



دانشکده ی حقوق و علوم اجتماعی
گروه حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه ی کارشناسی ارشد
در رشته ی حقوق گرایش عمومی

عنوان

بررسی مناسبات قاعده نفی سبیل با حقوق اقلیت های دینی در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران

استاد راهنما

دکتر محمد رضا مجتهدی

استاد مشاور

دکتر سید حسین ملکوتی

نگارش

وحید خانی

شهریور ۱۳۹۷

دسترس

تقدیم به

پدر و مادر عزیزم، به پاس آن همه شفقت، عطف و سخاوت، شکیبایی، مهربانی.....

تقدیر و تشکر

بر خود واجب می‌دانم از زحمات استاد محترم راهبنا، جناب آقای دکتر محمد رضا مجتهدی که هم استاد علم و هم اخلاق برای بنده بوده‌اند

کمال تشکر و قدردانی را داشته باشم بی‌شک بدون راهبنا بی‌شک بدون ارزشمند این استاد که تقدیر این کار پژوهشی به سرانجام نمی‌رسید

همچنین از زحمات و راهنمودهای جناب آقای دکتر سید حسن ملکوتی که با مشاوره خود مراد به انجام رساندن این تحقیق یاری رسانیدند

کمال تشکر و قدردانی را دارم.

امید آنکه خداوند نیت خیر این عزیزان را در احیای علم و معرفت استوار گرداند.

نام: وحید	نام خانوادگی: خانی
عنوان پایان نامه: بررسی مناسبات قاعده نفی سبیل با حقوق اقلیت‌های دینی در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران	
استاد راهنما: دکتر محمد رضا مجتهدی	استاد مشاور: دکتر سید حسین ملکوتی
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد	رشته: حقوق
دانشگاه: تبریز	دانشکده: حقوق و علوم اجتماعی
تاریخ فارغ‌التحصیلی: شهریور ۱۳۹۷	تعداد صفحات: ۱۱۰
کلید واژه‌ها: قاعده نفی سبیل، شریعت اسلام، حقوق اقلیت‌های دینی، حقوق اساسی ایران، حقوق سیاسی و اجتماعی،	
چکیده:	
<p>قاعده نفی سبیل بعنوان یک قاعده فقهی مسلم، حاکم بر روابط بین مسلمانان و غیر مسلمانان از صدر اسلام تا به امروز است که نافی هر گونه سلطه و نفوذ استیلا مدار غیر مسلمان بر مسلمان در تمامی ابعاد روابط سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی است که مناسباتی را با حقوق اقلیت‌های دینی (غیرمسلمانان) ایجاد می‌کند. اقلیت‌های دینی سالیان متمادی است که در ایران سکونت و حیات دارند. بر همین اساس، اقلیت‌های دینی مسیحی، کلیمی و زرتشتی در اصل سیزدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مورد شناسایی قرار گرفته‌اند و با توجه به اصول چهاردهم، نوزدهم و بیستم قانون اساسی از حقوق انسانی و حمایت‌های برابر قانونی در ایران برخوردار هستند. اما با توجه به ماهیت سالبه قاعده نفی سبیل، در موارد متعددی برابری حقوقی بین ایرانیان مسلمان و غیر مسلمان دیده نمی‌شود و در یک تعارض آشکار با قانون اساسی و اسناد بین‌المللی حق حیات - بعنوان برجسته‌ترین نوع حقوق انسانی - اقلیت‌های دینی، بنظر می‌رسد مورد تحدید است و از حمایت و تضمینات کامل حقوقی برخوردار نیست و این شهروندان از حقوق سیاسی، اجتماعی و فرهنگی یکسان با تمامی ایرانیان برخوردار نیستند و با توجه به رسمیت دین اسلام در اصل دوازدهم قانون اساسی، حقوق برابر شهروندی همانند قوانین اساسی آزادی گرا و اسناد بین‌المللی برای ایرانیان اقلیت دینی در محدودیت جدی قرار دارد.</p>	

فهرست مطالب

مقدمه	۱
الف) بیان مسئله	۱
ب) سئوالات تحقیق	۲
ج) سابقه و ضرورت تحقیق	۲
د) بررسی منابع:	۳

فصل اول: کلیات و مفاهیم نظری

۱-۱- مفهوم شناسی	۶
۲-۱- قواعد فقهی	۶
۳-۱- تاریخچه قواعد فقهی	۷
۴-۱- انواع قواعد فقهی	۷
۵-۱- معرفی قاعده نفی سبیل	۸
۶-۱- مستندات قاعده نفی سبیل	۹
۱-۶-۱- کتاب	۹
۲-۶-۱- سنت	۱۱
۳-۶-۱- اجماع	۱۱
۴-۶-۱- عقل	۱۲
۷-۱- مفهوم سبیل و غلبه	۱۴
۸-۱- کافر کیست	۱۵
۹-۱- تفسیر آیه نفی سبیل	۱۶
۱-۹-۱- مفسران امامیه	۱۷
۲-۹-۱- مفسران اهل سنت	۲۰
۱۰-۱- اقلیت ها	۲۳
۱-۱۰-۱- پیشینه تاریخی مفهوم اقلیت	۲۶
۲-۱۰-۱- ضرورت حمایت از اقلیت ها	۲۸
۳-۱۰-۱- انواع اقلیت ها	۲۹
۱-۱۰-۱-۳- اقلیت قومی و زبانی	۲۹
۲-۱۰-۱-۳- اقلیت های ملی	۳۰
۳-۱۰-۱-۳- اقلیت های دینی و مذهبی	۳۰

