

## رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۲، بهار ۹۴

صفحات ۵۲ تا ۷۷

حسین حاجی حسینی\*

H.hosiny64@gmail.com

# دادرسی غیابی

## تحلیل مبانی فقهی ماده ۳۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی

### چکیده

«القضا علی الغایب» عنوانی است که اکثر قریب به اتفاق فقها در کتب خویش در باب قضا به آن پرداخته‌اند. در این میان، آنچه مورد اختلاف است، صحت استناد به برخی ادله و نحوه استدلال به آن‌هاست. تمام فقهای شیعه و فقهای عامه به جز ابوحنیفه، قائل به صحت حکم غیابی هستند. این گروه به عموم نص قرآن، اطلاق ادله بینة، نفی ضرر، اجماع و برخی از روایات استناد می‌کنند. در مقابل، ادله‌ای که برای عدم صحت حکم غیابی اقامه شده، دفع ضرر و تعدادی از روایات است. در این نوشتار، ادله طرفین با توجه به قائلین و نحوه استدلال هر یک از آن‌ها بررسی شده است.

### کلیدواژگان:

قضا علی الغایب، دادرسی غیابی، دفع ضرر از غایب، ماده ۳۰۳ آیین دادرسی مدنی، تحلیل مبانی فقهی.

## مقدمه

ماده ۳۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی 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 ننموده باشد و یا اخطاریه، ابلاغ واقعی نشده باشد». طبق این ماده، اصل بر دادرسی حضوری است مگر به دلیل وجود شرایط خاص. در واقع، این ماده از قانون مطابق است با ادله برخی از فقها که قائل به اصل عدم جواز دادرسی غیابی و در نهایت، حکم غیابی هستند که جواز آن به دلیل ادله خاصی است که از ذیل این اصل خارج می‌شوند. کسانی که قائل به صحت حکم غیابی هستند، در مقام استدلال به عموم نص، اطلاق ادله حجیت بینة، انتفای ضرر، اجماع و در مقام استناد به برخی از روایات همچون صحیحہ جمیل، روایت محمد بن مسلم، روایت ابوموسی اشعری و روایت هند زوجه ابی سفیان تمسک کرده‌اند. در مقابل، برای عدم صحت حکم غیابی به دفع ضرر و برخی روایات از جمله خبر قرب الاسناد، روایت محمد بن مسلم عن ابی جعفر (ع) و خبر عبدالله محمد الرازی عن الرضا (ع) استناد شده است.

مسئله اصلی این نوشتار، تحلیل مبانی فقهی ماده ۳۰۳ آیین دادرسی مدنی درباره حکم غیابی و نحوه استدلال طرفین به ادله خود است. پرسش‌های فرعی پژوهش نیز این است که در مورد مفهوم «غایب» بین فقها چند نظر وجود دارد؟ در نفی و اثبات جواز قضا بر غایب چه ادله‌ای مطرح شده است و ارزیابی آن‌ها چگونه است؟ قائلین به صحت و عدم صحت حکم غیابی چه کسانی هستند؟ آیا استدلال‌های طرفین قابل نقد است؟

در این زمینه، تحقیقات زیادی صورت گرفته، اما وجه متمایز این تحقیق، بررسی ادله و نقد وارد شده بر برخی از آن‌ها بر اساس اقوال فقهاست. از آن‌جا که بیشتر نوشته‌ها در این زمینه تنها بر اساس ادله است و عبارت فقها را به صورت دقیق بیان نکرده‌اند، این تحقیق با ذکر ادله و بیان دقیق عبارت فقها و نقد این ادله با عبارات خود آن‌ها در فقه امامیه و

عامه می‌تواند تصویر دقیقی از موضوع را در برابر مخاطب قرار دهد. این پژوهش از روش کتابخانه‌ای و توصیفی بهره برده است. به دلیل وجود اختلاف در استدلال به ادله عقلی و نقلی، ساختار نگارش بر اساس ادله، نحوه استدلال و سپس در برخی موارد، نقد آن ادله قرار گرفته است. بنابراین، هر کدام از ادله با توجه به ذکر قائلان آن نقد و بررسی می‌شود.

### طبقه‌بندی مفهوم غایب در کلام فقها

«غایب» در موضوع قضا مفهوم وسیعی دارد. در این زمینه هم به کسی که فقط در محکمه حضور ندارد، اما در بلد حضور دارد، غایب اطلاق می‌شود و هم به کسی که نه در محکمه و نه در شهر حضور ندارد، اطلاق می‌شود؛ چه بلد نزدیک باشد و چه دور باشد. در این زمینه، فقها در مفهوم آن اختلاف کرده‌اند. اقوال فقها را در چهار نظریه می‌توان بیان کرد.

۱. غیبت مطلق: در این نظریه که قول اکثر فقها نیز می‌باشد، به اطلاق غیبت تمسک شده است و قائلین معتقدند غایب کسی است که از مجلس حکم غایب باشد و فرقی بین حضور در بلد یا مسافر بودن او نیست. ملاک این است که او در محکمه حضور نداشته باشد. قائلین این گروه به عموم ادله بینه و هم‌چنین انتفای ضرر تمسک جسته‌اند. از این فقها می‌توان به محقق حلی (شرائع الاسلام ۴: ۷۷)، علامه حلی (ارشاد الازدهان ۲: ۱۴۷؛ الايضاح الفوائد ۴: ۳۵۹)، شهید اول (الدروس الشرعية ۲: ۹۱؛ غایه المراد ۴: ۵۳)، شهید ثانی (مسالك الافهام ۱۳: ۴۶۷)، صیمری (غایه المرام ۴: ۲۳۵)، محقق سبزواری (کفایه الاحکام ۲: ۶۹۷)، محمدحسن نجفی (جواهرالکلام ۴۰: ۲۲۱)، فاضل هندی (کشف اللثام ۱۰: ۱۵۲)، عبدالاعلی سبزواری (مهذب الاحکام ۲۷: ۶۷)، سید علی طباطبایی (ریاض المسائل ۱۵: ۱۷۲) و سبحانی (نظام القضاء و الشهاده ۱: ۴۵۵) اشاره نمود.

۲. غیبت مقید به بعد مسافت: گروهی از فقها، مسافت را شرط می‌دانند و فرد، تنها در صورت بعد مسافت، غایب محسوب می‌شود. بنابراین، اگر فرد در محکمه حضور نداشته،

اما در شهری نزدیک به محکمه باشد که امکان حضور برای او میسر بوده است، غایب محسوب نمی‌شود. این قول یحیی بن سعید حلّی در الجامع للشرایع است. صاحب مفتاح الکرامه در تعلیل دلیل این گروه می‌گوید: «شاید از ظاهر عبارت «اذا قدم» در اخبار جمیل و محمد بن مسلم این گونه استنباط کرده‌اند یا این که نزد یحیی بن سعید، اسم مسافر تنها در مورد کسی که مسافت شرعی را قطع کرده باشد، صدق می‌کند (مفتاح الکرامه ۲۵: ۴۲۸). شیخ حر عاملی نیز در توجیه روایت قرب الاسناد «لا یقضی علی الغایب» به همین نظریه استناد می‌کند و قضا علیه غایب را در جایی می‌داند که در محکمه، غایب نیست، اما در بلد یا بلد نزدیک حضور دارد» (وسائل الشریعه ۲۷: ۲۹۶).

