

## دادرسی غیابی در پرتو قواعد فقهی<sup>۱</sup>

محمد رضا کاظمی گلوردی \*

جواد محمدعلیزاده \*\*

### چکیده:

دادرسی غیابی، نوعی از دادرسی است که در غیاب مدعی علیه، به موضوع دعوی، رسیدگی شده و در پایان حکم غیابی صادر می‌شود. اگر یکی از طرفین دعوا غایب باشد، از طریق دادرسی غیابی، در فقه با استناد به آیات و روایات از معصومین علیهم‌السلام و نیز وضع قوانینی در حقوق، این غیبت مانعی جهت احقاق حق و اجرای عدالت ایجاد نمی‌کند. این رسیدگی به صورت مطلق و بدون شرط نیست، بلکه برای جلوگیری از ضرر و زیان احتمالی مدعی علیه غایب، حق مورد مطالبه را با اخذ کفیل به مدعی پرداخت می‌نمایند ولی برای غایب، حق اعتراض ایجاد می‌شود. فقهای امامیه علاوه بر بحث پیرامون اصل جواز یا عدم جواز حکم غیابی و شرایط صدور حکم علیه غایب هر یک بنا به تشخیص خود آیینی را در مورد دادرسی غیابی بیان کرده‌اند. نگارنده بر این باور است که به لحاظ اهمیت موضوع و ابهاماتی که در این خصوص وجود دارد، به تبیین آیین دادرسی غیابی به لحاظ قاعده فقهی با مصادیق حکم غیابی در امور حقوقی و جزایی بپردازد.

**کلید واژه‌ها:** دادرسی غیابی، قاعده فقهی، واخواهی.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

پرتال جامع علوم انسانی

۱- تاریخ وصول: ۹۰/۱۱/۱۶ تاریخ پذیرش: ۹۱/۱۲/۲

\* استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد

\*\* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد mohammadalizadeh@iauns.ac.ir

## ۱- مقدمه

برای فصل خصومت و نزاع میان اشخاص، اصل حضور طرفین در جلسه دادرسی الزامی است و مقتضای ادله شرعیّه در قضا و ولایت قاضی برای صدور حکم نسبت به اشخاص هم چیزی بیش از این نیست. اما در بعضی از موارد جلسه دادرسی بدون حضور یکی از طرفین تشکیل می‌گردد که این امر یکی از موضوعات بسیار مهم در امور قضایی می باشد که پیشینه این مهم در روایات مشهود است (حرّعاملی، ۱۴۰۹، ۲۷، ۹، ۲۹۴) با توجه به روایات وارده در اصل مشروعیت محاکمه غیابی توسط قاضی واجد شرایط، اختلافی میان فقها وجود ندارد و حتی شیخ طوسی با بیان عبارت «القضاء علی الغائب فی الجملة جائز. دلیلنا: إجماع الفرقة و أخبارهم» ادعای اجماع بر این امر نموده است (طوسی، ۱۴۰۷، ۶، ۲۳۹). همین عدم اختلاف را صاحب جواهر نیز متعرض شده‌اند «مسائل تتعلق بالحکم علی الغائب الذی لا إشکال و لاخلاف بیننا فی مشروعیه الحکم علیه فی الجملة بل الإجماع بقسمیه علیه» (نجفی، ۱۴۰۴، ۴، ۲۲۰).

آنچه در این مقاله ارائه و بررسی می‌شود در سوابق کتب فقهی تحت عنوان قاعده فقهی نیامده است و شاید بهتر بود که تحت عنوان «نظریه» آورده می‌شد ولی با توجه به مفاد کلی و جریان آن در مصادیق و فروعات مختلف، آن به عنوان قاعده مطرح می‌گردد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۳، ۲۲۳). فقها ضوابط آن را تحت عنوان «یقضی علی الغائب بالبیّنه و الغائب علی حجتّه» مطرح ساخته‌اند (حائری طباطبایی، ریاض المسائل، ۱۴۱۸، ۱۵، ۱۷۱) با پذیرفتن این مطلب که در امر قضا اصل آن است که این کار با حضور طرفین و پس از رسیدگی به ادله آنان انجام گیرد، حال سخن در این است که آیا حضور مدعی و مدعی علیه، شاکی و مشتکی عنه، برای امر دادرسی و حتی مقدمات ورود در آن امر، یکی از شرایط شرعیّه می‌باشد؟ که بنابر آن در فرض غیبت یکی از آنان هیچ اقدامی برای قاضی در راستای حفظ حقوق اجتماعی مدعی و شاکی، متصور نخواهد بود؟ به منظور تبیین موضوع فوق، در چند عنوان بحث خواهیم کرد:

