

مشروعیت و ماهیت قرارداد پیوند عضو از انسان زنده

محمد مهدی الشریف^۱

محمدحسن میرشکاری^۲

مهدی جلیلی^۳

چکیده

یکی از مسائلی که در اثر پیشرفت چشمگیر دانش پزشکی پدید آمده و مسائل حقوقی فراوانی را مطرح ساخته، مسأله‌ی پیوند اعضا است. یکی از اقسام مهم پیوند عضو، پیوند از انسان زنده به دیگری است. در مشروعیت و جواز این عمل تردید بسیار شده است. قانون نیز تنها در مورد پیوند از بیماران فوت شده و مرگ مغزی حاوی حکم است. مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی چاره کار در اینگونه مسائل مراجعه به منابع اسلامی و فتاوی معتبر است. بی‌گمان هیچ فقیهی پیوند عضو را در صورتی که دهنده‌ی عضو را در معرض هلاکت قرار دهد جایز نمی‌شمارد هر چند دهنده‌ی عضو راضی بوده و برای حفظ حیات شخص گیرنده‌ی عضو نیز ضروری باشد. در غیر از این مورد بسیاری از فقها یا بر اساس دلایل لفظی و حکم اولی یا از باب قاعده تراحم و از باب حکم ثانوی پیوند را جایز شمرده‌اند. در فرض جواز، در اینکه می‌توان برای انتقال عضو از قالب بیع استفاده کرد بین فقها اختلاف نظر وجود دارد ولی با توجه به فتاوی معتبری که بیع میته را جایز می‌شمارد، می‌توان از منظر حقوقی نیز حکم به درستی بیع اعضا و تملیک آن به غیر داد. زیرا عرف برای عضو مقطوع ارزش اقتصادی و مالیت قائل است و به لحاظ شرعی و عرفی نیز در اعتبار مالکیت انسان نسبت به اعضای خود اشکال غیرقابل رفعی وجود ندارد. بر فرض که در مالیت عضو یا مالکیت انسان نسبت به عضو مقطوع تردید

۱- استادیار و عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

نشانی الکترونیکی: Alsharif46@yahoo.com

۲- کارشناس ارشد حقوق خصوصی گروه حقوق دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

۳- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی گروه حقوق دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

نوع مقاله: مروری تاریخ وصول مقاله: ۱۳۹۳/۵/۲۰ تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۳/۸/۲۳

گردد، انتقال حق اولویت یا حق اختصاص که در قالب صلح یا ماده ۱۰ ق.م.صورت می‌گیرد، می‌تواند کارگشا باشد. اباحه مجانی یا معوض نیز قالب دیگری است که فارغ از مسأله انتقال مالکیت یا حق اختصاص، انتفاع از عضو متعلق به دیگری و احیاناً دریافت مبلغی در قبال آن را موجه و مباح می‌سازد.

واژگان کلیدی:

پیوند عضو، عضو رئیسه، مال، مالکیت، قرارداد.

مقدمه

پس از آنکه بشر به دنبال پیشرفت‌های حیرت‌آور علم پزشکی توانست با پیوند عضوی از یک انسان زنده یا مرده یا حیوان به انسان نیازمند عضو، جان وی را نجات دهد یا سلامتی را برای وی به ارمغان آورد، پای علم اخلاق و حقوق نیز به مسأله‌ی پیوند اعضا کشیده شد. عالمان اخلاق به بحث در مورد اخلاقی یا غیراخلاقی بودن این فعالیت پرداختند و بخش قابل توجهی از شاخه‌ی نوین اخلاق یعنی اخلاق زیستی به نقض و ابرام پیرامون این موضوع اختصاص یافت. اصحاب حقوق و فقه نیز با موضوع نوین و مستحدثی روبرو شدند که می‌بایست در خصوص جنبه‌های فقهی و حقوقی آن تعیین تکلیف کنند. مراد از پیوند عضو این است که تمام یا بخشی از یک عضو از بدن انسان یا حیوانی جدا و در بدن انسان نیازمند به آن قراردادده شود. بر این اساس پیوند عضو به سه قسم اصلی تقسیم می‌گردد: پیوند عضو از حیوان به انسان؛ از انسان زنده به انسان زنده و بالاخره از انسان مرده به انسان زنده. نخستین جنبه‌ای که در بحث پیوند عضو به ویژه از منظر فقهی قابل توجه است حکم تکلیفی قطع و پیوند عضو است. بدین ترتیب قبل از هر چیز باید معلوم نمود که آیا اساساً قطع عضو تکلیفاً عملی مجاز و مشروع است یا نه؟ آیا در این مسأله بین قطع عضو از انسان زنده و مرده تفاوت وجود دارد یا نه؟ آیا بین اعضای اصلی و حیاتی و غیر آن می‌توان تفکیک نمود؟ آیا بین مواردی که حیات گیرنده‌ی عضو بر پیوند متوقف است و غیر آن در این مسأله تفاوت وجود دارد؟ و اما جنبه‌ی دیگر بحث که متفرع بر جواز عملیات پیوند اعضا ولو در برخی فروع است، مسأله وضعیت حقوقی قرارداد انتقال عضو و ماهیت آن است. آیا می‌توان از قالب عقد بیع برای انتقال اعضا استفاده نمود؟ آیا

انجام این قرارداد از طریق سایر عقود معوض یا غیرمعوض ممکن است؟ آیا از قالب‌های غیرعقدی نیز می‌توان برای این منظور استفاده نمود؟

متأسفانه نه تنها قانون‌گذار به هیچیک از این پرسش‌ها پاسخ صریحی نداده است بلکه موضوع پیوند و انتقال اعضا در فقه که مرجع حل مشکل در چنین مواردی است نیز از موضوعات جنجالی و اختلاف برانگیز بحساب می‌آید. با توجه به فقدان قانون در این زمینه جز قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده مصوب ۱۳۷۹، این مسأله در بین حقوقدانان نیز محل مناقشه و اختلاف است. از قانون یاد شده تنها می‌توان جواز تکلیفی عملیات پیوند عضو از مردگان آنهم با وجود شرایطی همچون وصیت میت یا اجازه‌ی اولیاء میت، و توقف حیات گیرنده‌ی عضو بر پیوند را استفاده نمود ولی برای مسأله‌ی جواز برداشت عضو از انسان زنده و ماهیت قرارداد ناظر به انتقال عضو بین زندگان، این قانون گره‌ای را نمی‌گشاید. همانگونه که از عنوان این نوشتار بر می‌آید، آنچه در این نوشتار مورد بررسی قرار می‌گیرد در وهله‌ی نخست جنبه‌ی تکلیفی بحث یعنی جواز برداشت عضو از انسان زنده و پیوند آن به دیگری است. جنبه‌ی دوم بحث یعنی بطلان و صحت قرارداد ناظر به انتقال عضو و بطور خاص درستی بیع اعضا که منطقی‌تر متفرع بر جنبه‌ی نخست یعنی جواز عملیات پیوند است، بخش دوم این نوشتار را تشکیل می‌دهد. از آنجا که مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده‌ی ۳ ق. آ.د.م در موارد ابهام یا سکوت قانون، باید بر اساس فتاوی و منابع معتبر اسلامی حکم مسأله را روشن نمود، در این مسأله نیز چاره‌ای جز رجوع به آراء فقها در این زمینه نیست. بر این اساس ما نخست مسأله‌ی انتقال اعضا را در فقه مورد بررسی قرار داده و سپس مسأله را از منظر حقوقی مورد تأمل قرار خواهیم داد.

الف- جواز انتقال عضو از انسان زنده از منظر فقهی

همانگونه که اشاره شد سخن از قرارداد انتقال عضو، صرف نظر از نوع عقد، فرع بر آن است که اساساً چنین عملی تکلیفاً مجاز باشد. بنابراین فقهایی که تصرف انسان در بدن خود و قطع عضو را جایز نمی‌دانند، تردیدی نیز در بطلان قراردادی که موضوع آن قطع و پیوند عضو است ندارند. بنابراین پیش از هر چیز باید تکلیف مسأله‌ی جواز برداشت عضو را روشن نمود. گفتیم که در فقه در مورد موضوع انتقال عضو اختلاف نظر شدید وجود دارد. برخی از فقها به استناد دلایل عقلی یا نقلی فتوا به حرمت قطع و پیوند عضو داده‌اند و در مقابل موافقان پیوند اعضا به این اشکالات پاسخ گفته‌اند. ما نیز دلایل مخالفان را مطرح نموده و با توجه به کلمات مدافعان پیوند عضو به نقد و بررسی این دلایل می‌پردازیم. دلایلی که برای حرمت قطع عضو به آنها استناد شده بر سه دسته‌اند. برخی از آنها هم شامل برداشت عضو از انسان زنده و هم شامل قطع عضو از میت می‌گردد. پاره‌ای از مستندات اختصاص به برداشت عضو از زندگان داشته و بالاخره برخی از مستندات صرفاً برای حرمت پیوند عضو از مردگان به کار می‌آیند. با توجه به اینکه این نوشتار بحث خود را بر پیوند عضو بین زندگان متمرکز نموده صرفاً به ذکر دلایل قسم اول و دوم می‌پردازیم و دلایل مربوط به عدم جواز نقل عضو از میت‌مانند حرمت مثله را مطرح نمی‌نماییم. اما این دلایل به اختصار عبارتند از:

۱- حرمت اضرار به نفس: در مواردی که قطع عضو به هلاکت شخص

می‌انجامد هیچ فقیهی تردیدی در عدم جواز آن ندارد زیرا مصداق القاء نفس در تهلکه است و در این حکم فرقی نیست بین اینکه این کار به اذن صاحب عضو باشد یا نباشد، و حیات شخص گیرنده‌ی عضو بر آن متوقف باشد یا نباشد. اما در مراتب پایین‌تر که قطع عضو موجب هلاکت شخص نیست و صرفاً موجب نقص و

کاستی در دهنده‌ی عضو است نیز برخی از فقها بنا به ادله‌ای که اضرار به نفس را جایز نمی‌شمارد از جمله قاعده لاضرر، حکم به حرمت و عدم جواز قطع عضو به منظور پیوند داده‌اند (خرازی، ۱۳۷۷ش، ص ۶۲؛ سند البحرانی، ۱۴۱۶هـ، ص ۶۳). در این استدلال از جهات مختلف مناقشه شده است. نخست اینکه دلیل لاضرر ناظر به اضرار به دیگری است و از آن برای حرمت اضرار به نفس نمی‌توان استفاده نمود. دیگر اینکه حرمت اضرار به نفس در مواردی که اضرار به قصد نجات جان دیگری یا کمک رساندن به اوست مسلم نیست و دلیل لاضرر از چنین مواردی انصراف دارد (جواهری، ج ۲، ۱۴۲۳هـ، ص ۳۷۳). دیگر اینکه اساساً اگر اقدام به فعل ضرری در قبال تحصیل منفعتی عقلایی باشد عرفاً ضرر محسوب نمی‌شود. به عبارت دیگر مراد از ضرر در قاعده‌ی لاضرر، ضرر غیر مُتَدَارَك است؛ چنانکه در احسانات و تبرعات که به غرض عقلایی واقع می‌شود، علیرغم از بین رفتن مال شخص، عقلاً آن را ضرر نمی‌شمارند. همچنین است در معاملات که مالی از دست شخص خارج شده و در مقابل آن فعل یا مال دیگری قرار می‌گیرد. بنابراین بر فرض که در کبرای کلی حرمت اضرار به نفس تردید نباشد اما در اینکه انتقال عضو به دیگری به اغراض عقلایی ضرر محسوب شود تردید وجود دارد (مؤمن، ۱۳۸۲ش). این دلیل بی‌پاسخ نمانده است. برخی از فقها گفته‌اند وجود غرض عقلایی باعث خروج عمل از عنوان ضرر نیست. کما اینکه شکستن درب منزل برای نجات شخص گرفتار هر چند به غرض عقلایی واقع می‌شود اما تردیدی در اینکه شکستن درب مصداق ضرر است و باید جبران شود نیست (خرازی، ۱۳۷۷ش).

اشکالی دیگری که به دلیل حرمت اضرار به نفس شده این است که بر فرض که برداشت عضو حقیقتاً مصداق ضرر نیز باشد دلیلی بر حرمت تمامی مراتب اضرار به نفس وجود ندارد. اعمال بی‌شماری را می‌توان سراغ گرفت که در عین

تصریح پزشکان به زیان آور بودن آنها، نه تنها فقها حکم به حرمت آنها نداده‌اند بلکه عرف عقلاء نیز آنها را به نحو الزام‌آوری ممنوع نمی‌شمارد. کیست که هر روزه در رسانه‌ها از مضرات خوردن فست فودها، روغن جامد، انواع نوشابه‌های گازدار، رژیم‌های سنگین و سریع لاغری، قرص‌های لاغر کننده، جراحی‌های متنوع لاغری، تردد در هوای آلوده، مصرف قرص‌های خواب آور، حضور طولانی در معرض اشعه‌ی مستقیم خورشید، بی‌خوابی‌های مستمر، و هزاران نمونه‌ی دیگر چیزی نشنیده و ندیده باشد؟ روزی نیست که در رسانه‌ها به نقل از پزشکان در باب سرطان‌زا بودن فلان ماده خوراکی یا دارویی و امثال آنها خبری نباشد. با این وجود سیره‌ی رایج مردم و بلکه عرف عقلاء بر عمل به چنین مواردی است و فقها نیز حکم به حرمت آنها نداده‌اند. جواز برخی از مراتب اضرار به نفس، سیره‌ی مسلم عقلائی است که قطعاً در زمان معصوم نیز وجود داشته و مورد ردع و منع قرار نگرفته است. بنابراین به فرض صدق ضرر در موارد پیوند اعضا، در کبرای حرمت اضرار به نفس به نحو مطلق به نحوی که شامل تمام مراتب اضرار گردد تردید جدی وجود دارد و به صرف احراز عنوان اضرار به نفس نمی‌توان حکم به حرمت نمود. بدین ترتیب در مورد اعضای رئیسه مسلماً قطع عضو مصداق اضرار به نفس بوده و از مراتب حرام آن به حساب می‌آید اما در اینکه قطع اعضای مانند یک کلیه یا بخشی از پوست و امثال آنها از مراتب حرام اضرار به نفس است جای تردید وجود دارد.

اما در نهایت آنچه حتی بر فرض قبول کبرای حرمت مطلق اضرار به نفس و پذیرش صغرای ضرری بودن قطع عضو به نحو مطلق حتی اعضای غیر رئیسه، می‌تواند راهگشا باشد این است که در موارد توقف حیات بیمار بر پیوند عضو، مسأله از مصادیق تراحم بوده و با توجه به اهم بودن حفظ یک نفس محترم بر از

دست رفتن یک عضو غیر اصلی، می‌توان از باب حکم ثانوی حکم به جواز قطع عضو که به حسب حکم اولی فعلی حرام قلمداد می‌شود، داد (سبزواری، ۱۴۰۹، ص ۳۳۸؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۵ش، ص ۱۵۲؛ روحانی، ۱۳۷۸ش، ص ۱۳۲). البته روشن است که این استدلال در مواردی که پیوند عضو جنبه‌ی ضروری نداشته و صرفاً به قصد تجمل و زیبایی است کاربرد ندارد مگر در موارد خاصی که پیوند به قصد زیبایی نیز جنبه‌ی ضروری داشته باشد مانند مواردی که به واسطه‌ی حوادثی مانند آتش سوزی یا تصادف چهره یا اندام شخص آنچنان کربه و نازیبا شده که عرفاً تحمل آن متعسر و خارج از تحمل است.

۲- عدم سلطه‌ی انسان بر بدن خود: برخی از فقها معتقدند از آیاتی نظیر «قُلِ اللَّهُمَّ مَالِكَ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَنْ تَشَاءُ وَتَنْزِعُ الْمُلْكَ مِمَّنْ تَشَاءُ وَتُعْزُ مِنْ تَشَاءُ وَتُدْئِلُ مَنْ تَشَاءُ بِيَدِكَ الْخَيْرِ إِنَّكَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ» (انعام آیه‌ی ۱۲) و «قُلْ لِمَنْ مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ قُلْ لِلَّهِ» (انعام آیه‌ی ۱۲) چنین بر می‌آید که مالک مطلق خداست و بدون اذن مالک حقیقی، انسان حق تصرف در جسم خود را ندارد. در واقع انسان فقط امین جسد خویش است نه مالک آن، از این رو مجاز به هر گونه تصرفی و از جمله تصرفات مالکانه در آن نیست (سند، ص ۵۹).

این استدلال بر نفی سلطه‌ی انسان بر بدن خود قابل مناقشه است، زیرا چنان که روشن است از آیاتی نظیر آیات یاد شده که مالکیت حقیقی خدا را می‌رساند، به هیچ‌وجه این مطلب استفاده نمی‌شود که بندگان وی مالکیت اعتباری هم ندارند؛ در غیر این صورت انسان نباید حق تصرف در اموال دیگر خود را هم داشته باشد زیرا در مورد آنها نیز مالکیت حقیقی خداوند صادق است. در حالی که تردیدی در جواز تصرف انسان در اموال خود وجود ندارد. جواز تملیک عمل به دیگری نمونه‌ی روشن‌تری بر نفی این مدعاست. می‌دانیم که به لحاظ

فقهی و حقوقی تردیدی در جواز تصرف انسان در عمل خود و تملیک آن به دیگری در قالب اجاره‌ی اشخاص وجود ندارد. از یاد نبریم که عمل انسان چندان با وی پیوستگی دارد که آن را می‌توان شأنی از شؤن آدمی و جزئی از وجود وی دانست به حدی که برخی از فقها تعبیر مالکیت اعتباری در خصوص آن را صحیح ندانسته و آن را از مقوله‌ی مالکیت ذاتی قلمداد کرده‌اند (خوئی، ج ۲، ۵۱۴۲۶). ولی با این وجود، هیچ‌گاه فقها و حقوقدانان در صحت اجاره اشخاص و تملیک عمل به غیر تردیدی نکرده‌اند. در واقع، رابطه‌ی مالکیت انسان و خداوند رابطه‌ی طولی است و در نتیجه، این دو مالکیت با هم تنافی ندارند. بنابراین مالکیت حقیقی خداوند منافاتی با مالکیت انسان بر مایملک خود و جواز تصرف اعتباری در آن ندارد.

۳- حرمت تغییر خلقت: برخی به استناد آیه ۱۲۰ سوره‌ی نساء که به آیه تبتیک معروف است، پیوند عضو را مصداق تغییر در خلقت دانسته‌اند که به صراحت آیه عملی شیطانی است. این استدلال نیز وافی به مقصود نیست. زیرا همانگونه که مفسران گفته‌اند این آیه یا در صدد نفی عملی خرافی و رایج در زمان نزول بوده (مؤمن، ۱۳۸۲ش.) یا مراد از تغییر خلقت در آن، روبرگرداندن از فطرت الهی است چنان‌که مضمون برخی از اخبار بر آن گواه است (طباطبائی، ۱۳۸۲ش، ص ۷۸).

۴- حرمت اذلال: از دیگر ادله‌ای که بر عدم جواز قطع عضو بدان استناد شده حرمت اذلال است. روایات متعددی وجود دارد که بر اساس آن‌ها خداوند اختیار هر چیزی را به مؤمن تفویض نموده جز خوارکردن خود را. به گفته‌ی برخی از فقها اطلاق این روایات شامل موارد قطع عضو نیز می‌گردد (خرازی، ۱۳۷۷ش، ص ۷۶). روشن است که این دلیل به فرض که شامل مواردی مانند پیوند

اعضا نیز باشد تنها مواردی را در بر می‌گیرد که قطع عضو موجب ذلت و خواری صاحب عضو می‌گردد مانند قطع دست‌ها یا پاها ولی در مورد اعضای درونی مانند کلیه و یا مقدار اندکی از پوست و امثال آن کاربردی ندارد. به عبارت دیگر این دلیل اخص از مدعی است و حداکثر در مواردی کاربرد دارد که لازمه‌ی پیوند عضو، هتک و ذلت دهنده‌ی عضو باشد (خرازی، ۱۳۷۷ش، ص ۷۶؛ مؤمن، ۱۳۸۲ش).

از آنچه تاکنون گفته شد می‌توان استفاده نمود که دلایل حرمت برداشت عضو از انسان زنده در غیر اعضای رئیسه، همگی مورد مناقشه قرار گرفته‌اند و قول به جواز و مشروعیت پیوند عضو در جایی که عضو از اعضای اصلی و حیاتی شخص نیست از قوت فراوانی برخوردار است. با این وجود حتی بر فرض که از ادله نتوان جواز برداشت عضو را به عنوان حکم اولی استفاده نمود، همداستان با بسیاری از فقها و همسو با روح قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده، می‌توان در مواردی که حیات گیرنده‌ی عضو، متوقف بر پیوند است و برداشت عضو به هلاکت صاحب عضو نمی‌انجامد از باب قاعده ثانوی تراحم، حکم به جواز و مشروعیت پیوند عضو داد. به هر روی چه فقهای که از باب حکم اولی و بر اساس اصاله الحل و اصاله الاباحه و ناتمام بودن ادله حرمت پیوند عضو، حکم به جواز پیوند می‌دهند و چه فقیهانی که در عین اعتقاد به حرمت برداشت عضو، از باب حکم ثانوی تراحم، تن به جواز پیوند عضو می‌دهند، با مسأله حکم وضعی قرارداد نقل و انتقال عضو روبرو بوده و باید در خصوص آن اظهار نظر نمایند. بر همین اساس ما پس از فراغت از جواز پیوند عضو- ولو در محدوده مشخص و با شرایط خاص- بخش دوم نوشتار خود را به موضوع ماهیت قرارداد نقل و انتقال اعضا از منظر فقهی اختصاص می‌دهیم.

ب- ماهیت قرارداد انتقال اعضا از منظر فقهی

مهمترین اختلافی که در بین فقهای قائل به جواز پیوند عضو وجود دارد، پیرامون امکان خرید و فروش اعضا است. هرچند جواز انتقال عضو، شرط لازم برای درستی فروش اعضا است اما شرط کافی برای امکان انعقاد بیع با موضوع اعضای بدن نیست. تقریباً تمامی معتقدان به جواز انتقال عضو، استفاده از قالب صلح را برای این منظور صحیح می‌دانند اما در امکان استفاده از بیع برای انتقال اعضا اختلاف دارند. بر این اساس می‌توان معتقدان به جواز را به دو دسته معتقدان به صحت بیع اعضا و مخالفان آن تقسیم نمود. روشن است که کسانی که به درستی بیع اعضا معتقدند در صحت هبه آن تردید ندارند. زیرا اگر بتوان عضو بدن را به نحو معوض به دیگری منتقل نمود به طریق اولی می‌توان به نحو مجانی آن را به دیگری تملیک کرد و البته شرط قبض باید در صحت هبه رعایت گردد. به هر حال ما نخست دیدگاه مخالف خرید و فروش اعضا را نقل و نقد نموده و سپس به طرح و نقد دیدگاه مقابل می‌پردازیم.

۱- بررسی ادله مخالفان بیع اعضا

یادآوری می‌کنیم که مخالفت با بیع اعضا ممکن است ناشی از اعتقاد به حرمت قطع عضو باشد و ممکن است در عین اعتقاد به جواز قطع عضو، به دلیل عدم اجتماع شرایط لازم برای درستی بیع باشد. آنچه ما در این بخش در صدد بیان آن هستیم دیدگاه اخیر است و دیدگاه نخست، قبلاً تحت عنوان دیدگاه مخالفان قطع و پیوند اعضا، مورد نقد و ارزیابی قرار گرفت. معتقدان به عدم امکان از قالب بیع برای انتقال اعضا به دلایل مختلفی استناد کرده‌اند که به برخی از مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود:

۱-۱- مالیت نداشتن اعضا بدن یا عدم صدق مال بر عضو: می‌دانیم که

یکی از شرایط مبیع که در قانون مدنی نیز بدان تصریح شده مالیت آن است. نخستین اشکالی که بر مالیت اعضا شده این است که شرع به خاطر کرامت انسان با وی معامله مال نمی‌کند و عرف در صورتی شیئی را مال تلقی می‌کند که قیمت بازاری داشته باشد و چنین امری در مورد انسان صادق نیست و از نظر عقل نیز مال باید خارج از جسم انسان باشد و اعضای بدن، جدای از انسان نیستند (شرف الدین، ۱۹۸۳م).

در مقابل برای اثبات مالیت اعضای بدن انسان می‌توان گفت هر چند عضو بدن مادام که به بدن متصل است، جزئی از انسان بوده و مال محسوب نمی‌شود ولی عضو مقطوع مورد رغبت عقلا بوده و عرفاً مال محسوب می‌گردد. به بیان دیگر، اگر در زمان‌های گذشته به سبب عدم پیشرفت علوم بشری استفاده از اعضا ممکن نبوده و برای آنها منفعت عقلایی متصور نبوده است اما امروزه پیشرفت علوم بشری موجب شده است که عضو بی انتفاع زمان گذشته، به مالی تبدیل شود که بالاترین نفع‌ها یعنی حفظ جان انسانی در گرو آن است؛ همان طور که روزگاری خون تنها برای خوردن نزد اعراب جاهلیت خرید و فروش می‌شد و به حکم آیه قرآن، «حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ...» (مائده، آیه ۳) تحریم گردید، ولی امروزه منافع زیادی که برای این ماده حیاتی متصور است، آن را از جمله محرّمات خارج ساخته و تقریباً همه فقها از جمله مرحوم امام خمینی به جواز فروش آن فتوا داده‌اند (موسوی خمینی، ۱۳۶۹ش، ص ۵۶۲).

برای مالیت اعضا نزد شارع می‌توان استدلال نمود که اگر دریافت مال در قبال عضو بدن ممنوع و حرام بود شارع مقدس نمی‌بایست در قبال تلف اجزاء بدن انسان مالی را تحت عنوان دیه مقدر می‌نمود. به این استدلال اشکال شده که

لزوم پرداخت دیه لزوماً به معنای مالیت عضو نیست زیرا دیه ممکن است نه به عنوان عوض خود آن چیز بلکه به عنوان غرامت آن و در قبال اتلاف منافی که از آن حاصل می‌شد مقرر شده باشد. هم‌چنانکه در مورد اتلاف کلب ماشیه که در عدم مالیت آن تردیدی نیست، غرامت تعیین شده است و روشن است که این غرامت بابت خود حیوان که به حسب فرض مال نیست قرار نگرفته بلکه از بابت غرامت منافی است که با اتلاف حیوان از دست صاحبش فوت شده است. وانگهی اصل اولیه در مورد قطع عمدی اعضای بدن، قصاص است نه دیه و این امر بخوبی نشان می‌دهد که دیه، عوض عضو مقطوع نیست بلکه نوعی غرامت است (روحانی، ۱۳۷۶ش.).

۲-۱- نصوص دال بر حرمت بیع میتة: برخی از فقها به استناد نصوص خاصی که در آنها ثمن میتة، «سُحْت» یا مال حرام معرفی شده است (حرعاملی، ۱۴۰۳هـ.، ص ۹۷) بیع اعضای بدن انسان را باطل دانسته‌اند. زیرا عضو بدن انسان نیز پس از جدا شدن از بدن انسان زنده، مشمول عنوان مردار و میتة بوده و لذا بیع آن صحیح نخواهد بود. این اشکال در پیوند عضو انسان مرده به انسان زنده روشن‌تر است. زیرا بدون شک انسان مرده، میتة محسوب شده و اجزاء آن نیز میتة به حساب می‌آیند. برخی از فقیهان برای تسری حکم حرمت بیع میتة به حرمت بیع اجزاء میتة چنین استدلال کرده‌اند: «این روایات گرچه به میتة اختصاص دارند، اما به حسب ارتکاز و متفاهم عرف معلوم است که آنچه ممنوع است گرفتن عوض در قبال جسد میتة است و اتصال یا عدم اتصال عضو به جسد تأثیری در این حکم ندارد» و نیز در ردّ این شبهه که شاید مراد از میتة و مردار در روایات، میتة حیوانات باشد نه انسان گفته‌اند مقتضای اطلاق روایات عدم تفاوت بین انسان و سایر حیوانات است (روحانی، ۱۳۷۶ش.).

در مقابل برخی از فقها برای حرمت بیع میته موضوعیت قائل نبوده و معتقدند این حرمت به دلیل فقدان منفعت محلل برای میته بوده و لذا امروزه که منفعت فوق‌العاده‌ای برای اعضای بدن وجود دارد، حکم حرمت در خصوص آن مطرح نمی‌باشد و از این جهت در صحت بیع آنها اشکالی وجود ندارد (موسوی خمینی، ۱۳۶۸ش، ص ۸۱؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۵ش، ص ۱۵۴؛ شیخ محمد سند، ص ۵۳۳). البته حتی فقهای که بیع میته را به لحاظ منافع محلل آن جایز می‌شمارند، معتقدند برای رفع هر گونه شبهه و رعایت احتیاط بهتر است شخص دهنده عضو، پول را نه به عنوان ثمن و عوض خود عضو بلکه در قبال رفع ید از حق اختصاص خود نسبت به عضو و در قالب عقد صلح دریافت نماید (مکارم شیرازی، ۱۳۷۵ش).

۳-۱- مالیت نداشتن اعضا به تبع مال محسوب نشدن انسان: از جمله دلایلی که بر عدم مالیت اعضای بدن اقامه شده است این است که بطور قطع انسان آزاد مال به حساب نیامده و متعلق مالکیت نیز قرار نمی‌گیرد و به همین دلیل بیع، هبه و معاوضه او در مقابل عوض جایز نیست، و همین حکم در اعضای وی نیز جاری است. به بیان دیگر، همانگونه که مالیت نداشتن کل بدن در فقه اسلامی به اثبات رسیده، جزء نیز به تبعیت از کل مالیت ندارد بنابراین نمی‌توان با تمسک به عرف عقلا بر خلاف حکم شرع، عضو بدن انسان را مال تلقی کرد (روحانی، ۱۳۷۶ش). به دیگر سخن برای مالیت یک چیز حکم عرف به مالیت کافی نیست بلکه شارع نیز باید آن را تأیید کرده یا به تعبیر دقیق‌تر اسقاط مالیت از آن چیز ننموده باشد. هم‌چنانکه در شراب و خوک که مال عرفی هستند به دلیل دخالت شارع و سلب مالیت از آنها، نمی‌توان آنها را مال قلمداد نمود.

در ردّ این استدلال گفته شده است دلیلی بر جریان حکم کل در جزء قطع شده (اعضای بدن) نداریم، نه شرعاً و نه عرفاً؛ به ویژه این که حرمت و کرامت انسان مربوط به نفس و روح اوست نه بدن او (آصف محسنی، ۱۳۷۷ش).

۴-۱- عدم مالکیت انسان نسبت به اعضا بدن خود: از اساسی‌ترین

اشکال‌هایی که مخالفان جواز بیع اعضا به آن استناد کرده‌اند مالک نبودن انسان نسبت به اندام‌های خود است. این مسأله حتی در موردی که عضو شخص از باب اجرای حد سرقت قطع شده نیز مطرح است و بسیاری از فقها بر عدم مالکیت شخص نسبت به عضو مقطوع فتوا داده‌اند. به عنوان نمونه آیت الله محمد علی گرامی و آیت الله سید عباس ابوترابی نوشته‌اند: «عضو مقطوع ملک کسی نیست» و آیت الله فاطمی اظهار داشته: «عضو قطع شده از حی، میته است و فروش آن ناصاً و فتواً جایز نیست، چون مالیت ندارد و مال هیچ کس نیست» و یا پاسخ آیت الله محمد علی مدرسی یزدی چنین است: «کسی مالک آن نمی‌شود» (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، ۱۳۷۷ش، ص ۲۲).

نقد این دیدگاه را بزودی در تبیین دیدگاه موافقان خرید و فروش اعضا خواهیم دید. نکته‌ای که باید توجه داشت این است که مخالفان مالکیت انسان بر اعضای خود، اغلب بر این باورند که صاحب عضو مقطوع، اگر چه مالک آن محسوب نمی‌شود اما به هر حال او نسبت به این عضو حق اختصاص دارد. حق اختصاص هر چند سلطه‌ای به مراتب ضعیف‌تر از مالکیت است ولی به هر حال اولاً تصرف دیگران در موضوع حق اختصاص را ممنوع می‌سازد و ثانیاً صاحب حق اختصاص می‌تواند در قبال انتقال این حق یا اسقاط آن، مبلغی دریافت نماید. بر این مبنا، عوض در مقابل خود عضو قرار نمی‌گیرد بلکه در قبال رفع ید از آن قرار می‌گیرد.

۲- دیدگاه معتقدان به جواز خرید و فروش اعضا

طرفداران جواز بیع اعضا دلایلی را بر مدعای خود ذکر کرده‌اند که اهم آنها دلایل زیرند:

۲-۱- جواز فروش با استناد به اصل عملی: ممکن است کسی با استناد به اصل عملی اصاله الحل و اصاله الاباحه، حکم به جواز نقل اعضا نماید. وجه استدلال چنین است که چون انسان می‌تواند از اعضای خود بهره‌مند شود و نمی‌دانیم آیا نقل آن به بدن دیگری حرام است یا نه، طبق مفاد حدیث می‌گوییم چون حرمت چنین فعلی ثابت نشده است پس حلال و مباح است (آصف محسنی، ۱۳۷۷ش). اشکالی که بر این نظر وارد است این است که به فرض اجرای اصل عملی اصاله الحل یا اصل برائت، حد اکثر جواز تکلیفی عملیات پیوند عضو ثابت می‌شود و جواز تکلیفی ملازمه‌ای با صحت بیع با موضوع انتقال اعتباری عضو به دیگری ندارد. و برای اثبات صحت بیع باید وجود شرایط صحت بیع اثبات گردد.

۲-۲- جواز فروش به استناد اطلاق ادله بیع: با توجه به عدم کفایت اصل عملی برای صحت وضعی بیع، برخی از مؤلفان استفاده از اطلاق دلایل لفظی همچون «احل الله البیع» و «تجاره عن تراض» را بهترین مستند برای صحت بیع اعضا دانسته‌اند. بر اساس این دیدگاه با توجه به مالیت عضو از یک سو و مالکیت انسان نسبت به اعضای بدن خود، مانعی برای استناد به اطلاقات ادله صحت بیع وجود ندارد (آصف محسنی، ۱۳۷۷ش). این دلیل نیز کافی نیست زیرا استناد به این عمومات فرع بر این است که مالیت عضو و مالکیت انسان نسبت به آن محرز باشد. همچنانکه اگر در مالیت چیزی تردید باشد نمی‌توان به استناد عموم احل الله البیع، مالیت آن چیز را ثابت نمود. به اصطلاح فنی تمسک به عام در شبهات مصداقی جایز نیست.

۳-۲- سلطه مالکانه انسان بر بدن خود به بنای عقل و امضای شارع:

همانگونه که اشاره شد صحت بیع عضو فرع بر اموری از جمله مالکیت صاحب عضو نسبت به آن است. برای اثبات مالکیت انسان بر اعضای خود به بنای عقلا و امضای شارع استناد شده است. بنای عقلا بر این است که مردم بر تن و اموال خود فی الجمله مسلطند و همین مقدار، ملکیت شخص بر اجزای قطع شده از بدنش را اثبات می‌کند، در نتیجه می‌تواند آن را فروخته یا هبه نماید و مادامی که منعی شرعی به اثبات نرسد از عدم منع چنین بر می‌آید که شارع بنای عقلا را امضا کرده است (آصف محسنی، ۱۳۷۷ش). به بیان دیگر تسلط انسان بر بدن خود که از آن به قاعده «الناس مسلطون علی انفسهم» تعبیر می‌شود مانند قاعده تسلط اشخاص بر اموال، قاعده‌ای عقلایی است و نه تنها شارع از آن منع نکرده بلکه از برخی از نصوص بطور ضمنی می‌توان امضاء آن را استنباط نمود (مؤمن، ۱۴۱۵هـ).

از جمله نصوصی که به طور ضمنی می‌توان امضاء این قاعده عقلایی را استفاده نمود آیات و آیات و روایات زیر است. نخست آیه «النبی اولی بالمومنین من انفسهم» که هر چند منطوق آن اولویت تسلط پیامبر بر نفوس مؤمنین از خود آنان است اما مفهوم آن این است که مؤمنین بر نفس خود سلطه دارند، هر چند در مقام مقایسه، ولایت پیامبر بر نفوس آنان بر ولایت خود آنان رجحان و برتری دارد. و یا آیه «ومن الناس من یشری نفسه ابتغاء مرضات الله» که نسبت شراء به نفس با وجود اینکه در بیع، اذن و رضای بایع و مشتری لازم است، دلالت بر همین قاعده عقلایی تسلط عقلاء بر نفس خود دارد (مؤمن، ۱۴۱۵هـ). از روایاتی نیز که مضمون آن این است که همه امور به انسان تفویض شده مگر خوار کردن خود، می‌توان بطور ضمنی امضاء قاعده را استنباط نمود.

اخبار و روایاتی نیز که در امر قصاص عضو آمده و بر اساس آن اختیار قصاص یا گرفتن دیه یا عفو جانی با صاحب عضو دانسته شده دلیل روشنی بر این امر است که حقی برای انسان نسبت به اعضایش اعتبار شده است و به همین دلیل پس از قطع می‌تواند در مورد آن تصمیم بگیرد نه اینکه این حق پس از قطع عضو ایجاد شده باشد (مؤمن، ۱۴۱۵ه.ق).

در میان عالمان معاصر نیز کسانی چون محمد صادق تهرانی، علامه هشترودی، محمد فیض سهرابی، حسین مظاهری و محمد هادی معرفت رابطه انسان با اعضای خویش را رابطه ملکیت دانسته‌اند (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، ۱۳۷۷ش، ص ۱۴) و از تعبیر آن‌ها در خصوص مالکیت انسان بر اعضا چنین بر می‌آید که گویا هر چند انسان قابل تملک نیست، ولی رابطه وی با اعضای خویش از این قاعده پیروی نمی‌کند.

اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی خود (جوابیه شماره ۷/۱۵۵۷ تاریخ ۷۶/۶/۲۵) چنین اظهارنظر کرده است: «با توجه به ملاک ماده ۲۸۷ قانون مجازات اسلامی، عضو قطع شده متعلق به همان کسی است که از او قطع شده و می‌توان آن را به خود او یا دیگری پیوند زد.» (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، ۱۳۷۷). از این نظریه می‌توان استنباط نمود که اداره ی حقوقی قوه ی قضائیه نیز نوعی رابطه ملکیت یا دست کم حق اختصاص را بین انسان و اعضای بدنش پذیرفته است.

در مورد مالیت اعضا باید گفت بهترین دلیل بر مالیت داشتن اعضا بنای عقلاست و همین که عقلا حاضرند در مقابل اعضای بدن مالی را بپردازند، نشان از مال بودن آن‌ها دارد. اشکالی که در اینجا وجود دارد ممنوعیت شرعی بیع اعیان نجس است. زیرا عضو بدن حتی اگر از انسان زنده هم جدا شده باشد فاقد روح بوده و مردار و میته محسوب می‌گردد و در نجس بودن میته نیز تردیدی نیست.

در پاسخ این اشکال می‌توان همداستان با بسیاری از فقیهان گفت که ممنوعیت بیع اعیان نجسه به دلیل نداشتن منفعت محلل برای آنها بوده است (منتظری، ۱۴۱۵هـ.) و لذا امروزه که برای اعضا منفعت محلل و مشروعی قابل تصور است نباید در بیع آن به منظور استفاده از منافع حلال آن اشکالی وجود داشته باشد؛ همچنان که مشابه همین اشکال در مسأله‌ی فروش خون نیز مطرح بوده و اکنون فقها فروش خون را به منظور استفاده از منافع مشروع آن جایز می‌شمارند (منتظری، ۱۴۱۵هـ.).

مانع دیگری که همچنان پیش روی بیع اعضا باقی است آیات و روایاتی است که بر حرمت بیع میتة بطور خاص دلالت دارند که از آن جمله می‌توان به آیه ۱۷۳ سوره بقره و آیه ۳ سوره‌ی مائده اشاره نمود. هر چند در این آیات با تعبیر «حرمت علیکم المیتة» از حرمت میتة سخن گفته شده و سخن از حرمت بیع میتة در میان نیست ولی از آنجا که حرمت لزوماً باید به فعلی از افعال تعلق گیرد و نمی‌تواند مستقیماً به خود اعیان تعلق گیرد، بسیاری از فقها از عدم ذکر متعلق، استفاده‌ی عموم کرده و حرمت را شامل هرگونه تصرف در میتة و از جمله بیع آن دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۷ق.). خوشبختانه این اشکال نیز قابل رفع است زیرا تأمل در ادله‌ی حرمت میتة نشان می‌دهد که هر چند حرمت به نحو مطلق ذکر شده و تصرف خاصی ذکر نگردیده اما قرائن روشنی وجود دارد که نشان می‌دهد آنچه در مورد میتة از سوی شارع حرام اعلام شده، صرفاً خوردن آن است که در عصر تشریح متداول و متعارف بوده نه مطلق تصرفات. از جمله‌ی این تصرفات آیاتی است که قبل یا بعد از آیه‌ی تحریم میتة آمده است. مثلاً در آیه‌ی ۱۷۲ سوره بقره خداوند مؤمنان را امر می‌کند که از خوردنی‌های پاکیزه‌ای که به آن‌ها ارزانی داشته بخورند (یا ایها الذین آمنوا کلوا من طیبات ما رزقناکم)

سپس بلافاصله در آیهی بعد از حرمت میته و خون و گوشت خوک سخن می‌گوید که قرینه‌ی روشنی است بر اینکه متعلق حرمت در این موارد خوردن آن‌هاست نه هر گونه تصرفی. نظیر چنین قرینه‌ای در مورد آیهی ۳ سوره‌ی مائده نیز وجود دارد (منتظری، ۱۴۱۵ه.ق). بر همین اساس بسیاری از فقهای معاصر ادله‌ی حرمت بیع میته را شامل بیع به قصد استفاده‌ی حلال از آن ندانسته و این آیات و روایات را مانعی برای صحت بیع میته بحساب نیاورده‌اند (موسوی خمینی، ۱۳۶۸ش، ص ۸۱ / مکارم شیرازی، همان، ص ۱۵۴ / منتظری، ۱۴۱۵ه.ق، سند البحرانی، ۱۴۱۷).

۴-۲- قابلیت فروش بر مبنای حق تصرف: بر اساس این استدلال حتی اگر انسان را مالک اعضای خود نیز ندانیم می‌توانیم گرفتن عوض در مقابل واگذاری اعضا و حتی بیع آن را جایز بدانیم. به اعتقاد این گروه، هرچند انسان و اعضای وی طبق نصوص شرع قابل تملک نیست و نمی‌توان او را مال تلقی کرد، لیکن رابطه‌ی انسان با اعضای خویش به گونه‌ای است که می‌تواند از باب حق اختصاص یا حق اولویت در آن تصرف مالکانه بنماید. ممکن است گفته شود این مقدار از سلطه، برای اثبات صحت عقد صلح که موضوع آن می‌تواند انتقال یا اسقاط حق باشد کافی است ولی برای اثبات صحت بیع کافی نیست زیرا در بیع مالک باید مالک مبیع باشد و صرف داشتن حق بر موضوع بیع، برای صحت بیع که مفاد آن تملیک به غیر است، کافی نیست. به بیان دیگر در بیع، بایع مبیع را به مشتری «تملیک» می‌کند و لازمه تملیک این است که بایع مالک مبیع باشد و صرف داشتن حقی کمتر از مالکیت مانند حق اختصاص برای امکان تحقق تملیک کافی نیست. با این وجود برخی از فقها ضرورت مالکیت بایع بر مبیع را انکار نموده و معتقدند آنچه برای صحت بیع لازم است این است که بایع حق تصرف وضعی در مبیع را داشته باشد؛ خواه مالک آن باشد خواه نباشد. به بیان دیگر از

نظر اینان آنچه برای صحت بیع لازم است «مالکیت تصرف» در مبیع است نه «مالکیت» مبیع. یکی از فقها مدافع این دیدگاه در این زمینه می‌نویسد:

« هر چند اختیار اعضای انسان به حکم ضرورت عقلایی به دست اوست؛ لکن انسان مالک اعضا و متعلقات بدن خود به گونه‌ی ملکیت اعتباری عقلایی نیست، زیرا این اعضا مثل لباس و پول و خانه و فرش جزء املاک انسان شمرده نمی‌شوند ولی با این وجود قوام بیع که تملیک مال در برابر مال است به این است که اختیار مبیع به دست بایع باشد... [به عبارت دیگر] هر عضو بدن مالی است که در قبال آن مال داده می‌شود و هر چند اعضای بدن ملک بایع به ملکیت اعتباری نیستند اما اختیارشان با صاحب عضو است؛ و می‌تواند آن را مجانی اهدا کند و یا در برابر منتقل کردن آن به دیگری، عوضی دریافت کند» (ص ۱۷۸).

نویسنده‌ی مذکور برای تقریب به ذهن، زکات را مثال می‌آورد که مال هست ولی ملک هیچ کس نیست و اگر ولی امر مسلمین به استناد ولایت خود آن را بفروشد، بیع صدق می‌کند و مشتری مالک مبیع می‌گردد با اینکه والی مسلمین خود مالک آن نبوده است (مؤمن، ۱۳۸۲ ش.). مورد بیع موقوفه را نیز می‌توان به عنوان مثال ذکر کرد. زیرا در موارد جواز بیع موقوفه علی‌رغم عدم مالکیت متولی، بیع به لحاظ مالکیت تصرف متولی یا همان حق تصرف وضعی در موضوع صحیح است. به نظر میرسد قیاس این موارد با بیع اعضا قیاس مع الفارق است. زیرا اشکالی که در بیع عضو مطرح است تردید در قابلیت عضو بدن برای تعلق مالکیت است در حالیکه در مثال مال زکوی یا مال موقوفه، خود مال مشکلی از حیث اینکه متعلق و معروض مالکیت قرار بگیرد ندارد و لذا پس از تحقق بیع هیچکس در مالکیت مشتری نسبت به موضوع عقد تردید ندارد. بر همین اساس تمام فقهای که از رابطه‌ی انسان با اعضای خویش به جای رابطه‌ی مالکیت، به حق

اولویت یا حق اختصاص تعبیر کرده‌اند، بیع آن را صحیح ندانسته‌اند که از جمله می‌توان به کسانی چون سید محمد علی علوی گرگانی، سید محمد شاهرودی، محمد یزدی و حسین مؤید اشاره کرد (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، ۱۳۷۷ش، ص ۲۱).

در پایان این بحث فتاوی برخی از فقهای معاصر را که با عبارات مختلف به جواز خرید و فروش اعضا حکم داده‌اند را بیان می‌کنیم. مرحوم آیت الله العظمی خویی در پاسخ به پرسش در خصوص جواز پیوند اعضا چنین اظهار داشته‌اند: «جایز است و مانعی ندارد ولی اعضای رئیسه را مثل چشم نمی‌توان فروخت» (گنجینه‌ی آرای فقهی قضایی، سؤال ۵۲۶۳). از این فتوا به طور ضمنی جواز بیع اعضا غیر رئیسه استفاده می‌شود. مرحوم آیت الله منتظری نیز در صورتی که پیوند خطر جانی نداشته باشد بیع عضو را جایز شمرده‌اند (۴۲۷ق). آیت الله نوری همدانی نیز اظهار داشته ظاهر این است که شخص می‌تواند در حال حیات خود عضو بدن خود را بفروشد، چنان که گرفتن مبلغی برای دادن اجازه‌ی این موضوع نیز مانعی ندارد (گنجینه آرای فقهی قضایی، سؤال ۹۲۳) مرحوم آیت الله العظمی بهجت نیز بیان داشته‌اند، اگر شخصی بخواهد عضوی از اعضای بدن خود، مثلاً کلیه را به دیگری بدهد در مقابل پول، در صورتی که نجات مسلمانی متوقف بر آن عضو باشد و تهیه‌ی آن از غیرمسلمان هم ممکن نباشد، اشکالی ندارد (گنجینه آرای فقهی قضایی، سؤال ۲۵) و آیت الله سیدعبدالکریم موسوی اردبیلی نیز گفته‌اند که به نظر این جانب جایز است، در صورتی که عمل عقلایی باشد و سفیهانه نباشد و موجب مرگ شخص اهداء کننده نباشد (گنجینه آرای فقهی قضایی، ۴۰۶۵)

ج- وضعیت قرارداد انتقال اعضا از منظر حقوقی

۱- مشروعیت برداشت عضو از انسان زنده از منظر حقوقی

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. مواعی که به طور سنتی در حقوق برای آزادی اراده ذکر شده‌اند عبارتند از قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه. اگر عملی را قانون منع نکرده باشد و مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز نباشد بی‌گمان به لحاظ حقوقی مجاز و مباح است. بنابراین ما نیز بحث خود را بر این سه موضوع متمرکز می‌نماییم:

۱-۱- **قانون:** 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. 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 اصاله الحل و اصاله الجواز 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.

نکته‌ای که باقی می‌ماند این است که ممکن است گفته شود مطابق ماده‌ی ۹۷۵ ق.م، عدم مخالفت با اخلاق حسنه و نظم عمومی نیز برای حکم به جواز یک عمل ضرورت دارد. هر چند اخلاق حسنه و نظم عمومی از عواملی هستند که به طور سنتی در کتب حقوقی به عنوان عوامل محدود کننده‌ی حکومت اراده و نفوذ قرارداد از آن‌ها یاد می‌شود، اما 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.

۲-۱- **نظم عمومی:** اساتید حقوق، تعاریف متعددی از نظم عمومی ارائه

داده‌اند که به خاطر اجتناب از اطاله‌ی کلام، به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

دکتر الماسی (۱۳۸۳ش.) در این زمینه می‌نویسد: «در حقوق داخلی، نظم عمومی شامل قواعد و سازمان‌هایی است که غرض از وضع و ایجاد آن حفظ منافع عمومی و تأمین حسن جریان امور عمومی (امور اداری و سیاسی و اقتصادی) و حفظ خانواده می‌باشد و اراده‌ی افراد نمی‌تواند آن‌ها را نقض نماید. به عبارت دیگر، در حقوق داخلی، نظم عمومی شامل آن دسته از قواعدی است که اصطلاحاً «قواعدی امری» نامیده می‌شوند؛ اعم از اینکه قواعد مزبور مربوط به حقوق خصوصی یا مربوط به حقوق عمومی باشد» (ص ۱۸۲).

همچنین سنه‌وری (بی‌تا) نظم عمومی را چنین تعریف کرده است: «آن دسته از قواعد حقوقی از امور مربوط به نظم عمومی محسوب می‌شوند که مصلحت عمومی از تحقق آن‌ها انتظار رود، خواه مصلحت مذکور سیاسی باشد یا اقتصادی یا اجتماعی. اموری که مربوط به نظام اجتماعی هستند و برتر از مصالح فردی می‌باشند؛ لذا رعایت و تحقق آن‌ها بر تمامی افراد لازم است و با توافق‌های فی‌مابین نمی‌توانند با آن‌ها به مقابله برخیزند؛ حتی اگر توافق‌ها مبتنی بر مصالح فردی باشند؛ زیرا چنین مصالحی در برابر مصالح عمومی قابل اعتنا نیستند.» (ص ۲۶۲). تأمل در کلمات حقوقدانان نشان می‌دهد که نظم عمومی دو کاربرد متفاوت دارد. کاربرد نخست آن به کار تمییز قواعد امری و تکمیلی قوانین می‌آید و خود مانع مستقلاً در برابر حاکمیت اراده در عرض قانون نیست. به دیگر سخن وقتی می‌گوییم قرارداد مخالف قانون معتبر نیست مراد ما قرارداد مخالف با قوانین امری است (صفایی، ۱۳۸۲ش.) و ضابطه‌ای که برای تشخیص قوانین امری از تکمیلی ارائه شده ارتباط قانون با نظم عمومی است. یعنی هر قانونی که مربوط به نظم عمومی جامعه است، قاعده‌ی امری بوده و تراضی بر خلاف خود را بر نمی‌تابد. روشن است که در موضوع بحث ما که قانونی وجود ندارد سخن از این

کاربرد نظم عمومی جایگاهی ندارد. اما برخی از حقوقدانان منبع نظم عمومی را صرفاً قانون ندانسته و معتقدند بر خلاف دیدگاه فردگرایان، نظم عمومی منابع دیگری جز قانون مانند اخلاق حسنه و عرف و عادت نیز دارد (کاتوزیان، ۱۳۶۴ش). بر این اساس این حقوقدانان قطع و فروش اعضای بدن را علیرغم فقدان منع قانونی، به استناد مخالفت با نظم عمومی ممنوع شمرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۶۴ش، ص ۱۸۵). ما بحث از مخالفت با نظم عمومی بدلیل مخالفت با اخلاق حسنه را در بخش اخلاق حسنه مطرح می‌کنیم.

۳-۱- اخلاق حسنه: در تعریف اخلاق حسنه گفته‌اند: «اخلاق حسنه در امتی معین یا گروهی معین، مجموعه قواعدی است که مردم مطابق اصول اخلاقی حاکم بر روابط اجتماعی، خود را ملزم به تبعیت از آن می‌دانند. این اصول تربیتی، زاینده‌ی معتقداتی است که از پیشینیان و عادت ریشه‌دار و عرف و آنچه مردم در برابر آن خاضعند، به نسل بعدی رسیده است. اگر رابطه‌ی دین و جامعه نزدیک باشد و ارزش‌های اخلاقی جایگاهی رفیع داشته باشد، دین در این امر تأثیری شگرف خواهد داشت؛ از این رو معتقدیم که عوامل دخیل در تربیت مختلف‌اند. عادات، عرف، دین، سنن و در کنار آن‌ها مقیاس انسانیت، حسن و قبح را می‌سازند و نوعی الهام بشری بین خیر و شر تمیز می‌دهد. تمامی این عوامل در کنار هم اصول اخلاقی‌ای را که مردم در مقابل آن سر فرود می‌آورند می‌سازد.» (سنه‌وری، بی تا، ص ۲۶۳) همچنین گفته شده: «اخلاق حسنه در هر قوم، ترکیبی از رسوم اجتماعی و تعلیم‌های مذهبی و داوری‌های عقلی است که وجدان عمومی را تشکیل می‌دهد.» (کاتوزیان، ۱۳۷۲).

قانون مدنی ایران به پیروی از حقوق فرانسه در ماده‌ی ۹۷۵ محکمه را از اجرای قراردادهایی که به دلیل مخالفت با اخلاق حسنه یا احساسات جامعه مخل

نظم عمومی است بازداشته است. قانون آ.د.م سابق نیز در ماده ۶ همین مضمون را به این شکل تکرار کرده بود: «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه است در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست». البته علیرغم وجود این مفاهیم در قوانین، در عمل این مواد به دلیل بیگانه بودن با حقوق سنتی و فقه هیچگاه جایگاه روشنی در رویه‌ی قضائی نیافته بود و موردی که بر اساس آن دادگاه به استناد مخالفت با اخلاق حسنه یا نظم عمومی حکم به ابطال قراردادی داده باشد تقریباً وجود نداشت. اما امروزه می‌توان گفت مخالفت با اخلاق حسنه به عنوان یکی از موانع اعتبار قرارداد به لحاظ نظری نیز جایگاه روشنی ندارد. برای اثبات این مدعا کافی است به ماده‌ی ۶ ق.آ.د.م جدید که جانشین ماده ۶ سابق گردیده نگاهی داشته باشیم. ماده ۶ قانون جدید مقرر می‌دارد: «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست.» همانگونه که پیداست مطابق قانون جدید، مخالفت با اخلاق حسنه موضوعیت خود را از دست داده و قرارداد مخالف اخلاق حسنه در صورتی قابل اجرا نیست که با موازین شرع نیز مغایر باشد. در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان گفت یا قرارداد مخالف اخلاق حسنه است یا نیست و در هر دو صورت، یا مغایر شرع است یا نیست. جمعاً چهار صورت است که دو صورت آن صحیح و دو صورت باطل است. اگر قرارداد مخالف اخلاق حسنه و نیز مغایر شرع باشد مطابق منطوق ماده‌ی ۶، قرارداد قابل ترتیب اثر نیست. اگر قرارداد مخالف اخلاق حسنه باشد ولی مغایر موازین شرع نباشد، مطابق مفهوم ماده، قرارداد لازم‌الاجراست. و بالاخره اگر قرارداد مغایر موازین شرع باشد معتبر نیست، چه مخالف اخلاق حسنه باشد و چه نباشد. بنابراین روشن است که آنچه موضوعیت دارد مغایرت یا عدم مغایرت با موازین شرع است نه اخلاق حسنه.

ممکن است گفته شود در این صورت ذکر اخلاق حسنه در ماده لغو و نامعقول است و قانون گذار عمل لغو انجام نمی‌دهد. راستی را بخواهیم این اشکال بر قانون وارد است. احتمالی که به طور قوی در توجیه این مسأله به نظر می‌رسد این است که متن اولیه قانون همان متن قانون سابق بوده و مورد ایراد شورای نگهبان قرار گرفته و شورای نگهبان بطلان قرارداد به استناد مخالفت با اخلاق حسنه به نحو مطلق را مخالف شرع دانسته زیرا صرف نظر از اینکه مفهوم اخلاق حسنه مبهم است و نسبت آن با شرع نیز معلوم نیست، از منظر فقهای شورای نگهبان و به طور کلی از منظر فقهی اگر امری را شرع مباح و مجاز بشمارد، مخالفت آن با عرف و عادت یا احساسات جامعه و مفاهیمی از این دست نمی‌تواند آن را ممنوع سازد و بر عکس اگر امری از منظر شرع، ممنوع و حرام باشد، قرارداد مربوط به آن نافذ نیست هر چند عرف و عادت آن را ناپسند ندانسته و یا حتی مستحسن بشمارد. بنا براین به ظن قوی نظر شورای نگهبان این بوده که این ماده در صورتی قابل تأیید است که قید مغایرت با موازین شرعی نیز بدان افزوده شود. نظیر این تصرف را در ماده‌ی ۳ همین قانون نیز می‌توان دید که استناد به اصول حقوقی برای رفع ابهام و سکوت قانون منوط به این شده که اصول حقوقی مغایر موازین شرعی نباشد. متأسفانه گویا نمایندگان مجلس بجای اینکه برای تأمین نظر شورای نگهبان، ماده را با توجه به دیدگاه شورا باز نویسی نمایند، اصلاحیه «که مغایر با موازین شرع نباشد» را عیناً به ماده‌ی اصلی افزوده‌اند و این امر باعث شده نه تنها این ماده به لحاظ ادبی دارای اشکال شود^۱ بلکه به لحاظ محتوایی نیز ذکر اخلاق حسنه، غیرمنطقی و لغو جلوه نماید.

^۱ - ماده ۶ با وضع فعلی نادرست بوده و نیازمند افزودن بک «فعل» پس از کلمه ی «شرع» یا حذف کلمه ی «که» پس از کلمه ی اخلاق حسنه است.

نکته‌ی مهم دیگری که در بحث اخلاق حسنه باید بدان توجه داشت این است که در نظام حقوقی فرانسه، که منبعی همچون شرع در کنار قانون وجود ندارد، وجود مفاهیمی همچون اخلاق حسنه برای جلوگیری از توافقات غیر اخلاقی که در قانون نسبت به آنها پیش بینی نشده، ضروری است. اما در حقوق امروز ایران که فقه نه تنها به عنوان «منبع تفسیری» قوانین، عهده‌دار رفع ابهام و اجمال قوانین است، بلکه به صراحت اصل ۱۶۷ ق. اساسی و ماده‌ی ۳ ق.آ.د.م به عنوان «منبع تکمیلی» وظیفه‌ی تکمیل نقص و کاستی قوانین را بر دوش دارد، چنین ضرورتی احساس نمی‌شود. از یاد نبریم که افزون بر گستردگی احکام شریعت و مداخله‌ی شرع در تمامی عرصه‌ها، دستگاه اجتهاد برای هر موضوع نوپیدا و نوین نیز حکمی از شرع استخراج می‌کند. بنابراین در وضعیت موجود، اگر پیوند عضو مغایرتی با موازین شرع نداشته باشد، می‌تواند موضوع یک قرارداد الزام‌آور قرار گیرد و همان‌گونه که گفتیم اغلب قریب به اتفاق فقهای معاصر از باب حکم اولی یا ثانوی به جواز پیوند عضو فتوا داده‌اند.

وانگهی قطع نظر از جواز پیوند عضو از منظر شرعی، امروزه نه تنها اهداء و پیوند عضو، امری غیر اخلاقی تلقی نشده و احساسات جامعه را جریحه‌دار نمی‌کند بلکه امری مقبول و موجه شمرده شده و حتی در پاره‌ای موارد که به انگیزه‌های غیرمادی و انسان دوستانه صورت می‌گیرد مورد تحسین و تمجید جامعه نیز قرار می‌گیرد.

۲- 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.

۲-۱- خرید و فروش اعضا: 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 عقلایی و مشروع است. ثانیاً برای اینکه چیزی از نظر شرعی و قانونی نیز مال تلقی گردد لازم نیست قانون‌گذار به مالیت آن

تصریح کرده باشد بلکه کافی است آن چیز عرفاً مال محسوب شده و قانون‌گذار از آن سلب مالیت نکرده باشد و قانون‌گذار در هیچ متنی از متون، از اعضای بدن اسقاط مالیت ننموده است.

اشکال دیگری که ممکن است به مالیت عضو بدن شود این است که عضو مقطوع، میته بوده و هر چند قانون‌گذار 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 ملازمه‌ای 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 «سُحْت» 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 هم‌داستان 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 علی‌الاصول از قسم وصیت تملیکی است و در وصیت تملیکی، موصی «مالی» را برای بعد از خود به دیگری تملیک می‌کند. 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 پیش‌فرض 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 قانون‌گذار 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.

۲-۲- صلح عضو بدن به دیگری: همان‌گونه که اشاره شد همه‌ی فقیهانی که برداشت و پیوند عضو را مجاز شمرده‌اند در صحت صلح اعضا تردید نکرده‌اند (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، ۱۳۷۷ش، 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. برای صحت صلح کافی است مصالح نسبت به چیزی که صلح می‌کند حقی داشته باشد و این حق می‌تواند ضعیف‌تر 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 (مکارم شیرازی، همان).

۲-۳- ماده ۱۰ قانون مدنی: معمولاً تصور عمومی بر این است که استفاده از قالب ماده‌ی ۱۰ ق.م. مؤنه‌ی چندانی ندارد. همین که قرارداد مخالف صریح قانون نباشد می‌توان تراضی را در این قالب منعقد نمود. اما بنظر می‌رسد در مورد استفاده از ماده‌ی ۱۰ باید این نکته‌ی مهم را در نظر داشت که این ماده ظرفیت تحقق هر عمل حقوقی را ندارد. ماده‌ی ۱۰ ق.م. منطقی در طول عقود معین قرار می‌گیرد یعنی اگر ماهیت انشاء شده با یکی از عقود معین منطبق باشد مشمول عنوان و احکام آن خواهد بود و صرف استفاده از عنوان ماده‌ی ۱۰ ق.م، ماهیت قرارداد را منقلب نمی‌سازد. بنابر این اگر آنچه در قرارداد انتقال عضو انشاء می‌گردد انتقال مالکیت عضو به گیرنده‌ی عضو در قبال عوض باشد، خواه ناخواه ما با عقد بیع روبرو هستیم و باید شرایط لازم برای صحت بیع را رعایت نماییم.

بنابراین در صورتی می‌توان از قالب عقد غیرمعین استفاده نمود که مضمون انشائی که از سوی طرفین انشاء می‌گردد با هیچیک از ساختارهای شناخته شده یا همان عقود معین منطبق نباشد. با چنین پیش فرضی استفاده از ماده‌ی ۱۰ برای قرارداد نقل و انتقال اعضا چندان آسان نیست. زیرا اگر منشأ قرارداد، انتقال مالکیت عضو در قبال عوض باشد، با قرارداد بیع روبرو خواهیم بود. اگر مراد طرفین انتقال حق صاحب عضو به طرف دیگر یا اسقاط آن باشد، با عقد صلح روبرو هستیم. اگر آنچه انشاء شده، تملیک مجانی عضو باشد، عقد هبه محقق شده است. آری تنها راهی که ممکن است بر اساس آن از قالب ماده ۱۰ بهره جست، استفاده از ابهامی است که حقوق ما در مفهوم عقد صلح و نسبت آن با ماده‌ی ۱۰ وجود دارد. اگر بین قلمرو این دو عنوان همپوشانی قائل باشیم می‌توان بجای استفاده از عنوان صلح، سخن از ماده‌ی ۱۰ به میان آورد و الا اگر عقد صلح را قالب پیش بینی شده برای انتقال یا اسقاط حق بدانیم و ماده‌ی ۱۰ را در غیر از قلمرو عقود معین نقش آفرین بدانیم در این صورت استفاده از ماده ۱۰ برای انتقال یا اسقاط حق نیز خالی از اشکال نخواهد بود.

۴-۲- هبه‌ی اعضا: بر اساس آنچه گفته شد تکلیف هبه‌ی عضو نیز روشن می‌گردد. زیرا هبه نیز عقدی تملیکی است و چنانچه بیع عضو را جایز بشماریم مسلماً هبه‌ی آن نیز با مشکلی روبرو نخواهد بود. آری اگر در مالکیت انسان نسبت به اعضای بدن تردید کنیم همان‌گونه که بیع با مشکل مواجه می‌شد هبه نیز که یک عقد تملیکی است با مشکل روبرو می‌گردید و مجبور بودیم برای انتقال مجانی عضو از قالب صلح بلاعوض استفاده نماییم.

۵-۲- اباحه معوض یا مجانی: در کنار قالب‌های عقدی پیش گفته می‌توان از قالب اباحه که نوعی ایقاع و عمل حقوقی یک جانبه است نیز سخن گفت.

شخص می‌تواند به دیگری اجازه دهد که از عضو مقطوع وی بهره‌امند شود و می‌تواند این اجازه در قبال دریافت مبلغ یا مجانی صورت گرفته باشد. در چنین فرضی مادام که عضو به گیرنده‌ی عضو پیوند نخورده، اجازه دهنده می‌تواند از اذن خود رجوع نماید. اما اگر عضو به بدن طرف مقابل پیوند خورد دیگر امکان رجوع از اذن و تقاضای انتزاع عضو از بدن گیرنده جایز نیست. ممکن است به این قالب اشکال شود که در چنین فرضی چون نه مالکیت عضو و نه حق اختصاص عضو به گیرنده منتقل نشده، گیرنده‌ی عضو در واقع در حال استفاده از عضو متعلق به دیگری است و این امر خلاف مرتکبات عرفی بوده و غیر عقلایی است. در پاسخ باید گفت از آنجا که با پیوند عضو به بدن دیگری، عضو مقطوع تکویناً و حقیقتاً جزئی از بدن گیرنده می‌شود و انتزاع آن از بدن وی بدون رضایت وی جایز نیست، در واقع با پیوند عضو، مالکیت عضو برای گیرنده قهراً حاصل می‌شود و لذا پس از پیوند موفق عضو، شخص در واقع از اعضای بدن خود منتفع می‌شود نه از اعضای بدن متعلق به دیگری. ممکن است بگوییم این امر با خواست اذن دهنده مخالف است زیرا او تملیک عضو را قصد نکرده است. در پاسخ می‌گوییم اولاً مالکیت گیرنده نه به واسطه‌ی تملیک بلکه قهراً و در اثر اتحاد واقعی عضو پیوندی با بدن گیرنده حاصل می‌گردد؛ ثانیاً از آنجا که اجازه دهنده می‌داند با پیوند عضو به دیگری، امکان قطع و انتزاع آن وجود ندارد و عضو با بدن گیرنده متحد می‌گردد، در واقع می‌توان اذن به پیوند را به طور ضمنی به منزله‌ی اذن در اتلاف حکمی عضو دانست. این مورد را می‌توان از جهتی با تقدیم غذا به میهمان تشبیه نمود که در آنجا نیز اذن صاحب‌خانه اذن در اتلاف نیز محسوب می‌گردد و غذا با خورده شدن توسط میهمان جزئی از بدن وی شده و تلف شده محسوب است. اذن در دفن مرده در زمین نیز از جهتی با مسأله‌ی ما قابل تطبیق است. در آنجا

نیز تا قبل از دفن، اذن دهنده حق رجوع از اذن خود را دارد ولی به محض اینکه جسد دفن شد، به دلیل حرمت نبش قبر، صاحب زمین نمی‌تواند به ادعای رجوع از اذن خود، خارج کردن مرده از زمین را درخواست کند.

نتیجه‌گیری

یکی از مهم‌ترین مسائلی که هم اکنون 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 ۱۳۷۹/۱/۱۷ 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 مخالفی 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 هر گونه قرارداد در این زمینه نیز محکوم به بطلان است. در مواردی نیز که قطع عضو ملازمه با ذلت و خوارشدن اعطاء کننده‌ی عضو دارد، جواز پیوند محل تردید جدی است. در مواردی نیز که پیوند نه موجب هلاکت و نه موجب ذلت اوست، بین فقها اختلاف نظر جدی وجود دارد. برخی از آن‌ها بدلالی از جمله عدم سلطه‌ی انسان بر بدن خود، یا حرمت اضرار

به نفس، قطع عضو به قصد پیوند به دیگری را جایز نمی‌شمارند. در مقابل برخی دیگر قائل به تفکیک شده و در غیر اعضا مهم که قطع آنها موجب نقص جدی و معتنابه در شخص می‌گردد، در صورت اذن و رضای صاحب عضو، این عمل را جایز می‌شمارند. البته فقیهانی که قائل به حرمت قطع و پیوند بودند نیز در صورت فراهم آمدن دو شرط یکی اینکه حیات بیماری متوقف بر پیوند عضو باشد و دیگر اینکه قطع عضو موجب هلاکت دهنده‌ی عضو نگردد، از باب تراحم، حکم به جواز پیوند داده‌اند. بنابراین حکم به جواز پیوند یا از باب حکم اولی یا از باب حکم ثانوی است. در هر دو صورت بنا به جواز چنین عملی، نوبت به مسأله قرارداد با موضوع انتقال عضو می‌رسد. در این مسأله نیز دو قول اصلی در فقه وجود دارد. برخی از فقها به دلیل فقدان شرایط لازم برای صحت بیع و به ویژه روایاتی که دلالت بر حرمت بیع میته می‌نماید، بیع اعضا را نادرست می‌دانند و تنها طریق برای انتقال عضو را رفع ید صاحب عضو از حق اختصاص خود در قبال دریافت عوض یا به نحو رایگان دانسته‌اند. در مقابل برخی دیگر از فقها با پاسخ به اشکالات گروه نخست و حمل نصوص دال بر حرمت بیع میته به موردی که برای میته منفعت عقلایی وجود ندارد، حکم به صحت بیع اعضا داده‌اند. به لحاظ حقوقی نیز می‌توان گفت قرارداد ناظر به انتقال عضو با هیچ‌یک از موانع حاکمیت اراده مواجه نیست. زیرا قانون‌گذار 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 دهنده‌ی عضو با مانعی روبرو نیست. همان‌گونه که اشاره شد با توجه به فتاوی فقها 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 شیوه‌ای تردیدی در عدم مخالفت این شیوه با نظم عمومی وجود ندارد. در مورد اخلاق حسنه نیز نه تنها دلیلی بر مخالفت پیوند عضو با آن وجود ندارد بلکه احساسات عمومی و وجدان عمومی عمل شخص بر اجازه‌ی قطع عضو و پیوند به دیگری را نوعی ایثار و گذشت تلقی می‌کند. وانگهی با توجه به ماده ۶ ق.آ.د.م جدید که اخلاق حسنه را با قید عدم مغایرت با شرع مقید کرده است، عملاً در مواردی که شرع حکم به جواز امری می‌دهد، اخلاق حسنه نمی‌تواند حکم مغایر با آن بدهد و بر فرض وجود چنین قضاوتی از سوی عرف، نمی‌تواند بر امکان اجرای قرارداد تأثیر بگذارد.

فهرست منابع

- الماسی، نجادعلی. (۱۳۸۳ش.). *حقوق بین الملل خصوصی*. چاپ دوم. تهران: نشر میزان.
- آذری قمی، احمد. (۱۴۱۵ ق.). *المکاسب المحرمه*. (دو جلدی). ج اول. قم: انتشارات مکتبه ولایت الفقیه.
- آصف محسنی، محمد. (۱۳۷۷ ش.). *الفقه و المسائل الطبیه*، چاپ اول. قم.
- آصفی، محمد مهدی. (۱۳۸۱ ش.). *پیوند اعضای مردگان مغزی*. فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت. سال ۸. شماره ۳۱. ۱۲ تا ۲۱.
- پورجوهری، علی. (۱۳۸۳ ش.). *پیوند اعضا در آئینه فقه*. چاپ اول. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
- جوهری، حسن. (۱۴۲۳ق.). *بحوث فی الفقه المعاصر*. ج ۲. بیروت: دارالذخائر
- حائری، کاظم. (۱۴۱۷ ق.). *الفتاوی المنتخبه*. قم: دارالتفسیر اسماعیلیان.
- حرعاملی، محمدبن حسن. (۱۴۰۳ ق.). *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*. جلدهای ۴-۱۳-۱۹-۱۷. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۳ ق.). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. جلد سوم. بیروت: دارالاضواء.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۷). *تذکره الفقهاء*. قم: موسسه آل البيت لاحیاء التراث خرازی، سیدمحسن. (۱۴۲۳ق.). *زراعه الاعضاء*. *مجله فقه اهل البيت (العربیة)*. ج ۱۹. قم: موسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی
- خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۶ق.). *مصباح الفقاهه فی المعاملات*. ج ۲. قم: موسسه احیاء آثار الامام الخوئی
- روحانی، سیدمحمد صادق. (۱۳۷۶ ش.). *المسائل المستحدثه*. چاپ اول. تهران: موسسه فرهنگی انتشاراتی حیان.
- روحانی، سیدمحمد صادق. (۱۳۷۸). *استفتائات قضائیه*. چاپ اول. قم: موسسه حقوقی وکلای بین الملل سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ ق.). *مهذب الاحکام*. قم: موسسه المنار
- سند البحرانی، محمد. (۱۴۲۳ ق.). *فقه الطب و التضخم النقدي*. بیروت: موسسه ام القرى للطباعه و النشر
- سنهوری، عبدالرزاق احمد. (بی تا). *الوسیط (نظریه الالتزام بوجه عام)*. جلد اول، بیروت: داراحیاء التراث العربی.

شاکرین، حمیدرضا. (۱۳۷۴ ش.). آناتومی از دیدگاه فقه و پزشکی. فصلنامه حوزه و دانشگاه. شماره ۵. ۴۰ تا ۵۷.

صاحبی، مهدی. (۱۳۷۶ ش.). تفسیر قراردادهای در حقوق خصوصی. چاپ اول. تهران: نشر ققنوس.
صفایی، سید حسین. (۱۳۸۲ ش.). قواعد عمومی قراردادها. تهران: نشر میزان
طباطبایی، محمدحسین. (۱۳۷۸ ش.). المیزان فی تفسیر القرآن. ج ۵. قم: مؤسسه مطبوعاتی
اسماعیلیان.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵ ش.). اموال و مالکیت چاپ یازدهم. تهران: نشر میزان.
کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶ ش.). قواعد عمومی قراردادها. جلد اول، دوم و سوم. چاپ دوم. تهران: انتشارات
مدرسی.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶ ش.). دوره مقدماتی حقوق مدنی. جلد اول. چاپ دوم. تهران: نشر دادگستر.
مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه. (۱۳۷۷ ش.). اطلاع رسانی دیدگاههای فقهی. (دو جلدی). جلد دوم.
قم: مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۲ ش.). رساله ی توضیح المسائل. چاپ چهارم. قم: مؤسسه مطبوعاتی
هدف.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۵ ش.). مجموعه استفتائات جدید. چاپ اول. قم: مدرسه الامام علی بن
ابیطالب (ع).

منتظری، حسینعلی. (۱۴۲۷ ق.). احکام پزشکی. قم: بدون نام ناشر
منتظری، حسینعلی. (۱۴۱۵ ق.). دراسات فی المکاسب المحرمه. جلد اول. چاپ اول. قم: انتشارات تفکر
موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم. (۱۴۱۸ ق.). الفتاوی الواضحه. قم: انتشارات نجات.
موسوی اردبیلی، عبدالکریم. (۱۳۷۷ ش.). استفتائات. جلد اول. قم: انتشارات نجات.
موسوی خمینی، روح الله. (۱۳۶۹ ش.). تحریر الوسیله. چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
موسوی خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۶ ق.). المسائل الشرعیه. (دو جلدی). جلد دوم. قم: دارالزهراء.
مؤمن قمی، محمد. (۱۴۱۵ ق.). کلمات سدیدیه فی مسائل جدیدیه. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
مؤمن قمی، محمد. (۱۳۸۲ ق.). پیوند اعضاء. فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت. سال ۹. شماره ۳۴. ۲۴ تا
۳۶.

نایب زاده، عباس. (۱۳۸۰ ش.). بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی. چاپ اول. تهران:
انتشارات مجد.

نوری همدانی، حسین. (۱۳۷۷ ش.). هزار و یک مسئله ی فقهی. قم: مؤسسه مهدی موعود (عج).

یادداشت شناسه مؤلف

محمد مهدی الشریف: استادیار و عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران (نویسنده مسؤل)

نشانی الکترونیکی: Alsharif46@yahoo.com

محمد حسن میرشکاری: کارشناس ارشد حقوق خصوصی گروه حقوق دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

مهدی جلیلی: دانشجوی دکتری حقوق خصوصی گروه حقوق دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

Legality and contractual nature of organ transfer from a living human

MM. Alsharif

MH. Mirshekari

M. Jalili

Abstract

One of issues, rising according to the development of medical science which has significant legal effects is the transplantation of organs. One of its major sorts is transplantation from a living person to another. The allowance of such a procedure by the legislator is doubtful. Iranian law contains only legislations about the taking organs from the cadavers. According to principle 167 of Iranian constitution, to resolve such problems is possible by referring to valid Islamic jurisprudence and known fatwas. No jurist allows the transplantation in the case of harming the health of the donor, however he would be willing to do so and the life of the receiver depends on the operation. Unless this very case, the Islamic jurists allow transplantation of organs. In the case of allowance, the contract in between is not to say absolutely a sale contract; although according to the allowance of the sale of the cadaver, it is possible to allow the sale of cut organs also, since the cut organ is a property. Even if the sale of organs hit an ethical or religious obstacle, the transmission of the right of priority or an indefinite contract according to article 10 of the civil code could be used for this matter.

Keywords

Transplantation of organs, principal organ, property, ownership, contract.