

نقدی بر ضمانت قهری کفیل «مقرر در ماده ۷۴۰ ق.م.م.»

تاریخ دریافت: ۹۱/۹/۲۹

تاریخ تأیید: ۹۲/۲/۲۶

محمد صالحی مازندرانی*

چکیده

کفالت در زمره عقود وثیقه‌ای است و به عقدی گفته می‌شود که به موجب آن یکی از طرفین در مقابل طرف دیگر، احضار شخص ثالثی را تعهد می‌کند. امروزه کفالت در امور مدنی کمتر مورد استفاده قرار می‌گیرد و در امور جزایی یکی از قرارهای تأمینی ماده ۱۳۲ قانون آیین دادرسی کیفری است که قاضی مکلف می‌باشد برای دسترسی به متهم، یکی از قرارهای ماده ۱۳۲ را صادر کند.

به موجب ماده ۷۴۰ قانون مدنی، در صورتی که کفیل نتواند مکفول را در زمان و مکانی که تعهد کرده است، حاضر نماید، باید از عهده حقی که بر عهده مکفول ثابت می‌شود، برآید. در ماده مذکور برای کفیل، ضمانت قهری نسبت به دین مکفول مقرر گردیده است و حال اینکه کفیل براساس ماده ۷۳۴ ق.م. فقط احضار مکفول را تعهد کرده است. پرسش اینکه آیا مفاد ماده ۷۴۰ ق.م. بر عموم خود باقی است و در همه مواردی که کفیل به جهاتی نتواند به تعهد خویش عمل کند، قابلیت جریان دارد؟ در این نوشتار خواهیم گفت عمومیت ماده ۷۴۰ ق.م. با اصول و قواعد فقهی و نظر قریب به اتفاق فقیهان، مغایر است.

واژگان کلیدی: کفیل، کفالت، مکفول، مکفول به، مکفول له.

* استادیار دانشکده حقوق خصوصی دانشگاه قم (salehimazandarani@yahoo.com).

مقدمه

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

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

در ماده ۷ قانون مذکور آمده است:

... کلیه قوانین و مقررات مغایر با آن از جمله قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۵۱ و قانون منع توقیف اشخاص در قبال عدم انجام تعهد و الزامات مالی مصوب ۱۳۵۱ لغو می‌گردد.

بدین ترتیب مقررات قانون مدنی در باب کفالت را می‌توان در دعاوی مدنی و کیفری به کار بست (نویسن، ۱۳۷۸، ص ۱۶۵).

در این مقاله پس از بیان مفهوم و ماهیت کفالت، ادله و انظار فقیهان در تحلیل مبنای ماده ۷۴۰ ق.م. مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. مفهوم و ماهیت کفالت

۱-۱. مفهوم کفالت

کفالت در لغت عرب، اسم مصدر از «کفل»، «یکفل» به معنای ضمان آمده است و در فارسی به معنای عهده‌داری، سرپرستی و نگهداری به کار می‌رود؛ بنابراین عهده‌گرفتن کاری به جای کسی است (معین، ۱۳۷۵، ج ۳، ص ۱۰۱۲). کفالت به امور مالی اختصاص ندارد، بلکه شامل مسائل کیفری و دعاوی غیرمالی همچون دعوی زوجیت نیز می‌گردد.

متعهد کفالت را کفیل (کافل، ضامن، زعیم، حمیل و قبیل)، متعهدله را مکفولله و شخص ثالث را مکفول و مکفول عنه گویند. همچنین، بازپرس در امور کیفری مکفولله است.

کفالت در اصطلاح کیفری عقدی است که به موجب آن شخص ثالثی به نام کفیل حضور مورد نیاز متهم (مکفول) را نزد مقامات قضایی تا پایان رسیدگی و صدور و اجرای حکم در ازای مبلغ معین (وجه الکفاله) تعهد می‌کند (آشوری، ۱۳۸۵، ص ۱۸۵). به عبارت دیگر، کفیل شخصی است که حضور مرتب متهم را در مواقع احضار او در برابر مبلغ معینی، تعهد و کفالت می‌نماید (آخوندی، ۱۳۸۵، ص ۱۴۷). از نظر تحلیل حقوقی در قرار کفالت کیفری، دو عمل متفاوت قابل تشخیص است: ۱. قرار اخذ کفیل؛ ۲. قرار کفالت ماده ۱۳۲.

اقدام نخست، یک عمل قضایی است که به گونه آمرانه و بی‌توجه به اراده متهم انجام می‌گیرد، در حالی که اقدام دوم، امری قراردادی است و ناشی از توافق طرفین می‌باشد. به موجب این قرارداد، کفیل قبول می‌کند در مواقع احضار، متهم را معرفی کند و در صورت فرار یا اختفای متهم و عدم دسترسی به او یا عدم حضور متهم در موارد احضار نزد مراجع قضایی، وجه الکفاله را بپردازد. این تعهد یک قرارداد واقعی است که میان قاضی پرونده و کفیل منعقد می‌شود و از مصادیق ماده ۷۳۴ ق.م. می‌باشد.

۱-۲. ماهیت کفالت

کفالت از عقود وثیقه‌ای است و بر چند قسم می‌باشد که به دو مورد مرتبط اشاره می‌گردد:

الف) کفالت احضار: کفالتی است که یک طرف عقد، احضار مکفول عنه را نزد مکفولله یا دادگاه تعهد می‌کند؛ غالب کفالت‌ها از این نوع است (ماده ۷۳۴ ق.م.). به این کفالت، کفالت بدن، کفالت تن و کفالت نفس نیز می‌گویند که در برابر کفالت طلب و کفالت ملاقات به کار می‌رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ش ۱۱۳۴۳).

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

۳-۱. شرط مسئولیت کفیل

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

۲. بررسی ادله و نظر فقیهان

درباره مسئولیت کفیل در امور مدنی نسبت به عدم احضار مکفول در موعد مقرر، با سه دسته روایات مواجه ایم؛ در یک دسته روایات تصریح به حبس کفیل و در دسته دیگر، الزام به پرداخت دین مکفول و در دسته سوم، معیار مسئولیت به چگونگی انشای کفیل منوط شده است. به رغم اینکه روایات دسته اول در سند و دلالت نسبت به روایات دسته دوم ترجیح دارند، با این حال در ماده ۷۴۰ق.م. ضمانت اجرای مقرر در روایات دسته دوم مورد پذیرش قرار گرفته است.

۱-۲. روایات

در روایات نسبت به ضمانت اجرای کفالت، سه موضوع مورد توجه قرار گرفته است که در ذیل به آن اشاره می گردد.

۱-۱-۲. حبس کفیل

الف) در روایتی عمار به نقل از امام صادق علیه السلام می گوید:

أُتی أمير المؤمنين علیه السلام برجل قد تکفل بنفس رجل فحبسه و قال: أطلب صاحبک: شخصی را که از دیگری کفالت نموده بود، خدمت امام علی علیه السلام بردند و امام علیه السلام دستور حبس او (کفیل) را صادر و فرمودند: باید مکفول را احضار کنی (کلینی، ۱۴۰۶، ص ۳۵۷).

