Studies of Islamic Jurisprudence and the Basis of Law
Online ISSN: 2783-0837 Print ISSN : 2783-2368
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

The Juridico-Legal Foundations of the Legitimacy of Bail Orders: A Comparative Study in Imami Jurisprudence and Iranian Criminal Law

Mahdi Maqateli[1], Javad Habibiabar[2]✉, Ali Mozaffari[3]

1. PhD student in Jurisprudence and Judicial Law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran Email: maqateli.mahdi313@gmail.com
2. Assistant Professor and Director of the Department of Jurisprudence and Judicial Law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran E-mail: javadtabar3@gmail.com
3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Judicial Law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran E-mail: mozaffari.ali.110@gmail.com

Pre-final, unedited, and unproofread version

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
Received in revised form
Accepted
Available online

Keywords:
bail,
order,
priority,
guaranteeing the right,
caution

ABSTRACT

Criminal bail orders, the subject of Article 217 of the Criminal Procedure Code, are considered to be one of the most important requirements for detecting and prosecuting crimes in judicial proceedings. Bail orders are one of these orders that the legislator issues with the aim of ensuring the accused's timely appearance in court, preventing him from escaping or hiding, and protecting the rights of the victim and the accused. In a bail order, the guarantor undertakes to the guarantor to present the guarantor (accused) at any time and place that the investigator of the case deems necessary, and if the accused is not summoned, he will be required to pay the bail amount. The bail order is the meeting point of public order considerations and individual freedoms, and a detailed jurisprudential-legal analysis of the bases of its legitimacy can prevent arbitrary actions and irregularities in the issuing authority. The present study has examined the issue based on the library study method. The findings of the research show that issuing a bail order is based on evidence such as: priority of bail over temporary detention, caution, maintaining public order, clarifying the conditions in terms of ruling on the absentee, obligatory preamble, and guaranteeing the right. Some of the principles, such as priority, maintaining public order, and guaranteeing the right, have been accepted, and some, such as clarifying the conditions in terms of ruling on the absentee, have been rejected.

Cite this article: Last Name, Initial., Last Name, Initial., & Last Name, Initial. (2024). Title of paper in lower case letters (except for initial letter of first word, initial of first

word after a colon, and proper nouns). *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law, X*(X), X- X. http//doi.org/000000000000000000

© The Author(s).
Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: http//doi.org/000000000000000000

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق
شاپا برخط: ۰۸۳۷-۲۷۸۳ شاپا چاپی: ۲۳۶۸-۲۷۸۳
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

مبانی فقهی– حقوقی مشروعیت صدور قرار کفالت؛ مطالعه تطبیقی در فقه امامیه و حقوق کیفری ایران

مهدی مقاتلی[۱]، جواد حبیبی تبار[۲]✉، علی مظفری[۳]

۱. دانشجوری دکتری فقه و حقوق قضایی، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران رایانامه maqateli.mahdi313@gmail.com

۲. استادیار گروه فقه وحقوق قضای، جامعهٔ المصطفی العالمیه، قم، ایران رایانه javadtabar3@gmail.com

۳. استادیار گروه فقه و حقوق قضایی، جامعه المصطفی العالیمه، قم، ایران رایانامه mozaffari.ali.110@gmail.com

Pre-final version accepted for pre-proofreading version

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت:
تاریخ بازنگری:
تاریخ پذیرش:
تاریخ انتشار:

کلیدواژه‌ها:
کفالت،
قرار،
اولویت،
احتیاط
تضمین حق،

چکیده

مادهی۲۱۷ قانون آئین دادرسی کیفری، صدور قرارهای تأمین کیفری از جمله قرار کفالت را با هدف دسترسی به متهم، حضو به موقع، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او و تضمین حقوق بزهدیده، تجویز کرده است.د. در قرار کفالت کفیل متعهد میشود هر زمان و مکانی که مرجع صادر کنندهی قرار لازم بداند، متهم را حاضر نماید و در صورت عدم احضار وی، ملتزم به پرداخت وجه‌الکفالة خواهد بود. با وجود کابرد روزافزون این نهاد قضایی در نظام دادرسی کیفری ایران، مبانی فقهی مشروعیت بخش آن، کمتر مورد واکاوی نظام‌مند قرار گرفته است. ازاین‌رو،تحقیق حاضر براساس روش تحقیق تحلیلی–توصیفی ومطالعهی اسنادی، موضوع را بررسی کرده و به این پرسش پاسخ داده است که مبانی فقهی –حقوقی معتبر برای صدور مشروعیت قرار کفالت کدامند؟ یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که صدور قرار کفالت مبتنی بر ادلهٔ فقهی همچون: اولویت کفالت بر بازداشت موقت، حتیاط، مقدمه واجب و تنقیح مناط از جهت قضا بر غایب است. همچنین حفظ نظم عمومی و تضمین حق، دو مبنای حقوقی مشروعیت صدور قرار کفالت به شمار می رود. برخی از مبانی همچون: اولویت کفالت نسبت به قرار

بازداشت موقت، احتیاط، حفظ نظم عمومی و تضمین حق پذیرفته شده اما برخی از مبانی، مانند: مقدمه واجب و تنقیح مناط از جهت قضا بر غایب رد شده است.

استناد: نام خانوادگی، نام؛ نام خانوادگی، نام؛ و نام خانوادگی، نام (١٤٠٤). عنوان مقاله.. *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، ١٩ (X).
http//doi. org/000000000000000000

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه. © نویسنده(گان).

Pre-final, unedited, and pre-proofreading version

مقدمه

ماده ۲۱۷ قانون آئین دادرسی کیفری، متمضن قرار های مختلف تأمینی است که بازپرس می‌تواند به اقتضای پرونده و متهم یکی از این قرارها را صادر نماید. در فرایند دادرسی کیفری، اگر بازپرس قرارهای سنگینی مانند بازداشت موقت یا وثیقه را صادر کند، می‌تواند پیامدهای منفی اجتماعی،اقتصادی و فرهنگی را برای متهم و خانواده وی در پی داشته باشد و اگر او را با قراری سبک آزاد بگذارد، می‌تواند زمینه فرار متهم و تضییع حقوق بزه‌دیده را فراهم آورد. قرار کفالت همراه با اخذ وجه الکفالة می‌تواند یک راه‌حل میانه برای حل این مسئله در نظر گرفته شود، که از یک‌سو مانع سلب آزادی متهم شده و از سوی دیگر، با اخذ کفیل همراه با تعیین وجه‌الکفالة، حقوق مادی بزهدیده را در صورت فرار یا مخفی شدن متهم، تضمین می‌کند. قرار کفالت به عنوان یک نهاد حقوقی در نظام دادرسی کیفری ایران، ترکیبی از دو تصمیم قضایی است که ماهیتاً مشابه با عقد کفالت در فقه امامیه و حقوق مدنی است.

براساس ماده ۲۱۷ قانون آئین دادرسی کیفری، پس از تفهیم اتهام و احراز دلایل کافی، بازپرس به منظور دسترسی یه متهم و حضوض به موقع وی، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن وی و تضمین حقوق بزه‌دیده برای جبران ضرر و زیان وی، یکی از قرارهای تأمین کیفری را صادر می‌کند. اخذ کفیل با تعیین وجه‌الکفالة یکی از مصادیق این قرارها مسحوب می‌گردد. در متون فقهی به حبس مدعی علیه در صورت عدم وجود بینة اشاره شده(طوسی، ۱۴۱۷، ۷۴۴) که یکی از مبانی فقهی قرارهای تأمین تلقی می‌شود. از منظر دانشوران حقوق، قرار کفالت یکی از پرکاربردترین قرارهای تأمین کیفری در ایران است. این قرار به این معناست که مرجع قضایی از متهم می‌خواهد فردی را به عنوان کفیل معرفی نماید. این شخص، که کفیل نامیده می‌شود، تعهد می‌دهد در صورت عدم حضور متهم در زمان احضار، او را به مرجع قضایی معرفی کند و در صورت عدم احضار، مبلغی را به صندوق دولت واریز نماید. این مبلغ، وجه الکفاله نام دارد که میزان آن در زمان صدور قرار کفالت تعیین می‌شود. قاضی در تعیین این مبلغ، باید میزان خسارت ناشی از جرم و مجازات احتمالی متهم را در نظر بگیرد تا در صورت عدم حضور متهم، امکان جبران خسارت بزه دیده فراهم شود. قرار کفالت با رفع نیاز به بازداشت موقت متهم، مانع از اجرای مجازات پیش از اثبات جرم می‌شود. همچنین، کفالت به عنوان تضمینی برای اجرای حقوق بزه دیده، نقش حمایتی ایفا می‌کند. مسئله اصلی تحقیق حاضر آن است که با توجه به اینکه در فقه امامیه نهادی مستقل به عنوان«قرار کفالت» وجود ندارد، بلکه صرفا عقد کفالت شرعی (تعهد به احضار مکفول) مطرح است، نوپدید بودن قرار کفالت(در آئین دادرسی مدرن) به عنوان یک تدبیر احتیاطی کیفری، صدور این قرار از چه مبنای شرعی برخورد است؟ و با توجه به اینکه اصل بر آزادی متهم است راهکار فقهی برای رفع تعارض اصل برائت با اصل احتیاط در دماء چیست؟ در فقه امامیه و حقوق کیفری ایران مبانی در توجیه صدور قرار کفالت و مشروعیت آن ذکر شده که هرکدام مورد نقض و ابرام قرار گرفته‌اند و پژوهش حاضر برای پاسخ به پرسش‌های فوق و بررسی آرای فقیهان و حقوق‌دانان در این خصوص سامان یافته است. لازم

