



The Retrieval of the Rule of no Guarantorship in the Light of the Theory of Optional Personal Surety in the Case of Retaliation (Qisās)

Kosar Bahariansharghi¹ | Mohammad Hassan Haeri²

1. MA, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Shahid Motahhari Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. Email: k.bahariansharghi@gmail.com

2. Corresponding Author, Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Shahid Motahhari Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. Email: haeri-m@um.ac.ir

Abstract

Personal Surety (Kifālat) is a legal and juridical contract that comes in two forms: optional and compulsory. The inquest and judicial inquiry, pronouncement and enforcement of a judgment, and infliction of punishment on the perpetrator may be prolonged for reasons such as a pardon granted by some blood heirs and lack of pardon by others, or the accused or perpetrator being a minor, and so on. Therefore, to prevent the imprisonment of the accused or perpetrator pending the court's final decision or the avengers of blood, they can be released upon providing a surety, provided the blood heirs or the victim accept. This study examined the issue from jurisprudential and legal perspectives, using a descriptive-analytical method. There are two opinions among jurists regarding personal surety in criminal cases. Some believe that personal surety in retaliation cases is invalid. This group views retaliation as one of the Ḥudūd and cites the "Lā Kifālat fi al-Ḥudūd" rule and also cites the "Vizr" rule (the Doctrine of Personal Punishment). In contrast, some others consider Qisās to be an independent punishment of Ḥudūd and believe that Kifālat in retaliation cases is valid. Considering the distinctions between Allah's right and people's right, and general and absolute evidence regarding contracts and agreements, the legitimacy of personal surety in retaliation cases has been chosen.

Keywords: Personal Surety, Optional Personal Surety, Retaliation, Ḥudūd, Generalities and applications of contracts.

Cite this article: Bahariansharghi, K., & Haeri, M. H. (2026). The Retrieval of the Rule of no Guarantorship in the Light of the Theory of Optional Personal Surety in the Case of Retaliation (Qisās). *Jurisprudence and the Fundamentals of the Islamic Law*, 58 (1), 387-409. (in Persian)

Publisher: University of Tehran Press.

Authors retain the copyright and full publishing rights.

DOI: <https://doi.org/10.22059/jfil.2026.395296.669838>

Article Type: Research Paper

Received: 18-Jun-2025

Received in revised form: 30-Dec-2025

Accepted: 4-Jan-2026

Published online: 2-Feb-2026



بازخوانی قاعده لا کفالة فی الحد در پرتو نظریه کفالت اختیاری در قصاص

کوثر بهاریان شرقی^۱ | محمدحسن حائری^۲

۱. دانش آموخته کارشناسی ارشد، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی شهید مطهری، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران. رایانامه: k.bahariansharghi@gmail.com
۲. نویسنده مسئول، استاد، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی شهید مطهری، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران. رایانامه: haeri-m@um.ac.ir

چکیده

کفالت، از جمله قراردادهای فقهی حقوقی و بر دو قسم اختیاری و قهری است. زمان رسیدگی و تحقیقات قضایی، صدور و نیز اجرای حکم و اعمال مجازات راجع به متهم یا محکوم به قتل می‌تواند به دلیل وجود موانعی؛ نظیر گذشت برخی از اولیای دم و عدم عفو برخی دیگر یا صغر سن متهم یا محکوم علیه و ... افزایش یابد. بنابراین، به منظور عدم حبس متهم یا محکوم علیه تا اتخاذ تصمیم نهایی مرجع صالح و نیز اولیای دم مقتول، متهم یا محکوم می‌توانند در صورت پذیرش اولیای دم یا مجنی علیه با معرفی کفیل از حبس رها شوند. جستار حاضر با روش توصیفی تحلیلی به تبیین و تحلیل این مسئله از منظر فقه و حقوق می‌پردازد. فقهای امامیه در زمینه اجرای عقد کفالت در امور جزایی با استناد به دلایل، دو رویکرد متفاوت ارائه کردند: برخی از صاحب نظران با استناد به قاعده وزر (اصل شخصی بودن مجازات‌ها) در این مسئله و نیز قاعده «لا کفالة فی الحد» قصاص را در زمره حدود می‌دانند و به عقیده آنان امکان انعقاد عقد کفالت در مجازات قصاص وجود ندارد. در مقابل نیز برخی قصاص را کیفری مستقل از حدود دانسته و موافق جریان کفالت قراردادی در قصاص هستند. لذا با توجه به تمایزات میان حق الله و حق الناس، اطلاعات و عمومات باب عقود و قراردادها، مشروعیت عقد کفالت در قصاص برگزیده شده است.

کلیدواژه‌ها: کفالت، کفالت اختیاری، قصاص، حدود، عمومات و اطلاعات باب عقود.

استناد: بهاریان شرقی، کوثر، و حائری، محمدحسن (۱۴۰۴). بازخوانی قاعده لا کفالة فی الحد در پرتو نظریه کفالت اختیاری در قصاص. فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۵۸ (۱)، ۳۸۷-۴۰۹.

نوع مقاله: علمی-پژوهشی

دریافت: ۱۴۰۴/۰۳/۲۸

بازنگری: ۱۴۰۴/۱۰/۰۹

پذیرش: ۱۴۰۴/۱۰/۱۴

انتشار: ۱۴۰۴/۱۱/۱۳



ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران

حق چاپ و حقوق نشر برای نویسندگان محفوظ است.

DOI: <https://doi.org/10.22059/jzfil.2026.395296.669838>

مقدمه

هدف از مجازات در حقوق کیفری اسلام، تأمین عدالت کیفری، حفظ نظم و امنیت جامعه، پیشگیری از انتقام فردی، اصلاح و بازپروری و جلوگیری از رویکرد مجرمانه در جامعه است (بقره: ۲۵۱، ۱۹۴، ۱۷۹، ۱۷۸؛ مائده: ۴۵؛ نحل: ۹۰؛ حجرات: ۹؛ فصلت: ۱۷؛ یونس: ۹۲؛ رم: ۴۱؛ شوری: ۳۰؛ متقی، ۱۴۰۹: ج ۵: ۳۰۷ ح ۱۲۹۶۶). یکی از مهم‌ترین دلایل کرامت و منزلت حیات از دیدگاه اسلام، تشریح حکم قصاص به‌عنوان عقوبتی مناسب برای تعدی‌کننده بر نفس محترمه است. فقها قصاص را از احکام مسلم فقه اسلامی می‌دانند که آن را آیات بسیار و روایاتی از نوع متواتر معنوی تأیید می‌کند و نیز بر آن اجماع وجود دارد (نجفی، بی‌تا: ج ۴۲: ۷). از جمله آیات تصریح‌کننده به تشریح حکم قصاص عبارت است از: آیه ۱۷۹ سوره بقره: «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ»، آیات ۱۷۸ سوره بقره، ۳۲ و ۴۵ سوره مائده و ۱۲۶ سوره نحل.

از جمله روایات، امیرالمؤمنین (ع) فرمود: خداوند ایمان را برای تطهیر دل از شرک واجب کرده ... و قصاص را برای حفظ خون‌ها (جان‌ها) و اقامه حدود را برای بزرگ‌شمردن محرمات الهی قرار داده است^۱ (علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۷۲: ۴۵۱؛ کلینی، ۱۴۰۷: ج ۷: ۲۷۱).

به‌اتفاق فقها، کفالت در امور مدنی و مالی عقدی صحیح و مشروع است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ج ۱۴: ۳۹۵؛ نجفی، بی‌تا: ج ۲۶، ۱۸۶؛ گلپایگانی، ۱۳۷۲: ۲: ۷۸؛ موسوی سبزواری، بی‌تا: ۳۶۷؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵: ۳۹۵)، اما صحت عقد کفالت در قصاص از مسائلی است که محل بحث و منازعه است: برخی از فقها به‌استناد قاعده «لا کفالة فی الحد»^۲ قائل به شمول این قاعده در خصوص کیفر قصاص نیز شدند (گلپایگانی، ۱۳۷۲: ج ۲: ۷۸) و عده‌ای دیگر نیز قصاص را در زمره حق الناس دانسته و کفالت اختیاری در قصاص را پذیرفته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۴: ۱۳۱؛ حر عاملی، ۱۴۱۲: ج ۶: ۲۴۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۲۰، ۳۴۳؛ مرعشی، ۱۴۰۶: ج ۲: ۱۲۵؛ خمینی، ۱۳۹۲: ج ۲: ۳۸؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۴: ۳۸۳). از این‌رو، برخی از حقوق‌دانان (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۴: ج ۱: ۲۰۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۵۶؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸: ج ۴: ۶۳)^۳ نیز تنها به کفالت قهری در مجازات قصاص پرداخته‌اند.

۱. قَالَ امیرالمؤمنین (ع): «فَرَضَ اللَّهُ الْإِيمَانَ تَطْهِيراً مِنَ الشَّرْكِ ... وَ الْقِصَاصَ حَقّاً لِلدَّمَاءِ وَ إِقَامَةَ الْحُدُودِ إِعْظَاماً لِلْمَحَارِمِ ... حَدَّثَنِي عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ ... عَنْ حُمْرَانَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي جَعْفَرٍ (ع) مَا مَعْنَى قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ: مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً قَالَ قُلْتُ وَ كَيْفَ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً فَأَيْمًا قَتَلَ وَاجِداً فَقَالَ يَوْضَعُ فِي مَوْضِعٍ مِنْ جَهَنَّمَ إِلَيْهِ بِنْتَهِي شِدَّةٌ عَذَابِ أَهْلِهَا لَوْ قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً إِيْمًا كَانَ يَدْخُلُ ذَلِكَ الْمَكَانَ قُلْتُ فَإِنَّهُ قَتَلَ آخَرَ قَالَ يَضَاعِفُ عَلَيْهِ.