- ۳۱-۱-۱۰-۳-۴- اقلیت های نژادی ۳۱
- ۳۲-۱-۱۱-۱- اقلیت دینی زرتشتی ۳۲
- ۳۳-۱-۱۱-۲- اقلیت دینی کلیمی ۳۳
- ۳۴-۱-۱۱-۳- اقلیت دینی مسیحی ۳۴
- ۳۶-۱-۱۲- اقلیت های دینی غیر رسمی در ایران ۳۶
- ۳۶-۱-۱۲-۱- صابئین ۳۶
- ۳۸-۱-۱۲-۲- بهائیت ۳۸

فصل دوم : حقوق اقلیت های دینی و قاعده نفی سبیل

- ۴۰-۱-۲- حقوق اقلیت های دینی ۴۰
- ۴۱-۱-۲-۱-۱- حق حیات ۴۱
- ۴۳-۱-۲-۱-۲- حق هویت ۴۳
- ۴۵-۱-۲-۳-۱-۲- حق تعیین سرنوشت ۴۵
- ۴۸-۱-۲-۴-۱-۲- حقوق سیاسی اجتماعی ۴۸
- ۵۲-۱-۲-۵-۱-۲- حقوق مدنی ۵۲
- ۵۴-۱-۲-۶-۱-۲- حقوق قضایی ۵۴
- ۵۵-۱-۲-۶-۱-۲-۱-۲- حق دادخواهی ۵۵
- ۵۵-۱-۲-۶-۱-۲-۲- اصل امنیت ۵۵
- ۵۶-۱-۲-۶-۱-۲-۳- حق دفاع ۵۶
- ۵۶-۱-۲-۶-۱-۲-۴- حق برخورداری از وکیل ۵۶
- ۵۶-۲-۲- استقلال قضایی اقلیت های دینی ۵۶
- ۵۷-۳-۲- حق حیات و قاعده نفی سبیل ۵۷
- ۵۸-۱-۳-۲- قصاص مسلمان در برابر غیر مسلمان ۵۸
- ۵۹-۲-۳-۲- شرایط قصاص ۵۹
- ۶۱-۴-۲- قاعده نفی سبیل و حقوق فرهنگی و مدنی ۶۱
- ۶۲-۱-۴-۲- حق ازدواج ۶۲
- ۶۳-۱-۴-۲- ازدواج مسلمان با کافر غیر کتابی ۶۳
- ۶۴-۲-۴-۲- ازدواج مسلمان با کافر کتابی ۶۴
- ۶۴-۲-۴-۲- توارث کافر از مسلمان ۶۴
- ۶۶-۳-۴-۲- حق حضانت ۶۶

- ۶۷-۴-۴-۲ داد و ستد و تجارت.....
- ۶۸-۵-۴-۲ آزادی انجام مراسم مذهبی و سنتی.....
- ۶۸-۵-۲-۵ قاعده نفی سییل و حقوق سیاسی و اجتماعی.....
- ۷۰-۱-۵-۲ حق انتخاب پذیری و تصدی مشاغل و مناصب دولتی.....
- ۷۰-۱-۵-۲-۱-۱ منع هرگونه بکارگیری اقلیت های دینی در امور مسلمین.....
- ۷۲-۲-۱-۵-۲ بکارگیری اهل کتاب در تمام امور مسلمین بغیر از امور عبادی.....
- ۷۲-۳-۱-۵-۲ مانعیت قاعده نفی سییل در بکارگیری غیر مسلمانان.....
- ۷۴-۶-۲-۲ قاعده نفی سییل و حقوق قضایی.....
- ۷۴-۱-۶-۲ قضاوت.....
- ۷۵-۲-۶-۲ وکالت.....
- ۷۵-۱-۲-۶-۲ وکالت کافر از جانب کافر.....
- ۷۵-۲-۲-۶-۲ وکالت کافر از جانب مسلمان.....

