

## تجویز رسیدگی غیابی

عزیز الله احمدی

### چکیده

حضور طرفین دعوا در زمان دادرسی همانند دو بالی است که برای سیر بسوی ختم دادرسی ضروری است، اما گاه اتفاق می افتد که یکی از طرفین دعوا به هردلیلی در جلسه دادرسی حضور ندارد و نمی تواند از خودش دفاع نماید و از طرفی اگر دادگاه تشکیل نگردد شاکی متضرر می شود لذا در فقه، رسیدگی غیابی مخالفان و موافقانی دارند که مشهور جواز آن را مخصوصا در حق الناس مورد تاکید قرار داده اند و راه جبران ضرر محکوم علیه نیز واخواهی است که در صورت داشتن ادله بر بی گناهی خود می تواند حق خود را از شاکی بازستاند به ویژه که براساس برخی روایات که ضامن نیز از شاکی گرفته می شود. علاوه بر اینکه در فقه تفکیکی بین حق الله و حق الناس صورت نگرفته اما در حقوق چنین تفکیک انجام شده و در حق الناس دادرسی غیابی پذیرفته شده است .

کلید واژه: حکم غیابی، دادرسی غیابی، واخواهی، واخوا

## مقدمه

زندگی اجتماعی بشر به گونه‌ای است که همواره محل تعارض منافع افراد بوده و خصومت‌های را به وجود می‌آورد لذا لازم است این خصومت‌ها به گونه حل و فصل گردد تا آنجا که یکی از اهداف انبیاء الهی نیز همین تعیین شده است امروزه نیز از وظایف نظام قضائی هر کشور است که به اختلافات افراد جامعه رسیدگی نمایند و حق مظلومان را از ظالمان باز ستاند. برای رسیدن هر چه بهتر و عادلانه‌تر به این هدف نظام دادرسی برای خودش مقررات را در دستور کار قرار داده‌اند. از جمله در نظام قضائی جمهوری اسلامی ایران و افغانستان یکی از شرایط رسیدگی عادلانه در دعاوی حضور طرفین دعوا در محکمه می‌باشد تا هرکدام بتواند به صورت برابر از حق خودش دفاع نماید و در صورتی که برای خود صاحب دعوا حضور در دادگاه مقدر نباشد گرفتن وکیل و نیز فرستادن لایحه، به اساس قوانین موضوعه مورد تایید قرار گرفته است. اما اگر مواردی اتفاق بیفتد که مدعی علیه در جلسه دادرسی حضور نداشته باشد از یک طرف مدعی علیه نمی‌تواند از حق خویش دفاع نماید و از طرفی هم اگر او به هر دلیلی در جلسه دادرسی شرکت نتواند و یا نخواهد شرکت نماید با این کارش ممکن است حقی از مدعی ضایع گردد، به همین علت یکی از موارد که اختلاف آرا بین فقهای اسلام گردیده که اگر یکی از اصحاب دعوا حضور نداشته باشد چنین محاکمه مشروعیت دارد یا نه؟ در این زمینه حد اقل دودیدگاه مطرح است و هرکدام برجواز و عدم جواز چنین محاکمه به ادله تمسک بسته‌اند طرفداران جواز معتقدند در صورت فراهم بودن بقیه شرایط؛ قاضی می‌تواند حکم صادر نماید و این که متهم حضور ندارد با برخورداری از حق اعتراض به حکم غیابی که از آن تعبیر به واخواهی می‌گردد از این که در موقع دادرسی حضور نداشته و نتوانسته از حق اش دفاع نماید می‌تواند با ارائه دلیل از حق خواهی اش برخوردار گردد، البته جزئیات و زمان بندی دقیق آن نیز امروزه در قانون موضوعه مصوب گردیده است.

به عبارت فنی تر می توان گفت: حضور طرفین نزاع در دادرسی و صدور حکم با توجه به مناقشات طرفین، لازمه‌ی اجرای عدالت است. از سوی دیگر خواننده و عدم دسترسی به او، دادرسی و حکم نتیجه‌ی آن را متزلزل می گرداند. در جمع این دو مصلحت باید گفت که حقوق خواننده‌ی غایب را می توان با اعطای حق شکایت به وی جبران کرد؛ اما نزاع در هر صورت باید خاتمه یابد؛ در واقع، حل و فصل خصومت جایگزینی ندارد. از سوی دیگر لزوم شناسایی اقتدار دادگاه در غیاب خواننده، صدور حکم غیابی را توجیه و تجویز می کند. امروزه حق واخواهی از آرای غیابی یکی از حقوق شناخته شده ملی و بین المللی برای متهمان محسوب می شود. منصفانه بودن دادرسی، اصل تناظر، برابری صلاح ها و حق دفاع برابر، ایجاب می نماید تا متهم در صورت غیبت در جلسه دادرسی، این حق را داشته باشد که به حکم غیابی اعتراض نماید. ضمن اینکه مهمترین مبنای این حق، اصل رعایت حقوق دفاعی می باشد<sup>۱</sup>

می توان گفت حق واخواهی از این حق از ان جهت دارای اهمیت است که در مراحل قبل از محاکمه ممکن است تحقیقات صورت گرفته و ادله جمع آوری شده دارای نواقصی باشد ، لذا چنانچه دادگاه بدون حضور متهم و ایجاد مانع در این خصوص، به اتهام متهم رسیدگی نماید امکان اینکه محکمه بصورت یک طرفه صورت پذیرد زیاد است و در واقع حق دفاع از متهم، بدین صورت سلب خواهد شد. در واقع حق بر واخواهی و اعتراض به حکم صادره باید به عنوان بخشی از فرایند دادرسی عادلانه و به عنوان یک اصل مهم مورد قبول قرار گیرد.

در مجموع شاید بتوان در باره آثار مثبت مجازات مجرمان تردید کرد، اما در باره آثار زیان بار مجازات محکومان بی گناه به هیچ وجه نمی توان تردید یا تأمل کرد. «واخواهی یکی از مهمترین راه های پیشگیری از تحمیل مجازات بر متهمان بی گناه و آثار زیان بار ناشی از آن است. حتی در شرایطی که صلاحیت، استقلال و بی طرفی دادگاه محرز است و

دیگر تدابیر و معیار های مربوط به یک محاکمه عادلانه نیز رعایت شده، نمی توان ضرورت و اخواهی در احکام را نفی نمود؛ چرا که اشتباه قضائی یا قانونی دادگاه همیشه ممکن است، و همین امکان اشتباه به تنهایی برای توجیه چنین ضرورتی کافی است. این احتمال همیشه وجود دارد که آن چه دادگاه حکم می کند مطابق واقع و قانون نباشد، لذا عدالت اقتضاء دارد که امکان و اخواهی برای افراد فراهم گردد.<sup>۲</sup>

### **فصل اول : جواز رسیدگی غیابی و ادله آن**

مهمترین منابعی که در احکام اسلامی به آنها استدلال می شود عبارت اند از: کتاب، سنت، اجماع و عقل. (در این نوشتار از مجموع ادله اربعه به سه تای اولی بسنده شده است) در اینکه محاکمه غیابی متهم بدون حضور وی مشروعیت دارد یا ندارد حد اقل دو دیدگاه مطرح گردیده که یک دیدگاه، بلکه نظر مشهور جواز چنین محاکمه ای است و دیدگاه دوم برخلاف دیدگاه اولی رسیدگی به پرونده اتهامی بدون حضور متهم را جایز نمی داند و هرکدام برای اثبات نظریه شان به ادله ی استدلال جسته که در این فصل به دیدگاه اول پرداخته می شود، و کسانی که طرفدار چنین رفتاری با متهم هستند به منابع مذکور استدلال نموده اند، لذا به اختصار به تبیین این دیدگاه در این قسمت پرداخته شده است.

