

Jurisprudential Foundations of Abortion Permission; with Emphasis on Jurisprudential Rule of Incompatibility

Keramati Moez H.* MSc, Chavoshi M.S.¹ MSc, Abdollahi S.² MSc

*Criminal Law & Criminology Department, Law Faculty, University of Tehran, Tehran, Iran

¹Criminal Law & Criminology Department, Law Faculty, University of Edalat, Tehran, Iran

²Law Department, Humanities Faculty, Malard Branch, Islamic Azad University, Malard, Iran

Abstract

Introduction: Abortion is one of the basic and definite decrees, to which the book and the tradition imply, but, as any basic decree in case of secondary circumstance, it can be changed in the same way and the abortion is possible. The aim of this study was to evaluate the jurisprudential foundations of abortion permission with an emphasis on jurisprudential rule of incompatibility.

Conclusion: Some Imamieh jurists believe that only when the soul has not been blown up in fetus and that the mother's life is preceded by abortion, according to the rule of incompatibility, abortion is permissible. Another group believes that the fetus can be aborted even after blowing the soul in fetus to defend the mother's life. Some others, based on the rule of incompatibility, consider a mother entitled to abortion and pay more attention to mother's life, but if the life of mother and fetus are of equal importance, according to the rule of incompatibility and doubt about the requirement, if there is no superiority on one of the two sides, the wisdom is to decide and the pregnant woman is between the survival of her own self and abortion. From Imamieh jurists' point of view, if the survival of fetus involves maim or an intolerable pain for mother, for the health of mother, abortion is permissible before the soul is blown up. Others believe that mother can be treated even with blowing the soul in fetus and does not need to delay it; even if the treatment causes an abortion and they say, according to the rule of incompatibility, that the mother's life has a preference.

Keywords

Abortion
Jurisprudential Rule
Incompatibility
Therapeutic Abortion

*Corresponding Author

Tel: +98 (21) 44544675

Fax: -

Post Address: Central Organization of Tehran University, 16 Azar Street, Enghelab Square, Tehran, Iran. Postal code: 14176144180

keramatihadi@gmail.com

Received: May 12, 2018

Accepted: May 14, 2018

ePublished: January 20, 2018

مبانی فقهی جواز سقط جنین؛ با تاکید بر قاعده فقهی تزاحم

هادی کرامتی‌معز * MSc

گروه حقوق و جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، تهران، ایران

محمدصادق چاووشی MSc

گروه حقوق و جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه عدالت، تهران، ایران

سامان عبدالهی MSc

گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد ملارد، دانشگاه آزاد اسلامی، ملارد، ایران

چکیده

مقدمه: حرمت سقط جنین از احکام اولیه و مسلمی است که عموماً کتاب و سنت بالصرافه بر آن دلالت دارند اما همانند هر حکم اولیه‌ای در صورت عروض عناوین ثانویه، قابل تغییر است و امکان جواز سقط وجود دارد. هدف مطالعه حاضر بررسی مبانی فقهی جواز سقط جنین با تاکید بر قاعده فقهی تزاحم بود.

نتیجه‌گیری: عده‌ای از فقهای امامیه معتقدند تنها وقتی که روح در جنین دمیده نشده است و حفظ حیات مادر متوقف بر سقط جنین باشد، این عمل جایز است و می‌توان با استناد به قاعده تزاحم جنین را سقط کرد. گروهی دیگر معتقدند حتی با دمیده شدن روح در جنین برای دفاع از جان مادر می‌توان جنین را سقط کرد. عده‌ای براساس قاعده تزاحم مادر را مجاز به سقط جنین می‌دانند و برای جان مادر اهمیت بیشتری قایل هستند، ولی اگر جان مادر و جنین از نظر درجه اهمیت مساوی باشند، طبق قاعده تزاحم و دوران امر بین محذورین، اگر مرجحی بر یکی از دو طرف نباشد؛ عقل به تخییر حکم می‌کند و زن باردار مخیر بین حفظ نفس خود و سقط جنین است. از منظر فقهای امامیه در صورتی که بقای جنین مستلزم نقص عضو یا درد غیرقابل تحمل برای مادر باشد، سقط جنین تا قبل از ولوج روح به دلیل حفظ سلامتی مادر جایز است. عده‌ای دیگر معتقد هستند مادر می‌تواند حتی با ولوج روح در جنین درمان شود و نیازی نیست که آن را به تاخیر اندازد؛ حتی اگر درمان موجب سقط جنین شود و ایشان طبق قاعده تزاحم می‌گویند جان مادر رجحان دارد.

کلیدواژه‌ها: سقط جنین، قاعده فقهی، تزاحم، سقط درمانی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۲/۲۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۲/۲۴

* نویسنده مسئول: keramatihadi@gmail.com

مقدمه

اصطلاح‌های سقط جنین یا اسقاط جنین به‌طور متداول در میان مردم یا در متون حقوقی به کار رفته است و در اصلاح حقوقی به معنی "خراج عمدی قبل از موعد جنین یا حمل به‌نحوی که زنده یا قابل زیستن نباشد یا منقطع‌ساختن دوران طبیعی بارداری" است [1]. برخی نیز قایل به آن هستند که "سقط جنین خاتمه‌دادن به بارداری به‌وسیله برداشتن، انداختن و دفع جنین یا رویان آن گونه که به مرگ بیانجامد، است" [2].

خروج یا اخراج جنین از رحم مادر شرط لازم برای تحقق سقط نیست، لذا سلب حیات از او کافی به مقصود است [3]. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ از اصطلاح‌های سقط جنین و اسقاط استفاده، ولی هرگز به اخراج یا خروج تصریح نشده است.

