

خرد هر چند نقد کاینات است
چه سنجد پیش عشق کیمیاکار
بیبا و حال اهل درد بشنو
به لفظ اندک و معنی بسیار

دکتر ناصر کاتوزیان *

ارزش سنت و جذبه عدالت در توارث همسران

چکیده: در این مقاله، میراث زن از شوهر، بر پایه منابع اصلی آن در فقه و تحولات اجتماعی و اقتصادی، از نو مطالعه شده است. در این بررسی انتقادی، از یک سو جذبه عدالت و از سوی دیگر ارزش سنت‌ها، راه‌حلهای متفاوتی را القاء می‌کند و نویسنده کوشیده است، پس از استخراج موارد تبعیض میان ارث زن و شوهر و تعارضهای دو ارزش عدالت و سنت، این دو قطب را به هم نزدیک کند و راه‌حلی میانه بیندیشد. راه‌حلهای به‌گونه‌ای است که به سنت‌ها لطمه نمی‌خورد و نظام حقوقی پذیرای آن است: به عنوان مثال، برای جبران کمبود ارث زن پیشنهاد شده است که وصیت به سود او به صورت فرض قانونی و تغییرپذیر در آید. همچنین، در مورد ارث بردن زن از عرصه و اعیان املاک (تمام اموال شوهر) بر رجوع به عدالت قرآنی (برابری زن و شوهر) تکیه شده است که در میان فقیهان نیز طرفدارانی دارد.

مقدمه

قانون مدنی میراثی از حقوق کهن است و به دلیل ریشه قدیمی خود به مفهوم «خانواده گسترده» تکیه دارد؛ خانواده‌ای که نسل‌های پیاپی در آن پیوند و ارتباط دارند و ستون نسل‌ها و حاشیه و اطراف آن از هم ارث می‌برند. این گروه اجتماعی از دیرباز نقشی مهم در اقتصاد و سیاست و همبستگی قومی و ملی داشته است. در درون گروه نیز، همه به خاندان و تبار خویش افتخار می‌کنند؛ خود را موظف به حفظ قدرت و

شوکت آن می‌دانند؛ به اطاعت از بزرگ خاندان مباحثات می‌کنند و در یک گورستان می‌آرامند تا نشان پیوند ابدی آنان باشد. در این گروه، ارث بردن اعضاء از یکدیگر طبیعی است: هم با علاقه و میل متوفی تناسب دارد و هم ضامن بقای ثروت خانواده در درون آن می‌شود.

ولی، امروز خانواده به سوی ترکیبی از زن و شوهر و فرزندان پیش می‌رود و علاقه‌های پیشین قومی روبه‌سستی نهاده است: به عنوان مثال، توارث میان نواده‌های عمو و خاله نه مبتنی بر محبت و علاقه و خواست مفروض متوفی است و نه به تحکیم مبانی خانواده کمک می‌کند. این خویشان، به‌ویژه در شهرهای بزرگ و کشورهای که مهاجرت در آن شایع است، گاه یکدیگر را نمی‌شناسند و هیچ علاقه و ارتباطی با هم ندارند. در نتیجه، حکمتی که موجب توارث شده است تغییر یافته یا رو به دگرگونی است و تنها نشانه‌هایی از رسوم کهن (مانند احترام به پدر و مادر) در آن دیده می‌شود. از سوی دیگر، همبستگی میان زن و شوهر نیز چهره دیگری یافته است: در اخلاق کنونی، زن بیگانه‌ای نیست که به حکم ضرورت به خانواده شوهر پیوند خورده باشد تا مرگ شوهر بتواند او را از ستون اصلی جدا سازد و به خاندان پدری بازگرداند. این بیگانه، به‌ویژه اگر فرزندی را هم در دامان خود پرورده باشد، مرکز عاطفی خانواده نوپا و یار و همدل و معاون متوفی است؛ و پس از مرگ شوهر، بازمانده کانون پیشین و نگاهبان خانواده صدمه‌دیده و نام متوفی و حامی فرزندان آن است. پس، سزاوار نمی‌نماید که گاه از میراث خود محروم بماند یا اندکی سهم برد و ثبات خانواده‌ای که او یکی از پایه‌گذاران اصلی آن بوده است به عموزاده‌ای داده شود که سالیان دراز از فرهنگ و تبار خویش گریخته و تنها نامی از متوفی در خاطره‌اش مانده است.

با وجود این، شتاب تحول حقوق، به‌ویژه در موردی که احکام آن از سنت‌های پاک‌گرفته یا موازین مذهبی الهام گرفته باشد، به مراتب کندتر از دگرگونی‌های اجتماعی و پیشرفتهای صنعتی است و تجربه نشان می‌دهد که قواعد حقوقی، برحسب طبیعت خود، میل به سکون و ثبات دارد و به‌کندی حرکت می‌کند. حقوقدان نیز در اندیشه‌های خود محافظه‌کار است و به‌دشواری دل از سنت‌ها و ارزشهای تاریخی می‌کند. دلیل این کندی، بی‌مبالائی یا ترجیح وضع انفعالی در امور اجتماعی نیست؛ دلیل آن، ارزشی

است که برای ثبات روابط حقوقی و حفظ حرمت سنت‌ها و عاداتها قائل است. در نظام حقوقی، ارزش همگامی با مصلحت و نیازهای اجتماعی و ارزش سنت‌ها، به عنوان ستون تمدن قومی، دو عامل نیرومند محرک است و ضرورت و تعادل این دو نیرو است که از شتاب تحول می‌کاهد. (۱) به همین جهت است که در حقوق بیشتر کشورهای که تمدن قدیمی دارند، در بخش‌های ارث و خانواده قواعدی به چشم می‌خورد که به رسوم و عاداتهای ملی و سنت‌های مذهبی بیش از مصلحت و منطق تکیه دارد.

هنر حقوقدان و جمع ارزشها

در حقوق ما، استخوان‌بندی احکام ارث بر پایه موازین شرعی تکیه دارد و حقوقدان، به دلیل اعتقاد به این حرمتِ والا یا منع قانون‌اساسی از تجاوز به احکام مذهبی، با احتیاط فراوان با آنها روبه‌رو می‌شود و دست خود را در جست‌وجوی عدالت باز نمی‌بیند. (۲) دشواری در این است که او، همانند حکیم و جامعه‌شناس، در کشف حقیقت آزاد نیست و پای در عقاب نظام حقوقی و آرمانها و اعتقادهای خود دارد؛ از درون و بیرون در فشار است و همین عوامل سبب می‌شود تا مبارزی دائمی، محافظه‌کار و محتاط جلوه کند و در حالی که دستی بر سر و دستی دیگر بر قلب خود دارد، از تلاش باز ایستد و از آتش پنهان خاکستری سرد به‌جا ماند.

با وجود این، هنر واقعی در گشودن کوره راه عدالت است و فضیلت در اجتهاد. فن متناسب با هنر دادگستری نیز در جمع و همگون کردن ارزشها است. حقوقدان باید این فن را در خدمت آن هنر گذارد: عشق و عقل را در هم آمیزد؛ ندای وجدان و تکلیف را همگام سازد؛ ارزشهای متزاحم را مصون دارد و ایمان و نیاز و ضرورت را آشتی دهد. در بحث ما، راه حل معقول در جمع خواست‌ها و حرمت سنت‌هاست. زیرا، نه از فشار نیازها و واقعیت‌های اجتماعی می‌توان گذشت، نه از حفظ حرمت سنت‌ها چشم پوشید. تمام هنر نیز در تمهید چنین راه‌حلهایی است. باید راه تحول آرام حقوق به سوی عدالت را باز گذارد تا دریچه اطمینانی برای کاستن از فشار نیازها باشد. در این مسیر از دو وسیله مستقیم و باواسطه می‌توان سود برد:

۱. وسیله مستقیم، اجتهادهای تازه در سایه چهره‌های حادث عدالت است: لزوم

احترام به قواعد مذهبی و سنت‌ها به معنی رضا به ثبات احکام و سکون و بی‌حرکتی نیست. طرح دوباره منابع اصلی فقه گاه نشان می‌دهد که چه بسا شهرتها که بی‌پایه و راهزن یا وابسته به مصلحت‌گرایی زمان است و نباید از آنها سدی در برابر حرکت اندیشه‌ها ساخت. ما نیز بی‌تفاوت از اشکالها و تعبدها نمی‌گذریم و شوق رسیدن به عدالت دستمایه و محرک پیشنهادهای اصلاحی در این مقاله است.

۲. استفاده از سیاست قانونگذاری و اجتهاد تازه در مقام تفسیر گاه به موانع اساسی برمی‌خورد. در چنین حالتی، نباید به انتظار تحول قهری، اخلاقی و سیاسی پای از رفتن شست. فن مناسب برای گریز از مانع، تمهید فرضهای حقوقی^۱ و اماره‌های قانونی و انتخاب اداری است تا به‌طور غیرمستقیم قواعد حقوق به عدالت نزدیک‌تر شود: به‌عنوان مثال، برای محدود ساختن وارثان، می‌توان بر تملک میراث خویشان دور مالیاتهای سنگین وضع کرد و همسر را از پرداخت مالیات معاف کرد (چنانکه دولتها به‌طور معمول از این تمهید استفاده می‌کنند تا در عمل خزانه عمومی را جانشین خویشان دور سازند)؛ یا با تشویق به نوشتن وصیتنامه‌های مناسب، اراده متوفی را، که بیش از هر کس به اقتضای رعایت عدالت میان وارثان خود آگاه است، وسیله تعدیل قواعد حقوق ساخت؛ یا با پیش‌بینی «وصیت مفروض» از تسامح کاهلان نیز سود برد.

