



تأملی دربارهٔ ارث در روابط بین‌الدیانی با تأکید بر قاعدهٔ «حجَب»

مصطفی دانش‌پژوه^۱ ✉، محمد مهدی دانش‌پژوه^۲

۱. نویسنده مسئول: استاد گروه حقوق و فقه اجتماعی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم، ایران. رایانامه: Mdanesh@rihu.ac.ir
۲. دانش‌آموختهٔ دکتری حوزهٔ علمیه قم و مدرس سطوح عالی حوزهٔ علمیه قم، قم، ایران. رایانامه: mm_dp1368@yahoo.com

اطلاعات مقاله

چکیده

نوع مقاله:
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت:

۸ تیر ۱۴۰۳

تاریخ بازنگری:

۶ شهریور ۱۴۰۳

تاریخ پذیرش:

۲۷ آبان ۱۴۰۳

تاریخ چاپ:

۲۷ آبان ۱۴۰۳

در حقوق کنونی ایران، در خصوص احوال شخصیهٔ ایرانیان و از جمله ارث آنان، چند قاعدهٔ «حل تعارض» وجود دارد که بدون تعیین حکم ماهوی، صرفاً به تعیین قانون حاکم در روابط بین‌المللی (مادهٔ ۶ قانون مدنی) و یا روابط بین‌الدیانی (اصل ۱۳ قانون اساسی و ماده‌واحددهای مصوب ۱۳۱۲ و ۱۳۷۲) می‌پردازد و یک قاعدهٔ «مادی-بین‌الدیانی» وجود دارد (مادهٔ ۸۸۱ مکرر قانون مدنی الحاقی ۱۳۷۰) که صرفاً دو حکم ماهوی مسئلهٔ ارث میان مسلمان و غیرمسلمان را بیان می‌کند. مضمون این ماده در نگاه نخست، نوعی از تعارض با قواعد حل تعارض پیش‌گفته و نیز گونه‌ای از تبعیض و مخالفت با حقوق بشر را تداعی می‌کند، از این‌رو برخی حقوقدانان در راستای رفع این شبهه، تحلیلی از اصول و مواد مذکور ارائه کرده‌اند که نتیجه‌اش عدم قابلیت استناد به مادهٔ ۸۸۱ مکرر قانون مدنی است. این مقاله با استفاده از شیوهٔ توصیفی-تحلیلی به نقد و بررسی این دیدگاه پرداخته و عقیم بودن ادلهٔ استنادی برای رد مادهٔ ۸۸۱ مکرر را می‌نمایاند و در پایان دو پیشنهاد اصلاحی را بر مبنای دو دیدگاه فقهی مشهور و نامشهور در مسئلهٔ «حجَب» مطرح می‌کند.

کلیدواژه‌ها:

ارث غیرمسلمان از مسلمان،
ارث مسلمان از غیرمسلمان،
قواعد حل تعارض، قواعد
مادی-بین‌الدیانی، قاعدهٔ
حجَب

استناد: دانش‌پژوه، مصطفی؛ محمد مهدی دانش‌پژوه (۱۴۰۳، پاییز). «تأملی دربارهٔ ارث در روابط بین‌الدیانی با تأکید بر قاعدهٔ

«حجَب»». فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۵۴ (۳)، ۳۶۲-۳۴۱.

DOI: <https://doi.com/10.22059/JLQ.2024.372428.1007861>



مقدمه

صدر ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی، که برگرفته از فقه اسلامی است، کافر را از ارث مورث مسلمان محروم دانسته است و ذیل آن نیز، او را از ارث مورث کافر، در صورت وجود وارث مسلمان، نابرخوردار اعلام می‌کند. در تفسیر ذیل ماده این اختلاف نظر پدید آمده است که آیا این محرومیت مخصوص کافران غیرکتابی است یا آنکه کافران کتابی را که در اصل ۱۳ قانون اساسی با عنوان اقلیت‌های دینی از آنان یاد شده است، شامل می‌شود؟ برای پاسخ صحیح به این پرسش، با توجه به جایگاه فقهی این ماده، مطالعه دقیق موضوع از منظر فقهی ضرورت می‌یابد.

در فقه اسلامی، رابطه توارث میان مورث و وارث از منظر درون‌دینی، یعنی در صورت وحدت دینی وارث و مورث کاملاً پذیرفته شده است، یعنی وارث مسلمان از مورث مسلمان، و وارث غیرمسلمان از مورث غیرمسلمان ارث می‌برد، اما درباره توارث در روابط بین‌الدیانی، که گاه جنبه بین‌المللی هم پیدا می‌کند، دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد (دانش‌پژوه، ۱۳۸۱: ۴۴۱-۴۴۸). از نگاه فقه اهل سنت که وحدت در دین (اسلام)، شرط رابطه توارث و اختلاف در دین، مانع توارث است، و در نتیجه وارث مسلمان از ارث مورث غیرمسلمان، و وارث غیرمسلمان از ارث مورث مسلمان برخوردار نیست (زیدان، ۱۹۷۶م: ۵۴۱؛ بدران، ۱۹۸۴م: ۳۳۲)، اصولاً در مسئله ارث، رابطه بین‌الدیانی شکل نمی‌گیرد. قوانین برخی کشورهای عربی، مانند مصر، عراق و عربستان سعودی بر همین اساس تصویب شده است (زیدان، ۱۹۷۶م: ۵۴۰-۵۴۱).

اما فقه شیعه، که مبنای حقوق ایران است، در این باره به شرح زیر، به تفصیل گراییده است: در صورتی که مورث، مسلمان باشد، وحدت دینی شرط برقراری رابطه توارث و اختلاف دینی مانع رابطه توارث است، بنابراین فقط وارثان مسلمان از مورث مسلمان ارث می‌برند (مروارید، ۱۳۸۸/۱۴۱۰م: ۱۳/۲۲ [صدوق، المقنع]؛ ۱۰۸ [الکافی فی الفقه]؛ ۱۵۵ [سار، المراسم]؛ ۲۰۲ [ابن‌براج، المهدب]؛ ۳۸۸ [محقق، شرائع الاسلام]؛ ۴۳۸ [یحیی بن سعید، الجامع للشرائح]؛ ۴۵۳ [علامه، قواعد الاحکام]؛ ۵۱۷ [شهید اول، اللمعه]؛ و امام خمینی، ۱۳۷۹: ۷۹۲). اما در صورتی که مورث غیرمسلمان باشد، اگر همه ورثه غیرمسلمان باشند، به اتفاق عامه و امامیه، همگی می‌برند، همان‌طور که اگر همه مسلمان باشند نیز، بنابر دیدگاه شیعی، همگی از ارث برخوردارند، اما اگر برخی مسلمان و برخی غیرمسلمان باشند، با اینکه منطقیاً باید هم ورثه غیرمسلمان و هم ورثه مسلمان، از ارث برخوردار باشند، بنابر دیدگاه مشهور فقیهان شیعه، به‌عنوان یک قاعده استثنایی، ورثه غیرمسلمان از ارث محروم‌اند، یعنی وجود وارث مسلمان، سبب نابرخورداری وارثان غیرمسلمان می‌شود (طوسی، ۱۴۰۰ق: ۶۶۵؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق: ۲۴۱؛ شهیدثانی، ۱۴۱۴ق: ج ۳: ۵۹۳؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۳: ۲۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۴: ۶؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق: ج ۵: ۵۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ج ۱۱: ۴۷۳؛ صیمری، ۱۴۲۰ق: ج ۴: ۱۶۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق: ۱۶/۳۹؛ ترحینی، ۱۴۲۷ق: ج ۹: ۱۳). به این نوع محرومیت از ارث که نه ناشی از فقدان مقتضی یا وجود مانع، بلکه در نتیجه حضور وارث

دیگری است، «حجب» گویند (مادهٔ ۸۸۶ ق.م.) و وارث مسلمان را «حاجب» خوانند. البته دیدگاه غیرمشهور، وارث مسلمان را فقط از ارث برخوردار می‌داند، بدون آنکه او را حاجب وارث غیرمسلمان قرار دهد و در نتیجه رابطهٔ توارث میان مورث غیرمسلمان و همهٔ وارثان، اعم از مسلمان و غیرمسلمان برقرار است و همه از ارث برخوردارند (هاشمی شاهرودی، ۲۰۰۳: ۱۵۸-۱۶۸).

۱. پیشینهٔ بحث

روشن است که بحث «حجب» از منظر فقه اهل سنت، سالبه به انتفاء موضوع است، اما دیدگاه مشهور در فقه شیعه سابقه‌ای به درازای تاریخ فقه دارد (طوسی، ۱۴۰۰: ۶۶۵؛ شهید اول، ۱۴۱۰: ۲۴۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴: ۳؛ ۵۹۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۳؛ ۱۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴؛ ۶؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵؛ ۵۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۱؛ ۴۷۳؛ صیمری، ۱۴۲۰: ۴؛ ۱۶۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶/۳۹؛ ترحینی، ۱۴۲۷: ۹؛ ۱۳؛ ولی دیدگاه خلاف مشهور، که حجب را نمی‌پذیرد، نسبتاً جدید است (هاشمی شاهرودی، ۲۰۰۳: ۱۵۸-۱۶۸). اما در حقوق ایران، چه در متون قانونی و چه در نوشته‌ها و اظهارنظرهای حقوقدانان، پیشینهٔ درازی ندارد.

۱.۱. پیشینهٔ قانونی

تا سال ۱۳۶۱ اثری از مانع بودن کفر و قاعدهٔ حجب در قوانین ایران مشاهده نمی‌شود، تا اینکه پس از پیروزی انقلاب اسلامی و تأسیس نظام جمهوری اسلامی، متون قانونی چندی، به‌صراحت یا به‌طور ضمنی بحث مانع بودن کفر و قاعدهٔ حجب را مطرح کرد.

مادهٔ ۸۸۱ مکرر قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «کافر از مسلم ارث نمی‌برد و اگر در بین ورثهٔ متوفای کافری، مسلم باشد، وراثت کافر ارث نمی‌برند، اگرچه از لحاظ طبقه و درجه مقدم بر مسلم باشند»، اولین بار در ۱۳۶۱/۱۰/۰۸ به‌صورت آزمایشی و در ۱۳۷۰/۰۸/۱۴ به‌صورت دائمی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و به قانون مدنی الحاق شد. ملاحظه می‌شود که این ماده، به‌صراحت در قسمت نخست، از ارث نبردن وارث کافر از مورث مسلمان و در قسمت پایانی، از ارث نبردن وارث کافر از مورث کافر، در صورت وجود وارث مسلمان (حجب)، سخن گفته است.

۲.۱. پیشینهٔ نظری و تحلیلی

در کتاب‌ها و مقالات حقوقی که پیش از سال ۱۳۷۰ و به‌ویژه پیش از سال ۱۳۶۱ نگاشته شده، به‌دلیل سکوت قانون، سخنی از مانعیت کفر و قاعدهٔ حجب به میان نیامده است (برای مثال حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۷: ۲؛ عدل، ۱۳۷۸: ۳۹۶)، هرچند در همین زمان، برخی نویسندگان فقه‌آشنای حقوق مدنی، از مانع بودن کفر سخن گفته‌اند بی‌آنکه به قاعدهٔ حجب اشاره‌ای داشته باشند (عمید، ۱۳۴۲: ۱۲۶ و

۱۲۷: جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ۸۶-۹۰)، اما یکی دیگر از حقوقدانان، افزون بر طرح مانع بودن کفر، به بیان قاعده «حجب» نیز پرداخته و حتی با فرض سکوت قانون، تصریح کرده است: «... دادگاه می‌تواند به استناد آن، حکم به ممنوع بودن کافر از ارث بدهد» (امامی، ۱۳۶۲: ۲۰۸).

با اینکه انتظار می‌رفت که همه کتاب‌ها یا مقالاتی که پس از سال ۱۳۶۱ و به‌ویژه پس از سال ۱۳۷۰ نگاشته شده‌اند، به‌ویژه کتاب‌هایی که با عنوان شرح قانون مدنی، یا با محور بودن قانون مدنی نوشته شده‌اند به مسئله مانع بودن کفر و نیز قاعده حجب بپردازند، اما چنین نیست و آثار منتشره از این حیث به پنج دسته قابل تقسیم است:

دسته نخست: آثاری که به هیچ‌یک از دو مطلب کفر و قاعده حجب پرداخته‌اند (ر.ک:

جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۹۸۲-۹۸۴)؛

دسته دوم: آثاری که صرفاً به بیان حکم مانع بودن کفر پرداخته‌اند (ر.ک: لطفی، ۱۳۷۶: ۱۷-۵۱؛

خوانین‌زاده، ۱۳۸۸: ۱۲۵-۱۵۰؛ نیز: فهیمی، ۱۳۸۱: ۱۷۰-۱۷۱ و ۱۳۹۱: ۲۰۴-۲۰۵؛ مدنی، ۱۳۸۲: ۱۰۳-۱۰۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ۸۶-۹۰؛ قاسم‌زاده، ۱۳۹۱: ۵۳-۵۴)؛

دسته سوم: آثاری که به بیان حکم مانع بودن کفر و نیز قاعده حجب پرداخته‌اند (ر.ک:

بندرچی، ۱۳۶۸: ۱۳۹-۲۲۲؛ طاهری، بی‌تا: ۲۷۰-۲۷۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۱۶-۱۱۹ و ۱۳۷۸: ۱۱۶-۱۱۹ و ۱۳۷۷: ۵۵۲؛ شهیدی، ۱۳۸۷: ۸۴-۸۸؛ خاوندگار، ۱۳۹۳: ۲۴۱-۲۴۲)؛

دسته چهارم: آثاری که بدون توجه به قوانین مربوط در حقوق ایران، صرفاً از منظر فقهی

به بحث می‌پردازند و قاعده حجب را انکار یا کافر موضوع آن را محدود می‌کنند (ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۲۰۰۳م: ۱۵۸-۱۶۸ و ۱۳۸۱: ۳-۴۵؛ نیازی شاهرودی، ۱۳۹۲: ۱۶۵-۱۸۹؛ صانعی، ۱۳۹۳)؛

دسته پنجم: آثاری که به بیان حکم مانع بودن کفر و نیز قاعده حجب بسنده نکرده، به

نقد و بررسی قانون و احیاناً انکار قاعده حجب نیز پرداخته‌اند (ر.ک: ولویون، ۱۳۸۵: ۴۷-۶۲؛ پوراسماعیلی، ۱۳۹۵: ۷۶-۷۸؛ صفایی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۷: ۲۲۰-۲۲۵)؛ در این میان کتاب *مسلمان و ارث غیرمسلمان*، نوشته دکتر هویک به‌بو، تنها اثر مستقلی است که با نگاه انتقادی به مسئله مانع بودن کفر و به‌ویژه قاعده حجب پرداخته است. نویسنده، طی چند گام تلاش کرده است که به مطلوب و مقصود دومی‌مرحله‌ای خود، یعنی اولاً، نفی حاجب بودن وارث مسلمان و ثانیاً، انحصار میراث به وارثان غیرمسلمان و محرومیت وارث مسلمان از ارث!!! دست یابد و عملاً سیاست تریبی را جایگزین سیاست تشویقی کند. گام‌های یادشده در این کتاب و دیگر آثار همسو را می‌توان این‌گونه مرتب و بررسی کرد:

در گام نخست، با طرح دو دیدگاه فقهی موافق با قاعده حجب (مشهور) و مخالف با آن

(نامشهور) و با گرایش صریح به قول نامشهور، به‌طور ضمنی خواستار اصلاح قانون و حذف قسمت اخیر ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی شده‌اند (**خروج فقهی**)؛

در گام دوم، تلاش می‌کنند خارج بودن پیروان اقلیت‌های دینی از شمول مادهٔ ۸۸۱ مکرر قانون مدنی را توجیه کنند (خروج تخصصی)؛

در گام سوم، با پیش‌فرض ناکامی در دو گام پیشین، و طرح نوعی تعارض میان مادهٔ ۸۸۱ مکرر قانون مدنی و ماده‌واحدۀ مربوط به «اجازۀ رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه» مصوب ۱۳۱۲، سعی می‌کنند با حاکم ساختن بند ۲ ماده‌واحدۀ، نه‌تنها پیروان اقلیت‌های دینی را از شمول مادهٔ ۸۸۱ مکرر خارج سازند و آنان را از ارث برخوردار کنند (خروج تخصصی)، بلکه حتی وارث مسلمان را از ارث محروم گردانند؛

در گام چهارم، با استناد به برخی آرا و نظریه‌های قضایی، مقصود خود را جست‌وجو می‌کنند (خروج قضایی)؛

در گام پنجم، در تلاش است با فرض به نتیجه نرسیدن گام‌های پیشین، با استناد به قاعدۀ ممنوعیت تقلب نسبت به قانون، و یا مخالفت مادهٔ ۸۸۱ مکرر با موازین حقوق بشری، دست‌کم قسمت اخیر این ماده را در دعاوی مربوط، غیرقابل استناد سازد (خروج استنادی) (پوراسماعیلی، ۱۳۹۵: ۷۵).

۲. خروج فقهی

برخی از منتقدان مادهٔ ۸۸۱ مکرر، با استناد به دیدگاه نامشهور فقهی (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۱: نیازی شاهرودی، ۱۳۹۲)، خواسته‌اند این ماده را از قابلیت استناد خارج کنند (ولویون، ۱۳۸۵: ۵۸-۶۰؛ پوراسماعیلی، ۱۳۹۵: ۷۶-۷۸).

بدیهی است با وجود تصریح قانونگذار به مسئلهٔ حجب، آن هم بر مبنای دیدگاه مشهور، نمی‌توان با اتکای به دیدگاه نامشهور، این ماده را از قابلیت استناد خارج کرد.

۳. خروج تخصصی

مراد از خروج تخصصی آن است که پیروان ادیان سه‌گانهٔ مذکور در اصل ۱۳ قانون اساسی (ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی)، اصولاً مشمول عنوان کافر مذکور در مادهٔ ۸۸۱ نیستند و در نتیجه مشمول حکم آن (حجب) هم نخواهند بود. برای توجیه خروج تخصصی گفته شده است که در اصلی‌ترین سند حقوقی کشور، یعنی قانون اساسی، از پیروان ادیان سه‌گانه با عنوان «اقلیت‌های دینی» - و نه کافر- یاد شده است، پس آنان مشمول عنوان کافر مذکور در مادهٔ ۸۸۱ مکرر قانون مدنی و احکام مربوط نیستند، بلکه مشمول قوانین دینی خود هستند. بنابراین

ماده مذکور صرفاً درباره غیرمسلمانانی است که پیرو هیچ‌یک از ادیان سه‌گانه نیستند (به‌ویژه، ۱۴۰۱: ۱۹۲-۱۹۶ و ۲۵۶-۲۵۷).

در نقد این نظر باید گفت:

اولاً، لازمه پذیرش خروج تخصصی (و یا تخصیصی) اقلیت‌های دینی از شمول ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی، آن است که اقلیت‌های دینی نه‌تنها مشمول ذیل این ماده (قاعده حجب) نباشند، بلکه حتی مشمول صدر ماده (محرومیت کافر از ارث مورث مسلمان) نیز نباشند، درحالی‌که این حکمی است که مورد اتفاق نظر همه فقیهان امامیه و عامه است (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴: ۳۳۶؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴: ۲۳-۲۵؛ حلبی، ۱۴۰۳، ج ۳: ۳۷۴؛ مروارید، ۱۴۱۰/ق/۱۹۹۰م: ۱۳/۲۲، ۱۵۵، ۲۰۲، ۳۸۸، ۴۳۸، ۴۵۳؛ امام خمینی، ۱۳۷۹: ۷۹۳؛ فوزان، ۱۴۲۳: ۳۱۲-۳۱۳؛ صنعانی، ۱۴۲۸، ج ۳: ۱۴۴؛ زیدان، ۱۹۷۶م: ۵۴۱؛ بدران، ۱۹۸۴م: ۲۳۲) و کسی نمی‌تواند به چنین سخنی ملتزم شود؛

ثانیاً، از سوی دیگر، رابطه دو مفهوم «ایرانیان غیرشیعه» مذکور در ماده‌واحدۀ مصوب ۱۳۱۲ و اقلیت‌های دینی نیز عموم و خصوص مطلق است، درحالی‌که لازمه جمود بر واژه «اقلیت‌های دینی» این است که پیروان این ادیان مشمول ماده‌واحدۀ مصوب ۱۳۱۲ که موضوعش «ایرانیان غیرشیعه» است نیز نباشند، درحالی‌که مخالفان حجب برای فرار از اجرای قانون مدنی، و اثبات برخورداری اقلیت‌های دینی از ارث غیرمسلمان، به این ماده‌واحدۀ استناد می‌کنند، با اینکه در این ماده، از اقلیت‌های دینی، سخن گفته نشده است. پس معلوم می‌شود سه عبارت کافر، اقلیت‌های دینی و غیر شیعه غیرمسلمان، مفهوم واحد و مشترکی دارند.

۴. خروج تخصیصی

مراد از خروج تخصیصی آن است که اگرچه اقلیت‌های دینی، مشمول عنوان کافر مذکور در ماده ۸۸۱ هستند، اما به دلایل دیگر، از شمول حکم آن خارج شده و مشمول حکم دیگری هستند. برای خروج تخصیصی اقلیت‌های دینی از شمول حکم ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی، با تصویر تعارض میان این ماده و چند اصل یا ماده قانونی دیگر، به شرح زیر استناد شده است که هر یک را به‌طور مستقل تبیین و نقد و بررسی خواهیم کرد.

۱.۴. تعارض میان اصل ۱۳ قانون اساسی و ماده ۸۸۱ مکرر

برخی حقوقدانان، بدون هیچ‌گونه استدلالی، فرض را بر تعارض اصل ۱۳ قانون اساسی با ماده ۸۸۱ مکرر و تخصیص این ماده به وسیله اصل مذکور گذاشته‌اند (صفایی و شعبانی، ۱۳۹۷: ۲۲۳؛ به‌ویژه، ۱۴۰۱: ۲۲۴-۲۲۵).

در نقد این نظر باید گفت به نظر می‌رسد هیچ‌گونه تعارضی، حتی از نوع تعارض عام و خاص، میان اصل ۱۳ قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ با مادهٔ ۸۸۱ مکرر قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰ وجود ندارد تا نوبت به تخصیص برسد، بلکه رابطهٔ بین آن دو از نوع رابطهٔ مجمل (اصل ۱۳) و مبین (مادهٔ ۸۸۱ مکرر) است. با این بیان که اصل ۱۳ قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «ایرانیان زرتشتی، کلیمی، و مسیحی، تنها اقلیت‌های دینی شناخته می‌شوند که در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آیین خود عمل می‌کنند»، بدون تصریح به دایرهٔ شمول خود، با حاکم دانستن قانون دینی پیروان ادیان سه‌گانه، آن هم در حدود قانون، اجمالاً قانون حاکم بر احوال شخصیه آنان را معین کرده است. قدر مسلم قلمرو این حکم جایی است که طرفین پیرو یک دین و آیین باشند، اما حکم جایی که پیرو دو دین مختلف باشند، از این اصل قابل استفاده نیست. یکی از این موارد جایی است که یکی از طرفین مسلمان و طرف دیگر پیرو یکی از ادیان سه‌گانه باشد، که مادهٔ ۸۸۱ مکرر قانون مدنی حکم این مورد را در خصوص ارث، بیان کرده و عملاً قانون اسلام را حاکم دانسته و حکم خاص شریعت اسلامی را هم بیان کرده و اجمالاً اصل ۱۳ در این مورد را برطرف ساخته است.

۲.۴. تعارض میان ماده‌واحدۀ مصوب مجمع و مادهٔ ۸۸۱ مکرر

با ادامهٔ اختلاف‌نظرها، مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۱۳۷۲/۰۴/۰۳ ماده‌واحدۀ ای را با عنوان «قانون رسیدگی به دعاوی مطروحه راجع به احوال شخصیه و تعلیمات دینی ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی» به تصویب رساند و با تصریح به این که «رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۳۷ مورخ ۱۳۶۳/۰۹/۱۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور عیناً و به شرح ذیل به تصویب رسید»، مجدداً بر اجرای رأی وحدت رویهٔ مذکور، که تقریباً تکرار ماده‌واحدۀ مصوب ۱۳۱۲ است، تأکید کرد.

طرفداران دیدگاه خروج تخصیصی بر این عقیده‌اند که مادهٔ ۸۸۱ مکرر قانون مدنی، بی‌گمان به‌وسیلهٔ ماده‌واحدۀ مصوب مجمع تخصیص خورده است هم از آن حیث که تاریخ تصویب آن (۱۳۷۲) پس از تاریخ تصویب مادهٔ ۸۸۱ مکرر (۱۳۷۰) است و هم از آن جهت که موضوع مادهٔ ۸۸۱ مکرر عام است و همهٔ کافران را شامل می‌شود، درحالی که موضوع ماده‌واحدۀ مصوب مجمع خاص است و صرفاً شامل زرتشتیان، کلیمیان و مسیحیان می‌شود و آنان را از شمول حکم مادهٔ ۸۸۱ مکرر قانون مدنی خارج می‌سازد.

در نقد این دیدگاه باید گفت:

فرض تعارض میان ماده‌واحدۀ مصوب مجمع و مادهٔ ۸۸۱ مکرر و سپس تخصیص مادهٔ ۸۸۱ مکرر به‌وسیلهٔ آن، از چند جهت، پذیرفتنی نیست:

اولاً، ماده‌واحدۀ مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام، حاوی هیچ حکم جدیدی نیست و صرفاً بر اجرای ماده‌واحدۀ مصوب ۱۳۱۲، با همه روشنایی‌ها و اجمال‌هایش تأکید می‌کند، بنابراین رابطۀ ماده‌واحدۀ مصوب مجمع با ماده ۸۸۱ مکرر، دقیقاً همان رابطۀ ماده‌واحدۀ مصوب ۱۳۱۲ با ماده ۸۸۱ مکرر است، که - به شرحی که خواهد آمد- از نوع تعارض عام و خاص نیست؛

ثانیاً، درست است که در فرض تعارض میان ماده‌واحدۀ مصوب مجمع ۱۳۷۲ با ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰، تخصیص ماده ۸۸۱ مکرر به‌وسیله ماده‌واحدۀ مذکور، با توجیهاات پیش‌گفته ممکن به‌نظر می‌رسد، اما دقت در دو ماده مذکور فرض تعارض را منتفی می‌کند، زیرا موضوع ماده‌واحدۀ، موردی است که طرفین هر دو غیرمسلمان باشند، اما موضوع ماده ۸۸۱ موردی است که یک طرف مسلمان و طرف دیگر غیرمسلمان باشد؛

ثالثاً، با توجه به اینکه رأی وحدت رویۀ مذکور، که درباره دو رأی متضاد در مورد دعوای تنفیذ وصیت متوفای بلاوارثی بوده که هیچ طرف شیعی در آن حضور نداشته است، این رأی نمی‌تواند بر چیزی بیش از ماده‌واحدۀ دلالت کند و ابهام ماده‌واحدۀ درباره شمول آن نسبت به دعوایی که یک طرف آن شیعه باشد، به قوت خود باقی است. اگر در هریک از دو دعوای زمینه‌ساز رأی وحدت رویه، یک طرف شیعه وجود داشت، شاید می‌شد به استناد آن گفت که قانون دین متوفی به‌طور مطلق اجرا می‌شود، اما چنین نیست.

۵. تعارض میان ماده‌واحدۀ مصوب ۱۳۱۲ و ماده ۸۸۱ مکرر

برخی از طرفداران دیدگاه خروج تخصیصی، با تصویر نوعی تعارض میان عام مؤخر (ماده ۸۸۱ مکرر) و خاص مقدم (بند ۲ ماده‌واحدۀ مصوب ۱۳۱۲ که مقرر می‌دارد: محاکم باید «در مسائل مربوط به ارث و وصیت، عادات و قواعد مسلمۀ متداوله در مذهب متوفی» را رعایت کنند)، بر این عقیده‌اند که عموم ماده ۸۸۱، با خاص ماده‌واحدۀ تخصیص خورده و در نتیجه، ارث اقلیت‌های دینی، از شمول این ماده خارج می‌شود (حاجی عزیزی، ۱۳۹۶: ۱۱۴؛ بهبو، ۱۴۰۱: ...). برخی هم اضافه می‌کنند، اگر ماده ۸۸۱ در دعوای ارث مسلمان و غیرمسلمان حاکم باشد، دیگر جایی برای اجرای ماده‌واحدۀ باقی نمی‌ماند. در نقد این دیدگاه باید گفت:

اولاً، اصولاً ماده‌واحدۀ، خاص مقدم و ماده ۸۸۱ مکرر عام مؤخر نیست، تا گفته شود نسخ خاص مقدم به‌وسیله عام مؤخر ناممکن است. بلکه بر عکس، ظاهر آن است که ماده‌واحدۀ عام است (اختلاف عام مذهبی یا دینی میان ایرانیان غیرشیعه با یکدیگر و با ایرانیان شیعه) و ماده ۸۸۱ مکرر خاص است (اختلاف خاص میان ایرانیان مسلمان و از جمله شیعه با ایرانیان

غیرمسلمان)، پس تخصیص عام ماده‌واحد با خاص مادهٔ ۸۸۱ مکرر بلامانع است. افزون بر آن، با نگاه دقیق‌تر، ماده‌واحد «مجمّل» و مادهٔ ۸۸۱ «مبین» آن است، بدین‌معنا که شمول ماده‌واحد نسبت به موردی که یک طرف مسلمان و طرف دیگر غیرمسلمان باشد، مورد تردید است و مادهٔ ۸۸۱ مکرر، حکم این مورد را در خصوص ارث، مشخص کرده و از دایرهٔ شمول احتمالی ماده‌واحد خارج می‌کند، پس در حقیقت، رابطهٔ این دو ماده از نوع رابطهٔ مجمل و مبین است و نه عام و خاص؛

ثانیاً، باید توجه کرد که با خروج موضوع مادهٔ ۸۸۱ از شمول (احتمالی) ماده‌واحد، این ماده، بلاموضوع نمی‌شود، زیرا اختلاف دینی در دعوی ارث، فقط به دعوی مسلمان و غیرمسلمان محدود نمی‌شود تا گفته شود در کمتر دعوی است که نتوان یک وارث مسلمان ولو از طبقهٔ دور پیدا کرد (ولویون، ۱۳۸۵: ۶۲)، بلکه ممکن است اختلاف دینی میان خود اقلیت‌ها، برای مثال مسیحی-یهودی یا زرتشتی-مسیحی و مانند آن باشد. افزون بر این، با توجه به استثنایی بودن ماده‌واحد نسبت به مواد ۵ و ۶ قانون مدنی، تلاش برای شمول ماده‌واحد نسبت به دعوی ارث میان مسلمان و غیرمسلمان، با التزام به رعایت اصل تفسیر مضیق قوانین استثنایی، که خود نویسنده بر آن تأکید می‌ورزد، سازگار نیست؛

ثالثاً، عموم ماده‌واحد و راه‌حل‌های سه‌گانهٔ آن -اگر بتوان برای آن عموم تصور کرد- دست‌کم در پاره‌ای موارد، بی‌شک خلاف شرع و در نتیجه فاقد اعتبار است (دانش‌پژوه، ۱۳۹۸: ۶۰-۶۴). برای نمونه در دعوی بین‌الدیانی مربوط به نکاح، نمی‌توان به استناد بند ۱ ماده‌واحد مصوب ۱۳۱۲ و حاکم دانستن قانون دینی یکی از اقلیت‌ها، نکاح زن مسلمان با مرد غیرمسلمان را بر خلاف صریح مادهٔ ۱۰۵۹ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «نکاح مسلمه با غیرمسلم جایز نیست» اجازه داد، یا در دعوی زوجهٔ مسیحی تازه‌مسلمان‌شده با شوهر مسیحی‌اش بر سر استمرار نکاح، نمی‌توان به استناد شریعت مسیحی، حکم به ادامهٔ علقهٔ زوجیت داد، همچنین با وجود مادهٔ ۸۸۱ مکرر قانون مدنی دربارهٔ ارث در روابط بین‌الدیانی، نوبت استناد به بند ۲ ماده‌واحد مصوب ۱۳۱۲ نمی‌رسد، زیرا در نتیجهٔ چنین استنادی، نه‌تنها وارث تازه مسلمان حاجب ورثهٔ غیرمسلمان نیست، بلکه خودش به‌طور کلی از ارث محروم می‌شود و پذیرش چنین نتیجه‌ای هم به‌دلیل مخالفت با احکام مسلم اسلامی و هم به‌سبب مخالفت با نظم عمومی، اصلاً موجه به‌نظر نمی‌رسد.

۶. خروج قضایی (استناد به رأی وحدت رویه و بخشنامه معاون اول قوه قضائیه)

برخی حقوقدانان در تلاش برای خارج دانستن موضوع بحث از شمول ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی به برخی از رویه‌های قضایی، به معنای بسیار عام استناد کرده یا نظر خود را به آنها مؤید می‌سازند که به تفکیک و به ترتیب تاریخ، نقد و بررسی می‌شوند:

۱.۶. رأی وحدت رویه شماره ۳۷ مورخ ۱۳۶۳/۰۹/۱۹

در پی اختلاف نظر بین دادگاه‌ها در خصوص تنفیذ وصیت‌نامه پیروان ادیان سه‌گانه - و نه تقسیم ارث میان وارثان غیرهمکیش با متوفای غیرمسلمان - رأی وحدت رویه شماره ۳۷ مورخ ۱۳۶۳/۰۹/۱۹ دیوان عالی کشور صادر شده است، با این عبارت: «نظر به اصل ۱۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اینکه به موجب ماده واحد قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم مصوب مردادماه ۱۳۱۲ نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیرشیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده، لزوم رعایت قواعد و عادات مسلمة متداوله در مذهب آنان در دادگاه‌ها جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عموم باشد، تصریح گردیده فلذا دادگاه‌ها در مقام رسیدگی به امور مذکور و همچنین در رسیدگی به درخواست تنفیذ وصیت‌نامه، ملزم به رعایت قواعد و عادات مسلمة در مذهب آنان، جز در مورد مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی بوده و باید احکام خود را بر طبق آن صادر نمایند...». این رأی اگرچه در خصوص تنفیذ وصیت‌نامه پیروان ادیان سه‌گانه است، اما دادگاه‌ها و نیز اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریات مشورتی خود در موضوع تقسیم ارث میان وارثان مسلمان و غیرمسلمان متوفای غیرمسلمان نیز به آن استناد می‌کنند.

در نقد این تحلیل باید گفت:

اولاً، رأی وحدت رویه مذکور، درباره دو رأی متضاد در مورد دعوی تنفیذ وصیت متوفای غیرمسلمان و نه تقسیم میراث او بوده است، پس هیچ ارتباطی به مسئله ارث ندارد و در بحث ارث قابل استناد نیست؛

ثانیاً، با فرض قابلیت استناد در بحث ارث، در دعوی مذکور، هیچ طرفی مسلمان نبوده است تا بتوان در دعوی ارث میان وارثان مسلمان و غیرمسلمان متوفای غیرمسلمان، بدان استناد کرد و قانون و مقررات دین متوفی را بر تقسیم ارث حاکم دانست. آری اگر در هریک از دو دعوی زمینه‌ساز رأی وحدت رویه، یک طرف مسلمان وجود داشت، جای این تصور بود که گفته شود به استناد این رأی در دعوی ارث میان وارثان مسلمان و غیرمسلمان متوفای غیرمسلمان، قانون دین متوفی حاکم است، اما چنین نیست؛

ثالثاً، حتی دربارهٔ تنفیذ وصیت هم، این رأی حکم خاصی انشا نکرده، بلکه صرفاً بر اجرای ماده‌واحدۀ مصوب ۱۳۱۲ تأکید کرده است، ماده‌واحدۀی که -به شرحی که پیشتر گذشت- مجمل است و این رأی وحدت رویه هم، رافع این اجمال نیست، بنابراین به استناد این رأی نمی‌توان قانون دین متوفای غیرمسلمان را بر ارث وارث مسلمان حاکم دانست.

۲.۶. بخشنامه مورخ ۱۴۰۱/۰۹/۱۹ معاون اول قوه قضائیه

این بخشنامه، خطاب به رؤسای محترم کل دادگستری‌های استان‌ها، دستور می‌دهد: «با عنایت به اصل ۱۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و با توجه به ماده‌واحدۀ «اجازۀ رعایت احوال شخصی ایرانیان غیرشیعه در محاکم» مصوب ۱۳۱۲ و «قانون رسیدگی به دعاوی مطروحه راجع به احوال شخصیه و تعلیمات دینی ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی» مصوب ۱۳۷۲ مجمع تشخیص مصلحت نظام، اطلاق مادهٔ ۸۸۱ مکرر الحاقی به قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰ بر اقلیت‌های دینی مشمول اصل مذکور صدق نمی‌کند، لازم است در خصوص احوال شخصیه آنان، برابر مصوبۀ مجمع تشخیص مصلحت نظام اقدام کنند. از این رو مقررات مذهب متوفی راجع به ارث لازم‌الرعایه است» معاون اول قوه قضائیه - محمد مصدق.

مفاد این بخشنامه قابل نقد است، زیرا:

اولاً، در صدر این بخشنامه، به‌طور غیرمستقیم و در ذیل آن، به‌صراحت به اجرای ماده‌واحدۀ‌های مصوب ۱۳۱۲ و ۱۳۷۲ تأکید می‌ورزد، ماده‌واحدۀ‌هایی که دعاوی وارثان مسلمان و غیرمسلمان متوفای غیرمسلمان را، به شرحی که گذشت، شامل نمی‌شود؛

ثانیاً، در میانهٔ بخشنامه، با استناد به ماده‌واحدۀ‌های مصوب ۱۳۱۲ و ۱۳۷۲، سخن جدیدی مطرح می‌کند و ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی را بدون هیچ‌گونه دلیل و توجیهی از شمول اطلاق مادهٔ ۸۸۱ خارج می‌کند و حکم این ماده را به کافران غیرکتابی اختصاص داده است، درحالی‌که چنین امری، به شرحی که گذشت، از هیچ‌یک از دو ماده‌واحدۀ مصوب ۱۳۱۲ و ۱۳۷۲ مستفاد نمی‌شود؛

ثالثاً، در پایان تصریح می‌کند: «... مقررات مذهب متوفی راجع به ارث لازم‌الرعایه است»، البته این سخنی است که می‌تواند مستند دیدگاهی قرار گیرد که قانون دینی متوفای غیرمسلمان را بر دعاوی وارثان مسلمان و غیرمسلمان او، حاکم می‌داند. اما حقیقت آن است که اگر این سخن (به دلایل پیش‌گفته)، به‌طور کلی نادرست نباشد، دست‌کم اطلاق آن درست به‌نظر نمی‌رسد و در مواردی که به‌روشنی مخالف حکم شریعت اسلامی است، خلاف شرع و فاقد اعتبار است. برای مثال اگر همهٔ وارثان متوفای غیرمسلمان، مسلمان باشند، نمی‌توان پذیرفت که سهم‌الارث هریک از آنها بر اساس قانون غیراسلامی تعیین شود، بلکه بر عکس، صرفاً بر اساس

قانون اسلامی (قانون مدنی)، تعیین می‌شود، برای مثال سهام پسران و دختران ۲ به ۱، و نه مساوی، تعیین می‌شود.

۷. خروج استنادی (به دلیل تقلب یا مخالفت با حقوق بشر)

یکی از نویسندگان، به‌رغم اذعان به اینکه «قاعده حجب مختص شریعت اسلام نیست و در احکام شرعی سایر ادیان و مذاهب نیز به طریقی مسائل مربوط به این قاعده مطرح می‌باشد» (به‌بو، ۱۴۰۱: ۲۷)، در راستای حذف این قاعده از نظام حقوق کنونی ایران، با این گمان که ذیل ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی، چه‌بسا سبب شده و می‌شود، که یکی از وارثان به انگیزه تصاحب تمام میراث، مسلمان شود (اسلام متقلبانه)، با استناد به قاعده «ممنوعیت تقلب و بی‌اثر بودن عمل متقلبانه»، نه‌تنها ذیل ماده ۸۸۱ مکرر را غیرقابل استناد دانسته، بلکه به‌جای آن قانون متوفای غیرمسلمان را حاکم می‌گرداند و بر اساس آن، وارث تازه‌مسلمان را از ارث محروم می‌کند و در ادامه بدون آنکه تصریح کند، این حکم را نسبت به موارد اسلام غیرمتقلبانه و حتی مواردی که یکی از وارثان از بدو تولد مسلمان بوده است نیز تسری می‌دهد (به‌بو، ۱۴۰۱: ۱۱ و ۱۲ و ۲۱۱-۲۱۸). برخی دیگر هم، به‌دلیل مخالفت ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی مبنی بر محرومیت وارث کافر، با اصل لزوم شناسایی و رعایت حقوق ذاتی بشر، اصل کرامت انسان، اصل تساوی و برابری همگان در برابر قانون و نیز اصل حق ارث‌بری همه وارثان، مخالفت این ماده با حقوق بشر را توجیه کرده و ضمن آن که خواستار حذف این ماده شده‌اند (پوراسماعیلی‌پور، ۱۳۹۵: ۷۵)، تصریح می‌کنند: «... با توجه به شرایط فعلی، اصلاح یا حذف این قاعده از مقررات، مطابق با موازین حقوق بشری است و موجب اعتلای جایگاه حقوقی کشور نزد مجامع بین‌المللی می‌گردد» (به‌بو، ۱۴۰۱: ۲۱۷-۲۱۸).

در نقد این نظر باید گفت:

اولاً، در برخی موارد حجب، اصولاً مسلمان شدن، در کار نیست، تا متقلبانه باشد یا نباشد، بلکه مسلمان بودن مطرح است، بنابراین جای هیچ‌گونه استنادی به قاعده ممنوعیت تقلب نیست؛

ثانیاً، در همه موارد مسلمان شدن هم، لزوماً شخص متقلبانه مسلمان نمی‌شود؛

ثالثاً، قاعده ممنوعیت تقلب هم، مخصوص تقلب منفی است، درحالی‌که در مسئله حجب، اگر تقلبی هم در کار باشد، تقلب مثبت است که مشمول قاعده ممنوعیت تقلب نیست، چنانکه خود نویسندگان هم از این مسئله غافل نبوده و می‌نویسند: «... نمی‌توان عمل وی [تازه‌مسلمان] را مصداق قاعده جلوگیری از تقلب دانست...» (به‌بو، ۱۴۰۱: ۲۹۷)؛

رابعاً، حداکثر آن است که به استناد قاعدهٔ ممنوعیت تقلب، بتوان از تصاحب تمام میراث به‌وسیلهٔ وارث تازه‌مسلمان جلوگیری کرد، اما به چه دلیل منطقی در یک فرایند تناقض‌آلود، بتوان او را به‌طور کلی از میراث محروم کرد؟؛

خامساً، با پیش‌فرض پذیرش مخالفت مادهٔ ۸۸۱ مکرر با حقوق بشر، این مخالفت صرفاً ضرورت تغییر و اصلاح قانون را ثابت می‌کند، اما تا زمانی که چنین تغییر و اصلاحی صورت نگرفته است، مادهٔ مذکور را از قابلیت استناد خارج نمی‌کند؛

سادساً، با توجه به آنکه از یک سو، برخی از مصادیق حقوق بشر، کاملاً روشن و مورد اتفاق و برخی دیگر، مبهم و مورد اختلاف است و از سوی دیگر، خوانش‌های متعددی از حقوق بشر وجود دارد، نمی‌توان به‌سادگی، یک مادهٔ قانونی، آن هم مادهٔ قانونی برگرفته از شریعت را به اتهام مخالفت با حقوق بشر، از قابلیت استناد قضایی خارج کرد و خواستار تغییر و اصلاح و بلکه حذف آن شد. در این صورت باید بسیاری از اصول قانون اساسی و مواد قوانین کیفری و مدنی حذف شوند؛

سابعاً، اصولاً مادهٔ ۸۸۱ مکرر قانون مدنی، مخالف حقوق بشر نیست، زیرا از یک سو، حق ارث مانند حق حیات نیست تا از حقوق ذاتی بشر باشد، تا محرومیت از ارث به معنای محرومیت از حقوق ذاتی انسان‌ها باشد. از دیگر سو، محرومیت درست یا نادرست کسی از میراث، لزوماً با رعایت اصل کرامت انسان، مخالفتی ندارد، چراکه اصولاً برخورداری مادی، و از جمله برخورداری از میراث، نشان کرامت نیست، تا محرومیت از آن، نشان عدم رعایت کرامت یا کریم نبودن شخص محروم باشد، از سوی سوم، قاعدهٔ حجب با رعایت اصل تساوی قانونی نیز، در تعارض نیست، چون اصل تساوی قانونی، از یک طرف، بیشتر به حقوق ذاتی و طبیعی برمی‌گردد و نه حقوق موضوعه و از طرف دیگر، اصل تساوی مشروط به شرایط مساوی است و نه شرایط نامتساوی. به همین دلیل در سهام ارث، سهم پسران یا سهم دختران مساوی است، اما سهم پسران و دختران، به‌دلیل تفاوت در شرایط، متفاوت است، همچنان که سهم پسر و پدر از یک سو و ارث دختر و مادر از سوی دیگر نیز، به همین دلیل متفاوت است، با اینکه هر دو از یک جنس هستند؛

ثامناً، استناد به بند ۲ ماده‌واحدۀ مصوب ۱۳۱۲، با خارج دانستن پیروان ادیان سه‌گانه از شمول مادهٔ ۸۸۱ مکرر قانون مدنی، مستلزم دو تبعیض دیگر است: از یک سو، پذیرش پیشنهادی اصلاح مادهٔ ۸۸۱ مکرر مبنی بر خارج ساختن فقط اقلیت‌های دینی از آن، خود به معنای ایجاد تبعیض ناروا میان غیرمسلمانان پیرو ادیان سه‌گانه و دیگر غیرمسلمانان است. از سوی دیگر، با استناد به بند ۲ ماده‌واحدۀ مصوب ۱۳۱۲، و حاکمیت قانون دینی متوفی و محروم ساختن وارث تازه‌مسلمان (به‌بو، ۱۴۰۱: ۲۵۶-۲۵۷)، تبعیض منفی علیه وارث مسلمان رخ خواهد داد؛

تاسعاً، صدر ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی، که می‌گوید «کافر از مسلم ارث نمی‌برد...»، بیانگر یک حکم مسلم اسلامی است که همه فقیهان عامه و امامیه بر آن اتفاق نظر دارند، بنابراین اگر نتیجه حذف کل این ماده، برخورداری وارث غیرمسلمان از میراث متوفای مسلمان باشد، خلاف اجماع فقهای اسلام است و اعتبار ندارد.

نتیجه و پیشنهاد

با توجه به ناموفق بودن همه گام‌های پیش‌گفته برای خارج دانستن یا خارج ساختن اقلیت‌های دینی از شمول ذیل ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی، و باقی ماندن ابهام و اختلاف‌نظرها، در راستای رفع هرگونه ابهام و پایان دادن به اختلاف‌نظرها، دست‌کم در حوزه تفسیر قضایی ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی، بر اساس هریک از دو دیدگاه فقهی مشهور (پذیرش حجب) و دیدگاه فقهی نامشهور (عدم پذیرش حجب)، دو پیشنهاد اصلاحی زیر تقدیم می‌شود:

الف) دیدگاه فقهی مشهور؛ پذیرش حجب: «غیرمسلمان، اعم از اقلیت‌های دینی و غیر آن، از مسلمان ارث نمی‌برد و اگر در بین وارثان متوفای غیرمسلمان، مسلمانی باشد، وارثان غیرمسلمان ارث نمی‌برند، اگرچه از لحاظ طبقه و درجه مقدم بر وارث مسلمان باشند».

تبصره ۱: در صورتی که ثابت شود وارث غیرمسلمان، صرفاً به انگیزه تصاحب تمام میراث مسلمان شده است، وارثان غیرمسلمان نیز از ارث برخوردارند و وارث مسلمان، جز در موارد قاعده الزام، بر اساس شریعت اسلامی و قانون مدنی از ارث برخوردار خواهد بود و سهم‌الارث وارثان غیرمسلمان، در صورت وحدت و اشتراک دینی با مورث (و با یکدیگر)، بر اساس قانون دینی مشترک، و در غیر این صورت بر اساس شریعت اسلامی و قانون مدنی تعیین می‌گردد».

تبصره ۲: در صورتی که ثابت شود که فرد واقعاً مسلمان نشده و به دروغ اظهار اسلام کرده است، برخورداری او از ارث، تابع قوانین دینی خودش می‌باشد».

در این پیشنهاد اصلاحی، امتیازهای زیر به چشم می‌خورد:

اولاً، به جای استفاده از واژه «کافر» از واژه «غیرمسلمان» استفاده شده است که از یک سو، عبارت محترمانه‌تری است و از سوی دیگر حتماً شامل پیروان ادیان سه‌گانه می‌شود و جایی برای شبهه عدم اطلاق غیرمسلمان بر آنان - به دلیل پایگاه اصلی توحیدی این ادیان - باقی نمی‌ماند؛

ثانیاً، از باب تأکید و رفع هرگونه شبهه احتمالی، به شمول عنوان «غیرمسلمان» نسبت به اقلیت‌های دینی هم تصریح شده است؛

ثالثاً، در صورت اختلاف دینی وارثان غیرمسلمان با یکدیگر، به جای قانون دینی متوفی، بر اساس حکم اتفافی امامیه و عامه (دانش‌پژوه، ۱۳۹۸: ۶۱-۶۴)، قانون شریعت اسلامی که در قانون مدنی تجلی یافته است، به عنوان قانون حاکم بر تعیین وراثت و سهام آنان، معین شده است؛
رابعاً، حکم مسلمان شدن متقلبان و دروغی نیز بیان شده است و به اجمال با امکان و احتمال برخورداری بیشتر از میراث (قانون اسلام یا قاعده الزام)، سیاست تشویقی هم نسبتاً رعایت شده است.

ب) دیدگاه فقهی نامشهور؛ عدم پذیرش حجب: «غیرمسلمان، اعم از اقلیت‌های دینی و غیر آن، از مسلمان ارث نمی‌برد، اما مسلمان از غیرمسلمان ارث می‌برد».
تبصره: جز در موارد قاعده الزام، سهم‌الارث وارثان مسلمان بر اساس شریعت اسلامی و قانون مدنی تعیین می‌شود و سهم‌الارث وارثان غیرمسلمان، در صورت وحدت و اشتراک دینی با مورث (و با یکدیگر)، بر اساس قانون دینی مشترک، و در غیر این صورت بر اساس شریعت اسلامی و قانون مدنی تعیین می‌گردد».

در این پیشنهاد اصلاحی نیز، امتیازهای زیر به چشم می‌خورد:
اولاً، به جای استفاده از واژه «کافر» از واژه «غیرمسلمان» استفاده شده است که از یک سو، عبارت محترمانه‌تری است و از سوی دیگر حتماً شامل پیروان ادیان سه‌گانه می‌شود و جایی برای شبهه عدم اطلاق غیرمسلمان بر آنان - به دلیل پایگاه اصلی توحیدی این ادیان - باقی نمی‌ماند؛

ثانیاً، قانون حاکم بر تعیین سهم‌الارث هر یک از وارثان مسلمان و غیرمسلمان نیز، مشخص شده است.

قدردانی

ضمن ابراز سپاس از داوران گرامی ناآشنا، که با تأیید خود، زمینه انتشار مقاله را فراهم ساختند و تشکر از کارشناس، سردبیر و هیئت تحریریه محترم فصلنامه، که با انتشار مقاله، زمینه گفتگوی علمی، تفسیر دقیق‌تر قانون و اصلاح احتمالی آن را، آماده ساختند،

بیانیه نبود تعارض منافع

نویسندگان اعلام می‌کنند که تعارض منافع وجود ندارد و تمام مسائل اخلاق در پژوهش را شامل پرهیز از دزدی ادبی، انتشار و یا ارسال بیش از یک بار مقاله، تکرار پژوهش دیگران، داده‌سازی یا جعل داده‌ها، منبع‌سازی و جعل منابع، رضایت ناآگاهانه سوژه یا پژوهش‌شونده، سوءرفتار و غیره، به‌طور کامل رعایت کرده‌اند.

منابع

۱. ابن براج، عبدالعزيز بن نحریر بن عبدالعزيز، المهدب. در: مروارید (۱۴۱۰ق). الینابیع الفقہیہ، ج ۲۲ (کتاب الموارث، ص ۱۷۹-۲۱۶).
۲. اردبیلی، محقق احمد بن محمد (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدہ والبرهان فی شرح ارشادالاذهان. ج ۱۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. اسدی، ابوالفضل (۱۳۹۴). وضعیت توارث ایرانیان غیرمسلمان با رویکردی بر ماده ۱۸۱ مکرر قانون مدنی. پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد شهر قدس.
۴. امامی، حسن (۱۳۶۲). حقوق مدنی. ج ۳، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
۵. بدران ابو العینین بدران (۱۴۰۴ق/۱۹۸۴م). العلاقات الاجتماعیه بین المسلمین و غیرالمسلمین فی الشریعہ الاسلامیه و الیهودیہ و المسیحیہ. بیروت: دارالنهضة العربیہ.
۶. بندرچی، محمدرضا (۱۳۷۲). موانع ارث در حقوق مدنی و فقه شیعه. تهران: کیهان.
۷. بهبو، هویک (۱۴۰۱). مسلمان و ارث غیرمسلمان. تهران: نائیری.
۸. پوراسماعیلی، علیرضا (۱۳۹۵). «بررسی انتقادی ممنوعیت ارث بری غیرمسلمان از مسلمان». مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۱۳، ص ۴۹-۸۲. در: https://law.tabrizu.ac.ir/article_6695.html (۲۵ اردیبهشت ۱۴۰۳).
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۳). دوره حقوق مدنی؛ ارث. تهران: گنج دانش.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹). مجموعه محشی قانون مدنی. تهران: گنج دانش.
۱۱. حائری شهاباغ، سیدعلی (۱۳۸۷). شرح قانون مدنی. ج ۲، ج سوم، تهران: گنج دانش.
۱۲. حاجی عزیزی، بیژن و نگین غلامی (۱۳۹۶). «تفاوت در آیین مورث و وارث: تعارض قوانین». مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۷، ص ۸۱-۱۰۴. <https://doi.org/10.22075/feqh.2017.2774>
۱۳. حلبی، ابوالصلاح، تقی الدین بن نجم الدین (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه. اصفهان: کتابخانه عمومی امیر المؤمنین (ع).
۱۴. حلبی، ابوالصلاح، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه. در: مروارید، الینابیع الفقہیہ، ج ۲۲ (کتاب الموارث، ص ۱۰۱-۱۱۴).
۱۵. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، قواعد الاحکام، در: مروارید (۱۴۱۰ق). الینابیع الفقہیہ، ج ۲۲ (کتاب الموارث، ص ۴۴۹-۵۱۴).
۱۶. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام الشرعیہ علی مذهب الامامیه. ج ۵، قم: موسسه امام صادق (ع).
۱۷. محقق حلّی، جعفر بن حسن بن یحیی بن سعید، شرائع الاسلام، در: مروارید (۱۴۱۰ق).

- الینایع الفقہیہ، ج ۲۲ (کتاب الموارث، ص ۳۸۵-۴۱۸).
۱۸. محقق حلّی، جعفر بن حسن بن یحیی بن سعید (۱۴۰۸ق). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. ج ۴، قم: اسماعیلیان.
۱۹. حلّی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرائع*. در: مروارید (۱۴۱۰ق). الینایع الفقہیہ، ج ۲۲ (کتاب الموارث، ص ۴۳۵-۴۴۸).
۲۰. خاوندگار، نادر (۱۳۹۳). *حقوق مدنی*؛ ارث. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۲۱. خمینی، روح‌الله (۱۳۷۹-۱۴۲۱). *تحریر الوسیله*. ج ۱ و ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی.
۲۲. دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۸۱). *اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی*. قم و تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و وزارت امور خارجه.
۲۳. دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۹۸). *احوال شخصیه و قانون حاکم بر آن در حقوق ایران*. چ دوم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۲۴. دبیرخانهٔ مجمع تشخیص مصلحت نظام (۱۳۸۸). *مجموعه مصوبات مجمع تشخیص و رفع معضلات*. ج ۲، تهران: دبیرخانهٔ مجمع تشخیص مصلحت.
۲۵. زیدان، عبدالکریم (۱۳۹۶). *احکام الذمیین و المستأمنین فی دارالاسلام*. الطبعة الثانیه، بغداد: جامعه بغداد.
۲۶. سلار، حمزهٔ بن عبد العزیز، *المراسم العلویه*، در: مروارید (۱۴۱۰ق). الینایع الفقہیہ، ج ۲۲ (کتاب الموارث، ص ۱۵۱-۱۶۲).
۲۷. شهید اول، محمد بن جمال‌الدین مکی (۱۴۱۰ق). *اللمعه دمشقیه*، بیروت: دارالتراث-الدارالاسلامیه.
۲۸. شهید اول، محمد بن جمال‌الدین مکی، *اللمعه دمشقیه*، در: الینایع الفقہیہ، جلد ۲۲ (کتاب الموارث، ص ۵۱۵-۵۲۵).
۲۹. شهیدثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*. ج ۱۳، قم: مؤسسهٔ المعارف الاسلامیه.
۳۰. شهیدثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۴ق). *حاشیه الارشاد*. ج ۳، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیه قم.
۳۱. شهیدی، مهدی (۱۳۸۷). *ارث (با الحاقات و اضافات)*. چ هفتم، تهران: مجد.
۳۲. صانعی، یوسف (۱۳۹۳). *ارث غیرمسلمان از مسلمان*. قم: مؤسسهٔ فرهنگی فقه الثقلین.
۳۳. صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳ق). *من لا یحضره الفقیه*. ج ۴، چ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.

۳۴. صدوق، محمد بن علی بن بابویه، *المقنع فی الفقه*، در: مروارید (۱۴۱۰ق). الینابیع الفقهیه، ج ۲۲ (کتاب الموارث، ص ۷-۲۵).
۳۵. صفایی، سیدحسین و هادی شعبانی کندسری (۱۳۹۷). *حقوق مدنی؛ وصیت، ارث، شفعه*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۶. صمیری، مفلح بن حسن (۱۴۲۰ق). *غایه المرام*. ج ۴، بیروت: دارالهادی.
۳۷. طاهری، حبیب‌الله (بی تا). *حقوق مدنی ۱ و ۹*. قم: انتشارات اسلامی، جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۳۸. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، *الخلاف*. ج ۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۹. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). *النهاییه فی مجرد الفقه و الفتاوی*. بیروت: دارالکتاب العربی.
۴۰. ثعالمی، سیدمحمدحسین ترحینی (۱۴۲۷ق). *الزبده الفقهیه فی شرح روضه البهیة*. ج ۹، قم: دارالفقه للطباعة والنشر.
۴۱. فهیمی، عزیزالله (۱۳۸۱). *ارث اقلیت‌های دینی در حقوق اسلام و ایران*. قم: دانشگاه قم.
۴۲. فهیمی، عزیزالله (۱۳۹۱). *ارث تطبیقی*. تهران: خرسندی.
۴۳. قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۹۱). *حقوق مدنی-ارث*. تهران: دادگستر.
۴۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). *دوره مقدماتی حقوق مدنی-ارث*. تهران: دادگستر.
۴۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*. تهران: دادگستر.
۴۶. لطفی، اسدالله (۱۳۷۶). «توارث مسلمان و کافر». *مشکوه*، ش ۵۶ و ۵۷، ص ۱۷-۵۱. در: <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage> (۷ اردیبهشت ۱۴۰۳).
۴۷. مدنی، سیدجلال‌الدین (۱۳۸۲). *مباحث ارث*. تهران: پایدار.
۴۸. مروارید، علی اصغر (۱۴۱۰ق). *سلسله الینابیع الفقهیه*. ج ۲۲، کتاب الموارث، بیروت: مؤسسه فقه الشیعه و دارالاسلامیه.
۴۹. نحفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام*. ج ۳۹، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۵۰. نیازی شاهرودی، مهدی (۱۳۹۲). «بازبینی ادله حجب، اجتهادی نو در ارث اقلیت‌های دینی». *دین و قانون*، ش ۲، ص ۱۶۵-۱۸۹. در: <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1070175> (۲۵ اردیبهشت ۱۴۰۳).
۵۱. ولویون، رضا (۱۳۸۵). «ارث اقلیت‌های دینی و مذهبی در ایران». *پژوهش حقوق عمومی*، ش ۱۸، ص ۴۷-۶۲. در: https://qjpl.atu.ac.ir/article_2845.html (۱۵ اردیبهشت ۱۴۰۳).

۵۲. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۸۱). «میراث غیرمسلمان». *فقه اهل بیت*، ش ۲۹، ص ۳-۴۵. در: <https://ensani.ir/fa/article/92905> (۲۱ خرداد ۱۴۰۳)
۵۳. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۴ق). *قراءات فقهیه معاصره*. ج ۳، بیروت: الغدیر.



Research Paper

A Reflection on Inheritance in Inter-Religious Relations with an Emphasis on the Rule of "Hajb"

Mostafa Daneshpajouh¹ *, Mohammad Mahdi Daneshpajouh² 

1. Corresponding author, Professor, Department of Law and Social Jurisprudence, Research Institute of Hawzah and University, Qom.Iran. Email: Mdanesh@rihu.ac.ir

2. PhD in of Qom Seminary and Teacher of the higher Levels of Seminary, Qom.Iran. Email: mm_dp1368@yahoo.com

Abstract

1. Problem statement

In the current laws of Iran, regarding the personal status of Iranians and including their inheritance, several "conflict resolution" rules just determine the governing law in international relations (Article 6 of the Civil Code) or inter-religious relations (Principle 13 of the Constitution and the single articles approved in 1933 and 1993) without determining the substantive ruling. Furthermore, there is a "material-inter-religious" rule, which is derived from Islamic jurisprudence (Article 881 bis of the Supplementary Civil Code of 1991). It just states the two substantive rulings of the issue of inheritance between Muslims and non-Muslims, and at the top of it, it considers a non-believer to be deprived of the inheritance of a Muslim bequeather, and at the bottom of that, it declares him ineligible for the

* **How to Cite:** Daneshpajouh, Mostafa; Mohammad Mahdi Daneshpajouh(2024 , Autumn). "A Reflection on Inheritance in Inter-Religious Relations with an Emphasis on the Rule of "Hajb" " *Private Law Studies Quarterly*, 54,3. 341-362.

DOI: 10.22059/JLQ.2024.372428.1007861

Manuscript received: 28 June 2024; final revision received: 27 August 2024; accepted:17 November 2024 , published online: 17 November 2024



© 2024 by the University of Tehran. Published by the University of Tehran Press.

inheritance of a non-Muslim bequeather, if there is a Muslim heir (the rule of Hajb).

2. Methodology

Using the method of library study and descriptive-analytical method, this article criticizes and examines the point of view that declares the mentioned article inapplicable to religious minorities and shows the sterility of the relevant evidence.

3. Theoretical framework

According to the jurisprudence base of this article, a detailed study of the subject is necessary in the theoretical and conceptual framework of the country's official religion, i.e. Imamah jurisprudence, which is the basis of legislation in the Islamic Republic of Iran. In Imamah jurisprudence, regarding the relationship of inheritance in inter-religious relations, there are different assumptions and rulings: if the bequeather is a Muslim, religious unity is a condition for the establishment of the relationship of inheritance, and religious difference is an obstacle to the relationship of inheritance; therefore, only Muslim heirs can inherit. But if the bequeather is a non-Muslim and some of the heirs are Muslim and some are non-Muslim, according to the famous Shiite jurists, as an exceptional rule, the non-Muslim heirs are deprived of inheritance, that is, the presence of a Muslim heir causes non-Muslim heirs to be disinherited (the rule of Hajb). Of course, the non-popular view considers the Muslim heir to be entitled to the inheritance, without considering him an obstacle to inheriting a non-Muslim heir.

4. Question

Although the top and bottom of Article 881 bis of the Civil Code is general and includes all non-Muslims, both official and non-official minorities, some believe that this Article does not include the official minorities. This claim has caused the question of whether the Hajb mentioned under Article 881 bis of the Civil Code is specific to unbelievers of the book or includes the unbelievers of the book, who are referred to as religious minorities in Principle 13 of the Constitution.

5. Hypothesis

Trying to get the correct answer does not require having any hypothesis; therefore, the authors of the article in search of the truth, without any prejudice or even previous hypothesis, have studied and criticized jurisprudence texts and sayings, and is committed to accept the obtained results.

6. Achievement

Considering the inadequacy and failure of the arguments of the proponents of the exclusion of religious minorities from the inclusion under Article 881 bis of the Civil Code, and considering the generality of this Article, as well as considering the well-known Fatwa of the Imamiah jurists, the authors have concluded that religious minorities, like other non-Muslims, are subject to Article 881 bis of the Civil Code and the rule of Hajb. At the same time, to resolve any ambiguity and doubts, they have submitted the following amendment proposal:

"A non-Muslim, including religious minorities and others, does not inherit from a Muslim, and if there is a Muslim among the deceased non-Muslim's heirs, the non-Muslim heirs do not inherit, even if they are ahead of the Muslim heir in terms of class and rank".

Keywords: Conflict resolution rules, Material-inter-religious rules, Non-Muslim's inheritance from the Muslim, Muslim's inheritance from the non-Muslim, Rule of Hajb.

Declaration of conflicting interests

The author declares no potential conflicts of interest with respect to the research, authorship, and/or publication of this article.

Funding

The authors received no financial support for the research, authorship, and/or publication of this article.



This article is an open-access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC-BY) license.