

Civil Liability of the Doctor in Errors Caused by Medical Fertility

ARTICLE INFO

Article Type

Analytical Review

Aurhors

Nahid Broumand¹

Seyyed Mohammad Mousavi Bojnourdi^{2*}

Seyyed Mohammad Azin³

How to cite this article

Nahid Broumand, Seyyed Mohammad Mousavi Bojnourdi, Seyyed Mohammad Azin, Civil Liability of the Doctor in Errors Caused by Medical Fertility, Journal of Quran and Medicine. 2022;7(1):45-55.

1. Faculty member, Law Department, Garmsar Branch, Islamic Azad University, Iran.
2. Full Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Imam Khomeini and Islamic Revolution Research Institute, Tehran, Iran.
3. Member of the academic staff and a member of the Medical Law and Ethics Department of Royan Research Institute and the Director of the Medical Law Department of the University of Science and Culture, Tehran, Iran.

* Correspondence:

Address:

Phone: Email: moosavi@ri-khomeini.ac.ir

Article History

Received: 2022/01/15

Accepted: 2022/05/06

ePublished: 2022/06/21

ABSTRACT

One of the important topics and disciplines that have been made in recent years in terms of scientific advances in the field of medicine is the issue of medical fertility. The feeling of need for changes and changes in the environment and lifestyle and thousands of other factors have caused discussion about this issue, which sometimes has unfortunate consequences. The expansion of this field and the problems that intentionally or unintentionally put people's lives, property, and sometimes even their reputations at risk in the shadow of these new technologies, necessitates discussion and research in medical law and the subsequent responsibility of doctors in this field. The purpose of this research is to investigate the civil responsibility of the doctor in the field of errors caused by medical fertility. The present article has been done using analytical-descriptive and library method. According to the investigations carried out, it is found that in Imami jurisprudence, there are two main theories regarding the doctor's responsibility under the title "Doctor's Guarantee". The famous theory that gives the pure guarantee of the doctor and the unpopular theory that does not consider the doctor as a guarantor unless he is at fault.

Keywords: Civil Liability, Warranty, Medical Fertility, Fault, Negligence, Damage

های پزشکی

ناهید برومند^۱

عضو هیات علمی، گروه حقوق، واحد گرمسار، دانشگاه آزاد اسلامی، ایران.

سید محمد موسوی بجنوردی^{*۲}

استاد تمام، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، تهران، ایران.

سید محمد آذین^۲

عضو هیات علمی و عضو گروه حقوق و اخلاق پزشکی پژوهشگاه رویان و مدیر گروه حقوق پزشکی دانشگاه علم و فرهنگ، ایران.

چکیده

یکی از موضوعات و رشته‌های مهمی که در سال‌های اخیر به لحاظ پیشرفت‌های علمی که در زمینه پزشکی صورت گرفته است موضوع باروری های پزشکی است. احساس نیاز به جهت تغییرات و تحولات زیست محیطی و سبک زندگی و هزاران عامل دیگر سبب طرح و بحث در مورد این موضوع شده است که گاه تبعات ناگوار نیز به دنبال داشته است. گسترش این رشته و مشکلاتی که خواسته یا ناخواسته در سایه این فن آوری‌ها ی جدید، جان، مال و حتی گاهی آبروی انسان‌ها را در معرض خطر قرار می‌دهد، بحث و تحقیق در حقوق پزشکی و متعاقب آن مسئولیت پزشکان در این زمینه را ضروری می‌نماید. هدف از این پژوهش بررسی مسئولیت مدنی پزشک در زمینه خطاهای ناشی از باروری های پزشکی می باشد. مقاله حاضر به روش تحلیلی _توصیفی و کتابخانه ای انجام گرفته است. و با توجه به بررسی های به عمل آمده به دست می آید که در فقه امامیه در خصوص مسئولیت پزشک با عنوان "ضمان طیب" دو نظریه عمده مطرح است. نظریه مشهور که قائل به ضمان محض پزشک است و نظریه غیر مشهور که پزشک را ضامن نمی داند مگر اینکه تقصیر کرده باشد.

کلیدواژه: مسئولیت مدنی، ضمان، باروری های پزشکی، تقصیر، قصور، خسارت

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۲۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۱۶

*نویسنده مسئول: moosavi@ri-khomeini.ac.ir

مقدمه

در دنیای امروز با پیشرفت علم و تکنولوژی و دستیابی به دانش فراوان و روش های نوین باروری در خصوص از بین بردن یا به عبارتی کاهش حداکثری ناباروری، در بعضی از افراد امکان باروری فقط از طریق درمان ها و روش های پزشکی یا به عبارت دیگر از طریق غیر متعارف باروری امکان پذیر است.

در همین راستا به علت دخالت عوامل متعددی در انجام عمل بارداری و نقش کلیدی پزشک در این فرآیند، گاهی اوقات با نارسائی هایی از قبیل اتلاف جنین، جا به جایی جنین ها، احتمال بیماری ژنتیکی جنین، آسیب های احتمالی به سلامت زوجین نابارور و غیره مواجه خواهیم شد که متوجه شخص پزشک و عوامل فعال در این زمینه می شود.

همگام با تحولات در دیدگاه های سلامت و تأمین سلامت جامعه، تأسیس نهاد های جدید بررسی حقوقی و طراحی قوانین مناسب، ضرورتی اجتناب ناپذیر است.

وضع قوانین یا تجدید نظر در آنها کمک مؤثری به پیشرفت پزشک خواهد بود که در نهایت به اعتبار اجتماعی و سلامت جامعه پزشکی می انجامد. حقوق پزشکی که ناظر بر قوانین مزبور است، شاخه ای از رشته های نوین حقوقی محسوب می گردد و به برقراری ارتباط بین جامعه پزشکی و حقوقی کشور منتهی و پاسخی بر دغدغه های فکری پزشکان و نظام سلامت کشور می باشد.

در ق.م.ا. ۱۳۹۲ مواد ۴۹۶، ۴۹۷، ۴۹۸، مبنای تقصیر پذیرفته شده است. البته تقصیر ممکن است ناشی از عدم مهارت یا بی احتیاطی یا عدم اذن بیمار یا ولی او باشد که در هر حال تجاوز از رفتار متعارف پزشکی است و تقصیر به شمار می آید.

مبانی مسئولیت مدنی پزشک

مسئولیت مدنی پزشکان یکی از مباحث مهم حقوق مسئولیت مدنی است که در کشورهای مختلف مورد بحث واقع و آراء مهمی راجع به آن صادر شده است. در کشور ما، قبل از تصویب قانون دیات به سال ۱۳۶۱، مسئولیت مدنی پزشکان تابع قواعد عمومی مسئولیت مدنی بود و از لحاظ مبنای مسئولیت اصولاً مبنای تقصیر که در قانون مسئولیت مدنی ۱۳۳۹ مقرر شده بود در این مورد هم قابل اعمال بود. لیکن در قانون دیات ۱۳۶۱ و به دنبال آن در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ چند ماده به این موضوع اختصاص یافت که بامبنای تقصیر سازگار نیست وانگهی این مواد از لحاظ مبنای مسئولیت هماهنگی کافی ندارند و در تفسیر آنها نیز اختلاف نظر دیده میشود. پذیرش نظریه تقصیر در زمینه مسئولیت پزشکان مبتنی بر این فکر است که اصولاً تعهد پزشک تعهد به وسیله است نه تعهد به نتیجه؛ یعنی پزشک به موجب قرارداد یا قانون متعهد است بیمار را با رعایت موازین پزشکی مداوا کند و کوشش و مهارت خود را برای درمان او بکار بندد؛ لیکن درمان قطعی (شفا دادن) بیمار در اختیار او و مورد تعهد او نیست؛ بنابراین پزشک را فقط هنگامی میتوان مسؤول شناخت که تقصیر او به اثبات برسد. وانگهی اگر مسئولیت پزشک، مسئولیت محض و بدون تقصیر باشد، پزشک جرأت نمی کند به معالجه ها و

عرف پزشکی عمل کرده و مقصر به شمار می‌آید، هر چند گروهی از فقها گفته اند که پزشک در فرض مأذون بودن و عدم تقصیر هم مسؤول است.

مسؤولیت مبتنی بر تقصیر راه حلی است که در حقوق تطبیقی پذیرفته شده است. مثلاً در حقوق فرانسه، تعهد پزشک را تعهد به وسیله به شمار آورده و اصولاً تقصیر را مبنای مسؤولیت او دانسته اند. دیوان تمیز فرانسه به صراحت اعلام کرده است که پزشک تعهد به درمان قطعی (شفا دادن) بیمار ندارد، بلکه تعهد کرده است او را مداوا کند، نه هرگونه مداوا، بلکه مداوایی که مطابق داده های مسلم علمی باشد. این بدان معنی است که پزشک باید مواظب و مراقب و دقیق باشد، راه های درمانی را که در موارد مشابه به کار می‌رود بشناسد و به کار برد. رویه قضائی فرانسه تعهد اطلاع رسانی به بیمار در باره خطرهای عمل جراحی یا درمان را از تعهدات پزشک دانسته و عدم اجرای این تعهد را که نوعی تقصیر و اثبات آن بر عهده بیمار است موجب مسؤولیت تلقی کرده است. البته در مورد آزمایشهای پزشکی و معالجات و اعمال جراحی ساده، رویه قضائی فرانسه تعهد پزشک را تعهد به نتیجه تلقی کرده و اثبات تقصیر را لازم ندانسته و صرف عدم حصول نتیجه و تحقق ضرر را کافی برای مسؤولیت شناخته است (۴).

به هر حال به نظر می‌رسد که نظریه تقصیر بهترین مبنا برای مسؤولیت پزشک است که هم در فقه و هم در حقوق تطبیقی مورد توجه واقع شده است، هر چند که قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵، به پیروی از نظر گروهی از فقها، به ظاهر آن را نپذیرفته است. قانون جدید م.ا (۱۳۹۲) مسؤولیت محض یا مسؤولیت بدون تقصیر پزشک را با توجه به گفته های برخی از فقهای امامیه و انتقادهای حقوقدانان نپذیرفته و به مبنای تقصیر باز گشته است. ماده ۴۸۹ قانون جدید در این باره مقرر می‌دارد: هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است، مگر آن که عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد، یا این که قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه برائت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او معتبر نباشد و یا تحصیل برائت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، برائت از ولی مریض تحصیل می‌شود.

تبصره ۱- در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد، هر چند برائت اخذ نکرده باشد. از این ماده چنین بر می‌آید که پزشک اصولاً مسؤول زیان های وارده به بیمار است، مگر این که عدم تقصیر او اثبات شود یا برائت اخذ کرده باشد. در این فرض نیز در صورتی پزشک معاف از مسؤولیت است که مرتکب تقصیر نشده باشد. به دیگر سخن، از سیاق ماده فوق مبنای فرض تقصیر یا به تعبیری اماره تقصیر قابل استنباط است؛ بدین معنی که برای مسؤولیت اثبات تقصیر لازم نیست؛ ولی پزشک می‌تواند عدم تقصیر خود را ثابت کند، چنانکه ثابت کند که مقررات پزشکی و موازین فنی را کاملاً رعایت کرده و مرتکب هیچ گونه بی احتیاطی نشده است.

جراحی های خطرناک دست بزند و این امر مانع پیشرفت علم پزشکی و به زیان بیماران و جامعه خواهد بود.

ماده ۳۱۹ ق.م.ا درباره مسؤولیت مدنی و به تعبیر فقهی ضمان پزشک چنین مقرر می‌دارد: هرگاه طبیعی، گرچه حاذق و متخصص باشد در معالجه هایی که شخصاً انجام میدهد یا دستور آن را صادر میکند، هر چند با اذن مریض یا ولی او باشد، باعث تلف جان، نقص عضو یا خسارت مالی شود ضامن است. قابل ذکر است که این ماده دارای قلمروی گسترده است؛ زیرا هم اتلاف و هم تسبیب را شامل می‌شود. عبارت: "شخصاً انجام می‌دهد" ناظر به اتلاف و عبارت: "دستور آن را صادر میکند" ناظر به تسبیب است به علاوه ماده هم تلف جان و نقص عضو و هم زیان مالی را در بر می‌گیرد. وانگهی در این ماده سخنی از تقصیر به میان نیامده و ظاهراً قانونگذار مسؤولیت محض یا بدون تقصیر را پذیرفته است، اعم از آنکه نظریه خطر یا نظریه تضمین حق را، با الهام گیری از نظریه های غربی، مبنای آن بدانیم، یا با بهره گیری از گفته ها و تعبیرهای فقها نظریه نفی ضرر را مبنای آن تلقی نماییم.

به هر حال، ماده ۳۱۹ ق.م.ا قدیم مبتنی بر نظر مشهور فقهای امامیه است که پزشک را در هر حال ضامن میدانند چه در علم و عمل قاصر باشد یا حاذق، چه مأذون از سوی مریض یا ولی او باشد یا نه (۱). در تأیید این نظر به اطلاق ادله ضمان استناد شده است (۲).

بنابراین آنچه گفته شد، مسؤولیت پزشک در قانون مجازات اسلامی قدیم مسؤولیت محض است و مبتنی بر تقصیر نیست؛ به دیگر سخن، برای الزام پزشک به جبران خسارت، کافی است که زیان دیده تحقق ضرر و رابطه سببیت بین ضرر و عمل خواننده دعوی را ثابت کند. در حالی که مصلحت اجتماعی اقتضا می‌کند که پزشک فقط در صورت ارتکاب تقصیر مسؤول شناخته شود، تا پزشکان بدون نگرانی از مسؤولیت بتوانند با رعایت موازین پزشکی به تحقیقات علمی و معالجه بیماران پردازند. اگر به صرف ایراد خسارت به بیمار که ظاهراً مستند به عمل پزشک است و بدون اثبات تقصیر، وی مسؤول باشد، چه بسا جرأت کارهای بزرگ از پزشک سلب میشود و این مانعی در راه پیشرفت علم پزشکی و به زیان بیماران و جامعه است.

در فقه امامیه نیز، بنابر یک نظر، مسؤولیت پزشک مبتنی بر تقصیر است. حتی فقهایی که قائل به مسؤولیت محض پزشک هستند، پیشتر به مصادیق تقصیر پزشک اشاره کرده و بر مسؤولیت وی در این گونه موارد تأکید نموده اند. در کتاب معروف جواهرالکلام در این خصوص چنین آمده است: "پزشک ضامن تلف ناشی از معالجه است، اگر کوتاهی کند یا طفل یا مجنون را بدون اذن ولی یا بالغی را بدون اذن او معالجه کند (۳).

از عبارات فوق مبنای تقصیر در مسؤولیت پزشک قابل استنباط است چه عبارات "اگر کوتاهی کند" (ان کان قاصراً) معالجه طفل یا مجنون بدون اذن ولی، معالجه بالغ بدون اذن از مصادیق تقصیر به مفهوم پذیرفته شده در حقوق امروز است. به دیگر سخن، پزشکی که در معالجه بیمار کوتاهی میکند یا کودک یا دیوانه ای را بدون اذن ولی او معالجه مینماید یا به معالجه شخص کیبری بدون اذن او (در مواردی که کسب اذن امکان پذیر است) می‌پردازد برخلاف

اخذ براءت از ضمان و تقصیر پزشک

هرگاه پزشک از بیمار یا ولی او براءت اخذ کرده و به عبارت دیگر عدم مسؤولیت خود را شرط نموده باشد، بار اثبات تقصیر بر عهده زیان دیده خواهد بود. بنابراین، شرط براءت از ضمان، پزشک را از مسؤولیت در صورت اثبات تقصیر معاف نمی‌کند و فقط بار اثبات را جا به جا می‌نماید، بدین معنی که اگر براءت از ضمان اخذ نشده باشد، بار اثبات عدم تقصیر بر دوش پزشک و در صورت خذ براءت بار اثبات تقصیر بر عهده زیان دیده است. کاربرد کلمه "تقصیر" در ماده ۴۸۹ قانون دلیل بر آن است که مسؤولیت پزشک مبتنی بر تقصیر است؛ ولی نه تقصیر اثبات شده، بلکه تقصیر مفروض که خلاف آن قابل اثبات است. بدیهی است که در مسؤولیت بدون تقصیر یا محض اثبات عدم تقصیر مؤثر نخواهد بود و ماده ۴۸۹ قانون جدید نیز مؤید قبول مبنای تقصیر در این قانون است. مسأله مهمی که در زمینه اخذ براءت از ضمان مطرح می‌شود آن است که آیا اخذ براءت موجب عدم ضمان پزشک به طور مطلق است، یا حتی به رغم اخذ براءت، پزشک در صورت ارتکاب تقصیر و اثبات آن مسؤول است. اگر مسؤولیت پزشک مسؤولیت محض و مبتنی بر یکی از نظریه های مسؤولیت بدون تقصیر باشد در فرض اخذ براءت، هم نباید تقصیر مؤثر باشد. اما اگر مسؤولیت پزشک را مبتنی بر فرض (اماره) (تقصیر بدانیم) می‌توانیم در فرض اخذ براءت، با اثبات تقصیر پزشک او را مسؤول بشناسیم. در واقع، اخذ براءت از ضمان، بار دلیل را جابجا می‌کند؛ یعنی در صورت عدم تحصیل براءت پزشک می‌تواند با اثبات عدم تقصیر، از خود رفع مسؤولیت کند؛ لیکن در صورت اخذ براءت از ضمان بار دلیل برعهده بیمار است که می‌تواند با اثبات تقصیر پزشک، او را مسؤول و ضامن خسارات وارده بشناسد. این نظر علاوه بر اینکه با مبنای فرض تقصیر سازگار است موافق مصلحت جامعه است؛ زیرا اگر پزشک، حتی در صورت ارتکاب تقصیر، مبری از مسؤولیت باشد، چه بسا ممکن است دقت و مراقبت لازم را به کار نبرد و بر اثر بی احتیاطی و بی دقتی پزشک، سلامت یا جان بیمار به خطر بیفتد و بدیهی است که این وضع موجب گسترش بی احتیاطی و بی دقتی پزشکان و به زیان جامعه خواهد بود. وانگهی با تفسیر شرط براءت از ضمان می‌توان گفت بیمار پزشک را از خسارات ناشی از معالجه بری کرده است نه از زیانهای ناشی از تقصیر (۵).

برخی از قهه‌های معاصر به این قاعده تصریح کرده اند (۶) و همین نظر مورد قبول بعضی از استادان حقوق واقع شده است. رویه قضایی نیز با این نظر هماهنگ است. اما برخی از استادان حقوق بر آنند که شرط براءت فقط درباره اضرار عمدی یا آنچه در حکم عمد (تقصیر سنگین) باشد، مانند جا گذاردن چاقوی جراحی در شکم بیمار یا عمل جراحی در حال مستی، برخلاف نظم عمومی و بی اثر است.

خطاها و اشتباهات باروری های پزشکی

با توجه به مبنای نظری مسؤولیت مدنی پزشک، آنچه برای پزشک ایجاد مسؤولیت می‌کند، تقصیر و قصور به طور عام و مصادیق آن ها به طور خاص می‌باشد.

در باروری های پزشکی نیز در صورت تقصیر اعم از تعدی و تفریط و در اثر بی مبالائی و بی احتیاطی، سهل انگاری و عدم مهارت یا تخلف از نظامات قانونی و یا در صورت قصور برای پزشک ایجاد مسؤولیت اعم از مسؤولیت مدنی، کیفی، اخلاقی و انتظامی می‌شود. و از آن جایی که هدف مقاله پیشرو مسؤولیت مدنی پزشک می‌باشد. به بررسی مواردی در این باره می‌پردازیم.

امروزه شاید به جهت تغییر سبک زندگی، خانواده های زیادی برای بهبود وضعیت زندگی خود و برنامه ریزی برای زندگی و فرزندآوری خود به متخصصین سلامت و باروری مراجعه می‌کنند به عنوان مثال در ایالات متحده آمریکا، تقریباً ۲ زن از ۷ زن که در سن باروری و بچه دار شدن هستند به جراحی های باروری و استفاده از داروهای ضدبارداری روی می‌آورند و تقریباً ۲ درصد از بچه های متولد شده در این کشور از طریق تکنیک های باروری پزشکی مثل IVF به دنیا می‌آیند. (۷)

ناباروری براساس منابع پزشکی اینگونه تعریف شده است: زوجینی که در سن باروری هستند، پس از گذشته یک سال از ازدواج، بدون استفاده از روش های جلوگیری در حاملگی، بارور نشده باشند، نابارور محسوب می‌شوند و اگر زوجین بالای ۳۵ سال سن باشند، حتی این مدت شش ماه در نظر گرفته شده است. (۸).

با توجه به تعریف سلامت از نظر سازمان بهداشت جهانی می‌توان ناباروری را بیماری تلقی کرد. همچنین از نظر سازمان بهداشت جهانی، بیماری نقطه مقابل سلامتی و هرگونه ناتوانی و انحراف از سلامت کامل جسمی است و ناباروری می‌تواند یک بیماری محسوب شود، اگرچه درمقابل نظریه مخالفی وجود دارد که روش های جدید باروری (ART) را درمان ندانسته، بلکه آن را جانشین تولیدمثل می‌دانند. (۹).

روش های کمکی تولید مثل و باروری در مواردی دارای محاسنی غیرقابل انکار است، آن جایی که می‌توان از به وجود آمدن بیماری های ژنتیکی و انتقال بعضی بیماری ها و نارسایی ها به کودکان جلوگیری کرد. اما این نکته را هم نمی‌توان از نظر دور داشت که به جهات مختلف دارای معایب و اثرات جانبی مخرب نیز می‌باشد. در باروری های پزشکی شاید بتوان اقدامات پزشکی را به دو بخش کلی تقسیم کرد. اقداماتی که ضرورت دارد و یا به عبارتی توجیه پزشکی و منطقی و درمانی برای آن وجود دارد و اقداماتی که شاید کمتر به درمان شبیه باشند و بیشتر بتوان آن را خدمتی لوکس مثل جراحی های زیبایی داشت، که در اثر پیشرفت فرآیند تولید مثل امکان پذیر گردیده است.

آنچه در این خصوص قابل تأمل و حائز اهمیت است، مسؤولیت پزشک در قبال خطاهایی است که در این زمینه رخ می‌دهد. اهمیت خطاها و تأثیرات آن بر زندگی زوجین و سلامت کودک متفاوت است. در مواردی که به علت قصور پزشکی کودک، مبتلا به یک ناهنجاری یا بیماری ژنتیکی می‌شود، قطعاً مسؤولیت پزشک در

تولد اشتباهی

تولد اشتباهی اصطلاحی است که برای توصیف ادعایی مبنی بر معالجه غلط پزشکی به کار می‌رود. و زندگی اشتباهی یک ادعا و سبب قانونی است که توسط والدین کودک و یا خود کودکی که با ابتلا به بیماری های مادرزادی و یا دارای نقص و ناهنجاری ژنتیکی متولد شده است، مطرح می‌گردد. و ادعا می‌کنند که سهل انگاری پزشک و مشاوره غلط و عدم هشدار صحیح در مورد خطر ابتلا به بیماری مادرزادی ژنتیکی فرصت جلوگیری و خاتمه بارداری و حیات سالم را از آن‌ها گرفته است.

مادر مدعی است که این عمل پزشک یک شبه جرم است و عملی است ضمان آور، زیرا اگر پزشک در مرحله اول آزمایش ژنتیکی، اطلاعات درست به والدین بدهد مادر تصمیم در به دنیا آوردن بچه نمی‌گیرد. سهل انگاری پزشک دلیل و سبب تولد کودک با اختلال ژنتیکی است و مادر می‌تواند نسبت به سهل انگاری پزشک (متهم) در آزمایش یا مشاوره غلط مطالبه خسارت کند. اقدام به طرح دعوی در مورد تولد اشتباهی مبتنی بر فریب از ناحیه پزشک است که حق قانونی او را برای خاتمه بارداری افراد گرفته است و باعث به دنیا آمدن کودکی با نقص پزشکی شده است.

عناصر کلی ادعای تولد اشتباهی از نظر دیوان عالی کالیفرنیا عبارت است از: وجود رابطه بیمار و پزشک (یعنی بین شاکی و متهم) و سهل انگاری پزشک که منجر به عدم آگاهی پدر و مادر از وجود خطر داشتن فرزند یا بیماری ژنتیکی یا مادرزادی و شاکی آسیب دیده و رابطه سببیت بین قصور پزشکی و خسارت وارد شده.

اکنون برای روشن شدن بحث به طرح چند مورد عینی در خصوص تولد اشتباهی می‌پردازیم.

در ۱۹ فوریه ۱۹۷۵، حکم دیوان عالی تکزاس در پرونده **Jacobs V. Theimer** باعث شد تکزاس اولین ایالت آمریکا باشد در اعلام اینکه یک زن می‌تواند از پزشک خود برای زایمان اشتباه شکایت کند در این پرونده **Dortha Jacobs** که در هنگام بارداری سرخچه گرفت و فرزندش **Lesli** را به دنیا آورد. که به شدت ناتوان بود. دورته و همسرش از پزشک خود شکایت کردند و مدعی شدند که او سرخچه را تشخیص نداده و یا به آن‌ها هشدارهای لازم را نداده است که این بیماری چه تأثیری بر بارداری دارد.

پرونده دیگر در مورد **Keel V. Banach** می‌باشد که شاکیان مرد و همسر باردارش بودند که هر دو به دنبال جلوگیری از داشتن فرزند با ناهنجاری های ژنتیکی باروری بودند فرزند قبلی آن‌ها با نقص نخاع و ناهنجاری های دیگری که اساساً منشأ ارثی داشته است، متولد شده بود و حالا این مرد در معرض خطر پدر شدن فرزند دوم با ناهنجاری قرار گرفته بود. (۱۱)

پزشک (متهم) یک متخصص زنان و زایمان بود که چندین سونوگرام را بر روی زن و جنین در حال رشد خود انجام داده بود و هیچ ناهنجاری را تشخیص نداده بود و به والدین اطمینان داده بود که فرزندشان به طور عادی در حال رشد است با این وجود کودک با انواع ناهنجاری های مادرزادی شدید متولد شد و نیاز به

برابر خسارت های ایجاد شده و اثری که می‌گذارد، با مواردی که در اثر قصور پزشکی، نتیجه مورد نظر والدین مثل قد بلند یا رنگ چشم و... تأمین نمی‌شود یکی نیست. و رویکرد و برخورد قانونی یکسانی با هر دو منطقی و عقلانی به نظر نمی‌رسد. زیرا در بعضی موارد، حتی اگر پزشک همه دانش خود را به کار گیرد و احتیاطات لازم را نیز لحاظ کند، متغیرهایی تصادفی که غیرقابل پیش بینی است و در کنترل پزشک نیست، ممکن است رخ دهد. و لذا نمی‌توان قطعیت آن را تضمین کرد. و همانطور که گفته شد، در مورد اول آسیب های فیزیکی، روحی و روانی به وجود آمده با مورد دوم قابل مقایسه نمی‌باشد.

با این مقدمه، تصویر چشم اندازی که از خطاها و قصور باروری اتفاق می‌افتد، را در قالب، سه طبقه مورد بحث قرار می‌دهیم: (7 تغییر)

۱- اشتباهاتی که منجر به تحمیل بارداری یا ایجاد بارداری ناخواسته می‌شود.

۲- اشتباهاتی که منجر به سلب حق باروری می‌شود و شانس باروری را از کسی که می‌خواهد بارور شود را می‌گیرد.

۳- اشتباهاتی که منجر به تغییر در نتیجه مورد نظر از باروری می‌شود و باعث از بین رفتن تلاش هایی برای داشتن یا جلوگیری از به دنیا آمدن کودکی با ویژگی ها و صفات خاص می‌گردد.

برای بهتر روشن شدن مطلب به مواردی عینی در مورد هر طبقه می‌پردازیم.

لازم به ذکر است، آنچه در بحث های قصور باروری مطرح است، درمان اشتباه، تجویز داروی غلط، تخطی از قرارداد، اتلاف مال، عدم رعایت منافع و مصالح مربوط به تولید مثل و باروری و در نهایت خسارت وارده مشهود و غیرمشهود، اعم از فیزیکی، احساسی و عاطفی و اقتصادی و.....

تحمیل بارداری

در خصوص طبقه اول، یعنی مواردی که در اثر تصور پزشکی باروری بر فردی تحمیل می‌شود، به یک نمونه عملی می‌پردازیم.

و یا والدینی که متقاضی ۲ فرزند در **IVF** بوده اند ولی پزشک به جای ۲ جنین، ۴ جنین را به رحم مادر انتقال داده است (بدون اینکه توضیحات لازم را به آنها بدهد و آن‌ها را نسبت به این امر رضایت داشته باشند) و نتیجه بارداری، به دنیا آمدن سه نوزاد نارس و از بین رفتن یکی از نوزادان بوده است طی شکایتی که از جانب والدین برای دریافت خسارت به جهت خطاهای آزمایشگاهی و جنین شناسی مطرح شده است آنها خواستار دیه قتل عمد فرزند از بین رفته هزینه بستری شدن سه نوزاد نارس و هزینه بزرگ کردن یک فرزند اضافی را به همراه خسارت بابت درد و رنج روحی حاکی از این اتفاق شده اند (۱۰).

دو مورد از ادعاهایی که در اثر قصور پزشکی و در نتیجه باروری های تحمیلی در دنیا مطرح است تحت عنوان «تولد اشتباهی» و «زندگی اشتباهی» در دو دهه گذشته در نتیجه قابلیت های تشخیصی پیش از تولد می‌باشد.

البته نوعاً دادگاه بعید است که هزینه های عادی در تربیت فرزند را قابل جبران و مطالبه بدانند. فقط خسارت هایی که مستقیماً به نقص های تولد منتسب است را قابل جبران می دانند.

گزارش از یک مطالعه موردی نشان می دهد که دادگاه بر اثر عدم شناسایی بیماری *Spina Bifida* در فرزند توسط پزشک ۷۵۰/۰۰۰ پوند خسارت در نظر گرفت.

ماجرا از این قرار بود که پاتریشا و نیل والدین فرزندی به نام گرت بودند که در اثر غفلت پزشکی به بیماری *Spina Bifida* مبتلا شده بود، پاتریشا در جولای ۱۹۹۸ گرت را باردار شده و در نوار اسکن او صدای غیرمعمول و ناهنجاری در ماه نوامبر ۱۹۹۸ وجود داشت، ولی این اسکن طبیعی گزارش شد و بارداری تا تولد گرت در ۲۶ آوریل ۱۹۹۹ ادامه داشت، بلافاصله پس از تولد پزشک متخصص اطفال اعلام کرد که گرت دارای بیماری اسپینا بیفیدا (یا مهره شکاف، نقص مادرزادی لوله عصبی و بیرون زدگی نخاع) شده است که غیرطبیعی تشخیص داده شده بود.

گرت بلافاصله به بیمارستان در ۲۷ آوریل ۱۹۹۶ منتقل شد و مورد عمل جراحی قرار گرفت ولی گرت همچنان مشکلات قابل توجهی از جمله *Paraplegia* بی اختیاری ادرار و مدفوع *hydrocephalus* را دارد والدین گرت مدعی بودند که ماماها در سال ۱۹۹۸ در اثر قصور در سونوگرافی او متوجه مشکلات نخاع نشدند.

روند جلسات این پرونده تا سال ۲۰۰۲ پیش رفت و پس از آن متهمان به سهل انگاری خود اعتراف کردند و موضوع پرونده فقط بر اساس پرداخت کمی از خسارات وارده، پایان یافت و پس از مذاکرات طولانی، موضوع پرونده در دسامبر ۲۰۰۳ با مبلغ ۷۵۰/۰۰۰ پوند حل و فصل شد.

سلب حق باروری در طبقه دوم خطاها و قصور باروری اشتباهاتی است که منجر به سلب حق باروری می شود و شانس باروری را از کسی که می خواهد بارور شود می گیرد.

برای روشن شدن موضوع به چند نمونه عملی می پردازیم. در پرونده ای که، متخصصین تخمک ها را با اسپرم افراد غریبه تلفیق می کنند، یا جنین را در رحم دیگری به صورت اشتباهی می گذارند و در اثر این اهمال و قصور پزشکی (با توجه به اینکه این عمل تنها شانس بچه دار شدن آنها بوده است) بیمار برای همیشه نمی تواند بچه دار شود.

و گاهی اوقات متخصصین سلامت و باروری به خانم ها راهنمایی اشتباه می دهند و بر اساس اطلاعاتی که از پزشک می گیرند و خطرات پزشکی که بارداری به دنبال دارد، تصمیم به سقط و خاتمه بارداری می گیرند و دیگر بچه دار نمی شوند.

و در پرونده ای که پزشکی، به والدین جنین می گوید که چنین شما مشکل دارد و باید سقط شود و بعد مشخص می شود که این به علت گذاشتن جنین اشتباهی در رحم او بوده است.

و یا در مورد پرونده ای که از بدن خانمی تخمک هایی که لازم است گرفته می شود و جنین به وجود آمده در بدن خانم دیگری گذاشته می شود. در اینجا وسعت آسیب قابل درک نیست. افرادی که تنها با

جراحی های متعدد داشت و در نهایت کودک در سن شش سالگی مرد.

والدین با توجه به نظریه تولد اشتباهی شکایت کردند و دادگاه حکم کرد که والدین کودک مبتلا به نقص مادرزادی ممکن بود از تولد کودکی که در نتیجه تشخیص نادرست پزشک معالج و عدم آگاهی آنها از نقایص جنین بود، جلوگیری می کردند و به این تولد اشتباهی اقدام نمی کردند و حکم کرد که شاکیان می توانند هزینه های پزشکی ناشی از سهل انگاری متهم و همچنین درد جسمی مادر و رنج روحی و عاطفی را مطالبه کنند.

در پرونده های تولد اشتباهی شاکیان باید دو ادعا را جداگانه اثبات کنند. اولاً نشان دهند یا به عبارتی ثابت کنند که پزشک با تشخیص پزشکی غلط و یا عدم انتقال درست ریسک انتقال یک اختلال ژنتیکی یا ناهنجاری دیگر (یعنی مشاوره ژنتیکی غلط و سهل انگاری در مورد احتمال رشد جنین غیرطبیعی) باعث تولد نوزاد با نقایص عمده مادرزادی شده است که نیاز به درمان پزشکی گسترده و گران دارد و در برخی موارد نقص نوزاد متولد شده به حدی شدید است که مانع از ایجاد رابطه عادی والدین با فرزند خود می شود.

ثانیاً، در دادخواست شکایت تولد اشتباهی شاکیان پرونده باید ثابت کنند که اگر پزشک تشخیص می داد و اطلاعات کافی می داد و آن ها را از خطرات احتمالی آگاه می کرد آن ها تصمیم به خاتمه بارداری می گرفتند و کودک با نقص به دنیا نمی آمد.

و موفقیت در دو ادعا معمولاً به ارائه شواهد توسط والدین بستگی دارد.

دادگاه ها به دلیل مشکلات در اثبات این ادعاها معمولاً جلسات تولد اشتباهی را رد می کنند. دادگاه ها در حال حاضر بیشتر هزینه های مربوط به پرورش فرزند غیرطبیعی را مجاز می دانند مانند مراقبت های پزشکی که یک کودک سالم نیاز ندارد.

بنابراین اکثر دادگاه ها حکم به پرداخت تمام هزینه های مرتبط با بزرگ کردن فرزند شاکی تا بهبودی می دهند.

در بعضی ایالت ها در آمریکا، دادگاه علاوه بر خسارت های مربوط به هزینه های ادامه بارداری، زایمان و هزینه های مرتبط با هر گونه ناهنجاری یا نقصی که در کودک وجود دارد، به پرداخت خسارت های عاطفی و درد و رنج و پریشانی عاطفی و از دست دادن حق مادری و دردهای جسمانی که مادر در هنگام زایمان کودک ناسالم متحمل شده است، حکم می کنند حتی بعضی دادگاه ها با محاسبه تأثیر مثبت زندگی کودک بر خانواده مطالبه خسارت می کنند.

در حال حاضر در آمریکا ۲۵ ایالت ادعای تولد اشتباهی را به رسمیت شناخته اند و ۱۱ ایالت آن را منع می کنند.

به طور کلی آسیب ها و صدمات ناشی از تولد اشتباهی را می توان شامل جبران خسارت مالی به منظور جبران هزینه های مراقبت از کودک ناقص، اعم از شهریه در مدارس ویژه برای کمک به کودک دارای ناتوانی شدید در یادگیری و هزینه های نظارت و ویزیت منظم پزشکی و همچنین غرامت به دلیل ناراحتی های روحی و روانی که در اثر تولد کودک ناقص متحمل شده اند، دانست.

و شاید در اثر قصور پزشکی و عدم حصول نتیجه مورد نظر این گروه نسبت به گروه قبل متحمل ضایعات خفیف‌تری می‌شوند.

مسئولیت‌های یزشک (احکام) در اشتباهات پزشکی اکنون با عنایت به مبانی نظری و با توجه به تعاریف تقصیر، قصور، ضرر و خسارت، به احکام هر یک از سه طبقه ذکر شده در خصوص خطاهای پزشکی می‌پردازیم.

در مورد طبقه اول، یعنی تحمیل باروری و بارداری‌های ناخواسته با توجه به مصادیق قابل انطباق و مشکلات و خساراتی که به دنبال دارد. به طور کلی باید قائل به ضمان یزشک بود و از آنجایی که تقصیر یزشک در موارد این چنینی محرز است، یزشک باید از عهده خسارت‌های مادی و معنوی حادث شده برآید. و این مسؤلیت، چه بر اساس نظریه مشهور فقها از جمله امام خمینی که به ضمان محض یزشک معتقدند و چه بر اساس نظریه غیر مشهور که در اثر تقصیر یزشک را ضامن می‌داند و همچنین قانون مدنی که مسؤلیت مدنی یزشک را بر اساس نظریه تقصیر و نظریه غیر مشهور منوط به تقصیر می‌داند، مسلم است.

جبران خسارات طبقه اول

ابتدا به طور فهرست‌وار به هزینه‌های مادی و معنوی قابل تصور برای طبقه اول (تحمیل باروری) می‌پردازیم.

هزینه‌های مادی عبارت است از:

__ تمامی هزینه‌های دوران بارداری و کنترل مادر و جنین از نظر پزشکی (اعم از آزمایشات، سونوگرافی‌ها، غربالگری‌ها، ویزیت‌های مکرر و ...).

__ تمامی هزینه‌های زایمان و یا سقط در صورت تشخیص پزشکی و تصمیم والدین به خاتمه بارداری.

__ تمامی هزینه‌های بچه‌ای که با ناهنجاری‌ها فیزیکی متولد شده است و نیاز به درمان دارد.

__ تمامی هزینه‌های نگهداری و بزرگ کردن بچه متولد شده با ناهنجاری‌های فیزیکی (علاوه بر هزینه‌های درمانی) که طبیعتاً بچه‌های سالم آن هزینه‌ها را ندارند (مثل ضرورت پرستار خاص برای مراقبت‌های شبانه‌روزی - مدرسه خاص و آموزش خاص و ...).

__ تمامی هزینه‌های بزرگ کردن بچه‌هایی که نتیجه جایگزینی جنین‌های متعدد توسط یزشک علیرغم خواست و رضایت والدین و پروتکل اجرایی در این خصوص.

__ عدم النفع قطعی الحصول (طبق قانون) برای مادری که به خاطر بارداری ناخواسته مخصوصاً بارداری با ریسک بالا در اثر تقصیر یزشک که نیاز به مراقبت و استراحت ویژه دارد. فرصت و موقعیت شغلی و اجتماعی خود را از دست می‌دهد.

__ خسارت‌های مالی عینی در اثر فقدان یا معیوب و مسلوب المنفعه بودن عضوی تحت عنوان دیه یا آرش.

__ پرداخت دیه قتل غیر عمد در مورد بچه‌هایی که در اثر بیماری حادث شده و بر اثر تقصیر پزشکی می‌میرند.

هزینه‌های معنوی عبارتند از:

__ تحمل درد و رنج و آسیب جسمی (مثل بیهوشی مجدد) برای جراحی مجدد.

آرزوی داشتن بچه بیولوژیک خود تلاش‌های زیاد و دردناک را تحمل می‌کنند ولی دچار یأس و ناامیدی می‌شوند. از طرفی با بچه‌ای مواجه هستند که بچه خودشان نیست و از طرفی نمی‌دانند که بچه خودشان کجاست؟ و توسط چه کسی به دنیا می‌آید؟ در اینجا آسیب احساسی و عاطفی و شانس بارداری و ارتباط مادر و فرزندی و تجربه مادر شدن واقعی از فرد گرفته شده است.

در مورد دیگری که در اثر اطلاعات اشتباه یزشک، خانمی علیرغم اشتیاق زیاد به بچه‌دار شدن فرزند خود را سقط می‌کند. در حالی که خانم سقط را گناه می‌داند مگر در تحت شرایط خاص و در اثر اطلاعات اشتباه و تنها بر اساس مشاوره‌ها و توصیه‌های غلط مشاور ژنتیک و گفته یزشک که به او گفته است بچه شما با بیماری مغز کوچک یا بدون مغز به دنیا خواهد آمد و او تصمیم به سقط جنین می‌گیرد، در صورتی که این تشخیص اشتباه بوده است.

در مورد دیگری که زوجی شکایتی را به دادگاه می‌برند و زوج مدعی است که اگر این بچه به دنیا می‌آمد من پدر می‌شدم و شکایت و ادعای آن‌ها این بود که یزشک تشخیص داده بود که جنین آن‌ها اگر پسر باشد، دارای مشکل مهمی در اندام تناسلی است که خطر نابسامانی هورمونی را به دنبال دارد.

و زوج علیرغم انتظار بی‌سببانه خود برای بچه‌دار شدن تصمیم به خاتمه بارداری و سقط می‌گیرند. اما در اثر کالبد شکافی معلوم می‌شود که بچه سالم بوده است و در اثر خطای تایپست آزمایشگاه که به جای XY، XX تایپ کرده است و این اشتباه را نه آزمایشگاه، نه یزشک، نه متخصص ژنتیک و نه کادر درمان بیمارستان متوجه نشده بودند. (۷)

تغییر در نتیجه باروری

طبقه سوم از خطاها و قصور باروری، اشتباهاتی است که منجر به تغییر در نتیجه مورد نظر باروری می‌شود و باعث از بین رفتن تلاش‌هایی برای داشتن یا جلوگیری از به دنیا آمدن کودکی با ویژگی و صفات خاص می‌گردد.

در مورد گروه سوم از قصور پزشکی باید تلاش‌های والدین را برای ویژگی و صفات خاص به دو دسته کلی تقسیم‌بندی کرد:

دسته اول والدینی هستند که می‌خواهند بچه آن‌ها از سلامت کامل برخوردار باشد، مثلاً چون یکی از والدین مبتلا به تالاسمی مینور می‌باشد به دنبال دوزی هستند که مبتلا به تالاسمی نباشد تا اینکه از ابتلا به فرزند خود به تالاسمی مازور جلوگیری کنند. و یا به دنبال حذف ژنی برای جلوگیری از ابتلا به یک بیماری خاص می‌باشند که متخصصین نمی‌توانند ژن حذفی مورد نظر آن‌ها را شناسایی کنند و در بعضی موارد ضایعه‌های جدی‌تری در نتیجه قصور پزشکی پیش می‌آید، مثل کم‌خونی شدید و یا ممکن است بچه با ژنی به دنیا بیاید که مستعد سرطان باشد.

اما در برابر این‌ها دسته دوم، والدینی هستند که هدفشان، هدف درمانی و پزشکی نیست، بلکه برای رسیدن به هدف‌های شخصی و بانگیزه، برنامه‌ریزی بهتر برای آینده فرزند خود، به دنبال ویژگی‌ها و صفات خاصی همچون تعیین جنسیت، قد بلند، رنگ پوست، چشم و مو، هوش، تحصیلات و ... می‌باشند.

مادر متضرر باشد. و همچنین اهرمی برای جلوگیری از بی‌مبالاتی و بی‌احتیاطی پزشکی خواهد شد و از میزان تقصیرها خواهد کاست. و اما در مورد نحوه جبران تقصیر پزشکی در بعد مادی و معنوی، خسارت‌های مادی یا تحت عنوان دیه و یا تحت عنوان آرش در شرع و قانون، قابل جبران است.

و در مورد خسارت‌های معنوی علاوه بر تقویم درد و رنج و تألمات روحی و آسیب‌های روانی باید به توبیخ و رسانه‌ای کردن تخلف و تقصیر پزشک (مثل درج در مطبوعات) و درج در پرونده کاری پزشک مقصر از تکرار مجدد چنین اعمالی تا حد امکان جلوگیری کرد.

در خصوص مسئولیت پزشک در قبال هزینه‌های نگهداری و آموزش و پرورش فرزند بیماری که در اثر تقصیر پزشک به دنیا آمده است و اینکه این مسئولیت تا چه زمانی باید ادامه یابد، ابراز نظری کلی و ثابت سخت است. چون عوامل متعدد در طول زمان دخیل خواهد بود و اینکه فقط مبلغی بر اساس تخمین مقرر گردد و پزشک با پرداخت آن مبلغ از مسئولیت رها شود در حالی که فردی را از داشتن زندگی سالم محروم کرده است و خانواده‌ای را دچار چالش‌های جدی گردانیده است هرگز عادلانه به نظر نمی‌رسد.

البته صاحب‌نظران در آمریکا معتقدند که هزینه‌های این بچه‌ها تا بلوغ به عهده پزشک است، ولی اگر این بچه در خانواده‌ای با شرایط خاص به دنیا آمده باشد که پدر مادر نتوانند زندگی بعد از بلوغ او را سامان‌دهی کنند، تکلیف این بچه، چه می‌شود؟! و یا حتی اگر به جهت مالی برای پزشک اتفاقی بیفتد و یا حتی پزشک فوت کند، تکلیف این خانواده و بچه، چه خواهد شد؟

لذا به نظر می‌رسد، لازم است که برای تضمین جبران خسارت تمهیدات جدی‌تری اندیشیده شود، مثل بیمه و داشتن مستمری ثابت و تضمینی برای رفع نیازهای زندگی بچه‌ای که از او حق زندگی سالم گرفته شده است.

نکته قابل تأمل دیگر در مورد تحمیل بارداری، این است که در چنین پرونده‌هایی خواهان پرونده هم والدین آسیب دیده می‌تواند باشد و هم بچه‌ای که با نقص و بیماری خاص به دنیا آمده است و همانطور که گفته شد، مدعی زندگی سالمی است که از او در اثر تقصیر پزشکی گرفته شده است (و طبق ماده ۹۵۷ ق.م.، از حقوق مدنی متمتع است) و از آن‌جایی که سلب این حق یا هیچ‌طریقی به واقع جبران نخواهد شد، پزشک تا آخر عمر این کودک ضامن است و مسئولیت خواهد داشت.

جبران خسارت طبقه دوم در مورد طبقه دوم، یعنی اشتباهاتی که منجر به سلب حق باوری می‌شود و شانس باوروری را از کسی که می‌خواهد بارور شود، می‌گیرد و با توجه به مصادیق قابل انطباق، مشکلات و خساراتی که به دنبال دارد، به طور کلی باید قائل به ضمان پزشک بود و با توجه به این که تقصیر پزشک محرز است باید از عهده همه خسارت‌های مادی و معنوی حادث شده برآید.

ابتدا به طور فهرست‌وار به هزینه‌های مادی و معنوی قابل تصور برای طبقه دوم (سلب حق باروری) می‌پردازیم.

تحمیل سختی‌های دوران بارداری تحمیلی و زایمان و حتی سقط اجباری.

تحمیل درد و رنج، بیریشانی عاطفی بزرگ کردن بچه بیمار.
 آسیب‌های روانی که بعضاً نیاز به درمان و مشاوره روان‌پزشکی دارد.

محرومیت از حق حیات سالم (زندگی سلامت) برای فرزند متولد شده با بیماری در تقصیر پزشکی.

جبران خسارت‌های مادی و معنوی ذکر شده توسط پزشک مقصر باید انجام یابد. این مسئولیت ابتدا به واسطه تقصیر وی و با توجه به مبانی فقهی و حقوقی ضمان از جمله قاعده اتلاف و تسبیب، قاعده غرور و همچنین تدارک ضرر بر اساس بناء عقلا برای پزشک محرز و قطعی است.

برای اجرایی و عملیاتی کردن جبران این خسارت‌ها، نیاز به کار کارشناسی دقیق در خصوص تقویم و تعیین میزان آسیب و خسارت است. و همچنین برای اینکه حتی از خواهان چنین پرونده‌هایی تضییع نشود و از طرفی جلوی سوء استفاده افراد سودجوی زیاده‌خواه نیز گرفته شود، لازم است، هر پرونده به طور موردی و جداگانه مورد بررسی قرار گیرد. به این معنا که یک حکم از پیش تعیین شده برای همه موارد، مکفی نخواهد بود.

به نظر می‌رسد، اگر چه لازم است. بعد از کارشناسی دقیق و بررسی و تعیین خسارت‌های احتمالی در هر مورد، اعداد و ارقام و مبالغی در قانون مصوب شود، اما با توجه به موارد فوق، شاید برای اجرای بهتر عدالت، نباید تنها به موارد از پیش تعیین شده و ثابت بسنده کرد. و هر پرونده به طور خاص و با توجه به دکترین فقهی و حقوقی باید مورد ارزیابی قرار گیرد.

طبیعی است مواردی که مستلزم پرداخت دیه است از طرف شارع مشخص شده است اما در مواردی که از مصادیق آرش است (طبق ماده ۴۴۹ ق.م.ا) دادگاه با لحاظ نوع، کیفیت و تأثیر آن بر سلامت مجنی علیه و میزان خسارت وارده و ... باید در جبران خسارت حکم کند.

در مورد جبران خسارت‌های مادی در فقه و حقوق، نوعاً اتفاق نظر وجود دارد ولی در مورد خسارت‌های معنوی و اینکه آیا قابل جبران هست یا خیر؟ و یا اینکه جبران آن به چه صورت خواهد بود، ظاهراً اجماعی وجود ندارد.

اما با توجه به مستندات فقهی (مثل، شأن نزول قاعده لاضرر، و پرداخت دیه و خسارت مالی توسط حضرت علی علیه السلام به دستور پیامبر در مقابل ترس زنان و کودکان قبیله بنی خزیمه که مورد تعرض خالد بن ولید قرار گرفته بودند و عدم ردع و منع شارع، و مواد قانونی (مثل اصل ۱۷۱ ق.ا و مواد ۱، ۲، ۸، ۹، ۱۰ م.م و مواد ۲۴۵ تا ۲۶۱ ق.م.ا در مورد کذف) خسارت معنوی به رسمیت شناخته شده است و قابل جبران است.

اگرچه در تقویم و محاسبه آسیب‌های معنوی به پول، اختلاف نظر وجود دارد و مسلم است که جبران این آسیب‌ها به طور کامل و دقیق، عملی نخواهد بود ولی تا حدودی از تألمات روحی افراد آسیب دیده می‌کاهد و می‌تواند تا حدودی تسکینی برای درد و رنج پدر و

به دنیا آمده است به عهده پزشک است و شاید تقویم خسارت معنوی و توبیخ انتظامی و شغلی به شدیدترین شکل خود اندکی در تسکین و کاهش تألمات آن‌ها مؤثر باشد.

در تمامی موارد فوق با استناد به قاعده اتلاف و تسبیب، غرور، نظریه تقصیر و بناء عقلا مبنی بر تدارک ضرر، پزشک ضامن است و باید از عهده خسارت برآید. چه بسا که علاوه بر مسؤولیت مدنی و جبران خسارت، محکوم به مسؤولیت کیفری و انتظامی نیز می‌باشد. خصوصاً در مورد از دست دادن تخمدان، طبق ماده ۷۰۶ ق.م.ا (از بین رفتن قدرت تولید مثل مرد یا بارداری زن...) پزشک محکوم به پرداخت آرش است.

و اگر قائل به مال بودن اسپرم و تخمک نباشیم طبق ماده ۵۵۹ ق.م.ا، صاحبان آن‌ها مستحق آرش هستند. علاوه بر هزینه‌های پرداختی ماهانه و... برای نگهداری و همچنین با استناد به قاعده اتلاف که هم اموال و هم نفوس را شامل می‌شود نیز ضامن ثابت است.

و در مورد از بین رفتن تخمدان که چه به صورت برداشتن اشتباهی تخمدان باشد و چه در اثر دارو درمانی با دوز بالا نیز با استناد به ماده ۷۰۶ ق.م.ا ضامن است و باید آرش بپردازد.

در مورد از بین رفتن جنین با توجه به اینکه قابلیت و استعداد تبدیل شدن به یک انسان را دارد، دیگر مواجهه مال با آن منطقی به نظر نمی‌رسد و باید به آن به عنوان یک انسان برخورد کرد و طبق ماده ۷۱۷ ق.م.ا (دیه جنین در هر مرحله‌ای از رشد که باشد...) محکوم به پرداخت دیه است.

و اما در موردی که جنین اشتباهی به رحم فردی غیر از مادر منتقل شده است، چندین صورت قابل تصور است، در صورتی که امکان دسترسی و شناخت و پیدا کردن رحم اشتباه میسر باشد، و اگر بچه سالم متولد شود، می‌توان بچه را به مادرش برگرداند و فقط مدعی هزینه‌های معنوی درد و رنج و اینکه جنین در بطنی غیر از مادر خودش رشد کرده است و از خونی غیر از خون مادر خود تغذیه نموده است و ادعای اینکه خلق و خوی و شاید انتقال مسائل بیولوژیکی و... از مادر اشتباهی به جنین و پیامدهای بعضاً ناگوار آن در آینده را بتوان خواستار شد و پزشک را مسبب به وجود آمدن این وقایع دانست.

که این ادعا متقابلاً برای زوج مقابل که جنین زوج دیگر را دارا شده اند، هم وجود دارد. و اگر بچه سالم متولد نشود و یا بمیرد، آن وقت در اثر فوت، دیه و در اثر بیماری که مثلاً ناشی از عدم سازگاری خونی و رحم اشتباهی و علل دیگری مثل عدم مراقبت‌های لازم صاحب و رحم اشتباهی (مثل عدم غربالگری به موقع و تشخیص بیماری و خاتمه بارداری)، در تمامی موارد پزشک طبق قاعده اتلاف و تسبیب و قواعد فقهی و حقوقی دیگر بر اساس تقصیر محرز، مسؤول است و باید از عهده خسارت مادی و معنوی به وجود آمده برآید. و حتی احتمال اسفناک تر دیگری هم وجود دارد که از بین جنین‌های اشتباهی به فرض شناخت و دسترسی به دو خانواده و اینکه هر یک بچه دیگری را اشتباهاً در رحم خود پرورش می‌دهد، یکی از جنین‌ها سقط شود و بمیرد و آن دیگری با وجود علم به این قضیه، با درد و رنج از دست دادن بچه خود، قهرماً بچه خانواده دیگر را در وجود خود پرورش دهد و بعد از تولد هم مجبور به سپردن بچه

خسارات و هزینه‌های ناشی از تقصیر پزشک در سلب حق باوری، شاید از زاویه‌ای خیلی فراتر و شدیدتر از طبقه اول باشد. به این معنا که این بار خسارات معنوی ناشی از تقصیر پزشک در سلب حق باوری ظاهراً خیلی بیشتر از هزینه‌های مادی آن است.

و یا خانواده‌ای که با تحمل دوره‌ای انتظار و تحت درمان بودن (چه با اسپرم و تخمک خود زوج و زوجه و چه با استفاده از دوتر) صاحب جنین می‌شوند و تقصیر پزشک یا مرکز درمانی اعم از بی‌مبالاتی و بی‌احتیاطی موجب اتلاف جنین یا جابجایی جنین و یا انتقال آن به رحم دیگر می‌شود. و در بعضی مواقع جنین حاصله تنها امید و یا به عبارتی آخرین فرصت و شانس بچه‌دار شدن زوج می‌باشد.

و یا در اثر تقصیر پزشک به عنوان مثال در اثر تجویز دارو با دوز بالا، فقط برای گرفتن تخمک بیشتر و بالا بردن شانس باروری، تخمدان فرد به طور کامل از کار می‌افتد و دیگر شانس باروری را برای همیشه از دست می‌دهد.

در موارد فوق هزینه‌های دارو درمانی و پزشکی برای تشکیل تخمک و جنین (IVF) و همچنین هزینه‌های استفاده از دوتر که منتج به نتیجه نمی‌شود. قطعاً به عهده پزشک مقصر و مرکز درمانی می‌باشد.

علاوه بر هزینه‌های مادی فوق، هزینه‌های معنوی سلب حق و عدم النفع قطعی الحصول در صورت از کار افتادن تخمدان، اتلاف جنین سالم، جابه‌جایی جنین و تحمل درد و رنج و تألمات روحی و روانی ناشی از استرس و نگرانی پیروسه درمان و از این موارد سخت‌تر و شدیدتر آن زمانی است که زوجین در اثر جابجایی جنین با فرزنددی روبه‌رو هستند که حاصل از سلول‌های جنسی آن‌ها نیست و دچار سردرگمی ناشی از این اتفاق که حال با این بچه چه باید بکنند؟! از طرفی نه می‌توانند آن را رها کنند و نه می‌توانند، به عنوان فرزند، آن را بپذیرند. چون فرزند آن‌ها نیست. و همچنین آسیب روحی و روانی و درد و رنج سخت‌تر، اینکه نمی‌دانند بچه آن‌ها در کدام رحم پرورش می‌یابد و در کدام خانواده به دنیا می‌آید و اصلاً کجاست؟

وضعیت و شرایط آن‌ها شبیه به خانواده‌ای است که فرزند خود را گم کرده‌اند. با این تفاوت که مسبب این اتفاق چیزی جز تقصیر پزشکی نیست. گذشته از تمام این خسارات مادی و معنوی، تالی فاسدی همچون عدم پیوند خونی و نسب و... هم پیش خواهد آمد که در حال حاضر مجالی برای طرح آن‌ها نیست.

اکنون این سؤال پیش می‌آید که پزشک مقصر به چه طریقی می‌خواهد این ضایعات را جبران کند؟ کدام یول و حتی توبیخ و درج در پرونده‌ای و انتشار در جراید و رسانه‌ای کردن تخلف، بچه گم شده خانواده‌ای را به آن‌ها برمی‌گرداند؟

و حتی در بعضی مواقع در شرایط بحرانی، زندگی خانوادگی زوجین به خطر می‌افتد و در عرصه اجتماعی نیز آسیب‌های عرضی و ناموسی هم برای آن‌ها خواهد داشت.

به نظر می‌رسد هزینه‌های بزرگ کردن و مسؤولیت این بچه در صورت پذیرش و عدم پذیرش آن توسط خانواده‌ای که بچه در آنجا

تمام موارد قبلی تعهد به نتیجه است. لذا، اگر بر خلاف تعهد و قرارداد، نتیجه مورد نظر حاصل نشود، تخطی از قرارداد محسوب می‌شود و پزشک مسئولیت قراردادی دارد.

و چون عدم قطعیت نسبت به اینکه چه ژن‌هایی در بچه بعد از تولد وجود خواهد داشت حتی آزمایشات ژنتیکی بر روی سلول‌های جنسی و جنین‌ها قبل از تولد هم نمی‌تواند به طور قطعی نتیجه مورد نظر را پیش‌بینی کند، و طبیعتاً هیچ ضمانتی برای رسیدن به ویژگی و صفت مورد نظر وجود ندارد، لذا آنچه اینجا محرز است، تصور پزشکی است نه تقصیر و پزشک فقط به خاطر تخطی از قرارداد اگر به جهت حرفه‌ای مجاز به چنین تعهدی باشد باید از عهده هزینه‌های مادی که در جهت رسیدن به نتیجه مطلوب صرف شده است برآید.

و به صرف تولد بچه‌ای مثلاً با قد کوتاه یا رنگ چشم متفاوت خسارت معنوی وجود ندارد.

البته اگر پزشک به جهت حرفه‌ای خلاف مقررات عمل نموده باشد و تعهدی غیرمجاز را پذیرفته باشد. به جهت انتظامی و حرفه‌ای مسؤول است و باید طبق مقررات مجازات شود.

آنچه در تمامی این موارد قابل تأمل است این است که اولاً سرعت پیشرفت فن‌آوری و تکنولوژی از اصلاح و تدوین قانون بیشتر است و در بسیاری موارد قانون مدونی وجود ندارد. در کشور ما بعد از سال‌ها اعمال روش‌های ART، فقط یک قانون کوتاه و مجمل در مورد اهدای جنین به زوج‌های نابارور وجود دارد.

و در کشورهای دیگر هم قوانین موجود در خصوص قصور پزشکی کارآمدی لازم را برای رسیدگی به این موارد ندارد و نمی‌تواند منافع افراد را در قبال تهدیدهای ناشی از بی‌مبالاتی پزشکی تأمین کند. و شکوائیه‌ها و لایحه‌های وکلا هم در این خصوص راه به جایی نمی‌برد.

و نوعاً قضات به چنین پرونده‌هایی علاقه نشان نمی‌دهند. همه این‌ها به خاطر نبود قانون است. لذا حمایت قانونی برای شاکیان این پرونده‌ها نیست.

قانون نوعاً صدمات فیزیکی و اقتصادی ناشی از اهمال حرفه‌ای را پوشش می‌دهد و به آسیب‌های احساسی و آشفتگی‌های ذهنی که در اثر صدمات ناشی از باروری است توجهی ندارد.

این خلاء قانونی ناشی از اهمال و عدم عنایت کافی مقامات رسمی و تصویب قوانین است.

البته کشور ما هم از این آسیب‌ها و آفت‌ها در امان نمانده است و متأسفانه این خلاء به طور جدی در سیاست‌گذاری‌ها و وضع قوانین مشهود است.

تمامی موارد ذکر شده از قصور پزشکی در باروری‌های پزشکی (ART)، مسئولیت و ضمانت پزشک و کادر درمانی دخیل در پروسه باروری محرز می‌باشد و با توجه به تمامی مبانی نظری که در این زمینه وجود دارد، پزشک ضامن پرداخت خسارت مادی و معنوی است.

به مادر اصلی خود شود، در حالی که نمی‌توان علقه‌ای هم که از طریق خون و بارداری ایجاد می‌شود را منکر شد، اینها همه صدمات روحی، عاطفی است که پزشک مسبب آن بوده است و تقصیر او، تمامی این ضایعات را به وجود آورده است و باید از عهده آن‌ها برآید.

و اما در صورتی که رحم اشتباهی که جنین در آن جایگزین می‌شود، شناسایی و پیدا نشود، در واقع جنینی که منشأ به وجود آمدن بچه است، گم شده است و در صورتی که هیچ راهی برای پیدا کردن آن نباشد در حکم تلف یا بهتر بگوئیم اتلاف جنین است، در این صورت هم همه هزینه‌های مادی تشکیل جنین (IVF) و هم خسارات ناشی از اتلاف و از دست دادن جنین و هم در صورت عدم باروری مجدد، خسارات عدم النفع و هم خسارات معنوی ایجاد شده به عهده پزشک می‌باشد. در ضمن اگر فرد، حامل جنین غیر از جنین خود هم باشد، هزینه‌های پرورش و بزرگ کردن و درد و رنج و تألمات عاطفی و روحی ناشی از این ضایعه نیز به هزینه‌های فوق اضافه می‌شود.

جبران خسارت طبقه سوم

و اما طبقه سوم، یعنی اشتباهاتی که منجر به تغییر در نتیجه مورد نظر از باروری می‌شود و باعث از بین رفتن تلاش‌هایی برای داشتن یا جلوگیری از به دنیا آمدن کودکی با ویژگی‌ها و صفات خاص می‌گردد.

مصادیق قابل انطباق برای گروه سوم از نظر اینکه برای پزشک مسئولیت‌زا باشد یا نباشد و یا به عبارت دیگر، تقصیر محسوب بشود و ضمان آور باشد یا تقصیر محسوب نشود و ضمان آور نباشد، به دو دسته تقسیم می‌شود.

در مواردی که تغییر در نتیجه در راستای سلامت کودک باشد مثلاً برای حذف ژنی برای جلوگیری از ابتلا به یک بیماری خاص باشد و در اثر تقصیر پزشک این امر میسر نشده و کودک با ضایعه‌های جدی به دنیا آید.

به طور کلی اگر هدف از تغییر در نتیجه، درمانی باشد. مثل هدف از انتقال جنین‌های دختر برای جلوگیری از ابتلا به تالاسمی ماژور، نه صرفاً برای تعیین جنسیت، طبیعی است که در این شرایط که تقصیر پزشک منجر به دنیا آمدن کودکی با بیماری یا ناهنجاری شود، پزشک ضامن است و باید از عهده خسارات مادی و معنوی پیش‌آمده، برآید خسارات مادی شامل تمام هزینه‌های بیمارستانی، دارویی،... برای نتیجه مورد نظر و هزینه‌های درمانی کودک بیمار و هزینه‌های پرورشی خاص برای بزرگ کردن کودک بیمار بر اساس نوع بیماری و همچنین خسارات معنوی تحمل درد و رنج و تألمات عاطفی و روانی به دنیا آمدن و بزرگ کردن کودک بیمار.

اما در مواردی که هدف والدین، هدف درمانی نیست، بلکه انگیزه‌های شخصی، مثلاً برنامه ریزی برای آینده بهتر فرزند خود و یا بعضاً خدماتی لوکس و فانتزی است، مثل رنگ چشم، مو، قد بلند، هوش، جنسیت و ...

در این مورد اگر پزشک بر اساس قوانین و ضوابط مراکز باروری مجاز به چنین تعهداتی باشد، ماهیت مسئولیت پزشک برخلاف

technology over a 10- year period a single Carrie, 2017 .

11. Keel v. Banach, 624 So.2d (Ala. 1993). Vera Lúcia Raposo, Wrongful Birth and Wrongful Life Actions(the Experience in Portugal as a Continental Civil Law.2010.

12. Mazeaud, H.L.J. et Chabas, F. Leçons de Droit civil,(1991), T.II, 1er vol, obligations,Paris.

نتیجه گیری

خلاصه و حاصل پژوهش حاضر عبارت است از این که پزشک بر اساس نظریه مشهور و غیر مشهور فقها، در صورت تقصیر ضامن و مسؤول است. چه برائت گرفته باشد و چه نگرفته باشد. و باید از عهده خسارات (مادی و معنوی و جسمانی) ایجاد شده در اثر احراز تقصیر برآید و قانون مدنی نیز مؤید همین مطلب است. (ماده ۴۹۵ ق.م.ا).

و همچنین بر اساس مبانی نظری مسؤولیت مدنی، برای تحقق مسؤولیت مدنی پزشک، وجود ضرر یا خسارت ناشی از فعل زیان باری که مسبب آن پزشک می باشد، ضروری است.

و دیگر اینکه تعهد پزشک در باروری های پزشکی از نوع تعهد به وسیله است مگر در موارد خاص.

و در نهایت اینکه مسؤولیت پزشک در قبال خطاهای (تقصیر و قصور) ناشی از باروری های پزشکی یکسان نیست و با توجه به تأثیرات آن بر زندگی زوجین و سلامت کودک متفاوت است.

References

1. Khomeini, Ruhollah, 1425, Tahrir al-Wasila, Qom, Islamic Publications, 21st edition.
2. Motahari, Ahmad, 1401, Tahrir al-Wasilah document, Kitab al-Diyat, Qom.
3. Najafi, Mohammad Hassan, 1404, Jawaharlal Kalam, Beirut, Dara Ihya al-Tarath al-Arabi, 7th edition.
4. Teree, F. Simler, Ph. et Lequette, Y., (1999), droit civil, les obligations, 7lere ed. Dalloz.
5. Safi, Seyyed Hossein, 2013, Basis of Civil Liability of Physician, Legal Perspectives Quarterly, No. 58.
6. Fazel Lankarani, Muhammad, (1383), Jami Al Masael, Istaftaat, Volume 2, 11th edition.
7. Dov.Fox, Reproductive Negligence.2017.
8. Shakri Golpaygani, Tubi, 2014, medical fertility and its jurisprudential and legal foundations, Medical Law Quarterly, no. 35
9. Rezanía Moalem, Mohammad Reza, 2013, Theories, Laws and Basics of Medical Fertility Legitimacy, Rahnamon Magazine, No. 2-Mousavi
10. Gerard.Letterie, Outcomes of medical malpractice claims in assisted reproductive