۳. غیبت مقید به تعذر حضور: از منظر این گروه از فقها، تعذر حضور در حاضر شرط است؛ یعنی قضا علیه غایب از موضع نیاز و هم‌چنین تعذر احضار است. بنابراین، اگر فرد بدون تعذر در محکمه حاضر نشود، غایب محسوب نمی‌شود. این قول شیخ طوسی در المبسوط است که فیض کاشانی آن را در مفاتیح الشرایع تقویت کرده است. (المبسوط ۸: ۱۶۲؛ مفاتیح الشرایع ۳: ۲۵۴)

۴. غیبت مقید به امتناع حضور است. بر اساس این نظریه، علیه غایب حکم نمی‌شود مگر زمانی که غایب از حضور امتناع ورزد و بداند که علیه او حکم می‌شود. بنابراین، اگر غایب از حضور امتناع نرزد و به دلایل دیگر نتواند حاضر شود، غایب محسوب نمی‌شود و نمی‌توان علیه او حکم غیابی صادر کرد. صاحب این قول، احمد بن محمد اردبیلی است. دلیل این قول آن است که وقتی غایب به حکم علیه خودش علم دارد، در واقع، با غیبتش، ضرری را بر خود وارد می‌کند (مجمع الفائده و البرهان ۱۲: ۲۰۴).

با توجه به اقوال و ادله فقها و بر اساس قول اکثر فقها که قائل به اطلاق مفهوم غایب هستند، این پژوهش نیز بر پایه مفهوم مطلق غایب ارائه می‌شود.

## ادله جواز حکم غیابی

در اصل قضا و حکم غیابی، تمام فقهای شیعه و فقهای عامه به جز ابوحنیفه با هم توافق دارند، اما در مبانی و ادله آن‌ها اختلاف وجود دارد. موافقان ادله‌ای را مطرح می‌کنند که حتی برخی علمای شیعه هم در آن مناقشه می‌کنند. این ادله شامل عموم نص، اطلاق ادله حجیت بینه، نفی ضرر و اجماع و برخی از روایات است. چنان که آقای فاضل هم فرموده است تفکیک بین استدلال و استناد لازم نیست و چه بسا موجب سوء برداشت هم بشود. در بیان ادله موافقین، ابتدا ادله و سپس قائلین آن‌ها و در نهایت، نقد وارد بر هر دلیل بررسی می‌شود.

### ۱. عموم نص (آیه ۲۶ سوره ص)

اولین دلیل موافقان، آیه ۲۶ سوره مبارکه ص می‌باشد که می‌فرماید: «... در میان مردم به حق قضاوت کن...»<sup>۱</sup>. موافقان حکم غیابی با استناد به این قسمت از آیه این گونه استدلال کرده‌اند که اگر حکم علیه غایب را جایز ندانیم، ممکن است حق مدعی ضایع شود. بنابراین، نص آیه جهت حکم کردن به حق و جلوگیری از این تضییع حق، حکم علیه غایب را هم شامل می‌شود. از فقهایی که به این دلیل استناد کرده‌اند، به فاضل هندی می‌توان اشاره کرد که ذیل این موضوع با ذکر این آیه می‌نویسد: «و دلیل المختار عموم النص.» (کشف اللثام و الإبهام ۱۰: ۱۵۳) عبدالکریم موسوی اردبیلی نیز در بیانی به همین دلیل تمسک جسته است: «لقضاء علی الغایب فی الجملة ثابت بالنص و الاجماع.» (فقه القضا ۲: ۱۷۵) از فقههای معاصر هم چنین سید محمدرضا موسوی گلپایگانی در عبارتی، قضا علیه غایب را مسلم دانسته است و می‌نویسد: «لاریب فی سماع الدعوی و نفوذ الحکم علیه و قد يستدل لذلك بالادلة التالية: اطلاق ادله القضاء كقوله تعالى [فاحکم بین الناس بالحق]» (کتاب القضا ۱: ۳۶۵) در مورد این

۱. «يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ...» (ص/ ۲۶)

دلیل، نقدی از سوی فقها دیده نشده است. البته نمی‌توان ادعای اجماع بر این مورد داشت، هر چند ممکن است ادعای عدم خلاف شود؛ زیرا با تتبع در اقوال، بسیاری از فقها به این دلیل متعرض نشده‌اند و این اعم است از این که آن را رد یا تأیید کرده باشند.

## ۲. اطلاق ادله حجیت بینه

گروهی از فقها برای اثبات صحت حکم غیابی به روایت ابن ابی عمیر از امام صادق (ع) استدلال کرده‌اند. در بخشی از این روایت آمده است که رسول خدا (ص) فرمودند: «من در بین شما با بیانات و قسم‌ها حکم می‌کنم،<sup>۱</sup> استدلال فقهای که به این دلیل تمسک کرده‌اند، این است که هرگاه بینه‌ای اقامه شد، مطابق آن، حکم صادر می‌شود و اطلاق آن شامل موردی هم می‌شود که مدعی علیه غایب است. سید کاظم حسینی حائری می‌فرماید: «حکم علیه غایب که با استناد به بینه مدعی باشد، نافذ است و دلیل آن، اطلاق ادله حجیت بینه است و اگر فرد غایب، حاضر شد و بینه‌ای آورد که با بینه مدعی تعارض داشت و آن را باطل کرد، حکم باطل می‌شود»<sup>۲</sup>.

مرحوم آقا ضیاء عراقی در کتاب القضاء (۲۵۸)، سید محمدرضا گلپایگانی در کتاب القضاء (۱: ۳۶۵) و سید عبدالکریم موسوی اردبیلی در فقه القضاء (۴: ۱۷۵-۱۷۸) همگی به اطلاق ادله حجیت بینه بر جواز حکم علیه غایب نظر داده‌اند.

## ۳. انتفاء ضرر

فقهای که به نفی ضرر استدلال کرده‌اند، می‌گویند اگر برای مدعی که علیه غایب اقامه دعوا کرده است، حکمی صادر نشود، ممکن است مدعی نسبت به ادعای خود صادق باشد و در نتیجه عدم صدور حکم، ضرری به مدعی وارد شود. بنابراین، به خاطر دفع ضرر از مدعی، حکم علیه غایب صادر می‌شود و اگر بعد از مدتی غایب حاضر شود و بینه‌ای معارض

۱. «إِنَّمَا أُقْضَىٰ بَيْنَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَالْأَيْمَانِ». (عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۲۳۲)  
۲. «الحکم علی الغایب بالبینه نافذ بدلیل اطلاق حجیه البینه...». (القضا فی الفقه الاسلامی، ۷۸۱).

با بینه مدعی اقامه کند، در این صورت، حکم قبلی نقض می‌شود. از فقهایی که به این دلیل به عنوان یکی از دلایل صحت حکم غیابی اسناد کرده‌اند، می‌توان به میرزا حبیب‌الله رشتی اشاره کرد که می‌فرماید: «فلا اشکال و لا خلاف أيضا فی القضاء علیه، و دلیلہ جمیع أدلۃ القضاء مع قاعدة نفی الضرر.» (کتاب القضاء ۱: ۲۶۵) محمدحسن اصفهانی، فقیه دیگری است که یکی از علل قضا علیه غایب را نفی ضرر می‌داند. (کشف اللثام ۱۰: ۱۵۳)

همان‌طور که می‌دانیم، قاعده نفی ضرر در همه جا کاربرد ندارد؛ زیرا مخصص‌های زیادی دارد. پس برای اثبات این قاعده در جایی باید دلیل داشته باشیم. این دلیل موافقان قابل مناقشه است. بر همین اساس، میرزا حبیب‌الله رشتی بر این دلیل نقد وارد کرده است. ایشان در کتاب القضا ذیل این دلیل می‌گویند: «به قاعده نفی ضرر در این جا عمل نمی‌شود؛ زیرا این قاعده مخصص‌های زیادی دارد، مگر در صورتی که از عدم تخصیص اطمینان داشته باشیم و در مورد قضا، اطمینانی وجود ندارد که تخصیص نخورده باشد، هر چند مشهور بدان استناد کرده‌اند.» (کتاب القضاء ۱: ۲۶۶) به نظر می‌رسد این قاعده در این جا کاربرد دارد؛ زیرا مدعی با آوردن بینه فعلاً ذی‌حق محسوب می‌شود و باید به ادعای او رسیدگی شود تا از ضرر در امان بماند، هر چند در واقع، ذی‌حق نباشد که آن هم با حضور فرد غایب قابل اثبات است.

