

مبانی و قلمرو کفالت قهری از منظر فقه و حقوق

تاریخ دریافت: ۹۳/۹/۲۵

تاریخ تأیید: ۹۴/۱/۱۹

محمد صالحی مازندرانی*

چکیده

ماده ۷۴۵ قانون مدنی در مقام تأسیس کفالت قهری، متضمن حکم یکسان با ماده ۷۴۰ ق.م. در کفالت قراردادی، یعنی الزام به احضار مکفول یا پرداخت دین اوست؛ ولی در ماده ۴۳۴ قانون مجازات اسلامی، قانونگذار به ترتیب «الزام به تسلیم»، «حبس فراری‌دهنده» و در نهایت «پرداخت دیه» را مقرر کرده است. مقرر مذکور از جهات گوناگون، به خصوص در مبانی و قلمرو مد نظر است. در قلمرو، از جهت اطلاق و شمول آن نسبت به آموزش فرار، مداخله محجور و قصد خیرخواهانه با اعتقاد به عدم مدیونیت مد نظر می‌باشد. هرگاه عامل فرار، به پرداخت بدهی مجبور گردد، آیا حق رجوع به مدیون دارد؟ در هر صورت، مبنای کفالت قهری چیست؟ با توجه به وجود مبانی گوناگون همچون قاعده اتلاف، تسبیب، قاعده لاضرر، ضمان ید و... قلمرو و گستره کفالت قهری نیز متفاوت می‌گردد. براساس برخی مبانی، اطلاق ماده شامل مسئولیت محجور یا راهنمایی‌کننده نیز می‌گردد و حال آنکه در برخی مبانی، چنین اشخاصی را نمی‌توان مسئول قلمداد کرد. از سویی نمی‌توان صرف فرار مدیون را اذن در تأدیه دین و مستلزم جواز رجوع دانست.

واژگان کلیدی: کفالت، کفالت قهری، مدیون، فرار مدیون، آزاد کردن مدیون.

* استادیار حقوق خصوصی دانشگاه قم (m.salehimazandarani@qom.ac.ir).

مقدمه

«کفالت» در لغت عرب، اسم مصدر از «کفل - یکفل» به معنای ضمان آمده است و در فارسی به معنای عهده‌داری، سرپرستی و نگهداری به کار می‌رود؛ بنابراین کفالت به معنای عهده‌گرفتن کاری به جای کسی است (معین، ۱۳۷۵، ص ۱۰۱۲).

کفالت در اصطلاح مدنی، عقدی است که به موجب آن شخصی در مقابل طرف دیگر، احضار ثالثی را تعهد می‌کند. متعهد را کفیل (کافل، ضامن، زعیم، حمیل و قبیل)، متعهدله را مکفول‌له و شخص ثالث را مکفول و مکفول‌عنه گویند.

کفالت در اصطلاح کیفری، عقدی است که به موجب آن شخص ثالثی به نام کفیل، حضور مورد نیاز متهم (مکفول) را نزد مقامات قضایی تا پایان رسیدگی و صدور و اجرای حکم، در ازای مبلغ معین (وجه‌الکفاله) تعهد می‌کند (آشوری، ۱۳۸۵، ص ۱۸۵). به عبارت دیگر، کفیل، شخصی است که حضور مرتب متهم را در مواقع احضار او در برابر مبلغ معینی، تعهد و کفالت می‌کند (آخوندی، ۱۳۸۵، ص ۱۴۷).

۱. ماهیت کفالت

از مفاد مواد ۷۳۶، ۷۴۰، ۷۴۵ و ۷۵۱ و پیشینه تاریخی کفالت، به‌خوبی برمی‌آید که کفالت از جمله عقود وثیقه‌ای دین است و مکفول‌له باید طلبی داشته باشد تا برای اطمینان خاطر او و جلوگیری از فرار احتمالی مدیون، گرفتن کفیل معنا یابد. کفالت بر خلاف ضمان، موجب ضم ذمه به ذمه می‌گردد؛ یعنی با تحقق کفالت ذمه، کفیل در برابر مکفول بری نمی‌گردد، بلکه همچنان مسئولیت اصلی بر عهده او مستقر است و او هم مدیون و هم مسئول بوده، حال آنکه کفیل فقط مسئول است، نه مدیون. به عبارت دیگر، «کفالت» تعهد به احضار است، نه تعهد به پرداخت دین. التزام به پرداخت، نتیجه عدم انجام تعهد مربوط به احضار است، نه اثر مستقیم کفالت. به موجب این قرارداد، کفیل قبول می‌کند در مواقع احضار، متهم را معرفی کند و در صورت فرار یا اختفای متهم و عدم دسترسی به او یا عدم حضور متهم در موارد احضار نزد مراجع قضایی، وجه‌الکفاله را بپردازد. این تعهد، یک قرارداد واقعی است که میان قاضی پرونده و کفیل منعقد می‌شود و از مصادیق ماده ۷۳۴ ق.م. است.

بر این اساس، کفالت فقط به امور مالی اختصاص ندارد، بلکه شامل مسائل کیفری و دعاوی غیرمالی همچون دعوی زوجیت نیز می‌گردد. حقی که بر مکفوله ادعا می‌شود، ممکن است جزء حقوق عمومی باشد؛ چنان‌که دادرسی یا دادگاهی از متهم کفیل بخواهد تا هنگام تحقیق یا دادرسی حاضر شود؛ ولی وجود حق یا ادعای آن بر مکفول از عناصر اساسی کفالت است و بر همین مبنا نیز برخی ادعا کرده‌اند کفیل، نماینده طلبکار در احضار مدیون است (علامه حلی، ۱۳۷۲، ج ۱۴، ص ۴۱۴/ بروجردی عبده، ۱۳۲۹، ص ۳۸۶).

۲. اقسام کفالت

مهم‌ترین اقسام کفالت عبارت‌اند از:

الف) کفالت احضار: کفالتی است که براساس آن، یک طرف عقد، احضار مکفول‌عنه را نزد مکفول‌له یا دادگاه تعهد می‌کند؛ غالب کفالت‌ها از این نوع است (ماده ۷۳۴ق.م.). به این کفالت، کفالت بدن، کفالت تن و کفالت نفس نیز می‌گویند که در برابر کفالت طلب و کفالت ملاقات به کار می‌رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ش ۱۱۳۳۴).

ب) کفالت طلب: به موجب این کفالت، کفیل تعهد می‌کند مکفول‌عنه را بیابد و به مکفول‌له نشان دهد؛ ماده ۷۳۴ق.م. شامل این قسم می‌گردد (همان، ش ۱۱۳۶۲).

اگرچه امروزه معمول و متداول است که کفیل را بیشتر در امور کیفری و برای احضار متهم (مکفول) معرفی می‌کنند و در امور مدنی غالباً در ابتدای عقد، از مدیون یا متعهد می‌خواهند تا ضامن معرفی کند؛ ولی با تصویب قانون اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷/۸/۱۰ مجلس شورای اسلامی، اهمیت کفالت در امور مدنی بسیار اساسی شده است. ماده ۲ قانون مذکور مقرر می‌دارد:

هرکس محکوم به پرداخت مالی به دیگری شود، چه به صورت استرداد عین یا قیمت یا مثل آن و یا ضرر و زیان ناشی از جرم و آن را تأدیه ننماید، دادگاه او را الزام به تأدیه نموده و چنانچه مالی از او در دسترس باشد، آن را ضبط و به میزان محکومیت از مال ضبط شده استیفا می‌نماید. در غیر این صورت، بنا به تقاضای محکوم‌له، ممتنع را در صورتی که معسر نباشد، تا زمان تأدیه حبس خواهد کرد.

