



A Fiqhi-Legal Analysis of the Imam's Discretionary Authority (Takh-yīr) in Adjudicating the Fixed Punishment (Ḥudūd) Crimes of Non-Muslims

Seyedmubin Sajed^{*} and Mohammadjavad Fathi^{**}

Received: 21 April 2025 | Recieved in revised form: 12 June 2025 | Accepted: 30 September 2025 | Published: 22 November 2025

Abstract

Given its universalist nature, Islamic criminal law faces complex questions regarding its interaction with the crimes committed by non-Muslims. A central inquiry is whether the *ḥudūd* (Fixed Punishment) crimes of non-Muslims are adjudicated identically to those of Muslims, or if a distinct paradigm exists. This issue necessitates precise fiqhi examination, particularly in light of its potential conflicts with contemporary legal principles. Employing a descriptive-analytical method within a *fiqhi-ijtihādī* (juristic-inferencial) framework, this study analyzes the theory of the Imam's Discretionary Authority (*Nazarīyah al-Takh-yīr al-Imām*) as a proposed juristic solution. The findings indicate that the Islamic ruler is vested with the authority, in cases of *ḥudūd* crimes involving non-Muslims, to either adjudicate the crime according to Islamic law (*Shari'a*) or to refer the offenders to their own communal courts to be punished according to their religious law. The evidence (*adilla*) for this theory is derived from Verse 42 of *Surah al-Mā'idah*, relevant narrations (*riwāyāt*), scholarly consensus (*ijmā'*), and the inherent stipulations of the pact of protection (*'aqd al-dhimmah*). The scope of this theory encompasses all *ḥudūd* crimes without restriction to a specific penalty. However, it is applicable only to *Ahl al-Dhimmah* (protected non-Muslim citizens) and *Mustā'minūn* (temporary residents under safe conduct). If the crime is committed publicly, the implementation of the Islamic *ḥudūd* becomes mandatory. In its application, the theory encounters apparent challenges when measured against contemporary legal principles, such as the rule of law, the equality of individuals before the law, and the standardization of legal codes and judicial procedures. Within the Iranian legal system, despite certain statutory limitations, Article 167 of the Iranian Constitution provides a potential avenue for the application of this theory. To enhance its efficacy, the study proposes the enactment of specific legislation or the establishment of specialized judicial bodies. The theory of the Imam's Discretionary Authority can serve as a model for the interaction of an Islamic State with its non-Muslim citizens and for addressing criminality within multicultural societies.



Keywords: *Ḥudūd* Crimes of Non-Muslims, Judicial Authority of the Islamic Ruler, Adjudication of Non-Muslim Cases, Criminal Law of Non-Muslims, Executive Challenges of the Ruler's Judicial Prerogatives.

* PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Qom, Iran.; Email: seyedmubin.sajed@ut.ac.ir

** Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Qom, Iran.; Email: mjfathi@ut.ac.ir

□ Sajed, M., and others, (2025)., A Fiqhi-Legal Analysis of the Imam's Discretionary Authority (Takh-yīr) in Adjudicating the Fixed Punishment (Ḥudūd) Crimes of Non-Muslims. *Journal of New Perspectives in Islamic Jurisprudence*, 3 (2)., 103-130. <https://doi.org/10.22091/rcjl.2025.12770.1187>



تحلیل فقهی- حقوقی نظریه تخییر امام در رسیدگی به جرائم حدی غیرمسلمانان

سیدمبین ساجد* و محمدجواد فتحی**

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۰۱ | تاریخ اصلاح: ۱۴۰۴/۰۳/۲۲ | تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۰۸ | تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۹/۰۱

چکیده

حقوق کیفری اسلام با توجه به ماهیت جهان شمول آن، با پرسش‌هایی درباره نحوه تعامل با جرائم غیرمسلمانان مواجه است؛ از جمله اینکه آیا جرائم حدی غیرمسلمانان مانند مسلمانان رسیدگی می‌شود یا الگوی خاصی دارد؟ این مسئله به‌ویژه در پرتو تعارض‌های احتمالی با اصول حقوقی معاصر نیازمند بررسی دقیق فقهی است. پژوهش حاضر با هدف تحلیل نظریه تخییر امام به‌عنوان یکی از راه‌حل‌های فقهی این مسئله، به روش توصیفی-تحلیلی و با رویکرد فقهی-اجتهادی انجام شده است. یافته‌ها نشان می‌دهند که حاکم اسلامی اختیار دارد در جرایم حدی غیرمسلمانان، یا بر طبق شریعت اسلام به جرم آن‌ها رسیدگی کند یا آن‌ها را به محاکم خود تحویل دهد تا بر طبق شریعت خود مجازات شوند. ادله این نظریه شامل آیه ۴۲ سوره مائده، روایات، اجماع و مقتضای عقد ذمه است. قلمرو این نظریه شامل تمام جرائم حدی می‌شود و اختصاص به حد خاصی ندارد، اما تنها در مورد اهل ذمه و مستأمنین جریان می‌یابد و در صورت ارتکاب علنی جرم، اجرای حدود اسلامی الزامی است. این نظریه در تطبیق با اصول حقوقی معاصر مانند اصل حاکمیت قانون، برابری افراد در برابر قانون، یکسان‌سازی قوانین و فرایندهای دادرسی با چالش‌های ظاهری مواجه است. در نظام حقوقی ایران، با وجود محدودیت‌های قانونی، اصل ۱۶۷ قانون اساسی امکان بهره‌گیری از این نظریه را فراهم می‌کند. برای کارآمدی بیشتر، پیشنهاد می‌شود قوانین ویژه تصویب یا نهادهای تخصصی تشکیل شود. نظریه تخییر امام می‌تواند به‌عنوان الگویی برای تعامل حکومت اسلامی با غیرمسلمانان و نحوه مواجهه با جرائم در جوامع چندفرهنگی باشد.



کلیدواژه‌ها: جرائم حدی غیرمسلمانان، اختیارات قضائی حاکم، دادرسی دعاوی غیرمسلمانان، حقوق کیفری غیرمسلمانان، چالش‌های اجرایی اختیارات قضائی حاکم.

* دانشجوی دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران. (نویسنده مسئول). |

seyedmobin.sajed@ut.ac.ir

** دانشیار، گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران. | mjtfathi@ut.ac.ir

□ ساجد، سیدمبین و همکاران (۱۴۰۴). تحلیل فقهی-حقوقی نظریه تخییر امام در رسیدگی به جرائم حدی غیرمسلمانان، پژوهش‌های

فقهی مسائل مستحدثه. ۳ (۲)، ۱۳۰-۱۰۳. <https://doi.org/10.22091/rejl.2025.12770.1187>

مقدمه

نظام حقوقی اسلام به عنوان یکی از جامع ترین نظام های حقوقی جهان، همواره مورد توجه محققان و اندیشمندان قرار گرفته است. در این نظام، «حدود» به عنوان بخشی از فقه جزایی، جایگاه ویژه ای دارد. حدود، مجازات هایی هستند که در شرع اسلام برای جرایم خاصی مانند زنا، سرقت و محاربه تعیین شده اند و هدف اصلی آن ها حفظ نظم عمومی، صیانت از ارزش های دینی و اخلاقی، و ایجاد امنیت در جامعه است. با این حال، اجرای این احکام در جوامع امروزی، به ویژه در مواجهه با غیرمسلمانان، با چالش های متعددی روبرو است. یکی از مهم ترین این چالش ها، نحوه برخورد با مرتکبین غیرمسلمان جرایم حدی است. آیا این افراد باید بر اساس شریعت اسلام مجازات شوند یا می توان آن ها را به حکام خود تحویل داد تا بر اساس قوانین دینی یا عرفی خود مجازات شوند؟ به عنوان مثال اگر مرتکبین جرم زنا، محصنه، مسلمان باشند بدون تردید مجازات آن ها حد رجم است، اما در صورتی که مرتکبین این جرم مسلمان نباشند، آیا مجازات ایشان نیز به مانند مجرمین مسلمان حد رجم خواهد بود یا قاضی این اختیار را دارد که پرونده ایشان را به محاکم غیرمسلمانان ارجاع دهد تا بر اساس دین و مذهب ایشان رسیدگی شود. در این زمینه، نظریه ای تحت عنوان «تخییر امام» مطرح شده است که بر اساس آن، امام یا حاکم اسلامی اختیار دارد در مواردی که مرتکبین جرم حدی غیرمسلمان هستند، یا بر اساس شریعت اسلام به جرم آن ها رسیدگی کند یا آن ها را به حکام خود تحویل دهد تا بر اساس احکام موجود در شریعت مرتکبین مجازات شوند. این نظریه که ریشه در ادله فقهی و روایی دارد، از دیرباز مورد توجه فقهای شیعه قرار گرفته است. با این حال، اختلاف نظرهایی در میان فقها درباره صحت و قلمرو این نظریه وجود دارد. برخی فقها با استناد به عمومیت احکام اسلام، اجرای حدود اسلامی را در همه موارد ضروری دانسته اند، در حالی که برخی دیگر با تمسک به ادله نقلی و عقلی، نظریه تخییر امام را پذیرفته اند.

این نظریه هرچند در چارچوب فقه شیعه مطرح شده، اما در اصول حقوقی معاصر با چالش هایی مواجه است. امروزه اصولی همچون حاکمیت قانون، برابری افراد در برابر قانون، و یکسان سازی قوانین، به عنوان مبانی حقوق مدرن شناخته می شوند و تطبیق نظریه تخییر با این اصول نیازمند بررسی دقیق است. علاوه بر این، چالش های عملی در فرایندهای قضائی و تعامل این نظریه با قوانین موضوعه در نظام حقوقی ایران، از جمله مباحثی است که باید مورد تحلیل قرار گیرد. این مقاله با بررسی این چالش ها، درصدد است تا امکان سازگاری نظریه تخییر با اصول حقوقی معاصر را مورد ارزیابی قرار دهد و راهکارهای ممکن برای کاهش تعارضات را ارائه نماید.

پژوهش حاضر در پیوند با مطالعات فقهی درباره حدود غیرمسلمانان قرار می گیرد. بررسی منابع نشان می دهد که نظریه تخییر امام پیش از این در آثار برخی فقهای امامیه مانند محقق حلی و صاحب جواهر مورد اشاره قرار گرفته است، اما عمدتاً به صورت گذرا و در قالب بیان احکام فقهی مطرح شده است. در تحقیقات معاصر، این موضوع کمتر به صورت مستقل و

نظام‌مند بررسی شده است. بیشتر مطالعات موجود یا به کلیات حقوق اقلیت‌ها پرداخته‌اند یا در چارچوب مباحث کلی حدود به آن اشاره کرده‌اند. آنچه این پژوهش را متمایز می‌کند، نه ادعای کشف نظریه‌ای جدید، بلکه تلاش برای واکاوی دقیق‌تر ادله موجود و بررسی امکان‌های اجرایی آن در شرایط کنونی است. این تحقیق بر آن است تا با بازخوانی متون فقهی و تحلیل منطقی ادله، تصویر روشن‌تری از مبانی و قلمرو این نظریه ارائه دهد. در این مسیر، از مقایسه تطبیقی با اصول حقوقی معاصر نیز بهره می‌برد، بی‌آنکه ادعای ارائه نظریه‌ای کاملاً جدید را داشته باشد.

هدف این پژوهش، بررسی دقیق نظریه تخییر امام در باب حدود، تحلیل ادله فقهی آن و تعیین قلمرو اجرایی این نظریه است. سؤالات اصلی پژوهش عبارت‌اند از: ادله فقهی نظریه تخییر امام چیست؟ قلمرو اجرایی این نظریه شامل چه مواردی است؟ و نقدهای وارد بر این نظریه به‌ویژه در تعامل با اصول حقوقی مدرن چیست؟ برای پاسخ به این سؤالات، از روش توصیفی-تحلیلی استفاده شده و داده‌ها از منابع فقهی، روایی و تفسیری استخراج شده‌اند. سپس با بهره‌گیری از تحلیل محتوا و قواعد اصولی مانند قاعده تعارض و مرجحات، ادله و نقدهای مطرح شده مورد بررسی قرار گرفته‌اند. فرضیه این پژوهش آن است که نظریه تخییر امام با استناد به ادله فقهی و انعطاف‌پذیری در اجرا، قابلیت تطبیق با اصول حقوقی معاصر را دارد. پژوهش حاضر می‌کوشد تا با تحلیل دقیق ادله و نقدهای مرتبط، راهکارهایی برای تطبیق نظریه تخییر با اصول حقوقی معاصر ارائه دهد. مقاله حاضر در چهار بخش اصلی تنظیم شده است: بیان دیدگاه‌های در مورد نظریه تخییر امام (۱)، تحلیل ادله فقهی نظریه تخییر (۲)، تعیین قلمرو و مجرای نظریه تخییر (۳) و بررسی چالش‌های نظری و عملی در تطبیق با اصول حقوقی معاصر (۴).