امروزه کشورها در برخورد با مساله سقط جنین تصمیمات متفاوتی را مقرر نموده‌اند، بعضی از آنها سقط جنین را بدون هیچ قید و شرطی پذیرفته و آن را مجاز اعلام کرده‌اند، برخی از کشورهای دیگر تحت تاثیر اخلاق مذهب کلیسا قرار داشته و به‌طور کل با آزادی آن مخالفت کردند و مجازات‌های سنگینی نیز برای آن مقرر داشته‌اند، اما اکثر کشورها با سقط جنین مشروط موافق بوده و اجازه داده‌اند افراد در شرایط حساس و ضروری اقدام به سقط نمایند. در حقوق و فقه اسلامی با مساله سقط جنین به‌شدت برخورد شده و این عمل

اصولاً جرم بوده و مرتکب به مجازات‌های مقرر محکوم می‌شود. لیکن با در نظر گرفتن مبانی نظری که قوانین هر کشور از آن نشات می‌گیرد و ضرورت‌های اجتماعی موجود، به موجب مقررات، مواردی نیز در نظر گرفته می‌شود که در صورت وجود شرایط خاص، عمل سقط جنین مجاز است، آنها شامل موارد زیر هستند:

(۱) حفظ حیات مادر هنگامی که خارج‌نکردن جنین از رحم وی یا وضع حمل آن را به خطر اندازد.

(۲) جلوگیری از تولد نوزاد ناقص‌الخلقه و معلول که صدمات بدنی قابل تشخیص در رحم مادر دارد، به‌منظور دورماندن از پیامدهای اجتماعی آن و صرف هزینه‌های هنگفت برای نگهداری این‌گونه افراد

(۳) پیشگیری از ضررهای معنوی که در پی آشکارشدن علایم حاملگی یا تولد نوزاد ناشی از تجاوز جنسی و زنا برای زنان و دختران به‌منظور حفظ آبروی آنها حاصل خواهد شد.

مفهوم قاعده تزاحم

در صورت دوران امر بین دو محذور که یکی از جهت قبح و مفسده کمتر از دیگری باشد، عقل حکم می‌کند که بر مکلف اقل را مرتکب شود. این وضعیت را تزاحم می‌نامند. برای مثال اگر نجات کسی متوقف بر ارتکاب حرام باشد؛ مانند اینکه شخصی به خوردن میته مضطر شود، در اینجا یک ضرورت جانی با یک ضرورت غیرجانی تزاحم پیدا می‌کند، در باب تزاحم مرجحاتی در نظر گرفته شده است که می‌توان گفت برگشت همه آنها به ترجیح اهم بر مهم است و در مثال فوق یک طرف آن زیان جانی را در بر دارد و طرف دیگر مفسده ارتکاب حرمت و مکلف نمی‌تواند هر دو حکم را یکجا رعایت کند.

هر گاه انسان خود را بین دو منفعت و دو ضرر ناگزیر ببیند اولی به نفع خود و به ضرر دیگری و دومی به نفع دیگری و به ضرر خود، منصفانه‌ترین و بهترین راه حل این است که اهم منفعتین و اقل ضررین را انتخاب کند [4]. تشخیص اهم و مهم در همه موارد آسان نیست و اگر یکی از محذورها مهم‌تر از دیگری باشد؛ آنچه مهم‌تر است مقدم است، اما اگر محذورها مساوی باشند عده‌ای معتقد هستند که عقل بر تخییر حکم می‌کند.

هدف مطالعه حاضر بررسی مبانی فقهی جواز سقط جنین با تاکید بر قاعده فقهی تزاحم بود.

در این بخش ابتدا قاعده تزاحم برای آشنایی با موضوع بررسی و پس از آن قواعد حاکم بر تزاحم در سقط جنین و در انتها دیدگاه‌های فقهای امامیه پیرامون این موضوع تحلیل شدند.

مفهوم تزاحم

تزاحم از ماده زحمت است و در اصطلاح هر گاه در مقام امتثال برای یکدیگر زحمت و مزاحمتی فراهم نمایند که نتوان به هر دو عمل کرد این وضع را تزاحم گویند [5]. براساس تعریف دیگر در مورد قاعده تزاحم هر گاه دو حکم (دو قانون) هر دو فعلیت داشته و تصادفاً بر عهده مکلف قرار گرفته باشند و امکان این نباشد که مکلف هر دو را با هم امتثال کند، گویند بین آن دو تزاحم است و آن دو را حکمین متزاحمین می‌گویند [6]. در کتب اصول فقه برای تزاحم، حالات و اقسام متعددی ذکر نموده‌اند، از جمله حالتی که عمل ممنوعه، مقدمه عمل لازم و واجبی قرار گیرد مانند این که برای نجات یک انسان در حال غرق لازم شود بدون اجازه صاحب ملکی وارد آن ملک شوند، در اینجا تصرف تملک غیر بدون اجازه صاحب آن یا غضب که عمل ممنوع و غیرقانونی است مقدمه نجات غریق است و فرد مکلف در موقعیتی است که توان انجام هر دو

آن دو امر است" [6]. در مورد اصل تخییر همچنین گفته شده است که هر گاه شک و تردید مکلف دایر بین وجوب و حرمت شد یا به عبارت دیگر شک و تردید مکلف بین دو چیز است که هیچ کدام از آنها را به طور معین نمی‌تواند احراز کند، تکلیف تخییر است. مثال آن از موردی که شباهت‌هایی هم با سقط جنین دارد، انتخاب شدند. اگر کسی به قتل تهدید شود که اگر دیگری را نکشی کشته می‌شوی، حکم مشهور قصاص است ولی این مشکل است، قتل در اینجا حرام نیست و مورد داخل در باب تزام است چون امر دایر است بین ارتکاب حرام، که قتل نفس محترم است و ترک واجب و آن حفظ نفس و در معرض هلاک قرار ندادن و هیچ ترجیحی در وی نیست پس ناچاراً باید ملتزم به تخییر شد. بنابراین قتل جایز است و از روی ظلم و عدوان صادر نشده است، پس قصاص بر آن مترتب نمی‌شود، لیکن دیه ثابت می‌شود، به خاطر این که خون مسلمان هدر نمی‌شود [9].

