

Organ harvesting and transplantation in difficult cases

Maryam Samani: Department of Criminal Law and Criminology, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.

maryamsam1360@gmail.com

Abstract

Advances in medical science, especially in the field of organ transplantation, has been inevitable in recent decades. In the meantime, different forms of organ removal and transplanting explored, that special type of harvest and transplant is society spread as in cases of hardship in our current society, that the purpose of the transplant and harvest will be the lack of action taken in cases where persons are experiencing hardship and great difficulty in life. It is such that covers most of Transplantation and Organ Harvesting. However, the laws of our country, in this area have remained silent, so the legal deficiency leads to multiple interpretations. On the one hand, with regard to the legal principle of crime and punishment, no license and picked up at the above mentioned law is for the transplant and harvest, and, on the other interpretation that a single article of silence law and referring to the law in accordance with Article ۱۶۷ of the constitution is possible. According to with the subject in today's society, and performing surgery in this area, and possible narrow interpretation, accepting the latter interpretation seems logical. In the face of that evidence to permit coherentism these attributes is the rule of the monarchy, conflict, government primary evidence on secondary. And the result of jurists view are license at all and sometimes life-threatening, according linked in some forms of removal and transplantation in cases of hardship.

Keywords: Organ harvesting, organ transplantation, hardship and hardship, autopsy, self-control.

Received: ۲۰۲۴/۲/۲۹ ; **Revised:** ۲۰۲۴/۴/۲۴ ; **Accepted:** ۲۰۲۴/۵/۹ ; **Published online:** ۲۰۲۴/۵/۱۹

Article type: Research Article

Publisher: Qom Islamic Azad University

© the authors



برداشت و پیوند اعضا در موارد عسر و حرج

مریم سامانی: گروه حقوق کیفری و جرم شناسی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

maryamsam۱۳۶۵@gmail.com

چکیده:

پیشرفت‌های علوم پزشکی بالاخص در زمینه پیوند اعضا در دهه‌های اخیر امری اجتناب‌ناپذیر بوده است. نوع خاصی از برداشت و پیوند با عنوان برداشت و پیوند در موارد عسر و حرج در جامعه فعلی ما رواج یافته است. و مراد از آن پیوند و برداشت در مواردی است که اشخاص در اثر عدم انجام فعل مذکور دچار مشقت و سختی بسیار در زندگی خواهند شد. این امر اکثر موارد پیوند و برداشت اعضا را در بر می‌گیرد. این در حالی است که قوانین کشور ما در این زمینه سکوت اختیار نموده‌اند. لذا خلاء قانونی موجود تفاسیر چندگانه‌ای را در پی دارد. از یک‌سو با عنایت به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، عدم جواز پیوند و برداشت در موارد مذکور قابل برداشت است و از سویی تفسیر دیگر از ماده‌واحد هاک از سکوت قانون و امکان مراجعه به فقه مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی می‌باشد. با توجه به مبتلابه بودن موضوع در جامعه امروزی و انجام عمل‌های بسیار در این زمینه و امکان تفسیر مضیق، پذیرش تفسیر دوم منطقی به نظر می‌رسد. ادله قائلین به جواز در این زمینه شامل قاعده سلطنت، تراحم، حکومت ادله ثانویه بر اولیه می‌باشد و نتیجه حاصل از دیدگاه فقهای موافق پیوند در موارد خطر جانی جواز در تمامی و بعضا برخی صور برداشت و پیوند در موارد عسر و حرج می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: برداشت عضو، پیوند عضو، عسر و حرج، تشریح میت، سلطه بر نفس

نوع مقاله: مقاله پژوهشی ناشر: دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم © نویسندگان. تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۱۰ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۲/۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۲/۲۰ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۲/۳۰



مقدمه

پیشرفت‌های علوم پزشکی و انطباق مسائل فقهی و حقوقی با آن بالاخص در زمینه برداشت و پیوند اعضا قانون‌گذار را به نگرارش ماده‌واحدی در این زمینه در سال ۱۳۷۹ واداشت که این قانون برداشت اعضا را صرفاً از مبتلایان به مرگ مغزی و فوت شدگان و منحصر در لزوم حفظ جان و نقش حیاتی داشتن برای گیرنده جایز می‌داند. این در حالی است که بیشترین موارد برداشت اعضا در واقع مربوط به بیماران در عسر و حرج است که در این زمینه قانون ساکت است. لذا این امر از خلاءهای قانونی کشور ما می‌باشد. با عنایت به موارد فوق مسئله اصلی که در تحقیق پیش رو به آن پرداخته می‌شود به این شرح است که پیوند در موارد عسر و حرج از نظر قانونی چه حکمی دارد؟ انجام پیوند اعضا در موارد مذکور از چه حکم و مبانی فقهی برخوردار است؟

اکثر تحقیقات انجام‌شده مربوط به جواز یا عدم‌جواز پیوند از دیدگاه مبانی فقهی و حقوقی و قوانین موضوعه ایران و مربوط به مواردی که حیات گیرنده عضو به پیوند وابسته است؛ می‌باشد و به طور کلی در این پژوهش‌ها با دو رویکرد مخالفت و موافقت با پیوند اعضا و بیان ادله هر یک مواجهیم و نقطه تمرکز بحث‌ها بر اساس فتاوی موجود، موارد لزوم حفظ جان مسلمان است.

برای اهداف تحقیق اهداف علمی و کاربردی می‌توان مهم‌ترین اهداف علمی از تحقیق را شامل: ۱. واکاوی آرای فقهی در زمینه پیوند اعضا در موارد عسر و حرج، ۲. پرداختن به موارد خلاهای قانونی در زمینه پیوند اعضا در موارد عسر و حرج در نظر گرفت.

روش تحقیق به عنوان یک فرآیند نظام‌مند برای پاسخ پرسش و حل مسئله، استدلال و تحلیل عقلانی بر پایه مطالعات کتابخانه‌ای می‌باشد.

بخش اول :

الف. مفهوم رضایت، اذن و وصیت در پیوند:

رضا از (ر ض ی) به صورت ناقص یائی (ابن منظور دقیقی، ۱۴۰۵، ج ۱۴: ۳۲۴) یا از (ر ض و) به صورت ناقص واوی است (فراهیدی، ۱۴۰۹، ج ۷: ۵۷). و در هر دو صورت در مقابل خشم است (ابن منظور دقیقی، ۱۴۰۵، ج ۱۴: ۳۲۴)؛ و برخی آن را به معنای موافقت با میل و خواسته انسان دانسته‌اند (مصطفوی، ۱۴۲۶، ج ۴: ۱۵۲)؛ و در اصطلاح معنای جدا از معنای لغوی ندارد و در میان عامه مردم به معنای موافقت دل با عملی از اعمال است بدون اینکه ناراحت شود و احساس تضادی کند (طباطبایی، ۱۳۷۴؛ موسوی همدانی، ج ۹: ۵۱۰).

اذن در لغت در سه معنا به کاررفته است: ۱. اعلام ۲. اباحه و اذن ۳. امر و فرمان (ابن منظور دقیقی، ۱۴۰۵، ص ۱۴/۱۳/۹). معنای اصطلاحی اذن نیز از معنای لغوی آن چندان دور نیست و صاحب‌نظران در تعریف اصطلاحی به معنای لغوی آن توجه کرده بر پایه آن اذن را به صورت‌های گوناگون تعریف کرده‌اند که تعاریف زیر از آن جمله است:
- اذن اباحه فعل یا قول ممنوع است.

-اذن برطرف نمودن منع و حجری است که به واسطه رقیت یا صغر سن و خردسالی و یا کم‌خردی و سفاقت ثابت گشته است در واقع اذن ساقط کردن حق است (المجلس العلی للشئون الاسلامیه، ص ۲۲۱/۲۲۲).

-اذن برطرف کردن مانعی است که قانون‌گذار بر آن اثری مترتب می‌کند (المجلس العلی للشئون الاسلامیه، ص ۲۲/۲۲۲).

-اذن اجازه و رخصت مالک و فرد در حکم مالک به تصرف در مال و اثبات ید بر آن است (مراغی، ۱۴۱۸ ف ص ۵۰۶/۵۰۷).

تعاریف پیش‌گفته نشان می‌دهد که منظور از اذن در معنای اصطلاحی همان اعلام رضایت، رخصت و اباحه است و اگر چنین رخصتی پیش از تصرف فرد در مال داده شود «اذن» نامیده می‌شود و اگر پس از تصرف فرد در مال داده شود «اجازه» نام دارد (مراغی، ۱۴۱۸، ص ۵۰۶/۵۰۷).

فرق اذن و رضا در این است که اذن از مقولۀ رضا و از مصادیق آن به شمار می‌آید و میان اذن و رضا نسبت (عموم و خصوص مطلق) برقرار است. افزون بر این کاشف خارجی و بیرونی رضا، اذن است و بدون اذن رضا محقق نمی‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۲۰/۱۹).

(وصیت از ریشۀ وصی است که در لغت به معنای گیاهان به هم وصل شده و بافته شده آمده است) (ابن منظور دقیقی، ۱۴۰۵، ج ۱۵: ۳۹).

در اصطلاح علم اخلاق با پند و موعظه سفارش کردن بردیگری جهت فرمان بردن و عمل نمودن است (اصفهان، ۱۴۱۲، ج ۱: ۵۲۵).

در اصطلاح فقه این است که انسان تملیک و واگذاری عین مال یا منفعت آن را بعد از وفات خودش به شخص دیگر یا عموم مردم سفارش کند به طوری که تصرف در اموال وی بعد از مرگش برای دیگران مباح باشد (طریحی، ۱۳۷۵، ج ۴: ۵۱۲).

همچنین در معنای وصیت آمده است که: «وصیت عبارت است از برنامه‌های عهد و ایصال در رساندن و آن همان چیزی است که به آن وصیت می‌شود و «وصی» کسی است که متصف به تعهد و ایصال باشد این معنی بر «موصی» که تعهد می‌کند نیز صدق کرده و نیز بر موصی الیه نیز صدق می‌کند که قبول اجرا را تعهد نموده و تحقق رساندن وصیت به دست ایشان است (مصطفوی، ۱۳۶۰، ج ۱۳: ۱۲۸).

ب. مفهوم رضایت فرد در زمان حیات

بدیهی است که انسان حق دارد از اعضا و جوارح خود به نحو مشروع استفاده نماید و ضرر زدن و هلاک کردن جایز نیست. در فقه این تسلط بدیهی، هدیه الهی به آدمی است و از آن‌جا که انسان تسلط ذاتی بر خویش ندارد به همین منظور تسلط در محدوده غیرمحرّمات الهی است. اما در دامنه محرّمات الهی آدمی نه بر خویش و نه بر اعضای خویش تسلط ندارد.

بنابراین حق انسان بر اعضای خود از حقوق شرعی ثابت است و دست‌کم از ویژگی‌هایی است که: ۱. قابلیت اسقاط در مقابل عوض یا بدون آن ۲. قابلیت به ارث رسیدن ۳. واگذاری در مقابل عوض یا به صورت مجانی را دارد. و هیچ مانعی که از این قاعده منع کند وجود ندارد. از این جهت به عنوان مثال فقیهان نقل یکی از دو کلیه را به بیماری که نجات جان او واجب است به شرط اجازه صاحب آن مجاز شمرده‌اند (قبادیان، ۱۳۹۲، ص ۸۲ به نقل از موسوی خویی، ۱۳۷۸،

ج ۲: ۴۵). در این راستا مطابق بند ج ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی در صورتی که فرد برای نجات جان یک انسان عضوش را اهدا کند و به برداشت عضو خویش توسط پزشک رضایت دهد پزشک نیز می‌تواند در برداشت عضو موازین فنی، علمی و نظامات حرفه‌ای را رعایت کند و مسئولیت کیفری برای جراحت وارده جهت برداشت عضو ندارد. در این جا رضایت به معنی اذن است که بیمار قبل از درمان به پزشک می‌دهد، اما در مورد شکل رضایت به نظرمی‌رسد به هر صورت که باشد اعم از شفاهی و کتبی یا صریح یا ضمنی و به طور خلاصه به هر صورت که مبین رضایت بیمار باشد کفایت می‌کند.

ج. مفهوم رضایت پس از مرگ

با عنایت به موارد بیان شده از آن جا که از بدیهیات فقه تصرف انسان در اعضا و جوارح خویش به نحو مشروع می‌باشد به همان ملاک و بیان می‌توان قائل شد که فرد می‌تواند اجازه دهد بعد از مرگ در اعضای وی تصرف شود؛ زیرا فردی که امروز مالک اذن تصرف در اعضاست؛ مالک اذن تصرف در فردا نیز خواهد بود به عبارتی کسی که در حال حیات خود مالک اذن در تصرف است بر طبق قاعده مالک اذن در تصرف در فردا نیز خواهد بود.

این رضایت می‌تواند به دو صورت اعلام رضایت یا اذن و وصیت ابراز و اعلام شود. به عبارتی هر انسانی برای رضایت به تشریح و پیوند و برداشت عضو از اعضای بدن خود به دیگری، یا در حال حیات به دیگران اجازه آن امر را می‌دهد و یا نسبت به بعد از مرگ خود وصیت کرده و با وصیت کردن اباحه و جواز آن امر را اعلام می‌کند و از آن جا که اجازه اخیر از باب وصیت است و وصیت به بیش از یک سوم مجموع حقوق و اموال وی نافذ نیست، در مورد وصیت به برداشت اعضا از بدن یا تشریح آن چون امری نوظهور است و اثری از آن در روایات یافت نمی‌شود؛ بالطبع باید بر اساس اصول عملی از روایات ائمه (ع) حکم این مسئله را به دست آورد (هاشمی، ۱۳۸۵، ص ۵۵).

د. مصادیق و گونه‌های عسر و حرج

اقسام عسر و حرج :

عسر و حرج دارای اقسام و درجات متفاوت است:

۱) بعضی اوقات عملی چنان سخت و دشوار است که مکلف توان تحمل آن را ندارد. این گونه موارد تحت عنوان (تکلیف مالایطاق) قرار گرفته و از حوزه قاعده لاحرج خارج است. خداوند متعال می‌فرماید: «لایکلف الله نفسا الا وسعها» (بقره، ۲۸۶) «خداوند هیچ کس را به جز به اندازه توانایی‌اش تکلیف نمی‌کند».

همه علمای شیعه و اکثر مسلمانان معتقدند (تکلیف مالایطاق) باطل است و در شریعت اسلام چنین حکمی وجود ندارد. ۲) گاهی انجام عملی غیرمقدور نیست، ولی تحمل آن موجب اختلال نظام اجتماعی می‌شود این نوع حرج نیز از قلمرو قاعده لاحرج خارج است. زیرا تکلیفی که منجر به اختلال نظام شود در شریعت اسلام وجود ندارد. چرا که هدف شارع مقدس از جعل احکام و تکالیف گوناگون این است.

در همین راستا خداوند سبحان بعضی از احکام به ظاهر حرجی را ضامن حیات جامعه دانسته و در مورد احکام قصاص و دیات می‌فرماید: «ولکم فی القصاص حیات یا اولی الباب ..»، «برای شما در قصاص، حیات و زندگی است، ای صاحبان خرد».

لذا با توجه به اهداف شارع مقدس از جعل احکام، ممکن نیست که خداوند مردم را به تکالیفی که موجب اختلال نظام می‌شود مکلف نماید.

۳) گاهی عملی مقدور است و موجب اختلال نظام هم نیست ولی موجب ضرر و زیان (جانی و مالی) برای مکلف می‌شود، به نظر می‌رسد این گونه اعمال هم از قلمرو اختصاصی قاعده لاجرح خارج بوده و مشمول قاعده لاضرر باشند، زیرا ضرر با حرج متفاوت است و تنها ضررهای زیادی ممکن است موجب عسر و حرج شوند. گرچه در بسیاری از موارد ضروری ممکن است به هردو قاعده استدلال شود.

۴) برخی اوقات عملی مقدور اما دارای مشقت فراوان است؛ یعنی مکلف می‌تواند آن را به انجام رساند. اما اگر آن را انجام دهد به مشقت و سختی فراوان می‌افتد. این گونه اعمال و کارها قلمرو قاعده لاجرح را تشکیل می‌دهند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۱: ۱۶۱).

به عبارت دیگر منظور از تکالیف موجب عسر و حرج تکالیفی است که مکلف عقلاً قدرت انجام آن را دارد ولی این امر عادتاً برای او تحمل‌ناپذیر است. بدیهی است هر تکلیف، سختی و دشواری خاص خود را دارد ولی نمی‌توان هر مشقت و دشواری را مشمول این قاعده دانست بلکه مشقت و دشواری باید به حدی باشد که عرفاً قابل تحمل نباشد تا در قلمرو این قاعده قرار گیرد. مرجع تشخیص حرج، خود مکلف یا فردی است که از خود او نیز آگاه‌تر به خودش است (نراقی، ۱۴۱۵، ص ۶۱/۶۰).

ر. قلمرو قاعده نفی عسر و حرج

با عنایت به اصطلاح عسر و حرج که عبارت است از عناوین ثانویه که راه یافتن آن‌ها در موضوع احکام تکلیفی الزامیه موجب می‌گردد تا الزام و تکلیف ناشی از حکم ازدوش مکلفین برداشته شود (مصطفوی، ۱۴۲۶، ص ۲۹۷) و با عنایت به اینکه منظور از قاعده عسر و حرج این است که هرگاه تکلیفی دشوار و خارج از تحمل انسان باشد این تکلیف از وی ساقط می‌شود. باید بررسی کرد که منظور از حرجی که به موجب ادله قاعده عسر و حرج نفی شده است حرج شخصی است یا نوعی، و یا اینکه فقط شامل حرج‌های واقعی می‌شود، هم‌چنین آیا قلمرو قاعده امور عدمی را در بر می‌گیرد و یا اینکه فقط به امور وجودی مربوط می‌شود.

حرج واقعی یا معلوم

در اینکه آیا فقط در مواردی که حکم واقعی موجب حرج بر مکلفان باشد حکم نفی می‌شود؛ خواه مکلف به آن عالم باشد یا خیر، دو نظریه وجود دارد.

به موجب یک نظریه احکام شرعی مقید به علم و جهل نیست و ملاک در رفع احکام حرجی واقعی بودن حرج است و علم و جهل تاثیری در آن ندارد اما به موجب نظریه دوم قاعده لاجرح حکم واقعی را مرتفع نمی‌کند؛ بلکه مقید به این است که مکلف به آن عالم باشد.

در توجیه و تایید نظریه دوم گفته شده است در مواردی که مکلف به علت جهل به حکم، آن را انجام می‌دهد در واقع حکم واقعی سبب ابتلای او به حرج نبوده تا به استناد قاعده نفی شود بلکه علت آن در واقع جهل مکلف بوده است و به عبارت دیگر وجود و عدم حکم واقعی در این فرض تاثیری در اقدام مکلف به حرج ندارد تا رفع آن لازم آید. هم‌چنین در این گونه موارد نفی حکم واقعی خود موجب مشقت و حرج شخصی مکلف است زیرا او باید به اعاده عمل انجام‌شده مبادرت کند و این امر با مدلول قاعده لاجرح که برای امتنان و گشایش بر مردم تشریع شده است مغایرت دارد (محقق داماد، ۱۴۲۶، ص ۹۶).

حرج شخصی یا نوعی

از دیگر مباحث مطروحه در قاعده حرج این است که مراد از حرج، حرج شخصی است یا نوعی؟ به عبارت دیگر آیا حرج شخصی و موردی مراد است و یا اینکه وجود حرج در هر موردی موجب نفی حکم حرجی از همان مورد می‌شود؟ (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۱: ۱۹۶)

در پاسخ به این پرسش باید بیان داشت که عسر و حرجی که رافع تکلیف است به دلایل ذیل شخصی است نه نوعی:

۱. عناوین وارده در لسان ادله ظهور در موارد خودش داشته و فقط بر خصوص موارد خودش صدق می‌کنند، لذا حرج نیز ظهور در حرج شخصی و موردی دارد و اراده حرج نوعی نیازمند قرینه است که موجود نیست.

۲. حرج نوعی معیار مشخصی ندارد زیرا معلوم نیست که معیار حرج حرجی بودن حکم برای نوع مکلفین در تمام زمان و مکان هاست، یا معیار حرج اهل عصر واحد یا مکان معین است یا حرج صنف یا دسته خاصی از مردم مراد است؟ لذا معیار حرج را باید شخصی دانست (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۱، ۱۹۶).

۳. با بررسی روایاتی که مستند قاعده است معلوم می‌شود اکثراً مورد سوال در این روایات، حرج شخصی بوده و امام (ع) با استناد به آیه شریفه «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» (حج، ۷۸) همان را نفی فرموده است نه حرج نوعی را.

۴. با توجه به اینکه تکالیف شرعی شخصی است و خطاب‌های شرعی منحل به خطاب‌های شخصی برای هر فرد می‌شود. در نتیجه تکالیف به فرد فرد مکلفین تعلق می‌گیرد.

اگر فرضاً حرج نوعی باشد به دلیل اختلاف در متعلق نمی‌تواند رافع تکالیف شخصی باشد چون در این صورت آن چیز که مرتفع می‌شود متعلق تکلیف نیست و آنچه که تکلیف است به واسطه قاعده لاجرح رفع نشده است (مصطفوی، ۱۴۲۶، ۲۹۷).

بخش دوم: قانون پیوند اعضا و عدم اشاره به برداشت و پیوند در موارد عسر و حرج

در تاریخ ۷۹/۱/۱۷ (قانون پیوند اعضای بیماران فوت‌شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است) و آئین‌نامه اجرایی آن به تاریخ ۸۱/۲/۲۵ توسط هیئت وزیران تصویب شد (حبیبی، ۱۳۸۰، ص ۱۴/۱۳).

ایرادات و کاستی‌ها:

این قانون از معدود قوانینی است که با عنایت به اصل ۹۴ قانون اساسی بدون اظهار نظر شورای نگهبان قابل اجرا شده است. زیرا در اصل ۹۴ آمده است: کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آن را حداکثر ظرف ۱۰ روز از تاریخ وصول از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد. و چنانچه آن را مغایر ببیند برای تجدید نظر باز گرداند در غیر این صورت مصوبه قابل اجراست.

از جمله ایرادات شکلی که به متن قانون وارد است تعریف (ماده‌واحد) می‌باشد. نمی‌توان گفت این قانون یک ماده‌واحد است. زیرا در برگیرنده چند تبصره است و هیچ‌یک از تبصره‌ها ارتباط مستقیم با یک دیگر ندارند. البته با توجه به اینکه مدت نسبتاً طولانی، قانونی در این زمینه وجود نداشت و پس از مطرح شدن لایحه در مجلس چهارم مخالفت‌های زیادی با آن صورت گرفت به گونه‌ای که استدلال‌های موافقان نتوانست زمینه تصویب آن را فراهم کند و تصویب آن در مجلس ششم به سرانجام رسید و طی این مدت پزشکان بدون پشتوانه قانونی اقدام به پیوند می‌کردند؛ لذا تصویب شدن در قالب ماده‌واحد کار را آسان‌تر می‌نمود.

هم‌چنین از ایرادات ماهوی در این زمینه می‌توان به عدم توجه به خرید و فروش و توریسم اعضا و جامع نبودن قانون نسبت به سایر موارد پیوند اشاره نمود (معظمی و همکاران، ۱۳۹۲) بنابراین تنها در موارد لزوم نجات جان بیمار برداشت اعضا مجاز شمرده شده است.

۱. تفسیر اول با عنایت به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها

لذا تفسیر اولیه از قانون با عنایت به اصل قانونی بودن و احصا شدن موارد جوار برداشت اعضا از بیماران مرگ مغزی و پیوند به بیمارانی که حیات آن‌ها وابسته به پیوند است؛ به عبارتی عدم تعیین مصداق جواز برداشت و پیوند اعضا در موارد عسر و حرج در ماده‌واحد فوق‌الذکر، بیانگر حرمت انجام عمل پیوند و برداشت در موارد عسر و حرج می‌باشد.

۲. تفسیر دوم: سکوت قانون و مراجعه به فقه

تفسیر دیگر از متن ماده‌واحد تصویب‌شده آن است که ذکر موردی در قانون پیوند و برداشت در موارد مرگ مغزی به معنای عدم پذیرش سایر موارد نیست. بلکه قانون در این زمینه ساکت است و به عبارتی خلاء قانونی در مورد مسئله وجود دارد و از موارد مراجعه به فقه است.

بخش سوم:

مبنای جواز برداشت و پیوند اعضا در موارد عسر و حرج

مبنای فقهی جواز

۱. سلطنت انسان بر خود

بر مبنای قاعده سلطنت (الناس مسلطون علی اموالهم) ولایت انسان بر خویش و اختیار دارا بودن کارهای خود، مانند تسلط بر اموال قاعده‌ای عقلایی است. چه آن که اگر روش عقلا مورد تایید شارع نمی‌بود باید به آن تصریح می‌شد (مومن قمی، ۱۳۸۲، ص ۶۲).

هم‌چنین بر مبنای اولویت چنانچه انسان مالک ذات فکر و قوای خویش است مالک اموالی هم که از تلاش آن حاصل می‌شود خواهد بود، لذا هر کس که بر اموال خویش سلطنت دارد به طریق اولی بر جان خود نیز سلطنت خواهد داشت (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۲: ۲۷۲).

برای اثبات سلطنت انسان بر خویش و اندام‌هایش، به گونه‌ای که قطع آن‌ها و یا دادن اجازه قطع آن برای او جایز باشد به آیاتی استدلال شده است:

۱. قال رب انی لا املک الا نفسی و اخی (گفت: پروردگارا البته من مالک نیستم مگر خویشتم و برادرم را) (مائده، ۲۵)

۲. النبی اولی بالمومنین من انفسهم (پیغمبر سزاوارتر است از مومنان به خود ایشان) (احزاب، ۶).

در مورد آیه اول با توجه به کاربرد ماده املک که به همان معنی لغوی آن یعنی استیلا، اقتدار و سلطنت به کار رفته است برخی معتقدند به واسطه این آیه انسان می‌تواند هر گونه تصرفی را که بخواهد انجام دهد و این تصرفات گاه انشایی – اعتباری و گاه خارجی است. از جمله این تصرفات خارجی، جداسازی اعضای بدن خود یا اذن به آن است این آیه نیز ناظر به جهت ملکیت است.

آیه دوم مبین اولویت پیامبر (ص) بر مومنان برای اثبات سلطنت انسان بر خود می‌باشد و به نظر برخی این آیه دلالت بر ولایت انسان نسبت به خویش است به گونه‌ای که می‌تواند اعضای بدن خویش را قطع کند یا اجازه چنین کاری را برای دیگران صادر کند به شرط آن که منجر به هلاکتش نگردد (مومن قمی، ۱۴۱۵، ص ۹۳).

توضیح آن که به بدن انسان دو حق تعلق می‌گیرد: ۱. حق صاحب بدن ۲. حق خداوند، این آیه ناظر به حق اول است؛ زیرا مفاد آن اولویت پیامبر اسلام (ص) و مقتضای اولویت مشارکت است، لذا هر فرد باید نسبت به بدن خود اولویتی داشته باشد که ولایت پیامبر بر او قوی‌تر و شدیدتر است. لذا ثبوت چنین حقی برای هر انسانی نسبت به پیکر خود حاکی از جواز تصرفات او در بدنش می‌باشد (فقیهی، ۱۳۷۴، ج ۱۱: ۳۶۷).

هم‌چنین قاعده تفویض و واگذاری کارهای مومن به خودش عبارتی دیگر از قاعده عقلایی الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم می‌باشد که مبنای آن روایت موثق از امام صادق (ع) است که حاکی از واگذار کردن تمام امور مومن به خود او توسط خداوند می‌باشد و این امر بدان معناست که حق تصمیم‌گیری و اختیار کارها به دست اوست و مفهوم عرفی آن این است که در این زمینه برای وی حقی وجود دارد که رعایت آن و جلب رضایت وی معتبر است. واضح است که اعطای عضو به دیگری از مصادیق اختیارات بیان شده می‌باشد (مومن قمی، ۱۴۱۵، ص ۱۶۴).

علاوه بر این اخباری درباره قصاص عضو یا عفو از آن یا گرفتن چیزی در برابر آن بر این دلالت دارند که اختیار هر یک از اقسام به مجنی علیه واگذار شده است و این همان اعتبار حق نسبت به اعضا می باشد به گونه ای که این حق اقتضا کرده که امر جنایت به او سپرده شود و این ابقای حق سابق است (حرعاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۹: ۲۳۰).

۲. روایات

روایت اسحاق بن عمار

روایت جواز شکافتن شکم مادر و پیوندهای انجام شده در زمان معصومین:

شیخ طوسی از اسحاق بن عمار از امام باقر (ع) نقل می کند که فرمود: «ان رجلا قطع من بعض اذن رجل شیئا فرجع ذلک الی علی (ع) فاخذ الاخر ما قطع من اذنه فرده علی اذنه بدهد فالتحمت بثت فعاد الاخر الی علی (ع) فاستقاده، فامر بها فقطعت ثانیه، و امر بها فرغت و قال (ع): انما یکون القصاص من اجل الشین»

«مردی بخشی از گوش فردی را برید، شخصی که گوشش بریده شده بود نزد امیر المومنین (ع) شکایت برد و تقاضای قصاص او را کرد امیر المومنین (ع) نیز گوش جانی را از روی قصاص قطع کرد. جانی که گوشش به واسطه قصاص قطع شده بود بخش قطع شده را به جای اول خود چسباند به طوری که پس از مدتی التیام یافت و به حالت عادی باز گشت. فرد اول که گوشش توسط جانی قبلا بریده شده بود دوباره نزد امیر المومنین آمد و تقاضای قطع مجدد گوش جانی را کرد، حضرت جانی را طلبید و مجددا گوش وی را قطع کرد و دفن نمود. سپس فرمود قصاص به واسطه نقص و عیب است.» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲۷۹: ۱۰) این روایت ناظر به چهار مطلب است: ۱. قطع گوش جانی به واسطه قصاص ۲. پیوند مجدد گوش قطع شده به جای خود ۳. جدا کردن گوش پیوندخورده برای باردوم بنا به درخواست مجنی علیه ۴. علت لزوم و وجوب قطع گوش پیوند شده است.

با عنایت به این امر که آنچه از آیه مربوط به قصاص اعضا (النفس بالنفس و العین بالعین.....) برداشت می شود آن است که مقابله میان دو عضو انجام می گیرد نه میان دو قطع و جدا شدن. بدین معنا که هرعضوی که از مجنی علیه گرفته شود و نقص پیدا کند در عوض آن همان عضو از جانی گرفته شده و او نیز ناقص شود؛ لذا مدلول آیه آن است که مجنی علیه حق دارد جانی را ناقص العضو کند به گونه ای که اگر جانی دوباره آن عضو را پیوند بزند مجنی علیه باز حق خواهد داشت دوباره آن را جدا کند؛ زیرا خود عضو متعلق حق مجنی علیه است و همچنین عبارت (انما یکون القصاص من اجل الشین) بیان نکته ای کلی و قاعده ای فراگیر در باب قصاص اعضاست و اختصاص به قطع گوش ندارد. برخی معتقدند روایت دلالت بر عدم جواز و حرمت پیوند دارد، با ملاحظه تعلیل موجود در کلام می توان نتیجه گرفت که عمل پیوند جایز است (نظری توکلی، ۱۳۸۷، ص ۱۳۷)، زیرا قطع مجدد گوش نه به خاطر حرمت پیوند نزد قانون گذار، بلکه به خاطر حق مجنی علیه به بدن جانی تعلق گرفته است. شاهد آن نیز فرمان به قطع مجدد گوش تنها بعد از مطالبه صاحب حق می باشد. به عبارتی تا زمانی که مجنی علیه مطالبه نمی کرد هیچ گاه جداسازی صورت نمی گرفت. بنابراین اگر پیوند جایز نبود لازم بود ایشان در جداسازی آن فرمان قطع گوش و دفن آنرا صادر می نمود و سکوت امام در برابر پیوند عضو بریده شده چه از روی جنایت و چه از روی قصاص نشان دهنده عدم مبعوضیت انتفاع از عضو جدا شده است.

از جمله اشکالاتی که به استدلال فوق گرفته می‌شود آن است که این علت باعث تعمیم حکم حرمت پیوند و لزوم جداسازی عضو پیوندی در جایی است که عضو به واسطه اجرای حد الهی قطع شده باشد. لذا این روایت نمی‌تواند جواز عملیات پیوند در همه موارد باشد. بلکه در جایی است که عضو پیوندی از بدن خود شخص است، چه پیوند از انسان زنده باشد چه مرده، بنابراین دلیل یادشده اخص از مدعی است.

به اشکال یادشده دو پاسخ داده شده است. اولاً: مطلوب اثبات جواز پیوند اعضا به نحو طبیعت محمله است نه کلی و نه جزئی چرا که سعه و ضیق دایره موضوع تابع امور دیگری است. اگرچه عدم جواز پیوند در غیر از این موارد خاص را می‌توان با حدیث رفع برداشت.

ثانیاً: تفاوتی میان عضوی با عضو دیگر نیست چه از بدن خود شخص باشد چه از بدن فرد دیگر، زیرا دلیل عمده در منع پیوند نجاست حاصل از مرگ عضو و همراه داشتن اجزای حیوان حرام گوشت در اموری است که طهارت در آن شرط است (مانند نماز) و این مانع در تمام اقسام پیوند جاری است. لذا اگر پیوند اعضای بدن خود انسان به محل سابقش جایز باشد؛ پیوند اعضای جداشده از بدن دیگران به بدن او نیز به دلیل تنقیح مناط جایز است (نظری توکلی، ۱۳۸۷، ص ۱۴۳). دسته‌ای از روایات وجود دارند که در آن‌ها بر جواز شکافتن شکم مادری که مرده و حمل در شکمش تکان می‌خورد و یا قطعه قطعه کردن جنین مرده، در شکم مادری که بیم تلف او وجود دارد تاکید شده است (حرعاملی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۶۷۳). (در مورد سند این روایت صاحب جواهر می‌گوید این روایت مورد عمل اصحاب است و با عمل اصحاب ضعف سندی آن جبران می‌شود).

هم‌چنین یکی دیگر از دلایلی که بر جواز پیوند اعضا به آن استناد شده است روایاتی است که در بیان معجزات خاندان عصمت (علیهم السلام) در بازگرداندن اعضای جداشده به جای اول خود وارد شده است؛ مانند پیوند دست نظیر عمل پیامبر (ص) نسبت به حبیب بن ساف، عبدالله بن عتیک و عمل امیر المومنین نسبت به غلام سیاه و نیز پیوند پا مانند عمل پیامبر (ص) نسبت به عمرو بن معاد (نظری توکلی، ۱۳۸۷، ص ۱۴۰).

از مجموع مطالبی که عنوان گردید به دست می‌آید: روایت مذکور به روشنی نشان دهنده انجام نوعی پیوند عضو در زمان صدر اسلام می‌باشد که اگر چه نفس پیوند را جایز شمرده اما تفاوت‌های بسیاری در انجام پیوند از خود شخص به خویش با پیوند از دیگران دارد اما می‌تواند به عنوان یکی از دلایل در کنار دلایل دیگر برای اثبات جواز مورد استناد قرار گیرد.

۳-۲. حکومت ادله عناوین ثانویه بر عناوین اولیه

منظور از حکم ثانوی احکامی است که به لحاظ اضطراب و دیگر عناوین ثانویه بر موضوع مترتب می‌شود. به عبارت دیگر، به احکامی ثانوی گویند که به خاطر عارض شدن حالتی نظیر اکراه، اضطراب، عسر و حرج و یا عناوینی مثل نذر یا عهد برای مکلف جعل می‌گردد و چون بیشترین کاربرد آن از عناوین ثانوی حالت اضطراب است به آن حکم اضطرابی نیز گفته شده است.

هم‌چنین با عنایت به عبارات علمای علم اصول حکومت به این معناست که یکی از دو دلیل ناظر به حال دلیل دیگر بوده و مضمون آن را شرح و تفسیر کند. خواه نظارت دلیل حاکم بر موضوع دلیل دیگر باشد یا بر محمول آن، خواه حکومت به نحو توسعه باشد و دلیل حاکم، فرد یا افرادی را بر موضوع دلیل محکوم بیفزاید و یا حکومت به نحو تضییق

باشد و دلیل حکم فرد یا افرادی را از دایره آن بیرون کند و خواه دلالت دلیل حاکم، با دلالت مطابقتی باشد یا به دلالت التزامی و خواه دلیل حاکم متقدم بر دلیل محکوم باشد یا متاخر (مشکینی، ۱۳۴۸، ص ۱۲۳/۱۲۴).

عناوین اولیه احکامی هستند که از طریق کتاب و سنت به طبیعت افعال مکلفین تعلق می‌گیرند مانند: «اقیموا الصلوه و اتوا الزکوه» (بقره، ۴۳) یا «اذا قمتم الى الصوه فاغسلوا وجوهکم و ایدیکم» (مائده، ۶) که بر اساس این آیات، وجوب نماز و پرداخت زکات و... از احکام عناوین اولیه هستند. اگر عناوین اولیه موجب عسر و حرج شوند یا ضرری به دنبال داشته باشند در این موارد عناوین ثانویه عسر و حرج، ضرر، اضطرار و تقييد حاکم است و صورت و شدت ادله عناوین ثانویه احکام عناوین اولیه را تغییر می‌دهند.

لذا قاعده (لا ضرر) و قاعده (لا حرج) و موارد اکراه و اضطرار مذکور در حدیث رفع بر ادله عناوین اولیه حکومت دارند. در مسئله قطع اعضای بدن مردگان به منظور پیوند به بیماران مسلمان نیازمند در موارد اضطرار بر روایات حرمت مثله و وجوب احترام مرده مسلمان و آیات و روایات مربوط به منع بهره‌برداری از مردار و اشیای نجس حکومت به نحو تضییق دارد و احکام مذکور در عناوین اولیه اعم از وجوب و حرمت را مرتفع می‌سازد. به عبارت دیگر، دلیل اضطرار از ابتدا مانع جعل عناوین اولیه مذکور در ادله فوق می‌گردد.

۲-۴ تراحم

تراحم از ماده زحمت است. از تعارض دو حکم شرعی جعل شده از سوی شارع مقدس با تحقق ملاک هر دو حکم در مقام امتثال و عمل به اینکه غالباً هیچ مانعی از فعلیت یافتن هر دو حکم وجود ندارد مگر عجز از امتثال هر دو حکم به وجود می‌آید (ولایی، ۱۳۷۴، ص ۱۵۰).

تراحم دارای اقسامی به شرح ذیل است:

۱. تراحم به جهت آن که بین دو متعلق تضاد است و مکلف توان امتثال هر دو را ندارد.
 ۲. تراحم بین مقدمه و ذی‌المقدمه و آنجایی است که فعل حرامی مقدمه واجب یا واجبی مستلزم فعل حرام گردد.
 ۳. هر گاه دو امر متلازم دارای دو حکم مختلف باشند بین آن دو حکم تراحم پیش می‌آید.
- در تراحم مهم آن است اموری که نزد شرع موجب ترجیح است بشناسیم. برخی از اموری که نزد شارع موجب ترجیح و اهمیت دلیلی بر دلیل دیگر می‌شود عبارتند از:

۱. ارتباط با حفظ کیان اسلام، ۲. ارتباط با حقوق مردم، ۳. ارتباط با جان و ناموس و رکن بودن در عبادات.
- رویکردهای محققان به قاعده تراحم جهت استدلال بر جواز پیوند اعضا متفاوت است. عده‌ای با استناد به قاعده تراحم معتقدند در صورتی که نجات نفس محترمی متوقف بر پیوند اعضا باشد. حتی اگر فرد یا ولی متوفی راضی به قطع و پیوند عضو او نباشد در این حالت نیز استناد به قاعده تراحم و ضرورت حفظ حیات انسان مانعی از پیوند وجود نخواهد داشت (مومن قمی، ۱۴۱۵، ص ۱۳۵؛ عباسی، ۱۳۸۲، ص ۵۴).

مطابق آنچه بیان شد اگر فرض کنیم دفع ضرر یا رفع آن از غیر واجب بوده و با حدیث لا ضرر مرتفع نمی‌شود این مسئله در باب تراحم وارد می‌شود. زیرا در مسئله دفع ضرر یا رفع ضرر از غیر مستلزم ضرر زدن به خود اوست و از طرف دیگر

ضرر زدن به خود حرام است؛ در نتیجه بین وجوب نجات مریض (هر چند از زندگی مشقت بار و در عسر و حرج) و حرمت ضرر زدن به خود تراحم واقع می‌شود.

همان‌گونه که در فصل اول بیان شد صور مختلفی برای پیوند در موارد عسر و حرج متصور است که در ادامه به هر کدام اشاره خواهد شد:

۱. قطع عضو انسان زنده بدون آن که منجر به هلاکت وی شود ولی پیوند برای ادامه حیات بیمار ضروری نباشد. در این مورد اجازه اهدای عضو ضرر جبران‌ناپذیری را به اهدا کننده وارد می‌سازد و از سویی دیگر این عضو برای ادامه حیات بیمار ضرورتی ندارد، لذا عمل قطعاً به حکم عقل و شرع مصداق ضرر زدن به خویش و حرام می‌باشد.

۲. قطع عضو از بدن اهدا کننده بدون آن که منجر به هلاکت وی شود ولی پیوند برای حیات بیمار که در عسر و حرج قرار گرفته به نوعی ضروری است. (مانند پیوند کلیه)

در این مورد مسئله وارد باب تراحم می‌شود؛ زیرا بین نهی از ضرر زدن به خود و وجوب نجات بیمار تراحم در می‌گیرد و به مقتضای باب تراحم حکم اهم بر مهم مقدم خواهد بود و بی‌شک نجات جان مسلمان از مرگ حتمی مهم‌تر از حرمت ضرر زدن به خود می‌باشد. اما تمام موارد پیوند در انتها به مرگ بیمار منجر نمی‌شود و بسیاری از پیوندها برای انجام اعمال زیبایی و یا مواردی است که بیمار نه از مرگ بلکه از تحمل یک زندگی مشقت‌بار که شاید تحملش از مرگ نیز سخت‌تر باشد صورت می‌گیرد.

به عبارتی در این حالت تراحم بین مقدمه و ذی‌مقدمه است؛ یعنی قطع عضو موجب حرمت و در حکم مقدمه فعلی واجب که ضرورت احیای نفس می‌باشد.

با مراجعه در مرجحات باب تراحم این نتیجه حاصل می‌شود که ضرورت احیای نفس و نجات بیماری که در معرض هلاکت و نابودی است به عنوان مقدمه واجب بر ذی‌مقدمه یعنی حرمت قطع عضو مقدم بوده و حکم حرمت از تنجیز و فعلیت ساقط می‌شود.

لذا اجازه اهدا کننده ضرر زدن به نفس است، اما اهدای عضو سبب نجات بیمار است و این نیز واجب است، لذا می‌توان این‌گونه استدلال کرد که امر، مقدم بر نهی می‌شود و حرمت ضرر زدن به نفس با وجود تراحم از فعلیت ساقط می‌شود در نتیجه وجوب نجات بیمار متعین می‌گردد (آصفی، ۱۳۸۱، ص ۶).

در این مورد مطابق فتوای آیت‌الله مکارم شیرازی زمانی که شخص جان‌ش در خطر نیست اما به زحمت و مشقت زیادی افتاده (برداشت و پیوند اعضا در موارد عسر و حرج) اگر کسی انگشت یا قرنیه نداشته باشد، زندگی برایش غیرممکن نیست اما به زحمت و سختی می‌افتد. در چنین مواردی اگر زحمت خیلی شدید و کلی باشد در اینجا هم احتمال وجوب پیوند هست. اما اگر مشکل مهمی نباشد می‌گوییم پیوند جایز است. هم‌چنین در صورتی که نه برای نجات انسان و نه برای نجات عضو، بلکه ممکن است برای رفع ناهنجاری‌های ظاهری باشد، یا پیوند برای زیبایی باشد (پیوند در موارد عسر و حرج) به عنوان مثال کسی که صورتش بر اثر سوختگی یا علتی دیگر وضعیت خوبی ندارد او را با پیوند زدن پوست صورت مطلوب در می‌آورند که در اینجا باز هم پیوند مشکلی ندارد، بنابراین پیوند اعضا یا واجب است یا گاهی شبیه واجب و گاهی هم مباح و جایز است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۸).

همچنین مطابق نظر آیت‌الله سیستانی بخشیدن عضوی از شخص زنده برای زنده دیگر و پیوند آن به بدن دیگری اگر او را با خطر جدی روبه‌رو نکند مانعی ندارد، مانند آن که شخصی که کلیه دیگرش سالم است و کار می‌کند کلیه دومش را به بیمار کلیوی اهدا کند (سیستانی، ۱۳۷۸).

آیت‌الله خویی نیز در این مورد قائل به تفصیل است، به این معنا که اگر عضو، از اعضای اصلی بدن باشد مانند چشم و دست و ... پیوند جایز نیست. لکن اگر از قبیل یک قطعه پوست یا گوشت باشد مانعی ندارد (موسوی خویی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۴۲۶).

از منظر آیت‌الله خمینی قطع عضو از بدن انسان زنده به انسان دیگر در صورتی جایز است که با رضایت صاحب آن باشد و جان وی در خطر نیفتد مانند آنچه در پیوند کلیه معمول است که یک کلیه از دو کلیه یک انسان زنده را برداشته و به کسی که هر دو کلیه‌اش فاسد شده است پیوند زنند (موسوی خمینی، ۱۴۰۳، ج ۲: ۹۱۹).

۳. قطع عضو از بدن اهدا کننده‌ای که سبب هلاکت وی می‌شود ولی پیوند برای بیمار سبب نجات او از زندگی مشقت‌بار (در شرایط عسر و حرج) می‌شود. در این مورد مراد از هلاک نفس اعم از آسیب رساندن به شخص زنده و مرده مغزی است.

در بخش اول تعریف (مرگ) ارائه شد و مشخص گردید که دو دیدگاه در این زمینه وجود دارد. بر طبق عرف شایع مرگ با ایست قلبی حاصل می‌شود و طبق دانش پزشکی جدید مرگ در توقف مغز نیز حاصل می‌شود اگرچه قلب به ضربان خود ادامه دهد.

در نهایت با عنایت به این امر که مرگ یا هست و یا نیست، لذا مراجعه به فهم عرفی در تعریف مرگ صحیح نیست بلکه در تشخیص آن چاره‌ای جز دقت علمی نیست و تشکیک در آن راه ندارد. زیرا امر آن بین وجود و عدم دور می‌زند (آصفی، ۱۳۸۱، ص ۲۷/۲۳).

در این حالت حرمت افکندن خود در هلاکت بر وجوب نجات بیمار نیازمند ترجیح دارد لیکن این ترجیح اختصاص به موردی دارد که شخص اهداکننده بتواند به صورت طبیعی به فعالیت و حیات خود ادامه دهد. در این مطلب هیچ فقیهی تردید ندارد. اما در صورتی که بین وجوب نجات بیمار محتاج به پیوند و بین حرمت هلاک کردن بیمار مبتلا به از کار افتادن کامل مغز تراحم درگیرید در این صورت وجوب نجات (حتی در صورت عدم قبول مرگ مغزی به عنوان مرگ کامل) بر حرمت هلاک کردن ترجیح دارد. زیرا در واقع هلاک کردن انسانی که هیچ امیدی به زنده بودن وی نیست بر وجوب نجات انسان مقدم نخواهد بود.

و در برداشت از افراد زنده نیز مورد داخل در تراحم خواهد بود با این تفاوت که به ضرورت و بداهت فقهی حرمت به هلاکت رساندن خود مهم‌تر از نجات بیمار است، لذا بر آن مقدم است و حکم به وجوب نجات از فعلیت ساقط می‌شود و مکلف نمی‌تواند برای نجات بیمار اعضای اصلی خویش را به وی اهدا کند و فی‌الواقع این امر مصداق خودکشی و حرام می‌باشد.

۲-۵ قاعده نفی عسر و حرج

قاعده نفی عسر و حرج از قواعد فقهی پذیرفته شده است که در تمام ابواب و فروع فقهی بر احکام و قوانین شرعی موثر است. در نتیجه قاعده نفی عسر و حرج از قواعد بسیار مهمی است که در تعدیل و تکمیل قوانین شرعی نقش اساسی دارد.

به طور کلی رابطه انسان با اعمالش چهار حالت دارد:

۱. کارهایی که به آسانی قادر به انجام آنها است.

۲. افعالی که انسان قادر به انجام آنها نیست.

۳. کارها و اعمالی که انسان با رنج و مشقت تمام قادر به انجام آنها است.

۴. تکالیفی و اعمالی که انجام آنها غیرممکن و خارج از حد توان مکلف است.

مقصود از قاعده نفی عسر و حرج آن است که در همه مورد اخیر تکلیف از مکلف برداشته می شود به عبارتی انجام عموم تکالیف مقید به موردی است که ملازم با عسر و حرج نباشد.

اعم از واجبات و محرمات حکومت دارد.

نتیجه گیری:

۱. با توجه به مطالب مطروحه از لحاظ قانونی، با عنایت به ماده واحد پیوند اعضا، برداشت و پیوند اعضا تنها در موارد خطر جانی و حفظ جان انسان مسلمان جایز است و در مورد پیوند اعضا در موارد عسر و حرج چه از مرده به زنده و چه از زنده به مرده، مقرر خاصی وجود ندارد. تنها برخی دستورالعمل ها و آیین نامه ها در مورد پیوند کلیه که یکی از مصادیق پیوند در موارد عسر و حرج است موجود است. بنابراین مطابق تفاسیر قانونی از یک دیدگاه می توان پیوند در این موارد را غیرقانونی و ازدیدگاه دیگر مجوز آن را منوط به مراجعه به فقه و استفتائات موجود دانست.

۲. مطابق نظر آن دسته از فقها که پیوند اعضا در موارد حفظ جان انسان مسلمان را جایز نمی دانند به طریق اولی پیوند در موارد عسر و حرج نیز جایز نخواهد بود. چه آن که برداشت و پیوند در این موارد به معنای وارد نمودن ضرر و نقص عضو به جسم دهنده عضو می باشد. اینان معتقدند بر اساس حکم عقل لزوم اجتناب از مضرات و وجوب دفع ضرر از نفس و بر اساس ادله شرعی (هم چون حرمت مثله، هتک حرمت میت مسلمان، ملک نبودن اعضای بدن) اضرار به نفس حرام می باشد.

۳. با عنایت به موارد بیان شده و مبتلا به بودن موضوع در جامعه می توان با در نظر گرفتن مبانی مشترک میان پیوند و برداشت در موارد حفظ جان و موارد عسر و حرج، بر مبنای قواعدی هم چون سلطنت انسان بر خود، قاعده نفی عسر و حرج، قاعده تراحم، حکومت ادله ثانویه بر اولیه هم چنین روایات موجود و بالاخص نظرات و استفتائات مراجع عظام معاصر، قائل به جواز پیوند و برداشت در موارد مذکور شد.

۴. با توجه به قوی بودن ادله معتقدین به عارضی بودن حرمت تشریح در صورتی که رضایت قبلی وجود داشته باشد می توان با قطع عضو بدن فرد در برداشت اعضا در مواردی که خطر جانی نیست نیز بهره برد و رضایت دهنده عضو چه پس از مرگ و در قالب وصیت و چه در زمان حیات شرط است. و حق رضایت اولیا با عنایت به ارث نرسیدن حقوق مالی

با مرگ و اصل عدم ولایت انسان‌ها بر یکدیگر غیر از موارد اثبات شده و توجه به فقدان نص خاص در مسئله مربوط، مقتضای اصل عملی ثابت نبودن چنین حقی است. بنابراین جواز تشریح در این موارد منحصر به اضطرار و ضرورت نیست و شامل موارد عسرو حرج و وجود قرض عقلایی معتنابه نیز می‌باشد.

فهرست منابع:

الف. کتاب‌های عربی :

۱. قرآن
۲. ابن اثیر، مبارک بن محمد، ۱۳۶۷، النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۳. ابن منظور دیقی، محمد بن مکرم، ۱۴۰۵ق، لسان العرب، قم، ادب الحوزه.
۴. آزاد قزوینی، علی، ۱۴۱۶ق، المسائل المستحدثه، قم، موسسه سید الشهدا (ع).
۵. اصفهانی، حسین بن محمد، ۱۴۱۲هـ / ۱۹۹۲م، مفردات راغب، بیروت، انتشارات دارالقلم و دارالشامیه.
۶. البوطی، محمد سعید رمضان، ۱۴۱۴، قضایا فقهیه معاصره، چاپ پنجم، دمشق، مکتبه الفارابی.
۷. انصاری، مرتضی ابن محمد بن امین، ۱۳۷۴ش، فوائد الاصول، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۸. بحرانی، یوسف، ۱۳۶۳، الحدائق الناضره، قم، موسسه نشر اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۹. بجنوردی، میرزا حسین، ۱۴۱۹ق، قواعد الفقهیه، تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسین درایتی، ۷جلدی قم، موسسه الهادی.
۱۰. تبریزی، میرزا جواد، المسائل المنتخبه، چاپ اول، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، [بی تا]
۱۱. جوهری، اسماعیل بن حماد، ۱۴۰۷ق، الصحاح، ۶جلدی، تحقیق احمد بن عبد الغفور عطار، بیروت، دارالعلم للملایین.
۱۲. حر عاملی، محمد بن حسن، ۱۴۱۴ق، وسایل الشیعه، قم، انتشارات آل البيت.
۱۳. حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی)، ۱۴۱۴ق، تذکره الفقهاء، چاپ سنگی، انتشارات المرتضویه الاحیا، آثار الجعفریه، [بی تا]
۱۴. روحانی، سید محمدصادق، ۱۳۸۶، منهاج الصالحین، قم، اجتهاد.
۱۵. سیستانی، ابوبکر محمد بن عزیر، ۱۴۱۶ق / ۱۹۹۵م، غریب القرآن، تحقیق محمد ادیب عبد الواحد جمران، قتیبه، [بی جا].
۱۶. سیستانی، علی، ۱۳۷۸، ملحقات رساله آیت الله سیستانی در توضیح المسائل مراجع مطابق با فتاوی دوازده نفر از مراجع معظم تقلید، گردآوری: محمد حسن بنی هاشمی خمینی، جلد ۲، قم.
۱۷. المرآغی، السید میر عبد لفتاح، ۱۴۱۸ق، العناوین، قم، موسسه نشر اسلامی.
۱۸. المجلس الاعلی للشئون الاسلامیه، مصر، موسوعه الفقه الاسلامی، [بی تا].
۱۹. طباطبایی، سید محمد، ۱۴۱۸ق، احکام الفقهیه [عبادات و معاملات]، چاپ اول، بی تا.
۲۰. طباطبایی، سید محمد حسین، ۱۳۶۰، تفسیر المیزان، قم، جامعه مدرسین، [بی تا].

۲۱. طریحی، فخرالدین محمد، ۱۳۷۴، مجمع البحرين، تهران، مرتضوی.
۲۲. طوسی، محمدبن حسن (شیخ طوسی)، الخلاف، انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین قم [بی تا].
۲۳. طوسی، محمدبن حسن (شیخ طوسی)، ۱۳۸۷، المبسوط فی فقه الامامیه، هشت جلدی، تحقیق کشفی، مکتبه المرتضویه، تهران.
۲۴. طوسی، محمدبن حسن (شیخ طوسی)، ۱۴۰۷ق، النهايه، موسسه نشر اسلامی.
۲۵. طوسی، محمدبن حسن (شیخ طوسی)، ۱۴۰۵ق، تهذیب الاحکام، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات [بی تا].
۲۶. عاملی، زین الدین، (شهید ثانی)، ۱۴۱۰ق، روضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، داودی.
۲۷. فراهیدی، خلیل بن احمد، ۱۴۰۹ق، کتاب العین، هشت جلدی، تحقیق مهدی المخرومی و ابراهیم السامرائی، موسسه دارلهجره بی جا.
۲۸. فیروز آبادی، محمدبن یعقوب، ۱۲۹۱ق، القاموس المحيط، چهار جلدی، تدوین شیخ نصر الهورینی، بیروت، دارلکتب العلمیه.
۲۹. قریشی، آیت الله سید علی اکبر، ۱۳۵۲ش، هفت جلدی، جلد چهار، تهران، دارالکتب اسلامی.
۳۰. الکاسانی، علاءالدین بن محمدبن مسعود، ۱۹۱۰ق، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، جز ۵، قاهره، مطبعه الام زکریا علی یوسف.
۳۱. مجلسی، محمد باقر، ۱۴۰۳، بحار الانوار، بیروت، بی تا.
۳۲. محقق داماد، سید مصطفوی، ۱۳۸۳ش، قواعد فقه، چهار جلدی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۳. مشکینی، علی، ۱۳۴۸، اصطلاحات الاصول و معظمه ایحاثها، چاپ دوم، قم، حکمت.
۳۴. مصطفوی، محمد کاظم، ۱۴۲۶ق، القواعد الفقهیه، جلد ۲، قم، موسسه نشر اسلامی.
۳۵. مصطفوی، حسن، ۱۳۶۰، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، جلد ۴، تهران بنگاه ترجمه و نشر کتاب.
۳۶. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۸۰، مجموعه استفتائات جدید، تهیه و تنظیم: ابوالقاسم علیان نژاد، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
۳۷. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۷۰، قواعد الفقهیه، ۲ جلدی، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب.
۳۸. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، ۱۳۷۸ ملحقات رساله آیت الله خویی در توضیح المسائل مراجع با فتاوی دوازده نفر از مراجع معظم تقلید، گردآوری حسن بنی هاشمی خمینی، جلد ۲.
۳۹. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۰، مصباح الفقاهه، المطبعه الحیدریه، نجف اشرف [بی تا].
۴۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، ۱۳۶۵، منهاج الصالحین، انتشارات آداب، نجف اشرف [بی تا].
۴۱. مشکینی، علی، ۱۳۴۸، اصطلاحات الاصول و معظمه ایحاثها، چاپ دوم، قم، حکمت.
۴۲. مومن قمی، محمد، ۱۴۱۵، کلمات سدیدة فی مسایل جدیدة، قم، موسسه نشر اسلامی.
۴۳. نجفی، محمد حسن، ۱۳۶۷، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تحقیق قوچانی، قم، دارالکتب الاسلامیه.
۴۴. نراقی، احمدبن محمد، ۱۴۱۵، مستند الشیعه، چاپ اول، قم، موسسه آل بیت (ع).
۴۵. -----، ۱۳۷۵، عوائد الایام، چاپ اول، قم، انتشارات حوزه علمیه.

۴۶. نهج البلاغه، ۱۹۹۷، تحقیق صبحی صالح، بیروت، دارالمعرفه.
۴۷. واحدی نیشابوری، علی بن احمد، ۱۳۸۸ ق / ۱۹۶۸ م، اسباب نزول الایات، قاهره، موسسه الحلبی.
۴۸. وهبه زحیلی، مصطفی، ۱۴۱۷/۱۹۹۷، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۹، المستدرک، دمشق.
- ب. کتاب‌های فارسی:**
۱. آقابابایی، اسماعیل، ۱۳۸۶، پیوند اعضا از بیماران فوت‌شده و مرگ مغزی، چاپ دوم قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ و معارف اسلامی.
 ۲. پورجواهری، علی، ۱۳۸۲، پیوند اعضا در آیینۀ فقه، تهران، دانشگاه امام صادق (ع).
 ۳. حبیبی، حسین، ۱۳۸۰، مرگ مغزی و پیوند اعضا از دیدگاه فقه و حقوق، چاپ اول، قم بوستان کتاب.
 ۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۰، فلسفه ی حقوق مدنی، تهران، گنج دانش.
 ۵. دهخدا، علی اکبر، ۱۳۷۳، لغت نامه، موسسه انتشارات دانشگاه تهران.
 ۶. رجحان، محمد صادق، ۱۳۸۱، بافت شناسی انسانی پایه یا بافت شناسی پزشکی، تهران، مهر.
 ۷. رحیمی اردستانی، مصطفی، ۱۳۷۷، ترجمه المنجد، ۲ جلد، تهران.
 ۸. سید حسینی، صادق، ۱۳۹۳، خرید و فروش و پیوند اعضا از دیدگاه فقه و حقوق، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
 ۹. شهیدی، مهدی، ۱۳۷۷، تشکیل قراردادهای و تعهدات، نشر حقوقدانان.
 ۱۰. صانعی، یوسف، ۱۳۸۹، استفتائات پزشکی، چاپ پانزدهم، قم، انتشارات میثم تمار.
 ۱۱. صفایی، سید حسن، (به همراه امامی اسدالله)، ۱۳۸۴، مختصر حقوق خانواده، ج ۲، چاپ هشتم، تهران.
 ۱۲. عمید، حسن، لغت نامه، ۱۳۸۸، چاپ اول تهران: فرهنگ اندیشمندان.
 ۱۳. فقیهی، عبدالرحمان، ۱۳۷۴، «بیع الاعضا الانسانی» در مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی (ره)، (نقش زمان و مکان و اجتهاد)، ج ۱۱، قم.
 ۱۴. قضایی، صمد، ۱۳۷۳، پزشکی قانونی، دانشگاه تهران.
 ۱۵. قرضاوی، یوسف، ۱۳۸۲، دیدگاه های فقهی، ترجمه احمد نعمتی.
 ۱۶. کاتوزیان، محمد علی، ۱۳۸۰، فرهنگ فارسی، تهران.
 ۱۷. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۸، عقود معین (۳)، چاپخانه بهمن.
 ۱۸. گرجی، ابوالقاسم، ۱۳۸۹، مقالات حقوقی، نشر انجمن آثار و مفاخر فرهنگی، تهران.
 ۱۹. لاریجانی، باقر، ۱۳۸۷، نگرش جامع به پیوند اعضا، تهران.
 ۲۰. مطهری، مرتضی، ۱۳۶۳، اسلام و مقتضیات زمان، چاپ سوم، قم، صدرا، قم.
 ۲۱. معاونت آموزشی قوه قضایه «گنجینه ی آرای فقهی - قضایی»، برنامه رایانه‌ای تولید شده توسط مرجع مذکور، سال ۱۳۷۸ ش، نسخه ۱/۵.
 ۲۲. معین، محمد، ۱۳۶۰، فرهنگ فارسی، چاپ چهارم، تهران، سپهر.
 ۲۳. مقدسی، حمید، ۱۳۷۵، فرهنگ اصطلاحات پزشکی، تهران، واژه پرداز، تهران.

۲۴. موسوی خمینی، سید روح‌الله، ۱۴۰۳، توضیح المسائل، چاپ هشتم، جلد ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۵. موسوی همدانی، سید محمدباقر، ۱۳۷۴، چاپ ۵، جلد ۹ ترجمه تفسیر المیزان، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۶. میرزایی قمی، عباس، و سایر همکاران، ۱۳۸۱، بافت شناسی، تهران، کتاب میر.
۲۷. مومن قمی، محمد، فقه و احکام پزشکی، ۱۳۸۵، ترجمه محمد مهدی بهراوند، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۸. نظری توکلی، سعید، ۱۳۸۷، پیوند اعضا در فقه اسلامی، چاپ دوم، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی.
۲۹. نوری همدانی، حسین، ۱۳۷۴، رساله توضیح المسائل، چاپ هفتم، موسسه مهدی موعود (عج)، قم، بی تا.
۳۰. ولایی، عیسی، ۱۳۷۴، فرهنگ اصطلاحات علم اصول، تهران نشر نی.
۳۱. هوشمند، محمد، ۱۳۸۰، فرهنگ پزشکی انگلیسی، تهران.
۳۲. یزدانی، شهروز، ۱۳۸۲، بافت‌شناسی پایه‌ای، طبیب، تهران.

ج. پایان‌نامه‌ها که به پیوند اعضا اشاره دارند بدون اشاره به برداشت و پیوند اعضا در موارد عسر و حرج

۱. بشیریه، تهمورث، ۱۳۸۰، پاسداشت حقوق اساسی در پرتو تعامل اصول ۳۶ و ۱۶۷ قانون اساسی، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۲۰۵ صفحه.
۲. قبادیان، علی، ۱۳۹۲، بررسی فقهی و حقوقی تشریح و جرایم علیه تمامیت جسمانی اموات، پایان‌نامه کارشناسی ارشد فقه اسلامی مجتمع آموزش عالی فقه.
- د. مقالات که به نوعی در مورد پیوند اعضا هستند.
۱. آقابابایی، اسماعیل، «نقش و ماهیت اذن در پیوند»، فصلنامه فقه پزشکی، سال هفتم، شماره ۲۳، بهار و تابستان ۹۴.
۲. آصفی، محمد، ۱۳۸۱، «پیوند اعضا از مردگان مغزی»، مجله ی فقه اهل بیت فارسی.
۳. پیوندی، غلامرضا، ستوده، حمید، «برداشت اعضای پیوندی از مردگان مغزی»، حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۳۰، پاییز ۹۰.
۴. حسن‌زاده آملی، حسن، ۱۳۷۲، «سرچشمه های علم تشریح»، (نگاهی به اهمیت تشریح و کالبد شکافی از روزن تاریخ)، مجله نور علم، مرداد تا اسفند.
۵. طاهری، حبیب الله، ۱۳۷۸، «تشریح جسد از دیدگاه اسلام»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۲.
۶. عباسی، محمود، ۱۳۸۲، «مجموعه مقالات حقوق پزشکی پیوند اعضا»، تهران، نشر حقوقی.
۷. فتاحی معصوم، سید حسین، ۱۳۸۰، «مجموعه مقالات و گفتارهای دومین همایش دیدگاه‌های اسلام در پزشکی»، دانشگاه علوم پزشکی مشهد، دبیرخانه دائمی سمینار دیدگاه‌های اسلام در پزشکی، چاپ اول.
۸. محمدی گیلانی، ۱۳۷۴، محمد، «کالبد شکافی»، {تقریرات درس امام خمینی}، سال اول، شماره ۳.

۹. معظمی شهلا، وحدانی، مهدی، زاده‌باغ، پریسا، ۱۳۹۲، «بررسی و تحلیل قوانین و مقررات مرتبط با پیوند اعضا در ایران»، دوره ۶.

۱۰. مومن قمی، محمد، تابستان ۸۲، پیوند اعضا، مجله فقه اهل بیت (فارسی)، شماره ۳۴.

۱۱. میر هاشمی، سرور، زمستان ۱۳۸۵، «مبانی مشروعیت پیوند اعضا»، مجله ندای صادق.

۱۲. هاشمی، میر سجاد، ۱۳۸۵، «آثار حقوقی واگذاری عضو انسان مرده یا مبتلا به مرگ مغزی»، مجله اندیشه تقریب، شماره ۵.

۵. سایت

www.fatwajonub.net

www.rahmatalam.ir