

# بررسی احکام فقهی و حقوقی حمل و جنین

حجة الاسلام و المسلمین خلیل قبله ای

این مقاله که در بیان احکام فقهی و حقوقی حمل و جنین است در ضمن چهار فصل ارائه

می شود:

فصل اول- کلیات که در آن مفهوم حمل و مراحل مختلف آن (از انعقاد نطفه تا تولد) و اقل و اکثر مدت حمل از دیدگاه فقهای امامیه و عامه و قانون مدنی و اهلیت تمتع در حمل، مطالعه می شود.

فصل دوم- در احکام فقهی حمل که در آن مسائل ذیل بررسی می شود:

۱- اجتماع حیض با حمل

۲- اگر زن حامل بمیرد و غیر مسلمان باشد در صورتی که حمل مسلمان است در مقابر مسلمین دفن

می شود.

۳- در مثال بعد میت را پشت به قبله دفن می کنند تا حمل رو به قبله باشد.

۴- اگر روزه بر حامل ضرر داشته باشد زن حامل به خاطر حمل می تواند در ماه مبارک افطار کند.

ه زن حامل را در یک طهر می توان سه طلاقه کرد.

فصل سوم - در بیان احکام حقوقی حمل:

۱- زن حامل در ایام عده طلاق نفقه دارد هر چند طلاق بائن باشد.

۲- وقف بر حمل.

۳- وضعیت بر حمل.

۴- ارث حمل.

فصل چهارم - احکام حمل ناشی از زنا و شبهه

## فصل اول - کلیات

مباحث این فصل را در چهار گفتار بررسی می کنیم:

۱- مفهوم بر حمل و واژه های جنین و حبل.

۲- مراحل مختلف حمل.

۳- اقل و اکثر مدت حمل از نظر فقهای امامیه و عامه و قانون مدنی.

۴- اهلیت تمتع حمل.

## گفتار اول - مفهوم حمل

واژه حمل عربی است و جمع آن، اجمال و حمال است چنانکه در قرآن مجید آمده است: «و اولات

الاحمال اجلهن ان یضعن حملهن»<sup>(۱)</sup> عده صاحبان حمل با وضع حملهایشان سپری می شود.

در کتاب و المرسومة الفقهیه» (الکویت) آمده است: «الحمل يطلق على ما يرفع بالیه او على الظهر من المتاع و ما تحمله الانثی فی رحمها من الجنین»<sup>(۲)</sup>

این عبارت قابل مناقشه است زیرا آنچه را که با دست و یا به پشت حمل می کنند، آن را حمل گویند.

راغب می گوید: حمل یک معنی دارد و در موارد و چیزهای زیادی به کار می رود<sup>(۳)</sup> زیرا که برداشتن چیزی با دست و یا به دوش گرفتن آن و همچنین حمل جنین همه اینها در یک معنی استعمال شده است.

### واژه جنین

جنین از جن گرفته شده است. در مفردات راغب آمده است: «اصل الجن سرالشیبی عن الحاسة» به قلب، جنان گفته می شود برای این است که میان بدن پوشیده شده و به سپر مجن و مجنه گویند زیرا که صاحب خود را می پوشاند و به هر باغی که دارای درختان انبوهی باشد، جنت و جنات گویند زیرا که درختها روی زمین را می پوشانند.<sup>(۴)</sup>

جنین بچه ای را می گویند که در بطن مادر است و بطن و رحم مادر او را می پوشاند و از دید پنهان می دارد، جمع آن اجته است «واذانتهم اجته فی بطون امهاتکم».<sup>(۵)</sup>

و آنگاه که شما در شکم مادرانتان جنین ها بودید.

بهر حال، جنین بر وزن فعلیل به معنی مفعول است یعنی پوشانده شده از نظرها به وسیله بطون و

شکم های مادران، در قرآن مجید به این پوشش اشاره شده است:

۲ - المرسومة الفقهیه (الکویت) جلد ۷، ماده حمل

۳ - معزادات راغب، ماده حمل

۴ - همان منبع ماده، جن

۵ - سوره نجم، آیه ۳۲

«لخلقکم فی بطون امهاتکم خلقا من بعد خلق فی ظلمات ثلث»<sup>(۶)</sup>

شما را در بطون مادرانتان آفریدیم خلقت بعد از خلقت در ظلمات و تاریکیهای سه گانه. مراد از خلق بعد از خلق مراحل جنین است که از نطفه به علقه و از آن به مضغه الی آخر مراحل حمل و مراد از ظلمات ثلث ظلمت شکم و رحم و تخمدان است بنابراین، بچه در شکم مادر از سه جهت پوشانده شده است لذا آن را جنین گویند و او مادامی که در رحم مادر است، جنین است و بعد از تولد از سر و پوشش بیرون می آید و اطلاق جنین بر آن درست نیست.

### واژه حبل

حبل نیز به فتح (با) به معنی حمل آمده است و به زن حامله «حبلی» گفته شده است. چنانکه در روایات زیادی از حامل به «حبلی» تعبیر شده است، از جمله: از امام صادق علیه السلام پرسیدند «عن رجل طلق امراته و لهی حبلی و کان فی بطنها اثنان» مردی زنش را طلاق داد در حالی که او حبلی یعنی حامله بود و در شکم او دو بچه بود یکی را وضع کرد و بچه دیگر هنوز متولد نشده است امام (ع) فرمود: تبین بالاول با آن وضع اول از عده خارج شد.<sup>(۷)</sup>

### گفتار دوم - مراحل مختلف حمل

مراحل حمل برحسب قرآن کریم عبارتند از:

- ۱- نطفه - خداوند می فرماید: ثم جعلنا نطفه فی قرار مکین.
- ۲- علقه خون جامد خداوند می فرماید: ثم خلقنا النطفه علقه.
- ۳- مضغه گوشت جویده شده خداوند می فرماید: خلقنا العلقه مضغه.
- ۴- عظام - خداوند می فرماید: مخلقنا المضغه عظاماً.

۶ - سوره زمر، آیه ۶

۷ - وسائل الشیعه جلد ۲۲، باب ۱۰، از ابواب عده‌ها، حدیث اول

شد پوشیده شدن استخوان با گوشت: فکسونا العظام لحمًا.

استخوان و اسکلت را با گوشت پوشاندیم.

ع خلقت مباین: خلقی مباین خلقتهای قبل به وجود آوردیم ثم انشانا خلقاً آخر.<sup>(۸)</sup>

فخر رازی می گوید: در این مرحله جنین حیوان است که در مراحل قبلی جماد بود، ناطق است که

قبلاً ابکم بود شنوا است که در قبل کر بود، بینائی دارد که قبلاً کمه (کور) بود.<sup>(۹)</sup>

همه این مراحل، حمل است، همه احکام حمل بر جمیع این مراحل جاری است هر چند در

بعضی از احکام به جهت اختلاف مراحل اختلاف پیدا می شود. مثلاً اسقاط نطفه با اسقاط جنینی که

روح در او پیدا شده است از حیث پرداخت دیه یکسان نیست لکن از حیث حرمت اسقاط فرقی با هم

ندارند.