۱- بیان دیدگاه‌ها در مورد نظریه تخییر امام

نظریه تخییر امام بیانگر این است که در جرایم حدی غیرمسلمانان، امام اختیار دارد تا بر طبق شریعت اسلام به جرم آن‌ها رسیدگی کند یا آن‌ها را به محاکم خود تحویل دهد تا بر طبق شریعت خودشان به جرم آن‌ها رسیدگی شود.

فقیهان شیعه در موارد متعددی، درباره کافرانی که مرتکب جرائم مستوجب حد شده‌اند، حکم به تخییر امام کرده‌اند. شیخ مفید در مقنعه در فرضی که زانی و زانیه هر دو کافر اعم از یهودی یا نصرانی باشند، حکم به تخییر امام کرده است که یا بر طبق شریعت اسلامی اجرای حد کند یا آن‌ها را به حکام خودشان تحویل دهد تا طبق اصول و قوانین خودشان مجازات شوند (مفید، ۱۴۱۰ق، ص ۷۲۳). شیخ طوسی نیز همانند شیخ مفید همین دیدگاه را دارد و افزون بر این، این حکم را برای لواط میان دو کافر نیز جاری می‌داند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص ۲۴۵). در فرضی که مساحقه میان دو زن کافر باشد یا تقاذف میان کفار روی دهد، حکم به تخییر امام داده شده است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص ۲۴۶). ابن براج در مذهب البارع، ابن ادریس در سرائر، محقق حلی در شرائع الإسلام، شهید ثانی در مسالک الأفهام، محمدحسن نجفی در جواهر الکلام و محقق

اردبیلی در مجمع الفائدة و البرهان نیز نظریه تخییر را پذیرفته‌اند (ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۵۲۲؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۴۶۰؛ حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۲۵۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۸۸؛ نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۱، ص ۳۱۸؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳، ص ۹۳).

برخی از فقها نظریه مذکور را مقید به قیود می‌پذیرند؛ محقق حلی معتقد است اگر کفار به صورت علنی مرتکب جرم حدی شوند (مثل زنا یا آشکار)، امام باید حد اسلامی را اجرا کند و حق تحویل به حاکمانشان را ندارد (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۲۵۵)؛ همچنین شهید ثانی می‌نویسد اگر در آیین کفار اصلاً مجازاتی برای آن جرم وجود نداشته باشد، اجرای حد اسلامی واجب است، به عبارت دیگر صرف تحریم کفایت نکرده و لازم است عمل محرم عقوبت و مجازاتی در پی داشته باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۸۸)؛ صاحب جواهر قید دیگری مبنی بر لزوم عدم تفاوت در مقدار و کیفیت مجازات اضافه می‌کند، به این معنا که صرف تحریم و حتی مجازات داشتن جرم کفایت نمی‌کند؛ بلکه لازم است مجازات جرم در شریعت مجرم غیرمسلمان، شدیدتر یا حداقل برابر با مجازات مجرمین مسلمان باشد، بنابراین اگر در مواردی که حد نزد آنها مثلاً شلاق است و نزد شریعت اسلام اعدام است، امام اختیاری نداشته و لازم است بر طبق شریعت اسلام رفتار نماید (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۱، ص ۳۱۸).

با این حال، برخی از فقها در پذیرش نظریه تخییر تردید کرده‌اند. محقق اردبیلی معتقد است، ادله این نظریه صراحتی در حکم به تخییر ندارد و اگر این حکم اجماعی نبود، حکم به تخییر با توجه به عمومیت احکام اسلام و حقانیت آن‌ها مشکل بود (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص ۴۵۶). در میان معاصرین نیز امام خمینی در حکم به تخییر تشکیک می‌کند و اقامه حد بر زانی و زانیه کافر را احوط می‌داند؛ وجه احتیاط این است که حکم به تخییر امام بر خلاف قاعده است، زیرا اثبات شده احکام اسلام مختص مسلمین نیست؛ بلکه برای کفار نیز ثابت است؛ بنابراین، اصل و قاعده، تعیین اجرای احکام اسلام است و برای اعراض از قاعده، نیازمند دلیل قوی هستیم تا حکم به تخییر کنیم و در این مورد چنین دلیل قوی وجود ندارد (خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۶۴).

در نهایت، این اختلافات نشان‌دهنده آن است که نظریه تخییر امام نیازمند بررسی دقیق‌تر و همه‌جانبه‌تر در ادله فقهی در جهت تطبیق آن با اصول حقوقی معاصر است. این بررسی می‌تواند به ارائه راهکارهایی برای مواجهه با جرایم حدی در جوامع چندفرهنگی و تعامل بهتر حکومت اسلامی با غیرمسلمانان کمک کند. همچنین، این پژوهش می‌تواند به عنوان مبنایی برای تدوین قوانین خاص یا ایجاد نهادهای تخصصی برای رسیدگی به جرایم غیرمسلمانان مورد استفاده قرار گیرد.

۲- تحلیل ادله نظریه تخییر

نظریه تخییر امام به عنوان یک راهکار فقهی در مواجهه با جرائم حدی غیرمسلمانان، مبتنی بر ادله متعددی از جمله نصوص قرآنی، روایات معصومین (ع)، اجماع فقها، و مقتضای عقد ذمه است. این بخش به بررسی این ادله و تحلیل دلالت‌های آنها می‌پردازد.

۱-۲- آیه ۴۲ سوره مائده

در مورد نظریه تخییر امام به آیه ۴۲ سوره مائده می‌توان استناد کرد و چه بسا مهم‌ترین دلیل نظریه تخییر همین است. خداوند در آیه ۴۲ سوره مائده فرموده است: «أَنَّهُمْ بَشَرٌ لِّكُلِّ لَسَانٍ وَكَانَ لِقَاءُ إِيضَاهُ عَلَيْهِمْ حَسْرَةً» (آنها بشری هستند برای هر زبانی و دیدار آنها برایشان حسرتی است). پس اگر نزد تو آمدند، در میان آنان داوری کن، یا (اگر صلاح دانستی) آنها را به حال خود واگذار! و اگر از آنان صرف نظر کنی، به تو هیچ زبانی نمی‌رسانند؛ و اگر میان آنها داوری کنی، باعدالت داوری کن که خدا عادلان را دوست دارد!.

ظاهر آیه شریفه دلالت بر تخییر امام دارد تا جرائم کفار را بر طبق شریعت اسلام و قوانین اسلامی رسیدگی کند یا آنها را به حکام خود تحویل دهد تا بر طبق شریعت و احکام کفار به عمل آنها رسیدگی شود؛ زیرا بیان شده است که اگر دعوا نزد امام مطرح شد امام می‌تواند حکم کند «فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ» و همچنین می‌تواند اعراض کند و آنها را نزد حکام خود بفرستد «أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۳۷۵). استدلال به آیه شریفه بر این فرض استوار است که منظور از اعراض در آیه شریفه، مجرد اعراض بدون تحویل ایشان به حکام کفار مجرم نباشد؛ بلکه اعراضی که مقدمه فصل خصومت توسط حکام ایشان باشد را مراد آیه شریفه بدانیم چرا که بر طبق مفاد نظریه تخییر می‌توان کفار مجرم را به حکام ایشان تحویل داد تا بر طبق شریعت خودشان به رفتار مجرمانه آنها رسیدگی شود نه این که بدون ارجاع به حکام ایشان دعوا رها شود؛ بنابراین بر طبق این برداشت اگر کفار حکم به خصوصی برای رفتار ارتكابی در دین خود نداشته باشند و یا حاکمی جهت رسیدگی و نهایتاً فصل خصومت نداشته باشند، حاکم و امام اختیاری ندارد و رسیدگی به دعوای کفار به وسیله امام متعین است (گلپایگانی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۵۱).

ذکر این نکته ضروری است که طبق شأن نزول آیه مراجعه به پیامبر به لحاظ شأن پیامبری ایشان نیست؛ بلکه مراجعه به لحاظ شأن حاکم بودن ایشان است. در شأن نزول این آیه، روایات متعددی وارد شده، از همه روشن‌تر روایتی است که از امام باقر (علیه السلام) در این زمینه نقل گردیده که خلاصه‌اش چنین است: یکی از اشراف یهود خیبر که همسر داشت، با زن شوهرداری از خانواده‌های سرشناس خیبر مرتکب زنا شد. یهودیان که از اجرای حکم سنگسار در تورات ناراحت بودند، به دنبال راه‌حلی برای معاف کردن آن دو از این حکم بودند. آنها از هم‌کیشان خود در مدینه خواستند تا از پیامبر اسلام (ص) درباره حکم این جرم بپرسند، شاید حکم سبک‌تری در اسلام وجود داشته باشد. بزرگان یهود مدینه نزد پیامبر (ص) رفتند و

ایشان پرسیدند: آیا هر چه حکم کنم می‌پذیرید؟ آن‌ها موافقت کردند. سپس آیه‌ای نازل شد که حکم سنگسار برای زنانی محصنه را تأیید کرد، اما یهودیان از پذیرش آن سرباز زدند و ادعا کردند چنین حکمی در تورات نیست. پیامبر (ص) پیشنهاد داد تا یک عالم یهودی به نام «ابن صوری» را به عنوان داور بیاورند. ابن صوری پس از سوگند خوردن نزد پیامبر (ص)، اعتراف کرد که حکم سنگسار در تورات وجود دارد، اما یهودیان آن را فقط برای افراد عادی اجرا می‌کردند و از مجازات اشراف خودداری می‌نمودند. پیامبر (ص) دستور داد تا مرد و زن را سنگسار کنند و فرمود: «خدایا، من نخستین کسی هستم که حکم تو را زنده کردم، پس از آن که یهودیان آن را از بین بردند.» این واقعه منجر به نزول آیات قرآن شد که این جریان را بیان می‌کند (امامی، ۱۳۸۵، ص ۱۷۹).

آیت‌الله جوادی آملی معتقد است آیه شریفه مذکور تنها در خصوص احوال شخصیه^۱ است و ارتباطی با جرائم ارتكابی کفار ندارد (جوادی آملی، ۱۴۰۲). به نظر می‌رسد برداشت فوق به شهادت شأن نزول آیه درست نباشد و براین اساس اگر به جرائم حدی اختصاص نداشته باشد، حداقل علاوه بر احوال شخصیه، جرائم ارتكابی توسط کفار را نیز شامل می‌شود و به بیان دیگر اطلاق دارد.

۱-۲-۱- اشکال اول: اعراض بدون ارجاع

برخی از فقها معتقدند آیه مذکور صراحت در حکم به تخییر ندارد. در حقیقت هر چند لفظ «أو» در آیه شریفه فی نفسه ظهور در تخییر دارد لکن در این که دو طرف تخییر چیست، ابهام وجود دارد. مدعیان نظریه تخییر معتقدند دو طرف تخییر عبارت است از این که امام مخیر است تا جرائم کفار را بر طبق شریعت اسلام و قوانین اسلامی رسیدگی کند یا آن‌ها را به حکام خود تحویل دهد تا بر طبق شریعت و احکام کفار به عمل آن‌ها رسیدگی شود؛ زیرا بیان شده است که اگر دعوا نزد امام مطرح شد امام می‌تواند حکم کند «فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ» و همچنین می‌تواند اعراض کند و آن‌ها را نزد حکام خود بفرستد «أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ»، لکن چنین برداشتی با ظاهر آیه مطابقت نیست و به نظر می‌رسد بر اساس ظاهر آیه شریفه دو طرف تخییر عبارت است از حکم طبق شریعت و فقه اسلامی یا اعراض به معنای ترک دعوا، بدون ارجاع کفار به حکام آن‌ها. در حقیقت نه تنها در آیه شریفه چیزی که دلالت بر ارجاع کفار به حکام خودشان وجود ندارد؛ بلکه با توجه به عبارت ذیل آیه شریفه: «وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا» اعراض به معنای ارجاع کفار به حکام آن‌ها نیست و همان گونه که بیان شد به معنای مجرد اعراض و ترک دعواست؛ بنابراین آیه شریفه دلالتی بر نظریه تخییر ندارد و تنها دلیلی که می‌تواند مثبت نظریه تخییر باشد روایات است (گلپایگانی، بی تا، ج ۱، ص ۳۵۲).