Pre-final, unedited and pre-proofreading version

به ذکر است از آنجا که استنباط مبانی فقهی برای مشروعیت بخشی به قرار کفالت، عمدتا جنبه‌ی استنباطی دارد، این مسئله از ابداعات و نوآوری‌های این پژوهش به شمار می‌رود.

۱. مفهوم شناسی واژگان تحقیق

۱-۱. مفهوم قرار

واژۀ "قرار" برگرفته از ریشه‌ی"قرر" به معنای ثبوت، سکون و عدم حرکت است(زبیدی، ۱۴۱۴،ج ۷، ص۳۸۶) واژه نگاران فارسی زبان، قرار را به ثبات، آرامیدن، پایدار شدن، جا گرفتن، آرام گرفتن، آرامش، شرط، عهد، و حکم تخلف ناپذیر و محکم معنا کرده‌اند. (دهخدا، ۱۳۷۶، ج۳۹، ص ۲۱۵؛ معین، ۱۳۸۵ ،ص ۹۳۰) اصطلاح قرار در علم حقوق دارای دو معنا است: در آئین دادرسی مدنی، تصمیمات قضایی به دو نوع حکم و قرار تقسیم می‌شوند و چنانچه رای دادگاه راجع به ماهیت دعوا و قاطع آن به طور کلی و جزئی باشد، حکم و در غیر این صورت قرار نامیده می‌شود. از مصادیق قرارها می‌توان به قرار کارشناسی و قرار تأمین خواسته اشاره کرد.(شمس، ۱۳۸۵،ج ۲،ص ۱۲۷) در حقوق کیفری قرار به معنای اظهار نظر بازپرس در خصوص قابلیت یا عدم قابلیت محاکمه متهم در دادگاه یا به معنای تصمیم بازپرس برای تکمیل تحقیقات، می‌باشد. (خالقی، ۱۳۹۴، ص ۲۲۷) یکی از اساتید برجسته حقوق کیقری در تعریف قرار تأمین کیفری می‌نویسد: « قرار تصمیم قضایی است که از سوی مقام قضایی صالح در طول تحقیقات مقدماتی و در مقام انجام دادن تحقیق و در مواردی استثنایی در جریان محاکمه و رسیدگی دادگاه صادر میشود این تصمیم ممکن است ناظر به متهم، سایر اشخاص یا اشیا و اموال آنان باشد.»(آشوری، ۱۳۸۸،ج ۲،ص ۶۷) در نهایت می توان گفت: قرار تأمین کیفری، یک تصمیم الزام آور قضایی است که توسط بازپرس، دادیار، دادستان پرونده در مرحله تحقیقات مقدماتی در خصوص متهم اخذ می‌شود و پروند قضایی مفتوحة، از حالت بلاتکلیفی خارج شده و مسیر روشنی را برای صدور حکم نهایی قضایی، فراهم می‌کند.

۱ـ۲. مفهوم کفالت

کفالت اسم مصدر از «کفل، یکفل» به معنای ضمان است (زبیدی، ۱۴۱۴، ج۱۵،ص ۶۸۵، معین، ۱۳۸۵،ص ۱۰۱۲) برخی از واژه‌شناسان کفالت را به معنای بر عهده گرفتن چیزی بابت کسی دانسته‌اند (عمید، ۱۳۸۴،ص۱۹۷۶). در اصطلاح علم حقوق، کفالت کفالت یک تصمیم قضایی است که به موجب آن شخص ثالثی به نام کفیل، حضور مورد نیاز متهم (مکفول عنه) را نزد مقامات قضایی تا پایان رسیدگی، صدور و اجرای حکم در ازای مبلغ معینی (وجه الکفاله) تعهد می‌کند (آشوری؛ ۱۳۸۸، ج۲، ص۲۶۷). در اصطلاح فقهی، کفالت عقد و تعهدی است به احضار نفس. علامه حلی در این خصوص نوشته است:«الکفالة عقد شُرّع للتعهّد بالنفس» (حلی، ۱۴۱۴، ج۱۴، ص۳۸۷) صاحب جواهر نیز نوشته است: «المعروف فی تعریفها، أنها عقد شرع للتعهد بالنفس» (نجفی، ۱۴۰۸،ج ۲۶،ص ۱۸۵). «الکفاله و هی التعهد بالنفس» (عاملی،ج ۴،ص ۱۵۱). یعنی کفالت عبارت است از متعهد شدن شخصی نسبت به نفس و بدن کسی، یعنی تعهدی که متعلق

Pre-final unedited and proofreading version

آن نفس و بدن شخص است نه مال و به عبارت دیگر، ملتزم شدن کفیل به حاضر ساختن شخصِ مکفول در هر زمانی که مکفول له بخواهد. البته به نظر بعضی از نویسندگان، مفهوم کفالت در فقه اهل‌بیت(ع) گسترده تر از مفهوم آن در قانون است، زیرا در فقه افزون بر تعهد به حضور، تعهد به طلب و تعهد به ملاقات نیز می‌تواند مشمول قرار کفالت قرار گیرد؛ در حالی‌که در قانون، تعهد کفیل منحصر در تعهد به احضار آمده است (میر شکاری، ۱۳۹۳،ص ۱۵). تعهد کفیل، تعهد به نتیجه است، لذا کفیل نمی‌تواند با اثبات این که کوشش لازم را در این خصوص کرده خود را از مسؤلیت معاف کند و باید تا زمان تبرئه متهم یا اجرای حکم به تعهد خود پای‌بند باشد.(میرشکاری، ۱۳۹۳،ص۸۲، کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۴۴۴).

۲. مبانی فقهی مشروعیت صدور قرار کفالت

اقدام به تعقیب متهم و صدور قرار کفالت، مبتنی بر ادله‌ی فقهی و حقوقی است؛ در این بخش از تحقیق، به مهم‌ترین مبانی فقهی و حقوقی مشروعیت صدور قرار کفالت پرداخته می‌شود.

