

نقش امکان جبران در حرج با رویکردی بر نقد ماده ۵۶ قانون جمعیت

رضا پورصدقی

پژوهشگر دفتر مطالعات فقهی پزشکی قانونی

rezapoorsedghi@gmail.com

معصومه نفیسی راد

دانش پژوه جامعه الزهرا (س)

چکیده

قانون در ماده ۵۶ قانون جمعیت در فرض جبران حرج، سقط را ممنوع اعلام کرده است. نسبت به شرط امکان جبران حرج در فقه، تحقیق در خوری دیده نمی شود و تطبیق قانون با شرع در این زمینه نیازمند پژوهش است. ابتلای بخشی از جامعه و همچنین اهمیت موضوع سقط، ضرورت تحقیق ویژه‌ای به موضوعات مربوط به سقط درمانی بخشیده است. پژوهش حاضر با نگاه تحلیلی - انتقادی نشان می دهد به دلیل تأثیر امکان جبران در نحوه قضاوت عرف نسبت به موارد حرج، به طور کلی نمی توان چنین شرطی را نادید گرفت، ولی عمومیت آن نسبت به همه موارد حرج محل تأمل است؛ چرا که با توجه به تناسب حکم و موضوع در این مسئله و همچنین عدم صدق عنوان حرج، ادله حرج در موارد قابل توجهی قابل تطبیق نیست؛ از آن جمله مواردی است که مادر به دلیل نبود امکانات پزشکی و نگهداری مشمول حرج جسمی است و با اقدامات جبرانی رفع حرج ممکن است. ولی در فرض حرج روحی - روانی اقدامات جبرانی نوعاً موجب رفع حرج نیست و در این موارد عنوان حرج همچنان صادق است. بنابراین اطلاق ماده ۵۶ در شرط امکان جبران محل تأمل است.

کلیدواژه: حرج، امکان جبران، مندوحه، سقط جنین، جنین ناقص الخلقه، ماده ۵۶ قانون جمعیت.

مقدمه

قاعده نفی عسر و حرج از جمله قواعد فقهی است که در تمام ابواب فقه و موضوعات فردی و اجتماعی مورد استناد است. از نظر برخی فقها، عسر و حرج آن است که مستلزم مشقت شدیدی باشد، که مردم عادتاً آن را تحمل نمی‌کنند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۱۶۰؛ رضایی، ۱۳۹۸، ص ۱۷۱) و به معنای سقوط تکلیف شاق غیر قابل تحمل بر حسب عادت است (رضایی، ۱۳۹۸، ص ۱۷۱).

به استناد آیات قرآن و روایات، سقط جنین حرام است. ولی قانون با عنایت به استفتائات و نظرات اخذ شده از مقام معظم رهبری^۱ و سایر مراجع معظم، سقط را در فرض حرج مادر با لحاظ شرایطی مجاز دانسته است. مطابق ماده ۵۶ قانون جمعیت و ماده واحده سقط درمانی در فرض حرج، بواسطه ناقص الخلقه بودن جنین و نگهداری از چنین فرزندی پس از تولد برای مادر و جامعه، اسقاط جنین مجاز است. مطابق ماده ۵۶ قانون جمعیت، از موارد جواز سقط جنین پس از اخذ اظهارات ولی، وجود حرج (مشقت شدید غیر قابل تحمل) برای مادر و فقدان امکان جبران و جایگزینی برای حرج مادر است.

حرج حاصل از نگهداری از فرزند ناقص، بر خانواده بویژه مادر، جامعه و خود فرزند وارد می‌شود. داشتن فرزند ناقص، اگر چه در اغلب موارد، جان مادر را در معرض خطر فوری قرار نمی‌دهد، اما می‌تواند سبب کوتاهی عمر یا آسیب روانی و جسمی بر مادر گردد. از سوی دیگر، هزینه‌های سنگین مراقبت و نگهداری از فرزند ناقص، از بُعد درمانی و اجتماعی نیز موجب حرج خانواده می‌گردد. در برخی از ناهنجاری‌های جنینی، جنین از نظر فیزیکی دارای نقص می‌باشد، اما از نظر ذهنی سالم است و پس از به دنیا آمدن، توان زندگی دارد، مانند: کری، کوری، فقدان دست یا پا و غیره. در برخی دیگر از ناهنجاری‌های جنینی، جنین پس از به دنیا آمدن دارای یک نقص درمان ناپذیر ذهنی و فیزیکی است، مانند: سندروم داوون. این نوزادان در صورت توجهات لازم می‌توانند به زندگی خود ادامه دهند. اما برخی دیگر از ناهنجاری‌های جنینی به گونه‌ای هستند که نوزاد پس از به دنیا آمدن در طی چند ماه یا چند سال، به علت نقایص خاص ژنتیکی و ناهنجاری‌های شدید از دنیا خواهد رفت (آسمانی و همکاران، ۱۳۸۹، ص ۶۰). جواز سقط در ماده واحده سقط درمانی مطلق بود، ولی در ماده ۵۶ قانون جمعیت مقید به قید امکان جبران شده است. پرسشی که وجود دارد این است که آیا امکان جبران شرعاً مانع از جریان قاعده نفی حرج در موارد حرج مادر و خانواده است؟

در نگهداری از فرزند ناقص و عدم اسقاط آن، دو دیدگاه می‌توان مطرح نمود: ۱. تولد فرزند ناقص ابتلاء و امتحانی الهی است و در صورت امکان باید سختی و مشقت آن را به جان خرید، مگر اینکه به حرج و مشقت بسیار شدید که در نزد نوع مردم تحمل نمی‌گردد، منتهی گردد. ۲. تولد فرزند ناقص و معلول، حرجی غیر قابل جبران برای خانواده و جامعه است و باید با سقط جنین زمینه باروری دوباره برای تولد فرزند سالم را ایجاد کرد؛ چرا که تولد فرزند ناقص، حرجی بر خانواده و جامعه است و افزایش نسل و رفع بحران جمعیت با استفاده از فرزندان معلول، آسیب بیشتری دارد. بر مبنای دیدگاه دوم، امکان جبران بی معناست. اما بر اساس دیدگاه نخست، این ادعا قابل طرح است که، امکان جبران بتواند رافع حرج باشد؛

۱. آیت الله خامنه‌ای در پاسخ به استفتائی در مورد سقط جنین‌هایی که مبتلا به بیماریهای شدید باشند، به طوری که از بدو تولد تا پایان عمر دانا در وضع مشقت باری به سر برند، بنابر قاعده عسر و حرج بیان میدارد: «اگر تشخیص بیماری در جنین قطعی است و داشتن و نگهداری جنین فرزندی موجب حرج باشد، در این صورت جایز است، قبل از دمیده شدن روح، جنین را سقط کنند» (خامنه‌ای، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۶۶).

به این معنا که بخشی از حرج و مشقت غیر قابل تحمل توسط خانواده و بویژه مادر، به صورت های مختلف از جمله، سازمان های حمایتی، تدارک و جبران گردد. قانون جمعیت این دیدگاه را دنبال کرده و به صورت کلی عدم امکان جبران را از شرایط سقط جنین ناقص قرار داده است. مشروع بودن چنین قیدی و همچنین حدود و ثغور آن از ابهامات در مسئله است که در پژوهش پیش رو بدان می پردازیم.

لازم به ذکر است که، در مورد سقط درمانی (سجادی امین، ۱۳۹۶، ص ۳۶؛ رشیدپورانی و شریفی، ۱۳۹۹، ص ۶۸۹) و قاعده نفی حرج (اکرمی و همکاران، ۱۴۰۰، ص ۵۰۸؛ ستوده و مقیمی حاجی، ۱۳۹۹، ص ۹۹)، تحقیقات زیادی صورت گرفته، اما در مورد نقش امکان جبران در رفع حرج، هیچ پژوهشی یافت نشد.