۲. رک: موسوی بجنوردی، القواعد الفقهية، ج ۶: ۱۶۳؛ حسینی شیرازی، الفقه، ۲۰۶؛ محقق داماد، قواعد فقه، ج ۴: ۷۵.

۳. رک: ماده ۴۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱.

هدف این نوشتار پاسخ بدین پرسش است که آیا در خصوص منازعات راجع به قصاص، محکوم علیه یا متهم می‌توانند در صورت توافق با اولیای دم یا مجنی علیه تا تصمیم نهایی محاکم و اجرای قصاص، با معرفی کفیل مانع از اعمال مجازات حبس خویش شوند؛ به بیان دیگر، آیا امکان برقراری قرارداد کفالت میان صاحب حق و شخص دیگر با عنوان کفیل وجود دارد؟ یا چنین موضوعی تنها امری کیفری است؛ لذا عقوبت قصاص نیز همانند حد کفالت بردار نیست؟

به سبب ارزشمندی و حرمت حیات و آزادی انسان‌ها نزد شارع و قانونگذار، به بررسی مشروعیت وقوع عقد کفالت در صورت پذیرش اولیای دم یا مجنی علیه می‌پردازیم و برای رهایی متهم یا محکوم به مجازات قصاص از بازداشت موقت و نیز حبس، مطابق شریعت از منظر فقها و صاحب نظران حقوقی به تجزیه و تحلیل می‌پردازیم.

پیشینه پژوهش

با استقرای انجام شده می‌توان گفت: دو پژوهش صورت پذیرفته است که عبارت‌اند از: کفالت قهری و آثار آن در فقه، کفالت قهری از منظر فقه و حقوق.^۴ پژوهش نخست کفالت را از منظر فقهی حقوقی که مورد بحث در دعاوی کیفری و مدنی است بررسی کرده است که به وضوح، سبب کفالت قهری را استفاده از قهر و غلبه دانسته و به روش توصیفی تحلیلی به مصادیق وقوع کفالت قهری و مبانی مسئولیت و مجازات کفیل متخلف در امور کیفری و مالی پرداخته است. پژوهش دوم به بررسی قلمرو کفالت قهری به جهت اطلاق و شمول آن نسبت به آموزش فرار، مداخله محجور و قصد خیرخواهانه با اعتقاد به مدیون نبودن از منظر فقهی حقوقی می‌پردازد. بنابراین مطابق عنوان پژوهش، بخشی از آن باتوجه به مبانی گوناگون همچون قاعده اتلاف، تسبیب، قاعده لاضرر، ضمان ید و ... گستره کفالت قهری را بررسی کرده است. اما رویکرد اصلی این نوشتار بررسی جریان کفالت اختیاری و قراردادی در مسائل کیفری همچون قصاص است؛ هرچند کفالت قهری نیز در این امر مدنظر است ولی می‌توان ادعا کرد که پژوهشی با این عنوان انجام نشده است.

مفهوم شناسی

۱-۱. اقسام کفالت

فقهای امامیه برای کفالت اقسامی برشمردند که عبارت‌اند از: کفالت قراردادی که با اجرای صیغه منعقد می‌شود و کفالت قهری که خارج از قرارداد صورت می‌گیرد (سلار دیلمی، ۱۴۰۴: ۲۰۰؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۲۸۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۳۸۴، ۳۸۸؛ کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۴۶۹، ۴۷۳).

^۴ زرگوش نسب، غیبی، کفالت قهری و آثار آن در فقه؛ صالحی مازندرانی، مبانی و قلمرو کفالت قهری از منظر فقه و حقوق.

۱-۱-۱. کفالت اختیاری یا جعلی

مقتضای عقد کفالت است که کفیل در مقابل مکفول له اختیاراً تعهد به احضار مکفول می‌کند و از آنجا که کفالت عقدی لازم است کفیل باید بر آن پایبند باشد. بنابراین در صورت درخواست مکفول له از کفیل به احضار مکفول و عدم احضار توسط وی، کفیل زندانی می‌شود تا مکفول را حاضر یا جبران خسارت کند (سلار دیلمی، ۱۴۰۴: ۲۰۰). اگر کفیل ضمن عقد ملتزم به پرداخت دین شود، در صورتی که مکفول را به هر علتی حاضر نکند باید از عهده دین برآید (محقق حلی، ۱۳۷۶: ج ۱: ۱۴۳). از این رو، برخی از فقها با التفات به تعهد یا عدم تعهد به جبران یا پرداخت دین در ضمن عقد کفالت، این قسم از کفالت را به مطلق و مشروط تقسیم کرده‌اند (ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۲۸۱).

۱-۱-۲. کفالت قهری یا حکمی

این قسم از کفالت بدین مفهوم است که نزد شرع چنانچه کسی سبب فرار دیگری که حق الناس بر ذمه اوست را فراهم کند، چنین شخصی قهراً کفیل احضارگر یخته محسوب می‌شود. پس اگر شخصی که ذمه او به دینی مشغول است را از سلطه طلبکار یا قاتلی را از استیلاهی ولی دم مقتول فراری دهد، مجبور به احضار بدهکار یا جانی است یا باید بدل آن را به صاحبان حق غرامت دهد (طوسی، ۱۴۰۰: ۳۱۶؛ طباطبایی، بی تا: ۱۷۳). بنابراین عرصه کفالت، حقوق مدنی و کیفری را در بر می‌گیرد. از دیدگاه برخی از فقیهان، در صورت عدم احضار مکفول از سوی کفیل، زمانی که مورد کفالت دین باشد، حاکم دستور به حبس کفیل می‌دهد تا زمانی که بدهکار را تحویل دهد یا آنچه بر عهده اوست را ادا نماید. اما اگر برای کفیل ادای حق ممکن نباشد؛ مانند حق قصاص و زوجیت که موجب حد یا تعزیر است، حاکم او را به احضار مکفول ملزم می‌کند و اگر احضار وی ممکن نباشد ولی حق ادعایی دارای بدل باشد؛ مانند دیه قتل، می‌توان پرداخت مال را به جای احضار کافی دانست (طباطبایی، ۱۴۱۸: ج ۹: ۲۹۲). در نتیجه، می‌توان بیان داشت که اغلب فقها در قواعد و احکام جاری و نیز مسئولیتی که کفالت قهری یا حکمی برای انسان ایجاد می‌کند، تفاوتی با کفالت اختیاری یا عقدی نگذاشته‌اند (طوسی، ۱۴۰۰: ۳۱۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۲: ۹۶؛ شهید ثانی، بی تا: ج ۴: ۱۵۲-۱۵۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ج ۱۴: ۴۰۹؛ سلار دیلمی، ۱۴۰۴: ۲۰۰).

۱-۱-۳. کفالت در قصاص

کفالت غیر اختیاری یا قهری کیفر قصاص در اصطلاح بدین معناست که اگر شخصی قاتلی را از دید ولی مقتول فراری دهد، قهراً ضامن جبران دیه مقتول است، مگر آنکه جانی را نزد ولی بازگرداند (مفید، ۱۴۱۰: ۸۱۵؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۳۱۶؛ محقق حلی، ۱۳۷۶: ج ۱: ۱۴۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۲: ۹۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ج ۱: ۴۰۳؛ طباطبایی، بی تا: ۱۷۳). با بررسی انجام گرفته، در منابع فقهی تعریفی مبنی بر کفالت اختیاری در قصاص یافت نشد، ولی با برداشت از مجموع احکام و آثار کفالت در امور دیگر می‌توان اذعان داشت: کفالت اختیاری یا عقدی در قصاص بدین مضمون است که کفیل، احضار

شخصی را که متهم به جنایت مستوجب قصاص یا محکوم به قصاص شده، به منظور جلوگیری از حبس موقت وی در برابر اولیای دم مقتول و حاکم شرع به مرجع قضایی تضمین می‌کند، در صورتی که آنان تکمیل تحقیقات یا اجرای مجازات را درخواست کرده باشند.

در میان فقهای شیعه در خصوص جریان کفالت قهری در قصاص اختلاف نظری وجود ندارد و همه بر مشروعیت آن تصریح کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۰: ج ۱: ۴۰۳؛ شهید اول، ۱۴۳۰: ج ۱۳: ۱۷۶؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵: ۴۰۵) و برخی از فقها افزون بر ادعای اجماع (طباطبایی، بی‌تا: ۱۷۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۲۰: ۳۵۳) به روایت صحیحی از حریر از امام صادق (ع)^۵ استناد کرده‌اند؛ این روایت اشاره بر این مطلب دارد که اگر قاتل بمیرد کفیل قهری باید دیه را تأدیه کند (ابن بابویه، بی‌تا: ج ۴: ۹۰؛ طباطبایی، ۵۲۰۸؛ بی‌تا: ۱۷۴). اما جریان کفالت اختیاری و جعلی در قصاص میان فقها مناقشه‌برانگیز است که در ادامه به‌طور مبسوط به ذکر اقوال و ادله فقها می‌پردازیم.

۲. ادله فقهی کفالت

به عقیده دانشمندان امامیه مشروعیت عقد کفالت محل اتفاق است، به طوری که در صحت آن اختلاف نظری وجود ندارد (علامه حلی، ۱۴۱۴: ج ۱۴: ۳۸۷؛ شمس‌الأمه سرخسی، ۱۴۱۴: ج ۲۰: ۲). فقهای امامیه برای مشروعیت عقد کفالت به ادله اربعه تمسک جستند و به دلیل آنکه در مقام بیان و تفصیل ادله حجیت و صحت کفالت نیستیم (چون مبحث اصلی، وقوع عقد کفالت در عقوبت قصاص است)، اجمالاً به آن می‌پردازیم، هرچند اطلاق ادله کفالت می‌تواند کفالت اختیاری در قصاص را هم در برگیرد.

