

کفالت در حد و تعزیر

رحیم نوبهار^۱

تاریخ دریافت: ۹۳/۰۶/۲۵

پژوهشگر حوزوی و دانشیار دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی تاریخ تأیید: ۹۳/۱۲/۰۹

چکیده

کفالت به لحاظ حقوقی به معنای تعهد به احضار دیگری است. کفالت در دعوی کیفری به معنای آن است که از محکوم یا متهم خواسته شود تا کسی را به عنوان کفیل به دادگاه معرفی کند تا حضور متهم یا محکوم بدین وسیله تضمین شود. روایاتی که از کفالت در حد نهی می‌کند، اغلب ناظر به حدود اصطلاحی تفسیر شده‌اند. این مقاله با بررسی تحلیلی موضوع نتیجه می‌گیرد که اولاً، با توجه به ابهام‌های فراوان مفهومی، قاعده قلمدادکردن ممنوعیت کفالت دشوار است. ثانیاً، این حکم به حدود اصطلاحی اختصاص ندارد؛ گونه‌هایی از کفالت مانند کفالتی که اصل قطعیت اجرای کیفر را مخدوش نماید، یا مستلزم تأخیر ناموجه در اجرای حد شود، یا تعهدات غیرضرور بر دوش متهم یا بزهکار بنهد نه در حد و نه در تعزیر پذیرفتنی نیست. ثالثاً، گاه کسب برخی مصالح یا اجتناب از برخی مفاسد، کفالت در دعوی کیفری را مجاز یا حتی ضروری می‌سازد. بنابراین، حکم کفالت یکی از اسباب افتراق و جدایی حد از تعزیر نیست. مقاله همچنین به طور ضمنی به مقایسه کفالت در امور مدنی و جزایی پرداخته است.

واژگان کلیدی: حد، تعزیر، کفالت، فقه جزایی اسلام

مقدمه

در نظام افتراقی حد - تعزیر از جمله تفاوت‌های برشمرده شده میان حد و تعزیر این است که کفالت در حد راه ندارد. ظاهر بسیاری از فتاوی فقهی چنان است که گویی این حکم از مختصات حدود است و کفالت در تعزیر بی‌اشکال است (حلی، ۱۴۰۸: ۱۴۸/۴). برخی به این مطلب تصریح نموده‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲: ۹۹ و ۲۵۰). برخی از نویسندگان حقوق جزایی نیز با تفسیری لفظ‌محور از روایات مربوط و با استناد به اینکه قدر متیقن از واژه حد در روایات مربوط، حد اصطلاحی است، تصریح کرده‌اند که کفالت در مجازات‌های حدی جریان ندارد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷: ۲۸۱). این در حالی است که مصلحت‌های عقلایی و حکیمانه گاه اخذ کفیل در دعوی جزایی - اعم از حد و تعزیر - را

1. Email: r-nobahar@sbu.ac.ir

تجویز بلکه ضروری می‌نماید. پس نفی هر گونه کفالت در حد یا مطلق دعوی کیفری به دلایل استواری نیاز دارد.

در قوانین پس از پیروزی انقلاب نسبت به عدم جریان کفالت در دعوی حدی حساسیتی به خرج داده نشده است. قرار اخذ کفیل با تعیین وجه‌الکفاله، هم در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ (بند ۳ ماده ۱۳۲) و هم در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ (بند ح ماده ۲۱۷) از جمله قرارهای تأمین پذیرفته شده است. این قرار البته در هر دو قانون، عمدتاً مربوط به پیش از صدور حکم و در جریان رسیدگی و به منظور دسترسی به متهم و حضور وی و جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او پیش‌بینی شده است (ماده ۲۱۷ ق. آ. د. ک. ۱۳۹۲). این قرار می‌تواند تا صدور حکم قطعی و تا زمان اجرای مجازات ادامه داشته باشد. معمولاً پس از صدور حکم تنها از اجرای به موقع آن پس از ابلاغ سخن گفته می‌شود (ماده ۴۹۰ ق. آ. د. ک. ۱۳۹۲). با این حال با توجه به اینکه در موارد قابل توجهی مانند، اجرای مجازات بر زن باردار، زن شیرده، بیمار جسمی یا روانی و جنون متهم (مواد ۵۰۱، ۵۰۲ و ۵۰۳ ق. آ. د. ک. ۱۳۹۲) اجرای مجازات به تأخیر می‌افتد، فلسفه وجودی نهاد کفالت پس از صدور حکم قطعی هم همچنان می‌تواند موجود باشد. برابر ظاهر ماده ۵۰۷ ق. آ. د. ک. ۱۳۹۲ دست قاضی برای استمرار کفالت حتی پس از صدور حکم قطعی هم باز است. این ماده از امکان صدور قرار تأمین متناسب سخن می‌گوید و قرار کفالت را نفی نمی‌کند. بلکه برابر ماده ۵۰۸ همین قانون قرار پس از صدور حکم محکومیت ممکن است قرار کفالت باشد.

بدین‌سان برابر ظاهر این مواد اخذ کفالت حتی در دعوی مستوجب حد هم در مواردی که تأخیر اجرای کیفر موجب باشد بلامانع خواهد بود؛ این در حالی است که ظاهر فتاوی فقہی، کفالت در جرائم مستوجب حد را نفی می‌کند. پس بررسی ادله ممنوعیت کفالت در حد و تعیین دامنه دلالت آن بااهمیت است.

پرسش‌های فقہی - حقوقی راجع به کفالت به طور کلی و کفالت در دعوی مدنی به ویژه فراوان است؛ اما این نوشتار ادله مربوط به نهی از کفالت را به طور تحلیلی بررسی می‌کند و به طور مشخص به این پرسش‌ها پاسخ می‌دهد که، فلسفه نهی از کفالت در حد چیست؟ آیا هر گونه کفالت در حدود نارواست؟ آیا در تعزیرات صرفاً از آن روی که تعزیرند هر گونه کفالتی را می‌توان پذیرفت؟ آیا حکم کفالت در جرائم حق‌الله و حق‌الناس یکسان است؟ ممنوعیت کفالت بر فرض ثبوت به کدام مرحله دعوی جزایی مربوط می‌شود؟

۱- مفهوم حقوقی کفالت، انواع و آثار آن

۱-۱- مفهوم کفالت

کفالت به معنای حقوقی، تعهد به احضار دیگری است. به کسی که متعهد می‌شود دیگری را در دادگاه یا نزد مقام قضایی حاضر نماید کفیل یا کافل گفته می‌شود. به کسی که کفالت از طرف او می‌شود مکفول‌عنه یا مکفول گفته می‌شود. صاحب حقی که برای او کفالت می‌شود نیز مکفول‌له نامیده می‌شود (جبعی عاملی، ۱۴۱۴ق: ۲۳۴) هر گاه پای حق شرعی مکفول‌له بر عهده مکفول در میان باشد، کفالت صحیح است. در واقع همین قدر که دعوایی علیه کسی مطرح باشد، حتی اگر بینه علیه او موجود نباشد و حتی در فرضی که مدعی‌علیه منکر است، کفالت می‌تواند مورد داشته باشد (نجفی، ۱۹۸۱م: ۱۸۶/۲۶). حق مورد کفالت می‌تواند از حق‌های عینی یا دینی باشد (همان). کفالت ممکن است مؤجل یا غیرمؤجل باشد (طوسی، ۱۳۸۷ق: ۳۳۷/۲).

۱-۲- گونه‌های کفالت

۱-۲-۱- کفالت در امر مدنی

کفالت مدنی اغلب همچون عقد تلقی شده است. در کفالت تا آنجا که عقد است رضایت کفیل بی‌تردید شرط است. درباره رضایت مکفول‌له هم استدلال می‌شود که صاحب حق را نمی‌توان جز با رضایت وی به چیزی ملزم نمود. اما درباره رضایت مکفول‌عنه یا کسی که حقی علیه اوست، اتفاق نظر وجود ندارد. گاه ادعا می‌شود که نظریه عدم اشتراط رضایت او اشهر و اظهر است (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق: ۲۸۹/۹). بلکه شهید ثانی این قول را مشهور میان علمای امامیه و غیرامامیه توصیف کرده است (جبعی عاملی، ۱۴۱۴ق: ۲۳۴). مخالف در این باره از جمله شیخ طوسی است؛ با این استدلال که اگر مکفول اذن ندهد یا به کفالت راضی نشود احضار او ممکن نیست. پس کفالت از آن روی که کفالت به امر غیرمقدور است، صحیح نیست (همان). این استدلال ضعیف است؛ زیرا احضار مکفول بنا به فرض، حق صاحب حق است. بنا به فرض او می‌تواند حتی بی‌آنکه پای کفالت هم در میان باشد کسی را که در موقعیت مکفول است احضار نماید.

۱-۲-۲- کفالت در دعوای کیفری

کفالت در امور کیفری از کفالت در امر مدنی متمایز است. بعید است که کفالت در امر کیفری از جنس عقد و لزوماً مشروط به رضایت مکفول باشد. حداقل امروزه کفالت در امر

کیفری در شمار قرارهایی قلمداد می‌شود که در صورت لزوم از سوی مقام قضایی صادر می‌شود. هر چند عدم رضایت مکفول به صدور این قرار ممکن است اجرای عملی قرار و سودمندی آن را مخدوش نماید. با این حال می‌توان تصور کرد که کسی بدون رضایت مکفول حاضر شود با پذیرش پرداخت وجه التزام، کفیل وی شود و همزمان بتواند هنگام نیاز او را احضار نماید. به این اشکال که شاید عدم رضایت مکفول به چنین کفالتی خلاف قاعده تسلط مردم بر جان و مال خویش و در نتیجه مخدوش باشد؛ می‌توان پاسخ داد که، فرض بر این است دادگاه که مکفول را احضار می‌کند در هر حال حق احضار وی را دارد؛ و کفالت تنها تضمینی برای همین حضور است. هر چند اگر متهم از راه دیگری مثلاً پذیرش بازداشت موقت، حضور خود را تضمین کند، همچنان این پرسش مطرح می‌شود که آیا می‌توان وی را به سپردن کفیل الزام نمود؟ ممکن است استدلال شود که ماندن در حبس و بازداشت موقت، امری عمومی و مستلزم هزینه از منابع عمومی است و تابع انتخاب و ترجیحات شخصی متهمان نیست؛ پس الزام متهم به سپردن کفیل حتی آن‌گاه که او بدان راضی نیست، موجه است.

کفالت ممکن است از محکوم باشد یا متهم. کسی که خواستار کفالت می‌شود لزوماً زیان‌دیده از جرم یا دادگاه نیست. ممکن است محکوم، خواستار کفالت‌دادن برای تأخیر در اجرای کیفر باشد. در واقع گاه ذی‌نفع از کفالت، مکفول است.