در بحثهای اصلی، به‌ویژه هنگام طرح نابرابریهای ارث زن و شوهر، شیوه بکارگیری این وسایل فنی را نشان می‌دهیم تا آنچه را به اشارت گفتیم به مجردگرایی و کلی‌بافی تعبیر نشود.

وراثت همسر همراه با وارثان نسبی

همسر شخص به سبب ارث می‌برد؛ نه حاجب وارثان نسبی می‌شود و نه هیچ وارثی می‌تواند مانع از ارث بردن او گردد (ماده ۸۹۱ ق.م.م). موقع همسر شخص، به‌عنوان شریک زندگی و یکی از دو ستون خانواده، از جهتی فراتر از خویشانی است که به قرابت ارث می‌برند و گاه میراثی بیش از فرزندان و پدر و مادر می‌برد؛ به‌ویژه، در خانواده‌های

پرجمعیت که شمار فرزندان زیاد است، این امتیاز به روشنی احساس می شود: به عنوان مثال، اگر متوفی پدر و مادر و پنج پسر و دو دختر و زن داشته باشد، سهم زوجه ($\frac{1}{8}$) بیش از سهم هر یک از فرزندان می شود و سهم زوج ($\frac{1}{4}$) در این باره چشمگیرتر است، در طبقه دوم و سوم نیز اگر شمار خویشان در خط اطراف زیاد باشد، با ترقی فرض همسر به دو برابر ($\frac{1}{4}$ و $\frac{1}{4}$) باز هم این امتیاز آشکارتر است؛ حالتی که در سده های پیشین شایع بوده است و امروز در جامعه های صنعتی و به ویژه در شهرها کمتر دیده می شود و همین امر سبب شده است تا عدالت پیشین دگرگون شود و فرض همسر، در مقام قیاس با سایر وارثان، ناچیز جلوه کند.

قانون مدنی در ارث تمام طبقه ها به اشتراک همسر با خویشان نسبی تصریح کرده است:

۱. در طبقه اول، ماده ۹۱۳ ق.م. اعلام می کند: «در تمام صور مذکوره در این مبحث، هر یک از زوجین که زنده باشد فرض خود را می برد و این فرض عبارت است از نصف ترکه برای زوج و ربع آن برای زوجه، در صورتی که میت اولاد یا اولاد اولاد نداشته باشد و ربع ترکه برای زوج و ثمن آن برای زوجه، در صورتی که میت اولاد یا اولاد اولاد داشته باشد و مابقی ترکه، بر طبق مقررات مواد قبل، مابین سایر وراثت تقسیم می شود.»
۲. در طبقه دوم، ماده ۹۲۷ می گوید: «در تمام مواد مذکور در این مبحث، هر یک از زوجین که باشد فرض خود را از اصل ترکه می برد و این فرض عبارت است از نصف اصل ترکه برای زوج و ربع آن برای زوجه.»
۳. در طبقه سوم نیز در ماده ۹۳۸ می خوانیم: «در تمام موارد مزبوره در این مبحث، هر یک از زوجین که باشد فرض خود را از اصل ترکه می برد و این فرض عبارت است از نصف اصل ترکه برای زوج و ربع آن برای زوجه.»

گفتار نخست. قواعد مشترک توارث

شرایط و موانع توارث

در ماده ۹۴۰ ق.م. آمده است: «زوجین که زوجیت آنها دائمی بوده و ممنوع از ارث

نباشند، از یکدیگر ارث می‌برند.» این حکم، نه تنها قاعده توارث میان دو همسر را اعلام می‌کند، آن را مشروط به دائمی بودن زوجیت می‌سازد. شرط طبیعی دیگری که از مجموع قواعد ارث، و از جمله تاریخ انتقال ترکه در زمان مرگ مورث، برمی‌آید این است که پیوند زناشویی (سبب) در لحظه تحقق ارث موجود باشد تا همسر بتواند به این عنوان وارث تلقی شود. با جمع آمدن دو شرط: ۱. وجود پیمان زناشویی در زمان مرگ ۲. دائمی بودن زوجیت، مقتضی توارث به سبب فراهم می‌آید و این مقتضی، اگر به مانعی برنخورد، سبب انتقال بخشی از ترکه به همسر می‌شود. وقوع نزدیکی میان زن و شوهر از شروط عمومی توارث به سبب نیست و، چنانکه خواهیم دید، در نکاح مریض اماره نیاز شوهر به داشتن همسر است.

درباره موانع ارث، قواعد عمومی حکمفرماست. با وجود این، در مورد کفر باید افزود که، اگر همسر مسلمان پیش از مرگ او کافر شود، بی‌گمان از ارث او محروم است (ماده ۸۸۱ مکرر ق.م.و). ولی، درباره توصیف خروج از اسلام، باید میان موردی که کفر سبب انحلال نکاح می‌شود و فرضی که با وجود کفر همسر زوجیت باقی می‌ماند تفاوت گذارد:

۱. در موردی که کفر باعث انحلال زوجیت است، مانند فرضی که شوهر کافر شود (۳) یا زن مذهبی اختیار کند که از دیدگاه اسلام غیرکتابی است، باید آن را از اسباب انحلال زوجیت (مقتضی) شمرد نه مانع توارث. زیرا، مانع به امری گفته می‌شود که از نفوذ مقتضی جلوگیری کند؛ در حالی که، با انحلال زوجیت در زمان حیات مورث، مقتضی ارث در زمان مرگ او از بین می‌رود و زمینه توارث وجود ندارد تا کفر مانع آن شود. پس، باید بقای اسلام را از شرایط تحقق مقتضی (نکاح) شمرد. همچنین است در موردی که همسر کافری اسلام آورد و نکاح پیش از مرگ مورث منحل شود.

۲. فرضی که کفر سبب انحلال زوجیت نمی‌شود، مانند اینکه زوجه مسلمان مسیحی یا یهودی شود (۴)، کفر را باید از موانع ارث شمرد. زیرا، با وجود مقتضی ارث (نکاح) از نفوذ آن جلوگیری می‌کند.

الف. وجود پیمان زناشویی در زمان مرگ

اهمیت بقای زوجیت

انحلال نکاح، خواه در اثر فسخ باشد یا انفساخ یا طلاق، سبب توارث میان زن و شوهر را در تاریخ تحقق از بین می‌برد. حکم ماده ۹۴۳ ق.م. نیز که اعلام می‌کند: «اگر شوهر زن خود را به طلاق رجعی مطلقه کند، هر یک از آنها که قبل از انقضاء عده بمیرد دیگری از او ارث می‌برد...» با این قاعده تعارض ندارد و نباید آن را استثنای واقعی شمرد. زیرا «زوجه که در عده طلاق رجعی است در حکم زوجه است (بند ۲ ماده ۸ ق.ا.ح.) و قانونگذار با ایجاد فرض بقای زوجیت در زمان عده طلاق رجعی»، حکم ماده ۹۴۳ ق.م. را نیز در قلمرو قواعد عمومی قرار داده است. (۵) مشهور فقیهان گامی فراتر نهاده و انحلال واقعی نکاح را نیز منوط به سپری شدن عده طلاق می‌دانند و نشانه‌هایی از پذیرش این نظر در نوشته‌های حقوق‌کنونی نیز دیده می‌شود. (۶)

طلاق در مرض متصل به فوت و فرض بقای زوجیت

در ماده ۹۴۴ ق.م. آمده است: «اگر شوهر در حال مرض زن خود را طلاق دهد و ظرف یک سال از تاریخ طلاق به همان مرض بمیرد، زوجه از او ارث می‌برد، اگر چه طلاق بائن باشد، مشروط بر این که زن شوهر نکرده باشد.» این حکم به ظاهر خلاف قاعده و استثنا است، زیرا اثر طلاق بائن و همچنین طلاق رجعی پس از پایان عده بی‌گمان انحلال نکاح است و زنی که در زمان فوت مرد در زوجیت او نیست، نباید از او ارث ببرد. وانگهی، شوهر کردن زن پس از پایان عده نباید اثری در ارث او از شوهر داشته باشد. با وجود این، پیشینه تاریخی ماده ۹۴۴ ق.م. در فقه نشان می‌دهد که به احتمال زیاد دلیل واقعی ارث بردن زن عدم نفوذ طلاق در ارث، به دلیل حرمت یا کراهت طلاق است که شوهر در واپسین بیماری می‌دهد. (۷) در فقه، گروهی از اندیشمندان بیمار مشرف به مرگ را در حکم محجور می‌دانند، به این عنوان که چنین انسانی نمی‌تواند در اموال و امور خود تصمیم شایسته بگیرد و به همین جهت، تصرفهای منجز او را هم در حدود ثلث نافذ می‌دانند (۸) و طلاق مریض را در ارث مؤثر نمی‌سازند. مبنای این حکم

را به معنی جلوگیری از محروم ساختن زن از ارث در واپسین روزهای زندگی شوهر می‌بینند. ولی، در نظر مشهور حکم توارث به این دلیل نیست که شوهر در مکان اتهام به اقدام ضرری بر زن قرار گرفته است؛ متعلق حکم، طلاق در مرض متصل به موت است. از این عبارت چنین برمی‌آید که حکم توارث به مرض تعلق گرفته است نه تهمت. (۹) به بیان کنونی ما در حقوق، توارث نه مجازات اقدام اضرائی شوهر است نه اماره بر وجود قصد اضرار به زن؛ حکمی است موضوعی و ناظر به عدم نفوذ طلاق مریض در ارث. بر این مبنا، حکم توارث استثناء بر قاعده «لزوم بقای زوجیت» نیست؛ اثر عدم نفوذ طلاق بیمار در ارث زن است؛ حکمی که نتیجه آن فرض بقای زوجیت از جهت ارث زن است: مانند فرض غیر منقول بودن اسباب و ادوات زراعت، از جهت صلاحیت محاکم و توقیف اموال.

