

تئوری دفاع مشروع در سقط جنین^۱

اصغر عربیان^۲

استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، گروه فقه و حقوق، تهران، ایران.

چکیده

سقط جنین امروزه نه فقط به عنوان یک بزه، بلکه در مواردی یک ضرورت (حداقل از دیدگاه مرتکبین سقط) اجتماعی است که منشا آن اقتضائات فرهنگی - اجتماعی یا تحولات سیاسی - اقتصادی است. اما ضرورت اجتناب ناپذیر آن در حوزه‌ی پزشکی و درمانی است که گاهی ادامه بارداری، جنین یا مادر و یا هر دو را در معرض تهدید جانی قرار می‌دهد. در صورت ولوج روح در جنین و تهدید سلامت مادر، فقهای شیعه و سنی بر جواز سقط جنین اتفاق نظر دارند و در صورت تحقق عسر و حرج شدید والدین، این امر از سوی عموم فقها جایز شمرده شده است. برخی از فقهای اهل سنت حتی قول به اباحه را اختیار کرده‌اند.

اما در صورت ولوج روح در جنین (شروع حیات انسانی)، از قدمای شیعه و سنی، قول به جواز سقط اختیار نشده و امر موکول به قضای الهی گشته است. درعین حال برخی از متأخرین و معاصرین با شرایطی قائل به جواز شده‌اند. نکته‌ی مورد توجه در این مقاله، توجه به موضوع سقط از سوی مادری است که ادامه‌ی حیات جنین، جان وی را به مخاطره می‌اندازد. لذا موضوع در ظرف دفاع مشروع، قابل طرح خواهد بود که علاوه بر ادله‌ی شرعی، بنای عقلا نیز به جواز، بلکه وجوب سقط حکم می‌کند. در قول به تحقق تزاحم نیز با توجه به قاعده‌ی «الأهم فالأهم» در فرض تخییر، گزینه‌ی طبیعی مادری مبادرت به دفع خطر از خود و تقدم جان خویش است. به این ترتیب سقط در هر مرحله، توجیه شرعی و قانونی خواهد داشت و به تبع آن معاونین (پزشک و پرستار) صرفاً در صورت تحقق معاونت (نه مباشرت) فاقد مسئولیت جزایی و مدنی خواهند بود. اگرچه برخی از فقها قبل از ولوج روح، در موارد خاصی مانند ناهنجاری‌های شدید جنینی قائل به جواز شده‌اند. اما در مقابل، گروهی با عبارات مختلفی حکم به جواز را نپذیرفته و در آن تردید جدی کرده‌اند. با این وجود بنای عقلا بر جواز سقط است.

واژگان کلیدی: سقط، جنین، دفاع مشروع، سقط درمانی.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۳/۲۱ تاریخ تصویب: ۱۳۹۰/۴/۱۹

۲. پست الکترونیک: arabian@dmk.ir

مقدمه

موضوع سقط امروزه به یکی از مباحث قابل توجه جوامع مختلف به ویژه در ابعاد سیاسی - اجتماعی و تقنینی - درمانی تبدیل شده است. پارادوکس حاصل از ضرورت‌های انکار ناپذیر از یک سو و ممنوعیت‌های شرعی و قانونی از سوی دیگر، همواره به عنوان چالشی جدی در جوامع مترقی و حتی جوامع ابتدایی و جهان سوم (از منظرهای متفاوت) مطرح بوده است. این چالش گاهی به شکل اجتماعی و در راستای اجرای برنامه‌های کنترل جمعیت خودنمایی کرده و در برخ موارد به صورت فردی و خانوادگی در مقابله‌ی با فقر و پرجمعیتی یا گریز از لطمات حیثیتی، اجتماعی و قومی، افراد و خانواده‌هایی را در دام تعقیب قانونی یا عبور از چارچوب‌های دینی و مذهبی گرفتار نموده است. نهایت این که سقط جنین از یک سو با محذور شرعی (در تمام ادیان آسمانی) و قانونی (در برخی کشورها) مواجه بوده و از سوی دیگر به دلایلی ارتکاب آن ضرورت یافته است. ضرورتی که گاهی اولویت آن برای افراد، از تقید به موازین قانونی و منهیات شرعی نیز فراتر می‌رود، اما هیچ‌گاه در زمره‌ی علل موجهه‌ی جرم (حداقل از سوی قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران) قرار نگرفته است. اگر چه به صورت غیر رسمی از سوی قضات محاکم پذیرفته می‌شود، اما به طور رسمی در عداد دلایل حکم برائت ذکر نمی‌شود. ابتدا به علل موجهه‌ی سقط از حیثیت‌های مختلف پرداخته می‌شود.

۱- سقط به عنوان یک ضرورت

۱-۱- ضرورت اجتماعی

کنترل مولید پس از انقلاب صنعتی غرب، به عنوان یکی از معیارهای نیل به زندگی مطلوب و رفاه اجتماعی برای کشورهای مشتاق صنعتی شدن مطرح گردید؛ بلکه برای کشورهای که در مسیر صنعتی شدن، یک اصل پذیرفته شده بود. این امر برای کشورهای جهان سوم نیز به‌عنوان الگویی برای ارتقای وضعیت اقتصادی - اجتماعی از اوایل نیمه‌ی دوم قرن بیستم، به طور جدی مطرح شد و در دستور کار سازمان‌های بین‌المللی (به تعبیری جهانی سازی) قرار گرفت، تا حدی که ارائه‌ی برخی تسهیلات مادی و یا اجازه‌ی برخورداری از حداقل‌های توسعه‌ی علمی و فناوری به این قبیل کشورها، منوط به پذیرش الگوهای مورد تأکید سازمان‌های مذکور قرار گرفت و کنترل جمعیت متناسب با سایر منابع ثروت به عنوان یکی از الگوهای مورد نظر این مجامع قرار گرفت. صرف نظر از معیارهای دو یا چندگانه‌ی

سازمان‌های بین‌المللی برای کشورهای فقیر و توسعه نیافته، ازدیاد جمعیت غیر متوازن و ناهماهنگ با توسعه اقتصادی و صنعتی، یکی از علل اصلی پایین بودن درآمد سرانه و رفاه ملی است که در نهایت، عدد زیر خط کسری را در برابر ثروت و منابع قابل توزیع بالای خط کسری، افزایش داده و حاصل آن را به ضرر آحاد جامعه تقلیل خواهد داد. لذا در پاره‌ای از کشورها این امر در قالب فرمول توسعه اقتصادی، دیکته شده و در برخی دیگر به امید نیل به برنامه‌های توسعه‌ای، از این فرمول‌ها تبعیت می‌شود. نتیجه‌ی عینی هر دو حالت، مبارزه با افزایش جمعیت است. مواردی از ضرورت انجام سقط در ذیل بررسی می‌گردد:

الف - مقررات تشویقی

در برخی کشورها صرفاً وضع مقررات تشویقی در دستور کار بوده و با افزایش آگاهی خانواده‌ها در پیش‌گیری از رشد جمعیت، توفیقاتی کسب شده است در موارد بارداری ناخواسته‌ی زنان، سقط در ماه‌های اولیه توصیه شده و یا با مانع قانونی از سوی حکومت‌ها مواجه نبوده است. ایران پیش از انقلاب اسلامی در زمره‌ی این کشورها قرار داشته است. در کشورهایی که دین و مذهب، نفوذ بیشتری در جامعه و حاکمیت دارد، سقط مورد تشویق رسمی قرار نگرفته است، اما موانع قانونی هم ایجاد نشده و این پدیده در واقع به شکل زیرزمینی رواج داشته است.

ب - توازن جنسیتی خانواده

در کنار کنترل موالید، انگیزه‌های دیگری نیز برای سقط جنین قابل طرح است که ریشه در فرهنگ اجتماعی دارد. اگر چه میل به داشتن فرزند ذکور در قرون گذشته بیش‌تر بوده، امروزه با وجود کاهش جمعیت خانواده‌ها از تمایل ایجاد و توازن جنسیتی میان فرزندان کاسته نشده است.

در پاره‌ای موارد خانواده‌هایی که فرزند ذکور ندارند از بارداری‌های متوالی زنان حمایت می‌کنند و در صورت مواجهه با جمعیتی از اناث، سعی در سقط جنین مونث دارند. از یک سو به انگیزه‌ی داشتن فرزند ذکور، تمایلی به پیش‌گیری نشان نمی‌دهند و از سوی دیگر با هراس از افزایش جمعیت خانواده، تنها چاره را در سقط جستجو می‌کنند.

ج - حفظ حیثیت افراد (گریز از بی‌آبرویی)

عدد قابل توجهی از ارتکاب به سقط، ناشی از بارداری‌های حاصل از روابط نامشروع است. به

ویژه در جوامع غربی و سایر جوامعی که روابط دختر و پسر بدون داشتن علقه‌ی زوجیتی، از هیچ قبچی برخوردار نیست، مصادیق این نوع بارداری و مبادرت به سقط بیش‌تر است. با این وصف در جوامع بسته و محدود یا متأثر از فرهنگ دینی - که این نوع ارتباط را بر نمی‌تابد - اگر چه آمار حاملگی حاصل از روابط نامشروع کم‌تر است اما قبح آن بسیار زیاد است و انگیزه‌های سقط، برای حفظ حیثیت افراد و خانواده‌ها و گاهی قبیله‌ها به مراتب بیش‌تر است. گاهی سقط می‌تواند پوششی برای مخفی ماندن بزهی باشد که منجر به خونریزی و تبعات غیر قابل کنترل قومی و قبیله‌ای می‌گردد.