۳. فرایند اجرای کفالت

در مواردی که حضور متهم نزد مقامات قضایی لازم باشد، نخست باید به وی اخطار شود که خود را در موعد معرفی کند؛ بنابراین بدون صدور این اخطار به متهم، احضار وی به وسیله کفیل، فاقد وجاهت قانونی است. کفیل موظف است طبق ماده ۱۴۰ق.آ.د.ک. متهمی را که در وقت لازم حاضر نشده است، ظرف بیست روز از تاریخ اخطار، تسلیم مقامات قضایی کند. با این حال، در موردی که کفیل، مکفول را در موعد مقرر قانونی تسلیم نکرده باشد؛ ولی پس از انقضای مدت حاضر شود و حکم نیز اجرا شده باشد، مطالبه وجه الکفاله از کفیل بی مورد است (آشوری، ۱۳۸۵، ص ۲۱۴). ممکن است علت خارجی، احضار مکفول را به طور مطلق ناممکن سازد؛ در این صورت، به استناد مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ق.م. علت خارجی وصف قوه قاهره را می یابد و دیگر نمی توان متعهد به احضار را از نظر عدم انجام تعهد به خسارتی محکوم کرد؛ هرچند تعهد کفیل، تعهد به نتیجه است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۶۳).

پس از بیان نکات مقدماتی، در ادامه، نخست به تبیین مبانی کفالت قهری و سپس به قلمرو آن پرداخته می شود.

۴. مبانی کفالت قهری

با تتبع در کتب فقهی و حقوقی، عمده دلایل و مستندات تحقق کفالت قهری و قانونی مذکور در ماده ۷۴۵ در ذیل مورد امعان نظر قرار می گیرد.*

۴-۱. قاعده اتلاف

بعضی از فقیهان، کفالت قهری را بر مبنای قاعده اتلاف تبیین و توجیه کرده اند؛ با این بیان که فراری دادن مدیون از سلطه دائن، عرفاً اتلاف مال غیر محسوب می گردد؛

* گفتنی است مقاله ای با عنوان «کفالت قهری و آثار آن در فقه» به قلم عبدالجبار زرگوش ناسب و سیده معصومه غیبی در شماره دوم نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی، در سال ۱۳۹۲ چاپ شده است. از آنجا که مقاله مذکور فقط به کلیات مباحث کفالت قهری اختصاص یافته است، کاملاً با موضوع مقاله حاضر بیگانه می باشد. از این رو در مقاله حاضر بدان اشاره ای نشده است.

بنابراین مطابق قاعده «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن»، فراری دهنده باید به یکی از دو صورت خسارت وارده را جبران کند: یا مدیون فراری را احضار و تسلیم دائن کند و یا مالی را که بر عهده مدیون بوده است، تأدیه نماید (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۱، ص ۳۰۳).

هرچند عبارت «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن»، روایت نیست تا کلمات به کاررفته در آن مورد توجه ویژه قرار گیرد و بخواهیم نسبت به اطلاق یا عموم واژه‌ها تدقیق نماییم؛ ولی از مجموع کلمات فقیهان برمی آید که موضوع قاعده اتلاف، مالی است که به صورت مستقیم تلف شده است. قاعده اتلاف، با تعبیر «من اتلف مال الغیر» در ارتکاز فقها اختصاص به مال دارد و این معنا از ادله این قاعده نیز فهمیده می شود (همان/ خویی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۴۲۷/ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۲۶/ همان، ج ۲، ص ۲۸). علاوه بر این، شرط تحقق اتلاف، وجود رابطه علیت مادی میان عمل و ضرر است و وجود این رابطه در مورد موضوع، محل تردید است.

بر این اساس، در فراری دادن مدیون، نه موضوع آن مال است و نه رابطه علیت مادی میان عمل و ضرر موجود است. به عبارت دیگر، در جریان قاعده اتلاف و ثبوت ضمان، نخست باید موضوع اتلاف محقق گردد و علاوه بر آن تلف نیز مستند به کسی باشد.

با این حال، ممکن است گفته شود اتلاف، یک قاعده عقلایی است و آنچه عقلا از اتلاف می فهمند، مطلق اعدام و از میان بردن مال دیگران در قالب هر شکل و صورتی است؛ یعنی اتلاف اعم از تضییع است. از این رو در روایات گوناگون، شهادت زور موجب مسئولیت و ضمان قرار گرفته است؛ با اینکه چه بسا اتلاف به معنای تضییع نیز رخ نداده باشد، بلکه بدین جهت سبب مسئولیت تلقی گردیده است که به واسطه شهادت دروغین، مالک از دسترسی به مالش محروم شده، مال از تصرف او خارج شده است (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۳۱۶)؛ بنابراین صرف عنوان اتلاف مال دیگری موضوع ضمان و غرامت نیست، بلکه از این جهت ضمان آور است که اتلاف باعث قطع سلطه دائمی مالک از ملکش می گردد و با فرض قطع سلطه دائمی مالک از ملک، هرچند مال از میان نرفته باشد، باز ملاک ضمان وجود دارد. قاعده اتلاف به لحاظ مناسباتی که به صورت ارتکازی در ذهن عقلا وجود دارد، این معنا را می رساند که هر عملی که باعث

شود مالک برای همیشه از دسترسی به مال خود محروم گردد - یا حتی احتمال برگشت اتفاقی آن به مالک وجود داشته باشد - ضمان دارد؛ مانند انداختن مال دیگری به دریا (همان، ص ۴۳۳).

بر این اساس، با توجه به اینکه قاعده اتلاف، قاعده‌ای عقلایی و بر پایه سیره عقلا استوار است، ملاک در قلمرو این قاعده نیز نگرش عقلاست و آنچه نزد عقلا موضوعیت دارد، مطلقاً از میان بردن مال دیگری است. عنوان اتلاف یا تلف، نزد عقلا خصوصیتی ندارد و نمی‌توان مفاد قاعده را به مفاهیم متعارف این عناوین محدود کرد. آنچه در احادیث مرتبط در مسئله ضمان مورد اهتمام و موضوعیت قرار گرفته است، افساد بر صاحب مال است، نه افساد خود مال و منظور از افساد بر صاحب مال آن است که مالک عقلاً یا شرعاً نتواند در مال خود تصرف کند؛ بنابراین با توجه به مطالب پیش‌گفته، جریان این قاعده با این توجیه بر عامل فرار مدیون بلاشکال است.

برخی فراری دادن مدیون را بر مبنای تفویت مال غیر توجیه کرده‌اند و گفته‌اند: هرکس موجب تفویت مال غیر گردد، ضامن است؛ اما در مقابل گفته شده است: اتلاف از اسباب ضمان محسوب می‌گردد؛ ولیکن نسبت به سببیت تفویت بر ضمان دلیلی نداریم. همچنین ادعای اینکه اتلاف اعم از اعدام موجود و منع از وجود است؛ بنابراین شامل تفویت می‌گردد، پذیرفته نیست؛ زیرا اتلاف به حسب مفهوم عرفی، مختص اعدام موجود است و مضمول منع از وجود نمی‌گردد (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۰، ص ۱۸۵).

۴-۲. قاعده تسبیب

تسبیب از جمله دلایلی است که بعضی از فقیهان به آن استناد کرده‌اند و گفته‌اند: چون عامل فرار موجب گردیده تا ذی‌حق به واسطه عدم دسترسی به مدیون از استیفای حق خویش محروم گردد، بر عمل او تسبیب صدق نموده و به موجب این قاعده، مسئول است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲، ص ۴۰۵).