## ۲- مفاد قاعده

با توجه به مقدمه پیش گفته، در قضاوت و دادرسی، اصل شنیدن اظهارات طرفین و سپس صدور حکم می‌باشد. اما در بسیاری از موارد اطلاق این اصل موجب تعطیل شدن قضاوت می‌شود؛ یعنی اگر این اعتقاد باشد که تحت هر شرایطی باید اظهارات طرفین دعوی را شنید و سپس رأی صادر نمود، نتیجه این می‌شود که چنان چه امکان استماع اظهارات یک طرف فراهم نباشد، قاضی مجاز به صدور رأی نیست. بنابراین

اصل استماع اظهارات طرفین، یک اصل بدون استثناء نیست چون شرع مقدس آن را تجویز نموده است که بدون حضور مدعی علیه خواسته مدعی شنیده و رسیدگی می‌گردد (مهاجری، ۱۳۸۵، ۳۶۶). قانون آیین دادرسی مدنی در ماده ۳۰۳ نیز به مفاد قاعده اشاره داشته و مقرر می‌دارد: «حکم دادگاه حضوری است مگر این که خوانده یا وکیل یا قائم مقام یا نماینده قانونی وی در هیچ یک از جلسات دادگاه حاضر نشده و به طور کتبی نیز دفاع نکرده باشد».

### ۳- آیین دادرسی غیابی

#### ۳-۱- سوگند مدعی

در فقه بعضاً این مسأله مطرح شده است که با فرض جواز حکم غیابی و با فرض وجود شرایط برای دادرسی غیابی برای این که به دعوی مدعی علیه شخص غایب رسیدگی شود مدعی باید علاوه بر بینه سوگند هم یاد نماید. در صورتی که مدعی بینه داشته باشد و بر بقای حق خود بر غایب نیز سوگند یاد کند با صدور حکم علیه غایب مال او فروخته شده و طلب مدعی پرداخت می‌گردد (ابن سعید حلّی، ۱۴۰۵، ۵۲۵؛ علامه حلّی، ۱۴۲۰، ۵، ۱۴۷) برخی سوگند به همراه بینه را بدون دادن کفیلی به مشهور نسبت داده‌اند و المشهور اعتبار الیمین علی المدعی مع البینه من غیر تکفیل» (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ۲، ۶۹۸) فقها اختلاف نظر دارند که همان گونه مدعی حق، بر میت قسم ادا می‌کند، آیا کسی که بر غایب ادعایی را مطرح می‌کند علاوه بر بینه آیا سوگند وی نیز لازم است یا خیر؟ بیشتر فقها، غایب را در حکم میت می‌دانند. همانند شیخ طوسی در این باره می‌نویسد: «فی القضاء علی الصبی و المجنون و المیت الكل واحد» (طوسی، ۱۳۸۷، ۸، ۱۶۲) علامه حلّی (حلّی، ۱۴۱۳، ۳، ۴۵۳) و شهید اول (عاملی مکی، ۱۴۱۰، ۹۲) همین نظر داده‌اند. گروهی دیگر به تبعیت از شهید ثانی در کتاب مسالک الافهام ضمیمه بینه به سوگند را ضمن لازم دانستن آن، ایراد گرفته‌اند (جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ۱۳، ۴۷۰؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ۲، ۴۷) مرحوم خوبی مسأله را از موارد مردد و اختلافی بیان کرده و قول ظاهرتر عدم نیاز به سوگند دانسته‌اند (خوبی، ۱۴۱۰، ۲، ۹)؛ اما نظریه نخست درست است چون علتی که در روایت برای میت گفته شده برای غایب هم وجود دارد «و الحق هو الأوّل، لظهور العله المنصوصه، إذ لا عبره بالمورد عندنا» (آشتیانی، ۱۴۲۵، ۱، ۳۸۴) صاحب مستند دلیل پذیرش به ضمیمه سوگند را «للعله المنصوصه، أو اتحاد طریق المسألین، لا من باب القیاس الممنوع» (نراقی، ۱۴۱۵، ۱۷، ۲۵۴) منظور آن است که چون میت حیات ندارد امکان دفاع از خود را

ندارد و غایب نیز به لحاظ عدم حضور امکان دفاع ندارد. امام خمینی (ره) فرموده است: «الأحوط عدم الحكم على الغائب إلا بضم اليمين» (خمینی، بی‌تا، ۲، ۴۱۳، مسأله ۵) نزدیک‌تر به احتیاط آن است که در موارد حکم غیابی علاوه بر بینه، از مدعی سوگند نیز گرفته شود و اگر مدعی سوگند هم یاد کرد آن موقع علیه غایب حکم صادر شود.

نکته دیگر بحث در این است که هرگاه به واسطه بینه و قسم، حکم غیابی علیه غایب صادر شود و محکوم علیه پس از حاضر شدن ادعای ابرای ذمه خود را بنماید و شاهدی نداشته باشد، اعاده قسم لازم نیست. اگر لازم باشد مدعی همراه با بینه‌ای که اقامه می‌کند قسم نیز بخورد، اما از ادای سوگند امتناع کند یک احتمال آن است که مانند شخصی باشد که از قسمی که از جهت ادعای ابراء، متوجه او شده است نکول می‌کند و یک احتمال آن است که مانند شخصی باشد که از قسمی که از غیر جهت براءت متوجه او شده است نکول می‌کند (آشتیانی، ۱۴۲۵، ۱، ۴۳۱).

