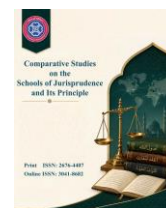




Comparative Studies on the Schools of Jurisprudence and Its Principles

Print ISSN: 2676-4407 | Online ISSN: 3041-8682

Journal Homepage: <https://mfu.uok.ac.ir/>



The Nature of Deprivation of Property in the Inheritance of a Fetus from the Perspective of Islamic Schools of Jurisprudence and Iranian Law

Mohammad Taqi Moradi ^{1✉}

1. Phd student, department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, University of Qom, Qom, Iran.
Email: mtmoradi1402@gmail.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:

Received 1 November 2024

Received in revised form 4

February 2025

Accepted 28 April 2025

Available online 5 May 2025

Keywords:

Segregation ('azl);

Property;

Inheritance ;

Fetus;

Law of Iran

ABSTRACT

According to Islamic jurisprudence and Iranian law, if at the time of inheritance distribution there exists an unborn child, a share is set aside for it until its being born alive is established. This segregated property may generate increments and benefits, and it may also be subject to loss or destruction. The central question, therefore, is to whom these increments belong and against whom any loss should be borne. Addressing this issue requires an analysis of the legal nature of the "segregation of property" and whether it constitutes a division of property or not. Using a descriptive-analytical method and drawing on jurisprudential sources of the Islamic schools of law as well as legal sources, this article examines the nature of 'azl. Some Imāmī jurists and the majority of Shāfi'ī, Ḥanafī, Ḥanbalī, and Zaydī jurists, relying on arguments such as the implication of the rule of no harm, the absence of any impediment to the contingent ownership of the unborn child, and the implication of the nature of a subsequent condition, regard segregation as a form of division. They further argue that preventing future disputes and harm to other heirs requires removing the estate from common ownership from the outset. Article 878 of the Iranian Civil Code, though not explicit, likewise implies that segregation has the appearance of constituting a division. By contrast, arguments advanced to distinguish segregation from division, despite appearing more robust at the evidentiary level, lack practical effectiveness. Consequently, once the share of each heir is separated, the rules governing jointly owned property no longer apply; the increments and benefits accrue to each respective share, and any loss is borne by its owner. Given modern medical tools that allow determination of the fetus's status at the time of death, there is little justification for delaying inheritance distribution. Accordingly, the estate should be divided without delay, while preserving the share of the fetus.

Cite this article: Moradi, M. (2025). The Legal Nature of Property Segregation in the Inheritance of an Unborn Child from the Perspective of Islamic Schools of Law and Iranian Law. *Comparative Studies on the Schools of Jurisprudence and its Principles*, 8(1), 94-110. <https://doi.org/10.22034/MFU.2026.144856.1637>



© The Author(s) retain the copyright.

Publisher: University of Kurdistan.

DOI: <https://doi.org/10.22034/MFU.2026.144856.1637>

Introduction

Islamic jurisprudence and Iranian law consider a fetus (ḥaml) entitled to inheritance during its embryonic stage. Provided that the fetus was conceived at the time of the deceased's death, its share is set aside until its being born alive is definitively confirmed at the time of birth. For this purpose, the share equivalent to two male offspring is set aside, which is termed 'azl al-māl (setting aside property). However, Abū Ḥanīfa and the Ibādīs hold the opinion that, due to the possibility of four boys being born, the share for four boys should be set aside as a precaution. In this context, the property set aside for the fetus can both yield profits and benefits (nawāmī wa manāfī'), and there is a possibility of its loss due to natural causes or events such as theft. The question then arises: to whom and against whom are the growth, profits, and damages of this 'set-aside' (ma'zūl) property attributed? Is it to the fetus or to all the heirs? The origin of this question lies in the response of a contemporary jurist to an inquiry regarding a gift (hibah) to a fetus (in the mother's womb), in which the gift was distinguished from inheritance. The response stated: "The capacity of the fetus to acquire ownership and the validity of the gift in the mentioned scenario are problematic. In the case of a fetus's inheritance, there is no acquisition of ownership by the fetus; rather, it is a setting aside (istithnā') of property, and the time for acquisition of ownership is the moment of birth."

Focusing on the phrase "istithnā' al-māl" (setting aside of property) to answer the above question requires examining the nature of 'azl al-māl. Is setting aside property from the estate for the fetus an actual division (qismat ḥaqīqī), or is it not considered a division? Does the act of setting aside (al-'azl) establish the fetus's right in the set-aside property, so that any loss is counted against the fetus alone and profits become its property? Or does the fetus still retain a share in the property given to the other heirs? Therefore, the fundamental issue is the nature of 'azl al-māl in fetal inheritance. If the fetus is born dead and the set-aside property passes to the other heirs, does this mean the fetus's ownership is nullified, or was ownership never established in the first place to be nullified?

Method

This paper is structured using a descriptive-analytical method, based on sources from the jurisprudence of Islamic schools of thought, legal texts, and the Civil Code of Iran.

Results

1. In Islamic jurisprudence and Iranian law, the fetus (ḥaml) is recognized as entitled to inheritance, and its share is separated and set aside from the estate until its status as a living being after birth is determined.
2. Regarding the benefits, increases (nawāmī, i.e., profits/fruits), as well as the loss or destruction of property set aside for the fetus, there are two fundamental perspectives among jurists.
3. The First View (Proponents of Division): A group of Imami jurists, as well as Shafi'i, Hanafi, Hanbali, and Zaydi jurists, believe that setting aside the fetus's share ('Azl al-māl) is essentially a form of dividing the estate, which removes the property from the state of joint ownership (shirākah/mushā'). Their argument is to prevent harm to the fetus due to the delay in its acquisition and the absence of any impediment to its provisional ownership.
4. The Second View (Proponents of 'Azl and Non-Division): Most Imami jurists, as well as Malikis and Ibadis, believe that setting aside the fetus's share is not considered a division, but rather a precautionary measure to preserve the fetus's property in case of its live birth. They rely on the apparent meanings of narrations such as "The fetus, when born alive, inherits."

5. The arguments of the proponents of non-division are based on several foundations:

- Reliance on the principle that "the estate does not remain ownerless" and remains in a state of joint ownership.
- The uncertainty regarding the application of the principle of "the suspension of benefit being contingent on a later event" (ta'akhhur ta'liq al-tamattu') in the matter of inheritance.
- The prevalence of jurisprudential opinions (shuhrah fatwawīyah) stating that the set-aside share is subject to change (increase or decrease), which is incompatible with the finality resulting from division.
- The non-fulfillment of the condition of the presence of all owners for division, as the fetus is not considered a definitive owner prior to birth.

Conclusions

Although the jurisprudential evidence and foundations of those who advocate for 'Izal (estate suspension) and non-division possess a stronger inferential basis and rely on authoritative texts and principles of ownership, this approach faces practical challenges of effectiveness in practice. In contrast, the theory of divisibility of the estate is recognized as more compatible and efficient under contemporary conditions.

The reason for this practical preference is as follows:

1. Preventing harm to other heirs due to prolonged uncertainty and the estate remaining in a state of joint ownership (Musha').
2. The possibility of determining the number and even the gender of the fetus using advanced medical tools, which has resolved many of the past ambiguities.

The practical consequence of accepting the division theory is that: By setting aside the fetus's share, the estate exits the state of joint ownership and is divided. In this case, benefits and proceeds from the assets accrue separately to each heir (including the fund set aside for the fetus). If any property is lost or destroyed, the loss will only affect the owner of that specific share (or the relevant fund). This approach facilitates the management of the estate and the rights of all heirs, including the fetus.

Funding

This research received no specific financial support.

CRedit authorship contribution statement

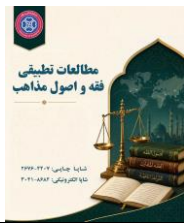
This article has been written solely by Mohammad Taghi Moradi.

Conflict of Interest

There is no conflict of interest

Acknowledgements

We would like to express our sincere gratitude to all scholars who contributed their knowledge to the development and completion of this research.



مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب

شاپا چاپی: ۴۴۰۷-۲۶۷۶ شاپا الکترونیکی: ۸۶۸۲-۳۰۴۱

Journal Homepage: <https://mfu.uok.ac.ir/>



ماهیت عزل مال در ارث جنین از منظر فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران

محمد تقی مرادی^۱

۱. دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه قم، قم، ایران. رایانامه: mtmoradi1402@gmail.com

چکیده

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخچه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۱۱

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۱/۱۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۰۸

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۲/۱۵

کلیدواژه‌ها:

عزل، مال، ارث، جنین، مذاهب اسلامی، حقوق ایران.

