

تأملی بر اصلاح قانون ارث زنان در ایران

عبدالحسین رضایی راد*

استادیار دانشگاه شهید چمران

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۸/۸/۱۸ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۸۹/۳/۱۱)

چکیده

در این مقاله، با هدف ضابطه‌مند کردن هرچه بیشتر تغییر قوانین در نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران، تغییر مهمی که اخیراً در قانون ارث ایران صورت گرفته است، مورد دقت قرار گرفته و از جنبه‌های مختلف، از جمله از جنبه‌ی تاریخی، سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، حقوقی و فقهی بررسی و تحلیل می‌شود و تبعات و پیامدهای احتمالی آن در حالت‌های مختلف پیش‌بینی می‌شود. در نهایت، این احتمال که تغییر مزبور، مستند به تأثیر حوادث و تحولات اجتماعی و با انگیزه‌ی تطبیق هرچه بیشتر قوانین موضوعه با نیازهای زمان، در ضمن هماهنگی با موازین شرعی باشد، تقویت می‌گردد.

کلیدواژه‌ها ارث - زن - اموال غیرمنقول - قانون‌گذاری - تقنین - تاریخ فقه - حقوق.

طرح مسأله

ضرورت‌های اجتماعی و تبعات نامطلوب نادیده گرفتن آن‌ها در قانون‌گذاری و نیز وجود اختلاف نظر میان فقها در بعضی از مسائل شرعی و لزوم قانون واحد، گاه قانون‌گذاران را وامی‌دارد که انعطاف‌هایی از خود نشان دهند و برای تطبیق قوانین با ضرورت‌های اجتماعی و عبور از اختلاف فقهاء و رسیدن به رویه‌ی واحد در قانون و برای تطبیق قوانین بر فقه و موازین شرعی، در ضمن حفظ ضرورت‌ها و نیازهای متغیر و متحول جامعه، بعضاً از نظر مشهور فقها و گاه تا اندازه‌ای حتی به اقتضای مصلحت، از فقه و احکام شرعی، فاصله بگیرند. از همین جاست که چالش‌های فراوان و عمیقی دامنگیر فقهاء و حقوق‌دانان می‌شود تا روشن شود تا چه حد و میزانی و با چه معیار و ملاکی

می‌توان در احکام شرعی انعطاف‌پذیری نشان داد؛ برای آنکه اسلامیت و فقهیت نظام که هدف اصلی انقلاب و مهم‌ترین اصل قانون اساسی است (اصل ۴) تأمین شود و آفت تحجر و کهنگی نیز بر طراوت و پویایی و بالندگی و مقبولیت نظام اسلامی خلل وارد نیاورد، تحلیل این مسایل پیش‌رو اجتناب‌ناپذیر می‌نماید. نباید از خاطر دور داشت که زیاده‌روی در انعطاف‌پذیری جامعه‌ی فقهی و نظام قانون‌گذاری، ما را نیز همچون اهل سنت به دام روش‌های نادرست استنباط چون استحسان و استصلاح می‌اندازد و موجب مرگ تدریجی احکام و تعطیل و انسداد اجتهاد می‌گردد.^۱

تبیین مسأله

در بهمن ماه ۱۳۸۷ شمسی، لایحه‌ای توسط فراکسیون زنان مجلس شورای اسلامی ایران تقدیم مجلس شد و به تصویب رسید که براساس آن، ماده‌های ۹۴۶ تا ۹۴۹ قانون مدنی که در خصوص ارث زوجه از اموال زوج خود است، مورد اصلاح قرار گرفت. (روزنامه‌ی جام جم ۱۳۸۷/۱۱/۷) و برای اجرا ابلاغ شد.

یکی از اصلاحاتی که صورت گرفت و موضوع این تحقیق است، ارث زوجه از اموال غیرمنقول شوهر است که در قانون قبلی، زوجه از آن محروم شده بود؛ ولی در اصلاحیه، مقرر شد که زوجه، مثل زوج از تمام ماترک همسر خود ارث ببرد (در صورت این که زوج فرزند داشته باشد، زوجه در اموال غیرمنقول از قیمت و در اموال منقول از عین و قیمت ارث می‌برد؛ در غیر این صورت، از همه‌ی ماترک) و این در حالی بود که همین لایحه، با اندکی تفاوت در سال ۱۳۸۳ در مجلس تصویب شده بود و به دلیل مخالفت با شرع، توسط شورای نگهبان رد و به مجلس برگردانده شده بود (اخوان بیطرف نیره. سایت تابناک ۱۳۸۷/۹/۲۱).

گرچه ممکن است در یک نگاه سطحی، این پدیده اتفاق مهمی محسوب نشود و از نظر حقوقی و فقهی اتفاقی ساده تلقی شود که مشابه آن نیز در مسیر قانون‌گذاری قابل اشاره است، اما با نگاهی دقیق‌تر، همچنان که در این تحقیق به اثبات خواهد رسید، این پدیده می‌تواند پی‌آمدهای بسیار مهمی در علم فقه و حقوق اسلامی داشته باشد و از جنبه‌های متعددی، چون جنبه‌های تاریخی، سیاسی، اجتماعی و فقهی و حقوقی، قابل بحث و بررسی باشد و شاید بتواند در حد یک انقلاب و یک نقطه‌ی عطف در تاریخ فقه

۱. بنابه آن چه در آثار مربوط به تاریخ فقه اهل سنت ذکر می‌شود، یکی از علل انسداد اجتهاد در اهل سنت، زیاده‌روی در کاربرد استحسان و قیاس بوده است. ر.ک. الاشقر تاریخ الفقه الاسلامی ص ۸۳.

و حقوق ایران و اسلام به حساب آید و تأملات و تحلیل‌ها و تبعات بسیاری را در عصر حاضر و دوره‌های بعدی برانگیزد.

پرسش اصلی این تحقیق آن است که چگونه می‌شود لایحه‌ای که به صراحت توسط شورای نگهبان خلاف شرع تشخیص داده شده، چند سال بعد به تأیید برسد و در جمهوری اسلامی که مطابق اصل ۴ قانون اساسی آن، تمام قوانینش باید مطابق شرع باشد و این اصل بر تمام اصول و قوانین دیگر حکومت دارد، قانونی که هفتاد و چند سال پیش با نظر فقهاء عظام و مستفاد از منابع معتبر فقهی، تدوین شده (مقدمه‌ی قانون مدنی ایران) و مورد اجرا بوده و مبتنی بر نظر مشهور فقهاء و بلکه به گفته‌ی بعضی از فقهاء اجماع فقهاء شیعه بر آن قرار گرفته، (نک: نجفی؛ جواهرالکلام، ۳۹-۲۱۰) عوض شود و قانونی مخالف آن جایگزین گردد. این تغییر چه ریشه‌ها و عللی می‌تواند داشته باشد و چه پیامدها و تأثیراتی بر علم فقه و حقوق اسلامی می‌تواند بر جای بگذارد؟

هدف تحقیق

پیش‌گیری از پی‌آمدهای ناگوار چنین تغییراتی در قوانین و استقبال از نتایج سودمند و مفید آن‌ها و زمینه‌سازی برای تأمین مبانی تئوریک لازم برای تطبیق هر چه بیشتر قوانین و احکام شرعی بر ضرورت‌ها و نیازهای متحول و متغیر و نمایاندن هر چه بیشتر پویایی و انعطاف‌پذیری فقه شیعه را می‌توان به عنوان بخشی از اهداف و فواید این تحقیق بیان کرد.

روش تحقیق

در این تحقیق، یک پدیده‌ی فقهی و حقوقی که همان تغییر موادی از قانون مدنی ایران که مطابق حکم شرع است و جایگزین شدن قانون دیگری که به اذعان شورای نگهبان خلاف شرع است، مطابق روش معمول در مباحث فقهی و حقوقی، مورد بررسی فقهی و حقوقی قرار می‌گیرد و علاوه بر آن، این پدیده و پی‌آمد و علل محتمل و تأثیرگذار در آن از زاویه‌ی اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و تاریخی نیز مورد دقت و تحلیل قرار می‌گیرد و لذا می‌توان گفت روش این تحقیق روشی مرکب از روش پدیده‌شناسانه و روش تاریخی است که علاوه بر روش‌های تحلیلی و پدیده‌شناسانه علم فقه و حقوق، از روش تاریخی معمول در تاریخ فقه و تاریخ حقوق نیز مدد می‌گیرد و با نگاهی بیرون فقهی و فراحقوقی، همانند روش تاریخی نیز به این پدیده نگرسته می‌شود و علل غیرحقوقی و غیرفقهی که محتمل است در این تصمیم حقوقی و فقهی مؤثر بوده باشند نیز مورد بررسی قرار می‌گیرند.

