

تحديد الأساس لتمتع الجنين بالحقوق المدنية وضوابطه

محمد تقى مرادي^١، مرتضى شياشي^٢

داود حسنبور^٣، يدا الله محمودي^٤

[تاريخ الاستلام: ١٤٠٣/١٠/٢٦؛ تاريخ القبول: ١٤٠٣/١٢/٠٥ هـ ش]

الملخص

وفقاً للقانون الإيراني، يتمتع الجنين بأهلية تمتع منزلة بالنسبة للحقوق المدنية، وهذه الأهلية المتزلزة تصبح مستقرة بمجرد ولادته حياً. فيما يتعلق بنطاق تمتع الجنين بالحقوق المدنية، استخدم القانون المدني في المادة ٩٥٧ عبارة مطلقة وهي: «الجنين يتمتع بالحقوق المدنية». وقد كانت العديد من التفسيرات التي قدمت لتوضيح هذه المادة وربما اقتراح تعديلها ناقصة، ولم تصل إلى حقيقة هذه المسألة بسبب عدم دراسة كافية لأساسيات الملكية. هذه المقالة، التي اعتمدت على منهج وصفي- تحليلي واستفادت من المصادر الفقهية والقانونية، تسعى للإجابة على السؤال التالي: في أي نطاق وتحت أي ضوابط يتمتع الجنين بالحقوق المدنية؟ بعضهم، بالاستناد إلى عمومات الأدلة، اختاروا تمتع الجنين بجميع العقود دون ربط ذلك بولادته حياً، ولكن في هذه النظرية لم يتم مراعاة ضوابط استنباط الحكم من عموم الدليل. من خلال توضيح قرينة ارتكاز العقلاء في تمتعات الجنين، فإن الرأي المختار في هذا البحث هو تمتع الجنين بالعناوين التسامحية وغير المعاوضية بشكل متزلزل ومرتبطة بولادته حياً دون تأثير حلول الروح في الجنين. وللوصول إلى هذه النتيجة، التي تؤيد تفسير المادة ٩٥٧ من القانون المدني الإيراني، تم تضمين الأدلة ذات الصلة في متن المقالة ونقدها وتحليلها.

الكلمات المفتاحية: النقل، القدرة على التمتع، عقود التسامح، الوصية، الوقف

١. خريج المستوى الرابع وأستاذ في المستوى الأعلى في الحوزة العلمية في قم / طالب دكتوراه الفقه وأصول الشريعة الإسلامية، جامعة قم، قم، إيران. (المؤلف المسؤول) mtmoradi1402@gmail.com

٢. باحث مستوى أربعة، مركز متخصص الأديان اسلامي، قم، إيران. Sh22morteza@gmail.com

٣. أستاذ مساعد، قسم الفقه والقانون، جامعة الشهيد مطهري، طهران، إيران. Hassanpoor.davood@gmail.com

٤. أستاذ مساعد، قسم الدراسات الإسلامية، جامعة تدريب ضباط حرس الإمام الحسين (عليه السلام)، طهران، إيران. Mahmoodizavieh611@chmail.ir

مبنایابی تمتع حمل از حقوق مدنی و ضوابط آن

محمدتقی مرادی^۱، مرتضی شیاوسی^۲

داود حسنپور^۳، یدالله محمودی^۴

[تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۲۶؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۰۵]

چکیده

مطابق حقوق ایران، جنین از اهلیت تمتع متزلزلی نسبت به حقوق مدنی برخوردار است که این اهلیت متزلزل به محض زنده متولدشدن مستقر می‌شود. در خصوص محدوده شمول تمتع حمل بر حقوق مدنی، قانون مدنی در ماده ۹۵۷ به صورت مطلق از عبارت «حمل از حقوق مدنی متمتع می‌گردد» استفاده کرده است. بسیاری از تفاسیری که در راستای تبیین این ماده و چه بسا پیشنهاد اصلاح آن صورت گرفته، ناقص بوده و به خاطر عدم مطالعه کافی مبانی مالکیت، به حقیقت این مسئله نرسیده‌اند. این مقاله که با روشی تحلیلی-توصیفی از منابع فقهی و حقوقی بهره گرفته، به پاسخ این سوال می‌پردازد که حمل در چه گستره‌ای و تحت چه ضوابطی از حقوق مدنی متمتع می‌شود. برخی با استناد به اطلاقات ادله، تمتع حمل از همه عقود آن هم بدون اناطه به زنده متولدشدن را برگزیده‌اند که در این نظریه، ضوابط برداشت حکم از اطلاقی دلیل رعایت نشده است. با تبیین قرینیت ارتکاز عقلا در تمتعات حمل، نظر برگزیده این نوشتار، تمتع حمل از عناوین مسامحی و غیرمعاوضی به صورت متزلزل و مراعی به زنده متولدشدن بدون تأثیر حلول روح در جنین است. برای دستیابی به این نتیجه که تفسیری مؤید ماده ۹۵۷ ق.م ایران است، ادله مربوط در متن مقاله گنجانده و نقد و بررسی شده است.

کلیدواژه: حمل، اهلیت تمتع، عقود مسامحی، وصیت، وقف

۱. دانش‌آموخته سطح ۴ و استاد سطوح عالی حوزه علمیه قم/دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه قم، قم،

ایران. (نویسنده مسئول) mtmoradi1402@gmail.com

۲. دانش‌پژوه سطح چهار، مرکز تخصصی مذاهب اسلامی، قم، ایران. Sh22morteza@gmail.com

۳. استادیار گروه فقه و حقوق، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران. Hassanpoor.davood@gmail.com

۴. استادیار گروه معارف اسلامی، دانشگاه افسری و تربیت پاسداری امام حسین علیه‌السلام، تهران، ایران. Mahmoodizavieh611@chmail.ir

بیان مسئله

شخصیت حقوقی، لازمه وجود حیات انسانی است. از این رو، از زمان تولد، شروع می شود و در تمام مدت عمر ادامه دارد و با فوت خاتمه می یابد؛ این است که ماده ۹۵۶ ق.م.م.ی گوید: «اهلیت برای دارابودن حقوق با زنده متولدشدن انسان شروع و با مرگ او تمام می شود». بنابراین همه افراد حتی کودکان و مجانین دارای آن هستند.

ملاک شخصیت حقوقی، اهلیت تمتع است؛ در این بین ماده ۹۵۷ ق.م.م.ی گوید: «حمل از حقوق مدنی متمتع می گردد، مشروط بر اینکه زنده متولد شود». از این ماده به روشنی استفاده می شود که جنین در رحم، شخصیت حقوقی داشته و اهلیت داراشدن را دارد. مدلول منظوقی این ماده، دو ضابطه کلی درباره حقوق حمل ارائه می دهد: ۱. حمل از مطلق حقوق مدنی متمتع می شود. ۲. تمتع حمل از حقوق، به شرط زنده متولدشدن بوده و مراعی است. به نظر می رسد این ضابطه در تمتع حمل از حقوق، به قواعدی نظیر «حکم الأمثال فیما یجوز وفیما لا یجوز واحد» (ملاصدرا، ۱۳۶۰: ص ۴۵۹) با بهره گیری از حکم شرعی تمتع ارث متکی باشد. اصل اولی نیز ایجاب می کند که اگر فردی همچون حمل، از حقی برخوردار باشد، از سایر حقوق نیز به همان شرط و در همان چارچوب متمتع گردد. با توجه به اینکه این قاعده به امور عقلی مربوط است، باید دید در امور اعتباری می توان مورد به مورد، تفاوت قائل شد یا نه.

