

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد سمنان

دانشکده علوم انسانی

رساله برای دریافت درجه دکتری در رشته حقوق کیفری

گرایش جزا و کیفرشناسی

عنوان

**بررسی فقهی حقوقی مسؤولیت کیفری ناشی از
انتقال بیماری ها از طریق پیوند اعضا و رابطه جنسی و
چالش های آن**

استاد راهنما

دکتر مریم آقایی بجزستانی

استاد مشاور

دکتر محمد روحانی مقدم

نگارنده

یونس مصباح

اردیبهشت ۱۳۹۸

سپاس و قدردانی

سپاس خداوند عز و جل که طاعتش موجب قربت است و به شکر اندرش مزید نعمت.
از اساتید بزرگوارم سرکار خانم دکتر آقایی و جناب آقای دکتر روحانی کمال تشکر را دارم که علاوه بر همراهی و راهنمایی بنده در این پایان‌نامه، درس اخلاق و فروتنی را از این بزرگواران آموختم.
از پدر و مادرم که همیشه مشوق و همراه من بودند سپاسگزارم.
از همسر عزیزم نهایت قدردانی و تشکر را دارم، که اگر حمایت‌های ایشان نبود به سرمنزل مقصود نمی‌رسیدم.
سپاس آخر را تقدیم می‌کنم به تمامی حقوق‌دانان و بزرگوارانی که مرا در طی این مسیر دشوار یاری نمودند.

معاونت پژوهش و فناوری فرم منشور اخلاق پژوهش

اینجانب یونس مصباح دانشجوی رشته حقوق کیفری تعهد می‌نمایم که اصول زیر را در انجام پایان نامه مدنظر قرار داده‌ام.

۱- اصل حقیقت‌جویی: تلاش در راستای پی‌جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هرگونه پنهان‌سازی حقیقت.

۲- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهیدگان (انسان، حیوان، نبات) و سایر صاحبان حق.

۳- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه همکاران پژوهش.

۴- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.

۵- رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب‌داری غیرعلمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.

۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان‌ها و کشور و کلیه افراد و نهادهای مرتبط با تحقیق.

۷- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم‌ها و حرمت‌ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب‌نقد و خودداری از هرگونه حرمت‌شکنی.

۸- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و انتقال آن به همکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.

۹- اصل برائت: التزام به برائت‌جویی از هرگونه رفتار غیرحرفه‌ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به شائبه‌های غیرعلمی می‌آلاینند.

محل

امضاء و تاریخ



باسمه تعالی

صور تجلسه دفاع از رساله دکترای تخصصی (Ph.D) - واحد سمنان

نام و نام خانوادگی دانشجو: یونس مصباح شماره دانشجویی: ۹۳۰۵۴۷۱۷۰ رشته: حقوق
گرایش: کیفری و جرم شناسی تاریخ دفاع: ۱۳۹۸/۰۲/۱۰
کد پایان نامه: ۶۲۲۲۰۸۰۵۹۵۲۰۱۹

موضوع رساله: بررسی فقهی - حقوقی مسئولیت کیفری ناشی از انتقال بیماری ها از طریق پیوند اعضا و رابطه جنسی و چالش های آن

ردیف	نام و نام خانوادگی	سمت	رتبه	امضاء
۱	دکتر مریم آقایی	استاد راهنمای اول	دانشیار	
۲	-	استاد راهنمای دوم	-	-
۳	دکتر محمد روحانی مقدم	استاد مشاور اول	استادیار	
۴	دکتر علیرضا صابریان	داور اول داخل گروه	استادیار	
۵	دکتر علی پریمی	داور اول خارج واحد	استادیار	
۶	دکتر مجتبی غفاری	داور دوم خارج واحد	استادیار	
۷	دکتر محسن طاهری	نماینده تحصیلات تکمیلی (ناظر)	استادیار	

دفاع از رساله در تاریخ ۱۳۹۸/۰۲/۱۰ انجام پذیرفت و نمره ی هیئت داوران (از ۱۹) : ۱۸/۳۰ به عدد هجده و سی با حروف به تصویب رسید.

مقاله دوم: دارد ندارد (فرصت ارائه مقاله دوم یک سال از تاریخ دفاع بوده و در صورت عدم ارائه آن نمره رساله از ۱۹ محاسبه شده و امکان تسویه حساب وجود ندارد)
مقاله سوم: دارد ندارد

این قسمت توسط پژوهش دانشکده تکمیل می گردد

نمره حاصل از ارزشیابی مقاله دانشجو برابر ضوابط محاسبه و نمره نهایی رساله (مجموع نمره دفاع، مقاله دوم و مقاله سوم) با عدد با حروف و با درجه تعیین می گردد.

مدیر پژوهش

امضای رئیس دانشکده

امضای اداره پژوهش دانشکده

این نسخه از صور تجلسه دفاع فقط به منظور تسریع در پرداخت حق الزحمه استادان تنظیم گردیده است. و به هیچ عنوان حقی برای دانشجو ایجاد نمی کند و فاقد ارزش است. برای تسویه حساب و فارغ التحصیلی بوده و جهت ارائه به مراجع قانونی کشور و به منظور استفاده از مزایای این مقطع تحصیلی فاقد اعتبار می باشد.

تعهد نامه اصالت رساله پایان نامه تحصیلی

اینجانب یونس مصباح دانش آموخته مقطع دکتری تخصصی در رشته حقوق کیفری گرایش جزا و کیفرشناسی که در تاریخ ۱۳۹۸/۰۲/۱۰ از رساله خود تحت عنوان بررسی فقهی حقوقی مسؤولیت کیفری ناشی از انتقال بیماری‌ها از طریق پیوند اعضا و رابطه جنسی و چالش‌های آن با کسب نمره ۱۸,۳۰ و درجه بسیار خوب دفاع نموده ام، بدینوسیله متعهد می شوم:

۱) این پایان نامه/رساله حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و...) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج نموده ام.

۲) این پایان نامه / رساله قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاهها و مؤسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

۳) چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و... از این پایان نامه یا رساله داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.

۴) چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می پذیرم و دانشگاه آزاد اسلامی واحد سمنان مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی:

تاریخ و امضاء:

فهرست مطالب

صفحه

عنوان

۱	چکیده فارسی
۲	مقدمه
۶	فصل اول: کلیات و مفاهیم
۷	۱-۱- بیان مسأله
۸	۲-۱- اهمیت و ضرورت پژوهش
۹	۳-۱- پیشینه پژوهش
۱۷	۴-۱- اهداف پژوهش
۱۷	۵-۱- سؤالات پژوهش
۱۷	۱-۵-۱- سؤال اصلی
۱۷	۲-۵-۱- سؤالات فرعی
۱۸	۶-۱- فرضیه‌ها
۱۸	۱-۶-۱- فرضیه اصلی
۱۸	۲-۶-۱- فرضیه‌های فرعی
۱۸	۷-۱- تاریخچه موضوع
۱۸	۱-۷-۱- بیماری‌های مقاربتی
۲۰	۲-۷-۱- پیوند اعضا
۲۳	۸-۱- ساماندهی پژوهش
۲۳	۹-۱- روش پژوهش
۲۳	۱۰-۱- مفاهیم پژوهش
۲۳	۱-۱۰-۱- مسؤولیت کیفری
۲۵	۱-۱۰-۱-۱- معنای لغوی مسؤولیت کیفری
۲۵	۲-۱۰-۱-۱- معنای اصطلاحی مسؤولیت کیفری
۲۷	۲-۱۰-۱-۲- تقصیر

۲۸.....	۱-۲-۱۰-۱- معنای لغوی تقصیر.....
۲۸.....	۲-۲-۱۰-۱- معنای اصطلاحی تقصیر.....
۳۰.....	۳-۱۰-۱- پیوند عضو.....
۳۱.....	۱-۳-۱۰-۱- معنای لغوی پیوند عضو.....
۳۱.....	۲-۳-۱۰-۱- معنای اصطلاحی پیوند عضو.....
۳۳.....	۴-۱۰-۱- انتقال بیماری.....
۳۳.....	۱-۴-۱۰-۱- معنای لغوی انتقال بیماری.....
۳۴.....	۲-۴-۱۰-۱- معنای اصطلاحی انتقال بیماری.....
۳۵.....	۳-۴-۱۰-۱- راه‌های انتقال بیماری.....
۳۷.....	۵-۱۰-۱- مرگ مغزی.....
۳۸.....	۱-۵-۱۰-۱- معنای لغوی مرگ مغزی.....
۳۸.....	۲-۵-۱۰-۱- معنای اصطلاحی مرگ مغزی.....
۴۰.....	۱۱-۱- مراحل پیوند عضو.....
۴۰.....	۱-۱۱-۱- تشخیص و تأیید مرگ مغزی.....
۴۰.....	۲-۱۱-۱- بررسی معیارهای لازم برای اهداء عضو.....
۴۱.....	۳-۱۱-۱- رضایت گرفتن از خانواده اهداکننده مرگ مغزی شده.....
۴۱.....	۱۲-۱- تاریخچه تقنینی.....
۴۲.....	۱-۱۲-۱- تاریخچه تقنینی انتقال بیماری از طریق رابطه جنسی.....
۴۲.....	۲-۱۲-۱- تاریخچه تقنینی انتقال بیماری از طریق پیوند عضو.....
۴۳.....	۱-۲-۱۲-۱- تاریخچه تقنینی فرایند پیوند عضو.....
۴۷.....	۲-۲-۱۲-۱- تاریخچه تقنینی مسؤولیت پزشک.....
۵۱.....	فصل دوم: مسؤولیت انتقال بیماری از طریق رابطه جنسی.....
۵۲.....	۱-۲- مسؤولیت انتقال بیماری از طریق رابطه جنسی از دیدگاه فقها.....
۵۲.....	۱-۱-۲- مبانی مسؤولیت کیفری.....
۵۳.....	۱-۱-۱-۲- آیات مرتبط.....
۶۱.....	۲-۱-۱-۲- روایات.....
۶۳.....	۳-۱-۱-۲- قواعد فقهی.....
۶۵.....	۲-۱-۲- آرای فقها در مورد انتقال بیماری از طریق رابطه جنسی.....

- ۶۸-۲-۲ - مسؤولیت کیفری انتقال بیماری از طریق رابطه جنسی از دیدگاه حقوق دانان ۶۸
- ۶۹-۲-۲-۱ - ضرورت جرم‌انگاری ۶۹
- ۶۹-۲-۲-۱-۱ - دلایل مخالفان جرم‌انگاری و ادله آن‌ها ۶۹
- ۷۳-۲-۲-۱-۲ - دلایل موافقان جرم‌انگاری و ادله آن‌ها ۷۳
- ۷۵-۲-۲-۲ - مسؤولیت کیفری انتقال بیماری از طریق رابطه جنسی ۷۵
- ۷۵-۲-۲-۱-۲ - انتقال بیماری‌های کشنده در حالت عامدانه ۷۵
- ۷۸-۲-۲-۲-۲ - انتقال بیماری‌های کشنده در حالت غیرعامدانه ۷۸
- ۸۰-۲-۲-۳ - انتقال بیماری‌های غیرکشنده در حالت عامدانه ۸۰
- ۸۱-۲-۲-۴ - انتقال بیماری‌های غیرکشنده در حالت غیرعامدانه ۸۱
- ۸۱-۳-۲ - چالش‌ها و خلأها ۸۱
- ۸۲-۳-۱-۱ - فاصله بین انتقال بیماری و وقوع نتیجه (سلب حیات) ۸۲
- ۸۲-۴-۲ - راهکارها ۸۲

۸۷- فصل سوم: انتقال بیماری از طریق پیوند عضو ۸۷

- ۸۸-۱-۳-۱ - مسؤولیت کیفری انتقال بیماری از طریق پیوند عضو از دیدگاه فقها ۸۸
- ۸۸-۱-۱-۱-۱ - مبانی مسؤولیت کیفری ۸۸
- ۸۸-۱-۱-۱-۳ - آیات ۸۸
- ۹۱-۲-۱-۱-۳ - روایات ۹۱
- ۹۱-۳-۱-۱-۳ - عقل ۹۱
- ۹۳-۴-۱-۱-۳ - قواعد فقهی ۹۳
- ۹۴-۲-۱-۳ - آرای فقها در مورد انتقال بیماری از طریق پیوند عضو ۹۴
- ۹۴-۱-۲-۱-۳ - قاعده لاضرر ۹۴
- ۹۵-۲-۲-۱-۳ - مسؤولیت پزشک ۹۵
- ۹۹-۲-۳-۲ - انتقال بیماری از طریق پیوند عضو به گیرنده عضو ۹۹
- ۹۹-۱-۲-۳-۱ - فرض مسئولیت پزشک و کادر درمانی در هر شرایطی ۹۹
- ۱۰۲-۲-۲-۳ - فرض آگاه بودن فرد دهنده عضو از بیماری خود ۱۰۲
- ۱۰۳-۳-۲-۳ - فرض عدم آگاهی فرد دهنده عضو از بیماری خود ۱۰۳
- ۱۰۳-۴-۲-۳ - فرض پیوند عضو از فرد فوت شده در صورت ابتلا به بیماری ۱۰۳
- ۱۰۴-۳-۳-۳ - چالش‌ها و خلأها ۱۰۴

- ۱۰۴-۳-۱- علم خانواده متوفی به بیمار بودن دهنده عضو..... ۱۰۴
- ۱۰۴-۳-۲- ابتلای دهنده عضو به بیماری..... ۱۰۴
- ۱۰۴-۳-۴- راهکارها..... ۱۰۴
- ۱۰۴-۴-۱- خانواده متوفی..... ۱۰۴
- ۱۰۶-۴-۲- انتقال بیماری به دهنده عضو..... ۱۰۶
- ۱۰۷-۴-۲-۱- فرض بیع در فرایند پیوند..... ۱۰۷
- ۱۰۹-۴-۲-۲- عدم وجود فرض بیع در فرایند پیوند..... ۱۰۹
- ۱۱۰-۳-۵- نتیجه گیری..... ۱۱۰
- ۱۱۱-۳-۵-۱- انتقال بیماری از طریق رابطه جنسی..... ۱۱۱
- ۱۱۱-۳-۵-۲- انتقال بیماری از طریق پیوند عضو..... ۱۱۱
- ۱۱۳-۳-۶- چشم انداز تحقیقات آتی..... ۱۱۳
- ۱۱۳-۳-۶-۱- خسارت معنوی..... ۱۱۳
- ۱۱۶-۳-۶-۲- رازداری پزشکی..... ۱۱۶
- ۱۱۹..... فهرست منابع..... ۱۱۹
- ۱۲۸..... پیوست یک: قانون نحوه جلوگیری از بیماری‌های واگیردار..... ۱۲۸
- ۱۳۲..... پیوست دو: دستورالعمل اهدا و پیوند کلیه از اهداکنندگان زنده..... ۱۳۲
- ۱۳۶..... پیوست سه: قانون مجازات عمومی سال ۱۳۰۴..... ۱۳۶
- ۱۳۸..... پیوست چهار: قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰..... ۱۳۸
- ۱۴۰..... چکیده انگلیسی..... ۱۴۰

فهرست جدول‌ها

صفحه	عنوان
۱۴	جدول ۱-۱- مقالات.....

چکیده فارسی

بیماری‌ها از طرق گوناگون منتقل می‌شوند. یکی از مهم‌ترین راه‌های انتقال بیماری، رابطه جنسی است و روش دیگر که کمتر مورد توجه قرار گرفته انتقال بیماری از طریق پیوند اعضا می‌باشد. مسأله‌ای که در این پژوهش مورد مذاقه قرار گرفته این است که در صورت انتقال بیماری از طریق رابطه جنسی یا پیوند عضو، مسئولیت کیفری بر عهده چه کسی است و چه مجازاتی برای مجرم یا مجرمان باید در نظر گرفت؟ در این پژوهش، حالات و فروض مختلف انتقال بیماری از طریق تماس جنسی و پیوند عضو تجزیه و تحلیل شده‌است. از دقت در مجموع دیدگاه‌های فقها و حقوقدانان به این نتیجه می‌رسیم که با توجه به ماهیت بیماری منتقل شده اعم از کشنده یا غیر کشنده و هم‌چنین با در نظر گرفتن عنصر روانی؛ یعنی قصد مجرمانه (قصد سلب حیات یا ورود صدمه بدنی) یا تقصیر جزایی (بی احتیاطی، بی‌مبالاتی و...) مجازات منتقل کننده متفاوت خواهد بود. پاسخ به این سوالات از منظر فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار گرفته و خلأها و چالش‌های موجود به تفصیل بیان شده‌است.

کلید واژه: مسئولیت کیفری، پیوند عضو، رابطه جنسی، انتقال بیماری

مقدمه

سالانه تعداد زیادی از افراد به بیماری‌های مقاربتی مبتلا می‌شوند و این هشدار برای حقوقدانان به شمار می‌آید که چرا قانونگذار نتوانسته با تدوین قوانین بازدارنده از گسترش این معضل جلوگیری کند؟ براساس آخرین آمار تا اول مهرماه سال ۱۳۹۶، تخمین وزارت بهداشت این است که حدود ۶۶ هزار و ۳۷۵ فرد مبتلا به ویروس ایدز، زنده در ایران زندگی می‌کنند. از این تعداد ۲۶ هزار و ۴۶۴ فرد زنده شناسایی شده‌اند که به ویروس ایدز مبتلا و البته تحت درمان هستند که حدود ۴۰ هزار نفر که ۶۰ درصد مبتلایان را تشکیل می‌دهند، هنوز ناشناخته مانده‌اند. از این تعداد شناسایی شده حدود ۲۰ درصد بر اثر رابطه جنسی به عفونت HIV مبتلا شده‌اند، اما اگر مبتلایان شش ماهه اول سال جاری را در نظر بگیریم، حدود ۴۷ درصد آن‌ها از طریق رابطه جنسی به این ویروس مبتلا شدند و احتمالاً اگر موارد شناسایی بیشتر شود و افراد پنهان و ناشناخته به این ویروس شناسایی شوند، درصد موارد انتقال جنسی بیشتر خواهد شد؛ زیرا در کشورهای پیشرفته تا ۸۰ درصد موارد ابتلا از طریق رابطه جنسی است.^۱

بیماری‌های مقاربتی در طول تاریخ وجود داشته و در هر دوره بر اثر رفتارهای اجتماعی خاص، انواعی از این بیماری‌ها در مناطق متفاوتی از جهان شیوع بیشتری پیدا می‌کرده‌است. اما به دلیل نگرش منفی که در رابطه با طرق انتقال آن وجود داشته، هرگز در سطح جامعه و به صورت باز مطرح نشده بودند. در سال‌های اولیه دهه هشتاد میلادی با به ثبت رسیدن اولین بیماران مبتلا به ایدز در آمریکا و این حقیقت که درمانی برای این بیماری وجود نداشت، مسئولین به فکر افتادند که جوامع باید از وجود این بیماری و طرق انتقال آن با خبر باشند تا بتوانند از خود محافظت نمایند.

مجلس شورای ملی در سال ۱۳۲۰ قانونی را تحت عنوان «قانون نحوه جلوگیری از بیماری‌های واگیردار» به تصویب رسانده که انتقال بیماری‌های آمیزشی را از طریق روابط جنسی قابل مجازات دانسته است. ماده ۹ این مصوبه بیان می‌دارد: «هر کس بداند که مبتلا به بیماری آمیزشی واگیر بوده و یا آن که اوضاع و احوال شخصی او طوری باشد که بایستی حدس بزند که بیماری او

^۱. پایگاه خبر آنلاین، ۱۳۹۶: کد خبر ۴۷۲۳۷

واگیر است و به واسطه آمیزش او، طرف مقابل مبتلا شود و به مراجع قضایی شکایت کند، مبتلا کننده به حبس تأدیبی از سه ماه تا یک سال محکوم می شود.»

مراجع بزرگوار نیز نسبت به این موضوع (انتقال بیماری جنسی منتهی به سلب حیات) نظرات متعددی ابراز فرموده‌اند. آیت الله العظمی فاضل لنکرانی و آیت الله هاشمی شاهرودی این عمل را قتل عمدی و فعل حرام به شمار آورده‌اند. آیت الله العظمی مکارم شیرازی، حکم به قتل عمد را مشروط بر اینکه فاصله زمانی زیادی از ابتلاء تا فوت معنی‌علیه نباشد، صحیح دانسته‌اند. آیت الله العظمی موسوی اردبیلی نیز قصاص را جز به قصد قتل جائر نشمرده و کشندگی این بیماری را نزد خود ثابت ندانسته‌اند.

در مثالی دیگر از حضرات آیات عظام سؤال شده که اگر عمل مزبور با رضایت معنی‌علیه صورت پذیرفته باشد، آنگاه مسؤولیت ناقل چگونه خواهد بود؟ پاسخی که ایشان مرقوم داشته‌اند از این قرار است:

- آیت الله العظمی مکارم شیرازی: ناقل ضامن است ولی حکم قصاص را ندارد.
- آیت الله العظمی فاضل لنکرانی: رضایت به جنایت مجوز جواز آن نمی‌شود.
- آیت الله العظمی موسوی اردبیلی: ناقل بیماری، ضامن نیست اگرچه قابل تعزیر می‌باشد.
- آیت الله العظمی شاهرودی: مرتکب حرام شده است.

چنانچه از آراء حضرت عظام برمی‌آید، مسئله مورد سؤال اختلافی است. تا آنجا که گاه یکی حکم به قصاص جانی می‌دهد و دیگری تنها ناقل را مسؤول می‌شناسد و حکم به قصاص را منتفی می‌داند.

پژوهش‌های حقوقی بسیاری در این زمینه انجام شده اما موضوعی که در تمام این مقالات به چشم می‌خورد تاکید بر وجود خلأ قانونی است. هم‌چنین در صورت اثبات انتقال بیماری و شکایت معنی‌علیه، قانون پاسخ صریحی برای آن نداشته و محاکم مجبور به اعمال نظرات شخصی در صدور آراء هستند.

پیشرفت‌ها و خدمات نوین پزشکی در عرصه پیوند اعضا و آثار و تبعات حقوقی مترتب بر آن، فقها و حقوقدانان را بر آن داشته تا با مذاقه در مبانی فقهی و حقوقی، درصدد یافتن پاسخی مناسب به این نیاز جامعه علمی و حقوقی باشند. مسؤلیت کیفری انتقال بیماری‌های مسری در پیوند عضو، یکی از مباحث چالشی و نیازمند دقت علمی در این زمینه است. از آنجا که در فرایند پیوند عضو و انتقال بیماری‌های مسری با سه رکن اساسی کادر پزشکی، منتقل و منتقل‌الیه یا همان مجنی علیه مواجهیم، به ناچار باید به طور جداگانه به بررسی میزان مسؤلیت کیفری هر کدام بپردازیم. برآیند دیدگاه‌های فقهی و حقوقی موجود آنست که با توجه به نوع بیماری منتقل شده و کشنده یا غیرکشنده بودن آن و نیز با توجه به وجود قصد مجرمانه سلب حیات یا ورود صدمه بدنی و نیز تقصیر جزایی (بی احتیاطی، بی‌مبالاتی و ...) مجازات متفاوت خواهد بود. علاوه بر این با توجه به الزامات پزشکی قبل از پیوند از جمله بررسی وجود عفونت‌ها یا سابقه بیماری خاص، در صورت انتقال بیماری‌های مسری پس از پیوند عضو باید قصور کادر پزشکی به طور ویژه مورد امعان نظر قرار گیرد.

نکات اخلاقی و حقوقی جدا کردن عضو از بدن انسان زنده و اجساد، تعریف مرگ مغزی، شرایط اخلاقی و قانونی دهنده و گیرنده پیوند و نحوه ارتباط مالی بین آنان و بسیاری از مسائل دیگر جزء مواردی است که شاید پاسخ صریحی برای آنان وجود نداشته باشد. مع الوصف بذل توجه به این نکات از متخصصین امر مورد انتظار است. میزان موفقیت عمل پیوند و بقاء بافت پیوندی به عواملی نظیر نوع پیوند، عضو پیوندی، وضعیت جسمانی گیرنده، داروهای مورد استفاده پس از عمل (داروهای مهارکننده سیستم ایمنی)، مراقبت دائمی و دوره‌ای از بیماران پیوندی بستگی دارد که گاه با صرف هزینه‌های بسیار نیز همراه می‌باشد. انتخاب و انجام بررسی‌های دقیق بر روی فرد دهنده و گیرنده پیوند و نیز استریل نمودن صحیح عضو و بافت پیوندی جهت جلوگیری از ایجاد عفونت و بدخیمی در فرد گیرنده و توجه کامل به سلامت بدنی و روانی فرد دهنده پس از انجام پیوند از جمله مسائلی است که در این مقوله بایستی مدنظر قرار گیرد.^۱

۱. عباسی، محمود، ۱۳۸۲، حقوق پزشکی: پیوند اعضا، انتشارات نقش هزار رنگ، ص ۱۳۵

در این پژوهش، سعی بر آن است تا با استناد به منابع مختلف اعم از حقوقی و فقهی، راه‌حل جامع و کاملی برای تعیین مسؤلیت‌های کیفری افراد مختلف، پیرامون مبحث انتقال بیماری‌ها ناشی از پیوند اعضا و روابط جنسی بیابیم. این رساله در سه فصل تدوین شده‌است. در فصل اول مفاهیم و کلیات پژوهش از جمله: بیان مسأله، ضرورت و اهمیت پژوهش، تعریف مفاهیم، تاریخچه و ... آمده‌است. فصل دوم و سوم به ترتیب مسؤلیت کیفری انتقال بیماری از طریق رابطه جنسی و پیوند عضو و چالش‌ها و خلأها در این حوزه‌ها مورد بحث قرار گرفته و در انتهای فصل سوم جمع‌بندی و پیشنهاداتی نیز برای پژوهش‌های آتی ارائه شده‌است.

فصل اول:

کلیات و مفاهیم

۱-۱- بیان مسأله

افزایش آمار انتقال بیماری از طریق روابط جنسی باعث شده توجه حقوق‌دانان به این موضوع جلب شود. هم‌چنین گسترش پیوند اعضا در ایران و پیامدهای آن از جمله انتقال بیماری مقوله مهم و کاربردی است که باید از منظر حقوقی مورد بررسی قرار گیرد. با توجه به شکاف تحقیقاتی که در این زمینه وجود دارد (براساس بخش پیشینه پژوهش) هیچ‌یک از پژوهش‌های مذکور به طور کامل و در کنار هم دو مقوله ارتباط جنسی و پیوند عضو و انتقال بیماری از این طرق و مسئولیت کیفری همه‌ی اطراف این موضوع را بررسی نکرده‌اند. هم‌چنین قانون خاصی که این موضوع را بررسی کرده‌باشد وجود ندارد. با توجه به خلأ قانونی موجود، به طرح این سؤال می‌پردازیم که چگونه می‌توان رفتارهای مخاطره‌آمیز در روابط جنسی را به عقوبت رساند و اساساً چه مجازاتی را می‌توان بر این گونه اعمال اجرا نمود؟ آیا اصولاً امکان اعمال مجازات بر چنین رفتارهایی وجود دارد؟ آیا فقدان نص خاص در این رابطه، سبب تبرئه متهمین را فراهم نمی‌آورد؟ طبق ماده ۲ ق.م.ا. مراد از جرم، هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل است که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد و بدون صراحت قانون، جرمی محقق نمی‌گردد. و اصل ۳۶ ق. اساسی اذعان می‌دارد که حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد. اصل ۱۶ ق. اساسی نیز مقرر می‌دارد که احکام دادگاهی باید مستند و مستدل به مواد قانون باشد. این اصل در حقوق جزا به اصل قانونی بودن جرم و مجازات مشهور می‌باشد. طبق این اصل مادام که عملی توسط قانونگذار نهی نشده، چنانچه شخصی مرتکب آن گردد، مجازات وی عقلاً قبیح و ناپسند است. این اصل در فقه نیز تحت عنوان «قیح عقاب بلا بیان» مطرح شده که متضمن همین مفهوم می‌باشد. به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده و یا متعارض باشند یا آنکه اصلاً قانونی در قضیه مربوطه وجود نداشته باشد، قضات مکلفند با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند و الا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات

آن محکوم خواهند شد. بنابراین با توجه به اصل مارالذکر و همچنین ماده ۳ آ.د.م دادگاه موظف است به دعوی مطروحه رسیدگی کرده و حکم مقتضی را صادر نماید. اما به نظر، اعمال اصل و ماده مزبور در مورد بحث ما با اشکالاتی چند روبروست. به عنوان مثال الزام قاضی به اخذ فتاوی معتبر اندکی کلی است. منظور از فتاوی معتبر چیست و در صورت وجود فتاوی مغایر، تکلیف قاضی چه می‌باشد؟

چنانچه از آراء حضرات عظام (بخش تاریخیچه تقنینی و فقهی) برمی‌آید، مسأله مورد سؤال اختلافی است. تا آنجا که گاه یکی حکم به قصاص جانی می‌دهد و دیگری تنها ناقل را مسؤول می‌شناسد و حکم به قصاص را منتفی می‌داند. حال اگر قاضی را موظف بدانیم که حکم مسأله را از فتاوی معتبر استخراج نماید، وی را به کدامیک از فتاوی باید ملزم دانست و آیا اساساً چنین امری سبب اختلاف در آراء و برهم خوردن نظم قضائی نخواهد شد؟

در این پژوهش، انتقال بیماری هم از طریق روابط جنسی و هم چنین پیوند عضو و مسؤولیت‌های ناشی از آن به طور کامل و جامع مورد بررسی قرار خواهد گرفت. این تحقیق می‌تواند راهگشای بسیاری از سوالات و مشکلات در حوزه کاری و کلا، قضات و پزشکان باشد.

۱-۲- اهمیت و ضرورت پژوهش

امروزه زنگ خطر در خصوص افزایش بیماری‌های مقاربتی در سراسر جهان به صدا درآمده است. کشور ما نیز از این قاعده مستثنی نیست. از سویی دیگر، بحث اهدای عضو بسیار فراگیر شده است و از لحاظ اخلاقی و پزشکی نیز مورد استقبال فراوانی قرار گرفته است.

اما اگر شخص "الف" از طریق رابطه جنسی یا اهدای عضو سبب انتقال بیماری به شخص یا اشخاص دیگری شود چه مسؤولیتی از لحاظ قانونی متوجه شخص "الف" است؟ آیا قانون‌گذار برای این موضوع تدبیری اندیشیده است؟ همچنین چه مسؤولیتی متوجه پزشک و کادر پزشکی با فرض تقصیر و عدم تقصیر، خانواده متوفی منتقل کننده عضو با همان فروض دو گانه خواهد بود؟

بررسی‌های صورت گرفته، نشان می‌دهد قانون مشخص و معینی در این خصوص تدوین نشده‌است. با این وجود در موارد مذکور غالباً محاکم به استناد قوانین موجود تصمیم‌گیری می‌کنند که در خصوص برخی از فروض مورد بررسی در این پژوهش، انجام این امر، کاری بس دشوار است.

۱-۳- پیشینه پژوهش

همانطور که پیشتر بیان شد موضوع تحقیق پیش رو، از دو دیدگاه بیماری‌های مقاربتی و اهدای عضو دارای اهمیت است.

پژوهش‌های صورت گرفته مرتبط با موضوع بیماری‌های مقاربتی از منظر حقوقی بیشتر به مقوله ایدز پرداخته‌اند. پایان‌نامه‌هایی در این زمینه کار شده‌اند به طور نمونه: سراجی (۱۳۸۶) در پایان‌نامه خود با عنوان "آثار فقهی و حقوقی انتقال بیماری ایدز از طریق تماس جنسی" به بررسی انتقال بیماری ایدز از طریق تماس جنسی از دو منظر فقهی و حقوقی پرداخته‌است. میرزایی (۱۳۸۸) در پایان‌نامه "مسئولیت مدنی ناشی از انتقال بیماری ایدز" انتقال بیماری ایدز را از دیدگاه مسئولیت مدنی مورد بررسی قرار داده‌است. امام دادی (۱۳۸۹) در مقطع کارشناسی ارشد از پایان‌نامه با موضوع "مسئولیت کیفری انتقال ویروس ایدز" دفاع کرده‌است. کمالی میرزایی (۱۳۹۱) عنوان "مسئولیت کیفری عاملان انتقال بیماری ایدز" را برای پایان‌نامه کارشناسی ارشد خود برگزیده و در آن عوامل انتقال بیماری ایدز را تحلیل و مسئولیت کیفری هریک را بررسی کرده‌است. احسان پور (۱۳۹۴) در رساله دکتری خود با عنوان "مطالعه تطبیقی سیاست کیفری ایران و ایالات متحده در خصوص مبتلایان به ایدز و ناقلان آن" نحوه برخورد با مبتلایان و ناقلان بیماری ایدز را در دو کشور ایران و ایالات متحده بررسی کرده‌است.

مقالاتی نیز در این خصوص تالیف شده‌است برای نمونه: عباسی و همکاران (۱۳۸۷) در مقاله‌ای با عنوان "انتقال بیماری ایدز از طریق تماس جنسی و انتقال خون، از آثار حقوقی تا پیامدهای کیفری" در خصوص گروه‌های در معرض خطر و نظرات موافقان و مخالفان جرم‌انگاری رفتارهای