

بررسی قاعده عسر و حرج در حکم کاهش جنینی در روش های کمک باروری*

جمیله جعفری^۲

چکیده

در روش های جدید کمک باروری، چندقلوزایی افزایش داشته است. افزایش مرگ و میر، ناهنجاری های جنینی، فشار روانی و اقتصادی را می توان از تبعات این شرایط دانست. از راه های پیشنهادی این مشکلات، «کاهش انتخابی جنین» است. بر اساس فتوای فقها، سقط جنین در صورتی جایز است که جان مادر یا برخی از جنین ها را تهدید کند، و یا تشخیص داده شود که جنین بگونه ای ناقص است که برای والدین موجب حرج شدید شود. در استفتائات فقهای معاصر، قاعده لاحرج مستند جواز سقط بعضی از جنین ها برای حفظ بقیه واقع شده است. با توجه به این مبنا، تشخیص مفهوم و دامنه مصادیق این قاعده باید مورد توجه قرار گیرد. زیرا عسر و حرج مفهومی ذو مراتب، و در مصادیق آن اختلاف زیادی وجود دارد، لذا وجود عسر و حرج به تنهایی کافی نیست، بلکه باید مشقت اثبات شود. پس تشخیص قطعی تیم معالج به عنوان یکی از منابع تشخیص حرج ضروری است. همچنین آیات قرآن به صراحت قتل فرزندان به دلایل اقتصادی، به اطلاق ممنوع دانسته و مراکز اجتماعی و دولت وظیفه حمایت از خانواده های بی بضاعت را عهده دار است، از اینرو مشکلات اقتصادی به عنوان حرج موقت و قابل رفع، مصادیق حرج نمی باشد. با توسعه علم احتمال کشف شیوه ی درمان نقایص مادرزادی در تشخیص اولیه پزشک، صدور مجوز سقط بر مبنای قواعد فقهی، مغایر دستورات شرع نبوده ولی بر مبنای اصل تفسیر مضیق می بایست به موارد خاص و بیماری های ناعلاج اکتفا شود.

واژگان کلیدی: سقط، کاهش جنینی، عسر و حرج.

* تاریخ دریافت: ۹۶/۵/۴ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۶/۱۲/۲۰

۲- استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد زرقان. شیراز- ایران Jafari.j2020@yahoo.com

بیان مسئله

نفی عسر و حرج یک قاعده کلی است که فقها در موارد فراوانی به آن استناد کرده‌اند و به موجب آن، به نفی تکالیفی که مستلزم عسر و حرج برای مکلف است، حکم داده‌اند. استناد به این قاعده، اختصاص به باب خاصی از ابواب فقه ندارد، بلکه در مباحث مختلف، اعم از عبادات و معاملات، مورد استناد قرار گرفته است. نفی عسر و حرج که از قواعد کاربردی در علم فقه به شمار می‌آید از نظر فقهای امامیه بر پایه ادله چهارگانه (کتاب، سنت، اجماع و عقل) قرار گرفته است. قاعده مذکور که توسط فقهای اهل تشیع و اهل سنت مطرح شده و در ردیف قواعد فقهی مورد استفاده قرار گرفته و راهگشای مسائل فقهی مستحدثی است که مبتنی بر دوران‌دیشی فقه پویای اسلامی می‌باشد و کاربردی وسیع، در جوامع اسلامی کنونی پیدا کرده و در مواردی وارد قوانین گشته، موجب تحول حقوق امروزی در رفع بسیاری از مشکلات شده است. به خصوص در موضوعات جدیدی که به واسطه تأثیر فن آوری و تکنولوژی تغییراتی در زندگی شخصی و اجتماعی انسان‌ها ایجاد کرده است. از جمله در مسائل پزشکی به عنوان مثال به واسطه روشهای درمان نازایی که در حال حاضر انجام می‌شود، گاهی اوقات حاملگی‌های چند قلو (چهار و پنج قلو) اتفاق می‌افتد، که در اکثر موارد، با مشکلاتی همراه می‌باشد؛ مانند زایمان زودرس، از بین رفتن جنین‌ها و یا عدم رشد کافی آن‌ها، ناقص‌الخلقه شدن، ناتوانی مادر در حمل جنین، خطر و عوارض جسمی و روحی برای مادر، لطمه‌های روحی و روانی برای خانواده و در نهایت مشکلات اقتصادی در تأمین نیازهای اطفال. یکی از روشهایی که امروزه در دنیا پیشنهاد می‌گردد و انجام می‌شود، کاهش تعداد این جنینها در ماههای اول بارداری (پنجاه تا شصت روزگی) است، تا بقیه جنین‌ها بتوانند سلامت کامل داشته و در شرایط مساعدتری ادامه حیات دهند. حال آیا این روش درمانی از نظر شرع اسلام جایز است یا خیر؟ با توجه به این که مبنای فتوای اکثر فقها مبنی بر جواز، عسر و حرج اعلام گردیده، آیا این عسر و حرج شخصی است یا نوعیست؟ اگر حرج شخصی است، در کدام یک از ابعاد زندگی پدر و مادر جنین باید این عسر و حرج وجود داشته باشد؟ معیار تشخیص عسر و حرج شخصی چه کسی است پدر یا مادر یا پزشک؟ دیدگاه پزشک چه نقشی در تشخیص حرج دارد؟

آیا جواز سقط جنین در چندقلو زایی، باعث گسترش بیشتر اعمال خلاف شرع، قانون و اخلاق در موارد غیر چندقلو زایی و مواردی که تعدادبچه‌ها ی یک خانواده زیاد باشند می‌شود؟

آیا دلایل قانون گذار برای قانونی کردن سقط جنین مانند ممانعت و پیشگیری از معضلات اجتماعی ناشی از عدم سقط (مثل مناسب نبودن محیط خانواده برای رشد کودک) می تواند مصداق عسر و حرج تلقی گردد؟

پژوهش حاضر به روش مطالعه ی کتابخانه ای با معیار قراردادن قاعده عسر و حرج و فتاوی فقهای امامیه خاصه فقهای معاصر به تحلیل و بررسی این سوالات می پردازد.

