



## The Jurisprudential and Legal Legitimacy of Guardianship in Qisas in the Jurisprudence of Islamic Schools and Iranian Law

Seyed Abolghasem Hosseini Zeidi\*<sup>1</sup>, Ali Nosrati<sup>2</sup>, Hossein Farzaneh<sup>2</sup>, Salman Hasani<sup>3</sup>

1. Associate Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. (Corresponding Author)

2. Assistant Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran.

3. M.A, Department of Fiqh and Fundamentals of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran.

### ARTICLE INFORMATION

**Type of Article:**

**Original Research**

**Pages: 1-17**

**Corresponding Author's Info**

**ORCID:** 0000-0000-0000-0000

**TELL:** +989381029570

**Email:**

abolghasem.6558@yahoo.com

**Article history:**

**Received:** 05 Jan 2025

**Revised:** 11 Mar 2025

**Accepted:** 19 Apr 2025

**Published online:** 23 Sep 2025

**Keywords:**

*Suretyship, Qisas, Jurisprudence of Islamic Schools, Iranian Law.*

### ABSTRACT

“Suretyship in property matters is a unanimous and agreed-upon subject whose validity and legitimacy have been confirmed in the jurisprudence of Islamic schools and Iranian law. However, suretyship in criminal matters is a controversial and debated issue. The present study, using a library-based method and a descriptive–analytical approach, investigates the legitimacy of ‘suretyship in Qisas,’ meaning the possibility of employing the institution of suretyship in the case of an accused or convicted person subject to Qisas, from the perspective of the jurisprudence of Islamic schools. Research findings indicate that ‘suretyship in Qisas,’ particularly according to Imamiyyah jurisprudence, is valid and legitimate, and Qisas is not subject to the rules that prevent the application of suretyship in Hudud (such as “No suretyship in Hudud”). Accordingly, it appears that the guardian of the victim’s blood right (wali al-dam) in Qisas can, in return for his right, accept suretyship. Iranian law is silent on the permissibility or non-permissibility of suretyship in Qisas, and this issue has not been extensively discussed in legal literature. Therefore, based on Article 167 of the Constitution, which obliges judicial authorities to refer to the fatwas of jurists in cases where the law is silent, it can be said that Iranian law also considers such suretyship legitimate. In summary, suretyship in Qisas, from both jurisprudential and legal perspectives, is valid and legitimate.



This is an open access article under the CC BY license.

© 2025 The Authors.

**How to Cite This Article:** Hosseini Zeidi, SA; Nosrati, A; Farzaneh, H & Gasani, S (2025). “The Jurisprudential and Legal Legitimacy of Guardianship in Qisas in the Jurisprudence of Islamic Schools and Iranian Law”. *Journal of Comparative Criminal Jurisprudence*, 5(3): 1-17.



انجمن علمی فقه‌پژای تطبیقی ایران

# فصلنامه فقه‌پژای تطبیقی

www.jccj.ir



فصلنامه فقه‌پژای تطبیقی

دوره پنجم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۴

## مشروعیت فقهی و حقوقی کفالت در قصاص در فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران

سیدابوالقاسم حسینی زیدی\*، علی نصرتی<sup>۱</sup>، حسین فرزانه<sup>۲</sup>، سلمان حسینی<sup>۳</sup>

۱. دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. (نویسنده مسؤول)

۲. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.

۳. کارشناس ارشد، گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.

### چکیده

کفالت در اموال، موضوعی اجماعی و محل اتفاق است که در فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران صحت و مشروعیتش تأیید شده است، اما کفالت در امور کیفری، مسأله‌ای بحث‌برانگیز و محل مناقشه می‌باشد. جستار حاضر با روش کتابخانه‌ای و به شیوه توصیفی - تحلیلی، به تحقیق در مورد مشروعیت «کفالت در قصاص» می‌پردازد، بدین معنا که امکان استفاده از نهاد کفالت در مورد متهم یا محکوم به قصاص را از منظر فقه مذاهب اسلامی به داوری می‌نشیند. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که «کفالت در قصاص» از منظر فقه مذاهب اسلامی خصوصاً امامیه، صحیح و مشروع است و قصاص، مشمول قواعد نافی جریان کفالت در حدود (نظیر لاکفاله فی الحد) نمی‌باشد. بر این اساس، به نظر می‌رسد ولی دم در قصاص می‌تواند در مقابل حق خود، قبول کفالت کند. قوانین ایران درباره جواز یا عدم جواز کفالت در قصاص، ساکت است و این مسأله در کتب حقوقی نیز چندان مورد بحث واقع نشده، لذا با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، مبنی بر لزوم مراجعه مقام قضایی به فتوای فقها در موارد سکوت قانون، می‌توان گفت حقوق ایران نیز این‌گونه کفالت‌ها را مشروع دانسته است. بنابراین به اختصار باید گفت: کفالت در قصاص، از منظر فقهی و حقوقی، مشروع و صحیح می‌باشد.

### اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱-۱۷

اطلاعات نویسنده مسؤول

کد ارکید: .....-.....-.....-.....-.....

تلفن: +۹۸۹۳۸۱۰۲۹۵۷۰

ایمیل: abolghasem.6558@yahoo.com

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۱۶

تاریخ ویرایش: ۱۴۰۳/۱۲/۲۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۱/۳۰

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۷/۰۱

واژگان کلیدی:

کفالت، قصاص، فقه مذاهب، حقوق ایران.

خوانندگان این مجله، اجازه توزیع، ترکیب مجدد، تغییر جزئی و کار روی حاضر به صورت غیرتجاری را دارند.



© تمامی حقوق انتشار این مقاله، متعلق به نویسنده می‌باشد.

## مقدمه

به اجماع فقهای مذاهب پنج‌گانه اسلامی، کفالت در امور مدنی و مالی به‌عنوان راهکار تضمین معاملات و دیون، امری کاملاً پذیرفته شده است (علامه حلی، بی‌تا: ۲۲۴/۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۵: ۳۰۳؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰: ۳۹۴/۱۹؛ قرطبی، ۱۴۳۲: ۴۲۱/۵؛ زحیلی، ۱۴۱۸: ۴۱۴۳/۶؛ غروی، ۱۴۲۴: ۳۵۰/۳؛ کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۴۴۱/۴؛ هاشمی، ۱۳۹۷: ۵۳/۲). به‌موجب آن یکی از طرفین در مقابل دیگری، احضار شخص ثالثی را تعهد می‌کند که در این صورت کفیل باید مکفول را در زمان و مکانی که تعهد کرده است، حاضر نماید، و الا باید از عهده حقی که برعهده مکفول ثابت می‌شود، برآید.

اما آن‌چه تا حدی چالش‌برانگیز است، مسأله کفالت در دعای کیفری و به‌طور مشخص در بحث قصاص است؛ سؤال اینجاست که آیا در امر مهمی مانند قصاص، عقد کفالت جاری می‌شود، بدین‌معنا که همان‌گونه که در امور مالی، کفیل احضار مکفول را در موعد مقرر برعهده می‌گیرد، در قصاص نیز کفیل، حضور جانی را در زمان خاص تضمین کند یا این‌که اساساً نمی‌توان از عقد کفالت برای این منظور استفاده کرد؟

کفالت دو نوع است: ۱- کفالت اختیاری؛ ۲- کفالت قهری؛ درباره جریان و مشروعیت کفالت قهری در قصاص بین فقهای شیعه اختلافی وجود ندارد و فقهای شیعه بر مشروعیت آن تصریح کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۴۰۳/۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰: ۴۰۵/۱۹) در قانون مدنی نیز به کفالت قهری اشاره شده است و در ماده ۷۴۵ مقرر شده است: «هرکس شخصی را از تحت اقتدار ذیحقی یا قائم مقام او بدون رضای او خارج کند در حکم کفیل است و باید آن شخص را حاضر کند، و الا باید از عهده حقی که بر او ثابت شود، برآید» (بیگزاده، ۱۳۹۹: ۱۳۵). عنوان ذی حق عام بوده و شامل حق قصاص هم می‌شود. همچنین در ماده ۴۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به این مطلب اشاره شده است (گلدوزیان، ۱۳۹۷: ۳۹۵). درباره کفالت قهری در فقه مذاهب چهارگانه اهل سنت سخنی به میان نیامده و به این نوع از کفالت اشاره‌ای نشده است.

اما درباره جریان و مشروعیت کفالت اختیاری درباره کسی که حق قصاص علیه او ثابت شده یا به طریق اولی درباره کسی

که متهم به ارتکاب جرمی است که مستوجب ثبوت حق قصاص علیه او هست، گروهی از فقهای مذاهب اسلامی نظر مثبت دارند و آن را مشروع می‌دانند؛ به عقیده این گروه از فقها، اگر کسی تحت عنوان عقد کفالت با شرایط معتبر در این عقد متعهد شود که کسی که حق قصاص علیه او ثابت شده است را در وقت حاجت و در زمان درخواست مجنی‌علیه یا ولی او، حاضر کند، چنین تعهدی مشروع است.

گرچه تحقیقات فراوانی در مورد نهاد کفالت در دعای مدنی صورت گرفته است، اما تتبع نگارنده نشان می‌دهد که عنوان «کفالت در قصاص» به‌صورت مستقل و مبسوط، موضوع تحقیق پژوهشگران واقع نشده است، البته در لابه‌لای منابع علمی متأخر مانند کتب حقوقی، پایان‌نامه‌ها و مقالات، اشاراتی به موضوع مورد بحث را می‌توان یافت، مانند:

۱- «بررسی فقهی و حقوقی نظریات غیرمشهور فقها در باب حدود و قصاص» احسان مرادزاده، دانشگاه آزاد اسلامی تهران؛  
 ۲- «کفالت قهری یا حکمی» کاظم دروگری دانشگاه علم و فرهنگ تهران؛

۳- «کفالت در حد و تعزیر» رحیم نوبهار، مجله حقوق تطبیقی.  
 نظر به اهمیت مسأله و فقدان تحقیقی مستقل که ابعاد فقهی و حقوقی موضوع را به‌صورت جامع و البته مقارن بحث نموده باشد، نگارنده بر آن است که تحلیل جامعی از این موضوع را در منظر محققان فقه جزایی مذاهب اسلامی و حقوق ایران قرار دهد؛ در این جستار ابتدا به بیان اقوال و ادله طرفین پرداخته و در انتها نظریه برگزیده خود را تبیین می‌کنیم.