فصل سوم: حقوق و محدودیت های اقلیت های دینی در ایران با رویکرد قاعده نفی سییل

- ۷۷-۱-۳-۱ معیار برخورداری از حق.....
- ۷۹-۲-۳-۲ حقوق اقلیت های دینی در ایران.....
- ۸۰-۱-۲-۳-۱ حق حیات در ایران.....
- ۸۱-۲-۲-۳-۲ حقوق سیاسی و اجتماعی در ایران.....
- ۸۲-۱-۲-۲-۳-۱ حق رای.....
- ۸۴-۲-۲-۲-۳-۲ حق انتخاب شدن.....
- ۸۴-۳-۲-۲-۳-۲ حق آزادی مذهب و عقیده.....
- ۸۵-۴-۲-۲-۳-۲ حق داشتن تشکیلات، انجمن ها.....
- ۸۶-۵-۲-۲-۳-۲ عضویت در شوراهای اسلامی شهر و روستا.....
- ۸۷-۳-۳-۳-۲ محدودیت های حقوق سیاسی اقلیت های دینی.....
- ۸۸-۱-۳-۳-۱ قانون اساسی.....
- ۸۸-۲-۳-۳-۲ قوانین موضوعه.....
- ۸۸-۱-۲-۳-۳-۱ عدم امکان عضویت در نیروهای مسلح.....
- ۹۰-۲-۲-۳-۳-۲ عدم امکان انتخاب بعنوان وزیر اطلاعات.....
- ۹۰-۳-۲-۳-۳-۲ عدم امکان انتخاب بعنوان نماینده مجلس خبرگان رهبری.....
- ۹۱-۴-۲-۳-۳-۲ عدم امکان استخدام در وزارت اطلاعات.....

- ۳-۳-۳- محدودیت ورود به خدمت دولت توسط اقلیت های دینی ۹۲
- ۳-۴-۳- حقوق مدنی و فرهنگی در ایران ۹۳
- ۳-۴-۳-۱- حق ازدواج ۹۳
- ۳-۴-۳-۲- ارث ۹۴
- ۳-۴-۳-۳- حق اشتغال ۹۴
- ۳-۴-۳-۴- حق حضانت ۹۵
- ۳-۵-۳- حقوق قضایی در ایران ۹۶
- ۳-۵-۳-۱- حق دادخواهی ۹۶
- ۳-۵-۳-۲- شهادت غیرمسلمانان ۹۸
- ۳-۵-۳-۳- تحلیف غیرمسلمانان ۹۹
- ۳-۵-۳-۴- دیه ۱۰۰
- ۳-۶-۳- حقوق اقلیت های دینی غیر رسمی در ایران ۱۰۱
- ۳-۱۰۲- نتیجه گیری و پیشنهادات ۱۰۲
- ۳-۱۰۵- منابع و ماخذ ۱۰۵

الف) بیان مسئله

در جهان امروز کمتر کشور و ملتی را میتوان یافت که دارای تنوع و تفاوت های فرهنگی، زبانی، قومی و مذهبی نباشد. از گستره اروپا گرفته تا آسیای میانه و شاخ آفریقا، تمام کشورها دارای تنوع و تفاوت های فرهنگی و قومی هستند. کشوری دارای تنوع و تفاوت های نژادی و قومی و جامعه ای دارای تنوع زبانی و ملت هایی دارای تنوع فرهنگی هستند. ایران نیز از این قاعده مستثنی نیست، کشوری با تنوع قومی دینی و زبانی که فرهنگ ها و اندیشه ها و قومیت های مختلف را سالیان درازی است در آغوش خود گرد آورده است.

در میان این تنوع و تفاوت ها، برخی از گروه های نژادی، دینی و مذهبی، فرهنگی یا زبانی در جوامع خود از نظر عددی در اقلیت هستند و یا حتی با وجود کثرت عددی در گروه طبقه حاکم نیستند و یا به نوعی همیشه حقوق آنها به علت عوامل متعددی در معرض تعرض و نقض است.

وجود گروه های اقلیت در جوامع ملی و مسائل مرتبط با آن، همواره یکی از موضوعات قابل بحث و با اهمیت در حقوق عمومی، علوم سیاسی، روابط بین الملل و حقوق بین الملل بوده است.^۱ حقوق اقلیت های دینی و مذهبی در جوامع دین سالار از سده های نخستین خلقت بشر مطرح بوده است. مابین دو رود دجله و فرات محل حضور پیامبران متعدد و بزرگی بوده است که از آئین بابلیان تا آشوریان و مسیحیان و یهودیان را در کنار خود داشته است و ایران هم که در این پهنه از گهواره تمدنی فراخ یافته، پیروان این ادیان تاریخی را سالیان درازی است در پهنه خود پذیرفته است.

در دوران حاضر، حقوق اقلیت ها مورد توجه حکومت هاست، زیرا حمایت و اهتمام به حقوق گروه های اقلیت اساساً به نفع وحدت امنیت و ثبات جوامع است. حقوق اقلیت ها یکی از موضوعات مهم و قابل توجه در تاریخ اسلام است که همواره مورد توجه متفکران و اندیشمندان مسلمان بوده است. مبحث حقوق اقلیت ها از یک لحاظ امری جدید و امروزی است و از جنبه دیگر می توان ادعا کرد که حداقل در عالم اسلام ریشه طولانی دارد.^۲ گسترش روابط امت اسلامی با سایر کشورها و ملت ها از دیگر

^۱ ستار، عزیزی، حمایت از حقوق اقلیت ها در حقوق بین الملل، همدان، نشر نور علم، ۱۳۸۵، ص ۱.