۲-۱اولویت کفالت نسبت به قرار وثیقه و بازداشت موقت

مقصود از اولویت در این جا، اولویتی که در اصول فقه مطرح می باشد نیست، بلکه مقصود تقدیم اهم بر مهم یا اخف الضررین است. با این توضیح که گاه در جایی که چند اقدام ممکن و همگی هم مشروعیت دارند، اولویت با آن اقدامی است که کمترین هزینه را بر فرد و جامعه و دستگاه قضایی تحمیل کند، این اولویت نه از راه سرایت حکم اصل بر حکم فرع بلکه یک ترجیح عقلی است. با این توضیح، اولویت در خصوص قرار کفالت بدین صورت است که قانون گذار در ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر داشته است: « به منظور دسترسی به متهم و حضور به موقع وی، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او و تضمین حقوق بزه دیده برای جبران ضرر و زیان وی، بازپرس پس از تفهیم اتهام و تحقیق لازم، در صورت وجود دلایل کافی، یکی از قرارهای تأمین زیر را صادر می‌کند ..... ح - اخذ کفیل با تعیین وجه الکفاله....». در این خصوص باید گفت که این قرارها از آسان‌ترین نوع آن؛ یعنی قرار التزام به حضور با قول شرف تا شدیدترین نوع قرار؛ یعنی بازداشت موقت، به صورت ترتیبی است. قرارهای شدید مانند بازداشت موقت، معمولاً به دلایلی مانند جلوگیری از فرار متهم، از بین رفتن آثار جرم یا تضمین حضور وی در دادگاه اعمال می‌شود، اما با محدودیت شدید آزادی فرد همراه است. قرار کفالت نیز با ارائه کفیل به دنبال تحقق همان اهداف (حضور متهم در مرجع قضایی و جلوگیری از فرار) است، اما بدون سلب کامل آزادی متهم. براین اساس اگر اهداف بازداشت موقت با قرار کفالت ممکن شود، صدور قرار کفالت نسبت به قرار بازداشت موقت اولویت دارد. مضاف بر آن باید گفت که اولویت صدور قرار کفالت بر قرارهای شدیدتر، یک ضرورت منطقی و حقوقی است که بر پایه‌های زیر استوار است:

۱) حقوق بنیادین فرد (اصل برائت و آزادی)

۲) مصلحت جامعه (کاهش هزینه‌ها و جلب مشارکت اجتماعی)

بنابراین، تنها در مواردی که قرار کفالت به وضوح قادر به تضمین حضور متهم نباشد (یعنی خطر فرار بسیار بالا یا خطر برای امنیت عمومی وجود داشته باشد)، می‌توان به سراغ قرارهای شدیدتر مانند قرار وثیقة و قرار بازداشت موقت رفت. در غیر این صورت، قرار کفالت باید به عنوان گزینه نخست و ترجیحی در نظر گرفته شود.

۲ـ۱ـ۱. ادلهٔ اولویت صدور قرار کفالت بر قرار وثیقه و بازداشت موقت

از منظر فقهی می توان ادلهٔی بر اولویت قرار کفالت بر سایر قرارهای کیفری از جمله قرار بازداشت موقت و قرار وثیقه اقامه کرد، . این ادله به شرح زیر است.

۲ـ۱ـ۱ـ۱. اصل برائت و حرمت بازداشت بی‌جهت

چنانکه پیش از این تبیین شد اصل بر برائت افراد است و بازداشت موقت به عنوان یک اقدام محدودکننده، تنها در موارد خاصی که ضرورت دارد، جایز شمرده شده است. بر این اساس اگر قرار کفالت بتواند همان اهداف بازداشت موقت (مانند جلوگیری از فرار) را محقق کند، به طریق اولی باید به آن اکتفا کرد، زیرا آزادی فرد را کمتر محدود می‌کند. از این روست که برخی فقیهان حبس متهم به قتل را بی جهت و شتاب در مجازات شمرده اند.(فیض کاشانی، ۱۴۰۶، ج۲، ص۱۲۴)توضیح اینکه براساس روایات، پیامبر(ص) فردی را که متهم به قتل عمد بود تا تأمین دلیل از سوی مدعی به شش روز حبس(بازداشت موقت) محکوم نمود. « إِنَّ النَّبِيَّ ص كَانَ يَحْبِسُ فِي تُهَمَةِ الدَّمِ سِتَّةَ أَيَّامٍ فَإِنْ جَاءَ أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ بِبَيِّنَةٍ وَ إِلَّا خَلَّى سَبِيلَهُ.(کلینی، ۱۴۰۷،ج۷، ص۳۷۰) «پیامبر کسی را که متهم به قتل بود شش روز حبس می‌کرد، اگر اولیای مقتول دلیل(موجهی) خدمت آن حضرت می‌آوردند (او را نگه می‌داشت) وگرنه وی را رها می‌کرد». برخی از فقیهان نیز براساس روایت فوق فتوا به جواز(طوسی، ۱۴۱۷، ص ۷۴۴) یا وجوب(طرابلسی، ۱۴۰۶، ج۲، ص۵۰۳) حبس متهم به قتل داده اند. ظاهرا حبس متهم به منظور کشف حقیقت یا برای گرفتن حقوق مردم علی الخصوص در دیه قتل و با فرض آنکه متهم ممکن است متواری شود و دسترسی به او امکان‌پذیر نباشد، از دیدگاه برخی از فقیهان جایز شمرده شده است.(حبیبی‌تبار، ۱۴۰۱، ص۶۰ و ۶۲) با این وجود، عدهٔ دیگری از فقیهان، صدور حکم بازداشت متهم را شتاب در تعقیب وی دانسته و چنین مجازاتی را بی‌جهت تلقی کرده‌اند، محقق حلی در این خصوص نوشته است: «هرگاه فردی، متهم به قتل دیگری باشد، و ولی‌دم خواستار بازداشت وی تا زمان اثابت دعوا شود، در لزوم اجابت درخواست وی تردید وجود دارد؛ زیر دلیل چنین حکمی روایتی است از سکونی که آن روایت ضعیف السند است(حلی، ۱۴۰۸، ج۴، ص۲۱۲) صاحب جواهر در شرح گفته صاحب شرایع نوشته است: «از آنجایی که بازداشت متهم، با اصل برائت مغایرت دارد، باید از عمل به روایت سکونی اجتناب کرد و بازداشت متهم، تعجیل در مجازاتی است که موجبی برای آن وجود ندارد. مضاف‌برآن، این حکم تنها در مورد اتهام قتل است و نباید به سایر جرایم تسری باید و باید به مورد خودش اکتفا شود.»(نجفی، ۱۴۰۸،ج ۴۲،ص ۲۷۷). در نتیجه می‌توان استنباط کرد که بازداشت موقتی که در روایات بیان شده، احتمال خصوصیت در آن وجود دارد و با وجود چنین تردیدی قابل سرایت به مواردی غیر از اتهام قتل نیست. در همین حال یکی از فقیهان معاصر با الغای خصوصیت از روایت، براین باور است که جواز حبس متهم به قتل، به دلیل جلوگیری از

اختلال در نظام است؛ زیرا عدم حبس متهم خوف تضییع حق و اختلال در نظام را در پی دارد و هرگاه جنایتی رخ دهد که چنین پیامدی را در پی داشته باشد، قاضی می‌تواند حکم بازداشت متهم را صادر کند و از آنجایی که چنین حکمی مغایر با اصل برائت است، لازم است که بین عدم بازداشت موقت متهم و اختلال در نظام ملازمه آشکاری وجود داشته باشد.(خرازی، ۱۳۸۴،ش ۴۳،ص ۲۲) در تأیید سخن پیشین، یکی از محققان معاصر، معتقد است که اولا جواز حبس برای جلوگیری از تضییع حق الناس است و به همین دلیل مطالبه و التماس اولیای دم لازم است و در غیر این صورت حبس متهم ممنوع است و ثانیا جواز اینگونه حبس ها برای جلوگیری از فرار متهم و احقاق ذو الحق است و اگر یقینی به عدم فرار متهم وجود نداشته باشد حبس وی توجیهی ندارد، در همین مورد هم اگر اولیای دم نتوانستند بینة اقامه کنند، متهم آزاد می‌شود.(حبیبی‌تبار، ۱۴۰۱،ص ۶۲)

۲ـ۱ـ۱ـ۲. مصلحت:

در جرایم سبک و جرایم تعزیری مصحلت این است که از قرار کفالت استفاده شود و این قرار بر سایر قرارهای تأمین کیفری، از جمله بازداشت موقت و قرار وثیقة، مقدم است؛ زیرا بازداشت موقت آسیب بیشتری به فرد و خانواده او وارد می‌کند و این مغایر با مصحلت فرد است، اما قرار کفالت بدون سلب کامل آزادی، تعادل بین حقوق جامعه و متهم را بهتر برقرار می‌کند. به دیگر سخن، مصالح فردی، اجتماعی، حقوقی- قضایی و اقتصادی ایجاب می‌کند که هرچه افراد بیشتری در جرائم سبک با قرارهای سبک‌تری مواجه شوند، به نحوی که هم آزاد باشند و هم در دسترس مقام قضایی باشند، بهتر است. روایت معروفی در باب قاعده درأ وارد شده که پیامبر(ص) فرمود: «ادرؤا الحدود عن المسلمین ما استطعتم فان کان له مخرجٌ فخلُوا سبیله، فانّ الإمام ان یخطئُ فی العفو خیرُ من ان یخطئُ فی العقوبه» تا جایی که ممکن است حدود(مجازات‌ها) را از مردم دفع کنید، چه بسا اگر قاضی در عفو خطا کند بهتر از آن است که در مجازات خطا کند(ترمذی، ۱۴۱۲،ج ۲،ص ۱۷۲). مفهوم سخن پیامبر(ص) آن است که مصلحت عفو بالاتر از مصلحت مجازات است و از منظر شرع اگر قاضی در حکم نهایی خویش خطا کند و متهم را تبرئه کند، مصلحت آن بیشتر از مجاات وی است؛ این مصلحت سنجی می‌تواند در تمامی مراحل تعقیب، صدور حکم و اجرای مجازات بر متهم، مورد عنایت قاضی واقع شود، در نتیجه اگر وی در باره متهم قرار خفیف‌تری صادر کند به صورتی که هم در دسترس باشد و هم آزادی وی مورد خدشه قرار نگیرد، مصالح چنین تصمیمی بسیار بیشتر از صدور قرارهای سنگینی مانند: بازداشت موقت خواهد بود؛ زیرا صدور قرار بازداشت موقت یا حبس با اصل برائت مغایرت دارد و موجب وارد شدن لطمه‌های سنگینی به حیثیت و آبروی افراد می‌شود؛ امری که شارع مقدس بدان راضی نخواهد بود. پس مصلحت فرد، جامعه و عدالت قضایی اقتضاد می‌کند که صدور قرار کفالت بر سایر قرارها، ترجیح داده شود.

Pre-final unedited and pre-proofreading version

۲ـ۱ـ۱ـ۳. سیره عقلا

در سیره‌ی عقلا، اولویت با اقداماتی است که حداقل محدودیت را برای افراد ایجاد کند؛ مثل اخف الضررین، زیرا ملاک کیفرها، اصلاح افراد و سالم‌سازی جامعه و ریشه‌کن سازی فساد است (منتظری، ۱۳۶۵،ج ۴،ص ۵۹) بنابراین، اگر بازداشت موقت به عنوان یک ضرورت مطرح است، اما قرار کفالت بتواند همان هدف را تأمین کند، ترجیح صدور قرار کفالت بر بازداشت موقت یا قرار وثیقه از منظر عقلا، اولویت دارد؛ زیرا قرار کفالت ضرر کمتری نسبت به بازداشت موقت دارد و در عین حال اهداف بازداشت را هم محقق می‌کند، در این صورت باید نسبت به بازداشت موقت ترجیح داده شود، این رویکرد همسو با اهداف عدالت کیفری اسلامی (مانند رعایت کرامت انسانی و اصل برائت) است.

۲ـ۲. احتیاط

استدلال بر مبنای احتیاط به این صورت است که هرگاه احتیاط اقتضا نماید، می‌توان بر مبنای آن متهم را ملزم به اخذ کفیل نمود؛ زیرا همان‌گونه که گفته شد بازداشت موقت با اصل برائت مغایرت دارد و تا زمانی که جرم سنگینی متوجه متهم نباشد، نمی‌توان وی را به صورت موقت بازداشت کرد. از سویی صدور قرارهای تأمینی آسان‌تر ممکن است موجب فرار متهم شود، لذا تنها راه ممکنی که بتواند اهداف بازداشت موقت را تأمین نماید، اخذ کفیل است.

ممکن است استدلال به این مبنا با این اشکال مواجه شود که احتیاط جزو اهداف صدور قرار های تأمین است نه اینکه آن را در زمره مبانی مشروعیت نیز به شمار آورد.

برای رد این اشکال و اثبات این‌که احتیاط می‌تواند هم به عنوان هدف و هم به عنوان مبنای مشروعیت قرار کفالت مطرح می‌باشد، باید گفت که تفکیک بین «مبنا» و «هدف» در احتیاط نادرست است؛ زیرا اشکال مذکور مبتنی بر این فرض است که «احتیاط» صرفاً یک غایت (هدف) تلقی شود، در حالی که در استدلال فقهی، احتیاط می‌تواند هم به عنوان مبنای حکم و هم به عنوان غایت آن مطرح شود. به عنوان مثال در قاعده «نفی عسر و حرج»، از مبنا به احتیاط استناد می شود یعنی حرمت تکلیفی حرجی و از حیث هدف، به غایت تشریع این قاعده یعنی رفع مشقت از مکلفین استناد می‌شود. در بحث کفالت هم اگر احتیاط را مبنای مشروعیت بدانیم، به این معناست که شرعاً باید از اقدامات پرخطر (مثل بازداشت) پرهیز کرد، مگر با دلیل قطعی. اگر احتیاط را هدف بدانیم، به این معناست که کفالت برای جلوگیری از ضررهای احتمالی تشریع شده است. در نتیجه باید گفت که این دو جنبه (مبنایی و غایی) مانعةالجمع نیستند و احتیاط می‌تواند در هر دو سطح مورد استناد قرار گیرد.

از روایت مشهور حبس متهم به قتل به مدت شش روز نیز می‌توان استفاده کرد که در غیر موارد قتل، بازداشت موقت یا حبس متهم آن هم بیش از شش روز ممنوع است. بر همین اساس، برخی از فقیهان حبس مدعی علیه تا زمان اقامه بینة را خلاف احتیاط و شتاب و استعجال در تدابیر کیفری دانسته اند.(عاملی، ۱۴۱۰،ج ۱۰،ص ۷۶) از این رو می‌توان گفت که صدور قرار کفالت، هم موجب سلب نشدن آزادی متهم می‌شود و هم موجب عدم تضییع حق مدعی و بزه‌دیده.

Pre-final version of the paper

۲ـ۳. مقدمه واجب

از دیگر مبانی مشروعیت صدور قرار کفالت، استناد به مقدمه واجب است. مقصود از مقدمه واجب آن است که هرچیز که وجود آن وابسته به مقدمه باشد، به آن، مقدمه واجب اطلاق می‌شود؛ مانند: وضو و غسل که وجود نماز(ذی المقدمه) وابسته به آن دو می‌باشد.(مظفر، ۱۳۸۵،ج ۱،ص ۲۳۵) ازاین رو فقیهان گفته اند: هرگاه شارع مقدس عملی را بر مکلف واجب کند و امتثال آن متوقف بر انجام دادن مقدماتی باشد، عقل نیز به انجام دادن آنها برای به جا آوردن واجب، حکم می‌کند.(فیاض، ۱۴۲۲،ج ۲، ص۲۴۰).

تقریب استدلال به مقدمه واجب به این صورت است که ما می‌گوییم اقامه حدود الهی(حدود به معنای مطلق مجازات) واجب است پس هر تصمیم و اقدام قضایی که به منظور احقاق حق و اقامه حدود الهی باشد، واجب است. و در این مقام نیز به دلیل اقامه حق و حد الهی(ذی المقدمة) می‌بایست قرار کفالت(مقدمه) را بپذیریم و اگر نپذیریم ممکن است که مجرم فرار کند؛ زیرا مقدمه احقاق حق و اقامه حد الهی اخذ کفیل با تعیین وجه کفالت است. پس یکی از مبانی مشروعیت فقهی صدور قرار کفالت، از باب مقدمه واجب است.

در نقد این مبنا باید گفت که اگر این مقدمه منظور و مقصود شارع بود، چرا خود شارع در احکام و تشریعیات خویش نیاورده است؟ در جواب می‌توان گفت که اصل کفالت در ادلهٔ شرعی پذیرفته شده است. پس شارع نهاد کفالت را پیش بینی کرده که هرجا لازم بود از آن بهره گرفته شود.