به دلیل فرض بقای زوجیت، حکم ماده ۹۴۴ را باید تفسیر محدود کرد. پس، اگر شوهر از بیماری حال طلاق بهبود یابد سپس در اثر بیماری دیگر یا حادثه‌ای فوت کند، زن از او ارث نمی‌برد. همچنین حکم ارث ویژه زن است و در موردی که زن پیش از شوهر بمیرد، نسبت به ارث زوج اجرا نمی‌شود در موردی هم که زن خواهان طلاق است و شوهر اجبار به طلاق می‌شود، از شوهر بیمار ارث نمی‌برد. (۱۰)

فرض نسبی بطلان نکاح در واپسین بیماری

نکاح در دوران بیماری بی‌گمان کاری مشروع است، جز این که احتمال دارد انگیزه اصلی شوهر افزودن همسر خود بر شمار وارثان باشد. این است که، برای رفع شبهه، قانونگذار همخوابگی با زن را نشان اراده جدی بر نکاح قرار داده است؛ بدین تعبیر که، آمیزش با زن دلیل نیاز شوهر به داشتن همسر و نداشتن انگیزه اضرار به وارثان است، ولی مرگ شوهر و همخوابه نشدن با همسری که در آخرین بیماری اختیار شده است این احتمال را تقویت می‌کند که نکاح صورتی برای تحقق بخشیدن به جهت نامشروع متوفی است. پس، برای جلوگیری از آن هدف و بر پایه گریز از مظنه ورود ضرر، چنین نکاحی در ارث بی‌اثر شناخته شده است. ماده ۹۴۵ قانون مدنی در این زمینه اعلام می‌کند:

«اگر مردی در حال مرض زنی را عقد کند و در همان مرض قبل از دخول

بمیرد، زن از او ارث نمی برد، لیکن اگر بعد از دخول یا بعد از صحّت یافتن از آن
مرض بمیرد، زن از او ارث می برد.»

در این حکم، اباحه دخول به زنی که در حال بیماری متوفی همسر او شده است دلیل
بر درستی و نفوذ نکاح است و محروم ماندن زن از ارث نشان عدم نفوذ آن. پس، در مقام
جمع این دو نشان عام و خاص، باید چنین نتیجه گرفت که نکاح مشروع و نافذ است،
ولی در ارث اثر ندارد. (۱۱) این چهره بطلان نسبی، که مانند آن را در طلاق مریض دیدیم،
در نظریه های حقوقی ما ناشناخته مانده است. (۱۲) با وجود این، واقعیتی است که نباید
کتمان کرد. باید پذیرفت که در کنار دو مفهوم شایع بطلان و عدم نفوذ، ضمانت اجرای
دیگری نیز وجود دارد که عدم قابلیت استناد، اصطلاحی مناسب برای بیان نسبی بودن آن
است؛ بدین تعبیر که گفته شود: «نکاح مشروع و نافذ است، ولی برای زن در برابر سایر
وارثان قابل استناد نیست» همچنین، در طلاق مریض، باید گفت: «چنین طلاق در
موضوع ارث برای وارثان در برابر زن قابل استناد نیست.» (۱۳)

در آخرین تحلیل، باید توجه داشت که «عدم قابلیت استناد» نکاح مریض در برابر
وارثان ملازمه با «فرض بطلان نکاح» نسبت به ارث زوجه دارد. پس، باید حکم مبتنی بر
آن را تفسیر محدود کرد تا از قلمرو فرض حقوقی تجاوز نکند. در نتیجه، اگر زن پیش از
نزدیکی با شوهر بیمار خود زودتر از او بمیرد، شوهر از زن ارث می برد. (۱۴) همچنین،
حکم منع از ارث را نمی توان به مهر نیز سرایت داد. بدین ترتیب، حکم ماده ۹۴۵ نیز به
قلمرو اصل «وجود پیمان زناشویی» باز می گردد و چهره استثنایی آن از بین می رود و
همگونی قواعد صدمه نمی بیند.

ب. دوام نکاح

توارث زن و شوهر ویژه نکاح دائم است

در ماده ۹۴۰ ق.م. تواریث زن و شوهر مقید به دائمی بودن نکاح شده است. در ماده

۱۰۷۷ ق.م. نیز می خوانیم که:

«در نکاح منقطع، احکام راجع به وراثت زن ... همان است که در باب ارث ...

مقرر شده است.»

پس، می‌توان نتیجه گرفت که شرط توارث میان زن و شوهر این است که نکاح دائمی باشد و در نکاح منقطع، نه زن از شوهر ارث می‌برد و نه شوهر از زن. ماده ۱۰۷۷ ق.م. را نیز باید بدین‌گونه تکمیل کرد که، در نکاح منقطع، احکام راجع به وراثت زن و شوهر همان است که در باب ارث مقرر شده است، زیرا از مفاد ماده ۹۴۰ و پیشینه قانون مدنی در فقه برمی‌آید که هیچ تفاوتی میان زن و شوهر در این زمینه نیست.

آیا شرط توارث در نکاح منقطع نفوذ حقوقی دارد؟

در پاسخ این پرسش اتفاق نظر وجود ندارد: گروهی از فقیهان گفته‌اند که، نکاح منقطع اقتضای ایجاد توارث میان زن و شوهر را ندارد، ولی اگر در عقد شرط وراثت به سود یکی از آن دو یا هر دو طرف شود، باید آن را نافذ شمرد. (۱۵) جمع دیگر، شرط را باطل شمرده‌اند، به این دلیل که، اگر پذیرفته شود عقد منقطع به حکم شرع اقتضای توارث ندارد، شرط توارث بدین می‌ماند که بیگانه‌ای را در زمره وارثان آورند؛ پس نباید آن را نافذ شمرد. (۱۶) این اختلاف به نویسندگان حقوق مدنی نیز سرایت کرده است. (۱۷) از نظر منطقی، نظری که شرط را نافذ نمی‌داند قویتر است، زیرا قواعد ارث وابسته به نظم عمومی است؛ نه با تراضی می‌توان کسی را بر شمار وارثان افزود نه وارثی را از این امتیاز محروم ساخت (ماده ۸۳۷ ق.م.). پس، اگر عقد منقطع را قانون از اسباب توارث نشناسد (چنانکه از ماده ۹۴۰ برمی‌آید)، شرط و تراضی دو طرف در این راه مؤثر نمی‌افتد.

با وجود این، کسی که مایل است بخشی از ترکه را به همسر خود بعد از فوت واگذار کند می‌تواند تا میزان ثلث دارایی به سود او وصیت کند و از این وسیله فنی برای تحقق اراده اش سود برد. همچنین، در صورتی که دادگاه از اوضاع و احوال و مفاد تراضی در عقد چنین استنباط کند که، مقصود از شرط وراثت تملیک بخشی از ترکه به سود همسر است، باید آن را نافذ شمرد و از این راه به عدالت کمک کرد. علاوه بر این، هر جا که به دلیل عدم ذکر اجل یا ابهام در مدت یا عبارتهای به کار رفته در بیان مقصود نسبت به نوع نکاح تردید شود، به‌ویژه در فرضی که مدت طولانی زندگی مشترک و داشتن فرزند

آن را تأیید کند، باید آنچه را واقع شده است حمل بر نکاح دائم کرد. (۱۸)

گفتار دوم. میراث شوهر

فرض ثابت شوهر؛ یادآوری

چنانکه گفته شد، شوهر تنها به فرض ارث می‌برد و هیچ وارث دیگری حاجب او نمی‌شود. این فرض، در موردی که زن فرزند دارد «خواه از همان شوهر یا از دیگری و خواه فرزند مستقیم باشد یا نواده»، یک چهارم از ترکه است (بند ۱ ماده ۹۰۰ ق.م.) و در حالتی که زن فرزندی ندارد، نیم از ترکه (بند ۱ ماده ۸۹۹ ق.م.) در نتیجه، در تمام مواردی که شوهر با طبقه دوم یا سوم از خویشان نسبی شریک در ترکه است، نصف از ترکه را به او می‌دهند و نیم دیگر را به سایر وارثان. امتیازی که چشمگیر است و با مفهوم خانواده کوچک (همسران و فرزندان) در دید اجتماعی کنونی تناسب بیشتر دارد.

