

نشریه مطالعات حقوق تطبیقی
دوره ۵، شماره ۱،
بهار و تابستان ۱۳۹۳
صفحات ۲۱ تا ۳۵

مطالعه تطبیقی امکان مطالبه زیان ناشی از تولد و زندگی و ارکان مسئولیت در آن

۱. زهره افشارقوچانی*

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم

۲. محسن ایزانلو

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۱۰/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۲/۲۲

چکیده

همیشه مرگ واقعه ناگواری نیست، بلکه گاه تولد نیز به حادثه‌ای نامبارک بدل می‌شود. در فرض تولد فرزند ناخواسته یا معلول در نتیجه تقصیر پزشکی، وجود مسئولیت و امکان مطالبه خسارت سال‌ها تردیدبرانگیز بوده است. اما هم‌اکنون در محاکم کشورهای مختلف این مسئولیت پذیرفته شده است. والدین به استناد مسئولیت قراردادی و فرزند معلول به استناد مسئولیت قهری قادر به مطالبه خسارت از پزشک خاطی هستند. در ایران پس از تصویب قانون سقط‌درمانی در سال ۱۳۸۴ش، مادر حق انجام سقط‌درمانی را با حصول شرایطی دارد و عقیم‌سازی نیز معمول و متعارف است. حال اگر پزشکی به این حقوق صدمه وارد کند، می‌توان با استناد به مواد قانون مسئولیت مدنی از وی مطالبه خسارت نمود. تعیین دیه و ارش در این دعاوی منطقی نیست و برقراری مستمری برای جبران خسارت زیان‌دیده معقول‌تر می‌نماید.

واژگان کلیدی

سقط‌درمانی، عقیم‌سازی، فرزند معلول، فرزند ناخواسته، مسئولیت مدنی.

مقدمه

در ایران ماده قانونی درباره دادن جواز یا ندادن آن درباره عقیم‌سازی وجود ندارد، اما روند عملی موجود در بیمارستان‌ها حاکی از جواز این اقدام می‌باشد. سقط‌درمانی نیز نخستین بار در خردادماه ۱۳۸۴ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. بر اساس این قانون: «سقط‌درمانی با تشخیص قطعی سه پزشک متخصص و تأیید پزشکی قانونی مبنی بر بیماری جنین که به علت عقب‌افتادگی یا ناقص‌الخلقه بودن موجب حرج مادر است و یا بیماری مادر که با تهدید جانی مادر توأم باشد قبل از ولوج روح (چهارماه) با رضایت زن مجاز می‌باشد و مجازات و مسئولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود. متخلفین از اجرای مفاد این قانون به مجازات‌های مقرر در قانون مجازات اسلامی محکوم خواهند شد».

اکنون مسئله این است که اگر پزشک یا مؤسسه درمانی در جلوگیری از حاملگی یا خاتمه‌دادن به آن - در شرایطی که سقط مجاز است - مرتکب خطایی شود و فرزند حسب مورد به گونه‌ای سالم یا معلول متولد شود، آیا می‌توان پزشک یا مؤسسه درمانی را مسئول دانست؟ آیا پزشک مرتکب تقصیر شده است؟ آیا رابطه سببیت میان تقصیر پزشک و زیان ایجادشده وجود دارد؟ چه کسی می‌تواند دعوای مسئولیت را اقامه کند؟ چه زیان‌هایی قابل مطالبه است؟ مقاله حاضر در صدد پاسخگویی به این پرسش‌ها و مانند آن است. پیش از ورود به بحث اصلی درباره واژه‌شناسی دعاوی مربوط به موضوع، توضیح مختصری لازم است. نقطه آغاز دعاوی مربوط به جبران زیان ناشی از تولد و زندگی، دادگاه‌های امریکا هستند. در حقوق امریکا، دعوای زندگی ناشی از خطا (Wrongful Life)، دعوایی است که از سوی فرزند (معلول) علیه پزشک مطرح می‌شود و فرزند مدعی تولد در نتیجه تقصیر پزشکی است (Granchi, 2002, P.16- Tortzig, 1980, P.1265). دعوای تولد ناشی از خطا (Wrongful Birth)، دعوای والدین است علیه پزشک؛ به این صورت که والدین مدعی هستند اگر خطای پزشکی نبود، مادر به حاملگی خاتمه می‌داد (McDonouch, 1981, P.67- Roberston, 1978, P.141- Sheth, 2006, P.6464). دعوای Rhinehart، دعوای لقاح یا حاملگی ناشی از خطا (Wrongful conception/ Wrongful pregnancy) نیز از سوی والدین مطرح می‌شود؛ با این تفاوت که در اینجا خطای پزشکی سبب حاملگی ناخواسته شده است (Collins, 1983, P.691). وجه اشتراک دعاوی زندگی ناشی از خطا و تولد ناشی از خطا آن است که در این فرض‌ها، فرزند، معلول به دنیا می‌آید (Granchi, P.1265). در حالی که در دعوای لقاح یا حاملگی ناشی از خطا، غالباً فرزند سالمی متولد می‌شود؛ هرچند ممکن است در این فرض نیز فرزند معلول به دنیا آید (Dobbs, 2000, P.722-3).

