

بررسی فقهی دادرسی غیابی

سعید نظری توکلی^{۱*}، مسلم حیدری^۲

۱. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق دانشگاه تهران

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۹۵/۶/۱۶؛ تاریخ پذیرش: ۹۶/۹/۲۶)

چکیده

مشروعیت حکم علیه غایب، از مسائل مهم فقه قضایی است. از یک سو نمی‌توان تشکیل جلسه دادگاه را به حضور دو طرف دعوا منوط کرد؛ چرا که عده‌ای امکان یا قصد حضور در دادگاه را ندارند و از طرف دیگر، دادرسی علیه غایب نباید موجب تضییع حقوق وی شود. فقهای امامیه برای حل این دوگانگی نظریات و استدلال‌های متفاوتی دارند؛ عده‌ای با استناد به اصل عدم ولایت، حکم علیه غایب را به مورد روایت (حق الناس) محدود کرده‌اند و گروهی نیز با استناد به اطلاق و عموم دلایل ناظر به قضاوت، حضور همه اصحاب دعوا را شرط ندانسته‌اند و بر این باورند که قضاوت علیه غایب جایز است. بررسی‌های این پژوهش نشان می‌دهد که با تخصیص اصل اولی عدم ولایت، صدور حکم علیه غایب در حق الناس جایز است و در حق الله هیچ دلیلی بر جواز دادرسی وجود ندارد. محکوم‌له نیز به منظور حفظ حقوق غایب (محکوم‌علیه) موظف به ارائه ضمانت‌های متناسب است.

واژگان کلیدی

حکم غیابی، دادرسی، دادرسی غیابی، غائب.

طرح مسئله

در فقه اسلامی از دیرباز، غایب موضوع بسیاری از احکام فقهی و حقوقی بوده است و فقها در ابواب مختلف به بررسی آن پرداخته‌اند. از جمله این ابواب، باب قضااست که تحت عنوان «جواز حکم علیه غایب» از آن بحث شده است. گاهی کسی خود را ذی‌حق می‌داند و در نزد حاکم شرع طرح دعوا می‌کند و بینه بر ثبوت ادعای خود ارائه می‌دهد و گاهی نیز بینه ندارد و طرف دعوای او هم غایب است. باید به طور دقیق بررسی شود که آیا شارع برای احقاق حق مدعی و جلوگیری از متضرر شدن او و به تبع طرف دعوای او، چاره‌ای اندیشیده است و اساساً حکم علیه غایب بعد از ثبوت کفایت ادله مدعی، وجه شرعی دارد یا خیر و اگر پاسخ مثبت است، کیفیت حکم چگونه خواهد بود؛ یعنی اگر حکم علیه او جایز باشد، به مجرد حضور نداشتن در دادگاه ولو اینکه در شهر حضور داشته باشد و بتوان او را برای دادرسی دعوت کرد، می‌توان نسبت به او حکم کرد و اگر بتوان چنین کرد، آیا نوع دعوا در صدور حکم تأثیر دارد و به منظور ملاحظه شخص غایب، انضمام سوگند یا ضامن به مستند حکم ضروری است یا خیر. بر این اساس ابتدا به معناشناسی غایب و تبیین مفهوم آن پرداخته شده است و سپس ادله حکم علیه او، شمول و گستره آن و اینکه کدام یک از انواع دعوای او پوشش می‌دهد، مورد مذاقه قرار گرفته‌اند. در ادامه نیز برخی از شروط حکم علیه غایب بر طبق ادله معتبر و مورد استناد بررسی شده است؛ نظیر لزوم اخذ کفیل و سوگند و مانند آن. از این رهگذر، در صددیم ضمن تبیین و تحلیل ادله، تصویر روشنی از چگونگی حکم علیه غایب در فقه امامیه ارائه شود.

صدور حکم علیه غایب

از جمله مسائل مطرح در بحث قضاوت، امکان صدور حکم علیه غایب است. بر اساس نظر مشهور فقهای امامیه، صدور حکم علیه غایب جایز است، هر چند در محدوده آن اختلاف نظرهایی نیز وجود دارد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۲۰). بیشتر فقهای اهل سنت همچون امام شافعی، احمدبن حنبل و مالک نیز بر همین باورند (رک: شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳: ۴۶).

محقق سبزواری قول به جواز حکم علیه غایب را به مشهور اصحاب و اکثر عامه نسبت می‌دهد (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲: ۶۹۷) و شهید ثانی نیز اتفاق نظر فقها بر این امر را مورد تأکید قرار داده (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳: ۴۶۸) و با تمسک به عموم ادله، حکم علیه حاضر در شهر را جایز شمرده است و بعد و قرب و عدم تعذر او از حضور در جلسه دادرسی را مانع حکم نمی‌داند (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳: ۱۰۳).

در مقابل، فقیهانی همچون شیخ طوسی، طباطبایی و مقدس اردبیلی «حضور» را شرط جواز حکم علیه مدعی علیه می‌دانند و حکم نسبت به غایب را تنها در صورت ضرورت و به‌عنوان ثانوی جایز می‌دانند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸: ۱۶۲؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۲: ۲۰۵؛ طباطبایی، بی‌تا، ج ۲: ۴۱۴). فیض کاشانی نیز اشتراط حضور مدعی علیه در دادگاه را در جواز حکم خالی از قوت نمی‌داند (فیض، بی‌تا، ج ۳: ۲۵۴). بنابراین با توجه به فلسفه تشریح قضا، یعنی جلوگیری از تضییع حقوق مردم و فصل خصومت، در اصل صدور حکم اختلافی میان فقها نیست، لکن کیفیت آن مورد اختلاف است که باید با مراجعه به کتاب و سنت، به تبیین آن پرداخت.

مفهوم‌شناسی غایب

در مورد مفهوم و معنای غایب در باب قضا چند نظر وجود دارد:

نبودن در جلسه دادرسی

مرحوم نجفی با استناد به اطلاق روایات معصومین، همچنین فتوای فقها مدعی شده که منظور از غیبت، نبودن در جلسه دادرسی است. افزون بر اینکه دلایل حجیت بینه به‌عنوان یکی از راه‌های اثبات دعوا، اطلاق دارد، شهادت دو عادل علیه غایب از جلسه دادرسی را نافذ می‌داند و بعد از آنکه مدعی علیه می‌تواند حجت خود را ارائه دهد، هیچ ضرری متوجه او نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۲۱)، شهید ثانی نیز همین معنا را از غایب استنباط کرده است و بعد و قرب را مانع حکم نمی‌داند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳: ۴۶۸؛ ۱۴۱۰، ج ۳: ۱۰۴).

نبودن در شهر

به نظر گروهی از فقها، منظور از غایب در باب قضا، شخصی است که در شهر نبوده است

و نمی‌توان او را برای شرکت در جلسه دادرسی احضار کرد؛ زیرا حکم علیه غایب برخلاف اصل است و تنها به واسطه ضرورت و نیاز، یعنی عدم امکان احضار وی و مشقت و زیان ناشی از طولانی شدن انتظارش، باید آن را جایز دانست و به آن بسنده کرد. بر این اساس، اگر قاضی (حاکم شرع) بتواند مدعی علیه را برای شرکت در جلسه دادرسی احضار کند، مجاز به حکم دادن علیه او در غیابش نیست (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸: ۱۶۳؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۲: ۲۰۵؛ طباطبایی، بی تا، ج ۲: ۴۱۴).