۱-۳- اثر کفالت

در امور کیفری کسی کفیل بزهکار می‌شود تا در وقت معین وی را احضار نماید. این به معنای آن است که مقصود از کفالت همواره مال و امر مالی نیست؛ ممکن است مقصود نهایی از کفالت، امری غیرمالی باشد، مانند اینکه در دعوی زوجیت یا قصاص، کسی کفیل شود تا همسر دیگری یا متهم به ارتکاب قتل یا محکوم به قصاص را حاضر نماید (نجفی، ۱۹۸۱م: ۱۹۶/۲۶). تعهد کفیل در این نوع کفالت چیزی بیش از احضار مکفول نیست. به این نوع کفالت گاه حماله هم گفته می‌شود. (قرطبی، ۱۴۲۰ق: ۱۵۷).

اما کفالت به معنای اینکه هرگاه مکفول به هر دلیل حاضر نشد، کفیل همان عقوبت و مجازات مکفول را تحمل کند، اجماعاً باطل است. قرطبی ادعا کرده است که فقیهان این نوع کفالت را باطل می‌دانند (همان). این نوع کفالت مخالف است با اصل شخصی‌بودن مجازات‌ها و

قاعده وزر که عقل، آیات قرآنی^۱ و شواهدی از سنت بر اعتبار آن گواهی می‌دهند. بلی در صورت استنکاف کفیل از احضار مکفول در دعوی کیفری، تعزیر او به عنوان استنکاف از ادای حق و انجام وظیفه با شرایطی امکان‌پذیر است (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق: ۲۹۲/۹). همچنان که برابر روایت عمار از امام صادق (ع)، امیرالمؤمنین علی (ع) به حبس مردی که کفیل دیگری شده بود فرمان داد و وی را موظف فرمود تا رفیقش را پیدا کند (کلینی، ۱۳۸۷ق: ۱۰۵/۵، روایت ۶).

کفالت ممکن است در جریان تحقیقات و بازپرسی یا در دوره برگزاری جلسات دادرسی یا پس از صدور حکم محکومیت باشد. چنانکه گذشت در دعوی مدنی، کفالت از مدعی علیه اغلب پذیرفته شده است؛ زیرا طرح دعوا علیه کسی حقی را برای مدعی ایجاد می‌کند که بر پایه آن مدعی علیه باید در جلسه دادگاه حضور یابد، حتی اگر مدعی برای اثبات دعوی خود، بینه‌ای اقامه ننموده باشد (نجفی، ۱۹۸۱م: ۱۸۶/۲۶). در دعوی جزایی، عدم جریان کفالت در مرحله تعقیب و پیش از صدور حکم، زمینه را برای آزادگذاشتن متهم یا حبس وی فراهم می‌سازد. آزاد رها کردن متهم ممکن است باعث تفویض حق شاکی شود. حبس متهم نیز امری کاملاً برخلاف اصل است. در متون دینی از راه‌های گوناگون بر پرهیز از حبس و بازداشت موقت متهم تأکید شده است. بنابر نقلی که فقیهان معمولاً بدان فتوا داده‌اند، پیامبر (ص) متهم به قتل را تنها شش روز بازداشت می‌نمود. اگر مدعی در طول این مدت، بینه‌ای اقامه نمی‌نمود؛ پیامبر (ص) وی را آزاد می‌کرد (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق: ۲۹۲/۹).

در ادامه پیش از بررسی فقهی ادله، نخست مقتضای اصل و قاعده را تبیین می‌کنیم تا هنگام شک در دامنه دلالت ادله بدان مراجعه نماییم.

۲- مقتضای اصل و قاعده در باب کفالت

روایاتی چند از کفالت به طور کلی نهی می‌کند (حر عاملی، ۱۴۰۱ق: ۱۵۴/۱۳). در برخی از این روایات، کفالت مایه هلاکت امت‌های پیشین و سبب زیان، غرامت و ندامت به شمار آمده است (همان). به همین دلیل اغلب به کراهت آن فتوا داده شده است (نجفی، ۱۹۸۱م: ۱۸۵/۲۶)؛ (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ۶۲). در خصوص حد البتّه روایاتی بر نهی از کفالت دلالت دارند که به زودی درباره آن‌ها بحث خواهیم کرد.

۱. از جمله آیه شریفه: «ولا تزر وازره وزر آخری» که پنج بار در قرآن کریم تکرار شده است. (انعام، ۱۶۴)؛ (اسراء، ۱۵) (فاطر، ۱۶)؛ (زمر، ۷) و (نجم، ۳۸).

جدا از روایات اخیر، فتوا به کراهت کفالت به طور کلی دشوار است؛ کفالت در موارد زیادی مصداق روشن تعاون بر، برّ و تقواست. کفالت از مدیون گاه به او فرصت می‌دهد تا بتواند آبرومندانه بدهی خود را ادا کند. کفالت از متهم به جرم، مانع بازداشت موقت او که خود نوعی عقوبت پیش از اثبات جرم است، می‌شود و بدین لحاظ مصداق برّ و احسان است. پذیرش نهاد کفالت جمعیت زندانیان موقت را کاهش می‌دهد، ضمن اینکه کفالت، نوعی تضمین و پشتیبانی برای حق زیان‌دیده از جرم هم هست. حتی کفالت از محکوم - حداقل در مواردی که تأخیر اجرای مجازات جایز یا واجب است - مصداق تعاون بر، برّ و تقواست. هم از این روی گاه در تعریف کفالت گفته‌اند: عقدی تبرعی است که اخذ اجرت در آن روا نیست (زحیلی، بی‌تا: ۴۱۵۳). حتی به دلیل اینکه کفالت به عنوان عقد متضمن تبرع است گفته شده که جهالت در مدت آن به صحت عقد زیان نمی‌رساند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق: ۲۹۱/۹). هر چند این فتوا و تشبیه کفالت به عاریه گاه مورد انتقاد قرار گرفته است (همان). به هر روی بی‌تردید مصادیق این عقد نوعاً نمونه تبرع است.

لحن اخباری که کفالت را سرزنش می‌کند به ظاهر عام است و هر گونه ضمانت را دربرمی‌گیرد؛ مثلاً در مرسله صدوق آمده است: «کفالت، مستلزم خسارت، غرامت و پشیمانی است» (حر عاملی، ۱۴۰۱ق: ۱۵۴/۱۳). در صحیح حفص بن بختری هم آمده است که امام صادق (ع) از حفص پرسیده است: چرا دیر به حج آمدی؟ حفص گفت: کفیل شخصی شدم، به عهدش وفا نکرد. امام (ع) فرمود: تو را با کفالت چه کار؟ مگر نمی‌دانی که کفالت سبب هلاک پیشینیان شد؟ (همان، ۱۵۴/۱۳). شبیه این مضمون از امام صادق (ع) خطاب به ابوالعباس بقباق هم نقل شده است (همان). نیز در روایت اسماعیل پسر جابر از امام صادق (ع) آمده است که، خود را در معرض حقوق قرار ندهید (همان). لحن این روایات نشان می‌دهد که آن‌ها چه بسا نوعی ارشادند به اینکه انسان نباید بی‌جهت بر مسئولیت‌ها و وظایف خویش بیافزاید و آنچه را در توان ندارد، عهده‌دار شود. پس این اخبار متضمن نهی مولوی نیستند تا نوبت به بحث از دلالت آن‌ها بر حرمت تکلیفی یا بطلان وضعی برسد؛ بلکه ارشاد به نکته خاصی دارند که همان احتیاط و پرهیز از به دوش گرفتن بار اضافی است. هم از این روی شیخ حر عاملی به درستی عنوان بابی که این روایات را ذیل آن گرد آورده این گونه برگزیده است: «بابی در باره این که مکروه است انسان خود را در معرض کفالت و ضمانت قرار دهد» (همان).

گاه برای اثبات مشروعیت ضمان و کفالت به روایت نبوی: الزعیم غارم هم استدلال می‌شود (الکاظمی، ۱۳۶۵ق: ۸۱). زیرا زعیم به معنای کفیل است و کفیل و ضامن به یک معناست (همان). کفالت باید صحیح و مشروع باشد تا ضمان بر آن مترتب شود. همچنین برای اثبات مشروعیت کفالت به روایاتی که معصومان (ع) خود از دیگران ضمانت نموده‌اند استناد شده است؛ مانند ضمانت امام سجاد (ع) از بدهی عبدالله بن حسن و محمد پسر اسامه (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۹ق: ۲۴۵).

کفالت را نمی‌توان همواره برخلاف فرض برائت و مستلزم تکلیف زائدی برای مکفول دانست. گاه اصولاً کفالت برای متهم و نه محکوم و برای مصلحت او و یا کسان اوست؛ قبول کفالت از متهم در جرائم سنگینی که تحقیق درباره آن‌ها ضروری است، به عنوان بدیل بازداشت موقت، به مصلحت و نفع متهم است. همچنین اخذ کفالت از بیماری که اجرای مجازات بر او اکنون ممکن نیست نوعی ارفاق به اوست. بلی گونه‌هایی از کفالت ممکن است برخلاف فرض برائت باشد و الزام متهم بدان مستلزم تکلیف اضافی برای او باشد؛ مانند دعوای کیفری علیه دیگری بدون ارائه دلایل کافی و در فرضی که متهم نیز اتهام را کاملاً بلاوجه می‌داند و آن را رد می‌کند. در خصوص این موارد می‌توان آن‌ها را به مقتضای اصل - اگر دلیلی بر تجویز یا ایجاب آن نباشد - منتفی نمود. شاید برخی فقیهان که در تحقق کفالت صحیح، رضایت مکفول‌عنه را شرط دانسته‌اند، به این وجه نظر داشته‌اند؛ هر چند به دلیل لزوم رعایت مقتضیات اجتماعی و مصالح عمومی و حتی مصالح خود متهم یا محکوم، کفالت در دعوای کیفری را نمی‌توان به رضایت مکفول، مشروط کرد.

از لحن برخی فقیهان معاصر برمی‌آید که با آنکه بازداشت متهم یا اخذ کفالت از وی مخالف اصل برائت یا عقاب پیش از اثبات جرم و سبب ضرر است، گاه برای حفظ حقوق دیگران حبس یا کفیل‌گرفتن از متهم اجتناب‌ناپذیر است. در مواردی با بررسی ادله مدعی یا شاکی، علم یا ظن به مجرمیت حاصل می‌شود. در این صورت حبس متهم یا کفیل‌گرفتن برای اطمینان به حضور متهم جایز است (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸ق: ۲۹۵).