## ۱- اقوال و ادله مجوزین کفالت در قصاص

گروهی از فقهای شیعه و مذاهب اهل سنت جریان کفالت در قصاص را جایز می‌دانند و بر این امر ادله‌ای ذکر کرده‌اند.

## ۱-۱- اقوال و ادله فقهای شیعه

برخی از فقها، پس از ذکر ادله‌ای از کتاب، سنت، اجماع و عقل برای مشروعیت عقد کفالت، این عقد را در تمام مواردی که عنوان ذی‌حق بر مکفول صادق است را جاری می‌دانند و از این عنوان فقط کسی را که حدی بر گردن دارد را خارج می‌کنند،

به خاطر قاعده «لاکفاله فی الحد» و عنوان حد در قاعده مذکور را شامل قصاص نمی‌دانند، به خاطر این که متفاهم عرفی از واژه حد و آنچه از استعمال این کلمه منصرف می‌شود، حدود به معنای خاص آن است که فقط شامل حدود به معنای حق الله محض که در مقابل قصاص قرار دارد، لذا قائلند که کفالت در قصاص مشروعیت دارد (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۵۲/۵۲).

امام خمینی در تحریرالوسیله می‌فرماید: «کفالت هرکسی که بر او لازم است در دادگاه حاضر شود و دعوی مسموعی علیه او اقامه شده است و همچنین کفالت کسی که بر او عقوبتی از حقوق خلق است، مانند مجازات قصاص، صحیح است نه کسی که بر او عقوبت حقوق الله تعالی باشد، مانند حد و تعزیر، زیرا کفالت آن صحیح نیست» (موسوی خمینی، بی تا: ۳۵/۲). فرمایش حضرت امام صراحت دارد که کسی که محکوم به مجازات قصاص شده صحیح و مشروع است و ایشان حقوق الناس را از حقوق الله جدا می‌کنند و در حقوق الناس مثل قصاص کفالت را صحیح می‌دانند. آیت الله فاضل در مقام شرح کلام حضرت امام، دلیل صحت کفالت در قصاص را این گونه بیان می‌کنند: «از آنجا که در قصاص مستحق و صاحب حق انسان است، لذا می‌تواند به خاطر توثیق و محکم کاری، برای حق خود قبول کفالت کند برخلاف حدود الله که در آن‌ها صاحب حق خداوند است و حتی حاکم شرع در حدود اختیاری ندارد تا بتواند قبول کفالت کند» (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰: ۳۹۶/۱۹).

علامه در تذکره الفقها درباره صحت کفالت در قصاص می‌فرماید: «اگر عقوبتی که بر ذمه جانی ثابت شده، از حدودی باشد که جنبه حق الهی دارد و از حقوق الله محض است، مثل زنا و شرب خمر، در این موارد کفالت صحیح و مشروع نیست، زیرا ملاک در حدود الله بر اسقاط است و باید سعی در دفع آن شود، ولی اگر عقوبت از قبیل حدودی باشد که جزء حق الناس است، مثل حق قصاص، کفالت در آن جاری می‌شود» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۴/۳۹۶).

ایشان نیز با این بیان حق الله را از حق الناس جدا کردند و کفالت را در حق الله مشروع ندانستند، زیرا ملاک در حقوق الله و حدود الله بر اسقاط است؛ به خاطر قاعده درء و حداً امکان باید سعی در اسقاط آن شود و این با کفالت که به منظور توثیق و محکم کاری از آن استفاده می‌شود، سازگار نیست، لذا نمی‌توان در مورد کسی که حدی علیه او ثابت شده، کفالت گرفت، برخلاف حقوق الناس که ملاک در آن‌ها مذاقه و دقت نظر است و مشمول قاعده درء نیست و از آنجا که قصاص هم جزء حقوق الناس است، لذا کفالت در آن مشروع است، گویا ایشان شمول قاعده درء را نسبت به قصاص قبول ندارند و این قاعده را مختص حدود به معنای خاص آن می‌دانند.

محمدجواد مغنیه نیز کلامی شبیه به فرمایش علامه دارند و می‌فرماید: «اگر حقی که بر ذمه مکفول است، از حقوق الناس باشد، کفالت در این نوع حقوق صحیح است، مثل حق مالی یا حق قصاص یا حق حضور در مجلس حکم و دادگاه برای پاسخ به اتهام در جایی که دعوی مسموعی علیه او طرح شده، در همه این موارد کفالت

امام خمینی و آیت الله فاضل در مقام بیان مشروعیت کفالت در قصاص بر جنبه حق الناسی آن تأکید کردند و فرمودند «از آنجا که در قصاص صاحب حق مختار است برای محکم کاری و اطمینان خاطر قبول کفالت کند یا این که قبول نکند برخلاف حدود الله که غیر از خداوند کسی اختیاری ندارد تا بتواند قبول کفالت کند»، لذا به نظر می‌رسد مرحوم امام نیز در باب جریان عقد کفالت در قصاص دلیشان مثل مرحوم شیرازی این است که قاعده «لاکفاله فی الحد» مخصوص حدود به معنای خاص آن، یعنی حقوق الله محض است و شامل قصاص که از جمله حقوق الناس است، نمی‌شود و فقط حد به معنای خاص آن از تحت ادله مشروعیت کفالت خارج هستند.

شهید ثانی در مقام شرح کلام شهید اول در مورد حبس کفیل در صورت عدم تسلیم مکفول می‌فرماید: «اگر کفیل از تحویل

در صورت عدم تسلیم مکفول می‌فرماید: «اگر کفیل از تحویل

باشد که در این موارد ادله مشروعیت این عقد تخصیص زده می‌شوند.

آیت‌الله مرعشی در منهاج المؤمنین درباره عقد کفالت می‌فرماید: «کفالت هر کسی که حقی از حقوق مردم را بر گردن دارد، صحیح است، حال فرق نمی‌کند حق مالی باشد، مثل دین یا حق غیرمالی باشد، مثل حق قصاص، ولی کسی که حقی از حقوق‌الله بر گردن دارد، کفالت او صحیح نیست» (مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۲۵/۲). ایشان نیز بین حق‌الله و حق‌الناس فرق قائل شدند، گویا به نظر ایشان نیز قاعده «لاکفاله فی الحد» شامل قصاص نمی‌شود و فقط اختصاص به حدود به معنای خاص آن دارد.

در جمع‌بندی ادله فقهای شیعه می‌توان گفت: ۱- کفالت کسی که حق قصاص علیه او ثابت شده، صحیح است، به‌خاطر این که قاعده «لاکفاله فی الحد» شامل قصاص نمی‌شود، زیرا متفاهم عرفی از کلمه «حد» معنای خاص آن است که در مقابل قصاص قرار دارد و این که منصرف از کلمه «حد» معنای خاص آن است نه معنای عام حد تا شامل قصاص هم بشود؛

۲- کفالت در قصاص جاری می‌شود، زیرا از حقوق‌الناس است که صاحب حق می‌تواند برای توفیق و محکم کاری قبول کفالت کند و آنچه کفالت‌بردار نیست، حقوق الهی محض است که کسی حق قبول کفالت در برابر آن را ندارد؛

۳- از آنجا که ملاک در حقوق‌الناس بر مذاقه و دقت نظر است، لذا در قصاص هم که از جمله حقوق‌الناس است می‌توان کفالت گرفت، ولی در حدود که ملاک بر تسامح و اسقاط است، جریان کفالت منافی با این ملاک است، لذا کفالت در آن جاری نمی‌شود. به عبارت دیگر به‌خاطر شمول قاعده درء نسبت به حدود به معنای خاص، جریان کفالت منافی با این قاعده است، برخلاف قصاص که مشمول قاعده درء نیست، لذا جریان کفالت در آن ایرادی ندارد؛

۴- به‌خاطر ادله مشروعیت کفالت می‌توان گفت اصل بر مشروعیت این عقد است، مگر این که در موردی با دلیل خاص دلایل مشروعیت را تخصیص بزنیم؛ همچنان که در حدود به‌خاطر دلیل خاص این ادله تخصیص خورده‌اند، لذا در حدود کفالت جاری نمی‌شود. این گروه از فقها کفالت کسی که واجب

صحیح است، برخلاف حدود‌الله محض که کفالت در آن‌ها صحیح نیست، زیرا مطلوب و ملاک در این نوع حدود تساهل و آسان‌گیری است و این که این حدود با شبهه درء می‌شوند» (مغنیه، ۱۴۰۰: ۷۵/۴)، لذا مرحوم مغنیه نیز بر ملاک تساهل در حدود‌الله تکیه کردند و با این ملاک کفالت در حدود به معنای خاص را صحیح ندانستند، زیرا این ملاک با کفالت که برای محکم‌کاری است، سازگاری ندارد، برخلاف قصاص که مشمول قاعده درء نیست و ملاک در آن دقت نظر است که با عقد توثیقی کفالت هم سازگار است.