۱- مبانی فقهی جواز کاهش جنینی

فقها برای استنباط جواز کاهش جنینی، به قواعد و اصولی تمسک کرده اند. برخی از آن ها قواعدی هستند که پایه و اساس مباحث فقهی است و به عنوان ادله حاکم بر احکام اولیه بوده و بر عمومات و اطلاعات آنها تقدم می یابد، و به عنوان احکام ثانویه به اجرا در می آید. مهمترین این اصول عبارتند از اصل لاضرر، اصل اضطرار، بنای عقلا و اصل عسر و حرج و برخی به قاعده تزامم و اصل دفاع نیز تمسک جسته اند. در این جا بعد از بررسی مختصر این موارد به موضوع مورد بحث پرداخته می شود.

الف- قاعده لا ضرر

یکی از اصولی که در موضوع مبحث مورد استناد قرار گرفته است، قاعده لا ضرر است. براساس این قاعده هیچ حکم ضرری از قبل شارع جعل و یا امضاء نمی شود. در مواردی که بقای جنین زیان جانی قابل توجهی را برساند و سلامت مادر را به گونه ای تهدید نماید که از نظر عقل تحمل آن روا نباشد، برای دفع زیان از مادر، می توان سقط جنین را قبل از دمیده شدن روح، روا دانست (آیت الله سیستانی، ص ۴۰۷، آیت الله مکارم شیرازی، ص ۲۹۴). اما پس از دمیده شدن روح، به دلیل اینکه این قاعده از قواعدی است که در حق تمامی مکلفین جریان می یابد، در شرایط مساوی، نمی تواند به نفع برخی (مادر) و ضرر برخی دیگر (جنین) مورد استفاده قرار گیرد؛ (آیت الله سیستانی، ص ۴۰۷، آیت الله مکارم شیرازی، ص ۲۹۴). زیرا در تعارض با اجرای قاعده لاضرر از سوی جنین قرار می گیرد و ترجیحی هم در میان نخواهد بود.

ب- اصل اضطرار

حکم اضطراری که به آن حکم ثانوی نیز می گویند، حکمی است که برای مکلف با توجه به حالات مختلف او به استثنای حالت علم و جهل وضع شود. به طور کلی اضطرار، وضعیتی غیر قابل تحمل

است، به طوری که هرگاه مکلف در آن قرار گیرد، نتیجه آن یکی از این سه حالت است: انجام فعل حرام، ترک واجب و یا تلفیقی از هر دو. (رحمانی، ۱۳۸۶، ص ۱۵۷) برخی از فقها برای رفع حرمت سقط جنین، به قاعده اضطرار استناد نموده اند. در شرایطی که جان مادر و جنین هر دو، در معرض خطر قرار دارد، یا زمانی که بقای جنین، جان مادر را در تهدید می کند، می توان به این دلیل تمسک کرد؛ چراکه در چنین شرایطی، تنها امکان حفظ جان یک نفر وجود دارد، همان، ص ۱۶۸) در شرایط اضطرار که حفظ جان مادر یا تعدادی از جنین ها متوقف بر از بین بردن یک یا تعدادی دیگر از جنین ها است، مسلماً بنابر عقل و شرع کاهش جنین های مشکل ساز مشکلی نخواهد داشت؛ البته باید در چنین شرایطی، کمترین ضرر ممکن به مادر یا دیگر جنین ها وارد شود؛ زیرا اضطرار یک نفر، حق دیگری را از بین نمی برد (صفا، فاضل، فقه المصالح و المفاسد، ص ۷۱).

مرجع تشخیص موضوعات اضطراری عرف است. زیرا اضطرار نیز مانند عسرو حرج و لاضرر دارای مفهوم تشکیکی است و تشخیص موضوع آن کار آسانی نیست. (وطنی، ۱۳۸۱، ش)

ج- اصل بنای عقلا

بنای عقلا، به عنوان مستندی بر اثبات برخی از احکام است، که در قواعد فقهی و اصولی نیز با تمسک به آن استدلال و احتجاج می شود؛ با این شرط که بنای عقلا، نباید خلاف صریح احکام و مبانی شرعی باشد.

در بحث حاضر نیز گاه برای جواز سقط، به بنای عقلا استناد شده است. به عنوان نمونه وقتی جان مادر از ناحیه جنین در خطر است، از آنجا که عقلا، مادر را اصل و جنین را فرع می دانند، حق حیات را از مادر و سبب اخذ نمی کنند تا به جنین بدهند. لذا حق را به کسی می دهند که مورد تعرض و تهدید واقع شده است، زیرا خطر مرگ از پیدایش جنین سرچشمه گرفته و علت منحصر و تامه تهدید نیز استمرار حیات جنین است. از این رو می توان مدعی بود که بنای عقلا بر این است که مادر برای نجات جان خود در برابر تهدید خارجی یا داخلی مجاز است، ولو آن تهدید از سوی جنین داخل رحمش باشد (عربیان، ص ۱۳۰).

د- قاعده لاضرر

در اصطلاح فقهی و حقوقی منظور از قاعده لاضرر این است: تکالیفی که موجب مشقت و سختی برای مکلف است در دین وجود ندارد. در تعریف آن گفته شده است: «هر عملی که انسان را به تنگنا و ضیق

اندازد، دشوار و سخت هم هست و هر کاری که انجام دادنش، برای آدمی سخت و شاق باشد، موجب تنگی و اعمال فشار بر او نیز می شود. به علاوه، ضابطه تعیین مصداق عسر و حرج، عرف است که مطابق آن، هر کاری که موجب مضیقه و تنگنا باشد، حرج و دشواری نیز تلقی می شود» (محقق داماد، ۱۳۸۵، ص ۹۷) این قاعده حکم حرجی را در دین نفی می کنند؛ به این نحو که در اسلام هیچ حکم حرجی که موجب مضیقه و در تنگنا افتادن مکلفان باشد، تشریح نشده است. این قواعد تکلیف احکام اولیه ای را که سبب پدید آمدن مشقتی غیر قابل تحمل می گردد، برمی دارند یا آن حکم را تعدیل می کنند. البته نه هر سختی و تنگی حرج است، بلکه سختی شدید مراد است؛ زیرا اگر هر سختی و ضیق «عسر و حرج» باشد، لازم می آید، همه تکالیف حرجی باشند؛ چون تکلیف از جهت تکلیف بودن مشقت و سختی به همراه دارد (مشایخی، ۱۳۸۷، ص ۱۴۲).