در واقع می‌توان جواز یا وجوب کفالت در مطلق دعوای را از باب تزامم حقوق و لزوم حفظ حقوق زیان‌دیده از جرم در دعوای خصوصی یا حقوق عامه در دعوای عمومی اثبات نمود. با لحاظ این واقعیت که از یک سو آزاد گذاشتن متهم ممکن است زمینه‌ساز تضییع حقوق دیگران شود، از سوی دیگر حکم به بازداشت موقت متهم آسان نیست؛ چه بازداشت متهم خود مجازاتی

است که موجب آن هنوز ثابت نشده است. بدین سان نوعی مصلحت و منفعت، ضرورت شناسایی کفالت را ایجاب می‌کند. برخی پیشینیان هم البته برای توجیه کفالت به طور کلی به مصلحت و رواج آن در میان مسلمانان صدر اسلام استناد کرده‌اند (ابن رشد، ۱۴۱۵ق: ۲۳۹).

برای اثبات مشروعیت کفالت افزون بر سیره متشرعان به بنای عقلاء هم می‌توان استناد نمود و از این جهت تفاوتی میان دعاوی کیفری و مدنی وجود ندارد. عقلای عالم ممکن است در جزئیات مسائل کفالت اختلاف نظر داشته باشند؛ اما اصل آن را همگان می‌پذیرند. شاهد اینکه در قوانین نوع کشورها از جمله انگلستان و فرانسه^۱ کفالت با شرایطی پذیرفته شده است (تدین، ۱۳۸۸: ۱۹۰). احکام آزادی متهم با قرار کفالت در قانون اصول محاکمات جزایی سوریه نیز به تفصیل آمده است (آشوری و امیدی نبی‌کندی، ۱۳۷۱: ۳۶). از این سیره عقلایی تا آنجا که از آن منع نشده باشد، می‌توان پیروی کرد.

۳- بررسی ادله ممنوعیت کفالت

۳-۱- روایات نهی از کفالت در حد

در منابع روایی امامیه دو حدیث درباره نهی از کفالت در حد موجود است؛ در روایت نوفلی از سکونی از امام صادق (ع) آمده است که، «کفالت در حد پذیرفته نمی‌شود» (کلینی، ۱۳۸۷: ۲۵۵/۷).

در مرسل صدوق هم به نقل از پیامبر (ص) آمده است که، «حدود را در فرض وجود شبهه اجرا نکنید؛ شفاعت، کفالت و سوگند در حد راه پیدا نمی‌کند» (حر عاملی، ۱۴۰۱ق: ۳۳۶/۱۸، روایت ۴).

همچنین شیخ صدوق مرسل^۲ و با لفظ قضاوت نقل کرده است که، امیرالمؤمنین (ع) درباره مردی که حضور کسی را کفالت کرده بود قضاوت نمود که او باید زندانی شود و به کفیل فرمود: رفیقت را پیدا کن. آن حضرت همچنین قضاوت فرمود که، در حد کفالت نیست (صدوق، ۱۴۰۴: ۹۵/۳، حدیث ۳۴۰۰).

علامه در تذکره به روایت نبوی عمرو بن شعیب از طریق اهل سنت مبنی بر نهی از کفالت در حد هم اشاره کرده است (حلی، ۱۴۱۴ق: ۳۹۶). این روایت البته در منابع حدیثی اصلی اهل سنت نقل نشده است. ملاحظه فتاوی فقیهان اهل سنت نشان می‌دهد که آنان نیز کفالت در حد را روا نمی‌دانند. با این حال از ابوحنیفه نقل شده است که او کفالت را در حدود و قصاص یا

۱. به موجب بند ۱۵ ماده ۱۳۸ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه یکی از قرارها، دادن تأمین و تضمین شخصی یا مالی در یک مدت و برای یک دوره یا مبلغ تعیین شده توسط بازپرس یا قاضی آزادی‌ها و بازداشت است.

به گزارشی تنها در قصاص جایز می‌داند. قول به جواز از عثمان بّتی هم نقل شده است. (ابن رشد، ۱۴۱۵ق: ۲۴۱).

به دلیل روایات پیش‌گفته ادعا شده است که فقیهان بر عدم جریان کفالت در حدود اجماع دارند (نجفی، ۱۹۸۱م: ۱۸۶/۲۶). گاه فقهای متقدم‌تر این حکم را مشهور دانسته‌اند (حلی، ۱۴۱۲ق: ۱۷) مستند این اجماع یا شهرت همان نصوص است. پس محور و مدار قول به ممنوعیت کفالت در حد، نصوص است؛ از این روی ما بر واکاوی همین نصوص تأکید می‌کنیم.

۳-۲- تحلیل مضمون روایات

ساختار روایت نوفلی، نفی کفالت در قالب لای نفی جنس است: «لا کفاله فی حد». دربارهٔ مدلول جملاتی با این گونه ساختار اتفاق نظر وجود ندارد. ساختار حدیث نفی ضرر هم همین گونه است و منشاء تفسیر و تعبیرهای گوناگون شده است. قدر مسلم، این ساختار در این مورد برای بیان نفی اخباری به طور حقیقی (در برابر نفی ادعایی) نیست؛ زیرا در این صورت معنای حدیث آن است که در عالم خارج، کفالت در حدود صورت نمی‌پذیرد. شأن معصوم (ع) اخبار دادن از چنین امری نیست؛ حتی اگر در خارج چنین باشد. ضمن اینکه کفالت خود حکم شرع نیست، بلکه موضوع حکم شرع است و شأن شارع از آن روی که شارع است، بیان حکم است؛ نه بیان وضعیت موضوع یا متعلق حکم، آن هم در عالم خارج. بلی بنا بر تقریری دیگر می‌توان نفی را بر حقیقت خود باقی گذاشت و گفت: حقیقتاً در عالم خارج کفالتی در حد نیست؛ چون شارع از یک سو حکمی که سبب کفالت شود را تشریح نکرده است؛ و از سوی دیگر هم با جعل بطلان برای آن، مانع وقوع آن شده است؛ پس شارع هم با جعل و هم با ترک جعل راه را بر تحقق کفالت بسته است و به این معنا کفالتی وجود ندارد. احتمال دیگر، نفی حقیقت به طور ادعایی است؛ به این معنا که حقیقتاً کفالت در حد وجود ندارد؛ یا با این لحاظ که سبب وجود کفالت، حکم شرع است و چنین حکمی وجود ندارد؛ یا به اعتبار نفی موضوع به لحاظ نفی آثار آن؛ در واقع کفالت وجود ندارد؛ چون اثری شرعی بر آن مترتب نمی‌شود. این احتمال هم در حدیث نفی ضرر هم داده شده است (موسوی خمینی، ۱۴۱۴ق: ۷۳).

احتمال دیگری که محققانی مانند شیخ الشریعه در این گونه ترکیب‌ها ارجح دانسته‌اند

۱. این تقریر بر پایه احتمالی است که محقق عراقی در تفسیر حدیث نفی ضرر آن را بر احتمالات دیگر ترجیح داده است (عراقی، ۱۴۱۸ق: ۱۳۸).

حمل آن‌ها بر نهی است (اصفهانى «شيخ الشریعه»، ۱۴۱۰ق: ۳۴). او با ذکر شمار زیادى از ترکیب‌هاى همانند با «لاضرر» اصرار می‌ورزد که این ترکیب‌ها برای نهی است (همان، ۲۷). پیش از اصفهانى، میرفتاح مراغى هم این نظریه را مطرح کرده بود (همان). حتى گفته می‌شود صاحب جواهر هم در حدیث لاضرر به این تفسیر تمایل داشته است (عراقى، ۱۴۱۸ق: ۱۳۷). نظریه نهی در این گونه ترکیبات یا در خصوص حدیث لاضرر گاه این گونه تفسیر می‌شود که نفی در ابتدا برای نهی استعمال شده است؛ یا آنکه نفی همچنان بر نفی باقى است و برای بیان شدت تنفر و مبالغه در اعلام نارضاىی، جمله خبریه برای انشاء استعمال شده است (همان، ۲۸)؛ (موسوى خمینى، ۱۴۱۴ق: ۸۵) برابر این دو تفسیر، این گونه نهی تأکید آمیزتر از نهی عادى است. به نظر نگارنده این احتمال را آن قدر که در حدیث نفی ضرر می‌توان تضعیف کرد، در مثل نفی کفالت و شفاعت نمی‌توان ضعیف شمرد. دلیلى نداریم که همه این گونه ترکیب‌ها معنای واحدی داشته باشند. بسته به متعلق لای نفس جنس ممکن است مورد با یکی از نفی یا نهی سازگارى بیشتری داشته باشد.^۱ به همین ترتیب ممکن است مورد با توجه به نوع متعلق «لا»ى نفس جنس با بیان حکم وضعى یا تکلیفى سازگارتر باشد. چنانکه در مثل: «لا صلاه لجار المسجد الا فى المسجد» حمل آن‌ها بر نفی کمال حمل مناسبى به نظر می‌رسد. بر اساس احتمال اراده نهی این پرسش مطرح می‌شود که آیا نهی افزون بر دلالت بر حرمت تکلیفى بر فساد کفالت و عدم صحت آن هم دلالت می‌کند؟ ظاهراً چنین است. بنا بر نظریه معروف و مشهور، نهی از معامله بر فساد آن دلالت نمی‌کند (مراغى، ۱۴۲۹ق: ۳۷۶). البته نهی از عبادت و غیرعبادت به گونه‌هاى مختلفی تصور می‌شود. گفته می‌شود برخی از فروض نهی از معامله اصولاً از محل نزاع خارج است؛ مانند نهی از امری به انگیزه ارشاد به مانعیت آن (موسوى خمینى، ۱۴۱۴ق: ۱۵۲). در مورد معاملات، نهی ممکن است به خود فعل تعلق بگیرد، مانند نهی از معامله هنگام اذان نماز روز جمعه. گاه نهی به مضمون معامله از آن روی که فعل تسبیحى مباشر است تعلق می‌گیرد، مانند نهی از فروختن قرآن به کافر که آنچه از آن نهی شده در واقع، مالکیت ناشی از بیع است. گاه متعلق نهی، سبب قراردادن چیزی است که شارع سببیت آن را نمی‌پذیرد؛ بی‌آنکه آن سبب به خودی خود حرام باشد؛ مانند اینکه بنا بر حرمت حکم به طلاق با عباراتى مانند، «أنت خلیه» کسی بخواهد این سبب را از اسباب طلاق شرعى قرار

۱. برای ملاحظه نظر اجمالاً موافق با این دیدگاه؛ ر. ک: (سبحانى تبریزی، ۱۴۰۸ق: ۵۰).