با توجه به اینکه سیره اسلام و قانون، اصل سهولت و رفع حرج، در جهت تامین منافع دنیوی و اخروی انسان ها است؛ لذا، بررسی مسئله پیش رو از جنبه های مختلف دارای ضرورت است. اولاً: بررسی بخشی از حدود و ثغور سقط درمانی است که به دلیل اهمیت حرمت سقط این موضوع اهمیت پیدا می کند. ثانیاً: این مسئله بحث از حقوق مادر بوده و رعایت حق مادر مسئله مهمی است، بنابراین از این جنبه نیز مسئله دارای اهمیت است. ثالثاً: مسئله از باب مبتلایه بودن و کثرت مراجعات به پزشکی قانونی نیز از اهمیت ویژه ای برخوردار است.

تحقیق پیش رو، با استفاده از روش تحلیلی- انتقادی، پس از تبیین مفهوم جبران و مفهوم امکان جبران و قاعده نفی حرج، به تاثیر آن در رفع حرج نگهداری از فرزند ناقص از نظر قانونی و فقهی می پردازد.

۱. حرج

نکات مختلفی در مفهوم شناسی حرج قابل طرح است که به موارد مورد نیاز در مسئله می پردازیم.

۱/۱. مفهوم حرج در لغت

با مراجعه به کتب لغت، «حرج» در سه معنای «تنگی و دشواری» (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۱۰۱۴؛ فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۷۶؛ معلوف، ۱۳۸۰، ص ۱۲۵)، «معصیت و گناه» (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۳۶۱؛ مروج، ۱۳۷۹، ص ۱۸۵) و «حرام» (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۳۶۱) استعمال شده است و یکی از حالات نفس است (مکارم شیرازی، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۲۰۹). خداوند متعال فرموده: «وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ» (نور/۶۱) که منظور از حرج در این جا گناه است نه مشقت. برخی گفته اند: «حرج» در اصل به معنای اجتماع و انبوه شی است؛ به گونه ای که موجب حصول تصور ضیق و تنگی میان آن اشیا شود (خسروی حسینی و راغب اصفهانی، ۱۳۷۴، ذیل واژه حرج، ج ۱، ص ۴۶۷؛ حسینی خواه، ۱۳۸۵، ص ۲۵). به عبارت دیگر، حرج آن مشقتی است که انسان به صورت عادی نمی تواند آن را تحمل کند. در عرف نیز حرج به معنای تنگ ترین تنگی است (مروج، ۱۳۷۹، ص ۱۸۵).

۱/۲. مفهوم حرج در اصطلاح

در فقه، حرج، مشقت و زحمتی است که در اجرای دستور شرع مکلف با آن روبرو می شود. با وجود حرج، حکم خداوند ممکن است تغییر پیدا نماید (مروج، ۱۳۷۹، ص ۱۸۵). منظور از تکلیف حرجی، یعنی هر آنچه که در آن عسر و مشقت و

سختی برای مکلف دارد(عاملی، ۱۴۱۳، ص ۶۷). در اصطلاح شرعی، آنچه از قول فقها می‌توان نتیجه گرفت، حرج عبارت است از: «هر چیزی که موجب عسر و حرج زیاد در جسم و جان یا مال شود، حالا یا مالا»(حماد، ۱۴۲۹، ص ۱۷۴). در واقع حرج به این معنا است که شارع مقدس تو را بر آنچه از انجام آن ناتوانی تکلیف نمی‌کند(غدیری، ۱۴۱۸، ص ۱۲۸).

جواهرالکلام حرج را مشقتی معنا کرده که عادتاً تحمل نمی‌شود، اگرچه کمتر از طاقت باشد(نجفی، ۱۴۰۴، ج ۵، ص ۹۸). این تعریفی است که مشهور از آن پیروی کرده و معنای رایج حرج در بین فقهاست. کلیدواژه تعریف فقها از حرج «عدم تحمل عادتاً» است و غالب فقها حرج را با همین عبارت تعریف کرده‌اند (برای نمونه رک: انصاری، ۱۴۲۵، ص ۷۷؛ حکیم، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۳۲۵؛ همدانی، ۱۴۱۶، ج ۶، ص ۱۴۵؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۱۸۶؛ سیستانی، ۱۴۱۴، ص ۳۳۵).

۱/۳. حرج جسمی و معنوی

در بحث حرج، دو نوع حرج را می‌توان در نظر گرفت:

الف) حرج جسمی؛

حرج جسمی، به معنای ایجاد مشقت و حرج در ناحیه جسم و بدن فرد به گونه‌ای که عادتاً آن سختی برای جسم، قابل تحمل نباشد. در رابطه با تولد فرزندان ناقص الخلقه و معلول که ممکن است برای مادر عسر و حرج داشته باشد، گروهی که قاعده لاجرح را به عنوان دلیل حکم ثانوی می‌پذیرند، قبل از ولوج روح، فتوی به جواز اسقاط جنین داده‌اند(خویی، ۱۴۳۲، ج ۱، ص ۲۳۴؛ خامنه‌ای، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۳۶؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۲۹۴؛ فیاض، بی‌تا، ج ۳، ص ۴۴۰). قانون نیز با این گروه هم عقیده است. در حرج جسمی، امکان جبران و رفع حرج با استفاده از امکانات و امور حمایتی قابل تحقق است؛ زیرا در این نوع حرج در بحث های مالی، پزشکی و جسمی با فراهم نمودن زیرساخت ها و تدابیر لازم می‌توان حرج و مشقت موجود را جبران و رفع نمود.

ب) حرج روانی؛

اما در بحث حرج، فرض دیگری که وجود دارد این است که، ضرر یا حرجی که برای مادر یا فرزند متصور می‌شود، جسمی و مادی نیست؛ بلکه حرج روانی است. حرج روانی، آن دسته از سختی ها و مشقت هایی است که مربوط به جسم و بدن شخص نباشد و شامل، حرج مالی، حرج روانی، حرج حیثیتی و حرج اجتماعی است(شاهین فرد و همکاران، ۱۳۹۵، ص ۲۴۷). به این صورت که فرزند نامشروع باشد و یا اینکه نگهداری از فرزند ناقص الخلقه، حرج روانی برای مادر، خانواده، جامعه و حتی خود فرزند در آینده ایجاد می‌کند. در حرج معنوی ممکن است خانواده از نظر اقتصادی و مادی، توان نگهداری از چنین فرزندی را داشته باشد، اما بر مادر فشارهای روحی و روانی زیادی وارد می‌شود به طوری که در برخی موارد، مادر دست به خود کشی می‌زند.

در سخنان فقها، عبارت هایی وجود دارد که به طور صریح بر حرج روانی دلالت دارد. در کلمات فقها، اطلاق لفظ حرج، اعم از حرج جاری بر جوارح(حرج جسمی) و حرج جاری بر جوانح(حرج روانی) است(قمی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۴۶۹؛

خوانساری، ۱۳۷۳، ص ۲۲۴؛ تبریزی، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۱۲۸؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۱۰۵-۱۰۴). در آیات قرآن نیز حرج جاری بر جوانح بیان شده است. خداوند متعال می‌فرماید: «لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ» (احزاب/۳۷)، همچنین «فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيماً» (نساء/ ۶۵)، «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَالْحَرْبُ لَعَلَّ تَتَّقُونَ» (اعراف/۲) و آیات دیگری در این زمینه که به حرج روحی و روانی اشاره دارد.

اما اگر معیار حرج معنوی نیز، سختی و مشقتی باشد که عادتاً قابل تحمل نباشد، مثل حرج مادی می‌شود. در واقع می‌توان گفت که حرج به دو صورت، جسمی و معنوی (غیر جسمی) است. همانگونه که مکلف در حرج جسمی به قاعده لاجرح تمسک کرده و حرج و مشقت را از خود رفع می‌نماید، در حرج غیر جسمانی و تالمات روحی، روانی، اقتصادی و اجتماعی نیز با استناد به این قاعده و شمول پذیری آن نسبت به این نوع حرج، می‌توان رفع حرج نمود (شاهین فرد و همکاران، ۱۳۹۵، ص ۲۴۰).

۲. مفهوم جبران (مندوحه)

اساساً از مفهوم جبران در این پژوهش، همان معنای لغوی و عرفی مراد است، نه معنای اصطلاحی که در حقوق به معنای تدارک و ضمان از آن استفاده می‌گردد. منظور از جبران یعنی تدارک وسیله و امکان، به گونه‌ای که حرج مادر را بر طرف سازد.

اصطلاحی که در فقه برای راه‌گریز از حرج به کار برده می‌شود، مندوحه است (برای نمونه: سبحانی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۲۳۲). واژه مندوحه از «ندح»، به معنای «وسعت» و «سعه» است (مددی، مصطفوی و موسوی جزایری، www.eshia.ir/feqh). مندوحه، به معنای وسعت و راه‌گریز است. در قاموس بیان نموده: مندوحه به معنای قدرت بر فرار است. مندوحه در کار و امر به معنای، وجود راه‌گریز در انجام امر است (غدیری، ۱۴۱۸، ص ۵۶۰؛ مرعی، ۱۴۱۳، ص ۲۰۵؛ سرور، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۲۴۲؛ عاملی، ۱۴۱۳، ص ۲۰۸؛ سید اشرفی، ۱۳۸۵، ج ۳، ص ۷۹۴). منظور از مندوحه به این معناست که آن عملی که مورد ابتلاء قرار گرفته است، دارای بدلی است که شخص را از تنگنا خارج می‌سازد (مصطفوی، www.eshia.ir/feqh). مانند اینکه فرد می‌تواند در غیر مکان غصبی هم نماز بخواند، و امر امتثال می‌شود بدون اینکه مخالفتی با نهی شده باشد. اما گاهی فقط یک مکان برای نماز هست که غصبی است در این موارد مندوحه وجود ندارد (اعرافی، مددی، www.eshia.ir/feqh).

منظور از جبران و به تعبیر فقهی مندوحه در این بحث، راه‌گریز از حرج است که حرج و مشقت مادر را منتفی می‌سازد. البته واضح است راه‌گریزی غیر از سقط منظور است. برای مثال مشکلات ناشی از درمان، عدم دسترسی به مراکز درمانی دارو، عدم وجود امکانات خاص نگهداری و غیره می‌تواند منشأ حرج برای مادر و خانواده باشد که مراکز درمانی مانند سازمان بهزیستی یا مراکز خیریه یا افراد خیر می‌توانند برای هر یک از این مشکلات چاره‌اندیشی نمایند و حرج ناشی از این مشکلات را برطرف سازند.

۳. امکان جبران حرج در قوانین موضوعه

قانون جمعیت مصوب سال ۱۴۰۰، در ماده ۵۶، به نوعی اسقاط جنین ناقص الخلقه را محدودتر می‌سازد. هدف اصلی طرح قانون جمعیت و حمایت از خانواده، در چارچوب رهنمودهای مقام معظم رهبری، ارتقاء کمی و کیفی جمعیت کشور بوده است. در این ماده قانونی از موارد دارای مجوز سقط، ناهنجاری جنین قرار داده شده است که برای آن شرایطی به قرار ذیل مقرر گردیده است:

۱. رضایت مادر؛
۲. وجود حرج (مشقت شدید غیرقابل تحمل) برای مادر؛
۳. وجود قطعی ناهنجاری های جنینی غیرقابل درمان، در مواردی که حرج مربوط به بیماری یا نقص در جنین است؛
۴. فقدان امکان جبران و جایگزینی برای حرج مادر؛
۵. فقدان نشانه ها و امارات ولوج روح؛
۶. کمتر از چهار ماه بودن سن جنین.

در این قانون مطلق حرج مجوزی برای سقط ایجاد نمی‌کند و شرط امکان جبران برای حرج که در نظر گرفته شده، وجود نداشته باشد. امکان جبران و جایگزین برای حرج به صورت مطلق در این ماده مطرح شده و مشروع بودن چنین قیدی و حدود و ثغور آن مورد ابهام است.

۴. ادله تأثیر امکان جبران در جریان قاعده

طبق این دیدگاه، امکان جبران در جریان قاعده نفی حرج، در فرض مندوحه و راه گریز، جاری نیست و حکم الزامی که در ظاهر حرج آور است، باید عمل گردد. از جمله ادله‌ای که برای اثبات و تمسک به قاعده لا حرج استفاده می‌گردد؛ قرآن، روایت، عقل و اجماع است، که در ادامه به بررسی این ادله در تأثیر امکان جبران در رفع حرج می‌پردازیم.

۴/۱. آیات خشیه املاق

۱. اطلاق آیه ۳۱ سوره اسرا که می‌فرماید: «وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا»؛ و فرزندان خود را به خاطر ترس از فقر نکشید، ما، شما و آن‌ها را روزی می‌دهیم. به یقین کشتن آنان گناه بزرگی است.

در این آیه خداوند از مردم می‌خواهد که به علت مسائل اقتصادی و از ترس فقر و نداری فرزندان خود را نکشند و بیان می‌کند که وضع اقتصادی اعراب جاهلی آنقدر سخت و ناراحت کننده بوده که حتی گاهی فرزندان دل‌بند خود را - اعم از پسر و دختر - از ترس عدم توانایی اقتصادی به قتل می‌رساندند.

البته همین جنایت در شکل دیگری در عصر ما و حتی به اصطلاح در مرفی‌ترین جوامع انجام می‌گیرد، و آن اقدام به سقط جنین در مقیاس بسیار وسیع به خاطر جلوگیری از افزایش جمعیت و کمبودهای اقتصادی است (مکارم شیرازی، ۱۳۵۳، ج ۱۲، ص ۱۰۲).

۲. اطلاق آیه ۱۵۱ سوره انعام که می‌فرماید: «قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئاً وَ بِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً وَ لَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَ إِيَّاهُمْ...»؛ بگو: «بیانید آنچه را پروردگارتان بر شما حرام کرده است برایتان بخوانم: این که چیزی را شریک خدا قرار ندهید! و به پدر و مادر نیکی کنید! و فرزندان‌تان را از (ترس) فقر، نکشید! ما شما و آنها را روزی می‌دهیم...»

در این آیه به بیان اصول محرّمات در اسلام اشاره کرده و مهمترین گناهان کبیره را بیان می‌کند. همچنین از مردم دعوت می‌نماید که حرام‌های واقعی الهی را بشنوند و تحریم‌های دروغین را کنار بگذارند. در ضمن، این آیه بیان می‌دارد که به خاطر فقر و تنگدستی، فرزندان خود را نکشند و روزی آنان و فرزندان‌شان به دست خداست (مکارم شیرازی، ۱۳۵۳، ج ۶، ص ۳۴).

نحوه استدلال به این دو آیه برای عدم جواز سقط در فرض امکان جبران بدین صورت است که شارع مقدس در فرض تنگ‌دستی اجازه سقط نداده و این تنگ‌دستی اعم از حرج و غیر از حرج است. بنابراین شخص حتی در فرض حرج ناشی از تنگ‌دستی نیز نمی‌تواند اقدام به سقط کند. در نتیجه به طریق اولویت در فرض امکان جبران از مسائل اقتصادی سقط جایز نخواهد بود. و از آنجا که مشکلات اقتصادی از باب نمونه است و دارای خصوصیت خاصی نیست، در نتیجه سایر معضلات عطف به مشکلات اقتصادی می‌گردد. در نتیجه در فرض امکان جبران قاعده لاجرح منتفی خواهد بود.

۴/۲. عدم صدق حرج در فرض امکان جبران

برخی از فقها، امکان جبران را رافع عنوان حرج می‌دانند و قائلند که در فرض امکان جبران، حرج صدق نمی‌کند؛ چرا که با وجود راه‌گریز، تنگنا و حرج معنا نداشته و صدق نمی‌کند. مرحوم شبر می‌نویسد: «معلوم انتفاء الحرج و الضرر مع وجود المندوحة» (حسینی شبر، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۱۶۹). در کلام برخی دیگر از فقها چنین دیدگاهی دیده می‌شود (خوئی، ۱۴۱۸، ج ۲۲، ص ۵۸؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱۰، ص ۱۷۲). اساساً تشخیص صدق و عدم صدق حرج در فرض مندوحة مسئله‌ای عرفی است و عرفاً با وجود راه فرار، صدق وجود تنگنا برای شخص منتفی است.

۴/۳. تناسب حکم و موضوع

اسلام، دین رشد، کمال، رحمت و یسر است و دین جمود و تناقل، ضیق و عسر و مشقت و سختی نیست. از همین رو، خداوند متعال احکام و تکالیف حرجی و مشقت‌آور را رفع نموده است (سیفی، ۱۴۲۵، ج ۴، ص ۷۳). بنابراین، قاعده لاجرح از قواعد امتنانه است که موجب توسعه و آسانی برای مکلفین و عدم الزام آنها به تکالیفی است که موجب ضیق و مشقت است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۲۶۸).

با توجه به اینکه غرض شارع از این قاعده نفی مشقت ناشی از الزام حکم است؛ بنابراین در فرض وجود مندوحه برای شخص اساساً حکمت نفی حکم الزامی که به سختی افتادن بیش از مورد مکلف است، وجود ندارد و عرف چنین قاعده ای را شامل فرضی که شخص امکان جستن راهی برای رفع مشقت از خود را دارد و در عین حال می‌توان حکم شرعی را امتثال کند، نمی‌داند. بنابراین، با توجه به حکمت نفی حرج و موضوع مسئله می‌توان ادعا کرد که نفی حرمت در فرض مندوحه از سقط چنین قطعاً از شمول قاعده نفی حرج خارج است.

۴/۴. انصراف ادله

علمای اصول «انصراف» را مانع انعقاد اطلاق دانسته و گفته‌اند: مشهور است که انصراف ذهن از لفظ به برخی از مصادیق یا بعضی از اقسام آن مانع از انعقاد اطلاق است، حتی اگر مقدمات حکمت کامل باشد. همانند انصراف کلمه مسح در دو آیه تیمم و وضو که در اثر کثرت استعمال منصرف است به مسح با کف دست. شهید صدر در تعریف انصراف بیان می‌دارد: «توجه و انس ذهن به حصه معینی از حصص معنایی وضع شده برای لفظ» (صدر، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۴۳۱). البته انصراف بر دو قسم است ۱. انصراف بدوی؛ ۲. انصراف ناشی از کثرت استعمال. انصراف بدوی مانع انعقاد اطلاق نیست به خلاف انصراف در اثر کثرت استعمال که مانع انعقاد اطلاق است (ولایی، ۱۳۸۷، ص ۱۲۶؛ ملکی اصفهانی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۱۸۸؛ حسینی، ۲۰۰۷، ص ۸۹).

اطلاق ادله قاعده لاجرح که ظاهر آن شامل هر گونه حرجی است از مواردی که راه‌گزینی از حرج وجود دارد انصراف دارد؛ زیرا عرف مواردی را مشمول این قاعده می‌داند که شخص در مضیقه و مشقت قرار گرفته و مواردی که شخص امکان فرار و خلاصی از مشقت را دارد از دید عرف در مشقت و گرفتاری نیست تا مشمول این ادله قرار گیرد. به بیان دیگر، اگر مواردی از حرج که امکان جبران و راه‌گزین وجود دارد به عرف ارائه شود عرف یا به صورت قطع شمول ادله حرج را انکار کرده یا در آن تردید می‌کند و احتمال انصراف در آن می‌دهد. بزرگان بسیاری احتمال انصراف را نیز مانع اطلاق می‌دانند. مرحوم حائری می‌نویسد: احتمال قابل توجه انصراف مانع از اخذ اطلاق است به دلیل عدم انعقاد ظهور و عدم احراز مقام بیان متکلم (به عنوان نمونه: حائری، ۱۴۲۴، ج ۱، ص ۶۶۹).

۵. نقد ادله تأثیر

شایسته است هر یک از ادله بیان شده در اثبات تأثیر امکان جبران در جریان قاعده، به صورت جداگانه مورد نقد و ارزیابی قرار گیرد.

۵/۱. نقد استدلال به آیات خشیه املاق

استدلال بر آیات خشیه املاق از جهاتی مردود است؛ زیرا

اولاً، این آیات ناظر به متعارف سقط در زمان‌های گذشته است. مواردی که والدین به سبب مشکلاتی در صدد از بین بردن جنین سالم بوده‌اند و تردیدی نیست چنین امری به حکم شرع و همچنین در نزد عقلا مردود است. و این در حالی است که موضوع گفتگو در مواردی که ناهنجاری جنین به صورت قطعی پیش بینی شده است.

ثانیاً، این دلیل بر فرض پذیرش فقط نسبت به تنگنای اقتصادی قابل استناد است و اصطلاحاً اخص از مدعاست و توسعه آن نسبت به سایر مشکلات مانند ناهنجاری جنین و معضل نگهداری آن بی وجه است. الغای خصوصیت از تنگنای اقتصادی نیز به دلیل وجود احتمال خصوصیت که در خود آیه به آن اشاره شده مبنی بر اینکه رزق در دست خداست با تکلف همراه است.

از سوی دیگر، قتلی که در آیات مذکور (آیات خشیه املاق) ذکر شده آیا بر سقط جنین دلالت دارد؟ برخی قائلند که در مورد حرمت سقط جنین نمی‌توان از این آیات استفاده کرد؛ زیرا موضوع این آیات «حرمت قتل اولاد» است؛ نه سقط جنین و «قتل اولاد» هم غیر از سقط جنین است؛ زیرا اولاد که جمع «ولد» است از ماده ولادت می‌باشد. بنابراین به فرزند انسان مادامی که در رحم است، حقیقتاً ولد گفته نمی‌شود؛ زیرا هنوز ولادت و زایمان صورت نگرفته است؛ بنابراین بعد از ولادت و زایمان به آن ولد گفته می‌شود و سلب حیات او قتل است ولی سلب حیات از جنین تا زمانی که در رحم است، سقط، اسقاط و اجهاض است، نه قتل (آهوران، ۱۳۸۶، ش ۲۵، پرتال جامع علوم انسانی؛ جلیلی، ۱۳۹۳، pajoohesh.howzettehran.com).

۵/۲. نقد صدق حرج

با توجه به اقسام حرج، حرج روانی با امکان جبران بر طرف نمی‌گردد و اساساً راه‌های متعارف جبران حرج، امکان برطرف کردن حرج روحی - روانی را ندارند. بنابراین، منتفی بودن صدق حرج در موارد وجود راه‌گزیز به صورت کلی، محل تأمل است؛ چرا که امکان جبران حرج، معمولاً نسبت به حرج مادی و جسمی امکان‌پذیر است ولی نسبت به حرج معنوی که بیشتر مربوط به مسائل روحی و روانی است، چندان موثر نیست. بنابراین باید موارد از نظر عرف مورد بررسی قرار گیرد و نمی‌توان به صورت کلی نسبت به صدق و عدم صدق حرج در موارد جبران متعارف که در اذهان متبلور است، اظهار نظر کرد. بله در مواردی که امکان جبران حرج منجر به عدم صدق حرج می‌گردد، امکان تمسک به این قاعده سلب می‌گردد. بنابراین عدم صدق، موردی است.

۵/۳. نقد تناسب حکم و موضوع

همانگونه که قبلاً اشاره شد، در بسیاری از موارد امکان جبران از معضل و تنگنا در فرض ناهنجاری جنین سبب رفع حرج روحی و روانی مادر نمی‌گردد. بنابراین اساساً طرح تناسب حکم و موضوع در این موارد بی‌وجه خواهد بود؛ چرا که عدم جریان قاعده لاجرح در فرضی که شخص عملاً در حالت حرج فعلی است، بی‌معناست. در مواردی که با وجود مندوحه، عنوان حرج منتفی است، استناد به این دلیل مردود است؛ زیرا موضوع تخصصاً از ذیل قاعده لاجرح خارج است و موضوعی برای تناسب باقی نمی‌ماند. بنابراین تمسک به چنین دلیلی به صورت کلی مخدوش است.

۵/۴. نقد دلیل انصراف ادله

به نظر می‌رسد ادعای انصراف ادله در این مسئله محل خدشه است؛ زیرا صدق عنوان حرج در این مسئله از دو حال خارج نیست؛ یا امکان جبران موجب رفع عنوان حرج می‌گردد که در این صورت موضوعی برای جریان ادله لاحرج وجود ندارد تا نوبت به انصراف ادله برسد و یا امکان جبران حرج موجب رفع عنوان حرج نیست و مادر همچنان احساس حرج در خود دارد که در این صورت قاعده لاحرج شامل او می‌گردد و ادعای انصراف بی دلیل است.