فخرالمحققین نیز در بیان صحت کفالت در قصاص می‌فرماید: «کفالت عقدی است که در شرع برای تعهد به احضار کسی که حضورش نزد حاکم برای تعیین جرمش ضروری است، آن هم در صورتی که دعوی مسموعی علیه او طرح شده باشد یا حق آدمی بر گردنش باشد، حال فرق نمی‌کند این حق مالی باشد، مثل دین یا غیرمالی باشد، مثل حق قصاص که در این موارد کفالت صحیح است، اگرچه کفالت در حدود‌الله صحیح نیست و کسی که حد الهی بر گردن دارد، کفالت او صحیح نیست» (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۹۸/۲). ایشان نیز قصاص را از حدود‌الله جدا کردند و از کلام ایشان می‌توان به دست آورد که ایشان نیز حد را در روایات نافی جریان عقد کفالت در حدود به معنای خاص آن در نظر گرفته‌اند، لذا این روایات را شامل قصاص نمی‌دانند.

سیدعبدالأعلی سبزواری نیز می‌فرماید: «کسی که حضورش در دادگاه به‌خاطر طرح دعوی مسموع علیه او، لازم است کفالت این شخص صحیح است، الا این که کفالت کسی که حد بر ذمه‌اش ثابت شده، صحیح نیست، به‌خاطر قاعده «لاکفاله فی الحد» و در این که آیا این قاعده قصاص را هم شامل می‌شود یا خیر؟ می‌فرماید: «این حدیث و قاعده شامل قصاص که حق‌الناس است، نمی‌شود و اختصاص به حق‌الله دارد» (سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۴۳/۲۰). به نظر می‌رسد ایشان نیز بعد از اثبات مشروعیت عقد کفالت با ادله اربعه، درجایی که حقی از حقوق مردم برعهده مکفول است، عقد کفالت را صحیح و مشروع می‌دانند و فقط به‌خاطر قاعده «لاکفاله فی الحد» حدود را که حق‌الله محض هستند، خارج کردند، به این بیان که اصل بر مشروعیت این عقد است، مگر این که دلیلی مثل قاعده مذکور برخلاف آن

برای اثبات جریان کفالت در قصاص به دو دلیل عقلی استناد کرده‌اند:

۱- از آنجا که حاضرشدن برای اجرای قصاص و به طریق اولی در مجلس حکم بر کسی که قصاص علیه او ثابت شده، لازم و واجب است و این حق برای مجنی‌علیه یا ولی دم بر ذمه جانی هست که در زمان نیاز حاضر شود، لذا صاحب حق می‌تواند برای توثیق و محکم کاری قبول کفالت کند و این که کفیل را با این عقد ملتزم کند که در زمان نیاز جانی یا همان مکفول را احضار کند (ابن‌القاسم، ۱۴۱۷: ۵/۱۶۰؛ مطیعی، بی‌تا: ۲۱۴/۱۳)؛

۲- از آنجا که در حقوق آدمیان و حقوق‌الناس کفالت صحیح و مشروع است، لذا در قصاص هم که از حقوق‌الناس حساب می‌شود، کفالت صحیح و مشروع است، لذا صاحب حق می‌تواند مثل سایر حقوق خودش بر آن وثیقه بگیرد و در نتیجه کفالت در قصاص صحیح است (ابن‌قده‌المقدسی، بی‌تا: ۱۰۰/۵).

### ۱-۳- حقوق ایران

در قانون جمهوری اسلامی درباره کفالت کسی که محکوم به قصاص شده، سخنی به میان نیامده، ولی در بحث قراردادهای تأمین، کفالت را یکی از قراردادهای تأمین ذکر کرده است که در ذیل به آن اشاره می‌کنیم.

در دعاوی کیفری پس از آن که بازپرس حسب ادله موجود در پرونده به متهم تفهیم اتهام نمود، اگر متهم دفاعیات موجهی ارائه نمود که حاکی از بی‌اعتباری دلایل سابق است، دستور آزادی بلاقید متهم را صادر می‌کند، اما اگر ادله در حد توجه اتهام علیه متهم باقی بماند یا دلایل علیه او تقویت شود، برخورد قانون‌گذار متفاوت خواهد شد و برخی از آزادی‌ها از وی سلب می‌شود، زیرا باید در دسترس مقام قضایی باشد تا تحقیقات درباره وی تکمیل شود و مجازات مناسب با جرم وی اجرا شود، لذا تا اجرای مجازات یا صدور حکم برائت وی یا مختومه‌شدن پرونده، برخی آزادی‌ها از او سلب می‌شود. این تصمیم مقام قضایی که به جهت دسترسی به متهم اتخاذ و به موجب آن این آزادی‌ها از متهم سلب می‌شود، قرار تأمین کیفری نام دارد (عابدی، ۱۳۹۹: ۲۸۲).

است در مجلس حکم و دادگاه به‌خاطر دعوی مسموعی که علیه او طرح شده، حاضر شود را صحیح می‌دانند و در این باره به‌دلیلی اشاره نکرده‌اند، ولی به‌نظر می‌رسد که حق حضور در مجلس حکم نیز از جمله حقوق‌الناس باشد که شاکی بر ذمه متهم دارد که در این نوع حقوق کفالت صحیح است.

### ۱-۲- اقوال و ادله فقهای مذاهب اهل سنت

از فقهای اهل سنت ابوحنیفه و بنابر قول أظهر نزد شافعی، کفالت در قصاص صحیح می‌باشد (رملی، ۱۴۰۴: ۴/۴۴۷؛ کاسانی الحنفی، ۱۴۲۰: ۶/۱۵) و برای صحت و مشروعیت کفالت در قصاص دلایلی از قیاس و عقل ذکر کرده‌اند:

### ۱-۲-۱- قیاس

با دو قیاس حکم به صحت کفالت در قصاص کرده‌اند:

۱- قیاس قصاص به دین از این جهت که هردو از حقوق آدمیان هستند (ابن‌قده‌المقدسی، بی‌تا: ۹۹/۵)، به این معنی که کفالت کسی که دین بر ذمه دارد، قطعاً صحیح است و دین از جمله حقوق‌الناس است، لذا کفالت کسی که حق قصاص علیه او ثابت شده نیز صحیح است، زیرا قصاص نیز از جمله حقوق‌الناس است؛

۲- قیاس قصاص به مال از آن جهت که هردو حق لازم هستند (رملی، ۱۴۰۴: ۴/۴۴۷)، به این بیان که کفالت در مال و در امور مالی قطعاً صحیح و مشروع است و مال از جمله حقوق لازم مردم است که در حقوق آدمیان کفالت صحیح است، پس کفالت در قصاص و کسی که حق قصاص علیه او ثابت شده، صحیح است، زیرا قصاص نیز از جمله حقوق لازم آدمیان است.

اگرچه فقهای اهل سنت در استناد به قیاس بر صحت کفالت در قصاص، قیاس را به دو صورت بیان کرده‌اند، ولی به‌نظر می‌رسد که بتوان هر دو قیاس را به این صورت جمع کرد که در امور مالی کفالت قطعاً صحیح است؛ حال این امر مالی دین باشد یا عین باشد و این امر مالی از حقوق‌الناس است، لذا در قصاص نیز که از حقوق‌الناس است کفالت صحیح است. خلاصه این که مشابهت قصاص به امور مالی و دین از جهت حق‌الناس بودن آن‌ها است.

### ۱-۲-۲- دلایل عقلی

روحي و جسمی، سن، جنس، شخصیت و حیثیت او متناسب باشد» (مصدق، ۱۳۹۶: ۲۱۳).

همان‌گونه که گفته شد، یکی از قرارهای تأمین کفالت است که در این نوع قرار، آزادی متهم مقید می‌شود، به معرفی کفیل با مقدار وجه الکفاله که مقام قضایی تعیین می‌کند، لذا متهم باید شخص ثالثی را به‌عنوان کفیل معرفی نماید تا در مراحل دادرسی در مواقع نیاز در صورتی که متهم خودش با احضار مقام قضایی حاضر نشد، وی را حاضر کند و اگر بدون عذر وی را حاضر نکند، وجه الکفاله توسط مقام قضایی ضبط می‌شود.

ولی همان‌طور که گفته شد، قانون‌گذار در مواردی صدور نوع خاصی از قرار تأمین را معین کرده است و در مورد جرایمی که مستوجب سلب حیات یا قطع عضو هستند، قرار بازداشت موقت را با وجود شرایط مقرر در قانون تعیین کرده است، لذا در ماده ۲۳۷ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: «صدور قرار بازداشت موقت جایز نیست، مگر در مورد جرایم زیر که دلایل، قرائن و امارات کافی بر توجه اتهام به متهم دلالت کند: ۱- جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات، حبس ابد یا قطع عضو و جنایات عمدی علیه تمامیت جسمانی که میزان دیه آن‌ها ثلث دیه کامل یا بیش از آن است؛ ۲- جرایم تعزیری که درجه چهار و بالاتر است؛ ۳- جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور که مجازات قانونی آن‌ها درجه پنج و بالاتر است؛ ۴- ایجاد مزاحمت و آزار و اذیت بانوان و اطفال و تظاهر، قدرت‌نمایی و ایجاد مزاحمت برای اشخاص که به‌وسیله چاقو یا هر نوع اسلحه انجام شود؛ ۵- سرقت، کلاهبرداری، ارتشاء، اختلاس، خیانت در امانت، جعل یا استفاده از سند مجعول در صورتی که مشمول بند «ب» این ماده نباشد و متهم دارای یک فقره سابقه محکومیت قطعی به علت ارتکاب هر یک از جرایم مذکور باشد.»