### ۳-۲- اثبات غیبت غایب

بیشتر فقها متعرض مسأله نشده‌اند. تنها یکی از معاصرین می‌نویسد: هرگاه مدعی دلیلی ارائه ندهد که مدعی علیه غایب است، دعوایش شنیده نمی‌شود (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹، ۸۴، ۳۷۰). در قانون آیین دادرسی مدنی وفق ماده ۱۱۵ جهت اثبات غیبت مشخصات مدعی علیه یا مشتکی عنه برای یک دفعه در روزنامه کثیرالانتشار آگهی می‌گردد، سپس دادگاه رسیدگی را شروع می‌کند.

### ۳-۳- اقامه دعوی توسط وکیل

#### ۳-۳-۱- اقامه دعوی توسط وکیل اختیاری

مرحوم محقق حلی در مسأله سوم از مسائل حکم علیه غایب در مورد پیگیری دعوا توسط وکیل می‌گوید: «الثالثه لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل فادعى الغريم التسليم إلى الموكل و لا بینه ففی الإلزام تردد بین الوقوف فی الحكم لاحتمال الأداء و بین الحكم و إلغاء دعواه لأن التوقف يؤدى إلى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء و الأول أشبه» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۴، ۷۷) هرگاه صاحب حق غایب بوده باشد و وکیل وی دعوی حق مالی مطرح سازد و بدهکار ادعا کند که مال را به موکل؛ یعنی صاحب حق، تسلیم کرده ولی بینه ندارد، قاضی چه تصمیمی باید اتخاذ کند؟ در مسأله مذکور ایشان با تردید پاسخ داده‌اند و

می‌گویند برای این صورت، دو وجه مختلف می‌توان استدلال کرد: از یک سو می‌توان گفت قاضی نمی‌تواند به رسیدگی غیابی اقدام و حکم به لزوم پرداخت صادر نماید، به این دلیل که ممکن است بدهکار ادعا کرده باشد و از طرفی نتیجه عدم صدور حکم آن است که هیچ‌گاه صاحب حق نتواند طلب خویش را از طریق وکیل مطالبه نماید. ایشان در نهایت، استدلال اول را با اصول و قواعد حقوق اسلامی منطبق‌تر می‌دانند. صاحب جواهر در شرح مطلب می‌افزاید: این احتمال که دادگاه بتواند حکم صادر نماید سازگارتر با اصول مذهب شیعه و قواعد آن می‌باشد زیرا یکی از قواعد مسلم شرعی آن است که حق قطعی را نمی‌توان با یک احتمال از بین برد و آن احتمال متضرر شدن محکوم علیه در مقابل احتمال متضرر شدن مدعی است که قابل توجه نیست. مضافاً بر این که دستور شارع آن است که حکم به استرداد مال داده می‌شود (نجفی، ۱۴۰۸، ۷۷) فقیه دیگر بر مطلب می‌افزاید و می‌نویسد: اگر وکیل شخص غایب علیه شخص غایب دیگر دعوایی را اقامه کند، آیا حکم علیه غایب داده می‌شود یا خیر؟ و آیا حکم به دادن کفیل (تضمین) داده می‌شود؟ پاسخ می‌دهند: «الحق هو الحكم علیه و اشتراط الدفع إلى التكفيل» (آشتیانی، ۱۳۲۵، ۱، ۴۳۴) دادگاه بر اساس بینه‌ای که وکیل اقامه می‌کند حکم علیه غایب صادر خواهد کرد و صدور حکم مشروط به معرفی کفیل است. دلیلش همان ادله عام و خاص قضاوت بر اساس بینات می‌باشد. اگر ایراد شود که برای دعوا علیه شخص غایب باید سوگند یاد کرد وکیل نمی‌تواند سوگند یاد کند «فهو عموم ما دلّ علی نفی الحكم الضرری فی الشریعه؛ لأنّ دفع المال إلى الوکیل من غیر تکفیل ضرراً علی الغائب، لاحتمال أن يحضر الموکل و امتنع عن الحلف مع وجوبه علیه بمقتضى احتمال دعوى الإبراء علیه أو التسليم إليه من الغائب المدعى علیه» (همان، ۱، ۴۳۴) پاسخ آن است که ما سوگند را جزء بینه در دعوای بر غایب نمی‌دانیم. در این خصوص برای دادن مال به وکیل غایب باید کفیل گرفته شود، زیرا اگر کفیل گرفته نشود موجب ضرر غایب می‌شود چون ممکن است موکلش حاضر شود و قسم نخورد که در این صورت باید مال پس داده شود. برخی گفته‌اند: «و إلاً أَدَى إلى تعذر استيفاء الحقوق بالوكالة مع الغيبة و يحتمل التوقف لإمكان الأداء» (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۵، ۱۴۸) با وجود تعذر استیفای حقوق برای موکل توسط وکیل، احتمال توقف حکم به خاطر امکان ادای حق وجود دارد. تعقیب دعوای توسط وکیل در امور حقوقی مورد پذیرش قانون گذار واقع شده است و احکام آن در مواد ۳۱ تا ۴۷ باب وکالت در دعوای به طور مفصل ذکر گردیده است و حتی در امور جزایی نیز مواد ۱۸۷ تا ۱۸۷ قانون آیین دادرسی در امور کیفری بدان پرداخته است. این مواد فرقی بین مدعی حاضر و غایب قائل نشده است.