### گفتار سوم - مدت حمل

برای حمل، فقهای اسلام (امامیه و عامه) از حیث قلت و کثرت حدی قائل شده اند اقل مدت

حمل - آن شش ماه است و در آن اختلافی وجود ندارد همه فقهای اسلام اقل حمل را شش ماه

می دانند. قرآن کریم نیز بر آن دلالت دارد: در یک جامی فرماید: «و حمله و فصاله ثلثون شهراً»<sup>(۱۰)</sup> و

در جای دیگر می فرماید: «والوالدات یرضعن اولادهن حولین کاملین»<sup>(۱۱)</sup> مجموع مدت حمل و

بریدن از شیر به حکم آیه قبل سی ماه است و مدت فصال به حکم آیه دوم بیست و چهار ماه است.

بدیهی است که برای حمل شش ماه باقی می ماند این دلالت از اقسام دلالت سیاقیه است که «دلالة

الاشارة» نامیده می شود.<sup>(۱۲)</sup>

۹- تفسیر فخر رازی جلد ۲۳ و ۲۲، ص ۸۵

۱۱- سوره بقره، آیه ۲۳۳

۸- سوره المومنون، آیه ۱۴

۱۰- سوره احقاف، آیه ۵

۱۲- اصول فقه مظفر، جلد اول، ص ۱۲۵

صاحب جواهر قده می‌گوید: «اقل الحمل ستته اشهر کتابا و سنة مستیضة اوستواتره و اجماعا محکیا بل و محصلاً»<sup>(۱۳)</sup>

و در کتاب «الفقه الاسلامی و ادلته» می‌گوید: و اقل مدة الحمل بالاتفاق، سته اشهر»<sup>(۱۴)</sup> در اینجا نیازی نیست که کلمات فقها ذکر شود در آیه شریفه و اخبار مثفیضه غنی و کفایه. اکثر مدت الحمل و در آن اختلاف نظر وجود دارد.

در کتاب الفقه الاسلامی و ادلته» آمده است: در اینجا نصی وجود ندارد باید به موجود (یعنی آنچه در خارج اتفاق می‌افتد) رجوع کرد. از شافعی و ضابله نقل می‌کند که حمل چهارسال در رحم مادر مانده است بنابراین اقصی الحمل چهارسال است و از شافعی نقل می‌کند و می‌گوید: «و قال الشافعی بقی محمدبن عجلان فی بطن امه اربع سنین» شافعی می‌گوید: محمدبن عجلان در رحم مادرش چهارسال مانده است.

ولیدبن مسلم می‌گوید: به مالک بن انس گفتم عایشه می‌گوید: «لاتزید المرأة فی حملها علی سنین» حمل در رحم زن بیش از دو سال نمی‌ماند.

مالک گفت: چه کسی این سخن را می‌گوید؟ «هذه جارتنا امرأة محمدبن عجلان امرأة صدق و زوجها رجل صدق حملت ثلثة ابطن فی اثنی عشر سنة»

احمد می‌گوید: زنان بنی عجلان حملشان چهارساله می‌شود.

سرانجام دکتر زحیلی مولف کتاب الفقه الاسلامی و ادلته نتیجه می‌گیرد: اگر مردی زنش را طلاق داد و یا شوهری مرد و زن با مردی ازدواج نکرد و چهارسال بعد از طلاق یا موت بچه ای به دنیا آورد آن بچه به پدرش که چهارسال پیش مرده ملحق می‌شود و عده آن زن هم با تولد این بچه

۱۳ - جواهر الکلام، جلد ۱۱، ص ۱۴۴، موسسه المرتضی العالمینه بیروت - لبنان در ۱۵ مجله

۱۴ - الفقه اسلامی و ادلته، جلد ۷، ص ۶۷۶، دارالفکر

منقضی می‌گردد.<sup>(۱۵)</sup>

و این حکم در بیشتر جاها ثمرات فقهی ندارد در وقف وصیت و نظایر اینها کاربرد دارد. آنچه از کتاب فوق نقل کردیم به هیچ وجه دلالت بر اقصای الحمل ندارد مثلاً اگر شوهری بمیرد و زنش بعد از چهار سال بچه ای به دنیا آورد از کجا معلوم می‌شود که این بچه چهار سال در شکم مادر مانده و یا شش ماهه است. به مجرد اینکه مادر راستگو و پاکدامن است نمی‌توان حکم را ثابت کرد. بلی نمی‌توان گفت از زن است مادر حد زنا نمی‌زنند و کسی حق ندارد او را متهم کند. حامله شدن راهبانی دارد که ممکن است از آن راهبها این شوهر مرده حامله شده باشد مثلاً «وطی به شبهه»...

### نظر فقهای امامیه

در فقه امامیه در این موضوع اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از فقها اقصای حمل را نه ماه می‌دانند و گروهی دیگر ده ماه و بعضی از آنها به یکسال معتقد هستند.

### نظریه اول (نه ماه)

شیخ طوسی را مبسوط و خلاف برآن ادعای اجماع کرده است.<sup>(۱۶)</sup>

برای اثبات این نظریه علاوه بر اجماع به روایاتی استناد شده است از جمله: صحیح ابن حجاج است که می‌گوید: سمعت ابا ابراهیم علیه السلام يقول: «إذا طلق الرجل امراته فادعت حبلًا انتظر بها تسعة أشهر فان ولدت، و الا اعتدت بثلاثة أشهر، ثم قد بان منه»<sup>(۱۷)</sup>

ترجمه: از امام موسی علیه السلام شنیدم که فرمود: اگر مردی زنش را طلاق دهد و او ادعا کند که حامله است، نه ماه انتظار می‌کشد اگر در این مدت وضع حمل کرد که هیچ (یعنی عده اش تمام شده

۱۵ - همان منبع

۱۶ - به نقل از کتاب جواهر جلد ۱۱، ص ۱۴۵. و الخلاف، ج ۳، ص ۶۵، مساله ۵۲

۱۷ - وسائل الشیعه، جلد ۲۲، ب ۱۰، از ابواب عده‌ها، حدیث ۴

و می‌تواند با شخص دیگری ازدواج کند) و گرنه سه ماه عده نگه می‌دارد و سپس از شوهر جدا می‌شود.

### نظریه دوم (ده ماه)

صاحب جواهر می‌گوید: از اخباری که به دست ما رسیده است، خبری که دلالت بر ده ماه بکند وجود ندارد.<sup>(۱۸)</sup>

محقق در شرایع می‌گوید: «و هو حسن یعضده الوجدان فی کثیر» یعنی نظریه دوم (ده ماه) نظریه خوبی است و در بسیاری از موارد نیز چنین است.<sup>(۱۹)</sup>

در قانون مدنی هم اقتضای حمل را ده ماه ذکر کرده است: ماده «۱۵۸» طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد.»

در شرح و تفسیر ماده فوق دکتر سید حسن امامی می‌نویسد: علت آنکه ماده «۱۵۸» ق.م. شرط محقق فرارش را نگذشتن بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد قرار داده آنست که جنین طبیعه بیش از ده ماه از تاریخ انعقاد نطفه در رحم باقی نمی‌ماند.<sup>(۲۰)</sup>

برای اثبات ماده «۱۵۸» ق.م. باید دو امر ثابت شود. یکی اینکه جنین بیش از ده ماه از تاریخ انعقاد نطفه در رحم باقی نمی‌ماند ولو به ندرت و گرنه اگر بعضی از افراد جنین در رحم بیش از ده ماه بماند، اقتضای حمل، ده ماه نمی‌شود و دیگر اینکه ثابت شود که جنین گاهی ده ماه در رحم باقی میماند و گرنه به مجرد اینکه ادعا شود که جنین طبیعه بیش از ده ماه در رحم باقی نمی‌ماند، ثابت نمی‌کند

۱۸ - وسائل الشیعه، جلد ۲۲، ب ۱۰، از ابواب عده‌ها، حدیث ۴

۱۹ - شرایع الاسلام، به نقل از جواهر، جلد ۱۱، ص ۱۴۵

۲۰ - حقوق مدنی، جلد ۵، ص ۱۵۸



که اقتصای حمل ده ماه است یا باید علم ثابت کند و یا ادله شرعیه.

