

## بررسی فقهی - حقوقی حکم غیابی

دکتر مهران لطفی فروشانی\* - دکتر پرویز باقری\*\*

### چکیده:

از مباحث مورد مناقشه در دادرسی و قضاوت دادرسی صدور حکم غیابی است؛ زیرا مقتضای ادله شرعیه در قضای اسلامی و ولایت قاضی نسبت به متداعیین قضاوت با حضور آنان است؛ اما اعتبار مطلق و بی‌چون و چرای نبود طرفین در رسیدگی به طور قطع موجب تضييع حق می‌گردد به خصوص در زمانی که با توسعه روابط اشخاص با تصور ذی‌حق دانستن خود و یا حتی بدون این تصور می‌تواند به عمل زشت تجاوز به حق دیگران دست پیدا کرده و در مرحله دادرسی برای همیشه خود را از دسترس شاکی و مجریان عدالت مخفی کند. طبیعی است از این رهگذر عدم اعتماد مردم به یکدیگر روز به روز افزایش و امنیت قضایی در جامعه به مخاطره جدی خواهد افتاد. قانونگذار ایرانی پس از چند دهه از اجرای نخستین مقررات دادرسی مدنی در خصوص احکام غیابی دو معیار ابلاغ واقعی به خواننده و قابلیت تجدیدنظر از رأی غیابی را به ترتیب موجب حضوری تلقی شدن رأی و عدم امکان واخواهی آن دانسته است. اکنون این معیارها بی‌اعتبار و در سال ۱۳۷۹ قانونگذار ابلاغ واقعی را موجب حضوری شدن حکم دانست. در فقه امامیه نیز به رغم تجویز رسیدگی غیابی حضور یا عدم حضور خواننده شاخص توصیف رأی به حضوری یا غیابی است. در وضع فعلی که کثرت پرونده‌های مطرح در دادگستری کیفیت رسیدگی و آراء را تحت تأثیر قرار داده است، احیای قابل‌واخواهی نبودن احکام غیابی قابل‌پژوهش امری ضروری است. پژوهش حاضر در پی آن است تا نشان دهد که این تحول با دیدگاه فقها در رعایت حق اعتراض محکوم علیه غایب مبیانیتى ندارد.

### کلیدواژه‌ها:

حکم غیابی، واخواهی، ابلاغ، فصل خصومت، مدعی علیه.

\* دکترای حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اهواز، خوزستان،

Email: lotfi\_mehran@yahoo.com

ایران، نویسنده مسئول

Email: p.bagheri@ilam.ac.ir

\*\* استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران

## مقدمه

در جامعه‌ای که تعارض تصورات در مورد حقوق ادعایی مطرح است، دادرسی و قضاوت اجتناب‌ناپذیر و از موضوعات بسیار مهمی است که در حقوق اسلام و حقوق موضوعه دارای جایگاه والایی می‌باشد. اهمیت و رفعت این جایگاه است که باعث شده تا فقهای اسلام اعم از شیعه و سنی در این خصوص قلم‌فرسایی نمایند. در حقوق موضوعه نیز قانونگذار سعی فراوانی مبذول داشته تا مقررات منسجمی پیرامون موضوع تدوین کند، هرچند در پاره‌ای موارد سعی و تلاش او منجر به نتیجه موردنظر وی نشده است. یکی از مباحث حائز اهمیت در فرایند دادرسی و قضاوت، مقوله دادرسی و حکم غیابی است، زیرا مقتضای ادله شرعیه در قضای اسلامی و ولایت قاضی نسبت به متداعیین قضاوت با حضور آنان است؛ اما اعتبار مطلق و محض، عدم حضور طرفین در طول دادرسی بلاشک موجب تضييع حقوق آنان می‌گردد به‌ویژه با صنعتی شدن جوامع و گذر از حالت سنتی به مدرن ذی‌نفع با تصور ذی‌حق دانستن خود به حقوق دیگران تجاوز نموده و به‌طور مدام خود را از تیررس خارج می‌نماید. به عبارتی از حضور در محاکم اجتناب می‌ورزد. لذا طبیعتاً شاهد به مخاطره افتادن و ایجاد اختلال در امنیت قضایی جامعه خواهیم بود. چاره این امر تجویز قانونی برای رسیدگی در غیاب مدعی‌علیه و صدور حکم غیابی است. در زمان حاضر اتخاذ این شیوه راهگشایی بسیاری از مشکلات است. هرچند نمی‌توان انکار کرد که جواز محاکمه غیابی به‌نحو مطلق و بدون قید و ضابطه مشکلات زیادی را موجب خواهد شد و به همین جهت است که قانونگذار ضوابط رسیدگی و صدور حکم غیابی را به‌طور منصوص و مشخص بیان نموده است. آیین دادرسی مدنی یا اصول محاکمات حقوقی صرف‌نظر از تدوین اولیه آن از سوی مجلس در سال ۱۳۲۹ ه.ق در اصل زاییده تاریخ قضایی کشور است که در بستر عمل دستگاه قضایی شکل گرفته است؛ و از آنجایی که این اصول و قوانین ناظر به مرحله اثباتی حق می‌باشند (درمقابل مرحله ثبوتی حق که در قوانین ماهوی بیان می‌شوند) بنابراین باید گفت که آیین دادرسی وصول به حق و عدالت است. البته فراموش نشود که دخالت برخی اصول ظاهری همچون اصل بقای دین (ماده ۳۵۷ ق.آ.د.م) و امارات قانونی و قضایی (مواد ۱۳۲۲ و ۱۳۲۴ ق.م) (و همچنین لزوم رعایت اصول عدم‌تحصیل دلیل از سوی دادگاه) سبب بروز این اندیشه

و اصل شده است که دادگاه مرجع فصل خصومت است نه مرجع اكمال و احقاق حق.<sup>۱</sup> با ملاحظه همگونی مقررات مربوط به یکی از مباحث آیین دادرسی مدنی یعنی حکم غیابی و واخواهی و همچنین آشفتگی و چندگانگی رویه قضایی در این خصوص و مهم‌تر از همه عدم تحقیق منسجم در این رابطه، سبب تشویق به انجام این تحقیق گردید. به طوری که بعداً و در طول این تحقیق ملاحظه خواهیم نمود. متأسفانه در حال حاضر دادگاه‌ها در زمینه تفسیر موارد دادرسی غیابی و همچنین زمان واخواهی از حکم غیابی دارای نظرات و رویه‌های متفاوت و حتی متعارضی می‌باشند. از سوی دیگر عدم بیان مبانی فقهی این نهاد حقوقی در هیچ‌یک از کتب حقوقی آیین دادرسی تاکنون و همچنین عدم بررسی اثرات این مبانی در تدوین مقررات بعد از انقلاب نیز از جمله انگیزه‌های تدوین این تحقیق می‌باشند. بدین منظور در این تحقیق در خصوص حکم غیابی و نحوه اعتراض به این حکم به بیان نقطه نظرات فقهی مربوطه نیز خواهیم پرداخت.