اشکال دیگر بر این مبنا آن است که صدور قرار کفالت، صرفا در صورتی می‌تواند مشمول بحث مقدمه‌ی واجب شود که اقامه حد و اجرای آن، متوقف بر اخذ کفیل باشد، این در حالی است که اگر امکان تأمین اهداف دادرسی کیفری از طریق قرار سبک‌تری مانند: « قرار التزام به حضور با قول شرف) وجود داشته باشد، دیگر نیازی به قرار کفالت نیست. گذشته از این، در تحلیل خود مقدمیت نیز خدشه وجود دارد؛ زیرا آنچه که واقعا «مقدمه حکم به حق و عدل» محسوب می‌شود، حضور متهم در محکمه است، نه اخذ کفیل. در نتیجه، قرار کفالت، خود مقدمه نیست، بلکه مقدمه‌ی مقدمه واحب است و از آنجایی که در علم اصول ثابت شده، مقدمه‌ی مقدمه، واجب نیست،(صدر، ۱۴۳۰، ج۲، ص۲۵۸-۲۵۹) این مبنا قابل اثبات نمی‌باشد. اشکال دیگر بر این مبنا آن است که صدور قرار کفالت، صرفا در صورتی می‌تواند مشمول مقدمه واجب شود که اقامه حد و اجرای آن، متوقف بر اخذ کفیل باشد، این در جالی است که اگرامکان تأمین اهداف دادرسی کیفری از طریق قرار سبک‌تری مانند: « قرار التزام به حضور با قول شرف) وجود داشته باشد، دیگر نیازی به قرار کفالت نیست. گذشته از این، در تحلیل خود مقدمیت نیز خدشه وجود دارد؛ زیرا آنچه که واقعا «مقدمه حکم به حق و عدل» محسوب می‌شود، حضور متهم در محکمه است، نه اخذ کفیل. در نتیجه، قرار کفالت، خود مقدمه نیست، بلکه مقدمه‌ی مقدمه واحب است. و از آنجایی که در علم اصول ثابت شده، مقدمه‌ی مقدمه، واجب نیست، این مبنا قابل اثبات نیست. ممکن است که بگوید: از آنجایی که اقامه حد واجب است، بنا بر این مقدمه‌ی اثبات نیز واجب است، ومقدمه‌ی اثبات جضور متهم است و مقدمه‌ی حضور نیز اخذ کفیل. لیکن این استدلال نیز ناتمام است، زیرا شارع مقدس در مواردی بر بزه‌پوشی تأکید کرده است. هدف شارع مقدس از تشریع برخی مجازات‌ها، اصلاح جامعة و بازداشتن افراد از ارتکاب جرم است،(نوبهار، ۱۳۹۰، ص۲۳۰) نه تعیقب و مجازات

pre-final unedited-and-not-proofreading version

بی‌دلیل افراد. ازاین‌رو، اثبات برخی از مهم‌ترین جرایم را منوط به شهادت چهار شاهد عادل یا اقرار صریح(حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۲۸، ص۱۵۹) در چهار مجلس جداگانه کرده است که نشان می‌دهد شارع به دنبال تسهیل در تعقیب نیست و تنها در صورت اثبات، اقامه حد را واجب می‌اند.بنابراین، استناد به بحث مقدمه‌ی واجب برای مشروعیت بخشیدن به قرار کفالت، ناتمام است.

۲ـ٤. تنقیح مناط از جهت قضا بر غایب

تنقیح مناط در اصطلاح اصول فقه، به معنای تهذیب و خالص سازی حکم از اوصاف غیر دخیل موجود در نص است. در این روش، فقیه با اجتهاد، علت اصلی را از میان ویژگی های عارضی و زائد، شناسایی و استخراج می‌کند. حاصل این فرایند، دستیابی به علتی است که می تواند مبنای تعمیم حکم به تمام موارد مشابه باشد. تنقیح مناط ممکن است به‌صورت ظنی یا قطعی صورت گیرد (حکیم، ۱۴۱۷، ص۳۰۱).

طرح دعوی توسّط مدّعی علیه شخص غایب به چند صورت ممکن است انجام گیرد:

الف) مدّعی ضمن طرح دعوای خود ادعا کند که مدّعی علیه نسبت به حق وی منکر است. این فرض بی‌تردید مورد شمول و جواز رسیدگی غیابی است.

ب) مدّعی صرفا دعوای خود را علیه مدّعی علیه طرح نماید بدون آن که نسبت به موضع مدّعی علیه در مورد درخواست وی توضیحی مطرح سازد. این فرض نیز به نظر می‌رسد مشمول ادلّه جواز رسیدگی غیابی است و دلیلی مبنی بر لزوم توضیح مدّعی نسبت به انکار مدّعی علیه وجود ندارد.

ج) مدّعی ضمن اقامه دعوی بگوید مدّعی علیه غایب به حق من معترف است. ممکن است گفته شود که مقتضای عمومات حکم به قسط و عدل و قضا به بیّنات و ایمان آن است که در مورد این فرض نیز قاضی به دعوی رسیدگی و حکم غیابی صادر نماید(یزدی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۴۶).

در این خصوص می‌توان به روایتی از جمیل بن دراج نیز تمسک جست؛ « جمیل بن درّاج عن جماعة من اصحابنا، عنهما قالا: «الغائب یقضی علیه اذا قامت علیه البیّنة و یباع ماله و یقضی عنه دینه و هو غائب و یکون الغائب علی حجته اذا قدم و لا یدفع المال الی الذي اقام البیّنة الّا بکفلاء»(کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۰۲). هرگاه علیه شخص غایب بیّنه اقامه گردد قضاوت علیه او (و به نفع مدّعی) انجام خواهد شد و مال او فروخته می‌شود و بدهی او پرداخت می‌گردد، ولی برای شخص غایب پس از حضور، حق اقامه دلیل باقی است. ضمنا پرداخت بدهی به طلبکاران منوط به اخذ کفیل است. حدیث فوق از طریق دیگر نیز نقل شده و در ذیل آن جمله زیر افزوده شده: «اذا لم یکن ملیّا». یعنی چنانکه مدّعی فاقد ملائت باشد، اخذ کفیل لازم است؛ لذا به مفهوم شرط، دلالت بر آن دارد که در صورت ملائت، کفیل لازم نخواهد بود. تبیین استدلال به این صورت است که به جهت احقاق حق مدعی، علی رغم اینکه مدعی علیه خود حضور ندارد؛ حکم صادر شده است اما با کفالت. پس در صورتی که خود شخص حاضر است هم می‌توان حکم کرد و قرار کفالت را صادر نمود.

Pending, unedited, and pre-proofreading version

۳. مبانی حقوقی مشروعیت صدور قرار کفالت

۳ـ۱. حفظ نظم عمومی

یکی از مبانی حقوقی مشروعیت قرار کفالت، حفظ نظم عمومی است. مقصود از نظم عمومی، « مجموعه تأسیسات حقوقی و قوانین، وابسته به حسن جریان لازم امور مربوط به کشور یا راجع به صیانت امنیت و اخلاق در روابط آحاد مردم است که اراده افراد جامعه در جهت خلاف آن‌ها بلااثر است»(کاتوزیان، ۱۳۸۷، الف،ص: ۵۲) در واقع برای آنکه زندگی انسان‌ها براساس نظمی پایدار ادامه یابد و افراد در جامعه احساس امنیت کنند، گزاره «نظم عمومی» در حقوق پایه‌گذاری شده است. فقیهان وجود نهاد دارسی قضایی را را به حکم عقل واجب دانسته اند؛ زیرا فقدان این نهاد، موجب اختلال در نظم عمومی، می شود.(طباطبایی، ۱۴۱۶، ج۱۵، ص۶) تقریب استدلال بر اساس مبنای نظم عمومی به این صورت است که هرگاه فردی متهم به ارتکاب جرمی شود، ادله و قرائنی نیز در باره توجه اتهام به وی وجود داشته باشد، اما آزاد بودن وی، موجب فرار و عدم دسترسی به او یا تضییع حق بزه‌دیده شود، قاضی تحقیق می‌تواند وی را ملزم به اخذ کفیل با تعیین وجه الکفالة کند، تا هم آزادی متهم محدود نشود و هم در دسترس دستگاه قضایی تا انتهای روند محاکمه باشد، اما بازداشت موقت یا قرارهای خفیف‌تری، نمی‌تواند آن اهداف را تأمین کند. این موضوع به جهت رعایت نظم عمومی و عدم اختلال در آن است.

در حقوق کیفری، نظم عمومی با هدف تأمین امنیت جامعه بنیان کذاشته شده است(اسماعیلی، ۱۳۹۵، صص: ۳۸-۳۹) در مسوله قرار کفالت، متهم با ارتکاب جرم نظم عمومی جامعه را مختل کرده است اما از آنجایی که هنوز جرم وی ثابت نشده است، حبس وی مغایر با آزادی فردی اوست.تناسب بین رعایت اصل حفظ نظم عمومی و رعایت حقوق فردی وی مستلزم انتخاب کیفری مناسبی است که هم متهم را در دسترس دستگاه قضایی قرار دهد و هم آزادی وی را تأمین کند. در میان قرارهای تأمین کیفری، قرارکفالت می تواند هر دو هدف را تأمین کند براین اساس، برای حفظ نظم عمومی و رعایت حق بر آزادی فردی متهم، این قرار بر سایر قرار ها ترجیح داده می‌شود.