به رغم صدق قاعده تسبیب بر عمل آزادکننده مدیون، نمی‌توان بر این مبنا مسئولیت را بر او تحمیل کرد؛ زیرا مورد در این حالت - یعنی فرار مدیون - از مصادیق اجتماع سبب و مباشر است و مطابق قاعده فقهی که در ماده ۳۳۲ ق.م. نیز انعکاس یافته است،

در صورت اجتماع سبب و مباشر، مسئولیت بر عهده مباشر می‌باشد، نه سبب، مگر آنکه سبب اقوی باشد. همچنین در ماده ۵۲۶ ق.م.ا. جدید، مسئولیت بر مبنای قابلیت استناد تبیین شده است. براساس این ماده: «هرگاه دو یا چند عامل، برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی تأثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به اوست، ضامن است و چنانچه مستند به تمام عوامل باشد، به طور مساوی ضامن می‌باشند».

در این بحث، عمل فراری‌دهنده حکم سبب را دارد؛ ولی فرار کردن، عملی مباشری و مستند به مدیون است؛ زیرا با فراهم شدن زمینه فرار، مدیون نسبت به ماندن و فرار مختار است و با انتخاب فرار، بر او مباشر مختار صدق می‌کند و مسئولیت نیز بی‌شک بر او بار می‌گردد. همانند این مسئله در فقه زمانی است که: «شخصی درب خانه را باز گذارد و مال سرقت شود، یا بند از پای عبد عاقل را باز نماید و عبد فرار کند، در این موارد، بر بازکننده درب خانه یا بند از پای عبد، ضمانتی نیست» (علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۴۴۴/همو، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۲۲۳/محقق حلی، ۱۳۷۳، ج ۳، ص ۱۸۷/شهید ثانی، ۱۳۶۵، ج ۳، ص ۱۰۸). هرچند بازگذارنده درب یا بازکننده بند برده، زمینه سرقت یا فراری را فراهم کرده است؛ ولی سارق یا خود برده، به عنوان مباشر، مسئول تلقی می‌شوند، نه سبب.

۴-۳. ضمان ید

بسیاری از فقیهان، کفالت قهری را بر مبنای غضب و ضمان ید توجیه کرده اند و گفته‌اند:

فراری‌دهنده مدیون، ید مستولیه مستحقه را از صاحبش غضب کرده و طبق قاعده، مسئولیت بر مبنای غضب بر او مستقر می‌گردد؛ لذا یا باید «ید ذی حق» را اعاده کند و یا اینکه از عهده حقی برآید که سبب اثبات ید دائن بر مدیون گردیده است (علامه حلی، ۱۳۷۲، ج ۱۴، ص ۴۱۴/شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۲۴۵/محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۳۹۴/محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۳۲۵/بحرانسی، ۱۴۰۵، ج ۲۱، ص ۷۲/بجنوردی، ۱۴۱۹، ص ۱۶۱).

توجیه کفالت قهری بر مبنای مذکور را می‌توان از جهات متعدد مورد مناقشه قرار داد: اولاً، مورد غضب، استیلا بر مال غیر است و حال آنکه موضوع در کفالت قهری،

فراری دادن بدهکار است؛ بنابراین این مسئله، هم از جهت صدق عنوان استیلا بر فرار و هم از جهت قابلیت غضب بر انسان حرّ، مورد مناقشه است؛ از جهت اول، صرف نظر از عدم نیاز به استیلائی مادی در غضب، می‌توان گفت چه بسا فراری‌دهنده فقط رفع مانع کرده است، بی‌آنکه عمل ایجابی و مثبت از او سر زده باشد. به طور مسلم عنوان غضب بدون عمل ایجابی و مثبت، غیرقابل تحقق است و در این حالت، موضوع ذیل عناوین دیگر درمی‌آید و به تناسب، حکم همان موضوع بر آن بار می‌گردد؛ ولی به جهت قابلیت غضب انسان حرّ، بسیاری از فقیهان از جمله کسانی که در این مسئله قائل به غضب شدند، در مبحث غضب گفته‌اند انسان آزاد به جهت غیرقابل استیلابودن، غیرقابل تملک است؛ بنابراین استیلا بر او نیز ضمان‌آور نیست (محقق حلّی، ۱۳۷۳، ص ۲۳۶ / شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۲۱۶ / محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۲۱۷ / محقق خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۱۹۶ / بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۱۸۳). در کلام علامه آمده است:

اگر کسی لباس انسان آزادی را غضب کند، ضامن نیست؛ زیرا اگر خود وی را نیز غضب کند، موجب ضمان نمی‌گردد. هر چند انسان آزاد، مقهور غاصب است؛ اما منفعت ملکیت نسبت به او وجود ندارد (علامه حلّی، ۱۳۷۲، ج ۱۴، ص ۴۱۴).

همچنین گفته شده است:

نسبت به استیلائی بر حرّ، هیچ‌گونه ضمانی وجود ندارد و اگر در زمان استیلاء، انسان آزاد خودبه‌خود بمیرد، بر شخص مستولی ضمانی نیست» (خمینی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۴۰۵ / خویی، ۱۴۱۰، ص ۳۱۵).

البته در صورتی که تلف حرّ مستند به مستولی باشد، مسئله در ذیل عنوان اتلاف و تسبیب در قتل مطرح می‌گردد که از موضوع بحث خارج است (خمینی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۴۰۵).

ثانیاً، غضب در اینجا قابل فهم نیست؛ خواه غضب به معنای استیلا بر مال غیر عدواناً باشد یا به معنای استقلال ید بر مال غیر عدواناً. به رغم اینکه ید دارای مفهوم عرفی است و «استیلاء کل شیء بحسبه: استیلائی هرچیز، متناسب با آن است»، در این مسئله استیلا متصور نیست. این حالت مانند جایی است که شخصی مانع تصرف مالک

در ملکش گردد، بی آنکه مانع شونده خود در آن مال تصرفی کند؛ فقها در این صورت، ضمان مانع را بر مبنای غصب نمی پذیرند (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۳۹۱).

در تبیین مسئولیت بر مبنای غصب، ممکن است گفته شود منظور فقیهان، غصب خود مدیون فراری نیست، بلکه غصب مالی است که بر عهده مدیون بوده است. در پاسخ این سخن می توان گفت:

تحقق عنوان غصب از دو حال خارج نیست؛ یا باید خود مال در ید غاصب باشد و حال اینکه به جهت دین بودن، فراری دهنده بر آن استیلا ندارد تا مشمول علی الید گردد و یا باید بگویم در این حالت، چون بر عمل او اتلاف صدق می کند، از باب اتلاف مسئول است که در این صورت مشمول قاعده دیگری می گردد (روحانی، ۱۴۱۲، ص ۱۸۵).

۴-۴. قاعده لاضرر

غالب فقیهان برای اثبات کفالت قهری، به قاعده لاضرر تمسک کرده اند (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۱۹۸/ بجنوردی، ۱۴۱۹، ص ۱۶۱/ مجاهد طباطبایی، [بی تا]، ص ۱۷۳/ خوانساری، ۱۴۰۵، ص ۳۹۱/ طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۹، ص ۲۹۸/ روحانی، ۱۴۱۲، ص ۱۸۵) و در توضیح این دلیل گفته اند:

رهاکردن مدیون از سلطه و اقتدار طلبکار، موجب ضرر است؛ زیرا پس از رهایی، دسترسی به او نوعاً دشوار است و تحمل آن نوعی ضرر است و در صورت عدم امکان دسترسی به مدیون، استیفای دین با مشکل مواجه می گردد که این موضوع علاوه بر زحمت تلاش برای دسترسی، نوعی ضرر در حق طلبکار است؛ بنابراین طبق قاعده لاضرر، عامل فرار مکلف است یا مدیون را تحویل دهد تا بتواند دین را از او استیفا کند، یا دینی را که بر عهده مدیون است، خود بپردازد (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۰، ص ۳۵۳).