### ۱- مبانی نظری فقهی و حقوقی حکم غیابی

اگرچه حکم غیابی دارای جایگاه قانونی است، اما قوانین تجویزکننده دادرسی و حکم غیابی، برآمده از نیاز جامعه هستند. به همین جهت است که حکم غیابی مبنای قانونی خود را از دوره اول قانونگذاری تاکنون حفظ کرده است و در هر دوره زمانی تغییر این مبنا یکی از تحولات عمده آیین دادرسی مدنی را به خود اختصاص داده است. رسیدگی غیابی در واقع نمایش ضمانت‌اجرای قواعد حقوقی در جلوه اقتدار دادگاه است. مبانی توصیف و تجویز رسیدگی غیابی و صدور حکم غیابی از جمله مسائلی است که کمتر موضوع تحقیق مستقلی قرار گرفته است. شناسایی این مبانی در حقوق موضوعه ایران و ارائه برخی راهکارهای پیشنهادی، مستلزم بررسی تطبیقی مواضع و موازین فقهی و نیز مبانی حقوقی آن است؛ ضرورت این تحقیق با نگاهی به وضع کنونی دادگستری و موضع قانونگذار در خصوص رسیدگی و حکم غیابی بیشتر نمایان می‌شود؛ از یک سو حکم قانون مبنی بر امکان واخواهی از همه احکام غیابی، حتی احکام قابل تجدیدنظر، موجب طولانی شدن فرایند رسیدگی و افزایش مراحل آن شده است و از سوی دیگر، دادگاه‌های تجدیدنظر عموماً تجدیدنظرخواهی محکوم‌علیه غیابی از حکم را واخواهی تلقی نموده و با نادیده گرفتن امکان اسقاط حق واخواهی، موجبات

۱. عباس بشیری و دیگران، حکم غیابی و نحوه اعتراض به آن در مقررات و رویه قضایی (تهران: انتشارات

طولانی شدن فرایند رسیدگی و افزایش مراحل آن را فراهم نموده‌اند؛ امری که کیفیت رسیدگی و آرای محاکم را به شدت تنزل داده است.

در حقوق، منطق صوری نقشی مهم و بنیادین دارد؛ تجلی این سخن آنجاست که اساس صدور رأی، با تطبیق قاعده حقوقی معتبر بر موضوع، در قالب قیاس منطقی قوام می‌یابد؛ اما حقوق، قطعی نیست و تصور قطعیت قواعد حقوقی که بر اساس آن، این قواعد با استفاده از قیاس حقوقی قابلیت حل هر مسئله حقوقی را دارا باشند، توهم دانسته شده است.<sup>۲</sup> به عبارت دیگر، چون قواعد حقوق به وسیله زبان بیان می‌شوند، زبان نیز باید توسط مردم و قضات فهمیده و به کار گرفته شود؛ این به کارگیری حسب فهم هر کس از متون قواعد متفاوت است؛ گاه یک قاعده حقوقی با تفسیرهای متفاوت، نتایج متفاوت و گاه متضاد را به دنبال دارد؛ از همین رو قواعد حقوق معین نیستند.<sup>۳</sup> بدین ترتیب قاضی در مقام اعمال قاعده حقوقی ممکن است با چند تفسیر متفاوت از آن قاعده مواجه شده یا اصلاً قواعد حقوقی را پاسخگویی موضوع نبیند. اینجاست که قیاس کارا نبوده و پای اصول کلی حقوقی به میان می‌آید.<sup>۴</sup> از جمله این اصول کلی حقوقی، اصل رعایت حقوق دفاعی است که می‌توان آن را بنیادی‌ترین اصل در حوزه آیین دادرسی دانست. به موجب این اصل، خواننده دعوی باید از دعوی آگاه شده، امکان ارائه ادله خود و مورد مناقشه قرار دادن ادله خواهان را داشته باشد<sup>۵</sup> و آلا بر مشروعیت دادرسی خدشه وارد می‌شود. حکمی که با رعایت این اصل صادر می‌شود، بی‌قید و شرط توسط حقوق شناسایی و اجرا می‌گردد. از سوی دیگر مصالحی چون تأمین نظم، ضرورت رسیدگی غیابی و نقض اصل فوق را ایجاب می‌نماید. در جمع این دو مصلحت است که همراه با تجویز رسیدگی در غیاب خواننده، به حکم صادره وصف غیابی داده می‌شود تا خواننده غایب بتواند با واخواهی از حق دفاع خود استفاده کند. بدین ترتیب، هر چند صدور حکم غیابی مجاز است، اما این تجویز به معنای کنار گذاردن اصل رعایت حقوق دفاعی نیست؛ بلکه صرفاً اجرای آن را با اولویت دادن به فصل خصومت و برقراری نظم به تأخیر می‌اندازد.

۲. شهرام کیوان فر، *مبانی فلسفی تفسیر قانون* (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰)، ۱۴۱.

۳. باقر انصاری، *نقش قاضی در تحول نظام حقوقی* (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۶)، ۲۱.

۴. زرژ دل وکیو، *فلسفه حقوق*، ترجمه جواد واحدی (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۶)، چاپ دوم، ۵۷.

۵. حسن محسنی، *اداره جریان دادرسی مدنی* (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴)، ۲۲۴.

## ۲- حکم غیابی و گستره آن

با ورود نزاع به حیطة دادگاه، برای حل و فصل نزاع، رسیدگی آغاز می‌شود؛ از این رو، دادرسی نیز باید دربردارنده مناقشات طرفین (مبتنی بر تنازع) باشد. از این منظر تصمیم دادگاه برحسب اینکه با حضوری یا در غیبت خوانده اتخاذ شده باشد، وصف حضوری یا غیابی می‌یابد. از آنجاکه دادگاه به محض طرح دعوی تنها در صورتی به نزاع می‌پردازد که تشریفات طرح دعوی نزد وی، رعایت شده باشد، باید دید که آیا توصیف تصمیم دادگاه به عنوان حضوری و غیابی شامل تمام تصمیمات نهایی دادگاه می‌شود؟ و نیز آیا غیبتی که در این توصیف از آن یاد می‌شود، به هر دو طرف دعوی مربوط است و یا صرفاً یکی از ایشان را دربرمی‌گیرد؟

استفاده از وصف غیابی برای تصمیم دادگاه باید برای تصمیمی باشد که مبتنی بر غیبت یکی از طرفین دعواست؛ آنجا که غیبتی در کار نباشد، تصمیم را باید حضوری دانست. از سوی دیگر چون توصیف تصمیم به حضوری و غیابی دارای نتیجه عملی است و تنها تصمیمات غیابی قابلیت واخواهی دارند، باید به وصف تصمیم اتخاذ شده از این جهت اهمیت داد. لذا اگر یک تصمیم اصولاً بر اموری مبتنی باشد که حضور یا غیبت در آنها تأثیری ندارد، نمی‌تواند با عنوان غیابی توصیف شود. برای مثال، هنگامی که طرح دعوی دچار اشکال است و تشریفات طرح آن رعایت نشده است، این اشکال به شکل طرح دعوی نزد دادگاه مربوط است و نه خود دعوی. تصمیم دادگاه در این خصوص فارغ از حضور و غیبت طرفین بوده و از این رو چنین تصمیمی که «قرار» نام دارد، نمی‌تواند وصف غیابی یا حضوری بیابد.<sup>۶</sup>