^۲ امید، احمدزاده، بررسی حقوق اقلیت های دینی و نژادی در حکومت پیامبر اسلام (ص)، فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، شماره دوم، ص ۱۲۴.

ادیان و فرهنگ ها و همچنین حیات ادیان متفاوت در جوامع با اکثریت مسلمانان در کنار یکدیگر نیازمند توجه جدی به حقوق این اقلیت هاست.

از قواعد فقهی مشهور و پر کاربرد مرتبط با حقوق اقلیت های دینی در برابر مسلمان قاعده نفی سبیل می باشد (نفی غلبه و سلطه کافران بر مسلمانان) مستند به آیه ۱۴۱ سوره نساء، که تعبیر اجماع محصل و قطعی از برخی فقیهان و اصولیون درباره این قاعده نشان از جایگاه مستحکم آن دارد^۱

اما با توجه به مسائلی که از گذشته دور در ارتباط با روابط میان مسلمانان و غیر مسلمانان در ایران حاکم بوده و با توجه به تولد مفاهیمی همچون قانون اساسی و حقوق شهروندی که تمامی شهروندان از هر قوم، قبیله، نژاد، رنگ و دین و مذهب را از حقوق برابر بهره مند میداند و با نگرش به اصل چهارم قانون اساسی که ضمانت اسلامی بودن تمامی قوانین و مقررات را میطلبد. در این پژوهش به بررسی مناسبات قاعده نفی سبیل با حقوق اقلیت های دینی در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران پرداخته خواهد شد.

ب) سؤالات تحقیق

- ۱- مستندات فقهی قاعده نفی سبیل چیست؟
- ۲- مراد از سبیل و غلبه در قاعده نفی سبیل چیست؟
- ۳- موارد حکومت قاعده نفی سبیل چیست؟
- ۴- مراد از کافر و مومن در منابع فقه اسلامی چیست؟
- ۵- محدوده حقوق اقلیت های دینی در حقوق اساسی ایران چیست؟
- ۶- جایگاه اصل برابری ملت از هر قوم، نژاد و دین در قانون اساسی با قاعده نفی سبیل چیست؟
- ۷- جایگاه حقوق شهروندی اقلیت های دینی در برابر قاعده نفی سبیل چیست؟

ج) سابقه و ضرورت تحقیق

برتری و ارزشمندی یک تحقیق به مساله یابی و تلاش آن برای ارائه یک پاسخ مستند و مستدل است از آن گذشته یکتا بودن موضوع و وجه تمایز آن با سایر عناوین مشابه انتظاری به جا و منطقی است که بر ارزش و استحکام یک موضوع پژوهشی می افزاید.

۱. ابوالقاسم، علیدوست، قاعده نفی سبیل، مقالات و بررسی ها، دفتر ۷۶، پائیز و زمستان ۱۳۸۳، ص ۲۳۱.

مشخصا در باب مناسبات قاعده نفی سیبیل با حقوق اقلیت های دینی در حقوق اساسی ایران تاکنون کار مستقل و مجزایی انجام نگرفته است. گرچه صرفا در باب قاعده نفی سیبیل و پیرامون آن پژوهش و کارهای تحقیقی متعددی صورت گرفته است. که در ادامه وجه تمایز آن ها با پژوهش حاضر تبیین خواهد شد. درباب حقوق اقلیت ها نیز به فراخور مطالعات فراوانی انجام گرفته است ولی درباب تحدید احتمالی حقوق اقلیت ها توسط قاعده نفی سیبیل پژوهش منسجم و مستقلی صورت نگرفته است. بر این اساس ضروری می نماید تا یک پژوهش جامع و کامل درباب مناسبات قاعده فقهی نفی سیبیل با حقوق اقلیت ها دینی در حقوق اساسی ایران به صورت تطبیقی صورت گیرد. پژوهش حاضر درصدد بوده است تا محدودیت ها و نابرابری هایی که ممکن است براساس اعمال قاعده نفی سیبیل بر حقوق شهروندان غیر مسلمان از منظر حقوق بشر و شهروندی متوجه گردد را مورد بررسی قرار دهد.

د) بررسی منابع:

۱- حمیده محمودی (۱۳۹۱) در پایان نامه ای با عنوان "قاعده نفی سیبیل و الزامات آن (حدود و ملاک) در فقه شیعه" که در دانشگاه شهید باهنر کرمان نگاشته شده است به بررسی حدود فقهی قاعده نفی سیبیل و ملاک تشخیص مصادیق آن پرداخته است. از تاثیر قاعده نفی سیبیل بر سایر احکام فقهی و تطبیق آن در روابط بین المللی مسلمانان سخن گفته است.