#### **۱) اجماع**

یکی از ادله ک برای جواز محاکمه غیابی به ان استدلال شده اجماع می باشد(در اینکه اجماع به صورت مستقل دلیل محسوب می گردد و یا اجماع منقول دلیل به حساب می آید در جای خودش باید مورد بررسی قرار گیرد) به هر حال فعلا به عنوان دلیل مستقل در کنار دیگر ادله به عنوان قسیم یکی از ادله مطرح می باشد. و فقهای بسیاری جواز دادرسی را غیابی را به مشهور در کتب شان نسبت داده اند که به برخی از فقها از اشاره می شود:

شیخ طوسی در کتاب الخلاف اجماع فقهای شیعه و سنی را ادعا نموده و بیان داشته :

«القضاء علی الغائب فی الجملة جائز و به قال الشافعی و مالک و الأوزاعی و اللیث بن سعد

و ابن شبرمه. و قال ابن شبرمه: أحکم علیه و لو كان خلف حائط و به قال أحمد و إسحاق...و تحقیق هذا أن القضاء على الغائب جائز بلا خلاف... دلیلتنا: إجماع الفرقة و أخبارهم»<sup>۳</sup>

شهادت ثانی نیز فرموده است: «ثم إن كان غائباً عن البلد قضى عليه باتفاق أصحابنا، سواء كان بعيداً أم قريباً و كذا لو كان حاضراً في البلد و تعذر حضوره في مجلس الحكم إما قصداً أو لعارض.»<sup>۴</sup>

یکی دیگر از فقهای صاحب نام شیعه مشروعیت دادرسی غیابی را فاقد اختلاف دانسته بلکه اجماع منقول و محصل را در مورد آن ثابت دانسته است: «الذی لا إشکال و لا خلاف بیننا فی مشروعیة الحكم علیه فی الجملة بل الإجماع بقسمیه علیه.»<sup>۵</sup>

صاحب مجمع الفائده از فقهای معاصر نیز جواز این نوع دادرسی را به مشهور فقهای شیعه و برخی فقهای اهل سنت نسبت داده است «المشهور عند علمائنا و بعض العامة جواز الحكم على الغائب عن مجلس الحكم، سواء كان غائباً عن البلد أو حاضراً، قادراً على حضور مجلس الحكم أم لا.»<sup>۶</sup>

آیت الله خوئی از فقهای صاحب نام شیعه علاوه بر اصل مشروعیت محاکمه غیابی توضیح می دهد که اگر حضور متهم در جلسه دادرسی امکان نداشته باشد و مدعی بینه داشته باشد قاضی می تواند بر اساس بینه حق شاکی را از متهم بگیرد و به مدعی بدهد (در امور مدنی و مالی) و از شاکی ضامن نیز اخذ نماید در صورت که بعداً متهم حاضر شود و با دلیل ثابت کند که شاکی حقی به گردن او نداشته می تواند مال خودش را از شاکی برگرداند. «إذا طالب المدعی حقّه، و كان المدعی علیه غائباً، و لم یمكن إحضاره فعلاً، فعندئذٍ إن أقام البینة علی مدّعه حکم الحاكم له بالبینة و أخذ حقّه من أموال المدعی علیه و دفعه له و أخذ منه كفیلاً بالمال. و الغائب إذا قدم فهو علی حجّته، فإن أثبت عدم استحقاق المدعی شیئاً علیه استرجع الحاكم ما دفعه للمدعی و دفعه للمدعی علیه.»<sup>۷</sup>

مرحوم آیت الله فاضل لنکرانی طی استفتائی که سوال شده در موارد که متهم چندبار در دادگاه احضار می گردد و وی حاضر نمی شود، آیا غیابا محکوم می گرد یا نه؟ و آیا چنین محاکمه ای مشروعیت دارد یا نه؟ پاسخ می دهد در صورت که اتهام در مورد حق الناس باشد و شاکی دلیل متقن داشته باشد جایز است اما اگر متهم بعدا بر بی گناهی اش دلیل ارائه نماید دلیل اش شنیده می شود و می تواند حق اش را برگرداند « فی الموارد التي لا يحضر المتهم بعد الإنذار المكرر في المحكمة، هل يمكن إصدار الحكم الغيابي بحقه أم لا؟ و هل يكون هذا الحكم شرعياً؟ الجواب: نعم، الحكم على الغائب في حقوق الناس، و مع وجود البينة صحيح و مشروع، و لكن يحق للمتهم الغائب الحضور بعد ذلك و إقامة البينة و يُسمع حديثه. »<sup>۸</sup>

## ۲) اطلاعات

دلیل دوم که بر جواز محاکمه غیابی بر آن استدلال شده است عبارت از اطلاعات است یعنی این که با این دو دلیل مهم یعنی آیات و روایات بیان می دارد که هر کس بینه و دلیل داشته باشد قاضی باید بر اساس ادله حکم نماید اما در این که متهم در جلسه دادرسی حاضر باشد یا نباشد فرقی از این جهت برای قاضی نباید وجود داشته باشد بلکه ملاک و معیار بینه می باشد.<sup>۹</sup> یکی از فقها با توجه به این گونه اطلاعات جواز محاکمه غیابی را توضیح داده که: اقتضای برداشت از کلام نورانی معصوم (ع) ملاک قاضی درست کار این است که وی حکم الهی را می داند و بر اساس آن متهم را محاکمه و حکمش را اعلام می دارد و نیز آن گونه که رسول اکرم (ص) بیان داشته: شناخت مدعی از منکر این است که هر کس مدعی چیزی است باید دلیل ارائه نماید و هر کس منکر است یا ادعای مدعی را بپذیرد و یا قسم بخورد، این فرمایش پیامبر اکرم (ص) که به عنوان قاعده و ملاک تشخیص مدعی و منکر قرار گرفته است، بیان می دارد هر کس را عرف مدعی و منکر تشخیص دهد و قاضی واجد شرایط قضاوت بر اساس بینه شان حکم الهی را بیان نماید آن حکم نافذ است. اما

اینکه حتما متهم در جلسه دادرسی حضور داشته باشد بجز موارد خاص لازم نیست بلکه مهم ادله‌ی طرفین و وجود قاضی واجد شرایط برای قضاوت است. بنابر این محاکمه غیابی مشروعیت دارد و دلیل آن نیز اطلاق آیات و روایات است. «و لکن مقتضی إطلاق قوله علیه السلام: «رجل قضی بالحقّ و هو یعلم»<sup>۱۱</sup> و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى، وَ الْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»<sup>۱۱</sup> هو نفوذ الحكم إذا صدق عليهما عرفا المدعى و المنكر، و كان الحكم حقاً و مما أنزل الله، فالعمدة في نفوذ الحكم هو صدق المدعى و المنكر على المتخاصمين عرفاً، و أن يكون الحاكم - أى المجتهد الجامع للشرائط - حكماً بحكمهم عليهم السلام إلا أن يدل دليل خاص على اعتبار أمر آخر، من حضور المدعى عليه فى مجلس الحكم و عدم غيابه، أو السؤال عنه بعد إقامة المدعى للبيّنة، و أمثال ذلك. و فيما نحن فيه - أى جواز الحكم على الغائب - لا دليل على اعتبار الحضور، بل ظاهر الأخبار المتقدمة صحّة الحكم و نفوذه على الغائب»<sup>۱۲</sup>

یکی دیگر از فقها بعد از بحث فروان در این زمینه در نهایت به این نتیجه می رسد که دادرسی متهم غایب از جلسه دادرسی در صورت که باقی شرایط محاکمه عادلانه فراهم باشد جایز می باشد «...جواز الحكم على الغائب مطلقاً»<sup>۱۳</sup>

«المشهور أنه يجوز الحكم على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً، مسافراً كان أو حاضراً للعمومات الآتی ذکرها و هو مذهب أكثر أهل العائمة كالشافعی و مالک و أحمد و جماعة من الفقهاء و خالف فيه أبو حنيفة»<sup>۱۴</sup>

### الف) اطلاق آیات

براساس برخی آیات کتاب الهی که جواز محاکمه غیابی بر آن استدلال گردیده عبارت است از اطلاق آیات که در این آیات شریفه مورد نظر به صورت مطلق دستور رسیدگی به دعوای متخاصمین صادر شده است و در آن از حضور و عدم حضور متهم سخن به میان نیامده است، مانند این آیه مبارکه که خداوند خطاب به حضرت داود(ع) فرمود: «یا داوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ

خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ»<sup>۱۵</sup> ای داود ما تو را خلیفه خود در روی زمین قرار دادیم و شما بین مردم به حق حکم نما، و نیز آیه مبارکه دیگری که فرمود «إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ»<sup>۱۶</sup> یقیناً این کتاب را به درستی و راستی بر تو نازل کردیم؛ تا میان مردم به آنچه خدا به تو آموخته داوری کنی.