د - بارداری ناخواسته

مظاهر شهرنشینی که کوچک شدن خانواده و اشتغال بیرون از خانه‌ی زنان را نیز به همراه دارد، بارداری ناخواسته‌ی زنان شاغل را - چه به لحاظ اشتغال به کار و چه به لحاظ افزایش هزینه‌ها - بر نمی‌تابد و در نتیجه آن‌ها را به جستجوی راهی برای سقط وامی‌دارد. گاهی بارداری ناخواسته، چنان حرجی را بر خانواده تحمیل می‌کند که تحمل تبعات این اقدام ناسازگار با آموزه‌های دینی را هموار می‌سازد.

تکلیف قانونی از سوی حکومت

ضرورت کنترل جمعیت برای نیل به اهداف توسعه‌ای کشورهای در حال رشد، برخی کشورها را که با انفجار جمعیت روبرو هستند (مانند چین و هند) واداشته است به بسته‌های تشویقی اکتفا نکرده و مقررات آمره‌ی سختی در قبال زاد و ولدهای ناخواسته یا خارج از چارچوب حکومتی وضع کرده‌اند. این مقررات گاهی تا سرحد مجازات‌ها پیش رفته و نوزاد حاصل از بارداری ناخواسته و خانواده را با محرومیت‌های سخت اجتماعی و اقتصادی از قبیل نداشتن هویت (شناسنامه) و عدم برخورداری از رفاه عمومی و امکانات تحصیلی و ... و گاهی با وضع جرایم مادی سنگینی، عرصه را بر خانواده تنگ کرده است. این حرج حاصل از تکالیف قانونی در ممنوعیت زاد و ولد نه تنها انگیزه‌ی بسیار قوی برای سقط جنین است بلکه گاهی خود سقط، موضوع تکلیف قرار می‌گردد.

تعارض قانون با چارچوب‌های اخلاقی و شرعی

وضع قوانین و مقررات آمره در جلوگیری از زاد و ولد، منجر به تعارض آن با آموزه‌های دینی

و اخلاقی می‌شود. زیرا اولاً در آموزه‌های دینی (تمام ادیان الهی) نه تنها زاد و ولد محدود نشده، بلکه مورد تأکید قرار گرفته است و به تبع آن جلوگیری یا مبارزه با آن از منهیات محسوب می‌گردد. پر واضح است سقط جنین لقاح یافته - ولودر ماه‌های اولیه - علی‌الاطلاق با نهی شارع مواجه است. با این وصف زنانی که خلاف مقررات حکومت باردار شده باشند، در راستای آموزه‌های دینی عمل نموده و اگر به توصیه یا تکلیف قانونی مبادرت به سقط نمایند، مرتکب محرمات شرعی می‌شوند.

۱-۲- ضرورت درمانی

الف - تهدید سلامت مادر

گاهی سقط جنین در ماه‌های اولیه‌ی پس از لقاح یا پس از ولوج روح در آن به مرحله‌ی ضرورت می‌رسد و آن زمانی است که ادامه‌ی بارداری برای مادر جنین، سلامتی و یا حیات وی را در معرض تهدید قرار می‌دهد. در این هنگام پزشکان، نوعاً سقط را توصیه می‌کنند، بدون این که به محذور شرعی آن توجهی داشته باشند. حتی این توصیه را در راستای تعهد اخلاقی و قانونی توثیق شده با سوگند خویش می‌شمارند. عرف جامعه نیز اجازه‌ی به خطر افتادن حیات و سلامتی یک انسان زنده و تأثیرگذاری به نام «مادر» را به بهای حفظ جنین، به ویژه در ماه‌های اولیه - که فاقد حیات و روح است - نخواهد داد. به تعبیری این ضرورت از سنخ ضرورت‌های پیش گفته نیست. زیرا در استلزامات اقتصادی و اجتماعی لزوماً تعارض شکل نمی‌گیرد، یعنی چشم‌پوشی از ضرورتی به نام سقط و جلوگیری از افزایش یک فرد به جمعیت را عندالاقضا می‌توان پذیرفت و در مواجهه با تکالیف قانونی نیز می‌توان قائل به تبصره و استثنایی برای رهایی از محذور شد. اما به هنگام تهدید سلامتی و جانی مادر که از دیدگاه پزشکی علم عرفی (ظن متآخم به علم) به تعارض ادامه‌ی حیات جنین با حیات مادر حاصل می‌شود چاره‌ای جز حفظ یکی از آن دو نخواهد بود و البته ممکن است اولویت حفظ یکی بر دیگری موضوعیت یابد.

ب - ناهنجاری در جنین

دومین موردی که احکام تکلیفی و وضعی ممنوعیت سقط را به چالش می‌کشد و اثر ضد اخلاقی آن را در عرف و اجتماع خنثی می‌کند، علم به ناهنجاری جنین قبل از تولد و به ویژه قبل از ولوج روح در آن است که بنای عقلا و افکار عمومی، سقط جنین جنینی را بر ادامه‌ی سیر تکاملی، تولد و سپس حیات مشقت‌بار وی و درد و رنج همیشگی خانواده‌اش

ترجیح می‌دهد. در ناهنجاری ممکن است تهدید سلامتی مادر اصلاً مطرح نباشد، اما حرج هولناک آن پس از تولد نوزاد است که دامن‌گیر او و خانواده خواهد شد.

با توجه به انواع و مراتب ناهنجاری، بنای عقلا و فتاوی فقها نیز می‌تواند متناسب با نوع و مرتبه متفاوت باشد. گاهی ناهنجاری به شکل عقب‌افتادگی ذهنی است و نوزاد از بهره‌ی هوشی کم‌تری نسبت به نوع خود برخوردار است و زمانی نقص کروموزومی، موجب بروز نقایص در اعضا و جوارح می‌شود که زندگی بر نوزاد و خانواده‌اش دشوار می‌گردد، مانند نابینایی، ناشنوایی، جنون، فلج کامل و ... در پاره‌ای موارد نیز ممکن است با بیماری کشنده و غیر قابل‌علاجی مثل ایدز و کم‌خونی و یا با خلقت عجیب و غریبی مانند دو سر در یک بدن یا تکه‌ای گوشت بدون دست و پا و ... همراه باشد.

البته این موارد باید با علم عرفی پزشکی اثبات شود که امروزه با فناوری پیشرفته‌ی ژنتیکی در مراحل اولیه‌ی رشد جنین حتی قبل از لقاح نیز قابل پیش‌بینی و اثبات است. به ویژه در ماه‌های اول بارداری، نقایص ژنی قابل مشاهده و فتوگرافی است. لذا در این ناهنجاری‌ها نیز در کنار ممنوعیت‌های شرعی، قانونی و اخلاقی نوعی ضرورت معارض با این ممنوعیت‌ها شکل می‌گیرد و این تکالیف به چالش جدی کشانده می‌شود تا حدی که می‌تواند علل موجهه‌ی تام عرفی قلمداد و جامعه را بین دو محذور قرار دهد، عمل به اطلاق محذور قانونی و شرعی یا اجازه‌ی تکامل و به دنیا آمدن موجود ناقص و عجیب‌الخلقه و ایجاد حرج غیر قابل تحمل برای اعضای از جامعه.

۲- سقط در آیات و روایات

قرآن

در قرآن کریم آیه‌ای که اشاره‌ی مستقیم به سقط جنین کرده باشد و یا به تصریح از آن منع کرده باشد، وجود ندارد. بلکه آیات وارده نوعاً برای برحذر داشتن خانواده‌ها و والدین از کشتن فرزندان خود است، عملی که در جاهلیت قبل از اسلام در شبه جزیره‌ی عرب مرسوم بوده است. گاهی برای ترس از فقر و ناتوانی در تغذیه و تربیت نوزاد (خشیه اطلاق) (اسراء، ۳۱) و گاهی به دلیل جنسیت یعنی مؤنث بودن و رهایی از ننگ و عار (... بای ذنب قتلت) (تکویر، ۹) که در نتیجه مبادرت به کشتن فرزندان می‌کردند. زمانی نیز به قصد تقرب به بتان، آن‌ها را قربانی جهل خود می‌کردند (زُیْن لَکْثِیر مِّنَ الْمُشْرِکِیْنَ قَتَلَ اَوْلَادَهُمْ...) (انعام، ۱۳۷).

بنابراین آیات وارده یا از این سنخند یا ناظر به ممنوعیت قتل نفس هستند که در آیات مختلف قرآن کریم به آن تأکید و مجازات سخت اخروی در کنار عقوبت دنیوی برای آن در نظر گرفته شده است.