#### ۴. اجماع

نظر فقها در مورد ادعای اجماع بر حکم علیه غایب متفاوت است. در برخی موارد، صریحاً ادعای اجماع شده است (اجماع محصل). در بعضی موارد نیز ادعای اجماع از سوی فقهای دیگر (اجماع منقول) صورت گرفته است و برخی دیگر به ادعای عدم خلاف و بعضی هم به عبارت «و هو ثابت عندهم» بسنده کرده‌اند. این اجماع به عنوان یکی از اجماعات فقهای شیعه در کتب متعدد ذکر شده است که کتاب اجماعات فقهای امامیه از آن جمله است.<sup>۱</sup>

۱. «ان القضا علی الغایب جائز بلا خلاف و دلیلنا اجماع الفرقه.» (موسوی روضاتی، اجماعات فقهای امامیه ۲: ۶۳۸).

مرحوم سید عبدالاعلی سبزواری از جمله کسانی است که بر این امر ادعای اجماع کرده است و می‌فرماید: «لا يعتبر حضور المدعی علیه فی سماع الدعوی فتسمع الدعوی علی الغائب مطلقاً للاجماع». (مهذب الاحکام ۲۷: ۶۷) میرزا محمدحسین آشتیانی می‌فرماید: «الحکم علی الغائب فی الجملة مما لا اشکال بل لا خلاف فيه عندنا بل الاجماع بقسمیه علیه». (کتاب القضا ۱۶۱) از فقهای که تنها ادعای اجماع را از سوی دیگران مطرح کرده‌اند، می‌توان به سید محمد کاظم طباطبایی اشاره کرد که می‌فرماید: «تسمع الدعوی علی الغائب و يجوز الحکم علیه مع البینه اذا لم یکن فی البلد علی المشهور المدعی علیه الاجماع». (العروه الوثقی ۶: ۴۷۷) شیخ انصاری از عبارت «ثابت عندهم» استفاده کرده است: «أَنَّ القضا علی الغائب عن مجلس الحکم ثابت عندهم». (القضا و الشهاده ۱۶۳) سید علی طباطبایی در ریاض المسائل (۱۵: ۱۷۱) فاضل لنکرانی در تفصیل الشریعه (تفصیل الشریعه - القضا و الشهادت ۱۰۵) و عبدالکریم موسوی اردبیلی در فقه القضا (۲: ۱۷۵) از جمله فقهای هستند که از تعبیر «لا خلاف» استفاده کرده‌اند.

در مورد دلیل اجماع، نقدی از سوی فقها دیده نشده است، اما بدیهی است که ادعای اجماع از سوی برخی فقها و ادعای نقل اجماع از سوی عده‌ای دیگر و همچنین ادعای عدم خلاف، خود گواهی است بر این که در این دلیل، اختلاف نظر وجود دارد، اما قدر متیقن از آن‌ها این است که حداقل مسئله به صورت «عدم نقل خلاف» باشد؛ یعنی فقها خلاف آن را نقل نکرده‌اند. در نهایت، نمی‌توان به این دلیل استدلال کرد؛ زیرا اولاً با وجود این اختلافات نمی‌توان گفت مسئله اجماعی است. ثانیاً در صورت وجود اجماع، اجماع منقول است که حجیت ندارد. ثالثاً اگر هم محصل باشد، مدرکی است که آن هم در نظر اکثر قریب به اتفاق فقها ارزش و حجیت ندارد.

## روایات

آن چه گفته شد، ادله فقها در صحت حکم غیابی بود، اما مهم ترین دلیلی که باعث شده حکم غیابی از اصل اولی عدم نفوذ حکم غیابی خارج شود، روایاتی است که فقها به آن ها استناد کرده اند. البته برخی از این روایات به صراحت، دال بر جواز حکم غیابی است و برخی دیگر، دلالت صریح بر این مطلب ندارند. طبیعتاً برخی از این روایات قابل مناقشه هستند. این مناقشه ها یا از نظر سندی است یا از لحاظ دلالتی. در این جا به ذکر این روایات، قائلین و مناقشه های آن می پردازیم.

### ۱. روایت جمیل عن جماعه من اصحابنا عن الباقر و الصادق (علیهما السلام)

این روایت که از جمیل بن دراج نقل شده، مورد استناد بسیاری از فقها قرار گرفته و مهم ترین روایتی است که در این زمینه به آن استناد شده است. در این روایت آمده است که هرگاه علیه غایب بینه اقامه شود، علیه او حکم می شود و مال او فروخته و از آن مال، دین او ادا می شود. این در حالی است که فرد غایب است و غایب هرگاه برگشت، می تواند ادله خود را اقامه کند.<sup>۱</sup> در ادامه، امام فرمود: «و اما مال او به مدعی داده نمی شود مگر این که کفیلی را معین کنند و آن مال تا روشن شدن وضعیت غایب به کفیل سپرده می شود».<sup>۲</sup> از فقهاییی که به این روایت استناد کرده اند، می توان به سید محمد کاظم طباطبایی اشاره کرد که در تکمله عروه الوثقی، دعوا و حکم علیه غایب را در صورت داشتن بینه مسموع می داند و قول خود را به این روایت استناد می دهد. ایشان از این روایت، با تعبیر «مرسله» یاد کرده است، نه «صحیحه».<sup>۳</sup> خویی نیز در مبانی تکمله المنهاج خود این مسئله را ظاهراً

۱. «الغائبُ یُقْضَى عَلَیْهِ إِذَا قَامَتْ عَلَیْهِ الْبَیِّنَةُ - وَ یُسَاعَ مَالُهُ وَ یُقْضَى عَنْهُ دَیْنُهُ وَ هُوَ غَائِبٌ - وَ یَكُونُ الْغَائِبُ عَلَی حُجَّتِهِ إِذَا قَدِمَ». (عاملی، وسائل الشیعة ۲۷: ۲۹۵)

۲. «قَالَ - وَ لَا یُدْفَعُ الْمَالُ إِلَى الَّذِي أَقَامَ الْبَیِّنَةَ إِلَّا بِكِفَالٍ». (همان)

۳. «تسمع الدعوى على الغائب و يجوز الحكم علیه مع البینه و يدل علیه مرسل جمیل». (خوئی، تکملة العروة الوثقی ۲: ۴۵)

اختلافی نمی‌داند و از عبارت «بلا خلاف ظاهر» استفاده کرده و سپس این روایت را به عنوان مسند آورده است. البته ایشان از این روایت به عنوان صحیحه نام برده است. (مبانی تکمله المنهاج - موسوعه ۴۱: ۲۷) شیخ طوسی در نهاییه به همین روایت استناد می‌کند. (۳۵۲)

میرزا محمدحسین آشتیانی، فقیه دیگری است که حکم علیه غایب را ابتدا بدون اشکال دانسته است و روایت جمیل را دلیل بر قول خود می‌داند.<sup>۱</sup> فاضل لنکرانی نیز همچون آشتیانی، حکم علیه غایب را بدون اشکال دانسته است و به همین روایت استناد می‌کند. (تفصیل الشریعه - القضاء و الشهادات ۱۰۵) از فقهای دیگر می‌توان از سید کاظم حسینی حائری نام برد که این روایت را صحیحه می‌داند؛ زیرا سند آن را تام می‌شمارد. (القضا فی الفقه الاسلامی ۷۸۱) سید محمدرضا موسوی گلپایگانی در کتاب القضا (۱: ۳۶۵)، عبدالکریم موسوی اردبیلی در فقه القضا (۲: ۱۷۵ - ۱۷۷) و میرزا جواد تبریزی در اسس القضا و الشهاده (۱۷۷) به این روایت استناد کرده‌اند.

