

The Doctor's Responsibility in Paying Diya for Abortion*

Esmail Aghababaei Bani¹ 

1. Associate professor, Islamic Sciences and Culture Academy, Department of Jurisprudential and
Legal Issues, Research Center for Jurisprudence and Law, Qom, Iran
Aghababaei@isca.ac.ir




Abstract

The imposition of diya (financial compensation in Islamic law) on doctors, alongside the obligation to provide treatment and medical procedures that entail diya, leads to their reluctance to fulfill their responsibilities. Consequently, some laws specify that doctors are not liable in certain cases, such as organ transplants. In the case of abortion, despite previous declarations of non-responsibility, the new law does not have a clear position, and upon examining Islamic jurisprudence, most opinions indicate that doctors are obligated to pay diya, even in permitted abortions. Meanwhile, some alternative opinions offer solutions for relieving doctors of this responsibility, while others argue that authorization for the procedure leads to the nullification of diya. Considering governance in Islamic jurisprudence, using practical legal opinions in law formulation, referring to the principle of benevolence, and some other rules could provide a basis for the non-responsibility of doctors in performing their legal duties regarding abortion. The ambiguity arising from the silence of the law requires clarification and explicit expression.

Keywords

Abortion, Patient's Consent, Doctor's Responsibility, Diya for Abortion.

* **Cite this article:** Aghababaei Bani, E. (2024). The Doctor's Responsibility in Paying Diya for Abortion. *Journal of Fiqh*, 31(118), pp. 147-172. <https://doi.org/10.22081/jf.2024.67146.2690>

 **Publisher:** Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom (Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran). ***Type of article:** Research Article

 **Received:** 2023/08/15 •  **Revised:** 2024/07/11 •  **Accepted:** 2024/10/31 •  **Published online:** 2024/11/20

© The Authors



مسئولیت پزشک در پرداخت دیه سقط جنین*

اسماعیل آقابابائی بنی^۱

۱. دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، گروه مسائل فقهی و حقوقی پژوهشگاه فقه و حقوق قم، قم، ایران
 Aghababaei@isca.ac.ir



چکیده

تحلیل دیه بر پزشک در کنار الزام به درمان و عملیات پزشکی مستلزم دیه، موجب امتناع وی از انجام دادن مسئولیت می‌گردد؛ از این رو برخی قوانین بر مسئول نبودن پزشک در موارد خاص، مثل پیوند اعضا تصریح دارند و در مواردی مثل سقط جنین به رغم آنکه پیش تر بر نبود مسئولیت تصریح شده بود، قانون جدید موضع مشخصی ندارد و در مراجعه به فقه، غالب آرا از ملزم بودن پزشک به پرداخت دیه، حتی در سقط جنین مجاز حکایت دارند. این در حالی است که برخی آرای دیگر، راهکارهایی برای رفع مسئولیت پزشک ارائه داده و بخش دیگری از آرا، جواز عمل را موجب سقوط دیه دانسته‌اند. توجه به فقه حکومتی، بهره‌گیری از آرای فقهی کاربردی در تدوین قانون، استناد به قاعده احسان و برخی قواعد دیگر می‌تواند زمینه مسئول نبودن پزشک در انجام دادن وظیفه قانونی خود در سقط را فراهم سازد و ابهام ناشی از سکوت قانون به اصلاح و بیان صریح نیاز دارد.

کلیدواژه‌ها

سقط جنین، اذن بیمار، مسئولیت پزشک، دیه سقط.

* **استناد به این مقاله:** آقابابائی بنی، اسماعیل. (۱۴۰۳). مسئولیت پزشک در پرداخت دیه سقط جنین. فقه، ۳۱(۱۱۸)، صص ۱۴۷-۱۷۲.
<https://doi.org/10.22081/jf.2024.67146.2690>

□ نوع مقاله: پژوهشی؛ ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران) © نویسندگان
 □ تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۲۴ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۴/۲۱ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۱۰ • تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۰۹/۰۱



مقدمه

به اقتضای دلایل متعددی که بر باطل نشدن خون دلالت دارند (برای نمونه ر.ک: زارعی سبزواری، ۱۴۳۰ق، ج ۷، ص ۴۱۳)، هرگونه جنایت بر تمامیت جسمانی اعم از قتل یا جرح، مشمول دیه است تا جایی که برخی تصریح دارند حتی جایز بودن عمل نیز موجب رفع دیه نمی‌گردد و از آن به قاعده «الإذن الشرعی لاینافی الضمان» یاد می‌شود (ر.ک: فرحاتک، ۱۴۰۱). التزام به این نظریه موجب می‌شود در جایی که پزشک بر اساس وظیفه خود یا بر اساس تکلیف قانونی یا شرعی اقدامات درمانی را به انجام رساند، به پرداخت دیه ملزم گردد؛ مانند اینکه در برداشت از اعضای فوت‌شدگان مغزی، برای نجات بیماران اقدام کند یا بنابه درخواست مادر با مجوز قانونی به سقط جنین اقدام کند. روشن است در این صورت چه‌بسا پزشک در کنار التزام به پرداخت دیه از انجام‌دادن وظیفه خود سرباز زند و از نظر عرف نیز تحمیل دیه بر پزشک در کنار اجرای وظیفه قانونی مقبولیت ندارد.

به همین سبب برخی مقررات بر رفع مسئولیت پزشک تصریح دارند؛ مانند تبصره ۳ از ماده واحده «قانون پیوند اعضای بیماران فوت‌شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است» مقرر می‌دارد: «پزشکان عضو تیم از جراحات وارده بر میت، مشمول دیه نخواهند گردید» یا در ماده واحده قانون «سقط درمانی» (مصوب ۱۳۸۴)، پس از بیان شرایط جواز سقط بر این نکته تصریح داشت که در موارد جواز، «مجازات و مسئولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود». ماده واحده یادشده هم‌اکنون به واسطه ماده ۵۶ قانون «جوانی جمعیت و حمایت از خانواده» نسخ و با سکوت قانون مواجه است؛ ولی قانون پیوند اعضا که به قوت خود باقی است، تنها از مسئول نبودن پزشک سخن گفته است؛ ولی درباره اینکه دیه به‌طور کلی منتفی است یا فقط متوجه پزشک نیست و افراد دیگر باید آن را پرداخت کنند، مبهم است و قاعده «الإذن الشرعی لاینافی الضمان» که بسیاری از فقها بدان ملتزم‌اند، اقتضا دارد که حتی در صورت مسئول نبودن پزشک لازم است دیه توسط خواهان سقط یا منتفع و یا بیت‌المال پرداخت گردد؛ با این حال درباره موضوع مقاله، یعنی مسئولیت پزشک در پرداخت دیه، در خصوص موارد اقدام به سقط جنین، با این اشکال مواجهیم که در ماده ۵۶ قانون «حمایت از خانواده و جوانی جمعیت» (مصوب

