

نگاهی نو به «تعدیل» یا «تغییر» قواعد ارث

حمید مسجدسرایي • استاد، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران. (نویسنده مسئول)
h_masjedsaraie@semnan.ac.ir
مصطفی جباری • دانشیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران.
m.jabbari38@semnan.ac.ir

چکیده

گذر زمان، موضوعات و پرسش‌هایی نو پیش‌روی انسان و اندیشمندان هر جامعه خواهد گذاشت تا درباره آن بیاندیشند، پاسخ‌های درخور بیابند و در نهایت مشکلات جامعه خویش را چاره‌جویی کنند. مسلمانان از این امر به دور نبوده و نیستند و همواره، با مسائلی که فقیهان آن را «مسائل مستحدثه» می‌نامند رویاروی بوده‌اند. از دیگر سوی، برخی موضوعات از بدو ظهور اسلام - یا به عبارت دقیق‌تر، پیش از اسلام - هم در دیگر ادیان و هم در جامعه عرب وجود داشته، اما امروز می‌توان چنین پرسید که آیا موضوعی که اکنون با همان نام دیروز از آن یاد می‌شود، واقعاً همان موضوع عتیق است با همه ویژگی‌ها و عناصر سازنده آن، یا چنین نیست و از آن موضوع فقط نام یا بخشی از نام آن باقی مانده است و نه جمله آن با تمام ویژگی‌ها و عناصر سازنده آن؟ از شمار این موضوعات، «ارث» و قواعد آن است. آیا امروزه قواعد و احکام ارث باید عیناً همان باشد که در صدر اسلام بوده است؟ یا می‌توان شیوه‌ای متفاوت، هرچند اندک تصور کرد؟ یافته اصلی نوشتار حاضر این است که امضائی بودن احکام ارث و دگرگونی احکام آن در صدر اسلام، هم‌اکنون امکان تغییر در ماهیت و مفهوم نص، به‌علاوه ادعای توقیفی نبودن احکام ارث که تأثیر زمان و مکان را در آن ممکن می‌سازد، گواه آن است که تعدیل و حتی اندکی تغییر در قواعد ارث - البته طی زمان و با درایت فقهی، حقوقی و ملاحظه شرایط زمان و مکان - هم قابل تصور است و هم قابل پذیرش و اجراء.

واژگان کلیدی: مسائل مستحدثه، ارث، مقتضیات زمان، احکام امضائی.



آشنایان با مباحث ارث یا فرائض در کتب فقهی همچنین آشنایان با مباحث ارث در قانون مدنی ایران (ماده ۸۶۱ تا ۹۴۹ یعنی ۸۸ ماده) به خوبی می دانند که قواعد ارث و تقسیم ماترک میان ورثه جایگاهی ویژه در مقررات اسلام دارد. این ویژگی از دیرباز به دلایل مختلف حسّ شده است: حفظ سرمایه و مال و دارایی میان فرزندان، زوجه یا زوجات، اقربای متوفی تا هم با داشتن تمکن مالی، کلّ بر اطرافیان و جامعه نشوند و هم ماترک از نزدیکان به دیگران نرسد تا موجب قدرت و توان مالی آنان شده و در نتیجه توان اجتماعی و سیاسی بیشتری پیدا کنند و احتمالاً بر اطرافیان و قبیله و عشیره متوفی برتری جویی داشته باشند. اگر بپذیریم که احکام شارع مقدّس پشتوانه ای از عقل و درایت با خود دارد و شارع از زمره عقلاء و خود اعقل عقلاء، بل رئیس عقلاست، آنگاه می توانیم بپذیریم که علّت وضع قواعد ارث می تواند از سنخ دلیل فوق باشد. از سوی دیگر، می دانیم که قواعد و احکام ارث، احکامی است امضایی؛ یعنی پیش از اسلام میان جامعه عرب تقسیم ماترک، میان ورّاث متوفی بوده و اسلام تغییرات و دگرگونی هایی در آن داده است. حتی اگر از منظر حقوقی به موضوع نگریسته شود می توان گفت یکی از تأسیسات اجتماعی که قواعد و اصول حقوقی در آن کمتر به کار رفته، ارث می باشد تا آنجا که به اذعان یکی از حقوقدانان، در ادوار تاریخ ملل، ارث بر عادات متداوله اجتماعی گذارده شده بود و در هر دوره ای تا آنجا که نظم جامعه را مختلّ نمی نمود اعتدال و نصفت در آن رعایت شده است. این امر اختصاص به حقوق ملّت خاصی ندارد بلکه تمامی ملل در ادوار تاریخی گذشته از روش مزبور منحرف نشده اند؛ ارث در هر یک از قوانین موجود، نتیجه تحولات عمیقی است که در ادوار متمادی دچار بوده و سرچشمه خود را از روزهای تاریک می گیرد و حدسیات جامعه شناسان که نتیجه مطالعه در حالات اقوام و ملل مختلفه می باشد تا اندازه ای می تواند ما را بر آن آگاه گرداند (امامی، ۱۳۷۶، ج ۳، ص. ۱۶۹) اما آن چه اکنون می توان و باید پرسید این است: آیا می توان برای تقسیم ماترک میان ورثه بر همان مبانی کلی و همان علل و عواملی که اسلام آنها را مبنای تقسیم ارث دانسته است شیوه ای اندک متفاوت یافت؟ آیا قواعد و احکام ارث قابل تغییر است؟ و این تغییر تا چه اندازه خواهد بود؟ و دلایل پذیرش این تغییر چه می تواند باشد؟ با ذکر دلایل و

شواهدی می توان به این پرسش پاسخ آری داد. شاید این نوشتار بتواند از جامعه فقهی و حقوقی امید یافتن راهی نو داشته باشد.

ضرورت طرح این بحث و کنکاش پیرامون ابعاد این موضوع از آنجا ناشی می شود که تاکنون تحقیق یا نوشته ای پیرامون سوال مورد بحث مطرح نشده و از سوی دیگر، به ویژه در جامعه حقوقی علی الخصوص دانشجویان این رشته این سوال وجود دارد که با توجه به تغییرات و تعدیل های قابل توجهی که در شماری از احکام شرعی و مواد قانونی، حسب مقتضیات زمان و مکان به وجود آمده است، آیا در قواعد ارث امکان تعدیل یا تغییر، قابل تصور است؟

نویسندگان در نوشتار حاضر که به روش توصیفی - تحلیلی انجام شده است برای پاسخ به این سوال، پس از طرح موضوع امضایی یا تاسیسی بودن احکام ارث، با ذکر شواهد و قرائنی از نصوص و متون فقهی و حقوقی، درصدد برآمده اند تا پاسخی برای سوال فوق الذکر بیابند.

۲- دلایل امکان تغییر یا تعدیل قواعد ارث

با توجه به پرسشی که در بالا ذکر شد مبنی بر این که امکان تعدیل یا تغییر در قواعد و احکام ارث حسب مقتضیات زمانی و مکانی ممکن است ادله ای که می تواند به اثبات این مدعا پردازد ذیلاً مورد تحلیل قرار می گیرد:

۱-۲- امضایی بودن احکام ارث

۱- بدون تردید «ارث» را می توان پیش از اسلام در جامعه عرب یافت که اسلام پس از تغییراتی و اصلاحاتی آن را «امضاء» کرده است و به اصطلاح «ارث» از احکام «امضایی» است نه «تأسیسی». آن چه فاضل مقداد، نویسنده «کنز العرفان فی فقه القرآن» در شرح برخی از آیات وارد در ارث آورده است گواه خوبی بر این مدعاست. وی ذیل آیه ۳۳ سوره نساء به چند نکته اشاره می کند:

اول: بعد از توضیح اصطلاح که در آیه به عبارت «الذین عقدت ایمانکم» آمده است عباراتی را که «عاقده» می گفته، آورده و سپس می گوید: «فیکون للحلیف السدس من میراث حلیفه».