۲- در پژوهش دیگری، سمانه رامه (۱۳۹۲) تحت عنوان "قاعده نفی سیبیل و تاثیرات آن بر قوانین" در دانشگاه پیام نور مرکز تهران جنوب، به بررسی جایگاه قاعده نفی سیبیل در قوانین و مقررات و مفهوم شناسی کلی آن پرداخته است و در این پژوهش بیشتر سعی شده به تاثیر سالبه قاعده نفی سیبیل بر سیادت و غلبه غیر مسلمانان بر مسلمانان در قوانین و مقررات و همچنین تاثیر آن در روابط بین الملل پرداخته شود. البته نویسنده به وضوح مشخص نکرده منظور او از قوانین و مقررات در عنوان این پژوهش چیست؟.

۳- محمد قهرمان نژاد (۱۳۸۱) در پژوهشی با عنوان "قاعده نفی سیبیل و آثار و لوازم آن در فقه امامیه و اهل سنت" در دانشگاه قم، به بررسی آثار این قاعده در فقه امامیه و اهل سنت پرداخته و بنیان های فقهی قاعده و آثار آن در سایر احکام فقهی را در هر دو مذهب فقهی بررسی نموده است.

۴- ثریا اسدی (۱۳۹۶) در پژوهشی با عنوان "واکاوی حمایت از اقلیت های مذهبی در نظام بین المللی حقوق بشر و نظام حقوقی ایران" به بررسی حقوق اقلیت های مذهبی براساس اسناد حقوق بشری و رویه

های بین‌المللی و همچنین نظام حقوقی ایران پرداخته است. و در واقع به بررسی تطبیقی حقوق اقلیت‌های مذهبی در ایران و اسناد حقوق بشری پرداخته است.

۵- حبیبه خالقی (۱۳۹۴) در پایان‌نامه‌ای با عنوان "حمایت از اقلیت‌های دینی از نظر مذاهب‌خمس و اسناد بین‌المللی" به بررسی تطبیقی حقوق اقلیت‌های دینی از نظر فقه امامیه و مذاهب اربعه اهل سنت با اسناد بین‌المللی پرداخته است و تنها تفاوت این کار پژوهشی با سایر پژوهش‌های تطبیقی مرتبط با موضوع حقوق اقلیت‌های دینی بررسی توأمان مذاهب فقهی‌خمس با اسناد بین‌المللی است.

۶- در پژوهش دیگری، مریم حجتی (۱۳۹۱) با عنوان "مبانی حقوقی و حمایت بین‌المللی از اقلیت‌های مذهبی" به بررسی مبانی حقوقی حمایت‌های بین‌المللی از حقوق اقلیت‌های مذهبی پرداخته است و از ضرورت حمایت‌های بین‌المللی از اقلیت‌های مذهبی سخن گفته است.

۵) مواد و روش‌ها (روش تحقیق)

روش تحلیلی توصیفی و کتابخانه‌ای در این پژوهش به کار گرفته خواهد شد.

فصل اول

کلیات و مفاهیم نظری

۱-۱- مفهوم شناسی

برای درک بهتر هر موضوع و پاسخ به هر مسأله ای شایسته است ابتدا ارکان و مفاهیم موضوع شناسایی و تبیین گردد تا در یک روش منطقی و علمی، پژوهشگر به مقاصد و اهداف اصلی پژوهش خویش نائل آید. در واقع مفهوم شناسی گام اول تشریح و تبیین هر موضوع پژوهشی است. با توجه به موضوع کار پژوهشی، قواعد فقهی و ماهیت این قواعد و همچنین قاعده نفی سبیل، مستندات قاعده، مفهوم سبیل و غلبه در قاعده مذکور، مفهوم و تعریف اقلیت های دینی، اقلیت های دینی شناخته شده در قانون اساسی و اقلیت های دینی غیر رسمی و مفهوم کافر و مومن نیازمند مفهوم شناسی و تبیین ارکان هستند. لذا در ادامه به تبیین و مفهوم شناسی مفاهیم مذکور پرداخته می شود.

۱-۲- قواعد فقهی

شریعت اسلام بر موازین و بنیان های فقهی مستدل و مستندی برگرفته از قرآن کریم و سنت پیامبر اکرم (ص) و ائمه معصومین استوار است که احکام و تکالیف شرعی با توجه به این بنیان های کلی و قانون های عام توسط فقیه بر مسائل فقهی مختلف تطبیق داده شده و احکام شرعی از آنها استخراج می شوند که از این قانون های عام و بنیان های کلی تحت عنوان «قواعد فقهی» یاد می شود.^۱ همچنین قواعد فقه را فرمول های بسیار کلی نامیده اند که منشا استنباط قوانین محدود تر بوده و به یک مورد خاص اختصاص ندارند و این تفاوت را با اصول فقهی دارند که اصول فقهی واسط و وسیله استنباط و کشف احکام هستند در حالیکه قواعد فقهی خود احکام کلی هستند که بر مسائل فقهی بار می شوند.^۲ شیخ انصاری از علمای برجسته فقه شیعه درباره تفاوت قواعد فقهی با اصول فقهی معتقد است که قاعده فقهی در میان مجتهد و مقلد مشترک است در حالیکه اصول فقهی مختص به مجتهد و شخص دارای ملکه اجتهاد است.^۳

۱. سید جعفر، صادقی فدکی، پژوهشی در قواعد فقهی قرآن و گستره آن، پژوهش های فقهی، دوره ۱۲، شماره اول، بهار

۱۳۹۵، ص ۳۸.

