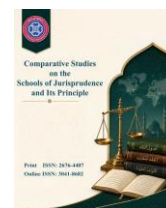




Comparative Studies on the Schools of Jurisprudence and Its Principles

Print ISSN: 2676-4407 | Online ISSN: 3041-8682

Journal Homepage: <https://mfu.uok.ac.ir/>



The Conceptual Development of Istihsān and Its Impact on Criminal Policy in Iran

Jalil Omidī ^{1✉}

1. Professor, Department of shafi'i Jurisprudence, Faculty of Theology, University of Tehran, Tehran, Iran.
Email: jalilomidi@ut.ac.ir

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received 23 February, 2025

Received in revised form 15

May 2025

Accepted 10 September 2025

Available online 21

September 2025

Keywords:

Istihsān; Ijtihād; Criminal Policy; Islamic Law; Iran.

ABSTRACT

Istihsān, as a method of juristic reasoning within *ijtihād*, has undergone significant semantic developments and has ultimately come to be understood as departing from general rules and analogical reasoning (*qiyās*) in favor of a stronger rule or analogy, or applying the stronger of two proofs (*aqwā al-dalālayn*). This method of juristic reasoning, which is associated with the concepts of public interest (*maṣlaḥah*) and the objectives of Islamic law (*maqāṣid al-sharī'ah*), is applied where the implementation of general rules or general legal rulings leads to an outcome that is inconsistent with the spirit of the Sharī'ah and its overarching objectives. In such circumstances, istihsān serves to overcome a juristic difficulty and provide a solution to practical problems. Despite the emphasis placed by the Constitution of Iran on adherence to the officially recognized school of Islam, and notwithstanding the Imāmī consensus regarding the invalidity of istihsān, Iran's criminal policy has, in practice, been influenced by and, in certain instances, shaped through istihsān-based approaches. In numerous cases, its underlying principles and norms have been excluded from the application of general rules and subjected to different rulings in response to political and administrative considerations. This article examines the semantic transformations and conceptual development of istihsān and analyzes its influence on criminal policy in Iran. Employing a descriptive-analytical method, the study seeks to demonstrate one dimension of the pragmatism underlying the exercise of criminal-policy functions in Iran. The findings indicate that istihsān, understood as departing from general rules and resorting to practical solutions, has permeated various levels of Iran's criminal policy.

Cite this article: Omidī, J. (2025). The Conceptual Development of Istihsān and Its Impact on Criminal Policy in Iran. *Comparative Studies on the Schools of Jurisprudence and its Principles*, 8(1), 202-226. <https://doi.org/10.22034/MFU.2026.145961.1691>



© The Author(s) retain the copyright.

Publisher: University of Kurdistan.

DOI: <https://doi.org/10.22034/MFU.2026.145961.1691>

Introduction

Theoretical reflections and practical experience have demonstrated that the interpretation and application of texts containing binding rules and provisions naturally give rise to differences in approaches and methods of understanding and interpreting them. In Islamic jurisprudence, istiḥsān is one of the contested methods for understanding legal texts and determining their relationship to external realities. In certain juristic impasses and difficult cases, this method provides a solution more consistent with the spirit of the Sharīʿah and more conducive to the interests of people by departing from general rules. The semantic developments of istiḥsān, together with clearer and more acceptable formulations of the concept, have removed some of the ambiguities and misunderstandings surrounding its initial formulations and have brought it, at the conceptual level, closer to other juristic methods employed by different schools of Islamic jurisprudence. It may therefore be argued that a degree of convergence and implicit agreement has emerged concerning istiḥsān and that, despite differences in terminology and formulation, virtually all schools of Islamic jurisprudence have employed it, to varying degrees. If istiḥsān is understood as excluding an act or occurrence from the scope of general legal rulings and general rules on the basis of a proof stronger than those rulings and rules, there should be little difficulty in accepting it.

Criminal policy in Iran, understood as the programs and methods adopted to respond to criminality at the legislative, judicial, and executive levels, has manifestly departed in certain respects from Islamic jurisprudential rulings and the Constitution. At all three levels—legislation, adjudication, and implementation—it has, in practice, yielded to a degree of pragmatism and istiḥsān-based approaches. The manifestations of this approach are numerous, both in general principles and in specific criminal matters. Examples include the establishment of the Expediency Discernment Council (*Majmaʿ Taṣkhīṣ Maṣlaḥat al-Niẓām*) to permit departure from the requirement that parliamentary legislation not conflict with Islamic criteria or the principles of the Constitution; deviation from the principle of leniency and caution in the interpretation and application of Islamic criminal law in security-related matters; the expansion and generalization of the meaning of certain *ḥudūd* offenses and excessive enforcement of them in order to safeguard the security of the political system; leaving certain *ḥudūd* unenforced and suspending the enforcement of others in response to prevailing circumstances and in order to preserve the public standing of the political system; establishing the *diyyah* payable for a non-Muslim at an amount equal to that payable for a Muslim; equalizing the *diyyah* for the life and bodily injury of women and men; departing from procedural principles in establishing judicial bodies and determining their jurisdiction; disregarding certain rights of defendants; and the influence of istiḥsān on the judgments of the country's highest judicial authority. These are among the manifestations of such an approach.

Method

Following an examination of the semantic developments of istiḥsān and an analysis of its position within the jurisprudence and legal theory of the various Islamic schools, this article presents, by way of illustration, examples and evidence of istiḥsān-based practices adopted by those responsible for criminal policy in Iran. The central issue addressed in the article is the course of the semantic development and conceptual expansion of istiḥsān and the manifestations of its influence on criminal policy in Iran. These issues are examined using a descriptive-analytical method, with the aim of demonstrating one dimension of the pragmatism underlying the exercise of criminal-policy functions in the country. In terms of the comprehensiveness and breadth of its examination and research, its account of the semantic developments of istiḥsān, and its application of the issue to criminal policy in Iran, the article has no known precedent and constitutes an original and innovative contribution in its field.

Findings

The findings indicate, first, that istiḥsān, as one of the rational methods of interpreting texts and characterizing acts and occurrences, is a response to requirements such as fidelity to the foundations, objectives, and presuppositions underlying Islamic legal rulings, so as to arrive at a result that is reasonable, fair, and attributable to the Lawgiver (*Shāriʿ*). Second, despite the rigid political philosophy

prevailing in Iran and notwithstanding the Constitution's emphasis on the obligation of legislation and adjudication to conform to the rulings of the officially recognized school of Islam, Iran's criminal policy has, in practice, come under the influence and dominance of istiḥsān-based considerations. Istiḥsān is reflected in the foundations and norms of this policy both in the legislative process and in judicial proceedings and the adoption of executive measures and decisions. It appears that those responsible for criminal policy, whether consciously or otherwise, have recognized that a juristic method with which they have theoretically disagreed may, in practice, provide an appropriate means of overcoming certain impasses.

The difficulty, however, is that the istiḥsān-based approach adopted by those responsible for criminal policy in Iran is not always constrained by the juristic requirements governing istiḥsān. At least in some of its manifestations, such requirements have not been observed. In juristic terms, the Sharī'ah-based justification for departing from general rules and principles is not apparent or adequately substantiated in such cases.

Third, istiḥsān is employed in accordance with the spirit of the Sharī'ah and its general foundations and objectives, with the purpose of preventing or removing hardship (*ḥaraj*) from people. The istiḥsān-based approaches adopted within Iran's criminal policy do not always conform to this rationale. This is because the considerations that have prompted recourse to such solutions have more often been political and administrative considerations than requirements derived from the Sharī'ah, constitutional imperatives, or considerations of public interest.

Fourth, differences of opinion do not always result from purely scholarly considerations. Disagreement over a particular issue may arise from factors such as the absence of a shared understanding of the issue, or a competitive disposition and the perceived need to maintain a distinction from competing schools or scholars. Some researchers have argued that theological competition was not without influence on the emergence of the initial disagreement concerning the authority of istiḥsān. As a rational method for analyzing legal issues, istiḥsān was perceived as being close to certain theological doctrines of the Mu'tazilah, and for this reason it may initially have been regarded by some Sunnī jurists of legal theory as an unacceptable method of juristic reasoning.

Conclusions

As a method of juristic reasoning, istiḥsān has undergone considerable semantic development and ultimately came to be widely accepted in the sense of departing from general rules and principles and applying a stronger rule or principle, or applying the stronger of two proofs (*aqwā al-dalīlayn*). This method of juristic reasoning, which is associated with the concepts of public interest (*maṣlaḥah*) and the objectives of Islamic law (*maqāṣid al-sharī'ah*), is employed where the application of general rules or legal rulings produces an outcome inconsistent with the spirit of the Sharī'ah and its general foundations and objectives. It thereby serves to overcome a juristic impasse and provide solutions to practical difficulties.

Despite the emphasis placed by the Constitution of Iran on adherence to the officially recognized school of Islam, and notwithstanding the Imāmī consensus regarding the invalidity of istiḥsān, Iran's criminal policy has, in practice, come under the influence and dominance of istiḥsān-based practices. In numerous cases, its foundations and norms have been removed from the scope of general rules and subjected to different rulings in response to political and administrative considerations. Istiḥsān, understood as departing from general rules in favor of practical solutions, has thus permeated various levels of Iran's criminal policy. By raising and analyzing a specific issue in Islamic legal theory and examining its implications for criminal law and policy, the author has also, albeit unintentionally, contributed to dispelling some misunderstandings surrounding a traditional method of juristic reasoning and taken a step toward bringing different jurisprudential perspectives closer together.

Funding

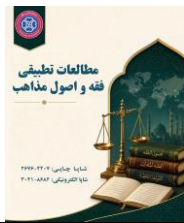
No financial support was received for the research, authorship, or publication of this article.

CRedit authorship contribution statement

The author was solely responsible for the conceptualization, methodology, investigation, analysis, and writing of the article.

Conflict of Interest

The author declares no conflict of interest.



مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب

شاپا چاپی: ۴۴۰۷-۲۶۷۶ شاپا الکترونیکی: ۸۶۸۲-۳۰۴۱

Journal Homepage: <https://mfu.uok.ac.ir/>



توسعه مفهومی استحسان و تأثیر آن در سیاست جنایی ایران

جلیل امیدی^۱ ✉

۱. استاد، گروه فقه شافعی، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: jalilomidi@ut.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله: مقاله پژوهشی	
تاریخچه مقاله: تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۲/۰۵ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۲/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۱۹ تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۶/۳۰	استحسان به عنوان یک روش اجتهادی، تحولات معنایی زیادی به خود دیده و نهایتاً با مضامینی چون عدول از قواعد و قیاسات عمومی و رجوع به قاعده و قیاسی قوی تر یا اعمال أقوى الدلیلین، قبول عام یافته است. این روش اجتهادی که به نظریه مصلحت و مقاصد شریعت ارجاع داده می شود، در مواردی که اعمال قواعد کلی یا احکام عمومی نتیجه ای ناهماهنگ با روح شریعت و مقاصد عمومی آن به دست می دهد، به کار گرفته می شود تا یک تنگنای فقهی را رفع نماید و گرهی از کار مردم بگشاید. سیاست جنایی ایران با وجود تأکید قانون اساسی بر لزوم پایبندی به مذهب رسمی و به رغم اجماع امامیه بر بطلان استحسان، در عمل تحت نفوذ و سیطره رویه های استحسانی درآمده و بنیادها و هنجارهای آن در موارد متعددی از شمول قواعد عمومی خارج و به اقتضای مصالح سیاسی و مدیریتی، محکوم به احکام دیگری شده اند. مسئله مورد بحث در این مقاله، تحولات معنایی و توسعه مفهومی استحسان و چگونگی تأثیر آن در سیاست جنایی ایران است که به روش توصیفی تحلیلی و با هدف نشان دادن جنبه ای از جنبه های عملگرایی متولیان سیاست جنایی کشور، مورد بحث واقع می شود. یافته ها نشان می دهند که استحسان به معنای عدول از قواعد کلی و رجوع به راه حل های عملی، بر سطوح مختلف سیاست جنایی ایران سایه انداخته است.
کلیدواژه ها: استحسان، سیاست جنایی، ایران.	

استناد: امیدی، جلیل. (۱۴۰۴). توسعه مفهومی استحسان و تأثیر آن در سیاست جنایی ایران. *مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب*، ۸، (۱)، ۲۰۲-۲۲۶. <https://10.22034/MFU.2026.145961.1691>



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه کردستان.

مقدمه

هر متن مشتمل بر احکام و مقررات الزام‌آور بعد از مواجهه با اعمال و وقایع جدید، ناگزیر در معرض اجتهاد و تفسیر قرار می‌گیرد. دلیل مسئله غیر از ابهام و اجمال و نقص و سکوت و تعارضی که نوعاً در ظاهر هر متنی هست، محدودیت دلالات لغوی از سویی و تنوع و تضاد اعمال و وقایع از سویی دیگر است. اهمیت موضوع به اندازه‌ایست که در حوزه حقوق اسلامی از همان سده‌های آغازین، ضرورت تدوین و تنقیح قواعد و روش‌های فهم متن و چگونگی تطبیق آن بر وقایع خارجی، درک شده و دانشی مشتمل بر دقایق و ظرایف بسیار و گاه پیچیده به نام اصول فقه از این راه پدید آمده است. ظهور فن فهم متن یا هرمنوتیک^۱ در مغرب زمین و مواردی مثل درخواست کمیسیون حقوق انگلستان از پارلمان آن کشور برای مصوبه‌ای متضمن قواعد، روش‌ها و پیش‌فرض‌های تفسیر قانون، پیش‌بینی نهادی به نام شورای نگهبان برای تفسیر قانون اساسی و اعطای صلاحیت تفسیر قوانین عادی به مجلس و دادرسان دادگاه‌ها در نظام حقوقی ایران، محصول چنین ضرورتی است (امیدی، ۱۳۹۹، ۴۵). در کنار این واقعیت، تأملات نظری و تجربه‌های عملی نشان داده‌اند که تفسیر و اجرای متن به‌طور طبیعی، تفاوت در رویکردها و روش‌های اجتهاد و تفسیر را به همراه خود می‌آورد. ظهور مذاهب متعدد فقهی با مبانی و معیارهای تفسیری متفاوت و روش‌های اجتهادی متمایز و رقابت مکاتب مختلف تفسیر قانون در علم حقوق، نتیجه همین امر طبیعی است.