مسافرت شرعی

عده‌ای با پذیرفتن جواز صدور حکم علیه غایب، حد غیبت را مقداری می‌دانند که نماز در آنجا شکسته می‌شود و به عبارت دیگر مراد از غایب را، مسافر شرعی می‌دانند. «و يجوز الحكم على الغائب و حدُّ الغيبة ما يُقصرُ في مثله» (ابن سعید، ۱۴۰۵: ۵۲۷).

نقد و بررسی: آن‌گونه که گذشت، عمومیت ادله پذیرش بینه نسبت به غایب و نیز معنای لغوی غایب، سبب شده است که گروهی از فقها غیبت از جلسه دادرسی را ملاک بدانند (شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۴: ۵۳) و از سوی دیگر، گروهی با توجه به خلاف اصل بودن حکم علیه غایب، یعنی اصل لزوم برابری طرفین دعوا که حضور آنها یکی از مصادیق آن است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۳: ۲۳۹) اکتفا به قدر متیقن یعنی نبود در شهر و عدم امکان احضار مدعی علیه را مجوز صدور حکم غایب دانسته‌اند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۲: ۲۰۵) و گروه سوم ظاهراً با این برداشت که لفظ غیبت در روایات، در معنای سفر شرعی استعمال شده است، اظهار نظر کرده‌اند. در حالی که این لفظ تنها در این معنا به کار نرفته است و نحوه استعمال آن در روایات و عرف لغت هم ادعای ایشان را رد می‌کند. اما به نظر می‌رسد تعریف دوم از غایب، در بحث قضاوت نسبت به تعریف اول موجه‌تر است؛ زیرا:

- عمومیت پذیرش قول بینه معیاری برای جواز حکم علیه غایب از جلسه دادرسی نیست؛ زیرا این عموم در موارد زیادی تخصیص زده شده است که از جمله آنها می‌توان به عدم اعتبار شهادت بینه در حق الله نسبت به غایب اشاره کرد (حلی، ۱۴۰۷، ج ۴: ۴۸۷).

- حکومت اصل احتیاط در دماء بر اطلاق سایر ادله از جمله قاعده حجیت بینه، سبب

می‌شود تا حکم علیه غایب از جلسه دادرسی را از آن نظر که خلاف احتیاط است، جایز ندانست و مدعی شد که غایب در شهر که دسترسی به او ممکن نیست، مشمول اعتبار بیّنه نسبت به اوست (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۲۲).

- برابری حرمت مال مؤمن با جان وی، حسب اخبار مانند این روایت: «... أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ: ... وَ حُرْمَةُ مَالِهِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۲: ۳۶۰) و لزوم برابری طرفین دعوا در حق استفاده از دادرسی عادلانه، دلیلی است بر عدم جواز حکم علیه غایب از جلسه دادرسی و به‌همین دلیل، حمل واژه «غایب» بر غایب از جلسه دادرسی و نیز مسافری که امکان بازگشت او در کوتاه‌مدت وجود دارد، درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا قراین موجود در روایات، از جمله حکم به آوردن کفیل به‌منظور جبران خسارت احتمالی، ناظر به جایی است که در شرایط عادی، مدعی علیه در شهر حضور ندارد و با توجه به شرایط مسافرت در عصر معصوم (ع)، امکان عقلایی بازگشت او در زمان کوتاهی وجود نداشته است و قراین دیگری نظیر فروش مال وی و پرداخت بدهی او از آنکه در شرایط حضور وی در شهر تصورشدنی نیست، سبب می‌شود حمل واژه غایب در باب قضا بر مطلق غایب از جلسه دادرسی درست به نظر نرسد، اما ذکر برخی قراین در تأیید این قول، مانند استعمال لفظ «اذا قَدِمَ» و حمل آن بر رجوع از سفر (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۷۹) موجه به نظر نمی‌رسد؛ زیرا این لفظ به‌معنای مطلق «آمدن» است، چه از سفر و خارج از شهر و چه از داخل شهر به مکانی.

- متبادر از لفظ غایب و متفاهم عرفی از آن، غایب از شهر است، به‌گونه‌ای که غیبتش طولانی باشد و تأخیر حکم موجب متضرر شدن مدعی شود و تقابل غایب با واژگانی چون «شاهد و بالبلد» در متون دینی، مؤید همین معناست (مجلسی، ۱۴۰۴، ج ۲۳: ۱۲).

تبیین فقهی حکم علیه غایب

برای اثبات گزاره مشروعیت حکم علیه غایب و آثار مترتب بر آن باید ادله استنادی فقها تحلیل و بررسی شود تا بتوان قضاوت صحیحی نسبت به این مسئله داشت و چگونگی دادرسی عادلانه در مورد او را تبیین کرد.

مشروعیت حکم علیه غایب

فقها در خصوص جواز حکم علیه غایب به ادله گوناگونی از اطلاق و عمومات آیات و روایات، روایت خاص و اجماع استناد کرده‌اند که باید هر یک جداگانه بررسی شوند.

اطلاقات و عمومات

در این زمینه به چندین آیه و حدیث تمسک شده است:

- آیات: «یا داوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (ص: ۲۶) و «إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ» (نساء: ۱۰۵) که در آنها حکم به حق و بر طبق کتاب خدا، مورد تأکید و امر الهی واقع شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۲۱).

- روایات: امام صادق(ع) قضات را به چهار دسته تقسیم می‌کنند که تنها یک گروه از آنها اهل بهشتند و آن کسی است که دانسته و به حق حکم کند: «رجل قضی بالحق و هو یعلم» و نیز پیامبر(ص) می‌فرماید: «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲: ۶۰۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳: ۱۰۳؛ بجنوردی، ۱۴۲۳، ج ۳: ۹۵).

نقد و بررسی: تا ادله خاص وجود دارد، نوبت به ادله عام نمی‌سد. با وجود این، ادله مذکور از اثبات مطلوب قاصر است و تنها مفید مشروعیت قضاوت به معنای اعمال ولایت خواهد بود، بدون آنکه در مقام بیان شرط نبودن حضور باشد، همان‌طور که سایر شرایط نیز مهمل گذارده شده‌اند؛ لذا ادعای ثبوت اصل ثانوی اطلاقات در برابر اصل اولی (که در جای خود اثبات می‌شود) منتفی است.

روایات خاص

از جمله مستندات جواز حکم علیه غایب، چهار روایت هند همسر ابوسفیان، روایت ابوموسی، روایت محمد بن مسلم و روایت جمیل بن ذراج است.

- روایت هند، همسر ابوسفیان: بر طبق این روایت، پیامبر(ص) به همسر ابوسفیان بعد از این ادعا که ابوسفیان مردی خسیس است و مایحتاج او و فرزندانش را نمی‌پردازد، می‌فرماید: «خُذْی مَا یَکْفِیکِ وَ وَلَدَکَ بِالْمَعْرُوفِ؛ یعنی به مقدار نیاز خود و فرزندانت از اموال او بردار».