از سوی دیگر، طرح دعوی با خواهان است. در بررسی شکل این امر، دادگاه به حل و فصل نزاع نمی‌پردازد تا حضور یا غیبت طرفین در تصمیم راجع به آن مؤثر باشد. تنها پس از عبور از شکل و ورود در ماهیت نزاع است که مناقشات طرفین اهمیت می‌یابد؛ بنابراین، باید وصف غیابی را تنها مخصوص تصمیم راجع به حل و فصل نزاع یعنی تصمیمی دانست که بر آن اطلاق «حکم» می‌شود.<sup>۷</sup>

## ۳- فلسفه دادرسی غیابی

دادرسی غیابی بر اصولی بنیادین مستقر است؛ پیش از پرداختن به این اصول، تبیین فلسفه

۶ محمد بن حسن شیخ طوسی، *المبسوط* (تهران: مکتبه المرتضویه، ۱۳۵۱)، ۲۸۵.

۷ همان، ۲۸۸.

چنین دادرسی‌هایی ضرورت دارد. وضعیت حقوقی دو طرف دعوی که متزلزل است، باید با رأی دادگاه خاتمه یابد؛ از آنجاکه برای رسیدن به رأی باید دادرسی صورت گیرد، طرفین نزاع جزء ضروری این دادرسی هستند.<sup>۸</sup> غیبت خوانده، دادرسی را ناقص می‌کند؛ دعوا که باید با دو بال سیر کند<sup>۹</sup> با فقدان یک بال موجودی ناقص می‌شود؛ حکمی که در پی چنین دعوایی صادر شود نزاعی را حل و فصل می‌کند که تنها ادعاهای یک طرف آن شنیده شده است و ناگزیر حکمی است متزلزل و کم‌اعتبار. پرسش این است که چرا قانون باید صدور چنین رأیی را اجازه دهد؟

دادگستری مجری حقوق است و برآورنده اهداف آن. چنانچه امنیت حقوقی، عدالت و ترقی اجتماع اهداف حقوق تلقی شود<sup>۱۰</sup>، حکم به‌عنوان مجری مقررات تشکیل‌دهنده حقوق باید برآورنده و البته جامع این اهداف باشد. حضور طرفین نزاع در دادرسی و صدور حکم باتوجه‌به مناقشات طرفین، لازمه اجرای عدالت است. از سوی دیگر غیبت خوانده و عدم دسترسی به او، دادرسی و نتیجه حکم آن را متزلزل می‌گرداند.

#### ۴- بررسی مبانی فقهی لزوم رسیدگی غیابی

قبل از بیان مبانی و دلایل شرعی تجویز رسیدگی غیابی که در کتب فقهی اعلام شده است، لازم است که در این قسمت ابتدائاً به برخی روایات و احادیثی که بر لزوم رسیدگی حضوری از معصومین علیهم‌السلام نقل شده است، اشاره شود؛ اما از آنجایی که اطلاع از این احادیث و روایات ما را در شناخت هرچه بهتر ماهیت دادرسی و حکم غیابی از دیدگاه فقهی کمک خواهند نمود ناچار از ذکر آنها در این قسمت می‌باشیم. بر این اساس به‌منظور راهنمایی کلی درخصوص نگرش فقهی به حکم غیابی و همچنین دسته‌بندی هرچه دقیق‌تر این دو دسته روایات و بیان این موضوع که احضار مدعی علیه به دادرسی یک مسئله فرعی نبوده بلکه لزوم رعایت آن به‌عنوان یک اصل و قاعده اولیه موردنظر شارع مقدس بوده است، ناچار از دسته‌بندی مزبور و بیان جداگانه دو دسته روایات هستیم.

در ابتدا احادیث و روایات دسته اول که در مورد لزوم احضار مدعی علیه قبل از رسیدگی

۸. محسنی، پیشین، ۲۲۴-۲۲۳.

۹. احمد متین‌دفتری، *آیین دادرسی مدنی* (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۱)، جلد اول و دوم در یک مجلد، چاپ دوم، ۲۶۷.

۱۰. ناصر کاتوزیان، *فلسفه حقوق* (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵)، ۱۸۵.

است، مورد مذاقه قرار گرفته و سپس روایات دسته دوم که مربوط به تجویز دادرسی و محاکمه غیابی است، مورد تحلیل قرار خواهند گرفت و در قسمت پایانی این مبحث نیز به جمع‌بندی و مقایسه این دو دسته روایات از دیدگاه فقهی حقوقی خواهیم پرداخت.

#### ۴-۱- احضار مدعی علیه پیش و پس از رسیدگی

اولین مورد، روایت محمد بن مسلم از امام باقر علیه‌السلام است که در این رابطه امام (ع) از پیامبر (ص) نقل فرموده‌اند که «اذا تقاضی الیک رجلان فلا یقضی لاول حتی یسمع من الاخر». بدین معنا که «هرگاه دو نفر برای قضاوت نزد تو آمدند تا سخن «دفاع» طرف دیگر را شنیده‌ای به نفع اولی حکم نکن.»<sup>۱۱</sup> بنابراین مطابق روایت فوق لازم است که حاکم مطابق سیره پیامبر (ص) قبل از صدور حکم، اقدام به استماع دفاعیات طرفین نموده و قاضی نبایستی قبل از شنیدن اظهارات مدعی علیه و به صرف حضور مدعی در محضر او به نفعش حکم نماید.

روایت دیگری که در این زمینه نقل شده - که البته مباحث طولانی را از سوی فقهای عظام به دنبال داشته - روایتی است از امام جعفر صادق (ع) که از جانب حضرت علی (ع) بدین شکل نقل فرموده‌اند: «لایقضی علی غائب». یعنی آنکه «بر علیه مدعی علیه غایب حکم نمی‌شود.»<sup>۱۲</sup> مشهورترین تفسیری که از این روایت به عمل آمده، چنین است که اولاً، این روایت ناظر به موارد حق‌الله و عرض و ناموسی است که تا حضور مدعی علیه و استماع دفاعیاتش نمی‌توان علیه او حکم نمود؛ ثانیاً، این روایت ناظر به موردی است که مدعی علیه در بلد قضاوت حضور دارد اما به هنگام قضاوت در محکمه حاضر نیست، چراکه صرف اقامه بنیه بر اثبات موضوعی توسط مدعی، برای صدور حکم حاکم علیه مدعی علیه کافی نیست؛ بنابراین در چنین مواردی حاکم مکلف است تا مدعی علیه را احضار نموده و پس از استماع دفاعیات او اقدام به صدور رأی نماید.<sup>۱۳</sup> روایت دیگری که حکم مخالف روایت پیش‌گفته را تجویز می‌نماید، از جمیل بن دراج نقل شده که مورد استناد بسیاری از فقهاء قرار گرفته و مهم‌ترین روایتی است که در این زمینه به آن استناد شده است. در این روایت آمده است که هرگاه علیه غایب بینه اقامه شود، علیه او حکم می‌شود و مال او فروخته و

۱۱. شیخ محمد بن حسن الحر العاملی، وسائل الشیعه (تهران: مؤسسه اهل‌البیت، ۱۴۰۹ ه. ق)، جلد ۱۸، ۱۵۸.

