

قصاص در سقط عمدی جنین

مسعود امامی

چکیده: مجازات سقطِ عمدی جنین دارای روح، از دیرباز در آثار فقهی مطرح بوده است، ولی عبارات بیشتر فقیهان گذشته در این زمینه خالی از ابهام نیست و همین امر، سبب اختلاف نظر در فهم قول مشهور شده است؛ در حالی که مشهور فقیهان اهل سنت و مشهور فقیهان معاصر شیعه به صراحت، قول به عدم جواز قصاص در قتل عمدی جنین را برگزیده اند. قانون مجازات اسلامی نیز گرفتار ابهام است و حقوق دانان برداشت های مختلفی از آن دارند. مهم ترین دلیل طرف داران قول به قصاص این است که جنین با دمیده شدن روح در آن، انسان می شود و مجازات کشتن هر انسانی، قصاص است. اما با توجه به احکام گوناگونی که برای جنین و نوزاد وجود دارد، می توان به این نتیجه رسید که در سیر تکوین انسان، مرحله معینی وجود ندارد که با ورود به آن، همه احکام مربوط به انسان از جمله قصاص قائل او محقق شود. بنابراین اصل اولی، احتیاط در دماء، فقدان دلیلی روشن بر روشن بر قصاص و برخی قرائن دیگر، عدم ثبوت مجازات قصاص در قتلِ عمدی جنین دارای روح را اقتضا می کند.

کلید واژه گان: جنین، روح، قصاص، سقط جنین، قتل عمدی، دیه جنین، دیه نفس، شخصیت حقوقی، قانون مجازات اسلامی.

مقدمه

سقط عمدی جنین در تاریخ جوامع گوناگون بشری دارای سابقه دیرینی است. حفظ سلامت جسمی مادر، فرار از مسئولیت نگهداری فرزند، آسیب های جسمی جنین و پرهیز از بی آبرویی برخاسته از تولد فرزند نامشروع، مهم ترین انگیزه های سقط جنین در طول تاریخ بوده اند.

از سوی دیگر، در نگاه ما انسان ها، جنین از هنگام انعقاد نطفه موجودی زنده و پویاست و ارتباطش با حیات بشری هر روز بیشتر می شود. از این رو، هر چه زمان بر دوران بارداری می گذرد، بر ارزش و حرمت او افزوده و اخلال در ادامه حیات وی ناپسند و جرم شمرده می شود. این نگاه انسانی از بقراط حکیم در سوگندنامه اش که سقط عمدی جنین را در کنار قتل عمد، گناه و جرم دانسته و آن را برخلاف رسالت پزشکان شمرده تا عهدنامه ژنو که «عالی ترین احترام را برای زندگی بشر از هنگام انعقاد نطفه» قائل است، پیوسته در جامعه بشری وجود داشته است. ادیان الهی از جمله اسلام نیز که پیام آوران کرامت انسانی از جانب پروردگار متعال اند، حق حیات برای جنین را موهبتی الهی می دانند که تعرض به آن گناهی بزرگ به شمار می آید و مستوجب مجازات است.

اما امروزه سقط عمدی جنین در جوامع مختلف و به ویژه مغرب زمین، رواج فراوان یافته و بلکه توانسته در بسیاری از کشورها مشروعیت قانونی مطلق یا نسبی را نیز به دست آورد. در این تغییر نگرش که بر محور لذت پرستی و سودجویی شکل گرفته و بسیاری از حریم های گذشته را پایمال کرده، انسان جدید غربی به جنین که همزاد و همنوع ماست و به تنهایی از دست یافتن به حقوق خویش ناتوان است، رحم نمی کند و حیات او را به انگیزه دستیابی به لذت بیشتر یا فرار از مسئولیت، از او می ستاند.

جنین قبل از دمیده شدن روح به آن دارای حیات نباتی است و پس از دمیده



شدن روح که در حدود چهار ماهگی است، از حیات حیوانی و انسانی برخوردار می‌شود.^۱ همین دگرگونی مهم در زندگی جنین سبب تغییر احکام و مقررات شرعی در حق او می‌شود. سلب حیات از جنین قبل از دمیده شدن روح و پس از آن، فی نفسه حرام است، ولی ممکن است این حرمت در برخی فروض در تراحم با حقوق مهم تر از جمله حق حیات مادر، نادیده گرفته شود و حقوق دیگر بر او ترجیح یابد.

آنچه موضوع این نوشتار است، بررسی مجازات سقط عمدی جنین و یا به عبارت دیگر، قتل عمدی او پس از دمیده شدن روح است. بر پایه آمارهای موجود، سقط عمدی جنین شایع ترین نوع قتل عمدی انسان در جوامع مختلف از جمله ایران است.^۲ به همین جهت، بررسی مجازات چنین جرم شایعی از اهمیت بسیاری برخوردار است.

فقیهان شیعه و اهل سنت بر پایه نصوص روایی برای سلب حیات جنین در مراحل مختلف زندگی او، دیه‌ای خاص مقرر کرده‌اند، ولی هیچ یک از آنان در سقط عمدی جنین قبل از دمیده شدن روح، فتوا به قصاص قاتل نداده‌اند. اما مجازات سقط عمدی جنین پس از دمیده شدن روح که ورود به یکی از مهم ترین مراحل حیات انسانی او است، به موضوع اختلاف برانگیزی میان فقها تبدیل شده است. بعضی، قاتل را در چنین فرضی مستحق قصاص و برخی دیگر حکم قصاص را از او منتفی دانسته‌اند. تردیدی نیست که دیدگاه گروه دوم، ملازم با سلب هرگونه مجازات غیر از دیه از قاتل نیست، بلکه قاتل بر پایه این دیدگاه چون مرتکب جرم و گناه کبیره‌ای شده است، سزاوار تعزیر

۱. درباره پدیده دمیده شدن روح در جنین از نظر پزشکی و فقهی ر. ک: «زمان دمیدن روح در جنین»، مسعود امامی، مجله فقه کاوشی نو در فقه اسلامی/ش ۴۹.

۲. در این زمینه و نیز برای آگاهی از اطلاعات آماری دیگر در خصوص سقط جنین در جوامع مختلف ر. ک: رشد جمعیت، تنظیم خانواده و سقط جنین، محمدهادی طلعتی/ ۲۶۳ - ۳۷۷.

است. ولی به نظر این گروه از فقیهان، قاتل را نمی‌توان به جرم کشتن جنین دارای روح، به قصاص نفس محکوم کرد.

در این مقاله می‌کوشیم بعد از تبیین دقیق دیدگاه‌های فقهی و حقوقی، به بررسی ادله این دو قول پردازیم و در نهایت به یاری خداوند، رأی صواب را در این تضارب آرا بیابیم.

پیشینه فقهی

الف) فقه امامیه

سلار دیلمی (م ۴۴۸) نخستین فقیهی است که به صراحت به طرح مسئله قصاص قاتل جنین می‌پردازد و فتوا به قصاص می‌دهد، او می‌گوید:

زن بارداری که جنین او کشته شده، دو گونه است: یا جنینش کامل و تام بوده است. پس قاتل آن به سبب این جنایت کشته می‌شود، و یا جنین نیست و در این صورت برای جنین غیر کامل، دیه پرداخت می‌شود.^۳

پس از او، محقق حلی (م ۶۷۶) با الفاظی دیگر در باب دیات، گویا همین نظر را ابراز می‌دارد:

و لو ضربها فألقته، فمات عند سقوطه، فالضارب قاتل یقتل
إن كان عمداً...^۴

اگر کسی زنی را بزند و او جنین خود را بیندازد، پس جنین هنگام سقوط بمیرد، زننده قاتل است و اگر قتل او عمدی باشد، کشته می‌شود....

پس از محقق حلی، بعضی از فقها با عباراتی شبیه متن مزبور، همین قول

۳. المراسم / ۲۴۳: «إن الحامل إذا قتلت حملها فعلى ضربين: أحدهما يكون حملها

تماماً كاملاً فتقتل بقتلها و الآخر أن لا يكون كذلك فغير التام الكامل عليها دية».

۴. شرایع الإسلام، ج ۴/ ۱۰۴۸.

را در باب دیات برگزیده اند^۵ و آیت الله خوئی این قول را به مشهور نسبت داده است.^۶ اما عبارت محقق حلی و این گروه از فقیهان دارای ابهام است؛ زیرا آنان مرگ جنین را مقید به زمان سقوط و القا کرده اند. ظاهر این عبارت، گویای این است که اگر مرگ جنین قبل از القا و سقوط یعنی در داخل رحم باشد، قصاص ثابت نیست. به عبارت دیگر، شرط در قصاص این است که جنین در خارج از رحم - هر چند زمانی کوتاه - زنده باشد. شهید ثانی نیز همین نکته را از عبارت محقق حلی فهمیده است.^۷ متن تبصرة المتعلمین که مرگ را مقید به القا کرده است، ظهور بیشتری در این معنا دارد.^۸

احتمال دوم این است که قید «هنگام سقوط» برای مرگ، تنها برای کشف از زنده بودن جنین قبل از جنایت است تا یقین به تحقق عنوان «قتل» حاصل شود؛ زیرا صرف سقط جنین - مادامی که حیات جنین قبل از سقط احراز

۵. قواعد الاحکام، ج ۳ / ۶۹۹: «لو ضربها فألقته فمات عند سقوطه قتل الضارب إن تعمده»؛ تبصرة المتعلمین / ۲۷۲: «لو ضرب الحامل فألقت جنیناً حياً فمات بعدا لإلقاء قتل به إن كان عمداً»؛ ارشاد الاذهان، ج ۲ / ۲۳۴: «ولو ألقته فمات بعد الإلقاء، أو بقى ضمناً (أى مريضاً زمناً) حتى مات، أو كان صحيحاً ومثله لا يعیش قتل الضارب مع العمده»؛ تحریر الاحکام، ج ۲ / ۲۷۸: مجمع الفائدة، ج ۱۴ / ۳۳۸؛ کشف اللثام، ج ۱۱ / ۴۷۳؛ جواهر الکلام، ج ۴۳ / ۳۸۱؛ معالم الدین، قطنی / ۶۰۱؛ مناهج المتقین، مامقانی / ۵۳۰؛ مهذب الاحکام، سبزواری، ج ۲۹ / ۳۲۳.