نقد و بررسی: این روایت فارغ از بحث سندی که ادعای مستفیض بودن آن نیز شده، همان‌طور که از سیاقش پیداست، اصلاً در مقام قضاوت و حکم بین متخاصمین نیست تا بحث از غیبت ابوسفیان از مجلس حکم یا شهر شود، بلکه در مقام بیان حکم شرعی و به تعبیر دیگر فتواست؛ یعنی در فرض مذکور (بدون اینکه صادق بودن سؤال‌کننده و درخواست بیّنه از او مطرح باشد) پاسخ استفتا و مسئله‌ای فقهی داده شده که جایز است زوجه به مقدار نیاز خود و فرزندان، از دارایی زوج بردارد و مصرف کند (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۹۷؛ سبحانی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۴۵۶) هر چند برخی ادعا کرده‌اند که ابوسفیان غایب بوده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۲۰) و برخی نیز غیبت ابوسفیان از بلد را نامعلوم دانسته‌اند (یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۴۵) لکن اشتراط غیبت غایب از بلد اول کلام است (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۲: ۱۷۷) و عده‌ای نیز با بی‌ربط دانستن این روایت با مسئله قضا، آن را مردد بین بیان حکم اصل مسئله [= فتوا] و جواز تقاص^۱ هند دانسته‌اند (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۱: ۴۲۰). با وجود این، برخی روایت مذکور را به‌عنوان مؤید قول خود در جواز حکم به صرف غیبت از مجلس حکم و عدم اشتراط مسافت زیاد در غیبت آورده‌اند؛ چرا که ابوسفیان در مکه حاضر بوده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳: ۴۶۷).

- **روایت ابوموسی اشعری:** در این روایت اشاره شده است که وقتی طرفین دعوا نزد پیامبر(ص) حاضر شدند که یکی به وعده خود وفا و دیگری استنکاف کرده بود، پیامبر به سود کسی که به وعده خود وفا کرده بود، حکم کردند (کان‌النبی صلی‌الله‌علیه و آله إذا حضر عنده خصمان فتواعدا الموعده فوفی أحدهما و لم یف الآخر، قضی للذی وفی علی الذی لم یف). پیامبر(ص) هنگامی که طرفین دعوا نزدش حاضر می‌شدند و موعدی را مشخص می‌کردند و در آن موعده یک نفر حاضر می‌شد و دیگری نمی‌آمد، علیه فرد غائب قضاوت می‌کرد.

نقد و بررسی: این خبر در منابع روایی امامیه وجود ندارد و ظاهر آن هم حکم علیه کسی بوده که خلف وعده کرده است (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۹۷) و طبعاً مدعی، بیّنه ارائه کرده

۱. مقاصه و مصدر دیگر آن یعنی قصاص و تقاص در بحث‌های مالی نیز مطرح است؛ قصاص مالی یعنی «به میزان طلب خود از مدیون برداشتن» که البته ملاحظاتی دارد.

که پیامبر حکم فرموده‌اند و حکم بدون اقامه بینه محال است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳: ۶۶۸) و این اعم از مدعاست و عام هرگز بر خاص دلالت ندارد. ضمن اینکه احتمالات دیگری هم در مورد آن وجود دارد، مثل اینکه متخاصمین نزد پیامبر حاضر شده‌اند و پیامبر سخن آنها را شنیده و بینه نیز ارائه شده، اما صدور حکم به تأخیر افتاده است (سبحانی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۴۵۶) و برخی نیز حکم مزبور را در فرض امتناع از حضور مدعی علیه می‌دانند که اصلاً به مسئله غایب از حیث غایب بودن ربطی ندارد، بلکه این عنوان دیگری است و بر چنین کسی اساساً عنوان غایب صدق نمی‌کند (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۱: ۴۲۱).

- روایت ژراره: صحیح زراره از امام محمد باقر(ع): «کان علی(ع) یقول: لا یُحْبَسُ فی السجن إلا ثلاثه: الغاصب و من أكل مال الیتیم ظلماً و من اتّمن علی أمانة فذهب بها و إن وجد له شیئاً باعه غایباً کان أو شاهداً؛ فقط سه گروه در زندان حبس می‌شوند و اگر حاکم به مالی از آنها دست یابد، آن را می‌فروشد، خواه غایب باشند یا شاهد (علامه مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۰: ۲۰۵).

نقد و بررسی: این روایت هم به محل بحث مربوط نمی‌شود و اصلاً بحث از نزاع و ترافع نزد قاضی نیست و شاید در حضور هر دو حکم صادر و محکوم را زندانی و در این زمان به فروش مال او اقدام کرده باشد (سبحانی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۴۵۸).

- روایت جمیل بن درّاج: جمیل بن درّاج عن جماعة عنهما علیهما السلام قال: الغایب یُضی علیه إذا قامت علیه البینه، و یباع ماله، و یُقضی عنه دینه و هو غایب، و یكون الغایب علی حجه إذا قدّم، و لا یدفع المالُ إلى الذی أقام البینه إلا بكفلاء (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷: ۲۹۴).

نقد و بررسی: این روایت با دو سند در متون روایی نقل شده است، یکی به صورت مرسل و دیگری به صورت مسند که سلسله سند آن صحیح است (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۰: ۲۰۰). نکته شایان ذکر آنکه از آنجا که جمیل بن درّاج از اصحاب اجماع است، حتی روایت مرسله‌اش نیز در نگاه برخی فقها صحیح قلمداد می‌شود (رک: خوبی، بی‌تا، ج ۱: ۵۷؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۷۶).^۱

۱. عده‌ای بر این باورند که هر روایتی که در سند آن یکی از اصحاب اجماع باشد، موثق و صحیح است که تعداد

- روایت محمد بن مسلم: الْغَايِبُ يُقْضَى عَنْهُ إِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ وَ يُبَاعُ مَالُهُ وَ يُقْضَى عَنْهُ وَ هُوَ غَايِبٌ وَ يَكُونُ الْغَايِبُ عَلَى حُجَّتِهِ إِذَا قَدِمَ وَ لَا يُدْفَعُ الْمَالُ إِلَى الَّذِي أَقَامَ الْبَيِّنَةَ إِلَّا بِكُفْلَاءَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَلِيًّا (كلینی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۱۰۲).

در روایت جمیل عبارت «اذا لم يكن ملياً» نیامده، اما در اینجا این قید آورده شده است. بر اساس این روایت، در صورت وجود بیینه، علیه غایب حکم می‌شود، مالش فروخته و از محل آن، بدهی وی پرداخت می‌شود و گرفتن ضامن از محکوم‌له به غنی نبودن او منوط شده است.

اجماع

در زمینه مشروعیت و جواز اجمالی حکم علیه غایب، ادعای اجماع با دو قسم آن شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۲۰).

نقد و بررسی: با وجود عمومات و اطلاعات و نیز دلایل خاص، اجماع مزبور محتمل المدرك بوده و فاقد اعتبار است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۷۵).