۱۴۹
فتا

مسئولیت پزشک در پرداخت دیه سقط جنین

۲۴ مهر ۱۴۰۰)، تنها بر شرایط صدور مجوز سقط تصریح شده و دربارهٔ پزشک و مسئولیت وی سخنی به میان نیامده است؛ هر چند عبارت مستوجب دیه در مادهٔ یادشده خود به نوعی از ساقط نشدن دیه حکایت دارد. از آنجا که مقررۀ فوق ناسخ ماده واحدۀ سابق است، با سکوت قانون گذار در خصوص مسئولیت پزشک، رجوع به قانون سابق به دلیل منسوخ بودن مشکل است و در رجوع به آرای فقهی نیز استناد به رأی موافق با قانون سابق به دلیل منسوخ بودن ناروا می نماید؛ زیرا سکوت عمدی قانون در اینجا به معنای عدول از این دیدگاه تلقی می گردد و اگر سکوت قانون در مسئله کیفر را به معنای عدول از جرم انگاری بدانیم، از آنجا که دیه ماهیت جبران خسارت دارد یا دست کم با ماهیت دوگانه‌ای رو بروست، با نبود یا ابهام قانون نمی توان به براءت حکم داد و در نهایت راه حل طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، رجوع به فقه خواهد بود که در این صورت، قاعدۀ فقهی «الإذن الشرعی لاینافی الضمان» بنا بر رأی مشهور فقیهان اقتضای ضمان و پرداخت دیه دارد و به طبع به امتناع پزشک از سقط و انجام دادن وظایف قانونی منجر می گردد. راه حل دیگر اخذ براءت از بیمار است که در خصوص سقط جنین، اولاً بر این راهکار در قانون تصریح نشده است؛ ثانیاً ظاهر مادهٔ ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) انصراف به بیمار و دیه‌ای دارد که متوجه شخص بیمار است؛ نه دیه جنین که ربطی به بیمار ندارد و طبق مواد ۷۱۶ تا ۷۲۰ قانون مجازات اسلامی، خود جنایت مستقل و مستوجب دیه به شمار آمده است؛ همچنین در تبصره مادهٔ ۷۱۸ تصریح شده است: «هرگاه جنینی که بقای آن برای مادر خطر جانی دارد، به منظور حفظ نفس مادر سقط شود، دیه ثابت نمی شود» که در این صورت، موارد سقط جنین به سبب حرج - موضوع بند «ح» مادهٔ ۵۶ قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت (مصوب ۲۴ مهر ۱۴۰۰) - مشمول این تبصره نبوده، بلکه به عکس از موارد لزوم پرداخت دیه به شمار خواهد آمد؛ همچنین به رغم آنکه طبق مادهٔ ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی «هر نوع عمل جراحی یا طبّی مشروع که... با رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام می شود»، بر نبود کیفر تصریح شده است، در خصوص دیه از یک سو مادهٔ ۱۴ قانون یادشده آن را مصداق مجازات می داند یا در مادهٔ ۱۷ به مجازات بودن دیه ناظر است و از

سوی دیگر در ماده ۴۵۲ تصریح شده است که دیه آثار مسئولیت مدنی یا ضمان دارد و ماده ۴۴۹ از ناظر بودن دیه به جبران خسارت به تلویح سخن گفته است و در نتیجه نمی توان با رجوع به قانون مجازات به صراحت دیه را کیفر و مشمول ماده ۱۵۸ دانست و پزشک را در موارد اقدام به سقط جنین مبرا از مسئولیت به شمار آورد.

در نتیجه هم از نظر قانونی و هم از نظر فقهی با ابهام مواجهیم؛ با این توضیح که برخی مواد قانونی تنها از نبود مسئولیت پزشک سخن گفته و برخی دیگر با ابهام همراه است و مراجعه به آرای مشهور فقهی نیز از لزوم پرداخت دیه توسط پزشک حکایت دارد. پرسش این است که اگر فرد به سقط جنین مجاز اقدام کند، دیه منتفی است یا خیر و در صورت لزوم پرداخت به عهده مباشر (پزشک اقدام کننده) است یا کسی که درخواست سقط جنین کرده و از سقط جنین منتفع می گردد؟ نیز در فرض توجه دیه به مباشر پزشک، راهکارهای فقهی انتقال دیه به دیگری کدام است؟ و در نهایت با توجه به اختلاف آرا و مبانی، قانون گذار بر چه مبنایی لازم است تعیین تکلیف کند؟

پاسخ پرسش های یاد شده را بر اساس اقوال فقهی مطرح، استدلال های هر یک از نظریه های فقهی، راهکارهای فقهی توجه دادن مسئولیت به غیر پزشک و بایسته های قانون گذاری در خصوص دیه ناشی از سقط جنین در ادامه پی می گیریم.

۱. اقوال فقهی ناظر به پرداخت دیه

۱-۱. لزوم پرداخت دیه توسط مباشر و بی تأثیر بودن اذن

در یکی از آرای فقهی، پس از طرح فرض های مختلف سقط جنین، درباره دیه آمده است: «به طور کلی دیه بر کسی است که موجب سقط جنین است؛ چه خود زن باشد یا پزشک یا غیر آنها. در صورتی که سقط جنین به امر ولی، مانند پدر انجام بگیرد، دیه از کسی که واجب [موجب] سقط جنین بوده، ساقط نیست» (فیاض، ۱۴۲۶ق، ص ۷۴۶). در این عبارت بدون اشاره به مجاز یا غیر مجاز بودن سقط، از لزوم پرداخت دیه سخن به میان آمده است و با توجه به آرای فقهی که مجاز بودن را دلیل بر سقوط دیه نمی داند، حتی

در موارد سقط مجاز نیز لازم است دیه را پزشک اقدام کننده بپردازد.

دلایل و مستندات این نظر را می‌توان چنین برشمرد:

۱. مهم‌ترین دلیل برای ضامن شمردن پزشک، حتی در مواردی که وی مجاز به عملیات پزشکی است، روایت معروف زیر است: «وَمَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّرَ فَلْيَأْخُذْ الْبِرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّ مَنْ يَطَبِّبُهُ أَوْ صَاحِبِ الدَّابَّةِ وَإِلَّا فَهُوَ ضَامِنٌ» (کلینی، ۱۳۸۷، ج ۱۴، ص ۵۱۸) و بسیاری از فقها به تبع آن، فتوا به ضمان داده‌اند و ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی نیز بر همین اساس شرط مسئول نبودن پزشک را اخذ برائت دانسته است.

از میان فقیهان گذشته، فقهی که به شدت با این دیدگاه مخالفت کرده، ابن‌ادریس حلی است که معتقد است: فرض روایت جایی است که اصل عمل مشروع نباشد و پزشک بدون اذن اقدامات درمانی را انجام دهد؛ وگرنه در صورت مجاز بودن، به استناد اصل برائت، ذمه وی بری بوده و ضامن نخواهد بود و فرقی نمی‌کند که اخذ برائت کرده باشد یا خیر (ابن‌ادریس حلی، ۱۳۸۷، ج ۱۳، ص ۷۵). استدلال ابن‌ادریس سه رکن دارد: (۱) اصل بر نبود ضمان است؛ (۲) ضمان بر فرض وجود با اذن قبلی (اعم از اذن شرعی یا اذن ذی‌نفع) ساقط می‌گردد و (۳) هنگامی که اصل عمل از نظر شرعی جایز باشد، ضمانی را در پی نخواهد داشت. هر سه رکن به این شرح مورد نقد فقیهان قرار گرفته است که وقتی دلیل کافی بر مشغول بودن ذمه پزشک به پرداخت دیه داریم، دلیلی بر اصل برائت باقی نمی‌ماند. اذن مریض و ذی‌نفع نیز در اینجا مؤثر نیست؛ زیرا منافاتی بین جایز بودن و ضامن بودن فرد نیست؛ بر خلاف اجماع و روایت‌هایی که از ضمان و جواز عمل سخن گفته‌اند (برای نمونه ر. ک: محسنی، ۱۳۸۲، ص ۱۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۲۷؛ نجفی، بی‌تا، ج ۴۳، ص ۴۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۱۰، ص ۱۰۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۲۶، ص ۱۷؛ اردبیلی، بی‌تا، ج ۱۴، ص ۲۲۸ و طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۶، ص ۳۷۵).

به باور این گروه از فقیهان حتی اگر پزشک از باب حفظ جان اقدام به سقط کند یا کار وی را از مصادیق قاعده احسان بدانیم، ضمان به قوت خود باقی است تا جایی که برخی تصریح دارند ملاک ضمان، صدق افساد است و اگر صدق نکند، ضمانی هم متوجه پزشک نخواهد بود؛ با این حال آن را شامل موارد جنایت بر نفس که موجب دیه

است ندانسته‌اند و تصریح دارند در این موارد باید به اطلاق هایی که در قتل خطا و شبه‌عمد بر دیه تصریح دارند، اخذ کرد و به دیه حکم داد (محسنی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۰).