۲. سید مصطفی، محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، چاپ چهل و ششم، تهران، نشر مرکز علوم اسلامی، ۱۳۹۴، ص ۲.

۳. همان، ص ۳.

۱-۳- تاریخچه قواعد فقهی

به جرات می توان ادعا نمود که از بدو تولد فقه و مبانی فقهی در میان علما و اندیشمندان اسلامی قواعد فقهی نیز با آن متولد گردیده است و با توجه به حضور قریب به ۲۵۰ ساله ائمه معصومین در میان شیعیان، تدوین مبانی و کتب فقهی و علم اصول فقه ابتدا در میان علمای اهل سنت بوجود آمده است و قدیمی ترین متنی که در آن قواعد فقهی جمع آوری شده است رساله ابوطاهر دباس از فقهای قرن چهارم فقه حنفی است که مهم ترین احکام قواعد مذهب امام ابوحنیفه را در هفده قاعده جمع آوری کرده است در میان فقهای شیعه نیز اولین تالیف در موضوع قواعد فقهی توسط شهید اول در کتاب «القواعد والفوائد» صورت گرفته است.^۱ این کتاب با توجه به نظم و سبک خاص خود در نگارش و همچنین شخصیت منحصر به فرد علمی شهید اول مورد توجه دانشمندان و مجامع علمی شیعیان پس از او قرار گرفت. پس از شهید اول، فاضل مقداد از شاگردان مبرز شهید اول در قرن نهم هجری کتاب نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه را نگارش نموده است و این رویه تا به امروز مورد توجه فقها و اندیشمندان دینی بوده است.^۲

۱-۴- انواع قواعد فقهی

فقها و متفکرین اسلامی قواعد فقهی را در انواع طبقه بندی ها و تقسیم بندی ها قرار داده اند. عده ای از این طبقه بندی ها بر اساس پایه و مبانی قواعد، حکم یا موضوع قواعد، موارد شمول و جریان قواعد و همچنین از جهت قواعد اولیه و ثانویه است. در اینکه این طبقه بندی ایفای فایده می کند یا نه؟ نظر خاصی اعلام نشده است ولی بهترین و کاربردی ترین این تقسیم بندی را می توان تقسیم بندی قواعد از لحاظ احکام اولیه و ثانویه قرار داد. که احکام ثانویه بر احکام اولیه حکومت دارند و زمانی که مغایرتی بین قواعد اولیه و ثانویه حاصل شد، احکام بر قواعد ثانویه منطبق خواهند شد که قاعده نفی سیل یکی از همین قواعد ثانویه است.

۱- قواعد فقهی از نظر پایه و اساس به دو دسته تقسیم می شوند:

الف) قواعدی که همه قواعد به آن برمی گردد (قواعد خمس) که عبارتند از: «الامور بمقاصدها»، «الیقین لا یزول بالشک»، «المشقه تجلب التیسر»، «الضرر یزال» و «العاده محکمه».

ب) سایر قواعد مثل «اصاله...».

۲- قواعد فقهی از جهت جریان در حکم یا موضوع به دو دسته تقسیم می‌گردد:

الف) قواعد مختص به شبهات موضوعی مثل «قاعده فراغ».

ب) قواعد مختص به شبهات حکمی مثل «قاعده لاضرر».

۳- قواعد فقهی از نظر قلمرو جریان و شمول به سه دسته تقسیم می‌شوند:

الف) قواعد جاری در یک باب؛ مثل قاعده امکان.

ب) قواعد جاری در چند باب؛ مثل قاعده مایضمن.

ج) قواعد جاری در همه ابواب، مثل قاعده اشتراک.

۴- قواعد فقهی از نظر بیان احکام اولی و ثانوی نیز به دو دسته تقسیم می‌شوند:

الف) قواعدی که حکم اولی را بیان می‌کند مثل «قاعده سوق».

ب) قواعدی که حکم ثانوی را بیان می‌کند مثل «قاعده لا حرج و قاعده نفی سییل»^۱.

۱-۵- معرفی قاعده نفی سییل

شریعت اسلام برای تمامی محورهای زندگی یک مسلمان برنامه‌های مدون و احکام مسلمی دارد. یکی از این احکام و مقررات کلی در ارتباط با روابط بین مسلمانان با غیر مسلمانان است. قاعده نفی سییل است. بر اساس این قاعده کلی در روابط بین مسلمانان با غیر مسلمانان هیچگاه نباید امکان تسلط و سلطه غیر مسلمان بر مسلمان فراهم شود. به عبارت دیگر در روابط سیاسی، اجتماعی و تجاری نباید غیر مسلمان بر مسلمان سلطه و غلبه داشته باشد و هر جا چنین سلطه‌ای توسط غیر مسلمان بر مسلمان گردید بر اساس این قانون کلی این رابطه باطل و ملغی می‌شود. به عبارت ساده‌تر این قانون کلی همانند حق و تو عمل می‌کند و هر جا بستری از نفوذ و غلبه بر مسلمین توسط غیر مسلمین فراهم گردد آنجا را مسدود می‌کند.