در حالت مورد بحث یعنی موردی که برای نجات زن حامله باید سقط جنین صورت پذیرد. سقط جنین که فعل ممنوع و غیرمشموعی است مقدمه فعل لازم و واجب یعنی نجات جان مادر واقع شده است، جنین دارای حیات و روح با زن حامله از لحاظ اهمیت و ارجحیت مساوی است زیرا هر دو انسان هستند و دارای حق حیات که در این صورت زن حامله و پزشک در انتخاب یکی از دو طرف بر حسب امر مختارند، بنابراین اگر برای نجات زن مرتکب عمل سقط شوند مسئولیت کیفری ندارند. آیت‌الله خوئی می‌فرماید "مادری که جنین فرزندی را در رحم خودش دارد، انسان هم هست و ولوج روح هم شده ولی چون خطر مرگ خودش هم هست اینجا می‌تواند اختیار کند این طرف را و حفظ نفس کند، چون حفظ نفس هم واجب است. همچنان که قتل نفس محترم حرام است، حفظ نفس محترم واجب است". ایشان می‌گویند "اینجا تزام بین دو تا واجب است که اگر نگوییم جان مادر حفظش اهم است لاقلاً این است که مساوی با جنین است، پس بنا بر تخییر در مورد تزام، ایجاب می‌شود اختیار کند این طرف را و جنین خودش را بکشد و آن مورد تازه پیدا شده را از بین ببرد، گرچه قتل انسان باشد. بنابراین زن باردار مخیر بین حفظ نفس خود یا سقط جنین، یا بین خودداری از سقط جنین و پذیرش مرگ و هلاکت خود است، گرچه قتل نفس انسان باشد [10]."

قاعده اهم و مهم

در حالتی که یکی بر دیگری به جهتی از جهات ترجیح داشت به حکم عقل باید طرف دارنده امتیاز بیشتر برگزیده شود؛ چرا که این امر مطابق قاعده اهم و مهم است. در وضعیتی که حیات مادر در تعارض با بقای جنینی که هنوز روح در آن دمیده نشده است قرار می‌گیرد، به نحوی که وجودش تهدیدی جدی نسبت به مادر که انسانی ذی‌روح، کامل و تمام عیار است تلقی می‌شود، در این شرایط جایز است جنین مذکور که هنوز یک شخص و یک انسان محسوب نمی‌شود به جهت حفظ حیات مادر برداشته و سقط شود. در همین زمینه بیانات آیت‌الله مکارم شیرازی موید این مطلب است. ایشان می‌فرمایند "قانونی در اسلام داریم به نام قانون اهم و مهم، یعنی اگر دو مصلحت در تضاد با یکدیگر قرار گرفتند و ما بر سر دو راهی هستیم یا باید از این راه برویم که دارای زیان است یا از آن راه که دارای زیان دیگری است و باید یکی از آن دو زیان کمتر را انتخاب کنیم، قانون اهم و مهم می‌گوید نجات انسان زنده در اولویت است ما در بسیاری از این موارد سقط جنین را تحت این برنامه می‌بریم در آنجایی که جنین کامل نشده و هنوز نام یک

تکلیف، یعنی پرهیز از ورود به ملک غیر و نجات غریق را ندارد. از اقسام دیگر می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

الف) تزام به جهت آن که دو حکم تصادفاً به یک چیز تعلق گرفته است همانند اجتماع امر و نهی در یک مورد
ب) تزام به جهت آن که بین دو متعلق تضاد است و مکلف توان انجام‌دادن هر دو را ندارد [6].

دانشمندان علم اصول فقه با توجه به مبانی شرعی و عقلی گفته‌اند در چنین شرایطی انسان مکلف باید دست به انتخاب بزند و عملی را که مرجح است و اهمیت بیشتری دارد برگزیند. اگر هر دو عمل از نظر اهمیت مساوی بودند در انتخاب هر یک از دو طرف مساوی و مختارند. یکی از دانشمندان علم اصول چنین می‌نگارد هر گاه یکی از اقسام تزام پیش آید تردیدی نیست که عقل حکم به تخییر می‌کند. این در حالتی است که هیچ کدام از طرفین بر دیگری ارجحیت و امتیازی نداشته باشد [5] اما اگر یکی بر دیگری به جهتی از جهات ترجیح داشت به حکم عقل باید طرفی که امتیاز بیشتری دارد برگزیده شود. در موردی که دو اضطرار که از نظر اهمیت مساوی هستند برای فرد پیش آید مانند این که اضطرار سبب شود یا خانه زید خراب شود یا خانه عمرو، در چنین مواردی شیخ انصاری به دلیل این که تمام انسان‌ها را در کل شخص یا امنی واحد می‌داند این مورد را از باب تزام می‌داند، از آن رو موردی انتخاب می‌شود که کمترین ضرر را دارد [7]. مرحوم آیت‌الله خوئی بر این عقیده است که حق انتخاب با حاکم شرع است و پس از انتخاب او به حکم قاعده عدل و انصاف خسارت میان دو مالک تقسیم می‌شود [8].

قواعد حاکم بر تزام در سقط جنین

در بحث سقط جنین تزام دو اضطرار وجود دارد، از طرفی مادر برای نجات جان خود مضطر به اسقاط جنین و از طرف دیگر برای نجات جان جنین ناگزیر است که خود را در معرض خطر مرگ قرار دهد. همچنین در ارتباط با پزشک، حفظ جان مادر و حفظ جان جنین دو دستور است اما وی عملاً با وضعیتی روبه‌رو است که توان عمل به هر دو دستور را ندارد، بنابراین این حالت از موارد باب تزام است.

