

بازبینی ادله حجب، اجتهادی نو در ارث اقلیت‌های دینی

مهدی نیازی شاهرودی*

چکیده

«ارث بردن» مسلمان از کافر، و «ارث نبردن» کافر از مسلمان، از احکام مسلم و مورد اجماع فقهای امامیه می‌باشد. علاوه بر آن، ادله و استدلال‌های دیگری نیز در کلام فقها در این باره وجود دارد. وجود روایاتی از معصومین (ع) که بر این مطلب دلالت دارد، رخنه‌ای در اجماع مذکور ایجاد نمی‌کند و موجب مدرکی شدن آن نمی‌شود؛ زیرا الحن سخن فقها و تصریح آنان به اینکه این مسئله از مسائل اختصاصی مذهب امامیه بوده و مورد اجماع و حکم آل محمد (ص) است، این اطمینان را حاصل می‌کند که این حکم نزد شیعه، واضح و مسلم بوده و حتی نزد فقهای اهل سنت نیز به عنوان دیدگاه مذهب شیعه شناخته شده است. لذا جای هیچ گونه اشکالی نیست که این گونه اجماع، کاشف قطعی از رأی

* استاد درس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم

معصوم (ع) است؛ بنابراین قوی‌ترین دلیل این مسئله، همین اجماع است. علاوه بر اینکه مقتضای قاعده، ارث بردن مسلمان از کافر است؛ بدین معنا که عمومات کتاب و سنت بر ثبوت میراث در صورت وجود اسباب آن دلالت دارد و این حکم، عام بوده و کافر و مسلمان را در بر می‌گیرد. ارث بردن کافر از مسلمان به دلیل خاص و به اجماع، بلکه به ضرورت دین، از شمول این حکم عام بیرون می‌شود. بنابراین دیگر موارد توارث، تحت عموم این حکم باقی می‌ماند. همچنین روایات خاص و صحیحی که در حد استفاضه می‌باشند و در مجامع روایی وارد شده‌اند، بر ارث بردن از کافر دلالت دارند.^۱

بنابراین دو حکم ارث‌بری مسلمان از متوفای کافر و عدم توارث کافر از ترکه متوفای مسلمان، از احکام تردیدناپذیر و مورد اتفاق تمامی فقهای امامیه است. آنچه محل بحث است، حاجب شدن وارث مسلمان و مانعیت وجود او برای ارث بردن ورثه غیر مسلمان در فرضی است که متوفا غیر مسلمان باشد. نظریه مشهور فقهای امامیه که در آن ادعای اجماع شده و در ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی ایران هم آمده، این است که اگر در بین ورثه متوفای کافری مسلمان باشد، وارث کافر ارث نمی‌برد. کافر در این مسئله اعم از کافر اصلی و اهل کتاب

است که به دلیل ایمان نیاوردن به پیامبر خاتم (ص)، از نظر اسلام کافر شناخته می‌شوند. در این مقاله، ادله دیدگاه مشهور مورد نقد و بازبینی قرار گرفته و ادله عدم حجب تبیین و تقویت شده است. این پژوهش بر این فرضیه استوار است که روایات دال بر عدم حجب به لحاظ سند و دلالت، بر روایات دال بر حجب ترجیح دارند و اجماع مورد ادعا هم فاقد ویژگی‌های يك اجماع معتبر است و حجیت ندارد.

واژگان کلیدی: ارث، حجب، کافر، اجماع، اهل کتاب

الف) ادله نظریه حجب

۱. اجماع

در مسئله حجب وارث مسلمان از وارث کافر ادعای اجماع شده است. این اجماع برگرفته از عبارات فقهاست. اما در مسئله ارث بردن مسلمان از کافر و اینکه اسلام جز بر عزت مسلمان نمی‌افزاید و چیزی از او نمی‌کاهد، اجماع روشن‌تر و آشکارتر است؛ به حدی که یکی از ضروریات مذهب ماست و همه مذاهب بر این قول هستند که مسلمان از کافر ارث می‌برد. اما مسئله حجب وارث مسلمان از وارث کافر، از جانب مذاهب اهل سنت اصلاً مطرح نبوده و از هیچ يك از آنان سخنی در این مسئله نقل نشده است. بر این اساس، تشکیک در این اجماع و احتمال مدرکی بودن آن موجه است.

بنابراین حکم ارث بردن مسلمان از کافر^۲ و ارث نبردن کافر از مسلمان،^۳ مسلم است. آنچه محل بحث است، متوفای کافری است که ورثه مسلمان و غیر مسلمان دارد. بسیاری از فقهای شیعه به استناد اجماع و برخی روایات، قائل به حجب مسلمان از غیر مسلمان شده‌اند.^۴ اما به اعتقاد ما این اجماع، مدرکی است و حجیت لازم‌راندارد.

قبل از بررسی این موضوع، باید دید که اجماع به چه دلیل معتبر است. عدای از مجمعین و عدول که تقلید حرام هم نکرده‌اند، نظری را قائل شده و بیانات مختلفی در باب اجماع گفته‌اند؛ اما نظری که بیشتر می‌شود به آن اتکا کرد و شهید صدر هم بر آن تأکید دارد،^۵ این است که اجماع باید کاشف از ارتکاز متشرعه باشد. اما ارتکاز چیست و در چه عصری کاربرد دارد؟ در عصر غیبت ائمه ارتکاز از يك چیز ناشی نمی‌شده و عوامل مختلفی داشته است. ارتکاز در ذهن متشرعه ناشی از ارتکازاتی است که از نسل‌های پیش‌تر بوده و به آنها منتقل شده است. اما در عصر حضور امامان معصوم این ارتکاز بدون دلیل نبوده است؛ لذا معلوم می‌شود که گفتار، رفتار و مجموعه کرداری از امام معصوم (ع) بوده که از بین آنها این مطلب مرتکز شده است. مجموعه اینها ارتکازی را در متشرعه به وجود می‌آورد و چنین چیزی می‌تواند حجت باشد. مثل اینکه بخواهیم بررسی کنیم که آیا در عصر امام هشتم و نهم (علیهما السلام) متعه جایز بوده است یا نه؟ پس از بررسی درمی‌یابیم که يك عد این کار را انجام می‌دادند و از امام (ع) سؤال می‌کردند و ایشان نه نهی می‌کردند و نه به صراحت جوازش را بیان می‌فرمودند. این نشان می‌دهد که متشرعه در زمان حضور ائمه

(ع) نیز چنین ارتکازی را داشته‌اند و این ارتکاز ناشی از رفتار و گفتار خود ائمه (ع) بوده است، نه تقلید از مذاهب دیگر و ساخته و پرداخته خودشان نیز نبوده است. اگر بتوانیم چنین چیزی را به دست بیاوریم، این اجماع معتبر است. لذا اگر در مرحله نخست احتمال بدهیم که این اجماع کشف از این ارتکاز نیست و مدرکی دارد که در واقع نیز چنین است. معنایش این است که این کار حاصل فرایند اجتهاد و استنباط هر کدام از این فقها بوده، و در آخر به نتیجه واحدی رسیدند که بین عدای از فقها اتفاق نظر یا اجماعی محقق شده است. اما این، يك استنباط بوده و نمی‌تواند برای ما حجت باشد؛ زیرا هر فقیهی می‌تواند عکس این مطلب را نتیجه بگیرد.

مسئله مورد نظر ما از مسائلی است که روایات متعارض فراوانی درباره آن وجود دارد. اگر اجماع مورد ادعا در این مسئله، کشف از ارتکازات شرعی و شرع باشد، می‌تواند برای ما دلیل به حساب آید. اما به مجرد اینکه اثبات شود مدرکش يك دليل عقلي یا يك یا چند روایت یا اصل عملی است، «ارتکاز متشرعه» از بین می‌رود و اجماع به این معنا نمی‌تواند حجت باشد. لذا همین که احتمال مدرکی بودن اجماع را بدهیم، مضراً است؛ چون دلیل باید قطعی باشد.

بیان شیخ طوسی يك اجتهد و استنباط بوده و دیگران نیز تلاش‌هایی داشته‌اند؛ هرچند نتیجه‌ای واحد حاصل شده و اجماع به وجود آمده است، اما چون این اجماع مدرکی است، حجیت ندارد.

در خصوص حجب مسلمان از غیرمسلمان، علاوه بر اجماع یادشده، ادله دیگری نیز وجود دارد که بسیاری از فقها به استناد آن فتوا داده‌اند.^۶ از يك سو دیدگاه مقابل باید در ارزیابی و نقد این ادله نظر بدهد؛ از سوی دیگر ادله‌ای نیز وجود دارد که دال بر عدم حجب است و به تقریر و اشکالات آنها باید پاسخ داده شود.

۲. روایت حسن بن صالح

دلیل دوم کسانی که قائل به حجب مسلمان از کافر شده‌اند، روایت حسن بن صالح است که باید از نظر سند و دلالت بررسی شود. مطلب نخست، بحث سندی این روایت است. راوی این حدیث، یعنی حسن بن صالح، در هیچ يك از کتب رجالی توثیق نشده است؛ لذا بسیاری از علما این حدیث را ضعیف دانسته و از آن اعراض کرده‌اند.^۷

مطلب دوم، دلالت و استدلال به این روایت است؛ بحثی که تا حدودی فنی و نیازمند دقت است. متن روایت این است: «المسلم یحجب الکافر و یرثه و الکافر لا یحجب المسلم و لا یرثه».^۸ افرادی که قائل به حجب هستند، گفته‌اند اینکه مسلم، حاجب کافر می‌شود، اطلاق دارد و اعم است از اینکه مورث کافر باشد و وراث او، کافر و مسلمان باشند یا اینکه مورث، مسلمان باشد و وراثش کافر و مسلمان باشند. این اطلاق، هر دو را شامل می‌شود؛ لذا قهراً حجب مسلمان از کافر نتیجه می‌گیریم.

ممکن است گفته شود که این دلیل در مقام بیان اطلاق نیست؛ بلکه دو حکم را بیان می‌کند.^۹ قسمت اول «المسلم یحجب الکافر» است که می‌گوید مسلمان حاجب کافر می‌شود؛ تفاوتی ندارد که مورث مسلمان است یا کافر. قسمت دوم این است که مسلمان از کافر ارث می‌برد؛ فرقی ندارد که متوفا، وارث کافری دارد یا نه. به بیان دیگر، روایت می‌خواهد بگوید که این کفر گاهی اوقات از ناحیه وارث است؛ لذا «المسلم یحجب الکافر» که در اینجا مسلمان حاجب کافر است. گاهی نیز کفر در ناحیه مورث است. اگر بگوییم این روایت در مقام بیان اطلاق نیست، اطلاق را از کار می‌اندازد و قهراً استدلال به آن نیز منتفی می‌شود.