به عبارتی، مدلول ماده ۹۵۷ ق.م.م.ی این است که حمل از حقوق مدنی مانند ارث، وصیت و حتی وقف به شرط زنده متولدشدن، متمتع می شود؛ درحالی که از یک طرف، مشهور فقیهان معتقدند وقف استقلالی به نفع حمل، از سنخ وقف منقطع الاول بوده و باطل است. همچنین شرط «زنده متولدشدن» بیشتر در ارث حمل گفته شده است؛ از این رو دو مسئله مطرح می شود:

۱. چرا علی‌رغم تعمیم ماده فوق، وقف از سایر نهادهای مشابه همچون وصیت جدا شده است؟ در تمتع حمل از حقوق، آیا با اذعان به اطلاق ماده قانونی فوق، جنین از همه حقوق مدنی متمتع می‌شود یا باید راه دیگری را برای تفسیر ماده مذکور پیمود؟
 ۲. چرا علی‌رغم اینکه شرط زنده متولد شدن حمل در کتب فقهی بیشتر در باب ارث گفته شده، این شرط به همه حقوق تعمیم داده شده است؟
- گذشته از این دو سوال که باید با پاسخ به آن دو، ضابطه کلی در تمتع حمل از حقوق مدنی استخراج شود، چالش‌هایی نیز در تمتع حمل از حقوق وجود دارد. ازجمله این چالش‌ها اناطه استحقاق حمل، به حلول روح یا کفایت انعقاد نطفه برای تمتع حمل است. بنابراین مسئله اساسی، شمول و محدوده تمتع حمل از حقوق مدنی و ضوابط این تمتع است. هدف این نوشتار از دستیابی به پاسخ این پرسش، ارائه تفسیری متقن و صحیح از ماده ۹۵۷ ق.م ایران جهت تسهیل و یکسان سازی آرای قضایی است.
- برای این موضوع، مقالات متعددی ازجمله «تحلیل فقهی و حقوقی ماده ۹۵۷ قانون مدنی: اهلیت تمتع جنین»، توسط علیشاهی قلعه جوقی، بهمن پوری و پیشرو در شماره ۷ مجله مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده سال ۱۴۰۰ نگاشته شده که دو هدف را دنبال کرده است: ۱. اطلاق قسمت اول ماده ۹۵۷ ق.م را با بیان مصادیق حقوق مدنی همچون بیع و... به تفکیک ادله صحت تمتع حمل از هر کدام تثبیت کند؛ ۲. تعمیم اشتراط تولد حی را رد کرده و مستند به اطلاقات، آن را مختص ارث بداند. این نوشتار با تفتن به سوالات پیش گفته، صحت این دو هدف را ارزیابی می‌کند و با ارائه مبانی صحیح استنباط مستند به فقه مذاهب، تفسیری متقن از ماده ۹۵۷ ق.م ایران ارائه می‌دهد. تمایز دیگر این نوشتار، طرح امکان تأثیر حلول روح در جنین در تمتع از حقوق است که در نوشته‌های پیشین، مشابهی یافت نشد.

جهت تبیین زوایای بحث، نخست مفاهیم تمتع از حقوق و حقوق مدنی واکاوی می‌شود و سپس رویکردهای موجود در تمتع حمل از حقوق مدنی و رویکرد استنباطی این نوشتار مطرح می‌شود و در گام آخر، ضوابط تمتع حمل از حقوق مدنی ارائه و ارزیابی می‌شود.

۱. مفهوم‌شناسی

برای تبیین صورت مسئله و پاسخ متقن به پرسش اصلی مقاله، ابتدا مراد از تمتع از حقوق و حقوق مدنی بیان می‌گردد.

۱-۱. تمتع از حقوق

اهلیت بر دو قسم است: ۱. اهلیت تمتع؛ ۲. اهلیت استیفا. اهلیت تمتع، قابلیت شخص بر برخورداری از حقوق مدنی است؛ یعنی بتواند دارای حق و تکلیف شود (امامی، بی‌تا: ج ۱، ص ۲۰۳). طبق قسمت اول ماده ۹۵۸ ق.م: «هر انسانی متمتع از حقوق مدنی خواهد بود...» و ماده ۹۵۶ ق.م: «اهلیت برای دارا بودن حقوق، با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می‌شود»، انسان بودن برای تمتع از حقوق مدنی کافی است و اموری همچون بلوغ و عقل لازم نیست. برای دفع توهم محرومیت حمل از حقوق مدنی، ماده ۹۵۷ ق.م می‌گوید: «حمل از حقوق مدنی متمتع می‌گردد، مشروط بر اینکه زنده متولد شود». در واقع، این ماده، تمتع مستقر را در چارچوب حیات عرفی دانسته و دوران جنینی را مستحق تمتع متزلزل دانسته است.

در مقابل، اهلیت استیفا یا قدرت اعمال حق، قابلیت شخص برای استیفا و اعمال حق در راستای تصرف در اموال و حقوق خود است (امامی، بی‌تا: ج ۱، ص ۲۰۴). برای استیفای

حقوق، داشتن حق تمتع، کافی نیست و «هیچ کس نمی تواند حقوق خود را اجرا کند؛ مگر اینکه برای این امر، اهلیت قانونی داشته باشد» (ماده ۹۵۸ ق.م).

۲-۱. حقوق مدنی

حقوق مدنی (Common law) در معنی خاص، شامل مجموعه قوانینی است که به روابط افراد خصوصی جامعه با یکدیگر بدون در نظر گرفتن شغل، عنوان و مقام خاص آنها در اجتماع پرداخته (صفایی، ۱۳۹۳: ج ۱، ص ۱۶) و تعارضات و اختلافات میان افراد یک جامعه را مدیریت می کند و تعیین کننده حقوق و مسئولیت های اشخاص است. در حقوق مدنی، قواعد حاکم بر روابط عادی و عمومی افراد با یکدیگر تعیین می شود. برای رسیدن به این منظور، باید حقوق شخصی را که هر انسان می تواند داشته باشد، مشخص کرد (صفایی، ۱۳۹۳: ج ۱، ص ۲۲). طرق تملک، عقود، تعهدات، هبه و وصیت نیز ذیل حقوق مدنی اشخاص قرار دارند (لنگرودی، بی تا: ج ۱، ص ۱؛ لنگرودی، ۱۳۹۱: ج ۳، ص ۱۷۳۵). این حق ها و امتیازهای قانونی (احمد مختار، ۱۴۲۹: ج ۱، ص ۵۳۲)، به حقوق مالی و غیرمالی، مانند حق ولایت و حضانت، حق زوجیت، حق نفقه، ارث و... که قابل تقویم نیستند، تقسیم می شوند (صفایی، ۱۳۹۳: ج ۱، ص ۲۲). حقوق مالی نیز یا عینی هستند، مانند حق مالکیت یا دینی که از رابطه بین دو شخص ایجاد می شود.