هدف نویسنده از این مطالعه، یافتن راه‌حلی حقوقی و درعین حال عادلانه در حل مسائل پزشکی مطرح‌شده و گشودن دریچه‌ای نوین در مسئولیت پزشکی است. با وجود منشأ این دسته از دعاوی در محاکم ایالات متحده آمریکا، مطالعه کتاب‌ها و مقالات موجود در این کشور کمک شایانی در راهیابی به حقیقت پنهان در مسئولیت پزشکی خواهد نمود.

مبنای مسئولیت پزشک

ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ش که برای پزشک مقصر قائل به مسئولیت شده است، در بحث ما قابل اعمال نیست. این ماده ناظر به فرضی است که اقدام پزشک به نقص عضو یا مرگ بیمار منجر شود؛ درحالی که موضوع این مطالعه ناظر به فرضی است که در اثر تقصیر پزشک، فرزند سالم ناخواسته‌ای متولد می‌شود یا فرزند معلولی به دنیا می‌آید و معلولیت ناشی از اقدام پزشک نبوده است. پزشک به این دلیل سرزنش خواهد شد که مانع تولد فرزند معلول نشده است.

مسئولیت قراردادی پزشک (که ناظر به موفق نبودن در معالجه است) بیشتر بر مبنای نقض تعهد به وسیله استوار است؛ به این ترتیب که تعهد پزشک یک تعهد به وسیله است. شفای بیمار به عوامل متعددی بستگی دارد و پزشک تنها مکلف است تمام تلاش خود را در این راه به کار برد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۶۱). باوجوداین، در فرض موضوع بحث ما باید ماهیت «به نتیجه» تعهد پزشک را پذیرفت. (Rogers, 1982, P.749-750- Gold, 1996, P.1012- Shaheen V Knight, see Barrett, 1972, P.36). البته پزشک می‌تواند با اثبات این موضوع که تمام احتیاط‌های یک پزشک متعارف (متخصص) را انجام داده و شکست عملیات عقیم‌سازی یا سقط جنین یا بی‌اطلاعی از بیماری جنین ناشی از محدودیت‌های موجود در علم پزشکی بوده است، خود را از خطر مسئولیت برهاند (Pellegrino, 1999, P.720).

باید توجه داشت مبنای مسئولیت پزشک از حیث مسئولیت قراردادی یا قهری، بر حسب خواهان دعوا متفاوت است. دعوای مادر، قراردادی است. مادر یا طرف قرارداد پزشک است یا ذی‌نفع یک تعهد به نفع شخص ثالث؛ در مصادیقی که پدر قرارداد را با پزشک منعقد نموده و پزشک قرار است تعهد خود را در مقابل شخص ثالث (مادر) به انجام برساند. در هر حال، دعوای مادر یک دعوای قراردادی است (Weiss, 1987, P.515). دعوای فرزند همیشه یک دعوای خارج از قرارداد است (Mitrovich, 2007, P.634). اما او برای اثبات تقصیر پزشک طرف قرارداد بوده است و نه ذی‌نفع یک تعهد به نفع ثالث، اما او برای اثبات تقصیر پزشک گاه ناچار است به قرارداد «استناد» کند. برای مثال اثبات تقصیر پزشک به

دلیل کوتاهی در اطلاع‌رسانی ممکن نخواهد بود مگر با اثبات تعهد ضمنی پزشک به دادن اطلاعات خطرهای ناشی از بارداری (Granchi, P.1269- Rogers, P.732,749- McDonouch, P.68- Roberston, P.148- Weiss, P.510) Gold, P.1007,1010- مادر به عنوان ولی قهری طفل دو نوع دعوا اقامه می‌کند: دعوا به نمایندگی از فرزند و دعوی شخصی. دعوی شخصی او حسب مورد ممکن است مبتنی بر قرارداد یا مسئولیت قهری باشد. برخی از خسارات ناشی از تولد فرزند (هزینه‌های مادی پرورش کودک) تنها از سوی پدر، و بعضی از خسارات فقط از طریق مادر قابل مطالبه‌اند؛ از آن جمله خسارت مربوط به درد و رنج ناشی از زایمان متعلق به مادر است (Viney et Jourdain, 1998, P.18).

ارکان مسئولیت

۱. زیان

۱.۱. قابلیت جبران زیان‌های ناشی از تولد و زندگی

هرچند تمام ارکان مسئولیت مدنی در دعوی جبران زیان ناشی از تولد و زندگی ناخواسته، موضوع نزاع است، شاید بیشترین تردیدها به عنصر زیان مربوط باشد. تولد، برخلاف مرگ، واقعه خجسته و مبارکی است و فرزند، هدیه پروردگار به والدین است (McDonouch, P.74- Weiss, P.508- Scheid, 1984, P.59- Barrett, P.36). چگونه می‌توان وجود فرزند را زبانی برای والدین دانست؟ یا خود فرزند را به این دلیل که متولد شده است، زیان‌دیده دانست؟ افزون‌براین، جبران زیان باید به‌نحوی باشد که خواهان را در موقعیت قبل از ورود زیان قرار دهد. درحالی که موقعیت قبل از تولد، «عدم» بوده است و «نبودن» ارزشی ندارد. مجالی برای مقایسه حالت تولد با حالت قبل از آن وجود ندارد و به‌رحال روشن است که بودن بر نبودن ترجیح دارد (Tortzig, P.31- Collins, P.702- Moore, 1980, P.4- Weiss, P.511- Rogers, P.735).