آیه‌ی ۳۲، سوره‌ی مائده (... من قتل نفساً بغير نفس او فساد فی الارض فکانما قتل الناس جميعاً...) قتل نفس به غیر موجب شرعی و قانونی را مرادف قتل تمام مردم دانسته است. هم چنین آیه‌ی ۹۳، سوره‌ی نساء (و من یقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فیها و غضب الله علیه و لعنه ...) که برای قتل نفس مؤمن، جهنم دایمی و غضب و لعنت خدا را بشارت داده است. در آیه‌ی دیگری قتل نفس را نهی کرده، مگر آن که به حق باشد (ولا تقتلوا النفس اللتی حرم الله الا بالحق) (اسراء، ۳۳).

با الهام از این آیات، جنین تا قبل از ولوج روح به عنوان انسان در مسیر تکامل قلمداد و پس از ولوج روح نیز دارای حیات تام انسانی و هر گونه تعرض به آن در حکم تعرض به نفس انسانی شمرده شده است.

روایت

روایات متعددی در کتب حدیثی شیعه به نقل از رسول گرامی اسلام "صلی الله علیه وآله وسلم" (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۵، ص ۳۰) و از امیرالمؤمنین "علیه السلام" (کلینی، ۱۳۶۳ش، ج ۷، باب دیه الجنین) و از امام صادق "علیه السلام" (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۱۹۳) نقل شده است که دیه‌ی جنین را از زمان انعقاد نطفه تا زمان تولد مشخص کرده است. دیه از باب مجازات - به اعتقاد برخی فقها - یا خسارت و ما به ازای صدمات وارده - بنابر قول برخی دیگر - یا تلفیقی از هر دو - که قول نزدیک به صواب است - در حوزه‌ی حقوق وضعی مطرح بوده است و می‌توان گفت: مجازات، جبران خسارات وارده از سوی فاعل یک فعل مجرمانه یا اقل امر یک فعل ممنوع در حقوق وضعی است که دارای عنصر قانونی است. زیرا تا فعل متصف به عنوان قانونی تخلف نباشد، قانون‌گذار برای آن مجازات و یا خسارت (در مورد جرم مدنی) تعیین نمی‌کند، اگر چه ممکن است از لفظ تخلف یا ممنوعیت استفاده نکرده باشد. نظر به این که در حقوق وضعی تعلق وصف تخلف، به فعل با شکایت یا طرح دعوی شاکی و مدعی محقق می‌شود، لذا تعیین دیه در روایات متعدد برای جنین حکایت از عدم جواز سقط (علی‌الاطلاق) می‌کند و این امر منصرف از مقیدات است.

فروع

اول - ممنوعیت سقط در حوزه‌ی حقوق تکلیفی یا وضعی

با توجه به ادله‌ی مورد استناد در عدم جواز سقط به طور مطلق، اعم از آیات و روایات و فتاوی‌ غالب فقها، تصریحی در منع تکلیفی از سقط به چشم نمی‌خورد. آیات مورد استناد نوعاً ناظر به فرزند کشی متکی به دلایل غیر قابل توجیه است و روایات نیز ناظر به تعیین میزان دیه‌ی جنین سقط شده هستند. در این روایات به سقط به عنوان عملی که از سوی مادر جنین باشد، نگریسته نشده بلکه در برخی بدون اشاره به علل سقط و در برخی دیگر با عنوان نتیجه‌ی ایراد ضرب و جرح، پیامد مطالبه‌ی صاحب حق (ولی جنین) را تبیین کرده و مانند سایر احکام وضعی تبیین‌کننده‌ی رابطه‌ی بین مکلفین و شهروندان، حکم به دیه‌ی آن را منوط به درخواست ولیّ جنین سقط شده می‌داند. در برخی نیز به لزوم پرداخت دیه و یا جلب رضایت پدر جنین تاکید شده است (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۹، باب دیات).

اگر چه در برخی روایات عباراتی آمده که می‌توان «نهی» از آن استنباط کرد. در موثقه‌ی اسحاق بن عمار از امام رضا "علیه السلام" نقل شده در مورد زنی که از بارداری می‌ترسد. آیا جایز است، دارویی بخورد و جنین را سقط کند؟ فرمود: این کار را نکند (همان، ابواب قصاص نفس). هم چنین در صحیح‌ه‌ی رفاعه از امام صادق "علیه السلام" در مورد زنی که احتمال بارداری می‌دهد اما به لحاظ تأخیر در عادت ماهانه می‌خواهد دارویی بخورد، امام می‌فرماید: «لاتفعل ذالک... فلاتسقها دواء...» (کلینی، ۱۳۶۳ش، ج ۳، ص ۱۰۸). در هر دو عبارت امام «لا» نهی به کار رفته که می‌تواند به حکم تکلیفی حمل شود.

خصوصیت و موضوعیت مطالبه ولیّ یا گذشت او، در آرای فقها نیز به وضوح به چشم می‌خورد، گویا اخذ رضایت ولیّ جنین، عنصر قانونی سقط را در پیگیری‌های احتمالی فاقد اثر می‌سازد. این بحث از آن جا اهمیت دارد که عموماً سقط با درخواست والدین (یعنی رضایت پدر) صورت می‌گیرد. بنابراین بحث دیه به کلی منتفی خواهد بود، مگر در موارد خاص یا موارد نامشروع که موضوع از اساس متفاوت است.

البته برخی از معاصرین به صراحت از سقط با عنوان «حرام شرعی» یاد کرده‌اند (www.khameneie.ir، اجوبه‌ الاستفتاء، ص ۶۸). اگر چه قانون‌گذار ایران پس از انقلاب

اسلامی نیز در سال ۶۲ رویکرد سخت‌گیرانه‌ای در قبال این آسیب اجتماعی حاصل از عوامل پیش گفته در پیش گرفته و برای پزشک مرتکب سقط عمدی، قصاص تعیین کرده بود، اما در اصلاحیه‌ی ۷۵ حذف شد. ولی مجازاتی که در قالب حکم تکلیفی برای عنصر قانونی

بزه‌ی سقط جنین یا معاونت در آن انشا کرده، تماماً ناظر به افرادی است که ارتکاب سقط را برای زن باردار تسهیل می‌کنند و یا مبادرتاً مبادرت به سقط جنین وی می‌نمایند. در حالی که اراده‌ی ارتکاب فعل در خود زن باردار و یا پدر جنین شکل می‌گیرد و پزشک یا قابله و امثال این‌ها صرفاً می‌توانند معاونت نمایند، در حالی که برای مادر و پدر جنین مجازاتی منظور نشده است. البته در بخش دیات، میزان دیه، تعیین شده که منوط به مطالبه‌ی صاحب حق است و این منصرف از حکم تکلیفی است.

دوم - انتفای حکم قصاص در سقط

همان‌گونه که اشاره شد در روایات ناظر به جنین و سقط آن نه به صراحت و نه به تعریض بحث قصاص مطرح نشده است، به ویژه این که سقط از سوی مادر صورت گرفته باشد. اگر چه قصاص نیز در حوزه‌ی حقوق وضعی مطرح است و در فقه و قوانین موضوعه، جنبه‌ی حق‌اللهی یا حق عمومی برای آن متصور نشده است، مگر بحث اخلال در نظم عمومی (موضوع ماده‌ی ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی) که منصرف از موضوع است.

در لسان فقها نیز در جنین قبل از ولوج روح، صرفاً دیه مطرح بوده (به اتفاق) و به - دلیل عدم اطلاق انسان دارای حیات بر جنین و انتفای تساوی با فاعل ذی روح (مرتکب سقط) بحث قصاص هرگز موضوعیت نیافته است. اما پس از ولوج روح با وصف عدم تصریح در روایات، برخی فقها ضارب عمد را (در صورت تحقق سقط) مستوجب قصاص دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۲۲۶). در عین این که گروهی از آن‌ها از کنار این قضیه عبور کرده و در عبارات و مکتوبه‌ی خود متعرض قصاص و چند و چون آن نشده‌اند. برخی دیگر در این حکم تردید کرده و با عبارات متفاوتی قصاص را علی‌الاطلاق در سقط جنین منتفی می‌دانند. «اگر ضارب زن بارداری، باعث سقط جنین وی پس از ولوج روح شود، مشهور قائل به قصاص هستند. اما اقرب عدم قصاص است» (خویی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۳۳).

برخی دیگر از معاصرین نیز تصریح کرده‌اند که سقط جنین از سوی زن دیه دارد (بهجت، بی‌تا، ص ۵۳۹؛ خمینی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص ۵۹۸) و تعیین دیه علی‌الاطلاق، نشان‌گر عدم اعتقاد به قصاص است والا حکم اولی در جنایت مستلزم قصاص، همان قصاص است. برخی نیز معتقدند: «اسقاط عمد جنین پس از ولوج روح، قصاص ندارد و دیه بر عهده‌ی جانی است» (گلپایگانی، ۱۳۷۲ش، ج ۳، ص ۲۹۵). برخی قصاص را حتی در جایی که جانی، عاقل و بالغ باشد و مقتول نابالغ، خالی از اشکال نمی‌دانند و این اشکال را در جنین دارای روح که هنوز به دنیا نیامده است، قوی‌تر می‌شمارند (منتظری، ۱۳۷۷ش، مسأله ۳۲۳۹).

