

Jurisprudential analysis of the nature of the guarantor's or surety's obligation to pay the debt of the debtor or the defendant

Abdul Reza Asadi Aqbalaghi*

Received: ۲۰۲۳/۱۲/۱۳ | Received in revised form: ۲۰۲۴/۰۲/۱۷ | Accepted: ۲۰۲۴/۰۳/۱۳ | Published: ۲۰۲۴/۰۳/۱۸

Abstract

The guarantor or guarantor is obligated to summon and deliver the defendant or the defendant. In the guaranty contract or bail contract, the guarantor or the guarantor undertakes to summon the defendant or the defendant, and in case of failure to fulfill this obligation, he undertakes to pay the bail or bail. The main question is, what is the basis and nature of the guarantor's or bailor's obligation to pay the deposit? Is this a result of the forced guarantee of the loss of property, or is it a result of contractual guarantee and responsibility, or is it due to the law, or does the nature or application of these contracts require such a requirement, considering that according to Article ۷۴۶ ff eee Ciii l Ceee add rr iicee ۲۳۴ ff eee Crmlll l cceeeeee Law appeeed nn ۱۳۹۲ with Subsequent amendments and additions, which exclude surety and bond in the event of the death of the guarantor or the guarantor, the guarantor's or the guarantor's obligation to summon the surety or the defendant against a non-financial obligation and standing to a person, and only the authority of Cairo, including death or insanity, can void his obligation. he does. He undertakes to pay the debt of the debtor or the convicted person to the defendant or the convicted person if he is unable to fulfill his original obligation. This obligation is a new obligation that arises as a result of the guarantor's or bailor's breach of contract.

Keywords: commitment, guarantor, guarantor, perfect debt, defendant, surety.

* judge of justice

Asadi Aqbalaghi, A. (۲۰۲۴) **Jurisprudential analysis of the nature of the guarantor's or surety's obligation to pay the debt of the debtor or the defendant.** *The Doctrine of private law in Islamic countries*, ۱(۱). ۸۲-۹۷.
<https://doi.org/۱۰.۲۲۰۹۱/DPLIC.۲۰۲۴.۱۰۵۱۶.۱۰۱۵>.

تحلیل فقهی ماهیت التزام کفیل یا وثیقه‌گذار به پرداخت دین مکفول یا محکوم علیه

عبدالرضا اسدی آقبلاغی*

تاریخ ارسال: ۱۴۰۲/۰۹/۲۲ | تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۱/۲۸ | تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۲۳ | تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۱۲/۲۸

چکیده

کفیل یا وثیقه‌گذار متعهد به احضار و تحویل مکفول و یا محکوم علیه است. در عقد کفالت یا قرارداد وثیقه، کفیل یا وثیقه‌گذار احضار مکفول یا محکوم علیه و در صورت عدم انجام این تعهد، پرداخت وجه الکفاله یا وجه الوثاقه را به عهده می‌گیرد. پرسش اصلی این است که مبنا و ماهیت التزام کفیل یا وثیقه‌گذار به پرداخت وجه الکفاله یا وجه الوثاقه چیست؟ آیا این امر ناشی از ضمان قهری اتلاف مال غیر یا ناشی از ضمان و مسئولیت قراردادی و یا به حکم قانون است و یا ذات و یا اطلاق این عقود چنین اقتضایی دارند با توجه به این که برابر ماده ۷۴۶ قانون مدنی و ماده ۲۳۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی که کفالت و وثیقه را در صورت فوت کفیل یا وثیقه‌گذار منتفی می‌داند، تعهد کفیل یا وثیقه‌گذار به احضار مکفول یا محکوم علیه تعهدی غیرمالی و قائم به شخص است و تنها قوه قاهره و از جمله فوت یا جنون، تعهد او را زائل می‌کند. وی ملتزم می‌شود که هرگاه نتواند به تعهد اصلی خود عمل کند، دین مکفول یا محکوم علیه را به مکفول له یا محکوم له بپردازد. این التزام، تعهد جدیدی است که در نتیجه پیمان‌شکنی کفیل یا وثیقه‌گذار به وجود می‌آید.

کلیدواژگان: التزام، کفیل، وثیقه‌گذار، دین مکفول، محکوم علیه، ضمان.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

* قاضی دادگستری. abdolrezaasadi.۱۳۵۶@yahoo.com

* اسدی آقبلاغی، عبدالرضا. (۱۴۰۳). تحلیل فقهی حقوقی ماهیت التزام کفیل یا وثیقه‌گذار به پرداخت دین مکفول یا محکوم علیه، فصلنامه

آموزه‌های حقوق خصوصی کشورهای اسلامی (۱)، ۹۷-۸۲

<https://doi.org/10.22091/DPLIC.2024.10516.105>

مقدمه

برابر تبصره یک ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴، در صورتی که محکوم علیه خارج از موعد قانونی دعوای اعسار مطرح کند و محکوم له آزادی او را بدون اخذ تأمین نپذیرد، دادگاه باید قرار وثیقه یا کفالت معادل محکوم به صادر کند که در صورت رد ادعای اعسار به موجب حکم قطعی، به وثیقه‌گذار یا کفیل ابلاغ می‌شود که ظرف بیست روز نسبت به تسلیم محکوم علیه اقدام کند در غیر این صورت محکوم به از محل وثیقه یا وجه‌الکفاله استیفا می‌گردد. از طرفی برابر بندهای "ح" و "خ" ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، یکی از قرارهای تأمین کیفری، قرار کفالت یا وثیقه است. طبق ماده ۲۳۰ قانون یاد شده به کفیل یا وثیقه‌گذار اخطار می‌شود که ظرف یک ماه متهم را تحویل دهد. در صورت ابلاغ واقعی اخطاریه و عدم تحویل متهم، به دستور دادستان، حسب مورد وجه‌الکفاله اخذ و یا از وثیقه، معادل وجه قرار ضبط می‌شود. و چنان چه کفیل مدعی شود پس از صدور قرار قبولی کفالت معسر شده است، طبق ماده ۲۳۵ قانون یاد شده می‌تواند از این دستور اعتراض نماید. دادگاه کیفری دو، به آن رسیدگی و در صورت پذیرش، وی از پرداخت وجه‌الکفاله معاف خواهد شد. و مطابق ماده ۶ قانون صدر الذکر «معسر کسی است که به دلیل نداشتن مالی بجز مستثنیات دین، قادر به تادیه دیون خود نباشد». با کنار هم گذاشتن این دو ماده قانونی، آنچه به ذهن متبادر می‌شود این است که کفیل مدعی اعسار، فی الواقع مدعی است که قادر به پرداخت دین خود که همان وجه‌الکفاله باشد، نیست والا چنان چه وجه‌الکفاله دین خود او نباشد، امکان اقامه دعوای اعسار بی معنا و لغو خواهد بود. همچنین برابر تبصره یک ماده ۹۶ قانون اجرای احکام مدنی، یک چهارم حقوق بازنشستگان و افراد وظیفه بگیر تنها در صورتی قابل توقیف و کسراست که دین مربوط به شخص آنان باشد؛ لذا در مواردی که بازنشسته یا وظیفه بگیر، کفیل یا وثیقه‌گذار باشد بررسی ماهیت التزام کفیل یا وثیقه‌گذار به پرداخت دین مکفول یا محکوم علیه حائز اهمیت می‌گردد که آیا در این حالت وی دین خود را پرداخت می‌کند؟ نیک پیداست که تعهد اصلی کفیل یا وثیقه‌گذار، احضار مکفول یا محکوم علیه است؛ اما آیا عقد کفالت یا عقد وثیقه صرفاً مفید تعهد کفیل یا وثیقه‌گذار به احضار مکفول یا محکوم علیه است و هیچ دلالتی بر پرداخت دین مکفول یا محکوم علیه ندارد و یا این که احضار مکفول یا محکوم علیه موضوعیت نداشته و احضار مقدمه استیفای حق مکفول له یا محکوم له است. و اگر مکفول له یا محکوم له بدون احضار به حقیق برسد وجوب احضار مرتفع می‌گردد. و یا این که کفیل و وثیقه‌گذار بین احضار مکفول و یا محکوم علیه و ادای دین مخیر است هر چند مکفول له یا محکوم له به دریافت آن راضی نباشد و یا اینکه الزام به تادیه دین بدل و جانشین قانونی تعهد احضار و ضمانت اجرای تعهد کفیل و یا وثیقه‌گذار و خسارت ناشی از عدم انجام آن است. برای پاسخ به این سؤالات لازم است ابتدا به طور اجمالی مفهوم و ماهیت عقد کفالت و عقد وثیقه مورد بررسی قرار گیرد و سپس نظریه‌های فقهی حقوقی ابرازی بیان گردد و در نهایت نظر مختار بیان شود.