قاعده عسر و حرج، اصل دیگری است که در جواز سقط جنین، بدان استناد می شود. و بر این موضوع دلالت دارد که اگر مکلف به حرج بیفتد، و دچار سختی و مشقت شود، آن حکم از او برداشته می شود. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲، ص ۱۸۲) بر اساس این قاعده، اگر بقای جنین موجب مشقت شدید والدین و یا خطر جانی مادر باشد، ضمن این که عمومیت حکم حرمت سقط جنین، به قوت خود باقی است، در این مورد خاص، به واسطه وجود عسر و حرج، حکم حرمت به جواز تبدیل می شود.

۲- عسر و حرج در سقط درمانی

شکی نیست که حکم اولیه سقط جنین حرمت است فرقی نمی کند روح در آن دمیده شده یا نشده باشد. موضوع حائز اهمیت این است که اگر بقای جنین موجب عسرت شدید والدین شود، حکم حرمت برداشته می شود. احکام ثانویه که صرفاً در موارد خاص ساری و جاری است در فقه شیعه مبتنی بر ضرورت اجتماعی و عسر و حرج و در فقه عامه (اهل سنت) مبتنی بر قاعده استحسان است. به عبارت دیگر اگر اجرای یک حکم شرعی در مورد خاص با مقتضیات اجتماعی روز در تعارض باشد و یا موجب عسرت گردد صرفاً در آن مورد خاص حکم تغییر می یابد. جواز تبدیل حکم وجوب و حرمت یک موضوع به اباحه در مورد خاص مبتنی بر نص صریح قرآن کریم است. (حسینی، هادی، ۱۳۸۴، ص ۳۴۱-۳۴۴).

البته عناوین ثانوی، که عارض بر متعلق می شوند و حکم را تغییر می دهند بسیارند، مانند: ضرورت، ضرر، اکراه و ... که بخشی از آن در حدیث معروف «رفع» آمده است. این عناوین، که خواه ناخواه در بستر زمان و مکان تغییر پیدا می کنند، سبب تغییر حکم شرعی می شوند. در نتیجه، از موارد و مصداق بارز

نقش زمان و مکان در اجتهاد و استنباط حکم شرعی هستند. این موارد، نمونه‌ای از موارد تغییر حکم شرعی هستند (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۳۵). پس از عناوین نسبی و اضافی محسوب شده که با توجه به شرایط زمان و مکان (اختلاف اشخاص و حالات آنها) دگرگون می‌شوند. قاعده نفی عسر و حرج بر بسیاری از احکام حکومت می‌کند، فقیه با تشخیص موارد عسر و حرج که با اختلاف زمان و مکان مختلف می‌شود، مانع از به سختی افتادن مردم می‌شود. (مکارم شیرازی، دائرة المعارف فقه مقارن؛ ص ۲۹۰). به این ترتیب اصل سماحت و سهولت در احکام دین، مکلف را از قرار گرفتن در تنگنا خارج می‌سازد.

۲-۱- ملاک حرج در کاهش جنینی

آیا منظور از حرج در موضوع کاهش جنینی، حرج شخصی است یا حرج نوعی؟

منظور از حرج شخصی، حکم یا عملی است که برای یک شخص طاقت فرسا باشد نه آن که برای عموم مردم چنین دشواری وجود داشته باشد؛ اما در حرج نوعی، حکم یا عمل برای نوع مردم طاقت فرسا است، ولی ممکن است برای بعضی از افراد قابل تحمل باشد. بیشتر نویسندگان فقهی معتقدند که مفاد روایات مربوط به قاعده حرج، دلالت بر حرج شخصی دارد (عظیم زاده اردبیلی، ۱۳۸۷، ۴۲). آنچه از ادله نفی عسر و حرج به دست آمده، و نزد فقها اصلی مسلم گشته و به نحو قاعده کلی مورد فتوی قرار گرفته، رفع تکالیف اولیه است از مکلفین به واسطه شرایط بخصوصی نسبت به اشخاص خاص که موجب عسر و حرج آنها شده باشد. به این گونه عسر و حرجها شخصی گفته می‌شود که موجب رفع تکالیف اولیه ثابت شده از اشخاص می‌شود و هیچ‌گونه تعارض و منافاتی با تکالیف اولیه عامه ندارد و حاکم بر آن تکالیف و به منزله استثناء و تخصیص است.

با دقت در روایات مستند ملاحظه می‌شود که در اغلب آنها، حرج مورد سؤالی که به استناد «ما جَعَلَ عَلَیْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» نفی شده است، حرج های شخصی است. با این حال، در میان روایات مواردی نیز وجود دارد که به موجب آن احکام حرجی ناظر به نوع مردم مورد نفی قرار گرفته و عسر و حرج و مشقت مردم به عنوان حکمت تشریح حکم مطرح است و برخی خیارات مربوط به معاملات و اصالت صحت و عفو دایه طفل از تطهیر لباس خود و نیز تشریح تقیه را شاهدهی برای نوع دوم ذکر کرد که در غالب روایات، نوع اخیر عسر و حرج به اصطلاح از مقوله «حکمت حکم» محسوب می‌شود. چون دلیل لا حرج بر ادله دیگر حکومت دارد، بدیهی است جایی برای پذیرش حرج نوعی باقی نمی‌ماند؛ زیرا معنی حکومت از یک سو رفع هر حکمی است که موجب حرج باشد و از سوی دیگر

بقای احکامی است که مقتضی حرج نباشد و این همان معنی شخصی بودن حرج است. البته روشن است که هرگاه دلیل لا حرج ناظر به نوع مردم باشد نمی توان به استناد دلیل این قاعده، آن الزام قانونی را از نوع مردم رفع کرد (محقق داماد، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۹۵). لذا اگر حکمی دائر مدار حرج و مشقت باشد، مراد حرج و مشقت شخصی است. (مناسک عمره مفرده. مکارم؛ ص: ۲۶۶)

با این حال، برخی گفته اند که در تعیین و تشخیص عسر و حرج ملاک نوعی بودن و یا شخصی بودن به تنهایی کافی نیست، بلکه در این موارد، علاوه بر در نظر گرفتن حالات روحی و جسمی شخص در تشخیص عسر و حرج، باید داوری عرف معقول را نیز در نظر گرفت. به عبارت دیگر فعلی حرجی و طاقت فرسا است که علاوه بر دشواری انجام آن برای فاعل، داوری عرف نیز بر آن صحه گذارد و در آن مورد خاص، انجام عمل را برای مکلف با صفات و حالات خاص مشکل بداند؛ هرچند که در شناسایی عسر و حرج، معیار شخصی، ملاک اصلی است. (افضلی قادری، ۱۳۷۹، ص ۲۹). از این رو نمی توان یک قاعده و ضابطه کلی برای همه مصادیق عسر و حرج بیان کرد، بلکه اگر یک حکم برای شخصی دارای عسر و حرج بود از همان فرد رفع تکلیف می شود و تکلیف برای باقی افراد باقی است.