باتوجه به اطلاق آیات مذکور که خداوند سبحان دستور رسیدگی به دعای مردم را صادر نموده است و در آن هیچ شرط و قیدی از جمله حضور و عدم حضور متهم اشاره نشده است و طبعاً در صورت که شک نماییم که آیا در آن قید، شرط و تخصیص وجود داشته یانه طبق اصل اصولی، اصل عدم چنین قیوداتی است در نتیجه از اطلاق آن به عدم شرط حضور متهم در جلسه دادرسی پی می بریم.<sup>۱۷</sup> البته باید اذعان نمود (همان گونه که در فصل بعدی خواهد آمد) استدلال به اطلاق آیات مذکور بر جواز دادرسی غیابی با اشکالاتی مواجه می باشد.

### ب) اطلاق روایات

بعد از اطلاق آیات که بیان گردید به برخی روایات نیز به جواز دادرسی غیابی استدلال شده است، از روایات ذیل نیز فهمیده می شود که وقتی برای قاضی بینة ارائه شود وی می تواند بر اساس آن حکم نماید در این نوع روایات به حضور متهم در دادرسی اشاره نگردیده است، در این زمینه می توان به چند روایت اشاره نمود:

۱- روایت جمیل بن دراج از یکی از امامین صادقین (ع) نقل می کند که حضرت فرمود: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينة و يباع ماله و يقضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجته إذا قدم، قال: و لا يدفع المال إلى الذي أقام البينة إلا بكفلاء.»<sup>۱۸</sup> در صورت که مدعی بینة داشته باشد قاضی می تواند بر علیه متهم غایب حکم می نماید، مالش را بفروشد تا دینش را از آن مال ادا نماید، زمانیکه مدیون غایب حاضر شود اگر دلیل بر بی گناهی اش داشته باشد می تواند مالش را پس بگیرد. البته مال مدیون در صورت توسط قاضی فروخته



و به مدعی داده می شود که از مدعی کفیل بگیرد که اگر بعد از حضور متهم کشف گردد که ادعای مدعی بی اساس بوده، بتواند از او مال را پس بگیرد.

در مورد ارزش این روایت یکی از فقها بیان نموده است: اگرچه روایت ابن دراج که بصورت مرسل آمده و از اعتبار آن کاسته است، اما روایت دیگر از طریق محمد ابن ابی عمیر نیز به همین مضمون بدست ما رسیده است و نیز چون ابن دراج از اصحاب اجماع است و اصحاب از آن روایت نقل کرده بدین ترتیب ضعف روایت ابن دراج تا حدودی جبران می گردد. گر چه در روایت مذکور محاکمه غیابی را مشروط به ارائه بینه توسط مدعی نموده است اما ذکر بینه در روایت، دلیل نمی شود که باقی مستندات قضائی مانند امارات، مستندات علمی مانند علم قاضی از اعتبار ساقط شود بلکه هر کدام در محدوده خود دارای اعتبار است. البته باید توجه نمود که محاکمه غیابی در صورت درست است که غیبت متهم طولانی باشد که اگر شاکی منتظر حضور بماند متضرر می شود یا مجهول المكان باشد و یا اینکه عمدا در دادگاه حاضر نشود اما اگر حاضر باشد و قصد حضور را نیز داشته باشد ولی منتظر احضار دادگاه باشد اما قاضی عمدا یا به خاطر سهل انگاری متهم را از موعد دادگاه خبر ننماید در این صورت تشکیل دادگاه غیابی و صدور حکم خالی از اشکال نخواهد بود.<sup>۱۹</sup>

ظاهر روایت فوق اگرچه در باره امور مالی و مدنی وارد گردیده است ولی بسیاری از فقها (چنانکه اشاره شد) در جواز وعدم جواز دادرسی غیابی بین امور مدنی و کیفری تفکیک قایل نشده اند و بر این روایت بر جواز محاکمه ی غیابی استدلال نموده اند.

۲ - روایت نقل شده از رسول اکرم (ص) در مورد شکایت هند همسر ابوسفیان. طبق این روایت همسر ابوسفیان خدمت رسول خدا شکایت می کند که ابوسفیان انسان بخیل است که نفقه من و فرزندش را به صورت کامل نمی دهد پیامبر خدا (ص) به هند اجازه داد از مال او به اندازه کافی بردارد. برخی فقها از جمله شهید ثانی از این عمل رسول خدا (ص) جواز محاکمه غیابی را استنباط نموده است، وی در این باره چنین فرموده است: «و الحجّة علی

جوازه فعل النبىِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، وَهُوَ حَجَّةٌ كَقَوْلِهِ. فَفِي الْخَبْرِ الْمُسْتَفِيضِ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ لَهْنَدُ زَوْجَةُ أَبِي سَفْيَانَ - وَ قَدْ قَالَتْ: إِنَّ أَبَا سَفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ لَا يُعْطِنِي مَا يَكْفِينِي وَ وُلْدِي - : «خَذِي مَا يَكْفِيكَ وَ وُلْدَكَ بِالْمَعْرُوفِ». وَ كَانَ أَبُو سَفْيَانَ غَائِبًا عَنِ الْمَجْلِسِ. وَ فِيهِ حَجَّةٌ لَنَا عَلَيْهِمْ فِي عَدَمِ اشْتِرَاطِ غَيْبَتِهِ بِمَسَافَةِ الْعَدُوِّ وَ لَا غَيْرِهَا، لِأَنَّ أَبَا سَفْيَانَ كَانَ يَوْمَئِذٍ حَاضِرًا بِمَكَّةَ. <sup>٢٠</sup>

## فصل دوم: عدم جواز رسیدگی غیابی و ادله آن

از آن چه که در فصل قبل بیان گردید ادله نشان از جواز دادرسی غیابی داشت اما در این فصل برخلاف کسانی که محاکمه غیابی را تجویز می نمودند، مخالفین نیز استدلال بر عدم جواز محاکمه ای غیابی دارند که مهمترین ادله شان آیاتی از قرآن کریم و تعدادی از روایات می باشند که در این مختصر به اختصار به آن اشاره می گردد.

### ۱- آیات

از جمله آیات شریفه که بر عدم پذیرش دادرسی غیابی به آن تمسک شده است این آیه مبارکه می باشد که زمانی متخاصمین نزد حضرت داود برای حل اختلاف شان آمدند یکی از آنها وقتی شکایتش را مطرح نمود حضرت داود فرمود: «لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعْجَتِكَ إِلَى نِعَاجِهِ» <sup>٢١</sup> وی خطاب به مدعی علیه بیان داشت: «یقیناً او با درخواست افزودن میش تو به میش های خود بر تو ستم روا داشته است»، و قطعاً بسیاری از معاشران و شریکان به یکدیگر ستم می کنند، به جز کسانی که ایمان آورده و کار های شایسته انجام داده اند و اینان اندک اند. داود دانست که ما او را (در این حادثه) آزموده ایم، در نتیجه از پروردگارش در خواست آمرزش کرد و بی درنگ به حالت خضوع به رو در افتاد و به خدا بازگشت.