دهد. اینکه مرد به همسر خود بگوید: تو آزاد و رها هستی، به خودی خود حرام نیست؛ اما این گفته را سبب طلاق قلمداد کردن، مورد نهی قرار گرفته است. گاه نهی به چیزی تعلق می‌گیرد که در صورت صحت معامله با وجود نهی از آن، حرمت معامله و در واقع، نهی از آن بی‌معنا خواهد بود؛ مانند نهی از تصرف در ثمن یا مثنی‌بیع منابذه. با وجود چنین نهی‌ای قول به صحت بیع منابذه به معنای لغویت نهی از آن است (خراسانی، ۱۴۲۰ق: ۲۲۵).^۱ به‌رغم تنوع گونه‌های نهی از معامله، از نظریه عدم بطلان معامله به واسطه نهی به عنوان نظریه مشهور یاد می‌شود (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۴ق: ۳۳۲/۲) نهی حداکثر، بیانگر حرمت تکلیفی است، اما به خودی خود بیانگر فساد متعلق نهی نیست.

با این حال گاه نهی از ظهور عرفی در فساد و عدم تأثیر متعلق نهی خالی نیست. به ویژه زمانی که قرینه‌ای در کار باشد (خراسانی، ۱۴۲۰ق: ۲۲۶). در مورد نهی از کفالت، حرمت بدون بطلان فاقد معنای روشنی است. محقق خراسانی البته تصریح کرده است که دلالت نهی از معامله بر ارشاد به فساد آن (در مواردی که چنین دلالتی وجود دارد) مربوط به معاملات به معنای عقود و ایقاعات است، نه معاملات به معنای اعم در برابر عبادت (همان). این سخن در مورد بسیاری از مقولات مرتبط به معاملات به معنای اعم که مفهوم فساد در آن‌ها صادق نمی‌آید درست است؛ اما می‌توان مقولاتی را هم یافت که به حوزه معاملات به معنای اعم مربوط شوند؛ اما بتوان نهی از آن‌ها را متضمن فساد متعلق نهی دانست؛ مانند کفالت و شفاعت در حد بنا بر اینکه حدود و تعزیرات را از امور غیرعبادی و معاملات به معنای اعم قلمداد کنیم.^۲

در کفالت برای دعوی کاملاً شخصی و خصوصی که کفالت به حکم اطلاقات ادله کفالت علی‌القاعده صحیح است می‌توان تصور کرد که از کفالت در موردی نهی شده باشد؛ اما چون کفالت به حکم و فرمان آمره خاصی ارتباط پیدا نمی‌کند، بتوان در عین حرمت، احتمال صحت آن را داد. اما کفالت در مورد دعوی جزایی چنین نیست. مباحث جزایی در قلمرو امور عبادی به معنای خاص آن قرار نمی‌گیرند، بلکه آن‌ها اغلب زیر عنوان احکام و سیاست دسته‌بندی شده‌اند. با آنکه گاه توافق‌های شخصی در این حوزه معتبر است، مانند مصالحه اولیای دم و قاتل نسبت به کمتر یا بیشتر از میزان دیه به جای قصاص؛ اما از ادله مربوط به

۱. تقسیمات دیگری هم از گونه‌های نهی شده است؛ مانند تعلق نهی به خود معامله، نهی از جزء معامله، نهی از

وصف لازم یا مفارق معامله و نهی از امری خارج از معامله (المرغی، ۱۴۲۹ق: ۳۷۷/۲).

۲. پیداست که بحث ما همچنان درباره کفالت در امر جزایی است که مصداق عقد و قرارداد نیست.

خوبی بر می‌آید که باب توافقی‌های خصوصی و شخصی در این حوزه کاملاً گشوده نیست. از چشم‌انداز عقلایی نیز مقررات جزایی در حوزه قوانین آمره قرار می‌گیرند و تخطی از آن‌ها یا توافق برخلاف آن‌ها به آسانی پذیرفته نمی‌شود. بدین‌روی نمی‌توان ادله نهی از کفالت در حد را صرفاً بیانگر حرمت تکلیفی دانست. مدلول نهایی این ادله آن است که کفالت در امر جزایی فاسد است و نباید بدان ترتیب اثر داد. حتی برخی فقیهان تمایل نشان داده‌اند که نهی از کفالت را بیشتر به معنای عدم صحت کفالت تفسیر و تعبیر کنند (خوانساری، ۱۴۰۵ق: ۸۷). شاید ایشان به این واقعیت نظر داشته است که گاه با لحاظ متعلق لای نفی جنس روشن می‌شود که مقصود بیش از هر چیز نفی صحت است. چنین ترکیب‌هایی را باید به بیان نفی ناظر دانست، نه بیان نهی. بلی هر گاه ترکیب متضمن نهی باشد، فروکاستن آن به بیان حکم وضعی و سکوت از بیان حکم تکلیفی بعید می‌نماید.

به هر روی اگر ترکیب مورد بحث را ناظر به نفی ادعایی کفالت از باب نفی حکم یا نفی آثار بدانیم حدیث بر بی‌اعتباری کفالت در حد دلالت روشنی دارد. بنا بر نظریه نهی بودن ترکیب، برای اثبات بطلان باید نهی از چنین مقولاتی را مستلزم بطلان بدانیم؛ امری که پذیرفتن آن در خصوص مورد بحث چندان دشوار نیست.

۳-۳- ادله نهی از تعطیل حد و تأخیر در اجرای آن

در شماری از روایات از تعطیل و تزییع حد و نیز تأخیر در اجرای آن نهی شده است (کلینی، ۱۳۸۷: ۱۹۲/۷). فقهاء با استناد به همین روایات، تعطیل و عدم اجرای حد را حرام دانسته‌اند (نراقی، ۱۴۱۷ق: ۵۵۴). برخی استدلال کرده‌اند که ادله حرمت تعطیل حد بر حرمت تأخیر در اجرای حد هم دلالت می‌کند (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲ق: ۷۹). از این بالاتر ادعا شده است که تأخیر و امهال، مصداق تعطیل است (همان). یا اینکه تأخیر حد آن را در معرض سقوط قرار می‌دهد (طباطبائی حائری، ۱۴۱۸ق: ۵۰/۱۶). ممکن است کسی استدلال کند که این ادله به طور ضمنی کفالت در حد را هم نفی می‌کنند؛ زیرا کفالت مستلزم تأخیر در اجرای حد است و آن را در معرض عدم اجرا که همان تعطیل است قرار می‌دهد.

این استدلال ناتمام است. جدا از تغایر مفهومی کفالت با هر یک از تعطیل، تزییع و تأخیر، کفالت لزوماً به مرحله پس از اثبات جرم مربوط نیست تا بتوان میان آن و تأخیر و تعطیل رابطه‌ای برقرار کرد. به علاوه، کفالت نوعی تضمین است که در موارد زیادی سبب اجرای حد و پیشگیری از تعطیل آن می‌شود. زیرا آزاد گذاشتن متهم چه بسا سبب شود کسی که در واقع

شایسته کیفر است، مجازات نشود. ضمن اینکه تأخیر خود در موارد قابل توجهی جایز بلکه واجب است؛ اگر حرمت کفالت تابع تأخیر اجرای حد باشد در موارد جواز یا وجوب تأخیر باید آن را جایز شمرد.

۴- فلسفه نهی از کفالت

درباره فلسفه و چرایی نهی از کفالت پژوهش‌های کمی صورت گرفته است. فقیهان معمولاً یا به ذکر عدم جواز کفالت در حد بسنده کرده‌اند؛ یا اشاراتی کوتاه به راز آن نموده‌اند (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲ق: ۷۸). شناسایی فلسفه منع و نهی در این باره بسیار مهم است و چه بسا می‌تواند به تعیین دامنه حکم کمک کند. به نظر می‌رسد فلسفه عقلایی احکامی از این دست را با لحاظ تناسب حکم و موضوع می‌توان استنباط نمود. این مباحث در شمار مسائل عبادی، توقیفی و سر به مهر نیست تا بتوان از تعبدی بودن آن‌ها سخن گفت. درست است که استنباط ملاک و معیار در چنین مسئله‌ای که علت حکم صریحاً در متون مربوط ذکر نشده لغزنده و دشوار است، اما به تعبد و تفسیر لفظی هم نمی‌توان بسنده کرد. در مباحث غیرتعبدی گاه ذهنیت عقلاء و مناسباتی که نزد آنان معلوم است سبب می‌شود تا دلیل شرعی به ارتکاز عقلایی منصرف شود» (موسوی خمینی، ۱۳۸۵ق: ۳۱۳). باید در این باره تلاش کرد و احتمالات گوناگون را واکاوی نمود؛ شاید از رهگذر مناسبت حکم و موضوع بتوان به معیاری دست یافت. از دیرباز تلاش برای پی بردن به راز ممنوعیت کفالت در حد مورد توجه فقیهان بوده است. حتی محقق ثانی برای عدم صحت کفالت در حد حق‌الله به سه دلیل استناد جسته است: نخست اینکه، مبنای حدود بر تخفیف است؛ دوم، این تأخیر در حد روا نیست و سوم به دلیل قضاوت امیرالمؤمنین (ع) به عدم جریان کفالت در حد (کرکی، ۱۴۱۴ق: ۳۸۸).

درباره راز نهی از کفالت در حد احتمالات زیر را می‌توان به عنوان فلسفه این نهی مورد مطالعه قرار داد.

