

شروط صحت وصیت به نفع حمل در فقه و حقوق اسلامی

سیدمهدی دادمرزی*

روح‌الله رضایی**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۲/۲۷

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۶/۲۹

چکیده

بحث وصیت تملیکی به نفع حمل، هر چند در کتب فقهی به تفصیل مورد بررسی قرار گرفته است، اما در قانون مدنی ایران تنها دو ماده قانونی، یعنی مواد ۸۵۱ و ۸۵۲ را به خود اختصاص داده است. در خصوص شروط صحت چنین وصیتی، اختلاف نظر است. شروطی که برای صحت وصیت برای حمل ذکر شده است عبارتند از: وجود حمل هنگام انشای وصیت، زنده متولد شدن حمل و لزوم قبولی وصیت. در خصوص شرط نخست، یعنی لزوم وجود حمل حین وصیت، منشأ اختلاف این است که آیا وصیت برای حملی که در زمان انشای وصیت موجود نیست اما در هنگام مرگ موصی، به وجود می‌آید، صحیح است یا نه؟ در رابطه با شرط زنده متولد شدن حمل نیز برخی فقها برخلاف نظر مشهور، معتقدند هیچ دلیل شرعی معتبری برای چنین شرطی وجود ندارد. نهایتاً درباره لزوم قبولی در وصیت به نفع حمل نیز تردیدهایی، ابراز شده است. هدف این نوشته بررسی لزوم یا عدم لزوم وجود شروط مذکور در صحت وصیت برای حمل است.

پژوهش حاضر از گونه توصیفی - تحلیلی است و اطلاعات مورد نظر با استفاده از فیش‌برداری گردآوری شده است و سپس اطلاعات مذکور با توجه به نظرات و استدلال‌های فقها و حقوقدانان و مواد قانونی، مورد تحلیل قرار گرفته‌اند. یافته‌های پژوهش عبارتند از: ۱- در خصوص جواز وصیت برای حمل هیچ اختلافی میان فقهای امامیه و اهل سنت و نیز حقوقدانان وجود ندارد. ۲- برای اینکه حمل بتواند هر چند به صورت متزلزل، مالک موصی به شود، لازم است در هنگام انشای وصیت، نطفه‌اش منعقد شده باشد. ۳- درباره لزوم زنده به دنیا آمدن حمل نیز همان‌طور که مشهور فقها بیان داشته‌اند، برای استقرار مالکیت بر موصی به لازم است حمل زنده به دنیا بیاید هر چند برای یک لحظه. ۴. برای صحت وصیت برای حمل، برخلاف سایر موارد، قبولی لازم نیست و حمل به محض تولد، مالک موصی به می‌شود.

واژگان کلیدی: وصیت، حمل، وجود حمل، قبول وصیت، موصی له.

مقدمه

از لحاظ حقوقی، اصولاً وجود شخص حقیقی با تولد او آغاز می‌شود و از این تاریخ است که وی می‌تواند طرف حق واقع گردد و از حقوق مدنی و سایر حقوق بهره‌مند شود. هر چند ممکن است حمل از لحاظ زیست‌شناسی موجود مستقلی به شمار آید، اما از نظر حقوقی تا هنگامی که زنده به دنیا نیامده است، شخص مستقلی به شمار نمی‌آید و اصولاً نمی‌تواند دارنده حق و تکلیف باشد. با وجود این، ممکن است قانون‌گذار بنا به مصالحی، حتی پیش از زنده متولد شدن حمل نیز حقوقی را برای وی در نظر بگیرد. بر همین اساس ماده ۹۵۷ قانون مدنی ایران در این مورد به صراحت بیان می‌دارد «حمل از حقوق مدنی متمتع می‌گردد مشروط بر اینکه زنده متولد شود». بنابراین می‌توان گفت حمل نیز دارای نوعی شخصیت است و می‌تواند صاحب حق باشد؛ مثلاً ممکن است کسی به نفع او وصیت کند و حقی بدین ترتیب برای او ایجاد گردد (ماده ۸۵۱ ق.م). همچنین حمل طبق قانون ارث می‌برد (ماده ۸۷۵ ق.م) و نیز ممکن است برای حفظ و اداره سهم الارث او کسی به عنوان امین از سوی دادگاه معین گردد (ماده ۱۰۳ قانون امور حسبی). اما حقوقی که بدین ترتیب برای حمل ایجاد می‌شود، متزلزل است و استقرار آن منوط به زنده متولد شدن اوست هر چند پس از تولد بلادرنگ بمیرد. متزلزل بودن حقوق حمل و مشروط بودن آن به زنده به دنیا آمدن، مختص فقه اسلامی است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۰۱؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۱۱۵؛ خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۳۷۱). اما در حقوق رومی و نظام‌های حقوقی تابع آن، شرط لازم برای بهره‌مندی حمل از حقوقی مانند ارث، وصیت و هبه، این است که حمل پس از تولد، قابل زیستن (viable) بوده و توانایی ادامه حیات را داشته باشد. از سوی دیگر، کشورهای تابع نظام حقوقی کامن‌لا نیز با این استدلال که حمل پیش از تولد، شخصیت حقوقی ندارد و وجود او جزء لاینفک بدن مادر است، از به رسمیت شناختن حقوقی مانند حق مالکیت و ارث و وصیت برای حمل تا پیش از تولد، امتناع کرده‌اند (استون، ۱۳۵۰، صص ۱۳۲-۱۳۳).

یکی از حقوقی که در فقه اسلامی و به تبع آن در حقوق ایران برای حمل به رسمیت شناخته شده است، وصیت تملیکی به نفع وی است. فقهای امامیه در کتاب

وصیت، در ذیل بحث از شرایط موصی‌له، یکی از شرایط صحت وصیت را وجود موصی‌له در هنگام انشای وصیت دانسته‌اند و به همین مناسبت، موضوع وصیت برای حمل و شروط صحت آن را مورد بررسی قرار داده‌اند. فقها و به تبع آن‌ها حقوقدانان، برای صحت وصیت برای حمل، شروطی را متذکر شده‌اند. شروط مذکور عبارتند از: وجود حمل هنگام انشای وصیت، زنده متولد شدن حمل و قبول وصیت برای حمل، که در ادامه به ترتیب این شروط مورد بررسی قرار خواهند گرفت. پیش از ورود به بحث اصلی، لازم به ذکر است که آنچه در این نوشته مورد بررسی قرار می‌گیرد، صرفاً وصیت تملیکی به نفع حمل و شروط صحت آن است، چراکه مسائلی از قبیل وجود حمل حین انشای وصیت یا لزوم قبول وصیت، تنها در این نوع از وصیت مطرح می‌شود، اما در خصوص وصیت عهدی برای حمل، هیچ‌یک از شروط مذکور ضروری نیست و کسی در این باره تردیدی ندارد.

۱. جواز وصیت برای حمل

تا آنجا که منابع فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار گرفت، در خصوص جواز و درستی وصیت برای حمل، در بین فقهای امامیه (متقدمین، متأخرین و معاصرین) و مذاهب اهل سنت و نیز حقوقدانانی که به این موضوع پرداخته‌اند، اتفاق نظر وجود دارد. از فقهای متقدم، که صحت وصیت برای حمل را به رسمیت شناخته‌اند می‌توان به شیخ مفید و شیخ طوسی و ابوالصلاح حلبی اشاره کرد (مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۶۷۵؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۱۲؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۶۱۴؛ حلبی، ۱۴۰۳ق، ص ۳۶۵). اعظام فقهای متأخر نیز بر درستی وصیت به نفع حمل، صحه گذاشته‌اند (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۲۰۷؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۸۶؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۶۳ و ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۰۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۱ق، ص ۱۲۸؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۴۸۱؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۳۸۶؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۱۱۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵ق، ص ۳۸۸). قاطبه فقهای معاصر نیز وصیت برای حمل را با شرایط خاص خود صحیح می‌دانند (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۵۹؛ خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۱۹؛ خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۹۶؛ سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۴۱). از سوی دیگر، علمای اهل سنت نیز در خصوص این مسئله با فقهای امامیه همداستانند و در

این مورد میان مذاهب چهارگانه اهل سنت هیچ اختلافی وجود ندارد (شافعی، ۱۹۹۰م، ج ۴، ص ۱۱۷؛ البهوتی الحنبلی، ۲۰۰۹م، ج ۴، ص ۳۵۷؛ الزحیلی، ۱۹۸۵م، ج ۸، ص ۴۱۰).

عمده دلایلی که فقها برای جواز وصیت برای حمل ذکر کرده‌اند، اجماع و عمومات و اطلاقات ادله باب وصیت است. برخی فقها نیز با قیاس وصیت به ارث، حکم به صحت وصیت برای حمل کرده‌اند. علامه حلی در تحریر، ادعای اجماع بر صحت وصیت برای حمل کرده است با این عبارت که: «یصح الوصیة للحمل إجماعاً فإن انفصل میتا بطلت الوصیة» (علامه حلی، بی تا، ج ۳، ص ۳۰۰). علامه بحرالعلوم علاوه بر اجماع مذکور، عمومات ادله باب وصیت را نیز دلیل صحت وصیت برای حمل می‌داند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۴، ص ۱۵۰؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۳۸۶).