در خصوص دعوی فرزند گفته می‌شود که او حقی دایر بر به‌دنیا آمدن یا سالم به‌دنیا آمدن ندارد (Collins, P.701- Tortzig, P.31)؛ وانگهی اگر بنا باشد دعوی فرزند علیه پزشک پذیرفته شود، چرا دعوی او علیه والدین خود پذیرفته نشود؟ در این صورت، همه فرزندان می‌توانند به این دلیل که به‌دنیا آمده‌اند یا معلول به‌دنیا آمده‌اند، علیه والدین خود طرح دعوا کنند. به‌این ترتیب، زمین پر از جنگ فرزندان علیه والدین خواهد شد. از این‌ها گذشته، امکان اقامه این گونه دعوی، به افزایش دعاوی متقلبانه خواهد انجامید و هزینه‌های سنگینی برای حرفه پزشکی و بیمه‌گران به‌همراه خواهد داشت (Collins, P.702).

در فرانسه و امریکا بیشتر دادگاه‌ها دعوی جبران خسارت فرزند را رد کرده‌اند (Dobbs, P.701- Collins, P.30- Tortzig, P.1267- Granchi, P.508- Wiess, P.792- اما برخی دادگاه‌ها چنین دعوی را دست‌کم در فرضی که خود والدین اقدام به طرح دعوا نموده‌اند، از سوی فرزند بالغ پذیرفته‌اند (Dobbs, Ibid). طرفداران امکان اقامه دعوا از سوی فرزند بر این عقیده‌اند که اختصاص دعوا به والدین و رد دعوی فرزند، به سوءاستفاده والدین می‌انجامد (Weiss, P.515-6) و اگر قرار باشد یکی از این دو دعوا پذیرفته نشود، دعوی والدین باید مردود اعلام گردد تا اقامه دعوا به وسیله‌ای برای کسب درآمد تبدیل نشود (Dobbs, Ibid- Viney et Jourdain, n.243-9, P.17). در فرانسه، وینی (Viney) با انتقاد از رأی شورای دولتی فرانسه، مورخ ۱۴ فوریه ۱۹۹۷ که دعوی جبران خسارت فرزند را رد کرده، بر این اعتقاد است که زیان وارد به والدین، یک «زیان بازتابی» (Dommage par ricochet) است و در نتیجه زیان اصلی به بارآمده، و زیان دیده اصلی خود کودک است. پس چگونه است که دعوی والدین پذیرفته می‌شود، اما دعوی فرزند رد می‌شود؟ به طریق اولی باید دعوی جبران خسارت از ناحیه فرزند را اجازه داد. این عقیده به صواب نزدیک‌تر است. تنها باید مراقب بود که امکان اقامه هم‌زمان دو دعوا، به جبران مضاعف خسارت منجر نشود (Ibid).

تردید در جبران خسارت، بیشتر در خصوص تولد فرزند سالم مطرح است. وینی، دعوی مسئولیت مدنی در فرض تولد فرزند سالم را قابل استماع نمی‌داند؛ از آن‌رو که نفس تولد، زیان محسوب نمی‌شود و ارزش‌های اخلاقی حاکم بر اجتماع مانع از آن است که ملاحظات و مشقت‌های شخصی والدین بتواند توجیه‌گر مسئولیت مدنی باشد. پاسخ این پرسش که آیا دعوی مسئولیت مدنی ناشی از تولد و زندگی - با فرض تحقق دیگر ارکان مسئولیت مدنی - باید به دلیل نفعی عنوان ضرر مردود اعلام شوند یا خیر، از سویی به مفهوم نوعی یا شخصی زیان و از سوی دیگر به تشخیص و تعیین عنصر زیان مربوط می‌شود:

الف) از ارزش تا واقعیت فاصله است (راسخ، ۱۳۸۶، ص ۹۹۸). تعارض ارزش و واقعیت را در اینجا و به زیان حقوقی می‌توان چنین تعبیر کرد که تولد و زندگی نوعاً زیان محسوب نمی‌شوند و مبارک و ارزشمندند. اما اگر ضرر را یک مفهوم شخصی بدانیم و نه نوعی، تولد و زندگی با در نظر گرفتن واقعیات زندگی اشخاص و محدودیت‌های اقتصادی و خانوادگی آن‌ها و در اوضاع و احوال خاص، از دیدگاه اشخاص معین می‌تواند زیان محسوب شود. فقیهان و حقوق‌دانان اغلب زیان را یک مفهوم عرفی می‌دانند. اما عرفی بودن مفهوم زیان ضرورتاً به معنای نوعی بودن آن نیست؛ حکم عرف بر حسب اوضاع و احوال متفاوت است، همان‌گونه که در خصوص تقصیر چنین است.

