فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین

Journal of Jurisprudence and Modern Law

Home Page: www.jaml.ir

سال انتشار	۱۴۰۵	شماره انتشار		دوره انتشار		صفحات	۱-۱۶

بررسی فقهی و حقوقی سرقت اطلاعات ژنتیکی

آقای نایب علی اختری

دکتری تخصصی حقوق جزا، جامعه المصطفی العالمیه، نمایندگی خراسان، مشهد، ایران.

چکیده

با پیشرفت علوم زیستی، اطلاعات ژنتیکی افراد، کاربردهای گسترده پیدا نموده است. جمع‌آوری و انتقال آن به بانک‌های زیستی باهدف بهره‌برداری در زمینه‌های تحقیقاتی، قضائی، امنیتی، نقض حقوق مالکیت و حریم خصوصی ژنتیکی صاحبان داده را در پی دارد. فقدان مقررات کیفری خاص در حمایت از اطلاعات ژنتیکی افراد، ضرورت مطالعهٔ فقهی و حقوقی آن را آشکار می‌سازد. پژوهش حاضر با رویکرد توصیفی-تحلیلی و روش کتابخانه‌ای، به تحلیل فقهی-حقوقی سرقت اطلاعات ژنتیکی پرداخته است. نتایج پژوهش نشان می‌دهد در سرقت داده‌های ژنومی به دلیل فقدان شرط «عین بودن مال» و «اخراج از حرز» از شروط تحقق سرقتِ حدی، حد شرعی سرقت قابل‌اجرا نیست؛ زیرا متبادر از مفهوم «عین» و «اخراج» در ادله سرقت عین خارجی و اخراج فیزیکی است که بر داده‌های ژنومی و جابه‌جایی آن از طریق امواج الکترومغناطیسی منطبق نمی‌گردد. بااین‌حال، دسترسی غیرمجاز به داده‌های ژنومی افراد، به سبب ارزش اقتصادی، ماهیت ارثی و هویتی با استناد به ادله‌ی حرمت تصرّف در مال غیر، حرمت افشاء، حرمت ظلم و قاعده‌ی لا ضرر، حرام محسوب می‌گردد. قانون‌گذار اسلامی می‌تواند با استناد به «قاعده‌ی تعزیر لکل امر حرام» با لحاظ مقتضیات زمان، مکان، وضعیت مرتکب و شدت پیامدهای رفتار مجرمانه، مجازات تعزیری متناسب وضع و اعمال نماید.

واژگان کلیدی: سرقت، سرقت اطلاعات ژنتیکی، سرقت حدی، سرقت تعزیری

طبقه‌بندی JEL : فقه – حقوق – جزا و جرم شناسی – حقوق بین الملل – حقوق خصوصی

فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین
Journal of Jurisprudence and Modern Law
Home Page: www.jaml.ir

A Jurisprudential and Legal Examination of Genetic Information Theft

Abstract

: “With the advancement of biological sciences, individuals’ genetic information has acquired extensive applications. The collection and transfer of such information to biobanks for exploitation in research, forensic, and security contexts entail violations of the ownership rights and genetic privacy of data holders. The absence of specific criminal provisions for the protection of individuals’ genetic information underscores the necessity of a jurisprudential (fiqhī) and legal examination of the matter.The present study, adopting a descriptive-analytical approach and employing library-based research methods, conducts a jurisprudential-legal analysis of genetic information theft.The findings indicate that in the theft of genomic data, due to the absence of the conditions of the property being a ʿayn (corporeal object) and ikhrāj min al-ḥirz (removal from a secure enclosure)—which are prerequisites for the realization of ḥadd theft—the fixed Sharʿī punishment (ḥadd) for theft is not enforceable. This is because the primary import (mutabādir) of the concepts of ʿayn and ikhrāj in the proofs of theft refers to an external corporeal object and physical removal, which do not correspond to genomic data and their transfer via electromagnetic waves. Nevertheless, unauthorized access to individuals’ genomic data, owing to their economic value, hereditary nature, and identity-defining character, is deemed legally prohibited (ḥarām) on the basis of the proofs of the prohibition of appropriation of another's property, the prohibition of disclosure, the prohibition of injustice (ẓulm), and the rule of lā ḍarar (no harm). The Islamic legislator may, by reference to the “qāʿidat al-taʿzīr li-kulli amrin ḥarām” (the rule that taʿzīr applies to every prohibited act), and taking into account temporal and spatial exigencies, the offender’s circumstances, and the gravity of the consequences of the criminal conduct, prescribe and apply a proportionate discretionary (taʿzīrī) punishment.

Keywords: "theft", "genetic information theft","ḥadd theft", "taʿzīr theft".

فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین
Journal of Jurisprudence and Modern Law
Home Page: www.jaml.ir

متن مقاله

با پیشرفت علوم زیستی و گسترش صنعت ژنومیک، به‌عنوان هفتمین صنعت مهم قرن بیست و یکم، اطلاعات ژنومی انسان به جهت کاربرد در حوزه‌های مختلف اهمیت پیدا نموده است. در حوزۀ تشخیصی با اهداف درمانی از اطلاعات ژنتیک برای غربالگری و جلوگیری از بیماری‌ها و معلولیت‌های با منشأ ژنتیکی استفاده می‌شود (محمودی، ۱۳۹۸: ۸۵) و با اهداف غیر درمانی برای شناسایی و پیش‌بینی استعدادها و توانمندی‌های افراد در زمینۀ مختلف ورزشی و در جهت تولید پروتئین‌هایی که در منقبض شدن ماهیچه و استقامت دویدن‌های طولانی افراد نقش دارد، کاربرد دارد (اردکانی، ۱۳۹۵). در حوزۀ «فارماکوژنتیک» شرکت¬های دارویی با استفاده از داده‌های ژنومی عکس‌العمل بدن افراد را به داروهای متفاوت و مواد شیمیایی در محیط‌زیست پیش‌بینی نموده و ضمن امکان آزمایش داروهای جدید در بخش‌های مختلف از جمعیت و مکان‌های مختلف، برای هر فرد مطابق بااستعداد ژنتیکی و ساختار جسمی و محیطی او دارو و روش درمان مخصوص را تولید می¬نماید (صادقی، ۱۳۸۴). در حوزه قضائی از اطلاعات ژنتیک در شناسایی مجرمین درصحنه‌های جنایی، رهایی افراد بی‌گناه متهم به جنایت و شناسایی قربانیان حوادث و جنایات، تشخیص والدین و ارتباطات فامیلی افراد استفاده می‌گردد. از اطلاعات DNA افراد در رسیدگی‌های حقوقی و قضایی با عنوان «شهود خاموش» یاد می‌شود (میر هاشمی، ۱۳۹۶: ۷۴). در حوزۀ جمعیت‌شناسی از داده‌های ژنتیک در جهت درک سرشت و محتوای دگرگونی ژنتیک در یک جمعیت و اقوام مختلف و حفظ گونه‌های مختلف ژنتیک انسانی استفاده می‌گردد (ساعد،۱۳۹۶: ۱۰۴). امروزه استفاده از ابزارهای زیستی به‌عنوان یک حمله بیوتروریستی و جنگ بیولوژیکی علیه گروه‌ها و کشورها به‌سادگی امکان‌پذیر است اطلاعات ژنومی قابلیت استفاده در جهت تولید سلاح‌های ژنی و اقدام¬هایی نظیر تولید و گسترش عوامل بیماری‌زا علیه افراد و گروه‌های خاص را دارد. کاربردهای گستردۀ اطلاعات ژنومی انسان در حوزه‌های گوناگون علمی، بالینی، قضائی و زیستی، زمینه‌ساز افزایش چشمگیر سرمایه‌گذاری در این عرصه شده است. افراد، شرکت‌های زیست‌فناوری و نهادهای تحقیقاتی با اهداف بهره‌برداری تحقیقاتی، تجاری و امنیتی، به جمع‌آوری و انتقال داده‌های ژنومی افراد و گروه‌های جمعیتی به بانک‌های زیستی (Biobanks) اقدام می‌نمایند، این اقدام می-تواند با نقض حقوق صاحبان اطلاعات ژنتیکی همراه باشد. در قوانین جمهوری اسلامی ایران مقررات کیفری خاصی که به‌طور مستقل به حمایت از اطلاعات ژنتیکی افراد و گروه‌ها اختصاص‌یافته باشد، پیش‌بینی‌نشده است. این امر ضرورت مطالعۀ فقهی و حقوقی در این زمینه را آشکار می‌سازد. ازآنجاکه اطلاعات ژنتیکی درنتیجۀ کاربردهای گسترده، دارای ارزش مالی و تجاری گردیده و در ادبیات علمی معاصر با عنوان «طلای سبز» از آن یاد می‌شود، این پرسش مطرح می‌شود که آیا مقررات کیفری مربوط به سرقت بر اخذ، جمع‌آوری و انتقال داده‌های ژنومی افراد و گروها به بانک‌های زیستی باهدف بهره‌برداری تحقیقاتی، تجاری و امنیتی اعمال گردد؟ به‌بیان‌دیگر آیا شرایط تحقق بزه سرقت حدی و نیز عناصر تشکیل‌دهنده سرقت تعزیری، بر اقدامات مذکور (اخذ و انتقال داده‌های ژنومی انسان) قابل انطباق است یا خیر؟

پیشینه و روش پژوهش

در پژوهش‌های انجام‌شده پیرامون اطلاعات ژنوم انسانی، به موضوعاتی از قبیل ضرورت حمایت قانونی از داده‌های ژنومی (منتظری و یاحقی، ۱۳۸۸)، لزوم ایجاد بانک اطلاعات ژنوم و پیامدهای اخلاقی و حقوقی آن (حکیم زاده خوئی و دروگری، ۱۳۹۴)، جرم‌انگاری افشای داده‌های ژنومی

فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین
Journal of Jurisprudence and Modern Law
Home Page: www.jaml.ir

(حسینی و نریمان پور، ۱۳۹۹) و تحلیل کیفری اسرار ژنتیکی (چاپاری، ۱۴۰۴) پرداخته‌شده است. در خصوص سرقت داده‌های ژنومی، مقاله‌ای با عنوان «بررسی سرقت اطلاعات DNA از منظر فقه و حقوق ایران» (یوسفی زادگان و سلطانی فرد، ۱۴۰۱) به بررسی شرط «مالیت»، «پنهانی بودن» و «قصد سارق نسبت به تملک دائمی» در سرقت اطلاعات DNA پرداخته و انطباق این شرایط را بر سرقت اطلاعات DNA نتیجه گرفته است. از میزان اختیار و سلطه صاحبان ژنوم بر داده‌های ژنومی، تحقق مفهوم «حرز» و «هتک حرز» و نیز نحوهٔ «اخراج» و «انتقال» این داده‌ها که از شرایط قابل ابهام و چالش‌برانگیز در سرقت اطلاعات ژنتیکی است و عناصر تشکیل‌دهنده سرقت تعزیری بحث نشده است. با عنایت به کاستی پژوهش پیشین، پژوهش حاضر با اتخاذ رویکردی توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از روش کتابخانه‌ای با رجوع به منابع استنباط و متون حقوقی به بررسی انطباق شرایط سرقت حدی و تعزیری بر اخذ، جمع‌آوری و انتقال غیرمجاز داده‌ها و اطلاعات ژنومی افراد و گروه‌های جمعیتی می‌پردازد.

۱- مفاهیم

۱- مفهوم اطلاعات ژنتیک

اطلاعات ژنتیکی به داده‌های قابل توارث افراد که از طریق تجزیه و تحلیل ساختار ژنوم انسان به دست می‌آید اطلاق می‌شود. «ژنوم» به تمام ژن‌های موجود در ۲۳ جفت کروموزوم هسته سلولی انسان اطلاق می‌شود که از حدود سه بیلیون جفت باز تشکیل‌شده است (میر هاشمی ۱۳۹۶: ۱۹). اطلاعات ژنتیکی ضمن اینکه حاوی اطلاعات درباره ویژگی ارثی، بیماری‌های ژنتیکی، استعداد به بیماری‌ها یا وضعیت سلامت آینده فرد هست و به فرد خاص تعلق دارد به خانواده و گروه که فرد جزء آن گروه محسوب می‌شود حتی به همه افراد انسانی با توجه به وحدت نوعی افراد انسانی نیز ارتباط دارد و از جنبهٔ اشتراک داده‌های ژنومی انسان تحت عنوان «میراث مشترک بشریت» یاد می-گردد.

با پیشرفت علوم زیستی و گسترش صنعت ژنومیک، اطلاعات ژنتیکی، کاربردهای گسترده درزمینهٔ مختلف پیدا نموده است (کاظمی و دیگران ۱۳۸۹) و امروزه از آن تحت عنوان «طلای» سبز یاد می‌شود، محققان و سرمایه‌گذاران و شرکت‌های زیست‌فناوری برای تجاری کردن و بهره بردن از آن، اقدام به جمع‌آوری و ذخیره‌سازی و انتقال داده‌های ژنومی افراد و گروه‌ها می-نمایند.

۲- مفهوم سرقت اطلاعات ژنتیکی

سرقت ازنظر فقهی به «اخذ المال خفیهٔ» (اردبیلی، ۱۴۰۳ ق، ۱۳: ۲۲۷؛ طبسی، بی‌تا: ۳۶۱) یعنی گرفتن مال متعلق به دیگری به‌طور پنهانی تعریف‌شده است. ازنظر حقوقی سرقت به معنی ربودن مال متعلق به غیر آمده است. قانون‌گذار در ماده ۷۴۰ قانون مجازات اسلامی سرقت داده را به ربایش غیرمجاز داده‌های متعلق به دیگری تعریف نموده است که گاهی عین داده بعد از ربایش در اختیار صاحب آن باقی می‌ماند و گاهی عین داده بعد از ربایش در اختیار صاحب داده باقی نمی-ماند. با توجه به مفهوم سرقت و ماهیت اطلاعات ژنتیکی می‌توان گفت سرقت اطلاعات ژنتیکی عبارت است از: تصرف و انتقال غیرمجاز داده‌های ژنومی متعلق به دیگری، بدون رضایت مالک یا دارنده قانونی آن، باهدف بهره‌برداری تجاری، تحقیقاتی و امنیتی.

۲- سرقت حدی اطلاعات ژنتیکی

سرقت موجب حد در فقه و قانون مجازات اسلامی دارای شرایط مربوط به سارق و مسروق و عمل سرقت است برخی از این شرایط مقومات سرقت حدی و برخی شرایط اجرای مجازات سرقت حدی محسوب می-شود. سارق باید بالغ، عاقل، مختار و عالم به‌حکم و موضوع باشد و اکراه، اضطرار

فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین
Journal of Jurisprudence and Modern Law
Home Page: www.jaml.ir

و شبهه مالکیت وجود نداشته باشد. مال مسروق باید محترم، در حرز و به حدنصاب لازم برسد و مال مشاع و مأکول در سال قحطی نباشد. مسروق منه باید معلوم و مشخص، معصوم المال و دارای مالکیت صحیح بر مال بوده باشد. عمل سرقت نیز با اخراج مال از حرز توسط سارق همراه با هتک حرز و مخفیانه صورت پذیرد. در صورت وجود شرایط مقومات و شرایط اجرای مجازات سرقت حدی، حد سرقت اجرا می‌گردد. مادۀ ۳۶۸ قانون مجازات اسلامی نیز به تبعیت از فقه امامیه، دوازده شرط را در تحقق سرقت موجب حد برشمرده است، سرقت درصورتی‌که دارای تمام شرایط مذکور در ماده ۲۶۸ قانون مجازات باشد موجب حد است. شرط مالیت، مالکیت، مفهوم حرز و هتک حرز و اخراج و انتقال داده و مخفیانه بودن عمل و قصد سرقت از جمله شرایط سرقت موجب حد است که انطباق و تحقق آن در سرقت داده‌های ژنومی محل ابهام و قابل تأمل است.

۲-۱- مالیت اطلاعات ژنتیکی

یکی از شرایط سرقت موجب حد مالیت شیء مسروق است. ازنظر عرفی مال هرآن چیزی است که در نظر عرف عقلا مطلوب بوده و در جهت رفع نیازهای مادی و معنوی مردم مورد بهره‌برداری واقع شود. بسیاری از فقها ملاک مفهوم مالیت اشیاء را حادث شدن رغبت و تمایل مردم نسبت به آن اشیاء ذکر کرده-اند و این‌که برای تحصیل آن با یکدیگر به رقابت یا نزاع می-پردازند (حکیم، بی‌تا ص ۵؛ خویی بی‌تا ۲، ص ۳). از نظر مرحوم امام (ره) هر غرض از اغراض عقلائی که برداد و ستد و نگهداری شیء فاقد منفعت مترتب شود به نحو که چنین غرضی موجب اشتیاق و رغبت مردم به داد و ستد آن شیء شود موجب ایجاد مالیت در آن شیء می-گردد (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۱، ص ۲۴۶).

با توجه به تأثیر و کارایی داده‌های ژنومی درزمینهٔ مختلف و امکان به‌کارگیری این داده‌ها در مقاصد علمی، اقتصادی و امنیتی عرف عقلا ارزش خارق‌العادۀ و عظیمی برای آن قائل است و افزایش تقاضا برای اطلاعات ژنومی جهت کاربردهای گسترده در حوزه‌های مختلف سبب تغییر نگرش عرف عقلا به داده‌های ژنومی و سبب کسب درآمد تجاری از آن‌ها شده است. امروزه ژن‌ها در عرصۀ بیوتکنولوژی انسانی «طلای سبز» محسوب می‌شوند به همین جهت محققان و سرمایه‌گذاران و شرکت‌های زیست‌فناوری برای تجاری کردن و بهره بردن انحصاری از آن خواهان ثبت و دریافت گواهینامه اختراع مواد ژنتیکی جداشده و خالص‌شده از انسان هستند و برخی از کشورها برای استفادۀ پژوهی و تحقیقاتی و تولید دارو اقدام به ایجاد بیوبانک و جمع‌آوری و ذخیره‌سازی ژنوم انسانی نموده‌اند (خسروجردی، غلام پور و حسینی پویا،۱۴۰۳). از این‌جهت که در نظر عرف عقلا رغبت و تمایل به داده‌های ژنومی ایجادشده است و داده‌های ژنومی وصف مال را پیدا نموده است می‌تواند موضوع سرقت واقع شود؛ زیرا عرف عقلا به داده‌های ژنومی رغبت و تمایل نشان می-دهد و در رفع نیازهای زندگی‌شان از آن بهره می-گیرند.

ممکن است این ادعا مطرح شود که ایجاد وصف مالیت در داده‌های ژنومی و ترتیب آثار مالیت از قبیل نقل و انتقال و خریدوفروش با ادله احترام تمامیت جسمانی و کرامت ذاتی انسان ناسازگار است؛ زیرا از نظر فقهی انسان بماهو انسان کرامت دارد آیۀ ۷۰ سوره مبارکه اسراء «وَ لَقَدْ کَرَّمْنا بَنِی آدَمَ» در مقام منّت نهادن همراه با سرزنش، اشاره به ارزش ذاتی جنس بشر دارد. مفهوم تکریم نیز یک مفهوم نفسی است شخص موردتکریم از جهت آن خصوصیت که در خود اوست شرافت و کرامت پیدا می‌کند در مقابل تفضیل که برتری شخص مورد تفضیل نسبت به دیگران موردنظر است (طباطبایی، ۱۴۱۷ ق، ۱۳: ۱۵۶). سجده فرشتگان بر آدم نیز به سبب همین کرامت وجودی انسان است که در کلام امیرالمؤمنین (ع) مورداشاره قرارگرفته است (شریف رضی،۱۴۱۴ ق: ۴۲). کرامت ذاتی

فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین
Journal of Jurisprudence and Modern Law
Home Page: www.jaml.ir

انسان به‌عنوان یک قاعده فقهی نقش در استنباط احکام شرعی دارد به همین جهت برخی از فقهای اهل سنت، با استناد به آیه «لقد کرّمنا بنی‌آدم» انسان مرده را پاک و نجس بودن مشرک در آیه «انّما المشرکون نجس» را حمل به نجاست باطنی (جزیری، غروی، یاسر، ۱۴۱۹، ۱: ۶۴) و حکم به عدم جواز فروش اجزای بدن انسان نموده-اند (کاسانی، ۱۴۰۶، ۵: ۱۴۵). شناسایی مالیت داده‌های ژنوم انسان و ترتیب آثار مالیت از قبیل نقل و انتقال و جواز خریدوفروش، انسان را از هدف به‌وسیله تبدیل می‌نماید و راه تسلط افراد و بازار خصوصی را بر خصوصیات حیاتی و ویژگی‌های انسان بازمی‌نماید و افراد را در معرض کالا انگاری قرار می‌دهد به وهن و نقض کرامت انسان می‌انجامد (رحمانی منشادی و دیگران، ۱۳۹۳).

در پاسخ ادعای مطرح‌شده می‌توان گفت کرامت ذاتی انسان به‌عنوان یک قاعده فقهی که بتوان حکم شرعی را از آن استنباط کرد از ادله به دست نمی‌آید. کرامت در آیهٔ «لقد کرمنا...» به معنی برتری قوا و استعدادهای وجودی انسان نسبت به سایر موجودات است که خداوند به انسان داده است یعنی باقدرت فکری که خدا به انسان بخشیده توان استفاده از نعمت‌های فراوان را به او داده است که می-تواند در سایهٔ پیشرفت‌های علمی و فنّی از ابزارها و وسایل بسیاری پیشرفته استفاده نماید و همهٔ انسان‌ها در این نیروها و استعدادهای که خداوند سبحان به همهٔ آنان عطا فرموده است مساوی‌اند، این تفوق وبرتری انسان بر سایر موجودات که مقتضی کرامت ذاتی انسان است برای انسان ارزش و حقی را ایجاد نمی-کند بلکه انسان در سایهٔ این توانایی می-تواند شأن، مقام و منزلت خود را ارتقا ببخشد یا در صورت عدم انجام تکالیف الهی آن شأنیت را از خود سلب کند و از انسانیت ساقط و از هر جنبندهٔ پست‌تر شود. «وَ مَنْ یُهِنِ اللَّهُ فَمَا لَهُ مِنْ مُکْرِمٍ»(حج، ۱۸) کسی را که خداوند بی‌ارزش بداند هیچ‌کس نمی‌تواند برای او ارزش بخرد. کرامت به این معنی می-تواند حکمت حکم تلقی گردد در حکمت، حکم شرعی مقید به کرامت نیست در مواردی که حکمی شرعی باکرامت انسان ناسازگار است، نمی‌توان آن حکم را رد کرد. بر این اساس ناسازگاری ایجاد وصف مالیت برداده های ژنومی انسان باکرامت ذاتی انسان ثابت نیست و در فرض اثبات این ناسازگاری نمی-توان به جهت نقض کرامت انسان حکم به عدم مالیت داده‌های ژنوم انسان و عدم ترتب آثار مالیت نمود؛ زیرا حکم شرعی اعم از تکلیفی وضعی مقید به کرامت انسان نیست و نمی‌توان حکم به عدم مالیت داده‌های ژنومی انسان نمود بلکه شارع همان معنی عرفی مال را در داده‌های ژنوم انسان تأیید نموده و آثار مالیت ازجمله حکم سرقت باوجود سایر شرایط بر آن مترتب می‌گردد.

۲-۲- مالکیت اطلاعات ژنتیکی

مالکیت و متعلق بودن مال مسروق به دیگری از دیگر شرایط سرقت است اگر فرد مال خودش را به ظن که مال دیگری است یا از مباحات اصلیِ اخذ نماید سرقت محقق نمی‌شود. ملکیت در لغت به معنی قدرت، غلبه و توانایی تصرف در شیء آمده است (ابن فارس، ۱۴۰۴ ق،۵: ۳۵۱) ازنظر حقوقی به مجموعهٔ از حقوق شخص نسبت به اشیاء مانند حق تصرف، حق مدیریت و غیره اطلاق می‌شود. ازآنجاکه اشیاء نمی‌توانند مسئولیت و تعهدات در قبال افراد داشته باشند این حقوق به رابطه بین شخص و دیگران برمی‌گردد؛ بنابراین حقوق مالکیت عبارت از تعهداتی مرتبط به آن حقوق که از سوی دیگران قابل‌اجرا است (حکمت نیا، ۱۳۹۱: ۳۵۳).

ازنظر فقهی مالکیت نوعی رابطه اختصاص اعتباری میان شخص و اشیاء است که نشانگر سلطهٔ فرد بر آن اشیاء است. برخی حقیقت مالکیت را سلطنت بر مال دانسته و برخی دیگر «سلطنت» را مرتبهٔ ضعیف از مالکیت می-داند که با زایل شدن مالکیت سلطنت مانند «حق اختصاص» همچنان

فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین
Journal of Jurisprudence and Modern Law
Home Page: www.jaml.ir

باقی است (خویی، بی‌تا ۱: ۱۴۳). مرحوم امام خمینی (ره) «سلطنت» را اعتبار مستقل از مالکیت می-داند ممکن است افرادی مانند محجور دارای حق مالکیت باشد، ولی سلطنتی بر مال نداشته باشند از آن‌طرف امکان دارد سلطنت برای افراد مانند اولیای شرعی برقرار باشد درحالی‌که مالک یا صاحب حق محسوب نگردند (امام خمینی، ۱۴۲۱ ق، ۱: ۴۴).

ایجاد وصف مالیت در داده‌های ژنومی به جهت کاربردهای گستردهٔ آن، ملازم با اثبات سلطنت و مالکیت فرد بر داده‌های ژنومی نیست؛ زیرا مطابق دیدگاهی، انسان بر بدن و اجزاء بدن خویش به دلیل مالکیت حقیقی خداوند بر انسان، سلطهٔ اعتباری ندارد؛ منشأ برای سلطنت اعتباری غیر از اعتبار خالق نیست که از طریق شرع دست می-آید و در شرع دلیل بر رابطه مالکیت و سلطهٔ اعتباری انسان بر نفس و اعضایش وجود ندارد بلکه نفس انسان، تنها تدبیر کننده و اداره‌کنندهٔ بدن به اذن مالک حقیقی یعنی خداوند است و انسان از بدن و اجزاء آن ازجمله داده‌های ژنومی فقط به اذن مالک حقیقی حق انتفاع دارد. ازاین‌رو سلول‌های بدن و داده‌های ژنومی پس‌ازاینکه از بدن جدا گردید رابطهٔ با فرد ندارد و متعلق به آن فرد تلقی نمی‌شود بلکه جزء از طبیعت قرار می‌گیرد، استفاده از آن برای کسانی که قدرت انتفاع و بهره‌برداری از آن را دارند بلامانع خواهد بود.

علاوه بر آن داده‌های ژنومی ضمن تعلق به فرد به گروه‌هایی که فرد جزء آن‌ها است حتی همه افراد انسانی با توجه به وحدت نوعی انسان‌ها نیز ارتباط دارد ازاین‌رو این داده‌های ژنومی مانند مباحات اصلیِ قبل از حیازت است درعین‌حال که مالیت دارد متعلق فرد خاصی نیست (خویی، بی‌تا ۲: ۴)، در اعلامیهٔ جهانی ژنوم انسان و حقوق بشر (۱۹۹۷) داده‌های ژنومی به‌عنوان «میراث مشترک بشریت» تلقی شده است شناسایی ژنوم انسانی به‌عنوان میراث مشترک بشریت به این معنی است که این منابع به‌مثابهٔ مباحاتی است که متعلق به جامعهٔ بشری است و تحت مالکیت خصوصی درنمی‌آید، شخص حقیقی یا حقوقی نمی‌تواند انحصارگرایانه از آن‌ها بهره‌برداری نماید، منافع آن باید در اختیار همهٔ بشریت قرار گیرد. مطابق این دیدگاه جمع‌آوری و انتقال داده‌های ژنومی پس‌ازاینکه از بدن فردا جدا می‌گردد سرقت محسوب نمی‌گردد بلکه استفاده از مباحاتی است که متعلق به تمام جامعهٔ بشری است؛ ازاین‌رو، استفاده از داده‌های ژنومی در صنعت ژنومیک و اهداف تحقیقاتی و تجاری با چالش عدم رضایت صاحب داده مواجه نمی-گردد.

مطابق دیدگاه دیگر اگرچه داده‌های ژنومی فرد دارای جنبه و ویژگی مشترک با اعضای گروه که فرد جزء آن گروه است به لحاظ اینکه همه انسان‌ها نسبت به سایر موجودات یک‌گونه محسوب می‌شود و دارای ژنوم مشابه هستند اما عرف داده‌های ژنومی جداشده از بافت بدن یک فرد را متعلق به آن فرد می‌داند به همین جهت در مادهٔ (۹) اعلامیه بین‌المللی ژنتیک حق تصمیم‌گیری و اختیار داده‌ها ژنومی را برای صاحبان ژنوم به رسمیت شناخته و در ماده (۸) این اعلامیه بر لزوم کسب رضایت از کسانی که داده‌های ژنومی آن‌ها مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرد تأکید شده است. حق افراد بر داده‌های ژنتیکی خود از شئون قاعدهٔ سلطنت محسوب می‌شود. بسیاری از فقها مطابق ادله متعدد فقهی ازجمله آیه ۶ سوره احزاب، آیه ۲۰۷ سورهٔ بقره، حدیث نبوی سلطنت و بناء عقلا (امام خمینی، ۱۴۲۱ ه.ق، ۱: ۴۲) سلطنت اعتباری بر بدن و اجزاء بدن را پذیرفته‌اند. ازاین‌رو برای اثبات سلطنت صاحبان مواد زیستی بر داده‌های ژنومی به ادلهٔ فقهی سلطنت بر بدن استناد می-گردد به این بیان که سلطنت بر بدن، شامل سلطنت بر تمام اجزا، توابع و منافع آن می‌شود (مازندرانی، ۱۴۲۷ ه.ق.: ۱۰۶)، عموم و اطلاق ادله سلطنت بر توابع بدن شامل اطلاعات ژنومی استخراج‌شده از بافت‌های بدن نیز می-گردد.

ارتکاز عرفی سلطنت بر شیء شامل تسلط انسان بر توابع آن نیز می‌شود،

فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین
Journal of Jurisprudence and Modern Law
Home Page: www.jaml.ir

این تسلط حتی پس از استخراج اطلاعات ژنومی از بدن، با استصحاب بقاء سلطنت قابل‌اثبات است. برای اثبات سلطنت بر داده‌های ژنومی به ادله سلطنت بر اموال نیز تمسک می‌گردد به این بیان که داده‌های ژنومی اگرچه تا هنگامی‌که در سلول‌های بدن فرد هست بالفعل مال محسوب نمی‌شود اما بالقوه دارای مالیت است؛ زیرا با پیشرفت زیست‌فناوری این داده‌ها ارزش مالی و تجاری پیدا نموده است و مشمول ادله سلطنت بر اموال می-گردد؛ چنانکه برخی از فقها در باب اجارات، سلطنت بر افعال انسان آزاد را از باب سلطنت بر اموال دانسته‌اند. اگرچه افعال انسان آزاد بالفعل مال محسوب نمی‌شوند، اما بالقوه دارای مالیت هستند (شیرازی، ۱۴۱۱ ق. ۲: ۳۶).

با اثبات سلطنت صاحبان مواد زیستی بر داده‌های ژنومی با توجه به اطلاقات مانند «تجاره عن تراض»(نساء، ۲۹) و روایت «فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَ لَا مَالُهُ إِلَّا بِطِيبَةِ نَفْسِهِ»(کلینی، ۱۴۰۷ ق، ۷: ۲۷۵) آثار فقهی و حقوقی آن ازجمله حق تصرف و نقل و انتقال آن و منع تصرف دیگران بدون رضایت بر آن مترتب می‌گردد. ازاین‌رو حکم سرقت بر انتقال داده‌های ژنومی انسان بدون رضایت صاحبان داده باوجود سایر شرایط سرقت مترتب می‌گردد.

اگر سرقت از داده‌های ژنومی که در بانک زیستی متعلق به دولت جهت استفاده منافع عمومی نگهداری می-شود و جزء اموال عمومی محسوب می‌شود صورت گیرد، حکم سرقت حدی مبتنی بر این مسئله است که آیا ازنظر فقهی سرقت از اموال عمومی قطع دارد یا خیر؟

یک دیدگاه بر این است که سرقت از اموال عمومی قطع ندارد؛ زیرا اموال عمومی در مالکیت عموم است سارق نیز یکی از افراد است که در آن مال حق ندارد همین امر سبب حصول شبهه می‌گردد و این شبهه مانع از اجرای مجازات قطع می‌گردد. در سخن از امیرالمؤمنین (ع) آمده است «سَرَقَ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ فَقَالَ لَا يُقْطَعُ فَإِنَّ لَهُ فِيهِ نَصِيباً» (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ۷: ۲۳۱). سند این روایت در کافی و تهذیب از جهت محمد بن الحسن بن شمون و عبد الله بن عبد الرحمن الأصم ضعیف است؛ زیرا محمد بن الحسن بن شمون در ابتدا واقفی بوده و سپس مذهب انحرافی غلو را اختیار نموده به‌طوری‌که علمای رجالی در تضعیف وی تأکید فراوانی کردند (نجاشی، ۱۴۰۷: ۳۳۵؛ طوسی، ۱۴۲۷: ۴۰۲). همچنین عبدالله بن عبد الرحمن الأصم نیز ضعیف و کذاب و دارای مذهب انحرافی غلو بوده است (نجاشی، ۱۴۰۷: ۲۱۷).

قانون‌گذار در ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی از همین دیدگاه تبعیت نموده است؛ سرقت از اموال دولتی یا عمومی، وقف عام یا وقف برجهات عامه را سرقت حدی محسوب نکرده است.

دیدگاهی دیگر با استناد به اطلاق آیه ۳۸ سوره مائده که هیچ تفاوتی میان اموال عمومی و خصوصی نگذاشته و صرفاً عمل سرقت را مدنظر قرار داده است قائل به اجرای حد قطع در سرقت از بیت‌المال شده است. صحیحه حلبی و محمد ابن مسلم نیز اطلاق دارد، در صحیحه حلبی آمده است: «يُقْطَعُ السَّارِقُ فِي كُلِّ شَيْءٍ بَلَغَ قِيمَتُهُ خُمُسَ دِينَارٍ إِنْ سَرَقَ مِنْ سُوقٍ أَوْ زَرْعٍ (أَوْ ضَرْعٍ) أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ» (حر عاملی، ۱۴۱۶ ق، ۲۸: ۲۴۶) لفظ «فی کُلِّ شَیْءٍ» و عبارت «أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ» هر نوع مال اعم از خصوصی یا عمومی را شامل می-شود. در صحیحه محمد ابن مسلم نیز آمده است: «كُلُّ مَنْ سَرَقَ مِنْ مُسْلِمٍ شَيْئاً قَدْ حَوَاهُ وَ أَحْرَزَهُ فَهُوَ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ السَّارِقِ وَ هُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَارِقٌ وَ لَكِنْ لاَ يُقْطَعُ إِلاَّ فِي رُبُعِ دِينَارٍ أَوْ أَكْثَرَ»(حر عاملی، ۱۴۱۶ ق، ۲۸: ۲۴۳) طبق این روایت نیز بر هر فردی که مالی را برباید حضرت اطلاق سارق بر او کرده است اعم از اینکه مال مسروقه خصوصی باشد یا عمومی. در روایتی از امام صادق (ع) آمده است: «قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنِ الْبَيْضَةِ- الَّتِي قَطَعَ فِيهَا أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع- فَقَالَ كَانَتْ بَيْضَةَ

فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین
Journal of Jurisprudence and Modern Law
Home Page: www.jaml.ir

حَدِیدٍ سَرَقَهَا رَجُلٌ مِنَ الْمَغْنَمِ فَقَطَعَهُ»(حر عاملی، ۱۴۰۹ ق، ۲۸: ۲۸۸)؛ از امام صادق (ع) درباره کلاه خودی که امیرالمؤمنین (ع) به سبب آن دست قطع نمود، پرسیدم. حضرت فرمودند: کلاه‌خود آهنینی بود که مردی از غنیمت سرقت کرده بود و حضرت دست او را قطع نمودند. روایان این روایت ثقه اند هرچند برخی از فقها به ضعف ابان بن عثمان رأی داده‌اند. مطابق این دیدگاه سرقت داده‌های ژنومی از بانک زیستی متعلق به دولت نیز باوجود سایر شرایط قطع دارد.

البته اگر داده‌های ژنومی متعلق به یک فرد یا گروه مشخص در بانک زیستی تحت ادارۀ دولت حفاظت و نگهداری می‌شود یا داده‌ها در منافع عمومی وقف‌شده ولی در ملکیت واقف باقی است، صرف حفاظت و نگهداری دولت موجب نمی‌شود که این داده‌ها عمومی یا دولتی محسوب گردد بلکه حاکم اسلامی «نقش» امین را دارد، سرقت این داده‌ها باوجود سایر شرایط می‌تواند موجب قطع ید سارق شود.

اما اگر داده‌ها برای استفاده در منافع عمومی آزادشده است و از ملکیت واقف خارج‌شده یا صاحبان داده مشخص نیست سرقت موجب قطع محقق نمی‌شود چون مال غیر صدق نمی‌کند. مطابق بند (د) ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی نیز در اجرای حد سرقت صاحب‌مال باید از سارق نزد مراجع قضائی شکایت کند.

۲-۳- حرز در اطلاعات ژنتیکی و هتک آن

یکی از شرایط سرقت حدی قرار داشتن مال در حرز و هتک حرز است. حرز در لغت به معنای جایی محکم و استوار و غیرقابل‌دسترس اطلاق می-شود که اشیاء در آن حفظ می-گردد (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۵: ۳۳۳) مشهور فقها حرز را مکان متناسب با مال که عرفا مال در آن مکان از دست برد محفوظ می‌ماند تعریف نموده‌اند (عاملی شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ۱۴: ۴۹۴) در صحیحه محمد ابن مسلم آمده است «كُلُّ مَنْ سَرَقَ مِنْ مُسْلِمٍ شَيْئاً قَدْ حَوَاهُ وَ أَحْرَزَهُ فَهُوَ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ السَّارِقِ» (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ۷: ۲۲۱) شیخ طوسی علاوه بر مکان مغلق و مقفل، مکانی که فرد اجازۀ حق ورود به آنجا را ندارد نیز محقق حرز می‌شمارد (طوسی، ۱۴۰۰: ۷۱۴). پس مفهوم حرز مکان متناسب با شیئی است که عرفا از دست برد محفوظ می-ماند. بر این اساس داده‌های ژنومی که در فضای سایبری رمزگذاری شده یا در بانک‌های زیستی نگهداری می‌شود و عموم افراد به آن دست رسی ندارند عرفا در حرز محسوب می‌شود.

در روایت سکونی آمده است «لَا يُقْطَعُ إِلَّا مَنْ نَقَبَ بَيْتاً أَوْ كَسَرَ قُفْلًا». (طوسی، ۱۳۹۰ ق، ۴: ۲۴۳) فقها به‌تبع از این روایت تعریفی از هتک حرز ارائه نکرده‌اند بلکه به ذکر مثال اکتفا نموده و شکستن قفل و یا سوراخ کردن دیوار را مصادیق از هتک حرز شمرده‌اند. ماده ۲۷۱ قانون مجازات اسلامی هتک حرز را عبارت از نقض غیرمجاز حرز دانسته که از طریق تخریب دیوار یا بالا رفتن از آن یا باز کردن یا شکستن قفل و امثال آن محقق می-شود؛ بنابراین شکستن رمزهای فضای سایبری، پایگاه‌های محلی یا ملی و انتقال داده‌های ژنومی باهدف بهره‌برداری عرفاً هتک حرز محسوب می‌شود.

البته درصورتی‌که نمونه‌های زیستی از بدن افراد بدون آگاهی و کسب رضایت آن‌ها اخذ شود و در آزمایشگاه داده‌های ژنومی آن‌ها استخراج گردیده و مورد بهره‌برداری قرار گیرد اگرچه از جهت تصرف بدون رضایت حرام شمرده می‌شود اما صدق مفهوم حرز و هتک حرز عرفاً بر آن منطبق نمی‌گردد. ازاین‌جهت این تفصیل را می‌توان از جهت صدق مفهوم حرز و هتک حرز و عدم آن در سرقت داده‌های ژنومی داد.

۲-۴- عینیت اطلاعات ژنتیکی و اخراج آن از حرز

اخراج مال مسروق از حرز از دیگر شرایط سرقت حدی است. در لسان روایات آمده است سارق چیزی را از حرز یا مکان اخذ نموده و خارج

فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین
Journal of Jurisprudence and Modern Law
Home Page: www.jaml.ir

می‌نماید، متبادر از مفهوم اخراج، اخراج فیزیکی است که مستلزم «عین» بودن مال مسروق است. مرحوم آیت‌الله خویی آورده است «و ذلک لاختصاص أدلّة القطع بسرقة العین المملوکة» (خویی، ۱۴۱۳ ق، ۴۱: ۳۵۲).

عین دو اصطلاح دارد گاهی از «عین» آنچه مقابل منفعت و حق قرار دارد، اراده می‌شود، تعبیر «کُلُّ مَنْ سَرَقَ مِنْ مُسْلِمٍ شَیْئاً قَدْ حَوَاهُ وَ أَحْرَزَهُ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ ق، ۲۸: ۲۴۳) در صحیحه محمد ابن مسلم سرقت عین را می‌گیرد و منصرف از سرقت منفعت و حق است؛ زیرا حق و منفعت با قطع‌نظر از عین چیزی نیست که بتوان آن را سرقت کرد. ربودنِ مالِ شخصی توسط مالک که مانع از رسیدنِ دیگران به‌حق یا منفعتشان می-شود، سرقتِ آن حق یا منفعت محسوب نمی‌شود. این اصطلاح از مفهوم «عین» برداشت ژنومی که حقیقت آن الکترون‌هایی است که به شکل حروف و اعداد نمایش داده می‌شود منطبق نمی‌شود؛ زیرا متبادر از مفهوم «عین» عین خارجی است و متبادر از مفهوم «اخراج» اخراج و انتقال فیزیکی است که فرد مال دیگری را با دست یا سایر اعضای خود گرفته و آن را به مکان دیگر منتقل می‌نماید و مفهوم «اخراج فیزیکی» بر جابه‌جایی داده که توسط امواج و الکترون‌ها صورت می‌پذیرد منطبق نمی‌شود.

البته درصورتی‌که سارق، مواد زیستی (بیولوژیک) جداشده از بدن فرد را که در بانک زیستی نگهداری می‌شود باهدف استخراج داده‌های ژنومی برباید، مفهوم «عین خارجی» و «اخذ و انتقال فیزیکی» بر آن صادق است. گاهی از مفهوم «عین»، هر چیزی اراده می‌شود که از مکان اصلی خود برداشته و به مکان دیگری منتقل گردد. عرف کنونی با این رویکرد، «اطلاعات» را نیز «عین» تلقی کرده و مفاهیم «اخذ» و «انتقال» را بر داده‌هایی که به‌واسطه جریان امواج و الکترون‌ها جابه‌جا می‌شوند، منطبق می‌داند. در ماده ۷۴۰ قانون مجازات اسلامی قانون‌گذار اطلاق «عین» بر داده‌ها تصریح کرده است: «...چنانچه عین داده‌ها در اختیار صاحب آن باشد به جزای نقدی... و در غیر این صورت به حبس یا جزای نقدی... محکوم می‌گردد.»

می‌توان این ادعا را مطرح نمود که برای تشخیص «عرف زمان شارع» که ملاک اصلی در تفسیر مفاهیم است به «استصحاب قهقرایی» تمسک جست؛ درنتیجه، تعبیر «کل مَن سَرَقَ شَیئاً» بر سرقت داده‌ها نیز قابل انطباق است.

در پاسخ می‌توان گفت استصحاب قهقرایی در این مورد کاربرد ندارد؛ زیرا از نظر عرفِ زمانِ صدورِ خطابِ شرعی، مفهوم «عین» منحصر در «عین خارجی» است و عرف آن زمان برای «عین» مفهوم موسعی نمی‌دیدند که بر مصادیق متعدد، ازجمله داده‌ها، قابل انطباق باشد. به‌بیان‌دیگر، عرف آن زمان تنها مصداقی را که از مفهوم «عین» می‌شناخت، همان «عین خارجی» بود؛ بنابراین، با استصحاب قهقرایی ـ که اماره‌ای عقلایی است ـ نمی‌توان مفهوم «عین» را بر داده که در عرف زمان نص مصداقی ناآشنا محسوب می‌شود، منطبق ساخت.

علاوه بر آن اگر در سرقت داده‌های ژنتیک، اطلاعات از دسترس صاحب اصلی آن خارج نشود، سارق با سرقت و برداشتن داده، انحصارِ دسترسیِ مالک را از بین ببرد، نمی-توان گفت که مفهوم «اخراج و انتقال» در سرقت محقق شده است؛ زیرا در عرف زمان صدور احکام شرعی، «انتقال» یا «اخراج» یک شیء مستلزم جابه‌جایی فیزیکی و حذف آن از مکان نخست است کپی‌برداری از داده‌ها را نمی-توان مصداق این مفاهیم دانست. چراکه خطاب‌های شرعی به عرفِ آن زمان القاشده است و عرف آن زمان، «انتقال» و «اخراج» را تنها در قالب جابه‌جایی فیزیکی می‌شناخت که منجر به خروج شیء از ملکیت و تصرف صاحب اولیه‌اش می‌شد، انتقال

فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین
Journal of Jurisprudence and Modern Law
Home Page: www.jaml.ir

داده را (که در آن اصل داده باقی می‌ماند و تنها کپی آن منتقل می‌شود) نمی‌توان در دایره مفهوم انتقال عرف زمان شارع جای داد.

۲-۵- مخفیانه بودن سرقت اطلاعات ژنتیکی

مخفیانه بودن سرقت یکی دیگر از شرایط سرقت موجب حد است دربند (ث) ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی آمده است هتک حرز و سرقت باید مخفیانه باشد اگر رفتار علنی باشد حد قطع ندارد. منظور از عمل مخفیانه این نیست که هیچ‌کس آن را نبیند بلکه مراد شأنیت آن است یعنی سارق بنا دارد، عمل خویش را در خفاء و پنهان انجام دهد و تمهیدات لازم را نیز برای مخفی نگاه داشتن عمل خویش فراهم نموده است، هرچند به‌طور اتفاقی صاحب‌مال یا دیگران شاهد عمل او باشد. در صحیحه محمد ابن قیس آمده است: «فِی رَجُلٍ اخْتَلَسَ ثَوْباً مِنَالسُّوقِ- فَقَالُوا قَدْ سَرَقَ هَذَا الرَّجُلُ- فَقَالَ إِنِّی لَا أَقْطَعُ فِی الدَّغَارَةِ الْمُعْلَنَةِ- وَ لَکِنْ أَقْطَعُ مَنْ یَأْخُذُ ثُمَّ یُخْفِی» (حر عاملی، ۱۴۰۹ ق، ج۲۸، ص: ۲۶۸). در دغاره معلنه اخذ علنی است به قرینه مقابله می‌فهماند که در سرقت که قطع دارد بردن باید مخفیانه باشد. انطباق این شرط بر سرقت داده‌های ژنومی ابهام ندارد؛ زیرا داده‌های ژنومی اگر از محل که در آن نگهداری می-شود اخذ گردد با توجه به خصوصیتی و ارزشی که داده‌های ژنومی دارد در بانک‌های زیستی در فضای حقیقی یا مجازی نگهداری می-شود به گونهٔ است عموم افراد به آن دسترسی ندارند. برداشت این اطلاعات ازاین‌گونه مکان توسط دو گروه ممکن است: یکی افراد که دسترسی به اطلاعات دارد، اقدام به برداشت نماید که این مسئله تحت عنوان خیانت‌درامانت بررسی می‌شود. دیگری توسط افرادی که دسترسی به این اطلاعات ندارد در این صورت قطعاً اخذ علنی این داده‌ها برای بهره‌برداری و مخصوصاً استفاده‌های غیرسالم آسان نیست بر این اساس بردن اطلاعات توسط گروه دوم عموماً به‌صورت مخفیانه و نامحسوس صورت می‌گیرد و سرقت مخفیانه محقق می‌گردد حتی اگر داده‌های ژنومی از بافت‌های بدن انسان اخذ گردد ازآنجاکه این‌یک امر تخصصی است و نیاز به وجود آزمایش‌های متعدد دارد از این نظر مخفی تلقی می-شود.

۲-۶- قصد سرقت در اطلاعات ژنتیکی

در سرقت قصد واقع سرقت ملاک است همین‌که سارق قصد بردن مال دیگری را نماید قصد واقع سرقت محقق شده است اما اگر قصد سارق امتحان باشد که هنر بردن را دارد یا خیر، پس از بردن مال را برمی‌گرداند یا در خواب مال دیگری را ببرد قصد سرقت نکرده است، عرفاً سارق محسوب نمی‌شود. در سرقت اطلاعات ژنتیکی سارق قصد بردن اطلاعات ژنتیکی دیگری را با اهداف مختلف مانند بهره‌برداری تجاری، تحقیقاتی و امنیتی نماید، قصد واقع سرقت محقق شده است.

باوجود انطباق شرایط مالیت، مالکیت و تحقق مفهوم حرز، مخفیانه بودن و قصد سرقت بر سرقت داده‌های ژنومی، شرط عینیت داده‌های ژنومی و اخراج آن از حرز بر سرقت اطلاعات ژنتیکی منطبق نمی‌گردد؛ ازاین‌رو امکان قطع ید در سرقت داده‌های ژنومی وجود ندارد.

۳- سرقت تعزیری اطلاعات ژنتیکی

ازنظر فقهی مهم‌ترین موارد تعزیر ممنوعیت رفتار ارتکابی است که نیازمند جعل و اعتبار شرعی است؛ زیرا انسان، به دلیل محدودیت‌های شناختی و ضعف‌های نفسانی، از درک کامل مصالح و مفاسد حقیقی خویش عاجز است برای شناخت قواعد صحیح رفتاری در حوزه فردی و اجتماعی، نیازمند ارادهٔ شارع است امری که از طریق مراجعه به منابع استنباط به دست می‌آید. با اثبات ممنوعیت رفتاری در شریعت، حاکم اسلامی می‌تواند برای آن رفتار مجازات تعیین نماید؛ زیرا تعزیر عنوان است که در اختیار حاکم اسلامی واگذارشده است تا بر اساس نیازهای جدید جامعهٔ اسلامی و مقتضیات زمان و مکان، موارد بسیاری به وجود می-آید که در

فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین
Journal of Jurisprudence and Modern Law
Home Page: www.jaml.ir

محدودهٔ جرائم و مجازات معین شرعی نمی-گنجد برای آن اعمال و رفتار با توجه به مقتضیات زمان و مکان و شرایط مرتکب و پیامد-های رفتار ارتکابی مؤاخذه و مجازات تعیین نماید (شهید صدر، ۱۴۲۰، ۹: ۳۵۱).

ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز موارد تعزیر را ارتکاب محرمات شرعی و نقض مقررات حکومتی می-داند که توسط قانون‌گذار تعیین و اعمال می-گردد.

۳-۱- حرمت سرقت اطلاعات ژنتیکی

ازنظر فقهی افراد بر اساس عموم و اطلاق ادله سلطنت بر بدن بر توابع بدن خود، ازجمله اطلاعات ژنومی استخراج‌شده از بافت‌های بدنشان سلطنت دارند. مطابق روایت «فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَ لَا مَالُهُ إِلَّا بِطِيبَةِ نَفْسِهِ»(کلینی، ۱۴۰۷ ق، ۷: ۲۷۵) هرگونه تصرف بر داده‌های ژنومی دیگران- که درنتیجه کاربردهای گسترده، دارای ارزش مالی و تجاری گردیده - بدون کسب رضایت آن‌ها جایز نیست و سرقت اطلاعات ژنتیکی مصداق از تصرف حرام محسوب می‌شود.

با توجه به اینکه اطلاعات ژنتیکی حاوی اطلاعات وسیعی با ماهیت و هویت شخصی، خانوادگی و ویژگی ارثی، بیماری‌های ژنتیکی، استعداد به بیماری‌ها یا وضعیت سلامت آینده فرد هست، این اطلاعات جزء اسرار محسوب می‌شود، دست‌یابی به اطلاعات ژنتیکی افراد از طریق سرقت و افشای آن مشمول ادله افشاء حرمت اسرار نیز قرار می‌گیرد و حرمت افشاء اسرار به سهولت از مذاق شرع بعد از ملاحظهٔ آیات و روایات وارده در مورد غیبت و اشاعهٔ سر و امانت بودن مجالس و حرمت نظر به خانه کسی از خارج آن و اینکه صاحب‌خانه می‌تواند چشم او را بکند، به دست می‌آید (عاملی، ۱۴۰۹ ق، ۲۹: ۶۶).

افشاء اطلاعات ژنتیکی با پیامدی انگ گذاری و بدنامی افراد، خانواده، گروه یا جامعه که منجر به تبعیض اجتماعی انکار حقوق، مزایا و یا فرصت‌های برابر افراد جامعه درزمینهٔ های مختلف ازجمله حق دسترسی به فرصت‌های شغلی، بهره‌مندی از خدمات بهداشتی و درمانی، آزادی رفت‌وآمد و مهاجرت و برخورداری برابر از امکانات رفاهی در جامعه گردد، مصداق تضییع حقوق و ظلم به دیگران محسوب گردیده و مشمول عمومات و اطلاقات حرمت ظلم قرار می-گیرد. در قرآن بر ظلم وعده عذاب داده‌شده است «أَلاَ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الظَّالِمِينَ»(هود، ۱۸) «مَا لِلظَّالِمِينَ مِنْ حَمِيمٍ وَ لاَ شَفِيعٍ يُطَاعُ»(غافر، ۱۸)، «وَ مَنْ يَفْعَلْ ذلِكَ عُدْوَاناً وَ ظُلْماً فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَاراً» (نساء، ۳۰) در روایات نیز ظلم و ستم بر دیگری گناه غیرقابل‌بخشش معرفی‌شده است «...وَ أَمَّا الذَّنْبُ الَّذِي لَايُغْفَرُ، فَمَظَالِمُ الْعِبَادِ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ...» (کلینی،۱۴۰۷ ق، ۲: ۴۴۳).

دست‌یابی به اطلاعات ژنومی افراد و افشاء آن اگر موجب رنج و زیان برای آنان گردد از باب حرمت اضرار به غیر نیز جایز نیست (محسنی، ۱۴۲۴، ۲: ۱۳). در روایت مفضل‌بن‌عمر از امام صادق (ع) «وَ عَلِمَ مَا يَضُرُّهُمْ فَنَهَاهُمْ عَنْهُ وَ حَرَّمَهُ عَلَيْهِمْ»(کلینی، ۱۴۰۷، ۶: ۲۴۲) علت حرمت محرمات اضرار دانسته شده است، معلوم می‌شود اضرار اعم از اینکه به خود باشد یا دیگری نزد شارع امر مبغوض است.

۳-۲- مجازات سرقت اطلاعات ژنتیکی

با اثبات حرمت دست‌یابی به اطلاعات ژنومی افراد و افشاء آن اطلاعات که به تبعیض ژنتیکی می‌انجامد یا رنج و زیان افراد را در پی دارد حاکم اسلامی می-تواند بر اساس «قاعده التعزیر لکل امر حرام یا حرام دارای مفسده» برای آن تعزیر تعیین نماید. در روایات برای بیش از پنجاه نوع گناه و معصیت به‌نوعی به جواز تعزیر حکم شده است (انصاری و دیگران، ۱۳۸۶: ۲۸۳) شیخ طوسی در مبسوط، سید میر عبد الفتاح مراغی در عناوین آورده است هر کس معصیت را مرتکب شود که در شرع حد ندارد، تعزیر می‌شود امام او را تعزیر می‌نماید (طوسی، ۱۳۸۷ ق، ۸: ۶۹). به نظر

فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین
Journal of Jurisprudence and Modern Law
Home Page: www.jaml.ir

محقق اردبیلی از استقصای روایات و اثبات تواتر معنوی، استفاده می‌گردد که تعزیر در جمیع گناهان است هرچند اطلاق و عمومی در این رابطه وجود نداشته باشد (اردبیلی، ۱۴۰۳ ق،۱۳: ۱۵۶). صاحب جواهر آورده است از روایت «ان لکل شیء حدا و لمن تجاوز الحد حد» استفاده می‌شود هر معصیت تعزیر دارد؛ زیرا مراد از حد در این روایت تعزیر است استقراء و تدبر در نصوص نیز نشان می‌دهد که هر معصیت تعزیر دارد. صاحب جواهر بر این امر ادعای اجماع نموده است مرحوم خویی آورده است ارتکاب فعل حرام عالما و عامدا تعزیر دارد. بر این مدعی ادعای شهرت بلکه عدم خلاف کرده است (خویی، ۱۴۱۳ ق، ۴۱: ۴۰۷). ممکن است گفته شود که با اجتناب از کبائر صغائر تعزیر نمی‌شود «إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ»(نساء، ۳۱) اگر از کبائر اجتناب نگردد تعزیر برصغائر نیز بعید نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۱: ۴۴۸).

نوع تعزیر منحصر به تازیانه نیست از تعبیر «تعزیر دون الحد» استفاده نمی‌شود که نوع تعزیر منحصر در تازیانه است موارد تعزیر غیر تازیانه در روایات را نمی‌توان حمل بر قضیه واقعه نمود بلکه عمومیت معنی تعزیر در کلمات اهل لغت، مصادیق مختلف آن در کلمات فقها (شیرازی،۱۴۱۸: ۵۸)، اطلاقات و عمومات باب تعزیر (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ۱: ۵۹) و اهداف تعزیر (موسوی اردبیلی،۱۴۲۷ ق، ۱: ۴۴) نشان می-دهد که انتخاب نوع و مقدار تعزیر متناسب با رفتار ارتکابی در اختیار حاکم اسلامی واگذارشده است که با توجه به مقتضیات زمان و مکان و شرایط مرتکب و پیامد-های رفتار ارتکابی آن را تعیین می-نماید.

ازنظر قانون‌گذار مطابق ماده ۲۷۶ قانون مجازات اسلامی در صورت فقدان یکی از شرایط سرقت موجب حد رفتار ارتکابی حسب مورد مشمول یکی از سرقت‌های تعزیری قرار می-گیرد. قانون‌گذار در ماده (۸) قانون حفاظت و بهره‌برداری از منابع ژنتیکی کشور مصوب ۱۳۹۶ و اصلاحیه ۱۳۹۷ دسترسی و بهره‌برداری ژنتیکی بدون رعایت مفاد این قانون را مستوجب یک یا چند نوع از مجازات تعزیری درجه (۵) و (۶) دانسته است.

نتیجه‌گیری

شرایط سرقت موجب حد از حیث مالیت داده‌های ژنومی، مالکیت، مفهوم حرز و هتک حرز و مخفیانه بودن عمل و قصد سرقت در سرقت داده‌های ژنومی منطبق است؛ زیرا داده‌های ژنوم به دلیل ارزش علمی، اقتصادی و امنیتی در عرف عقلا از وصف مالیت برخوردار است. سلطنت صاحبان بافت زیستی بر داده‌های استخراج‌شده، مستند به عموم ادلّهٔ سلطنت بر بدن و توابع آن، ارتکاز عرفی و استصحاب بقای سلطنت، قابل اثبات است. تحقق مفهوم حرز و هتک آن با توجه به اینکه داده‌های ژنومی در بانک‌های زیستی نگهداری می‌شود یا در فضای سایبری رمزگذار می‌گردد به دلیل عدم دسترسی عمومی، عرفاً در حکم حرز محسوب شده و نقض رمزگذاری یا دسترسی غیرمجاز به آن‌ها، مصداق هتک حرز محسوب می‌شود. همچنین شرط مخفیانه بودن سرقت و قصد سرقت نیز در اغلب موارد نقض حریم داده‌های ژنومی محقق می-شود؛ زیرا برداشت اطلاعات معمولاً به‌صورت نامحسوس و بدون اطلاع مالک صورت می‌گیرد. بااین‌حال عدم انطباق مفهوم «عین» و «اخراج» بر سرقت داده‌های ژنومی مانع تحقق سرقتِ حدّی است؛ زیرا متبادر از مفهوم «عین» و «اخراج» در ادله سرقت عین خارجی و اخراج و انتقال فیزیکی است که این مفاهیم بر دادهٔ های ژنومی که حقیقت آن را الکترون‌هایی تشکیل می‌دهد که به شکل حروف و اعداد نمایش داده می‌شود و توسط امواج و الکترون‌ها جابه‌جایی صورت می‌گیرد منطبق نمی‌گردد.

سرقت داده-های ژنومی دیگران از طریق دسترسی غیرمجاز و افشاء بدون رضایت صاحبان آن مشمول ادله حرمت تصرف و ادلّهٔ حرمت افشاء اسرار قرار می‌گیرد. اگر دست‌یابی به اطلاعات ژنومی افراد و افشاء آن موجب

فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین
Journal of Jurisprudence and Modern Law
Home Page: www.jaml.ir

چسب زنی، بدنامی، تبعیض ژنتیکی یا رنج و زیان برای آنان گردد، مشمول عمومات و اطلاقات حرمت ظلم و حرمت اضرار به غیر نیز قرار می‌گیرد. قانون‌گذار اسلامی می‌تواند بر اساس «قاعده التعزیر لکل امر حرام یا حرام دارای مفسده» با توجه به مقتضیات زمان و مکان و شرایط مرتکب و پیامدهای رفتار ارتکابی برای آن مجازات تعزیری متناسب تعیین نماید.

فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین
Journal of Jurisprudence and Modern Law
Home Page: www.jaml.ir

منابع

قرآن.

۱- ابن منظور، ابوالفضل، جمال‌الدین، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ ه ق). لسان العرب. دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، بیروت - لبنان، سوم.

۲- ابو الحسین، احمد بن فارس بن زکریا، (۱۴۰۴ ق.) معجم مقائیس اللغة، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم - ایران، اول.

۳- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ ه ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول.

۴- اردکانی، علی متولی زاده (بهار ۱۳۹۵). «پروژه ژنوم انسانی و چالش‌های اخلاقی و حقوقی در جوامع انسانی». فصلنامه اخلاق زیستی، سال ششم، شماره نوزدهم، صص ۱۲۴- ۱۰۲.

۵- امام خمینی، سید روح اللّٰه موسوی (۱۴۱۵. ه.ق) المکاسب المحرمة (للإمام الخمینی). مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، قم - ایران، اول.

۶- امام خمینی، سید روح اللّه موسوی (۱۴۲۱ ه.ق) کتاب البیع (للإمام الخمینی). مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، قم - ایران، اول.

۷- انصاری، قدرت الله و دیگران (۱۳۸۶). تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزا. پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ دوم.

۸- جزیری، عبد الرحمن - غروی، سید محمد - یاسر مازح (۱۴۱۹ ه ق). الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البیت علیهم‌السلام. دار الثقلین، بیروت - لبنان، اول.

۹- چاپاری، محمدعلی (۱۴۰۴). تحلیل کیفری افشای اسرار ژنتیکی بیماران در نظام حقوقی ایران و آلمان. فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین، سال ۶، شماره ۲۳، صص ۱-۱۴.

۱۰- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ه ق). وسائل الشیعة. مؤسسه آل البیت علیهم السلام، قم - ایران، اول.

۱۱- حسینی، سید محمدامین؛ نریمان پور، مهدی (۱۳۹۹). «بررسی جرم انگاری افشای داده‌های ژنتیکی». دو فصلنامه تخصصی مطالعات فقه و اصول، ۳(۲)، ۹۳- ۷۲.

۱۲- حکمت نیا، محمود (۱۳۹۱). فلسفهٔ مالکیت فکری. سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول.

۱۳- حکیم زاده خوئی، پیمان؛ دروگری، ریحانه (۱۳۹۴). «بانک‌های ژنوم انسانی و چالش‌های حقوقی و اخلاقی». فصلنامه اخلاق زیستی، ۵(۱۸)، صص ۴۹- ۶۸.

۱۴- حکیم، سید محسن طباطبایی (بی‌تا). نهج الفقاهة. انتشارات ۲۲ بهمن، قم - ایران، اول.

۱۵- خسروجردی، زهرا؛ غلام پور، محمدرضا؛ حسینی پویا، سید محسن. (۱۴۰۳). «امکان‌سنجی حقوق مالکانهٔ صاحب ژنوم در قراردادهای ژن پژوهی انسان‌محور». آموزه‌های فقه مدنی، ۱۶(۳۰)، ۲۰۵- ۲۳۴.

۱۶- خویی، سید ابو القاسم موسوی (۱۴۲۲ ه ق). مبانی تکملة المنهاج. مؤسسة إحیاء آثار الإمام الخوئی ره، قم - ایران، اول.

۱۷- خویی، سید ابوالقاسم موسوی (بی‌تا). مصباح الفقاهة (المکاسب).

۱۸- رحمانی منشادی، حمید؛ عباسی، محمود؛ جلوداری بردستان، داود. (۱۳۹۳). مطالعه تطبیقی راه حقوقی انسان با بافت‌ها و نمونه‌های آزمایشگاهی، حقوق پزشکی، ۸(۳۰)، ۶۵- ۹۸.

۱۹- ساعد، محمدجعفر (۱۳۹۶). اسناد حقوق بشری اخلاق زیستی یونسکو. تهران – انتشارات خرسندی، چاپ دوم.

۲۰- شریف الرضی، محمد بن حسین (۱۴۱۴ ق)، نهج البلاغة (للصبحی صالح) - قم، چاپ: اول.

۲۱- شهید صدر، سید محمد (۱۴۲۰ ه.ق) ماوراء الفقه، بیروت – لبنان، دار الاضواء للطباعه و النشر والتوزیع، چاپ اول.

۲۲- شیرازی، ناصر مکارم (۱۴۱۱ ه.ق). القواعد الفقهیة (لمکارم). مدرسه امام امیرالمؤمنین - علیه‌السلام، قم - ایران، سوم.

۲۳- شیرازی، ناصر مکارم، (۱۴۱۸ ه.ق). انوار الفقاهة، کتاب الحدود والتعزیرات.

فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین
Journal of Jurisprudence and Modern Law
Home Page: www.jaml.ir

قم- ایران، انتشارات مدرسۀ الامام مدرسه علی بن ابی‌طالب (ع)، چاپ اول.

۲۴- صادقی، محمود (پاییز ۱۳۸۴) «چالش‌های اخلاقی ثبت اختراعات بیوتکنولوژیک» فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۹، شماره ۳، صص ۱۱۹- ۸۷.

۲۵- طباطبایی، سید محمدحسین (۱۴۱۷). المیزان فی تفسیر القرآن. انتشارات اسلامی، قم –ایران، چاپ پنجم.

۲۶- طبسی، نجم الدین (بی‌تا). موارد السجن فی النصوص و الفتاوی. انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول.

۲۷- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ه ق). المبسوط فی فقه الإمامیۀ، المکتبۀ المرتضویۀ لإحیاء الآثار الجعفریۀ، تهران - ایران، سوم.

۲۸- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۳۹۰ ه ق). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار. دار الکتب الإسلامیۀ، تهران - ایران، اول.

۲۹- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۰ ه ق.). النهایۀ فی مجرد الفقه و الفتاوی، دار الکتاب العربی، بیروت - لبنان، دوم.

۳۰- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۴۲۷ ه ق). رجال الشیخ الطوسی – الأبواب. دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، سوم.

۳۱- عاملی، شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ ه ق). مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام. مؤسسۀ المعارف الإسلامیۀ، قم - ایران، اول.

۳۲- کاسانی، علاء الدین (۱۴۰۶ ق هـ). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. الناشر: دار الکتب العلمیۀ، الطبعۀ: الثانیۀ.

۳۳- کاظمی، عبد الحسن و دیگران (بهار ۱۳۸۹). «چالش‌های اخلاقی بانک‌های اطلاعات ژنتیکی». فصلنامه اخلاق پزشکی، سال چهارم، شماره یازدهم.

۳۴- کلینی، ابوجعفر، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ ه ق). الکافی (ط - الإسلامیۀ). دار الکتب الإسلامیۀ، تهران - ایران، چهارم.

۳۵- مازندرانی، علی‌اکبر سیفی، (۱۴۲۷ ه ق). دلیل تحریر الوسیلۀ – المضاربۀ. مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، تهران - ایران، اول.

۳۶- محسنی، محمد آصف (۱۴۲۴ ه ق)، الفقه و مسائل طبیۀ، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول.

۳۷- محمودی، ثریا (۱۳۹۸). زیست فناوری و کرامت انسانی. انتشارات مجد، چاپ اول.

۳۸- منتظری، محمد معین؛ یاحقی، نگار (۱۳۸۸، زمستان). «اطلاعات ژنتیکی و حمایت قانونی از آن». فصلنامه حقوق پزشکی، ۳(۱۱)، صص ۷۵- ۱۰۰.

۳۹- موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم (۱۴۲۷ ه ق). فقه الحدود والتعزیرات. قم- ایران، مؤسسۀ النشر لجامعۀ المفید، چاپ دوم.

۴۰- میر هاشمی، زهرا سادات (۱۳۹۶). فناوری ژنتیک انسانی در آیینه فقه و حقوق. انتشارات مجد، چاپ اول.

۴۱- نجاشی، ابو الحسن، احمد بن علی (۱۴۰۷ ه ق). رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفی الشیعۀ. دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم – ایران.

۴۲- نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن (۱۴۰۴ ه ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. دار إحیاء التراث العربی، بیروت - لبنان، هفتم.

۴۳- یوسفی زادگان، محمد جواد؛ سلطانی فرد، حسین (۱۴۰۱). «بررسی سرقت اطلاعات DNA؛ از منظر فقه و حقوق ایران». کنفرانس بین المللی پژوهش های مدیریت و علوم انسانی در ایران، ۲۵ اسفند ۱۴۰۱.