پیشینه تحقیق

مقاله حاضر با پژوهش‌هایی که پیش از این در قالب «ماهیت تعهد کفیل: تعهدی تخیری یا بدلی؟» صورت گرفته است، تفاوت آشکاری دارد: زیرا در نوشتار کنونی علاوه بر تعهد کفیل در پرداخت دین مکفول یا محکوم علیه، به تعهد وثیقه گذار نیز پرداخته شده است. از طرفی به جز نظریه تعهد تخیری و بدلی، سایر نظرات فقها و حقوق دانان در این خصوص با رویکرد قضایی و کاربردی در نظام حقوقی ایران آورده شده است

۱. مفهوم و ماهیت قرارداد کفالت و وثیقه

در ابتدا لازم است تا واژه "مفهوم" و "ماهیت" از نظر لغوی و کاربردی مشخص گردد؛ واژه مفهوم در لغت به معنی دانسته شده، به دل دریافته شده و شناخته شده آمده است (دهخدا، ۱۳۸۹: ۱۸۷۹۲) که از نظر اصطلاح منطقیان عبارت از مجموع صفات مشترکی است که معنی کلی از آنها مستفاد می‌گردد؛ مانند جسم نامی و حساس و ناطق که روی هم رفته مفهوم انسان را در بر می‌گیرند (دهخدا، ۱۳۸۹: ۱۸۷۹۲) این کلمه در علم اصول فقه به دو معنی آمده است؛

الف- به معنی عبارت گوینده

ب- هر معنی که متفرع بر منطوق عبارت باشد و منطوق عبارت آن معنایی است که بی تلاش ذهن و در نخستین برخورد ذهن به عبارت دانسته می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۳۴۵۶) آنچه در این مبحث از آن سخن به میان می‌آید. همان معنای منطقی مفهوم قرارداد کفالت و وثیقه است؛ یعنی کلیه صفات و مشخصات مادی و غیرمادی که در معنی کفالت و وثیقه وجود داشته و به آنها موصوف و منتسب می‌باشد. ماهیت نیز در لغت به معنای نهاد و سرشت می‌باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۳۴۵۶؛ عمید، ۱۳۹۳: ۱۰۴۷) و از نظر حقوقی، به یکی از پدیده‌های حقوقی اطلاق می‌گردد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۶۰۶)

۱-۱- مفهوم و ماهیت قرارداد کفالت

کفالت در لغت به تعهد و ذمه داری (دهخدا، ۱۳۸۹: ۱۱۰۲۱) معنا شده است. فقها کفالت را عقدی می‌دانند که برای تعهد به نفس تشریح شده است. (حلی، ۱۴۱۵ق: ۱۱۰؛ بجنوردی، ۱۳۸۸، ج ۶: ۱۶۱؛ حائری طباطبائی، ۱۴۰۴ق: ۲۹۲؛ بحرانی آل عصفور، ج ۱۲: ۳۹۸) فقهای اهل سنت معتقدند که در کفالت ذمه کفیل به ذمه مدیون (مکفول) ضمیمه می‌گردد و داین (مکفول له) می‌تواند طلب خود را در صورت عدم احضار مکفول توسط کفیل از کفیل یا مدیون یا هر دو مطالبه کند. ایشان کفالت را نوعی ضمان می‌دانند و آثار ضمان را بر آن بار می‌کنند. (الجزیری، عبد الرحمن، الفقه علی المذاهب اربعه، ج ۳: ۱۷۷). طبق ماده ۷۷۲ قانون مدنی مصر، کفالت عقدی است که به موجب آن شخصی با دادن تعهد به بستانکار، انجام چنین تعهدی را در صورت عدم ایفای دین توسط مدیون ملتزم می‌شود. برابر ماده ۷۹۵ قانون یاد شده، در کفالت قضایی و قانونی، مسئولیت کفیلان همواره تضامنی است. (السنهوری، ۱۹۷۰: ۱۸ و ۱۳۹)

ماده ۷۳۴ قانون مدنی در تعریف کفالت مقرر داشته است: کفالت عقدی است که به موجب آن احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالث را تعهد می کند متعهد را کفیل، شخص ثالث را مکفول و طرف دیگر را مکفول له می گویند. در عقد کفالت تعهد صرفاً برای کفیل ایجاد می شود و مکفول له در مقابل کفیل امری را عهده نمی گیرد. موضوع تعهد کفیل به موجب عقد کفالت احضار مکفول در مقابل مکفول له است بر خلاف عقد ضمان که در آن ضامن تعهد به مال می کند در کفالت ذمه کفیل، وثیقه تعهد مکفول جهت حاضر شدن نزد مکفول له قرار می گیرد؛ بنابراین حق مکفول له به دستیابی طلب و احضار مکفول استحکام می باید که در صورت حاضر نشدن یا عدم احضار مکفول، کفیل مکلف به پرداخت دین یا وجه الکفاله خواهد شد.