ب) مخالفان جبران خسارت گمان می‌کنند که به رسمیت شناختن دعوای مسئولیت مدنی در این فرض به این معناست که تولد و زندگی را زیان به‌شمار آوریم (Tortzig, P.647- Sheth, P.735- Rogers, P.511- Weiss, P.634- Mitrovich, P.31-، که چنین نیست و مسئله، بودن یا نبودن نیست. شناختن دعوای مسئولیت مدنی ضرورتاً به معنای برابر بودن تولد و زندگی با زیان نیست. مسئله، جبران زیان‌های «ناشی از» تولد و زندگی است (Collins, P.703 - ژوردن، ۱۳۸۶، ص ۸۹). همان‌گونه که در خصوص مرگ هم چنین است؛ خسارت ناشی از مرگ بهای مرگ نیست، بلکه برای جبران زیان‌هایی است که از مرگ ناشی می‌شود. به‌همین دلیل در نظام‌های حقوق عرفی، خسارت ناشی از مرگ، نسبت به اشخاص مختلف، متفاوت است؛ درحالی‌که همه انسان‌ها از حیث انسان‌بودن برابرند (ایزانلو، ۱۳۸۵، صص ۵۸-۵۷). افزون‌براین، حیات آدمی با پول قابل ارزیابی نیست (Moore, P.7- Collins, P.691- Rogers, Ibid). برای مثال در فرضی که والدین به دلیل نداشتن امکان تأمین معاش فرزند تصمیم به عقیم‌سازی گرفته‌اند، آیا نمی‌توان گفت هزینه‌های پرورش فرزند، زبانی است که متحمل می‌شوند؟ همچنین در فرض تولد فرزند معلول، افزون‌بر هزینه‌های اقتصادی، درد و رنج ناشی از تولد فرزند معلول بدون شک یک زیان محسوب می‌شود و تحمیل این درد و رنج به والدین به این بهانه که زندگی و تولد، زیان به‌شمار نمی‌آیند، عادلانه نیست.

ج) همان‌گونه که گفته شد، تردید در جبران خسارت به‌ویژه در خصوص تولد فرزند سالم مطرح است. در فرض تولد فرزند معلول تردیدها کمتر است (Viney, n.249-3). در فرانسه، پیش از وضع قانون مورخ ۴ مارس ۲۰۰۲، نخست شعبه اول دیوان کشور، طی دو رأی مورخ ۲۶ مارس ۱۹۹۶ و سپس رأی هیئت عمومی دیوان عالی کشور به تاریخ ۱۷ نوامبر ۲۰۰۰ به‌صراحت تمام، چنین دعوای‌ای را به رسمیت شناخت. درحالی‌که دیوان کشور در فرض تولد فرزند سالم، دعوای مسئولیت مدنی را رد کرده است (ژوردن، ص ۸۸). برخی از نویسندگان این شیوه را تأیید کرده‌اند (Viney, Ibid). به نظر اینان، نقص فرزند معلول درمقایسه با فرزند سالم به‌خودی‌خود یک زیان قابل جبران است. باوجوداین، به چند دلیل در امکان جبران خسارت والدین در فرض تولد فرزند معلول ممکن است تردید شود:

الف) برخی بر مبنای برابری تمام انسان‌ها از دیدگاهی که معلولیت را درمقایسه با حالت سلامت زیان محسوب می‌کند، انتقاد کرده‌اند. به باور اینان به رسمیت شناختن امکان جبران خسارت در این فرض به آن معناست که حالت استاندارد حیات، معلول نبودن است و معلولیت، خروج از استاندارد طبیعی است و این امر آشکارا مخالف برابری آدمیان و کرامت ذاتی آنهاست.

ب) بر فرض که معلولیت زیان باشد، این زیان قبل از تولد و در حالت جنینی در اثر عوامل ژنتیکی رخ داده است. پزشک فقط مسبب تولد بوده است و تولد زیان نیست (McDonouch, P.71-2- Rogers, P.734).

به نظر نویسندگان مقاله، امکان جبران خسارت در فرض تولد فرزند معلول، به معنای محسوب کردن صرف معلولیت به عنوان زیان نیست. حقوق مسئولیت مدنی در پی جبران زیان‌های ناشی از این «معلولیت» است. شاید این پاسخ مانع از برابری خواهان معلول با خواهان سالم باشد، اما در هر حال نمی‌توان انکار کرد که زیان‌های ناشی از تولد فرزند معلول بیش از زیان‌های ناشی از تولد فرزند سالم است.

۲.۱ خسارات قابل جبران

این خسارات انواع مختلفی دارد که برخی مادی و برخی معنوی‌اند؛ گروهی ناظر به گذشته و گروهی ناظر به آینده‌اند و به‌طور خلاصه به قرار زیرند: درد و رنج جسمانی ناشی از زایمان؛ هزینه‌های پزشکی انجام‌شده و هزینه زایمان؛ هزینه‌های زندگی فرزند معلول؛ هزینه‌های زندگی فرزند سالم؛ خسارات مربوط به ترک موقت کار در دوران بارداری و شیردهی (McDonouch, P.76- Rhinehart, P.149- Scheid, P.60-2- Rogers, P.146- Rhinehart, P.146- DeVries & Rifkin, 1985, P.216- Scheid, P.75- P.751).