### ۲- روایات

در زمینه ای عدم جواز دادرسی غیابی به تعدادی از روایات نیز تمسک شده اند که به برخی از آنها اشاره می شود:

۱- ابی بختری از امام صادق(ع) وایشان از پدر بزرگوارش امام علی(ع) روایت نموده که حضرت فرمود: بر علیه کسیکه غایب است و در جلسه‌ی دادرسی حضور ندارد حکم صادر نمی‌شود «عَنْ أَبِي الْبَخْتَرِيِّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ ع قَالَ: لَا يُقْضَى عَلَيَّ غَائِبٍ». <sup>۲۲</sup> البته برخی در سند این روایت از دو جهت اشکال نموده: یکی به دلیل اینکه ابوالبختری قاضی سنی مذهب بوده و دیگر اینکه برخی او را دروغگو معرفی نموده است. <sup>۲۳</sup> برخی دیگر از فقها خواسته بین این روایت و روایات که دال بر جواز محاکمه غیابی هستند جمع نمایند بدین صورت که: این که امام فرمود «لَا يُقْضَى عَلَيَّ غَائِبٍ» منظورش این بوده که چنین حکمی قطعی نیست زیرا ممکن است مدعی علیه با دلیل بری‌گناهی‌اش بعداً حاضر شود و حقیقت را پس بیگیرد، به همین خاطر در برخی روایات از مدعی ضامن خواسته شده است. شاید هم منظور امام این بوده کسیکه در شهر که دادگاه در آن موقعیت دارد حضور دارد و به هر دلیلی در دادگاه حاضر نگردد نباید حکم صادر شود. <sup>۲۴</sup>

۲- روایت که عیاشی در تفسیرش از امام علی(ع) آورده است که: پیامبر(ص) به امام علی فرمود: مردم نزد شما برای حل اختلاف شان مراجعه می‌نماید، وقتی طرفین دعوا آمد تا زمانیکه کلام هردورا نشنیدی حکم نکن «عَنْ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ: إِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ حِينَ بَعَثَهُ بَرَاءَةً إِلَى أَنْ قَالَ - فَقَالَ: إِنَّ النَّاسَ سَيَتَقاضُونَ إِلَيْكَ، فَإِذَا أَتَاكَ الْخَصْمَانِ، فَلَا تَقْضِ لَوَاحِدٍ حَتَّى تَسْمَعَ الْآخَرَ». <sup>۲۵</sup>

در روایت مذکور و روایات <sup>۲۶</sup> از ایندست که بر عدم جواز دادرسی غیابی استدلال شده علی رغم این که ظاهرش بر چنین منظوری دلالت ندارد بلکه فقط بر عدم جواز رسیدگی تا زمان که سخن طرفین شنیده نشده را مورد توجه قرار داده است. برخی از فقها علی رغم

که سند این احادیث را ضعیف محسوب نموده نتیجه می گیرد که چنین روایاتی با اجماع که بر جواز دادرسی غیابی وجود دارد و نیز عمومات آیات و روایات که دلالت بر جواز چنین محاکمه‌ی داشت قدرت معارضه ندارد بنابر این اگر دیگر شرایط دادرسی عادلانه فراهم باشد و فقط مدعی علیه حاضر نباشد عدم حضور او مانع دادرسی نمی گردد از طرفی چون وی در دادگاه حضور ندارد هر وقت حاضر شد می تواند با دلیل از خودش دفاع نماید. بدین ترتیب حقی از کسی ضایع نمی گردد<sup>۲۷</sup>

از مطالب بیان شده می توان نتیجه گرفت دادرسی غیابی فی الجمله از نظر مشهور مورد پذیرش واقع شده است که در صورت فراهم بودن باقی شرایط دادرسی، قاضی می تواند حکم صادر نماید و حق مدعی را به وی برگرداند و اگر چنانچه محکوم علیه بعدا حاضر گردد و ادعای تضییع حق خود را نماید می تواند با ارائه دلیل حق خود را از مدعی باز ستاند مخصوصا اگر (همانگونه که در برخی روایات نیز مطرح شده است) از مدعی ضامن گرفته شده باشد.

نکته دیگر که در اینجا قابل طرح است این می باشد که آیا لازم است قاضی با توجه به ادله و مدارک ارائه شده توسط مدعی که حق را به وی می دهد، مدعی را قسم نیز بدهد یا ضمیمه نمودن قسم لازم نیست؟ در این باره حداقل دو دیدگاه مطرح شده است یکی زمانیکه مدعی بینه خود را ارائه می دهد احتیاطا قسم نیز ضمیمه نمایند، دیدگاه دوم نیز این است که وقتی مدعی بینه دارد نیاز به قسم دادن مدعی نیست.

حضرت امام خمینی (ره) از جمله فقهای است که قسم دادن مدعی را به علاوه درخواست بینه محکمه پسند از وی ترجیح داده و مطابق احتیاط دانسته است «و الأحوط عدم الحكم علی الغائب إلا بضم الیمین، ثم إن الغائب علی حجه..»<sup>۲۸</sup>

یکی از فقها ضمیمه نمودن قسم را مطابق احتیاط دانسته و البته اضافه نموده که مشهور ضمیمه نمودن قسم را لازم می داند و دلیل آن را نیز این گونه تبیین نموده که فرد غایب در

جلسه دادرسی مانند میت است که از خود دفاع نمی تواند همان که در گرفتن حق از میت ضمیمه نمودن قسم لازم است در داد رسی غیابی نیز لازم است. سپس ایشان اضافه می نماید که تشبیه غایب به میت قیاس است و قیاس هم نزد شیعه فاقد اعتبار می باشد، بلکه بر اساس مقتضای ادله حتی در باره میت نیز قسم دادن لازم نیست «لا يعتبر فی الحكم علی الغائب ضم الیمین، و إن كان هو الأحوط. و لكن نسب إلی المشهور اعتبار ضم الیمین تنزیلاً للغائب منزلة المیت، فکما تحتاج الدعوی علی المیت إلی ضم الیمین فکذلک فی المقام. و هو لا یخلو عن القیاس، و مقتضی إطلاق أدلة الدعوی علی المیت عدم الاحتیاج إلیها أيضاً.»<sup>۲۹</sup>

برخی به صراحت قسم دادن مدعی را لازم دانسته «یجوز الحكم علی الغائب... و یحلف خصمه مع البینه.»<sup>۳۰</sup> دیدگاه که قسم را لازم نمی داند فقهای است که جواز محاکمه غیابی را مطرح کرده و از قسم ودعی سخن به میان نیاورده است.

### فصل سوم: تفکیک بین حق الله و حق الناس

در این که دادرسی غیابی جایز است فی الجمله مورد قبول مشهور فقها است، اما این شهرت جواز در امور کیفری است یا امور مدنی و یا هر دو؟ تا آنجا که نگارنده جستجو نموده از این جهت تفکیک خاصی به چشم نمی آید منتهی روایات بیشتر ناظر به امور مدنی است مخصوصاً روایاتی که می گوید از مدعی کفیل گرفته می شود که اگر مدعی علیه بعداً بی اعتباری ادعای مدعی را ثابت کرد می تواند از کفیل غنی اخذ نماید، ولی در هر صورت تفکیک بین این دو خیلی نمایان نیست البته از مثال های که فقها مطرح نموده اند هر دو قابل استنباط می باشد. اما در تفکیک بین حق الله و حق الناس اجماع است که جواز محاکمه غیابی مخصوص حق الناس است و در حق الله که بنا بر تخفیف است محاکمه غیابی راه ندارد، در این قسمت به دیدگاه برخی از فقها اشاره می شود:

یکی از فقها در این مورد فرموده است: کسیکه قایل به جواز دادرسی غیابی است، این دادرسی را مخصوص حق الناس است چه مالی و چه غیر مالی مانند نکاح، عتق، جنایت و قصاص البته چنین دادرسی در باره حق الله مانند زنا و لواط درست نیست «الحاکم بجواز القضاء علی الغائب خصّه بحقوق الآدمیین سواء كانت مألأ أو غیره، کالنکاح و العتق و الجنایات و القصاص، دون حقّ الله تعالی کالزنا و اللواط...»<sup>۳۱</sup>

همچنین فقیهی دیگر فرموده است در حق الله مانند زنا و لواط محاکمه غیابی به هیچ وجه درست نیست زیرا حق الله بنا اش بر تخفیف است و از طرفی در حق الله دچار شبهه می شویم که بر اساس قاعده «الحدود تدرأ بالشبهات» از چنین محاکمه دست برمی داریم. اگر در موردی حق الله و حق الناس جمع شود مانند سرقت حق الناس غیابی قابل محاکمه است اما حق الله جایز نیست «و أمّا حقوق الله عز و جل کالزنا و اللواط فلا يجوز الحکم علی الغائب فیها مطلقاً لأنّها مبنیة علی التخفیف کما تقدّم و من ثمّ درئت الحدود بالشبهات و لو اشمعل علی الحقیین فکل واحد حکمه فیقضی علیه فی حقّ الآدمیین دون حقّ الله تعالی، و ذلک کالسرقة فإنه لا إشکال فی ثبوت حقّ الآدمی و هو المال، و أمّا القطع فهو حدّ الله تعالی»<sup>۳۲</sup>

یکی دیگر از فقها؛ ضمن تایید مطلب مذکور می گوید: در جای که مدعی علیه غایب است و یا از حضور یافتن معذور باشد محاکمه غیابی حق الناس نزد مشهور شیعه و اغلب فقهای اهل سنت جایز است «و أمّا حقوق الناس: فالمشهور بینهم، بل المعروف من مذهبهم و مذهب اکثر العامّة، جواز الحکم علیه إذا کان غائباً من البلد، أو تعذّر علیه الحضور.»<sup>۳۳</sup>

البته برخی از فقها در چنین تفکیکی ابراز تردید نموده و گفته چون هر دو حق به وسیله یک علت که همان بینه باشد ثابت می گردد پس اینکه یکی حکمش اجرا شود دیگری نشود محل تردید است «لو اشمعل الحکم علی الحقیین قضی بما یختص الناس کالسرقة یقضی بالغرم و

فی القضاء بالقطع تردد.»<sup>۳۴</sup>

یکی از فقهای معاصر<sup>۳۵</sup> نیز تفکیک بین حق الناس و حق الله را فاقد دلیل دانسته و می‌گوید: چنین تقسیم‌بندی دلیل غیر از فتوای اصحاب و قدر متیقن از اجماع در مورد غایب ندارد. زیرا اصل آن است که دعوی بدون یکی از خصمین مشروعیت نداشته باشد حال که به خاطر عمومات و اطلاعات جواز دادرسی غیابی ثابت گردید از این عمومات تفکیک بدست نمی‌آید. تنها چیزی که فهمیده می‌شود فقها چنین تفکیکی را از مذاق شرع و روح ادله شرعی بدست آورده‌اند و اگر نه دلیل خاص می‌داشت باید ارائه می‌دادند.

اما حق این است که چنین شبهه وارد نیست چون به وسیله بینه حق الناس چه محکوم علیه حاضر باشد چه غایب ثابت می‌گردد اما در مانند قطع عضو شرط دانستن حضور عاقلانه می‌باشد، بنابر این تفکیک بین دو حق حرف حقی است. ۳۶ بسیاری از فقها ۳۷ چنین تفکیکی را پذیرفته‌اند. ۳۸

### فصل چهارم: تحلیل ماده ۴۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری

قوانین جمهوری اسلامی ایران مخصوصاً قوانین که بعد از انقلاب جمهوری اسلامی ایران تدوین و تصویب گردیده براساس دیدگاه مشهور فقهای می‌باشد. یکی از این قوانین عبارت است از: ق.آ.دک. ایران. که در مورد دادرسی غیابی ماده ۴۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری جدید چنین مقرر داشته است:

«در تمام جرایم، به استثنای جرایمی که فقط جنبه حق الهی دارند، هرگاه متهم یا وکیل او در هیچ از جلسات دادگاه حاضر نشود یا لایحه دفاعیه نفرستاده باشد، دادگاه پس از رسیدگی، رأی غیابی صادر می‌کند. در این صورت، چنانچه رأی دادگاه مبنی بر محکومیت متهم باشد، ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ واقعی، قابل واخواهی در همان دادگاه است و پس از انقضای مهلت واخواهی برابر مقررات حسب مورد قابل تجدید نظر یا فرجام است. مهلت واخواهی برای اشخاص مقیم خارج از کشور، دو ماه است.»

حکم غیابی در قانون آیین دادرسی کیفری سابق که در ماده ۲۱۷ این قانون آمده بود که با قانون نافذ فعلی حد اقل در این ماده تفاوت مهم به چشم نمی خورد. آنچه که مورد نقض ابرام توسط دانشمندان صورت گرفته اند ماده ۲۱۷ قانون سابق است، لذا با عنایت به این مطلب در مورد ماده مذکور نکاتی قابل طرح است:

۱) اگر جلسات دادگاه رسیدگی کننده به اتهام قتل فقط با حضور وکیل تسخیری وبدون حضور متهم تشکیل شده و رای صادر گردد ابهام وجود دارد که این رای را باید حضوری تلقی نمود یا غیابی؟ ظاهرا این رای حضوری است اما در مقابل نیز می توان گفت: نظر به اهمیت وخصوصیت بزه قتل عمدی که رسیدگی به آن مستلزم رعایت تشریفات و آداب خاصی می باشد و به لحاظ این که در فرض سوال، اراده متهم به قتل در تعیین وکیل تسخیری مدخلیتی نداشته است مستنبط از ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری این است که چنین رای غیابی تلقی می شود. تالی فاسد حضوری دانستن چنین حکمی که مرجع تجدید نظر آن دیوان عالی کشور خواهد بود به لحاظ آن که رسیدگی دیوان عالی کشور شکلی است، در صورت ابرام رای صدر شده بر محکومیت متهم و در نتیجه محروم کردن متهم به قتل از حق دفاع، دادرسی وپاسخ گوئی به اتهام در دو مرحله رسیدگی بوده واین گونه تفسیر و به برداشت از قانون مغایر با موازن قضایی وانصاف و عدالت است.<sup>۳۹</sup>

۲) آیا ممکن است دادگاه نسبت به متهم که وکیل معرفی کرده و وکیل هم صرفا برای مطالعه پرونده یا اعلام وکالت خود، لایحه ای را به انضمام وکالت نامه تقدیم دادگاه کرده است حکم غیابی صادر نماید؟ اگر ملاک صدور حکم غیابی را عدم اطلاع متهم بدانیم نمی توان حکم غیابی صادر کرد اما اگر ملاک آن را صرف عدم حضور بدانیم می توان حکم غیابی صادر نمود. تفسیر منطقی قانون، مؤید احتمال نخست است اما تفسیر مضیق آن، احتمال دوم را تقویت می کند زیرا ماده ۲۱۷ سخن از «عدم حضور» به میان آورده است و ابلاغ واقعی را نیز موجب حضوری شدن محاکمه ندانسته است.<sup>۴۰</sup>



۴) پرسش اساسی این است که آیا هرگونه دفاع کتبی و یا هر نوع حضوری با هر کیفیتی و یا هر جلسه‌ای را می‌تواند به حکم صادره وصف حضوری دهد؟ ابهام از این جا ناشی می‌شود که گاهی مکاتبات طرفین دعوا با دادگاه، در پاسخ به ادعاهای خواننده است و گاه به مقصودی دیگر. هم چنین از آن جا که در جلسه‌ی رسیدگی ابتدا خواهان سخن می‌گوید سپس خواننده دفاع می‌کند گاهی به این دلیل یا دلایل دیگر خواننده‌ای که حضور یافته امکان فرصت دفاع نمی‌یابد. ضمن آن که رسیدگی دادگاه جلسات متعددی را می‌طلبد؛ برخی از این جلسات برای استماع اظهارات طرفین در دادگاه تشکیل می‌شود و تعدادی دیگر مانند جلسه استماع شهادت یا رسیدگی فوری یا اجرای قرار کارشناسی، در خارج دادگاه و یا در دادگاه برای امور فرعی تشکیل می‌شود.

در مقام پاسخ باید روشی برگزید که پاسخ‌ها هماهنگ بوده و بر یک محور اساسی متمرکز باشد. این محور همان اصل رعایت حقوق دفاعی است که پیش از این گفته شد؛ اصلی که در بردارنده و مستلزم شبه رکن آگاهی، گفتگو و ادله است در موضوع حاضر این اصل بدین معنی است که خواننده از ادعای خواهان آگاه بوده و فرصت و امکان دفاع از خود را مقابل آن‌ها داشت باشد. هدف از ارسال لایحه و یا حضور، دفاع است؛ از آن جا که وصف غیابی یا حضوری بودن مربوط به حکم است و حکم نیز در ماهیت دعوا صادر می‌شود، دفاعیات باید مربوط به ماهیت باشد به نحوی که خواننده بتواند در فرصت مناسب در ماهیت دعوا از خود دفاع کند.

نقش تفسیری اصول کلی حقوقی ما را به این نتیجه می‌رساند که چنانچه خواننده در جلسه‌ی رسیدگی حاضر شود اما فرصت دفاع نیابد، رای صادره را باید غیابی توصیف

۴) سوال ۸۲۵: در مواردی که متهم به قتل عمدی در هیچ یک از جلسات دادرسی حضور پیدا نکند و دادگاه وکیل تسخیری تعیین کند و رأی به قصاص متهم صادر شود آیا چنین رأیی حضوری است یا اینکه غیابی محسوب خواهد شد؟

توضیح: در بعضی مواقع متهم به قتل عمدی فراری است و دسترسی به وی نیز وجود ندارد، پس با توجه به مقررات، دادگاه برای وی وکیل تسخیری تعیین می کند و پس از رسیدگی مبادرت به صدور رأی می کند. لذا با توجه به این که متهم شخصا در جلسات دادرسی نقشی ندارد در عمل مشکلاتی به وجود می آید.

نظر اکثریت: ملاک حضوری و غیابی بودن، حضور یا عدم حضور متهم یا وکیل او در جلسات دادرسی است. وکیل تسخیری نیز وکیل است و حضور وکیل در جلسات دادرسی باعث حضوری بودن حکم بوده و حکم دادگاه حضوری محسوب است.

نظر اقلیت: با توجه به این که وکیل از نوع تسخیری است و متهم به قتل در تعیین او دخالتی ندارد. بنابراین، حکم دادگاه غیابی بوده و باید مطابق مقررات مربوط به آرای غیابی عمل کرد.<sup>۲۲</sup>

۵) سوال ۸۳۳: هرگاه دادگاه با اخذ توضیح از متهم و یا با توجه به لایحه دفاعیه‌ای که متهم تقدیم داشته است دلایل وقوع جرم را کافی نداند و رأی بر براءت صادر کند و با اعتراض شاکی، پرونده به دادگاه تجدید نظر ارسال شود لیکن متهم از حضور در جلسه دادگاه تجدید نظر امتناع و لایحه نیز ارسال نکند و دادگاه تجدید نظر بدون اخذ آخرین دفاع رأی بر محکومیت صادر کند این رأی حضوری است یا غیابی؟

نظر اکثریت: بر اساس ماده ۲۶۰ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری در مواردی که رأی دادگاه تجدید نظر استان بر محکومیت متهم باشد یا وکیل او در هیچ یک از مراحل دادرسی حاضر نبوده و لایحه دفاعیه یا اعتراضیه هم نداده باشد رأی صادره غیابی و قابل واخواهی است در این غیر این صورت رأی حضوری محسوب می

شود. مراحل دادرسی اعم از مرحله بدوی و تجدید نظر است. بنابراین، هرگاه متهم در مرحله بدوی حاضر شده باشد یا لا اقل لایحه ای ارسال کرده باشد با عدم حضور او در مرحله تجدید نظر نمی توان حکم را غیابی تلقی و پرونده را در مرحله دیگری به جریان انداخت. البته در کیفیت محاکم و ترتیبات رسیدگی و صدور رای در هر مرحله باید مقررات رعایت شود.

نظر اقلیت: در دادگاه تجدید نظر به لحاظ عدم حضور متهم امکان تفهیم اتهام و اخذ آخرین دفاع فراهم نبوده است. بنابراین، رای دادگاه غیابی محسوب تا در صورت و اخواهی به مدافعات متهم توجه شود و مقصود از مراحل دادرسی در ماده ۲۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری جلساتی است که دادگاه برای رسیدگی به موضوع پرونده تشکیل می دهد و اگر متهم در هیچ یک از جلسات حاضر نشود رای نسبت به آن غیابی است اعم از این که در مرحله بدوی باشد یا تجدید نظر.

نظر کمیسیون: نظر اکثریت تأیید است. ۴۳

۶) «سوال ۸۲۳: فردی به ترکیه فرار کرده و پناهنده شده است. از طریق اداره حقوقی احضاریه ارسال شده است. پاسخ رسیده که چون وضعیت پناهندگی مشخص نیست نمی توان او را تحویل داد. با توجه به این که این فرد در حدود چهارصد میلیون تومان کلاهبرداری کرده است آیا می توان غیابی رأی صادر کرد؟ (درحالی که مجهول المکان است) اتفاق نظر: ماده ۱۸۰ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری، تکلیف را روشن کرده است در صورتی که ابلاغ توسط کنسول صورت گیرد، رأی غیابی و در صوت که آدرس وی مشخص نباشد از طریق آگهی روزنامه باید اقدام کرد.

نظر کمیسیون: هرچند قسمت اول سوال مطروح، موضوع پناهندگی و استرداد مجرم را به ذهن متبادر می سازد، از فحوای کلام و عبارات اخیر سوال معلوم می شود که منظور سوال کننده، چگونگی رسیدگی به اتهام متهم متوای و مجهول المکان است. در فرض اخیر سوال،

با توجه به اینکه جرم کلاهبرداری واجد جنبه عمومی و حق الناسی است در صورتی که متهم متواری و به هر علت شناخته نشود یا امر ابلاغ احضاریه به چنین متهمی میسر و مقدور نباشد، با رعایت شرایط و ضوابط مذکور در ماده ۱۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری می توان متهم را از طریق نشر آگهی در مطبوعات به دادرسی احضار و غیابا او را محاکمه و حکم مقتضی صادر کرد. بدیهی است که در مورد جرایمی که واجد جنبه حق الهی هستند عمل به این قاعده لازم نیست.»<sup>۴۴</sup>

۷) در قوانین ایران صدور حکم غیابی در دو مورد ممنوع است:

یک: در جرایمی که مجازات آنها جنبه حق الهی دارند. (مفهوم مخالف صدر ماده ۲۱۷<sup>۴۵</sup>.)  
دو: در موارد که اخذ توضیح از متهم لازم باشد؛ به نحوی که بدون آن توضیح نتوان تصمیم درست اتخاذ کرد (مفهوم مخالف تبصره ۲ ماده ۲۱۷)<sup>۴۶</sup> حکم غیابی قابل اعتراض است و اعتراض به حکم غیابی را «واخواهی» می نامند. واخواهی اصطلاح ویژه‌ای است که تنها در این مورد کاربرد دارد.

آثار واخواهی، واخواهی حکم غیابی چند اثر مهم دارند:

- الف- دارای اثر غیر انتقالی است؛ بدین معنی که برای رسیدگی مجدد، پرونده به مرجع بالاتر و یا هم عرض فرستاده نمی شود و در همان دادگاه صادرکننده رأی دوباره مورد رسیدگی قرار می گیرد. در حقیقت نداشتن اثر انتقالی در رسیدگی به واخواهی یک حالت استثنایی به شمار می آید و بر خلاف قاعده فراغ دادرسی می باشد.

- ب- در رسیدگی به واخواهی، دادگاه می تواند حکم واخواسته را تأیید کند و یا آن را فسخ کرده و حکم جدید انشا نماید و یا مجازات مقرر در حکم را تغییر دهد و یا متهم را تبرئه نماید.

- ج- در خصوص تشدید کیفر، در مقام رسیدگی به واخواهی، در بین حقوق دانان وقانونگذاران اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای تشدید کیفر را در این رسیدگی نمی‌پذیرند و آن را مخالف اقتضای واخواهی متهم می‌دانند، ولی بعضی حقوق دانان براین باورند که تشدید کیفر در رسیدگی واخواهی فاقد اشکال نظری است..
- د- حکم نسبت به شاکی ومدعی خصوصی و دادستان همیشه حضوری محسوب می‌شود بنابراین این آنان حق واخواهی ندارند.
- ه- در محکومیت های غیابی، برای محکوم علیه، دونوع حق اعتراض به وجود می‌آید:  
- یک: واخواهی. دو: تجدید نظر خواهی:
- محکوم علیه می‌تواند از حق اول صرف نظر کرده واستفاده از حق دوم را انتخاب کند.  
و- واخواهی اثر بازدارنده دارد، بدین معنی که جلوی اجرای احکام را می‌گیرد. ولی اخذ تأمین مقتضی از متهم برای جلوگیری از فرار یا مخفی وحضور مرتب در مواقع احضار منعی ندارد.
- ز- مبدأ واخواهی در احکام غیابی تاریخ ابلاغ واقعی حکم است؛ زیرا تنها در این صورت است که می‌توان مطمئن شد متهم از صدور حکم محکومیت خود آگاهی یافته است.<sup>۴۷</sup>

۸) قانون اجراءات جزائی افغانستان در ماده ۶۴ نیز در این مورد مقرر داشته است: « فیصله محکمه مبنی بر غایب بودن متهم تا زمانی که متهم شخصا یا وکیل مدافع وی در خواست مرافعه خواهی را ارائه می‌نماید، جریان رسیدگی به قضیه متوقف می‌شود. در این حالت آغاز میعاد مرافعه خواهی برای متهم از زمان حاضر شدن وی شروع شده و ورق ابلاغیه طبق حکم ماده (۱۷) ۴۸ به وی ارسال می‌گردد.»<sup>۴۹</sup>

در ماده ۶۴ قانون اجراءات جزایی (آیین دادرسی کیفری) افغانستان با توجه به اشکالات و ابهامات که در ماده ۴۰۶. ق.آ.د.ک ایران بیان گردید در ماده مذکور قانون اجراءات جزایی افغانستان اشکالاتی دیگری نیز وارد است مثلاً مقرر داشته «تا وقتی که متهم مرافعه خواهی نکرده قضیه متوقف باقی می ماند». بنابراین اگر متهم در خواست مرافعه نکند فیصله محکمه نیز اجرائی نمی گردد در این صورت حکم محکمه ارزشی نخواهد داشت شاید متهم بخواهد اصلاً حاضر نگردد در این صورت هدفی که از دادرسی غیابی که عبارت از دست یافتن مدعی به حقیقت بود است تحقق پیدا نمی کند.

### **نتیجه**

از آنچه درباره دادرسی غیابی بیان گردید چنین بدست می آید که: علارغم اختلاف بین فقهای اسلام در جواز و عدم جواز دادرسی بدون حضور مدعی علیه، نظر مشهور فقها در صورتی که مدعی بینه داشته باشد و باقی شرایط فراهم باشد قاضی می تواند حکم صادر نماید و به علت که محکوم علیه حضور ندارد و از خود دفاع نمی تواند برای وی حق وخواهی و اعتراض قرار داده شده و البته چنین دادرسی در حق الله که بنایش بر تخفیف است به رسمیت شناخته نشده فقط مخصوص حق الناس می باشد. در قانون موضوعه جمهوری اسلامی ایران و برخی نظام های قضائی دیگر که متخذ از فقه است نیز نظر مشهور یعنی رسیدگی غیابی مجاز شمرده شده است و هم چنین تفکیک بین حق الله و حق الناس صورت گرفته است، اما در فقه بین امور مدنی و کیفری تفکیک نشده است ولی روایات بیشتر ناظر به امور مدنی است

## پی نوشت‌ها

- ۱ - همایون رضایی نژاد و امیر حسین رضایی نژاد، حکم غیابی: حرکت از مبانی به سمت رویکرد نوین، مجله حقوق دادگستری، شماره ۷۵، پاییز ۱۳۹۰، ص ۱۷۷-۱۷۵
- ۲ - ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۶۸۵
- ۳ - طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، الخلاف، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۷ هـ. ق، ج ۶، ص ۲۳۸
- ۴ - عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالك الألفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ هـ. ق، ج ۱۳، ص: ۴۶۸
- ۵ - محمد حسن، نجفی، صاحب الجواهر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربی، بیروت - لبنان، هفتم، ۱۴۰۴ هـ. ق، ج ۴، ص ۲۲۰
- ۶ - احمد بن محمد اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۳ هـ. ق، ج ۱۲، ص: ۲۰۳
- ۷ - سید ابو القاسم موسوی، خویی، مبانی تکملة المنهاج، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی ره، قم - ایران، اول، ۱۴۲۲ هـ. ق، ج ۴۱ موسوعه، ص: ۲۷
- ۸ - محمد فاضل موحدی لنگرانی، جامع المسائل (عربی - للفاضل)، در یک جلد، انتشارات امیر قلم، قم - ایران، اول، ۱۴۲۵ هـ. ق، ص: ۴۷۵
- ۹ - آقا ضیاء الدین عراقی، علی کزازی، کتاب القضاء (للآغا ضیاء)، در یک جلد، چاپخانه مهر، قم - ایران، اول، هـ. ق، ص: ۱۰۱ و بالجملة نقول: ان مقتضى الإطلاقات بالتقريب المزبور ميزانية البينة من المدعى و جواز الحكم (الحکم علی الغایب) علی طبقها»
- ۱۰ - محمد بن حسن عاملی، حرّ، وسائل الشیعہ، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۰۹ هـ. ق، ۱۸، ص ۱۱، أبواب صفات القاضی، باب ۴، ح ۶
- ۱۱ - محمد بن یعقوب، کلینی، ابو جعفر، الکافی (ط - الإسلامية)، ۸ جلد، دار الکتب الإسلامية، تهران - ایران، چهارم، ۱۴۰۷ هـ. ق، ج ۷، ص: ۳۶۲
- ۱۲ - سید حسن بن آقا بزرگ موسوی، بجنوردی، القواعد الفقهية (للجنوردي، السيد حسن)، نشر الهادی، قم - ایران، اول، ۱۴۱۹ هـ. ق، ج ۳، ص: ۹۹-۹۵
- ۱۳ - سید عمید الدین بن محمد اعرج حسینی عمیدی، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ هـ. ق، ج ۳، ص: ۵۰۸-
- ۱۴ - حسین بن محمد، بحرانی، آل عصفور، لأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع (للفیض)، مجمع البحوث العلمیة، قم - ایران، اول، هـ. ق، ج ۱۴، ص: ۶۵
- ۱۵ - سوره مبارکه ص، آیه ۲۶
- ۱۶ - سوره مبارکه النساء، آیه ۱۰۵
- ۱۷ - سید عبد الکریم موسوی اردبیلی، فقه القضاء، دو جلد، قم - ایران، دوم، ۱۴۲۳ هـ. ق، ج ۲، ص: ۱۷۵ و هی تشمل صورة حضور المدعی علیه و عدمه، و الشک فی الاشتراط شک فی التقييد و التخصيص و الأصل عدمه»
- ۱۸ - محمد بن حسن عاملی، حرّ، وسائل الشیعہ، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۰۹ هـ. ق، ج ۲۷، ص: ۲۹۴
- ۱۹ - سید عبد الکریم موسوی اردبیلی، فقه القضاء، دو جلد، قم - ایران، دوم، ۱۴۲۳ هـ. ق، ج ۲، ص: ۱۷۷-۱۷۹
- ۲۰ - زین الدین بن علی عاملی، شهید ثانی، مسالك الألفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ هـ. ق، ج ۱۳، ص: ۴۶۷
- ۲۱ - سوره مبارکه ص، آیه ۲۴
- ۲۲ - محمد بن حسن عاملی، حرّ، وسائل الشیعہ، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۰۹ هـ. ق، ج ۲۷، ص: ۲۹۶
- ۲۳ - سید عبد الکریم موسوی اردبیلی، فقه القضاء، دو جلد، قم - ایران، دوم، ۱۴۲۳ هـ. ق، ج ۲، ص: ۱۸۱ و سند الروایة ضعيف لوجود أبي البختری وهب بن وهب الذي كان قاضياً عامياً و لا يوفق بأحاديثه و عن أبي شاذان أنه من أكذب البرية»