شیخ طوسی همین روایت را با سند دیگر (طوسی، ۱۴۰۶، ص ۲۹) و شیخ صدوق (صدوق، ۱۴۰۶، ص ۳۰) نیز مشابه این روایت را از اصغربن نباته نقل کرده اند.

ب) اسحاق بن عمار از امام باقر علیه السلام از پدرش نقل کردند: «ان علیاً علیه السلام أتی برجل کفل برجل بعینه فأخذ بالمکفول (بالکفیل) فقال: أحبسوه حتی یأتی بصاحبه» (همان، ص ۲۰۹).

هرچند درباره مفهوم واژه «بعینه» احتمال معامله سلف داده شده است که در این صورت کفالت به معنای ضمان از دین است؛ ولی با توجه به روایات گوناگون وارده با این مضمون چنین احتمالی بسیار دور به نظر می رسد؛ بنابراین معنای روایت بدین شکل می باشد: شخصی را که از دیگری کفالت کرده بود، خدمت امام علیه السلام آوردند و امام دستور حبس او را صادر کرده، فرمودند تا زمانی که مکفول را احضار نکند، باید در حبس بماند.

در منابع روایی اهل سنت نیز نقل هایی در تأیید این نظر آمده است. شیبانی نقل می کند: «أخبرنی حبيب الذی کان یقوم علی رأس شریح أنه حبس ابنه عبدالله فی کفاله لرجل کفل له بنفسه» (سرخسی، ۱۴۱۴، ص ۸۸).

شیبانی به نقل از حبيب (عامل و کارگزار قاضی شریح) می گوید: شریح پسرش عبدالله را در قبال کفالت از شخصی زندانی کرد.

۱-۲-۲. مسئولیت بر دین

الف) «قال الصادق علیه السلام: الکفالة غرامة ندامة» (صدوق، ۱۴۰۶، ص ۳۰).

در نقل دیگری از امام صادق علیه السلام آمده است: «مکتوب فی التوراة الکفالة ندامة غرامة: کفالت کردن از شخصی موجب پشیمانی و پرداخت خسارت است» (طوسی، ۱۴۰۶، ص ۶۶)؛ بدین جهت که مکفول، به پرداخت دین خود حاضر نمی گردد؛ بنابراین کفیل

ناچار به پرداخت آن شده است و در نهایت از کفالت خود پشیمان می‌گردد.

(ب) در دعائم‌الاسلام به نقل از امام صادق علیه السلام آمده است:

إذا تحمل الرجل بوجه الرجل فجاء الأجل من قبل أن يأتي به حبس إلا أن يؤدي عنه ما وجب عليه إن كان الذي يطلب به معلوماً و له أن يرجع به عليه ... هرگاه شخصی از دیگری کفالت نماید ولیکن در موعد مقرر او را حاضر نکند، محبوس می‌گردد، مگر اینکه حقی که بر عهده مکفول ثابت است، پرداخت کند؛ در صورتی که میزان دین معلوم باشد و کفیل نیز پس از پرداخت، حق مراجعه به مکفول را دارد (تمیمی مغربی، ۱۳۸۵، ص ۶۴ / نوری، ۱۴۰۷، ص ۴۳۸).

۳-۱-۲. مسئولیت مطابق انشا

مطابق این دسته روایات، چگونگی انشای کفالت در مسئولیت کفیل مؤثر است. در این باره دو روایت از ابی‌العباس بقباقری به سند موثق از امام صادق علیه السلام نقل شده است. با توجه به اینکه آن دو خبر در متن تا اندازه‌ای متفاوت‌اند، نقل آن دو خالی از فایده نیست:

(الف) عن أبي العباس قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل كفّل لرجل بنفس رجل و قال: إن جئت به و إلا عليك خمس مائة درهم قال: عليه نفسه و لا شيء عليه من الدراهم. فإن قال: علي خمس مائة درهم إن لم أدفعه إليه، قال تلزمه الدراهم إن لم يدفعه إليه: ابوالعباس می‌گوید: از امام صادق علیه السلام راجع به مردی سؤال کردم که از دیگری کفالت کرد و مکفول له به او گفت اگر او را (مکفول را در وقت مقرر) احضار کردی (بری‌الذمه می‌گردد) و در غیر این صورت باید پانصد درهم پرداخت کنی. امام علیه السلام فرمودند: در این صورت تعهد کفیل فقط به احضار مکفول است و هیچ تعهدی نسبت به پرداخت دراهم (دین) ندارد. [ابوالعباس در ادامه می‌پرسد] ولیکن اگر کفیل در عقد کفالت این‌گونه بگوید: پانصد درهم بر عهده من باشد، اگر نتوانم مکفول را تسلیم کنم. امام علیه السلام فرمودند: در صورتی که مکفول را احضار نکند، ملزم به پرداخت آن دراهم (دین) مورد تعهد می‌گردد (کلینی، ۱۴۰۶، ص ۳۵۶ / طوسی، ۱۴۰۶، ص ۶۶).

(ب) عن أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يكفل بنفس الرجل إلى أجل فإن لم يأت به فعليه كذا و كذا درهماً، قال: إن جاء به إلى أجل فليس عليه مال و هو كفيل بنفسه أبداً

إلا أن يبدأ بالدرهم، فإن بدأ بالدرهم فهو لها ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الذي أجله: *ابوالعباس* می گوید: از امام صادق ع سؤال کردم راجع به مردی که از دیگری به صورت مؤجل کفالت کرد و گفته است اگر او را (در زمان مقرر) احضار نکرد، فلان مقدار درهم پرداخت کند. امام ع فرمودند: اگر در وقت مقرر او را حاضر کند، چیزی بر عهده او نیست؛ زیرا کفالتش فقط مربوط به شخص مکفول است (نه چیز دیگر)، مگر اینکه در مقام انشای کفالت، اول تعهد به پرداخت مال (درهم) را بیان نماید که در این حالت اگر نتواند مکفول را در موعد مقرر حاضر کند، نسبت به پرداخت مال (درهم) ضامن تلقی می گردد و باید پرداخت کند (کلینی، ۱۴۰۶، ص ۳۵۶ / طوسی، ۱۴۰۶، ص ۶۶ / صدوق، ۱۴۰۶، ص ۳۰).

۲-۲. نظر فقیهان

با توجه به روایات پیش گفته، نظر فقیهان را درباره تعهد کفیل در حالت عدم احضار مکفول در موعد مقرر در دو حالت یعنی مکفول به غیرمالی و مکفول به مالی مورد بررسی قرار می دهیم.

۲-۲-۱. مکفول به غیرمالی

در جایی که مکفول به غیرمالی باشد، ممکن است فاقد بدل یا دارای بدل باشد.