فرض شوهر ثابت است و در موردی که در گروه وارثان صاحب قرابتی هست چیزی به شوهر رد نمی‌شود، زیرا رد ویژه خویشان نسبی است و به همین مناسبت آن را «رد به قرابت» می‌نامند. ماده ۹۰۵ ق.م. در این باره می‌گوید:

«از ترکه میت هر صاحب فرض حصه خود را می‌برد و بقیه به صاحبان قرابت می‌رسد و اگر صاحب قرابتی در آن طبقه مساوی با صاحب فرض در درجه نباشد، باقی به صاحب فرض رد می‌شود، مگر در مورد زوج و زوجه که به آنها رد نمی‌شود...»

در باره این حکم باید افزود که همسر به سبب ارث می‌برد؛ نه ویژه طبقه معینی است نه خویشی او با سایر وارثان سنجیده می‌شود. شوهر با همه طبقه‌ها ارث می‌برد و خویشان نسبی در درجه قرابت با او در رقابت نیستند. پس، باید امکان رد را در صورتی مطالعه کرد که میزان ترکه مفروض در محاسبه (واحد) بیش از فرضها باشد (مانند موردی که متوفی شوهر و یک خواهر امی دارد). در این حالت، از مانده ترکه چیزی به شوهر داده نمی‌شود و هرچه هست به صاحب قرابت داده می‌شود. در مثالی که آورده شد، شوهر $\frac{1}{2}$ به فرض می‌برد و خواهر امی $\frac{1}{2}$ و مانده ترکه $\frac{1}{3}$ آن است که به خواهر امی

داده می‌شود و، در نتیجه، سهم او نیز $\frac{1}{4}$ از ترکه است.

موردی که شوهر تنها وارث همسر است

در چنین موردی فرض شوهر $\frac{1}{4}$ از ترکه است و مانده نیز به او رد می‌شود؛ چنانکه در پایان ماده ۹۰۵ ق.م. می‌خوانیم:

«... لیکن اگر متوفی به غیر از زوج نباشد، زائد از فریضه به او رد می‌شود؛ یعنی، در حالتی که شوهر تنها وارث همسر خویش است، تمام ترکه را به ارث می‌برد. (۱۹) با خواندن حکم ماده ۹۰۵، بی‌درنگ این پرسش به ذهن می‌رسد که چرا در مورد زن این ترتیب رعایت نمی‌شود و میراثی را که خود به یاری شوهرش فراهم آورده است، همانند ترکه بی‌وارث، به دولت می‌رسد؟ پاسخی در خور به نظر نمی‌رسد، زیرا وجدان انسان میل به عدالت دارد و حقوقدان نیز قانون را عادلانه می‌پسندد و می‌کوشد تا راهی برای تحقق آرمان خود بیابد.

در گفتار سوم و هنگام طرح ارث زن دوباره به این پرسش باز می‌گردیم و به تحلیل مدارکی می‌پردازیم که نویسندگان قانون مدنی را به چنین تبعیضی ترغیب کرده است.

شوهر از تمام اموال زن ارث می‌برد

در ماده ۹۴۶ ق.م. آمده است:

«زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد، لیکن زوجه از اموال ذیل: (۱) اموال

منقول از هر قبیل که باشد (۲) از ابنیه و اشجار.»

مبنای حکم ماده ۹۴۶ ق.م. در مورد شوهر، آیه ۱۱ از سوره «النساء» قرآن مجید

است، بدین عبارت:

«ولکم نصف ما ترک ازواجکم ان لم یکن لهنّ ولدٌ فان کان لهنّ ولد فلکم الربع مما

ترکن ...»

از اطلاق واژه «ماترک» چنین استفاده می‌شود که شوهر از تمام اجزاء آن ارث می‌برد و در این باره همه مسلمانان اتفاق نظر دارند. (۲۰) زن نیز در متن قرآن همانند شوهر است. در دنباله آیه ۱۱ از سوره نساء می‌خوانیم:

«فَلَهُنَّ الرِّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثَّمَنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ...»

بدین ترتیب، عدالت الهی در کلام او رعایت شده است و در دلالت آیه بر این که فرض زوجه نیز تمام ترکه شوهر را در بر می‌گیرد، هیچ سخنی نیست. (۲۱) اختلاف فقیهان در دلالت اخبار رسیده از امام معصوم (ع) است که نتیجه آن بدین‌گونه در ماده ۹۴۶ ق.م. آمده و در گفتار سوم خواهیم دید که محدودترین نظرها درباره میراث زن است.

گفتار سوم. میراث زن

نابرابریهای ارث زن و شوهر

از آنچه گفته شد سه تفاوت عمده میان احکام ارث زن و شوهر در قانون مدنی به چشم می‌خورد:

۱. میزان ارث شوهر دو برابر زن است: شوهر نصف و در صورت وجود اولاد یک چهارم از ترکه زن را ارث می‌برد؛ فرض زن یک چهارم و با وجود اولاد یک هشتم از اموال شوهر است.

۲. در صورتی که شوهر وارث منحصر زن باشد، تمام ترکه زن میراث او است؛ ولی، زنی که تنها وارث شوهر است بیش از یک چهارم ارث نمی‌برد.

۳. شوهر از تمام اموال زن ارث می‌برد، در حالی که زن از زمین ارث نمی‌برد و از تملک عین بنا و درختان محروم است و فرض خود را از بهای آنها می‌برد.

تحولات اقتصادی و اخلاقی و مهندسی اجتماعی

گذشته از تفاوت‌های احکام ارث زن و شوهر، از نظر اجتماعی نیز چند تحول مهم تعادل میراث زن در برابر شوهر و گاه زن و شوهر را در برابر سایر وارثان برهم زده است:

۱. چنانکه گفته شد، در جامعه‌های صنعتی و به‌ویژه شهرهای بزرگ، علاقه‌های خانوادگی و همبستگی اقوام و قبیله‌ای روبه‌سستی نهاده و جای خود را به همبستگی‌های ملی و اعتقادی و سیاسی و اقتصادی داده است. به همین جهت، جامعه‌شناسان و حقوقدانان به این توافق نسبی دست یافته‌اند که خانواده بزرگ اعتبار

خود را ازدست داده و خانواده کوچک، مرکب از زن و شوهر و فرزندان، باید مورد حمایت ویژه قرار گیرد. سنت‌ها نیز تنها در مورد پدر و مادر و تا اندازه‌ای برادر و خواهر کارگزارند. پس، اگر زن یا شوهری بمیرد، همسر او ترکه را حق خود و فرزندان می‌داند و با اکراه سهم پدر و مادر را نیز می‌پذیرد. اخلاق عمومی نیز زن و شوهر را مقدم بر کلاله‌ها و خویشان طبقه سوم می‌داند. تفاوت میان خواست‌های اجتماعی و قانون را گاه احترام به سنت‌ها جبران می‌کند، ولی آن را از بین نمی‌برد.

۲. با سست شدن علاقه‌های عشیرتی و قبیله‌ای، دیگر زن پیوند ناهمگونی از قوم دیگر بر خانواده نیست؛ یکی از دو ستون اصلی خانواده نوین است. تعصب قومی نیز مانع از ارث بردن او از خانه موروثی، که همچون سرزمین دولت خانوادگی تلقی می‌شد، نیست. امروز، شوهر کردن زن پس از مرگ شوهر فاجعه‌ای نیست که باید از دیدگاه خانواده شوهر دور بماند. در نتیجه، محروم ماندن زن از ارث زمین و عین ابنیه و اشجار مبنای اجتماعی خود را ازدست داده است.

۳. در خانواده‌های پرجمعیت پیشین، فرض زن با خویشان نسبی در تعادل بود، و چنانکه در مقدمه بحث دیدیم، گاه بیش از سهم هر فرزند می‌شد. ولی، در خانواده‌های کنونی که شمار فرزندان کم است، فرض $\frac{1}{8}$ گاه ناچیز می‌نماید؛ به‌ویژه، در حالتی که زن با یکی از خویشان دور شوهر در طبقه سوم همراه است، سهم او ($\frac{1}{4}$) ناچیزتر جلوه می‌کند.

۴. در سده‌های پیشین، زمین و عرصه بنا ارزش کنونی را نداشت؛ آباد کردن زمین ارزش می‌آفرید و بنا و درخت و چاه ارکان اصلی دارایی بود. ولی، امروز فزونی ساکنان و کمبود زمینهای مباح و قابل آبادانی وضع را دگرگون کرده است: هرچه بر تراکم جمعیت افزوده شود، ارزش زمین نیز فزونی می‌یابد. پس، در گذشته محروم ماندن زن از زمین و عرصه، آن اندازه به چشم نمی‌خورد که در وضع کنونی به نظر می‌آید.