قاعده تخییر

زمانی که حیات مادر در خطر و به جنین هم روح دمیده شده است در این صورت بین ارتکاب حرام (سقط جنین) و ترک واجب (حفظ جان مادر) تزام به وجود می‌آید، یعنی اگر مادر بخواهد مرتکب حرام یعنی سقط جنین نشود، ناچاراً باید واجبی را ترک کند و آن وجوب حفظ نفس خود است و اگر بخواهد ترک واجب نکند، ناچاراً مرتکب حرام خواهد شد. بین متزاحمین اگر یکی نسبت به دیگری مهم‌تر باشد آن مقدم است. در این مساله فرض بر این است که جنینی که روح در او دمیده شده، همانند زن باردار انسان است و وجهی برای ترجیح یکی بر دیگری وجود ندارد و از نظر درجه اهمیت در یک درجه هستند؛ یعنی هم جان جنین و هم جان مادر محترم است، بنابراین اهم و مهمی وجود ندارد، لذا امکان اعمال قاعده تقدم اهم بر مهم و ترجیح یکی بر دیگری وجود ندارد، چون در باب تزام و دوران بین محذورین، اگر مرجحی بر یکی از دو طرف نباشد؛ عقل به تخییر حکم می‌کند [7].

در مورد تعریف اصل تخییر گفته شده است که "و آن حکم عقل است بر این که مکلف، مخیر است بین انجام‌دادن یا ترک‌کردن فعلی و مخیر است بین انجام‌دادن یکی از دو فعل با عدم امکان احتیاط و این حکمی عقلی است، که موضوع آن دو امری است که هیچ یک از آن دو بر دیگری رجحان ندارد و محمول آن جواز یکی از

علاوه بر موارد مذکور در مواد قبل، ارتکاب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، در موارد زیر قابل مجازات نیست. ب: در صورتی که ارتکاب رفتار برای اجرای قانون اهم لازم باشد.

اجرای قانون اهم در مواردی قابل اعمال است که در تزامم دو قانون که هر دو مبتلا به شخص است و اجرای همزمان هر دو امکان‌پذیر نیست، قانون اهم بر قانون مهم مقدم قلمداد شده و این قانون اجرا گردد^[14].

با عنایت به حکم کلی و عام بند دوم ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی که ناظر به قاعده اهم و مهم است و قانون‌گذار در این بند اعمالی مانند ارتکاب سقط جنین را در شرایط عادی برای حمایت جنین از زمان استقرار نطفه تا قبل از تولد به‌عنوان موضوع مهم، جرم شناخته و قابل مجازات اعلام نموده است ولی هر گاه ارتکاب عمل مهم برای اجرای موضوع اهم لازم باشد و در موضوع مورد بحث، حفظ جان، حیات و سلامت مادر که به‌عنوان موضوع مهم‌تر است، جرم محسوب نخواهد شد. به عبارت دیگر اجرای قانون اهم از منظر مقنن طرد و فروگذشتن اجرای قانون مهم است^[15]، مانند این که زن حامله‌ای که با اتوبوس شبانه از شهری به شهر دیگر مسافرت می‌کند ولی بین راه بر اثر تصادف اتوبوس با کامیون دیگر، عده‌ای از مسافران از جمله زن حامله، به شدت مجروح شده است و احتیاج به عمل فوری جراحی پیدا می‌کند، از نظر پزشکی انجام عمل جراحی زن مستلزم بیهوش کردن وی و صرف وقت زیاد در اتاق عمل است، چه بسا مساله از بین رفتن جنین در زمان بیهوشی مادر مطرح شود و به نظر پزشکان احتیاج به اسقاط جنین ضروری باشد.

در مساله بیان‌شده، حفظ حیات مادر و رفع خطر از او به‌عنوان امر مهم‌تری، مجوزی برای اسقاط جنین و مشروعیت انجام آن تلقی خواهد شد؛ در این موضوع تزامم به وجود می‌آید یا باید مادر را نجات دهد و جنین را سقط نماید یا جنین را نگه داشت که در این صورت مادر از بین می‌رود. با توجه به این که جنین تا قبل از چهارماهگی هنوز روح در او دمیده نشده است و جان جنین تا قبل از چهارماهگی، حداقل با جان مادر برابری نمی‌کند و جان مادر با ارزش‌تر و مهم‌تر است زیرا لاقل مادر حیات زیستی دارد، در چنین مواردی جان مادر اهم و جان جنین مهم است، لذا هنگام تزامم اهم و مهم براساس قاعده باید اهم را ترجیح نمود و آن جان مادر است. ماده واحده سقط‌درمانی، سقط جنین قبل از ولوج روح به خاطر حفظ حیات مادر را تجویز نموده است.

تزامم در سقط جنین در پرتو آموزه‌های فقه امامیه

امام خمینی در پاسخ به این سؤال که سقط‌درمانی برای حفظ جان مادر در بیماری‌های مختلفی که در کتب علمی معتبر آمده و متخصصین مورد وثوق اعلام می‌نمایند چه حکمی دارد؟ پاسخ داده‌اند "که سقط جنین به هیچ وجه جایز نیست و موجب دیه است ولی اگر برای مادر خطر جانی داشته باشد و به‌جز سقط راهی برای علاج مادر نباشد، قبل از ولوج روح در بچه اشکالی ندارد^[16]."