بنابراین مصداق حرج و مشقت که مجوز سقط جنین است با توجه به وضعیت جسمی و روحی - روانی و شخصیت مادر احراز می گردد، و نمی توان برای همه موارد یکی حکم کلی مطرح کرد. شخصی بودن مصداق عسر و حرج به این معنا، با مراجعه به مستندات پزشکی، عرف و در نظر گرفتن وضعیت روحی، اخلاقی و اجتماعی مادر و همچنین وضعیت محیط از حیث زمان و مکان، می توان حکم به حرجی بودن یا حرجی نبودن بقای جنین داد.

۲-۲- مصادیق عسر و حرج شخصی در کاهش جنینی

با نگاه کلی می توان مصادیق جزئی عسر و حرج والدین در اقدام به کاهش جنین در بارداری های چند قلویی در موارد زیر بررسی نمود:

الف- آمادگی نداشتن والدین برای داشتن چند فرزند

ب- رشد نامناسب و نقص عضو برخی یا تمام جنین ها

ج- تهدید جانی مادر یا برخی جنین ها

د- حفظ سلامت مادر

به تحقیق حکم مسأله، یعنی جواز سقط در هر یک از فروض فوق، باتوجه به شرایط و ادله فقهی و قانونی مختلف، متفاوت خواهد بود.

الف- یکی از مشکلاتی که مادران چند قلو، درگیر آن می شود آسیب های روانی ناشی از داشتن چندین فرزند در آن واحد است که مادر به دلیل عدم توانایی در نگهداری آنان از جهت رشد و تربیت یا محدودیت های موقعیتی که دارد، به آن دچار می شود. فشار های روحی و روانی که می تواند بیماری موقت و دائم برای مادر ایجاد کند. چنان چه آسیب روانی مادر احتمال پزشکی قابل توجهی مبتنی بر آسیب رسیدن به نوزاد و یا مادر (به سبب آسیب به جان مادر و یا به سبب اثرات بیماری مادر در رشد و توسعه جنین و ...) وجود داشته باشد، قبل از ولوج روح به سبب قاعده لاجرح برای مادر یا خانواده در صورت درخواست زوجه مصداق حرج و مبنای مجوز سقط درمانی شمرده شده است که در موضوع مورد بحث که چندین جنین درگیر مشکلات مادر هستند به طریق اولی مؤثر است. هرچند مخالفان سقط جنین اصولاً جنین را از لحاظ علمی انسان و در نتیجه دارای شخصیت انسانی تلقی کرده و نابود ساختن او را جرمی در ردیف سایر جرایم و در نهایت نقض حقوق بشر به شمار می آورند و معتقدند حق اختیار مادر (نوع و کیفیت حیات) نباید منشأ صدور مجوز برای قتل جنین باشد، همان طور که حق هیچ انسانی بر دستیابی به زندگی بهتر نباید به واسطه قتل سایر انسانها تضمین گردد (مهرگان، ۱۳۸۴، ۴۴۸).

ب- گاهی جنین دارای نقص عضو است. حال این سؤال مطرح می شود که آیا نقص عضو یا مبتلا بودن جنین به بیماری شدید، مجوز سقط است؟ بعضی معتقدند اگر یقین به وجود نقص عضو جنین باشد که موجب گرفتاری پدر و مادر و مایه عسر و حرج شدید بشود، بعید نیست اسقاط آن جایز باشد؛ زیرا ادله حرمت سقط جنین منصرف از این مورد است. (مکارم شیرازی، استفتائات جدید، ۱۳۸۱، ۴۵۳).

آیت الله خامنه ای در پاسخ استفتایی در مورد سقط جنین هایی که مبتلا به بیماری های شدید باشند به طوری که از بدو تولد تا پایان عمر دائماً در وضع مشقت باری به سرخواهند برد می فرماید: "اگر تشخیص بیماری در جنین قطعی است و داشتن و نگهداری چنین فرزندی موجب حرج باشد، در این صورت جایز است قبل از دمیده شدن روح، جنین را سقط کنند؛ ولی بنابر احتیاط، دیه آن باید پرداخت شود" (حسینی خامنه ای، ۱۳۸۰، ص ۶۴). براین اساس مجلس شورای اسلامی طرحی طی ماده واحده ای

در نود و هفتمین جلسه علنی مجلس هفتم مطرح و در نود و هشتمین جلسه مورخ ۲۳ فروردین ماه ۱۳۸۴ به شرح ذیل تصویب نمود:

"سقط درمانی با تشخیص قطعی سه پزشک متخصص و تأیید پزشکی قانونی مبنی بر بیماری جنین که پس از ولادت موجب حرج والدین یا طفل می شود و یا بیماری مادر که با تهدید جانی مادر توأم باشد قبل از ولوج روح (چهار ماه و ده روز) با رضایت زن و شوهر مجاز می باشد و مجازات و مسئولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود."

این مصوبه چنان که در مشروح مذاکرات مجلس آمده (روزنامه رسمی، ش ۱۷۵۴۱، ص ۲۸) دارای دو بخش است. بخش اول مربوط به جنین های ناقص الخلقه ای است که نگهداری آنان پس از تولد موجب عسر و حرج والدین یا طفل می شود و بخش دوم مربوط به مواردی است که ادامه حاملگی جنین بیمار، موجب تهدید جانی مادر بشود. در این فرض غالب فقها، سقط را جایز دانسته اند؛ اما تعبیر و تفاسیر گوناگونی را ارائه داده اند.

