

بررسی انتقادی ممنوعیت ارث‌بری غیرمسلمان از مسلمان

علیرضا پوراسماعیلی^۱

چکیده

کفر در همه مذاهب فقه اسلامی از جمله موانع ارث شناخته شده است و در همه مذاهب فقهی، وارث کافر از مورث مسلمان ارث نمی‌برد. با این همه، این موضوع در زمان تدوین مقررات ارث در قانون مدنی عمدی یا سهوی از نظر تدوین‌کنندگان قانون دور ماند و زمینه اختلاف نظر در میان حقوق‌دانان را فراهم ساخت. سرانجام قانون‌گذار با تأخیری بسیار پس از انقلاب، با وضع ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی، کفر را از موانع ارث دانست و وارث مسلمان را نیز مستحق ارث بردن از مورث کافر دانست.

گرچه ماده ۸۸۱ مکرر به اختلاف نظر موجود میان حقوق‌دانان پایان بخشید، ولی خود موجب اختلاف نظر شد؛ زیرا از سویی، صدر آن به یک حکم اجماعی در میان همه فرقه‌های اسلامی می‌پردازد، در حالی که ذیل ماده به حکمی اختصاصی در فقه شیعه اشاره دارد و از سوی دیگر، این حکم اختصاصی در عمل شامل بسیاری از اقلیت‌های دینی ایرانی نیز می‌شود. رویه قضایی نیز در این زمینه حکم روشنی ندارد. از این رو، الحاق یک تبصره به ماده ۸۸۱ مکرر ضروری دانسته شد تا از شمول ماده ۸۸۱ مکرر نسبت به اقلیت‌های دینی جلوگیری شود. این نوشتار به دنبال آن است که دریابد چرا قانون‌گذار در هنگام تدوین قانون مدنی، کفر را از موانع ارث برنشمرد، آیا الحاق ماده ۸۸۱ مکرر به قانون مدنی اقدامی درست بوده و سرانجام آیا افزودن یک تبصره به ماده ضروری است؟

واژگان کلیدی: اجماع، اختلاف دین، حجب، قانون مدنی، موانع ارث.

مقدمه

کفر به‌عنوان یکی از موانع ارث در میان همه مذاهب اسلامی شناخته شده است و همه فقیهان شیعه و سنی بر این باورند که کافر از مسلمان ارث نمی‌برد. به این ترتیب، اگر مورث مسلمانی بمیرد و ورثه او همگی کافر باشند، هیچ‌یک ارث نمی‌برند، ولی در اینکه چنانچه مورث کافری بمیرد و برخی از ورثه او کافر و برخی دیگر مسلمان باشند، میان فقیهان شیعه و اهل سنت اختلاف نظر وجود دارد. به باور فقیهان اهل سنت^۱ و بر اساس قاعده حاکم بر ارث «خویشاوند نزدیک‌تر مانع خویشاوند دورتر می‌شود». پس چنانچه درجه خویشاوند کافر در مقایسه با خویشاوند مسلمان نزدیک‌تر به متوفا باشد، فقط او وارث تلقی می‌شود و حاجب خویشاوند مسلمان می‌گردد.

فقیهان شیعه دیدگاهی کاملاً متضاد را پذیرفته و به آن اجماع دارند. بنا به باور شیعه، اگر مورث کافر باشد و خویشاوند نزدیک به او در طبقه اول و در همه درجات نیز کافر باشند، ولی در طبقات بعدی و درجات دورتر مثلاً سوم و چهارم، خویشاوند مسلمانی یافت شود، با وجود خویشاوند مسلمان نوبت به خویشاوند کافر نمی‌رسد و مسلمان مانع ارث بردن ورثه کافر می‌شود؛ هرچند که درجه و طبقه وارث مسلمان به متوفا دورتر از ورثه کافر باشد. به این ترتیب از نظر فقیهان شیعه، قاعده خویشاوندان نزدیک‌تر مانع ارث بردن خویشاوندان دورتر می‌شوند، در اینجا جاری نمی‌گردد.

این دیدگاه در فقه شیعه با همه شهرتش پیش از انقلاب مورد توجه قانون‌گذار قرار نگرفت و قانون‌گذار در هنگام تدوین قانون مدنی، کفر را از موانع ارث نشمرده و گویا به عمد در این باره ساکت مانده و صرفاً به بیان «در شرائط و جمله‌ای از موانع ارث» بسنده کرده است. از این رو، حقوق‌دانانی که به فقه تمایل داشتند، مانعیت کفر را از فقه استخراج می‌کردند، ولی برخی دیگر کفر را از موانع ارث نمی‌دانستند. مصطفی عدل که خود در تدوین قانون مدنی نیز نقش داشته، از جمله حقوق‌دانانی است که کفر را از موانع ارث ندانسته است (عدل، ۱۳۷۳، ص ۴۴۲-۴۳۸). با وجود این، اختلاف نظر پس از انقلاب و با

۱. طبقات سه‌گانه ارث در فقه شیعه مطرح شده است و در فقه اهل سنت وجود ندارد.

تأخیری بسیار در سال‌های ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ ش، قانون‌گذار دست به اصلاح قانون مدنی زد و نخست به‌موجب قانون آزمایشی «اصلاح موادی از قانون مدنی» مصوب ۸ دی ۱۳۶۱ کمیسیون امور قضایی مجلس و سپس به‌موجب ماده ۱۶ قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۴ آبان ۱۳۷۰ مجلس شورای اسلامی، ماده ۸۸۱ مکرر را به قانون مدنی افزود تا مانع ارائه تفاسیر مخالف دیدگاه مشهور گردد. برابر این ماده: «کافر از مسلم ارث نمی‌برد و اگر در بین ورثه متوفای کافری مسلم باشد، وارث کافر ارث نمی‌برند اگرچه از لحاظ طبقه و درجه مقدم بر مسلم باشند».

تدوین این ماده زمینه یک اختلاف نظر را برچید و به اختلاف نظر دیگری دامن زد که اگر یکی از اقلیت‌های دینی ایرانی بمیرد و یکی از ورثه متوفای مسلمان شود، آیا همه ترکه به مسلمان می‌رسد یا آنکه اقلیت‌های دینی بر اساس قواعد و مقررات مرسوم در میان خود باید ترکه را تقسیم کنند. این موضوع از آن رو اهمیت دارد که در کشور ما اقلیت‌های دینی نیز در کنار شهروندان شیعه زندگی می‌کنند و از حقوق همسان برخوردارند. رویه قضایی در این زمینه اختلاف دارد؛ برخی از دادگاه‌ها بر اساس ماده ۸۸۱ مکرر عمل کرده، ورثه مسیحی و یا دیگر اقلیت‌های دینی ایرانی را با وجود خویشاوند مسلمان برای متوفای غیرمسلمان از ارث محروم دانسته‌اند و برخی از دادگاه‌ها نیز اقلیت‌های دینی را مشمول حکم ماده ۸۸۱ مکرر ندانسته‌اند. اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز در دو نظر مشورتی خود، خویشاوند مسلمان متوفای مسیحی، زرتشتی و یا یکی از اقلیت‌های دینی ایرانی را در صورت وجود خویشاوند غیرمسلمان محروم از ارث دانسته و معتقد است که ترکه اقلیت‌های دینی براساس قوانین خاص آنان تقسیم می‌شود و ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی ناظر به اقلیت‌های دینی ایرانی نیست. بر اساس نظریه شماره ۷/۵۱۵۹ مورخ ۲۶ آذر ۱۳۷۷: «درخواست فرد مسلم (احد از ورثه) از دادگاه دایر بر حذف نام بقیه فرزندان و عیال متوفی زرتشتی از گواهی حصر وراثت صادره وجاهت قانونی ندارد». بر پایه نظریه شماره ۷/۱۰۷۶ مورخ ۲۳ اردیبهشت ۱۳۷۹: «چنانچه احد از وراث متوفای غیرمسلمان، مسلمان باشد یا بعداً مسلمان شود، تقسیم ماترک وی فقط بر اساس قواعد مسلم حین الفوت متوفی به‌عمل

می‌آید و مقررات ماده ۸۸۱ قانون مدنی در مورد متوفای مسلمان است»^۱.

این اختلاف نظرها سبب شده تا برخی از نمایندگان مجلس برای پایان بخشیدن به آن، تبصره‌ای را برای الحاق به ماده پیشنهاد کنند که هنوز به تصویب نرسیده است. به موجب این تبصره: «اقلیت‌های دینی که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به رسمیت شناخته شده‌اند مشمول حکم این ماده قانونی نمی‌باشند»

(<http://rc.majlis.ir/fa/report/show/730963>, Available at: 2014/05/17)

این نوشتار به دنبال آن است تا با نگاهی به دیدگاه اهل سنت، درستی دیدگاه مشهور در فقه شیعه را محک زند و دریابد که آیا این دیدگاه با توجه به مستندات آن، امروزه می‌تواند دیدگاهی قانع‌کننده و معتبر تلقی شود یا نه؟

۱. دیدگاه اهل سنت. اهل سنت اختلاف در دین را یکی از موانع ارث برشمرده و برآن‌اند که کافر از مسلمان و مسلمان از کافر ارث نمی‌برد؛ اعم از اینکه وارث و مورث خویشاوند نسبی باشند و یا خویشاوند سببی. این دیدگاه اجماعی است و حتی در قوانین مصر (بند سوم ماده ۵۸۷ قانون احوال شخصیه مصر و ماده ۶ قانون ارث مصر به شماره ۷۷ مصوب ۱۹۴۳م)^۲ و سوریه (ماده ۵۷۴ قانون احوال شخصیه مصوب ۲۰۰۷م)^۳ نیز این امر مهم منعکس گردیده است (الشیخ النظام، ۱۴۱۱ق، ج ۶، ص ۴۵۵-۴۵۴ و ۴۷۲-۴۷۱).

با وجود این، برخی دیگر مانند: معاویه بن ابوسفیان، معاذ، محمد بن حنفیه، مسروق، عبدالله بن معقل مزنی، سعید بن مسیب (سید مرتضی، ۱۴۱۷، ص ۴۲۳-۴۲۲)، محمد بن علی (امام باقر علیه السلام) و اسحاق بن راهویه (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۲۴) به استناد روایت «الاسلام یعلو و لایعلی علیه» (البخاری، ۱۴۰۱ق، ج ۲، ص ۹۶؛ البیهقی، بی‌تا،

۱. برابر رأی وحدت رویه شماره ۳۷ مورخ ۱۹ آذر ۱۳۶۳، احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم بر اساس قواعد و عادات مسلمه در مذهب آنان مورد رسیدگی قرار می‌گیرد؛ منوط به آنکه با قوانین راجع به انتظامات عمومی در تعارض نباشد.

۲. ماده ۵۸۷: الثالث (من موانع الميراث): اختلاف الدين فلا يرث الكافر من المسلم و لا المسلم من الكافر
ماده ۶: لا توارث بین مسلم و غیر مسلم و یتوارث غیر المسلمین بعضهم من بعض و اختلاف الدارین لا یمنع من الإرث بین المسلمین و لا یمنع بین غیر المسلمین إلا إذا كانت شریعة الدار الأجنبیة تمنع من توريث الأجنبی منها.

3. <http://www.thara-sy.com/thara/modules/news/article.php?storyid=897>, Available at: 2012/10/13.

ج ۶، ص ۲۰۵؛ الهندی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۶۶؛ مجلسی، بی‌تا، ج ۳۹، ص ۴۷؛ الحرالعاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۷۶) بر آن شده‌اند که اگر در میان خویشاوندان کافر، مسلمانی وجود داشته باشد، ترکه متوفای کافر به مسلمان می‌رسد (المقدسی، بی‌تا، ج ۷، ص ۱۶۵؛ الزحیلی، ۱۴۰۹ق، ج ۸، ص ۲۶۳)

مهم‌ترین ادله اهل سنت در این باره عبارت است از:

۱.۱. کتاب. مطابق آیات قرآن، ولایت کافر و مسلمان بر یکدیگر نفی شده است؛ بنابراین، خویشاوند کافر و مسلمان هیچ ولایتی بر یکدیگر ندارند و کفر رشته ولایت را می‌گسلد. آیه ۷۳ سوره انفال به صراحت ولایت کافر بر مسلمان را نفی می‌کند و این بخش از آیه: «وَ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ» به صراحت ولایت در ارث را منتفی می‌داند و ولایت کافر بر کافر را می‌پذیرد، نه ولایت کافر را بر مسلمان. پس وارث کافر از مورث مسلمان ارث نمی‌برد؛ زیرا ارث کافر از مسلمان مستلزم ولایت کافر بر مسلمان است که در اسلام نفی شده است. افزون بر این، در صورت پذیرش صراحت نداشتن آیه در نفی ولایت بر ارث، آیه دست‌کم مطلق ولایت کافر بر مسلمان را نفی می‌کند و ارث نیز نوعی ولایت و یا حداقل از مراتب ولایت است. پس کافر از مسلمان ارث نمی‌برد، زیرا مورث حق مالکیت، سلطه و تصرف بر اموال خود را برای وارث باقی می‌گذارد، ولی از آنجایی که دین وارث و مورث متفاوت است، بر یکدیگر ولایت نخواهند یافت.