همچنین ایشان در مورد زنی که می‌خواهد وضع حمل کند و پزشک متخصص تشخیص داده که باید مادر یا بچه به‌وسیله عمل جراحی یا طریق دیگری کشته شود تا یکی از آنها سالم بماند ولی بدون عمل جراحی هر دو می‌میرند ولی با عمل به احتمال زیاد یکی از آنها زنده می‌ماند در این صورت عمل جراحی جایز است یا خیر؟ بر فرض جواز زنده‌ماندن معتقدند که به محض وجود حالت تزامم و علم به این که نمی‌توان هر دو را نجات داد، نمی‌توان اقدام به سقط جنین نمود، بلکه به‌خاطر اهمیت جان انسان و همچنین خود

انسان بر آن اطلاق نمی‌شود، اگر جان مادر با بیماری سخت و سنگین به خطر بیفتد ما در اینجا اجازه می‌دهیم جنین سقط شود. چون دو تا انسان جان‌شان در خطر نیست؛ یکی جنینی است که هنوز در مراحل بدوی است و هنوز به مراحل نرسیده است ولی جان مادر که یک زن کامل است در خطر است، با قانون اهم و مهم باید بر سر دو راهی‌ها زبانی را انتخاب کنیم که کمتر است^[11].

در موردی که بین حفظ جان مادر و جنین تعارض وجود دارد بین وجوب حفظ نفس مادر و وجوب حفظ جنین تزامم ایجاد می‌شود، چون مادر دارای نفس کامل است و جنین یا انسان نیست؛ یا انسان کامل نیست و حفظ نفس کامل و جان مادر نسبت به موجود زنده‌ای که قرار است روزی انسان یا انسان کامل شود اهم است پس جان مادر بر جان جنین ترجیح دارد و سقط جایز خواهد بود. حفظ جان مادر اهمیت بیشتری دارد زیرا اگر مادر حفظ نشود جنین جان به سلامت به در نمی‌برد^[9].

بنابراین حیات زن قطعی‌تر از جنین است و مادر انسانی بالفعل است و استعدادها و قابلیت‌های بالفعل دارد، اما جنین بالقوه انسان محسوب می‌شود. بنابراین اگر نگوئیم که قطعاً نجات زن اهمیت بیشتری دارد، لاقل می‌توان ادعا نمود که احتمالاً نجات جان زن حامله از نجات جان جنین با اهمیت‌تر است که همین مقدار هم برای ترجیح نجات جان زن کافی است. یکی از دانشمندان علم اصول در این رابطه چنین می‌گوید یکی از عواملی که موجب می‌شود یکی از طرفین حالت تزامم، بر دیگری ارجحیت داشته باشد این است که یکی نسبت به دیگری قطعاً یا حداقل احتمالاً اهمیت بیشتری داشته باشد^[5].

فقط در موردی که روح در جنین دمیده شده باشد نیز به این قاعده استناد می‌کنند و می‌گویند زمانی که روح در جنین دمیده شده اگر وضعیت به‌گونه‌ای باشد که ادامه حاملگی برای زن حامله خطر جانی داشته باشد، برخی قایل به جواز سقط جنین شده‌اند؛ زیرا مساله از باب تزامم فرض می‌شود و برای جان مادر اهمیت بیشتری قایل شده‌اند، لذا حفظ آن را ترجیح می‌دهند، زیرا مادر انسان بالفعل است؛ اما جنین دارای استعدادهای بالقوه انسانی است. بنابراین اگر نجات جان مادر از اهمیت بیشتری برخوردار نباشد، حداقل می‌توان ادعا نمود که احتمالاً نجات وی از نجات جان جنین مهم‌تر است و همین مقدار ترجیح، برای برای حفظ جان مادر کافی است^[12].

آیت‌الله مکارم شیرازی در اهمیت جان مادر بر جنین پس از ولوج روح این گونه استدلال می‌کنند که ثبوت قصاص در جنایت بر مادر و ثبوت دیه در جنایت بر جنین، خود دلیل اهمیت جان مادر و رجحان حفظ جان وی است. همچنین ایشان می‌فرمایند در چنین مواردی غالباً امر دایر بین مرگ مادر و جنین، هر دو یا تنها جنین است. بنابراین بعید نیست که در این حالت سقط جنین جایز باشد؛ زیرا با اسقاط آن، مادر زنده می‌ماند، حال آنکه اگر مادر بمیرد، جنین در شکم وی نیز خواهد مرد، چرا که حیات وی وابسته به حیات مادر است^[13].

آیت‌الله جناتی نیز در پاسخ استفتایی در این زمینه می‌فرمایند "در کلیه مواردی که وجود جنین موجب خطر و زیان برای مادر باشد و امر دایر بین حفظ جان مادر یا حفظ جنین باشد و از نظر اهل خبره این فرض یقینی است، مادر و پدر می‌توانند به سقط‌درمانی رضایت دهند ولو آن که بعد از نه ماه باشد"^[12].

تزامم در سقط جنین با مطالعه حقوق کیفری ایران

ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد "الف:

حفظ جان مادر متوقف بر سقط باشد جواز قابل توجیه است [21].
آیت‌الله صانعی نیز در پاسخ به سئوالات فوق چنین پاسخ داده‌اند که بعد از ولوج روح جایز نیست [22].

آیت‌الله منتظری در پاسخ به این سؤال که سقط جنین قبل از دمیده شدن روح و بعد از آن در صورتی که بقای آن برای مادر و جنین ضرر اعم از مرگ یا مریض شدید یا غیرشدید داشته باشد چگونه است؟ پاسخ داده‌اند اسقاط جنین مطلقاً حرام است ولی قبل از دمیده شدن روح اگر به تشخیص پزشک متخصص زنده ماندن آن متوقف بر آن باشد، یا آنکه بقا جنین در رحم مستلزم معیوب شدن و ناراحتی غیرقابل تحمل برای مادر باشد، اشکالی ندارد [16].