و در ماده ۲۳۸ همین قانون در مقام بیان معیارها و ضوابط صدور قرار بازداشت موقت مقرر کرده است: «صدور قرار بازداشت موقت در موارد مذکور در ماده قبل، منوط به وجود یکی از شرایط زیر است: ۱- آزادبودن متهم موجب از بین رفتن آثار و ادله جرم یا باعث تبانی با متهمان دیگر یا شهود و مطلعان واقعه گردد و یا سبب شود شهود از ادای شهادت امتناع کنند؛ ۲- بیم فرار یا مخفی شدن متهم باشد و به طریق دیگر نتوان از آن جلوگیری کرد؛ ۳- آزادبودن متهم مخل نظم عمومی، موجب به خطر افتادن جان

قانون‌گذار در ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری این قرارها را بیان کرده است. ماده مذکور مقرر می‌دارد: «به‌منظور دسترسی به متهم و حضور به‌موقع وی، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او و تضمین حقوق بزه‌دیده برای جبران ضرر و زیان وی، بازپرس پس از تفهیم اتهام و تحقیق لازم، در صورت وجود دلایل کافی، یکی از قرارهای تأمین را صادر می‌کند: ۱- التزام به حضور با قول شرف؛ ۲- التزام به حضور با تعیین وجه التزام؛ ۳- التزام به عدم خروج از حوزه قضایی با قول شرف؛ ۴- التزام به عدم خروج از حوزه قضایی با تعیین وجه التزام؛ ۵- التزام به معرفی نوبه‌ای خود به صورت هفتگی یا ماهانه به مرجع قضایی یا انتظامی با تعیین وجه التزام؛ ۶- التزام مستخدمان رسمی کشوری یا نیروهای مسلح به حضور با تعیین وجه التزام، با موافقت متهم و پس از اخذ تعهد پرداخت از محل حقوق آنان از سوی سازمان مربوط؛ ۷- التزام به عدم خروج از منزل یا محل اقامت تعیین شده با موافقت متهم با تعیین وجه التزام از طریق نظارت با تجهیزات الکترونیکی یا بدون نظارت با این تجهیزات؛ ۸- اخذ کفیل با تعیین وجه الکفاله؛ ۹- اخذ وثیقه اعم از وجه نقد، ضمانت‌نامه بانکی، مال منقول یا غیرمنقول؛ ۱۰- بازداشت موقت با رعایت شرایط مقرر قانونی» (ساوالانی، ۱۳۹۸: ۱۱۳).

قرارهای تأمین در یک تقسیم‌بندی کلی به دو دسته التزامات و توقیفات تقسیم می‌شود و التزامات خود به دو دسته التزامات خود متهم و التزامات غیر تقسیم می‌شود، زیرا در دسته اول خود متهم ملتزم می‌شود که هرگاه مقام قضایی وی را احضار کند، حاضر شود، ولی در دسته دوم یعنی التزامات دیگری که از آن تعبیر به کفالت می‌شود، شخص دیگری غیر از متهم ملتزم می‌شود که هرگاه مقام قضایی متهم را احضار نماید، او را حاضر کند (عابدی، ۱۳۹۹: ۲۸۳).

قانون‌گذار به جز در موارد محدودی که صدور نوع خاصی از قرار تأمین را الزامی نموده است، در سایر جرایم صدور قرار تأمین خاصی را الزامی ندانسته، بلکه با ذکر چند قاعده، انتخاب قرار تأمین کیفری را با رعایت این قواعد برعهده قاضی گذارده است که از جمله این قواعد اصل تناسب است که در ماده ۲۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری به آن تأکید شده، لذا این ماده در خصوص معیارهای اصل تناسب قرار تأمین کیفری مقرر می‌دارد: «قرار تأمین و نظارت قضایی باید مستدل و موجه و با نوع و اهمیت جرم، شدت مجازات، ادله و اسباب اتهام، احتمال فرار یا مخفی شدن متهم و از بین رفتن آثار جرم، سابقه متهم، وضعیت

شاک، شهود یا خانواده آنان و خود متهم باشد» (مصدق، ۱۳۹۶: ۲۶۰)، لذا در جرایمی که مجازات آن‌ها سلب حیات یا قطع عضو باشد، قانون‌گذار با وجود شرایط مقرر در ماده ۲۳۸ حبس موقت را به‌عنوان قرار تأمین معرفی و تجویز کرده است و طبق نظر حقوق دانان این قرار بازداشت موقت در موارد مذکور در ماده ۲۳۷ اختیاری است نه الزامی، البته الزامی نبودن صدور بازداشت موقت به این معنی نیست که در موارد ماده ۲۳۷ و وجود شرایط ماده ۲۳۸ نیز مقام قضایی مخیر باشد که قرار بازداشت موقت صادر نکند، بلکه در این موارد صدور این نوع قرار الزامی است (عابدی، ۱۳۹۹: ۳۳۱).

بنابراین می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که در مورد کسی که متهم به ارتکاب جرمی هست که مستوجب قصاص نفس یا مادون نفس است، در صورتی که شرایط مقرر ذیل ماده ۲۳۸ آیین دادرسی کیفری منتفی باشد، مقام قضایی می‌تواند با رعایت اصول و ضوابط صدور قرار تأمین مثل اصل تناسب، از متهم درخواست کفیل کند، لذا می‌توان ادعا کرد که قانون جمهوری اسلامی با وجود شرایط مقرر در قانون موافق کفالت نسبت به کسی که متهم به جرم مستوجب قصاص است، می‌باشد، لذا مقام قضایی می‌تواند در مورد کسی که متهم به ارتکاب جرم مستوجب قصاص است، درخواست کفالت کند.

ولی همان‌گونه که گفته شد، در مورد کسی که متهم به قصاص است مقام قضایی با در نظر گرفتن شرایط مقرر در ماده ۱۳۸ آیین دادرسی کیفری می‌تواند قرار کفالت صادر کند و وی را در زندان بازداشت نکند، ولی به‌نظر می‌رسد قرار کفالت مذکور در ماده ۲۱۷ آیین دادرسی کیفری بین کفیل و مقام قضایی منعقد می‌شود و ربطی به طرف دیگر دعوی (ولی دم یا مجنی علیه) ندارد و او نمی‌تواند در این باره اظهار نظر کند یا آن را قبول نکند، لذا می‌توان گفت قرار کفالتی که در آیین دادرسی کیفری مطرح می‌شود، متفاوت از عقد کفالت مذکور در فقه است و این قرار صرفاً در مقام تحقیق از طرف بازپرس صادر می‌شود تا او تحقیقات خود را کامل کند و او صرفاً در مقام انجام وظیفه خود قرار تأمین کفالت را صادر می‌کند تا متهم جهت تکمیل تحقیقات در دسترس مقام قضایی باشد، ولی عقد کفالتی که در فقه مورد بحث قرار گرفته است، عقدی هست

که بین شخص ثالث به‌عنوان کفیل و صاحب حق منعقد می‌شود و ربطی به مقام قضایی ندارد و در اینجا صاحب حق می‌تواند تا زمان اجرای حکم قصاص و یا تکمیل تحقیقات درباره جرمی که مجازات قصاص در پی دارد، قبول کفالت کند به این صورت که شخصی ضامن شود که متهم یا جانی را در وقت حاجت حاضر کند، لذا عقد کفالتی که در فقه درباره قصاص یا متهم به قصاص مورد بحث قرار گرفت، با قرار کفالت فرق دارد و می‌توان ادعا کرد که درباره صحت یا بطلان عقد کفالتی که در فقه درباره جانی یا شخصی که متهم به ارتکاب جنایت قصاصی است، در حقوق سخنی به میان نیامده است و قانون جمهوری اسلامی در این باره ساکت است.

حال سؤالی که در اینجا قابل طرح است، این است که اگر در دعوی کیفری که شخصی محکوم به قصاص است یا این که متهم به ارتکاب جنایت مستوجب قصاص است، طرفین دعوا توافق کنند که شخص جانی یا متهم با معرفی کفیل برای صاحب حق، آزاد شود و تا زمان اجرای حکم یا تکمیل تحقیقات در زندان نباشد، این عقد کفالت از نظر قانون چه حکمی دارد؟ و این که آیا مقام قضایی در این موارد می‌تواند شخص را از زندان آزاد کند؟

از آنجا که منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر فقهای شیعه به عنوان منبع ثانویه حقوق جمهوری اسلامی می‌باشند (دانش پژوه، ۱۳۸۹: ۱۹۱)، به این معنی که در مرحله اول مقام قضایی باید حکم موضوع و دعوی را از قانون جستجو کند و در صورتی که قانون حکم موضوع را بیان کرده، باید به آن استناد کند و حق رجوع به منابع دیگر را ندارد، ولی اگر قانون درباره موضوع مطرح شده سکوت اختیار کرده، در اینجا مقام قضایی باید به منابع معتبر شرعی و فتاوی معتبر مراجعه کند و به بهانه سکوت قانون نمی‌تواند از رسیدگی به آن امتناع ورزد.

همان‌گونه که در قانون اساسی در اصل ۱۶۷ مقرر شده است: «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 نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد» (زاهدی، ۱۳۹۰: ۶۸) که طبق نظر حقوق دانان

ادله و فتاوی فقهای موافق کفالت در قصاص، حقوق ایران نیز موافق کفالت در قصاص است و آن را مشروع می‌داند.

نتیجه این که با در نظر گرفتن ادله موافقین کفالت در قصاص می‌توان گفت: از نظر حقوق ایران کفالت در قصاص صحیح و مشروع است و در صورتی که صاحب حق (ولی دم یا مجنی‌علیه) نسبت به جانی یا متهم قبول کفالت کند، مقام قضایی باید جانی یا متهم را از زندان آزاد کند.

## ۲- اقوال و ادله مانعین کفالت در قصاص

برخی از فقهای مذاهب اسلامی مخالف جریان کفالت در مورد کسی که مرتکب جرم مستوجب قصاص شده است، هستند و برخی از آن‌ها به صراحت و بعضی به‌طور ضمنی، کفالت در قصاص را صحیح و مشروع نمی‌دانند و مشروعیت کفالت را منحصر به امور مالی می‌دانند که در ادامه به اقوال و ادله این گروه از علما می‌پردازیم.