۱۲. همان، ۲۱۷.

۱۳. الحر العاملی، پیشین، ۳۶۵.

از آن مال، دین او ادا می‌شود. این درحالی است که فرد غایب است و غایب هرگاه برگشت، می‌تواند ادله خود را اقامه کند. در ادامه، امام فرمود: «و اما مال او به مدعی داده نمی‌شود مگر اینکه ادله خود را اقامه کند. کفیلی را معین کنند و آن مال تا روشن شدن وضعیت غایب به کفیل سپرده می‌شود.» از فقهای که به این روایت استناد کرده‌اند، می‌توان به سید محمدکاظم طباطبایی اشاره کرد که در تکمله عروه‌الوثقی، دعوی و حکم علیه غایب را در صورت داشتن بینه مسموع می‌داند و قول خود را به این روایت استناد می‌دهد. ایشان از این روایت، با تعبیر «مرسله» یاد کرده است، نه «صحیح».<sup>۱۴</sup>

#### ۴-۲- رسیدگی غیابی بدون احضار مدعی علیه

پس از ذکر روایات و دلایل فقهی که در لزوم احضار مدعی علیه قبل از محاکمه و دادرسی غیابی در بند قبل بدان‌ها اشاره شد، در این قسمت سعی می‌نماییم تا روایات و دلایل فقهی که از پیامبر اکرم (ص) و همچنین ائمه معصومین علیهم‌السلام دایر بر تجویز محاکمه نقل شده است را ذکر نماییم.

معروف‌ترین روایتی که اکثر فقهای امامیه به‌عنوان دلیل دادرسی غیابی بدان اشاره نموده‌اند، حدیث امام باقر (ع) است که فرموده‌اند: «الغائب یقضی علیه اذا قامت علیه البینه و بیاع ماله و یقضی عنه دینه و هو غائب و یكون الغائب علی حجه اذا قدم.» بدین معنا که هرگاه بینه بر ضرر شخص غایب اقامه گردد، بر ضرر او حکم می‌شود و اموال او را فروخته و بدهکاریش را ادا می‌کنند و این درحالی است که او غایب است و حضور ندارد و چون بازگردد حق دفاع برای وی محفوظ است.<sup>۱۵</sup>

صاحب کتاب الفقه در توضیح این روایت عنوان فرموده‌اند که «اجمالاً در مشروعیت صدور حکم بر ضرر غایب اختلاف و اشکالی نیست و همان‌گونه که در کتاب مسالک آمده این موضوع مورد اتفاق علماء شیعه است. همچنین صاحب کتاب المعتمد نیز ادعای اجماع بر این مسئله نموده و صاحب کتاب المستند نیز در این مورد ادعای اجماع محقق و محصل نموده‌اند. در جواهرالکلام نیز در این مسئله هر دو قسم اجماع محصل و منقول منعقد گردیده است. ضمناً بخشی از روایات نیز بر این مطالب دلالت می‌کنند مانند روایت جمیل ابن دراج و

۱۴. سید محمدکاظم طباطبایی یزدی، *العهود الوثقی* (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۵ هـ ق)، ۴: ۴۵.

۱۵. سید محمد حسینی شیرازی، *الفقه* (تهران: انتشارات اسوه، ۱۳۷۴)، جلد ۸۴، کتاب القضاء، ۲/ ۳۶۵.



محمد بن مسلم که در کافی و تهذیب و غیر این دو کتاب مذکور است. «سومین حدیث روایتی است از امام صادق (ع) که ایشان فرموده‌اند: «انه کان یری الحکم علی الغائب و یكون الغائب علی حجه ان کانت له، فان لم یوثق بالغریم المحکوم له، اخذ علیه کفیل بما یدفع من مال الغائب، فان کانت له حجه ردت الیه.» بدین معنا که حاکم بر ضرر مدعی علیه غایب حکم صادر می‌کند و حق دفاع را نیز برای او محفوظ می‌دارد که چنانچه پس از بازگشت دلیلی داشت از خود دفاع کند و چنانچه حاکم با صدور حکم مالی از غایب را به محکوم‌له تحویل نمود و به او اطمینان نداشت، در برابر آن مال از وی کفیل می‌طلبد تا اگر غایب حاضر شد و با دلیل از خود رفع محکومیت نمود، مال را از محکوم‌له گرفته و به وی مسترد نماید.<sup>۱۶</sup>

#### ۴-۳- مقایسه روایات مربوط به احضار مدعی علیه و تجویز رسیدگی غیابی

همان‌گونه که در ابتدای این مبحث اشاره شد، ملاحظه می‌شود که فقهاء در مبحث صدور حکم غیابی، بدون تفکیک این دو دسته اخبار و روایات، با استناد به روایات دسته اخیر عنوان داشته‌اند که حاکم به صرف مراجعه مدعی به او و بدون نیاز به احضار مدعی علیه، مجاز به رسیدگی و صدور حکم غیابی می‌باشد که البته همین ایراد و اشکال را یکی از محققین و علمای بزرگوار حقوقی چنین مطرح نموده‌اند: «مؤلفی نیست که دو مسئله احضار خواننده به دادگاه و مسئله دعوای غیابی را با یکدیگر مخلوط نکرده باشد. سیری در تألیفات همه مؤلفان، این حقیقت را ثابت می‌کند و حال آنکه مسئله احضار برای رسیدگی ربطی به مسئله دعوای غیابی ندارد. برخی از مؤلفان بزرگ ما گفته‌اند: چون دعوای غیابی از نظر امامیه درست است و دادگاه می‌تواند حکم غیابی صادر کند، پس حاجت به احضار نیست!...»<sup>۱۷</sup>

بر این اساس آنچه از مقایسه این دو دسته از روایات به دست می‌آید، آن است که هرچند مطابق این روایات، شارع مقدس این حق را برای مدعی پیش‌بینی نموده است که چنانچه مدعی علیه، غایب باشد حاکم در چنین مواقعی (غیبت مدعی علیه از دادرسی) قبل از رسیدگی و صدور حکم، حتماً مدعی علیه را به دادرسی احضار نماید و چنانچه مدعی علیه پس از احضار از سوی حاکم در دادرسی حاضر نشد در آن صورت حاکم مجاز به صدور حکم غیابی می‌باشد.

۱۶. سید محمد رضا النوری النجفی، مستدرک الوسائل (تهران: چاپ سنگی، ۱۳۲۱ ه.ق)، جلد ۳، ۲۰۶.  
 ۱۷. محمدجعفر جعفری لنگرودی، دایره‌المعارف علوم اسلامی (تهران: گنج دانش، ۱۳۹۴)، جلد اول، ۳۴.

