

بازخوانی تحلیلی - انتقادی قاعده لا کفاله فی الحد

زهرا صالح آبادی^۱، سیده ساعده حسینی^۲

^۱ دانشجوی دکتری دانشگاه فردوسی مشهد، دانشکده حقوق، گروه حقوق، مشهد- ایران

^۲ دانشجوی دکتری دانشگاه فردوسی مشهد، دانشکده حقوق، گروه حقوق، مشهد- ایران

نام نویسنده مسئول:

زهرا صالح آبادی

چکیده

یکی از احکامی که متعاقب تقسیم جرایم به حد و تعزیر شکل گرفته لا کفاله فی الحد می باشد. روایاتی چند از کفالت در حد نهی می کند. این روایات اغلب، مطلق و ناظر به حدود اصطلاحی تفسیر و تعبیر شده اند. بر مبنای این تفسیر ممنوعیت کفالت در حد به سان یک قاعده قاعده کلی قلمداد شده است؛ در حالیکه در جرایم تعزیری پذیرش کفالت بلا اشکال خواهد بود. این مقاله ضمن توجه به ادله عدم پذیرش کفالت در حدود و تحلیل مسئله از نگاه اصول روش شناختی استدلال می کند که در صورت وجود مصلحت یا تأمین اهداف مورد نظر شارع می توان کفالت در حدود را پذیرفت.

واژگان کلیدی: کفالت، حد و تعزیر، تعطیل یا تأخیر حد، حکم تعبدی

مقدمه

کفالت یکی از ابواب فقهی و حقوقی است که به معنای تعهد به احضار دیگری است. کفالت در دعوای کیفری به معنای آن است که از محکوم یا متهم خواسته شود تا کسی را به عنوان کفیل به دادگاه معرفی کند تا حضور متهم یا محکوم بدین وسیله تضمین شود. این نهاد حقوقی امروزه به عنوان متداول ترین قراردادهای تأمینی هم در خصوص افراد و هم در خصوص مراجع قضایی استفاده می شود. متعاقب تقسیم جرایم به حد و تعزیر بسیاری دیگر از احکام بر مبنای این تقسیم شکل گرفتند. در متون روایی اوصاف و احکام بسیاری (بیش از بیست حکم) برای «حد» و «حدود» ذکر شده است. یکی از این احکام «لا کفاله فی الحد» می باشد که در واقع به عنوان یکی از تفاوت های حد و تعزیر قلمداد شده است.

نظام واکنش کیفری، نظامی ماهیت گرا و محتوا گرا است. اگر بر یک حکم مانند «عدم پذیرش کفالت در حد» تأکید می کند مستند به یک محتوا، تحلیل و رهیافت عقلانی است. اگر رهیافت عقلانی بر مبنای مصلحت، دفع مفسده یا اهداف دیگر گاهی پذیرش کفالت در حد را تجویز و ضروری می نماید پس عدم پذیرش آن نیازمند دلیل قانع کننده ای خواهد بود. از نقطه نظر تحلیلی، همه جرایم حدی از همه جرایم تعزیری مهم تر و زیان بارتر نیستند تا عدم پذیرش کفالت در حد و پذیرش آن در تعزیر را توجیه نماید. در واقع مصالح عقلانی و حکمیانه مبنای پذیرش کفالت در حد و تعزیر خواهد بود نه ویژگی خاص در حدود.

توسل به تعبدی و توقیفی بودن اینگونه احکام در مقام دفاع نظری و عملی از چنین رویکردی به لحاظ عقلانی قابل پذیرش نیست. عدم پذیرش کفالت در حد صرفاً از این جهت که حد است و پذیرش آن در تعزیرات حتی در فرض عدم تأمین اهداف شارع، برابر با جدا کردن رویه شارع از رویه و سیره عقلا و لغو و بیهوده بودن این احکام است. در حالیکه از چشم اندازی روش شناختی به این مسئله و توجه به مقاصد و اهداف شارع و شناسایی قلمرو نصوص مربوط به این احکام می توان گونه ای از تغییر و انعطاف معقول در این حوزه را شاهد بود. با توجه به اینکه فقها کفالت و حدود را در حوزه غیر عبادات و غالباً در حوزه احکام و سیاست قرار داده اند، با تفسیر و تعبیر این نصوص در حال و هوای عرفی و عقلانی شاهد گونه هایی از تغییرات حکمیانه در چارچوب مقاصد و جهت گیری شارع مقدس و متناسب با مقتضیات زمان و مکان در قلمرو کفالت در حد بود. دیدگاه اخبار گونه و محدود به الفاظ و عبارات و بی توجه به مقاصد غایی شارع این امر را در پی خواهد داشت که فقه جزایی از پاسخ دادن به نیازهای متحول و مستحدث تقنینی و تأمین مقتضیات حقوق کیفری در زمان و مکانی جز عصر شارع قاصر است. در حالیکه توجه به دلایل و رهیافت های عقلانی در برخورد با متون دینی و تفسیر آنها بر مبنای اغراض شارع و مصالح و مفاصد عقلایی و عرفی می توان زمینه عقلانی کردن و پویایی فقه را فراهم آورد. بر این مبنا آنگونه که تصور می شود حدود و احکام آن سر به مهر و رازمند و نامنعطف و تغییرناپذیر نبوده و امکان کار بست تحلیل های عقلانی وجود خواهد داشت.

این نوشتار با روش تحلیلی و توصیفی اصول روش شناختی در پی آن است که به این سئوالات پاسخ دهد. ادله نهی از کفالت در حد چیست؟ مقصود از حد در عبارت «لا کفاله فی الحد» چیست؟ آیا منظور از حد در این عبارت حد اصطلاحی است؟ فلسفه و علت عدم پذیرش کفالت در حد چیست؟ آیا حکم عدم پذیرش کفالت در حد حکمی تعبدی است؟ آیا کار بست اصول روش شناختی اجتهاد کمکی به حل مسئله عدم پذیرش کفالت در حد خواهد نمود؟

مفهوم کفالت و انواع آن

کفالت در لغت عرب، اسم مصدر از «کفل»، «یکفل» به معنای ضمان آمده است و در فارسی به معنای عهده داری، سرپرستی و نگهداری به کار می رود؛ بنابراین به عهده گرفتن کاری به جای کسی است (صالحی مازندرانی، ۱۳۹۳، ص ۸۴) در اصطلاح فقها کفالت عبارت است از قصد التزام و تعهد به احضار نفس در هنگام مطالبه برای مکفول له. در اصطلاح حقوقی عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین در مقابل دیگری احضار شخص ثالثی را تعهد می کند (زرگوش نسب، غیبی، ۱۳۹۲، ص ۲۸۰).

کفالت بر امور مالی اختصاص ندارد؛ بلکه شامل مسائل کیفری و دعوای غیر مالی همچون دعوی زوجیت نیز می گردد. 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 وجه الکفاله تعهد می کند و در اصطلاح مدنی، عقدی است که به موجب آن شخصی در مقابل طرف دیگر احضار ثالثی را تعهد می کند متعهد را کفیل (کافل، ضامن، زعیم، حمیل و قبیل)، متعهد له را مکفول له و شخص ثالث را مکفول و مکفول عنه گویند (صالحی مازندرانی، ۱۳۹۱، ص ۳۸). البته لازم به ذکر است که کفالت در امر مدنی چون عقد تلقی می شود رضایت کفیل بدون تردید شرط است. درباره رضایت مکفول له هم استدلال می شود که صاحب حق را نمی توان جز با رضایت وی به جبران ملزم نمود اما درباره رضایت مکفول عنه یا کسی که حقی علیه اوست، اتفاق نظر وجود ندارد. اما در امر کیفری بعید است که کفالت از جنس عقد و لزوماً مشروط به رضایت مکفول باشد (نوبهار، ۱۳۹۳، ص ۱۴۵).

مهم ترین اقسام کفالت عبارتند از:

۱. کفالت احضار: کفالتی است که یک طرف عقد، احضار مکفول عنه را نزد مکفول له یا دادگاه تعهد می کند؛ غالب کفالت ها از این نوع است. به این کفالت، کفالت بدن، کفالت تن و کفالت نفس نیز می گویند که در برابر کفالت طلب و کفالت ملاقات به کار می رود.
۲. کفالت طلب: کفالتی است که کفیل تعهد می کند مکفول عنه را بیابد و به مکفول له نشان دهد (صالحی مازندرانی، ۱۳۹۱: ۳۹).

معنای لغوی و اصطلاحی حد و کاربرد آن

در کتب لغت برای حد معانی زیادی نقل شده است که از جمله می توان معانی منع و فصل بین دو شی و تأدیب و نهایت و منتهای هر چیزی نام برد (ایزدی فرد، حسین نژاد، ۱۳۹۴، ص ۱). اگر معنای اخیر در معنای اصطلاحی حدود لحاظ شده باشد، تأکید در این نام گذاری بر ثبات و عدم تغییر است. با این حال برخی از لغت شناسان مانند ابن اثیر گفته اند حدود اصل به معنای منع است اگر این معنا در حدود اصطلاحی لحاظ شده باشد تأکید و بار معنایی حدود بیشتر بر جنبه بازدارندگی کیفرهای حدی است (نوبهار، ۱۳۹۲، ص ۶۳).

کاربردها

۱. حد در معنای حکم

معنای ابتدایی و کاربرد اولیه واژه حد در متون شرعی، عبارت است از «حکم»؛ به این مناسبت که احکام مرزهای رفتارهای و باید و نبایدهای هنجاری را مشخص می کنند (حسینی، ص ۱۲۷). در قرآن و متون روایی نیز گاهی واژه حد در معنای حکم به کار رفته است. به عنوان مثال ثقه الاسلام کلینی در کافی تحت عنوان باب التحدید چند روایت آورده است با این مضامین که «خداوند عز و جل برای هر چیزی حدی قرار داده»، «هر چیزی را حدی است» (کلینی، ج ۷، ص ۱۷۳).

۲. حد در معنای مطلق عقوبت

حد در روایات متعددی در معنای مطلق عقوبت، اعم از قصاص، دیه و حد و تعزیر به کار رفته است. به عنوان مثال «خداوند برای هر چیزی حدی قرار داده و برای هر کس که از آن حد تجاوز کند حدی مقرر نموده است (همان، ص ۱۷۴). مراد و مقصود از حد دوم کیفر، به معنای عام است که شامل مجازات جنایات بر نفس و عضو (قصاص و دیه) هم می شود. صاحب جواهر اصطلاح حد را مشتمل بر تعزیر و قصاص می داند، جز مواردی که حکم مترتب بر عنوان حد مخالف اصول و عمومات فقهی باشد. بر این اساس، چنان که حکمی مخالف اصول و عمومات نباشد و بر عنوان حد مترتب باشد، قصاص و تعزیر را نیز فرا می گیرد. مثلاً باب حدود اقامه الحدود الی من الیه الحکم دارای معنای مطلق و قصاص و تعزیر خارج از نظام قضایی ممنوع دانسته شود (حسینی، همان).

۳. حد مجازات های مقدر در شرع

گاهی نیز حد به مجازات تقدیر (تعیین) شده و تعزیر مجازات غیر مقدر است. در واقع حدود در اصطلاح به مجازات های ثابت، مقدر و غیر قابل تغییری اطلاق می گردد که به شمار خاصی از رفتارهای مجرمانه تعلق می گیرد (جوان جعفری، ساداتی، ۱۳۹۲، ص ۶۹). شهید در مسالک، به منظور جمع بین مقدر بودن پاره ای از مجازات های شرعی (به معنای منصوص)، از طرفی، و تعزیر نامیده شدن آنها در روایات، از طرف دیگر، تعزیر را «عقوبه او اهانه لا تقدیر لها باصل الشرع غالباً» تعریف کرده و گفته است: تعزیر مجازات یا اهانتی است که «غالباً» در اصل شرع مقدر نشده است. به اعتقاد ایشان اصل در تعزیر عدم تقدیر است و اغلب افراد آن هم غیر مقدرند. لکن در روایاتی بعضی افراد آن تقدیر شده اند. مانند ازاله بکارت با انگشت، نزدیکی با همسر در روز ماه رمضان، و... در مقابل فقیهانی دیگر (چون صاحب جواهر، مرحوم تبریزی)، هر نوع مجازاتی که به هر نحو میزان خاصی برای آن تقدیر شده را از اقسام حدود می دانند (رحمانیان، حبیب زاده، ۱۳۹۲، ص ۱۱۱).