اما عبارت «المسلم یحب الکافر»، اطلاق دارد و اگر قیدی لازم بود، باید ذکر می شد. آیت الله محمود شاهرودی نیز این اطلاق را به نوعی قبول می کند؛ چنان که می گویند روایت ابن ابی نجران و روایت ابی عمیر، روایت حسن بن صالح را تخصیص می زنند. روشن است که اگر این روایت اطلاق نداشت، تخصیص زدن آن نیز معنا نداشت؛ لذا ایشان در ابتدا پافشاری می کنند که روایت «المسلم یحب الکافر» اطلاق ندارد و فهم عرفی چنین برداشت می کند. اما در ادامه بحث خود، در مقام نتیجه گیری چنین می نویسند: روایت ابن ابی عمیر و ابن ابی نجران مخصص است. از این سخن ایشان فهمیده می شود که اطلاق روایت حسن بن صالح را قبول کرده اند؛ لذا آن را با این دو روایت تخصیص زده اند.

۳. روایت عبدالله بن مسکان

دلیل سوم، روایت عبدالله بن مسکان از امام صادق (علیه السلام) است که در آن حضرت می فرمایند: «من اسلم علی میراث قبل ان یقسم فله میراثه و ان اسلم و قد قُسم فلا میراث له».^۱

این روایت از حیث سند صحیح است. به لحاظ دلالت نیز منطوق روایت این است که اگر کافر قبل از تقسیم میراث مسلمان شود، ارث می برد. مفهوم این

روایت آن است که اگر کافر تا زمان تقسیم میراث، مسلمان نشود، ارث نمی‌برد. این مفهوم اطلاق دارد و شامل موردی می‌شود که مورث، مسلمان یا کافر باشد و وارث مسلمان داشته باشد. البته يك صورت به استناد اجماع از شمول این مفهوم خارج است و آن فرضی است که مورث کافر باشد و وارث مسلمان هم وجود نداشته باشد. در این فرض، اجماع بر آن است که ورثه کافر ارث می‌برند. اما در فرضی که مورث کافر، وارث مسلمان هم دارد، وارث غیر مسلمان با وجود وارث مسلمان ارث نمی‌برد. این فرض تحت اطلاق مفهوم روایت می‌باشد که همان حجب است.

روشن است که هر اطلاقی برای تمسک باید در مقام بیان حکم باشد. در این حالت است که اگر شك قید یا وصف شود، می‌توان به اطلاق تمسک جست و نفی آن قید را اثبات نمود. البته این در جایی است که روایت در مقام بیان حکم باشد؛ در حالی که روایت مذکور چنین نیست و در مقام بیان این حکم نیست که کافر ارث می‌برد یا نمی‌برد؛ بلکه در مقام بیان آن است که مسلمانی که ارث می‌برد، لازم نیست حین موت مورث، مسلمان باشد؛ اگر بعد از موت مورث و قبل از تقسیم ترکه نیز مسلمان شود، ارث می‌برد. به عبارت دیگر، روایت در مقام بیان

توسعه در ارث مسلمان است، اما در مقام بیان این نیست که اگر مسلمان شد و در کنار او غیر مسلمان هم باشد، در چه صورت ارث می برد و در چه صورت ارث نمی برد. آری، هم از مفهوم روایت استفاده می شود و هم روایت دلالت التزامی دارد که کافر ارث نمی برد؛ زیرا روایت در مقام بیان این جهت نیست. اگر روایت می گفت: «الکافر لایرث»، می توانستیم به اطلاق آن تکیه کنیم؛ اما روایت می گوید وارث کافی است قبل از تقسیم مسلمان شود. لذا اطلاقی برای این روایت منعقد نیست؛ زیرا اولین شرط انعقاد اطلاق را که عبارت است از «در مقام بیان بودن» ندارد. در نتیجه می توان گفت آنچه که امام (ع) قطعاً بر آن نظر داشته، منطوق روایت است (توسعه در ارث مسلمان)؛ اما نسبت به مفهوم روایت، حداقل قطع به اراده آن از ناحیه امام نداریم. به تعبیر عرفی، روایت می گوید در مواردی که کافر ارث نمی برد، اگر قبل از تقسیم ارث مسلمان شود، ارث می برد. از این تعبیر، بیش از این استفاده نمی شود که «با اسلام قبل از تقسیم، مانع برطرف می شود». اما از این تعبیر و بیان استفاده نمی شود در صورتی که وارث مسلمان در کنار او باشد، ارث می برد یا خیر. بنابراین چون روایت اطلاق

ندارد، بحث تقیه و تخصیص هم پیش نمی آید؛ آن طور که صاحب جواهر گفته است.

اما قائلان به حجب معتقدند که این روایت علاوه بر منطوق، یک مفهوم هم دارد. منطوق روایت این است که اگر کافر زمان تقسیم میراث، مسلمان شود، ارث می برد. مفهومش نیز این است که اگر کافر تا زمان تقسیم میراث، مسلمان نشد، ارث نمی برد. این مفهوم اطلاق دارد؛ به این معنا که حکم روایت اعم است از اینکه مورث مسلمان باشد یا کافر. استدلال صاحب جواهر چنین است: "پس یک صورت به اجماع خارج شد و آن اینکه مورث کافر باشد و وارث مسلمان هم وجود نداشته باشد. اگر معتقد باشیم که کافر تا زمانی که برگردد باقی است، ارث نمی برد، در این صورت به اجماع این باطل است؛ چرا که در اینجا فرض این است که مورث کافر است و وارث مسلمان هم در این میان وجود ندارد. در این مورد اجماع این است که ورثه کافر ارث می برد؛ لذا این مورد از اطلاق خارج می شود. اما جایی که مورث مسلمان یا کافر باشد، ولی وارث کافر او، وارث دیگری هم طبقه خودش داشته باشد که مسلمان باشد، تحت آن اطلاق باقی می ماند و ارث نمی برد.

در نقد این استدلال ورد آن باید گفت: رکن اصلی اطلاق در مقام بیان بودن است؛ اما این روایت در مقام بیان حکم مزبور نیست. اطلاق در جایی است که دلیل در مقام بیان حکم باشد. در آن صورت، اگر در قید و متعلق شک نماییم، می‌توانیم به استناد اطلاق، دلیل آنها را نفی کنیم. اما این روایت صرفاً در مقام بیان این است که بگویید مسلمانی که ارث می‌برد، شرطش این نیست که در حین موت مورث، مسلمان باشد؛ بلکه اگر تا زمان تقسیم هم اسلام آورد، ارث می‌برد. به عبارت دیگر، این روایت از لحاظ فنی در شرطیت توسعه می‌دهد و می‌گوید که دایره شرطیت اسلام را تنگ نگیرید که بگویید حین موت مورث، وارث باید مسلمان باشد؛ بلکه تا زمان تقسیم میراث فرصت دارد. در واقع روایت در مقام بیان این نیست که اگر وارث مسلمان نشد، در چه صورت ارث می‌برد. البته روایت مفهوم دارد؛ به این بیان که اگر وارث کافر باشد، ارث نمی‌برد، اما در مقام بیان حکم مانعیت کفر نیست؛ بلکه در مقام بیان توسعه در شرطیت است. اگر می‌گفت: «الکافر لا يرث» می‌توانستیم ادعا کنیم که اطلاق دارد؛ اما عبارت این‌گونه نیست. به تعبیر عرفی، روایت می‌خواهد بگوید در مواردی که کافر ارث نمی‌برد، اگر قبل از تقسیم میراث، مسلمان

شد، ارث می برد؛ اما روایت بیان نمی کند که کافر کج ارث می برد و کج ارث
نمی برد. با توجه به این نکات، دیگر سراغ تقیید و تخصیص. آن طور که
صاحب جواهر گفته است. نمی رویم؛ زیرا زمانی که اطلاق باطل شد، قهرابحث
تقیید و تخصیص پیش نمی آید.

۴. روایات خاص این باب

دلیل چهارم قائلان به حجب، روایات خاص این باب است. نخستین روایت، روایت جعفر بن محمد بن رباط است که در بعضی کتب «محمد عن ابن رباط» آمده است.^{۱۲} این روایت می‌گوید: «اگر مرد ذمی اسلام بیاورد و پدرش زنده باشد و فرزندان دیگری غیر از او داشته باشد و سپس پدر بمیرد، فرزندان مسلمان او، همه مالش را ارث می‌برند و فرزند و همسر کافرش در صورت وجود مسلمان، یعنی ورثه مسلمان، ارث نمی‌برند». ظاهراً در دلالت این روایت جای بحث نیست. خدشه‌ای که می‌توانیم به این روایت داشته باشیم، از باب سندش است که مرفوعه می‌باشد؛ علاوه بر اینکه محمد بن رباط مجهول است و در کتب رجالی توثیقی از او نداریم.

روایت بعدی از عبد الملك بن اعین یا مالك بن اعین است که جای بحث دارد.^{۱۳} سند روایت این است: محمد بن علی بن الحسین با اسناده عن الحسن بن المجبوب عن هشام بن سالم عن عبد الملك بن اعین و مالك بن اعین جميعاً عن ابي جعفر (ع). باید به «واو» در جمله «عن عبد الملك بن اعین و مالك بن اعین جميعاً» دقت کرد؛ زیرا در موارد دیگر این «واو» حذف شده است. صاحب وسائل

این گونه نقل کرده است: «عن ابی جعفر (علیه السلام) قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ نَصْرَانِي مَاتَ وَلَهُ ابْنُ أَخٍ مُسْلِمٍ وَابْنُ أُخْتٍ مُسْلِمٍ وَلَهُ أَوْلَادٌ وَزَوْجَةٌ نَصَارَى». امام (ع) فرمود: «أَرَى أَنْ يُعْطِيَ ابْنُ أَخِيهِ الْمُسْلِمُ ثُلْثِي مَا تَرَكَهُ وَيُعْطِيَ ابْنُ أُخْتِهِ الْمُسْلِمُ ثُلْثَ مَا تَرَكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ صَغَارٌ». حضرت در ادامه می فرماید: «فَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ صَغَارٌ فَإِنَّ عَلَى الْوَارِثِينَ أَنْ يَنْفِقُوا عَلَى الصَّغَارِ مِمَّا وَرِثُوا عَنْ آبِهِمْ حَتَّى يَذَرُوكُوا» که این جمله، خلاف مرتکبات ماست. حضرت می فرماید: اگر ورثه کوچک دارد، این دو نفر باید از پول پدر صغار که ارث بردند، نفقه صغار را تا زمانی که به حد عقل و هوش و درک بدهند.