۲-۱. کتاب

فقهای امامیه (علامه حلی، ۱۴۱۴: ج ۱۴: ۳۸۸؛ قمی، ۱۳۷۹: ۳۱۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ج ۱۶: ۵۶۳) برای اثبات صحت کفالت به آیاتی از قرآن کریم استناد کرده‌اند که به ذکر چند مورد بسنده می‌شود:

۱. «قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ» (یوسف: ۶۶)؛ همان‌گونه که بیان شد فقها بر این آیه در مشروعیت کفالت استناد کرده‌اند اما ظاهراً این آیه دلالتی بر کفالت نفس ندارد.
۲. عده‌ای از فقها کلمه زعیم را در آیه شریفه «قَالُوا وَاقْبَلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَفْقَدُونَ قَالُوا نَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَ لِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ» (یوسف: ۷۱، ۷۲) به معنای کفیل دانسته‌اند (حسینی

^۵ خبر حریر از ابی‌عبدالله (ع) قال سألته عن رجل قتل رجلاً عمداً... قال فان مات فعليه المدية يؤدونها جميعاً الى اولياء المقتول.

^۶ حضرت یعقوب (ع) راضی به فرستادن فرزند خویش، بنیامین، به همراه سایر فرزندان نبود. سرانجام موافقت مشروط کرد و (با سوگند) به نام خدا، در برابر بدن بنیامین از فرزندان خویش وثیقه‌ای محکم اراده کرد.

شیرازی، ۱۴۰۹: ۵۲: ۵؛ طبرسی، بی تا: ج ۵، ۳۸۷). لکن به نظر می‌رسد همان ایرادی که در آیه پیشین (۶۶) سوره یوسف بدان اشاره شد در اینجا نیز مطرح باشد؛ زیرا ضعیف دانستن دلالت آیه ۷۲ سوره یوسف بر کفالت نفس بعید نیست.

۳. «قَالُوا يَا أَيُّهَا الْعَزِيزُ إِنَّ لَهُ أَبًا شَيْخًا كَبِيرًا فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ إِنَّا نَرَاكَ مِنَ الْمُحْسِنِينَ»^۷ (یوسف: ۷۸)؛ که این همان معنای کفالت است.

شایان ذکر است که ظاهراً کفالت یادشده در آیات سوره یوسف مربوط به امور کیفری و جزایی است؛ چون مدخل آن اتهام سرقتی است که متوجه بنیامین بوده است. اگر کفالت در حدود به دلایلی چون اجماع و ... از این اطلاق خارج شده باشد، همچنان شمول این اطلاق راجع به قصاص پابرجاست.

۲-۲. روایات

روایات بسیاری بر مشروعیت عقد کفالت دلالت دارند^۸ (حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۱۸: ۴۳۱: ح ۲۳۹۸۵؛ حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۱۸: ۴۳۱: ح ۲۳۹۸۶). برای مثال، ابوعباس از امام صادق (ع) روایت می‌کند درباره مردی که تکفیل نفسی را برعهده خویش گرفته و مکفول له بر او شرط نهاده که اگر مکفول را حاضر کردی که هیچ، وگرنه بر ذمه تو پانصد درهم است. امام صادق (ع) فرمود: صرفاً برعهده کفیل، احضار نفس است. اما اگر کفیل از ابتدا به سبب عدم احضار مکفول پانصد درهم را برعهده خویش بداند، بدین حیث در صورتی که کفیل نتواند مکفول را حاضر کند باید مبلغ را بپردازد^۹ (کلینی، ۱۴۰۷: ج ۵: ۱۰۴).

۳-۲. اجماع

فقهای شیعه در خصوص صحت کفالت ادعای اجماع کرده‌اند، به طوری که فیض کاشانی اظهار داشته است: کفالت با سنت و اجماع ثابت شده است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ج ۱۴: ۳۸۷؛ فیض کاشانی، بی تا: ج ۳: ۱۵۰).

البته کسانی که اجماع مدرکی را معتبر نمی‌دانند،^{۱۰} استنادشان به اجماع، تنها می‌تواند به عنوان مؤید باشد.

^۷ هنگامی که برادران متوجه شدند بنیامین می‌بایست در مصر بماند، خطاب به عزیز مصر گفتند: یکی از ما را به جای بنیامین نگاه‌دار.

^۸ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ... عَنِ الْأَصْبَغِ بْنِ نُبَاتَةَ قَالَ: قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع) فِي رَجُلٍ تَكْفَلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ أَنْ يَحْبَسَ وَ قَالَ لَهُ اظْلُبْ صَاحِبَكَ؛ ... أَنَّ عَلِيًّا (ع) أَبَى بِرَجُلٍ كَفَلَ بِرَجُلٍ بَعِيْنَهُ فَأَجْزَأَ بِالْمَكْفُولِ فَقَالَ احْبِسْهُ حَتَّى يَأْتِيَ بِصَاحِبِهِ.

^۹ حَمِيدُ بْنُ زَيْدٍ... عَنْ أَبِي الْعَبَّاسِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) رَجُلٌ كَفَلَ لِرَجُلٍ بِنَفْسِ رَجُلٍ فَقَالَ: إِنْ جِئْتُ بِهِ وَ إِلَّا عَلَيْكَ خَمْسُمِائَةٍ دَرَاهِمٍ قَالَ عَلَيْهِ نَفْسُهُ وَ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ مِنَ الدَّرَاهِمِ فَإِنْ قَالَ عَلِيٌّ خَمْسُمِائَةٍ دَرَاهِمٍ إِنْ لَمْ أَدْفَعْهُ إِلَيْكَ قَالَ تَلَزَمَهُ الدَّرَاهِمُ إِنْ لَمْ يَدْفَعْهُ إِلَيْهِ.

^{۱۰} رک: مظفر، ۱۳۷۰: ج ۳: ۸۸.

۲-۴. بنای عقلا

برخی به دلیل عقل در اثبات حجیت کفالت استناد کرده (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ج ۵: ۵۲) و ظاهراً منظور ایشان از دلیل عقل، بنای عقلاست که مورد تأیید شارع قرار گرفته یا حداقل درباره آن ردعی وارد نشده است. در تمام موارد، ملاک اعتبار بنای عقلا کشف از حکم عقل است؛ زیرا به عقیده برخی، اصطلاح بنای عقلا تنها شامل عمل و سلوک عقلا نیست، بلکه شامل مرتکبات عقلایی نیز می‌شود. به عبارتی دیگر، آن احکام عقلایی که در ژرفای ادراک و فطرت خردمندان وجود دارد، هرچند بر طبق آن سلوک عملی نداشته باشند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷: ج ۴: ۲۳۴).

با عنایت به روایاتی که اصولی را بر اجرای حدود حاکم دانسته‌اند؛ از جمله اصل لزوم اجرا^{۱۱} (حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۸: ۱۱؛ ح ۳۴۰۹۲)، اصل عدم تأخیر^{۱۲} (حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۸: ۴۷؛ ح ۳۴۱۸۰) و نیز اصل عدم جریان کفالت در حدود^{۱۳} (حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۸: ۴۴؛ ح ۳۴۱۷۲)، اگر عقوبت حدی با شرایط مقرر در شرع و قانون بر شخصی ثابت شود با توجه به اصل لزوم و بر مبنای قاعده وزر که مجازات، تنها بر گناهکار ثابت است، مجازات حدی قابل تأخیر و به تبع آن کفالت پذیر نخواهد بود.

۳. تحلیل اقوال فقها در مسئله کفالت اختیاری در قصاص

درباره امکان و جواز عقد کفالت در قصاص دو دیدگاه عمده میان صاحب‌نظران فقه امامیه رواج یافته است: ۱. موافقان کفالت جعلی در قصاص؛ ۲. مخالفان کفالت جعلی در قصاص.

۳-۱. دیدگاه نخست: موافقان کفالت جعلی در قصاص

همان‌طور که بیان شد این دیدگاه کسانی است که عقد کفالت جعلی را در مجازات قصاص پذیرفته‌اند؛ از جمله صاحب شرایع که در ضمن مقوله صحت کفالت حال و مدت‌دار بیان می‌کند: کفالت از کسی صحیح و مشروع است که می‌بایست در جلسه حکم و دادگاه حضور یابد یا برای شخص محبوس به جهت اخذ مرخصی و بازگرداندن آن به زندان یا برای تسلیم برده فراری یا تسلیم بدهکار مالی یا کسی که برای قصاص یا هر مجازات دیگری حضورش ضروری است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۲: ۹۷)؛ زیرا اگر عقوبت از زمره حق الله محض باشد؛ مانند حد زنا، حد لواط و حد شرب مسکر، کفالت از آن صحیح نیست. از آنجاکه حدود بر پایه تخفیف و مسامحه استوار است، با وجود شبهه ساقط می‌شود. اما آنچه مشترک میان حق الله و حق الناس است؛ مثل حد کذب و حق قصاص، گرچه در این امور حکم کردن بر کفالت جای تردید است، لیکن به سبب تعلق داشتن حق الناس بر آن‌ها شبهه آن است که کفالت بر این امور را صحیح بدانیم (محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۴: ۱۳۱). بنابراین مستفاد از عبارت محقق حلی بدین

^{۱۱} مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ... عَنِ الْحَلِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: ... لَا يَنْطَلُ حَدًّا مِنْ حُدُودِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ.

^{۱۲} مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ... عَنِ السَّكُونِيِّ عَنِ جَعْفَرِ بْنِ أَبِيهِ عَنِ عَلِيِّ (ع) فِي حَدِيثٍ قَالَ: لَيْسَ فِي الْحُدُودِ نَطْرٌ سَاعَةً.

^{۱۳} مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ... عَنِ التَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص): لَا كَفَالَةَ فِي حَدِّ.

صورت است که کلام ایشان ظهور در عموم دارد و مقید به کفالت قهری در مجازات قصاص نشده است.

