

مریم اسمعیلی پیرزان^۱

گروه فقه ومبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران.

مصطفی رجایی پور

گروه فقه ومبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران.

محسن رزمی

گروه فقه ومبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران.

تحلیل ادله حاکم بر اعتبار ثبوت عوض در انتقال اجزای بدن انسانی

چکیده

یکی از مسایل حقوقی مترتب بر انتقال اجزای مختلف انسانی، مسأله امکان معامله این اجزا و ثبوت عوض بر آن می باشد. در نظام حقوقی ایران، بیع از زمره عقود معوض تملیکی است که در آن، علاوه بر وجود شرایط اساسی صحت معاملات، لازم است میان انتقال دهنده با مورد انتقال نسبت و رابطه ای از قبیل مالکیت، حق اختصاص وجود داشته باشد و یا دست کم، بتوان آن معامله را تحت اطلاق ادله صحت بیع و یا اصول عملی قرار داد تا بدین وسیله بتوان جواز و نفوذ معامله را توجیه نمود. بنابراین حق اختیار و تصرف انسان در بدن خود موجب جواز انتقال اجزای بدن وی به انسان های نیازمند دیگر می شود؛ اعم از معوض و غیر معوض، ولیکن به دلیل جلوگیری از استفاده های غیر انسانی از انسان ها و در نتیجه از بین بردن کرامت بشری، لازم است که فروش غیر معوض جایگزین فروش معوض گردد و یا آن که فروش معوض اجزای بدن انسانی تحت نظارت مقام های پزشکی و قانونی انجام گیرد. در بررسی حاضر، تلاش می شود تا ادله و مبانی فقهی و حقوقی حاکم بر اعتبار این مسأله مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد.

واژگان کلیدی: خرید و فروش، مالکیت، تصرف، انتقال اجزای بدن انسانی.

امروزه علم پزشکی نوین توانسته است به شیوه های جدید و کارآمدی در معالجه و درمان بیماری های صعب العلاج و یا حتی غیر قابل درمان دست یابد، یکی از این شیوه ها، اصلاح و دستکاری ژنتیکی (*Genetic manipulation*) برای از بین بردن ژن های ناقص یا مولد بیماری های ژنتیکی و غیر ژنتیکی و یا استفاده از سلول های بنیادین جهت ترمیم بافت های آسیب دیده، شبیه سازی، تولید اندام های حیاتی و یا هر هدف درمانی دیگر است.

اگر اصل انتقال اجزا و متعلقات بدن انسانی را به جهت حکم تکلیفی بپذیریم و آن را جایز بدانیم، مهم ترین اختلافی که میان معتقدین به جواز این مساله وجود دارد، پیرامون اعتبار حقوقی قرارداد انتقال اجزای انسانی می باشد. در نظام حقوقی ایران، بیع از زمره عقود معوض تملیکی است که مالکیت چیزی از یک طرف به طرف دیگر انتقال می یابد. در این عقد، به جز آن که باید شرایط اساسی صحت معاملات مطابق با ماده ۱۹۰ قانون مدنی رعایت شود، از یک سو، فرد انتقال دهنده می بایست نسبت و رابطه ای با مورد انتقال داشته باشد. این که انسان بر بدن خود از حق به معنای سلطه، قدرت و اختیار برخوردار است ولیکن تا جایی که سلامت جسم و روان او به خطر نیفتد، بر کسی پوشیده نیست. در خصوص نوع ارتباط انسان با بدن خویش برای جواز انعقاد عقد معوض انتقال اجزای انسانی، نظریات متعددی از قبیل مالکیت، حق اولویت یا حق اختصاص انسان بر بدن خویش مطرح شده است؛ عده ای دیگر نیز برای جواز این مساله متمسک به اطلاق ادله صحت بیع و عده ای دیگر به اصول عملی شده اند. از سوی دیگر، از آن جا که اخلاق پزشکی و نیز اخلاق زیستی با رویکرد اخلاق در فناوری های نوین زیست پزشکی، وظیفه ارائه مجموعه قواعدی رفتاری در جهت تضمین امنیت، سلامت و بهداشت جسمی و روانی نوع انسانی را دارند، از همین رو، انعقاد عقد انتقال اجزای انسانی نیز باید هم سو و موافق با قواعد این دو علم باشد، تا بتوان معتقد به جواز خرید و فروش اجزای انسانی شد.

به همین منظور در مقاله حاضر، پرسش های زیر مورد دقت و بررسی قرار می گیرد؛
* اعتبار قرارداد خرید و فروش اجزای انسانی با کدام یک از نظریات مطروحه قابل

توجیه است؟

* آیا قرارداد خرید و فروش اجزای انسانی مخالف با نظم عمومی و قواعد آمره است؟

* آیا خرید و فروش اجزای انسانی با اخلاق پزشکی و حقوق انسانی منافات دارد؟

۱- اعتبار حقوقی قرارداد خرید و فروش اجزای انسانی

نظریات مختلفی بر جواز این مساله مطرح شده است:

الف- مالکیت انسان بر بدن خویش

قبل از استدلال به این نظریه، باید دو مقدمه را مطرح نمود: اول این که بدون تردید، انسان بر عین بدن و اجزای بدن خود به طور مستقیم حق به معنای سلطه و اختیار دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۱) البته تا جایی که سلامت جسم و روان او را به مخاطره جدی که نوع عقلا از آن تسامح نمی کنند، نیندازد (اسماعیلی، ۱۳۹۵: ۴۲). دوم این که می توان گفت که حق انتقال جزیی از اجزای بدن انسان از حقوق مالی محسوب می شود. زیرا اولاً این حق مالی به مانند حق مالکیت قابل تقویم به عوض و دارای ارزش مبادله اقتصادی است (مدنی، ۱۶۰: ۱۳۹۰؛ صفایی، ۱۳۸۹: ۱/ ۱۲۳). بنابراین انسان می تواند با انتقال جزیی از بدن خود که مشتمل بر ضرر قابل توجهی برای وی نباشد، عوض دریافت کند. ثانیاً این حق، قابل نقل و انتقال است و از همین رو، ورثه پس از مرگ متوفی می توانند اجزای قابل استفاده بدن متوفی را معامله کنند. ثالثاً این حق مانند سایر حقوق مالی دیگر قابل اسقاط است. زیرا فرد انتقال دهنده می تواند در مقابل انتقال، عوضی دریافت نکرده و از آن جزء اعراض نماید (ولویون، ۱۳۹۲: ۵؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۱).

با این دو مقدمه می توان گفت انسان مالک حقیقی بدن خویش است و بر آن تسلط دارد و می تواند هر گونه تصرفی که بخواهد در آن انجام دهد. چنان چه ماده ۳۰ ق.م. نیز تصریح می دارد: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.» ادله ای نیز دال بر تأیید این نظریه وجود دارد؛ مانند آیهی «ان الله اشتری من المؤمنین انفسهم و اموالهم بان لهم الجنة؛ خداوند از مؤمنین جانها و مالهایشان را خرید تا بهشت از آنان باشد (توبه/۱۱۱)» چنان چه برخی از مفسرین و فقها نظیر علامه طباطبایی (طباطبایی، ۱۳۶۰: ۱)، آیت الله روحانی (روحانی، ۱۴۱۸ق: ۳/ ۱۱۴)، آیت الله محمد آصف محسنی (محسنی، ۱۴۱۲ق: ۲۱۷/۱) همین موضع را دارند.

اگر مالکیت حقیقی انسان بر نفس خود را نپذیریم و معتقد باشیم که به موجب برخی از آیات قرآن کریم از جمله آیهی «قل اللهم مالک الملک توتی الملک من تشاء و تنزع الملک ممن تشاء؛ بگو خداوند مالک ملک است که ملک را به هر کس که بخواهد می‌دهد و از هر کس که بخواهد می‌گیرد (انعام/۱۲)»، مالک حقیقی تنها خداوند متعال است و بقیه مخلوقات حتی انسان از هیچ‌گونه مالکیتی برخوردار نیستند، از همین رو، چون انسان مالک بدن خویش نبوده و حق هیچ‌گونه تصرفی در آن ندارد و تنها نقش امانت داری را دارد که این اعضا و جوارح برای مدت محدودی به او سپرده شده (سنبهلی: ۳۲/۲۲) نمی‌تواند اجزای بدن خود را به دیگری فروخته یا هبه نماید؛ اعم از معوض و غیر معوض. موید این مطلب این روایت نبوی (صلی الله علیه و آله) است که «لا بیع الا فی ملک؛ هیچ خرید و فروشی نیست مگر در ملک (محدث نوری، ۱۴۰۸ق: ۴۶/۲؛ ابن حنبل، ۴۳۳ق: ۱۸۹/۳)». برخی از فقها نظیر آیت الله محمدعلی گرامی (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه، ۱۳۷۷: ۲/ ۲۲)، آیت الله سید عباس ابوترابی (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه، ۱۳۷۷: ۲/ ۲۲) و آیت الله تبریزی (تبریزی، ۱۴۲۷ق: ۳۵۴/۱) نیز همین نظر را تقویت نموده و بر همین مبنا، اخذ مال در قبال فروش اجزای بدن انسانی را اکل مال به باطل دانسته‌اند. به نظر می‌رسد این دیدگاه قابل مناقشه و بررسی باشد. زیرا اولاً مقصود از آیه مزبور (انعام/۱۲) و مانند آن تنها اثبات مالکیت حقیقی خداوند متعال است و از همین رو، منافاتی با مالکیت ذاتی اعتباری انسان نخواهد داشت؛ چنانچه امام خمینی (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۱/ ۲۳) و آیت الله خویی (توحیدی، ۱۴۱۲ق: ۲/ ۳۱۵) نیز قائل به همین نظر هستند، ثانیاً روایت نبوی (ص) فوق‌الاشعار تنها ناظر به این مورد است که شخصی ملک غیر را می‌فروشد؛ با این نیت که بیع از طرف خودش واقع شود و با این تصور دروغین که آن را قبلاً از مالک خریده است (مومن قمی، ۱۳۸۲: ۳۰-۲۶)، ثالثاً اگر انتقال اجزای انسانی را از حقوق مالی و عینی هر انسانی بدانیم، کامل‌ترین نوع حق عینی و مالی مالکیت است که در آن مالک از تمام اختیارات و حق همه‌گونه تصرف در ملک خود برخوردار است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۷). چنان‌چه ماده ۲۹ ق.م. نیز یکی از علاقه‌های انسان نسبت به اموال را مالکیت (اعم از عین یا منفعت) می‌داند. بنابراین اگر بالفرض مالکیت حقیقی انسان بر بدن خویش را نپذیریم، می‌توان مالکیت اعتباری انسان را پذیرفت. چنان‌چه انسان از سوی خداوند متعال تا مدت محدودی بر بدن خویش از سلطه و حق تصرف تام برخوردار است و این به مثابه این می‌ماند که خداوند بدن انسان را به او اجاره داده باشد (اسماعیلی، ۱۳۹۵: ۶۳).

ب- حق تصرف انسان بر بدن خویش

بر اساس این استدلال، حتی اگر انسان را مالک اجزای بدن خود ندانیم و معتقد باشیم که بدن انسان طبق نصوص شرع قابل تملک نیست و نمی‌توان آن را مال تلقی نمود. چرا که مالکیت ناظر به اعیان و اموال است، با این وجود می‌توان گفت رابطه‌ی انسان با بدن خود به‌گونه‌ای است که می‌تواند از باب حق اختصاص یا حق اولویت در آن تصرف مالکانه داشته باشد. زیرا در انتقال اجزای انسانی از فردی به فرد دیگر، دو عنصر مفید بودن انتقال و قابلیت اختصاص اجزا به فرد انتقال دهنده را می‌توان جمع و لحاظ نمود و همین برای تحقق عنوان مفهوم مال کافی است. چنانچه عده‌ای از حقوقدانان (شهیدی، ۱۳۷۹: ۳۴۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۱) نیز همین موضع را دارند. بنابراین انتقال عوض در مقابل واگذاری اجزا و متعلقات بدن انسانی جایز می‌شود. زیرا اختصاص هرچند سلطه‌ای به مراتب ضعیف‌تر از مالکیت است و تنها ارتباط اختصاصی حق را با شخص نشان می‌دهد ولیکن اولاً تصرف دیگران در موضوع حق اختصاص را ممنوع می‌سازد و ثانیاً صاحب حق اختصاص می‌تواند در قبال انتقال یا اسقاط آن، مبلغی را دریافت کند؛ بر همین مبنا، عوض در مقابل جزء جدا شده قرار نمی‌گیرد بلکه در قبال رفع ید از آن واقع می‌شود (فروغی، ۱۳۸۸: ۸، الشریف، میرشکاری، جلیلی، ۱۳۸۳: ۱۶۳).

البته اگر حق انسان بر بدن خویش را از قبیل حق انتفاع بدانیم، چنانچه قانون مدنی نیز در ماده ۲۹ دومین علاقه اشخاص نسبت به اموال را حق انتفاع عنوان می‌کند، در آن صورت انسان مطلقاً هیچ حقی بر بدن خود ندارد و تنها حق استفاده از آن را در مدت محدودی دارد (اسماعیلی، ۱۳۹۵: ۷۲).

اشکال: اگرچه سلطه و تصرف انسان بر بدن وی به نحو حق اختصاص می‌تواند برای اثبات صحت عقد صلح که موضوع آن انتقال یا اسقاط حق است، کافی باشد ولی برای اثبات صحت عقد بیع کافی نیست. زیرا در عقد بیع، هر یک از طرفین باید مالک آن چه قصد معامله‌ی آن را دارند باشند و صرف داشتن حق بر موضوع بیع، برای صحت بیع که مفاد آن تملیک به غیر است، کافی نیست (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه، ۲۱).

پاسخ: آن چه برای صحت بیع لازم است آن است که بایع و مشتری حق تصرف در عوض خود را داشته باشند؛ اعم از آن که مالک آن باشند یا نباشند؛ به بیان دیگر، قوام عقد بیع که عبارت از تملیک مال در مقابل مال است به آن است که هر یک از طرفین اختیار آن چه را که در دست اوست و قصد معامله آن را دارد، داشته باشد؛ در محل بحث نیز، اگرچه انسان مالک بدن خود به نحو حقیقی یا اعتباری نمی‌باشد ولیکن حق اختیار و تصرف در آن را دارد و همین می‌تواند موجب جواز انتقال اجزا و متعلقات بدن وی به دیگری باشد؛ چه به نحو معوض و چه غیر معوض (مومن قمی، ۱۳۸۲: ۱۷۸؛ الشریف، میرشکاری، جلیلی، ۱۳۹۳: ۱۶۷-۱۶۸).

ج- اطلاق ادله صحت بیع

اگر مالکیت حقیقی و حتی اعتباری انسان بر نفس خویش را قبول نداشته باشیم، می‌توان این مورد را تحت عمومات و اطلاقات ادله صحت بیع نظیر «اوفوا بالعقود» (مائده/۱)، «احل الله البیع (بقره/۲۷۵)»، «الا ان تکون تجاره عن تراض (نسا/۲۹) داخل کرد و قائل به صحت خرید و فروش اجزا و متعلقات بدن انسانی اعم از معوض و غیر معوض شد. چنان چه برخی از صاحب نظران (مومن قمی، ۱۳۸۲: ۳۰) نیز همین مبنا را قبول دارند. مطلب مهمی که در این جا حائز اهمیت است آن است که استناد به اطلاق ادله بیع متفرع بر ثبوت چند شرط است:

۱. شرط مالیت مبیع

از آن جا که یکی از شرایط صحت بیع مالیت عوضین است و این که این شرط باید برای هر یک از طرفین محرز و معلوم باشد (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۲۷۶/۲). چنان چه مواد ۲۱۵، ۳۴۸ و ۴۳۴ قانون مدنی نیز به آن اشاره دارد. بنابراین در صورتی که در مالیت متعلقات بدن انسانی تردید وجود داشته باشد، نمی‌توان به استناد عموم «احل الله البیع» مالیت آن را ثابت نمود (الشریف، میرشکاری، جلیلی، ۱۳۹۳: ۱۶۴). چنان چه برخی از فقها (روحانی، ۱۴۲۹ق: ۱۲۳) دلیل عدم معاوضه بدن انسان در مقابل مال را عدم مالیت انسان آزاد و بدن او می‌دانند، این گروه به آیات و روایاتی استناد کرده‌اند که دلالت دارند بر این که میتة و مردار از مواردی هستند که چون هم نجس هستند و هم قابل انتفاع نیستند و هیچ منفعت حلالی برای آن ها متصور نیست، به ملکیت در نمی‌آیند و معاوضه به آن ها نیز باطل است؛ نظیر آیه «انما حرّم علیکم المیتة؛ بدون تردید، او بر شما مردار را حرام نمود»

(بقره/۱۷۳) و یا این روایت از ایوب بن نوح از امام صادق (ع)؛ «إِذَا قُطِعَ مِنَ الرَّجُلِ قِطْعَةً فَهِيَ مَيْتَةٌ؛ اگر از مرد قطعه‌ای از بدن او بریده شد، پس آن مردار است (حرعاملی، ۱۴۰۹ق: ۴۷۷/۲)؛ چرا که ادله‌ی مزبور اطلاق دارند و شامل هر گونه تصرف در میتة و مردار و از جمله خرید و فروش آن می‌شوند (حلی، ۱۴۱۴ق: ۹۶)؛ از همین‌رو، در پیوند و انتقال اجزای بدن انسانی نظیر اعضا، ژن و سلول‌های بنیادین نیز کاربرد داشته و قابل استناد هستند. چنانچه در نظریه مشورتی شماره ۷۱/۱۵۵۸ مورخ ۱۳۷۶/۲/۷ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز آمده است: «چون اعضای بدن مال نیست، قابل فروش نمی‌باشد، ولی شخص می‌تواند آن را در حیات یا ممات به دیگری اهدا کند و در عوض، مالی دریافت نماید (مرکز تحقیقات حقوقی قوه قضاییه، ۱۳۸۵: ۸۹)».

پاسخ: اولاً مشهور فقها اعتقاد دارند که عنوان «مالیت» دخالته در تحقق و وقوع بیع ندارد؛ چنان‌چه بیع را چنین تعریف می‌نمایند: «تملیک عین در مقابل عوض (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۱۳۲)»؛ ثانیاً اگر هم بپذیریم که در بیع مالیت عوضین شرط است، بر فرض عدم صدق بیع، می‌توان آن را از مصادیق عمومات ادله صحت بیع دانست؛ ثالثاً ادله یاد شده چنان اطلاق دارند که جسد انسانی را نیز دربرگیرند بلکه انصراف به جسد حیوانات دارند (گروهی از نویسندگان، ۱۳۸۴: ۲۱۷/۲)؛ رابعاً این ادله شامل حرمت تمامی تصرفات نمی‌شوند؛ بلکه آن چه به حکم شرع مقدس حرام می‌باشد، تنها خوردن آن‌ها است که در عصر تشریح نیز متداول و مرسوم بوده است و آیات قبل و بعد آیه مزبور مؤید همین معنا است؛ چنان‌چه در آیه قبل از تحریم میتة می‌فرماید: «یا ایها الذین آمنوا کلوا من طیبات ما رزقناکم؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید از خوردنی‌های پاکیزه‌ای که به شما روزی داده‌ایم بخورید (بقره/۱۷۲)»؛ رابعاً نصوص استناد شده در حرمت بیع میتة، انصراف به مواردی دارند که از مال فروخته شده نتوان منفعت عقلایی مشروع برد (۴۲)؛ در حالی که در محل بحث امکان انتفاع عقلایی وجود دارد (آقابابایی، ۱۳۸۵: ۱۶۳، ۱۷۴، ۱۷۵)؛ زیرا همین که عقلاً حاضر می‌شوند در مقابل اعضا و اجزای بدن مالی را بپردازند، نشان از امکان انتفاع عقلایی و مال بودن آن‌ها دارد. بر همین اساس، بسیاری از فقهای معاصر ادله حرمت بیع میتة را مانع صحت معامله مشروع از آن‌ها نمی‌دانند (خمینی، ۱۳۸۱: ۸۱؛ صانعی، ۱۳۸۷: ۷۸-۸۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۱۵۱) چنان‌چه برخی از فقهای مالیت یک شیء را

دایر مدار داشتن منافع محلله مقصوده عقلایی می دانند (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۲۰/۱؛ خوئی، ۱۴۱۲: ۳۰۲/۲). امام خمینی در جایی می نویسد: «مال چیزی است که متقاضی داشته باشد و عقلا بدان میل و رغبت کنند» (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۲۰/۱). به بیان دیگر، آن چه اهمیت دارد، عقلایی و مشروع بودن انگیزه است و نه منشا آن (خمینی، ۱۳۸۱: ۸۱/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۱۵۱). بنابراین مال چیزی است که ارزش داد و ستد را در بازار دارد و در برابر آن پول پرداخت می شود. بدین ترتیب معیار تمیز مالیت، داشتن نظر نوعی و متعارف است (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۱۶۳/۲). پس اگر بیماران، مراکز درمانی و آزمایشگاهی به پیوند و انتقال بافت، ژن یا سلولی نیاز ضروری و جدی داشته باشند، این نیاز و انگیزه سبب مالیت یافتن آن می شود. خامسا بر فرض آن که اجزای انسانی جنبه مالی نداشته باشد، اما در هر صورت این یک حق است که قابل مصالحه خواهد بود (رحمانی منشادی، ۱۳۸۷: ۱۲۶). چنان چه اعتبار و ماهیت قرارداد اهدای جنین در قانون اهدای جنین به زوج های نابارور مصوب ۱۳۸۲ مجلس شورای اسلامی تأیید شده است.

۲. معلوم بودن مورد معامله

از آن جا که مطابق نظر مشهور، یکی از شرایط صحت عقد بیع معلوم بودن عوضین می باشد، از همین رو، بدون تردید، قرارداد انتقال اجزای انسانی باطل می باشد. چنان چه برخی از فقهای اهل سنت (صناعی، ۱۳۸۷: ۷۸-۸۰) نیز همین نظر را دارند. چرا که بر فرض آن که اوصاف ژن بافت و سلول و دیگر متعلقات بدنی معلوم باشد، ولیکن با این وجود، چون احتمال دارد که بدن فرد انتقال گیرنده آن جزء انتقالی را نپذیرد، عقد باطل خواهد بود. چون در اصل موضوع عقد غرر و جهل وجود دارد.

پاسخ: اولاً اگرچه ممکن است در پاره ای از موارد این گونه باشد که در مورد معامله به دلیل مشخص نبودن پیوند و انتقال غرر و جهل وجود داشته باشد ولیکن در بسیاری موارد ممکن است عمل انتقال به صورت مطلوب انجام شود و یا امکان دارد انتقال ژن، سلول و بافت به قصد آزمایشات مختلف برای ساخت دارویی که دارای نفع عمومی برای جامعه است انجام گیرد. (اسماعیلی، ۱۳۹۵: ۴۲) ثانیاً این قرارداد یک عقد مسامحی است و علم اجمالی در موضوع آن برای صحت عقد کافی است (محمود حمزه، ۲۰۰۷م: ۱۵۸).

۳. مطابقت با نظم عمومی و قواعد آمره

برخی از صاحب‌نظران (اسماعیلی، ۱۳۹۵: ۴۲) معتقدند از آن جا که حق انسان بر اندامش از حقوق مربوط به شخصیت وی می باشد و قابل انتقال و اسقاط نیستند، در نتیجه قراردادهای مربوط به انتقال و پیوند متعلقات بدن انسانی، تصرف در شخص انسان بوده و به دلیل مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه باطل می باشند.

پاسخ: اگرچه حقوق مربوط به شخصیت انسانی را نمی توان به موجب قرارداد اسقاط یا به دیگری واگذار کرد. چرا که قواعد راجع به حقوق مربوط به شخصیت جزو قواعد آمره و مرتبط با نظم عمومی است (رحمانی منشادی، ۱۳۸۷: ۱۲۶) ولیکن بدون تردید، این حکم مطلق نبوده و دارای استثناء نیز می باشد. چنان چه در برخی از موارد مانند محل بحث که واگذاری این حقوق، برای نجات جان انسان یا جامعه ای انجام می گیرد (محمود حمزه، ۲۰۰۷م: ۱۷۴).

د- اصول عملی

مطابق این دلیل، اگر هیچ کدام از ادله‌ای را که تاکنون بر اثبات قابلیت فروش متعلقات و اجزای بدن انسانی بیان شد نپذیریم، به ناچار در این مورد به دلیل عروض حالت جهل و شک و تردید، به استناد اصل عملی اصاله الحل و اصاله الاباحه باید حکم به جواز نقل و خرید و فروش آن داد (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۳۵۷؛ رحمانی منشادی، ۱۳۸۷: ۱۲۷).

در متون قانونی نیز هیچ قانونی که بتوان از آن برای اثبات عدم جواز محل بحث استفاده نمود، وجود ندارد. تنها قانونی که در جواز خرید و فروش اعضای بدن انسانی وجود دارد، قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است، مصوب ۱۳۷۱ است که اگرچه این قانون در مورد انتقال و پیوند دیگر متعلقات بدن انسانی از افرادی که در قید حیات هستند ساکت است ولیکن به نظر می رسد که از قانون مزبور بتوان این گونه استفاده کرد که وقتی این قانون عمل پیوند و انتقال عضو از افراد مرگ مغزی شده را به شرط وصیت میت یا اجازه اولیای میت و نیز نیاز حیاتی و ضروری فرد انتقال گیرنده اجازه می دهد، بنا بر قیاس اولویت، از یک سو، مشروعیت پیوند و انتقال دیگر متعلقات بدن انسانی از قبیل نسوج، بافت ها، ژن ها و سلول های بنیادین را نیز بعد از فوت متوفی برداشت نمود و از سوی دیگر، انتقال تمام اجزای انسانی در زمان حیات وی نیز به مانند بعد از ممات مشروع و جایز می باشد (اسماعیلی، ۱۳۹۵: ۴۲).

اشکال: به فرض اجرای اصل عملی اصله الحل یا اصل برائت، حداکثر جواز تکلیفی عملیات انتقال و پیوند اجزا و متعلقات بدن انسانی ثابت می شود و جواز تکلیفی نیز ملازمه‌ای با حکم وضعی آن یعنی صحت بیع و خرید و فروش آن ندارد؛ چرا که برای اثبات صحت بیع باید وجود شرایط صحت بیع اثبات گردد (محسنی قندهاری، ۱۳۷۷: ۲/۲۳۸).

پاسخ: اگرچه صرف سکوت قانونگذار و عدم وجود حکم قانونی بر منع عملی موجب اثبات جواز آن نمی‌شود ولیکن از آن جا که قانون‌گذار در اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی در موارد سکوت و نقص به منابع و فتاوی معتبر فقهی ارجاع داده است، تقریباً همه فقهای معاصر در فرضی که حیات فرد بیماری متوقف بر انتقال و پیوند ژن، سلول بنیادین و یا عضوی از اعضای بدن انسانی باشد، فتوا به جواز آن به شرط عدم وجود ضرر و خطر قابل توجه داده‌اند (اسماعیلی، ۱۳۹۵: ۴۲).

۲- بحث اخلاقی

به دلیل ارتباط تنگاتنگ و مستقیم دو علم حقوق و اخلاق پزشکی، این سوال مطرح می شود که آیا انتقال متعلقات بدنی مخالف با اخلاق پزشکی و همچنین شان و کرامت انسانی است یا خیر؟ زیرا به دلیل پیشرفت علم پزشکی و گسترش انتقال و پیوند هر گونه اجزا و متعلقات بدن انسانی به انسان های دیگر، مبادله و فروش معوض آزادانه و بدون محدودیت متعلقات بدن انسانی ممکن است از یک سو، موجب به وجود آمدن مخاطرات درمانی مانند انتقال یک صفت نامتعارف و غیر اخلاقی به نسل دیگر و یا اختلال در شخصیت و نسب در نتیجه دستکاری و جابه‌جایی ژن‌ها، اختلال در عملکرد دستگاه‌های بدن و یا انتقال ویروس و میکروب کشنده، قطع دست و پا و ... شود و از سوی دیگر، موجب شود تا عده ای افراد فرصت طلب و سودجو، اقدام به قاچاق انسان، استفاده های نامشروع از انسان (زنده یا مرده)، قیمت گذاری اجزای مختلف انسانی و به وجود آوردن بازار سیاه و سوء استفاده های مالی و در نتیجه از بین بردن کرامت و احترام بشری نمایند. روشن است که قرارداد انتقال ژن و سلول بنیادین به لحاظ موضوع هم می تواند معوض باشد و هم غیر معوض و مجانی یعنی بدون در نظر گرفتن ملاحظات اقتصادی و صرفاً به لحاظ مسایل اخلاقی عاطفی و انسان دوستانه باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۸). از همین رو، این اشکال که وجود رابطه پولی در قرارداد انتقال و پیوند اجزای انسانی پیامدهای منفی نظیر از بین رفتن انگیزه های نوع دوستی و تجاری شدن چنین قراردادهای، استثمار

و بهره‌کشی ملی از انسان‌ها و در نتیجه مخالفت با شأن و کرامت انسانی دارد (گروهی از نویسندگان، ۱۳۸۶: ۱۷۸) قابل مناقشه و بررسی است. زیرا اولاً درصد بسیار بالایی از افرادی که مایل به انتقال اجزای بدن خود به دیگران هستند تنها به دلیل وضعیت اقتصادی و به دست آوردن پول اقدام به چنین کاری می‌کنند و خودداری از پرداخت پول در ازای استفاده از متعلقات بدنی ایشان با اصل احترام عمل مسلمان (محدث نوری، ۱۴۰۸: ۱۴۵/۳؛ بیهقی، ۱۴۱۴: ۶/ ۹۷ و ۱۰۰) که عملی غیر اخلاقی است منافات دارد. ثانیاً در این گونه قراردادهای انگیزه‌های اخلاقی و مسایل عاطفی بر سودجویی و منفعت‌طلبی از انسان‌ها غلبه دارد. چرا که عده‌ای از انتقال‌دهندگان تنها به دلایل معنوی و اخلاقی حاضر به انتقال می‌شوند. بنابراین معوض بودن این قراردادهای هیچ ارتباطی با از بین رفتن انگیزه‌های انسان دوستی ندارد.

البته این گونه نیست که قانونگذار چنین مسأله مهمی را فراموش کرده و به آن اهمیت ندهد. بنابراین لازم است که قانونگذاران برای جلوگیری از سوء استفاده سودجویان و فرصت‌طلبان و همچنین جلوگیری از اختلافات آینده و نزاع‌هایی که آثار بسیار سوء اجتماعی خواهد داشت، در تصویب قوانین و بخشنامه‌های حقوقی، مسایل زیر را مورد توجه و دقت قرار دهند:

۱. انتقال اجزای انسانی با قصد گرفتن عوض و جز آن از یکدیگر تفکیک شده و برای هر کدام به طور جداگانه مواد قانونی مناسبی تدوین و به تصویب برسد.
۲. فروش معوض و آزادانه اجزای مختلف بدن انسانی به ویژه بافت‌ها، ژن‌ها و سلول‌های بنیادین محدود گردد و در صورت ضرورت و نیاز، کمیسیون ویژه‌ای متشکل از متخصصین پزشکی و ژنتیک در مراکز درمانی و بیمارستان‌های متصدی عمل پیوند و انتقال به وجود آید تا بدین وسیله عملیات فروش و انتقال با اجازه و تحت نظارت مقام‌های پزشکی انجام گیرد.
۳. قرارداد انتقال اجزای بدن انسانی به صورت کتبی و با نظارت مقام صلاحیت‌دار قانونی تنظیم گردد.

۴. همه انتقال دهندگان برخوردار از بیمه و تشویق های اجتماعی شوند؛ به ویژه افرادی که به انگیزه خیرخواهی و کمک به نجات جان انسان های بیمار و یا اصلاح یک نسل آسیب دیده اقدام به انتقال و پیوند اعضا، ژن و سلول بنیادین می نمایند.

نتیجه گیری

- ۱- از سکوت قانونگذار در پیوند و انتقال اجزا و متعلقات بدن انسانی از فردی به فرد دیگر و عدم وجود قانونی در این زمینه و حکم رجوع به فتاوی فقها مطابق با صراحت اصل ۱۶۷ قانون اساسی و عدم مخالفت اکثر فقها با این مسئله در صورتی که توأم با ضرر کشیره نباشد و یا به موجب مصلحت مهم تر مانند نجات جان انسان مسلمانی انجام گیرد، می توان پس از اثبات جواز تکلیفی این مسئله، حکم به ثبوت عوض و وجود یک رابطه مالی میان طرفین انتقال را داد که امری اجتناب ناپذیر در بیشتر قراردادهای حاصله میان طرفین است و در این امر تفاوتی نمی کند که انتقال دهنده زنده باشد یا مرده.
- ۲- رابطه ی انسان با بدن خود به گونه ای است که می تواند از باب حق مالکیت یا حق اختصاص در آن تصرف مالکانه داشته باشد و همین می تواند موجب جواز انتقال اجزا و متعلقات بدن وی به دیگری باشد؛ چه به نحو معوض و چه غیر معوض.
- ۳- اگر مالکیت حقیقی و اعتباری و یا حتی حق تصرف انسان بر نفس خویش را قبول نداشته باشیم، می توان موضوع صحت خرید و فروش اجزای انسانی را در تحت عمومات و اطلاقات ادله صحت بیع نظیر «احل الله البیع»، «الا ان تکون تجاره عن تراض» و یا اصول عملی نظیر براءت و اصله الحل داخل کرد.
- ۴- به دلیل جلوگیری از بسیاری از بهره کشی های انسانی و سوء استفاده های مالی لازم است که از سویی، فروش غیر معوض جایگزین فروش معوض گردد و از سوی دیگر، فروش معوض آزادانه اجزا و متعلقات بدن انسانی با نظارت مقام های پزشکی و قانونی انجام شود.

*قرآن کریم

الف. منابع فارسی

۱. آقابابایی، اسماعیل، پیوند اعضا از بیماران فوت شده و مرگ مغزی، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ۱۳۸۵.
۲. اسماعیلی، مریم، مطالعه فقهی و حقوق مهندسی ژنتیک با تاکید بر ژن درمانی و سلول های بنیادی، (رساله دکتری)، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ۱۳۹۵.
۳. جوشی، پریتی، مهندسی ژنتیک و کاربردهای آن، ترجمه علی اصغر اسلمی نژاد و علی سامعی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ۱۳۸۵.
۴. الشریف، محمد مهدی، میرشکاری، محمد حسن، جلیلی، مهدی، مشروعیت و ماهیت قراردادی پیوند عضو از انسان زنده، فصل نامه حقوق پزشکی، شماره ۳۱، ۱۳۹۳.
۵. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، ج ۱، مجد، تهران، ۱۳۷۹.
۶. صانعی، یوسف، استفتائات پزشکی، انتشارات میثم تمار، قم، ۱۳۸۷.
۷. صفایی، حسین، حقوق مدنی، ج ۱، میزان، تهران، ۱۳۸۹.
۸. فروغی، علی رضا، درآمدی بر مبانی حقوقی مالکیت انسان بر پیکر خود، فصلنامه رهنمون، شماره ۱ و ۲، ۱۳۸۸.
۹. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت؛ یلدا، تهران، ۱۳۷۴.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ج ۱، میزان، تهران، ۱۳۸۵.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۲، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۹.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (خانواده)، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۲.
۱۳. گروهی از نویسندگان، مسایل مستحدثه، ج ۲، بوستان کتاب، قم، ۱۳۸۴.
۱۴. گروهی از نویسندگان. رحم جایگزین (مجموعه مقالات). سمت، تهران، ۱۳۸۶.
۱۵. ولویون، رضا، اموال و مالکیت، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۰.
۱۶. مؤمن قمی، محمد، پیوند اعضا، مجله فقهی اهل بیت، شماره ۳۴، ۱۳۸۲.
۱۷. مدنی، جلال الدین، حقوق مدنی، پایدار، تهران، ۱۳۹۰.
۱۸. مرکز تحقیقات حقوقی قوه قضاییه، دیدگاه های فقهی پیوند اعضا، مرکز تحقیقات حقوقی قوه قضاییه، قم، ۱۳۸۵.

۱۹. مکارم شیرازی، مجموعه جدید استفتائات، انتشارات علی بن ابی طالب، قم، ۱۴۱۷.
۲۰. هاشمی، احمد علی، تقی زاده، ابراهیم، حقوق اموال و مالکیت، دانشگاه پیام نور، تهران، ۱۳۹۱.

ب. منابع عربی

- ۲۱- ابن حنبل، احمد بن محمد، مسند الامام احمد بن حنبل، ج ۲، دارالمنهاج، جده، ۱۴۳۳ هـ.ق.
۲۲- انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، ج ۲، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۲۳- بیهقی، احمد بن حسین، السنن الکبری، ج ۶، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۲۴- تبریزی، جواد بن علی، صراط النجاه، ج ۲، دارالصدیقه الشهدیه، قم، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۲۵- توحیدی، محمد، مصباح الفقاهه، ج ۲، دارالهادی، بیروت، ۱۴۱۲ هـ.ق.
۲۶- حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسایل الشیعہ الی تحصیل مسایل الشریعہ، موسسه آل البيت (ع)، قم، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۲۷- حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقہا، موسسه آل البيت، قم، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۲۸- خمینی، روح الله، کتاب البیع، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران، ۱۴۲۱ هـ.ق.
۲۹- خمینی، روح الله، تحریرالوسیله، موسسه مطبوعاتی دارالعلم، قم، ۱۳۸۱.
۳۰- خوبی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه فی المعاملات، المطبعه الحیدریه، نجف، ۱۴۱۲ هـ.ق.
۳۱- رحمانی منشادی، حمید، ماهیت حقوقی قرارداد رحم جایگزین، فصلنامه حقوق پزشکی، شماره ۴۵، ص ۱۲۶.
۳۲- روحانی، سید صادق، منهاج الفقاهه، انوارالهدی، قم، ۱۴۲۹ هـ.ق.
۳۳- سنهلی، محمد برهان الدین، حکم الشریعہ الاسلامیہ فی زرع الاعضا الانسانیہ، ج ۲۲، البعث الاسلامی، بی جا، ۱۴۰۷ هـ.ق.
۳۴- سنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی (مصادرالالتزام)، بی نا، مصر، ۱۹۵۲ م.
۳۵- طباطبایی، محمد حسین، المیزان فی تفسیرالقرآن، ترجمه محمد باقر موسوی همدانی، ج ۱، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۳۸۲.
۳۶- محدث نوری، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسایل، ج ۲، موسسه آل البيت علیهم السلام، بیروت، ۱۴۰۸ هـ.ق.
۳۷- محسنی قندهاری، محمد آصف، الفقه و المسایل الطبیه، ج ۱ و ۲، انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۲ هـ.ق.
۳۸- محمود حمزه، محمد، اجاره الارحام بین الطب و الشریعہ الاسلامیہ، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۲۰۰۷ م.
۳۹- منتظری نجف آبادی، حسین علی، دراسات فی المکاسب المحرمه، نشر تفکر، قم، ۱۴۱۵ هـ.ق.

تحليل ادله حاكم بر اعتبار ثبوت عوض در انتقال اجزای بدن انسانی (صص ۱۲۸-۱۱۲)

ج. منابع لاتین

- Brown, T.B. **GENE CLONING AND DNA ANALYSIS**. Manchester: ۴۰

University Of Manchester, 2004: 3-4.