Pre-final unedited and pre-proofreading version

۲-۳. تضمین حق

بزهکار با زیر پا گذاشتن عدالت و اخلال در نظم و امنیت، علاوه بر اینکه حقی از جامعه را زائل کرده، حق بزهدیده را نیز پامال نموده است. البته قابل یادآوری است که تضمین یک امر دوسویه است و این مبنا هم در سوی متهم قابل اجراست و هم در طرف بزهدیده؛ زیرا متهم صرفا به دلیل وجود ادلهٔ علیه او، مورد اتهام قرار گرفته اما حکم قطعی علیه او صادر نشده است. براین اساس، او هم حق دارد از خود در برابر اتهام وارده دفاع کند. همچنین با توجه به اصل برائت، می‌تواند آزاد باشد و کسی نمی‌تواند آزادی وی را سلب کند. از سوی دیگر با توجه به وجود ادله، حق بزهدیده این است که متهم مورد تعقیب کیفری قرار گیرد. از این‌رو، تضمین حق بزهدیده و متهم می‌تواند یکی از مبانی مشروعیت صدور قرار کفالت تلقی شود. در فقه نیز تضمین حق یکی از اهداف مجازات های تأمینی برشمرده شده است. (عاملی،بی‌تا، ج2،ص192) قانون‌گذار در ایران هم در صدر ماده 217 قانون آیین دادرسی کیفری، تضمین حق بزه‌دیده را یکی از مبانی صدور قرار های تأمینی می‌داند: «به منظور دسترسی به متهم و حضور به موقع 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 تامین زیر را صادر می‌کند... .». دسترسی بزهدیده به عدالت و تعقیب بزهکار، تنها زمانی معنادار است که "متهم در دسترس نظام قضایی باشد" تا بتوان او را محاکمه و در صورت محکومیت، مجازات کرد. در واقع دادستان با اخذ «قرار کفالت» از متهم، حضور او را در مراحل دادرسی تضمین می‌کند. کفیل به عنوان ضامن، متعهد می‌شود که متهم را در هر زمان و مکانی که بازپرس، دادیار، دادستان یا قاضی تقاضا کند، حاضر نماید. در واقع قرار کفالت، یک نوع حمایت قانونی، در مرحله کشف جرم و شناسایی متهم (حمایت اولیه) است که بزهدیده با استناد به حق خود بر حمایت قانونی (مثل مواد ۳۷ و ۶۹ ق.آ.د.ک)، به مراجع قضایی مراجعه می‌کند. مراجع قضایی موظف اند با شروع به موقع عملیات، از نابودی ادله جلوگیری کند و «متهم را شناسایی و دستگیر کند» این اولین سطح از حمایت برای بزهدیده است. سطح دیگر تضمین حق بزهدیده، جبران ضرر وارده به اواست. ؛ حق بزهدیده برای جبران خسارت، یک حق مالی است. قرار کفالت، با ایجاد یک "منبع مالی ثانویه" (کفیل)، احتمال وصول این طلب مالی را به طور چشمگیری افزایش می‌دهد. برابر آموزه حقوق دادرسی کیفری ایران، برخی از آمایم، می‌توانند افزون بر جنبهٔ اعمال دارای

در سوی دیگر آزادی یکی از حقوق اصلی و اولیه افراد است و مفهوم حق عمومی بودن (آزادی) آن است که دیگران باید برای این حق فردی در مورد هر فرد احترام قائل شده و از هرگونه تعرض به آن‌ها خودداری کنند و عرصه را برای ابراز و اعمال آن‌ها با ایجاد هر نوع مانع تنگ نکنند(عمید زنجانی، ۱۳۸۹، ج۱، ص۶۹۴) و به طرق اتهام نمی‌توان این حق را از متهم سلب کرد. زیرا اصل برائت به عنوان یک اصل منطقی و عقلانی حاکم بر حقوق اشخاص است که خلاف آن ثابت شود.(موضوع اصل ۳۷ قانون اساسی) بنابراین، اصل بر بی گناهی است. این اصل ضامن آزادی های فردی و قانونی افراد جامعه است و نقش بسیار مهمی در تأمین حقوق شهروندی، رعایت قانون و حقوق دیگران ایفا می‌کند(جوادی

احتمال وصول طلب مالی را به طور چشمگیری افزایش می‌دهد. برابر آموزه حقوق دادرسی کیفری ایران، برخی از آمایم، می‌توانند افزون بر جنبهٔ اعمال دارای (در جدول حمایت از بزه‌دیده) نیز مشابه به عنوان یک اصل منطقی و عقلانی حاکم بر حقوق اشخاص بزهدیده اجرا می‌کند(میرشکاری، 1393، ص99).

آملی، ۱۳۸٦، ۱٦۲) در نتیجه تا زمانی که مجرمیت و گناهکاری فرد براساس موازین قانونی و در طی یک فرایند دادرسی عادلانه و منصفانه به اثبات نرسیده است با رجوع به اصل، بی گناهی فرد استصحاب می‌شود و او بی گناه محسوب می‌شود. این اصل باید در سرتاسر دادرسی کفری بر بینش، رفتار و اقدامات مقامات پلیس و قضایی حاکم باشد. به عبارت دیگر، اصل برائت تنها مربوط به زمان صدور رأی نهایی نیست. بلکه تمام فرآیند دادرسی در سایه آن اعمال می‌شود. معنای این سخن این است که دادگاه نمی تواند وظیفه ی قضایی خود را با اعتقاد و حتی به گمان مجرمیت متهم آغاز کند و از این‌رو، بازپرس،دادیار، داستان و هر مقام دیگر قضایی با صدور قرار اخذ کفیل، هم آزادی متهم و هم حق دسترسی بزه‌دیده به عدالت و تعقیب متهم را ضمانت می‌کند. (اسدی، ۱۴۰۱، ص۱۳۹) بنابراین، این دو مفهوم (دسترسی و کفالت) دو روی یک سکه هستند که هدف نهایی آنها «تحقق عدالت و احقاق حق متهم و مجنی‌علیه» است. همچنین باید گفت که کشف جرم، تنها با جمع‌آوری ادله محقق نمی‌شود؛ بلکه حفظ متهم در دایره دسترسی نظام قضایی یک شرط ضروری برای به ثمر نشستن عملیات کشف است.(قرار کفالت، ابزار قانونی برای تحقق این شرط به شمار می‌رود. قرار کفالت، پل ارتباطی بین «حق طلبکاری بزه‌دیده» و «تعهد متهم به پرداخت» است. بدون قرار کفالت، احتمال فرار متهم افزایش یافته و بزه‌دیده با یک مدیون فراری روبرو می‌شود که وصول طلب از او بسیار دشوار و گاهی غیرممکن است. با صدور قرار کفالت، بزه‌دیده علاوه بر متهم، یک منبع مالی دیگر (کفیل) نیز پیدا می‌کند که نظام قضایی او را به رسمیت شناخته و تضمین کرده است. بنابراین، در یک نگاه سیستماتیک، قرار کفالت تنها یک ابزار تأمین کیفری برای حضور متهم نیست، بلکه یک «ابزار تأمین حقوقی» برای تضمین وصول خسارات مالی بزهدیده محسوب می‌شود. این نهاد نشان می‌دهد که نظام عدالت کیفری، جبران خسارت بزهدیده را به عنوان یک هدف مهم، در کنار مجازات مجرم، دنبال می‌کند و برای تحقق عملی آن، از مکانیسم‌های هوشمندانه‌ای مانند کفالت استفاده می‌نماید. در واقع اگر جبران خسارت بزه‌دیده از راه دیگری ممکن نباشد، می توان از طریق قرار کفالت، آن را تأمین کرد. (خالقی، ۱۳۹۳، ص۱۸۲).

۴. نقد و بررسی مبانی

برخی از مبانی، با نقض و ابرام هایی مواجه است. در این قسمت به این نقد و ابرام‌ها پرداخته می‌شود.