۲-۱- مفهوم و ماهیت قرارداد وثیقه

وثیقه کلمه ای است عربی از ماده وثق یثق و مؤنث «الوثیق» و به معنای هر چیز مورداعتماد می باشد. در لغت نیز به معنی محکمی و استواری در کار محکم و استوارکننده، سند قبالة، گواهی پیمان، حجت، سند تعهد و عهدنامه آمده است (سیاح، ۱۳۹۴: ۴۹۶) چنان که وقتی گفته می شود: «وَتَوَقَّ الْأَمْرَ»، یعنی آن کار را استوار و محکم کرد و یا هنگامی که گفته می شود: «وَتَقَّه» یعنی او را قابل اعتماد معرفی نمود. بعضی از فقها، وثیقه را به معنای مفعولی آن گرفته و عبارت از چیزی می دانند که در مقابل دین به وثیقه گذاشته شده و آن را محکم و استوار می گردانند و معتقدند «تاء» در آخر آن هم نه به خاطر تأنیث بلکه به علت انتقال این کلمه از حالت وصفی به حالت اسمی می باشد (حائری طباطبائی، ۱۴۰۴: ۵۸۱ ج ۲).

بعضی از حقوق دانان گفته اند: در زمان ماً در اصطلاح در معانی زیر به کاررفته است: ۱- مالی است منقول یا غیرمنقول که وام گیرنده تحت یکی از صور قانونی رهن و یا معامله با حق استرداد آن را نزد وام دهنده می گذارد و وام می ستاند تا اگر در موعد مقرر آن را پس ندهد وام دهنده بتواند از محل فروش وثیقه طلب خود را کلاً یا بعضاً وصول کند. ۲- مالی که برای تضمین حسن اجرا تعهد داده می شود. در این مورد در زمان سپردن وثیقه، دین بالفعل و محقق و وجود ندارد؛ به عکس رهن و بیع شرط که باید در آنها دین بالفعل در حین عقد باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۷۳۵). تقسیم وثیقه در این دو معنا زمانی صحیح است که منظور از «دین» تنها تعهد به پرداخت مبلغی وجه باشد والا اگر مفهوم عام دین که عبارت از انجام یا عدم انجام یک فعل است، موردنظر باشد در این صورت دو مورد فوق تحت عنوان مفهوم عام دین قرار می گیرد و توجیه واحدی پیدا می کند؛ بنابراین و با توجه به اینکه ممکن است وثیقه توسط شخصی غیر از متعهد به متعهدله سپرده شود و این وثیقه اعم از مال یا تعهد شخص ثالث باشد می توان گفت وثیقه در اصطلاح حقوقی، مال یا تعهدی است که برای استحکام اجرای تعهدی معین (اعم از پرداخت دین یا انجام فعل یا ترک فعل) توسط متعهد یا شخص ثالث به متعهدله سپرده می شود تا در صورت عدم انجام آن تعهد، مورد استفاده متعهدله قرار گیرد.

هر مالی که واجد شرایط قانونی مورد معامله از قبیل قابلیت انتقال و منفعت عقلایی باشد می تواند مورد وثیقه قرار گیرد. زیرا هدف از تحصیل وثیقه، جلب اطمینان داین یا متعهدله به وصول طلب خود یا انجام تعهد توسط متعهد است و تحصیل مال می تواند

این هدف را تأمین نماید. وثیقه شخصی نیز که عبارت از تعهد شخصی مثلاً به‌عنوان ضامن که دارای مسئولیت تضامنی با مدیون است، در ایفاء تعهد مدیون می‌تواند تأمین‌کننده این منظور باشد.

در قوانین ما وثیقه تعریف نشده است؛ اما با توجه به معنای لغوی آن می‌توان وثیقه را عبارت از هر چیز مورداعتمادی دانست که به‌وسیله آن، امری یا چیزی محکم و استوار گردد؛ بنابراین هم آن چیز عرفاً مورداعتماد و قابل‌اتکا است و هم استفاده از آن در هر امری می‌تواند آن را محکم، مطمئن و استوار گرداند.

در مقاله حاضر وثیقه به‌عنوان تأمین کیفری یا مدنی مدنظر است که در ازای شرطی مانند احضار متهم و یا محکوم علیه نزد طرف قرارداد (مرجع قضایی) سپرده می‌شود و وسیله تضمین حضور متهم و یا محکوم علیه در مرجع قضایی است. قرار وثیقه به‌عنوان یکی از انواع قرارهای تأمین ماده کیفری مندرج در ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است به‌موجب این قرار، لزوماً در زمان صدور قرار قبولی باید عین مال یا سند مالکیت آن در اختیار مرجع قضایی قرار گیرد. تعیین میزان مبلغ وثیقه بر عهده مرجع قضایی است که برابر ماده ۲۱۹ قانون یاد شده و تبصره ۱ ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب، ۱۳۹۴ نباید کمتر از خسارت‌های وارده به بزه دیده یا محکوم به باشد در این تأمین دو عمل متفاوت حقوقی وجود دارد -۱ صدور قرار وثیقه ۲- صدور قرار قبولی وثیقه. قرار وثیقه جنبه قضایی داشته و رضایت متعهد یا محکوم علیه شرط نیست؛ ولی آنچه مبنای قراردادی دارد، قرار قبولی وثیقه است. این قرارداد بین مقام قضایی و وثیقه‌گذار منعقد می‌گردد و به‌موجب آن وثیقه‌گذار متعهد می‌شود که هر موقع متهم یا محکوم علیه از طرف مرجع قضایی احضار گردد و وثیقه‌گذار بدون عذر موجه وی را حاضر نکند مال مورد وثیقه ضبط گردد. (آخوندی، ۱۳۹۴، ج ۲: ۱۳۶) بنابراین می‌توان گفت که قرار قبولی وثیقه نوعی عقد کفالت است که در آن وثیقه‌گذار ضامن حضور یا احضار متهم یا محکوم علیه می‌شود و در صورت تخلف مجبور به جبران خسارت است؛ اما با توجه به مواد ۷۳۴ تا ۷۵۱ قانون مدنی در عقد کفالت وجود دین شرط است. از طرفی در قرار وثیقه، متهم یا محکوم علیه می‌تواند با تودیع وثیقه نزد مقام قضایی موجبات آزادی خویش را فراهم آورد در حالی که در کفالت، شخص نمی‌تواند کفیل خود باشد پس قالب کفالت نیز برای وثیقه مناسب نیست. آنچه صحیح به نظر می‌رسد این است که عقد وثیقه جزو عقود نامعین است که بین مقام قضایی و شخص وثیقه‌گذار منعقد می‌گردد که در موقعی که حضور متهم یا محکوم علیه لازم باشد به وی اخطار می‌شود که حسب مورد، ظرف بیست روز یا یک ماه از تاریخ ابلاغ، متهم یا محکوم علیه را تسلیم کند و در صورت عجز وثیقه‌گذار بدون عذر موجه، وثیقه، معادل وجه قرار ضبط خواهد شد. البته در صورتی که ارزش مال مورد وثیقه بیشتر از مبلغ تعیین شده در قرار وثیقه باشد مبلغ مازاد پس از کسر هزینه‌های مربوط به اجرای دستور به وثیقه‌گذار مسترد می‌شود.