۴-۱- بی‌فایده بودن کفالت در دعوای کیفری

گاه گفته می‌شود راز عدم جواز کفالت در حد، بی‌فایده‌گی آن است. فایده کفالت در موارد غیر حدود این است که در صورت استتکاف مکفول از حضور بتوان حق را از کفیل استیفا نمود؛ ولی این امر در باب حدود ممکن نیست؛ زیرا نمی‌توان کسی را در برابر گناه دیگری مسئول شناخت. بلی این امر در اموال امکان‌پذیر است؛ از همین روی کفالت در دعوای قتل راه پیدا

نمی‌کند؛ اما در دیه شدنی است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲ق: ۷۸-۷۹). برابر این رأی، نهی از کفالت در روایات هم برای بیان حرمت تکلیفی و هم ارشاد به لغویت و بی‌اثر بودن آن است. بر این مبنا حتی اگر مقصود از حد در روایات نهی از کفالت، خصوص حدود اصطلاحی باشد، تفاوتی میان حد و تعزیر نیست؛ زیرا این ملاک در حد و تعزیر یکسان است. به نظر می‌رسد در این باره تفاوتی نمی‌کند که پس از حکم به تعزیر، مجازات مالی مورد حکم قرار بگیرد یا غیرمالی؛ زیرا هر گاه امری به عنوان کیفر مورد حکم قرار گیرد، اصولاً باید به شخص مجرم تحمیل شود، نه دیگری. حتی اینکه دیگری داوطلبانه بار تحمل کیفر دیگری را به دوش بکشد پذیرفته نیست. با توجه به فلسفه وجودی مجازات مجرم خود باید کیفر را تحمل کند. در تأیید این دیدگاه به این گفتار خداوند استناد می‌شود که از زبان یوسف (ع) و در پاسخ به برادرانش که درخواست کرده بودند یکی از آنان به جای بنیامین حبس شود می‌فرماید: «پناه بر خدا! اگر ما کسی جز آن که کالایمان را نزد او یافته‌ایم بازداشت کنیم؛ زیرا در این صورت ما ستمکاریم» (یوسف، ۷۹). به حکم این آیه، کفالت به معنای مجازات کردن کسی به جای دیگری، مصداق ظلم است. حتی اگر بر آن باشیم که احکام شرایع پیشین در اسلام هم جاری است، این حکم از آن روی که ظلم است، در اسلام پذیرفتنی نیست، زیرا ظلم در هر حال در ساخت شریعت الهی راه نخواهد داشت. البته این تعلیل و توجیه در همه موارد کفالت صادق نمی‌آید. کفالت تنها برای این نیست که کفیل به همان مجازات مکفول برسد. در مواردی کفالت از متهم برای اطمینان به حضور او در فرآیند دادرسی است. برای نمونه، اخذ کفیل از متهم پیش از صدور حکم نهایی گاه برای آن است تا ادله ابراز شده علیه متهم در فرصت مناسب بررسی شود. اخذ کفالت سبب می‌شود تا هم لازم نباشد متهم در بازداشت موقت نگاه داشته شود؛ و هم حق عموم و یا شاکی خصوصی بهتر حفظ شود و رسیدگی به ادله با دقت بیشتری صورت گیرد. دعاوی پیچیده امروزی که گاه برای صدور حکم نهایی به کارشناسی‌های گوناگون نیازمند است را نمی‌توان به سرعت حل و فصل کرد. شتاب در رسیدگی به این پرونده‌ها آمار اشتباهات قضایی را بالا می‌برد. حتی کفالت پس از صدور حکم محکومیت نیز برای آن نیست تا کفیل در صورت عدم حضور مکفول، مجازات شود، بلکه کفالت برای تضمین حضور محکوم و اطمینان از اجرای کیفر است؛ چنین کفالتی را نمی‌توان لغو و بی‌فایده قلمداد کرد. هم از این روی ابن جنید بغدادی در مخالفت با نظریه مشهور گفته است: «کفالت برای تضمین حضور است و نه تحمل کیفر مکفول؛ حضور مکفول نیز از مصادیق حق است و کفالت در آن جایز است» (حلی، ۱۴۱۲ق: ۱۷).

۴-۲- اجرای سریع حد و پرهیز از تأخیر در اجرای آن

گاه نهی از کفالت، اقدامی برای اجرای فوری حد ارزیابی شده است؛ شماری از فقیهان نهی از کفالت در روایات را هماهنگ با پیشگیری از تأخیر و تعطیل حد تفسیر کرده‌اند. ابن‌براج گفته است: «کفالت از کسی که حد بر او واجب شده جایز نیست؛ بلکه واجب است حد فوراً بر وی اجرا شود» (طرابلسی، ۱۴۰۶ق: ۱۵۵). ابن‌ادریس هم در تعبیری نزدیک به همین مضمون بر عدم جواز کفالت در حد تأکید کرده است (حلی، ۱۴۱۰ق: ۴۷۶). شهید ثانی این تعلیل را مناسب دانسته است (جبعی عاملی، ۱۴۱۶ق: ۴۱۷). به نظر صاحب‌ریاض علت نهی از کفالت در حد آن است که مبدا کفالت سبب تأخیر در اجرای حد و تعطیل آن شود (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق: ۲۴/۱۶). محقق خوانساری هم با این تفسیر همدلی نموده است (خوانساری، ۱۴۰۵ق: ۸۷-۸۸).

بر پایه این تفسیر، علت منع از کفالت آن است که پس از اثبات قضایی جرم حدی (در صورتی که مقصود از حد در روایت، حدود اصطلاحی باشد) مجازات باید بی‌درنگ اجرا شود. پس محکوم به حد نمی‌تواند با دادن کفیل، اجرای حد را به تأخیر بیندازد. بدین‌سان نهی از کفالت با نهی از تأخیر در اجرای حد هماهنگ است.

صاحب‌جواهر با این تعلیل برای نهی از کفالت مخالفت کرده است؛ با این استدلال که گاه تأخیر در اجرای حد جایز است، پس حرمت یا عدم صحت کفالت را نمی‌توان به تأخیر مستند نمود. ایشان ترجیح داده است که مستند حکم را روایات قرار دهد (نجفی، ۱۹۸۱م: ۳۹۴/۴۱). برخی این رویکرد صاحب‌جواهر را این‌گونه تفسیر کرده‌اند که او علت نهی را تبدی می‌داند (موسوی گلپایگانی: ۱۴۱۲ق: ۷۸). حال آنکه او خود در کتاب *الكفاله* در تفسیر دو روایت متفاوت از بقیاق درباره کفالت به فقیهان یادآور شده است که بعید است بتوان مباحث این باب را همچون امور تبدی و توقیفی تلقی کرد او خود تلاش کرده است تفسیری عرفی و عقلانی از روایت بقیاق به دست دهد (نجفی، ۱۹۸۱م: ۱۹۳/۲۶).

جدا از این بحث، استدلال صاحب‌جواهر برای نفی این فلسفه تمام به نظر نمی‌رسد؛ زیرا جواز تأخیر در اجرای حد در موارد خاص، به خودی خود با اینکه فلسفه نهی از کفالت، عدم جواز تأخیر در فرض عادی باشد منافاتی ندارد.

اگر فلسفه نهی از کفالت، لزوم تسریع در اجرای حد باشد، هر گونه کفالتی را نمی‌توان ممنوع دانست؛ گونه‌هایی از کفالت در شرایط خاص که اجرای فوری حد ناممکن است چه بسا سبب قطعیت اجرای حد شود. ضمن اینکه این تعلیل همانند تعلیل پیشین در صورت صحت تنها

در کفالت از محکوم راه پیدا می‌کند و نه کفالت از متهم. نمی‌توان گفت که، الزام متهم به کفیل هم درست نیست؛ زیرا قاضی موظف است فوراً به دلایل موجود علیه متهم رسیدگی کند و یا حکم به برائت یا محکومیت او نماید؛ زیرا اولاً، گاه با آنکه رسیدگی صورت نگرفته، شواهد بر درستی اتهام فراوان است. ثانیاً، مدلول ادله نهی از کفالت از بیان لزوم شتاب در فرآیند رسیدگی ساکت است؛ ضمن اینکه مقتضای احتیاط و لزوم تلاش برای رسیدن به واقع تا جای امکان آن است که هر گونه شتاب و سرعتی در فرآیند رسیدگی مطلوب نیست.

به همین ترتیب، اگر فلسفه نهی از کفالت، لزوم تسریع در اجرای حد باشد، نمی‌توان گفت این فلسفه در تعزیرات به کلی راه پیدا نمی‌کند. باب اختیارات حاکم در تعزیرات گسترده است، اما این اختیارات تابع مصلحت است؛ مصلحت نوعی این نیست که تعزیرات بتوانند با تأخیر اجرا شوند. در میان تعزیرات هم، جرائم شرعی، مهم و زیانباری وجود دارند. ضمن اینکه برابر اصل قطعیت اجرای کیفر هر مجازاتی باید در زمانی عرفاً مناسب پس از صدور حکم قطعی اجرا شود.

۴-۳- آسان‌گیری بر متهم و محکوم

برابر یک قاعده کلی در حوزه مجازات‌ها اصل بر تخفیف و تسهیل است. این اصل و قاعده که از قاعده درء گسترده‌تر به نظر می‌رسد در جای جای فقه مورد تأکید فقیهان قرار گرفته است. دامنه تمسک این اصل چندان گسترده است که در باب جرائم و مجازات‌ها هرگاه دورانی میان امر دشوار و آسان وجود داشته، فقیهان جانب تخفیف و تسهیل را مقدم داشته‌اند. حتی تصریح شده است که حد و تعزیر در این باره یکسانند (نجفی، ۱۹۸۱م: ۱۹۲/۴۱، ۲۱۹). با این حال گاه فقیهان بر جریان این اصل در خصوص حدود حق‌الله تأکید بیشتری دارند (جبعی عاملی، ۱۴۱۶ق: ۱۴/۱۴).^۱

آیا می‌توان نهی از کفالت را همسو با اصل تخفیف و تسهیل در حدود تفسیر و تعبیر کرد؟ اگر پاسخ، مثبت باشد معنای نهی از کفالت آن است که در اجرای حدود نباید سختگیری کرد. بنابراین دادرس باید ادله موجود علیه متهم را به سرعت ارزیابی کند، اگر ادله برای اثبات مجرمیت کافی بود او را محکوم نماید و گرنه متهم را آزاد کند. همچنان که در مورد متهم به قتل هم در روایت سکونی آمده است که اولیای دم برای تکمیل ادله علیه متهم تنها شش روز فرصت دارند تا بینه بیاورند. در غیر این صورت، متهم آزاد می‌شود

۱. لأن الحدود و حقوق الله مبنیه علی التخفیف.

(حر عاملی، ۱۴۰۱ق: ۱۲۱/۱۹). حتی شهیدثانی افزون بر خدشه در سند روایت به مضمون آن هم ایراد کرده است که بازداشت موقت عقوبتی است که موجب آن هنوز ثابت نشده است. پس نظریه عدم جواز حبس بهتر است (جبعی عاملی، ۱۴۲۸ق: ۴۳۴).^۱

ممنوعیت جریان سوگند در دعوای حدی با استناد به حدیث: «لایمین فی الحد» (حر عاملی، ۱۴۰۱ق: ۳۳۵/۱۸). هم چه بسا همسو با تخفیف برای متهم قابل فهم است. معنای عدم جریان سوگند در دعوای حدی یا مطلق دعوای کیفری - بسته به اختلاف تفسیرها از واژه حد در حدیث - این است که هر گاه ادله کافی برای اثبات جرم علیه متهم وجود ندارد، نمی توان او را به ادای سوگند بر بی گناهی الزام کرد؛ فرض این است که ادله، کافی نیست و اصل برائت هم بی گناهی متهم را اثبات می کند. در این فرض الزام متهم به ادای سوگند بر بی گناهی اش وجهی ندارد. اینکه در برخی گزارش ها نهی از سوگند در حد در کنار نهی از کفالت قرار گرفته این تفسیر را تأیید می کند (حر عاملی، ۱۴۰۱ق: ۳۳۶/۱۸ / روایت ۴).