٤-۱ نقد و بررسی مبنای اولویت

در خصوص تبیین نظریه‌ی اولویت قرار کفالت بر قرارهای دیگر مانند: بازداشت موقت، این پرسش پدید می‌آید که آیا صدور هر قراری که سهل‌تر است، به معنای این است که اولویت هم دارد؟ به نظر می‌رسد که با تدقیق دراین زمینه متوجه این نکته می‌شویم که خیر هر جا صدور قراری آسان‌تر بود، این به معنای اولویت نیست؛ استدلال هم این است که اگر دادرس در مقام صدور این قرارها، اختیار داشته باشد، قیاس اولویت درست است؛ اما باید گفت که قاضی مقام تعقیب در این خصوص اختیاری ندارد بلکه باید گفت که این قرارها ترتیبی‌اند، نه تخییری. اگر مقام ، مقام تخییر می‌بود در آن صورت می‌شد گفت که هرگاه قرار بازداشت موقت

Pre-final, unedited and non-proofreading version

جایز بود، به طریق اولی صدور قرار کفالت نیز جایز می‌بود اما چنین تخییری در این مقام وجود ندارد. اما در این جا احتمال ترتیب داده می‌شود و قانون‌گذار در تبصره ۳ ماده ۲۱۷ نیز تصریح می‌کند که در جرائم غیر عمدی، در صورتی که به تشخیص مقام قضایی تضمین حقوق بزه‌دیده، به طریقی دیگر امکان پذیر باشد، صدور قرار کفالت و وثیقه جایز نیست. همین نکته حاکی از ترتیبی بودن آن می‌باشد. همچنین می‌توان گفت که اهداف مجازاتی که در این ماده بیان شده مانند: «دسترسی به متهم»، «تضمین حق بزهدیده»، «جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم» و «جبران ضرر بزهدیده» همگی عباراتی است که بیان کننده اهداف صدور این قرارهاست، و هر کدام از آنها که بتوانند اهداف فوق را تأمین کنند، بازپرس می‌بایست متناسب با اهداف فوق، قرار را صادر کند و در این جهت اختیاری ندارد، این اهداف گاه با قرارهای شدیدی مانند: بازداشت موقت و وثیقه و گاه با قرارهای خفیف‌تری مانند قرار التزام به حضور با قول شرف، تأمین می‌شود. با این بیان، اولویت صدور قرار کفالت بر سایر قرارها نه تنها محتمل نیست، بلکه احتمال عدم صحت آن نیز متصور است؛ زیرا بازپرس در صدور قرار اختیاری ندارد.

علاوه‌بر آن، استدلال می‌شود در مواردی که متهم از حیثیت اجتماعی والا، اعتبار عمومی و شخصیت حقوقی شایسته‌ای برخوردار باشد، به نحوی که صرف اخذ التزام به حضور با قول شرف برای تضمین حضور وی در مراجع قضایی کافی باشد، صدور قرارهای تأمین کیفری شدیدتر فاقد وجاهت قانونی و ضرورت عملی خواهد بود. بر این اساس، تقدم و اولویت قرار التزام به حضور بر سایر قرارهای تأمین، جنبه‌ای ترتیبی و سلسله مراتبی دارد، نه تخییری.

در پاسخ به اشکال فوق باید گفت: اقتضای اصول و قواعد دادرسی آن است که به مجرد اتهام نباید، آزادی‌های افراد محدود گردد و اصل برائت به عنوان یکی از اصول اساسی دادرسی قضایی مورد مورد خدشه قرار گیرد، از سویی بازپرس براساس ادله ارائه شده، قرار تأمینی را صادر می‌کند، پس صدور قرار بازداشت موقت با اصولی مثل برائت مغایرت دارد و قرارهای خفیف نیز خوف فرار متهم را در پی دارد، بنابراین، کفالت، قراری است که بین آزادی های فردی و نظم اجتماعی تعادل بر قرار می‌کند. به همین دلیل برخی از فقیهان معتقدند که در مورد فرد متهم به قتل، اگر اطمینان به عدم فرار وی وجود داشته باشد، بازداشت وی جایز نیست.(امام خمینی، بی‌تا،ج ۲،ص ۵۳۳)، حال آنکه اگر نظریه ترتیبی بودن صدور قرارها معیار قرار می‌گرفت، ولو با اطمینان از عدم فرار متهم با توجه به سنگین بودن جرم، وی باید بازداشت شود نه اینکه متهم آزاد گردد. بنابراین، مبنای اولویت بی تردید صحیح است.

٤-۲ نقد و بررسی مبنای مقدمه واجب

در نقد این مبنا باید گفت که اگر این مقدمه منظور و مقصود شارع بود، چرا خود شارع در احکام و تشریعیات خویش نیاورده است؟ در جواب می‌توان گفت که اصل کفالت در ادلهٔ شرعی پذیرفته شده است. پس شارع نهاد کفالت را پیش بینی کرده که هرجا لازم بود از آن بهره گرفته شود.

Pre-print, undergoing proofreading version

اشکال دیگر نیز این است که: صدور قرار کفالت بر اساس این دیدگاه وقتی جایز است که اقامه حق و حد متوقف بر کفالت باشد، اما اگر با قول شرف ممکن باشد، دیگر صدور قرار کفالت جایز نیست؛ زیرا مقدمیت آن احراز نشده و مشروعیت صدور قرار کفالت فرع بر احراز آن است؛ زیرا قرار کفالت مقدمه نیست بلکه مقدمه مقدمه به شمار می‌رود و آنچه که واجب می‌باشد حکم به حق و عدل است؛ بله مقدمه حکم به حق و عدل مقتضی حضور مدعی علیه در محکمه است ؛ در واقع این می‌شود مقدمه اما قرار کفالت که مقدمه حکم به حق نیست بلکه شرط حضور مکفول است نه شرط حکم به عدل و حق. این می‌شود مقدمه مقدمه واجب است نه مقدمه واجب. مضاف بر آن مقدمه واجب زمانی واجب است که اصل آن قضیه واجب باشد، سؤالی که در این جا مطرح می‌شود این است که اگر این قضیه در زمره حق الناس باشد و مدعی مطالبه نماید در این صورت بر حاکم و قاضی واجب است که به دعوای وی رسیدگی نماید، اما اگر حق الله باشد، در این صورت نه تنها مقدمه که حتی ذی المقدمه هم واجب نیست. فقیهان معتقدند که اقامه حد بعد از اثبات به بالاتفاق واجب است،(نجفی، ۱۴۰۸،ج ۴۱،ص ۳۵۹) اما در این خصوص باید گفت که اولا همه مجازات ها همه شان ماهیت حدی(به معنای خاص آن) ندارند بلکه برخی از مجازات ها از باب تعزیر اند و برخی از باب قصاص، ثانیا اقامه حد واجب است بعد از اثبات، اما در زمان فرایند دادرسی و در مقام تعقیب که هنوز اثبات نشده است، پس اصل ذی المقدمه(اقامه حد) هنوز واجب نشده است تا مقدمه آن واجب شود. مگر اینکه بگوییم اقامه حد واجب است؛ مقدمه اثبات هم واجب است، بعد مقدمه اثبات که حضور است و مقدمه حضور که عبارت باشد از اخذ کفیل هم واجب است. در پاسخ می‌توان گفت که این استدلال نیز صحیح نیست؛ چرا که شارع به دنبال اثبات جرایم نیست؛ چه بسا در برخی جرایم تأکید شارع بر بزه پوشی است. اگر اثبات شد حال خواه با اقرار باشد یا بر اساس ادلهٔ دیگری، اثبات آن واجب است. زیرا از لطف و کرم و سرّ پوشی شارع مقدس این است که، بدترین گناهان ـ مثل زنا و لواط ـ باید با شهادت چهار شاهد عادل یا با چهار مرتبه اقرار و اعتراف صریح در چهار مجلس ثابت گردد. در نتیجه استدلال به مقدمه واجب نیز ناتمام است.

٤-٣ نقد و بررسی مبنای تنقیح مناط از باب قضا بر غایب

استدلال به مبنای تنقیح مناط از باب قضاوت بر غائب، با این اشکال مواجه شده است که قضا بر غایب تنها در موارد حق الناس جایز است اما در موارد حق الله جایز نیست؛ یعنی قاضی از باب حفاظت از حقوق مردم مال مدعی‌علیه را می‌گیرد اما از مدعی نیز کفیل اخذ می‌کند.

