

بررسی احکام فقهی و حقوقی حمل و جنین

بخش دوم: ارث حمل

خلیل قبله ای
عضو هیأت علمی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری

« ارث حمل »

۱- در گذشته (بحث وصیت بر حمل) گفته شد که جنین دارای يك نوع شخصیت حقوقی است که می تواند از حقوق خود متمتع شود یعنی اهلیت تمتع دارد صحت وصیت بر حمل، وقف بر حمل به تبع موجود زنده شاهد این مدعا است بالاتر از همه اینها حق حیات بر او ثابت شده و هیچکس نمی تواند این حق را از او بگیرد. مگر اینکه خلافش ثابت شود و ثابت شود که جنین از این حق خاص استثنائاً محروم است مانند وقف ابتدائی بر حمل بنا بر مشهور، ارث از حقوقی است که نه تنها استثنا نشده است بلکه نص وفتوی تحت شرایطی بر آن صراحت دارند در کتاب شرایط آمده است: « الحمل يرث بشرط أنفضاله حياً » (۱)

صاحب جواهر قده در شرح این عبارت می نویسد: اجماع منقول و محصل و نصوص مستفیض بلکه متواتر مدرک و مستند این حکم است. (۲)
در کتب فقهیه دیگر نیز نظیر این عبارت به چشم می خورد. (۳) در نصوص مستفیض آمده است: « اذا تحرك تحركاً بينا ورث » (۴)

۲- حمل از موانع ارث است.

در تعداد موانع ارث، در کلمات فقها اختلاف وجود دارد بعضی از فقها آن را منحصر در سه چیز می دانند و حمل را از موانع نمی شمارند. (۵) گروهی دیگر موانع را پنج چیز دانسته اند ولی پنجمی را تولد از زنا دانسته و حمل را در ردیف آنان قرار نداده است. (۶)

شهید ثانی می گوید: حمل از موانع ارث است هم خود از ارث ممنوع است وهم کسانی را که در رتبه از حمل متأخرند، از ارث منع می کند. (۷)
در ماده ۸۷۸ ق.م نیز آمده است: « هرگاه در حین موت حمل باشد که اگر قابل وراثت متولد شود مانع از ارث تمام یا بعضی از وراثت دیگر می گردد تقسیم ارث به عمل نمی آید 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 حصه ای که مساوی حصه دو پسر از همان طبقه باشد کنار گذارند و حصه هر یک از وراثت مراعات است تا حال حمل معلوم شود. »

در مسأله مورد نظر پنج فرع وجود دارد که قانون مدنی در ماده فوق تنها دو فرع را مورد بحث قرار داده است:

۱- حمل اگر زنده متولد شود مانند اینکه زوجی متوفی حامله باشد وبقیه خویشاوندان او در طبقات بعدی قرار بگیرند مانند اخوه واجداد یا اعمام و احوال در این فرض، چنانکه ماده ۸۷۸ ق.م اشاره کرده است تقسیم ارث به عمل نمی آید تا وضعیت حمل روشن شود ودر شرح لمعه نیز آمده است: حمل هم خود از ارث ممنوع است وهم کسانی را که در رتبه از او متأخرند از ارث منع می کند. ولی با این وصف زن حامل از ما ترك متوفی سهم ادنای خود را می برد.

فرع ۲- در فرع اول حمل، بعضی از وراث رابطوری از ارث منع می کند و بعضی دیگر را از سهم اعلی به سهم ادنی ساقط می نماید. در این فرع فرض این است که تا تکلیف حمل روشن نشود هیچیک از ورثه ها ارث نمی برند حتی زن حامل نیز محروم از ارث است یا به جهت اینکه حامل زوجه منقطعه است و یا قاتل شوهرش می باشد. در این فرع، حمل بطور کلی وراث را از ارث منع می کند و تا تکلیف حمل روشن نشود ماترك تقسیم نمی شود.

فرع ۳- اگر حمل زنده متولد شود بعضی از وراث را از ارث محروم می کند مانند اینکه متوفی پدر و مادر و زن حامل و یک نوه داشته باشد که اگر حمل زنده متولد شود تنها نوه را از ارث محروم می کند در این فرض نیز مطابق ماده ۸۷۸ ق.م تقسیم ارث به عمل نمی آید در صورتی که در این فرض مانعی از تقسیم وجود ندارد می توان برای هر یک از پدر و مادر سدس ترکه را و برای زن حامل ثمن آن را داد بقیه مال حمل است اگر زنده متولد شود وگرنه مال نوه خواهد بود. زنده یا مرده متولد شدن حمل در سهم الارث آنها تأثیری نخواهد کرد؛ پس وجهی ندارد که گفته شود: تقسیم ارث به عمل نمی آید تا حال او معلوم شود « ماده ۸۷۸ ق.م اگر حمل زنده متولد شود و مانع هیچیک از ورثه ها نباشد دو احتمال در اینجا وجود دارد: یکی را تحت عنوان فرع ۴ و دیگری را تحت عنوان فرع ۵ مورد مطالعه قرار می دهیم.

فرع ۴ - ورثه متوفی منحصر در پدر، مادر و زن حامل باشد. در این فرع حمل مانع تقسیم نیست بلکه هر یک از پدر و مادر سدس ترکه را و زوجه ثمن () آن را می برند و بقیه برای حمل کنار گذاشته می شود. در اینجا واحد ما ۲۴ است که کوچکترین مضرب مشترک مخارج کسور فوق است در صورت فرض زنده بودن حمل مادر ۴ سهم و پدر نیز ۴ سهم و زوجه نیز ۲ سهم از آن ۲۴ سهم ارث می برند بقیه که ۱۲ سهم باشد برای حمل کنار گذاشته می شود؛ اگر حمل پسر باشد همه ۱۲ سهم را او می برد و به پدر و مادر چیزی از آن نمی رسد، ولی اگر حمل دختر باشد بر سهم پدر و مادر از آن ۱۲ سهم به عنوان رد چیزی می رسد به این طریق نصف ۲۴ سهم به دختر می رسد به عنوان اینکه نصف بر است و واحد ما نیز حسب الفرض ۲۴ است پس ۱۲ سهم از ۱۲ سهم را دختر می برد بقیه که یک واحد است بین پدر و دختر و مادر اخماساً تقسیم می شود.

و اگر حمل مرده متولد شود سهام کنار گذاشته شده بین ورثه های دیگر (پدر، مادر و زوجه) تقسیم می شود به این کیفیت: ثلث ما ترك به مادر می رسد و ربع آن به زوجه تعلق می گیرد و بقیه را پدر می برد چون به مادر سدس که ۴ سهم بود در تقسیم اول رسیده بود ۴ سهم دیگر نیز از ۱۲ سهم به او می رسد و به زوجه نیز ۲ سهم رسیده بود ۲ سهم دیگر از ۱۲ سهم به او تعلق می گیرد و بقیه که ۶ سهم است بر سهم پدر در تقسیم اول افزوده می شود جمعاً ۱۰ سهم می شود. پس در مسأله تقسیم به این طریق انجام می گیرد: ثلث ماترك به مادر و ربع آن به همسر و بقیه به پدر تعلق می گیرد.

این فرع (فرع ۴) از ماده ۸۷۸ استفاده نمی شود.

فرع ۵- اگر حمل زنده متولد شود و مانع ارث هیچیک از وراث نگردد و در مرتبه او (حمل) وارث دیگری نیز باشد و آنها بخواهند ترکه را تقسیم کنند باید برای حمل حصه ای که مساوی حصه دویسر از همان طبقه باشد کنار بگذارند.

برای مثال: وراث موجود در زمان موت مورث یک پسر و یک دختر و همسر باردار او باشد اگر وراث بخواهند ماترك را بین خود قسمت کنند برای حمل سهم دو پسر کنار گذاشته می شود در نتیجه ماترك را بین خود قسمت کنند برای حمل سهم دو پسر کنار گذاشته می شود در نتیجه ماترك میان ورثه های زیر تقسیم می شود: یک همسر و یک دختر و سه پسر و چون در میان وراث فوق تنها یک نفر سهم بر است واحد مسأله را از مخرج آن کسر به دست می آوریم پس واحد ۸ می شود. ثمن آن را به زوجه متوفی می دهیم بقیه را که $\frac{7}{8}$ است بین سه پسر و یک دختر تقسیم می کنیم.

به این طریق:

مجموع سهام در این مسأله ۵۶ است. ثمن آن که ۷ سهم است به زوجه میرسد بقیه که ۴۹ سهم است بین سه پسر و یک دختر تقسیم می شود به دختر ۷ سهم و به پسر ۱۴ سهم و به حمل ۲۸ سهم می رسد این مسأله را با واحد ۸ هم می توان تمام کرد فرمول بالا در همه مسائل کارساز است لذا یک ضابط کلی را بیان کردیم که در جمیع فروع قابل حل باشد.

اگر در مسأله فوق حمل زنده متولد شود و مطابق فرضیه بالا باشد مشکلی نخواهد بود و اگر حمل يك پسر یا يك دختر ویا يك پسر و يك دختر ویا دو دختر باشند مازاد از حصه حمل به همان نسبت بین فرزندان قسمت خواهد شد یعنی اگر حمل يك پسر باشد مازاد از حصه يك پسر به ۵ قسمت تقسیم می شود يك سهم مال دختر ویه هرکي از پسرها نیز دو سهم تعلق میگیرد ویه زوجه از مازاد سهمی نمی رسد و بقیه فروض نیز به همین کیفیت عمل می شود . و اگر حمل بیش از دو پسر باشد آنچه به پسر یا دختر داده شده است مازاد از حصه آنان به حمل ها برگردانده می شود .

در اینجا يك سؤال باقی می ماند و آن اینکه : چرا اصولاً برای حمل سهمی کنار گذاشته می شود ؟ و چرا لازم است برای حمل سهم دو پسر در نظر گرفته شود نه بیشتر و نه کمتر در صورتی که ممکن است کمتر یا بیشتر باشد؟

در جامع المدارك آمده است : « فیمكن أن يكون وجهه عدم مجوز شرعي للتصرف في مال لم يعلم صاحبه » (۸) یعنی اگر حمل زنده به دنیا بیاید از ما ترك سهم می برد و اگر مرده متولد شود همان سهم به سایر ورثه ها می رسد و چون مالك آن سهم، معلوم نیست که حمل است یا سایر ورثه ها بنابراین ، تصرف سایر ورثه ها در آن جایز نیست .

ولكن چرا باید حمل، سهم دو پسر کنار گذاشته شود ؟ این سؤال شامل دو قسمت است یکی اینکه چرا حمل دو پسر فرض شده در صورتی که ممکن است بیش از دو نفر باشد دوم اینکه چرا کمتر از ۲ پسر فرض نشده است در صورتی که کمتر نیز امکان پذیر است ؟

جواب سؤال اول را چنین داده اند : « لانه الاغلب في الكثرة ومازاد نادر (۹) . یعنی چون دوقلو از سه قلو چهار قلو ، بیشتر است لذا اغلب را ملاك قرار می دهیم ؛ ولی جواب سؤال دوم را در عبارات فقها ندیده ام بلکه لازمه پاسخ فوق این است که حمل را يك پسر قرار بدهیم زیرا که يك پسر بیشتر از دوقلو می باشد بنابراین ، اغلب را باید ملاك عمل قرار داد .

از آنچه تاکنون گفته شد این نتیجه بدست آمد که دلیل بر حکم مزبور اجماع است و دلیل دیگری ندارد . اگر به وسیله آزمایشهای پزشکی (سونوگرافی) معلوم شود که جنین پسر است یا دختر، يك فرد است یا بیشتر به همان اندازه سهم الارث کنار گذاشته می شود .

۳- ارث حمل مسائلي دارد که ذیلاً مورد بحث قرار می گیرد :

الف- حمل از ماترك مورث خود ارث می برد مشروط بر اینکه در حین موت مورث در ضمن یکی از مراحل جنین وجود داشته باشد و لازم نیست که در آن زمان در آن جنین ، روح پیدا شده باشد بلکه اگر نطفه هم باشد که در رحم مادر مستقر شده باشد، وراثت به حساب می آید .

در بحث وصیت بر حمل گفته شد که راه تشخیص وجود حمل و ابتدای انعقاد نطفه به یکی از دو راه است که در اینجا راه دوم مورد نظر است یعنی اگر مورث بمیرد و زنش بعد از اقصای مدت حمل که بنا بر اظهار ۱۲ ماه است بچه به دنیا آورد ، کشف می کند که آن زمان نطفه بچه در رحم منعقد شده بود البته اگر فاصله فوت مورث و تولد بچه شش ماه یا کمتر باشد وجود حمل در زمان فوت حتمی است .

با ملاحظه شرط مزبور باید گفت که هرگاه نطفه حمل پس از فوت مورث منعقد گردد از ارث محروم خواهد بود . انعقاد نطفه پس از فوت مورث بر سه گونه است : یکی فوت مورث بعد از نزدیکی با همسر خود بلافاصله قبل از انعقاد نطفه زیرا که انعقاد نطفه پس از مدت کوتاهی از زمان ورود نطفه مرد در رحم زن تحقق می پذیرد ؛ دیگری موردی است که نطفه مورث در زمان حیات او گرفته شده و تا زمان فوت او نگهداری شود و پس از فوت او به همسرش تلقیح شود در اینصورت نیز انعقاد نطفه بعد از وفات مورث به وجود می آید ؛ سومی موردی است که نطفه مورث بعد از وفات او گرفته شده ویه همسرش تلقیح شود زیرا که نطفه انسان ساعتها بعد از مرگ نیز زنده و منشأ حیات می باشد . از شرط بالا استفاده می شود که حمل در صورتی که فوق از ارث محروم خواهد بود .

در قانون مدنی ماده ۸۷۵ آمده است : « اگر حملي باشد در صورتی ارث می برد که نطفه او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود اگر چه فوراً پس از تولد بمیرد . »

از حقوق فرانسه نیز نقل شده است: « طبق ماده ۷۲۵ قانون مدنی این کشور شخصی که نطفه اش در زمان فوت مورث منعقد نشده است نمی تواند وارث شناخته شود. » (۱۰)

به نظر میرسد که چنین حکمی مخالف آیات و روایاتی است که فرزند را وارث پدر می داند. « یوصیکم الله فی اولادکم للذکر مثل حظ الانثیین» (۱۱) حملي که نطفه اش پس از فوت پدرش منعقد شده است نیز حقیقتاً فرزند متوفی محسوب می شود و هیچ دلیلی وجود ندارد که آیه را تخصیص بزند. در کلمات فقهاء تنها يك شرط در نظر گرفته شده است که در آینده نزدیک به آن اشاره خواهد شد و آن اینکه حمل باید زنده متولد شود تا بتواند ارث ببرد و اگر در بعضی از عبارات فقهاء شرط شده است که نطفه در حین موت منعقد شده باشد تنها جنبه کاشفیت دارد چنانکه صاحب ریاض در تفسیر عبارت مختصر می گوید: « نعم يشترط العلم بوجوده عندالموت ليحكم بانتسابه اليه » (۱۲) شهید در مسالك ذیل متن شرایع می نویسد: « نعم يشترط العلم بوجوده عندالموت ليحكم بانتسابه اليه » (۱۳)

صاحب جواهر قده می گوید: نعم يشترط العلم بوجوده عند الموت ليحكم بانتسابه اليه «(۱۴) از این عبارت استفاده می شود که شرط ارث حمل، انتساب او به مورث است. اگر حمل از اولاد مورث باشد از او ارث می برد هر چند نطفه بعد از موت پدر بسته شده باشد. پس به حکم آیه شریفه حمل مذکور در صورت وجود سایر شرایط از پدر ارث می برد.

ماده ۸۷۵ که انعقاد نطفه را در حین موت شرط میدانند بعید نیست که مقصودشان همان است که فقها ذکر فرموده اند و آن اینکه « لیحكم بانتسابه اليه ».

ب- زنده متولد شدن حمل

حمل در صورتی ارث میبرد که زنده متولد شود و اگر مرده به دنیا بیاید هر چند تا تولد در رحم زنده بوده باشد ارث نمی برد. صاحب جواهر می گوید: « للاتفاق نصاً و فتوي علي اعتبار ولادته حياً » (۱۵) از عبارت جواهر بدست می آید که در این خصوص اتفاق نظر وجود دارد و اخبار و احادیث معتبر نیز بر اعتبار آن صراحت دارند. (اذا تحرك تحركاً بيناً ورث) (۱۶)

آیا استقرار در حیات معتبر است؟ از اطلاق نصوص و فتاوی مستفاد می شود که در ارث تنها حیات معتبر است و استقرار در حیات وجهی ندارد. در کتاب جواهر الکلام آمده است: « لومات بعد وجوده حیاکان نصیبه لوارثه وان كان غير مستقر الحیوه لاطلاق النص والفتوي اعتبار الحیوه في ارثه لاستقرارها» (۱۷) در قانون مدنی ماده ۸۷۵ آمده است: « اگر حملي باشد در صورتی ارث می برد که نطفه او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود اگرچه فوراً پس از تولد بمیرد. » تنها محقق در شرایع استقرار حیات را معتبر می داند و میگوید: در صورتی که حرکت حمل دلالت بر استقرار حیات نکند ارث نمی برد.

در حدیث ربیعی آمده است: « سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول في السقط اذا سقط من بطن امه فتحرك تحركاً یرث ویورث فانه ربما كان اخرس» (۱۸) مستفاد از حدیث فوق، عدم اعتبار استقرار در حیات است زیرا که سقط جنین استقرار حیات ندارد. از آنچه گفته شد این نتیجه بدست آمد که حمل اگر زنده متولد شود ارث می برد اگر چه حیات او استقرار نداشته باشد و اگر مرده به دنیا بیاید ارث نمی برد و سهمی که برای او در نظر گرفته شده است به دیگر ورثه ها اختصاص پیدا می کند.

اگر حیات جنین تا لحظه تولد مسلم باشد ولی پس از تولد مورد شك و تردید قرار بگیرد که آیا زنده متولد شده یا مرده در این صورت ارث نمی برد زیرا که شرط ارث زنده متولد شدن است و وجود شرط در اینجا مشکوک است: شك در شرط مستلزم شك در مشروط است. در اینجا نیازی بر اجرای اصل عدم شرط نیست چنانکه خواهد آمد.

در بعضی از مؤلفات آمده است « در صورتی که حیات طفل تا لحظه تولد مسلم باشد ولی در حیات او پس از تولد، تردید وجود داشته باشد طفل مزبور ارث نمی برد زیرا تردید در زنده بودن طفل پس از تولد، تردید در وجود شرط وراثت حمل است که به حکم اصل عدم وجود شرط و در نتیجه تحقق مشروط یعنی وراثت منتفی خواهد بود. » (۱۹)

این توهّم از دو جهت قابل مناقشه است : اولاً در صورتی که شرط مورد تردید قرار بگیرد نیازی به اثبات ، آن هم با اصل نیست بلکه مجرد تردید در وجود شرط ، مشروط را منتفی می سازد .
ثانیاً اصل عدم شرط در همه جا جاری نیست بلکه در مواردی جریان دارد که شرط قبلاً وجود نداشته باشد و بعد وجودش مورد تردید قرار بگیرد. برای مثال: اگر با پسر بچه ای معامله کند که بلوغش مورد تردید است در اینجا می توان به اصل عدم وجود شرط یعنی بلوغ استناد کرد چون عدم بلوغ حالت سابقه دارد و در ظرف شك می توان آن را با اصل عدم بلوغ که همان استصحاب عدم بلوغ است ، ثابت کرد؛ ولی در مسأله مورد نظر چنین نیست یعنی شرط وراثت ، زنده متولد شدن است و این عنوان (زنده متولد شدن) وجوداً و عدماً حالت سابقه ندارد تا مورد اصل واقع شود . بنابراین ، در اینجا هیچیک از اصلین (استصحاب وجود و استصحاب عدم) مورد ندارد .

۶- استصحاب حیات طفل

آیا ممکن است زنده متولد شدن طفل را با استصحاب حیات ثابت کرد؟ گاهی توهّم شده است که جنین حیات ندارد تا بعد از تولد استصحاب شود . ولی این توهّم قابل قبول نیست زیرا که حیات جنین را نمی توان انکار کرد . جنین در رحم مادر حرکت دارد ، تغذیه و رشد می کند . پزشک جنین را معاینه می کند و نتیجه معایناتش را تحت این عناوین ابراز می دارد :

کودک در رحم مادر رشدش خوب است ، ضربان قلبش عادی است و حرکتش متعارف است و گاهی عکس اینها را نظر می دهد . همه اینها نشانه های حیات جنین است .
و گاهی توهّم می شود که جنین هر چند حیات دارد لکن نمی توان با استصحاب آن ، اثبات حیات کرد زیرا همانطور که می دانیم در استصحاب اتحاد قضیه متیقنه و مشکوک شرط است ؛ مثلاً اگر کسی در عدالت زید یقین دارد در ظرف شك نمی تواند با استصحاب عدالت او عدالت عمر او را ثابت کند . درمسأله مورد بحث آنچه متیقن است حیات جنین است و آن وابسته به مادر است و نمی توان با استصحاب حیات وابسته ، حیات مستقل را ثابت کرد .

نظیر این اشکال در اصول فقه نیز مطرح است ، مثلاً اگر جزئی از اجزای واجب مرکب مانند نماز متعذر شود آیا وجوب مرکب بکلی ساقط می شود یا خیر ؟ اگر مکلف قبلاً بر اتیان مرکب قادر باشد و سپس بعضی از اجزای آن متعذر شود در ظرف تعذر می توان با استصحاب وجوب اجزای مرکب ثابت کرد که بقیه اجزاء واجب است ؟ این استصحاب مورد مناقشه قرار گرفته است و گفته شده است که وجوب اجزاء وجوب غیري و تبعی است اگر بعد از تعذر بعضی از اجزاء بقیه به حکم استصحاب واجب شود وجوبش نفسی خواهد بود . استصحاب وجوب تبعی و غیري نمی تواند وجوب نفسی را ثابت کند .

پاسخ این اشکال این است : در استصحاب وحدت متیقن و مشکوک شرط اساسی است لکن وحدت عرفی درجریان استصحاب کفایت می کند و گرنه استصحاب در هیچ موردی لااقل در بیشتر موارد جاری نخواهد شد زیرا اگر موضوع شك و یقین از جمیع جهات یکی باشد ، دیگر شکی وجود نخواهد داشت . برای مثال : اگر در حوضی مقداری آب که بیشتر از کراس است وجود داشته باشد و از آن مقداری برداشته شود و سپس کریت آن مورد شك قرار بگیرد ، استصحاب کریت بلا اشکال جاری می شود . در حالی که این همان آب نیست که دیروز بود زیرا مقداری از آن برداشته شده و وحدت متیقن و مشکوک بهم خورده است ولی چون وحدت عرفی در اینجا محفوظ است ، عرفاً صدق می کند که این آب دیروز کر بود و الان هم کر است .

در مورد مثال نیز گفته می شود که این مولود دیروز که متولد نشده بود به حکم پزشکان و صاحب نظران زنده بود و بعد از تولد ، حیات همین مولود مورد شك واقع شده است از این جهت استصحاب حیات او هیچگونه مشکلی نخواهد داشت زیرا در نظر عرف موضوع ، همان موضوع و حیات همان حیات سابق است هر چند دیروز جنین و امروز جنین بر او صدق نمی کند و یا حیات دیروز وابسته به مادر بودن و اکنون اگر حیات داشته باشد ، حیات مستقل است ؛ ولی ملاک نظر عرف است و در نظر عرف این مولود همان جنین است و اگر حیاتی باشد همان حیات است . بلکه می توان گفت میان حیات جنین و حیات نوزاد از این جهت که حیات است فرقی نیست .

اما با وجود اینها استصحاب حیات در اینجا با دو اشکال مهم مواجه است که نمی توان حیات نوزاد را با آن اثبات کرد .

اشکال اول - بنا بر مشهور در جریان استصحاب فعلیت شك و یقین ضروری است . توضیح اینکه : شك و یقین بر دو قسم است : ۱- شك و یقین فعلی یعنی شخص مكلف در خارج بالفعل دارای یقین سابق و شك لاحق باشد یعنی در موردی که محل جریان استصحاب است ، باید شك و یقین ، فعلیت داشته باشد در آینده نزدیک با مثال روشن تر خواهد شد . ۲- شك و یقین تقدیری یعنی مكلف در محل جریان استصحاب از شك و یقین غفلت داشته که اگر ملتفت می شد دچار شك و تردید می گشت در چنین موردی شك و یقین تقدیری است . بعد از تقسیم فوق باید دید آیا در جریان استصحاب فعلیت شك و یقین ضروری است ؟ یا در شك و یقین تقدیری نیز می توان استصحاب را جاری کرد ؟ اختلاف نظر وجود دارد .

مشهور از جمله مرحوم مظفر در اصول فقه معتقدند که در استصحاب ، فعلیت شك و یقین ضرورت دارد و برای اثبات این شرط به اخبار استصحاب کرده و می گوید : از دلیل « لاتنقض الیقین بالشك فعلیت تبادر می کند چنانکه از همه الفاظ و عناوین اخذ شده در ادله احکام فعلیت تبادر می نماید .

مثال فقہی - کسی قبل از نماز محدث بوده و بعد از نماز شك می کند آیا وضو ساخته و وارد نماز شده است یا در حالت حدث بدون توجه نماز خوانده است ؟ بنا بر اعتبار فعلیت در شك نمی تواند در اینجا استصحاب حدث را تا هنگام ورود به نماز جاری کند چو در آن زمان شك فعلیت نداشته و فرض این است که از روی غفلت نماز خوانده است ولی اگر شك تقدیری در استصحاب کافی باشد می تواند در اینجا استصحاب حدث را جاری کند و حکم را به بطلان نماز نماید ؛ ولی این مبني برخلاف مشهور است و نمی توان در آنجا استصحاب حدث کرد . در مسأله مورد نظر نیز شك فعلیت ندارد زیرا وضعیت زمان تولد بعد از موت مولود مورد توجه قرار گرفته است، یعنی حمل متولد شده و ما شك می کنیم آیا این مولود مرده در حین تولد زنده بود؟ در زمان تولد شك ما فعلیت نداشت تا استصحاب حیات شود و حکم به توارث گردد، الان هم مولود مرده است و شك بطور کلی از بین رفته و مبدل به یقین گردیده است .

اشکال دوم - استصحاب حیات ، زنده متولد شدن حمل راثبات نمی کند ؛ زیرا استصحاب آثار شرعی مستصحب را ثابت می کند . در اینجا زنده متولد شدن از آثار شرعی استصحاب حیات نیست مگر اینکه اصل مثبت را حجت بدانیم .

برای مثال : شخصی در يك لحاف یا فرش پیچیده شده و پس از مدتی شخص دیگری با شمشیر او را دو نیمه کرده است . الان شخص مزبور مورد شك واقع شده است که آیا قبل از اصابت شمشیر با اجل خود مرده بود یا شمشیر او را کشته است ؟ آیا با استصحاب حیات می توان ثابت کرد که در حین اصابت شمشیر او زنده بود . پس صاحب شمشیر او را کشته و قصاص می شود ؟ اگر مثبتات اصول را حجت بدانیم قتل عمد ثابت می شود و گرنه ثابت نمی شود ؛ زیرا با استصحاب حیات ثابت نمی شود که در حین اصابت زنده بود .

مسأله مورد نظر نیز چنین است ، یعنی حملی ارث می برد که در حال تولد زنده باشد . تولد حمل بالوجدان محرز است و نیازی به اثبات ندارد ، ولی در حال تولد زنده بود یا خیر ؟ معلوم نیست و با استصحاب حیات نمی توان آن را اثبات کرد . زیرا زنده متولد شدن از آثار شععی استصحاب حیات نیست . نظایر این مسأله در فقه زیاد است ؛ برای مثال : اگر مأموم در رکوع شك کند که آیا امام رادر رکوع درك کرده است تا يك رکعت برایش محسوب شود ، نمی تواند با استصحاب بقای امام در رکوع ثابت کند که او امام را در رکوع درك کرده است . در اینجا به این مختصر اکتفا می شود .

ج- اگر حمل سقط شود خواه در اثر جنایت باشد و خواه بدون آن ، در هر دو صورت اگر زنده ساقط شود ارث می برد و از او به ورثه های او میرسد و اگر مرده ساقط شود از ارث محروم می شود و ماترك به ورثه دیگر می رسد . محقق در شرائع بر آن تصریح فرموده است . (۲۰)

درمنهاج الصالحین آمده است : حمل از ماترك مورث ارث می برد . اگر زنده ساقط شود هر چند کامل نباشد و اگر بلافاصله بمیرد میراثش به ورثه او میرسد هر چند استقرار حیات نداشته باشد . (۲۱)
در بحث وصیت بر حمل گفته شد که اگر در اثر جنایت سقط شود در صورتی که مرده باشد حق تمتع خواهد داشت و موصی به ، ورثه های موصی خواهد رسید . از این جهت فرقی بین ارث و وصیت وجود ندارد . (۲۲)