۳.۱ شیوه جبران و میزان خسارات

آن دسته از محاکم ایرانی که به جبران خسارت رأی داده‌اند، از دیه به‌عنوان وسیله جبران خسارت استفاده کرده‌اند. اما مقررات دیه در این خصوص کاربردی ندارد. دیه به فرضی مربوط می‌شود که پزشک با عمل مثبت خود به جنین صدمه زده باشد (مواد قانون مجازات اسلامی). اما در جبران زیان ناشی از تولد و زندگی، موضوع از این قرار است که تقصیر پزشک سبب تولد شده است؛ بدون آنکه معلولیت نتیجه عمل پزشک باشد. بنابراین جبران خسارت بر طبق قواعد عام مسئولیت مدنی و قانون مسئولیت مدنی باید انجام شود. دادگاه می‌تواند افزون بر صدور حکم، به پرداخت مبلغ معین بابت زیان‌های گذشته برای جبران هزینه‌های پرورش کودک، مبلغی را در قالب مستمری معین کند. میزان خسارت هم با استفاده از عوامل مختلف تعیین خواهد شد.

دادگاه‌های امریکایی در فرض تولد فرزند سالم، اغلب از صدور حکم در خصوص تأمین هزینه‌های پرورش فرزند خودداری می‌کنند. آنان معتقدند: درست است که تولد فرزند ناخواسته برای والدین زیان‌هایی به‌همراه دارد، اما در عوض تولد فرزند منافی هم در پی دارد. هزینه‌های پرورش فرزند با منافع حاصل از داشتن فرزند -لذات معنوی پدر

بودن و مادر بودن - تهاتر می‌شود. قاعده یادشده به قاعده تهاتر (Offset-Rule) معروف است و قاعده کلی جبران خسارت است؛ یعنی پیش از حکم به جبران خسارت باید منافع ناشی از فعل زیان‌بار را با ضررهای ناشی از آن تهاتر کرد (Collins, P.697- Tortzig, P.68-17-18- Rogers, Ibid- scheid, P.68). از این روش انتقاد شده است، چراکه نمی‌توان منافع را به‌طور اجباری به دیگری تحمیل کرد. والدین برای جلوگیری از موضوعی که عادتاً منفعت فرض می‌شود (لذت والدینی)، به پزشک مراجعه کرده‌اند؛ وانگهی لذت والدینی یک نوع نفع معنوی است، پس چگونه می‌توان آن را با یک زیان مادی تهاتر کرد؟ (Moore, P.7- Collins, P.691- Dobbs, P.799- Rogers, P.752)

واقعیت این است که دادگاه‌ها این سیاست را به‌دلیل جلوگیری از تحمیل هزینه‌های فوق‌العاده به حرفه پزشکی درپیش گرفته‌اند؛ نه ملاحظاتی حقوقی صرف (Collins, P.31- Tortzig, P.702). در ادامه همین سیاست، دادگاه‌ها هزینه‌های فوق‌العاده پرورش فرزند معلول را تنها تا سن بلوغ موضوع حکم قرار می‌دهند. همچنین در خصوص فرزند معلول، تنها به هزینه‌های فوق‌العاده پرورش او رأی داده می‌شود (Weiss, P.513- Gold, P.751-1014-Rogers). نه هزینه‌های معمول پرورش یک فرزند سالم. به‌هر حال از حیث قواعد عمومی مسئولیت، هزینه‌های پرورش فرزند سالم دست کم تا سن خروج از حضانت و هزینه‌های پرورش و زندگی فرزند معلول تا مدتی که عادتاً زنده است، باید موضوع حکم قرار گیرد.

۲. تقصیر

تقصیر پزشکی در دعاوی تولد و زندگی ناشی از خطا به شیوه‌های گوناگون و در مراحل مختلفی شکل می‌گیرد و مهم‌ترین شقوق تقصیر به این شرح است:

الف) تقصیر پزشک در مرحله عقیم‌سازی، اغلب با انجام غیرماهرانه عمل عقیم‌سازی و گاه کوتاهی در انجام آزمایش‌های پس از عمل یا تفسیر این آزمایش تحقق می‌یابد (McDonouch, P.67-8- Roberston, P.150-1- Mitrorich, P.631- Sheth, P.646- Rhinehart, P.142). به عقیده برخی در این زمینه می‌توان به نوعی نسبت تقصیر معتقد بود. والدین حق دارند صاحب فرزند نشوند (فقیهان حق عقیم‌سازی را برای والدین به رسمیت شناخته‌اند، مانند آیت‌الله شیخ جواد تبریزی، به نقل از رهبری، ۱۳۸۵، ص ۹۲ و امام خمینی و آیت‌الله اراکی به نقل از حسینی طهرانی، ۱۴۱۵، ص ۷۲. چنان‌که آیت‌الله سیستانی می‌فرماید: «جایز است که زن به عمل جراحی تن دهد که دیگر هرگز نتواند فرزندی آورد در صورتی که موجب زیان جدی به او بر اثر قطع عضوی چون تخمدان نگردد...» (۱۳۸۲، ص ۴۷۵) و پزشک در برابر والدین مرتکب تقصیر شده

است. اما فرزند سالم نمی‌تواند پزشک را مقصر به‌شمار آورد. او حقی مبنی بر به‌دنیا نیامدن نداشته است و پزشک نسبت به او - و البته هر شخصی غیر از پدر و مادر - مرتکب هیچ تقصیری نشده است (Collins, P.702). اما شاید بهتر باشد به جای نسبت تقصیر، تحقق ضرر را انکار کرد؛ زیرا فرزند سالم از تولد خود زیانی ندیده است.

ب) آیا با قیاس با فرض پیشین، می‌توان از حق مادر مبنی بر سقط جنین سخن گفت و در نتیجه لطمه به این حق را تقصیر به‌شمار آورد؟ نزاع مخالفان و موافقان سقط جنین بی‌پایان است. مخالفان بر حق حیات جنین تأکید می‌کنند و هرگونه سقط جنین را به‌مثابه قتل نفس می‌دانند (مانند واتیکان، ایرلند، یونان، فیلیپین در <http://ta.mui.ir>). موافقان از آزادی اراده مادر و از احترام به حق خلوت و حق کنترل او بر بدن خویش سخن می‌رانند و سقط جنین را به‌طور مطلق مجاز می‌دانند (Granchi, P.68- Gold, P.1006؛ مانند امریکا، روسیه، چین، مجارستان، سوئد <http://ta.mui.ir>). اما گروهی احترام به اراده و خلوت مادر را تا جایی مجاز می‌دانند که به کشتن انسانی منجر نشود (مانند ایران، پاکستان، مصر، الجزایر، سودان، استرالیا، لهستان، ایتالیا، مکزیک <http://ta.mui.ir>). بنابراین سقط جنین را پیش از آنکه واجد شعور گردد، مجاز دانسته، صرف انعقاد نطفه و زندگی نباتی جنین را در برابر آزادی مادر قابل حمایت نمی‌دانند؛ چه در آن صورت لازم بود که آسیب‌رساندن به گیاهان و کشتن حیوانات هم ممنوع شود. برخی نیز سقط جنین را تنها در خصوص بارداری ناخواسته (تجاوز به عنف)، خطر جانی مادر و معلولیت جنین مجاز می‌دانند. قانون سقط‌درمانی ایران، سقط جنین را پیش از ولوج روح (چهارماهگی) به دلیل معلولیت جنین و خطر جانی مادر مجاز می‌دارد.

بی‌تردید در فرضی که سقط جنین جرم است و مادر حقی بر سقط جنین ندارد، خودداری پزشک از سقط جنین تقصیر نیست؛ برعکس اقدام به سقط جنین است که تقصیر محسوب می‌شود. اما در فرضی که قانون سقط‌درمانی را اجازه داده است، به‌نظر می‌رسد دلیل معافیت پزشک از مجازات، حقی است که قانون به‌طور ضمنی برای مادر در نظر گرفته است و آن حق سقط جنین است. در این حالت که سقط‌درمانی موضوع قرارداد است، پزشک مکلف به سقط جنین بوده، به‌طور متقابل مادر به موجب قرارداد (که مخالف قانون نیست) حق سقط جنین را دارد. در نتیجه بی‌تردید نقض این تکلیف یا تعهد قراردادی، تقصیر پزشک را تحقق می‌بخشد. در فرضی هم که سقط‌درمانی موضوع قرارداد نیست، اما برای مثال پزشک از اطلاع‌دادن بیماری ژنتیکی جنین به مادر خودداری کرده باشد، این عمل او به حق قانونی مادر نسبت به سقط‌درمانی لطمه می‌زند.

ج) همان‌گونه که گفته شد، تقصیر پزشکی ممکن است در قالب انجام ندادن تعهد اطلاع‌رسانی تحقق یابد - Weiss, P.510- Granchi, P.1267- Collins, P.694- Rogers, P.750- Gold, P.1010- Hensel, 2005, P.153-4- Roberston, P.148-Ryan, 1994, P.854. در واقع در اغلب دعاوی مربوط به تولد و زندگی ناشی از خطا، اطلاع‌رسانی نکردن یا اطلاع‌رسانی نادرست است که تقصیر را محقق می‌سازد. در بسیاری از کشورها، پزشکان به موجب قانون و مقررات انتظامی مکلف‌اند بیماری‌های احتمالی جنین را به والدین اطلاع دهند. در حقوق ایران، ظاهراً مبنای قانونی برای تکلیف اطلاع‌رسانی وجود ندارد، اما نباید پنداشت که پزشک از تعهد اطلاع‌رسانی معاف است. در بسیاری مواقع، به‌ویژه در فرضی که مادر بارها به پزشک مراجعه می‌کند، دلیل مراجعه مادر آگاهی از بیماری‌های احتمالی جنین است. در واقع در این فرض، تعهد اطلاع‌رسانی به‌طور صریح موضوع قرارداد قرار گرفته است. در دیگر مصادیق نیز می‌توان تعهد اطلاع‌رسانی را به شرط ضمنی طرفین منسوب نمود. وانگهی، متعاملان افزون‌بر آنچه در قرارداد تصریح شده است، به کلیه نتایجی که به‌موجب عرف و عادت از عقد حاصل می‌شود متعهد هستند. آرای اندکی هم که در این زمینه از محاکم ایرانی صادر شده، در تکلیف پزشک به اطلاع‌دادن بیماری‌های جنین تردید نکرده است. اطلاع‌رسانی یک تعهد مثبت است و بنابراین بار اثبات ارائه اطلاعات برعهده پزشک قرار دارد (پاتریس جردن، ص ۲۰۴)، اما اگر مادر مدعی است که این اطلاعات غلط یا نادرست بوده است، باید نادرست بودن اطلاعات را ثابت کند (همان، صص ۲۰۵-۲۰۲). طبیعی است پزشک به دادن اطلاعاتی مکلف است که براساس استانداردهای علم پزشکی و برای یک پزشک متعارف (با لحاظ درجه تخصص) ارائه آن اطلاعات ممکن بوده است (Roberston, P.148-9- Rogers, P.749- McDonouch, P.67).