۲. دلیل دیگر بر لزوم ضامن بودن پزشک در موارد اقدام به سقط جنین مجاز، قاعده اتلاف («من اتلف مال الغير فهو له ضامن») است که در جای خود به تفصیل از آن بحث کرده‌اند (برای نمونه ر.ک: مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۱۹۱). می‌توان گفت چنان‌که تلف کردن مال دیگری موجب ضمان است، تلف کردن جان به طریق اولی ضمان خواهد داشت؛ چنان‌که در برخی روایات درباره حرمت جان آمده است: «حُرْمَةُ مَالِهِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ» (کلینی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۸۸).

۳. دلیل دیگر این نظر را می‌توان قاعده «باطل نشدن خون» دانست که از آن با تعبیرهایی همچون «لایبطل دم امرء مسلم»، «دم المسلم لایذهب هدرأ»، «دم المسلم لایضیع هدرأ»، «لایبطل دم امرئ مسلم» و «لایهدر دم امرء مسلم» یاد کرده و در کتاب‌های قواعد فقهی به تفصیل از آن بحث کرده‌اند.

۴. مستند مهم دیگر برای ضمان با وجود اذن را قاعده دیگری در فقه می‌توان دانست که تصریح دارد وجود اذن رفع ضمان نمی‌کند و با عناوین «الاذن الشرعی لاینافی الضمان»، «الجواز الشرعی لاینافی الضمان»، «الاباحه الشرعیه لاتقتضی الضمان» و «اباحه السبب لاتنافی الضمان» در فقه مطرح شده و طرفداران آن بر این باورند که مجاز بودن عمل، برای انتفای ضمان کافی نیست (برای مطالعه در مفاد این قاعده و دلایل آن، ر.ک: فرحناک، ۱۴۰۱).

۵. اقدام پزشک موردی استثنایی نیست و موارد مشابه متعددی در فقه داریم که به‌رغم جایز بودن، چنان‌چه به فوت یا صدمه بدنی منجر شوند، موجب ضمان و پرداخت دیه می‌گردد؛ مانند زدن فرزند توسط پدر یا معلم به قصد تادیب؛ غلطیدن مادر در خواب و ایجاد خفگی در زمان شیردادن به کودک؛ حمل شیء و برخورد آن به دیگری؛ برخورد دو انسان با هم؛ برخورد دو کشتی، ماشین یا هواپیما و... برخی بیش از ۵۵ فرع را بر همین اساس طرح کرده، با عنوان «القول فی موجبات الضمان للذیة بالمباشرة» به تفصیل از آن بحث کرده و در همه موارد به ضمان مباشر نظر داده‌اند (ر.ک:

مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق، صص ۴۴ - ۱۳۵). در واقع روایت‌های خاص در هر یک از باب‌های یادشده به شکل‌گیری قاعده کلی «اذن موجب نفی ضمان نمی‌گردد» شده است. بدیهی است ناخواسته بودن نتیجه در مثال‌های یادشده را نباید به جایز نبودن تأدیبه، خوابیدن نزد کودک شیرخوار و... حمل کرد و چنین نتیجه گرفت که موارد یادشده از مصادیق عدم جواز است و قابل قیاس با سقط جنین مجاز نیست.

برایند مستندات یا شده به اضافه قاعده «ضمان مباشر» آن است که در فرض مسئله، پزشک به دلیل مباشر بودن ضامن و ملزم به پرداخت دیه است و اذن پدر و مادر در سقط نیز تأثیری در آن نخواهد داشت.

۲-۱. مؤثر بودن اذن ولی در دیه

برخی از فقیهان به رغم تصریح بر لزوم پرداخت دیه در موارد مجاز عملیات پزشکی، اذن و درخواست پدر و مادر را بی‌تأثیر ندانسته و این تأثیر را به دو صورت به تصویر کشیده‌اند:

الف) لزوم مصالحه؛ مانند رأی فقهی زیر: «دیه به عهده مباشر است؛ مگر اینکه مباشر نداند که آمپول، جهت سقط جنین است که در این فرض به عهده دستوردهنده است و اگر مباشر بداند و به دستور وارث اقدام به اسقاط جنین کند، بنابر احتیاط در دیه آن باید مصالحه شود» (منتظری، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۲۷۴). به کارگیری عبارت مصالحه حکایت از آن دارد که چون پدر و مادر خواهان سقط‌اند و به نوعی مسبب در سقط به شمار می‌روند، نباید مستحق دریافت دیه باشند؛ چنان‌که در قتل عمد، قاتل از ارث محروم است (ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۱۶۲).

ب) انتقال دیه به کسانی جز پدر یا مادری که خواهان سقط‌اند؛ چنان‌که در یکی از آرای فقهی آمده است: «هرکس مباشر سقط بوده، واجب است دیه را بدهد؛ مثلاً اگر پزشک با عمل جراحی اسقاط نموده، دیه بر اوست که باید به پدر و مادرش بدهد و در این صورت، چنانچه سقط جنین با اذن پدر و مادر بوده، احتیاطاً مباشر دیه را با اذن آنها به وارث بعد بدهد و اگر پزشک دارو داده و مادر به‌اختیار آن دارو را خورده و سقط

جنین شده، چنانچه بدون اذن پدر باشد، دیه را باید به پدر جنین بدهد» (گلبایگانی، بی تا، ج ۳، ص ۲۴۶). هم ایشان در استفتایی دیگر مرقوم داشته‌اند: «... دیه به عهده کسی است که او را به این کار امر کرده و اگر مباشر با علم به اینکه سوزن موجب سقط می شود، به امر زن این کار را انجام داده، احتیاط این است که مباشر تمام دیه را به پدر جنین و اگر پدر ندارد، به هر کس که وارث اوست بدهد» (گلبایگانی، بی تا، ج ۳، ص ۲۴۷) یا در جایی دیگر آورده‌اند: «... اگر با اذن بوده، احتیاطاً دیه را مباشر به وارث طبقه بعد بدهد با اذن دیگری و همچنین اگر با اذن هر دو باشد، احتیاطاً دیه را به وارث طبقه بعد بدهند با اذن هر دوی آنها» (گلبایگانی، بی تا، ج ۳، ص ۲۴۵).

چنان که مشهود است در عبارات‌های فقهی فوق، درخواست موجب محرومیت از دیه می‌گردد؛ با این حال جایی برای مصالحه نیست و احتیاط در پرداخت دیه به دیگر وارثان است که هیچ نقشی در زمینه‌سازی سقط جنین نداشته‌اند. پرداخت کننده دیه نیز طبق قاعده، فردی است که اقدام به سقط می‌کند؛ اعم از پزشک یا فردی که به دستور پزشک موجب سقط می‌گردد (صافی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۴۳). گفتنی است درخواست سقط جنین که امری ایجابی است، با رضایت به سقط که جنبه ایجابی ندارد، تفاوت دارد و چنان که برخی تصریح کرده‌اند: «مجرد اطلاع و رضایت، موجب محرومیت از ارث نیست» (منتظری، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۲۳۴).

مستندات فقهی این دیدگاه را می‌توان چنین بر شمرد:

۱. از نظر فقهی، قاتل عمد از اموال مقتول چیزی را به ارث نمی‌برد و حتی اگر اولیای مقتول به جای قصاص مطالبه دیه کنند، این دیه به قاتل نمی‌رسد و اگر وارثی جز قاتل در میان نبود، دیه به بیت المال تعلق می‌گیرد (ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۶۲)؛ با این حال پرسش این است که اگر مرتکب به جای اقدام مستقیم در قتل، به تسبیب و معاونت زمینه قتل را فراهم آورد، آیا همانند قاتل عمد از ارث محروم خواهد شد؟ در پاسخ به این پرسش سه احتمال مطرح است:

الف) برخی تصریح کرده‌اند: «... رضایت به قتل مانند استناد قتل رافع ارث‌بردن نیست؛ مگر اینکه پزشک را الجا کنند؛ به حدی که آنها قاتل محسوب شوند» (بهجت، ۱۳۸۶،

ج ۴، ص ۵۰۵). با توجه به قید الجا که به سلب اختیار و اجبار می‌انجامد، می‌توان گفت مراتب پایین‌تر از الجا مثل اذن در انجام دادن سقط جنین مانع ارث نخواهد بود.