از حضرت سؤال کرده اند: «كَيْفَ يَنْفِقَانِ عَلَى الصَّغَارِ؟» چگونه نفقه صغار داده می شود؟ فَقَالَ: يُخْرِجُ وَارِثُ الثُّلَاثِينَ ثُلْثِي النَّفَقَةِ. حضرت فرمودند: کسی که دو سوم مالِ مورث را به ارث برده است (پسر برادر)، باید دو سوم نفقه صغار را بدهد و کسی که یک سوم مالِ مورث را به ارث برده است (پسر خواهر)، باید یک سوم نفقه صغار را بدهد. به عبارت دیگر، نفقه صغار هر چقدر بود، دو سوم را پسر برادر و یک سومش را پسر خواهر می دهد. «فَإِذَا أَدْرَكُوا قَطَعُوا النَّفَقَةَ عَنْهُمْ»؛ هنگامی که بزرگ شدند، نفقه شان قطع می شود. «قِيلَ لَهُ: فَإِنْ

أَسْلَمَ أَوْلَادُهُ وَهُمْ صِغَارٌ فَقَالَ: يَدْفَعُ مَا تَرَكَ أَبُوهُمْ إِلَى الْإِمَامِ حَتَّى يَدْرِكُوا؛^{۱۰} یعنی اگر فرزندان در حالی که صغیر هستند، اسلام آوردند، ترکه پدرشان به امام سپرده می شود تا به بلوغ برسند. «فَإِنْ أَتَمُّوا عَلَى الْإِسْلَامِ إِذَا أَدْرَكُوا دَفَعَ الْإِمَامُ مِيرَاثَهُ إِلَيْهِمْ وَإِنْ لَمْ يَتِمُّوا عَلَى الْإِسْلَامِ إِذَا أَدْرَكُوا دَفَعَ الْإِمَامُ مِيرَاثَهُ إِلَى ابْنِ أَخِيهِ وَإِلَى ابْنِ أُخْتِهِ الْمُسْلِمِينَ يَدْفَعُ إِلَى ابْنِ أَخِيهِ ثُلْثِي مَا تَرَكَ وَيَدْفَعُ إِلَى ابْنِ أُخْتِهِ ثُلْثَ مَا تَرَكَ»؛ حال اگر فرزندان صغیر پس از بلوغ، بر اسلام باقی ماندند، ترکه پدرشان به آنان داده می شود و اگر بر اسلام باقی نماندند، ترکه به وراثت مسلمان (پسر برادر و پسر خواهر) داده می شود.

این روایت را مرحوم صاحب وسائل با «واو» نقل کرده است: عبد الملك بن اعین و مالك بن اعین جميعاً. اما در منابع قدیمی ترو در کتب شیخ کلینی، شیخ طوسی و علامه حلی این «واو» نبوده و به صورت «أو» (یا) بوده است. اگر روایت این گونه باشد که صاحب وسائل گفته، صحت سند تمام است؛ زیرا می گوید: جميعاً نقل کرده اند. اما اگر روایت با «واو» باشد، عبد الملك بن اعین برادر زاده توثیق دارد. مرحوم کشی و سایرین حکم به فقاها و وثاقت این بزرگان کرده اند.^{۱۱} اما از

آن طرف، عبدالملک برادرانی داشته از جمله مالک و قعنب بن اعین که مخالف بوده‌اند و توثیق درباره آنها وارد نشده است.^{۱۶}

آیت الله خویی^{۱۷} سعی کرده است که این مالک را مالک بن اعین جهنی بصری معرفی کند که در این صورت نیز توثیق ندارد. پس روایت چون با «او» ذکر شده و «جمعاً» هم ندارد، این احتمال وجود دارد که زمانی که نسخه برداری شده، این عبارت صاحب وسائل حذف شده باشد. حداقل این است که وثاقت روایت و اعتماد ما به آن از بین می‌رود و در این صورت حجت نیست. زیرا ما در باب روایت باید احراز وثاقت کنیم و شک و تردید فایده‌ای ندارد؛ لذا نمی‌توانیم این روایت را از جهت سند قبول کنیم. صاحب وسائل برای روایت توجیهی کرده است که آن را مطرح نمی‌کنیم.

اما از جهت دلالت، این روایت مشتمل بر یک سری احکام است که هیچ کدام از فقها به آن ملتزم نشده‌اند. این روایت می‌گوید وارث مسلمان باید نفقه فرزندان صغیر کافر را بدهد که این خلاف قاعده است. اصل در نفقه این است که نفقه کسی بر دیگری واجب نیست؛ مگر اینکه دلیلی داشته باشیم. فقهای ما نیز به این ملتزم نشده‌اند که وارث مسلمان نفقه وارث کافر را بدهد. دومین

خلاف قاعده، این است که اگر فرزندان کافر در کوچکی مسلمان شدند، ترکه کافر به امام داده می شود تا نفقه آنها را بدهد. در اینجا فرض این است که این ترکه تقسیم شد و ورثه مسلمان آن را گرفتند، حال به چه دلیل می توان از آنها گرفت؟ اصل بر این است که وقتی ترکه تقسیم شد، دیگر هیچ کسی بر آن حقی ندارد. لذا برخی آن را حمل بر استحباب کرده و گفته اند که متضمن مطالبی است که ما نمی توانیم به آن ملتزم شویم. بعضی نیز بحث تفکیک در حجت را مطرح کرده اند که بحث خوبی است. یعنی آن مقداری که مطابق قواعد ماست و فقها قبول کرده اند، قبول می کنیم و آن مقدار که مخالف است، نمی پذیریم. البته برخی از فقها از این روایت اعراض کرده اند؛ از جمله صاحب جواهر می گوید: ترک این روایت بهتر است.^{۱۸}

در اینجا نمی توانیم به تفکیک در حجت تمسک کنیم. هر چند کسانی مثل آیت الله خویی تفکیک در حجت را قبول کرده و گفته اند اگر روایتی است که یک یا دو مدلول دارد، آن مقدار را که دلیل و حجت است، می گیریم و قسمت دیگر را که حجت نیست، نمی گیریم.^{۱۹} ایشان در واقع به تفکیک در حجت قائل هستند؛ صدرش که درست است، آن را می پذیرند و ذیلش را که درست نیست، رها می کنند. مثلاً اگر در روایت جوه را گفته و برای آن شش چیز

برشمرده که دو مورد آن واقعاً جزء حبه است و چهار مورد نیست، آن مقدار را که هست، می‌گیریم و مقداری را که نیست، نمی‌گیریم یا چنانچه در يك روايت يك حکم را گفته و حکم ديگر را نگفته، آن را که درست است می‌گیریم. اما این مبنا، مبنای درستی نیست؛ زیرا مبنای آقای خویی این است که «خبر ثقه» حجت است و نه «الخبر الموثوق». یعنی خبر هنگامی ثقه است که راوی ثقه باشد که در این صورت، آن مقداری از متن که درست بود، می‌گیریم و آن مقدار که درست نبود، نمی‌گیریم. اما مبنای مقابل می‌گوید الخبر الموثوق، یعنی خبری حجت است که اطمینان بیاورد که طبق این مبنا در جایی که بخشی از روایت مخالف مشهور است، دیگر اطمینان نمی‌آورد و آن وثاقت از کار می‌افتد. مبنای صحیح، مبنای دوم است که طبق آن، تفکیک در حجت درست نیست و اینجا از باب تفکیک در حجت درست در نمی‌آید.

در اینجا این سؤال مطرح می‌شود: با توجه به اینکه متقدمین اصحاب به این روایت و دیگر روایات مستند فتوای حجب، به رغم ضعف سند برخی از آنها، عمل کرده‌اند، چگونه می‌توان عمل اصحاب را نادیده گرفت؟

گفتنی است در مباحث فقهی و اصولی چند شهرت مطرح است: شهرت روایی، شهرت فتوایی و شهرت عملی. مستند شهرت روایی که در بحث ترجیح ادله و روایات مطرح می‌شود، به استناد «خذبها اشتهر بین الاصحاب»^{۲۰} از مرجحات است. شهرت فتوایی نیز در باب حجیت امارات مطرح می‌شود که اگر فتوایی مشهور شد، بر فتاوی دیگر ترجیح دارد یا نه. به عبارت دیگر، در شهرت فتوایی، شهرت صفت فتواست و در شهرت روایی، شهرت صفت روایت محسوب می‌شود و «روایت» است که مشهور است، هر چند که امکان دارد آن روایت ضعیف باشد.

نوع دیگر شهرت، شهرت عملی است. این نوع مشهور باد و شرط اعتبار دارد؛ یکی اینکه مشهور قدمات مانند سید، شیخ و صدوق (ونه متأخرین) به آن عمل کرده باشند.^{۲۱} دوم اینکه مستندشان همین روایت باشد و نه چیز دیگری. چنین شهرتی است که بحث می‌کنند آیا جابر و کاسر است یا نه؟ اگر روایتی ضعیف بود، عمل آنها به این روایت، جابر ضعف آن است یا اگر روایتی معتبر بود، آیا این اعراض، کاسر اعتبار روایت است؟ این را به شهرت عملیه تعبیر می‌کنند.

در اینجا مشهور می‌گوید عمل اصحاب جابر است و اعراضشان کاسر.^{۲۲} اما برخی فقیهان همانند مرحوم خوئی معتقدند که به عمل و اعراضشان نباید توجه نمود.^{۲۳} به دلیل اینکه مبنای رجالی ایشان «الخبر الثقة» است و نه «الخبر الموثوق» و ملاک حجیت خبر را «الخبر الثقة» می‌داند و معتقد است در فرضی که راویان ثقة باشند و روایت تمام باشد، اگر همه اعراض کنند، اثری ندارد و راوی اگر ثقة نبود، اگر همه به آن عمل کنند، فایده‌ای ندارد.