همانطوری که گفته شد؛ با توجه به فتوای اکثر فقها سقط جنین تنها در صورتی جایز است که جان مادر در خطر باشد. همچنین اگر بیماری شدیدی مادر را تهدید کند، و جنین هنوز به مرحله دمیدن روح نرسیده باشد. و نیز اگر تشخیص قطعی داده شود که جنین به گونه ای ناقص است که برای پدر و مادر و اطرافیان اسباب عسر و حرج شدید می شود، مشروط بر این که روح در آن دمیده نشده باشد. در این سه صورت، ختم حاملگی جایز است. (استفتاءات جدید مکارم، ج ۵۲۷) در کاهش جنینی در بارداری های غیر متعارف نیز همین موارد مستند جواز از بین بردن بعضی از جنین ها برای بقای دیگران (مادر و جنین های دیگر) واقع شده است. (فتوای ایت الله خامنه ای، صانعی، تبریزی، مکارم و فاضل لنکرانی). در واقع خطر جانی مادر، بیماری شدید مادر، نقص عضو و بیماری جنین و به خطر افتادن حیات برخی از جنین ها از موارد عسر و حرج شخصی محسوب می گردد. بدیهی است قطع حاملگی با گواهی قطعی سه پزشک و تأیید کتبی پزشکی قانونی مبنی بر تهدید جانی مادر، قبل از ولوج روح بلامانع و دارای مبنای فقهی، شرعی و عقلی است..

ولی در فرضی که جنین مرحله بعد از دمیده شدن روح رسیده است؛ برخی از فقها، جواز سقط جنین بعد از دمیده شدن روح را از باب تراحم دانسته و جان مادر را ترجیح داده اند (مکارم شیرازی، ناصر؛ بحوث فقیهه هامة، ص ۲۹۴)، در مقابل این گروه برخی معتقدند: اگر بپذیریم که مسئله از باب تراحم است، اهمیت جان مادر نسبت به جنین باید مورد بحث قرار گیرد؛ زیرا دلیلی بر اهمیت جان مادر نسبت

به جنین وجود ندارد. زیرا مشهور فقها تفاوتی بین مجازات جنایت بر مادر و جنین قائل نشده اند، بلکه در هر دو مورد حکم به قصاص داده اند. (خویی، مبانی تکلمه المنهاج، ج ۲، ص ۴۱۷ / ۳۳-نجفی، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴۳، ص ۳۸۱). لذا می فرمایند که در چنین شرایطی باید توقف کرد و امر را به قضای الهی سپرد. (نجفی، ج ۴، ص ۳۸۷ امام خمینی ره، ج ۱، ص ۸۹).

بعد از پیروزی انقلاب، رئیس هیئت مدیره نظام پزشکی وقت، در مورخه ۱۳۶۱/۷/۲۵ طی نامه ای به شورای نگهبان درخواست اظهار نظر در خصوص انطباق آیین نامه انتظامی پزشکی با حکم شرعی را می نماید که در این خصوص (جواز سقط جنین برای حفظ جان مادر) مساله مورد بحث فقها قرار گرفته و از سوی شورای نگهبان نامه استفتائیه ای به امام خمینی (ره) نوشته شد. و در نهایت شورای نگهبان مواد ۶ و ۱۷ آیین نامه انتظامی پزشکی مصوب کمیسیون های مشترک بهداری و دادگستری مجلسین در سال ۱۳۴۸ را مغایر با موازین شرع تشخیص داده و به شرح ذیل اعلام نظر می کند: ((ماده ۱۷ که دلالت بر جواز سقط جنین برای سلامت مادر در صور مختلف دارد، باید موارد آن مشخص شود. مثلا در مواردی که قبل از دمیده شدن روح در جنین، یقین یا خوف عقلایی حاصل شود به تلف مادر و توقف فقط نفس او، سقط جنین در این حال که هنوز روح در او دمیده نشده است، جایز می باشد و پس از دمیده شدن روح، اگر امر دایر باشد بین یکی از آنها، به این صورت که اگر اقدامی نشود یا جان مادر در خطر است یا جنین، سقط جنین برای حفظ جان مادر جایز نیست و سایر موارد نیز باید مشخص شود و حکم مطابق موضوع تعیین گردد)).

همچنین در پاسخ به دلیلی که اضطرار مادر را مجوز سقط بعد از دمیده شدن روح دانسته اند؛ برخی معتقدند اضطرار در صورتی موجب حلیت محرمات می شود که به قتل منتهی نگردد، بنابراین اگر باعث قتل دیگری شود، جایز نیست. (طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۶، ح ۳۳۵، ص ۱۷۶)

د- یکی دیگر از مواردی که موجب رضایت والدین چند قلو بر کاهش تعداد آن هاست مشکلات اقتصادی و عدم توان ایشان در تأمین نیازهای اولیه فرزندانشان می باشد؛ که در حقیقت با توجه به شرایط زمانی عصر حاضر، دغدغه بجا و متعارفی است. حال آیا با توجه به تعریف قاعده لاجرح، دامنه ی این قاعده مشکلات و مضیقه تأمین معاش را نیز شامل می گردد.

شکی نیست که از مهم ترین تنگناها، فقر و حرج اقتصادی است؛ آیات قرآن به این مورد تاکید داشته و یادآور شده و به صراحت قتل فرزندان به دلایل اقتصادی، به اطلاق ممنوع دانسته است. (سوره ی ۳۱؛ سوره ی انعام آیه ۱۵۱) زیرا مشکلات و مسایل اقتصادی جزء مواردی است که باید از طرق دیگر،

همچون حمایت های اجتماعی دولت و آحاد افراد اجتماع از خانواده های نیازمند بر طرف نمود. با توجه به فتوای برخی فقها بر عدم جواز سقط جنین به مجرد وجود مشکلات و سختی های اقتصادی در جنین واحد، (آیا سقط جنین بر اثر مشکلات اقتصادی جایز است؟ جواب: سقط جنین به مجرد وجود مشکلات و سختی های اقتصادی جایز نمی شود. استفتاءات آیت الله خامنه ای، ۱۳۸۹، س ۱۲۶۱). می توان گفت: «از آنجا که حرمت حفظ جنین در مقابل آسیب های اقتصادی، فردی، خانوادگی و غیره که موقت هستند، اولویت دارد و سقط در این موارد مجاز نیست؛ چراکه لاجرح، ضرر و اضطراب مادر برای انجام سقط به دلیل آسیب های موقت، دور از احتیاط و فارغ از دو راندیشی است. به سبب تأکید کلی شارع بر حرمت سقط، به نظر نمی رسد که صدمات کوتاه مدت، بتواند حرمت سقط جنین را بردارد. با توجه به همین مبنا و نیز مفهوم عسر و حرج که شامل سختی هایی است که در بستر زمان ادامه پیدا می کند نه سختی های موقت، در مورد سقط و کاهش جنین های چند قلو حکم حرمت جاری می باشد.