البته برخی فقهای اهل سنت نیز (ابن حزم، ۱۴۰۶ق، ج ۱۱، ص ۲۳۹) سقط عمدی جنین دارای حیات انسانی - ولو از سوی صاحب جنین - را مستوجب قصاص می‌دانند. در عین حال عبد القادر عوده از دانشمندان معاصر اهل سنت (عوده، ۱۹۹۴م، ج ۲، ص ۱۴) از قول بیشتر فقها نقل می‌کند که قتل جنین دارای روح و لو عمدی باشد، موجب قصاص نیست؛ البته به شرطی که جنین مرده از رحم مادر خارج شود.

سوم - موارد جواز سقط

با امعان نظر به موارد مطروحه به عنوان ضرورت‌های سقط از ابعاد مختلف (فردی، اجتماعی، اقتصادی، درمانی و ناهنجاری جنینی)، صرف نظر از آرای فقهای که پس از ولوج روح به طور مطلق در هیچ موردی سقط را جایز نمی‌دانند، برخی به صورت مشروط به جواز سقط فتوا داده‌اند که غالباً جواز این امر را منوط به خطر حتمی برای حیات مادر و عدم امکان زنده ماندن هر دو (مادر و جنین) نموده‌اند.

۳-۱- تهدید حیات مادر

الف - قبل از ولوج روح

در صورتی که ادامه‌ی حیات جنین در تعارض با حیات مادر یا برای او بیماری و حرج ایجاد کند به نحوی که امکان رفع تهدید نباشد دو حالت متصور است: اول این که روح در جنین دمیده نشده و به تعبیری حیات انسانی جنین شروع نشده و در مسیر حیات نباتی باشد در این حالت هیچ فقیهی از فریقین در جواز سقط جنین برای رهایی مادر از خطر حتمی جانی تردید نکرده‌اند. اگر چه با عبارات مختلفی (مانعی ندارد، جواز قابل توجیه است و ...) حکم آن را بیان نموده‌اند. هر چند برخی فقها و دانشمندان اهل سنت سقط جنین را قبل از ولوج روح مباح می‌دانند و لو هیچ خطر جانی برای مادر یا اضطراری در بین نباشد اسقاط پس از بارداری جایز است، مادامی که خلقتی ایجاد نشده باشد و مقصود از خلقت، همان ولوج روح است (ابن عابدین، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۳۸۰؛ کاشانی، ۱۴۱۸ق، ج ۷، ص ۳۲۵).

اما از فقهای شیعه کسی قول به مباح بودن سقط ندارد، مگر اضطرار، حرج، ضرر و ... در بین باشد. لذا هنگام وجود تهدید و خطر جانی برای مادر با این که در لسان برخی فتاوی، اطمینان به نظر پزشک و تحقیق کافی برای قول به جواز ذکر شده است (بهجت و فاضل لنکرانی) اما علم به خطر شرط نشده، بلکه احتمال خطر جانی یا بیماری غیرقابل

تحمل برای حکم به جواز، کفایت می‌کند.

آیت الله مکارم شیرازی حکم اولی در سقط را چه قبل یا بعد از ولوج روح در آن حرام می‌داند و تأکید می‌کند که در برخی موارد به حکم ثانویه، حرمت آن برداشته می‌شود (www.arabic.makarem.ir، بحوث فقهیه هامة، ص ۲۷۰).

ب - پس از ولوج روح

در صورتی که روح در جنین دمیده شده و مرحله‌ی رشد او از چهار ماه گذشته باشد، فقهای شیعه و سنی علی‌الاطلاق سقط جنین را جایز نمی‌دانند، مگر در صورت به خطر افتادن جان مادر که در این صورت نظرات مختلف است. برخی معتقدند سقط مطلقاً جایز نیست (سیستانی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۷۸، مسأله ۴۵۰). برخی دیگر در شرایطی قول به جواز را اختیار کرده‌اند. آیت الله خویی در موردی که امر دایر بین قتل جنین (برای زنده ماندن مادر) یا مرگ مادر باشد به شرط حصول وثوق به نظر پزشکان متخصص، ارتکاب قتل جنین و سقط آن را از سوی مادر جایز می‌داند. میرزا جواد تبریزی نیز قول فوق را اختیار نموده است با این تفاوت که ثبوت دیه را برای مادر محل اشکال می‌داند، بر خلاف آیت الله خویی که دیه را بر مادر ثابت می‌داند (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۲۳۳).

در صورتی که جنین دارای حیات انسانی شده باشد چند فرض مطرح است:

۱ - در صورت ادامه‌ی بارداری قطعاً (با علم عرفی پزشکی) هر دو خواهند مرد و به مرحله‌ی وضع حمل نخواهد رسید. با این فرض در صورت مرگ مادر، جنین هم فوت خواهد نمود و امکان نجات هر دو وجود ندارد. مگر این که جنین را سقط نموده تا مادر را نجات دهند، چون استمرار حاملگی امکان ندارد و نمی‌توان تا حداقل مدت حمل صبر کرد (مدتی که بتوان جنین را با دستگاه‌های پزشکی خارج از رحم نگه داشت). لذا امر دایر است بین نجات مادر و مرگ هردو (مادر و جنین). در عین حال برخی فقها قائل به عدم جواز سقط بوده و عقیده دارند که باید امر حادث را به قضای الهی سپرد (خمینی، ۱۳۷۲ش، ص). اما برخی (فاضل لنکرانی و امام خمینی در یک نظریه) فتوا داده‌اند باید تا آخرین ساعات امکان حفظ حیات مادر منتظر ماند، چنانچه در این هنگام امکان حفظ حیات جنین وجود نداشته باشد، سقط آن جایز است. نظر آیت الله خامنه‌ای بر این است که نجات هر کدام که احتمال زنده ماندنش بیش‌تر است اولویت دارد؛ یعنی صبر تا لحظه‌ی آخر شرط نشده است (www.khameneie.ir، اجوبه الاستفتاء، ص).

۲ - فرض این که ادامه‌ی بارداری هیچ خطری برای نوزاد ندارد، اما جان مادر را تهدید می‌کند. در این شق قبل از ولوج روح متفقاً اجازه‌ی سقط داده شده است تا خطر جانی از مادر مرتفع شود. برخی در این حالت احتمال خطر را هم کافی می‌دانند. (www.arabic.makarem.ir، المسائل المستحدثة فی الطب) خوف خطر جانی را برای مادر بنا بر سیره‌ی عقلا، طریق به واقع تلقی و کافی برای سقط می‌داند و ضرورتی به حصول علم و یقین به خطر نمی‌بیند.

پس از ولوج روح، برخی از فقها قول به جواز اختیار کرده‌اند (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۲۳۳) و برخی دیگر با توجه به اختیار قول عدم جواز علی‌الاطلاق (سیستانی، ۱۴۱۷ق، ص ۴۳۲) در این مورد هم بالتبع قائل به عدم جواز هستند. اما برخی دیگر از فقها بین این فرض با فرض اول قائل به تفاوت هستند. آیت الله خامنه‌ای که در فرض اول در صورت توجه خطر به هر دو (امر دایر باشد بین مرگ هردو یا نجات مادر) قول به جواز سقط را اختیار کرده بود در این فرض که خطر فقط متوجه مادر باشد، قائل به عدم جواز سقط است (www.khameneie.ir، اجوبة الاستفتاءات، ص ۶۸). آیت الله مکارم نیز همین قول را اختیار کرده است (www.arabic.makarem.ir، استفتاءات پزشکی، ص ۶).

۳ - بتوان یکی از آن دو را نجات داد. در این فرض نوعاً نظر به عدم ترجیح یکی بر دیگری است و تأکید شده که جنین دارای روح به مانند مادر، انسان کاملی است که به حکم ادله‌ی اربعه حفظ جان او به اندازه خود مادر ضرورت دارد و در صورتی که هر یک از آن دو برای نجات دیگری کشته شود با دلایل «نهی از قتل نفس» مواجه خواهد شد و ادله‌ی تقیه نیز، حوزه‌ی قتل و جواز آن را پوشش نمی‌دهد. لذا باید امر به قضا و قدرالهی سپرده شود. زیرا حیات هیچ یک بر دیگری ترجیح ندارد (نجفی، ۱۳۶۵ق ش، ج ۴، ص ۳۸۷؛ www.arabic.makarem.ir، استفتاءات پزشکی، ص ۶). برخی در این شق قائل به تخییرند (خویی و تبریزی)، چون آن را یکی از اقسام تراحم می‌دانند و در تراحم نیز بدون تردید حکم عقل، تخییر است که در مباحث بعدی به آن پرداخته خواهد شد.