احتمال دیگر این است که مقصود از سوگند، سوگند شاکی باشد. برابر این احتمال، معنای حدیث این است که هر گاه ادله، کافی نیست، برخلاف دعوای مدنی که سوگند مدعی گاه کارساز است، در دعوای کیفری سوگند شاکی فاقد اعتبار است. بنابراین تفسیر، تعهدگرفتن برای احضار مجدد کسی که دلایل کافی علیه او وجود ندارد، صحیح نیست. این بار و مسئولیت اضافی، خلاف اصل برائت است.

به هر روی احتمال تفسیر روایات نهی از کفالت در حد در راستای پرهیز از سختگیری بر متهم منتفی نیست. از دیرباز برخی فقیهان اعم از شیعی و سنی، نهی از کفالت در حد را همین گونه تفسیر کرده اند. شیخ طوسی گاه برای تعلیل ممنوعیت کفالت در حد به همین نکته اشاره کرده است (طوسی، ۱۳۸۷ق: ۲۲۲/۵). به نظر علامه حلی: «کفالت نوعی توثیق و سختگیری است، حال آنکه حقوق الله مبنی بر اسقاط است و سزاوار است تا جای امکان برای عدم اثبات آن ها تلاش شود (حلی، ۱۴۱۴ق: ۳۹۶). به نظر سرخسی کفالت گرفتن در دعوای حدی نوعی سختگیری است؛ حال آنکه در حدود اصل بر تخفیف و تسهیل است» (سرخسی، بی تا: ۱۰۳).

۱. به لحاظ اینکه مضمون روایت سکونی خلاف اصل آزادی تن افراد است، فقیهان معمولاً کوشیده اند آن را از جهات گوناگون مضیق تفسیر کنند؛ مانند تجویز حبس به صورت درخواست ذی حق؛ و محدود کردن آن به مورد قتل و عدم تعمیم آن به دعوای جرح (نجفی، ۱۳۸۱ق: ۶۳۰/۱). هر چند منوط کردن حبس متهم به ارتکاب قتل به درخواست ذی حق بیشتر با خصوصی قلمداد کردن جرم قتل سازگاری دارد؛ امری که با آن نمی توان همدلی کرد. زیرا قتل از جنبه های عمومی برجسته ای برخوردار است و جرمی کاملاً خصوصی نیست.

با این حال، این تعلیل نمی‌تواند ممنوعیت مطلق کفالت را توجیه نماید؛ زیرا کفالت همواره علیه متهم یا محکوم نیست. کم نیست مواردی که قاضی در هر حال باید قراری صادر کند و قرار کفالت مناسب با حال متهم یا محکوم است. هر قرار کفالتی لزوماً سختگیری بر متهم یا محکوم نیست.

در مجموع با لحاظ ملاک حکم، تفسیر و تعبیر نصوص نهی از کفالت در پرتو اصل مبتنی بودن حدود بر تخفیف و تسهیل مناسب‌تر به نظر می‌رسد. به ویژه اگر بر آن باشیم که اصل تخفیف باید در تفسیر متون جزایی هم مورد توجه قرار گیرد. بر این اساس، اصل تسهیل و تخفیف، مفسر ظاهر عام روایات نهی از کفالت خواهد بود. این برداشت با متونی که اصل مشروعیت کفالت به طور کلی را اثبات می‌نماید نیز سازگار است. همچنین برابر این تفسیر، نصوص نهی از کفالت واجد معنایی تأسیسی هستند و صرفاً مؤکد مضمون احادیث نهی از تأخیر در اجرای حد نخواهند بود. از چشم‌انداز ترجیح حمل کلام بر تأسیس نسبت به حمل آن بر تأکید نیز این وجه مرجح است. بر پایه این احتمال، حد و تعزیر در این باره حکم یکسانی دارند. هر چند کفالت ممنوع چنان کفالتی خواهد بود که مستلزم سختگیری و اثبات مسئولیت اضافی بر متهم یا محکوم باشد.

۵- تبیین قلمرو ممنوعیت کفالت در پرتو تحلیل متون مربوط و فلسفه احتمالی حکم

۵-۱- کفالت در حد و تعزیر

از چشم‌انداز تفسیر صرفاً لفظی متون موجود، نمی‌توان بی‌درنگ احکام ذکر شده برای حد در روایات را به حدود اصطلاحی تفسیر کرد؛ زیرا استعمال واژه حد در معنایی فراتر از حدود اصطلاحی رایج بوده است (کلینی، ۱۳۸۷ق: ۱۷۶/۷، ۲۴۳، ۲۶۵، ۳۰۷). بسیاری از فقیهان بدین مطلب تصریح نموده‌اند (نجفی، ۱۹۸۱م: ۲۵۷/۴۱). بر این اساس نمی‌توان متون ناظر به نهی از کفالت را به حدود اصطلاحی، اختصاص داد. بلی قدر متیقن از این مفهوم در موارد شک، حدود اصطلاحی خواهد بود.

ظاهر نفی طبیعت و ماهیت با «لا» نفی جنس آن گونه که در روایت سکونی آمده است (لاکفاله فی حد) افاده عموم است؛ اما تنها با استناد به این ظاهر لفظی نمی‌توان دامنه حکم ممنوعیت را تعیین کرد. به‌رغم اعتبار ظاهر روایت، برای تعیین گستره حکم باید به دیگر ادله و علت این حکم هم توجه کرد. شاید علت یا حکمت حکم بتواند دامنه این ظهور را تعیین کند.

در تلاش برای تعیین دامنه حکم با توجه به فلسفه آن باید گفت که، اگر فلسفه نهی از کفالت در حد، بی‌فایده‌گی آن به دلیل عدم امکان مجازات کسی به جای دیگری باشد، این علت یا حکمت در هر دعوی کیفری جاری خواهد بود. کفالت به معنای اینکه کفیل به جای مکفول عنه مجازات شود، نه در دعوی حدی جایز است نه در دعوی تعزیری؛ به همین ترتیب، دعوی حق‌الله و حق‌الناس بدین لحاظ متفاوت نیستند؛ زیرا مجازات کسی به جای دیگری در هر حال مصداق ظلم است. بلی کفالت در موارد دیه بی‌اشکال است. حتی ممکن است برای اثبات اینکه دیه مجازات نیست به جریان کفالت در آن، استناد نمود.

اگر مقصود از نهی از کفالت، پرهیز از سختگیری بر متهم باشد این امر را هم نمی‌توان به حدود اصطلاحی اختصاص داد. گذشت که تعزیرات نیز مانند حدود مبتنی بر تخفیفند (نجفی، ۱۹۸۱م: ۱۹۲/۴۱). بلی بر این مبنا شاید بتوان میان حق‌الله و حق‌الناس تفاوت نهاد؛ زیرا با آنکه در مجازات‌ها به طور کلی اصل بر تخفیف و تسهیل است، هر گونه تخفیف و تسهیلی را در جرائم حق‌الناسی نمی‌توان روا داشت (همان، ۲۱۹/۴۱). زیرا اعمال گونه‌هایی از تسهیل در حق‌الناس آن گونه که در حدود حق‌الله اعمال می‌شود، موجب تضییع حقوق افراد خواهد شد. پس شاید بتوان میان جریان کفالت در جرائم حق‌الله و حق‌الناس تفاوت گذاشت؛ اما حد و تعزیر از این لحاظ متفاوت به نظر نمی‌رسند. جرائم حق‌الله و حق‌الناس هم در حدود و هم در تعزیرات وجود دارند.

اگر مقصود از نهی از کفالت، پیشگیری از تأخیر در اجرای مجازات باشد از این نظر هم حد و تعزیر تفاوت ندارند. نمی‌توان پذیرفت که شارع مقدس بر اجرای فوری حدود تأکید فرموده باشد، اما زمان اجرای تعزیرات را کاملاً منعطف ترسیم نموده باشد. در واقع، اگر نهی از کفالت برای پرهیز از اهمال در اجرای کیفر و جلوگیری از آسیب به اصل قطعیت کیفر باشد، این امر به حدود اصطلاحی اختصاص ندارد. همچنان که گذشت، صرف اینکه اختیارات حاکم در قلمرو تعزیرات گسترده است تجویز نمی‌نماید که جرائم تعزیری بااهمیت می‌توانند با تأخیر اجرا شوند. باید به یاد داشته باشیم که در میان جرائم تعزیری جرائمی مانند شکنجه و آدم‌ربایی وجود دارند که مصداق گناه کبیره و بسیار به حال جامعه زیانبارند.

بدین‌سان از چشم‌انداز توجه به فلسفه نهی از کفالت، متون ناظر به نهی از کفالت در حد را نمی‌توان از وجوه افتراق میان حد و تعزیر قلمداد کرد؛ زیرا هر یک از فلسفه‌های احتمالی را مورد توجه قرار دهیم، هم در حد و هم در تعزیر به نوعی جریان خواهد داشت.

۵-۲- کفالت در حق الله و حق الناس

اگر فلسفه نهی از کفالت، تسهیل بر متهم باشد، عدم جریان کفالت در حدود حق الله و حق الناس یکسان نخواهد بود؛ زیرا در جرائم حق الناس مراتبی از تسهیل بر متهم یا محکوم، مستلزم تضييع حقوق افراد خواهد بود. هم از این روی به رغم ظاهر عام احادیث نهی از کفالت، کفالت در حق الناس را می‌توان پذیرفت. شیخ طوسی درباره کفالت از کسی که حقی به گردن دارد می‌گوید: «حق یا از حقوق الله است، یا از نوع مالی است که انسان بر عهده دیگری دارد، یا حدی است که جنبه حق الناسی دارد. اگر حق از حدود الهی باشد مانند حد زنا، شرب خمر و قطع در جرم سرقت، کفالت کردن از مدیون جایز نیست؛ بی‌آنکه در این باره اختلاف نظری وجود داشته باشد؛ زیرا غالب در این موارد، اسقاط حد است؛ حال آنکه کفالت برای محکم کاری و تثبیت حق است. پس کفالت در حقوقی که اصولاً بر سقوط آنها تأکید می‌شود، راه پیدا نمی‌کند. اما کفالت کسی که مالی به دیگری بدهکار است، به نظر ما [علمای امامیه] جایز است؛ اما برخی آن را جایز ندانسته‌اند. کفالت از کسی که حد قذف یا قصاص بر عهده دارد، نزد ما جایز نیست؛ اما برخی آن را روا شمرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷ق: ۲۲۲/۵).