آیا پزشک باید کوچک‌ترین احتمال بیماری جنین را هم به مادر اطلاع دهد؟ برای مثال اگر تنها یک درصد خطر معلولیت جنین وجود داشته باشد، آیا باز هم پزشک مکلف به اطلاع‌رسانی است؟ در این باره اختلاف نظر وجود دارد. برخی پاسخ مثبت داده‌اند و برعکس، به عقیده برخی دیگر تنها احتمال معقول بیماری جنین باید به اطلاع رسانده شود (مستشار سارگوس، به نقل از ژوردن، ص ۲۰۹). هرچند ممکن است در فرضی که احتمال بیماری جنین اندک است، پزشک با حسن نیت و برای جلوگیری از اضطراب بی‌هوده والدین از اطلاع‌رسانی خودداری کرده باشد. به‌نظر می‌رسد باید تکلیف اطلاع‌رسانی را در هر حال به‌عهده پزشک گذاشت. او موظف است کمترین احتمال را، البته با ذکر درجه احتمال، به اطلاع مادر برساند؛ مشروط بر آنکه خطر فرض وقوع آن چنان شدید باشد که بر تصمیم یک انسان متعارف بر سقط جنین اثر بگذارد. تقصیر پزشک به مصادیق پیش‌گفته محدود نمی‌شود. درمان نکردن بیماری‌هایی که

عادتاً قابل درمان بوده‌اند؛ با این فرض که در نتیجه درمان‌نشدن، فرزند معلول متولد شده است، خودداری از انجام آزمایش‌های لازم و تفسیر نادرست از آزمایش‌های انجام‌شده هم ممکن است عنصر تقصیر را محقق سازد- (Roiberston, P.1501- McDonouch, P.68-9- Barret, P.36- Weiss, P.509- Rogers, P.732- Gold, P.1006- Tortzig, P.24-7- Pellegrino, P.727).

۳. رابطه سببیت

احراز رابطه سببیت در فرض لقاح یا حاملگی ناشی از خطا دشوار نیست (Granchi, P.1273- Mitrovich, P.632). برای نمونه می‌توان گفت موفق نبودن پزشک در انجام عمل وازکتومی، سبب تولد فرزند بوده است و اگر تقصیر پزشک نبود، فرزند متولد نمی‌شد (McDonouch, P.69). افزون‌براین درست است که سبب نزدیک تولد فرزند، نزدیکی والدین می‌باشد، اما این سبب خود نتیجه تقصیر پزشک در انجام عمل و اطلاع‌رسانی نادرست بوده است. والدین با مراجعه به پزشک به روشن‌ترین شکل تصمیم قاطع خود را مبنی بر نداشتن فرزند اعلام کرده بودند و اگر تقصیر پزشک نمی‌بود، نزدیکی میان آنان رخ نمی‌داد؛ مگر بعد از اطمینان از عدم انعقاد نطفه (McDonouch, P.71-2- Roberston, P.155).

بنابراین هم با معیار منفی و هم با معیار مثبت سببیت، تقصیر پزشک را می‌توان سبب تولد دانست. با توجه به پیچیده‌نبودن عملیات عقیم‌سازی، پزشکی که مدعی است در انجام عمل هیچ تقصیری مرتکب نشده است، باید این موضوع را به اثبات برساند؛ تعهد او به نتیجه است و بار اثبات قوه قاهره با اوست. آیا می‌توان گفت که خودداری از سقط جنین از سوی مادر، پس از آگاهی از حاملگی، رابطه سببیت را قطع کرده است؟ به زبان دیگر آیا مادر مکلف است براساس تکلیف جلوگیری از ورود خسارت یا کاهش آن (Mitigation of Damages)، به سقط جنین مبادرت کند؟ پاسخ منفی است (Smith v. Gore 1987, See Dobbs, P.800- Tortzig, P.23). در واقع صرف‌نظر از آنکه در حقوق ایران سقط جنین فرزند سالم جرم است، در شرایطی هم که جنین معلولیتی دارد که سقط جنین را مجاز می‌دارد، سقط جنین حق مادر است نه تکلیف او. مادر را نباید به دلیل خودداری از کشتن جنین سرزنش کرد [باوجوداین برخی دادگاه‌ها در امریکا با این استدلال که مادر با خودداری از سقط جنین آزادانه خواستار تولد فرزند شده است، مادر را از دریافت تمام یا برخی از خسارات (به‌ویژه هزینه‌های پرورش فرزند) محروم می‌دانند] (Dobbs, P.800, note 17).