دوم: در جاهلیت، به سبب «این عقد» از هم ارث می بردند و اقارب ارث نمی بردند. خداوند در آغاز اسلام این مینا را پذیرفت اما سپس نسخ شد و مردم به واسطه «اسلام» و «هجرت» از هم ارث می بردند. روایت شده است که پیامبر(ص) بین مهاجرین و انصار عقد اخوت بست، آنگاه که

به مدینه آمد. مهاجری از انصاری ارث می برد و برعکس؛ اما قریب از قریبی که مهاجرت نکرده بود ارث نمی برد. در این باره آیه نازل شد: «و الذین آمنوا و هاجروا و جاهدوا باموالهم و انفسهم فی سبیل الله، و الذین آووا و نصروا اولئک بعضهم اولیاء بعض، و الذین آمنوا و لم یهاجروا ما لکم من ولایتهم من شیء حتی یهاجروا» (انفال: ۷۲) و سپس این آیه به قرابت و رحم و انساب و اسباب نسخ شد: «و اولوا الارحام بعضهم اولی ببعض فی کتاب الله».

سوم: میراث بر پایه معاهده و معاهده که به «ضمان جریره» موسوم است از نظر شافعی منسوخ است ولی از نظر اصحاب ما حکمی است ثابت؛ البته وقتی که وارث نسبی و سببی نباشد، زیرا از پیامبر (ص) روایت است که ایشان یوم الفتح خطابه ای ایراد کرد و فرمود: «به هر حلف که در جاهلیت بوده است وفادار بمانید که اسلام جز تقویت و تایید آن کاری نکرده است ولی حلفی در اسلام ایجاد نکنید.» ابوحنیفه معتقد است اگر مردی به دست مردی اسلام بیاورد و این دو هم پیمان شوند که عاقله یکدیگر باشند و از هم ارث ببرند پیمانی صحیح است.

چهارم: بر پایه آن چه گفتیم که حکم ارث به واسطه تعاهد و تعاهد از نظر فقیهان همچنان باقی است، آیه فی الجملة غیر منسوخه است بلکه آیه ای است محکم، اما حکم ارث در آن مجمل است و نیازمند شرائط و مختصات که باید در جای دیگری از قرآن و سنت آن را یافت (فاضل مقداد، ۱۳۷۳، ج ۲، ص. ۳۲۴-۳۲۵).

او همچنین ذیل آیه ۶ سوره احزاب می گوید: «گفتیم که رسول الله (ص) مسلمانان را به سبب هجرت ارث می داد و نه به سبب قرابت تا تألیف قلوب کرده باشد همانگونه که به کفار از صدقه، سهم می داد اما آن حکم به این آیه و به آیات ارث نسخ شد. و معنای آیه این است که اولوا الارحام در میراث از یکدیگر، از مهاجرین و دیگران اولویت دارند (اولوا الارحام بعضهم اولی بعض فی کتاب الله من المومنین و المهاجرین).

و ذیل آیه ۷ سوره نساء نیز نکاتی را ذکر می کند: در جاهلیت فقط به کسی ارث می دادند که از حریم دفاع می کند و گویند که در جاهلیت به مردان ارث می دادند نه به زنان. این آیه و امثال آن در رد بر آنان نازل شد.

سبب نزول آیه آن بود که اوس بن ثابت انصاری فوت کرد و زوجه ای و سه دختر از او ماندند. پسر عموهای اوس، سوید و عرفجه که وصی او بودند آمدند و مال او را گرفتند و به زوجه و

دخترانش چیزی ندادند و همان گونه که گفتیم در جاهلیت به زنان و صغار ارث نمی دادند. زوجه او نزد رسول الله آمد و ماجرا را گفت و از نیاز خودشان به نفقه گفت. پیامبر آن دو تن را فرا خواند. گفتند: یا رسول الله، فرزندان این زن بر اسب نمی نشینند، با دشمن در نمی آویزند. آنگاه این آیه نازل شد و برای زنان، فی الجمله، میراث مقرر کرد، ولی کیفیت توارث را معین نکرد. پیامبر به آن دو تن فرمود: در مال اوس تصرفی نکنید تا ببینم خداوند چه نازل می کند، چون خداوند برای زنان میراث مقرر کرده ولی معین نکرده که چه مقدار است. آنگاه این آیه نازل شد: «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثُهُ أَبَوَاهُ فَلِلثُلُثِ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِلْأُمَّةِ السُّدُسُ مِّنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينِ آبَائِكُمْ وَآبَائِكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةٌ مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا» (فاضل مقداد، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۳۲۶).

از آن چه فاضل مقداد ذیل این دو آیه آورده است می توان نتیجه گرفت: اساساً ارث، حکم امضایی است، در جاهلیت به زنان و صغار ارث نمی دادند اما اسلام این شیوه را نسخ کرد. شیوه تقسیم ارث، دگرگونی هایی داشته است که این تغییر را در توارث میان مهاجرین و انصار و اولوا الارحام مشاهده کردیم. یکی از شیوه های توارث عبارت است از «ضمان جریره» که در جاهلیت وجود داشت و اسلام آن را امضاء کرد اما امروزه چنین مفهومی برای جامعه مسلمین نه آشناست و نه مقبول؛ چنان که گفته شده به عقیده شافعی، حکم میراث به معاهده و معافده که به نام ضمان جریره خوانده می شود منسوخ گشته و مطلقاً ارثی برای او نیست (شهابی، ۱۳۶۹، ص ۲۱۶) ملک یمین نیز یکی از اسباب ارث بردن بود که جامعه امروزی، مالکیت انسان بر انسان را نمی پذیرد و به تبع، به پیامدهای آن هم تن نخواهد داد. «عقد موالات» نیز از همین دست است که به موجب آن دو نفر به این صورت تراضی می کردند و به هم می گفتند: خون من خون تو، ذمه من ذمه تو، مال من مال تو، من تو را یاوری دهم و تو مرا، من از تو ارث ببرم و تو از من، این گفتار را به سوگند استوار می کردند و از هم ارث می بردند؛ این نیز یک نوع ارث بردن در جاهلیت بود و وارثی که از این راه ارث می برد او را «مولى الموالاه» می نامند؛ نوشته اند که سدس ترکه را ارث می برد (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱، ص ۱۴).

اما فاضل مقداد در نهمین آیه که آخرین آیه مورد بحث در باب ارث است (و آیه ۸ سوره نساء) می‌گوید: برخی می‌گویند این آیه به آیه ارث به نسب منسوخ است، و برخی گویند همچنان ثابت است و بر ورثه مستحب است که هنگام تقسیم ارث، به اقارب و همسایگان و مساکین و یتامی که سهمی از ارث ندارند چیزی بدهند. سعید بن جبیر گوید: «گفته اند که آیه نسخ شده است ولی قسم به خداوند که نسخ نشده است ولی مردم نسبت به آن سستی می‌کنند» و گویند: «این بخش مختص عین است اما شامل زمین‌ها و بردگان نیست» و منظور سخن این است که آنان که از ارث سهم معینی ندارند و بخششی اندک به آنان می‌شود فقط از «عین» ارث می‌برند اما از زمین و بردگان متوفی چیزی به آنان نمی‌دهند.