با بررسی فتاوی ذکر شده متوجه می‌شویم در صورتی که ادامه حاملگی سلامت مادر را به خطر بیندازد یا تهدیدی برای حیات مادر باشد؛ با توجه به این که زندگی و حیات مادر، که انسانی بالفعل است نسبت به جنینی که هنوز روح در آن دمیده نشده و موجودی ناقص است مرجح و اهمیت بیشتری دارد و با استناد به قاعده تزام، حرمت اولیه سقط جنین مرتفع می‌شود و می‌توان جنین را برای نجات مادر سقط کرد.

نتیجه‌گیری

سقط جنین از جمله جرایمی است که در تمام ادیان و در تمام دوره‌ها مطرح بوده است. به‌طور کلی سه نظریه در موافقت و مخالفت با سقط جنین وجود دارد. یکی از این نظریات تئوری آزادی مطلق است که سقط جنین را کاملاً آزاد دانسته و هیچ محدودیتی برای آن قرار نداده است. در مقابل این دیدگاه تئوری ممنوعیت مطلق سقط جنین وجود دارد که براساس آن سقط جنین به‌طور کلی ممنوع است. در برابر این افراط و تفریط دیدگاه بینابینی با نام آزادی نسبی وجود دارد که براساس آن سقط جنین را تنها در موارد محدودی مجاز دانسته، و اصل بر ممنوعیت سقط جنین است.

قانون‌گذار ما هم این دیدگاه را پذیرفته و اصل را بر ممنوعیت سقط جنین قرار داده و تنها در صورت وجود عناوین ثانویه‌ای مثل اضطرار، عسر و حرج جواز سقط جنین را صادر می‌کند. این موارد مجاز در قانون به‌عنوان سقط‌درمانی نامیده می‌شود، سقط جنین درمانی یا طبی زمانی است که ادامه حاملگی و زایمان برای مادر خطرناک باشد یا موجب تشدید عوارض مرضی یا وخامت حال او شود و نیز بچه‌ای که به دنیا می‌آید به‌طور مسلم ناهنجار باشد. در مقابل سقط جنین درمانی، سقط جنین جنایی قرار دارد و آن زمانی است که خواسته باشند عمداً به حاملگی پایان داده و جنین را ساقط نمایند. نوع دیگری از سقط جنین این است که هر گاه جنین قبل از موعد طبیعی به‌علت داخلی، بدون تحقق جرمی ساقط شود سقط جنین غیرارادی نام دارد.

این نوع سقط موضوع آثار حقوقی و مسئولیت کیفری و مدنی نیست و سقط جنین ارادی به معنی قطع حاملگی قبل از حیات‌یافتن جنین بنا به تقاضای مادر می‌باشد و امروزه این نوع سقط جنین در کشورهای پیشرفته شایع‌ترین علت قطع حاملگی است. سقط جنین ارادی ممکن است درمانی و غیردرمانی باشد؛ در مواردی که سقط جنین به‌دلیل مشکلات اقتصادی، اجتماعی و در نتیجه تجاوز و زنا یا حاملگی ناخواسته باشد غیردرمانی است. سقط جنین غیردرمانی گاه جنبه مجرمانه و گاه جنبه غیرمجرمانه دارد؛ یعنی گاهی جنین در نتیجه یک عمل مجرمانه مانند زنا و تجاوز به عنف و گاه نتیجه یک عمل غیرمجرمانه مانند حاملگی

جنین باید تا آخرین زمان امکان حفظ هر دو صبر کنیم و آخرین تلاش‌ها را برای حفظ هر دو به عمل آوریم و آنگاه در صورت یاس از نجات هر دو، جنین را برای نجات جان زن سقط نمود [17].
آیت‌الله خامنه‌ای در جواب به سؤال بالا فرموده‌اند "در فرض سؤال عمل جراحی جایز است و هر کدام احتمال زنده ماندنش بیشتر است او را زنده نگه دارند" [18].

بنابراین نظر ایشان هم این است که در صورت وجود خطر جانی برای مادر، سقط جنین دارای حیات و روح بلامانع است. امام خمینی در استفتای زیر در مورد مادران بیماری که ادامه حاملگی مغایرت با حیات مادر پیدا می‌کند و سن جنین از چهار ماه بیشتر است، لیکن جنین از نظر سنی در وضعیتی است که امکان ادامه حیات وی خارج از رحم وجود ندارد و بعد از مرگ مادر او هم فوت خواهد نمود آیا می‌توان برای نجات حداقل یک نفر یعنی مادر به حاملگی خاتمه داد؟

پاسخ داده‌اند "که باید تا آخرین ساعات امکان حفظ حیات مادر منتظر بمانند چنان که در آن هنگام جنین در وضعی باشد که امکان ادامه حیاتش نیست سقط او جهت حفظ حیات مادر اشکالی ندارد" [17].

در زیر پاسخ ایشان در مورد این که پس از ولوج روح اگر امر دایر بین حفظ نفس یکی از آنها باشد تقدم حفظ نفس بر حفظ جنین جایز است یا این که در صورت علم به تلف شدن هر دو یا امکان حفظ یکی از آن دو از موارد قرعه است یا این که در صورت علم نیز مثل صورت خوف، قرعه جایز است؟ جایز این است که اگر امر دایر باشد بین حفظ یکی از آنها، ترجیحی نیست و مورد قرعه هم نیست و اگر علم به تلف شدن هر دو هست امکان حفظ یکی از آن دو مورد قرعه است. همچنین در مورد این سؤال که چنان چه با عدم اتلاف جنین علم به هلاکت مادر و احتمال بقا جنین باشد؛ آیا اتلاف جنینی که احتمال دارد زنده بماند برای حفظ نفس مادر که در صورت اتلاف جنین مقطوع البقاء است جایز است یا خیر؟ و با فرض جواز حکم صورت خوف را نیز بیان فرمایید؟ پاسخ داده‌اند که "در صورت مذکور جایز است و در صورت خوف محل اشکال است بلکه عدم جواز ارجح است" [19].