۲. رویکردهای موجود در تمتع حمل از حقوق مدنی

در فقه و حقوق، تمتع از حقوق به مراتب شرایط آسان تری نسبت به استیفای حقوق دارد. از این رو، حمل همانند نوزاد از حقوق مدنی متمتع می شود. در اینکه حدود تمتع

حمل به کدام یک از حقوق مدنی توسعه دارد و اینکه اگر تمتع حمل، قابل تضییق باشد، با چه ملاکاتی تضییق بردار است، سه رویکرد قابل ارائه است: ۱. تمتع حمل از جمیع حقوق مدنی؛ ۲. منقطع الاول بودن وقف بر جنین؛ ۳. تمتع حمل از خصوص عقود مسامحه‌ای. ضمن ارائه این رویکردها، رویکرد منتخب و تحقیقی این نوشتار بیان شده و ماده ۹۵۷ ق.م. متناسب با آن تفسیر می‌شود:

۱-۲. تمتع حمل از جمیع حقوق مدنی

ماده ۹۵۷ ق.م ایران در به رسمیت شناختن اهلیت تمتع حمل از حقوق مدنی با عبارت «حمل از حقوق مدنی متمتع می‌گردد»، اطلاق دارد و مطابق آن، حمل از هر آنچه مصداق حق مدنی است، متمتع می‌شود؛ برای نمونه، می‌توان خانه‌ای را برای جنین خرید؛ باغی را برایش اجاره کرد و... .

برخی از پژوهشگران در تعمیم این اهلیت، با استناد به اطلاق ادله قراردادهای مختلف تلاش کرده‌اند حق تمتع از همه قراردادهای همچون بیع و اجاره را اثبات کنند. در این مقاله آمده است: «یکی از مهم‌ترین ادله در اهلیت تملک جنین و صحت عقود برای وی، اطلاقات ادله صحت عقود خاص مانند بیع، صلح و... به صورت مطلق است» (علیشاهی و دیگران، ۱۴۰۰: ص ۶۳). البته مقاله مذکور در استناد به اطلاقات ادله همچون «أحل الله البیع» (بقره: ۲۷۵)، گامی فراتر نهاده و با استناد به این اطلاقات، اشتراط زنده متولد شدن جنین در تملک را منتفی دانسته که در ضوابط تمتع حمل به آن می‌پردازیم.

برای نقد این استناد کافی است ضوابط برداشت حکم از اطلاق کلام ژرف‌نگری شود که دو مورد از این ضوابط در استناد مقاله فوق، مفقود است؛ مورد اول:

در مقام بیان بودن گوینده است (مظفر، ۱۳۸۷: ص ۱۹۷)؛ یعنی متکلم در مقام تشریع نبوده و صدور کلام، برای تأسیس اصل حکم، بدون توجه به قیود دخیل در آن نباشد و مورد دوم: قرینه‌های احتمالی در مقام تخاطب وجود نداشته باشد (مظفر، ۱۳۸۷: ص ۱۹۶). یکی از این قرینه‌های مضر به اطلاق کلام که در بیشتر نوشته‌ها در استناد به اطلاق از آن غفلت می‌شود، قرینه بودن سیره عقل و فراتر از آن، ارتکاز عقلا است. مراجعه به سیره عقل و حتی ارتکاز آنها و همچنین سیره و ارتکاز متشرعه نشان می‌دهد به هیچ وجه جنین را طرف عقود همچون بیع قرار نمی‌دهند. هیچ مستندی گزارش نشده که طیفی از عقلا املاکی را برای جنین، خریداری یا اجاره کرده باشند؛ حتی از چنین امری به خاطر تبعات حقوقی آن، اجتناب می‌کنند.

در منابع فقهی نیز علی‌رغم اینکه از حقوقی همچون ارث حمل و وصیت به حمل، بحث کافی شده است، بحث مستقل و حتی اشاره‌ای به بیع برای حمل نشده است. بن‌مایه این ترک بحث، نارو بودن چنین عقود برای جنین نزد عقلاست؛ البته برخی عبارات‌های فقهی ذیل بحث «وجود ولی برای جنین»، همچون «بل الظاهر عدم الولی له وهو حمل، بحیث یقبل عنه الهبة والبیع وغیرهما، خصوصاً قبل ولوج الروح» (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۸، ص ۳۸۶) اشعار به پذیرفتن بیع از طرف جنین دارد که در رویکرد سوم با طرح جایگاه امین در حقوق جنین، این عبارت تفسیر می‌شود.

البته در منابع فقهی در صحت وصیت بر حمل، به عموم ادله وصیت استناد شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۸، ص ۳۸۶). این استناد نیز اولاً: به عموم الفاظ وصیت است، نه اطلاق آن و ثانیاً: به دلیل رواج وصیت برای جنین، ارتکاز یا سیره عقلا برای تخصیص این عمومات قرینیت ندارند.

شاهد قرینیت ارتکاز عقلا بر اطلاق ماده ۹۵۷ ق.م، موادی همچون ماده ۱۲۰۷ این قانون است که می‌گوید: «اشخاص ذیل محجور و از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع هستند: ۱. صغار؛ ۲. اشخاص غیررشید؛ ۳. مجانین». علت اینکه جنین در این حصر بیان نشده، ارتکاز عقلا مبنی بر عدم جریان تمتع عمومی حمل است.

بدین بیان استناد به اطلاقات ادله عقودیه همچون بیع نمی‌تواند مصحح تعمیم تمتع جنین به همه قراردادها شود. از این رو، باید راه دیگری جست که در رویکرد سوم ارائه می‌شود. جالب توجه اینکه قانونگذار به این نکته ژرف، تفتن داشته و به همین جهت، ماده ۹۵۷ را مطلق آورده، نه عام. از این رو ماده، عاری از واژگان عام بوده و عبارت «همه حقوق مدنی» یا «جمیع حقوق مدنی» در آن نیامده است.

۲-۲. منقطع الاول بودن وقف بر جنین

وقف خاص بر جنین به تبع موجودین، به اتفاق نظر فقیهان درست است (امام خمینی، بی تا: ج ۲، ص ۷۰)؛ البته وصیت بر معدوم به تبع موجودین، باطل است. منشأ این تفاوت، ماهیت حبس عین در وقف و ماهیت تملیک عین در وصیت است (بحرانی، ۱۴۰۵: ج ۲۲، ص ۵۱۶). همچنین به اجماع فقیهان امامی (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ج ۳، ص ۱۵۶)، شافعی و حنبلی، وقف خاص مستقل بر فرزندی که هنوز در شکم مادر مستقر نشده، باطل است؛ برخلاف نظر فقیهان مالکی و حنفی که چنین وقفی را درست می‌دانند و به تولد حی منوط کرده‌اند (وزارت اوقاف، ۱۴۰۴: ج ۱۸، ص ۱۴۷).

مشهور فقیهان امامی (طوسی، ۱۳۸۷: ج ۳، ص ۲۹۲)، شافعی و حنبلی (نووی، بی تا: ج ۱، ص ۱۵۵؛ وزارت اوقاف، ۱۴۰۴: ج ۱۸، ص ۱۴۷)، وقف خاص بر جنین موجود در شکم مادر را نیز در صورتی که حمل، نفر اول موقوف علیهم باشد، باطل دانسته‌اند.

مشهور فقیهان معتقدند حین انشای وقف، موقوف علیه در طبقه اول باید موجود باشد (کاشف الغطا، ۱۴۲۲: ج ۴، ص ۲۳۸). مهم ترین دلیل بر بطلان وقف بر جنین، معدوم بودن آن دانسته شده است (زحیلی، بی تا: ج ۱۰، ص ۷۶۳۸؛ نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۸، ص ۲۶). در ادامه، در بطلان جنین تمتعی به محال بودن قیام امر وجودی به معدوم استدلال شده است؛ زیرا ملکیت و تملیک، امری وجودی است و محل موجود نیاز دارد (سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۲۲، ص ۴۶).

