

حمایت حقوقی از جنین

فاطمه سوهانیان*

است تا حمایت کیفری از آن. با ملاحظه مطالب فوق، این مقاله تلاشی است برای جلب عنایت قانونگذار تا براساس نگرش فقهی با تدوین مقررات کیفری مناسب، صریح و روشن شبهه و خلاء یادشده را رفع کند.

کلیدواژه: جنین، حمایت از جنین، مادر باردار، سقط جنین، فقه اسلامی، دیه.

مقدمه

از مصادیق حمایت از جنین، که هم در نظام حقوقی اسلام و هم در مقررات جزایی، به خصوص پس از استقرار جمهوری اسلامی مورد توجه قرار گرفته است به تأخیر انداختن اقامه برخی مجازاتها از زن باردار تا وضع حمل و رفع بیم ضرر از جنین است. آنچه از متون فقهی و عبارات فقها استفاده می‌شود: اول اینکه، علمای اسلام، اعم از متقدم و

چکیده: بنابر تعالیم اسلامی، جنین انسان شخصیتی بالقوه و قابل احترام دارد و مانند انسانهای دیگر دارای حقوقی، از جمله حق حیات و حق سلامت است. بر این اساس، در متون فقهی، علاوه بر پیش‌بینی مصادیقی از این حقوق، ضمانت اجرای آن، در مقابل ناقضین، تعیین شده است.

قانونگذار جمهوری اسلامی نیز، با الهام از رهنمودهای فقه اسلام، عمدتاً با جرم دانستن سقط جنین و، متعاقب آن، تعیین مجازات برای عاملین آن از جنین حمایت کرده است. علاوه بر این، با تدوین مقرراتی، از جمله مواد 19، 19، 969 قانون مجازات اسلامی، مبنی بر تأخیر اجرای برخی مجازاتها از مادر باردار، گامی دیگر در این راستا برداشته است. اما، به‌رغم اینکه در نظام حقوقی اسلام ضمانت اجرای کیفری مبتنی بر پرداخت دیه نسبت به ناقضین احکام فوق، به تفکیک، در نظر گرفته شده است و بسیاری از متون فقهی مباحث مشروعی را به آن اختصاص داده‌اند. به این امر چنانکه باید، عنایت شده است. از این‌رو، ابهاماتی در این باب وجود دارد؛ تا آنجا که در بررسی مواد یادشده این شبهه ایجاد شده است که ظاهراً مقنن بیشتر به حمایت قانونی از جنین پرداخته

*عضوهیئت‌علمی دانشگاه پیام‌نور، مرکز تهران.

این عبارات که و لایقام علی الحامل ولو من زنا حد رجما او جلداً و لا قصاص بطریق اولی حتی تضع ولدها (طباطبایی، 9404: 461) می‌فرماید: حد رحم یا جلد و به طریق اولی قصاص بر زن باردار اقامه نمی‌شود تا اینکه وضع حمل نماید. محقق حلی در شرایع (9861: 48) نیز قائل به همین عقیده شده و دلیل آن را رعایت حق جنین می‌داند. همچنین در شرح تبصره المتعلمین با عبارتی مشابه حمایت از حق حیات جنین با عدم اجرای حد تا وضع حمل مطرح گشته است (ذهنی تهرانی، 9819: 991/1، 993). در المباحث الفقهیه نیز در خصوص به تأخیر انداختن حد زنا از مادر باردار آمده است: و توخر الزانیه الحامل حتی تضع الحمل (شیرازی، 9406: 814/9). برخی دیگر از فقها، از جمله صاحب جواهر الکلام، زن حامله را اسراف در قتل تعبیر نموده و به عدم جواز آن تا متولد شدن حمل قائل شده است. ایشان در همین رابطه می‌گویند: ولایقتص من الحامل حتی تضع ... لکونه اسرافاً فی القتل (نجفی، 9499: 918/91، 411). شهید ثانی نیز معتقد به عدم قصاص مادر باردار تا بر زمین نهادن حملش است (ذهنی تهرانی، 9819: 891/91). از متأخرین می‌توان از آیت... خوبی نام برد. ایشان در مبانی تکملة المنهاج (9116: جزء اول/ 994، 991) معترض موضوع شده و حکم بر تأخیر انداختن اجرای حد رجم و جلد بر زانیه حامل داده است. و، در جای دیگر (جزء ثانی/ 983، 981، 4914493) به عدم قصاص زن باردار تا وضع حمل قائل شده است: لا یقتص من المرأة الحامل حتی تضع.

با توجه به آرای فقیهان مبنی بر تأخیر اجرای مجازاتها از مادر باردار این سؤال مطرح می‌شود که با توجه به اینکه در نظام حقوقی اسلام، مجازاتهای حدود قابل تأخیر و تعطیل نیستند، آراء فوق چگونه قابل توجیه است و اصولاً مبانی و ملاکهای آن از نظر فقهی چیستند؟ در شریعت اسلام، اعمال هر یک از عقوبت‌های شرعی، از جمله حدود، ملاکهای ویژه‌ای دارد که با حدوث آنها مرتکب یا مرتکبین رفتارهای مجرمانه قابل