۲. ماهیت تعهد کفیل یا وثیقه‌گذار

۲-۱. ماهیت تعهد کفیل یا وثیقه‌گذار در فقه اهل سنت و نظام حقوقی مصر

فقه‌های اهل سنت در مذاهب اربعه، کفالت را نوعی ضمان می‌دانند و آثار ضمان را بر آن بار می‌کنند و این دو را یکی می‌دانند. ایشان کفالت را همانند ضمان، توثیق دین دانسته و معتقدند که در کفالت، ذمه کفیل به ذمه مدیون (مکفول) ضمیمه می‌شود و داین (مکفول له) می‌تواند طلب خود را در صورت عدم احضار مکفول توسط کفیل، از کفیل یا مدیون و یا هر دو مطالبه کند و در ترمی کفالت نیز همین قاعده اجرا می‌شود، یعنی ذمه همه کفیلان به ذمه مدیون ضمیمه و داین می‌تواند از همه آنان مطالبه طلب کند. (الجزیری، پیشین: ۱۶۳، ۱۶۲ و ۱۷۷). برابر ماده ۷۹۵ قانون مدنی مصر، در کفالت قضایی و قانونی، مسئولیت کفیلان همواره تضامنی است. (السنهوری، ۱۹۷۰م: ۱۳۹)

۲-۲. ماهیت تعهد کفیل یا وثیقه‌گذار در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران

در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران در خصوص ماهیت تعهد کفیل یا وثیقه‌گذار و این که الزام آنان به پرداخت دین مدیون به چه نحو و در چه قالبی تحلیل گردد اضطراب شدید و آرای متفاوتی وجود دارد که به بیان نظرات مختلف فقها و حقوق‌دانان می‌پردازیم. رویه قضایی نیز در این خصوص وجود ندارد.

۲-۲-۱. مبنای پرداخت دین مدیون (مکفول) توسط کفیل یا وثیقه‌گذار به مکفول له یا محکوم له، ضمان قهری اتلاف مال غیر است.

بر اساس این نظر مبنای رجوع مکفول له به کفیل داخل در ضمان اتلاف و مشمول قاعده اتلاف است به این توضیح که کفیل با کفالت از مکفول و امتناع از تسلیم آن، مال مکفول له را تلف کرده است و باید از باب اتلاف مال غیر از عهده دین مکفول برآید. این نظر را در بین فقه‌های امامیه فقط مرحوم صاحب عناوین بیان کرده است. البته ایشان نیز این نظر را با تردید و با عبارت «ان شئت قلت» بیان کرده است که ظاهر فتوای ایشان، این نظر نبوده است؛ بلکه فتوای ایشان ضمان قراردادی است که خواهد آمد. (حسینی مراغی، العناوین، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ۴۳۸). در بین فقه‌های عامه، طبری این نظر را دارد و تعهد کفیل را ناشی از ضمان قهری می‌داند. وی این نظر را به امام مالک نسبت داده در حالی که مأخذ نظر خود را نداده است. (لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۴: ۲۷). این نظر صحیح نیست و دارای اشکال است؛ زیرا اگر مدیون (مکفول) فرار کند و کفیل به او دسترسی نیابد و در فراری دادن مکفول، کفیل نقشی نداشته باشد و کفیل نتواند او را حاضر کند، مکفول مباشر اقوی از سبب (کفیل) است و او باید مسئول باشد نه کفیل (لنگرودی، همان: ۲۸۷).

۲-۲-۲. نظریه ضمان و مسئولیت قراردادی بودن تعهد کفیل یا وثیقه‌گذار

برخی از فقه‌های امامیه از جمله صاحب عناوین (مراغی، ۱۴۲۹، ج ۲: ۴۶۹؛ حلی، ۱۴۱۵ق: ۱۱۳) این نظر را بیان کرده‌اند؛ اما حقوق‌دانان به این نظریه اشاره‌ای نداشته‌اند.

صاحب عناوین بیان می‌کند که عقد کفالت بر دو تعهد بنا شده است: ۱- ابتدا تعهد به بدن مکفول ۲- تعهد به مال به واسطه تعهد به نفس، در صورتی که کفیل مکفول را تسلیم نکند و این نوعی ضمان مال به واسطه تعهد به نفس است. ایشان کفیل را ضامن پرداخت دین مکفول (مال الکفاله) در صورت تخلف از تسلیم مکفول می‌داند.

صاحب بحوث الفقهی، هر چند در ابتدا بیان می‌کند که طبیعت کفالت اقتضای ضمان کفیل را ندارد (مراغی، ۱۴۲۹، ج ۲: ۴۶۹؛ حلی، ۱۴۱۵ق: ۱۱۱) اما در ادامه بیان کرده‌اند که می‌توان پرداخت دین مدیون توسط کفیل را در قالب ضمان معاملی (قراردادی) توجیه کرد به این صورت که قراردادی بین کفیل و مکفول له منعقد می‌شود که کفیل ضامن پرداخت دین مکفول به مکفول له می‌شود در این صورت کفیل ضمانت دین مکفول را می‌پذیرد البته ایشان تحقق ضمان معاملی را منوط به توافق و تراضی کفیل و مکفول له می‌داند.

برای توجیه نظریه فوق می‌توان به شرح ذیل استدلال کرد:

تعهد کفیل به احضار مکفول از جنس تعهد به نتیجه است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۲۴) و تنها قوه قاهره تعهد او را زایل می‌کند. کفیل ملتزم می‌شود که هرگاه نتواند به تعهد اصلی خود عمل کند دین مکفول را به مکفول له بپردازد. این التزام تعهد جدیدی است که در نتیجه پیمان‌شکنی کفیل به وجود می‌آید و ضمانت اجرای تعهد اصلی کفیل است که به حکم قانون ایجاد می‌شود و به دارایی او تعلق می‌گیرد. تعهد اصلی کفیل از مصادیق «تعهد به فعل ثالث» یا «تضمین فعل ثالث» است که نوعی شرط فعل است. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۲۴) و تعهد به پرداخت دین مدیون نیز نوعی شرط فعل است که در قسمت دوم ماده ۷۲۰ قانون مدنی آمده است و احتمال دارد که آن را به شرط نتیجه نیز تعبیر نمود. شرطی که به حکم قانون و حقیقت عرفیه کفالت بر کفیل تحمیل می‌گردد و در قرارداد کفالت مورد موافقت کفیل قرار می‌گیرد. در هر حال خواه تعهد به پرداخت دین مدیون نوعی شرط فعل یا شرط نتیجه باشد؛ چون مورد شرط پرداخت مال است برای مشروط له حق دینی به وجود می‌آورد و در صورت تخلف یا تعذر از شرط، مشروط له حق مطالبه بهای مالی شرط را خواهد داشت. (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۰۳). اثر شرط نتیجه مزبور، کفیل را ضامن می‌سازد و برای مکفول له مالکیت در ذمه می‌آورد (حکم وضعی ضمان) و اگر شرط فعل باشد برای مکفول له حق الزام به وجود می‌آورد. همانگونه که برخی از فقها (نجفی، ۱۴۰۴ ق: ۱۹۰؛ شهید ثانی، ج ۴: ۱۵۳) گفته‌اند که ذمه کفیل مانند مال مورد رهن وثیقه مکفول له است که اگر مکفول را حاضر نکند از وثیقه (ذمه کفیل) استیفا می‌شود؛ بنابراین عرف مشروط له (مکفول له) را طلبکار و طرف مقابل (کفیل) را بدهکار می‌شناسد؛ لذا در فرض امتناع مشروط علیه (کفیل) از اداء، مشروط له (مکفول له) حق دارد الزام مشروط علیه (کفیل) را به پرداخت دین بخواهد؛ زیرا با شرط، ضمان دین بر عهده مشروط علیه (کفیل) محقق گردیده است؛ بنابراین دین ناشی از شرط که در فرض تخلف از انجام آن توسط مشروط علیه مورد مطالبه قرار می‌گیرد از مقوله ضمان و مسؤولیت قراردادی است و این موضوع در رابطه بین کفیل و مکفول له نیز جاری است و تعهد به پرداخت مال الکفاله به مکفول له در صورت تخلف کفیل از مقوله ضمان و مسؤولیت قراردادی است.

۳-۲-۲. ذات عقد کفالت اقتضای تعهد کفیل یا وثیقه گذار به پرداخت دین مدیون (مکفول) را دارد

برخی از فقها (حسن بن جعفر، ۱۴۲۲: ۷) پرداخت مال الکفاله را مقتضای ذات عقد کفالت می‌دانند و ذکر مال الکفاله در عقد را صرفاً از باب تأکید می‌دانند. ایشان معتقد است که اگر در عقد کفالت، مال الکفاله ذکر نشود، دیگر آن را عقد کفالت نمی‌توان خواند؛ بلکه به معنی یک تعهد و تبرع محض است.

برخی از فقهای حنبلی، قائل به این نظر هستند و دادن بدهی مکفول توسط کفیل را ناشی از مقتضای ذات عقد کفالت می‌دانند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۲۸۶)

پرواضح است که این نظر صحیح نیست، چرا که مقتضای ذات عقد تنها اثر مستقیم و جدانشدنی آن است و هیچ عقدی نیست که دارای دو مقتضای ذات باشد. برابر ماده ۷۳۴ قانون مدنی مقتضای ذات عقد کفالت احضار شخص (مکفول) است.

۴-۲-۲. اطلاق عقد کفالت اقتضای تعهد کفیل یا وثیقه گذار به پرداخت دین مدیون (مکفول) را دارد

برخی از فقها و حقوق دانان (طباطبایی حکیم، ج ۲: ۲۳۱ و عاملی، ۱۴۱۹: ۵۹۲ و جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۲۸۷)، معتقدند که التزام کفیل به ادای دین مدیون (مکفول) ناشی از اطلاق عقد کفالت است.

تعهد اصلی کفیل احضار مکفول است؛ اما اگر از عهده برنیامد، اطلاق عقد کفالت ایجاب می‌کند که کفیل بدهی مدیون (مکفول) به مکفول له را بدهد. بر طبق این نظر عرف و ارتکاز طرفین ادای دین مکفول در صورت عدم احضار وی را بر کفیل قرار داده است مگر این که طرفین هنگام انعقاد عقد کفالت بر خلاف آن شرط کنند. با عنایت به سیاق و منطوق ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ و مواد ۲۱۷ به بعد قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، نمی‌توان شرط کرد که در صورت تخلف کفیل پرداخت محکوم به، به عهده او نباشد و او فقط تعهد به احضار مکفول (محکوم علیه) را داشته باشد؛ بنابراین این نظریه با نظام حقوقی ایران ناسازگار است.

۵-۲-۲. نظریه حق مطلق احضار کفیل و عدم دلالت عقد کفالت به الزام به پرداخت مال الکفاله

برخی از فقها (یوسف بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵، ج ۲۱: ۶۶) معتقدند که عقد کفالت تنها مفید تعهد کفیل به احضار مکفول است و هیچ دلالتی بر پرداخت دین مکفول ندارد به عبارت دیگر این عقد فقط یک اثر دارد آن هم تعهد به احضار مکفول؛ بنابراین الزام به پرداخت دین مدیون، مستلزم توافق جداگانه طرفین در قالب عقد صلح یا عقد دیگری است و هر شرطی به نفع مکفول له فاقد اثر است. بدین ترتیب، تنها با تبدیل تعهد، می‌توان تعهد به احضار را به تعهد به پرداخت وجه الکفاله و یا وجه الوثاقه تبدیل کرد؛ بنابراین هرگاه احضار مکفول انجام نشود، باید از ابتدا قراردادی برای الزام به پرداخت منعقد نمود. (مظفری و میرشکاری، ۱۳۹۸: ۱۵۰۹). این نظر مغایر با مقررات قانون مدنی و قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ و قانون آیین دادرسی

کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی است. زیرا برابر مقررات مزبور، در صورت تخلف کفیل یا وثیقه‌گذار، ضمانت اجرای پرداخت وجه‌الکفاله و یا وجه الوثاقه با دستور مقام قضایی شروع می‌شود.

۶-۲-۲. ادای دین مدیون (مکفول) توسط کفیل در طول احضار مکفول است

برخی از فقها (بجنوردی، ۱۳۸۸: ۶۰ و حسین بن محمد بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۳۹۸) معتقدند که مفاد تعهد کفیل یکی از دو امر یعنی احضار مکفول یا ادای دین به صورت ترتیبی و طولی است. یعنی بنای عقلاً اقتضا دارد و حکم می‌کند که در ابتدا کفیل، مکفول را احضار کند. و اگر امتناع کرد باید دین را بدهد. ایشان معتقدند که در عقد کفالت احضار مکفول موضوعیت ندارد؛ بلکه احضار مقدمه استیفای حق مکفول له است و لذا اگر مکفول له حتی بدون احضار به حقتش برسد، وجوب احضار معنی نخواهد داشت.

۲-۲-۲. تعهد کفیل به ادای دین مدیون (مکفول) به حکم قانون است.

برخی از حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۳۹۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۰۰) این نظریه را مطرح کرده‌اند، که الزام به تأدیه دین مدیون، ضمانت اجرای تعهد اصلی کفیل (احضار مکفول) و خسارت ناشی از عدم انجام آن است. و تعهدی است که در نتیجه عدم انجام تعهد اصلی و به حکم قانون ایجاد می‌شود و در زمره ارکان عقد موضوع تراضی کفالت قرار نمی‌گیرد و موضوع قصد طرفین نیز نیست. سبب این تعهد پیمان‌شکنی یا ناتوانی کفیل است. و قانون آن را تحمیل می‌کند. یعنی «به محض اینکه کفیل در زمان و مکان مقرر، مکفول عنه را احضار نکرد مقنن راساً تعهد ایفاء تعهد مکفول عنه را، جانشین تعهد احضار مکفول عنه می‌کند و تعهد احضار را از دوش کفیل بر می‌دارد.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۰۰) میزان این تعهد را مقنن به میزان دین معین کرده است اما می‌توان با تراضی به آن افزود.

در این که تعهد جدید کفیل بدل و جانشین تعهد احضار قرار می‌گیرد یا خیر؟ بین این دو حقوقدان اختلاف نظر است. مرحوم کاتوزیان آن را بدل قانونی تعهد احضار نمی‌داند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۲۵) اما مرحوم لنگرودی آن را بدل و جانشین تعهد به احضار می‌داند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۰۰). عیب این نظر آن است که بدون جلب رضای مکفول له (متعهدله) ذمه مدیون او را (مکفول عنه) ساقط می‌کند و بجای او، ذمه کفیل را مشغول می‌گرداند. زیرا تصریح به تضامن کفیل و مکفول عنه (در صورت تخلف کفیل از احضار) نکرده است. تضامن، همیشه محتاج به تصریح است و فقه امامیه در قانون مدنی علی‌الاصول مخالف تضامن است. عیب دیگران است که دین مکفول عنه، ممکن است با وثیقه باشد، و هر گاه به دستور ماده ۷۴۰ قانون مدنی ذمه مکفول عنه، بری و ذمه کفیل بجای او مشغول گردد، وثیقه مذکور ساقط می‌شود و این به زیان مکفول له است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۰۰) از طرفی این نظریه مورد قبول قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ و قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی نیست.

۸-۲-۲ نظریه تخییر بین احضار و ادای دین مدیون

تعهد تخییری به تعهدی گفته می شود که دو یا چند موضوع دارد، اما تنها اجرای یکی از آن موضوعها برای وفای به عهد کافی است. قصد طرفین تعهد این است که یک یا برخی از موضوعات تعهد اجرا شود. این تعهد را به اعتبار متعهد در انتخاب یکی از موضوعها، «تخییری» می نامند. برای مثال شوهر مکلف به انفاق زن است، می تواند غذا و لباس را در اختیار او گذارد یا هزینه آن را بپردازد. حق انتخاب در تعهد تخییری ممکن است به متعهد، متعهدله یا شخص ثالث داده شود. هر چند به طور معمول حق انتخاب به متعهد داده می شود تا اجرای تعهد برای او تسهیل گردد و هر یک از موضوعات را که مناسب تر بداند، اجرا کند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۵۶-۱۵۷ و ۱۶۲؛ مظفری و میرشکاری، ۱۳۹۸: ۱۵۹۲)

برخی از فقها، احتمال تخییر را پذیرفته است (مجاهد طباطبایی: بی تا: ۱۷۱ و روحانی، ۱۴۱۴: ۱۷۸) برابر این نظر کفیل بین احضار مکفول و یا ادای دین وی مخیر است هر چند مکفول له به دریافت آن راضی نباشد. زیرا غرض از احضار، دریافت دین مکفول له است و نفس احضار اهمیتی ندارد. در اینکه رضایت مکفول له به دریافت مال الکفاله لازم است یا خیر صاحب مناهل دو قول را به فقها نسبت داده است. این نظر درباره تعهد کفیل و وثیقه گذار قابل پذیرش نیست چرا که اولاً: اصول حقوق مدنی، برای متخلف از انجام دادن تعهد (تعهد احضار) ایجاد حق نمی کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۹۸) ثانیاً: بالزوم عقد در تعارض است. ثالثاً: در کفالت و قرار قبولی وثیقه، تعهد به احضار متهم یا محکوم علیه، در عرض پرداخت وجه الکفاله یا وجه الوثیقه نیست، زیرا این دو قرارداد برای احضار متهم یا محکوم علیه، منعقد می شوند. از طرفی تعهد اصلی کفیل یا وثیقه گذار، احضار در صورت درخواست مرجع قضایی است و پرداخت وجه الفاله، ضمانت اجرای عدم انجام این تعهد است. در نظریات متعدد اداره کل حقوقی قوه قضاییه از جمله ۷/۱۴۰۱/۱۲۶۰ مورخ ۱۴۰۱/۱۲/۲۰ و ۷/۱۴۰۲/۵۳۵ مورخ ۱۴۰۲/۱۲/۲ آمده است که «تعهد کفیل اولاً و بالذات ضمانت از تن مکفول است و کفیل باید توانایی تحویل دادن مکفول خود را در موعد مقرر داشته باشد و تعهد مالی وی به میزان وجه الکفاله، ضمانت اجرای عدم انجام به موقع تعهد اولیه است». رابعاً: برابر ماده ۷۴۶ قانون مدنی و ماده ۲۳۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، در صورت فوت کفیل یا وثیقه گذار، قرار قبولی کفالت یا وثیقه منتفی است و کفیل و وثیقه گذار بری از تعهد خود می شوند. مطابق مواد یاد شده تعهد از نوع تخییری نیست؛ زیرا اگر تخییری بود با از بین رفتن یکی از دو موضوع، تعهد بعدی قابل اجرا بود و از بین نمی رفت. در نظریات متعدد اداره کل حقوقی قوه قضاییه از جمله ۷/۹۳/۶۹۸ مورخ ۱۳۹۳/۳/۲۶ و ۷/۹۵/۱۸۷۲ مورخ ۱۳۹۵/۸/۸ آمده است که «مستفاد از ماده ۲۳۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، این است که تعهد وثیقه گذار یا کفیل، ابتدائاً تعهدی غیرمالی و قائم به شخص است و با فوت آنها این تعهد به وراثت منتقل نمی شود. به همین جهت ورثه را نمی توان به معرفی متهم مکلف نمود». خامساً: هدف مقنن از الزامی دانستن معرفی کفیل یا ابداع وثیقه معتبر و معادل محکوم به برای آزادی محکوم علیه در تبصره ۱ ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مصوب ۱۳۹۴، ایجاد تضمین و اطمینان برای دسترسی به محکوم علیه است و امکان استیفای محکوم به از محل وثیقه در صورت صدور دستور ضبط، به منزله آن نیست که مقنن با وضع این حکم به

دنبال تغییر اصل استیفای محکوم به از اموال محکوم علیه بوده است؛ لذا با عنایت به ماده ۵۰۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، امکان صدور جلب محکوم، همزمان با اخطار به کفیل یا وثیقه‌گذار وجود دارد». در صورتی که چنانچه تعهد کفیل یا وثیقه‌گذار، تخییری بود، چنین امکانی وجود نداشت.

۲-۲-۹ نظریه تخییر بین احضار و ادای دین مدیون با رضای مکفول له

به موجب این نظر، در صورت رضایت مکفول له، کفیل اختیار دارد که یا تعهد مدیون (مکفول) را ایفا کند و یا اقدام به احضار مکفول نماید. تعهد کفیل، احضار مکفول است و نمی‌تواند آن را ساقط کند؛ اما مکفول له به عنوان صاحب حق، که می‌تواند در مرحله ایفای تعهد، به تبدیل تعهد، دست زند بطریق اولی می‌تواند، کفیل را مخیر بین احضار و یا ایفای تعهد مکفول عنه کند (حائری طباطبایی، پیشین، ۱۷۱ و ۱۷۲ و جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۹۹). «به نظر این نوعی تبدیل تعهد (به اعتبار تبدیل کیفیت تعهد) است؛ زیرا با تراضی مکفول له و کفیل، مورد تعهد، از حالت انحصاری به حالت مخیر بودن درآمده است.» (جعفری لنگرودی، همان، پاورقی ص ۹۹)

۲-۲-۹ نظریه تعهد اختیاری یا بدلی

تعهد بدلی، تعهدی است با یک موضوع اما به متعهد اجازه داده شده تا در صورت عدم امکان اجرای تعهد اصلی، موضوع دیگری را برای اجرا، انتخاب و بدل و جانشین آن کند. بدین ترتیب امکان جایگزینی موضوع دیگر بجای موضوع اصلی توسط مدیون وجود دارد که در نتیجه با ایفای آن، ذمه متعهد بری می‌شود؛ بنابراین تعهد تنها یک موضوع معین دارد؛ اما موضوع دیگر، جایگزین موضوع اصلی می‌شود. در این تعهد، بطلان تعهد اصلی، فرع را نیز از بین می‌برد و تعهد بدلی را منحل می‌سازد و چنین شرطی تنها به سود متعهد است، و حق انتخاب نیز با اوست. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۶۴ و ۱۶۵؛ مظفری و میرشکاری، ۱۳۹۸: ۱۵۰۷). برخی از نویسندگان (مظفری و میرشکاری، ۱۳۹۸: ۱۵۱۱ تا ۱۵۱۴) ماهیت تعهدات کفیل را به تعهدات بدلی نزدیک می‌دانند، زیرا در کفالت، تعهد به احضار مکفول برابر و هم اندازه پرداخت وجه الکفاله نیست. چرا که عقد کفالت، ابتدائاً و اساساً برای احضار مکفول منعقد می‌شود و نه برای پرداخت وجه الکفاله. به علاوه تعهد اصلی کفیل، احضار بوده و پرداخت وجه الکفاله ضمانت اجرای عدم ایفای تعهد شمرده می‌شود. براین اساس و باتوجه به اینکه نسبت موضوعات عقد کفالت با یکدیگر، طولی است و نه عرضی، ماهیت این عقد به تعهدات بدلی نزدیک تر است. از طرفی برابر ماده ۷۴۵ قانون مدنی، کفیل در صورت فوت مکفول بری از تعهد خود می‌شود. پس تعهد پرداخت وجه الکفاله، تعهدی وابسته و تبعی نسبت به تعهد به احضار مکفول بوده و بدین ترتیب جنس تعهد، بدلی است.

۱۰-۲-۲ نظریه مختار

با عنایت به مطالب فوق، به نظر می‌رسد کفیل با انعقاد قرارداد کفالت یا وثیقه قضایی در اجرای قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ و قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، به ترتیب دو تعهد را می‌پذیرد. الف - در ابتدا تعهد به احضار و تسلیم مکفول (متهم و یا محکوم علیه) برابر مقررات قانونی. ب - تعهد به پرداخت دین مکفول در صورت امتناع یا ناتوانی از احضار و تسلیم وی؛ بنابراین چنان چه کفیل از تسلیم مکفول (متهم و یا محکوم علیه) امتناع کند یا نتواند وی را در مهلت مقرر قانونی تحویل دهد با توجه به تعهد مالی که بر عهده گرفته است، ذمه او در قبال شاکی یا محکوم له به پرداخت دین مشغول می‌شود و باید دین (محکوم به) و هزینه‌های اجرایی را پرداخت کند. در این حالت پرداخت محکوم به توسط کفیل جزو دین و بدهی شخص او محسوب می‌شود و باید برابر مقررات از عهده آن برآید؛ لذا چنان چه کفیل مال معینی را بابت تعهد خود به مرجع قضایی سپرده باشد، محکوم به از محل همان مال استیفا خواهد شد والا امکان توقیف و استیفا از اموال وی از جمله یک چهارم و یا یک سوم از حقوق و مزایا برابر قانون اجرای احکام مدنی و ماده ۹۶ آن وجود دارد. در نظریه شماره ۷/۹۷/۱۹۳۲ مورخ ۱۳۹۸/۷/۱۴ کمیسیون اجرای احکام مدنی اداره کل حقوقی قوه قضاییه آمده است: ۱- در مواردی که بازنشسته برابر مقررات آیین دادرسی کیفری، کفیل شده باشد و برابر مقررات، دستور اخذ وجه الکفاله صادر شده باشد، اجرای این دستور، مطابق مقررات قانون اجرای احکام مدنی به عمل می‌آید و مشمول ماده ۹۶ قانون اجرای احکام مدنی است و از شمول ذیل تبصره یک آن، خارج است.

۲- در مواردی که بازنشسته برابر تبصره یک ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴، کفیل محکوم علیه مالی شده باشد و دستور استیقای محکوم به و هزینه‌های اجرایی از محل وجه الکفاله صادر شده باشد، موضوع مشمول ماده ۹۶ قانون اجرای احکام مدنی است و از شمول ذیل تبصره یک آن، خارج است.»

شایسته ذکر است در مواردی که شخصی برابر مقررات آیین دادرسی کیفری، کفیل و یا وثیقه گذار شده باشد و برابر مقررات، دستور اخذ وجه الکفاله و یا ضبط وثیقه معادل وجه قرار صادر شده باشد، و هنوز پرونده در مرحله رسیدگی است، اگر پرونده فاقد شاکی خصوصی است، می‌توان مال مورد وثیقه را که در مزایده دوم هم به فروش نرفته است تا مبلغ وثیقه به تملک دولت درآورد، ولی اگر دارای شاکی خصوصی باشد، با عنایت به اینکه مقنن در ماده ۵۳۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی تصریح نموده است که «دیه یا ضرر و زیان ناشی از جرم در ابتدا از محل تأمین اخذ شده، پرداخت و مازاد بر آن به نفع دولت ضبط می‌شود» و این امر حکایت از تقدم استیقای حق مدعی خصوصی از تأمین اخذ شده دارد، در این حالت ملک را به لحاظ عدم فروش در مزایده دوم نمی‌توان به تملک دولت درآورد و باید تا زمان صدور حکم قطعی، عملیات اجرایی را متوقف کرد. (نظریه مشورتی شماره ۷/۹۶/۳۱۷۰ مورخ ۱۳۹۶/۱۲/۲۳ اداره کل حقوقی قوه قضاییه)

نتیجه‌گیری

از مطالب پیش گفته، نتایجی به شرح زیر به دست می‌آید:

- ۱- در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران، موضوع عقد کفالت، احضار مکفول در نزد مکفول له است و ذمه کفیل، وثیقه تعهد مکفول برای احضار مکفول است
- ۲- در فقه عامه، کفالت نوعی ضمان بوده و آثار ضمان را بر آن بار می‌کنند. ایشان کفالت را همانند ضمان، توثیق دین دانسته و معتقدند که در کفالت، ذمه کفیل به ذمه مدیون (مکفول) ضمیمه می‌شود و داین (مکفول له) می‌تواند طلب خود را در صورت عدم احضار مکفول توسط کفیل، از کفیل یا مدیون و یا هر دو مطالبه کند.
- ۳- در نظام حقوقی مصر، در کفالت قضایی و قانونی، مسئولیت کفیل، تضامنی است.
- ۴- عقد وثیقه جزو عقود نامعین است که بین مقام قضایی و شخص وثیقه‌گذار منعقد می‌گردد که در موقعی که حضور متهم یا محکوم علیه لازم باشد به وی اخطار می‌شود که حسب مورد، ظرف بیست روز یا یک ماه از تاریخ ابلاغ، متهم یا محکوم علیه را تسلیم کند و در صورت عجز وثیقه‌گذار بدون عذر موجه، وثیقه، معادل وجه قرار ضبط خواهد شد
- ۵- تعهد وثیقه‌گذار یا کفیل، ابتدائاً تعهدی غیرمالی و قائم به شخص است و پرداخت وجه الکفاله، و یا وجه الوثاقه، ضمانت اجرای عدم انجام این تعهد است.
- ۶- امکان استیفای محکوم به از محل وثیقه در صورت صدور دستور ضبط، به منزله آن نیست که مقنن با وضع این حکم به دنبال تغییر اصل استیفای محکوم به از اموال محکوم علیه بوده است؛ لذا با عنایت به ماده ۵۰۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، امکان صدور جلب محکوم، همزمان با اخطار به کفیل یا وثیقه‌گذار وجود دارد
- ۷- چنان چه کفیل از تسلیم مکفول (متهم و یا محکوم علیه) امتناع کند یا نتواند وی را در مهلت مقرر قانونی تحویل دهد با توجه به تعهد مالی که بر عهده گرفته است، ذمه او در قبال شاکی یا محکوم له به پرداخت دین مشغول می‌شود و باید دین (محکوم به) و هزینه‌های اجرایی را پرداخت کند. در این حالت پرداخت محکوم به توسط کفیل جزو دین و بدهی شخص او محسوب می‌شود و باید برابر مقررات از عهده آن برآید.

فهرست منابع

- ۱- احمد السنهوری، عبدالرزاق (۱۹۷۰) **الوسیط فی شرح القانون المدنی**، فی التامینات الشخصیه و العینیه، بیروت، انتشارات احیا التراث العربی، ج دهم.
- ۲- آخوندی، محمود، (۱۳۹۴) **آیین دادرسی کیفری**، ج ۲، تهران، انتشارات فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۳- بجنوردی، سید محمد حسن (۱۳۸۸ ه.ش) **القواعد الفقهیه**، ج ۶، قم، انتشارات دلیل ما.
- ۴- بحرانی آل عصفور، حسین بن محمد، **الانوار للوامع فی شرح مفاتیح الشرائع** (للفیض)، قم، مجمع البحوث العلمیه، ج ۱۲،
- ۵- بحرانی آل عصفور، یوسف (۱۴۰۵) **حدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره**، ج ۲۱،
- ۶- الجبعی العاملی، زین الدین (شهید ثانی)، (۱۴۲۰ ه.ق) **الروضه البهیة فی شرح لمعة الدمشقیة**، ج ۴، قم، انتشارات اسماعیلیان.
- ۷- الجزیری، عبد الرحمن (۱۴۲۹ ه.ق) **الفقه علی المذاهب اربعه**، ج ۳، بیروت، دارالفکر.
- ۸- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۳) **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، ج ۵، انتشارات گنج دانش، چاپ اول،
- ۹- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸) **عقد کفالت**، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم،
- ۱۰- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۵) **ترمینولوژی حقوق**، تهران، گنج دانش، ج ۱۶
- ۱۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸) **الفارق - ج ۴**، تهران، گنج دانش.
- ۱۲- حائری طباطبائی، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ ه.ق)، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام با الدلائل**، قم، موسسه آل البيت (ع) ج ۲ و ۹،
- ۱۳- حائری طباطبائی، سید محمد مجاهد، **مناهل**، قم، موسسه آل البيت (ع)
- ۱۴- حسن بن جعفر، کاشف الغطا (۱۴۲۲) **انوار الفقاهه**، کتاب الکفاله
- ۱۵- حسینی مراغی، میر عبد الفتاح (۱۴۲۹ ه.ق) **العناوین**، ج ۲، قم، موسسه النشر الاسلامی.
- ۱۶- حلّی، حسین (۱۴۱۵ ه.ق) **بحوث الفقهیه**، قم، موسسه المنار،
- ۱۷- دهمخدا، علی اکبر، (۱۳۸۹) **لغت نامه** ج ۱۳، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، دوره جدید
- ۱۸- روحانی، سید محمد صادق (۱۴۱۴) **فقه الصادق (ع)**، دارالکتاب، ج ۲۰، چاپ سوم
- ۱۹- سیاح، احمد، (۱۳۵۸) **فرهنگ بزرگ جامع نوین**، ترجمه المنجد، ج ۱ و ۲، تهران، انتشارات اسلامی.
- ۲۰- طباطبائی حکیم، سید محمد سعید (۱۴۱۵ ه.ق) **منهاج الصالحین**، ج ۲
- ۲۱- عاملی، سید محمد جواد، (۱۴۱۹ ه.ق) **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، ج ۱۶
- ۲۲- عمید، حسن (۱۳۹۵)، **فرهنگ فارسی عمید**، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ سی و سوم،

- ۲۳- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹) **حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات**، تهران، نشر میزان چاپ پنجم
- ۲۴- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲) **عقود معین - عقود اذنی، وثیقه‌های دین**، ج ۴، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ۲۵- محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۵) **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۲۶- مظفری، خدیجه و میرشکاری، عباس (۱۳۹۸)، **ماهیت تعهد کفیل: تعهدی تخییری یا بدلی**، مجموعه مقالات همایش ملی تجلیل از مقام علمی استاد محمد جعفر جعفری لنگرودی، تهران، انتشارات گنج دانش
- ۲۷- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ ه.ق) **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲۶، دارالاحیاء التراث العربی.