### ۳-۳-۲- اقامه دعوی توسط وکیل تسخیری

هرگاه دعوا علیه غایب قابلیت استماع داشته باشد آیا دادگاه باید شخصی را انتخاب کند از طرف غایب جواب دهد یا خیر؟ ممکن است گفته شود که انتخاب چنین شخصی لازم نیست اما به اعتقاد ما باید چنین شخصی منصوب شود زیرا دعوا نیاز به جواب دارد و شخص غایب امکان پاسخ‌گویی ندارد. ممکن است ادعای مدعی را انکار کند و چنان چه شخص مسخر(شخص تعیین‌شده از طرف دادگاه) دعوا را انکار کند مدعی باید بینه خود را اقامه کند. در این صورت بینه مدعی، اظهارات خود را بیان می‌کنند و اگر بینه او عادل بودند یا عدالت آنها در دادگاه محرز شد دادگاه بر اساس اظهارات آنها رأی می‌دهد(حموی شافعی، ۱۳۸۱، ۴۲) با فحص در مکتب فقهی امامیه، بحثی از وکیل تسخیری مطلبی اشاره نشده است اما در نظام حقوقی آن، آن هم در امور کیفری حق استفاده از وکیل نظر داده است. نظر به این که در اصل ۳۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برای حق استفاده از وکیل اهمیت خاصی منظور گردیده است و از طرفی با توجه به ماده ۹ قانون تشکیل محاکم جنایی و مستنبط از مقررات تبصره ۲ ماده ۷ و ماده ۱۲ لایحه قانونی تشکیل دادگاه‌های عمومی مصوب ۲۰ شهریور ۱۳۵۸ و اصلاحیه‌های بعدی آن به لحاظ بخشنامه مورخ ۶۱/۷/۱۷ شورای نگهبان دارای اعتبار قانونی است، ملاحظه وکیل تسخیری «در صورتی که متهم شخصاً وکیل تعیین نکرده باشد» در محاکم کیفری و در موردی که مجازات اصلی آن جرم اعدام یا حبس باشد ضروری است. در حال حاضر به صراحت تبصره ۱ ماده ۱۸۶ قانون آیین دادرسی کیفری در جرایمی که مجازات آن به حسب قانون «قصاص نس، اعدام، رجم و حبس ابد» باشد چنان چه متهم شخصاً وکیل معرفی ننماید، تعیین وکیل تسخیری برای او الزامی است مگر در جرایم منافی عفت که متهم از حضور یا معرفی وکیل خودداری کند(آخوندی، ۱۳۸۷، ۴، ۲۱۳-۲۱۴).

### ۳-۴- تصمیم دادگاه علیه غایب

#### ۳-۴-۱- ماهیت حقوقی تصمیم دادگاه

با توجه به تعریف فقها از قضا که عبارت است از: «القضاء هو فصل الخصومه بین المتخاصمین، و الحكم بثبوت دعوی المدعی أو بعدم حق له علی المدعی علیه»(خویی، ۱۴۱۰، ۲، ۵) یکی از تقسیم‌بندی برای احکام ترافعی دادگاه، انقسام احکام به حکم حضوری و حکم غیابی است. برای اطلاق وصف غیابی بر حکم، تحقق شروط سه گانه عدم حضور، عدم ارسال لایحه و عدم ابلاغ واقعی احضاریه به مدعی علیه،

