تومان دانی باشم یا آنکه بگوید بر من است که پنجاهزار تومان تادیه نمایم اگر مکفول عنه را حاضر نکردم در صورت اول تکلیفی جز احضار مکفول عنه ندارد و در صورت عدم احضار مالی بهمه او متوجه نیست ولی در صورت ثانی اگر مکفول عنه را حاضر نمود باید آن مال مورد تعهد را تادیه نماید فرقی بین دو مورد بطوریکه در قواعد و ارشاد و نافع و غیره ذکر شده آنست که در مورد اول عهده ای که برای خود قائل شده حضور مکفول عنه است و تادیه وجه در صورت عدم حضور معلق میباشد بنا بر این فعلا که کفیل این جمله را اظهار می دارد ( ان لم اخصی کان علی کذا ) انشاء عهده برای خود بتادیه وجه مقرر نموده بلکه تعهد را مشروط بعدم حضور مکفول عنه دانسته و چنانچه در باب ضمان گفته شده ضمانت مشروط منعقد نمیشود ولی در مورد دوم که کفیل میگوید علی کذا ان لم احضره - انشاء تعهد و اشتغال ذمه خود را بتادیه وجه مزبور نموده نهایته موقع تادیه را در صورت عدم حضور مکفول عنه قرار داده و طبق نظریه مزبور اخباری است که یک قسمت از آن بین القوسین ذکر میشود :

عن ابی عبدالله عن الرجل یکفل بنفس الرجل الی اجل فان لم یات به فعلیه کذا و کذا درهم فان جاء به الی الاجل فلیس علیه مال وهو کفیل نفسه الا ان یتدء بالدار هم فان بدأ بالدار هم فهو له ضامن ان لم یات به الی الاجل الذی اجله . بنابراین در صورت اول که ذکر عهده بدراهم و وجه مشروط بعدم حضور مکفول عنه باشد کفیل فقط ملزم باحضار مکفول عنه است و با تخلف در حضور عهده برای کفیل نیست - بعضی از فقهاء گفته اند که با بطلان ضمانت و نبودن

عهدہ کفالت ہم بعمل نیامده ولی اکثر از فقہاء همان نظریه اولیہ را اختیار نموده اند و حقیقاً هم همین است بحث در بقیہ فروعات کفالت بعداً بعرض میرسد .

## تصمیمات قضائی

( ۱ )

۱ - بموجب ماده ۳۵ مکرر قانون مجازات عمومی ( مصوب خرداد ماه ۱۳۱۳ ) که مقرر میدارد :

« در موارد تکرار با تعدد جرم و همچنین در کلیه مواردیکه مطابق قانون مجرم باید بعد اکثر مجازات محکوم شود . هرگاه محکمه موجبات تخفیف مجازات را موجود بدانند میتوانند مرتکب را بکمتر از حد اکثر محکوم کنند بدون اینکه بتواند مجازات را بکمتر از حد اقل تنزیل دهد . و هرگاه مجازات مقرر بدون حد اقل و اکثر باشد محکمه میتواند در مورد حکم اعدام و حبس دائم یک درجه و در سایر موارد فقط معادل یک ربع از میزان جزای اصل عمل را تخفیف دهد . »

دادگاه جنائی تهران با قائل شدن بوجود علل مختلفه در مورد یکی یکی از متهمین بقتل احمل دیلمقانی رعایت آنرا در تعیین میزان مجازات نکرده و مشار الیه را سه سال حبس با اعمال شاقه محکوم کرده است :

و نیز یکی از مستشاران دادگاه استان را که در جلسات رسیدگی حضور نداشته در شور و صدور حکم مزبور شرکت داده است :

شعبه دوم دیوان کشور ( طی پرونده فرجامی شماره ۲۱/۱۷۵۷ در تاریخ ۲۹/۳/۳۰ ) این حکم را شکسته است . متن این تصمیم قضائی ذیلا نقل میشود :

« برحکم شعبه اول دیوان جنائی استان مرکز دو ایراد وارده است .