قول به عدم جواز سقط علی‌الاطلاق پس از ولوج روح در جنین (سیستانی، فقه المغتربین، ۱۴۱۴ق، ص ۲۷۸) که دیدگاه غالب فقهاست، ظاهراً ناظر به شق سوم از این شقوق است که قائل به رجحان نبوده و در عین حال قول به تخییر هم نزد آن‌ها جایگاهی ندارد. زیرا فرض تراحم نزد آنان پذیرفته نیست. قول به جواز سقط در شقوق اول و دوم نیز نه به دلیل تعارض حیات هر دو (مادر و جنین)، بلکه به دلیل دوران امر بین مرگ هر دو یا

نجات مادر است که در این صورت نجات مادر لازم و واجب است.

ج - نظریه‌ی مختار

برای جواز سقط پس از ولوج روح، مواردی از ضرورت اجتناب‌ناپذیر مطرح می‌گردد که در این مرحله نیز عمل ممنوع سقط را جایز، بلکه واجب می‌گرداند. ضرورتی که با اتکا به عموم ادله‌ی حرمت، نمی‌توان به آسانی از کنار آن عبور کرد. به همین دلیل آن‌هایی که ضرورت سقط پس از ولوج روح را مقدم بر عموم و اطلاق ادله‌ی حرمت تلقی نموده و قول به جواز اختیار کرده‌اند، به دلایل مختلفی تمسک جسته‌اند که غالب آن دلایل در قول به جواز سقط قبل از ولوج روح، مورد استناد فقهای قرار گرفته که علی‌رغم تأکید بر جواز و حتی وجوب سقط قبل از ولوج روح، این اقدام را پس از ولوج جایز ندانسته‌اند. دلایلی از قبیل: لاجرح و لاضرر - که حاکم بر احکام اولیه بوده بر عمومات و اطلاقات آن‌ها تقدم می‌یابد - یا دلیل اضطرار (فمن اضطر غیر باغ ولا عاد فلا إثم علیه...) که مجوز ارتکاب حرام در ظرف اضطرار می‌دهد.

هم چنین دلیل تقیه تا زمانی معتبر است که منجر به قتل دیگری نشود یا دلیل عقل و بنای عقلا که برخی از دانشمندان معاصر اهل سنت به آن‌ها تمسک جسته و با لحاظ وحدت ملاک، سقط را ترجیح بلکه واجب قلمداد نموده‌اند:

قرضای معتقد است: اگر از طرق قابل اطمینان ثابت شود که ادامه‌ی بقای جنین در رحم مادر به مرگ او می‌انجامد و لو پس از ولوج روح باشد، سقط متعین و واجب می‌گردد (قرضای، ۱۹۷۳م، ص ۱۹۵).

مصطفی الزرقاء نیز به حکم عقل، زندگی مادر را استقرار یافته و زندگی جنین را استقرار نیافته تلقی و در شرایط تعارض، حفظ حیات مادر را مرجح می‌داند (الزرقاء، ۱۹۹۳م، ص ۲۸۶). اگر چه بر این قول از این جهت ایراد وارد است که حیات جنین قبل از تولد را نمی‌توان استقرار نیافته تلقی کرد، مگر این که مقصود پس از وضع حمل باشد که آن هم مشخص نیست. یا این که گفته شود مقصود، حیات استقلالی مادر و تبعی جنین است که قطعاً از این جهت بین آن دو فرق هست.

مع الوصف استناد به برخی از دلایل با پشتوانه‌ی بنای عقلا، می‌تواند مجوز سقط پس از ولوج روح باشد.

ادله‌ی قول مختار:

۱ - دفاع مشروع از سوی مادر

دفاع مشروع موضوعی است که در قوانین جزایی تمام نظام‌های حقوقی دنیا به آن پرداخته شده است و دفاع کننده در صورت تحقق شرایط، مبری از مسئولیت و طرف مقابل در صورتی که منجر به جرح یا قتل وی شود، فاقد حق و خونش هدر قلمداد شده است. البته یک اصل تعیین کننده در دفاع مشروع، تناسب نوع و میزان عملیات دفاعی با نوع و شدت هجوم و حمله است. در قوانین جزایی ایران نیز در مواد ۶۱ و ۶۲۵ تا ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی به مشروعیت آن تأکید شده است.

مشروعیت دفاع برای حفظ جان مستفاد از آیه‌ی: «ولاتلقوا بایديکم الی التهلکة» (بقره، ۱۹۵) بوده و از پشتوانه‌ی روایی و فقهی نیز برخوردار است، به نحوی که تاکنون کسی در وجوب حفظ نفس تردید نکرده است.

آن چه این مبحث را متمایز می‌سازد، این است که در حرمت سقط جنین در متون فقهی و در فتاوی، کم‌تر از نگاه مادر به آن پرداخته شده است. در روایات وارده و لسان فقها این مسأله نوعاً از بُعد ارتکاب ثالث از طریق ایراد ضرب یا تجویز دارو و سم منجر به سقط، مورد توجه قرار گرفته و حقوق وضعی و حکم قضیه بیان شده است (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ابواب قصاص و دیات).

در مواد ۶۲۲ تا ۶۲۴ قانون مجازات اسلامی به تبع این مشی، به تبیین عناصر قانونی و انشای مجازات ضارب منجر به سقط زن حامله و تأکید بر مجازات معاونین ارتکاب از قبیل: طبیب، ماما، داروفروش و هر شخص یا اشخاصی که در این مقام در سقط جنین مؤثر باشد، نموده است. به تعبیر دیگر قانون‌گذار، این افراد را (به جز در ایراد ضرب عمدی) که عملشان از سنخ معاونت در فعل مجرمانه است، مباشر فعل تلقی نموده و برای خود زوجه نقشی قائل نشده است. گویی فرض موجه بودن عمل ارتکابی - که صرفاً در مورد مادر جنین مصداق می‌یابد - منصرف به افراد یاد شده نیست و به لحاظ غلبه و فرض موجه بودن در مورد مادر، تعرضی به سایر فروض نشده است.

مبادرت به سقط از سوی خود مادر در صورتی که ادامه‌ی بارداری با نظر قاطع پزشکان با خطر جانی وی همراه باشد، می‌تواند در چهارچوب دفاع مشروع تلقی گردیده و احکام و آثار آن به اقدام منجر به سقط مادر تسری یابد. زیرا در وجوب دفاع از جان به هنگام تعرض دیگران تردیدی وجود ندارد، اگر چه لازم است متناسب بودن دفاع رعایت شود. در جایی که

استمرار رشد و تکامل جنین، تمامیت حیات مادر را مورد تهدید جدی قرار می‌دهد بر او واجب است دفاع متناسبی در قبال این تهدید جانی داشته باشد و تنها دفاع مناسب (با علم عرفی پزشکی)، همان قطع بارداری و سقط جنین است و لو این که دارای حیات انسانی شده باشد.

به نظر آیت الله خویی در صورتی که امر دایر باشد بین قتل جنین از سوی مادر یا زنده ماندن جنین و مرگ مادر، قتل و سقط جنین دارای روح جایز است. البته فقط برای مادر و برای غیر از مادر چنین جوازی وجود ندارد و در این حال دیه بر مادر ثابت است. میرزا جواد تبریزی نیز همین قول را اختیار کرده با این تفاوت که حتی دیه را بر مادر ثابت نمی‌داند (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، مسأله ۹۱۴). از این قید جواز، می‌توان نتیجه گرفت در صورتی که ادامه‌ی بارداری منجر به مرگ یکی از دو (مادر یا جنین) بوده و جان مادر به خطر افتد در نگرش به قضیه از سوی مادری که در معرض خطر جانی قرار دارد با دیگرانی که از بیرون به قضیه می‌نگرند، تفاوت اساسی وجود دارد. این که به مادر اجازه‌ی سقط داده می‌شود نه به دیگران، صرفاً می‌تواند در قالب دفاع مشروع و لزوم حفظ نفس در برابر خطر جانی تلقی گردد.

اگر دفاع مستلزم قتل نفس (جنین) از سوی دفاع کننده فاقد ممنوعیت باشد، معاونت و همکاری در این امر نیز فاقد ممنوعیت و جایز خواهد بود. لذا اگر طبیب، قابله و دارو فروش به مادر جنین در معرض خطر مرگ کمک نمایند به لحاظ عدم تحقق شرایط معاونت - که جرم بودن عمل اصلی در آن شرط است - قابل تعقیب نخواهند بود و عناصر قانونی مواد ۶۲۵ تا ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی نیز محقق نخواهد شد. مگر این که عنصر مادی سقط از سوی نام‌برندگان به عنوان مباشر، ارتکاب یافته باشد. همان شرطی که در نظر آیت الله خویی نیز بر آن تأکید شده بود.

ممکن است گفته شود؛ اطلاق دفاع مشروع به سقط جنین از باب قیاس است. در حالی که در این جا هجوم از ناحیه‌ی جنینی است که فاقد اراده است. لذا از طرفی هجوم محقق نیست و از طرف دیگر ولیّ طفل هم می‌تواند جلوگیری از سقط را به عنوان دفاع مشروع تلقی کرده و از جنین دفاع کند.