شارع مقدس براساس قاعده لاضرر، به یکی از راه های ذیل، تحقق اضرار به غیر را نفی کرده، سبب عدم تحقق آن شده است:

۱. جعل حکم تکلیفی تحریم، که وعده عذاب اخروی و نیز تعزیر دنیوی را به دنبال

دارد و باعث می شود انگیزه فعل از میان برود.

۲. تشریح راه‌هایی که مانع تحقق خارجی اضرار است؛ مانند امر به تخریب مسجد
 ضرار (ر.ک: توبه: ۱۰۷) و کندن درخت خرما (ر.ک: کلینی، ۱۴۰۶، ج ۵، ص ۲۹۲).

۳. تشریح احکامی که رافع موضوع اضرار است - مانند جعل حق شفعه - که از
 اضرار شریک جلوگیری می‌کند و نیز عدم جعل ارث زوجه نسبت به اموال غیرمنقول
 زوج برای جلوگیری از اضرار به ورثه می‌باشد (سیستانی، ۱۴۱۴، ص ۱۵۰). در این
 بحث نیز که فراری دادن مدیون همراه با امتناع از تأدیه حقوق دائن، باعث اذیت و آزار
 و تحریم است؛ بنابراین حاکم از حق تعزیر برخوردار است و دادگاه می‌تواند
 فراری‌دهنده را به ادای حقوق طلبکار ملزم کند.

تنها اشکال بر این مبنا، در مورد مفاد قاعده لاضرر است که آیا صرفاً دلالت بر رفع
 حکم می‌کند یا می‌تواند در مقام جعل حکم و اثبات مسئولیت نیز مورد استناد قرار
 گیرد؟ غالب فقیهان مفاد قاعده را رفع حکم دانسته‌اند یا برآنند که در نهایت از استمرار
 حکم جلوگیری می‌کند، نه اینکه پس از رفع حکم ضرری بتواند حکم جدیدی نیز
 تشریح نماید. مرحوم نائینی در این باره تا آنجا پیش رفتند که معتقدند: «چنانچه قاعده
 لاضرر نقش اثباتی در احکام داشته باشد، لازمه‌اش تأسیس فقه جدید است» (نائینی،
 ۱۳۶۳، ج ۲، ص ۲۹۰). همچنین گفته شده است:

تمسک به قاعده لاضرر برای اثبات موضوع، مشکل است؛ از این جهت که معروف
 است این قاعده تشریح حکم نمی‌کند، بلکه ضرری را به واسطه حکومت بر ادله احکام
 رفع می‌کند (خوانساری، ۱۴۰۵، ص ۳۹۱/ بجنوردی، ۱۴۱۹، ص ۱۶۱).

با وجود این، قول تحقیق آن است که قاعده لاضرر، مستفاد از حکم عقل و مستند
 به آیات و روایات زیاد، علاوه بر نفی هرگونه ضرر و خسارت به دیگران، از جنبه
 اثباتی نیز برخوردار می‌باشد؛ یعنی موجب مسئولیت مدنی اشخاصی است که زمینه
 ورود خسارت به دیگران را فراهم کرده‌اند. حکم کندن درخت در روایت سمرقین
 جنذب، اثبات حق شفعه شریک در حدیث شفعه (کلینی، ۱۴۰۶، ج ۵، ص ۲۸۰) و اثبات
 حق انتفاع مالک آسیاب از زیادی آب به استناد لاضرر (نوری، ۱۴۰۷، ج ۱۷، ص ۳۴۳)،
 از جمله دلایل اثباتی جنبه لاضرر است.

۴-۵. فحوی روایت فراری دادن قاتل عمد

درباره مسئولیت فراری دهنده قاتل عمدی، در صحیحه حریز به صورت صریح به احضار یا پرداخت دیه حکم شده است. حکم این روایت را می‌توان براساس تنقیح مناط و به دلالت اولویت، به رهایی مدیون نیز تسری داد.

در صحیحه حریز آمده است:

از امام صادق ع راجع به حکم قاتلی سؤال کردم که مردی را عمداً به قتل رسانده بود. اولیای دم نزد حاکم اقامه دعوی کردند و حاکم جهت اجرای قصاص، قاتل را به آنان تسلیم کرد. عده‌ای بر اولیای دم ریختند و قاتل را فراری دادند. امام ع فرمودند: فراری دهندگان باید تا زمان تسلیم قاتل، زندانی شوند. از امام ع سؤال شد که اگر در زمان حبس فراری دهندگان، قاتل فراری بمیرد! امام ع فرمودند: فراری دهندگان باید دیه مقتول را به اولیای دم بپردازند (کلینی، ۱۴۰۶، ج ۷، ص ۳۸۶ / طوسی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۲۲۳ / فقیه، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۸۰ / حرّ عاملی، ۱۳۶۱، ج ۱۹، ص ۳۴).*

در صحیحه حریز رهایی دهندگان قاتل، کفیل قهری تلقی گردیده‌اند و دو حکم به صورت طولی و ترتیبی برای آنان مقرر شده است: «تسلیم قاتل فراری» و «پرداخت دیه مقتول».

صاحب حدائق در این باره می‌فرماید:

از آنجاکه فراری دادن قاتل و مدیون به یک موضوع برگشت می‌کند؛ یعنی عدم اثبات ضمان نسبت به حقی که بر عهده اوست؛ لذا مطابق روایت مذکوره، تسلیم مدیون فراری به ذی‌حق، واجب است و حاکم می‌تواند ضمانت اجرای کفیل ممتنع را نسبت به او اجرا نماید؛ یعنی فراری دهنده را تا زمان احضار مدیون، حبس نماید (بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۷۲).

همچنین درباره دلالت اولویت روایت بر مدیون می‌گوید:

شاید منظور از تمسک به دلالت فحوی روایت بر فرار مدیون این باشد که در

* در صحیحه حریز از امام صادق ع آمده است: «قال: سئلته عن رجل قتل رجلاً عمداً فرغ إلى الوالی فدفعه الوالی إلى أولیاء المقتول لیقتلوه فوثب علیهم قوم فخلّصوا لقاتل من أیدی الأولیاء قال: أری أن یجس الذین خلّصوا لقاتل من أیدی الأولیاء حتی یأتوا بالقاتل. قیل: فان مات القاتل و هم فی السجن؟ قال: و إن مات فعلیهم الدیة یؤدونها جمیعاً إلى اولیاء القاتل» (کلینی، ۱۴۰۶، ج ۷، ص ۳۸۶ / طوسی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۲۲۳ / فقیه، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۸۰ / حرّ عاملی، ۱۳۶۱، ج ۱۹، ص ۳۴).

صحیحه حریز، آزادکننده قاتل، مال اولیای مقتول را تلف نکرده، بلکه موجب تضييع حق آنها شده است؛ به گونه‌ای که زمینه امکان استیفای حق آنها از میان رفته است؛ بنابراین در صورتی که وقتی تضييع حق بدون تلف موجب جواز حبس تا زمان تسلیم باشد، در مورد اتلاف مال غیر باید به طریق اولی حکم بر جواز حبس متلف داد (همان).