می‌بینیم که مدار گفتار شیخ، سختگیری یا تسهیل در اجرای مجازات‌هاست. این معیار در همه حدود یکسان به کار بسته نمی‌شود. همچنین این معیار مختص به حدود نیست. با توجه به عمومات ادله کفالت و اینکه حداقل بر مبنای نظریه مشهور، حق قصاص، حقی شخصی و خصوصی قلمداد شده است، کفالت در موارد قصاص نفس و عضو و طرف، آن گاه که بسته به مورد با رضایت و توافق مجنی‌علیه یا اولیای او باشد، نباید با مانعی مواجه باشد. بسیاری از فقیهان به پذیرش کفالت در دعوای قتل تصریح نموده‌اند (الجبعی العاملی، ۱۴۱۴: ۲۴۵/۴). کفیل متهم به قتل در مواردی با پرداخت دیه از احضار مکفول معاف است (نجفی، ۱۹۸۱م: ۱۹۰/۲۶). شهید ثانی تصریح نموده است که، هدف نهایی از کفالت گاه ممکن است امر غیرمالی مانند قصاص یا زوجیت باشد (جبعی عاملی، ۱۴۱۴ق: ۲۴۴).

علامه حلی هم در توضیح موارد کفالت در دعوای جزایی، جرائم حق الله محض را از جرائم حق الناس تفکیک کرده است. او در جرائم حق الله قاطعانه به عدم جواز کفالت فتوا داده؛ اما در جرائم حق الناس مانند قذف با استناد به اطلاق روایات نهی، کفالت را ممنوع می‌شمارد (حلی، ۱۴۱۴ق: ۳۹۶). شاید او به نوعی به فلسفه نهی از کفالت که تسهیل بر متهم است، نظر داشته است؛ از آن روی که باب تخفیف و تسهیل در جرائم حق الله محض به مراتب

گسترده‌تر است. با این حال او پس از نقل اقوال متفاوت شیعه و سنی در باره کفالت در دعوی کیفری و حتی پذیرش قول به ممنوعیت کفالت در حد به استناد روایات موجود، برای پذیرش کفالت ضابطه‌ای به دست می‌دهد که به نظر می‌رسد پاره‌ای از حدود و تعزیرات را در بر می‌گیرد. به نظر او معیار در این باره آن است که بگوییم: نتیجه کفالت در برابر بدن دیگری آن است که کفیل به احضار جسم مکفول ملتزم می‌شود؛ پس هر کس که حضور او در مجلس قضاوت هنگام فراخواندن او لازم باشد، یا احضار او حق دیگری است، کفالت به بدن او جایز است (همان، ۳۸۷/۱۴). این معیار در جرائم حق الناسی جریان پیدا می‌کند، مگر اینکه کلام او را از دعوی کیفری به کلی منصرف بدانیم.

پیش‌تر دیدیم که ظاهر عبارت محقق حلی هم با قول به ممنوعیت کفالت در حدود حق‌الله به دلیل تسهیل سازگار بود (کرکی، ۱۴۱۴ق: ۳۸۸). بدین‌سان تعلیل عدم جریان کفالت به تسهیل و تفاوت حق‌الله و حق الناس در این باره اجمالاً مورد توجه شماری از فقیهان بوده است.

۵-۳- کفالت از محکوم و متهم

روایات نهی از کفالت در حد به‌رغم ظاهر عامشان، به لحاظ این که مقصود از عدم کفالت نپذیرفتن کفالت در کدام مرحله است نیز ابهام دارند. روشن نیست که آیا مقصود، کفالت در مرحله رسیدگی است یا کفالت پس از صدور حکم؟ برخی فقیهان معاصر ضمن تخصیص روایات به مورد حد، ممنوعیت کفالت را به لحاظ مرحله رسیدگی مطلق دانسته‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲: ۲۵۰).

اگر مقصود، کفالت پس از اثبات قضایی جرم باشد، نهی از کفالت بیشتر همسو با سختگیری در اجرای حد و عدم جواز تأخیر در اجرای آن قابل درک است. اگر مقصود، کفالت در فرآیند دادرسی باشد نهی می‌تواند به تسهیل بر متهم یا حتی جلوگیری از تضییع حق شاکی ناظر باشد.

از نقطه‌نظر تفسیر لفظی، احادیث نهی از کفالت با این برداشت‌ها ناسازگار نیستند؛ زیرا آن‌ها به صراحت متضمن بیان علت یا حکمت خاصی نیستند. از چشم‌اندازی دیگر می‌توان گفت: واژه حد در مجازاتی ظهور دارد که بدان حکم شده و بالفعل حد، و قابل اجراست. اعتقاد عمومی بر این است که عناوین و اوصافی که در لسان ادله شرعی به عنوان موضوع یا متعلق احکام اخذ می‌شوند، ظهور در فعلیت دارند. مثلاً عالم یعنی کسی که اکنون عالم است، نه کسی که در گذشته عالم بوده یا بناست در آینده عالم شود. ولی استعمال واژه حد برای دعوی که ممکن است به حکم به حد بیانجامد مجاز نامقبول نیست؛ زیرا علاقه و رابطه‌ای که این گونه مجازگویی را تجویز نماید، موجود

است. این استعمال مصداق مجاز بالأول یا بالمشارفه است. مانند اینکه به غنچه‌ای که در آستانه شکفتن است، گل گفته شود (مجاز بالمشارفه) یا به غنچه‌ای که چند هفته دیگر بناست شکفته شود، اطلاق واژه گل بشود (مجاز بالأول). از همین روی نهی از شفاعت در حد هم به همین دو گونه قابل تفسیر و تعبیر است؛ ممکن است مقصود از شفاعت نکوهیده، شفاعت برای اسقاط حدی باشد که به لحاظ قضایی ثابت شده است. شاید هم مقصود، شفاعت در میانه دعوای کیفری برای توقف پیگیری دعوا باشد. حتی شمول لفظ نسبت به هر دو معنا هم بلا مانع است؛ به ویژه بر این مینا که استعمال لفظ در بیشتر از یک معنا به طور همزمان صحیح باشد.

به همین ترتیب در حدیث «لایمین فی الحد» پیداست که مقصود، سوگند در جریان دعواست (حر عاملی، ۱۳۸۶: ۳۳۵/۱۸). سوگند پس از پایان دعوا - خواه سوگند متهم مقصود باشد یا سوگند شاکی - در هر حال بی‌معناست. پس می‌توان از استعمال واژه حد، دعوای مستلزم حد را اراده کرد؛ این استعمال یا مجازی نیست، یا اگر هم مجازی باشد، به گواهی عرف و ذوق سلیم که نصوص دینی هم بر آن گواهی می‌دهند، مجازی نیکو و مقبول است.

از چشم‌انداز تحلیلی و توجه به فلسفه ممنوعیت کفالت، اگر راز نهی از کفالت در حد، بی‌فایده‌گی و لغویت کفالت باشد، نهی، هم کفالت از متهم و هم کفالت از محکوم را در برمی‌گیرد. اما اگر مقصود، تسهیل باشد، روایات به نفی کفالت از متهم نزدیک‌تر خواهند بود. در صورتی که مقصود، نهی از تأخیر در اجرای حد باشد روایات بیشتر به کفالت از محکوم ناظر خواهند بود؛ زیرا تأخیر در اجرا تنها در مورد محکوم مصداق پیدا می‌کند، نه متهم.

به این تفسیر می‌توان ایراد کرد که این برداشت مبتنی است بر اصل تخفیف در حدود؛ در اینکه اجمالاً بنای حدود بر تخفیف است، نمی‌توان تردید کرد. انبوهی از ادله از جمله مستندات قاعده درء بر این مطلب گواهی می‌دهد. با این حال نمی‌توان گفت همه حدود حتی حدود حق‌الناس مبتنی بر تخفیف است. اگر مقصود از نهی از کفالت، تخفیف در اجرای حد باشد، نمی‌توان گفت که کفالت در حدود حق‌الناس راه پیدا نمی‌کند. شاهد اینکه کفالت در دعوای قصاص جایز است. قصاص و دعوای حق‌الناس یا حتی مواردی که حق‌الناس در آن غالب است، وحدت ملاک دارند و حکم آن‌ها یکسان به نظر می‌رسد. برابر تعبیرهایی که دامنه حق‌الله را چندان وسیع ترسیم می‌کند که همه حدود از آن رو که نقض فرمان مقدس پروردگار است در شمار حق‌الله قرار می‌گیرند؛ قصاص هم مشمول حق‌الله خواهد بود. اگر ملاک در حق‌الله بودن مورد، گناه بودن آن و نقض اراده مقدس پروردگار باشد، جرائم مستوجب قصاص هم به این

اعتبار حق‌الله‌اند. حتی بنا بر رأیی همه جرائم از آن روی که گناه و معصیت‌اند، دارای جنبه حق‌اللهی‌اند (سیوری، ۱۴۲۸ق: ۴۷۳).

به هر روی هر گاه در قلمرو حکم ممنوعیت کفالت به دلیل ابهام در نصوص مربوط یا عدم اطمینان به علت یابی حکم تردید داشته باشیم باید به مقتضای اصل که پیش‌تر تقریر شد، مراجعه کنیم. گذشت که مقتضای اصل، جواز کفالت است. عقلاء هم در چارچوب خاصی کفالت را حتی در دعوی کیفری می‌پذیرند. علامه حلی یکی از ادله اثبات مشروعیت کفالت را رواج آن در تمام دوران و در میان تمام بشر دانسته است (حلی، ۱۴۱۴ق: ۳۸۸). بی‌گمان این بنای عقلایی به کفالت مدنی اختصاص ندارد. عقلای عالم کفالت در امر جزایی را هم با شرایطی می‌پذیرند. این بنای عقلایی را می‌توان مخصص عموم ادله نهی از کفالت قرار داد و کفالت ممنوع را به کفالت‌های ناموجه و غیرعقلایی اختصاص داد. نمی‌توان با استناد به تفسیری لفظی و ادبی رویکردهای عقلایی را کنار نهاد و به ممنوعیت مطلق کفالت فتوا داد. به ویژه اینکه در کنار ادله ممنوعیت مطلق در نصوص و فتاوی تجویز کفالت در دعوی قصاص نفس و طرف پذیرفته شده و فتوا به جواز کفالت در امر جزایی هم اجمالاً وجود دارد.