بنابراین برای جلوگیری از چنین تعارض و تضادی که نتیجه آن تساقط هر دو دسته احکام و روایات مذکور می‌باشد، بهتر است مطابق قاعده «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» که معنای آن عبارتست از اینکه حاکم در هر حال باید قبل از رسیدگی غیابی، طرفین را به دادرسی احضار نماید و مفهوم آن نیز لزوم احضار مدعی علیه قبل از رسیدگی غیابی می‌باشد. لذا ظاهر روایاتی که دلالت بر تجویز دادرسی غیابی می‌نمایند، در آنجایی است که حاکم علی‌رغم احضار مدعی علیه، به دلیل امتناع او از حضور در محاکمه ناچار به انجام محاکمه غیابی شده است.<sup>۱۸</sup>

### ۵- مبانی حقوق محکوم علیه غایب و شرایط وخواهی

به منظور بررسی هرچه دقیق تر مباحث و نظرات مطروحه و همچنین سعی در تفکیک و دسته‌بندی دقیق و منطقی کلیه مطالب مورد نظر، ناگزیر از طرح مبحثی به عنوان اولین و مهم ترین حق محکوم علیه غایب یعنی اعتراض (واخواهی) می‌باشیم. البته لازم است بدین نکته اشاره شود که در اینجا صرفاً به ریشه‌یابی مبانی این حق در مباحث فقهی و همچنین مقررات قانونی خواهیم پرداخت و از آنجایی که عنوان اصلی این قسمت بررسی مبانی شرعی و قانونی حقوق محکوم علیه غایب می‌باشد، به همین دلیل صرفاً به بررسی مبانی معرفی دلایل و توجیهات شرعی و قانونی این حق از دید شارع مقدس و قانونگذار خواهیم پرداخت. ولی باتوجه به اینکه اجرای این حق دارای شرایط و اصول و قواعد قانونی خاصی است، بحث در خصوص این اصول و شرایط نیز نسبتاً زیاد بوده و بررسی همه جانبه آن مستلزم انجام یک تحقیق مستقل می‌باشد.

### ۶- اعتراض به حکم غیابی

هنگام بحث از مبانی حقوقی و فقهی حقوق خواهان دادرسی غیابی، به دو مورد از حقوق مدعی علیه غایب اشاره می‌نماییم. آن دو مورد عبارتند از: الف - لزوم احضار مدعی علیه غایب قبل از صدور حکم؛ ب - لزوم طرح دعوی در محل اقامت خوانده یا قاعده صلاحیت نسبی دادگاه محل اقامت خوانده. به عبارت دیگر صدور حکم غیابی فرع بر انجام و اجرای این دو اصل مقدماتی می‌باشد. صرف نظر از اختلاط این اصول و قواعد از سوی فقهاء، برای

جلوگیری از ایجاد تعارض میان این اصول و روایات شرعی، ناگزیر از جمع بین این دو دسته روایات (روایات ناظر به احضار مدعی علیه و روایات ناظر به تجویز رسیدگی غیابی بدون احضار مدعی علیه) می‌باشیم، بدین شکل که محاکم درهرحال ملزم به احضار خواننده دعوی می‌باشند و صرفاً در صورتی که خوانده از حضور در دادگاه استنکاف نماید، دادگاه مجاز به صدور حکم غیابی می‌باشد. بهر حال چنانچه محاکم با یکی از جهات و موارد دادرسی غیابی که در فصل قبل ذکر شد، مواجه شده و ناگزیر از صدور احکام غیابی گردند، از آنجایی که دادرسی مزبور از روی اضطرار و به صورت ناقص انجام شده است، بر این اساس بایستی این نقیصه، به نحوی جبران شود.

بنابراین قاضی که نتوانسته است نظرات و دفاعیات خوانده را استماع کند و اضطراراً به خاطر رعایت حقوق مدنی ناچار از رسیدگی ناقص و صدور حکم غیابی شده است، قطعاً بایستی به طریقی این نقیصه دادرسی غیرحضورى که یک طرفه رسیدگی و حکم صادر شده است را جبران نماید و این طریقه و راه جبران چیزی جز اعطای حق اعتراض و دفاع به محکوم علیه غایب نیست. به خاطر همین نیز مشاهده می‌شود که در انتهای کلیه روایاتی که در تجویز دادرسی غیابی نقل شده به این حق اعتراض نیز اشاره شده است.<sup>۱۹</sup>

قاعده الغائب علی حجتہ، همان گونه که اشاره شد از متن روایات ناظر به حکم غیابی استخراج شده و معنا و هدف این قاعده آن است که چون بنا به وصف مذکور دادرسی غیابی از روی اضطرار و به نحو ناقص صورت پذیرفته است، پس هرگاه که محکوم علیه غایب از صدور حکم غیابی مطلع شد، حق دفاع (اعتراض) او محفوظ است.

بر این اساس ملاحظه می‌کنیم که شارع مقدس همان گونه که برای مدعی حق دادرسی غیابی را پیش‌بینی نموده است، در مقابل به منظور دفاع از حقوق محکوم علیه غایب نیز حق اعتراض (واخواهی) را تجویز نموده است تا چنانچه غایب پس از مراجعت و اطلاع از صدور حکم غیابی، دلیل و مدرکی دال بر باطل بودن حکم غیابی داشت، با توجه به حق اعتراضی که برای او پیش‌بینی شده است، بتواند از حق خود دفاع نموده و به این طریق حکم صادره را باطل و بلااثر نماید.

## ۶-۱- فوری نبودن حق اعتراض

صاحب الفقه در ضمن بررسی حق اعتراض محکوم علیه غایب و تعیین اعتبار قاعده الغائب علی حجت، در خصوص مهلت اعتراض عنوان نموده‌اند که مدعی علیه غایب پس از بازگشت و اطلاع از حکم غیابی حق اعتراض به حکم را فی الفور و یا با تأخیر دارد؛ بنابراین از دیدگاه این فقیه (الحسینی شیرازی) با استقرار حق دفاع و اعتراض به نفع محکوم علیه غایب، دلیلی برای مراجعه سریع او به حاکم وجود ندارد. همچنین در ادامه این مطلب عنوان می‌نمایند، چنانچه محکوم له حکم غیابی در اثر اجرای حکم، مالی از محکوم علیه به او سپرده شده و سپس فوت نماید، محکوم علیه حتی در این صورت هم می‌تواند برای بازپس گرفتن مال خود به ورثه او رجوع کند.<sup>۲۰</sup>

همان گونه که در بالا اشاره شد، این نظر در حال حاضر با مقررات قانونی سازگاری ندارد. البته بعد توضیح خواهیم داد که حق اعتراض (واخواهی) باید مقید به زمان باشد. ضمناً از مطالعه و مقایسه دیگر مطالب ارائه شده متوجه می‌شویم که در جای دیگر نظری مخالف آنچه که در اینجا عنوان شد، اظهار نموده‌اند؛ چراکه همین فقیه قبلاً در خصوص ماهیت حکم غیابی اظهار نمودند که حکم غیابی، حکمی اضطراری و متزلزل است و از آنجایی که فقهای عظام علی‌الاصول در هنگام مواجهه با موارد حقوق متزلزل که موارد آن را در مبحث خیارات و حتی اخذ به شفعه می‌توان دید، صراحتاً بر فوریت اقدام از جانب ذی‌حق نظر داده‌اند. حال جای تعجب و سؤال در اینجاست که وقتی عقلاً و منطقاً می‌دانیم که وجود وضعیت متزلزل در روابط مالی و معاملاتی افراد چه عواقب سوء و فسادانگیزی را به دنبال خواهد داشت، نتیجتاً مردود بودن چنین نظراتی نیز امری بدیهی باشد.