### ۲-۱- اقوال و ادله فقهای شیعه

شیخ طوسی می‌فرماید: «کفالت کسی که حدالله که از حقوق‌الله محض علیه او ثابت شده است، بالإجماع صحیح نیست و کفالت کسی که مالی به دیگری بدهکار است، به‌نظر ما جایز است، اما کفالت کسی که قصاص برعهده دارد، به‌نظر ما جایز نیست، اگرچه برخی آن را جایز دانسته‌اند» (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۲۱/۵). مرحوم شیخ، دلیل کلامشان را ذکر نکردند، ولی به‌نظر می‌رسد ایشان قصاص را به حدود ملحق می‌کنند و آن را نیز مشمول قاعده «لاکفاله فی الحد» می‌دانند و حدود در این قاعده را به‌معنای عام آن گرفته‌اند که شامل قصاص هم می‌شود، لذا ایشان فقط کفالت در امور مالی را صحیح و مشروع می‌دانند.

مرحوم کاشف الغطاء معتقد است: «کفالت در قصاص و حدود و سایر مجازات صحیح نیست، زیرا این موارد از حقوق الهی و احکام شرعی هستند که کفالت در این امور معنی ندارد» (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۲۴۴/۱). ایشان با این بیان حد را به‌معنای عام آن گرفته‌اند، لذا قصاص را نیز مشمول قاعده «لاکفاله فی الحد» و قاعده «لاشفاعه فی الحد» دانستند.

آیت‌الله منتظری بعد از ذکر روایات کفالت می‌فرماید: «از ظاهر این روایات چنین به‌دست می‌آید که «جواز کفالت» به موارد «مالی» اختصاص ندارد و در همه مسائل و جرایم، افراد می‌توانند کفیل

منابع معتبر اسلامی نسبت به قاضی مجتهد است که باید خود قاضی با مراجعه به این منابع حکم دعوی مطرح‌شده را به‌دست آورد و مراجعه به فتاوی معتبر نسبت به قاضی غیرمجتهد است که باید حکم دعوی مطرح‌شده را از مجتهد جامع‌الشرايط استفتاء کند (دانش‌پژوه، ۱۳۸۹: ۲۵۳).

همچنین ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی نیز در صورت سکوت قانون درباره موضوعی، قاضی را موظف کرده که به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر فقها مراجعه کنند، لذا مقرر کرده است: «قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند، و الا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد» (بیگزاده، ۱۳۹۹: ۷۵۱).

ممکن است گفته شود که در موضوع کفالت در قصاص نمی‌توان به مواد آیین دادرسی مدنی استناد کرد و این مواد در امور کیفری قابل استناد نیستند، پس به استناد ماده ۳ آیین دادرسی مدنی نمی‌توان گفت که در موضوع کفالت در قصاص مقام قضایی باید به فقه مراجعه کند، ولی در جواب گفته می‌شود که اصل ۱۶۷ حاکم بر این اصول است و این که عبارت «هر دعوی» در این اصل، عام می‌باشد و شامل دعوی مدنی و دعوی کیفری می‌شود، لذا در امور کیفری نیز می‌توان به ادله معتبر شرعی و فتاوی معتبر مراجعه کرد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۶: ۵۷).

حال اگر قاضی مجتهد باتوجه به ادله مجوزین کفالت در قصاص حکم به مشروعیت و صحت کفالت در قصاص کند و قاضی غیرمجتهد از فقهای موافق کفالت در قصاص استفتاء کند، می‌تواند حکم به صحت کفالت در قصاص کنند، لذا در صورت قبول کفالت از طرف صاحب حق باید جانی یا متهم را از زندان آزاد کنند و حق نگهداری او در زندان را ندارند و در این صورت می‌توان گفت با استناد به اصل ۱۶۷ و با مراجعه به

می‌فرمایند: «اما به نظر ما سخن محقق درست نیست و کفالت در قصاص هم مثل کفالت در حدود صحیح نیست، زیرا این مجازات‌ها چه حق‌الله باشند و چه حق‌الناس تحت عنوان واحد حدود قرا دارند که رسول خدا در این باره می‌فرماید: *إدرئوا الحدود بالشبهات و لا شفاعه و لا كفاله فی الحد*» (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۸: ۴۳۳/۲).

آیت‌الله اردبیلی می‌فرماید: «کفالت در قصاص صحیح نیست، زیرا پیامبر (ص) از کفالت در حدود نهی کرده‌اند و قصاص هم جزء حدود است، لذا مشمول این حدیث می‌شود و کفالت برای توثیق و اطمینان خاطر گرفته می‌شود، درحالی‌که ملاک و مبنا در حدود بر تسامح و اسقاط است، لذا کفالت در قصاص صحیح نیست و از آنجا که در مکفول‌به شرط است که قابلیت ادا توسط کفیل را داشته باشد و این شرط در قصاص و حدود محقق نیست، زیرا در صورت نبود مکفول، کفیل را نمی‌توان به‌جای مکفول مجازات کرد، زیرا مجرم شخص دیگری است» (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۴: ۱۰۴/۱). ایشان به‌صراحت بیان می‌دارند که قصاص جزء حدودی است که در نبوی از کفالت در آن نهی شده و ایشان در قاعده درء نیز حدود را به‌معنای عام آن گرفته‌اند، لذا در قصاص نیز ملاک را بر مسامحه و اسقاط گذاشتند که با جریان عقد توثیقی مثل کفالت منافات دارد و دلیل دیگری که بر عدم جریان کفالت در قصاص بیان کردند، این است که چون در قصاص مکفول‌به قابلیت ادا توسط کفیل را ندارد، برخلاف امور مالی که این قابلیت و شرط محقق است.

پس از مرور نظرات فقیهانی که کفالت در قصاص را امری نامشروع و باطل دانسته‌اند، می‌توان دلایل این گروه را در موارد زیر خلاصه نمود:

۱- به‌نظر می‌رسد دلیل اصلی فقهایی که کفالت در قصاص را صحیح نمی‌دانند، این بود که قصاص هم جزء حدود است که ادله قواعد «لاکفاله فی الحد» و «لاشفاعه فی الحد» شامل آن هم می‌شود، گویا این بزرگان قائلند حدود در این قواعد در معنای عام استعمال شده است؛

۲- عقد کفالت برای توثیق و محکم‌کاری مورد استفاده قرار می‌گیرد و حال آن‌که حدود با کمترین شبهه دفع می‌شود و ملاک در حدود بر مسامحه است، به‌خاطر قاعده «إدرئوا الحدود

دیگری باشند، اعم از این‌که مورد آن مسائل مربوط به بدهکاری باشد یا مسائل دیگر»، لکن در فقه و حدیث دلایل دیگری وجود دارد که کلیت و اطلاق این روایات را محدود ساخته است، به گونه‌ای که می‌توان ادعا کرد، موارد کفالت صرفاً به اموری منحصر می‌شود که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم جنبه مالی داشته باشد، به‌دلیل این‌که احادیث معتبری داریم که بر پایه آن‌ها این قاعده فقهی درست شده است که می‌گوید: «لاکفاله فی الحد» و «لاشفاعه فی الحد»، یعنی در جرایمی که به «حدود» مربوط می‌شوند «کفالت» و «شفاعت» جایز نیست، یعنی اگر کسی به‌خاطر جرمی که مجازات آن یکی از حدود الهی است، زندانی شود، او را نمی‌توان با کفالت آزاد کرد. از طرف دیگر مواردی مانند محکومین به زندان ابد، زندانی محکوم به قصاص با توجه به احتمال گریختن آنان کفالت‌پذیر نیستند، به‌ویژه در مورد قصاص احادیثی هست، مبنی بر این‌که قاتل را برای حفظ محل قصاص باید زندانی کرد، لذا با توجه به مطالب یادشده باید گفت: جواز کفالت زندانی به موارد مربوط به امور مالی محدود می‌شود و در اداره زندان‌ها به شیوه اسلامی این مطلب لازم‌الرعايه است» (منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۰۹: ۱۷۹/۴).

همان‌گونه که مشاهده می‌شود، ایشان مشروعیت کفالت را منحصر در امور مالی می‌داند و معتقد است که به‌خاطر عمومیت قواعدی مثل «لاکفاله فی الحد» و «لاشفاعه فی الحد» کفالت در قصاص، مشروع نیست؛ از این گفتار ایشان به‌دست می‌آید که ایشان واژه «حد» را در این قواعد به‌معنای عام آن گرفته‌اند که شامل قصاص هم می‌شود، لذا این قواعد را مخالف صحت کفالت در قصاص دانسته‌اند و نیز ایشان به‌خاطر احتمال فرار محکومین به قصاص در صورت کفالت، کفالت در قصاص را همانند کفالت در حدود جایز نمی‌دانند.

آیت‌الله فیاض در کتاب منهج الصالحین می‌فرماید: «کفالت کسی که حق مالی بر ذمه دارد صحیح است» (فیاض کابلی، بی‌تا: ۳۸۵/۲). ایشان نیز کفالت در قصاص را به کفالت در حدود ملحق کرده‌اند و شاید بتوان گفت ایشان حدود در قواعد «لاکفاله فی الحد» و «لاشفاعه فی الحد» را به‌معنای عام آن گرفته‌اند، لذا کفالت را فقط در امور مالی مشروع می‌دانند.

آیت‌الله سبحانی تبریزی بعد از نقل کلام محقق حلی درباره صحت کفالت در قصاص به‌خاطر این‌که جنبه حق‌الناسی دارد،

گرفته، لذا قائل شده که کفالت در قصاص نیز همانند حدود مشروعیت ندارد.

چهارم، کفالت در قصاص باطل است، زیرا این نوع کفالت در قرآن نیامده و اگر مشروع بود در قرآن ذکر می‌شد (سید سابق الغروی، ۱۴۲۴: ۳/۳۵۱).