۲-۲-۱-۱. مکفول به غیرمالی فاقد بدل

هرگاه میان زوجین درباره حق هم خوابگی دعوایی مطرح باشد و شخصی از مدعی علیه نسبت به حاضرکردنش در موعد مقرر کفالت نماید، از آنجا که در چنین مواردی انجام حق (مکفول به) از عهده کفیل خارج است و فقط به وسیله مکفول له قابلیت اجرایی دارد، کفیل را فقط می توان به اجرای تعهدش، یعنی احضار مکفول، الزام نمود و در صورت امتناع کفیل یا عدم توانایی او از احضار، به دلیل فقدان بدل نمی توان او را به پرداخت مابه ازای مکفول به الزام نمود؛ بنابراین ضمانت اجرای عدم انجام تعهد فقط حبس و زندانی کردن کفیل است.

هرچند مفاد روایات مذکور در دسته اول عمومیت دارد و شامل همه اقسام

مکفول به اعم از مالی و غیرمالی می‌گردد؛ ولی قدر متیقن آن بی‌شک به همین مورد مربوط می‌باشد.

فقیهان به استناد روایات دسته اول به حبس کفیل در صورت عدم انجام تعهدش تصریح نمودند. در فرازی از گفته‌های آنان می‌خوانیم:

در صورتی که مکفول در محل حاضر نباشد؛ ولی مکان او معلوم باشد، کفیل ملزم به احضار گردیده و اگر در مهلت مقرر او را احضار نکند، زندانی می‌گردد و چه بسا ممکن است کفیل تا زمان مرگش (حبس ابد) زندانی گردد (طوسی، ۱۳۸۷، ص ۳۲۳ / شهید ثانی، ۱۳۶۵، ج ۴، ص ۱۵۲ / طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۹، ص ۲۹۳ / کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ص ۳).

ابن‌شیرمه از علمای اهل سنت معتقد است هرگاه موعد احضار فرا برسد و کفیل نتواند مکفول را احضار کند، بدون اینکه به کفیل مهلت احضار داده شود، محبوس می‌گردد؛ زیرا زمان اجرای حق فرا رسیده است (نظام الحنفی، [بی‌تا]، ص ۲۵۸ / نووی، [بی‌تا]، ج ۱۴، ص ۱۲ / ابن‌قدامه، ۱۴۱۶، ص ۲۰۵ / ابن‌همام، [بی‌تا]، ص ۳۷۷).

با این حال، برخی از فقیهان اهل سنت بر این عقیده‌اند که اگر در چنین مواردی امید به حضور مکفول باشد، مطالبه احضارش به تأخیر می‌افتد و به کفیل مهلت داده می‌شود تا بتواند در آن مهلت او را حاضر کند و هرگاه کفیل در احضار مکفول ملاحظه و تعلل ورزد، زندانی می‌گردد (سمرقندی، ۱۴۱۸، ص ۵۳ / نووی، [بی‌تا]، ص ۵۳).

در صورتی که کفیل قدرت احضار مکفول را داشته باشد؛ ولی از احضار مکفول خودداری کند، ممکن است گفته شود علاوه بر زندانی کردن کفیل، حاکم می‌تواند او را از باب امر به معروف و نهی از منکر مجازات و تأدیب کند؛ همانند مواردی که حاکم حق مجازات مدیونی را دارد که با وجود قدرت پرداخت دین، از تأدیه آن خودداری می‌کند.

با این حال، گفته شده است نهایت چیزی که اخبار بر آن دلالت دارد، حبس کفیل می‌باشد و عقوبت زاید بر حبس ایذا بدون سبب محسوب گردیده است و شرعاً مجاز نیست (بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۶۵).

به رغم مستندات روایی و فقهی درباره حبس کفیل در مورد پیش‌گفته می‌توان گفت هرگاه با وجود تلاش کفیل، احضارش غیرممکن باشد، الزام کفیل به احضار وجهی

ندارد؛ زیرا او در انجام تعهد خویش قصوری نورزیده است تا مسئول تلقی گردد. از سویی شاید بتوان گفت اگر عدم قدرت بر تسلیم در زمان انعقاد کفالت وجود داشته باشد، کفالت باطل بوده، اصلاً تعهدی بر عهده کفیل قرار نگرفته است تا او ملزم به اجرای مفاد آن گردد.

اگر عدم قدرت بر تسلیم پس از عقد حادث شده باشد و قدرت بر احضار را حدوداً و بقائاً شرط صحت کفالت بدانیم، در این صورت نیز ممکن است براساس قاعده انتفای مشروط به انتفای شرط، به بطلان کفالت قائل گردیم (سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۳۴۸).

به عبارت دیگر، در این حالت می‌توان گفت الزام به احضار در موارد عدم امکان تسلیم جایز نیست؛ زیرا کفیل تعهد به احضار مکفول کرده است که به واسطه غیرمقدور بودن، تکلیف به محال و امری قبیح می‌باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ص ۱۶۶).

اگر عدم امکان تسلیم، به عمل کفیل مستند باشد، مثل اینکه با وجود مطالبه مکفول‌له، کفیل نسبت به احضار مکفول مسامحه کند و این امر به گریختن مکفول و عدم دسترسی به او منجر گردد، کفیل را می‌توان براساس قواعد مسئولیت مدنی، ضامن دانست و حبس او را نیز تجویز کرد (خالصی، ۱۴۱۳، ص ۱۴۳). با این حال، ممکن است گفته شود حبس کفیل حتی در چنین حالتی نیز جایز نیست؛ چون حبس طریقه رسیدن مکفول‌له به حق خویش و جلوگیری از تضییع حق او می‌باشد و در صورتی که حبس کفیل به این امر منتهی نگردد و مکفول‌به نیز فاقد بدل باشد، حبس جنبه ایذایی صرف می‌یابد و مشمول ادله حرمت ایذا می‌گردد.

۲-۲-۱-۲. مکفول‌به غیرمالی و دارای بدل

در این باره نیز ممکن است گاهی تسلیم مکفول، ممتنع باشد و یا اینکه به رغم امکان تسلیم، کفیل از احضار مکفول امتناع ورزد.

الف) عدم امکان تسلیم

در صورتی که مکفول‌به امر غیرمالی و دارای بدل باشد، مثل اینکه مکفول‌به حق قصاص باشد؛ ولی کفیل بنا به جهاتی قادر بر تسلیم مکفول نباشد، نمی‌توان او را به امر

غیرمقدور ملزم نمود؛ زیرا تکلیف به مالایطاق عقلاً قبیح و شرعاً غیرمجاز و باطل است. در مقابل می‌توان او را به امر مقدور یعنی پرداخت بدل الزام کرد و مکفوله حق ندارد از پذیرش بدل خودداری کند و در این باره میان فقیهان اختلاف نظری وجود ندارد (طوسی، ۱۴۰۶، ص ۳۱۵ / ابن‌ادریس، ۱۳۶۸، ص ۷۷ / محقق حلّی، ۱۳۷۳، ص ۱۱۵ / علامه حلّی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۴۰۳).