۶. ادله عدم تأثیر امکان جبران در جریان قاعده

برخی قائلند که امکان جبران رافع حرج نیست. به این صورت که، رافعی حکم حرج وابسته به تحقق موضوع است و امکان جبران که امری خارج از موضوع است، نمی‌تواند موضوع حرجی را نفی کند (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۸۲). در نتیجه، بنابر اطلاق قاعده موارد حرج دارای مندوحه را نیز شامل می‌گردد. لذا، در مواردی که نگهداری از فرزند ناقص موجب حرج برای مادر و جامعه می‌گردد، با فراهم نمودن زمینه جبران، نمی‌توان عنوان حرج را رفع نمود و همچنان قاعده نفی حرج باقی است پس تا قبل از ولوج روح نیز مادر حق سقط جنین را دارد. در این قسمت ادله این نظریه را دنبال می‌کنیم.

۶/۱. اطلاق ادله حرج

ادله نفی حرج، قیدی مبنی بر عدم وجود راه گریز از حرج و امکان جبران را بیان نکرده اند. طبق این ادله به مجرد تحقق حرج، حکم رفع می‌گردد. در اثبات قاعده لاحرج، به آیات، روایات، عقل و اجماع تمسک می‌شود. در اثبات قاعده لاحرج به ادله اربعه تمسک بسته اند اما با وجود آیات و روایات صریحه در این زمینه، مجالی برای پرداختن به ادله عقلیه و اجماع نیست، چرا که از نظر عقل، مانعی از تشریح احکام حرجی و الزام به امور سخت و شدید نیست و شاهد برای آن وجود تکالیف حرجیه در شریعت و عرفیات است. در مورد اجماع نیز، ادعای اجماع در همه موارد و نواحی این قاعده دشوار بوده و تنها می‌توان در برخی مواضع آن ادعای اجماع نمود (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۱۶۲). برخی از ادله این قاعده عبارتند از:

الف) آیات

از جمله آیات مورد استناد در اثبات قاعده لاحرج، عبارتند از:

۱. «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ» (مانده/۶)؛ با توجه به سیاق این آیه و آیات قبل، نفی حرج مندرج در آیه، ناظر به احکامی است که در این آیه و آیات مقدم بر آن در ابتدای سوره مانده آمده است و به علاوه، به علت عمومیت و اطلاقی که دارد همه احکام شرع را در بر می‌گیرد و شامل کلیه مقررات اسلامی می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۸۳).
۲. «وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...» (حج، ۷۸)؛ این آیه، از مهمترین آیاتی است که به عنوان دلیل قاعده عسر و حرج مورد استناد قرار می‌گیرد. منظور از آیه این است که هرگاه در اثر عمل به احکام و الزامات شرعی، مکلف در عسر و حرج واقع شود، این احکام و الزامات از عهده او برداشته می‌شود. این آیه در اثبات قاعده نفی حرج، اطلاق و عمومیت دارد (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۸۲).

۳. «... يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...» (بقره/۱۸۵)؛ این آیه نیز اراده شارع را در تسهیل و گشایش امور مردم بیان می‌کند؛ زیرا وجوب و تعیین روزه را که از احکام مسلم اولیه است در روزهای بیماری و سفر از بیمار و مسافر نفی کرده و رخصت داده است که پس از پایان این دوران، به این تکلیف عمل شود. به علاوه، چون در این آیه، نفی عسر به صورت علت کلی یک حکم جزئی بیان شده و عام است و از لحاظ ثبوتی، همه احکام را شامل می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۸۳).

۴. «لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا...» (بقره/۲۸۵)؛ این آیه شریف نیز با توجه به بیان واژه «اصر» که به معنای فشار، سنگینی، گناه و حبس همراه فشار است و مراد از آن، احکام ضیق‌آور و مشقت‌بار است و اطلاق و عمومیت نسبت به همه احکام مشقت‌آور را داراست.

در مجموع، این آیات شریفه دلالت واضحه بر این امر دارند که خداوند سبحان در دین مقدس اسلام حکم حرجی تشریح نکرده است (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۲۵۰) و از ناحیه هر حکمی که حرج و استیصال و مشقت لازم آید به دستور این آیات شریفه این حکم منفی و از صفحه تشریح مرفوع است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۳۶۶). دلالت این آیات بر نفی حکم حرجی، کامل و تمام است (مصطفوی، ۱۴۲۱، ص ۲۹۷).

همانگونه که مشهود است هیچ یک از آیات قیدی دال بر این نبود مندوحه در فرض حرج را شرط جریان حرج مطرح نساخته است.

ب) روایات

روایت های متعددی نیز از معصومان (ع) نقل شده که مبنای قاعده نفی عسر و حرج قرار گرفته است (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۸۴).

۱. روایت عبد الاعلی مولی آل سام که در کتابهای کافی و تهذیب و استبصار نقل شده است. در این روایت، راوی به امام صادق (ع) می‌گوید که به زمین افتاده و ناخن وی جدا شده و انگشت خود را با پارچه بسته است، حال چگونه باید وضو بگیرد. امام (ع) می‌فرماید: حکم این قضیه و نظایر آن از کتاب خدا روشن می‌شود؛ زیرا خداوند فرموده است که در دین بر شما حرجی قرار داده نشده است؛ پس بر آن مسح کن (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۳۳).

۲. روایت ابو بصیر که در کتاب تهذیب نقل شده است. در این روایت سوال درباره شخص جنبی است که انگشت خود را داخل ظرف آبی مانند کوزه یا مشک کرده است و حضرت در پاسخ فرموده است، اگر دستش نجس است آب را بریزد و اگر نجاستی به دستش نرسیده، می‌تواند با آب ظرف خودش را بشوید؛ زیرا این از جمله چیزهایی است که خداوند فرموده است: در دین بر شما سختی و مشقتی قرار نداده است (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۱، ص ۲۲۹).

روایات دیگری همچون، روایت محمد بن میسر، موثقه ابو بصیر و روایت حنان بن سدیر که در تهذیب و استبصار نقل شده، صحیحه بنظری، روایت زراره، حدیث مشهور نبوی «بعثت بالحنيفية السمحة السهلة»، یعنی مبعوث شدم به دین

حنیف سهل و آسان (حرام‌علی، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۱۱۳). همچنین، برخی دیگر از روایات که به همین مضمون وارد شده است که برای پرهیز از زیاده‌گویی از ذکر آنها خودداری می‌شود. در مجموع به طور صریح یا ضمنی بر نفی حرج به عنوان يك اصل و قاعده کلی قابل اعمال در همه ابواب حقوق اسلامی دلالت دارد و مبنای فقهی مسلمی برای این قاعده به شمار رفته و بر اطلاق و عمومیت آن دلالت دارند (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۸۸؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۳۶۸؛ مصطفوی، ۱۳۸۴، ص ۱۴۵؛ آشتیانی، ۱۳۸۳، ص ۲۱۷؛ زارعی سبزواری، ۱۴۳۰، ج ۸، ص ۲۲۹).

در این روایات نیز شرطی دال بر عدم وجود مندوحه برای جریان حرج مطرح نشد.

۶/۲. تمسک به عام در شبهه مفهومی خاص

از قواعد مهم استنباط در فقه، ممکن نبودن تمسک به دلیل عام در فرض وجود شبهه در دلیل خاص است (میرزای قمی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۶۶؛ میرزای قمی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۱۱۹؛ نراقی، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۳۰۱). بر اساس این قاعده، در مفهومی که مشخص نیست ذیل عنوان دلیل عام قرار می‌گیرد یا دلیل خاص، امکان استناد به هیچ یک از دو دلیل وجود ندارد. این قاعده در بحث امکان جبران در حرج نگهداری از فرزند ناقص، قابل تطبیق است. به این شکل که دلیل حرج به عنوان دلیل مخصص یا دلیل حاکم بر دلایل اولیه احکام شمرده می‌شود و چون دایره شمول آن نسبت به حرج در فرض امکان جبران مشخص نیست، تمسک به دلیل عنوان اولیه را با چالش روبه‌رو می‌سازد (پورصدقی، ۱۴۰۱، ص ۸۱).

توضیح مطلب: بنابر دلیل حرمت سقط، به صورت کلی سقط حرام است و از سوی دیگر قاعده حرج رافع تکلیف است. در وضعیت امکان جبران، مکلف با این ابهام روبه‌روست که با فرض امکان جبران، حرج نگهداری از فرزند ناقص رفع می‌شود و حرمت سقط جنین منتفی می‌شود یا اینکه فرض امکان جبران رافع حرج نیست و حرمت سقط جنین باقی می‌ماند؟ چنین تردیدی می‌تواند مانع از تمسک به دلیل عام (حرمت سقط) گردد. در این وضعیت نمی‌توان با تمسک به دلیل عنوان اولیه، شخص را ملزم به امتثال آن دانست؛ همان‌گونه که امکان مراجعه به دلیل نفی حرج نیز وجود ندارد. در نتیجه، این مورد تحت هیچ یک از دو دلیل قرار نمی‌گیرد و باید به قواعد عام دیگری مراجعه شود.

طبق این استدلال اگر چه قاعده لا حرج در فرض امکان جبران مورد تمسک قرار نمی‌گیرد و به تعبیری امکان جبران در جریان قاعده تأثیر گذار است ولی آنچه در این بحث از اهمیت بیشتری برخوردار است تعیین تکلیف حرمت سقط است که آیا شخص ملزم به رعایت این حکم است یا خیر و چون طبق این استدلال، ادله حرمت سقط در موضوع مسئله ساقطند. بنابراین نتیجه جریان قاعده لا حرج که جلوگیری از فعلیت حرمت بود بدست آمد. در نتیجه این استدلال از ادله عدم تأثیر به شمار می‌آید.

۶/۳. استصحاب حرمت سقط

در موارد کشف نقصان جنین می‌توان چنین ادعا کرد که در مراحل ابتدایی شکل‌گیری جنین و عدم وجود اختلال در آن سقط حرام بوده و سپس با شکل‌گیری اختلال به صورتی که موجب حرج مادر گردد و همچنین وجود امکان جبران، این شک بوجود می‌آید که آیا حرمت ابتدایی از بین رفت یا همچنان باقی است. در این حالت می‌توان به اصل عملی استصحاب تمسک جست. صاحب کفایه در تعریف استصحاب بیان می‌دارد: «استصحاب، حکم شارع است که هرگاه

در باقی بودن حکم به قوت قبلی شك داشته باشند لازم است به باقی بودن آن حکم کنند، و آثار باقی بودن را برآن مشکوک بار نمایند و به طور خلاصه استصحاب، حکم به بقاء چیزی است، و ترتیب دادن آثار بقاء آن چیز است در جایی که ثبوت آن قطعی و بقای آن مشکوک باشد» (قلی زاده، ۱۳۷۹، ص ۲۶). حالت ابتدایی عدم نقص جنین و حرمت سقط است. حالت جدید و لاحق که شك در آن رخ داده (حسینی، ۱۴۱۵، ص ۲۱؛ بدری، ۱۴۲۸، ص ۵۴؛ رفاعی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۲۷۹)، ایجاد نقص در جنین و شکل گیری حرج برای مادر با فرض مندوچه است. بنابراین می توان استصحاب حرمت سقط و عدم حرج را جاری نمود.

۷. نقد ادله عدم تأثیر

در این قسمت به نقد ادله عدم تأثیر امکان جبران در رفع حرج نگهداری از فرزند ناقص می پردازیم.

۷/۱. نقد اطلاق ادله

اطلاق ادله نیازمند وجود مقدمات حکمت است. اساساً گوینده باید به نسبت قید مورد سوال در مقام بیان باشد تا بتوان از کلام وی اطلاق گیری کرد. بنابراین برای استدلال به اطلاق در این مسئله باید دید آیات و روایاتی که ادله قاعده محسوب می گردند، در مقام بیان نکته امکان جبران بوده اند یا خیر؟ بررسی ادله قاعده لاجرح و اطلاق آنها، به وضوح نمایانگر در مقام بیان بودن از باب امکان جبران حرج نیست و همانگونه که بیان شد این ادله نسبت به فرض وجود امکان جبران منصرفند یا لااقل در آنها احتمال انصراف وجود دارد.

۷/۲. نقد تمسک به عام در شبهه مفهومی خاص

امکان تمسک به عام در شبهه مفهومی محل اختلاف و نزاع فقهاست. نظر مشهور فقها این است که می توان به عام تمسک نمود، زیرا اجمال خاص به عام سرایت نمی کند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۲۲۰؛ خونی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۳۶۹) و بنا بر دیدگاه مشهور استدلال مذکور مخدوش است و وجود امکان جبران مانعی از استناد به اطلاق حرمت سقط ایجاد نمی کند.

ممکن است این پاسخ با این اشکال روبرو گردد که تمسک به عام در شبهه مفهومی حاکم محل تردید جدی است و در نزد بسیاری مورد اشکال است (برای نمونه: سبزواری، بی تا، ج ۱، ص ۱۶۸؛ تبریزی، ۱۳۸۸، ج ۳، ص ۶۶؛ شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۳، ص ۲۵۳) و از سویی دیگر رابطه قاعده لاجرح با سایر احکام شرعی حکومت، قاعده لاجرح حاکم و حکم شرعی دیگر محکوم می باشد (برای نمونه رک: نائینی، ۱۳۵۲، ج ۲، ص ۱۰؛ عراقی، ۱۳۷۰، ص ۲۷۹؛ صدر، ۱۴۱۵، ص ۱۳۵) در نتیجه با شبهه موجود در ناحیه قاعده لاجرح استناد به دلیل به دلیل حرمت سقط با اشکال جدی مواجه خواهد بود.

ولی به نظر می رسد ایراد مشهور به تمسک به عام در شبهه مفهومی خاص در بین حاکم و محکوم نیز جاری است و ابهام و اجمال در حاکم که موجب خدشه در حجیت بخشی از مدلول آن می گردد نمی تواند مانع از ظهور محکوم گردد در نتیجه حجیت ظهور محکوم قابل تمسک است. این استدلال از سوی بسیاری از بزرگان مطرح شده و تمسک به عمومیت

محکوم از سوی آنها پذیرفته شده است (برای نمونه: شیرازی، ۱۳۲۸، ص ۲۶۲؛ حکیم، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۷۰؛ مروجی، ۱۴۱۰، ج ۱۱، ص ۳۴۳).

۷/۳. نقد استصحاب حرمت سقط

استصحاب حرمت سقط در مسئله دارای ایراداتی است:

ایراد اول اینکه، حالت سابقه یقینی در مورد این استصحاب محل تردید است؛ زیرا بعید نیست از ابتدای شکل گیری نطفه ناهنجاری با جنین همراه بوده است اگر چه در ظاهر برای مادر احراز نشده بود بنابراین حرمت سقط در مراحل اولیه ناشی از عدم اطلاع مادر از ناهنجاری بوده است نه حرمت واقعی به بیان دیگر در واقع از ابتدا نسبت به جنین جنینی حرمت سقط وجود نداشته تا مورد استصحاب قرار گیرد.

این پاسخ ممکن است با این خدشه مواجه گردد که حرمت ظاهری در حق مادر قابل استصحاب است و دلیلی بر انحصار استصحاب در حرمت واقعی وجود ندارد.

پاسخ اینکه حرمت ظاهری به دلیل ناتمام بودن ارکان استصحاب قابل استصحاب نیست؛ زیرا یقیناً حرمت ظاهری در حق مادر به دلیل آگاهی از وضعیت ناهنجار مادر از بین رفته است و در این حالت مادر به دنبال حرمت واقعی است و همچنین از باب تغییر موضوع نیز استصحاب با مانع همراه است چرا که حرمت ظاهری در حق مادری است که اطلاع از ناهنجاری جنین ندارد و پس از اطلاع وی احراز بقاء موضوع استصحابی در هاله ای از ابهام است.

ایراد دوم اینکه با فرض اینکه استصحاب حرمت سقط از نظر ارکان تمام باشد نیز قابل خدشه است؛ زیرا رجوع به اصل عملی با وجود ادله اجتهادی در مسئله، از درجه اعتبار کافی برخوردار نیست و با توجه به اینکه از میان ادله مطرح شده در ذیل نظریه تأثیر امکان جبران در قاعده لاجرح نوبت به اصل عملی استصحاب نمی رسد.

نتیجه گیری

در این پژوهش که موضوع آن، بررسی نقش امکان جبران در حرج نگهداری از فرزند ناقص با رویکردی بر ماده ۵۶ قانون جمعیت است به طور کلی، دو دیدگاه بدست آمد؛ ۱. برخی قائل به عدم تأثیر امکان جبران و در نتیجه عدم رافعیت حرج هستند. این گروه از اطلاق ادله، تمسک به عام در شبهه مفهومیه خاص و استصحاب حرمت عام برای بیان خود بهره جسته اند. ۲. گروهی دیگر، قائل به تأثیر امکان جبران و رافعیت حرج هستند. ادله این گروه شامل اطلاق آیات مربوط به قاعده لاجرح، عدم صدق حرج، تناسبات حکم و موضوع و انصراف ادله است. ثمره این دو دیدگاه چنین است که در فرض تأثیر امکان جبران و رافعیت حرج، سقط جنین ناقص جایز نبوده و دیگر نمی توان برای حکم به جواز سقط جنین به قاعده لاجرح استناد کرد. اما در فرض عدم تأثیر امکان جبران و عدم رافعیت حرج، حکم سقط جنین با لحاظ شرایط لازم باقی است.

بررسی این دو دیدگاه، نشان می‌دهد که با توجه به ادله لاجرح، امکان جبران و مندوحه در رفع حرج در موارد قابل توجهی موثر بوده و حکم به سقط جنین ناقص در فرض حرج نگهداری از آن، جایز نیست این موارد بیشتر شامل مواردی است که حرج ناشی از کمبود امکانات است و مادر را بیشتر دچار حرج جسمی می‌کند. ولی در مواردی که مادر دچار حرج روحی و روانی است عوامل جبرانی نوعاً امکان رفع حرج را ندارند بنابراین نمی‌توان به صورت کلی برای سقط درمانی عوامل جبران حرج را شرط گذاشت و باید با توجه به مورد پیش آمده و وضعیت روحی و روانی مادر تحقق حرج مورد بررسی قرار گیرد. در نتیجه اطلاق ماده ۵۶ قانون جمعیت در شرط امکان جبران از نظر فقهی محل خدشه می‌باشد.

منابع

۱. ابن منظور، محمد ابن مکرم. (۱۴۱۴ق). معجم اللسان العرب، بیروت: دار صادر.
۲. اعرافی، علیرضا. (۱۳۹۴ش). درس خارج فقه - اجتهاد و تقلید، <http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/arafi/ejtehad/94/940714>
۳. افشار قوچانی، زهره. (۱۳۹۲ش). بررسی امکان تحمیل سقط درمانی بر مادر از جانب ولی جنین، دوفصلنامه علمی ترویجی فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، ۱۸.
۴. افشار قوچانی، زهره. (۱۳۹۳ش). نقد و بررسی ماده واحده قانون سقط درمانی مصوب ۱۳۸۴، دوفصلنامه علمی ترویجی فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، ۱۹(۶۰)، صص ۱۴۰-۱۲۳.
۵. اکرمی، سید محمد و همکاران. (۱۴۰۰ش). بررسی حقوقی غربالگری سلامت جنین و سقط درمانی در طرح جوانی جمعیت و حمایت از خانواده، مجله حقوق پزشکی، ۱۵(۵۶)، صص ۵۱۶-۵۰۵.
۶. انصاری، محمد علی (خلیفه شوشتری). (۱۴۱۵ق). الموسوعة الفقهية الميسرة، قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۷. آخوند خراسانی، محمد کاظم. (۱۴۰۹ق). کفایة الأصول، قم: طبع آل البیت.
۸. آسمانی، امید و همکاران. (۱۳۸۹ش). چالش‌های اجرایی قواعد نفی عسر و حرج، لاضرر و اضطرار در سقط درمانی، فصلنامه فقه پزشکی، ۲(۳/۴)، صص ۶۹-۳۹.
۹. آشتیانی، محمدحسن بن جعفر. (۱۳۸۳ش). الرسائل التسع "الفقهية والأصولية" (رسالة قاعدة نفی العسر و الحرج)، قم: کنگره علامه آشتیانی (ره).
۱۰. آملی، میرزا محمد تقی. (۱۳۸۰ق). مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی، تهران: مولف.
۱۱. آهوران، نوشین. (بی‌تا). بررسی ادله جواز و حرمت سقط جنین، حوراء(۲۵).
۱۲. بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ. (۱۳۷۷ش). القواعد الفقهية، قم: نشر الهادی.
۱۳. بدری، تحسین. (۱۴۲۸ق). معجم مفردات اصول الفقه المقارن، تهران: المشرق للثقافة و النشر.

۱۴. پورصدقی، رضا. (۱۴۰۱ش)، اعتبارسنجی خوف حرج در جواز سقط درمانی، فصلنامه علمی-پژوهشی فقه، ۲۹(۱۱۰)، صص ۷۴-۹۶.
۱۵. تبریزی، جعفر سبحانی. (۱۴۱۵ق). الرسائل الأربع (للسبحانی)، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۶. تبریزی، موسی بن جعفر. (۱۳۸۸ش). فرائد الأصول (مع حواشی أوثق الوسائل)، قم.
۱۷. جلیلی، مجید. (۱۳۹۳ش). سقط جنین از دیدگاه فقه شیعه، فصلنامه مشکلات معرفت.
۱۸. حائری، مرتضی. (۱۴۲۴ق). مبانی الأحكام في أصول شرائع الإسلام، قم.
۱۹. حرعاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۲۰. حسینی خواه، سید جواد. (۱۳۸۵ش). قاعده لاجرج: تقریرات دروس استاد معظم حاج شیخ محمد جواد فاضل لنکرانی، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام.
۲۱. حسینی شیر، علی. (۱۳۸۳ق). العمل الأبقی في شرح العروة الوثقی، نجف اشرف: مطبعة النجف.
۲۲. حسینی، محمد. (۱۴۱۵ق). معجم المصطلحات الاصولیه، بیروت: مؤسسه العارف للمطبوعات.
۲۳. حسینی، محمد. (۲۰۰۷م). الدلیل الفقهي تطبیقات فقهیه لمصطلحات علم الأصول، دمشق: مرکز ابن ادريس الحلبي للدارسات الفقهیه.
۲۴. حکیم، سید محسن طباطبائی. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین، بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
۲۵. حکیم، سید محسن طباطبائی. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروه الوثقی، قم: مؤسسه دار التفسیر.
۲۶. حکیم، سید محمد سعید. (۱۴۱۵ق). منهاج الصالحین، بیروت: دارالصفوه.
۲۷. حکیم، محمد سعید. (۱۴۱۴ق). المحکم في أصول الفقه، قم.
۲۸. حماد، نزیه. (۱۴۲۹ق). معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دمشق: دار القلم.
۲۹. خامنه‌ای، سید علی. (۱۴۱۵ق). اجوبه الاستفتانات، کویت: دار النبأ.
۳۰. خوانساری، آقا جمال الدین. (بی تا). التعليقات على الروضة البهیة، قم: المنشورات المدرسه الرضویه.
۳۱. خوانساری، موسی بن محمد نجفی. (۱۳۷۳ق). رساله في قاعدة نفي الضرر (للخوانساري)، تهران: المكتبة المحمدية، تهران.
۳۲. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعه الامام الخوئی، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
۳۳. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۳ق). مصباح الأصول (مباحث الفاظ)، قم: انتشارات مكتبة الداوری.
۳۴. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۷ش). لغت نامه دهخدا، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
۳۵. خسروی حسینی، غلامرضا و راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۳۷۴ش). ترجمه و تحقیق مفردات الفاظ قرآن با تفسیر لغوی و ادبی قرآن، تهران: مرتضوی.
۳۶. رشید پورایی، رویا و هکاران. (۱۳۹۹ش). بررسی قوانین و مقررات سقط جنین در ایران و اروپا در همه گیری کووید ۱۹، مجله دانشگاه علوم پزشکی اراک، ۲۳(۵)، صص ۶۹۷-۶۸۶.
۳۷. رضایی، مهدیه. (۱۴۰۰ش). کاربرد قواعد فقهی در روابط زوجین، قم: جامعه الزهراء.
۳۸. رفاعی، عبدالجبار. (۱۴۲۱ق). محاضرات في أصول الفقه شرح الحلقة الثانية، قم: مؤسسه دار الكتاب الاسلامي.
۳۹. زارعی سبزواری، عباسعلی. (۱۴۳۰ق). القواعد الفقهیه في فقه الامامیه، قم: جماعه المدرسين في الحوزه العلمیه بقم.
۴۰. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۴۱۴ق). المحصول في علم الأصول، قم.
۴۱. سبزواری، عبدالاعلی. (بی تا). تهذیب الأصول، قم: مؤسسه المنار.

۴۲. ستوده، حمید و مقیمی حاجی، ابوالقاسم. (۱۳۹۹ش). سقط درمانی؛ تاملات فقهی و سیاست گذاری تقنینی، مطالعات راهبردی زنان، ۲۲(۸۸)، صص ۷۹-۱۱۹.
۴۳. سجادی امین، مهدی. (۱۳۹۶ش). تبیین مبانی فقهی موثر در تطبیق قاعده نفی عسر و حرج بر مسائل فقهی خانواده، مطالعات جنسیت و خانواده، ۳(۲)، صص ۳۳-۶۱.
۴۴. سید اشرفی، حسن. (۱۳۸۵ش). نهاية الإیصال (شرح فارسی اصول الفقه)، قم.
۴۵. سرور، ابراهیم حسین. (۱۴۲۹ق). المعجم الشامل للمصطلحات العلمية و الدينية، بیروت: دار الهادی.
۴۶. سیستانی، سید علی حسینی. (۱۴۱۴ق). قاعده لاضرر و لاضرار، قم: دفتر آیت الله سیستانی.
۴۷. سیفی، علی اکبر. (۱۴۲۵ق). مبانی الفقه الفعال في القواعد الفقهية الأساسية، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۴۸. شاهین فرد، خاطره و همکاران. (۱۳۹۵ش). شمول پذیری قاعده لاضرر نسبت به حرج های غیر جسمانی و پیامدهای فقهی آن، فصلنامه فقه پزشکی، ۸(۲۶/۲۷)، صص ۲۵۵-۲۲۵.
۴۹. شیرازی، عبد الله. (۱۴۲۷ق). عمدة الوسائل في الحاشية على الرسائل، مشهد مقدس: مؤسسه امیرالمومنین (ع) للشنون العلمية و الخيرية.
۵۰. شیرازی، علی. (۱۳۲۸ق). تعلیقة على فرائد الأصول، قم: مؤلف.
۵۱. صدر، محمد باقر. (۱۴۱۵ق). جواهر الأصول، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
۵۲. صدر، محمد باقر. (۱۴۱۷ق). بحوث في علم الأصول، قم: مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامي.
۵۳. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الاحکام، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۵۴. عاملی، یاسین عیسی. (۱۴۱۳ق). الاصطلاحات الفقهية في الرسائل العملية، بیروت: دار البلاغة.
۵۵. عراقی، ضیاءالدين. (۱۳۷۰ق). بدائع الافکار في الأصول، نجف اشرف.
۵۶. غدیری، عبدالله عیسی ابراهیم. (۱۴۱۸ق). القاموس الجامع للمصطلحات الفقهية، بیروت: دار الرسول الاکرم صلی الله علیه و آله و سلم.
۵۷. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). کتاب العين، قم: نشر هجرت.
۵۸. فیاض، محمد اسحاق. (بی تا). تعالیق مبسوطه عای العروه الوثقی، قم: انتشارات محلاتی.
۵۹. قاسمی، محمد علی. (۱۳۹۵ش). دانشنامه فقه پزشکی، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیه السلام.
۶۰. قاننی، محمد. (۱۳۹۵ش). المبسوط فی فقه المسائل العاصره المسائل الطیبه، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۶۱. قلی زاده، احمد. (۱۳۷۹ش). واژه شناسی اصطلاحات اصول فقه، تهران: بنیاد پژوهشهای علمی فرهنگی نور الاصفیاء.
۶۲. قمی، سید محمد حسینی روحانی. (۱۴۱۳ق). القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، قم: چاپخانه امیر.
۶۳. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). کافی، قم: موسسه علمی فرهنگی دار الحدیث.
۶۴. محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۱ش). قواعد فقه (بخش مدنی)، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت).
۶۵. مددی موسوی، سید محمود. (۱۳۹۴ش). درس خارج اصول، <https://bayanbox.ir/view/5070482974978448950>

۶۶. مرعی، حسین عبدالله. (۱۴۱۳ق). القاموس الفقهي، بيروت: دار المجتبی.
۶۷. مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، rc.majlis.ir.
۶۸. مروج، حسین. (۱۳۷۹ش). اصطلاحات فقهی، قم: بخشایش.
۶۹. مروجی، علی. (۱۴۱۰ق). تمهید الوسائل في شرح الرسائل، قم: مدرسه امام علی ابن ابی طالب علیه السلام.
۷۰. مصطفوی، سید کاظم. (۱۳۹۳ش). درس خارج اصول، اجتماع امر و نهی،
/https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/mostafavi/osool/92/930303
۷۱. مصطفوی، سید کاظم. (۱۳۹۵ش). درس خارج اصول، قاعده اشتغال یا بحث شبهات،
/https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/mostafavi/osool/95/951109
۷۲. مصطفوی، محمد کاظم. (۱۳۸۴ش). القواعد الفقهية ۲ (مصطفوی)، قم: مرکز العالمي للدراسات الاسلامية، پدیدآور
مرکز جهانی علوم اسلامی. دفتر برنامه ریزی و تدوین متون درسی.
۷۳. معلوف، لويس. (۱۳۸۰ش). المنجد في اللغة العربية، تهران: ذوی القربی.
۷۴. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۰ش). القواعد الفقهية (مکارم)، قم: مدرسه الامام علی ابن ابی طالب (علیه السلام).
۷۵. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۵۳ش). تفسیر نمونه، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۷۶. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۹۴ش). قواعد مهم فقهی، مترجم: محمد جواد نوری همدانی، قم: انتشارات اما علی ابن ابی
طالب علیه السلام.
۷۷. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهية (لمکارم)، قم: مدرسه امام امیر المؤمنین (علیه السلام).
۷۸. ملکی اصفهانی، مجتبی. (۱۳۷۹ش). فرهنگ اصطلاحات اصول، قم: عالمه.
۷۹. موسوی بجنوردی، محمد. (۱۳۷۹ش). علم اصول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، مؤسسه چاپ و
نشر عروج.
۸۰. موسوی بجنوردی، محمد. (۱۳۷۹ش). قواعد فقهیه (موسوی بجنوردی)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
(ره)، مؤسسه چاپ و نشر عروج.
۸۱. موسوی خمینی، روح الله. (۱۴۲۲ق). حاشیه مکاسب، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، مؤسسه چاپ
و نشر عروج.
۸۲. موسوی جزایری، سید محمد علی. (۱۳۹۷ش). درس خارج اصول، اجتماع امر و نهی - خصوصیات قید مندوحه،
/https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/jazayeri/osool/96/970201

۸۳. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. (۱۴۱۷ق). غنائم الایام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۸۴. نائینی، محمد حسین. (۱۳۵۲ش). أجود التقریرات، مصحح: سید ابوالقاسم خوئی، قم: کتابفروشی مصطفوی.
۸۵. نائینی، میرزا محمد حسین غروی. (۱۳۷۳ق). منیة الطالب فی حاشیة المكاسب، تهران: المكتبة المحمدية.
۸۶. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الكلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۸۷. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). مستند الشیعه فی احکام الشریعه، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۸۸. ولایی، عیسی. (۱۳۸۷ش). فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، تهران: نشر نی.
۸۹. هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۳۸۲ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).
۹۰. همدانی، آقا رضا. (۱۴۱۶ق). مصباح الفقیه، قم: مؤسسه الجعفریه لاحیاء التراث و مؤسسه النشر الاسلامی.