قول ثالث این است که عمل اصحاب نمی‌تواند جابر باشد؛ اما اعراضشان کاسر است و به نظر نگارنده قول صحیح همین است.^{۲۴} زیرا ممکن است برای عمل به روایت، قرائن و شواهدی در دست آنها بوده که اگر در دست ما بود، قبول نمی‌کردیم. اما از آن طرف اعراض اصحاب می‌تواند کاسر باشد؛ زیرا مبنای ایشان در بحث حجیت خبر این است که ملاک حجیت خبر، خبر الموثوق است و اعراض اصحاب از يك روایت، آن وثاقت را خدشه‌دار می‌کند و امکان ندارد که همه اصحاب از يك روایت اعراض کنند، بدون اینکه نکته‌ای وجود داشته باشد که این اعراض را توجیه کند. در نتیجه اعراض اصحاب، کاسر به آن است.

با توجه به این توضیحات می‌توانیم بگوییم در مسئله مورد بحث هم این عمل اصحاب نمی‌تواند جابر باشد؛ زیرا این قرائن و شواهد اگر به دست ما می‌رسید، آنها را قبول نمی‌کردیم. اما اعراضی که موجب زوال حجیت خبر می‌شود در صورتی تحقق می‌یابد که وجود دو چیز مسلم باشد: اول، مشهور قدما اعراض کرده باشند. دوم، مستندی غیر از این نداشته باشند. اما اگر مستند دیگری داشته باشند، شهرشان فایده‌ای ندارد.

ب) نظریه عدم حجب و ادله آن

ادله عدم حجب در روایت است که در وسایل هم ذکر شده است. اولاً، هر دو از حیث سند صحیح می‌باشند و ثانیاً، از حیث دلالت نیز در عدم حجب و اینکه وارث کافر در کنار وارث مسلمان از مورث کافر ارث می‌برد، ظهور دارند.

روایت اول، روایت ابن ابی نجران به نقل از افراد متعدد از امام صادق (ع) است. از امام (ع) پرسیدند: اگر فردی یهودی یا نصرانی بمیرد و فرزندی مسلمان و فرزندی کافر داشته باشد، میراث او چگونه تقسیم می‌شود؟ فرمود: ایشان بر سهم میراث خود هستند.^{۲۰} این روایت را کلینی در کافی و شیخ طوسی در استبصار و تهذیب نقل کرده‌اند؛ اما در نقل تهذیب، جمله «اولاد مسلمون» ساقط

شده است. مضمون این روایت دلالت واضح دارد بر اینکه وارث کافر حتی با فرض وجود وارث مسلمان از مورث کافر، سهم ارث خود را می‌برد و وارث مسلمان حاجب ارث او نمی‌باشد.

روایت دوم از ابن ابی عمیر است که از قول افراد متعددی نقل می‌کند که از امام صادق (ع) سؤال می‌شود: «فی یهودی أو نصرانی یموت و له اولاد غیر مسلمین. فقال: هم علی موارثهم». این روایت را فقط شیخ طوسی در تهذیب نقل کرده است.^{۲۶} البته بسیار احتمال می‌رود که این دو روایت، یک روایت باشند که هم ابن ابی نجران و هم ابن ابی عمیر هر دو به نقل از افراد متعددی آن را از امام صادق (ع) نقل کرده‌اند؛ زیرا الفاظ هر دو روایت یکی است. در نقل تهذیب، «اولاد مسلمون» ساقط شده است و هر دو حدیث در تهذیب به یک صورت نقل شده‌اند؛ ولی شیخ طوسی در استبصار این حدیث را همان گونه که در کتاب کافی آمده، یعنی همراه با عبارت «و اولاد مسلمون» نقل کرده است و با این وصف می‌توان مطمئن شد که هنگام استنساخ تهذیب جمله «و اولاد مسلمون» از قلم افتاده است؛ چرا که سؤال از میراث کافری که فرزندان او نیز کافر باشند بی‌وجه است و معنادار که سائل درباره ارث بردن وارث کافر از مورث کافر

سؤال کند؛ زیرا روشن است که کافر از کفار ارث می‌برد. آنچه نیاز به سؤال دارد و می‌تواند مورد سؤال واقع شود، فرضی است که مورث کافر، فرزندی مسلمان در کنار فرزندان غیر مسلمان داشته باشد. به هر حال در صورتی که بپذیریم در روایت تهذیب حذفی رخ نداده (روایت بدون کلمه «اولاد مسلمون» بوده است) باز مقتضای اطلاق روایت این است که وارث غیر مسلمان، چه وارث مسلمانی در طبقه مساوی یا طبقه دیگر داشته باشد و چه نداشته باشد، سهم میراث خود را دارد.

اما در خصوص بحث سیاق و الفاظ روایت و حذف عبارت «و اولاد مسلمون»، صاحب وسایل بعد از نقل حدیث (وسایل الشیعه، باب ۵ از ابواب موانع الإرث، ذیل ح ۲) و سخن شیخ طوسی، در مقام حلّ این مسئله می‌گوید: احتمال می‌رود که «واو» در عبارت «اولاد غیر مسلمین» به معنای «او» باشد؛ یعنی فرزندان کافر از اوارث می‌برند؛ چه مسلمان باشند و چه کافر. این فرض که بعضی از فرزندان کافر مسلمان و برخی دیگر کافر باشند، مراد حدیث نیست. به تعبیری مورد حدیث جمع ورثه مسلمان و ورثه غیر مسلمان نمی‌باشد.

اما به خوبی روشن است که این سخن صاحب وسایل مخدوش است. زیرا اولاً، این برداشت، خلاف صراحت حدیث است که ناظر به فرض اختلاط و جمع دو صف کافر و مسلمان در ورثه می باشد و همان طور که گفته شد، فرض مورد نظر صاحب وسایل نمی تواند مورد سؤال و جواب از امام باشد. زیرا روشن است که ورثه کافر از مورث کافر ارث می برد. ثانیاً، بر فرض که «واو» به معنای «او» باشد، باز هم اطلاق حدیث، صورت اختلاط ورثه را در بر می گیرد. علاوه بر آن، اگر فرض شود که «او» برای بیان چنین تردیدی است، یعنی فرض مورد نظر صاحب وسایل که همه فرزندان مورث کافر، یا همه مسلمان باشند یا همه آنان کافر باشند؛ باز بیان چنین تردیدی نیاز به لفظ دیگری دارد که این معناراد دلالت کند. مثلاً تعبیر «کلهم» یا «جميعهم» یا «کافر او مسلم» استعمال می شد. مثل این تعبیر «کل یا جميع الورثه کافر او مسلم».

اما از این بحث سیاقی در خصوص روایت که بگذریم، در مورد بحث مضمونی، همان طور که گفته شد، روایت بر ارث بردن غیر مسلمان و عدم حجب مسلمان از او دلالت دارد و به همین جهت علما و فقهای که قائل به حجب می باشند، در مقام پاسخگویی برآمده اند. از جمله آنان شیخ طوسی است که پس

از بیان روایت می‌گوید: بنابر عبارت «هم علی موارثهم» معنای هر دو حدیث این است که غیر مسلمان بر سهم خود از میراث می‌باشد. اما از آنجا که فتوای شیخ در این مسئله، حجب ورثه مسلمان از ورثه غیر مسلمان می‌باشد، می‌گوید باید این حدیث را حمل بر تقیّه کرد (تهذیب، ج ۹، ص ۳۷۱، ذیل ح ۱۳۲۷). به نظر می‌رسد حمل این حدیث بر تقیّه وجهی ندارد؛ به دلیل اینکه: اولاً، تقیّه بودن کلام امام (ع) در این مسئله کاملاً نامحتمل است؛ زیرا همه مذاهب اهل سنت بر این مطلب قائلند که مسلمان از کفار ارث نمی‌برد و میان اهل دو دین، توارث وجود ندارد. بنابراین مضمون سخن امام در هر حال مخالف قول اهل سنت است. به تعبیر دیگر، روایات هر دو طرف (حجب و عدم حجب) مخالف با فتوای مذاهب اهل سنت است. از این رو، هیچ کدام از دو طرف را نمی‌توان حمل بر تقیّه کرد.

ثانیاً، حمل کلام امام (ع) بر تقیّه ابتدائاً نادرست است؛ چه اینکه استناد به تقیّه فقط در صورتی است که تعارض میان دو حدیثی که از نظر سند معتبر باشند، مستقر شده باشد و هیچ راهی برای جمع عرفی میان آن دو یا ترجیح سندی، بر اساس موافقت با کتاب و طرح مخالف با کتاب (که مقدم است بر حمل بر تقیّه)

وجود نداشته باشد. چنان که در علم اصول (در بخش مرجحات) بحث و ثابت شده است که ترجیح سندی به دلیل موافقت با کتاب و ترک مخالف، مقدم است بر ترجیح سندی به دلیل مخالفت با اهل سنت.

در مورد این روایت هم باید گفت این حدیث از نظر سند، معتبر است؛ زیرا ابن عمیر آن را از «غیر واحد» نقل کرده و در جای خود ثابت شده که روایات مرسل ابن ابی عمیر که آنها را از افراد متعددی (یعنی غیر واحد) نقل کرده است، معتبر می باشند؛ خصوصاً آنکه ثقه جلیل القدری مثل ابن ابی نجران این روایت را به نقل از افراد متعددی از امام صادق (ع) روایت کرده است. بر خلاف روایات حجب که هیچ یک از آن سه روایت، سند اثبات شده ای ندارند و ادعای سقوط اعتبار این دو حدیث به سبب اعراض فقها از عمل به آن (بنابر آنکه کبرای این مطلب را بپذیریم که اعراض فقها از حدیثی موجب سستی سند آن خواهد شد) مردود است. زیرا اعراض فقها از عمل بر این حدیث ثابت نیست؛ زیرا شیخ طوسی. همچنان که خواهیم گفت. پس از حمل روایت بر تقیّه، بیان دیگری در این زمینه دارد و این روایت را با سایر روایات به نحوی جمع می کند.