### ۲-۳- کفالت نسبت به قصاص در حقوق ایران

همچنان که گفته شد، بحث کفالت کسی که متهم به قصاص یا محکوم به قصاص شده، در حقوق بحث نشده و قانون جمهوری اسلامی در این باره ساکت است، البته در بحث قرارهای تأمین در ماده ۲۱۷ آیین داری کیفری به قرار کفالت اشاره شده است که در قصاص نفس یا عضو در صورت نبود شرایط مقرر در ماده ۲۳۸ مثل منتفی بودن احتمال فرار متهم، مقام قضایی می‌تواند قرار تأمین کفالت صادر کند، ولی همچنان که بیان شد، این قرار تأمین کفالت در دعوی مرتبط با جرم قصاصی با کفالت در قصاص که در فقه بحث شده فرق دارد، زیرا قرار تأمین کفالت از طرف بازپرس صادر می‌شود و به عبارت دیگر طرفین قرار کفالت بازپرس و متهم است و صاحب حق دخیل در این عقد نیست، ولی عقد کفالت در قصاصی که در فقه مورد بحث بین فقهاست، عقدی است که طرفین آن متهم یا جانی و صاحب حق است که بحث بود که آیا صاحب حق می‌تواند از متهم به قصاص یا جانی قبول کفالت کند تا او حبس نشود؟

و از آنجا که قانون درباره عقد کفالت در قصاصی که مد نظر فقه است، سکوت کرده با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، مقام قضایی باید در این باره به ادله معتبر شرعی یا فتاوی معتبر فقها مراجعه کند و حکم آن را بیان کند.

حال اگر قاضی مجتهد به ادله مخالفین کفالت در قصاص مراجعه کند و حکم به عدم مشروعیت کفالت در مورد جانی یا متهم به جنایت قصاصی کند یا قاضی غیرمجتهد به فتاوی مخالفین کفالت در قصاص مراجعه کند، می‌تواند حکم به عدم مشروعیت کفالت در قصاص کنند و در این صورت قاضی نمی‌تواند متهم یا جانی را از زندان آزاد کند، زیرا این کفالت مشروع و صحیح نیست و عقد باطل است.

بالشبهات» و حد در این قاعده به معنای عام آن مراد است که شامل قصاص هم می‌شود؛

۳- جریان کفالت در قصاص با قاعده «لاتأخیر فی الحد» که حد در این قاعده شامل قصاص هم می‌شود، منافات دارد؛

۴- جریان کفالت در قصاص با شرط مقدور بودن اداء مکفول به توسط کفیل، سازگار نیست، لذا کفالت در قصاص به‌خاطر نبود این شرط، صحیح نیست.

### ۲-۲- اقوال و ادله فقهای مذاهب اهل سنت

از میان فقهای اهل سنت، مالکی و حنبلی و بنابر قول ضعیف نزد شافعی، کفالت در قصاص باطل و نامشروع است (طحاوی، ۱۴۱۷: ۳/۳۲۷؛ ابن قدامه المقدسی، بی‌تا: ۵/۹۹؛ اردبیلی، ۱۴۲۴: ۱/۱۰۴). این گروه از فقهای اهل سنت برای عدم صحت و مشروعیت کفالت در قصاص دلایلی چهارگانه ذکر کرده‌اند:

اول، در این باره به روایت پیامبر اکرم استناد کرده‌اند که حضرت می‌فرماید: «لاکفاله فی الحد» که این روایت به‌طور صریح بر بطلان کفالت در حدود دلالت می‌کند و از آنجا که قصاص هم از جمله حدود است، لذا این روایت شامل قصاص هم می‌شود، پس کفالت در قصاص هم صحیح نیست (اب ابن قدامه المقدسی، بی‌تا: ۵/۱۰۰). این گروه از فقهای اهل سنت نیز مثل فقهای شیعه حدود در روایت نبوی را به معنای عام آن گرفته‌اند، لذا کفالت در حدود به معنای خاص و قصاص صحیح نیست.

دوم، از آنجا که در قصاص مکفول به توسط کفیل قابل ادا نیست، لذا جریان کفالت در قصاص موجب تضييع حق من له الحق می‌شود، زیرا اگر مکفول از دسترس خارج شود و یا فرار کند، کفیل را نمی‌توان به جای جانی قصاص کرد، در نتیجه جریان کفالت در قصاص با مشکل مواجه است، لذا کفالت در آن جاری نمی‌شود (ابن قدامه المقدسی، بی‌تا: ۵/۱۰۰).

سوم، به‌خاطر این که اصل و مبنا در قصاص بر اسقاط است و با کمترین شبهه دفع می‌شود و از آنجا که کفالت برای توثیق است، لذا گرفت کفیل با این اصل منافات دارد (رملی، ۱۴۰۴: ۴/۴۴۷). به‌نظر می‌رسد در دلیل دوم مستدل قصاص را مشمول قاعده درء دانسته و واژه حد در این قاعده را به معنای عام آن

است و حتی حاکم شرع در حدود اختیاری ندارد تا بتواند قبول کفالت کند (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰: ۳۹۶/۱۹)، لذا در قصاص، حق قبول کفالت در اختیار صاحب حق است و در نتیجه کفالت در آن مشروع و جایز است.

### ۳-۳- اختصاص داشتن قواعد فقهی به حدود

می‌توان از ادله چنین استنباط نمود که قواعد «لاشفاعه فی الحد»، «لاکفاله فی الحد»، «لاتأخیر فی الحد» و قاعده «درء» که از طرف مخالفین جریان کفالت در قصاص، به‌عنوان دلیل عدم مشروعیت کفالت ذکر شد، شامل قصاص نمی‌شوند، زیرا این قواعد، مختص حدود (به‌معنای خاص آن) هستند. آن‌چه از واژه «حد» در محاورات عرفیه فهمیده می‌شود، معنای خاص آن است که در مقابل قصاص است نه معنای عام آن، که شامل قصاص هم بشود، علاوه این که واژه «حد»، انصراف به حدود به‌معنای خاص آن دارد که در مقابل قصاص هستند و شامل قصاص نمی‌شود (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۵۲/۵۲).

بر این اساس قاعده «لاشفاعه فی الحد» نیز مختص حد به معنای خاص آن است، زیرا در روایت سکونی که از مستندات این قاعده هست، از امام صادق (ع) نقل شده که حضرت می‌فرماید: «امیرالمومنین (ع) می‌فرماید: هیچ‌کس در مورد حدی که به امام رسیده شفاعت نکند، زیرا امام مالک آن نبوده و اختیار آن را ندارد و در آن‌چه به امام رسیده است، در صورتی که پشیمانی مجرم را دیدی، شفاعت کن و نزد امام در غیر حد در صورت پشیمانی مجرم شفاعت کن و هیچ‌کس در حق هیچ مسلمانی و غیرمسلمانی شفاعت نکند، مگر با اذن او» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۴۳/۲۸). در این روایت به‌صراحت بیان شده که در حدود الهی شفاعت نکنید که شفاعت پذیرفته نیست و علت پذیرفته‌نشدن آن را چنین بیان می‌کند که چون اختیار حد در دست امام نیست، لذا امام نمی‌تواند آن را قبول کند. طبیعی است که این مطلب درباره حدودی که حق‌الله‌اند صادق است، اما درباره قصاص که در زمره حق‌الناس است و اختیارش با صاحب حق می‌باشد، می‌توان شفاعت کرد همچنان‌که جمله آخر این روایت، مؤید همین مطلب است.

همچنین قاعده «لاکفاله فی الحد» شامل قصاص نمی‌شود، زیرا قصاص از آنجا که در آن جنبه حق‌الناسی مد نظر است،

نتیجه این که با در نظر گرفتن ادله و اقوال مخالفین کفالت در قصاص می‌توان گفت: از نظر حقوق ایران کفالت در قصاص صحیح و مشروع نیست و حتی در صورتی که صاحب حق (ولی دم یا مجنی‌علیه) نسبت به جانی یا متهم قبول کفالت کند، مقام قضایی نمی‌تواند جانی یا متهم را از زندان آزاد کند، زیرا عقد باطل است و اثری بر آن مترتب نمی‌شود.

### ۳- تبیین نظریه برگزیده

همان‌گونه که گذشت، جریان کفالت در مورد کسی که محکوم به قصاص شده و قصاص علیه او به اثبات رسیده یا این که شخصی متهم به ارتکاب جرم مستوجب قصاص است، بین فقه‌های شیعه و فقه‌های اهل سنت مورد اختلاف واقع شده است؛ آن‌چه به‌نظر نگارنده به واقعیت نزدیک‌تر است، آن است که کفالت در قصاص، امری صحیح و مشروع می‌باشد، لذا در مواردی که شخص متهم یا محکوم به قصاص است، شخص ثالثی می‌تواند کفیل او باشد تا در موارد نیاز وی را حاضر کند. دلایلی که می‌توان در این باره به آن استدلال کرد عبارتند از:

### ۳-۱- عام‌بودن ادله کفالت

همان‌طور که ذکر شد، فقه‌های مذاهب اسلامی برای اثبات مشروعیت عقد کفالت به ادله اربعه تمسک کرده‌اند. دقت در این ادله نشانگر آن است که این ادله عام بوده و شامل قصاص هم می‌شوند و از تحت این ادله، تنها حدود به‌معنای خاص، خارج شده و در واقع ادله مشروعیت کفالت در مورد حدود به‌معنای خاص آن، تخصیص خورده، لذا کفالت در حدود مشروع نیست، ولی در مورد قصاص، دلیلی بر تخصیص ادله مشروعیت کفالت وجود ندارد، لذا به‌نظر می‌رسد که از آنجا که در حکم مخالف اصل، باید به قدر متیقن اکتفا نمود، در قصاص نیز می‌توان حکم به مشروعیت کفالت داد، لذا در مورد کسی که محکوم به قصاص یا متهم به قصاص است نیز می‌توان از عقد کفالت استفاده کرد و متهم و جانی را از زندان آزاد کرد.