۵. خواست‌های اجتماعی و ادعاها نیز در جهان کنونی دگرگون شده است: اگر زنان در قدیم بدین خشنود می‌شدند که به‌عنوان انسان مورد عنایت شوهران باشند و به‌نیکی و عدل با آنان رفتار شود، امروز ادعای برابری و گاه برتری دارند. در جهان صنعتی، زنان در اقتصاد خانواده و کشور سهمی برجسته دارند و دیگر موجودی سربار و مصرف‌کننده

و اجیر به حساب نمی آیند تا به سهم ناچیز خود از دارایی سرپرست خانواده قانع باشند؛ اینان خواهان مشارکت هستند نه احسان. وانگهی، نفوذ این نیرو محدود به سازمانهای زنان در برابر صفِ آراسته مردان نیست؛ اخلاق عمومی و سازمانهای بین‌المللی و حقوق بشر نیز با آنان همداستان هستند. این تخمۀ فعال بسیاری از نظامهای حقوقی را برهم زده است و دولتها ناچار شده‌اند در راه برابر ساختن حقوق زن و مرد یا دست‌کم تعادل نسبی آنها گام بردارند. پس، خرد اداری حکم می‌کند که نظم بخشیدن و آرام کردن و هدایت این نیرو در زمره برنامه‌های اجتماعی و حقوقی مهم قرار گیرد. غفلت و بی‌مبالاتی بر قانونگذار و مدیران بخشوده نیست و بی‌گمان به بنیان خانواده آسیب می‌رساند و واکنش‌های نامطلوب به بار می‌آورد.

متنها، دشواری این‌گونه مصلحت‌گرایها در «مهندسی اجتماعی» آن است که در غالب موارد با ارزشهای اخلاقی و اقتصادی و سیاسی در تعارض است و انتخاب ارزش یا مصلحت برتر به سختی صورت می‌پذیرد: در مسألهٔ ارث زن، عاملهای خواهان اصلاح را به اجمال یادآور شدیم و نیروی اصلاح طلب را دریافتیم؛ ولی، از سوی دیگر قدرت و اعتبار سنت‌ها و ارزش والایی را که موازین اسلامی دارد نباید از یاد برد. احکام ارث قانون مدنی یادگارهای فقه امامیه است و در پرتو قواعد اسلامی ریشهٔ آن احترام فراوان دارد و همین احترام و اعتبار مرز نوگرایی و عدالت‌خواهی را فشرده می‌کند.

وانگهی، حقوق‌دانان در جست‌وجوی عدالت، آزاد نیست و آرمانهای او باید در درون نظام حقوقی صورت پذیرد: قواعد مربوط به ارث زن چنان صریح است که رویهٔ قضایی و اندیشه‌های حقوقی توان ایجاد تحول در این زمینه را ندارد. پس، ناچار باید از قانونگذار خواست که به ضرورتها پاسخ گوید. قانونگذار نیز نمی‌تواند به قواعد مذهبی تجاوز کند. در نتیجه، هر پیشنهاد اصلاحی نیز باید در مرحلهٔ نخست راهی نشان دهد که مقصود را در درون نظام حقوقی اسلام قابل تحقق سازد. بر پایهٔ همین مبنا، به استقبال تفاوت‌های ارث زن و شوهر می‌رویم و امکان اصلاح و تحول احکام را در حقوق کنونی ارزیابی می‌کنیم. ولی، پیش از طرح مسائل اصلی، به مقدمه‌ای مشترک نیاز هست که بارها در فلسفهٔ حقوق و مناسبت‌های گوناگون از آن سخن گفته‌ایم و اجمالی از آن را یادآور می‌شویم. (۲۲)

مقدمه و مبانی

در جست‌وجوی راه‌حلهای اسلامی، باید به دو نکته مهم توجه داشت:

۱. رأی فقیه را باید از حکم شرع تمیز داد: اختلاط فتاوی فقیهان اسلامی با منابع و موازین شرعی باعث شده است که بعضی چنین پندارند که هرگونه اصلاح یا تحولی در فقه سنتی مخالفت با شریعت است، در حالی که باید پذیرفت که بخش مهمی از فقه زاده استنباط عقلی و اندیشه‌ها و آرمانهای فقیهان در دوران طولانی عصر اجتهاد است. این سرمایه فرهنگی دارای ارزشی والا است، ولی امکان اجتهاد تازه و رعایت مصلحت و ضرورت‌های کنونی را از ما نمی‌گیرد. آنچه ما را پایبند می‌کند لزوم سیر و حرکت در نظام اسلامی و رعایت منابع مسلم آن است. وانگهی، تحول آرامی که فقه در تاریخ انسجام و تکامل خود یافته است، نشان زنده‌ای از تغییر برداشت‌ها و شیوه استدلال در این نظام حقوقی است.

۲. تحمل نظرهای نو در امور اختلافی: آنچه درباره تمیز حکم شرع از رأی فقیه گفته شد به معنی انکار نفوذ نظام فرهنگی و حقوقی فقه و نظرهایی که در آن ابراز شده نیست. شکستن این حصار فرهنگی، در موردی که فقیهان به اتفاق رسیده‌اند، دشوار است و به‌ویژه، اگر شرایط تحقق اجماع در آن اتفاق جمع باشد، به معنی تجاوز به موازین اسلامی است. ولی، در فرضی که فقیهان نیز در استنباط حکم اختلاف دارند، هیچ قاعده‌ای قانونگذار را ناگزیر از پیروی نظر مشهور نمی‌کند: در اصل ۱۴۷ قانون اساسی پیش‌بینی شده است که دادرس می‌تواند، در صورتی که قانونی نباشد، به فتاوی معتبر استناد کند. فتاوی غیر مشهور نیز ممکن است معتبر باشد و انتخاب آن با قاضی است. پس، باید پذیرفت که نظام حقوقی ما توان تحمل نظرهای نو را، به‌ویژه در صورتی که با فتاوی معتبری از فقیهان همراه باشد، دارد. در نتیجه، باید گفت: اگر قاضی بتواند با انتخاب نظری مهجور از شهرت پیروی نکند و عدالت ملموس را بر آن ترجیح دهد، بی‌گمان قانونگذار نیز چنین اختیاری دارد و نمی‌توان بر او خرده گرفت که چرا عدالت را فدای شهرت نکرده است.

تفاوت فرض زن و شوهر؛ وصیت مفروض

چنانکه گفته شد، تفاوت این دو فرض مستند به حکم قرآن است (سوره نساء، آیه ۱۱) و تغییر آن در نظام حقوق اسلامی و در سایه قانون اساسی امکان ندارد، پس باید به تمهیدهای فرعی توسل جست: ساده‌ترین وسیله، برای شوهری که مایل است همسر او بیش از فرض خود از ترکه ببرد، استفاده از وصیت است. شوهر می‌تواند ثلث ترکه خود یا کمتر از آن را به سود همسر وصیت کند و بدین وسیله بر میزان فرض او بیفزاید. قانونگذار نیز می‌تواند با ایجاد «فرض حقوقی» این وسیله را تکمیل کند: به عنوان مثال، قانونگذار می‌تواند اعلام کند:

«در صورتی که زن همراه با طبقه دوم یا سوم وارثان فرض می‌برد، چنین فرض می‌شود که شوهر ثلث خود را به سود زن وصیت کرده است، مگر اینکه خلاف آن از وصیتنامه متوفی یا سایر اسناد به‌جای مانده از او استنباط شود.»

بدین ترتیب، وصیت بر شوهر تحمیل نمی‌شود و او می‌تواند به هر وسیله که در اختیار دارد (وصیتنامه یا یادداشت خصوصی) اراده مخالف خود را بیان کند؛ زیرا چنین وصیتی واجب نیست، مفروض است. از سوی دیگر، چون پس از انتشار قانون همه آگاه بر آن فرض می‌شوند، سکوت شوهر در برابر این فرض حمل بر رضای به وصیت می‌شود؛ هم‌چنانکه سکوت در برابر متعارف حمل بر رضای ضمنی به پذیرش مفاد آن در قرارداد است (ماده ۲۲۰ ق.م.) و مانند این فرض در فقه در «شروط ضمنی» و «شروط بنایی» و «رضای تقدیری» پیشینه‌ای روشن دارد و تعبیرهای دیگری از اراده استنباط شده یا مفروض است. (۲۳)

در واقع، حکم قانون رضای شوهر (موصی) را، که به حکم غلبه احساس فرض شده است تکمیل می‌کند و آزادی اراده او در بیان اصلاح یا رد فرض قانون، اشکال تحمیل یا اجبار به وصیت را از بین می‌برد. (۲۴) به بیان دیگر، «وصیت مفروض» (اگر پذیرفته شود) همان نقشی را دارد که قوانین تکمیلی و عرف در قراردادها برعهده دارند و به همین دلیل هم باید آن را جانشین اراده موصی غافل یا فرصت نیافته شمرد. این فرض، با حکم قرآن مجید در تعیین فرض زن نیز مخالفت ندارد، زیرا نه تغییری در آن می‌دهد و نه آن را حذف می‌کند؛ برعکس، تمهید «وصیت مفروض» در راستای حقوقی

کردن تکلیف یا ترغیب اخلاقی قرآن به وصیت کردن معروف به سود پدر و مادر و خویشان است. (۲۵) زنان را نیز راضی و دل‌بسته به خانواده و ترغیب به حسن معاشرت با شوهر می‌سازد.