۶. مبانی تکملة مناهج الصالحین، ج ۲ / ۴۱۷.

۷. مسالك الافهام، ج ۱۵ / ۴۸۷: «ضابط الحكم بالقصاص أو الدية في الجميع یقین حیاته بعد الانفصال سواء كانت مستقرة أم لا وموته من الجنایة لصدق إزهاق الروح المحترمة».

۸. عبارت تبصره در سه پاورقی قبل گذشت، همچنین ر. ک: شرح تبصرة المتعلمین، سید صادق شیرازی، ج ۲ / ۵۲۱: «(و لو ضرب) شخص المرأة (الحامل فالقت) بسبب المضرب (جنیناً حياً فمات) الجنین (بالإلقاء) أى بسبب السقوط إلى الأرض، لا بسبب الضرب (قتل) الضارب (به) ...».

نشود. دلیل بر وقوع قتل نیست و چون در زمان‌های گذشته احراز یقینی حیات جنین در رحم قبل از جنایت و سقط ممکن نبود، از این رو، تنها حیات جنین پس از جدا شدن از مادر می‌تواند دلیل بر این واقعیت باشد. پس عبارت «عند سقوطه» و مانند آن، بنا بر احتمال اول، قید خواهد بود و برای تحقق حکم به جواز قصاص، موضوعیت دارد، ولی بنا بر احتمال دوم، سبب تقیید موضوع استحقاق قصاص نخواهد شد و تنها جنبه کاشفیت و طریقیّت دارد و اگر امروزه با قرائن و شواهد علم آور دیگری، حیات جنین قبل از جنایت و در رحم مادر ثابت شود، نیازی به احراز این قید ظاهری نخواهد بود.

نکته مهم در فهم عبارت فقها این است که بنا بر احتمال اول می‌توان گفت که فقهای مزبور، قصاص قاتل جنین بما هو جنین را جایز نمی‌دانند و اگر کسی، جنینی را در حال جنین بودن یعنی در رحم مادرش، به قتل برساند،^۹ مستحق قصاص نیست، بلکه شرط جواز قصاص این است که مقتول در خارج از رحم - یعنی در حالی که جنین نیست - به قتل برسد.

پس بنا بر احتمال اول، مشهور فقیهان متأخر، قصاص قاتل جنین بما هو جنین را جایز نمی‌شمارند و بنا بر احتمال دوم، قاتل جنین بما هو جنین را مستحق قصاص می‌دانند. گویا برخی از فقهای معاصر نیز به علت ابهام یاد شده که در متون فقهی فقیهان گذشته وجود داشته است، به برداشت‌های متفاوتی در زمینه آرای فقها رسیده‌اند: بعضی بر این باورند که فتوای به جواز قصاص قاتل جنین از مشاهیر فقها - جز در موارد نادر - دیده نشده است^{۱۰} و یا گفته‌اند که اصحاب به قصاص قاتل جنین تصریح نکرده‌اند؛^{۱۱} در حالی که

۹. چنان‌که در عمل جراحی کورتاژ واقع می‌شود.

۱۰. بحوث فقهیه هامة، ناصر مکارم شیرازی / ۲۹۰؛ گنجینه آرای فقهی - قضایی

(نرم افزار)، کد سؤال ۲۳۵۱، آیت الله ناصر مکارم شیرازی؛ استفتانات قضایی،

یوسف صانعی، ج ۱ / ۱۵۴.

۱۱. کتاب الدیات، رضا مدنی کاشانی / ۷۳.

برخی دیگر، قول به قصاص قاتل جنین را به مشهور فقها نسبت داده‌اند.^{۱۲} محقق اردبیلی احتمال داده است که کسی که زن بارداری را با علم به باردار بودن او، قصاص کرده و سبب مرگ جنین شده، مستحق قصاص است؛ زیرا او مرتکب قتل عمدی و عدوانی شده است.^{۱۳} اما بیشتر فقهای معاصر چون قید «عند سقوطه» و مانند آن را هنگام بیان رأی خود نیاورده‌اند، فتوای آنان ابهام موجود در سخن فقهای متأخر را ندارد. با توجه به این نکته، بیشتر فقهای معاصر، قصاص قاتل جنین را جایز نمی‌دانند.^{۱۴} بعضی از آنان نیز قول به قصاص را مشکل دانسته‌اند.^{۱۵} گروه دیگری هم به استناد کبرای «فلا قود لمن لا یقاد منه» در صحیح ابوبصیر^{۱۶}، قاتل جنین را همچون قاتل مجنون و صبی سزاوار قصاص نمی‌دانند.^{۱۷} در این میان، تنها معدودی از فقیهان معاصر، قاتل جنین را مستحق قصاص

۱۲. استفتانات، سید عبدالکریم موسوی اردبیلی، ج ۲/ ۳۶۸؛ گنجینه آرای فقهی -

قضایی (نرم افزار)، کد سؤال ۵۱۳۸۵، آیت الله جواد تبریزی.

۱۳. مجمع الفائدة، ج ۱۳/ ۴۲۱.

۱۴. مجمع المسائل، سید محمدرضا گلپایگانی، ج ۳/ ۲۹۱، ۲۹۵؛ جامع المسائل،

محمد فاضل لنکرانی، ج ۱/ ۵۴۹؛ بحوث فقهیه هامه، ناصر مکارم

شیرازی/ ۲۹۱؛ استفتانات قضایی، یوسف صانعی، ج ۱/ ۱۵۴؛ گنجینه آرای

فقهی قضایی (نرم افزار)، کد سؤال ۲۶۰۸، آیت الله محمدعلی اراکی؛ همان،

کد سؤال ۹۰۰۷، آیت الله محمد تقی بهجت.

۱۵. از باب نمونه ر. ک: الأحکام الشرعیه، حسینعلی منتظری/ ۵۶۲؛ الفقه و مسائل

طیبه، محمد آصف محسنی/ ۶۱.

۱۶. وسائل الشیعه، ج ۲۹/ ۷۱.

۱۷. مبانی تکملة المنهاج، سید ابوالقاسم خویی، ج ۲/ ۴۱۷؛ فقه الصادق، سید

محمد صادق روحانی، ج ۲۶/ ۳۶۱؛ فقه الدیات، سید عبدالکریم موسوی

اردبیلی/ ۵۳۸؛ گنجینه آرای فقهی - قضایی (نرم افزار)، کد سؤال ۵۱۳۸۵،

آیت الله جواد تبریزی.

شمرده‌اند.^{۱۸} پس غیر از سلار دیلمی و معدودی از فقیهان معاصر، کسی به صراحت قول به جواز قصاص قاتل جنین دارای روح را بر نگزیده است.

ب) فقه عامه

جمهور فقهای مذاهب چهارگانه فقه اهل سنت، قصاص قاتل جنین را جایز نمی‌دانند^{۱۹} و تنها ابن حزم ظاهری^{۲۰}، ابن قاسم مالکی و ابن جوزی حنبلی، قصاص را در قتل جنین مشروع شمرده‌اند.^{۲۱}

۱۸. مهذب الاحکام، سید عبدالاملی سزواری، ج ۱۱۲/۲۹؛ کتاب الدیات، رضا مدنی کاشانی/۷۳؛ التعلیقه علی منهاج الصالحین، حسین وحید خراسانی، ج ۳/۵۸۹؛ گنجینه آرای فقهی - قضایی (نرم افزار)، کد سؤال ۵۳۵۴، آیت الله سید علی خامنه‌ای.

البته از حضرت آیت الله سید علی خامنه‌ای استفتای دیگری به این مضمون وجود دارد: «زنی که عمداً جنین پنج ماهه خود را سقط می‌کند، آیا موجب قصاص است یا نه؟» و ایشان در جواب مرقوم داشته است: «قصاص ندارد و مورد دیه است» (گنجینه آرای فقهی - قضایی، کد سؤال ۵۱۹۴). روشن است که جنین پنج ماهه دارای روح است و به همین جهت، رأی به عدم قصاص در این استفتا را نمی‌توان به سبب فقدان روح در او دانست. اما آنچه تعارض ظاهری میان این دو استفتا از معظم له را برطرف می‌سازد، این نکته است که - بنابر نقل ثقات - ایشان در دروس خارج خود، متمایل به رأی فقیهانی همچون ابن جنید اسکافی شده است که قصاص مادر را همچون پدر در قتل فرزندش جایز نمی‌دانند (درباره قصاص مادر ر.ک: جواهر الکلام، ج ۴۲/۱۷۰). پس بنابر نظر ایشان، قاتل جنین دارای روح، مستحق قصاص است، مگر آنکه قاتل، پدر یا مادر جنین باشد.

۱۹. الأم، شافعی، ج ۱۱۷/۶؛ المبسوط، سرخسی، ج ۲۶/۸۸؛ مغنی المحتاج، شریینی، ج ۴/۱۰۵؛ حواشی الشروانی، شروانی، ج ۹/۴۳.

۲۰. المحلی، ابن حزم، ج ۱۱/۳۱.

۲۱. الجنین و الأحکام المتعلقة به فی الفقه الإسلامی، إبراهیم مدکور / ۲۴۱؛ احکام الجنین فی الفقه الإسلامی، عمر غانم / ۱۸۹.