آیت‌الله موسوی اردبیلی در مورد این استفتایی که سقط جنین از نظر شرع مقدس در بیماری‌هایی که مادر ناچار از معالجه است و معالجه مستلزم اسقاط جنین باشد بعد از ولوج روح چه حکمی دارد پاسخ داده‌اند در بیماری‌هایی که مادر ناچار از معالجه است و معالجه مستلزم اسقاط جنین است بعد از ولوج روح جایز نیست گرچه معالجه‌نکردن موجب مرگ مادر باشد ولی جنین سالم بماند؛ ولی اگر معالجه‌نکردن سبب تلف شدن مادر و جنین شود و اگر معالجه کند با اسقاط جنین مادر نجات پیدا می‌کند و جنین از بین می‌رود شاید بتوان گفت اسقاط جنین جایز است ولی دیه دارد معادل دیه آدم بزرگ، ولی وجودداشتن قطع به مطالب گفته‌شده؛ حتماً جایز نیست و قطع پیدا کردن مشکل است و با احتمال نمی‌شود به چنین کاری دست بزنند [20].

آیت‌الله صافی گلپایگانی در پاسخ به این استفتا که اگر طبیب تشخیص قطعی داده که ماندن جنین در شکم مادر موجب مرگ مادر می‌شود؛ الف) آیا از بین بردن جنین در شکم مادر جایز است تا مادر سالم بماند، ب) آیا می‌توان مادر را به همان حال باقی نهاد تا بچه سالم بماند و مادر بمیرد، ج) اگر در باقی‌گذارن مادر به همان حال، احتمال مرگ مادر و هم بچه در کار باشد، تکلیف چیست؟ د) آیا حکم فوق نسبت به قبل و بعد از ولوج روح فرق دارد؟ پاسخ داده‌اند بعد از ولوج روح جایز نیست و قبل از ولوج در صورتی که

درجه قرار گیرند باز قاعده اختیار به کمک مادر می‌آید.

تشکر و قدردانی: نویسندگان مقاله از معاونت پژوهشی دانشگاه تهران - پردیس فارابی به دلیل همکاری این نوشته کمال تشکر و قدردانی دارند.

تأییدیه اخلاقی: مهم‌ترین جنبه رعایت اصول اخلاق در این پژوهش؛ رعایت حقوق معنوی محققانی است که در زمینه حقوق پزشکی و فقه پزشکی قلم زده‌اند.

تعارض منافع: موردی از سوی نویسندگان گزارش نشد.

سهم نویسندگان: هادی کرامتی‌معز (نویسنده اول)، پژوهشگر اصلی/نگارنده بحث (۵۰٪)؛ محمدصادق چاووشی (نویسنده دوم)، نگارنده مقدمه/پژوهشگر کمکی (۲۵٪)؛ سامان عبدالمهی (نویسنده سوم)، روش‌شناس (۲۵٪)

منابع مالی: موردی از سوی نویسندگان گزارش نشد.

منابع

- 1- Goldouzian I. Droit penal special infractions. 22th Edition. Tehran: Tehran University Press and Publishing; 2016. p. 210. [Persian]
- 2- Abbasi M. Comparative study of abortion. 1st Edition. Tehran: Hoghughi; 2012. p. 19. [Persian]
- 3- Aghaie Nia H. Criminal law crimes against persons. 11st Edition. Tehran: Mizan; 2013. p. 352. [Persian]
- 4- Jahanian M. A soul's escape and abortion. In: Fatahi Maesum H, editor. Collection of articles & chalenges form the second seminar on Islam's views in medicin at Mashhad University of Medical Sciences. Mashhad: Mashhad University of Medical Sciences; 2001. p. 68. [Persian]
- 5- Meshkini Ardebili AA. Terms of Osul. Qom: Hekmat; 2005. [Arabic]
- 6- Salavati M. Jurisprudential foundations of Islamic government, Montazeri. 8th Volume. Tehran: Keyhan; 1988. [Persian]
- 7- Sheykh Morteza Ansari. Basics of unique (Faraed al-Osul). 1st Edition. 2nd Volume. Qom: Islamic Intellectual Complex; 1998. [Arabic]
- 8- Tabibi Jabali M. An analysis of the theory of permission of abortion from the viewpoint of shia't jurists. Nameh Ye Mofid. 2003;9(3):75-96. [Persian]
- 9- Musavi Khoei SA. The bisics of completed methods (mabaniye takmalah al menhaj). Tehran: khorsandi; 1987. [Arabic]
- 10- Khazaee S. Islam and abortion. In: Seminar on Comprehensive Examination of Abortion Dimensions in Iran. Articles' abstracts of seminar on comprehensive examination of abortion dimensions in Iran, March 7-8, 2002. Kermanshah: Kermanshah University of Medical Sciences, Avicenna Research Institute; 2002. p. 92. [Persian]
- 11- Emamy Razavi SH. Organ transplants. Teb va Tazkieh. 1993;2(2):87-91. [Persian]
- 12- Noozarieh Ferdosiyeh M. Abortion in Islamic law and feminism. Women's Strateg Stud. 2005;7(28):44-82. [Persian]
- 13- Makarem Shirazi N. Important jurisprudential discussions (Bohus faghiheh hammeh). Qom: Imam Ali bin Abi Talib school; 2002. pp. 294-5. [Arabic]
- 14- Shams Nateri ME, Kalantari HR, Zaree E, Riyazat Z. The Islamic penal code in the current legal order. 1st Edition. 1st Volume. Tehran: Mizan; 2013. p. 415. [Persian]

ناخواسته به وجود آمده است ولی قانون‌گذار تفکیک مبنایی در این خصوص قایل نشده و همه موارد سقط جنین غیردرمانی را به‌عنوان سقط جنین جنایی قلمداد نموده و برای آن مجازات تعیین نموده است. اما باید به این نکته توجه کرد فردی که در نتیجه تجاوز به عنف باردار شده است و هیچ اختیاری در ارتکاب این عمل نداشته، منصفانه به نظر نمی‌رسد که با او نیز مانند فردی که با اختیار این عمل را مرتکب شده است رفتار کرد. در صورت جرم‌انگاری سقط جنین ناشی از زنا به عنف، قربانی نه تنها باید آلام این درد را متحمل شود، بلکه باید این جنین را که در نتیجه این عمل به وجود آمده است تحمل کند و بار ننگ آن را علاوه بر نگرانی و اضطراب به دوش بکشد.