شاید می‌توان «عقلانیت» حاکم بر این قول را دریافت که چگونه مانع نقل اموال غیر منقول، چون زمین و بردگان به غیر وارثان می‌شود تا از توان مالی ورثه کاسته نشود، زیرا چه بسا همین کاهش قدرت مالی و اقتصادی، از جایگاه اجتماعی آنان بکاهد و آنان را نیازمند به دیگران بکند. نیز همین «عقلانیت» را در حکم ارث مربوط به مهاجران و انصار و اولوا الارحام بتوان یافت: جامعه نوپای مسلمانان در مدینه باید قدرت و توان اقتصادی و مالی داشته باشد و این توان باید حفظ شود؛ بنابراین آن دسته از اقارب از مسلمانان که هنوز در مکه هستند و مهاجرت نکرده اند از اقارب خود ارث نمی‌برند.

انکون می‌توان پرسید آیا از این حکم می‌توان قاعده‌ای استنباط کرد: احکام ارث در صدر اسلام بنا به مصلحت جامعه مسلمین دگرگون می‌شده است. اگر چنین باشد پس اصل تغییر در احکام ارث فی الجمله پذیرفتنی است.

از سوی دیگر، چون نهاد «ضمان عاقله» در آن روزگار، هم پذیرفتنی بود و هم کارگشا و حلال برخی مشکلات، اسلام آن را پذیرفت و یکی از اسباب توارث دانست و علت پذیرش این نهاد همانا به دلیل کارگشا بودن بود.^۱ اینگونه توارث بر مبنای «عقد ایمان» بود که پیمانی میان دو تن منعقد می‌شد: دست راست خود را بر هم می‌گذاشتند و عاقد عباراتی می‌گفت: «دمک دمی،

۱. برای دیدن بحثی درباره ضمان عاقله و سپری شده زمان آن رک: مقاله «زمان عاقله»، مصطفی جباری، فصلنامه مطالعات

حقوق خصوصی، ۱۳۸۸، شماره ۲.

نارک ثاری ... تراثی و ارنک و تطلب بی و اطلب بک و تعقل عنی و اعقل عنک: خون تو خون من است، خونهای تو خونهای من ... از من ارث می بری و از تو ارث می برم، به خاطر من مطالبه می شوی و به خاطر تو مطالبه می شوم، عاقله من هستی و من عاقله تو» و این نهاد در جامعه آن روز پذیرفتنی بود؛ پس می توان گفت که توارث بر «عرف جامعه آن روز» و «نوعی عقلانیت» استوار بوده است. ارث دادن به زنان و صغار نیز از همین دیدگاه پذیرفتنی است: حمایت زنان از آیین جدید، همراهی با همسران و فرزندان خود که به آیین جدید گرویده بودند و رنج ها و بلاهایی که در تقویت آیین جدید متحمل می شدند همگی نشان از آن داشت که زنان نیز می توانند نقشی در جامعه نوپای مسلمین داشته باشند و دوشادوش مردان مسلمان باشند. از این همراهی و همدوشی با مردان، نمونه های فراوانی در تاریخ صدر اسلام می توان سراغ گرفت.

نکته مهم قابل ذکر این است که ذیل آیه ۱۳ سوره نساء، احکامی را که درباره ارث در آیات پیش از آن آمده است «حدود الله» تلقی شده است. حال سؤال این است که آیا می توان از «حدود الله» تخطی کرد؟ در پاسخ می توان گفت درست است که منظور از «تلك حدود الله» در این آیه، همان احکامی است که در آیات فوق و درباره ارث آمده است، اما در روند دادرسی در جمهوری اسلامی دیده ایم که چگونه در خصوص «قطع دست» یا «حکم جلد» بی آن که حکم آیه «السارق و السارقه فاقطعوا ايديهما» یا «الزانية و الزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلده ... و ليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين» نادیده گرفته شود با آن که «حکم الهی» و «حدود الهی» اند به شیوه ای در قانون مجازات تدوین شده اند که گویا از «نص قرآنی» در اجرای حکم بنا به مصالح جامعه و مقتضیات زمان و مکان، فاصله گرفته شده است. مثلاً می دانیم که «وليشهد ...» به معنای این است که «باید» گروهی از مؤمنان شاهد اجرای حکم جلد باشند ولی آیا می توان به آسانی موردی را سراغ گرفت که گروهی از شهروندان در تازیانه خوردن زانیه و زانی حضور داشته باشند؟ البته ممکن است «طائفة» به معنای «گروه» بر همان تعدادی که دست اندرکار صدور حکم و اجرای حکم هستند نیز صادق باشد ولی آیا منظور شارع مقدس این بوده است؟ یا منظور این است که گروهی از شهروندان عادی صحنه را ببینند تا مورد عبرت آنان باشد. همچنین است قطع ید سارق و سارقه، که حتی در صورت صدور حکم هم معلوم نیست در چه زمان و در چه مکانی اجرا

می‌شود؟ پس می‌توان گفت اطلاق «حدود الله» بر «قواعد ارث» البته درست است ولی ضرورتاً به معنای غیر قابل تغییر بودن این احکام در روش اجرا و تعدیل آنها می‌تواند نباشد.

۲-۲- جای مباحث ارث در کتب فقهی

می‌دانیم که غالب فقهای شیعه به ویژه پس از محقق حلی، مباحث فقهی را به چهار دسته تقسیم می‌کنند: عبادات، معاملات که خود به دو گروه عقود و ایقاعات تقسیم می‌شوند و احکام. البته در یک نامگذاری همه این چهار گروه به «احکام فقهی» موسومند اما می‌توان آنها را احکام فقهی به معنای اعم نامید و بخش چهارم را «احکام به معنای خاص»، زیرا احکام بخش چهارم نه عبادت - به معنای خاص که توقیفی است - هستند و نه عقود و ایقاعات به معنای مرسوم و متعارف. یعنی آن چه نه عبادت است و نه عقد و ایقاع می‌تواند در این گروه قرار گیرد که «ارث» در شمار این گروه از احکام فقهی است؛ پس شاید قدر مسلم این است که احکام «ارث» مانند احکام صلوه، صوم، حج و سایر عبادات، «توقیفی» نیستند که زمان و مکان در آنها تأثیری نداشته باشد. در پرسش از «علت» یا «حکمت» تشریح کیفیت و کمیت عبادات، همواره پاسخ این است که مکلف نمی‌تواند به آن راه پیدا کند و بنابراین آن چه را که تشریح شده است باید تعبداً بپذیرد و اطاعت کند اما در خصوص عقود و ایقاعات گفته شده و می‌گویند که شارع عنایتی به عرف جامعه و رسم مرسوم زمان و مکان تشریح هم داشته است و شیوه عقلای قوم را حجت می‌داند و می‌دانیم که فقیهان در بسیاری موارد معیار تشخیص یک مصداق را «عرف» می‌دانند. به عنوان مثال، می‌توان از موارد زیر نام برد: مهرالمثل، اجره المثل، نفقه زوجه، مسکن زوجه، افتراق بائع و مشتری از مجلس بیع در تحقق و عدم تحقق خیار مجلس، تحقق خیار غبن، تعیین فرصت برای شفیع در اعمال شفعه برای این که ثمن را تهیه کند و به مشتری بپردازد و حصه مبیعه را پس بگیرد، تشخیص مثلی و قیمی (ر.ک ماده ۹۵۰ قانون مدنی)، تشخیص مصداق همسایه بودن یا نبودن در وصیت به جیران، تعیین اجرت برای وصی، که نظر عرف در تشخیص مصداق تعیین کننده است. نهادهایی چون تنبی (پسر خواندگی)، ظهار، نکاح شغار، ولایت گسترده گروهی از مردان بر گروهی از زنان که اسلام این ولایت را به ولایت پدر و جد پدری بر دختر محدود کرد و پیش از آن حوزه این ولایت چندان گسترده بود که فاضل مقداد ذیل آیه ۲۴ سوره نساء می‌گوید: می