عدم مشروعیت حکم علیه غایب

اصل عدم ولایت

مقتضای اصل عدم ولایت، اشتراط حضور مدعی علیه در دادگاه است؛ چرا که صحت قضاوت و التزام به احکام آن و ثبوت ولایت قاضی بر حکم نسبت به اشخاص دلیل می‌خواهد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۷۴) و قضاوت‌های مرسوم در بین عقلا در تشخیص حق نیز مؤید همین خواهد بود. این امر نسبت به غایب محل شک است، لذا حکم علیه غایب اولاً و بالذات جایز نیست، مگر اینکه نص خاصی در این زمینه وارد شده باشد و موضوع اصل یعنی شک را برطرف کند.

نقد و بررسی: هرچند اصل عدم ولایت مورد پذیرش فقهای امامیه است (نراقی،

آنها نیز هجده نفر است؛ نظیر زراره، محمد بن مسلم و جمیل. اصل این سخن به رجال کثی برمی‌گردد (رک: خوئی، بی تا، ج ۱: ۵۷).

۱۴۱۷: ۵۲۹؛ مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۵۵۶) گروهی از فقها اطلاقاً و عمومات سایر ادله را بر آن مقدم دانسته‌اند و لذا در حکم علیه غایب، حضور را شرط نمی‌دانند (بجنوردی، ۱۴۲۳، ج ۳: ۹۵).

روایات

- روایت ابوالبختری: ابوالبختری از امام صادق(ع) و او از پدرانش و ایشان از امیرالمؤمنین(ع) نقل کرده است که: «الغایب لا یُقَضَى علیه» (حمیری، ۱۴۱۳: ۱۴۱).

نقد و بررسی: این روایت از حیث سند مخدوش و ضعیف است؛ چرا که راوی آن یک قاضی عامی و به تعبیر ابن‌شاذان، کذاب و از دروغ‌گوترین‌هاست (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۷۹) و همه اصحاب امامیه از اطلاق این روایت اعراض و در نهایت آن را بر قضای حتمی و قطعی حمل کرده‌اند (بجنوردی، ج ۳: ۹۷) یعنی به‌گونه‌ای که دیگر حجت و دلیل غایب بعد از بازگشت مسموع نباشد، نمی‌توان علیه او حکم کرد و شاید دلیل دیگر اعراض از آن، وجود معارض برای آن بوده است و برخی نیز احتمال وجه و محملی چون آسان بودن اعلام به او برای حضور یا طول نکشیدن غیبت او را، به‌عنوان مانع حکم مطرح کرده‌اند (سبحانی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۴۵۶). محمل دیگری که برای آن امکان طرح دارد، جزمی نبودن مدعی در دعوای خود است، حال آنکه شرط مسموع بودن دعوا، جزمی بودن آن خواهد بود یا اینکه منظور، عدم جواز حکم علیه غایب از مجلس مرافعه است و به هر تقدیر در فرض معارضه، طبق نظر برخی فقها، تقدیم با شهرت فتوایی است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰: ۱۰۶).

- روایت شیخ طوسی: روایت مسندی که شیخ از محمدبن مسلم از امام صادق(ع) و در نهایت از پیامبر(ص) نقل کرده است که: «إِذَا تَقاضَى إِلَیْکَ رَجُلَانِ فَلَا تَقضِ لِلأَوَّلِ حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الآخرِ، فَإِنَّکَ إِذَا فعلتَ ذَلکَ تَبیینَ لکَ القضاء؛ وقتی دو نفر در نزد تو طرح دعوا کردند، به نفع نفر اول قبل از شنیدن سخن دیگری قضاوت نکن که اگر به این عمل کنی، قضاوت درست برای تو آشکار و روشن می‌شود (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶: ۲۲۸).

- روایت اباصلت از امام رضا(ع): «إِنَّ داوود علیه السلام عَجَلَ علی المدعی علیه

فقال: "لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعَجَتِكَ إِلَىٰ نِعَاجِهِ"، و لم يسأل المدعى البيئنة على ذلك، و لم يُقبل على المدعى عليه فيقول له ما تقول فكان هذا خطيئة رسم الحكم لا ما ذهبتم إليه؛^۱ که بیان می‌دارد حضرت داوود در امر قضاوت شتاب کرد و بدون اینکه از مدعی بخواهد بیئنه ارائه کند و سخن مدعی علیه را بشنود، درخواست او را ظلم و ناروا برشمرد، با اینکه ظاهراً درست و به حق هم قضاوت کرد و لذا وقتی متوجه شتاب خود و مراعات نکردن آیین دادرسی شد، استغفار کرد (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷: ۲۱۷).

- روایت امام رضا از امیرالمؤمنین (ع) که نقل می‌کنند که پیامبر هنگام روانه شدن حضرت به یمن، به ایشان توصیه فرمودند که: «إِذَا تَحَوَّكُم إِلَيْكُمْ، فَلَا تَحْكُم لِأَحَدٍ الْخَصْمِينَ دُونَ أَنْ تَسْأَلَ مِنَ الْآخِرِ؛ هنگام داوری، بدون پرسش از طرف دیگر دعوا حکم نکنند» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷: ۲۱۷).

- روایت عیاشی: محمدبن مسعود در تفسیرش به نحو مرسل از حضرت علی (ع) نقل می‌کند که پیامبر (ص) وقتی ایشان را با برائت‌نامه فرستاد ... فرمودند: «إِنَّ النَّاسَ سَيَتَقَاضُونَ إِلَيْكُمْ، فَإِذَا أَتَاكَ الْخَصْمَانِ، فَلَا تَقْضِ لِوَاحِدٍ حَتَّىٰ تَسْمَعَ الْآخَرَ، فَإِنَّهُ أَجْدَرُ أَنْ تَعْلَمَ الْحَقَّ؛ مردم دعاوی خود را نزد تو خواهند آورد و وقتی طرفین دعوا نزد تو آمدند، قبل از شنیدن سخن دیگری به نفع طرف او حکم نکن که این برای پی بردن به حق سزاوارتر است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷: ۲۱۷).

نقد و بررسی: روایات مزبور که مستفیض هم به‌شمار می‌روند، در تخصص فعلی و حضور طرفین ظهور دارد که هیچ فقهی به جواز چنین حکمی بدون استماع سخن طرف دیگر دعوا فتوا نداده است (رک: شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۸۷). لذا این ادله نسبت به حکم علیه غایب ساکت است و نمی‌توان با استناد به آنها از این گزاره مشروعیت‌زدایی کرد.

جمع بندی: ادله اثبات‌کننده مشروعیت قضاوت، فاقد اطلاق و همچنین ادله عدم مشروعیت ادعاشده مربوط به حاضران در دادگاه است؛ از این رو، دلایل مذکور ناظر به غایب نیستند و تنها روایت محمدبن مسلم و جمیل بن دراج مورد عمل قرار می‌گیرند و اصل عدم ولایت را تقیید می‌زنند.

گونه‌های حکم علیه غایب

از آنجا که موضوع دعوا به دو گونه مدنی و کیفری (حق الناس و حق الله) تقسیم می‌شود، این پرسش جای طرح دارد که دعوا علیه غایب، نسبت به کدام نوع از این دعاوی معتبر است. این بحث بر این مطلب مبتنی می‌شود که معیار جواز حکم علیه غایب را چه در نظر گرفته باشیم: اصل اولی عدم ولایت و اکتفا به قدر متیقن یا اصل ثانوی عمومات و اطلاعات قضا، یا احتیاط یا غیر این موارد.