### نقد روایت

با این که این روایت از مهم‌ترین ادله صحت حکم علیه غایب است و اکثریت قریب به اتفاق فقها به آن استناد کرده‌اند، برخی آن را صحیحه و بعضی، مرسله دانسته‌اند. بنابراین، با این اختلاف تعبیر از این روایت، احتمال ارسال آن وجود دارد؛ یعنی از جهت سندی قابل مناقشه است، هر چند از جهت دلالتی بسیار محکم است. در همین راستا، صاحب مجمع الفائده و البرهان در این روایت مناقشه کرده است. احمد بن محمد موسوی اردبیلی هر چند به صحت دلالت این روایت اقرار می‌کند، آن را از جهت سند خدشه‌دار می‌داند. ایشان بعد از این که سند روایت هند زوجه ابوسفیان را غیر ظاهر می‌داند، در مورد سند روایت دوم که همین صحیحه جمیل است، می‌گوید سند دوم هم مانند روایت اول غیر ظاهر است و دلیل

۱. «الحکم علی الغایب فی الجملة مما لا اشکال بل لاخلاف فیہ عندنا بل الاجماع بقسمیه علیه مضافا الی رویت جمیل بن دراج». (آشتیانی، کتاب القضا ۱۶۱)

آن را هم ارسال و هم حال مجهول جعفر بن محمد و عبدالله بن نهیک می‌داند و اسناد این روایت را به معصوم، مجهول می‌شمارد. بنابراین، ایشان در مورد این روایت هم احتمال اسناد و هم ارسال را نسبت به یکی از دو امام باقر (ع) و امام صادق (ع) می‌دهد: «فإنه یحتمل الإرسال و الإسناد إليهما عليهما السلام». (مجمع الفوائد و البرهان ۱۲: ۲۰۴-۲۰۵) از نظر ایشان، با وجود احتمال ارسال نمی‌توان به راحتی به این روایت استناد کرد؛ زیرا «إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال». از آن جا که خوبی این روایت را صحیح می‌داند، احتمال ارسال در آن نادیده گرفته می‌شود و در نتیجه، استناد به آن صحیح است.

## ۲. روایت محمد بن مسلم عن ابی جعفر (ع)

این روایت همچون صحیح جمیل بن دراج است مگر فراز آخر آن که عبارت «إِذَا لَمْ يَكُنْ مَلِيًّا» به آن افزوده شده است. مفهوم روایت با عبارت اخیرش این است که در صورت اقامه بینه از سوی مدعی، مال غایب به مدعی داده نمی‌شود و به کفیل داده می‌شود، اگر غایب، توانگر نباشد.<sup>۱</sup> فقهایی که به روایت جمیل بن دراج استناد کرده‌اند، در ادامه، به این روایت نیز استناد جسته‌اند.

صاحب جواهر در جواهر الکلام (۴۰: ۲۲۰)، سید محمد کاظم طباطبایی در تکمله عروه الوثقی (۲: ۴۵)، سید محمد رضا موسوی گلپایگانی در کتاب القضا (۱: ۳۶۵)، فاضل لنکرانی در تفصیل الشریعه (تفصیل الشریعه - القضاء و الشهادات ۱۰۵) و میرزا محمدحسین آشتیانی در کتاب القضا (۱۶۱) به این روایت استناد کرده‌اند.

خوبی هم از فقهایی است که به این روایت استناد کرده است و می‌فرماید: «اگر مدعی مطالبه حقش را بکند و مدعی علیه غایب باشد و فعلا احضار او ممکن نباشد، اگر مدعی اقامه بینه بر ادعای خود بکند، حاکم به نفع مدعی حکم صادر می‌کند و حق مدعی را از

۱. «الغائب يُقضى عليه إذا قامت عليه البينة - و يُباع ماله و يُقضى عنه دينه و هو غائب - و يكون الغائب على حجة إذا قدم قال - و لا يدفع المال إلى الذي أقام البينة إلا بكفلاء إذا لم يكن مالياً». (عاملی، وسائل الشیعة ۲۷: ۲۹۵)

اموال مدعی علیه می‌پردازد، اما از او کفیل می‌گیرد و غایب هرگاه برگشت، می‌تواند بینه اقامه کند. پس اگر عدم استحقاق مدعی را ثابت کرد، حاکم، مال او را از مدعی می‌گیرد و به او باز می‌گرداند.» ایشان این امر را «بلا خلاف ظاهر» می‌دانند و از جمله روایاتی که به آن استناد می‌کند، همین روایت محمد بن مسلم است. (مبانی تکمله المنهاج - موسوعه ۴۱: ۲۷) از جمله فقهای معاصر می‌توان به مؤمن قمی اشاره کرد که به این روایت استناد کرده است. (مبانی تحریرالوسیله - القضاء و الشهادات ۱۴۴ - ۱۴۵)

### ۳. روایت ابوموسی اشعری

شهید ثانی این روایت را در مسالک الافهام آورده و به آن استناد کرده است. در این روایت آمده است که هرگاه دو طرف خصم خدمت پیامبر اکرم (ص) می‌رسیدند، حضرت موعده را برای آن‌ها معین می‌کرد. اگر تنها یکی از آن‌ها در آن موعده حاضر می‌شدند، پیامبر به نفع کسی که حاضر می‌شد و به ضرر کسی که حاضر نمی‌شد، حکم صادر می‌فرمود.<sup>۱</sup> با فرض این که این روایت از لحاظ سندی مشکلی نداشته باشد، دلالت آن بر مدعی قائلین به حکم غیابی، فراز آخر روایت است که می‌گوید: «قضى للذی وفى علی الذی لم یف»؛ یعنی مراد از «الذی لم یف»، همان غایب است که علیه او حکم صادر شده است.

شهید ثانی، خبر ابوموسی اشعری را دلیل بر جواز می‌داند و در ادامه می‌فرماید: «مراد از قضا علیه کسی که به وعده‌اش وفا نکرده (مدعی علیه/غایب)، با استناد به بینه، کسی است که به وعده وفا کرده و حاضر شده است (مدعی/حاضر)؛ زیرا به مجرد ادعا، حکم دادن محال است و با این شرایط، حضور یک طرف خصم، وکیلش یا شریکش یا نبودن او یکسان است» (مسالک الافهام ۱۳: ۴۶۷).

از فقهای دیگری که به این روایت بر جواز حکم علیه غایب استناد کرده‌اند، می‌توان به سید محمد کاظم

۱. عن أبي موسى الأشعري قال: «كان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ إِذَا حضر عنده خصمان فتواعد الموعد، فوفى أحدهما و لم يف الآخر، قضى للذی وفى علی الذی لم یف». (عاملی، مسالک الأفهام ۱۳: ۴۶۸)

طباطبایی در تکملة العروة الوثقى (۲: ۴۵)، محمدحسن نجفی در جواهر الکلام (۴۰: ۲۲)، فاضل لنکرانی در تفصیل الشریعة (تفصیل الشریعة - القضاء و الشهادات، ۱۰۴)، عبدالکریم موسوی اردبیلی در فقه القضا (۲: ۱۷۵ - ۱۷۷) و سبحانی در نظام القضاء و الشهادة (۱: ۴۵۴) اشاره کرد.

### نقد روایت

آشتیانی در کتاب القضاء، این روایت را دال بر قضا علیه غایب نمی‌داند و مربوط به جایی می‌داند که مدعی علیه از حضور در دادرسی امتناع ورزد که در این صورت، حکم علیه او اجماعی است و در این جا عنوان غایب به او اطلاق نمی‌شود؛ زیرا عمداً حاضر نشده است.<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد این روایت با نظریه‌های دیگر در مورد مفهوم غایب سازگار باشد و دلیلی بر مدعا محسوب شود.

### ۴. روایت مستفیض هند زوجه ابی سفیان عن النبی

این روایت در مورد هند زوجه ابوسفیان است که شکایتی از ابوسفیان نزد پیامبر اکرم (ص) برد و حضرت در غیاب ابوسفیان به شکایت او رسیدگی کرد. قضیه این گونه است که هند خدمت حضرت رسید و عرض کرد: «ابی سفیان، مردی بخیل است که نفقه من و فرزندم را به طور کامل نمی‌دهد. پیامبر فرمود: به اندازه آنچه برای تو و فرزندت کفایت می‌کند، از مال ابوسفیان بردار».<sup>۲</sup> این حکم در حالی از پیامبر صادر شده که ابوسفیان در مجلس حضور نداشته است. به این روایت استناد شده است که پیامبر در مورد ابوسفیان حکم کرد در حالی که ابوسفیان در مجلس حاضر نبود و فعل پیامبر نیز همانند قول ایشان حجت است. این روایت در بیشتر منابع اهل سنت نقل شده است و به آن استناد کرده‌اند.<sup>۳</sup>

۱. «و اما عدم دلالة المروى عن ابی موسی فبانه ظاهر فیما اذا امتنع المدعی علیه عن الحضور و الحكم فیہ اجماعی کما سیجی و لادخل له بالغایب من حیث هو غایب بل هو عنوان آخر فتامل». (آشتیانی، کتاب القضا ۱۶۱)  
۲. «فنی الخبر المستفیض عنه أنه قال لهند زوجه ابی سفیان - و قد قالت: إن أبا سفیان رجل شحیح لا یعطینی ما یکفینی و ولدی - : «خذی ما یکفیک و ولدک بالمعروف» و کان أبوسفیان غائباً عن المجلس».  
۳ - عوالی اللئالی ۱: ۴۰۲ ح ۵۹؛ مسند أحمد ۶: ۳۹؛ صحیح البخاری ۷: ۸۵؛ سنن الدارمی ۲: ۱۵۹؛ سنن أبی

روایت هند مورد قبول بسیاری از فقهای شیعه نیز بوده است و موافقان حکم غیابی به آن استناد کرده‌اند، هر چند این روایت، بیش از روایات دیگر قابل مناقشه است. شهید ثانی این روایت را مورد قبول اکثر عامه مانند شافعی، مالکی و حنبلی به جز ابوحنیفه می‌داند و می‌فرماید: «مذهب أصحابنا جواز القضاء علی الغائب فی الجملة. و هو مذهب أكثر العامة، كالشافعي و مالك و أحمد و جماعة من الفقهاء، و خالف فيه أبو حنيفة...» ایشان بعد از بیان روایت هند، نظریه غیبت مطلق را نتیجه می‌گیرد؛ یعنی غیبت از محکمه، چه غایب در بلد باشد، چه نباشد و چه بلد دور باشد و چه نزدیک با این استدلال که در آن روز، ابوسفیان داخل مکه بوده، هر چند در محکمه حضور نداشته است. (مسالك الأفهام ۱۳: ۴۶۷) سید محمد کاظم طباطبایی بعد از ذکر و استناد به این روایت، در حکم صادر شده از پیامبر اکرم (ص) تشکیک می‌کند و احتمال فتوا بودن آن را نیز می‌دهد با این استدلال که غایب بودن ابوسفیان از شهر معلوم نیست. در عبارت ایشان آمده است: «فیه أنه لیس من باب الحکم، بل بیان الفتوی مع کون أبي سفیان غائباً عن البلد غیر معلوم». (تکمله العروه الوثقی ۲: ۴۵) فاضل لنکرانی نیز نظری مشابه دارند: «بأنه لا یکون من باب بیان الحکم بل بیان الفتوی، مع أن غيبة أبي سفیان من البلد غیر معلومة». (تفصیل الشریعه - القضاء و الشهادات ۱۰۵-۱۰۶).

از فقهای دیگری که به این روایت استناد کرده‌اند، می‌توان به صاحب جواهر در جواهر الکلام (۴۰: ۲۲۰)، سید علی طباطبایی در ریاض المسائل (۱۵: ۱۷۱-۱۷۲) و عبدالکریم موسوی اردبیلی در فقه القضا (۲: ۱۷۵-۱۷۷) اشاره کرد.

### نقدروایت

دو اشکال بر این روایت وارد است:

اول از نظر دلالت، این روایت تام نیست و ظهور در حکم ندارد، بلکه ممکن است از باب

---

داود ۳: ۲۸۹، ح ۳۵۳۲؛ سنن النسائی ۸: ۲۴۶-۲۴۷؛ سنن ابن ماجه ۲: ۷۶۹، ح ۲۲۹۳؛ سنن البيهقي ۷: ۴۷۷.

فتوا باشد. میرزا محمدحسین آشتیانی بعد از ادعای عدم دلالت روایت هند بر مسئله قضا و حکم علیه ابوسفیان می‌فرماید: «ظاهر روایت، بیان حکم اصل مسئله یا جواز مقاطعه برای هند است و به همین دلیل است که برخی از اصحاب قائلند که این روایت بین حکم تقاض و فتوا مردد است». (کتاب القضاء ۱۶۱-۱۶۲) سید یزدی نیز همین اشکال را وارد می‌کند. (تکمله العروه الوثقی ۲: ۴۶؛ عروه الوثقی ۶: ۴۷۷) سبحانی با فرض صحت سند، در دلالت آن مناقشه می‌کند و می‌فرماید: «پیامبر اکرم (ص) در این روایت به یک مسئله فقهی جواب داده است بدون این که این‌جا نزاعی باشد و این که جایز است برای زوجه تا از اموال شوهر خود، نفقه‌اش را بردارد، اما این که آیا زوجه در ادعای خود صادق است یا نه یا آیا بینه دارد یا نه؟ این امور در ضمن سؤال مطرح نشده است. بنابراین، استدلال آن در مورد قضا صحیح نیست». (نظام القضاء و الشهادات ۱: ۴۵۵-۴۵۶)

دوم این که سند این روایت، تام نیست؛ زیرا بیشتر بین اهل سنت نقل شده است. سید محمدرضا گلپایگانی هم از مستشکلین سندی و دلالتی این روایت است. ایشان ذیل این حدیث می‌گوید: «استدلال به این حدیث تمام نیست؛ زیرا در این حدیث، ظهوری در این که از باب حکم باشد، وجود ندارد. مضافاً این که سند آن هم تام نیست.» (کتاب القضا ۱: ۳۶۵)

#### ۵. صحیح زرارہ عن ابی جعفر (ع)

شیخ حر عاملی این روایت را در وسائل الشیعه با سند صحیح از زرارہ و امام صادق (ع) نقل کرده است که در آن، امام صادق (ع) از علی (ع) نقل می‌کند که ایشان در مورد دین، حکم به حبس نمی‌دادند مگر سه گروه را (غاصب، کسی که از روی ظلم، اکل مال یتیم کند و امانت گیرنده‌ای که خیانت در امانت می‌کند) و حضرت علی (ع) اگر مالی را نزد مدیون می‌یافت، آن مال را می‌فروخت و از آن مال، حق مدعی را ادا می‌نمود چه مدیون غایب بود

و چه حاضر.<sup>۱</sup> صاحب جواهر در جواهر الکلام (۴۰: ۲۲۰)، فاضل لنکرانی در تفصیل الشریعه (تفصیل الشریعه - القضاء و الشهادات ۱۰۵) و موسوی اردبیلی در فقه القضا (۲: ۱۷۵-۱۷۷) به آن استناد کرده‌اند.

### ادله عدم جواز حکم غیابی

ادله مخالفان حکم غیابی شامل دلیل عقلی دفع ضرر و چند دلیل نقلی از روایات است. هر چند دلیل عقلی دفع ضرر از ادله قائلین به جواز هم بود، در این جا، قائلین به عدم جواز، این ضرر را متوجه فرد غایب می‌دانند و از این دلیل برای اثبات مدعای خود بهره می‌برند. نکته قابل ذکر این است که ادله عدم قضا علیه غایب، قائلین زیادی ندارد و تنها ابوحنیفه به برخی از آن‌ها استناد می‌کند. از فقهای شیعه، کسی قائل به این ادله نیست، اما تمامی این ادله را نقد و بررسی کرده‌اند. اکنون به این ادله می‌پردازیم.