تعزیر

تعزیر در لغت به معنی توقیر و تکریم، بازداشتن و زدن، نصرت و یاری کردن همراه با تعظیم و پای بند و مقید ساختن آمده است (صادقی، ۱۳۹۲، ص ۱۶۱).

کاربردها

۱. مطلق مجازات ها، جز قصاص و دیه

واژه تعزیر در معنای قصاص و دیه یا در معنای عام مشتمل بر قصاص و دیه در متون شرعی و فقهی بکار نرفته است. بنابراین تعزیر در معنای مطلق عقوبات استعمال نشده است. لکن در مواردی واژه تعزیر و مشتقات آن در معنای عام مشتمل بر مجازات های مقدر و غیر مقدر به کار رفته است. در اینگونه موارد تعزیر در معنای تأدیب و سزادادن به کار رفته است.

۲. مجازات‌های غیرمقدره

در فقه جزایی از تعزیر در معنای خاص تعاریف مختلفی شده که قدر مشترک این تعاریف، کلمه مقدر است. در واقع تعزیر واکنشی است که نوع و میزان آن در شرع مشخص نشده و به منظور اصلاح و تأدیب متخلف، به وسیله دادرسان تعیین و اعمال می‌گردد (صادقی، همان).

ثمره بحث

با مراجعه به روایات روشن می‌شود که واژه حد گذشته از استعمال آن در مجازات‌های مقدر، در دو معنای مطلق مجازات اعم از مقدر و غیرمقدر و مجازات‌های غیر معین نیز به کار رفته است. حال با حفظ این مطلب سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا مراد از حد در این روایات، مطلق مجازات بوده تا اینکه احکام بیان شده در این روایت تعزیرات را هم شامل شود؟ یا اینکه مراد از حد فقط مجازات مقدر شرعی بوده و جریان احکام یاد شده در این روایت، در باب تعزیرات نیازمند ادله خاصی هستند؟ اقوال در این باره مختلف است. در فقه امامی، مرحوم صاحب جواهر، پس از اشاره به کاربرد دوگانه واژه حد در روایات، در دو معنای عام و خاص، درباره مقصود از «حد» در روایات متضمن احکام حدود می‌نویسد شاید صواب آن باشد که در احکامی که مخالف با اصول و عمومات است، به حد به معنای اخص (مجازات مقدر) اکتفا شود، مگر اینکه فحوا یا قرائن دیگر بر خلاف آن باشد و از اینجاست که قصاص تحت اطلاق حد قرار نمی‌گیرد (ایزدی فرد، حسین نژاد، ۱۳۹۴: ۲۵۱).

از معاصرین مرحوم گلپایگانی معتقد است: «در صورتی که ثابت شود موضوع له حکم مطلق عقوبت است، یا اینکه کثرت استعمال حد در معنای مطلق عقوبت موجب انصراف لفظ حد به معنای عام باشد، احکام حد بر مطلق عقوبت جاری می‌شود. اما در موارد مشکوک، مقتضای قاعده عدم اکتفا، در ترتیب احکام مزبور، به موارد ششگانه حدود است. آقای موسوی اردبیلی، در مقابل معتقد است که «... حاصل این که حمل لفظ حد بر معنای خاص، یعنی مجازات معین، نیاز به قرینه دارد و در صورت عدم قرینه بر معنای مطلق عقوبت حمل می‌شود (حسینی، ۱۳۸۸: ۹۳).

برخی نیز معتقدند که ماهیت معین و مقدر بودن حد اقتضا دارد که در موارد مشکوک، فقط احکامی که به نحوی با ثابت و نیز قطعی بودن کیفر مرتبط است و آن را افاده می‌کند اختصاص به حد در مقابل تعزیر دارند و بقیه احکام حدود، که ربطی و تناسبی با ثابت و قطعیت کیفر ندارند، راجع به مطلق عقوباتند (حسینی، ۱۳۸۷: ۱۳۵). به نظر می‌رسد که حدود در این احکام ناظر به حدود اصطلاحی نباشد از این حیث تفاوتی بین حد و تعزیر نباشد.

بررسی ادله ممنوعیت کفالت در حد

مستندات عدم پذیرش کفالت در حد معتبره سکونی، مرسله صدوق، روایت اصبع بن نباته و ادله «لعدم تأخیر در اجرای حد» می‌باشد.

روایات نهی از کفالت در حد

روایات موجود درباره نهی از کفالت در حد بدین صورت است

(الف) معتبره سکونی: عن ابی عبدالله (ع) قال: قال رسول الله (ص): لا کفاله فی الحد

سکونی از امام صادق (ع) نقل می‌کند که رسول خدا (ص) فرمودند «کفالت در حد پذیرفته نمی‌شود»

(ب) مرسله صدوق: قال رسول الله (ص) ادرئوا الحدود بالشبهات و لا شفاعه و لا کفاله ولا یمین فی الحد. به نقل از پیامبر آمده است که، حدود را در فرض وجود شبهه اجرا نکنید؛ شفاعت، کفالت و سوگند در حد راه پیدا نمی‌کند.

(ج) روایت اصبع بن نباته: قضی امیرالمومنین (ع) انه لا کفاله فی الحد. امیرالمومنین درباره مردی که حضور کسی را کفالت کرده بود قضاوت نمود که باید زندانی شود و به کفیل فرمود: رفیقت را پیدا کن. آن حضرت هم‌چنین قضاوت فرمود که، در حد کفالت نیست.

اهل سنت نیز کفالت در حد را روا نمی‌دانند. با این حال از ابوحنیفه نقل شده است که او کفالت را در حدود و قصاص یا به گزارش تنها در قصاص جایز می‌داند. قول به جواز از عثمان بنی هم نقل شده است (نوبهار، ۱۳۹۳: ۱۵۱).

ادله نهی از تعطیل و تأخیر در اجرای حد

برخی عقیده دارند که پذیرفتن کفالت در حد موجب تأخیر در اجرای حد و تعطیل آن می‌شود و تعطیل حد و نیز تأخیر در اجرای آن در شماری از آیات نهی شده است و فقها با استناد به این روایات تعطیل و عدم اجرای حد را حرام دانسته‌اند. در واقع نهی از کفالت در حد به معنای آن است که نباید از محکوم کفالت را پذیرفت؛ بلکه باید بی‌درنگ مجازات را اجرا کرد (نوبهار، ۱۳۹۴، ص ۳۴۶). بنا به این دلایل فقیهان کفالت در حد را روا نمی‌دانند و حتی در این مورد ادعای اجماع یا شهرت نیز شده است.

علت پذیرفته نشدن کفالت در حد

در باره راز نهی از کفالت در حد احتمالات زیر را می‌توان مورد اشاره قرار داد. برخی معتقدند که کفالت از آن جهت در حدود پذیرفته نشده است که باعث تأخیر در اجرای حدود می‌شود و طبق قاعده، تأخیر در اجرای حدود حرام و تعجیل در آن واجب است.

مرحوم آیت الله خوانساری می‌فرماید: در این که کفالت در حد پذیرفته نمی‌شود دو احتمال وجود دارد؛ یکی این که عدم قبول کفالت به خاطر عدم جواز در تأخیر اجرای حد باشد؛ که در این صورت بعض مواردی که حد به تأخیر می‌افتد باید کفالت پذیرفته شود؛ و لازم بود این جا برای عدم قبول کفالت، قیدی ذکر شود؛ به این معنا که تأخیر در حد جایز نیست؛ ولی اگر در موردی تأخیر جایز بود؛ کفالت هم پذیرفته می‌شود و یک احتمال هم این است که اصلاً حد وضعاً کفالت بردار نباشد؛ و کفالت موضوعاً باطل باشد؛ مثل بیع غرری که موجب می‌شود؛ موضوعاً بیع باطل شود (خوانساری: ۸۷-۸۸، ۱۴۰۵). شهید ثانی در مسالک الافهام و صاحب ریاض و فقهای دیگر نیز چنین تعلیلی داشته‌اند. صاحب جواهر با این استدلال که گاه تأخیر در اجرای حد جایز است، مستند عدم پذیرش کفالت در حد را روایات قرار داده است (نوبهار: ۱۳۹۳، ۱۵۷). امام خمینی نیز معتقدند که: در حدود، شارع از ارزش‌های اساسی و مهم مردم و جامعه حمایت کیفری می‌کند.

بنابراین جرایم مستوجب حد از جرایم بسیار سنگین محسوب می‌شوند، در حالیکه مجازات‌های تعزیری در پایین‌ترین سلسله طبقه-بندی مجازات‌ها از لحاظ شدت و ضعف قرار دارند به همین دلیل شارع بر اجرای فوری و عدم پذیرش کفالت و شفاعت در حدود تأکید دارد (پوربافرانی: ۱۳۸۴، ۴۰). صاحب جواهر نیز پس از اشاره به عدم پذیرش کفالت در حدود پس از اثبات آن، علت عدم پذیرش حد را تأخیر در اجرای آن نمی‌داند چون ممکن است تأخیر مصلحت باشد بلکه علت را مستند به روایت صحیح یا حسن از امام صادق می‌داند (نایب-زاده: ۱۳، ۴۵۷).

بدیهی است که اگر علت این قاعده تأخیر در اجرای حدود باشد، در این صورت اگر در موردی تأخیر حرام نبوده بلکه واجب باشد، پذیرش کفالت منعی ندارد و قاعده مورد بحث استثنا می‌خورد. مثلاً اگر محکوم به حد، مریض یا حامله باشد و تحمل حد را نداشته باشد، در این صورت می‌توان از او کفیل گرفت؛ زیرا کفالت باعث تأخیر حد نشده است (حاجی ده‌آبادی: ۲۷۷، ۱۳). ضمن اینکه این تعلیل در صورت صحت تنها در کفالت از محکوم راه پیدا می‌کند و نه کفالت از متهم. نمی‌توان گفت که، الزام متهم به کفیل هم درست نیست؛ زیرا قاضی موظف است فوراً به دلایل موجود علیه متهم رسیدگی کند و یا حکم به برائت یا محکومیت او نماید؛ زیرا اولاً، گاه با آنکه رسیدگی صورت نگرفته، شواهد بر درستی اتهام فراوان است. ثانیاً لزوم شتاب در رسیدگی از مدلول ادله بر نمی‌آید؛ ضمن اینکه با توجه به مقتضای احتیاط و لزوم تلاش برای رسیدن به واقع تا جای امکان، هرگونه شتاب و سرعتی در فرایند رسیدگی مطلوب نیست.

برخی نیز معتقدند که راز عدم پذیرش کفالت در حد مستند به روایات و یک امر تعبدی می‌باشد. در این صورت بنا به اطلاق روایات، دیگر در هیچ مورد و موقعیتی، حتی در مواردی که حد باید تأخیر بیفتد، کفالت پذیرفته نخواهد شد. و این قاعده غیر قابل تخصیص می‌شود (حاجی ده‌آبادی، همان).

گاه گفته می‌شود راز عدم جواز کفالت در حد، بی‌فایده‌گی آن است. بدین معنا فایده کفالت در غیر حدود این است که در صورت استتکاف مکفول از حضور بتوان حق را از کفیل استیفا نمود؛ ولی این امر در باب حدود امکان پذیر نیست؛ زیرا نمی‌توان کسی را در برابر گناه دیگری مسئول شناخت. مرحوم آیت‌الله گلپایگانی معتقدند که

لازمه پذیرش کفالت آن این است که اگر کفیل، محکوم را در وقت مقرر حاضر نسازد، باید مجازات حدی را بر کفیل جاری نمود، مثلاً فردی کفیل محکوم به رجمی شده است ولی محکوم فرار می‌کند و در وقت مقرر حاضر نمی‌شود و کفیل هم نمی‌تواند او را حاضر سازد. در این صورت لازمه پذیرش کفالت آن است که کفیل به جای محکوم، رجم شود و چنین امری یقیناً باطل است زیرا بر هیچ کس به واسطه گناهی که فرد دیگری انجام داده، حد جاری نمی‌شود. در نتیجه کفالت فقط در محدوده اموال پذیرفته می‌شود. از اینرو کفالت در دیه صحیح است اما کفالت در قصاص نه.

توجیه دیگری که برای عدم پذیرش کفالت در حد ذکر شده این است که چون در حوزه مجازات‌ها اصل بر تخفیف و تسهیل است، شارع مقدس همسو با این اصل عدم پذیرش کفالت در حد را پیش‌بینی نموده است. بنابراین دادرس باید ادله موجود علیه متهم را به سرعت

ارزیابی کند، اگر ادله برای اثبات مجرمیت کافی بود او را محکوم نماید و گرنه متهم را آزاد کند. از دیرباز برخی فقیهان اعم از شیعی و سنی، نهی از کفالت در حد را همین‌گونه تفسیر کرده‌اند. به نظر علامه حلی: «کفالت نوع توثیق و سختگیری است، حال آنکه حقوق الله مبنی بر اسقاط است و سزاوار است تا جای امکان برای عدم اثبات آن‌ها تلاش شود به نظر سرخسی کفالت گرفتن در دعوای حدی نوعی سختگیری است؛ حال آنکه در حدود اصل بر تخفیف و تسهیل است (نوبهار: ۱۳۹۳، ۱۵۹). با این حال کفالت همیشه بر مبنای سختگیری بر متهم نیست که به طور کلی این تعلیل ممنوعیت مطلق کفالت را توجیه نماید ممکن است مواردی از صدور قرار کفالت باشد که مناسب با حال متهم باشد. در مجموع با لحاظ ملاک حکم، تفسیر و تعبیر نصوص نهی از کفالت در پرتو اصل مبتنی بودن حدود بر تخفیف و تسهیل مناسب‌تر به نظر می‌رسد. بر این اساس تسهیل و تخفیف، مفسر ظاهر عام روایات نهی از کفالت خواهد بود. هم‌چنین برابر این تفسیر نصوص نهی از کفالت واجد معنایی تأسیسی هستند. بر پایه این احتمال، حد و تعزیر در این باره حکم یکسانی دارند. هر چند کفالت ممنوع کفالتی خواهد بود که مستلزم سختگیری و اثبات مسئولیت اضافی بر متهم یا محکوم باشد.

بازخوانی مسئله از حیث اصول روش‌شناختی

«عدالت»، «مصلحت» و «رحمت»، مبانی ارزشمند و اصیلی هستند که تمامی احکام شریعت مقدس اسلام بر پایه و اساس این اصول مترقی استوار بوده، و در راستای تحقق آنها تشریع گردیده‌اند. قرآن کریم با صراحت، هدف از بعثت انبیا و فرستادن کتاب‌های آسمانی را تحقق عدالت در جامعه دانسته است و می‌فرماید: لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ؛ «ما رسولان خود را با دلایل روشن فرستادیم، و با آنها کتاب و میزان نازل کردیم؛ تا مردم قیام به عدالت کنند...» (حدید/۲۵) و در آیه دیگر می‌فرماید: «و ما أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ» و «نفرستادیم تو را مگر به خاطر رحمت بر جهانیان» (انبیا/۱۰۷). از آیات قرآنی به خوبی استفاده می‌شود که بعثت انبیا و تشریع احکام، به منظور تحقق عدالت و بر اساس لطف و رحمت به انسان‌ها صورت گرفته است. از برخی روایات نیز استفاده می‌شود که اصل اساسی در تکالیف دینی، جلب مصلحت و دفع مفسده است؛ تا جایی که ملاک و معیار «حلیت و حرمت» احکام، نیز تطابق و هماهنگی با مصالح واقعی انسان و مغایرت با آن ذکر گردیده است (حر عاملی: ۵۴/۱۲-۵۷ به نقل از مظفری، ۱۳۹۳: ۱۳۱) (تقی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۴: ۶۱).

از آنجایی که احکام الهی تابع مصالح و مفاسدی است و شارع مقدس اسلام از وضع و تشریع احکام اهداف و مقاصدی داشته است بنابراین برای دستیابی به این اهداف، احکام خاص دیگری که بیشتر جنبه ابزاری دارند تشریع نموده است. بدین سان با کاربست تحلیل‌های عقلانی می‌توان به جنبه ابزاری داشتن احکام یا هدف بودن آن‌ها دست یافت. همانطور که برخی فقیهان چون (شهید اول) تصریح دارند که مجازات‌ها صرفاً وسیله‌ای برای دستیابی به اهداف خاصند و از آنجایی که مجازات‌ها و مسائل کیفری در حوزه غیرعبادی قرار می‌گیرند می‌توان به طریق دیگری غیر از طرق مذکور در احکام به این اهداف نائل آمد. بنابراین شارع از تشریع احکامی چون «لا کفاله فی الحد، لاشفاعه فی الحد و...» در پی رسیدن به هدف یا اهداف معینی (چون بازدارندگی، سزادهی، اصلاح و تربیت و...) بوده و در واقع این احکام از جنس وسیله‌اند نه هدف و طبیعی است در مواردی که امری از جنس وسیله باشد هرگاه هدف منتفی شود وسیله نیز منتفی است (نوبهار، ۱۳۹۴: ۹۲).

اگر روشن باشد که مقصود از اجرای حد و عدم پذیرش کفالت در حد هدف یا اهداف معین است، هرگاه هدف یا اهداف مورد نظر به هر دلیل دست نیافتنی باشد شارع هم طبعاً بر پذیرش یا عدم پذیرش مطلق آن حکم و اجرای آن تأکیدی ندارد. بنابر پذیرش این امر که احکامی نظیر «لا کفاله فی الحد» از جنس وسیله است نه هدف، امکان نیل به اهداف متعالی شرع مطابق با شرایط زمانی و مکانی با رعایت مصالح و عدالت، از طرق دیگر وجود خواهد داشت. بر این مبنا قول به عدم پذیرش کفالت در حدود، بصورت مطلق و صرفاً به این دلیل که حد است و پذیرش آن در تعزیرات حتی در فرض عدم تأمین اهداف متعالی شرع مقدس اسلام به معنای لغو و بی‌فایده بودن احکام اسلام خواهد بود؛ در حالیکه ساحت مقدس اسلام از کار لغو بی‌فایده بسی به دور است و این امر اختصاص به حد و یا تعزیر ندارد. بنابراین اگر مراعات مصلحت یا دفع مفسده‌ای که به مصالح دینی یا اجتماعی باز می‌گردد پذیرش کفالت در حد را اقتضا نماید، می‌توان حکم به پذیرش آن داد و این امر مطابق با روح و معنای کلی شریعت و احکام اسلام و رحمت و عدالت است.

نام‌گذاری برخی جرایم به حد و ثابت دانستن میزان مجازات و عدم ورود عناصر انعطاف‌پذیری چون شفاعت، کفالت و... در حد برابر با جدا کردن رویه شارع مقدس از رویه و سیره‌های عقلایی در زمینه واکنش کیفری است و این امر در عمل دشواری‌هایی در پی خواهد داشت. توسل به تعبدی و توقیفی بودن این مجازات‌ها در مقام دفاع نظری و عملی از چنین رویکردی، به لحاظ عقلانی و عقلایی قابل پذیرش نیست. به ویژه اینکه دسته بندی فقها از مباحث جزایی نشان می‌دهد که آنان مباحث جزایی و مخصوصاً مجازات‌ها را در حوزه امور تعبدی و توقیفی قرار نمی‌دهند. به عنوان نمونه کلینی در کتاب کافی، فروع کافی را در پنج باب عبادات، ابواب معیشت (شامل مباحث، دین، کفالت، حواله و...)، ابواب نکاح، ابواب وصیت و ارث و ابواب حدود، دیات، قضا، شهادت سامان‌دهی کرده است. همانطور که ملاحظه می‌شود بحث کفالت را

ذیل باب معیشت ذکر کرده و این امر می‌تواند بیانگر این مطلب باشد که این مباحث از امور دنیوی بحث می‌کند؛ ضمن اینکه مبحث حدود را ذیل امور عبادی ذکر نکرده است و می‌توان به احکامی جدید در این حوزه دست یافت.

شیخ طوسی در استبصار مقررات جزایی را همتای احکام عبادی مانند نماز و روزه قرار نداده است. محقق حلی ابواب فقه را به چهار قسم: «عبادات»، «عقود»، «ایقاعات» و احکام تقسیم نموده و حدود و قصاص و دیات را در شمار احکام قرار داده‌اند (نوبهار، ۱۳۹۴: ۸۵). شهید اول در کتاب القواعد و الفوائد در تعریف معامله گفته است «هر حکم شرعی که غرض اهم آن دنیا باشد، معامله نامیده می‌شود، خواه آن غرض، جلب نفع باشد یا دفع زیان؛ خواه جلب نفع یا دفع زیان مقصود اصلی حکم باشد یا مقصود تبعی» و عبادت را حکم شرعی دانسته است که غرض اهم آن آخرت است، خواه برای جلب نفع اخروی باشد یا دفع ضرر اخروی (مکی، ج ۱: ۳۵).

از حیث اصول روشناختی تفسیر و تبیین نصوص موجود در حوزه مسائل تعبدی و مسائل عرفی و عقلایی متفاوت خواهد بود. اینکه فقیهان مباحث حدود را در حوزه غیرعبادیات برشمرده‌اند متضمن این نکته مهم است که شماری از مباحث این حوزه راز سر به مهر نبوده و امکان کاربست تحلیل‌های عقلانی و اجتماعی در آن وجود دارد.

دیدگاه مشهوری که در این عرصه وجود دارد می‌توان در آرای شاطبی مالکی یافت این است که در باب عبادات اصل بر تعبدی بودن و در باب معاملات اصل بر تعلیل است شاطبی در این باره می‌نویسد «در عبادات نسبت به مکلف اصل بر تعبد است نه التفات به معانی اما در عادات اصل بر التفات بر معانی است» و در جای دیگر اشاره دارند که «ما از مقاصد شارع بدین آگاهی داریم که میان عبادات و عادات تفاوت نهاده شده و در باب عبادات جهت تعبد و در باب عادات جهت توجه به علل و معانی غلبه یافته و عکس این مسئله در دو باب یاد شده بسیار اندک است (صابری، ۱۳۸۵: ۲۴).

بدین سان با تمایز میان عرصه عبادات و غیر عبادات می‌توان با بهره جستن از تعلیل، تعقل در غیرعبادات به احکامی تازه، روزآمد و متناسب با واقعیت و نیازهای اجتماعی و مطابق با خواست شارع و رای آنچه در نص وجود دارد، رسید.

هم‌چنین لحاظ پیامدهای حاصل از حکم نیز امری معقول بوده و به درک انسانی‌تر و واقع‌بینانه‌تری از احکام شرع می‌انجامد. حوادث و گذر زمان و تنوع مکان در برخی موارد ممکن است شرایطی را فراهم آورد که اجرای برخی احکام، مانند عدم پذیرش کفالت در حد و... به صورت مطلق، در تعارض و تضاد با اصول کلی اسلام و هم‌چنین با مصالح جامعه و افراد قرار گیرد و گاهی موجب تضعیف دین شود و این امر در مواردی باعث کم شدن تمایل افراد به اسلام و بی علاقه شدن برخی از مسلمانان شود. در چنین مواردی حاکم اسلامی باید بر مبنای شرایط موجود و لحاظ خصوصیات مرتکب و ... از اجرای احکامی که موجب تضعیف دین و یا مایه ضرر به دیگران می‌شود، در راستای حفظ اصول مهم‌تر جلوگیری نماید.

روایات معتبری از پیامبر اسلام (ص) و امیرالمؤمنین (ع) حاکی از آن‌اند که آنان در سرزمین غیرمسلمانان حد را اجرا نمی‌کرده‌اند (نوبهار، ۱۳۹۰: ۳۳۶). توجه ایشان به مسئله عدم اجرای حد در سرزمین دشمن بیانگر توجه به پیامدها و نتایج حاصل از اجرای احکام بوده است. طبق فرمایش حضرت علی (ع): «در سرزمین دشمن حد اجرا نمی‌نمایم؛ زیرا خوف غلبه غیرت و حمیت و در نهایت الحاق فرد به دشمن وجود دارد (حرعاملی، ۱۴۱۴: ۳۱۸). این تعلیل بیانگر آن است که در اجرای احکام مصلحتی نهفته است و هر حکمی برای تأمین آن تشریع شده است و بر همین اساس بیان می‌شود که «هر تکلیفی ارشاد به مصلحتی است که در متعلق آن نهفته و انسان را به آن مصلحت واقعی ناائل می‌سازد، نه آن که صرفاً مصلحت در نفس تکلیف باشد، مانند تکالیف آزمایشی. پس در شریعت، تعبد محض حاکم نیست سالار زایی و دیگران، ۱۳۹۰: ۱۰۶).

اگر عدم پذیرش کفالت در حد، متضمن توجه آسیب یا خطر به دیگری از جمله اعضای خانواده و یا جامعه باشد عدالت و فطرت انسانی حکم می‌کند که با لحاظ شرایط واکنشی مناسب اتخاذ شود مثلاً در فرضی که فرزند یا همسر فرد محکوم به اجرای حد در بستر بیماری بوده و نیاز به حضور این فرد در کنار خانواده باشد اخلاق حکم می‌کند که با پذیرش کفالت از چنین محکومی، ضمن حمایت از حقوق بزه‌دیده بتوان از خانواده این فرد محکوم نیز حمایت بعمل آورد. و چه بسا زمینه اصلاح و توبه فرد در این مدت را فراهم آورد. بنابراین به نظر می‌رسد در مواردی که پیامدهای منفی از اجرای احکام حدود، چون عدم تأمین اهدافی چون اصلاح و بازپروری و یا بازدارندگی، تضعیف دین اسلام، توجه ضرر به دیگران، تراحم مصلحت و... حاصل شود باید با اتخاذ راهکاری مناسب از جمله پذیرش کفالت در حد از این پیامدها اجتناب نمود. چرا که عرف و بنای عقلا از پذیرش احکامی که فایده و منفعت اجتماعی نداشته باشد سر باز خواهند زد.

نتیجه گیری

با تحلیل و واکاوی ادله عدم پذیرش کفالت در حدود و توجه به فلسفه نهی از آن عدم پذیرش کفالت در حدود به صورت مطلق قابل پذیرش نیست. روایاتی که بیانگر عدم پذیرش کفالت در حدود می باشد به حدود اصطلاحی اختصاص ندارد و از این حیث تفاوتی بین حد و تعزیر نمی باشد. تفسیر لفظی از اطلاق ادله در این خصوص درست نیست بلکه باید متناسب با اقتضائات عقلانی و مقتضیات مصلحت و هم پای تحولات زمان و مکان از دریافت ها و رهیافت های عقلانی در چارچوب مقاصد و جهت گیری شارع مقدس در هر مورد حکم نمود.

عدم پذیرش کفالت در حدود بصورت مطلق و صرفاً به این دلیل که حد است و پذیرش آن در تعزیرات حتی در فرض عدم تأمین اهداف متعالی شرع مقدس اسلام به معنای لغو و بی فایده بودن احکام اسلام خواهد بود؛ در حالیکه ساحت مقدس اسلام از کار لغو و بی فایده بسی به دور است و این امر اختصاص به حد و یا تعزیر ندارد. بنابراین اگر مراعات مصلحت یا دفع مفسده ای که به مصالح دینی یا اجتماعی باز می گردد پذیرش کفالت در حد را اقتضا نماید، می توان حکم به پذیرش آن داد و این امر مطابق با روح و معنای کلی شریعت و احکام اسلام و رحمت و عدالت است.

توسل به تعبدی و توقیفی بودن این احکام در مقام دفاع عملی و نظری از آن قابل پذیرش نیست. به رغم ظاهر و اطلاق ادله نهی از کفالت در حدود می توان با کاربرست اصول روش شناختی چون تمایز میان عرصه عبادات و غیر عبادات و تفکیک هدف از وسیله و توجه به پیامدهای حاصل از احکام، با بهره جستن از تعلیل، تعقل در غیر عبادات به احکامی تازه، روزآمد و متناسب با واقعیت و نیازهای اجتماعی و مطابق با خواست شارع و رای آنچه در نص وجود دارد، رسید.

منابع و مراجع

- [۱] ایزدی فرد، علی اکبر؛ حسین نژاد، سید مجتبی؛ تأملی در مصادیق مشتبه حد و تعزیر با تحلیلی بر سخنان شهید ثانی در مسالک؛ پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۱، شماره ۲، ۱۳۹۴.
- [۲] پوربافرانی، حسن؛ نقد سیاست جنایی حدود محور در مقررات تعدد و تکرار در حقوق کیفری ایران؛ نامه حقوقی، ج ۱، ش ۱، ۱۳۸۴.
- [۳] جوان جعفری، عبدالرضا، ساداتی، سید محمد جواد؛ عظمت نمادین حدود و موانع اجرایی آن؛ تأملی فلسفی و جامعه‌شناسی؛ فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۳، پاییز ۱۳۹۲.
- [۴] حاجی ده‌آبادی، احمد؛ قواعد فقه جزایی؛ ج اول، زمستان ۱۳۸۷.
- [۵] حسینی، سید محمد؛ دو گونه کیفر در مقابل دو دسته بزه «باز تعریف» «حدود» و «تعزیرات» از دیدگاه فلسفه کیفر؛ فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، ش ۱، بهار ۱۳۸۸.
- [۶] _____؛ حدود و تعزیرات (قلمرو، انواع، احکام)؛ فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، ش ۱، بهار ۱۳۸۷.
- [۷] رحمانیان، حامد؛ جعفرزاده، حبیب؛ معیار تفکیک «حدود غیر مذکور» از «تعزیرات منصوص» در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲؛ مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هفت، ش ۸۴، زمستان ۱۳۹۲.
- [۸] زرگوش نسب، عبدالجبار، غیبی، سیده معصومه؛ کفالت قهری و آثار آن در فقه؛ نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهل و ششم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۲.
- [۹] شاکری گلپایگانی، طوبی؛ اسلام، حق حیات... کدام قاعده؟؛ قسمت دوم، فقه و حقوق (ندای صادق)، سال هفتم، شماره ۲۸، زمستان ۱۳۸۱.
- [۱۰] شاکری گلپایگانی، طوبی؛ اسلام، حق حیات... کدام قاعده؟؛ قسمت چهارم، فقه و حقوق (ندای صادق)، شماره ۳۰، تابستان ۱۳۸۲.
- [۱۱] صادقی، محمدهادی؛ نقش توبه در حدود و تعزیرات؛ پژوهشنامه حقوق کیفری، سال چهارم، ش دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۲.
- [۱۲] صالحی‌مازندرانی، محمد. نقدی بر ضمانت قهری کفیل مقرر در ماده ۷۴۰ ق.م. حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۳۵، زمستان ۱۳۹۱.
- [۱۳] صالحی‌مازندرانی، محمد؛ مبانی و قلمرو کفالت قهری از منظر فقه و حقوق؛ حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ۴۱، تابستان ۱۳۹۳.
- [۱۴] صابری، حسین؛ قلمرو ثابت و متغیر، دشواریها و فرضیه‌ها؛ مطالعات اسلامی، ش ۷۹، ۱۳۸۵.
- [۱۵] صابری، حسین؛ فقه و چالش تعبد و تعلیل؛ نشریه دانشکده الهیات مشهد، شماره ۵۷، پاییز ۱۳۸۱.
- [۱۶] غلامی، علی؛ آقایی میبدی، حسین؛ اهداف اجرای حدود و تعزیرات در کلام فقها و ساز و کار حل تلاقی آن؛ فقه اهل بیت، سال ۱۹.
- [۱۷] مظفری، حسن؛ مبانی جرم‌انگاری در جرایم جنسی مستوجب حد در حقوق کیفری اسلام؛ فقه و اجتهاد، س ۱، ش ۱، تابستان ۱۳۹۳.
- [۱۸] نوبهار، رحیم؛ اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی؛ پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ۱۳۹۰.
- [۱۹] _____؛ جستاری در مبانی تقسیم‌بندی حد- تعزیر در فقه کیفری اسلام، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۳، پاییز ۱۳۹۲.
- [۲۰] _____؛ جستاری در دلایل نقلی تقسیم‌بندی حد- تعزیر؛ فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۶۷، ۱۳۹۳.
- [۲۱] _____؛ شفاعت در حد و تعزیر؛ پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، ش ۷، تابستان ۱۳۹۳.
- [۲۲] _____؛ جستاری در تقسیم‌بندی باب‌های فقهی و پیامدهای روش‌شناختی آن؛ فصلنامه راهبرد، سال ۲۴، شماره ۷۶، پاییز ۱۳۹۴.
- [۲۳] _____؛ جستاری درباره تأخیر در اجرای حد؛ فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ۴۸، ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۴.
- [۲۴] _____؛ کفالت در حد و تعزیر، حقوق تطبیقی، ج ۱۰۵، ش ۱۲، ۱۳۹۵.
- [۲۵] ورورایی، اکبر و دیگران؛ تأثیر اخلاق در جرم‌انگاری و جرم‌زدایی در نظام حقوق کیفری اسلامی ایران؛ پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره ۸، پاییز ۱۳۹۳.

- [۲۶] البجنوردی، سید محمدحسن، القواعد الفقیهیه، ج ۶، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.
- [۲۷] الجبعی العاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک‌الفهام، ج ۱۴، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۸ق.
- [۲۸] الحر العاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعہ، ج ۱۸، ۲۸، تحقیق عبدالرحیم ربانی، چاپ ششم، تهران، مکتبه اسلامیہ، ۱۴۱۰ق.
- [۲۹] الحلّی، حسن بن یوسف بن المطهر (علامه حلّی)، مختلف الشیعہ، ج ۶، چاپ اول، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
- [۳۰] الخوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، مکتبه الصدوق، ۱۳۶۴ش.
- [۳۱] السبزواری، سید عبدالعلی، مهذب الاحکام، قم، دار التفسیر، ۱۲۸۸.
- [۳۲] الكلینی، محمد بن یعقوب، کافی، جلد های ۵ و ۷، تحقیق: علی‌اکبر الغفاری، تهران: اسلامیہ، چاپ ششم، ۱۳۸۷ش
- [۳۳] الكلپایگانگی، السید محمدرضا، الدر المنضود فی احکام الحدود، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۴ق.
- [۳۴] الطوسی، محمد بن الحسن، الخلاف، ج ۵، قم، موسسه انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۷ق.
- [۳۵] الطباطبائی، سید علی، ریاض المسائل، ج ۲، ۱۶، قم، موسسه آل بیت، ۱۴۰۴ق.
- [۳۶] المکی العاملی، محمد بن جمال الدین (شهید اول)، القوائد و الفوائد، ج ۱، تحقیق عبدالهادی حکیم، قم، مکتبه المفید، بی تا.
- [۳۷] النجفی، محمد بن حسن، جواهر الکلام، ج ۴۱، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۵ق.