ثالثاً، بر فرض که سند هر دو طرف معتبر باشد، روایات حجب، هم از حیث سند و هم از حیث دلالت تمام نیستند و اگر تعارض میان این دو گروه روایت را مستقربدانیم. باز احادیث عدم حجب ترجیح دارند؛ چرا که مطابق قرآن کریم اند. عموم آیات ارث بر ارث بردن ذوی الارحام از یکدیگر دلالت دارد و همچنان که گفتیم، ترجیح روایتی بر اساس موافقت با کتاب مقدم است بر ترجیح بر اساس مخالفت با اهل سنت.

رابعاً، علاوه بر مطالبی که ذکر شد، این حدیث اخص از روایت حسن بن صالح است. زیرا روایت حسن بن صالح بر حجب مسلمان از وارث کافر دلالت دارد، اعم از آنکه مورث مسلمان باشد یا کافر. اما مفاد این حدیث (ابن ابی عمیر و ابن ابی نجران) آن را مقید می‌کند به موردی که مورث مسلمان باشد.

به تعبیر دیگر، مفاد روایت حسن بن صالح اطلاق دارد؛ یعنی «المسلم یحجب الکافر، خواه مورث مسلمان باشد خواه کافر» و مفاد این روایت این است: در صورتی که مورث کافر باشد، غیر مسلمان ارث می‌برد؛ یعنی المسلم لا یحجب. لذا حجب صرفاً مختص جایی می‌شود که مورث مسلمان باشد و به تعبیر اصولی می‌توان گفت: این روایت مقید آن روایت مطلق می‌شود. البته چنین نسبتی بین

این حدیث و مرفوعه ابن رباط و روایت مالک بن اعین وجود ندارد. زیرا مفاد آن دو روایت این بود که در صورتی که مورث کافر باشد غیرمسلمان ارث نمی‌برد. اما این روایت می‌گوید اگر مورث کافر بود، غیرمسلمان از او ارث می‌برد.

در این قضیه، سند روایت (ابن ابی عمیر و ابن ابی نجران) معتبر است و نمی‌توانیم به سه روایت دیگر که مشکل ضعف سندی یا روایی داشتند، متمسک شویم. بفرض هم که بگوییم این دو دسته روایت با هم تعارض پیدا می‌کنند و تعارضش هم مستقر است. در صورت استقرار تعارض، نتیجه بحث این می‌شود که نسبت روایت ابن ابی عمیر و ابن ابی نجران با روایت حسن بن صالح عام و خاص است. مفاد روایت حسن بن صالح این است: «المسلم یحب الکافر» اعم از اینکه مورث، کافر باشد یا مسلمان. اما روایت ابن ابی عمیر و ابن ابی نجران می‌گویند: حجب صرفاً در صورتی است که مورث مسلمان باشد و در صورتی که مورث کافر بود، ارث می‌برد. پس رابطه بین این روایات، عام و خاص است.

اما بین روایت ابن ابی عمیر و ابن ابی نجران که عدم حجب است، با روایت مرفوعه ابن رباط و مالک بن اعین تعارض وجود دارد؛ زیرا بر اساس دو روایت ابن رباط و مالک بن اعین، حتی در صورتی که مورث کافر باشد، غیرمسلمان ارث نمی‌برد. اما این دو روایت می‌گویند: اگر مورث کافر بود، غیرمسلمان ارث می‌برد. لذا این دو دسته از روایات متعارض رو در رو هستند.

در اینجا که تعارض مستقر است، یا باید بگوییم که به علت تعارض، هر دو روایت را کنار می‌گذاریم و اطلاعات و عمومات را در نظر می‌گیریم که موافق است با قول عدم حجب. یا اینکه مرجحات را مدنظر قرار دهیم و بگوییم که هر کدام ترجیح دارد، ملاک عمل است. در این صورت، قهراً روایت یا روایات دالّ بر عدم حجب به دلیل موافقت با کتاب بر روایات دالّ بر حجب ترجیح دارند. از این رو، برخی فقهای معاصر قول عدم حجب را برگزیده‌اند.

ج) اثبات عدم حجب از طریق عقد ذمه

راه حل دیگری که برخی محققان ارائه داده‌اند، امکان استفاده از نهاد عقد ذمه برای حاجب نشدن وارث مسلمان از سایر ورثه اهل کتاب است. ممکن است گفته شود چنانچه ادله حجب تمام باشد، با توجه به حقوقی که کافر ذمی در

جامعه اسلامی دارد و در مورد آن با حاکم اسلامی به توافق رسیده است، می‌توان از طریق عقد ذمه راه حلی برای عدم حجب کفر ذمی پیدا کرد. به طور خلاصه، تقریر نظریه این است که جان و مال غیرمسلمان احترام ندارد و در مورد کافر سلب احترام شده است. زمانی که عقد ذمه با حاکم اسلامی با شرایط منعقد می‌شود، معنایش این است که چیزهایی که از کافر سلب شده، دوباره در جامعه اسلامی احترام می‌یابد؛ البته با شرایطی که شروط عمومی و شروط خصوصی این قرارداد نامیده می‌شود. از جمله این حقوق حق الارث است که حاکم اسلامی می‌تواند بگوید غیرمسلمانی که این حق از او سلب شده بود، به واسطه عقد ذمه، آن حق به او برگردد.

در تبیین اشکالات احتمالی این نظریه ابتدا باید گفت: عقد ذمه متضمن دو بُعد است: اول، امور عمومی است که مربوط به حاکم اسلامی می‌باشد. مثلاً جواز ساخت کلیسا یا عدم جواز، یا اجازه سفر کردن اهل ذمه به کشورهای دیگر و عدم اجازه آن و مواردی از این قبیل که مربوط به شخص حاکم می‌باشد که او به هر نحو که صلاح دانست، با توجه به شرایط زمان و مکان و افراد و اشخاص، می‌تواند در این موارد سخت‌گیری یا سهل‌گیری کند.

دوم، اموری است که به خود اهل ذمه مربوط می‌شوند. مثلاً زمین‌هایی داشته‌اند که مسلمانان آنها را تصرف کرده‌اند. در عقد ذمه حاکم اسلامی می‌تواند قرارداد دهد که این املاک برگردانده شوند. به بیان دیگر، حاکم اسلامی در ضمن عقد ذمه، نسبت به استرداد آنها متعهد می‌شود یا آنکه به مسلمانان قرض داده‌اند، حاکم می‌تواند نسبت به بازپرداخت آنها متعهد شود. در این دو مورد حاکم اسلامی، اختیار چنین توافقاتی را دارد.

اما یک سری حقوق دیگری هم وجود دارد که در زمره حقوق خصوصی اشخاص مسلمان است. در این موارد حاکم اسلامی نمی‌تواند به نفع فرد ذمی حق شخصی مسلمانی را از او بگیرد. مثلاً کفاری از مسلمانی پولی قرض گرفته است، حاکم اسلامی ضمن عقد ذمه بپذیرد که شخص مسلمان حق خود را از کافر مطالبه نکند. این امر تضییع حق یک مسلمان است و جزء اختیارات حکومتی و عمومی نیست. ممکن است گفته شود بحث ما از این قبیل است؛ چون سهم الارث حق وارث مسلمان است، جزء امور حکومتی و عمومی نیست و حاکم شرعی، حق ندارد که وارث مسلمان را از ارثش محروم نماید و آن را به غیر مسلمان دهد. اساساً چنین توافقی باطل است؛ چون عقود و

شروط باید خلاف حکم شرعی نباشند و الا باطلند؛ بنا بر روایاتی همانند «انَّ شرطَ الله قبل شرطکم»^{۲۷} و «کلُّ شرطٍ حلَّل حراماً أو حرَّم حلالاً کان باطلاً»^{۲۸} در مقابل این اشکال، به دو وجه می‌توان امکان عدم حجب در ضمن عقد ذمه را توجیه و تقریر کرد.

وجه اول: در اینجا دو احتمال وجود دارد. احتمال اول این است که در این مورد حاکم اختیار توافق و پذیرفتن این شرط را نداشته باشد، به دلیل «شرط الله قبل شرطکم». احتمال دوم آن است که حاکم اختیار چنین توافق و شرطی داشته باشد و عقد ذمه مانع حجب شود و بگوییم وارث غیرمسلمان وقتی ارث نمی‌برد که حاکم عقد ذمه نبسته باشد. به بیان دیگر، در حکم الله حق وارث مسلمان مشروط است به عدم انعقاد عقد ذمه از سوی حاکم و با وجود این دو احتمال نمی‌توان جزم داشته باشیم که این حق، حق وارث مسلمان است. وقتی دو احتمال وجود دارد، ما نمی‌توانیم به درستی یکی پی ببریم و باید سراغ اطلاعات و عمومات برویم. در اطلاعات و عمومات ارث، هیچ تقییدی وجود نداشت و می‌گفت که پسر از پدر ارث می‌برد و فرقی بین کافر و مسلمان نیست.

وقتی این گونه شد باید به اطلاقات و عمومات ارث عمل کنیم. طبق این اطلاقات، اقربای کافر هم ارث می‌برند.

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت که ارث به چه دلیل حق وارث مسلمان است؟ دلیل لفظی که نمی‌تواند باشد؛ زیرا هر يك از ادله لفظی که اقامه شد، سنداً یا دلالتهاً مشکل داشت یا اینکه اطلاق نداشت. عمل دلیل این مسئله اجماع است و اجماع هم دلیل لُبی است و در دلیل لُبی باید به قدر متیقن اکتفا نمود و قدر متیقن آن، در جایی است که عقد ذمه برقرار نشده باشد.

وجه دوم: فرض کنیم که دلیل حجب مطلق باشد و اطلاق را بپذیریم و بگوییم ادله لفظی اطلاق دارد و می‌گوید مورث چه مسلمان باشد، چه غیر مسلمان، اگر وارث مسلمان دارد حاجب وارث غیر مسلمان می‌شود و شامل بحث پیش رو هم می‌شود (که مورث کافر ورثه مسلمان و ورثه کافر دارد). باز هم دلیل حاکم بر این اطلاقات حکومت می‌کند و این مورد را از شمول اطلاقات خارج می‌سازد. این ادله عبارتند از: ادله اعطای حق امان و ذمه از جانب حاکم اسلامی. البته برای تقریب این استدلال، دو مطلب مقدمتاً باید اثبات شود.