^۱ احوال شخصیه مجموعه‌ای از اوصاف مربوط به شخصیت انسان همچون ازدواج، طلاق و نسب است. این اوصاف صرف نظر از شغل و مقام او در اجتماع است که قابل تقویم و مبادله به پول نبوده و از حیث حقوق مدنی آثاری بر آن‌ها تعلق می‌گیرد.

اشکال فوق قابل‌خدشه است و اساساً چنین برداشتی از آیه صحیح نیست؛ زیرا رها کردن دعوا و مرافعه بدون این که بی‌واسطه (توسط حاکم اسلامی) یا با واسطه (توسط حکام خود کفار) فصل خصومت شود جایز نیست و براین اساس امام چنین اختیاری ندارد که دعوا را بدون ارجاع به حکام آن‌ها رها کند. مستند نظر فوق عموماً وجوب دفع ظلم، امر به معروف و حکم به عدل است؛ همچنین در فرضی که طرفین دعوا ذمی باشند دفع ظلم اهل ذمه نسبت به خودشان واجب است؛ زیرا اهل ذمه با تأیید حکومت اسلامی در دارالاسلام سکونت دارند و تأمین امنیت ایشان با حکومت اسلامی است (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۱، ص ۳۱۹).

۲-۱-۲- اشکال دوم: نسخ آیه ۴۲ سوره مائده

آیه ۴۹ سوره مائده^۱ با آیه ۴۲ همین سوره تنافی دارد؛ زیرا ظاهر آیه ۴۹: «وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ» بر وجوب حکم بما انزل الله دلالت دارد همچنان که بر وجوب حکم بر طبق آنچه بر رسول خدا نازل شده است دلالت می‌کند نه حتی بر طبق آنچه که بر انبیاء سابق نازل شده است؛ بنابراین تخییر مستفاد از آیه ۴۲ سوره مائده جایز نیست و باید امام بر اساس شریعت اسلام و قوانین آن حکم صادر کند حتی اگر مرتکب جرم یا طرفین دعوا از کفار باشند. به همین سبب و برای حل تنافی مذکور، برخی از مفسرین اهل سنت معتقدند آیه ۴۲ سوره مائده به وسیله آیه ۴۹ همین سوره نسخ شده است (ابن کثیر، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۱۲۳). در حقیقت قبل از نسخ، رسول خدا (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) مخیر بود، اگر می‌خواست بین اهل کتاب حکم می‌کرد و اگر نمی‌خواست از آنان اعراض می‌نمود و آنان را به احکام خودشان حواله می‌داد؛ ولی وقتی آیه «وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ» نازل شد رسول خدا (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) اختیار ندارد؛ زیرا آیه مذکور به رسول خدا دستور داد در بین اهل کتاب نیز طبق دستوری که در شریعت اسلام و قرآن آمده حکم شود (طباطبایی، ۱۳۷۸، ج ۵، ص ۵۹۲). براین اساس ابن عباس نیز در تفسیر جمله «فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ» گفته است این جمله به وسیله جمله «وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ» نسخ شده است (طبری، ۱۴۲۲ق، ج ۱۰، ص ۲۰۸).

درست است که بین دو آیه مورد اشاره در بادی امر تنافی وجود دارد لکن نسخ ثابت نشده است و باتوجه به اصل عدم نسخ، تنافی مذکور را می‌توان به این صورت علاج نمود که آیه ۴۹ سوره مائده متعرض بیان حکم یک طرف تخییر شده است، توضیح این که تخییر مستفاد از آیه ۴۲ سوره مائده به این صورت است که امام اختیار دارد کفار را به حکام خود تحویل دهد تا بر طبق شریعت و احکام کافر مرتکب جرم حدی به عمل آن‌ها رسیدگی شود، ولی اگر امام بخواهد خود به جرم آن‌ها رسیدگی کند می‌بایست بر طبق آنچه که بر پیامبر خاتم نازل شده است به دعوا و جرم ایشان رسیدگی نماید (گلپایگانی، بی‌تا،

^۱ «و در میان آن‌ها (اهل کتاب)، طبق آنچه خداوند نازل کرده، داوری کن؛ و از هوس‌های آنان پیروی مکن؛ و از آن‌ها برحذر باش، مبدا تو را نسبت به بخشی از آنچه خداوند بر تو نازل کرده، منحرف سازند؛ و اگر آن‌ها [از حکم و داوری تو] روی گردانند، بدان که خداوند می‌خواهد آنان را به خاطر پاره‌ای از گناهانشان مجازات کند؛ و بسیاری از مردم فاسقند».

ج ۱، ص ۳۵۲). راه حل دیگری برای رفع تعارض بین این دو آیه عبارت است از این که نبی خاتم به مقتضای آیه ۴۹ سوره مائده باید بر طبق «مَا أَنزَلَ اللَّهُ» بین مردم حکم کند و «مَا أَنزَلَ اللَّهُ» نسبت به کفار به مقتضای آیه ۴۲ سوره مائده ارجاع دعوی کفار به حکام خودشان است؛ بنابراین تنافی مذکور مرتفع می گردد.

به نظر جمع اخیر قابل خدشه باشد؛ زیرا از آنجایی که ادیان سابق به سبب ظهور اسلام نسخ شده اند، احکام واقعی برای همه مکلفین اعم از مسلمین و کفار، احکام اسلام است، در نهایت به مقتضای عقد ذمه ارجاع دعوی کفار به حکام ایشان جایز است و به تعبیر دیگر تخییر امام، برای امام و حاکم اسلامی حکم واقعی است. اختیار امام مثل این است که امام به خاطر وجود مصالح اجازه دهد بر اساس احکام منسوخه اهل ذمه با آن ها رفتار شود؛ ولی این باعث نمی شود که حکم واقعی اهل ذمه، احکام منسوخه ایشان باشد؛ بلکه وظیفه اهل ذمه قبول اسلام و به تبع آن بر اساس قاعده اشتراک احکام، پذیرش احکام اسلام است.

در نتیجه بر اساس بررسی های انجام شده، آیه ۴۲ سوره مائده به امام این اختیار را می دهد که در مواجهه با جرائم کفار، یا بر اساس شریعت اسلام حکم صادر کند یا با ارجاع آن ها به محاکم خودشان از رسیدگی مستقیم صرف نظر نماید. هر چند برخی مفسران اهل سنت قائل به نسخ این آیه توسط آیه ۴۹ شده اند، اما این دیدگاه قابل دفاع نیست و می توان با جمع عرفی بین دو آیه، تخییر را باقی دانست به شرط آن که در صورت انتخاب حکم توسط امام، حتماً بر مبنای شریعت اسلام باشد. از سوی دیگر، تفسیر «اعراض» به معنای ترک کامل دعوا و عدم ارجاع به محاکم کفار، به دلایلی همچون مخالفت با عمومات شرعی مانند وجوب دفع ظلم و امر به معروف، همچنین مسئولیت حاکم اسلامی در قبال اهل ذمه، مردود است.

۲-۲- روایات

سه دسته روایات در مقام وارد شده است. دسته اول حکم به اقامه حدود اسلامی داده است، دسته دوم حکم به ارجاع دعوی کفار به حکام آن ها داده است و نهایتاً دسته سوم حکم به تخییر نموده است.

۱-۲-۲- دسته اول - تعیین اجرای حکم اسلام

شیخ حر عاملی باب ۲۹ از ابواب مقدمات حدود کتاب وسائل الشیعه را به باب وجوب اقامه حد بر کفار هنگامی که دعوا نزد حکام مسلمین اقامه شود اختصاص داده است. عبدالله بن جعفر در کتاب «قرب الاسناد» از عبدالله بن حسن، از علی بن جعفر، از برادرش موسی بن جعفر (علیه السلام) روایت نموده که از آن حضرت درباره یهودی، نصرانی یا مجوسی که مرتکب زنا یا شرب خمر شده باشد پرسیدم. حضرت فرمودند: «حدود مسلمانان بر او جاری می شود - اگر این اعمال را در یکی از شهرهای مسلمانان انجام داده باشند یا در غیر شهرهای مسلمانان - در صورتی که به حاکمان مسلمان ارجاع داده شوند» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۵۰). مقتضای ظاهر این روایت: «يُقَامُ عَلَيْهِ حُدُودُ الْمُسْلِمِينَ إِذَا رُفِعُوا إِلَى حُكَّامِ الْمُسْلِمِينَ»، بر تعیین اجرای

حکم اسلام برای مجرمین کفار ذمی است و نسبت به ارجاع به حکام آن‌ها و یا تخییر امام در پاسخ امام بیانی وارد نشده است. شیخ حر روایت مذکور را از قرب الاسناد نقل نموده است؛ ولی روایت مذکور به واسطه عبدالله بن حسن که مجهول است از حیث سند ضعیف است و قابل استناد نمی‌باشد.

در روایت دیگر شیخ طوسی با سند خود از ابی بصیر روایت کرده است که وی از امام صادق (ع) درباره دیه یهودیان، مسیحیان و مجوسیان پرسید. امام فرمودند: «همه یکسان هستند (و دیه هر کدام) هشتصد درهم است.» گفتم: اگر در سرزمین‌های اسلامی دستگیر شوند درحالی که مرتکب فاحشه شده‌اند، آیا حد بر آنان جاری می‌شود؟ فرمود: «آری، بر اساس احکام مسلمانان با آنان رفتار می‌شود» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۱۸۶).

از منظر لغوی، «فاحش» صفتی است که به امور زشت و ناپسند اطلاق می‌گردد و «فاحشه» بر گناهانی دلالت دارد که از درجه بالایی از قبح اخلاقی و شرعی برخوردار باشند (ابن اثیر، ۱۳۶۷، ج ۳، ص ۲۱۵). بررسی آماری کاربرد این اصطلاح در قرآن کریم نشان می‌دهد که این واژه سیزده بار در آیات قرآنی به کار رفته است که در سیاق‌های مختلف به مصادیق متعددی اشاره دارد. در برخی آیات (اعراف، ۸۰؛ نمل، ۵۴) به عمل قوم لوط (لواط) اشاره شده، درحالی که در آیات دیگر (اسراء، ۳۲) به صراحت زنا را مصداق فاحشه دانسته است. همچنین در مواردی (آل عمران، ۱۳۵) این اصطلاح به صورت عام‌تر در مورد گناهان کبیره به کار رفته است. در مجامع روایی شیعه، اصطلاح فاحشه دارای دلالت عام بوده و شامل کلیه گناهان یا حداقل گناهان می‌گردد، اگرچه در متون فقهی، گاهی این مفهوم به صورت خاص‌تر و در مورد زنا به کار رفته است. باین حال، بررسی تطبیقی روایات نشان می‌دهد که مصادیق فاحشه منحصر به زنا نبوده و شامل اعمالی چون لواط و مساحقه نیز می‌شود و از آنجا که هرگونه تخصیص این مفهوم عام به مصادیق خاص نیازمند ارائه ادله معتبر و مستندات روایی مستقل است؛ بنابراین، در تحلیل روایت مورد بحث نیز باید این عمومیت مفهومی را مدنظر قرار داد و آن را شامل تمام مصادیق حدود شرعی دانست. روایت دوم این دسته نیز به سان روایت اول ظهور در تعیین اجرای حکم اسلام و اقامه حد بر کفار دارد، علاوه بر این که به لحاظ سندی نیز موثق است فلذا قابل اخذ و استناد می‌باشد.

