



## The Role of La-Haraj (non-Harmful) and Zarar (La-Harmless) Rules in Abortion Due to Adultery and Rape

Tooba Firoozpoor Bandpey<sup>1</sup> 

1. Instructor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Babol Branch, Islamic Azad University, Babol, Iran.

### ABSTRACT

**Background and Aim:** Abortion refers to the termination of pregnancy before the fetus is capable of survival outside the mother's body. Abortion is forbidden by religion, whether it is caused after marriage, adultery or rape. The reason for this is the emergence of the Shari' a ruling. The research shows after the enactment of Medical Abortion Law and the issuing permission for those cases approved by three qualified physicians, the death rate of women due to illegal abortions has been reduced significantly. As this law does not cover women who are raped, it is necessary to study the various aspects of pregnancy after rape and the use of jurisprudential rules (hardship and no harm rules).

**Method:** The research method is descriptive-analytical and the information gathering method is library-based and has been done by referring to books and articles.

**Ethical Considerations:** In this research, the principles of trustworthiness, honesty, impartiality and originality of the work have been respected.

**Results:** Examination of these rules shows that the legislating body, using the jurisprudential and legal capacities of these two laws, can revise the legal provisions of abortion in case the embarrassment of rape victims is proved. The result is that hardship will not cause abortion.

**Conclusion:** While the hardship will not cause abortion, the no harm rule will still govern the religious prohibition of abortion, whether the pregnancy is initiated according to religion or through adultery and rape.

**Keywords:** Abortion; Jurisprudential Rules; La-Haraj; La-Zarar; Hardship; No Harm; Rape

**Corresponding Author:** Tooba Firoozpoor Bandpey; **Email:** [firoozpoortooba@gmail.com](mailto:firoozpoortooba@gmail.com)

**Received:** February 22, 2020; **Accepted:** May 18, 2020; **Published Online:** October 29, 2023

### Please cite this article as:

Firoozpoor Bandpey T. The Role of La-Haraj (Non-Harmful) and Zarar (La-Harmless) Rules in Abortion Due to Adultery and Rape. *Medical Law Journal*. 2023; 17(58): e47.



## نقش قواعد لاجرح و لاضرر در سقط جنین ناشی از زنا و تجاوز به عنف

طوبی فیروزپور بندپی<sup>۱</sup>

۱. مربی، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد بابل، دانشگاه آزاد اسلامی، بابل، ایران.

### چکیده

**زمینه و هدف:** سقط جنین به ختم بارداری، قبل از اینکه جنین توانایی ادامه حیات در خارج از بدن مادر را داشته باشد، اطلاق شده است. سقط جنین شرعاً امری حرام است، خواه حمل ناشی از نکاح باشد یا زنا و تجاوز به عنف. دلیل این امر هم ظهور اطلاق ادله است. با تصویب قانون سقط درمانی و صدور مجوز در مواردی که با تأیید سه پزشک حاذق صورت می‌گیرد. بنا بر تحقیقات صورت گرفته آمار مرگ و میر زنان ناشی از سقط‌های غیر قانونی به شدت کاهش یافته است. با توجه به مسکوت بودن این قانون در مورد زنانی که مورد تجاوز به عنف قرار می‌گیرند، بررسی ابعاد مختلف بارداری ناشی از تجاوز به عنف و استفاده از قواعد فقهی (عسر و حرج و لاضرر) ضرورت یافته است.

**روش:** روش تحقیق، توصیفی - تحلیلی و روش گردآوری اطلاعات، کتابخانه‌ای و با مراجعه به کتب و مقالات صورت گرفته است.

**ملاحظات اخلاقی:** در تحقیق حاضر، اصل امانتداری، صداقت، بی‌طرفی و اصالت اثر رعایت شده است.

**یافته‌ها:** بررسی این قواعد نشان از آن دارد که مقنن با استفاده از ظرفیت‌های فقهی و حقوقی این دو قاعده می‌تواند در صورت اثبات حرج زنان بزه‌دیده ناشی از تجاوز به عنف در مواد قانونی سقط درمانی بازنگری نمایند.

**نتیجه‌گیری:** عسر و حرج سبب سقط نخواهد شد، در حالی که قاعده لاضرر بر ادله حرمت سقط حکومت دارد. خواه این حمل ناشی از سبب شرعی باشد یا از راه زنا و تجاوز به عنف باشد.

**واژگان کلیدی:** سقط جنین؛ قواعد فقهی؛ عسر و حرج؛ لاضرر؛ تجاوز به عنف

نویسنده مسئول: طوبی فیروزپور بندپی؛ پست الکترونیک: [firoozpoortooba@gmail.com](mailto:firoozpoortooba@gmail.com)

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۰۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۲۹؛ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۸/۰۷

خواهشمند است این مقاله به روش زیر مورد استناد قرار گیرد:

Firoozpoor Bandpey T. The Role of La-Haraj (Non-Harmful) and Zarah (La-Harmless) Rules in Abortion Due to Adultery and Rape. Medical Law Journal. 2023; 17(58): e47.

## مقدمه

در کتاب‌های فقهی عبارات قابل تأملی یافت شده است که فقها به عنوان مؤید نظرات خویش از آن‌ها بهره جست‌ه‌اند. برخی از این عبارات موسوم به قواعد فقهی هستند که در ابواب گوناگون فقه و حقوق کاربرد داشته و از جایگاه والایی در استنباط احکام شرعی برخوردارند. یکی از این قاعده‌های مسلم فقهی، «قاعده حرج» و دیگری «قاعده لاضرر» است که در فقه امامیه و اهل سنت با تعبیر گوناگون بیان شده است. این قواعد مبنای بسیاری از قوانین و مقررات در حقوق خانواده محسوب شده‌اند.

با استفاده از این قواعد می‌توان اعمال برخی از مواد قانونی را بیش از گذشته کاربردی و کارآمد ساخت. قواعد لاجرح و لاضرر به عنوان یکی از مشهورترین قواعد فقهی اسلام و حاکم بر ادله احکام اولیه می‌تواند احکام ضرری یا احکام متعلق به موضوعات متضمن ضرر و حرج - از جمله سقط بارداری ناشی از زنا یا به عنف - را در فروزی که ورود چنین ضرر و حرجی متصور است، مرتفع ساخته و مجوزی برای سقط جنین فراهم سازد. این مشهورترین قواعد فقهی با پشتوانه و ادله‌ای چون کتاب، روایات، عقل و اجماع مستند بسیاری از مسائل فقهی محسوب شده‌اند و یا زمینه‌های تصریح یا تلویح بسیاری از مواد قانونی را فراهم ساخته‌اند. این دو قاعده نشان از آن دارند که در اسلام حرج و ضرر مشروعیت ندارد؛ این عدم مشروعیت شامل دو مرحله قانونگذاری و اجرای قانون نیز خواهد بود. به عبارت دیگر پروردگار در مقام تشریح اولیه احکام اسلامی حکمی ضرری و حرجی وضع نکرده است، اما اگر یکی از این احکام که از نظر کلی و نوعی ضرری و یا حرجی نباشد، در مقام اجرا برای مکلف متضمن ضرر یا حرج باشد، به نحو موردی مرتفع می‌شود. استفاده از این دو قاعده در سقط جنین ناشی از زنا یا به عنف که از موضوعات و دغدغه‌های بسیار مهم در جوامع مختلف است، علاوه بر رفع خلأهای قانونی در زدودن آثار مخرب روانی و حس ناامنی بانوان نیز از ظرفیت‌های بسیار مهمی برخوردار شده است. بدیهی است که با استفاده از این قواعد می‌توان بسیاری از احکام فقهی در این

زمینه را تحصیل و شکل‌گیری رویه قضایی را در مواردی که نص قانونی محرز نیست امکان‌پذیر ساخت. بارداری ناشی از زنا چه به عنف و اکراه، چه زنا یا محارم، یکی از معضلات اجتماعی است، اما با وجود اهمیت آن از لحاظ شرعی و آمارهای به دست‌آمده از نهادهای غیر رسمی، این مسأله در کشور ما هیچ‌گاه به طور مستقل مورد بحث و بررسی قرار نگرفته است. تا جایی که خلأ قانونی برای سقط جنین محصول یک تجاوز نشان داده است که این افراد یا خودکشی می‌کنند یا اگر حمایت خانواده را داشته باشند، در اوج ترس به سراغ مراکز سقط جنین غیر قانونی می‌روند. به طور کلی نظریات گوناگونی در مورد حمایت از جنین یا مادر اظهار شده است، به گونه‌ای که در برخی موارد، طرفداران سقط جنین تعدیات جنسی را محملی برای مشروع دانستن سقط تلقی می‌کنند. درست است که تجاوز جنسی عملی ضد بشری، وحشتناک و دارای عواقب بسیار سوء بر قربانی است؛ با این حال نباید فراموش کرد جنین به وجودآمده از این فعل، موجودی میرا از جرم فاعل تجاوز محسوب می‌شود و به قتل رساندن او در واقع به معنای تحمیل مسئولیت جزایی غیر بر اوست که خود نقض فاحش اصول کلی حقوق جزا و حقوق بشر است، اما این دیدگاه در مورد مادر هم صادق است. به طور مسلم اجبار مادر بر بارداری و به دنیاآوردن طفل غیر مشروع هم می‌تواند تحمیل مسئولیت جزایی غیر بر مادر و ویرانی آینده آنان دانست. بر اساس آمارهای موجود پزشکی، تنها درصد بسیار پایینی از تجاوزهای جنسی منجر به بارداری می‌گردند، اما باید این امر را هم مد نظر قرار داد که حتی به دنیاآمدن درصد پایینی از این جنین‌ها باز هم عواقب شوم و ناهنجاری‌هایی را برای جامعه و خصوصاً فرد و نزدیکان وی به دنبال خواهد داشت، در حالی که موارد اعلام‌شده از سوی پزشکی قانونی، قوه قضاییه همه به بیماری و خطر جانی برای مادر مربوط می‌شوند، در عمل ضرورت بخش بزرگی از سقط جنین‌ها که مربوط به این قسم است، نادیده انگاشته شده است. قطع نظر از دلیل شرعی، عقل بشری و وجدان عمومی انسان‌های آزاده چنین عملی را نکوهش و سرزنش می‌کند و فاعل آن را مستوجب عقاب دنیایی و اخروی می‌داند. بنابراین

مواعد طبیعی وضع حمل به وسیله مادر یا غیر او، به نحوی که حمل خارج شده از بطن مادر، زنده نباشد یا فاقد قابلیت زیستن باشد. در علم پزشکی، فقه و حقوق سقط جنین به همین معناست، هرچند اختلاف‌های اندکی در تعریف سقط جنین در این علوم وجود دارد، اما از منظر علم حقوق نیز سقط جنین عبارت است از اخراج یا خروج جنین از مادر مشروط بر اینکه زنده نباشد و یا اگر آثاری از حیات دارد قابلیت زیست (ادامه حیات) را نداشته باشد (۴). از منظر پزشکی سقط عبارت است اخراج عمدی، مصنوعی یا خروج خود به خود بار حمل قبل از هفته بیستم که جنین قدرت زیستن نداشته باشد (۵)، مجمع بهداشت جهانی سقط جنین را قطع خود به خود یا عمدی حاملگی از اولین روز حاملگی تا هفته بیستم دانسته است (۶)، هرچند در این تعریف قید قبل از هفته بیستم بارداری آمده است، اما در بسیاری از منابع علمی و پزشکی عرف و اجتماع و همچنین موضوع محل بحث ما اختصاص به این زمان ندارد و هر نوع پایان دادن به حاملگی قبل از زمان لازم برای زندگی مستقل را شامل می‌شود، حتی اگر هفته بیستم حاملگی رد شده باشد.

## ۲. انواع سقط

۲-۱. سقط عادت‌تی: ناشی از بیماری‌ها و نارسایی‌هایی اکتسابی و موروثی است.

۲-۲. سقط درمانی: مواردی که برای مادر خطر جانی دارد.

۲-۳. سقط جنائی: به طور عمدی و غیر قانونی انجام می‌شود. در ایران سقط درمانی فقط اندیکاسیون (روش درمانی مجاز) مادری دارد، یعنی فقط در صورت تهدید جان مادر یا صدمه جدی به سلامت مادر در صورت ادامه حاملگی اجازه سقط درمانی داده می‌شود. مجوز سقط درمانی باید زیر ۱۶ هفته صادر شود. بالای ۱۶ هفته حتی در صورت خطر بودن جان مادر، جایز نیست. ادامه بارداری که باعث نقص عضو مادر یا سلب سلامت مادر شود و یا بقای جنین ضرر غیر قابل تحمل برای مادر داشته باشد، در این صورت قبل از ولوج روح (۷) در جنین سقط جایز است (۸).

استفاده از قواعدی همچون لاجرح و لاضرر به عنوان مجوزی جهت التیام روحی و روانی بزه‌دیدگان به عنوان موضوع اصلی این مقاله انتخاب شده است تا ظرفیت‌های فقهی و حقوقی این قواعد بیش از گذشته مورد مطالعه و بررسی قرار گیرد.

## ملاحظات اخلاقی

در پژوهش حاضر جنبه‌های اخلاقی مطالعه کتابخانه‌ای شامل اصالت متون، صداقت و امانتداری رعایت شده است.

## روش

روش تحقیق، توصیفی - تحلیلی و روش گردآوری اطلاعات، کتابخانه‌ای و با مراجعه به کتب و مقالات صورت گرفته است.

## یافته‌ها

بررسی این قواعد نشان از آن دارد که مقنن با استفاده از ظرفیت‌های فقهی و حقوقی این دو قاعده می‌تواند در صورت اثبات جرح زنان بزه‌دیده ناشی از تجاوز به عنف در مواد قانونی سقط درمانی بازنگری نمایند.

## بحث

۱. سقط جنین: سقط واژه‌ای عربی و از مصدر «سقوط» است و به معنای وقوع، افتادن و ریزش آمده است (۱)، اگر این کلمه با واژه جنین بیاید افتادن جنین قبل از نمو کامل در رحم معنا شده است. به عبارت دیگر سقط جنین به معنای «بچه‌انداختن» یا بچه‌افتادن پیش از زمان یا بچه ناتمام از شکم افتاده اطلاق شده است (۲). جنین در لغت عبارت از است از هر چیز پوشیده و مستور و به نطفه تا زمانی که در شکم مادر است و به بچه‌ای که زهدان مادر آن را پوشانیده و از دید پنهان است، اطلاق می‌شود (۳)، به آن «مجن» و «مجنه» می‌گویند، زیرا که صاحب خود را می‌پوشاند و به هر باگی که دارای درختان انبوهی باشد، جنت و جنان می‌گویند، زیرا که درخت‌ها روی زمین را می‌پوشاند. به بیانی دیگر سقط جنین عبارت است از خروج یا اخراج غیر طبیعی حمل قبل از

بر آیات قرآن کریم احادیث بسیاری مؤید این معنا است (۶). از مجموعه مستندات و منابع که منجر به نفی حرج در دین است می‌توان به این باور رسید که:

۱- پاره‌ای از اسباب عسر و حرج ناظر به مشقت‌های روحی و روانی است، یعنی فرد مکلف صرفاً از حیث روحی در صعوبت و سختی است، به گونه‌ای که عادتاً قابل تحمل نیست، به بیان دیگر منشأ عسر و حرج خواه دستورات شارع مقدس باشد یا موارد دیگر مرکز ثقل آن بر روح و روان فرد مکلف است که تحمل آن عادتاً بسیار دشوار است که نوعاً نمی‌توانند تحمل کنند. به عنوان مثال آیه ۷۸ سوره حج که آمده: «و جاهدوا فی الله حقّ جهاده هو اجتباکم و ماجعل علیکم فی الدین من جرح...؛ جهاد کنید در راه خدا آنطور که شایسته جهاد در راه او است، او شما را برگزیده و در دین برای شما جرحی قرار نداده است.» مفاد آیه این است که هرگاه در اثر عمل به احکام و الزامات شرعی مکلف در عسر و حرج واقع شود (۱۴)، این احکام و الزامات از عهده او برداشته می‌شود (۱۵).

۲- پاره‌ای دیگر از اسباب یا همانند خواندن نماز در حالت نشسته زمانی که ایستاده نماز خواندن دشوار باشد، عسر و حرج، جنبه جسمانی دارد، یعنی فرد مکلف از جهت بدنی و جسمانی در سختی و مشقت قرار دارد نه آنکه صرفاً ضرر دارد، بلکه از حیث عدم تحمل آن در فشار جسمانی است. به عنوان نمونه راوی به امام صادق (ع) می‌گوید که به زمین افتاده و ناخن وی جدا شده و انگشتان خود را با پارچه بسته است حال چگونه باید وضو بگیرد؟ امام (ع) می‌فرماید حکم این قضیه و نظایر آن از کتاب خدا روشن است، زیرا خداوند فرموده است در دین شما حرجی قرار داده نشده است (۱۶)، پس بر آن مسح کن... (۱۷). به نظر می‌رسد در تعیین و تشخیص عسر و حرج ملاک نوعی بودن و یا شخصی بودن تنهایی کافی نیست، بلکه در این‌گونه موارد علاوه بر در نظر گرفتن حالات روحی و جسمی شخص در تشخیص عسر و حرج باید داوری عرف معقول را نیز در نظر گرفت (۱۸)، اما در قوانین با استفاده از این قاعده بسیاری از حکم‌های حرجی نفی شده است (۱۹). به عنوان نمونه می‌توان به قانون مدنی و ماده ۱۱۳۰ پیش از اصلاحیه ۱۳۷۰/۸/۱۴ اشاره کرد که در صورتی که دوام زوجیت موجب

بنابراین سقط جنین به لحاظ فقهی، اخلاقی و قانونی کاری حرام، ناشایست، مجرمانه و مستوجب مجازات و پرداخت دیه به شمار می‌آید (۹)، مگر در موارد خاصی که استثنای حکم فقهی از حرمت به جواز تبدیل می‌شود و در قانون نیز به عنوان سقط مجاز تعیین شده است (۱۰).

۳. **تجاوز (زنا) به عنف:** تجاوز جنسی، معضلی اجتماعی است که در تمام جوامع به ابعاد مختلف با توجه به فرهنگ آن جامعه شیوع دارد. در میان عوامل تهدیدکننده امنیت افراد، تجاوز جنسی را باید یکی از تلخ‌ترین نوع تهدیدات دانست که با سلب اراده طرف مقابل را سلب می‌کند و از او به جای شریک جنسی یک قربانی جنسی می‌سازد. از نظر لغوی، «تجاوز» به معنای ظلم و تعدی و بیرون‌شدن از حد، حق و عدل است (۲). تجاوز به عنف نوعی رفتار خشن و تحقیرآمیز است که از طریق اعمال جنسی و برای ابراز قدرت و خشم صورت می‌گیرد، در چنین مواردی، رابطه جنسی به ندرت موضوع اصلی است. زنا به عنف جرمی است از اقسام خشونت‌های جنسی با تأکید بر دو عنصر «رابطه جنسی کامل نامشروع» و «سلب اراده قربانی» تعریف شده است (۱۱). بدیهی است که زنی که مورد تجاوز قرار گرفته و از این تجاوز باردار شده است، ادامه بارداری روح و روان وی را فرسوده ساخته و آسیب‌های ناگواری را برای وی رقم خواهد زد. افسردگی و مشکلات رفتاری و طلاق و خودکشی بخشی از این سرنوشت رنج‌آلود است.

۴. **قاعده نفی عسر و حرج سقط جنین ناشی از زنا به عنف:** حرج در لغت به معنی «ضیق»، «تنگی»، «تنگنا»، «گناه» و «حرام» است (۱۲). واژه «عسر» نیز متضاد «یسر» و به معنای «صعب» و «تنگ»، «دشوار»، «بدخویی»، «مشکل»، «سخت» و «سخت‌شدن روزگار» به کار می‌رود. این واژه در قرآن کریم، به همین معنی است (۱۳). معنای عسر عبارت از صعوبت، مشقت و شدت است که در فارسی از آن به دشواری و سختی تعبیر می‌شود (۲). از مهم‌ترین آیاتی که به عنوان دلیل قاعده عسر و حرج مورد استناد قرار می‌گیرد، آیه ۷۸ سوره حج، آیه ۶ سوره مائده و آیه ۱۸۵ سوره بقره است. علاوه

گیرد، مگر آنکه حیات مادر در ادامه بارداری تهدید شود. با استناد به قاعده حرج هر تکلیفی که مستلزم مشقت شدید باشد و مردم عادتاً توان تحمل آن را در این اوضاع و شرایط خاص نداشته باشند، ساقط است، البته تکالیفی که به صورت دائم و از اصل با عنایت به حرج و سختی ناشی از آن‌ها تشریح شده‌اند، خارج از این قاعده‌اند. قاعده حرج قاعده‌ای ثانویه است که در ابواب مختلف فقه جاری است. در هنگام تعارض این قاعده با احکام اولیه، قاعده حرج حاکم بوده و حکم وجوب یا حرمت را که به فعلی به عنوان اولی تعلق گرفته، برمی‌دارد. نکته‌ای که باید به آن توجه داشت، این است که حکمی که در تعارض با قاعده حرج قرار می‌گیرد، از نظر اهمیت می‌تواند درجات متفاوتی داشته باشد و با توجه به همین درجه اهمیت است که میزان حرج حاکم بر آن نیز سنجیده و تعیین می‌شود. بنابراین حرجی که می‌تواند رافع حرمت سقط جنین باشد باید درجه بسیار بالایی از سختی و مشقت داشته باشد، چراکه از یکسو خطاب‌های سنگین قتل و حرمت مؤکد آن را داریم و اینقدر این حرمت قوی و مؤکد است که در تراحم با هر تکلیف دیگری حفظ جان حکم اهم محسوب شده و مقدم می‌شود. اگر کسی اشکال کند که سقط جنین قبل از ولوج روح مصداق قتل نیست و خطاب‌های حرمت قتل موضوعات شامل آن نمی‌شود، به نظر می‌رسد که اگر بپذیریم سقط قبل از ولوج روح قتل نیست، اما به طور قطع ظلم به جنین است. پس مسأله‌ای به این اهمیت نیاز است تا به منظور تشخیص میزان حرج مجوز سقط و بیان مصادیق آن باید به این نکات توجه داشت که میزان حرج به قدری باشد که بتوان با آن حرمت قتل یا سقط را با آن همه تأکید و با آن قوت ملاک حرمت بردارد، حتی چه بسا ممکن است گفته شود، حرج به بالاترین حد نیز برسد، نمی‌تواند مجوز قتل و کشتن باشد، زیرا قتل از محرماتی است که نزد شارع اهمیت بسیار زیادی دارد به هیچ وجه اجازه ارتکاب آن داده نمی‌شود، هرچند در اثر عدم ارتکاب فرد به حرج بالا دچار شود. از آنجا که احکام شرعی دارای عمومیت و شمول است. این عمومیت و شمول، گاهی فرد را با مشکلات و دشواری‌هایی در تطبیق احکام یا

عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند. با اضافه‌شدن تبصره به این ماده واحده آمده است که اگر ادامه زندگی برای زوجه با مشقت همراه شود و تحمل آن مشکل باشد، بنا به درخواست زوجه، طلاق انجام خواهد شد. مواد مشابه استفاده از این قاعده در روابط استیجاری و بسیاری از موضوعات حقوقی حاکی از کاربرد این قاعده و حکومت این حکم ثانوی بر همه احکام اولیه است.

##### ۵. تطبیق منشأ عسر و حرج در حمل جنین ناشی از زنا:

بحث اصلی در قاعده نفی حرج، اثبات حرج و مشقت مادر در ادامه بارداری است. زن یا دختری که به عنف مورد تجاوز قرار گرفته و نتیجه آن بارداری بوده است، علاوه بر صدمات روحی، روانی و عاطفی، بار سنگین تحقیر اطرافیان و... را نیز باید تحمل کنند، چه بسیاری از این افراد از طرف نزدیکان و مورد مذمت و تحت فشار قرار می‌گیرند تا جنین را سقط کنند. نظر فقهای عظام در این رابطه به دو قسم قابل تقسیم است:

۱- سقط جنین جایز است به شرط حرج شدید و قبل از ولوج روح باشد.

اگر زنی از زنا آستان شود، جایز نیست بچه‌اش را سقط کند، لیکن اگر قبل از چهارماهگی برای جلوگیری از تضییع آبرو و حیثیت سقط کند (۲۰) با فرض توبه، جایز است (۲۱) و یا آمده است: اسقاط جنین حتی اگر روح در آن دمیده نشده باشد، جایز نیست، ولی اگر مجبور به این کار شد، مثلاً برای حفظ جان مادر، لازم است که دیه آن را با تفصیلات مذکور در رساله عملیه پرداخت نماید (۲۲) و یا در هر موردی که بقای جنین موجب مشقت و حرج شدید باشد، اسقاط جایز است قبل از ولوج روح (۴ ماه تمام) و فقط باید دیه آن پرداخت شود (به سایر ورثه جنین) (۲۳).

۲- پس از ولوج جایز نیست.

طبق اجماع فقهای شیعه سقط جنین فی‌نفسه عملی محرم است (۲۴)، حتی اگر قبل از دمیده‌شدن روح باشد (۲۵). لازم به یادآوری است که سقط جنین حتی در مواردی که امکان وجود نقایص مادرزادی جسمی و عقلی و روانی، ژنتیکی در جنین امکان‌پذیر باشد، نمی‌تواند مجوز شرعی برای سقط قرار



نقض غرض آن قاعده می‌باشد (۲۷). همانطور که فقها تصریح کرده‌اند اگر جنین دارای روح باشد، هرگز نمی‌توان با لاجرح حکم به جواز قتل او داد. دلیل نفی حرج یک دلیل امتنانی است و در موردی که جریان آن خلاف امتنان باشد، جاری نمی‌شود. این مطلب هم در فقه مسلم است و هم قانونگذار به آن توجه داشته و یکی از قیود لازم در مجازدانستن سقط ولوج روح عنوان کرده است.

**۷. قاعده لاجرح و عدم رفع حرمت سقط جنین:** طبق نظر برخی از علما، ادله لاجرح با حکومت بر واجبات رافع آن‌ها می‌شود، اما این قاعده بر محرمات حکومتی ندارد، زیرا ترک مطلق اکثر محرمات برای معمول انسان‌ها حرجی است و اگر لاجرح را بر محرمات حاکم بدانیم، تقریباً ادله محرمات لغو می‌گردد (۲۸)، البته طبق نظر برخی دیگر از فقها قاعده لاجرح علاوه بر حکومت بر ادله محرمات بر ادله واجبات نیز حاکم است، اما باید توجه داشت اختلافی بودن این مبنا عامل بازدارنده‌ای است که بسیار مورد توجه مقنن قرار گرفته است. بر این اساس است که جریان این قاعده رافع حرمت سقط جنین نیست. درست است که تجاوز جنسی عملی ضد بشری، وحشتناک و دارای عواقب بسیار سوء بر قربانی است؛ با این حال نباید فراموش کرد جنین به وجودآمده از این فعل، موجودی مبرا از جرم فاعل تجاوز محسوب می‌شود و به قتل‌رساندن او در واقع به معنای تحمیل مسئولیت جزایی غیر بر اوست که خود نقض فاحش اصول کلی حقوق جزا و حقوق بشر است. بنابراین جنین ناشی از زنا مانند جنین ناشی از آمیزش مشروع حق تولد و حیات دارد و سقط او دارای کیفر و مجازات است (۲۹). بسیاری از فقها سقط جنین ناشی از زنا را نیز فعلی حرام دانسته‌اند (۳۰).

**۸. قاعده لاضرر و سقط جنین ناشی از زنا به عنف:** لزوم جبران ضرر، قدیمی‌ترین بنیانی است که در جوامع بشری از دیرباز به جامانده است. در حقوق اسلام نیز قاعده لاضرر همین نقش را دارد. این قاعده از حدیث نبوی «لاضرر و لاضرار فی السلام» گرفته شده است. در مورد مفاد این قاعده سخن فراوان است. در مورد «لای» این قاعده برخی آن را لای

مصادیق و موارد مواجه می‌کند. برای حل چنین مشکلاتی و نیز تبیین دایره شمول و گستره این قاعده و حل تعارض احتمالی این قاعده با سایر قواعد فقهی، پرداختن به آن، ضروری به نظر می‌رسد. مطابق آیات قرآنی و روایات موجود اگر در امری سختی و ناراحتی بیش از حد معمول به وجود آید، لازم است به دنبال راه‌های تسهیل آن بود و پس از یافتن، آن راه سهل در پیش گرفته شود و بعد از برطرف شدن مشقت همان حکم قبلی اجرا شود، چنانچه امر دایر بین دو امر مشقت‌آور باشد، بایستی آسان‌ترین آن‌ها به کار گرفته شود، البته در صورتی که جلب تیسیر مخالف نص نباشد و از این جهت مشقت موجود در اجرای حدود نمی‌تواند باعث برقراری جلب التیسیر گردد.

**۶. امتنان و قاعده حرج:** یکی از مسائل پذیرفته‌شده در ذیل قاعده لاجرح، امتنانی بودن این قاعده است. امتنانی بودن به این معناست که به واسطه این قاعده شارع به بندگان لطف کرده و در جایی که حکم به لحاظ شرایط و موقعیت برای فرد خاصی حرج و مشقت شدید دارد، حکم از آن شخص خاص رفع می‌شود. حال که قاعده امتنانی به امت مسلمان است، شرط جریان آن، این است که امتنان به فرد خاصی موجب ضرر یا حرج بر شخص دیگر نشود، و الا خلاف امتنان بوده و غرض شارع را از آن قاعده نفی می‌کند (۲۶). نسبت به قاعده لاضرر و نفی اضطرار نیز همین مطلب صادق است. اگر باقی‌ماندن حمل برای مادر مستلزم خطر جانی باشد، قاعده نفی ضرر اقتضا می‌کند مادر برای دفع ضرر از خودش بتواند اقدام به سقط جنین کند، اما باید توجه داشت قاعده اضطرار و حدیث حلال بودن محرمات در هنگام اضطرار برای رفع ضرورت است، برای برگرداندن ضرورت به دیگری یا ایجاد ضرورت در محل دیگر نمی‌باشد. اگر روح در جنین دمیده شده، دفع ضرر از مادر مستلزم برگرداندن ضرر به شخص جنین است و این خلاف غرض قاعده نفی اضطرار است. به تصریح برخی بزرگان «مفاد قاعده از بین بردن ضرورت است و آن در جایی محقق می‌شود که ضرورت دیگری را که شدیدتر یا مانند آن باشد، موجب نشود، زیرا تسبیب در ایجاد ضرورت دیگر به معنای

به نفع مادر و ضرر جنین مورد استناد قرار گیرد (۳۶). بنابراین سقط جنین برای حفظ سلامتی مادر، اصولاً مجاز نیست و به عنوان ثانوی، تنها در صورت حرج ضرورت، آن هم تا قبل از دمیده شدن روح، جایز خواهد بود.

حکم اضطراری که به آن «حکم ثانوی» نیز می‌گویند، حکمی است که برای مکلف با توجه به حالات مختلف او به استثنای حالت علم و جهل وضع شود. به طور کلی اضطرار، وضعیتی غیر قابل تحمل است، به طوری که هرگاه مکلف در آن قرار گیرد، نتیجه آن یکی از این سه حالت است: ۱- انجام فعل حرام؛ ۲- ترک واجب؛ ۳- یا تلفیقی از هر دو. برخی از فقها برای رفع حرمت سقط جنین، به قاعده اضطرار استناد نموده‌اند. در شرایطی که جان مادر و جنین هر دو، در معرض خطر قرار دارد یا زمانی که بقای جنین، جان مادر را در تهدید می‌کند، می‌توان به این دلیل تمسک کرد، چراکه در چنین شرایطی، تنها امکان حفظ جان یک نفر وجود دارد، البته باید در چنین شرایطی، کمترین ضرر ممکن به مادر یا دیگر جنین‌ها وارد شود، زیرا اضطرار یک نفر، حق دیگری را از بین نمی‌برد (۳۷). مرجع تشخیص موضوعات اضطراری عرف است، زیرا اضرار نیز مانند عسر و حرج و لاضرر دارای مفهوم تشکیکی است و تشخیص موضوع آن کار آسانی نیست (۳۸).

۲- این ضرر، پس از ولوج به جنین است.

اگر ضرر متوجه مادر باشد. سقط جنین جایز نیست، زیرا به جهت آنکه دفع ضرر با کشتن انسان دیگر که در معرض خطر جانی نیست، معنا ندارد، اما به نظر می‌رسد این حالت مصداق تزاحم بین دو الزام، یعنی وجوب و حرمت است. از سویی حفظ جان مادر واجب است و از طرف دیگر سقط جنین نیز حرام است و به دلیل آنکه منشأ ضرر مادر، نفس حمل است در این حالت امر تزاحم پیدا می‌کند، یعنی حفظ جان مادر و سقط جنین، اگر چنانچه وجه ترجیحی وجود داشته باشد، آن طرف مقدم خواهد بود و چنانچه مرجحی نباشد، مصداق تخییر خواهد بود که به نظر می‌رسد در عرف حفظ جان مادر نسبت به فرزند ترجیح داشته و با این استدلال می‌توان قائل شد سقط جنین جایز خواهد بود. اگر ضرر متوجه هر دو باشد.

نفی و برخی دیگر لای نهی اگر لای نفی بدانیم، این قاعده تنها نافی حکم ضرری است و حکم جدیدی ایجاد نمی‌کند. اگر آن را لای نهی بدانیم، معنای این قاعده این است که هر ضرری که وارد شود، نیاز به جبران است. این قاعده در بسیاری از احکام ثانویه کاربرد دارد. معنای «ضرر» در این قاعده عبارت است از «خسارت‌زدن به دیگری» است (۳۱). بنابراین مدلول «لاضرر»، نفی یا نهی از ضرر است، اعم از اینکه به خود باشد یا به دیگری.

#### ۹. قاعده لاضرر و سقط جنین ناشی از تجاوز به عنف:

بدون تردید قاعده لاضرر در سقط تجاوز به عنف زمانی کاربرد دارد که بتوان به اثبات رساند (۳۲) که تولد جنین اعمال ضرر به قربانی است (۳۳). به نظر می‌رسد استناد به این قاعده برای سقط جنین زمانی امکان‌پذیر است که تحقق ضرر در عدم سقط جنین باشد و متعلق ضرر در فرض سقط ضرر جسمانی است که خطر مرگ را به همراه دارد نه هر نوع ضرری که ممکن است بدون سقط قابل درمان یا پیشگیری باشد. اگر ضرر صرفاً متوجه جنین باشد، نیازمند بررسی‌های پزشکی است و بحث جداگانه‌ای خواهد داشت. در جایی که ضرر متوجه مادر است. دارای دو حالت خواهد بود:

۱- این ضرر قبل از ولوج روح به جنین است. دیدگاه اکثر فقها بر این امر استوار است که اگر ضرر به مادر باردار قبل از ولوج روح به جنین است سقط جایز است.

آیت‌اله خامنه‌ای معتقدند: «سقط جنین شرعاً حرام است و در هیچ حالی جایز نیست، مگر آنکه استمرار حاملگی برای حیات مادر خطرناک باشد که در این صورت سقط جنین قبل از ولوج روح اشکال ندارد، ولی بعد از دمیدن روح جایز نیست...» (۳۴). از نظر فقه تشیع، سقط جنین برای حفظ سلامتی جسمی و روانی مادر، قبل از دمیده شدن روح، تنها به استناد قاعده نفی عسر و حرج و قاعده لاضرر، در صورتی که بقای جنین مستلزم نقص عضو یا درد غیر قابل تحمل برای مادر باشد و زنده‌نگه‌داشتن جنین در خارج رحم نیز میسر نباشد، امکان‌پذیر است و بعد از دمیده شدن روح، به دلیل اینکه این دو قاعده از قواعد در حق تمامی مکلفین است (۳۵)، نمی‌تواند



طبق دیدگاه امام خمینی (ره) بعد از دمیده شدن روح در جنین حفظ جان یکی بر دیگری ارجحیت ندارد و اگر علم به تلف شدن هر دو باشد و تنها امکان حفظ یکی از آنهاست، مورد باید با قرعه مشخص شود. در شرایط سقط زمانی که جان مادر در خطر است نه امکان حفظ هر دو موجود است و نه انتخابی در کار است، چون حیات جنین متوقف بر بقای مادر است اگر جنین را انتخاب کنیم نمی‌توانیم جانش را حفظ کنیم، بنابراین هر چند ترجیحی نباشد، تنها امکان حفظ زندگی مادر است که بهتر از مرگ هر دو است (۳۹). مقام معظم رهبری نیز در این باب بیان داشته‌اند که اگر ... استمرار بارداری حیات مادر و جنینی هر دو را تهدید کند و نجات زندگی طفل به هیچ وجه ممکن نباشد، ولی نجات زندگی مادر به تنهایی با سقط جنین امکان داشته باشد، سقط جایز خواهد بود (۳۴). والدین، اما از دیدگاه فقها، پس از شهیدنشدن روح، سقط جنین به هیچ روی روا نیست. آنچه به نظر می‌رسد و در مورد پیش حفظ سلامتی مادر نیز به آن اشاره شد، این است که نخست، میان جنین پیش از دمیده شدن روح و پس از آن به راستی فرقی وجود ندارد و اختلاف بالقوه و بالفعل بودن در اینجا کافی نیست. بنابراین اگر در مرحله پیش از دمیده شدن روح، سقط با استناد به قواعد لاجرح و لاضرر روا دانسته می‌شود، باید پس از دمیده شدن روح نیز این استناد بس باشد و اگر جنین را پس از دمیده شدن روح انسان کامل بدانیم و پیش از آن انسان ناقص یا بالقوه، در هر دو حالت کشتن انسان روا نیست و دیگر اینکه در مقام تراحم اجرای این دو قاعده در دو سو جنین و مادر، با یافتن برتری در یکسو، می‌توان داوری کرد و اولویت را تعیین نمود (۴۰) و اگر هیچ برتری یافته نشود، حکم عقل در اینجا آزادی انتخاب است.

به نظر می‌رسد قاعده لاضرر در صورت احراز آن حاکم بر ادله سقط است، اما قاعده عسر و حرج قدرت تعارض با دلیل حرمت سقط را ندارد. در این باره آمده است: در حالی که نجات هر دو (مادر و جنین) دارای شرایطی مساوی هستند، انتخاب جان مادر نوعی ترجیح بلامرجه است (۴۱). یکی از نکات مورد توجه در قاعده لاضرر چگونگی و کیفیت کاربرد آن است.

با در نظر داشتن این نکته هر حکم ضرری، حتی اگر به ظاهر از احکام شرعی باشد، شرعیات ندارد و منتفی است (۴۲). اگر بتوانیم چنین کاربردی را برای این قاعده در نظر بگیریم، این قاعده در حد قاعده‌ای اصولی و بسیار پدافند و کاربردی است که می‌تواند معیاری برای نفی همه احکام ضرری محسوب گردد. بر این اساس هنگام تعارض این قاعده با سایر احکام اولیه، حتی اگر حکم ضرری قوی‌ترین دلیل را داشته باشد، غیر قابل آتیان خواهد بود، زیرا قاعده لاضرر بر آن حاکم است.

اهل لغت «ضرر» را خسارت زدن به دیگری معنا کرده‌اند (۳۱). مدلول حقیقی این واژه ضرر به غیر نیست و متبادر از آن ضرر به غیر نیست، بلکه ضرر به خود را نیز شامل است (۴۳). با این اوصاف، مدلول لاضرر، نفی یا نهی از ضرر است، اعم از اینکه به خود باشد یا به غیر و هیچ دلیلی وجود ندارد که ضرر به خود از حکم حرمت ضرر مستثنا شده باشد و در این گونه موارد، اصالة العموم حاکم است و عموم لاضرر، شامل ضرر به خود نیز شده است. درباره این قاعده آمده است که در حدیث نبوی، پس از جمله «لاضرر و لااضرار» قید «فی الاسلام» نیز ذکر شده است، در حالی که در معتبرترین طرق نیز این قید ذکر نشده است (۱۷). تنها در یک حدیث بیان شده است (۴۴). از سوی دیگر نقل شده است که استفاده از این قاعده باعث به تعطیلی‌کشاندن تمام احکام دینی و باعث تولد فقهی نوین است (۴۲). در جواب باید به این نکته اشاره نمود که قاعده لاضرر به معنای نفی حکم نیست، بلکه نفی حکم است به لسان نفی موضوع (۴۵). در این قاعده، حکم ضرری و موضوع ضرری نفی شده است. نه مجوزی برای لغو و تعطیلی احکام الهی نیست، بدین ترتیب است که تخصیص اکثر لازم نمی‌آید. (۴۶). در استفاده از این قاعده به نظر می‌رسد که شیخ انصاری با آخوند خراسانی به نقطه اشتراک نظر رسیده‌اند (۴۷)، اما در مقابل برخی دیگر از فقها بیان کرده‌اند که تفکیک موارد میان موضوع ضرری و حکم ضرری، امری دشوار است و تقریباً می‌توان گفت هرگاه موضوع ضرری باشد، حکم نیز ضرری است، همچنانکه حکم ضرری باشد و اگر بنا باشد حکم موضوع ضرری قابل نفی باشد، به طریق اولی، حکم که خود ضرری

طبق دیدگاه امام خمینی (ره) بعد از دمیده شدن روح در جنین حفظ جان یکی بر دیگری ارجحیت ندارد و اگر علم به تلف شدن هر دو باشد و تنها امکان حفظ یکی از آنهاست، مورد باید با قرعه مشخص شود. در شرایط سقط زمانی که جان مادر در خطر است نه امکان حفظ هر دو موجود است و نه انتخابی در کار است، چون حیات جنین متوقف بر بقای مادر است اگر جنین را انتخاب کنیم نمی‌توانیم جانش را حفظ کنیم، بنابراین هر چند ترجیحی نباشد، تنها امکان حفظ زندگی مادر است که بهتر از مرگ هر دو است (۳۹). مقام معظم رهبری نیز در این باب بیان داشته‌اند که اگر ... استمرار بارداری حیات مادر و جنینی هر دو را تهدید کند و نجات زندگی طفل به هیچ وجه ممکن نباشد، ولی نجات زندگی مادر به تنهایی با سقط جنین امکان داشته باشد، سقط جایز خواهد بود (۳۴). والدین، اما از دیدگاه فقها، پس از شهیدنشدن روح، سقط جنین به هیچ روی روا نیست. آنچه به نظر می‌رسد و در مورد پیش حفظ سلامتی مادر نیز به آن اشاره شد، این است که نخست، میان جنین پیش از دمیده شدن روح و پس از آن به راستی فرقی وجود ندارد و اختلاف بالقوه و بالفعل بودن در اینجا کافی نیست. بنابراین اگر در مرحله پیش از دمیده شدن روح، سقط با استناد به قواعد لاجرح و لاضرر روا دانسته می‌شود، باید پس از دمیده شدن روح نیز این استناد بس باشد و اگر جنین را پس از دمیده شدن روح انسان کامل بدانیم و پیش از آن انسان ناقص یا بالقوه، در هر دو حالت کشتن انسان روا نیست و دیگر اینکه در مقام تراحم اجرای این دو قاعده در دو سو جنین و مادر، با یافتن برتری در یکسو، می‌توان داوری کرد و اولویت را تعیین نمود (۴۰) و اگر هیچ برتری یافته نشود، حکم عقل در اینجا آزادی انتخاب است.

به نظر می‌رسد قاعده لاضرر در صورت احراز آن حاکم بر ادله سقط است، اما قاعده عسر و حرج قدرت تعارض با دلیل حرمت سقط را ندارد. در این باره آمده است: در حالی که نجات هر دو (مادر و جنین) دارای شرایطی مساوی هستند، انتخاب جان مادر نوعی ترجیح بلامرجه است (۴۱). یکی از نکات مورد توجه در قاعده لاضرر چگونگی و کیفیت کاربرد آن است.

است (۵۳). بر اساس این نظر، قاعده لاضرر در حد یک حکم فرعی است و فقط حرمت اضرار را ثابت می‌کند و طبیعی است این قاعده به عنوان یک حکم فرعی، در عرض احکام فرعی دیگر قرار می‌گیرد و در صورت تعارض بر آن‌ها حاکم نمی‌شود، بلکه باید با استفاده از ادله تعادل و ترجیح، می‌توان در این‌باره قضاوت کرد. با این فرض کارآمدی قاعده لاضرر در مقایسه با کسانی که این قاعده را قاعده نفی حکم ضرری تصور کرده‌اند، در حد بسیار نازلی و در حد یک امر مسلم است که عقل در کشف آن مستقل است و دلیل شرعی در این‌باره جز ارشاد چیزی نیست، تنزل داده‌اند. طبق دیدگاه امام خمینی (ره) قاعده لاضرر یک حکم سلطانی و حکومتی است که فقط در مقام سلطنت و حکومت و اجرای احکام و در صورت تراحم حقوق در عمل قابل اجراست (۳۹).

با این تلقی این قاعده به عنوان یک حکم فرعی تکلیفی و برای نهی از اضرار و حرمت آن یا به عنوان قاعده‌ای فقهی و مبنایی برای لغو هرگونه حکم ضرری مطرح نمی‌شود، بلکه به عنوان یک قاعده اجرایی است که کارآمدی آن به مرحله اجرای احکام و آن هم با تشخیص حاکم و مجری منحصر است. بنابراین در حیطه قانونگذاری، تشریح و صدور فتوای فقهی، کارآیی ندارد و بر اساس آن نمی‌توان برای جلوگیری از ضرر حکم شرعی، لزوم یا اسقاط، حکم کرد، بلکه حکم شرعی به قوت خود باقی است و فقط در موارد خاص و در جایی که حاکم تشخیص دهد و ضرری را در اجرای حکم ببیند، می‌تواند از اجرای آن جلوگیری کند، ولی فقیه و قانونگذار، نمی‌توانند در حکم شرعی دست برده، آن را تغییر دهند. این در حالی است که در صورت استتکاف زوج از پرداخت نفقه زوجه، طلاق زوجه از سوی حاکم، جایز است و دلیل آن قاعده لاضرر بیان شده است و این حکم گویای آن است که کاظم طباطبایی یزدی به صورت عملی کاربرد این قاعده را در اثبات احکام پذیرفته‌اند (۵۴).

شیخ انصاری نیز با وجود آنکه با این قاعده ضرر احکام وجودیه را نفی کرده است، بیان کرده است که به وسیله این قاعده، مجعولات نفی نشده، بلکه نفی در این قاعده هر چیزی است

باشد نیز قابل نفی است. بنابراین فرق آشکاری میان آن‌ها متصور نیست یا آمده است مقصود از لاضرر، نه نفی حکم ضرری است و نه نفی حکم موضوع ضرری، بلکه نفی ضرری است که جبران آن نشده باشد (۴۸) و نیز بیان شده است که مفاد قاعده لاضرر در حد یک حکم ایجابی است، نه سلبی و تنها ثمره‌اش وجوب جبران هر خسارتی است که به وسیله کسی بر دیگری وارد شده است (۴۹). با این فرض قاعده لاضرر در عمل مانند «قاعده ضمان» است و معنایی بیش از آن ندارد. با این تفاوت که قاعده ضمان فقط ضمان را در اتلاف یا تلف ثابت می‌کند، ولی در این قاعده، این ضمان برای اضرار نیز به اثبات می‌رسد. بنابراین بر این اساس این قاعده فقط در روابط میان مردم و به منظور اثبات ضمان اضرار، کاربرد می‌یابد. به نظرمی‌رسد استفاده و کاربرد قاعده لاضرر را به مثابه قاعده ضمان دانستن در واقع نفی و رکود این قاعده است و قابل قبول نیست و خلاف موازین فقهی اثبات شده است (۵۰)، به خصوص از آن جهت که نتیجه‌اش خلاف مسلمات و موازین فقهی اثبات شده است، زیرا ضمان ضرر با این کلیت مورد قبول قرار نگرفته است و عدم ضمان در بسیاری از موارد ضرر به اثبات رسیده است (۵۱). شاید بتوان این قاعده را نفی مشروعیت مطلق ضرر قلمداد کرد. در این صورت نقدهای کمتری به آن وارد است (۵۲). طبق دیدگاه شیخ انصاری شمول قاعده لاضرر ضررهای مردم به یکدیگر را نیز دربر خواهد گرفت (۴۲). بنابراین با استفاده از این قاعده می‌توان هر قانون و حکمی که باعث ضرر مردم بر مردم شود، از اعتبار حقوقی و شرعی ساقط کرد (۴۷). با این فرض قاعده لاضرر در حد یک حکم کلی است که هرگونه اضرار را ممنوع و غیر مجاز و آثار حقوقی اعمال ضرری را غیر معتبر می‌شناسد و تفسیر این قاعده در ماهیت و منشأ مانند مصادیق «نفی حکم ضرری» است. برخی از فقها نیز مفاد قاعده لاضرر را نهی می‌دانند و خودداری می‌کنند از اینکه بتوان از این قاعده یک جمله خبریه و معنای نفی وجود ضرر فهمید و این قاعده را به صورت جمله‌ای ناهیه و فعل نهی معنا می‌کنند و می‌گویند: اگرچه به ظاهر لای نفی جنس آمده است، ولی معنای آن نهی

۲- حقوقی که شارع مقدس برای زن یا شوهر قرار داده تعبد محض نیست که مناط آن دور از فهم بشر باشد، بلکه برای حفظ کیان خانواده قوانینی بر اساس عدالت وضع کرده است و مقتضای عدالت آن است، همچنانکه شارع مقدس درباره نفقه و لباس و مسکن حقوقی قرار داده، باید برای تأمین نیاز جنسی که امری حیاتی و مهم برای بشر و یکی از اهداف اساسی ازدواج است، حقوقی را برای بانوان در نظر بگیرد و اینکه بگوییم مرد در تأمین نیاز جنسی تام‌الاختیار است و زن هیچ‌گونه حقی از این ناحیه ندارد، با مذاق شارع حکیم که بر اساس عدالت قوانین را جعل کرده و به انسان‌ها اجازه نمی‌دهد که به دیگران ضرر بزنند یا دیگران را در حرج قرار بدهند، سازگار نیست...، به طور کلی اگر در جایی عذر شرعی یا عرفی یا تکوینی وجود داشته باشد، تأخیر تا چهار ماه مجاز است...، ولی مرد نمی‌تواند بدون عذر با ترک مباشرت زن را به ضرر بیندازد، چون مرد زن را گرفته و او را طلاق نمی‌دهد، ضرر به او منتسب می‌گردد و عرفاً اضرار شمرده می‌شود و دلیلی بر تخصیص لاضرر در این مورد نداریم (۲۸).

۳- شوهر زنی هشت سال قبل از خانواده فرار کرده و می‌دانیم الان زنده است، ولیکن مکان او را نمی‌دانیم، این مرد یک دختر هم دارد، این زن و دختر منزل ندارند و کسی که خرجی آنان را بدهد نیست، خود زن هم میل زیاد به شوهر دارد، چون جوان است و ممکن است مبتلی به فساد شود، آیا اجازه می‌فرمایید که از باب دفع ضرر و حرج شدید، کسی او را طلاق دهد؟

موسوی خمینی (ره) در پاسخ فرموده‌اند: «در فرض مضیقه مالی و روانی همان است که باید پس از مراجعه به حاکم، چهار سال صبر کند: قبل از رجوع به حاکم شرع و صبر تا چهار سال از حین مراجعه و فحش از شوهر در این مدت، طلاق جایز نیست» (۲۵).

۴- طلاق بدون اذن یا وکالت از شوهر باطل است و در صورت غیبت شوهر زن می‌تواند به محکمه شرعی شکایت کند و در این صورت حاکم شرع بعد از فحش (تا چهار سال با رعایت شرایط) زن را طلاق دهد و در هر صورت باید خودش را از گناه حفظ کند.

که به واسطه تدین به دین اسلام حاصل شود، خواه وجودی باشد یا عدمی (۵۰). در این صورت کارآمدی این قاعده در صورت پذیرش آن، در نفی احکام عدمی در حد بسیار بالایی افزایش می‌یابد و این قاعده را به صورت یک قاعده عام که در همه مباحث جدید و مسائل مستحدثه و موارد سکوت شرع است می‌تواند راهگشا باشد. فقها در باره استفاده از این قاعده آورده‌اند که استفاده به شرح بالا از این قاعده ممکن است این قاعده را به اصل «استصلاح» نزدیک کند و یا مشابه آن سازد که اصلی پذیرفته در فقه اهل سنت است (۵۵). این قاعده استحسان از سوی فقهای شیعه اصلی غیر قابل پذیرش و نوعی تفسیر به رأی است (۵۶). به نظر می‌رسد این قاعده در مواردی به کار می‌آید که عملی به قصد اضرار به غیر صورت گرفته باشد و به همین دلیل در برخی قوانین موضوعه ایران، از جمله قانون تعزیرات حکومتی ماده ۴ و ۶۰ در بند بعضی اعمال ضرری به قید «قصد ضرر رساندن» مقید شده‌اند، ولی در اینکه آیا این قاعده در بیش از این مورد نیز کارایی داشته باشد، تردیدهای زیادی به وسیله فقها صورت گرفته است (۵۷).

**۱۰. قاعده لاضرر و حل و فصل مسائل خانواده:** قاعده لاضرر و عسر و حرج از جمله قواعدی‌اند که قادرند به صورت ثانویه، حکم حرمت اولیه را (مانند ممنوعیت سقط) برداشته و جواز سقط را صادر نمایند، گرچه وضع این قواعد به معنای عدم سخت‌گیری شرع است، اما استفاده نادرست از آن‌ها برای هر زیان و سختی ناچیزی می‌تواند آثار اخروی و دنیوی عمیقی به بار آورد. از طرف دیگر معنای قواعد مزبور ممکن است با توسعه مرزهای دانش در هر عصری تغییر نماید (۱۱). استفاده از این قاعده در موضوعات حقوق خانواده از قبیل نکاح و طلاق، استناد به قاعده لاضرر کاملاً امری رایج است و احکام فراوانی را می‌توان نشان داد که محکوم قاعده لاضرر قرار گرفته است. مواردی مانند:

۱- اگر ولی دختر او را به ازدواج مردی «خصی» یا «عنین» یا «مجنون» درآورد، دختر به دلیل عموم قاعده نفی ضرر حق اعتراض دارد (۵۸)، یعنی ولایت پدر، محکوم قاعده لاضرر است.

یا مادر مجبور است مدت‌های مدیدی را در مراکز درمانی بستری گردد. در موارد فوق، استفاده از قاعده لاضرر برای صدور حکم سقط درمانی به نظر می‌رسد قابل تأمل باشد، هرچند باید از توسعه حکم جواز سقط جنین نیز اجتناب نمود. تنها موردی که فقها تقریباً بر آن اجماع دارند، جواز اسقاط جنین در صورت تهدید جانی مادر است که در قانون سقط درمانی نیز آمده است. به نظر می‌رسد با تفسیر موسع این گزاره قانونی، بتوان آن را صرفاً به خطری که حیات فیزیکی مادر را تهدید می‌کند، محدود نکرد و از باب تنقیح مناط، حیثیت و آینده و گسیختگی روانی زن را نیز مشمول حکم حیات دانست. همانطور که یکی از فقها در این باره چنین اظهار نظر می‌کند که اگر دختر اطمینان دارد و احتمال عقلایی بدهد که اگر جنین را سقط نکند، مورد اذیت و آزار غیر قابل تحمل قرار می‌گیرد و در عسر و حرج شدید واقع می‌شود، در چنین فرضی بعید نیست که سقط جنین حرام نباشد (۶۱). حاملگی در اثر تجاوز جنسی قطعاً فشار روحی زیادی به مادر تحمیل می‌کند، به طوری که هم در دوران حمل و هم بعد از تولد کودک نامشروع، مادر دچار عسر و حرج شدید می‌شود، لذا بعید نیست در این مورد بتوان قائل به جواز سقط جنین شد.

### نتیجه‌گیری

آن‌گونه که ملاحظه می‌شود، فقهای شیعه در حوزه‌های مختلف (اجتهاد و تقلید، طهارت، عبادت، عقود و ایقاعات، خوردنی‌ها و نوشیدنی‌ها، دادرسی و حقوق عمومی، مسائل خانواده و...) با استناد به قاعده لاجرح و لاضرر یک حکم الزامی وجوبی یا تحریمی یا یک حکم وضعی را برداشته و قائل به جواز یک عمل در شرایط خاص شده‌اند. واژه حرج دست کم در هفت باب از ابواب فقهی به کار رفته است. لفظ حرج شامل از بین رفتن مال، احتمال خطر مرگ، احتمال ضرر، عجز و عدم قدرت، عسر، مشقت و... است. بر این اساس، می‌توان مدعی شد که حرج مفهومی گسترده داشته، سایر واژه‌های مشابه را نیز دربر می‌گیرد. قاعده لاضرر را می‌توان از زیرمجموعه‌های

۵- مطلقه کردن همسر کسانی که در زمان جنگ مفقود شده‌اند، چگونه است؟

موسوی خمینی (ره): «اختیار طلاق با شوهر است و تا ثبوت طلاق از طرف شوهر یا فوت او باید صبر نماید، اگرچه زوجه مدخول بها نباشد» (۲۵).

۶- اگر مردی از پرداخت نفقه و سایر حقوق زن امتناع ورزد و او را اذیت و آزار کند و حاضر به طلاق هم نباشد، حتی به طلاق خلع، آیا حاکم شرع حق اجبار او را به طلاق و یا اجرای آن دارد؟

موسوی خمینی (ره): اختیار طلاق به دست شوهر است و حاکم شرع می‌تواند در صورت مطالبه زوجه شوهر را وادارد که حقوق زن را ادا کند و در بعض موارد حاکم شرع می‌تواند طلاق دهد (۲۵).

به تعبیر محقق عراقی، لاضرر جنبه امتنانی دارد و نباید امتنان برای زوجه را با طلاق دادن رعایت کرد، ولی از خلاف امتنان بودن برای زوج غفلت کرد (۵۹)، البته محقق حلی رفع هر ضرری را تجویز نکرده است و اعتقاد دارد که برخی از این ضررها را باید تحمل کرد و تاب آورد: «لیس کل ضرر بمنفی الا مع سلامته من وجوب التحمل» (۶۰).

این مسأله در ازدواج قابل انطباق است و به زنان می‌آموزد که ازدواج علاوه بر لحظات شیرین تلخی‌هایی نیز دارد که زوجین باید تحمل نمایند، البته حدود و ثغور قواعد مزبور با یکدیگر متفاوت است. مرجع تشخیص موضوعاتی از این دست عرف است. به دلیل آنکه اضرار مانند عسر و حرج یک مفهوم تشکیکی (ذو مراتب) است (۲۸). بر این اساس است که در تعیین مصادیق آن اختلاف بسیاری وجود دارد. مبنا و ملاک قاعده لاضرر - برخلاف قاعده لاجرح - امتنانی نیست. بنابراین اگر یکی از عناوین ثانوی بعد از ولوج روح بروز کند، مثلاً اگر حیات مادر و یا سلامت روحی و روانی وی بر اثر حفظ جنین به مخاطره بیفتد، مادر می‌تواند برای رفع این اضرار جنین خود را سقط کند. درجه ضعیف‌تر حالتی است که ادامه بارداری باعث بروز اختلالات روانی در مادر است، به شکلی که تربیت آتی فرزند زیر دست این مادر به مخاطره خواهد افتاد و

### تضاد منافع

نویسنده هیچ‌گونه تضاد منافع احتمالی را در رابطه با تحقیق، تألیف و انتشار این مقاله اعلام نکرده است.

### تأمین مالی

نویسنده اظهار می‌نماید که هیچ‌گونه حمایت مالی برای تحقیق، تألیف و انتشار این مقاله دریافت نکرده است.

قاعده نفی عسر و حرج دانست. طبق این دو قاعده تمام رخصت‌های شرع به آن برمی‌گردد. بنابراین اگر این قواعد به درستی شناخته شده و مورد عمل قرار گیرند، مکلفان از انجام برخی تکالیف دشوار رها شده و می‌توانند بنا بر مقتضیات و شرایط هر عصر و زمانه‌ای از قوانین فقهی جدید جهت سروسامان بخشیدن به زندگی‌شان بهره‌مند شوند و عسر و حرج و مشقت از دوش مکلفان برداشته شود. فردی که خارج از خواست و اراده خود و طی یک عملیات مجرمانه به مرحله بارداری رسیده است، مجرم نیست و بزه‌دیده‌ای است که از نظر جسمی و روحی دچار آسیب شدید گردیده است. در این شرایط نیازمند حمایت از طرف جامعه و قانون است، اما در مقررات ایران در این زمینه حکم مشخصی پیش‌بینی نشده است. دلایل آن را باید اولاً در قطعی‌نبودن بارداری ناشی از زنا به عنف و در مرحله بعد کافی‌نبودن دلایل برای استناد به قواعد فقهی (لاجرح و لاضرر) دانست. بنابراین لازم است تا مقنن با وسعت دید، مواد قانونی لازم برای موارد جواز سقط در این مورد را در نظر گرفته و با بازنگری در قوانین تنها مواردی که منجر به عسر و حرج شدید زن بزه‌دیده است از مواردی که با استفاده از حمایت‌های قانونی می‌توان حرج را مرتفع ساخت مشخص سازند. بدیهی است انجام این امر ارتکاب اعمال خلاف قانون جلوگیری و بسیاری از مشکلات زنان بزه‌دیده نیز مرتفع خواهد شد.

### مشارکت نویسندگان

طوبی فیروزپور بندپی تمامی مراحل پژوهش را به انجام رسانده و ضمن تأیید نسخه نهایی، مسئولیت پاسخگویی در قبال پژوهش را پذیرفته است.

### تشکر و قدردانی

ابراز نشده است.

## References

1. Moein M. Persian Culture. Tehran: Amir Kabir Publishing Institute; 1984. Vol.2 p.4. [Persian]
2. Dehkhoda AA. Dictionary of Dehkhoda. Tehran: University of Tehran Press; 1987. Vol.3 p.114. [Persian]
3. Anthony E. Al-Qamoos al-Asri. Translated by Tabatabai M. Tehran: Islamic Publications; 2005. p.304. [Persian]
4. Salimi M, Bahrami L, Abdi Hosseinabadi V. Abortion. Shiraz: National Conference of Jurisprudence, Law and Psychology; 2016. [Persian]
5. Hacker N. Principles of Obstetrics and Gynecology. Tehran: Simians Publishing Cultural Institute; 1998. p.753. [Persian]
6. Mohaghegh Damad SM. Medical Jurisprudence. Tehran: Legal Publications; 2012. p.14, 72, 86. [Persian]
7. Tabrizi M. Sarah al-Najah. Qom: Salmon Farsi Publications; 1995. p.477. [Persian]
8. Hussein Khomeini A. Medicine in the Mirror of Ijtihad. Qom: Ansarian Publishing; 1996. p.154. [Persian]
9. Mousavi Khoei A. Magma 'al-Masa'il. Qom: Institute for the Revival of the Works of Imam al-Khoii; 2001. Vol.1 p.460. [Arabic]
10. Sistani A. Minhaj al-Saleheen. Qom: School of Grand Ayatollah al-Saied al-Sistani; 1994. Vol.1 p.115. [Arabic]
11. Asemani O, Khorsandian MA, Mahmoodian F. An Investigation into the Practical Challenges of the Implementation of the Islamic Rules of Compulsion (Izterar), Denegation of Hard Duties (La Haraj) and Harming (La Darar) in the Therapeutic Abortion. Medical Fiqh Quarterly. 2010; 2(3-4): 39-71. [Persian]
12. Ragheb Isfahani AH. Al-Mufradat fi Gharib al-Quran. Beirut: Dar al-Ma'rifah Publications; 1999. Vol.1 p.112. [Arabic]
13. Safipour A. Muntahi al-Arb in the Arabic language. Tehran: Tehran University Publishing Institute; 2009. Vol.1 p.234. [Persian]
14. Makki Jazini Ameli SHAM. Al-Lama'a al-Damashqiyya fi al-Imamiya jurisprudence. Beirut: Dar al-Tarath al-Arabi; 1989. p.121. [Arabic]
15. Lankarani M. Rules of Jurisprudence. Qom: Mehr Press; 1998. p.314. [Persian]
16. Saduq Qomi A (Shaykh Saduq). Man-layahzorolfaghih. Beirut: Dar al-Sa'b and Dar al-Ta'rif; 1984. Vol.2 p.420. [Arabic]
17. Har Ameli M. Shiite Tools for Studying Shiite Issues. Beirut: Dar al-Ahya al-Tarath al-Arabiya; 1991. Vol.2 p.416; Vol.18 p.32; Vol.25 p.400. [Arabic]
18. Keshvari I. The Application of the Rules of Jurisprudence in Law. Tehran: Ghias Publishing; 1995. p.306. [Persian]
19. Mohaghegh Damad SM. Rules of Jurisprudence (Civil Section). Tehran: Islamic Sciences Publishing Center; 2013. p.86. [Persian]
20. Sanei Y. Istifta'at. Qom: Fiqh al-Thaqalin Publications; 2010. p.34-67. [Persian]
21. Mohseni M. Jurisprudence and Medical Issues. Qom: Book Garden Institute; 2005. p.66. [Persian]
22. Hashemi Shahroudi M. Istifta'at. Qom: Ayatollah Shahroudi's Inquiry Office, 2007. N.11130. [Persian]
23. Sistani A. Referendums. Mashhad: Mohammadi Neyshabouri Publications; 2008. N.3135. [Persian]
24. Tusi M. Al-Khalaf fi al-Ahkam. Qom: Ahl al-Bayt Education Research Institute; 1985. Vol.5 p.287. [Persian]
25. Mousavi Khomeini SR. Istifta'at. Qom: Imam Khomeini Publishing House; 2013. Vol.3 p.138, 141-143, 291. [Persian]
26. Tabatabai Yazdi M. Al-Urwa al-Wathqi Fima Ta'm Ba al-Balawi (al-Mahshi). Qom: Islamic Publications Office; 1998. Vol.1 p.439. [Persian]
27. Ghaeni M. Al-Mabsoot ai Fiqh al-Masa'il al-Ma'asera. Qom: Al-Imam al-Athar Jurisprudential Center; 2003. p.429. [Persian]
28. Shabbiri Zanjani M. The Book of Marriage. Qom: Rai Pardaz Research Institute; 1998. Vol.5 p.147, 1411-1485. [Persian]
29. Mousavi Khoei A. Minhaj al-Saleheen. Qom: Institute for the Revival of the Works of Imam al-Khoei; 1992. p.94. [Persian]
30. Safi Golpayegani L. Explanation of Matters. Qom: Dar al-Quran al-Karim; 1992. p.413-415. [Persian]
31. Ibn Manzoor J. Language of the Arabs. Beirut: House for the Revival of Arab Heritage; 1987. Vol.4 p.482. [Arabic]
32. Mousavi Khoei A. Al-Masa'il al-Shari'a, Istifta'at al-Mu'amil. Qom: Imam Khoii Revival Institute; 2000. p.283. [Persian]
33. Maraghi A. Al-Anwin. Qom: Islamic Publishing Institute; 1997. p.198. [Persian]
34. Hussein Khamenei A. Esteftaat. Tehran: International Publishing Company; 2009. Vol.1 p.219, 263-265. 279; Vol.2 p.50-65. [Persian]



35. Makarem Shirazi N. The Jurisprudence of Hama. Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School; 2001. Vol.1 p.286, 591. [Persian]
36. Tabrizi M. Sarat Al-Najah. Qom: Salman Farsi Publications; 1995. p.333. [Persian]
37. Allameh Fazel al-Saffar. Fiqh al-Masalih and al-Mafasedd. Baghdad: Dar al-Uloom for Research, Printing and Publishing Series; 2008. p.95. [Arabic]
38. Watani A. A Juristic Study of Exigency and Necessity. Quarterly Journal of Articles and Studies. 2002; 35(71): 187-207. [Persian]
39. Mousavi Khomeini SR. Al-Rasa'il. Qom: Ismaili Institute; 2006. p.50, 384-416. [Arabic]
40. Ansari M. Al-Makaseb. Qom: Ahsan al-Hadis Publications; 2000. [Arabic]
41. Sistani A. The rule of no harm (lectures of Ayatollah Sistani). Qom: Ayatollah Sistani School; 1993. p.228. [Persian]
42. Ansari M. Faraid al-Osul (Essays). Research and Introduced by Nourani A. Qom: Islamic Publishing Institute; 1998. Vol.2 p.537-543. [Persian]
43. Zubaidi M. Taj al-Arous Man Jawahar al-Qamoos. Beirut: Maktab al-Hayah; 1965. Vol.3 p.247. [Arabic]
44. Saduq Qomi A (Shaykh Saduq). Man La Yahduruahu al-Faqih. Beirut: Dar al-Sa'b and Dar al-Ta'rif; 1984. Vol.3 p.59. [Arabic]
45. Akhund Khorasani M. Al-Hashie bar Makaseb. Tehran: Ministry of Islamic Guidance Publications; 1985. p.267. [Persian]
46. Naeini M. Manieh al-Talib al-Hashieh bar Makaseb. Report by Najafi Khansari M. Tehran: Heydariyeh Press; 1994. p.199. [Persian]
47. Makarem Shirazi N. Rules of Jurisprudence. Qom: Amir al-Mo'menin School Publications; 1990. Vol.1 p.59. [Persian]
48. Fazel Al-Toni A. Al-Wafiya. Research by Razavi Kashmiri MH. Beirut: Islamic Thought Assembly; 1991. p.193-194. [Arabic]
49. Mousavi Bojnourdi H. Rules of Jurisprudence. Qom: Al-Hadi Publishing; 2010. Vol.1 p.182. [Persian]
50. Ansari M. Al-Makaseb al-Mahshi (Printing Information). Comments Kalantar M. Beirut: Dar al-Ahya al-Tarath al-Arabi; 1996. p.327. [Arabic]
51. Fazel Lankarani M. Jame al-Masa'il (Istifta'at). Qom: Amir Publishing; 1998. p.550. [Persian]
52. Mohaghegh Damad SM. Rules of Jurisprudence (Civil Section of Ownership and Liability). Tehran: Islamic Sciences Publishing Center; 2004. p.150. [Persian]
53. Shariat Isfahani F (Shaykh al-Shari'a Isfahani). The Rule of No Harm or Damag. Beirut: Dar al-Azwa; 1986. p.44. [Arabic]
54. Irvani B. The Rules of Jurisprudence. Qom: Al-Fiqh Institute for Printing and Publishing; 1996. Vol.1 p.144. [Persian]
55. Saberi H. Structures of the Intentionality of Action in the Qur'an from the Jurists' Viewpoint. Quran and Hadith Studies. 2017; 49(2): 99-120. [Persian]
56. Jannati M. The Place of Reconstruction and the Materials of the Messenger in the Sources of Ijtihad. Mashhad: Keyhan Andisheh; 1990. Vol.31 p.57-73. [Persian]
57. Mousavi Khoei A. Al-Tanqih fi Sharh al-Urwa al-Wathqi, "Kitab al-Taharah al-Olah" (lectures on the lessons of Ayatollah Khoei). Qom: Dar al-Hadi for Publications; 1989. Vol.4 p.420; Vol.5 p.81. [Persian]
58. Ansari M. Al-Makaseb. Qom: Ahsan al-Hadis Publications; 2000. p.533-534. [Arabic]
59. Iraqi Z. Book of Judgment. Qom: Mehr Publications; No Date. p.183. [Persian]
60. Mohaqeq Helli ANJ. Nakt-e Nahayeh. Qom: Islamic Publications Office; 1991. Vol.2 p.335. [Persian]