اولاً، از ادله حجب استفاده می‌شود که ارث حق عرفی و عقلایی ورثه کافر است، لکن قانوناً از آنها سلب شده است و احترام این حق لازم نیست. همان طور که حق مالکیت و احترام اموال که حق عقلایی آنهاست، شرعاً سلب شده است. ثانیاً، مفاد ادله اعطای امان و ذمه این است که هر حقی از حقوق عقلایی که از کفار سلب شده است، هم حاکم مسلمان حق دارد با عقد ذمه آنها را در مورد کفار تأمین و تضمین کند و هم مسلمانان باید به این تأمین و تضمین احترام بگذارند. در نتیجه این قرارداد، احکام تکلیفی (همانند عدم جواز تصرف در اموال آنها) و احکام وضعی (همانند اعتبار مالکیت و زوجیت) در مورد آنها شرعاً مترتب خواهد شد. پس، در این مورد خاص نیز سهم الارث ورثه کافر که تا قبل از عقد ذمه مصون و محترم نبود، بعد از عقد ذمه باید مصون از تعرض و محترم شمرده شود.

با این دو مقدمه به این نتیجه می‌رسیم که ادله اعطای امان و ذمه، بر اطلاقات حجب حاکم می‌باشد؛ زیرا بر اساس اطلاقات حجب، حق وارث کافر سلب می‌شود، ولی بر اساس ادله اعطای امان و ذمه حاکم حق دارد حقوق سلب شده را به آنان برگرداند. بنابراین، چنین شرطی خلاف شرط الله یا حکم الله نخواهد

بود؛ بلکه موافق با این ادله خواهد بود؛ زیرا بر مبنای «شرط الله قبل شرطکم» غیرمسلمان ارث نمی‌برد؛ اما بنابر ادله حاکم در صورت وجود عقد ذمه، می‌تواند ارث ببرد. به تعبیر دیگر، قانون‌گذار و شارع می‌گوید غیرمسلمان حق ارث ندارد؛ اما حاکم اسلامی ضمن عقد ذمه می‌تواند این حق را به آنها اعطا کند. لذا بین این دو سخن قانون‌گذار تعارض و تناقض نیست. پس نتیجه این می‌شود: آنها حق ارث ندارند، اگر با حاکم اسلامی عقد ذمه نبندد، و حق ارث دارند، اگر حاکم با آنها عقد ذمه ببندد. همان‌طور که در اصول گفته شد، بین دلیل حاکم و محکوم، ملاک دلیل حاکم است و هر شرط موافق با دلیل حاکم، موافق شرط الله است.

اشکال دیگری که ممکن است مطرح شود، اشکالی است که به مقدمه اول برمی‌گردد. در مواردی که اموال و حقوقی برای آنان ثابت است، این حرف صحیح است؛ چون مال یا حق برای آنان ثابت است و حاکم اسلامی می‌تواند با عقد ذمه آن را تأمین و احترام به آن را تضمین کند. اما در بحث ماکه بحث ارث است، اساساً ثبوت چنین حقی (یعنی ارث) برای غیرمسلمانان ثابت و متیقن نیست و

مشکوک است. اگر به ضرس قاطع نگوئیم ثابت نیست، حداقل مشکوک است.

در جواب اشکال می‌توان گفت: از ادله حجب استفاده می‌شود که علت حجب کفر است. به عبارت دیگر، از ادله حجب استفاده نمی‌شود که مقتضی برای ارث وجود ندارد. بلکه برعکس، استفاده می‌شود که مقتضی برای ارث بردن وجود دارد، ولی فقط به خاطر وجود مانعی که کفر باشد، این مقتضی تأثیر نگذاشته است. پس در واقع شارع به علت کفر این وارث، او را از چیزی محروم کرده که اگر کفر نبود، محروم نمی‌شد و این همان سلب حق است.

به عنوان مثال، اگر کافر کار کند و مالی را حیازت کند و بعد شارع بگوید چون کافر هستی حتی داخل ملک تو نمی‌شود و تو مالک نمی‌باشی، اینجا سلب الحق صدق می‌کند. چون عمل حیازت مقتضی مالکیت اوست و فقط به دلیل اینکه کافر بوده، از او سلب حق شده است. در بحث ارث هم مقتضی وجود دارد؛ چون از یک طرف مورث، پدر این شخص بوده و اموال بجا مانده هم ملک پدر بوده، پس مقتضی برای مالکیت است و اینکه به خاطر کفر مانع از مالکیت او شدیم، سلب حق اوست.

این قضیه يك ضابطه عینی و خارجی دارد و آن این است: در مواردی که اگر مسلمان هم بود، چیزی به او نمی رسید (مثل قطع درختان جنگل که برای مسلم و کافر هر دو ممنوع است) سلب حق نیست؛ زیرا کافر در آن نقشی ندارد و اگر کافر هم نبود، حتی نداشت. اما در جاهایی که اگر کافر نبود چیزی به او می رسید، کشف می کند که حتی برای او فی الجمله ثابت است و وجود دارد. یعنی مقتضی برای مالکیت وجود دارد و فقط مانعی از تأثیر این حق جلوگیری کرده و آن مانع، کفر است. در بحث ما واضح است که اگر این وارث کافر نبود، مال الارث یا قسمی از ترکه به او می رسید و فقط به علت کفرش محروم شده است. بنابراین عرف چنین می فهمد که این مورد از مصادیق سلب الحق است.

اشکال دیگری که ممکن است مطرح شود این است که در برخی از روایات حجب اصولاً عنوان «ذمی» آمده و نه یهودی یا نصرانی یا اهل کتاب و عنوان ذمی، اخص از عنوان اهل کتاب است و این بدین معناست که حکم حجب حتی نسبت به اهل ذمه نیز ثابت است.

جواب نقضی این اشکال این است که تعبیر نصرانی و کافر هم در روایات آمده، همچنان که در روایت رباط داشتیم. به عبارت دیگر، تعبیر ذمی در بعضی از

روایات آمده، اما در بعضی موارد دیگر از اهل کتاب به طور مطلق سخن گفته شده است.

اما جواب حلی این اشکال این است که مراد از اهل ذمه در اینجا، معلوم نیست که همان ذمه مصطلح فقهی باشد، بلکه مراد همان اهل کتاب است؛ چرا که اهل ذمه آن زمان بیشتر با طواغیت پیمان می‌بستند که ما این را قبول نداریم. به عبارت دیگر، عنوان ذمی که در روایات آمده به معنای اهل کتاب است نه ذمی شرعی. چون تحقق ذمه شرعی متفرع بر اعطای ذمه از طرف حاکم شرعی (و نه حکومت‌های ظالم) است که عملاً نبوده است. نهایتاً بر فرض هم که بپذیریم مراد از ذمی همان معنای نزد فقهاست، اشکال وارد بر روایتی که واژه ذمی در آن آمده، این است که این روایت یا مرفوعه است یا در سند آن افراد مجهولی وجود دارد، پس نمی‌توان به این روایت تمسک کرد.

نتیجه

اگر ادله لفظی حجب را قبول نکنیم، به این نتیجه می‌رسیم که تنها دلیل نظریه حجب اجماع است و چون اجماع دلیل لُبی است، به قدر متیقن (غیر موارد عقد ذمه) اکتفای کنیم و در غیر قدر متیقن، به اطلاقات (ادله‌ای که اثر را به طور

مطلق اثبات می‌کند) عمل می‌کنیم و اگر بگوییم که ادله لفظی حجب را قبول داریم، باز هم ادله عقد امان و ذمه بر ادله لفظی حجب حاکم خواهد بود. اما در پاسخ به شبهه عدم اعتبار عقود ذمه که گفته می‌شود اکثر عقود ذمه‌ها به علت انعقاد با حکومت‌های ظالم و نامشروع اعتباری ندارند؛ باید گفت، در همان زمان بین مسلمانان و اهل کتاب روابطی بوده است و اذن عامی از ناحیه امام (ع) داده می‌شد که گویی خود امام به آنها اجازه می‌داده است؛ لذا مسلمانان با آنها معامله می‌کردند و رفت و آمد و تعامل داشتند. بنابراین، اگرچه این عقود ذمه فی الواقع معتبر نبودند، اما معصومین به آنها اعتبار می‌بخشیدند و می‌توان به آن اتکا نمود.

۱. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ۴۳ جلد، دار إحياء التراث العربی، بیروت. لبنان، هفتم، هق؛ ج ۳۹، ص ۱۶؛ «ولا ینعکس عندنا بل یرث المسلم الکافر أصلیا ومرتدا فإن الإسلام لم یزده إلا عزاً، كما فی النصوص»^۱ «ولا ینافیہ النبوی»^۲ «لا یتوارث أهل ملتين»، إذ المراد نفيه من الطرفين، بأن یرث کل منهما الآخر، كما ورد تفسیره بذلك فی بعضها^۳، لا أن المراد منه نفی إرث المسلم للکافر، خلافاً لأكثر أهل الخلاف وهو كما ترى..

۲. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه، ۸ جلد، المكتبة المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، تهران. ایران، سوم، ۱۳۸۷ هق، ج ۴، ص ۷۹؛ «يمنع من الميراث ثلاثة أشياء: "الکفر، والرّق، والقتل، والکافر لا یرث المسلم بلا خلاف، والمسلم یرث الکافر عندنا، سواء کان حریباً أو ذمياً أو کافراً أصل أو مرتداً عن الإسلام»؛ خمینی، سید روح الله موسوی، تحریر الوسیله، ۲ جلد، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم. ایران، اول، هق؛ ج ۲، ص ۳۶۴؛ «مسئله الموت الکافر أصلیا أو مرتداً عن فطرة أو ملة وله وارث مسلم وکافر ورثه المسلم كما مر، وإن لم یکن له وارث مسلم بل کان جمیع وراثه کفاراً یرثونه علی قواعد الإرث إلا إذا کان مرتداً فطریاً أو ملیاً فان میراثه للإمام علیه السلام دون وراثه الکفار».