حکم علیه غایب در حق الناس محض

اگر حق مورد ادعا از حقوق مردم باشد؛ چه مالی مانند دیون، ارش، مطلق عقود (معاوضی و غیرمعاوضی) و ایقاعات و چه غیرمالی مانند قصاص و جنایات، می‌توان علیه شخص غایب حکم کرد (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲: ۶۹۸) و بر این امر ادعای عدم اشکال و خلاف و اجماع فریقین شده است (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۱: ۴۲۹) زیرا افزون بر روایات ناظر به مسئله، قضاوت علیه غایب از باب احتیاط است و حقوق الناس نیز مبنی بر احتیاط هستند و باید جانب احتیاط را در آنها رعایت کرد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۲۲) و عدم حکم، مستلزم ابطال حقوق و تضرر مدعی خواهد بود (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۱: ۴۲۹). صاحب ریاض هم جواز حکم علیه غایب را در نزد امامیه و آن دسته از عامه که قائل به آنند، مختص جایی می‌داند که حق ثابت شده با بینه، حق الناس باشد و در آن هیچ‌گونه اختلافی نمی‌بیند (طباطبایی، بی تا، ج ۲: ۴۱۵). اما عده‌ای با خلاف اصل دانستن حکم علیه غایب، قدر متیقن از جواز را مورد روایت یعنی تنها دیون می‌دانند که تسری آن به سایر حقوق الناس هم تنها از باب الغای خصوصیت و مساعدت عرف امکان‌پذیر است (سبحانی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۴۵۸).

حکم علیه غایب در حق الله محض

در آن دعاوی که موضوعشان حقوق الهی محض است؛ همچون اجرای حد بر رابطه نامشروع یا مصرف مشروبات الکلی، صدور حکم غیابی جایز نیست؛ زیرا بنای شارع در این امور به دلیل غنای او، بر تخفیف و اسقاط حد بوده و همین امر مبنای قاعده ذره است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳: ۴۶۹) و لزوم توجه به جانب احتیاط در اجرای آنها و نسبت به

محکوم علیه سبب می‌شود که با اندک احتمالی، اجرای آنها به تأخیر بیفتد (مفاد قاعده ذرء؛ رک: نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۲۳؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸: ۱۶۳؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۹۸)، اما عده دیگری این تعلیل را نپذیرفته‌اند، بلکه ادله جواز قضا علیه غایب را از غیر حقوق الناس منصرف دانسته‌اند؛ چرا که اساساً حکم علیه او خلاف اصل است و باید به قدر متیقن بسنده کرد و دلیل هم به حق الناس اختصاص دارد؛ و گرنه بنای بر تخفیف، سبب اغماض از حکم به حد در صورت ثبوت آن با موازین شرعی نیست (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۱: ۴۲۹؛ سبحانی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۴۵۸). البته مطلقاً حق الله به حساب آوردن زنا و لواط مانند زنا یا به عنف یا زنا با صغیره، به حسب عواقب مالی نظیر ثبوت مهرالمثل و امور دیگر مثل فسق و مانند آن محل اشکال است.

به هر حال، متمسکان به اطلاقات و عمومات برخلاف دیگر فقها، دلیل قابل اعتنایی بر اختصاص حکم علیه غایب به حقوق الناس ندارند و فتوایشان مستند به روح نصوص و مذاق شرع بوده، لذا ادله مورد استنادشان نسبت به هر دو نوع حق مطلق است و تفکیک بین آن دو، وجهی ندارد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۸۶).

حکم علیه غایب در حقوق مشترک

مشهور فقیهان شیعه در آن دسته از دعاوی که هم جنبه حق الهی دارد و هم جنبه حق الناسی، حکم علیه غایب را نسبت به حق الناس، معتبر و نسبت به حق الله نامعتبر دانسته‌اند (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲: ۶۹۸؛ فیض، بی تا، ج ۳: ۲۵۴). بر این اساس، در دعاوی همچون سرقت، با وجود بینه، شخص محکوم به جبران خسارت مالی (غرم) می‌شود، اما به قطع دست محکوم نمی‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳: ۱۰۴).

با وجود ادعای اتفاق فقها در عدم اجرای حد (طباطبایی، بی تا، ج ۲: ۴۱۵) محقق حلی در این حکم اتفاقی تردید دارد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴: ۷۷) زیرا این دو حق، معلول یک علت هستند و نمی‌توان یکی را بدون دیگری ثابت دانست که در این صورت تخلف معلول از علت تامه لازم می‌آید (رک: طباطبایی، بی تا، ج ۲: ۴۱۵؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۲: ۲۰۶) و ظاهراً تنها کسی که در این مسئله تردید کرده، ایشان است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۲۳) و فقهای بعد از او، با طرح تردید وی به اظهار نظر پیرامون آن پرداخته‌اند.

شهید ثانی این تردید را غیرموجه می‌داند؛ زیرا عدم جریان حکم غیابی در حق‌الله به واسطه وجود مانع است نه نبود مقتضی، تا تخلف معلول (قطع دست) از علت (سرقت) لازم آید (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳: ۴۶۹؛ همچنین برای اطلاع بیشتر رک: مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۲: ۲۰۷؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۲۳؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲: ۶۹۸؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۹۹). مسالک می‌گوید: مبنای فتوای اصحاب این بوده که تخلف یکی از دو معلول از علت، به خاطر وجود مانع زیاد اتفاق می‌افتد، ولی اصل این است که اینها علل حقیقی نیستند بلکه مُعرفات احکامند^۱ و صاحب ریاض همین قول را نیکو می‌شمارد (طباطبایی، بی‌تا، ج ۲: ۴۱۵). آیت‌الله سبحانی تعبیر به وجود مانع را نمی‌پسندد و تعبیر به نبود مقتضی را ترجیح می‌دهد؛ چون اصلاً دلیلی در بین نیست (سبحانی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۴۵۹) و دیگران اصلاً این مقام را مشمول تخلف نمی‌دانند؛ چرا که در بحث سرقت، ثبوت سرقت و حضور مدعی^۲ علیه علت تامه است (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۲: ۲۰۶). در واقع ایشان هم بین علت حقیقی و معرف در عدم تخلف فرق قائل نیست، اما پاسخ مسئله را متفاوت بیان می‌کند. همان‌طور که در اقرار محجور نسبت به عدم ثبوت مال و ثبوت قطع همین مطرح است و برخی دیگر نیز علل شرعیه را علل حقیقی نمی‌دانند؛ بلکه معرفات احکام یعنی علایم احکام می‌دانند (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۱: ۲۶۸؛ آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۱: ۴۳۰). در جواب گفته شده است که علل شرعیه بعد از جعل مانند علل عقلیه و در حکم علت تامه اند (یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۴۷) و برخی نیز مجموع ثبوت سرقت به انضمام حضور مدعی^۳ علیه را علت قطع می‌دانند (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲: ۶۹۸) که در واقع اختلاف در اینجا به دلیل اختلاف علت‌هاست، مشروط بر اینکه مبنا، قاعده درء باشد و لذا فقط در مورد قطع حکم نمی‌شود، وگرنه فسق و مانند آن نیز ثابت می‌شود؛ زیرا بدیهی است که دلیل خاصی در مورد اشتراط حضور در داوری علیه غایب در حقوق‌الله وجود ندارد،

۱. منظور از مُعرفیت علامتی است که شارع به‌عنوان دلیلی بر حکم قراردادده است؛ به این معنا که کسانی که اهلیت تشخیص و شناخت حکم را دارند، وقتی آن را بدانند به ثبوت حکم الهی در آن واقعه پی می‌برند و به تعبیر دیگر معرفات، علل وجود ذهنی اشیا هستند برخلاف علل عقلیه که علل وجود خارجی اشیا هستند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۲: ۲۰۷؛ مراغی، ۱۴۱۷، ج ۱: ۲۶۸).