لازم و ضروری بوده که در صورت فقدان هریک از این شروط، حکم حضوری و مشمول تبعات مربوط به آن خواهد بود (سیف، ۱۳۸۲، ۸۲، ۴۰) برخی اشاره کرده‌اند: ماهیت حقوقی اقدام دادگاه در مورد مدعی علیه غایب اگر چه یک تصمیم قضایی و یا عمل قضایی است، ولی به هیچ وجه نمی‌توان آن را یک «حکم» و یا به تعبیر دیگر «قضاوت قطعی شرعی» نامید (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۳، ۲۴۱) البته تصمیمات دادگاه همیشه از یک ماهیت واحد برخوردار نیست، بلکه در بسیاری موارد دادگاه، دستور موقت صادر می‌کند، به عبارت دیگر قضا حکم نهایی دادگاه است که پس از استماع اظهارات مدعی و دفاع مدعی علیه و سنجش و موازنه دو طرف بر موازین شرعیه صادر می‌گردد و از آن رهگذر فصل خصومت صورت می‌گیرد و چنانچه به خاطر جلوگیری از تضییع حقوق مدعی، شرع مقدس به قاضی اجازه داده است که در فرض غیبت مدعی علیه و یا امتناع وی از حضور در مجلس محاکمه تصمیمی به طور موقت اتخاذ نماید، تا آن که وی بیاید و دفاع خود را تقدیم دارد، این تصمیم یک امری است در حاشیه حکم، نه تصمیم نهایی قاضی. تصمیم نهایی قاضی وقتی است که غایب حاضر گردد و چنانچه اعتراض دارد، مطرح سازد و در غیر این صورت تصمیم موقت قاضی را بپذیرد و حکم قطعی گردد (همو، ۱۴۰۶، ۳، ۲۴۱).

### ۳-۴-۲- رسیدگی و صدور حکم علیه غایب

باید دعوی طرح شده علیه غایب را با دید صحت نگرینست زیرا فرصت دفاع برای غایب فراهم است. البته این امر به معنی توجه به هر دعوی باطل و غیر مدلی نیست بلکه به این معنی است که اظهارات مدعی حمل بر صحت می‌شود تا خلاف آن ثابت گردد (خدابخشی، ۱۳۹۰، ۲، ۱۸۴).

ادعایی که علیه غایب توسط مدعی مطرح می‌گردد، بایستی همراه بینه باشد و دعوی بدون بینه به هیچ وجه قابل استماع نیست که این امر مورد اتفاق نظر است. اما این که آیا قاضی پس از رسیدگی به وضعیت بینه اقامه شده چنانچه آن را واجد شرایط یافت، حکم صادر خواهد کرد و یا آن که مدعی ملزم است که علاوه بر اقامه بر بینه واجد شرایط، سوگند نیز یاد نماید؟ با توجه به عدم دلالت دلایل استنادی به اتیان سوگند در دعوی بر غایب و اطلاق دو روایت وارده بر حجیت دعوی بر غایب، ظاهراً می‌توان صرفاً با اقامه بینه در حکم بر غایب بدون نیاز به سوگند، دعوا را رسیدگی و حکم صادر نمود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ۲، ۴۶). عده‌ای بر آنند که سوگند مدعی برای صدور رأی همانند مورد ادعای علیه میّت، لازم است و این سوگند را «استظهاری» می‌نامند. دلیل این گروه که ظاهراً اکثریت فقها را تشکیل می‌دهند، تعلیلی



است که در متون ادله مربوط به دعوی علیه میت آمده است بدین شرح: «لِأَنَّ لَا نَذْرِي لَعَلَّهُ قَدْ أَوْفَاهُ بَيِّنَةً - لَا نَعْلَمُ مَوْضِعَهَا أَوْ غَيْرَ بَيِّنَةٍ قَبْلَ الْمَوْتِ» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۷، ۲۳۶) گروه زیادی از فقها استدلال فوق را مردود اعلام داشته‌اند؛ زیرا اولاً: علت حکم در میت صرفاً عدم حضور شخص میت در زمان داوری نیست، بلکه عدم حضور ابدی اوست و این علت در غایب وجود ندارد، ثانیاً: در مرسل جمیل امام علیه‌السلام در مورد غایب با وجود بیّنه لزوم رسیدگی و صدور حکم علیه او را اعلام فرموده است، ثالثاً ویژگی خاص غایب حق اعتراض اوست که او را از میت کاملاً ممتاز ساخته است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ۲، ۴۷) این نظریه اقوی به نظر می‌رسد؛ چرا که عدم کفایت بیّنه و لزوم سوگند استظهاری امری خلاف اصل و قاعده کلی بیّنه است و لذا بایستی به تفسیر مضیق بسنده نمود و قائل به کفایت بیّنه شد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۳، ۲۴۳).