ب) امتناع از تسلیم با وجود توانایی

هرگاه به رغم امکان احضار مکفول، کفیل از انجام تعهدش سر باز زند و حاضر به پرداخت بدل باشد، ظاهر دیدگاه شیخ طوسی (طوسی، ۱۴۰۶، ص ۳۱۵)، محقق حلّی (محقق حلّی، ۱۳۷۳، ص ۱۱۵)، شهید ثانی در لمعه (شهید ثانی، ۱۳۶۵، ج ۴، ص ۱۵۲ / منتظری، ۱۴۰۹، ص ۵۳۱) و جمعی از فقیهان بر عدم لزوم حبس کفیل است؛ چون منظور از کفالت، حفظ حق مکفول در صورت مطالبه است و در صورتی که حق بدون حضور مکفول حفظ گردد، وجهی برای الزام کفیل باقی نمی‌ماند و بر مکفوله قبول بدل واجب است. با این حال، جمع دیگری از فقیهان از جمله علامه حلّی در تذکره (علامه حلّی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۴۰۳) و شهید ثانی در شرح لمعه (شهید ثانی، ۱۳۶۵، ج ۴، ص ۱۵۲) به عدم براهت کفیل نسبت به احضار قائل‌اند و بر الزام کفیل به احضار مکفول تصریح نموده‌اند.

در این باره مناسب است قائل به تفصیل باشیم و بگوییم اگر انگیزه صاحب حق در قبول کفالت بر احضار مکفول منحصر باشد، مثل اینکه مکفول قاتل بوده، مکفوله نیز در صدد اجرای مجازات باشد، در این حالت نمی‌توان صرف پرداخت بدل را سبب معافیت کفیل بدانیم؛ خصوصاً در جایی که کفیل قادر بر احضار باشد؛ بنابراین در این حالت براهت کفیل نسبت به احضار خالی از وجه است و صاحب حق می‌تواند از قبول بدل خودداری ورزد و الزام کفیل را مطالبه نماید.

اگر مکفول به گونه‌ای باشد که عرفاً، شرعاً و حقیقتاً تفاوتی میان انجام به وسیله مکفول و کفیل نباشد، مثل اینکه مکفول به دین، مثلی باشد و کفیل نیز قادر به اعطای همان مال یا بدلش باشد که در این صورت ممکن است الزام کفیل به احضار و یا درخواست حبس او خالی از وجه باشد (خالصی، ۱۴۱۳، ص ۱۳۳)؛ بنابراین می‌توان

حکم به براءت کفیل نسبت به احضار نمود و در نتیجه اعمال زاید بر پرداخت بدل را به جهت ایذا بلاجهت و غیرمشروع بدانیم.

۲-۲-۲. حق مالی

هرگاه موضوع کفالت، امر مالی باشد، مسئله را در دو فرض ناتوانی کفیل در احضار و امتناع او از احضار به رغم داشتن توانایی مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۲-۲-۲-۱. ناتوانی کفیل در احضار

در موردی که مکفول به امر مالی مثل دین باشد و بنا به جهاتی ناتوانی تسلیم مکفول بر کفیل عارض شود، به گونه‌ای که امید انجام تعهد نرود، در این مورد دو دیدگاه را می‌توان مطرح کرد:

۱. کفیل در صورتی به احضار ملزم می‌گردد که امکان احضار مکفول وجود داشته باشد؛ زیرا تکلیف احضار به قدرت بر تسلیم مشروط می‌باشد و در این باره به لحاظ عدم قدرت، تکلیف نیز قهراً منتفی می‌گردد. از سویی نمی‌توان او را به پرداخت دین ملزم ساخت؛ زیرا تعهدی بر پرداخت دین نکرده است. این نظر مبتنی بر این است که ناتوانی از تسلیم به واسطه تقصیر کفیل نباشد (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ص ۲۳۷ / طباطبایی، سیدعلی، ۱۴۰۴، ج ۸، ص ۶۰۱ / علامه حلی، ۱۴۱۰، ص ۴۰۹ / شهید ثانی، ۱۴۱۳، ص ۳۹۳ / فیض کاشانی، ۱۴۰۱، ص ۱۵۲).

۲. در این حالت کفیل فقط از احضار مکفول معاف می‌گردد؛ ولی باید دین یا وجه التزام مترتب بر جهت احضار را بپردازد؛ زیرا:

اولاً، مفاد تعهد کفیل یکی از دو امر یعنی احضار مکفول یا ادای دین، به صورت ترتیبی است و هرگاه کفیل از انجام یکی از آن دو تعهد عاجز گردد، باید به دیگری اقدام نماید.

ثانیاً، در صورتی که به واسطه عروض ناتوانی بر تسلیم - مثل مرگ مکفول - تردید حاصل شود که آیا این امر باعث سقوط تعهد کفیل در مورد احضار می‌گردد؟ از آنجا که احضار مکفول موضوع ادای دین نیست، بلکه هریک حکم جداگانه‌ای اند، سقوط حکمی ملازمه با سقوط دیگری ندارد؛ بنابراین عروض ناتوانی تسلیم فقط به سقوط

تعهد احضار منجر گردیده، تعهد دیگر او منجز می‌گردد.

ثالثاً، کفالت همانند رهن، وثیقه دین محسوب می‌گردد و مطابق قاعده هرگاه استیفای دین از جانب مدیون ممکن نباشد، تأدیه دین از محل وثیقه استیفا می‌گردد (صاحب جواهر، ۱۳۶۷، ص ۴۲۵ / شهید ثانی، ۱۴۱۳، ص ۳۹۳ / سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۳۴۷).

در ماده ۷۴۰ ق.م. راه حل مذکور مورد عنایت قانونگذار قرار گرفته و پذیرفته شده است؛ ولی با توجه به فروض مطرح، کلیت این راه حل در صورتی قابل اعتماد است که مانع احضار در حکم قوه قاهره نباشد و کفیل نیز به دلایلی نخواهد به تعهد خویش عمل کند یا در این راه مرتکب تقصیری شود که در این صورت، براساس قواعد عام مسئولیت مدنی همانند لاضرر مسئول تلقی می‌گردد.

۲-۲-۲-۲. امتناع از تسلیم با وجود قدرت بر احضار

این موضوع را نیز در دو فرض یعنی عدم قدرت بر پرداخت دین و نیز قدرت بر پرداخت دین بررسی می‌کنیم.

الف) عدم توانایی پرداخت دین

هرگاه کفیل به رغم توانایی احضار و تسلیم مکفول و ناتوانی در پرداخت دین از احضار مکفول استنکاف ورزد، بی‌شک این مورد مشمول روایاتی است که در آن حکم به حبس کفیل گردیده است و اگر حبس مؤثر واقع نشود، حاکم می‌تواند از باب امر به معروف و نهی از منکر، علاوه بر حبس او را تعزیر نماید (شهید ثانی، ۱۳۶۵، ص ۱۵۲ / طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۹، ص ۲۹۳ / کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ص ۳). با این حال، با توجه به ظاهر روایات مربوط به کفالت و عدم ذکر مجازات زاید بر حبس، چنین امری غیرمشروع و غیرقانونی به نظر می‌رسد.