### نقد و بررسی

از آنچه گفته شد این نتیجه به دست آمد که قول به ده ماه مدرک و مستندی ندارد بنابراین، امر دایر است بین نظریه نه ماه و دوازده ماه قائلین به نه ماه به اخباری استناد کرده اند که می توان از آنها نظریه دوازده ماه را استنباط کرد. امام علیه السلام در صحیح ابن حجاج می فرماید: «انتظر بها تسعة اشهر» به او نه ماه مهلت داده می شود اگر در این مدت بچه به دنیا آورد که هیچ (یعنی معلوم می شود حامله بوده و عده اش با وضع حمل خارج می شود) و گرنه سه ماه عده نگه می دارد و پس از شوهر جدا می شود.<sup>(۲۱)</sup> این سه با آن نه ماه می شود دوازده ماه. بعضی ها معتقدند که سه ماه، حکم تعبدی است نه به خاطر احتیاط است و لکن این نظر خلاف ظاهر است بلکه سه ماه برای این است که بعضی از حمل ها در رحم ها دوازده باقی می ماند اگر نه ماهه به دنیا نیامده محمل الک که دوازده ماهه باشد پس احتیاط سه ماهه عده نگه دارد تا امکان وجود حمل در رحم از بین برود.

مویذ این نظر خبر محمد بن حکیم است که از امام موسی بن جعفر علیها السلام می پرسد زنی که شوهرش او را طلاق داده است عده اش چقدر است؟ امام علیه السلام فرمود: سه ماه را وی پرسید زن مطلقه در حمل خود شک می کند، امام فرمود: عده او نه ماه است، گفت او بعد از نه ماه هم شک دارد فرمود: حمل نه ماه است را وی پرسید: آیا او می تواند بعد از نه ماه با شخص دیگر از دواج کند؟ امام علیه السلام فرمود: سه ماه احتیاط کند.<sup>(۲۲)</sup>

از عبارت «سه ماه احتیاط کند» استفاده می شود که ممکن است هنوز رحم این زن حامل جنین باشد. سه ماه احتیاط کند تا امکان وجود حمل در رحم از بین برود. در نتیجه نظریه دوازده ماه بر

۲۱ - وسائل الشیعة جلد، ۲۲، باب ۲۵، از ابواب عده ها

۲۲ - وسائل الشیعة، جلد ۲۲، باب ۲۵، از ابواب عده ها حدیث ۱

حسب روایات قوی تر به نظر می‌رسد.

تنها یک روایت در اینجا باقی می‌ماند که قابل توجیه نیست و در نه ماه صراحت دارد در آن خبر آمده است: «اقصى مدة الحمل تسعة اشهر لا يزيد لحظه» و لوزاد لحظه لقتل الله قبل ان لخرج»<sup>(۲۴)</sup> ولی این روایت از حیث سند و دلالت قابل مناقشه است.

### نظریه فقها

سیدمرتضی قده در انتصار می‌گوید: «مسأله و قمانفروت به الامیة، القول بان اکر مدة الحمل سنة واحدة» محقق خوئی قده در منهاج الصالحین می‌نویسد: «و هو (اقصى الحمل) تسعة اشهر، و عشره اشهر او سنة و المشهور الاولي و الاظهر الاخير»<sup>(۲۴)</sup> اقصای حمل نه یاده و یا دوازده ماه است و مشهور نه ماه و ظهر دوازده ماه است.

امام خمینی قده در تحریر الوسیله آورده است: در اینکه اقصای حمل نه ماه باشد اشکال وجود دارد و یکسال بودن در حجج به نظر می‌رسد.<sup>(۲۵)</sup>

### اقصای مدت حمل از نظر علم

در دائرة المعارف فارسی آمده است: دوران بین لقاح تخم و زایمان نزد انسان طول آن ۲۸۰ روز است اولین علامت مهم آن موقوف شدن حیض است.

### مدت زمان حاملگی

با افزایش تعداد جنینها، مدت حاملگی و وزن هنگام تولد جنینها کاهش می‌یابد. Record, Mckeown (۱۹۵۲) نشان داد که مدت متوسط حاملگی برای حاملگی‌های دو قلو ۲۶۰ روز (۳۷ هفته) و برای حاملگی ۳ قلو ۲۴۷ روز (۳۵ هفته) در حالیکه این مدت برای حاملگی‌های تک قلی

۲۳ - وسائل الشیعه جلد، ۲۲، باب ۱۰، از ابواب عده‌ها

۲۴ - منهاج الصالحین جلد ۲، ص ۲۸۲

۲۵ - تحریر الوسیله، جلد ۲، ص ۳۰۷

۲۸۱ روز (۴۰ هفته) می باشد.

بارداری و زایمان ویلیمامیز (جلد ۲) چاپ ۱۹۹۲ ص ۱۰۷۲ ترجمه و ویرایش دکتر ملک منصور اقصا در صفحه ۱۰۱۱ همان کتاب آمده است: اصطلاح دیررس برای جنین یا نوزدای بکار می رود که سن جنینی آن بیش از ۴۲ هفته باشد.

### درازترین مدت بارداری در زن

مدت متوسط آبستنی ۲۷۳ روز است ولی مدت بارداری یکی از زنان انگلیسی ۲۵ ساله ای ۳۹۸ روزه درازا کشیده است (یکسال و سی و سه روز) و او در ۳ دسامبر ۱۹۵۴ طفل مرده ای را به وزن ۳/۶۰۰ کیلوگرم به دنیا آورد.

اما درازترین دوره بارداری که نوزاد آن زنده مانده در انگلستان خانم گریستین هولگتن ۲۸ ساله بوده که طول ایام حمل او یکسال و ۱۷ روز و نوزادش را با وزن ۳/۴۰۰ کیلوگرم در ۲۲ مه ۱۹۷۱ به دنیا آورده است (شگفتیهای جهان تالیف میشان مراد ترجمه مهندس فولادوند ص ۱۹)

### گفتار چهارم - اهلیت حمل

در بحثهای آینده خواهد آمد که وقف بر حمل (البته به تبع موجود زنده) و وصیت بر حمل و وراثت حمل از نظر قانون و شریعت بلاشکال است. بدینوسیله حمل اهلیت پیدا می کند که در بعضی از حقوق دارای حق باشد نهایت این اهلیت در زمانی استقرار پیدا می کند ه زنده به دنیا بیاید و در آینده در این رابطه بحث مستدلی خواهیم داشت و در قانون مدنی هم بر اثبات این حق برای حمل اشاره ای شده است. ماده «۹۵۷» ق.م. می گوید: «حمل از حقوق مدنی متمتع میگردد مشروط براینکه زنده متولد شود»

در گفتار دوم گفته شد که حمل در جمیع مراحل از نطفه تا زمانی که روح در او پیدا شود، این

اهلیت را دارد. در ابتدا و انتهای این اهلیت (یعنی) انعقاد نطفه و زنده متولد شدن آن) در بحث‌های آینده مطالبی مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

لازم است روشن شود که احکامی که بر حمل مترتب می‌شود هر چند نوع است موضوع در بعضی از آنها مجرد حمل است و هیچگونه قید و شرطی ندارد و تنها وجود حمل در اثبات حکم کفایت می‌کند. بعضی دیگر از احکام، حمل خاص می‌خواهد مثلاً باید حمل محکوم به اسلام باشد تا این اثر بر آن مترتب شود که در آینده در این زمینه بحث مفصلی خواهیم داشت اینها که گفته شد احکام فقهی حمل هستند که موضوع در آنها مجرد حمل و یا حمل خاص است.