در پاسخ باید گفت: اولاً در باب دفاع فرقی نیست که هجوم از ناحیه‌ی عامل خارجی یا داخلی باشد (شیرازی، بی تا، ج ۹۲، ص ۸۲). لذا ادامه‌ی حیات جنین می‌تواند به عنوان عامل داخلی تهدید حیات مادر تلقی شود. ثانیاً اگر قیاس باشد، منصوص العله است و در فقه و قانون، حکم کلی آن بیان شده است و تعیین مصادیق با دفاع کننده و تطبیق آن با محاکم

است که در ما نحن فیه تطبیق مصداق با حکم، فاقد اشکال است؛ یعنی لازم نیست که در هجوم حتماً اراده‌ای در پس فعل ارتكابی باشد، بلکه کافی است جان دفاع کننده و لو از سوی شخص یا شی فاقد اراده به خطر بیافتد. همان گونه که در مورد حمله‌ی مجنون، مست و فرد خواب آلوده‌ی بدون اراده، محقق است. در این خصوص روایاتی نیز نقل شده است:

معتبره‌ی ابوبصیر از امام باقر "علیه السلام" نقل است که در مورد حکم شخصی که مجنونی را به قتل رسانده فرمودند: «اگر مجنون به وی حمله کرده و او هم از جان خودش دفاع کرده قصاص و دیه ندارد. دیه‌اش از بیت‌المال به اولیای دم پرداخت می‌شود.» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۹، باب ۲۸، حدیث ۱)

معتبره‌ی ابوبصیر از امام صادق "علیه السلام": درباره‌ی مردی پرسیدم که به حیوانی سوار بود و به شخصی برخورد کرد، نزدیک بود او را زیر بگیرد. شخص پیاده، حیوان را از خود راند و در اثر این کار، سواره از حیوان افتاد و مرد مجروح شد. حضرت فرمود: «کسی که حیوان را از خود دور کرد، ضامن نیست. زیرا فعل او دور کردن حیوان است.» و در روایتی دیگر فرمود: «خونش هدر است.» (همان، باب ۲۱، حدیث ۳)

نتیجه این که مفاد این روایات با الغای خصوصیت، آشکارا جواز دفاع از نفس است و ارادی بودن حمله نیز شرط نشده است.

۲ - تقدم اهمّ در نزاحم

در اثبات جواز سقط جنین (پس از ولوج روح) از سوی مادر، برخی فقها مورد را از مصادیق باب نزاحم تلقی کرده و معتقدند بین دو حکم تکلیفی (یعنی وجوب حفظ نفس مادر و حرمت قتل جنین) در مقام امثال، نزاحم پیش می‌آید و در صورتی که نزاحم محقق شود، چون راجحی در بین نیست به حکم عقل و با تمسک به اصالة التخییر می‌توان هر یک از آن دو را نجات داد. لذا جواز سقط برای حفظ جان مادر یکی از موارد تخییر است.

صاحب منهج الصالحین جنین آورده است: «پس از ولوج روح در جنین اگر خطری که سلامتی مادر را تهدید می‌کند کم‌تر از مرگ باشد، سقط جایز نیست. اما در صورتی که خطر مرگ مطرح شود ظاهر، جواز سقط از سوی مادر است تا جان خود را نجات دهد. زیرا حفظ جان دیگری (جنین) در قبال مرگ خودش واجب نیست. لذا امر دائر است بین حفظ نفس خود یا جنین و مادر می‌تواند هر یک را اختیار کند، اگر جنین را سقط نکند فرصت حیات را

از خود گرفته و به جنین داده است» (فیاض، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۴۴۲). این قول می‌تواند در تخییر مطرح شود، زیرا نجات هر دو امکان پذیر نیست و دو فعل واجب و حرام با یکدیگر تراحم می‌کنند؛ یعنی عمل به واجب مستلزم عمل به حرام است و ترک هر دو نیز جایز نیست. لذا حکم ظاهری عقل در این مورد تخییر است. آیت الله خویی می‌فرماید: «اگر کسی را به قتل دیگری اکراه کرده باشند، در صورتی که مکره را به چیزی کم‌تر از قتل ترسانده‌اند بدون تردید او نمی‌تواند به صرف اکراه، مرتکب قتل شود و اگر در این حال او را بکشد بر او قصاص ثابت است و دستور دهنده (مکره) فقط به حبس ابد محکوم می‌شود. اما اگر اکراه شده را با قتل تهدید و ترسانده باشند، در این حالت نیز مشهور مانند شق اول قائل به جواز قتل نیستند. اما چنین حکمی مشکل است و بعید نیست که در این حالت قتل جایز باشد. در صورت قتل، دیه بر قاتل مکره ثابت خواهد بود».

اگر سخن فوق صحیح باشد، چون حدیث اکراه و تقیه در مقام امتنان وارد شده، حکم امتنانی در صورت تنافی با حقوق دیگران مرفوع است. زیرا مستلزم رفع حرمت قتل است، لذا شامل محل بحث نمی‌شود. پاسخ این است که این مورد داخل در باب تراحم است، زیرا امر دائر بین ارتکاب حرام (قتل نفس) و ترک واجب (حفظ نفس) است و لذا می‌تواند قتل را اختیار کند. این قتل جایز است و از روی دشمنی و ظلم صورت نگرفته است (خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، صص ۱۳ و ۱۴).

به نظر مرحوم خویی دلیل نفی تقیه (لا تقیه فی الدماء) در این مقام حاکم نیست تا جلوی قتل را بگیرد. زیرا عدم وجود ملاک برای تقیه به لحاظ مطرح شدن قتل دیگری، منافی وجود ملاک دیگری برای جواز قتل نیست (یعنی اگر ملاک تقیه منتفی است به ملاک دیگری استناد می‌شود که همانا وجود تراحم است و تراحم حد و مرز به لحاظی ندارد و مستوجب تخییر است).

اشکالی بر این بحث وارد شده که ادعای منافات نداشتن دلیل نفی تقیه با جواز قتل با ملاک دیگری مانند تراحم، خلاف ظاهر حدیث است. ضمن این که ادعای تراحم در صورتی صحیح است که ارتکاب قتل دیگران مصداقی از حفظ نفس یا مقدمه آن باشد و قائل باشیم که تراحم میان تکالیف نفسی و غیره هم واقع می‌شود. اما بنا بر مسلک بعضی اساتید (میرزا جواد تبریزی) وجوب مقدمه، اختصاص به مقدمه‌ای دارد که مباح باشد. این در حالی است که مقدمه‌ی حفظ نفس همانا قتل دیگری است که امری حرام است؛ پس نمی‌تواند به‌عنوان مقدمه‌ی حفظ نفس تلقی شود. نتیجه این که وجوب حفظ نفس نمی‌تواند با حرمت

قتل دیگری تراحم کند؛ لذا تراحم محقق نمی‌شود (قائنی، ۱۳۸۶ق، ص ۴۵).

در پاسخ باید گفت: ظهور حدیث نسبت به مدلول خودش است و آن حاکمیت دلیل نفی تقیه در «دماء» است و همان‌گونه که در استدلال مرحوم خوبی تقریر شده، جواز قتل از باب تراحم ملاک دیگری است که منصرف از ملاک حدیث تقیه است. لذا اشکال وارده:

اولاً: در صورتی قابل طرح است که ارتکاب سقط جنین از باب مقدمه باشد. اما همان‌گونه که مرحوم خوبی قائلند مورد از باب تراحم دو تکلیف است (ارتکاب حرام و ترک واجب) که در صورت عدم وجود راجح، حاکمیت با اصل عقلی تخییر است.

ثانیاً: در خصوص مورد بحث دو حکم تکلیفی اصلی در فعل واحدی جمع شده است؛ یعنی قتل نفس دیگری - که منهی عنه است - می‌تواند حفظ نفس هم تلقی شود. در نتیجه فعل واحد متصف به دو عنوان تکلیفی است؛ لذا نیازی نیست تا به عنوان مقدمه برای فعل دیگری به نام حفظ نفس واقع شود.

۳- بنای عقلا

بنای عقلا که بیش‌تر در بین متأخرین به عنوان مستندی بر اثبات برخی احکام، ذکر شده است و در قواعد فقهی و اصولی با تمسک به آن احتجاج می‌شود. اگرچه شرط شده که بنای عقلا نباید خلاف صریح احکام و مبانی شرعی باشد و صغرویت آن نیز احراز شود تا بتواند دلیلی بر مدعا قرار گیرد. لذا در مقیاسی که صغرویت آن مورد مناقشه نباشد، بنای عقلا در سقط جنین می‌تواند منبع تجویزی برای مادر بارداری باشد که ادامه‌ی حیات جنین، سلامتی و زندگی وی را مورد تهدید قرار داده است. اما آیا بنای عقلا در این جدال، حق را به مادر می‌دهد تا زندگی خودش را بر زندگی جنینی که خود واسطه و سبب لقاح، رشد و رسیدن به مرحله‌ی حیات انسانی او بوده است، ترجیح داده و با از بین بردن آن زندگی خود را نجات دهد؟

با توجه به این که اولاً حیات مادر استقلالی و حیات نوزاد تبعی است و ثانیاً مادر با اراده، واسطه‌ی حیات نوزاد بوده و به تعبیری، خود آن را در رحم و وجود خود ایجاد کرده (به لحاظ نقش تسبیبی والدین نه علی و خلقتی) است؛ پس مادر اصل و جنین فرع آن است. لذا عقلا حق حیات را از جنین مادر و سببی اخذ نمی‌کنند تا به جنین بدهند و در صورتی که این بارداری به صورت غیرارادای یا به عنف باشد، عقلا به طریق اولی در این جدال زندگی، حق را به کسی می‌دهند که مورد تعرض و تهدید واقع شده است. زیرا خطر

مرگ از پیدایش جنین سرچشمه گرفته و علت منحصر و تامه‌ی تهدید نیز استمرار حیات جنین است. اگر گفته شود در این حالت پدر جنین نیز می‌تواند از جنین دارای حیات انسانی خود در برابر مادر دفاع نماید، پاسخ این است که جنین از سوی مادر در معرض خطر و مرگ قرار نگرفته است. اقل امر این است که شروع تهدید از سوی جنین بوده است. لذا می‌توان گفت بنای عقلا بر این است که مادر برای نجات جان خود در برابر تهدید خارجی یا داخلی مجاز است و لو آن تهدید، جنین داخل رحمش باشد.