پیش از تصویب ماده واحده قانون منع توقیف اشخاص در قبال تخلف انجام تعهدات و الزامات مالی مصوب ۱۳۵۱/۸/۲۳، در صورت عدم تأدیه وجه‌الکفاله امکان توقیف کفیل در ازای هر پانصد ریال یک روز وجود داشت. با عنایت به صدر ماده واحده مذکور به این شرح: «از تاریخ اجرای این قانون، جز در مورد جزای نقدی

هیچ‌کس در قبال عدم پرداخت دین و محکوم‌به و تخلف از انجام سایر تعهدات و الزمات مالی توقیف نخواهد شد...»، بازداشت کفیل فاقد مجوز قانونی بود و دادستان برای استیفای وجه‌الکفاله ناگزیر به اقدام از راه توقیف اموال کفیل بود؛ ولی با تصویب قانون چگونگی اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷/۸/۱۰، بازداشت کیفری در ازای هر پنجاه هزار ریال، یک روز تجویز شده است (آشوری، ۱۳۸۵، ص ۸۸).

ب) وجود توانایی پرداخت دین

هرگاه کفیل از احضار مکفول امتناع ورزد؛ ولی حاضر به پرداخت دین مکفول باشد و مکفول‌له نیز راضی به این امر گردد، در این صورت نسبت به سقوط ذمه کفیل با تأدیه دین خلافی میان فقیهان وجود ندارد. اختلاف در موردی حادث می‌گردد که مکفول‌له راضی به تأدیه دین از جانب کفیل نگردد و فقط از کفیل اجرای موضوع تعهد اصلی، یعنی احضار مکفول را مطالبه نماید. در این باره می‌توان به دو دیدگاه اشاره کرد:

۱. قبول پرداخت دین از جانب کفیل بر مکفول‌له واجب نیست؛ زیرا چه بسا ممکن است اصلاً غرض مکفول‌له منحصر به بذل مال نباشد و اگر هم دعوی ناشی از دین باشد، غرض مکفول‌له فقط به پرداخت دین از سوی مکفول تعلق گرفته باشد، نه پرداخت از هر شخصی؛ بدین جهت که مال متعلق به کفیل برای مکفول‌له شبهه‌ناک است. همچنین، ممکن است مکفول‌له فاقد بدل مالی باشد، مثل اینکه کفالت فقط به احضار مکفول در جلسه دادرسی تعلق گرفته باشد و یا برای آن فقط بدل اضطراری وجود داشته باشد، مثل دیه عوض قتل عمد که در این موارد الزام مکفول‌له به قبول بدل وجهی ندارد (علامه حلی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۱۰۲ / شهید ثانی، ۱۳۶۵، ج ۴، ص ۲۶۳ / شهید ثانی ۱۴۱۳، ص ۳۹۳). این نظر را می‌توان مؤید به روایاتی دانست که در آنها بدون اشاره به هرگونه تخییری، تصریح به حبس کفیل گردید. هرچند به گفته برخی فقیهان انصاف آن است که با تمسک به موارد جزئی پیش‌گفته نمی‌توان حکم کلی عدم وجوب قبول تأدیه کفیل بر مکفول‌له صادر کرد (آل کاشف‌الغطاء، ۱۳۶۱، ص ۲۵۵ / بجنوردی، ۱۴۱۹، ص ۱۶۰) و یا می‌توانیم بگوییم روایات مربوط به حبس، بیانگر حالت غالب است؛ یعنی چون کفیل غالباً حاضر به پرداخت دین نیست، این امر باعث زندانی شدن او می‌گردد؛ بنابراین اخبار وارده دلالتی بر لزوم احضار مکفول در هر حال

ندارد تا گفته شود به رغم تمایل کفیل به پرداخت دین، باز هم چاره‌ای جز حبس او باقی نمی‌ماند (طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۹، ص ۲۶۳).

غالب روایات وارده در باب کفالت نیز مؤید این مطلب می‌باشد و در آنها تخییری میان ادا و احضار نیامده است؛ پس بهتر است بر مفاد ظهور اخبار توقف نماییم و بگوییم ذمه کفیل فقط با احضار مکفول بری می‌گردد. به گفته برخی فقیهان، از پرداخت دین نیز به عنوان بدل تخییری نام نمی‌بریم تا قبول آن به وسیله مکفول‌له الزامی باشد، بلکه هرگاه کفیل قصد پرداخت دین را داشته باشد و مکفول‌له نیز آن را بپذیرد، خود این موضوع یک معامله جداگانه دیگری به نام صلح است که متوقف بر رضای طرفین می‌باشد (بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۶۶).

۲. ممکن است در چنین موردی به تخییر میان احضار مکفول و یا پرداخت دین او قائل شویم و قبول بذل مال از جانب مکفول‌له را واجب بدانیم (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۳۱۵ / شهید ثانی، همان / ابن ادریس، ۱۳۶۸، ص ۷۷ / بیجنوردی، ۱۴۱۹، ص ۱۶۰ / اصفهانی، ۱۴۰۴، ص ۴۶). در مقام استدلال به دیدگاه مذکور ممکن است به چند امر استناد گردد:

الف) روایت مذکور در دعائم‌الاسلام به نقل از امام صادق علیه السلام که فرموده است: «إذا تحمل الرجل بوجه الرجل فجاء الأجل من قبل أن يأتي به حبس إلا أن يؤدي عنه ما وجب عليه إن كان الذي يطلب به معلوماً وله أن يرجع به عليه و إن كان (الذي) قد طلب به (مجهولاً) لا بد فيه من إحضار الوجه كان عليه إحضاره إلا أن يموت فإن (و إن) مات فلا شيء عليه: هرگاه شخصی از دیگری کفالت نماید و در سر وعده او را حاضر نکند، محبوس می‌گردد، مگر اینکه در صورت معلوم بودن مکفول‌به، دین او را پرداخت کند که پس از پرداخت حق رجوع به مکفول را دارد و اگر مکفول‌به مجهول باشد، کفیل فقط ملزم به احضار مکفول بوده و این تکلیفش تا زمان مرگ مکفول باقی است و پس از مرگ مکفول، تکلیف مزبور منتفی می‌گردد (تمیمی مغربی، ۱۳۸۵، ح ۱۷۹ / نوری، ۱۴۰۷، ص ۴۳۸، ح ۳).

همچنین، مطابق روایاتی که در آن آمده است: «الكفالة ندامة و خسارة»، کفالت کردن از شخصی، هم باعث پشیمانی است (به جهت تکلیفی که در آن نسبت به احضار وجود دارد) و هم باعث خسارت و زیان می‌باشد (زیرا هرگاه نتواند مکفول را احضار کند،

باید از عهده بدهی او برآید).

با توجه به اخبار مذکور می‌توان گفت روایاتی که در آنها به صورت مطلق حکم به حبس کفیل در صورت عدم احضار شده است، مقید می‌گردند.