گویند وقتی مردی می‌مرد و قریبی از پدر داشت یا برادری داشت مانع از ازدواج آن زن با کس دیگری می‌شد و معتقد بود که من نسبت به این زن از هر کس دیگری أحق هستم (فاضل مقداد، ۱۳۷۳، ج ۲، ص. ۲۸۷) بر مبنای عرف جاهلیت و بر اساس عقلانیت آن جامعه و دلایلی که برای خود داشتند این نگاه استوار و ریشه دار شده بود. اما با توجه به تغییر ساختارهای جامعه عرب پس از اسلام و جایگاه و نگاه جدیدی که برای زن به وجود آمد این عرف در بخش‌های بسیاری رنگ باخت و پذیرفتنی نبود. فاضل مقداد ذیل آیه ۳ سوره نساء - در بند ۶ - می‌گوید: وقتی غیلان بن سلمه بن معتب یکی از بزرگان ثقیف اسلام آورد ده همسر داشت. پیامبر به او فرمود: «چهار همسر را با خود نگه دار و بقیه را رها کن» (فاضل مقداد، ۱۳۷۳، ج ۲، ص. ۱۴۱) و این سخن بیانگر جایگاه جدید زن در جامعه عرب پس از اسلام است.

۳-۲- نمونه‌ای از تغییر در احکام پس از وقوع انقلاب ایران

این پرسش که آیا فقه سنتی با همان دیدگاه و همان معیار می‌تواند پاسخگوی حوادث و موضوعات نوین اقتصادی، اجتماعی و غیره باشد پیش از تشکیل حکومت اسلامی در ایران مطرح بوده است. شاید اولین نمونه آن مطالبی است که مرحوم نائینی در کتاب «تنبیه الأئمه و تنزیه المله» آورده و میان قوانین و احکام ثابت شرعی با آن چه به تبع زمان و مکان وضع می‌شود تفاوت گذارده و موضوع را تبیین کرده است. ایشان می‌گوید: «بدان که مجموعه وظایف راجعه به نظم و حفظ مملکت و سیاست امور امت خواه دستورات اولیه متکفله اصل دستورالعمل‌های راجعه به وظایف نوعیه باشد، یا ثانویه متضمنه مجازات بر مخالفت دستورات اولیه؛ علی‌کل تقدیر خارج از دو قسم نخواهد بود چه بالضروره یا منصوصاتی است که وظیفه عملیه آن بالخصوص معین و حکمش در شریعت مطهره مضبوط است و یا غیر منصوصی که وظیفه عملیه آن به واسطه عدم اندراج در تحت ضابط خاص و میزان مخصوص غیر معین و به نظر و ترجیح ولی نوعی موکول است. واضح است که همچنان که قسم اول نه به اختلاف اعصار و امصار قابل تغییر و اختلاف و نه جز تعبد به منصوص شرعی الی قیام الساعه وظیفه و رفتاری در آن متصور تواند بود، همین‌طور قسم ثانی هم تابع مصالح و مقتضیات اعصار و امصار و به اختلاف آن قابل اختلاف و تغییر است چنان چه با حضور و بسط ید ولی منصوب الهی عز اسمه حتی در سایر اقطار هم به نظر و ترجیحات منصوبین از جانب حضرتش صلوات الله علیه موکول است در عصر غیبت هم به نظر و

به استثنای اندیشه های مبتنی بر نفی وجود خدا، همه افکار ملت هایی را که با آن مجاور بوده اند جذب کرده و آنها را در جهت مخصوص توسعه و گسترش خویش انداخته است» (اقبال لاهوری، بی تا، ص. ۱۸۷). روح جذب کننده اسلام در میدان فقه و حقوق از این هم آشکارتر است. استاد هورگونی - متتبع هلندی در مسائل اسلامی - می گوید: «هنگامی که تاریخ توسعه فقه اسلامی را مطالعه می کنیم به این نتیجه می رسیم که: از یک طرف فقهای عصر، به کوچک ترین دستاویزی همدیگر را تخطئه می کنند و حتی نسبت الحاد به یکدیگر می دهند و از طرف دیگر همان مردمان، به خاطر وحدت بزرگ هدف، در آن می کوشند که میان نظرهای مخالف پیشینیان خود سازگاری برقرار کنند». ابراز چنین نظری از طرف یک نقاد اروپایی اسلام، این امر را آشکار می سازد که آزادگی روح اسلام، علیرغم محافظه کاری شدید مجتهدان ما، با پیدا شدن زندگی جدیدناچار کار خود را خواهد کرد و من شک ندارم که پژوهش عمیق تری در ادبیات فقهی عظیم اسلام قطعاً این اعتقاد سطحی نقادان جدید را که فقه اسلامی را ایستاد و غیر قابل توسعه می دانند از میان خواهد برد. بدبختانه جامعه مسلمانان محافظه کار این سرزمین هنوز آماده اقدام به بحث نقادانه ای در فقه نیست و اگر به چنین کاری اقدام شود مایه ناراحتی بسیاری از مردم خواهد شد و اختلاف کلمه های مذهبی پیش خواهد آورد. با این همه به خود روا می دارم که در موضوع مورد بحث ملاحظاتی را به نظر شما برسانم. چون درباره چهار منبع مورد قبول فقه اسلامی و اختلاف کلمه هایی که در این خصوص پیش آمده، به تحقیق پردازیم صلابت و شکست ناپذیری مذاهب فقهی شناخته شده از میان می رود و امکان تطور و تکامل بیشتر آشکار می شود» (اقبال لاهوری، بی تا، ص. ۱۸۸-۱۸۹).

اما وقوع انقلاب، فقه شیعه را رویاروی و سینه به سینه با موضوعات جدیدی در اقتصاد، اجتماع، سیاست، بهداشت، و موضوعات حقوقی قرارداد که هر یک از آنها پاسخ مناسب و به روز و مورد قبول جامعه و قابل اجرا می خواست. امام خمینی (ره) با عنایت به فقه سنتی از یک سو، و با توجه به عنصر زمان و مکان از سوی دیگر، این اندیشه را به خوبی تبیین کرده و احکام جدیدی برای موضوعات بیان کردند و معتقد بودند موضوعی که در زمان شارع ویژگی ای داشته است امروز آن ویژگی را از دست داده و موضوعی جدید شده است و بنابراین حکم جدیدی می خواهد. نمونه ای از این موضوعات که احکام جدید یافته بودند عبارتند از: حضور فعال زنان در جامعه و ورود آنان

در امور سیاسی، اجتماعی و اقتصادی و هنری و ...، حکم جدید شطرنج و موسیقی، حکم جریمه تأخیر در تأدیه دین بانکی، تشکیل مجمع تشخیص مصلحت که منشأ تحوّل در قانونگذاری بود؛ مثلاً وضع قانون کار که پیش از آن رابطه کارگر و کارفرما در قالب اجاره فقهی تبیین می شد و مشکلات خاص خود را داشت، مقرر کردن شرط یک طرفه علیه کسانی که از امکانات دولتی منجمه وام بانکی استفاده و سرمایه گذاری می کنند و سپس وضع «قانون اهدای جنین به زوجین نابارور» که به وسیله شورای نگهبان تأیید شده است. همچنین فتوای مقام معظم رهبری (ره) درباره برابری دیه مسلم و ذمی، نیز عدم اشکال شرعی تلقیح مصنوعی، به روز کردن مهریه - ولی از سوی دیگر، عدم موافقت با تغییر مقدار مهریه به تراضی زوجین پس از انعقاد رسمی نکاح و ثبت مهریه - مقرر کردن اجره المثل برای زنان در دوران زندگی مشترک و تغییر در سهم الارث زوجه از اعیان و عرصه که در قانون مدنی اصلاح شده است (ماده ۹۴۶ و ۹۴۸ اصلاحی سال ۱۳۸۷)^۱ و ...