آیه ۷۲ سوره انفال: «وَ الَّذِينَ آمَنُوا وَ لَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُم مِّنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا» نیز بر نفی ولایت مهاجران و غیرمهاجران و به طریق اولی کافر و مسلمان دلالت دارد. پس در صورتی که خویشاوند نسبی یا سببی کافر بمیرد، به دلیل از بین رفتن ولایت، خویشاوندان مسلمان از کافر ارث نخواهند برد (السرخسی، ۱۴۰۹ق، ج ۳۰، ص ۳۱-۳۰؛ الزحیلی، ۱۴۰۹ق، ج ۸، ص ۲۶۳).

۲.۱. روایات. روایات عامه که سند آن به پیامبر (ص) می‌رسد، به‌طور صریح بر ممنوعیت ارث‌بری کافر از مسلمان دلالت می‌کند. افزون بر این، سیره نبوی نیز مؤید این دیدگاه است.

- روایت اسامه بن زید. زهری از علی بن حسین (ع) از عمر بن عثمان بن عفان از اسامه بن زید از پیامبر(ص) نقل کرده است که پیامبر(ص) فرموده‌اند: «لایرث المسلم الکافر و لا الکافر المسلم»؛ یعنی مسلمان از کافر ارث نمی‌برد و کافر از مسلمان. این روایت را به جز نسائی بقیه محدثان اهل سنت نقل کرده‌اند (بخاری، ۱۴۰۱ق، ج ۸، ص ۱۱؛ القیشری النیسابوری، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۴۲۵؛ السجستانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۸، ج ۲۹۰۹؛ ابن ماجه، ۱۳۹۵، ج ۲، ص ۲۲؛ الشوکانی، بی‌تا، ج ۶، ص ۷۳)
- روایت عمرو بن شعیب و عامر شعبی. عمرو بن شعیب به نقل از پدر و جدش از رسول‌الله (ص) نقل کرده است که فرمودند: «انه لایتوارث اهل ملتین» (السجستانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۸، ح ۲۹۱۱؛ الهندی، ۱۴۲۴ق، ج ۱۱، ص ۳۳، ح ۳۰۶۶۷). از عامر شعبی نیز روایتی به همین مضمون از پیامبر نقل شده است. پیامبر(ص) باز در جایی دیگر فرموده‌اند: «لایتوارث اهل ملتین شتی»؛ یعنی پیرو دو ملت متفاوت از یکدیگر ارث نمی‌برند (السجستانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۸، ح ۲۹۱۱؛ الشوکانی، بی‌تا، ج ۶، ص ۷۳؛ ابن ماجه، ۱۳۹۵، ج ۲، ص ۲۳؛ الهندی، ۱۴۲۴ق، ج ۱۱، ص ۳۳، ح ۳۰۶۶۲). فقهای مالکیه با توسل به این حدیث معتقدند که وارث و مورث باید پیرو یک دین و آیین باشند تا از یکدیگر ارث ببرند؛ بنابراین اگر وارث یهودی باشد و مورث مسیحی، در این صورت بنا به صراحت روایت از یکدیگر ارث نمی‌برند؛ درحالی که حنفیان، شافعیان و حنبلیان در این باره به استناد عموم آیه «وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ» (انفال: ۷۳) و آیه «فَذَلِكُمْ اللَّهُ رَبُّكُمُ الْحَقُّ فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ فَأَنَّى تُصْرَفُونَ» (یونس: ۳۲) که همه غیرمسلمانان را دربر می‌گیرد، غیرمسلمانان را در حکم کافر دانسته‌اند و یک ملت شمرده‌اند (الزحیلی، ۱۴۰۹ق، الجزء الثامن / ۲۶۴)
- روایت زهری. زهری از سعید بن مسیب نقل کرده است: «مضت السنه أن لایرث المسلم الکافر»؛ یعنی سنت بر این بود که مسلمان از کافر ارث نبرد و عمر بن خطاب به اشعث بن قیس از ترکه عمه یهودی‌اش چیزی نداد و گفت: «اهل ملتها من دینها و لایتوارث اهل ملتین» (الهندي، ۱۴۲۴ق، ج ۱۱، ص ۳۳، ح ۳۰۶۶۲).

• گزارش زهری. زهری می‌گوید: در زمان پیامبر (ص) و ابوبکر و عمر و عثمان، مسلمان از کافر ارث نمی‌برد. پس از آنکه معاویه به حکومت رسید، ترکه کافر را به مسلمان داد و خلفای پس از او نیز به این شیوه عمل می‌کردند تا زمان عمر بن عبدالعزیز که او به سنت پیامبر (ص) بازگشت (ابن ابی شیبه، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۳۸۴).

۲. دیدگاه شیعه

۱.۲. **آیه نفی سبیل.** از میان آیات قرآن آیه ۱۴۱ سوره نساء بر نفی سبیل کافر بر مسلمان دلالت می‌کند: «وَلَنْ يُجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا». از کنار هم گذاردن این آیه و روایاتی که بر نفی برتری و علو کافر بر مسلمان دلالت دارد، از جمله روایت «الْإِسْلَامُ يَعْلُو وَ لَا يُعْلَى عَلَيْهِ» (الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۷۶؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۳۳۴) چنین نتیجه‌ای به دست می‌آید که ارث بردن کافر از مسلمان موجب سلطه و برتری کافر نسبت به مسلمان می‌شود و این سلطه و برتری نیز نفی شده است؛ پس کافر از مسلمان ارث نمی‌برد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۲۰).

۲.۲. **روایات.** افزون بر روایت‌هایی مانند «الْإِسْلَامُ يَزِيدُ وَ لَا يَنْقُصُ»، «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ» و «فَالْإِسْلَامُ يَزِيدُ الْمُسْلِمَ خَيْرًا وَ لَا يَزِيدُهُ شَرًّا» (الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۷۶) که در باب مانعیت کفر به آن استناد شده است، در کتاب‌های روایی شیعه دو گونه روایت وجود دارد که می‌توان با توسل به آن کافر را از ارث ممنوع دانست. برخی از این روایت‌ها صرفاً قاعده کلی ممنوعیت ارث‌بری کافر از مسلمان را تقریر می‌کند و برخی دیگر که سبک و سیاق پرسش و پاسخ را دارد با توجه به مصداق و نوع خویشاوندی، کفر را مانع ارث دانسته است که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

▪ **صحیحۀ ابو ولاد.** ابو ولاد می‌گوید: «از امام صادق(ع) شنیدم که می‌فرمود: مرد مسلمان از زن ذمی خود ارث می‌برد، ولی زوجه ذمی از شوهر مسلمان خود ارث نمی‌برد» (الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۷۴). کلینی به نقل از علی بن ابراهیم و پدر

علی بن ابراهیم، ابن ابی عمیر از ابن محبوب و ابو ولاد^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۱۴۳، ح ۶)، و شیخ طوسی نیز به اسناد خود از ابن محبوب این روایت را نقل کرده‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۳۶۶).

- **روایت حسن بن صالح.** حسن بن صالح از امام صادق (ع) روایت می‌کند که فرمودند: «مسلمان از کافر ارث می‌برد و مانع ارث بردن ورثه کافر می‌شود، ولی کافر از مسلمان ارث نمی‌برد و مانع ارث بردن ورثه مسلمان نمی‌شود» (الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۷۴؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۳۶۶؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۱۴۳).
- **معتبره ابو خدیجه.** محمد بن علی بن حسین به اسناد خود از حسن بن علی خزّاز، احمد بن عائذ از ابو خدیجه روایت می‌کند که امام صادق فرمودند: «کافر از مسلمان ارث نمی‌برد، ولی مسلمان از کافر ارث می‌برد مگر آن که مسلمان وصیت کرده باشد که به کافر چیزی داده شود» (الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۷۴؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۳۷۲).

- **روایت اول عبدالرحمن بن اعین.** مُوسَى بْنُ بَكْرِ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَعْيَنَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: «لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ نَحْنُ نَرْتُهُمْ وَ لَا يَرْتُونَا إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ لَمْ يَزِدْنَا بِالْإِسْلَامِ إِلَّا عِزًّا»؛ یعنی امام صادق (ع) فرموده‌اند: اهل دو دین از یکدیگر ارث نمی‌برند، ما از آنان ارث می‌بریم و آنان از ما ارث نمی‌برند. خداوند عزوجل با اسلام جز بر عزت ما نیفزود (الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۷۵؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۳۶۷). این روایت از دو بخش تشکیل شده که در هر بخش، حکمی بیان می‌شود. بر پایه بخش اول، هیچ رابطه توارثی میان مسلمان و کافر وجود ندارد. بنابراین، کافر و مسلمان هیچ‌کدام از دیگری ارث نمی‌برند، درحالی که بنابه دلالت روایات دیگر فقط وارث کافر از مسلمان ارث نمی‌برد. پس این بخش روایت با روایت های دیگر متعارض است. بر پایه بخش دوم این دو روایت و مانند آن، اسلام آوردن به انسان

۱. علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابی عمیر عن ابن محبوب عن ابي ولاد قال سمعت ابا عبد الله (ع) يقول المسلم يورث امرأته الذمیة و لا یرثه.

۲. مُحَمَّدُ بْنُ یَحْیَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: «الْمُسْلِمُ یَجْزِبُ الْكَافِرَ وَ یرثه وَ الْكَافِرُ لَا یَجْزِبُ الْمُؤْمِنَ وَ لَا یرثه».

عزت و شرف می‌بخشد و چون اسلام بر احترام و عزت او می‌افزاید، بر کافر مقدم است و از او ارث می‌برد. پس مسلمان باید به واسطه مسلمان بودنش از کافر ارث ببرد و اگر پذیرفته شود مسلمان از کافر ارث نبرد، این به آن معناست که اسلام از موانع ارث است و نه کفر؛ درحالی که چنین سخنی در فقه شیعه و در اهل سنت گفته نشده است (موسوی خویی، ۱۴۲۴ق، ص ۱۲۷).

▪ **معتبره سماعه.** زُرْعَةَ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الْمُسْلِمِ هَلْ يَرِثُ الْمُشْرِكَ قَالَ: «نَعَمْ فَأَمَّا الْمُشْرِكُ فَلَا يَرِثُ الْمُسْلِمَ»؛ یعنی از امام صادق (ع) پرسیده شد که آیا مسلمان از مشرک ارث می‌برد؟ امام پاسخ دادند: آری، اما مشرک از مسلمان ارث نمی‌برد (الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۷۵). کلینی نیز روایت را با همین سند نقل کرده است، ولی شیخ طوسی روایت را به اسناد خود با یک بخش اضافی این‌گونه نقل کرده است: «عَنْ يُونُسَ عَنْ زُرْعَةَ عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنِ الرَّجُلِ الْمُسْلِمِ هَلْ يَرِثُ الْمُشْرِكَ قَالَ نَعَمْ وَ لَا يَرِثُ الْمُشْرِكُ الْمُسْلِمَ» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۳۶۶).

▪ **روایت دوم عبدالرحمن بن اعین.** عبدالرحمن بن اعین می‌گوید: «قَالَ قُلْتُ لِأَبِي جَعْفَرٍ (ع) جَعِلْتُ فِدَاكَ - النَّصْرَانِيُّ يَمُوتُ وَ لَهُ ابْنٌ مُسْلِمٌ أَيْرْتُهُ؟ قَالَ فَقَالَ: نَعَمْ إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ لَمْ يَزِدْهُ بِالْإِسْلَامِ إِلَّا عِزًّا فَفَنَحْنُ نَرْتُهُمْ وَ لَا يَرْتُونَا»؛ یعنی از امام باقر (ع) پرسیدم جانم فدایتان، اگر یک نصرانی بمیرد و فرزند مسلمانی داشته باشد، آیا از او ارث می‌برد؟ فرمود: آری، خداوند عزوجل با اسلام جز بر عزت ما نیفزود است؛ بنابراین ما از آنان ارث می‌بریم، ولی آنان از ما ارث نمی‌برند (الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۷۵).