۲-۲-۲- دسته دوم - تعیین ارجاع دعوای کفار به محاکم آن‌ها

شیخ طوسی با سند خود از اسماعیل بن زیاد از امام صادق (علیه السلام) از پدران بزرگوارش نقل می‌کند که محمد بن ابی‌بکر به حضرت علی (علیه السلام) درباره مردی که با زن یهودی یا نصرانی زنا کرده بود نامه نوشت. حضرت علی (ع) در پاسخ نوشتند: «اگر زناکار محصن باشد، او را سنگسار کن و اگر باکره باشد، صد ضربه شلاق بزن و سپس تبعیدش کن. اما درباره زن یهودی، او را به جامعه یهودیان بازگردان تا هرگونه که مایلند با او رفتار کنند» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۱۵). موثق است اسماعیل بن زیاد بر فرستادن کفار ذمی به حکام خود ایشان در صورت ارتکاب جرم حدی تصریح دارد: «أَمَّا الْيَهُودِيُّ فَأَبْعَثْ

بِهَآ إِلَى أَهْلِ مِلَّتِهَا فَلْيَقْضُوا فِيهَا مَا أَحَبُّوا؛ بنابراین با روایات دسته اول معارض است زیرا دسته اول روایات متعین در اجرای حد است درحالی که دسته دوم در ضرورت ارجاع به محاکم غیر کفار متعین است. تنها اشکالی که ممکن است به این روایت بیان شود این است که روایت در خصوص زن یهودی است درحالی که بحث در مورد مرد ذمی است نه زن ذمی و در مورد روایت علی بن جعفر نیز در مورد زنای مرد نصرانی و یهودی است. لکن مرد و زن خصوصیتی ندارد و می توان از زن ذمی در روایت فوق الغاء خصوصیت کرد و به عبارت دیگر حکم ایشان واحد است و آیه ۲ سوره نور: «الرَّائِيَةُ وَالرَّائِي فَأَجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةً» را می توان مشعر به آن دانست.

۳-۲-۲- دسته سوم - تخییر امام

روایت این دسته بر تخییر امام میان حکم کردن بر طبق شریعت اسلام یا ارجاع کفار به حکام ایشان دلالت دارد. شیخ طوسی با سند خود از ابی بصیر، از امام باقر (علیه السلام) نقل می کند که فرمودند: «هرگاه حاکم را اهل تورات و اهل انجیل برای قضاوت نزد خود آورند، اختیار با اوست؛ اگر بخواهد بین آنها حکم می کند و اگر بخواهد آنها را وا می گذارد» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۳۰۰). روایت ابوبصیر از لحاظ سندی صحیح است و نظریه تخییر را بیان می کند چرا که امام را مخیر بین حکم نمودن طبق قوانین اسلامی یا ترک دعوی و ارجاع به حکام ایشان نموده است: «إِنْ شَاءَ حَكَمَ بَيْنَهُمْ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمْ». البته این برداشت مبتنی بر این است که مراد از عبارت: «إِنْ شَاءَ تَرَكَهُمْ» صرف ترک دعوا نباشد؛ بلکه ترک مقدمه ارجاع به حکام ایشان باشد.

در مقام جمع بندی روایات برخی مدعی شده اند روایات دسته اول با روایات دسته دوم تعارض دارد؛ لذا از ظهور هر دودسته از روایات رفع ید می شود و بنابراین روایت دسته سوم یعنی روایت ابوبصیر بلامعارض است و شاهد جمع بین روایات است (گلپایگانی، بی تا، ج ۱، ص ۳۵۴). به نظر می رسد مقتضای قواعد باب تعارض بعد از عدم امکان جمع عرفی بین روایات رجوع به مرجحات است. براین اساس از آنجایی که روایت دسته سوم یعنی روایت ابوبصیر با تفسیر فوق الذکر موافق کتاب یعنی آیه ۴۲ سوره مائده است بر روایات دسته اول و دوم ترجیح دارد و دسته سوم اخذ می شود. البته خروجی هر دو نظر در نتیجه واحد است و بنابراین دسته سوم از روایات یعنی روایت دال بر تخییر امام ثابت است.

آیت الله فاضل لنکرانی روایات مقام را دودسته اول دانسته است و به دسته سوم توجهی ننموده اند و معتقدند جمع این اخبار بر اساس مقتضای قاعده، حمل بر تخییر است چرا که ظهور هر دودسته روایت، ظهور اطلاقی است و حجیت استظهار متوقف است بر عدم وجود قرینه بر تقیید که البته در مانحن فیه روایات طرف مقابل صلاحیت تقیید زدن را دارند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۷ق، صص ۱۹۴-۱۹۰). اما به وجود روایت دسته سوم نیازی به چنین تکلفی نیست مگر این که گفته شود دسته سوم بر صرف ترک دعوی بدون ارجاع دلالت دارد؛ ولی همان طور که گذشت این استظهار از آیه شریفه و روایات با دلایلی

همچون مخالفت با عموماً شرعی مانند وجوب دفع ظلم و امر به معروف قابل پذیرش نیست. همچنین ایشان بر این باور است که نسبت بین ادله حدود و ادله تخیر حکومت نیست؛ بلکه یا تخصیص است و یا تقیید چه این که ادله حدود در مورد عموم مسلمین و کافرین وارد شده است و ادله تخیر به منزله استثنا بر آنها است و زنای کافر ذمی با زن مسلمان استثنا از ادله تخیر است. به تعبیر دیگر زنا با کسی که بر انسان حرام است موجب قتل است مگر این که زانی ذمی باشد که حکم بنابر ادله، تخیر است مگر این که زانی کافر ذمی با زن مسلمان باشد که حکم قتل است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۷ق، ص ۱۹۵). نظر فوق قابل خدشه است؛ زیرا همان‌طور که بیان گردید، بر طبق قواعد باب تعارض روایت دسته سوم که موافق آیه ۴۲ سوره مائده است بر روایات دسته اول و دوم که در مورد زانی کفار ذمی صادر شده بود، ترجیح دارد؛ بنابراین نمی‌توان روایات دسته اول یا دوم را مقید ادله تخیر دانست؛ بلکه می‌بایست به اطلاق روایت دسته سوم که در خصوص حد خاصی بلکه حتی در مورد جرائم حدی صادر نشده است عمل نمود.

۳-۲- مقتضای عقد ذمه

مقتضای عقد ذمه این است که در مقابل پرداخت جزیه و امور دیگری که کفار به سبب عقد ذمه بدان متعهد می‌شوند، حکومت اسلامی باید علاوه بر تأمین امنیت ایشان، آن‌ها را در عدم التزام به مقررات و احکام اسلامی و همچنین عدم الزام ایشان به تبعیت از رأی حکام اسلامی آزاد گذارد؛ بنابراین بر اساس عقد ذمه حق کفار ذمی است که به مقتضای مذهب خودشان با ایشان رفتار شود و به همین سبب است که حاکم اسلامی دارای اختیار است و می‌تواند بر طبق شریعت اسلام به جرم آن‌ها رسیدگی کند یا آن‌ها را به حکام خود تحویل دهد تا بر طبق شریعت و احکام کافر مرتکب جرم حدی به عمل آن‌ها رسیدگی شود. باین حال به نظر می‌رسد در صورت توافق کفار رجوع آن‌ها به حکام اسلامی مانعی ندارد؛ بلکه حق ایشان است که به حکام اسلامی رجوع کنند؛ لکن در صورتی که حاکم اسلامی بخواهد به جرم آن‌ها رسیدگی می‌بایست بر اساس شریعت اسلام رأی صادر نماید و نمی‌تواند از آن عدول کرده و بر اساس شریعت کفار رسیدگی نماید؛ زیرا احکام اسلامی بر اساس قاعده اشتراک احکام برای کل مکلفین اعم از مسلمان و کافر است و به بیان دیگر کفار نیز مکلف به فروعات هستند.

دلیل فوق صحیح نیست و نمی‌تواند مثبت نظریه تخیر باشد؛ زیرا اولاً اگر عقد ذمه چنین اقتضایی دارد که کفار مقررات و احکام اسلامی و همچنین به تبعیت از رأی حکام اسلامی التزامی نداشته باشند، امام نباید دارای تخیر باشد و ارجاع ایشان به حکامشان متعین است نه این که دارای تخیر باشد. ثانیاً به سبب ادله اولیه و با توجه به قاعده اشتراک احکام بین مسلمان و کافر تخیر جایز نیست و حاکم اسلامی می‌بایست بر طبق شریعت اسلام و قوانین آن به جرائم حدی کفار رسیدگی نماید (گلپایگانی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۵۱).

۴-۲- اجماع

برخی از فقها مانند محقق اردبیلی، صاحب ریاض، صاحب جواهر الکلام و صاحب جامع المدارک، اجماع را در اعداد ادله نظریه تخییر ذکر نموده‌اند. محقق اردبیلی در «مجمع الفائده و البرهان» تصریح می‌کند اگر ذمی با ذمیه زنا کند، امام و حاکم مخیر است بین حکم بر اساس شرع اسلام یا ارجاع آنان به محاکم دینی‌شان؛ گویا در این مسئله هیچ اختلافی وجود ندارد (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳، ص ۹۳). صاحب جواهر الکلام ضمن تأکید بر جنبه اجماعی این حکم، مهم‌ترین دلیل آن را اجماع می‌داند و بیان می‌دارد در صورت زناى ذمی با ذمیه یا کافره غیر ذمیه، امام می‌تواند آنان را به محاکم دینی‌شان تحویل دهد تا بر اساس معتقدات خود حد جاری کنند، یا بر اساس شرع اسلام حد را اجرا نماید؛ بدون اینکه اختلافی در این مسئله یافته باشم (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۴۱، ص ۳۳۵). صاحب ریاض نیز به صراحت ادعای عدم خلاف می‌کند (طباطبایی کربلایی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۰، ص ۵۸).

البته اجماع مطرح شده توسط ایشان نمی‌تواند به‌عنوان دلیل و مستند نظریه تخییر امام مورد استفاده قرار بگیرد؛ چراکه اجماع با توجه به ادله نقلی از کتاب و سنت مدرکی است و به تصریح دانشمندان علم اصول حجت نیست (حکیم، ۱۴۱۶ق، ص ۴۲۳). بنابراین اگر ادله نقلی به طور صریح به تخییر امام اشاره نکنند، اجماع مبتنی بر آن‌ها نیز نمی‌تواند به‌عنوان دلیل مستقل و حجت مورد استفاده قرار گیرد و برای اثبات این نظریه، نیاز به ادله قاطع و صریح از کتاب و سنت است.

بررسی جامع ادله نشان می‌دهد که نظریه تخییر امام با استناد به آیه ۴۲ سوره مائده و روایت معتبر، قوی‌ترین دیدگاه فقهی در این زمینه است. براین اساس، حاکم اسلامی می‌تواند در مواجهه با جرائم حدی اهل ذمه، بین اجرای حدود اسلامی یا ارجاع به محاکم خودشان اختیار داشته باشد، مشروط بر اینکه در صورت انتخاب گزینه اول، طبق موازین شرع مقدس اسلام عمل نماید.

۳- قلمرو و مجرای نظریه تخییر امام

قلمرو نظریه تخییر امام، از چند جهت اساسی قابل بررسی و تحلیل است. نخست از منظر نوع دعاوی که نزد محاکم اسلامی مطرح می‌شود که آیا این نظریه شامل تمامی دعاوی است یا تنها به جرائم یا حتی فقط به جرم خاصی محدود می‌گردد. دوم از حیث مصادیق کفار و تعیین اینکه کدام دسته از غیرمسلمانان مشمول این حکم قرار می‌گیرند، آیا شامل تمام اقسام کفار می‌شود یا فقط برخی گروه‌های خاص را در برمی‌گیرد. سوم از نظر شیوه ارتکاب جرم که آیا نحوه انجام فعل مجرمانه - اعم از علنی یا پنهانی - تأثیری در اجرای این نظریه دارد یا خیر.

۳-۱- قلمرو نظریه تخییر به لحاظ ماهیت دعوای مطروحه

در خصوص قلمرو نظریه تخییر از جهت دعوای مطرح شده نزد حاکم و قاضی اسلامی چند بیان در کلام فقها دیده می‌شود، برخی مانند محقق حلی قلمرو نظریه تخییر را محدود به زنای ذمی می‌دانند (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۲۵۵)، صاحب وسائل نیز قلمرو آن را در مورد زنای کافر اعم از ذمی و غیر ذمی می‌داند؛ زیرا ایشان عنوان باب ۲۹ از ابواب مقدمات حدود را به باب وجوب اقامه حد بر کفار هنگامی که دعوا نزد حکام مسلمین اقامه شود اختصاص داده است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۵۰). در مقابل، فقهایمانند آیت‌الله جوادی آملی (۱۳۶۳، ص ۹۳)، محقق کرکی (۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۳۹۷) و فخرالمحققین (۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۹۹) معتقدند که نظریه تخییر شامل تمام دعوای غیرمسلمانان، اعم از جرائم و غیر جرائم، می‌شود.