اشکال دیگر این است که اینجا اصالتا مقام قضا وحکم است نه مقام صدور قرار. در جواب می‌توان گفت که ملاک صدور قرار کفالت این است که هرگاه احقاق حق متوقف بر اخذ کفیل باشد، صدور قرار کفالت نیز جایز و مشروع است خواه از باب قضا و حکم باشد یا از باب قرار. به رغم این پاسخ، باید گفت که قضا بر غایب یک امر حقوقی(عاملی، ۱۴۱۴،ج ۱۳، ص ۴۶۷) است نه کیفری. مضاف‌بر آن باید گفت قضای بر غایب با قرار کفالت تناسب ماهوی هم ندارد؛ زیرا قضای بر غایب ناظر بر یک شخصی است که اصلا در دسترس نیست، اما قرار کفالت، ناظر به شخصی است که حضور دارد و قابلیت احضار را دارد و این قرار تنها به جهت

Pre-Final, unedited and pre-proofreading version

عدم فرار و در دسترس بودن وی صادر می‌شود. در نتیجه نمی‌توان برای مشروعیت صدور قرار کفالت، به حکم غیابی استناد کرد.

نتیجه‌گیری

قرار کفالت، به عنوان یکی از نهادهای تأمین کیفری موضوع ماده ۲۱۷ قانون آئین دادرسی کیفری، تجلی گاه نظام عدالت برای ایجاد تعادل میان دو ضورت متعارض یعنی حفظ آزادی متهم مبتنی بر اصل برائت و از سوی دیگر، تضمین کننده حقوق بزه‌دیده و حفظ نظم عمومی است که مستلزم دسترسی مستمر دستگاه عدالت کیفری به متهم می باشد. قاعده احتیاط هم به عنوان یک مبنای دیگر فقهی جهت مشروعیت بخشی یه قرار کفالت عمل کرده و چارچوبی مطمئن برای تحدید اختیارات قاضی در بازداشت بی‌دلیل متهم فراهم یم آورد. در مقابل دو مبنای مقدمه واجب و تنقیح مناط از باب قضا بر غایب با نقدهای ماهوی مواجه شده و مورد پذیرش قرار نگرفت؛ زیرا مقدمه واجب، مقدمه اقامه‌ی حد است و وجوب آندر مرحله تعقیب قابل احراز نیست. قضا بر غایب هم نار بر شخص مفقود در دعاوی حقوقی است نه کیفری.
از منظر حقوقی، دو مبنای « حفظ نظم عمومی» و « تضمین حق بزه‌دیده» پشتوانه‌های عقلایی مهمی برای مشروعیت بخشی به قرار کفالت مورد شناسیایی قرار گرفت. تناسب بین حفظ نظم عمومی و حق بر آزادی فردی ، ایجاب می کند که قرار صادره هر دو متضمن هر دو باشد. تضمین حق دوسویه است، از سوی حق بزه‌دیده بر دسترسی متهم و از سوی دیگر هم متهم حق بر آزادی را دارا می باشد. تضمین این دو حق تنها با قرار کفالت امکان پذیر است؛ زیرا با قرارهای خفیف‌تر امکان فرار متهم و تضییع حق وجود دارد و با قرار سنگینی مثل بازداشت موقت، حق آزادی متهم سلب می شود، اما قرار کفالت این دو توازن برقرار می کند.

منابع

ابن منظور، محمد بن مکرم،(۱۴۱۴) لسان العرب، دار الفکر للطباعۀ والنشر، بیروت، چاپ سوم.

اسماعیلی، محسن(۱۳۹۵) امنیت و نظم عمومی در اسلام با تأکید بر سیاست های کیفری فقه اسلامی، فصلنامه مطالعات راهبردی ناجا، سال اول، شماره ۱.

اسدی، محمدرضا(۱۴۰۱) آئین دارسی کرامت مدار، انتشارات صبا، تهران، چاپ اول.

امام خمینی، سید روح الله،(بی‌تا)، تحریر الوسیلۀ، موسسط مطبوعاتی دارالعلم، قم، چاپ سوم.

آشوری، محمد،(۱۳۸۹) آیین دادرسی کیفری، انتشارات سمت، تهران، چاپ دوازدهم.

ترمذی، محمد بن عیسی،(۱۴۱۲) سنن ترمذی، انتشارات دارالفکر، بیروت، چاپ ششم.

جوادی آملی، عبدالله، (۱۳۸۶) فلسفه حقوق بشر، نشر اسراء، قم، چاپ ششم.

جوهری، اسماعیل بن حماد،(۱۴۱۰) الصحاح – تاج اللغۀ و صحاح العربیۀ، ۶ جلد، دار العلم للملایین، بیروت، چاپ اول.

حبیبی‌تبار، جواد،(۱۴۰۱)، فقه الجزاء، انتشارات منهاج علم، قم چاپ اول.

حکیم، سید محمدتقی (۱۴۱۸) اصول العامۀ للفقه المقارن، انتشارات آآل‌البیت(ع)، قم، چاپ اول.

حلی، جعفر بن حسن،(۱۴۰۸) شرایع السلام، انتشارات اسماعیلیان، قم،چاپ چهارم.

Pre-final unedited and proofread version

حلی، حسن بن یوسف،(۱۴۱۴) مطهر،تذکرة الفقهاء، مؤسسه آل البیت علیهم السلام،، قم، چاپ اول.
خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری،(۱۳۹۴) انتشارات میزان، تهران، چاپ سوم.
خالقی، علی، (۱۳۹۳) نکته‌ها در آئین دادرسی کیفری، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، تهران، چپا اول.
خرازی، سید محسن،(۱۳۸۴) پژوهشی در اقسام بانک ها، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)؛ مؤسسه دائرة المعارففقه بر مذهب اهل بیت(ع)، قم، شماره ۴۳.
زبیدی، سید مرتضی،(۱۴۱۴) تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر، لبنان، بیروت، چاپ اول.
شمس، عبد الله، آیین دادرسی مدنی،(۱۳۸۵) شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ بیست وهفتم.
صدر، سید محمد باقر، دروس فی علم الاصول، انتشارات اسماعلیلیان، قم، چاپ سوم.
طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم،(۱۴۱۷) عروة الوثقی، انتشارات دار الفکر، لبنان، چاپ سوم.
طرابلسی، عبدالعزیز بن براج(۱۴۰۶)، المهذب، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسی حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
طوسی، محمد بن حسن،(۱۴۱۷) النهایة، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسی حوزه علمیه قم، قم، چاپدوم .
عاملی، زین الدین‌بن علی،(۱۴۱۵) مسالک الأفهام، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسی حوزه علمیه قم، قم.
عاملی، زین الدین‌بن علی،(۱۴۱۰) الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، حاشیه: سید محمد کلانتر، کتابفروشی داوری، قم، چاپ سوم.
عاملی،محمد بن مکی،(بی‌تا) القواعد و الفوائد، مکتبة المفید، قم، چاپ اول.
عاملی، زین الدین بن علی،(۱۴۱۰) الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه، کتاب فروشی داوری، قم، چاپ سوم.
عمید زنجانی، عباسعلی،(۱۳۸۹) قواعد فقه سیاسی، انتشارات امیر کبیر، تهران، چاپ دوم.
فیاض، محمد اسحاق،(۱۴۲۲) محاضرات فی اصول الفقه، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخویی، قم، چاپ اول.
فیض کاشانی، ملا محسن(١٤٠٦) مفاتیح الشرایع،انتشارات مکتبة امیر المؤمنین(ع)، اصفهان، چاپ اول.
کاتوزیان، ناصر(۱۳۸۲) عقود معین، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ چهارم.

کاتوزیان، ناصر،(۱۳۸۳) گامی به سوی عدالت، انتشرات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، چاپ اول.
کلینی، محمد بن یعقوب،(۱۴۰۷) الکافی، مصحح: علی‌اکبر غفاری، دارالکتب الاسلامیه، تهران، چاپ چهارم.
مظفر، محمدرضا،(۱۳۸۵) اصول الفقه، انتشارات هجرت، قم، چاپ سوم.
معین، محمد،(۱۳۹۰)، فرهنگ معین، موسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ بیستم.
منتظری، حسین علی،(۱۳۶۵) مبانی فقهی حکومت اسلامی(ترجمه محمود صلواتی)، انتشارات کیهان، قم، چاپ اول.
نجفی، محمد حسن،(۱۴۰۸) جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ نهم. نوبهار، رحیم، (۱۳۸۹) اهداف مجازات ها در جرایم جنسی، انتشارات پژوهشگاه فرهنگو اندیشه اسلامی، قم، چاپ اول.

Pre-final, unedited, and non-proofreading version