استدلال مزبور به دلایل ذیل مخدوش به نظر می‌رسد:

اولاً، جریان دلالت اولویت حکم مزبور در صحیحه حریز نسبت به فراری دادن مدیون، قابل پذیرش نیست؛ زیرا بی‌شک اهتمام شارع مقدس نسبت به امر دماء، بیش از اموال می‌باشد و محتمل است علت حکم به جواز حبس در مورد فراری‌دهنده قاتل عمدی این باشد که اشقیای با قتل دیگران، به امید آزادکردن‌شان به وسیله خویشاوندان، بر قتل دیگران تجرّی نیابند؛ بنابراین اگر چنین سخت‌گیری نسبت به خویشان قاتل صورت نگیرد، اشقیای می‌تواند بدون وجود هیچ‌گونه ضمانتی دست به کشتن دیگران بزند و پس از فراری‌دادن‌شان به وسیله اقربا، مسئولیتی نیز متوجه آنان نگردد و حال آنکه نسبت به فراری‌دادن مدیونان عادی، این درجه از اهمیت وجود ندارد.

ثانیاً، اگر اولویتی نیز وجود داشته باشد، اولویت ظنیه است و اولویت ظنیه این توجیه را از قیاس خارج نمی‌کند. ادعای قطع بر اینکه مناط حکم به حبس در روایت حریز تفویض حق است، امری غیرممکن و فاقد هرگونه دلیلی است (بجنوردی، ۱۴۱۹، ص ۱۶۱).

ثالثاً، فراری‌دادن قاتل و مدیون، دارای وحدت یا مشابهت در موضوع نیستند تا بتوان حکم موضوع قتل را به مدیون عادی سرایت داد؛ زیرا درباره قتل، موضوع حق، خود قاتل است و حال اینکه موضوع در فراری‌دادن مدیون، دین است نه مدیون. بر این اساس، با توجه به اینکه مستند حکم در قتل، روایت حریز است، تسرّی آن به مورد دیگر، محل اشکال می‌باشد (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۲، ص ۳۹۱).

۴-۶. مبنای کفیل ممتنع از احضار

ممکن است مبنای مسئولیت فراری‌دهنده مدیون، همان مبنای مسئولیت کفیلی باشد که

از احضار مکفول امتناع می‌ورزد. اگر در آنجا به تخییر میان احضار یا پرداخت دین قائل شدیم، در اینجا نیز همین حکم جاری می‌باشد و اگر بگوییم حق ناشی از کفالت، فقط احضار است و پرداخت دین نیازمند تراضی است، در این حالت، تخییر مبنایی ندارد (بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۷۲-۷۴)، یا مطابق ماده ۷۴۰ و ۷۴۵ به مسئولیت طولی او قائل شویم؛ بنابراین در ذیل، دیدگاه‌ها بر این اساس مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱. در کفالت قهری اگرچه قانونگذار به تعهد ترتیبی کفیل در احضار و الزام به پرداخت دین مکفول، تصریح کرده است؛ ولی باید میان دیون گوناگون، به تفکیک قائل شد؛ چون برخی دیون ممکن است صرفاً تعهد غیرمالی باشند یا درباره آنها مباشرت مکفول ضرورت داشته باشد. در این موارد، کفیل قهری الزام به احضار است و در صورت امتناع باید محبوس گردد.

مطابق برخی روایات (کلینی، ۱۴۰۶، ج ۷، ص ۳۵۷ / صدوق، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۳۰ / شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۰۹)، اگر کفیل مکفول را تسلیم نکند، باید تا زمان احضار محبوس گردد. در گفته‌های فقیهان آمده است:

در صورتی که مکفول در محل حاضر نباشد؛ ولی مکان او معلوم باشد، کفیل ملزم به احضار می‌گردد و اگر در مهلت مقرر او را احضار نکند، زندانی می‌گردد و چه بسا ممکن است محکوم به حبس ابد گردد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۳۲۳ / شهید ثانی، ۱۳۶۵، ج ۴، ص ۱۵۹ / طباطبایی، ۱۴۰۴، ص ۲۹۳ / کاشف الغطاء، ۱۳۶۱، ج ۱، ص ۳ / ابن‌قدامة، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۲۰۵ / ابن‌همام، [بی‌تا]، ج ۱۰، ص ۳۷۷).

بر این اساس، ضمانت اجرای مقرر در ماده ۷۴۵، با مفاد این روایات معارض است؛ زیرا از جهت مسئولیت، تفاوتی میان کفیل قراردادی و قهری نیست.

در مقابل، می‌توان گفت حبس فراری‌دهنده - به خصوص در مواردی که دسترسی به مدیون غیرممکن باشد - جایز نیست؛ زیرا حبس، طریقه رسیدن دائن به حق خویش و جلوگیری از تضییع حق اوست و در صورتی که حبس فراری‌دهنده به این امر منتهی نگردد، حبس جنبه ایذایی صرف می‌یابد و مشمول ادله حرمت ایذا می‌گردد.

۲. برخی فقیهان مسئولیت کفیل را طولی می‌دانند. طرفداران این نظریه معتقدند کفالت همانند رهن، وثیقه دین محسوب می‌گردد. مطابق قاعده، هرگاه استیفای دین از

جانب مدیون ممکن نباشد، تأدیه دین از محل وثیقه استیفا می‌گردد (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۱، ص ۳۰۳ / محقق ثانی، ۱۴۱۴، ص ۳۹۳ / سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۳۴۷).

بر این اساس، فراری‌دهنده نخست به احضار مدیون ملزم می‌گردد و این الزام زمانی صورت می‌گیرد که امکان احضار مکفول وجود داشته باشد؛ زیرا تکلیف احضار مشروط به قدرت بر تسلیم است و به لحاظ عدم قدرت، فقط تکلیف احضار قهراً منتفی است؛ ولی باید دین یا وجه التزام بر جهت احضار را بپردازد؛ زیرا مفاد تعهد کفیل، یکی از دو امر یعنی احضار مکفول یا ادای دین به صورت ترتیبی است. علاوه بر این، سقوط حکمی به واسطه ناتوانی در تسلیم، ملازمه‌ای با سقوط دیگری ندارد. مقتضای کفالت در نظر عرف و بنای عقل و از ابتدا بر پرداخت دین در صورت عدم احضار است و هدف از احضار، چیزی جز گرفتن حق و حصول اطمینان برای رسیدن آن نیست! یعنی احضار فقط جنبه طریقت دارد، نه موضوعیت؛ بنابراین با ادای دین، غرض حاصل می‌گردد؛ همانند بیگانه‌ای که به پرداخت دین مدیون اقدام نماید و قبول آن از سوی دائن لازم است. در اینجا به طریق اولی قبول لازم است؛ چون متضمن رهایی شخصی می‌گردد. علاوه بر اینکه الزام به احضار مدیون در چنین موردی، اضرار و نوعی لجاجت محسوب می‌گردد (سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۳۴۷)؛ پس امری قبیح و ممنوع است.

ممکن است گفته شود کفیل به موجب شرط ضمنی، به پرداخت دین ملزم می‌گردد؛ بدین صورت که در مقام انعقاد کفالت میان طرفین، این شرط ضمنی وجود دارد که هرگاه کفیل نتواند مکفول را در موعد مقرر احضار کند، باید دین او را بپردازد؛ بنابراین براساس «المؤمنون عند شروطهم»، وظیفه کفیل، وفای به شرط و در مقابل، وظیفه مکفول له قبول آن است (روحانی، ۱۴۱۲، ص ۸۴)؛ ولی نسبت به کفیل قهری تصور چنین شرطی ضمنی وجود ندارد.