اینها همگی بیانگر آن هستند که رهبران حکومت اسلامی ایران پذیرفته بودند که جامعه به تمام معنا دگرگون شده و بر اساس همان معیارها و احکام فقهی گذشته، طابق النعل بالنعل، نمی توان جامعه را اداره کرد.

۴-۲- دخالت دولت در حقوق مستمری

می دانیم که برابر مقررات دولتی، حقوق متوفی فقط به شماری از ورثه متوفی می رسد نه به همه آنان. اگر بپذیریم که حقوق مستمری، «ترکه» است (رک: مسجّدسرائی، جباری، ۱۳۹۵، ص. ۱۲۷-۱۲۹) آنگاه این پرسش مطرح می شود که چرا به همه ورثه، به نسبت سهم الارث آنان داده نمی شود؟ اگر مبنای این تصمیم، نوعی مصلحت اندیشی به سود برخی ورثه باشد پس آیا می توان این را به عنوان یک مبنا پذیرفت که تقسیم ارث، گاهی ممکن است بر اثر مصلحت اندیشی تغییر کند؟ این مبنا همان می تواند باشد که در صدر اسلام رخ داد: عرب پیش از اسلام بنا به دلایلی، به زنان ارث نمی داد، اما وقتی ساختار جامعه تغییر کرد، مقرر شد که: «للدّکر مثل حظّ

۱. جهت اطلاع بیشتر رجوع کنید به: مقاله: «تحول در حقوق ارث زن از اموال غیر منقول شوهر»؛ محمدحسن صادقی مقدم،

الأثنيين» و سهم الارث زنان، نصف سهم الارث مردان شد، چون آن دلایل عرب پیش از اسلام بر ندادن سهم الارث به زنان - که شاید همه آن دلایل عبارت بود از این که زنان نقشی در جامعه و دفاع از حریم قبیله و عشیره ندارند، غنیمت نمی آورند بلکه به غنیمت برده می شوند و ... - رنگ باخته بود.

۵-۲- دخالت دولت در ارث تحت نام «مالیات بر ارث»

می دانیم که بر اساس قانون مالیات بر ارث، پس از حصر وراثت، و هنگام تملک دارایی متوفی توسط ورثه، دولت برای خود حقی در نظر گرفته و آن را مالیات بر ارث نامیده است. نیز می دانیم که دولت اسلامی زمان پیامبر چنین حقی برای خود قائل نبوده است و ماترک پس از پرداخت دیون و اجرای وصایا به ورثه می رسیده است. اما عقلانیت جامعه به این نتیجه رسیده است که چنین حقی را برای دولت قائل شود. درست است که قانون مالیات بر ارث به معنای «تغییر در سهم الارث» نیست اما آیا این کار می تواند اندکی بازنگری و تعدیل در تقسیم ماترک تلقی شود؟ به این معنا که از مقدار ماترک، بیش یا کم کاسته خواهد شد و نهایتاً بر مقدار تخصیص یافته به هر وارث مؤثر است.

۶-۲- نگاهی به ماده ۹۸۸ قانون مدنی

این ماده مقرر می دارد: «اتباع ایران نمی توانند تبعیت خود را ترک کنند مگر به شرایط ذیل: زیر: ۱- به سن ۲۵ سال تمام رسیده باشند؛ ۲- هیئت وزراء خروج از تابعیت آنان را اجازه دهد؛ ۳- قبلاً تعهد نمایند که در ظرف یک سال از تاریخ ترک تابعیت حقوق خود را بر اموال غیر منقول که در ایران دارا می باشند و یا ممکن است بالوراثه دارا شوند ولو قوانین ایران اجازه تملک آن را به اتباع خارجه بدهد به نحوی از انحاء به اتباع ایرانی منتقل کنند...» روح حاکم بر این ماده بیانگر آن است که ثروت مورثی که با سرمایه اقتصادی و امکانات و سرمایه انسانی این مرز و بوم گرد آمده است به کام کسی که می خواهد وطن خویش را رها کند و تابعیت کشور دیگری را بپذیرد نرود و به سرزمین دیگری سرازیر نشود؛ همانگونه که «کفر» یکی از موانع ارث است و سبب آن می تواند این باشد که دارایی جامعه مسلمین به سوی کفار سرازیر نشود تا موجب شوکت و قدرت آنان باشد و به همین سبب است که قاعده نفی سبیل، از تسلط کفار بر مسلمین منع کرده است، گویا همین علت به نوع دیگر، در «رقیت» هم وجود دارد که برده از مورث خود ارث نمی

برد، زیرا بخشی از آن چه مورث اندوخته است به تملک مولایی می رود که صاحب این برده خواهد شد و همین دقت را در خصوص زوجه مطلقه ای که به طلاق غیر رجعی مطلقه شده است می توان دید که وی از ماترک زوج متوفای خود ارث نمی برد، زیرا در صورت ارث بردن، بخشی از دارایی متوفی نصیب زوج جدیدی خواهد شد که هیچ تلاشی در به دست آوردن این ثروت نداشته است. پس می توان گفت آنان که ترک تابعیت می کنند باید از ثروت مورث خود محروم باشند زیرا چه دلیل عقلایی می توان یافت که کسی از کودکی در تابعیت کشور دیگری بوده است و اکنون که به عنوان مثال، عموی وی فوت کرده و وارثی از خود برجای نگذارده است، مالک همه آن ثروتی شود که در کشوری مسلمان با سرمایه اقتصادی و انسانی همان کشور و با تلاش شبانه روزی کارگران تحت مدیریت همان متوفی، گرد آمده است؟ وارثی که در غم و شادی هم میهنان خود شرکتی نداشته است و اکنون می خواهد بر سفره ای گسترده و آماده بنشیند. در چنین حالتی اگر نام چنین کاری را تغییر در قواعد ارث نگذاریم با چه دلیل و مبنایی کسی که عمری را در راه کسب مال و مالکیت مصروف داشته است به صرف ترک تابعیت، دست از مالکیت اموال خود بشوید و آن را به یک «تبعه ایرانی» (هرچند غیر وارث) که در موطن خود مانده است انتقال دهد؛ آیا چنین کاری سلب حق سایر ورثه (در فرض انتقال به کسی غیر از ورثه) از اموال مورث خود نخواهد بود که با اصول و قواعد اولیه ارث و مالکیت سازگاری ندارد؟ به ویژه با توجه به ماده ۹۹۰ ق.م. که مقرر داشته است اگر تبعه ایرانی که برابر مقررات تبدیل تابعیت کرده بخواهد به تبعیت اصلی خود رجوع نماید چنین کاری ممکن است. اما تکلیف اموالی که بیشتر بر اثر ترک تابعیت از مالکیت وی زایل شده و چه بسا تغییر مالکیت های مکرر بر آن واقع شده است چه خواهد شد؟ آیا چنین مقرر ای به منظور یک مجازات مدنی تلقی می شود؟