به‌ویژه اینکه جمعی نیز به عموم ادله استناد کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۲۳). در هر حال، چه علل شرعیه را معرفات احکام بدانیم و چه علل حقیقیه و عقلیه، بعد از جعل شارع، در حکم علل عقلیه خواهند بود که در ما نحن فیه مجموع بیّنه و حضور مدعی^۱ علیه علت قطع دست است.

مخفی نیست کسانی که قائل به اصل عدم جواز قضا علیه غایب شده‌اند، در اینجا نیز فقط حق الناس را ثابت می‌دانند (سبحانی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۴۵۸) و در این صورت جمع بین دو احتیاط و اعمال دو قاعده (ذره و ولایت) هم تحقق یافته است (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۱: ۴۳۰).

جمع بندی: تعیین نوع دعوا بر این مبتنی است که معیار جواز حکم، چه چیزی در نظر گرفته شده باشد؛ اگر احتیاط باشد، حق الله احتیاط‌بردار نیست؛ چون بنای شارع بر اسقاط و تخفیف است؛ ولی اگر اصل عدم ولایت [و عدم نفوذ حکم در موارد مشکوک] باشد، باید در موارد خلاف اصل به قدر متیقن یعنی به دیون [و حق الناس] بسنده کرد و لذا اصلاً در مورد حق الله دلیلی بر جواز حکم نداریم و اگر هم با پذیرش اصل اولی آن را محکوم اصل ثانوی مستفاد از اطلاقات و عمومات حکم بر اساس بیّنه و حق دانستیم، نباید به قدر متیقن تمسک کرد و بین دو نوع حق تفکیکی قائل شد.

شرایط حکم علیه غایب

هیچ فقهی مشروعیت حکم علیه غایب را به صورت مطلق نپذیرفته است، بلکه شروطی را در آن معتبر می‌دانند، نظیر اخذ کفیل، الزام به ادای سوگند که برخی فقط کفالت را مشروع و عده‌ای سوگند را نیز الزامی دانسته‌اند و عده دیگری سوگند را جایگزین کفیل قلمداد کرده‌اند.

اخذ کفیل از محکوم^۲ له

روایت تصریح دارد که شرط پرداخت طلب مدعی از اموال مدعی^۳ علیه غایب، گرفتن کفلاء است؛ مگر اینکه مدعی، مالدار و متمکن باشد و مقتضای جمع بین دو خبر همین است و چه بسا مناط، اطمینان از متضرر نشدن مدعی^۴ علیه باشد (یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۴۷) و علتش این است که غایب موقع بازگشت و ابطال دعوا بتواند برای گرفتن حقتش به او رجوع کند (ابن سعید، ۱۴۰۵: ۵۲۷). حتی برخی به منظور حفظ حقوق مدعی^۵ علیه و متضرر نشدن وی،

بر قاضی لازم دانسته‌اند به مقدار مورد دعوا، او را از معامله بازدارد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۸۳). گُفلاء جمع کفیل و به معنای ضامن (ضامن) است (طریحی، ۱۴۱۶، ج ۵: ۶۶۲). لذا مراد از کفالت در اینجا ضامن است؛ چون در فرض اعسار مدعی، کفالت به معنای آن تعهد به نفس - به دلیل عدم تمکن از پرداخت - بی‌فایده خواهد بود (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹: ۱۲۲) و صاحب جواهر نیز ظاهر را همین می‌داند؛ چرا که استظهار و احتیاط تام با آن محقق می‌شود و عدم اشتراط فلائت [= توانایی مالی] محکوم‌له در یکی از دو خبر مشعر به لزوم اخذ ضامن است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۰۴). هر چند استفاده اشتراط تعدد [کفیل] از این واژه امکان دارد، کسی قائل به آن نشده و جمع به کاربردش به اعتبار موارد آن است؛ لذا تعدد شرط نیست (گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۳۴۸؛ مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۹: ۵۰۹) و صاحب جواهر هم بعد از ادعای عدم قائل به آن، استعمال جمع در این مقام را ظاهر در جنس می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۰۳).

نسبت‌سنجی سوگند و کفالت

عده‌ای از فقها سوگند را بدیل و عوض کفیل دانسته‌اند (رک: نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۰۳) و برخی دیگر نیز اعتبار سوگند به‌همراه بینه را به مشهور نسبت داده‌اند؛ مگر در صورت تعذر ادای سوگند مانند جایی که مدعی، وکیل صاحب حق است که در این صورت تکفیل معتبر است و کسانی که یمین را واجب ندانسته‌اند، حتماً تکفیل را لازم شمرده‌اند (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲: ۶۹۸) هر چند خود صاحب کفایه عمل به دو روایت جمیل و محمدبن مسلم را موجه می‌داند. عده‌ای نیز نفس جایگزینی اخذ کفیل نسبت به سوگند را، اجتهاد در مقابل نصی می‌دانند که مورد عمل اصحاب نیز واقع شده است (طباطبایی، بی‌تا، ج ۲: ۴۱۵). شهید ثانی در مسالک بدون اظهار نظر در این زمینه، وجود هر دو را احتیاط و استظهار می‌داند که البته محتاج دلیلند (به نقل از: نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۰۳). اما حق آن است که سوگند و کفیل نسبتی با هم ندارند؛ به این معنا که لزوم هر یک، دیگری را نفی نمی‌کند. صاحب جواهر نیز منافاتی بین سوگند و احتیاط ناشی از الزام به ضمانت نمی‌بیند؛ چرا که در هر حال غایب بر حجت خود باقی است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۰۳) و طبق ادله، اخذ کفیل و ضامن الزامی است و این هیچ منافاتی با سوگند خوردن مدعی ندارد.