متأخر، همگی بر تأخیر اقامه مجازاتهای حدود و قصاص بر حامل وحدت نظر دارند؛ دوم اینکه، مستوجب تأخیر عقوبت اختصاصاً حمایت از حق زندگی جنین و متعاقب آن رفع ضرر و خطر از وی بوده و در این خصوص هیچ تفاوتی میان جنین مشروع و جنین نامشروع وجود ندارد؛ سوم اینکه، تمامی فقها، به اتفاق آراء، قائل به «شوت دیه» بر مجازات‌کننده زن باردار شده‌اند و تنها در شرایط مجازات نافضین احکام فوق اختلاف نظر دارند. این امر ناشی از وجوه مختلفی است که در خصوص موضوع در مباحث فقهی مطرح شده است و در مباحث آتی به آنها اشاره می‌شود. با این همه، مقنن کیفری در تدوین مواد سه‌گانه 19، 19 و 969 قانون مجازات اسلامی، چنانکه از منطوق و نحوه نگارش آنها برمی‌آید، ظاهراً به تأخیر اقامه مجازات بر حامل نظر داشته و مجازات خاصی نسبت به اقامه‌کنندگان قائل نشده است. از قانونگذار این سؤال شده است که با توجه به تبیین حکم موضوع در نظام حقوقی اسلامی مبنی بر وجوب موجب طرح پرداخت دیه و عدم ذکر آن در مقررات مربوطه، خلاء کیفری مذکور چگونه قابل توجیه است، آیا ناقضین احکام فوق بدون مجازات خواهند ماند؟ در صورت قائل شدن عقوبت، اعمال آن بر اساس چه ملاک و معیاری امکان‌پذیر خواهد بود؟ آیا می‌توان با استمداد از سایر مقررات کیفری، از جمله تمسک به مقررات عمومی سقط جنین، به جبران آن پرداخت؟ این مقاله کوششی است برای پاسخگویی به سؤالات فوق که، موضوعات مربوطه را به اجمال، بررسی کرده است.

مبانی فقهی تأخیر مجازات زن باردار

آن دسته از فقیهان که معترض موضوع شده‌اند همگی بر عدم اقامه مجازاتهای حدود و قصاص بر مادر باردار، که طبیعتاً منجر به تلف حمل می‌شوند، و تأخیر آنها تا وضع حمل و رفع بیم ضرر از جنین متفق‌القول هستند. ذیلاً به ذکر برخی از آن اقوال پرداخته می‌شود: صاحب ریاض با

گذشته، برخی قواعد فقهی نظیر قاعده حرمت اضرار به غیر و قاعده حرمت القا به مهلکه می‌توانند مؤیدی بر ملاک مزبور باشند. ممکن است گفته شود چون مجازات رجم، بر خلاف مجازات جلد، ماهیتی تلف‌کننده دارد و هدف از اقامه آن به هلاکت رساندن زنی و بازداشتن دیگران است، لذا، از آن جهت که تبعاً تلف مرجوم و منقطعاً اتلاف جنین را به همراه دارد و برای جلوگیری از به مهلکه انداختن انسانی بی‌گناه، تأخیر اجرای مجازات فقط اختصاص به حد رجم داشته و منصرف از حد جلد است. این امر در بعضی متون فقهی با این عبارات ... اما لزوم الحد فلعدم الدلیل علی التأخیر، لما عرفت من اختصاصه بالرجم الی ان تضع حملها ... (همانجا) مورد توجه قرار گرفته که ترجمه آن چنین است: اما لزوم اجرای مجازات تازیانه به این خاطر است که دلیلی بر به تأخیر انداختن آن نیست؛ زیرا تأخیر مجازات فقط اختصاص به حد رجم (سنگسار) تا وضع حمل زن دارد. در پاسخ باید گفت: اصولاً ملاک و قاعده کلی و وجوب حفظ نفس محترمه و حرمت به مهلکه انداختن انسان بی‌گناه ناظر بر عقوبت خاصی نیست بلکه هرگاه خوف عقلایی بر ایراد ضرر و به هلاکت افتادن نفس محترمه وجود داشته باشد و دلایل و اماراتی بر صحت این خوف دلالت کنند، تأخیر در اجرای مجازات لازم و ضروری است. بنابراین، در مورد اقامه حد تازیانه بر زن باردار، در صورتی که اوضاع و احوال قضیه با توجه به شرایط خاص حامل و بالا بودن درجه آسیب‌پذیری جنین اقتضای خوف بر جان حامل را داشته باشد، اجرای حد جلد باید تا رفع خطر از وی به تأخیر افتد. به همین جهت، حتی آن دسته از فقیهانی که تأخیر مجازاتهای حدی را در مورد رجم پذیرفته‌اند، وجود ملاک فوق را مجوزی برای به تأخیر انداختن سایر مجازاتها از جمله حد جلد نیز دانسته‌اند (همانجا). همین مبنا در وجوب تعویق مجازات قصاص از مادر باردار نیز جاری است. صاحب تکملة المنهاج در این باب آورده است: لا یقتض من المرأة الحامل حتی تضع و

مجازات می‌گردند. مثلاً ملاک اجرای حد رجم زناى محصن یا محصنه است که با جمع کلیه شرایط، حد شرعی در مورد مجرم اعمال می‌شود. همچنین، ملاک اجرای حد جلد زناى غیر محصن یا غیر محصنه است. از سوی دیگر، از ویژگیهای حدود، جنبه حق الهی و، در نتیجه، غیرقابل تعلیق و تأخیر بودن آنهاست. این امر نه تنها مورد پذیرش فقهای امامیه بلکه مدنظر فقهای عامه نیز قرار گرفته است. در این باب عبدالقادر عوده می‌گوید: ... چون مجازات زنا از حدود است، تأخیر حدود و همچنین عفو آن جایز نیست پس کشتن زنی محصن از باب از بین بردن منکر و اجرای حدود خداوند واجب دانسته شده است (918، 9818).

در باب توجیه حکم مذکور می‌توان به برخی روایات که از ائمه معصومین علیهم‌السلام وارد شده است، استناد نمود؛ از جمله، معتبره عماد الساباطی است که به موجب آن حد رجم از زن بارداری که مرتکب زناى محصنه شده است تا وضع حمل به تأخیر می‌افتد. روایت مذکور به این شرح است: قال سألت ابا عبدالله - علیه‌السلام - عن محصنه زنت و هی حبلی؟ قال: تقر حتى تضع ما فی بطنها و ترضع ولدها ثم ترجم (موسوی‌خویی، 9116، 994، 991).

روایت دیگر از صحیح‌ه ابی‌مریم از قول اباجعفر (ع) است که طی گفتاری طولانی یکی از قضاوت‌های امیرالمومنین (ع) را در مورد زن باردار مرتکب زناى محصنه نقل می‌کند که براساس آن، ایشان حد رجم را از آن زن تا وضع حمل به تأخیر انداختند (همانجا).

با آنکه روایات مورد استناد ظاهراً حکم قضیه را در مورد حد رجم مشخص نموده‌اند به نظر می‌رسد، با توجه به روح روایات یادشده و سیره معصومین (ع) و با عنایت به اختصاص تأخیر حدود نسبت به مادر باردار، دلیل و ملاک واقعی آن، جز وجوب حفظ نفس محترمه که دایره شمول آن با توجه به تعالیم اسلامی تمامی مراحل زندگی جنینی را دربرمی‌گیرد، نباشد. از این

و جوب حفظ آن قائل شده‌اند. از جمله می‌توان از صاحب ریاض (طباطبائی، 9404: 461/9). صاحب جواهر (نجفی 9499، 918/91، 411). مؤلف الفقه (حسینی شیرازی، مسئله 98، ص 911)، صاحب شرایع (محقق حلی، 9408: 989) و کاتب شرح تبصرة المتعلمین نام برد که همگی رأی به عدم اجرای مجازات بر زن باردار، حتی اگر حملش از زنا باشد، داده‌اند.

در همین زمینه آیت... خویی، از فقهای معاصر، می‌فرماید: لا یقتض من المرأة الحامل حتی تضع ولو کان حملها حادثاً بعد الجنایه او کان الحمل عن زنا (9116: 983/9، 981، 490، 491). یعنی، از زن باردار قصاص نمی‌شود اگر چه بارداری‌اش بعد از جرم حادث شده باشد یا اینکه حملش از زنا باشد. بدیهی است همچنان که صاحب تکملة المنهاج متذکر آن شده است، مبنای حکم فوق و، به عبارت دیگر، جایز نبودن اتلاف حمل، حتی اگر ناشی از زنا باشد، عمدتاً به اصل وجوب حفظ نفس محترمه و اطلاق آن برمی‌گردد. افزون بر آنکه در تعالیم اسلامی اصولاً اتلاف و سقط جنین نامشروع و، به طریق اولی، قتل فرزندان نامشروع، عملی حرام و قابل مجازات شمرده شده است. علت آن نیز، با توجه به روایاتی که از معصومین (ع) وارد شده است، تربیت‌پذیری و قابلیت اصلاح آنان ذکر شده است (فرید، 9819: 998/9). نظریه مشهور فقها نیز مبتنی بر عدم جواز اتلاف و سقط جنین ناشی از زناست. از جمله ایشان می‌توان از حضرت امام خمینی نام برد که هم در رساله توضیح المسائل (9861: 881) و هم در پاسخ استفتائاتی که در این خصوص از ایشان شده است، حکم به جایز نبودن اتلاف جنین مذکور داده‌اند (نوغانی، 9861: 11؛ مرشد سلوک، 9861: 89). آیت... گلیپایگانی نیز نه تنها به حرمت اسقاط آن، بلکه به وجوب پرداخت دیه از سوی مرتکب قائل شده است (روحانی‌علی‌آبادی، 9816: 999، 994).

لو کان حملها حادثاً بعد الجنایه ... (موسوی‌خویی، 9116: 983، 981، 490، 491)؛ یعنی، زن باردار حتی اگر بارداریش پس از وقوع جرم حادث شده باشد تا به دنیا آوردن فرزندش قصاص نمی‌شود. او، در مقام تعلیل حکم فوق، ادامه می‌دهد: ... ذلک تحفظاً علی الحمل، فانه محترم، فلا یجوز اتلافه (همانجا)؛ یعنی، دلیل این امر حفاظت از زندگی حمل است زیرا او قابل احترام است؛ لذا از بین بردنش جایز نیست. البته این حکم اختصاص به قصاص نفس ندارد بلکه بسیاری از فقها از جمله صاحب جواهر (نجفی، 9499: 918/91، 411) و صاحب شرایع (محقق حلی، 9819: 919). قصاص طرف عضورا نیز جایز نمی‌دانند و علت این امر را جلوگیری از مرگ مادر باردار به واسطه سرایت قصاص و در نتیجه پیشگیری از مرگ جنین ذکر کرده‌اند. نکته حائز اهمیت این است که آیا ادله‌ای که دلالت بر تأخیر عقوبتهای حدود و قصاص از حامل دارند. مختص به زنی است که از راه مشروع حمل برداشته است یا اینکه شامل هر حملی، اعم از مشروع و نامشروع، می‌شود؟ در پاسخ باید یادآور شد که اصولاً در شریعت اسلام عمل نامشروع جنسی گناهی عظیم تلقی شده است، به خصوص هنگامی که منجر به بارداری گردد؛ نه تنها تجاوز به حریم قانون جنسی صورت پذیرفته است بلکه موجودی با سرشت قانون‌شکنی و انحرافات بسیار به وجود می‌آید که می‌تواند موضوع یک معضل بزرگ اجتماعی با پیامدهای شوم آن گردد. امام صادق (ع) ضمن بیان صفات فرزندان زنا می‌فرماید: انه یحن الی الحرام و الاستخفاف بالبدین و سوء المحضر (فلسفی، 9849: 941؛ فرید، 9819: 998/9). یعنی، فرزند زنا به گناه متمایل است، قوانین مذهبی را تحقیر می‌کند و در مجالست با مردم بداخلاق است.

با این حال، در حقوق جزای اسلام، صرف نامشروع بودن نطفه نه تنها مجوزی برای اتلاف آن نیست بلکه تمامی فقهای اعلام، با توجه به اطلاق احکام تأخیری، به

به طور کلی، در خصوص موضوع چند وجه در متون فقهی مطرح شده است:

1. هرگاه مجری حکم قصاص بدون اجازه حاکم شرع مبادرت به آن نموده باشد؛

2. هرگاه اقامه مجازات قصاص با اذن حاکم واقع شده باشد که در این حالت چند فرع وجود دارد: الف) هر دو - مجری حکم و حاکم شرع - از باردار بودن زن مطلع باشند؛ ب) هر دو جاهل به آن باشند؛ ج) قصاص کننده (ولی دم) عالم و حاکم جاهل باشد؛ د) مباشر «مجری حکم» جاهل به حمل و حاکم عالم به آن باشند.

در مورد باب اول، فقها بر این عقیده‌اند که چون اقامه کننده مجازات بدون اجازه حاکم شرع مبادرت به آن نموده است، هر چند از باردار بودن زن اطلاعی نداشته باشد، به سبب مباشرت در قتل جنین، ضامن دیه آن است (نجفی، 9499: 918، 411).

در باب وجه دوم و فروع آن، چند نظریه وجود دارد. برخی از فقها، از جمله صاحب جواهر در سه فرع اول، مطلقاً قصاص کننده را از باب مباشرت ضامن دانسته‌اند (همانجا)، در حالی که عده‌ای دیگر، از جمله شهید ثانی در فرع الف، یعنی در صورت علم مباشر و حاکم شرع به بارداری زن، در الزام مباشر به دیه تردید کرده، قائل به دو وجه شده است: وجه اول آنکه، فقط حاکم ملزم به پرداخت دیه جنین است؛ زیرا با وجود اطلاع از حامله بودن زن به وظیفه احتیاط مبنی بر عدم اذن در قصاص تا وضع حمل وی عمل نکرده است. بنابراین، به سبب اهمال در انجام وظیفه مسئول است و در این مورد قصاص کننده در حکم وسیله و آلت تلقی می‌شود. وجه دوم اینکه، ضمان بر هر دو به تساوی تقسیم می‌شود؛ زیرا یکی از آن دو مباشر بوده و دیگری نیز اجازه آن را صادر کرده است و چون اثر اذن در جنایت بر حمل با وجود علم به آن اثر مباشر کمتر نیست، بنابراین امر حاکم نیز به منزله مباشرت محسوب شده و هر دو ضامن دیه جنین هستند (همانجا).

در مقابل نظریه مشهور، برخی از فقها نظیر آیت... سیدمحمدشیرازی (9401: 93/11) و آیت... صانعی (جوان جعفری، 9819: 988، 984) به استناد قاعده فقهی عسرو حرج به جواز سقط نظر داده‌اند.

همچنان که اشاره شد نه تنها اتلاف جنین بلکه، به طریق اولی، قتل طفل ناشی از زنا نیز در حقوق کیفری اسلام جرم محسوب شده و مرتکب آن مستحق مجازات است. در همین زمینه، به دلیل خارج از بحث بودن موضوع، تنها به ذکر دو نظریه بسنده می‌شود: حضرت امام خمینی (تحریر الوسیله، 610/9) و همچنین آیت... میرزا ابوالقاسم قمی (9894: 190/9) معتقدند اگر کسی طفل زنازاده‌ای را پس از آنکه به سن تمیز رسید و اظهار اسلام کرد به قتل برساند، مستوجب قصاص بوده و کشته می‌شود.

از مجموع آنچه گفته شد این مطلب مستفاد می‌شود که فقه جزایی اسلام با جایز نشمردن اقامه مجازات بر مادر باردار و به تأخیر انداختن آن تا رفع خطر از حمل، گامی دیگر در راستای حمایت از حق حیات جنین برداشته است و در این مورد تفاوتی میان جنین مشروع و نامشروع قائل نشده است.

اما از آنجایی که مقررات و احکام زمانی جایگاه واقعی خود را در عمل می‌یابند که همراه با ضمانت اجرای مناسب باشند و احکام فقهی جزایی فوق نیز مستثنی از این اصل نیستند. لذا، ادامه بحث را بر همین اساس پی می‌گیریم.

ضمانت اجرای کیفری اقامه مجازات بر زن باردار در نظام حقوقی اسلام

در حقوق کیفری اسلامی، در چگونگی ضمان اقامه کننده مجازاتهای حدود و قصاص بر مادر باردار، به تفصیل، بحث شده و بسیاری از فقها با مطرح ساختن فرضیه‌های مختلف مباحث مشروحه را به این امر اختصاص داده‌اند.

(نجفی، 9499: 918/91، 411). در میان قائلین به حکم اخیر می‌توان به شهید اول (فیض، 9810: 914/9)، شهید ثانی (ذهنی‌تهرانی، 9891: 1441/93) و صاحب تکمله (موسوی‌خویی، 9116: 983/9، 981، 490، 491) اشاره کرد.

با ملاحظه مطالب فوق این موضوع قابل طرح است که با توجه به اینکه قانون مجازات اسلامی بر اساس موازین فقهی اسلام تصویب شده است آیا در موارد مذکور مقنن بر اساس نگرش فقهی عمل کرده است؟ این بحث را با بررسی مواد مربوطه پی‌می‌گیریم.

بررسی و تحلیل مواد 11، 12 و 262 قانون مجازات اسلامی

مقنن جمهوری اسلامی در راستای تبعیت از موازین فقهی بخشهایی از مقررات کیفری را به حمایت از حق حیات جنین اختصاص داده است. براساس این مقررات استیفای قصاص و اجرای مجازاتهای رجم و جلد بر زن باردار تا رفع خطر از جنین ممنوع شده است.

به موجب حکم ماده 19، در ایام بارداری زن حد قتل یا رجم بر او جاری نمی‌شود. بدیهی است آنچه موجب تدوین این مقرر شده است، توجه به ماهیت هلاک‌کنندگی مجازاتهای مذکور نسبت به محکوم علیها و، به تبع آن، اتلاف حمل است. قانونگذار کیفری همچنین با تصویب ماده 19 ق. م. 9، با به تأخیر انداختن اجرای حد جلد از مادر باردار گامی دیگر در حفظ سلامت و زندگی جنین برداشته است. این ماده مقرر می‌دارد: هرگاه در اجرای حد جلد بر زن باردار یا شیرده احتمال بیم ضرر برای حمل یا نوزاد شیرخوار باشد اجرای حد تا رفع بیم ضرر به تأخیر می‌افتد. در فلسفه تدوین این ماده باید گفت: اگرچه حد تازیانه طبیعتاً مجازاتی غیرمهلک نسبت به محکوم علیها محسوب می‌شود، اولاً، به دلیل آسیب‌پذیری

در مورد فرع چهارم، بعضی از علما، مانند محقق حلی در شرایع (9408: 989). با صاحب جواهر هم‌عقیده بوده و حاکم را که با وجود اطلاع از حمل، اذن به قصاص داده، از باب غرور و فریفتن مباشر (مجری حکم) ضامن دیه جنین می‌دانند.

در مقابل نظریات مذکور نظریه دیگری وجود دارد که مطلقاً اقامه‌کننده مجازات را از جهت اینکه عامل مستقیم مرگ جنین است، ضامن می‌داند (معروف‌الحسنی، 9401: 984).

چنانکه از بررسی اقوال فقها استفاده می‌شود، در نظام حقوقی اسلام مجازات زن باردار جایز نیست و تخلف از این اصل به اجماع فقها ضمانت اجرای پرداخت دیه جنین را به دنبال دارد. اما در مورد مسئول پرداخت دیه، فقها قائل به تفکیک شده و دو وجه را مطرح کرده‌اند:

1. هرگاه ولی دم از باب مباشرت در اقامه مجازات بر مادر باردار ضامن تلقی شود؛
2. هرگاه حاکم شرع عامل مرگ جنین محسوب شود.

در وجه اول، مشهور فقها معتقدند «دیه» در صورت شبه عمد از مال خود ضامن و در صورت خطای محض از مال عاقله باید پرداخت شود (نجفی، 9499: 918/91، 411). در مقابل نظر مشهور نظریه دیگری وجود دارد که به موجب آن در صورتی که اتلاف حمل قبل از ولوج روح واقع شده باشد، «دیه» بر عهده مباشر «ولی دم» ثابت می‌شود نه عاقله وی و هرگاه مرگ جنین بعد از دمیده شدن روح به وقوع بپیوندد، با صدق جنایت خطای محض، دیه جنین از مال عاقله باید پرداخت شود (موسوی‌خویی، 9116: 9/983، 981، 490، 491). در مورد وجه دوم نیز، به اجماع فقها، هرگاه «حاکم» ضامن شناخته شود، در صورت خطای محض، پرداخت دیه بر عهده بیت‌المال و در صورت عمد بر عهده خود اوست

را نسبت به متخلفین آن احکام پیش‌بینی نکرده است. با این حال، به نظر می‌رسد که با توجه به مباحث آتی و با استمداد از سایر مقررات کیفری، از جمله تمسک به عموماً قواعد سقط جنین، خلاء مذکور قابل جبران باشد.

با عنایت به تعاریف حقوقی و پزشکی از سقط جنین مبنی بر اخراج عمدی قبل از موعد جنین پیش از آنکه قابلیت زیست مستقل از مادر را یافته باشد (گلدوزیان، 9814: 938/9؛ گودرزی، 9810: 118) و با توجه به اطلاق واژه «اتلاف» مندرج در مواد 19، 19 و 969 قانون مجازات اسلامی به نظر می‌رسد اعمال مجازاتهای مذکور در مواد فوق، هنگامی که منجر به سقط جنین محکوم علیها شود، می‌تواند از مصادیق این جرم باشد.

بنابراین، با طرح این نظریه در ارتباط با اقدام مجازات‌کننده مادر باردار، دو حالت کلی قابل تصور است: 1. منجر به سقط حمل شود؛ 2. منجر به مرگ جنین منصرف از سقط شود. در ارتباط با حالت اول ذکر چند نکته ضروری است:

اول اینکه، با توجه به عنصر مادی جرم سقط جنین که عبارت از فعل مثبت به کارگیری وسایل فیزیکی و شیمیایی است، به نظر می‌رسد اقامه مجازات بر مادر باردار در صورتی که منتهی به سقط جنین وی شود، قابل تطبیق با مصادیق کلی ضرب و جرح و آزار و اذیت مذکور در ماده 699 قانون مجازات اسلامی باشد.

ثانیاً، با پذیرفتن فرض پیشین مبنی بر تطابق عنصر مادی، این سؤال مطرح می‌شود که آیا مجازاتهای مذکور در ماده 699 به اجراکننده مجازاتهای تأخیری بر زن باردار نیز تسری می‌یابد؟ به نظر می‌رسد برای تبیین هرچه بیشتر موضوع و با توجه به اختلاف نظر فقها در مورد مجازات قصاص در سقط جنین عمدی، بررسی اجمالی مبانی فقهی آن

جنین نسبت به ضربات وارده چنین قضاوتی همیشه صادق نیست؛ ثانیاً، حتی در صورت زنده متولد شدن از احتمال نواقص جسمانی و اختلالات روانی که از مصادیق آشکار «ضرر» محسوب می‌شود نباید غافل بود.

با توجه به ملاحظات فوق، قانونگذار از یک سو در مقام حمایت قانونی از حق حیات جنین بوده و، از سوی دیگر، به حق سلامت وی نیز توجه داشته است. افزون بر اینکه اطلاق واژه «ضرر» در آن ماده نیز مؤید این گفتار است. علاوه بر اینها، در این زمینه به اطلاق نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه مبنی بر لزوم تأخیر مجازات جلد تا رفع بیم ضرر از حمل نیز می‌توان استناد کرد (شهری، 9818: 696/9).

در نهایت به عنوان مستندی دیگر می‌توان به ماده 969 ق. م. 9 اشاره کرد که مقرر می‌دارد: زن حامله که محکوم به قصاص است نباید قبل از وضع حمل قصاص شود...، چنانچه ملاحظه می‌شود صراحت صدر ماده فوق‌الذکر مبنی بر عدم استیفای قصاص از مادر باردار شاهد مثالی دیگر در زمینه حمایت از جنین است که با توجه به طبیعت مهلک این مجازات و نتایج مرگبار آن نسبت به جنین تدوین شده است. در همین زمینه و در راستای حمایت قانونی از جنین می‌توان از ماده 434 ق. آ. د. ک نام برد که مقرراتی را بدین شرح وضع نموده است: در موارد ذیل احکام قابل اجرا به موقع اجرا گذاشته نمی‌شود: ... 2- در مورد زنان حامله یا زنانی که تازه وضع حمل کرده‌اند تا سه ماه بعد از وضع حمل. همچنین به موجب حکم ماده 9 از آئین‌نامه راجع به اجرای حکم اعدام مصوب 9801، هرگاه محکوم به اعدام زن حامله باشد یا زنی که تازه وضع حمل کرده، اجرای حکم اعدام تا 40 روز بعد از وضع حمل به تعویق می‌افتد.

بنابر آنچه گفتیم، چنانچه ملاحظه می‌شود، مقنن کیفری در هیچ یک از مقررات مورد بحث مجازاتی

لازم باشد.

بسیاری از فقهای شیعه با استناد به اطلاق روایات و آیات قصاص و با توجه به اینکه جنین پس از دمیده شدن روح انسانی کامل و دارای حق حیات محسوب می‌شود، اتلاف عمدی او را به منزله قتل عمد دانسته و مرتکب سقط جنین عمدی پس از ولوج روح را مستحق قصاص دانسته‌اند. از جمله فقیهانی که بر این قول هستند، صاحب جواهر است که آورده است: ولو ضربها فالقته فمات عند سقوطه فالضارب قاتل ... لتحقق موضوع القصاص فيه و هو ازهاق الروح المحترمه ... (نجفی، 9499: 918/91، 411). یعنی، هرگاه شخصی ضربه‌ای به زن باردار وارد سازد و بر اثر آن جنین او سقط شود و بمیرد در این صورت ضارب قاتل است. علت این حکم به تحقق پیوستن موضوع قصاص یعنی بیرون راندن روح قابل احترام از بدن است. علامه در قواعد الاحکام (883/9) نیز با عبارتی مشابه آورده است: ولو ضربها فالقته فمات عند سقوطه قتل الضارب ان تعمد و ...، که ترجمه آن چنین است: هرگاه زنی بر اثر ضربه‌ای که بر او وارد شده است، جنینش پس از سقط بمیرد، ضارب در صورتی که این عمل را عمداً انجام داده باشد، کشته می‌شود. ایشان در تبصرة المتعلمین (309/9) نیز متذکر این معنا گشته و در صورت سقط جنین عمدی، مرتکب را مستحق قصاص دانسته‌اند. همچنین محقق حلی، مؤلف شرایع (9864: 944)؛ فاضل هندی، صاحب کشف اللثام (9401: 199/9)؛ میرزای قمی، مؤلف جامع الشتات (9894: 190/9)؛ شیخ طوسی، صاحب النهایه (9894: 180/9)، شهید ثانی مؤلف شرح لمعه (9861: 441/9) و مسالک الافهام (101/9) و فتحی بهنسی مؤلف الجرائم فی الفقه الاسلامی (9401: 999) از جمله فقهای هستند که مجازات جرم سقط جنین عمدی پس از ولوج روح را درجه اول قصاص می‌دانند.

در مقابل نظریه مشهور فقها دیدگاه برخی از فقیهان متقدم وجود دارد که، به موجب آن، مجازات

سقط جنین عمدی حتی اگر بعد از ولوج روح باشد، فقط دیه و تعزیر است و قصاص تنها در موردی ثابت می‌شود که جنین زنده سقط شده سپس کشته شود. در میان قائلین به این نظریه می‌توان از آیت‌الله، خویی صاحب تکملة المنهاج (9116: 983/9، 981، 490، 491)، آیت‌الله گلپایگانی (ص 991) و آیت‌الله فاضل لنکرانی (نک: روحانی... 9816: 999، 994).

با بررسی نظریات فوق به نظر می‌رسد قانونگذار سال 9811 به تبعیت از نظریه مشهور در مقرر 699 ق.م.ا مجازات قصاص را در مورد افراد عادی که مرتکب سقط عمدی جنین ذی‌روح شده‌اند پذیرفته است. بنابراین، به موجب این ماده: هر کس بعد از دمیده شدن روح، جنین زن را سقط نماید، محکوم به حبس از یک تا سه سال قصاص می‌گردد.

با توجه به مطالب مذکور، همچنان این پرسش مطرح است که آیا حکم قصاص ماده اخیرالذکر نسبت به مجری مجازاتهای حدود و قصاص نسبت به زن باردار در صورتی که منجر به سقط جنین وی شود نیز جاریست؟ در پاسخ به استناد دلایل ذیل به نظر می‌رسد اقدام اخیر مشمول احکام سقط عمدی جنین نباشد.

اول اینکه، همچنان که برخی حقوقدانان متذکر شده‌اند، حکم ماده 699 ق.م.ا شامل کسی است که به قصد سقط جنین مبادرت به ایراد ضرب کند؛ به عبارت دیگر، عمد ناظر به سقط است نه ایراد ضرب (رازانی، ص 68). بنابراین، اگر ضارب از حامل بودن زن مطلع باشد اما از ایراد ضرب قصد اسقاط جنین را نداشته باشد مشمول حکم ماده نسبت به مورد به لحاظ فقدان سوء نیت خاص محل بحث است (کشاورزی، 9813: 66). لذا اقدامات مذکور که صرفاً در مقام اقامه مجازات بر زن باردارند، حتی اگر منتهی به سقط شود، با این ماده منطبق نخواهد بود.

ثانیاً، به عقیده برخی صاحب‌نظران مقصود از

جاری است، بوده و موجب سقوط این مجازات از مرتکب می‌شود (محقق داماد، 9811/4/39).

اما حالت دیگری که در ارتباط با مجازات مادر باردار مطرح می‌شود، موردی است که اجرای مجازات منجر به «مرگ جنین» منصرف از سقط وی شود. در همین زمینه قانونگذار با الهام از برخی متون فقهی (ذهنی‌تهرانی، 9866/494/80 موسوی‌خویی، 9116/9/983/9 491، 490) طی ماده 433 ق.م.ا به مرگ جنین در اثر کشته شدن مادر اشاره کرده، مقرر می‌دارد: هرگاه در اثر کشتن مادر، جنین بمیرد و یا سقط شود، دیه جنین در هر مرحله‌ای که باشد باید بر دیه مادر افزوده شود.

ماده مذکور از چند جهت قابل تأمل است:

1. با توجه به تعاریف حقوقی و طبی از سقط جنین (گلدوزیان، 9814/9/938) مبنی بر اخراج پیش از موعد جنین به نحوی که زنده یا قابل زیستن نباشد، این جرم تنها از طریق «اخراج» حمل از بطن مادر صورت می‌پذیرد. لذا قانونگذار با تقریر ماده 433 که جایگزین ماده 911 ق.م.ا مجازات اسلامی (دیات) سال 9869 است و با اضافه نمودن عبارت «مرگ جنین» و پیش‌بینی مجازات دیه نسبت به مرتکب، دامنه حمایت کیفری از حق حیات جنین را گسترش داده است.

اما با توجه به محدود بودن این حکم به مقرر 433 و عدم ذکر آن در سایر مقررات مربوط به سقط جنین، از یک سو، دامنه ضمانت اجرای آن صرفاً محدود به «پرداخت دیه» شده است و، از سوی دیگر، با توجه به نگارش ماده اخیرالذکر به نظر می‌رسد مرگ جنین، تنها در موردی که بر اثر کشته شدن مادر واقع شود. جرم محسوب شده و قابل مجازات است و مشخص نیست در سایر حالات که جنایت بر مادر باردار بی‌آنکه موجب قتل زن شود، صرفاً مرگ جنین را در پی داشته باشد، مشمول کدام مقرر کیفری قرار می‌گیرد و آیا اصولاً این عمل جرم تلقی می‌شود یا خیر؟

اذیت و آزار مذکور در صدر ماده، هر نوع اذیت و آزار بدنی «غیرمشروع» است (پاد، 9819/9/11)، پس اگر در اثر اجرای مجازات، جنین محکوم علیها سقط شود، عمل مرتکب مشمول حکم ماده 699 نخواهد بود. نظر آیت‌الله خویی در *تکملة المنهاج* (9116/9/983/9، 490، 491) مؤید این بیان است: ایشان در مورد زنی که بر اثر مجازات قصاص به قتل رسیده و سپس معلوم شود که حامله بوده می‌فرمایند: چیزی بر مقتص نیست و این حکم بدان جهت است که حق قصاص برای ولی مطلقاً ثابت است و نهایت اینکه بر او واجب است که در صورت باردار بودن زن، قصاص را به تأخیر بیناندازد و از آنجایی که این حکم، حکم تکلیفی است نه وضعی؛ اگر قبل از وضع حمل اقدام به قصاص کند در محلش است و در صورتی هم که جاهل به حکم باشد از نظر حکم تکلیفی معذور است بلکه اگر اقدام او موجب تلف حمل شود در آن دیه مقرر می‌شود.

آنچه گفته شد منصرف از موردی است که مرتکب با اجرای مجازات نسبت به زن باردار قصد اسقاط جنین وی را هم داشته باشد. اما آیا در این حالت اقدام مرتکب مشمول عموماً مقررات راجع به جرم سقط جنین عمدی می‌شود و در نتیجه متعلق مجازات قصاص قرار می‌گیرد یا خیر؟

در پاسخ باید گفت: اول اینکه، براساس بررسیها، هیچ یک از فقهای که متعرض اصل عدم جواز اقامه برخی مجازاتها نسبت به زن باردار شده‌اند نه تنها مطلقاً مجازات قصاص را پیش‌بینی نکرده‌اند، بلکه حتی در صورت مطلع بودن مجری حکم از حامله بودن محکوم علیها، تنها قائل به ثبوت «دیه» بر حسب مورد از مال او یا عاقله‌اش شده‌اند. ثانیاً، سکوت قانونگذار در قضیه موردبحث، اقتضای برائت مرتکب را حداقل از مجازات قصاص دارد. افزون بر اینکه شبهه ایجادشده در زمینه اجرای قصاص، همچنانکه برخی علما و حقوقدانان متعرض آن شده‌اند، مقتضی اجرای مفاد قاعده «درء» که شمول آن نسبت به مجازات قصاص نیز

ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی)، دانشگاه تربیت مدرس؛
 حسینی شیرازی، سید محمد (بی‌تا)، *الفقه، کتاب القصاص*؛
 ذهنی تهرانی، سید محمد جواد (9819)، *المباحث الفقهیه فی شرح الروضة البهیة، انتشارات وجدانی، قم*؛
 _____ (9819)، *المباحث الفقهیه فی شرح الروضة البهیة، کتاب الحدود، ج 91 انتشارات وجدانی، قم*؛
 _____ (9891)، *المباحث الفقهیه فی شرح الروضة البهیة، کتاب القصاص، ج 91 انتشارات وجدانی، قم*؛
 _____ (9866)، *المباحث الفقهیه فی شرح الروضة البهیة، ج 80، چاپ اول، انتشارات وجدانی، قم*؛
 رازانی، سعید «نگاهی به مقررات سقط جنین در حقوق ایران و انگلستان»، *مجله زن‌روز، شماره 9131*؛
 روحانی علی‌آبادی، محمد و نوغانی، فاطمه (9816)، *احکام پزشکی، چاپ اول، نشر مؤسسه تیمورزاده*؛
 شهری، غلامرضا و ستوده جهرمی، سروش (9818)، *نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه مسائل کیفری، روزنامه رسمی کشور*؛
 شهید ثانی، زین‌الدین علی الجبل‌العاملی (9861)، *شرح اللمعة، دفتر تبلیغات اسلامی، قم*؛
 _____، *مسالك الافهام، نشر بصیرتی، قم*؛
 شیرازی، سید صادق (9406)، *شرح تبصرة المتعلمین، ج 9، نشر دارالایمان، قم*؛
 شیرازی، سید محمد (9401)، *الفقه، انتشارات دارالعلم*؛
 طباطبائی، سید علی (9404 هـ)، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام باللائل، الجزء الثاني، مؤسسه آل‌البیته، قم*؛
 طوسی، محمد بن الحسن (9894)، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، ج 9، ترجمه سید محمدباقر سبزواری، دانشگاه تهران*؛
 علامه حلی، یوسف بن علی بن مطهر (بی‌تا)، *تبصرة المتعلمین فی احکام دین، ج 9، ترجمه ابوالحسن شعرانی، کتابفروشی اسلامیه*؛
 _____، *قواعد الاحکام، منشورات رضی، قم*؛
 عوده، عبدالقادر (9818)، *التشريع الجنائي، بازنگری و تطبیق عباس شیری، نشر میزان*؛
 فاضل هندی، بهاء‌الدین محمد بن الحسن بن محمد الاصفهانی (9401)، *كشف اللثام، کتابخانه آیت‌الله نجفی، قم*؛
 فتحی‌بهسی، احمد (9401)، *الجرائم فی الفقه الاسلامی، چاپ ششم، دارالشروق*؛
 _____، *احکام پزشکان و مشاغل مربوط به پزشکی، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم*؛
 فرید، مرتضی (9819)، *احادیث و ترجمه، ج 9، چاپ هفتم، دفتر نشر فرهنگ*

2. اطلاق عبارت «کشتن مادر» این ابهام را ایجاد می‌کند که آیا منظور از آن از هاق نفس محترمه است یا اینکه شامل هر زن باردار مجرمی که بر اثر اقامه مجازات کشته گردد نیز می‌شود و یا چگونگی مرگ مادر خصوصیتی ندارد بلکه منظور قانونگذار فقط حمایت از جنینی است که با از بین رفتن مادر در خطر اتلاف قرار می‌گیرد. در هر حال به نظر می‌رسد با توجه به قاعده فقهی لایطل دم مسلم و نیز اطلاق بیانات فقها مبنی بر پرداخت دیه جنین حکم ماده 433 راجع به دیه جنین در مواردی نیز که اقامه مجازات منجر به سقط و یا مرگ حمل شود، قابل اجرا باشد.

نتیجه‌گیری

اگرچه قانونگذار با تدوین مقررات مربوط به تأخیر اجرای مجازات از زن باردار گامهایی را جهت حمایت از زندگی جنین برداشته است اما احکام شفاف و صریحی را نسبت به ناقضین آن مقررات پیش‌بینی نکرده است و این امر ابهاماتی را در زمینه مجازات متخلفین، به خصوص از نظر تحمل مجازات قصاص مذکور در ماده 699، به وجود آورده است؛ در حالی که حمایت‌های گسترده از جنین در نظام حقوقی اسلام و، متعاقباً، در نظر گرفتن مجازات‌های صریح و روشن در هر مورد خاص ایجاب می‌کند که مقنن برای رفع ابهام مذکور همگام با موازین اسلامی عمل کند و، با توجه به وحدت نظر فقها در تعیین مجازات دیه، آن را به عنوان قدر متیقن مجازات نسبت به اقامه‌کننده مجازات‌های تأخیری بر مادر باردار در نظر بگیرد.

منابع

پاد، ابراهیم (9819)، *حقوق کیفری اختصاصی، ج 9، چ سوم، انتشارات دانشگاه تهران*؛
 جوان جمفری، عبدالرضا (9819)، *جرم سقط جنین (پایان‌نامه کارشناسی*

- اسلامی؛
فلسفی، محمدتقی (9849)، گفتار فلسفی کودک از نظر وراثت و تربیت،
دو مجلد، هیئت نشر معارف اسلامی، تهران؛
فیض، علیرضا و مهذب، علی (9810)، ترجمه کتاب لمعه شهید اول،
مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران؛
قمی، میرزا ابوالقاسم (9894)، جامع‌الشنات، چاپ‌سنگی، منشورات
الشركت الرضوان، تهران؛
كشاورزی، بهمن (9813)، مجموعه محشای قانون تعزیرات، چ سوم، گنج
دانش، تهران؛
گلدوزیان، ایرج (9814)، حقوق جزای اختصاصی، چاپ پنجم، مؤسسه
انتشارات جهاد دانشگاهی (ماجد)؛
گودرزی، فرامرز (9810)، پزشکی قانونی، چ اول، انتشارات انیشتین،
تهران؛
محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن (9818)،
شرایع الاحکام، قصاص، ترجمه ابوالحسن محمدی، چاپ سوم، مرکز نشر
دانشگاهی، تهران؛
_____ (9864)، شرایع/احکام، دیات، ترجمه ابوالحسن محمدی، چ
اول، مرکز نشر دانشگاهی؛
_____ (9408)، شرایع/اسلام فی مسائل الحلال و الحرام، 9 مجلد،
منشورات دارالاضواء، بیروت؛
_____ (9861)، شرایع/احکام، حدود و تعزیرات، ترجمه ابوالحسن
محمدی، چاپ اول، مرکز نشر دانشگاهی، تهران؛
- محقق داماد، سیدمصطفی (9811)، قواعد فقه، ج 4، چاپ اول، مرکز نشر
علوم اسلامی، تهران؛
مرشدسلوک، محمد (9861)، طیبیت و مسئولیت الهی، چاپ اول،
مؤسسه نشر کلمه دانشگاه آزاد اسلامی؛
معروف‌الحسنی، هاشم (9401)، المسؤولية الجزائية فی الفقه الجعفری،
دارالتعارف، بیروت؛
موسوی خمینی، روح‌ا... (9861)، رساله توضیح‌المسائل، وزارت ارشاد
اسلامی، تهران؛
_____، تحریر الوسیله، مکتب العلمیه الاسلامیه، تهران؛
موسوی خویی، سید ابوالقاسم (9116)، مبانی تكملة المنهاج، مطبعة الاداب،
النجف الاشرف؛
نجفی، محمدحسن (9499هـ)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام،
ج 91، مؤسسه المرتضی العالمیه، بیروت؛
نوغانی، فاطمه و کاظم پور، شمسی (9861)، پاسخ به سؤالهای شما
درباره احکام در مراکز بهداشتی و درمانی، دانشکده پرستاری و مامایی
دانشگاه علوم پزشکی و خدمات درمانی، تهران. ■