لازم به ذکر است که دو مورد مذکور در بالا (شواهدی از قانون مالیات بر ارث و محتوای ماده ۹۸۸ ق.م.) نه به عنوان دلیل یا شاهی بر «لزوم تغییر در احکام شرعی ارث» بلکه به عنوان نمونه هایی برای پیدا کردن راه حلی در به روز کردن و «تعدیل قواعد ارث» است همان گونه که در خیلی از احکام، فقها گام هایی را در به روز کردن احکام و تناسب آنها با شرایط زمانی و مکانی برداشته اند؛ به عنوان مثال، میان «قانون مالیات بر ارث» (به مثابه یک قانون مالیاتی موضوعه از سوی دولت) با «احکام الهی ارث» می توان با یافتن راهکاری قانونی شاید جمع کرد؛ بسته به این

که پسر یا دختر؛ کدام یک در موطن مورث حضور داشته‌اند و در دوران بیماری و پیری و نیاز به مورث خود کمک می‌کرده‌اند «قاضی» می‌تواند تصمیم بگیرد که چه سهمی از ماترک به کدام تعلق بگیرد؛ گاهی پسر دو برابر، گاهی پسر و دختر با تفاوتی اندک، و گاهی ... و این چیز عجیبی نیست وقتی فقیهان و حقوقدانان در خصوص ریزترین زخم‌هایی که بر بدن وارد می‌شود شیوه تشخیص دارند و «ارش» تعیین کرده‌اند اینجا هم با عنایت به روش‌های علمی موجود می‌توان شیوه‌هایی یافت و تدوین کرد. همچنین است در باب عبادات، مبطلات نماز و روزه و کفارات و غیره که تا چه اندازه ریزبین و تیزبین وارد موضوعات شده‌اند.

۲-۷- نصوص فقهی و حقوقی در خصوص ارث

اکنون به برخی از نصوص فقهی در باب ارث نگاهی می‌افکنیم.

کفر از موانع ارث دانسته شده تا آنجا که عدم توارث کافر از مسلم امری است که مورد اتفاق فقهای مختلف از مذاهب پتجگانه اسلامی است (حاجی عزیزی، غلامی، ۱۳۹۶، ص. ۸۹). در نصوص پیرامون مانعیت کفر از ارث، گفته شده است:

«کفری که مانع ارث بردن می‌شود چنان است که معتقد به اسلام را از نام اسلام خارج می‌گرداند ... در صورتی که کفری فوت کرده و دارای چند وارث کافر و یک وارث مسلمان بوده باشد ارث او به وارث مسلمان می‌رسد ... و وارث کافر ارث نخواهد برد هرچند به مورث نزدیک تر باشد ... و چنان چه وارث کافر قبل از تقسیم ترکه اسلام بیاورد در صورتی که از نظر درجه، با سایر وراث مساوی باشد به همراه آنان ارث می‌برد و در صورتی که درجه وی به متوفی نزدیک تر باشد به تنهایی ارث خواهد برد»^۱ (حلی (محقق)، ۱۴۱۵، ج ۴، ص. ۸۱۴-۸۱۵).

شهید ثانی با عبارتی مشابه معتقدند که تمامی انواع کفر، مانع ارث بردن بوده و کافر از مسلمان ارث نبرده و مسلمان از کافر ارث می‌برد ... و در صورت اسلام آوردن کافر قبل از تقسیم ترکه و

۱. «و الکفر المانع هو ما یخرج به معتقده عن سمة الاسلام ... و لو مات کافر و له ورثة کفار و وارث مسلم کان میراثه للمسلم و لو کان مولی نعمة أو ضامن جریره دون الکافر وإن قرب ... و اذا اسلم الکافر علی میراث قبل قسمته شارک أهله إن کان مساویاً فی الدرجة و انفرده به إن کان أولى.»

متعدد بودن ورثه، وارث کافر در فرض همرتبه بودن با آنان، ارث برده و چنان چه رتبه وارث کافر بالاتر بوده باشد به تنهایی ارث خواهد برد...^۱ (شهید ثانی، بی تا، ج ۸، ص ۲۶-۲۷).

آیه الله خوئی نیز اسلام آوردن وارث کافر را قبل از تقسیم ترکه سبب ارث بردن وی با مشارکت سایر وارث در صورت مساوی بودن درجه، و یا به تنهایی در فرض نزدیک تر بودن درجه وی به مورث دانسته اند^۲ (خوئی، ۱۳۹۳، ص ۳۶۳)؛ قریب به همین ادبیات فقهی در تعبیر یکی از فقهای معاصر نیز به چشم می خورد^۳ (خمینی، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۳۹۲).

حقوق وضعی نیز از وضعیت فقهی موجود بی بهره نبوده و شاید از باب این که گفته شده قواعد ارث، از جمله «قواعد آمره» است حقوقدانان معتقدند که کفر و ایمان در زمان تحقق ارث معیار است؛ پس اگر وارثی بعد از تملک ترکه و پیش از تقسیم آن کافر شود از ارث محروم نیست... منع از ارث نتیجه بی لیاقتی کافر در تملک ترکه و نوعی کیفر مدنی است؛ بنابراین کفر پدر به فرزند مسلمان او صدمه نمی زند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۱۹).

ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی الحاقی ۱۳۷۰/۰۸/۱۴ نیز چنین مقرر داشته است: «**کافر** از مسلم **ارث** نمی برد و اگر در بین **ورثه** متوفای کافری، مسلم باشد وراثت کافر ارث نمی برند اگر چه از لحاظ **طبقه** و **درجه** مقدم بر مسلم باشند.»

تصور کنیم فردی دارای چند فرزند است که یک یا دو تن از آنان که مانند دیگر فرزندان متوفی اظهار کفر کرده بودند به طمع تصاحب و تملک ترکه پیش از تقسیم ترکه اظهار اسلام می کنند و اتفاقاً از نظر تمکن مالی از دیگر فرزندان وضع بهتری دارند و چه بسا اصولاً نیازمند تصاحب ترکه نباشند و اتفاقاً در میان همان فرزندان که اظهار کفر کرده و بر آن ثابت قدم مانده اند بیمار سخت

۱. «و ینع الارث للمسلم الکفر بجمیع اصنافه و ان انتحل معه الاسلام و لایرث الکافر حربیاً أم ذمیاً أم ناصیباً أم غالباً المسلم وان لم یکن مومنأ و المسلم یرث الکافر و ینع ورثته الکفار وإن قریبوا و بعد و کذا یرث المبتدع من المسلمین لأهل الحق و لمثله و یرثونه علی الأشهر و اذا اسلم الکافر علی میراث قبل القسمة بین الورثه حیث یکونون متعدّین شارک فی الارث بحسب حاله إن کان مساویاً لهم فی المرتبه لو کان الکافر ابناً و الورثه إخوته و انفراد بالارث إن کان أولى منهم کما لو کانوا إخوه مسلماً کان المورث أم کافراً و ناء الترکه کالاصل.»

۲. «لو أسلم الکافر قبل القسمة فإن کان مساویاً فی المرتبه شارک و إن کان أولى انفراد بالمیراث.»

۳. «... لو کان وارثه المسلم متعدداً فإن کان اسلام من أسلم بعد قسمة الارث لم ینفع اسلامه و أما لو کان قبلها فیشارکهم فیه إن ساواهم فی المرتبه و اختص به و حجبهم ان تقدّم علیهم کما إذا کان ابناً للمیت و هم إخوه.»

درمان و بسیار نیازمند وجود دارد ولی علیرغم آن حاضر به «اظهار اسلام منافقانه» نیست. عدالت و انصاف چه اقتضا می‌کند؟ آیا آن کس که سال‌ها دور از وطن زیسته و در غم و شادی و جنگ و صلح حضور نداشته و چه بسا علیه دین و اعتقادات هم وطنان خود تلاش‌ها کرده و اکنون به طمع تملک‌ترکه اظهار اسلام دروغین می‌کند سزاوارتر از آن کس است که همه مصائب را همراه و همگام هم میهنان خود بیموده و گذرانده ولی حاضر به اظهار اسلام دروغین نیست؟

در عصر ما به علت دخالت ماشین و ارتباطات سهل و آسان، خانواده مفهوم خود را در کشورهای پیشرفته از دست داده و در باقی کشورها بر اثر تقلید کورکورانه مفهوم خود را در شرف از دست دادن است. خطر این ضایعه، فقر عواطف و سرگشتگی انسان‌ها در پهنای زندگی است. روزگاری دوستی و دوست، همه چیز انسان بود. این عواطف گرانبها رفته و باز هم می‌رود اما چه بر جا می‌گذارد؟ سرعت، حرکت، رقابت، خشونت، و سرانجام خسته و سرگشته از حرکت باز ایستادن.

خانواده‌های اعصار پیش، غرق در عواطف بودند و از زندگی لذت می‌بردند بنابراین در اندیشه ارث خاله و پسر خاله و عمو و پسر عمو هم بودند. اما امروز پسر خاله چه مفهومی در روابط خویشاوندی دارد؟ زندگی عاطفی شرایط خاصی را در ارث بردن خویشاوندان از یکدیگر پدید می‌آورد. پس ارث یکی از سنت‌های اصلی زندگی عاطفی خانواده است که متأسفانه این زندگی عاطفی و این تبار باشکوه در شرف درهم ریختن است (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱، ص. ۴-۵).

تصور کنیم مورث مسلمان، وارثی کافر دارد اما پسر عمو یا برادرزاده است یا خویشاوندی دور است و به طمع تصاحب ترکه، بلافاصله پس از موت مورث، اظهار اسلام می‌کند و او کسی است که از کودکی در خارج از وطن زیسته و چه بسا مطلقاً هیچ رابطه‌ای با مورث خود نداشته است آیا می‌توان به دلیل این که «حکم، به مورد اغلب است» دارایی کلان مورث را که در این مرز و بوم با سرمایه انسانی و اقتصادی مردمان این سرزمین فراهم آمده است به کام او سرازیر کرد؟

همچنین است اگر مادری در دوران کودکی فرزند خود، از زوج خود طلاق گرفته و حق حضانت را هم به پدر فرزند سپرده است و کودک در دشواری و بی‌مادری و شاید هم با نامادری‌ای نامهربان که هرگز نمی‌تواند عاطفه مادری را برای کودک جبران کند بزرگ شده و سرمایه‌ای اندوخته است. در این که پس از فوت این فرزند آن مادر در ماترک او سهمی داشته باشد چگونه باید داوری کرد؟ به ویژه اگر مادر ازدواج مجددی کرده و صاحب فرزندان شده است؛ چرا باید

سرمایه ای که با دشواری فراوان توسط آن فرزند تحصیل شده است به کام خانواده دیگری برود؟ ممکن است گفته شود که حکم شرع و قانون همواره بر مورد غالب یا اغلب است ولی می توان گفت اکنون که همه سوابق زندگی شخصی شهروندان قابل ثبت و دستیابی مجدد است چرا نباید جانب انصاف، دستکم در چنین مواردی، رعایت شود؟

نتیجه آن چه تاکنون گفته شد می تواند این باشد که قواعد ارث، بر پایه عرف متعارف و عقلانیت جامعه صدر اسلام وضع شد و البته مقبول آن جامعه - که اساساً بر پایه عرف و قواعد قبیله و ساختارهای ویژه خود بنا شده بود و اداره می شد - قرار می گرفت. جامعه ای که فردی از قبیله معتقد بود: «من و برادرم علیه پسر عمو، من و برادرم و پسر عمویم علیه بیگانه»؛ یعنی پیوند برادرانه و پیوند با پسر عمو اینچنین مستحکم و کارساز بود. در این ساختار بود که شیوه های اداره دارایی و سیاست حاکم بر قبیله معنا داشت و افراد جایگاه ویژه خود را داشتند، اما امروز که چنان رابطه و پیوندی وجود ندارد یا کم رنگ شده است چه باید کرد؟

اما این پرسش هم وجود دارد که برای نصوص وارده در خصوص ارث چه باید کرد؟ آیا می توان پذیرفت که قواعد ارث در زمره قواعد آمره است یا این که در شرایط زمانی و مکانی گوناگون، قابلیت تفسیر و تغییر جدید را دارد؟ به این پرسش می توان چنین پاسخ داد: شاید بازنگری و دقت در مفهوم «نص» بتواند راهگشا باشد. فاضل مقداد معتقد است لفظی که در وضع خود دارای معنایی باشد چنان چه احتمال معنای دیگری غیر از آن چه که از آن لفظ فهمیده می شود نداشته باشد «نص» است و در فرض احتمال معنای دیگری، معنای راجح، «ظاهر» و معنای مرجوح، «مؤول» نام دارد^۱ (فاضل مقداد، ۱۳۷۳، ج ۱، ص. ۳). دکتر لنگرودی در تعریف نص آورده است: «نص، عبارت یا دلیلی است که در مقابل دلالت آن، احتمال مخالف به ذهن راه نیابد مانند مدلول ماده ۱۱ قانون مدنی» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷، شماره ۵۷۴۶) و برخی ذیل واژه «نص» گفته اند لفظی است که دلالت قطعی بر معنی داشته باشد و احتمال خلاف در آن نرود؛ در نصوص، قطع به مراد متکلم پیدا می شود؛ نص در برابر «ظاهر» است... (فیض، ۱۳۷۱، ص. ۲۵).

^۱ . اللفظ المفید وضعاً ان لم یحتمل غیر ما فهم منه بالنظر الیه فهو النصّ و إن احتمل فان ترجّح احد الاحتمالین بالنظر الیه ایضاً فهو الظاهر و المرجوح المؤول

با این همه، در خصوص نصّ می توان پرسید: آیا در مفهوم و ماهیت نصّ، «عدم تغییر» هم لحاظ شده است؛ یعنی می توان گفت از خود نصّ، فی نفسه، بر می آید که نصّ قابلیت تغییر ندارد؟ ظاهراً پاسخ منفی است زیرا از تعریف نصّ، همین قدر بر می آید که دلالتش بر مدلول، قطعی است و احتمال مخالف به ذهن راه نمی یابد ولی این که نصّ قابل تغییر نیست از تعریف خود نصّ بر نمی آید. پس «عدم جواز اجتهاد در مقابل نصّ» پیش و بیش از آن که ریشه در مفهوم و ماهیت خود «نصّ» داشته باشد ظاهراً در جلوگیری از اخلال در تشریح و قانونگذاری و اجرا است؛ یعنی ایرادی است شکلی و اجرایی، نه ماهوی.