دیدگاه نخست علاوه بر شأن نزول آیه ۴۲ سوره شریفه مائده، مؤید به موثقه اسماعیل بن زیاد (دسته دوم) است؛ در واقع مورد شأن نزول آیه شریفه و روایت مذکور جرم زنا است، همچنانکه شیخ حر عاملی روایت علی بن جعفر را دلیل این قول دانسته است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۵۰). هرچند در روایت علی بن جعفر زنا در کنار شرب خمر ذکر شده است. شاهد و دلیل دیدگاه دوم روایت ابوبصیر (دسته سوم) است که همان‌طور که گذشت در مقام تعارض با روایات دیگر مقدم است. در حقیقت با تمسک به اطلاق روایت: «إِنَّ الْحَاكِمَ إِذَا أَتَاهُ أَهْلُ التَّوْرَةِ وَأَهْلُ الْإِنْجِيلِ يَتَحَاكَمُونَ إِلَيْهِ...» در مطلق دعوای مطرح شده توسط غیرمسلمانان اعم از جرائم و غیر جرائم نظریه تخییر قابل پذیرش است. علاوه بر این در روایت دیگر ابوبصیر که در دسته اول روایات بیان شد واژه «فاحشه» استعمال شده است و همان‌طور که بیان شد دارای دلالت عام بوده و شامل کلیه گناهان و حدود شرعی می‌شود و تنها مصادیق مهم آن جرائمی مثل زنا، لواط و مساحقه است. نقد اساسی به دیدگاه نخست این است که مورد آیه و روایت موثقه اسماعیل بن زیاد نمی‌تواند به عنوان مخصص عمل کند، چرا که طبق قواعد اصولی، صرف مورد نمی‌تواند موجب تخصیص شود. همچنین استناد به شأن نزول تنها با وجود قرائن قطعی دال بر انحصار معتبر است (طباطبایی، ۱۳۹۳ق، ج ۵، ص ۲۳۴). شیخ انصاری در فرائد الاصول با تفصیل بیشتری بیان می‌دارد که «مورد نزول، اگرچه می‌تواند به عنوان مصادیق بارز آیه مورد توجه قرار گیرد، ولی این به معنای انحصار حکم در آن مورد نیست، مگر با دلیل قطعی» (انصاری، ۱۴۱۹ق، ص ۳۲۱). بنابراین، حتی اگر بپذیریم که شأن نزول آیه ۴۲ سوره مائده مربوط به جرم زنا بوده، این به معنای نفی شمول آن بر سایر جرائم نیست، مگر آنکه دلیل قطعی بر این انحصار وجود داشته باشد که در این مورد چنین دلیلی در دست نیست.

۲-۳- قلمرو نظریه تخییر به لحاظ تقسیم‌بندی کفار

کفار به دودسته تقسیم می‌شوند: اهل کتاب و غیر اهل کتاب. اهل کتاب نیز خود به دو گروه ذمی و غیرذمی دسته‌بندی می‌شوند. غیر اهل کتاب هیچ گزینه‌ای جز پذیرش اسلام ندارند، اما اهل کتاب با سه انتخاب مواجه‌اند: پذیرفتن اسلام، جنگیدن، یا قبول شرایط عهد ذمه. به کسانی که راه سوم را انتخاب کنند، اهل ذمه یا ذمی گفته می‌شود، و دولت اسلامی در قبال تعهد ایشان به شرایط ذمه، متعهد است از آنان به عنوان شهروند حمایت کند و هیچ مسلمانی حق تعرض به آنان را ندارد. اهل ذمه نیز یا پایبند به پیمان ذمه هستند یا آن را نقض کرده‌اند. بر همه کفار جز اهل ذمه که پایبند به پیمان خویش هستند، عنوان اهل حرب یا حربی اطلاق می‌گردد؛ خواه در حال جنگ با مسلمانان باشند یا نباشند (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۱، صص ۷۳۲-۸۲۸).

قدر متیقن از شمول نظریه تخییر، اهل کتابی هستند که با حکومت اسلامی پیمان ذمه منعقد نموده‌اند. این مسئله باعث می‌شود این پرسش مطرح شود که آیا سایر اهل کتاب غیرذمی و نیز کفار غیر اهل کتاب نیز تحت شمول این نظریه قرار می‌گیرند یا خیر؟ ممکن است گفته شود اطلاق ادله (روایت ابوبصیر و آیه ۴۲ سوره مائده) شامل تمام اهل کتاب، اعم از ذمی و غیرذمی می‌شود و حاکم اسلامی می‌تواند دعوای آنان را به حکامشان واگذار کند. همچنین، شرط نیست که اهل ذمه شرایط ذمه را کاملاً رعایت کنند یا اهل کتاب پایبند به شریعت خود باشند تا مشمول نظریه تخییر شوند؛ حتی اگر اهل ذمه شرایط را نقض کنند یا اهل کتاب منحرف باشند، باز هم شامل این حکم می‌شوند. اما به نظر می‌رسد این دیدگاه صحیح نباشد، زیرا حکومت اسلامی تنها نسبت به اهل کتابی که شرایط عقد ذمه را پذیرفته‌اند متعهد است و از آنان به عنوان شهروندانی با حقوق مشخص حمایت می‌کند. در مقابل، اهل کتابی که عقد ذمه را نپذیرفته‌اند، مانند کفار حربی فاقد حقوق خاص هستند و اطلاق ادله شامل آنان نمی‌شود. افزون بر این، حکم تخییر برخلاف اصل است و باید به قدر متیقن (اهل ذمه) اکتفا کرد. به عبارت دیگر از منظر فقهی، هر غیرمسلمانی که عهد ذمه نداشته باشد، حربی محسوب می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۷۳۲)، و احکام اهل حرب با اهل ذمه متفاوت است و با روشن شدن نسبت کفار حربی با نظریه تخییر امام وضعیت اهل کتاب غیرذمی نیز روشن می‌شود.

در صورت رجوع کافر حربی به حاکم اسلامی، حاکم در ارجاع به حکام ایشان و به تبع به احکام ایشان مختار نیست و می‌بایست بر اساس احکام اسلامی به دعوای ایشان رسیدگی نماید (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۱۵۴) زیرا احکام آن‌ها مجعول بشر هستند که مصونیتی از خطا ندارند و نمی‌توان به امری ارجاع داد که مصون از خطا نیست؛ بنابراین ظاهر ادله اعم از کتاب و روایات از کفار حربی انصراف دارد. اگر شک شود که ادله نظریه تخییر به مورد متیقن یعنی اهل کتاب اختصاص دارد یا مطلق کفار را در بر می‌گیرد، می‌بایست به قدر متیقن اکتفا نمود و در مورد کفار حربی احکام و قوانین اسلام نافذ است (گلپایگانی، بی تا، ج ۱، ص ۳۵۶). در میان کفار حربی وضع مستأمن یا پناهنده متفاوت از سایرین است؛ زیرا این دسته از کفار

با هدفی مشروع مانند تحقیق درباره اسلام یا به‌عنوان سفیر و فرستاده وارد دارالاسلام می‌شود و حاکم اسلامی یا یکی از مسلمانان به طور موقت به او امان می‌دهند و در نتیجه دارای حقوقی می‌گردد و به مانند اهل ذمه تحت شمول قاعده تخییر قرار می‌گیرد (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۱۵۴). در نتیجه نظریه تخییر فقط شامل اهل ذمه و مستأمن می‌شود و به اهل کتاب غیرذمی که حربی محسوب می‌شوند و سایر کفار حربی تسری نمی‌یابد و حاکم اسلامی نمی‌تواند دعاوی ایشان را به محاکم خودشان ارجاع دهد و باید بر اساس قوانین اسلام حکم کند.

۳-۳- قلمرو نظریه تخییر به لحاظ شیوه ارتکاب جرم

برخی از فقها معتقدند اگر کفار به‌صورت علنی مرتکب جرم حدی شوند (مثل زنای آشکار)، امام باید حد اسلامی را اجرا کند و حق تحویل به حاکمانشان را ندارد (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۱۵۴؛ حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۲۵۵) حتی اگر عمل مذکور در شریعت ایشان جایز باشد؛ ولی به صرف تظاهر بدان تخییر منتفی می‌گردد (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۵۲۱؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۶۴). علت و سبب اقامه حد در صورت ارتکاب علنی و تظاهر توسط کفار چیست و یا در مقابل سبب عدم اقامه حد در صورت ارتکاب پنهانی توسط کافر ذمی چیست؟

مبنای دیدگاه مذکور قاعده اشتراک احکام است، بدین معنا که همه مکلفین در احکام اسلام و مسئولیت داشتن نسبت به احکام شرعی مشترک هستند. مشهور عالمان شیعه بر این باورند که خداوند در واقع و لوح محفوظ، احکام را بر اساس مصالح و مفاسد جعل کرده است و هر انسانی که به سن تکلیف برسد و دارای رشد عقلی، بلوغ و قدرت باشد، نسبت به احکام مکلف است، چه عالم به آن باشد و چه جاهل، چه مسلمان باشد و چه کافر؛ به بیان دیگر، علم به احکام یا اسلام، شرط توجه تکلیف به مکلف نیست (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ق، ج ۴، ص ۳۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶ق، صص ۷۷-۷۶).

براین اساس به نظر می‌رسد در اعمال جایز نزد کفار نیز اصل اولی به سبب قاعده اشتراک احکام اجرای حدود اسلامی است و عدم اقامه حد در صورت ارتکاب مخفیانه استثنا از این اصل باشد؛ زیرا مشهور فقها معتقدند همچنان که کفار به اصول مکلف‌اند به فروع اسلام نیز مکلف‌اند: «الکفار مکلفون بالفروع کما هم مکلفون بالاصول» بنابراین مسلمانان و کفار در احکام مشترک هستند مگر دلیل خاصی وجود داشته باشد و از آنجا که فقط در خصوص شرب خمر استثنا مذکور توسط روایات بیان شده است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۲۲۸)، در سایر حدود بر اساس اصل اولی عمل می‌شود و کفار نیز مانند مسلمین مجازات می‌شوند و تفاوتی بین ارتکاب علنی و مخفیانه آن نیست. یکی از فقهای معاصر نیز در خصوص شرب خمر معتقد است اقامه حد بر روی کافر ذمی به علت شرب خمر نیست؛ بلکه به دلیل تظاهر به شرب در بلاد مسلمین است و همچنین علت عدم اقامه حد در صورت ارتکاب پنهانی عقد ذمه نیست؛ بلکه اجرای حد بر روی کافر ذمی در صورت تظاهر، به سبب اشتراط عدم شرب علنی در بلاد مسلمین به وسیله عقد ذمه است (تبریزی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۹۰).

۴- چالش‌های نظریه تخییر با اصول حقوقی معاصر

نظریه تخییر به حاکم اسلامی در مسند قضاوت این اختیار را می‌دهد که در جرایم حدی ارتكابی توسط غیرمسلمانان، یا بر اساس شریعت اسلام به جرم آن‌ها رسیدگی کند یا آن‌ها را به حکام خود تحویل دهد تا بر طبق شریعت خود مجازات شوند. اما این نظریه با چالش‌هایی در تطبیق با اصول حقوقی معاصر و قوانین موضوعه مواجه است.

۴-۱- چالش نظریه تخییر با اصل حاکمیت قانون

در نگاه نخست به نظر می‌رسد نظریه تخییر با اصل حاکمیت قانون^۱ ناسازگاری داشته باشد. در اصول حقوقی معاصر، اصل حاکمیت قانون در معنای کلی آن به این معناست که همه افراد و نهادها، از جمله قضات، موظف به رعایت قوانین مصوب هستند و اختیارات قضائی باید در چارچوب قانون تعریف شده باشد. دستگاه‌های اجرایی و قضائی نیز باید در اجرای قانون همه را به یک چشم ببینند و نوعی فضای بی تبعیضی را در عمل برای شهروندان فراهم آورند (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۸۳، ص ۱۲۱)؛ بنابراین حاکمیت قانون مستلزم اعمال یکسان قوانین برای همه است، بدون تمایزهای خودسرانه بر اساس دین یا وضعیت شخصی (Raz, 1979, p. 214). نظریه تخییر امام که به حاکم اسلامی اختیار می‌دهد تا در برخی موارد بر اساس قوانین حکم صادر نکند، در هر صورت با این اصل در تعارض است، زیرا یا نظریه تخییر در قوانین موضوعه پیش‌بینی نشده است یا در قوانین موضوعه پیش‌بینی شده است. در حالت نخست این اختیار به حاکم اجازه می‌دهد در مواردی برخلاف قوانین مصوب عمل کند، درحالی که حاکمیت قانون لزوم تبعیت همه نهادها از قانون نوشته شده را ضروری می‌داند. اما اگر در قانون، نظریه تخییر حاکم به رسمیت شناخته شود، در این صورت از نظر صوری تعارضی با حاکمیت قانون وجود ندارد، زیرا قانون خود این اجازه را داده است. اما از نظر ماهوی، همچنان مسئله باقی است، چون حاکمیت قانون تنها به تصویب مقررات اکتفا نمی‌کند، بلکه هدف آن تضمین حکمرانی مبتنی بر قواعد عینی، پایدار و یکسان برای همه است. اعطای اختیار به قاضی ممکن است به تفسیرهای شخصی و خودسرانه منتهی شده و روح اصل حاکمیت قانون را تحت تأثیر قرار دهد؛ بنابراین، هرچند از منظر صوری ممکن است تعارض آشکاری دیده نشود، ولی از لحاظ فلسفه حقوقی و کارکردهای حاکمیت قانون، این سازوکار می‌تواند باروح این اصل در تنش باشد.