مطابق حقوق کیفری ایران سقط جنین جرم است و زنی که دست به سقط جنین می‌زند مجرم است و هیچ تفاوتی از این حیث بین زنان باردار شده از تجاوز و زنان دیگری که با آزادی کامل باردار شده‌اند، وجود ندارد. ماده ۶۲۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ سقط جنین به‌منظور حفظ حیات مادر را مجاز شمرده است و فرقی بین اینکه سقط جنین در ماه‌های اولیه انعقاد نطفه صورت گرفته باشد یا در روزهای آخر حاملگی که جنین شکل یک انسان کامل را به خود گرفته باشد قایل نشده است و تنها در موردی که سقط جنین برای حفظ حیات مادر لازم باشد، مجاز شمرده شده است.

می‌توان گفت که با توجه به نظریه شورای نگهبان در مورد ماده ۱۷ آیین‌نامه انتظامی نظام پزشکی، از لحاظ انطباق آن با موازین شرعی، سقط جنین به‌منظور حفظ جان مادر را تنها در صورت دمیده‌نشدن روح در جنین جایز می‌داند. پس با توجه به نظریه شورای نگهبان در مورد ماده ۱۷ نظام پزشکی، ماده ۶۲۳ تخصیص می‌خورد و تنها شامل موردی است که روح در جنین دمیده نشده باشد. عده‌ای از فقهای امامیه معتقدند تنها در صورتی که روح در جنین دمیده نشده و حفظ حیات مادر متوقف بر سقط جنین باشد این عمل جایز است؛ و می‌توان با استناد به قاعده تراحم جنین را سقط کرد.

گروهی دیگر معتقد هستند حتی با دمیده‌شدن روح در جنین، می‌توان جنین را سقط کرد؛ این گروه معتقدند که مادر می‌تواند برای دفاع از جان خود اقدام به سقط جنین کند و در مساله دفاع تفاوتی ندارد که هجوم از طرف عامل داخلی یا خارجی باشد.

عده‌ای براساس قاعده تراحم مادر را مجاز به سقط جنین می‌دانند و برای حفظ جان مادر، اهمیت بیشتری قایل شده‌اند؛ لذا انسان را ترجیح می‌دهند، ولی اگر جان مادر و جنین از نظر درجه اهمیت مساوی باشند، طبق قاعده تراحم و دوران امر بین محذورین، اگر مرجحی بر یکی از دو طرف نباشد؛ عقل حکم به تخییر می‌کند و بنابراین زن باردار مخیر بین حفظ نفس خود و سقط جنین است. در قوانین ایران تا به حال قانونی وجود ندارد که سقط جنین را به‌دلیل حفظ سلامتی مادر تجویز نموده باشد و تنها ماده ۱۷ آیین‌نامه نظام پزشکی بود که با تصویب قانون دیات نسخ شد. از منظر فقهای امامیه در صورتی که بقای جنین مستلزم نقص عضو یا درد غیرقابل تحمل برای مادر باشد، سقط جنین تا قبل از ولوج روح به‌خاطر حفظ سلامتی مادر را تجویز نموده‌اند و عده‌ای دیگر از فقها معتقدند که مادر می‌تواند حتی با ولوج روح در جنین به مداوای خود بپردازد و نیازی نیست که درمان را به تاخیر اندازد؛ حتی اگر درمان موجب سقط جنین شود و ایشان قاعده تراحم را مطرح می‌نمایند و می‌گویند که جان مادر به‌خاطر اهمیت بالاتر رجحان دارد و حتی اگر جان مادر و جنین از نظر اهمیت در یک

- University of Medical Sciences. Mashhad: Mashhad University of Medical Sciences; 2001. p. 469. [Persian]
- 20- Musavi Ardebili SA. Jurisprudential comments on abortion issues. In: Fatahi Maesum H, editor. Collection of articles & challenges form the second seminar on Islam's views in medicin at Mashhad University of Medical Sciences. Mashhad: Mashhad University of Medical Sciences; 2001. pp. 830-1. [Persian]
- 21- Safi Golpaygani LA. His jurisprudential comments on pregnancy issues, proceedings and Speeches of the second seminar on islamic perspectives in medicine. Mashhad: Mashhad University of Medical Sciences; 2002. p. 868. [Persian]
- 22- Saneei Y. Medical decrees. Qom: Meysam Tammar; 2004. p. 843. [Persian]
- 15- Ardebili MA. Droit penal general. 32nd Edition. 1st Volume. Tehran: Mizan; 2014. p. 264. [Persian]
- 16- Roohani M, Noghani F. Medical jurisprudence. Tehran: Institute Cultural and Teymoor Zadeh; 2005. p. 82. [Persian]
- 17- Mohaghegh damad M. Medical jurisprudence. Tehran: Hoghghi; 2012. p. 29. [Persian]
- 18- Ali Mohammad Zadeh Kh. Medicine in the mirror of ijthad: Medical esteftaat from Ayatullah Khamenei. 1st Edition. Qom: Mabrrur Cultural Services Company; 1996. p. 85. [Persian]
- 19- Razm Saz B. Abortion by a doctor and associateprofessionals. In: Fatahi Maesum H, editor. Collection of articles & chalenges form the second seminar on Islam's views in medicin at Mashhad