«وصیت مفروض» در هر مورد که عدالت اقتضا کند قابل استفاده است و نباید آن را ویژه ترمیم ارث زن پنداشت: به عنوان مثال، در موردی که یکی از فرزندان خانواده پیش از پدر مرده است و اکنون فرزندان او (نواده‌ها) در نتیجه اجرای قاعده «الاقرب یمنع الابعد» از ترکه پدر بزرگ محروم می‌مانند، فرض وصیت معادل سهمی که به پدر آنان در صورت حیات می‌رسید، منع قائم مقامی نواده‌ها را در حالت وجود فرزند متوفی جبران می‌کند و وسیله اجرای عدالت قرار می‌گیرد. (۲۶)

محروم ماندن زن از تملک تمام ترکه شوهر

در صورتی که وارث منحصر است

گفته شد که وارثان به سبب تنها به فرض ارث می‌برند و مانده ترکه به آنان رد نمی‌شود (مواد ۸۹۶ و ۹۰۵ ق.م.)، ولی این قاعده در موردی که شوهر وارث منحصر باشد اجرا نمی‌شود و تمام ترکه از آن او است؛ چنانکه در پایان ماده ۹۰۵ ق.م. و در مقام بیان استثنا بر قاعده، می‌خوانیم: «... لیکن، اگر برای متوفی وارثی به غیر از زوج نباشد، زائد از فریضه به او رد می‌شود.» خواندن این استثنا ذهن را متوجه این نکته می‌سازد که، اگر منطق و عدالت چنین حکم می‌کند که شوهر در صورتی که وارث منحصر است بر تمام ترکه دست یابد، چرا این حکم در مورد زن اجرا نمی‌شود؟ آیا مستند این تبعیض حکم شرع است یا استنباط گروهی از فقیهان؟ نگاه اجمالی به تاریخ فقه پاسخ مناسب را به دست می‌دهد. درباره رد به سبب در فقه امامیه پنج نظر ابراز شده و هر یک مستند به اخبار متعددی است. (۲۷) نظر مشهور این است که، در صورت انحصار وارث به همسر، مانده ترکه به زوج رد می‌شود، ولی زوجه تنها فرض خود را می‌برد و بقیه از آن امام (ع) است. (۲۸) قانون مدنی نیز همین نظر را پذیرفته و در ماده ۹۰۵ آورده است. ولی، دو نظر دیگر نیز به سود رد به زن ابراز شده است: ۱. رد به زن بی‌قید و شرط و برابری زن و شوهر، که مستند به روایت ابی‌بصیر از امام باقر (ع) است (۲۹) و طرفداری از آن به ظاهر

کلام شیخ مفید در مقنعه نسبت داده است؛ ۲. رد به زن در صورت غیبت امام، که شیخ صدوق در من لایحضره الفقیه و شیخ طوسی در کتاب اخبار و شهید اول در لمعه (۳۰) و علامه حلی در تحریر (۳۱) و ارشاد (۳۲)، برای جمع بین اخبار از آن طرفداری کرده‌اند. بدین ترتیب، در بحثی مورد اختلاف، اگر قانونگذار از برابری زن و شوهر (به‌ویژه در زمان غیبت امام ع، مانند عصر کنونی) طرفداری کند و با فقیهان و محدثان برجسته‌ای همانند صدوق و شیخ و شهید و علامه و دیگران همراه شود، به‌دشواری می‌توان گفت که از موازین و منابع اسلامی تخلف کرده است. در این حالت نیز فرض وصیت برای جبران فرض زوجه ($\frac{1}{4}$) قابل استفاده است؛ منتها، اگر پیشنهاد آزادی قانونگذار در این باره پذیرفته شود، دیگر نیازی به «وصیت مفروض» نیست.

حرمات زن از ارث زمین و عین ابنیه و اشجار

ماده ۹۴۶ ق.م. درباره تفاوت سهم میراث زن و شوهر اعلام می‌کند:

«زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد، لیکن زوجه از اموال ذیل: ۱) از اموال

منقول از هر قبیل که باشد ۲) از ابنیه و اشجار.»

از این ماده چنین بر می‌آید که، زن از زمین و عرصه اعیان ارث نمی‌برد و پیشینه آن در فقه نیز این استنباط را تقویت می‌کند.

ماده ۹۴۷ ق.م. نیز، در تکمیل محدودیت ارث زن، می‌افزاید:

«زوجه از قیمت ابنیه و اشجار ارث می‌برد و نه از عین آنها و طریقه تقویم آن

است که ابنیه و اشجار با فرض استحقاق بقاء در زمین بدون اجرت تقویم می‌گردد.»

بدین ترتیب، نه تنها زن از زمین و بهای آن ارث نمی‌برد، از تملک اعیان و درختان احداث یا غرس شده بر روی زمین نیز محروم است و معادل قیمت آنها با وارثان شریک در ترکه است؛ مانند حقی که طلبکاران بر ترکه دارند.

در اجرای این حکم استثنایی، دو نکته اهمیت اساسی دارد و باید به‌عنوان قاعده مورد توجه باشد:

۱. محروم ماندن زن از زمین چهره استثنایی دارد و باید تفسیر محدود شود. در اجرای این قاعده، هر جا تردید در غیرمنقول بودن مالی شود (مانند حق سرقفلی و سهم

شرکتها) (۳۳) یا تردید در الحاق حقی به زمین باشد (مانند بوته‌های خودرو، خیار مربوط به تملک زمین (۳۴)، حق انتفاع از زمین و اثر حق ارتفاق بر املاک دیگران در بهای اعیان و اشجار و حق شفعه و امتیاز اعیانی)، باید اصل را بر وراثت نهاد. (۳۵) این شیوه تفسیر، که تمایل به سوی عدالت نیز آن را تأیید می‌کند، در بسیاری از اختلافها اهمیت دارد و بر قلمرو اصل وراثت همسران می‌افزاید.

۲. در ارزیابی بهای بنا و درختان زمین، باید آن را، با فرض استحقاق بقاء در زمین بدون اجرت، تقویم کرد: یعنی، باید چنین فرض شود که بنا و درخت به رایگان بر زمین استقرار یافته است. زیرا، دو شرط: ۱. استحقاق بقاء در زمین ۲. رایگانی این استحقاق، بر بهای آن اموال و در نتیجه ارث زن می‌افزاید و در راستای اجرای اصل توارث میان همسران است. (۳۶)

ارزیابی بنا و درختان در زمان فوت شوهر مناط است و پس از آن، هر تغییر که در این قیمت پیدا شود و هر خرابی یا نقصی که به بار آید، در میزان ارث زن مؤثر نیست و او، همچون طلبکار مبلغی پول، در تغییرهای ملک و بهای آن نه نفعی می‌برد و نه ضرری متحمل می‌شود. بعضی نیز بهای زمان دفع را مناط اعتبار می‌دانند و زن را شریک وارثان می‌شمارند.

با وجود این، اگر وارثان این بها را به زن ندهند، او می‌تواند فرض خود را از عین بنا و درختان بردارد؛ به بیان دیگر، بنا و درختان ترکه و وثیقه طلب زن از بابت میراث است. بدهکاران و صاحبان وثیقه وارثان هستند و مانند هر راهن دیگر تا پرداخت آن بدهی حق تصرف و تغییر و انتقال در عین مرهون را ندارند. طلب زن نیز حال است و می‌تواند برای وصول آن اقامه دعوی کند یا هنگام تقسیم ترکه از دادگاه بخواهد که میزان آن را تعیین و در فرض او منظور دارد. منتها، چون دین وارثان به ترکه تعلق دارد، نمی‌توان طلب زن را از سایر اموال وارثان استیفا کرد، مگر در موردی که اعیان و اشجار پس از فوت تلف شده باشد: یعنی، زن نمی‌تواند از وثیقه بگذرد و همچون طلبکار عادی به سایر اموال وارثان رجوع کند. زن می‌تواند، در مقام اجرای حکم پرداخت بهای زمین و اشجار یا ضمن دادرسی اصلی، از دادگاه تملیک اعیان و اشجار را بخواهد. (۳۷) همچنین، اگر اختلافی به هم نرسد، در جریان حصر وراثت و تعیین میراث زن، دادگاه می‌تواند رضای دو طرف را

درباره تملک عین در تصدیق انحصار وراثت بیاورد. قانون مدنی به آیین تملک عین و چگونگی این تحول اشاره‌ای نکرده است و به اجمال در ماده ۹۴۸ می‌گوید:

«هرگاه در مورد ماده قبل ورثه از اداء قیمت ابنیه و اشجار امتناع کند، زن می‌تواند حق خود را از عین آنها استیفاء نماید.»