در مورد احکام حقوقی حمل شرایطی لازم است و گرنه حمل مجرد اهلیت آنها را ندارد مانند وصیت بر حمل و وقف بر حمل و ارث حمل، در اینها حمل باید واجد خصوصیات باشد تا اهلیت تمتع از این حقوق را داشته باشد. در آینده به طور مشروح این شرایط بررسی خواهد شد برای مثال: حمل باید زنده متولد شود تا از مال الوصیه و یا عین موقوفه و یا مال الارث سهمی داشته باشد.

## فصل دوم - در بیان احکام فقهی حمل

احکامی که در این مقاله مورد مطالعه قرار می‌گیرد بر دو قسم است بعضی از آنها مجرد حکم است و حقی برای حمل اثبات نمی‌کند و بعضی دیگر چنین نیست بلکه برای حمل در جریان آنها حقی ثابت می‌شود. به خاطر همین است که احکام بر دو قسم فقهی و حقوقی تقسیم گردید.

### احکام فقهی

در موارد کثری از ابواب فقه برای حمل احکامی ثابت شده است که قسمتی از آنها در این مختصر مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

#### ۱- اجتماع حیض با حمل

آیا زن حامل حیض می‌شود؟ اختلاف نظر وجود دارد به این معنی که اگر زن حامل در ایام عادت ماهانه خود خونبی ببیند که همه خصوصیات و اوصاف حیض را داشته باشد، می‌توان گفت او حیض است و باید احکام حیض بر او مترتب شود و یا به خاطر حملی که در شکم دارد، خون او استحاضه محسوب می‌شود و باید عمل استحاضه انجام دهد؟ دو قول در اینجا وجود دارد.

محقق در شرایع معتقد است که حیض با حمل جمع نمی‌شود<sup>(۲۶)</sup> و خونی که حامل در ایام عادت ماهانه خود می‌بیند استحاضه است او از پیروانش برای اثبات این نظریه به حدیث صحیح حمیدبن مثنی استناد می‌کند.

حمید می‌گوید: از امام موسی علیه السلام پرسیدم: عن المجی تری الدفعة ولدفقین من الدم فی

الایام و فی الشهر و الشهرین فقال (ع) تلك الهراقة ليس تملك هذه عن الصلوة»<sup>(۲۷)</sup>

۲۶ - به نقل از جواهر الکلام، جلد ۱، ص ۶۱۵

۲۷ - وسائل الشیعه، جلد ۲، باب ۳۰، از ابواب حیض حدیث، ۸ موسسه آل است

امام (ع) فرمود: خونی که حامل در ایام عادت می بیند مانع از نماز خواندن او نمی شود. قول دیگر این است که حیض با حمل جمع می شود و زن حامل مانند سایر زنان حیض می بیند. و در ایام عادت ماهانه اگر خون ببیند و خون واجد اوصاف و خصوصیات حیض باشد نمی تواند نماز بخواند و روزه بگیرد و چیزهایی که برحایض حرام است مرتکب شود.

صاحب جواهر قده این قول را اختیار کرده و آن را به فقهای دیگر مانند سیدمرتضی و صدوق و علامه و شهید اول و محقق ثانی نست می دهد و اخیر انقل اجماع و ادعای اجماع محصل می کند. (۲۸) امام خمینی قده در تحریر الوسیله می فرماید: «و فی اجتماعه مع الحمل قولان، اقواهما ذالک و ان ندر و قوعه» (۲۹) در اجتماع حیض با حمل دو قول است، اظهر اجتماع است هرچند کم اتفاق می افتد که حامل در ایام عادت خون ببیند.

فقهایی که قائل به اجتماع هستند برای اثبات آن به اخباری استفاده کرده اند که به حد استعاضه رسیده است. از جمله:

خبر صحیح عبدالله بن سنان است که از امام صادق علیه السلام پرسید زن حامله در ایام عادت خون می بیند آیا نماز را ترک می کند؟ امام علیه السلام فرمود: «نعم ان الحبلی ربما قذفت بالدم» (۳۰) بنابراین، حق با کسانی است که قائل به اجتماع هستند و مدرک و مستند آنان قوی تر است.

۲- غیر مسلمان را نمی توان در مقابره و گورستانهای مسلمانان دفن کرد علامه در تذکره بر این حکم ادعای اجماع کرده است ولی اگر زن غیرمسلمان از مرد مسلمان حامله باشد می توان او را به خاطر حمل او که مسلمان است در مقابر مسلمانان دفن کرد. (۳۱)

۳- در مثال بالا باید ما در غیر مسلمان را پشت به قبله دفن کنند تا حمل که مسلمان است رو به قبله باشد. (۳۲)

محقق در شرایع می گوید: «الا ان تكون امرأة غير مسلمة حاملًا من مسلم فيستدبرها الصبله» (۳۳)  
زن غیر مسلمان اگر از مسلمان حامله باشد او پشت به قبله دفن می شود.

#### ۴- الحامل المقرب يجوز لها الافطار في رمضان (۳۴)

اگر زن حامله که دوران وضع حملش نزدیک است روزه بگیرد و روزه بر حمل ضرر کند می تواند روزه خود را افطار کند و برای هر روزی که افطار می کند باید یک مد طعام از مال خود قديه دهد.  
۵- اگر زن حامله را شوهرش طلاق دهد سپس در عده رجوع کند می تواند به او نزدیکی کند و در طهر  
موقعه ثانيا او را طلاق دهد برخلاف زن حائض که طلاق دوم باید در طهر دیگر غیر از طهر موقعه واقع  
شود. (۳۵) بلکه می توان در طهر موقعه، حامل را سه طلاقه کرد. (۳۶)

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

۳۳- به نقل از جواهر الکلام جلد ۲، ص ۱۷۰

۳۲- همان منبع

۳۴- همان منبع

۳۵- جواهر الکلام جلد ۱۱، ص ۳۳۹ کتاب طلاق

۳۶- جواهر الکلام جلد ۱۱، ص ۳۳۹ کتاب طلاق

## فصل سوم - در بیان احکام حقوق حمل

احکامی که جریان آنها بر حمل برای حمل حقی ایجاد می‌کند.

۱- زنی که طلاق او بائن است در مدت عده استحقاق نفقه از شوهرش را ندارد مگر اینکه حامل باشد که در این صورت از تاریخ طلاق تا وضع حمل مستحق نفقه خواهد بود. چنانکه در ماده «۱۱۰۹» آمده است: «ولیکن اگر عده از جهت فسخ نکاح یا طلاق یا من حق نفقه ندارد، مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت».

در اینکه آیا این نفقه برای حمل است یا حامل اختلاف نظر وجود دارد که در آینده مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت.

در این که آیا زن حامله ای که شوهرش فوت شده باشد، نفقه دارد یا خیر دو دسته روایت وارد شده است. یکی از آنها که از شهرت روایی و عملی برخوردار است، این است که او نفقه ندارد. از جمله: صحیح حلبی از امام صادق علیه السلام است که فرمود: فی الحباب المتوفی عنها زوجها «انه لانفقه لها»<sup>(۳۷)</sup> زن حامله ای که شوهرش مرده باشد، نفقه ندارد.