پیشینه‌ی تحقیق

مبحث میراث زوجه، از قدیم‌الایام در آثار فقهی مطرح بوده و علاوه بر آثار مستقل و رساله‌های متعدد در این زمینه، کلیه مجامع و دوره‌های کامل فقهی نیز در مبحث «میراث» و در مجموعه قوانین مدنی، در بحث اشخاص، بخشی هر چند کوچک را به این مطلب اختصاص داده‌اند؛ اما تحول مدام در ساختار اجتماعی و نیازها و ضرورت‌های متغیر جامعه، هر چند مدت یک بار، ابهامات و احتمالاتی نوین را به ذهن می‌آورد که بازخوانی مجدد متون دینی و آثار فقهی را اجتناب‌ناپذیر می‌سازد و فقه پویا و زنده‌ای چون فقه شیعه را از بازنگری و به روز کردن مباحث بی‌نیاز نمی‌گذارد و لذا این موضوع نیز در شرایط فعلی و با توجه به مشکلات و تبعات نگران‌کننده‌ی بعضی از قوانین و مشکلاتی که در دادگاه‌ها و محاکم مطرح می‌شود، مجدداً قابل بحث گردیده است؛ چنان‌که پیگیری مداوم مجلس شورای اسلامی در جهت تغییر قانون ارث گواه این ضرورت است. این تحقیق، علاوه بر ضرورت فوق، به دلیل دیگری نیز نوآوری دارد و آن این که علاوه بر بازنگری و بازخوانی ادله‌ی فقهی و بررسی جنبه‌های حقوقی، با نگاهی تاریخی و سیاسی و اجتماعی نیز این مسأله را می‌کاود و به ریشه‌ها و تبعات تاریخی و سیاسی و اجتماعی آن نیز نگاه می‌کند.

فرضیه‌ها

تغییر قانونی که مطابق شرع مقدس اسلام تنظیم شده و بیش از هفتاد سال مورد اعتراض فقهی قرار نگرفته، آن هم به اجازه‌ی مهم‌ترین مقام حکومتی کشور یعنی مقام معظم رهبری و تأیید شورای نگهبان، می‌تواند پدیده‌ی بسیار بنیادی و زمینه‌ساز تغییر تمام قوانین و دگرگون شدن نظام اسلامی و حتی فقه اسلام باشد و از این‌رو از جهات مختلفی قابل بررسی و ریشه‌یابی است؛ از جمله به لحاظ اجتماعی، سیاسی، اقتصادی، تاریخی، حقوقی و فقهی. هر کدام از این جنبه‌ها، همچون یک فرضیه، محورهای اصلی این پژوهش را تشکیل می‌دهد.

فرضیه‌ی اول: بررسی اجتماعی و اقتصادی

یکی از بررسی‌هایی که بر روی این پدیده انجام شده یا ممکن است بشود، بررسی اجتماعی است؛ بدین‌گونه که این پدیده را به عنوان نماد و علامتی بر نقش بنیادی و تأثیرگذار زنان در نظام جمهوری اسلامی مطرح کرده‌اند (غیبی پور مهرداد، روزنامه سرمایه ۱۳۸۷/۹/۱۲). زیرا این تغییر و اصلاح که مدت‌ها در مجلس مورد بررسی بوده و

به دلیل مخالفت با شرع، مورد تأیید شورای نگهبان قرار نمی‌گرفت (اخوان بیطرف)، با طرحی از فراکسیون زنان مجلس هشتم (آلیافاطمه، سایت *کانون زنان ایران* ۱۳۸۶/۹/۲۸) و با پی‌گیری‌های مداوم آنان، مجلس موفق به گرفتن فتوای رهبری و به دنبال آن تصویب در مجلس و تأیید شورای نگهبان شد و این تحول بزرگی که سال‌ها امکان انجام آن نبود و بسیاری از کارشناسان، به صراحت اعلام کرده بودند که تغییر بنیادی در قانون ارث، به دلیل تطابق آن با فتاوی‌های مشهور و متون حدیثی و آیات شریفه، میسر نیست (سجادی شهناز، سایت *Law.net.ir* ۱۳۸۷/۳/۲۸) صورت گرفت؛ گرچه بعضی هنوز هم این تغییر را کافی نمی‌دانند (صدرشادی، *روزنامه سرمایه* ۱۳۸۷/۹/۱۲) و درصدد تغییرات دیگری نیز هستند. (آلیا، فاطمه، *روزنامه سرمایه* ۱۳۸۶/۹/۲۸).

علاوه بر این، می‌توان این پدیده را به عنوان عکس‌العملی در مقابل بی‌مهری‌های گذشته، به حقوق زن در جامعه‌ی ایران مطرح کرد و به عنوان راه‌حلی برای رفع مشکلات فراوانی که در دادگاه‌های خانواده مطرح است (حسین‌زاده محبوبه، *روزنامه اعتماد* ۱۳۸۶/۹/۲۶) و وضعیت ناگواری را برای زن‌های همسر از دست داده، به خصوص در صورت نداشتن فرزند بوجود آورده بود، تلقی کرد؛ چنانکه این زن‌ها، پس از فوت همسر، دچار سردرگمی و بی‌پناهی شده و با از دست دادن همه‌ی امکانات زندگی و حتی سرپناه خود مواجه می‌شدند. قانون موجود زن را از اموال غیرمنقول شوهر محروم کرده و حتی همان سهم ناچیز $\frac{1}{8}$ را که در سایر اموال دیگر داشت، در اموال غیرمنقول برای او در نظر می‌گرفت و این در حالی بود که زن عمری را دوش به دوش مرد در مزارع و در آبادکردن منزل کار می‌کرد؛ ولی پس از فوت همسر، باید به آوارگی و فقر و تنهایی تن می‌داد. (مینوئی زهرا، سایت *aftab.ir* ۱۳۸۷/۱۲/۸) همین مطلب باعث شده بود که بعضی، قانون قبلی را خلاف عدالت (امیری فاطمه، از قول فاضل میبیدی، *کتابخانه اینترنتی تبیاد* ۱۳۸۷/۱۱/۲۱) و مخالف حقوق زنان و ظلم (حسین‌زاده) و اجحاف به آنان (نصیری، *هژیر روزنامه جام‌جم* ۱۳۸۷/۱۱/۱۷) و مایه‌ی تحقیر آنان (سجادی) و به دلیل تغییر ساختار اجتماعی در این زمان، قابل تأمل (همان) و تجدید نظر بدانند و آیات ارث را مرتبط اوضاع و شرایطی که زن هیچ ارثی از همسر خود نمی‌برد، بدانند (سجادی) و در فکر تغییر و اصلاح آن بیفتند و شاید به دلیل چنین تصوراتی است که در زمان تصویب این اصلاحات، هیچ نماینده‌ای به عنوان مخالف در مجلس صحبت نمی‌کند و با اکثریت قاطع و بی‌سابقه‌ای به تصویب می‌رسد. (رحیمی، *امین، روزنامه ۸ صبح* ۱۳۸۷/۱۱/۷).

بعضی نیز بدون هیچ توجهی^۱ به احادیث صحیحهای که پشتوانه‌ی قانون قبلی است (حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۵. میراث ازدواج)، ریشه‌ی قانون قبلی را فرهنگ قبیله-ای دانسته‌اند که در آن، زن پس از فوت همسر به خانه‌ی پدری باز می‌گشت و لذا سهمی از ارث، برای او در منزل شوهر در نظر گرفته نمی‌شد؛ زیرا اختصاص سهم الارث برای زن در ملک شوهر متوفی، باعث می‌شد که احیاناً شوهر و بچه‌های او از شوهر بعدی، در ملک شوهر قبلی سکونت گزینند و باعث اختلافاتی بشود (سجادی و امیری و مینوئی و نیز امامی، دوره حقوق مدنی، ۳۰۹/۳) و لذا با تغییر فرهنگ جامعه و از بین رفتن فرهنگ قبیله‌ای، دیگر نیازی به این قوانین نیست و تغییر آن‌ها ضروری است.

گروهی دیگر، این تغییر را با دید اقتصادی نگریسته و گفته‌اند قانون قبلی ریشه در فرهنگ فئودالی گذشته دارد که زن هیچ سهمی نداشت (سجادی) و در آن زمان، زمین ارزش اقتصادی زیادی نداشته و ارزش بیشتر در ابنیه و اشجار بوده و لذا سهم زن منحصر به ابنیه و اشجار شده است (سیمون دویوار. جنس دوم، ۱۲۰/۱-۱۲۸) و نیز گفته شده در زمان‌های کهن تعداد فرزند زیاد بود؛ لذا سهم $\frac{1}{8}$ در مقایسه به سهم فرزندان زیاد بود؛ ولی در جهان امروز که تعداد فرزند کاهش یافته، این سهم ناچیز به نظر می‌رسد (ارزنی زهره، روزنامه‌ی سرمایه ۱۳۸۶/۹/۲۸) و گروهی نیز گفته‌اند: به دلیل این‌که در زمان ما به خلاف زمان‌های باستان، زن نقش زیادی در فعالیت‌های اجتماعی دارد، کمبود سهم الارث او نسبت به مردان، توجیه پذیر نبوده و لازم‌التغییر است (امیری).

بررسی این فرضیه

با این‌که آثار بنیادی این اصلاحیه، در امور اجتماعی و ارتباط خاص آن با این‌گونه امور، قابل انکار نیست، اما اگر چنین تصور شود که این اصلاحیه به عنوان راه حل این‌گونه مسائل مطرح گردیده و به تصویب رسیده است، به نظر نمی‌رسد که دیدگاهی صحیح و دقیق باشد؛ زیرا با این‌که احیای جایگاه زن و سوق دادن جامعه به سوی عدالت اجتماعی و رفع تبعیض، از اهداف نظام است، اما اصل ۴ قانون اساسی، بر کلیه اصول دیگر حاکم است؛ در این اصل به صراحت ذکر شده که باید همه‌ی قوانین، مطابق موازین شرعی بوده و این اصل بر کلیه قوانین و اصول حاکم است و لذا به هیچ دلیل و

۱. در تحلیل خانم فاطمه امیری آمده است. «در قانون مدنی بدون هیچ مجوز عقلی و شرعی، تبعیض بر زنان رفته است» این جمله، نشان‌دهنده‌ی بی‌اطلاعی نویسنده از احادیث صحیحهای است که مبنا و مجوز چنین قانونی است.

بهبانهای نمی‌توان قانونی مخالف موازین شرعی تصویب کرد یا قانونی را که مطابق موازین شرعی است، تغییر داد یا حذف کرد. بنابراین، معضلات اجتماعی هر چند که زیاد باشند نمی‌توانند موجب تغییر قانونی شوند که مطابق موازین شرعی است؛ زیرا خداوند تعالی عدالت و راه‌حل مشکلات بشر را بهتر می‌شناسد و بی‌تردید با عدول از موازین شرعی، نمی‌توان به عدالت دست یافت و گره‌ای از کار بشر گشود و با این تصور که اجرای حکم شرعی خلاف مصالح کشور است، نمی‌توان حکم به تعطیل یا تغییر آن داد؛ زیرا چنین عملی، چیزی جز «استحسان» نیست که بطلانش در فقه شیعه از مسلمات است (نک: مشکینی، *اصطلاحات الاصول* ۳۱؛ مظفر *اصول الفقه*، ۱۸۰/۲) و حتی بعضی از فرقه‌های سنی هم به شدت با آن به مخالفت برخاسته و گفته‌اند: «من استحسن فقد شرع» (غزالی، *المستصفی*، ص ۱۷۱) یعنی: «هر کس استحسان کند، قطعاً بدعت‌گزاری در دین کرده است.»

صرف‌نظر از اشکالات وارد شده بر مبنای نظریه‌ی استحسان و به فرض که حجیت آن مورد تأیید هم باشد، تشخیص مصلحت و مفهوم عدالت نیز آن چنان واضح و روشن و به دور از اختلاف‌نظر نیست تا بتوان با قاطعیت، مصادیق آن را تعیین کرد و به استناد آن در حکم شرعی دخل و تصرف کرد و اگر بنا باشد از طریق دخل و تصرف در احکام شرعی، به دنبال تعمیم عدالت باشیم، موارد بسیار دیگری نیز وجود دارد که ممکن است ادعا شود که خلاف عدالت هستند و بدین‌سان، شاید تمام قوانین دست‌خوش تغییر مداوم شوند و هیچ ثبات و دوامی در نظام اجتماع محقق نگردد؛ به عنوان مثال، ممکن است نقطه‌ی مقابل این نظر نیز ادعا شود و کسی بگوید: این که در حقوق خانواده‌ی اسلام هم تمام هزینه‌ی خانه به عهده مرد باشد (قانون مدنی ایران، ماده ۱۱۰۶ و ۱۱۰۷) و هم مرد ملزم به پرداخت مهریه باشد (حلی، محقق، ۳۲۶/۳ و امام‌خمینی، *تحریرالوسیله*، ۲۹۸/۲) نیز عادلانه نیست و شاید بهتر باشد که زن و مرد در این هزینه‌ها به طور مساوی سهیم باشند یا لاقلاً زن موظف به انجام امور منزل و شیر دادن باشد؛ نه اینکه زن از همه‌ی این کارهای خانه معاف بوده (امام‌خمینی، *تحریرالوسیله*، ج ۲، ص ۳۰۵) و در تأمین هزینه‌ی زندگی نیز هیچ نقشی نداشته باشد و علاوه بر همه‌ی این‌ها، مهریه هم دریافت کند. این‌گونه قوانین، از آن‌جا که زن را به عنوان یک مصرف‌کننده‌ی مطلق در خانه جلوه‌گر می‌سازد، خلاف عدالت و اجحاف به حقوق مردان است و همین‌طور سایر قوانین نیز می‌تواند مورد نقد اجتماعی و تغییر قرار گیرد و تمامی قوانین خانواده و کل فقه اسلامی، دگرگون شود.

در خصوص ریشه‌یابی تاریخی و اجتماعی نیز چنین مناقشه‌ای قابل طرح است؛ زیرا همان‌طور که ریشه‌ی نابرابری ارث زن و مرد، در قوانین گذشته جستجو شده است می‌توان ریشه‌ی برابری ارث زن و مرد را هم در عقاید گذشتگان جستجو کرد و گفت این اصلاحیه، متأثر از عقاید ایرانیان باستان است که در آنجا ارث زن و مرد مساوی بوده (نک: بارتلمه، کریستین) و این اصلاحیه، عدول از احکام اسلامی و بازگشت به سنت‌های ایران باستان و نوعی ارتجاع و عقب‌گرد است.

بررسی سیاسی

تغییر قانونی که مطابق نظر مشهور فقهاست، آن هم به فتوای رهبری (رحیمی) ایستا ۱۳۸۷/۱۱/۱۲ و تأیید شورای نگهبان، می‌تواند از نظرگاه سیاسی نیز مورد تحلیل قرار گیرد و به عنوان یک حکم حکومتی و متکی بر مصلحت‌های سیاسی و برای رفع مشکلات قضائی علیه زنان و از باب اختیارات مطلقه‌ی ولی فقیه بررسی شود. از آنجا که رهبری در نظام جمهوری اسلامی ایران، ولایت مطلقه بر سه قوه دارد (اصل ۵۷) می‌تواند در مواردی که مصلحت اقتضاء کند، حکم حکومتی و امر مولوی خود را صادر کند و سایر قوا از جمله قوه‌ی مقننه، ملزم به اطاعت هستند.

بررسی این فرضیه

وجود اختیارات مطلقه برای رهبر، در نظام جمهوری اسلامی غیرقابل انکار و مطابق قانون اساسی است (اصل ۵۷) و ادله‌ی فقهی نیز در تأیید آن ارائه شده است. (نک: جوادی آملی، وحی و رهبری، ص ۱۸۵-۲۰۶؛ نراقی. *عوائد الایام*، ص ۱۸۵-۲۰۶). علاوه بر این و صرف‌نظر از جنبه‌ی قانونی و فقهی، نحوه‌ی درست استفاده از این اختیارات نیز حائز اهمیت بسیار است و می‌تواند بیانگر میزان شجاعت، قدرت، مدیریت و آگاهی مقام معظم رهبری به زمان خودش باشد به عنوان مؤید وجود این صفات که از شرایط رهبر در قانون اساسی است (اصل ۱۰۹ و ۵) مورد دقت قرار گیرد و شاید این نحوه از اعمال مدیریت و بهره‌گیری از ولایت مطلقه در امور قانون‌گذاری، قابل مقایسه با موارد دیگری باشد که در زمان امام راحل اتفاق افتاد؛ از جمله در قضیه‌ی لغو مالکیت زمین‌های کشاورزی مورد نیاز کشاورزان که با وجود مخالف بودنش با شرع و با نظر شورای نگهبان، به دلیل ضرورت، مطابق نظر امام، در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید و یا مواردی چون مالیات (امام‌خمینی، *صحیفه نور*، ۱۸/۱۸۶)، قضاوت غیرمجتهد (همان،

۲۴۵/۱۹)، قانون کشت موقت (ملاحظه شود ایرادات شورای نگهبان به قانون کار در ۱۳۶۶/۹/۱۹ و تصویب آن بدون رفع ایرادات در آبان ۶۹ در مجمع تشخیص مصلحت نظام) و مسائلی مانند آن که با وجود عدم سابقه در میان فقهاء، امام راحل با شجاعت به اظهار فتوای خلاف مشهور پرداخت؛ علی‌رغم آنکه پاره‌ای از آن‌ها با مخالفت بعضی از اعضای فقهای شورای نگهبان قرار گرفت؛ (ملاحظه شود مخالفت شورای نگهبان با قانون اراضی شهری در ۱۳۶۰/۱۰/۳ و تصویب آن با فتوای امام در ۱۳۶۰/۱۲/۲۷) ولی امام راحل با استفاده از ولایت مطلقه، نزاع‌ها را به نفع کشور و اقشار زحمت‌کشی چون کشاورزان، پایان داد. (همان)

این فتوای رهبری، می‌تواند در هم پیچنده‌ی طومار کسانی باشد که در قاطعیت و علمیت ایشان تردید به خود راه می‌دهند و متأثر بودن ایشان، از فقهای مسن‌تر و با سابقه‌تری چون فقهای شورای نگهبان را مطرح می‌سازند؛ زیرا دادن فتوایی برخلاف نظر شورای نگهبان نمی‌تواند از کسی صادر شود که متأثر از شورای نگهبان بوده و از علمیت برخوردار نباشد.

نقد این فرضیه

با وجود صحت همه‌ی موارد مطرح شده در فرضیه‌ی فوق، نمی‌توان چنین اصلاحیه‌ای را در ارتباط با اختیارات مطلقه‌ی فقیه تحلیل کرد، زیرا در چنین شرایطی بهتر است از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام اقدام شود (نک: هاشمی رفسنجانی، *روزنامه اعتماد* ۱۳۸۶/۹/۲۶) و جز در موارد خاص و استثنائی، از اختیارات خاص رهبری و دخالت مستقیم ایشان استفاده نشود و اگر در زمان امام چنین شد، به خاطر آن بود که هنوز مجمع تشخیص مصلحت وجود نداشت. استفاده‌ی غیرضروری از اختیارات مطلقه‌ی فقیه، در درازمدت، ممکن است رهبر را در برابر سیستم قانون‌گذاری کشور قرار داده و علمیت و قانونیت و شرعیت قوانین مصوب را تضعیف کند و تصور شود که قانون‌گذاران جمهوری اسلامی، در حل مشکلات قانون‌گذاری به بن بست رسیده و قادر به تطبیق احکام شرعی با ضرورت‌های اجتماعی نشده‌اند و به راه حل سیاسی متوسل شده‌اند.

تفسیر سیاسی و حکومتی از پدیده‌ی اصلاح قانون ارث جمهوری اسلامی، این ایراد را نیز دارد که راه اشکالی را بر اشکال‌کنندگانی باز کند که با دید جناحی به قانون‌گذاران این نظام می‌نگرد و آن این‌که بگویند اگر قانون ارث قبلی، در زمان حاضر مطابق مصلحت نبود، چرا در سال ۸۳ چنین تشخیص داده شد و چنین اصلاحیه‌ای تأیید نشد؛ مگر مصلحت‌ها و ضرورت‌ها، در مدتی به این کوتاهی، تغییر می‌کند و این

اشکال‌کنندگان می‌توانند از این پدیده، چنین نتیجه بگیرند که اصلاحیه‌ی قبلی در دولت قبلی بود که جناح مقابل آنان است و لذا نمی‌خواستند که چنین انعطاف مثبتی در آن دولت اتفاق بیفتد. بخصوص آن‌که فتوایی مشابه فتوای رهبری، توسط یکی از فقهای قم، در همان ایام مطرح بود ولی با عکس‌العمل شدید جناح‌های مقابل در بعضی رسانه‌های مخالف ایشان، با لحنی بسیار تند و توهین آمیز مواجه شد و به اسرائیلیات تشبیه شد (فانی) ولی مدت کوتاهی پس از آن، مشابه همان نظر توسط نهادهای قانون‌گذاری همین نظام، به صورت قانون درآمد و مورد تأیید شورای نگهبان نیز قرار گرفت.

فرضیه‌ی سوم: بررسی حقوقی

ساده‌ترین و بی‌مشکل‌ترین تلقی از پدیده‌ی اصلاح و تغییر قانون ارث به نفع زنان، تلقی و تحلیل حقوقی از این قضیه است و آن به این صورت است که بگوئیم این تغییرات یک امر کاملاً عادی است و مطابق و منطبق بر فرآیند رسمی قانون‌گذاری است؛ زیرا توسط مجلس تصویب شده و توسط شورای نگهبان تأیید شده و از آن‌جا که فتوا تا زمانی که به صورت قانون در نیامده است، جنبه‌ی اجرائی ندارد (حسین‌زاده) و تنها آن چه روال رسمی قانون‌گذاری را طی می‌کند قابل اجراست، برای یک فرد با نگرش و دید حقوقی، اصلاً اهمیت ندارد که چگونه و با چه معیاری، یک قانون به تصویب نهادهای قانون‌گذاری می‌رسد یا یک قانون تغییر می‌کند؛ زیرا مهم‌ترین منبع حقوق، قانون است (کاتوزیان مقدمه علم حقوق) و از پیش فرض‌های علم حقوق محسوب می‌شود و به اصطلاح فقها، قانون برای یک حقوق دان، مفروغ‌عنه و مسلم‌فیه است و رأی شورای نگهبان در نظام قانون‌گذاری ایران فصل‌الخطاب است.

بررسی این فرضیه

گرچه از نظرگاه حقوقی، این پدیده، ممکن است یک پدیده‌ی عادی تلقی شود و مشکل و مسأله‌ی خاص حقوقی را مطرح نسازد، ولی در عین حال، این پرسش نیز، همچنان خودنمایی می‌کند که آیا ملاک و معیار شورای نگهبان برای تشخیص مطابقت یا عدم مطابقت یک مصوبه با احکام شرع چیست؟ و آیا در صورتی که مصوبه‌ی مجلس موافق رأی مشهور فقها بود ولی نظر شورای نگهبان با آن مخالف بود، می‌توان گفت آنچه تصویب شده، خلاف شرع است؟ و آیا می‌شود رأی ۶ نفر فقیه را که قطعاً خود نیز رأی واحدی ندارند و غالباً با رأی‌گیری، رأی اکثریت را ملاک عمل قرار می‌دهند (اصل ۹۶)

رأی اسلام و رأی مخالف آن را مخالف شرع دانست؟ و آیا این، بسته شدن باب اجتهاد و بی‌اعتباری آراء دیگر را به دنبال نخواهد داشت؛ هم چنان که نظریه‌ی «حصر اجتهاد» در فقه اهل سنت به دنبال داشت؟ (آقا بزرگ طهرانی. *حصر اجتهاد*، ص ۲۱ به بعد و الاشقر سلیمان، ص ۸۳ به بعد) و آیا در دراز مدت و در اثر تکرار بی‌توجهی به آراء عمده‌ی دیگر یا آراء مشهوری و اجماعی، به تدریج مقبولیت قوانین موضوعه در جامعه فقهی و دینی، رو به ضعف نخواهد گذاشت و عکس‌العمل فقهاء و متشرعین را به دنبال نخواهد داشت؟ هم چنان که در همین زمان عکس‌العمل بعضی علما را برانگیخته است (سبحانی جعفر، *روزنامه‌ی ایمان* ۱۳۸۷/۱۱/۱۰، ص ۴) آیا با توجه به همین نظر، نمی‌توان عکس‌العمل بعضی از فقهاء را در برابر اصلاحیه‌ی مورد بحث، به جا و به عنوان یک هشدار برای آینده دانست و اعتراض بعضی از شخصیت‌های سیاسی و حقوقی یا رسانه‌ها به این عکس‌العمل‌ها (شجاعی میترا، سایت *dw-world-de* ۲۰۰۹/۱/۳۰) را نا به جا و تندروی و افراط دانست؟

گرچه، از آن‌رو که موازین شرعی، تقلید را بر مجتهد حرام می‌داند (خوئی. *الاجتهاد و التقليد*، ص ۳۲ به بعد؛ آخوند خراسانی، *کفایه الاصول*، ص ۴۶۴ به بعد) باید به شورای نگهبان حق داد که رأی خود را ملاک تشخیص مشروعیت مصوبات قرار دهد و غیر آن را خلاف شرع بداند و اصل ۴ نیز بر این حق مسلم صحه گذاشته است، اما براساس همین موازین شرعی، در حیطه‌ی شرعیات، رأی مجتهد برای خودش و مقلدانش حجت است و برای سایر مجتهدان و مقلدان آن‌ها نمی‌تواند مشروعیت و حجیتی داشته باشد (نک: خوئی ص ۸۰ به بعد) و ممکن است ادامه‌ی این روال در قانون‌گذاری به نوعی به اسکولاستیک و حصر اجتهاد بیانجامد، هم چنان که در قرون وسطی در جوامع غربی و در دوره‌ی عباسی در میان جوامع فقهی اهل سنت اتفاق افتاد و تبعات منفی بسیاری از جمله انسداد اجتهاد را موجب شد. (الشقر ص ۸۳؛ نیز نک: آقا بزرگ طهرانی. ص ۱۱۱ به بعد؛ جعفر مرتضی. *الصحيح من السیره*، ۲۳۰/۱)

این مشکل در زمان تصویب این اصل در قانون اساسی نیز مطرح بود و در زمان ما نیز گاه و بی‌گاه، در محافل علمی مورد نقد و بررسی صاحب‌نظران قرار می‌گیرد و نظام قانون‌گذاری ما را بر سر یک دو راهی قرار می‌دهد. از یک‌سو، در صورت بهادندان به نظرهای غیر شورای نگهبان خطر حصر اجتهاد و کاهش رونق بازار تضارب آراء در پیش‌رو خواهد بود و از سوی دیگر، در صورت ملاک عمل قرار دادن همه آراء، مشکل اختلاف‌های فقهی و عدم ثبات در قوانین مطرح خواهد شد و از آن‌جا که یک حکومت و یک نظام

اجتماعی با قوانین متعدد و متغیر به ثبات و آرامش نمی‌رسد، باید در جایی به اختلافات پایان داد و سخن آخر را گفت و به صورت قانون درآورد تا تنها آن، ملاک عمل باشد.

برای خروج از این دو راهی، می‌توان راه‌حلی را مطرح کرد و آن این‌که شورای نگهبان، در صورتی یک مصوبه را خلاف شرع بشناسد که هیچ فقیهی از فقها آن را تأیید نکرده باشد و به اصطلاح، هیچ موافقی در میان فقها نداشته باشد، تا بدین وسیله هم مشروعیت قوانین تأیید شود و هم به آراء دیگر بها داده شود و هم باب اجتهاد مفتوح بماند. اما این راه حل نیز نمی‌تواند آن دو راهی را چاره کند؛ زیرا تعدد و تنوع آراء فقهی غالباً به قدری زیاد است که اکثر مصوبه‌ها می‌تواند با یکی از نظرهای فقهی موجود، مطابقت داشته باشد و در آن صورت تقریباً هیچ مصوبه‌ای نمی‌تواند خلاف شرع باشد و در نتیجه نوعی اباحی‌گری در قوانین به وجود می‌آید و میان حکومتی که براساس موازین شرعی و فقهی اداره می‌شود، با سایر حکومت‌ها تفاوت مهم و روشنی باقی نمی‌ماند و این، با اهداف اصلی نظام در تضاد و نوعی نقض غرض و بازگشت به قبل از انقلاب است و شاید تداعی‌گر شعر دیوان یزید بن معاویه باشد که درباره‌ی شراب می‌گفت: اگر به دین احمد حرام باشد به دین مسیح بن مریم آن را می‌نوشم.

ولو حرمت ذاک بدین احمد فشربتها بدین مسیح بن مریم

فرضیه‌ی چهارم؛ بررسی تاریخی

پدیده‌ی مورد بحث، یعنی اصلاح قانون ارث ایران، پس از هفتاد و چند سال، ممکن است از زاویه‌ی تاریخ فقه نیز مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد و با نهضتی به نام «نهضت تقنین» که در جوامع سنی مذهب اتفاق افتاد (نک: شوقی عبده المدخل لدراسة الفقه الاسلامی، ص ۱۳۴۱) مقایسه شود. در آن دوران، در بعضی از سرزمین‌های اسلامی که با حکومت دینی و مطابق فقه مذاهب اربعه‌ی سنی اداره می‌شدند، پس از اختلافات فقهی میان فقهای مذاهب مختلف و نیز به دلیل ناتوانی قضات و حُکام در استخراج احکام فرعی مورد نیاز از منابع فقهی، حُکام اسلامی به این فکر افتادند که به جای منابع فقهی کتاب‌های قانونی تدوین شود و با الهام از آثار فقهی و بدون تکیه بر مذهب خاصی، نیازهای قانونی مورد ابتلاء، به صورت مجموعه‌های قانونی اما با تکیه بر مشترکات و مبانی اصلی فقه تنظیم شود و از میان نظرها و مکاتب و مذاهب متعدد، آن نظری که در عمل کارآمدتر و مشکل‌گشاتر است، بدون حساسیت زیاد بر روی مشارب و ادله‌ی خاص آن‌ها، به صورت قانون درآید؛ نه نظری که به زعم گروهی، نظر اصح و به

نظر گروه‌های دیگری نادرست باشد و مبنای الزام و پشتوانه‌ی آن، حمایت و تأیید دولت باشد نه مذهب یا مشرب یا فرد خاص؛ تا اختلاف مذهبی پیش نیاید. این نهضت به عنوان نهضت تقنین معروف شد و از آن پس در بعضی از سرزمین‌های اسلامی، نوشتن و تدوین و تصویب مجموعه‌های قانونی رواج یافت و جایگزین کتب فقهی شد (الاشقر ص ۱۸۷ به بعد)، مشابه این نظریه را در کشورهای غربی تحت عنوان مکتب تحقیقی حقوقی^۱ می‌توان مشاهده کرد (مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، فلسفه حقوق، ص ۶۹؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ۳۸۷/۱).

مسئله تغییر و اصلاح مواردی از قانون مدنی، با وجود مطابقت آن با شرع و با نظریه‌ی مشهور فقهاء و تأیید آن با احادیث صحیح، ممکن است توسط تحلیل‌گران تاریخ فقه، علامت آغاز چنین نهضتی در کشور ایران نیز باشد و نشانه‌ی آن باشد که مسئولین و دست‌اندرکاران قوه‌ی مقننه در جمهوری اسلامی، به این نتیجه رسیده‌اند که برای رفع مشکلات اجتماعی و حقوقی و حرکت به سوی عدالت اجتماعی، ضرورتی ندارد که مقید به نظر خاصی از نظرها بوده یا حتماً نظر اصح را ملاک وضع قوانین قرار دهند؛ بلکه چنانچه رفع مشکل و تأمین عدالت، با نظری غیر مشهور یا نظری که شاید به نظر فقهای شورای نگهبان نظر اصح و اقوی هم نباشد، بهتر محقق می‌شود، از نظر اقوی عدول کنند و نظری را که مشکل‌گشا و کارسازتر باشد، ملاک تأیید یا رد قوانین قرار دهند.

نه تنها پدیده‌ی اصلاح قانون ارث و تصویب این اصلاحیه و موارد مشابه آن، بلکه به نظر بعضی از علما (امیری به نقل از فاضل میبدی) سبک و سیاق اصل ۴ قانون اساسی نیز به چنین رویکردی اشاره دارد؛ زیرا در آن‌جا نیز ملاک و میزان مطابق شرع بودن، نظر شورای نگهبان شناخته شده و تنها معیار تشخیص این که قانونی مطابق شرع است یا نیست، نظر شورای نگهبان دانسته شده است؛ نه نظر فقهای اعلم یا نظر مشهور و نه حتی اجماع فقها یا قرآن و روایات. در حالی که این مطلب از مسلمات فقه شیعه است که نمی‌توان رأی هیچ فقیه‌ی را نظر نهائی دانست و بر اساس نظریه‌ی «تخطئه» که یکی از وجوه اصلی در تفاوت و تمایز فقه شیعه و سنی به حساب می‌آید، نه رأی همه فقهاء و نه رأی یکی به طور معین، نمی‌تواند رأی صواب و صحیح باشد و رأی صحیح تنها رأی یکی از فقهاست به طور نامشخص (خوئی ص ۳۷ به بعد؛ آخوند خراسانی ص ۴۶۸) و در مقابل آن، نظریه‌ی «تصویب» است که براساس آن، همه فقها رأیشان صواب و صحیح

1. Social positivism.

است (همان) و گوئی حکم خدا، به تعداد آراء فقها متعدد می‌شود.

بررسی فرضیه‌ی چهارم

گرچه ظواهر امر، ذهن انسان را به سمت پذیرش این فرضیه سوق می‌دهد و مصادیق و علائم بارزی از آن را هم در موارد مختلف قانون‌گذاری ایران بعد از پیروزی انقلاب می‌توان یافت (ملاحظه شود ایرادات شورای نگهبان به قانون کار در ۱۳۶۶/۹/۱۹ و تصویب آن بدون رفع ایرادات در آبان ۶۹ در مجمع تشخیص مصلحت نظام و نیز ملاحظه شود مخالفت شورای نگهبان با قانون اراضی شهری در ۱۳۶۰/۱۰/۳ و تصویب آن مطابق نظر امام به تصویب مجلس در تاریخ ۱۳۶۰/۱۲/۲۷) اما با توجه به تبعات ناگواری که نهضت تقنین می‌تواند برای فقه و احکام دینی داشته باشد، نباید به این‌گونه تحلیل‌ها دامن زد و باید با مطالعه‌ی تبعات نهضت تقنین در جوامع سنی مذهب و نقدهای وارده بر مشابه غربیش یعنی مکتب تحقیقی حقوقی (موسسه آموزشی... ص ۷۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷/۱). از وقوع چنان تبعات و ورود چنین انتقاداتی پیشگیری کرد.

یکی از مهم‌ترین تبعات ناگوار نهضت تقنین در جوامع اسلامی، از دست رفتن مشروعیت قوانین در نظر شهروندان بود؛ زیرا اگر اکثفا به یک مذهب در تنظیم قوانین، مشروعیت آن را در میان پیروان مذاهب دیگر از بین می‌برد و دلگرمی و شور و انگیزه‌ی کافی را در وفاداری به آن کاهش می‌داد، با تنظیم قوانینی که با هیچ کدام از مذاهب به طور دقیق قابل توجیه نیست و پشتوانه‌ای جز قدرت حکومت ندارد، مقبولیت و مشروعیت آن را در میان همه‌ی فرقه‌ها از بین می‌برد و حتی پیروان یک مذهب را هم به طور کامل راضی نمی‌کند؛ مضاف بر آن که جدا شدن رسمی قانون‌گذار از فقه و احکام دینی، زمینه‌ی گرایش به حقوق غیردینی و سکولار و تهی شدن جامعه از روح دینی و گرفتار شدن به نتایج منفی جوامع غیردینی نیز فراهم می‌شود؛ چنان‌که تجربه‌ی دولت‌های سنی مذهبی چون عباسیان و بعد از آن نیز گواه است.

صرف‌نظر از انتقادات فوق، یکی از نقدهای مهمی که به مکتب تحقیقی حقوقی که مشابه غربی نهضت تقنین است، می‌توان گرفت، خطر عنان گسیخته شدن حکومت‌ها و نادیده گرفتن ضروریات عقل و فطرت و حقوق طبیعی (همان) و حاکمیت مصلحت‌ها و ضرورت‌های موقت و بازی‌های سیاسی بر ارزش‌های بنیادی جامعه و گرفتار شدن در امور سطحی و زودگذر و دورشدن از مصلحت‌های بنیادی و بلندمدت و ریشه‌ای است. اگر بنا باشد با یک مصلحت جزئی و ساده‌ی امروز، حکمی از احکام خدا را کنار بگذاریم

فردا و فرداهای دیگر بقیه‌ی احکام به دلایلی از این دست، کنار گذاشته می‌شوند؛ گوئی که در اجرای دین خدا هیچ مصلحتی نیست و همیشه مصلحت در ترک آن است.

سپردن قوانین به دست مصلحت‌بینی‌های حاکمان، حتی خود مصلحت را نیز مورد تهدید قرار می‌دهد؛ زیرا چه بسا چیزی را که امروز مصلحت تشخیص داده می‌شود، چند روز دیگر توسط گروه دیگری از حکام خلاف مصلحت تشخیص داده شود و هر روز کار روز گذشته خنثی شود و جامعه در یک دور باطل گرفتار آید و به قول قرآن کریم یحلونه عاماً و یحرمونه عاماً (توبه/ ۳۲) و به قول صائب تبریزی:

جماعتی که ز ناموس و نام می‌گفتند به دیسر دوش ز مستی و جام می‌گفتند
 بیا بین که چه فتوا دهند در مستی همان کسان که شراب را حرام می‌گفتند
 سیاست و حکومت، زمانی می‌تواند جامعه را به سوی عدالت رهنمون باشد که
 تصمیمات و برنامه‌ها و قوانین آن، مطابق با اصولی ثابت و ارزش‌هایی جاودانه باشد و به
 اصطلاح استراتژی، مبتنی بر ایدئولوژی باشد؛ نه به عکس؛ زیرا استراتژی، بدون یک
 ایدئولوژی جامع و معقول و متقن، بی‌هدف و بی‌نتیجه و چون ساختمانی بی‌پایه و بدنی
 بی‌استخوان است. (نک: خلیلی، رضا، *مجله مطالعات راهبری*، شماره ۳۴، ص ۷۵۹ به
 بعد مقاله ایدئولوژی و استراتژی نسبت سنجی)

اگر در فقه شیعه (نک: مشکینی ص ۱۳؛ مظفر ۱۸۰/۲) و بعضی از فرقه‌های اهل سنت، نسبت به استحسان به طور شدید عکس‌العمل نشان داده شده (نک: غزالی، ص ۱۷۱) و مردود شناخته شده است، به همین دلیل است؛ زیرا استحسان، به راحتی می‌تواند با قیچی مصلحت، احکام خدا را یکی از پس دیگری به قربانگاه بکشاند و از شریعت و دین خدا، جز شیری بی‌یال و دم و اشکم باقی نگذارد و به قول مولوی:

شیر بی یال و دم و اشکم که دید این چنین شیری خدا هم نافرید
 (مولوی؛ مثنوی معنوی)

فرضیه‌ی پنجم؛ بررسی از نظرگاه فقه تطبیقی

عدم ارث زوجه از زمین زوج متوفی، از قدیم الایام، یکی از متفردات فقه امامیه بوده (نک: سیدمرتضی، *الاتصار*، ص ۱۷۵) و اهل سنت، از دیر باز، با این مسأله مخالف بوده و به ارث زوجه، از تمام ماترک زوج، اعتقاد داشته‌اند. (نک: الخطیب، احمد علی، *موجز احکام المیراث*، ص ۷۸) تغییر موادی از قانون ارث، به شکلی که اتفاق افتاد، می‌تواند نشانه‌ی گرایش فقهای شیعه‌ی معاصر به نظر اهل سنت و علامت افزایش تمایل به فقه

اهل سنت باشد که غالباً به ظواهر قرآن اکتفاء کرده و کمتر قرآن را با اخبار، تخصیص یا تقيید می‌زنند.

اگر چنین باشد و این اصلاحیه می‌تواند، به منزله‌ی گامی در جهت نزدیک شدن آراء فقهی فرقه‌های مسلمان به همدیگر، تحولی مثبت دانسته شده و نوید جامعه‌ی اسلامی بی‌تفرقه و هماهنگ‌تری را برای امت اسلامی به ارمغان آورد.

بررسی این فرضیه

وحدت شیعه و سنی و اتحاد فرق مسلمان و بلکه اتحاد همه ادیان و حتی همه بشریت، گرچه آرزوی دیرینه‌ی نوع بشر و نیازی اجتناب‌ناپذیر برای رسیدن به سعادت است، اما نباید تصور کرد که چنین هدفی، به طور ناگهانی تحقق یافتنی است؛ هر کسی که دستی در مسائل فقهی دارد، می‌داند که اختلاف فقه شیعه و سنی ریشه در اختلاف آنان در مبانی فقهی و حجیت ادله‌ای چون قیاس و استحسان و استصلاح و از همه مهم‌تر مسأله امامت و ولایت ائمه‌ی هدی (ع) دارد، و هیچ فقیه شیعی نمی‌تواند احادیث ائمه اطهار(ع) را کنار بگذارد و به فقه قرآنی اکتفا کند یا احادیث صحابه‌ی غیر معصوم را جایگزین احادیث معصومان سازد؛ لذا در مسأله‌ی مورد بحث که عمده‌ی اختلاف، ریشه در احادیث صریحه و صحیحیه‌ی معصومین دارد، وحدت نظر با اهل سنت، مستلزم چشم‌پوشی از این روایات صریحه و صحیحیه است که چنین عملی حداقل به این زودی‌ها تحقق یافتنی نیست و لذا نمی‌توان این فرضیه را پذیرفت و تغییر قانون مدنی را ناشی از ایجاد یک وحدت رویه، میان فقهای شیعه و سنی یا نوید بخش و زمینه‌ساز آن تلقی کرد.

فرضیه‌ی ششم؛ بررسی فقهی

به عنوان ششمین و آخرین فرضیه، می‌توان تغییر قانون ارث را به عنوان یک پدیده‌ی فقهی نگریست که در آن، رأی فقهای شورای نگهبان، مثل هر فقیه دیگر، دچار تغییر شده و این شورا با بررسی مجدد ادله یا رأی‌گیری مجدد، یا صرف نظر از رأی خود به نفع رأی رهبری یا به هر دلیل دیگری به نظر متفاوتی رو آورده و لایحه‌ای را که قبلاً مخالف شرع تشخیص داده بود، اینک موافق شرع تشخیص داده و تأیید کرده است؛ هم‌چنان که بعضی گزارشات از مقامات رسمی، به چنین تحلیل و علتی برای این پدیده اشاره می‌کند (اخوان بیطرف).

بررسی این فرضیه

تغییر نظر فقیه، در اصل و مبنای خود امری پذیرفته شده است و نمی‌توان آن را انکار کرد و موازین و مبانی فقهی از جمله نظریه «اجزاء» این حق را برای فقیه به رسمیت شناخته که هرگاه به اشتباه خود پی برد، رأی خود را تغییر دهد. (خوئی، ص ۴۳ به بعد) یا هرگاه تردیدی در مبانی و ادله‌ی نظر خود برایش حاصل شد، به بازخوانی ادله و مبانی بپردازد و در صورت لزوم، نظر جدیدی ارائه دهد و این مطلب نه تنها برای علم فقه، نقطه ضعیفی محسوب نمی‌شود و از دقت و علمی بودن و حجیت و مشروعیت آن نمی‌کاهد بلکه از پویایی و انعطاف‌پذیری و زنده بودن آن خبر می‌دهد؛ زیرا این، اوج دقت و علمی بودن است که حتی اشتباه یک محقق را هم تئوریزه کرده و ضابطه‌مند ساخته است. لیکن، حائز اهمیت آن است که تغییر فتوا، ضابطه‌مند و مبتنی بر اصول و قواعد علمی خاصی است و نمی‌تواند به دلیل حوادث و شرایط سیاسی و یا تشخیص مصلحت‌های موقت باشد؛ زیرا این همان استحسان و باطل است، و تنها در مواردی که حکم جدید با دلایل فقهی و حجت‌های شرعی اثبات شده در علم اصول، اثبات شده باشد و عدم صحت دلایل حکم قبلی نیز روشن شده باشد، فقیه، مجاز است که فتوا را تغییر دهد؛ لذا برای این فرضیه لازم است اقوال مختلف و ادله‌ی آن‌ها مورد بررسی قرار گیرد تا صحت و سقم این فرضیه آشکار شود؛ لیکن از آن‌جا که این مقاله گنجایش بررسی کامل اقوال و ادله را ندارد، این موضوع را در مقاله‌ای دیگر مورد بررسی قرار خواهیم داد. در ادامه‌ی این مقاله، با نگاهی مختصر به نظرهای موجود، جایگاه قانون جدید و قدیم را در جغرافیای نظریه‌های فقهی می‌سنجیم و بی‌شک از این رهگذر، تا اندازه‌ای نحوه‌ی تغییر نظر شورای نگهبان و تغییر قانون قبلی آشکار می‌گردد.

مسأله‌ی محرومیت زن از بعضی از اموال شوهر متوفی، نظریه‌ای است که به اجمال مورد اتفاق اکثریت فقهای شیعه است و بلکه بر این نظریه، ادعای اجماع نیز شده است (الحسینی العاملی، *مفتاح الکرامه*، ج ۸، *کتاب الفرائض*، ص ۱۸۹؛ طوسی، *الخلاف مسئله* ۱۳۱ از *کتاب الفرائض*) اما این، به معنای آن نیست که حقیقتاً هیچ مخالفی نداشته باشد؛ بلکه هم در میان فقهای متقدم (حلی، *مختلف الشیعه*، ۱۸۴/۲؛ الحسینی العاملی، ۱۹۰/۸ هر دو به نقل از ابن جنید) و هم در میان فقهای متأخر (لاهوتی، *بدائع الاحکام*، ص ۲۴۲) کسانی وجود دارند که به ارث زن از تمام ماترک شوهر اعتقاد دارند و ابن جنید اسکافی (نک: حلی، *مختلف الشیعه*، ۱۸۴/۲ و الحسینی العاملی، ۱۹۰/۱۸ هر دو به نقل از ابن جنید) و سید مرتضی علم الهدی (سید مرتضی، ص ۱۷۵) از این دسته‌اند.

گرچه هر کدام از این دو نفر به گونه‌ای متفاوت از دیگری این نظریه را مطرح کرده^۱، اما در این اصل که در هر حال و در حالتی از حالات، زن از همهی ما ترک ارث می‌برد، اتفاق نظر دارند. مصوبه‌ی جدید تطابق کامل با نظر سید مرتضی دارد.

از فقهای متأخر نیز به نظر می‌رسد حسینی نفرشی، متلخص به لاهوتی (نک: لاهوتی، ص ۲۴۳) و از معاصرین حاج رحیم ارباب (نک: مهرپور، میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران، ص ۱۳۲) (م ۱۳۵۷ ش) و حاج میرزا یوسف شعار (نک: زاخری زین العابدین، ارث زن از داری شوه‌ر، ص ۲۶-۲۸) و مقام معظم رهبری (نک: رحیمی) و آیت‌الله صانعی (نک: صانعی، ۱۳۸۶/۹/۲۴) نیز به گونه‌ای این نظر را پذیرفته‌اند.^۲

گرچه ارث زن از همهی اموال شوهر در بعضی از آثار فقهی، به عنوان نظری متروک معرفی شده است (نک: آبی فاضل، کشف الرموز، ۴۶۳/۲) و اجماع متأخرین و متقدمین برخلاف آن ادعا شده است، (نک: نجفی، ۲۰۷/۳۹) به نقل از غایه المراء و المضرب و غایه المرام) اما دو حدیث صحیح (حر عاملی، ۵۲۲/۱۷ ج ۱۵/بواب المهور، ص ۷۳) و اطلاق آیه‌ی شریفه (نساء/ ۱۲) مؤید آن است؛ هر چند که نظر مقابل آن (عدم ارث زن از زمین) که نظر اکثریت فقهاست، با هفده حدیث صحیح مورد تأیید قرار گرفته است (نک: حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۷ میراث ازواج) که بعضی از آنها با صراحت بسیار و تأکید فراوان، محرومیت زوجه را از زمین بیان می‌دارند و حتی در یکی از روایات، امام معصوم (ع) می‌فرمایند: «محرومیت زن از زمین (عقار) چیزی است که پیامبر (ص) با دهان مبارک خودشان املا فرموده و با دست امام علی (ع) نوشته شده و دست به دست توسط معصومان (ع) به من منتقل شده است.» (حر عاملی، ج ۱۷، ابواب میراث ازواج، حدیث ۱۷) و در حدیث دیگر، زراره که یکی از موثق‌ترین روایات است، پس از بیان حکم محرومیت زوجه از ارث زمین می‌گوید هیچ تردیدی در این حکم نیست (همان، حدیث ۸) و این‌گونه احادیث است که پذیرش ارث زن از همهی ماترک را برای مخالفان آن قدری دشوار کرده است و باعث شده است که از اطلاق آیه‌ی شریفه چشم‌پوشی کنند و آن را با این احادیث تقیید بزنند.

۱. ابن جنید ارث زن را از همهی ترکه اعم از منقول و غیرمنقول می‌داند ولی سید مرتضی معتقدند که اگر مرد فرزندی داشته باشد ارث زن فقط از اموال منقول است و قیمت اعیان است اما اگر مرد فرزندی نداشته باشد ارث زن از قیمت زمین هم ارث می‌برد. (حلی محقق شرائع الاسلام ج ۴ ص ۳۴)

۲. مقام معظم رهبری معتقدند زن از کل اموال شوهر ارث می‌برد اعم از عرصه و اعیان اما از قیمت آنها (سایت best2me ۸۷/۱۲/۲۰) ولی آیه الله صانعی معتقدند زن از عین همه اموال شوهر ارث می‌برد.

عمده اختلاف میان فقهاء در این مسأله به نحوه‌ی تفسیر آن‌ها از این احادیث و جمع میان آن‌ها که به نوعی با هم در تعارضند از سویی و میان این احادیث و آیه‌ی شریفه از سوی دیگر مربوط می‌شود؛ اما در هر حال، نظر دوم (عدم محرومیت زن از اموال غیرمنقول شوهر) که تغییر قانون ارث، براساس آن صورت گرفته است، نظری نیست که کاملاً جدید و به طور قطع، خلاف موازین فقهی یا اصول مسلم دینی باشد و به گونه‌ای در میان فقهاء مطرح بوده و هست و دلایلی نیز در تأیید آن وجود دارد. بنابراین در ابتدای کار به نظر می‌رسد از میان فرضیه‌های مطرح شده، بهترین فرضیه، فرضیه‌ی اخیر است که علت تغییر قانون را تغییر نظر فقهی شورای نگهبان از نظر مشهور به نظر دیگر معرفی می‌کند و بعید نیست که شورای نگهبان، از وجود بعضی از نظرهای دیگر، غیر از نظر مشهور، یا از ادله‌ی آن‌ها مطلع نبوده، هم چنان‌که گزارش فراکسیون زنان مجلس دلالت ضمنی بر این مطلب دارد (اخوان بیطرف) و با پی‌گیری زنان مجلس و جمع آوری نظرهای جدید، از جمله نظر رهبری و ادله‌ی آن‌ها، این شورا به پذیرش نظر خلاف مشهور متقاعد شده است و مصوبه‌ی جدید را تأیید کرده است. گرچه این جانب تاکنون با وجود مکاتبه با شورا و دفتر مقام معظم رهبری، به ادله‌ی شورای نگهبان و مقام معظم رهبری در تأیید این قانون جدید دسترسی پیدا نکرده‌ام، اما بعید به نظر نمی‌رسد که ادله‌ی ایشان مشابه و از جنس ادله‌ی گروه دوم، یعنی سید مرتضی و ابن جنید و مانند آنان باشد که ان‌شاءالله، در مقاله‌ی دیگری به طور مفصل، مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

بررسی این فرضیه

آن‌چه در تضعیف این فرضیه می‌توان گفت این است که اولاً تصور بی‌اطلاعی شورای نگهبان از سایر نظرها در موضوع مورد بحث، به دور از واقعیت است و چنین نسبتی از شأن والای این شورا به دور است و ثانیاً، براساس اطلاعی که اخیراً و بعد از نگارش نسخه‌ی اولیه این مقاله از طریق تماس با افراد مطلع و مرتبط با شورای نگهبان کسب شد، این مصوبه براساس تغییر رأی شورای نگهبان نبوده و اصلاً به طور رسمی در شورای نگهبان تأیید و تصویب نشده است؛ بلکه در اثر تأخیر بیست روزه‌ی شورای نگهبان در جواب‌دهی، مطابق اصل ۹۴ و ۹۵ قانون اساسی، خود به خود اجرایی شده و سپس به دولت ابلاغ شده است. در این صورت اگر این تأخیر در جواب‌دهی سهوی نبوده باشد که بعید به نظر می‌رسد چنین سهوی رخ داده باشد، سکوت عمدی شورای نگهبان، در برابر چنین مصوبه‌ی مهمی و با چنان پیشینه‌ای، در حکم تأیید رسمی آن

است و تفاوت چندانی با آن ندارد و به نوعی، تأیید فرضیه‌ی چهارم است؛ به خصوص این نحوه از تأیید و عدم موضع‌گیری صریح و تأیید آن با سکوت معنی‌دار، تقویت کننده‌ی پدیده‌ای است که در فرضیه‌ی چهارم تحت عنوان نهضت تقنین مطرح گردید و البته تبعات مثبت و منفی آن نیز همان چیزهایی است که در آنجا بیان شد و باید جامعه‌ی علمی و مجموعه قانون‌گذاران کشور را به آن توجه داد.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

۱- تغییر قانون ارث، به معنای دقیق کلمه، خرق اجماع و عدول از رأی اصح به رأی غیر اصح نبوده است؛ بلکه نظر اختیار شده در اصلاحیه هم در میان متقدمان، هم در میان متأخران و هم در نزد معاصران، طرفدارانی دارد.

۲- تغییر حاصل شده در قانون ارث، تحولی مثبت در جهت هماهنگی قوانین موضوعه، با نیازها و ویژگی‌های جامعه‌ی امروز است و مشابه تحولی است که در زمان عباسیان و عثمانیان در جوامع و حکومت‌های سنی مذهب، تحت عنوان نهضت تقنین اتفاق افتاد و در جوامع غربی هم در قرن نوزده، تحت عنوان مکتب تحقیقی حقوقی، مورد بحث محافل بود که البته ضمن آگاهی از محاسن و ثمرات مثبت فراوانش، باید در اندیشه‌ی پیش‌گیری از تبعات ناگواری که برای آن جوامع به بار آورده است، نیز باشیم.

۳- تغییر قوانینی که مبتنی بر شرع اطهر است، بر اثر فشارهای سیاسی یا دلایل غیرفقهی، تبعات ناگواری دارد و زمینه‌ساز انزوای دین و تهی شدن نظام حقوقی از محتوای اسلامی و به فراموشی رفتن حقوق فطری و طبیعی جامعه خواهد بود.

فهرست منابع

۱. آقا بزرگ طهرانی، تاریخ حصرالاجتهاد، تحقیق محمدعلی الانصاری المطبعه خیام، قم، مدرسه الامام المهدی؛
۲. آبی، فاضل، حسن ابن ابیطالب آبی، کشف الرموز فی شرح المحصر النافع، تحقیق: الاشتهاردی و الیزدی، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم؛
۳. الاشقر، عمر سلیمان، تاریخ الفقه الاسلامی، مکتبه الفلاح للنشر و التوزیع، دارالنفائس للنشر و التوزیع، الکویت [بی تا]؛
۴. اخوان بیطرف، نیره، نماینده‌ی مردم اصفهان در مجلس شورای اسلامی و عضو فراکسیون زنان مجلس، سایت تابناک به نشانی <http://www.tabnak.ir> تاریخ ۱۳۸۷/۹/۲۱ کد خبر ۲۸۷۷۴؛
۵. ارزنی، زهره، روزنامه‌ی سرمایه ۱۳۸۶/۹/۲۸؛

۶. امام خمینی (سیدروح الله الموسوی الخمینی)، *تحریر الوسیله*، انتشارات اسماعیلیان، قم، [بی تا]؛
۷. امام خمینی، *صحیحہ نور*، مرکز مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، سازمان انتشار و آموزش انقلاب اسلامی، ۱۳۶۱، تهران؛
۸. امامی، حسن، *دوره‌ی حقوق مدنی*، نشر اسلامی، تهران، ۱۳۶۳؛
۹. امیری، فاطمه، کتابخانه‌ی اینترنتی تبیان ۱۳۸۷/۱۱/۲۱ به نشانی: <http://www.tebyan.net/2009/2/3>؛
۱۰. بارتلمه، کریستین، *زن در حقوق ساسانی*، ترجمه‌ی ناصرالدین صاحب‌الزمانی، بنگاه مطبوعاتی، ۱۳۳۷؛
۱۱. جوادی آملی، عبدالله، *پیرامون وحی و رهبری*، چاپ دوم، قم، انتشارات الزهراء، ۱۳۶۹؛
۱۲. حر عاملی، شیخ محمدبن‌الحسن، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، بیروت دار احیاء التراث العربی، ۱۳۹۱ ه. ق؛
۱۳. حسین‌زاده، محبوبه، *روزنامه‌ی اعتماد* ۱۳۸۶/۹/۲۶؛
۱۴. الحسینی العاملی، سید جواد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، مصر، ۱۳۲۶ ه. ق؛
۱۵. حلی محقق، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن‌الحسن، *شرائع الاسلام*، دارالأصواء، بیروت الطبیعه الثانيه ۱۴۰۳ ه. ق، ۱۹۸۳ م؛
۱۶. حلی (علامه)، حسن بن یوسف، *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، چاپ سنگی، تهران ۱۳۲۳ ه. ق؛
۱۷. الخطیب، احمد علی، *موجز احکام المیراث*، ۱۹۶۶ م؛
۱۸. خوئی، ابوالقاسم، (م ۱۴/۳ق)، *الاجتهاد و التقليد من التنقیح فی شرح العروه الوثقی*، تقریر البحث آیه‌الله السید ابوالقاسم خوئی، مؤلف: میرزا علی الغروی تبریزی. دارالهادی قم ۱۴۱۰ ه. ق؛
۱۹. خلیلی، رضا، مجله مطالعات راهبردی، شماره ۲۴ مقاله‌ی ایدئولوژی و استراتژی نسبت سنجی مفهومی تفکر ایدئولوژیک و تفکر استراتژیک ۷۵۹-۷۸۸؛
۲۰. رحیمی، امین، (مخبر کمیسیون قضائی مجلس شورای اسلامی دوره هشتم) ایسنا، ۱۳۸۷/۱۱/۱۲ روزنامه‌ی جام‌جم، ۱۳۸۷/۱۱/۱۷؛
۲۱. زاخری، زین‌العابدین، *ارث زن از داری شوه‌ر*، چاپ تبریز، ۱۳۵۲؛
۲۲. سبحانی، جعفر، *روزنامه‌ی ایمان*، ۱۳۸۷/۱۱/۱۰ ص ۴؛
۲۳. سجادی، شهناز، سایت Lawnet ۱۳۸۷/۳/۲۸ ش، به نشانی <http://Lawnet.ir>؛
۲۴. سید مرتضی علم‌الهدی، *الانتصار از مجموعہ‌ی الجوامع الفقیه*؛
۲۵. سیمون دیووار، *جنس دوم*، ترجمه قاسم صغوی، نشر توس، ۱۳۸۰؛
۲۶. صدر، شادی، *روزنامه‌ی سرمایه*، ۱۳۸۷/۹/۱۲؛
۲۷. شجاعی، میترا، سایت Deutsche well ©dw.world.del ۲۰۰۹/۱/۳۰؛
۲۸. صانعی، پایگاه اطلاع رسانی دفتر آیه الله صانعی، ۱۳۸۶/۹/۲۴، به نشانی: <http://www.saanei.org>؛

۲۹. طوسی، ابی جعفر، محمد بن الحسن الطوسی، م. ۴۶۰ ق معروف به شیخ طوسی، *الخلاف*، انتشارات دارالمعارف الاسلامیه، قم؛
۳۰. غزالی، ابی حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالی (م ۵۰۵ق)، *المستصفی فی علم الاصول*، تصحیح: محمد عبدالحسن عبدالشافی، دارالکتب العلمیه، بیروت، لبنان، الطبعة ۱۴۱۷ ه. ق؛
۳۱. عیسی پور، مهرزاد، روزنامه‌ی سرمایه، ۱۳۸۷/۹/۱۲؛
۳۲. فانی، سایت اینترنتی به نشانی <http://gan.parsiblog.com> به تاریخ ۲۰۰۳/۶/۲۱؛
۳۳. قانون اساسی، *مجموعه کامل قوانین اساسی مدنی*، تهیه و تنظیم فرج الله قربانی، انتشارات دانشور، ۱۳۷۰، تهران؛
۳۴. قانون مدنی، *مجموعه کامل قوانین اساسی مدنی*، تهیه و تنظیم فرج الله قربانی، انتشارات دانشور، ۱۳۷۰، تهران؛
۳۵. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰؛
۳۶. لاهوتی، مهدی بن مصطفی الحسینی، متلخص به لاهوتی و مقلب به «بدائع نگار»، *بدائع الاحکام*، ۱۳۲۴ ه. ق؛
۳۷. مشکینی، میرزا علی مشکینی، *اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها*، الطبعة الخامسة، ۱۴۱۳ ه. ق، قم، دفتر نشر الهادی؛
۳۸. مظفر، محمدرضا (م. ۱۴۸۸ق)، *اصول الفقه*، الطبعة الرابعة ۱۳۷۰ ش، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات حوزه‌ی علمیه قم؛
۳۹. مینوئی، زهرا، سایت آفتاب، ۱۳۸۷/۱۲/۸ به نشانی: <http://aftab.ir/articles/social/Law2003/06/22>؛
۴۰. نجفی، محمد حسن النجفی (م ۱۲۶۶ق)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۷؛
۴۱. نصیری، هژیر، روزنامه‌ی جام جم، ۱۳۸۷/۱۱/۱۷؛
۴۲. مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی امام خمینی، *فلسفه حقوق*، چاپ اول، تابستان ۱۳۷۷، قم، انتشارات مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی امام خمینی؛
۴۳. هاشمی رفسنجانی، علی اکبر، روزنامه‌ی اعتماد، ۱۳۸۶/۹/۲۶.