## ۶-۲- حق اعتراض محکوم علیه علاوه بر اعتراض وکیل او

یک نظریه فقهی این موضوع را این گونه بیان نموده که قطعاً پس از فوت محکوم علیه غایب، ورثه او حق اعتراض به حکم غیابی را داشته و حاکم نیز بایستی به این اعتراض رسیدگی کند و همچنین در خصوص نقش وکیل در خصوص اعتراض از جانب غایب نیز می‌گوید: اگر خود غایب کسی را از سوی خود وکیل می‌کرد تا از او دفاع کند بر حاکم لازم بود از او بپذیرد. در هر حال همان گونه که ملاحظه می‌شود، موضوع تعیین حدود وکالت و همچنین موضوع

وکالت در حال حاضر با اتکاء به قوانین مربوط امر بدیهی به نظر می‌رسد، اما در مباحث فقهی علی‌الخصوص در باب القضاء و بحث وکالت در دعاوی به خاطر اینکه به این موضوع همانند زمان حاضر و بهتر است بگوییم همانند دیدگاه حقوقی به عنوان یک امر تخصصی برخورد نمی‌شده است و وکالت در دعاوی نیز مانند وکالت در دیگر امور مدنی محسوب می‌شده است، به همین دلیل نیز ضوابط و اصول خاصی برای آن پیش‌بینی و تنظیم نشده است.

### ۶-۳- تعیین موارد حق اعتراض

صاحب‌الفقه در تبیین شرایط حق اعتراض محکوم‌علیه غایب به مواردی شبیه استیناف و تجدیدنظر اشاره نموده تا مبحث اعتراض به حکم غیابی، چراکه می‌دانیم حق اعتراض که به تعبیر فقهی یک طریقه عدولی نسبت به محاکمه سابق و به تعبیر حقوقی یک طریقه عادی شکایت از احکام است، نیازمند تعیین جهت برای واخواهی نمی‌باشد، بلکه صرف غایب بودن از دادرسی اجازه اعتراض به حکم غیابی را به ایشان می‌دهد. باین حال پس از اعتراض می‌تواند از هر طریقه و شیوه قانونی و شرعی برای اثبات ادعای خود و نقض حکم غیابی استفاده نماید و این موارد محدود به اموری خاص نمی‌باشند. باین حال، این فقیه در این رابطه عنوان نموده است که محکوم‌علیه غایب پس از مراجعت حق دارد از خود دفاع کند و اگر بتواند موارد ذیل را محقق گرداند، حکم صادره علیه او کان لم یکن تلقی می‌شود:<sup>۲۱</sup>

۱- با دلیل اثبات کند که شهود شاکی فاسق بوده‌اند؛

۲- با دلیل اثبات کند که قبلاً بدهی خود را به مدعی پرداخت نموده است؛

۳- با دلیل اثبات کند که مدعی ذمه خود او را از حق خود بری نموده است.

البته شاید علت چنین اظهارنظراتی از آن جهت باشد که در کتب و مباحث فقهی، مانند موارد قبل مباحث استیناف و اعتراض چنان از هم متمایز نبوده و حتی در پاره‌ای موارد علی‌الخصوص فرع چهارم اساساً فقهاء مسائل و احکام این دو مقوله (اعتراض و استیناف) را با یکدیگر مخلوط نموده‌اند.

### ۶-۴- حق مراجعه معترض به حاکم جدیدی غیر از صادرکننده حکم غیابی

ظاهراً فقه برخلاف حقوق، مسائل و مباحث مربوط به اعتراض و استیناف را از یکدیگر متمایز نموده و همچنین مباحث و اثرات ناشی از احکام غیابی و احکام حضوری قابل استیناف را

دقیقاً مشخص نکرده است. به طوری که در ادامه همین قسمت خواهیم دید، چنین به نظر می‌رسد که حتی در پاره‌ای موارد فقهاء موارد اعتراض و استیناف را یکسان در نظر گرفته‌اند. به هر حال از آنجایی که تفصیل بیشتر این بحث خارج از حوزه بحث این مقاله است، ادامه این مباحث چندان ضروری به نظر نمی‌آید؛ اما با این حال به منظور آشنایی با این مباحث از دید فقهاء صرفاً به گوشه‌ای از ترجمه قسمت مربوطه، برگرفته از کتاب الفقه اشاره می‌نماییم. «چنانچه حاکم صادرکننده حکم غیابی از دنیا برود یا برکنار شود، جایز است که مدعی علیه پس از مراجعت به حاکمی دیگر مراجعه و از حق خود دفاع کند؛ اما اگر حاکم صادرکننده حکم غیابی از دنیا نرفته یا برکنار نشده باشد آیا مدعی علیه پس از مراجعت می‌تواند به نزد حاکمی دیگر مراجعه و از خود دفاع کند یا نه؟

صاحب کتاب مستند فرموده بله می‌تواند، مگر در جرح شهود و تعارض بینه‌ها که در این دو مورد نمی‌تواند به حاکمی دیگر مراجعه کند زیرا این دو، متمم حکم اول می‌باشند و شرعاً ثابت نشده که دو حاکم بتوانند یک حکم را صادر کنند و نیز ثابت نشده که جرح شهود نزد حاکمی دیگر حجت باشد و نیز ثابت نشده شهادتی که نزد حاکمی اقامه شده برای حاکمی دیگر حجت و قابل قبول باشد.<sup>۲۲</sup>

حاصل مطلب این است که مراجعه مدعی علیه به حاکمی دیگر غیر از حاکم اولی صادرکننده حکم برای دفاع از خود در یک فرض جایز است و آن هنگامی است که دلیل دعوی و دادخواهی دومی عارض باشد بر دعوای اولی و در یک فرض جایز نیست و آن هنگامی است که دلیل دعوی و دادخواهی دومی ناقض دعوای اولی باشد.<sup>۲۳</sup> صاحب الفقه پس از نقل نظریه صاحب کتاب مستند نظریه خود را چنین ابراز کرده: از حیث نص و فتوی جای هیچ‌گونه اشکالی نیست که این مورد از دادرسی به پایان نرسیده و مقتضای دلیلی که اشعار دارد، محکوم علیه غایب پس از مراجعت حق دفاع از خود را دارد نیز همین است.