الی الصباح الکنانی از امام صادق علیه السلام درباره نفقه زنی که شوهرش مرده است، سوال کرد «فی المرأة الحامل المتوفی عنها زوجها، هل لها نفقه؟ قال علیه السلام: لا»<sup>(۳۸)</sup>

در صحیح زراده از امام صادق علیه السلام است: «فی المرأة المتوفی عنها زوجها، هل لها نفقه؟ فقال: لا»<sup>(۳۹)</sup> در صحیح محمد بن مسلم از یکی از دو امام (امام صادق و امام باقر علیهما السلام) آمده است: «مسالته عن المترقی عنها زوجها، الها نفقه؟ قال: لا، ینفق علیها من مالها»<sup>(۴۰)</sup>

۳۷- وسائل الشیعه جلد ۲۱، باب ۹ از ابواب نفقات حدیث ۱

۳۸- همان ماخذ حدیث ۲

۳۹- همان ماخذ حدیث ۳

۴۰- همان ماخذ حدیث ۴



این اخبار موافق قاعده هم هست زیرا که شخص متوفی (شوهر) تکلیف ندارد تا مکلف به چوب اتفاق گردد هر خلاف شوهر مطلقه که او زنده است و تکلیف دارد بنابراین نمی توان نفقه زن شوهر مرده را در دفاتر کرمیت برداشت و ورثه نیز مکلفند دیوان مورث را از ما ترک او بپردازند اما اتفاق از سهم الارث حمل در آینده خواهد آمد که یکی از موانع ارث حمل است «الحمل لایرث و لایورث»<sup>(۴۱)</sup> پس حمل مالی ندارد تا از آن نفقه مادر را برداشت کند اگر گفته شود که بعد از موت مورث برای حمل سهمی در نظر می گیرند و آن را کنار می گذارند نفقه مادر را از آن مال پرداخت کنند چنانکه روایتی به این مضمون نیز آمده است:

الی الصباح الکنانی از امام صادق علیه السلام روایت می کند: قال (ع) «المرأة الجلی المتوفی عنها زوجها ینفق علیها من مال ولدها الدنی فی بطنها»<sup>(۴۲)</sup>

امام (ع) فرمود: زن حامله ای که شوهرش مرده نفقه او از مال بچه ای که در شکم دارد پرداخت می شود. صاحب جواهر قده این روایت را تضعیف می کند زیرا که محمد بن فضیل در سند آن است و او مشترک است بین ضعیف و موثق<sup>(۴۳)</sup> یعنی دو نفر محمد بن فضیل داریم یکی موثق است و دیگری ضعیف آنکه در سند روایت است معلوم نیست کدام است بدیهیست روایت از اعتبار ساقط می شود. ماده «۱۱۱۰» ق.م. «در عده وفات زن حق نفقه ندارد»

این ماده نیز به اطلاق دلالت دارد بر اینکه زن حامل در عده نفقه ندارد دکتر سید حسن امامی در توجیه ماده فوق توجیهی دارد که به آن اشاره می شود:

۴- زن حامل در مدت عده وفات شوهر

۴۱- جواهر الکلام، جلد ۱۱، ص ۲۱۰

۴۲- وسائل الشیعه، جلد ۲۱ باب ۹ از ابواب نفقات

۴۳- جواهر الکلام، جلد ۱۱ ص ۲۱۰

حقوقی‌لین امامیه در نفقه زن حامل در مدت عده وفات دارای دو قول هستند: قول مشهور بر آن است که زن حامل در مدت عده وفات مستحق نفقه نمی‌باشد. قول دیگر که عقیده شیخ و پیروان او می‌باشد بر آنست که نفقه حامل در مدت عده برای حمل می‌باشد و بدینجهت زن حامل در مدت عده وفات مستحق نفقه خواهد بود، اظهار نظر حقوقی راجع به نفقه زن حامل در مدت عده وفات بستگی به آن دارد که دانسته شود موجب نفقه دادن به زن حامل در مدت عده طلاق باین بدستور ماده «۱۱۰۹» ق.م. چیست؟ از نظر تحلیلی نفقه مطلقه باینه در مدت حمل، ممکن است برای حمل او باشد. بدین معنی که پدر از بابت نفقه اقارب بفرزند خود که در حال حمل است نفقه میدهد و چون جنین نمی تواند مستقیماً از ذهن تغذیه نماید، به مادر داده می شود تا بوسیله خون او تغذیه کند. و ممکن است نفقه برای زوجه مطلقه که ما در حمل است باشد. در ذیل آثار و احکام در هر یک از دو فرض مورد مطالعه قرار می‌گیرد:

الف) در صورتی که نفقه برای حمل باشد.

اولاً- از موارد اتفاق به قرابت است و شوهر با اعتبار آنکه پدر حمل می‌باشد و نفقه زن حامل را میدهد بنابراین چنانچه حمل از خود دارائی داشته باشد از دارائی او باید پرداخت گردد و هرگاه دارائی ندارد، پدر باید آن را بدهد و هرگاه پدر دارائی نداشته باشد یا مرده باشد نفقه به عهده جدپدری است. ثانیاً- نفقه گذشته اقارب قابل مطالبه نمی باشد بنابراین چنانچه شوهر آنرا ندهد زن مطلقه نمی تواند نسبت به مدت گذشته از او بخواهد.

ثالثاً- نفقه اقارب بقدر رفع حاجت منفق علیه باد در نظر گرفتن درجه استطاعت منفق می باشد

ب) در صورتیکه نفقه برای زوجه مطلقه که ما در حمل است باشد:

اولاً- شوهر به اعتبار زوجیت سابق، به زن مطلقه خود در مدت حمل نفقه می دهد.

ثانیاً - نفقه مدت حمل از حیث مقدار مانند نفقه زوجیت متناسب با وضعیت زن می باشد

در اینجا لازم بود که دکتر امامی به بحثی که در ذیل می آید اشاره می کرد

ثالثاً - در صورتیکه مرد نفقه زن را در ایام عده پرداخت نکند زن می تواند آن را مطالبه کند زیرا که نفقه اقارب ضمان ندارد بلکه تنها حکم تکلیفی دارد. بر خلاف نفقه زوجه که علاوه بر حکم تکلیفی که وجوب اتفاق است حکم وضعی نیز که ضمان است دارد حتی اگر زوجه یک روز ولو در خانه پدر مهمان باشد شوهر باید نفقه آن روز را به زوجه خود بپردازد.

سپس در ادامه دکتر امامی می گوید: از نظر قضائی تصور می رود که باید متابعت قول مشهود را نمود زیرا با توجه به ظاهر ماده «۱۱۰۹» ق.م (که شوهر را مکلف به دادن نفقه زن حامل در مدت عده طلاق بائن میداند) معلوم میگردد که قانون مدنی در مقام بیان حکم نفقه زن حامل و غیر حامل در مدت عده میباشد و در مورد عده وفات آنرا تفکیک ننموده است. بنابراین میتوان با طلاق ماده «۱۱۱۰» ق.م. استناد جست و زن حاملی را در مدت عده وفات مستحق نفقه ندانست.

