

تقدی بر مقاله «بکرنمایی از منظر فقه پزشکی»

سیدرضا احسانپور^۱

محمود عباسی

چکیده

در این مقاله نقدهای وارده بر مقاله «بکرنمایی از منظر فقه پزشکی» که در شماره نخستین این نشریه به چاپ رسیده به‌طور تفصیل مورد اشاره قرار گرفته است. در نقد دیدگاه کسانی که قایل به جواز بکرنمایی هستند، به عدم تسلط انسان بر نفس خویش، عدم امکان استناد به قاعده اضطرار و همچنین قاعده لاجرح استناد گردیده و ضرورت کتمان گناهان ناموسی به عنوان یکی دیگر از ادله جواز این عمل، به لحاظ معارض بودن با سایر ادله، مورد قبول قرار نگرفته است. در نقد ادله قایلین به حرمت بکرنمایی نیز به‌طور خاص، به تفاوت میان دو مفهوم اعانه بر اثم و تعاون بر گناه اشاره شده که نتیجه آن، عدم قبول نظر نویسنده محترم می‌باشد. از دیگر نقدهای وارده بر مقاله مذکور جامع نبودن، فقدان مطالعات تطبیقی و عدم بهره‌مندی کافی از نظرات فقهای معاصر می‌باشد.

واژگان کلیدی

دیدگاه انتقادی، بکرنمایی، فقه پزشکی، جواز، عدم جواز

۱. دانشجوی دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران، عضو پیوسته انجمن علمی حقوق پزشکی ایران و پژوهشگر مرکز تحقیقات اخلاق و حقوق پزشکی (نویسنده‌ی مسؤول)

Email: ehsanpour@gmail.com

نقدی بر مقاله «بکرنامی از منظر فقه پزشکی»

در نخستین شماره فصلنامه علمی پژوهشی فقه پزشکی مقاله ای تحت عنوان «بکرنامی از منظر فقه پزشکی» به چاپ رسید که از چندین منظر حایز اهمیت است. مقاله مزبور که به قلم استاد ارجمند جناب دکتر سیدعباس سادات حسینی متخصص پزشکی قانونی و حقوقدان به رشته تحریر درآمده از نخستین مقالات تألیف شده در خصوص مورد بوده و در نوع خود فتح بابی در پژوهش های فقهی در این زمینه به شمار می آید. انتخاب موضوع جذاب، به روز و کاربردی و در عین حال چالش برانگیز، هم دلالتی واضح بر حسن انتخاب ایشان دارد و هم فقدان سابقه پژوهشی معتنا به در خصوص موضوع، نشان از شهامت و جسارت نویسنده در ورود به حوزه های کمتر توجه شده فقهی است. ورود به حوزه های چالش برانگیز و ارائه نظریات جدید و بالطبع، آمادگی جهت استماع نقدهای متعاقب آن، در عین حال که نیازمند قوت روحی است، محتاج قدرت علمی نیز می باشد که به نظر می رسد مؤلف محترم به خوبی از این دو تنگنا سربلند بیرون آمده است. با این وجود نباید مقاله تألیفی مزبور را عاری از اشکال و نقد دانست. به نظر می آید منشأ این اشکالات گاه به تحریر بخش هایی از مقاله و استنباط از برخی نظرات و گاه وجود نظر مخالف در میان فقها در خصوص مورد، می باشد. ناگفته پیداست که محور اصلی این نقدها نه بر اشکالات صوری نگارش و تدوین مقاله، بلکه حول مباحث ماهوی و استدلالات فقهی است.

این مقاله که مشتمل بر دو بخش عمده است به نقد دیدگاه های جواز و عدم جواز بکرنامی از منظر فقه پزشکی می پردازد و النهایه با طرح تکمله پژوهش، مقاله را با نتیجه گیری به پایان می برد.

الف - نقد دیدگاه جواز

۱- نویسنده مقاله ذیل عنوان «حق انسان در تصرف در بدن خود» - به عنوان یکی از دلایل جواز - می‌نویسد: «تردید نیست که انسان حق دارد از بدن خود آن گونه که بخواهد استفاده کند. چنین حقی ناشی از مالکیتی است که نسبت به بدن خود دارد» و پس از بیان مخالفت برخی از فقها با این نظر می‌افزاید: «در برابر، گروهی با ناکافی دانستن این مطالب [دلایل مطروحه از سوی فقهای مخالف حق انسان بر تصرف در بدنش] مدعی‌اند که انسان از سوی پروردگار متعال دارای نوعی ولایت بر جسم و اعضای خود است و تنها چیزی که انسان از انجام آن نهی شده، فراهم آوردن زمینه هلاکت خود است. بر این اساس تا زمانی که تصرف انسان بر بدن خود منجر به قتل نفس نشود، انجام آن به واسطه وجود این ولایت جایز خواهد بود...» و در توجیه آن می‌گوید: «قرار داشتن اختیار قصاص و یا گرفتن دیه و یا گذشت کردن برعهده مجنی علیه، نشان معتبر دانستن سلطه انسان نسبت به اعضای خویش است...» و بر مبنای این اظهارات نتیجه می‌گیرد: «اقدام برای ترمیم پرده بکارت، از آن جهت که تصرف در بدن خود است به خودی خود امری جایز خواهد بود...»

به نظر می‌رسد، انسان نه تنها مالکیتی نسبت به بدن خود ندارد، بلکه بالطبع حق ندارد از آن به هر نحوی که صلاح می‌داند، استفاده کند. مالک حقیقی انسان در اندیشه دینی خداوند است و تمامی انسان‌ها به تصریح آیات و روایات، عباد خداوند محسوب می‌شوند و تنها مالک است که حق تصرف در ملک خود یعنی بندگان خویش را دارد. این بدن امانتی است از طرف خداوند در نزد انسان که وی حداکثر، نسبت به آن، دارای حق انتفاع می‌باشد. میزان انتفاع را نیز خود مالک مشخص می‌نماید. خداوند با وضع احکام تشریعی حدود و ثغور رفتارهای انسان را مشخص کرده و برخی افعال را متصف به صفت حرام دانسته و ترک آن را از

بندگان خویش طلب نموده است. مع الوصف آیا می‌توان چنین ادعا کرد که انسان حق دارد از بدن خود آن‌گونه که بخواهد استفاده کند؟ در حدیثی از امام حسین (ع) آمده است که کمترین حقی که خداوند نسبت به بندگان خود دارد آن است که با نعمات وی مرتکب گناه نشوند. بی‌شک بدن انسان نیز از جمله نعمات الهی بوده و مشمول این حکم می‌باشد. چنانچه این نظر را نپذیریم، ناچار خواهیم بود، برخی رفتارهای غیراخلاقی را نیز توجیه نماییم. همچنین اگر محدوده تسلط انسان بر بدن خود را در امور مادون قتل نفس بدانیم، آن گاه اعمالی نظیر خودزنی، قمه‌زنی، اجازه به اتانازی مساعدت شده، مبادرت به ورزش‌های خشن نظیر بوکس و امثالهم بلامانع خواهد بود. در میان فقها نیز درخصوص این مورد بسیار سخن گفته شده است. غالب فقها حین بحث پیرامون قاعده سلطنت، آن را منصرف به اموال و املاک دانسته و تسلط بر نفس را از آن خارج نموده‌اند (مجلسی، ۱۳۹۲.ه.ق، ص ۲۷۲؛ الاحسائی، ۱۴۰۴.ه.ق، ص ۱۹۵؛ شیخ طوسی، ۱۳۷۷.ش، ص ۱۷۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۵.ه.ق، ص ۳۸۱؛ محقق کرکی، ۱۴۰۸.ه.ق، ص ۱۶۰؛ اردبیلی، ۱۴۱۶.ه.ق، ص ۳۵۸؛ محقق بحرانی، ۱۴۰۹.ه.ق، ص ۳۹۶). در مقابل عده قلیلی از فقها قید «انفسهم» را نیز در انتهای قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» به کار برده‌اند (بروجردی، بی تا، ص ۳۷؛ روحانی، ۱۴۱۲.ه.ج ۱۵، ص ۲۰۶). اما حد تسلط بر نفس تا جایی است که وجود منفعت عقلایی آن را توجیه نماید (محقق داماد، ۱۳۷۸.ش، ص ۱۴۵).

استدلال به حق اعمال قصاص یا اخذ دیه و یا عفو جانی توسط مجنی علیه جهت تأیید تسلط انسان بر بدن خود دارای خروج موضوعی است و به هیچ وجه دلالتی بر سلطنت انسان بر بدن خود ندارد، چه آنکه اولاً حق مزبور ناشی از رخصتی است که خداوند برای خاطی درنظر گرفته است: «و من تصدق به فهو كفاره له» (مائده، ۴۵)، ثانیاً حق انتخاب مزبور، سلطنت بر نحوه مجازات خاطی است نه سلطنت بر نفس خود. اگر حق انتخاب در نحوه واکنش به بزه خاطی را دال بر

سلطنت صاحب حق بر بدن خود بدانیم، لاجرم باید قائل به تسلط ولی دم بر بدن مولی علیه مقتول باشیم و حال آنکه چنین سخنی به تمامه ناصواب است. دلیل آن نیز امکان عقوبت جنایت هر یک از وراثت - که ولی دم یکدیگر به شمار می آیند - علیه دیگری است.

از آنچه گفته شد، نتیجه می گیریم که سلطنت انسان بر نفس خود تا آن اندازه است که منجر به ارتکاب فعل حرام نگردد. تحدید قاعده سلطنت بر نفس بدین نحو از آن رو که موجب دور منطقی است، مانع از استمساک آن به عنوان دلیلی بر جواز بکرنامی می باشد. چه آنکه برای اثبات عدم حرمت این عمل نیازمند استناد به قاعده سلطنت بر نفس هستیم و قاعده سلطنت بر نفس نیز تنها در خصوص موارد فاقد حرمت قابل استناد می باشد.

۲- نویسنده، در قسمت سوم از قاعده اضطرار به عنوان یکی از ادله جواز ترمیم پرده بکارت نام برده و تا حدودی به توضیح این قاعده پرداخته است. به نظر می رسد، اولاً؛ قاعده اضطرار نمی تواند دلیل ابتدایی بر جواز عمل مزبور باشد و جنس استدلال به این قاعده متفاوت از استدلال به قاعده سلطنت بر نفس است. توضیح آنکه قاعده اضطرار همچون قاعده عسر و حرج از عوامل رافع مسئولیت (و یا رافع حرمت) به شمار می آید. به عبارت دیگر کسی که به قاعده مزبور استناد می نماید به طور پیش فرض، حرمت عمل مورد بحث را پذیرفته و سپس با استناد به این قاعده، در مقام اثبات رفع حرمت آن است. از این رو قبول حرمت ابتدایی مفروض و رفع آن نیازمند اثبات است. با این وجود چنانچه استناد به قاعده اضطرار را دفع دخل مقدر بدانیم، مشکل عدم تعریف اضطرار و صدق آن در خصوص مورد قابل طرح می باشد. به درستی مشخص نیست که مقصود از حدوث اضطرار در عدم ترمیم پرده بکارت چیست و آیا اساساً می توان ابتلا به ازاله شدن بکارت را موجب اضطرار نامید؟ به نظر

می‌رسد که اولاً: آن‌گونه که فقهای اهل سنت میان حاجات و ضرورات قائل به تمایز شده (خالد منصور، ۱۴۲۰ه.ق، ص ۲۱۰) و مصادیق حاجات را مادون اضطرار شمرده‌اند، مسائل مربوط به عدم ترمیم پرده بکارت نیز حداکثر ذیل حاجات قرار می‌گیرد نه ضرورات. مراد از اضطرار آن‌گونه که از مدلول کلام فقها و فتاوی ایشان در خصوص مورد به‌دست می‌آید، حالت ناچاری و درماندگی در فرد است که ناگزیر وی را به سمت ارتکاب جرایم سوق می‌دهد؛ چه آنکه رفع این درماندگی جز از این طریق ممکن نمی‌باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ه.ق، ج ۱، ص ۴۲۵)، امری که در مانحن فیه مفروغ عنه تصور می‌شود. اما اگر مراد از مصادیق اضطرار حالاتی همچون طغیان شهوات جنسی در زن و یا اصرار مکرر خانواده جهت ازدواج دختر مزبور باشد، آن‌گاه همپوشانی آن با مصادیق عسر و حرج - که یکی دیگر از ادله جواز عمل مزبور است - موضوع بحث خواهد بود.

نکته دیگر آنکه، اعمال قاعده اضطرار متوقف بر وجود شرایط اضطرار است که از جمله آن قطعی، بالفعل یا قریب‌الوقوع بودن نتیجه مورد اجتناب است (محقق داماد، ۱۳۷۸ش، ص ۱۴۵). در فرض ما از جمله شروط تحقق اضطرار آن است که به‌عنوان مثال این یقین وجود داشته باشد که شوهر پس از ازدواج، اولاً: عدم بکارت زن را دلیلی بر ارتکاب فحشا می‌شمرد، ثانیاً: از عدم بکارت دختر - حتی اگر به جهت مراوده جنسی پیش از ازدواج باشد - سخت برآشفته می‌شود و ثالثاً: به جای توسل به سایر طرق اعلام عدم رضایت خود همچون فسخ نکاح و یا طلاق زن، دست به اعمالی می‌زند که منجر به هتک حیثیت و آبروی زن و خانواده وی می‌شود. به نظر می‌رسد در شرایط و اوضاع و احوال کنونی تصور تحقق جمیع موارد مذکور اندکی محل تأمل است. به‌علاوه، آن‌گونه که برخی نیز گفته‌اند (خالد منصور، ۱۴۲۰ه.ق، ص ۲۱۸) چنانچه فقدان باکرگی زن به‌دلیلی غیر از مراودات جنسی

وی پیش از ازدواج باشد، رجوع به پزشکی قانونی و یا حتی اعلام آن توسط دادگاه مانع از هتک حیثیت زن و خانواده وی شده و از این رو مورد اضطرار مرتفع خواهد بود.

نکته دیگر آنکه غالب فقها در اعمال قاعده اضطرار بر عمدی نبودن ایجاد شرایط اضطرار توسط شخص مضطر اتفاق نظر دارند؛ به عبارت دیگر: چنانچه فردی عمداً خود را در شرایط اضطراری قرار دهد، مفاد قاعده اضطرار شامل وی نخواهد شد. این حکم از عبارت «غیرباغ» در قسمت اخیر آیه ۱۷۳ سوره بقره^۱ استفاده می گردد (طوسی، ۱۴۰۹ ه.ق، ج ۶، ص ۴۳۵). به عنوان مثال، علامه در المیزان می فرماید: «... اما لو اضطر فی حالة البغی و العدو کما یکونا هما الموجبین للاضطرار فلا یجوز له ذلک» (طباطبایی، بی تا، ج ۱، ص ۴۲۶) همچنین در آیه ۳ سوره مائده که یکی دیگر از مدارک قاعده مزبور است، قید «غیرمتجانف لاثم» آمده است که برخی از مفسران آن را به فراهم نکردن اختیاری مقدمات اضطرار تفسیر نموده اند (مکارم شیرازی، ج ۴، ص ۲۷۲). قاعده «الامتناع بالاختیار لاینافی الاختیار» نیز مؤید همین معناست (رحمانی، ۱۳۷۶، ص ۱۵۴). در چنین مواردی حرمت عمل رفع نمی شود و مرتکب مستحق عتاب خواهد بود. آخوند خراسانی در کفایه در همین رابطه مثال فردی را می زند که از روی اراده و اختیار وارد زمین غصبی می شود و جهت خروج از آن چاره ای جز بازگشت از همان مسیر ورودی ندارد.^۲ چنین فردی گرچه جهت خروج، مضطر از حرکت در ملک غصبی است، ولی مستحق کیفر (عتاب) خواهد بود (آخوند خراسانی، بی تا، ص ۱۶۸). در مورد بحث ما نیز دقیقاً همین امر جاری است؛ مشروط بر آنکه زن، بکارت خود را عمداً از دست داده باشد؛ مانند آنکه عمداً مبادرت به زنا کرده و یا پرده بکارت خود را از دست داده و یا حتی با علم به اینکه انجام فعالیت یا ورزشی خاص، موجب ازاله بکارت وی خواهد شد بدان مبادرت نموده باشد.

همچنین در میان فقها در خصوص مدلول قاعده اضطرار که عزیمت است و یا رخصت، اختلاف نظر وجود دارد. رخصت همان نتیجه امتنانی بودن قاعده است یعنی چنانچه فردی در حالت اضطرار قرار گیرد، به دلیل امتنان شارع جهت خروج از حالت اضطرار می‌تواند مرتکب حرام شده و یا واجبی را ترک نماید. مانند آنکه کسی که به دلیل تشنگی در معرض تلف است، می‌تواند به قدر ضرورت و جهت جلوگیری از هلاک شدن، مبادرت به نوشیدن شراب نماید. در اینجا، فرد مزبور در نوشیدن شراب ملزم نیست، بلکه حق مزبور - که دلالت بر قدرت انتخاب فرد دارد - توسط قاعده اضطرار ایجاد شده است. اما اگر مدلول قاعده اضطرار، عزیمت باشد، مضطر مکلف به نوشیدن شراب بوده و ترک آن عتاب خواهد داشت. صاحب عروه در احکام تیمم می‌آورد که اگر کسی با تحمل ضرر مبادرت به ساختن وضو و یا انجام غسل نماید، چنانچه استفاده از آب موجب ضرر به شمار آید، وضو باطل است^۳ (یزدی، ۱۴۰۹ ه.ق، ج ۱، ص ۴۷۲). طبق این نظر چنانچه اولاً؛ قایل به وجود شرایط اضطرار در فرد فاقد پرده بکارت و ثانیاً؛ عزیمت بودن مدلول قاعده اضطرار باشیم، آن گاه این نتیجه حاصل می‌آید که مبادرت به ترمیم پرده بکارت در همه حال واجب است و ترک آن مستحق عتاب خواهد بود. نتیجه‌ای که به دلیل فاسد بودن شرط نخست عقیم بوده و هیچ عقل سلیمی آن را نخواهد پذیرفت.

۳- نویسنده مقاله، دلیل دیگر بر جواز بکرنامایی را اجرای قاعده لاحرج دانسته است. در اینجا نیز برخی از همان اشکالات مطرح شده ذیل قاعده اضطرار مجدداً قابل طرح است؛ مانند آنکه استناد به قاعده لاحرج در ابتدا، دلالت بر تعیین قبلی حکم تحریم توسط شارع دارد؛ دیگر آنکه عزیمتی بودن مدلول قاعده لاحرج، وجوب ترمیم پرده بکارت را افاده می‌کند و در نهایت آنکه مرز میان آن با قاعده اضطرار هنوز به درستی مشخص نشده است. علاوه بر موارد

مذکور اشکال دیگری که بر استناد به این قاعده در جواز ترمیم پرده بکارت وارد است، میزان دلالت قاعده مزبور می‌باشد. اساساً هرگاه حکمی از احکام الهی مستلزم حرج و مشقت باشد، فقها به استناد این قاعده، حکم مزبور را ثابت ندانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ ه.ق، ج ۱، ص ۱۴۸)؛ مثلاً: هرگاه روزه مستلزم حرج باشد، آشامیدن آب برای او حرام نخواهد بود. چنانچه از مثال فوق برداشت می‌شود، فقها قاعده لاحرج را تنها در ترک واجبات جاری دانسته و هیچ‌گاه عسر و حرج را موجب نفی محرمات نمی‌دانند. به عنوان مثال آیت الله بجنوردی در همین خصوص می‌آورد: «ظاهر الآية الشریفة - التي هي أساس قاعدة نفی العسر و الحرج، و استشهد الإمام عليه السلام في موارد عديدة بها، و جعلها كبرى كلية طبّقها على صغرياتها المتعددة في أبواب مختلفة، أعني قوله تبارك و تعالی ما جعلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ - هو العموم لكلّ حكم شرعي حرجي، سواء كان من الواجبات أو من المحرمات، و سواء كانت المحرمات صغيرة أو كبيرة، ولكن الظاهر أنّ بناء الفقهاء و الأصحاب - رضوان الله تعالى عليهم أجمعين - ليس على العمل بذلك العموم و الأخذ به، خصوصاً إذا كان المراد من الحرج و الضيق العرفي الذي أخذ موضوعاً للرفع في الآية الشریفة هو الحرج الشخصي لا النوعي، كما هو كذلك؛ لأنّه ليس في أغلب المحرمات الكبيرة كالزنا بذات البعل و أمثاله إلّا و يكون تركها لبعض الأشخاص حرجياً، و لا شكّ في أنّ الفقيه لا يرضى من نفسه أن يفتي بجواز ارتكاب ذلك المحرم. و لعلّ السرّ في ذلك أنّ هذا الحكم - أي رفع الحكم الحرجي - من اللطف و الامتنان على العباد، و إيقاع المكلف في المفسدة العظيمة المترتبة على ذلك المحرم و الذنب الكبير برفع الإلزام عنه خلاف اللطف و الامتنان»^۴ (بجنوردی، ۱۴۱۹ ه.ق، ج ۱، ص ۲۶۵). از این رو به عنوان مثال کسی که به دلیل عزوبت، از سرکشی قوای جنسی در مشقت است نمی‌تواند با استناد به قاعده لاحرج، حرمت زنا را نفی کرده و مبادرت به فحشا نماید و یا کسی که به دلیل فقر به سختی افتاده

نمی‌تواند، مرتکب اکل مال غیر گردد و قاعده لاحرج را نافی حرمت آن تلقی نماید: «ثم الحرج كما هو مخصص للأحكام الأولية كذلك مخصص بما هو أهم لقاعدته، كما ان الضرر كذلك، فإذا بلغت الغريزة الجنسية في إنسان حد الحرج، و لا يزول الحرج إلا بالجماع مع امرأة ذات بعل لم يكن حرجه مباحاً له، ذلك لأن حرمة ذات البعل أهم من الحرج»^۵ (حسینی شیرازی، ۱۴۲۲ه.ق.، ص: ۸۷). درخصوص بحث ما نیز مسأله به همین نحو است. کسی که به دلیل از دست دادن بکارت خود به مشقت و سختی افتاده است، نمی‌تواند قاعده مزبور را دلیلی بر ارتکاب حرام - که همانا تدلیس در نکاح و آشکار نمودن عورت است - قرار دهد. البته نظر مخالف نیز در خصوص مورد قابل تأمل است^۶ (خدادادی، ۱۳۸۵ش.، ص: ۱۲۹).

۴- ضرورت کتمان گناهان ناموسی، از دیگر ادله جواز ترمیم پرده بکارت عنوان شده است. درخصوص این دلیل چند اشکال قابل ذکر است؛ نخست آنکه این دلیل تنها می‌تواند در جایی مصداق داشته باشد که بکارت دختر در نتیجه ارتکاب عمل منافی عفت از بین رفته باشد از این‌رو مستحل سایر طرق ازاله بکارت نخواهد بود. دوم آنکه فقدان پرده بکارت و یا ازاله شدن آن - حتی به دلیل مراوده جنسی - دلیلی بر ارتکاب گناه ناموسی نیست زیرا مورد اخیر می‌تواند در نتیجه وطی به شبهه، وطی به عنف و یا ازدواج موقت باشد (خالد منصور، ۱۴۲۰ه.ق.، ص: ۲۱۸). سوم آنکه اگر مراد از پرده‌پوشی و کتمان مبادرت به عمل زنا مخفی نگه داشتن آن از تمامی اشخاص فاقد علقه محرمیت است پس چگونه می‌توان آشکار شدن آن نزد طبیب جراح را توجیه نمود؟ چهارم آنکه در تعارض میان ضرورت پرده‌پوشی و کتمان گناهان ناموسی از جانب زن و حق مرد در علم به حقیقت امر و اجتناب از تدلیس در نکاح کدام یک

مقدم می‌باشد؟ آیا می‌توان به بهانه دفع یک فساد به فسادی بالاتر متوسل شد؟ آیا می‌توان پرده‌پوشی را وسیله اضرار به غیر (شوهر) قرار داد؟

۵- اصل براءت غالباً ناظر به اشخاص است و اصل اباحه ناظر به افعال. مثلاً چنانچه شک شود آیا فلان عمل مباح است یا خیر، اصالة الاباحه جاری می‌شود لیکن چنانچه درخصوص امکان مبادرت فرد به عمل مزبور تردید گردد، محل اجرای اصالة البرائة خواهد بود. از این رو شایسته بود که نویسنده محترم این دو اصل را تحت یک عنوان مورد بررسی قرار می‌داد. مضاف اینکه استدلال به اصالة البرائة در این مقاله نه برای اثبات جواز عمل بکرنمایی بلکه جواز مبادرت به آن توسط پزشک به کار گرفته شده است؛ «اگر تردید داشته باشیم که آیا انجام چنین کاری برای پزشک حرام است یا نه، می‌توان مدعی شد که اصل براءت، جواز انجام عمل ترمیم بکارت را اثبات می‌کند»؛ به عبارت دیگر: اصل مزبور جهت اثبات جواز رفتار فاعل و نه جواز نفس فعل مورد استناد قرار گرفته است.

نکته دیگر آنکه نویسنده پس از بیان اصل براءت در مقام نقد و بررسی می‌آورد: «همانگونه که در منابع علم اصول فقه آمده شرط اصلی اجرای براءت شرعی، همچون سایر اصول عملی، فحص از دلیل و ناامیدی از دستیابی به آن است. بنابراین با وجود دلایل لفظی نمی‌توان به سراغ اصل براءت رفت و از آنجا که موافقان و مخالفان عمل ترمیم پرده بکارت برای اثبات ادعای خود به دلایلی استناد کرده‌اند، دیگر نوبت به استناد به اصل براءت نمی‌رسد.»

به نظر می‌رسد یأس پس از فحص دلیل، به عنوان شرط اساسی استناد به اصول مزبور (شرط قبول قابلیت استناد به آن در مانحن فیه) تنها زمانی فاقد وجاهت است که ادله معارض دارای وجاهت فقهی باشد و از آنجا که نویسنده مقاله پس

از بیان ادله عدم جواز، هر یک را نقد کرده و قابل پذیرش ندانسته است از این رو نفوذ اصالة البرائة همچنان به قوت خود باقی خواهد بود.

ب - نقد دیدگاه عدم جواز

۱- نویسنده، قاعده حفظ فروج را از ادله عدم جواز ترمیم پرده بکارت برشمرده و مدرک آن را آیات ۳۰ سوره نور^۷ و ۵ الی ۷ سوره مؤمنون^۸ دانسته است. تمام سخن در وجه استناد به آیات مزبور در این است که آیا حفظ فروج دلالت بر حرمت اعمال منافی عفت دارد و یا آنکه ستر آن از انظار نامحرم را نیز شامل می شود. اگرچه نویسنده، حفظ فروج را در سوره مؤمنون منصرف بر اجتناب از فواحش دانسته و بدین وجه ادله قائلین به عدم جواز بکر نمایی را فاقد اعتبار شمرده لیکن در خصوص پاسخ به نحوه دلالت آیه سوره نور سکوت اختیار نموده است. سکوتی که تنها می تواند مؤید نظر قائلین به ادله جواز باشد. شایان ذکر است که علاوه بر اختلافی بودن میزان دلالت آیات مزبور در میان مفسران، قاعده حفظ فروج از انظار نامحرم مستدل به سایر ادله فقهیه نظیر سنت، اجماع، و عقل نیز می باشد و از این رو به آسانی نمی توان آنرا از عداد دلایل عدم جواز ترمیم پرده بکارت خارج نمود. همچنین شایسته بود که نویسنده محترم این قاعده را توأمان با قاعده حرمت نگاه و لمس عورت نامحرم مورد بررسی قرار می داد. جالب آنکه ایشان ذیل همین بخش، وجود ضرورت را مجوز کشف عورت دانسته لیکن در مقام نقد آن می آورد: «اما از آنجا که ازاله بکارت بیماری به حساب نمی آید، اقدام به ترمیم آن کاری از روی اضطرار نخواهد بود تا به واسطه آن جایز باشد». حال سوال این است که این سخن را چگونه می توان با استناد به قاعده اضطرار که در مقام جواز بکرنمایی بدان استدلال شده جمع نمود؟ نکته دیگر آنکه ادله مزبور، در جایی که ترمیم

پرده بکارت توسط خود شوهر انجام می‌گیرد، محل اجرا نخواهد داشت و نوشتار مورد نظر از آن‌رو که قایل به تفصیل در این خصوص نشده، قابل انتقاد به نظر می‌رسد.

۲- «حرمت اعانه بر اثم» از دیگر ادله عدم جواز ترمیم پرده بکارت ذکر شده و مستند آن نیز آیه شریفه «ولاتعاونوا علی الاثم و العداوان» (مائده، آیه ۲) بیان گردیده است. به نظر می‌رسد این استدلال از چند جهت قابل نقد است.

اول آنکه، چنانکه گذشت ازاله بکارت همیشه به معنای ارتکاب فواحش نیست که ترمیم آن زمینه ارتکاب جرایم بعدی همچون شیوع رابطه نامشروع در جامعه را فراهم نماید. مضاف اینکه اگر کسی تمایل به استمرار ارتکاب رابطه نامشروع داشته باشد، مبادرت به ترمیم پرده بکارت نمی‌نماید. دوم آنکه چنانچه ازاله بکارت در نتیجه مبادرت به عمل جنسی نامشروع نیز صورت گرفته باشد، مبادرت به ترمیم آن می‌تواند ناشی از توبه خاطی و تمایل وی به اعاده وضعیت سابق خود باشد و نه آنگونه که نویسنده گفته است: «سرپوش گذاشتن بر ولنگاری جنسی» که در این دو حالت، اعانه بر اثم نیز معنا نخواهد داشت.

نکته سوم و بسیار مهم آن است که در مقاله مزبور میان دو مفهوم «اعانه بر اثم» و «تعاون بر اثم» خلط مبحث صورت پذیرفته است؛ چرا که: اعانت متفاوت از معاونت است. آنچه که به صراحت در قرآن از آن نهی شده، تعاون بر گناه است؛ یعنی: همکاری و مساعدت در ارتکاب گناه لیکن اعانه بر گناه به معنای تسهیل زمینه ارتکاب آن و نه مشارکت در انجام آن می‌باشد.^۹ (بجنوردی، ۱۴۱۹ه.ق، ص ۳۶۱) به زعم برخی از فقها حرمت اعانه بر مطلق حرام ثابت نیست و تنها حرمت اعانه بر ظلم قابل پذیرش است که از مصادیق آن اعانه بر حکومت غیردینی و اعانه بر قتل می‌باشد (محسنی، بی تا، ص ۲۲۱). تفصیل این بحث نیازمند بحث مستوفای دیگری است و بالاخره اینکه به فرض حرمت اعانه بر اثم، در

مواردی که ترمیم پرده بکارت به درخواست شوهر و یا رضایت وی و یا توسط خود او انجام می‌پذیرد، به هیچ وجه نمی‌توان به آن دلیل استناد جست.

۳- بنابر نظر نویسنده «لزوم پرداخت ارش البکاره و عدم اشاره به امکان ترمیم آن حکایت از آن دارد که ترمیم آن جایز نیست؛ چرا که: اگر این عمل جایز بود، دیگر نیازی به پرداخت آن نمی‌بود». به نظر، این سخن را از چند منظر می‌توان به بوته نقد کشید؛ عدم تعرض فقهای متقدم به امکان اعاده حالت بکارت می‌تواند ناشی از محال بودن چنین فرضی در زمان حیات ایشان باشد و نه دلیل بر حرمت نفسانی عمل؛ مضاف اینکه طبق مدلول کلام فقها آنچه که ارش البکاره به آن تعلق می‌گیرد، همان بکر بودن حقیقی زن و وصف باکرگی اوست و نه صرف وجود یا فقدان ظاهری پرده بکارت. از این رو چنانچه فردی موجب ازاله بکارت زنی شود، ارش ازاله باکرگی وی را می‌پردازد نه ارش پرده بکارت را (محقق اردبیلی، بی تا، ج ۱۳، ص ۹۷) که در صورت اخیر، می‌بایست توسط شارع برای آن دیه معین می‌گردید نه ارش (محقق کرکی، ۱۴۱۱ ه.ق، ج ۱۲، ص ۱۲۰). با این توجیه، ترمیم پرده بکارت و یا عدم آن مؤثر در مقام نخواهد بود. به فرض اگر بپذیریم که ارش مزبور به موجودیت ظاهری پرده بکارت تعلق می‌گیرد، ترمیم آن هیچ‌گاه به معنای رجوع به وضعیت سابق نیست تا موجب سقوط ارش البکاره گردد، زیرا: پرده مزبور، متفاوت از پرده بکارت حقیقی است.

ج - تکمله

از دیگر نقدهای وارده بر مقاله «بکرنامایی از منظر فقه پزشکی» عدم جامعیت آن است. در خصوص موضوع این مقاله، مباحث مختلفی قابلیت طرح دارد که متأسفانه بدان پرداخته نشده است که از جمله مهمترین آنها مسأله تدلیس در نکاح

به واسطه ترمیم بکارت و آثار آن و نیز بحث تکلیف پزشک معالج در خصوص مبادرت به انجام چنین عملی در فرض احراز جواز نفس بکرنمایی است. همچنین شایسته بود که در این مقاله آثار مترتب بر فردی که به واسطه جراحی ترمیمی، بکارت خود را ترمیم نموده است از حیث لزوم اذن پدر در ازدواج و غیره مورد بررسی قرار می‌گرفت کما این که در مقدمه مقاله عنوان گردیده که «بر آن هستیم تا ... نشان دهیم که آیا این عمل فاقد مجوز شرعی است و اگر آری آثار و پیامدهای فقهی آن چیست؟»

نقد دیگری که بر این مقاله وارد می‌باشد، این است که نویسنده محترم در چکیده مقاله به صراحت آورده است؛ «ترمیم پرده بکارت یا تعبیه آن در افرادی که شرعاً باکره محسوب می‌شوند، جهت عودت عملکرد آن در شب زفاف بلامانع است»، ولی در شرح مقاله از تشریح این نظر و بیان ادله مؤید آن کاملاً مغفول مانده است.

نتیجه

مقاله بکرنمایی از منظر فقه پزشکی، که در زمره نخستین مقالات تحریر شده در این حوزه می‌باشد، دارای محاسن بی شماری است که از جمله آن ابتکاری بودن موضوع، تحقیقی بودن متن آن و شجاعت نویسنده در ورود به چنین عرصه دشواری است که خود راه را برای انجام پژوهش‌های تکمیلی هموار نموده است. با این وجود، مقاله مزبور از وجود پاره‌ای کاستی‌ها مصون نمانده است. اشکالات صوری و شکلی که برخی منتسب به شیوه نگارش و پردازش مطالب توسط نویسنده و برخی نیز منبعث از جبر حاکم بر شیوه انتشار مقالات علمی در کشور ماست در این مقاله به چشم می‌خورد. در مقابل، اشکالات ماهوی نیز کم و بیش قابل ذکر است. در مجموع، استدلالات بکار رفته در مقاله، بسیار متهافت، و بعضاً

نامتناسب است و شیوه تدوین آن نیز دارای تشتت و گسیختگی بسیار می‌باشد. استفاده از آثار سایر محققین^{۱۰} و به‌خصوص برخی فقهای معاصر اهل سنت^{۱۱} در خصوص مورد می‌توانست بر غنای علمی این مقاله بیفزاید که متأسفانه به این مهم نیز توجه شایانی نشده است.

پی‌نوشت‌ها

- ۱- ... فمن اضطر غیر باغ و لا عاد فلا اثم علیه ان الله غفور رحیم.
- ۲- ... و انما الاشکال فیما اذا کان ما اضطر الیه بسوء اختیاره مما ینحصر به التخلّص عن محذور الحرام کالخروج عن الدار المغضوبه فیما اذا توسطها بالاختیار فی کونه منہیا عنه او مأمورا به مع جریان حکم المعصیه علیہ... لا یكون عقلا معذورا فی مخالفتہ فی ما اضطر الی ارتکابه بسوء اختیاره و یكون معاقبا علیہ....
- ۳- اذا تحمل الضرر و توجّھا او اغتسل فان کان الضرر فی المقدمات من تحسّیل الماء و نحوه وجب الوضوء او الغسل و صبح، و ان کان فی استعمال الماء فی احدهما بطل...
- ۴- ترجمه: ظاهر آیه شریفه و ما جعل لکم فی الدین من حرج اساس قاعده نفی عسر و حرج به شمار می آید و امام معصوم نیز در موارد متعدّد به آن استناد کرده است و آنرا کبرای قضایای منطقی برای صغراهای مختلف در ابواب مختلف فقهی قرار داده است. حکم نفی حرج در این آیه عام بوده و شامل تمام احکام شرعی حرجی اعم از وجوبات و محرمات و صغایر و کبایر می باشد. با این وجود بنای فقهای بزرگوار بر عدم استناد به عموم آن بوده و نفی حرج را خصوصا در مواردی که حرج شخصی و نه نوعی مد نظر باشد جاری ندانسته اند و حکم به جواز زنا با زن شوهر دار مشروط به وقوع در عسر و حرج صادر نکرده اند. بدون شک هیچ فقیهی راضی به صدور چنین فتوایی نمی شود و شاید سر آن در این باشد که نفی حرج قاعده ای امتثانی از سوی شارع مقدس است و به گناه افتادن بندگان به استناد این قاعده مخالف با امتثال شارع به شمار می آید.
- ۵- ترجمه: همانگونه که قاعده لاجرح برخی از احکام اولیه را تخصیص میزند، گاه خود آن نیز توسط برخی امور مهمتر تخصیص میخورد. به عنوان مثال زمانی که قوای جنسی در فرد طغیان نموده و موجب حرج وی میگردد و این امر جز از طریق زنا با زن شوهر دار قابل رفع نیست، موضوع مهمتری که همانا حرمت زنا با زن شوهر دار است، لاجرح را تخصیص خواهد زد.
- ۶- مساله ۳۲۳ مطابق با فتوای آیت الله فاضل لنکرانی: «ترمیم پرده بکارت در صورت ضرورت و توقف حفظ آبروی و حیثیت بر آن ولو مستلزم حرامی از قبیل لمس و نظر اجنبی باشد، مانعی ندارد.»
- ۷- قل للمؤمنین یغضوا من ابصارهم و یحفظوا فروجهم ذلک اذکی لهم ان الله خبیر بما یصنعون.
- ۸- وللذین هم لفروجهم حافظون الا علی ازواجهم او ما ملکتم ایمانهم فانهم غیر ملومین.
- ۹- «و ربما یتشکل فی دلالة الآیة علی حرمة الإعانة علی الإثم بأنّ النهی فی الآیة تعلّق بعنوان التعاون لا المعاونة و الإعانة، و التعاون لا بدّ و أنّ تكون المعاونة من الطرفين، ففیما إذا کان صدور فعل بإعانة کلّ واحد منهما للآخر- أي کانا شریکین فی ایجاد ذلک الفعل- یصدق التعاون، و إلاّ لو کانت الإعانة من طرف واحد بحيث یكون أحدهما عوناً للفاعل المباشّر بواسطة ایجاد بعض مقدمات فعله، فهذه إعانة لا تعاون؛ لأنّ هیئة باب التفاعل موضوعة لاشتراك الشخصین فی جهة صدور الفعل

- عنهما. فالتعاون عبارة عن كون كل واحد منهما عوناً للآخر، والإعانة عبارة عن كون شخص عوناً لشخص آخر في فعله. و ما هو مفاد القاعدة و مضمونها هو الثاني، و مفاد الآية هو الأول.»
- ۱۰- به عنوان مثال رجوع کنید به: الفقه و المسائل الطبية تأليف محمد آصف محسنی، (ایندکس شده در نرم افزار فقهی جامع فقه اهل البيت)
- ۱۱- به عنوان مثال رجوع کنید به: الاحکام الفقهية المتعلقة بالنساء تأليف دکتر محمد خالد منصور انتشارات دارالنفایس چاپ اردن.

فهرست منابع

- آخوند خراسانی - (بی تا). کفایه الاصول، موسسه آل البيت
- الاحسائي، ابن ابی جمهور - (۱۴۰۴ه). عوالي اللئالی، تحقیق مجتبی عراقی
- اردبیلی، مولی احمد - مجمع الفائده و البرهان، قم: منشورات جامعه مدرسین.
- بجنوردی، سید محمد حسین - (۱۴۱۹ه). القواعد الفقهیه، (دوره ۷ جلدی)، ج اول، قم: انتشارات هادی.
- بحرانی، یوسف - (۱۴۰۹ه). الحقائق الناظرة فی احکام العترة الطاهرة، قم: موسسه نشر اسلامی.
- حسینی شیرازی، سید محمد - (۱۴۲۲ه)، القواعد الفقهیه. بی جا.
- خالد منصور، محمد - (۱۴۲۰ه). الاحکام الطبية المتعلقة بالنساء، اردن: دار النفائس.
- خدادادی، غلامحسین - (۱۳۸۵). احکام پزشکان و بیماران مطابق با فتاوی آیت الله العظمی فاضل لنکرانی، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- روحانی، سید محمد صادق - (۱۴۱۲ه). فقه الصادق (دوره ۲۶ جلدی)، جلد ۱۵، قم: موسسه دار الکتاب.
- شیخ طوسی - (۱۴۰۹ه). التبیان فی تفسیر القرآن (دوره ۱۰ جلدی)، جلد ۶، مکتب الاعلام الاسلامی.
- شیخ طوسی - (۱۳۷۷). الخلاف فی الفقه، تهران: انتشارات رنگی.
- طباطبایی، سید محمد حسین - (بی تا)، المیزان فی تفسیر القرآن (دوره ۲۰ جلدی)، جلد ۱، قم: موسسه نشر اسلامی.
- علامه حلی - (۱۴۱۵ه). مختلف الشیعه (دوره ۹ جلدی)، جلد ۹، قم: موسسه نشر اسلامی.
- محسنی، محمد آصف - (بی تا). الفقه و المسائل الطبية. بی جا (ایندکس شده در نرم افزار فقهی جامع فقه اهل البيت).
- محقق اردبیلی - (بی تا). مجمع الفایده و البرهان (دوره ۱۴ جلدی)، جلد ۱۳، قم: انتشارات جامعه مدرسین.
- محقق حلی - (۱۴۰۹ه). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام (دوره ۴ جلدی) به تصحیح سید صادق شیرازی، جلد ۴، تهران: انتشارات استقلال.
- محقق داماد، سید مصطفی - (۱۳۷۸). قواعد فقه (بخش جزایی)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق کرکی - (۱۴۰۸ه). جامع المقاصد فی شرح المقاصد، موسسه آل البيت.

مکارم شیرازی، ناصر - (۱۴۱۱ه). القواعد الفقهیه (دوره ۲ جلدی)، جلد ۱، مدرسه الامام امیر المومنین.
یزدی، سید محمد کاظم - (۱۴۰۹ه). العروه الوثقی (دوره ۴ جلدی)، جلد ۱، بیروت: موسسه الاعل

یادداشت شناسه مؤلف

سیدرضا احسانپور: دانشجوی دکترای حقوق جزا و جرمشناسی دانشگاه تهران، عضو پیوسته انجمن علمی
حقوق پزشکی ایران و پژوهشگر مرکز تحقیقات اخلاق و حقوق پزشکی (نویسنده مسؤول)

نشانی الکترونیکی: ehsanpour@gmail.com

محمود عباسی: رئیس مرکز تحقیقات اخلاق و حقوق پزشکی، دبیر انجمن علمی حقوق پزشکی ایران و
رئیس کمیته اخلاق در علوم و فناوری کمیسیون ملی آیسکو.

نشانی الکترونیکی: Dr.abbasi@sbmu.ac.ir

تاریخ وصول مقاله: ۱۳۸۹/۹/۲۴

تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۸۹/۱۱/۳۰