#### ۴- آثار حکم غیابی نسبت به محکوم علیه

##### ۴-۱- حق اعتراض شخص غایب

برای محکوم‌علیه رأی غیابی، حقی تحت عنوان حق واخواهی وجود دارد تا با اعمال آن بتواند معایب دادرسی غیابی را که امکان ضایع شدن حق او را به دنبال دارد، از بین ببرد، به عبارت دیگر پس از این که حکم صادر شد به غایب ابلاغ می‌شود اگر اعتراضی داشت، به اعتراضش رسیدگی می‌شود و گرنه حکم علیه غایب اجرا می‌گردد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ۴، ۴۹۲) محقق یزدی می‌گوید: «لا إشکال فی أنّ الغائب علی حجتة من جرح الشهود و نحوه من عدم أهلیه الحاکم أو وجود بیّنه معارضة لبینه المدعی، و الظاهر جواز إعادة المرافعة برضاهما عند الحاکم الأول أو غیره، و لا یکون ذلك نقضا للحاکم الأول، لعدم تماميته بعد کون الحجج باقیه» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ۲، ۴۷). مدعی علیه غایب پس از حضور چنانچه به حکم صادره معترض است؛ مثلاً به خاطر جرح شهود، عدم صلاحیت قاضی و یا وجود بیّنه معارض می‌تواند اعتراض خود را نزد قاضی صادرکننده حکم و یا قاضی دیگر طرح نماید. این طرح مرافعه، نقض حکم قاضی محسوب نمی‌گردد تا مشمول دلایل منع قرار گیرد، به سخن یگر در مرحله نخستین قضاوت نهایی انجام نشده و قضیه فیصله نیافته است تا اعاده مرافعه احیاناً نقض حکم سابق محسوب شود، بنابراین اگر غایب پس از صدور حکم غیابی به دادگاه حاضر گردد و مدعی فسق شهود و یا برای ذمه خود شود و یا آن که بگوید ما فی‌الذمه خود را پرداخته‌ام و یا آن که برای دادرسی به محکمه دیگری رفته و دعوی عدم



اهلیت دادرس اول را بنماید و بتواند اقامه دلیل کند، دادرس به دلیل «الغائب علی الحجه اذا قدم» باید به سخنان او رسیدگی نموده و حکم صادر نماید (سنگلجی، ۱۳۸۴، ۱۴۷). البته اعتراض باید در مهلت معین صورت گیرد، به عبارت دیگر مدعی علیه غایب پس از اطلاع از حکم غیابی حق اعتراض به حکم و دفاع از خود را می‌باشد ضمناً در این که فوراً به حاکم مراجعه کند یا مدتی بعد اگرچه مدت هم طولانی باشد تفاوتی نمی‌کند (حسینی شیرازی، ۱۴۳۷، ۸۴) نسبت به مسأله مزبور ماده ۳۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: محکوم علیه غایب حق دارد به حکم غیابی اعتراض نماید. این اعتراض و خواهی نامیده می‌شود که برابر ماده ۳۰۶ همان قانون می‌بایست در مهلت مقرر صورت پذیرد. با ثبت اعتراض اثر آن بروز پیدا می‌کند. خواهی اثر باز دارنده و تعلیقی دارد؛ یعنی خواهی مانع اجرای حکم غیابی می‌شود و دادگاه مکلف است اجرای حکم را تا صدور حکم جدید متوقف نماید (مالمیر، ۱۳۸۳، ۱۲، ۱۴۶).

#### ۴-۲- اجرای حکم علیه غایب

غیابی بودن تصمیم دادگاه علیه غایب از نظر حقوق اسلامی مانع اجرای حکم نمی‌باشد و پس از رسیدگی به بینه مدعی قابل اجرا می‌باشد، یعنی پس از حکم، آن چه را که در خواسته‌اش آمده به او می‌دهند، لذا اگر خواسته عینی باشد به او باز گردانده می‌شود و اگر خواسته دینی باشد از مال غایب فروخته شده سپس دین مدعی ادا می‌شود البته تنها در صورت دادن تأمین عین یا دین به مدعی ادا می‌شود تا در صورت حضور مدعی علیه از ضرر به او جلوگیری شود (خمینی، بی تا، ۲، ۲۱۳). این ضرر احتمالی در قانون نیز پیش‌بینی شده است. برابر ماده ۳۰۷ قانون آیین دادرسی مدنی «چنانچه محکوم علیه پس از اجرای حکم از مفاد آن مطلع شده و خواهی نماید و در رسیدگی بعدی حکم به نفع و خواه صادر شود، خواهان ملزم به جبران خسارت ناشی از اجرای حکم اولی به خواه می‌باشد». در صورتی که مدعی سبب ورود ضرر باشد، محکوم به پرداخت ضرر ناشی از اجرای حکم اولیه به خواه می‌باشد. بر مبنای الزام خواهان به جبران خسارت‌های ناشی از اجرای حکم غیابی همان قواعد عام مسؤولیت مدنی است. بنابراین رکن‌های مسؤولیت (ارتکاب فعل زیانبار) ورود خسارت و رابطه علیت لازم است برای اثبات تقصیر خواهان دعوی بدوی ارائه حکم صادره قطعی از مرحله خواهی کافی است؛ ولی اثبات ورود خسارت و رابطه علیت بر عهده خواننده دعوی بدوی است (حیاتی، ۱۳۹۰، ۵۳۴-۵۳۵) برخی با مباشر بودن محکوم له در ایراد ضرر سخن گفته‌اند. صاحب عروه می‌نویسد اگر محکوم له بداند حکم با حقیقت موافق نیست و آن را به مرحله