هرگاه دو نفر بر سر مالک بودن بر چیزی منازعه کنند و از دو نفر مذکور یکی حاضر و دیگری غایب و در بلد دیگری است، طرفی که حاضر است، در بلد خود به حاکم شکایت کند و با دلیل اثبات نماید که مال مورد منازعه از آن اوست، در چنین فرضی آیا شخص غایب (محکوم علیه) حق دارد در همان بلد غربت به حاکم رجوع و با دلیل اثبات نماید که مال

۲۲. النوری النجفی، پیشین، جلد ۳، ۲۶.

۲۳. علی مهاجری، دادرسی و حکم غیابی در ایران (قم: انتشارات نگین، ۱۳۹۱)، ۲۶۰.

مذکور از آن اوست و حاکم آن بلد نیز از باب حکم علیه غایب و به نفع وی حکم صادر کند یا نه؟<sup>۲۴</sup> صاحب الفقه فرموده‌اند: اگر شخص غایب (محکوم‌علیه) از حکم حاکم اول مطلع باشد، حق ندارد در بلد غربت به حاکم رجوع و این دعوی را مطرح نماید، زیرا نباید در یک موضوع واحد دو حکم متضاد صادر شود؛ اما اگر شخص غایب بدون اطلاع از حکم قاضی اول به حاکم بلد غربت مراجعه و با دلیل اثبات کند که مال مورد‌منازعه از آن اوست و حاکم نیز به نفع او حکم غیابی صادر کند، اگر در این فرض قائل شویم که در دادخواهی، مدعی محق‌تر از منکر است، حکم کسی مقدم است که در این منازعه مدعی تلقی شود؛ اما اگر قائل نشویم که در دادخواهی مدعی، محق‌تر از منکر است، حکم کسی مقدم است که قاضی جلوتر به نفعش حکم صادر کرده، چون قاضی مدعی حق اولویت ندارد.<sup>۲۵</sup> در مسئله جواز حکم بر ضرر مدعی علیه غایب این را می‌دانیم که شارع مقدس برای غایب (محکوم‌علیه) حق دفاع از خویش را محفوظ شمرده و فرقی هم نیست میان اینکه محکوم‌علیه غایب به شهر و بلد خویش بازگردد و از این حق دفاع استفاده کند، یا محکوم‌له به بلدی که غایب در آن به‌سر می‌برد، مراجعه نماید، یا اینکه هر دوی آنها به بلد ثالثی بروند. در تمام این موارد حق دفاع برای محکوم‌علیه محفوظ است. پس اینکه فقهاء در فتاوی خود فرموده‌اند، محکوم‌علیه غایب پس از مراجعت به شهر و بلد خود حق دفاع از خویش را دارد از باب مثال است.<sup>۲۶</sup>

### نتیجه

همان‌گونه که بیان شد آنچه که موجب تأسیس و تجویز حکم غیابی گردیده، مقتضیات جامعه در ضرورت فصل خصومت بین شهروندان و تعطیل ناپذیری قضاوت است؛ اما تغییرات پی‌درپی مبانی قانونی حکم غیابی بیش از آنکه مربوط به شرایط و مقتضیات جامعه باشد، معلول عدم احاطه مقنن به آثار و نتایج آنچه که در خصوص موضوع وضع می‌کند، می‌باشد و گاهی مقرر شده نتیجه عکس آنچه را در نظر بوده، می‌آفریند و این هم معلول کیفیت اطلاعات حقوقی قانونگذار بوده و به سطح دانایی او از وضعیت رسیدگی‌ها در محاکم مدنی برمی‌گردد. در دوره جدید دادرسی در نظام قضایی ایران مقررات و مبانی حکم غیابی ویژگی خاص و منحصر به فردی دارد که تمایز این قانون را نسبت به قوانین سابق آشکار می‌کند. این

۲۴. النوری النجفی، پیشین، جلد ۳، ۶۵.

۲۵. همان، ۳۷۱.

۲۶. متین‌دفتری، پیشین، ۵۶.

ویژگی تأثیرپذیری مقررات دادرسی غیابی از فقه خصوصاً در مورد اخذ تأمین از محکوم‌له حکم غیابی برای اجرای حکم است. البته دخالت دادن بدوی کارشناسی مقررات فقهی در مقررات مربوط به حکم غیابی و عدم کارشناسی دقیق جهت تطبیق این مقررات با واقعیت‌های جامعه موجب بروز اشکالاتی در روند دادرسی گردیده که به آنها اشاره شد.

از نتایج تحقیق حاضر می‌توان به کمبود مباحث مربوط به حکم غیابی و آثار آن در متون نگاشته‌شده توسط اساتید و حقوق‌دانان اشاره کرد. قلت و کمبودی که موجب بی‌پاسخ ماندن بسیاری از ابهامات و شبهات مربوط به دادرسی غیابی و آثار آن خصوصاً در دعاوی غیرقابل تجزیه و غیرقابل تفکیک گردیده و در نهایت دخالت قضات را در ایجاد رویه واحد و یا بالعکس تشتت رویه آنان را در خصوص مورد باعث شده است. جالب اینکه با وضع مقررات جدید حکم غیابی در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ و اینکه متعاقباً حکم غیابی در قانون شوراهای حل اختلاف تجویز شده و سکوت در مورد ضوابط این حکم علت مضاعفی برای اختلاف رویه در محاکم گردیده که از جمله آنها می‌توان وضعیت تأمین مأخوذه از محکوم‌له را پس از اجرای حکم غیابی و عدم مراجعه محکوم‌علیه غایب برای واخواهی نام برد. سکوت قانون در ارتباط با بعضی از آثار حکم غیابی برای محکوم‌له و محکوم‌علیه از جمله مباحث دیگری است که نیازمند تبیین بیشتری است. نتیجه و پی‌افزود بحث را می‌توان در موارد ذیل خلاصه نمود:

**۱- ضرورت استفاده از حکم قضایی برای فصل خصومت:** این ضرورت ایجاب کرده است که قاعده دادرسی و حکم غیابی توسط قانونگذار تأسیس گردد. هرچند قدمت این تأسیس در فقه بیشتر است.

**۲- وجود مبنای قانونی برای حکم غیابی:** در نظام قضایی ایران هرچند قانونگذار از ابتدای قانونگذاری قوانین تجویزکننده حکم غیابی در ادوار مختلف، مبانی و ملاک‌های مختلفی را برای صدور حکم غیابی بیان کرده است، بنابراین ذکر این مبانی دلیلی بر ضرورت وجود حکم غیابی است و در سایه این مقررات، حکم غیابی، توانسته است مبنای قانونی خود را حفظ کند.