قاعده نفی سییل برگرفته از آیه ۱۴۱ سوره نساء (...و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) و از قواعد فقهی مسلم و دارای شهرت فتوایی است و در دوره‌های مختلف زمانی در مقابله با استعمار و استیلا بر مسلمانان مورد استناد فقها و علما قرار گرفته است از جمله فتوای مشهور میرزای شیرازی در قضیه

۱. پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، *ماخذشناسی قواعد فقهی*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۹، ص ۱۵

تحریم تنباکو و فتوای امام خمینی در رابطه با قضیه کاپیتولاسیون و در بسیاری از احکام فقهی همانند عبادات، معاملات، ارث، ضمان، رهن، حواله، اجاره، عاریه، وقف، وکالت، بیع، شفعه، لقطه، دیات و قصاص جاری است^۱.

قاعده نفی سییل با توجه به نوع ماهیت خود در روابط بین مسلمانان و غیر مسلمانان از قواعد فقهی مشهور و به جرات می توان ادعا نمود که یکی از پر کاربردترین قواعد فقهی در عرصه زندگی سیاسی و اجتماعی مسلمانان است و براساس حکم این قاعده در طول دوره های زمانی مختلف هرگاه علمای عصر، قرارداد یا رابطه و یا هر نوع امتیاز سیاسی تجاری و یا اقتصادی را سبب استعمار و استیلای غیر مسلمانان بر مسلمانان می دیدند با اتکا به قدرت سالبه آن چنین تسلط و استیلانی را مردود و باطل اعلام می کردند در نتیجه قاعده مسبب عزت و علو مسلمین را فراهم می آورد.

۱-۶- مستندات قاعده نفی سییل

قاعده نفی سییل مستند به ادله چهارگانه، کتاب، سنت، اجماع و عقل است.

۱-۶-۱- کتاب

در استناد قاعده نفی سییل به قرآن کریم به آیه زیر استناد شده است .

(.. و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا)^۲.

و خداوند هرگز برای کافران بر مومنین راهی قرار نداده است.

باتوجه به الفاظ قاعده مهم ترین استناد قرآنی قاعده نفی سییل، آیه ۱۴۱ سوره نساء است که خداوند تبارک و تعالی پس از صحبت از داوری بین مومنان و کافران در روز قیامت در قسمت پایانی آیه هرگونه راه و تسلط کافران بر مومنین را نفی می نماید . مراد از جعل در لغت به معنای قرار دادن و وضع کردن است و خداوند تبارک و تعالی براساس نظر مفسرین در آیه ۱۴۱ سوره نساء هرگونه راه سلطه از طرف کافرین بر مسلمین را جعل نکرده است اما درباره اینکه این جعل تکوینی است یا تشریحی اتفاق نظر خاصی وجود ندارد. جعل تشریحی به معنای قانون و قاعده گذاری و جعل تکوینی در معنای تکوین و حقیقت موجود در عالم هستی است. براساس نظریه جعل تشریحی خداوند تبارک و تعالی هیچ حکمی را

^۱ محمد حسن، بجنوردی، القواعد فقهیه، چاپ اول، قم، انتشارات دلیل ما، ۱۴۲۴ ه. ق، ج ۱، ص ۱۸۷

^۲ نساء ۱۴۱

که در آن کافر بر مسلم تفوق و برتری داشته باشد را قاعده گذاری نکرده و هرچیزی که سبب علو و استیلا کافر بر مسلم شود منتفی شمرده شده است.^۱ و در آیه ۱۴۱ سوره نساء خداوند تبارک و تعالی در مقام تشریح و قانونگذاری در روابط بین مسلمانان با غیر مسلمانان است و براساس این جعل هرگونه ارتباط تسلط مدار نفی شده است همچنین براساس نظریه جعل تکوینی در عالم واقع و هستی تسلط و غلبه از طرف کافران بر مسلمانان قرار ندارد و هیچگاه کافری بر مسلمی تسلط و راهی پیدا نمی کند اما واقعیت زندگی در دنیای گذشته و امروز روشن می سازد که نه تنها مسلمانان بلکه اولیای الهی و پیامبران نیز در مواردی تحت تسلط و غلبه کافران بوده اند. بنابراین نظریه دوم با واقعیت حاضر در دنیای فعلی تطابق ندارد و در بسیاری از موارد کافران بر مسلمانان تفوق دارند. بنابراین نظریه اول دارای توجیه منطقی تری است. جدا از دو نظریه مشهور عده ای از فقها نیز معتقدند با توجه به صدر آیه ۱۴۱ سوره نساء و جمله ماقبل در داوری الهی در روز قیامت کافران بر مومنان چیره نخواهند بود و مراد آیه برتری مسلمانان بر غیر مسلمانان در روز قیامت است. چرا که در محضر داوری الهی هیچ چیزی از خداوند تبارک و تعالی پنهان نیست، عده ای دیگر نیز بر این نظر معتقدند که مراد از سبیل در آیه حجت و برهان است و کافران در روز قیامت، حجت و برهانی در رد مومنین و اثبات حقانیت خود نخواهند داشت. اما آیت .. موسوی بجنوردی از فقهای معاصر درباره این نظر معتقد است منافاتی ندارد که این آیه شریفه نسبت به روز قیامت از کفار علیه مسلمانان نفی حجت کند و هم دلالت بر یک قاعده فقهیه داشته باشد.^۲ بنابراین چه در دنیا و چه در آخرت کفار راهی بر علیه مسلمانان نخواهند داشت.