ولی انصاف و عدالت قضائی ایجاب مینماید که پیروی از قول شیخ نموده و از روح ماده «۱۱۰۹» ق.م. که استحقاق زن را به نفقه در مدت عده طلاق بائن منوط به حمل قرار داده استنباط کرد که نفقه بزین مطلقه در مدت حمل برای حمل داده می شود و الا طلاق حامل بائن خصوصیتی در بر ندارد که این حکم انحصاری را دارا باشد. بنابراین زن حامل در مدت عده وفات مستحق نفقه میباشد و ماده «۱۱۱۰» ق.م. ناظر به عده وفات زن غیر حامل است. (۴۴)

این نظریه (نظریه دکتر امامی) از چند جهت قابل بحث است:

۱- قانون مدنی در هر دو ماده «۱۱۰۹» و «۱۱۱۰» از حقوق و فقه امامیه پیروی کرده است و در همه جاز

مشهود تبعیت نموده است بنابراین نمی‌توان ماده «۱۱۰» را به عده وفات زن غیر حامل حمل کرد بلکه مراد از آن همان اطلاق است که قول مشهور را می‌رساند مضافاً بر اینکه اگر این ماده اطلاق نداشته باشد پس حکم نفقه زن حامل در عده وفات در کجای قانون مدنی آمده است. آیا می‌توان گفت قانونگذار به آن توجهی نکرده است؟

۲- مساله مورد بحث مبتنی بر این نیست که آیا نفقه، نفقه زوجیت است و یا قرابت بلکه در هر کدام از این دو فرض جای بحث و اختلاف باقی است. مثلاً اگر فرض شود که نفقه را به زوجه می‌دهند جای بحث باقی است که آیا زنی که شوهرش مرده و حامل هم می‌باشد نفقه دارد یا خیر؟ هرچند در مطلقه بامن نفقه به زوجه داده می‌شود ممکن است در اینجا گفته شود زوجه شوهر مرده نفقه ندارد ولی زوجه مطلقه نفقه دارد زیرا که در اولی شوهر مرده و مرده تکلیف ندارد ولی در دومی شوهر زنده است و باید نفقه مطلقه را بدهد.

و اگر فرض شود که نفقه مال حمل است و زوجه به خاطر حمل، نفقه می‌گیرد، در این صورت نیز می‌توان گفت این زوجه نفقه ندارد هر چند در مطلقه بامن که حامل بود استحقاق نفقه را داشت ولی در اینجا ندارد زیرا که نفقه دهنده مرده است.

اگر گفته شود که در مدت عده وفات از مال حمل نفقه زوجه را که در حقیقت نفقه حمل است برداشت کنند این مبنی نیز درست نیست زیرا اولاً - حمل مادامی که حمل است و زنده متولد نشده است مال ندارد در ارث حمل خواهد آمد که حمل هم خودش از ارث منع می‌شود و هم دیگران را منع می‌کند.

ثانیاً - اگر حمل مالک هم باشد تنها اهلیت تمتع را دارد ولی اهلیت اجرائی ندارد و به عبارت دیگر برای حمل، حق مالی تعلق می‌گیرد ولی حق اجرائی برای حمل و یا هیچ‌کس دیگر حتی بر پدر و

مادر اونیز وجود ندارد.

ثالثاً - اگر از مال طفل (حمل) به مادر در ایام حمل انفاق شود و حمل مرده متولد شود تکلیف اموالی

که برای زن در ایام حمل هزینه شده است چه خواهد بود؟

۳- اگر گفته شود زوجه مطلقه چون شوهر دارد و بچه او را حمل و نگه داری مینماید این وظیفه در او

حقی ایجاد می کند که از شوهر خود، مطالبه نفقه نماید ولی زن شوهر مرده، استحقاق نفقه را از مرده

ندارد، بر خلاف انصاف و عدالت قضائی حکمی نشده است، بلکه عین عدل است و همچنین اگر نظریه

نفقه حمل پذیرفته شود که چون پدر مرده است و تکلیف نفقه اقادب از او ساقط شده است بر مادر

است که بچه خود را در شکم بدون استحقاق نفقه از کسی، نگهداری کند و از شیریه جانش او را تغذیه

کند در این صورت نیز حکم خلاف انصاف و عدالت داده نشده است.

اگر گفته شود نفقه زن از مال حمل پرداخت شود علاوه بر اشکال قبلی، چنین حکمی منصفانه و

عادلانه نخواهد بود.

در اینجا لازم است به خصوص که در این مورد در دست است مراجعه شود و چون قانون مدنی هم

در این مساله از حقوقین امامیه پیروی کرده است باید معلوم شود که امامیه از روی چه دلیلی این

نظریه را اختیار کرده اند و ما در گذشته آنها را مورد مطالعه قرار دادیم و معلوم شد که مدرک حکم فوق

روایات صحیحی است که از حیث سند و دلالت بلاشکال است.

در اینجا یک سوال باقی می ماند و آن اینکه:

نفقه مطلقه بائنه در مدت حمل، برای زوجه مطلقه است که در حمل است یا برای حمل است که

در شکم وجه مطلقه است؟ در این جا اختلاف نظر وجود دارد و هر یک از نظریه ها آثار و احکامی دارند

که به برخی از آنها اشاره شد قائلین به نفقه حمل به ادله زیر استناد کرده اند:

۱- نفقه دایر مدار حمل است. اگر مطلقه پائین، حمل داشته باشد، حامل استحقاق نفقه دارد و اگر حمل نداشته باشد، مستحق نفقه نمی‌شود و این می‌رساند که نفقه مال حمل است.

۲- موجبات نفقه منحصر در زوجیت، قرابت و ملکیت است و چون در اینجا زوجیت موجود ندارد و مالکیت نیز معقول نیست پس قرابت است که موجب نفقه می‌شود.

۳- اصحاب تصریح کرده‌اند بر اینکه نفقه زن را از مال پرداخت می‌کنند. هیچیک از وجوه فوق نمی‌تواند مستند این نظریه باشد. و برای اثبات نظریه اول (نفقه بر زوجیت) به کتاب و سنت می‌توان استناد کرد.

قرآن مجید: «و ان لن اولات حمل فانفقوا علیهن حتی یضعن کملهن» (۴۵)

اگر زنان دارای حمل باشند بر آنان انفاق کنید تا وضع حمل نمایند.

این آیه اطلاق دارد مطلقه رجعیه و بائنه هر دو را شامل است و از آن استفاده می‌شود که در هر دو مورد نفقه حق زن است. وجهی ندارد که گفته شود در مطلقه رجعیه انفاق بر زوجه است و در بائنه انفاق بر حمل است.

سنت - در صحیح محمد بن ملتیس آمده است: «الحامل اجلها ان تصنع حملها و علیه نفقها بالمعروف حتی تضع حملها» این حدیث نیز نفقه را بر زن در ایام حمل حق می‌داند و به شوهر دستور می‌دهد که او را تا وضع حمل انفاق نماید و باز فرقی بین رجعیه و بائنه نمی‌گذارد. بنا بر این، تفکیک بین مطلقه رجعیه و بائنه وجهی ندارد سپس انفاق در مطلقه بائنه بر زوجه است چنانکه در مطلقه رجعیه چنین است.

ادله‌ای را که از طرف شیخ و پیروان او ارائه داده‌اند نمی‌تواند مدرک شرعی باشد چنانکه صاحب

ریاض می‌گوید: انه استدالجانبان الی اعتبارات واهیه ربما اشکل التمسک بها فی اثبات الاحکام الشرعیة» (۴۶)

از آنچه گفته شد این نتیجه به دست آمد که نفقه در مطلقه بائنه که از شوهر حمل دارد حق زوجه مطلقه است و کیفیت آن مانند نفقه زوجه است.