اجرا گذارد، مسؤول است زیرا مباشرت او قوی‌تر از سببیت حکم است و اگر اطلاع نداشته باشد، برخی گفته‌اند از بیت‌المال جبران می‌شود اما این نکته قابل توجه است که آن چه راجع به بیت‌المال ذکر شده در خصوص جبران خسارت ناشی از تضییع دم و قطع عضو است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ۲، ۲۹). نهایتاً اجرای حکم موکول به آن است که مدعی کفیل معتبر به دادگاه معرفی نماید و دادگاه پس از اخذ کفیل دستور اجرا صادر می‌نماید بدین معنی که از مال غایب بر می‌دارد و به مدعی تحویل می‌دهد. این موضوع را اکثر فقها بدان پرداخته‌اند. محقق حلی با عبارت «یقضی علی الغائب مع قیام البینه، و بیاع ماله، و یقضی دینه و یکون الغائب علی حجتہ، لایدفع الیه المال إلا بکفلاء» به پذیرش موضوع عنایت داشته است (محقق حلی، ۱۴۱۸، ۲، ۲۸۵) برخی نیز این شرط را لازم نمی‌دانند (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸، ۱۴۱۴) موضوع لزوم معرفی کفیل اولاً: در احادیث آمده است؛ از جمله، حدیث جمیل بن دراج «الغائب یقضی علیه إذا قامت علیه البینه - و بیاع ماله و یقضی عنه دینه و هو غائب - و یکون الغائب علی حجتہ إذا قدم قال - و لایدفع المال الی الذی أقام البینه إلا بکفلاء. نحوه و زاد إذا لم یکن ملیاً» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ۲۷، ۲۹۴، باب ۲۶، حدیث ۱) که حتی در این حدیث مقید به این جمله «إذا لم یکن ملیاً» است؛ یعنی در صورتی اخذ کفیل لازم است که شخص مدعی خود مال‌دار نباشد و مفهوم آن دلالت بر عدم لزوم اخذ کفیل در فرض اعتبار مالی شخص مدعی دارد. این نکته شایان ذکر است، چنانچه مدعی فاقد ملائت باشد، اخذ کفیل لازم است؛ لذا به مفهوم شرط، دلالت بر آن دارد که در صورت ملائت، کفیل لازم نخواهد بود (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۳، ۲۵۵) ثانیاً بیشتر فقها که در مورد حکم علیه غایب نوشته‌اند، به اجرای حکم و لزوم معرفی کفیل نیز پرداخته‌اند (نجفی، ۱۴۴۰، ۲۲۴؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ۲، ۶۹۸). قانونگذار جمهوری اسلامی ایران نیز در تبصره ۲ ماده ۳۰۶ اجرای حکم غیابی را منوط به معرفی ضامن معتبر یا اخذ تأمین مناسب از محکوم له دانسته است. بنابراین از نظر اصولی مقتضای جمع بین دو حدیث و حمل مطلق بر مقید آن است که بگوییم در فرض اعتبار مالی مدعی، اخذ کفیل لازم نمی‌باشد. این استنتاج با موازین منطقی نیز منطبق است؛ چرا که مناط حکم حصول اطمینان به عدم ورود ضرر و خسارت بر مدعی علیه پس از حضور و اثبات خلاف است و این امر با اعتبار مالی شخص مدعی نیز تأمین می‌گردد. و به عبارت حقوق عرفی امروز، دادگاه موظف به اخذ تأمین از شخص مدعی است. و چنین نیست که این امر صرفاً از طریق اخذ کفیل حاصل گردد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۳، ۲۴۳).

نتیجه آن است که قاضی در فرض مالدار بودن مدعی اگر چه موظف به اخذ کفیل نیست ولی بی‌گمان حفظ حقوق احتمالی شخص غایب امری ضروری است. بنابراین چنانچه وضعیت مالی مدعی به گونه‌ای است که در فرض ثبوت حق برای غایب دادگاه می‌تواند با فروش اموال مدعی حقوق غایب را تأمین سازد، گرفتن وثیقه لازم نیست و در غیر این صورت به اخذ وثیقه مبادرت خواهد نمود. بدون تردید در زندگی معاصر و با وجود راه‌های فرار حصول اطمینان بدون اخذ وثیقه امری دشوار است.

#### ۵- نتیجه

دادرسی در سیستم قضایی کشور ما حضوری است؛ یعنی مدعی علیه (خواهان) یا مشتکی عنه (متهم) یا وکیل آن دو باید در مراحل دادرسی حاضر شده و یا لایحه دفاعیه تقدیم نمایند و استثنائاً تحت شرایطی رسیدگی غیابی و رأی غیابی به رسمیت شناخته شده است؛ لذا در دعاوی حقوقی عدم حضور مدعی علیه و در دعاوی جزایی عدم حضور مشتکی عنه مانع رسیدگی، صدور حکم و اجرای آن نمی‌شود. در دعاوی حقوقی پس از صدور حکم به ضرر مدعی علیه غایب، به درخواست محکوم له، دادگاه باید حکم صادره را مطابق تشریفات و قواعد مقرر اجرا کند، اما پس از اجرای حکم، محکوم علیه غایب می‌تواند در اجرای ماده ۳۰۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی واخواهی نماید. در فرض نقض دادنامه غیابی پیرو واخواهی، وضعیت اجرای دادنامه باید به حالت سابق اعاده شود. چنان چه محکوم علیه غایب متحمل خساراتی شده باشد، باید تأمین یا تضمینی جهت جبران این خسارات وجود داشته باشد. در این راستا قانونگذار در تبصره ۲ ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی اجرای حکم غیابی را منوط به سپردن تأمین مناسب یا معرفی ضامن معتبر از سوی محکوم له نموده است. اما دادرسی غیابی در جرایمی که جنبه حق‌اللهی محض دارند میسر نمی‌باشد و فقط در جرایم حق‌الناسی و جرایم دارای جنبه عمومی است، تجویز شده است.