مشروعیت سوگند

برخی از فقها علاوه بر ارائه بینه در جواز حکم علیه غایب، سوگند مدعی مبنی بر بقای حق و عدم دریافت آن از مدعی علیه غایب یا ابرا و اسقاط آن را لازم دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۴۵۴). این قول ظاهراً ناشی از گمان تمامیت دعوا با سوگند است که مقتضی نفی تمام احتمالات خواهد بود، اما سوگند، صحت دعوی غایب را ساقط نخواهد کرد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۰۳). به نظر می‌رسد منشأ تردید و اختلاف در انضمام سوگند به قیام بینه علیه غایب، قیاس او با میت در عدم لسان جواب در برائت و دفاع از خود است و همین قول اکثر، بلکه مشهور است (یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۷۹؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۰۱). پوشیده نیست که در دعوا علیه میت، سوگند استظهاری^۱ مدعی مبنی بر عدم دریافت حق، خود بر طبق روایت (مجلسی، ۱۴۰۴، ج ۲۴: ۲۴۵) ضروری است و تمام فقها نیز به آن قائل شده‌اند. این عده مناط در میت را همان چیزی می‌دانند که در روایت به آن اشاره شده و آن عدم لسان میت و قدرت بر دفاع نداشتن از خود است. برخی ادعا کرده‌اند که سخن قائلان به لزوم سوگند در دعوی علیه غایب، از باب قیاس نیست، بلکه ملاحظه علت منصوص و اتحاد طریق دو مسئله است (رک: شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳: ۱۰۵) و در هر موردی که مدعی، قدرت دفاع از خود را ندارد، مانند کودک، میت و غایب، سوگند لازم است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸: ۱۲۹ و ج ۷: ۲۴۰؛ آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۱: ۴۳۰) چرا که امکان دارد شهود از واقع بی‌خبر باشند که البته در این صورت بعد از بازگشت غایب و درخواست تحلیف مدعی، تجدید تحلیف در میان نخواهد بود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸: ۱۲۹) و حق هم همین است، هر چند عده‌ای به خلاف این قائلند (رک: آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۱: ۴۳۱). اما در مقابل عده‌ای نیز با نسبت دادن اعتبار یمین به بعضی از اصحاب، آن را نپذیرفته‌اند (ابن سعید، ۱۴۰۵: ۵۲۷).

دلیل قائلان به عدم انضمام این است که معقد نص و فتوا، میت است و قیاس با او ممنوع

۱. استظهار از ظهر و به معنای پشتوانه و احتیاط است و مورد چنین سوگندی (سوگند استظهاری یا احتیاطی) دعوا علیه میت است که بعضی آن را به دعوا علیه صبی، مجنون و غایب نیز تعمیم داده‌اند.

خواهد بود و صاحب جواهر همین را شبه می‌داند؛ به دلیل ظهور روایت جمیل ولو به واسطه اطلاق در لازم نبودن سوگند و بر فرض معارضه این دو روایت و روایات میت و نبود مرجح، باید به عموماً اخبار حجیت بینة بدون سوگند رجوع کرد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۰۱). ضمن اینکه امکان اقامه حجت توسط غایب بعد از بازگشت، مشعر به تفاوت او با میت است و صبی و مجنون نیز بعد از بلوغ و افاقه این گونه‌اند. صاحب تکمله نیز لزوم سوگند را خلاف قاعده می‌داند که باید به قدر معلوم، یعنی میت بسنده کرد و دلیل دیگر این بوده که علت سوگند، عدم لسان به صورت مطلق است، نه نبود لسان فعلی. به علاوه، این علت یعنی احتمال ادا در مورد کودک و مجنون منتفی است؛ چون اصلاً احتمال ادا در مورد آنها داده نمی‌شود و به فرض ادا هم اصلاً صحیح نیست و لذا طرف دعوا در این دو ولی آنهاست که زنده و صاحب لسان است و قید «علی حجته» نیز مائز و فارق غایب با میت است و لذا اقوی، عدم اتحاد طریق دو مسئله و عدم الحاق خواهد بود (یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۷۹) و علاوه بر نبود دلیل، ادله خاص در مورد غایب، خالی از ذکر سوگند است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۸۵).

به هر حال در صورت اعتبار یمین و وکیل بودن مدعی، سوگند وکیل معتبر نیست و بعد از سپردن ضمانت، حق به وی تسلیم می‌شود؛ اما غایب در صورت بازگشت، ملزم به ادای سوگند است (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۴۵۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۰۳).

دلیل دیگر بر عدم وجاهت شرعی الزام به سوگند، این است که مؤمنان از قسم خوردن به اسم جلاله (هرچند حق باشد) بر حذر داشته شده‌اند و تارکان آن مدح شده‌اند، در بحث رد یمین و نکول نیز همین امر مطرح است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳: ۹۵).

البته اگر خود مدعی راضی به ادای قسم باشد، اختلافی نیست که جانب احتیاط مراعات و سوگند داده شود (طباطبایی، بی تا، ج ۲: ۴۱۵).

مستند حکم

از دو روایت جمیل و محمدبن مسلم معلوم می‌شود که جواز حکم علیه غایب، به بینة و شاهد داشتن مدعی منوط است و اطلاق سایر روایات (بر فرض که کسی آنها را بپذیرد) با آن مقید می‌شود. اما ثبوت جواز حکم با علم قاضی و نیز با مجرد سوگند بین فقها، کمتر مورد بحث واقع شده است.

مورد نصوص و روایات، وجود بیّنه است و غیر آن را شامل نمی‌شود. اما اگر می‌توان علم قاضی را از حیث اعتبار، در ردیف بیّنه و بلکه بالاتر از آن دانست؛ زیرا اماره که موجب ظن است، حجیتش با جعل و تتمیم شارع ثابت شده، اما علم خود ذاتاً حجت است و مقصود روایت از ذکر بیّنه بیان جهت انحصار مستند قضایی به آن نبوده است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۷۸). لکن اگر کسی بدون هیچ‌گونه بیّنه و اماره و مستند قضایی، علیه غایب طرح دعوا کند، ظاهراً دعوایش مسموع نخواهد بود تا اینکه غایب بازگردد و با درخواست مدعی، حاکم او را سوگند دهد.

انکار حق

برخی شرط مسموع بودن دعوا را ادعای انکار حق توسط مدعی علیه می‌دانند؛ چون ظاهر ادله، اختصاص قضا به صورت تحقق خصومت و مشاجره است. مراد آنها، علم به انکار حق توسط مدعی علیه است (رک: آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۱: ۴۲۲؛ علامه حلی، بی‌تا، ج ۲: ۱۸۷). در پاسخ این طایفه از فقها باید گفت ادله حکم علیه غایب اطلاق دارد و لذا حق، عدم اشتراط آن است و مستند آنها نظیر «انما أفضی بینکم» (علامه مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۰: ۳۹) مدعیان را ثابت نمی‌کند تا با اطلاق ادله معارضه کند و مؤید آن جواز اقامه دعوا علیه صغیر، مجنون، میت و ... است که هیچ‌گونه جحد و انکاری از ناحیه آنها مطرح نیست. برخی با اذعان به اینکه شرط شنیدن دعوا علیه غایب، به دلیل اطلاق نص و فتوی، ادعای انکار یا عدم انکار مدعی علیه نیست، اما قائلند که اگر اعتراف به اقرار او کند و مخاصمه‌ای در بین نباشد، دعوا مسموع نیست و حکم نمی‌شود؛ زیرا قضا، فصل (فیصله دادن) خصومت است؛ حال آنکه خصومتی در بین نیست. اما به آن می‌توان چنین پاسخ داد که مدعی با اقرار به عدم انکار مدعی علیه غایب، به واسطه تأخیر در رسیدن به حقیقت متضرر می‌شود و از همین رو به دادگاه رو آورده است تا مانع زیان خود شود و چه بسا وصف غیبت زائل نشود (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۸۳) لذا مطلقاً علم و جهل به انکار حق، موضوعیت ندارد و مانع حکم نیست.