ب) مقتضای کفالت و مقصود متعاقدان در نظر عرف و بنای عقلا، از اول بر پرداخت دین در صورت عدم احضار می‌باشد و مقصود از کفالت در چنین مواردی استیفای آن چیزی است که بر عهده مکفول می‌باشد و هدف از احضار، چیزی جز گرفتن حق و حصول اطمینان برای رسیدن آن نیست؛ یعنی احضار فقط جنبه طریقت دارد، نه موضوعیت؛ بنابراین با ادای دین، غرض حاصل می‌گردد؛ همانند موردی که بیگانه‌ای به پرداخت دین مدیون اقدام نماید که قبول آن از سوی داین لازم است. در اینجا به طریق اولی قبول لازم است؛ چون متضمن رهایی کفیل از کفالت می‌باشد. افزون بر این، الزام کفیل به احضار در چنین موردی اضرار و نوعی لجاجت محسوب می‌گردد (سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۳۴۷)؛ بنابراین امری قبیح و ممنوع است. به عبارت دیگر، مکفول‌له فقط مستحق استیفای حق و عدم تزییع مالش می‌باشد که این حق به واسطه پرداخت دین از جانب کفیل حاصل می‌گردد؛ یعنی وجوب احضار مکفول به وسیله کفیل، وجوب مقدمی برای استیفای حق است؛ بنابراین وقتی مکفول‌له بدون احضار مکفول بتواند به حقیقت برسد، وجوب تعیینی احضار بر کفیل وجهی ندارد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ص ۱۶۰). بر این اساس، گفته شده است هرگاه کفالت به اذن مکفول واقع شده باشد و کفیل در مقام ادای دین مکفول برآید، حق رجوع به مکفول را می‌یابد؛ هرچند در اصل ادای دین اذن نداشته باشد و این کلام فقیهان مبتنی بر تخییری بودن مفاد کفالت است که اذن در کفالت مستلزم اذن در پرداخت می‌باشد (روحانی، ۱۴۱۲، ص ۸۴).

ج) کفالت همانند رهن به منزله وثیقه دین است؛ بنابراین هرگاه استیفای حق به واسطه احضار مکفول ممکن نگردد، از وثیقه استیفا می‌گردد.

د) ممکن است بگوییم کفیل به موجب شرط ضمنی به پرداخت دین ملزم می‌گردد، بدین صورت که در مقام انعقاد کفالت، میان طرفین این شرط ضمنی وجود دارد، هرگاه کفیل نتواند مکفول را در زمان مقرر احضار کند، باید دین او را بپردازد؛ بنابراین

براساس عموم «المؤمنون عند شروطهم»، وظیفه کفیل وفای به شرط و در مقابل وظیفه مکفول له قبول آن می باشد (همان).

ه) با توجه به دو خبر منقول از ابوالعباس بقباق از امام صادق علیه السلام می توان گفت تعهد کفیل مبتنی بر چگونگی انشای کفالت است که در یک صورت تعهد کفیل منحصر به احضار مکفول و در نتیجه هیچ تعهد مالی برای او ایجاد نمی گردد و در صورت دیگر، دو تعهد به صورت ترتیبی یعنی تعهد به احضار و الزام به پرداخت دین حاصل می گردد. مشهور فقیهان با استناد به دو روایت معتبر و موثق بقباق معتقدند اگر کفیل در مقام انشای کفالت بگوید «من کفالت فلان شخص را می پذیریم و اگر او را در موعد مقرر تسلیم نکنم، فلان مبلغ را می پردازم»، این گونه انشا فقط الزام به احضار مکفول را به دنبال دارد و هیچ گونه تعهد مالی بر عهده اش نمی گذارد؛ ولی اگر در مقام انشا بگوید «برعهده من فلان مقدار مال باشد در صورتی که مکفول را در مدت مقرر تسلیم نکنم»، در این حالت نخست به احضار مکفول ملزم می گردد و اگر مکفول را تسلیم نکند، باید از عهده دین او برآید.

هرچند گفته شده است در سند روایت خدشه ای نیست و دست کم موثقه است (اصفهانی، ۱۴۰۴، ج ۱۹، ص ۵۹) و یا گفته شده است روایات بقباق از حیث سند در نهایت اعتبارند و اشکالات وارده به مفاد روایات از جهت مخالفت با قواعد شرعیه و عربیه قابل اعتنا نیست (طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۹، ص ۲۹۶)، در عین حال، برخی نسبت به سندش تأمل نمودند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ص ۳۲۳) و برخی نیز نسبت به اطلاق و تقیید حکم مذکور اختلاف نظر دارند، با این حال نسبت به اصل حکم فی الجمله اتفاق نظر وجود دارد.

درباره دلالت و فقه الحدیث آن - در صورت فقدان اجماع نسبت به مفادش - می توان گفت:

اولاً، مفاد روایت بیانگر وقوع تعلیق در کفالت می باشد و حال اینکه مطابق گفته فقیهان، حکم کفالت و ضمان از جهت بسیاری احکام از جمله تعلیق ناپذیری یکسان است؛ بنابراین همان گونه که تعلیق در ضمان باعث بطلان می باشد، در کفالت نیز این گونه است و حال آنکه مفاد روایت بیانگر پذیرش صحت تعلیق در کفالت است.

حتی اگر تعلیق را در همه عقود از جمله ضمان و کفالت صحیح بدانیم، کیفیت انشا در تقدم و تأخر شرط نباید در اختلاف حکم مؤثر باشد؛ زیرا براساس قواعد عربی، شرط حتی اگر مؤخر باشد، در حکم مقدم است؛ بنابراین در هر دو حالت، کفیل نخست به تسلیم مکفول ملزم شده است و در صورت عدم تسلیم، به پرداخت دین او متعهد می‌گردد (اردبیلی، ۱۴۰۳، ص ۳۲۴).

ثانیاً، روایت یا در مقام بیان وجه افتراق میان عقد کفالتی است که در آن فقط مبادرت به انشا کفالت شده با انشا کفالتی که در آن اشتراط به پرداخت دین در صورت عدم تسلیم مکفول گردیده است. در حالت اول، کفیل فقط به تسلیم مکفول تعهد دارد و در صورت دوم، دارای دو تعهد است؛ تسلیم مکفول و پرداخت دین.

با این توجیه، عبارت «إلا أن يبدأ» به معنای بیان شرط به صورت مقدم و مؤخر یعنی اولیت نیست، بلکه از «بدأ الأمر بدواً» به معنای اظهارکردن می‌باشد؛ بنابراین معنای عبارت این‌گونه است: «کفیل همواره متعهد و ملزم به تسلیم مکفول است، مگر اینکه پرداخت درهم (دین) را در صورت عدم تسلیم مکفول، اظهار و ابراز نماید».

بر این اساس، نوشتن يبدأ - به گونه‌ای که ذکر شرط در عقد کفالت بیانگر اولویت و تقدم باشد - از ناحیه نویسندگان حدیث اتفاق افتاده است (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۱۲۶).

ثالثاً، عبارت «فان لم یأت به» در روایت اول به صورت پرسش و استفهام از سوی سائل ذکر شده است که امام علیه السلام به این پرسش پاسخ داده‌اند. مفاد خبر دوم در نقل کافی و برخی نسخه‌های تهذیب نیز منطبق بر این معناست.