در شرع اسلام موضوعاتی وجود دارد که به هیچ وجه شارع در آن تسامح و تساهل لحاظ نکرده است؛ از آن جمله؛ اجرای حد و نیز قتل انسان به خاطر عسر و حرج و یا تقیه است.

زیرا این معنی مسلم است که عسر و حرج رافع تکلیف نه به معنی مطلق کلفت و زحمت که لازمه عمل به هر تکلیف برخلاف طبیعت است، می باشد؛ چرا که کلفت مبدأ اشتقاق تکلیف و زحمت، لازمه وجودی اجراء هر دستوری است و الا اگر چنین می بود، به حکم این قاعده، کلیه تکالیف در دنیا ساقط و ملغی بود؛ بلکه مراد از عسر و حرج رافع در این قاعده دو نوع خاص از مطلق کلفت و مشقت عمومی است: ۱- آن عسر و حرجی است که عادتاً قابل تحمل نباشد و تکلیف بما لا یطاق شناخته شود. ۲- آن عسر و حرجی است که از اندازه کلفت و زحمت لازمه طبیعت هر تکلیف، زائد و فائق باشد (رسائل حجابیه، ج ۱، ص: ۶۶۵).

«پس این قاعده شامل احکامی که در اصل تشریح خود همواره ضرری یا حرجی هستند، (مانند جهاد، دفاع و اجرای قصاص، پرداخت زکات) نمی شود. بلکه فقط شامل احکامی می شود که یک حالت معمولی بی ضرر و غیردشوار و یک حالت غیر معمول زیان آور یا دشوار داشته باشند». (آسمانی، خورسندیان، محمودیان، ۱۳۸۹، ۴۵)

۲-۳- تشخیص میزان حرج

وجود عسر و حرج به تنهایی کافی نیست بلکه مصادیق آن باید هم از لحاظ شرع و هم به جهت قانون اثبات شود، تا عمل ارتكابی از مصادیق جرم محسوب نشود. اما این که چه کسی باید قطعیت حرج را اعلام کند. آیا تشخیص پزشک، می تواند مجوز شرعی و قانونی برای سلب حیات از موجود انسانی باشد. یا این که تشخیص و اقرار و اعلام پدر و مادر بر مشقت و تنگنا، مجوزی برای حلیت حکم سقط محسوب می شود. عسر و حرج و ضرر، از جمله اسباب پیدایش اضطرار است، هم چنان که محقق نائینی می گوید:

که لو اضطرر المکلف الی الاقتحام فی بعض اطراف العلم الاجمالی کان الاضطرار موجباً عقلاً للترخیص فیما یدفع به الاضطرار، سواء کان الاضطرار من جهة لزوم الضرر او العسر و الحرج او غیر ذلک من الاسباب؛ (نائینی، ج ۳، ۲۵۲).

در صورتی که شخص مکلف به ارتکاب برخی از اطراف علم اجمالی اضطرار یابد، اضطرار او به حکم عقل موجب جایز شدن کاری است که اضطرار با آن برطرف می شود، فرق نمی کند این اضطرار به جهت لازم آمدن ضرر یا عسر و حرج و یا دیگر اسباب باشد. بر این اساس، عسر و حرج و ضرر، از جمله اسباب پیدایش اضطرار است، هم چنان که در کلام فقهای چون محقق نائینی آمده است (همان، ص ۲۵۲).

اما در موضوع بحث یعنی کاهش جنینی به دلیل اهمیت مورد، در اولین اقدام، تشخیص و اعلام نظر اطمینان بخش تخصصی و دقیق پزشک و یاتیم و گروه پزشکان معالج لازم و ضروری است. به طوری که وضعیت قطعی مادر و چند قلوها از لحاظ بیماری و یا سلامتی جسمی و روانی مورد توجه بوده باشد. از آن جا که تشخیص پزشکی تجربی و حسی و به همراه مستندات علمی است؛ اعلام نظر پزشکان در راستای حفظ سلامتی مادر و جنین ها، به عنوان مصداق حرج حجت و مبنا واقع می شود. در استفتایی که در مورد سقط جنین پزشکی شده، فتوای آیت الله خامنه ای بدین شرح است: پزشک بعد از معاینه در ماههای اول حاملگی به زن گفته است که استمرار بارداری احتمال خطر جانی برای او دارد و در صورتی که حاملگی ادامه پیدا کند، فرزندش ناقص الخلقه متولد خواهد شد و به همین دلیل پزشک دستور سقط جنین داده است، آیا این کار جایز است؟ و آیا سقط جنین قبل از دمیده شدن روح به آن جایز است؟

پاسخ ایشان بدین شرح است: ناقص الخلقه بودن جنین، مجوز شرعی برای سقط جنین حتی قبل از ولوج روح در آن محسوب نمی‌شود، ولی اگر تهدید حیات مادر بر اثر استمرار حاملگی "مستند به نظر پزشک متخصص و مورد اطمینان" باشد، سقط جنین قبل از ولوج روح در آن اشکال ندارد.. (استفتاءات آیت الله خامنه ای، ۱۳۸۹، س ۱۲۶). بر همین اساس حسب ماده واحده مصوب ۱۳۸۴/۰۳/۱۰ مجلس شورای اسلامی؛ سقط درمانی با تشخیص قطعی سه پزشک متخصص و تایید پزشکی قانونی مبنی بر وجود جنینی که به علت عقب افتادگی یا ناقص الخلقه بودن موجب حرج مادر است و یا بیماری مادر که با تهدید جانی مادر توأم باشد قبل از ولوج روح (چهارماه) با رضایت زن مجاز می باشد و مجازات و مسوولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود."