۴-۷. اجماع

برخی فقیهان بر کفالت قهری رهاکننده مدیون یا قاتل، ادعای اتفاق و عدم خلاف دارند (طباطبایی، ۱۴۰۴، ص ۵۹۹ / سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۳۵۳) و صیمیری نیز به نقل از صاحب

جوهر ادعای اجماع کرده است (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۱۹۸).

از آنجا که درباره مسئولیت فراری دهنده قاتل، صحیحه حریز به نقل از امام صادق علیه السلام دلالت صریح دارد و بسیاری از فقیهان با تنقیح مناط، حکم آن را به فراری دادن مدیون نیز تسری داده‌اند؛ بنابراین اجماع مستند، مدرکی و فاقد عنوان اجماع مصطلح در علم اصول است و نمی‌تواند حجت و کاشف از رأی معصوم علیه السلام باشد.

۵. قلمرو کفالت قهری

در مطالب آتی، مباحثی درباره گستره کفالت قهری در موارد تردید مورد توجه قرار می‌گیرد. در این باره به دنبال پاسخ‌گویی به این پرسش هستیم که هرگاه شخصی بدون دخالت مادی یا دخالت مادی ضعیف یا به قصد خیرخواهانه، باعث فرار مدیون گردد، یا اینکه مدیون فراری بمیرد، آیا مشمول اطلاق ماده ۷۴۵ می‌گردد؟ همچنین اگر فراری دهنده به پرداخت دین مجبور گردد، آیا می‌تواند به مدیون فراری رجوع کند؟

۹۷

حقوق اسلامی / مباحثی و قلمرو کفالت قهری از دیدگاه فقهی و حقوقی

۵-۱. جریان حکم کفالت قهری نسبت به محجور

هرگاه عامل رهایی مدیون، محجور باشد، این پرسش مطرح است که آیا مشمول حکم کفالت قهری می‌گردد؟ حکم مسئله با توجه به مبنای کفالت قهری، متفاوت است. اگر مدرک حکم، ضمان ید یا لاضرر باشد، تفاوتی میان صبی، مجنون و دیگران نیست و ظاهر عبارت فقیهان «من اطلق الغريم» نیز همین مدعا را ثابت می‌کند (همان، ص ۱۹۸). از سوی دیگر، مستفاد از ماده ۱۲۱۶ این است که هرگاه دیوانه، صغیر یا سفیه، باعث فرار مدیون گردند، مشمول ماده ۷۴۵ ق.م. می‌شوند؛ زیرا مسئولیت مدنی که از موارد ضمان قهری است، حکم وضعی است و در احکام وضعی، تفاوتی میان محجور و غیرمحجور نیست و همین حکم در قانون مسئولیت مدنی نیز ملاحظه می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۵۶). به عبارت دیگر، از آنجا که تعهد کفیل در این موارد ریشه قراردادی ندارد و مسئولیت به حکم قانون بر عهده اوست و فراری دهنده نیز بدین وسیله باعث ورود خسارت به دیگری شده است، با توجه به ادله مسئولیت مدنی و قاعده لاضرر، باید آن را جبران کند. دیوانه، کودک و سفیه نیز از این مسئولیت مصون نیستند و باید

زیان‌های ناشی از کار خود را جبران کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۴۵۰).

صاحب‌جوهر درباره اطلاق کلام فقیهان می‌نویسد:

انصاف این است که کلام فقیهان در این خصوص به صورت منقح بیان نشده است؛ بنابراین سزاوار است که در موارد مخالف اصل برائت، حکم نسبت به مورد یقین یا آنچه در حکم یقین است، مورد عمل قرار گیرد (نجفی، همان، ص ۱۹۸).

افزون بر این، استناد به ماده ۱۲۱۶ ق.م. برای اثبات کفالت قهری مجانین و صغار، خالی از وجهت حقوقی است؛ زیرا با توجه به رابطه عموم و خصوص من‌وجه میان مفاد ماده ۱۲۱۵ و ۱۲۱۶، در مصداق مشترک تعارض حاصل می‌گردد؛ بنابراین ناگزیریم برای جلوگیری از تعارض، ماده ۱۲۱۶ را بر مورد اتلاف حمل کنیم؛ یعنی در جایی که ضرر به طور مستقیم و بی‌واسطه از اعمال آنها ناشی گردد، در حالی که مورد بحث ما این‌گونه نیست. همچنین با توجه به ماده ۵۲۶ ق.م.ا. جدید، مسئولیت بر مبنای قابلیت استناد تبیین شده است که در این صورت نیز نمی‌توان فرار را به عمل آنان مستند کرد.

در نهایت، صرف وضعی بودن مسئولیت مدنی، دلیل بر تسری حکم به محجورین نمی‌گردد؛ زیرا درباره قابلیت جعل احکام وضعی و تکلیفی در فقه سه دیدگاه وجود دارد؛ برخی هردو حکم را قابل جعل استقلالی می‌دانند و برخی احکام تکلیفی را قابل جعل استقلالی و احکام وضعی را انتزاعی و برخی نیز برعکس، احکام وضعی را قابل جعل استقلالی و احکام تکلیفی را انتزاعی می‌دانند. بر این اساس، ادعای مذکور فقط در حالت اول و سوم پذیرفته است و براساس مبنای دوم، چون به محجورین تکلیف تعلق نمی‌گیرد؛ پس مسئولیت نیز مشمول آنان نمی‌گردد (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۱۸۱ / اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۰۲ / خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۳۸۲-۳۸۴ / توحیدی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۵۳۶-۵۳۸).

۲-۵. تأثیر راهنمایی و آموزش مدیون بر فرار

هرگاه شخصی مثل مأمور زندان، به صورت مادی باعث فرار مدیون نگردد، بلکه مدیون را به گونه‌ای آموزش دهد تا فرار کند، در این حالت آیا مشمول ماده ۷۴۵ می‌گردد؟ به عبارت دیگر، آیا تعلیم حيله برای فرار یا به‌کارگیری حيله برای فرار، مشمول حکم

فراری دادن اجباری مدیون می‌گردد یا حکم فقط شامل موردی است که حقیقتاً، لغتاً و عرفاً بر آن آزاد کردن مدیون صدق کند؟ برخی فقیهان مسئله را محل اشکال دانسته‌اند و کفالت قهری در این باره را مطابق احتیاط دانسته‌اند (طباطبایی، ۱۴۰۴، ص ۱۷۳). همچنین گفته شده است که لزومی ندارد فراری دادن مدیون، به مباشرت کفیل انجام گیرد و جنبه مادی داشته باشد، بلکه دادن تعلیم لازم و نشان دادن راه فرار نیز کافی است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۴۵۱). به عبارت دیگر، بعید نیست تعلیم حيله برای فرار، مشمول ماده ۷۴۵ ق.م.شود؛ زیرا حيله جزء اخير علت تامه برای فرار است و فرار منسوب به جزء اخير علت تامه می‌باشد.

علاوه بر این، در باب مسئولیت مدنی، علت ناقصه (سبب) نیز برای تحقق مسئولیت کافی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۵۶).

با این حال، نظریه مذکور با قواعد حقوقی ما سازگاری ندارد؛ زیرا تعلیم فرار اگر نگوئیم فقط شرط تحقق فرار است، حداکثر جنبه سببیت می‌یابد و حال آنکه فرار کردن به مباشرت مکفول صورت می‌گیرد و در حالت اجتماع سبب و مباشرت، مسئولیت بر مباشر مستقر می‌گردد، مگر اینکه سبب اقوی از مباشر باشد که درباره مسئله، به طور مسلم این گونه نیست و مطابق ماده ۵۲۶ ق.م.ا. جدید، هرچند در حالت اجتماع سبب و مباشرت، به جهت قابلیت استناد هر دو مسئول‌اند؛ ولی در این باره نیز نمی‌توان مسئولیت تعلیم‌دهنده را حتی با فرض سببیت، به صورت کامل تضامنی دانست، بلکه مطابق نص مذکور، یا مسئولیت مشترک و مساوی است، یا به میزان تأثیرگذاری، مسئولیت تقسیم می‌گردد.

۳-۵. استمرار کفالت قهری با مرگ فراری

در کفالت قراردادی، هرگاه مکفول بمیرد، تعهد کفیل نیز ساقط می‌گردد؛ زیرا تعهد کفیل، منحصر بر احضار است و با مرگ نیز احضار منتفی می‌گردد. حال این پرسش مطرح می‌شود که هرگاه شخص متواری بمیرد، آیا تعهد کفیل قهری نیز ساقط می‌شود؟ در پاسخ ممکن است گفته شود با مرگ شخص فراری فقط موضوع احضار از میان می‌رود؛ بنابراین نوبت به تعهد بدلی آن - یعنی پرداخت دین - می‌رسد و به همین

دلیل، در کفالت قهری نمی‌توان به‌طور کلی حکم به سقوط تعهد کفیل کرد (عاملی، ۱۴۱۲، ص ۴۴۰/ نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۱، ص ۳۰۳/ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۵۶).

با این حال، می‌توان گفت هرگاه مبنای مسئولیت فراری‌دهنده همان مبنای کفیل ممتنع از احضار باشد، باید بر همان اساس رفتار شود؛ یعنی اگر آنجا به تخییر میان احضار و پرداخت قائل باشیم، در اینجا نیز باید بگوییم چون با مرگ یک طرف، تخییر از میان رفته است، طرف دیگر تعیین می‌یابد؛ ولی اگر بگوییم حق ناشی از کفالت فقط احضار است و مسئولیت نسبت به ادای دین، معامله‌ای متوقف بر تراضی است، تخییر معنا ندارد.

از سوی دیگر، تنها روایت در این باره، روایت حریز است که فقط درباره فراری دادن قاتل آمده است و آن هم صرفاً دلالت بر حبس فراری‌دهنده تا زمان احضار دارد و در آن هیچ تخییری میان احضار و پرداخت دیه نیامده است (بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۷۳). بر این اساس، پرداخت دین نیازمند دلیل خاص است.

۴-۵. فراری دادن شخص به اعتقاد عدم مدیونیت

از جمله موارد تردید نسبت به کفالت قهری، زمانی است که شخصی به این دلیل زمینه فرار مدیون را فراهم سازد که اعتقاد بر عدم مدیونیت یا حتی اعتقاد به مظلومیت او داشته باشد. میان فقیهان در این باره اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی براساس جریان اصل برائت، به عدم ضمان قائل شده‌اند و در مقابل گفته شده است ادله کفالت قهری، عمومیت دارد؛ به گونه‌ای که شامل چنین موردی نیز می‌گردد. کلام فقیهان نیز اطلاق دارد و در آن آمده است: «من اطلق الغريم: کسی که مدیونی را آزاد سازد»، بدون اینکه به سبب آزادکردن او اشاره‌ای کرده باشند (طباطبایی، ۱۴۰۴، ص ۱۷۳).

ممکن است مبنای عدم مسئولیت در فرض مذکور، جریان قاعده احسان بر عمل فراری‌دهنده و تنافی مسئولیت با مفاد قاعده «ما علی المحسنین من سیبیل» باشد؛ ولی با مذاقه در مفاد ادله احسان، عدم شمول آنها بر این مورد روشن است؛ زیرا قاعده احسان در جایی جاری است که به رغم وجود احسان، به محسن‌الیه - یعنی به کسی که قصد احسان نسبت به او شده بود - ضرری وارد آید. حال آنکه در این مورد با دو فرد

مواجه‌ایم؛ مدیون فراری که به ظاهر به او احسان شده است و طلبکاری که در جهت احسان به مدیون، به او ضرر وارد شده است.

از سویی با فرض وضعی بودن حکم مسئولیت و عدم تأثیر علم و جهل در تحقق حکم، اعتقاد فراری دهنده نیز نقشی ندارد، بلکه آنچه موضوع حکم است، خارج کردن مدیون از سلطه طلبکار می‌باشد که محقق گردیده است؛ بنابراین با تحقق موضوع، حکم نیز ثابت می‌گردد.

۵-۵. حق رجوع کفیل قهری به فراری

هرگاه فراری دهنده به پرداخت دین ملزم گردد، آیا حق رجوع به شخص متواری را دارد؟ پاسخ به این پرسش، بسته به نوع مسئولیت کفیل قراردادی است؛ یعنی آیا مسئولیت کفیل، فقط احضار مدیون است یا احضار و پرداخت بدهی او؟ آن دسته از فقیهانی که دریافت وجه از کفیل را در کفالت قراردادی فاقد دلیل دانسته‌اند و فقط او را مسئول احضار می‌دانند و در صورت امتناع از احضار، حبس کفیل را توجیه می‌کنند، در کفالت قهری نیز بر همین عقیده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۷۳)؛ ولی کسانی که تعهد کفیل را امری تخییری می‌دانند، قابلیت رجوع را به اذن یا عدم اذن مقید کرده‌اند؛ بدین بیان که اگر آزادی با اذن و درخواست مدیون صورت گرفته باشد، با توجه به جریان قاعده لاضرر، احترام مال مسلمان، قاعده احسان و قاعده ملازمه (اذن در ملزوم اذن در لازم) قابلیت رجوع را تجویز کرده‌اند (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۱۹۹).

براساس قاعده لازمه رهاکردن مدیون، پرداخت دین او به طلبکار است؛ پس اذن به رهاشدن (ملزوم)، اذن به پرداخت دین (لازم) نیز هست. علاوه بر اینکه جلوگیری از ضرر ناروای کسی که به قصد احسان، مدیون را رها کرده است، ایجاب می‌کند که بتواند به او رجوع کند (علامه حلی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۱۰۲ / جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۵۶ / کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۴۵۲).

در مقابل، می‌توان گفت چنین ملازمه‌ای از آزادکردن به دست نمی‌آید؛ زیرا نه تنها از سوی مدیون، صرف رضای به گریز از دست طلبکار، متضمن اذن در تأدیه نیست، از سوی رهایی‌کننده نیز همین‌گونه است که از عمل او مقتضی رجوع به دست نمی‌آید

(نجفی، ۱۳۶۷، ص ۱۹۹ / طباطبایی، ۱۴۰۴، ص ۲۹۸ / شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۲۴۵ / همو، ۱۳۶۵، ج ۴، ص ۱۵۷). از این رو هرگاه رهاکننده دین فراری را بدهد، حق رجوع ندارد؛ چنان که اصل عدم اذن و براءت و دیگر ادله نیز همین امر را اقتضا می کنند (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۱۹۹ / طباطبایی، ۱۴۰۴، ص ۲۹۸).

بر این اساس، هیچ ملازمه ای میان رهاشدن از دست طلبکار و ادای دین وجود ندارد. اذن در تأدیه یا کفالت، عملی ارادی است و باید موضوع قصد بدهکار قرار گیرد و مدیون در آن هنگام، نه در اندیشه اذن به کفالت است و نه در اندیشه اذن به تأدیه. او فقط در جستجوی آزادی است و آزادشدن هیچ دلالتی بر اذن ندارد؛ بنابراین از نظر حقوقی به دشواری می توان ضمان قهری رهاکننده را از خواسته های مدیون شمرد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۴۵۳).

نتیجه

از مطالب پیش گفته، نتایج ذیل حاصل می گردد:

۱. کفالت از جمله وثایق شخصی است که برخلاف ضمان، موجب ضم ذمه است، نه نقل ذمه.
۲. بهترین مبنای کفالت قهری، قاعده تسبیب و لاضرر است و دیگر مبانی مذکور، یا غیرقابل تطبیق بر موضوع یا اخص از مدعی اند.
۳. اگرچه قانونگذار در کفالت قهری، به تعهد ترتیبی کفیل در احضار و الزام به پرداخت دین مکفول، تصریح نکرده است؛ ولی باید میان دیون گوناگون، قائل به تفکیک بود؛ چون بعضی از دیون ممکن است فقط تعهد غیرمالی باشند یا در مورد آنها مباشرت مکفول ضرورت داشته باشد. در این موارد، کفیل قهری ملزم به احضار است و در صورت امتناع باید محبوس گردد.
۴. اگرچه کفالت قهری جزء احکام وضعی است؛ ولی می توان گفت در صورتی که عامل فرار مجنون یا صغیر غیرممیز باشد، از باب ضعف در عامل، فرار غیرمستند به آنهاست و مسئولیتی بر آنها مترتب نمی گردد.
۵. هرگاه شخصی در فراری دادن مدیون دخالت قهری و مادی نداشته باشد، بلکه

فقط زمینه فرار را مهیا سازد - مثل راهنمایی به فرار - در این صورت، عمل این شخص از مصادیق سبب محسوب می‌گردد و عمل فراری در حکم مباشرت است. از این رو نهایتاً اجتماع سبب و مباشر محقق می‌گردد و مطابق مقررات قانون مدنی، در چنین مواردی مسئولیت بر عهده مباشر است، مگر اینکه سبب اقوی باشد؛ ولی براساس ماده ۵۲۶ق.م.ا. جدید، اگر عمل فراری مستند به هردو باشد، هردو ضامن اند، وگرنه مسئولیت فقط بر عهده کسی است که فرار مستند به عمل او باشد.

۶. در کفالت قراردادی هرگاه مکفول بمیرد، تعهد کفیل نیز ساقط می‌گردد؛ زیرا تعهد کفیل، منحصر بر احضار است و با مرگ نیز احضار منتفی می‌گردد، در حالی که با مرگ شخص فراری فقط موضوع احضار از میان می‌رود؛ بنابراین نوبت به تعهد بدلی آن - یعنی پرداخت دین - می‌رسد؛ بنابراین در کفالت قهری نمی‌توان به طور کلی به سقوط تعهد کفیل، حکم کرد.

۷. با فرض وضعی بودن حکم مسئولیت و عدم تأثیر علم و جهل در تحقق حکم، اعتقاد فراری‌دهنده نیز نقشی در سقوط مسئولیت او ندارد، بلکه آنچه موضوع حکم می‌باشد، خارج کردن مدیون از سلطه طلبکار بوده که محقق شده است؛ بنابراین با تحقق موضوع، حکم نیز ثابت می‌گردد.

منابع

۱. ابن بابويه، محمد بن علی؛ من لایحضره الفقیه؛ ج ۳، بیروت: دارالاضواء، ۱۴۰۶ق.
۲. ابن قدامه، عبدالله بن احمد؛ مغنی المحتاج؛ ج ۲، قاهره: دارالحديث، ۱۴۱۶ق.
۳. ابن همام، کمال الدین؛ فتح القدير؛ ج ۱۰، بیروت: دار احیاء التراث العربی، [بی تا].
۴. آخوندی، محمود؛ آیین دادرسی کیفری؛ ج ۲، چ ۷، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم اسلامی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۸۵.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد؛ مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان؛ ج ۹، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
۶. آشوری، محمود؛ آیین دادرسی کیفری؛ ج ۲، چ ۷، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم اسلامی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۸۵.
۷. اصفهانی، محمد حسین؛ حاشیة المکاسب، چ ۱، قم: دارالمصطفی ﷺ لإحياء التراث، ۱۴۱۸ق.
۸. آل کاشف الغطاء، محمد حسین؛ تحریر المجله؛ ج ۱، تهران: مکتبه النجاشی و مکتبه فیروزآبادی، ۱۳۶۱.
۹. انصاری، مرتضی؛ کتاب المکاسب (تحقیق لجنة تحقیق تراث الشیخ الأعظم)؛ چ ۱، قم: مجمع الفکر الإسلامی، ۱۴۲۰ق.
۱۰. بجنوردی، سید حسن؛ القواعد الفقهیة؛ ج ۶، چ ۱، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ق.
۱۱. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم؛ الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة؛ ج ۲۱، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
۱۲. بروجردی عبده، محمد؛ حقوق مدنی؛ تهران: [بی تا]، ۱۳۲۹.
۱۳. توحیدی، محمد علی؛ مصباح الفقاهة فی المعاملات؛ تقریراً لأبحاث السيد ابوالقاسم الموسوی الخوئی؛ چ ۴، قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۷ق.

١٤. جبعى عاملى (شهيد ثانى)، زين الدين؛ الروضة البهية فى شرح اللمعة- الدمشقية؛ ج ٤، قم: مكتبة الداورى، ١٣٦٥.
١٥. جعفرى لنگرودى، محمدجعفر؛ عقد كفالت؛ ج ٣، انتشارات گنج دانش، ١٣٧٨.
١٦. —؛ مبسوط در ترمينولوژى حقوق؛ ج ٤، ج ٣، انتشارات گنج دانش، ١٣٧٠.
١٧. حسينى سيستانى، سيدعلى؛ قاعده لاضرر و لاضرار؛ قم: نشر مكتبة السيدسيستانى، ١٤١٤ق.
١٨. حلى (علامه)، حسن بن يوسف؛ إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان؛ تحقيق فارس الحسون؛ ج ١، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين، ١٤١٠ق.
١٩. —؛ تذكرة الفقهاء؛ ج ١٤، قم: مؤسسه آل البيت، ١٣٧٢.
٢٠. —؛ قواعد الأحكام؛ قم: مؤسسة النشر الإسلامية، ١٤١٢ق.
٢١. حلى (محقق)، ابوالقاسم نجم الدين جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام؛ قم: اسماعيليان، ١٣٧٣.
٢٢. خمينى، سيدروح الله؛ البيع؛ ج ١، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى، ١٤٢١ق.
٢٣. —؛ تحرير الوسيلة؛ قم: مؤسسة النشر الإسلامية، ١٤٠٤ق.
٢٤. خوانسارى، سيداحمد؛ جامع المدارك؛ ج ٢، ٣ و ٥، تهران: مكتبة الصدوق، ١٤٠٥ق.
٢٥. روحانى، سيدمحمدصادق؛ فقه الصادق؛ ج ٢٠، قم: مطبعة العلمية، ١٤١٢ق.
٢٦. سبزوارى، سيدعبدالاعلى؛ مهذب الأحكام؛ ج ٢ و ٢٠، ج ٤، قم: مؤسسة المنار، ١٤١٣ق.
٢٧. طباطبايى، سيدعلى؛ رياض المسائل؛ ج ٩، ج ١، قم: مؤسسه آل البيت، ١٤٠٤ق.
٢٨. طباطبايى، سيدمحمد مجاهد؛ كتاب المناهل؛ ج ١، ج ١، قم: مؤسسه آل البيت، ١٤٠٤ق.
٢٩. طوسى، محمد بن حسن؛ المبسوط؛ ج ٣، ج ١، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ١٣٨٧.
٣٠. —؛ تهذيب الأحكام؛ ج ٦، بيروت: دارالاضواء، ١٤٠٦ق.