به نظر می‌رسد نظریه تخییر نه تنها نافی اصل حاکمیت قانون نیست، بلکه در چارچوب حاکمیت قانون عمل می‌کند، زیرا فرض بر این است که در نظام حقوقی مبتنی بر اسلام، قوانین اعم از قانون اساسی و قوانین موضوعه بر اساس شریعت تنظیم شده‌اند؛ بنابراین اختیار حاکم اسلامی در چهارچوب همان نظام قانونی اعمال می‌شود. براین اساس در فرض نخست که نظریه تخییر در قوانین موضوعه پیش‌بینی نشده باشد، هرچند اختیار حاکم در عدول از قوانین مصوب با اصل حاکمیت قانون

^۱ Rule of Law

ناسازگار می‌نماید، چرا که حاکمیت قانون مستلزم تبعیت همه نهادها از قوانین نوشته شده است. با این حال، همان‌طور که بیان خواهد شد، حتی در این فرض نیز می‌توان گفت با استناد به عموم اصل ۱۶۷ قانون اساسی قاضی می‌تواند در صورت وجود سایر شرایط بر اساس نظریه تخییر پرونده را به محاکم غیرمسلمانان ارجاع دهد. در حقیقت در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران به صراحت به قضات اجازه داده شده در موارد سکوت قانون به منابع معتبر اسلامی رجوع کنند که خود مصداقی از حاکمیت قانون است.

در فرض دوم که نظریه تخییر در قوانین موضوعه پیش‌بینی شده باشد، تعارض ظاهری با حاکمیت قانون منتفی است، زیرا در این صورت خود قانون این اختیار را به حاکم اعطا کرده است. در این حالت، نظریه تخییر به بخشی از نظام حقوقی تبدیل می‌شود و قاضی در چارچوب همان قانون عمل می‌کند. با این حال، نگرانی درباره تأثیر این اختیار بر روح اصل حاکمیت قانون و کارکردهای آن باقی می‌ماند. در پاسخ به این نگرانی می‌توان با نفی اختیارات مطلق، آن را در چارچوب ضوابط و معیارهای مشخص در نظر گرفت. قانون باید برای آن ضوابط دقیقی از جمله: رعایت مصالح عمومی، پایبندی به اصول عدالت و انصاف، و تبعیت از سلسله‌مراتب قضائی تعیین کند. این محدودیت‌ها از سوءاستفاده جلوگیری می‌کند و تعادل بین ثبات حقوقی و انعطاف‌پذیری را حفظ می‌نماید. تجربه نظام‌های حقوقی معاصر نیز نشان می‌دهد که اعطای اختیارات به قضات - در حد معقول و با ضوابط مشخص - نه تنها نقض حاکمیت قانون نیست، بلکه به انعطاف‌پذیری و کارآمدی نظام حقوقی کمک می‌کند؛ بنابراین نظریه تخییر در هر دو فرض، با در نظر گرفتن ملاحظات فوق، قابل دفاع است. البته شرط اساسی این است که حدود و شرایط اعمال این اختیارات به صورت شفاف و دقیق در قوانین موضوعه تبیین شود تا هم از حاکمیت قانون پاسداری شود و هم از هرگونه سوءاستفاده یا تفسیر به رأی جلوگیری گردد.

۲-۴- چالش نظریه تخییر با اصل برابری افراد در برابر قانون

نظریه تخییر با اصل برابری افراد در برابر قانون^۱ نیز معارض می‌نماید؛ اصل برابری افراد در برابر قانون یکی از اصول بنیادین حقوق بشر و حقوق عمومی است که به موجب آن، تمام افراد باید بدون هیچ‌گونه تبعیض و تفاوتی در برابر قانون قرار گیرند. این اصل به معنای آن است که هر فرد، صرف‌نظر از ویژگی‌هایی مانند نژاد، جنسیت، مذهب، ملیت، وضعیت اقتصادی و اجتماعی، باید از حقوق و مزایای قانونی یکسان برخوردار باشد (Cornu, 2002, p. 333). چالش نظریه تخییر با اصل برابری افراد در برابر قانون از آنجا ناشی می‌شود که این نظریه به صورت بالقوه امکان اعمال رویه‌های متفاوت نسبت به افراد با اعتقادات مذهبی مختلف را فراهم می‌سازد. اصل برابری در برابر قانون، مستلزم رفتار یکسان قانون با تمام شهروندان بدون توجه به ویژگی‌های شخصی، اعتقادی یا اجتماعی آنان است، درحالی که اعطای اختیار به حاکم برای رفتار متفاوت با غیرمسلمانان،

^۱ Principle of Equality Before the Law

این اصل بنیادین را زیر سؤال می‌برد. مشکل اصلی زمانی تشدید می‌شود که این تفاوت‌گذاری به ایجاد تبعیض‌های سیستماتیک بینجامد. چنین رویه‌ای نه تنها می‌تواند به ایجاد احساس ناعدالتی و تبعیض در جامعه دامن بزند، بلکه ممکن است به تشدید شکاف‌های اجتماعی و کاهش اعتماد عمومی به نظام قضائی منجر گردد. از منظر فلسفه حقوق، این نظریه با چالش‌های جدی در توجیه اخلاقی مواجه است، چرا که تبعیض بر اساس اعتقادات مذهبی را توجیه می‌کند. در نظام‌های حقوقی مدرن که بر مبنای شهروندی و حقوق برابر شکل گرفته‌اند، چنین تفاوت‌گذاری‌هایی قابل دفاع نیست. حتی اگر این نظریه در قوانین موضوعه گنجانده شده باشد، از نظر ماهوی باروح این اصل که خواهان برقراری برابری مطلق و حذف هر گونه معیار ناروا از عرصه قانون‌گذاری و اجرای قانون است در تعارض باقی می‌ماند.

پاسخ به چالش تعارض ظاهری میان نظریه تخییر و اصل برابری در برابر قانون مستلزم واکاوی مفهوم برابری و عدالت در چارچوب نظام‌های حقوقی مختلف است. در نظام حقوقی اسلام که بر پایه شریعت استوار گردیده، مفهوم برابری نه به معنای یکسان‌نگری مطلق، بلکه به عنوان تحقق برابری متناسب با شرایط و ویژگی‌های اعتقادی و اجتماعی افراد تعریف می‌شود (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۳۴۳). تفاوت‌هایی که در فقه اسلامی مشاهده می‌شود، نه ناشی از تبعیض ناروا، بلکه محصول توجه دقیق به شرایط و ویژگی‌های خاص هر گروه اجتماعی است که این رویکرد را می‌توان در قوانین مدرن نیز مشاهده نمود، همان گونه که نظام‌های حقوقی معاصر برای گروه‌های خاصی مانند کودکان، سالمندان یا افراد دارای معلولیت احکام متفاوتی در نظر می‌گیرند. نظریه تخییر در این چارچوب نه تنها به معنای نقض اصل برابری نیست، بلکه تلاشی است برای تحقق عدالت واقعی که فراتر از ظواهر قانونی، به شرایط و مقتضیات خاص هر پرونده توجه می‌کند. البته تحقق این هدف مستلزم تدوین ضوابط دقیق و شفاف است که بتواند از هرگونه سوءاستفاده احتمالی از این اختیارات جلوگیری نماید. نظریه تخییر به هیچ وجه نباید به عنوان ابزاری برای اعمال تبعیض‌های خودسرانه علیه غیرمسلمانان تفسیر شود، بلکه باید آن را مکانیسمی انعطاف‌پذیر برای تحقق عدالت قضائی در مواجهه با تنوع شرایط و موقعیت‌های اجتماعی دانست. در نهایت باید توجه داشت که تفسیر مفاهیمی مانند برابری و عدالت در نظام‌های حقوقی مختلف ممکن است متفاوت باشد و آنچه در یک نظام حقوقی تبعیض محسوب می‌شود، در نظام دیگر ممکن است به عنوان تحقق عدالت تفسیر گردد.

۳-۴- چالش نظریه تخییر با اصل یکسان‌سازی قوانین

اصل یکسان‌سازی قوانین^۱ از دیگر چالش‌های پیش‌روی این نظریه است. اصل یکسان‌سازی قوانین به این معناست که قوانین باید به طور یکسان و بدون تبعیض برای همه افراد در یک جامعه وضع و اجرا شوند. این اصل به تأمین عدالت و برابری در برابر قانون کمک می‌کند و به معنای این است که هیچ کس نمی‌تواند از قوانین مستثنی شود و همه افراد باید از حقوق و

^۱ Uniformity of Laws

مسئولیت‌های مشابه برخوردار باشند. در بسیاری از کشورها، تلاش می‌شود تا قوانین کیفری برای همه شهروندان، صرف‌نظر از دین یا مذهب، یکسان باشد (Raz, 1979, p. 214). در نگاه نخست نظریه تخییر با اصل یکسان‌سازی قوانین در هر دو جنبه وضع و اجرا در تناقض قرار می‌گیرد. در مرحله قانون‌گذاری، این نظریه با پیش‌بینی امکان تفکیک مقررات حقوقی بر مبنای معیارهای دینی و مذهبی، وحدت نظام تقنینی را مخدوش می‌سازد. چنین رویکردی منجر به شکل‌گیری قوانین متفاوت برای گروه‌های مذهبی مختلف می‌شود که باروح حاکم بر نظام‌های حقوقی در تضاد است. در مرحله اجرا نیز این نظریه با چالش‌های جدی مواجه می‌شود، چرا که نظام حقوقی دوگانه‌ای ایجاد می‌کند که در آن ممکن است برای جرم واحد، مجازات یا شیوه‌های دادرسی متفاوتی در نظر گرفته شود. این در حالی است که اصل یکسان‌سازی قوانین ضامن حکمرانی یکپارچه حقوقی بر تمامی شهروندان است، حال آنکه نظریه تخییر امکان اعمال رویه‌های متفاوت برای گروه‌های مختلف را فراهم می‌آورد؛ بنابراین تفکیک مقررات در هر دو ساحت بر اساس معیارهای مذهبی، مشروعیت نظام حقوقی را با چالش مواجه می‌سازد.

اصل یکسان‌سازی قوانین، گرچه در نگاه نخست هدفی مطلوب و در راستای برابری و انتظام حقوقی به نظر می‌رسد، اما تفسیر حداکثری و اعمال بی‌قیدوشرط آن با واقعیت‌های جوامع کثرت‌گرا و ضرورت رعایت اقتضائات عدالت، تعارض اساسی دارد. با نگاه معتدل به این اصل نه تنها تعارضی ذاتی میان این دو وجود ندارد، بلکه هر یک می‌توانند مکمل دیگری در راستای تحقق عدالت و حقوق شهروندی باشند. نخست، باید توجه داشت که یکسان‌سازی قوانین لزوماً به معنای یکنواختی مطلق و نادیده گرفتن تفاوت‌های اساسی میان افراد و گروه‌ها نیست. نظام حقوقی می‌تواند ضمن حفظ یکپارچگی و انسجام ساختاری، در حوزه‌هایی خاص، تفاوت‌های قانونی را برای گروه‌های مختلف لحاظ نماید. دوم، ارزش یکسان‌سازی قوانین زمانی آشکار می‌شود که به عنوان ابزاری در خدمت عدالت عمل کند. اما اگر یکسان‌سازی به خودی خود به بی‌عدالتی منجر شود، هدف غایی خود را نقض کرده و مشروعیت خود را از دست می‌دهد. عدالت ایجاب می‌کند که قوانین در مرحله تقنین باتوجه به ویژگی‌های افراد و گروه‌ها تصویب گردند و در مرحله اجرا و دادرسی نیز با عنایت به شرایط متفاوت، مجازات مناسب و دادرسی افتراقی که تضمین‌کننده عدالت در دادرسی است، رعایت گردد. سوم، نظریه تخییر، با به رسمیت شناختن تفاوت‌های مذهبی و فرهنگی در حوزه‌های خاص، از تبعیض منفی علیه اقلیت‌ها جلوگیری می‌کند. عدم توجه به این تفاوت‌ها می‌تواند منجر به تحمیل یک قانون واحد بر تمامی گروه‌ها و محروم کردن اقلیت‌ها از حقوق مشروع ایشان شود. در نهایت، هدف اصلی نظام حقوقی نه یکسان‌سازی صرف بلکه باید تحقق عدالت باشد. با اتخاذ سازوکارهای اجرایی دقیق و رویکردی که به جای تقابل، به دنبال هم‌زیستی و تعامل سازنده است، می‌توان از چالش‌های نظریه تخییر عبور کرد و به یک نظام حقوقی منسجم و عادلانه دست یافت.