۲-۲- ناهنجاری‌های جنینی

الف - قبل از ولوج روح

در ناهنجاری‌های جنینی در بین فقهای شیعه کسی قول به جواز سقط را اختیار نکرده است (برعکس خطر جانی برای مادر که تماماً در این مرحله حکم به جواز داده‌اند). همان گونه که اشاره شد در بین متأخرین نیز نظر غالب، قول بر عدم جواز است (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۴، ص ۶۶؛ تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۳۳۳؛ سیستانی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۷۷). مگر برخی از آن‌ها که در صورت تحقق حرج یا ضرر شدید و غیرقابل تحمل، قول به جواز را اختیار نموده‌اند و از باب احتیاط دیه را نیز ثابت می‌دانند. حتی در سقط جنین حاصل از زنا دیه را متعلق به ولی و حاکم شرع قلمداد می‌کنند.

البته ناهنجاری، مراتب و شدت و ضعفی دارد که برخی موارد آن نه تنها برای پدر و مادر جنین پس از تولد، حرج و مشقت غیرقابل تحمل ایجاد می‌کند، بلکه خود نوزاد نیز به دلیل نواقص شدید کروموزومی و ژنی زندگی رقت‌باری خواهد داشت، مانند: افراد دارای دو سر، چسبیده یا فاقد دست، پا، چشم، گوش و... لذا با توجه به نوع ناهنجاری، فتاوی‌ای معاصرین نیز متفاوت شده است.

آیت الله خامنه‌ای در مورد جنین مبتلا به تالاسمی شدید که با نظر پزشکان در مرحله‌ی قبل از ولوج روح تشخیص داده شده باشد در قول اول خود (www.khameneie.ir، اجوبه‌الاستفتائات، ج ۲، ص ۶۷) سقط را جایز نمی‌داند و لو به درخواست والدین باشد. اما در قول دوم خود با توجه به وضعیت مورد سؤال که این قبیل کودکان را با زندگی مشقت‌بار تا پایان عمر مواجه می‌کند و هر لحظه امکان موت یا فلج آن‌ها در اثر خونریزی شدید متصور است با شرط تشخیص قطعی (علم عرفی پزشکی) بیماری قبل از ولوج روح و به دلیل حرج حاصل برای والدین، سقط آن را جایز شمرده است (www.khameneie.ir، ص ۱۲۶۵).

آیت الله مکارم شیرازی (www.arabic.makarem.ir)، المسائل المستحدثة فی الطب، ش ۱، ص ۳۷) در پاسخ به استفتایی درباره‌ی ناهنجاری‌های شدید جنین با شرط تحقق علم یا ظن متأخم به علم - که نوعاً اطمینان آور است - قائل به جواز سقط شده است. اما صرف احتمال را کافی در جواز نمی‌داند و در پاسخ به سؤال مشابهی با تعبیر دیگر، جواز را منوط به تحقق عسر و حرج شدید برای والدین نموده است (مکارم شیرازی، سایت، المسائل المستحدثة فی الطب، ش ۱، ص ۳۷).

اما در بین فقهای اهل سنت در مذهب حنفی قول به مباح بودن سقط نیز نقل شده، برخی هم آن را مکروه شمرده‌اند. دلیل این قول را عدم صدق انسان و نفس محترم به جنین قبل از ولوج روح ذکر کرده و آن را مصداق تحریم آیه‌ی: «لاتقتلوا النفس اللتی حرم الله الا بالحق» نمی‌دانند (ابن عابدین، ۱۵۴۱ق، ج ۸، ص ۵۸۶). البته از بین آن‌هایی که این عمل را مباح یا مکروه نمی‌دانند، برخی عذر موجه را دلیل جواز شمرده‌اند. برخی فقهای شافعی نیز علی الاطلاق عذر شرعی را دلیل جواز سقط در این مرحله اعلام کرده‌اند (الرملی، ۱۹۹۳م، ج ۸، ص ۴۱۸). سایرین قائل به عدم جوازند.

با توجه به این رویکرد می‌توان نظر راجح در برخی مذاهب اهل سنت را به ویژه در بین متأخرین، در ناهنجاری جنین و نقص شدید خلقتی که نوعاً باعث تحقق حرج و به تعبیر بالا «عذر شرعی» می‌گردد، جواز سقط دانست.

بنای عقلا

علاوه بر نظرات مورد اشاره در پذیرش قول به جواز سقط تا قبل از ولوج روح در جنین دارای ناهنجاری، بنای عقلا نیز در این شرایط بر رجحان سقط و جلوگیری از ولوج روح در جنینی است که هنوز فاقد حیات انسانی است و عنوان انسان به آن صدق نمی‌کند، ضمن این که قواعد اضطرار، لاجرح و لاضرر نیز در راستای این بنا قرار گرفته‌اند. زیرا در صورت ولوج روح در جنین، مصداقی از انسان دارای حیات به وجود آمده که قطعاً در دایره‌ی حرمت آیه مبارکه‌ی: «ولا تقتلوا النفس اللتی حرم الله الا بالحق» قرار می‌گیرد و پس از تولد، عسر و حرج شدید و گاهی فوق طاقت برای خانواده و نیز زندگی مشقت بار و غیر قابل تحملی را برای خود به همراه خواهد داشت. در چنین وضعیتی عقلا جلوگیری از ولوج روح و سقط را امری راجح بلکه لازم می‌شمارند.

ب - پس از ولوج روح

در جنین رشد یافته و دارای حیات انسانی در بین قدما و متأخرین از فریقین کسی قول به جواز نداده و ناهنجاری‌های جنینی را علل موجهی برای ارتکاب سقط نمی‌دانند. همان گونه که هیچ فقیهی مجوز قتل دیوانه و یا افراد ناقص الخلقه را پس از تولد نداده است. بنابراین فرقی بین جنین دارای حیات انسانی قبل از تولد با پس از تولد وجود ندارد. قواعد لاجرح یا لاضرر نیز حاکمیتی در این خصوص ندارند. زیرا این قواعد و نیز قواعد اضطرار و تقیه، امتنانی هستند و مرز امتنان تا جایی است که با حقوق دیگران در تعارض نباشد. در این صورت حکومت چنین قواعدی منتفی خواهد بود. اگر در قاعده‌ی تقیه، مجوز ارتکاب فعل حرام صادر شده باشد، مرز آن نیز در همان حدیث مشخص شده و تا جایی است که خون و جان مسلمان دیگری در معرض تلف قرار نگیرد.

لذا نهایت امر در جنین و نوزاد دارای ناهنجاری، تحقق عسر و حرج یا ضرر برای خانواده و خود نوزاد است که اولاً برخی امور ذاتاً دارای حرج هستند و تخصصاً از دایره‌ی حکومت قاعده خارجند. ثانیاً در صورتی که حرج محقق نیز نامتعارف باشد، حاکمیتی بر آیه‌ی مبارکه‌ی «و لا تقتلوا النفس اللتی حرم الله الا بالحق» ندارد.

۴ - نتیجه‌گیری

نتیجه‌ی پژوهش صورت گرفته و برآیند نظرات فقها و اندیشمندان اسلامی از قدما و متأخرین، با لحاظ تأثر از شرایط و وضعیت امر حادث که بدون اثرپذیری از رویکرد هرمنوتیکی نیز نمی‌تواند باشد، به همراه نظر منتخب در چند بند به شرح زیر مطرح می‌گردد:

۱- در لسان قدما و تا حدودی متأخرین، نگاه به موضوع «سقط جنین» بیش‌تر نگاه به یک بزه‌ی اجتماعی بوده است که از سوی مادر به عنوان متهم با کمک طبیب، قابله یا از سوی ضاربی که نوعاً مادر جنین را هدف قرار می‌داد، محقق می‌شده است. احکامی که در این خصوص در فتاوی و کتب فقهی به چشم می‌خورد و غالباً بر ثبوت دیه در حق ولیّ جنین تأکید دارند، شاهی بر مدعاست. این نگاه در متأخرین و معاصرین، از بزه صرف به ضرورت‌های اجتناب ناپذیر درمانی، اجتماعی، اقتصادی و... چرخش پیدا کرده و به یکی از موضوعات اساسی تبدیل شده است.