#### فهرست منابع

- ۱- قرآن کریم، ۱۳۸۶، ترجمه محمد مهدی فولادوند، چاپخانه بزرگ قرآن کریم، چاپ اول.
- ۲- آخوندی، محمود، ۱۳۸۷، آیین دادرسی کیفری، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، چاپ هفتم.
- ۳- آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر، ۱۴۲۵، کتاب القضاء (ط- الحدیثه)، انتشارات زهیر، قم، چاپ اول.
- ۴- جعی عاملی، زین‌الدین بن علی، ۱۴۱۳، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، مؤسسه المعارف الإسلامیه، قم- ایران، چاپ اول.
- ۵- حائری طباطبایی، علی بن محمد، ۱۴۱۸، ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، قم، چاپ اول.

- ۶- حرّ عاملی، محمدبن‌حسن، ۱۴۰۹، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، مؤسسه آل‌البیت عیهم‌السلام، قم، چاپ اول.
- ۷- حسینی شیرازی، محمد، ۱۴۰۹، الفقه، دارالعلم، قم، چاپ دوم.
- ۸- حلّی اسدی، حسن‌بن‌یوسف‌بن‌مطهر، ۱۴۲۰، تحریر الأحکام الشرعیه علی مذهب الإمامیه، مؤسسه امام صادق علیه‌السلام، قم، چاپ اول.
- ۹- حلّی اسدی، حسن‌بن‌یوسف‌بن‌مطهر، ۱۴۱۳، قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- ۱۰- حلّی، یحیی بن سعید، ۱۴۰۵، الجامع للشرائع، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، قم، چاپ اول.
- ۱۱- حلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، ۱۴۰۸، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم.
- ۱۲- حلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، ۱۴۱۸، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، مؤسسه المطبوعات الدینیّه، قم، چاپ ششم.
- ۱۳- حیاتی، علی عباس، ۱۳۹۰، آیین دادرسی مدنی در نظم حقوق کنونی، انتشارات میزان، تهران، چاپ اول.
- ۱۴- خدابخشی، عبدالله، ۱۳۹۰، مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تأثیر آن در رویه قضایی، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ اول.
- ۱۵- خویی، ابو القاسم، ۱۴۱۰، تکمله المنهاج، نشر مدینه العلم، قم، چاپ بیست و هشتم.
- ۱۶- سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن (محقق سبزواری)، ۱۴۲۳، کفایه الأحکام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- ۱۷- سنگلجی، محمد، ۱۳۸۴، قضا در اسلام، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، چاپ چهارم.
- ۱۸- سیف، فرزاد، ۱۳۸۲، مقاله «احکام غیابی در امور حقوقی» ماهنامه حقوقی فرهنگی اجتماعی دادرسی.
- ۱۹- طباطبایی یزدی، محمد کاظم، ۱۴۱۴، تکمله العروه الوثقی، کتابفروشی داوری، قم، چاپ اول.
- ۲۰- طوسی، ابو جعفر محمدبن حسن، ۱۴۰۷، الخلاف، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- ۲۱- طوسی، محمد بن علی بن حمزه، ۱۴۰۸، الوسيله إلى نیل الفضیله، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی (ره)، قم، چاپ اول.
- ۲۲- کاشف الغطاء، محمدحسین، ۱۴۲۲، تحریر المجله، المجمع العالمی للتقريب بین المذاهب اسلامیه، قم- ایران، چاپ اول.
- ۲۳- مالیر، محمود، ۱۳۸۳، مقاله «آرای غیابی و واخواهی از آنان»، مجله دادرسی، شماره ۴۶.
- ۲۴- محقق داماد، مصطفی، ۱۴۰۶، قواعد فقه، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران- ایران، چاپ دوازدهم.
- ۲۵- مکی عاملی، عبدالله بن محمد (شهید اول)، ۱۴۱۰، اللمعه دمشقیه فی فقه الإمامیه، دار التراث- الدار الإسلامیه، بیروت- لبنان، چاپ اول.
- ۲۶- مهاجری، علی، ۱۳۸۵، آیین قضاوت مدنی در محاکم ایران، انتشارات فکرسازان، تهران، چاپ سوم.