

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۴، پاییز ۱۳۹۴

صفحات ۴۳ تا ۶۰

حامد پارسا*

parsa.ha2014@gmail.com

اسقاط عمدی جنین؛ قصاص یا دیه؟

چکیده

با توجه به فراگیر شدن اسقاط جنین در کشور، دانستن حکم فقهی آن ضروری است. این در حالی است که فقهای امامیه نسبت به ثبوت قصاص در اسقاط عمدی از جنین تام‌الخلقه‌ای که روح در او دمیده شده است، متفق‌القول نیستند. برخی از آنها مثل کاشف الغطاء، سبزواری و حاج آقا رضا مدنی کاشانی به عمومات ادله قصاص تمسک جسته‌اند و قائل به ثبوت قصاص از جنین هستند. در مقابل، بسیاری از فقها مثل شیخ طوسی، محقق حلی، شهید ثانی و علامه حلی قائل به استثنا شدن جنین از عمومات قصاص هستند و فقط دیه را برای جنین ثابت می‌دانند. در این بین یافتن قول مختار مهم است.

تحقیق حاضر، فقها را به دو دسته مثبت و نافی قصاص از جنین تقسیم و اقوال و ادله هر کدام را ذکر و آنها را تحلیل کرده است. نهایتاً قول به عدم ثبوت قصاص از جنین تام‌الخلقه تقویت شده است که در نتیجه، تنها دیه به ذمه مسقط جنین اعم از مادر و غیر مادر خواهد آمد و قصاص ثابت نخواهد شد.

کلیدواژگان

سقط عمدی جنین، قصاص سقط جنین، دیه سقط جنین.

قصاص یکی از ابواب مهم فقه شیعه است که اسلام آن را برای حفظ جان افراد جامعه و جلوگیری از ریخته شدن خون آن‌ها تشریح کرده است. بنابراین، بحث از قصاص و موارد ثبوت و عدم ثبوت آن ضرورت پیدا می‌کند. بی شک، جنینی که روح در او دمیده و خلقتش کامل شده است، یک نفس محترم محسوب می‌شود و برای حفظ جان او باید ضمانت‌هایی مثل قصاص در قبال تعرض به حیاتش وجود داشته باشد. روایاتی که در این زمینه وارد شده است، اجمال دارند و آرای فقها هم مبهم و در مواردی، با یکدیگر متناقض هستند. این تحقیق می‌کوشد به این سؤال پاسخ دهد که قصاص بر شخصی که باعث اسقاط جنین از روی عمد شود، ثابت است یا نه؟

امروزه بحث از جنین مخصوصاً اسقاط آن فراگیر شده است و سالانه به طور متوسط، ۲۵۰ هزار سقط جنین غیر قانونی و ۶ هزار سقط جنین قانونی در ایران انجام می‌شود؛ زیرا با پیشرفت علم، انسان قادر است از وضعیت جنین قبل از تولد مطلع شود. در نتیجه، اگر در خلقت جنین، مشکل پزشکی مثل معلولیت باشد، آن را سقط می‌کنند. هم‌چنین زیاد شدن جمعیت در برخی کشورها موجب شده است برای کنترل جمعیت، اسقاط جنین را کاری غیر مجرمانه و در برخی موارد، قانونی بدانند. حتی قانون مجازات اسلامی به اسقاط جنین توجه نشان داده و در ماده ۳۰۶ بر حکم اسقاط جنین تصریح کرده است؛ «جنایت عمدی بر جنین، هر چند پس از حلول روح باشد، موجب قصاص نیست. در این صورت، مرتکب علاوه بر پرداخت دیه به مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می‌شود». از طرفی، فقها برای جنین علاوه بر حرمت تکلیفی فقط دیه را مطرح کرده و متعرض قصاص نشده‌اند و همین امر سؤال برانگیز است که فقها قصاص از جنین را ثابت می‌دانند یا خیر. در نتیجه، درباره قصاص از جنین باید تحقیق مفصلی انجام شود.

نسبت به مسئله ثبوت قصاص بر مُسْقَطِ جنین، بحث و تحقیقی مبسوط و جداگانه انجام نشده است، ولی عده قلیلی نسبت به این مسئله تحقیقاتی دارند. در بعضی موارد، اسقاط جنین فقط از جنبه حقوقی بررسی شده و حتی بررسی فقهی آن نیز موجز و مختصر است، در حالی که نسبت به آن باید بحث مفصل‌تر و مبسوط‌تری صورت بگیرد و در اقوال فقهای بیشتری، تتبع و ادله بیشتری کاویده شود. تحقیق حاضر، پس از دسته‌بندی اقوال فقها در ثبوت یا عدم ثبوت قصاص از جنین، مطابق صورت‌بندی انجام شده، مستندات فقهی اقوال را مطرح و به طور مفصل، ارزیابی و سرانجام نیز قول مختار را تبیین کرده است.

۱. بیان دو نظریه

اگر شخصی از روی عمد، عملی انجام دهد اعمّ از ضربه یا تزریق دارو و نظیر آن که بر اثر آن عمل، زن باردار، جنینش را اسقاط کند، آیا می‌توان عامل را قصاص کرد؟ به عبارت دیگر، موضوع قصاص در جنایت بر نفس شامل جنین تام‌الخلقه‌ای هم می‌شود که روح در او دمیده شده است؟

بیشتر فقها متعرض این بحث نشده و فقط بحث دیه جنین را مطرح کرده‌اند. همین اشاره نکردن به قصاص از جنین و بسنده کردن به دیه، این توهم را ایجاد می‌کند که قصاص از جنین ثابت نیست. البته برخی از فقها نسبت به این مسئله تصریح کرده‌اند که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌شود.

در این مسئله، فقها به دو دسته تقسیم می‌شوند. عده‌ای قائل به جواز قصاص و عده‌ای قائل به عدم جواز قصاص از جنین تام‌الخلقه‌ای هستند که روح در او دمیده شده است.

الف) نظریه اول - انکار ثبوت قصاص از جنین تام‌الخلقه

در ادامه اقوال و ادله برخی از فقها مطرح می‌شود که قایل به عدم ثبوت قصاص در مساله هستند.

شیخ طوسی در خلاف

شیخ طوسی از جمله فقهایی است که قول به عدم ثبوت قصاص از جنین، از عباراتشان

فهمیده می‌شود:

فإن ألقته قبل وفاتها ثم ماتت ففيها ديتها، و في الجنين إن كان قبل أن تلجه الروح مائة دينار على ما مضى، و ان كان بعد أن ولجه الروح فالدية كاملة، سواء ألقته حيا ثم مات أو ألقته ميتا إذا علم أنه كان حيا. (الخلاف ۵: ۲۹۴)

اگر جنین را اسقاط کند قبل از وفاتش و بمیرد، دیه زن واجب می‌شود. هم‌چنین در جنین اگر قبل از ولوج روح باشد، صد دینار واجب می‌شود. اگر بعد از ولوج روح باشد، دیه کامل واجب می‌شود. فرقی نمی‌کند که جنین زنده اسقاط شود و سپس بمیرد یا مرده اسقاط شود.

از این کلمات، عدم ثبوت قصاص از جنین استظهار می‌شود؛ زیرا اصلا متعرض قصاص نمی‌شوند و فقط بحث دیه را مطرح می‌کنند. اگر مستشکل اشکال کند که شیخ طوسی قتل غیر عمد را گفته است، در جواب می‌گوییم عبارت بالا را در فرضی گفته است که ضارب با ضربه‌ای باعث اسقاط جنین شود: «إذا ضرب بطنها فألقت جنينا». (همان) پس ضربه ضارب، در عمد ظهور دارد و نه غیر عمد. در فرضی که شیخ طوسی برای ضارب فقط دیه را واجب کرده، به این معناست که ثبوت قصاص را قبول ندارد.

محقق حلی در شرایع

محقق حلی یکی از کسانی است که قول به عدم ثبوت قصاص از جنین را از کلماتشان می‌توان فهمید. البته کلمات ایشان مضطرب است و فقط می‌توان قول به عدم ثبوت قصاص را از کلماتشان استظهار کرد: «لو أَلقت المرأة حملها مباشرة أو تسببها فعليها دية ما أَلقته و لا نصيب لها من هذه الدية و لو أفرعها مفزع فألقته فالدية على المفزع؛ اگر زنی، حمل خود را سقط کند، چه به مباشرت و چه به تسبیب، باید دیه جنین را بپردازد و نصیبی از دیه به او نمی‌رسد. اگر شخص دیگری باعث شود که زن جنینش را سقط کند، دیه بر گردن او خواهد بود». (شرایع الإسلام ۴: ۲۶۴)

استظهار از کلام محقق برای ثبوت قصاص از جنین چنین است:

۱. محقق متعرض قصاص نشده و از ابتدا به سراغ ثبوت دیه رفته است.
۲. از کلامشان که فرمود: «لا نصيب لها من الدية»، وجود عمد در فعل زن فهمیده می‌شود؛ زیرا در قتل عمد، قاتل از ارث (یعنی همان دیه) نصیبی نمی‌برد. پس با این که سقط حمل، عمدی است، محقق، قصاص را مطرح نکرده و فقط متعرض دیه شده است. برخی از فقهای معاصر مثل آیت‌الله مکارم نیز همین استظهار را انجام داده‌اند. (بحوث فقهية هامة ۲۹۱)

همان طور که در اول بحث اشاره شد، کلمات محقق مضطرب است؛ زیرا از کلام دیگر ایشان، ثبوت قصاص از جنین فهمیده می‌شود: «و لو ضربها فألقته فمات عند سقوطه فالضارب قاتل يقتل إن كان عمدا؛ اگر شخصی به زن بارداری ضربه‌ای بزند که بر اثر آن، زن باردار، حملش را اسقاط کند و هنگام سقوط، جنین بمیرد، ضارب کشته می‌شود اگر از روی عمد، آن زن را زده باشد». (شرایع الإسلام ۴: ۲۶۶)

بین این دو کلام محقق می‌توان چنین جمع کرد که اگر جنین در رحم مادر کشته و سپس اسقاط شود، قصاص ثابت نیست، ولی اگر زنده اسقاط شود و سپس بمیرد، قصاص ثابت است. در این صورت، دیگر اضطرابی در کلام محقق نیست؛ زیرا ایشان موضوع قصاص را فرضی می‌داند که نفس دارای حیات در عالم خارج باشد و سپس اذهاق روح شود.

شهید ثانی در مسالک

شهید ثانی در جنایت بر جنین، قائل به ثبوت دیه است، نه قصاص. در جنایتی که بر زنی می‌شود و بر اثر آن، هم زن می‌میرد و هم جنین، برای زن، قصاص را لازم می‌داند، ولی بر خلاف آن، فقط دیه را برای جنین لازم می‌داند:

إذا أُلقت المرأة بالجناية عليها يدا أو رجلا و ماتت و لم ينفصل الجنين بتمامه، و جبت دية الجنين مضافا إلى ما يجب بالجناية عليها من قود أو دية. (مسالك الأفهام ١٥: ٤٨٨ و ٤٨٩)

اگر زنی بر اثر جنایتی که بر او می‌شود، دستی یا پایی از جنین اسقاط کند و آن زن بمیرد و تمام جنین از بدن او خارج نشود، دیه جنین بر آن شخص جانی واجب است. هم‌چنین قصاص یا دیه بر اثر جنایت بر زن بر او واجب می‌شود.

قول عدم ثبوت قصاص از جنین نیز از ظاهر کلام ایشان فهمیده می‌شود؛ زیرا ایشان درباره زن، قصاص و دیه را ثابت دانست، ولی در مورد جنین، متعرض قصاص نشده و فقط دیه را مطرح کرده است. پس ظاهر عبارت ایشان، عدم ثبوت قصاص از جنین است؛ زیرا ممکن است منظور ایشان این باشد که جنین کشته نشده و فقط دست و پایش قطع شده است. البته عبارتی از شهید ثانی در کتاب روضه نسبت به عدم ثبوت قصاص از جنین آمده است که صراحت بیشتری از کلام بالا دارد: «دية الجنين في مال الجاني إن كان القتل عمدا حيث لا يقتل به؛ ديه جنين از مال جانی داده می‌شود اگر قتل عمد باشد و قاتل در مقابل جنین قصاص نشود».

(روضه البهیه ١٠: ٢٩٥)

علامه حلی در تحریر الأحكام

علامه حلی منکر ثبوت قصاص از جنین است و فقط دیه را ثابت می‌داند:

لو ضربها فألقت جنينا قد ولجته الروح، و جب فيه دية [...] بشرط أن يعلم حياته و سقوطه بالجناية [...] و لو ألقته حيا حياة مستقرة، فقتله ثان، فعلى الثاني القصاص أو الدية، أما لو لم تكن حياته مستقرة، فالقاتل هو الأول. (٢: ٢٧٨)

اگر ضاربی به زن بارداری ضربه‌ای بزند که بر اثر آن ضربه، آن زن، حمل خود را که روح در آن دمیده شده است، اسقاط کند، دیه بر ضارب واجب می‌شود [...] به شرط این که حیات جنین قبل از سقوط معلوم باشد و به وسیله ضربه سقط شده باشد [...] و اگر جنین را اسقاط کند، در حالی که زنده است و زنده بودنش ادامه‌دار است و شخص دیگری، او را بکشد، پس شخص دوم، قاتل است و قصاص و دیه بر گردن اوست. اگر جنین را زنده اسقاط کند، ولی حیاتش مستقر نباشد، پس قاتل نفر اول است و قصاص و دیه بر گردن اوست.

از کلمات علامه حلی، عدم ثبوت قصاص از جنین فهمیده می‌شود؛ زیرا:

- در ابتدای جمله گفته: «دیه بر او واجب می‌شود» و اصلا متعرض قصاص نشده است، در حالی که از کلمه «سقوطه بالجناية»، ضرب عمدی فهمیده می‌شود، ولی با این حال، حرفی از قصاص نزد.

۲. بحث قصاص را در جایی مطرح می‌کند که جنین بعد از سقط، زنده باشد و بعد بمیرد. پس یعنی مطلق جنین، اگر کشته شود، قصاص ندارد و فقط در صورتی قصاص دارد که در عالم خارج زنده باشد و سپس بمیرد. پس ظاهراً علامه حلی، ثبوت قصاص از جنین را قبول ندارد. مؤید استظهار ما، عبارت علامه حلی در جای دیگری است: «لو ضربها فألقته، فمات عند سقوطه، فالضارب قاتل یقتل إن کان عمداً». (همان) این جمله، همان جمله محقق است و همان توضیحی که درباره آن دادیم، این جا هم می‌آید یعنی باید جنین، زنده اسقاط شود و بعد بمیرد تا قصاص برای او ثابت شود.

علامه مجلسی در یک دوره فقه فارسی

علامه مجلسی از جمله کسانی است که در موضوع بحث، فتوای صریح داده است. ایشان به صراحت می‌گوید که اگر جنین بر اثر جنایت عمدی اسقاط شود، قصاص زمانی برای او ثابت است که بعد از اسقاط زنده باشد و سپس بمیرد یعنی جنایت بر جنین قصاص ندارد و قصاص برای کسی است که در عالم خارج، زنده باشد و سپس بمیرد؛ حال جنین باشد یا صبی یا رشید: «اگر حاملی را زد و جنین انداخت، زنده و بعد از آن مرد، به آن انداختن، قصاص جایز است اگر عمداً باشد و اگر عمداً نباشد، دیت واجب می‌شود». (۲۱۶)

مقدس اردبیلی در مجمع الفائدة

از عبارات محقق اردبیلی، قول به عدم ثبوت قصاص از جنین استفاده می‌شود: «لو جنی علی امرأة جان فألقت جنینا فماتا بعده أو بقي مریضا حتی مات أو کان صحیحا غیر مریض، و لکن جنین لا یمیش مثله فمات قتل الجانی إن کان عمداً عدواناً؛ اگر شخص جانی، جنایتی بر زن بارداری کند و آن زن، جنینش را اسقاط کند و جنین بعد از مدتی بمیرد، [...] اگر جنایت جانی از روی عمد بوده باشد، جانی کشته می‌شود». (۳۳۸: ۱۴)

از این عبارت فهمیده می‌شود که جنین باید بعد از اسقاط، زنده باشد و بعد بمیرد؛ زیرا فرض‌هایی مثل «بقی مریضا حتی مات» را در ادامه «فماتا بعده» بیان کرده است. فرض‌های دوم و سوم بر زنده بودن جنین بعد از اسقاط صراحت دارد و فقط فرض اول، صریح نیست که به قرینه فرض دوم و سوم بر جنینی حمل می‌شود که در عالم خارج، زنده باشد و سپس بمیرد؛ زیرا از آنجایی که حکمشان را یکی بیان کرد، ظاهر این است که موضوعشان هم که نفس زنده در عالم خارج است، باید یکی باشد. پس کلامش در عدم قصاص از جنین ظهور دارد.

مؤید استظهار ما، ادامه عبارت محقق اردبیلی است که می‌گوید:

و لو کان حیاته مستقرّة قتلته غیر الجانی، قتل القاتل مع العمد [...] لو لم یکن حیاته مستقرّة

قتل الجاني ان كان عمدا عدوانا [...] و لو اشتبه و لم يعلم كونها مستقرّة أم لا فلا قصاص على أحدهما للشبهة [...] الدية على الجاني، فإنه القاتل بحسب الظاهر لانه قتل حيّا و ان لم يعلم أنه مستقرّة الحياة. (همان)

اگر حیات طفل اسقاط شده، مستقر باشد و شخص دیگری، او را بکشد، آن شخص قصاص می‌شود. اگر حیاتش غیر مستقر باشد، همان شخص اول که باعث اسقاط شد، قصاص می‌شود. اگر معلوم نشد حیات طفل، مستقر است یا نه، به علت وجود شبهه، هیچ کدام قصاص نمی‌شوند و شخص اول باید دیه طفل را بدهد؛ زیرا به حسب ظاهر، او قاتل است؛ زیرا شخص زنده‌ای را کشته است، اگر چه ندانیم که حیات طفل مستقر است.

نکته‌ای که در کلام ایشان آمده، آن است که در مورد شبهه، به عدم ثبوت قصاص حکم می‌شود؛ زیرا ملاک ایشان، حال جنین در عالم خارج است؛ یعنی اگر جنین حیات مستقر داشت، پس قاتل، دومی است؛ زیرا نفس زنده‌ای را کشته است و اگر حیات غیر مستقر داشت، قاتل، اولی است؛ زیرا او نفس زنده‌ای را کشته است، ولی اگر حیات جنین در عالم خارج مهم نبود، باید در فرض شبهه، به قصاص اولی حکم شود؛ زیرا در حیات مستقر و غیر مستقر در عالم خارج شک داریم، ولی نسبت به حیات جنین در رحم مادر یقین داریم. پس باید به قصاص اولی حکم کنیم؛ زیرا او یک نفس زنده (در رحم مادر) را کشته است و باید قصاص شود و حیات جنین در خارج اهمیتی ندارد. با این حال، چون ملاک محقق اردبیلی برای ثبوت قصاص، حیات در عالم خارج است، به قصاص حکم نمی‌کند؛ زیرا حیات جنین در عالم خارج مشتبه شده و قصاص به دلیل شبهه ساقط است. پس به طور کلی، اگر کسی قصاص را برای مطلق جنین ثابت بداند و حیات جنین در خارج موضوعیت نداشته باشد، باید در مورد شبهه یادشده به قصاص حکم کند، ولی کسی مثل محقق اردبیلی نمی‌تواند به قصاص حکم کند و فقط دیه را ثابت می‌داند؛ زیرا حیات جنین در عالم خارج موضوعیت دارد. پس محقق اردبیلی مثل محقق حلی برای جنینی، قصاص را ثابت می‌داند که هنگام سقوط زنده باشد و بعد بمیرد.

محمدحسن نجفی در جواهر

صاحب جواهر یکی دیگر از کسانی است که در ردیف قائلان به عدم ثبوت قصاص از جنین قرار می‌گیرد؛ زیرا ایشان در شرح شرایع الاسلام محقق، فتوای محقق را تأیید می‌کند و حتی از محقق، پا را فراتر می‌گذارد و ادعای عدم خلاف و اشکال بین فقها را در این مسئله مطرح می‌کند. هم‌چنین ایشان بر عمد بودن اسقاط تصریح می‌کند، ولی در عین حال، فقط دیه را ثابت می‌داند و از قصاص حرفی به میان نمی‌آورد: «و لو أُلقت المرأة حملها مباشرة أو تسبباً

فعلیها دية ما ألقته و لا نصيب لها من هذه الدية بلا خلاف و لا إشكال في ثبوت الدية علیها، بل و في عدم إرثها أيضاً مع العمد؛ اگر زنی حملش را اسقاط کند، به مباشرت یا تسبیب، ديه جنین را باید بدهد و از ديه نصیبی نمی‌برد. هیچ خلاف و اشکالی در ثبوت ديه بر او و در عدم ارثش در صورت عمد نیست». (۴۳: ۳۷۴)

محمدحسن نجفی در جایی دیگر همان کلام محقق را دارد که ممکن است ظاهرش بر هر دو نظریه صدق کند، ولی به قرینه کلام سابق ایشان، در ردیف منکران ثبوت قصاص قرار می‌گیرد. ایشان می‌گویند که اگر شخصی به زنی باردار ضربه بزند و بر اثر ضربه، آن زن جنینش را اسقاط کند و جنین هنگام سقوط بمیرد، ظاهراً ضارب، قاتل است و باید قصاص شود. تا این‌جا کلام محقق است که صاحب جواهر آن را تأیید می‌کند، ولی این مطلب را به آن می‌افزاید: لو ضربها فألقته فمات عند سقوطه فالضارب قاتل علی الظاهر نحو من ضرب شخصاً بشيء یقتل مثله فمات عقیب ذلك فحينئذ یقتل إن كان عمداً لتحقق موضوع القصاص فيه و هو إزهاق الروح المحترمة، سواء كانت مستقرة أولاً. (همان ۳۸۱)

ضارب باید قصاص شود؛ زیرا موضوع قصاص که اذهاق نفس محترم است، محقق شده است. فرقی نمی‌کند جنین بعد از سقط، حیات مستقر داشته باشد یا نه؛ زیرا قبل از قتل، حیات داشته و همین کافی است برای تحقق موضوع قصاص. البته باید ضربه به صورتی باشد که غالباً کشنده باشد. صاحب جواهر با آوردن قید «مات عند سقوطه»، موت قبل از سقوط را خارج کرده است؛ زیرا اگر برای موت قبل از سقوط، قصاص را ثابت می‌دانست، دیگر آوردن این قید لغو بود. پس ایشان قصاص از نفسی را ثابت می‌داند که در عالم خارج حیات داشته باشد و این حیات داشتن در عالم خارج مفارق بین جنینی است که قصاص دارد و جنینی که در شکم مادر می‌میرد و قصاص ندارد. در ضمن، کلام سابقشان مؤید استظهار ما از کلام ایشان است.

آیت‌الله خویی در مبانی تکمله المنهاج

آیت‌الله خویی قائل به عدم جواز قصاص در جنین است و می‌فرماید: «وجه الإشکال ما تقدّم ضمن المسائل السابقة بشكل موسّع من عدم ثبوت القصاص و القود علی من قتل صغيراً، بل علیه الدية؛ وجه اشکال چیزی است که در مسائل گذشته آمد؛ یعنی قصاص در مورد کسی که بچه‌ای را به قتل برساند، ثابت نیست، بلکه باید ديه او را بپردازد». (۴۲: ۵۱۳)

ایشان قائل به عدم جواز قصاص در صبی است. پس به طریق اولویت، در جنین، قائل به عدم جواز قصاص است. اولویت به این شکل است که وقتی قصاص برای صبی که فردی دارای حیات در عالم خارج است، ثابت نیست، به طریق اولویت، قصاص برای جنین که فردی

زنده در عالم خارج نیست و فقط در رحم زن دارای حیات است، ثابت نیست. به عبارت دیگر، قصاص فقط برای بالغ ثابت است و برای غیر بالغ اعمّ از صبی یا جنین ثابت نیست. بنابراین، ادله ایشان را در مورد عدم ثبوت قصاص نسبت به صبی باید بررسی کرد. ایشان در استدلال خود می‌فرماید:

هل يُقتل البالغ بقتل الصبي؟ قيل: نعم، و هو المشهور، و استدللّ عليه بعموم أدلّة القصاص، و خصوص مرسله ابن فضال، عن بعض أصحابه، عن أبي عبد الله (ع) «قال: كل من قتل شيئاً صغيراً أو كبيراً بعد أن يتعمّد فعله القود» و فيه إشكال، بل منع. (همان ۸۴)

آیا شخص بالغ در مقابل صبی قصاص می‌شود؟ گفته شده بله و این قول مشهور است. برای ثبوت قصاص در قتل صبی به عموم ادله قصاص استدلال شده است و هم‌چنین خصوص مرسله بن فضال از بعضی از صحابه از ابی عبدالله (ع) که می‌گوید: هر کس مرتکب قتل کوچک یا بزرگی شود از روی عمد، قصاص می‌شود، ولی در این استدلال، اشکال است، بلکه جنین استدلالی ممنوع است.

آیت‌الله خویی در استدلال مثبتین خدشه می‌کند و می‌گوید که عمومات قصاص به وسیله صحیح‌ه ابی بصیر که در ادامه ذکر می‌شود، تخصیص می‌خورد. هم‌چنین روایت مرسله اگر چه دلالتش درست است، چون سندش ضعیف است، قابل اعتماد نیست: «وجهه: هو أنّ العمومات قابلة للتخصیص بصحیحة أبي بصیر الآتیة و أمّا المرسل فهو و إن كان لا بأس بدلالته إلاّ أنّه ضعيف سنداً من جهة الإرسال». (همان ۸۵) البته ایشان در ادامه اعتراف می‌کند که مضمون روایت مرسله، در صحیح‌ه بن بکیر آمده و چون روایت، صحیح است، پس قابل اعتماد است، ولی در دلالت صحیح‌ه تشکیک می‌کند و می‌گوید:

نعم، رواه الصدوق بسنده الصحيح عن ابن بکیر عن أبي عبد الله (ع)، إلاّ أنّه قال: «كل من قتل بشيء صغر أو کبر» و لکنّه ضعيف دلالة، نظراً إلى أنّ الظاهر من قوله (ع): «صغر أو کبر» هو أنّ الصغر و الکبر صفة للشیء الذي يقع به القتل. و علیه، فالرواية أجنبيّة عن كون المقتول صغيراً أو كبيراً. (همان)

بله، این مطلب را صدوق با سند صحیح از بن بکیر از ابی عبدالله (ع) نقل می‌کند با این تفاوت که فرمود: «هر کس که چیز بزرگ یا کوچکی را بکشد»، ولی این صحیح‌ه از نظر دلالت ضعیف است؛ زیرا ظاهر قول امام که فرمود: «صغر أو کبر»، این است که کوچکی و بزرگی، صفت هستند برای آن شیء که قتل با آن انجام شده است. پس این روایت نسبت به صغیر یا کبیر بودن مقتول، اجنبی است.

استظهار ایشان این است که منظور امام از کوچک و بزرگ بودن این است که آن شیء که قتل با آن انجام شده، کوچک باشد یا بزرگ. پس منظور امام این نیست که آن مقتول، کوچک باشد یا بزرگ، بلکه آلتی که قتل با آن انجام می‌شود، مورد وصف است.

آیت‌الله خوئی ردّ بر استدلال مُثَبِّتین قصاص از صبی را کامل می‌کند و می‌گوید: در این هنگام که روایت معتبری از نظر سند و دلالت نداریم، تنها دلیل قابل استناد برای اثبات قصاص، اجماع است. پس اگر اجماعی در کار باشد، به آن استناد می‌کنیم، ولی اجماعی هم نسبت به این مسئله در کار نیست و عبارت محقق حلی در شرایع که فرمود: «علی الأصح» بر عدم اجماع دلالت می‌کند. نه تنها اجماعی در کار نیست، بلکه نظر خلاف به حلی نسبت داده شده است. پس تمام ادلّه مُثَبِّتین قصاص از صبی، مردود هستند: «فإذن إن تمّ إجماع فهو، و لکنّه غیر تامّ، کما ینظر من عبارة الشرایع، حیث عبّر بقوله: علی الأصحّ و نسب الخلاف إلى الحلی کما عرفت». (همان)

ایشان نه تنها ادلّه مُثَبِّتین قصاص از صبی را رد می‌کند، بلکه دلایلی برای اثبات عدم قود و قصاص از صبی می‌آورد:

و تدلّ علی عدم القود صحیحةً ابي بصیر یعنی: المرادی قال: سألت أبا جعفر (ع) عن رجل قتل رجلاً مجنوناً «فقال: إن كان المجنون أراده فدفعه عن نفسه (فقتله) فلا شيء عليه من قود و لا دية، و يعطى ورثته ديته من بيت مال المسلمين. قال: و إن كان قتله من غير أن يكون المجنون أراده فلا قود لمن لا يقاد منه» الحديث. (همان)

صحیحه ابي بصیر یعنی مرادی بر عدم قود و قصاص از صبی دلالت می‌کند و می‌گوید: از ابا جعفر (ع) در مورد مردی پرسیدم که مرد دیوانه‌ای را کشته است. پس امام فرمود: اگر مجنون قصد داشته به او آسیب برساند و او از خود دفاع کرده و وی را کشته است، پس چیزی از قصاص و دیه بر گردن او نیست و دیه مجنون از بیت المال مسلمانان به ورثه او داده می‌شود. اگر مجنون کاری با او نداشته و بدون دلیل، او را کشته باشد، پس قاتل قصاص نمی‌شود به علت قتل کسی که اگر قتل انجام می‌داد، او را قصاص نمی‌کردند.

آیت‌الله خوئی به قاعده کلی «لا قود لمن لا يقاد منه» استناد می‌کند. این قاعده که در روایت آمده، بیان‌کننده این است که اگر در حق شخصی جنایت صورت گرفت، زمانی می‌توانیم جانی را قصاص کنیم که اگر این جنایت به وسیله خود مجنی علیه صورت می‌گرفت، می‌توان او را قصاص کرد. مثلاً این جنایت را که شخص الف بر شخص ب وارد کرده است، اگر توسط شخص ب بر شخص الف وارد شود، در صورتی که بتوان شخص ب را به خاطر جنایتش بر شخص الف قصاص کرد، پس می‌توان شخص الف را هم به خاطر مجازاتش بر شخص ب قصاص کرد. ایشان در ادامه می‌فرماید:

فَهذِهِ الصَّحِيحَةُ وَ إِن كَانَ مُورِدَهَا المَجْنُونُ إِلَّا أَنَّ قَوْلَهُ (ع) «فَلَا قُودَ لِمَنْ لَا يَقَادُ مِنْهُ» تَطْبِيقٌ لِلْكِبْرَى عَلَى الصَّغْرَى، فَتَدَلُّ عَلَى عَدَمِ القُودِ فِي الصَّغِيرِ أَيْضًا. (همان ۸۶)

این روایت صحیحه اگر چه موردش، شخص مجنون است، ولی قول امام که فرمود: «لا قود لمن لا يقاد منه»، تطبیق کبری (یعنی قاعده) بر صغری (یعنی مجنون) است. پس قاعده عدم قود (کبری) بر شخص صغیر (صغری) هم دلالت می‌کند؛ زیرا صغیر هم اگر جنایتی انجام دهد، او را مجازات نمی‌کنند. پس جنایت بر او هم مجازات ندارد.

آیت‌الله خوئی قائل به عدم قصاص از صبی است. پس به طریق اولی، قائل به عدم جواز قصاص از جنین است و به طور کلی، معتقد است بالغ در مقابل غیر بالغ قصاص نمی‌شود.

بنابر آنچه گفته شد می‌توان چنین بیان کرد که فقهای منکر ثبوت قصاص از جنین قائل بودند جنین اگر چه نفس محترم است، قصاص برای او ثابت نیست. ایشان به غیر از آیت‌الله خوئی که به صحیحه ابی بصیر، استناد و صاحب جواهر که ادّعی عدم خلاف و اشکال کرد، عدّت مدّعی خود را بیان نکردند. در نتیجه، شاید همان طور که صاحب جواهر فرمود، در مسئله، خلاف و اشکالی نیست، این که این فقها، دلیلی برای مدّعی خود ذکر نکرده‌اند، عدم خلاف و اشکال در مسئله از نظر ایشان است.

ب) نظریه دوم - ثبوت قصاص از جنین تام الخلقه

در ادامه بحث، برخی اقوال و ادله فقهای مطرح می‌شود که مثبت قصاص از جنین هستند.

سبزواری در مذهب الأحكام

صاحب مذهب الأحكام یکی از کسانی است که قائل به ثبوت قصاص از جنین است. ایشان نسبت به ثبوت قصاص تصریح کرده و جایی برای تشکیک در کلامشان نگذاشته است بر خلاف برخی فقها که نسبت به ثبوت یا عدم ثبوت تصریح نکرده‌اند و فقط از ظاهر کلامشان، ثبوت یا عدم ثبوت فهمیده می‌شود و این امر باعث تردید می‌شود. سبزواری در مذهب الأحكام می‌گوید: «لو خَوْفٌ حَامِلًا فَأَجْهَضْتُ ضَمْنَ دِيَةِ الْجَنِينِ مِنْ مَالِهِ إِنْ تَلَفَ، بَلَا قَصْدَ الإِجْهَاضِ وَ إِلَّا فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ؛ اگر شخصی، زن حامله‌ای را بترساند و زن بر اثر آن، حملش را اسقاط کند، ضامن دیه جنین خواهد بود. البته در صورتی که بدون قصد، او را ترسانده باشد، وگرنه قصاص می‌شود». (۱۱۲: ۲۹)

دلیلی که سبزواری برای فتوای خود ذکر می‌کند، وجود مقتضی است. در سقط جنین، مقتضی قصاص که ولوج روح و کامل بودن خلقت است، موجود است؛ زیرا در این صورت، جنین، یک نفس محترم محسوب می‌شود. پس چون مانعی هم در کار نیست، قصاص ثابت می‌شود؛ چون تحت

شمول عمومات قصاص مثل النفس بالنفس قرار می‌گیرد: «لوجود المقتضي حينئذ - كما إذا ولجته الروح و كان تام الخلقه - و فقد المانع، فتشمله الأدلة لا محالة. و أما قوله عليه السلام: «لا قود لمن لا يقاد منه»، فقد تقدم الإشكال فيه.» (همان) البته ایشان به یک اشکال مقدر یعنی وجود مانعی مثل «لا قود لمن لا يقاد منه» که آیت‌الله خوبی هم به آن استدلال کرده بود، پاسخ می‌دهد که اگر عمومیت روایت یادشده ثابت شد، پس بر عمومات قصاص، حاکم است و عمومات قصاص را توضیح می‌کند، ولی چون عمومیت آن ثابت نیست یا حداقل در عمومیت آن شک داریم، پس نمی‌توان اخذ به آن کرد؛ زیرا این مورد از مصادیق حقوق الناس است و شارع اهتمام زیادی به حفظ آن دارد و چه بسا علتی که باعث شده مشهور از روایت صحیحه اعراض کنند، همین باشد. (همان ۲۸)

همان طور که ملاحظه شد، سبزواری به طور مبسوط، ادله منکران ثبوت قصاص را رد کرده و قاطعانه قائل به ثبوت قصاص از جنین شده است.

کاشف الغطا در سفینه النجاه

کاشف الغطا در عبارات خود بر ثبوت قصاص و قود برای جنین تصریح می‌کند و معتقد است جنینی که روح در او دمیده شده، یک نفس محترم است و تمام حقوقی که برای یک نفس محترم است، برای او هم هست. از جمله آن حقوق، ثبوت قصاص است اگر کسی جنایتی بر او وارد کند:

الجنين إن ولجته الروح فهو نفس كالولد تجري عليه جميع احكامه فيقاد به في العمد و ديته دية كاملة في الخطأ في الذكر الف و في الأنثى نصفها و تجب الكفارة في العمد. (۹۶:۳)

اگر روح در جنین دمیده شده باشد، مثل صبی است و همه احکام صبی در حق او ثابت است. پس در قتل عمد، قاتلش قصاص می‌شود و دیه‌اش در قتل خطا، دیه یک انسان کامل است. در کشتن عمدی او، کفاره بر قاتلش واجب می‌شود.

چون ایشان بر ثبوت قصاص برای جنین تصریح کرده است، جایی برای مناقشه و تردید باقی نمی‌گذارد.

آیت‌الله رضا مدنی کاشانی در کتاب الدیات

مرحوم مدنی کاشانی از جمله فقهای است که قائل به ثبوت قصاص از جنین است. ایشان در مورد ترساندن زن باردار، در صورتی که باعث اسقاط حملش شود، می‌گوید که اگر ترساندن، عمدی باشد، قصاص از جنین واجب می‌شود: «ما قلنا من أن الضمان على المخوف إنما هو إذا كان متعمداً في التخويف و لم يقصد القتل به و إلا فعليه القصاص؛ چیزی که ما گفتیم به این که مخوف زن باردار، ضامن دیه اوست، در صورتی است که عمدی در کار نباشد و گرنه باید قصاص شود.» (۶۲)

به طور خلاصه بنابر آنچه گزارش شد، فقهای بی که قائل به ثبوت قصاص از جنین بودند، به عموماً قصاص تمسک می‌کردند و می‌گفتند چون جنین یک نفس محترم است، تحت عموماً مثل «النفس بالنفس» قرار می‌گیرد و قصاص از او ثابت است.

۲. وجه مشترک بین دو نظریه

قبل از ارزیابی بین دو نظریه لازم است وجه مشترک بین این دو نظریه بیان شود. ممکن است از آنجایی که فقها بحث جنایت بر زن باردار و اسقاط جنینش را مطرح کردند، شبهه ایجاد شود که این حکم فقط برای جانی مُسقط است و نه مادر اسقاط‌کننده جنینش. حال این سؤال مطرح می‌شود که فقهای بی که نسبت به ضارب، قائل به ثبوت یا عدم ثبوت قصاص شدند، نسبت به مادری که به اسقاط جنین خود اقدام می‌کند، چه نظری دارند؟ آیا مادری را که باعث اسقاط جنین شود، می‌توان قصاص کرد؟ ظاهر عبارات فقها، فرق نگذاشتن بین مادر و غیر مادر است. حتی برخی از عبارات آن‌ها تصریح دارد که نمونه‌هایی از آن‌ها ذکر می‌شود.

صاحب ریاض المسائل در این مسئله تصریح می‌کند که اگر زنی با خوردن دارو باعث اسقاط جنین خود شود، فقط دیه بر گردن او واجب می‌شود: «لو أَلَقَتِ الْمَرْأَةُ مَبَاشَرَةً أَوْ تَسْبِيحاً بَأَنِّ شَرِبَتْ دَوَاءً مَثَلًا فَطَرَحَتْهُ فَعَلَيْهَا دِيَةٌ مَا أَلَقَتْهُ لَوَرْتَهَ مُطْلَقًا وَ لَا نَصِيبَ لَهَا مِنْهَا، بِلَا خِلَافٍ؛ لِلْأَصُولِ، مُضَافًا إِلَى النَّصُوصِ؛ إِنْ زَنَى جَنِينًا رَا اسْقَاطَ كُنْدِ، حَالِ بِا وَاسْطَهْ يَأِ بِي وَاسْطَهْ، مَثَلًا دَارُوبِي بِخُورِدِ وَ جَنِينِش رَا بِرِ اَثْرِ اَنِّ اسْقَاطَ كُنْدِ، دِيَهْ كَامِلِ جَنِينِ رَا بِا يَدِ بِهْ وَرْتَهْ جَنِينِ بَدَهْدِ وَ خُودِشِ اَزِ اَنِّ سَهْمِي نَدَارِدُ». (رياض المسائل ۱۶: ۵۴۸) همان طور که ملاحظه شد، صاحب ریاض المسائل، قائل به ثبوت دیه است و قصاص را ثابت نمی‌داند. اشاره ایشان به «و لا نصيب لها منها»، قتل عمد را می‌رساند؛ زیرا فقط در قتل عمد، قاتل از ارث، محروم است.

محقق حلی هم بین مادر و غیر مادر فرقی نمی‌گذارد و می‌گوید که مُسقط، دیه بر گردنش می‌آید و قصاص ندارد: «لو أَلَقَتِ الْمَرْأَةُ حَمْلَهَا مَبَاشَرَةً أَوْ تَسْبِيحًا فَعَلَيْهَا دِيَةٌ مَا أَلَقَتْهُ وَ لَا نَصِيبَ لَهَا مِنْ هَذِهِ الدِّيَةِ وَ لَوْ أَفْرَعَهَا مَفْرَعًا فَأَلَقَتْهُ فَالِدِيَةُ عَلَى الْمَفْرَعِ؛ إِنْ زَنَى بِعَاطِ جَنِينِشِ شُودِ، بِهْ مَبَاشَرَتِ يَأِ تَسْبِيْبِ، دِيَهْ بِرِ كُورْدِ اُوسْتِ وَ نَصِيبِي اَزِ دِيَهْ بِهْ اَوْ نَمِي رَسِدُ». (جواهرالكلام ۴: ۲۶۴) از کلام ایشان عدم ثبوت قصاص از جنین فهمیده می‌شود؛ زیرا اگر قصاص واجب بود، باید به قصاص امر می‌کرد نه دیه. آنجایی هم که گفت: «لا نصيب لها من هذه الدية»، به عمد بودن قتل اشاره دارد.

علامه حلی از جمله کسانی است که به فرق نداشتن بین مادر و غیر مادر در اسقاط عمدی جنین قائل است. ایشان بعد از بیان فرق نگذاشتن بین مادر و غیر مادر می‌گوید که فقط دیه بر گردن مُسقط می‌آید و قصاص ثابت نیست: «لو شربت الحامل دواء فألقت جنينا، أو ألقته بفعل غير ذلك مباشرة أو

تسبیبا، فعلیها دیه ما اَلقته لورته غیرها؛ اگر زن بارداری، دارویی بخورد و جنینش را اسقاط کند یا آن را با چیزی غیر از دارو اسقاط کند، به مباشرت یا تسبیب، باید دیه جنین را به ورثه او بدهد و خودش سهمی ندارد». (تحریر الاحکام ۵: ۶۳۷) همان طور که مشاهده شد، علامه حلی هم به فرق نداشتن بین مادر و غیر مادر در اسقاط جنین قائل است و فقط دیه را بر او واجب می‌داند. گفتنی است اشاره به سهم نداشتن از دیه، به عمد بودن اسقاط دلالت دارد. در غیر جنین، در چنین حالتی، قصاص ثابت است، ولی در جنین فقط دیه، ثابت است.

در نتیجه، بین فقها، اختلاف و اشکالی در فرق نداشتن بین مادر و غیر مادر در اسقاط جنین نیست و فقط اختلاف آن‌ها در ثبوت قصاص یا ثبوت دیه است. به عبارت دیگر، اگر فقیهی قائل به ثبوت قصاص از جنین، بر مُسقطی غیر از مادر باشد، نسبت به مادر مُسقط هم قائل به ثبوت قصاص است. اگر فقیهی منکر ثبوت قصاص از جنین بر مُسقطی غیر از مادر باشد، نسبت به مادر هم همین نظر را دارد.

۳. قضاوت بین دو نظریه

الف - بیان نظریه مختار

همان طور که ملاحظه شد، در مسئله مورد بحث، اقوال، مختلف است و دست‌یابی به نظر صحیح، دشوار. در این بین با ارزیابی و تحلیل دقیق آنها می‌توان به نظر مختار رسید. بنابر آنچه در ادامه بیان می‌شود، قصاص در اسقاط عمدی جنین اثبات نمی‌شود. ادله‌ای که گروه دوم برای ثبوت قصاص از جنین به آن تمسک کردند، عمومات قصاص است؛ زیرا جنین با دمیده شدن روح در آن و کامل شدن خلقتش، یک نفس محترم محسوب می‌شود و تحت عموم «النفس بالنفس» (مأده/ ۴۵) یا دیگر عمومات قصاص قرار می‌گیرد. همان طور که صاحب مهذب الأحکام گفت، مقتضی موجود است. پس در صورت نبود مانع، حکم ثابت می‌شود. اشکال این استدلال آن است که در ما نحن فیه، مانع در کار است. بسیار مایه تعجب است که بعضی فقها وجود این مانع را انکار کرده‌اند.

ب - ادله نظریه مختار

همان طور که گفته شد موانع تمسک به عمومات باب قصاص، ثبوت قصاص از جنین را نفی می‌کند. برای نمونه، به بعضی از آن‌ها اشاره می‌شود:

۱ - ب - روایت ابو عبیده

ما رواه أبو عبیده فی الصحیح عن ابي عبد الله (ع): فی امرأة شربت دواءً و هي حامل لتطرح ولدها فألقت ولدها، قال: «إن كان له عظم قد نبت عليه اللحم و شق له السمع و البصر فإن علیها دية تسلّمها إلی أبيه». - إلی أن قال: - قلت: فهی لا ترث من ولدها من دیتة؟ قال: «لا؛ لأنّها قتلتها». (بحوث فقهیة هامة ۲۹۱)

ابوعبیده از امام صادق(ع) نقل می‌کند که درباره زنی که حامله بود و دارویی می‌خورد و جنینش را اسقاط می‌کند، فرمود: اگر جنین، استخوان دارد و گوشت روی آن روییده و دارای گوش و چشم است، باید دیه کامل او را به پدرش بپردازد [...] تا آن‌جا که می‌گوید [...] مادر از فرزندش ارث نمی‌برد؛ زیرا او را کشته است.

این روایت به صراحت می‌گوید که قتل انجام شده عمدی است؛ زیرا امام می‌فرماید: از ولد ارث نمی‌برد، در حالی که ارث بردن مادر از فرزند خود، مشهور است و این فقط در شخص قاتل، صادق است. با وجود قتل عمد، امام فقط دیه را واجب می‌داند، در حالی که قصاص قبل از دیه است و در صورتی که قصاص ثابت بود، باید به آن امر می‌کرد. آیت‌الله العظمی مکارم شیرازی این استدلال را دارد. (همان)

۲ - ب - روایت ابابصیر

از جمله موانع، روایت ابوبصیر است:

و تدلّ علی عدم القود صحیحة أبي بصیر یعنی: المرادي قال: سألت أبا جعفر (ع) عن رجل قتل رجلاً مجنوناً «فقال: إن كان المجنون أَرَادَهُ فدفعه عن نفسه (فقتله) فلا شيء عليه من قود و لا دية، و يعطى ورثته ديته من بيت مال المسلمين. قال: و إن كان قتله من غير أن يكون المجنون أَرَادَهُ فلا قود لمن لا يقاد منه» الحديث. (وسائل الشیعه ۲۹: ۷۱)

این روایت در استدلال آیت‌الله خویی گذشت و نکته آن در آخر حدیث است که امام قاعده کلی «لا قود لمن لا يقاد منه» را بیان می‌کند که یکی از مصادیق بارز آن، جنین است. بعضی از فقها ادعا می‌کنند قاعده بالا عمومیت ندارد و شامل جنین نمی‌شود. مبنای این ادعای ایشان بر ما روشن نیست؛ زیرا قاعده عام است و جنین مصداق «لا يقاد منه» است. پس تحت عمومیت آن قرار می‌گیرد. برخی از فقهای عظام می‌گویند: حداقل این است که در عمومیت آن شک داریم و با وجود شک، نمی‌توان به عموم آن اخذ کرد؛ زیرا شارع اهتمام زیادی به حق الناس دارد و قرار دادن جنین تحت عمومیت آن باعث اسقاط حق اوست و این مصداق پای مال کردن حق الناس است. در جواب ایشان باید گفت:

۱. قاعده‌ای که امام بیان می‌کند، عام است و شامل همه مصادیق می‌شود و اگر مصداقی خارج باشد، باید با دلیل باشد و گرنه تحت عمومیت آن باقی می‌ماند.
۲. باید از ایشان پرسید: قرار ندادن قصاص برای جنین باعث حق الناس است، ولی قرار دادن قصاص برای او و اراقه دم‌ها محترمه، حق الناس نیست؟

۳ - ب - الحدود تدرأ بالشبهات

در روایاتی که دیه جنین را مطرح می‌کنند، در عین کثرت، مطلبی بر ثبوت قصاص از جنین وجود ندارد. بعضی از روایات در قتل عمد صراحت دارند، ولی در عین حال، قصاص را بیان نمی‌کنند که به آن‌ها اشاره کردیم. بیشتر آن‌ها فقط قتل را مطرح کرده‌اند. امام نیز دیه را ثابت می‌داند که ممکن است منظور، قتل شبه عمد باشد. در نتیجه، قابل استناد نیستند، اگر چه ظاهر از قتل، قتل عمد است. در نهایت، ممکن است کسی بر دلالت این روایات بر عدم ثبوت قصاص از جنین خدشه وارد کند و جنین را تحت عمومات قصاص قرار دهد. پس باید گفت طبق «الحدود تدرأ بالشبهات»، قصاص از جنین ثابت نیست؛ زیرا در حکم قصاص از جنین شک صورت گرفته است و طبق «درأ حدود به واسطه شبهات» باید به عدم ثبوت قصاص حکم کرد همان گونه که برخی از فقهای معاصر فرموده‌اند: «لو سلمنا الشك في المسألة يكون المورد حينئذ من موارد درء الحد و القصاص بالشبهة». (بحوث فقهية هامة ۲۹۲)

هم‌چنین دلیل کاشف الغطا برای ثبوت قصاص از جنین این بود که جنین یک نفس محترم است و هر چه برای یک نفس است، برای او هم خواهد بود. در جواب باید گفت ما کلیت کبری را قبول نداریم؛ زیرا صغرای استدلالشان، صادق است، ولی کبری، نه. هر چند جنین یک نفس است، ولی حقوق برای نفوس محترم نسبی است و نفوس محترم در حقوق با هم مساوی نیستند. مثلاً حق پدر این است که در برابر قتل فرزند خود قصاص نشود، ولی مادر قصاص شود، در حالی که پدر و مادر هر دو نفوس محترم هستند. پسر میت دو برابر دختر میت ارث می‌برد با این که هر دو نفس محترم و فرزند میت هستند. اگر مردی، زنی را به قتل برساند و اولیای زن بخواهند او را قصاص کنند، باید نصف دیه او را به اولیایش بدهند، ولی برعکس این قضیه، صادق نیست. چنین مواردی بر یکسان نبودن حقوق دلالت دارند. افزون بر آن، جنین با دلیل خاص از این مقوله خارج شده است که به آن‌ها هم اشاره شد.

بنابر این قصاص در فرض مساله ثابت نمی‌شود.

نتیجه

۱. در بین فقهای امامیه دو نظریه در خصوص مجازات اسقاط عمدی جنین وجود دارد. عده‌ای مانند کاشف الغطا، سبزواری و حاج آقا رضا مدنی کاشانی قائل به ثبوت قصاص از جنین هستند. در مقابل، بسیاری از فقها مثل شیخ طوسی، محقق حلی، شهید ثانی و علامه حلی فقط دیه را برای جنین ثابت می‌دانند.
۲. استدلال منکران ثبوت قصاص از جنین مستحکم است و در مقابل، استدلال موافقان ثبوت قصاص از جنین، ضعیف است و قابل قبول نیست. قصاص بر مُسَقِّط جنین، ثابت نیست و فقط دیه بر گردن او لازم می‌آید، اگر چه از روی عمد باشد.
۳. در هر دو نظریه بین اینکه مسقط، مادر باشد و یا غیر مادر، تفاوتی وجود ندارد.

فهرست منابع

۱. اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۲. سبزواری، سيد عبدالأعلى. مهذب الأحكام. چاپ ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۳. طباطبایي حائري، سيد علی بن محمد. رياض المسائل، قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام)، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۵. عاملی (شهيد ثانی)، زين الدين بن علی. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية. قم: كتاب فروشى داوری، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۶. عاملی (شهيد ثانی)، زين الدين بن علی. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۷. علامه حلّي، حسن بن يوسف بن مطهر اسدی. إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۸. علامه حلّي، حسن بن يوسف بن مطهر اسدی. تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۹. مجلسی، محمدتقی. يك دوره فقه كامل فارسى. تهران: مؤسسه و انتشارات فراهانى، ۱۴۰۰ هـ. ق.
۱۰. محقق حلّي، نجم الدين جعفر بن حسن. شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام. چاپ ۲، قم: مؤسسه اسماعيليان، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۱۱. مدنی کاشانی، رضا. كتاب الديات. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۱۲. مكارم شیرازی، ناصر. بحوث فقهية هامة. قم: انتشارات مدرسة الإمام علي بن أبي طالب (ع)، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۱۳. موسوی خویی، سيد ابوالقاسم. مباني تکملة المنهاج. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۱۴. نجفی (صاحب الجواهر)، محمدحسن. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام. چاپ ۷، بيروت: دار إحياء التراث العربي، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ هـ. ق.
۱۵. نجفی (کاشف الغطاء)، احمد بن علی بن محمدرضا. سفينة النجاة و مشكاة الهدى و مصباح السعادات. نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ هـ. ق.