واخواهی غایب نسبت به حکم غیابی

حاکم همان‌طور که بر طبق ادله لازم است حق اعتراض غایب را محفوظ بداند، باید از

حیث غایت نیز برای واخواهی وی بعد از بازگشت، مدت تعیین کند؛ زیرا قائل شدن به استمرار حق اعتراض، نامعقول و بی‌معناست (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۸۱). مدتی که حاکم برای اعتراض مدعی علیه در نظر می‌گیرد، باید با ملاحظه عرف باشد؛ یعنی یک بازه زمانی که عرفاً مدعی علیه بتواند به حکم اعتراض کند و تعیین آن با حاکم است.

نتیجه‌گیری

تنها روایت مقبول و مورد عمل در مسئله جواز حکم علیه غایب، روایت محمدبن مسلم و جمیل بن دراج است و برخی از دیگر اخبار مورد استناد فقها، عامی و چند مورد از آنها نیز مشعر به عدم جواز حکم هنگام تخصص فعلی و حضور طرفین بدون شنیدن کلام مدعی علیه هستند که فقها نیز به اجماعی بودن عدم جواز حکم در این حال تصریح کرده‌اند. با محوریت اصل عدم ولایت و دو روایت مزبور، در قضاوت علیه غایب، باید به قدر متیقن یعنی به دیون و سایر حقوق الناس بسنده کرد و لذا در مورد حق الله بر جواز حکم دلیلی نداریم، نه اینکه دلیل، احتیاط، تخفیف، اسقاط و قاعده درء باشد و الزام محکوم له به سوگند در راستای تأمین منافع غایب (یعنی کسی که در شهر حضور ندارد و امکان حضور و احضار وی در کوتاه مدت وجود ندارد) وجه شرعی ندارد و گرفتن تضمین از او کافی است.

منابع

* قرآن کریم.

۱. آشتیانی، میرزا محمد حسن (۱۴۲۵ ق). کتاب القضاء (للاشتیانی ط - الحديثه)، ج ۱، قم: انتشارات زهیر - کنگره علامه آشتیانی قدس سره.
۲. اردبیلی، احمد (۱۴۰۳ ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۱۲، محقق / مصحح: آقا مجتبی عراقی - علی پناه اشتهااردی، آقاحسین، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ ق). القضاء و الشهادات، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۴. بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ ق). القواعد الفقهیه، جلد ۳، محقق / مصحح: مهدی مهریزی - محمد حسن درایتی، قم: نشر الهادی.
۵. جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۴۱۰ ق). الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیه، ج ۲، بیروت: دارالعلم للملایین.
۶. حائری طباطبایی، سید علی (۱۴۱۳ ق). ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل، ج ۲، قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت(ع)؛ طبع القدیمة.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ق)، تفصیل وسائل الشیعه إلی تحصیل مسائل الشریعه (وسائل الشیعه)، ج ۲۷، محقق / مصحح: گروه پژوهش مؤسسه آل‌ال‌بیت(ع)، قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت(ع).
۸. حلی، ابن سعید (۱۴۰۵ ق). الجامع للشرائع، مصحح: جمعی از محققان تحت اشراف جعفر سبحانی، قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمیه.
۹. حلی (محقق)، نجم‌الدین (۱۴۰۸ ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، محقق / مصحح: عبدالحسین محمد علی بقال، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۰. حلی، جمال‌الدین (۱۴۰۷ ق). المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، ج ۴، محقق / مصحح: مجتبی عراقی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۱۱. حلی، حسن (بی‌تا). *تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - القديمة)*، ج ۲، مشهد: مؤسسه آل‌البيت(ع).
۱۲. حلی، حسن (۱۴۱۳ ق). *قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام*، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۳. _____ (۱۴۱۳ ق). *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة*، ج ۸، محقق / مصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۴. حمیری، عبدالله بن جعفر (۱۴۱۳ ق). *قرب الإسناد (ط - حدیثه)*، قم: مؤسسه آل‌البيت(ع).
۱۵. خویی، سید ابوالقاسم (بی‌تا). *معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرجال*، بی‌جا: بی‌نا.
۱۶. سبحانی، جعفر (۱۴۱۸ ق). *نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الاسلامیه الغراء*، ج ۱، قم: مؤسسه امام صادق(ع).
۱۷. صدر، سید محمد (۱۴۲۰ ق). *ماوراء الفقه*، ج ۹، بیروت: دارالأضواء للطباعة و النشر و التوزیع.
۱۸. صاحب‌بن‌عباد، اسماعیل (۱۴۱۴ ق). *المحیط فی اللغة*، محقق / مصحح: محمد حسن آل‌یاسین، ج ۹، بیروت: بی‌نا.
۱۹. طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ ق). *مجمع البحرین*، ج ۵، محقق / مصحح: سید احمد حسینی، تهران: کتابفروشی مرتضوی.
۲۰. طوسی، ابوجعفر، محمدبن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج ۸، محقق / مصحح: سید محمد تقی کشفی، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
۲۱. طوسی، ابوجعفر، محمدبن حسن (۱۴۰۷ ق). *تهذیب الأحکام*، ج ۶، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۲۲. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین (۱۴۱۳ ق). *مسالك الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام*، ج ۱۳، محقق / مصحح: گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامی، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.

۲۳. _____ (۱۴۱۰ ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلانتر)*، ج ۳، قم: کتابفروشی داوری.
۲۴. عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ ق). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - الحدیثه)*، ج ۱۸، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۵. عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی (۱۴۱۴ ق). *غایه المراد فی شرح نکت الإرشاد*، ج ۴، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۶. فیض کاشانی، محمد (بی تا). *مفاتیح الشرائع*، ج ۳، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۲۷. کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۰۷ ق). *الکافی (ط - الاسلامیه)*، محقق / مصحح: علی اکبر غفاری، جلد ۲ و ۵، چاپ چهارم، قم: دارالکتب الإسلامیه.
۲۸. گلپایگانی موسوی، سید محمد رضا (۱۴۱۳ ق). *کتاب القضاء*، ج ۱، قم: دارالقرآن الکریم.
۲۹. لنکرانی، محمد فاضل موحدی (۱۴۲۰ ق). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - القضاء و الشهادات*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۳۰. مجلسی دوم، محمد باقر (۱۴۰۴ ق). *مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول*، ج ۲۳ و ۲۴، چاپ دوم، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۳۱. _____ (۱۴۰۶ ق). *ملاذ الأخبار فی فهم تهذیب الأخبار*، ج ۹ و ۱۰، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۳۲. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ ق). *قواعد فقه*، ج ۳، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۳. محقق سبزواری، محمد باقر (۱۴۲۳ ق). *کفایة الاحکام*، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۴. مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ ق). *العناوین الفقهیة*، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۳۵. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۳ ق). *فقه القضاء*، ج ۲، چاپ دوم، قم: بی‌نا.
۳۶. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ ق). *جواهر الکلام فی شرح الشرائع الاسلام*، ج ۴۰، محقق / مصحح: عباس قوچانی - علی آخوندی، چاپ هفتم، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۳۷. نراقی، احمد (۱۴۱۷ ق). *عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۸. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی (۱۴۱۴ ق). *تکملة العروة الوثقی*، ج ۲، قم: کتابفروشی داورى.