### ۳-۲- حق‌الناس‌بودن قصاص و اختیار داشتن صاحب حق

از آنجا که در قصاص، حق قصاص یا حق حضور در مجلس حکم و دادگاه، از جمله حقوق‌الناس است، به‌نظر می‌رسد، صاحب حق از این جهت نیز مختار است تا کفالت کفیل را قبول کند برخلاف حدود الله که در آن‌ها صاحب حق خداوند

تضییع حق مجنی‌علیه یا ولی دم می‌شود و این با امتنانی‌بودن قاعده سازگاری ندارد.

### ۳-۴- توجه به فلسفه حبس و کفالت در شریعت

در بیشتر مواقع کسی که محکوم به قصاص شده یا این که متهم به ارتکاب جرم مستوجب قصاص شده، به زندان روانه می‌شود و تا زمان اجرای حکم یا تکمیل تحقیقات او را در زندان حبس می‌کنند؛ در این باره برخی معتقدند زندان موجب عبرت زندانی و سایر مجرمان بالقوه‌ای که هنوز مرتکب جرم نشده اند، می‌شود، ولی در مقابل برخی معتقدند باتوجه به آثار منفی که زندان بر خود زندانی، بر خانواده وی و جامعه و دولت دارد، زندان و حبس مجازات مناسبی برای جنایت به حساب نمی‌آید (آشوری، ۱۳۸۲: ۳۸)، لذا محاکم قضایی باید به طرف مجازات های جایگزین حبس رو آورند تا این آثار شوم اجتماعی و فردی گریبان شخص وی، خانواده و اجتماع نشود.

و از آنجا که در اسلام کرامت انسانی اصل است و زندان در فقه اسلامی محدود به موارد خاص و استثنایی هست که شخص زندانی در آنجا تربیت و اصلاح می‌شود و از آنجا که در زندان های امروز جوامع، هدف تربیت و اصلاح محقق نمی‌شود، بلکه غالباً در زندان ها مجرم پروری می‌شود، مثلاً اگر سارق در زندان بماند، زندان به شکل یک کارگاه آموزشی سرقت درخواهد آمد و هر غیرسارقی هم به آنجا برود، سارق می‌شود (جعفری، ۱۳۹۵: ۶۹)، لذا یافتن راهکاری جهت زندانی نکردن متهم یا جانی امری ضروری به نظر می‌رسد، لذا تا حد امکان باید برای فرار از این آثار زیان بار که متوجه خود جانی یا متهم، خانواده او و بر اجتماع عارض می‌شود، از حبس کردن اجتناب شود و موارد جایگزین حبس اعمال شود و در این باره در صورت موافقت شرع مقدس و قانون جمهوری اسلامی می‌توان از عقد کفالت نسبت به شخص جنایت کار خصوصاً جنایت علیه تمامیت جسمانی اشخاص یا متهمین به این جرم، استفاده کرد، لذا در صورت مشروعیت کفالت در امور کیفری خصوصاً در قصاص، با منعقد کردن عقد کفالت نسبت به شخص جانی یا متهم، وی حبس نمی‌شود و آثار زیان باری که در صورت زندانی کردن او متوجه شخص وی، خانواده و اجتماع می‌شد، مرتفع می‌شود.

لذا صاحب حق می‌تواند برای توثیق و محکم کاری برای حق خویش قبول کفالت کند، برخلاف حدودالله که در آن‌ها صاحب حق خداوند است و حتی حاکم شرع در حدود اختیاری ندارد تا بتواند قبول کفالت کند (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰: ۳۹۶/۱۹)، علاوه بر آن، کفالت در حدود موجب تأخیر در اجرای حد می‌شود که با قاعده «لا تأخیر فی الحد» نفی می‌شود، برخلاف قصاص که این قاعده شامل آن نمی‌شود.

قاعده «لا تأخیر فی الحد» نیز شامل قصاص نیست، زیرا اولاً قصاص از زمره حق الناس است و وقتی حق الناس قابل اسقاط باشد و صاحب حق اختیار اسقاط حق خود را داشته باشد، به طریق اولی تأخیر در اجرای آن جایز است؛ ثانیاً از آنجا که اصل اولی بر عدم حرمت تأخیر در اجرای حد است و این قاعده برخلاف اصل است، لذا در موارد خلاف اصل به قدر متیقن آن اکتفا می‌شود، لذا فقط شامل حدود به معنای خاص آن که قدر متیقن از حدود است، می‌شود و شامل قصاص نمی‌شود (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷: ۲۴۳).

و اما قاعده «درء» نیز شامل قصاص نمی‌شود، زیرا: ۱- قصاص از جمله حقوق الناس بوده و مبنای حقوق الناس نیز مذاقه است، از این رو چنانچه شبهه‌های در باب قصاص عارض شود، نمی‌توان به این قاعده تمسک نمود. بنابراین در هر موردی که شبهه وجود داشته باشد، حاکم باید اصول عقلایی نظیر اصل عدم نسیان، اصل عدم خطا، اصل عدم غفلت و ... را جاری سازد و نباید به مجرد عارض شدن شبهه، قصاص را که از حقوق الناس است، ساقط بداند، درحالی که این اصول در حدودالله جاری نمی‌شوند، زیرا حدود الهی مبنی بر تخفیف و تسامح هستند (محقق داماد، ۱۳۸۶: ۸۲/۴)؛ ۲- این که قصاص هم ملحق به حدودی شود که با شبهه درء و منتفی می‌شود، ممنوع است، چون قاعده درء خلاف اصل است و باید به قدر متیقن آن اکتفا نمود و قدر متیقن آن حدود به معنای خاص است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۲۳/۴۱) و این که قصاص اولوی نسبت به حدود از جهت اجرای این قاعده ندارد تا شمول این قاعده را نسبت به قصاص از طریق اولویت ثابت کنیم؛ ۳- قاعده درء برای امتنان است، از این رو در قصاص جاری نمی‌شود (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷: ۹۶)، زیرا اگر شامل قصاص هم بشود، موجب

### ۳-۵- ناکارآمدی ادله مخالفین کفالت در قصاص

اول، برخی از فقهای شیعه و نیز اهل سنت، دلیل مشروع نبودن کفالت در قصاص را این گونه بیان کردند که در صورت جریان کفالت در قصاص، در فرض فرار مکفول، مکفول به قابل ادا توسط کفیل نیست، لذا کفالت در قصاص جایز نیست (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۴: ۱۰۴/۱؛ ابن قدامه المقدسی، بی تا: ۱۰۰/۵).

در جواب می توان گفت: اولاً، اگرچه خود مکفول به که قصاص باشد، قابل ادا توسط کفیل نیست، ولی بدل مکفول به که عبارت است از دیه، قابلیت ادا دارد و کفیل می تواند بدل را پرداخت کند؛ ثانیاً فرض بر این است که صاحب حق نیز بر این امر واقف است و از آن آگاهی دارد و با این حال، قبول کفالت می کند و همان گونه که گفته شد، صاحب حق، اختیار تام نسبت به حق خود دارد، لذا کفالت در آن اشکالی ندارد.

دوم، فقهای اهل سنت دلیل دیگر عدم مشروعیت کفالت در قصاص را این گونه بیان کرده اند که کفالت در قصاص در قرآن نیامده پس مشروع نیست (سید سابق الغروی، ۱۴۲۴: ۳۵۱/۳). در پاسخ می گوئیم: همه احکام شرعی در قرآن ذکر نشده و احکام شرعی منحصرأ توسط قرآن بیان نشده، لذا در این باب به سنت مراجعه می کنیم و از آن مشروعیت کفالت در قصاص به دست می آید.

سوم، دلیل دیگر فقهای اهل سنت بر عدم مشروعیت کفالت در قصاص این است که قصاص نیابت بردار نیست، لذا در صورتی که مکفول فرار کند، نمی توان حق قصاص را از کفیل استیفا کرد، لذا موجب تزییع حق می شود، پس کفالت در آن جایز نیست (ابومعوض، ۱۴۳۷: ۱۳۰).

در جواب باید گفت: ۱- گرچه خود قصاص را در صورت فرار جانی نمی توان از کفیل استیفا کرد، ولی بدل آن را که عبارت باشد، از دیه می توان از کفیل اخذ کرد و این موجب جبران ضرر می شود؛ ۲- فرض بر این است که خود صاحب حق و مکفول له بر این امر واقف است و با این حال بر حق خویش قبول کفالت می کند.

خلاصه آن که، می توان ادعا کرد باتوجه به ادله ذکر شده بر صحت کفالت در قصاص و نقد ادله مانعین کفالت در قصاص،

کفالت در قصاص از نظر فقهی صحیح و مشروع است، اما همان طور که گفته شد، عقد کفالت در قصاص که اختیار قبول آن به دست صاحب حق (ولی دم یا مجنی علیه) می باشد، در قانون مورد التفات واقع نشده و قانون در این باره ساکت است، لذا با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و باتوجه به دلایل صحت کفالت در قصاص و باتوجه به بررسی فقهی صورت گرفته در این جستار، می توان ادعا نمود که حقوق ایران موافق کفالت در قصاص می باشد و اگر در دعوای جنایی، صاحب حق، کفالت شخص ثالثی را نسبت به جانی بپذیرد، مقام قضایی باید جانی را از زندان آزاد کند و حق نگهداری وی در بازداشت را ندارد.

### نتیجه گیری

در پژوهش حاضر به بررسی مشروعیت کفالت نسبت به کسی که مرتکب جرم مستوجب قصاص شده است یا این که متهم به ارتکاب چنین جرمی است، مورد بررسی قرار گرفت و در این راستا اقوال و ادله فقهای مذاهب اسلامی و حقوق ایران مورد بررسی قرار گرفت. بر این اساس می توان در مورد یافته ها و نتایج پژوهش حاضر بیان کرد: صحت و مشروعیت کفالت قهری در امور مالی و امور کیفری مورد اجماع فقهای شیعه واقع شده و حقوق ایران نیز آن را مشروع دانسته است، ولی فقهای مذاهب اهل سنت به این نوع کفالت اشاره ای نکرده اند، البته صحت و مشروعیت کفالت اختیاری در امور کیفری خصوصاً در قصاص مورد اختلاف بین مذاهب اسلامی واقع شده است و گروهی آن را جایز و بعضی دیگر آن را باطل می دانند.

فقهایی که کفالت در قصاص را صحیح نمی دانند به قواعد فقهی مثل «لاکفاله فی الحد» تمسک کرده اند و قصاص را مشمول این قواعد قرار می دهند و آن را از جمله حدود به حساب می آورند و فقهایی که کفالت در قصاص را مشروع می دانند، قواعد فقهی مذکور را مختص باب حدود می دانند، لذا آن قواعد را در قصاص که از جمله حقوق الناس است، جاری نمی دانند، اما به نظر می رسد کفالت در قصاص از نظر فقهی مشروع و صحیح است و این قواعد شامل قصاص نمی شوند، لذا صاحب حق می تواند برای حق خودش قبول کفالت کند. در حقوق جمهوری

- ابی القاسم، عبدالکریم بن محمد (۱۴۱۷). *العزیز شرح الوجیز المعروف بالشرح الکبیر*. جلد پنجم، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العلمیه.

- آشوری، محمد (۱۳۸۲). *جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین*. چاپ اول، تهران: نشر گرایش.

- بیگزاده، صفر (۱۳۹۹). *مجموعه قوانین صبا*. چاپ پنجاه و یکم، تهران: نشر کلک صبا.

- جعفری، محسن (۱۳۹۵). *زندان‌زدایی و حبس‌زدایی (گزیده بیانات مرجع علیقدر حضرت آیت‌الله هاشمی شاهرودی)*. چاپ اول، قم: انتشارات بنیاد فقه و معارف اهل البیت (ع).

- حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۷). *قواعد فقه جزایی*. چاپ اول، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

- حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۶). *جرایم علیه اشخاص*. چاپ دوم، تهران: انتشارات میزان.

- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). *وسائل الشیعه*. جلد بیست‌وهشتم، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البیت (ع).

- حسینی شیرازی، سیدمحمد (۱۴۰۹). *الفقه*. جلد پنجاه‌ودوم، چاپ دوم، بیروت: دارالعلم.

- دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۸۹). *مقدمه علم حقوق*. چاپ اول، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

- رملی، شمس‌الدین محمد (۱۴۰۴). *نهایه المحتاج إلی شرح المنهاج*. جلد چهارم، بیروت: دارالفکر.

- زاهدی، عاطفه (۱۳۹۰). *مجموعه قوانین و مقررات اساسی - مدنی*. چاپ اول، تهران: انتشارات جاودانه، جنگل.

- زحیلی، وهبه (۱۴۱۸). *الفقه الاسلامیه و أدلته*. جلد ششم، چاپ چهارم، دمشق: دارالفکر المعاصر.

- ساولانی، اسماعیل (۱۳۹۸). *قانون آیین دادرسی کیفری*. چاپ ششم، تهران: مؤسسه مشاهیر دادآفرین.

اسلامی کفالت در قصاص مورد بحث واقع نشده و قانون در این‌باره ساکت است، ولی با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی می‌توان گفت کفالت در قصاص از نظر فقهی صحیح است.

به‌عنوان نکته آخر پیشنهاد می‌شود: باتوجه به این‌که قانون جمهوری اسلامی درباره صحت یا بطلان کفالت نسبت به کسی که متهم به ارتکاب جرم مستوجب قصاص است یا این‌که محکوم به قصاص است، ساکت است و فقط آیین دادرسی کیفری در باب قرارهای تأمین، کفالت را به‌عنوان یکی از این قرارهای تأمین ذکر کرده، ولی به‌نظر می‌رسد این قرار تأمین که در قانون ذکر شده، متفاوت از عقد کفالتی است که بین کفیل و صاحب حق منعقد می‌شود، لذا می‌توان ادعا کرد قانون و به تبع آن حقوق درباره کفالت نسبت به متهم به قصاص یا محکوم به قصاص ساکت است؛ بر این اساس به قانون‌گذار پیشنهاد می‌شود باتوجه به ادله مشروعیت کفالت در قصاص ماده قانونی صریح درباره صحت کفالت در امور کیفری و خصوصاً در باب قصاص جعل و در قانون گنجانده شود تا مقامات قضایی در موارد انعقاد عقد کفالت بین جانی یا متهم و صاحب حق، با استناد به آن ماده از بازداشت متهم و جانی پرهیز کنند.

**ملاحظات اخلاقی:** در این پژوهش تمامی ملاحظات اخلاقی رعایت گردیده است.

**تعارض منافع:** نگارش این مقاله، فاقد هرگونه تعارض منافی بوده است.

**سهام نویسندگان:** برابر.

**تشکر و قدردانی:** ابراز نشده است.

**تأمین اعتبار پژوهش:** این پژوهش بدون تأمین مالی انجام گرفته است.

#### منابع و مأخذ

- ابن قدامه المقدسی، شمس‌الدین (بی‌تا). *المعنی و یلیه الشرح الکبیر*. جلد پنجم، بیروت: دارالکتب العربی.

- ابومعوض، صفاء ناجی محمد (۱۴۳۷). *کفاله فی الحدود و القصاص*. غزه: الجامعه الإسلامیه.

- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۸). نظام القضاء و الشهاده فی الشریعه الإسلامیه الغراء. جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- سبزواری، سیدعبدالاعلی (۱۴۱۳). مذهب الأحکام (للسبزواری). جلد بیستم، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیت الله.
- سیدسابق الغروی، محمد (۱۴۲۴). فقه السنه و فقه الشیعه. جلد سوم، چاپ اول، بیروت: دارالهادی.
- طحاوی، ابی جعفر، احمد بن محمد؛ اختصار، الرازی، ابی بکر، احمد بن علی الجصاص (۱۴۱۷). مختصر اختلاف العلماء. جلد سوم، چاپ دوم، بیروت: دارالبشائر الاسلامیه.
- طوسی، ابوجعفر محمد (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیه. جلد پنجم، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
- عابدی، احمد رضا (۱۳۹۹). آیین دادرسی کیفری. چاپ دوم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. جلد چهارم، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- علامه حلی، حسن (۱۴۱۰). إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان. جلد اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- علامه حلی، حسن (۱۴۱۴). تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه). جلد چهاردهم، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- علامه حلی، حسن (بی تا). تحریر الأحکام الشرعیه علی مذهب الإمامیه (ط - القدیمة). جلد اول، مشهد: مؤسسه آل البيت (ع).
- غروی، محمد (۱۴۲۴). فقه السنه و فقه الشیعه. جلد سوم، چاپ اول، بیروت: دارالهادی.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۹۰). تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله. جلد نوزدهم، چاپ اول، تهران: مؤسسه چاپ و نشر عروج.
- فحص حسینی، سید عبدالله فضل الله (۱۴۳۳). الجواهر الفقهیة فی شرح الروضه البهیة، جلد یازدهم، چاپ اول، بیروت: دارالأضواء.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- فیاض کابلی، محمد اسحاق (بی تا). منهاج الصالحین (للفیاض). جلد دوم، قم: مکتب سماحة آیة الله العظمی الحاج الشیخ محمد اسحاق الفیاض.
- قرطبی، محمد بن أحمد بن رشد، القاضی أبی الولید؛ الموسوی، منذر، الموسوی، محمد کاظم (۱۴۳۲). بدایه المجتهد و نهایه المقتصد (تحقیق و مقارنه بآراء الإمامیه). جلد پنجم، چاپ دوم، تهران: الجمع العالمی للتقرب بین المذاهب الاسلامیه - مرکز الدراسات الاسلامیه، المعاونه الثقافیه.
- کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹). تحریر المجله. جلد اول، چاپ اول، نجف اشرف: المکتبه المرتضویه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۴). حقوق مدنی. جلد چهارم، چاپ اول، تهران: انتشارات به نشر.
- کاسانی الحنفی، علاء الدین أبی بکر ابن مسعود (۱۴۲۰). بدائع الصانع فی ترتیب الشرائع. جلد ششم، چاپ اول، بیروت: دارالمعرفه.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۹۷). محشای قانون مجازات اسلامی. چاپ هفتم، تهران: مجد.
- محقق حلی، یحیی (۱۴۰۵). الجامع للشرائع. چاپ اول، قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمیه.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۶). قواعد فقه. جلد چهارم، چاپ هشتم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

- مرعشی نجفی، سیدشهاب‌الدین (۱۴۰۶). *منهاج المؤمنین*، جلد دوم، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی (ره).
- مصدق، محمد (۱۳۹۶). *آیین دادرسی کیفری*. چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- مطیعی، محمدنجیب (بی‌تا). *کتاب المجموع شرح المهذب للشیرازی*. جلد سیزدهم، جده: مکتبه الإرشاد.
- مغنیه، محمدجواد (۱۴۰۰). *فقه الامام الصادق (ع)*. جلد چهارم، چاپ دوم، قم: مؤسسه انصاریان.
- منتظری نجف‌آبادی، حسین‌علی (۱۴۰۹). *مبانی فقهی حکومت اسلامی*. ترجمه محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، جلد چهارم، چاپ اول، قم: مؤسسه کیهان.
- موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم (۱۴۲۴). *فقه الحدود و التعزیرات*. جلد اول، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید.
- موسوی خمینی، سیدروح‌اله (بی‌تا). *تحریر الوسیله*. جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. جلد چهل و یکم، چاپ هفتم، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- هاشمی، احمدعلی؛ تقی‌زاده، ابراهیم؛ آقاسی، محسن (۱۳۹۷). *حقوق مدنی ۷ عقود معین «قسمت ب»*. جلد دوم، چاپ اول، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.