در اینجا یک امر باید روشن شود و آن اینکه چرا شوهر باید به زنی که مطلقه شد بدهد؟ پاسخ اینکه این استحقاق، از ناحیه حمل بر زن ایجاد می‌شود. چنانکه گفته شد زن مطلقه وظیفه دارد بچه شوهر را در شکم خود حفظ کند و حق سقط آن را ندارد و باید از خون و شیرخون خود او را تغذیه کند لذا در قبال این وظیفه حقی نسبت به پدر پیدا می‌کند و آن حق انفاق است.

و به عبارت دیگر حمل واسطه می‌شود که زن مطلقه که به وسیله طلاق بائن از زوجیت کنار رفته است، در حکم زوجه باشد همانطوریکه حق رجوع در مطلبه رجعیه، مطلقه را در حکم زوجه قرار می‌دهد.

صاحب جواهر قده در خصوص استبعاد نظریه شیخ و پیروانش می‌گوید: اگر نفقه مال حمل باشد باید برای مطلقه رجعیه که حمل دارد: دو نفقه داده شود یکی برای مادر و دیگری برای حمل بلکه هرکس که زنش حامله باشد گرچه طلاق هم نداده باشد باید بر زنش دو نفقه بدهد گمان نمی‌رود که کسی ملزم به این حکم باشد. (۴۷)

## ۲- وقف بر حمل

موقوف علیه باید در حین عقد موجود باشد یعنی وقف بر معدوم ابتدا صحیح نیست بنابراین اگر

در طبقه اول موقوف علیه معدوم باشد، وقف منقطع الاول بوده و صحیح نخواهد بود مگر اینکه معدوم به تبع موجود باشد یعنی موقوف علیه در طبقه اول موجود باشد و طبقه بعدی معدوم باشد برای مثال: عینی را بر شخصی که موجود است وقف کنند و بعد از او بر فرزندان او که هنوز به دنیا نیامده اند وقف نمایند. مراد از معدوم کسی است که ممکن است در آینده وجود داشته باشد هر چند در حین وقف ندارد اما وقف بر معدوم مانند وقف بر مرده قطعاً صحیح نیست.

بحث در اینجا این است که آیا وقف بر حمل ابتداء جایز است یا خیر؟ هر چند وقف بر حمل به تبع موجود بلاشکال است.

در حقوق مدنی آمده است: «حمل موجود شناخته می شود و وقف بر او صحیح می باشد چنانکه ارث میبرد و وضعیت نسبت به او میتوان نمود.»<sup>(۴۸)</sup>

محقق در شرایع حمل را در حکم معدوم می داند و می فرماید: «و او وقف علی معدوم ابتداء لم یصح، کمن یقف علی من سیوله، او علی حمل لم ینفصل»<sup>(۴۹)</sup>  
در این عبارت وقف بر عمل از مصادیق وقف بر معدوم قرار گرفته است.

صاحب جواهر در شرح عبارت فوق می گوید: گرچه حمل موجود است و وصیت بر او صحیح و میراث او کنار گذاشته می شود (اینها دلیل بر این است که حمل موجود شناخته شده است) و لکن نسبت به وقف حمل در حکم معدوم به سبب اجماع فوق (در بالا گفته شد)<sup>(۵۰)</sup>

چنانچه می بینید صاحب جواهر نیز حمل را نسبت به وقف در حکم معدوم می داند و بر آن نقل اجماع می کند. در مختصر النافع آمده است: «فلو وقف علی من بوجه لم یصح»<sup>(۵۱)</sup> در این عبارت

۴۸ - حقوق مدنی جلد ۱، ص ۷۵، تالیف دکتر سیدحسن امامی، کتابفروشی اسلامی

۴۹ - به نقل از جواهر الکلام جلد ۱۰ ص ۲۲ - ۵۰ - همان ماخذ

۵۱ - مختصر النافع، ص ۱۵۷



منحنی از وقف بر حمل به میان نیامده ولیکن صاحب ریاض اضافه می کند و می گوید: «اومن لم یکن قابلاً للمملک کالحمل» و سپس برای اثبات بطلان وقف بر حمل به اتفاق استفاده می کند.<sup>(۵۲)</sup>

شهید در مسالک در شرح و تفسیر عبارت: «اوعلی حمل لم ینفصل» می نویسد: «تفریح الحمل علی المدوم لایخلومن تجوز لانه فی نفسه موجود غایه استفاده و انمایشار که فی الحکم»<sup>(۵۳)</sup>

شهید در این عبارت حمل را در حکم معدوم می داند و بر شرایطی که حمل را از مصادیق معدوم شمرده است اشکال می کند و می گوید: حمل موجود است و بامعدوم در حکم مشترک است.

شیخ در مبسوط می گوید: وقف بر حملی که از مادر منفصل نشده است جایز نیست بدون خلاف<sup>(۵۴)</sup> این عبارت صراحت دارد و اینکه در بطلان وقف بر حمل مخالفی وجود ندارد.

علاقه در در مذکره الفهائ می گوید: «ولدالاجوز الوقف علی الحمل لعدم یتقن حیوته بخلاف الوصیه فانهاصح له لان الوصیه تتعلق بالمستقبل والوقف تسلیط فی الحال».<sup>(۵۵)</sup>

علامه در این عبادت بین وقف و وصیت فرق می گذارد و می گوید: وقف بر حمل صحیح نیست زیرا وقف تسلیط فعلی است و در حمل تسلیط فعلی معقول نیست، بر خلاف وصیت که آن، تسلیط در آینده است.

این نظریه به نظر عجیب می آید زیرا که ممکن است مدت موصی قبل از تولد موصحاله (حمل) اتفاق بیافتد که مابین موت موصی و تولد موصی له قرار گرفته و هنوز حمل متولد نشده است حمل قابلیت تملک و تسلط بر موصی به را ندارد در این برهه از زمان وصیت تملیکی چگونه توجیه می شود؟ ما بر راهی که وصیت توجیه شود وقف علم با همان طریق قابل توجیه است.

۵۲- ریاض المسائل، جلد ۲، ص ۱۴

۵۳- مسالک الافهام، جلد اول، ص ۲۷۵، تألیف شهید ثانی

۵۴- المبسوط، مجلد ۳ و ۴ جزء ۳ ص ۲۹۲ ۵۵- تذکره الفقهاء جلد ۲، ص ۴۲۸

شیخ جواد مغنیه می‌گوید: وقف بر حمل صحیح نیست اگر سوال شود: چه فرق است میان وقف و وصیت که وقف بر حمل صحیح نیست لکن وصیت صحیح است؟ پاسخ داده می‌شود: وقف بملکیت فعلی است و حمل اهلیت تملک را ندارد مگر اینکه زنده به دنیا بیاید و اما وصیت تملیک در آینده است و تملک در آن مراحل است تا حمل زنده متولد شود. (۵۶)

این سوال و جواب که در حقیقت از تذکره علامه گرفته شده است عجیب به نظر می‌رسد و به نظر می‌رسد که فرقی بین وقف و وصیت وجود ندارد.

امام خمینی قده در تحریر الوسیله می‌فرماید: و فلا یصح الوقف ابتداء علی المعدوم و من سیوجه بعد، و لذا الحمل قبل ان یولد» (۵۷)

این عبارت نیز صراحت دارد در اینکه وقف بر حمل صحیح نیست.

