



The Initial Endowment for the Fetus

Nasrin Karimi¹

Fatemeh Ahmadi²

DOI:
10.30497/flj.2025.246993.2081



Abstract

In the case of the initial endowment for the fetus, the Civil Code does not have an explicit provision and has generally limited itself to determining the ruling on the issue of a non-existent endowment based on the existing one. A large group of Shiite and Sunni jurists believe the initial endowment for the fetus is invalid and have cited reasons such as the fetus's non-existence, the fetus's lack of ownership, qualification, and the consensus of jurists in this field. On the other hand, another group by taking an opposing position such as having the right of ownership for fetus absolutely, the ownership of the endowment contract and claiming the absence of consensus of jurists in this field have insisted on the replacing the acceptance of a guardian (Vali) or ruler for the fetus and claiming that there is no consensus. The present article has been done by descriptive –analytical and inferential methods and by collecting data in a library, examines both perspectives, analyze and evaluate their reasons and overall prefer the opinion of the first group that is well-known and based on stronger evidence opinion.

Keywords: Legal capacity (competence/eligibility), Fetus, Civil rights, Pregnancy, Beneficiary (of a waqf/endowment), Endower/Founder (of a waqf/endowment).

1. Associate Professor Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran. nasrin.karimi@iau.ac.ir

2. (corresponding author) Educational Instructor of the Law Department at Islamic Azad University, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.

ahmadifatemeh.private.law@gmail.com

وقف ابتدایی بر جنین

نسرین کریمی^۱
فاطمه احمدی*^۲

Doi: 10.30497/flj.2025.246993.2081

چکیده

درخصوص وقف ابتدایی بر جنین، در قانون مدنی، حکم صریحی وجود ندارد و به طور کلی به تعیین حکم مسئله وقف برای معدوم به تبع موجود بسنده شده است. گروهی کثیر از فقهای شیعه و اهل سنت، وقف ابتدایی بر جنین را باطل شمرده و برای اثبات نظر خود به دلایلی همچون معدوم بودن جنین، اهلیت نداشتن او، امکان پذیر نبودن اخذ قبولی از موقوف علیه و اجماع استناد کرده اند؛ در مقابل، گروهی دیگر با اتخاذ موضع مخالف، به دلایلی نظیر برخورداری جنین از حق تملک به طور مطلق، تملیکی بودن عقد وقف، جایگزینی قبول ولی یا حاکم برای جنین و ادعای وجود نداشتن اجماع متمسک شده اند. در نوشتار حاضر با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و استنباطی، و از طریق جمع آوری داده ها به شیوه کتابخانه ای، هردو دیدگاه را بررسی و ادله معتقدان به آنها را تحلیل و ارزیابی کرده و در نهایت، نظر گروه اول را که مشهور و مبتنی بر ادله محکم تری است، ارجح دانسته ایم.

کلید واژه ها: اهلیت، جنین، حقوق مدنی، حمل، موقوف علیه، واقف.

۱. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قم، قم، ایران. nasrin.karimi@iau.ac.ir

۲. (نویسنده مسئول) مربی آموزشی گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قم، قم، ایران.

ahmadifatemeh.private.law@gmail.com

مقدمه

علم حقوق وظیفه دارد منافع و مزایای تمام افراد جامعه و از جمله جنین‌ها را تأمین کند؛ زیرا جنین باوجود آنکه هنوز متولد نشده، انسان است و باید تحت حمایت قانونی قرار گیرد. خوشبختانه، در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز به این نکته مهم توجه و جنین به‌عنوان عضوی از جامعه، از برخی مصادیق حقوق بشری، بهره‌مند دانسته شده و در ماده ۹۵۷ قانون مدنی آمده است: «حمل از حقوق مدنی، متمتع می‌گردد؛ مشروط بر اینکه زنده متولد گردد».

در دسته‌بندی‌ای کلی، حقوق مدنی جنین را به دو دسته می‌توان تقسیم کرد: نخست، حقوق مالی و دوم، حقوق غیرمالی. حقوق غیرمالی جنین، مواردی بدین شرح را دربر می‌گیرد: حق حیات، حق محافظت و مراقبت‌شدن، حق به‌دنیاآمدن به‌صورت بهداشتی و سالم، حق بهره‌مندی از نسب حلال و حق مصونیت در برابر اجرای مجازات؛ درمقابل، حقوق مالی جنین، منحصر به این موارد است: نفقه، ارث، وصیت، بیمه عمر و وقف.

درخصوص برخورداری جنین از حق وقف و به‌اصطلاح، موقوف‌علیه واقع‌شدن وی، قانون‌گذار صراحتاً حکمی را بیان نکرده و صرفاً به ذکر حکم صحت وقف بر معدوم به‌تبع موجود اکتفا کرده است؛ از این روی، در پژوهش حاضر، حکم وقف ابتدایی بر جنین را بررسی می‌کنیم و درصدد پاسخ‌گویی به این سؤال مهم هستیم که آیا جنین، ابتدائاً و مستقلاً می‌تواند موقوف‌علیه واقع شود یا خیر. فقها درباره این مسئله، وحدت‌نظر ندارند و درپی جمع‌بندی آرای آنان در این حوزه، به دو نظر متقابل دست می‌یابیم که هریک از آن‌ها براساس ادله و استدلال‌هایی مشخص شکل گرفته‌اند و طرفداران خاص خود را دارند. در ادامه، هردو دیدگاه را همراه با پشتوانه‌ها و ادله هرکدام از آن‌ها نقد و بررسی می‌کنیم تا به نظریه نزدیک‌تر به صواب دست یابیم. قبل از ورود به بحث، شایسته است پیشینه تحقیق‌های صورت‌گرفته درباره این موضوع را تبیین و سپس مفاهیم و اصطلاحات کاربردی‌ای را تعریف و تشریح کنیم که مستقیماً در شناخت مسئله موردنظرمان مؤثرند.

پیشینه پژوهش

درباب بررسی و تحلیل عقد وقف و ارکان آن، منابع متنوع و جامعی تألیف و تدوین شده است

که آن‌ها را به صورت مختصر معرفی می‌کنیم: ریاحی سامانی (۱۳۷۸) در کتابی جامع، مفهوم وقف و سیر تحول قوانین وضع شده در این حوزه را بررسی کرده است؛ همچنین قبله‌ای خویی (۱۳۹۳) در کتاب خود، تاحدودی به مسئله وقف برای جنین پرداخته است. به صورت مشخص‌تر، رهبر (۱۴۰۰) در مقاله‌ای مبانی فقهی- حقوقی وقف بر جنین در فقه مذاهب اسلامی و قانون مدنی را واکاوی و تحلیل کرده است؛ اما پژوهش وی به رغم مشابهت عنوانش با مقاله حاضر، از نظر عمق و گستردگی با آن، قابل مقایسه نیست؛ چون نویسنده مقاله مورد بحث علاوه بر اینکه بیشتر بر دیدگاه فقهای اهل تسنن در خصوص وقف بر جنین، متمرکز بوده، حتی درباره این موضوع نیز پژوهش عمیق و استدلال‌های متنوع صورت نداده است و حجم مقاله وی به ده صفحه نمی‌رسد. اسدی، نوذری فردوسی و امیدی فرد (۱۳۹۸) نیز در مقاله‌ای با توجه به کلیت موضوع انتخابی، حقوق مالی و غیرمالی جنین را به صورت توأمان بررسی کرده و حتی در حوزه حق برخورداری جنین از وقف، دو مقوله وقف و هبه را تحت یک عنوان قرار داده و حق برخورداری جنین از وقف را به صورت بسیار مختصر تحلیل کرده‌اند؛ اما مقاله آنان به هیچ وجه با پژوهش حاضر که در آن، حکم وقف ابتدایی بر جنین بررسی شده است، قابل مقایسه نیست؛ زیرا در تحقیق پیش‌روی، وقف ابتدایی بر جنین و مبانی آن جهت کشف حکم موضوع و بی‌نیازی از استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی واکاوی می‌شود؛ لذا تحقیق حاضر در این زمینه، نوآورانه است و در حیطه عمل، ارزش علمی دارد.

مفهوم‌شناسی مصطلحات

اصطلاحات کلیدی مورد استفاده در این مقاله بدین شرح‌اند:

- وقف

واژه «وقف» در لغت به معنای «ایستادن، توقف، حبس کردن، منحصر کردن چیزی برای کسی» است (عمید، ۱۳۶۳، «وقف»؛ ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ج ۹، ص ۳۵۹). مؤلف معجم مقاییس اللغة درباره ماده «وقف» نوشته است: «الْوَقْفُ وَالْقَافُ وَالْفَاءُ: أَصْلٌ وَاحِدٌ يَدُلُّ عَلَى تَمَكُّثٍ فِي شَيْءٍ» (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۶، ص ۱۳۵)؛ یعنی: «واو و قاف و فاء: اصل واحد است که بر مکث کردن در چیزی دلالت می‌کند»؛ همچنین در لسان العرب آمده است در مواردی که لفظ وقف به اعیان تعلق می‌گیرد و

مراد، وقف شرعی است، حبس کردن منافع برای فرد خاص یا عام، مدّ نظر است^۱ (ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ج ۹، ص ۳۵۹).

معنای اصطلاحی وقف از معنای لغوی آن، دور نیست و تاحدودی به معنای حبس و منحصر کردن باز می‌گردد. علامه حلی در باب وجه تسمیه وقف نوشته است: «وقف از آن جهت، وقف نامیده می‌شود که مشتمل بر وقف مال از یک جهت معین و قطع سایر جهات و تصرفات می‌باشد که معمولاً وقف گفته می‌شود و جمع آن، "اوقاف" می‌باشد» (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۴۴۵). عموم فقها وقف را عبارت از تحبیس اصل مال، و اطلاق و رها کردن یا تسبیل منافع آن برای عده‌ای خاص یا عام تعریف کرده‌اند؛ البته برسر این مسئله که وقف، عقد است یا ایقاع، اختلاف نظر وجود دارد؛ ولی به‌طور کلی می‌توان وقف را به‌لحاظ فقهی، عبارت از قراردادی دانست که به‌موجب آن، اصل مال حبس می‌شود و استفاده از منافع آن برای موقوف‌علیهم، آزاد خواهد بود. عموم فقها وقف را خارج از این معنا تعریف نکرده‌اند (طوسی، ۱۳۶۳ق، ج ۳، ص ۲۸۶؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۱۵۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۵۶؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۳۹۹). علامه حلی در قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، وقف را عبارت از عقد مفید تحبیس اصل و اطلاق منفعت تعریف کرده (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۳۸۷) و عقد را به‌منزله جنس تعریف قرار داده است. در همین راستا شهید اول نیز در الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه، تحبیس اصل و اطلاق منفعت را ثمره عقد وقف (نه خود آن) دانسته و نوشته: «و ثمره عقد وقف، آن است که اصل مال حبس و منافعش آزاد می‌گردد» (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۶۳). به‌نظر می‌رسد این تعبیر از یک لحاظ، دقیق‌تر از دیگر تعبیر باشد؛ بدین شرح که در واقع، وقف، قرارداد و اعتباری است که به‌واسطه آن، مال، وضعیتی پیدا می‌کند که عین آن حبس می‌شود و از هرگونه نقل و انتقال، مصون می‌ماند و در عوض، منافعش

۱. «و وَقَفَ الْأَرْضَ عَلَى الْمَسَاكِينِ (وَفِي الصَّحَاحِ: لِلْمَسَاكِينِ) وَقَفًا: حَبَسَهَا».

۲. «فَالْوَقْفُ تَحْبِيسُ الْأَصْلِ وَ تَسْبِيلُ الْمَنْفَعَةِ».

۳. «وَهُوَ تَحْبِيسُ الْأَصْلِ وَ إِطْلَاقُ الْمَنْفَعَةِ».

۴. «و تَمَرُّهُ تَحْبِيسُ الْأَصْلِ وَ إِطْلَاقُ الْمَنْفَعَةِ».

در معرض استفاده عموم یا افراد خاص قرار می‌گیرد؛ هرچند می‌توان گفت تعریف دیگر فقها درباره وقف نیز از نوع تعریف به غایت است و مراد ایشان با تعریف عرضه شده از سوی علامه حلی و شهید اول انطباق می‌یابد. قانون‌گذار هم در تعریف وقف، از عموم فقها پیروی کرده و در ماده ۵۵ قانون مدنی آورده: «وقف عبارت است از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود».

- شرایط صحت عقد وقف

فرایند عقد وقف، سه رکن اساسی دارد: نخست، صیغه عقد وقف؛ دوم، متعاقدين که در عقد وقف عبارت از واقف و موقوف‌علیه هستند؛ سوم، عین موقوفه. برای تحقق یافتن صحت عقد وقف، لازم است هریک از این ارکان، شرایطی خاص داشته باشند. علامه حلی در کتاب قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، شرایط واقف را عبارت از بلوغ، عقل و جواز تصرف در مال وقف شده دانسته و در خصوص مال وقف شده نیز چهار شرط عین بودن، ملک بودن، صحت انتفاع با بقای عین و امکان اقباض را معتبر شمرده است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۳۸۸-۳۹۴). مؤلف إصباح الشیعة بمصباح الشریعة نیز شروط صحت وقف را این گونه برشمرده است: واقف، مختار و مالک تبرعی ملک مورد وقف باشد و لفظ «عقد» وقف را صریحاً و با قصد قربت تلفظ کند؛ همچنین مال مورد وقف باید معلوم و قدرت بر تسلیم آن باشد و امکان انتفاع آن با بقای عین آن مال وجود داشته باشد. خود عقد وقف نیز باید مؤید باشد و وقف محدود به زمان، صحیح نیست. او در ادامه، متذکر شده که قبض موقوف‌علیه شرط لزوم وقف است؛ نه شرط صحت آن. در پی اجتماع این شروط، ملکیت واقف از عین موقوفه زایل می‌شود و او دیگر حق رجوع به آن را نخواهد داشت (بیهقی کیدری، ۱۴۱۶ق، ص ۳۴۵-۳۴۶).

- جنین

واژه «جنین» از مصدر «جَنَنَ» و در لغت به معنای هر چیز پوشیده و مستور است. کودک تا زمانی که در شکم مادر باشد، جنین نامیده می‌شود (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ص ۴۰۹؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۲۰۴). در واقع، جنین، محصول فرایند حاملگی است که از زمان استقرار نطفه در رحم آغاز می‌شود و در لحظه تولد پایان می‌یابد. کاربرد واژه «جنین» از آن جهت است که در این مقطع از حیات جنین، زهدان مادر، او را دربر می‌گیرد (ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ص ۴۹۲-۴۹۳). در فرهنگ

فارسی معین، معنای جنین عبارت است از هر چیز پوشیده و مستور؛ همچنین موجودی که پس از لقاح تخمک با اسپرماتوزوئید و در پی تقسیمات اولیه سلولی تخم حاصل می‌شود؛ ولی هنوز دوران رشد خود را در پوسته تخمک یا رحم مادر می‌گذراند (معین، ۱۳۸۱، «جنین»). در اصطلاح فقهی و حقوقی، جنین، تخمک بارور شده استقرار یافته در رحم تا هنگام تولد است (باقری‌نسب، ۱۳۹۱، ص ۷) و تخمک بارور یا به تعبیر دیگر، جنین تشکیل شده پیش از انتقال به رحم، جنین یا جنین بالقوه نام دارد (نایب‌زاده، ۱۳۸۰، ص ۲۴). واژه «جنین» حتی در شعر و ادبیات فارسی نیز به همین معنا به کار رفته است؛ مانند این بیت از منوچهری:

شعرناگفتن به از شعری که باشد نادرست بچه‌نازادن به از شش‌ماهه افکندن جنین
و این بیت از مولوی:

گر بریزد خونم آن روح‌الامین جرعه جرعه خون خورم همچون جنین
شایان ذکر است که فقهایمانند شیخ طوسی و علامه حلی جنین را معدوم می‌دانند (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۵۹۶؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۲۹۷)؛ درمقابل، سید کاظم یزدی و شهید ثانی جنین را موجودی مستور معرفی کرده‌اند؛ گرچه شهید ثانی به دلایل دیگری وقف بر جنین را جایز ندانسته است (طباطبایی، ۱۳۷۹ق، ج ۳، ص ۳۰۹-۳۱۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۳۲۷).

- موقوف‌علیه

با توجه به موضوع مقاله، تبیین مفهوم و شرایط موقوف‌علیه از جایگاهی ویژه برخوردار است؛ بنابراین در پژوهش پیش‌روی، این رکن و تأثیر آن بر صحت عقد وقف به صورت جداگانه بررسی خواهد شد.

در تعریف موقوف‌علیه آمده است: «آنکه چیزی به نفع او وقف شده است» (عمید، ۱۳۶۳، «موقوف‌علیه»). در صورت وحدت متفعان وقف، از واژه «موقوف‌علیه» و در صورت تكثر و تعدد آنها از واژه «موقوف‌علیهم» استفاده می‌شود. علامه حلی شرط صحت موقوف‌علیه را وجود، تعیین، صحت مالک‌شدن، و جواز و امکان شرعی وقف بر موقوف‌علیه دانسته است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۳۹۰). برخی دیگر از فقها معتقدند موقوف‌علیه باید فردی غیر از واقف، و

معلوم و مشخص باشد تا قصد قربت به واسطه وقف بر او صحیح باشد. چنین فردی باید در زمان صورت گرفتن وقف بتواند مالک منافع آن شود (بیهقی کیدری، ۱۴۱۶ق، ص ۳۴۵).

از میان شرایط مذکور، موجود بودن موقوفه‌علیه، موضوع بحث حاضر است که تدقیق و توضیح بیشتر درخصوص آن ضرورت دارد؛ به عبارت دیگر، صحت یا عدم صحت وقف ابتدایی بر جنین به این مسئله برمی‌گردد که آیا جنین موجودیت دارد یا خیر؛ زیرا در فرض پذیرش موجود بودن جنین، حکم وقف ابتدایی برای وی صحیح است و در صورت رأی دادن به وجود نداشتن جنین، وقف ابتدایی برای او باطل خواهد بود.

اکثر فقهای مسلمان، وقف بر معدوم را ابتدائاً جایز ندانسته‌اند؛ ولی وقف بر معدوم به تبع وقف بر موجود را جایز شمرده‌اند. در ماده ۶۹ قانون مدنی ایران نیز آمده است: «وقف بر معدوم صحیح نیست؛ مگر به تبع موجود»؛ مثلاً وقف بر فرزندی که هنوز به وجود نیامده، باطل است؛ ولی اگر بعضی از موقوفه‌علیه‌ها، موجود و بعضی دیگر غیرموجود باشند، وقف بر غیرموجود به تبع موجود صحیح است. معدوم صرف، قابلیت تملک منافع موقوفه را ندارد؛ به همین جهت، بعضی فقهای مسلمان، جنین را موجود دانسته و وقف بر جنین را بدون منضم، جایز شمرده و بعضی دیگر، وقف بر جنین را بدون منضم، جایز به شمار نیاورده‌اند (دانش‌پور و ریاحی سامانی، ۱۳۸۹، ص ۲۲۷).

۱. دیدگاه فقها درباره حکم وقف ابتدایی بر جنین

درخصوص امکان موقوفه‌علیه واقع شدن جنین به صورت ابتدایی، فقهای امامیه دو دیدگاه دارند: اکثر آنان قائل به بطلان عقد وقف ابتدایی بر جنین هستند و در صورت وقوع وقف غیرتبعی بر جنین، آن را باطل می‌دانند؛ در مقابل، برخی فقها در بطلان وقف ابتدایی بر جنین تردید کرده و کوشیده‌اند با رد دلایل گروه اول، صحت وقف ابتدایی بر جنین را اثبات کنند. در ادامه، ادله معتقدان به هر دو دیدگاه را بررسی می‌کنیم:

۱-۱. قول اول: صحت نداشتن وقف برای جنین

بیشتر فقهای امامیه معتقدند وقف ابتدایی بر جنین صحیح نیست و برخی از آنان به بطلان این مسئله از جهات گوناگون تصریح کرده‌اند؛ چنان‌که محقق حلی در کتاب المختصر النافع فی فقه

الإمامية نوشته است: «اگر وقف بر کسی باشد که در آینده موجود خواهد شد، وقف صحیح نیست»^۱ (محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۵۷). وی با پیروی از اصل کلی، وقف برای معدوم را باطل اعلام کرده است. مؤلف ریاض المسائل در توضیح کلام محقق حلی نوشته است: «یا وقف بر کسی که قابلیت تملک را ندارد؛ مانند وقف بر جنین»^۲ و صراحتاً وقف برای جنین را به دلیل وجودنداشتن اهلیت تملک، باطل دانسته است. شیخ طوسی نیز نوشته: «بدون اختلاف بین فقها، وقف بر حاملی که از مادر منفصل نشده است، جایز نیست» (طوسی، ۱۳۶۳ق، ج ۳، ص ۲۹۲).

در میان فقهای معاصر نیز بسیاری کسانی که وقف برای جنین را صحیح نمی‌دانند؛ چنان‌که امام خمینی (ره) نوشته است:

وقف بر جنین جایز نیست؛ زیرا در وقف خاص، وجود موقوف علیه هنگام وقف، ملاک است و بنابراین، وقف کردن برای معدوم، ابتدائاً صحیح نیست و همچنین وقف کردن بر کسی که بعدها موجود می‌شود و نیز وقف بر جنین پیش از تولد، صحیح نیست (موسوی خمینی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص ۷۰).

بسیاری از مراجع نیز به بطلان وقف ابتدایی بر جنین حکم داده‌اند؛ مانند آیت‌الله مکارم که صراحتاً فرموده‌اند: «وقف برای کسانی که هنوز به دنیا نیامده‌اند، صحیح نمی‌باشد» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۲، ص ۴۷۲). آیت‌الله خویی به عنوان یکی از طرفداران این نظریه معتقد است:

وقف بر جنین صحیح نیست؛ زیرا در وقف خاص، قبول موقوف علیه، شرط است؛ لذا اگر مالی را برای بچه‌ای که در شکم مادر است و هنوز به دنیا نیامده است، وقف کند، محل اشکال است و لازم است رعایت احتیاط نمایند (موسوی خویی، ۱۳۹۶ق، ج ۲، ص ۴۷۸).

فقهای اهل سنت نیز برسر این مسئله اختلاف نظر دارند؛ اما مشهور آنان معتقدند جنین وقفی باطل است؛ زیرا جنین، اهلیت تملک لازم در این زمینه را ندارد. فقهای شافعی و حنبلی در تأیید این نظر معتقدند: «جنین موجود و هر فرزندی که بعدها برای او متولد می‌شود، مستحق موقوفات نمی‌شود؛ مگر اینکه از شکم مادر جدا شود» (ابن عابدین، ۱۳۸۹ق، ج ۳، ص ۴۲۶؛ دسوقی، ۱۹۷۷،

۱. «قَلَوْ وَفَّ عَلَى مَنْ سَيُوجَدُ، لَمْ يَصَحَّ».

۲. «أَوْ مَنْ لَمْ يَكُنْ قَابِلًا لِلتَّمْلُكِ، كَالْحَمْلِ».

ج ۴، ص ۷۷؛ شریینی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۵۲۷). پس از آشنایی با کلیات دیدگاه اول، لازم است با ادله مطرح شده از سوی طرفداران این نظریه آشنا شویم:

۱-۱-۱. دلیل اول: معدوم بودن جنین

چنان که سخنان علامه حلی و مؤلف *إصباح الشیعة بمصباح الشریعة* نشان می دهد، یکی از شروط ضروری در عقد وقف که با صحت وقف بر جنین ارتباط تنگاتنگ دارد، موجود بودن بالفعل موقوف علیه است. اکثر فقها در کتب خویش در خصوص شروط موقوف علیه، به اشتراط وجود بالفعل او حین انعقاد وقف تصریح کرده اند؛ تا جایی که برخی از آنان در این زمینه، مدعی عدم خلاف هستند؛ علاوه بر این، بسیاری از فقها ضمن بیان اشتراط وجود موقوف علیه، مصادیق نقض این شرط را بر شمرده و تصریح کرده اند جنینی که هنوز متولد نشده است، نمی تواند موقوف علیه واقع شود؛ مثلاً شیخ طوسی در کتاب *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی* درباره وقف کردن بر کسی که هنوز موجود نشده، نوشته است: «جایز نیست که بر کسی که هنوز به وجود نیامده، وقف کند و اگر چنین کند، وقف باطل خواهد بود» (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۵۹۶). ایشان در کتاب *الخلاف* نیز بر صحت نداشتن وقف بر جنین تصریح کرده و نوشته است:

زمانی که [مکلف، مالی را] بر کسی وقف کند که وقف بر او صحیح نباشد (مانند عبد یا جنینی که هنوز پا به عرصه وجود نهاده است...)، در صورتی که وقف ابتدا بر وی واقع شده باشد، باطل خواهد بود؛ چراکه وقف بر چنین اشخاصی صحیح نیست (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۵۴۴).

ابن زهره نیز در کتاب *غنية النزوع إلى علمی الأصول والفروع* تصریح کرده که: «از شروط موقوف علیه این است که در حین انعقاد وقف بتواند منفعت را مالک شود؛ بنابراین، وقف بر جنین قبل از انفصال از مادرش صحیح نخواهد بود» (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۲۹۷). ابن ادریس در *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، علاوه بر تصریح به صحت نداشتن وقف بر جنین ادعا کرده است فقها بر سر این موضوع با یکدیگر اختلاف نظر ندارند (ابن ادریس، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۱۵۶). این مسئله از سخنان دیگر فقها همچون علامه حلی در *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة* (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۲۹۷) و *إرشاد الأذهان إلى أحكام الایمان* (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۴۵۲) و نیز از

کلام محقق سبزواری در *کفایة الأحکام* (محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۷) و... هم به دست می‌آید. مؤلف *مفتاح الکرامۃ فی شرح قواعد العلامۃ*، معتقدان به این دیدگاه را احصا کرده است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۱، ص ۵۵۸).

این گروه از فقها علت بطلان وقف بر جنین را موجود نبودن وی دانسته‌اند؛ یعنی از آن جهت که حمل، حیات مستقل ندارد و بدون وجود مادر، قادر به ادامه دادن زندگی اش نیست، وی را فاقد وجود بالفعل دانسته و وقف بر او را باطل شمرده‌اند؛ چون ملکیت، صفت وجودی است و برای خود، محل و موضوع موجود می‌خواهد و عقلاً تنها به مالک شدن کسی که وجود دارد، حکم کرده و مالک شدن معدوم را قبیح دانسته‌اند؛ در نتیجه، شخصی که وجود بالفعل ندارد، نمی‌تواند مالک منافع عین موقوفه و به عبارت دیگر، موقوف‌علیه واقع شود.

شایان ذکر است که فقها وقف ابتدایی بر معدوم را صحیح ندانسته و موجود بودن موقوف‌علیه را تنها در ابتدای سلسله موقوف‌علیهم، لازم شمرده‌اند؛ یعنی اگر فرد معدومی در میان موقوف‌علیهم باشد، چنانچه وقف ابتدا بر افراد موجود واقع شود و سپس به تبع افراد موجود در طبقات بعدی بر افرادی صورت گیرد که حین وقف، موجود نبوده‌اند و بعداً به وجود خواهند آمد، وقف صحیح خواهد بود؛ مثلاً اگر فردی باغ خود را بر فرزندان ذکور از نسل خود تا روز قیامت وقف کند، هرچند تنها طبقه اول از موقوف‌علیهم موجود باشند، وقف صحیح خواهد بود؛ البته پر واضح است که دست کم، طبقه اول، حتماً حین انعقاد عقد وقف باید موجود باشند. برای روشن تر شدن مطلب، در اینجا اقسام وقف بر حسب نبودن موقوف‌علیهم را که فقها از آن به وقف منقطع (وقف بر معدوم) تعبیر کرده‌اند، بررسی می‌کنیم:

الف) وقف منقطع الاول: در این عقد، معدوم در طبقه اول از موقوف‌علیهم قرار دارد. واقف ابتدا به وقف بر معدوم و سپس به وقف بر موجود تصریح می‌کند؛ مانند آنکه واقف بگوید: «وقف کردم بر فرزند مرده زید و بعد از آن بر زید که موجود و زنده است».

ب) وقف منقطع الوسط: در این قسم از وقف بر معدوم، واقف، مالی را بر فرد موجود و سپس بر فرزندان موقوف‌علیه موجود وقف می‌کند؛ در حالی که آن فرد هنوز اولادی ندارد و

موقوف علیه موجود پیش از آنکه صاحب فرزند شود، فوت می کند.

ج) وقف منقطع الآخر: این گونه وقف، زمانی صورت می گیرد که واقف، مالی را برای فرزندان و سپس برای اولاد آنها به همین ترتیب وقف می کند؛ اما پس از گذشتن چند نسل، هیچ فرزندی از نسل وی باقی نمی ماند (موسوی اصفهانی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۲۵۱).

فقها تصریح کرده اند که عقد وقف در حالت های منقطع الاول و منقطع الوسط بودن موقوف علیه، باطل است؛ ولی در حالت وقف منقطع الآخر می توان به صحت چنین عقدی حکم داد؛ بنابراین، چنان که گفتیم، موقوف علیه باید هنگام انشای عقد وقف، موجود باشد و در نتیجه، وقف بر معدوم به صورت ابتدایی، باطل خواهد بود. شایان ذکر است که مراد از صحت وقف بر معدوم در وقف منقطع الآخر، وقف بر کسی است که امکان دارد در آینده وجود داشته باشد؛ هرچند در زمان عقد وقف، موجود نیست؛ لذا بدیهی است که وقف بر معدوم به معنای وقف بر میت، بلاشک، باطل خواهد بود.

۲-۱-۱. دلیل دوم: اهلیت نداشتن جنین

برخی دیگر از فقهای امامیه جنین را موجود دانسته اند؛ اما از آنجا که او نمی تواند مال یا منفعتی را مالک شود، آنان به بطلان وقف ابتدایی بر وی حکم داده اند؛ مثلاً شهید ثانی در مسالک الأفهام *إلى تنقيح شرایع الإسلام* نوشته است: «تفريع الحمل على المعدوم لا يخلو من التجوز لأنه في نفسه موجود غايته إستتاره وإِثْمًا يُشارُكُهُ في الحكم بَعْدَ صِحَّةِ الوقفِ عَلَيْهِ مِنْ جَهَةِ الأُخْرَى وَهِيَ عَدَمُ أَهْلِيَّتِهِ لِلتَّمْلُكِ» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۳۲۷). ایشان در حاشیه شرایع الإسلام نیز بر نظر علامه حلی در خصوص معدوم بودن جنین اشکال گرفته و نوشته است: «تفريع الحمل على المعدوم لا يخلو من تجوز لأنه في نفسه موجود غايته إستتاره وإِثْمًا يُشارُكُهُ في الحكم بَعْدَ صِحَّةِ الوقفِ عَلَيْهِ مِنْ جَهَةِ أُخْرَى وَهِيَ عَدَمُ أَهْلِيَّتِهِ لِلتَّمْلُكِ» (شهید ثانی، ۱۴۲۲ق، ص ۵۲۱). این بیان نشان می دهد که شهید ثانی تعبیر به معدوم بودن جنین را مجاز و مسامحه دانسته و درنهایت، آن را مخفی و مستتر قلمداد کرده است؛ نه معدوم.

مؤلف *مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة* نیز قائل به همین نظر است^۱ (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۱، ص ۵۵۸). به عقیده او نباید جنین را درزمره معدومان به شمار آورد؛ زیرا این کار، نوعی مسامحه در تعبیر است؛ چون جنین درواقع وجود دارد؛ ولی پنهان است و علت آنکه همچون معدومان، بی بهره از وقف و در حکم معدومان است، تنها اهلیت نداشتن وی برای ملکیت است. وقف نیز بنابر اختلافی که در این مسئله وجود دارد، یا تملیک عین و منفعت با هم است و یا تملیک عین به تنهایی و در هردو صورت، جنین توانایی مالک شدن هیچ یک را ندارد. مؤلف *ریاض المسائل* نیز تعبیری نزدیک به این را در کتاب خود دارد^۲ (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۰، ص ۱۳۱).

برخی صاحب نظران به این مسئله ایراد گرفته و گفته اند: «چگونه وصیت به نفع جنین، صحیح است و سهم وی از میراث کنار گذاشته می شود و حتی جنایت بر حمل، مستوجب دیه است؛ اما وقف به نفع وی باطل است؟» (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹ق، ص ۴۸-۴۹). فقها به این اشکال، به دو صورت جواب داده اند:

نخست، آنکه علت بطلان وقف ابتدایی بر جنین، فقدان اهلیت تملک اوست؛ اما از آنجا که نوع تملک در عقد وقف با عقود دیگری همچون وصیت و ارث تفاوت دارد، جنین می تواند وارث و موصی له واقع شود؛ چون در وصیت و ارث، تملک در زمان آینده و پس از فوت موصی و مورث صورت می گیرد؛ حال آنکه در عقد وقف، تملیک در زمان حال تحقق می یابد؛ لذا شرط است که پذیرنده وقف، در زمان انشای عقد وقف، اهلیت تملک داشته باشد و از آنجا که حمل، فاقد این ویژگی است، نمی تواند موقوف علیه واقع شود (طباطبایی، ۱۳۷۹ق، ج ۳، ص ۳۰۹-۳۱۰). علامه حلی نیز در پاسخ به ایراد مطرح شده، چنین استدلال کرده که وقف، تسلیط فعلی است و در حمل، تسلیط فعلی معقول نیست؛ حال آنکه در وصیت، تسلیط در

۱. وَ فِيهِ مُسَامَحَةٌ لَّأَنَّهُ فِي نَفْسِهِ مَوْجُودٌ؛ لَكِنَّهُ مُسْتَتَرٌّ، وَإِذَا يُشَارِكُهُ فِي الْحُكْمِ بَعْدَ صِحَّةِ الْوَقْفِ مِنْ جِهَةِ أُخْرَى وَ هِيَ عَدَمُ أَهْلِيَّتِهِ لِلتَّمْلِيكِ.. لِأَنَّ الْوَقْفَ إِذَا تَمْلِيكَ الْعَيْنَ وَالْمَنْفَعَةَ وَإِذَا تَمْلِيكَ الْمَنْفَعَةَ فَقَطَّ عَلَى اخْتِلَافِ الرَّأْيَيْنِ، وَالْحَمْلُ لَا يُصْلِحُ لِشَيْءٍ مِنْهُمَا.
 ۲. «إِسْتِلْزَامُ الْوَقْفِ إِنْتِقَالَ الْمَنْفَعَةِ خَاصَّةً أَوْ مَعَ الْعَيْنِ وَكَيْسَ أَحَدٌ مِمَّنْ تَقَدَّمَ بِقَابِلٍ لِلْإِنْتِقَالِ إِلَيْهِ».

آینده، موردنظر است؛ همچنین مالکیت جنین بر ارث از نوع تام نیست؛ بلکه متزلزل و متوقف بر زنده متولدشدن اوست؛ بنابراین، قیاس وقف با وصیت و ارث از نوع مع الفارق و باطل است^۱ (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۴۲۸)؛ مثلاً در *الأنوار اللوامع*، همین نکته از *مفاتیح الشرایع* فیض کاشانی ذکر شده است^۲ (آل عصفور، ۱۳۷۲، ج ۱۳، ص ۲۸۳) و نزدیک به همین تعبیر را مؤلف *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه* نیز دارد: «وَإِنْ صَلَّحَ لِلْوَصِيَّةِ لِأَنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِالْمُسْتَقْبَلِ وَلَيْسَ فِيهَا نَقْلٌ فِي الْحَالِ، وَالْوَقْفُ تَسْلِيْطٌ عَلَى الْمَلِكِ فِي الْحَالِ. فَيَشْتَرِطُ فِيهِ أَهْلِيَّةُ الْمُتَقَلِّ إِلَيْهِ لِلْمَلِكِ فَافْتَرَقَا» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۱، ص ۵۵۸).

دوم، آنکه حکم صحت وصیت بر جنین یا وراثت او از نوع استثنایی و خلاف قاعده محسوب می‌شود و دلیل آن، ادله خاص واردشده در این حوزه است. صاحب‌جواهر درباره این مسئله نوشته: «وَإِنْ كَانَ مَوْجُوداً أَوْ صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ وَعَزَلَ الْمِيرَاثُ لَهُ، إِلَّا أَنَّهُ بِحُكْمِ الْمَعْدُومِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْوَقْفِ» (صاحب‌جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۲۷). درست است که جنین، موجود و وصیت برای او صحیح است و سهمش از میراث جدا می‌شود تا وی به دنیا بیاید؛ اما در مبحث وقف، جنین در حکم معدوم است و ملکیتش در میراث یا وصیت درحالی که اهلیت تملک ندارد، خلاف قاعده و مبتنی بر دلیل خاص است؛ مانند دیه که در آن نیز جنین در واقع، مالک چیزی نمی‌شود تا با وقف قیاس شود.

۳-۱-۱. دلیل سوم: امکان پذیر نبودن اخذ قبولی موقوف‌علیه

برخلاف وقف عام، در وقف خاص، موقوف‌علیهم، محصور، محدود و معین هستند (داراب‌پور، ۱۳۹۱، ص ۲۵۸). وجه تمایز دو قسم مذکور در بحث ما آن است که در وقف خاص، اخذ قبولی از موقوف‌علیه یا دست‌کم از طبقه اول ایشان شرط صحت عقد به‌شمار می‌آید و عنصری

۱. «وَلَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَى الْحَمْلِ لِعَدَمِ تَيَقُّنِ حَيَاتِهِ بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ. فَإِنَّهَا تَصِحُّ لَهُ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَتَعَلَّقُ بِالْمُسْتَقْبَلِ وَالْوَقْفُ تَسْلِيْطٌ فِي الْحَالِ».

۲. فَلَا يَصِحُّ [وَقْفٌ] عَلَى الْمَعْدُومِ الْمَحْضِ أَوْ عَلَى مَنْ هُوَ بِمَنْزِلَتِهِ كَالْحَمْلِ الَّذِي لَمْ يَنْفَصِلْ وَإِنْ كَانَ مَوْجُوداً؛ لَكِنَّهُ قَدْ شَارَكَهُ فِي الْحُكْمِ بِعَدَمِ صِحَّةِ الْوَقْفِ عَلَيْهِ وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْوَقْفِ عَلَيْهِ وَالْوَصِيَّةِ لَهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَتَعَلَّقُ بِالْمُسْتَقْبَلِ وَلَيْسَ فِيهَا نَقْلٌ فِي الْحَالِ بِخِلَافِ الْوَقْفِ. فَإِنَّهُ تَسْلِيْطٌ عَلَى الْمَلِكِ فِي الْحَالِ بِشَرْطِ أَهْلِيَّةِ الْمُتَقَلِّ لَهُ.

ضروری است؛ درحالی که در وقف عام، اخذ قبولی از تمامی موقوف‌علیهم امکان‌پذیر نیست؛ بنابراین، حاکم به نمایندگی ازطرف عموم، قبولی را بیان می‌کند (ریاحی سامانی، ۱۳۷۸، ص ۷۶). به‌عنوان مصداق شایع وقف خاص، وقف بر اولاد را می‌توان ذکر کرد که در ماده ۵۶ قانون مدنی به آن اشاره شده است.

نظر به اینکه وقف بر جنین از نوع وقف خاص و تابع قوانین آن است، قبول وی شرط در صحت عقد وقف خواهد بود؛ بنابراین، در عقد وقف، مانند تمامی عقود، ابراز دو اراده ضرورت دارد: یکی واقعی که ایجاب می‌کند و دیگری موقوف‌علیهمی که قبول می‌کند. از آنجا که جنین به‌لحاظ معدوم یا دست‌کم، مستوربودن، توانایی قبول وقف را ندارد، می‌توان گفت وقف بر او از این جهت هم باطل است و ولی نیز نمی‌تواند از جانب وی عقد وقف را بپذیرد؛ چون ولی پس از تولد جنین بر او ولایت خواهد یافت و قبل از آن نمی‌توان گفت کسی بر جنینی که دارای وجود متزلزل است، ولایت دارد. در صورت شک در این مطلب نیز نبود ولایت استصحاب می‌شود. شیخ طوسی با بیان این مسئله که جنین معدوم است؛ حال آنکه در وقف، قبولی موقوف‌علیهم ضرورت دارد و جنین نمی‌تواند قبولی را بگوید، فرموده است ولایت بر جنین پیش از تولد او قابل اثبات نیست (طوسی، ۱۳۶۳ق، ج ۳، ص ۲۹۲).

۴-۱-۱. دلیل چهارم: اجماع

آخرین دلیل و مستند معتقدان به دیدگاه بطلان وقف ابتدایی بر جنین، اجماع فقها بر این مطلب است. این مسئله با عباراتی همچون «وجود اجماع» (صاحب‌جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۲۲)، «عدم خلاف» (طوسی، ۱۳۶۳ق، ج ۳، ص ۲۹۲) و «اتفاق فقها» (طباطبایی، ۱۳۷۹ق، ج ۲، ص ۱۴) در کلام برخی صاحب‌نظران مطرح شده و صاحب‌جواهر درباره آن نوشته است: «بَلْ فِيهِ (السَّرَائِرِ) أَيْضاً وَ مُحْكِي الْمَبْسُوطِ نَفَى الْخِلَافِ عَنْ عَدَمِ صِحَّتِهِ عَلَى الْمَعْدُومِ الَّذِي لَمْ يَوْجَدْ بَعْدَ وَالْحَمْلِ وَالْعَبْدُ؛ بَلْ فِي الْأَخِيرِ أَيْضاً أَنَّ الَّذِي يَقْتَضِيهِ مَذْهَبُنَا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى الْمَجْهُولِ وَالْمَعْدُومِ» (صاحب‌جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۲۷). آنچه از السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی ابن‌ادریس و المبسوط فی فقه الإمامیه شیخ طوسی نقل شده، دالّ بر نفی اختلاف در صحت‌نداشتن وقف بر معدوم و جنین است. در المبسوط فی فقه الإمامیه آمده که این حکم، اقتضای قواعد و مذهب

است و همه این ادله، اضافه بر این دلیل اند که اقتضای عقد وقف، تملک است و جنین قابلیت تملک ندارد و نسبت به عقد وقف در حکم معدوم است.

۱-۲. قول دوم: صحت وقف برای جنین

باورمندان به این دیدگاه با تردید در ادله تأییدکننده دیدگاه نخست و اقامه برخی دلایل دیگر معتقدند جنین می تواند در عقد وقف، ابتدائاً موقوف علیه واقع شود. مؤلف کتاب *تکملة العروة الوثقی* از طرفداران این دیدگاه است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۲۱۰). وی ضمن بیان ادله خود، نظر کسانی را که وقف برای جنین را صحیح نمی دانند، سست و بی اساس خوانده است و برخی علمای معاصر و مراجع تقلید حاضر شیعه همچون آیت الله سیستانی از این نظریه تبعیت کرده اند. آیت الله سیستانی صراحتاً به جواز وقف بر جنین فتوا داده اند (حسینی سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۶۳). برخی فقهای اهل سنت درباره این مسئله معتقدند چنانچه واقف بر جنین و کسانی که پس از او متولد می شوند، وقف کند و مثلاً بگوید: «این زمین را برای فرزندانم و بر فرزندی که برایم متولد می شود، وقف کرده ام و پس از آن ها برای فقرا وقف کردم»، جنین وقفی صحیح است. از میان پیروان اهل تسنن، علمای مالکی از دیدگاه دوم پیروی کرده و معتقدند جنین، صلاحیت تملک منفعت محض و خالص را دارد و بر این اساس، وقف کردن بر وی صحیح خواهد بود (ابن قدامه، ۱۴۰۴ق، ج ۸، ص ۲۰۱؛ ابن رجب، ۱۴۱۳ق، ص ۱۷۵). این دیدگاه در میان حقوق دانان نیز طرفدارانی دارد. مطابق دیدگاه مورد بحث، لفظ «حقوق مدنی» در ماده ۹۵۷ قانون مدنی اطلاق دارد و بلاشک، حقوقی همچون موقوف علیه واقع شدن جنین را شامل می شود. دکتر امامی در مباحث خود تصریح کرده است: «حمل، موجود شناخته می شود و وقف بر او صحیح است؛ چنانچه ارث می برد و می توان نسبت به او وصیت نمود» (امامی، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۷۹). مطابق این نظر، امکان پذیرش برخی تعهدات به نفع جنین از قبیل بیمه عمر، حق انتفاع، وصیت تملیکی و عهدی، و وقف وجود دارد (ملائی، ۱۴۰۱، ص ۲). در ادامه، ادله این گروه را بررسی می کنیم:

۱-۲-۱. دلیل اول: برخورداری جنین از حق تملک به طور مطلق

مؤلف *تکملة العروة الوثقی* در تلاش برای اثبات موضع خود گفته حمل، موجود است و این

ادعا که جنین اهلیت تملک ندارد، بی‌اساس است؛ زیرا تفاوتی میان حمل و طفل شیرخوار نیست؛ به‌ویژه زمانی که تولد حمل نزدیک است؛ به‌علاوه، دلیل منوط‌بودن ارث جنین بر زنده متولدشدن وی نه قابلیت‌نداشتن او برای تملک، بلکه صرفاً وجود دلیل خاص است؛ لذا نمی‌توان موضوع ارث برای جنین را با مسئله وقف برای وی قیاس کرد. این صاحب‌نظر حتی شرط زنده متولدشدن جنین به‌منظور برخورداری از حقوق مدنی را درخصوص عقد وصیت نیز لازم ندانسته و معتقد است این شرط، تنها درباره ارث جنین مطرح می‌شود و علت آن، وجود نصّ خاص در این زمینه است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۲۱۰).

در نقد و بررسی مطلب ذکرشده می‌توان گفت این ادعای مؤلف *تکملة العروة الوثقی* در اثبات اهلیت جنین که نظر مخالفان را بی‌اساس خوانده، مصادره به مطلوب به‌شمار می‌آید و قیاس جنین با طفل شیرخوار نیز در فقه امامیه مردود است؛ افزون‌بر آن، فرق است بین شیرخواری که اهلیت تمتع و حیات مستقر دارد با جنینی که دارای هیچ‌یک از آن‌ها نیست. پاسخ به قیاس عقد وقف با وصیت و... در بررسی دیدگاه اول مطرح شد.

۲-۱. دلیل دوم: تملیکی نبودن وقف

ممکن است در رد دیدگاه اول گفته شود وقف، تملیک نیست؛ با این توضیح که هم‌زمان با انعقاد عقد وقف، مالکیت بر عین موقوفه از واقف سلب می‌شود؛ اما این مسئله با ورود عین موقوفه در مالکیت موقوفه‌علیه ملازمه‌ای ندارد؛ همان‌گونه که در ماده ۵۵ قانون مدنی آمده: «وقف عبارت است از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود»؛ لذا وقف، نوعی حبس مؤبد است؛ نه انتقال مالکیت. در این عقد از ورود عین موقوفه به مالکیت موقوفه‌علیه صحبتی نشده است؛ لذا مال موقوفه پس از خروج از ملکیت واقف، به‌عنوان شخصیت حقوقی مستقل، حیات خود را ادامه می‌دهد (مدنی، ۱۳۸۲، ص ۲۸۶)؛ بنابراین، دیگر مشمول عنوان مال نیست تا به‌دنبال مالک آن باشیم و جنین را با این استدلال که اهلیت ندارد، از موقوفه‌علیه واقع‌شدن، محروم بدانیم.

در نقد و بررسی این مطلب می‌توان گفت چنان‌که در دلیل دوم از دیدگاه اول نیز گفتیم، به‌نظر فقها وقف از دو حال خارج نیست: یا تملیک عین و منافع است و یا تنها تملیک منافع عین

موقوفه. حتی اگر بپذیریم که عین موقوفه به ملک موقوف‌علیه در نمی‌آید، بالاخره موقوف‌علیه باید بتواند منافع آن را مالک شود که در مفروض، جنین، اهلیت تملک منافع را نیز ندارد.

۳-۲-۱. دلیل سوم: جایگزینی قبول ولی یا حاکم برای جنین

ممکن است گفته شود حتی اگر نظر مخالفان درباره اشتراط اعلام قبولی ازسوی موقوف‌علیه را بپذیریم، به موضوع وقف بر جنین، لطمه‌ای وارد نخواهد شد؛ زیرا جنین مانند موقوف‌علیه، محجوری است که صلاحیت قبول وقف را ندارد؛ اما به جواز اعلام قبولی ازسوی ولی حکم داده می‌شود. در فرض حضورنداشتن ولی نیز حاکم جامعه به‌عنوان ولی عام به قبولی اقدام خواهد کرد و بدین ترتیب، مشکلی در این زمینه وجود نخواهد داشت؛ چنان‌که درخصوص دیگر عقود مانند هبه به جنین هم اعلام قبولی ازسوی ولی او بلاشکال خواهد بود.

در نقد و بررسی این مطلب می‌توان گفت مسلماً این دلیل نیز مصادره به مطلوب و قیاس باطل است؛ زیرا اولاً محجوران به‌رغم نداشتن اهلیت استیفا دارای اهلیت تمتع هستند و می‌توانند مالک یا طلبکار شوند؛ حال آنکه به تصریح فقها و معتقدان به دیدگاه اول، جنین حتی اهلیت تمتع نیز ندارد تا ولی بتواند ازجانب او قبول کند؛ ضمناً چنان‌که پیشتر نیز گفتیم، درباره جنین، ولایتی ثابت نیست تا بتوان آن را اعمال کرد و اصل عدم ولایت و استصحاب در این مورد، مؤید است.

۳-۲-۲. دلیل چهارم: ثبوت فی الجملة صحت وقف بر جنین

ممکن است این استدلال مطرح شود که براساس تصریح همه فقها وقف بر جنین به‌تبع موجودین وقف منقطع‌الآخر، صحیح است؛ کما اینکه قانون‌گذار در ماده ۶۹ قانون مدنی، صراحتاً گفت: «وقف بر معدوم، صحیح نیست؛ مگر به‌تبع موجود»؛ بنابراین می‌توان گفت شارع، وقف بر جنین را باوجود اهلیت‌نداشتن یا معدوم‌بودنش ممکن دانسته است؛ پس در دیگر موارد همچون وقف ابتدایی بر او نیز با همان ملاک، وقف صحیح خواهد بود؛ چون می‌توانیم همان دلایلی را که به‌وسیله آن‌ها صحت وقف برای معدوم به‌تبع موجود را اثبات می‌کنیم، درخصوص وقف معدوم بالاستقلال نیز بیان کنیم؛ درنتیجه، وقف بر جنین به‌صورت ابتدایی نیز صحیح است.

در نقد و بررسی این مطلب می‌توان گفت کاملاً روشن است که این بیان، قیاس مردود فقهی

است و صحت وقف بر جنین به تبع موجودین، ادله خاص خود را دارد و مورد اتفاق فقهاست؛ علاوه بر آن، ضمیمه کردن جنین به موجودین، خود، مسوغ این جواز است. مؤلف دلیل تحریر *الوسیله* در پاسخ به اشکال قیاس حکم وقف ابتدایی بر جنین با حکم وقف بر جنین در صورتی که به موجودین ضمیمه شده باشد، نوشته است: «... وَبَعْضُهَا - وَهُوَ الْوَجْهُ الثَّانِي - مَرْدُودٌ بِأَنَّ الْوَقْفَ عَلَى الْبُطُونِ مُنْضَمًّا إِلَى الْمَوْجُودِينَ مَرْدُودٌ الْإِسْتِثْنَاءِ بِإِجْمَاعِ الْأَصْحَابِ مَعَ وَجُودِ الْفَارِقِ وَهُوَ ضَمُّ» (سیفی، ۱۴۳۰ق، ص ۳۲۵). این قیاس مردود است؛ چون وقف بر جنین منضم به موجود، به دلیل اجماع، استثنا واقع شده و این قیاس به علت وجود فرق بین این دو مورد که همان انضمام است، مع الفارق محسوب می شود.

۵-۲-۱. دلیل پنجم: اجماعی نبودن حکم بطلان وقف برای جنین

به تعبیر مؤلف *تکملة العروة الوثقی*، اگر اجماع فقها بر صحیح نبودن وقف برای معدوم وجود نداشت، نظر آقا آن می شد که چنین وقفی صحیح باشد؛ هر چند تحقق اجماعی که کاشف از قول معصوم باشد، با وجود این دلایل سست و ناتوان، بسیار مشکل به نظر می رسد. به طور کلی، در این زمینه، اجماع محصل نداریم و اجماع منقول نیز حجیت ندارد و نمی تواند مبنایی معتبر برای صدور این حکم باشد.

در نقد و بررسی این مطلب می توان گفت اشکال مطرح شده علی المبناست و به دیدگاه فرد در خصوص اجماع و حجیت آن بستگی دارد؛ هر چند بنابه عدم حجیتش نیز اجماع می تواند مؤیدی قوی برای پیروان دیدگاه نخست باشد؛ افزون بر آن، جز مؤلف *تکملة العروة الوثقی* که از فقهای معاصر است، مخالف قابل توجهی مخصوصاً در میان فقهای متقدم در برابر دیدگاه نخست وجود ندارد.

۲. تحلیل و بررسی ماده هفتاد از قانون مدنی

قانون گذار درباره وقف بر حمل به صورت ابتدایی اظهار نظر صریحی نکرده و در ماده ۶۹ از قانون مدنی، وقف بر معدوم را به تبع موجود، صحیح دانسته است. باید به این نکته توجه کنیم که تبعیت معدوم از موجود به دو حالت امکان پذیر است: نخست، آنکه معدوم و موجود در طول یکدیگر قرار گرفته اند؛ مثلاً موقوف علیه موجود در رده اول و موقوف علیه معدوم در رده بعدی

واقع شده و رابطه این دو نفر از نوع طولی است؛ دوم، آنکه موقوف علیه موجود و معدوم، هردو در یک طبقه قرار دارند و به عبارت دیگر، وقف بر موجود و معدوم، معاً واقع می شود؛ لذا جنین و دیگر موقوف علیهم در عرض یکدیگر قرار دارند؛ نتیجتاً در قسم نخست، میان موقوف علیهم، حالت ترتیب و در قسم دوم، حالت اشتراک میانشان حاکم خواهد بود (قبله ای خوئی، ۱۳۸۹، ص ۲۲).

موضوع ماده ۶۹ قانون مدنی^۱ که وقف برای معدوم را به شرط تبعیت از موجود، صحیح می داند، در جایی است که میان معدوم و موجود، حالت ترتیب وجود داشته باشد و به عبارتی موجود و معدوم در طول یکدیگر قرار گیرند؛ لذا تنها در این حالت، وقف برای معدوم، صحیح خواهد بود؛ اما با توجه به مضمون ماده هفتاد از قانون مدنی^۲، چنانچه وقف بر موجود و معدوم، معاً واقع شود و هردو در یک طبقه قرار گیرند و رابطه آنها از نوع عرضی باشد، وقف نسبت به سهم موجود، صحیح و نسبت به سهم معدوم، باطل خواهد بود.

در پی استقرا در نظرات برخی فقها نتیجه می گیریم وقف بر معدوم حتی در مواردی که رابطه میان موقوف علیهم معدوم و موجود از نوع عرضی باشد نیز صحیح است و صحت وقف، تنها متوقف بر عنصر تبعیت خواهد بود؛ نه نوع تبعیت؛ خواه معدوم در طول موجود قرار گرفته باشد و خواه در عرض وی؛ لذا آنچه در وقف برای جنین حتی در صورت رد امکان وقف ابتدایی اهمیت دارد، رکن تبعیت است؛ نه نوع آن. مؤلف تکملة العروة الوثقی معتقد است حتی در صورت وجود داشتن رابطه عرضی میان موجود و معدوم، وقف برای معدوم، صحیح است و به اعتبار آن، خدشه ای وارد نخواهد شد. او پس از بیان حکم صحت وقف ابتدایی برای جنین، در خصوص حکم وقف بر معدوم به تبع موجود نوشته است: «فَإِنَّهُمْ يَجُوزُ لَهُ كَمَا إِذَا وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ مَوْجُودِينَ وَ مَنْ سَيُوجِدُ مِنْهُمْ وَ كَمَا فِي سَائِرِ الْبُطُونِ الْأَحْقَةِ» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۲۱۰). به عقیده

۱. ماده ۶۹ قانون مدنی: «وقف بر معدوم، صحیح نیست؛ مگر به تبع موجود».

۲. ماده ۷۰ قانون مدنی: «اگر وقف بر موجود و معدوم، معاً واقع شود، نسبت به سهم موجود، صحیح و نسبت به سهم معدوم، باطل است».

وی چنانچه واقف، مالی را بر فرزندان موجود خود و فرزندانی که در آینده به وجود می‌آیند، به طور عرضی و بدون بیان ترتیب میان موقوف‌علیهم وقف کند، عقد وقف برای هردو گروه، جایز و صحیح خواهد بود؛ زیرا در بیان حکم صحت و جواز از ضمیر «هم» استفاده شده است که به هردو گروه بازمی‌گردد و به عقد وقف بر معدوم و موجود، صحت می‌بخشد (حسینی روحانی، ۱۳۸۷، ج ۱۵، ص ۳۴۷).

یافته‌های پژوهش

براساس آنچه در این مقاله گفتیم:

الف) در متون قانونی در زمینه وقف بر جنین به صورت ابتدایی، حکمی صریح بیان نشده است؛ لذا با توجه به ابهام و سکوت قانون‌گذار و با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، مراجعه به منابع اسلامی و فتاوی معتبر ضرورت می‌یابد. به دنبال تتبع در نظرات فقها و مراجع، به وجود دودستگی و نظرات متقابل در این زمینه پی می‌بریم؛ بدین شرح که گروهی وقف ابتدایی بر جنین را صراحتاً باطل دانسته و در مقابل، گروهی دیگر، آن را صحیح و نافذ قلمداد کرده‌اند. ب) طرفداران نظریه اخیر به منظور اثبات دیدگاه خود کوشیده‌اند ادله مطرح شده برای اثبات بطلان وقف ابتدایی بر جنین را بی‌اثر کنند. به عقیده آنان، اگر مردود بودن این استدلال‌ها اثبات شود، دلیلی برای باطل بودن چنین وقفی وجود ندارد و وقف برای جنین، ولو به صورت ابتدایی، کاملاً صحیح و نافذ است. این دیدگاه حتی از سوی برخی دکترین‌های حقوقی نیز پذیرفته شده و ظاهر عبارت ماده ۹۵۷ قانون مدنی و اطلاق لفظ «حقوق مدنی» در این ماده، چنین تصویری را ایجاد کرده است.

ج) در مقابل، با توجه به ادله مذکور و استدلال‌های مطرح شده می‌توان گفت اکثر فقها با استناد به دلایلی همچون معدوم بودن جنین و معقول نبودن تملک وی، اهلیت نداشتن جنین و قابلیت نداشتن تملک فعلی او، امکان پذیر نبودن اخذ قبولی جنین به عنوان موقوف‌علیه و اجماع، وقف ابتدایی بر جنین را باطل دانسته‌اند و صحت وصیت برای جنین نیز دلیل بر نقض این حکم نخواهد بود؛ زیرا این قیاس از نوع مع الفارق است و جنین هر چند موجود باشد، همچون

معدوم نمی تواند موقوف علیه ابتدایی در عقد وقف واقع شود؛ لذا در زمینه وقف ابتدایی بر جنین حتی در فرض موجود تلقی کردن او نمی توان به صحت چنین عقد وقفی حکم داد؛ چون مهم تر از اثبات موجود بودن یا نبودن جنین، اهلیت اوست که متأسفانه در فرض مورد بحث، جنین از آن برخوردار نیست و به همین دلیل نمی تواند موقوف علیه قرار گیرد. تتبع در مواد قانونی نشان می دهد قانون گذار نیز خواسته است از این طریق، با نظر مشهور فقها همراه شود؛ اما با توجه به اعلام نکردن موضع صریح و سکوت در فرض مورد بحث پیشنهاد می شود در قالب یک ماده مستقل و متمایز، حکم وقف ابتدایی برای جنین اعلام شود و دیگر برای اثبات حکم بطلان چنین وقفی، ماده ۶۹ قانون مدنی مورداستناد قرار نگیرد.

منابع

قرآن کریم.

- آل عصفور، حسین بن محمد (۱۳۷۲). *الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرایع (اللفیض)* (جلد ۱۳). قم: مجمع البحوث العلمیة.
- ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۱ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (جلد ۳)*. قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن رجب، عبدالرحمان بن شهاب الدین (۱۴۱۳ق). *قواعد ابن رجب*. بیروت: دار الکتب العلمیة.
- ابن زهره، حمزة بن علی (۱۴۱۷ق). *غنیة النزوع إلى علمی الأصول والفروع*. قم: مؤسسة الإمام الصادق (ع).
- ابن عابدین، محمد امین (۱۳۸۹ق). *حاشیة ابن عابدین (جلد ۳)*. بیروت: دار الفکر.
- ابن فارس، ابوالحسن (۱۴۰۴ق). *معجم مقاییس اللغة (جلد ۶)*. قم: مکتب الاعلام الإسلامی.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد (۱۴۰۴ق). *المغنی (جلد ۸)*. بیروت: دار الفکر.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۵ق). *لسان العرب (جلد ۹)*. قم: أدب الحوزة.
- اسدی، محمد؛ نوذری فردوسی، محمد؛ و امیدی فرد، عبدالله (۱۳۹۸). *حقوق مدنی جنین در نظام خانواده*. دوفصلنامه مطالعات فقهی - حقوقی زن و خانواده، ۲(۴)، ۱۱۳-۱۳۹.
- امامی، سید حسن (۱۳۸۴). *حقوق مدنی (جلد ۱)*. تهران: اسلامیه.
- باقری نسب، نکتم (۱۳۹۱). *رحم جایگزین در درمان ناباروری از دیدگاه پزشکی، فقهی و حقوقی*. تهران: جاودانه، جنگل.
- بیهقی کیدری، قطب الدین (۱۴۱۶ق). *إصباح الشیعة بمصباح الشریعة*. قم: مؤسسة الإمام الصادق (ع).

- حسینی روحانی، سید محمدصادق (۱۳۸۷). *فقه الصادق* (جلد ۱۵). قم: شروق.
- حسینی سیستانی، سید علی (۱۴۱۷ق). *منهاج الصالحین* (جلد ۲). قم: مکتب آیت الله سیستانی.
- حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۰۹ق). *الفقه*. بیروت: دار العلوم.
- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه* (جلد ۲۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- داراب‌پور، مهرباب (۱۳۹۱). *حقوق اموال و مالکیت*. تهران: جنگل.
- دانش‌پور، سید علی؛ و ریاحی سامانی، نادر (۱۳۸۹). *چرا و چگونه وقف کنیم؟*. تهران: سازمان چاپ و انتشارات.
- دسوقی، شمس‌الدین محمد (۱۹۷۷). *حاشیه الدسوقی علی الشرح الکبیر* (جلد ۴). بیروت: دار الإحياء الكتب العربية.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). *مفردات ألفاظ قرآن*. لبنان - سوریه: دار العلم - دار الشامیه.
- رهبر، رضا (۱۴۰۰). *واکاوی مبانی فقهی - حقوقی وقف بر جنین در فقه مذاهب اسلامی و قانون مدنی*. مجله علمی فقه، حقوق و علوم جزا، ۲۰، ۳۳-۲۶.
- ریاحی سامانی، نادر (۱۳۷۸). *وقف و سیر تحولات قانون‌گذاری در موقوفات*. شیراز: نوید.
- سیفی، علی‌اکبر (۱۴۳۰ق). *دلیل تحریر الوسیله: الوقف*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- شربینی، محمد (۱۴۱۵ق). *مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج* (جلد ۳). بیروت: دار الكتب العلمية.
- شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق). *اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامیه*. لبنان: الدار الإسلامية.
- شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق). *الدروس الشرعية فی فقه الإمامیه* (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام* (جلد ۵). قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۲۲ق). *حاشیه شرائع الإسلام*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد (۱۴۱۴ق). *المحیط فی اللغة*. بیروت: عالم الكتب.
- صاحب‌جواهر، محمدحسن بن باقر (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام* (جلد ۲۸). لبنان: دار الإحياء التراث العربی.
- طباطبایی، سید علی بن محمدعلی (۱۳۷۹ق). *ریاض المسائل فی بیان أحكام الشرع بالدلائل* (جلد ۲ و ۳). قم: آل البيت (ع) لإحياء التراث.
- طباطبایی، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل* (جلد ۱۰). قم: مؤسسة آل البيت - علیهم السلام.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۴ق). *تکملة العروة الوثقی* (جلد ۱). قم: داوری.

- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۶۳ق). *المبسوط فی فقه الإمامیة* (جلد ۳). تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). *النهاية فی مجرد الفقه والفتاوى*. لبنان: دار الكتاب العربی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). *الخلاص* (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ق). *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال والحرام* (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴ق). *إرشاد الأذهان إلى أحكام الايمان* (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰ق). *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة* (جلد ۳). قم: مؤسسة الإمام الصادق (ع).
- عمید، حسن (۱۳۶۳). *فرهنگ فارسی عمید* (جلد ۴ و ۵). تهران: امیرکبیر.
- قبله ای خویی، خلیل (۱۳۹۳). *مسائل مستحائنه*. تهران: سمت.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۱۸ق). *المختصر النافع فی فقه الإمامیة* (جلد ۱). قم: مؤسسة المطبوعات الدينية.
- محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن (۱۴۲۳ق). *کفایة الأحکام* (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مدنی، سید جلال الدین (۱۳۸۲). *مقدمات و کلیات اموال و حقوق مالی وقف*. تهران: پایدار.
- معین، محمد (۱۳۸۱). *فرهنگ فارسی*. تهران: آدنا.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۲). *توضیح المسائل*. قم: مطبوعات هدف.
- ملکائی، مهدی (۱۴۰۱). *خوانش فقهی - حقوقی اهلیت جنین در نظام ایران با رویکردی به نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا*. دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده، ۲۷(۷۶)، ۲۶۳-۲۹۲.
- موسوی اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۳۸۰). *وسيلة النجاة* (جلد ۲). قم: مهر استوار.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۹۰ق). *تحریر الوسيلة* (جلد ۲). نجف: مطبعة الآداب.
- موسوی خویی، سید علی (۱۳۹۶ق). *مبانی تکملة المنهاج* (جلد ۲). قم: مدینه العلم.
- نایب زاده، عباس (۱۳۸۰). *بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی: مادر جانشین، اهدای تخمک/ جنین*. تهران: مجلد.