پذیرفتن این جواز تغییر، به ضمیمه تغییر جایگاه زنان در جامعه و نقشی که امروزه در اقتصاد و سیاست و جامعه به معنای عام آن دارند می تواند این سؤال را مطرح کند که منظور از «ذکر» در آیه «لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ» آیا مرد - به لحاظ جنسیت - است یا آن که «ذکر» در جامعه صدر اسلام و پیش از اسلام ویژگی هایی داشت که با داشتن همه آن ویژگی ها، «ذکر» تلقی می شد: جنس مردانه، دفاع از قبیله، جنگیدن به خاطر حفظ منافع قبیله، کسب غنیمت و داشتن نقش مهم اقتصاد در خانواده. همه اینها در کنار هم و با هم بود که آن جایگاه را برایش شکل می داد و او را دارای سهم بیشتری از زن می دانست. اسلام زن را از بی نصیب بودن مطلق رها کرد و او را صاحب سهمی در ارث قرار داد. آیا می توان با عنایت به آن چه گفته شد سهم بیشتری یا حتی برابر با مرد - البته با حفظ شرایطی ویژه و نقشی که هر زن به طور موردی در کیان خانواده دارد - برایش در نظر گرفت؟

در خصوص «نصّ» این پرسش می تواند مطرح شود آیا از تعریف خود نصّ (کنز العرفان، ترمینولوژی حقوق دکتر لنگرودی، مبادی فقه و اصول دکتر فیض) بر می آید که نصّ، قابل تغییر نیست؟ اگر نصّ ماهیتاً چنین است پس می تواند قابل تغییر باشد و این نکته ای مهم است. اما نکته دقیق و باریکه ای که هست این است که چگونه باید نسبت به این تغییر عمل کرد؛ آیا بهتر آن است که نام این اقدام را «تغییر» بگذاریم یا «تعدیل»؟ از سویی باید حریم و چهارچوب و تقدس احکام را نگاه داشت که بولهوسانه و باری به هر جهت دست به هر تغییری زده نشود و از سوی دیگر باید مصلحت جامعه و به روز کردن احکام و ... را هم در نظر داشت و این کار همان است که «باید با توجه و بر پایه ارزش ها، معیارها و ضوابط» و در یک کلام معیارهای فقه سنتی انجام پذیرد؛ یعنی

همان فقه جواهری که امام خمینی فرمود. در این نوشتار همین مقدار ادعا شده که با توجه به آن چه که به عنوان دلیل و هدف ارائه شده است «چنین تعدیلی ممکن است» اما چگونه؟ چیزی است که جامعه فقهی حقوقی کشور باید راهی برای آن بیابد، همان گونه که برای دیگر احکام راهی یافته‌اند: مگر اختیار طلاق را در فقه به زوج نداده‌اند لکن با تغییراتی که در حال حاضر در قانون مدنی داده شده است اراده مرد در انجام طلاق، محدود و مشروط به ضوابط و شرایطی از جمله مراجعه به دادگاه و رعایت شرایط قانونی است (ر.ک: ماده ۱۱۳۳ ق.م. اصلاحی ۱۳۸۱/۸/۱۹؛ مقایسه شود با همین ماده قانونی پیش از اصلاح که مقرر می‌داشت «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد») مگر امروزه با عبارت «انت طالق»، زوج مطلقه است؟ و همه آثار طلاق بر آن بار می‌شود؟ یا آن که دولت در نهاد خانواده دخالت کرده و در شیوه اجرا و ثبت نکاح و طلاق تصمیم می‌گیرد. همچنین است مثال‌های دیگری که ذکر شده و بیانگر این است که بنا به مصالح اجتماع، دولت تصمیماتی می‌گیرد که در فقه سابقه ندارد.

نتیجه‌گیری

بنا به آن چه گفته شد می‌توان چنین نتیجه گرفت که:

عنایت به مقاصد شریعت و علت تشریح احکام ارث به آن شیوه که در کتاب و سنت و متون فقهی آمده است رابطه تنگاتنگی بوده که مورث با ورثه خود در طبقات گوناگون ارث و بر پایه عرف زمان تشریح داشته است، اما در جامعه معاصر مسلمانان امروز که آن رابطه‌ها کاملاً دگرگون شده، به نظر می‌رسد که می‌توان و باید در قواعد تقسیم ارث بازنگری کرد تا «حقیقت» ارث را بتوان با «واقعیت» پیوند داد. دلیل و گواه بر این مدعا آن است که اولاً، احکام ارث در زمره احکام امضائی است نه تأسیسی و همچنان که در صدر اسلام تحولات و دگرگونی‌های گسترده‌ای به خود دیده است لذا امکان تغییر و دست کم تعدیل در قواعد و احکام آن امروزه دور از انتظار نیست؛ ثانیاً، می‌توان ادعا کرد که احکام ارث در شمار احکام توقیفی نیست که نتواند تحت تأثیر شرایط زمان و مکان باشد؛ ثالثاً، اگر تغییر در مفهوم و ماهیت نص را ممکن بدانیم می‌توان ادعای تغییر و یا تعدیل در احکام ارث را البته با ملاحظه مقتضیات زمان و مکان روا دانست.

منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) اقبال لاهوری، محمد. (بی تا). احیای فکر دینی در اسلام، ترجمه احمد آرام، بی جا: کانون نشر و پژوهش های اسلامی.
- ۳) امامی، سید حسن. (۱۳۷۶ش). حقوق مدنی، ج ۳، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة.
- ۴) جبّاری، مصطفی. (۱۳۸۸ش). زمان عاقله، فصلنامه حقوق. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، (۲)، صص. ۱۱۳-۱۲۷.
- ۵) جبّعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. (بی تا). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة، ج ۸، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
- ۶) جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۶۷ش). ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- ۷) جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۴۰۱ش). ارث، ج ۱، ج ۶، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- ۸) جمعی از نویسندگان. (بی تا). بحثی درباره مرجعیّت و روحانیّت، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ۹) حاجی عزیزی، بیژن؛ غلامی، نگین (۱۳۹۶). اثر تفاوت دین مورث و وارث در توارث. فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، (۱۷)، صص. ۸۱-۱۰۴.
- ۱۰) خمینی، سید روح الله. (۱۳۹۸ش). تحریر الوسیله، ج ۲، ج ۵، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- ۱۱) خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۳۹۳ق). منهاج الصالحین، ج ۲، ج ۲، تهران، مکتبه لطفی.
- ۱۲) سیوری حلی (فاضل مقداد)، مقداد بن عبدالله. (۱۳۷۳ش). کنز العرفان فی فقه القرآن، تهران: انتشارات مرتضوی.
- ۱۳) شهابی، محمود. (۱۳۶۹ش). ادوار فقه، ج ۲، ج ۳، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۱۴) صادقی مقدم، محمدحسین. (۱۳۹۱). تحول در حقوق ارث زن از اموال غیر منقول شوهر. دوفصلنامه دانش حقوق مدنی، (۲)، صص. ۵۵-۶۷.
- ۱۵) فیض، علیرضا. (۱۳۷۱). مبادی فقه و اصول، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- ۱۶) کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶ش). ارث، تهران، چاپ اول، نشر دادگستر.

۱۷) محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۱۵ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، چ ۴، تهران: انتشارات استقلال.

۱۸) مسجدسرائی، حمید؛ جباری، مصطفی. (۱۳۹۵ش). درآمدی بر ماهیت فقهی حقوقی مستمری. پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، (۴۹)، صص. ۱۲۳-۱۳۸.

۱۹) نائینی، محمدحسین. (۱۳۷۸ش). تنبیّه الأمّه و تنزیه المله، ج ۹، تهران: شرکت سهامی انتشار.