- ۲۴- محمد بن حسن، عاملی، حرّ، وسائل الشیعه، ۳۰ جلد، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۰۹ هـ ق ج ۲۷، ص: ۲۹۶ «هذا محمول على أنه لا يجوز بالقضاء عليه، بل يكون على حجته ولا بدّ من الكفيل لما مرّ، ويمكن الحمل على الغائب عن المجلس و هو حاضر في البلد».
- ۲۵- محمد بن حسن، عاملی، حرّ، وسائل الشیعه، ۳۰ جلد، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۰۹ هـ ق ج ۲۷، ص: ۲۹۶
- ۲۶- «صحیحه هشام بن سالم، عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام لا يأخذ بأول الكلام دون آخره».
- ۲۷- سیدعبدالکریم اردبیلی، فقه القضاء، ج ۲، ص: ۱۸۲
- ۲۸- سید روح الله موسوی خمینی، تحریر الوسیله، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم - ایران، اول، هـ ق، ج ۲، ص: ۴۱۳
- ۲۹- سید عبد الأعلى سبزواری، مهذب الأحكام (للسبزواری)، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله، قم - ایران، چهارم، ۱۴۱۳ هـ ق ج ۲۷، ص: ۶۸
- ۳۰- یحیی بن سعید حلّی، الجامع للشرائع، مؤسسه سید الشهداء العلمیه، قم - ایران، اول، ۱۴۰۵ هـ ق، ص: ۵۲۷
- ۳۱- محمد باقر بن محمد مؤمن سبزواری، محقق، کفایه الأحكام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۲۳ هـ ق، ج ۲، ص: ۶۹۷
- ۳۲- حسین بن محمد بحرانی، آل عصفور، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع (للفیض)، مجمع البحوث العلمیه، قم - ایران، اول، هـ ق، ج ۱۴، ص: ۶۵
- ۳۳- ابو القاسم بن محمد حسن گیلانی، میرزای قمی، رسائل المیزان القمی، دو جلد، دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان، قم - ایران، اول، ۱۴۲۷ هـ ق، ج ۲، ص: ۶۸۲
- ۳۴- نجم الدین، جعفر بن حسن حلّی، محقق، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم، ۱۴۰۸ هـ، ج ۴، ص: ۷۷
- ۳۵- سید عبدالکریم موسوی اردبیلی، فقه القضاء، ج ۲، ص: ۱۸۷
- ۳۶- سید حسن بن آقا بزرگ موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیة (للبجنوردی، السید حسن)، نشر الهادی، قم - ایران، اول، ۱۴۱۹ هـ ق، ج ۳، ص: ۹۹
- ۳۷- احمد بن محمد اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۳ هـ ق، ج ۱۲، ص: ۲۰۳
- ۳۸- شمس الدین محمد بن شجاع القطان حلّی، معالم الدین فی فقه آل یاسین، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ ق، ج ۲، ص: ۳۶۲
- ۳۹- عباس زراعت و علی مهاجری، آیین دادرسی کیفری: قم، انتشارات فکر سازان، ۱۳۸۵، چاپ دوم، ج ۲، ص ۱۴۴-۱۴۵
- ۴۰- عباس زراعت، و علی مهاجری، آیین دادرسی کیفری: قم، انتشارات فکر سازان، ۱۳۸۵، چاپ دوم، ج ۲، ص ۱۴۸
- ۴۱- عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، انتشارات دراک، تهران، چاپ ۵، ۲۸۳۱ ج ۲، ص ۲۴۰
- ۴۲- مجموعه نشست های قضایی مسایل آیین دادرسی کیفری، تهران، معاونت آموزش قوه قضائیه، چاپ اول ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۷۹۶
- ۴۳- مجموعه نشست های قضایی مسایل آیین دادرسی کیفری، تهران، معاونت آموزش قوه قضائیه، چاپ اول ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۸۰۵-۸۰۴
- ۴۴- مجموعه نشست های قضایی مسایل آیین دادرسی کیفری، تهران، معاونت آموزش قوه قضائیه، چاپ اول ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۷۹۴
- ۴۵- «در کلیه جرایم مربوط به حق الناس ونظم عمومی که جنبه حق الهی ندارند هرگاه متهم یا وکیل او در هیچ یک از جلسات دادگاه حاضر نشده ویا لایحه نفرستاده باشند؛ دادگاه رأی غیابی صادر می نماید...»
- ۴۶- تبصره ۲ ماده ۲۱۷ در جرایم که جنبه حق الهی دارد چنانچه محتویات پرونده مجرمیت متهم را ثابت ننماید و تحقیق از متهم ضروری نباشد دادگاه می تواند پابا رأی بر برات صادر نماید.»
- ۴۷- محمود آخوندی، آیین دادرسی کیفری، تهران: انتشارات اشراق؛ چاپ دوم، ۱۳۸۱، ج ۴، ص ۲۵۹-۲۶۱



۴۸- ماده ۱۷ بدین صورت تنظیم شده است: (۱) مکتوب های جلب و آگاهی توسط مأمور ضبط قضایی ترتیب گردیده، به مراجع مربوط ابلاغ می گردد و از نتیجه اجراءات به اداره تقاضا کننده گزارش داده می شود. (۲) مکتوب های جلب و آگاهی باید به آدرس محل سکونت شخص مورد نظر، رأساً برای خودش یا اقارب بالغ وی یا شخصی که در عین خانه زندگی می کند، داده شود. در صورتی که تحویلی مکتوب های جلب و آگاهی ممکن نباشد، مکتوب های جلب و آگاهی به آدرس مذکور تحویل داده می شود... (۴) هرگاه دریافت آدرس مسکونی مشخص مورد نظر امکان پذیر نباشد، مأمور ضبط قضایی مکلف است تحقیقات دقیق را غرض کشف محل سکونت و یا محل کار شخص مورد نظر انجام دهد در صورت عدم نتیجه این گونه تحقیقات، مأمور ضبط قضایی مکلف است مکاتیب را به مرجع اداری که آخرین محل سکونت شخص مورد نظر تلفی می گردد، تحویل دهد»

۴۹- محمد حسن همتی، قانون اجراءات جزائی افغانستان، مصوب ۱۳۸۲/۱۲/۴