پیشینه حقوقی

در هیچ یک از قوانین موضوعه کشورهای مختلف جهان، سقط جنین مصداق قتل نیست و سقط عمدی جنین، قتل عمد تلقی نشده است.^{۲۲} در حقوق ایران، نخستین بار در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ به مواردی در خصوص مجازات سقط جنین بر می خوریم. مواد ۱۸۰ تا ۱۸۴ این قانون بدون توجه به منابع فقهی و تحت تأثیر قانون جزای فرانسه، سقط جنین را از عنوان قتل خارج دانسته و مجازات کسی را که با ضرب و یا هر نوع اذیتی موجب سقط حمل زنی گردد، حبس جنایی درجه یک از سه تا ده سال قرار داده است، ولی دیوان عالی کشور در همان دوران، بیشتر تحت تأثیر منابع فقهی بود و بر اساس موازین شرعی آرا خود را صادر می کرد.^{۲۳}

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، تدوین کنندگان قوانین جزایی به پیروی از منابع فقهی، از طرح مجازات سقط جنین در کتاب قصاص خودداری کردند و در کنار بیان دیه^{۲۴} مراحل مختلف جنین در مواد ۲۹۷ تا ۳۰۲ قانون دیات مصوب سال ۱۳۶۲، مجازات قصاص را برای قتل عمدی جنین دارای روح در ماده ۹۱ قانون تعزیرات مصوب همان سال بدین شرح مقرر داشتند:

اگر زن حامله برای سقط جنین به طبیب و یا قابله مراجعه کند و طبیب هم عالماً و عامداً مباشرت به اسقاط جنین بنماید، دیه جنین به عهده اوست و اگر روح در جنین دمیده شده باشد، باید قصاص شود....

۲۲. حقوق جزای اختصاصی (۱)، محمد هادی صادقی/۴۶. برای آگاهی تفصیلی از قوانین جزایی کشورهای اردن، مصر، آمریکا، انگلستان و فرانسه درباره سقط جنین ر. ک: بررسی تطبیقی سقط جنین و آثار حقوقی آن، ابوالفضل انتظاری/۱۳۵-۱۸۵.

۲۳. حقوق جزای اختصاصی، محمد صالح ولیدی، ج ۱۱۸/۲.

با تصویب «قانون مجازات اسلامی» در سال ۱۳۷۰ که صورت اصلاح شده قوانین مصوب سال ۱۳۶۲ بود و تصویب بخش تعزیرات آن در سال ۱۳۷۵، ماده بالا به ماده ۶۲۲ کتاب تعزیرات این قانون مبدل شد و این گونه تغییر یافت:

هر کس عالماً عامداً به واسطه ضرب یا اذیت و آزار زن حامله، موجب سقط جنین وی شود، علاوه بر پرداخت دیه یا قصاص حسب مورد به حبس از یک تا سه سال محکوم خواهد شد.

این ماده به علت ضعف در تدوین و ابهام در نگارش، موجب برداشت‌های متفاوت حقوق دانان شده است. برخی معتقدند طبق این ماده، مجازات قاتل جنین قصاص است^{۲۴} و برخی دیگر معتقدند مجازات قصاص در این ماده، مربوط به جنایت وارد شده بر زن است، نه سقط جنین.^{۲۵} بعضی دیگر از حقوق دانان نیز بدون تبیین ماده مذکور با اجمال و تسامح از کنار آن گذشته^{۲۶} و یا در انتخاب یکی از دو وجه تردید کرده‌اند.^{۲۷}

یکی از حقوق دانان، این دو برداشت متفاوت را این گونه بر ماده فوق تطبیق داده است که اگر بعد از کلمه «قصاص» ویرگول(،) بگذاریم و ماده را به این نحو بخوانیم: «...علاوه بر پرداخت دیه یا قصاص، حسب مورد به حبس از یک تا سه سال محکوم خواهد شد»، این برداشت حاصل می‌شود که

۲۴. حقوق کیفری اختصاصی، هوشنگ شامبیاتی، ج ۱/ ۴۱۹؛ حقوق جزای اختصاصی (۱)، محمد هادی صادقی/ ۴۸؛ بررسی فقهی - حقوقی سقط جنین، بابک رزم ساز/ ۱۴۵؛ بررسی تطبیقی سقط جنین، انتظاری/ ۱۱۱؛ قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، شکری، ص ۲۱۳، به نقل از دکتر محسن رهامی.

۲۵. قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، شکری/ ۶۳۷؛ قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، عباس زراعت/ ۴۶۹.

۲۶. حقوق جزای اختصاصی، ایرج گلدوزیان/ ۱۶۶.

۲۷. شرح قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات)، عباس زراعت، ج ۲/ ۹۰.

مجازات اصلی اسقاطِ عمدی جنین ذی روح، دیه یا قصاص است؛ پس منظور از «حسب مورد به حبس از یک تا سه سال محکوم خواهد شد»، این است که اگر شخص به پرداخت دیه محکوم شود، مجازات حبس نیز در مورد او اعمال می‌شود و اگر به قصاص نفس محکوم شود، یک تا سه سال حبس در قصاص تداخل می‌یابد و در صورت استیفای قصاص از وی، دیگر مجازات حبس اعمال نمی‌شود. اما اگر بعد از کلمه «حسب مورد» ویرگول بگذاریم، این برداشت حاصل می‌شود که «پرداخت دیه یا قصاص» معطوف به صدر ماده است؛ یعنی دیه و قصاص مربوط به ضرب، آزار و اذیت زن حامله است.^{۲۸}

یکی از حقوق دانان با توجه به اینکه موضوع مواد ۶۲۲ تا ۶۲۴ «سقط جنین» است و عبارت به کار رفته در این مواد ناظر به جنین است، عبارت «علاوه بر پرداخت دیه یا قصاص حسب مورد» را به وضعیت جنین قبل و بعد از ولوج روح متوجه می‌داند و می‌گوید:

ایراد صدمه به زن و حتی مرگ وی و شرایط تحقق قصاص یا دیه در این موارد در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ مشخص گردیده و نیازی به طرح مجدد آن در این مواد نبوده است. پس قانون‌گذار به تبعیت از مشهور فقها، نظریه قابل قصاص بودن قاتل جنین را برگزیده است.^{۲۹}

برخی به استناد عبارت «قتل جنین» در تبصره ۲ ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی بر این باورند که قانون‌گذار، جنین دارای روح را انسان شمرده است و سلب حیات او را همچون سلب حیات سایر انسان‌ها قتل نامیده است. از این رو، قتل عمدی جنین مانند سایر انسان‌ها در نظر قانون‌گذار موجب قصاص خواهد بود.^{۳۰}

۲۸. حقوق جزای اختصاصی (۱)، بهمن حسینجانی/۷۰، به نقل از دکتر حسین آقایی‌نیا.

۲۹. بررسی تطبیقی سقَط جنین و آثار حقوقی آن، ابوالفضل انتظاری/۱۱۴.

۳۰. حقوق جزای اختصاصی (۱)، محمدهادی صادیقی/۴۷.

در پاسخ به آنها گفته شده است که ذکر کلمه «قتل» در این تبصره ناشی از مسامحه در بیان است؛ زیرا قانون‌گذار در این ماده در مقام تبیین و تشریح مهلت پرداخت دیه است و نه مسئول موارد ثبوت آن.^{۳۱} به علاوه، می‌توان گفت که در قانون مجازات اسلامی تعریفی برای «قتل» ارائه نشده و در اولین ماده از کتاب قصاص کلمه «قتل» به تنهایی به کار نرفته، بلکه به «نفس» اضافه شده و «قتل نفس» موضوع تقسیمات و احکام قرار گرفته است. در لغت نیز قتل به ناپود کردن حیات حیوانی اطلاق شده^{۳۲} و شامل کشتن حیوانات نیز می‌شود. بر همین پایه، قرآن کریم از قتل صید سخن گفته است.^{۳۳} صرف نظر از این نکات، حتی اگر عبارت «قتل جنین» گویای این باشد که جنین دارای روح، انسان شمرده شده است، نمی‌توان حکم قصاص را از این عبارت استظهار کرد؛ زیرا قتل عمدی انسان با ثبوت حق قصاص ملازمه ندارد؛ چنان که قتل فرزند به وسیله پدر یا قتل دیوانه به وسیله انسان عاقل، هر چند هر دو مصداق قتل انسان است، ولی به تصریح مواد ۲۲۰ و ۲۲۲ و بر پایه مبانی فقهی، مستحق کیفر قصاص نیست.

استناد به ماده ۴۸۷- که دیه جنین کامل دارای روح را در صورتی که پسر باشد، دیه کامل و اگر دختر، باشد نصف دیه کامل قرار داده است- برای ثبوت حق قصاص مردود است؛ زیرا ملازمه شرعی و قانونی میان ثبوت دیه کامل برای کشته شدن انسان و ثبوت حق قصاص وجود ندارد؛ چنان که در کشتن دیوانه دیه کامل ثابت است، بدون آن که حق قصاص وجود داشته باشد.

به نظر می‌رسد چون قانون‌گذار در ماده ۹۱ قانون تعزیرات مصوب سال ۱۳۶۲ به صراحت برای سقط عمدی جنین دارای روح، مجازات قصاص را

۳۱. قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی/ ۲۱۳.

۳۲. المفردات فی غریب القرآن، راغب اصفهانی/ ۳۹۳؛ معجم الفروق اللغویة، عسگری/ ۴۲۰.

۳۳. سوره مائده، آیه ۹۵.

مجازات سقط عمدی جنین پس از دمیده شدن روح که ورود به یکی از مهم‌ترین مراحل حیات انسانی او است، به موضوع اختلاف برانگیزی میان فقها تبدیل شده است. بعضی، قاتل را در چنین فرضی مستحق قصاص و برخی دیگر حکم قصاص را از او منتفی دانسته‌اند.