همچنین، اشتراط «الخمس مائة فیه» اولی از ناحیه کفیل ذکر نشده است، بلکه از سوی مکفول‌له آن هم پس از تشکیل عقد کفالت می‌باشد؛ بنابراین نیازمند قبول کفیل است که در صورت عدم قبولی، تعهد و التزامی به آن نمی‌یابد. به همین جهت است که در پاسخ آن آمده است: «إن قال هو علی خمس مائة درهم إن لم آت به لزم ذلك»؛ یعنی اگر کفیل بگوید پانصد درهم بر عهده من است، در صورتی که مکفول را تسلیم نکنم، در این صورت این مبلغ بر او لازم می‌گردد و اگر کفیل این شرط را پذیرفته باشد، شرط ابتدایی محسوب می‌شود و به نظر مشهور وفای به آن واجب نیست. بر این اساس، با توجه به شواهد و مفاد روایات دیگر، کفیل تکلیفی جز احضار ندارد و حبس کفیل نیز

به جهت عدم انجام همین تعهد صورت می‌گیرد که عبارت «و هو کفیل بنفسه أبداً» در روایت نیز مؤید همین امر می‌باشد.

رابعاً، در صورتی که کفیل در مقام انشا نخست بگوید: «علیّ خمس مائة درهم إن لم آت به»، با گفتن «علیّ» ضمانت محقق می‌شود و ذمه مضمون‌عنه بری می‌گردد؛ بنابراین حقی بر عهده مکفول باقی نمی‌ماند تا بتوان از آن کفالت نمود؛ بر این اساس، به واسطه تنافی میان صحت ضمان و صحت کفالت، کفالت ممتنع می‌گردد (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ص ۳۹۳).

به رغم قوت دیدگاه دوم، می‌توان گفت هرچند ادای دین در فرض مذکور کفیل را از احضار بی‌نیاز می‌کند، نباید چنین توهم کرد که تعهد کفیل به یکی از دو امر، احضار یا ادای دین به صورت واجب تخییری تعلق گرفته است؛ بنابراین کفیل به عنوان واجب تخییری می‌تواند یکی از آن دو را به اختیار برگزیند، بلکه تعهد اصلی و مستقیم کفیل به صورت تعهد به نتیجه یعنی احضار مکفول می‌باشد (ماده ۷۲۴ ق.م.ا) و ادای دین تعهدی است که در نتیجه انجام‌ندادن تعهد اصلی و برای جبران خسارت بر او تحمیل می‌شود؛ بنابراین وضع حقوقی کفیل را باید بر مبنای تعهد اصلی تعیین کرد و پرداخت دین را تابع آن قرار داد. به گفته برخی فقیهان، تعهدات کفیل به صورت تخییری و عرضی نیست، بلکه به صورت طولی است (بحرانی آل‌عصفور، [بی‌تا]، ج ۱۲، ص ۱۱۳ / بجنوردی، ۱۴۱۹، ص ۱۶۰ / حلی، حسین، ۱۴۱۵، ص ۱۱۳ / کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۴۵۵). افزون بر این، مسئله تخییر فقط در یک روایت ضعیف‌السند در کتاب دعائم‌الاسلام نقل شده است و در هیچ‌یک از اخبار دیگر تخییری مشاهده نمی‌گردد، بلکه در همه اخبار الزام به احضار و حبس کفیل تصریح شده است.

همچنین، در صورتی که به وثیقه‌بودن کفالت قائل باشیم و بگوییم کفالت شبیه رهن، وثیقه دین است، در این صورت نیز صرف وثیقه و رهن‌بودن باعث سلطه صاحب حق بر گرفتن طلب از عین مرهونه نمی‌گردد، بلکه این امر نیاز به اذن حاکم دارد.

در هر حال، این موضوع در کتب فقیهان شیعه بسیار مضطرب و مشوش (حلی، حسین، ۱۴۱۵، ص ۱۱۴) و در کتب اهل سنت، اضطراب و تشویش بیشتر نمایان می‌باشد (ابن‌رشد، ۱۳۸۶، ص ۲۹۱-۲۹۴).

در پایان می‌توان به این گفته بسنده کرد که کفیل وثیقه احضار مدیون است، نه ادای دین که همین امر تفاوت میان کفالت با ضمان را تأیید می‌کند و از آنجا که در امور کیفری اموری باعث معافیت کفیل از پرداخت وجه‌الکفاله می‌گردد، به نظر می‌رسد در امور مدنی نیز بتوان از این وحدت ملاک استفاده کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۴۵۶).

نتیجه

کفالت از جمله عقود وثیقه‌ای است که صاحب حق بدین وسیله از حق خویش صیانت می‌کند. در صورتی که کفالت از قسم کفالت طلب باشد، کفیل تعهد می‌کند در صورت غیبت مکفول یا اختفای وی، از محل و موقعیت او تفحص کند و مکفول‌له را به آنجا راهنمایی نماید و خود تعهدی به احضار مکفول ندارد و در موردی که کفالت احضار باشد، هرچند کفیل تعهد به احضار مکفول در موعد مقرر و مکان خاص می‌نماید؛ ولی در این گونه کفالت، چون کفیل در صورت عدم احضار او غالباً تعهدی به پرداخت بدهی مکفول نمی‌نماید؛ بنابراین به موجب مسئولیت قراردادی در صورت عدم احضار، تعهدی به پرداخت بدهی او نخواهد داشت. براساس روایات - جز یک روایت ضعیف‌السند - ضمانت اجرای تخلف از مفاد قرارداد، حبس کفیل می‌باشد که آن هم با توجه به فروض مطروحه فقط در برخی از صور قابل جریان، نمی‌تواند ضمانت اجرای عام همه موارد عدم احضار تلقی گردد.

بر این اساس، ضمانت اجرای مقرر در ماده مذکور، بنا به جهاتی مخدوش به نظر می‌رسد؛ زیرا اولاً، مطابق ماده ۷۳۴ق.م. کفیل فقط احضار مکفول را تعهد نموده است و مطابق قواعد و اصول حقوقی هیچ‌کس را نمی‌توان به امری خارج از اراده و تعهدش الزام کرد.

ثانیاً، حقی که بر عهده مکفول ثابت می‌باشد، چه بسا ممکن است از جمله حقوقی باشد که از جانب هیچ شخص دیگری غیر از مکفول، قابلیت اجرا و اعمال نداشته باشد؛ مثل حقوق غیرمالی فاقد بدل همانند حق هم‌خوابگی زوجین (حق قسم). ثالثاً، چه بسا ممکن است کفیل همه سعی و تلاش خود را در احضار مکفول به کار

گیرد؛ ولی عدم امکان احضار به واسطه امتناع مکفول باشد که کفیل هیچ نقشی در آن نداشته است.

بر این اساس، شایسته است مقنن با توجه به نظر فقیهان و رعایت مفاد تعهد قراردادی و براساس فروض متفاوت، نسبت به اصلاح مقرره ۷۴۰ ق.م. تمهیدات مناسبی را مد نظر قرار دهد.