اشکال این نظر آن است که اگر والدین به جای تهدید، سراغ تطمیع رفته و برای اقدام به سقط، با پرداخت دستمزد بالا پزشک را تشویق کنند، مانع ارث به شمار نمی‌رود. یا در قتل بیماران صعب‌العلاج، گاه اطرافیان برای آنکه از زحمت و هزینه‌های بیماردراری رهایی یابند و چه بسا به دارایی هنگفت بیمار به سبب ارث دست یابند، با پرداخت مبلغ قابل توجه از پزشک درخواست اقدام به قتل می‌کنند و با توجه به رضایت اطرافیان، دیه‌ای هم از پزشک مطالبه نمی‌شود و اطرافیان هم به‌رغم نقش پررنگی که در قتل دارند، همهٔ اموال مقتول را به ارث می‌برند.

ب) شاید به سبب پیامدهای منفی فوق، برخی احتمال همانندبودن تسبیب و مباشرت را منتفی ندانسته‌اند و بر این باورند که اصل بر وارث‌بودن فرد است؛ مگر اینکه دلیل کافی بر منع از ارث وجود داشته باشد و در اینکه قتل به تسبیب هم همانند قتل به مباشرت است یا خیر، محل تردید است و در نتیجه راه‌حل را چنان که گذشت در مصالحه دیده‌اند. در این صورت اشکالی که مطرح می‌شود این است که مصالحه به چه معناست؟ به‌ظاهر برای آن است که از دریافت دیه چشم‌پوشند؛ با این توضیح که مستحق دیه‌بودن آنان به شرحی که گذشت معلوم نیست و از سوی دیگر، لزوم پرداخت دیه به غیر از آنان نیز دلیل کافی ندارد و از سوی سوم، دلیلی کافی هم بر سقوط دیه نداریم؛ بنابراین با رضایت پدر و مادر در فرض فوق دیه‌ای رد و بدل نمی‌شود.

روشن است راه‌حل یادشده، حقوقی نیست و معلوم نیست اگر حاضر به مصالحه و گذشت از دیه نشدند، چه باید کرد؟ اجبار به مصالحه هم که در موارد مشابه در فقه مطرح است، در واقع درخواست مصالحه است و از آن‌جا که ماهیت مصالحه بر رضایت مبتنی است، نمی‌توان از اجبار قضایی برای انجام آن بهره گرفت.

ج) دیدگاه سوم، تسبیب و زمینه‌سازی در قتل را همانند مباشرت در قتل می‌داند و بر همین اساس، اذن پدر و مادر در سقط را سبب محرومیت از ارث بر می‌شمارد. این دیدگاه از این جهت قابل دفاع است که حکمت محرومیت از ارث، پیشگیری از اقدام و

زمینه‌سازی قتل به قصد تصاحب اموال است و در نتیجه نباید بین مباشرت و تسبیب یا هر زمینه‌سازی دیگر که به قتل می‌انجامد، تفاوت نهاد؛ با این حال چه‌بسا در مسئله سقط جنین توسط پزشک به دلیل اقوانبودن سبب از مباشر، نتوان از باب سببیت، خواهان سقط را از ارث محروم کرد؛ ولی از جهت دیگر می‌توان گفت چنان‌که اذن به تلف مال مانع دریافت خسارت است، اذن یا درخواست جنایت هم مانع دریافت خسارت خواهد بود و در واقع اذن پدر و مادر به سقط جنین به صورت ضمنی بیانگر انصراف از دیه است؛ به بیان دیگر در اینجا خود پدر و مادر با اذن‌دادن سبب سقط‌اند تا جایی که بدون اذن و درخواست آنان پزشک در این خصوص هیچ اقدامی نخواهد کرد؛ حال در این صورت چگونه می‌توان سبب در سقط را خواهان خسارت هم دانست؟

نتیجه دیدگاه فوق این است که دلیلی بر سقوط دیه نداریم؛ ولی اذن پدر و مادر در سقط مانع آن است که از دیه هم بهره ببرند؛ در نتیجه دیه باید توسط مباشر به دیگر وارثان بجز پدر و مادر خواهان سقط پرداخت گردد.

۱-۳. انتفای دیه در موارد مجاز بودن سقط

دیدگاه دیگر در پرداخت دیه، میان موارد مجاز و غیرمجاز تفکیک کرده است؛ در نتیجه در جایی که شرایط قانونی برای سقط فراهم باشد، به پرداخت دیه نیازی نیست. در استفتایی درباره سقط جنین ناشی از روابط نامشروع، حرج با شرایطی از موجبات جواز سقط به شمار آمده است و تصریح کرده‌اند: «... اگر زن - به غیر از مورد حرج - اقدام به سقط جنین نماید، بر عهده او دیه می‌آید و تنها حرمت تکلیفی ندارد...» (فیاض، ۱۴۲۶ق، ص ۷۷۴).

هم‌اکنون هرچند سقط جنین ناشی از روابط نامشروع وجه قانونی ندارد و برخی به‌رغم تلاش برای بیان وجوه قانونی برای جنین ناشی از روابط نامشروع به دلیل حال نبودن خطر و حرج خود به نقد آن پرداخته‌اند (ر.ک: صادق‌پور، ۱۴۰۱)؛ ولی اصل بحث که اگر مجوز شرعی مانند قاعده رفع حرج برای سقط در میان باشد، از اسباب سقوط دیه است، امر مهمی است و در خصوص اقدام به سقط قانونی، کاربرد قابل

توجهی دارد.

به نظر می‌رسد در دیدگاه یادشده، آنچه از اسباب سقوط دیه است، جواز شرعی عمل است و نه رضایت مادر یا دیگر ورثه؛ از همین رو در جایی که جان مادر در خطر باشد و مادر به رغم خطر جانی به سقط رضایت ندهد، آورده‌اند: «...اگر پزشک می‌داند که چنانچه جنین را از شکم مادر بیرون نیاورد هر دو خواهند مُرد، بعید نیست که اقدام به سقط جنین برای نجات مادر از سوی پزشک جایز باشد؛ حتی اگر مادر در چنین حالتی هرگز به عمل سقط جنین رضایت ندهد، بعید نیست که اجبار مادر بر سقط جنین هم جایز باشد» (فیاض، ۱۴۲۶ق، ص ۷۷۴). چنان که برخی دیگر به صراحت معیار سقوط دیه را اذن شارع دانسته و آورده‌اند: «در فرض اذن شارع به اسقاط، دیه ندارد» (روحانی، ۱۳۸۳، ج ۶، ص ۱۴۵).

دلایل و مستندات این نظر را می‌توان چنین برشمرد:

۱. طبق قاعده احسان «هرگاه کسی برای حفظ مال یا جان دیگری به قصد احسان و نیکوکاری، باعث ورود خسارت به او شود، در برابر آن پاسخ‌گو نخواهد بود و این اقدام ضمانتی را متوجه وی نمی‌سازد» که در جای خود به تفصیل از آن بحث شده است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۶، ص ۵۳) و اگر در کافی بودن قصد احسان یا لازم بودن قصد و واقعی بودن احسان تردیدهایی مطرح است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۶، ص ۵۵؛ محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۳۰۰)، در خصوص سقط جنین، با توجه به مجاز بودن جنین، هم قصد احسان مطرح است و هم عرفاً سقط مصداق واقعی احسان به درخواست کننده به شمار می‌رود؛ همچنین در اینکه قاعده احسان فقط دفع ضرر را در بر می‌گیرد یا شامل جلب منفعت هم می‌شود، اقوالی در فقه مطرح است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۶، ص ۵۵؛ محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۳۰۲) که در اینجا سقط مجاز مصداق دفع ضرر است و بنا بر هر دو دیدگاه مشمول قاعده احسان خواهد بود. نیز یکی از شرایط صدق احسان آن است که فرد هیچ‌گونه قصد کسب نفع شخصی نداشته باشد (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۹۳؛ محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۲۹۵) که در خصوص اقدام پزشک به سقط جنین مجاز این شرط به طور کامل صادق است؛ در نتیجه اقدام پزشک به سقط جنین که هم قانونی و شرعی است و هم با اذن پدر و مادر

به انجام رسیده است و هم در برخی موارد پزشکی برای نجات جان مادر به عنوان تکلیف شرعی بدان اقدام می‌کند؛ مثل سقط جنین پیش از دمیده‌شدن روح، مصداق بارز قاعده احسان است و نباید مسئولیتی درباره پرداخت دیه متوجه وی گردد؛ بر همین اساس در برداشت اعضا از فوت شدگان و مردگان مغزی که بی‌شبهت به اقدام قانونی به سقط جنین نیست، آورده‌اند: «وی عمل برداشت عضو از مرده مسلمان را با امر شارع مقدس انجام داده و مرتکب خلاف شرع نشده است و اگر پزشک برداشت‌کننده عضو را مشمول و ضامن پرداخت دیه بدانیم، مفهومش این است که نیکوکاران را نیز می‌توان مؤاخذه کرد» (حبیبی، ۱۳۸۰، ص ۱۳۹).

با این حال اشکال قابل طرح در اینجا آن است که چون پزشک برای اقدام به سقط یا پیوند عضو و هرگونه عملیات درمانی اجرت دریافت می‌کند، مشمول قاعده احسان نخواهد بود. پاسخ آن است که اولاً، قاعده احسان اعم از جایی است که اجرتی طلب شود یا نشود؛ ثانیاً، از آنجا که فرد احسان‌کننده غالباً به فرد مورد احسان دسترسی ندارد، اذن و اجرت را منتفی دانسته‌اند؛ ولی در صورت دسترسی داشتن و دریافت اذن، از آنجا که محترم بودن عمل مؤمن به قوت خود باقی است، منافاتی بین دریافت اجرت و محسن بودن فرد نخواهد بود (برای مطالعه بیشتر، ر.ک: کریمی، ۱۴۰۲).

۲. هرچند به شرحی که گذشت برخی میان جواز عمل و انتفای دیه ملازمه‌ای ندیده‌اند، دیدگاه مقابل، آن است که جایز بودن عمل موجب انتفای دیه می‌گردد؛ بر همین اساس برای نمونه در برداشت اعضا از متوفیان و مبتلایان به مرگ مغزی آورده‌اند: در مواردی که تشریح بدن انسان شرعاً جایز است، دیه ندارد (برای نمونه ر.ک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۴۵۱)؛ به بیان دیگر از نظر این گروه میان جواز عمل و انتفای دیه ملازمه وجود دارد و از آنجا که شخص به عملی مجاز یا بنابر برخی اقوال به عمل واجب اقدام می‌کند، نمی‌توان او را هم مکلف به عملی ساخت و هم مجازاتی به عنوان دیه برای او در نظر گرفت.

به بیان دیگر برخی با طرح قاعده فقهی «الجواز الشرعی ینافی الضمان» بر این باورند که جواز شرعی ضمان را نفی می‌کند و با سقوط دیه ملازمه عرفی دارد (ر.ک: آل کاشف

الغناء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۲۰۱؛ از این رو می‌توان گفت: «در باب تراحم و تقدّم اهم بر مهم، عقل به لزوم نجات جان مسلمان و وجوب آن حکم می‌کند و وجوب نجات نفس محترم با حکم شرعی ملازم است و ملازمه حکم شرعی وجوب نجات انسان مسلمان یا حکم نفی ضمان و سقوط دیه یک امر عرفی است؛ زیرا در این موارد تأثیر اذن شارع اگر بیشتر از اذن دهنده عضو نباشد، لااقل کمتر از آن هم نیست» (حیّی، ۱۳۸۰، ص ۱۳۹). در مسئله برداشت اعضا از متوفیان، برخی اذن قبلی را از موجبات سقوط دیه دانسته و گفته‌اند: «بعد از اجازه میت پرداخت دیه لازم نیست؛ هر چند چنین اجازه‌ای را حرام بدانیم» (موسوی خمینی، ۱۳۶۹، ج ۲، ص ۵۶۱). بسیاری از فقیهان نیز همین نظر را به صراحت پذیرفته‌اند (برای نمونه ر.ک: موسوی خوئی، ۱۴۱۳ق، ص ۵۹۹؛ صانعی، ۱۳۷۷، ص ۱۰۱).

۳. اگر پرداخت دیه را نوعی عقوبت بدانیم، به مواردی اختصاص خواهد داشت که اصل عمل حرام باشد و اگر تعلق دیه را از باب جبران خسارت بدانیم، در سقط جنینی که با درخواست پدر و مادر و توسط پزشک صورت می‌گیرد، پرسش این است که متضرر اصلی کیست که مستحق دیه باشد؟ پدر و مادری که خواهان سقط جنین ناقص‌اند، در واقع منتفع‌اند تا متضرر. ضرر جامعه نیز ملاک پرداخت دیه نیست؛ زیرا بر خلاف دیه جنایت بر میت که در امور خیر صرف می‌شود، در خصوص سقط جنین، دیه محل مصرف آن وارثان‌اند و نمی‌شود متضرر جامعه باشد؛ ولی دیه به افراد خویشاوند تعلق گیرد؛ همچنین می‌توان گفت طبق مفاد مواد ۴۴۹ و ۴۵۲ قانون مجازات اسلامی، دیه برای جبران خسارت از زیان دیده است و در جایی که پدر و مادر با اعلام رضایت تن به زیان داده‌اند، خود نمی‌توانند خواهان جبران آن باشند.

۴. نکته دیگر اینکه دیه از حقوق الناس است و قابل عفو و گذشت است؛ از این رو می‌توان گفت وقتی کسی خواهان سقط است، به ملازمه از این حق خود نیز گذشت کرده است و در نتیجه نمی‌تواند از دیه جنین بهره‌مند گردد. در اینجا استناد به «اسقاط مال می‌یجب» نیز چندان کارساز نیست؛ زیرا عفو از آثار جنایت محل اختلاف است و نشانه‌هایی از پذیرش آن در حقوق ایران می‌توان یافت که یک نمونه آن ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ است (برای دیدن تحلیل‌ها، ر.ک: آقابابایی،

۱۳۹۱؛ با این حال ممکن است از باب «اسقاط ما لم یجب» آن را مشکل دانست. اگر دلایل فوق را بر نبود دیه کافی ندانیم، دست کم موجب تردید در ضمان خواهد شد و با تردید در ضمان می توان گفت اصل بر عدم ضمان است؛ مگر اینکه دلیل کافی بر وجود ضمان در میان باشد و با توجه به مطالب فوق، همه ادله قائلان به ضمان خدشه پذیر است. ۵. در برخی روایت‌ها به رغم تصریح بر جواز عمل، از پرداخت دیه سخن به میان نیامده است؛ از جمله در جایی که مادر یا جنین فوت شود و برای نجات دیگری ناچار به شکافتن رحم مادر یا قطعه‌قطعه کردن جنین باشیم (ر.ک: حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۴۶۹: «بَابُ حُكْمِ مَوْتِ الْحَمْلِ دُونَ أُمَّهِ وَ بِالْعَكْسِ»). تبصره ماده ۷۱۸ قانون مجازات اسلامی نیز گویا بر اساس همین نظریه آورده است: «هرگاه جنینی که بقای آن برای مادر خطر جانی دارد، به منظور حفظ نفس مادر سقط شود، دیه ثابت نمی‌شود»؛ با این حال استدلال به روایات یادشده می‌تواند با این اشکال مواجه باشد که روایت‌ها به اصل عمل ناظرند و از نظر پرداخت دیه در مقام بیان نیستند تا به استناد آن بتوان گفت جواز عمل بر نفی دیه دلالت دارد.

۲. بررسی و نقد آراء و مستندات فقهی

با توجه به اختلاف آرای فقهی به شرح فوق، دلیل اصلی مطلب، مسائل طرح شده در باب ضمان نفوس است (ر.ک: مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق، صص ۴۴-۱۳۵) که به رغم جایز بودن عمل به استناد روایات، از وجود دیه سخن به میان آمده است؛ در حالی که در مثال‌های طرح شده درباره ضامن نبودن مأذون شرعی، این نکته قابل توجه است که در اکثر موارد یادشده به نوعی فردی که به جبران خسارت یا پرداخت دیه ملزم می‌گردد یا مرتکب قصور و تقصیر شده است و یا به نوعی از کار صورت گرفته نفعی می‌برد که در این صورت یا بر اساس قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» که در کتاب‌های قواعد فقهی به تفصیل بحث شده است (برای نمونه، ر.ک: مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص ۲۸۴)، ضامن شناخته می‌شود. در صورتی هم که نه قصور و تقصیر و نه نفع فرد صادق است و به عبارتی مصداق قاعده اتلاف است، می‌توان گفت اذن عام برای تصرف شامل اذن در اتلاف نمی‌شود و به

همین دلیل از ضمان سخن به میان آمده است؛ در حالی که در مورد بحث، وقتی از پزشک در خواست می‌شود که به سقط جنین اقدام کند، از مصادیق اذن در اتلاف است و بنابر قاعده «الإذن فی الشئی اذن فی لوازمه» نمی‌توان زیان ناشی از تلف را متوجه وی دانست.

در نتیجه قاعده معروف «الإذن الشرعی لاینافی الضمان» چندان پایگاه محکمی نخواهد داشت و به همین دلیل، دیدگاه مقابل آن هم به شرحی که گذشت در آرای فقیهان مطرح شده است؛ از جمله علامه مامقانی در بیان مسائل یادشده در مواردی که قصور یا تقصیری متصور نباشد، به نبود ضمان نظر داده‌اند (ر.ک: مامقانی، ۱۳۵۰ق، ص ۳۴۳). افزون بر اینکه خسارت و الزام به پرداخت آن از ناحیه کسی که آن را به بار آورده، امری عرفی است و نه شرعی و در جایی که پزشک به درخواست پدر و مادر اقدام به سقط کند، اولاً آن را عرف موجب نفع می‌داند و نه خسارت و در ثانی، اگر هم خسارتی باشد، به استناد قاعده اقدام از خسارت‌هایی تلقی می‌کند که لازم نیست جبران گردد و در نهایت عرف، اقدامات پزشک را به شرحی که گذشت، از مصادیق احسان می‌داند که مطالبه خسارت در آن نه تنها وجهی ندارد؛ بلکه از نظر عرف به شدت مذموم است و در این صورت، نظریه پرداخت نکردن دیه در موارد جواز عمل قوی‌تر به نظر می‌رسد و به شرحی که گذشت، دریافت دستمزد توسط پزشک نیز الزاماً با اجرای قاعده احسان منافاتی ندارد.

۳. راهکارهای فقهی و قانونی انتقال دیه به غیر پزشک

بر فرض آنکه دلایل ناظر به انتفای دیه کافی نباشد و سقط جنین به‌رغم مجاز بودن مستلزم دیه تلقی گردد، در خصوص سقط جنین، می‌توان گفت: با توجه به جنبه مالی داشتن دیه (اعم از آنکه آن را جبران خسارت بدانیم یا کیفر یا بین دیه جنایت بر میت و غیر آن تفاوت قائل شویم)، امکان گذشت از دیه یا پرداخت آن از سوی افراد ثالث فراهم است و در سقط جنین با استفاده از راهکارهای زیر می‌توان پزشک را از مسئولیت در پرداخت دیه مبرا دانست:

۱. به رغم آنکه در برخی آرای فقهی آمده است که «اگر پزشک مباشر سقط جنین می‌شود، دیه بر اوست و شرط پزشک در براءت از دیه اثری ندارد» (صافی، ۱۴۱۵ق، ص ۶۷)، برخی دیگر شرط کردن پزشک مبنی بر اینکه ضامن دیه نباشد را مؤثر دانسته و آورده‌اند: «در موردی که اسقاط جنین جایز باشد، اگر پزشک با پدر و مادر جنین شرط عدم ضمان کند، ضامن نمی‌باشد؛ و در غیر آن مورد علاوه بر معصیت دیه هم دارد و دیه آن به عهده مباشر است که اگر پزشک راهنمایی کند و دارو را توصیف نماید و مباشر اسقاط خود مادر باشد، دیه به عهده مادر است؛ و اگر مباشر اسقاط پزشک باشد، علاوه بر اینکه مرتکب معصیت شده و باید هرچه زودتر توبه کند، دیه نیز به عهده او می‌باشد؛ ولی اگر فرد دیگری عوض او دیه را پردازد یا اینکه صاحبان حق او را بری الذمه کنند، ذمه او بری می‌شود» (منتظری، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۴۰۵).

در ارزیابی راه حل یادشده می‌توان گفت در اینکه دیه از حقوق الناس و قابل گذشت است، تردیدی نیست؛ در نتیجه همان گونه که پس از تعلق دیه، افراد ذی نفع می‌توانند آن را عفو کرده و دیه‌ای دریافت نکنند، پیش از تعلق دیه نیز می‌توان با چنین شرطی از لزوم پرداخت دیه رهایی یافت؛ از این رو تصریح پزشک به عدم التزام به دیه و رضایت ذی نفع، در واقع قرارداد لازم الاجرائی است که بین پزشک و بیمار منعقد می‌گردد و به طبع باید به آثار آن هم ملتزم بود.

البته امروزه از یک سو پزشک به عنوان معالج و وظیفه قانونی یا شرعی، اقدام به سقط می‌کند و از سوی دیگر، توجهی به پرداخت دیه ندارد و اگر هم طرح شود، افزون بر اینکه نوعی توهین تلقی می‌شود، زمینه امتناع وی از انجام وظیفه را هم فراهم می‌آورد؛ از این رو پرسش این است که آیا می‌توان اصل رضایت و براءت را به فرض قانونی تبدیل کرد و مثلاً در قانون نوشت: «پزشک مسئول دیه نیست و از آنجا که پدر و مادر بر اساس قانون تقاضای سقط دارند، صرف تقاضا را توافق بر اسقاط دیه به شمار آورد؟ به نظر می‌رسد اقتضای عبور از فقه فردی به فقه حکومتی همین است و قانون‌گذار می‌تواند با تأسیس اصل، راهکار فوق را برای مسئول نبودن پزشک در پرداخت دیه در پیش گیرد.

۲. راهکار دیگر، بهره‌گیری از قاعده فقهی «من له الغنم فعلیه الغرم» (ر.ک: مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص ۲۸۴) است. مطابق این قاعده اگر بنا بر جبران خسارت و پرداخت دیه باشد، دیه باید متوجه کسی باشد از سقط جنین منتفع می‌گردد، نه پزشکی که هیچ نفعی ندارد؛ در این صورت بر فرض لزوم پرداخت دیه، پدر و مادر به دلیل منتفع‌بودن از سقط جنین باید آن را به دیگر ورثه پرداخت کنند و این مسئولیت متوجه پزشک نخواهد بود.

۳. بر خلاف مسئله اجتهاد و تقلید که هر فردی ملزم است مطابق فتوای مرجع تقلید خود عمل کند و به اصطلاح تکلیف شرعی خود را با حکم مرجع تطبیق دهد، در مقام تقنین، مخالفت‌نکردن با شرع کافی است. در قانون اساسی نیز به‌رغم آنکه در اصل ۹۴ واژه انطباق به کار رفته در اصول دیگر از جمله اصول ۷۲، ۸۵، ۹۱ و ۹۶ از عبارت عدم مغایرت استفاده شده است و چنان‌که در جای خود به تفصیل بحث شده است، دیدگاه قائل به کفایت عدم مغایرت دیدگاه هماهنگ با قانون اساسی است و در نتیجه در اینجا مسئول‌ندانستن پزشک در قانون بر اساس آرای که از عدم مسئولیت پزشک سخن گفته‌اند، بدون مانع خواهد بود.

۴. بر فرض آنکه عدم مغایرت را کافی ندانیم، از آنجا که قانون اساسی فتوای خاصی را معیار در قانون‌گذاری نمی‌داند، معیار قراردادن فتوایی که کارکرد اجتماعی بیشتری دارد، در اولویت است؛ با این توضیح که در اصل ۹۴، معیار سنجش قوانین «موازین اسلام» دانسته شده است و در اصول دیگر تعبیرهای مشابه آن را می‌توان دید؛ مانند موازین شرع (اصل ۱۱۲)؛ مبانی اسلام (اصل ۱۲۴)؛ مبانی اسلامی (اصل ۲۷)؛ اصول و احکام مذهبی رسمی کشور (اصل ۷۲)؛ احکام اسلام (اصل ۹۱ و ۹۶)؛ قوانین و مقررات اسلامی (اصل ۱۷۲)؛ اسلام (اصل ۲۸) و منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر (اصل ۱۶۷). این دست تعبیرها می‌تواند بیانگر معیار نبودن فتوای خاص در قانون‌گذاری تلقی شود؛ در نتیجه تدوین قانون بر اساس فتاوایی که در سقط جنین طبّی پزشک را فاقد مسئولیت می‌داند، منعی نخواهد داشت.

۵. راهکار بعدی، توجه به نیازها و ضرورت‌های اجتماعی است که گاه قانون‌گذار را به سمت دیدگاه غیر مشهور و حتی شاذ در فقه رهنمون می‌شود یا در مواردی که فتوای

مساعدی یافت نمی‌شود، با استفاده از حکم حکومتی یا بر اساس مصلحت، قانون متناسب با نیازهای جامعه تدوین می‌گردد؛ چنان‌که در ماده ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی بر اساس نظر حکومتی، دیه اقلیت‌های دینی شناخته‌شده در قانون اساسی همسان با دیه مسلمان در نظر گرفته شده است. همین راهکار در مسئله مورد بحث نیز پاسخ‌گو خواهد بود.

نتیجه‌گیری

با توجه به مطالبی که گذشت، مهم‌ترین نتایج این پژوهش را می‌توان این‌گونه برشمرد:

۱. درباره این‌که در موارد مجاز بودن سقط جنین، باید دیه‌ای پرداخت گردد یا خیر، برخی جایز بودن عمل را مانع تعلق دیه دانسته‌اند؛ در حالی که بسیار از فقها، بین جواز شرعی و نبودن ضمان ملازمه‌ای ندیده و به لزوم پرداخت دیه نظر داده‌اند. بر فرض لازم بودن پرداخت دیه، بسیاری از آرای فقهی آن را متوجه مباشر و پزشک دانسته‌اند؛ در حالی که برخی دیگر آن را متوجه خواهان سقط دانسته و برخی دیگر با بهره‌گیری از امکان توافق پزشک و خواهان سقط سعی کرده‌اند پزشک را مبرا کنند و مسئولیت دیه را متوجه دیگران سازند.

۲. قاعده «عدم ملازمه بین جواز و ساقط شدن دیه»، برگرفته از مسائل مطرح در باب ضمان نفوس در فقه است که با چند مانع رو بروست: اولاً، در بسیاری از موارد طرح‌شده در این باب، فرد مأذون مرتکب قصور یا تقصیر شده و یا از باب ذی‌نفع بودن ضامن شناخته شده است؛ در نتیجه از این موارد نمی‌توان به صورت مطلق ملازمه‌نداشتن جواز و سقوط دیه را به دست آورد؛ ثانیاً، ضامن دانستن پزشک در برابر سقط جنین مخالف قاعده احسان است و ثالثاً، خسارت و جبران خسارت و مسئول دانستن فرد و مستند بودن جنایت به فرد، همگی بر قضاوت عرف عام مبتنی‌اند که در اینجا در مواردی که پزشک با اذن پدر و مادر به سقط جنین ناقص اقدام می‌کند، عرف یادشده نه تنها خسارتی نمی‌بیند؛ بلکه آن را به نفع پدر و مادر تلقی می‌کند؛ از این‌رو در میان آرای متفاوت فقهی، رأیی که ضمان را در موارد جواز شرعی و قانونی منتفی می‌داند، رأی قوی‌تر به

نظر می‌رسد.

۳. نظر به اختلاف آرای فقهی قابل توجه در بحث و سکوت قانون در خصوص دیه ناشی از سقط جنین مجاز جز در مواردی که سقط برای نجات جان مادر است، اصلاح قانون را ضروری می‌نماید و با توجه به اینکه به نظر می‌رسد دیدگاه نبودن دیه در موارد سقط مجاز جنین قوی‌تر است، شایسته است قانون‌گذار با لحاظ ضرورت‌های اجتماعی و مشکلاتی که در الزام پزشک به پرداخت دیه پیش می‌آید، دیدگاه نافی دیه را مبنای قانون قرار دهد و بر نبود دیه در همه موارد مجاز سقط تصریح کند.

فهرست منابع

۱. ابن ادريس حلي، محمد بن احمد. (۱۳۸۷ق). موسوعة ابن إدريس الحلي (ج ۱۳). قم: دليل ما.
۲. ابن براج، عبد العزيز بن نحرير. (۱۴۰۶ق). المهذب (ج ۲). قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
۳. اردبيلي، احمد بن محمد. (بی تا). مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان (ج ۱۴). قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
۴. آقابابايي بنی، اسماعيل. (۱۳۹۱). مسائل فقهي و حقوقی قتل از روی ترحم (اتانازی). فصلنامه فقه، ش ۷۴، صص ۲۲۱-۲۲۲.
۵. آل کاشف الغطاء، محمد حسين. (۱۴۲۲ق). تحرير المجلة (ج ۱). قم: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية.
۶. بهجت، محمد تقی. (۱۳۸۶). استفتانات (ج ۴). قم: دفتر حضرت آيت الله العظمی بهجت علیه السلام.
۷. حبيبي، حسين. (۱۳۸۰). مرگ مغزی و پیوند اعضا (چاپ اول). قم: بوستان کتاب.
۸. حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشيعة (ج ۲، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۹. حسینی عاملی، محمدجواد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ج ۲۶). قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
۱۰. روحانی، محمدصادق. (۱۳۸۳). استفتاءات (ج ۶). قم: حدیث دل.
۱۱. زارعی سبزواری، عباسعلی. (۱۴۳۰ق). القواعد الفقهية في فقه الإمامية (ج ۷). قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
۱۲. شهيد ثانی، زين الدين بن علي. (۱۴۱۰ق). الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ج ۱۰). قم: مكتبة الداوری.
۱۳. شهيد ثانی، زين الدين بن علي. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام (ج ۱۵). قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.

۱۴. صادق‌پور، محمدجعفر. (۱۴۰۱). جواز سقط جنین حاصل از زنا در گستره قوانین موضوعه. تهران: سازمان پزشکی قانونی کشور. مجله پزشکی قانونی، ش ۱۰۴، صص ۲۵۴-۲۵۵.
۱۵. صافی، لطف‌الله. (۱۳۸۵). جامع الأحکام (ج ۲). قم: دفتر تنظیم و نشر آثار حضرت آیت‌الله العظمی صافی گلپایگانی رحمته.
۱۶. صافی، لطف‌الله. (۱۴۱۵ق). استفتاءات پزشکی. قم: دار القرآن الکریم.
۱۷. صانعی، یوسف. (۱۳۷۷). استفتاءات پزشکی (چاپ اول). قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۱۸. طباطبایی، علی بن محمدعلی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (ج ۱۶). قم: لإحياء التراث مؤسسة آل البيت عليه السلام.
۱۹. فرحناک، علیرضا. (۱۴۰۱). قاعده الاذن الشرعی لاینافی الضمان. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. فصلنامه فقه، ش ۱۱۰، صص ۴۰-۷۱.
۲۰. فیاض، محمداسحاق. (۱۴۲۶ق). توضیح المسائل. قم: مجلسی.
۲۱. کریمی، عباس و امیرعباس عسکری. (۱۴۰۲). امکان سنجی اخذ اجرت توسط محسن در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران. مشهد: دوفصلنامه مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ش ۴۷، صص ۵-۳۰.
۲۲. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۸۷). الکافی (ج ۴، چاپ اول). قم: دار الحدیث للطباعة والنشر.
۲۳. گلپایگانی، محمدرضا. (بی تا). مجمع المسائل (ج ۳). قم: دار القرآن الکریم.
۲۴. مامقانی، عبدالله. (۱۳۵۰ق). نهاية المقال فی تکملة غاية الآمال (حاشیه علی رساله لا ضرر). قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
۲۵. محسنی، محمد آصف. (۱۳۸۲). الفقه و مسائل طیه (ج ۱). قم: بوستان کتاب.
۲۶. محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۱). قواعد فقه (بخش مدنی). تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۲۷. محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۴). قواعد فقه (بخش مدنی - مالکیت و مسئولیت). تهران: مرکز نشر اسلامی.

۲۸. مدنی کاشانی، حاج آقارضا. (۱۴۰۸ق). کتاب المذیبات (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۹. مصطفوی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۱ق). مائة قاعدة فقهية (چاپ چهارم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۰. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). استفتاءات (ج ۱). قم: مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.
۳۱. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهية (ج ۲، چاپ سوم). قم: مدرسه امام امیر المؤمنین علیه السلام.
۳۲. منتظری، حسین علی. (۱۳۸۴). استفتاءات (ج ۱ و ۲). قم: نشر سایه.
۳۳. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۳۶۹). تحرير الوسيلة (ج ۲، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۴. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۳ق). توضیح المسائل. قم: مهر.
۳۵. نجفی، محمد حسن. (بی تا). جواهر الکلام (ج ۴۳). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۶. هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۳۸۲). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام (ج ۶). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

References

1. Al-Kashif al-Ghita', M. H. (2001). *Tahreer al-Majallah* (Vol. 1). Qom: Al-Majma' al-'Alami li al-Taqreeb bayn al-Mazahib al-Islamiya. [In Arabic]
2. Aqababa'i Bani, E. (2012). Jurisprudential and legal issues of euthanasia. *Journal of Fiqh*, 74, 221-222. [In Persian]
3. Ardebili, A. (n.d.). *Majma' al-Fayda wal-Burhan fi Sharh Irshad al-Azhan* (Vol. 14). Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islami. [In Arabic]
4. Bahjat, M. T. (2007). *Istiftā'āt* (Vol. 4). Qom: Daftar Hazrat Ayatollah al-'Uzma Bahjat. [In Persian]
5. Farahnak, A. (2022). Qā'idah al-Izan al-Shar'i la Yanafī al-Dhamān. Qom: Islamic Sciences and Culture Academy, *Journal of Fiqh*, 110, 40-71. [In Persian]
6. Fayyaz, M. I. (2009). *Tawzih al-Masā'il*. Qom: Majlesi. [In Arabic]
7. Golpaygani, M. R. (n.d.). *Majma' al-Masā'il* (Vol. 3). Qom: Dar al-Quran al-Karim.
8. Habibi, H. (2001). *Brain Death and Organ Transplantation* (1st ed.). Qom: Bustan Kitab. [In Persian]
9. Hashemi Shahrudi, M. (2003). *Encyclopedia of Jurisprudence According to the Ahl al-Bayt School* (Vol. 6). Qom: Mu'assasat Da'irah al-Ma'arif Fiqh Islami bar Mazhab Ahl al-Bayt. [In Persian]
10. Hosseini Ameli, M. J. (1998). *Miftah al-Karama fi Sharh Qawa'id al-'Alama* (Vol. 26). Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islami. [In Arabic]
11. Hur 'Amili, M. (1989). *Wasā'il al-Shi'a* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Mu'assasat Ahl al-Bayt. [In Arabic]
12. Ibn Baraj, A. (1986). *Al-Muhadhab* (Vol. 2). Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islami. [In Arabic]
13. Ibn Idris Hilli, M. (1967). *Musu'at Ibn Idris Hilli* (Vol. 13). Qom: Daleel Ma. [In Arabic]

14. Karimi, A., & Askari, A. A. (2023). Feasibility of Compensation for Benefactors in Shia Jurisprudence and Iranian National Law. Mashhad: *Journal of Islamic Fiqh Studies and Legal Foundations*, 47, 5-30. [In Persian]
15. Koleini, M. (2008). *Al-Kāfi* (Vol. 4, 1st ed.). Qom: Dar al-Hadith li al-Taba'a wa al-Nashr. [In Arabic]
16. Madani Kashani, H. A. R. (1991). *Kitāb al-Diyāt* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
17. Makarem Shirazi, N. (1992). *Al-Qawa'id al-Fiqhīyah* (Vol. 2, 3rd ed.). Qom: Madrasat Imām Amir al-Mu'minīn. [In Arabic]
18. Makarem Shirazi, N. (2006). *Istiftā'āt* (Vol. 1). Qom: Madrasat al-Imām 'Ali bin Abi Tālib. [In Arabic]
19. Mamqani, A. (1964). *Nihayat al-Maqāl fi Takmilat Ghāyah al-Āmāl* (Hashiyah 'Ala Risālah Lā Dharar). Qom: Majma' al-Zakhā'ir al-Islāmīya. [In Arabic]
20. Mohseni, M. A. (2003). *Al-Fiqh wa Masā'il Tibbīyah* (Vol. 1). Qom: Bustan Kitāb. [In Persian]
21. Montazeri, H. A. (2005). *Istiftā'āt* (Vol. 1 & 2). Qom: Nashr Sayyah. [In Persian]
22. Muhaqqiq Damad, M. (2002). *Jurisprudential Rules (Civil Section)*. Tehran: SAMT. [In Persian]
23. Muhaqqiq Damad, M. (2005). *Jurisprudential Rules (Civil Section - Ownership and Responsibility)*. Tehran: Markaz Nashr Islami. [In Persian]
24. Musavi Khoei, S. A. Q. (1993). *Tawzīh al-Masā'il*. Qom: Mehr. [In Arabic]
25. Musavi Khomeini, S. R. (1990). *Tahrīr al-Wasīlah* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Daftar Intishārāt Islami. [In Persian]
26. Mustafa, S. M. K. (2000). *Mi'at Qā'idah Fiqhīyah* (4th ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
27. Najafi, M. H. (n.d.). *Jawaher al-Kalam* (Vol. 43). Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi.
28. Ruhani, M. S. (2004). *Istiftā'āt* (Vol. 6). Qom: Hadith-e Dil. [In Persian]

29. Sadeqpour, M. J. (2022). The Legality of Abortion Resulting from Adultery in the Context of National Laws. Tehran: National Forensic Medicine Organization, *Journal of Forensic Medicine*, 104, 254-255. [In Persian]
30. Safi, L. (1995). *Istiftā'āt Pizheski*. Qom: Dar al-Quran al-Karim. [In Arabic]
31. Safi, L. (2006). *Jam'e al-Ahkam* (Vol. 2). Qom: Daftar Tazmin wa Nashr A'sar Hazrat Ayatollah al-'Uzma Safi Golpaygani. [In Persian]
32. Sāna'i, Y. (1998). *Istiftā'āt Pizheski* (1st ed.). Qom: Islamic Propagation Office of Qom Seminary. [In Persian]
33. Shaheed Thani, Z. (1990). *Al-Rawdat al-Bahiyya fi Sharh al-Lumma al-Dimashqiyya* (Vol. 10). Qom: Maktabat al-Dawari. [In Arabic]
34. Shaheed Thani, Z. (1993). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'i' al-Islam* (Vol. 15). Qom: Mu'assasat al-Ma'arif al-Islamiya. [In Arabic]
35. Tabataba'i, A. (2000). *Riyadh al-Masā'il* (Vol. 16). Qom: Ihya al-Turāth Mu'assasat Ahl al-Bayt. [In Arabic]
36. Zar'i Sabzevari, A. A. (2009). *Al-Qawa'id al-Fiqhiyya fi Fiqh al-Imamiya* (Vol. 7). Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islami. [In Arabic]