قرار داده است، پس اگر نظر تدوین‌کنندگان قانون مصوب سال ۱۳۷۵، تغییر مقررات مربوط به سقط عمدی جنین و مقصودشان الغای مجازات قصاص بوده است، سزاوار بود به وضوح از این تغییر یاد می‌کردند و یا حداقل از به کارگیری واژه قصاص در این ماده - که مربوط به بخش تعزیرات است و با مبحث قصاص بیگانه است - پرهیز می‌کردند؛ در حالی که در ماده ۶۲۲ سخن از «پرداخت دیه یا قصاص حسب مورد» به میان آمده است. عبارت «حسب مورد» نیز اشاره به ثبوت قصاص در مواردی است که جنین دارای روح باشد. پس سبق ماده ۹۱ قانون تعزیرات که به صراحت مجازات قصاص را برای جنایت سقط عمدی جنین دارای روح قرار داده است و نحوه عبارت پردازی در ماده ۶۲۲، قرینه بر این است که قانون‌گذار قصد تغییر مجازات مزبور را نداشته است.

بر این اساس، نکته مبهم دیگری در ماده ۶۲۲ به وجود می‌آید و آن این است که اگر مجازات جنایت عمدی سقط جنین دارای روح، قصاص است، پس چگونه قانون‌گذار علاوه بر این مجازات، یک تا سه سال حبس را برای او در نظر گرفته است؟ در حالی که به استناد روایت معتبر «لا یجنی العجانی علی

اکثر من نفسه^{۳۴} که در منابع فقهی به صورت قاعده‌ای مورد قبول همگان در آمده است، نمی‌توان برای جانی علاوه بر قصاص نفس، مجازات دیگری قرار داد. برای رفع این ابهام می‌توان گفت که گویا وضع مجازات تعزیری حبس از یک تا سه سال، در فرضی است که قصاص اعمال نشود و ولی دم به دیه راضی شود؛ چنان‌که در دو ماه بعدی نیز تصریح شده است که مجازات تعزیری وضع شده، علاوه بر حکم به پرداخت دیه است. با وجود این، نمی‌توان از نظر دور داشت که وضع مجازات تعزیری حبس «علاوه بر پرداخت دیه یا قصاص حسب مورد» می‌تواند قرینه بر این باشد که مقصود از قصاص در ماده مزبور، قصاص جنایت وارد شده بر زن است، نه قصاص سقط عمدی جنین.

در پایان ناگفته نماند در ایامی که این مقاله انتشار می‌یابد و فقط چند ماهی به پایان اعتبار قانون مجازات اسلامی باقی مانده، لایحه جامع و جدید قانون مجازات اسلامی از سوی قوه قضائیه تدوین و به مجلس شورای اسلامی تقدیم شده است. در یکی از مواد آن آمده است:

سقط عمدی جنین حتی پس از دمیده شدن روح در آن، قصاص ندارد و محکوم به پرداخت دیه است.

امید است با تصویب این ماده در مجلس شورای اسلامی و تأیید آن از سوی شورای نگهبان، ابهام موجود در قوانین موضوعه درباره مجازات سقط عمدی جنین برطرف شود.

تأسیس اصل

اگر در حکم قصاص قاتل عمدی جنین تردید باشد و دلیل خاصی بر ثبوت یا عدم ثبوت حق قصاص قاتل جنین برای ولی دم نباشد، اصل اوکی، استصحاب عدم ثبوت حکم قصاص در قتل جنین بعد از دمیده شدن روح

است. همچنین قاعده «الحدود تدرء بالشبهات» که به نظر بیشتر فقیهان در قصاص نیز جاری است^{۳۵} و نیز احتیاط در دماء که از مجموعه ادله شرعی قابل استنباط است، اقتضای عدم ثبوت قصاص در موارد شک را دارند.

دلایل ثبوت قصاص

دلیل اول

مهم ترین دلیل بر ثبوت حق قصاص در قتل جنین دارای روح این است که جنین پس از آنکه در حدود چهارماهگی روح در آن دمیده شد، انسان و دارای نفس محترمه می شود و از این رو، عموم دلایل ثبوت حق قصاص نفس که موضوع آنها انسان و نفس محترمه است، شامل او می شود.

جنین مراحل رشد جسمانی خود را در رحم مادر سپری می کند و پس از آنکه خلقت جسمانی او به کمال رسید، روح در او دمیده و در آن هنگام خلقت روحانی او نیز کامل می شود و همین مقدار کافی است که به او انسان گفته شود و زندگی او در داخل رحم یا خارج آن که امری عارضی و بیگانه از خلقت وی است، ربطی به صدق یا عدم صدق عنوان نفس محترمه بر او ندارد.

با دقت در دلایل عام قرآنی و روایی قصاص، به این نکته می رسیم که موضوع حکم حق قصاص نفس و قصاص عضو، انسان و نفس محترمه

۳۵. المبسوط، ج ۹۸/۷؛ المهذب، ج ۴۸۲/۲؛ منتهی المطلب، ج ۹۷۸/۲؛ مسالك الافهام، ج ۴۰/۱۵؛ روضة المتقين، ج ۲۲۹/۱۰؛ جامع الشتات، ج ۷۲۹/۲؛ القصاص علی ضوء القرآن و السنة، سید شهاب الدین مرعشی، ج ۳۶۶/۱؛ بحوث فقهية هامة، ناصر مکارم شیرازی/۲۹۲؛ کتاب القصاص، رضا مدنی کاشانی/۹۰، ۱۲۴، ۲۵۸؛ القصاص، محمد فاضل لنکرانی/۷۵؛ الفقه و القانون، سید محمد شیرازی/۲۶.

البته برخی از فقیهان این قاعده را در قصاص جاری نمی دانند. ر.ک: مجمع الفائدة، ج ۳۴۳/۱۳؛ جواهر الکلام، ج ۱۹۶/۳۸، ج ۲۲۳/۴۱؛ کتاب الشهادات، سید محمدرضا گلپایگانی، ج ۴۱۴/۱.

است؛ چنان که قرآن کریم می فرماید:

و كتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس؛^{۳۶}

و در تورات بر آنان مقرر کردیم که نفس در مقابل نفس قصاص می شود.

يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى؛^{۳۷}

ای کسانی که ایمان آوردید، بر شما مقرر کردیم که در مورد کشته شدگان، قصاص را جاری سازید.

و من قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً؛^{۳۸}

و هر کسی مظلومانه کشته شود، برای ولی او سلطنت (بر قصاص) قرار دادیم.

بی تردید عموم «النفس» در آیه نخست و «القتلی» در آیه دوم و «من قتل مظلوماً» در آیه سوم، شامل جنین دارای روح می شود.

روایت معتبر ظریف بن ناصح از امیر مؤمنان (علیه السلام) که مورد عمل اصحاب است، به صراحت صدق نفس بر جنین دارای روح را تأیید می کند. در این روایت، دیه مراحل مختلف خلقت جنین قبل از دمیده شدن روح آمده و سپس مقدار دیه جنین دارای روح این گونه بیان شده است:

فاذا نشأ فيه خلق آخر و هو الروح فهو حينئذ نفس بألف دينار

کامله إن كان ذكراً و إن كان أنثى فخمسمائة دينار؛^{۳۹}

پس هنگامی که خلقت دیگر یعنی روح در مورد جنین تحقق

یافت، پس او نفس (انسانی) می گردد که اگر مرد باشد، دیه

او هزار دینار و اگر زن باشد، دیه اش پانصد دینار است.

برخی از فقیهان شیعه و اهل سنت که فتوا به ثبوت حق قصاص در سقط

۳۶. سوره مائده، آیه ۴۵.

۳۷. سوره بقره، آیه ۱۷۸.

۳۸. سوره اسراء، آیه ۳۳.

۳۹. وسائل الشیعة، ج ۲۹/۳۱۲.

جنین دارای روح داده‌اند، به اجمال از این دلیل یاد کرده^{۴۰} و بعضی از فقیهان معاصر در استدلال بر ثبوت حق قصاص برای جنین دارای روح به روایت ظریف اشاره داشته‌اند.^{۴۱}

چکیده این دلیل را می‌توان این‌گونه در قالب شکل اول قیاس مطرح کرد: جنین، دارای روح انسان است (صغرا). کشتن هر انسانی موجب ثبوت حق قصاص است (کبرا)؛ پس کشتن جنین دارای روح موجب ثبوت حق قصاص است (نتیجه).

نقد

چکیده این دلیل این است که جنین پس از دمیده شدن روح، انسان کامل و دارای نفس محترمه می‌شود. احکام مربوط به او نیز همان احکام انسان است که از جمله آنها قصاص قاتل او است.

برای اینکه دریابیم انسان در طی مراحل خلقت خود که از نطفه آغاز می‌شود، در کدام مرحله، انسان کامل و دارای نفس محترمه و احکام و مقررات خاص انسان می‌گردد و به خصوص قاتل او مستحق قصاص می‌شود، سزاوار است احکام گوناگون جنین و نوزاد را در کتب فقهی مروری کنیم.^{۴۲}

۱. جنین پس از آنکه روح در او دمیده شد، موضوع بعضی از احکام انسان کامل می‌شود؛ از جمله:

الف) اگر کسی جنین دارای روح را که مرده است، مس کند، غسل مس

۴۰. المحلی، ابن حزم، ج ۳۱/۱۱: «لأنه قاتل نفس مؤمنة عمداً فهو نفس بنفس»؛ مهذب الاحکام، سید عبدالاعلی سبزواری، ج ۳۲۳/۲۹: «لتحقق المقتضى له القصاص وهو اذهاق الروح المحترمة».

۴۱. کتاب القصاص، رضا مدنی کاشانی/۷۳.

۴۲. در بررسی احکام جنین، برای پرهیز از اطاله کلام فقط به نقل آرای فقیهان اکتفا و از ذکر ادله و نصوص پرهیز می‌کنیم.

میت بر او واجب می شود. ۴۳

ب) به اجماع فقها، دیه جنینی که روح در آن دمیده نشده، کمتر از دیه کامل و پس از دمیده شدن روح، دیه اش کامل است؛ یعنی هزار دینار در مرد و بانصد دینار در زن. ۴۴

ج) مشهور فقیهان بر این عقیده اند که کشتن جنین دارای روح، موجب ثبوت کفاره قتل می شود، ۴۵ ولی برخی بر این باورند که قتل جنین تام الخلقه که ولوج روح در او نشده است و یا مطلق جنین نیز موجب کفاره قتل است. ۴۶ شهید ثانی و صاحب ریاض، وجوب کفاره برای مطلق جنین را به بعضی از فقها نسبت داده اند. ۴۷ از سوی دیگر، محقق اردبیلی در ثبوت کفاره برای جنین دارای روح خدشه کرده است ۴۸ و آیت الله خویی و برخی دیگر نیز عدم

۴۳. مستند الشیعه، نراقی، ج ۴۲/۲؛ کشف الغطاء، ج ۱/۱۵۹؛ جواهر الکلام، ج ۳۴۵/۵؛ الطهارة، شیخ مرتضی انصاری، ج ۲/۳۱۶؛ مصباح الفقیه، ج ۱/۵۳۸؛ العروة الوثقی، ج ۲/۴؛ منهاج الصالحین، سید ابوالقاسم خویی، ج ۱/۳۳۰.

۴۴. المقنعه/۷۶۳؛ المراسم العلویه/۲۴۴؛ النهایه، شیخ طوسی/۷۷۸؛ المبسوط، ج ۷/۱۹۲؛ السرائر، ج ۳/۴۰۰؛ شرایع الاسلام، ج ۴/۱۰۴۵؛ قواعد الاحکام، ج ۳/۶۹۴؛ شرح اللمعه، ج ۱۰/۲۸۸؛ مجمع الفائده، ج ۱۴/۳۲۴؛ کشف اللثام، ج ۲/۵۱۸؛ ریاض المسائل، ج ۲/۵۵۹؛ جواهر الکلام، ج ۴۳/۳۶۴؛ تحریر الوسيله، ج ۲/۵۹۷؛ مبانی تکملة المنهاج، ج ۲/۳۹۸.

۴۵. شرایع الاسلام، ج ۴/۱۰۴۵؛ المختصر النافع، ص ۳۰۷؛ قواعد الاحکام، ج ۳/۶۹۵؛ ارشاد الاذهان، ج ۲/۲۲۰؛ تحریر الاحکام، ج ۲/۲۷۷؛ المهذب البارع، ج ۵/۴۰۵؛ اللمعة دمشقیة/۲۶۷؛ شرح اللمعه، ج ۱۰/۲۹۴؛ کشف اللثام، ج ۲/۵۱۹؛ ریاض المسائل، ج ۲/۵۶۴؛ جواهر الکلام، ج ۴۳/۳۶۴؛ جامع المدارک، ج ۶/۲۸۲، تحریر الوسيله، ج ۲/۵۹۸ و ۶۰۲.

۴۶. تحریر الاحکام، ج ۲/۲۷۹.

۴۷. شرح اللمعه، ج ۱۰/۲۹۴؛ ریاض المسائل، ج ۲/۵۶۴.

۴۸. مجمع الفائده، ج ۱۴/۲۲۰.

ثبوت کفاره برای جنین دارای روح را اقرب دانسته‌اند. ۴۹.

د) اگر جنین پس از پایان چهارماهگی بمیرد، واجب است او را غسل دهند و در پارچه‌ای بپیچند و دفن کنند. ۵۰. موضوع این فتوا که صاحب جواهر در مورد آن ادعای عدم خلاف کرده است، به استناد نصوص شرعی، ۵۱ جنین چهارماهه است، نه جنین دارای روح. هر چند جنین غالباً در چهارماهگی دارای روح می‌شود، ولی اگر ندرتاً جنینی قبل از چهارماهگی و یا پس از آن دارای روح شود، موضوع حکم وجوب تغسیل، تکفین و تدفین او تغییر نمی‌کند و جنینی که چهار ماه را سپری کرده است، همچنان موضوع این احکام است.

۲. جنین پس از آنکه زنده متولد شد، دارای احکام و حقوق جدید می‌شود؛ از جمله:

الف) نماز میت بر مرده جنینی که زنده متولد شده است و به عبارت دیگر، بر نوزاد و کودک تا شش سالگی مستحب است و پس از شش سالگی واجب است، اما نماز میت بر جنینی که زنده متولد نشده است، هر چند دارای روح باشد، نه واجب است و نه مستحب. ۵۲.

۴۹. مبانی تکملة المنهاج، ج ۲/۴۳۵؛ تکملة منهاج الصالحین، سید محمد صادق روحانی/۱۴۶.

۵۰. شرایع الاسلام، ج ۱/۳۰؛ تذکرة الفقهاء، ج ۱/۴۰ و ۴۵ و ۴۶؛ منتهی المطلب، ج ۱/۴۳۲؛ تحریر الاحکام، ج ۱/۱۷؛ مسالک الافهام، ج ۱/۸۳؛ جامع المقاصد، ج ۱/۳۵۶ و ۴۰۶؛ کشف اللثام، ج ۱/۱۵۵؛ ریاض المسائل، ج ۱/۶۹؛ مستند الشیعه، ج ۳/۱۴؛ العروة الوثقی، ج ۲/۳۲.

۵۱. جواهر الکلام، ج ۴/۱۱۰.

۵۲. شرایع الاسلام، ج ۱/۸۱؛ قواعد الاحکام، ج ۱/۲۲۹؛ تذکرة الفقهاء، ج ۱/۴۶؛ تحریر الاحکام، ج ۱/۱۸؛ الذکری/۵۶؛ جامع المقاصد، ج ۱/۴۰۶؛ مسالک الافهام، ج ۱/۲۶۱؛ مدارک الاحکام، ج ۴/۱۵۴؛ کشف اللثام، ج ۱/۱۲۳؛ مفتاح الکرامة، ج ۴/۱۰۸.

ب) وقف ابتدایی بر معدوم یعنی کسی که در هنگام انشای وقف وجود ندارد، جایز نیست. اما وقف تبعی جایز است؛ یعنی می‌توان وقف بر فردی موجود و سپس بر اولاد و نسل او کرد. پس نسل موقوف علیه، اگر چه هنگام اجرای صیغه وقف موجود نیست، اما چون وقف ابتدئاً متوجه کسی است که به هنگام انشای وقف موجود بوده و به تبع متوجه نسل او شده، چنین وقفی صحیح است. با توجه به آنچه گفته شد، فقیهان مطلق جنین را ملحق به معدوم کرده و وقف ابتدایی بر او را جایز ندانسته‌اند. ۵۳

شهید ثانی و بعضی دیگر تصریح کرده‌اند که جنین اگر چه موجود است، ولی چون اهلّیت تملک عین یا منفعت را ندارد، ملحق به معدوم است. ۵۴ علامه حلی علت عدم جواز وقف ابتدایی بر جنین را فقدان علم به حیات او می‌داند. ۵۵ لازمه این تعلیل این است که اگر علم به حیات جنین حاصل شود، وقف ابتدایی بر او جایز باشد. آیت الله خوئی و بعضی دیگر در بطلان وقف بر جنین تردید کرده‌اند ۵۶ و سید محمد کاظم یزدی به صراحت عدم امکان وقف

۵۳. شرایع الاسلام، ج ۲/۴۴۵: «يعتبر في الموقوف عليه شروط ثلاثة: ان يكون موجوداً ممن يصح ان يملك... ولو وقف على معدوم ابتداء لم يصح كمن يقف على من سيولد له او على حمل لم ينفصل. اما لو وقف على معدوم تبعاً لموجود فانه يصح»؛ قواعد الاحكام، ج ۲/۳۹۰: «و اما الموقوف عليه فيشترط فيه أمور أربعة: الوجود... فلو وقف على المعدوم ابتداء أو على الحمل كذلك لم يصح و لو وقف عليهما تبعاً للموجود صح»؛ تحرير الاحكام، ج ۳/۲۷۹؛ ارشاد الاذهان، ج ۱/۴۵۱؛ كفاية الاحكام، ص ۱۳۹؛ جامع المقاصد، ج ۹/۳۸؛ السرائر، ج ۳/۱۵۶.

۵۴. مسالك الافهام، ج ۵/۳۲۷؛ رياض المسائل، ج ۹/۳۰۹؛ الحدائق الناضرة، ج ۲۲/۱۸۹؛ جواهر الكلام، ج ۲۸/۲۶.

۵۵. تذكرة الفقهاء، ج ۲/۴۲۸.

۵۶. منهاج الصالحين، ج ۲/۲۴۰؛ منهاج الصالحين، سید محمد روحانی، ج ۲/۳۶۹.

برای معدوم و جنین را نپذیرفته است. ۵۷.

۷۳



نصایح در سقط عمدی جنین

ج) وصیت برای مطلق جنین - اعم از اینکه دارای روح باشد یا خیر - جایز است، اما مال مورد وصیت تنها پس از زنده متولد شدن او به ملکیتش در می آید. پس اگر جنین قبل از تولد بمیرد، مال به ورثه وصیت کننده منتقل می شود، نه به ورثه جنین. ۵۸.

د) جنین اگر زنده متولد شود، از ترکه ارث می برد و قبل از تولد، سهم الارث او کنار گذاشته می شود تا هنگامی که زنده متولد شود و میراث به ملکیت او درآید. پس اگر بعد از تولد بمیرد، سهم الارث به ورثه جنین می رسد، نه ورثه میت. اما اگر قبل از تولد بمیرد - هر چند دارای روح باشد - ارثی به او تعلق نمی گیرد و سهم الارث کنار گذاشته شده، به ورثه میت می رسد. ۵۹.

ه) حق شفعه برای جنین ثابت است؛ یعنی در مال مشاعی که برای جنین کنار گذاشته شده است و استقرار ملکیت آن برای جنین بعد از تولد خواهد بود، حق شفعه برای او وجود دارد. اما استیفای این حق از سوی ولی یا قیم او متوقف بر زنده متولد شدن او است. به عبارت دیگر، می توان گفت که ثبوت حق شفعه قبل از تولد به گونه متزلزل است و استقرار آن بعد از تولد خواهد بود. ۶۰.

۵۷. تکملة العروة الوثقی، ج ۱/۲۰۸.

۵۸. المبسوط، ج ۴/۱۲؛ السرائر، ج ۳/۱۸۳ و ۲۱۱؛ قواعد الاحکام، ج ۲/۴۴۸ و ۴۶۱ و ۴۶۸؛ مختلف الشیعه، ج ۶/۳۸۴ و ۴۲۵؛ تذکرة الفقهاء، ج ۲/۴۵۲، ۴۶۰، ۴۶۱ و ۴۶۸؛ جامع المقاصد، ج ۱۰/۴۱، ۸۴، ۸۷، ۹۶ و ۱۵۹؛ ریاض المسائل، ج ۲/۴۸؛ جامع الشتات، ج ۴/۲۷۶؛ جواهر الکلام، ج ۲۸/۳۸۷؛ الوصایا و الموارث، شیخ انصاری/ ۹۷ و ۱۱۵.

۵۹. المبسوط، ج ۴/۱۲۴؛ الوسیله/ ۴۰۰؛ السرائر، ج ۳/۲۷۶؛ قواعد الاحکام، ج ۳/۳۵۴؛ مسالک الافهام، ج ۱۳/۶۰ و ۱۲۲ و ۲۳۶ و ۲۶۰ و ۲۶۳؛ مجمع الفائده، ج ۱۱/۵۴۶ و ۵۴۹؛ کشف اللثام، ج ۲/۲۸۸ و ۳۰۹؛ ریاض المسائل، ج ۲/۳۷۲؛ جواهر الکلام، ج ۱۹/۱۰۵ و ۱۰۸؛ ج ۳۹/۷۰، ۷۳، ۲۱۹ و ۳۰۱.

۶۰. المبسوط، ج ۳/۱۴۳؛ تذکرة الفقهاء، ج ۱/۶۱۰؛ جامع المقاصد، ج ۶/۳۷۴.

و) اقرار مالی برای جنین قبل از تولد در برخی از فروض آن، صحیح است، ولی واگذاری مال مورد اقرار به ولی یا قیم او، متوقف بر زنده متولد شدن جنین است. ۶۱.

ز) احکام پیشین درباره وقف، ارث، وصیت، اقرار و حق شفعه برای جنین، بر این مسئله مبنایی استوار است که آیا حق ملکیت برای جنین قبل از تولد حاصل می شود و می توان او را مالک دانست یا خیر؟

در پاسخ به این سؤال، می توان از لابه لای کلمات فقیهان در ابواب مختلف فقهی، به چهار پاسخ دست یافت: ۶۲ از ظاهر سخنان برخی از فقیهان به دست می آید که جنین قبل از تولد مالک می شود. ۶۳ گروه دیگری از فقها بر این باورند که ملکیت برای جنین فقط پس از زنده متولد شدن حاصل می شود. ۶۴ قول سوم این است که جنین قبل از تولد دارای ملکیت متزلزل است و بعد از تولد این ملکیت استقرار می یابد. ۶۵ و آخرین دیدگاه این است که زنده متولد شدن جنین، شرط متأخر حصول ملکیت است. ۶۶

برای پرهیز از طولانی شدن کلام از ذکر ادله احکام پیشین که بعضی از آنها مورد اجماع فقهاست، پرهیز کردیم و به ذکر نتیجه ای که از کنار هم قرار دادن

۶۱. المبسوط، ج ۳/۱۴؛ تذکرة الفقهاء، ج ۲/۱۴۸ و ۱۷۶؛ جامع المقاصد، ج ۹/۲۲۴؛ مجمع الفائده، ج ۹/۳۹۷؛ جواهر الکلام، ج ۳۵/۱۲۲.

۶۲. توجه به این نکته لازم است که چون مسائل مربوط به جنین در منابع فقهی در بابی مستقل و به روشنی مطرح نشده و در ابواب مختلف پراکنده است، برخی از فقیهان گرفتار اقوال متعارضی درباره ملکیت جنین شده اند.

۶۳. تذکرة الفقهاء، ج ۱/۶۱۰، ج ۲/۱۴۸؛ جامع المقاصد، ج ۶/۳۷۴، ج ۹/۲۲۶ و ۳۸، ج ۱۰/۴۱؛ کتاب الزکاة، سید ابوالقاسم خویی، ج ۱/۶۵.

۶۴. المبسوط، ج ۳/۲۹۳؛ جامع المقاصد، ج ۹/۲۲۷؛ مسالک الافهام، ج ۵/۳۲۷؛ جواهر الکلام، ج ۳۹/۷۰، ج ۳۲/۳۶۳.

۶۵. مجمع الفائده، ج ۱۱/۵۴۶؛ جواهر الکلام، ج ۳۵/۱۲۴.

۶۶. همان.



این احکام حاصل می شود، بسنده می کنیم و آن نتیجه این است که نمی توان برای آغاز شخصیت حقوقی انسان، مرحله معینی را تعیین کرد تا هر انسانی به آن مرحله رسید، مصداق انسان و مشمول همه احکام و مقررات شود، بلکه با دقت در این احکام و سایر احکام و مقررات مربوط به انسان می توان گفت که شخصیت حقوقی انسان همچون خلقت تکوینی او به مرور شکل می گیرد و مراحل کمال را به تدریج سپری می کند. از این رو، از هنگام انعقاد نطفه که آغاز تکون انسان است و بی تردید بر آن انسان صدق نمی کند، بعضی از احکام و حقوق همچون: وصیت، ارث، اقرار و حق شفعه شامل او می شود؛ ولی این حقوق تا زمان زنده متولد شدن، متزلزل و مشروط به تولد زنده حمل است، حتی چه بسا بتوان از بعضی از احکام همچون وقف بر بطون و نسل های آینده به تبع انسان موجود، شخصیت حقوقی تبعی و یا اهلیت تمتع در زمان قبل از انعقاد نطفه را برای انسان معدوم در نظر گرفت.

در مرحله ای که جنین دارای روح شده، احکام و حقوق دیگری همچون: مقررات درباره غسل، کفن و دفن جنین و نیز وجوب غسل به جهت مس جنین مرده، کفاره قتل و دیه جنین، شامل او می شود و انسان متولد شده، موضوع حقوق (مانند حق مالکیت و ...) و تکالیف (مانند ضمان و نفقه اقارب) قرار می گیرد.

او همچنان به سیر تکاملی شخصیت حقوقی خود ادامه می دهد تا به سن تمیز می رسد. در این سن، حقوق و تکالیف او فزونی می یابد و از صحت معاملات و عبادات او در این سن سخن گفته می شود. سیر کمالی او ادامه می یابد؛ تا اینکه پا به سن بلوغ می گذارد. در این سن مورد خطابات شرعی قرار می گیرد و تکالیف عبادی و غیر عبادی متوجه او شده، از بسیاری از حقوق خویش بهره مند می شود. بعد از این مرحله به نقطه اوج و کمال شخصیت حقوقی خود می رسد که آن، پای نهادن به مرحله رشد است. در این مرحله حق تصرف در امور مالی خود را نیز به دست می آورد و تا نزدیک مرگ،

با حفظ شرایط لازم، دارای شخصیت کامل حقوقی است.

اما با نزدیک شدن به مرگ، آرام آرام از بعضی از حقوق خویش محروم می‌شود. یکی از آن حقوق، تصرف مالی او در اموالش است که در هنگام مرض مرگ، آزادی کامل خود را در این زمینه از دست می‌دهد؛ بحثی که فقها از آن به منجزات مریض تعبیر می‌کنند. بعد از مرگ نیز به طور کامل حقوق خویش را از دست نمی‌دهد. لزوم احترام به بدن میت و بعضی دیگر از احکام تشییع و تجهیز میت را می‌توان از جمله حقوق انسان مرده دانست. همچنین باقی ماندن علقه زوجیت بعد از مرگ، به نظر جمعی از فقها یکی دیگر از حقوق باقی مانده برای انسان مرده است. این گزارشی کوتاه از سیر صعود و نزول شخصیت حقوقی انسان است.

با در نظر گرفتن آنچه گفته شد، این استدلال مورد تردید قرار می‌گیرد که چون جنین پس از دمیده شدن روح در آن، مصداق انسان و دارای نفس محترمه می‌گردد، پس حق قصاص هم برای قاتل جنین دارای روح ثابت می‌شود؛ زیرا خلقت انسان تدریجی است و احکام مربوط به او نیز به تدریج و طی مراحل مختلف خلقت او تحقق می‌یابد و نمی‌توان مرحله‌ای خاص را به عنوان مصداق انسان شدن در نظر گرفت و احکام و حقوق مربوط به انسان را به صرف اینکه جنین به چنین مرحله‌ای رسیده است، متوجه او کرد. تصور کنید همین استدلالی را که مدعیان ثبوت قصاص برای قاتل جنین دارای روح مطرح کرده‌اند، می‌توان به سایر احکام و حقوق همچون حق مالکیت سرایت داد و گفت: مالکیت از حقوق انسان است و جنین دارای روح مصداق انسان است؛ پس دارای حق مالکیت است؛ در حالی که جمهور فقیهان استقرار حق مالکیت برای جنین را فقط پس از زنده متولد شدن او می‌دانند. لذا اگر جنین قبل از تولد بمیرد، مال مورد نظر به ورثه او منتقل نمی‌شود، بلکه تحت مالکیت حالت گذشته خود باقی می‌ماند.

اما این سخن که زندگی جنین در داخل رحم یا خارج آن امری عارضی

است که نمی‌تواند منشأ آثار حقوقی از جمله ثبوت حق قصاص شود و این پدیده تأثیری در تحقق عنوان انسانیت ندارد، پاسخش روشن است؛ زیرا حیات در داخل رحم یا خارج آن پدیده‌ای عینی و واقعی است، بلکه حیات در داخل رحم با حیات خارج از آن تفاوت‌های چشمگیری دارد. حیات جنین در داخل رحم کاملاً وابسته به مادر است و حیات مستقلی نیست، تنفس در آن وجود ندارد و تغذیه جنین از طریق خون مادر است. جنین پس از تولد دارای حیات مستقل و متفاوتی می‌شود که در آن تنفس و تغذیه مستقل دارد و پا به دنیای جدیدی می‌گذارد. پس بسیار محتمل است که همین پدیده مهم تکوینی، منشأ آثار حقوقی از جمله ثبوت حق قصاص شود؛ چنان‌که به نظر فقیهان منشأ ثبوت حقوق گوناگونی از جمله حق مالکیت است.

بنابراین طرح استدلال فوق در قالب شکل اول قیاس، گرفتار این اشکال است که حد وسط (انسان) در صغرا و کبرا دارای مفهومی مبهم است و همین سبب می‌شود که کلیت کبرا مورد مناقشه قرار گیرد؛ یعنی چون خلقت انسان دارای مراحل مختلف است، نمی‌توان ادعا کرد که کشتن هر کسی که بر او انسان صدق کند، موجب ثبوت حق قصاص است و یا حداقل ادعایی مشکوک است.

اما استدلال به ادله لفظی یعنی اطلاق و عمومات قصاص نیز مخدوش است؛ زیرا اولاً بیشتر این اطلاق در مقام تشریح حکم قصاص اند، نه در مقام بیان حدود و شرایط حکم تا بتوان به اطلاق آنها تمسک کرد و در علم اصول روشن شده که تمسک به اطلاق لفظی، هنگامی ممکن است که متکلم در مقام بیان برای عمل مکلف باشد و از جمله مواردی که متکلم در مقام بیان نیست، بلکه در مقام اجمال است، هنگامی است که متکلم فقط در مقام تشریح و تبیین اصل مشروعیت حکم است^{۶۷} و فقها تصریح کرده‌اند که بیشتر اطلاق قصاص که از جمله آنها اطلاق قرآنی است، در مقام تشریح اند که

۶۷. فوائد الاصول، ج ۱/۵۷۳؛ اجود التقریرات، ج ۱/۵۲۹؛ نهایة الافکار، ج

۱/۹۶؛ اصول الفقه، ج ۱/۱۶۹.

مانع تمسک به اطلاق است. ۶۸

ثانیاً، با توجه به بیانات گذشته روشن شد که مراحل خلقت انسان تدریجی است و جنین دارای روح، هنوز مرحله مهم دیگری از حیات را که تولد است، سپری نکرده است. پس نمی توان با اطمینان ادعا کرد که ظاهر عمومات مانند نفس در آیه شریفه «النفس بالنفس»، جنین دارای روح را که هنوز متولد نشده است، در برمی گیرد. به عبارت دیگر، اگر نگوییم که نفس در آیه شریفه انصراف به انسان پس از تولد دارد، لاقلاً صدق آن بر جنین دارای روح قبل از تولد مورد تردید است و نمی توان با تمسک به عمومات و اطلاقات این تردید را برطرف کرد؛ زیرا مستلزم تمسک به عام در شبهه مصداقیه است که قطعاً مردود است.

استدلال به روایت معتبر ظریف نیز که در آن بر جنین دارای روح، اطلاق نفس شده است، مردود است؛ زیرا این روایت در مقام بیان حکم دیه جنین است، نه حکم قصاص قاتل او، و امام (ع) برای روشن شدن حکم دیه کامل برای جنین دارای روح بر این نکته تأکید می کند که جنین دارای روح، نفس محترمه است و از این رو، دیه کامل به آن تعلق می گیرد. ولی اگر مطالب گذشته را مد نظر قرار دهیم که خلقت انسان دارای مراحل گوناگون است و بر بسیاری از آن مراحل، عنوان انسان عرفاً صدق می کند، ولی هر مرحله ای احکام و مقررات خاصی را در پی دارد که مراحل پایین تر آن فاقد این احکام هستند، در این صورت دلیل فوق مورد تردید قرار می گیرد؛ زیرا اطلاق نفس بر مرحله ای از خلقت انسانی که دارای حکم دیه کامل است، دلیل بر این نمی شود که قاتل آن مستحق قصاص است. پس استناد به روایت با استدلال به اطلاق نفس بر جنین دارای روح، مخدوش می شود و نمی توان فقط به استناد صدق نفس بر جنین دارای روح در این روایت، حکم قصاص قاتل آن را ثابت

۶۸. القصاص علی ضوء القرآن و السنة، سید شهاب الدین مرعشی، ج ۲/۳۶۰، ج

۱۴۹/۳؛ کتاب القصاص، یوسف مدنی کاشانی/۱۶۷؛ القصاص، محمد فاضل

لنکرانی/۱۲۰، ۳۰۹، ۳۸۵ و ۴۰۶.

کرد، مگر اینکه در استدلال به روایت از اطلاق آیه شریفه «النفس بالنفس» کمک بگیریم تا شکل اول قیاس تحقق یابد؛ یعنی گفته شود در روایت آمده که جنین دارای روح، نفس است و در آیه شریفه آمده که هر نفس در مقابل کشته شدن هر نفسی قصاص می شود؛ پس نفس قاتل در مقابل نفس جنین دارای روح قصاص می شود.

در این صورت در پاسخ خواهیم گفت که ما پیش از این، استدلال به اطلاق آیه شریفه را با تنبیه بر این نکته رد کردیم که آیه در مقام تشریح حکم قصاص است، نه در مقام بیان حدود و شرایط و از این رو، تمسک به اطلاق آن برای حذف قیود و شرایط جایز نیست و به همین جهت، استدلال به روایت نیز که با ضمیمه به اطلاق آیه شریفه تمام گردیده، مردود می شود. به عبارت دیگر، برای استدلال به این روایت که بیانگر صدق نفس بر جنین دارای روح است، نیازمند یک کبرای کلی هستیم تا بیانگر این باشد که کشتن هر نفسی، قصاص دارد و با توضیحاتی که داده شد، روشن گردید که این کبرانه از دلیل لفظی همچون آیه شریفه به دست می آید و نه از دلیل لبی.

دلیل دوم

جنین قبل از دمیده شدن روح به آن و در مراحل مختلف علقه، مضغه، عظام و لحم دارای مقادیری از دیه است که کمتر از دیه کامل است، اما هنگامی که روح در آن دمیده شد، به تصریح روایات معتبر و مستفیض^{۶۹} و به اجماع فقیهان، دیه آن به مقدار دیه کامل خواهد بود.^{۷۰} ثبوت دیه کامل برای جنین دارای روح، دلیل و شاهدی گویا بر این است که قتل عمدی جنین در این مرحله از حیات، موجب قصاص است. به عبارت دیگر، میان ثبوت دیه کامل در قتل خطایی و عمدی و ثبوت حق قصاص در قتل عمدی، ملازمه وجود

۶۹. وسائل الشیعه، ج ۲۹/۳۱۲.

۷۰. منابع این فتوا پیش از این در ضمن نقد دلیل اول گذشت.

ثبوت دیه کامل برای مرحله‌ای از خلقت انسان، ملازمه‌ای با ثبوت حق قصاص ندارد؛ زیرا به اجماع فقیهان، ثبوت دیه کامل برای مجنون، ملازم ثبوت حق قصاص نیست و اگر کسی مجنونی را بکشد، مستحق قصاص نیست، ولی موظف به پرداخت دیه کامل است.

دارد و هرگاه ثابت شود که اگر کسی از روی خطا سبب سلب حیات انسانی شده است باید دیه کامل پردازد، می‌توان نتیجه گرفت که سلب عمدی حیات همان انسان، موجب ثبوت حق قصاص برای اولیای دم او است.

این استدلال را که به دلیل ثبوت دیه کامل برای جنین دارای روح، حق قصاص قاتل جنین هم ثابت می‌شود، می‌توان به گونه دیگری نیز تقریر کرد و آن این است که ثبوت دیه کامل حکایت از این نکته می‌کند که جنین دارای روح بر خلاف مراحل پیشین خلقت خود، دارای نفسی کامل است و از این رو، آن نیز دیه کامل است. از سوی دیگر، به اقتضای ادله عام قصاص می‌دانیم که کشتن عمدی نفس کامل انسانی موجب ثبوت حق قصاص است، پس کشتن عمدی جنین دارای روح نیز موجب ثبوت حق قصاص خواهد بود. در این تقریر - بر خلاف تقریر نخست - ملازمه میان ثبوت دیه کامل و ثبوت حق قصاص به کمک واسطه‌ای برقرار شده است و آن واسطه، اثبات نفس کامل انسانی برای جنین دارای روح است.

برخی از فقیهان معاصر به اجمال از این دلیل یاد کرده‌اند.^{۷۱}

۷۱. الفقه، سید محمد شیرازی، ج ۲۱۷/۹۱؛ استفتانات قضایی، یوسف صانعی، ج ۱۵۴/۱. منبع اخیر، دلیل فوق را به عنوان مؤیدی برای قول به ثبوت حق قصاص ذکر کرده است.

ثبوت دیه کامل برای مرحله‌ای از خلقت انسان، ملازمه‌ای با ثبوت حق قصاص ندارد؛ زیرا به اجماع فقیهان، ثبوت دیه کامل برای مجنون، ملازم ثبوت حق قصاص نیست و اگر کسی مجنونی را بکشد، مستحق قصاص نیست، ولی موظف به پرداخت دیه کامل است و در نظر کسانی که حق قصاص را در انسان غیر بالغ، ثابت نمی‌دانند، این ملازمه در مورد غیر بالغ نیز ثابت نیست؛ زیرا به نظر آنان دیه کامل برای نابالغ ثابت است، ولی حق قصاص ثابت نیست. پس با توجه به این موارد نقض، ادعای ملازمه مخدوش می‌شود. البته نمی‌توان انکار کرد که ثبوت دیه کامل برای جنین دارای روح، در صورت وجود ادله قوی دیگر بر ثبوت حق قصاص در قاتل جنین دارای روح، می‌تواند مؤیدی برای آن ادله باشد، ولی صرف ثبوت دیه کامل، به جهت موارد نقض گفته شده، نمی‌تواند دلیل مستقلاً برای ثبوت حق قصاص باشد.

دلیل سوم

ممکن است برای اثبات حق قصاص در قاتل جنین به روایت شیخ طوسی - باسند خود - از ابن فضال، از بعضی از اصحابش، از امام صادق (ع) استدلال شود. امام (ع) در این روایت می‌فرماید:

كَلَّ مَنْ قَتَلَ شَيْئاً صَغِيراً أَوْ كَبِيراً بَعْدَ أَنْ يَتَمَمَّدَ فَعَلِيهِ الْقَوْدُ؛^{۷۲}

هر کس چیزی (انسان) کوچک یا بزرگی را بعد از تحقق قصد عمد بکشد، قصاص بر او است.

مقصود از صغیر و کبیر در روایت، انسان صغیر و کبیر است که اطلاق صغیر، شامل جنین دارای روح می شود.

نقد

اولاً، این روایت به جهت ارسال در سند، ضعیف است. ثانیاً، صغیر در روایت یا به وضع لفظی و یا به انصراف، ظاهر در طفل نابالغ است و شامل جنین نمی شود. ثالثاً، این روایت را شیخ صدوق با سند صحیح از عبدالله بن بکیر از امام صادق (ع) این گونه نقل کرده است:

کلّ من قتل بشیء صغیراً أو کبیراً بعد أن یتعمّد فعلیه القود؛^{۷۳}

هر کس با چیزی کوچک یا بزرگ بعد از قصد عمد اقدام به قتل کند، قصاص می شود.

شیخ صدوق در مشیخه کتاب خود متذکر شده است که سند او به ابن بکیر از طریق پدرش، از عبدالله بن جعفر حمیری، از احمد بن محمد بن عیسی، از حسن بن علی بن فضال، از عبدالله بن بکیر است.^{۷۴} بنابراین می توان اطمینان به اتحاد این دو روایت یافت و روشن می شود که «بعض أصحاب ابن فضال» در روایت شیخ طوسی همان عبدالله بن بکیر است و چنان که اهل فن متذکر شده اند، اشتباهات شیخ طوسی در اسناد و متون روایات تهذیب فراوان است.^{۷۵} و کتاب من لا یحضره الفقیه، أضبط و أدق از تهذیب است.^{۷۶} پس به نظر می رسد متن روایت بنا بر نقل شیخ صدوق رجحان دارد و متن تهذیب را

۷۳. من لا یحضره الفقیه، ج ۴/۱۱۲؛ وسائل الشیعه، ج ۲۹/۷۶.

۷۴. من لا یحضره الفقیه، ج ۴/۴۲۷.

۷۵. الحدائق الناضره، ج ۱۲/۶۰، ج ۱۶/۱۷۳؛ کتاب النکاح، سیدابوالقاسم خوی، ج ۲/۱۳.

۷۶. جواهر الکلام، ج ۴۳/۱۷۰؛ ج ۱۰/۲۹۵.

می‌بایست حمل بر اشتباه و تصحیف کرد و در این صورت، روایت به طور کامل از موضوع بحث خارج است و مربوط به موردی است که قاتل با ابزار و آلتی کوچک یا بزرگ مرتکب قتل شود؛ در این صورت قتل عمدی بدون در نظر گرفتن نوع آلت^{۷۷} تحقق یافته و قاتل مستحق قصاص است.

دلیل عدم ثبوت قصاص

برخی از فقیهان این گونه استدلال کرده‌اند که روایات فراوانی درباره دیه سقط عمدی و خطایی جنین وارد شده است،^{۷۸} ولی در هیچ یک از این روایات سخنی از قصاص قاتل جنین به میان نیامده است و این گویای این است که قاتل جنین جز دیه، مجازات دیگری ندارد.^{۷۹} به عنوان نمونه، یکی از روایاتی را که متعرض سقط عمدی جنین شده است، ذکر می‌کنیم. در صحیفه علی بن رثاب آمده است:

عن أبي عبدالله (ع) في امرأة شربت دواء و هي حامل لتطرح ولدها فألقت ولدها، قال: إن كان له عظم قد نبت عليه اللحم و شق له السمع و البصر فإن عليها دية تسلّمها إلى أبيه...^{۸۰}

از امام صادق (ع) درباره زن بارداری که دوايي نوشيده بود تا

۷۷. شاید مقصود از آلت بزرگ یا کوچک، آلت قتاله و غیر قتاله باشد. در این صورت معنای روایت این می‌گردد که اگر قاتل قصد عمد داشته باشد، قتل عمد ثابت است و تفاوتی نمی‌کند که آلت قتاله باشد یا خیر.

۷۸. وسائل الشیعه، ج ۲۹، ابواب دیات النفس، باب ۱۸، ص ۲۲۵، باب ۲۱، ص ۲۳۹.

۷۹. بحوث فقهیه هامة، ناصر مکارم شیرازی/ ۲۹۲؛ الفقه و مسائل طبیة، محمد آصف محسنی/ ۶۲؛ رشد جمعیت، تنظیم خانواده و سقط جنین، محمد هادی طلعتی/ ۳۳۵.

۸۰. وسائل الشیعه، ج ۲۹/ ۳۱۸.

فرزندش را سقط کند و فرزند نیز سقط گردید، سؤال شد و امام (ع) فرمود: اگر جنین دارای استخوان بود که بر آن گوشت رویده بود و چشم و گوش او تشکیل شده بود، دیه بر عهده زن است که باید آن را به پدر فرزند بدهد...

نقد

عدم ذکر قصاص در روایات سقط جنین نمی تواند دلیلی روشن بر عدم ثبوت قصاص برای قاتل جنین باشد؛ زیرا محتمل است که این روایات فقط در مقام بیان حکم دیه بوده باشند؛ چنان که در موارد دیگری از جنایات که روایات فقط متعرض حکم دیه آنها شده اند، بعضی از فقها توضیح داده اند که عدم ذکر قصاص در این گونه روایات به جهت انتفای حکم قصاص در این موارد نیست، بلکه به این جهت است که روایات تنها در مقام بیان حکم دیه هستند.^{۸۱}

ولی باید اعتراف کرد که با توجه به شیوع سقط عمدی جنین - حتی در زمان صدور روایات - و ورود روایات فراوان در تعیین دیه^۱ حالات مختلف جنین از هنگام علقه تا هنگام تمامیت خلقت جسمانی و دمیده شدن روح، همچنین با توجه به اینکه در برخی از روایات دیه جنین، سخن از سقط عمدی جنین به میان آمده است، جای تعجب است که اگر سقط عمدی جنین دارای روح، موجب قصاص است، چرا حتی در یک روایت به آن اشاره نشده است و در مورد آن از معصومان (ع) پرسیده اند؟! از این رو، این دلیل اگر چه نمی تواند به عنوان دلیلی مستقل برای عدم ثبوت قصاص باشد، ولی می تواند به عنوان مؤید اصل اولی یا ادله احتمالی دیگر تلقی شود و ظن ما را به عدم ثبوت قصاص تقویت کند.

۸۱. مبانی تکملة المنهاج، ج ۲/ ۱۵۳ و ۱۷۲؛ فقه الصادق، ج ۲۶/ ۱۶۱.

نتیجه گیری

با توجه به اینکه دلایل ارائه شده برای ثبوت حق قصاص در قتل عمدی جنین دارای روح، از قوت کافی برخوردار نیست و همچنین با توجه به ضعف ادله منکران حق قصاص، مرجع، اصل اولی خواهد بود که موافق قاعده درء و احتیاط در دماء است و مؤید به فرائنی از جمله فقدان هر گونه نص شرعی در مورد قصاص در سقط عمدی جنین است.

پس اگر مادر یا غیر او - در غیر موارد جواز -^{۸۲} مرتکب سقط عمدی جنین دارای روح شود، جز دیه و تعزیر، مجازات دیگری نخواهد داشت و به قصاص نفس محکوم نمی شود. البته تردیدی نیست که مجازات تعزیر در سقط عمدی جنین دارای روح از مجازات تعزیر در سقط عمدی جنین بدون روح، شدیدتر خواهد بود؛ زیرا دمیده شدن روح به جنین بر حرمت او می افزاید و سلب حیات از او نیز گناهی بزرگ تر شمرده می شود که مجازاتش شدیدتر خواهد بود.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۸۲. تنها مصداقی که برخی از فقیهان به عنوان مورد جواز سقط جنین دارای روح ذکر کرده اند، هنگامی است که ادامه حیات مادر مشروط به سقط باشد. البته گروه دیگری از فقیهان این مورد را هم از مصادیق عدم جواز سقط می دانند. در این زمینه ر. ک: بحوث فقهیه هامة، ناصر مکارم شیرازی/ ۲۹۴؛ رشد جمعیت، تنظیم خانواده و سقط جنین، محمد هادی طلعتی/ ۳۱۷؛ نرم افزار گنجینه آرای فقهی - قضایی، کد استفتا: ۵۱۶۰۰، ۶۲۷۵، ۲۵۹، ۵۱۵۹۸، ۵۱۵۹۸، ۶۲۶۴، ۱۰۴۶۴، ۳۲۷۱، ۶۱۴۶۰.