مطابق فقه اسلام و قوانین ایران، اگر موقع تقسیم ارث، حملی در بین باشد سهمی برای او کنار گذاشته می‌شود تا وضعیت زنده متولد شدن آن روشن شود. این مال معزول، هم می‌تواند نمائات و منافع داشته و هم امکان دارد تلف شود. حال سؤال اینجاست که این نمائات از آن کیست و تلف، علیه چه کسی حساب خواهد شد؟ مهم‌ترین روند برای پاسخ به این سؤال، تحلیل ماهیت «عزل مال» است که آیا تقسیم مال بر آن صدق می‌کند یا نه؟ این مقاله که با روشی توصیفی تحلیلی از منابع فقهی مذاهب اسلامی و حقوقی بهره گرفته، به پاسخ این سؤال می‌پردازد که ماهیت عزل چیست؟ برخی فقهای امامیه و جمهور فقهای شافعی، حنفی و حنبلی و زیدی با استناد به دلایلی همچون دلالت قاعده لاضرر، عدم مانع در مالکیت متزلزل حمل و دلالت ماهیت شرط متأخر، عزل را تقسیم مال قلمداد کرده‌اند. پیشگیری از اختلافات بعدی و اضرار به سایر وراث نیز ایجاب می‌کند مال از ابتدا از اشاعه دریابید. ماده ۸۷۸ ق.م.ایران نیز نه با صراحت، بلکه ظهور در تقسیم بودن عزل مال دارد. دلایلی که برای تغایر عزل مال با قسمت ارائه شده، هرچند در مقام اثبات، متقن‌تر نشان دادند در عمل، کارایی چندانی نخواهند داشت. درنتیجه، نمائات و منافع بین حمل و وراث دیگر مشترک نبوده و تلف مال هرکدام، علیه او خواهد بود. درواقع، با جدا کردن سهم هر کس، احکام مال مشاع دیگر برقرار نیست. امروزه با ابزارهای پزشکی، تعداد و جنسیت جنین در روز فوت متوفی قابل تشخیص است. بنابراین توجیه چندانی برای به تأخیر انداختن تقسیم ارث در وقت مقرر خود وجود ندارد؛ چراکه ترکه، حق وراث است و حق را از صاحبش یا از زمان مقرر آن به تأخیر نمی‌اندازند. ازاین‌رو، باید میراث را بلافاصله تقسیم نمود؛ اما به گونه‌ای که سهم جنین نیز محفوظ بماند.

استناد: مرادی، محمد تقی. (۱۴۰۴). ماهیت عزل مال در ارث جنین از منظر فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران. *مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب*، ۸، (۱)، ۹۴-۱۱۰.

<https://doi.org/10.22034/MFU.2026.144856.1637>



© نویسنده گان.

ناشر: دانشگاه کردستان.

مقدمه

فقه اسلام و حقوق ایران، حمل را در دوران جنینی مستحق ارث دانسته و به شرط انعقاد نطفه‌ی حمل موقع مرگ مورث، سهم او را کنار می‌گذارند تا زنده‌بودنش با تولد حی قطعی شود (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۱۲۴/۴؛ سرخسی، بی‌تا، ۵۰/۳۰؛ رافعی، ۱۴۱۷، ۵۲۸/۶؛ ماده ۸۷۵ ق.م.ایران). برای این منظور، نصیب دو فرزند ذکور را کنار می‌گذارند که از آن به «عزل مال» تعبیر می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴، ۷۳/۳۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۵۹/۳۰). البته ابوحنیفه (سرخسی، بی‌تا، ۵۲/۳۰) و اباضیه (اطفیش، ۱۳۹۳، ۳۶۲/۱۵) معتقدند به‌خاطر احتمال تولد چهار پسر، باید احتیاطاً سهم چهار پسر کنار گذاشته شود.

در تکمیل ارث حمل و ارث از حمل، روند قضایی مربوط به انحصار وراثت نیز طبق نشست قضایی تاریخ ۱۳۸۶/۰۸/۰۳ برگزار شده توسط استان مازندران عبارت است از این که «صدور گواهی وراثت برای جنین، منع قانونی ندارد و حسب نظر پزشکی قانونی، وراثت به ترتیب اولویت از وی ارث می‌برد». طبیعی است که اگر جنین، وارث باشد در انحصار وراثت باید مدنظر باشد. در این بین، مالی که برای جنین کنار گذاشته می‌شود هم می‌تواند نمائات و منافع داشته باشد و هم احتمال تلف با عوامل طبیعی یا اموری همچون سرقت در آن وجود دارد. حال سؤال اینجاست که رشد و نمو و خسارت‌های این مال «معزول» برای چه کسی و علیه چه کسی است؟ حمل یا همه وراثت؟ خاستگاه این سؤال، پاسخ یکی از فقهای معاصر به یک استفتا درباره هبه به حمل (در شکم مادر) بوده که در آن، هبه از ارث متمایز شده و آمده است: «قابلیت تملک حمل و صحت هبه در فرض مرقوم، محل اشکال است و در باب ارث حمل، تملک حمل نیست، بلکه استثنای مال است و ظرف تملک، وقت ولادت است» (استفتائات قضایی از محضر مقام معظم رهبری^۱). فقهای اهل تسنن نیز تصریح کرده‌اند: «حمل قبل از ولادتش ارث می‌برد؛ لکن شرط استقرار ملک این است که زنده به دنیا بیاید» (شرینی، بی‌تا، ۳۹/۳).

با تمرکز بر عبارت «استثنای مال» برای پاسخ به سؤال فوق باید ماهیت «عزل مال» بررسی شود؛ آیا عزل مال التركة برای جنین، قسمت حقیقی است یا تقسیم حساب نمی‌شود؟ آیا عزل، باعث تعیین حق حمل در مال معزول می‌شود تا تلف فقط علیه حمل حساب شود و نمائات، ملک او شود یا وی همچنان صلاحیت شراکت در اموال داده‌شده برای سایر وراثت را دارد؟ بنابراین مسئله اساسی، ماهیت عزل مال در ارث جنین است؟ این که اگر حمل، مرده به دنیا بیاید مال معزول به سایر وراثت می‌رسد، آیا مالکیت جنین منتفی می‌شود یا مالکیتی اعتبار نشده بود تا منتفی شود؟ پاسخ به این سؤال در ابعاد مختلفی، ثمره و کاربرد دارد:

۱. اگر عزل مال، تقسیم نباشد حمل، مالک مال معزول نشده و امین جنین هم حق تصرف در این مال معزول را از باب اداره آن نخواهد داشت. با این فرضیه، ماده ۳۰۱ قانون امور حسبی اشکال پیدا می‌کند و باید اصلاح شود. این ماده عزل مال را تقسیم و انتقال دانسته و بیان می‌دارد: «ولی و وصی و قیم هر وارثی که محجور باشد و امین غایب و جنین و کسی که سهم الارث بعضی از ورثه به او منتقل شده است و همچنین موصی له و وصی راجع به، موصی به، در صورتی که وصیت به جزء مشاع از ترکه شده باشد حق درخواست تقسیم دارند».

۲. اگر حمل، مالک مال معزول نباشد عزل مال، تقسیم نخواهد بود. بنابراین در فرع فقهی مربوط به اسلام آوردن وارث کافر قبل از تقسیم مال التركة (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۶/۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳۴۴/۳)، می‌توان وی را جزو وراثت حساب کرد. طبق بررسی نگارندگان برای این موضوع، هیچ پیشینه مؤثری یافت نشد. البته مقالاتی پیرامون ارث جنین نگاشته شده که برخی بدین شرح است: ۱. «شرط ارث‌بری جنین در حقوق ایران، فقه امامیه و سایر مذاهب اسلامی»، توسط حیدرلو و سیدی بنابی در فصلنامه علمی فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد بناب، بهار ۱۳۹۹؛ ۲. «حق ارث و شرایط برخورداری جنین از آن از دیدگاه فقه امامیه، حقوق مصر و افغانستان» توسط عبدالعزیز بیانی در ماهنامه پژوهش‌های معاصر در علوم و تحقیقات، ۱۴۰۲؛ ۳. «بررسی وضعیت ارث جنین ناشی از تلقیح مصنوعی پس از فوت صاحب اسپرم (پدر) از منظر فقهی و حقوقی»، توسط

^۱. <https://rasekhoon.net/faq/show/1444361>

حاجی عزیزی و قفقازی در نشریه پژوهش حقوق خصوصی، ۳ (۸)، ۱۳۹۳؛ ۴. «میراث الحمل والخنثی فی ضوء المستجدات الطبیة دراسة مقارنة» توسط حازم أبو الحمد حمدی الشریف در مجله کلیة الشریعة و القانون باسیوط ۳۳ (۳)، ۲۰۲۱ م. باین حال، در هیچ نوشته‌ای پیش از این، ماهیت عزل مال برای جنین در ارث به طور مستقل نقد و بررسی نشده است. جهت تبیین زوایای بحث، نخست مفاهیم «عزل مال» و «ارث جنین» واکاوی می‌شود. سپس دلایل این‌همانی و اتحاد عزل مال با تقسیم مال ارائه و نقد و بررسی می‌شود و در گام آخر، دلایل تغایر عزل مال با قسمت، طرح و ارزیابی می‌شود تا امکان نتیجه‌گیری میسر گردد.

۱. مفهوم‌شناسی

برای تبیین صورت مسئله و پاسخ متقن به پرسش اصلی مقاله، ابتدا مفاهیم «عزل مال» و «ارث جنین» بیان می‌گردد.

۱-۱. عزل مال

عزل در لغت به معنای کنار گذاشتن است (ابن فارس، ۱۴۰۴، ۳۰۷/۴). در قرآن کریم درباره لزوم ترک زناشویی در ایام حیض آمده است: «فَاعْتَزِّلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ» (بقره/۲۲)؛ «پس در زمان حیض از [آمیزش با] زنان کناره گیری کنید». در منابع فقهی از کنار گذاشتن سهم الارث حمل و مانعیت فرد مفقود در ارث نبردن از مورث با عبارت «عزل له نصیبه» یاد شده است (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸، ۴۰۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۵۸/۱۳). البته عزل سهم برای این دو، احکام متفاوتی دارد. مباحث این پژوهش در کشف ماهیت عزل تدوین می‌شود تا رابطه آن با واژه تقسیم که در ردیف عزل مال به کار رفته، به دست بیاید. «تقسیم»، یکی از راه‌های انحلال شرکت و عبارت است از تفکیک حصه هر یک از شرکای مال مشاع از طریق تراضی یا به اجبار دادگاه (طباطبایی و جعفری، ۱۳۹۶، ۵). درواقع، تقسیم، تعیین یا تمیز حق یا حصه درخواست‌کننده از تمام مال است. تقسیم به طور کلی به جداسازی سهام شرکا در یک مال مشاع اطلاق می‌شود و می‌تواند شامل فرایندهای مختلفی مانند تفکیک یا افراز باشد. در شرکت مدنی، چه به صورت قهری و چه به صورت ارادی، هر شریک می‌تواند براساس ماده ۵۷۸ قانون مدنی، درخواست تقسیم مال مشاع را از دادگاه یا اداره ثبت (حسب مورد) داشته باشد. تقسیم بعد از آن که صحیحاً واقع شد لازم است و هیچ یک از شرکاء نمی‌توانند بدون رضای دیگران از آن رجوع کند (ماده ۵۹۹ ق.م.ایران).

۱-۲. ارث جنین

حمل در دوران جنینی مستحق ارث بردن است و به شرط انعقاد نطفه موقع مرگ مورث، سهم او را کنار می‌گذارند تا زنده‌بودنش با تولد حی قطعی شود. برای نمونه، اگر پدری از دنیا برود و فرزندی داشته باشد جنین نیز به شرط وجود موجب ارث، یکی از وراث خواهد بود. این بحث در منابع فقهی، گاهی تحت عنوان «مانعیت حمل در ارث» (نجفی، ۱۴۰۴، ۷۳/۳۹) و گاهی با عنوان «میراث الحمل» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۱۲۴/۴؛ سیستانی، ۱۴۱۷، ۳۵۶/۳) مطرح شده است. شرط اساسی ارث جنین، وجود آن حین مرگ مورث است؛ زیرا ارث، استخلاف وارث از مورث است که در فرض معدوم بودن، تصور نمی‌شود (موصلی، ۱۳۵۶، ۱۱۳/۵). مطابق ماده ۸۷۸ ق.م.ایران نیز هرگاه در حین موت مورث، حملی در بین باشد باید برای حمل، حصه‌ای که مساوی حصه دو پسر از همان طبقه باشد کنار بگذارند.

۲. نسبت سنجی رابطه عزل مال و تقسیم مال

از فقه‌های امامیه، محقق بحرالعلوم عزل را قسمت حقیقی می‌داند (بحر العلوم، ۱۴۰۳، ۲۶۸/۴). جمهور فقه‌های حنفی (سرخسی، بی‌تا، ۵۲/۳۰؛ موصلی، ۱۳۵۶، ۱۱۴/۵)، شافعی (ماوردی، ۱۴۱۹، ۱۷۰/۸؛ رافعی، ۱۴۱۷، ۵۳۱/۶)، حنبلی (ابن مفلح، ۱۴۱۸، ۳۹۳/۵؛ ابن قدامه، ۱۹۹۴، ۳۱۰/۲) و زیدی (صنعانی، بی‌تا، ۱۰۰) نیز معتقدند در صورت وجود حمل در بین وراث، تقسیم ارث انجام می‌شود. البته حنفیه معتقدند تقسیم مال در صورت مطالبه سایر وراث انجام می‌شود. بنابراین همه احکام قسمت بر آن بار می‌شود؛ از جمله این که تلف مال علیه خود حمل حساب می‌شود و نمائات نیز ملک حمل خواهند بود.

به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایران، تقسیم مال در دوران جنینی را قبول کرده است. از این رو، ماده ۸۷۸ ق.م ایران در این باره بیان می‌دارد: «هرگاه در حین موت مورث، حملی باشد که اگر قابل وراثت متولد شود مانع از ارث تمام یا بعضی از وراثت دیگر می‌گردد تقسیم ارث به عمل نمی‌آید تا حال او معلوم شود و اگر حمل مانع از ارث هیچ‌یک از سایر وراثت نباشد و آن‌ها بخواهند ترکه را تقسیم کنند باید برای حمل حصه‌ای که مساوی حصه دو پسر از همان طبقه باشد کنار گذارند و حصه هر یک از وراثت مراعی است تا حال حمل معلوم شود». البته فقره «تقسیم ارث به عمل نمی‌آید» مربوط به جایی که است سایر وراثت احتمالی، در مرتبه دوم ارث باشند؛ به طوری که زنده متولد شدن جنین، مانع از ارث بردن آن‌ها می‌شود (امامی، بی‌تا، ۱۹۲/۳). از این رو، در ادامه ماده فوق آمده است: «آن‌ها بخواهند ترکه را تقسیم کنند باید برای حمل حصه‌ای که مساوی حصه دو پسر از همان طبقه باشد کنار گذارند و حصه هر یک از وراثت مراعی است تا حال حمل معلوم شود». چه بسا اشکال شود که عبارت «...کنار گذارند»، گویای تغایر عزل مال با تقسیم است. پاسخ این که به نظر می‌رسد این ادبیات به خاطر امکان تغییر سهم جنین بعد از تولد و کشف تعداد و جنسیت است، نه تغایر این دو. مراعی بودن حصه سایر وراثت نیز به خاطر احتمال تغییر در تعداد و جنسیت جنین است. برخی از دلایلی که می‌توان بر این رویکرد ارائه کرد عبارت‌اند از:

۱-۲. قاعده لا ضرر

برخی فقها همچون محقق بحرالعلوم عزل مال را قسمت دانسته و معتقدند که ولی حمل، متولی قسمت می‌شود؛ چراکه تأخیر در تقسیم با فرض امکان و قابل تقسیم بودن ماترک، ضرر بر حمل به خاطر تأخیر در تملک وی است. واضح است که چنین ضرری در شریعت نفی شده است (بحر العلوم، ۱۴۰۳، ۲۶۸/۴). این ضرر می‌تواند به عدم النفع هم برگردد (زمانی و رضوان طلب، ۱۳۹۸، ۱۴۷).

پاسخ این که علی‌رغم صحت کبری در «نفی ضرر در احکام»، صغرای این استدلال ثابت نشده و همان چالش مسئله است؛ چراکه اصلاً معلوم نیست جنین قبل از تولد، حقی داشته باشد تا اعطا نکردن آن با تقسیم، مصداق ضرر به وی شود. البته می‌توان در فرض تغایر تقسیم با عزل، «لا ضرر» را نسبت به سهم سایر وراثت، متوجه آن‌ها دانست و گفت: امروزه که با ابزارهای پزشکی، تشخیص تعداد و جنسیت جنین در روز فوت متوفی ممکن شده است، به نظر می‌رسد توجیه چندان برای به تأخیر انداختن تقسیم ارث در وقت مقرر خود وجود نداشته باشد؛ چراکه ترکه، حق وراثت است و حق را از صاحبش یا از زمان مقرر آن به تأخیر نمی‌اندازند. پیشگیری از اختلافات بعدی و اضرار به سایر وراثت نیز ایجاب می‌کند مال از ابتدا از اشاعه دربیاید. بنابراین باید میراث را بلافاصله تقسیم نمود؛ اما به گونه‌ای که سهم جنین نیز محفوظ بماند. فقهای اهل تسنن بر این روال استدلال کرده‌اند (سرخسی، بی‌تا، ۵۲/۳۰؛ نووی، بی‌تا، ۱۱/۱۶).

۲-۲. عدم مانع در مالکیت متزلزل حمل

محقق بحرالعلوم معتقد است با فرض وجود حمل در بطن مادرش، هیچ مانعی از تقسیم مال وجود نداشته و حمل، ملکیت متزلزل بر مال کنار گذاشته پیدا می‌کند، حتی می‌توان تولد زنده‌ی حمل را کاشف از مالکیت تام پیشین آن دانست، نه ناقل. بنابراین عزل، تقسیم است (بحر العلوم، ۱۴۰۳، ۲۶۸/۴).

این استدلال هم مانند پیشین، ایراد صغروی دارد؛ چراکه اصل قابلیت جنین برای مالک شدن - هرچند مالکیت، متزلزل باشد - محل ایراد است. البته هیچ دلیل شرعی بر نفی چنین قابلیت وجود ندارد، منتها اگر مالکیت به تفاهم عرفی متکی باشد عرف، حمل را در دوران جنینی مالک چیزی نمی‌داند. این نقصان هم به ماهیت ملک برمی‌گردد؛ زیرا اگر از مقوله جده باشد (خراسانی، ۱۴۱۳، ۲۱)، حمل نمی‌تواند واجد مملوک باشد و اگر از مقوله اعتبار باشد، عقلاً مالکیت جنین را اعتبار نمی‌کند.

۳-۲. مالک نداشتن اموال متوفا

ناطه تمتع حمل از حقوق مدنی همچون ارث به تولد حی، اشکالات متعددی دارد از جمله بی‌مالک ماندن اموال کنار گذاشته‌شده به جنین قبل از زنده متولد شدن. بنابراین تولد حی جنین، کاشف مالکیت از زمان تولد می‌باشد. در نتیجه، عزل مال،

تقسیم خواهد بود. شبیه این اشکال در کاشف بودن قبول توسط موصی له برای مالکیت در وصیت نیز مطرح شده است؛ زیرا اگر قبول موصی له، ناقل ملک برای وی باشد لازم می آید که ملک موصی پس از مرگ او بدون مالک بماند؛ زیرا شخص مرده، مالک چیزی نمی شود به دلیل این که مانند جمادات، از اهلیت تملک خارج است. همچنین وارث میت نیز با دلالت ظاهر آیه «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ» (نساء/۱۲)؛ «پس از وصیتی که [نسبت به مال] شده یا پس از دینی [که باید از اصل مال پرداخت شود]»، مالک این اموال نمی شود (مرای، ۱۴۱۷، ۱۲۹/۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۱۹/۶).

این اشکال با لحاظ کاشفیت زنده متولد شدن رفع می شود. اگر جنین زنده به دنیا بیاید، کاشف از مالکیت وی از ابتداست. در نتیجه، نمائات از آن جنین و تلف، علیه او حساب می شود. به عبارتی، لازمه‌ی مراعی بودن تمتع حمل این است که اگر مرده به دنیا بیاید سبب ناقل، بی اثر یا باطل می شود. از این رو صاحب جواهر، عبارت محقق حلی در کتاب شرایع «لو وضعته میتا بطلت الوصیة» را به ظهور بطلان معنا کرده است (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۸/۳۸۶). پاسخ این که در عزل مال، مال التركة بی مالک نمی ماند، بلکه به خاطر فقدان عمل حقوقی تقسیم، همچنان بین وراث مشاع می ماند.

۴-۲. شرط متأخر بودن تولد زنده جنین در حق تمتع

تعلیق تمتع حمل از ارث، وصیت و ... به تولد حی، مشروط بودن آن به شرط متأخر است، همچنان که در ماده ۹۵۷ ق.م. آمده است: «حمل از حقوق مدنی متمتع می شود، مشروط بر این که زنده متولد شود». از این رو، ماهیت شرط متأخر در سایر نهادهای مشابه، هرچه هست در این مورد هم همان خواهد بود (مرادی و دیگران، ۱۴۰۳، ۲۰۴). این شرط حاکی از حصول مشروط قبل از شرط و حصول فعلی معلول به سبب حصول بعدی علتش است (اصفهانی، ۱۴۱۸، ۱۵۱/۲). مصداق مشابه تمتع جنین با شرط متأخر، اذن مالک در معاملات فضولی است که به کاشفیت برمی گردد. درواقع، شرط متأخر هرچند برخلاف روال طبیعی شروط، بعد از مشروط محقق می شود، کاشف از تأثیر از ابتداست، نه از حین تحقق شرط. بنابراین در تمتع مشروط حمل به شرط متأخر حیات، مالکیت عین و به تبع آن، نمائات و منافع، از ابتدا محقق می شود.

برخی حقوق دانان همچون دکتر امامی و شهیدی نیز ارث جنین را از مقوله شرط متأخر، تقسیم قلمداد کرده و بیان داشته اند: «هرچند زنده متولد شدن حمل، شرط وراثت اوست، مبدأ وراثت حمل، زمان انعقاد نطفه او است، نه زمان پس از تولدش؛ زیرا سبب ارث بردن حمل، وجود او در حین فوت مورث است و زنده متولد شدن، شرط متأخر می باشد و با تحقق آن کشف می شود که ترکه از زمان فوت به او منتقل شده است؛ یعنی انتقال مالکیت ترکه به حمل از زمان فوت مورث حاصل گردیده است» (امامی، بی تا، ۱۹۰/۳؛ شهیدی، ۱۳۹۴، ۴۸).

پاسخ این که این استدلال هرچند در عقود همچون وصیت به حمل قابل پذیرش است و ماهیت کاشفیت در آن ها قابل پذیرش است، جریان آن در نهاد ارث که واقعه حقوقی بوده و تمتع حمل از آن، برخاسته از نصوص خاص است، یقینی نیست.

۵-۲. اصل سلامت در جنین

چهارم بتوان با استناد به اصل سلامت در جنین و این که زنده متولد می شود (نجفی، ۱۴۰۴، ۷۳/۳۹) بر این همانی عزل مال با تقسیم استدلال کرد؛ چراکه اتکا به این اصول ایجاب می کند اعطای سهم، بر روند طبیعی تقسیم اموال پیش برود، نه کنار گذاشتن محض.

۶-۲. استخلافی بودن ارث

فقه‌های اهل سنت در حقوق حمل بعد از بیان صحت اقرار به نفع حمل، بر عدم صحت هبه به حمل تصریح کرده و بیان داشته اند؛ زیرا هبه برخلاف اقرار، به قبض نیاز دارد (شریینی، بی تا، ۳۶۶/۲)، درحالی که جنین، اهلیت قبول و قبض مال موهوب را ندارد (حدادی، ۱۳۲۲، ۲۹۹/۲؛ وزارت اوقاف، ۱۴۰۴، ۱۴۸/۱۸). این گروه در تمایز هبه با وصیت به حمل نیز - که قبول نیاز دارد - گفته اند: وصیت، نوعی استخلاف و جانشین گیری است که موصی له در بعضی از اموال موصی، جایگزین می شود. به خاطر

این که استخلاف جنین در ارث، مشروع است در وصیت هم مشروع خواهد بود؛ چون هر دو از یک قبیل اند (ابن عابدین، ۱۴۱۲، ۶/۵۴۶؛ زیلعی، ۱۳۱۳، ۶/۱۸۶؛ ابن مودود، ۱۹۳۷، ۵/۶۴).

از این مباحث چنین استنباط می شود که نهادهای استخلافی در حق جنین نافذ هستند. در ارث نیز به محض مرگ مورث، جانشینی وراثت از جمله جنین محقق می شود. بنابراین جنین از دوران حمل، مالک می شود، هر چند به طور متزلزل. پس با عزل مال، تقسیم محقق می شود.

۷-۲. صلاحیت تقسیم برای اموال مشترک

مطابق قواعد عمومی شرکت، «هر شریک المال می تواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید، مگر در مواردی که تقسیم به موجب قانون ممنوع یا شرکاء به وجه ملزومی، ملزم بر عدم تقسیم شده باشند» (ماده ۵۸۹ ق.م.ایران). همچنین طبق عموم ماده ۵۷۸ همین قانون، یکی از مالکین یا چند نفر از مالکین مال مشاع می توانند درخواست تقسیم مال مشاع را به دادگاه یا مرجع صالح ارائه دهند. در صورتی نیز که شرکا بیش از دو نفر باشند ممکن است تقسیم فقط به نسبت سهم یک یا چند نفر از آن ها به عمل آید و سهام دیگران به اشاعه باقی بماند (ماده ۵۹۰ ق.م.ایران). البته در برخی موارد، تقسیم پذیری مال مشترک محدود می شود. برای نمونه، ضرر یکی از این موارد است که مطابق ماده ۵۹۳ ق.م.ایران، ضرری که مانع از تقسیم می شود عبارت است از نقصان فاحش قیمت به مقداری که عادتاً قابل مسامحه نباشد. همچنین به دلالت ماده ۵۹۵ ق.م.ایران، هرگاه تقسیم متضمن افتادن تمام مال مشترک یا حصه یک یا چند نفر از شرکا از مالیت باشد تقسیم ممنوع است، اگرچه شرکاء تراضی نمایند.

بنابراین، اصل اولی، صلاحیت تقسیم مال حتی برای مال مشترک با جنین در اشاعه قهری موجود در ما ترک است.

۸-۲. ادعای اجماع بر قابل تقسیم بودن عزل مال

صاحب جواهر بعد از تعلیل بر این که عزل، تقسیم نیست احتمال ادعای اجماع برای تقسیم بودن عزل را مطرح کرده است. باین حال، وی تحقق چنین اجماعی را مشکل دانسته و بیان می دارد: «اللهم إلا أن يدعی الإجماع علی ذلک، لکنه کما تری دون إثباته خرق الفتا» (نجفی، ۱۴۰۴، ۷۴/۳۹)؛ «ادعای اجماع بر این همانی عزل با تقسیم، امری بسیار مشکل است». بنابراین چنین اجماعی، قابلیت دلالت بر مدعی را ندارد.

۳. دلایل تغایر عزل مال با قسمت

بیشتر فقهای امامیه معتقدند عزل مال، تقسیم مال نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ۷۴/۳۹؛ کاشف الغطا، ۱۴۲۲، ۲۲؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳، ۲/۴۳۷)، بلکه از باب احتیاط در جمع بین حق حمل و سایر وراثت صورت می گیرد (نجفی، ۱۴۰۴، ۷۴/۳۹؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳، ۴/۲۶۸). فقهای مالکی (خرشی، بی تا، ۸/۲۲۴؛ جندی مالکی، ۱۴۲۹، ۸/۶۲۰) و اباضی (اطفیش، ۱۳۹۳، ۱۵/۳۶۲) نیز بر این عقیده اند. بنابراین احکام قسمت بر آن بار نخواهد شد. صاحب جواهر در حاشیه نجاه العباد نیز معتقد است عزل مال، قسمت نیست تا تلف آن فقط علیه حمل حساب شود (نجفی، ۱۳۱۸، ۲۲۲). از این رو، مال، همچنان مشاع بوده و تلف مال قبل از تولد حمل از مال حمل و سایر وراثت به حساب می آید، نه فقط حمل (کاشف الغطا، ۱۴۲۲، ۲۲؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳، ۲/۴۳۷). نمائات نیز از آن همه وراثت خواهد بود، نه خصوص حمل (کاشف الغطا، ۱۴۲۲، ۲۲). ماهیت این نظریه به ناقل بودن تولد حی جنین برمی گردد. بنابراین جنین از زمان تولد ارث می برد (کاشف الغطا، ۱۴۲۲، ۲۲). البته مالی که به سایر وراثت داده می شود، از باب قسمت است، نه عزل (سیستانی، ۱۴۱۶، ۳/۳۵۷). حتی برخی معتقدند درواقع، قبل از تبیین حال حمل، این اموال کنار گذاشته شده برای جنین، در حکم اموال میت خواهد بود؛ چون اصل، عدم انتقال به وراثت است (اراکی، ۱۴۱۳، ۱۵۷).

برخی از دلایلی که بر این رویکرد می توان ارائه کرد عبارتند از:

۱-۳. استناد به ظاهر روایات

آیت‌الله اراکی معتقد است که آنچه از ظاهر نصوص برمی‌آید ناقل بودن مالکیت بعد از تولد است (اراکی، ۱۴۱۳، ۱۵۷). وی به استظهار از نص خاصی اشاره نکرده، ولی می‌توان در این باره بیان داشت: بر حمل، مادامی که حمل است «ولد» صدق نمی‌کند (فاضل، ۱۴۲۱، ۳۴۶)، در حالی که تقسیم ارث، مخصوص «اولاد» میت است. حال که «ولد» بر جنین صدق نمی‌کند دلایل تقسیم ارث شامل جنین نخواهد شد. به عبارتی، مقتضای دلایل اولیه، ارث جنین بعد از ولادت است، اما دلیلی بر انتقال مال بر جنین قبل از ولادت وجود ندارد، بلکه مقتضای اصل اولی، بقای اموال بر حکم مال میت است (سبزواری، ۱۴۱۳، ۵۸/۳۰). همچنین مطابق دلایل لفظی ارث همچون «الْجَنینُ إِذَا وُلِدَ حَيًّا وَرَثَ» (مغربی، ۱۳۸۵، ۳۸۵/۲)، توارث مشروط به حیات وارث است. از این رو، اگر دلایل خاصی برای ارث بردن جنین وارد نشده بود مقتضای این شرط، عدم توارث جنین بود (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۵۴۷/۱۱). با شک در شمول این دلایل بر مالک شدن قهری جنین با کنار گذاشتن مال برای آن، شبهه مصداقیه‌ای از عموم دلایل ارث پیدا می‌شود که در چنین مواردی نمی‌توان فرد مشکوک (ارث حمل) را ذیل عموم دلایل گنجاند. در منابع فقهی اهل سنت نیز این حدیث آمده است که: «إِذَا اسْتَهْلَ الْمَوْلُودُ وَرَثَ» (مواق، ۱۴۱۶، ۳۳۳/۸؛ سرخسی، بی‌تا، ۵۰/۳۰). این حدیث در این ظهور دارد که تا قبل از تولد و استهلال، وراثتی محقق نمی‌شود. بنابراین تقسیمی محقق نشده است. البته «ورث» را می‌توان به استقرار ملکیت متزلزل پیشین معنا کرد (شرینی، بی‌تا، ۳۹/۳). در این صورت، تولد حی، کاشف بوده و سهم قبلاً تقسیم شده است.

۲-۳. شهرت فتوایی بر تغییرپذیر بودن مقدار مال معزول برای جنین

پیشتر بیان شد که فقها معتقدند برای جنین باید نصیب و سهم دو فرزند مذکر کنار گذاشته شود تا تعیین وضعیت شود که در ادامه در صورت تغییر در تعداد و جنسیت حمل متولد شده، این مال می‌تواند کم‌وزیاد شود. این حکم با عبارت «عزل له نصیب ذکرین» عنوان شده است (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۷۱/۵؛ جونی، ۱۴۲۸، ۳۳۴/۹). محقق سبزواری از همین فتوا چنین برداشت کرده است که عزل، قسمت نیست (سبزواری، ۱۴۱۳، ۵۹/۳۰)؛ چراکه اگر قسمت بود با عبارت «یُقسَم» بیان می‌شد و قابل تغییر و کم‌وزیاد شدن نبود. به نظر می‌رسد این استنتاج می‌تواند متکی به شهرت فتوایی باشد که فقها، سهم ارث جنین را به جای تقسیم، با واژگان دیگری تعبیر کرده‌اند. برای نمونه، تعبیر شیخ طوسی در مبسوط با عنوان «یُوقَف و یُحْبَس ماله» است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۱۲۴/۴) که به ظهور، تقسیم نبودن عزل را می‌رساند. برخی فقها نیز با استظهار تعبیر کرده‌اند (خواجه طوسی، ۱۴۲۶، ۲۶).

این گروه از فقها معتقدند اگر مالی که به سایر وراث رسیده، در دست آن‌ها به‌طور قهری تلف شود و سهم کنار گذاشته شده برای دو جنین مذکر به‌خاطر تولد بیش از دو مذکر، کم بیاید سایر وراث نسبت به مال تلف شده از سهم جنین، ضامن نیستند؛ چراکه در شمول قاعده اتلاف بر این مواد، مشکوک است و اصل برائت از ضمان جاری می‌شود. البته اگر مال را خود وراث تلف کنند ضامن خواهند بود و باید مابقی سهم حمل را برگردانند؛ زیرا قاعده اتلاف شامل این مورد می‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳، ۵۹/۳۰-۶۰).

۳-۳. عدم صدق ولد بر حمل در دوران جنینی

برخی فقها در مانع بودن حمل برای ارث، آن را تسامح دانسته و بیان داشته‌اند: بر حمل، مادامی که حمل است «ولد» صدق نمی‌کند (فاضل، ۱۴۲۱، ۳۴۶)، در حالی که مرتبه اول ارث، مخصوص «اولاد» و والدین میت است. محقق اردبیلی نیز بیان داشته که به آخوه قبل از این که بعد از مرگ مورث، زنده به دنیا بیایند «آخوه» گفته نمی‌شود (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۵۵۸/۱۱). از این رو، مانع شدن حمل از ارث بردن سایر مراتب، تسامحی است.

به عبارتی، مال التركة، بین اولاد تقسیم می‌شود، نه ولد و حمل. درواقع، مراتب ارث، برای اولاد است، نه ولد و حمل. حال که «ولد» بر جنین صدق نمی‌کند دلایل تقسیم ارث شامل جنین نخواهد شد. برخی در محدودیت حقوق مدنی حمل، آن را

به منزله معدوم دانسته‌اند (کاشف الغطا، ۱۴۲۲، ۲۲). طبق این قرائت، کنار گذاشتن سهم جنینی که به حکم معدوم است برای او از باب احتیاط در حفظ حقوق است (کاشف الغطا، ۱۴۲۲، ۲۲؛ شربینی، بی تا، ۳۹/۳).

۳-۴. اهلیت نداشتن جنین برای مالکیت

برخی از فقهای که عزل مال را قسمت ندانسته‌اند چنین استدلال کرده‌اند که حمل در دوران جنینی، مالک چیزی نمی‌شود تا تقسیم مال با جنین، متصور بوده (نجفی، ۱۴۰۴، ۷۴/۳۹؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳، ۲۶۸/۴) و تلف مال معزول، علیه او حساب شود (گلپایگانی، ۱۴۱۳، ۴۳۷/۲). درواقع، تقسیم مال زمانی صدق می‌کند که با اجتماع مالک‌های متعدد بر مال واحد، شرکت رخ دهد (ماده ۵۷۱ ق.م ایران)، درحالی که حمل، مالک نمی‌شود تا در مالکیت با سایر وراث اجتماع کند. مالکیت با زنده متولد شدن محقق می‌شود. قانون مدنی ایران نیز در ماده ۹۵۶ درباره اهلیت بیان داشته است: «اهلیت برای دارا بودن حقوق، با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می‌شود».

چه بسا اشکال شود که اگر با عزل، جنین مالک نمی‌شود ثمره‌ی عزل چه خواهد بود. پاسخ این که عزل، از باب احتیاط در حفظ اموالی است که احتمال دارد جنین بعد از زنده متولد شدن، مالک آن‌ها شود (شربینی، بی تا، ۳۹/۳؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳، ۴۳۷/۲). درواقع، عزل برای جمع بین حقوق جنین و سایر وراث است (نجفی، ۱۴۰۴، ۷۴/۳۹؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳، ۲۶۸/۴).

۳-۵. افزایش احتمال ظلم به دیگر وراث

فقهای مالکی معتقدند اگر جنین، یکی از وراث باشد تقسیم مال انجام نمی‌شود، چراکه تقسیم مال برای جنین، باعث ظلم به سایر وراث می‌شود؛ زیرا با کم شدن تعداد جنین‌های متولدشده یا مؤنث بودن جنس آن‌ها، سهم بیشتری از وراث کم شده است (قرطبی، ۱۴۰۸، ۱۱۷/۱۲؛ خرسی، بی تا، ۲۲۴/۸).

روشن است که این استدلال باطل است؛ چراکه اگر مالی از سهم معزول برای جنین اضافه بیاید دوباره به سایر وراث برمی‌گردد و به کسی ظلم نمی‌شود.

۳-۶. اصل عدم ارث

در شک در این که آیا ارث منتقل شده یا نه، اصل عدم ارث بری جریان می‌یابد. ازاین‌رو، برخی معتقدند قبل از تبیین حال، این اموال کنار گذاشته شده برای جنین، در حکم اموال میت خواهد بود؛ چون اصل، عدم انتقال به وراث است (اراک، ۱۴۱۳، ۱۵۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۵۸/۳۰). حتی فراتر از این، اگر وجود نصوص خاص نبود، جنین با استناد به اصل عدم ارث، استحقاق توارث را نمی‌داشت (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۵۵۸/۱۱). درواقع، مقتضای دلایل، ارث جنین بعد از تولد است، ولی قبل از تولد، دلیلی بر انتقال مال به جنین وجود ندارد (سبزواری، ۱۴۱۳، ۵۸/۳۰).

با شک در این که عزل، باعث ارث بردن طرفین شده که تقسیم باشد یا سبب ارث بردن نمی‌شود، اصل عدم ارث یا اصل عدم انتقال مال جریان می‌یابد. بنابراین، عزل مال نمی‌تواند تقسیم به حساب بیاید. بنابراین مالکیت منافع و نمائات و اختصاص تلف مال بر حمل، محقق نمی‌شود.

پیرامون این استدلال باید گفت که اصل عدم نقل، مطابق قاعده است، منتها این گزاره که «در حکم اموال میت است» مشکل می‌باشد؛ چراکه با مرگ، رابطه مالکیت قطع می‌شود. ماده ۹۵۶ ق.م ایران نیز این معنا را متذکر شده است. همان که فقها در ناقل یا کاشف بودن قبول موصی‌له در وصیت بیان داشته‌اند: میت، مالک نمی‌شود. بنابراین باید قبول، کاشف باشد (مراغی، ۱۴۱۷، ۱۲۹/۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۱۹/۶). در دیه جنایت بر میت نیز بر مالک نشدن میت تصریح شده است (شهید اول، ۱۴۱۴، ۵۱۲/۴). البته فقیه نامبرده بر این اشکال متوجه بوده و عبارت «حکم اموال میت» را آورده است.

نتیجه‌گیری

از تحلیل‌های انجام‌شده در این پژوهش، نتایج زیر حاصل گردید:

- ۱- از منظر فقه اسلام و حقوق ایران، حمل، مستحق ارث بوده و سهم او در دوران جنینی کنار گذاشته می‌شود تا وضعیتی روشن شود. درخصوص نمائات، منافع و تلف و اتلاف مال کنار گذاشته‌شده برای جنین در بین فقها دو دیدگاه متفاوت وجود دارد.
- ۲- برخی فقهای امامی و حقوق‌دانان، عزل مال را تقسیم دانسته‌اند که مال را از اشاعه و شراکت درمی‌آورد. جمهور فقهای شافعی، حنفی، حنبلی و زیدی نیز معتقدند درصورت وجود جنین در مراتب وراثت، سهم الارث تقسیم می‌شود.
- ۳- قائلان به تقسیم؛ ضرر بر حمل به‌خاطر تأخیر در تملک و نیز عدم وجود مانع برای مالکیت متزلزل حمل بر مال کنارگذاشته را به‌عنوان دلیل بیان نموده‌اند. است.
- ۴- استناد قائلان به عزل به قاعده «اگر کنار گذاشتن سهم جنین قبل از تولد، مصداق تقسیم مال نباشد این اموال به‌خاطر خروج میت از اهلیت تملک، بی‌مالک خواهد ماند» ناکارآمد است؛ چراکه در عزل مال، مال‌الترکه بی‌مالک نمی‌ماند، بلکه به‌خاطر فقدان تقسیم، همچنان بین وراثت مشاع می‌ماند.
- ۵- استناد به قاعده «شرط متأخر بودن تعلیق تمتع حمل از ارث و وصیت به تولد حی و کاشفیت آن از تأثیر از ابتدا» نیز علی‌رغم جریان در عقود همچون وصیت به حمل، در واقع حقوقی ارث که برخاسته از نصوص خاص است، یقینی نیست.
- ۶- بیشتر فقهای امامیه، مالکیه و اباضیه که عزل مال را تقسیم نمی‌شمارند، آن را سبب حفظ احتیاطی اموال جنین بعد از زنده متولد شدن وی با استناد به ظواهر روایاتی همچون «الْجَنینُ إِذَا وُلِدَ حَیًّا وَرِثَ» می‌دانند.
- ۷- شهرت فتوایی بر تغییرپذیر بودن مال معزول برای جنین، دلیل دیگر تغایر عزل مال با تقسیم است؛ چراکه اگر عزل مال، تقسیم بود با عبارت «یقسَم» بیان می‌شد و کم‌وزیاد نمی‌شد.
- ۸- علاوه بر این تقسیم مال در فرض اجتماع مالک‌های متعدد بر مال واحد، صورت می‌گیرد. حمل، مالک نمی‌شود تا در مالکیت با سایر وراثت اجتماع کند.
- ۹- هرچند دلایل گروه دوم از فقها در تغایر عزل مال با تقسیم، بر مبانی صحیح و قواعد معتبر مالکیت متکی بوده و چارچوب استنباط اجتهادی از نصوص مربوطه در آن رعایت شده است؛ اما این رویکرد در عمل، کارآمدی ندارد و اضرار به سایر وراثت و به‌ویژه امکان تشخیص تعداد و جنسیت جنین در شکم مادر با ابزارهای پزشکی، نظریه تقسیم‌بودن عزل مال و خروج مائیکه از اشاعه و شراکت را کارآمدتر نشان می‌دهد. درنتیجه، منافع و نمائات اموال به تفکیک، به وراثت می‌رسد و تلف هر مالی علیه مالک همان مال حساب می‌شود.

تعارض منافع

بنا بر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

پیروی از اصول اخلاق پژوهش

نویسندگان اصول اخلاقی را در انجام و انتشار این پژوهش علمی رعایت نموده‌اند و این موضوع مورد تأیید همه آنهاست.

سپاسگزاری

در پایان از زحمات و مساعدت‌های همکاران دوفصلنامه مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب کمال تشکر و سپاسگزاری را دارم.

منابع

- ابن فارس، احمد. (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة. قم: دفتر تبلیغات اسلامی، اول.
- ابن حمزه طوسی، محمد بن علی. (۱۴۰۸ق). الوسيلة إلى نيل الفضيلة. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، اول.
- ابن عابدین، محمدامین. (۱۴۱۲ق). رد المحتار على الدر المختار. بیروت: دارالفکر.
- ابن قدامه مقدسی، موفق الدین. (۱۹۹۴م). الکافی فی فقه امام احمد بن حنبل. بیروت: دار الکتب العلمیة.
- ابن مودود حنفی، مجدالدین ابوالفضل. (۱۹۳۷م). الاختیار لتعلیل المختار. قاهره: حلبی.
- اراکي، محمدعلی. (۱۴۱۳ق). رساله فی الإرث. قم: در راه حق، اول.
- اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی، اول.
- اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۸ق). حاشیة کتاب مکاسب. قم: أنوار الهدی، اول.
- اطفیش، محمد یوسف. (۱۳۹۳ق). شرح کتاب النیل و شفاء العلیل. بیروت: دار الفتح.
- امامی، سید حسن. (بی تا). حقوق مدنی. تهران: اسلامیة.
- بحر العلوم، محمد بن محمدتقی. (۱۴۰۳ق). بلغة الفقيه. تهران: مکتبه الصادق، چهارم.
- جندی مالکی، خلیل بن اسحاق. (۱۴۲۹ق). التوضیح فی شرح المختصر. بی جا: مرکز نجیویه.
- جوینی، رکن الدین. (۱۴۲۸ق). نهاية المطلب فی درایة المذهب. بیروت: دار المنهاج، اول.
- حدادی حنفی، ابوبکر. (۴۲۲ق). الجوهرة النيرة شرح لمختصر القدوری فی الفقه الحنفی. بی جا: مطبعة خیریه.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۲۰ق). تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة. قم: مؤسسه امام صادق (ع)، اول.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی، اول.
- خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۱۳ق). کتاب فی الوقف. قم: دفتر انتشارات اسلامی، اول.
- خرشی، محمد بن عبدالله. (بی تا). شرح مختصر. بیروت: دار الفکر.
- خواجه طوسی، نصیر الدین. (۱۴۲۶ق). جواهر الفرائض. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، اول.
- رافعی، عبدالکریم. (۱۴۱۷ق). العزیز شرح الوجیز. بیروت: دار الکتب العلمیة، اول.
- زمانی، مجتبی و رضوان طلب، محمدرضا. (۱۳۹۸). «گونه شناسی ضررهای غیرمستقیم در مسوولیت قهری». مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب، ۲ (۲)، صص: ۱۴۵-۱۶۶.
- زیلعی، جمال الدین. (۱۴۱۸ق). نصب الرایة لأحادیث الهدایة. بیروت: الریان.
- سبزواری، سید عبد الأعلى. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: المنار - دفتر حضرت آیه الله، چهارم.
- سرخسی، محمد بن أبی سهل. (بی تا). المبسوط. بیروت: دار المعرفة.
- سیستانی، سید علی. (۱۴۱۶ق). منهاج الصالحین. قم: دفتر حضرت آیه الله سیستانی، اول.
- شربینی خطیب، شمس الدین محمد بن احمد. (بی تا). معنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج. بیروت: دارالمعرفة.
- شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۴ق). غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد. قم: دفتر تبلیغات اسلامی، اول.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، اول.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۹۳). ارث. تهران: مجد، نهم.
- صنعانی، سید عباس. (بی تا). تتمه الروض النضیر. بیروت: دار الجیل.

طباطبایی، محمدصادق و جعفری، نفیسه. (۱۳۹۶). «تأملی بر انگاره فقیهان و قانون مدنی پیرامون ماهیت «تقسیم» در شرکت حقوقی»، مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۱۱ (۳۶)، صص: ۲۸۵.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المكتبة المرتضویة، سوم.

فاضل لنکرانی، محمد فاضل موحّدی. (۱۴۲۱ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الطلاق، الموارث. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، اول.

قانون مدنی ایران.

قانون امور حسبی.

قرطبی، محمد بن احمد. (۱۴۰۸ق). البیان و التحصیل. بیروت: دار الغرب الاسلامی، دوم.

کاشف الغطاء، حسن بن جعفر. (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهة - کتاب المیراث. نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء، اول.

گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی. (۱۴۱۳ق). هدیة العباد. قم: دار القرآن الکریم، اول.

ماوردی، ابو الحسن. (۱۴۱۹ق). الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الإمام الشافعی. بیروت: دار الکتب العلمیة، اول.

محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان، دوم.

مرادی، محمدتقی، شیاوسی، مرتضی، حسن پور، داود و محمودی، یدالله. (۱۴۰۳). «مبنایابی تمتع حمل از حقوق مدنی و ضوابط آن».

مطالعات تطبیقی مذاهب فقهی، ۴ (۸)، صص: ۱۸۹-۲۱۴.

مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی، اول.

مغربی، نعمان بن محمد تمیمی. (۱۳۸۵ق). دعائم الإسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضايا و الأحكام عن أهل بیت رسول الله علیه و علیهم افضل السلام. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، دوم.

مواق، ابوعبدالله. (۱۴۱۶ق). التاج و الاکلیل. بیروت: دارالکتب العلمیة.

موصلی حنفی، عبدالله بن محمود. (۱۳۵۶ق). الاختیار لتعلیل المختار. قاهره: حلبی.

نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی، هفتم.

نووی، محی الدین. (۱۴۰۸ق). المجموع شرح المذهب. بیروت: دار الفكر.

وزارة اوقاف کویت. (۱۴۰۴ق). الموسوعة الفقهیة الكويتیة. کویت: دارالسلاسل.

References

- Ibn Fāris, A. (1984). Mu'jam Maqāyīs al-Lughat. 1st ed. Qum: Daftar Tablīghāt Islāmī. [In Arabic]
- Ibn Ḥamza al-Ṭūsī, M. (1988). al-Wasīlat ilā Nayl al-Faḍīlat. 1st ed. Qum: Āyatullāh Mar'ashī Najafī. [In Arabic]
- Ibn 'Ābidīn, MA. (1991). Radd al-Muḥtār 'Alā al-Durr al-Mukhtār. Beirut: Dār al-Fikr. [In Arabic]
- Ibn Quddāmat al-Maqdisī, M. (1994). al-Kāfī fī Fiqh al-Imām Aḥmad ibn Ḥanbal. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīyyat. [In Arabic]
- Ibn Mawḍūd al-Ḥanafī, M. (1937). al-Ikhtiyār li-Ta'līl al-Mukhtār. Cairo: Ḥalabī. [In Arabic]
- Arākī, M' A. (1992). Risālat fī al-Irth. 1st ed. Qum: Dar Rāh Ḥaqq. [In Arabic]
- Ardibīlī, A. (1983). Majma' al-Fā'idat wa al-Burhān. 1st ed. Qum: Daftar Intishārāt Islāmī. [In Arabic]
- Iṣfahānī, MH. (1997). Ḥāshīyyat Kitāb al-Makāsib. 1st ed. Qum: Anwār al-Hudā. [In Arabic]
- Aṭfīsh, MY. (1973). Sharḥ Kitāb al-Nīl wa Shifā' al-'Alīl. Beirut: Dār al-Faṭḥ. [In Arabic]
- Imāmī, SH. (n.d.). Ḥuqūq Madanī. Tehran: Islāmīyyat. [In Persian]
- Baḥr al-'Ulūm, M. (1983). Bulghat al-Faqīh. 4th ed. Tehran: Maktabat al-Ṣādiq. [In Arabic]
- Jundī al-Mālikī, Khalīl. (2008). al-Tawḍīḥ fī Sharḥ al-Mukhtaṣar. n.p.: Markaz Najībawayh. [In Arabic]
- Juwaynī, R. (2007). Nihāyat al-Maṭlab fī Dirāyat al-Madhhab. 1st ed. Beirut: Dār al-Minhāj. [In Arabic]
- Ḥaddādī Ḥanafī, A. (2001). al-Jawharat al-Nayyirat Sharḥ Mukhtaṣar al-Qudūrī. n.p.: Maṭba'at Khayrīyyat. [In Arabic]
- Ḥillī, H. (1999). Taḥrīr al-Aḥkām al-Shar'īyyat 'alā Madhhab al-Imāmīyyat. 1st ed. Qum: Imām Ṣādiq. [In Arabic]
- Ḥillī, H. (1992). Qawā'id al-Aḥkām fī Ma'rifat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām. 1st ed. Qum: Daftar Intishārāt Islāmī. [In Arabic]
- Khurāsānī, M. (1992). Kitāb fī al-Waqf. 1st ed. Qum: Daftar Intishārāt Islāmī. [In Arabic]
- Kharashī, M. (n.d.). Sharḥ Mukhtaṣar. Beirut: Dār al-Fikr. [In Arabic]
- Ṭūsī, N. (2005). Jawāhir al-Farā'id. 1st ed. Qum: Dā'irat al-Ma'ārif Fiqh Islāmī. [In Arabic]
- Rāfi'ī, 'A. (1996). al-'Azīz Sharḥ al-Wajīz. 1st ed. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīyyat. [In Arabic]
- Zamani, M & Rezvan talab, MR. (2019). "Unnecessary Development of the Responsibility of the Loss Agent". Comparative Studies of Fiqh and Principles of Islamic Schools. 2(2). 145–166. [In Persian]
- Zayla'ī, J. (1997). Naṣb al-Rāyat li-Aḥādīth al-Hidāyat. Beirut: al-Rayyān. [In Arabic]
- Sabziwārī, S' A. (1992). Muhadhdhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām. 4th ed. Qum: al-Minār. [In Arabic]

- Sarakhsī, M. (n.d.). *al-Mabsūṭ*. Beirut: Dār al-Maʿrifat. [In Arabic]
- Sīstānī, SʿA. (1995). *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. 1st ed. Qum: Ayatullāh Sīstānī. [In Arabic]
- Shirbīnī al-Khaṭīb, SH. (n.d.). *Mughnī al-Muḥtāj ilā Maʿrifat Maʿānī Alfāz al-Minhāj*. Beirut: Dār al-Maʿrifat. [In Arabic]
- Shahīd Awwal, M. (1993). *Ghāyat al-Murād fī Sharḥ Nukat al-Irshād*. 1st ed. Qum: Daftar Tablīghāt Islāmī. [In Arabic]
- Shahīd al-Thānī, Z. (1992). *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharāʾiʿ al-Islām*. 1st ed. Qum: al-Maʿārif al-Islāmīyyat. [In Arabic]
- Shahīdī, M. (2014). *Irth*. 9th ed. Tehran: Majd. [In Persian]
- Ṣanʿānī, SʿA. (n.d.). *Tatimmat al-Rawḍ al-Naḍīr*. Beirut: Dār al-Jīl. [In Arabic]
- Ṭabāṭabāʾī, MṢ & Jaʿfarī, N. (2017). “Contemplation About the Idea of the Jurists and the Civil Code About the Nature of Division in Legal Partnership.” *Islamic Jurisprudence Studies and Legal Foundations*. 11(36). 5–28. [In Persian]
- Ṭūsī, M. (1967). *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyyat*. 3rd ed. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīyyat. [In Arabic]
- Fāḍil Lankarānī, MF. (2000). *Tafṣīl al-Sharʿat fī Sharḥ Taḥrīr al-Wasīlat*. 1st ed. Qum: ʿAʿimat Aṭḥār. [In Arabic]
- Civil Code of Iran. (n.d.). [In Persian]
- Law of Non-Contentious Matters of Iran. (n.d.). [In Persian]
- Qurtubī, M. (1988). *al-Bayān wa al-Taḥṣīl*. 2nd ed. Beirut: Dār al-Gharb al-Islāmī. [In Arabic]
- Kāshif al-Ghiṭāʾ, H. (2001). *Anwār al-Fiqāhat: Kitāb al-Mīrāth*. 1st ed. Najaf: Kāshif al-Ghiṭāʾ. [In Arabic]
- Golpāygānī, SMR. (1992). *Hidāyat al-ʿIbād*. 1st ed. Qum: Dār al-Qurʾān al-Karīm. [In Arabic]
- Māwardī, A. (1998). *al-Ḥāwī al-Kabīr fī Fiqh Madhhab al-Imām al-Shāfiʿī*. 1st ed. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmīyyat. [In Arabic]
- Muḥaqqiq al-Ḥillī, J. (1988). *Sharāʾiʿ al-Islām fī Masāʾil al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. 2nd ed. Qum: Ismāʿīlīyān. [In Arabic]
- Moradi MT, Shiasi M, Hassanpour D & Mahmoudi, Y. (2024). “Foundations of the Fetus’s Capacity for Enjoyment of Civil Rights and Its Criteria.” *Journal of Comparative Studies of Jurisprudential Religions*. 4(8). 189–214. [In Persian]
- Marāghī, SM. (1996). *al-ʿAnāwīn al-Fiqhīyyat*. 1st ed. Qum: Intishārāt Islāmī. [In Arabic]
- Maghribī, N. (1965). *Daʿāʾim al-Islām*. 2nd ed. Qum: Ahl al-Bayt. [In Arabic]
- Mawwāq, A. (1995). *al-Tāj wa al-Iklīl*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmīyyat. [In Arabic]
- Mawṣilī al-Ḥanafī, ʿA. (1937). *al-Ikhtiyār li-Taʿlīl al-Mukhtār*. Cairo: Ḥalabī. [In Arabic]

Najafī, M. (1984). Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'ī 'al-Islām. 7th ed. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī. [In Arabic]

Nawawī, Muḥyī al-Dīn. (1988). al-Majmū' Sharḥ al-Muhadhdhab. Beirut: Dār al-Fikr. [In Arabic]

Ministry of Awqaf and Islamic Affairs of Kuwait. (1984). al-Mawsū'at al-Fiqhīyyat al-Kuwaytīyyat. Kuwait: Dār al-Salāsil. [In Arabic]