پس از تملک سهم مشاع عین بنا و زمین، وضع حقوق زن مانند شریک در ملک مشاع است و نباید اجرتی بابت استقرار ملک خود بر زمین پردازد. (۳۸)

امکان تحول در قانونگذاری

۱. در قرآن مجید، که مهمترین منبع حقوق اسلامی و معیار درستی سایر منابع است، زن نیز از تمام ترکه شوهر ارث می‌برد و هیچ قید و استثنایی ندارد. در آیه ۱۱ از سوره نساء به صراحت اعلام شده است: «فَلَهُنَّ الرِّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ، فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثَّمَنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ» و مفسران و پاره‌ای از فقیهان نیز در توضیح و بیان آیه هیچ قید و مخصصی برای آن نگفته‌اند (۳۹) و در تقسیم ترکه با وارثان دیگر نیز سهم زوجه را $\frac{1}{4}$ یا $\frac{1}{8}$ از تمام ترکه شوهر آورده‌اند و این سکوت و تغافل دست‌کم نشان می‌دهد که در دلالت قرآن بر این که زن از تمام اموال شوهر ارث می‌برد سخنی ندارند. (۴۰) تاریخ و حکمت نزول آیه نیز نشان می‌دهد که پیامبر در مقام بیان حکم و خطاب به کسانی بوده است که به زنان از میراث شوهران ارث نمی‌داده‌اند، و در این مقام بعید است که تمام حکم، و از جمله حرمان زن از زمین و اعیان بنا و درخت، گفته نشده باشد. اتفاق سایر مذاهب اسلامی بر اجرای بی‌قید و شرط حکم قرآن هم شدت ظهور و صراحت حکم را تأیید می‌کند.

۲. در اخبار معصومان نیز بعضی دلالت بر برابری زن و شوهر از جهت قلمروی ارث دارند؛ چنانکه در روایت ابن ابی یعفور و ابان و فضل بن عبدالملک، که درباره پاسخ ارث زن از زمین، امام می‌فرماید: «یرثها و ترثه من کل شیء ترک و ترکت» و اسکافی (ابن جنید) نیز بر پایه همین خبر نظر می‌دهد که زن از تمام ترکه شوهر ارث می‌برد و سیدمرتضی نیز برای جمع بین اخبار زن را از تملک عین زمین محروم و از قیمت آن بهره‌مند می‌داند. (۴۱) بعضی نیز احتمال داده‌اند که اختصاص زمین به مردان ویژه

زمینهای فتح شده (مفتوح العنوة) باشد که پاداش جهاد و برای مردان است و درباره سایر زمینها، زن ارث می برد.

۳. در میان فقیهان نیز برداشت‌ها و اندیشه‌ها یکسان نیست و هشت نظر در گفته‌ها نمایان است:

(۱) زن در تمام موارد از زمین و عین بنا و درختان ارث می برد (۴۲)؛

(۲) زن از قیمت زمین و اعیان و اشجار ارث می برد (۴۳)؛

(۳) زنی که از همان شوهر فرزند دارد از تمام ترکه ارث می برد و زنی که عقیم مانده است از زمین و عین ابنیه و اشجار محروم است (۴۴)؛

(۴) زن مطلقاً از زمین و عین ابنیه و اشجار ارث نمی برد؛

(۵) زن از عرصه خانه و مسکن محروم است و از زمین ارث می برد؛ (۴۵)

(۶) زن بی فرزند از زمین ارث نمی برد و از قیمت ابنیه و عین اشجار ارث می برد (۴۶)؛

(۷) شوهر نیز مانند زن از ارث زمین و عین ابنیه و اشجار محروم است؛

(۸) حرمان ارث زن ویژه زمینهای فتح شده (مفتوح العنوة) است.

دو نظر سوم و چهارم مشهورتر از سایر نظرهاست و نگاه اجمالی به شمار فقیهانی که زن صاحب فرزند از شوهر را از تمام ترکه او بهره مند می دانند نشان می دهد که در تأیید مشهور فقیهان از حکم ماده ۹۴۶ ق.م. درباره مادر فرزندان متوفی به شدت تردید است و حتی به نظر می رسد که مشهور بزرگان به وراثت زن بچه دار تمایل دارند.

بدین ترتیب، ما با وضعی روبه رو هستیم که ۱. به یقین حکم الهی و قرآنی با برابری زن و شوهر و وراثت زن از تمام اموال شوهر موافق است؛ ۲. درباره احتمال تخصیص قرآن به اخبار و مفاد آن، اندیشمندان به هفت گروه و شاید بیش از آن تقسیم شده اند؛ ۳. اجماعی بر سر راه تحول حکم حرمان به چشم نمی خورد و شهرت آن را تأیید نمی کند. در این وضع، آیا پاسخ نگفتن به ندای عدالت دریغ و ظلم نیست و «مانع شرعی» بهانه سنت‌گرایی نشده است؟ کدام فقیه روشن ضمیر قانونگذاری را که، در حال گریز از قیل و قالهای مفسران اخبار، بر بال فرشته عدالت به سوی قرآن می رود نکوهش می کند؟ (۴۷)

یادداشت‌ها

۱. در این زمینه ر.ک. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ش ۲۵۲ به بعد.
۲. در قرآن کریم، پس از تعیین فرض وارثان، می‌خوانیم: «تلك حدود الله» (سوره نساء، آیه ۱۳)، پس قانونگذار یا مفسر چنین احکامی به دلیل اطاعت از قانون یا به دلیل اعتقاد مذهبی، در این زمینه محتاطتر است.
۳. ر.ک. ماده ۱۰۵۹ ق.م. ناصر کاتوزیان، خانواده، ج ۱، ش ۷۲.
۴. همان کتاب.
۵. در شرایع محقق آمده است: «لوطقت رجعية توارثا اذا مات احدهما فی العدة، لآنها بحکم الزوجة»، جواهرالکلام، ج ۳۹، ص ۱۹۶.
۶. ر.ک. خانواده، ج ۱، ش ۲۷۲ و ۲۷۳؛ دوره مقدماتی، خانواده، ش ۲۲۴ و ۲۲۵.
۷. اخباری که زواره و عبید بن زراره از حضرت صادق (ع) نقل کرده‌اند، در پاسخهای امام (ع) آمده است: «لیس للمریض ان یطلق...» و «لا یجوز طلاق المریض»، یا در برابر این پرسش که آیا مریض می‌تواند زن خود را طلاق دهد، جواب منفی داده شده است؛ به نقل از: سید محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۸، ص ۱۸۵؛ شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۳۲، ص ۱۲۷.
۸. ر.ک. ناصر کاتوزیان، وصیت در حقوق مدنی ایران، ش ۲۰۹ به بعد.
۹. ر.ک. جواهر الکرامة، ج ۳۲، ص ۱۵۴.
۱۰. ر.ک. ناصر کاتوزیان، خانواده، ج ۱، ش ۲۷۶.
۱۱. پاره‌ای از محققان در فقه نیز این نتیجه را به روشنی دریافته‌اند، چنانکه فاضل هندی در کشف اللثام (ج ۲، ص ۳۰۰) در توجیه تردید علامه نسبت به ارث بردن شوهر و درباره جهتی که آن را تأیید می‌کند می‌نویسد: «من اجتماع شروط صحة النکاح و ارتفاع الموانع و لذا کان له و طؤها و انما بطل بالنسبة اليها بالاجماع و السنة...»؛ و برای دیدن نظر مخالف که نکاح پیش از دخول را در ارث هیچ‌یک از زن و شوهر مؤثر نمی‌داند، ر.ک. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۸، ص ۱۷۲: «... الأ فی المریض، الذی تزوّج فی مرضه فانه لایرثها و لایرثه...»
۱۲. به همین جهت نیز در توجیه مواد ۹۴۴ و ۹۴۵ در مانده‌اند یا با پراکنده‌گویی به بی‌نظمی در نظام حقوقی ارث دامن زده‌اند، یا چنین پنداشته‌اند که با تأیید استثنایی بودن این احکام به مسأله پاسخ گفته‌اند. این اضطراب کم‌وبیش در کتابهای فقهی نیز دیده می‌شود، ولی نویسندگان حقوقی بر این اضطراب افزوده‌اند.
۱۳. مانند این مفهوم در معامله به قصد فرار از دین نیز در قانون محکومیت‌های مالی دیده می‌شود: معامله در رابطه دو طرف نافذ و در برابر طلبکاران «غیر قابل استناد» است. همچنین است تاریخ اسناد عادی که در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست (ماده ۱۳۰۵ ق.م.). برای دیدن مفهوم

- «عدم‌قابلیت‌استناد» و جایگاه آن در نظام قراردادی، ر.ک. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۴۶۶ و قرائت و تمرین (۱۲)، ص ۳۸۷.
۱۴. در قواعد علامه حلی آمده است: «ولو ماتت هی قبل الدخول ففی توریثه منها نظر.» (مفتاح‌الکرامه، ج ۸، ص ۱۸۸) وجه تردید در این است که، اگر عقد نکاح درباره شوهر پیش از نزدیکی بی اثر باشد، درباره زن هم باید همین حکم را جاری ساخت. زیرا، عقد یکی است و اثر آن، هرچه باشد، درباره هر دو طرف یکسان است؛ در حالی که دست‌یافتن به مفهوم «عدم‌قابلیت‌استناد» و نسبی بودن ضمانت اجراء جلوگیری از اضرار به وارثان این اشکال را برطرف می‌کند و وسیله فنی آن «فرض بطلان نکاح» در رابطه با ارث شوهر است.
۱۵. ر.ک. نراقی، مستند، ج ۲، ص ۷۵۴ (در نقل چهار قول در فقه)؛ محقق، شرایع، کتاب نکاح؛ جواهرالکلام، ج ۳۰، ص ۱۹۳ (که این گفته را تأیید و نظر مشهور می‌داند)؛ شهید اول و شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۵، ص ۲۹۶-۲۹۹.
۱۶. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۳۰، ص ۱۹۳.
۱۷. در تأیید نفوذ شرط و همراهی با مشهور در فقه، ر.ک. جعفری لنگرودی، ارث، ج ۱، ش ۳۲۹؛ و برای دیدن نظر مخالف و تأیید عدم‌نفوذ شرط، ر.ک. سید حسن امامی، ج ۳، ص ۲۶۰ و ۲۶۱؛ مهدی شهیدی، ارث، ش ۱۱۴؛ سید حسین صفایی و اسدالله امامی، حقوق خانواده، ج ۱، ش ۱۲.
۱۸. ر.ک. کاتوزیان، خانواده، ج ۱، ش ۵۰.
۱۹. مقدس اردبیلی در شرح ارشاد می‌نویسد: «و اعلم ان ظاهر القرآن العزیز حصر نصیب الزوج و الزوجه الا علی ... و مقتضی ذلک عدم الرد علیهما اصلاً...» مجمع‌الفائده، ج ۱۱، ص ۴۲۷.
۲۰. ر.ک. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۳۹، ص ۲۰۷: «الاخلاف بین المسلمین فی ان الزوج یرث من جمیع ما ترکته زوجته من ارض و بناء و غیرهما.»
۲۱. در تفسیر مجمع‌البیان (ج ۲، ص ۱۴ به بعد) هیچ قید و محدودیتی درباره میراث زن نیامده است، به این دلیل که از نظر ادبی در دلالت آیه تردید نیست.
۲۲. ر.ک. فلسفه حقوق، ج ۲، ش ۲۴۰؛ گامی به سوی عدالت، ج ۱، ص ۲ به بعد؛ گذری بر انقلاب ایران، مقدمه‌ای بر جمهوری اسلامی، ص ۶۵ به بعد.
۲۳. در فقه، یکی از دلایل امکان تنفیذ معامله فضولی و کشف آن از نفوذ معامله رضای تقدیری مالک در زمان وقوع معامله است؛ بدین تعبیر که، فرض می‌شود مالک در زمان عقد نیز راضی به معامله بوده است، همان‌گونه که اکنون نیز به آن رضا می‌دهد. به بیان دیگر، رضای کنونی مالک کاشف از رضای تقدیری او به هنگام معامله است؛ یعنی، این فرض را به وجود می‌آورد که، اگر او در زمان معامله نیز آگاه و حاضر بود به آن رضایت می‌داد. ر.ک. میرزا حبیب‌الله رشتی، اجاره، ص ۱۸۴ و ۱۸۵. از این نظر انتقاد هم شده است و ما نیز دلالت رضای کنونی را به رضای زمان عقد ضعیف

- می‌دانیم: ر.ک. قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۳۵۳. ولی، طرح این بحث نشان می‌دهد که رضای مفروض یا تقدیری بدعتی نیست که تصور آن دشوار یا دور از مبانی فقهی باشد.
۲۴. در کشورهای اسلامی، مصریان نیز در قانون ارث و وصیت و وقف واحوال شخصیه مصوب ۱۹۴۳ و بر مبنای مذهب ظاهری که وصیت را واجب می‌داند، از نهاد «وصیت واجب» برای بهره‌مند ساختن نواده‌ای که، به دلیل مرگ پدر در زمان حیات پدر بزرگ، از ارث او محروم مانده است، استفاده کرده‌اند: ر.ک. ابوالحسن محمدی، «وصیت واجب در حقوق مصر»، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۲۱، اسفند ۱۳۵۸، ص ۱۱۶ به بعد؛ محمد ابوزهرة، شرح قانون وصیت، ص ۲۰ به بعد.
۲۵. ر.ک. سوره بقره، آیه ۱۸۰ (کتب علیکم اذا حضر احدکم الموت ان ترک خیراً الوصیه للوالدین و الاقربین بالمعروف حقاً علی المتقین)، اعم از این که از ترکیب امر «کتب» استفاده و جوب شود یا استحباب.
۲۶. ر.ک. ص ۲۲.
۲۷. در این باره، ر.ک. سید محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۸، ص ۱۷۹؛ شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۸، ص ۸۱؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفایده و البرهان، ج ۱۱، ص ۴۲۵ به بعد.
۲۸. سید محمد آل بحر العلوم؛ بلغة الفقیه، ج ۴، ص ۲۰۷.
۲۹. رجل مات و ترک امراه، قال علیه السلام: المال لها، به نقل از: شرح لمعه، ج ۸، ص ۸۳.
۳۰. شرح لمعه، ج ۸، ص ۸۱.
۳۱. تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۱۶۸.
۳۲. ر.ک. مقدس اردبیلی، مجمع الفایده و البرهان، ج ۱۱، ص ۴۲۵ و ۴۴۲.
۳۳. ر.ک. کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، ش ۵۸ به بعد.
۳۴. در مورد ارث خیار زن در معامله زمین، ر.ک. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ش ۹۰۵.
۳۵. درباره اصل وراثت و حکم استثنایی حرمان، ر.ک. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۸، ص ۱۷۳.
۳۶. در این باره، ر.ک. مصطفی عدل، شرح قانون مدنی، ش ۹۷۹.
۳۷. در این زمینه، ر.ک. حاج شیخ محمد علی اراکی، رسالتان فی الارث و نفقه الزوجه، ص ۲۱۳ و ۲۱۴.
۳۸. در تأیید این نظر در فقه، ر.ک. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۹، ص ۲۱۶؛ نظر و احتمال مخالف نیز داده شده است که صاحب جواهر ضعیف می‌داند.
۳۹. فاضل مقداد، کنز العرفان فی فقه القرآن، ج ۱، ص ۳۲۶؛ شیخ طبرسی، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۱۶ و ۱۷؛ ابوالفتوح رازی، ص ۷۲۸ و ۷۲۹؛ مقدس اردبیلی، زبده البیان، ص ۴۶۵؛ شیخ طوسی، تفسیر تبیان، منقح و مراسم (به نقل از: جواهر الکلام، ج ۳۹، ص ۲۷۰ از کشف

الرموز).

۴۰. شیخ محمد تقی التستری، النجعة فی شرح اللمعة، کتاب عتق تا میراث، ص ۴۵۷.

۴۱. سیدمرتضی، الانتصار، ص ۱۶۵.

۴۲. نقل از جواهرالکلام و او هم از دعائم الاسلام درباره اخبار (ج ۳۹، ص ۲۰۹).

۴۳. سید مرتضی، همان کتاب.

۴۴. محقق، شرایع: «اذا كان للزوجة من المیت ولد، ورثت فی جميع ما ترك، ولو لم یكن، لم ترث من الارض شيئاً واعطيت حصتها من قیمت الالات والابنية»، ص ۸۳۵؛ همچنین، ر.ک. علامة حلّی، قواعد (مفتاح الكرامة، ج ۸، ص ۱۸۹)؛ تحریر و مختلف و ارشاد و تبصره و ایضاح و لمعه و بسیاری دیگر؛ نقل از: مفتاح الكرامة، شیخ عبدالله مامقانی، مناهج المتقین، ص ۴۶۷.

۴۵. شیخ مفید و ابن ادریس (نقل از: فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ج ۵، ص ۱۹۰).

۴۶. ر.ک. شهید اول، لمعه، شرح لمعه، ج ۸، ص ۱۷۳؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ج ۳، ص ۳۲۸ و ۳۲۹.

۴۷. مرحوم مقدس اردبیلی، (مجمع الفائده و البرهان، ج ۱۱، ص ۴۲۲) درباره محروم ماندن زوجه می نویسد: «هذه مسألة مشكلة، لانها خلاف ظاهر القرآن و عموم الاخبار الكثيرة الدالة على ان الزوجین یرثان كل واحد من صاحبه من جميع ما ترك كسایر الورثه، فالخراج الزوجة منهما مشكل ...» و لحن عبارت نشان می دهد که چگونه فقیه نامدار در دغدغه گریز از ستیز عدالت و سنت است و پیوستن به اکثریت را دشوار می بیند. در صفحه ۴۵۰ نیز در بیان مشكل خود می نویسد: «و بالجملة، اذا ثبت الحكم من المعصومین (ع) فلا استبعاد و لایحتاج الى فهم العلة و هو ظاهر، و انما الكلام فی ثبوت ذلك.» فاضل مقداد نیز در ترجیح نظری که زن بچه دار را از تمام ترکه شوهر صاحب حق می داند، می نویسد: «والتخصیص حسن لكونه تقليلاً لمخالفة القرآن» به نقل از: التنقیح الرائع، ج ۴، ص ۱۹۲.