یکی از خصایص این قانون بر خلاف تصور رایج فقهی و حقوقی آن است که قانونگذار تشخیص حرج را برعهده مادر گذاشته است. در بخشی از این ماده واحده که با ملاک عسر و حرج سقط جنین بیمار و ناقص الخلقه مجاز شمرده شده، گامی مثبت و بلند برای تأمین امنیت و سلامتی مادر و کودک برداشته شده، به طوری که با اجرای دقیق آن از تولد بچه‌های ناقص الخلقه و عقب مانده و صرف هزینه‌های گزاف (۲۰۰۰ میلیارد تومان در سال) نگهداری آنان جلوگیری می‌شود و از طرفی جامعه نیز شاهد تلف شدن مادران، در اثر سقط‌های غیرقانونی و غیربهداشتی نخواهد بود؛ اما نکته مهم، ملاک عسر و حرج می‌باشد که باید با دیدگاه فقها و ادله شرعی استنباط حکم سقط جنین هماهنگ و ضابطه‌مند باشد و مصادیق آن کاملاً احصاء شود. بنابراین مقبولیت نزد عامه و عرف نمی‌تواند ملاک قانونمندی باشد پس در تعیین ملاک، مصلحت انسان بدانگونه که خداوند دانای حکیم لطیف مقرر فرموده است، باید مورد ملاحظه قرار گیرد. امید است افرادی که تخصص کامل در این زمینه دارند، با آگاهی از مقتضیات زمان آیین‌نامه اجرایی طرح مزبور را به گونه‌ای تنظیم نمایند که مانع هرگونه سوء استفاده از قانون گردد (نوذری، ۱۳۸۴، ص ۸۰).

نکته قابل توجه آن است؛ «در صورتی که به دلایل پزشکی حذف جنین ضروری باشد قبل از هر گونه تصمیم‌گیری برای کاهش جنین بایستی با مادر و همسر وی مشاوره کرد؛ گاه ممکن است نیاز به مشاوره‌های روان‌شناختی متعددی باشد. در مشاوره علاوه بر روش کار بایستی عوارض زودرس و دیررس و شانس از دست دادن تمامی جنین‌ها و همچنین خطرات عدم دخالت در مورد کاهش جنینی برای زوج بیان شود و پس از پذیرش والدین اقدام به انجام آن نمود». (بهجتی اردکانی، آخوندی، احمدی، ۱۳۸۴، ص ۴۴۴)

البته لازم به ذکر است که با توجه به توسعه رو به رشد علم و فن آوری و احتمال کشف شیوه‌ی درمان نقایص مادرزادی در تشخیص اولیه پزشکی مبنی بر نارسایی‌های مغزی یا ذهنی و یا ناتوانی جسمی جنین، صدور مجوز سقط در مرحله جنینی بر مبنای قواعد لاجرح، لاضرر و اضطرار، می‌بایست در قلمرو شمول حکم به صورت محدود و در موارد کاملاً خاص قدم برداشت و اصل تفسیر مضیق را حاکم نمود.

در غیر موارد فوق از مصادیق حرج مثل عدم آمادگی زوج در پذیرش چند قلوها، خارج شدن شرایط زندگی از روال ثابت و عادی خود و سخت شدن شرایط زندگی، نمی‌تواند مجوزی برای حکم ثانویه سقط جنین باشد. زیرا اصل اولیه عدم مشروعیت سقط است و عنوان‌هایی که می‌تواند مستند حکم باشد ضرورت، حرج و قاعده لاضرر است که بر این اساس در هر موردی نمی‌توان حکم به مشروعیت سقط نمود؛ ضمن این که حکم سقط در دو مرحله باید مورد توجه قرار گیرد یکی قبل از عروج روح و دیگری بعد از عروج روح که ضابطه و قاعده خود را دارد. در این موارد شایسته است که والدین تحت مشاوره‌های روانشناختی قرار گیرند.

پرداختن به فلسفه‌ی آفرینش، نگاه توحیدی داشتن به خلقت خداوند، توجه به روح در حال تکامل انسان، تأکید دستورات دینی مبنی بر قرارگرفتن سختی‌ها و مصائب به عنوان حکمت خداوند، تأکید فراوان دین مبنی بر حفظ ارزشها، عدم وابستگی به مادیات، تلاش برای کاهش یا رفع رنج دیگران و ... در تحلیل اسلامی این موارد، کمک کننده خواهد بود. (آسمانی، خورسندیان، محمودیان، ۱۳۸۹، ص ۵۵)