▪ **معتبره محمد بن قیس.** مطابق معتبره محمد بن قیس، راوی شنیده خود از امام را چنین نقل می‌کند: «محمد بن علی بن الحسین بإسنادِهِ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ: «سَمِعْتُهُ يَقُولُ لَا يَرِثُ الْيَهُودِيُّ وَ النَّصْرَانِيُّ الْمُسْلِمِينَ - وَ يَرِثُ الْمُسْلِمُونَ الْيَهُودَ وَ النَّصَارَى»؛ یعنی محمد بن قیس می‌گوید: از امام باقر (ع) شنیدم که می‌فرمود: یهودی و نصرانی از مسلمان ارث نمی‌برند و مسلمانان از یهود و نصاری ارث می‌برند (همان، ص ۳۷۶-۳۷۵). کلینی نیز این

روایت را به نقل از علی بن ابراهیم و پدر علی، ابن ابی نجران و عاصم بن حمید نقل می‌کند^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۱۴۳)، ولی شیخ طوسی با اندک تفاوتی از علی بن ابراهیم نقل کرده است. وی به این صورت نقل می‌کند: «وَاِیْرَثُ الْمُسْلِمُ الْيَهُودِيَّ وَ النَّصْرَانِيَّ» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۳۶۶)

▪ **معتبره جمیل و هشام.** محمد بن یعقوب از علی بن ابراهیم، پدر علی بن ابراهیم، ابن ابی عمیر از جمیل و هشام از امام صادق (ع) نظرشان را درباره روایتی که به پیامبر(ص) نسبت داده شده است که «اهل دو دین از یکدیگر ارث نمی‌برند»، جویا می‌شود. امام ضمن تأیید روایت می‌فرماید: «لَا تَوَارِثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ قَالَ نَرْتُهُمْ وَ لَا يَرْتُونَا إِنَّ الْإِسْلَامَ لَمْ يَزِدْهُ فِي حَقِّهِ إِلَّا شِدَّةً»؛ یعنی ما از آنان ارث می‌بریم، ولی آنان از ما ارث نمی‌برند، اسلام جز بر شدت حق مسلمان نیفزود (الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۷۷). شیخ طوسی به اسناد خود از علی بن ابراهیم نیز همانند چنین روایتی را نقل می‌کند؛ با این تفاوت که امام در ادامه روایت فرموده‌اند: «إِنَّ الْإِسْلَامَ لَمْ يَزِدْهُ إِلَّا عِزًّا فِي حَقِّهِ»؛ یعنی اسلام جز بر عزت مسلمان نیفزود (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۳۶۶).

▪ **روایت ابوالعباس.** علی بن حسن بن فضال، محمد بن عبدالله بن زاره، قاسم و عروه از ابوالعباس نقل می‌کند: شنیدم امام صادق(ع) می‌فرمود: «لَا يَتَوَارِثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ يَرِثُ هَذَا هَذَا وَ يَرِثُ هَذَا هَذَا إِلَّا أَنْ الْمُسْلِمَ يَرِثُ الْكَافِرَ وَ الْكَافِرَ لَا يَرِثُ الْمُسْلِمَ»؛ یعنی اهل دو دین از یکدیگر ارث نمی‌برند، [مقصود از توارث این است که] این از آن ارث ببرد و آن از این. اما مسلمان از کافر ارث می‌برد، ولی کافر از مسلمان ارث نمی‌برد (الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۷۷؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۳۶۸-۳۶۷).

▪ **روایت مالک بن اعین و عبدالملک بن اعین.** محمد بن علی بن حسین به اسناد خود از حسن بن محبوب، هشام بن سالم، عبدالملک بن اعین و مالک بن اعین همگی از امام باقر چنین روایت کرده‌اند: «سَأَلْتُهُ عَنْ نَصْرَانِيٍّ مَاتَ وَ لَهُ ابْنٌ أَخٌ مُسْلِمٌ وَ ابْنُ أُخْتٍ مُسْلِمٍ وَ لَهُ أَوْلَادٌ وَ زَوْجَةٌ نَصَارَى فَقَالَ أَرَى أَنْ يُعْطَى ابْنُ أُخِيهِ الْمُسْلِمِ ثُلْثِي

۱. عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ (ع) يَقُولُ لَا يَرِثُ الْيَهُودِيُّ وَ لَا النَّصْرَانِيُّ الْمُسْلِمَ وَ يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْيَهُودِيَّ وَ النَّصْرَانِيَّ.

مَا تَرَكَهُ وَ يُعْطَى ابْنُ أُخْتِهِ الْمُسْلِمُ ثُلُثَ مَا تَرَكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وُلْدٌ صِغَارًا...» یعنی از امام باقر(ع) پرسیدم یک نصرانی می‌میرد و وارثان او عبارت‌اند از: پسر برادر و پسرخواهرش که مسلمان هستند و فرزندان و همسر او هم نصرانی‌اند. امام باقر(ع) فرمود: رأی من این است که دو سوم ماترک او به پسر برادر و یک سوم آن به پسرخواهرش داده شود مشروط بدان که فرزند صغیری نداشته باشد...» (الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۸۰-۳۷۹).

▪ **روایت ابن رباط.** ابن رباط به صورت مرفوع از امیرالمؤمنین (ع) چنین نقل می‌کند: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ يَعْنِي الْعَاصِمِيَّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ التَّمِيمِيِّ (المیشمی) عَنْ أُخِيهِ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ رَبَاطٍ رَفَعَهُ قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع) لَوْ أَنَّ رَجُلًا ذَمِيًّا أَسْلَمَ وَ أَبُوهُ حَيٌّ وَ لِأَبِيهِ وَ لَدُ غَيْرِهِ ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ وَرَثَةُ الْمُسْلِمِ جَمِيعَ مَالِهِ وَ لَمْ يَرِثْهُ وَ لَدَّهُ وَ لَا امْرَأَتُهُ مَعَ الْمُسْلِمِ شَيْئًا»؛ یعنی اگر مردی ذمی اسلام بیاورد و پدرش زنده باشد و فرزندان دیگری غیر از او داشته باشد، سپس پدر او بمیرد، فرزند مسلمان او همه ترکه را به ارث خواهد برد و دیگر فرزندان و همسر او با وجود آن وارث مسلمان، از او ارث نخواهند برد. شیخ طوسی به اسناد خود از محمد بن یعقوب چنین روایتی را نقل می‌کند (الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۸۴؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۱۴۶).

▪ **روایت شیخ صدوق.** شیخ صدوق به اسناد خود از ابوالاسود دثلی چنین نقل می‌کند: «أَنَّ مُعَاذَ بْنَ جَبَلٍ كَانَ بِالْيَمَنِ فَاجْتَمَعُوا إِلَيْهِ وَ قَالُوا يَهُودِيٌّ مَاتَ وَ تَرَكَ أَخًا مُسْلِمًا فَقَالَ مُعَاذٌ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ (ص) يَقُولُ الْإِسْلَامُ يَزِيدُ وَ لَا يَنْقُصُ فَوَرَّثَ الْمُسْلِمَ مِنْ أُخِيهِ الْيَهُودِيَّ»؛ یعنی معاذ بن جبل در یمن بود، مردم گرد او آمدند و گفتند: مردی یهودی مرده و برادر مسلمانش زنده است (آیا برادر مسلمان از برادر یهودی خود ارث می‌برد؟). معاذ گفت: از پیامبر (ص) شنیدم که می‌فرمود: اسلام می‌افزاید و نمی‌کاهد، سپس ارث یهودی را به برادر مسلمانش داد (الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۷۶). ابوداود سجستانی در کتاب «سنن» خود دو روایت از پیامبر به همین مضمون نقل می‌کند. مطابق این دو روایت که ابو اسود دثلی از معاذ نقل کرده است، پیامبر(ص)

فرمودند: «الاسلام یزید و لاینقص». در ادامه نیز به وراثت مسلمان از کافر حکم داده شده است (السجستانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۹۰۸؛ ابن ماجه، ۱۳۹۵، ج ۲، ص ۲۳؛ ترمذی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۳۵).

▪ **روایت سوم عبدالرحمن بن اعین.** عبدالرحمن بن اعین می گوید: قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ (ع): «لَأَنْزِدَاكَ بِالْإِسْلَامِ إِلَّا عِزًّا فَتَنْحُنُ نَرْتُهُمْ وَ لَا يَرْتُونَا هَذَا مِيرَاثُ أَبِي طَالِبٍ فِي أَيْدِينَا فَلَا نَرَاهُ إِلَّا فِي الْوَالِدِ وَ الْوَالِدِ وَ لَأَنَرَاهُ فِي الزَّوْجِ وَ الْمَرْأَةِ»؛ یعنی امام باقر (ع) فرمودند: اسلام بر عزت ما افزوده است. بنابراین ما از کافران ارث می بریم و آنان از ما ارث نمی برند. این میراث ابوطالب است که در اختیار ماست و تنها درباره پدر و فرزند رعایت می شود و نه زن و شوهر (الحر العاملی، بی تا، ج ۱۷، ص ۳۷۸؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۳۷۰).

۳.۲. اجماع. یکی از مهم ترین مبانی دیدگاه مشهور در فقه شیعه درباره موضوع مورد بحث، اجماع است. نخستین بار لفظ «اجماع» در عبارات فقیهان در کتاب «خلاف» شیخ طوسی مطرح شده است. شیخ طوسی مستند نظر خود را «اجماع فرقه» می داند و از این نظر وی نخستین فقیهی است که لفظ اجماع را در این بحث به کار برده است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۲۵). سپس «ابن زهره» به پیروی از شیخ طوسی به اجماع استناد می کند و افزون بر اجماع، ظاهر آیات قرآن را مستند عدم ارث بردن ورثه کافر از کافر می داند (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۳۲۸). درحالی که فقیهان پس از این دو فقیه، مانند ابن ادریس در «سرائر» (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۲۶۶) و شهید ثانی در «مسالك الافهام» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۲۱) به اجماع استناد نکرده، فقط اختلافی نبودن این حکم را تأیید نموده اند.

با این همه، بنابر گزارش نراقی (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۹، ص ۲۴)، نخستین بار فیض کاشانی به صراحت در کتاب «مفاتیح الشرایع» ادعای اجماع را در این موضوع مطرح می کند (فیض کاشانی، بی تا، ج ۳، ص ۳۱۲) و در دوره های بعد، صاحب جواهر، اجماع محصل و منقول را در این موضوع محقق می داند و می نویسد: «در میان مسلمانان بی هیچ اختلاف

نظری، کفر از موانع ارث است و حتی هر دو قسم اجماع (محصل و منقول) وجود دارد مبنی بر این که چنانچه برخی از ورثه متوفی کافر و برخی مسلمان باشند، ورثه کافر با وجود ورثه مسلمان از ارث محرومند هرچند که ورثه کافر خویشاوند نزدیکتر به متوفی هم باشند». صاحب جواهر در ادامه درباره اجماع منقول می‌نویسد که این اجماع به دلیل نقل فراوان مانند نصوص مستفیض یا متواتر است (نجفی، بی‌تا، ج ۳۹، ص ۱۵؛ موسوی خویی، ۱۴۲۴ق، ص ۱۲۷).

۴.۲. مجازات مدنی کافر. کافر با نپذیرفتن اسلام، لیاقت ارث بردن از مورث مسلمان را از دست می‌دهد، درست همان‌گونه که قاتل با کشتن مورث خود لیاقت ارث بردن از وی را از دست می‌دهد. از این رو، همان‌گونه که قانون‌گذار در قتل نیز افزون بر مجازات کیفری قاتل، مجازات مدنی برای قاتل در نظر می‌گیرد، در کفر نیز به همین شیوه عمل کرده است؛ زیرا مبنای محرومیت کافر و قاتل از ارث یکسان است و در واقع، محرومیت از ارث نتیجه بی‌لیاقتی کافر و قاتل و نوعی مجازات مدنی است. این عقیده هم در میان حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۰۸-۱۰۷ و ۱۱۸-۱۱۷) و هم در میان فقیهان مطرح شده است. شیخ صدوق در آغاز باب میراث اهل ملل، به صراحت محرومیت کافر از ارث را نوعی مجازات مدنی و عقوبت دانسته است که به دلیل کفر بر کافر تحمیل می‌شود. به باور شیخ صدوق، اموال مشرکان جزء انفال است که مسلمان در مقایسه با کافر به آن مستحق‌تر است و کافر نسبت به اموال حقی ندارد و همان‌گونه که خداوند به دلیل مجازات و تنبیه قاتل، ارث بردن قاتل از مقتول را حرام کرده است، ارث بردن کافر را نیز به دلیل کفرش حرام دانسته است؛ درحالی که مسلمان را نمی‌توان از ارث ممنوع دانست، زیرا مرتکب جرمی نشده است تا به علت تنبیه و مجازات از ارث محروم شود و حتی محروم کردن مسلمان از ارث به‌مثابه آن است که اسلام بر خیر نمی‌افزاید و بر شر می‌افزاید. افزون بر این، پذیرش چنین دیدگاهی با فرموده پیامبر (ص) نیز در تعارض خواهد بود که می‌فرماید: «الْإِسْلَامُ يَزِيدُ وَ لَا يَنْقُصُ» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۳۳۴).

۳. ارزیابی و نقد

۱.۳. آیات قرآن. آیات راجع به ارث فرزندان، همسر و کلاله، عام است و وارث کافر و مسلمان را دربر می‌گیرد. بر این اساس، اولاً ارث دختران و پسران کافر و مسلمان یکسان خواهد بود: «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ» و ثانياً میان همسر و کلاله کافر و مسلمان نیز تفاوتی نیست: «وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِ يَوْصِيْنَ بِهَا أَوْ ذَيْنَ وَ لَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِ تَوْصُونَ بِهَا أَوْ ذَيْنَ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَاللَّاهِ أَوْ امْرَأَةٌ وَ لَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِ يَوْصِي بِهَا أَوْ ذَيْنَ غَيْرَ مَضَارٍّ وَصِيَّتِ مِنَ اللَّهِ وَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ حَلِيمٌ» (نساء: ۱۱-۱۲). پس بر پایه ظاهر آیات، ورثه کافر و مسلمان نصیب خود را از ترکه متوفا می‌برد و بر اساس قاعده، خویشاوند نزدیک‌تر مانع ارث بردن خویشاوند دورتر می‌شود؛ یعنی چنانچه خویشاوند نزدیک‌تر متوفا کافر باشد و خویشاوند دورتر او مسلمان، کافر ارث می‌برد و مانع ارث بردن مسلمان خواهد شد. نتیجه آنکه برابر ظهور آیات، خویشاوند کافر چنانچه به لحاظ طبقه و درجه به متوفا نزدیک‌تر باشد، ارث می‌برد و مانع ارث بردن خویشاوندان دیگر می‌شود؛ حتی اگر در میان آن‌ها مسلمانی هم باشد.

ممکن است گفته شود که آیات ارث با روایات مطرح که پیش‌تر اشاره شد، تخصیص می‌خورد و باید از ظهور آن دست کشید، در پاسخ به این استدلال باید گفت روایات موجود همگی قابل انتقاد است و نمی‌توان به آن اعتماد کرد و بنابراین، توان تخصیص آیات قرآن را ندارد؛ زیرا همان‌گونه که خواهد آمد، برخی از این روایات، خبر واحد است و موجب ظن. برخی دیگر نیز ضعیف هستند و توانایی مخالفت با روایات‌های صحیح موجود را ندارند؛ پس ظهور آیات به قوت خود باقی است (علم الهدی، ۱۴۱۵ق، ص ۵۸۸).

۲.۳. روایات

روایاتی که مشهور به آن استناد می‌کنند، همگی ضعیف است و تنها روایاتی بر ارث بردن کافر دلالت می‌کند که برابر آن اسلام آوردن وارث کافر پیش از تقسیم ترکه متوفا در

ارث‌بری تأثیر دارد؛ یعنی چنانچه وارث کافر پیش از تقسیم ترکه اسلام بیاورد، از ترکه متوفای مسلمان ارث خواهد برد، در غیر این صورت ارث نمی‌برد (موسوی خویی، ۱۴۲۴ق، ص ۱۲۷).

- نقد روایات عامه. سید مرتضی در کتاب «انتصار» با نقد روایات عامه، هیچ‌یک از آن را قابل اعتنا و استناد نمی‌داند. وی می‌افزاید: «بر فرض که این روایات صحیح دانسته شود، موجب ظن است و نه یقین. بنابراین با وجود ظواهر آیات قرآن که موجب علم است نمی‌توان به این روایات تمسک جست و بر اساس آن عمل کرد» (علم الهدی، ۱۴۱۵ق، ص ۵۸۹).

- نقد روایت الاسلام یعلوا. این روایت که یکی از مبانی قاعده «نفی سبیل» است، مرسل و ضعیف و به لحاظ سندی قابل انتقاد است. میرزای قمی در بحث اصل «عدم جواز بلندتر ساختن خانه ذمی از خانه‌های مسلمان همسایه خود» ضمن تأیید نامعلوم بودن سند حدیث، فقط مضمون آن را مقبول می‌داند. با این حال، میرزای قمی معتقد است که دلالت این حدیث بر کوتاه ساختن خانه ذمی در مقایسه با خانه مسلمان ضعیف است و موضوع مورد بحث نیز همین سخن صحیح است (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۳۴۸) امام خمینی نیز با مشهور دانستن روایت در میان اهل سنت و شیعه، آن را مرسل مقبول می‌داند (امام خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۷۲۶).

افزون بر ضعف روایت، در نحوه دلالت حدیث بر دیدگاه مشهور نیز اختلاف نظر وجود دارد (این اختلافات درباره آیه نفی سبیل (نساء: ۱۴۱) نیز مطرح است. ر.ک. پوراسماعیلی، ۱۳۹۲، ص ۱۱۱۱-۱۰۹۱). مثلاً مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی یزدی درباره معنای روایت پنج احتمال را مطرح می‌کند:

الف) اسلام اشرف ادیان است و بر همه ادیان علو و برتری دارد. گرچه این احتمال برخلاف ظاهر روایت است، ولی برخی از فقها مانند مرحوم خوبی این احتمال را در تفسیر روایت و آیه ۱۴۱ سوره نساء پذیرفته‌اند (خویی، ۱۳۶۸، ج ۵، ص ۸۵).

ب) اسلام به لحاظ استدلال، حجت و برهان، برتر است.

ج) پیروزی و برتری از آن اسلام است و اسلام بر دیگر ادیان تفوق می‌یابد. این دو احتمال در فقه اهل سنت نیز مطرح است. وهبه زحیلی در این باره می‌نویسد: «منظور از علو در روایت این است که مسلمانان از نظر حجت و دلیل برترند و یا اینکه پیروزی و نصرت سرانجام از آن مسلمانان است» (الزحیلی، ۱۴۰۹ق، الجزء الثامن، ص ۲۶۳).

د) احکام اسلامی نسخ‌ناپذیر است.

ه) احکام شرعی جعلی اسلام بر احکام سایر ادیان تفوق دارد^۱ (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۱).

درنهایت اینکه روایاتی که ارث بردن مسلمان از کافر را از باب «لاضرر» می‌داند یا آنکه اسلام را موجب فزونی می‌داند، به لحاظ سندی ضعیف‌اند و در سند آن ارسال وجود دارد و به لحاظ دلالی هم بر محرومیت از ارث دلالت نمی‌کند، بلکه یک قاعده کلی را بیان می‌دارد که اختصاص به ارث ندارد.

- نقد معتبره ابو خدیجه. تعبیری که در معتبره ابو خدیجه آمده است: «لِلْمُسْلِمِ أَنْ يَرْتَّ الْكَافِرَ» دلالت بر آن دارد که مسلمان اگر شرایط ارث بردن را داشته باشد، حق دارد از کافر ارث ببرد. بر پایه این تعبیر، اگر مورث کافر باشد و برخی از ورثه کافر و برخی نیز مسلمان باشند، باید خویشاوند نزدیک‌تر به متوفای را وارث دانست؛ حتی اگر کافر باشد. درنتیجه، این معتبره نیز دلالتی بر دیدگاه مشهور ندارد.
- نقد روایت عبدالرحمن بن اعین. دو روایتی که از جانب عبدالرحمن بن اعین نقل شده، قابل انتقاد است؛ زیرا سند روایت اول ضعیف است. در سند شیخ صدوق، محمد بن سنان وجود دارد و در سند کلینی^۲ (۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۱۴۳) و شیخ طوسی

۱. قوله و إن الإسلام يعلو إلخ أقول هذا الخبر يحتمل معان خمسة أحدها بيان كون الإسلام أشرف المذاهب و هو خلاف الظاهر جدًا الثاني بيان أنه يعلو من حيث الحجّة و البرهان الثالث أنه يعلو بمعنى يغلب على سائر الأديان الرابع أنه لا ينسخ الخامس ما أرادته الفقهاء من إرادة بيان الحكم الشرعي الجعلي بعدم علو غيره عليه و إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال فتدبر (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۶).

۲. عَنْهُ عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَعْيَنَ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي جَعْفَرٍ (ع) جُعِلَتْ فِدَاكَ - النَّصْرَانِيُّ يَمُوتُ وَ لَهُ ابْنٌ مُسْلِمٌ أَرْتُهُ قَالَ فَقَالَ نَعَمْ إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ لَمْ يَزِدْهُ بِالْإِسْلَامِ إِلَّا عِزًّا فَنَحْنُ نَرْتُهُمْ وَ لَا يَرْتُونَا (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۱۴۳).

(۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۳۶۶) موسی بن بکر واسطی وجود دارد که واقفی^۱ مذهب است (شیخ طوسی، ۱۴۱۵ق، ص ۳۴۳) و در ثقة بودن او تردید وجود دارد و تنها ممدوح دانسته شده است (کشی، بی تا، ج ۲، ص ۲۷۰). البته برخی موسی بن بکر را ثقة دانسته و برآن‌اند که چون صفوان بن یحیی و ابن ابی عمیر از او روایت نقل کرده‌اند و حتی بنا به شهادت صفوان، کتاب موسی بن بکر از جمله کتاب‌هایی است که صاحب نظران شیعی در آن اختلاف ندارند، پس ثقة است (موسوی خویی، ۱۳۶۹، ج ۲۰، ص ۳۳).

افزون بر این، سند روایت به دلیل وجود عبدالله بن اعین ضعیف است. عبدالله بن اعین که در سند کلینی و شیخ طوسی در کتاب تهذیب آمده است، راوی مجهولی است و اصلاً در متون رجال و در سلسله‌سندها و حتی در میان برادران زراره بن اعین وجود ندارد (موسوی خویی، ۱۳۶۹، ج ۱۱، ص ۱۲۰-۱۲۱؛ کشی، ۱۳۴۸، ج ۲، ص ۱۸۱) و ظاهراً این ضبط اشتباه است؛ زیرا نام درست راوی، عبدالرحمن بن اعین است که در سند شیخ صدوق^۲ (۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۳۳۵) و نیز سند شیخ طوسی^۳ (۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۱۹۰) چنین آمده است.

روایت دومی که شیخ صدوق از عبدالرحمن بن اعین نقل کرده است نیز به دلیل وجود موسی بن بکر قابل انتقاد است و بر فرض صحت آن باز به دلیل وجود موسی بن بکر در سند آن، با روایت پیشین که عبدالرحمن نقل کرده یکی است و شاید این روایت، همان روایت پیشین باشد. بنابراین، همان انتقاد به قوت خود باقی است و روایت قابل استناد نخواهد بود.

سرانجام روایت سومی که از عبدالرحمن درباره میراث ابوطالب نقل شده نیز به لحاظ محتوا دارای اشکال است. شیخ طوسی در تفسیر روایت می‌نویسد: «استثنای ذیل روایت درباره زن و شوهر با توجه به صحیحۀ ابو ولاد به اجماع فقیهان شیعه مطرود و متروک

۱. واقفیه یا واقفه نام گروهی از شیعیان است که بر امامت امام موسی کاظم (ع) توقف کردند و از اعتراف به امامت امام رضا (ع) سرباز زده، معتقد بودند که امام کاظم (ع) مهدی موعود است که در غیبت به سر می‌برد و رجعت خواهد کرد.

۲. وَ رَوَى مُوسَى بْنُ بَكْرٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَعْيَنَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ نَحْنُ نَرْتُهُمْ وَ لَا يَرْتُونَا فَإِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ لَمْ يَزِدْنَا - بِالْإِسْلَامِ إِلَّا عِزًّا.

۳. عَنْهُ عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَعْيَنَ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي جَعْفَرٍ (ع) جُعِلَتْ فِدَاكَ النَّصْرَانِيُّ يَمُوتُ وَ لَهُ ابْنٌ مُسْلِمٌ أَرْتُهُ قَالَ فَقَالَ: نَعَمْ إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يَزِدْهُ بِالْإِسْلَامِ إِلَّا عِزًّا فَنَحْنُ نَرْتُهُمْ وَ لَا يَرْتُونَا.

است» (شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۱۹۲). شیخ حر عاملی در توجیه روایت نیز می‌نویسد: «و شاید که منظور از «میراث» آنجا که می‌فرماید «هذا میراث ابی طالب» شرف و منزلت ابوطالب باشد و به این ترتیب، تعلیل ذیل روایت در مورد اینکه کافر از مسلمان ارث نمی‌برد و مقایسه آن با ابوطالب، مجازی خواهد بود و چنین تعلیل و تفاسیری نیز در روایات بسیار است» (الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۷۸). مرحوم فیض کاشانی پس از نقل دیدگاه شیخ طوسی درباره روایت، آن را حمل بر تقیه کرده، می‌نویسد: «این روایت را باید بر تقیه حمل کرد؛ زیرا استثنای ذیل آن و نیز کافر شمردن ابوطالب موافق نظر اهل سنت و مخالف دیدگاه شیعه است و فضایل ابوطالب صرف نظر از ایمان ایشان در کتاب «الحجه» بررسی شده است» (فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲۵، ص ۹۱۵)

• نقد روایت ابوالعباس. راوی این روایت، ابوالعباس بقباق و از جمله راویان ثقه است، ولی قاسم بن عروه روایت را از ابوالعباس نقل کرده که توثیق آن از نظر صاحب‌نظران اختلافی است و برخی برای توثیق او استدلال‌هایی کرده‌اند که مورد مناقشه قرار گرفته و از این میان چند وجه قابل تأمل است که درباره وثاقت قاسم گفته شده و در ادامه می‌آید.

نخست اینکه چون ابن ابی عمیر و احمد بن محمد بن ابو نصر بزنطی از اصحاب اجماع‌اند و فقط از راویان ثقه حدیث نقل می‌کنند و از قاسم بن عروه نیز نقل کرده‌اند، پس وثاقت او ترجیح دارد؛ درحالی که برخی از صاحب‌نظران مانند مرحوم خویی بر این نحوه توثیق انتقاد کرده‌اند و صرف نقل اصحاب اجماع را موجب توثیق نمی‌دانند (موسوی خویی، ۱۳۶۹، ج ۱۵، ص ۳۱).

دوم، در کتاب مسائل صاغانیه منسوب به شیخ مفید به وثاقت قاسم بن عروه تصریح شده است. هرچند در صحت انتساب این کتاب به شیخ مفید تردید است، بنابر صحت انتساب این کتاب به وی، شیخ مفید بر وثاقت قاسم بن عروه تصریح کرده است.

سوم، قاسم بن عروه در اسناد شیخ صدوق قرار دارد و شیخ از پدر خود، عبدالله بن جعفر حمیری، هارون بن مسلم بن سعدان و قاسم بن عروه روایت می‌کند که این طریق نیز صحیح است، ولی اسناد شیخ طوسی کاملاً ضعیف است. پس سند روایت معتبر است

(موسوی خویی، ۱۳۶۹، ج ۱۵، ص ۳۲-۳۳).

• نقد روایت مالک و عبدالملک بن اعین. اگرچه روایتی که مالک و عبدالملک بن اعین نقل کرده‌اند، میان آنکه کافر، فرزند صغیر داشته یا نداشته باشد تفصیل قائل شده است، ولی صدر روایت به‌صراحت بر ارث بردن مسلمان از کافر و محرومیت وارث کافر از ارث دلالت دارد؛ بنابراین از جمله مستندات دیدگاه مشهور به‌شمار آمده است. باین‌همه، این روایت نیز از انتقاد برکنار نیست، زیرا در نقل شیخ حر عاملی- همان‌گونه که پیش‌تر آمد- پس از نام مالک بن اعین و عبدالملک بن اعین، واژه «جمیعاً» آمده که یعنی هر دو برادر زواره از امام باقر (ع) روایت کرده‌اند؛ درحالی که در نقل شیخ صدوق این کلمه نیست و به جای «واو» هم «او» آمده است: «مالک بن اعین او عبدالملک بن اعین»؛ یعنی یکی از این دو روایت کرده‌اند. به این ترتیب، تردید است که راوی چه کسی است؛ به‌ویژه آنکه شیخ طوسی و کلینی^۱ هم از مالک بن اعین نام برده‌اند و نه عبدالملک بن اعین (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۳۶۸؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۱۴۴).

• نقد روایت ابن رباط. روایت ابن رباط به دلیل مرفوع بودن و همچنین مجهول بودن راوی آن نیز ضعیف و غیرقابل استناد است، زیرا صاحب‌نظران راجع به اینکه «ابن رباط» چه کسی است با یکدیگر اختلاف دارند. به دیگر سخن اختلاف بر سر این است که آیا ابن رباط همان جعفر بن محمد بن رباط است یا با او تفاوت دارد (موسوی خویی، ۱۳۶۹، ج ۵، ص ۸۱). شیخ حر عاملی و کلینی، میان ابن رباط و جعفر بن محمد تفاوت گذارده، معتقدند اینان دو راوی هستند (الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۸۴)، درحالی که شیخ طوسی و فیض کاشانی جعفر بن محمد بن رباط را یک راوی دانسته که میثمی یا تیمی از او روایت کرده است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۳۷۱؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۱۹۳؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲۵، ص ۹۲۰). به این

۱. کلینی چنین روایت می‌کند: «عَلِيُّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ وَ مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زَيْدٍ جَمِيعاً عَنْ الْحَسَنِ بْنِ مَجْلُوبٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ مَالِكِ بْنِ أَعْيَنَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ نَضْرَائِي مَاتَ وَ لَهُ ابْنٌ أَحْمَدُ مُسْلِمٌ وَ ابْنُ أُخْتِ مُسْلِمٍ».

ترتیب، بر پایه دیدگاه نخست، روایت ابن رباط نیز ضعیف خواهد بود.

- نقد روایت حسن بن صالح. روایت حسن بن صالح تنها روایتی است که به طور مطلق بر حجب کافر از سوی مسلمان دلالت دارد. البته این روایت به لحاظ سندی ضعیف بوده، قابل استناد نیست، زیرا شیخ طوسی در کتاب تهذیب او را «زیدی و بتری»^۱ و روایت‌هایی را که از او نقل شده «متروک العمل» دانسته است^۲ (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۴۰۸؛ موسوی خویی، ۱۴۲۴ق، ص ۱۲۷؛ موسوی خویی، ۱۳۶۹، ج ۵، ص ۳۵۳-۳۵۲)؛ از این رو، شهید ثانی استناد به آن را «غیر حسن» می‌داند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۲).

در پاسخ به این انتقاد باید گفت: ضعف روایت با عمل مشهور جبران می‌شود، زیرا تنها مستند دیدگاه مشهور راجع به ممنوعیت کافر از ارث، روایت حسن بن صالح است و با توجه به اینکه مشهور تنها به این روایت عمل کرده و فتوا داده‌اند، می‌توان اطمینان یافت و حتی یقین داشت که مضمون روایت صحیح است و روایت از معصوم است و در نتیجه به آن استناد کرد (اراکی، ۱۴۱۵ق، ص ۱۰۰-۹۹).

البته اشکال دیگری نیز در روایت وجود دارد که استناد به آن را غیرممکن می‌سازد: تأمل در روایت روشن می‌سازد که مطابق عبارت صدر روایت: «الْمُسْلِمُ يَحْجُبُ الْكَافِرَ وَ يَرْتُهُ»، یعنی وارث مسلمان مانع ارث بردن کافر می‌شود، ولی این به آن معنا نیست که مورث باید کافر باشد، بلکه مورث می‌تواند کافر یا مسلمان باشد. بنابراین اگر مورث مسلمان باشد، همگان اتفاق دارند که وارث کافر ارث نمی‌برد و اگر مورث کافر باشد، اختلاف نظر وجود دارد. پس روایت ظهوری در این باره ندارد و هم مورث کافر و هم مسلمان را دربر می‌گیرد

۱. زیدیان پیرو حسن کثیر النواء را بتریه گویند.

۲. أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ صَالِحِ الثَّوْرِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ إِذَا كَانَ الْمَاءُ فِي الرَّكْبِ كَرَأَ لَمْ يَنْجَسْهُ شَيْءٌ قُلْتُ وَ كَمِ الرَّكْبُ قَالَ ثَلَاثَةُ أَشْبَارٍ وَ نِصْفُ عُمُقِهَا فِي ثَلَاثَةِ أَشْبَارٍ وَ نِصْفُ عَرْضِهَا.

قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ قَدْ بَيَّنَّا أَنَّ حُكْمَ الْأَبَارِ مُفَارِقٌ لِحُكْمِ الْعُذْرَانِ وَ أَنَّهَا تَنْجَسُ بِمَا يَقَعُ فِيهَا وَ تَطْهَرُ بِنَزْحِ شَيْءٍ مِنْهَا سِوَاءَ كَانَ الْمَاءُ فِيهَا قَلِيلًا أَوْ كَثِيرًا وَ الْوَجْهُ فِي هَذَا الْخَبَرِ أَنَّ نَحْمِلَهُ عَلَى ضَرْبٍ مِنَ التَّقْيَةِ لِأَنَّهُ مُوَافِقٌ لِمَذْهَبِ بَعْضِ الْعَامَّةِ خَاصَّةً وَ الرَّأْيُ لَهُ الْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ وَ هُوَ زَيْدِيٌّ بُرِّيٌّ مَتْرُوكُ الْعَمَلِ بِمَا يَخْتَصُّ بِرَوَايَتِهِ

۳. و إثبات الحكم برواية الحسن غير حسن، إلا أن يجعل المدرک الإجماع.

(هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۱، ص ۲۷).

- وجود روایات مخالف دیدگاه مشهور. در میان روایات موجود در کتاب‌های روایی، سه^۱ روایت وجود دارد که بر ارث بردن وارث کافر از مورث کافر خود دلالت دارد:

اول) روایت ابن ابی نجران. ابن ابی نجران به نقل از افراد متعدد از امام صادق (ع) چنین روایت می‌کند: «وَعَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ يَمُوتُ وَ لَهُ أَوْلَادٌ مُسْلِمُونَ وَ أَوْلَادٌ غَيْرُ مُسْلِمِينَ فَقَالَ هُمْ عَلَى مَوَارِيثِهِمْ»؛ یعنی از امام صادق (ع) پرسیدند اگر فردی یهودی یا نصرانی یا بمیرد و فرزندان مسلمان و کافر داشته باشد، ترکه او چگونه تقسیم می‌شود؟ فرمود: همه آنان بر میراث خود هستند» (الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۸۴). این روایت را کلینی در کافی^۲ (ج ۷، ص ۱۴۷) و شیخ طوسی در استبصار^۳ (ج ۴، ص ۱۹۲) و تهذیب (ج ۹، ص ۳۷۱) هم نقل کرده‌اند. البته روایت شیخ طوسی در تهذیب، کمی با بقیه متفاوت است و در این روایت عبارت «اولاد مسلمون» ساقط شده است: «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ يَمُوتُ وَ لَهُ أَوْلَادٌ غَيْرُ مُسْلِمِينَ فَقَالَ هُمْ عَلَى مَوَارِيثِهِمْ».

شیخ طوسی در تفسیر «هم علی موارثهم» دو احتمال را مطرح می‌کند: نخست اینکه امام صادق علیه‌السلام در حال تقیه چنین روایتی را فرموده‌اند، زیرا روایت موافق مذاهب عامه است. دوم اینکه مقصود این است که کفار برابر مقررات مسلمانان در باب ارث به میزان استحقاقشان ارث می‌برند، حال آنکه چنین توجیهی برخلاف قواعد ارث است؛ زیرا مطابق مقررات ارث با بودن وارث مسلمان، وارث کافر ارث نمی‌برد (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق،

۱. افزون بر این سه روایت صحیح، روایت‌های دیگری نیز وجود دارد که به دلیل ضعف از آن چشم‌پوشی شده است؛ مانند روایت

حنان از امی صیرفی و جعفر بن سماعه (الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۸۴؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۳۶۸).

۲. عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ يَمُوتُ وَ لَهُ أَوْلَادٌ مُسْلِمُونَ وَ أَوْلَادٌ غَيْرُ مُسْلِمِينَ فَقَالَ هُمْ عَلَى مَوَارِيثِهِمْ.

۳. عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ (ع) يَقُولُ لَا يَرِثُ الْيَهُودِيُّ وَ النَّصْرَانِيُّ الْمُسْلِمِينَ وَ يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْيَهُودِيَّ وَ النَّصْرَانِيَّ.

ج ۹، ص ۳۷۱ و همو، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۱۹۳).

گرچه با این تأویل‌ها در ظاهر دیدگاه مشهور تأیید می‌شود. با این همه باید توجه داشت که عبدالرحمن بن نجران از راویان موثق است و در صحت روایت نقل شده از سوی او نمی‌توان تردید کرد. افزون بر این، توجیه شیخ مبنی بر اینکه امام در مقام تقیه بوده است نیز نمی‌تواند صحیح باشد، زیرا روایت موافق دیدگاه هیچ‌یک از مذاهب اهل سنت هم نیست تا ادعای تقیه صحیح به نظر آید. به دیگر سخن، دیدگاه رایج در میان اهل سنت این است که کافر از مسلمان ارث نمی‌برد و مسلمان نیز از کافر ارث نمی‌برد. پس امام در مقام بیان روایت باید مطابق این دیدگاه حکم می‌دادند تا احتمال تقیه منطقی و موجه بنماید، درحالی که روایت ابن ابی نجران چنین چیزی را بیان نمی‌کند؛ بنابراین ادعای تقیه نیز نمی‌تواند توجیه مناسبی باشد.

از این رو باید بر آن شد که امام حکم خاصی را بیان فرموده‌اند که با اهل سنت متفاوت است و منظور امام از این فرموده «هم علی موارثهم» این است که ارث غیرمسلمان بر پایه قواعد و قوانین رایج میان خودشان محاسبه و تقسیم می‌شود و نه بر اساس مقررات رایج در میان مسلمانان. پس امام در مقام بیان حکمی ناهماهنگ با اهل سنت بوده‌اند نه در مقام تقیه (معرفت، ۱۳۸۵، ص ۱۳؛ صانعی، ۱۳۸۶، ص ۵۹).

شاید هم حر عاملی با دانستن اشکال وارد به توجیه شیخ طوسی در توجیه روایت، «او» در عبارت «و اولاد غیرمسلمین» را به معنای «او» دانسته است تا این معنا به دست آید: «چنانچه مورث کافر باشد و فرزندان همگی مسلمان یا همگی کافر باشند از او ارث می‌برند، ولی در صورتی که برخی از فرزندان مورث کافر، مسلمان و برخی دیگر کافر باشند، ورثه مسلمان مانع ارث بردن ورثه کافر می‌گردند» (الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۸۴). این توجیه حر عاملی نیز موجه نیست، زیرا پذیرش این توجیه با متن روایت نیز معارض است؛ چه روایت به صراحت بیان می‌کند که ورثه متوفا باید هم کافر و هم مسلمان باشند؛ یعنی از هر دو صنف در میان ورثه وجود داشته باشد، نه آنکه ورثه فقط از یک صنف باشند (هاشمی

شاهرودی، ۱۳۸۱، ص ۳۵).^۱

دوم) روایت ابن ابی عمیر. ابن ابی عمیر از قول افراد متعدد از امام صادق (ع) چنین نقل می‌کند: «عَلِيُّ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ فَضَالٍ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ يَزِيدَ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ غَيْرٍ وَوَاحِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ يَمُوتُ وَ لَهُ أَوْلَادٌ غَيْرُ مُسْلِمِينَ فَقَالَ لَهُمْ عَلِيُّ مَوَارِيثِهِمْ» (الحر العاملي، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۸۵؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۳۷۲).

بسیار احتمال می‌رود که این دو روایت، یک روایت باشد که هم ابن ابی نجران و هم ابن ابی عمیر هر دو به نقل از افراد متعدد آن را از امام صادق (ع) نقل کرده‌اند، زیرا الفاظ هر دو روایت، یکسان است. در نقل تهذیب، عبارت «اولاد مسلمون» ساقط شده است و هر دو حدیث در تهذیب به یک صورت نقل شده‌اند، ولی شیخ طوسی در استبصار این حدیث را همان‌گونه که در کتاب کافی آمده، نقل کرده است: «وَ أَمَّا مَا رَوَاهُ عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنِ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ غَيْرٍ وَوَاحِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ يَمُوتُ وَ لَهُ أَوْلَادٌ مُسْلِمُونَ وَ أَوْلَادٌ غَيْرُ مُسْلِمِينَ فَقَالَ لَهُمْ عَلِيُّ مَوَارِيثِهِمْ» و در توضیح آن، دو احتمال پیش‌گفته را بیان می‌کند (شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۱۹۳).

با این‌همه، می‌توان مطمئن شد که هنگام استنساخ تهذیب، عبارت «اولاد مسلمون» از قلم افتاده باشد. چراکه سؤال از میراث کافری که فرزندان او نیز کافر باشند، بی‌وجه است. آنچه نیاز به سؤال دارد، این فرض است که مورث کافر فرزندان مسلمانی نیز داشته باشد. بر فرض که در روایت تهذیب، حذفی رخ نداده باشد، باز مقتضای اطلاق روایت این است که اگر این کافر، فرزندان یا وارثان مسلمانی در طبقه دیگر داشته باشد، آنان نیز سهم میراث خود را دارند.

سوم) روایت ابن ابی عمیر. ابن ابی عمیر از امام صادق (ع) می‌پرسد: یک نصرانی

۱. جالب اینکه هاشمی شاهرودی در کتاب «منهاج الصالحین» همانند مشهور فتوا می‌دهد و وارث کافر را مستحق ارث بردن از مورث کافر نمی‌داند؛ درحالی که در مقاله یادشده که گویا برگرفته از درس خارج فقه وی است، دیدگاه مشهور را قابل انتقاد و ضعیف می‌داند. البته او در ادامه یادآور می‌شود که «در اصل مسأله اشکال و انتقاد وجود دارد و احوط مصالحه است» (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۳ق، ج ۲، ص ۵۰۱).

اسلام می‌آورد و پس از مدتی به دین یهود بر می‌گردد و بر همین دین بوده که می‌میرد، ترکه او به چه کسی می‌رسد؟ امام پاسخ می‌دهند، فرزندان یهودی‌اش ارث می‌برند^۱ (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۳۳۹-۳۳۸؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۱۹۳). علامه حلی از ابن جنید اسکافی نقل می‌کند که روایت را از ابن فضال، ابن یحیی و امام صادق (ع) نقل کرده است و می‌نویسد: «لنا فی ذلک نظر» و گویا بر اساس آن فتوا نداده است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۱۲۱). شیخ صدوق که در ضبط روایت و دقت سرآمد محدثان است، در کتاب «المقنع» بر اساس این روایت فتوا می‌دهد (شیخ صدوق، ۱۴۱۵ق، ص ۵۰۸)، در حالی که فیض کاشانی نیز پس از نقل عمل شیخ صدوق به روایت می‌نویسد: «این روایت شاذ است» (فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۳۱۲).

بنابراین با توجه به اینکه برخی از روایات که مشهور به آن استناد کرده‌اند ضعیف است و برخی دیگر که کافر را مستحق ارث نمی‌دانند با سه روایات صحیحی که اشاره شد و وارث کافر را مستحق ارث می‌داند تعارض دارند، بنابراین نمی‌توان به روایات تمسک جست و در نتیجه عمومات موجود (آیات قرآن) بدون مخصص باقی می‌ماند و حجت خواهد بود. از این رو با توجه به ضعیف بودن ادله مشهور برخی از فقیهان معاصر همانند مرحوم آیت‌الله خویی به سراغ روایات دیگری می‌رود و از این طریق می‌کوشد تا دیدگاه مشهور را توجیه کند. وی به روایاتی استناد می‌کند که اسلام آوردن کافر پیش از تقسیم ترکه را موجب محرومیت کافر از ارث نمی‌داند، زیرا بر اساس این روایات این پیش‌فرض وجود دارد که مورث مسلمان است و برخی از ورثه، کافر و برخی دیگر مسلمان‌اند و ورثه کافر که در طبقه و درجه نزدیک‌تر است، چنانچه پیش از تقسیم ترکه مسلمان شود، از مورث ارث می‌برد؛ وگرنه ارث نمی‌برد (موسوی خویی، ۱۴۲۴ق، ص ۱۲۸-۱۲۷).

۱. وَ رَوَى ابْنُ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَبْدِ الْحَمِيدِ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) نَصْرَانِيٌّ أَسْلَمَ ثُمَّ رَجَعَ إِلَى النَّصْرَانِيَّةِ ثُمَّ مَاتَ قَالَ مِيرَانَةُ لَوْلِيهِ النَّصْرَانِيٌّ وَ مُسْلِمٌ تَنَصَّرَ ثُمَّ مَاتَ قَالَ مِيرَانَةُ لَوْلِيهِ الْمُسْلِمِينَ.

۲. شیخ طوسی ذیل روایت چنین می‌نویسد: «فَأَمَّا مَا رَوَاهُ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ يَزِيدَ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَبْدِ الْحَمِيدِ عَنْ رَجُلٍ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) نَصْرَانِيٌّ أَسْلَمَ ثُمَّ رَجَعَ إِلَى النَّصْرَانِيَّةِ ثُمَّ مَاتَ قَالَ مِيرَانَةُ لَوْلِيهِ النَّصْرَانِيٌّ وَ مُسْلِمٌ تَنَصَّرَ ثُمَّ مَاتَ قَالَ مِيرَانَةُ لَوْلِيهِ الْمُسْلِمِينَ فَالْوَجْهُ فِي هَذَا الْخَبَرِ أَنَّ مِيرَاتِ النَّصْرَانِيَّ إِنَّمَا يَكُونُ لَوْلِيهِ النَّصْرَانِيُّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَ لِدٌ مُسْلِمُونَ وَ مِيرَاتِ الْمُسْلِمِ يَكُونُ لَوْلِيهِ الْمُسْلِمِينَ إِذَا كَانُوا حَاصِلِينَ».

۳.۳. نقد اجماع. همان‌گونه که گفته شد، نخستین بار شیخ طوسی و ابن زهره به اجماع استناد کرده‌اند (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۳۲۸) و به‌نظر می‌رسد منظور این دو فقیه اجماع اصطلاحی نبوده است، زیرا در صورت تحقق اجماع باید فقیهان بعدی آن را گزارش می‌کردند و جالب اینکه شیخ طوسی در کتاب «مبسوط» به صورت مطلق و بدون استناد به اجماع می‌نویسد: «کافر بی‌هیچ اختلاف نظری از مسلمان ارث نمی‌برد، ولی مسلمان به باور ما از کافر ارث می‌برد» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۷۹). همچنین در کتاب «النهایه» ذیل «باب توارث اهل‌الملتین» می‌نویسد: «کافر در هیچ صورتی از مسلمان ارث نمی‌برد ... و مسلمان نیز در همه حال از کافر ارث می‌برد مگر این که خویشاوند نزدیکتر از او به متوفی وجود داشته باشد که مانع ارث بردن او شود...» (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۶۶۲).^۱ به این ترتیب، منظور از اجماع در عبارات شیخ طوسی و ابن زهره، اجماع به معنای اصطلاحی آن نیست و حتی ابن زهره در بخش اصولی کتاب «غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع» اجماع را در صورتی معتبر می‌شمارد که مشتمل بر قول معصوم و کاشف از آن باشد و در ادامه نیز تصریح می‌کند که اجماع مؤمنان حجت نیست (ابن زهره، نسخه خطی، ۶۰ الف)؛ پس منظور از اجماع در کلام این دو فقیه که در مقایسه فقه شیعه با اهل سنت مطرح می‌شود، این است که موضوع مد نظر در فقه شیعه اختلافی نیست و در واقع، این فقیهان می‌کوشند تا به ادعای اهل سنت پاسخ دهند که فقه شیعه حاصل گردآوری دیدگاه‌های پراکنده و گوناگون (متفرق) نیست و فقیهان شیعه نیز در بسیاری از مسائل دیدگاهی یکسان و خاص خود دارند.

افزون بر این، به گزارش نراقی، اولین بار فیض کاشانی این حکم را اجماعی دانسته و استناد به اجماع در میان فقیهان متأخر رواج یافته است؛ به‌گونه‌ای که صاحب جواهر هر دو قسم اجماع را در این باره محقق می‌داند. در نتیجه بسیار احتمال دارد که اجماع موجود در این مسئله، با توجه به روایات صحیح موجود، اجماع مدرکی باشد و اجماع‌کنندگان در اجماع خود نظر به روایات داشته‌اند. بنابراین این اجماع نیز حجت نخواهد بود (معرفت، ۱۳۸۵،

۱. الکافر لا یرث المسلم علی حال من الأحوال، کافرا أصلیا کان أو مرتدا عن الإسلام، ولدا کان أو والدا أو ذا رحم، زوجا کان أو زوجة و المسلم یرث الکافر علی کل حال کائنا من کان، إلا أن یکون هناك من هو أولى منه بالمیراث، فتمتعه إیاه.

ص ۱۲)

۴.۳. تفسیر مضیق کافر. برخی از صاحب‌نظران با ارائه تفسیر مضیق از کافر معتقدند: «کافر، یعنی منکر و جاحد اصول اعتقادات با فرض علم به آن‌ها». این دسته با اشاره به دیدگاه شیخ صدوق که محرومیت کافر از ارث را نوعی عقوبت می‌داند، معتقدند: «ارث نبردن کافر، عقوبتی است برای کفرش و در این جهت، فرقی بین مورث بودن مسلم و یا غیرمسلم که جاحد نباشد، نیست. به‌رحال، در ارث نبردن کافر (که انکارش و عنادش با آگاهی به اصول عقاید است) از مسلم، جای هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای نبوده و نیست و روایات متضافره مستفیضه بر آن دلالت دارد و قدر متیقن از اجماع در مسئله است و بالجمله، «الکفر من موانع الارث کالقتل کما علیه الاصحاب»؛ و اما غیرمسلم، یعنی توده غیرمسلمان قاصر و غافل، به خاطر غفلتشان نمی‌توان بر آنها تکلیف کرد و مؤاخذه‌شان نمود؛ چون تکلیف غافل، نه‌تنها تکلیف به محال است بلکه خود، تکلیف محال است، و یا آن که گرچه تکلیف قانونی نسبت به آنها محال نیست و محال بودن، اختصاص به تکلیف شخصی و جزئی دارد؛ اما قطعاً معذور هستند. (کما علیه سیدنا الاستاذ الامام الخمینی سلام‌الله علیه) و مانعیت عدم اسلامشان از ارث نسبت به مسلم، خلاف اطلاقات و عمومات ارث است و در بین حدود سی روایت که شیخ در تهذیب (که اجمع فقهی از کتب روایی اربعه است) شاید دو روایت را بتوان به نحوی شامل این‌گونه غیرمسلمانان دانست؛ و‌گرنه بقیه اخبار، یا مربوط به کفار به معنایی که گذشت می‌باشد و یا در مقام بیان احکام فرعی مانعیت کفر و عدم اسلام است، نه در مقام بیان اصل مانعیت، و شَمّ الحدیث، مانع از استدلال به آن دو و یا سه روایت در مقابل آن همه روایات و در مقابل علتی که محدث متعبد، شیخ صدوق (قدس سره) در کتاب من لایحضره الفقیه ذکر فرموده می‌باشد و اگر گفته نشود که آنها هم ناظر و مختص به غیرمسلم کافر و غیرمسلمی است که مستحق عقوبت اخروی است، لاقلاً از این که اعتماد به آنها برای چنین فتوایی مشکل، بلکه ممنوع است، به‌رحال بر فرض دلالت آنها و بلکه دلالت بقیه روایات هم بر مانعیت مطلق عدم اسلام، نمی‌تواند حجت و قابل اعتماد باشد؛ چون به نظر این جانب به جهت تبعیض و ظالمانه بودن چنین قانونی، یعنی ارث نبردن غیرمسلمان از مسلمان دون العکس که ارث بردن مسلمان از غیرمسلمان باشد این‌گونه روایات، به حکم مخالف با قرآن بودن باید ضرب

بر جدار شود و زُخرف است. چگونه خلاف قرآن نباشد و حال آن که در آیات فراوانی از قرآن، نهی از ظلم شده و چگونه چنین نباشد و حال آن که قرآن می‌فرماید: «و تَمَّتْ کَلِمَةُ رَبِّكَ صِدْقًا وَعَدْلًا...» و در آیه دیگر فرموده: «و ما رَبِّکَ بِظَالِمٍ لِّلْعَبِيدِ...» و در سوره یونس، آیه ۴۴ فرموده: «انَّ اللّٰهَ لَا یَظْلِمُ النَّاسَ شَیْئًا و لَکِنَّ النَّاسَ اَنْفُسَهُمْ یَظْلِمُوْنَ» و مسئله، گرچه محتاج به بحث زیادتر است؛ اما به همین مقدار اکتفا می‌شود و اقوی آن است که کفر عن جحد، مانع است نه عدم اسلام» (صانعی، ۱۳۸۶، ص ۸۸-۸۵).

۵.۳. حق ارث‌بری وارث. درست است که قوانین ناظر به ارث با نظم عمومی ارتباطی تنگاتنگ دارد، ولی با تحقق مرگ، صفت وارثی به‌وجود می‌آید و حق قابل حمایتی برای وارث پدید می‌آید که پیش از مرگ نیز این حق قابل حمایت بوده است. پس یک قاعده کلی را می‌توان از مقررات استقرا کرد، اینکه ارث بردن حق وارث است و در راستای حمایت از همین حق است که مورث نمی‌تواند با نادیده گرفتن حق وارث با وصیت، وارث را از ارث محروم کند (ماده ۸۳۷ ق.م) و یا بیش از ثلث وصیت کند (ماده ۸۴۳ ق.م). افزون بر این، در راستای حمایت از حق وارث نیز در مواد ۹۴۴ و ۹۴۵ ق.م راه تقلب نسبت به قانون و یا فرار از قانون را بسته است. از این رو، برخی از استادان به‌درستی بیان کرده‌اند که «هیچ وارثی به میل خود نمی‌تواند صفت وارثی را از خود سلب کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۲۴۷).

۶.۳. اصل برابری همگان در برابر قانون. این اصل از جمله اصولی است که به لحاظ اهمیت در قانون اساسی به‌صراحت بیان شده و تحقق آن نیز یکی از اهداف دولت دانسته شده است. برابر بند ۹ اصل سوم قانون اساسی، یکی از وظایف دولت «رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه، در تمام زمینه‌های مادی و معنوی» است که این مهم در بند ۱۴ همان اصل دوباره بیان شده است: «تأمین حقوق همه‌جانبه افراد از زن و مرد و ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون». بدیهی است که رفع تبعیضات ناروا موجب تأمین حقوق همه‌جانبه افراد و تساوی همگان در برابر قانون می‌گردد. افزون بر این، در فصل سوم قانون اساسی با عنوان «حقوق ملت» باز بر لزوم تساوی همگان در برابر قانون که سبب ایجاد حاکمیت قانون می‌گردد، تأکید شده است. برابر اصل

نوزدهم همه مردم ایران از حقوق مساوی برخوردارند: «مردم ایران از هر قوم و قبیله که باشند از حقوق مساوی برخوردارند و رنگ، نژاد، زبان و مانند اینها سبب امتیاز نخواهد بود». دامنه این اصل آن قدر وسیع است که از یک سو همه ایرانیان داخل و خارج از کشور را دربر می‌گیرد. از سوی دیگر، برخی مصادیق تبعیض برشمرده شده و چون ممکن است موارد دیگری نیز برای اعمال تبعیض وجود داشته باشد یا در آینده به وجود آید، قید «و مانند اینها» را افزوده تا شامل همه تبعیضات گردد. افزون بر این، در اصل بیستم نیز بر حمایت یکسان از حقوق انسانی و ... تأکید شده است: «همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند». بنابراین، کفر تنها در صورتی می‌تواند موجب ممنوعیت از ارث شود که مستند دقیقی به جز اجماع بر آن دلالت کند و در غیر این صورت، بر اساس اصل نوزدهم کافر از مورث خود ارث می‌برد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۴۷۲-۴۶۹)؛ در نتیجه در مقام اثبات نیز صرف اقرار یکی از ورثه به اسلام در دادگاه برای محروم ساختن سایر ورثه از ارث کافی نیست و دادگاه باید صحت ادعای مدعی اسلام را بررسی کند و چنانچه احراز کند اقرار به اسلام صرفاً تمهید یا وسیله‌ای برای ارث‌بری است، سایر ورثه را نباید از ارث محروم سازد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۵۵۲).

نتیجه

نگاهی به ادله دیدگاه مشهور در فقه شیعه روشن می‌سازد که تنها مستند مشهور در بحث ممنوعیت ارث‌بری وارث کافر از مورث کافر خود، اجماع بوده است. این اجماع به لحاظ تاریخی نخست از سوی شیخ طوسی و ابن زهره مطرح شد و منظورشان این بود که در مقایسه با فقه اهل سنت، چنین دیدگاهی نیز در فقه شیعه مورد پذیرش همگانی است نه آنکه هر فقیهی نظر خاصی در این باره داشته باشد. البته در دوره‌های بعد تاریخ فقه شیعه اصطلاح اجماع در معنای خاص خود به کار رفته است. با وجود این، اجماع یادشده کاشف از رأی معصوم نیست تا بتوان به آن تمسک جست.

افزون بر این، روایات مورد استناد نیز یا بر دیدگاه مشهور دلالتی ندارد و یا فاقد اعتبار

است. بنابراین، توانایی تخصیص عموم آیات قرآن را- که میان وارث کافر و مسلمان فرقی نگذارده است- ندارد. از این رو، برخی از فقهای شیعه با توسل به روایات دیگر به اثبات درستی دیدگاه مشهور پرداخته‌اند و برخی دیگر نیز به‌صراحت از دیدگاه مشهور انتقاد کرده‌اند.

به‌هرحال، نگاهی به ادله دیدگاه مشهور، سستی آن را می‌نمایاند و از این رو، تدوین‌کنندگان قانون مدنی با علم به این مهم، به‌عمد نخواستند که موضوع اختلافی را وارد قانون مدنی کنند و به‌گونه‌ای بر آن بوده‌اند که تصمیم‌گیری در این خصوص را به رویه قضایی بسپارند و از این منظر عمل قانون‌گذار در افزودن ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی، اقدامی شتاب‌زده و بدون مصلحت‌سنجی می‌نماید؛ زیرا به لحاظ فقهی طرح «فقه جواهری» در گستره فقه حاکمی از آن است که در برخی موارد فقهای متقدم بدون توجه به نقش عوامل زمانی و مکانی در اجتهاد و یا مصالح و ضرورت‌های اجتماعی مطرح دیدگاهی را به‌صرف شهرت آن برگزیده‌اند که اگر خودشان در دوره‌ها و قرن‌های بعد زندگی می‌کردند، منتقد آن دیدگاه بودند؛ درحالی که در فقه جواهری که بنیادهای آن در فقه سنتی و در دوره معاصر در اندیشه‌های امام خمینی نیز به‌خوبی دیده می‌شود، مصالح بر شهرت غلبه می‌یابد و صرف مشهور بودن یک دیدگاه، فقیه را از توجه به مصالح و واقعیات جامعه باز نمی‌دارد، به‌گونه‌ای که فقیه برخلاف دیدگاه غالب، بازی شطرنج را بی‌اشکال می‌یابد و یا صریح‌تر از آن، مجمع تشخیص مصلحت نظام بر همین مبنا تأسیس می‌شود تا نشانی باشد بر اینکه مصلحت مقدم بر فتوای مشهور است.

افزون بر این، عدم رشد «فقه حکومتی» در فقه شیعه سبب شده است تا فقه نامتوازی شکل بگیرد که تنها به مسائل و موضوعات خاصی مانند عبادات و معاملات و در بخش معاملات تنها بیع اهتمام ورزد و حتی گاه فروعی فرضی نیز به فقه راه یابد و در مقابل، مسائل رایج و روز مانند احکام اسناد تجاری و بیمه و بانکداری یا اصلاً مطرح نشود و یا کم‌رنگ مطرح شده، در حاشیه قرار گیرد. به این ترتیب، توجه فقیهان به ضرورت‌های روز و ازجمله نقش زمان و مکان در اجتهاد و مصالح جامعه و به‌ویژه میدان دادن به عقل و اصولی مانند عدالت می‌تواند دیدگاه‌های فقهی را کارآمدتر و هماهنگ با حقوق مدرن سازد؛

درحالی که بی‌توجهی به این مؤلفه‌ها گاه دیدگاهی را غیراخلاقی و غیرمنطقی می‌نماید و چهره زیبای دین را زشت می‌سازد.

نتیجه آنکه مبنای فقهی ماده ۸۸۱ بسیار سست و بی‌بنیاد است و به لحاظ حقوقی نیز ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی بسیار انتقادپذیر می‌نماید و حذف آن ضروری خواهد بود و نیازی به الحاق یک تبصره به ماده ۸۸۱ مکرر نخواهد بود؛ زیرا نخست اینکه اصل برابری همگان در برابر قانون اقتضا می‌کند که همگان در برابر قانون مساوی باشند و حاکمیت انحصاری قانون برقرار باشد. بنابراین، از این منظر کلیه نابرابری‌های غیرمستند به قانون باید حذف شود و مشهور بودن یک دیدگاه در فقه نباید قاضی را از استناد به قانون و استنباط حکمی عادلانه بترساند و گمان برد که کنار گذاشتن دیدگاه مشهور و تعصب نورزیدن به آن به معنای بیرون رفتن از دایره دین‌داری است. دوم اینکه مفاد تبصره الحاقی پیشنهادی نیز برخلاف اصل سوم قانون اساسی به تبعیض‌ها مشروعیت می‌دهد، زیرا اگر از نظر فقیهان غیرمسلمانان همگی کافرند، نباید میان مسیحیان، یهودیان، زرتشتیان - اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی - با بقیه اقلیت‌های دینی مانند صابئین فرقی وجود داشته باشد. افزون بر این، مسیحی ایرانی نیز با مسیحی غیرایرانی نباید تفاوت کند. به دیگر سخن، صرف ایرانی بودن یک مسیحی یا یک اقلیت دینی نباید سبب شود تا حکم کلی که در فقه مطرح است، تخصیص بخورد. بنابراین، مفاد تبصره به‌روشنی مصلحت‌سنجی فقیهان را نشان می‌دهد، درحالی که امروزه این مصلحت‌ها رنگ باخته است و بهتر است حکم ماده ۸۸۱ مکرر به‌طور کلی از قانون حذف شود.

منابع و مأخذ

۱. ابن ابی شیبیه، عبدالله بن محمد (۱۴۱۴ق)، *المصنف*، جلد ۷، بیروت: دارالفکر.
۲. ابن ادريس، محمد (۱۴۱۰)، *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی*، جلد ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. ابن زهره حلبی، حمزه بن علی بن زهره (۱۴۱۷ق)، *غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع*، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۴. _____ (بی تا)، *نسخه خطی کتابخانه مجلس*، شماره ایران ۶۱۷۹ شماره بازیابی ۷۱۲۹.
۵. ابن ماجه، محمد بن یزید القزوینی (۱۳۹۵ق)، *سنن ابن ماجه*، تحقیق محمد فواد عبدالباقی، جلد ۲، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
۶. اراکی، محمدعلی (۱۴۱۳ق)، *رساله فی الارث*، قم: مؤسسه در راه حق.
۷. امام خمینی، سید روح الله (۱۳۷۹)، *کتاب البیع*، جلد ۲، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۸. امامی، سیدحسن (۱۳۷۶)، *حقوق مدنی*، جلد ۳، چاپ سیزدهم، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۹. البخاری، محمد بن اسماعیل (۱۴۰۱ق)، *الصحيح (صحيح بخاری)*، بیروت: دارالفکر.
۱۰. البیهقی، احمد بن الحسین بن علی (بی تا)، *السنن الکبری*، بیروت: دارالفکر.
۱۱. پوراسماعیلی، علیرضا و حمیده یزدی مقدم (۱۳۹۲)، *تاملی انتقادی بر حقوق سیاسی غیرمسلمانان در پرتو آیات قرآن (مجموعه مقالات نخستین همایش بین المللی قرآن کریم، انسان و جامعه)*، جلد ۲، مشهد: دانشگاه آزاد اسلامی.
۱۲. ترمذی، ابوعیسی محمد بن عیسی بن سوره (۱۴۱۴ق)، *سنن الترمذی*، تحقیق و تعلیق صدقی محمد جمیل العطار و عبدالقادر عرفان العشا حسونه، جلد ۴، بیروت: دارالفکر.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۵)، *حقوق مدنی: ارث*، جلد اول، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۴. الحر العاملی، محمد بن الحسن (بی تا)، *وسائل الشیعه*، اعنی بتحقیقها الحاج الشیخ محمدالرازی مع تعلیقات ابی الحسن الشعرانی، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
۱۵. خوانین زاده، محمد حسین (۱۳۸۸)، «بازیابی کفر در مانعیت ارث»، پژوهش حقوق و سیاست، سال ۱۱، شماره ۲۶، ص ۱۵۰-۱۲۵.

۱۶. روشن، محمد (۱۳۸۹)، *بررسی تطبیقی موانع ارث*، تهران: مجد.
۱۷. الزحیلی، وهبه (۱۴۰۹ق)، *الفقه الاسلامی وادلته*، الجزء الثامن، دمشق: دارالفکر.
۱۸. السجستانی، ابو داود سلیمان بن الاشعث (۱۴۱۰ق)، *سنن ابی داود*، تحقیق و تعلیق سعید محمد اللحام، بیروت: دار الفکر.
۱۹. السرخسی، محمد بن احمد ابی سهل (۱۴۰۹ق)، *المبسوط*، جلد ۳۰، بیروت: دارالمعرفه.
۲۰. الشوکانی، محمد بن علی بن محمد (بی تا)، *نیل الاوطار*، جلد ۶، قاهره: دارالحديث.
۲۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد (۱۴۱۳ق)، *مسالك الافهام*، جلد ۱۳، تحقیق مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۲۲. شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳ق)، *من لایحضره الفقیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۳. _____ (۱۴۱۵ق)، *المفنع*، تحقیق و پژوهش گروه پژوهش مؤسسه امام هادی علیه السلام، قم: مؤسسه امام هادی (ع).
۲۴. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، *الخلاص*، محققان علی خراسانی، سید جواد شهرستانی، مهدی طه نجف و مجتبی عراقی، جلد ۴، قم: انتشارات نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۵. _____ (۱۳۸۷ق)، *المبسوط فی الفقه الامامیه*، مصحح سید محمد تقی کشفی، تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
۲۶. _____ (۱۴۰۰ق)، *النهايه فی مجرد الفقه و الفتاوى*، بیروت: دار الكتاب العربی.
۲۷. _____ (۱۴۰۷ق)، *تهذیب الاحکام*، جلد ۹، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
۲۸. _____ (۱۳۹۰ق)، *الاستبصار فی ما اختلف الاخبار*، جلد ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۹. _____ (۱۴۱۵ق)، *رجال الطوسی*، تحقیق جواد القیومی الاصفهانی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۰. الشیخ النظام (۱۴۱۱ق)، *الفتاوی الهندیه، بهامش فتاوی قاضی خان و الفتاوی البزازیه*، الجزء السادس، بیروت: دارالفکر.

۳۱. صاعی، یوسف (۱۳۸۶)، *ارث غیرمسلمان از مسلمان*، قم: مؤسسه فرهنگی فقه الثقلین.
۳۲. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۳۷۸)، *حاشیه مکاسب*، جلد اول، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۳. عدل، مصطفی (۱۳۷۳)، *حقوق مدنی*، به کوشش محمدرضا بندرچی، قزوین: انتشارات بحرالعلوم.
۳۴. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳ق)، *مختلف الشیعه*، تحقیق گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، جلد ۹، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۵. علم الهدی، سیدمرتضی (۱۴۱۷ق)، *المسائل الناصریات*، تهران: رابطه الثقافه والعلاقات الاسلامیه.
۳۶. _____ (۱۴۱۵ق)، *الانتصار فی انفرادات الامامیه*، تحقیق گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۷. فیض کاشانی، ملا محمد محسن (بی‌تا)، *مفاتیح الشرایع*، جلد ۳، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
۳۸. _____ (۱۴۰۶ق)، *الوافی*، محقق و مصحح ضیاء‌الدین حسینی اصفهانی، جلد ۲۵، اصفهان: کتابخانه امیرالمومنین.
۳۹. القشیری النیسابوری، مسلم بن حجاج (۱۴۰۷ق)، *صحیح مسلم*، تحقیق و تعلیق الدكتور موسی شاهین لاشین و الدكتور احمد عمر هاشم، بیروت: مؤسسه عزالدین للطباعه و النشر.
۴۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی: درس‌هایی از شفعه، وصیت و ارث*، تهران: میزان و دادگستر.
۴۱. _____ (۱۳۸۲)، *وصیت در حقوق مدنی ایران*، تهران: دانشگاه تهران.
۴۲. _____ (۱۳۷۷)، *مبانی حقوق عمومی*، تهران: دادگستر.
۴۳. _____ (۱۳۷۸)، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: میزان و دادگستر.
۴۴. کشی، ابوعمرو محمدبن عمر بن عبدالعزیز (۱۳۴۸)، *رجال الکشی (اختیار معرفه الرجال)*، محقق و مصحح دکتر حسن مصطفوی، جلد ۲، مشهد: مؤسسه نشر دانشگاه فردوسی.
۴۵. _____ (بی‌تا)، *رجال الکشی*، شارح میرداماد

- استرآبادی و محمد باقر حسینی، قم.
۴۶. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، *الکافی*، جلد ۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۴۷. لطفی، اسدالله (۱۳۷۶)، «توارث مسلمان و کافر»، مجله مشکوه، شماره‌های ۵۶ و ۵۷، پاییز و زمستان ۱۳۷۶، ص ۵۱-۱۷.
۴۸. مجلسی، محمد باقر (بی‌تا)، *بحار الانوار*، تحقیق الحاج السید جواد العلوی و الحاج الشیخ محمد الآخوندی، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۴۹. معرفت، محمد هادی (۱۳۸۵)، «آیا وارث مسلمانان مانع از ارث به ورثه غیرمسلمان می‌شود؟»، حقوق عمومی، شماره ۲، ص ۱۱-۱۳.
۵۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۶۹)، *معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرواه*، جلد ۱۱، قم: مرکز نشر آثار شیعه.
۵۱. _____ (۱۴۲۴ق)، *محاضرات فی الموارث*، مقرر محمد علی خراسان، قم: مؤسسه السبطين العالمیه.
۵۲. _____ (۱۳۶۸)، *مصباح الفقاهه فی المعاملات*، جلد ۵، مقرر محمد علی التوحیدی، نجف، المطبعه الحیدریه، ۱۳۷۴ افس، قم: مطبعه سیدالشهدا.
۵۳. میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۱)، *جامع الشتات*، جلد اول، تصحیح مرتضی رضوی، تهران: کیهان.
۵۴. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۸۱)، «میراث غیرمسلمان»، *مجله فقه اهل بیت*، سال هشتم، شماره ۲۹، ص ۳-۴۵.
۵۵. _____ (۱۴۳۳ق)، *منهاج الصالحین*، جلد ۲، قم: مؤسسه الفقه و معارف اهل البيت.
۵۶. الهندی، علاء الدین علی الممتقی بن حسام الدین (۱۴۲۴ق)، *کنز العمال*، تحقیق محمود عمر الدمیاطی، بیروت: دارالکتب العلمیه، و نیز تحقیق الشیخ بکری حیانی و الشیخ صفوه السقاء، (بی‌تا)، بیروت: مؤسسه الرساله.
۵۷. نجفی، محمد حسن (بی‌تا)، *جواهرالکلام*، مصحح شیخ عباس قوچانی، جلد ۳۹، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۵۸. نراقی، ملا احمد (۱۴۱۵ق)، *مستند الشیعه فی احکام الشریعه*، جلد ۱۹، قم: تحقیق گروه پژوهش مؤسسه آل البيت.