نتیجه‌گیری

با واکاوی ادله فقهی نهی از کفالت روشن می‌شود که ممنوعیت کفالت در دعوی جزایی مطلق نیست. روایاتی که به ظاهر از کفالت به طور مطلق نهی می‌کند، با توجه به فلسفه و علت حکم، محدود به موارد خاصی از کفالت است؛ هر چند تعیین قطعی این موارد با توجه به ابهام نصوص موجود از یک سو و دشواری تعیین چرایی ممنوعیت از سوی دیگر چندان آسان نیست. در تفسیر این نصوص باید به قدر متیقن بسنده نمود و کفالت ممنوع را به موارد زیر اختصاص داد: ۱- کفالت تبعیض‌آمیز؛ ۲- کفالتی که مستلزم تأخیر بلاوجه اجرای مجازات باشد؛ ۳- کفالتی که مستلزم مجازات کردن کسی به جای دیگری باشد؛ ۴- کفالتی که بلاوجه بار و مسئولیتی اضافی بر دوش متهم یا محکوم بگذارد؛ ۵- کفالت مخالف با اصل تسهیل و تخفیف در حدود و دیگر مجازات‌ها.

به‌رغم ظاهر برخی نصوص و فتاوی، حکم کفالت یکی از اسباب افتراق و جدایی حد از تعزیر نیست. به ادله نهی از کفالت در حد، خواه از چشم‌انداز تفسیر لفظی نظر کنیم یا از دیدگاه توجه به فلسفه نهی از کفالت، ممنوعیت یا محدودیت کفالت به حدود اصطلاحی اختصاص ندارد. برخلاف آنچه از ظاهر برخی متون برمی‌آید ممنوعیت کفالت در حد از قواعد مختص به حدود مصطلح نیست؛ ضمن اینکه در جریان آن در همه موارد حدود و در تمام مراحل دعوی

حدی هم حرف و سخن بسیار است. همچنین با توجه به ابهام‌های گوناگون در قلمرو جریان این حکم، تعبیر به قاعده فقهی از این حکم، درست به نظر نمی‌رسد. پیشینیان نیز معمولاً از این حکم به وصف قاعده یاد نکرده‌اند.

شاید قانونگذار پس از پیروزی انقلاب اسلامی با توجه به همین ابهام‌ها جانب عموم ادله جواز کفالت را گرفته است و به درستی درصدد برنیامده است تا دامنه پذیرش کفالت در دعوای کیفری را با استناد به نصوص موجود محدود کند؛ این رویکرد، مبانی عقلانی خود را دارد و با مبانی شرعی هم مغایر نیست. ضمن اینکه کفالت، نهادی عرفی و عقلانی است و کارکردهای سودمندی به ویژه در زمینه تضمین حقوق زیان‌دیدگان از جرم و پیشگیری از افزایش موارد بازداشت موقت دارد. کفالت همچنین به متهمان یا محکومان غیرثروتمند اما موخه و مقبول کمک می‌کند تا با تکیه بر وجاهت اجتماعی‌شان و اعتمادی که کسانی به آن‌ها دارند، از این نهاد بهره‌مند شوند و رهایی از بازداشت موقت به متهمان و محکومان ثروتمند اختصاص نداشته باشد.

منابع

الف - فارسی

۱. آشوری، محمد؛ امیدی نبی‌کندی، جلیل؛ *قانون اصول محاکمات جزایی سوریه*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۱.
۲. بوریگان، ژاک؛ سیمون، آن‌ماری؛ *آیین دادرسی کیفری*، ترجمه عباس تدین، تهران، خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۳. حاجی ده‌آبادی، احمد؛ *قواعد فقه جزایی*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۷.
۴. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم؛ *حقوق و دادرسی کیفری در آئینه فقه*، زیر نظر سعید رهایی، قم، رادنگار، چاپ اول، ۱۳۹۲.

ب - عربی

۵. *قرآن الکریم*.
۶. ابن رشد، محمد؛ *بدایه المجتهد و نهایه المقتصد*، جلد ۲، تحقیق خالد العطار، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۵ ه.ق.
۷. بحرانی، یوسف؛ *الحدائق الناظره فی أحكام العترة الطاهره*، جلد ۲۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۵ ه.ق.
۸. اصفهانی (شیخ الشریعه)، فتح الله؛ *قاعده لاضرر*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۰ ه.ق.

۹. جبعی عاملی، زین الدین، *مسالك الافهام*، جلد ۴، قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه.ق.
۱۰. جبعی عاملی، زین الدین؛ *الروضه البهيه*، جلد ۴، قم، مجمع الفكر الاسلامي، چاپ پنجم، ۱۴۲۸ ه.ق.
۱۱. حر عاملی، محمد بن حسن؛ وسائل الشيعه، جلد ۱۳، ۱۸ و ۱۹، تحقیق محمد الرازی، تهران، المكتبه الاسلاميه، چاپ هشتم، ۱۴۰۱ ه.ق.
۱۲. حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر، *تذکره الفقهاء*، جلد ۱۴، قم، موسسه آل البيت(ع)، ۱۴۱۴ ه.ق.
۱۳. _____؛ *مختلف الشيعه*، جلد ۶، قم، مؤسسه النشر الاسلامي، ۱۴۱۲ ه.ق.
۱۴. حلی، جعفر بن حسن، *شرايع الاسلام*، جلد ۱، ۳ و ۴، تحقیق محمد علی بقال، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ه.ق.
۱۵. حلی، محمد بن ادريس؛ *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی*، جلد ۳، قم، مؤسسه النشر الاسلامي، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ه.ق.
۱۶. خراسانی، محمد کاظم؛ *کفایه الاصول*، قم، مؤسسه النشر الاسلامي، ۱۴۲۰ ه.ق.
۱۷. خوانساری، احمد؛ *جامع المدارک*، جلد ۷، تحقیق علی اکبر غفاری، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ه.ق.
۱۸. زحیلی، وهبه؛ *الفقه الاسلامی و ادلته*، جلد ۶، دمشق، دارالفکر، چاپ چهارم، بی تا.
۱۹. سبحانی تبریزی، جعفر؛ *إرشاد العقول الی مباحث الأصول*، جلد ۲، تقریر محمد حسین حاج عاملی، مؤسسه امام صادق (ع)، قم، چاپ اول، ۱۴۲۴ ه.ق.
۲۰. _____؛ *قاعدتان فقهیتان*، تقریر حسن عاملی مکی، قم، مطبعه الخيام، چاپ اول، ۱۴۰۸ ه.ق.
۲۱. سرخسی، شمس الدین؛ *المبسوط*، جلد ۲۰، بیروت، دار المعرفه، چاپ دوم، بی تا.
۲۲. سیوری، مقداد بن عبدالله؛ *نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه*، تحقیق السید عبد اللطیف الکوهمری، قم، مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، چاپ دوم، ۱۴۲۸ ه.ق.
۲۳. صدوق، محمد بن علی؛ *من لا یحضره الفقیه*، جلد ۳، قم، مؤسسه النشر الاسلامي، ۱۴۰۴ ه.ق.
۲۴. طباطبایی حائری، سید علی، *ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالسدائل*، جلد ۹ و ۱۶، تحقیق محمد بهره مند و دیگران، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
۲۵. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، *العروه الوثقی*، جلد ۴، قم، منشورات میثم تمار، چاپ سوم، ۱۴۲۹ ه.ق.
۲۶. طرابلسی، عبدالعزیز بن براج؛ *المهذب*، جلد ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامي، چاپ اول، ۱۴۰۶ ه.ق.
۲۷. طوسی، محمد بن حسن؛ *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد ۲ و ۵، تهران، المكتبه المرتضویه،

- چاپ سوم، ١٣٨٧ ه.ق.
٢٨. عراقى، ضياء الدين؛ **قاعده لاضرر و لاضرار**، قم، دفتر تبليغات اسلامى، چاپ اول، ١٤١٨ ه.ق.
٢٩. قرطبي، محمد بن احمد؛ **الجامع لأحكام القرآن**، جلد ٩، بيروت، دارالكتب العلميه، چاپ اول، ١٤٢٠ ه.ق.
٣٠. كاظمى، جواد؛ **مسالك الافهام إلى آيات الاحكام**، جلد ٣، تحقيق سيد محمد تقى الكشفى، تهران، مرتضوى، چاپ دوم، ١٣٦٥ ه.ق.
٣١. كركى، على بن حسين؛ **جامع المقاصد**، جلد ٥، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ دوم، ١٤١٤ ه.ق.
٣٢. كلينى، محمد بن يعقوب؛ **الفروع من الكافى**، جلد ٥ و ٧، تحقيق: على اكبر غفارى، تهران، دارالكتب الاسلاميه، چاپ ششم، ١٣٨٧ ه.ق.
٣٣. عاملى، محمد بن مكى؛ **ذكرى الشيعه فى أحكام الشريعه**، جلد ١، قم، مؤسسه آل البيت لإحياء التراث، ١٣٧٧ ه.ق.
٣٤. مراغى، سيد مير عبد الفتاح؛ **العناوين**، جلد ٢، قم، مؤسسه النشر الاسلامى، چاپ سوم، ١٤٢٩ ه.ق.
٣٥. موسوى اردبيلى، سيد عبد الكريم؛ **فقه القصاص**، قم، نجات، چاپ اول، ١٤٠٨ ه.ق.
٣٦. موسوى خمينى، روح الله؛ **الرسائل، مع تذييلات لمجتبى الطهرانى**، جلد ١، قم، مؤسسه اسماعيليان، ١٣٨٥ ه.ق.
٣٧. _____؛ **بدايع الدرر فى قاعده نفي الضرر**، قم، مؤسسه تنظيم و نشر آثار الامام الخمينى، چاپ دوم، ١٤١٤ ه.ق.
٣٨. _____؛ **تحرير الوسيله**، جلد ١، قم، دارالعلم، بى تا.
٣٩. _____؛ **مناهج الوصول إلى علم الاصول**، جلد ٢، قم، مؤسسه تنظيم و نشر آثار الامام الخمينى، چاپ اول، ١٤١٤ ه.ق.
٤٠. موسوى گلپايگانى، سيد محمد رضا؛ **الدر المنفود فى أحكام الحدود**، تقرير على كريمى جهرمى، جلد ٢، قم، دارالقرآن الكريم، چاپ اول، ١٤١٢ ه.ق.
٤١. نجفى، على بن محمد رضا (كاشف الغطاء)؛ **النور الساطع فى الفقه النافع**، النجف الاشرف، مطبعه الآداب، چاپ اول، ١٣٨١ ه.ق.
٤٢. نجفى، محمد حسن؛ **جواهر الكلام**، جلد ٢٦ و ٤١، بيروت، دار إحياء التراث العربى، ١٩٨١ م.
٤٣. نراقى، مولى احمد بن محمد؛ **عوائد الايام فى بيان قواعد الأحكام و مهمات مسائل الحرام و الحلال**، قم، دفتر تبليغات اسلامى، ١٤١٧ ه.ق.