**۳- وجود تحولات عدیده در مبانی قانونی حکم غیابی:** این تحولات حکایت از عدم جامعیت مبانی حکم‌های غیابی و عدم کارایی آنها در برهه‌ای از زمان داشته است. نتیجه این تحولات در عمل، در محاکم ظاهر گردید. تحول اخیر در قانون آیین دادرسی مدنی را می‌توان آخرین تحولی دانست که دامنه حکم غیابی را محدود کرده است، زیرا سابقاً اگر ابلاغ



واقعی نیز صورت می‌گرفت، حکم غیابی بود، اما در حال حاضر در مرحله بدوی اگر ابلاغ اختاریه واقعی باشد، حکم حضوری خواهد بود و این خود دلیلی است بر اینکه دامنه حکم غیابی در نظام فعلی محدود شده است و این محدودیت رسیدگی‌های قاضی شورای حل اختلاف را نیز دربرمی‌گیرد. البته رسیدگی قاضی شورای حل اختلاف در مقام مرجع تجدیدنظر تابع احکام قانون در باب این مرحله است.

**۴- استفاده از دیدگاه‌های فقهی در مقررات جدید حکم غیابی:** در ارتباط با استفاده از دیدگاه‌های فقهی فقهاء در مقررات جدید حکم غیابی در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱ این استفاده توسط قانونگذار مشهود است.

باتوجه به اینکه در نظام تقنینی ایران کلیه قوانین مصوب مجلس باید به تأیید شورای نگهبان برسند و حکومت نیز اسلامی است، در قانون جدید آیین دادرسی مدنی، خصوصاً در بحث اخذ تأمین از محکوم‌له حکم غیابی سعی شده است نظرات فقهی در تنظیم قانون دخالت داده شود هرچند همان‌گونه که در متن آمد، بعضی از مسائل دادرسی غیابی به شرحی که در فقه آمده‌اند در قانون جایگاهی به خود اختصاص نداده‌اند.

**۵- بروز اشکالات مربوط به عدم‌سنخیت بین فقه و قانون:** در مورد تأمین مأخوذه از محکوم‌له حکم غیابی همان‌گونه که در متن کتاب آمد، در فقه تنها اخذ کفیل یا ضامن از محکوم‌له برای حکم علیه غایب اشاره شده است؛ ولی در قانون آیین دادرسی مدنی ضامن یا تأمین مناسب مورد نظر قانونگذار واقع و همین امر موجب ابهاماتی گردیده است که در متن کتاب راهکار لازم برای رفع این ابهامات ارائه گردید.

**۶- کمبود متون تخصصی در حقوق موضوعه در مورد حکم غیابی:** در مدت تحقیق، به متنی که تمام جزئیات مربوط به دادرسی غیابی را از زوایای مختلف مورد بحث قرار داده باشد، دسترسی حاصل نگردید و این امر حاکی از این است که مجموعه حاضر می‌تواند خود یکی از منابع مهم برای تحقیق وسیع‌تر در مورد حکم غیابی تلقی شود. خصوصاً در آن مورد که حکم غیابی غیرقابل تجزیه مورد بحث واقع شده است.

**۷- وجود ابهام و سکوت در مورد بعضی از آثار حکم غیابی:** سکوت قانونگذار نسبت به امکان اعمال بعضی از ایرادات توسط واخوانده و امکان طرح بعضی از دعاوی از جمله دعوای متقابل، موجب رویه‌های متفاوتی می‌گردد که ناشی از استنباط‌های مختلف است. در این مجموعه موارد سکوت مشخص و در مورد آن بحث و بررسی و با اعلام نتیجه بررسی‌ها، راهکار لازم ارائه گردید.

۸- انصراف رسیدگی‌های انتظامی و اداری از مقررات حکم غیابی: حکم غیابی فقط به دعاوی حق‌الناس مربوط می‌شود، بنابراین نه‌تنها در حدود الهی نمی‌توان حکم غیابی صادر کرد بلکه در ارتباط با رسیدگی‌های اداری و یا رسیدگی‌های مربوط به تخلفات کارمندان مثلاً در دیوان عدالت اداری نیز نمی‌توان از قاعده حکم غیابی استفاده کرد. باین‌حال در راستای کمک به تبیین هرچه بهتر مسئله حکم غیابی دو پیشنهاد ذیل ارائه می‌گردد:

**الف) ضرورت وضع مقررات لازم برای تأمین مأخوذ از محکوم‌له:** پس از اجرای حکم در صورتی که محکوم‌علیه برای واخواهی از حکم غیابی مراجعه‌ای به دادگاه صادرکننده نداشته باشد، وضعیت تأمین مأخوذ نامعلوم است. به‌عنوان پیشنهاد می‌توان گفت قانونگذار باید مقرره‌ای را وضع کند که چنانچه تا دو یا تا سه سال از تاریخ اجرای حکم غیابی، محکوم‌علیه برای واخواهی حاضر نگردد، تأمین مأخوذه از محکوم‌له به وی مسترد گردد.

**ب) حاکمیت ضوابط در شورای حل اختلاف:** باتوجه‌به اینکه قاضی شورای حل اختلاف در اصول دادرسی و ضوابط رسیدگی تابع قانون آیین دادرسی مدنی است، به‌نظر نگارنده ضوابط حکم غیابی در شوراهای حل اختلاف نیز جاری است.

## فهرست منابع

## الف) منابع فارسی

- انصاری، باقر. *نقش قاضی در تحول نظام حقوقی*. تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۶.
- بشیری، عباس و عیسی شعبانی و مصطفی باقری. *حکم غیابی و نحوه اعتراض به آن در مقررات و رویه قضایی*. تهران: انتشارات جاودانه، ۱۳۹۲.
- جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر. *دایره‌المعارف علوم اسلامی*. تهران: گنج دانش، ۱۳۹۴.
- دل و کیو، ژرژ. *فلسفه حقوق*. ترجمه جواد واحدی. چاپ دوم. تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۶.
- کاتوزیان، ناصر. *فلسفه حقوق*. جلد اول. چاپ چهارم. تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
- کیوان فر، شهرام. *مبانی فلسفی تفسیر قانون*. چاپ اول. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
- متین‌دفتری، احمد. *آیین دادرسی مدنی*. جلد اول و دوم در یک مجلد. چاپ دوم. تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۱.
- محسنی، حسن. *اداره جریان دادرسی مدنی، بر پایه همکاری و در چارچوب اصول دادرسی*. چاپ اول. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹.
- محسنی، حسن. *اداره جریان دادرسی مدنی، بر پایه همکاری و در چارچوب اصول دادرسی*. چاپ اول. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.
- مهاجری، علی. *دادرسی و حکم غیابی در حقوق ایران*. قم: انتشارات نگین، ۱۳۹۱.

## ب) منابع عربی

- الحرالعالمی، شیخ محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*. جلد ۱۸. چاپ اول. قم: مؤسسه اهل بیت، ۱۴۰۹ هـ. ق.
- الحسینی شیرازی، آیت‌ا... سیّد محمد. *الفقه*. جلد ۸۴، کتاب القضاء. قم: انتشارات اسوه، ۱۳۷۴.
- النوری النجفی، سیّد محمد رضا. *مستدرک الوسائل*. جلد ۳. قم: چاپ سنگی، ۱۳۲۱ هـ. ق.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن. *المبسوط*. نجف اشرف: انتشارات مکتبه المرتضویه، ۱۳۵۱.
- طباطبایی یزدی، سیّد محمد کاظم. *العروه الوثقی*. قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۵ هـ. ق.