۴-۴- چالش نظریه تخییر با فرایندهای قضائی

نظریه تخییر در فرایندهای قضائی^۱ نیز با چالش‌هایی مواجه است. یکی از چالش‌های اصلی این نظریه، عدم توافق در تفسیر قوانین است؛ به این معنا که قضات ممکن است در مورد این که کدام یک از قوانین شرعی باید در یک پرونده خاص اعمال شود، اختلاف نظر داشته باشند. این اختلافات می‌تواند به سردرگمی در فرایندهای قضائی منجر شود و زمان و منابع بیشتری را مصرف کند. جان رالز در کتاب «نظریه عدالت»^۲ به چالش‌های حاکمیت قانون در جوامع چندمذهبی اشاره می‌کند. او معتقد است نظام‌های حقوقی مبتنی بر آموزه‌های مذهبی متنوع، با ناکارآمدی فرایندی مواجه‌اند، زیرا قضات باید تفسیرهای متعارض را مدیریت کنند (Rawls, 1971, p. 212).

در عمل، اجرای این نظریه مستلزم فرایند پیچیده و زمان‌بر است. طبق این نظریه، در مواجهه با جرایم حدی ارتكابی توسط غیرمسلمانان، حاکم اسلامی دو گزینه دارد: رسیدگی قضائی بر اساس شریعت اسلام یا ارجاع متهم به محاکم مذهبی خود. اما اجرای این نظریه در عمل با چالش‌های متعددی روبه‌رو می‌شود که مشکل اصلی در گزینه دوم، یعنی ارجاع به محاکم مذهبی، نهفته است. شناسایی و دسترسی به محاکم معتبر مذهبی برای جوامع مختلف، خود یک چالش بزرگ به شمار می‌آید. بسیاری از جوامع غیرمسلمان فاقد نهادهای قضائی مذهبی رسمی و سازمان‌یافته هستند که امکان ارجاع پرونده‌ها به آنها وجود داشته باشد. حتی در مواردی که چنین نهادهایی وجود دارد، سؤالات زیادی در مورد صلاحیت و اختیارات آنها برای رسیدگی به جرایم حدی طرح می‌شود. علاوه بر این، تصمیم‌گیری درباره انتخاب هر یک از این دو گزینه، نیازمند فرایندهای اضافی است که زمان و منابع قضائی را به خود اختصاص می‌دهد. این امر منجر به افزایش بار کاری نظام قضائی و طولانی‌تر شدن فرایند دادرسی می‌شود. از سوی دیگر، گسترش دامنه اختیارات قضات در چارچوب این نظریه، بار مضاعفی بر سیستم قضائی تحمیل می‌کند؛ زیرا پیچیدگی‌های ناشی از اعمال رویه‌های متفاوت، به طولانی‌تر شدن دادرسی می‌انجامد. هرچند چالش‌های مطرح شده در اجرای نظریه تخییر قابل توجه هستند، اما این مسائل صرفاً به کارکرد عملی این نظریه در شرایط کنونی مربوط می‌شوند و به‌هیچ‌وجه به مبانی نظری و مشروعیت آن خدشه‌ای وارد نمی‌کنند. در واقع، این نظریه در چارچوب یک نظام حقوقی منسجم و با درنظرگرفتن راهکارهای مناسب، کاملاً قابل اجرا و دفاع است؛ بنابراین، ارائه راهکارهای متنوع برای غلبه بر چالش‌های موجود ضروری است، به‌عنوان مثال برای مواجهه با چالش ارجاع به محاکم مذهبی، راهکار اساسی، ایجاد نظامی سازمان‌یافته و استاندارد برای این امر است. محور اصلی این راهکار، تشکیل فهرست معتبری از مراجع قضائی شناخته‌شده مذاهب مختلف است که با تأیید نهادهای رسمی و مراجع صلاحیت‌دار تهیه می‌شود. در کنار این اقدام، آموزش تخصصی قضات در دو حوزه فقه مقارن و حقوق اقلیت‌های مذهبی نقش تعیین‌کننده‌ای در ارتقای کیفیت

¹ Judicial Processes

² A Theory of Justice

دادرسی‌ها و تسریع فرایند قضائی خواهد داشت. نکته کلیدی، اتخاذ رویکردی متعادل است که هم به اجرای صحیح نظریه تخییر منجر شود و هم کارآمدی نظام دادرسی را حفظ کند.

۵-۴- چالش نظریه تخییر با قوانین موضوعه

در نظام حقوقی ایران که بر اساس فقه شیعه و قوانین اسلامی بنا شده است، قضات موظف به رعایت قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی و سایر نهادهای قانونی هستند. براین اساس، اختیارات قضائی در ایران معمولاً در چارچوب قوانین مصوب تعریف شده‌اند و قضات نمی‌توانند به صورت خودسرانه بر اساس نظریه تخییر عمل کنند. در قانون مجازات اسلامی، جرایم حدی و مجازات‌های آن‌ها به طور مشخص تعریف شده‌اند. طبق ماده ۲۱۹ قانون مجازات اسلامی دادگاه نمی‌تواند کیفیت، نوع و میزان حدود شرعی را تغییر یا مجازات را تقلیل دهد یا تبدیل یا ساقط نماید؛ بنابراین قضات موظف هستند بر اساس این قوانین حکم صادر کنند و هیچ‌گونه اختیاری در تغییر مجازات‌ها یا ارجاع پرونده به مراجع دیگر ندارند. همچنین آیین دادرسی کیفری ایران نیز به طور دقیق مراحل رسیدگی به جرایم و اختیارات قضات را تعیین کرده است. این قانون در ماده ۲ مقرر می‌دارد، دادرسی کیفری باید مستند به قانون باشد، حقوق طرفین دعوی را تضمین کند و قواعد آن نسبت به اشخاصی که در شرایط مساوی به سبب ارتکاب جرائم مشابه تحت تعقیب قرار می‌گیرند، به صورت یکسان اعمال شود؛ بنابراین قضات باید بر اساس آیین دادرسی کیفری و دیگر قوانین و مصوبه‌های رسمی عمل کنند و نمی‌توانند به صورت خودسرانه از نظریه تخییر استفاده کنند. در نتیجه در نگاه نخست به نظر می‌رسد در حال حاضر نظریه تخییر در نظام حقوقی ایران قابل اجرا نیست و قضات اختیاری در این زمینه ندارند و نمی‌توانند بر اساس نظریه تخییر، پرونده‌ها را به مراجع دیگر ارجاع دهند یا مجازات‌های متفاوتی را اعمال کنند.

باوجود ابهامات موجود در خصوص تأثیر کفر بر مجازات جرائم حدی و عدم تصریح آن در قوانین موضوعه، امکان بهره‌گیری از ظرفیت نظریه تخییر با استناد به اصول قانون اساسی قابل بررسی است. اصل ۴ قانون اساسی با تأکید بر اسلامی بودن کلیه قوانین و اصل ۱۶۷ با الزام مراجعه به منابع معتبر اسلامی در صورت سکوت قانون، مبنای حقوقی این امکان را فراهم می‌سازند. در این زمینه، اختلاف نظرهای عمیقی میان حقوق دانان در خصوص قلمرو شمول اصل ۱۶۷ وجود دارد. برخی آن را مختص امور مدنی دانسته و برخی دیگر با استناد به قرائن متعدد، امکان تعمیم آن به امور کیفری را نیز پذیرفته‌اند (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۹۵، ص ۲۶۷). حتی اگر بپذیریم که اصل ۱۶۷ به دلیل حاکمیت اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها (اصل ۳۶) در امور کیفری اعتبار ندارد، باید توجه داشت که ماهیت و اساس نظریه تخییر ناظر بر فرایند دادرسی است تا ماهیت جرم‌انگاری، و ازاین حیث تعارضی با اصول حقوق کیفری ایجاد نمی‌کند. در خصوص ابهام مفهومی «منابع معتبر اسلامی» در اصل ۱۶۷، اگرچه دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد، اما از آنجا که فتوا به تخییر در میان فقهای امامیه مشهور بلکه اجماعی است،

این ابهام در عمل مانع جدی محسوب نمی‌شود. براین اساس، در جرائم حدی غیرمسلمانان که قوانین موضوعه ساکت هستند، قاضی می‌تواند با استناد به عموم اصل ۱۶۷ و با رعایت شرایط مقرر در آن، به منابع فقهی معتبر مراجعه و بر مبنای نظریه تخییر، پرونده را به مراجع صلاحیت‌دار غیرمسلمان ارجاع دهد تا بر اساس موازین شرعی مربوطه مورد رسیدگی قرار گیرد.

در نهایت این که می‌توان برای تقنین در مورد نظریه تخییر امام و تطبیق آن با اصول حقوقی معاصر و قوانین موضوعه، پیشنهاداتی ارائه کرد که هم به حفظ اصول فقهی و شرعی توجه داشته باشد و هم با اصول مسلم حقوقی و حاکمیت قانون سازگار باشد. در این راستا تدوین قانون خاصی که به طور مشخص نحوه رسیدگی به جرایم غیرمسلمانان را تعیین کند، می‌تواند ضمن حفظ حقوق غیرمسلمانان، اختیار قاضی در ارجاع پرونده را نیز در برگیرد. برای مثال، ماده‌ای به قانون مجازات اسلامی یا آیین دادرسی کیفری اضافه شود که به طور مشخص نحوه رسیدگی به جرایم حدی غیرمسلمانان را تعیین کند. همچنین می‌توان ایجاد نهاد تخصصی که مسئول رسیدگی به جرایم غیرمسلمانان را بررسی نمود تا اطمینان حاصل شود که حقوق غیرمسلمانان به طور عادلانه رعایت می‌شود.

نتیجه‌گیری

این پژوهش با بررسی نظریه تخییر امام در مواجهه با جرائم حدی غیرمسلمانان، به تحلیل ادله فقهی و تعیین قلمرو اجرایی این نظریه پرداخت. یافته‌ها نشان می‌دهد که این نظریه ریشه در اجماع فقها، آیه ۴۲ سوره مائده و روایات معتبر دارد و حاکم اسلامی را در رسیدگی به جرائم غیرمسلمانان بین اجرای حدود اسلامی یا ارجاع به محاکم دینی آنان مخیر می‌داند. قلمرو این نظریه تمام دعاوی مطرح شده نزد حاکم اسلامی را در برمی‌گیرد، همچنین این نظریه فقط شامل اهل ذمه و مستأمنین بوده و در موارد ارتکاب علنی جرم، اجرای حدود اسلامی الزامی است.