برخی در پاسخ به ایراد بالا به اموری همچون اعتباری بودن ملکیت و نیازداشتن امور اعتباری به محل خارجی (سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۲۲، ص ۴۷)، صحت وقف بر معدوم به تبع موجود و... تمسک کرده اند که چندان ضروری نمی نماید. پاسخ اصلی در این اشکال، نادرستی «معدوم» پنداشتن جنین است. سؤال این است که چرا وقف به معدوم بر جنین تطبیق می شود؟ اگر جنین معدوم است، چرا خسارت به جنین، دیه و ارش دارد؛ چرا ارث او را کنار می گذارند؟ همه این ها نشان می دهد جنین، موجود است، نه معدوم. از این رو، استناد به معدوم بودن در بطلان وقف بر جنین، از اساس باطل است. در ماده ۸۵۰ ق.م نیز که بیان کرده: «موصی له باید موجود باشد و بتواند مالک چیزی بشود که برای او وصیت شده است»، علی رغم اشتراط موجود بودن، وصیت بر حمل در ماده ۸۵۱، صحیح قلمداد شده است؛ بنابراین موجود بودن جنین پذیرفته شده است. فقیهان نیز در وصیت، موجود بودن حمل را پذیرفته اند و بیان کرده اند: «وتصح الوصیه للحمل الموجود حال الوصیه» (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۸، ص ۳۸۶).

استناد بطلان وقف به جنین به خاطر عدم امکان قبض توسط جنین با قیام ولی به جای جنین در قبض (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۸، ص ۲۶) رفع می شود. استدلال به اهلیت تملک نداشتن

جنین با محوریت شرطیت اهلیت تملک موقوف علیه در صحت وقف (زحیلی، بی تا: ج ۱۰، ص ۷۶۳۸) نیز با این پاسخ رفع می شود که وقف، تملیک نیست (یزدی، ۱۴۱۴: ج ۱، ص ۲۰۷؛ امام خمینی، ۱۴۲۱: ج ۳، ص ۱۳۴) تا اهلیت تملک نیاز داشته باشد؛ البته وقف در خارج، ملازم با تملیک است (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳: ص ۳۳). برخی فقیهان نیز در ادامه این رویکرد معتقدند وقف، تملیک به موقوف علیه نیست تا عقد باشد و احتیاج به قبول داشته باشد؛ بلکه فک و سلب ملک از مالک مال وقفی است (اراکي، ۱۴۱۳: ج ۱، ص ۶۹۰).

۳-۲. تمتع حمل از خصوص عقود مسامحه

عقود مسامحه، قراردادهایی هستند که هدف اصلی از انعقاد آنها، احسان به دیگری و نوع دوستی است (لنگرودی، ۱۳۹۱: ج ۴، ص ۲۵۹). عقود مسامحه ای مبتنی بر گذشت و تسامح هستند. در چنین عقود هدف طرفین از انعقاد عقد، کسب سود و منفعت نیست؛ بلکه آنها در اندیشه ارفاق و احسان به دیگری، مالی را به او تملیک می کنند. محرک اصلی در این عقود، شخصیت طرف مقابل است (ناصحی و چیت سازیان، ۱۴۰۲: ص ۲۵). به عبارتی، عقد یا معاوضی است که تملیک در مقابل عوض صورت می گیرد مانند بیع، یا غیرمعاوضی (مجانی) است مانند هبه. از نگاه ارتکاز و سیره عملی رایج عقلا، جنین فقط از عقود غیرمعاوضی یا مسامحی برخوردار می شود. ارث و اقرار نیز در زمره حقوق پذیرفته شده برای جنین است که هرچند خارج از عقودند؛ اما به دلیل ماهیت محاباتی شان، در حق جنین پذیرفته شده اند. در برخی از منابع عامه به این نکته اشاره شده که وجه صحت وصیت به جنین، غررپذیری و خطرپذیری این عقد است (ابن قدامه، ۱۳۸۸: ج ۶، ص ۱۸۱).

تأیید این رویکرد در انحصار تمتعات حمل در اموری چون ارث، اقرار و عقود مسامحی و غیرمعاوضی، بن مایه حقوق مدنی ای است که در متون فقهی و حقوقی به صراحت، تمتع جنین از آنها پذیرفته شده است. این حقوق عبارت اند از:

۱. ارث (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ج ۴، ص ۱۲۴؛ ابن عابدین، ۱۴۱۲: ج ۶، ص ۶۵۳؛ ماده ۸۷۵ ق.م.)
۲. وصیت (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۸، ص ۳۸۶؛ نووی، بی تا: ج ۱۵، ص ۴۷۳؛ زحیلی، بی تا: ج ۱۰، ص ۷۴۶۴؛ ماده ۸۵۱ ق.م.)
۳. اقرار: قانون مدنی ایران در ماده ۱۲۷۰ و فقیهان، اقرار به نفع حمل را نیز پذیرفته اند؛ البته با این توضیح که تمتع حمل در اقرار باید مستند، به سبب صحیحی همچون وصیت یا ارث باشد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ج ۳، ص ۱۴؛ ماوردی، ۱۴۱۹: ج ۸، ص ۲۱۵؛ رافعی: ۱۴۱۷، ج ۵، ص ۲۸۷)؛ برای نمونه، مُقر بگوید: «از ماترک پدرش، فلان مقدار حق این جنین است». البته برخی با استناد به اصل صحت و امکان صحت چنین اقراری، اقرار مطلق و بدون ذکر مستند به نفع حمل را نیز مشروع دانسته اند (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ج ۲، ص ۵۰۶).
۴. هبه (ابن عابدین، ۱۴۱۲: ج ۶، ص ۶۵۳): البته جمهور حنفیه، شافعیه و حنابله هبه برای جنین را صحیح ندانسته اند (دبیان، ۱۴۳۲: ج ۱۸، ص ۴۷۹).
۵. وقف: علی رغم باطل دانستن وقف استقلالاً به جنین توسط برخی فقیهان، ادله آنان رد و امکان وقف بر جنین پذیرفته شد؛ هرچند با پذیرش وقف بر حمل به تبع موجودین نیز امکان تمتع او از وقف فی الجمله پذیرفته شده است.
۶. نفقه حمل در طلاق حامل بنابر نظریه ای که نفقه را متعلق به حمل می داند. در واقع، نفقه حامل، حق حمل بوده و به خاطر حامل بودن به او پرداخت می شود (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ج ۶، ص ۲۸؛ حنبلی، بی تا: ج ۱، ص ۱۸۰؛ امامی، بی تا: ج ۴، ص ۴۴۱۴۳۸).

بهترین دلیل بر انحصار حقوق مدنی حمل در امور مذکور، سیره و ارتکاز عقلا و همچنین سیره و ارتکاز متشرعه است. بطلان وقف بر معدوم نیز به استنکار عقلا مستند شده است؛ زیرا چنین وقفی، سفاهت و بی عقلی قلمداد می شود (سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۲۲، ص ۴۶). در صحت وقف بر حمل به تبع موجودین نیز بر سیره متشرعه و سیره عملی معصومین علیهم السلام در برخی از وقف های آنان استناد شده است (سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۲۲، ص ۴۷).

دلیل دیگر، عدم غبن در چنین تمتعاتی است. به بیان دیگر، جنین فقط در چارچوب تملکات بلاعوض متمتع می شود؛ نظیر این ویژگی در صغیر ممیز نیز وجود دارد؛ چون هیچ گونه زیانی نسبت به صغیر ممیز در تملک بلاعوض متصور نیست. از این رو، ماده ۱۲۱۲ ق.م. به طور استثنایی اجازه داده که او بتواند تملک بلاعوض، مثل قبول هبه و حیازت مباحات کند. از آنجا که این ماده، تملک بلاعوض را اجازه داده، می توان از وحدت ملاک آن استنباط کرد که تعهد بلاعوض به نفع صغیر ممیز نیز مانند تملک بلاعوض است (امامی، بی تا: ج ۴، ص ۱۵۳).

بعد از مالکیت مراعاتی حمل با عقود و عناوین فوق، برای اداره اموال جنین باید فردی به عنوان نماینده قانونی او معین شود؛ وگرنه امکان تلف این اموال یا سوءاستفاده نزدیکان جنین یا دیگران از اموال او وجود دارد (امامی، بی تا: ج ۳، ص ۸۹). به علاوه، بعد از حصول مال، گاه اختلافاتی رخ می دهد که خواه ناخواه جنین به عنوان خواهان یا خوانده مطرح شده و امین باید برای اثبات حق و دفاع از جنین در دادگاه حاضر شود؛ البته فقها برای جنین، ولایت قهری در نظر نگرفته اند. طبق بند اول ماده ۱۰۳ و ۱۰۵ قانون امور حسبی، امین به عنوان نماینده قانونی جنین توسط دادگاه معین می شود. قانونگذار با سپردن نمایندگی قانونی جنین به پدر و جد پدری او، کار را برای خود ولی قهری هم آسان می سازد.

همچنین داشتن حق تمتع بدون قدرت بر اجرای آن، لغو است؛ زیرا علت غایی از داشتن حق تمتع، اِعمال و اجرای آن است (امامی، بی تا: ج ۴، ص ۱۵۸). امین می تواند از طرف حمل، مجری حق باشد. از این رو برای حفظ اموال حمل از طرق عقود مذکور یا ارث و اقرار، امین می تواند در چارچوب غبطه و مصلحت جنین برای حفظ از تلف در ایام سفر، قرض و حتی اجاره بدهد. قدر متیقن از تصرفات مجاز امین نیز تصرفات غیرناقل است. بنابراین جز در مواردی که با استناد به قاعده ضرورت می تواند اموال حمل را بفروشد، نباید تصرف ناقل داشته باشد تا سرنوشت حمل و زنده متولد شدنش قطعی شود.

۳. ضوابط تمتع حمل از حقوق مدنی

ماده ۹۵۷ ق.م قانون مدنی در تمتع حمل از حقوق مدنی بیان می کند: «حمل از حقوق مدنی متمتع می گردد؛ مشروط بر اینکه زنده متولد شود». مطابق مدلول منطوقی این ماده، تمتع حمل از حقوق، به شرط آن است که زنده متولد شود؛ یعنی تمتع، معلق و مراعی است. همچنین تمتع حمل، منوط به حلول روح در بدن جنین نشده و از این جهت، مطلق است. در این قسمت صحت عمومیت ضابطه اول و بی نیازی از اناطه تمتع به حلول روح واکاوی می شود:

۳-۱. مراعی بودن تمتع از حقوق مدنی به «زنده متولد شدن»

از منظر فقه و حقوق، جنین اهلیت ناقص دارد و برخورداری کامل او، مشروط به زنده متولد شدن است؛ چنان که مبدأ تعیین سن و تشخیص تابعیت با عنایت به بندهای ۳، ۴ و ۵ ماده ۹۷۶ ق.م، تولد فرد است (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۸۹: ص ۴۸). به عبارتی، شخص

طبیعی یا فرد انسانی دارای وجودی است که محدود به دو حد تولد و موت است (صفایی، ۱۳۹۳: ج ۱، ص ۳۲). قانون مدنی کشورهای اسلامی نیز در مبدأ و منتهای شخصیت انسان بیان کرده‌اند: «تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته». مستنبط از این مواد که آغاز شخصیت را ولادت حی دانسته، مراعی دانستن تمتع حمل از حقوق است؛ هرچند به قانون ارجاع داده شده است: «ومع ذلك، فحقوق الحمل المستكن يعينها قانون الأحوال الشخصية» (ق.م عراق، ماده ۳۴؛ ق.م سوریه، ماده ۳۱).

برخی از پژوهشگران با طرح انحصار اشتراط زنده متولدشدن در ارث جنین در متون فقهی، مدعی شده‌اند قانون مدنی ایران در تعمیم تولد حی به تمتع از سایر حقوق بیراهه رفته‌اند و پیشنهاد اصلاح ماده ۹۵۷ این قانون را داده‌اند. این نوشتار معتقد است: «مراعی بودن تمتع حمل، دلیلی ندارند و حمل در غیرارث، از همان ابتدا مالک می‌شود» (علیشاهی و دیگران، ۱۴۰۰: ص ۶۴). نتیجه اینکه اگر بعد از نقل مالی به حمل، جنین سقط شود، ملک مستقراً و به ارث وراثش می‌رسد.

باید دید مبنای اناطه تمتع حمل به تولد حی چیست. در واقع سؤال این است که آیا مالکیت جنین در عقود تملیکی و ارث، متزلزل و معلق است و منوط به شرط متأخر (ولادت) یا خیر. پاسخ اینکه در خود قانون مدنی ایران، گذشته از این ماده مطلق، در سایر تمتعات حمل نیز همین رویه تعلیق به زنده متولدشدن در پیش گرفته شده است. در ماده ۱۲۷۰ آمده است: «اقرار برای حمل در صورتی مؤثر است که زنده متولد شود»؛ همچنین در ماده ۸۵۱ آمده است: «وصیت برای حمل صحیح است؛ لکن تملک او منوط است بر اینکه زنده متولد شود». در ارث حمل نیز در ماده ۸۷۵ آمده است: «شرط وراثت، زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حاملی باشد، در صورتی ارث می‌برد که نطفه او حین الموت

منعقد بوده و زنده هم متولد شود؛ اگرچه فوراً پس از تولد بمیرد». بنابراین از منظر قانون مدنی ایران، اهلیت تمتع جنین، مشروط به زنده متولد شدن اوست و این تعلیق، نه فقط در ماده ۹۵۷، بلکه در سایر قوانین نیز لحاظ شده است. مقاله پیشین از این وحدت رویه در قانون غفلت کرده و تعلیق مالکیت جنین به تولد حی را فقط ایراد بر ماده ۹۵۷ دانسته است. با عنایت به مواد فوق معلوم می‌شود که نظام حقوقی ایران در استقرار تمتع حمل، زنده متولد شدن را در تمتع جنین از حقوق مدنی لازم دانسته است.

مقاله فوق شرط تولد حی از منظر فقه را فقط به ارث، آن هم تحت عنوان واقعه حقوقی منحصر می‌داند و با این اعتقاد که اناطه تمتع حمل به زنده متولد شدن در ارث، متأثر از ادله روایی خاص است (حرعاملی، ۱۴۰۹: ج ۱۷، ص ۵۸۶)، در دو صفحه ذیل عنوان «دلایل اختصاص شرط زنده متولد شدن حمل در باب ارث»، روایات مربوط را بیان کرده است (علیشاهی و دیگران، ۱۴۰۰: ص ۶۲۶)؛ در ادامه نیز با بیان‌های مختلف همچون استناد به اطلاق ادله عقود، مالکیت جنین قبل از زنده متولد شدن را مقبول دانسته است (علیشاهی و دیگران، ۱۴۰۰: ص ۶۳). باید دید رویکرد فقه به چنین اناطه‌ای چگونه است.

آنچه روشن است فقیهان در کتاب ارث، حمل را یکی از موانع ارث دانسته‌اند و بیان کرده‌اند سهم ارث حمل کنار گذاشته می‌شود و تنجز مالکیت قهری حمل، مراعی به زنده به دنیا آمدن وی است. مراعی بودن انتقال ماترک به جنین به «تولد حی»، دیدگاه اجماعی فقیهان است (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ج ۱۳، ص ۲۶۰؛ وزارت اوقاف، ۱۴۰۴: ج ۳، ص ۶۶؛ ابن حزم، بی‌تا: ج ۸، ص ۲۱۷). برخی از فقیهان عامه تصریح کرده‌اند: «حمل قبل از ولادتش ارث می‌برد؛ لکن شرط استقرار ملک این است که زنده به دنیا بیاید» (شرینی، ۱۴۱۵: ج ۴،

ص ۵۰). فقها نه تنها در ارث، بلکه در سایر تمتعات جنین نیز «تولد حی» را شرط تمتع دانسته‌اند؛ برای نمونه درباره وصیت آمده است: «تصح الوصیة للحمل الموجود وتستقر بانفصاله حیاً، ولو وضعته میتا بطلت الوصیة» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۲، ص ۲۰۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۸، ص ۳۸۶؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸: ج ۶، ص ۱۸۱؛ نووی، بی تا: ج ۱۵، ص ۴۷۳). میرزای قمی می نویسد: «صحت تملک حمل در موارد خاص، با دلایل خارجی پذیرفته شده است، همین هم مشروط به زنده متولد شدن است» (میرزای قمی، ۱۴۱۳: ج ۳، ص ۱۸۸). البته سید یزدی معتقد است در وصیت که فقها شرط تولد حی را لازم دانسته‌اند، اشکال وجود دارد (یزدی، ۱۴۱۴: ج ۱، ص ۲۰۹).

با بررسی کتب فقهی روشن شد که علت اناطه تمتعات حمل به تولد حی، بیان نشده و بیشتر شبیه گزاره‌ای مسلم نگاشته شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۸، ص ۳۸۶). در این قسمت مبانی این امر واکاوی و تحلیل می شود:

اشکال اساسی اشتراط زنده متولد شدن جنین، ماهیت تعلیقی در چنین تمتعاتی است (سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۲۲، ص ۴۶). با مراعی بودن این امور به تولد حی جنین، گواهی که انشاء، معلق است. پاسخ اینکه تعلیقی مبطل است که در اصل انشاء باشد، نه اینکه انشاء منجز بوده و منشأ، معلق باشد. تعلیق در منشأ، هیچ اشکالی ندارد. در واقع، در عقدی همچون وصیت، تملیک به جنین رخ داده، منتها تملک او منوط به تولد حی است. نوشتار پیشین معتقد است فقط در ارث، زنده به دنیا آمدن شرط است و در سایر عقود، تمتع مشروط به این شرط نیست. در مقاله پیشین در منشأ تفاوت پذیرش اناطه در ارث برخلاف سایر عقود، بیان شده که ارث، واقعه حقوقی است و قراردادهای، عمل حقوقی هستند. عمل حقوقی، اعتباری و واقعه حقوقی، مادی است (علیشاهی و دیگران، ۱۴۰۰: ص ۷۰).

ضمن پذیرش اصل این انگاره، به نظر می‌رسد نتیجه نادرستی، از آن گرفته شده است؛ زیرا معلق بودن منشأ و مراعی بودن مالکیت جنین در ارث که قهری است، نشان از خلأ در جنین دارد. این نقصان هم به ماهیت ملک برمی‌گردد؛ زیرا اگر از مقوله جدّه باشد، حمل نمی‌تواند واجد مملوک باشد و اگر از مقوله اعتبار باشد، عقلاً مالکیت جنین را اعتبار نمی‌کنند. تزلزل مالکیت جنین به خاطر عدم امکان فعلی برقراری رابطه بین جنین و مایملک وی است. اینکه با استناد به تمایز عمل حقوقی با واقعه حقوقی، بر چه مبنایی مالکیت مستقر حمل پذیرفته شده، مبهم است؛ به ویژه اینکه عکس آن با اولویت‌گیری از عدم امکان مالکیت مستقر حمل در نقل قهری با واقعه حقوقی قابل اثبات است. از این رو اینکه برخی اشتراط تولد حی در جنین را قیاس بر ارث انگاشته و آن را مردود دانسته‌اند (علیشاهی و دیگران، ۱۴۰۰: ص ۶۵)، با تفتن به نکته فوق و صحت قیاس اولویت، قابل تصحیح است؛ هرچند در متون فقهی از قیاس سایر تمتعات به ارث، سخنی به میان نیامده است.

از جمله اشکالات اناطه تمتع حمل به تولد حی، بی‌مالک ماندن اموال تملیک شده به جنین قبل از تولد حمل است. این اشکال نیز با لحاظ کاشفیت زنده متولد شدن رفع می‌شود. اگر جنین زنده به دنیا بیاید، کاشف از مالکیت وی از ابتدای عقود و از اصل آنهاست. به عبارتی لازمه مراعی بودن تمتع حمل این است که اگر مرده به دنیا بیاید سبب ناقل، بی‌اثر یا باطل می‌شود. از این رو صاحب جواهر، عبارت محقق حلی در کتاب شرایع (لو وضعته میتا بطلت الوصیه) را به ظهور بطلان معنا کرده است (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۸، ص ۳۸۶). در نتیجه، به مالک قبلی یا ورثه او برمی‌گردد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ج ۴، ص ۱۲). به این جهت، قانون مدنی در وصیت به جنین چنین تعبیر کرده

است: «... لکن تملک او منوط است بر اینکه...». در واقع، در عقدی همچون وصیت، تملیک به جنین رخ داده، منتها تملک او منوط به تولد حی است. در ارث نیز بین سایر وراثت میت تقسیم می‌شود؛ نمائات متخلل و منافع مال نیز تابع عین خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۸، ص ۳۸۶).

دلیل دیگر بر بطلان اشتراط تولد حی در تمتعات حمل، لازم بودن هبه به رحم و عدم مشروعیت بازپس‌گیری آن از حمل در صورت رحم بودن آن عنوان شده است؛ چه مرده به دنیا بیاید و چه زنده. در واقع، هبه به حمل زنده که ذوالرحم است، از زمان عقد، محقق می‌شود و قابل رجوع نخواهد بود. اگر زنده بودن شرط باشد و جنین مرده به دنیا بیاید، باید موهوب بازگردانده شود که با لزوم هبه به محارم قابل جمع نیست (علیشاهی و دیگران، ۱۴۰۰: ص ۶۴). این استدلال ناتمام است؛ زیرا کاشف بودن تولد حی نشان می‌دهد، در صورت مرده به دنیا آمدن جنین، اصلاً تملکی صورت نگرفته تا مصداق بازستاندن هبه از رحم باشد. همچنین هیچ استبعادی ندارد که لزوم هبه به ذوالرحم، منوط به قبض خود او باشد. این امر با قاعده قدر متیقن نیز قابل اثبات است؛ عدم جواز رجوع در هبه به ذوالرحم، خلاف اصل است.

اناطه استقرار مالکیت حمل به زنده متولد شدن با ماهیت عقود مسامحی نیز سازگارتر است؛ زیرا در این عقود که متکی به بخشش و عاطفه هستند، شخص جنین موضوعیت دارد. از این رو اگر مرده به دنیا بیاید، باید به مالک قبلی برگردد، نه اینکه به وراثت جنین برسد.

بنابراین رویه قانون مدنی ایران در تزلزل شخصیت جنین و اهلیت تمتع آن و تعمیم اناطه تمتع به زنده متولد شدن، برگرفته از فقه است و ادله و قواعد متعددی، پشتوانه

آن است. این اهلیت متزلزل به محض زنده متولد شدن ثابت می‌گردد؛ هرچند فوراً از دنیا برود (ماده ۸۷۵ ق.م). ماده ۱ ق.م آلمان و ماده ۳۱ ق.م سوئیس نیز قابلیت بقا پس از تولد را شرط شخصیت حقوقی و اهلیت جنین قرار نداده‌اند، برخلاف قوانین بعضی از کشورها مانند فرانسه که قابلیت بقا پس از ولادت را برای اهلیت جنین افزوده‌اند. بنابراین طفلی که قبل از مدت، نارس متولد شده و قابلیت بقا نداشته باشد، شخصیت حقوقی ندارد. در ماده ۳۰ ق.م اسپانیا افزون بر این، شرط شده که طفل باید به صورت انسانی باشد و ۲۴ ساعت تمام، خارج از رحم زنده بماند (امامی، بی تا: ج ۴، ص ۱۵۲-۱۵۳).

نتیجه اینکه اموالی که از طرق مختلفی همچون ارث، وصیت، هبه و اقرار برای جنین به دست می‌آید بعد از تولد، به ملکیت مستقر او درمی‌آید. از آنجا که جنین از اداره این اموال ناتوان است، بنابر بند اول ماده ۳۰۱ قانون امور حسبی، دادگاه، امینی را به این عنوان معین می‌کند؛ البته در ماده فوق برای اداره خصوص سهم الارث جنین، به دادگاه اجازه تعیین امین داده شده؛ ولی از نظر وحدت ملاک برای هرگونه دارایی جنین، امین معین می‌شود. حدود اختیارات ولی خاص در دارایی جنین، همان است که امین نسبت به دارایی صغیر دارد (امامی، بی تا: ج ۴، ص ۱۵۸).

۳-۲. اشتراط حلول روح در حمل برای تمتع از حقوق

در ماده ۹۵۷ ق.م ایران جنین به طور مطلق، متمتع از حقوق مدنی دانسته شده، بدون اینکه بین قبل از حلول روح و بعد از آن تفاوتی لحاظ شود؛ این در حالی است که منشأ اعطای حق تمتع به جنین، الحاق او به انسان است؛ یعنی چون همه انسان‌های زنده، متمتع از حق‌اند (دلالت ماده ۹۵۶ ق.م)، جنین هم متمتع می‌شود.

در ابتدای امر به نظر می‌آید، در این ماده از مبانی دینی مراحل تکوّن و تکامل جنین (مومنون: ۱۲-۱۴) غفلت شده است؛ زیرا از منطق دین، روح بعد از چهارماهگی به کالبد جنین دمیده می‌شود. این تفکیک مراتب خلقت در روایات دیه جنایت بر جنین نیز آمده است: «فَإِذَا أُنْشِئَ فِيهِ خَلْقٌ آخَرُ وَهُوَ الرُّوحُ فَهُوَ حِينَئِذٍ نَفْسٌ بِأَلْفِ دِينَارٍ...» (کلینی، ۱۴۰۷: ج ۷، ص ۳۴۳). پس روح انسانی در کل دوره حاملگی، همراه جنین نیست. این روایات در اینکه دیه جنین قبل از ولوج روح با حکم آن بعد از ولوج روح مشترک نیست، نص هستند و تفصیل موجود در حدیث، قرینه قطعی بر تمایز است (خویی، ۱۴۲۲: ص ۴۹۶). روایت «فَإِذَا تَمَّتِ الْأَرْبَعَةُ أَشْهُرٌ بَعَثَ اللَّهُ إِلَيْهَا مَلَكَ يَنْحَلُّ خَلْقَيْنِ يُصَوِّرَانِهِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ج ۷، ص ۱۴۲) به حلول روح انسانی بعد از چهارماهگی دلالت دارد.

فقه‌ها نیز در دیه جنایت بر جنین با تمایز بین قبل و بعد از حلول روح، سه مرحله را مدنظر قرار داده‌اند و بیان کرده‌اند: «دیه جنین بعد از کمال خلقت و قبل از ولوج روح، ۱۰۰ دینار است. قبل از کمال خلقت، دیه نطفه ۲۰ دینار و... است. بعد از ولوج روح نیز دیه کامل دارد» (شهیدثانی، ۱۴۱۰: ج ۱۰، ص ۲۸۹). عنوان کردن «قبل از کمال خلقت»، گذشته از عدم حلول روح (شهیدثانی، ۱۴۱۳: ج ۱۵، ص ۴۶۸)، نقصان اعضای انسانی را در مراحل تکون جنین نیز متذکر می‌شود. صاحب جواهر نیز در اینکه «آیا جنین، ولی دارد یا نه»، به تمایز بین قبل و بعد از حلول روح تفتن داشته و ضمن نپذیرفتن ولی برای جنین، قید «خصوصاً قبل ولوج الروح» (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۸، ص ۳۸۶) را اضافه می‌کند.

همه این امور نشان می‌دهد حمل قبل از ولوج روح، خصوصیت انسانی ندارد. در واقع، انسان در آغاز به جز یک جسم طبیعی نبود و از بدو پیدایش، صورت‌هایی گوناگون به خود گرفت تا در آخر، همین موجود جسمانی و جامد و خمود، خلقتی می‌یابد که در آن خلقت، انسانی دارای شعور و اراده می‌گردد (علامه طباطبایی، ۱۳۷۴: ج ۱، ص ۵۳۰).

حال سؤال اینجاست که چطور یک نطفه منعقدشده قبل از حلول روح انسانی می‌تواند از حقوق مدنی متمتع شود.

بهترین پاسخ، صدق عرفی انسان بر جنین قبل از حلول روح است. آنچه علم پزشکی نیز ذکر و تأیید می‌کند، وجود حیات در جنین از بدو لقاح نطفه است؛ بدون اینکه تمایزی بین حیات گیاهی، حیوانی یا انسانی قائل شود. از این رو، فقها در کنار گذاشتن سهم ارث جنین به صراحت بیان کرده‌اند که حیات داشتن حمل در زمان مرگ موثر لازم نیست (شهیدثانی، ۱۴۱۳: ج ۱۳، ص ۲۶۰)؛ یعنی حکم ارث درباره حمل زیر چهارماه هم جاری می‌شود. همچنین فقیهان در تمتع حمل از وصیت تصریح کرده‌اند که قبل از دمیده شدن روح نیز وصیت به جنین درست است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ج ۴، ص ۱۲؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸: ج ۶، ص ۱۸۱؛ نووی، بی تا: ج ۱۵، ص ۴۷۳).

تعلق دیه به جنین نیز مطلق است؛ بنابراین نه تنها خسارت به جنین قبل از چهارماهگی دیه دارد، خسارت به نطفه هم دیه دارد؛ این در حالی است که فقط «انسان» دیه دارد. البته چه بسا بتوان دیه را از سایر حقوق مدنی جدا کرد؛ زیرا دیه جنایت بر میت نشان می‌دهد که دیه بر موجود غیرحی هم تعلق می‌گیرد. همچنین طبق نظر برخی از فقها، بر عزل نطفه بدون اذن زوجه هم دیه قرار داده شده (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۳، ص ۳۷۶)؛ درحالی که هیچ بهره‌ای از حیات ندارد. به نظر می‌رسد به رسمیت شناختن تمتع حمل قبل از حلول روح، به حمایت از جنین توسط شرع و قانون برمی‌گردد. با مسلم دانستن تمتع حمل از ارث و وصیت حتی قبل از چهارماهگی و حلول روح، با استناد به قاعده «حکم الأمثال فیما یجوز وفیما لایجوز واحد» (ملاصدرا، ۱۳۶۰: ص ۴۵۹) می‌توان در سایر تمتعات نیز از اشتراط حلول روح در جنین چشم پوشید.

جمع بندی و نتیجه گیری

مهم ترین نتایج قابل استخراج از مطالب ارائه شده در متن مقاله درباره تمتع حمل از حقوق مدنی عبارت اند از:

۱. حقوق مدنی در معنی خاص، شامل مجموعه قوانینی است که به روابط افراد خصوصی جامعه بایکدیگر بدون در نظر گرفتن شغل، عنوان و مقام خاص آنها در اجتماع پرداخته است.
۲. برخی با استناد به اطلاق ماده ۹۵۷ ق.م ایران، تمتع حمل از همه حقوق را پذیرفته اند. عمده استدلال این دیدگاه، اطلاق ادله عقود است. این استدلال به خاطر غفلت از مقدمات حکمت همچون در مقام بیان نبودن ادله و همچنین قرینیت ارتکاز عقلاً، ناتمام دانسته شد.
۳. رویکرد دیگر، وقف مستقل به حمل را از سنخ منقطع الاول و باطل دانسته است. تکیه اصلی این رویکرد به معدوم انگاشتن جنین بود که با نقد معدوم انگاری جنین و رفع سایر ایرادات وقف مستقل به حمل، چنین وقفی مشروع دانسته شد.
۳. با نقد ادله دو رویکرد فوق و با استناد به ارتکاز و سیره عقلا روشن شد که حمل فقط از عقود مغابنی همچون وصیت و هبه و همچنین از ارث و اقرار متمتع می شود.
۴. استناد به اطلاق ادله عقود در معلق نبودن تمتع حمل به زنده متولد شدن نیز ناتمام است و با بیان ادله ای همچون صحّت تعلیق در منشأ و لحاظ کاشفیت زنده متولد شدن، مالکیت جنین مراعی دانسته شد.
۵. هرچند در ابتدای امر به نظر می رسد حمل قبل از حلول روح نباید بهره ای از حقوق انسانی داشته باشد، با استناد به اینکه حمل قبل از حلول روح، انسان عرفی است و همچنین حمایت از جنین، تمتع او منوط به حلول روح دانسته نشد.

۶. نتیجه نهایی اینکه ماده ۹۵۷ ق.م ایران به درستی با الگوگرفتن از فقه، تمتع حمل از حقوق مدنی را به «تولد حی» منوط کرده است.

منابع

قرآن کریم

- ابن ادریس، محمد (۱۴۱۰ق)، السرائر، قم: اسلامی.
- ابن حزم اندلسی، ابو محمد (بی تا)، المحلی بالآثار، بیروت: دار الفکر.
- ابن عابدین، محمد امین (۱۴۱۲)، رد المحتار، بیروت: دار الفکر.
- ابن قدامه مقدسی، عبد الله بن احمد (۱۳۸۸ق)، المغنی، قاهره: مكتبة القاهرة.
- احمد مختار، عبد الحمید (۱۴۲۹ق)، معجم اللغة العربية المعاصرة، بیروت: عالم الكتاب.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۱۳ق)، کتاب فی الوقف، قم: اسلامی.
- اراکي، محمد علی (۱۴۱۳)، کتاب الطهارة، قم: در راه حق.
- امامی، سید حسن (بی تا)، حقوق مدنی، تهران: اسلامی.
- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵)، الحدائق الناضرة، قم: اسلامی.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، قم: آل البيت.
- حنبلی، ابن رجب (بی تا)، القواعد، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- خمینی، سید روح الله موسوی (بی تا)، توضیح المسائل (محشی)، قم: اسلامی.
- _____ (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، تهران: نشر آثار.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق)، مبانی تکملة المنهاج، قم: مؤسسه إحياء الآثار.
- دُبیان، ابو عمر (۱۴۳۲ق)، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ریاض: مكتبة الملك فهد.
- رافعی، عبد الکرم (۱۴۱۷ق)، الشرح الكبير، بیروت: دار الکتب.

- زحیلی، وهبة (بی تا)، الفقه الاسلامي وادلته، دمشق: دار الفكر.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحكام، قم: المنار.
- شربینی، شمس الدین (۱۴۱۵)، مغنی المحتاج، بیروت: دارالکتب.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، الروضة البهية (المحشی - کلانتر)، قم: داوری.
- _____ (۱۴۱۳ق)، مسالک الأفهام، قم: المعارف الإسلامية.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، المبسوط، تهران: مرتضویه.
- صفایی، سید حسین؛ قاسم زاده، سید مرتضی (۱۳۸۹ش)، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران: سمت.
- صفایی، سید حسین (۱۳۹۳ش)، اشخاص و اموال، تهران: میزان.
- علامه طباطبائی، سید محمد حسین (۱۳۷۴ش)، ترجمه المیزان، قم: اسلامی.
- علیشاهی، ابوالفضل؛ بهمن پوری، عبدالله؛ پیشرو، راضیه (۱۴۰۰ش)، «تحلیل فقهی و حقوقی ماده ۹۵۷ قانون مدنی: اهلیت تمتع جنین»، مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده، ش ۴ (۷)، ص ۵۵-۷۹.
- قانون امور حسبی.
- قانون مدنی ایران.
- قانون مدنی سوریه.
- قانون مدنی عراق.
- قوانین موضوعه کاشف الغطاء، جعفر (۱۴۲۲ق)، کشف الغطاء، قم: اسلامی.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷)، الکافی، تهران: اسلامی.
- لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۱ش)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- _____ (بی تا)، حقوق اموال، تهران: بی نا.
- ماوردی، ابوالحسن (۱۴۱۹ق)، الحاوي الكبير، بیروت: دارالکتب.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، شرائع الإسلام، قم: اسماعیلیان.
- مظفر، محمد رضا (۱۳۸۷ش)، أصول الفقه، تعلیقه: زارعی، قم: بوستان کتاب.

- ملاصدرا، محمد بن ابراهیم (۱۳۶۰ش)، شواهد الربوبية، تهران: نشر دانشگاهی.
- میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۴۱۳ق)، جامع الشتات، تهران: کیهان.
- ناصری، مهدی؛ چیت‌سازیان، مرتضی (۱۴۰۲ش)، «بررسی معیارهای عقود مسامحه و کیفیت اعمال آن در برخی از مصادیق این عقود»، مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی، ش ۶۰، ص ۲۱-۳۷.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام، بیروت: إحياء التراث العربی.
- نووی، یحیی (بی‌تا)، المجموع، بیروت: دار الفکر.
- وزارت اوقاف کویت (۱۴۰۴ق)، موسوعة فقهية، کویت: دارسلاسل.
- یزدی، سیدمحمدکاظم طباطبایی (۱۴۱۴ق)، تکملة العروة الوثقی، قم: داورى.