۲- ادله‌ی شرعی ممنوعیت سقط در قرآن برگرفته از آیات نهی از قتل فرزندان به لحاظ ترس از گرسنگی و یا حرمت قتل نفس است. در روایات نیز به عنوان عمل حرام از آن

نهی شده است؛ اگر چه تصریحی به برابری جنین با یک انسان کامل (به لحاظ عدم تعیین مجازات قصاص در سقط عمدی ولو پس از ولوج روح) نشده است، با این وصف برخی فقها نظر به قصاص داده و برخی دیگر آن را محل اشکال دانسته‌اند.

۳- در ضرورت‌های سقط (قبل از ولوج روح) به هنگام خطر جانی برای مادر، فریقین متفقاً قائل به جواز هستند و در موارد حرج یا ضرر شدید نیز غالباً حرمت سقط را محکوم این دو قاعده و قاعده‌ی اضطرار می‌دانند. اما در مورد ناهنجاری جنین نوعاً قائل به جواز نیستند؛ مگر حرج یا خطری برای مادر یا والدین ایجاد کند. برخی از فقها در این مورد به شرط حصول اطمینان، خصوصاً در هموفیلی قول به جواز را اختیار کرده‌اند. در سایر ضرورت‌ها جز برخی فقهای اهل سنت از مذهب حنفی که قائل به اباحه هستند، از دیگر فقهای اسلامی قول به جواز نقل نشده است.

اما پس از ولوج روح غالب فقها به طور مطلق قائل به عدم جواز هستند، حتی اگر با خطر جانی مادر مواجه باشد. در این بین برخی به صراحت قول به تخییر را انتخاب و موضوع را از مصادیق باب تراحم دانسته‌اند و یا بدون اشاره به تحقق یا عدم تحقق تراحم، طبق قاعده‌ی اهم و مهم نجات جان یکی از آن دو را (در صورتی که نجات هر دو امکان‌پذیر نباشد) واجب می‌دانند.

۴- آن چه کم‌تر مورد توجه قرار گرفته است، نگاه به سقط از دید مادر جنین است که به هنگام خطر مرگ، با آن دست و پنجه نرم می‌کند. از نگاه ثالث به هنگام تعارض استمرار بارداری (پس از ولوج روح) با حیات مادر، قول به ترجیح جان مادر نسبت به جنین ابراز نشده است؛ اما بنای عقلا بر ترجیح نجات جان مادر به عنوان اصل است و جنین داخل رحم او فرع است که خود مادر سبب یا یکی از اسباب خلقت او بوده ضمن این که مادر حیات مستقل دارد اما حیات جنین، تبعی است (و لو این که در ماه‌های آخر به مرحله‌ای از رشد می‌رسد که با دستگاه خارج از رحم می‌توان او را زنده نگاه داشت). بنابراین از دیدگاه خود مادر و نیز بنای عقلا، قاعده‌ی «الأهم فالأهم» می‌تواند تعیین‌کننده باشد. پس از آن نیز نوبت به تخییر می‌رسد که نتیجه‌ی حکم عقل است؛ زیرا اگر ترجیح از دیدگاه مادر باشد، به طور طبیعی نجات جان خودش ارجح خواهد بود.

۵ - وقتی از نگاه مادری که در معرض تهدید و مرگ از سوی جنین قرار گرفته است به قضیه نگریسته می‌شود، دفاع مشروع موضوعیت می‌یابد که علاوه بر ادله‌ی شرعی (نظر صریح برخی فقها) و قانونی (قانون مجازات اسلامی) بر جواز و حتی وجوب دفاع از نفس،

بنای عقلا نیز پشتوانه‌ی محکمی برای اعمال این حق (سقط) توسط مادری است که حیات او از ناحیه‌ی جنین مورد تهدید قرار گرفته است. در این صورت این مادر است که تصمیم می‌گیرد در دفاع از جان خود با سقط جنین، تهدید داخلی را برطرف نماید یا خود را در معرض هلاک قرار دهد.

۶ - در صورتی که دفاع مادر از جان خود مشروع باشد - که برآیند پژوهش به همین امر تأکید دارد - اقدام دیگران (پزشک، قابله، داروفروش و ...) در کمک و معاونت به وی نیز مشروع خواهد بود. زیرا معاونت در فعل جایز (دفاع مشروع) نمی‌تواند عنوان مجرمانه باشد. البته این امر منصرف از موردی است که نام‌برندگان به عنوان مباشر، مرتکب عنصر مادی سقط شوند.

منابع

۱. ابن حزم اندلسی، *المحلی*، ج ۱، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۶ق.
۲. ابن عابدین، *ردالمحتار علی الدر المختار*، بی‌جا، بیروت، لبنان، دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع، ۱۴۱۵ق.
۳. بهجت، محمدتقی، *توضیح المسائل*، ج ۲۱، قم، انتشارات شفق، ۱۳۷۸ش.
۴. تبریزی، میرزا جواد، *صراط‌النجاة*، بی‌جا، بی‌جا، نشر برگزیده، ۱۴۱۶ق.
۵. حرعاملی، محمد حسن، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، ج ۲، قم، مؤسسه آل‌البیت "علیهم‌السلام" لإحياء التراث، ۱۴۱۴ق.
۶. خامنه‌ای، سیدعلی، *اجوبه الاستفتاء*، سایت Khameneie.IR.
۷. _____، *مسائل پزشکی*، Khameneie.IR.
۸. خمینی، روح‌الله، *تحریر الوسیلة*، ج ۲، نجف اشرف، دارالکتب العلمیه، ۱۳۹۰ق.
۹. _____، *توضیح المسائل*، بی‌جا، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۲ش.
۱۰. خوئی، ابوالقاسم، *تکملة منهج الصالحین*، ج ۲۸، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
۱۱. _____، *مبانی تکملة المنهاج*، ج ۲، قم، انتشارات العلمیه، قم، ۱۳۹۶ش.
۱۲. الرّملى، شمس‌الدین، *نهاية المحتاج الی شرح المنهاج*، بی‌جا، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۹۹۳م.
۱۳. الزرقاء، مصطفی، *الفتاوی الموسوعة الفقهیة*، بی‌جا، کویت، وزارت الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، ۱۹۹۳م.

۱۴. سیستانی، سیدعلی، *الفتاوی المیسرة*، ج ۳، بی‌جا، الفائق الملونة، ۱۴۱۷ق.
۱۵. _____ *فقه المغربین*، بی‌جا، بی‌نا، ۱۴۱۴هـ ق
۱۶. شیرازی، سیدمحمد، *الفقه*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۱۷. صافی گلپایگانی، *استفتائات پزشکی*، بی‌جا، دارالقران، بی‌تا.
۱۸. صدوق، محمد، *من لایحضره الفقیه*، ج ۲، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۳۹۲ق.
۱۹. طوسی، محمد، *المبسوط فی فقه الامامیه*، بی‌جا، بی‌جا، انتشارات المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية، ۱۳۸۷ ش.
۲۰. عودة، عبدالقادر، *التشريع الجنائي الاسلامی*، ج ۱۳، بیروت، مؤسسه الرسالة، ۱۹۹۴م
۲۱. فیاض، محمداسحاق، *منهاج الصالحین*، ج ۱، بی‌جا، کتاب‌خانه شیخ محمد إسحاق فیاض، بی‌تا.
۲۲. قائنی، محمد، *مجموعه مقالات سمینار میان رشته‌ای سقط جنین*، بی‌جا، بی‌جا، انتشارات سمت، ۱۳۸۶ ش.
۲۳. قانون مجازات اسلامی
۲۴. قرضاوی، یوسف، *الحلال والحرام فی الاسلام*، بی‌جا، دمشق، المكتب الاسلامی، ۱۹۷۳م.
۲۵. کاشانی، ابوبکر، *بدايع الصنایع*، بی‌جا، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸م.
۲۶. کلینی، یعقوب، *الکافی*، ج ۱۵، طهران، دار الکتب الإسلامیة، ۱۳۶۳ ش.
۲۷. گلپایگانی، سیدمحمد رضا، *مجمع المسائل*، ج ۱۴، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۳۷۲ ش.
۲۸. مجلسی، محمدباقر، *بحار الانوار*، ج ۲، بیروت، مؤسسه الوفاء، ۴۰۳ق.
۲۹. محقق حلی، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، ج ۲، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹
۳۰. مکارم شیرازی، ناصر، *بحوث فقهیه هامه*، سایت www.arabic.makarem.ir
۳۱. _____ *المسائل المستحدثة فی الطب*، سایت www.arabic.makarem.ir
۳۲. منتظری، حسینعلی، *توضیح المسائل*، ج ۱۶، بی‌جا، نشر تفکر، ۱۳۷۷ ش.
۳۳. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج ۲، طهران، دارالکتب الإسلامیة، ۱۳۶۵ ش.