یکی از روش‌های مورد اختلاف در فهم متن و تبیین نسبت آن با واقعیت‌های خارجی، استحسان است؛ روشی که با وجود ابهامات و سوءتفاهماتی که در آغاز با خود داشته، در برخی تنگناها و بن‌بست‌های فقهی راه‌حلی هماهنگ‌تر با روح شریعت و مساعدتر به حال مردم ارائه می‌داده است. تحولات معنایی و تعریف‌های روشن‌تر و تقریرهای مقبول‌تر از استحسان و نزدیک شدن آن به روش‌های اجتهادی دیگر مکاتب فقهی، در عمل یک نوع همگرایی و شبه توافق پیرامون آن فراهم آورده است. به نحوی که می‌توان گفت با وجود اختلاف در عبارت و اصطلاح، همه مذاهب فقهی کمابیش آن را به کار گرفته‌اند. اگر معنای استحسان استثنای یک عمل یا یک واقعه از شمول قواعد و قیاسات کلی و احکام عمومی و محکوم کردن آن به حکمی خاص به اقتضای دلیلی قوی‌تر از آن قواعد و قیاسات باشد، قبول آن نباید چندان دشوار به نظر آید. دشواری بحث در جایی است که وجه عدول از قواعد عمومی و احکام کلی، ناروشن یا نامعتبر باشد.

سیاست جنایی^۲ در معنای موسع و امروزی آن که جنبه‌ها و مدل‌های متعدد دارد، عبارت است از مجموع روش‌های هیأت اجتماع برای ساماندهی پاسخ‌های خود به بزهکاری در سه فرایند تقنینی، قضایی و اجرایی (لازرژ، ۱۳۸۲، ۴۲-۱۵). سیاست جنایی ایران با وجود فلسفه سیاسی نظام حاکم بر کشور و با وصف تأکید قانون اساسی بر لزوم انطباق آن بر احکام مذهب رسمی، عملاً تحت نفوذ ملاحظات و تصمیمات استحسانی درآمده است. این مقاله بعد از تحقیق در تحولات معنایی و اعتبار شرعی استحسان و ارائه تصویری مقبول الاطراف از آن، به ذکر موارد و شواهدی از عملکرد استحسانی متولیان سیاست جنایی ایران می‌پردازد؛ عملکردی که ضوابط شرعی اعمال استحسان، لزوماً در همه جلوه‌های آن مراعات نشده است. از نظر پیشینه، منابع اصول فقهی پیرامون استحسان و اعتبار شرعی آن به اجمال یا به تفصیل بحث کرده‌اند. به زبان فارسی مقاله‌ای مختصر و مستند به قلم آقای احمد پاکتچی در جلد نخست دائرة المعارف بزرگ اسلامی ذیل مدخل / استحسان منتشر شده است. مقاله حاضر، هم از حیث جامعیت و کثرت تتبع و تحقیق و بیان تحولات معنایی استحسان و هم از جهت تطبیق موضوع بر سیاست جنایی ایران،

^۱. Hermeneutic

^۲. criminal policy

پیشینه‌ای ندارد و کاری است به تمام معنا ابداعی و ابتکاری. پرسش مورد بحث در این مقاله این است که حاصل تحولات معنایی استحسان چیست و جلوه‌های نفوذ آن در سیاست جنایی ایران کدامند؟ مطالب در یک مقدمه و دو بخش، ذیل دو عنوان استحسان و موقعیت آن در فقه و اصول و جلوه‌های تأثیر استحسان در سیاست جنایی ایران مطرح می‌شوند.

استحسان و موقعیت آن در فقه و اصول

استحسان در معنای لغوی نیک دانستن و پسند آمدن است. خواه موضوع آن مادی باشد و خواه معنوی و خواه حسن موضوع ذاتی باشد و خواه عرضی. شاعر عهد عباسی ابن رومی (۲۸۳ق) در چند بیتی که درباره تأثیر مدح در افراد سروده، گفته است:

كَمْ قَاتِلٍ لِي مِنْهُمْ وَ مَدَحُهُ بِمَدَائِحِ مِثْلِ الرِّيَاضِ حِسَانِ
أَحْسَنَتْ وَ يَحْكُ لَيْسَ فِيَّ وَ إِنَّمَا أَسْتَحْسِنُ الْحَسَنَاتِ فِي مِيزَانِي

از نظر اصطلاحی استحسان که در سده‌های نخستین تاریخ فقه نوعی اجتهاد بالرأی یعنی تحلیل عقلی نصوص شرعی و توصیف معقول اعمال و وقایع محسوب می‌شده، تحولات معنایی مشهودی به خود دیده است. شاید بتوان گفت کمتر اصطلاحی از اصطلاحات اصول فقه این اندازه دست‌خوش تشّت و تحول در تعریف بوده است. همین تغییرات معنایی سبب اختلاف دیدگاه‌ها درباره صحت استدلال به آن شده است. در حالی که امام محمد بن ادریس شافعی (۲۰۴ق) استحسان را نوعی تلذذ فقهی و تحکّم شخصی خوانده، از استاد او مالک بن انس (۱۷۹ق) نقل شده که آن را نه عُشرِ علم شمرده است. بعضی از اصحاب مذهب مالک آن را عِمَادُ الْعِلْمِ و استناد به آن را به احتمال، رایج‌تر از قیاس دانسته‌اند (شاطبی، بی‌تا، ۲۰۹/۴). این موضع‌گیری‌های متناقض به شرحی که گفته خواهد شد ناشی از برداشت‌ها و تقریرهای متفاوت از استحسان بوده است. به قول مولانا جلال الدین از نظر که گفتشان شد مختلف.

تحول معنایی و توسعه قلمرو اجرایی استحسان

بیان ابهام‌آمیز ابتدایی استحسان چنین است: «دلیلُ يَنْقُذُ فِي نَفْسِ الْمُجْتَهِدِ يَعْسرُ عَلَيْهِ التَّعْبِيرُ عَنْهُ» أو «تَقْصُرُ عَنْهُ عِبَارَتُهُ»: دلیلی در ذهن مجتهد شکل می‌گیرد که بیان آن برای وی دشوار است یا قوه تعبیر وی از تقریر آن قاصر است (محلّی، ۱۴۲۹، ۳۲۶/۲؛ زرکشی ۱۴۱۳، ۹۰/۶). ناگفته پیداست که چنین تعبیراتی به واسطه سیالیتشان قابلیت کنترل و ارزیابی ندارند. هر کس با هر سطحی از دانش فقهی می‌تواند مدعی اعمال آن و استنتاج نتایج از آن گردد. از این‌رو با ردّ و استنکار تند شریعتمدارانی چون شافعی مواجه شده‌اند. چنان‌که منقول است از ایشان که: «إِلَّا سَحْسَانَ تَلَذُّذٌ وَ قَوْلٌ بِالْهَوَى» و «مَنْ اسْتَحْسَنَ فَقَدْ شَرَعَ». استحسان ذوق شخصی و اظهار نظر بی‌دلیل و وضع حکم شرعی از پیش خود است (محلّی، ۱۴۲۹، ۳۲۸/۲؛ غزالی، بی‌تا، ۲۱۳/۱). فحول علمای اصول فقه چنین عباراتی را از شافعی نقل کرده‌اند. معذک بعضی در انتساب عین عبارات مذکور به ایشان تردید کرده‌اند. گرچه بنا بر آنچه در دو کتاب الرساله و ابطال الاستحسان آمده، مطلب مضموناً به ایشان قابل انتساب است. تاج الدین ابن سُبُکِی (۷۷۱ق) در این باره گفته است: «لَمْ أَجِدْ هَذَا فِي كَلَامِهِ نَصًّا وَ لَكِنْ وَجَدْتُ فِي الْأَمِّ أَنَّ مَنْ قَالَ بِالْإِسْتِحْسَانِ فَقَدْ قَالَ قَوْلًا عَظِيمًا وَ وَضَعَ نَفْسَهُ عَلَى غَيْرِ كِتَابٍ وَلَا سَنَةَ مَوْضِعَهَا فِي أَنْ يَتَّبِعَ رَأْيَهُ» (سبکی، ۱۴۱۱، ۱۹۴/۲؛ عطار، ۱۴۲۹، ۳۹۵/۲). این‌گونه مخالفت‌ها سبب شده تا طرفداران که عمدتاً در چهارچوب مکتب فقهی ابوحنیفه فعالیت علمی می‌کرده‌اند، در صدد ارائه تعاریفی روشن‌تر و قابل دفاع‌تر از استحسان برآیند. تعاریفی مثل عدول از مقتضای دلیل و رجوع به عرف برای تأمین مصلحت مردم: «العدولُ عَنْ حَكْمِ الدَّلِيلِ إِلَى الْعَادَةِ لِمَصْلَحَةِ النَّاسِ» (محلّی، ۱۴۲۹، ۲۳۹/۲).

گسترش تدریجی قلمرو استحسان نیز سبب شده تا تقریراتی موسع‌تر از تعریفات ابتدایی از آن به‌عمل آید. ظاهر گزارش‌های تاریخی مشعر به این است که استحسان در کاربردهای ابتدایی خود در سده‌های دوم و سوم، در تقابل با قیاس و در موارد توارد قیاسات متعارض بر مسئله واحد به‌کار می‌رفته و اعمال قیاس خفی در آن‌ها به‌واسطه قوت دلالت آن، مستحسن به‌نظر می‌آمده است. تعریفات چون «عُدُولٌ عَنْ قِیَاسٍ إِلَى قِیَاسٍ أَقْوَى مِنْهُ»، در چنین فضایی مطرح شده و تعبیر کثیرالاستعمالی چون اُسْتَحْسِنُ و اَدْعُ الْقِیَاسَ نیز در همین موارد به‌کار می‌رفته است. در این سطح از کارکرد استحسان که از آن به تخصیص علت هم تعبیر شده، در حقیقت مانعی بر سر راه اعمال قیاس اولیه در فرعی از فروع آن وجود دارد که نمی‌گذارد حکم معلل به علت، به فرع محل بحث، تعمیم یابد (حلاق، ۱۳۸۶، ۱۷۰). بعدها مسئله برخورد قیاس با دیگر دلایل شرعی هم پیش آمده و هکذا مواردی که در آنها اعمال قیاس و الحاق یک موضوع خاص به اشباه و نظایر خود، حکمی غیرمعقول یا غیرمتعارف به‌دست می‌داده و موجبات عسر و حرج مردم را فراهم می‌آورده است. به تبع چنین تحولی، طرفداران ناگزیر در تعریف استحسان تصرف کرده و دایره اعمال آن‌را توسعه داده‌اند. تعریفات مثل «تَرْكُ الْقِیَاسِ إِلَى مَا هُوَ أَوْلَى مِنْهُ» و «تَرْكُ الْقِیَاسِ إِلَى مَا هُوَ أَرْفَقُ أَوْ أَوْفَقُ بِالنَّاسِ» (زیدان، ۱۹۸۷، ۲۳۱)، مؤید این معنا هستند. تعریف فقیه حنفی صدرالاسلام یَزْدَوِی (۴۹۳ق) «الْعُدُولُ عَنْ مَوْجَبِ قِیَاسٍ إِلَى قِیَاسٍ أَقْوَى مِنْهُ أَوْ تَخْصِیصُ قِیَاسٍ بِدَلِیلٍ أَقْوَى مِنْهُ» و تعریف شمس‌الائمہ حلوانی (۴۴۹ق) «تَرْكُ الْقِیَاسِ لِذَلِیلٍ أَقْوَى مِنْهُ مِنْ كِتَابٍ أَوْ سَنَةٍ» نیز ناظر به همین معنا هستند.

در همان سده‌های نخستین بعضی از حذاق فقها متوجه این معنی بوده‌اند که استحسان لزوماً به موارد عدول از قیاس و ترجیح دلیلی دیگر بر آن، محدود نمی‌شود. ممکن است اعمال اصول و قواعد عمومی یا اجرای احکام کلی هم در مواردی منجر به همان محظورات گردد. بنابراین باز به تصرف در معنی و توسعه در تعریف پرداخته و دایره اعمال استحسان را فراخ‌تر کرده‌اند. از آن جمله است تعریف ابوالحسن کرخی حنفی (۳۴۰ق) که استحسان را عبارت از مستثنی کردن یک مسئله از شمول دلیل حاکم بر اشباه و نظایر آن به‌واسطه دلیلی که مقتضی چنین تفکیک و استثنایی باشد: «أَنْ یَعْدَلَ الْإِنْسَانُ عَنْ أَنْ یَحْکُمَ فِی الْمَسْأَلَةِ بِمَثَلِ مَا حَکَّمَ بِهِ فِی نَظَائِرِهَا إِلَى خِلَافِهِ لَوْجِهٍ یَقْتَضِی الْعُدُولَ عَنْ الْأَوَّلِ». بعضی از حنبلیان هم با همین دید استحسان را به «عُدُولٌ بِحُكْمِ الْمَسْأَلَةِ عَنْ نَظَائِرِهَا لِذَلِیلٍ شَرْعِیٍّ خَاصٍّ»، تعریف کرده‌اند. (زیدان، ۱۹۸۷، ۲۳۱) تعریف‌های اخیر کنار گذاشتن قیاس و سایر ادله شرعیه را به نفع دلایل قوی‌تر از آنها شامل می‌شود. از این‌رو بعضی از اصولیین شافعی مثل ابوحامد غزالی (۵۰۵ق) و همدرس او کیای هراسی (۵۰۴ق) و قاضی عبدالوهاب مالکی (۴۲۲ق) تعریف کرخی را بهتر از سایر تعریف‌ها دانسته‌اند (زرکشی، ۱۴۱۳، ۹/۶). گفته شده که تعریف کرخی و تعریف‌های هماهنگ با آن، با نتایج یک مطالعه تحلیلی درباره استحسانات موجود در فقه حنفی سازگاری دارد (پاکتچی، ۱۳۹۸، ۷۲۴). یعنی هر جا در فقه کثیرالاستحسان حنفی فتوایی مستند به استحسان ارائه شده، منطبق بر مفهوم موسع و روشن آن بوده و نه معنای مبهم و مناقشه برانگیز ابتدایی آن و نه حتی مفهوم مضیقی چون ترجیح قیاسی بر قیاسی دیگر در موضوع واحد.

بر این اساس معلوم می‌شود که استحسان هم به اعتبار دلیلی که از آن عدول شده و هم از حیث وجه عدول از آن، معنایی فراتر از ترجیح قیاس ظاهرراً ضعیف و حقیقتاً قوی بر قیاس ظاهرراً قوی و تحقیقاً ضعیف دارد. آنچه از آن عدول شده ممکن است قیاس باشد یا قواعد عمومی و احکام کلی فقهی و آنچه سبب عدول از آنها شده ممکن است قیاسی قوی‌تر باشد یا دلیلی دیگر از نصوص و اجماع و عرف و مصلحت و ضرورت. چنین است که منابع اصولی استحسان را به اعتبار وجه عدول از دلیل اول، به اقسامی چون استحسان بالنص، بالاجماع، بالعرف، بالضرورة، بالمصلحة و بالقیاس تقسیم کرده‌اند. (زیدان، ۱۹۸۷، ۲۳۳) در منابع

مذکور برای هر یک از اقسام استحسان مثال‌هایی ذکر شده است. مثل صحت بیع سلم و وقف منقول و ضمان اجیر مشترک که به ترتیب به حکم نص، عرف و مصلحت استحساناً از شمول قواعد عمومی حاکم بر بیع و وقف و ضمان خارج شده‌اند. بنابراین می‌توان گفت هر جا موضوعی از شمول قواعد و قیاسات کلی و احکام عمومی خود خارج شده و تحت حکم دیگری درآمده که در نگاه اول شمول آن بر چنین موضوعی به نظر نمی‌آمده یا مستبعد تلقی می‌شده، یک استدلال یا اجتهاد استحسانی صورت گرفته است. خواه چنین کاری از سوی خود شارع و مقنن صورت گرفته باشد و خواه از سوی مجتهد و مفسر شرع یا قانون.

اعتبار شرعی استحسان

حجیت استحسان همیشه محل خلاف بوده است. موافقان که حنفیه و تا حدودی مالکیه هستند از ادله منقول به آیاتی مثل آیه: «فَبَشِّرْ عِبَادِ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَاهُمُ اللَّهُ وَأُولَئِكَ هُمْ أُولُوا الْأَلْبَابِ.» (زمر/۱۸) و روایت ابن مسعود: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» و نیز به مواردی از اجماع که در آنها موضوعی استحساناً از شمول قواعد عمومی و احکام کلی خود خارج و محکوم به حکم دیگری شده، استناد کرده‌اند. روایت ابن مسعود را کسانی چون امام احمد و بزار و طیالسی و طبرانی و حافظ أبو نعیم نقل کرده‌اند ولی اهل تحقیق در علوم حدیث آن را قول خود ابن مسعود و نه حدیث نبوی دانسته‌اند (عجلونی، ۱۳۵۱، ۱/۱۶۹ و ۲/۱۸۸؛ زیلعی، ۱۴۱۵، ۴/۱۳۳). مخالفان با محوریت شافعیه، استدلال به چنین دلایلی را نقد کرده‌اند. از جمله غزالی در مستصفی و ابن حزم (۴۵۶ق) در احکام به نقد نظر موافقان پرداخته‌اند. از نظر آنان مراد آیه تبعیت از ادله شرعیه است و هرآنچه موافق قرآن و سنت باشد. استحسان دست‌کم در معنای ابتدایی خود دلیل شرعی نیست و مؤیدی هم از کتاب و سنت ندارد. اگر قرار باشد هرآنچه نزد کسی مستحسن باشد حکم شرعی محسوب گردد، مخالفان هم می‌توانند بطلان استحسان را مستحسن و برداشت خود را حکم شرع بدانند. به‌علاوه لازمه عمل به عموم چنین آیاتی، صحت استحسانات عوام است. درخصوص روایت مورد استناد، گفته‌اند موقوف بر ابن مسعود است و ابن مسعود و غیر ایشان آن را به پیامبر نسبت نداده است. اگر عبارت مذکور حدیث نبوی هم باشد از شمار اخبار آحاد است. اصول استنباط احکام، بر اخبار آحاد استوار نمی‌گردند. مضافاً خبر مورد استناد موافقان، بر اجماع امت حمل می‌گردد که در حجیت آن تردیدی وجود ندارد. در نقد استناد به مسایل اجماعی که از نظر آنها موضوعی استحساناً از شمول قواعد عمومی و احکام کلی خود خارج شده، گفته‌اند موارد مذکور مستند به دلایلی دیگر جز استحسان بوده‌اند و کسی از اهل اجماع نگفته چنین حکمی را از راه استحسان به‌دست آورده است (غزالی، بی‌تا، ۱/۲۱۴؛ ابن حزم، بی‌تا، ۶/۱۹۲؛ آمدی، بی‌تا، ۳/۳۹۳).

نقدهایی که نقل کردیم ناظر به تعریف‌های ابتدایی استحسان باید باشند و گرنه از نظر اهل تحقیق، استحسان در معنای حقیقی خود یعنی مستثنی کردن مسئله‌ای از شمول قواعد عمومی و قیاسات ظاهری و احکام کلی به اقتضای دلیلی از ادله معتبر، قابلیت مناقشه و منازعه ندارد. به تعبیر جلال الدین محلی (۸۶۴ق) در شرح جمع الجوامع تاج الدین سبکی (۷۷۱ق) و به تبع وی شوکانی (۱۲۵۰ق) در کتاب ارشاد الفحول، استحسانی که محل خلاف واقع شود قابلیت تحقق ندارد (زرکشی، ۱۴۲۹، ۲/۳۲۸؛ شوکانی، بی‌تا، ۲/۱۸۲)؛ زیرا آنچه سبب عدول از قواعد و قیاسات کلی شده، اگر دلیلی از دلایل معتبر شرعی باشد، مسئله صورت تقدیم دلیلی بر دلیلی دیگر به خود می‌گیرد و این مطلبی نیست که کسی با اصل آن مخالفت کند. در مقابل، صورتی که در آن وجه استحسان معلوم نباشد، قول بی‌دلیل و به قول شافعی تلذذ و تذوق است و بطلان آن بر کسی پوشیده نیست. بر این اساس، بعضی از مالکیه مانند ابوالولید باجی (۴۷۴ق) گفته‌اند استحسانی که اصحاب مالک پذیرفته‌اند، اعمال اقوی الدلیلین است در مسئله واحد. کسانی دیگر از مالکیه گفته‌اند ظاهر مذهب مالک قبول استحسان به معنای اعمال مصلحت جزئی در برابر قواعد

و قیاسات کلیه است. مثل این که مشتری در زمان خیار فسخ، فوت کند و ورثه در قبول و ردّ مبیع اختلاف کنند و بایع تن به تبعض ندهد. در اینجا قیاس مقتضی انحلال بیع است ولی ما استحسان می‌کنیم و وارث خواهان قبول بیع را بین قبول تمام مبیع و پرداخت تمام ثمن و یا ردّ کلی آن مخیر می‌دانیم. قفال چاچی (۳۶۵ ق) و ابن سمعانی (۴۸۹ ق) از شافعیه نیز چنین بیان و تقریری دارند. از نظر آن دو استحسان بی‌دلیل، باطل ولی ترجیح دلیلی بر دلیلی دیگر صحیح و غیر قابل ردّ و انکار است. نام آن خواه استحسان باشد و خواه چیزی دیگر (شوکانی، بی‌تا، ۱۸۳/۲؛ شاطبی، بی‌تا، ۴/۲۰۵-۲۰۸؛ زیدان، ۱۹۸۷، ۲۳۵).

ابواسحاق شاطبی (۷۹۰ ق) فقیه و اصولی مالکی در مباحث اجتهاد از کتاب موافقات، ذیل مسئله «النظر فی مآلات الأفعال معتبر و مقصود شرعاً» می‌گوید مجتهد نباید درباره افعال مکلفان اظهار نظر کند مگر بعد از ملاحظه نتایج و عواقب آنها. ممکن است مجرد عملی به واسطه جلب مصلحتی یا دفع مفسده‌ای، مشروع باشد ولی در شرایطی خاص به نتیجه‌ای غیر از آنچه مقصود شارع بوده منتهی گردد. شاطبی بعد از استدلال برای صحت این ادعا و ذکر شواهدی از کتاب و سنت، می‌گوید چند قاعده بر این اصل بنا می‌شود؛ یکی از آنها استحسان است که در مذهب مالک عبارت است از عمل به مصلحت جزئی در برابر دلیل کلی. مبنا و مأخذ این روش اجتهادی در واقع مراعات مقاصد شرعیه و ترجیح مصالح مشروعه بر قواعد و قیاسات کلیه است نه مجرد ذوق و شوق شخصی یا هوی و اشتیهای نفسی. وی بعد از نقل تعریف اولیه ابن عربی مالکی از استحسان یعنی «ترک مقتضی الدلیل علی طریق الاستثناء و الترخّص لمعارضه ما یعارض به فی بعض مقتضیات» و ذکر مواردی از وجه استحسان مثل عرف، مصلحت، اجماع و دفع حرج، نهایتاً می‌گوید بنا بر آنچه ابن عربی در کتاب احکام القرآن گفته، استحسان از نظر مالکیه و حنفیه عمل به اقوی الدلیلین است در موضع واحد (شاطبی، بی‌تا، ۴/۲۰۵-۲۰۸).

حاصل کلام، نظر فقیه و اصولی شافعی بدرالدین زرکشی (۷۹۴ ق) است که می‌گوید اگر استحسان در معنای حقیقی خود تقریر و در همان معنی هم فهم شود، جایی برای طعن و تشنیع در آن باقی نمی‌ماند و مبتکر این روش اجتهادی یعنی امام اعظم ابوحنیفه (۱۵۰ ق) نزد خداوند مبراً و تهمت اظهار نظر شخصی و اثبات حکم بی‌دلیل، در حق وی نارواست (زرکشی، ۹۶/۶، ۱۴۱۳). ابوحنیفه که افراط در قیاس را نکوهش می‌کرده در مواردی اعمال قیاس را مستحب می‌شمرد و با تمسک به دلیلی دیگر از آن عدول می‌کرده است. در واقع قیاس را تخصیص می‌داده و نام آن را استحسان می‌گذاشته است (ابن العربی، بی‌تا، ۷۵۵/۲). مقصود از این عدول و تخصیص، مراعات احوال مردم و دفع و رفع حرج از آنان بوده است. نشست و برخاست روزمره با طبقات عمومی مردم و آشنایی نزدیک با مسایل و مشکلات و دردها و رنجهای آنان از سویی و برداشت عمومی وی از فلسفه فقه به عنوان منظومه‌ای از قواعد و احکام که برای رفع مشکلات مردم و گشایش در کار آنان وضع شده، ابوحنیفه را به‌سوی چنین روش‌های اجتهادی راهگشایی سوق می‌داده است. شاگرد وی شیبانی (۱۸۹ ق) در کتاب استحسان از مجموعه الاصل به تبیین پاره‌ای از احکام فقهی پرداخته که ملاک حکم در آنها استحسان و عدول از قیاس، برای مراعات عرف و دفع عسر و حرج از مردم بوده است (پاکتچی، ۱۳۹۸، ۷۲۴/۱).

بدین ترتیب معلوم می‌شود که با وجود اختلاف در تسمیه، توافق در معنای استحسان و کاربردهای آن به اندازه‌ایست که می‌توان گفت که خلاف لفظی است نه معنوی. استدلال‌های استحسانی حتی در وجه ناروشن خود در همه مذاهب فقهی شواهدی دارد. چنان که شافعی استحساناً متعه طلاق را سی درهم، مدت اعتبار حق شفعه را سه روز و تحلیف به مصحف را مستحب دانسته و مالک بر خلاف قواعد اثبات دعوی، فتوی به اثبات جراحات عمدی با قسم مدعی و شهادت یک شاهد داده و از آن به استحسان تعبیر کرده است: «إنه لشیء استحسنه» (زرکشی، ۱۴۱۳، ۹۷/۸). وضع در مذاهب دیگر از جمله در امامیه اثنی عشریه نیز چنین

است. احکام استحسانى در ابواب مختلف فقه این مذهب هم به نحو قابل ملاحظه‌ای وجود دارند. از آن جمله است ضمان مطلق مستعیر در عاریه طلا و نقره برخلاف قواعد باب مسؤولیت امین، بطلان وصیت کسی که به قصد انتحار خود را مجروح یا مسموم کرده و جان سپرده است، تقدم تجهیز میت بر حقوق متعلقه به اعیان ترکه، محرومیت زوجه از عین اموال غیرمنقول از ماترک متوفی، تقدم ابن عم ابویى بر عموی ابی، محرومیت منکوحه غیرمدخوله در مرض الموت از ارث زوج و عدم اجرای مجازات تبعید در حق زنان زانیه به‌رغم عموم و اطلاق آیات و روایات ناظر به آنها. مثال‌های اخیر که از مشهورات مسایل فقه امامیه هستند، در قوانین موضوعه ایران مورد حکم واقع شده‌اند.

استحسان و نظریه مصلحت

بنا بر آنچه از شاطبی نقل کردیم، استدلال استحسانى در حقیقت به نظریه مصلحت و فقه المقاصد بازمی‌گردد یا متمم و مکمل آن نظریه به حساب می‌آید (ابوزهره، بی‌تا، ۲۲۶؛ زیدان، ۱۹۸۷، ۲۵۰). وجه ارتباط این دو روش اجتهادی آن است که در استحسان نیز انگیزه مجتهد در استثنای یک موضوع از شمول احکام و قواعد عمومی، مراعات مصالح و مقاصد شریعت است. استحسان اگر استدلال آزاد در برابر قواعد و قیاسات (شاطبی، بی‌تا، ۳۲۰/۲) یا استثنای مسئله‌ای جزئی از یک اصل یا قاعده کلی به اقتضای دلیل قوی‌تر باشد، خود نوعی مصلحت‌گرایی عقلی است که هر جا قیاس و قاعده کلی از عهده تأمین مصالح و مقاصد شرع برنیاید یا به نتایج غیرمعقول منتهی گردد، به کار گرفته می‌شود؛ نهادی معادل نهاد انصاف^۱ در نظام انگلوساکسون که آن هم در موارد نارسایی و ناکارآمدی قواعد کامن‌لا^۲ وارد عمل می‌شود و راه‌حلی معقول و منصفانه و موافق با روح حاکم بر قواعد و مبانی و مقاصد کلی کامن‌لا ارائه می‌دهد. عالمان دیگری چون عز بن عبدالسلام (۶۶۰ ق) از شافعیه و ابن رشد حنفی (۵۹۵ ق) از مالکیه هم مبنای مشروعیت استحسان را ضرورت بازگشت به مصلحت و عدل و انصاف دانسته‌اند (ابن عبدالسلام، بی‌تا، ۱۳۸/۲؛ ابن رشد، بی‌تا، ۱۵۴/۲).

کاربرد استحسان در فقه جزایی

در فقه جزایی استحسان موقعیتی مشهود و کاربردی ملموس دارد. مجازات جرایم ایراد ضرب و جرح عمدی به اقتضای قیاس و قواعد کلی، قصاص است؛ اما چون در جرایم مزبور نوعاً امکان اجرای قصاص وجود ندارد، ناگزیر با عدول از قیاس و قاعده کلی و روی آوردن به استدلالات استحسانى باید قائل به ادای دیه و اعمال تعزیر شد. حنفیه در تفسیر نصوص جزایی در موارد بسیار، قیاس و قواعد کلی را کنار می‌گذارند و به استحسان متوسل می‌شوند. از نظر آنان در جرم محاربه، مباشر و مسبب استحساناً مجازات مساوی دارند. شمول مرور زمان بر اعتبار ادله اثبات برخی از جرایم هم در مذهب حنفی مستند به استحسان است. گفتنی است که ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ هم با عدول از قاعده عمومی مندرج در ماده ۱۲۷، مجازات معاونت در افساد فی الارض را با مجازات مباشرت در آن برابر اعلام کرده است. بی‌مناسبت نخواهد بود اگر بگوییم از میان مذاهب اسلامی مذهب حنفی از همه بیشتر عنصر عقل را در تفسیر نصوص و استنباط احکام دخالت داده است. فقه حنفی مجموعه‌ای است انباشته از استدلال‌های عقلانی و تفسیرهای استحسانى از دلایل منقول. برای نمونه می‌توان به مباحث حدود کتاب مبسوط سرخسی و تحلیل‌های عقلی آن از مسایل محاربه مراجعه کرد (سرخسی، ۱۹۸۳، ۱۳۵/۹). به‌طور کلی در فقه اسلامی دلیل عقل

^۱. Equity

^۲. Common Law

به نحوی ضابطه‌مند و سازمان‌یافته در قالب نهادها و نظریه‌هایی چون قیاس، استحسان، مصلحت، سد ذریعه، عرف و برائت اصلیه به کار گرفته می‌شود.

مواردی مثل تقریر مجازات شلاق برای شرابخواران از سوی صحابه، قصاص افراد متعدد به‌خاطر کشتن شخص واحد، تعطیل حد سرقت در سال قحطی، عدم تبعید زانیان و تغییر در نظام عاقله، جواز حبس موقت متهمان به سرقت به اقتضای قرائن و دلایل توجه اتهام و پذیرش گواهی اطفال علیه یکدیگر در جراحات در مذهب مالکی، جواز مجازات‌های مالی نزد بعضی از فقها، فتوای امام احمد بن حنبل به جواز تبعید افراد شرور و بدسابقه، اخراج قتل زانی در حین زنا به‌دست همسر زنی که با وی زنا شده از شمول ادله حرمت قتل و جواز جریان قصاص میان مسلمان و مستأمن نزد بعضی از فقهای حنفی از مصادیق تأثیر نظریه استحسان و مصلحت در تفسیر نصوص و استنباط احکام جزایی به‌شمار آمده‌اند (شاطبی، ۱۹۸۸، ۳۴۰/۲-۳۳۱؛ زیدان، ۱۹۸۷، ۲۴۰؛ زیدان، ۱۹۸۸، ۲۱۹؛ خضری بک، ۱۹۸۷، ۳۱۶). به گفته بعضی از محققان اگر مصلحت و استحسان از اصول شرع به‌شمار نیایند، قصاص افراد متعدد به‌خاطر کشتن شخص واحد که به قاعده تَمَالُّ شهرت یافته، مستند به هیچ اصلی از اصول شریعت نخواهد بود. شافعیه آن را مبتنی بر مصلحت و حنفیه آن را متکی به استحسان دانسته‌اند. ضرورت حفظ حیات و رعایت حکمت احکام، در این‌گونه موارد موجب عدول از قیاس و اقتضای اصول و روی آوردن به اجتهادات مصلحتی و استحسانی می‌گردد (شوکانی، بی‌تا، ۲۴۲؛ زنجانی، ۱۹۸۷، ۳۲۱). شافعیه قصاص اکراه‌کننده به قتل، قصاص شهود کذب در دعوای قتل عمد، قصاص قاتل مست و الغای خصوصیت از آلات قتل مذکور در نصوص شرعی را هم مبتنی بر تفسیرهای متضمن مصلحت و حکمت و استحسان به‌شمار آورده‌اند. (شیرازی، بی‌تا، ۲/۱۷۷؛ شربینی، بی‌تا، ۴/۳، ۹، ۱۵؛ زنجانی، ۱۹۸۷، ۳۲۱)

جلوه‌های تأثیر استحسان در سیاست جنایی ایران

مقدمتاً باید گفت که در علم حقوق عدول استحسانی از قواعد عمومی، امری مجاز و معمول به و مسبوق به سابقه است. چنان‌که مثلاً مداخله شخصی افراد در نظم عمومی و اجرای عدالت کیفری به‌عنوان یک قاعده، ممنوع است. با این حال در مسئله دفاع در برابر حمله نامشروع یعنی آنجا که دخالت قوای عمومی ممکن نیست، قانون‌گذاران دست افراد را در دفع مهاجم حتی اگر به قتل وی منجر شود، باز می‌گذارند. فقه جزایی فراتر از این در برخی از صورت‌ها، دفاع را واجب و ترک آن را معصیت می‌شمارد. بعد از انقلاب ۱۳۵۷ و دگرگونی نظام حقوقی کشور به تبع تغییر نظام سیاسی، بنیادها، هنجارها و نهادهای حقوق کیفری نیز دستخوش دگرگونی شد و تحت سلطه آموزه‌های شیعه دوازده امامی درآمد. قانون اساسی که در مقدمه توجیهی خود راه را برای سیطره فقه بر نظام حقوقی کشور باز کرده، در اصول متعدد مثل اصول چهارم، هفتادودوم، نودوسوم، نودوچهارم و نودوششم چنین سلطه‌ای را الزامی اعلام کرده است. در سال‌های آغازین، شور انقلابی و خوش‌بینی‌های ابتدایی سبب می‌شد که فقه امامیه منظومه‌ای کامل به‌نظر آید؛ منظومه‌ای که برای هر پرسشی پاسخی و برای هر مشکلی راه‌حلی دارد. ولی خیلی زود معلوم شد که آن شورها و پندارها چیزی است و واقعیت‌های عملی چیزی دیگر. فقه مورد اعتماد نه برای همه واقعیت‌ها راه‌حلی داشت و نه حتی همه امیال و اهداف حکمرانان جدید را تأمین می‌کرد. معلوم شد که فتاوی سنتی و سازوکارهای اجتهاد جواهری از چنان ظرفیت و کارآمدی برخوردار نیستند که با حفظ بنیادها و بن‌مایه‌های خود، بن‌بست‌ها را بشکافند و در مواجهه با مسایل نو طرحی نو دراندازند. لاجرم کار به عدول از اصول کشید و پای استحسان و مصلحت‌اندیشی به بحث باز شد؛ بی‌آن که معنای متعارف و شبه متفق علیه استحسان و مصلحت و معیارهای شرعی عمل به آن دو، لزوماً مورد ملاحظه و مراعات باشند.

دیری نپایید که به‌رغم ادعای اجماع امامیه بر بطلان استحسان (قمی، ۱۴۳۱، ۹۲/۲) راه‌حل‌های استحسانی بر جنبه‌های تقنینی، قضایی و اجرایی سیاست جنایی کشور سایه انداخت و می‌توان گفت آن‌را تحت سیطره خود درآورد. نموده‌های این سیطره، هم در کلیات و هم در جزئیات مسایل و موضوعات کیفری بی‌شمارند. به‌طور کلی هر جا عدولی از اصول کلی و قواعد عمومی صورت گرفته و موضوعی کیفری از شمول هنجارهای عمومی خود خارج شده و تحت حکم مقررات خاص درآمده، کاری استحسانی صورت گرفته است؛ خواه چنین استحسان و استثنایی از نظر حقوقی یا شرعی بر وجهی موجه استوار باشد و خواه مبنای آن ملاحظات غیرحقوقی و غیرشرعی باشد. از آن جمله است کنار گذاشتن شرط اجتهاد قاضی به اقتضای ضرورت، تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام برای عدول از شرط عدم مغایرت مصوبات مجلس با موازین شرعی یا اصول قانون اساسی، توسعه و تعمیم معنای بعضی از حدود و افراط در اجرای آنها برای تأمین امنیت نظام، مسکوت گذاشتن بعضی از حدود و تعلیق اجرای بعضی دیگر به اقتضای زمانه، پیش‌بینی مجازات حبس برای قاتل عمد، تغییرات جدی در حدود مسئولیت که پی‌آمدهای کیفری نوجوانان بالغ، حکم به لزوم حضور پنجاه مرد قسم خورنده برای ادای قسامه از سوی مدعی، تعیین دیه غیرمسلمان معادل دیه مسلمان، پرداخت برابر دیه نفس و عضو زن و مرد از محل بیمه‌نامه و صندوق تأمین خسارت‌های بدنی، تبدیل اصناف دیه به قیمت آنها، توسعه موارد مسئولیت بیت‌المال در پرداخت دیه، پرداخت فاضل دیه از محل بیت‌المال، قبول انواع نهادهای ارفاقی با هدف کنترل تورم دعاوی و کاهش جمعیت کیفری زندان نظیر مرور زمان، توسعه دامنه جرایم قابل گذشت، معافیت از کیفر، تعویق صدور و تعلیق اجرای حکم، آزادی مشروط و اعطای چهار ماه مرخصی منتهی به آزادی زندانیان و هکذا تأسیس و ابقای دادگاه‌های اختصاصی، عدول از صلاحیت عام دادگاه‌ها و قبول تخصصی کردن آنها، تن دادن به نهاد دادرسی و تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق و مقام تحقق از مقام قضا، توسل به استجازه برای تشکیل شعب ویژه و تجویز رسیدگی افتراقی به برخی جرایم با نقض اصول دادرسی منصفانه، اجازه تحقیقات مقدماتی به مقام تعقیب، دخالت ضابطان در تحقیقات مقدماتی، تعلیق تعقیب، موارد جلب بدون احضار متهم، اجازه بازداشت متهم برخلاف فرض برائت وی، اجرای قرار تأمین خواسته پیش از ابلاغ و محدود کردن حق انتخاب وکیل در برخی دعاوی کیفری، تصرف در قواعد صلاحیت دادگاه‌ها و ارجاع و احاله پرونده‌ها به مراجع خارج از محل وقوع جرم. ممکن است بعضی از این استحسانات توجیهات روایی و فتوایی و حقوقی داشته باشند. اگر چنین باشد می‌توان گفت که چنین روایات و فتاوا و آرای حقوقی هم به‌واسطه انحراف از قواعد و قیاسات کلی، صرف‌نظر از رعایت یا عدم رعایت ضوابط مقرر، مفهوماً مبتنی بر استحسان و مصلحت بوده‌اند و به‌زعم سیاست‌گذاران جنایی، مآلاً به رفع یک مشکل جدی و خروج از یک بن‌بست عملی کمک کرده‌اند. به هر حال کثرت استحسانات کیفری، اجازه استقرا و شرح و بسط همه آنها را نمی‌دهد. ناگزیر از باب القلیل یدلُّ علی الکثیر به توضیح مختصر برخی از آنها می‌پردازم.

عدول از شرط عدم مغایرت

به حکم اصل چهارم قانون اساسی کلیه قوانین و مقررات موضوعه باید براساس موازین اسلامی باشد. در همین راستا اصل هفتاد و دوم می‌گوید: «مجلس نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر برعهده شورای نگهبان است.» دو سال از تصویب قانون اساسی نگذشته میان مجلس و شورا بر سر تأیید برخی از مصوبات مجلس اختلافاتی ایجاد شد. شورا بر حسب وظیفه می‌بایست از تأیید مصوبات مغایر خودداری کند ولی مجلس بر مبنای مصلحت نظام، بر عدول از موازین شرعی و اصول قانون اساسی اصرار می‌کرد. رئیس وقت مجلس در مهر ماه ۱۳۶۰ طی نامه‌ای از رهبری درخواست راه‌حل کرد. در جواب، به مجلس اجازه داده شد تا موارد مصلحتی با اکثریت اعضای نمایندگان

به صورت موقت به تصویب برسد. این راه حل که از نخستین شکاف‌ها در برج و باروی موازین شرعی و قانون اساسی و نخستین نفوذ استحسان و مصلحت در نظام قانون گذاری کشور بود، تمام مقصود مجلس را تأمین نمی کرد. لذا درخواست دیگری در بهمن ۱۳۶۲ با امضای رئیس جمهور، رئیس مجلس، رئیس دیوان عالی کشور و نخست وزیر مطرح شد. رهبر وقت در تاریخ ۱۷ بهمن ۱۳۶۶ با صدور فرمانی خارج از چهارچوب های قانون اساسی، تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام را تجویز کرد.

صلاحیت مجمع در آغاز محدود به تشخیص مصلحت در موارد اختلاف بین مجلس و شورای نگهبان بود. این نهاد در سال ۱۳۶۸ در جریان بازنگری در قانون اساسی وارد این قانون شد و اصل یکصد و دوازدهم آن را به خود اختصاص داد تا در کنار وظایف دیگر، درباره مصوباتی که شورای نگهبان مغایر موازین شرعی یا مخالف اصول قانون اساسی می داند و مجلس بر لزوم تصویب آنها اصرار می ورزد، اظهار نظر و لدی الاقتضا آنها را تأیید کند. مدافعان سعی کرده اند این عدول آشکار و بنیادین از موازین شرعی و اصول قانون اساسی را توجیه نمایند. مستند آنها در توجیه مسأله، مفاهیمی کلی و غیرمنضبط چون عقل، مصلحت، حکم ثانوی، حکم حکومتی، اطلاق ولایت فقیه و ضرورت حفظ نظام است (عمید زنجانی، ۱۴۰۱، ۶۹/۹). هشدار هم داده اند که حاشا و کلاً این مصلحت اندیشی نه سکولاریزه کردن نظام سیاسی و حقوقی کشور است و نه آن روش های اجتهادی که نزد اهل سنت مطرح است (مجیدی، ۱۳۸۹، ۲۷۷). توجیه مطلب هر چه باشد، حقیقت آن، کنار گذاشتن قواعد عمومی و احکام اولیه فقه و نادیده گرفتن اصول قانون اساسی به نفع نظام است. نام این کار استحسان و عمل به مصلحت است؛ استحسان و استصلاحی که ضوابط شرعی اعمال آنها آن گونه که نزد اهل سنت مقرر است، مراعات نشده است.

نظر توجیه کنندگان از این حیث درست است. استحسان مورد نظر اهل سنت با همه اختلافی که درباره آن هست، نهایتاً عدول از قاعده ای از قواعد شریعت در یک مسئله خاص و رجوع به قاعده ای دیگر از آن است با هدف گشایش در کار عامه مردم. ولی آنچه در ایران به نام مصلحت رخ می دهد کنار گذاشتن شریعت و قانون اساسی به نفع سیاست و نظام سیاسی است. در عمل مجمع تشخیص گاهی در مقام اختلاف میان مجلس و شورا و گاهی رأساً دست به قانون گذاری زده و قوانین متعددی تصویب کرده است. از شمار مصوبات کیفری مجمع، قانون مبارزه با مواد مخدر و اعدام های خارج از ضوابطش، قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری، قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، طرح الحاق یک ماده به باب محاربه قانون مجازات اسلامی، قانون الحاق یک تبصره به ماده ۲۹۷ مجازات اسلامی در خصوص دیه اقلیت های دینی و انبوهی از معاهدات و موافقت نامه های دو یا چند جانبه منطقه ای و بین المللی دارای ابعاد کیفری مثل معاهدات معاضدت قضایی و استرداد مجرمان و انتقال محکومان، معاهده مریدا برای مبارزه با فساد، معاهده پالرمو برای مبارزه با جرایم سازمان یافته فراملی و کنوانسیون سازمان کنفرانس اسلامی برای مبارزه با تروریسم، قابل ذکرند. این در حالی است که به حکم اصل هفتاد و هفتم قانون اساسی عهدنامه ها، مقاوله نامه ها، قراردادهای و موافقت نامه های بین المللی باید به تصویب مجلس برسند.

انحراف از قاعده تخفیف و احتیاط

بنای فقه اسلامی اجمالاً بر حفظ نفوس و تخفیف و احتیاط در تفسیر و اجرای حدود شرعی است. ولی متولیان سیاست جنایی ایران بعد از انقلاب، از راه های مختلف به توسعه قلمرو بعضی از نصوص جزایی و باز کردن دایره اعمال مجازات های سنگین حدی پرداخته اند. از آن جمله است حدانگاری بغی و خلق حدی به نام افساد فی الارض با مجازات بسیار سنگین اعدام و الحاق جرایم متعدد به آن؛ همچون بعضی از جرایم مواد مخدر و برخی از صورت های اخلال در نظام اقتصادی کشور و نیز محکوم کردن برخی از مرتکبین جرایم تعزیری به مجازات محاربه. برای نمونه نگاه کنید به فصل دوم قانون مجازات جرایم

نیروهای مسلح ۱۳۸۲ و تلاش دیوان کشور برای تلطیف برخی از صور آن در رأی وحدت رویه شماره ۸۵۹ مورخ ۱۳۸۲/۱۱/۲۳. مستند خلق حد افساد فی الارض آیه ۳۳ سوره مائده است: «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ». به عقیده عامه مفسران قرآن کلمه فساداً در عبارت «وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا» از باب حالیت یا علیت یا مصدر مؤکد، توضیح و تعلیل قسمت قبلی آیه است و نه تشریح حدی دیگر (بیضاوی، ۱۴۳۴، ۲۸۶). این تفسیر مبتنی بر چند اصل شرعی است. احتیاط در نفوس و دماء یکی از آنهاست. احتیاط حکم می‌کند که مجازات‌های سنگینی که در آیه هست جز در حق مرتکبان محاربه اعمال نگردد. اصل توقیفی و تعبدی بودن حدود و ممنوعیت خلق حد از طریق اجتهاد هم مؤید چنین تفسیری است.

بنابراین نمی‌توان از طریق اجتهاد خلق الحدود یا جرم انگاری اجتهادی کرد. آموزه روایی مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ الْمُعْتَدِينَ، ناظر به همین اجتهادات جرمزا و کیفرافزاست. از زاویه‌ای دیگر اگر افساد یک جرم مستقل باشد و عنصر قانونی آن آیه محاربه، آن وقت مجازات‌ها هم باید همان مجازات‌های مذکور در آیه باشند و بنا به عقیده رایج در فقه شیعه دادگاه باید در انتخاب آنها مخیر باشد (ماده ۲۸۳ قانون مجازات اسلامی). کسانی که افساد فی الارض را جرمی مستقل می‌دانند و مستند جرم‌انگاری و کیفردهی آن را آیه ۳۳ سوره مائده می‌شمارند، با توجه به تنوع کیفرهای مقرر در آیه، لازم است توضیح دهند که وجه حصر مجازات مفسدین در اعدام چیست؟ آیا کنار گذاشتن کیفرهای دیگر هم استحسان دیگری است؟

آنچه در آیه ۳۳ سوره مائده مورد حکم واقع شده محاربه است که خود به صورت‌ها و کیفیات گوناگون یعنی سلب امنیت، قتل نفس، اخذ اموال و یا ترکیبی از آنها ارتکاب می‌یابد. تعیین مجازات‌های متنوع به اعتبار همین تنوع در کیفیت وقوع جرم است. کسانی که می‌گویند محاربه یک جرم است و افساد فی الارض جرمی دیگر، در واقع از توضیحات راجع به یک جرم، جرمی دیگر خلق کرده‌اند و با بسط قلمرو مداخلات کیفری، بر خلاف قواعد و مبانی و مذاق شریعت، دامنه حدود را که قرار بود مبتنی بر تخفیف و احتیاط باشد، گسترش داده‌اند. بنابراین همه اعمالی که در سال‌های اخیر تحت عناوینی چون فساد یا افساد فی الارض یا در حکم محاربه جرم‌انگاری شده و مرتکبین آنها مستوجب اعدام یا مجازات‌های مقرر برای محاربه معرفی شده‌اند ماهیتاً از سنخ جرایم مستوجب تعزیر هستند و تعمیم نصوص حدود به آنها و تعیین مجازات حدی برای آنها نوعی استحسان و مصلحت‌اندیشی امنیتی و ابزارگرایی کیفری و افراط در نفوس و دماء محسوب می‌شود. طرفه آن است که این گشاده دستی‌ها در خصوص جرایم حدی امنیتی به عمل آمده و گرنه در حدودی مثل زنا و سبّ نبیّ به شرحی که خواهیم گفت، قانون و قضا چندان در بند توسعه و تعمیم مفهومی و حتمیت اثبات و اجرای عملی آنها نیستند.

سکوت از حدود و تعلل در اثبات و اجرا

در فقه جزایی تعداد جرایم موجب حد محل اختلاف است. بیش‌ترین تعداد در فقه امامیه آمده است؛ بعضی شانزده حد (خوئی، ۱۴۲۲، ۲۰۳) و بعضی بیش‌تر از آن گفته‌اند. قانون مجازات اسلامی دوازده حد را مورد حکم قرار داده و مابقی را مسکوت گذاشته است. از آن جمله است ارتداد، جادوگری، بدعت‌گذاری و ادعای نبوت و ادعای امامت. حدی بودن اعمال مذکور و وجوب کشتن مرتکبان آنها خواه در طی یک فرایند قضایی و خواه به صورت اقدام فردی، علاوه بر آرای فقهی، مستند به روایات است (حرعاملی، ۱۴۲۲، ۳۳۷/۲۸). این که ادعای نبوت یا امامت جرایم حدی مستقلی هستند یا از فروع مسایل ارتداد محسوب می‌گردند، تأثیری در موضوع ندارد. نکته این است که قانون‌گذار حدود مورد اشاره را از لایحه تقدیمی قوه قضاییه حذف کرده و تصمیم‌گیری درباره آنها را از طریق ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و از آنجا به منابع و فتاوی معتبر

فقهی ارجاع داده است. این که این حذف و ارجاع به معنای به فراموشی سپردن چنین جرایمی به اقتضای زمانه است یا مراجع قضایی به استناد ماده ۲۲۰ و اصل ۱۶۷ و منابع معتبر فقهی می‌توانند یا موظفند حکم به اجرای حد بدهند، از نظر حقوقی بحثی خلاقی است. بعضی به استناد مقررات مورد اشاره و ماده ۵۰۰ مکرر الحاقی به کتاب پنجم، هر دو عمل را حداً یا تعزیراً قابل مجازات می‌دانند. اگر این نظر صحیح باشد، جادوگران و بدعت‌گذاران هم قابل مجازات خواهند بود.

مضافاً از حدود مذکور در قانون هم جز آنها که جنبه امنیتی دارند و ابزاری از ابزارهای حفظ نظام محسوب می‌گردند، مابقی حتمیت اجرا ندارند و از فواید آن برخوردار نیستند. فواید حتمیت اجرای کیفر و مضرات تزلزل در اعمال آن را در منابعی مثل رساله جرایم و مجازات‌ها نوشته سزار بکاریا و کتاب تاریخ اندیشه‌های کیفری اثر ژان پرادل می‌توان مطالعه کرد. در سیاست جنایی تقنینی ایران راه‌های فرار از اثبات و اجرای حد به نحو مشهودی پیش پای متهمان و مراجع رسیدگی گذاشته شده است. از گذشت شاکی و توبه موضوع ماده ۱۱۴ و قاعده درء مندرج در ماده ۱۲۰ و ادعای فقدان علم یا قصد یا وجود یکی از موانع مسؤولیت کیفری و لزوم اقرار عند الحاکم موضوع ماده ۲۱۸ بگیریید تا تزلزل در اجرای حدودی چون حد رجم و حد سبّ نبی در دو ماده ۲۲۵ و ۲۶۳ قانون مجازات و تا ممنوعیت تعقیب و تحقیق در حدود منافی عفت و توصیه دادگاه به بزه‌پوشی و تلمیح به عدم اقرار متهم در ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری. این سکوت و تردید و تعلل برای نظامی سیاسی که یکی از بنیان‌های فلسفه وجودی آن اقامه حدود شرعی اعلام شده بی‌گمان محصول عدول از مبانی توجیهی خود و تن دادن به منطق زمان و روی آوردن به رویه‌های استحسان است. وگرنه برای نظامی که منابع فکری و سیاسی آن برکات اقامه یک حد شرعی را بیش‌تر از فواید چهل شبانه روز بارش باران می‌داند، (کلینی، ۱۴۰۷/۱۷۴) تردید و طفره رفتن از اجرای آن چه توجیهی می‌تواند داشته باشد؟ نظامی که در اجرای حدودی مثل بخی و محاربه و افساد فی‌الارض با گشاده دستی تمام عمل می‌کند، تحت تأثیر افکار عمومی و ملاحظات بین‌المللی از اقامه حدودی دیگر مثل حد زنا یا محصن و سبّ نبی تحاشی می‌کند و به لطایف الحیل متوسل می‌شود. ماده ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی در این راستا می‌گوید: «حد زنا برای زانی محصن و زانیه محصنه رجم است. در صورت عدم امکان اجرای رجم با پیشنهاد دادگاه صادر کننده حکم قطعی و موافقت رئیس قوه قضاییه چنانچه جرم با بینه ثابت شده باشد، موجب اعدام زانی محصن و زانیه محصنه است. در غیر این صورت موجب صد ضربه شلاق برای هریک می‌باشد.» در همین زمینه معاون اول قوه قضاییه سوم مرداد ۱۴۰۰ طی بخشنامه‌ای خلاف قانون، خطاب به رؤسای کل دادگستری‌ها ملخصاً چنین درخواست کرده است: «در اجرای مقررات ماده ۲۲۵ و استجازه رهبری در تبدیل رجم به حد دیگر به لحاظ وجود معاذیر اجرای آن، هنگام رسیدگی به پرونده‌های موضوع ماده ۲۲۵ چنانچه اصل وقوع زنا یا احصان مورد تشکیک قرار گیرد، با عنایت به قاعده درء و موارد تمثیلی مذکور در ماده ۲۲۷ و دیگر عوامل خارج کننده از احصان، قضات از صدور احکام رجم یا شلاق اجتناب نمایند. نظر آنان را به مفاد ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی و توصیه‌های شرع معطوف می‌دارد. چنانچه اثبات جرم با بینه شرعیه نباشد دادگاه تبدیل رجم به یکصد ضربه شلاق حدی و برای جلوگیری از آثار سوء اجتماعی و تجری مرتکب یا دیگران با لحاظ سوابق و شخصیت مجرم، نحوه ارتکاب جرم و بازتاب اجتماعی آن تا ده سال حبس را به رئیس قوه قضاییه پیشنهاد نماید. در صورت اثبات بزه موصوف با بینه شرعیه، وفق شق اول ماده ۲۲۵ پیشنهاد مقتضی مبنی بر تبدیل مجازات رجم به اعدام داده شود.»

چنین دخل و تصرفی در حدود و تغییر و تبدیل آنها، وجه شرعی و سابقه فقهی ندارد. از نظر فقهی چون صاحب جواهر که اختلافی در موضوع نیافته، رجم زانی محصن و زانیه محصنه حکمی ثابت است و هر دو قسم اجماع در موضوع وجود دارد.

بنابراین حکم، روشن و مفروغ‌منه است (نجفی، ۱۳۹۲، ۳۱۸/۴۱). حتی همین قانون مجازات که در زمینه اثبات و اجرای حدود با دستانی لرزان تدوین و تصویب شده، در ماده ۲۱۹ از مواد عمومی کتاب حدود، چنین اختیاری را از مقامات قضایی سلب کرده است. مواردی مثل گذاشتن راه‌های متعدد فرار از مجازات اعدام در پیش پای سَابَّ النَّبِی در ماده ۲۶۳ هم محصول همین ملاحظات و معلول همین تردید و تعلل‌هاست؛ تردید و تعللی که جز استحسان یا عمل‌گرایی مصلحت‌مآب، مشکل بتوان وجه دیگری برای آن پیدا کرد.

عدم اعتبار دیانت و جنسیت بزه‌دیده

بنا بر آنچه در منابعی چون شرائع الاسلام و شرح آن جواهرالکلام با استناد به روایات آمده، دیه مردان یهودی، نصرانی و مجوسی از اهل ذمه هشتصد درهم و دیه زنان آنان نصف آن است. روایاتی که در آنها مبلغی بیش از این آمده به فرض صحت سند، حمل بر موارد عادت قاتل به قتل اهل ذمه شده‌اند. صاحب جواهر در شرح قسمت اول می‌گوید: در این مسئله اختلاف درخور توجهی وجود ندارد. مسئله در خلاف و انتصار و غنیه و کنزالعرفان اجماعی شمرده شده است. روایات معتبر فراوانی از صحیح و غیر صحیح در حد استفاضه در این مسئله وجود دارد. در توضیح بخش دوم می‌نویسد شیخ طوسی گفته است هرگاه قاتل عادت به قتل اهل ذمه داشته باشد، امام می‌تواند به صلاحدید خود او را به پرداخت دیه کامل مسلمان یا پرداخت چهار هزار درهم ملزم کند. کسی که به ندرت مرتکب قتل ذمی شده بیش از هشتصد درهم پرداخت نخواهد کرد (نجفی، ۱۳۹۲، ۳۶۳/۴۳-۳۶۱).

بعد از انقلاب تا اوایل دهه هشتاد بر همین منوال عمل می‌شده است. مطالبات شهروندان غیرمسلمان و پیگیری نمایندگان آنان سبب شد تا مجلس چاره‌ای بیندیشد؛ چاره‌ای که شورای نگهبان براساس آنچه از شرایع و جواهر نقل کردیم، خلاف شرع می‌دانست. نتیجه این چاره جویی تنظیم لایحه الحاق یک تبصره به ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی بود. در سال ۱۳۸۲ رئیس مجلس خطاب به مجمع تشخیص مصلحت نظام نوشت: «مصوبه مجلس درخصوص الحاق یک تبصره به ماده ۲۹۷ که مورد ایراد شورای نگهبان قرار گرفته بود، مجدداً در جلسه علنی مورخ ۱۳۸۲/۳/۴ مطرح و نظر قبلی مجلس در مورد این مصوبه عیناً تصویب گردید. در اجرای اصل یکصد و دوازدهم قانون اساسی مصوبه مجلس همراه با نظر شورای نگهبان جهت استحضار و طرح در جلسه مجمع و اعلام نتیجه ایفاد می‌گردد.» مجمع در پاسخ با کنار گذاشتن نظر شورا قانون الحاق یک تبصره به ماده ۲۹۷ را تصویب کرد: «متن زیر به‌عنوان تبصره به ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ الحاق می‌گردد: «براساس نظر حکومتی ولی امر دیه اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی به‌اندازه دیه مسلمان تعیین می‌گردد.»

این مصوبه بعداً به موضوع ماده ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تبدیل شد. راه‌حل مجلس اصلاحات که از نظر حقوقی قابل دفاع بود، از منظر فقهی نقض روایات صحیح السند و خرق اجماع طایفه امامیه محسوب می‌شود. نقض و خرقی که بر هیچ اصلی از اصول شریعت استوار نمی‌گردد. حتی نظر شیخ طوسی هم که در توجیه تعارض روایات و حمل برخی از آنها بر تکرار قتل اهل ذمه ارائه شده، چنین انحرافی را توجیه نمی‌کند. بنابراین باید گفت استحسانی خارج از ضوابط شرعی صورت گرفته است. از لحن عبارت آخر مصوبه (تعیین می‌گردد) نیز پیداست که تصویب کنندگان وجهی شرعی برای آن قابل نبوده و رغبت و رضای چندانی به تصویب آن نداشته‌اند. طرفه آن است که در سال ۱۳۹۲ مفاد ماده ۵۵۴ با ایراد شورای نگهبان مواجه نشده است.

مسئله برابری دیه زن با دیه مرد هم در همین چهارچوب قابل تحلیل است. به حسب روایات و اجماع امامیه دیه مرد هرچه باشد دیه زن نصف آن است؛ مگر در جراحاتی که دیه آنها کمتر از ثلث دیه مرد است. برای آگاهی از انبوهی از منابع و آرای فقهی ناظر به نابرابری دیه زن و مرد و انتقاد از نظر قایلین به برابری، دو مقاله «بررسی تطبیقی مبانی و حکمت تفاوت دیه زن و مرد»، شفیع سروستانی، ۱۴۰۱؛ و «دیه زن»، امید؛ رستمی، ۱۳۸۹، قابل مطالعه هستند. متولیان سیاست جنایی تقنینی کشور در این مسئله هم از روایات و اجماع فقها عبور کرده و تن به استحسان و اقتضای زمانه داده‌اند. بارقه نخست، انعکاس مطلب در قوانین بیمه بود و پرداخت مازاد دیه زن توسط شرکت‌های بیمه که ظاهراً تصور می‌شد حساسیت شرعی کم‌تری دارد. در تبصره ۲ ماده ۴ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۸۷ چنین مقرر شد: «بیمه‌گر موظف است در ایفای تعهدات مندرج در این قانون خسارت وارده به زیان‌دیدگان را بدون لحاظ جنسیت و مذهب تا سقف تعهدات بیمه‌نامه پرداخت نماید». این مقرر در ماده ۱۰ قانون بیمه اجباری سال ۱۳۹۵ تکرار و مراجع قضائی موظف شدند در انشای حکم، مبلغ مازاد بر دیه موضوع این ماده را به‌عنوان بیمه حوادث درج کنند. گام دوم آوردن احتیاط‌آمیز موضوع از حاشیه به متن قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بود؛ گرچه در نهایت قانون‌گذار نتوانست پرداخت تفاوت دیه زن را به گردن جانی ببندد. در دو ماده ۵۵۰ و ۵۶۰ به تبع نظر اتفاقی فقها مقرر شد که: «دیه قتل زن نصف دیه مرد است.» و «دیه زن و مرد در اعضا و منافع تا کمتر از ثلث دیه کامل مرد، یکسان است و چنانچه ثلث یا بیشتر شود دیه زن به نصف تقلیل می‌یابد.» ولی همین قانون در تبصره ماده ۵۵۱ اشعار داشت: «در کلیه جنایاتی که مجنی‌علیه مرد نیست، معادل تفاوت دیه تا سقف دیه مرد از صندوق تأمین خسارت‌های بدنی پرداخت می‌شود.» بعدها هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۷۷۷-۱۳۹۸/۲/۳۱ حکم تبصره مشارالیه را که ذیل سرفصل دیه نفس آمده بود و برخی از دادگاه‌ها دیه مادون نفس را خارج از شمول آن می‌دانستند، تعمیم داد و چنین مقرر نمود: «با عنایت به مفاد ماده ۲۸۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در نحوه تقسیم‌بندی جنایات علیه نفس یا عضو یا منفعت و عمومیت مقررات تبصره ذیل ماده ۵۵۱ این قانون، نظر به این که مکلف شدن صندوق تأمین خسارت‌های بدنی به پرداخت معادل تفاوت دیه اناث تا سقف دیه ذکور امتنانی است. لذا در کلیه جنایات علیه زنان اعم از نفس یا اعضا مابه‌التفاوت دیه مربوط به آنان باید از محل صندوق مذکور پرداخت شود.»

ساختارها و رهیافت‌های قضایی استحسانی

فراتر از سطح قانون‌گذاری، استحسان در وجه قضایی سیاست جنایی هم نفوذ کرده و در تشکیلات، صلاحیت‌ها، احکام دادگاه‌ها و شعب دیوان، آرای وحدت رویه، بخش‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های قوه قضاییه انعکاس یافته است. بررسی شواهد متعدد این مدعا در این مقال نمی‌گنجد. ناگزیر از باب نمونه به طرح و شرح مختصر یکی ساختارها و یکی از آرای قضایی استحسانی اکتفا می‌کنیم. ذکر این نکته لازم به‌نظر می‌رسد که استحسان در رسیدگی‌های مدنی هم نفوذ کرده است. شعبه هفتم دادگاه حقوقی تهران در دادنامه مورخ ۱۳۹۱/۰۶/۲۸ در دعا علیه شهرداری به خواسته خلع ید و قلع و قمع مستحذات، با وصف قبول خواسته اول، درخصوص خواسته دوم مختصراً مقرر داشته: «با توجه به این که هزینه زیادی از اموال عمومی در محل شده به استناد قاعده استحسان این خواسته وارد نیست و حکم به بطلان آن صادر می‌شود. خواهان می‌تواند اعیانی احدثی را خریداری نماید.» دادنامه مورد اشاره در شعبه ۳۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران عیناً تأیید شده است.

عدول از اصول دادرسی: به حکم اصل برابری در برابر دستگاه اجرای عدالت قضایی^۱ جز درخصوص دادگاه‌های اطفال و دادگاه‌های نظامی که مبنای استحسانی مخصوص به خود دارند، تشکیل هر نوع دادگاه اختصاصی با هدف حمایت تبعیض‌آمیز از طیفی از شهروندان یا سخت‌گیری ناروا نسبت به آنان، ممنوع است. شهروندان اگر در برابر قانون برابرند، در برابر تشکیلات قضایی هم باید برابر باشند. در نظام قضایی ایران برخلاف اصل مورد اشاره، مراجع قضایی ویژه‌ای تشکیل شده‌اند که به‌گونه‌ای افتراقی با آیین‌ها و رویه‌های متفاوت، به اتهامات وارد بر شهروندان رسیدگی می‌کنند. در این دادگاه‌ها حقوق دفاعی متهمان و محکومان بعضاً محدود و بعضاً نادیده گرفته می‌شود. از آن جمله است دادسرا و دادگاه انقلاب، دادسرا و دادگاه ویژه روحانیت و شعب ویژه دادگاه رسیدگی به جرایم اخلاخ در نظام اقتصادی کشور. از سوی دیگر به دستور اصل یکصدوپنجاهونهم قانون اساسی تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آن‌ها منوط به حکم قانون است. این اصل اساسی هم گهگاه نادیده گرفته شده است. رویه قابل انتقاد موسوم به استجازه (نک: احمد زاده، ۱۴۰۲) برای تشکیل دادگاه‌های ویژه یا توسعه صلاحیت برخی دادگاه‌ها و یا کنار گذاشتن برخی از مقررات قوانین موضوعه که در سال‌های اخیر متداول شده، نقض آشکار اصولی است که از آنها یاد کردیم. شش بار استجازه از رهبری برای توسعه صلاحیت مراجع قضایی نظامی، تمدید اعتبار قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، رسیدگی دادگاه‌های تجدیدنظر بدون دعوت از اصحاب دعوا، تشکیل شعب ویژه رسیدگی به جرایم اخلاخ در نظام اقتصادی و دو بار تمدید آن، نمونه‌هایی از مداخلات استحسانی در تعریف ساختارها و نهادهای قضایی مجری سیاست جنایی کشور و صلاحیت آنهاست.

در این میان استجازه تابستان ۱۳۹۷ رئیس وقت قوه قضاییه برای رسیدگی به جرایم اخلاخ در نظام اقتصادی کشور و آیین‌نامه اجرایی آن که اصول قانون اساسی را نادیده گرفت و قواعد عمومی آیین دادرسی کیفری را به زیان متهمان بر هم زد، در خور توضیح است. رئیس وقت قوه قضاییه به‌عنوان برنامه‌ای برای مبارزه با مفاسد اقتصادی طی نامه مورخ ۱۳۹۷/۰۵/۲۱ از رهبری کسب اجازه کرد تا شعب ویژه‌ای برای رسیدگی به جرایم اخلاخ در نظام اقتصادی کشور با ساختار و صلاحیت خاص و معاف از برخی ضوابط و محدودیت‌های قوانین آیین دادرسی کیفری تشکیل شوند. این درخواست به قید اتقان آرا و عادلانه بودن مجازات محکومان، با موافقت مواجه شد. از منظر حقوقی دست‌آورد استجازه و آیین‌نامه آن، محروم شدن متهمان این دادگاه‌ها از حق انتخاب وکیل، توسعه موارد صدور قرار بازداشت موقت و سلب حق اعتراض به آن، محروم کردن محکومان از حق تجدیدنظر یا فرجامخواهی به استثنای احکام اعدام و کاهش مهلت فرجامخواهی به ده روز نسبت به احکام اخیر، نمونه‌هایی از تضییع حقوق اشخاص بود که ناقض معیارهای دادرسی منصفانه محسوب می‌شدند. با این همه رئیس قوه قضاییه در شهریور ۱۳۹۹ با اعمال اصلاحاتی در استجازه، خواهان استمرار فعالیت شعب ویژه شد. استجازه که وفق تمدیدیه دوم شهریور ماه ۱۳۹۹ و آیین‌نامه اجرایی آن مورخ هشتم مهر ۱۳۹۹ تا شهریور ۱۴۰۰ در دادسراها و دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرائم اقتصادی قابل اجرا بود، در پاسخ به نامه مورخ ۳۰ شهریور ۱۴۰۰ رئیس قوه قضاییه یک بار دیگر تا زمان اصلاح یا تصویب قانون تمدید شد ولی انتقادهای اهل فن، کوتاهی مجلس در اصلاح قانون یا تصویب متن جدید و ناکارآمدی تصمیمات این دادگاه‌ها در سیاست مبارزه با فساد و قبول اعاده دادرسی نسبت به موارد متعددی از آنها، سبب شد تا رئیس قوه قضاییه که مبارزه با فساد را همچنان یکی از اولویت‌های خود می‌دانست، طی بخشنامه مورخ ۱۴۰۴/۰۲/۰۱ خطاب به رؤسای کل دادگستری‌ها اعلام کند که: «شعب ویژه رسیدگی به اخلاخ در نظام اقتصادی کشور منحل می‌شود و از این پس طبق قوانین موجود و رأی وحدت رویه هیئت

^۱ Equality before judicial justice

عمومی دیوان عالی کشور (۸۴۲-۱۴۰۲/۱۰/۲۶) به پرونده‌ها رسیدگی خواهد شد.» طرفه آن است که نمایندگان مجلس در فضای انفعالی بعد از جنگ دوازده روزه، در تاریخ دوم تیر ماه ۱۴۰۴ در طرح موسوم به تشدید مجازات جاسوسی و همکاری با رژیم صهیونیستی و دولت‌های متخاصم، مقرر نموده بودند که: «مفاد استجازه اول رئیس قوه قضاییه، برای جرایم این قانون لازم الاجراست.» ناپختگی این عبارت سبب حذف آن شد. در نهایت در ماده ۷ مصوبه چنین مقرر شود: «به جرائم موضوع این قانون در تمام مراحل دادرسی خارج از نوبت و در شعب ویژه دادگاه انقلاب که رئیس قوه قضاییه تعیین می‌کند، رسیدگی می‌شود.» پیداست که این قانون هم از جهاتی چون ارجاع به شعب ویژه و رسیدگی استعجالی و تقلیل مواعد اعتراض به آرا و صدور قرار بازداشت موقت تا ختم رسیدگی و صدور حکم قطعی، ناقض قواعد قبول شده دادرسی کیفری است.

نفوذ استحسان در آرای مراجع قضایی: به حکم اصل یکصد و شصت و یکم قانون اساسی دیوان عالی کشور مسؤول

نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی است. ایفای وظیفه نظارت چنین است که دیوان در ضمن رسیدگی‌های فرجامی و صدور آرای اصراری و آرای وحدت رویه و یا در مقام حل اختلاف در صلاحیت، با تفسیری که از قوانین ارائه می‌دهد، برداشت یا تفسیر سایر مراجع قضایی را ارزیابی و بر همان مبنا حکم به رد یا تأیید آنها می‌دهد. با تتبع در آرای وحدت رویه، در مجموع می‌توان گفت دیوان در ایفای این وظیفه خطیر، رویکردی منسجم و راهبردی مشخص ندارد. گاهی به فراخور اوضاع و احوال از روح یا منطق قانون^۱ عدول می‌کند و بر مبنای مصالحی غیر از آنچه مورد نظر مقنن بوده، دست به تفسیر می‌زند. تفسیر ماده ۶۴ قانون مجازات اسلامی جلوه‌ای از این رویه‌های استحسانی است. شرح مختصر مطلب چنین است که با اتخاذ سیاست حبس زدایی و کاهش جمعیت زندان در دهه هشتاد، جایگزین‌های حبس وارد نظام عدالت کیفری کشور شدند. ماده ۶۴ قانون مجازات ۱۳۹۲، اعمال این جایگزین‌ها را مشروط به شروطی چون گذشت شاکی و وجود جهات تخفیف کرده است. از نظر اصولی در مقام تفسیر و اجرای یک مقرر، نمی‌توان شروط مندرج در آن را که هر کدام مبتنی بر حکمتی و معطوف به مصلحتی هستند، نادیده گرفت. حذف قید و الغای خصوصیت آن با انگیزه تعمیم حکم و توسعه قلمرو قانون اصولاً نادرست و مستلزم استدلالی متقن است. با این همه هیأت عمومی دیوان در تفسیری ناظر به ماده مشارالیه قیدهایی مذکور در آن را یک باره ملغی و در رأی وحدت رویه ۷۴۶ - ۱۳۹۴/۱۰/۲۹ چنین اظهار نظر کرد: «از مجموع مقررات مربوط به مجازات‌های جایگزین حبس، موضوع فصل نهم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به‌ویژه اطلاق مواد ۶۵، ۶۶، ۶۸ و ۶۹ قانون مذکور چنین مستفاد می‌گردد که تعیین و اعمال مجازات جایگزین حبس به شرح مندرج در مواد فوق‌الاشاره الزامی بوده و مقید به رعایت شرایط مقرر در ماده ۶۴ از قبیل گذشت شاکی یا وجود جهات تخفیف نمی‌باشد.»

نظر هیأت عمومی دیوان که آشکارا اجتهاد در موضع نص است، قیود و شروط مقرر در این ماده و تبصره آن خصوصاً شرط گذشت شاکی را که مفید فوایدی برای بزه‌دیده مثل سعی متهم در جبران زیان‌های وارد بر وی، تخفیف آلام ناشی از تحمل بزهکاری و ترمیم روابط وی با شاکی است، بی‌اثر کرده و با رویکردی استحسانی و تفسیری مصلحت‌آمیز، حکمت قانون و حقوق بزه‌دیده و بارقه‌های نظریه عدالت ترمیمی را فدای مصالح قوه قضاییه و رفع مشکلات آن در اداره جمعیت کیفری زندان کرده است. دیوان البته می‌دانسته که با وجود قیود مندرج در یک مقرر قانونی، تمسک به اطلاق آن نادرست است. همچنان که حکمت وضع آن قیده‌ها را هم می‌دانسته است. ولی استحسان کرده و با عدول از حکمت وضع قانون و قواعد تفسیر آن، مصالح

^۱ . Ratio Legis

قوه قضاییه را بر مقاصد مقنن و حقوق بزه‌دیده ترجیح داده است. از نظر اهل فن این گونه رویه‌ها از نمودهای ناهم‌آوایی سیاست جنایی قضایی با سیاست جنایی تقنینی هستند (لازژی، ۱۳۸۲، ۶۵).

نتایج

۱. استحسان به عنوان یکی از روش‌های عقلی تفسیر متن و توصیف اعمال و وقایع، محصول الزاماتی چون لزوم وفاداری به مبانی، مقاصد و پیش‌فرض‌های احکام شرعی است تا از این راه نتیجه‌ای معقول، منصفانه و قابل انتساب به شارع به‌دست آید. این روش اجتهادی با وجود سوءتفاهمات اولیه، در سده‌های میانی، قبول عام یافته و نوعی شبه توافق پیرامون آن شکل گرفته است.

۲. سیاست جنایی ایران با وجود فلسفه سیاسی متصلب حاکم بر کشور و به‌رغم تأکید قانون اساسی بر لزوم التزام قانون و قضا به احکام مذهب رسمی، در عمل تحت نفوذ و سیطره ملاحظات استحسانی واقع شده است. استحسان چه در فرایند قانون‌گذاری و چه در ضمن رسیدگی‌های قضایی و اتخاذ تدابیر و تصمیمات اجرایی، در بنیادها و هنجارهای این سیاست انعکاس یافته است. این واقعیت که موارد و شواهد بسیار دارد، خود به خود اشکالی ندارد. متولیان خواسته یا ناخواسته دریافته‌اند که یکی از روش‌های اجتهادی که در نظر با آن مخالف بوده‌اند، در عمل می‌تواند رهیافت مناسبی برای برون‌رفت از برخی بن‌بست‌ها باشد. مشکل این است که رویکرد استحسان متولیان سیاست جنایی کشور همیشه مقید به ضوابط شرعی استحسان نیست و دست‌کم در برخی از جلوه‌های آن چنین ضوابطی مراعات نشده است. به بیان فقهی، وجه عدول از اصول و موازین کلی، در آنها موجه نیست.

۳. استحسان با رعایت روح شریعت و مقاصد عمومی آن و با هدف دفع یا رفع حرج از مردم صورت می‌گیرد. رهیافت‌های استحسان سیاست جنایی ایران همیشه این‌گونه نیستند. دلیل مطلب آن است که آنچه سبب روی آوردن به چنین راه‌حلی شده بیش‌تر ملاحظات سیاسی و مدیریتی است تا الزامات شرعی یا اقتضائات قانون اساسی و یا مصالح عمومی. به همین دلیل بعضی از صاحب‌نظران ممکن است نام‌هایی دیگر بر برخی از جلوه‌های چنین رهیافتی بگذارند؛ نام‌هایی مثل عمل‌گرایی، مصلحت‌گرایی، حکم ثانوی و حکم حکومتی.

تعارض منافع

بنا بر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

پیروی از اصول اخلاق پژوهش

نویسندگان اصول اخلاقی را در انجام و انتشار این پژوهش علمی رعایت نموده‌اند و این موضوع مورد تأیید همه آنهاست.

سپاسگزاری

در پایان از زحمات و مساعدت‌های مسئولین محترم دوفصلنامه وزین مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب که در رفع نواقص و اصلاحات مقاله از راهنمایی‌های ارزشمند خود دریغ نورزیدند و نیز داوران ارجمند که با باریکبینی، ظرائف پژوهشی را متذکر شدند بسیار سپاسگزارم.

منابع

قرآن کریم

- آمدی، سیف‌الدین (بی‌تا). *الإحكام فى أصول الأحكام*. القاهرة: مطبعة المعارف.
- ابن عبدالسلام، عزیزالدین (بی‌تا). *قواعد الاحکام فى مصالح الأنام*. بیروت: دارالمعرفة.
- ابن رومی، ابوالحسن (۱۹۹۸). *دیوان ابن الرومی*. بیروت: مکتبة الهلال.
- ابن رشد أندلسی (بی‌تا). *بدایة المجتهد*. بیروت: دارالفکر.
- ابن عربی (بی‌تا). محمد، *أحكام القرآن*. بیروت: دارالفکر.
- ابو زهره، محمد (بی‌تا). *الجريمة*. القاهرة: دارالفکر العربی.
- احمدزاده، رسول و همکاران (۱۴۰۲). «سیاست جنایی قضایی استجازه‌ای». پژوهشهای حقوق کیفری ش ۲.
- أصفهانی، شمس الدین (۱۴۰۶). شرح مختصر ابن الحاجب. جدة: دار المدنی.
- امیدی، جلیل (۱۳۹۹). «مسؤولیت دیوان عالی کشور در نظام‌مندسازی تفسیر قوانین کیفری». مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، ش ۱۴.
- امیدی، جلیل؛ رستمی، سهیلا (۱۳۸۹). «دیة زن». مطالعات حقوق خصوصی، ش ۴.
- أندلسی، ابن حزم (بی‌تا). *الإحكام فى أصول الأحكام*. القاهرة: دارالحديث.
- بکاریا، سزار (۱۳۶۸). جرایم و مجازاتها. ترجمه محمد علی اردبیلی. تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
- پرادل، ژان (۱۴۰۲). *تاریخ اندیشه‌های کیفری*. ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی. تهران: سمت.
- پاکتچی، احمد (۱۳۹۸). «استحسان». دائرة المعارف بزرگ اسلامی.
- بیضاوی، ناصرالدین (۱۴۳۴). *أنوار التنزیل و أسرار التأویل*. بیروت: دارالمعرفة.
- حر عاملی، محمد حسن (۱۴۲۲). *وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة*. بیروت: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
- حلاق، وائل (۱۳۸۶). *تاریخ تئوری‌های حقوقی اسلامی*. ترجمه محمد راسخ. تهران: نشر نی.
- خوارزمی، محمد (۱۸۹۵). *مفاتیح العلوم*. به کوشش فان فلوتن. لیدن.
- خضری بک، محمد (۱۹۸۷). *أصول الفقه*. بیروت: دار القلم.
- خضری بک، محمد (۱۹۶۰). *تاریخ التشريع الاسلامی*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- خوئی، ابوالقاسم (۱۴۲۲). *مبانی تکملة المنهاج*. قم: مؤسسه احیاء آثار الخوئی.
- زرکشی، بدرالدین (۱۴۱۳). *البحر المحيط فى أصول الفقه*. کویت: دار الصفوة.
- زنجانی، شهاب‌الدین (۱۹۸۷). *تخریج الفروع على الاصول*. بیروت: مؤسسه الرسالة.
- زیدان، عبدالکریم (۱۹۸۷). *الوجیز فی اصول الفقه*. بغداد: دارالسعادة.
- زیدان، عبدالکریم (۱۹۸۸). *احکام الذمیین و المستأمنین*. بیروت: مؤسسه الرسالة.
- زیلعی، جمال الدین (۱۴۱۵). *نصب الرایة على أحادیث الهدایة*. القاهرة: دار الحديث.
- سبکی، عبد الوهاب (۱۴۱۱). *الآشباه و النظائر*. بیروت: دار الکتب العلمیة.
- سرخسی، محمد (۱۳۷۲). *أصول السرخسی*. القاهرة: دار الکتب العربیة.
- سرخسی، محمد (۱۹۸۳). *المبسوط*. استانبول: دارالدعوة.
- شاطبی، ابو اسحاق (۱۹۸۸). *الاقتصام*. بیروت: دارالکتب العلمیة.

- شاطبی، ابواسحاق، (بی تا). *الموافقات فی اصول الشریعة*. بیروت: دارالمعرفة.
- شربینی خطیب، محمد (بی تا). *معنی المحتاج إلى معرفة معانی الفاظ المنهاج*، بیروت: دارالفکر، بی تا.
- شفیعی سروستانی، ابراهیم (۱۴۰۱). «بررسی تطبیقی مبانی و حکمت تفاوت دئیة زن و مرد»، فروغ وحدت، ش ۵۸.
- شوکانی، محمد بن علی (بی تا). *ارشاد الفحول*. بیروت: دار المعرفة.
- شیرازی، ابواسحاق (۱۴۲۶). *اللمع فی أصول الفقه*، قاهره: دارالندوة الاسلامیة.
- شیرازی، ابواسحاق (بی تا). *المهذب فی فقه الإمام الشافعی*، بیروت: دارالفکر.
- عجلونی، اسماعیل بن محمد (۱۳۵۱). *كشف الخفاء*. القاهرة: مكتبة القدسی.
- عمید، زنجانی، عباسعلی (۱۴۰۱). *فقه سیاسی*. تهران: سمت.
- غزالی، ابوحامد (بی تا). *المستصفی من علم الأصول*، قم: دار الذخائر.
- قرافی، شهابالدین (بی تا). *الفروق*. بیروت: دار المعرفة.
- قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۴۳۱). *القوانین المحکمة*. بیروت: دار المحجة البيضاء.
- کلینی، محمد، (۱۴۰۷). *الکافی*. قم: دار الکتب الاسلامیه.
- لازرژی، کریستین (۱۳۸۲). *درآمدی بر سیاست جنایی*. برگردان علی حسین نجفی ابرندآبادی. تهران: نشر میزان.
- مجیدی، محمد رضا (۱۳۸۹). *آشنایی با قانون اساسی*. تهران: دفتر نشر معارف.
- محلی، جلال الدین (۱۴۲۹). *البدر الطالع شرح جمع الجوامع*. تحقیق داغستانی. بیروت: مؤسسة الرسالة.
- نجفی، محمد حسن (۱۳۹۲). *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، قم: المكتبة الاسلامیة.

References

Holly Quran

- Āmidī, S. (n.d.). *al-Iḥkām fī Uṣūl al-Aḥkām*. Cairo: Maṭba‘at al-Ma‘ārif. [In Arabic]
- Ibn ‘Abd al-Salām, A. (n.d.). *Qawā‘id al-Aḥkām fī Maṣāliḥ al-‘Anām*. Beirut: Dār al-Ma‘rifat. [In Arabic]
- Ibn Rūmī, A. (1998). *Dīwān Ibn al-Rūmī*. Beirut: Maktabat al-Hilāl. [In Arabic]
- Ibn Rushd al-Andilūsī, M. (n.d.). *Bidāyat al-Mujtahid*. Beirut: Dār al-Fikr. [In Arabic]
- Ibn ‘Arabī, M. (n.d.). *Aḥkām al-Qur’ān*. Beirut: Dār al-Fikr. [In Arabic]
- Abū Zuhrat, M. (n.d.). *al-Jarīmat*. Cairo: Dār al-Fikr al-‘Arabī. [In Arabic]
- Ahmadzadeh R, Mousavi Mojab SD & Saber, M. (2023). "Judicial criminal policy in dealing with the crime of disrupting the country's economic system". *Criminal Law Research* .14(2). [In Persian]
- Iṣfahānī, S. (1985). *Sharḥ Mukhtaṣar Ibn al-Ḥājjib*. Jeddah: Dār al-Madānī. [In Arabic]
- Omidī, J. (2020). "Responsibility Of Supreme Court in Systematisation the Interpretation of Criminal Statutes". *Criminal law and Criminology Studies*. 50(1). 1-24. [In Persian]
- Omidī, J & Rostami, S. (2010). "Woman’s Diya (Blood Money) Oppositeness of Opinions In Jurisprudence Of Sonna Ahl”. *Law Quarterly*. 40(4). 39-56. [In Persian]
- Andilūsī, H. (n.d.). *al-Iḥkām fī Uṣūl al-Aḥkām*. Cairo: Dār al-Ḥadīth. [In Arabic]
- Beccaria, C. (1989). *Jarā‘im wa Mujāzāthā*. Translated by: Ardebili, MA. Tehran: Shahid Beheshti Univesrity. [In Persian]
- Pradel, J. (2023). *Tārīkh Andīshihāyi kiyfarī*. Translated by: Najafī Abrandabadi, AḤ. Tehran: Samt. [In Persian]
- Pākatchī, A. (2019). *Istiḥsān*. NP. Dā‘irat al-Ma‘ārif Buzurg Islāmī. [In Persian]
- Bayḍāwī, N. (2012). *Anwār al-Tanzīl wa Asrār al-Ta’wīl*. Beirut: Dār al-Ma‘rifat. [In Arabic]
- Ḥurr ‘Āmilī, M. (2001). *Wasā’il al-Shī‘at ilā Taḥṣīl Masā’il al-Sharī‘at*. Beirut: Mu’assasat Āl al-Bayt li-Iḥyā’ al-Turāth. [In Arabic]
- Ḥallāq, W. (2007). *Tārīkh Naẓarīyyihāyi Ḥuqūqī Islāmī*. Translated by: Rasekh, M. Tehran: Nashr Ney. [In Persian]
- Khārazmī, M. (1895). *Mafātīḥ al-‘Ulūm*. Edited by: Van Vloten, Leiden. [In Arabic]
- Khadrī Bayk, M. (1987). *Uṣūl al-Fiqh*. Beirut: Dār al-Qalam. [In Arabic]
- Khadrī Bayk, M. (1960). *Tārīkh al-Tashrī‘ al-Islāmī*. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī. [In Arabic]
- Khoei, A. (2001). *Mabānī Takmilat al-Minhāj*. Qum: Mu’assasat Iḥyā’ Āthār al-Khoei. [In Arabic]
- Zarkashī, B. (1992). *al-Baḥr al-Muḥīṭ fī Uṣūl al-Fiqh*. Kuwait: Dār al-Ṣafwat. [In Arabic]
- Zanjānī, S. (1987). *Takhrīj al-Furū‘ alā al-Uṣūl*. Beirut: Mu’assasat al-Risālat. [In Arabic]

- Zaydān, A. (1987). *al-Wajīz fī Uṣūl al-Fiqh*. Baghdad: Dār al-Sa'ādat. [In Arabic]
- Zaydān, A. (1988). *Aḥkām al-Dhimmīyyīn wa al-Musta'mīnīn*. Beirut: Mu'assasat al-Risālat. [In Arabic]
- Zayla'ī, J. (1994). *Naṣb al-Rāyat 'alā Aḥādīth al-Hidāyat*. Cairo: Dār al-Ḥadīth. [In Arabic]
- Subkī, A. (1990). *al-'Ashbāh wa al-Nazā'ir*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīyyat. [In Arabic]
- Sarakhsī, M. (1992). *Uṣūl al-Sarakhsī*. Cairo: Dār al-kutub al-'Arabīyyat. [In Arabic]
- Sarakhsī, M. (1983). *al-Mabsūṭ*. Istanbul: Dār al-Da'wat. [In Arabic]
- Shāṭibī, A. (1988). *al-I'tisām*. Beirut: Dār al-kutub al-'Ilmīyyat. [In Arabic]
- Shāṭibī, A. (n.d.). *al-Muwāfiqāt fī Uṣūl al-Sharī'at*. Beirut: Dār al-Ma'rifat. [In Arabic]
- Shirbīnī al-Khaṭīb, M. (n.d.). *Mughnī al-Muḥtāj ilā Ma'rifat Ma'ānī Alfāz al-Minhāj*. Beirut: Dār al-Fikr. [In Arabic]
- Shafiee Sarvestani, I. (2023). "a Comparative Study of The Principles and Reason of the Difference Between Men and Women's Blood Money (Diya) in Islamic Jurisprudence". *Motaleat-e-Taghribi Mazaheb-e-Eslami (Proximity Studies of Islamic Denominations) (Forouge Vahdat)*. 18(58). 64-79. [In Persian]
- Shukānī, M. (n.d.). *Irshād al-Fuḥūl*. Beirut: Dār al-Ma'rifat. [In Arabic]
- Shīrāzī, A. (2005). *al-Luma' fī Uṣūl al-Fiqh*. Cairo: Dār al-Nudwat al-Islāmīyyat. [In Arabic]
- Shīrāzī, A. (n.d.). *al-Muhadhdhab fī Fiqh al-Imām al-Shāfi'ī*. Beirut: Dār al-Fikr. [In Arabic]
- 'Ajlūnī, I. (1932). *Kashf al-khafā'*. Cairo: Maktabat al-Qudsī. [In Arabic]
- 'Amīd Zanjānī, A. (2022). *Fiqh Siyāsī*. Tehran: Samt. [In Persian]
- Ghazzālī, A. (n.d.). *al-Mustaṣfā min 'Ilm al-Uṣūl*. Qum: Dār al-Dhakhā'ir. [In Arabic]
- Qarāfī, S. (n.d.). *al-Furūq*. Beirut: Dār al-Ma'rifat. [In Arabic]
- Qummī, M. (2009). *al-Qawānīn al-Maḥkamat*. Beirut: Dār al-Maḥajjat al-Bayḍā'. [In Arabic]
- Kulayni, M. (1986). *al-Kāfī*. Qum: Dār al-kutub al-Islāmīyyat. [In Arabic]
- Lazerg, C. (2003). *Darāmadī bar Siyāsāt Jinā'ī*. Translated by: Najafī Abrandabadi, AḤ. Tehran: Mīzān. [In Persian]
- Mājīdī, M. (2010). *Āshnāyī bā Qānūn Asāsī*. Tehran: Daftar Nashr Ma'ārif. [In Persian]
- Maḥallī, J. (2008). *al-Badr al-Ṭālī Sharḥ Jam' al-jawāmi'*. Edited by: Dāghistānī, M. Beirut: al-Risālat. [In Arabic]
- Najafī, M. (2013). *Jawāhir al-kalām fī Sharḥ Sharā'i' al-Islām*. Qum: al-Maktabat al-Islāmīyyat. [In Arabic]