با وجود اختلاف نظراتی که در باب جعل تشریحی و یا تکوینی بودن آیه نفی سبیل مطرح شده است چه در بین علما متقدم و چه در بین علمای معاصر تردیدی در ثبوت این قاعده با استناد به قرآن کریم وجود نداشته و استحکام فقهی قاعده قابل تخدیش نیست. گرچه نظرات متفاوتی نیز در برداشت از مراد آیه نفی سبیل ارایه شده است اما به گواهی تاریخ قاعده در عموم مسائل مرتبط با احوال مسلمانان توسط فقها در دوره های مختلف زمانی مورد استناد قرار گرفته است.

۱. حسن، موسوی بجنوردی، **القواعد فقهیه**، قم، نشر الهادی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۱۹۷.

۲. سید محمد، موسوی بجنوردی، **قواعد فقهیه**، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۲۶۲.

۱-۶-۲-سنت

روایت «الاسلام یعلو و لا یعلی علیه و الکفار بمنزله الموتی و لایحجون و لایورثون»^۱ از پیامبر اسلام (ص) یکی دیگر از استنادات قاعده نفی سبیل است، که ابتدا در کتاب من لایحضر الفقیه و الخلاف شیخ طوسی بدون سند معتبر منتهی به معصوم (ع) وارد شده است.^۲ یعنی حدیث مرسل است اما با توجه به تایید این روایت از جانب شیخ صدوق تردیدی در پذیرش آن وارد نیست و بین اصحاب معروف و مشهور است، امام خمینی نیز روایت الاسلام یعلو را مشهور بین فریقین می داند.^۳

روایت دارای یک رویکرد ایجابی و یک رویکرد سلبی در درون خود است. بر اساس این روایت اسلام سبب علو و عزت است و در واقع همین عزت، رویکرد ایجابی این روایت می باشد که بر اساس آن اسلام سبب عزت مسلمین است و علو و برتری نسبت به آن وجود ندارد (و لا یعلی علیه) یعنی رویکرد سالبه روایت که در آن کافران بر مسلمین برتری ندارد چرا که این برتری علو و عزت مسلمین را از بین خواهد برد. همچنین از حیث دلالت ظاهری نیز این روایت با توجه به قرائن حالیه ای که در خود نهفته دارد و پیامبر اکرم (ص) را در مقام تشریح و قانونگذاری قرار می دهد و در مقام بیان این مطلب است که اسلام موجب علو مسلمین بر غیر مسلمین است و خداوند در عالم اعتبار تشریحی علوی به مسلمین اعطا فرموده است بنابراین یکی از روایاتی است که به صراحت بر قاعده نفس سبیل و بویژه جایگاه تشریحی آن دلالت دارد. البته در دلالت حدیث بر قاعده جای مناقشه و خدشه وجود دارد و تفسیر علو اسلام بر علو مسلم تفسیر برخلاف ظاهر است که در باب این روایت صورت گرفته است.

۱-۶-۳-اجماع

یکی دیگر از استنادات قاعده نفی سبیل اجماع است. اجماع یعنی اتفاق نظر علما و فقها در رابطه با حکم یک مسئله شرعی با این تفاوت که در فقه امامیه اجماع باید کاشف از نظر معصوم (ع) باشد و در غیر اینصورت چنین اجماعی باطل و مردود است همچنین از نظر مذاهب اربعه اهل سنت با توجه به حدیث «لا تجمع الامتی علی الخطا» از پیامبر اکرم (ص)، هیچگاه علما و فقهای مسلمین بر خطا تجمع و

که حاجب ارث نیستند و ارث هم نمی برند ۱. اسلام بالا می رود و غلبه ای بر آن وارد نمی شود و کفار همانند مردگان هستند

۲. مجید رضایی، محمدعلی هاشمی، **بازخوانی قاعده نفی سبیل با رویکرد به اندیشه های امام خمینی ره**، پژوهشنامه

متین، سال چهاردهم، شماره پنجاه و هفتم، زمستان ۱۳۹۱، ص ۷۱

۳. روح ا..، موسوی خمینی، **کتاب البیع**، چاپ اول، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ه.ق، ج ۲، ص ۷۲۶.