نتیجه گیری

قاعده نفی عسر و حرج در مواردی، موجب تحول حقوق امروزی در رفع بسیاری از مشکلات شده است. بخصوص در موضوعات جدیدی که به واسطه تأثیر فن آوری و تکنولوژی تغییراتی در زندگی شخصی و اجتماعی انسان ها ایجاد کرده است. بررسی کاربرد عملی این قاعده در باردای هایی که چند قلو (چهار و پنج قلو) اتفاق می افتد و در مواردی که، با مشکلاتی همراه می باشد جای درنگ و تأمل دارد. همانگونه که ذکر شد مجوزهای اخلاقی و شرعی در مورد کاهش جنین در حاملگی های چندقلویی از اهمیتی خاص برخوردارند. از آن جا که زیر بنای حکم جواز کاهش جنین، قاعده کلی «عسر و حرج» است، در تشخیص آن سلیقه و نظر شخصی قابل اعمال است و به بیان دیگر در موضوع کاهش جنین، سلیقه پزشکان در تشخیص عسر و حرج، نقش اساسی در اجرای این قاعده دارد و چنین نقش مهمی در این موضوع، جای تأمل و دقت نظر دارد. شاید بتوان گفت این عرف است که مصادیق عسر و حرج را روشن می سازد و پزشک نیز بخشی از عرف عام محسوب می شود و عرف هر زمان در تعیین معیار عسر و حرج مؤثر است و می تواند ضابطه نوعی را با وضعیت خاص والدین متقاضی کاهش جنین تطبیق دهد. لذا تشخیص و اعلام نظر قطعی، علمی و دقیق پزشک و یا پزشکان معالج ضروری است، به طوری که وضعیت قطعی مادر و چند قلوها از لحاظ بیماری و یا سلامتی جسمی و روانی مورد توجه بوده باشد. از طرفی تنها راه مطمئن در این موارد اظهار نظر و تشخیص پزشکان، به همراه مستندات علمی و حسی، مثل سونوگرافی های پیشرفته و سه بعدی و آزمایش های خاص است؛ پس اعلام نظر ایشان در راستای حفظ سلامتی مادر و جنین ها، حجت و یقین آور است. ولی نسبت به شرایط دیگری که ظاهراً موجبات عسر و حرج را ایجاد می کند، تشخیص مشکل می شود؛ مثل آسیب های روانی ناشی از عدم توانایی در نگهداری آنان از جهت رشد و تربیت یا محدودیت هایی که در این ارتباط به آن دچار می شوند. اینجاست که اعمال سلیقه خطر جدی در جریان قاعده عسر و حرج محسوب می گردد. با توجه به اطلاق ادله نقلی در این خصوص سخت شدن شرایط زندگی، نمی تواند مجوزی برای حکم ثانویه سقط جنین باشد. زیرا اصل اولیه عدم مشروعیت سقط است و عنوان هایی که می تواند مستند حکم جواز باشد ضرورت، حرج و قاعده لاضرر است که با توجه به اهمیت موضوع (حق بقا و حیات انسان) و بر اساس اصل تفسیر مضیق در هر موردی نمی توان حکم به مشروعیت سقط نمود؛ ضمن این که حکم سقط در دو مرحله باید مورد توجه قرار گیرد یکی قبل از عروج روح و دیگری بعد از عروج روح که ضابطه و قاعده خود را دارد.

با توجه به حساسیت مساله سقط جنین و بروز مسایل و موضوعات جدید و متحول در این باب و گاهی تعارض قوانین و رویه های قضایی با واقعیت های جامعه، بازنگری و تدوین مقررات مناسب و درعین حال انسانی و شرعی ضروری است.

فهرست منابع

۱. آسمانی. امید. خورسندیان. محمدعلی . محمودیان. فرزاد. ۱۳۸۹. چالش های اجرایی قواعد نفی عسر و حرج، لا ضرر و اضطراب در سقط درمانی فصلنامه فقه پزشکی سال دوم، تابستان و پاییز، شماره ۳ و ۴.
۲. افضلی قادری. فرحناز. ۱۳۷۹. بررسی قاعده لا ضرر و لا حرج در طلاق به درخواست زوجه. مجله شورای فرهنگی و اجتماعی زنان، شماره ۹، ص ۷۸-۹۵.
۳. بهجتی اردکانی. زهره. آخوندی. محمد. محمدرضا. احمدی. ۱۳۸۴، کاهش جنین در حاملگی چندقلویی ، فصلنامه باروری و ناباروری، صفحات ۴۴۹-۴۴۴.
۴. خوبی، سید ابوالقاسم، ۱۳۹۶ق، مبانی تکلمه المنهاج، الطبعة الثانية، قم، المطبعة العلمية.
۵. حسینی خامنه‌ای، علی، ۱۳۸۰، رساله اجوبه الاستفتائات، احمدرضا حسینی، چاپ اول، تهران ، انتشارات بین‌المللی هدی .۰.
۶. حسینی ،هادی ،۱۳۸۴، بررسی قضایی سقط جنین در کشور استرالیا با مروری کوتاه بر مبانی حقوقی آزادی قانونمند آن ،مجموعه مقالات سمینار میان رشته ای سقط جنین ، همان ، صص ۳۴۴-۳۴۱
۷. جمعی از نویسندگان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، جلد ۳، قم - ایران مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی ، صفحه ۳۸-۲۴.
۸. جعفریان، رسول، ۱۳۸۰، رسائل حجابیه، جلد اول، قم، انتشارات دلیل ما.
۹. طوسی، محمد بن الحسن، ۱۴۱۸ق، تهذیب الاحکام، تصحیح علی اکبر الغفاری، الطبعة الاولى، نشر صدوق، تهران.
۱۰. عظیم زاده اردبیلی، فائزه، ۱۳۸۷، گستره کاربرد قاعده عسر و حرج در نظام حقوقی خانواده مجله فقه و حقوق خانواده، شماره ۴۹ ، صفحه ۵ تا ۲۵.
۱۱. مشایخی، قدرت الله، ۱۳۸۷، قاعده های فقهی، تهران، انتشارات سمت، چاپ سوم.
۱۲. محقق داماد، مصطفی. ۱۳۸۵، قواعد فقه، تهران، انتشارات سمت، چاپ هشتم.
۱۳. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۲ق، بحوث فقیهه هامة (مهمه)، الطبعة الاولى، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، قم.

۱۴. مکارم شیرازی، ناصر. دایره المعارف فقه مقارن. قم - ایران، ناشرمدرسه الإمام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
۱۵. مکارم شیرازی، ناصر. ۱۴۲۲. مناسک عمره مفرده، در یک جلد، قم - ایران، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۱۶. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۸۱، استفتائات جدید، تهیه و تنظیم ابوالقاسم علیان نژاد، چاپ سوم، قم، مؤسسه علمی بن ابی طالب (ع).
۱۷. مهرگان، امیر حسین، ۱۳۸۴، سقط جنین و حقوق بشر در آئینه حقوق بین المللی، مجموعه مقالات سمینار میان رشته ای سقط جنین، دوره ۶، شماره ۴.
۱۸. نائینی. محمد. حسین، ۱۴۰۶ق، فوائد الاصول، جلد ۳، قم، مؤسسه الاسلامی.
۱۹. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، الطبعة السابعة، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
۲۰. نوذری فردوسی، محمد، ۱۳۸۴، سقط جنین در حقوق اسلامی و فمینیسم، مجله مطالعات راهبردی زنان، شماره ۲۸.
۲۱. وطنی، امیر، ۱۳۸۱، بررسی فقهی اضطرار و ضرورت، فصلنامه مقالات و بررسی ها، شماره ۷۱، ص ۲۰۷-۱۸۷.