برخی دیگر از فقیهان نیز معتقدند: کفالت از شخصی صحیح است که علیه او ادعای مسموعی اقامه شده و حضور وی در محکمه ضروری است، اگرچه بیته‌ای به حق علیه وی اقامه نشده باشد. همچنین کفالت از کسی صحیح است که ذمه او بر کیفری از حق الناس مانند قصاص مشغول بوده است؛ برخلاف شخصی که ذمه‌اش بر عقوبتی از حق الله تعالی مانند حد و تعزیر اشتغال داشته باشد که در این صورت کفالت از او مشروع نیست (خمینی، ۱۳۹۲: ج ۲: ۳۸؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳: ج ۲۹۶: ۱۰۶)؛ زیرا در حق الناس مانند حق قصاص، مستحق، انسان است و او می‌تواند کفالت از متهم یا محکوم را به سبب اطمینان خاطر بپذیرد، درحالی که این مغایر با حق الله است؛ چون آنجا مستحق، خداوند متعال است و حتی حاکم شرع نیز نمی‌تواند کفالت در حدود را اجابت کند (فخر المحققین، ۱۳۸۷: ج ۲: ۹۹؛ مغنیه، ۱۳۷۹: ج ۴: ۷۵؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵: ۳۹۶). برخی از فقها نیز چنین بیان کرده‌اند: اگر مکفول له از حاکم احضار مکفول را درخواست کند اما کفیل از تحویل و تسلیم مکفول به مکفول له امتناع کند، حاکم کفیل را به احضار ملزم می‌کند و در صورت عدم احضار، کفیل حبس می‌شود تا مکفول را حاضر یا آنچه بر ذمه اوست را جبران کند. ولی اگر از حقوقی باشد که قابلیت ادا نداشته باشد؛ مانند حق قصاص، در صورت امکان باید مکفول را حاضر کند و در صورت عدم امکان تسلیم، مکفول له می‌تواند دیه را از کفیل مطالبه کند (شهید ثانی، بی‌تا: ج ۱: ۳۶۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ج ۴: ۲۳۶). اگر مجازاتی که بر ذمه شخص ثابت شده است حد الله محض باشد، کفالت در آن مشروع نیست و روایت صحیحی از امام باقر (ع) در خصوص قضاوت امیرالمؤمنین (ع) وارد شده است که ایشان فرمود: کفالت در حدود جایز نیست^{۱۴} (حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۱۸: ۴۳۷؛ ح ۲۳۹۹۹)، ولی در کیفری مانند قصاص یا حد قذف که دارای جنبه مشترک میان حق الله و حق الناس است، اقرب نزد من ثبوت کفالت در قصاص است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ج ۱۴: ۳۹۶)، در حالی که بعضی بعد از نقل و قول از علامه حلی در خصوص صحت کفالت در قصاص بیان کردند: اولی بود، در صورتی که علامه با جزم و قطعیت اظهار نظر می‌کرد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ج ۱۶: ۵۷۵).
یا گفته شده: براساس قاعده «لا کفالة فی الحد» کفالت شخصی که مستوجب عقوبت و مجازات حد یا تعزیر است صحیح نیست، اما کفالت اختیاری در قصاص جایز است (حر عاملی، ۱۴۱۲: ج ۶: ۲۴۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۲۰: ۳۴۳؛ مرعشی، ۱۴۰۶: ج ۲: ۱۲۵؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۴: ۳۸۳).

۲-۳. دیدگاه دوم: مخالفان کفالت جعلی در قصاص

گذوهی از فقها عقد کفالت در قصاص را مشروع نمی‌دانند. شیخ طوسی، از جمله مخالفان جریان کفالت اختیاری در قصاص است. ایشان اظهار داشته است: به اجماع فقها کفالت شخصی که حق الله

^{۱۴}. مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ: قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع) أَنَّهُ لَا كِفَالََةَ فِي حَدٍّ..

محض بر ذمه او ثابت شده و نیز کفالت کسی که کیفر حد قذف یا قصاص برعهده وی محرز شده است نزد ما جایز نیست، اما بعضی عقد کفالت در قصاص را جاری می‌دانند (طوسی، ۱۳۸۷: ج ۵: ۲۲۱)، درحالی که ایشان کفالت در امور مالی را تجویز کردند.

عده‌ای دیگر از صاحب‌نظران فقه شیعه چنین استدلال کرده‌اند: از آنجا که کفالت در حقوق الهی و احکام شرعی راه ندارد، در قصاص و حدود و سایر مجازات‌ها نیز معنا ندارد (آل کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲: ۲۴۲). هرگاه مالی بر ذمه شخص ثابت شده باشد، کفالت از او جایز است. بنابراین، کفالت فقط در قضایای مالی مشروع است (فیاض، بی تا: ج ۲: ۳۸۵) یا بیان شده است: ظاهر آن است همان‌گونه که کفالت در حدود صحیح و مشروع نیست، در قصاص نیز جایز نباشد؛ چرا که مجازات‌ها؛ اعم از حق الله و حق الناس، برحسب روایتی از امام باقر (ع) تحت‌عنوان حدود قرار دارند. زیرا پیامبر اکرم (ص) فرمود: حدود را با شبهات دفع کنید و شفاعت، کفالت و قسم در حدود راه ندارد^{۱۵} (حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۸: ۴۷؛ ح ۳۴۱۷۹؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۸: ج ۲: ۴۳۳)، بنابراین مطابق نهی پیامبر اکرم (ص) از تداول کفالت در حدود و از آنجا که عقوبت قصاص مشمول حدود است، کفالت در قصاص را نیز صحیح و جایز نمی‌دانیم؛ چون معیار در حدود بر اسقاط و تساهل راسخ است، لذا کفالت به سبب وثاقت و آرامش خاطر انجام می‌گیرد و به دلیل آنکه نمی‌توان بر کفیل در صورت نبود مکفول اعمال مجازات کرد، کفالت جعلی در قصاص رواج نمی‌یابد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۴: ج ۱: ۱۰۴؛ گلپایگانی، ۱۳۷۲: ج ۲: ۷۸).

۴. تحلیل و بررسی دیدگاه‌ها

وجه اصلی اختلاف نظر میان آرای فقها، شمول یا عدم شمول واژه حد در خصوص مجازات قصاص است و مرجع این نزاع آن است که آیا حد به معنای مجازات معین و اصطلاحی است یا به معنای مطلق مجازات استعمال شده است؟ مخالفان شمول قاعده راجع به قصاص، حد را در معنای خاص و منصرف به حق الله دانسته و قصاص را در زمره حدود به شمار نمی‌آورند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ج ۱۴: ۳۲۵) اما در مقابل، طرفداران شمول قاعده «لا کفالة فی الحد» درباره قصاص بر این باورند که کلمه حد، قصاص را نیز در بر می‌گیرد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۴: ج ۱: ۱۱). به عقیده گروه نخست، مجازات حدی عموماً بر اثر توبه ساقط می‌شود؛ اما توبه در سقوط قصاص اثری ندارد، مگر آنکه مورد عفو صاحب حق قرار گیرد. درحالی که طرفداران شمول قاعده نسبت به قصاص بر مبنای آیه ۱۹۴ سوره بقره^{۱۶} قصاص را نوعی اجرای عدالت می‌دانند و قصاص را به سبب آنکه عقوبتی معین از سوی شارع تعیین شده است، ملحق به حدود دانسته‌اند. صاحب حق قصاص هنگامی که قتل نفسی صورت پذیرفته

^{۱۵} مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص): «ادْرُؤُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ وَ لَا سَفَاعَةَ وَ لَا كِفَالََةَ وَ لَا يَمِينٌ فِي حَدٍّ».

^{۱۶} الشُّهُرُ الْحَرَامُ بِالشُّهُرِ الْحَرَامِ وَ الْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَ اتَّقُوا اللَّهَ وَ اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ.

باشد، در اجرا یا عدم اجرای مجازات نقش دارد، به گونه‌ای که می‌تواند مجرم را عفو و از قصاص او در گذرد یا عوض از آن مال دریافت کند و این مسئله فی نفسه منافاتی با حد بودن قصاص ندارد؛ منتها در خصوصیت و کیفیت حق عفو تابع نصوص هستیم، همانند حدود که مطابق نصوص می‌تواند قابلیت عفو داشته باشد و حاکم در اثر اقرار مجرم، او را عفو کند. در نتیجه، عفو ولی دم در قصاص و نیز تبدیل قصاص به دیه (که از مصادیق عفو است) یا عفو حاکم در حدودی که با اقرار ثابت شده است، براساس قرارداد شرع و حکم شارع است (سیفی مازندرانی، ۱۳۹۸/۱۲/۲۰). از سوی دیگر، بعضی قصاص را دارای هر دو جنبه حق الله و حق الناس دانسته و معتقدند که جنبه حق الناس در آن غالب است (طوسی، ۱۳۸۷: ۷؛ ج ۲۴۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴؛ ج ۱۶۸) و نیز برخی آن را با استناد به حدیثی از امام صادق (ع)^{۱۷} (حر عاملی، ۱۴۱۶: ۲۹؛ ج ۸۰: ۳۵۲۰۰) که از قصاص به عنوان حق الناس تعبیر شده، قصاص را در زمره حق الناس محض تلقی کرده‌اند (نجفی، بی تا: ج ۴۱: ۵۹۶). از این رو، با التفات بر آنکه مبنای کفالت اختیاری در قصاص، بر موضوع حقوق الهی و مردم استوار است، بایسته است که به اختصار راجع به ماهیت و خصوصیت حق الله و حق الناس بپردازیم.

۴-۱. تمایزات حق الله و حق الناس

ملاک در حق الله، بر تخفیف و مسامحه و در حق الناس، مبتنی بر احتیاط است (طوسی، ۱۳۸۷: ۸؛ ج ۱۶۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴؛ ج ۱۳۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۴؛ ج ۳۹۶؛ مقدس اردبیلی، بی تا: ج ۱۳: ۲۹۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۵؛ ج ۲۵۸؛ فیض کاشانی، بی تا: ج ۲: ۷۱۰؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۰؛ ج ۳۷۴؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵: ۱۰۸؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹: ۱؛ ج ۱۸۳).

۴. اجرای حکم در جرایم حق الناس منوط به درخواست صاحب حق است، برخلاف کیفر حق الله که در صورت علم، اقامه آن بر حاکم واجب است (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵؛ ج ۳۱۱؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۰؛ ج ۴۲۱؛ خمینی، ۱۳۹۲: ۲؛ ج ۵۰۱؛ منتظری، ۱۴۰۹: ۲؛ ج ۲۰۱). از سوی، روایت صحیحی از زراره نقل شده است که امام صادق (ع) فرمود: اگر شخصی ادعای خویش را بدون اقامه بیینه مطرح کند باید سوگند بخورد یا آن را به صاحب حق رد کند، پس اگر چنین نکند حقی برای او نیست^{۱۸} (حر عاملی، ۱۴۱۶: ۲۷؛ ج ۲۴۱، ح ۳۳۶۸؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۸؛ ج ۲۱۵). از سوی دیگر، براساس آیه شریفه ۳۳ سوره اسراء: «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا» حق عفو (توسط قاضی)

^{۱۷} مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ... عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِتَّانٍ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) يَقُولُ: «فِي رَجُلٍ قَتَلَ امْرَأَتَهُ مُتَعَمِّدًا قَالَ إِنْ شَاءَ أَهْلُهَا أَنْ يَقْتُلُوهُ قَتَلُوهُ وَ يُؤَدُّوا إِلَى أَهْلِهِ نِصْفَ الدِّيَةِ وَ إِنْ شَاءُوا أَخَذُوا نِصْفَ الدِّيَةِ خَمْسَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ وَ قَالَ فِي امْرَأَةٍ قَتَلَتْ زَوْجَهَا مُتَعَمِّدَةً قَالَ إِنْ شَاءَ أَهْلُهُ أَنْ يَقْتُلُوهَا قَتَلُوهَا وَ لَيْسَ يَجْنِي أَحَدٌ أَكْثَرَ مِنْ جَنَابَتِهِ عَلَى نَفْسِهِ.»

^{۱۸} وَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى... عَنْ عُبَيْدِ بْنِ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع): «فِي الرَّجُلِ يَدْعِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَ لَا بَيِّنَةَ لِلْمُدْعَى قَالَ يَسْتَحْلِفُ أَوْ يَزُدُّ الْيَمِينَ عَلَى صَاحِبِ الْحَقِّ فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَلَا حَقَّ لَهُ.»

فقط در جرایم حق الله امکان پذیر است، بلکه در حق الناس جواز عفو در سلطه و اختیار ولی دم نهاده شده است (طباطبایی، ۱۴۱۸: ج ۱۵: ۴۶۰).

۵. از تمایزات دیگر حق الله و حق الناس که می توان مطرح کرد آن است که در حق الناس برخلاف حق الله، شفاعت و کفالت و تأخیر پذیرفته است (نجفی، بی تا: ج ۴۱: ۳۹۶؛ حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۸: ۴۳-۴۲؛ حج ۳۴۱۶۸-۳۴۱۷۱: ۴۷؛ ح ۳۴۱۷۹: علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۷۲: ۶۸: ح ۷۲).

۶. روایتی از عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) نقل شده است که آن حضرت (ع) فرمود: هر کس عمداً مؤمنی را بکشد قصاص می شود، مگر اینکه اولیای مقتول در صورت تمایل جانی، به دیه رضایت دهند^{۱۹} (حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۹: ۵۳؛ ح ۳۵۱۳۱). در نتیجه، واضح است که در حق الناس مانند قصاص برخلاف حق الله مصالحه میان ولی دم مقتول و قاتل حتی مضاعف بر مقدار دیه جایز است و حاصل آن اسقاط حق قصاص است (طوسی، ۱۴۰۰: ۷۳۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۴: ۲۲۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ج ۳: ۶۲۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ج ۱۵: ۲۲۴؛ خمینی، ۱۳۹۲: ج ۲: ۵۷۰).

بنابراین، باتوجه بر آنکه حق الناس مبتنی بر احتیاط است، اموری همچون تأخیر در اجرای مجازات و نیز کفالت جریان می یابد و بر مبنای حدیث عبدالله بن سنان، که حق قصاص را حقی بر اولیای دم دانسته است، با جایگزینی دیه در مقابل حق اولیای دم بر قتل نفس، حق قصاص را اسقاط شدنی می دانند.

۴-۲. ایراد عدم توانایی کفیل در احضار مکفول

با تتبع در مستندات هر دو دیدگاه در می یابیم که بسیاری از فقها قائل به عدم شمول قاعده «لا کفاله فی الحد» در خصوص قصاص شده و حد را در معنای خاص در مقابل عقوبت قصاص به کار برده اند (چنان که ممکن است وجه عدم شمول این قاعده نسبت به قصاص، خروج آن از عموم «لا کفاله فی الحد» باشد). متفکران شیعه در متون فقهی کتابی مستقل به قصاص اختصاص داده و آن را در زمره حق الناس قلمداد کرده اند؛ بدین نحو است که منشأ اختلاف میان حق الله و حق الناس آشکار می شود. اما انگیزه دیگری که قائلان به عدم صحت کفالت اختیاری در قصاص بدان تصریح کرده اند آن است که: قصاص همانند حدود الهی در صورتی که کفیل بنابر جهاتی قادر به احضار و تسلیم مکفول نباشد، نمی توان او را به امر غیر مقدور ملزم کرد؛ چرا که تکلیف به ما لایطاق عقلاً قبیح و شرعاً ممنوع است (طوسی، ۱۴۰۰: ۶۱) و از سوی دیگر نیز بر اساس قاعده وزر (اصل شخصی بودن مجازات ها) اعمال مجازات بر کفیل امکان پذیر نخواهد بود (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۵۸).

^{۱۹} مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ... عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَنَانَ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) يَقُولُ: مَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا قِيدَ مِنْهُ إِلَّا أَنْ يَرْضَى أَوْلِيَاءَ الْمُقْتُولِ أَنْ يَقْبَلُوا الدِّيَةَ فَإِنْ رَضُوا بِالْأُيُومِ وَ أَحَبَّ ذَلِكَ الْقَاتِلُ فَالْأُيُومُ الْخَدِيثُ.

۴-۳. مستندات جواز کفالت اختیاری در مجازات قصاص

در پاسخ ایراد پیش گفته می‌توان گفت: از آنجاکه یکی از موارد تباین حق الله با حق الناس جواز مصالحه در حق الناس است، بنابراین می‌توان کفیل را بر امر مقدور؛ یعنی پرداخت بدل ملزم کرد و نیز میان فقها اختلاف نظری نیست که مکفول له حق ندارد از پذیرش بدل خودداری کند (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ج ۲: ۷۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۲: ۹۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ج ۱: ۴۰۳).

ضمن این که فرض این است که مکفول له با توجه به این حکم شرعی به این کفالت تن داده‌است. بنا بر این در صورت عدم توانایی کفیل از احضار، مکفول له به نوعی اقدام به پذیرش بدل کرده‌است. از این رو، با بررسی صورت گرفته آنچه به نظر می‌رسد این است که دیدگاه عدم شمول؛ یعنی جواز کفالت در قصاص بیشتر درخور دفاع است، زیرا اولاً این نظریه با اصل تخفیف و تسهیل در مجازات در شریعت^{۲۰} (متقی، ۱۴۰۱: ج ۵: ۳۰۹؛ ح ۱۲۹۷۱) و نیز اصل شریعت سهله و سمحه سازگارتر است؛ چراکه پذیرش قرارداد کفالت در قصاص موجب عدم حبس مکفول حداقل برای مدتی می‌شود که این به نوبه خود نوعی تخفیف و تسهیل نسبت به شخص مکفول است. از طرفی، زندان بدون شک برای جانی مستحق قصاص مجازاتی مضاعف است که این امر در صورت عدم ضرورت ممنوع است، چنان که این مجازات اضافه با اصل خلاف قاعده بودن کیفر نیز سازگاری ندارد، مگر آنکه دلیلی بر لزوم آن اقامه شود که با اثبات کفالت اختیاری در قصاص چنین دلیلی منتفی است؛ ثانیاً در فرض شک، اصول لفظی؛ یعنی اطلاعات و عمومات باب عقود و قراردادها حاکم خواهد بود. بدین جهت، کفالت جعلی در قصاص از دو جهت مبنی بر اطلاعات است که یکی از جهات، اطلاعات باب کفالت و دیگری، اطلاعات باب قراردادهاست. از این نظر، عموماتی چون حدیث «المؤمنون عند شروطهم»^{۲۱} (حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۱۸: ۱۶؛ ح ۲۳۰۴۱) اینجا جاری خواهد بود، اما محل بحث این است که میان فقها در معنا و شمول عبارت شروطهم در خصوص شروط ضمنی و نیز الزام و التزام ابتدائیه اختلاف نظر است. شروط، جمع مضاف شرط است و افاده عموم می‌کند. بنابراین اگر شرط را به معنای شرط ضمنی و تابع عقدی بدانیم، کفالت که از جمله عقود است را در بر نمی‌گیرد (انصاری، بی تا: ج ۵: ۲۱)، اما اگر شرط را اعم از الزام ضمنی و شرط ابتدائیه بدانیم، در این صورت خود عقد را هم که الزامی ابتدایی است شامل می‌شود (انصاری، بی تا: ج ۶: ۱۱) و بدین معناست که مؤمنان موظف‌اند بر شروط خود راسخ و پابرجا باشند. با اعتنا بر اینکه حدود از دایره کفالت به دلیل وجود نص خارج شده‌است اما کفالت

^{۲۰} اذرووا الحدود... فإن الإمام لأن يخطئ في العقوبه خير من أن يخطئ في العقوبة.

^{۲۱} و يناديه عن الحسين بن سعيد... عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) قال: المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز.

در قصاص همچنان باقی است و نیز اطلاق دیگر، آیه شریفه «أوفوا بالعقود»^{۲۲} (مائده: ۱) است که هم عموم آن و هم اطلاقش نسبت به همه افراد عقود، نظیر قرارداد کفالت در قصاص شمولیت دارد. افزون بر آن، در راستای اثبات این موضوع می‌توان به قیاس معتبر همانند قیاس اولویت نیز استناد کرد؛ با این توضیح که: جواز کفالت در اموال که از اهمیت کمتری برخوردار است مستلزم آن است که جواز کفالت در قصاص که به نفوس مرتبط است به طریق اولی مجاز باشد. قیاس اولویت هم چنان که در جای خودش ثابت است در زمره قیاس‌های قطعی قرار می‌گیرد و از حوزه قیاسات ظنی غیرمعتبر خارج است (قمی، بی‌تا: ج ۱: ۴۷۱).

شایان ذکر است که قیاس اولویت، که با عناوین «فحوی الخطاب» و «مفهوم موافق» نیز از آن یاد می‌شود (قمی، بی‌تا: ۱۷۱، مظفر، ۱۳۷۰: ج ۳: ۱۶۲) از مصادیق ظواهر به شمار می‌رود و حجیت آن از این ناحیه است، نه از حیث قیاس بودن تا استثنایی باشد از عموم نهی از قیاس (مظفر، ۱۳۷۰: ج ۳: ۱۰۳).

ممکن است ایراد شود که مورد بحث از نظر صغروی نمی‌تواند مصداق مفهوم موافق باشد اما ظاهراً می‌توان پاسخ داد که این اولویت صادق است، زیرا کفالت در قصاص به حوزه نفوس مرتبط است که نزد شارع نسبت به اموال از اولویت و اهمیت بیشتری برخوردار است. در نتیجه، می‌توان آن را در صغرای حجیت مفهوم موافق (مشهور به قیاس اولویت) گنجانید.

وانگهی، حداقل می‌تواند به‌عنوان مؤید عمومات و اطلاقات یادشده مورد استناد قرار گیرد و نیز به‌نوعی جبران ضعف روایاتی باشد که استناد شده‌است، اگر بر فرض از منظر کسانی در آن روایات تردیدی باشد.

از سوی دیگر، به سبب آنکه نزد افراد جامعه مجازات حبس و سالب آزادی، به لحاظ عرفی و روانی کیفری بسیار سنگین و تحمل‌نشدنی است، می‌تواند با هدف ارباب و انتباه اشخاص در جلوگیری از ارتکاب مجدد جرایم مؤثر باشد اما از جهات دیگر نیز موجب ورود صدمات و زیان‌های مخرب بسیاری به محکوم‌علیه و خانواده وی و جامعه می‌شود. براساس آمارها و مطالعات انجام‌شده، از لحاظ نظری و عملی (رضایی مقدم و سلطانی، ۱۳۹۷: ۴ و ۵) کیفر حبس با اشکالاتی جدی مواجه است و کارآمدی آن مورد تردید واقع شده‌است، از قبیل: خدشه‌دار شدن حیثیت اجتماعی افراد، جرم‌زاد بودن محیط زندان برای مجرمان مبتدی به سبب مواجهه و هم‌نشینی با خلاف‌کاران حرفه‌ای، تحت‌تأثیر قرارگرفتن بنیان خانواده و بروز مشکلات معیشتی و اقتصادی ناشی از زندانی کردن سرپرست خانواده و تعارض آن با اصل شخصی بودن مجازات‌ها، تحمیل هزینه‌های سرسام‌آور نگهداری زندانیان برای بیت‌المال و درگیری دستگاه‌های قضایی، برخی از ایراداتی است که خود می‌تواند علت ثانویه بروز جرایم باشد. لذا هرچند که تمام مجازات‌ها این تبعات را به‌همراه دارد، ولی بدون شک از منظر شرع، عقلا و عرف نیز

^{۲۲} قوله تعالی: «یا ایها الذین آمنوا أوفوا بالعقود أجلت لکم بهیمه الأتعان إلا ما یتلی علیکم غیر مجلی الصید و أنتم حرّم إن الله یحکم ما یرید.»

باید تا جایی که امکان دارد از این تبعات کاسته شود. از این رو، ناکامی و شکست زندان در توفیق به اهداف پیشگیرانه و بازدارنده زمینه تشدید بحران تورم جمعیت کیفری را فراهم کرده است. در نتیجه، نظام‌های حقوقی مختلف درصدد چاره‌اندیشی به قصد تقلیل مجازات حبس هستند. بدین جهت نیز قانونگذار برای اولین بار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ فصلی مستقل را به مجازات‌های جایگزین حبس اختصاص داده و آن‌ها را احصا کرده است.^{۲۳} لذا با ورود نظام نیمه‌آزادی، حبس خانگی و حبس‌های الکترونیکی در نظام کیفری ایران بدهی است که از سوی قانونگذار برای به حداقل رساندن مجازات حبس تدبیری صورت گرفته است (زارعی، ۱۳۹۷: ۲۰-۲۱؛ رضایی مقدم و سلطانی، ۱۳۹۷: ۳-۵). در نتیجه، تقلیل حبس و کیفر از مواردی است که عقلاً بما هم عقلاً آن را حسن دانسته و به دنبال تحقق آن هستند و این امر با سنت شارع به عنوان رئیس عقلا، که مبنی بر تقلیل و حتی الامکان عدم تحقق عقوبت است، سازگاری دارد. از شواهد، بلکه از دلایل آن سخت‌گیری شارع در اثبات جرایم موجب حدود و ... است (حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲: ۹۴ و ۹۵: ح ۳۴۳۰۵). از این گذشته، بر اساس آیات قرآن و روایات که به برخی اشاره شد، قصاص حقی است که ولی دم (در قصاص نفس، یا مجنی‌علیه در قصاص عضو) بر آن مسلط است و حتی حق دارد به‌طور کلی آن را اسقاط کند. به بیان دیگر، قصاص، حکم نیست تا صاحب آن بر آن مسلط نباشد، بلکه حق است؛ در نتیجه همان‌طور که می‌تواند بدون هیچ قید یا شرطی آن را اسقاط کند، به طریق اولی با پذیرش کفالت در مجازات قصاص، از سوی اولیای دم یا مجنی‌علیه می‌تواند آن را به تأخیر اندازد. بنابراین با توجه به مجموع این ادله و مؤیدات می‌توان به خوبی از دیدگاه جواز کفالت جعلی و اختیاری در مجازات قصاص دفاع کرد. البته بر مبنای بند پ ماده ۲۳۸ قانون آیین دادرسی کیفری در مواردی که جانی خاص است و آزادی وی موجب سلب امنیت عمومی و احتمال ارتکاب مجدد جرم از سوی وی وجود دارد، چنین حالتی از موارد استثنایی است که تشخیص آن با محاکم قضایی خواهد بود.^{۲۴}

۵. حقوق کیفری

قوانین جمهوری اسلامی ایران؛ اعم از قانون مدنی، قانون مجازات اسلامی، آیین دادرسی کیفری، آیین دادرسی مدنی و ... درباره صحت یا بطلان کفالت اختیاری در قصاص مقام سکوت را اتخاذ کرده است، اما قانونگذار به صورت ضمنی در ماده ۴۳۴ قانون مجازات اسلامی^{۲۵} مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ و ماده ۷۴۵ قانون مدنی^{۲۶} مصوب ۱۳۱۴/۱/۲۰ به کفالت قهری فراری‌دهنده نسبت به مجرم

^{۲۳}. رک: ماده ۶۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱.

^{۲۴}. رک: ماده ۲۳۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۴/۳/۲۴.

^{۲۵}. رک: ماده ۴۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱.

^{۲۶}. رک: ماده ۷۴۵ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴/۱/۲۰.

پرداخته است. بنابراین می‌توان گفت که مضمون این مواد با کفالت قهری مطرح شده در فقه سازگاری دارد.

باتوجه به آنکه پیشینه تقنینی ماده ۴۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ به ماده ۲۷ ۲۶۷ مصوب ۱۳۷۰/۹/۷ باز می‌گردد؛ از این رو ماده ۴۳۴ در خصوص وضعیت «فراری دهنده قاتل» و دیگر جنایات مصرحه وضع شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ج ۴: ۲۷۷۵-۲۷۷۶). از این جهت در این ماده بازداشت شخص فراری دهنده به منزله بازداشت شخص کفیل است. چنانچه شخصی قاتلی را که محکوم به قصاص است فراری دهد این حالت در فرض مرگ قاتل پیش از تحویل اوست و فراری دهنده را باید ضامن دیه مقتول دانست (آقایی‌نیا، ۱۳۸۷: ۱۶۹). همچنین این ماده را باید محدود به فراری دادن محکومان دانست و متهمان را در بر نمی‌گیرد. از این رو باتوجه به سه عنصر؛ یعنی مباشرت در فراری دادن، فراری دادن محکوم به قصاص، ازسوی هرکسی و در صورت احراز این سه شرط، مسئولیت فراری دهندگان مشمول این ماده را باید به طور تساوی دانست (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۴: ۲۰۳-۲۰۲). لذا بر مبنای نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه مقررات این ماده حکم خاص شرعی است که از مقررات آیین دادرسی کیفری در مورد بازداشت موقت، تبعیت نمی‌کند.^{۲۸}

حقوق دانان عقیده دارند ماده ۷۴۵ قانون مدنی علاوه بر حقوق خصوصی و امور مدنی، در حقوق عمومی نیز دارای مصادیقی است، از جمله در مواردی که زندانیان یا مأمور اجرا باعث فرار متهم می‌شود این ماده مصادیق فراوان دارد. تعهد کفیل در این ماده ریشه قراردادی ندارد و قانون آن را برعهده شخص نهاده و به همین مناسبت، وی کفیل حکمی یا قهری نامیده می‌شود. در توجیه این مسئولیت می‌توان گفت: چون فراری دهنده بدین وسیله سبب ورود خسارت به دیگری شده است، با استناد به قاعده لاضرر باید از عهده جبران خسارت بر آید (حائری شهاباغ، ۱۳۸۲: ج ۲: ۶۵۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۳۸۸؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱: ج ۲: ۲۱۶).

ازسوی دیگر، در ماده ۲۱۷ آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۴/۳/۲۴، قرار کفالت به عنوان یکی از قرارهای تأمین به صورت انحصاری احصا شده است (خالقی، ۱۳۹۶: ۲۳۰) و بازپرس به منظور دسترسی به متهم و حضور به موقع وی یا جلوگیری از فرار یا مخفی شدن وی، قرار اخذ کفیل با تعیین وجه الکفاله را صادر می‌کند. از این رو، بر طبق ماده ۲۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری کفالت شخصی پذیرفته می‌شود که ملائت او به تشخیص بازپرس برای پرداخت وجه الکفاله محل تردید نباشد. چنانچه بازپرس ملائت کفیل را احراز نکند، مراتب را فوری به نظر دادستان می‌رساند. دادستان موظف است

^{۲۷} ماده ۲۶۷ مصوب ۱۳۷۰/۹/۷ بیان می‌دارد: «هرگاه شخص یا اشخاصی محکوم به قصاص را رهایی دهند موظف به تحویل دادن وی هستند و هرگاه به تشخیص قاضی رسیدگی کننده، در انجام وظیفه کوتاهی نماید و حبس وی مؤثر در الزام یا احضار باشد، تا زمان معرفی محکوم حبس می‌گردد. تبصره- چنانچه قاتل قبل از تحویل بمیرد یا به نحو دیگری تحویل وی متعذر شود فرد فراری دهنده ضامن دیه مقتول است.»

^{۲۸} نظریه مشورت اداره کل حقوقی قوه قضاییه، شماره ۲۶۵/۱۴۰۲/۷ مورخ ۲۶/۰۴/۱۴۰۲

در همان روز، رسیدگی و در این باره اظهار نظر کند. تشخیص دادستان برای بازپرس الزامی است. در صورت تأیید نظر بازپرس توسط دادستان، مراتب در پرونده درج می‌شود. با توجه به اینکه مطابق تبصره ماده ۲۲۱، پذیرش کفالت اشخاص حقوقی بلامانع است؛ بنابراین قبول کفالت اشخاص حقوقی که تعهد حاضر کردن متهم و پرداخت وجه الکفاله در صورت حاضر نکردن وی را بر عهده گرفته باشند، با رعایت شرایط قانونی بلامانع است؛ اما قبول کفالت اشخاص حقوقی؛ از جمله شرکت‌های بیمه، به صرف اعلام آمادگی برای پرداخت وجه الکفاله بدون تعهد حاضر کردن متهم نزد مرجع قضایی، خلاف مقررات فوق می‌باشد.^{۲۹} لذا از سوی دیگر در بند «الف» ماده ۲۳۷ همین قانون، قانونگذار درباره جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات، حبس ابد و ... است، در صورتی که دلایل و قراین و امارات کافی بر توجه اتهام به متهم دلالت کند و نیز بر اساس ماده ۲۳۸ این قانون، در صورتی که رها بودن متهم سبب بیم از بین رفتن آثار و ادله جرم یا تبانی یا فرار و مخفی شدن او باشد، صدور قرار بازداشت موقت را جایز می‌داند. قرارهای تأمین کیفری را باید نوعی قرار محدودکننده آزادی متهم تلقی کرد که وسیله ای برای تضمین حضور متهم در مراحل تحقیقات، رسیدگی و اجرای حکم است (خالقی، ۱۳۹۶: ۲۲۷). بنابراین به نظر می‌رسد قرار کفالتی که در آیین دادرسی کیفری از آن سخن به میان آمده و از سوی بازپرس برای تکمیل تحقیقات و رسیدگی قضایی صادر می‌شود با عقد کفالت که در مباحث فقهی مطرح شده و میان صاحبان حق و جانی یا متهم جریان دارد، متفاوت است.

البته می‌توان برای اثبات جریان کفالت اختیاری در قصاص به اصل ۱۶۷ قانون اساسی^{۳۰} استناد کرد اما لازم به ذکر است که برخی از حقوق دانان کیفری به دلیل وجود اصل قانونی بودن جرم و مجازات، حقوق کیفری را از قلمرو اصل ۱۶۷ قانون اساسی خارج می‌دانند (گلدوزیان، ۱۳۹۷: ۱۷۱؛ محقق داماد، ۱۴۰۶: ج ۴: ۳۸؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۶)، در عین حال این نگرش از محل بحث ما خارج است؛ زیرا کفالت در قصاص مجازات نیست که آن را مغایر با اصل قانونی بودن جرم و مجازات بدانیم، بلکه در واقعیت نوعی تخفیف در قرار تأمین است.

همچنین بر مبنای ماده ۴۲۹ قانون مجازات اسلامی^{۳۱} مصوب ۱۳۹۲/۲/۱، در مواردی که محکوم به قصاص در زندان است، اجرای قصاص تا زمانی که فاضل دیه از سوی اولیای دم پرداخت نشود امکان پذیر نخواهد بود و در فرضی که برخی از اولیای دم صغیر بوده و نیز اولیای دم کبیر گذشت کرده باشند، از آنجا که صدور حکم تا زمان بلوغ اولیای دم صغیر باید به تأخیر بیفتد، در این شرایط امکان آزاد کردن متهم یا محکوم علیه از طریق اخذ قرار تأمین مناسب وجود دارد یا در صورت نگهداری

^{۲۹} نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه، شماره ۲۴۵/۱۴۰۲/۷ مورخ ۱۴۰۲/۰۹/۰۸

^{۳۰} قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کند و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

^{۳۱} رک: ماده ۴۲۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱.

او در زندان تا پرداخت دیه، به نظر دادگاه سپرده شده است (گلدوزیان، ۱۴۰۲: ۳۶۱). اما در خصوص وضعیتی که در آن ولی دم نه گذشت می کند و نه اجرای قصاص را تقاضا دارد، باید ضمن صدور اخطاریه، از اولیای دم تقاضا شود که در مدتی معین به واحد اجرای احکام مراجعه و درخواست اجرای قصاص را تقدیم کنند، وگرنه قرار فک بازداشت صادر می شود (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۴: ۱۹۶). بنابراین بر مبنای نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه این ماده صرفاً جنبه نظارتی دارد و ناظر بر اخذ وثیقه و آزاد شدن محکوم به قصاص است و از سوی دیگر، تصمیم دادگاه مبنی بر آزادی محکوم قطعی است.^{۳۲} ضمن اینکه براساس ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر شده: «قراردادهای خصوصی در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». بدین سبب، قرارداد کفالت در قصاص نافذ خواهد بود؛ زیرا این قرارداد صراحتاً با هیچ قانونی مخالف نیست و نیز چنان که بحث شد با اصول و قواعد حاکم بر معاملات در فقه هیچ مخالفتی ندارد. هرچند ممکن است اشکال شود که این مورد نوعی قرار تأمین است و از ماده ۱۰ خروج موضوعی دارد، اما ظاهراً می توان پاسخ داد که مورد، برقراری عقد کفالت میان صاحب حق و متعهد است. لذا استناد به ماده ۱۰ ظاهراً خالی از اشکال خواهد بود.

نتایج

از مطالب پیش گفته نتایج ذیل حاصل می شود:

۱. بررسی انجام گرفته در خصوص جریان قرارداد کفالت در مرافعات راجع به مجازات قصاص مبتنی بر این امر است که چنانچه به دنبال توافق و پذیرش اولیای دم یا مجنی علیه با درخواست معرفی کفیل از سوی متهمان و محکومان به قصاص انجام شود؛ با عنایت بر اجماع فقها بر مشروعیت عقد کفالت و آنکه قصاص را در زمره حق الناس دانسته اند و نیز اختیاراتی نظیر حق اسقاط، امکان مصالحه و... برای صاحبان حق قصاص وجود دارد، می توان گفت کفالت اختیاری در مجازات قصاص نزد صاحب نظران فقهی و حقوقی از مشروعیت برخوردار است.
۲. بعضی از فقهای امامیه با استناد به قاعده وزر (اصل شخصی بودن مجازات) و نیز قاعده «لا کفالة فی الحد»، کیفر قصاص را در زمره حدود دانسته و معتقدند: تداول عقد کفالت در قصاص همانند حدود جایز نیست. استناد مخالفان کفالت در قصاص چنان که از برخی عبارات نیز آشکار است بدین شرح است که هرچند اصطلاح حد در ادبیات فقهی متأخران و معاصران محدود به حد اصطلاحی؛ یعنی مجازات های مقدر است، اما نظر درخور دفاع از دیدگاه آنان عدم ثبوت حقیقت شرعی برای حد در خصوص این معناست و در حقیقت، مفاد حد در ادبیات معاصر صدور روایات، مطلق مجازات است؛ یعنی اعم از مجازات مقدر و غیرمقدر (تعزیرات) و اعم از حدود اصطلاحی و قصاص. براین اساس، حدیث «لا کفالة فی حد» قصاص را نیز در بر می گیرد.

^{۳۲}. نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه، به شماره ۷/۱۴۰۲/۱۸۵، مورخ ۱۴۰۲/۸/۳.

۳. اساس شریعت اسلام بر سهله و سمحه و تسهیل در مجازات است؛ از این رو تقلیل مجازات حبس موافق با سنت شارع به عنوان رئیس عقلاست. براساس آیات قرآن کریم و روایات معصومان (ع) قصاص حقی است برای صاحبان آن که به طور کامل بر آن مسلط هستند، لذا در صورتی که اولیای دم یا مجنی علیه درخواست کفالت از سوی متهم یا جانی را بپذیرند، تأخیر در اعمال مجازات قصاص امکان پذیر است.

۴. پذیرش امر کفالت اختیاری در قصاص افزون بر کاهش اجرای مجازات حبس در خصوص متهم یا محکوم برای گریختن احتمالی آنان می تواند تدبیری به منظور حفظ بودجه عمومی کشور به سبب هزینه های فراوان حبس، تقلیل میزان اجرای مجازات بازداشت موقت و حبس و نیز کاهش درگیری نهادهای قضایی باشد. از طرفی، این امر سبب می شود تا آسیب های روانی و اجتماعی زیان بار، که در اثر مجازات بازداشت موقت و حبس بر شخص و خانواده او و جامعه وارد می شود، را به طور چشم گیری کاهش دهد.

۵. باتوجه به ادله و مؤیدات پیش گفته؛ یعنی عمومات و اطلاقات باب قراردادها، اجماع فقها و حداقل شهرت محقق نیز حق (و نه حکم) بودن قصاص، اطلاق ماده ۱۰ قانون مدنی و همچنین فقدان دلیلی خاص بر عدم جواز قرارداد کفالت در قصاص، این قرارداد از منظر فقه و حقوق از مشروعیت کامل برخوردار است و جواز فقهی و قانونی آن کاملاً درخور دفاع است.

منابع

- قرآن کریم. (۱۳۸۶). ترجمه ناصر مکارم شیرازی. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- آقای نیا، حسین. (۱۳۸۷). حقوق کیفری اختصاصی جرایم علیه اشخاص (جنایات). چاپ چهارم. تهران: میزان.
- آل کاشف الغطاء، محمدحسین. (۱۴۲۲). تحریر المجله. قم: مرکز تحقیقات و الدراسات العلمیه.
- ابن ادريس، محمد بن احمد. (۱۴۱۰). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- ابن بابویه، محمد بن علی. (بی تا). کتاب من لایحضره الفقیه. بیروت: الأعلمی.
- ابن حمزه، محمد بن علی. (۱۴۰۸). الوسيلة إلى نيل الفضيلة. قم: مكتبة آیت الله العظمی المرعشی النجفی (ره).
- ابن فارس، احمد بن فارس. (۱۴۰۴). معجم مقانیس اللغة. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- اردبیلی، محمد علی. (۱۴۰۳). حقوق جزای عمومی. چاپ پنجم. تهران: میزان.
- امامی، حسن. (۱۳۸۷). حقوق مدنی. چاپ بیستم. تهران: اسلامیه.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. (بی تا). مکاسب. تراث الشیخ الأعظم.
- بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۳۶۳). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸). عقد کفالت. چاپ سوم. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. چاپ اول. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- _____ (۱۳۸۲). مجموعه محشی قانون مدنی. چاپ دوم. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جمعی از پژوهشگران. (۱۴۲۳). موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت علیهم السلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).
- جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰). الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربیة. چاپ اول. بیروت: دار العلم.
- حائری شاهباغ، علی. (۱۳۸۲). شرح قانون مدنی. چاپ دوم. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۲). هداية الأمة إلى احکام الأئمة علیهم السلام. مشهد: آستانة الرضویة المقدسة.

- _____ (۱۴۱۶). تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة. قم: آل‌البتیت (ع).
- حسینی شیرازی، محمد. (۱۴۰۹). الفقه. چاپ دوم. بیروت: دارالعلوم.
- حسینی عاملی، محمدجوادبن محمد. (۱۴۱۹). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- خالقی، علی. آیین دادرسی کیفری. (۱۳۹۶). چاپ‌سی و چهارم. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- خمینی، روح‌الله. (۱۳۹۲). تحریر الوسيلة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲). مفردات الفاظ القرآن. چاپ اول. بیروت: دار القلم.
- رضایی مقدم، مهدی؛ سلطانی، محمدرضا. (۱۳۹۷). کارکردهای جایگزین حبس در کاهش جمعیت کیفری زندان‌های کشور. چاپ اول. تهران: قانون بار.
- زارعی، جواد. (۱۳۹۷). مجازات‌های جایگزین حبس در حقوق کیفری. تهران: آفتاب گیتی.
- سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۴۱۸). نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء. قم: امام صادق (ع).
- سبزواری، عبدالاعلی. (۱۴۱۳). مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام. قم: سید عبدالاعلی سبزواری.
- _____ (بی تا). جامع الأحكام الشرعیة. قم: المنار.
- سلار دیلمی، حمزة بن عبدالعزیز. (۱۴۰۴). المراسم العلویة و الأحكام النبویة. قم: منشورات الحرمین.
- سیفی مازندرانی، علی اکبر. ۱۳۹۸/۱۲/۲۰. درس خارج فقه.
- شمس‌الائمہ سرخسی، محمد بن احمد. (۱۴۱۴). المیسوط. بیروت: دار المعرفة.
- شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۳۰). موسوعة الشهید الأول. قم: مکتب الاعلام الاسلامی فی الحوزة العلمیة.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
- _____ (بی تا). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. بی جا: بی تا.
- طباطبایی، علی بن محمد. (۱۴۱۸). ریاض المسائل. قم: آل‌البتیت (ع).

- طباطبایی، محمد بن علی. (بی تا). المناهل. قم: آل البيت (ع) لإحياء التراث.
- طبرسی، فضل بن حسن. (بی تا). مجمع البیان فی تفسیر القرآن. بیروت: دار المعرفة.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المرتضویة.
- _____ (۱۴۰۰). الاقتصاد الیهادی إلى طریق الرشاد. تهران: مكتبة چهل ستون العامة و مدرستها.
- _____ (۱۴۰۰). النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الكتاب العربی.
- عبدالرحمن، محمود. (بی تا). معجم مصطلحات و الألفاظ الفقهیة. بی جا: بی نا.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰). ارشاد الأذهان الی احکام الإیمان. قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
- _____ (۱۴۱۳). قواعد الأحکام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
- _____ (۱۴۱۴). تذکرة الفقهاء: الطهارة إلى الجعالة. قم: آل البيت (ع).
- _____ (۱۴۲۰). تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة. قم: امام صادق (ع).
- علی بن ابی طالب (ع). (۱۳۷۲). نهج البلاغة. تدوین: محمد بن حسین شریف الرضی. تهران: بنیاد نهج البلاغة.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد. (۱۴۲۵). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله. قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار (ع).
- فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶). كشف اللثام عن قواعد الأحکام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
- فخر المحققین، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد. قم: اسماعیلیان.
- فیاض، محمد اسحاق. (بی تا). منهاج الصالحین. قم: مکتب سماحة آیت الله العظمی الحاج الشیخ محمد اسحاق الفیاض.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. (بی تا). مفاتیح الشرائع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره).
- قمی، ابوالقاسم. (بی تا). قوانین الأصول. بی جا: بی نا.
- قمی، علی بن محمد. (۱۳۷۹). جامع الخلاف و الوفاق بین الإمامیة و بین أئمة الحجاز و العراق. قم: زمینه سازان ظهور امام عصر (عج).
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸). عقود معین. تهران: بهنشر.

- _____ (۱۳۹۱). دوره مقدماتی حقوق مدنی. چاپ هفدهم. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- _____ (۱۳۹۷). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. چاپ صد و چهاردهم. تهران: گنج دانش.
- _____ (۱۳۹۸). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. چاپ پنجاه و هفتم. تهران: میزان.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷). الکافی. چاپ چهارم. تهران: دار الکتب الإسلامية.
- گلیایگانی، محمدرضا. (۱۳۷۲). الدر المنضود فی احکام الحدود. چاپ اول. قم: دار القرآن الکریم.
- گلدوزیان، ایرج. (۱۳۹۷). حقوق جزای عمومی ایران. چاپ شانزدهم. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- _____ (۱۴۰۲). محشای قانون مجازات اسلامی. چاپ دوازدهم. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- متقی، علی بن حسام الدین. (۱۴۰۱). کنز العمال فی سنن الأقوال و الأفعال. چاپ پنجم. بی جا: الرسالة.
- _____ (۱۴۰۹). کنز العمال فی سنن الأقوال و الأفعال. بیروت: مؤسسة الرسالة.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۳۷۶). المختصر النافع فی فقه الإمامیه. قم: مطبوعات دینی.
- _____ (۱۴۰۸). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان.
- محقق داماد، مصطفی. (۱۴۰۶). قواعد فقه. چاپ دوازدهم. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مرعشی، شهاب الدین. (۱۴۰۶). منهاج المؤمنین. قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
- مظفر، محمدرضا. (۱۳۷۰). اصول الفقه. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- مغنیه، محمد جواد. (۱۳۷۹). فقه الإمام جعفر الصادق. قم: انصاریان.
- مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۰). المقنعة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (بی تا). زبدة البیان فی احکام القرآن. تهران: مكتبة المرتضوية.
- _____ (بی تا). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان. قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۴). توضیح المسائل. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹). دراسات فی ولایة الفقهیة و فقه الدولة الاسلامیة. قم: نکر.

موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۲۴). فقه الحدود و التعزیرات. چاپ دوم. قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید.

موسوی بجنوردی، محمد. (۱۳۷۹). القواعد الفقهیة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

میرمحمد صادقی، حسین. (۱۳۹۴). حقوق کیفری اختصاصی. چاپ بیستم. تهران: میزان.

نجفی، محمدحسن بن باقر. (بی تا). جواهر الکلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۱۷). بحوث فی علم الأصول. قم: مرکز الغدیر للدراسات الإسلامية.

قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۴/۳/۲۴.

قانون اساسی مصوب ۱۳۶۸/۲/۷.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۹/۷ و ۱۳۹۲/۲/۱.

قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴/۱/۲۰.