نظریه تخییر به عنوان یک نظریه فقهی-حقوقی، با چالش‌های متعددی در تطبیق با اصول حقوقی معاصر مواجه است. این چالش‌ها عمدتاً ناشی از تعارض ظاهری این نظریه با اصول بنیادین حقوقی مانند حاکمیت قانون، برابری افراد در برابر قانون، یکسان‌سازی قوانین و فرایندهای قضائی است. در نظام حقوقی ایران که مبتنی بر فقه شیعه است، اگرچه قوانین موضوعه اختیارات قضات را محدود کرده‌اند، اما اصول قانون اساسی به‌ویژه اصل ۴ و ۱۶۷، امکان بهره‌گیری از ظرفیت‌های این نظریه را فراهم می‌سازند. تحلیل این چالش‌ها نشان می‌دهد که نظریه تخییر نه تنها نافی اصول حقوقی نیست، بلکه در چارچوب نظام حقوقی اسلام می‌تواند به عنوان مکانیسمی انعطاف‌پذیر برای تحقق عدالت قضائی عمل کند. با این حال، اجرای موفقیت‌آمیز این نظریه مستلزم تدوین قوانین خاص، ایجاد نهادهای تخصصی و تعیین ضوابط دقیق برای جلوگیری از سوءاستفاده و تضمین حقوق تمام شهروندان است؛ همچنین این پژوهش اهمیت تعامل حکومت اسلامی با غیرمسلمانان در چارچوب قوانین اسلامی

را برجسته می‌کند و نشان می‌دهد که نظریه تخییر امام می‌تواند به‌عنوان الگویی برای مدیریت جرایم حدی در جوامع چندفرهنگی مورد توجه قرار گیرد.

منابع

قرآن کریم.

- ابن اثیر، مبارک بن محمد. (۱۳۶۷). النهایه فی غریب الحدیث و الأثر. قم: اسماعیلیان.
- ابن براج، عبدالعزیز. (۱۴۰۶ق). المذهب. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن کثیر، اسماعیل بن عمر. (۱۴۲۲ق). تفسیر القرآن العظیم. ریاض: دار طیبه للنشر والتوزیع.
- اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائده و البرهان. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- امامی، محمد. (۱۳۸۵). شأن نزول آیات قرآن. قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
- انصاری، مرتضی. (۱۴۱۹ق). فرائد الاصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- تبریزی، جواد. (۱۴۱۷ق). أسس الحدود و التعزیرات. قم: دفتر مؤلف.
- جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۶۳). خمس رسائل (نظام القضاء فی الإسلام). قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- جوادی آملی، عبدالله. (۱۴۰۲). درس خارج فقه.
- حاجی ده‌آبادی، احمد. (۱۳۹۵). حاکمیت یا عدم حاکمیت اصل ۱۶۷ ق.ا. در امور کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲.
- مجله علمی پژوهش‌های فقهی، ۱۲(۲)، ۲۵۷-۲۸۸.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حکیم، سید محسن. (۱۴۱۶ق). حقائق الأصول. قم: مؤسسه المنار.
- حلی، حسن بن یوسف (علامه). (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلی، حسن بن یوسف (علامه). (۱۴۲۰ق). تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- حلی، جعفر بن حسن (محقق). (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلی، محمد بن منصور (ابن ادریس). (۱۴۱۷ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- خمینی، سید روح‌الله. (بی‌تا). تحریر الوسیله. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- سیفی مازندرانی، علی اکبر. (۱۴۲۵ق). مبانی الفقه الفعال فی القواعد الفقهیه الأساسیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طباطبایی کربلایی، علی. (۱۴۰۴ق). ریاض المسائل فی بیان الأحکام بالدلائل. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۳۷۸). ترجمه تفسیر المیزان. ترجمه محمدباقر موسوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۳۹۳ق). المیزان فی تفسیر القرآن. بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- طبری، محمد بن جریر. (۱۴۲۲ق). جامع البیان عن تأویل آی القرآن. قاهره: دار هجر للطباعة والنشر.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیه. تهران: مکتبه المرتضویه.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام. تهران: دارالکتب الإسلامیه.
- عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۶ق). تمهید القواعد الأصولیه و العرییه. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- عراقی، ضیاء‌الدین. (بی‌تا). شرح تبصره المتعلمین (القضاء). قم: مطبعه مهر.

فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۷ق). تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
 فخرالمحققین حلی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: اسماعیلیان.
 قاضی شریعت پناهی، سید ابوالفضل. (۱۳۸۳). بایسته‌های حقوق اساسی. تهران: نشر میزان.
 کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
 گلپایگانی، محمدرضا. (بی تا). الدر المنضود فی أحكام الحدود. قم: دارالقرآن الکریم.
 محقق اردبیلی، احمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
 محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
 مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۰ق). المقننه. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
 مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۴). تفسیر نمونه. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
 منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق). دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامیة. قم: المركز العالمی للدراسات الاسلامیة.
 نجفی، محمدحسن. (۱۹۸۱). جواهر الکلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
 هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۳۸۲). دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).

References

In Persian and Arabic

The Holy Quran

- Al-Ḥakīm, S. M. (1995). *Ḥaqā'iq al-uṣūl* [The realities of the principles]. Al-Manār Institute.
- Al-Ḥillī, Ḥ. ibn Y. ('Allāmah). (1993). *Qawā'id al-aḥkām fī ma'rifat al-ḥalāl wa al-ḥarām* [Rules of rulings in knowing the lawful and the forbidden]. Islamic Publications Office.
- Al-Ḥillī, Ḥ. ibn Y. ('Allāmah). (1999). *Taḥrīr al-aḥkām al-shar'iyah 'alā madhhab al-Imāmīyah* [The drafting of the legal rulings according to the Imami school]. Imām Ṣādiq Institute.
- Al-Ḥillī, J. ibn Ḥ. (Muḥaqqiq). (1988). *Sharā'ī' al-Islām* [The codes of Islam]. Ismā'īlīyān.
- Al-Ḥillī, M. ibn M. (Ibn Idrīs). (1996). *Al-Sarā'ir al-ḥawāl li-taḥrīr al-fatāwā* [The secrets encompassing the drafting of legal opinions]. Islamic Publishing Institute.
- Al-Ḥurr al-'Āmilī, M. ibn Ḥ. (1988). *Wasā'il al-Shī'ah* [The means of the Shia]. Āl al-Bayt Institute.
- Al-Kulaynī, M. ibn Y. (1987). *Al-Kāfī* [The sufficient]. Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
- Al-Mufīd, M. ibn M. (1990). *Al-Muqni'ah* [The persuader]. The International Congress on the Millennium of Sheikh al-Mufid.
- Al-Ṭabarī, M. ibn J. (2001). *Jāmi' al-bayān 'an ta'wīl āy al-Qur'an* [The compendium of clarity on the interpretation of the verses of the Qur'an]. Dar al-Hijr for Printing and Publishing.
- Al-Ṭūsī, M. ibn Ḥ. (1967). *Al-Mabsūṭ fī fiqh al-Imāmīyah* [The extensive work in Imami jurisprudence]. Al-Murtaḍawīyah Library.
- Al-Ṭūsī, M. ibn Ḥ. (1987). *Al-Khilāf* [The disagreements]. Islamic Publishing Institute.

- Al-Ṭūsī, M. ibn Ḥ. (1987). *Tahdhīb al-aḥkām* [The refinement of the rulings]. Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
- Al-ʿĀmilī, Z. ibn ʿA. (al-Shahīd al-Thānī). (1993). *Masālik al-afhām* [The paths of understanding]. Al-Maʿarif al-Islāmīyah Institute.
- Al-ʿĀmilī, Z. ibn ʿA. (al-Shahīd al-Thānī). (1995). *Tamhīd al-qawāʿid al-uṣūlīyah wa al-ʿArabīyah* [Paving the way for the fundamental and Arabic rules]. Islamic Promotion Office of the Qom Seminary.
- Al-ʿIrāqī, Ḍ. (n.d.). *Sharḥ Tabṣirat al-mutaʿallimīn (Al-Qaḍāʾ)* [Explanation of "The Enlightenment for Students" (Judiciary)]. Mehr Press.
- Anṣārī, M. (1998). *Farāʾid al-uṣūl* [The unique pearls of the principles]. Islamic Thought Forum.
- Ardabīlī, A. ibn M. (1983). *Majmaʿ al-fāʾidah wa al-burhān* [The compendium of benefit and proof]. Islamic Publishing Institute.
- Fāḍil Lankarānī, M. (2006). *Tafṣīl al-sharīʿah fī sharḥ Taḥrīr al-wasīlah* [Detailing the law in explaining "The Liberation of the Means"]. Ahl al-Bayt Jurisprudential Center.
- Fakhr al-Muḥaqqiqīn al-Ḥillī, M. ibn Ḥ. (1967). *Idāḥ al-fawāʾid fī sharḥ mushkilāt al-qawāʿid* [Clarification of the benefits in explaining the problems of the principles]. Ismāʿīlīyān.
- Gulpāyīgānī, M. R. (n.d.). *Al-Durr al-maḍūd fī aḥkām al-ḥudūd* [The strung pearls regarding the rulings of the fixed punishments]. Dār al-Qurʾan al-Karīm.
- Haji Dehabadi, A. (2016). The authority or non-authority of Principle 167 of the Constitution in criminal matters with a look at the 2013 Islamic Penal Code. *Journal of Jurisprudential Research*, 12(2), 257-288.
- Hāshimī Shāhrūdī, S. M. (2003). *Encyclopedia of Islamic Jurisprudence According to the School of Ahl al-Bayt*. The Institute of Islamic Jurisprudence Encyclopedia.
- Ibn al-Athīr, M. ibn M. (1988). *Al-Nihāyah fī gharīb al-ḥadīth wa al-athar* [The ultimate guide to unfamiliar narrations and traditions]. Ismāʿīlīyān.
- Ibn al-Barrāj, ʿA. (1986). *Al-Muhadhdhab* [The refined]. Islamic Publishing Institute.
- Ibn Kathīr, I. ibn ʿU. (2001). *Tafsīr al-Qurʾan al-ʿaẓīm* [Interpretation of the Great Qur'an]. Dār Ṭayyibah for Publishing and Distribution.
- Imāmī, M. (2006). *Occasions of Revelation of Qur'anic Verses*. Imam Ali ibn Abi Talib School.
- Javādī Āmulī, ʿA. (1984). *Khams rasāʾil (Niẓām al-qaḍāʾ fī al-Islām)* [Five treatises (The judicial system in Islam)]. Islamic Publishing Foundation.
- Javādī Āmulī, ʿA. (2023). *Advanced Fiqh Course* [Lecture notes].
- Khomeinī, S. R. (n.d.). *Taḥrīr al-wasīlah* [The liberation of the means]. The Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
- Makārim Shīrāzī, N. (1995). *Tafsīr-i nimūnah* [The exemplary interpretation]. Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
- Muḥaqqiq al-Karakī, ʿA. ibn Ḥ. (1994). *Jāmiʿ al-maqāṣid fī sharḥ al-qawāʿid* [The comprehensive of objectives in explaining the principles]. Āl al-Bayt Institute.

- Muḥaqqiq Ardabīlī, A. (1983). *Majma' al-fā'idah wa al-burhān* [The compendium of benefit and proof]. Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī. (Original work published 1403 ق)
- Muntaz irī, Ḥ. (1988). *Dirāsāt fī wilāyat al-faqīh wa fiqh al-dawlah al-Islāmīyah* [Studies in the guardianship of the jurist and the jurisprudence of the Islamic state]. The Global Center for Islamic Studies.
- Najafī, M. Ḥ. (1981). *Jawāhir al-kalām* [The jewels of discourse]. Dār Ihṡā' al-Turāth al-'Arabī.
- Qazi Shari'at Panahi, S. A. (2004). *Essentials of Constitutional Law*. Mizan Publishing.
- Sayfī Māzandarānī, 'A. A. (2004). *Mabānī al-fiqh al-fa'al fī al-qawā'id al-fiqhīyah al-asāsīyah* [Foundations of dynamic jurisprudence in the fundamental jurisprudential rules]. Islamic Publications Office of the Qom Seminary Teachers Society.
- Ṭabāṭabā'ī Karbalā'ī, 'A. (1984). *Riyāḍ al-masā'il fī bayān al-aḥkām bi-al-dalā'il* [The gardens of issues in stating the rulings with proofs]. Āl al-Bayt Institute.
- Ṭabāṭabā'ī, S. M. Ḥ. (1973). *Al-Mīzān fī tafsīr al-Qur'an* [The balance in the interpretation of the Qur'an]. Mu'assasat al-'Alamī. (Original work published 1393 ق)
- Ṭabāṭabā'ī, S. M. Ḥ. (1999). *Al-Mizan fī Tafsir al-Qur'an* (M. B. Mousavi, Trans.). Islamic Publications Office.
- Tabrīzī, J. (1996). *Asās al-ḥudūd wa al-ta'zīrāt* [The foundations of fixed and discretionary punishments]. Author's Office

In English and French

- Cornu, G. (2002). *Vocabulaire juridique* (7th ed.). Presses Universitaires de France.
- Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Harvard University Press.
- Raz, J. (1979). *The authority of law: Essays on law and morality*. Clarendon Press.