#### ۱. دلیل عقلی، دفع ضرر

دلیل عقلی مخالفان حکم غیابی، دفع ضرر است. این گروه می‌گویند اگر فرد، غایب باشد و علیه او حکم صادر شود، ممکن است واقعا ذی‌حق بوده و مدعی ادعای کذب داشته باشد و در نتیجه، حق او ضایع و وی متضرر شود. ضرر هم در اسلام نفی شده است. از جمله فقیه‌هایی که به این دلیل استدلال کرده است، به احمد بن محمد اردبیلی می‌توان اشاره کرد. ایشان ضمن تأکید بر نظریه خود در مفهوم غایب که به غیبت مقید به امتناع حضور تأکید داشت، استدلال می‌کند که شاید فرد غایب ادله‌ای داشته باشد که بعد از صدور حکم، به دلیل عذری نتواند بدان استناد کند؛ زیرا ممکن است به دلیل موت مدعی یا فقر او یا موت و فقر کفیل نتواند حق خود را استیفا کند. بنابراین، باید به موضع وفاق بسنده کنیم و آن

۱- أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ: «كَانَ عَلَيَّ عَ لَا يُحْبِسُ فِي الدِّينِ إِلَّا ثَلَاثَةً: الْغَائِبُ وَمَنْ أَكَلَ مَالَ الْيَتِيمِ ظُلْمًا - وَمَنْ أُوْتِمِنَ عَلَيَّ أَمَانَةً فَدَهَبَ بِهَا - وَإِنْ وَجَدَ لَهُ شَيْئًا بَاعَهُ غَائِبًا كَانَ أَوْ شَاهِدًا». (عاملی، وسائل الشیعة ۲۷: ۲۴۸)

در جایی است که فرد غایب از دادرسی غیابی علیه خود آگاهی یابد و در این صورت، اگر حاضر نشد، حتی اگر ضرری متوجه او باشد، بعید نیست که حکم علیه او صحیح باشد؛ زیرا خود غایب این ضرر را بر خود وارد کرده است. (مجمع الفائده و البرهان ۱۲: ۲۰۵) این دلیل در مورد مدعی واضح‌تر است؛ زیرا مدعی با بینه علیه غایب اقامه دعوا کرده است و فی الجمله از وجود حق برای وی اطمینان داریم. هر چند می‌توان احتمال داد که بینه غایب ممکن است مقدم باشد، فعلاً نمی‌توان بینه احتمالی غایب را بر بینه اطمینانی مدعی ترجیح داد. در واقع، اگر بنا بر بینه مدعی حکم نشود، ضرر از سوی حاکم متوجه او می‌شود که در اسلام نفی شده است. این در حالی است که اگر با صدور حکم به نفع مدعی، ضرری متوجه غایب شود، این ضرر از ناحیه حاکم نبوده، بلکه به واسطه غیبت خود شخص است و به ناچار باید تحمل کند.

## ۲. دلایل نقلی روایات

### ۱- ۲. خبر قرب الاسناد

در خبری که عبدالله بن جعفر در قرب الاسناد از امام صادق (ع) نقل می‌کند که آن حضرت از علی (ع) نقل می‌فرماید که فرمود: «علیه غایب حکم نمی‌شود.»<sup>۱</sup> شاید بتوان گفت مهم‌ترین دلیل مخالفان حکم غیابی - اعم از دلیل عقلی و نقلی - همین روایت باشد. مخالفان حکم غیابی از اطلاق این روایت استفاده کرده‌اند و می‌گویند اگر عدم قضا علیه غایب در موارد و شرایط خاصی معتبر بود، باید آن را مقید به آن موارد و شرایط می‌کرد. همان‌طور که ذکر شد، تنها ابوحنیفه از فقهای اهل سنت قائل به این قول است. در مقابل این روایت، قائلین به صحت قضا علیه غایب، درباره این روایت به صورت‌های گوناگون مناقشه کرده‌اند.

۱. «لَا يُقْضَى عَلَى غَائِبٍ». (حمیدی، قرب الإسناد ۱۴۱؛ عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۲۹۶)

## نقدروایت

روایت قرب الاسناد به دلیل دلالت صریح و مطلق بر عدم قضا علیه غایب، مناقشه‌ها و توجیه‌های زیادی را از سوی موافقان حکم غیابی به همراه داشته است که تمام آن‌ها بررسی می‌شود. ۱. این روایت حمل می‌شود برای جایی که مدعی نسبت به قضا علیه غایب جزم ندارد که در این صورت، باید کفیلی معین شود. این توجیه را شیخ حر عاملی در وسائل الشیعه ذیل این روایت آورده است: «أَقُولُ: هَذَا مُحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ لَا يُجْزَمُ بِالْقَضَاءِ عَلَيْهِ بَلْ يَكُونُ عَلَى حُجَّتِهِ وَلَا بُدَّ مِنَ الْكَفِيلِ لِمَا مَرَّ». (عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۲۹۶) صاحب جواهر نیز توجیهی شبیه شیخ حر عاملی دارد. ایشان این روایت را حمل می‌کند به جایی که مدعی نسبت به ادعای خود علیه غایب جزم ندارد، به گونه‌ای که اگر برگردد، به هر دلیلی، بینه او مسموع نباشد: ««لا يقضى على غائب» محمول على إرادة عدم الجزم بالقضاء عليه على وجه لا تسمع حجته إذا قدم أو غير ذلك». (جواهرالکلام ۴۰: ۲۲۰) صاحب عروه نیز هم‌چون صاحب وسائل الشیعه و صاحب جواهر، این روایت را حمل می‌کند بر جایی که مدعی نسبت به ادعای خود جزم نداشته باشد.<sup>۱</sup> فاضل لنکرانی همین احتمال را داده است: «لکنها مضافاً إلى إمكان حملها على صورة عدم جزم المدعى، و كون الجزم شرطاً في سماع الدعوى». (تفصیل الشریعه - القضاء و الشهادات ۱۰۶)

۲. ممکن است این روایت حمل شود بر جایی که فرد از مجلس غایب است، اما در همان بلد حضور دارد. به عبارت دیگر، فاصله او دور نیست و امکان حضور او میسر است. بنابراین، روایت می‌گوید در مورد چنین فردی نمی‌توان حکم غیابی صادر کرد. در واقع، ایشان نظریه غیبت مقید به بعد مسافت را در این جا جاری می‌داند. شیخ حر عاملی این توجیه را نیز در ذیل روایت بیان کرده است: «وَيُمْكِنُ الْحُمْلُ عَلَى الْغَائِبِ عَنِ الْمَجْلِسِ وَ هُوَ

۱. «فهو محمول على إرادة عدم الجزم في الحكم بحيث لا يكون على حجته فلا إشكال في المسئلة في الجملة». (خوئی، تکملة العروة الوثقى ۲: ۴۶)

حَاضِرٌ فِي الْبَلَدِ وَتَقَدَّمَ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ عُمُومًا وَتَقَدَّمَ مَا يَدُلُّ عَلَى بَيْعِ مَالِهِ فِي أَحَادِيثِ الْحَبْسِ فِي الدَّيْنِ». (عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۲۹۶)

۳. این روایت به دلیل ضعف سند آن قابل معارضه با روایت صحت قضا علیه غایب نیست. این اشکال خوبی به روایت است: «فهو غير قابل للمعارضة، لضعف سنده». (مبانی تکمله المنهاج - موسوعه ۴۱: ۲۷) از نظر عبدالکریم موسوی اردبیلی نیز سند این روایت به دلیل وجود ابی البختری ضعیف است: «و سند الروایه ضعیف لوجود ابی البختری وهب بن وهب الذی کان قاضیا عامیا و لایوثق باحادیثه و عن ابی شاذان انه من الکذب البریه». (فقه القضاء ۱۸۰)

۴. احتمال دارد اطلاق این روایت با صحیحه جمیل مقید شود به زمانی که علیه غایب بینه‌ای اقامه نشود که در این صورت، علیه او حکم نمی‌شود. این احتمال از سوی مرحوم خوبی وارد شده است.<sup>۱</sup>

۵. این روایت برای جایی حمل می‌شود که در اصل دعوا قصور باشد. موسوی سبزواری در مهذب الاحکام این احتمال را ممکن دانسته است: «و ما يظهر منه الخلاف كقول علي عليه السلام «لا يقضى على غائب»، محمول على ما إذا كان قصور أصل الدعوى.» (۲۷: ۶۷)

۶. ممکن است مراد از قضا در این روایت، قضایی باشد که غایب بعد از حضور، امکان ارائه ادله خود را نداشته باشد: «احتمال کون المراد بالقضاء القضاء الذي لا يتعقبه كون الغائب على حجة إذا قدم». (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه - القضاء و الشهادات ۱۰۶)

۷. احتمال دارد مراد از غایب، غایب از مجلس مرافعه است، نه غایب از بلد. این احتمال نیز از فاضل لنکرانی است: «کون المراد الغائب عن مجلس المرافعة». (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه - القضاء و الشهادات ۱۰۶)

۱. «و لأنه مطلق يمكن تقييده بالصحيحة المتقدمة». (خوئی، مبانی تکمله المنهاج - موسوعه ۴۱: ۲۷)

۸. این روایت در جایی حاکم است که غیبت غایب طولانی نیست یا غایبی که اعلام به او برای حضور در دادرسی، آسان است: «لا یقضی علی غائب» محمول علی من لا تطول غیبتہ، أو یسهل إعلامه للحضور». (تبریزی، نظام القضاء و الشہادہ ۱: ۴۵۷)

۹. این روایت بر فرض صحت سند و دلالت، قدرت معارضه با ادله و روایات جواز حکم غیابی را ندارد؛ زیرا روایات جواز دارای شهرت فتوایی هستند که از اولین و مهم‌ترین مرجحات هنگام تعارض است. فاضل لنگرانی نیز ذیل این روایت به این امر اذعان دارد: «یکون علی تقدیر التعارض ترجیح مع الطائفة الأولى للشہرة الفتوائیة، التي هي أول المرجمات» (تفصیل الشریعہ - القضاء و الشہادات ۱۰۶)

## ۲-۲. روایت محمد بن مسلم عن ابی جعفر (ع)

محمد بن مسلم از امام صادق (ع) نقل می‌کند که فرمودند: «هرگاه دو مرد (نفر) برای قضاوت نزد پیامبر (ص) می‌آمدند، قبل از این که کلام دیگری را بشنود، در مورد اولی قضاوت نمی‌کرد». نحوه استدلال به این روایت روشن است؛ یعنی پیامبر علیه غایب حکم صادر نمی‌کرد؛ زیرا کلام او را هنوز نشنیده است. این روایت نیز هم‌چون روایت قرب الاسناد نقد و توجیه شده است. البته این روایت اهمیت روایت قرب الاسناد را ندارد. به همین دلیل، در توجیه آن تلاش زیادی صورت نگرفته است.

ابی بکر بن مسعود حنفی، از فقهای اهل سنت در ذیل این روایت می‌گوید که این روایت از قضاوت برای یک طرف خصم قبل از شنیدن کلام طرف دیگر خصم نهی می‌کند.

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ ذُبْيَانَ بْنِ حَكِيمِ الْأَوْدِيِّ عَنْ مُوسَى بْنِ أَكْبِيلِ التَّمِيمِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) إِذَا تَقَاضَى إِلَيْكَ رَجُلَانِ فَلَا تَقْضِ لِلأَوَّلِ - حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الآخِرِ - فَإِنَّكَ إِذَا فَعَلْتَ ذَلِكَ تَبَيَّنَ لَكَ الْقَضَاءُ». (عاملی، وسائل الشیعة ۲۷: ۲۱۶)

از طرف دیگر، قضاوت به نفع مدعی با وجود غیبت مدعی علیه همان قضاوت علیه غایب قبل از شنیدن کلام اوست که در این روایت نهی شده است؛ زیرا قاضی، مأمور به قضاوت به حق است و قضاوت به حق تنها با شنیدن کلام طرفین خصم است: «لا تقض لاحد الخصمین مالم تسمع کلام الآخر، نهاء عن القضاء لاحد الخصمین قبل سماع کلام الآخر القضاء بالحق للمدعی حال غیبه المدعی علیه قضاء لاحد الخصمین قبل سماع کلام الآخر فكان منهیا عنه و لان القاضی مأمور بالقضاء بالحق». (بدائع الصنائع ۲۴۰-۲۴۱)

عبدالحمید محمود طهماز، از فقهای اهل سنت در کتاب خود، الفقه الحنفی، کلام ابن بطلال را نقل می کند که در آن، ابن بطلال به قول ابوحنیفه چنین می گوید: «ابوحنیفه با کسانی که حدیث «لا تقض لاحد الخصمین...» را رد می کنند، احتجاج می کند و می گوید: «و احتج من منع بحدیث علی رفعه «لا تقض لاحد الخصمین...» و هو حدیث حسن اخرجه ابو داود و الترمذی و غیرهما و بحدیث «الامر بالمساواه بین الخصمین» و بانه لو حضر لم تسمع بینه المدعی حتی یسال المدعی علیه، فاذا غاب فلا تسمع». (الفقه الحنفی ۳: ۱۴۳) ملاحظه می شود که ابوحنیفه در احتجاج خود با مخالفان روایت، آن را حسن و از مصادیق «الامر بالمساواه بین الخصمین» دانسته است.

در مقابل، برخی فقهای امامیه این روایت را نقد و توجیه کرده اند. چند توجیه در مورد آن وارد شده است که عبارتند از:

۱. بر این روایت از لحاظ سندی خدشه وارد شده است. مؤمن قمی به این که کدام یک از روایات آن علت ضعف سند است، اشاره ای نمی کند. تنها از عبارت «لکن فیه مضافا الی ضعف سند هذه الاخبار» استفاده می کند. (مبانی تحریر الوسیله - القضاء و الشهادات ۱۴۳) موسوی اردبیلی بعد از این که روایت را از نظر صدوق مرسل می داند، وجه آن را عدم توثیق ذیبن ذکر می کند: «رواه الصدوق مرسلا... و السند غیر تام لعدم توثیق ذیبن».

۲. بعید نیست وجه این روایت، سؤال از طرف دیگر خصم باشد تا واقعیت برای قاضی روشن شود و به مجرد اظهارات یک طرف خصم، به دیگری ضرری وارد نشود. این احتمال

از سوی محمد مؤمن قمی در مبانی تحریر الوسیله وارد شده و دلیل ایشان، تعلیل «فما شککت فی قضاء بعد ذلک» در خبر عبدالله بن محمد الرازی از امام رضا (ع) از امام علی (ع) است. طبق این تعلیل، مراد از سماع کلام طرفین، تعلیم و ارشاد برای کیفیت قضا و لزوم فحوص به مقداری است که موضوع روشن شود، نه این که شنیدن کلام طرفین خصم موضوعیت داشته باشد. ایشان در ادامه می‌فرماید: «فإذا راعی القاضی جمیع الجهات و تبین له مورد النزاع إمّا بالعلم و إمّا بالبیّنة و لم یبق إلا أن المحکوم علیه غائب عن مجلس القضاء، فلا دلیل فی هذه الأخبار علی المنع عن القضاء بعد ما کان المفروض تبیین القضاء للقاضی» (مبانی تحریر الوسیله - القضاء و الشهادات ۱۴۳)

۳. ظهور این روایت در جایی است که طرفین خصم در مجلس حضور دارند. اطلاق «عدم قضا فقط بعد از سماع» هم شامل عدم حضور در مجلس قضا می‌شود و هم شامل حضور در مجلس، اما بدون سماع. ظهور این روایت تنها شامل حضور طرفین می‌شود. بنابراین، شامل مواردی نمی‌شود که یکی از طرفین در مجلس حکم حضور ندارد. این قول عبدالکریم موسوی اردبیلی در فقه القضاست. (فقه القضاء ۱۸۱)

در خصوص روایات مورد استدلال مخالفان، چند روایت دیگر نیز وجود دارد، اما به دلیل این که دلیل اصلی مخالفان نبود و تنها مؤیدی بر ادعای آن‌ها بود، ذکر نشد. به جز آن، باید دانست موافقان هم به این روایات مؤید قول عدم جواز، اهمیت چندانی نداده و به آن نپرداخته‌اند که می‌توان به خبر عبدالله بن محمد الرازی عن الرضا (ع) و صحیح هاشم بن سالم عن ابی عبدالله (ع) اشاره کرد.

۱. «و عن مُحَمَّدِ بْنِ عُمَرَ الْجَعْفَابِيِّ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدِ الرَّازِيِّ عَنْ أَبِيهِ عَنِ الرَّضَا عَنْ أَبِيهِ عَنِ عَلِيِّ ع قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ ص لَمَّا وَجَّهَنِي إِلَى الْيَمَنِ - إِذَا تُحَوِّكُم إِلَيْكَ فَلَا تُحَكِّمَنَّ لِأَحَدٍ الْخَصْمَيْنِ - دُونَ أَنْ تَسْأَلَ مِنَ الْآخَرِ - قَالَ فَمَا شَكَّكَ فِي قَضَاءِ بَعْدِ ذَلِكَ». (عاملی، وسائل الشیعة ۲۷: ۲۱۷)

۲. قال ابی عبدالله (ع): «کان امیر المومنین (ع) لا یأخذ باول الکلام دون آخر». (عاملی، وسائل الشیعة ۲۷: ۲۱۷)

## نتیجه

طبق ماده ۳۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی و مبانی فقهی آن، قضا علی الغایب امری است که حکم به جواز آن داده شده است. مبانی فقهی این ماده قانونی، اتفاق نظر فقهای شیعه و سنی به جز ابوحنیفه است که برای جواز آن به ادله عقلی و نقلی استناد کرده‌اند. ادله آن‌ها انتقای ضرر، عموم نص آیه ۲۶ سوره ص، اطلاق ادله حجیت بینة، اجماع، صحیحہ جمیل، روایت محمد بن مسلم، خبر ابوموسی اشعری، خبر هند، صحیحہ زراره، روایت ابی عبدالله و روایت محمد بن علی بن محبوب است. تمامی این ادله برای اثبات جواز قضا علیه غایب است، اما برخی فقهای شیعه به همین ادله نقد وارد کرده‌اند.

در مقابل، ادله‌ای نیز بر عدم جواز قضا علیه غایب دلالت دارند که از نظر دلالت و سند در آن‌ها مناقشه است. مهم‌ترین دلیل عقلی عدم جواز، انتقای ضرر و مهم‌ترین دلیل نقلی آن‌ها، خبر قرب الاسناد است که صریحاً قضا علیه غایب را نفی می‌کند. روایت محمد بن مسلم نیز از ادله عدم جواز است. در نهایت، با چند وجه می‌توان ادله جواز حکم غیابی را حاکم دانست: وجه اول این است که سند روایات عدم جواز مخدوش است. وجه دوم این که با فرض صحت سند روایات دو گروه، روایات عدم جواز، قدرت تعارض و مقابله با روایات جواز را ندارد. وجه سوم این است که در صورت وجود تعارض، شهرت فتوایی روایات جواز از مرجحاتی است که باعث ترجیح روایات جواز می‌شود. بنابراین، با توجه به عدم قدرت مقابله و معارضه اخبار دال بر عدم جواز با اخبار جواز و نیز مناقشه فقها در سند یا دلالت اخبار عدم جواز می‌توان به جواز قضا علیه غایب به صراحت حکم کرد.

## فهرست منابع

۱. قرآن کریم
۲. ابن ابی جمهور، محمد بن علی بن ابراهیم. عوالی اللئالی العزیز فی الاحادیث الدینیہ. قم: مطبعہ سیدالشہدا، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۴. اصفهانی، فاضل ہندی، محمد بن حسن. کشف اللثام و الإیہام عن قواعد الأحکام. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۵. آشتیانی، میرزا محمد حسین. کتاب القضاء، قم: دارالہجرہ، بی تا.
۶. بخاری، محمد بن اسماعیل. صحیح البخاری. بیروت: دار الاحیاء التراث العربی، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۷. تبریزی، جواد بن علی. أسس القضاء و الشهادة. قم: مؤسسہ امام صادق (ع)، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۸. جمیل العطار، صدقی محمد. مسند احمد. بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۱ هـ. ق.
۹. حائری، سید علی بن محمد طباطبائی. ریاض المسائل (ط - الحدیثہ). چاپ ۱، قم: مؤسسہ آل البیت علیہم السلام، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۱۰. حسینی حائری، سید کاظم. القضاء فی الفقہ الاسلامی. قم: انتشارات مجمع فکر الاسلامی، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۱۱. حلّی، علامہ، حسن بن یوسف بن مطہر اسدی. إرشاد الأذهان إلی أحكام الإیمان. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ هـ. ق.

۱۲. حلّی، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف. ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. چاپ ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ هـ. ق.
۱۳. حمیری، عبدالله بن جعفر. قرب الإسناد. قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۴. حنفی، ابی بکر ابن مسعود. بدائع الصنائع فی ترتیب الشرايع. بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۱۵. خطیب شریبئی، شمس الدین محمد. مغنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج. بی جا، مکتبه التوفیقیه، بی تا.
۱۶. رشتی، میرزا حبیب الله. کتاب القضاء. قم: انتشارات دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۱ هـ. ق.
۱۷. سبحانی، جعفر. نظام القضاء و الشهاده. قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۱۸. سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن. کفایة الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳ هـ. ق.
۱۹. سجستانی، ابی داود سلیمان بن اشعث. سنن أبی داود. بیروت: دارالفکر، ۱۴۲۵ هـ. ق.
۲۰. صیمری، مفلح بن حسن (حسین). غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار الهادی، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۲۱. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. العروه الوثقی. قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۵ هـ. ق.
۲۲. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. تکمله عروه الوثقی. قم: داوری، بی تا.
۲۳. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن. النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی. چاپ ۲، بیروت: دار الکتاب العربی، ۱۴۰۰ هـ. ق.
۲۴. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة. چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۲۵. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۲۶. عاملی، حرّ، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. چاپ ۱، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ هـ. ق.

۲۷. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی. مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - الحدیثة). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۲۸. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. چاپ ۱، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۲۵ هـ. ق.
۲۹. عراقی، آقا ضیاء الدین. کتاب القضاء. قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا (ع)، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۳۰. فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - القضاء و الشهادات. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۳۱. قزوینی، محمد بن یزید. سنن ابن ماجه. بیروت: دارالفکر، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۳۲. کاشانی، فیض، محمد محسن ابن شاه مرتضی. مفاتیح الشرائع. چاپ ۱، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی ره، بی تا.
۳۳. محمود طهماز، عبدالحمید. الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید. دمشق: دارالعلم، ۱۴۳۰ هـ. ق.
۳۴. موسوی اردبیلی، عبدالکریم. فقه القضا. چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ هـ. ق.
۳۵. موسوی روضاتی، سید احمد. اجماعات فقهای شیعه. بیروت: شرکه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۳۲ هـ. ق.
۳۶. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی. مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام. نجف: دار التفسیر، ۱۴۳۰ هـ. ق.
۳۷. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. کتاب القضاء، به قلم: سید علی حسینی میلانی، قم: خیام، ۱۴۰۱ هـ. ق.
۳۸. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم. مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۳۹. مؤمن قمی، محمد. مبانی تحریر الوسیله. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا.
۴۰. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. چاپ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ. ق.