۳. خمینی، سید روح الله موسوی، تحریر الوسیله، ۲ جلد، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم: ایران، اول، هق؛ ج ۲، ص ۳۶۳؛ «فما یمنع عن أصله أمور. الأول: الکفر بأصنافه أصلیاً کان أو عن ارتداد، فلا یرث الکافر من المسلم وإن کان قریباً، ویختص إرثه بالمسلم وإن کان بعيداً..» نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ۴۳ جلد، دار إحياء التراث العربی، بیروت. لبنان، هفتم، هق؛ ج ۳۹، ص ۱۵ و ۱۶؛ «وعلى کل حال فالکفر المانع عنه هو ما یخرج به معتق أو قائله أو فاعله عن سمة الإسلام، فلا یرث ذمی ولا حربی ولا مرتد ولا غیرهم من أصناف الکفار مسلماً بلا خلاف فیہ بین المسلمین، بل الإجماع بقسمیه علیه، بل المنقول منه مستفیض أو متواتر

كالنصوص ولا ينعكس عندنا بل يرث المسلم الكافر أصليا ومرتدا فإن الإسلام لم يزد إلا عزا، كما في النصوص ولا ينافيه النبوى. لا يتوارث أهل ملتين».

٤. خميني، سيد روح الله موسى، تحرير الوسيله، ٢ جلد، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم. ايران، اول، هق؛ ج ٢، ص ٣٦٤؛ «مسئله المومات الكافر أصليا أو مرتدا عن فطرة أو ملة وله وارث مسلم وكافر ورثه المسلم كما مر، وإن لم يكن له وارث مسلم بل كان جميع وراثه كفارا يرثونه على قواعد الإرث إلا إذا كان مرتدا فطريا أو مليا فان ميراثه للإمام عليه السلام دون وراثه الكفار». نجفى، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، ٤٣ جلد، دار إحياء التراث العربى، بيروت. لبنان، هفتم، هق؛ ج ٣٩، ص ١٦؛ «بل المسلم يحجب الوارث الكافر فلو مات كافر وله ورثة كفار ووارث مسلم غير الامام (ع) والزوجة كان ميراثه للمسلم ولو كان مولى نعمة أو ضامن جريرة دون الكافر وإن قرب بلا خلاف أجل فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المنقول منه نسا وظاهرا فى محكى الموصليات والخلاف والسرائر والنكت والتنقيح وكشف اللثام مستفيض».

٥. صدر، محمد باقر، دروس فى علم الأصول، انتشارات اسلامى، قم. ايران، چاپ پنجم، ١٤١٨ ق؛ ج ٢؛ ص ١٤٦ و ١٤٧؛ «... وانما نكتشف به. فى حالة عدم وجود مستند لفظى محدّد للجمعين. ارتكازا ووضوحا فى الرؤية متلقى من الطبقات السابقة على اولئك الفقهاء والمتقدمين، لان تلقى هذا الارتكاز والوضوح هو الذى يفسر حينئذ اجماع فقهاء عصر الغيبة المتقدمين، على الرغم من عدم وجود مستند لفظى مشخص بايدىهم».

٦. خميني، سيد روح الله موسى، تحرير الوسيله، ٢ جلد، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم. ايران، اول، هق؛ ج ٢، ص ٣٦٤؛ «مسئله المومات الكافر أصليا أو مرتدا عن فطرة أو ملة وله وارث مسلم وكافر ورثه المسلم كما مر». نجفى، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، ٤٣ جلد، دار إحياء التراث العربى، بيروت. لبنان، هفتم، هق؛ ج ٣٩، ص ١٦؛ «بل المسلم يحجب الوارث الكافر فلو مات كافر وله ورثة كفار ووارث مسلم غير الامام (ع) والزوجة كان ميراثه للمسلم ولو كان مولى نعمة أو ضامن جريرة دون الكافر وإن قرب بلا خلاف أجل فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المنقول منه نسا وظاهرا».

٨. شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ٣٠ جلد، مؤسسة آل البيت عليهم السلام، قم، چاپ اول، ١٤٠٩ ق؛ ج ٢٦؛ ص ١٢٥؛ ابن بابویه، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، ٤ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم - قم، چاپ دوم، ١٤١٣؛ ج ٤؛ ص ٣٣٦؛ کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی (ط - الإسلامية)، ٨ جلد، دار الکتب الإسلامیه، تهران، چاپ چهارم، ١٤٠٧ ق؛ ج ٧؛ ص ١٤٣؛ «مُحَمَّدُ بْنُ يُحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ مَجْبُوبٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ صَلَاحٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: الْمُسْلِمُ يُحِبُّ الْكَافِرَ وَيُرِيهِ وَالْكَافِرُ لَا يُحِبُّ الْمُؤْمِنَ وَلَا يَرِيهِ».

٩. شاهرودی، محمود،

١٠. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی (ط - الإسلامية)، ٨ جلد، دار الکتب الإسلامیه، ایران - تهران، چاپ چهارم، ١٤٠٧ ق؛ ج ٧؛ ص ١٤٤؛ «عَلِي بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُسْكَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: مَنْ أَسْلَمَ عَلَى مِيرَاثٍ قَبْلَ أَنْ يُقَسَمَ فَلَهُ مِيرَاثُهُ وَإِنْ أَسْلَمَ بَعْدَ مَا قُسِمَ فَلَا مِيرَاثَ لَهُ».

١١. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ٤٣ جلد، دار إحياء التراث العربی، بیروت - لبنان، چاپ هفتم، ٣٩ ج؛ ص ١٦ و ١٧؛ والمعتبره المتضمنه لنوع الکافر إذا أسلم بعد القسمة، فإنها تعم الإرث من المسلم والکافر مع المسلم وبدونه، خرج الأخير بالإجماع فیبقى غیره.

١٢. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی (ط - الإسلامية)، ٨ جلد، دار الکتب الإسلامیه، تهران، چاپ چهارم، ١٤٠٧ ق؛ ج ٧؛ ص ١٤؛ ٦ «أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِي بْنِ الْحَسَنِ التَّمِيمِيِّ عَنْ أَخِيهِ أَحْمَدَ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ رِبَاطٍ رَفَعَهُ قَالَ قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع لَوْ أَنَّ رَجُلًا ذِمِّيًّا أَسْلَمَ وَأَبُوهُ حَيٌّ وَلِأَيِّهِ وَلَدٌ غَيْرُهُ ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ وَرِثَهُ الْمُسْلِمُ جَمِيعَ مَالِهِ وَلَمْ يَرِثْهُ وَلَدُهُ وَلَا أَمْرَأَتُهُ مَعَ الْمُسْلِمِ شَيْئًا؛ طوسی، محمد بن الحسن، تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان)، ١٠ جلد، دار الکتب الإسلامیه - تهران، چاپ چهارم، ١٤٠٧ ق؛ ج ٩؛ ص ٣٧١؛ «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِي بْنِ الْحَسَنِ التَّمِيمِيِّ عَنْ أَخِيهِ أَحْمَدَ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ رِبَاطٍ رَوَى قَالَ قَالَ

أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَ لَوْ أَنَّ رَجُلًا ذِمِّيًّا أَسْلَمَ وَأَبُوهُ حَيٌّ وَلِأَيِّهِ وَلَدٌ غَيْرُهُ ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ وَرَثَةُ الْمُسْلِمِ جَمِيعٌ مَالُهُ وَلَمْ يَرِثْهُ وَلَدُهُ
لَا امْرَأَتُهُ مَعَ الْمُسْلِمِ شَيْئًا.

۱۳. شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۳۰ جلد، مؤسسة آل البيت عليهم السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۰۹ق؛ ج ۲۶؛ ص ۱۸ و ۱۹؛ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَجْبُوبٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ أَعْيَنَ وَمَالِكِ بْنِ أَعْيَنَ جَمِيعًا عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ...؛ ابن بابویه، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، ۴ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ق؛ ج ۴؛ ص ۳۳۷؛ «وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ مَجْبُوبٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ أَعْيَنَ أَوْ مَالِكِ بْنِ أَعْيَنَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ نَصْرَانِي مَاتَ وَلَهُ ابْنٌ أَخٍ مُسْلِمٍ وَابْنُ أُخْتٍ مُسْلِمٍ وَلِلنَّصْرَانِي أَوْلَادٌ وَزَوْجَةٌ نَصْرَانِي فَقَالَ أَرَى أَنْ يُعْطَى ابْنُ أَخِيهِ الْمُسْلِمُ ثُلْثِي مَا تَرَكَ وَيُعْطَى ابْنُ أُخْتِهِ الْمُسْلِمُ ثُلْثُ مَا تَرَكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ صَغَارٌ فَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ صَغَارٌ فَإِنَّ عَلَى الْوَارِثِينَ أَنْ يَنْفَقَا عَلَى الصَّغَارِ مِمَّا وَرِثَا عَنْ أَبِيهِمْ حَتَّى يَذْرُوكَا قِيلَ لَهُ كَيْفَ يَنْفَقَانِ عَلَى الصَّغَارِ فَقَالَ يُخْرِجُ وَارِثُ الثَّلَاثِينَ ثُلْثِي الثَّقَّةِ وَيُخْرِجُ وَارِثُ الثَّلَاثِ ثُلْثُ الثَّقَّةِ فَإِذَا أَذْرُكُوا قَطَعُوا الثَّقَّةَ عَنْهُمْ قِيلَ لَهُ فَإِنْ أَسْلَمَ أَوْلَادُهُ وَهُمْ صَغَارٌ فَقَالَ يَدْفَعُ مَا تَرَكَ أَبُوهُمْ إِلَى الْإِمَامِ حَتَّى يَذْرُوكُوا فَإِنْ أَتَمُّوا عَلَى الْإِسْلَامِ إِذَا أَذْرُكُوا دَفَعَ الْإِمَامُ مِيرَاثَهُ إِلَيْهِمْ وَإِنْ لَمْ يَتِمُّوا عَلَى الْإِسْلَامِ إِذَا أَذْرُكُوا دَفَعَ الْإِمَامُ مِيرَاثَهُ إِلَى ابْنِ أَخِيهِ وَإِلَى ابْنِ أُخْتِهِ الْمُسْلِمِينَ يَدْفَعُ إِلَى ابْنِ أَخِيهِ ثُلْثِي مَا تَرَكَ وَيَدْفَعُ إِلَى ابْنِ أُخْتِهِ ثُلْثُ مَا تَرَكَ».

