

## تأملی بر شرایط فقهی و حقوقی ثبوت قصاص در اسقاط جنین

روح الله اکرمی<sup>۱</sup>

### چکیده

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در کتاب قصاص، جنایت بر جنین را در صورت وجود شرایطی مانند وجود سوءنیت در مرتکب، حدوث یا بقای نتیجه جنایت پس از تولد جنین و احراز قابلیت زیست در او مستوجب قصاص دانسته است، دیدگاهی که مبتنی بر فتوای برخی از فقهای متأخر است. در نوشتار حاضر با رویکردی تحلیلی انتقادی حکم قانونگذار را مورد بررسی قرار داده و بیان گردیده که صرف نظر از چرایی اتخاذ چنین موضعی از سوی مقنن، مفاد قانون با ابهامات و اشکالات مبنایی متعددی همراه می‌باشد. از مهم‌ترین این ایرادات ضرورت اشتراط امکان تداوم زندگی در جنین جهت ثبوت قصاص است، که با رویکرد فقهی مغایرت آشکار داشته و نیازمند اصلاح می‌باشد.

### واژگان کلیدی:

قانون مجازات اسلامی، فقه اسلامی، جنایت عمدی، اسقاط جنین، قصاص ناظر بر اسقاط جنین.

۱- دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، استادیار دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران.

نشانی الکترونیکی: r.akrami@qom.ac.ir

## مقدمه

ماده (۳۰۶) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ضمن آن که صریحاً بر عدم ثبوت قصاص در جنایات عمدی بر جنین تصریح نموده و مقرر می‌دارد «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». لیکن در تبصره همین ماده حکم عدم ثبوت قصاص را منصرف از حالتی دانسته که «جنینی زنده متولد شود و دارای قابلیت ادامه حیات باشد و جنایت قبل از تولد، منجر به نقص یا مرگ او پس از تولد شود و یا نقص او بعد از تولد باقی بماند».

در این نوشتار تلاش می‌شود که حکم مقرر در تبصره مزبور با توجه به منابع فقهی که مأخذ مقنن در وضع آن بوده است مورد تحلیل قرار گیرد. از این رو در ابتدا به طور کلی دیدگاه فقها در خصوص وجاهت ثبوت قصاص در جنایت بر جنین، اعم از آن که موجب سلب حیات یا ایراد نقص بر وی شود، را بررسی نموده (بند الف)، سپس تطورات قانونی در این زمینه را با ملاحظه مبانی فقهی آن تبیین (بند ب) و در نهایت موضع کنونی نظام کیفری کشورمان را مورد نقد قرار داده‌ایم (بند ج).

با وجود این، قبل از ورود در بحث، بیان دو نکته در تحریر محل نزاع ضرورت دارد؛ نخست این که تحقیق، ناظر بر بررسی حکم قصاص اعم از قصاص نفس و مادون نفس، در هر نوع جرم عمدی علیه تمامیت جسمانی جنین است، بدون این که به جنایات منجر به سلب حیات محدود گردد، چرا که ملاک این حالات از حیث ثبوت قصاص واحد بوده و خصوصیتی در این مورد وجود ندارد. دوم آن که موضوع مورد بحث به جنینی ارتباط دارد که روح در او دمیده شده باشد، چرا که

اساساً موضوع جنایت موجب قصاص، شخص زنده است، و جنایت بر جنینی که هنوز روح در او دمیده نشده، همانند جنایت بر مرده مستوجب دیه است که علاوه بر آن می‌توان بر تعزیر مرتکب نیز حکم داد، اما در عدم جواز قصاص در چنین مواردی اختلاف نظری وجود ندارد.

### الف - رویکرد فقهی به ثبوت قصاص در جنایت بر جنین

با تتبع در آرای فقهای امامیه در خصوص امکان قصاص در جنایت علیه وجود جنینی، می‌توان اقوال طرح شده را در قالب سه نظریه تفکیک نمود.

الف. نظریه ثبوت قصاص. برخی از فقها جنایت بر جنین را مثبت قصاص جانی دانسته‌اند؛ در بین قدما سلار دیلمی در کتاب مراسم صریحاً قصاص را در از بین بردن جنین ثابت و بیان می‌دارد «اگر جنین یک زن باردار کشته شود باید بین دو حالت قائل به تفصیل شد: اگر جنین تام و کامل باشد، مرتکب قصاص می‌شود، و در غیر این صورت دیه بر وی ثابت خواهد شد» (سلار دیلمی، ۱۴۰۴، ص ۲۴۲). به‌رغم این‌که این نظریه در بین سایر متقدمین - و حتی متأخران - صریحاً مورد افتاء قرار نگرفته است (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸، ص ۷۳)، هر چند برخی ثبوت قصاص را محتمل دانسته‌اند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۳، ص ۴۲۱)<sup>۱</sup>، اما برخی از معاصرین بدان قائل شده‌اند (کاشف الغطاء نجفی، ۱۴۲۳، ص ۹۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۱۱۲؛ مدنی کاشانی، ۱۴۰۸، ص ۷۳؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۹، ص ۷۲).

مهم‌ترین مستند قول مذکور عمومات نصوص مانند «أن النفس بالنفس»<sup>۲</sup> است، که با توجه به اطلاق عنوان نفس بر جنینی که روح در وی دمیده شده، خصوصاً تصریحی که در برخی روایات بر این نکته وجود دارد،<sup>۳</sup> این دیدگاه مدلل گشته است (کاشف الغطاء نجفی، ۱۴۲۳، ص ۹۶؛ مدنی کاشانی، ۱۴۰۸، ص ۷۳)؛ مضافاً

بر این که بر صدق عنوان قتل عمد و عدوانی بر چنین اقدامی تردید وجود ندارد (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۳، ص ۴۲۱).

ب. نظریه عدم ثبوت قصاص. در مقابل بسیاری دیگر از فقها اسقاط جنین را موجب قصاص ندانسته و حکم به دیه داده‌اند. در بین قدما، برخی (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ص ۲۰۲؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸، ص ۴۵۷) به شکلی نه چندان صریح و عده‌ای (حلبی، ۱۴۰۳، صص ۳۹۳ و ۳۸۴)، صریحاً این موضع را پذیرفته‌اند، و بسیاری نیز در آثار خویش در بحث از سقط جنین بدون اشاره به حکم قصاص، بر ثبوت دیه نظر داده که این امر چه بسا سبب القاء این شبهه در ذهن شود که به واسطه حکم به دیه نظر بر انتفای قصاص داشته‌اند. با این وجود اغلب معاصرین بدین موضع تمایل یافته‌اند. قائلین نظریه اخیر، به اعتبار شیوه‌ی استدلال بر دو دسته‌اند: عده‌ای با استناد به صحیحه ابی‌بصیر که حسب آن حضرت امام محمد باقر (علیه‌السلام) در خصوص کشتن مجنون حکم به عدم جواز قصاص فرموده و در ادامه افزوده‌اند «فلا قود لمن لا یقاد منه» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۷۱)؛ با تعمیم فراز اخیر روایت، کشتن سایر افرادی که ارتکاب جنایت از سوی آن‌ها مستوجب قصاص نخواهد بود، نظیر جنین و نابالغ را نیز غیر قابل قصاص دانسته‌اند (موسوی خویی، ۱۴۲۲، ص ۵۱۳؛ تبریزی، ۱۴۲۸، ص ۳۳۰؛ منتظری، ۱۴۲۷، ص ۱۰۸). دسته‌ی دوم، ضمن آن که استفاده تعمیم حکم عدم قصاص موضوع روایت از مورد جنایت بر مجنون به سایر موارد مانند نابالغ را نمی‌پذیرند، لیکن در خصوص جنایت بر جنین، گذشته از اصل اولیه که مقتضی عدم جواز قصاص بوده، به استناد برخی روایات صحیح‌السند که در آن‌ها حکم به ثبوت قصاص در موارد اسقاط عمدی جنین تصریح نشده، قصاص را منتفی دانسته‌اند (موسوی گلپایگانی،

۱۴۰۹هـ.، ص ۲۹۱؛ مکارم شیرازی: ۱۳۷۴ش. و ۱۴۲۲هـ.، ص ۲۹۳؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲هـ.، ص ۶۲ و بی‌تا.، ص ۴۴۶؛ آصف محسنی، ۱۴۲۴هـ. ص ۶۲).

ج. نظریه تفصیلی. محقق حلی در شرایع الإسلام برای نخستین بار در موضوع ثبوت قصاص در جنایت عمدی بر جنین بین دو مرحله تفکیک نموده‌اند؛ از نظر ایشان مرحله ارتکاب فعل مدخلیتی در حکم نداشته، بلکه مهم زمان حدوث نتیجه است، که اگر نتیجه مجرمانه پس از تولد تحقق یابد، قصاص ثابت است، حتی اگر رفتارِ موجد آسیب در دوران جنینی واقع شده باشد، اما اگر نتیجه قبل از تولد و در همان دوره جنینی رخ داده باشد دیه ثابت می‌شود. ایشان در این راستا فرموده‌اند «اگر کسی به زن بارداری ضربی وارد نماید و در اثر آن زن جنینش را بیندازد و در اثنای افتادن بمیرد، ضارب قاتل بوده و در صورت داشتن عمد، قصاص می‌شود .... و همچنین است اگر جنین سقط شده با وضعیت آسیب دیدگی باقی مانده و بعداً بمیرد، یا با حالت بدون نقص در شرایطی متولد شود که امثال وی نتوانند زندگی نمایند» (محقق حلی، ۱۴۰۸هـ.، ص ۲۶۶). این نظر بعداً مورد پذیرش بسیاری دیگر از فقها قرار گرفت (علامه حلی، ۱۴۲۰هـ.، ص ۶۳۰؛ شهید اول، ۱۴۱۴هـ.، ص ۵۰۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳هـ.، ص ۴۸۷؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳هـ.، ج ۱۴، ص ۳۳۸؛ فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶هـ.، ص ۴۷۳؛ نجفی، ۱۴۰۴هـ.، ج ۴۳، ص ۳۸۱؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸هـ.، ص ۵۹۰).

ظاهراً مبنای این نظریه را باید در عدم پذیرش مخصص برای عمومات ادله قصاص از یک سو و تردید در صدق قتل نفس بر سلب حیات از وجود جنینی، از سوی دیگر دانست، لذا با اخذ یک قدر متیقن که موافق احتیاط نیز باشد، تلاش شده احراز سلب حیات یا وجود صدمه در یک فرد تولد یافته را برای تعیین حکم قصاص کافی بدانند، و رای آن که اصل ارتکاب فعل در چه مرحله‌ای رخ داده باشد.

## ب- رویکرد قانونی به ثبوت قصاص در جنایت بر جنین

قانون‌گذار مجازات اسلامی در ادوار مختلف تقنین رویکرد متفاوتی در ارتباط با نوع تعامل با ثبوت مجازات قصاص در ارتکاب اسقاط جنین در پیش گرفته است.

در قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲ مقنن در ماده (۹۱) صریحاً قول ثبوت قصاص به دلیل اسقاط جنین را مورد پذیرش قرار داده و مقرر داشته بود «اگر زن حامله برای سقط جنین به طبیب و یا قابله مراجعه کند و طبیب هم عالمماً عامداً مباشرت به اسقاط جنین بنماید، دیه جنین به عهده اوست و اگر روح در جنین دمیده شده باشد، باید قصاص شود و اگر او را به وسائل اسقاط جنین راهنمایی کند به شش ماه تا سه سال حبس محکوم می‌شود».

با نسخ قانون مزبور و تصویب قانون جدید در سال ۱۳۷۵ موضوع ثبوت یا عدم ثبوت قصاص در سقط جنین تا حدی با ابهام مواجه شد. ماده (۶۲۲) اشعار می‌داشت «هر کس عالمماً 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». در برداشت از ماده مذکور دو دیدگاه بین حقوق‌دانان شکل گرفت، برخی متعلق قصاص را اسقاط عمدی جنینی که روح در او دمیده شده می‌دانستند (صادقی، ۱۳۸۰ش، ص ۴۵؛ رهامی، بی‌تا، ص ۹؛ عباسی، ۱۳۸۸ش، ص ۹۹)؛ ولی در مقابل عده‌ای مجازات قصاص موضوع ماده را ناظر بر آسیب به زن حامله و منصرف از اسقاط جنین تلقی می‌کردند (میر محمد صادقی، ۱۳۹۲ش، ص ۲۸۴؛ زراعت، ۱۳۸۴ش، ص ۲۹۴)، که البته برخی از قائلین به این دیدگاه، سکوت قانون در مورد قصاص اسقاط جنین را مجوزی برای عدم جواز حکم بدان ندانسته و معتقد بودند «چون قانون مجازات اسلامی در این خصوص

حکمی ندارد، بنابراین باید با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را مشخص نمود، بر اساس منابع مذکور نیز مشهور فقها برای چنین عملی مجازات قصاص تعیین کرده‌اند، به عبارت دیگر چنانچه [کسی] در مرحله بعد از حلول روح اقدام به اسقاط جنین کند محکوم به قصاص می‌گردد» (سپهوند، ۱۳۸۶ش، ص ۲۴۳-۲۴۲). در هر صورت چنین متبادر به ذهن بود که صرف نظر از قرینه اجتناب مقنن از تکرار حکم صریح قصاص موضوع ماده (۹۱) قانون سلف، با توجه به عدم ذکر حکم قصاص در سایر مواد قانونی مرتبط با جرایم ناظر بر سقط جنین در قانون مصوب ۱۳۷۵ از یکسو و بلاوجه بودن جمع قصاص و تعزیر در ارتکاب سقط جنین، در حالی که قتل عمدی یک انسان متولد شده تنها قصاص را می‌توانست به دنبال داشته باشد از سوی دیگر، می‌توان اراده قانون‌گذار در اختیار قول عدم ثبوت قصاص را در قانون مورد بحث استنتاج نمود، و ضرورت حکم به استناد فتوای مشهور، جدای از تردید در تحقق شهرت فقهی، به لحاظ عدم سکوت قانون در زمینه ضمانت اجرای اسقاط جنین، استناد به آرای فقهی ناظر بر قصاص، آن هم با وجود فتاوی معتنابه معارض، جای تأمل جدی دارد.

در کتاب قصاص قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقنن به سمت اختیار نظریه تفصیلی رفته و به رغم این که در ماده (۳۰۶) بیان داشته «جنایت عمدی بر جنین، هر چند پس از حلول روح باشد، موجب قصاص نیست»، اما در تبصره ماده مذکور قائل به قصاص در حالتی شده که «جنینی زنده متولد شود و دارای قابلیت ادامه حیات باشد و جنایت قبل از تولد، منجر به نقص یا مرگ او پس از تولد شود و یا نقص او بعد از تولد باقی بماند».

تدقیق در مفاد تبصره ماده (۳۰۶) قانون جدید حکایت از آن دارد که ثبوت حکم قصاص در جنایت بر جنین متوقف بر احراز چند شرط است، که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

### ۱- زمان ارتکاب رفتار

با توجه به عبارت تبصره ماده (۳۰۶) مشعر بر این که «جنایت قبل از تولد» منجر به آسیب شود، استنتاج می‌شود رفتاری که منجر به صدمه جسمانی بر جنین گردیده، باید در مرحله قبل از تولد او ارتکاب یافته باشد. چرا که اگر رفتار بعد از تولد جنین تحقق یابد بزه ارتكابی مصداق قطعی قتل بوده و اشکالی از نظر حکم حقوقی متصور نخواهد بود و دیگر بحث از جنایت بر جنین موضوعیت نمی‌یابد. با این وجود حسب مقتضای اطلاق قانون تفاوتی نمی‌کند که رفتار منجر به جنایت زمانی انجام شده باشد که روح در جنین دمیده شده باشد یا خیر.

در این جا این سؤال قابل طرح است که آیا دوران قبل از تولد، مراحل قبل از تشکیل جنین را نیز شامل می‌شود؟ فرض بگیرید شخصی با ارتکاب رفتاری مانند خوراندن ماده‌ای یا تاباندن اشعه‌ای بر یک زن موجب شود که در هنگام بارداری، جنین وی نیز متأثر از آن آسیب گشته و به شکل ناقص به دنیا بیاید و یا پس از تولد در اثر آن بمیرد،<sup>۴</sup> در چنین مواردی به نظر می‌رسد که از شمول تبصره خارج خواهد بود. زیرا اولاً موضوع ماده (۳۰۶) مربوط به فرض جنایت بر جنین است، که ظهور در آن دارد که باید یک وجود جنینی، هر چند در مراحل اولیه‌ی تکوینی، شکل گرفته باشد تا بتوان از مسأله حکم کیفری جنایت بر او بحث نمود؛ سیاق تبصره نیز بیانگر آن است که جنایت باید مستقیماً بر جنین در دوران جنینی واقع شده باشد؛ ثانیاً از متون فقهی نیز به عنوان منبع اقتباس قانون‌گذار مجازات اسلامی، ضرورت ارتکاب رفتار در مرحله جنینی به راحتی قابل استنباط

است، به طوری که برخی دقیقاً بر تحدید موضوع به دوره زمانی مزبور تصریح نموده و حکم فقهی را بر ایراد ضرب بر زن باردار متمرکز نموده‌اند (موسوی خویی، ۱۴۲۲هـ.، ص ۵۱۳). ثالثاً تعمیم عبارت «قبل از تولد» به دوران قبل از شکل‌گیری جنین، مصداق تفسیر موسع نصوص جزایی بوده که به دلیل منتهی شدن به حکم ثبوت قصاص، به ضرر متهم بوده و مغایر قواعد حقوق کیفری است.

## ۲- زمان حدوث نتیجه

مطابق تبصره ماده (۳۰۶) جنایت قبل از تولد جنین باید «منجر به نقص یا مرگ او پس از تولد شود»، لذا زمان تحقق نتیجه مجرمانه برای مقنن موضوعیت دارد. از این منظر احراز دو نکته ضرورت دارد: نخست این که جنین باید زنده متولد شود، مسأله‌ای که در ابتدای تبصره مورد تصریح قرار گرفته است؛ و دوم آن که نتیجه رفتار جنایی مرتکب پس از آن عینیت یابد. البته در مورد شرط اخیر باید میان دو حالت قائل به تفصیل شد:

الف. جنایت علیه نفس جنین متولد شده باشد، که در این جا احراز این که سلب حیات بعد از تولد محقق شده است لازم است، زیرا تبصره از یک سو بر ضرورت زنده متولد شدن جنین تأکید نموده و از سوی دیگر بر این که مرگ پس از تولد در اثر جنایت پیشین رخ داده باشد تصریح ورزیده است.

ب. جنایت علیه مادون نفس جنین باشد، که در صورت کنونی مقنن به تأسی از منابع فقهی قائل گردیده که صدمه‌ی ناشی از جنایت حدوداً یا بقائاً باید پس از تولد اثبات شود. لذا ممکن است جنایت ارتكابی در دوره جنینی اثری بر او نگذاشته باشد و بعد از تولد نقص حاصل شود، که البته احراز رابطه علیت در خصوص آن قطعاً لازم خواهد بود، و یا ممکن است جنایت در همان دوره جنین تأثیر عینی بر جسم جنین گذاشته باشد، که در این جا استمرار وجود این آسیب

تا دوره پس از تولد برای ثبوت قصاص لازم است، هر چند بعداً بهبودی یافته و اثر آن از بین برود، چه در این صورت بنا بر اقتضای اصل استصحاب حکم ثابت شده قصاص، ساقط نخواهد شد.

### ۳- عمد در ارتکاب جنایت

نظر بر آن که موافق قواعد عمومی، ثبوت قصاص صرفاً در جنایات عمدی قابل تصویر است و به طور خاص در جنایت بر جنین نیز بنابر ماده (۳۰۶) حکم قصاص ناظر بر ارتکاب جنایت عمدی می باشد، نتیجه گرفته می شود که اگر مرتکب به صورت غیر عمد موجب جنایت شود بحث از قصاص در مورد او منتفی و محکوم به پرداخت دیه خواهد شد.

به رغم این مطلب تشخیص ماهیت عمد در جنایت بر جنین جای تأمل دارد. زیرا باید دید متعلق عمد جانی باید چه باشد که بتوان وی را سزاوار قصاص دانست. اگر کسی عامداً و به قصد ایراد ضرب بر زنی موجب جنایت بر جنین وی شود، آیا جنایت او بر جنین نیز به تبع جنایت بر مادر عمدی محسوب می گردد و یا باید قصد ایراد جنایت بر جنین را نیز داشته باشد. از طرف دیگر اگر کسی صرفاً قصد ایراد جنایت مادون نفس بر جنین را داشته ولی منجر به مرگ او شود، آیا عمل او جنایت عمدی بر نفس تلقی خواهد شد.

برخی از فقها به شکل مجمل اشاره نموده اند که اگر جنایت عمدی باشد قصاص ثابت است (محقق حلی، ۱۴۰۸ ه.، ص ۲۶۶؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ ه.، ص ۶۳۰)، بدون این که مقصود از متعلق عمد را دقیقاً تبیین نمایند، با این وجود برخی دیگر صریحاً مجرد تعمد در ایراد ضرب را برای ثبوت قصاص در صورت صدمه دیدن جنین کافی دانسته اند، به طور نمونه در کشف اللثام پس از بیان این که اگر کسی ضربه ای بر زن باردار وارد نموده و موجب شود که جنین زنده سقط و در آن اثناء

بمیرد، آورده است که «ضارب در صورت تعدد در ضرب قصاص می‌شود، زیرا ظاهر قضیه آن است که مرگ ناشی از ایراد ضرب بوده است، لذا مانند کسی می‌ماند که دیگری را زده و مجنی‌علیه متعاقب ضرب بمیرد» (فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶هـ.، ص ۴۷۳). همان‌گونه که از ظاهر فتوای این فقیه و برخی دیگر (نجفی، ۱۴۰۴هـ.، ج ۴۳، ص ۳۸۱) استفاده می‌شود صرف ایراد عمدی ضرب برای ثبوت قصاص کافی است و نیازی نیست که جنایت حاصله در جنین نیز قصد شده باشد. دلیل چنین رویکردی در مبنای مختار چنین فقهایی که هر گونه سرایت جنایتی را که به عمد واقع شده باشد را نیز به تبع عمد تلقی می‌نمایند نهفته است. به طور مثال ایشان در جای دیگر بیان نموده‌اند که اگر جنایت عمدی بر عضو به نفس سرایت نماید، قصاص نفس ثابت خواهد شد، خواه مرتکب در ایراد ضرب قصد کشتن را نیز داشته باشد یا خیر، و خواه عمل او غالباً مسری باشد یا نه (فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶هـ.، ص ۲۲؛ و نیز ر.ک. نجفی، ۱۴۰۴هـ.، ج ۴۲، ص ۲۹). اما برخی دیگر از فقها با چنین مبنایی مخالفت نموده و سرایت حاصله را تنها در صورتی عمدی می‌دانند که یا نتیجه حاصله مقصود بوده و یا غالباً قابل تحقق باشد (امام خمینی، بی‌تا، ص ۵۱۱؛ موسوی خویی، ۱۴۲۲هـ.، ص ۷؛ مدنی کاشانی، ۱۴۱۰هـ.، ص ۱۰؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱هـ.، ص ۴۶؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲هـ.، ص ۱۳۵). قانون مجازات اسلامی جدید نیز در مواد متعددی مانند (۲۹۶) و (۵۴۰) از موضع اخیر تبعیت نموده است لذا باید چنین نتیجه گرفت که اگر کسی بدون توجه به این‌که زن باردار است و یا به رغم داشتن علم، قصد ایراد جنایت بر جنین را نداشته و عمل نیز نوعاً موجب جنایت بر جنین نمی‌شده است، جنایت بر جنین غیر عمدی محسوب و مستوجب دیه خواهد بود، چرا که همان‌طور که برخی از فقها اظهار داشته‌اند مسؤولیت ناظر بر جنایت به میزانی است که قصد شده است، و اگر اتفاقاً به صدمه دیگری بینجامد

که نه مقصود بوده و نه نتیجه‌ی غالبی چنین رفتاری باشد، عمدی قلمداد نخواهد شد (موسوی خویی، ۱۴۲۲ه.، ص ۷).

با این وجود این گفته که هر گاه قصد ضارب از بین بردن جنین در همان حالت جنینی باشد ولی، بر اثر ضربات وارده، زن وضع حمل کرده و نوزاد او پس از دقایقی بر اثر همان ضرباتی که در دوران جنینی تحمل کرده است بمیرد، قتل شبه عمدی بوده و نمی‌توان بر قصاص نظر داد (میر محمد صادقی، ۱۳۹۲ش، ص ۶۸-۶۷)، چندان قابل توجیه نیست. زیرا مقنن از منظر رکن روانی جرم اسقاط جنین، تنها در متن ماده (۳۰۶) عمدی بودن جنایت بر جنین را مطرح نظر داشته، و در تبصره ماده تنها یک خصیصه ناظر بر رکن مادی موجب تبدیل نوع مجازات از دیه به قصاص گردیده، و چون مقنن در مقام بیان بوده اگر ویژگی خاصی هم از نظر سوءنیت لازم می‌بود باید در تبصره مورد تصریح قرار می‌گرفت، قیدی که تبصره فاقد آن است. بنابراین باید گفت که با وجود قصد ایراد جنایت بر جنین از طریق اراده ایراد آسیب به مادر، جنایت عمدی بر جنین محقق می‌گردد، و اضافه بر آن تقیید به قصد وقوع نتیجه برای زمان بعد از تولد از این مقرر قابل اصطیاد نیست، و از نظر اصولی با شک در ضرورت وجود این قید، باید اصل عدم اشتراط را جاری ساخت، و استناد به قواعدی مانند قاعده درأ در چنین مواردی پذیرفتنی نیست، چرا که اولاً صرف‌نظر از این‌که بسیاری از فقها قاعده درأ را در قصاص جاری نمی‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴ه.، ج ۴۱، ص ۲۲۳)<sup>۵</sup>، و الا با امتنانی بودن آن همخوانی نخواهد داشت، بلکه اساساً قاعده مزبور در حد عقلایی آن قابل پذیرش است، و الا اگر به صورت افراط‌گونه پذیرفته شود، کمتر موردی برای ثبوت مجازات پیش خواهد آمد، زیرا در هر مورد بالأخره شک و شبهه‌ای وجود خواهد داشت (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷ش، ص ۱۰۹).

در مورد این موضوع نیز که اگر کسی صرفاً در صدد ایراد جنایت مادون نفس بر جنین بوده ولی منجر به مرگ او شود، حکم مسأله موافق ضوابط عام تحلیل خواهد شد، بدین شرح که اگر رفتار ارتكابی نوعاً سالب حیات از جنین بوده، جنایت عمدی بر نفس تلقی خواهد شد، و در غیر این صورت جنایت عمدی علیه مادون نفس خواهد بود.

#### ۴- قابلیت زیست جنین

یکی دیگر از شرایط ثبوت قصاص در جنایت عمدی بر جنین، مطابق تبصره ماده (۳۰۶)، آن است که جنین پس از تولد «دارای قابلیت ادامه حیات باشد». شرط مزبور از نظر مفهومی ابهام‌انگیز است.

در مورد مراد قانون از آن که جنین باید دارای قابلیت ادامه حیات باشد، تردید وجود دارد. بدین بیان که مشخص نیست آیا منظور قابلیت بالقوه حیات بوده، به طوری که در فرض عدم ایراد صدمه می‌توانست بعد از تولد به زندگی‌اش ادامه دهد، یا مقصود آن است که با وجود ایراد جنایت، جنین می‌بایست قابلیت زیستن پس از تولد را داشته باشد؟

برخی از صاحب‌نظران اثبات قابلیت بالقوه جنین برای زیستن به عنوان یک انسان زنده، در صورتی که در دوران جنینی ضربه نمی‌خورد را ملاک دانسته‌اند (میر محمد صادقی، ۱۳۹۲ش، ص ۶۸). بر مبنای این تفسیر باید موضوع قصاص را جنینی دانست که در صورت عدم ایراد صدمه در دوران جنینی، امکان تداوم زندگی پس از تولد را داشته باشد، لذا این که چنین جنینی به دلیل جنایت وارده، دیگر بعد از تولد نمی‌توانسته به حیاتش ادامه دهد خللی در ثبوت قصاص وارد نخواهد نمود.

اما وجه دوم این است که جنین به رغم تحمل ضربه در مرحله جنینی، باید پس از تولد قابلیت زیستن را داشته باشد، هر چند صدمه وارده او را ناقص نموده و یا در نهایت منجر به مرگ او شود. گویا همین برداشت سبب شده که بعضی از حقوق دانان را به سمت این نقد قانونی سوق دهد که جمع قابلیت ادامه حیات پس از تولد و مرگ او بر اثر جنایت ارتكابی در ایام جنینی، برای انسان زنده تلقی کردن او، پرسش برانگیز است (آقایی‌نیا، ۱۳۹۲ش، ص ۲۴). در تقویت این نظر می‌توان گفت اگر قانون‌گذار نظر بر اشتراط قابلیت زیستن در فرض عدم ایراد جنایت می‌داشت باید بر آن تصریح می‌کرد، لذا اطلاق عبارت مندرج در تبصره از یکسو و این‌که موضوع آن ناظر بر تولد جنینی است که در دوره جنینی آسیب دیده و عدم انصراف‌دهی از چنین فرضی از سوی دیگر، حکایت از آن دارد که باید ضرورت قابلیت ادامه حیات بعد از تولد را در همان وضعیتی که جنین در آن متولد شده شناسایی نمود؟ در صورتی که وجه نخست مورد نظر مقنن می‌بود باید عبارت به‌صورتی دیگر تحریر می‌یافت، مثلاً بیان می‌داشت «اگر بر جنینی که قابلیت حیات داشته جنایتی وارد شود و بعد زنده متولد شود، و جنایت منجر به نقص یا مرگ او پس از تولد شود...». این در حالی است که مفاد تبصره به این صورت تقریر شده است که «اگر جنینی زنده متولد شود و دارای قابلیت ادامه حیات باشد».

بررسی بیشتر این موضوع را به بخش بعدی نوشتار، که متضمن رویکردی انتقادی بر اساس ارزیابی فقهی از مفاد قانون است، موکول نموده‌ایم.

### ج- نقد سیاست تقنینی حاکم بر اسقاط جنین مستوجب قصاص

ماده (۳۰۶) در مصوبه اولیه کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی بر مبنای قول فقهای که قصاص را در جنایت بر جنین ثابت نمی‌دانستند

تنظیم شده بود و مقرر می‌داشت «جنایت عمدی بر جنین، هرچند 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». شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۹۱/۶/۲۶ نسبت به این ماده چنین ایراد گرفت که «عموم ماده اشکال دارد، چنانچه تبصره‌ای به شرح زیر به آن الحاق گردد اشکال رفع می‌گردد: تبصره: اگر جنینی به‌طور طبیعی متولد و جنایت قبل از تولد منجر به نقص یا مرگ او پس از تولد شود و یا نقص او بعد از تولد باقی بماند قصاص ثابت است» (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۲ش، ص ۱۰۶).

در این راستا به نظر می‌رسد، ایراد اشکال بر مصوبه کمیسیون چندان قابل توجیه نیست، چرا که مصوبه ضمن داشتن پشتوانه فتوایی دقیقاً با موضع بسیاری از فقها منطبق بوده و هیچ‌گونه مغایرتی با موازین اسلامی نداشته است، و اساساً قانون‌گذار باید بتواند فتوای معتبری را که با مقتضیات اجتماعی تناسب بیشتری دارد برگزیند. و جالب آن‌که در بسیاری از بررسی‌های شرعی شورای نگهبان، ملاک تأیید یا رد یک مصوبه را با معیار فتوای ولی فقیه (فتاوی امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله و نیز فتاوی مقام معظم رهبری) مورد ارزیابی قرار می‌داده‌اند؛ در حالی که در خصوص موضوع اسقاط جنین حتی از این چارچوب نیز تبعیت نشده است؛ چرا که از مقام معظم رهبری استفتاء شده بود که «اگر مامایی با اخذ پول عمداً کاری کند که موجب مرگ نوزاد هنگام ولادت شود، آیا قصاص می‌شود؟» ایشان پاسخ داده بودند که «این کار حرام است و بر انجام‌دهنده دیه ثابت است» (مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰ش، ص ۱۵۱).

در هر صورت حال که شورای نگهبان تبعیت از دیدگاه تفصیلی فقهای چونی محقق حلی (ره) را در خصوص این مسأله لازم انگاشته بود و این امر به خوبی از

متن پیشنهادی شورا استفاده می‌شود، کمیسیون قضایی متعاقب اشکال شورا با اضافه نمودن قید مبنی بر لزوم داشتن قابلیت ادامه حیات مصوبه را به شکلی که هم‌اکنون در قالب قانون منعکس گردیده، اصلاح می‌نماید.

با تتبع در آثار فقهای امامیه مشخص می‌گردد که هیچ فقهی بر شرطیت قابلیت ادامه‌ی حیات جنین متولد شده برای ثبوت قصاص ملتزم نشده است؛ بلکه حتی برخی از فقها صریحاً استقرار و عدم استقرار حیات جنین متولد شده را مؤثر در حکم ثبوت قصاص ندانسته‌اند.

شهید ثانی در مسالک‌الافهام می‌فرماید «معیار حکم به قصاص یا دیه در کلیه موارد دائر مدار احراز حیات جنین پس از تولد، حیات مستقر یا غیر مستقر، و استناد مرگ به جنایت است، چون در چنین حالتی سلب عنوان ازهاق نفس صدق می‌نماید» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ه.، ص ۴۸۷). خصوصاً آن که بعضی از فقها تصریح نموده‌اند که اگر جنین در حالی که حیات غیر مستقر داشته متولد شود و دیگری به این آخرین رمق زندگی او پایان دهد، تنها کسی که در زمان جنینی مرتکب ایراد جنایت بر جنین شده قصاص خواهد شد و نفر دوم تعزیر می‌گردد (علامه حلی، ۱۴۱۰ ه.، ص ۲۳۴؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ ه.، ج ۱۴، ص ۳۳۸).

از این رو باید دید مأخذ مقنن در تقیید حکم قصاص به چنین شرطی چیست؟ در این زمینه ذکر نکته‌ای می‌تواند تا حدی ابهام را رفع نماید. برخی از فقهای اهل تسنن با لحاظ معیاری نوعی در بحث جنایت بر جنین بین دو حالت قائل به تفصیل شده‌اند، ایشان معتقدند اگر جنین متولد شده در وضعیتی باشد که امثال او می‌توانند زندگی نمایند، جنایت وارده مثبت دیه کامل است، و در غیر این صورت بخشی از دیه، که اصطلاحاً «غره» بدان گفته می‌شود ثابت خواهد شد (ابن قدامه، ۲۰۰۴ م.، ص ۲۰۹۷؛ فیروزآبادی شیرازی، ۱۴۱۶ ه.، ص ۲۱۴). در برخی منابع

فقهی شیعه در مقام تبیین حالتی که فقهای عامه جنایت بر جنین را مثبت دیه کامل دانسته‌اند، از عباراتی نظیر جنینی که «ممن یعیش مثله» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ه.، ص ۲۰۲) تعبیر نموده و منظور، جنینی دانسته‌اند که حداقل نه ماه را طی نموده باشد. اما عده‌ای نیز از عبارت جنینی که دارای «حیات مستقر» باشد یاد نموده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ه.، ص ۴۸۷). با این وجود بعضی نیز از «قابلیت بقا» برای وصف جنین موردی استفاده نموده‌اند که البته آن را بر همان مفهوم وجود حیات مستقر مبتنی ساخته‌اند (موسوی خویی، ۱۴۲۲ه.، ص ۵۱۳؛ تبریزی، ۱۴۲۸ه.، ص ۳۳۱).

در هر حال مشاهده تعریض به این موضوع در تصنیفات برخی از فقهای شیعی به جهت رد آن از حیث مغایرت با مبانی فقه امامیه بوده است. برای تأیید موضوع عبارت دو تن از فقها نقل می‌شود تا مدعای مزبور را اثبات نماید:

شیخ الطائفه (ره) در مبسوط می‌فرماید «اگر بر شکم زنی زده و جنین وی به طور زنده، به گونه‌ای که قابلیت زندگی داشته باشد، و آن زمانی است که شش ماه و به بالا باشد، بیافتد و سپس بمیرد، دیه کامل ثابت خواهد بود ... و اگر جنین زنده به دنیا بیاید، لیکن امثال وی نتوانند به زندگی ادامه دهند، و آن وقتی است که که کمتر از شش ماه داشته باشد، سپس بعد از اسقاط بمیرد، همانند فرض قبلی دیه کامل ثابت خواهد بود، و فقهای امامیه و اغلب فقها بین این دو حالت فرقی قائل نشده‌اند، اما برخی از فقهای عامه در حالت اخیر قائل به ثبوت غره هستند، که دیدگاه نخست صحیح می‌باشد» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ه.، ص ۲۰۲). صاحب جواهر نیز بر همین نکته تصریح نموده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ه.، ج ۴۳، ص ۳۸۱).

با توجه به آنچه گفته شد نتیجه می‌گیریم که قانون‌گذار بی‌جهت شرطی را که در فقه اهل سنت، آن هم برای ثبوت دیه کامل، بیان شده است، در قانون مجازات اسلامی به عنوان لازمه ثبوت قصاص محسوب نموده است، و مشخص

نیست که چرا مصوبه‌ی نخستین که اتفاقاً همسو با دیدگاه بعضی از فقهای شیعه نیز می‌باشد، مورد اشکال قرار گرفته تا بر مبنای نظر عده‌ای دیگر از فقها تنظیم شود، اما مصوبه اصلاحی که با نظر هیچ‌کدام از فقهای امامیه انطباق ندارد بلا اشکال تشخیص و مورد تأیید قرار گرفته است.

### نتیجه گیری

۱. قانون‌گذار کیفری در ادوار مختلف تقنینی نسبت به ثبوت قصاص در ارتباط با اسقاط عمدی جنین رویکردهای مختلفی را اتخاذ نموده است؛ در قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲ نظریه ثبوت قصاص، در قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ نظریه عدم ثبوت قصاص، و در آخرین مصوبه خود به شرح قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ دیدگاهی تفصیلی را اختیار نموده که حسب آن قصاص در حالتی جایز خواهد بود که نتیجه جنایت بعد از تولد جنین محقق گردد.
۲. تدقیق در مفاد تبصره ماده (۳۰۶) کتاب قصاص قانون مجازات اسلامی جدید، حکایت از ضرورت وجود شرایطی جهت ثبوت قصاص دارد؛ از نظر رکن روانی مرتکب باید تعمد در ارتکاب جنایت داشته و از حیث رکن مادی، رفتار ارتكابی باید در دوران جنینی و نتیجه جنایت پس از تولد جنین احراز گردد. به علاوه جنین می‌بایست قابلیت زیست را نیز داشته باشد.
۳. در خصوص شرط قابلیت زندگی جنین، بیان مقنن دارای ابهام بوده به نحوی که تشتت در استنباط را میان حقوق‌دانان به وجود آورده است. ظاهر مفاد قانون حاکی از آن دارد که مقصود احراز قابلیت ادامه زندگی در دوره پس از تولد برای جنین در همان حالت آسیب‌دیدگی بر مبنای یک ملاک شخصی

می‌باشد، اما بررسی مبانی فقهی گویای لزوم بررسی موضوع بر اساس ملاکی نوعی است، بدین معنا که جنین آسیب‌دیده پس از تکامل مراحل جنینی، بتواند به صورتی که امثال او در چنان حالتی به حیات خود ادامه دهند، زندگی نماید.

۴. با توجه به آن که بدون تردید مصدر وضع مقررات ناظر بر ضمان ناشی از جنایات، اعم از قصاص و دیه، منابع فقهی بوده، تتبع در منابع مزبور بیانگر عدم وجود مستند شرعی برای تقیید حکم قصاص بر شرط قابلیت زیست جنین به عنوان امکان حیات بالقوه‌ی وی است، که اصلاح آن ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است.

#### پی‌نوشت‌ها

<sup>۱</sup> البته از سخن محقق اردبیلی در جای دیگر از همان کتاب اینگونه استفاده می‌شود که گویا ایشان را باید در عداد قائلین نظریه سوم محسوب نمود؛ ر.ک. مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۴، ص ۳۳۸.

<sup>۲</sup> سوره مبارکه مائده، آیه شریفه (۴۵).

<sup>۳</sup> عن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: «... فإذا نشأ فيه خلق آخر وهو الروح، فهو حينئذ نفس بألف دينار كاملة...»؛ ر.ک. عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۳۱۲.

<sup>۴</sup> استفاده از سلاح‌ها و مواد ممنوعه میکروبی و شیمیایی در برخی از جنگ‌ها که منجر به تولد معیوب چندین نسل بعد در برخی موارد مانند بمباران اتمی ژاپن توسط ایالات متحده گشته را می‌توان نمونه روشنی از مصادیقی دانست که آسیب‌های وارده بر انسان را در فرزندانی که هنوز شکل نگرفته‌اند نیز به ارث می‌گذارد.

<sup>۵</sup> مرحوم نجفی در جواهر در این خصوص فرموده‌اند «فی عد القصاص من الحدود التي تدرأ بالشبهه بحثاً بل منعاً»؛ ر.ک. نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۲۲۳؛ قانون‌گذار مجازات اسلامی نیز در مواد متعددی بر عدم جریان قاعده درأ در جرایم موجب قصاص حکم نموده است، مواد (۳۰۳)، فراز اخیر ماده (۳۰۸)، (۳۰۹) و (۳۷۸) همگی مؤید این دیدگاه می‌باشند.

<sup>۶</sup> ظاهر عبارت برخی از فقها حاکی از آن است که در مواردی مشابه احتمال سوم را مطمح‌نظر داشته‌اند؛ ر.ک. تبریزی، ۱۴۲۸، ص ۳۳۱؛ و نیز حسینی روحانی، بی‌تا، ص ۴۴۶.

## فهرست منابع

## الف: فارسی

- آقایی‌نیا، حسین. (۱۳۹۲ش). *جرایم علیه اشخاص: جنایات*. چ یازدهم. تهران: نشر میزان.
- پژوهشکده شورای نگهبان. (۱۳۹۲ش). *قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان*. (تهیه و تنظیم: فهیم مصطفی‌زاده). چ اول. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- حاجی ده‌آبادی، احمد. (۱۳۸۷ش). *قواعد فقه جزایی*. چ اول. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- رهامی، محسن. (بی‌تا). *تقریرات حقوق جزای اختصاصی ۱*.
- زراعت، عباس. (۱۳۸۴ش). *حقوق جزای اختصاصی ۱*. چ اول. تهران: انتشارات فکرسازان.
- سپهوند، امیرخان. (۱۳۸۶ش). *جرایم علیه اشخاص*. چ اول. تهران: انتشارات مجد.
- صادقی، محمد هادی. (۱۳۸۰ش). *جرایم علیه اشخاص: صدمات جسمانی*. چ اول. تهران: نشر میزان.
- عباسی، محمود. (۱۳۸۸ش). *حقوق جزای پزشکی*. چ اول. تهران: انتشارات حقوقی.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۴ش). *تقریرات خارج فقه: مسائل مستحدثه*.
- منتظری، حسین علی. (۱۴۲۷ق). *احکام پزشکی*. چ سوم. قم: نشر سایه.
- میر محمد صادقی، حسین. (۱۳۹۲ش). *حقوق کیفری اختصاصی: جرایم علیه اشخاص*. چ یازدهم. تهران: نشر میزان.
- مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا. (۱۳۹۰ش). *ره توشه قضایی: استفتانات قضایی از محضر رهبر معظم انقلاب اسلامی*. چ اول. قم: نشر قضا.

## ب: عربی

- آصف محسنی، محمد. (۱۴۲۴ق). *الفقه و مسائل طبیه*. ج ۱. چ اول. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- ابن حمزه طوسی، أبو جعفر محمد بن علی. (۱۴۰۸ق). *الوسیله الی نیل الفضیله*. چ اول. قم: منشورات مکتبه آیه الله المرعشی النجفی ره.
- ابن قدامه مقدسی، موفق‌الدین أبو محمد عبدالله. (۲۰۰۴م). *المعنی*. ج ۱. بی‌چا. بیروت: بیت الأفكار الدولیه.
- اردبیلی (مقدس)، مولی احمد. (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائده والبرهان فی شرح ارشادالادهان*. ج ۱۳-۱۴. چ اول. قم: مؤسسه النشرالاسلامی.

- تبریزی، میرزا جواد. (۱۴۲۸ق). تنقیح مبانی الأحكام: كتاب الديات. چ اول. قم: دار الصديقه الشهيد.
- حسینی شیرازی، سید محمد. (۱۴۰۹ق). الفقه: كتاب القصاص. ج ۸۹. چ دوم. بیروت: دارالعلوم.
- حسینی روحانی، سید محمد صادق. (بی تا). منهاج الصالحین. ج ۳. بی جا: بی نا.
- حسینی روحانی، سید محمد صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق علیه السلام. ج ۲۶. چ اول. قم: دارالکتاب مدرسه امام صادق علیه السلام.
- حلبی، ابوالصلاح تقی الدین. (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه. چ اول. اصفهان: مکتبه الإمام أميرالمؤمنین علیه السلام.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰ق). إرشاد الأذهان إلى أحكام الايمان. ج ۲. چ اول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). تحرير الأحكام الشرعيه على مذهب الإمامیه. ج ۵. چ اول. قم: مؤسسه الامام الصادق (علیه السلام).
- حلی (محقق)، نجم الدین جعفر بن الحسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. ج ۴. چ دوم. قم: نشر اسماعیلیان.
- سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مذهب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام. ج ۲۹. چ چهارم. قم: مؤسسه المنار.
- سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز. (۱۴۰۴ق). المراسم العلویه و الأحكام النبویه فی الفقه الإمامی. چ اول. قم: منشورات الحرمین.
- طوسی (شیخ)، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیه. ج ۷. چ سوم. تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
- عاملی، (شیخ حر). (۱۴۰۹ق). تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه. ج ۲۹. چ اول. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. ج ۱۵. چ اول. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- عاملی (شهید اول)، شمس الدین محمد بن مکی. (۱۴۱۴ق). غایه المراد فی شرح نکت الإرشاد. ج ۴. چ اول. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- فاضل اصفهانی، محمد. (۱۴۱۶ق). كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام. ج ۱۱. چ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۱ق). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله: القصاص*. ج اول. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
- فیروزآبادی شیرازی، ابی اسحاق ابراهیم. (۱۴۱۵ق). *المهذب فی فقه الشافعی*. ج ۳. چ اول. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- کاشف الغطاء نجفی، احمد. (۱۴۲۳ق). *سفینه النجاه و مشکاه الهدی و مصباح السعادات*. ج ۳. چ اول. قم: موسسه کاشف الغطاء.
- مدنی کاشانی، آقا رضا. (۱۴۰۸ق). *کتاب الدیات*. چ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- مدنی کاشانی، آقا رضا. (۱۴۱۰ق). *کتاب القصاص للفقهاء و الخواص*. چ دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۲ق). *بحوث فقهیه هامه*. چ اول. قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابیطالب علیه السلام
- موسوی خمینی (امام)، روح الله. (بی تا). *تحریر الوسیله*. ج ۲. چ اول. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). *مبانی تکمله المنهاج*. ج ۴۲. چ اول. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
- موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۰۹ق). *مجمع المسائل*. ج ۳. چ دوم. قم: دارالقرآن الکریم.
- نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*. ج ۴۳-۴۲-۴۱. چ هفتم. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- وحید خراسانی، حسین. (۱۴۲۸ق). *منهاج الصالحین*. ج ۳. چ پنجم. قم: مدرسه امام باقر (علیه السلام)

## یادداشت شناسه مؤلفان

روح الله اکرمی: دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، استادیار دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران.

نشانی الکترونیکی: r.akrami@qom.ac.ir

---

**An Analysis on the Jurisprudential and legal requirements  
determination of retaliation in abortion**

*Ruhollah Akrami*

**Abstract**

Based on legal opinions of a number of recent jurists, The Islamic penal code, approved in 2013, In the part of Retaliation, has passed a sentence of Retaliation on the perpetrator of abortion in case some conditions are met, including the criminal intent in the perpetrator, The occurrence of criminal result or permanence of its outcome after the fetus birth, and the proving of viability in him. The legislator's verdict was studied in this paper through a critical-analytical approach. It is said that the purport of the verdict has numerous fundamental ambiguities and problems regardless of the reason for such a viewpoint by the legislator. The necessity of viability condition for the fetus to justify the retaliation is one of its most important defects, which evidently contradicts the juristic approach and must be reformed.

**Keywords:** The Islamic penal code, Islamic jurisprudence, Deliberate crime against person's bodily integrity, Abortion, Retaliation resulting from abortion.