برخی از فقها معتقدند چون در خصوص وصیت برای حمل نص خاصی در صحت یا بطلان آن وارد نشده است، بنابراین لازم است برای صحت آن به اطلاقات ادله وصیت تمسک نمود (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۵۸). یکی از فقهای معاصر معتقد است، چون حمل شرایط لازم برای موصی له، یعنی وجود و قابلیت تملک را داراست، بنابراین وجهی برای عدم صحت وصیت برای وی وجود ندارد (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۳۳۰). برخی دیگر از فقهای امامیه از باب قیاس اولویت و با قیاس وصیت برای حمل با ارث حمل، وصیت مذکور را صحیح دانسته‌اند. ایشان معتقد است وصیت از لحاظ حوزه شمول، از ارث گسترده‌تر است؛ چراکه عبد و مکاتب ارث نمی‌برند در حالی که وصیت به نفع آنان صحیح است؛ بنابراین اگر ارث حمل را جایز بدانیم، جایز دانستن وصیت برای وی، اولی به جواز است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۴۸۰؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۴۶۶).

۲. وجود حمل هنگام وصیت

یکی از شروط صحت وصیت تملیکی به طور کلی، این است که موصی له در هنگام انشای وصیت از جانب موصی، موجود باشد و در غیر این صورت وصیت به دلیل معدوم بودن موصی له باطل خواهد بود، چرا که معدوم قابلیت تملک را ندارد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۳۶۳). به همین جهت مشهور فقهای امامیه، این شرط را در خصوص وصیت برای حمل نیز لازم‌الرعايه دانسته و معتقدند که وجود حمل حین

انشای وصیت از جانب موصی، یکی از شرایط صحت وصیت برای وی است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۱۲؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۲۱۱؛ علامه حلی، ۱۳۸۸، ص ۴۶۰؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۰۱؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۳۸۶؛ خمینی، ۱۳۷۹ ج ۲، ص ۹۶). ماده ۸۵۰ قانون مدنی نیز صراحتاً این موضوع را این‌گونه بیان کرده است: «موصی له باید موجود باشد و بتواند مالک چیزی بشود که برای او وصیت شده است».

شایان ذکر است که وجود حمل و به طور کلی وجود موصی له حین انشای وصیت، از شرایط صحت در وصیت تملیکی است، اما در وصیت عهدی، وجود چنین شرطی ضرورت ندارد. به عبارت دیگر در وصیت تملیکی برای اینکه حمل بتواند طرف تملیک واقع شود و موصی به را تملک نماید، لازم است در زمان انشای تملیک، موجود باشد اما در وصیت عهدی که مقصود موصی، نه تملیک مستقیم، بلکه ایجاد تعهد می‌باشد، لزومی ندارد که متعهدله، در همان هنگام ایجاد تعهد، موجود باشد. بنابراین هم در فقه و هم در حقوق ایران، وصیت عهدی به نفع حملی که در آینده منعقد خواهد شد، صحیح دانسته شده است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۳۶۴؛ امامی، ۱۳۶۶، ج ۳، ص ۶۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۱۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۰، ص ۲۷۴؛ عدل، ۱۳۷۸، ص ۳۷۹).

منظور از وجود حمل در لسان فقها و حقوقدانان، صرفاً انعقاد نطفه است (صفایی، ۱۳۸۰، ص ۱۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۱۱۲؛ محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۱۵۹؛ جعفری لنگرودی، همان؛ عدل، ۱۳۷۸، ص ۳۸۰)، خواه روح در آن دمیده شده باشد یا نه و خواه به هیأت انسانی درآمده باشد یا نه (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۳۶۴؛ خمینی، همان؛ سیستانی، همان). در تعریف حمل چنین آمده است: «حمل به موجودی گفته می‌شود که در رحم زن وجود پیدا می‌کند و آغاز وجود آن از تاریخ انعقاد نطفه است و انتهای وجود آن، ولادت است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۲۵۲). همین معنا از ماده ۸۷۵ قانون مدنی در خصوص ارث حمل نیز قابل استفاده است که در آن یکی از شرایط ارث بردن حمل این است که نطفه او حین فوت مورث، منعقد شده باشد. بنابراین، اگر پس از زنده متولد شدن حمل، با استفاده از امارات نسب و یا از طریق دیگر محرز شود که در هنگام انشای وصیت از جانب موصی، نطفه حمل منعقد شده

بوده است، برای تحقق شرط وجود موصی له، کافی خواهد بود.

۲-۱. دلایل لزوم شرط وجود حمل حین وصیت

آنچه از عبارات فقها برمی آید، این است که مهمترین دلیل برای شرط وجود حمل حین انشای وصیت، این است که مقصود موصی از وصیت تملیکی، تملیک عین یا منفعتی به سود موصی له (حمل) است، درحالی که معدوم، نمی تواند مالک چیزی شود. به عبارت دیگر آنچه از اخبار باب وصیت به دست می آید، اختصاص اثر وصیت تملیکی (ملکیت) به وصیت برای موجود است و حکم به صحت وصیت برای معدوم، محتاج دلیل شرعی است، درحالی که چنین دلیلی وجود ندارد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۲، ص ۵۱۶). برخی فقهای معاصر، دلیل مذکور را مردود دانسته و معتقدند حتی در صورتی که این دلیل را تمام بدانیم، لازمه آن، لزوم وجود موصی له، نه هنگام انشای وصیت، بلکه زمان موت موصی است، چراکه ظرف زمانی تملیک، هنگام موت موصی است و تا پیش از آن، مال (موصی به) در ملکیت موصی باقی است (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۳۹۹). علاوه بر این، ملکیت مفهومی اعتباری و انتزاعی است و بنابراین ممکن است که ملکیت را برای معدوم هم اعتبار نمود (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۳۹۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۲، ص ۲۰۴). دلیل دیگری که برخی فقها برای لزوم وجود حمل درحین وصیت بیان کرده اند، این است که اطلاقات وصیت در کتاب و سنت، منصرف به وصیت برای موجود است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۳۶۳). در نقد این دلیل گفته شده است که در اینجا هیچ وجهی برای انصراف غیر از غلبه وجود ندارد و غلبه نیز نمی تواند منشأ انصراف برای تقیید اطلاق ادله باشد (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۴۰۰). در توضیح این نقد باید گفت که از لحاظ اصولی در برخی موارد انصراف می تواند موجب ایجاد خلل در مقدمات حکمت شده و در نتیجه تمسک به اطلاق را غیرممکن سازد. به طور کلی مُنشئات انصراف سه چیز است: ۱. غلبه در وجود، ۲. کثرت استعمال و ۳. مناسبت حکم و موضوع (صدر، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۵۲۷ و ۵۲۸). منشأ انصرافی که در بحث حاضر ادعا شده است، از نوع غلبه در وجود است؛ به عبارتی وقتی در هنگام وصیت برای حمل واژه حمل به صورت مطلق استعمال می شود، ذهن مخاطب به سوی حملی که نطفه آن منعقد شده و موجود است منصرف

می‌شود چراکه در اغلب موارد وصیت برای حملی انشاء می‌شود که در زمان انشاء وصیت موجود است و این امر (انصراف) باعث اجمال دلیل مطلق و خروج حمل غیر موجود از تحت حکم مطلق می‌شود. اما این ادعا صحیح به نظر نمی‌رسد چراکه اصولیون انصراف ناشی از غلبه در وجود را یک انصراف بدوی دانسته‌اند که با اندک تأملی زایل می‌شود (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۴۹؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۶۰۴) و در نتیجه به اطلاق دلیل آسیبی نمی‌رساند.

برخی دیگر از فقها، برای رد لزوم شرط وجود حمل هنگام انشاء وصیت، معتقدند بر وصیت برای حملی که هنوز نطفه‌اش منعقد نشده است نیز عرفاً عنوان وصیت صادق است، بنابراین چنین وصیتی نیز مشمول اطلاق ادله باب وصیت می‌شود و دلیلی برای رفع ید از اطلاقات وصیت در این خصوص وجود ندارد (سیفی مازندانی، ۱۴۲۷ق، ص ۸۶).

برخی دیگر، برای تصحیح و توجیه درستی وصیت برای حملی که در حال وصیت موجود نیست، بیان داشته‌اند با توجه به اینکه وصیت در ماهیت خود معلق بر موت موصی است، بنابراین هیچ منعی وجود ندارد که موصی، وصیت را معلق بر وجود موصی له (حمل) در آینده نماید؛ که در این صورت حمل پس از وجود پیدا کردن، مالک موصی به می‌شود (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳ق، ج ۴، ص ۸۳؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۴۰۰). اما اگر حمل در زمان مورد انتظار، به وجود نیاید، وصیت باطل بوده و مال (موصی به) به ورثه موصی می‌رسد (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۷ق، ص ۸۶).

با وجود این، اکثر فقهایی که از لحاظ تحلیلی، شرط وجود حمل در هنگام انشاء وصیت را لازم نمی‌دانند، در نهایت به دلیل وجود اجماع بر این مسئله و تسالم اصحاب، حکم به لزوم وجود این شرط برای صحت وصیت برای حمل داده‌اند. علاوه بر این، درست است که مالکیت از مفاهیم انتزاعی بوده و اعتباری است که تابع نظر معتبر است، اما انتزاع مفهومی مانند مالکیت که اختصاص به روابط اعتباری بین انسان و اشیاء دارد، از معدوم، غیر معقول است؛ به عبارت دیگر اعتبار رابطه مالکیت بین شیء و معدوم، معقول نیست و نباید امر اعتباری را با امر موهوم اشتباه کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۱۰۷). در نهایت شاید بتوان گفت عمده دلیل برای شرط وجود حمل در زمان انشاء وصیت، مسلم دانستن این شرط توسط فقها (تسالم اصحاب) باشد و دلایل دیگر، از جمله اجماع ادعا شده، با توجه به مخالفت برخی فقهای بزرگ همانند مرحوم

کاشف‌الغطاء، چندان موجه نیستند.

از میان مذاهب چهارگانه اهل سنت، شافعیه (الدیامطی الشافعی، ۱۹۹۷م، ج ۳، ص ۲۳۸)، حنابله (ابن قدامه، ۱۹۶۸م، ج ۶، ص ۱۸۱ و ۱۸۲) و حنفیه (کاسانی، ۱۹۸۶م، ج ۷، ص ۳۳۵) وجود حمل در زمان وصیت را شرط صحت آن می‌دانند و تنها مالکیه، شرط مذکور را لازم ندانسته و وصیت برای حملی که در آینده به وجود خواهد آمد را نیز جایز می‌دانند (الزحیلی، ۱۹۸۵م، ص ۴۰۸).

قانون مدنی در ماده ۸۵۰ به طور کلی برای صحت هر وصیتی، وجود موصی‌له را شرط صحت وصیت دانسته است، اما در خصوص وصیت برای حمل، این شرط را بیان نکرده است و صرفاً در ماده ۸۵۱ وصیت به نفع حمل را به رسمیت شناخته است. علت اینکه قانون مدنی شرط وجود را در مورد حمل ذکر نکرده این است که موضوع، مبتنی بر ماده قبل می‌باشد، یعنی موجود بودن موصی‌له باید در خصوص حمل نیز رعایت گردد (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۱۵۹). از سوی دیگر تمامی نویسندگان حقوقی که به بحث وصیت برای حمل پرداخته‌اند، شرط وجود را ضروری دانسته‌اند. با وجود این، در مورد زمان وجود حمل، میان آنان اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوقدانان، به تبع فقهای امامیه، موجود بودن حمل در زمان انشاء وصیت را ضروری می‌دانند، چرا که معتقدند وصیت تملیکی عقد است و وجود موصی‌له هنگام ایجاد و طرح زمینه تملک، ضروری است (امامی، ۱۳۶۶، ج ۳، ص ۸۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۱۱۲؛ عدل، ۱۳۷۸، ص ۴۱۸). برخی دیگر از حقوقدانان علی‌رغم اینکه معتقدند وصیت تملیکی ایقاع است، اما وجود حمل را در زمان انشاء وصیت لازم می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۰، ص ۲۷۵؛ عمید، ۱۳۴۲، ص ۱۳۳). اما عده‌ای از نویسندگان حقوقی که وصیت تملیکی را ایقاع می‌دانند، وجود حمل حین فوت موصی را برای صحت وصیت برای حمل، کافی می‌دانند. ایشان در هنگام رد نظر مخالف که وجود موصی‌له حین وصیت را لازم می‌داند، بیان می‌دارد: «مالکیت در وصیت نیز بعد از فوت موصی متحقق می‌گردد نه با انشای وصیت، و لذا در مواردی که در حین انشای وصیت، موصی‌له معدوم است ولی در حین فوت موجود خواهد بود، دلیلی برای بطلان وصیت به نظر نمی‌رسد» (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۱۵۵). با وجود این، ایشان در بحث وصیت برای حمل، شرط صحت وصیت برای حمل را وجود او حین انشای وصیت می‌داند (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۱۵۹).

نهایتاً علی‌رغم اینکه برخی استدلال‌های هر دو گروه قوی به نظر می‌رسد، اما از مجموع دیدگاه‌ها و استدلال‌های مطروحه نمی‌توان به نتیجه قاطعی دست یافت. با وجود این به نظر می‌رسد تصمیم نهایی، بستگی به اعتقاد نسبت به ماهیت وصیت دارد؛ در صورتی که با فقها و حقوقدانانی که وصیت را ایقاع دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۸۷۸؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۴۱۵؛ سیفی مازندرانی، ۱۴۲۷ق، ص ۴۹؛ محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۳۸-۳۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۰، ص ۱۴ و ۱۳۷). همداستان شویم، وجود موصی‌له در زمان مرگ موصی کافی است، چراکه در این صورت همبستگی بین انشای وصیت و قبول آن لازم نیست؛ در حقیقت دو ایقاع وجود دارد که یکی (انشاء موصی) موجب تملیک است و دیگری (قبول موصی‌له) به آن قابلیت نفوذ در حق موصی‌له را می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۱۰۸). بنابراین لازم نیست که حمل در هنگام وصیت موجود باشد، بلکه وجود او وقتی لازم است که بخواهد موصی‌له را تملک نماید.

اما اگر همانند مشهور فقها و برخی حقوقدانان (علامه حلی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۴۵۳؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۶۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۱۳؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۲۴۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۳۰۶؛ امامی، ۱۳۶۶، ج ۳، ص ۵۰)، وصیت را عقد بدانیم، لازم است که موصی‌له در زمان انشای تملیک و ایجاد ایجاب موجود باشد تا بتواند حق رد یا قبول آن را بدست بیاورد. به هر حال آنچه از ظاهر ماده ۸۵۰ قانون مدنی برداشت می‌شود، لزوم وجود حمل هنگام انشای وصیت است و همان‌طور که گذشت مشهور فقها و حقوقدانان نیز از آن تبعیت کرده‌اند.

۲-۲. احراز وجود حمل

موضوع دیگری که در خصوص وجود حمل باید مورد بحث قرار گیرد، چگونگی احراز وجود حمل در زمان انشای وصیت است؛ زیرا همان‌طور که برخی نویسندگان بیان کرده‌اند، اصل، عدم وجود و عدم انعقاد نطفه حمل است (صفایی، ۱۳۸۰، ص ۴۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۱۱۲) و بنابراین لازم است برای ترتب آثار وصیت، وجود حمل احراز شود. گفته شد که منظور از وجود حمل، انعقاد نطفه است. منظور از انعقاد نطفه نیز تماس سلول نر با سلول ماده در نتیجه لقاح زوج و زوجه است که به تشکیل نطفه

در رحم منجر می‌شود. اصولاً امروزه با توجه به پیشرفت علوم پزشکی در این رابطه و با استفاده از تکنولوژی‌های موجود، مشکلی در این زمینه وجود ندارد، اما در صورت تردید در وجود حمل در لحظه انشای وصیت، فقها اماراتی را برای احراز آن ذکر کرده‌اند که به امارات نسب مشهور است. نحوه اجرای امارات نسب برای احراز وجود حمل هنگام وصیت، این‌گونه است:

۱- اگر حمل در مدتی کمتر از ۶ ماه از زمان انشاء وصیت متولد شود: احراز می‌شود که هنگام وصیت موجود بوده است، چرا که اقل الحمل ۶ ماه است و هیچ حملی زودتر از ۶ ماه به دنیا نمی‌آید (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۱۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۴۴۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۲۳).

۲- اگر حمل پس از گذشت ۶ ماه از زمان وصیت تا اقصی الحمل (۱۰ ماه) متولد شود: فقها در این حالت دو فرض را از هم متمایز کرده‌اند:

الف. چنانچه در این مدت، زوجه با زوج خود فاصله نداشته و در کنار یکدیگر بوده‌اند: چون امکان دارد نطفه حمل، بعد از انشای وصیت بسته شده باشد، در وجود حمل حین وصیت تردید به وجود می‌آید؛ بنابراین به مقتضای اصل عدم و اصل تأخر حادث، حکم به بطلان وصیت داده می‌شود (علامه حلی، ۱۳۸۸، ص ۴۶۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۲۴؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۴۲).

ب. اگر در این مدت، بین زوج و زوجه فاصله بوده است، به دلیل اینکه امکان همبستری بین آن‌ها وجود نداشته، در این صورت وجود حمل در هنگام انشای وصیت، محرز بوده و وصیت مذکور، محکوم به صحت است (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۰، ص ۲۷۹). احتمال تشکیل نطفه از راه زنا یا وطی به شبهه نیز مردود است، چراکه زن مسلمان اقدام به زنا نمی‌کند و وطی به شبهه نیز به ندرت اتفاق می‌افتد (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۵، ص ۲۴).

۳- اگر حمل پس از گذشت بیشترین مدت بارداری متولد شود: در این صورت بدون تردید وصیت باطل است (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۱۶۱) زیرا در این صورت یقیناً حمل در زمان وصیت وجود نداشته است (علامه حلی، ۱۳۸۸، ص ۴۶۰؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۱۸۶). شیخ طوسی معتقد است که در این فرض به دلیل عدم الحاق نسب، وصیت هم ثابت نمی‌شود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۱۳).

۳. زنده متولد شدن حمل

یکی دیگر از شروط بهره‌مندی حمل از حقوق مدنی به طور کلی، این است که حمل زنده متولد شود. هرچند همانگونه که در مقدمه گذشت، حمل پس از انعقاد نطفه، اهلیتی ناقص برای بهره‌مندی از حقوق و تعهدات ایجاد شده به نفع خود، پیدا می‌کند، اما این حقوق متزلزل است و تنها با زنده متولد شدن حمل، استقرار پیدا کرده و منجز می‌شود. در برخی نظامهای حقوقی خارجی، علاوه بر زنده متولد شدن، قابلیت زنده ماندن حمل نیز برای استقرار حقوق به نفع وی، شرط شده است. برای مثال در حقوق اسپانیا حمل باید حداقل ۲۴ ساعت پس از تولد زنده بماند تا حق وی مستقر گردد. در حقوق فرانسه نیز چنانکه گذشت، حمل پس از ولادت باید قابلیت زیستن را داشته باشد، هرچند مدتی برای آن مشخص نشده است. (صفایی، ۱۳۸۰، ص ۴۳). اما از دیدگاه حقوق اسلامی، حمل از حقوق مدنی متمتع می‌شود به این شرط که زنده متولد شود، حتی اگر بی‌درنگ بمیرد. بنابراین، اگر پس از تولد حمل یکی از علائم حیات در وی ظاهر شود و سپس بمیرد، حق ایجاد شده برای وی به وراثت حمل می‌رسد (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۶۵۰). قانون مدنی ایران نیز در ماده ۹۵۷، از همین دیدگاه تبعیت کرده است. این ماده بیان می‌دارد: حمل از حقوق مدنی متمتع می‌گردد مشروط بر اینکه زنده متولد شود.

در خصوص وصیت نیز که یکی از حقوق مدنی پذیرفته شده برای حمل است، شرط زنده متولد شدن، برای صحت چنین وصیتی ضروری دانسته شده است. مشهور فقهای امامیه (چه قدما و چه متأخرین و چه معاصرین) و نیز علمای اهل سنت، زنده به دنیا آمدن حمل را شرط صحت وصیت و تملک وی می‌دانند. از قدمای فقها می‌توان شیخ طوسی و ابوالصلاح حلبی را نام برد که به لزوم شرط مذکور برای صحت وصیت به نفع حمل تصریح نموده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۱۲؛ حلبی، ۱۴۰۳، ص ۳۶۵). برخی فقها صراحتاً بیان داشته‌اند که پیش از زنده متولد شدن حمل، حق وی نسبت به موصی به متزلزل است و پس از آن مستقر می‌گردد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۰۱؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۵، ص ۳۰۶؛ انصاری، ۱۴۱۵، ص ۱۱۵). بنابراین اگر برای مثال پس از انعقاد نطفه، موصی برای حمل ناشی از آن نطفه، وصیتی کند و پیش

از تولد حمل، موصی فوت کند، و سپس حمل زنده متولد شود، در این صورت حق مالکیت متزلزل حمل بر موصی به، مستقر می‌شود و زنده متولد شدن او کاشف از صحت وصیت بوده و بنابراین نماءات حاصله بین فاصله فوت موصی، تا زمان تولد حمل، از آن موصی له (نوزاد) می‌باشد. اما اگر حمل مرده به دنیا بیاید، کشف می‌شود که وصیت باطل بوده و موصی به، به ورثه موصی می‌رسد و نماءات مذکور نیز متعلق به آنهاست.

دلایلی که برای لزوم وجود این شرط در صحت وصیت برای حمل ذکر شده است، عبارتند از:

۱- اگر حمل زنده به دنیا نیاید قابلیت تملک موصی به را ندارد چراکه وصیت نوعی تملیک است و میت نمی‌تواند مالک چیزی شود (علامه حلی، ۱۳۸۸، ص ۴۶۱)؛ به عقیده این فقها حق حمل بر موصی به پیش از تولد متزلزل و غیر مستقر است که با زنده متولد شدن وی این حق مستقر می‌شود (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۲، ص ۵۵۲؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۴۳).

۲- قیاس وصیت برای حمل بر ارث برای حمل: ارث بردن حمل منوط به زنده متولد شدن اوست، بنابراین برای تملک موصی به نیز باید زنده متولد شود (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۳۸۶؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ق، ج ۴، ص ۸۳).

۳- اجماع (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۴۱۵).

با وجود این برخی فقها در لزوم وجود این شرط تشکیک نموده و به استدلال‌های فوق‌الذکر پاسخ گفته‌اند. اولین فقیهی که در نظر مشهور تردید کرده است، مرحوم سید یزدی است. ایشان شرط زنده متولد شدن حمل را زیر سؤال برده است و معتقد است که فقهایی که قائل به این شرط هستند، وصیت به نفع حمل را به ارث برای حمل، قیاس کرده‌اند. وی معتقد است که اگر حمل مرده به دنیا بیاید، موصی به، به عنوان ترکه، به وارث موصی له (حمل) می‌رسد. متن سؤال و جوابی که ایشان بیان داشته‌اند، در ذیل بیان می‌شود:

سؤال ۶۱۴: «هرگاه وصیت کند از برای حملی، و آن حمل مرده متولد شود یا سقط شود، صحیح است یا نه؟»

جواب: «وصیت از برای حمل صحیح است. پس هرگاه زنده متولد شود، مالک می‌شود هر چند بلافصل بمیرد. پس موصی به، می‌رسد به وارث و فرق نیست در صحت، مابین اینکه وصیت قبل از ولوج روح باشد یا بعد از آن و اما هرگاه زنده متولد نشود، پس بنابراین آنچه ظاهر می‌شود از کلمات متعرضین مسئله، بطلان وصیت است؛ لکن وجه آن واضح نیست و قیاس بر ارث، صحیح نیست. پس مقتضای قاعده انتقال به وارث او است» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵ق، ص ۳۸۸).

برخی فقهای معاصر نیز به تبعیت از مرحوم سید یزدی، شرط زنده متولد شدن حمل را مورد مناقشه قرار داده‌اند (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۴۱۴). ایشان ادله مذکور برای لزوم شرط زنده متولد شدن را رد کرده و معتقد است تنها دلیل برای شرط مذکور، اجماع و تسالم اصحاب است. وی معتقد است ادله اقامه شده برای لزوم شرط زنده متولد شدن حمل، قابل قبول نیست، زیرا اولاً نباید وصیت را بر ارث قیاس کرد، چراکه در ارث، نص خاصی وجود دارد که زنده متولد شدن حمل را شرط ارث بردن وی می‌داند، ولی در وصیت چنین نصی وجود ندارد. ثانیاً تملیک و تملک از امور اعتباری است و امور اعتباری، خفیف المؤمنه هستند و می‌توان برای حمل، حتی اگر مرده متولد شود، اعتبار مالکیت کرد (همان) چنانکه به عقیده برخی فقها، میت، مالک مقدار تجهیز خود می‌باشد، که این امر نمونه‌ای از مالک بودن شخص معدوم است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۰، ص ۲۷۳). در مورد اجماع مورد ادعا در خصوص شرط مذکور نیز باید گفت: اولاً همه فقهای شیعه حتی در یک عصر دارای تألیفات نیستند تا بتوان به نظر آن‌ها دست پیدا کرد. ثانیاً همه فقهای که دارای تألیفات هستند، در خصوص وصیت، مطلب ندارند و اگر هم به بحث وصیت پرداخته باشند به موضوع وصیت برای حمل پرداخته‌اند.

بنابراین نمی‌توان در خصوص لزوم زنده به دنیا آمدن حمل در وصیت، قایل به اجماع شد. به همین دلیل برخی فقها از عبارت، عدم الخلاف، به جای اجماع استفاده کرده‌اند و این دو اصطلاح بایکدیگر متفاوتند، برای مثال عبارت صاحب ریاض چنین است: «و تصح الوصية للحمل بشرط وقوعه حیا بلاخلاف اجده» (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۰، ص ۲۷۹). در جامع المدارک نیز آمده است: «و اما الوصية للحمل فالظاهر عدم

الخلاف فی صحتها بشرط وقوعه حیا» (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۵۹). بنابراین از نظر فقهای مخالف، هیچ دلیلی برای شرط زنده متولد شدن حمل برای وصیت به نفع وی، وجود ندارد و چنین وصیتی نیز مشمول اطلاقات باب وصیت است. بنابراین حتی در صورت مرده به دنیا آمدن نیز، وصیت صحیح بوده و موصی به، نه به ورثه موصی، بلکه به وراثت حمل می‌رسد.

قانون مدنی ایران به تبعیت از نظر مشهور فقهای امامیه، وجود شرط زنده متولد شدن حمل را برای وصیت برای وصیت برای وی، ضروری دانسته است. گذشته از ماده ۹۵۷ که به طور کلی شرط مذکور را برای بهره‌مندی حمل از حقوق مدنی لازم دانسته است، در ماده ۸۵۱ نیز به طور خاص این شرط را در خصوص وصیت برای حمل بیان داشته است.

۳-۱. اثبات زنده متولد شدن حمل و علائم آن

زنده یا مرده متولد شدن حمل، آثار حقوقی مهمی دارد؛ برای مثال در باب ارث، اگر حاملی وجود داشته باشد و زنده متولد شود ممکن است باعث محرومیت یا تقلیل سهم الارث سایر ورثه شود. در باب وصیت نیز به همین ترتیب اثبات زنده متولد شدن حمل (موصی‌له) ممکن است ورثه موصی را از دستیابی به موصی‌به بازدارد و برعکس اثبات مرده به دنیا آمدن حمل، موجب بهره‌مندی آن‌ها از موصی به می‌شود. حال سؤال این است که اصل در زنده یا مرده به دنیا آمدن حمل چیست؟ بار اثبات بر عهده چه کسی است؟ امارات اثبات کدامند؟

فقهای امامیه، نوعاً صدای طفل و حرکت طفل را علامت زنده متولد شدن می‌دانند، البته از باب کاشفیت از حیات طفل حین ولادت، نه اینکه این موارد برای وصیت وصیت موضوعیت داشته باشند (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۱۶۲). عمده علمای اهل سنت نیز نشانه‌های مذکور را علامت حیات طفل می‌دانند و آن‌ها را حصری نمی‌دانند (الزحیلی، ۱۹۸۵م، ج ۸، ص ۴۱۰). با وجود این، برخی فقهای مالکیه این امور (امارات حیات) را شرط صحت وصیت دانسته‌اند و در صورت فقدان آن‌ها وصیت را باطل می‌دانند (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۱۶۲). هر یک از این امارات ممکن است با شهادت شهود یا نظر کارشناس اثبات شوند. به هر حال زنده متولد شدن حمل، امری است که باید اثبات گردد و محدودیتی از لحاظ دلیل در حقوق امروز وجود ندارد و هر یک از

ادله اثبات دعوی، در این خصوص قابل استفاده است.

بنابراین، در صورت تردید در زنده متولد شدن حمل، می‌توان با استفاده از امارات مذکور، این امر را اثبات نمود، اما بار اثبات بر عهده چه کسی است؟ به طور کلی می‌توان گفت کسی که از زنده متولد شدن حمل، منتفع می‌شود، باید آن را اثبات نماید؛ به عبارت دیگر شخصی که مدعی است حمل زنده به دنیا آمده است، باید با استفاده از امارات فوق یا هر دلیل دیگری، برای ادعای خود، اقامه دلیل کند. ممکن است گفته شود که برعکس، اصل بر حیات حمل است و همان حیات سابق، پس از تولد استصحاب می‌شود و مدعی این امر نیازی به اقامه دلیل ندارد (حائری شاهباغ، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۷۵۴). اما نمی‌توان با این نظر همداستان شد، چراکه با توجه به اصل عدم، زنده بودن حمل پیش از ولادت، امری مسلم نیست و بنابراین حالت سابقه یقینی وجود ندارد که بخواهیم آن را استصحاب کرده و به بعد از ولادت نوزاد تسری دهیم. پس هیچ اصلی که مدعی زنده متولدشدن حمل را از ارائه دلیل بی‌نیاز کند در قضیه وجود ندارد. از سوی دیگر، شخصی که مدعی مرده به دنیا آمدن حمل است، نیازی به اقامه دلیل ندارد، زیرا اصل، عدم حیات است، مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد. قانون مدنی نیز در ماده ۸۷۶ در بحث ارث، بیان می‌دارد که با شک در حیات حین ولادت، حکم به وراثت نمی‌شود. مفهوم این عبارت این است که اگر پس از تولد حمل، در زنده به دنیا آمدن وی، که یکی از شروط ارث بری اوست، تردید حاصل شود، ارث بردن نوزاد منتفی است درحالی که اگر اصل بر حیات حمل پیش از ولادت بود، قانون‌گذار باید همان حیات را استصحاب کرده و حکم به زنده متولدشدن حمل و وراثت وی می‌داد.

۳-۲. سقط حمل به سبب جرم

گفته شد که یکی از شروط صحت وصیت برای حمل، زنده متولد شدن اوست؛ حتی اگر پس از تولد، بلافاصله بمیرد، وصیت صحیح بوده و موصی به، به ورثه او می‌رسد. اما در صورتی که مرده به دنیا بیاید، وصیت باطل بوده و موصی به متعلق به ورثه موصی است. اما آیا اگر مرده به دنیا آمدن حمل نه به صورت عادی، بلکه به سبب وقوع جرمی بر وی باشد وضعیت چگونه است؟ آیا باز هم همانند مرده به دنیا آمدن عادی، وصیت باطل است یا خیر؟

هیچیک از فقهای امامیه تفاوتی بین دو وضعیت مذکور قائل نشده‌اند؛ به عبارت دیگر مرده به دنیا آمدن حمل، چه به صورت عادی باشد و یا در اثر جنایتی سقط گردد، در هر دو صورت، وصیت به نفع وی باطل بوده و موصی به از آن ورثه موصی است. برخی از فقهای عظام به این عدم تفاوت تصریح کرده‌اند (علامه حلی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۰۰؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۹، ص ۳۸۸؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۴۳). برای مثال عبارت علامه در تحریر چنین است: «فإن انفصل (الحمل) میّتاً، بطلت الوصیّة و رجع المال میراثاً لورثة الموصی سواء مات لعارض من ضرب أو شرب دواء أو لغير عارض». همچنین محقق ثانی در این خصوص بیان می‌دارد: «ولا فرق بین أن یسقط (الحمل) بجنایة جان أو لا».

با وجود این، از مواد قانون مدنی در بحث وصیت برای حمل، حکمی معارض با دیدگاه فقهی استنباط می‌شود. قانون‌گذار مدنی در ماده ۸۵۱ بهره‌مندی و تملک حمل نسبت به مورد وصیت را مشروط به زنده متولدشدن وی کرده است، اما در ادامه و در ماده ۸۵۲ حکمی به ظاهر مخالف با منطوق ماده سابق مقرر نموده است. عبارت ماده مذکور چنین است: «اگر حمل در نتیجه جرمی سقط شود، موصی به به ورثه او می‌رسد، مگر اینکه جرم، مانع از ارث باشد». بنابراین، به موجب ظاهر این ماده، اگر حمل در اثر جرمی سقط گردد، هر چند که مرده به دنیا بیاید، وصیت صحیح است و موصی به، به ورثه او می‌رسد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۵۲۷). بنابراین، مقررره مذکور در ماده ۸۵۲ از سویی با ماده ۸۵۱ که شرط صحت وصیت را زنده متولد شدن حمل می‌داند و از سوی دیگر با فقه امامیه که تفاوتی بین مرده به دنیا آمدن حمل به صورت عادی یا در اثر جرم نگذاشته است، متعارض است.

حقوقدانان و نویسندگان حقوقی که متعرض این مسئله شده‌اند، سعی کرده‌اند که با توجیهاتی، این تعارض ظاهری را برطرف کنند.

مرحوم مصطفی عدل، که اولین شارح قانون مدنی نیز هست، در خصوص ماده ۸۵۲ معتقد است، برای اینکه این ماده مورد اجرا پیدا کند، باید حمل زنده متولد شده و سپس بمیرد و اگر در نتیجه جرم، حمل مرده به دنیا آید، موصی به نمی‌تواند ملک او گردد چه رسد به اینکه به ورثه او منتقل شود (عدل، ۱۳۷۸، ص ۳۸۰). بنابراین، به عقیده ایشان، منظور از واژه «سقط» در ماده مورد بحث، این است که حمل در اثر جرم

زنده به دنیا بیاید، تا مطابق ماده ۸۵۱ مالک موصی به شود و سپس بمیرد، تا موصی به، به ورثه‌اش برسد.

برخی دیگر از حقوقدانان نیز با توجیهی مشابه، معتقدند هر چند ماده ۸۵۲ به طور اطلاق مقرر می‌دارد که اگر حمل در نتیجه جرمی سقط شود، موصی به به ورثه او می‌رسد، ولی باتوجه به قاعده کلی مذکور در ماده ۹۵۷ و ماده ۸۵۱ که می‌گوید وصیت برای حمل صحیح است لیکن تملک او منوط است بر اینکه زنده متولد شود، باید برآن بود که چنانچه جنین در اثر سقط، زنده متولد شود و سپس بمیرد، موصی به، به ورثه او می‌رسد و الا هرگاه در شکم مادر بمیرد و مرده متولد گردد، کشف می‌شود که وصیت نسبت به او باطل بوده است (امامی، ۱۳۶۶، ج ۳، ص ۹۴؛ عمید، ۱۳۴۲، ص ۹۴).

در صورتی که توجیهات فوق را بپذیریم، هیچ تعارضی بین مفاد ماده ۸۵۲ با ماده پیش از آن و نیز رویکرد فقهی، نخواهد بود، زیرا اگر اصطلاح «سقط» مذکور در این ماده را تولد زودرس و سپس مرگ نوزاد بدانیم، در اینجا شرط زنده متولد شدن حمل، حاصل شده و وی مالک موصی به شده و پس از مرگش از باب ارث به ورثه وی می‌رسد، اما طبق قواعد ارث، وارث جانی، از ارث محروم می‌شود. به نظر می‌رسد چنین توجیهی با قواعد و مقررات باب ارث و وصیت کاملاً منطبق بوده و خللی به آن‌ها وارد نمی‌کند و از سوی دیگر با نظر فقهای امامیه نیز در خصوص عدم تمایز بین مرده به دنیا آمدن عادی یا در اثر جنایت، همسو است؛ با وجود این، نظر فوق خالی از اشکال هم نیست. نخست اینکه متبادر از واژه «سقط»، به دنیا آمدن زودرس حمل در اثر مرگ است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۳۴۸). در ثانی اگر منظور قانون‌گذار از وضع ماده مذکور این بود که حمل زنده متولد شود و سپس بمیرد، این مطلب جدیدی نبود، زیرا در این صورت مشمول قاعده کلی مذکور در ماده قبل یعنی ماده ۸۵۱ بود و نیازی به تکرار آن به صورت دیگر نبود (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۱۶۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۹۰).

برخی دیگر از نویسندگان حقوقی با حفظ ظاهر الفاظ ماده ۸۵۲ معتقدند اگر وضع حمل به وسیله‌ای اسقاط شود، مثل آنکه دیگری ضربتی بر زن حامل وارد کند که موجب سقط جنین شود، در این مورد هر چند طفل زنده خارج نشده باشد، اما چون قبل از سقط زنده بوده است، استصحاب حیات او تا تاریخ خروج از رحم، موجب تملک خواهد شد و همین که مالک شد و مرد، مایملک او به وارثش می‌رسد... اما اگر

موجب سقط را وارث فراهم کرده باشد، چون قتل مانع از ارث است، ارث نخواهد برد (حائری شاهباغ، ۱۳۷۶، ص ۷۵۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۹۰). این نویسندگان چنان‌که مشخص است، با استفاده از استصحاب حیات حمل در دوران جنینی، آن حیات را به بعد از ولادت نیز سرایت داده‌اند و این مورد را ملحق به صورت زنده متولد شدن حمل نموده‌اند (حائری شاهباغ، ۱۳۷۶، ص ۷۵۵). در حالی که چنانکه گذشت، هیچ حالت سابقه یقینی برای حیات حمل وجود ندارد که بخواهیم آن را استصحاب نماییم، بلکه برعکس در صورت تردید در حیات حمل، اصل بر عدم حیات است و زنده متولد شدن نیاز به اثبات دارد.

برخی دیگر از حقوقدانان معاصر نیز بدون اینکه از ظاهر عبارات به کار رفته در ماده ۸۵۲ دست بکشند، این ماده را تخصیص و استثنائی بر حکم ماده ۸۵۱ می‌دانند و در توجیه این استثناء معتقدند، چون حمل در زمان وقوع جرم زنده بوده یا استعداد زندگی را داشته است، این حیات استصحاب می‌شود. ایشان در ادامه می‌افزاید: اگر جرمی واقع نمی‌شد، جنین زنده به دنیا می‌آمد، پس اکنون نیز برای محو آثار جرم و از بین بردن انگیزه آن، جنین از حیث تملک موصی‌به، در حکم زنده قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۳۴۹). ایراد تمسک به استصحاب، قبلاً گذشت و نیازی به تکرار نیست اما از عبارات ایشان استنباط می‌شود که فلسفه وضع این ماده یک اقدام تأمینی، برای جلوگیری از سوءاستفاده ورثه موصی است که احتمال دارد بدین وسوسه دچار شوند که با ساقط کردن حمل، وصیت را بی‌اثر سازند و موصی‌به را به تملک خود درآورند. برای همین، قانون‌گذار تملک حمل مرده به دنیا آمده را نیز به رسمیت شناخته است و مقرر داشته است که موصی‌به، به ورثه حمل می‌رسد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۳۴۸). یکی از نویسندگان، در مقام انتقاد از این تفسیر می‌گوید: «بعضی از حقوقدانان معاصر بدون توجه به تقید قانون‌گذاران مدنی به موازین فقهی، با حفظ ظاهر ماده (۸۵۲) آن را بر مصلحت اندیشی تنظیم‌کنندگان قانون حمل نموده‌اند. ولی ناگفته پیداست که اگر چنین مصلحت‌اندیشی‌هایی رعایت می‌شد، بسیاری از مواد قانون می‌بایست به گونه‌ای دیگر تنظیم گردد» (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۱۶۷). علاوه بر این، ایرادی که در این رابطه به نظر می‌رسد، این است که در صورت پذیرش این استدلال، دلیل، اخص از مدعا خواهد بود و شامل تمامی موارد سقط به سبب جنایت نمی‌شود.

به عبارت دیگر، چنین استدلالی صرفاً در مواردی قابل پذیرش است که سبب سقط حمل، جرم و جنایتی از سوی وراث موصی، بر مادر یا حامل باشد، اما مواردی را که جرم مذکور توسط شخصی غیر از وراث موصی، ارتکاب یابد، دربر نمی‌گیرد. ایشان در نهایت با اظهار تمایل به دیدگاه پیش‌گفته، در تقویت آن بیان می‌دارد «آنچه که می‌توان گفت این است که به احتمال فراوان، منظور قانون‌گذار خلاف ظاهر ماده (۸۵۲) بوده است و پیروی از (ظاهر) الفاظ بسیاری از قواعد حقوقی را نقض می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۹۱).

برخی نویسندگان معتقدند که منظور از ماده مورد بحث، این است که هرگاه شخصی اجنبی، با لگد زدن به پهلوی زن حامله‌ای، موجب تولد زودرس جنین گردد و جنین زنده به دنیا آید و سپس بمیرد، موصی به، متعلق به جنین فوت شده است و به ورثه او می‌رسد هر چند که به نظر کارشناسان، مرگ جنین، معلول ضربه وارد آمده تشخیص داده شود، زیرا که جنین زنده بدنیا آمده و شرط لازم را جهت تملک حائز بوده است و چنانچه ضربه وارد آمده توسط احد از ورثه، جنایتاً و عمداً صورت گرفته باشد و بنظر کارشناسان، سقط جنین سبب فوت تشخیص گردد، هر چند موصی به متعلق به جنین فوت شده است، ولی جانی، از موصی به همانند سایر اموال جنین فوت شده، ارث نخواهد برد و به سایر ورثه جنین خواهد رسید (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۱۶۷). از نظر این نویسنده، منظور قانون‌گذار از آوردن این ماده، وارد کردن مورد در مقررات ارث موضوع ماده ۸۸۰ قانون مدنی بوده است که قاتل را از ارث مقتول محروم کرده است. ایرادی که نسبت به این توجیه به نظر می‌رسد این است که اولاً متفاهم عرفی از سقط حمل، آن است که مرده به دنیا بیاید نه زنده. ثانیاً: این توجیه مربوط به حملی است که روح و حیات در او دمیده شده باشد، ولی برای حمل قبل از دمیدن روح، مفید نیست (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۱۹۰).

۴. قبولی در وصیت به نفع حمل

آخرین بحثی که در رابطه با شرایط صحت وصیت برای حمل وجود دارد، موضوع لزوم یا عدم لزوم قبولی چنین وصیتی است. این بحث چه در کتب فقهی و چه در میان نویسندگان حقوقی، چندان منقح نیست. موضوع قبولی در وصیت برای حمل، تا حدود

زیادی بستگی به اعتقاد نسبت به عقد یا ایقاع دانستن وصیت به طور کلی دارد؛ بدین معنا که کسانی که وصیت را ایقاع می‌دانند، در بحث وصیت برای حمل نیز مانند سایر موارد وصیت، قبولی را لازم نمی‌دانند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۲، ص ۵۵۳) و از سوی دیگر کسانی که اعتقاد به عقد بودن وصیت دارند، اصولاً برای درستی وصیت برای حمل نیز قبولی را ضروری می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۲۳۶؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۰، ص ۲۸۰؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۴۳). با وجود این، با ملاحظه آراء و دیدگاه‌های فقها، چنین استنباط می‌شود که برخی فقهای که معتقد به عقد بودن وصیت هستند و در موارد معمول، قبولی موصی‌له را شرط صحت وصیت می‌دانند، در خصوص وصیت برای حمل، یا مواردی از قبیل وصیت برای جهات و منافع عمومی، درباره لزوم قبولی یا تردید کرده و یا صراحتاً فتوا به عدم لزوم قبولی داده‌اند.

آنچه لزوم قبول در وصیت تملیکی برای حمل را با تردید مواجه می‌کند، این است که حمل، پیش از تولد و در دوران جنینی خود، ولی یا سرپرست قانونی ندارد که بتواند وصیت را از طرف او قبول کند؛ بنابراین به دلیل تعذر قبولی از سوی حمل و عدم وجود ولی برای وی، برخی فقها به ناچار قائل به عدم لزوم قبولی شده‌اند (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۵۹).

صاحب حدائق، پس از بیان نظر شهیدثانی در مسالک، که قبول در وصیت برای حمل را لازم دانسته است، معتقد است هیچ دلیل شرعی برای این مطلب وجود ندارد؛ عبارت وی چنین است: «و بالجمله فإنه ليس في هذه المواضع ما يمكن الاعتماد عليه من الأدلة الشرعية، سوى مجرد كلامهم و تعليلاتهم...» (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۲، ص ۵۵۲). ایشان معتقد است که وصیت برای حمل، هیچ تفاوتی با وصیت برای جهات عامه، که در آن قبولی لازم نیست، ندارد. (همان) برخی از فقهای معاصر نیز که معتقد به ایقاع بودن وصیت در همه انواع و مصادیق آن هستند، قبولی را در وصیت برای حمل نیز مانند سایر موارد، غیرمعتبر می‌دانند (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۴۱۶).

برخی دیگر از فقها که در مواردی غیر از وصیت برای حمل، معتقد به لزوم قبولی از سوی موصی‌له شده‌اند، در بحث وصیت برای حمل، لزوم قبولی را مورد تردید قرار داده‌اند. مرحوم صاحب جواهر، به دلیل اینکه معتقد است حمل در دوران جنینی فاقد ولی است، قبول را در وصیت برای او، لازم نمی‌داند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق،

ج ۲۸، ص ۳۸۷). مرحوم بجنوردی نیز معتقد است حمل با زنده متولد شدن، مالک موصی به می شود و نیازی به قبولی ندارد (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۳۳۱). برخی دیگر از فقهای عظام، لزوم قبولی برای صحت وصیت به سود حمل را مفروغ عنه گرفته اند و به این بحث پرداخته اند که چه کسی باید آن را قبول کند. ایشان معتقد است پس از زنده متولد شدن حمل، قبول کننده وصیت، پدر یا جد پدری یا سرپرست امور او است (علامه حلی، ۱۳۸۸، ص ۴۶۱). ایشان می افزاید: «اگر اشخاص مذکور، پیش از تولد حمل و در دوران جنینی، اقدام به قبول وصیت کنند، در اعتبار چنین قبولی تردید است» (علامه حلی، ۱۳۸۸، ص ۴۶۱).

یکی از فقهایی که مطلقاً قبول را در صحت وصیت به نفع حمل، در همه موارد لازم می داند، شهید ثانی می باشد. ایشان معتقد است در صورتی که حمل زنده متولد شود و به زندگی ادامه دهد، در اینجا ولی طفل، باید وصیت را قبول کند. اما اگر حمل پس از اینکه زنده به دنیا آمد، بلادرنگ بمیرد، در این صورت وصیت به ورثه حمل منتقل شده و لازم است آن ها وصیت را قبول کنند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۲۳۶). بنابراین از نظر ایشان، در تمامی مواردی که وصیتی به سود حمل انشاء می شود، لازم است بنا به مورد، از سوی ولی یا وارث وی، مورد قبول واقع شود و در غیر این صورت، وصیت مذکور باطل خواهد بود. برخی حقوقدانان نیز که معتقد به عقد بودن وصیت تملیکی هستند، در خصوص وصیت برای حمل، از دیدگاه فوق متابعت نموده اند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۳۲۲). نویسنده کتاب بلغه الفقیه نیز پس از بیان احتمالات مختلف در مسئله مورد بحث، نهایتاً لزوم قبولی را به دلیل اعتقاد بر عقد بودن وصیت تملیکی، می پذیرد. ایشان معتقد است که حمل نیز با توجه به عموم ادله ولایت، دارای ولی است و بنابراین وی می تواند وصیت به سود حمل را قبول کند، اما در ادامه می گوید که بهتر است قبول ولی پس از تولد حمل صورت گیرد نه در حالی که به صورت حمل است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۴، ص ۱۵۱). نکته قابل توجه این است که هر چند فقهای مذکور معتقدند که در صورت تولد و سپس فوت نوزاد، موصی به، از باب ارث به ورثه او می رسد، اما با این حال، اعلام قبولی از سوی ورثه حمل را نیز ضروری می دانند.

از میان نویسندگان حقوقی نیز، اغلب کسانی که تمایل به ایقاع دانستن وصیت

تملیکی دارند، معتقدند که برای صحت وصیت برای حمل، قبولی ضرورتی ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۰، ص ۸۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۱۶۳). اما از سوی دیگر، حقوقدانانی که وصیت تملیکی را عقد می‌دانند، همانند سایر موارد وصیت، در مورد وصیت برای حمل نیز قائل به لزوم قبولی شده‌اند (امامی، ۱۳۶۶، ج ۳، ص ۸۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰، صص ۳۰۸-۳۰۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۳۲۲). نویسندگان اخیر معتقدند که وصیت برای حمل، با وصیت برای جهات عامه که در آن قبولی به دلیل تعذر، لازم نیست، قابل مقایسه نیست زیرا در وصیت برای حمل، قبول وصیت امکان‌پذیر است. ایرادی که در این خصوص به نظر می‌رسد این است که قبول وصیت برای حملی که در دوران جنینی، فاقد ولی است چگونه امکان‌پذیر است؟ ایشان برای دفع این تردید، به ماده ۱۰۳ قانون امور حسبی تمسک جسته‌اند. مطابق ماده مذکور «علاوه بر مواردی که مطابق قانون مدنی، تعیین امین می‌شود، در موارد زیر نیز امین معین خواهد شد: ۱. برای اداره سهم‌الارثی که ممکن است از ترکه متوفی، به جنین تعلق گیرد، در صورتی که جنین ولی یا وصی نداشته باشد. ۲. ...». در این ماده فرض وجود ولی یا وصی برای حمل، نسبت به پیش از تولد نیز شده است؛ بنابراین باید پذیرفت که ولی یا وصی جنین، می‌تواند قبل از تولد او نیز وصیت را قبول کند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، صص ۳۲۲-۳۲۳). با وجود این، چنانکه برخی نویسندگان بیان داشته‌اند، ماده ۱۰۳ قانون امور حسبی که ولایت بر جنین را اثبات می‌کند، دلیلی بر اینکه در وصیت به نفع حمل قبول ولی او ضرورت دارد، محسوب نمی‌شود و مسئله قبول وصیت به نفع حمل، از نظر قانونی همچنان در بوته اجمال است زیرا مدلول ماده مذکور عام است و شامل وصیت و غیر آن می‌شود، اما ماده ۸۵۲ قانون مدنی خاص است و ظهور خاص برعام وارد است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۰، ص ۸۲).

به هر حال با توجه به اقوال فقها و حقوقدانان، به نظر می‌رسد عقیده کسانی که قبولی را در خصوص وصیت به نفع حمل شرط نمی‌دانند، صحیح‌تر باشد چرا که: اولاً در موارد مشابه وصیت برای حمل، مثل هبه و امثال آن، کسی قایل نشده که قبول ولی یا وصی حمل لازم است. ثانیاً ظاهر فتاوی فقها در مقام وصیت برای حمل، این است که وصیت به نفع حمل صحیح است و شرط استقرار آن زنده متولد شدن حمل است، اما سخنی از لزوم قبولی به میان نیاورده‌اند، در حالی که اگر قبول لازم بود، می‌بایست

آن را نیز ذکر کنند (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۱۶۴). برای تأیید این مطلب نیز می‌توان به ظاهر ماده ۸۵۱ تمسک نمود که تملک حمل نسبت به موصی به را صرفاً منوط به زنده متولد شدن حمل، و نه چیز دیگری، کرده است.

نتیجه‌گیری

آنچه از بررسی دیدگاه‌های مختلف در بحث وصیت به نفع حمل، استنباط می‌شود این است که:

۱- فقهای امامیه و علمای اهل سنت و نیز نویسندگان حقوقی، در درستی و جواز وصیت به نفع حمل اتفاق نظر دارند. به عبارتی به دلیل اینکه در ادله شرعیه، اعم از آیات و روایات باب وصیت، چیزی که حکم وصیت برای حمل را از سایر موارد وصیت متمایز کند، وجود ندارد، بنابراین وصیت به نفع حمل نیز مشمول عموم و اطلاق ادله این باب است. علاوه براین، چنانکه گذشت برخی از فقهای عظام در مورد صحت وصیت به نفع حمل، ادعای اجماع کرده‌اند.

۲- در مورد شرط لزوم وجود حمل در زمان انشای وصیت به نفع وی، ملاحظه شد که مشهور فقهای امامیه و اغلب مذاهب اهل سنت، وجود این شرط را برای درستی وصیت به سود حمل لازم می‌دانند؛ با وجود این، علمای مالکیه و نیز برخی از فقهای امامیه، وصیت برای حملی که در آینده موجود خواهد شد را هم صحیح می‌دانند. اما چنانکه گفته شد، مالکیت مفهومی اعتباری است که بیانگر رابطه بین فرد انسانی و یک شیء است، اما اعتبار چنین رابطه‌ای بین شیء و فرد معدوم، چیزی است که با عقل و منطق سازگار نیست و نباید امر اعتباری را با امر موهوم اشتباه کرد.

۳- شرط دیگری که برای درستی وصیت به نفع حمل بیان شده است، زنده متولد شدن حمل است که مشهور فقها آن را شرط لازم برای صحت وصیت به سود حمل می‌دانند. نخستین فقیهی که با تردید به این موضوع پرداخته است، مرحوم سیدزیدی است و به تبع ایشان برخی فقهای معاصر نیز همانند وی، معتقدند که از ادله شرعیه باب وصیت، چیزی که دلالت بر لزوم زنده متولد شدن حمل داشته باشد، وجود ندارد و فقهایی که شرط مذکور را در صحت وصیت برای حمل دخیل

می‌دانند، در واقع وصیت به سود حمل را بر ارث حمل قیاس کرده‌اند که چنین مقایسه‌ای درست نیست.

۴- موضوع دیگری که در این نوشته در رابطه با وصیت برای حمل، مورد بررسی قرار گرفت، لزوم یا عدم لزوم قبول وصیت، برای صحت چنین وصیتی بود. آنچه از جمیع نظرات و استدلال‌های مطرح شده در خصوص بحث قبول در وصیت برای حمل به نظر می‌رسد، این است که در اینجا قبولی ضرورتی ندارد و حمل به محض زنده متولد شدن، بدون نیاز به امری دیگر، موصی به را تملک می‌کند و در صورتی که پس از تولد بلادرنگ بمیرد، موصی به از باب ارث، به ورثه او تعلق می‌گیرد.

کتابنامه

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۹ق)، *کفایه الأصول*، قم: آل البیت.
۲. ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق)، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. ابن زهره، حمزه بن علی حسینی (۱۴۱۷ق)، *غنیة النزوع إلی علمی الأصول و الفروع*، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۴. ابن قدامه، ابو محمد موفق الدین عبدالله (۱۹۶۸م)، *المعنی*، مصر: مکتبه القاہره.
۵. استون، فردیناند. اف (۱۳۵۰)، *نهادهای اساسی حقوق ایالات متحده آمریکا*، ترجمه سیدحسین صفایی، تهران: شرکت سهامی کتاب‌های جیبی.
۶. امامی، سید حسن (۱۳۶۶)، *حقوق مدنی*، تهران: کتاب فروشی اسلامیة.
۷. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، *رساله فی الوصایا*، قم: کنگره بزرگداشت شیخ انصاری.
۸. بجنوردی، سیدحسن بن آقا بزرگ موسوی (۱۴۱۹ق)، *القواعد الفقهیه*، قم: نشر الهادی.
۹. بحرالعلوم، محمد بن محمد تقی (۱۴۰۳ق)، *بلغه الفقیه*، تهران: منشورات مکتبه الصادق.
۱۰. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵ق)، *الحدائق الناضره فی أحكام العترة الطاهرة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۱. البهوتی الحنبلی، منصور بن یونس (۲۰۰۹م)، *کشاف القناع عن متن الاقناع*، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۰)، *حقوق مدنی (وصیت)*، تهران: ابن سینا.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش.
۱۴. حائری شهاباغ، سیدعلی (۱۳۷۶)، *شرح قانون مدنی*، تهران: گنج دانش.

شروط صحت وصيت به نفع حمل در فقه و حقوق اسلامي ۲۳۳

۱۵. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد (بی تا)، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - القديمة)، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
۱۶. حلبی، تقی الدین بن نجم الدین ابو الصلاح (۱۴۰۳ق)، الكافی فی الفقه، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین (علیه السلام).
۱۷. خمینی، سیدروح الله (۱۳۷۹)، تحریر الوسیله، قم: دارالعلم.
۱۸. خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۹. خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، منهاج الصالحین، قم: نشر مدینه العلم.
۲۰. خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۲ق)، مصباح الأصول، قم: مکتبه الداوری.
۲۱. الدیامطی الشافعی، ابی بکر محمد (۱۹۹۷م)، اعانه الطالبین علی حل الفساض فتح المعین، دمشق: دارالفکر.
۲۲. روحانی، سیدصادق (۱۴۱۲ق)، فقه الصادق، قم: دارالکتاب.
۲۳. الزحیلی، وهبه (۱۹۸۵م)، الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق: دارالفکر.
۲۴. سبزواری، سیدعبدالأعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام، قم: مؤسسه المنار.
۲۵. سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۷ق)، منهاج الصالحین، قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی.
۲۶. سیفی مازندرانی، علی اکبر (۱۴۲۷ق)، دلیل تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (علیه السلام).
۲۷. شافعی، ابو عبدالله محمد ابن ادريس (۱۹۹۰م)، کتاب الام، بیروت: دارالمعرفه.
۲۸. شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق)، الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۹. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، الروضه البهیة (محشی کلانتر)، قم: داوری.
۳۰. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۳۱. صاحب جواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
۳۲. صدر، محمدباقر (۱۴۰۷ق)، بحوث فی علم الاصول، بیروت: الدار الإسلامیه.
۳۳. صفایی، سیدحسین (۱۳۸۰)، اشخاص و محجورین، تهران: سمت.
۳۴. طاهری، حبیب اله (۱۴۱۸ق)، حقوق مدنی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۵. طباطبایی، سیدعلی بن محمد (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل، قم: مؤسسه آل البيت.
۳۶. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۵ق)، سؤال و جواب، تهران: مرکز نشر العلوم الإسلامیه.
۳۷. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۰۹ق)، العروه الوثقی، بیروت: مؤسسه الأعلمی.

۳۸. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۳۹. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دارالکتاب العربی.
۴۰. عدل، مصطفی (۱۳۷۸)، حقوق مدنی، قزوین: نشر طه.
۴۱. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۳۸۸)، تذکره الفقهاء (ط-التقدیمه)، قم: مؤسسه آل البيت.
۴۲. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق)، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۳. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۱ق)، تبصره المتعلمین فی أحكام الدین، تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۴۴. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۵. علامه حلی، حسن بن یوسف (بی تا)، تحریر الأحكام الشرعیه علی مذهب الإمامیه (ط-التقدیمه)، مشهد: مؤسسه آل البيت.
۴۶. عمید، موسی (۱۳۴۲)، هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران، تهران: بی نا.
۴۷. فخرالمحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، عقود معین، حقوق مدنی (عطایا)، تهران: گنج دانش.
۴۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، وصیت در حقوق مدنی ایران، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۵۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: نشر میزان.
۵۱. کاسانی، علاءالدین ابوبکر (۱۹۸۶م)، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۵۲. کاشف الغطاء، احمد بن علی بن محمدرضا (۱۴۲۳ق)، سفینه النجاة و مشکاه الهدی و مصباح السعادات، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۵۳. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۵۴. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۱۸ق)، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیّه.
۵۵. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۷)، وصیت، تهران: نشر علوم اسلامی.
۵۶. محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: آل البيت.
۵۷. مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق)، الفقه علی المذاهب الخمسه، بیروت: دارالتيار الجديد.
۵۸. مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳ق)، المقتعه، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.