۱۴. غفاری، علی اکبر، ترجمه من لا یحضره الفقیه، ۶ ج، نشر صدوق، ج ۶، ص ۲۵۴؛ «از امام باقر علیه السلام در باره ترسانی سؤال کردم که مرده است، در حالی که برادرزاده ای مسلمان، و خواهرزاده ای مسلمان به جای گذاشته و آن نصرانی اولاد و همسری نصرانی نیز دارد. امام (علیه السلام) فرمود: رأی من این است که دو ثلث ترکه را به پسر برادر مسلمان و ثلث آن را به پسر خواهر مسلمانش بدهند، و این در صورتی است که فرزند صغیری نداشته باشد؛ زیرا در این صورت آن دو وارث مکلفند از آن مال که از پدر صغار به ارث برده اند در تأمین امور معیشت ایشان صرف کنند تا آنگاه که به حد بلوغ برسند. در این هنگام درباره کیفیت صرف مال بر صغار از امام سؤال

کردند. حضرت فرمود: وارث دو ثلث مال، دو ثلث مخارج را بر عهده می گیرد، و وارث يك ثلث آن، يك ثلث از مخارج را متقبل می شود. پس زمانی که صغار بالغ شدند، آن مخارج را از ایشان قطع می کنند. گفتند: پس اگر اولاد او در همان دوران کودکی اسلام بیاورند؟ فرمود: در این صورت ترکه پدرشان در اختیار امام قرار داده می شود تا زمانی که بالغ شوند. پس اگر بعد از بلوغ در مسلمانی استوار ماندند، امام میراثشان را به ایشان تحویل می دهد، و اگر در مسلمانی استوار نماندند، امام میراث او را به پسر برادر و پسر خواهرش که هر دو مسلمانند تحویل می دهد. به این گونه که دو ثلث آن را به پسر برادرش و يك ثلث را به پسر خواهرش می بخشد.

۱۵. رجال ابن داود، ص ۲۲۹؛ «عبد الملك بن أعين؛ أخوزرارة ق [کش] ممدوح».

۱۶. رجال الکشي، ص ۱۸۲؛ «حدثني حمدويه قال حدثني محمد بن عيسى بن عبيد عن الحسن بن علي بن يقطين قال: كان لهم غير زارة وإخوته أخوان ليساني شيء من هذا الأمر: مالك وقعب»، «قال علي بن الحسن بن فضال: قعب بن أعين أخو حمران مرجع». رجال ابن داود، ص ۴۹۷؛ «قعب بن أعين؛ عن علي بن الحسن بن فضال: كان مرجئا... مالك بن أعين؛.. هو وأخوه قعب ليسا من هذا الأمر في شيء [عق] كان مخالفا».

۱۷. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، محاضرات فی الموارث، دريك جلد، مؤسسة السبطين (عليهما السلام) العالمية، قم. ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ؛ ص ۱۶۱؛ «ولكن الإشكال في سند هذه الرواية. وإن وصفت بالصحة كما ذكرناه. والوجه في ذلك أن الرواية المذكورة في الكافي وفي التهذيب عن (مالك بن أعين) ولا يبعد أن يكون مالك بن أعين منصرفا إلى مالك بن أعين المجعني، وهو وإن لم يوثق في كتب الرجال لكنه ثقة عندنا».

۱۸. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، ۴۳ جلد، دار إحياء التراث العربي، بيروت. لبنان، هفتم، هـ؛ ج ۳۹، ص ۲۹؛ «وفيه أن ذلك إنما يضح من جهة الورثة دون الإمام، فالأولى طرحها، خصوصا بعد مخالفة من عمل بها لمضمونها...».

١٩. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، محاضرات فی الموارث، دریک جلد، مؤسسة السبطين (عليهما السلام) العالمية، قم - ایران، اول، ١٤٢٤ هـ؛ ص ١٦٠؛ «ونتکلم فی هذه الرواية دلالة وسندا: أما بحسب الدلالة فهي مشتملة على ثلاثة أحكام: ...»

٢٠. ابن أبي جمهور، محمد بن زین الدین، عوالی اللثالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیہ، ٤ جلد، دار سید الشهداء للنشر؛ قم - ایران، چاپ اول، ١٤٠٥ ق، ج ٤، ص ١٣٣؛ «وَرَوَى الْعَلَّامَةُ قُدَّسَتْ نَفْسُهُ مَرْفُوعاً إِلَى زُرَّارَةَ بْنِ أَعِينٍ قَالَ سَأَلْتُ الْبَاقِرَ فَقُلْتُ جَعَلْتُ فِدَاكَ يَا أُنَيْدُ عَنْكُمْ الْحَبْرَانِ أَوِ الْحَدِيثَانِ الْمُتَعَارِضَانِ فَبَايَهُمَا أَخَذُ فَقَالَ يَا زُرَّارَةُ خُذْ بِمَا اشْتَهَرَبَيْنِ أَصْحَابُكَ وَدَعْ الشَّاذَّ النَّادِرَ...»

٢١. عراقی، ضیاء الدین، نهایة الأفكار؛ قم - ایران، چاپ سوم، ١٤١٧ ق؛ ج ٣؛ ص ٩٩؛ «واما الشهرة العملية) فهي عبارة عن اشتهار العمل بالرواية والاستناد إليها عند الأصحاب في مقام الفتوى ومثل هذه هي الجابرة لضعف الرواية و مصححة للعمل بها ولو كانت الرواية بحسب القواعد الرجالية في منتهى درجة الضعف لكن ذلك إذا كانت الشهرة من قدماء الأصحاب القريبين لعهد الحضور لا من المتأخرين».

٢٢. سبجانی تبریزی، جعفر، الوسيط فی أصول الفقه؛ قم - ایران، چاپ چهارم، ١٣٨٨ ش، ج ٢، ص ٦٠؛ «ذهب المشهور إلى أنه جابر لها. نعم الجابر للضعف هو عمل المتقدمين من الفقهاء الذين عاصروا الأئمة (عليهم السلام)، أو كانوا في النعیه الصغرى، أو بعدها بقليل كوالد الصدوق و ولد و المفيد و غيرهم، و أما المتأخرون فلا عبره بعملهم ولا إعراضهم؛ سبجانی تبریزی، جعفر، إرشاد العقول الى مباحث الأصول؛ ایران - قم، چاپ اول، ١٤٢٤ ق؛ ج ٣؛ ص ١٩٠؛ «إنّ الشهرة العملية على خلاف الرواية كاسره لصحتها إذا أحرز الإعراض».

٢٣. خویی، ابوالقاسم، مصباح الأصول (طبع مؤسسة إحياء آثار السيد الخوئي) قم - ایران، چاپ اول، ١٤٢٢ ق، ج ١، ص ٢٧٩ و ٢٨٠؛ «أقول: إن كان مراده أنّ عمل المشهور يوجب الاطمئنان الشخصى بصدور الخبر، فالكبرى وإن كانت صحيحة إذ الاطمئنان الشخصى حجة ببناء العقلاء، فانه علم عادى، ولذا لا تشمله أدلة المنع عن العمل بالظن، لكن الصغرى ممنوعة... وبالجملّة: محل الكلام الخبر الذى احرز إعراض المشهور عنه، فالمشهور أنه يوهن به و

يسقط عن الحجية. وذكر صاحب الكفاية (قدس سره) أنه لا يسقط بذلك عن الحجية، لعدم اختصاص دليل اعتبار خبر الثقة بما إذا لم يكن ظن بعدم صدوره الحاصل من إعراض المشهور أو غيره من أسباب الظن غير المعتبر وهذا هو الصحيح.

٢٤. حسيني ميلاني، علي، تحقيق الأصول؛ قم. إيران، چاپ دوم، ١٤٢٨ق، ج ١، ص ٤٠٠؛ «وسايتي. إن شاء الله. أن الأقوال في المسألة ثلاثة: أحدها: إن عمل الأصحاب جابر وكاسر، وهو المشهور وعليه بعض مشايخنا، والثاني: إنه لا يجبر ولا يكسر، وعليه السيد الخوئي وبعض مشايخنا من تلامذته، والثالث: التفصيل فهو يكسر ولا يجبر، وعليه الشيخ الاستاذ دام بقاءه.

٢٥. كليني، محمد بن يعقوب بن اسحاق، الكافي (ط. الإسلامية)، ٨ جلد، دار الكتب الإسلامية، تهران، چاپ چهارم، ١٤٠٧ق؛ ج ٧؛ ص ١٤٦؛ طوسی، محمد بن الحسن، تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان)، ١٠ جلد، دار الكتب الإسلامية، تهران، چاپ چهارم، ١٤٠٧ق؛ ج ٩؛ ص ٣٧١؛ «عَلِي بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ يُمُوتُ وَلَهُ أَوْلَادٌ مُسْلِمُونَ وَأَوْلَادٌ غَيْرُ مُسْلِمِينَ فَقَالَ هُمْ عَلَى مَوَارِيثِهِمْ.

ونيز: طوسی، محمد بن الحسن، الإستبصار فيما اختلفتم الأخبار، ٤ جلد، دار الكتب الإسلامية، تهران، چاپ اول، ١٣٩٠ق؛ ج ٤؛ ص ١٩٢؛

حرعاملی، وسائل الشیعه، ٢٠ جلد، دارالکتب الاسلامیه، تهران، چاپششم، ١٣٦٧ش، ج ١٧، ص ٣٨٤.

٢٦. طوسی، محمد بن الحسن، تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان)، ١٠ جلد، دار الكتب الإسلامية، تهران، چاپ چهارم، ١٤٠٧ق؛ ج ٩؛ ص ٣٧٢؛ «عَلِي بْنُ الْحُسَيْنِ بْنِ فَضَّالٍ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ يَزِيدَ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ يُمُوتُ وَلَهُ أَوْلَادٌ غَيْرُ مُسْلِمِينَ فَقَالَ هُمْ عَلَى مَوَارِيثِهِمْ.

٢٧. همان؛ ج ٨؛ ص ٥١؛ «عَلِي بْنُ الْحُسَيْنِ بْنِ فَضَّالٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي نَجْرَانَ وَسَنَدِيٍّ عَنْ مُحَمَّدٍ عَنْ عَاصِمٍ عَنْ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ: ... أَنَّ شَرْطَ اللَّهِ قَبْلَ شَرْطِكُمْ...»

٢٨. همان؛ ج ٧؛ ص ٦٧؛ ٤؛ عَنْهُ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْحَشَّابِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ كَلُوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ
(ع) أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ (ع) كَانَ يَقُولُ مَنْ شَرَطَ لِمَرْأَتِهِ شَرْطًا فَلَيْفَ لَهَا بِهِ فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا
حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا.