



## مسئولیت ناشی از انتقال بیماری از طریق پیوند اعضا در حقوق ایران

(تاریخ دریافت ۱۳۹۷/۰۱/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۷/۰۲/۱۵)

محبوبه کهزادی باصری

دکتر مهدی زارع

استادیار دانشگاه آزاد اسلامی

### چکیده

امروزه پیوند اعضا، یکی از راه‌های معمول، برای درمان بسیاری از بیماری‌هاست که در طی آن، بافت یا عضوی از بدنی جدا و به بدنی دیگر، متصل می‌گردد. امکان انتقال بیماری‌های خطرناک در نتیجه پیوند، مسئله آثار حقوقی و به خصوص مسئولیت مدنی ناشی از آن را مطرح نموده است. هرگاه بعد از پیوند عضو، آثار و علائم بیماری (نظیر سرطان، ایدز، هپاتیت و یا...)، که امکان انتقال آن از طریق پیوند، وجود دارد، آشکار گردد و ثابت نشود که عاملی غیر از عضو پیوندی، علت ابتلا بوده است، با نفی سایر اسباب، فرض می‌شود که عضو پیوند شده، عامل بیماری بوده است. در جریان پیوند عضو عوامل متعددی دخالت دارند که ممکن است، مسئول واقع شوند؛ دهنده یا گیرنده عضو، مراکز درمانی انجام دهنده پیوند، تیم پیوند و دولت، به اعتبار این که عمل برداشت و پیوند عضو در مراکز درمانی دانشگاهی وابسته به آن انجام می‌گیرد. با این حال، در حال حاضر، قاعده خاصی برای جبران خسارت افرادی که از طریق پیوند عضو، متضرر می‌گردند، وجود ندارد و قواعد سنتی مسئولیت مدنی، به دلیل عدم امکان اثبات برخی ارکان و شرایط آن، به ویژه رابطه سببیت، کفایت لازم، برای جبران این گونه خسارات را دارا نیستند؛ از این رو باید با وضع قانونی خاص، نظام ویژه‌ای برای جبران خسارات ناشی از پیوند عضو ایجاد گردد. چنین نظامی در برخی کشورهای پیشرفته دنیا پذیرفته شده است.

**واژگان کلیدی:** پیوند اعضا، مسئولیت مدنی، انتقال بیماری، مسئولیت کیفری



## بخش اول: پیوند اعضا در فقه و حقوق ایران

از نظر حقوقی نیز باید بین دو مسأله‌ی جواز اصل عمل پیوند و مسأله‌ی ماهیت قراردادی آن تفکیک نمود. در عالم حقوق نیز بحث از ماهیت قرارداد قبل از هر چیز در گرو مشروع بودن نفس عمل از منظر قانونگذار است. هیچ متن قانونی که در آن صراحتاً از جواز برداشت عضو از انسان زنده سخن در میان باشد وجود ندارد. قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است، مصوب ۱۳۷۹ نیز در خصوص پیوند عضو از زندگان ساکت است. اما این به معنای عدم جواز پیوند عضو نیست. زیرا در حقوق نیز همچون فقه، اصل بر اباحه و جواز هر عملی است مگر آنکه قانون آن را منع کرده باشد. در متون قانونی هیچ متنی که بتوان از آن برای اثبات ممنوعیت قطع و پیوند عضو در عین رضایت صاحب عضو استفاده نمود وجود ندارد. بنابراین می‌توان از عدم منع قانونی، جواز عملیات پیوند عضو از انسان زنده را استنتاج کرد. این استدلال مصون از مناقشه نیست. زیرا در حقوق امروز ما، عدم حکم قانون بر منع برای اثبات جواز یک عمل اگر چه شرط لازم است اما شرط کافی نیست. (آیت‌اللهی، ۱۳۸۱، ص ۱۵۰). قانونگذار خود در اصل ۱۶۷ ق. اساسی در موارد سکوت و نقص، ما را به منابع و فتاوی معتبر ارجاع داده است. بنابراین اگر مثلاً در جواز شبیه سازی انسان یا تلقیح نطفه مرد بیگانه با زن بیگانه تردید شود، نمی‌توان به صرف سکوت قانون، جواز آن را نتیجه گرفت. البته ضرورتی ندارد که جواز عمل در فقه مسلم باشد بلکه همین که فتاوی معتبری بر جواز آن وجود داشته باشد برای حکم به جواز آن در عالم حقوق کافی است. اکنون با توجه به آنچه در بخش نخست این نوشتار دیدیم، صرف نظر از فقهای که پیوند را جز در مورد اعضای اصلی و حیاتی مشمول عموم اصاله‌الحل و اصاله‌الجواز می‌شمارند، تقریباً تمامی فقها در فرضی که حیات شخص بیمار بر پیوند متوقف است، فتوا به جواز پیوند در اعضا غیر رئیسه می‌دهند. بنابراین صرف نظر از عدم منع صریح قانونی، وجود فتاوی معتبر بر جواز پیوند اعضا، می‌تواند مبنای حکم به جواز پیوند از منظر حقوق امروز ایران قرار گیرد. (بازگیر، ۱۳۷۸، صص ۲۱۱).



حقیقت این است که مبنای عدم نفوذ قرارداد مخالف اخلاق حسنه یا نظم عمومی، چیزی جز مجاز نبودن عمل موضوع قرارداد نیست. به دیگر سخن مسأله این است که اگر عملی مخالف اخلاق حسنه یا نظم عمومی باشد، انجام آن مجاز نیست حتی اگر بموجب قرارداد الزام آوری طرفین خود را به آن ملزم کرده باشند. بنابراین برای حکم به درستی و اعتبار قرارداد پیوند اعضا، علاوه بر عدم منع قانونی و عدم حرمت مسلم شرعی، عدم مخالفت با اخلاق حسنه و نظم عمومی نیز لازم است.

### بند اول: ماهیت قرارداد نقل و انتقال اعضا از منظر حقوق

پس از فراغت از جواز عمل پیوند عضو نوبت به بررسی ماهیت قرارداد نقل و انتقال اعضا می‌رسد. روشن است که صرف جواز پیوند برای صحت بیع یا سایر عقود کافی نیست. زیرا برای درستی هر عمل حقوقی و از جمله بیع، فقدان مانع کافی نیست بلکه باید شرایط قانونی صحت آن عقد نیز فراهم باشد. مثلاً برای صحت بیع شرایطی همچون عین بودن مبیع، مالیت، ملکیت، مقدور التسلیم بودن و امثال آن نیز باید فراهم باشد. بر همین اساس ما قالب‌های عقدی و غیر عقدی که ممکن است برای قرارداد پیوند عضو مورد استفاده قرار گیرند را بر اساس فراهم بودن شرایط صحت در هر یک مورد بررسی قرار می‌دهیم. (اجتهادی ۱۳۷۴، ص ۲۴۱). درستی بیع اعضا از نظر حقوقی منوط به فراهم آمدن شرایط بیع در چنین موردی است. در بیع اعضا از بین شرایط صحت بیع تنها در مورد وجود دو شرط تردید وجود دارد: مالیت عضو و مالکیت دهنده‌ی عضو. این شرایط همان شرایطی است که در فقه نیز موجب تردید و اختلاف فقها در صحت بیع گردیده بود. در مورد مالیت عضو بدن به نظر می‌رسد که با توجه به رغبت عقلاء و پرداخت پول در قبال آن از سوی نوع عقلاء تردیدی در مالیت عرفی اعضای بدن وجود ندارد. ممکن است اشکال شود که مالیت عرفی برای صحت بیع کافی نیست بلکه مبیع باید به لحاظ شرعی و قانونی نیز مال قلمداد گردد همچنانکه خوک و شراب مال عرفی هستند ولی به لحاظ عدم مالیت از نظر شرع، بیع آن‌ها صحیح نیست. این اشکال را می‌توان این‌گونه پاسخ داد که اولاً مالیت یک چیز مبتنی بر وجود منفعت برای آن



چیز است. حال اگر منفعت مترتب بر یک چیز صرفاً منفعت عرفی بوده ولی شارع یا قانون آن منفعت را مشروع نداند، آن چیز صرفاً مالیت عرفی دارد ولی اگر منافع شیء منافع عقلایی و مشروع باشد، آن چیز به لحاظ قانونی و شرعی نیز مال تلقی می‌گردد. روشن است که بر خلاف خوک و شراب، منفعتی که بر عضو بدن مترتب است یعنی حفظ جان و سلامتی یک بیمار، منفعتی عقلائی و مشروع است. ثانیاً برای اینکه چیزی از نظر شرعی و قانونی نیز مال تلقی گردد لازم نیست قانون گذار به مالیت آن تصریح کرده باشد بلکه کافی است آن چیز عرفاً مال محسوب شده و قانون گذار از آن سلب مالیت نکرده باشد و قانون گذار در هیچ متنی از متون، از اعضای بدن اسقاط مالیت ننموده است (بازگیر، ۱۳۷۸، ص ۲۳۴). اشکال دیگری که ممکن است به مالیت عضو بدن شود این است که عضو مقطوع، میته بوده و هر چند قانون گذار در مورد بیع میته ساکت است ولی با توجه به اصل ۱۶۷ ق. اساسی و بر اساس روایات موجود و منابع معتبر اسلامی، میته مال نبوده و بیع آن صحیح نیست. در پاسخ به این اشکال نیز می‌توان گفت اولاً در زمان وقوع قرارداد ممکن است عضو بدن و مثلاً کلیه از بدن جدا نشده باشد تا بر آن عنوان میته صدق نماید؛ ثانیاً بر فرض که بیع عضو را مصداق بیع میته بدانیم، این امر ملازمه ای با عدم مالیت عضو بدن ندارد. زیرا آنچه در روایات اهل بیت علیهم السلام آمده، این است که ثمنی که در مقابل میته دریافت می‌شود حرام و به تعبیر روایت «سحت» است و برخی از فقها از این حکم حرمت و بطلان بیع میته و نیز عدم مالیت و عدم تعلق ملکیت به میته را برداشت نموده‌اند. حال اگر هم داستان با بسیاری از فقهای معاصر (موسوی خمینی، ۱۳۶۸ ش، ص ۸۱/ مکارم شیرازی، همان، ص ۱۵۴/ منتظری، ۱۴۱۵ م،، سند البحرانی، ۱۴۱۷ م) بر این باور باشیم که این حکم ناظر به منفعت و مصرف متعارف میته در عصر نزول یعنی بیع میته به منظور خوردن آن بوده است، در این صورت می‌توان گفت حرمت بیع میته یا حکم به عدم مالیت آن همگی ناظر به منافع نامشروع آن بوده و بیع به منظور استفاده‌های مشروع و عقلایی همچون پیوند به بیمار نیازمند از شمول این ادله خارج است. ضمناً از قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده... که وصیت به اهدای عضو به دیگری را به رسمیت شناخته نیز بطور ضمنی می‌توان مالیت عضو مقطوع را استفاده نمود. زیرا این وصیت علی الاصول از قسم وصیت



تملیکی است و در وصیت تملیکی، موصی «مالی» را برای بعد از خود به دیگری تملیک می‌کند. (اجتهادی، ۱۳۷۴، ص ۱۷۴). حل مسأله‌ی مالکیت عضو نیز چندان دشوار نیست. زیرا اگر با توجه به سکوت قانون به سراغ فتاوی معتبر برویم، بسیاری از فقها رابطه‌ی انسان با اعضای بدن خود را از مقوله‌ی مالکیت دانسته‌اند. در واقع تمام یا دست کم اکثر قریب به اتفاق فقیهانی که فتوا به جواز بیع اعضا داده‌اند، مالکیت دهنده‌ی عضو بر اعضای بدن خود را به عنوان پیش فرض پذیرفته‌اند. زیرا جوهره‌ی بیع تملیک عین به دیگری است و بدون مالکیت نمی‌توان سخن از تملیک گفت. شاید با وجود قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده ... نیازی به مراجعه به منابع و فتاوی معتبر برای اثبات مالکیت انسان نسبت به اعضای خود نباشد. امکان وصیت که در قانون پیوند اعضا پیش بینی شده نشان از اعتقاد قانون گذار به مالکیت انسان نسبت به اعضای بدن خود دارد. زیرا وصیت تملیکی از حیث لزوم مالکیت و امکان تملیک همچون بیع است و تفاوت اصلی که بین آنها وجود دارد صرف نظر از معوض و مجانی بودن، معلق بودن تملیک به فوت در وصیت و منجز بودن آن در بیع است. به دیگر سخن در وصیت تملیکی، موصی در زمان حیات خود مالی را به دیگری تملیک می‌کند و تأثیر این تملیک معلق به فوت موصی است. بنابراین اگر وصیت به اعطاء عضو به دیگری را صحیح بدانیم لازمه‌ی آن این است که در زمان انشاء وصیت، موصی را مالک اعضای بدن بدانیم و الا انشاء تملیک حتی به نحو معلق نیز امکان پذیر نخواهد بود. (حکیم پور، ۱۳۸۴، ص ۱۹۹).

### بند دوم: صلح عضو بدن به دیگری

همان گونه که اشاره شد همه‌ی فقیهانی که برداشت و پیوند عضو را مجاز شمرده‌اند در صحت صلح اعضا تردید نکرده‌اند (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، ۱۳۷۷ ش، ص ۲۱). از آنجا که در صلح نه مالیت موضوع شرط است و نه مالکیت نسبت به موضوع، عقد صلح بهترین شرایط را برای قبول پیوند عضو دارد. (صدیق اورعی، ۱۳۸۹، ص ۱۲۹).

برای صحت صلح کافی است مصالح نسبت به چیزی که صلح می‌کند حقی داشته باشد و این حق می‌تواند ضعیف تر از مالکیت باشد. مصالح می‌تواند در قبال انتقال حق یا اسقاط حق



خود مبلغی نیز دریافت کند. بنابراین بر فرض که انسان را مالک اعضای بدن خود ندانیم شکی نیست که صاحب عضو مقطوع در قیاس با دیگران نسبت به عضو خود دارای اولویت است که از آن تعبیر به «حق اختصاص» می‌شود و شخص می‌تواند در قبال انتقال یا اسقاط این حق به دیگری در قالب صلح مبلغی دریافت نماید و همین قدر برای حل مشکل نیازمندان به پیوند عضو کافی است. اسقاط حق اختصاص بیان دیگری از رفع ید صاحب عضو از حق اولویت خود نسبت به عضو مقطوع است. استفاده از قالب صلح به دلیل گستردگی قلمرو صلح و سهولت شرایط آن حتی از سوی معتقدان به صحت بیع اعضا نیز پیشنهاد شده است (جوادی آملی، ۱۳۷۲، ص ۵۶۸).

### بخش دوم: عدم تجویز اعاده و پیوند عضو قطع شده در قصاص اطراف

در حقوق الله مانند حدّ سرقت و محاربه با اجرای مجازات و قطع عضو با اجرای حکم شرعی اوامر و نصوص امتثال شده و اهداف مورد نظر از حکم تحقق یافته است و حاکم شرع پس از اجرای حکم سلطه ای ندارد. استدلال‌ها و استحسان‌های ذکر شده مبنی بر مخالفت اعاده عضو با نصوص شرعی نیز هیچ کدام نمی‌تواند مانع از قول به جواز اعاده عضو قطع شده باشد و اعاده آن بر اصالة الاباحه خود باقی است اما در حقوق الناس (در قصاص اطراف) در صورتی که جرم مستوجب قصاص با اقرار ثابت شده باشد می‌توان گفت پیوند عضو قطع شده پس از اجرای حکم قصاص در واقع انکار پس از اقرار است همانند موردی که شخص به زنای محصنه اقرار نماید و پس از شروع به اجرای حکم و برخورد یک سنگ از حفیره (گودال محل اجرای حکم) فرار نماید که در این صورت پیوند و اعاده عضو قطع شده جایز خواهد بود. اما در صورتی که قصاص عضو با شهادت شهود ثابت شده باشد تجویز اعاده و پیوند عضو قطع شده موجب بروز مفاسد اجتماعی خواهد شد زیرا اگر مجنی علیه جانی را پس از پیوند سالم ببیند کینه اش تحریک شده و به دشمنی با جانی خواهد پرداخت. بنابراین برای جلوگیری از کینه توزی‌ها باید اعاده و پیوند مجدد عضو قطع شده در این صورت منع شود. این استدلال در مورد حدود صحیح است لکن در مورد قصاص مناقشه داریم. هم چنان که پیش از این نیز



گفتیم دلیل جواز اعاده و پیوند عضو اجرای کامل حکم قصاص و فقدان هر دلیل و نقل معتبر شرعی در منع از اعاده است. بنابراین در جایی هم که قصاص با اقرار جانی ثابت شده باشد اعاده عضو قطع شده بر اصاله الاباحه خود باقی است و قطع مجدد عضو پیوند شده مجازات جدیدی است که نیاز به دلیل معتبر شرعی دارد. هم چنین استدلال به این که تجویز اعاده و پیوند عضو قطع شده ممکن است منجر به دشمنی و کینه توزی مجنی علیه شود صحیح نیست زیرا: (صدری، ۱۳۹۲، ص ۲۸۶).

اولاً: مجرد احتمال بروز مفسده و کینه توزی نمی تواند دلیل منع باشد.

ثانیاً: با توجه به پیشرفت علم پزشکی در زمینه پیوند اعضا مجنی علیه نیز می تواند مانند جانی با استفاده از امکانات جراحی پلاستیک و یا پیوند عضو از مردگان مغزی عضو از دست داده خود را ترمیم کرده یا باز یابد.

ثالثاً: این وظیفه حکومت است که با جعل قوانین و ضمانت اجراهای مناسب جلوی مفاسد اجتماعی و کینه توزی ها را بگیرد و گرنه امور بسیاری هستند که می توانند موجبات دشمنی و کینه توزی افراد را برانگیزند. (خالقی، ۱۳۹۳، ص ۱۹۲).

- استدلال به روایت محمد بن حسن صفار که در بررسی ادله قائلین به منع مطلق ضعف سند و عدم اعتبار این روایت آشکار شد. پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

- ادعای اجماع که در بحث قبلی این دلیل نیز از اعتبار ساقط شده. (مهرپور، ۱۳۷۴، ص ۲۴۷).

**بند اول: پیوند عضو از نظر برداشت عضو و میزان ضرر وارد شده به شخص دهنده عضو**

این نوع پیوند خود از نظر برداشت عضو و میزان ضرر وارد شده به شخص دهنده عضو به اقسام ذیل تقسیم می شود:

- برداشت عضو به منظور پیوند به بیمار به مرگ دهنده عضو منجر شود.



- برداشت عضو موجب ضرر قابل توجه و یا نقص عضو دهنده شود.

- برداشت عضو موجب ضرر ناچیز دهنده عضو شود. (مهرپور، ۱۳۷۴، ص ۲۶۸).

- برداشت عضو یا بافت مورد نظر نه موجب مرگ و نه موجب ضرر دهنده عضو شود. هم چنین دهنده عضو ممکن است مهدور الدم و یا محقون الدم باشد که در این جا مورد بررسی قرار می گیرد:

همان طور که در بخش اول کتاب گذشت عضوی که قرار است از بدن شخص زنده ای برداشت شود یا از اعضای اصلی و رئیسه مثل قلب و کبد است و یا مانند قرنیه چشم است که برداشت آن ها در نهایت یا به مرگ دهنده عضو و یا به نابینایی و نقص عضو وی منجر می گردد. در این گونه موارد فقه اسلام اجازه برداشت عضو از انسان زنده ای را برای نجات جان انسان بیمار یا رفع نقص او نمی دهد چنان که ارزش های اخلاق پزشکی نیز چنین پیوندهایی را تجویز نمی کنند. لکن برخی از علمای اهل سنت با تمسک به قیاس موضوع مورد بحث با برخی از احکام دیگر در این دو صورت برداشت عضو را در صورتی که دهنده عضو کافر حربی یا مسلمان مهدور الدم باشد جایز دانسته اند که به منظور بررسی همه جانبه و ارزیابی نقاط قوت و ضعف آن باید استدلال ایشان به طور کامل نقل و سپس مورد مناقشه قرار گیرد. دکتر محمدسعید رمضان ابتدا این سؤال را مطرح می کند که آیا با قطع نظر از این که برداشت عضو موجب مرگ یا نقص عضو و زشتی شخص دهنده شود جایز است برای نجات جان انسان محترمی که در شرف مرگ است از اعضای انسان مهدور الدمی که مستحق مرگ است برداشت نموده و به آن انسان محترم پیوند زنیم؟ سپس برای پاسخ به این سؤال نظر فقها را درباره جواز خوردن گوشت انسان مهدور الدم - که به حکم دادگاه اسلامی قتلش واجب است - را برای انسان مضطر بیان کرده و می گوید: شافعی ها قائل به جواز اکل شده اند زیرا که شخص مهدور الدم احترام و ارزشی ندارد و در حکم مرده است از جمله عزین عبدالسلام گفته است: هرگاه شخص مضطر کسی را بیابد که قتل او حلال است مثل کافر حربی زانی محصن و راه زنی که قتلش واجب است و لواط کننده و کسی که اصرار بر ترک نماز دارد جایز است او





را ذبح کند و بخورد زیرا زندگی این اشخاص ارزشی ندارد و شایسته نابودی هستند و مفسده ای که در نابودی آن‌ها وجود دارد کم تر از مفسده از بین رفتن زندگی انسان محترم است. فقهای حنبلی در این مسئله اختلاف کرده اند لکن ابن قدامه در مغنی مطابق با قول شافعی و اصحابش قول به جواز را ترجیح داده است. اما مالکی‌ها در این مسئله قائل به منع مطلق شده اند. دردیری می‌گوید: ... مگر آدمی که خوردن او در حال ضرورت جایز نیست زیرا مرده انسان سمّ است و ضرورت را برطرف نمی‌سازد. صاوی در حاشیه بر قول دردیری می‌گوید:

یعنی خوردن انسان جایز نیست؛ خواه زنده باشد و خواه مرده هرچند که شخص مضطر از گرسنگی بمیرد. بنابر نقل بعضی در حاشیه خود قول به منع مطلق خوردن انسان در هنگام اضطرار در نزد حنفی‌ها نیز راجح است. بنابراین شافعی‌ها حنبلی‌ها و برخی از حنفی‌ها خوردن گوشت مهدورالدم را در صورت اضطرار جایز می‌شمارند و نظر مالکی‌ها و قول راجح حنفی‌ها حرمت است. به نظر می‌رسد قول اول (یعنی جواز خوردن گوشت مهدورالدم) با قواعد فقهی مربوط به مسئله منطبق است؛ مثل قاعده تحمل ضرر کم تر برای دفع ضرر شدیدتر و یا کلام فقها که می‌گویند: هرگاه دو مفسده با هم تعارض نمایند آن مفسده ای که ضررش کم تر است ارتکاب می‌یابد که این دو قاعده از قواعد فقهی اجماعی نزد همه مذاهب فقهی است. سپس این نویسنده برای دفع ایراد احتمالی می‌گوید: اما استدلال به کرامت انسانی برای عدم جواز خوردن مهدورالدم تمام نیست زیرا بدیهی است که این کرامت با تحقق موجب قتل از بین می‌رود؛ در غیر این صورت شریعت اسلامی قتل مهدورالدم را واجب نمی‌کرد و کرامتی که خداوند انسان را بدان برتری بخشیده ناشی از طبیعت بشری او نیست تا در همه حالات ملازم او باشد بلکه وصفی است که تا زمان حرکت انسان در مسیر فطرت انسانی و عبودیت الهی با او ملازم است. وی در ادامه به عنوان نتیجه بحث می‌گوید: اگر ما قول شافعی‌ها و حنبلی‌ها و برخی از حنفی‌ها را در جواز اقدام به خوردن مهدورالدم در هنگام اضطرار راجح بدانیم در آن صورت برداشت عضوی از اعضای او برای پیوند به بیمار مضطرّ در شرف مرگ به طریق اولی جایز خواهد بود. در این حالت هم فرقی نمی‌کند که برداشت عضو برای



پیوند به مرگ شخص مهدورالدم منجر بشود یا خیر زیرا ملاک جواز این عمل عدم احترام زندگی او و شایسته قتل بودن او است. بله سزاوار است این عمل برای گیرنده عضو ضروری باشد به گونه ای که پزشک متخصص عادل نظر دهد که نجات جان او بر پیوند این عضو متوقف است و عضو مصنوعی یا عضوی از اعضای حیوان غیرنجس العین جایگزین آن نمی شود. دلیل اشتراط ضرورت نیز به حرمت مثله کردن در موارد اجرای حد یا استیفای قصاص باز می گردد و شکی نیست که برداشت عضوی از اعضای انسان زنده داخل در معنای مثله و حکم آن است پس سزاوار است جواز آن متوقف بر اضطراب باشد. هم چنان که حدود اجازه نیز باید مقید به میزان ضرورت باشد و وسایل پزشکی جدید برای برداشت عضو به کار گرفته شود تا عملیات برداشت عضو را از معنای مثله و علتی که به موجب آن مثله حرام شده است یعنی شکنجه دور سازد. (صدیق اورعی، ۱۳۸۹، صص ۲۳۸، ۲۳۹).

### بند دوم: عدم تجویز پیوند به بیمار به دلیل حرمت اضرار به نفس

هنگامی که برداشت عضو و پیوند آن به بیمار برای نجات جان بیمار گیرنده ضرورت نداشته و صرفاً به منظور تعویض عضو فاسد یا کسب زیبایی و از بین بردن زشتی گیرنده باشد؛ مانند قطع انگشتان انسان سالمی به منظور پیوند به شخصی که بر اثر حادثه انگشتانش را از دست داده است در این صورت مصلحت اهمی وجود ندارد تا با ادله حرمت اضرار به نفس معارضه نماید لذا برداشت عضو یا بافت در این موارد جایز نیست. (بهرامی احمدی، ۱۳۷۰، ص ۲۲۸).

در مورد ادله موافقان برداشت عضو باید گفت که برخی از علمای اهل سنت با تمسک به قاعده ایثار برداشت عضو از انسان زنده و پیوند آن را حتی اگر ضرورت انجام عمل برای تعویض عضو فاسد شخص گیرنده نباشد با این استدلال جایز می دانند:

- ایثار در حقوق بدنی و دنیوی در زمره حقوق الناس است. طبق قاعده اول انسان حق تصرف در اعضا و اجزای بدنش را دارد و هر چیزی را که انسان حق تصرف در آن را داشته باشد حق ایثار آن را هم خواهد داشت؛ پس انسان می تواند در مورد یکی از اعضای بدن یا قسمتی از بدنش ایثار کند مشروط بر این که ایثار مستلزم مرگ او حتی به احتمال بعید نباشد. با



دقت نظر و اندیشه هیچ فرقی بین این حالت و حالتی که برداشت عضو و پیوند به منظور نجات جان مسلمان گیرنده عضو انجام می‌گیرد نیست. در پاسخ از این استدلال باید بگوییم: درست است که طبق قاعده سلطنت (الناس مسلطون علی انفسهم و اموالهم) هر کس بر خویشان و اموال خویش سلطه کامل دارد و آزاد است اما شریعت مقدس اسلام حدّ و مرزی را برای این آزادی مشخص کرده است به گونه‌ای که بهره‌گیری از این آزادی بایستی در چارچوب قوانین شریعت باشد و موجب تضییع حقوق دیگران نگردد. (قربان نیا، ۱۳۷۴، ص ۱۳۵).

تصرف در مال تا مرز تضییع مال و اسراف و تبذیر محدود می‌شود و در بیش از این شخص محکوم به سفاقت و ممنوع از تصرف خواهد شد. هم چنین سلطه انسان بر خویشان نیز تا مرز اتلاف نفس یا نقص عضو متوقف می‌شود و هیچ کس مجاز نیست خود را نابود کند یا صدمه کلی به یکی از اعضا یا قسمتی از بدن خویش وارد نماید که موجب نقص عضو خود شود. بنابراین ضرر با تحمل ضرری مساوی یا بیش تر قابل جبران نیست و شریعت مقدس اسلام اجازه ایثار در این موارد را به شخص نمی‌دهد. در خاتمه این نکته را متذکر می‌شویم که جمعی از علمای اهل سنت در بند اول قطعنامه هشتمین نشست مجمع فقهی اسلامی چنین نظر داده‌اند: برداشتن عضوی از بدن انسان زنده و کشت آن در بدن انسانی دیگر که مضطر به آن است به منظور نجات وی از مرگ یا برای به کار انداختن عضوی از اعضای رئیسه او جایز است و این عمل با اصل کرامت و احترام دهنده عضو مغایرت ندارد؛ هم چنان که دارای مصلحت فراوان و کمک خوبی برای گیرنده عضو است و برداشت عضو از انسان زنده با تحقق شرایط زیر عملی پسندیده و نیکو محسوب می‌شود:

- برداشت عضو از شخص دهنده عضو موجب ضرر و زیان و اختلال زندگی عادی او نباشد زیرا قاعده شرعی حاکی از این است که ضرر با ضررِ همانند یا شدیدتر از آن از بین نمی‌رود و اهدای عضو در صورتی که مستلزم ضرر باشد از قبیل در معرض نابودی و هلاکت انداختن خویشان است و این عمل شرعاً جایز نیست.

- اهدای عضو با رضایت و اختیار دهنده عضو باشد نه از روی اجبار و اکراه.



- کشت یا پیوند آن عضو تنها راه ممکن برای معالجه بیمار مضطر باشد.
- موفقیت هر دو عمل برداشت و پیوند عضو معمولاً یا غالباً محقق باشد.

در مورد ادله مخالفان برداشت عضو باید گفت که برخی از فقها و دانشمندان اهل سنت پیوند اعضا را مطلقاً جایز نمی دانند؛ خواه عضو پیوندی از انسان زنده برداشت شود یا از مُردگان. برای اثبات قول خود به دلایلی استناد کرده اند که در این جا به تجزیه و تحلیل ادله ارائه شده از سوی ایشان می پردازیم:

- شیخ محمد متولی شعراوی از مفتیان اهل سنت می گوید: انسان با جمیع اعضایش ملک خداوند است و برداشتن عضوی از اعضای بدن او خواه در حال حیات و خواه پس از مرگ حرام است. در پاسخ از استدلال ایشان می گوئیم:

اولاً: شیخ شعراوی انتقال خون را از انسانی به انسان دیگر جایز می داند در حالی که انسان مالک خون خود هم نیست.

ثانیاً: اگر مقصود ایشان از مالکیت مالکیت تکوینی است ما نیز قبول داریم که انسان جسد اعضا اموال و دارایی او همگی ملک خداوند است لکن باید توجه داشت که در احکام و مسائل فقهی و حقوقی قسم دیگری از مالکیت نیز وجود دارد که عقلاً آن را بر حسب نیاز جامعه برای اشخاص اعتبار کرده اند و فقها از این مالکیت اعتباری تعبیرهای مختلفی دارند از جمله:

- ملکیت عبارت است از نسبت میان مالک و مملوک.
- ملکیت همان سلطنت مالک بر مملوک را گویند.
- ملکیت علقه خاصی است که منشأ سلطنت بر مملوک است.
- ملکیت نسبتی بین انسان و بین اموال است که اقتضای سلطنت وی بر اموال را دارد. بدیهی است این اختلاف در تعبیر اختلاف ماهوی نیست و مقصود همه فقها همان سلطنت مالک بر



مملوک است. ملکیت اعتباری انسان نیز بر حسب تنوع اموال گوناگون است. گاهی انسان مالک عین است مانند مالکیت بر یک واحد آپارتمان گاهی انسان مالک منفعت است مانند سکناى خانه در عقد اجاره و یا مالکیت میوه درخت و گاهی نیز انسان مالک انتفاع است که به آن حق انتفاع نیز گفته می‌شود مانند انتفاع از لباس عاریه ای و یا مطالعه کتاب امانی (طالقانی، ۱۳۶۲، ص ۳۲۵).

### بند سوم: اهدای اعضای اشخاص مبتلا مرگ مغزی

پیش از این در بیان تقسیمات گذشت که عضو پیوندی گاهی از مردگانی برداشت می‌شود که به مرگ طبیعی از دنیا رفته و یا مبتلا به مرگ مغزی شده‌اند. بنابراین با توجه به این که موفقیت پیوند عضو از مردگان مرهون برداشت عضو در زمان مناسب و حیات عضوی است و اعضای مختلف با توجه به حساسیت به محرومیت از اکسیژن حیات عضوی مختلفی دارند در حال حاضر تنها عضو قابل پیوند از مردگان طبیعی قرنیه چشم است زیرا عملیات مرگ در مردگان طبیعی به سرعت پیشرفت کرده و اختلالات به اعضا و نسوج و سلول‌ها سرایت نموده و در نتیجه به مرگ کامل بدن منتهی گردیده است در نتیجه فرصت طلایی حیات عضوی در این مردگان از دست رفته است و اعضای مردگان طبیعی در مسئله پیوند اعضا نقش مهمی را ایفا نمی‌کند. به عکس در اشخاص مبتلا به مرگ مغزی که قسمت‌های عالی مغز آن‌ها چهار تا پنج دقیقه پس از قطع جریان اکسیژن دچار مرگ بیولوژیک شده و برای همیشه از بین می‌روند پزشکان با به کارگیری دستگاه اسپراتور قطع جریان اکسیژن را جبران می‌کنند که به دنبال آن قلب خود به خود می‌زند و سایر اعضا نیز با دریافت مقدار لازم اکسیژن و خون سلامت و حیات خود را حفظ می‌کنند و برای پیوند آمادگی دارند. در واقع بدن شخص متوفای مغزی در این حالت به منزله یک بانک پیوند اعضا است و می‌توان با پیوند اعضا از این بدن بی‌روح به انسان دیگری که به علت نارسایی عضوی در معرض تهدید مرگ قرار گرفته است عمر دوباره بخشید. لذا بدن مردگان مغزی با توجه به محدود بودن اهدای کلیه از زندگان و ضرورت برداشت اعضای رئیسه مثل قلب و کبد از مردگان مغزی در نقل و پیوند اعضا



حرف اول را می‌زند و واجد اهمیت به سزایی است. از سوی دیگر منحصر بودن راه علاج و درمان بسیاری از بیماری‌ها به پیوند عضو سالم و نیاز گسترده بشریت به اعضای سالم و قابل انتقال مبتلایان به مرگ مغزی ضرورت اعلام مرگ مغزی و تجویز برداشت اعضای سالم متوفیان مغزی را بیش از پیش نمایان ساخته است. لکن متأسفانه همان‌طور که در مقدمه کتاب ذکر آن گذشت برخی از فقهای عظام شیعه و دانشمندان اهل سنت بدون توجه به تحولات بنیادی موضوعات و کارکردهای مفید و حیاتی جدید برای آن‌ها فتوایی ناهم‌آهنگ با شرایط زمان و تحولات کارکردی موضوعات صادر فرموده‌اند. به همین سبب در این جا به تجزیه و تحلیل ادله ارائه شده از سوی مخالفان برداشت عضو از مردگان می‌پردازیم: (هادوی تهرانی، ۱۳۸۵، صص ۳۱۴، ۳۱۵، ۳۱۶).

دلیل عمده مخالفان برداشت عضو از مردگان و پیوند آن به بیماران نیازمند این است که شکافتن بدن مرده و بریدن اعضای او هتک حرمت میت مسلمان است. روایات بسیاری در باب ارزش و احترام و جایگاه بلند مسلمان مؤمن و مصونیت جان و مال و آبروی او وارد شده که احترام او را از احترام کعبه افزون و هتک حرمت و اهانت و تحقیر او را حرام و در حکم محاربه با خدا و شرک دانسته‌اند. وجوب رعایت احترام مسلمان تنها به زمان زندگی و حیات او محدود نمی‌شود بلکه برخی روایات بر این امر تصریح دارند که احترام او در حال مرگ و پس از آن نیز همانند احترام او در زمان زندگی است و نباید مورد اهانت و هتک قرار گیرد. این حکم در اسلام روشن است و مورد اتفاق امامیه و غیر امامیه بوده و کسی در آن اختلافی ندارد. (صفایی، ۱۳۸۴، ص ۱۵۸). در این جا به برخی از این روایات اشاره می‌شود:

- در صحیح عبدالله بن سنان به سند صدوق از امام صادق آمده است:

فی رجل قطع رأس الميت؟ قال: علیه الدیة لانّ حرمة میتاً کحرمة و هو حی؛ درباره مردی که سر میتی را قطع کرده از امام سؤال شد. فرمود: دیه بر عهده او است زیرا حرمت میت همانند حرمت او در حال حیات است. حرمت در کتاب‌های لغت به معانی مختلفی آمده است؛ از جمله به معنای ضمانت و عهد بستن و به معنای یکی از احکام تکلیفی پنج‌گانه و به



معنای احترام که معنای مناسب در این روایت همان احترام است. (سرافراز، ۱۳۹۳، ص ۲۶۱).

- صحیح‌ه عبدالله بن مسکان و مرسله محمد بن سنان نیز با همین مضمون وارد شده اند.

- در صحیح‌ه صفوان نقل شده است: قال ابو عبدالله: ابی الله ان یظن بالمؤمن الاً خیراً و کسرک عظامه حیاً و میثاً سواءً؛ امام صادق فرمود: خداوند ابا دارد از این که نسبت به مؤمن گمانی جز گمان خیر برده شود و شکستن استخوان مؤمن در زمان زندگی و پس از مرگ او یک سان است. (صفایی، ۱۳۸۴، ص ۱۰۷).

- در خبر محمد بن مسلم از امام باقر در حدیث وفات امام حسن و دفن آن حضرت آمده است: ان الله حرم فی المؤمنین امواتاً ما حرم فیهم احیاء؛ به درستی خداوند حرام کرده است در مورد مردگان مؤمنین آن چه را که در حال زندگی آن‌ها نسبت به آنان حرام کرده است. اهل سنت نیز از پیامبر نقل می‌کنند: کسر عظم المیت ککسره حیاً؛ شکستن استخوان مرده مسلمان همانند شکستن استخوان مسلمان زنده است. هم چنین در مسند احمد حنبل از پیامبر نقل شده است: کسر عظم المؤمن میثاً ککسره حیاً؛ شکستن استخوان مرده مؤمن همانند شکستن استخوان او در زمان زندگی است. مستفاد از این روایات که برخی از آن‌ها نیز از نظر سند صحیح اند این است که اصل احترام و کرامت مؤمن مسلمان اقتضا دارد که جسد او پس از مرگ از تعرض مصون بماند و هر عملی که مغایر با این اصل باشد عملی غیرمشروع و غیرقانونی شمرده شود بنابراین برداشت عضو از بدن مردگان مسلمان مجاز نیست. در پاسخ از این استدلال می‌گوییم: بله از این روایات استفاده می‌شود تا زمانی که ضرورت ایجاب نکند و امری مهم تر از احترام مؤمن مسلمان در کار نباشد قطع اعضای مرده مسلمان جایز نیست اما اگر قطع اعضای مرده مسلمان به منظور دست‌یابی به غرضی مهم تر از حفظ حرمت و احترام مؤمن صورت گیرد و نجات جان مسلمان یا مسلمانانی متوقف بر برداشت عضو از مرده مسلمان و پیوند آن به بیماران در شرف مرگ باشد در این صورت مقتضای (قاعده تراحم) جواز بلکه وجوب آن است. روایات معتبر متعددی در خصوص شکافتن شکم مادر به منظور نجات جان جنین زنده و نیز قطعه قطعه کردن جنین مرده در شکم مادر و خارج ساختن قطعات برای نجات



جان مادر وارد شده است که بر وجوب شکافتن بدن و قطع اعضای مردگان مسلمان در زمان اضطرار دلالت دارند. از جمله این روایات صحیحه علی بن یقین است: سألت اباالحسن موسى عن المرأة تموت و ولدها فی بطنها یتحرک؟ قال: یشق عن الولد؛ از امام کاظم راجع به زنی سؤال کردم که می میرد و فرزندش در شکم او تکان می خورد. فرمود: برای نجات فرزند شکم زن شکافته می شود. (سرافراز، ۱۳۹۳، ص ۲۸۵).

دلیل دیگر مخالفان برداشت عضو از مردگان به منظور پیوند این است که برداشت عضو در حکم مثله است و مثله به اتفاق علما و فقهای امامیه و غیر امامیه حرام است و روایات بسیاری از طریق خاصه و عامه بر حرمت آن دلالت دارد. برخی از این روایات عبارت اند از:

- در صحیحه جمیل بن دراج از امام صادق آمده است: کان رسول الله اذا بعث سریه دعا بامیرها فاجلسه الی جنبه و اجلس اصحابه بین یدیه ثم قال:

سیروا بسم الله و بالله و فی سبیل الله و علی مله رسول الله لا تغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا ولا تقطعوا شجرة ان تضطروا اليها و لا تقتلوا شیخاً فانیاً ولا صبیاً ولا امرأه؛ هرگاه رسول خدا سپاهی را گسیل می داشت فرمانده سپاه را می طلبید کنار خویش می نشاند و یارانش را می فرمود در مقابل او بنشینند. آن گاه می فرمود: به نام خدا برای خدا در راه خدا و بر طبق آیین رسول خدا روانه شوید. از غدر خدعه مثله و بریدن درخت مگر در حال اضطرار بپرهیزید و از کشتن پیران فرتوت کودک کان و زنان دوری کنید. (قربان نیا، ۱۳۷۴، ص ۳۰۶).

- در خبر مسعده بن صدقه از امام صادق نقل شده است: قال: ان النبی کان اذا بعث امیراً علی سریه امره بتقوی الله - عزوجل - فی خاصه نفسه ثم فی اصحابه عامه ثم یقول:

أعز بسم الله و فی سبیل الله قاتلوا من کفر بالله ولا تغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا ولا تقتلوا ولیداً ولا متبتلاً فی شاهی؛ هرگاه پیامبر فرماندهی را بر سریه ای می گمارد او را به تقوای خداوند در کار خویش و سپس در یارانش سفارش می فرمود. آن گاه می فرمود: به نام خدا و در راه خدا به جنگ با کافران روانه شوید و از غدر خدعه مثله کشتن نوزادان و آنان که تنها و بی کس در





کوهستان ها زندگی می کنند بپرهیزید. (صفایی، ۱۳۸۴، ص ۱۲۵).

تمسک مخالفان برداشت عضو از مردگان به اخبار مثله نیز قابل جواب است به این بیان که با تأمل در اخبار مثله و فلسفه زمان صدور این اخبار در می یابیم که به شهادت تاریخ اعراب دوران جاهلیت پس از قتل و غارت قبایل یک دیگر برای نشان دادن اوج نفرت خود و از روی کینه و مجازات و درس عبرت دادن به دیگران به عمل شنیع بریدن گوش و بینی و اجزای بدن کُشتگان دشمن دست می زدند که با ظهور اسلام شارع مقدس این حرکت مغایر ارزش های اخلاقی و انسانی را منع کرد. به تصریح کتاب های لغت نیز صرف قطع اعضای بدن و شکافتن آن مثله نیست بلکه مثله به قطع عضو به منظور انتقام جویی و ابراز کینه و مجازات و عبرت دیگران اطلاق می شود. ابن منظور می نویسد: كَأَنَّ الْمَثْلُ مَاخُودٌ مِنَ الْمَثَلِ لِأَنَّهُ إِذَا شَنَّ فِي عَقُوبَتِهِ جَعَلَهُ مَثَلًا وَعِلْمًا؛ ظاهراً ریشه مَثَل (با فتح فاء الفعل و سکون عین الفعل) از مَثَل (به فتح فا و عین الفعل) اخذ شده است زیرا وقتی که در مجازات فرد شدت عمل به کار رود شخص مجازات شونده ضرب المثل می شود. وراغب اصفهانی در مفردات می نویسد: وَالْمَثَلَةُ نَقْمَةٌ تَنْزَلُ بِالْإِنْسَانِ فَيَجْعَلُ مَثَلًا يَرْتَدِعُ بِهِ غَيْرَهُ؛ مثله مجازاتی است که بر انسان تحمیل می شود و او را ضرب المثلی قرار می دهد که موجب عبرت دیگران گردد.

### بخش سوم: مسئولیت مدنی و جزایی ناشی از انتقال بیماری پیوند عضودر حقوق ایران

در موارد انتقال اعضا از انسان زنده به انسان دیگر، دهنده عضو از حقوق و شرایطی بر خوردار است که به اجمال می توان آنها را چنین فهرست کرد:

- با برداشت عضو ضرر مهمی متوجه دهنده عضو نباشد. در برداشت عضو گاهی مصادیقی یافت می شود که هیچ ضرری متوجه دهنده عضو نیست مثل آنکه پزشک معالج جدا ساختن چشم را لازم بداند و بتوان از قرنیه چشم برای ترمیم چشم انسان دیگر استفاده کرد. در چنین مواردی برخی معتقدند: بی شک چنین استفاده ای مباح است چون به جای تبدیل شدن به خاک جسم انسانی را از نابینایی نجات میدهد. ولی در اکثر موارد دهنده عضو متحمل ضرر



و لو اندک می‌گردد و این سوال مطرح می‌شود که تا چه حدی انسان می‌تواند با تحمل ضرر دیگری راز مرگ یا عسرو حرج نجات دهد؟ اگر دادن عضو منجر به از دست دادن جان دهنده عضو شود و به اصطلاح عضو اهدایی رئیسه باشد، بی‌تردید عملی روا نیست و در کمتر از آن بحث حدود ضرورت برای گیرنده عضو مطرح است، به این بیان که برخی مجوز اهدای عضو را در معرض مرگ بودن گیرنده عضو می‌دانند و بعضی موارد عسر و حرج برای گیرنده را هم از مصادیق ضرورت به شمار آورده و اهدای عضو را روا می‌شمارند (صفایی، ۱۳۶۹، ص ۱۸۷). همین اختلافات مبنایی در بحث برداشت اعضا از مردگان صادق است و در آنجا هم برخی نجات جان مسلمان را مجوز برداشت دانسته‌اند. در این مورد راه حلی که به تبع برخی کشورها در قانون منع سازی این موضوع می‌توان در نظر گرفت این است که: اولاً برداشت کامل عضو زنده در صورت نبود امکان ترمیم، منحصر در اعضایی باشد که به صورت جفت در بدن وجود دارد، نظیر کلیه‌ها و برداشت بافت و اعضای دیگر منوط به امکان ترمیم باشد. برای قانون‌مند شدن وزارت بهداشت می‌تواند مصادیق را از طریق بخش‌نامه مشخص کند.

ثانیاً: برداشت عضو منحصر به جایی باشد که معالجه گیرنده عضو یا بافت ضروری باشد.

ثالثاً: نفعی که عاید مریض می‌شود از نظر ارزش گذاری اجتماعی مردمی، بیش از ضرری باشد که دهنده عضو متحمل می‌گردد و برای عملی شدن آن، لازم است تیم جراح میزان ضرر و فایده را معین سازد (بادینی، ۱۳۸۵، ص ۱۱۱).

- دهنده عضو از اهلیت کامل یعنی بلوغ بر خوردار باشد و برداشتن عضو اکراه معنوی یا مادی سازد.

در مورد سن اهلیت برای دهنده عضو در مجامع فقهی سن شرعی مد نظر قرار گرفته است ولی برخی کشورهای اسلامی سن بالاتری را در نظر گرفته‌اند؛ چنان‌که در کشور کویت سن اعلام شده ۲۱ سال است.



با وجود این اشکال اساسی این است که گاه انجام عملیات برداشت اعضا لازم است در سنین کودکی انجام گیرد که در برخی از مرض‌های سرطان خونی و یا در مواردی پیوند استخوان بایستی عضو پیوندی از دو قولهای یک تخمی برداشته شده و منتقل گردد که در این صورت دهنده عضو به هیچ وجه نمی‌تواند اهلیت داشته باشد (صفایی، ۱۳۸۴، ص ۱۵۰).

### **بند اول: مسئولیت کیفری پزشک در صورت انتقال عمل پیوند اعضا در حقوق ایران**

براساس فرضیه‌های تحقیق‌های انجام شده پزشکان در حقوق ایران در اکثر موارد هم دارای جایگاه کیفری و هم دارای جایگاه مدنی هستند. جرایم پزشکان در پیوند عضو با توجه به ارتباط آنان با بیمار به دو دسته ناشی از اقدامات پزشکی و ناشی از وظایف پزشکی تقسیم می‌شود. طبق ماده ۱۳ قانون مجازات اسلامی، دیه مجازات است، اما با بررسی ماهیت حقوقی آن معلوم می‌گردد که دیه ماهیت دوگانه دارد و نمی‌توان به طور قطع آن را مجازات یا جبران خسارت دانست، و نهایتاً، پزشکان نیاز به اخذ براءت نداشته و شرعاً اشکالی بر آن متصور نیست. براساس ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی تحت شرایطی سه گانه اجازه انجام معالجه و درمان را به پزشک اعطا نموده است. طبق ماده ۱۵۸ علاوه بر موارد مذکور در مواد قبل، ارتکاب رفتاری که قانوناً جرم محسوب می‌شود، در موارد زیر قابل مجازات نخواهد بود:

هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی وی و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام می‌شود. در موارد فوری اخذ رضایت ضروری نخواهد بود.

- اجازه شارع و دولت .

- رضایت بیمار.

- پزشک نمی‌تواند اعمالی را که هدف آنها سلامتی بیمار نیست، انجام دهد.

بنابراین، در صورت وجود این سه شرط، اگر پزشک در پیوند عضو مرتکب خطایی نشده باشد اما بیماری (مثل ایدز، هپاتیت، و عفونی...) از این طریق به پیوند گیرنده منتقل شود، نه تنها



مسئولیت کیفری ندارد، بلکه مسئولیت مدنی نیز منفی است. در فقه امامیه در رابطه با جایگاه پزشک دونظریه عمده مطرح است. اکثریت فقها قائل به جایگاه پزشک حاذق، حتی اگر تقصیری نموده باشد، هستند. ادله و مستندات نظر مشهور، توانایی اثبات مسئولیت و جایگاه پزشک حاذق را ندارد و نظر اقلیت فقها که قائل به عدم مسئولیت پزشک هستند، با منطق و مقتضیات و مصالح جامعه سازگارتر است. با بیان مطالب گفته شده و بیان این نکته که پیوند اعضا باید طبق سه شرط گفته شده انجام شود می توان مسئولیت پزشک را از این موضوع مبرا دانست (شمسا، ۱۳۹۲، ص ۱۰۰) منظور از مسئولیت پاسخگو بودن شخص در قبال اعمالی است که عرفاً به او استناد داده می شود و ضمانت اجرای قانونی آن بر حسب نوع مسئولیت، متفاوت است. در واقع، مسئولیت مدنی هنگامی بوجود می آید که شخص ملزم به ترمیم خسارتی باشد که به دیگری فارغ از جنبه ی کیفری امر وارد کرده است. برخی بر این عقیده اند که در هر مورد که کسی موظف به جبران خسارت دیگری است، در برابر او مسئولیت مدنی دارد و برخی نیز آن را عبارت از مسئولیت شخص در برابر خسارتی که آن شخص یا شیء تحت حراست وی به دیگران وارد می کند و همچنین مسئولیت شخص بر اثر تخلف از انجام تعهدات قراردادی تعریف نموده اند. تعاریف ارائه شده هر یک نقاط قوت و ضعفی دارند که با تلفیق آن ها می توان به یک تعریف جامع و مانع رسید (قربان نیا، ۱۳۷۴، ص ۲۷۰).

برای شناخت بهتر مسئولیت مدنی، لازم است این نوع مسئولیت از مفاهیم مشابه تمیز داده شود. به طور معمول هنگامی که از واژه مسئولیت استفاده می شود، ابتدا مسئولیت اخلاقی به ذهن متبادر می شود. بنابر گفته استاد فرانسوی: «حقوق در فنی ترین بخش های خود، یعنی تعهدات، نیز مرهون قواعد اخلاقی است. آنچه را حقوق می نامیم، در واقع اخلاقی است که ضمانت اجرای مادی و دولتی یافته است.» (حبیبی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۵)

این در حالی است که مسئولیت مدنی تفاوت های اساسی با مسئولیت اخلاقی دارد. در واقع، مسئولیت اخلاقی به معنی احساس گناه است و جنبه شخصی دارد ولی مسئولیت مدنی چهره ای اجتماعی داشته و تا خطائی در بیرون سر نزند مسئولیتی در کار نخواهد بود. به علاوه در



مسئولیت مدنی؛ ایراد ضرر، شرط و از ارکان مسئولیت است ولی در مسئولیت اخلاقی، ملاک شرمساری وجدان است و بر خلاف مسئولیت مدنی دارای ضمانت اجرا نیز نمی باشد. حوزه مطالعه ما در این کتاب مسئولیت اخلاقی را در بر نمی گیرد چرا که ما سخن از جبران می گوئیم و جبران در پی ضرر معنا پیدا می کند در حالی همانطور که گفتیم ضرر مبنای مسئولیت اخلاقی نیست. مسئولیت کیفری نیز از مسئولیت مدنی متمایز است. مسئولیت مدنی ممکن است مسبوق به امر کیفری باشد یا نباشد؛ به این ترتیب جبران خسارت گاهی همراه مجازات است و گاهی بدون آن. به علاوه، این دو نوع مسئولیت از نظر هدف و معیار سنجش نیز با هم متفاوت هستند. معیار سنجش در مسئولیت مدنی، میزان زیان وارده است در حالی که معیار سنجش در مسئولیت کیفری، شدت «خطا» یا «تقصیر» متهم در نقض قاعده‌ی لازم الاجرای عمومی است. نیز، هدف مسئولیت کیفری حفاظت و صیانت از منافع جامعه است ولی هدف مسئولیت مدنی حمایت از منافع شخص زیان دیده است. از آنچه گفته شد ظاهر است که مسئولیت مدنی زمانی محقق می شود که شخصی بدون مجوز قانونی به حق دیگری لطمه بزند و در اثر آن زبانی به او وارد شود، فرقی نمی کند عملی که موجب زیان شده است جرم باشد یا شبه جرم. در هر موردی که شخص عرفاً موظف به جبران خسارت دیگری است، گفته می شود که این فرد مسئولیت مدنی دارد و ضامن است. جبران ها در مسئولیت مدنی به عنوان ضمانت اجرای حقوق مدنی، نقش حساس و مهمی را در مطالبه و استیفای حقوق افراد و در نتیجه تنظیم روابط اجتماعی و حقوقی بازی می کند. بدون تصور جبران های مسئولیت مدنی، حق مفهوم واقعی و عینی خود را از دست داده و جنبه اخلاقی و ارزشی به خود می گیرد. در ضمن، چیزی که به واقع حق را از حالت بالقوه به صورت بالفعل در آورده و آن را به طور ملموس در اختیار صاحبان حق قرار می دهد، قواعد و مقررات موجود در نظام حقوقی کشورهاست که جبران های مناسبی در آن پیش بینی شده است. دیوان کشور فرانسه، پزشکی را که مزد بگیر سازمان می باشد، گماشته به حساب می آورد و از این رو هنگامی که شرایط مسئولیت فراهم آمد، سازمان یا بیمارستان، مسئول خسارت هایی خواهند بود که در صورت انتقال بیماری به بار آمده است. هر چند سازمان بعداً می تواند به پزشک مقصر رجوع کند. در بحث ما نیز، چون



مراکز درمانی انجام دهنده پیوند، زیر نظر دولت، مسئول تهیه و پیوند عضو هستند، هرگاه بپذیریم که در این موارد، مراکز درمانی مسئولیت دارند، دولت مسئولیت نوعی خواهد داشت و باید خسارت ناشی از پیوند عضو در صورت انتقال بیماری را جبران کند؛ ولی اگر برداشت و پیوند عضو را یک نوع خدمت عمومی بدانیم، علی‌الاصول مسئولیت دولت مبتنی بر تقصیر خواهد بود (آیت‌اللهی، ۱۳۸۱، ص ۱۳۰). عده‌ای معتقدند که هرچند در نظام حقوقی ما، مسئولیت دولت مبتنی بر تقصیر است، لیکن نظریه تقصیر، قالب مناسبی برای مسئولیت دولت به نظر نمی‌آید و ایرادی ندارد که حتی خطای مأمور دولت، خطای شخصی حقوقی محسوب شود. پس نظریه‌های مسئولیت بدون تقصیر، مبنای مناسب‌تری است و در موردی که دولت یا مؤسسه عمومی، در نتیجه عمل کارکنان خود به دیگران زیان برساند، پذیرفتن مسئولیت او، غیر اخلاقی نیست؛ همان‌گونه که در نظام‌های پیشرفته حقوقی نیز، این تمایل در رویه قضایی به چشم می‌خورد (عبدی، ۱۳۷۸، ص ۱۲۴) چون اثبات تقصیر و تشخیص عامل مقصر در یک سازمان، همیشه امکان‌پذیر نیست، عده‌ای با عنایت به ملاک ماده ۱۲ ق.م.م، پیشنهاد می‌کنند که تقصیر دولت همیشه مفروض باشد (مهرپور، ۱۳۸۱، ص ۲۱۵).

### **بند دوم: مسولیت مدنی عامل زمینه‌ای در صورت انتقال بیماری در پیوند عضو**

منظور از عامل زمینه‌ای، شرایطی است که باعث مهیا شدن موقعیت‌های دیگری شده که سبب ورود خسارت و انتقال بیماری گردیده است. به عنوان مثال اگر فردی در اثر تصادف، کارآیی کبد خود را از دست بدهد و پزشکان ناچار به پیوند کبد سالم به جای کبد از کار افتاده وی گردند و از این طریق خسارت و انتقال بیماری بروی وارد آید، تصادف، عامل زمینه‌ای برای ورود این خسارت به حساب می‌آید. هرچند باید گفت که به دلیل شرط مستقیم بودن ضرر به عنوان یکی از شروط ضرر قابل جبران، نمی‌توان در این فرض، راننده عامل تصادف را مسئول جبران خسارت ناشی از انجام عمل پیوند در صورت انتقال بیماری دانست که یک خسارت غیرمستقیم نسبت به حادثه تصادف است، لیکن عده‌ای با الهام از رویه قضایی فرانسه



و با برگشت به نظریه «برابری اسباب» به منظور تسهیل جبران خسارت، ترجیح می‌دهند، عامل حادثه نیز، در برابر قربانی مسئول شناخته شود. دیوان عالی فرانسه، در مورد کسی که از روی خطا، جراحی بر مجنی علیه وارد کرده بود که باید عمل جراحی می‌شد و مجنی علیه در هنگام بی‌هوش کردن برای عمل، بدون این که پزشک خطایی مرتکب شود، مرده بود، حکم به مسئولیت چنین شخصی داد (آیت الهی، ۱۳۸۱، ص ۱۳۷). در رویه قضایی آمریکا و انگلیس نیز، خطای جراحی، رابطه سببیت میان فعل اولیه و نتیجه را از میان نمی‌برد، هر چند که ثابت شود، این خطا در ایجاد نتیجه نقش داشته است. با وجود این، این اصل مطلق نیست (صبری، ۱۳۹۴، ص ۳۱۲).

### نتیجه‌گیری

یکی از مهم‌ترین مسائلی که هم‌اکنون مورد ابتلای جامعه است ولی قانون در خصوص آن ساکت است وضعیت و ماهیت قرارداد انتقال اعضا از انسان زنده به انسان زنده دیگر است. تنها قانونی که تا حدی با این موضوع مربوط می‌شود قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده مصوب ۱۳۷۹ است که در آن در خصوص جواز یا عدم جواز و نیز شرایط نقل و انتقال اعضای بدن انسان زنده بحثی صورت نگرفته است و تنها در یک ماده واحده و چند تبصره به شرایط پیوند اعضای بیماران فوت شده پرداخته شده است. تنها استفاده‌ای که ممکن است از این قانون برای بحث پیوند اعضا نمود این است که عملیات پیوند عضو مخالفتی با نظم عمومی نداشته و قانون‌گذار به طور ضمنی جواز آن را تأیید کرده است. بنابراین با نبودن قانون در خصوص بحث خرید و فروش اعضا باید براساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی از استفتائات و دیدگاه‌های فقهی، استمداد جست. فقها در مواردی که پیوند عضو منجر به هلاکت شخص می‌گردد تردیدی در عدم جواز قطع عضو ندارند و بر این اساس هرگونه قرارداد در این زمینه نیز محکوم به بطلان است. در مواردی نیز که قطع عضو ملازمه با ذلت و خوارشدن اعطاء‌کننده عضو دارد، جواز پیوند محل تردید جدی است.

هرچند قانون پیوند اعضا برخی مشکلات موجود را مرتفع ساخته اما به هر حال چنانچه



قانونگذار ایران بخواهد به نحو مطلوبی مساله پیوند اعضا ی بافت‌هایی را مشاهده نمی‌کند. توجه به نکات حقوقی و غیر حقوقی سودمند خواهد بود، با بررسی مجموعه آرای فقهی حراج چنین استنباط می‌شود که پیوند اعضا فی نفسه جایز قابل تحسین است که آزادی خرید و فروش اعضا با مصالح اجتماعی و فضیلت اخلاقی سازگار نیست. به هر حال انسان زنده می‌تواند هر عضو خود که مایل باشد برای پیوند به شخص یا مرکز اهدا کند به شرط اینکه موجب ضرر جانی نشود. عضوی که به عنوان اجرای حد قطع می‌شود تا زمانی که عضو مجنی علیه به شکل مقطوع باشد قابل پیوند مجدد نیست مگر با رضایت یا عدم ممانعت منجی علیه. قانون گذار نه صراحتاً و نه ضمناً چنین عملی را منع نکرده است. با فرض مالیت عضو و مالکیت شخص بر آن، شرایط صحت بیع و هبه موجود است. بر فرض تردید در مالکیت انسان نسبت به اعضا یا تردید در مالیت عضو مقطوع، مسلماً استفاده از قالب صلح برای اسقاط حق اختصاص دهنده ی عضو با مانعی روبرو نیست. همان گونه که اشاره شد با توجه به فتاوی فقهی بر مشروعیت پیوند عضو و نیز قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده از یکسو و رواج پیوند اعضا از سوی دیگر و بالاخره با توجه به وجود مصلحت عمومی در وجود چنین شیوه ای تردیدی در عدم مخالفت این شیوه با نظم عمومی وجود ندارد. در خصوص پیشنهادات مطروحه مرتبط با تحقیق می‌توان به موارد زیر اشاره داشت:

۱. مسئله برداشت و پیوند اعضا هم با عاطفه و روان دهندگان اعضا در ارتباط است و هم از جمله قوانینی است که نمی‌توان بدون در نظر گرفتن دیدگاه‌های فقهی آن را عملی ساخت، از این رو لازم است قانون گذار علاوه بر طرح اصل مسئله جواز پیوند و شرایط آن تکالیف نهادهای درمانی دیگر را هم در این خصوص در قالب قانون مشخص سازد و به منظور عملی تر شدن آن ضمانت اجرای کیفری برای متخصصان در نظر گیرد.

۲. برای تسهیل در اثبات رابطه سببیت که یکی از مشکلات اساسی در تحقق ارکان مسئولیت مدنی ناشی از پیوند عضو است، می‌توان از روش اثباتی «نفی سایر اسباب» که معادل آن با عنوان «سبر و تقسیم» به نوعی در فقه نیز وجود دارد، بهره جست.





۳. حفظ عدالت در توزیع و تخصیص اعضا نیاز ضروری است و به نظر می‌رسد تاسیس نظامی خاص همانند برخی کشورها برای جبران خسارت ناشی از پیوند اعضا که در حال گسترش نیز می‌باشد ضروری است.

۴. ایجاد امکانات لازم برای تشویق و گسترش فرهنگ اهدای عضو در جامعه از طریق صدا و سیما، شبکه‌های گروهی، مبلغان دینی، برگزاری سالانه کنفرانس پیوند اعضا.





## منابع و ماخذ

۱. امامی، سید حسن . حقوق مدنی . تهران: کتآبفروشی اسلامیه، ۱۳۷۵
۲. امیری قائم مقامی، عبدالمجید . حقوق تعهدات، تهران: میزان و دادگستر، ۱۳۷۸
۳. بادینی، حسن: فلسفه مسئولیت مدنی، تهران، انتشار ۱۳۸۵
۴. کارشناسی، ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شیراز، ۱۳۹۵
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر . دوره متوسط حقوق مدنی : حقوق خانواده تهران: حیدری، ۱۳۶۸
۶. جوادی آملی، عبدالله . زن در آئینه جلال و جمال . تهران: مرکز نشر فرهنگی . رجاء، چاپ سوم، ۱۳۸۵
۷. حرالعاملی . وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشرعیه . تهران: اسلامیه، بی تا .
۸. حکیم پور، محمد . وضعیت قرارداد انتقال اعضا از منظر حقوقی تهران: نغمه نواندیش، . چاپ دوم، ۱۳۹۵
۹. سبزواری، محمد باقر . کفایه الاحکام، اصفهان: مهدوی، بی تا
۱۰. سیم فروش، ناصر (پیوند از اعضای زنده و جسد) (مصاحبه)، روزنامه کیهان، ۱۳۸۸
۱۱. صبری، نورمحمد ، مسولیت مدنی پزشک در پیوند اعضا در فقه ، دادگسترپانزدهم، تابستان ۱۳۹۴
۱۲. صفایی، سید حسین و امامی، اسداله . حقوق خانواده . تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۶۹
۱۳. طالقانی، سید محمود . پرتوی از قرآن، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷
۱۴. قربان نیا، ناصر . عوامل احتمالی ورود ضرر در مسولیت مدنی در پیوند عضو . تهران: روز نو، ۱۳۷۴
۱۵. کاتوزیان، ناصر . حقوق مدنی خانواده؛ چاپ هفتم، تهران: انتشار، ۱۳۷۵
۱۶. محقق داماد، سید مصطفی . بررسی فقهی حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۵
۱۷. مهرپور، حسین، تعدد زوجات، تحقیقات حقوقی . پاییز ۱۳۸۷