در کتاب حقوق مدنی آمده است: «عده ای از فقهای اسلام و قف بر حمل را صحیح نمی‌دانند و دلیل آنان اینست که وقف تملیک است و حمل فاقد قابلیت تملک و در حکم معدوم می‌باشد و مورد ارث و وصیت استثنایی و برخلاف قاعده است و نمیتوان وقف را قیاس بر ارث و وصیت نمود. (۵۸)

در کلمات فقها که در گذشته نقل شده استفاده می‌شود که در این مساله خلاقی نیست بلکه بعضی از آنها مانند صاحب ریاض قد مساله را اتفاقی و بعضی دیگر مانند صاحب جواهر قده اجماعی می‌دانند و شیخ در مبسوط به عدم خلاف تفریح فرموده است بنابراین عبارت کتاب حقوق مدنی که گفته است: عده ای از فقها وقف بر حمل را صحیح نمی‌دانند خالی از مناقشه نیست.

۵۶ - فقه امام جعفر الصادق علیه السلام جلد ۵ و ۶، ص ۶۶ تالیف شیخ جواد مغنیه

۵۷ - تحریر الوسیله جلد ۲، ص ۷۰

۵۸ - حقوق مدنی دکتر سیدحسن امامی جلد اول ص ۷۶

## نقد و بررسی

وقف بر معدوم در چهار مرحله قابل بحث است.

۱- وقف بر معدوم هرگاه کسی ملکی را وقف بر زید کند بع معلوم شود که در حین وقف زید مرده بود

وقف باطل است و ظاهر این مساله اتفاقی است و کسی بر صحت فتوی نداده است.

۲- وقف بر کسی که در هیچیک از مراحل وجود از مرحله نطفه تا مرحله کهولت وجود نداشته باشد

مانند کسی که ملک را بر اولاد خود وقف کند یعنی اگر اولادی ندارد به امید آینده وقف می کند. در

اینجا هم مشهور بطلان چنین وقفی است بلکه بر بطلان دعوی اجماع شده است. علاوه بر این به

دلیل عقلی نیز استفاده کرده و گفته اند: «ملکیت صفت وجودی است و برای خود محل و موضوع

موجود می خواهد.

۳- وقف بر حمل ابتداء

به نظر می رسد که حمل قابلیت تملک را دارد به این معنی که قابلیت دارد که مالک چیزی بشود

و از آن حق تمتع داشته باشد. چنانکه در وضعیت و ارث خواهد آمد که حمل ارث می برد و بر حمل

وصیت صحیح است از نظر قابلیت تملک حمل مشکلی ندارد لذا در کتاب منهاج الصالحین آمده

است: «و اما اذا كان حملا لم ينفصل حين الوقف، في بطلان الوقف تامل»<sup>(۵۹)</sup>

وجه تامل دعوی اجماع<sup>(۶۰)</sup> و عدم خلاف<sup>(۶۱)</sup> و اتفاق<sup>(۶۲)</sup> است اگر اجماع نباشد می توان گفت که

وقف بر حمل ابتداء مشکلی ندارد.

قانون فی نیز وقف بر حمل را ابتداء صحیح نمی داند و در ماده «۶۹» بر آن صراحت دارد.

۴- وقف بر حمل به تبع موجود

۶۰- جواهر الکلام جلد ۱۰، ص ۲۲

۵۹- منهاج الصالحین جلد ۲ ص ۲۴۰

۶۲- ریاض المسائل جلد ۲، ص ۱۴

۶۱- المبسوط مجله ۳ و ۴، جزء ۳ ص ۲۹۲

برای مثال کسی ملکی را برای زید وقف کند و بعد از دو بر اولاد او وقف نماید در صورتی که موقوف علیه (زید) اولادی نداشته باشد و یا بعد از زید بر حملی وقف نماید.

در این صورت وقف بر زید و اولاد او و یا وقف بر حمل به تبع زید موجود بلااشکال است صاحب جواهر قده بر اثبات صحت وقف مزبور به اجماع محصل و منقول اسناد می‌کند<sup>(۶۴)</sup> و همه خصوصی که دلالت بر صحت وقف دارند شامل این مورد نیز هستند.

در صورتی که حمل در طول موجود باشد یعنی در طبقه اول موجود قرار گرفته و در طبقه دوم بعد از او معدوم و یا حمل قرار بگیرد وقف صحیح است بلااشکال و لاخلاف اماگر معدوم یا حمل در عرض یکدیگر باشند و در حین اجرای وقف موجود را مقدم بدارد مثلاً بگوید: خانه را بر زید که موجود است بر حمل که هنوز منفصل نشده است وقف مینمایم و یا وقف می‌کند بر زید و فرزند او که هنوز در هیچیک از مراحل وجود، وجود ندارد در هر دو صورت وقف صحیح است چنانکه در تحریر الوسیله آمده است: «والمراء بگونه ابتداء ان یكون هو الطبقة الاولى من دون مشارکه موجود فی ملک الطبقة»<sup>(۶۴)</sup> مرآز وقف بر معدوم ابتداء این است که در طبقه اول تنها معدوم موقوف علیه قرار بگیرد و موجودی در آن طبقه نباشد که معدوم یا حمل به تبع او موقوف علیه واقع شود.

شعبه اینکه تبعیت معدوم و یا حمل بر موجود بر دو قسم است یکی اینکه موجود و معدوم در طول یکدیگر قرار بگیرند مثلاً در طبقه اول موجود واقع شود و بعد از او معدوم یا حمل قرار بگیرد قسم دوم اینکه در یک طبقه وقف بر موجود و معدوم معاری شود همانطوری که در تحریر الوسیله آمده است: «کما اذا وقف علی اولاده الموجودین و من سیموله له علی التشریک اولتر تیب»<sup>(۶۵)</sup> مانند اینکه کسی ملکی را بر اولاد موجود خود و فرزندان او که بعداً متولد خواهند شد وقف نماید به طور

اشتراک و یا ترتیب، ترتیب اشاره به قسم اول و اشتراک اشاره به قسم دوم است. از کلمات سیدیزدی قد قادر ملحقات عروه این حکم استفاده می شود بلکه در آن صراحت دارد او می گوید: «فانهم لجوزونه کما اذا وقف علی اولاده الموجودین و من یوجه منہم و کما فی سایر البطون اللاحقه» عبارت «فانهم لجوزون» می رساند که فقها وقف بر موجود و معدوم را در یک طبقه و در عرض هم جایز می دانند مشروط بر اینکه معدوم تابع موجود باشد بنابراین ماده «۷۰» ق.م. با فقه مغایرت دارد در آن ماده آمده است: «اگر وقف بر موجود و معدوم معا واقع شود نسبت به سهم موجود صحیح و نسبت به سهم معدوم باطل است».

ولی از نظر فقهای امامیه چنین وقفی نسبت به سهم موجود صحیح است واضح است که موجودین از سهم خود استفاده می برند و سهم معدومین نیز برای آنان نگهداری می شود، مخصوصاً در حمل اگر آنان وجود پیدا کردند سهم خود را می برند و اگر نه در حکم میراث قرار می گیرد. برای اثبات صحت چنین وقفی می توان به اطلاعات که وقف را جایز می دانند و اجماعی که وقف بر معدوم را باطل می داند استفاده کرد چون دلیل تباهی است و اطلاق ندارد به قدر متقین از آن اکتفا می شود و آن وقف بر معدوم و یا حمل ابتدائی است و مورد را شامل نمی شود.



پروشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی