

دکتر ناصر کاتوزیان

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

## ارزش سنت و جذبۀ عدالت در توارث همسران\*

### مقدمه

قانون مدنی میراثی از حقوق کهن است و به دلیل ریشه قدیمی خود به مفهوم «خانواده گسترده» تکیه دارد؛ خانواده‌یی 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 داشته‌است. 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

---

\* تجدید چاپ مقالاتی که به قلم صاحبان نظر نوشته می‌شود، آینه گرفتن در برابر قرص ماه است. ما این مقاله را با توصیه و رضای استاد، از شماره ۳۹ مجله دانشکده حقوق نقل کرده‌ایم. «مجله حقوقی»

علاقه‌های پیشین قومی رو به سستی نهاده‌است: به‌عنوان 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 کشورهایی که مهاجرت در آن شایع است، گاه یکدیگر را نمی‌شناسند و هیچ علاقه و ارتباطی با هم ندارند. در نتیجه، حکمتی که موجب توارث شده‌است 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 یافته‌است: 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 جداسازد و به خاندان پدری بازگرداند. این بیگانه، به‌ویژه اگر فرزندی را هم در دامن خود پرورده باشد، مرکز عاطفی خانواده نوپا و یار و همدل و معاون شوهر است؛ و پس از مرگ او، 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 خانواده‌یی که او یکی از پایه‌گذاران اصلی آن بوده‌است به عموزاده‌یی داده می‌شود که سالیان دراز از فرهنگ و تبار خویش گریخته و تنها نامی از متوفی در خاطره‌اش مانده‌است.

با وجود این، شتاب تحول حقوق، بویژه در موردی که احکام آن از سنتهای پاکرفته 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 از سنتها و ارزشهای تاریخی دل می‌کند. دلیل این‌کندی، بی‌مبالاتی 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 همگانی 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.<sup>۱</sup> به همین جهت است که در حقوق بیشتر کشورهای غربی 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 حرمت والا یا منع قانون اساسی از تجاوز به احکام مذهبی، با احتیاط فراوان با آنها روبه‌رو می‌شود و دست خود را در جستجوی عدالت بازنمی‌بیند.<sup>۲</sup> 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 بازایستد و از آتش پنهان خاکستری سرد به جا 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

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 ۱۲)، پس قانونگذار یا مفسر چنین احکامی به دلیل اطاعت از قانون یا به دلیل اعتقاد مذهبی، در این زمینه محتاطتر است.

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 بازگذارد تا دریچه اطمینانی برای کاستن از فشار نیازها باشد. در این مسیر از دو وسیله مستقیم و با واسطه 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 بست. فن مناسب برای گریز از مانع، تمهید فرضهایی حقوقی<sup>۱</sup> 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 بُرد.

در بحث‌های اصلی، بویژه هنگام طرح نابرابریهای ارث زن و شوهر، شیوه

به کارگیری 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.). موقع همسر شخص، به عنوان 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؛ بویژه، در خانواده‌های پرجمعیت که شمار فرزندان زیاد است، این امتیاز به روشنی احساس می‌شود: 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 می‌شود 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  $\frac{1}{2}$ ) باز هم این امتیاز آشکارتر است؛ حالتی که در سده‌های پیشین شایع بوده است و امروز در جامعه‌های صنعتی و بویژه در شهرها کمتر دیده می‌شود 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 طبقه‌ها به اشتراک همسر با خویشان نسبی تصریح کرده است:

۱- در طبقه اول، ماده ۹۱۳ ق.م. اعلام می‌کند: «در تمام صور مذکوره در این مبحث، هر یک از زوجین که زنده باشد فرض خود را می‌برد 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 می‌شود.»

۲- در طبقه دوم، ماده ۹۲۷ می‌گوید: «در تمام مواد مذکور در این مبحث، هر يك از زوجین که باشد فرض خود را از اصل ترکه می‌برد و این فرض عبارت است از نصف اصل ترکه برای زوج و ربع آن برای زوجه.»

۳- در طبقه سوم نیز در ماده ۹۲۸ می‌خوانیم: «در تمام موارد مزبوره در این مبحث، هر يك از زوجین که باشد فرض خود را از اصل ترکه می‌برد و این فرض عبارت است از نصف اصل ترکه برای زوج و ربع آن برای زوجه.»

### گفتار نخست. قواعد مشترك 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، 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، چنان که 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.). 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<sup>۱</sup> 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؛ درحالی 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<sup>۲</sup>، 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.<sup>۳</sup> مشهور فقیهان گامی فراتر

۱- ر.ک. ماده ۱۰۵۹ ق.م. ناصر کاتوزیان، خانواده، ج ۱، ش ۷۲.

۲- همان کتاب.

۳- در شرایط محقق آمده است: «لو طلقت رجعية توارثا اذا مات احدهما في العدة، لأنها بحکم الزوجة».

جواهر الکلام، ج ۳۹، ص ۱۹۶.

نهاده و انحلال واقعی نکاح را نیز منوط به سپری شدن عده طلاق می‌دانند و نشانه‌هایی از پذیرش این نظر در نوشته‌های حقوقی کنونی نیز دیده می‌شود.<sup>۱</sup>

### طلاق در مرض متصل به فوت و فرض بقای زوجیت

در ماده ۹۴۴ ق.م.آمه است: «اگر شوهر در حال مرض زن خود را طلاق دهد و ظرف يك سال از تاریخ طلاق به همان مرض بمیرد، زوجه از او ارث می‌برد، اگرچه 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.آمه در فقه نشان می‌دهد که به احتمال زیاد دلیل واقعی ارث بردن زن عدم نفوذ طلاق در ارث، به دلیل حرمت یا کراهت طلاقی است که شوهر در واپسین بیماری می‌دهد.<sup>۲</sup> در فقه، گروهی از اندیشمندان بیمار مشرف به مرگ را در حکم مجبور 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<sup>۳</sup> 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

۱- ر.ک. خانواده، ج ۱، ش ۲۷۲ و ۲۷۳؛ دوره مقدماتی، خانواده، ش ۲۲۴ و ۲۲۵.

۲- اخباری که زاره و عبید بن زاره از حضرت صادق (ع) نقل کرده‌اند، در پاسخهای امام (ع) آمده است: «لیس للمریض ان یطلق...» و «لایجوز طلاق المریض»، یا در برابر این پرسش که آیا مریض می‌تواند زن خود را طلاق دهد، جواب منفی داده شده است؛ به نقل از: سیدمحمدجواد عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۸، ص ۱۸۵؛ شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۲، ص ۱۲۷.

۳- ر.ک. ناصر کاتوزیان، وصیت در حقوق مدنی ایران، ش ۲۰۹ به بعد.

به اقدام ضروری بر زن قرار گرفته است؛ متعلق حکم، طلاق در مرض متصل به موت است. از این عبارت چنین برمی آید که حکم توارث به مرض تعلق گرفته است نه تهمت.<sup>۱</sup> 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 غیرمنقول 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 حادثه ای فوت کند، زن از او ارث نمی برد. همچنین حکم ارث ویژه زن است و در موردی که زن پیش از شوهر بمیرد، نسبت به ارث زوج اجرا نمی شود در موردی هم که زن خواهان طلاق است و شوهر اجبار به طلاق می شود، از شوهر بیمار ارث نمی برد.<sup>۲</sup>

### فرض نسبی بطلان نکاح در واپسین بیماری

نکاح در دوران بیماری بی گمان 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

۱- ر.ک. جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۱۵۴.

۲- ر.ک. ناصر کاتوزیان، خانواده، ج ۱، ش ۲۷۶.

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 نمی‌برد، لیکن اگر بعد از دخول یا بعد از صحّت یافتن از آن مرض بمیرد، زن از او ارث می‌برد.»

در این حکم، اباحه دخول به زنی که در حال بیساری 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.<sup>۱</sup> این چهره بطلان نسبی، که مانند آن را در طلاق مریض دیدیم، در نظریه‌های حقوقی ما ناشناخته مانده است.<sup>۲</sup> 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:

۱- پاره‌یی از محققان در فقه نیز این نتیجه را به روشنی دریافته‌اند، چنانکه فاضل هندی در کشف اللتام (ج ۲، ص ۲۰۰) 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 طوفا 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: «... الألفی المریض، الذی تزوج فی مرضه فانه لایرثها ولا ترثه...»

۲- 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 کم و بیش در کتابهای فقهی نیز دیده می‌شود، ولی نویسندگان حقوقی بر این اضطراب افزوده‌اند.

«چنین طلاقى در موضوع ارث برای وارثان در برابر زن قابل استناد نیست.»<sup>۱</sup>

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 می‌برد.<sup>۲</sup> همچنین، حکم منع از ارث را نمی‌توان به مهر نیز سرایت داد. بدین ترتیب، حکم ماده ۹۴۵ نیز به قلمرو اصل «وجود پیمان زناشویی» بازمی‌گردد و چهره استثنایی آن از بین می‌رود و همگونی قواعد صدمه نمی‌بیند.

## ب. دوام نکاح

### توارث زن و شوهر ویژه نکاح دائم است

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

ماده ۱۰۷۷ ق.م. نیز می‌خوانیم 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

۱- 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 «عدم قابلیت استناد» و جایگاه آن در نظام قراردادی، ر.ک. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۴۶۶ و قرائت و تمرین (۱۲)، ص ۲۸۷. ۲- در قواعد علامه حلی آمده است: «ولو ماتت هی قبل الدخول ففی توریثه منها نظر...» (مفتاح الکرامة، ج ۸، ص ۱۸۸) وجه تردید در این است که، اگر عقد نکاح درباره شوهر پیش از نزدیکی بی‌اثر باشد، درباره زن هم باید همین حکم را جاری ساخت. زیرا، عقد یکی است و اثر آن، هر چه باشد، درباره هر دو طرف یکسان است؛ درحالی که دست یافتن به مفهوم «عدم قابلیت استناد» 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.

دائمی باشد و در نکاح منقطع، نه زن از شوهر ارث می‌برد و نه شوهر از زن. ماده ۱۰۷۷ ق.م. را نیز باید بدین گونه تکمیل کرد که، در نکاح منقطع، احکام راجع به وراثت زن و شوهر همان است که در باب ارث مقرر شده است، زیرا از مفساد 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 به 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.<sup>۱</sup> 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.<sup>۲</sup> این اختلاف به نویسندگان حقوق مدنی نیز سرایت کرده است.<sup>۳</sup> 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.

۱- ر.ک. نراقی، مستند، ج ۲، ص ۷۵۴ (در نقل چهار قول در فقه)؛ محقق، شرایع، کتاب نکاح؛ جواهر کلام، 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.

۲- شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۳۰، ص ۱۹۳.

۳- 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 عدم نفوذ شرط، ر.ک. سیدحسن امامی، ج ۲، ص ۲۶۰ و ۲۶۱؛ مهدی شهیدی، ارث، ش ۱۱۴؛ سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، حقوق خانواده، ج ۱، ش ۱۲.

با وجود این، کسی که مایل است بخشی از ترکه را به همسر خود بعد از فوت واگذار کند می‌تواند تا میزان ثلث دارایی به‌سود او وصیت کند و از این وسیله فنی برای تحقق اراده‌اش سود برد. همچنین، در صورتی که دادگاه از اوضاع و احوال و مفاد تراضی در عقد چنین استنباط کند که، مقصود از شرط وراثت تمليك بخشی از ترکه به‌سود 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 به‌کار رفته در بیان مقصود نسبت به نوع نکاح تردید شود، بویژه 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.<sup>۱</sup>

### 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، نیمی 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 بیشتری 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 می برد و بقیه به صاحبان قرابت می رسد و اگر صاحب قرابتی در آن طبقه مساوی با صاحب فرض در درجه نباشد، باقی به صاحب فرض رد می شود، مگر در مورد زوج و زوجه که به آنها رد نمی شود...»

درباره این حکم باید افزود که همسر به سبب ارث می برد؛ نه ویژه طبقه معینی است نه خویشی او با سایر وارثان سنجیده می شود. شوهر با همه طبقه ها ارث می برد 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 نمی شود و هر چه هست به صاحب قرابت داده می شود. در مثالی که آورده شد، شوهر  $\frac{1}{4}$  به فرض می برد و خواهر امی  $\frac{1}{6}$  و مانده ترکه  $\frac{1}{3}$  آن است که به خواهر امی داده می شود و، در نتیجه، سهم او نیز  $\frac{1}{4}$  از ترکه است.

### موردی که شوهر تنها وارث همسر است

در چنین موردی فرض شوهر  $\frac{1}{3}$  از ترکه است و مانده نیز به او رد می شود؛ چنانکه در پایان ماده ۹۰۵ ق.م. می خوانیم:

«... لیکن اگر متوفی به غیر از زوج نباشد، زائد از فریضه به او رد می شود»؛

یعنی، در حالتی که شوهر تنها وارث همسر خویش است، تمام ترکه را به ارث می برد.<sup>۱</sup> با خواندن حکم ماده ۹۰۵، بی درنگ این پرسش به ذهن می رسد که چرا در مورد زن این ترتیب رعایت نمی شود و میراثی را که خود به یاری شوهرش فراهم آورده است، همانند ترکه بی وارث، به دولت می رسد؟ پاسخی در خور به نظر نمی رسد، زیرا وجدان

۱- مقدس اردبیلی در شرح ارشاد می نویسد: «و اعلم ان ظاهر القرآن العزيز حصر نصيب الزوج و الزوجة الا على... و مقتضى ذلك عدم الرد عليهما اصلاً... مجمع الفوائد، ج ۱۱، ص ۴۲۷.

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 کرده‌است.

### شوهر از تمام اموال زن ارث می‌برد

در ماده ۹۴۶ ق.م. آمده‌است:

«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:

«و لکم نصف ماترک ازواجکم ان لم یکن لهنّ ولد 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.<sup>۱</sup> زن نیز در متن قرآن همانند

شوهر است. در دنباله آیه ۱۱ از سوره نساء می‌خوانیم:

«فَلَهُنَّ الرَّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ ان لم یکن لکم ولد فان کان لکم ولد فلهنّ الثمن مما

ترکتکم...»

بدین ترتیب، عدالت الهی در کلام او رعایت شده‌است و در دلالت آیه بر این که

۱- ر.ک. شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۹، ص ۲۰۷: «لاخلاف بین المسلمین فی ان الزوج یرث

من جمیع ما ترکته زوجته من ارض و بناء و غیرهما.»

فرض زوجه نیز تمام ترکه شوهر را دربرمی‌گیرد، هیچ سخنی نیست.<sup>۱</sup> اختلاف فقیهان در دلالت اخبار رسیده از امام معصوم (ع) است که نتیجه آن بدین گونه 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 دوبرابر زن است؛ شوهر نصف و در صورت وجود اولاد یک‌چهارم از ترکه زن را ارث می‌برد؛ فرض زن یک‌چهارم و با وجود اولاد یک‌هشتم 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 یک‌چهارم ارث نمی‌برد.
- ۳- شوهر از تمام اموال زن ارث می‌برد، درحالی‌که زن از زمین ارث نمی‌برد و از تملك 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 بویژه شهرهای بزرگ، علاقه‌های

۱- در تفسیر مجمع البیان (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.

خانوادگی و همبستگی اقوام و قبیله‌ی ربه سستی نهاده و جای خود را به همبستگی‌های ملی و اعتقادی و سیاسی و اقتصادی داده‌است. به همین جهت، جامعه‌شناسان و حقوقدانان به این توافق نسبی دست یافته‌اند که خانواده بزرگ اعتبار خود را از دست 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 اندازه‌ی 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 قبیله‌ی، 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 فاجعه‌ی 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 از دست داده‌است.

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؛ به ویژه، 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 کرده‌است: هر چه بر

تراکم جمعیت افزوده‌شود، 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- خواسته‌های اجتماعی و ادعاها نیز در جهان کنونی دگرگون شده‌است: اگر زنان در قدیم بدین خشنود می‌شدند که به عنوان انسان مورد عنایت شوهران باشند و به نیکی 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 نمی‌آیند 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 آراستهٔ مردان نیست؛ اخلاق عمومی و سازمانهای بین‌المللی و حقوق بشر نیز با آنان همداستان هستند. این تخمهٔ فعال بسیاری از نظامهای حقوقی را برهم زده‌است و دولتها ناچار شده‌اند در راه برابر ساختن حقوق زن و مرد یا دست‌کم تعادل نسبی آنها گام بردارند. پس، خردِ اداری حکم می‌کند که نظم بخشیدن و آرام کردن و هدایت این نیرو در زمرهٔ 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.

منتها، دشواری این‌گونه مصلحتگراییها 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 اصلاح‌طلب 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 از 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، حقوق‌دان در جستجوی عدالت، آزاد نیست و آرمانهای او باید در درون نظام حقوقی صورت پذیرد: قواعد مربوط به ارث زن چنان صریح است که رویه 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 مرحله نخست راهی نشان دهد که مقصود را در درون نظام حقوقی اسلام قابل تحقق سازد. بر پایه 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 مقدمه‌یی مشترک نیاز هست که بارها در فلسفه حقوق و مناسبت‌های گوناگون از آن سخن گفته‌ایم و اجمالی از آن را یادآور می‌شویم.<sup>۱</sup>

### مقدمه و مبانی

در جستجوی 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 شده‌است 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 والاست، 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 یافته‌است، نشان زنده‌یی از تغییر برداشتها و شیوه استدلالت در این نظام حقوقی است.

۱- ر.ک. فلسفه حقوق، ج ۲، ش ۲۴۰: گامی به سوی عدالت، ج ۱، ص ۲ به بعد؛ گذری بر انقلاب ایران، مقدمه‌یی بر جمهوری اسلامی، ص ۶۵ به بعد.

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 بویژه، 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 قاعده‌بندی قانونگذار را ناگزیر از پیروی نظر مشهور نمی‌کند: در اصل ۱۴۷ قانون اساسی پیش‌بینی شده است که دادرسی می‌تواند، در صورتی که قانونی نباشد، به فتاوی معتبر استناد کند. فتوای غیرمشهور نیز ممکن است معتبر باشد و انتخاب آن با قاضی است. پس، باید پذیرفت که نظام حقوقی ما توان تحمل نظرهای نو را، بویژه در صورتی که با فتوای 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.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

### 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 کرده‌است، مگر اینکه خلاف آن از وصیتنامه متوفی یا سایر اسناد به جای 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» پیشینه‌ی روشن دارد و تعبیرهای دیگری از اراده استنباط شده یا مفروض است.<sup>۱</sup>

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.<sup>۲</sup> به بیان دیگر، «وصیت مفروض» (اگر

۱- 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 بوده‌است، 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 شده‌است و ما نیز دلالت رضای کنونی را به رضای زمان عقد ضعیف می‌دانیم: ر.ک. قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۳۵۲. ولی، طرح این بحث نشان می‌دهد که رضای مفروض یا تقدیری بدعتی نیست که تصور آن دشوار یا دور از مبانی فقهی باشد.

۲- در کشورهای اسلامی، مصریان نیز در قانون ارث و وصیت و وقف و احوال شخصیه مصوب ۱۹۴۲ و برمیثای مذهب ظاهری که وصیت را واجب می‌داند، از نهاد «وصیت واجب» برای بهره‌مند ساختن نواده‌ی که، به دلیل مرگ پدر در زمان حیات پدر بزرگ، از ارث او محروم مانده‌است، 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 ابوزهره، شرح قانون وصیت، ص ۲۰ به بعد.

پذیرفته شود) همان نقشی را دارد که قوانین تکمیلی و عرف در قراردادها برعهده دارند و به همین دلیل هم باید آن را جانشین ارادهٔ 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.<sup>۱</sup> 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 ویژهٔ ترمیم ارث زن پنداشت: به‌عنوان مثال، در موردی که یکی از فرزندان خانواده پیش از پدر مرده است و اکنون فرزندان او (نواده‌ها) در نتیجهٔ اجرای قاعدهٔ «الاقرب یمنع الابدع» از ترکهٔ پدر بزرگ محروم می‌مانند، فرض وصیت معادل سهمی که به پدر آنان در صورت حیات می‌رسید، منع قائم‌مقامی نواده‌ها را در حالت وجود فرزند متوفی جبران می‌کند و وسیلهٔ اجرای عدالت قرار می‌گیرد.<sup>۲</sup>

### محروم ماندن زن از تملك تمام ترکه شوهر

در صورتی که وارث منحصر است

گفته شد که وارثان به‌سبب تنها به فرض ارث می‌برند و ماندهٔ 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 مادهٔ ۹۰۵ ق.م. و در مقام بیان استثنا بر قاعده، می‌خوانیم: «... لیکن، اگر برای متوفی وارثی به‌غیر از زوج نباشد، زائد از فریضه به او رد می‌شود.» خواندن این استثنا ذهن را

۱- ر.ک. سورهٔ بقره، آیهٔ ۱۸۰ (کتاب علیکم اذا حضر احدکم الموت ان ترک خیراً الوصیة للوالدین و الاقربین بالمعروف حقاً علی المتقین)، اعم از این که از ترکیب امر «کتاب» استفادهٔ وجوب شود یا استحباب.

۲- ر.ک. ص ۲۲.

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.<sup>۱</sup> 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.<sup>۲</sup> 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 ابی بصیر از امام باقر (ع) است<sup>۳</sup> 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<sup>۴</sup> و علامه حلی در تحریر<sup>۵</sup> و ارشاد<sup>۶</sup>، برای جمع بین اخبار از آن طرفداری کرده‌اند.

بدین ترتیب، در بحثی مورد اختلاف، اگر قانونگذار از برابری زن و شوهر (بویژه در زمان غیبت امام (ع)، مانند عصر کنونی) طرفداری کند و با فقیهان و محدثان برجسته‌ی همانند صدوق و شیخ و شهید و علامه و دیگران همراه شود، به دشواری 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.

۱- در این باره، ر.ک. سیدمحمدجواد عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۸، ص ۱۷۹؛ شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۸، ص ۸۱؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۱، ص ۴۲۵ به بعد.

۲- سیدمحمد آل بحر العلوم: بلغة الفقیه، ج ۴، ص ۲۰۷.

۳- رجل مات و ترک امرأة، قال علیه السلام: المال لها، به نقل از: شرح لمعه، ج ۸، ص ۸۳.

۴- شرح لمعه، ج ۸، ص ۸۱.

۵- تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۱۶۸.

۶- ر.ک. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۱، ص ۴۲۵ و ۴۴۲.

### حرمان 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 برمی‌آید 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 تملك 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)<sup>۱</sup> یا تردید در الحاق حقی به زمین باشد (مانند بوته‌های خودرو، خیار مربوط به تملك زمین<sup>۲</sup>، 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.<sup>۳</sup> این شیوه

۱- ر.ک. کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، ش ۵۸ به بعد.

۲- در مورد ارث خیار زن در معامله زمین، ر.ک. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ش ۹۰۵.

۳- درباره اصل وراثت و حکم استثنایی حرمان، ر.ک. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۸، ص ۱۷۲.

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 یافته‌است. 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.<sup>۱</sup>

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 به‌بار آید، در میزان ارث زن مؤثر نیست و او، همچون طلبکار مبلغی پول، در تغییرهای ملك و بهای آن نه نفعی می‌برد و نه ضرری متحمل می‌شود. بعضی نیز بهای زمان دفع را مناط اعتبار می‌دانند و زن را شريك وارثان می‌شمارند.

با وجود این، اگر وارثان این بها را به‌زن 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 شده‌باشد: 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

۱- براین باره، رك. مصطفی عدل، شرح قانون مدنی، ش ۹۷۹.

اشجار را بخواهد.<sup>۱</sup> همچنین، اگر اختلافی به هم نرسد، در جریان حصر وراثت و تعیین میراث زن، دادگاه می‌تواند رضای دو طرف را درباره تملك عین در تصدیق انحصار وراثت بیاورد. قانون مدنی به آیین تملك عین و چگونگی این تحول اشاره‌ی نکرده‌است 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 تملك سهم مشاع عین بنا و زمین، وضع حقوق زن مانند شریک در ملك مشاع است و نباید اجرتی بابت استقرار ملك خود بر زمین بپردازد.<sup>۲</sup>

### 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 شده‌است: «فَلَهُنَّ الرِّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُم ان لَمْ یَكُن لَكُمْ وَلَدٌ، فان كان لكم ولدٌ فَلَهُنَّ الثَّمَنُ مِمَّا تَرَكَتُم» و مفسران و پاره‌یی از فقیهان نیز در توضیح و بیان آیه هیچ قید و مخصّصی برای آن نگفته‌اند<sup>۳</sup> 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.<sup>۴</sup> تاریخ و حکمت نزول آیه نیز نشان می‌دهد که پیامبر در مقام بیان حکم و خطاب به کسانی بوده‌است که به زنان از میراث شوهران ارث نمی‌داده‌اند، و در این

۱- در این زمینه، ر.ک. حاج شیخ محمدعلی اراکی، رسالتان فی الارث و نفقة الزوجه، ص ۲۱۳ و ۲۱۴.  
 ۲- در تأیید این نظر در فقه، ر.ک. شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۹، ص ۲۱۶؛ نظر و احتمال مخالف نیز داده شده‌است که صاحب جواهر ضعیف می‌داند.  
 ۳- فاضل مقداد، کنز العرفان فی فقه القرآن، ج ۱، ص ۲۲۶؛ شیخ طبرسی، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۱۶ و ۱۷؛ ابوالفتوح رازی، ص ۷۲۸ و ۷۲۹؛ مقدس اردبیلی، زبدة البیان، ص ۴۶۵؛ شیخ طوسی، تفسیر تبیان، مقنع و مراسم (به نقل از: جواهر الکلام، ج ۳۹، ص ۲۷۰ از کشف الرموز).  
 ۴- شیخ محمدتقی التستری، النجعة فی شرح المعنة، کتاب عتق تامیراث، ص ۴۵۷.

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، درباره پاسخ ارث زن از زمین، امام (ع) می‌فرماید: «یرثها و ترثه من کل شیء ترك و تركت» و اسکافی (ابن جنید) نیز بر پایه همین خبر نظر می‌دهد که زن از تمام تركه شوهر ارث می‌برد و سیدمرتضی نیز برای جمع بین اخبار زن را از تملك عین زمین محروم و از قیمت آن بهره‌مند می‌داند.<sup>۱</sup> 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 می‌برد.

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 می‌برد؛<sup>۲</sup>
- ۲) زن از قیمت زمین و اعیان و اشجار ارث می‌برد؛<sup>۳</sup>
- ۳) زنی که از همان شوهر فرزند دارد از تمام تركه ارث می‌برد و زنی که عقیم مانده است از زمین و عین ابنیه و اشجار محروم است؛<sup>۴</sup>
- ۴) زن مطلقاً از زمین و عین ابنیه و اشجار ارث نمی‌برد؛

۱- سیدمرتضی، الانتصار، ص ۱۶۵.

۲- نقل از جواهر الکلام و او هم از دعائم الاسلام درباره اخبار (ج ۳۹، ص ۲۰۹).

۳- سیدمرتضی، همان کتاب.

۴- محقق، شرایع، «اذا كان للزوجة من المیت ولد، ورثت فی جمیع ما ترك، ولو لم یكن، لم ترث من الارض شیئاً و اعطیت حصتها من قیمت الالات و الابنیه»، ص ۸۲۵؛ همچنین رك. علامه حلی، 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.

- ۵) زن از عرصه خانه و مسکن محروم است و از زمین ارث می برد؛  
 ۶) زن بی فرزند از زمین ارث نمی برد و از قیمت ابنیه و عین اشجار ارث می برد؛  
 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 نظرهایست 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 سنت گرایی نشده است؟ کدام فقیه روشن ضمیر قانونگذاری را که، در حال گریز از قبیل و قالهایی مفسران اخبار، بر بال فرشته عدالت به سوی قرآن می رود نکوهش می کند؟<sup>۲</sup>

۱- شیخ مفید و ابن ادریس (نقل از: فاضل مقداد، التتقیع الرائع، ج ۵، ص ۱۹۰).  
 ۲- ر.ک. شهید اول، لمعه، شرح لمعه، ج ۸، ص ۱۷۳؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ج ۳، ص ۳۲۸ و ۳۲۹.  
 ۳- مرحوم مقدس اردبیلی، (مجمع الفائدة 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 الزوجين يرثان كل واحد من صاحبه من جميع ما ترك كسائر الورثة، 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 مشکل خود می نویسد: «و بالجمله، انا ثبت الحكم من المعصومين (ع) فلا استبعاد و لا يحتاج الي فهم العلة و هو ظاهر، و انما الكلام في ثبوت ذلك.» فاضل مقداد نیز در ترجیح نظری که زن بچه دار را از تمام ترکه شوهر صاحب حق می داند، می نویسد: «والتخصيص حسن لكونه تقليلاً لمخالفة القرآن» به نقل از: التتقیع الرائع، ج ۴، ص ۱۹۲.