

حدود عسر و حرج در پزشکی از منظر فقه اسلامی

دکتری، فقه و مبانی حقوق، گروه الهیات، دانشکده علوم انسانی حقوق، دانشگاه
آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران

طیبه قدرتی سیاهمزیگی

کارشناسی ارشد، فقه و مبانی حقوق، گروه الهیات، دانشکده علوم انسانی
حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران

عرفان حیدری

چکیده:

طبابت از ضروریات زندگی اجتماعی است و امر سلامت و جان انسان‌ها پیوسته یکی از دغدغه‌های مهم جوامع بشری است. انقلابی که تحقیقات علمی و اکتشافات جدید پزشکی در زمینه علم پزشکی به وجود آورده سوالات بیشماری را مطرح ساخته که فقهای اسلام نمی‌توانند درباره آنها سکوت اختیار کنند. از آن جهت که فقه پیوند عمیقی با زندگی انسان دارد، نتایج بحث و تحقیقات درباره این سوالات، در زندگی انسان‌ها موثر است. بنابراین بر علما و فقهای اسلام است که احکام این مسائل نو ظهور را که در زندگی انسان‌ها تاثیر گذارند از لایه نصوص و قواعد شرعی بیرون کشیده و حکم الهی را در خصوص آن‌ها بیان کنند. بر این اساس با تکیه بر قواعد فقه می‌توان بسیاری از معضلات موجود در علم پزشکی را حل و فصل نمود و راه حل معتبر قابل قبول شرعی را پیش روی پزشکان متخصص متعهد قرار داد تا با استناد به ادله شرعی و با اطمینان خاطر به بررسی مصادیق موضوعات مشکل پرداخته و وجه شرعی آن را پیدا کنند و بدین ترتیب فقاہت و طبابت را هم دوش یکدیگر به پیش ببریم. در پژوهش حاضر برآنیم که نقش و تاثیر قاعده نفی عسر و حرج بر حل مسائل نو پیدا در علم پزشکی و کارآمدی آن را تبیین نماییم.

واژگان کلیدی: عسر و حرج، پیوند اعضا، سقط جنین، تغییر جنسیت، اهدای جنین.

طبقه‌بندی JEL: فقه - حقوق - جزا و جرم شناسی - حقوق بین الملل - حقوق خصوصی

۱- مقدمه

فقه دانشی است که سرپرستی زندگی انسان را در ساحت‌های گوناگون اعم از فردی و اجتماعی بر عهده دارد. فقه؛ دینی بودن رفتار انسان، جامعه و حکومت را تبیین و مشخص می‌کند، به نیازهای نوین بشر پاسخ گوید و برای پدیده‌های نو ظهور، سازو کار و برنامه‌های دینی پیش بینی می‌کند. فقه وظیفه دارد که رفتار مردم را به عنوان را به عنوان انسان‌های تکلیف مدار، براساس آموزه‌های دین و در جهت توسعه و گسترش بندگی خدا، تنظیم نماید.

فقه باید در برابر بحران‌های انسان امروز و رفتار حکومت اسلامی نسبت به آن راه حل مناسبی ارائه کند و به اقامه دین در جامعه بپردازد. انقلابی که تحقیقات علمی و اکتشافات جدید پزشکی در قرن حاضر در زمینه علم پزشکی به وجود آورده سوالات بی شماری را مطرح ساخته که فقهای اسلام نمی‌توانند درباره آن‌ها سکوت اختیار نمایند. از آن جهت که فقه پیوند عمیقی با زندگی انسان دارد این سوال‌ها، در زندگی انسان موثر است. بنابراین بر علما و فقهای اسلام است که احکام این مسائل نو ظهور را که در زندگی انسان‌ها تأثیر گذارند، از لابه لای نصوص و قواعد شرعی بیرون کشیده و حکم الهی را در خصوص آنها بیان کنند. محور قرار دادن قواعد فقهی در پردازش مسائل نو پدید اجتماعی، بسیار راهگشا است و با توجه به عمومیت و شمولیت این قواعد، باید فقه را در برابر معضلات اجتماعی دارای موضع دانست.

قواعد فقهی، فرمول‌های بسیار کلی هستند که منشأ استنباط قوانین محدودتری بوده و اختصاص به یک مورد خاص ندارند، بلکه مبانی قوانین مختلف و متعدد قرار می‌گیرند. قواعد فقهی عمومی که در تمام ابواب فقه جاری است، می‌تواند بسیاری از موضوعات و پدیده‌های نوین را شامل شود و موضوعات نو پدید، مصادیقی برای آن قاعده عمومی به شمار رود. طبابت نیز از ضرورت زندگی اجتماعی است و در علم پزشکی به موارد بسیاری بر می‌خوریم که نیاز است به تبیین حکم شرعی و فقهی آنها پرداخته شود در این راستا با تطبیق قواعد فقهی بر موضوعات پزشکی می‌توان به نتیجه مطلوب دست یافت.

یکی از قواعد فقهی که در زندگی بسیار کاربرد دارد و آگاهی و اطلاع از آن می‌تواند در بهبود زندگی اجتماعی و جریان عدالت بسیار تأثیر گذار باشد قاعده نفی عسرو حرج است. این قاعده از قواعد کاربردی و اساسی فقه به شمار می‌آید و تأثیر و کارایی آن

در جای جای فقه به چشم می‌خورد. به ویژه در حل مشکلات و معضلات مسائل نو پیدا در علم پزشکی نقش اساسی دارد.

۲- مفهوم قاعده نفی عسر و حرج و بررسی آن در کلام فقها

عسر در لغت به معنای سختی و دشواری و در برابر «یسر» به معنای آسانی و راحتی است (محمدی، ۱۳۸۷، ص ۱۸۴).

در مفردات راغب آمده است: اصل حرج و حراج، انبوه چیز را گویند و از آن تنگی میان دو چیز تصویر شده است. آن گاه به تنگی «حرج» گفته شده به گناه نیز «حرج» گفته شده است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۲۲۶). از عبارت راغب به دست می‌آید که تنگی معنای کنایه آن است زیرا انبوه بودن تنگنا را به همراه دارد. ابن اثیر در نمایه می‌نویسد: و گفته شده حرج تنگ ترین تنگی است (ابن اثیر، بی تا، ج ۱، ص ۳۶۱). در مجمع البحرین نیز چنین آمده است: خداوند در دین بر شما حرجی قرار نداد (حج / ۷۸) یعنی تنگی که شما را مکلف کند تا به آنچه طاقتش را ندارید و از آن عاجز هستید قرار نداد. گفته می‌شود: (حرج یحرج) یعنی تنگ شد و کلام علی بن ابراهیم آمده: حرج به جایی گفته می‌شود که هیچ راه ورودی نداشته باشد وضیق به جایی گفته می‌شود که راه ورود تنگ باشد (طریحی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۲۸۸).

در فقه و حقوق منظور از این قاعده آن است که هرگاه تکلیفی دشوار و مشقت بار شد ساقط می‌شود (محمدی، ۱۳۸۷، ص ۱۸۴). فقها برای محیت قاعده نفی عسر و حرج، به دلایلی از آیات، روایات، اجماع و عقل تمسک جسته اند که به بیان آنها می‌پردازیم:

۲-۱- آیات

خداوند در قرآن می‌فرماید: «و در دین اسلام کار سنگین و سختی بر شما قرار نداد» (حج/۷۸).

همچنین می‌فرماید: «خداوند برای شما آسانی می‌خواهد، و برایتان دشواری نمی‌خواهد» (بقره/ ۱۸۵) و نیز «خداوند نمی‌خواهد شما را در تنگنا قرار دهد.....» (مائده/۶).

۲-۲- روایات

روایات متعددی از ائمه معصومین (علیهم السلام) نقل شده که مبنای قاعده نفی عسر و حرج قرار گرفته است. این روایات را می‌توان به دو دسته تقسیم نمود: در دسته نخست، نفی حرج، به

عنوان حکومت حکم ذکر شده و در دسته دوم، علت حکم دانسته شده است.

دسته نخست: در تعدادی از روایات، نفی حرج به عنوان حکمت حکم ذکر شده است که به چند نمونه اشاره می‌کنیم:

۱- روایت ابوبصیر: ابوبصیر از امام (ع) سوال می‌کند: در سفرها چه بسا به برکه‌هایی بر می‌خوریم که در کنار آبادی است و انواع نجاسات در آن یافت می‌شود، حضرت می‌فرماید: آب را با دست به هم بزن و سپس وضو بگیر، زیرا در دین، ضیق و تنگنا نیست و خداوند می‌فرماید: "بر شما در دینتان زحمت و مشقتی قرار داده نشده (حرّ عاملی، ۱۴۰۳، ص ۱۲۰؛ شیخ طوسی، ۱۳۷۷، ص ۲۲؛ همو، ۱۳۹۰، ص ۴۱۷).

از این روایت برداشت می‌شود که خداوند در جعل احکام به سهولت و آسان بودن آن‌ها توجه داشته است. در باره آب کر، اگر حکم می‌شد که به مجرد ملاقات با نجاست، نجس می‌شود، برای اغلب مردم موجب حرج و زحمت می‌شد، لذا این حکم نفی شده است.

۲- روایت محمد بن مسیر: راوی درباره مردی سوال کرده که جنب است و در مسیر خود به آب قلبی برخورد کرده است و می‌خواهد با آن غسل کند، در حالی که هم فاقد ظرف است و هم دستهای وی آلوده است. حضرت در پاسخ می‌فرماید: این فرد، ابتدا باید دستش را در آب فرو برده، وضو بگیرد و سپس غسل نماید این مورد از مواردی است که خداوند می‌فرماید: «بر شما در دینتان زحمت و مشقتی قرار داده نشده است (حرّ عاملی، ۱۴۰۳، ص ۱۱۳؛ کلینی، ۱۳۸۸، ص ۴).

چون حکم شستن؛ در این روایت به نفی حرج به عنوان حکمت استفاده شده است برای همه حرجی نیست.

۳- روایت احمد بن محمد ابن ابی نصر: راوی می‌گوید: از امام پرسیدم، شخصی لباس را که از پوست حیوانات ساخته شده، از بازار می‌خرد و نمی‌داند که این لباس پاک است یا خیر. آیا می‌تواند با آن نماز بخواند؟ حضرت فرمودند: بله، اشکالی ندارد و بعد از امام باقر (ع) نقل می‌کنند که ایشان فرمودند: «خوارح چون نادان بودند، بر خودشان سخت می‌گرفتند و دین آسانتر از این است (حرّ عاملی، ۱۴۰۳، ص ۱۷۳؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ص ۳۶۸).

از این روایت استفاده می‌شود که حکمت حلیت و طهارت چیزهایی که از بازار مسلمانان خریده می‌شود توسعه بر امت و رفع ضیق از آنها می‌باشد. عبارت «انّ الدین اوسع من ذلک» یک مطلب کلی را بیان می‌کند که این حکمت در همه نواحی دین، در این روایت نیز به نفی حرج به عنوان حکمت حکم استفاده شده است.

از این دسته روایات که در آنها به نفی حرج به عنوان حکمت حکم استفاده شده است، نمی‌توان یک قاعده کلی را استفاده کرد که در تمام ابواب فقه جاری شود.

دسته دوم: در تعدادی از روایات، نفی حرج به عنوان علت حکم ذکر شده است که به ذکر چند روایت و تبیین مختصر آنها می‌پردازیم:

۱- پیامبر (ص) فرمودند: «خداوند این ویژگی را به امت من هم داده است، بر شما در دینتان زحمت و مشقتی قرار داده شده است و حرج به معنای ضیق و سختی است (حمیری ۱۴۱۳، ص ۸۴؛ مجلسی، ۱۴۰۳، ص ۳۰۰).

از این روایت استفاده می‌شود که نفی حرج، علت است، یعنی مکلف باید در راه امتثال احکام الهی تلاش کند، ولی این تلاش مقید است به این که موجب زحمت و مشقت وی نشود و هر جا که امتثال حکم، سخت و مشکل بود، آن حکم نفی می‌شود.

۲- روایت هشام بن سالم: امام صادق (ع) می‌فرماید: خداوند به مقدار وسیع و طاقت بندگان به آنها تکلیف کرده است. در شبانه روز پنج نماز بر آنها واجب کرد تا آن جا که می‌فرماید: و یک حج بر آنها واجب کرده است. حال آن که مردم بیشتر از این مقدار را می‌توانند انجام دهند، اما خداوند کمتر از آن مقداری که در توانشان است به آنها امر کرده است (مجلسی، ۱۴۰۳، ص ۴۱؛ برقی، ۱۳۷۰، ص ۲۹۶).

از این روایت می‌توان دریافت که نفی حرج، علت است و هرگاه امتثال تکلیفی برای مکلف موجب زحمت و مشقت شدید شود، آن تکلیف نفی می‌شود.

۳- روایت عبد الاعلی: راوی به امام صادق (ع) می‌گوید: به زمین افتادم و ناخنم جدا شد انگشت خود را با پارچه ای بستم، حال چگونه باید وضو بگیرم؟ امام می‌فرماید: حکم این قضیه و نظایر آن از کتاب خدا روشن می‌شود. خداوند فرموده است: «در

شده که قلب خوک نزدیک ترین مشابهت را نسبت به دریچه قلب انسان دارد و در معالجات از آن استفاده می‌شود (حیدری، ۱۳۷۸، ص ۱۷۸). بنابراین اگر عضو پیوندی از اعضای حیوان نجس العینی مثل خوک برداشته شود و به بدن بیمار پیوند گردد، تنها اشکال شرعی که ممکن است به نظر آید این است که عضو برداشته شده، نجس و حمل آن موجب بطلان نماز است. در پاسخ باید گفته شود که عضو پیوند شده از حیوان نجس العین، بعد از پیوند، حیات پیدا می‌کند و از عضویت بدن حیوان خارج و به عضویت بدن انسان در می‌آید و طهارت پیدا می‌کند (الموسوی الخمینی، ۱۳۸۵، ص ۶۲۵).

اگر فرض را بر این بگیریم که نجات عضو پیوندی هم باقی باشد، چون زائل ساختن آن موجب حصول ضرر، حرج و مشقت برای گیرنده عضو خواهد بود، با استفاده از قاعده ضرر و قاعده نفی عسر و حرج شرط طهارت آن عضو برای نماز ساقط می‌شود.

۳-۲- سقط جنین

از نظر پزشکی، به اخراج عمدی یا مصنوعی یا خروج خود بخود حمل قبل از موعد طبیعی، سقط جنین گفته می‌شود (زارع، ۱۳۸۱، ص ۱۷).

از نظر حقوقدانان سقط جنین اقدام به خروج غیر طبیعی حمل، قبل از موعد طبیعی وضع حمل، به وسیله مادر یا غیر او، به نحوی که حمل خارج شده از بطن مادر، زنده نبوده و یا فاقد قابلیت زیستن باشد (نوری، ۱۳۷۹، ص ۱۷). از آن جهت که تحقق این جرم یا سبب حیات جنین زنده همراه است، بحث آن در متون فقهی در احکام قتل نفس مطرح می‌شود.

حرمت سقط جنین از احکام اولیه و مسلمی است که عموماً کتاب و سنت به طور صریح بر آن دلالت دارد. اما مانند هر حکم اولیه دیگر، در صورت عروض عناوین ثانویه ای مانند عسر و حرج موجب تغییر عنوان موضوع حکم حرمت می‌شود. این موارد خاص جایی است که ادامه بارداری موجب مرگ مادر شده و یا سلامتی او را به خطر می‌اندازد و نیز مواردی که تولید فرزند با ناهنجاری‌های جنینی حاد، مستلزم عسر و حرج و الدین یا خود طفل گردد (حاجیعلی، ۱۳۸۳، ص ۵۵).

بعضی از فقها با وجود عسر و حرج سقط جنین را جایز می‌دانند، مانند مرحوم فاضل لنکرانی. ایت الله سیستانی نیز سقط

دین بر شما حرجی قرار داده نشده است» پس بر آن مسح کن (حرز عاملی، ۱۴۰۳، ص ۳۷۷؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ص ۳۶۳).

از پاسخ امام (ع) استفاده می‌شود که نفی حرج یک قاعده کلی است که می‌توان از آن برای رفع احکامی که سخت و مشکل است، استفاده کرد.

۳-۳- اجماع

در بحث قاعده نفی عسر و حرج نمی‌توان به اجماع - به عنوان یکی از ادله - استناد است. زیرا این اجمال مدرکی است و اجمال مدرکی هم به اتفاق فقها حجت نیست. یعنی، اجماع یک دلیل مستقل نیست بلکه مدرک اجماع، یعنی آیات و روایات را مورد بررسی قرار داد. اگر بعضی بر اثر اجتهاد و استنباط شخصی خود از آیات و روایات، نفی تکلیف عسر و حرجی را برداشت کرده اند، فهم برداشت آنان برای دیگران حجت نیست.

۴-۲- عقل و بنای عقلا

گفته شده که قاعده نفی عسر و حرج یک قاعده عقلی است و بنای عقل نیز موید آن است چرا که تکلیف به هر چیزی که موجب مشقت باشد عقلاً محال است چون انگیزه تکالیف، اطاعت و انقیاد است و این هدف با تکلیف به «امر غیرقابل تحمل» نقض می‌شود. بنابراین نفی عسر و حرج یک قاعده کلی است که فقها در موارد فراوانی به آن استناد کرده اند و به موجب آن، به نفی تکالیفی که مستلزم عسر و حرج برای مکلف است، حکم داده اند.

۳- مصادیق عسر و حرج در علم پزشکی

در علم پزشکی، پیوند اعضای حیوان به انسان، سقط جنین، تغییر جنسیت، اهدای جنین و درمان ناباروری از مصادیق عسر و حرج می‌باشد که در ذیل این عنوان به بررسی هر یک می‌پردازیم.

۳-۱- پیوند اعضای حیوان به انسان

در پیوند اعضای حیوان به انسان، عضو یا از حیوان نجس العین است یا از غیر نجس العین. در صورتی که این پیوند از حیوان غیر نجس العین باشد، ظاهراً هیچ مشکلی ایجاد نمی‌شود، این پدیده پاک و حلال است به شرطی که ذبح به صورت شرعی انجام گیرد تا میت نباشد. اما مشکل آنجاست که عضو پیوندی از حیوان العین باشد مثل سگ و خوک، با تحقیقات دانشمندان ثابت

ماهه دوم دوران حاملگی است (اشتیاقی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۵؛ جهانیان، ۱۳۸۰، ص ۱۲۱). پزشکان معتقدند به محض تشخیص قطعی بیماری، ضرورتی ندارد که مادر، حامل جنینی باشد که قبل از تولد یا بعد از تولد، قطعاً خواهد مرد و چه بسا موجب مشکلات روانی و عاطفی شدید برای مادر شود.

گاهی بعد از تولد، قابلیت حیات وجود دارد. مثل اینکه جنین، اختلال در شنوایی یا بینایی داشته و یا فلج باشد و یا مبتلا به بیماری تالاسمی و سایر انواع اختلالات ژنتیکی باشد ولی در هر حال، انسان سالم و کاملی نبوده و گاهی فقط از حیات نباتی و حیوانی برخوردار گردیده و فاقد هر گونه درک و شعور انسانی می‌باشد. هزینه درمان و نگهداری چنین افرادی بسیار سنگین است و موجب آلام روحی و روانی برای خود و خانواده می‌گردد (اشرفی، ۱۳۶۷، ص ۱۴۶).

مقام معظم رهبری فرموده‌اند: «ناقص الخلقه بودن جنین، مجوز شرعی برای سقط جنین حتی از ولو روح در آن محسوب نمی‌شود (خامنه‌ای، ۱۳۸۵، ص ۲۷۹).

آیت ... سیستمی هم معتقد است این مسأله که جنین ناقص الخلقه است یا پس از تولد، فقط مدت کوتاهی زنده خواهد ماند، به تنهایی مجوز سقط جنین نمی‌شود (حکیم، ۱۳۷۹، ص ۲۸۴-۲۸۳).

در مورد حکم سقط جنین در صورتی که زوجین دچار بیماری‌های ارثی و واگیر سخت باشند، سوال‌هایی مطرح شده از جمله از مقام معظم رهبری سوال شده که بعضی از زوج‌ها، مبتلا به بیماری‌های خونی بوده، دارای ژن معیوب می‌باشند و در نتیجه ناقل بیماری به فرزندان خود هستند و احتمال اینکه این فرزندان مبتلا به بیماری‌های شدید شوند بسیار زیاد است. چنین کودکانی از بدو تولد تا پایان عمر، در وضع مشقت باری به سر خواهند برد. با توجه به اینکه تشخیص این بیماری در هفته‌های اول بارداری ممکن است، آیا سقط جنین در چنین مواردی جایز است؟ مقام معظم رهبری در پاسخ به این سوال فرمودند: اگر تشخیص بیماری در جنین قطعی است و نگر داشتن چنین فرزندی حرج باشد، در این صورت جایز است قبل از دمیده شدن روح، جنین را سقط کنند، ولی بنا بر احتیاط، دیه آن باید پرداخت شود (خامنه‌ای، ۱۳۸۵، صص ۲۸۰-۲۸۱).

جنین قبل از دمیدن روح را با عذر و ضرر (www.lankarani.net) غیر قابل تحمل جایز دانسته است (سیستانی، ۱۴۲۰، ص ۲۵۰).

حکم حرمت مطلق، تنها یک حکم اولیه است اما با عروض عناوین ثانویه و در شرایط خاص قابل تغییر بوده و با پیدا کردن عنوان جدیدی برای موضوع سقط می‌توان در مواردی قائل به آن شد. این موارد عبارتند از: حفظ جان مادر، حفظ سلامت جسمی و روحی مادر، ناهنجاری‌های جنینی. اما اثبات حلیت بر اساس مبانی مختلف و با استدلال‌های متفاوتی صورت پذیرفته از جمله قاعده نفی عسر و حرج. در صورتی که بقای جنین، مستلزم نقص عضو یا بیماری غیر قابل تحمل برای مادر باشد و زنده نگه داشتن جنین در خارج رحم میسر نباشد، با استناد به این عنوان ثانویه می‌توان سقط جنین را فقط در مرحله قبل از حلول روح مجاز دانست (محسنی، ۱۳۸۲، ص ۶۶؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۸، ص ۲۹۴).

همچنین در مرحله قبل از دمیده شدن روح با استفاده از قاعده نفی عسر و حرج، در صورتی که بقای جنین مستلزم نقص عضو یا مشقت غیر قابل تحمل برای مادر باشد و یا موجب کاهش عمر او گردد، سقط جنین مجاز می‌باشد.

سازمان پزشکی قانونی تنها مرجع قانونی در ایران است که بر اساس فتوای برخی از فقها مانند مقام معظم رهبری در موارد عسر و حرج قبل از حلول روح در جنین، مجوز سقط جنین را صادر می‌کند. در ماده واحده قانون سقط درمانی آمده است: سقط درمانی با تشخیص قطعی سه پزشک متخصص و تایید پزشکی قانونی مبنی بر بیماری‌های جنین که به علت عقب افتادگی یا ناقص الخلقه بودن موجب حرج مادر است، یا بیماری با تهدید جانی مادر توأم باشد قبل از ولوج روح (چهار ماه) با رضایت زن مجاز می‌باشد و مجازات و مسئولیت متوجه پزشک مباشر نخواهد بود (www.hoquouq.com).

از دیگر مواردی که با استفاده از قاعده حرج، مجوز سقط جنین قبل از ولوج روح است، مربوط به ناهنجاری‌های جنینی می‌باشد، در حالتی که سلامتی یا جان مادر در معرض تهدید قرار نمی‌گیرد. گاهی بعد از تولد، قابلیت حیات وجود ندارد و بلافاصله یا پس از مدتی طفل می‌میرد. مثلاً جنین دو سر، ناهنجاری‌های قلبی و کلیوی حاد، فقدان دیافراگم و مشکلات تنفسی، جنینی که مغز وی در خارج از جمجمه تشکیل شده و در داخل کاسه سر قرار ندارد، جنینی که استخوان جمجمه ندارد و مغز خیلی کوچک است یا فاقد مغز است و جنینی که تا موقعی که در رحم مادر قرار دارد، زنده است و بعد تولد خواهد مرد. زمان تشخیص این بیماری، سه

ذهنی و روحی منکر صحت نوع جنسیت خود است و به عبارتی، معتقد به وجود اشتباه در جنسیت خود است و به حدی از آن ناراضی است که باعث آزار شدید روحی و در نهایت تصمیم قطعی به تغییر در جنسیت خود خواهد شد. این اختلال شدیدترین درجه اختلال جنسی قلمداد می‌شود زیرا از نظر جنسی بین جسم و فکر تناقض و مغایرت وجود دارد (طیرانی، ۱۳۸۵، ص ۹). تفاوت این بیماری با بیماری دو جنسی در این است که بیماران دو جنسی دارای اختلال ظاهری در اندام تناسلی، اندام‌های داخلی و سیستم‌های هورمونی خود هستند و معمولاً نمای ظاهری از اندام هر دو جنسی را دارند، در حالی که بیماران اختلال هویت جنسی از نظر جسمی کاملاً سالمند و تنها از نظر روحی با مشکل فراوان مواجه هستند (www.pezeshkonline.ir).

در مورد مشروع و نامشروع بودن تغییر جنسیت، نظرات متعددی مطرح شده که می‌توان آنها را به سه گروه تقسیم نمود: نظریه مشروعیت مطلق، نظریه ممنوعیت مطلق و نظریه مشروعیت مشروط، که نظریه مشروعیت مشروط با واقعیت‌های علم پزشکی منطبق‌تر است.

حضرت امام خمینی^{۹۰} در کتاب تحریر الوسیله به عنوان اولین مسأله در باب تغییر جنسیت چنین فرمودند: «ظاهر آن است که تغییر جنس مرد به زن به سبب عمل بر عکس آن، حرام نیست» (امام خمینی، ۱۳۸۵، ص ۶۶۳).

در جایی که کسی کاملاً مرد است و بخواهد تغییر جنسیت دهد و به زن تبدیل شود یا بالعکس می‌توان به فرض امکان آن گفت گرچه دلیل واضحی بر منع نیست اما با استفاده به مذاق شرع می‌توان آن را ممنوع دانست. برای فقیه روشن است که شارع عملی را که موجب بروز مشکلات شود و اختلال در نکاح و نسب و از این قبیل را به دنبال داشته باشد راضی به آن نیست و به علاوه ادله معالجه و ضرورت به هیچ وجه جریان ندارد. مشروعیت هر عملی، همان گونه که در ماده ۲۱۵ قانون مدنی نیز به آن تصریح شده است، منوط به وجود منفعت مشروع عقلائی است (www.khabaronline.ir).

بنابراین تغییر جنسیت در صورتی مشروع است که فرد متقاضی، دارای مشکل جنسی باشد و پزشک متخصص، تغییر جنسیت را برای رفع مشکل او مفید، تشخیص دهد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶، ص ۱۲۹). طبق نظر فقها، تغییر جنسیت در صورتی که از لحاظ پزشکی ضروری تشخیص داده شود مجاز

بنابر آنچه که بیان شد، مجرد ناقص الخلقه بودن یا ابتلا به بیماری هموفیلی و غیرمجاز سقط جنین نمی‌شود، بلکه سقط تنها در صورتی جایز است که موجب عسرو حرج شود، به همین دلیل، مقام معظم رهبری و دیگر مراجع، آن را به عسرو حرج مقید کردند.

۳-۳- تغییر جنسیت

مقصود از تغییر جنسیت این است که هویت و جنسیت مرد یا زن به کلی تغییر کند. امروزه پزشکان می‌توانند جنسیت اشخاص را تغییر دهند و علائم و ممیزی جنسیتی را از شخصی بردارند و علائم و نشانه‌های جنسی مخالف را در او قرار دهند.

در علم پزشکی دو گروه از افراد در معرض تغییر جنسیت هستند: گروه اول کسانی که در فقه به عنوان خنثی معروف شده و در علم پزشکی «هرمافرودیسیم» یا دوجنسی مشهورند.

بیماری دو جنسی یا هرمافرودیسیم یک نوع ناهنجاری است که در دوران تکامل جنین در رحم مادر به وجود می‌آید که ممکن است تحت تاثیر هورمون‌های مادر و یا بعضی از داروها و مواد شیمیایی مورد استفاده مادر در دوران بارداری ایجاد شود. تغییرات هورمونی جنسی و همچنین گاهی تغییرات ژنتیک و کروموزومی در این نوع بیماران وجود دارد که شدت تغییرات متفاوت است (عباسی، آیت اللهی و عمرانی، ۱۳۸۲، صص ۶۰-۵۹).

گروه دوم کسانی هستند که علائم جنسی و جسمی آنها با گرایشات و تمایلات جنسی آنها همسو نیست و باهم تعارض دارند. این این گروه به خنثای روانی مشهور شده اند و در علم پزشکی به «اختلال هویت جنسی» معروفند. اختلال هویت جنسی، یک اختلال روان پزشکی است که آناتومی، فیزیولوژی هورمونی و فرمول کروموزومی جنسی فرد هماهنگی دارد و ظاهرش هم در همان جنسی است که فرمول ژنتیکی وی ایجاد می‌کند، اما از نظر روانی از نظر روانی از آن نقش جنسی که در آن است، در عذاب شدید به سر می‌برد. به عبارت دیگر در بیماری مذکور جنس روانی شخص متضد با جنس فیزیکی وی است (www.pezeshkonline.ir).

به عبارت دیگر، در بیماری مذکور جنس روانی شخص مضاد جنس فیزیکی وی است و فرد از جنسیت خود راضی نیست و تمایل شدید به تغییر در جنسیت خود دارد. در این بیماران وضعیت ظاهری جسمی و جنسی، ارگان‌های داخلی جنسی و سیستم هورمونی و کروموزومی کاملاً در سلامت به سر می‌برد اما فرد از نظر

لحاحی که در محیط آزمایشگاه بین آنها صورت می‌گیرد، تخمک‌ها بارور می‌شوند. سپس با کنترل نظارت متخصصین، تخمک‌های بارور شده (زیگوت) در مدت زمان حدود ۷۲ ساعت، شروع به تکثیر سلولی می‌کنند و در نهایت وقتی که تخمک‌های بارور شده تبدیل به حدود ۶ تا ۸ سلول شدند، (با توجه به اینکه در این نوع ناباروری رحم قابلیت بارداری دارد) جنین حاصله در مرحله ۸ سلولی یا حداکثر ۴ روز پس از زمان لقاح، جهت رشد طبیعی خود به رحم مادر منتقل می‌شود. این فرایند به باروری در لوله نیز معروف است (قربانی، ۱۳۹۱، ص ۲۶).

در ارتباط با حکم فقهی اهدای جنین چهار دیدگاه وجود دارد: ۱- مشروعیت مطلق، ۲- مشروعیت مشروط، ۳- حرمت مطلق، ۴- توقف. طرفداران دیدگاه مشروعیت مطلق تمام انواع باروری‌های پزشکی را که به دلیل ضرورت از ناحیه پزشک تجویز می‌شوند را مشروع می‌دانند و بر این عقیده اند که در مورد این روش‌ها دلیل محکمی که موجب حرمت مسأله شود وجود ندارد و در تأیید ادعای خود به قاعده نفی عسرو حرج استناد می‌کنند.

فقها با استناد به قاعده مذکور بر این عقیده اند که هر گاه بر انسان مشکل غیر قابل تحملی گردد حکم اولیه موضوعات برداشته شده و بر شان عنوان ثانویه حاکم می‌گردد، لذا اگر حکم اولیه ای، مسأله حرمت باشد با پدید آمدن اضطرار حلال و حداقل مباح می‌شود (مصطفوی، ۱۳۷۸، ص ۲۹۸). در این زمینه در فقه اهل سنت آمده است، کلید بقای بشر در تولید مثل و فرزند آوری است. با این توضیح، بی‌فرزند می‌تواند عسرو حرج و سختی شدیدی برای خانواده به وجود آورد، لذا وجود فرزند برای دوام هر زندگی، احتیاج مبرم به شمار می‌رود. اکثر فقهای معاصر شیعه جهت مشروع بودن فرایند مزبور شروطی را لازم دانسته اند. از جمله:

- ۱- جنین اهدایی محصول ترکیب گامت‌های زوجین قانونی و شرعی باشد، ۲- جهت مبادرت به این عمل، عسرو حرج وجود داشته باشد یعنی زوجین فاقد گامت سالم باشند. ۳- زن دارای رحم سالم جهت انتقال جنین باشد و جنین نیز از روش تلقیح خارج رحمی به وجود آید. ۴- در فرایند مذبور مقدمه حرام همچنین لمس و نظر حرامی رخ ندهد در غیر این صورت باید قائل به حرمت مطلق شد اما عده‌ای بر این عقیده اند اگر ضرورتی پیش آید، لمس و نظر هم بی اشکال است. ۶- نحوه گرفتن اسپرم و تخمک غیر شرعی نباشد یعنی حاصل از عمل زناشویی باشد. ۷- در انجام عمل مذبور هیچگونه حرام و ممنوعیت شرعی نادیده گرفته نشود و به این

می‌باشد. از قاعده عسرو حرج می‌توان مشروعیت تغییر جنسیت را استنباط کرد. بر اساس آیات الهی (حج/۷۸، مائده/۶ و بقره/۲۸۵) در دین اسلام حکم حرجی تشریح نشده است و چنانچه از ناحیه هر حکمی حرج و مشقت لازم آید، به استناد آیات شریفه فوق این حکم منتفی و از صفحه تشریح مرفوع است (روشن، ۱۳۸۶، ص ۱۶۲). با تدقیق در احکام و قواعد فقهی می‌توان گفت: حق تغییر جنسیت در صورتی برای فرد ایجاد می‌شود که به منظور معالجه باشد و یا در تغییر دادن، مصلحت مهم تر دیگر وجود داشته باشد. شریعت اسلام در این گونه مسائل نو ظهور نیز راه حل‌هایی را تعبیه کرده است و در جهت تغییر تعلق احکام مواردی را تجویز نموده و راه‌هایی را گشوده که از این راه‌ها به عنوان احکام ثانویه یاد می‌شود.

احکام ثانویه به عنوان راهبردهای ثانوی در پیش روی مکلفین قرار می‌دهد، اما در بحث تغییر جنسیت، چنانچه این تغییر در جهت حفظ مصلحت لزوم آور دیگر و ر جهت سلامتی روحی و روانی باشد، به سبب مفاد این قواعد و تقدیم مصلحت اهم بر مهم و حکومت این قواعد بر احکام اولیه، این تغییر ضرورت می‌یابد. چرا که سلامت نفس که یکی از مقاصد شریعت است، مقدم می‌شود. شریعت اسلام، شریعت سمحه و سهله است و حرج را از پیش روی مکلف خود بر می‌دارد و ضرری را که برای او حاصل می‌شود، دفع می‌کند و این قواعد ثانویه، بر قواعد اولیه مقدم شده و تا آنجا که در قاعده لاحرج، لاضرر، عمل شود، جواز تغییر جنسیت صادر می‌شود.

حال چنان چه تغییر جنسیت ضرورت نداشته باشد و تأمین مصلحتی ضروری تر را ایجاب نکند، خروج از قواعد اولیه میسر نمی‌باشد و آنجا دیگر امکان دستبرد در قواعد ثابت و تغییر ناپذیر وجود ندارد، حفظ نفس و حفظ نسل مقدم بر مسالحت دیگر شده و حکم به جواز تغییر جنسیت داده نمی‌شود. آنجا دیگر حرجی که مکلف را به سختی می‌اندازد، حرج قاعده لاحرج نیست تا به حکم این قاعده، حرج برداشته شود، لذا دیگر از مصادیق و موضوعات احکام ثانویه نمی‌شوند و دیگر مصادیق حرج نمی‌باشد (میر خانی، ۱۳۹۰، ص ۸۸).

۳-۴- اهدای جنین و درمان ناباروری

یکی از روش‌های متداول جهت درمان ناباروری، تلقیح مصنوعی است. اهدای جنین یکی از تکنیک‌های نوین باروری لقاح خارج رحمی است و از دیدگاه علم پزشکی اصطلاحاً به فرایندی اطلاق می‌شود که به دلیل نازا بودن زوجین، به میزان لازم از زوجین بیگانه اسپرم و تخمک گرفته می‌شود و سپس به واسطه

نگارندگان بر خود لازم می‌دانند از آقای دکتر محمد رسول آهنگران به خاطر مطالعه متن مقاله حاضر و ارائه نظرهای ارزشمند سپاسگزاری نمایند.

۷- منابع

- قرآن کریم
- الف- منابع فارسی
- ۲- اشرفی، منصور، اخلاق پزشکی، تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، ۱۳۶۷.
- ۳- اصغری آغمشهدی، فخر الدین؛ عبدی، یاسر، "وضعیت فقهی و حقوقی تغییر جنسیت"، نشریه علمی پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، دوره ۲، شماره ۲.
- ۴- حاجیلی فریبا، "سقط جنین حرمت یا جاز"، مقالات و بررسی‌ها، دوره ۳۷، ش ۴، تهران ۱۳۸۳.
- ۵- حکیم عبدالهادی، محمد تقی، فقر برای غرب نشینان مطابق با فتوای آیت العظمی علی سیستانی، ترجمه سید ابراهیم سید علوی، قم، انتشارات دفتر آیت... سیستانی، ۱۳۷۹.
- ۶- حیدری، امان الله، چکیده جراحی قلب، انتشارات آذر مهر، ۱۳۷۸.
- ۷- روشن، محمد، بررسی فقهی حقوقی تغییر جنسیت، فصلنامه حقوق پزشکی، شماره ۲، ۱۳۸۶.
- ۸- زارع، غلامعلی، جزوه پزشکی قانونی و مقررات پزشکی، تهران پزشکی قانونی، ۱۳۸۱.
- ۹- طبرانی، اعظم، "وقتی روح با جسم هم خوانی ندارد"، روزنامه قدس، ۱۳۸۵/۹/۲۰.
- ۱۰- عباسی، فریبا؛ آیت الهی، هاله و عمرانی، میر داود، "گزارش یک مورد بیمار مبتلا به دو جنسی واقعی"، مجله پزشکی ارومیه، سال چهاردهم، شماره اول، ۱۳۸۲.
- ۱۱- قربانی، فتح الله؛ اخویان، محمد علی؛ رضایی، الهام، "حکم اهدای جنین از منظر فقه مذاهب اسلامی"، مجله زنان مامایی و نازایی ایران، دوره پانزدهم، شماره ۲۹، آذر ۱۳۹۱.
- ۱۲- محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۷، چاپ دهم.
- ۱۳- موسوی بجنوردی، سید محمد، اندیشه‌های حقوقی (۱)، حقوق خانواده، تهران، مجد، ۱۳۸۶، چاپ اول.
- ۱۴- برخانی، عزت اسادات؛ محمد تقی زاده، مهدیه، "مبانی فقهی و حقوقی جو از تغییر جنسیت"، فصلنامه فقه پزشکی، سال سوم و چهارم، شماره ۹ و ۱۰، زمستان ۱۳۹۰ و بهار ۱۳۹۱.
- ۱۵- نوری، رضا، "جرم سقط جنین"، مجله حقوق قضایی دادگستری تهران، ۱۳۷۹.
- ب- منابع عربی
- ۱۶- برقی، احمد بن محمد بن خالد، محاسن، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۰.
- ۱۷- جزری، ابن اثیر، مبارک بن محمد، النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی تا، چاپ اول.
- ۱۸- حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۲، چاپ پنجم.
- ۱۹- حمیری، عبدالله بن جعفر، قرب الاسناد، قم، موسسه آل البيت، ۱۴۱۳.
- ۲۰- خامنه ای، سید علی، رساله اجوبه الاستفتاعات، تهران، شرکت چاپ و نشر بین الملل وابسته به موسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۵، چاپ سی و یکم.
- ۲۱- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ قرآن، لبنان دارالعلم، ۱۴۱۲، چاپ اول.
- ۲۲- سیستانی، سید علی حسینی، منتخب توضیح المسائل، قم، انتشارات دفتر آیت الله سیستانی، ۱۴۲۰، چاپ دوم.

ترتیب قائل به دیدگاه مشروعیت مشروط شدند (قربانی، ۱۳۹۱، ص ۲۹).

۶- نتیجه‌گیری

در اسلام احکام اولیه ثابت و لایتغیر هستند از آن جا که فقه اسلامی قابلیت به روز شدن و پاسخگویی به مسائل جدید را دارد، با تمسک به قواعد فقه از جمله قاعده لاجرح می‌توان راه حل مسائل جدید در علم پزشکی را ارائه داد. موضوعاتی مانند پیوند اعضا، سقط جنین، تغییر جنسیت و اهدای جنین و درمان ناباروری با محوریت قاعده نفی عسرو حرج در علم پزشکی قابل پاسخگویی است. مثلاً شرط طهارت در نماز برای گیرنده عضو پیوندی ساقط می‌شود چنانچه که زائل ساختن عضو نجس برای گیرنده عضو حرج و مشقت داشته باشد یا سقط جنین در صورت ناقص الخلقه بودن جنین قبل از ولوج روح در شرایطی که بتوان به ادله لاجرح استناد کرد جایز است و سقط جنین در صورتی که بقای جنین مستلزم مشقت غیر قابل تحمل برای مادر باشد مجاز می‌باشد.

شخصی که بقا در جنسیت فعلی موجب عسرو حرج برای اوست، به استناد قاعده لاجرح می‌تواند تغییر جنسیت دهد که این امر باید به تأیید پزشک متخصص برسد. با استناد به قاعده لاجرح می‌توان گفت که فرایند اهدای جنین به طور مطلق حرام نیست زیرا عامل روی آوردن زوجین به این روش عسر و حرج است که می‌تواند حکم اولی را بردارد و به جای آن یک حکم ثانوی ایجاد کند. بنابراین با استناد به قاعده نفی عسرو حرج، هرگاه ادامه زندگی فردی یا اجتماعی زن و شوهر نابارور، به واسطه نداشتن فرزند دچار مشکل (عسر) شده و به سختی بیفتد، می‌توان برای از بین بردن چنین وضعیتی آنان را با اهدای جنین بارور کرد زیرا مفاد قاعده لاجرح، از بین بردن حرج و سختی و مشقت است.

سپاسگزاری

از معاونت محترم پژوهشی دانشگاه آزاد به خاطر حمایت حمایت معنوی در اجرای پژوهش حاضر سپاسگزاری می‌شود.

از آقای دکتر عبدالله علیزاده به خاطر بازبینی متن مقاله و ارائه نظرهای ساختاری تشکر و قدردانی می‌شود. از داوران محترم به خاطر ارائه نظرهای ساختاری و علمی سپاسگزاری می‌شود.



- ج- پایگاه‌های اینترنتی
- 31- www.lankarani.net
 - 32- www.hoqouq.com
 - 33- www.pezeshkonline.ir
 - 34- www.khabaronline.ir
- ۲۳- شیخ طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۷، چاپ چهارم.
 - ۲۴- -----، تهذیب الاحکام، تهران، دارالکتب، الاسلامیه ۱۳۹۰.
 - ۲۵- طریحی، فخر الدین، مجمع البحرین، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶، چاپ سوم.
 - ۲۶- کلینی، محمد بن یعقوب، کافی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸، چاپ سوم.
 - ۲۷- مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار، بیروت، موسسه الوفاء، ۱۴۰۳، چاپ سوم.
 - ۲۸- محسنی، محمد آصف، الفقر و مساعل طیبه، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۲.
 - ۲۹- مکارم شیرازی، ناصر، بحوث فقهیه مهمه، قم، علمی، ۱۳۷۸.
 - ۳۰- موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۵.



Scientific Journal of Modern
Jurisprudence and Law

Print ISSN: 2717- 1469
Online ISSN: 2717 - 1477

Profile in SID, Noormags,
Magiran, Ensani, GoogleScholar
www.jaml.ir
Second Year, Seventh Issue, Pages
7-21

Limits of difficulty in medicine from the perspective of Islamic jurisprudence

- **Taybeh GHodrati** Associate Professor, Department of
Jurisprudence and Law, Lahijan Branch,
Islamic Azad University, Lahijan Branch,
Gilan, Iran
- **Erfan Heydari** Graduated from Lahijan Branch, Islamic
Azad University, Gilan, Iran

Abstract

Doctorhood is a necessities of social life and consistently, health and human lives is one of the most important human concerns. A revolution which scientific research and new discoveries has created in the field of medical science has raised numerous questions that Islamic theologians cannot keep quiet about them since the jurisprudence has a deep link with human life, Results of discussion and research about this question is effective in human life. Then, Islamic scholars and jurists must extract the provisions of this emerging issues that affect people's lives from principles and rules of Sharia and should express God's sentence about them.

Accordingly, relying on the principles of jurisprudence can solve many problem in medical science and present a valid acceptable solution to specialist committed physicians to study problem subject referring to the legal evidence and confidently and find it means and thus, move forward the jurisprudence and doctorhood alongside each other's.

In this study we try to explain the role and effect of rejection distress and constriction rule on new problem in medical science and its efficacy.

Keywords: distress and constriction, Organ transplants, abortion, Trans sexuality, Embryo donation

JEL Classification: Jurisprudence - Law - Criminal and Criminology -
International Law - Private Law

* Corresponding author: erfan_heydari@yahoo.com