منابع

۱. ابن ادريس، محمد بن منصور؛ السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى؛ ج ۲، ج ۲، قم: مؤسسة نشر الإسلامی، ۱۳۶۸.
۲. ابن بابويه (شيخ صدوق)، محمد بن علی؛ من لا يحضره الفقيه؛ ج ۳؛ بيروت: دار الاضواء، ۱۴۰۶ق.
۳. ابن رشد، محمد؛ بداية المجتهد و نهاية المقتصد؛ مصر: مكتبة الكليات الازهرية، ۱۳۸۶ق.
۴. ابن قدامه، عبد الله بن احمد؛ مغنی المحتاج؛ ج ۲، قاهره: دار الحديث، ۱۴۱۶ق.
۵. ابن همام، كمال الدين؛ فتح القدير؛ ج ۱۰، بيروت: دار احياء التراث العربي، [بی تا].
۶. آخوندی، محمود؛ آيين دادرسی كيفری؛ ج ۲، ج ۷، تهران: سازمان مطالعه و تدوين كتب علوم اسلامي دانشگاهها (سمت)، ۱۳۸۵.
۷. اردبیلی، احمد بن محمد؛ مجمع العناوين والبرهان فی شرح ارشاد الإذهان؛ ج ۹، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۰۳ق.
۸. آشوری، محمود؛ آيين دادرسی كيفری؛ ج ۲، ج ۷، تهران: سازمان مطالعه و تدوين كتب علوم اسلامي دانشگاهها (سمت)، ۱۳۸۵.
۹. اصفهانی (مجلسی اول)، محمد باقر بن محمد تقی؛ مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول؛ ج ۱۹، ج ۲، تهران: دار الكتاب الاسلامیة، ۱۴۰۴ق.
۱۰. آل كاشف الغطاء، محمد حسين؛ تحرير المجلة؛ ج ۱، تهران: مكتبة النجاح و مكتبة فيروز آبادی، ۱۳۶۱.
۱۱. بجنوردی، سيد حسن؛ القواعد الفقهية؛ ج ۶، ج ۱، قم: نشر الهادي، ۱۴۱۹ق.
۱۲. بحرانی آل عصفور، حسين بن محمد؛ الأنوار اللوامع فی شرح مفاتيح الشرايع (للفيض)؛ ج ۱۲، ج ۱، قم: مجمع البحوث العلمية، [بی تا].

١٣. بحراني، يوسف بن احمد بن ابراهيم؛ الحدائق الناضرة فى الاحكام العترة الطاهرة؛ ج ٢١،
 چ ١، قم: دفتر انتشارات اسلامى، ١٤٠٥ق.
١٤. تميمى مغربى، نعمان بن محمد؛ دعائم الإسلام؛ ج ٢، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام،
 ١٣٨٥ق.
١٥. جبعى عاملى (شهيد ثانى)، زين الدين؛ الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية؛
 ج ٤، قم: مكتبة الداورى، ١٣٦٥.
١٦. —؛ مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج ٤، قم: مؤسسة المعارف
 الإسلاميه، ١٣١٣ق.
١٧. جعفرى لنگرودى، محمد جعفر؛ مبسوط در ترمينولوژى حقوق؛ ج ٤، چ ٣، تهران:
 انتشارات گنج دانش، ١٣٧٠.
١٨. حلى (علامه)، حسن بن يوسف؛ (الف)؛ تحرير الاحكام؛ ج ٢، قم: مؤسسه
 آل البيت عليه السلام، ١٣٧٢.
١٩. —؛ (ب)؛ تذكرة الفقهاء؛ ج ١٤، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام، ١٣٧٢.
٢٠. —؛ ارشاد الاذهان إلى احكام الايمان؛ تحقيق فارس الحسون؛ ج ١، قم: دفتر
 انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين، ١٤١٠ق.
٢١. حلى (محقق)، ابوالقاسم نجم الدين جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فى
 مسائل الحلال والحرام؛ قم: اسماعيليان، ١٣٧٣.
٢٢. حلى، حسين؛ بحوث الفقهية؛ ج ١، چ ٤، قم: مؤسسة المنار، ١٤١٥ق.
٢٣. خالصى، محمد باقر؛ احكام المحبوسين فى الفقه الجعفرى؛ ج ١، چ ١، قم: دفتر
 انتشارات اسلامى، ١٤١٣ق.
٢٤. روحانى، سيد محمد صادق؛ فقه الصادق عليه السلام؛ ج ٢٠، قم: مطبعة العلميه، ١٤١٢ق.
٢٥. سبزوارى، سيد عبدالاعلى؛ مهذب الأحكام؛ ج ٢ و ٢٠، چ ٤، قم: مؤسسة المنار،
 ١٤١٣ق.
٢٦. سرخسى، شمس الدين؛ المبسوط؛ لبنان: دار المعرفة، ١٤١٤ق.
٢٧. سمرقندى، علاء الدين؛ تحفة الفقهاء؛ ج ٣، چ ٢، بيروت: دار الكتب العلميه، ١٤١٨ق.

۲۸. طباطبایی، سید محمد مجاهد؛ کتاب المناهل؛ ج ۹، چ ۱، قم: مؤسسه آل البيت ع، ۱۴۰۴ق.
۲۹. طوسی، محمد بن حسن؛ المبسوط؛ ج ۳، چ ۱، تهران: المكتبة المرتضوية لاحیاء الأئمة الجعفرية، ۱۳۸۷.
۳۰. —؛ النهاية فی مجرد الفقه والفتوی؛ ج ۲، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۶ق.
۳۱. —؛ تهذیب الأحکام، ج ۶، بیروت: دارالاضواء، ۱۴۰۶ق.
۳۲. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد؛ ج ۵، قم: مؤسسه آل البيت ع، ۱۴۱۴ق.
۳۳. فیض کاشانی، ملا محسن؛ مفاتیح الشرائع؛ تحقیق سید مهدی رجایی؛ قم: ۱۴۰۱ق.
۳۴. کاتوزیان، ناصر؛ عقود معین؛ ج ۴، تهران: انتشارات بهنشر، ۱۳۷۸.
۳۵. کلینی، محمد بن یعقوب؛ فروع کافی؛ ج ۷، بیروت: دارالاضواء، ۱۴۰۶ق.
۳۶. معین، محمد؛ فرهنگ فارسی؛ ج ۳، چ ۹، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۵.
۳۷. منتظری، حسینعلی؛ دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة؛ ج ۲، چ ۲، قم: نشر تفکر، ۱۴۰۹ق.
۳۸. نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام؛ ج ۲۶، تهران: اسلامیة، ۱۳۶۷.
۳۹. نجفی (کاشف الغطاء)، حسن بن جعفر بن جعفر؛ أنوار الفقاهة کتاب الكفالة (تک جلدی)؛ چ ۱، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق.
۴۰. نظام الحنفی؛ الفتاوی الهندیة فی مذهب الإمام الأعظم أبی حنیفه؛ بیروت: دار المعرفه، [بی تا].
۴۱. نوری، میرزا حسین؛ مستدرک الوسائل؛ چ ۱، قم: مؤسسه آل البيت ع، ۱۴۰۷ق.
۴۲. نووی، محی الدین بن شرف؛ المجموع فی شرح المذهب؛ بیروت: دار الفکر، [بی تا].
۴۳. نوین، پرویز؛ حقوق مدنی ۷ (عقود معین ۲)؛ چ ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.