اما در دعوی تولد ناشی از خطا (فرضی که تقصیر پزشک در خاتمه‌دادن به حاملگی

به تولد فرزند معلول منجر می‌شود) اثبات رابطه سببیت دشوارتر است، از جمله به دلایل زیر: محدودیت‌های علمی مانع از پیش‌بینی برخی بیماری‌ها و معلولیت‌هاست؛ برخی معلولیت‌ها تنها پس از ۴ ماهگی قابل تشخیص هستند، زمانی که دیگر سقط جنین مجاز نیست؛ والدین ممکن است در ارائه تاریخچه ژنتیکی خود به پزشک کوتاهی کرده باشند (Tortzig, P.24).

وانگهی گفته شده است که در این فرض پزشک سبب معلولیت نیست و او با عمل مثبت خود به جنین آسیب نرسانده است. سبب معلولیت عوامل ژنتیکی و نزدیکی والدین بوده و این معلولیت قبل از مراجعه به پزشک وجود داشته و پزشک صرفاً «مانع» تولد نشده است (McDonouch, P.71-2). با وجود اینکه سبب دیگر تولد فرزند معلول عوامل ژنتیکی بوده است، اما در صورتی که سبب انسانی و عامل خارجی با هم خسارتی ایجاد کرده باشند، تنها سببی که حقوق به رسمیت می‌شناسد، عامل انسانی است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۴۸۱؛ همو، ۱۳۸۳، ص ۹۳). در اینجا هم عوامل ژنتیکی به مثابه قوه قاهره به همراه عامل انسانی (تقصیر پزشک) خسارتی ایجاد کرده‌اند.

سرانجام اگر جنین ایرادی وارد شود که حتی در صورتی که تقصیر پزشکی در کار نباشد، معلوم نیست مادر به سقط جنین اقدام کند، در پاسخ گفته می‌شود: در برخی مواقع در تصمیم قطعی والدین به سقط‌درمانی، تردید وجود ندارد. مادری که برای سقط جنین معلول به پزشک مراجعه می‌کند، به روشن‌ترین شکل تصمیم خود را به سقط‌درمانی اعلام داشته است. در اینجا، سقط‌درمانی خود موضوع قرارداد و تعهد پزشک است. در مصادیقی هم که پزشک تعهد اطلاع‌رسانی (Granchi, P.1267- Tortzig, P.23- McDonouch, P.68-Collins, P.694- Roberston, P.148) را نقض می‌کند و معلولیت جنین را به اطلاع والدین نمی‌رساند، ممکن است والدین تصمیم قطعی خود را مبنی بر سقط جنین در صورت معلولیت اعلام کرده باشند. تصمیم والدین بر سقط جنین در صورت اطلاع از معلولیت، از برخی اوضاع و احوال (مانند مراجعه چندباره به پزشک و سونوگراف، برای تشخیص معلولیت احتمالی) قابل استنباط است.

در صورتی که تصمیم والدین به سقط‌درمانی با توجه به اوضاع و احوال قطعی باشد، به فرض که پزشک سبب زیان ناشی از تولد نباشد، بدون تردید می‌توان او را سبب «ازدست دادن فرصت سقط جنین» دانست (Weiss, P.520- Mitrovich, P.632- ژوردن، همان). ازدست دادن شانس جلوگیری از زیان، بی‌تردید خود زیان محسوب می‌شود و یکی از بهترین نمونه‌های ازدست دادن شانس همین فرض است. اگر پزشک والدین را از نقص جنین آگاه کرده بود، مادر به سقط جنین اقدام می‌کرد و در این شرایط، خطای پزشکی موجب ازدست دادن این فرصت شده است. به این ترتیب، میان تقصیر پزشکی

و از دست دادن شانس، رابطه سببیت کاملی برقرار است (Dobbs, P.793- کاظمی، ۱۳۸۰، ص ۲۰۶)

نتیجه

دعاوی مسئولیت مدنی ناشی از تولد و زندگی در دهه‌های اخیر رواج یافته است. آغاز این دعاوی و رونق گرفتن آن از یکسو ناشی از پیشرفت‌های علم پزشکی در تشخیص بیماری‌های جنین و از سوی دیگر جواز قانونی عقیم‌سازی و سقط جنین درمانی است. در حقوق موضوعه ایران هم عقیم‌سازی مجاز است و سقط جنین درمانی هم به موجب قانون سقط‌درمانی مصوب ۱۳۸۴ش تا قبل از چهارماهگی مجاز گردیده است. در نتیجه نمونه‌هایی از دعاوی مربوط به تولد فرزند معلول در محاکم مطرح شده است.

مخالفان جبران خسارت ناشی از تولد و زندگی، به دلایل اخلاقی، اقتصادی و حقوقی تمسک می‌جویند. مهم‌ترین دلیل آنان این است که حقوق نمی‌تواند تولد و زندگی را زیان محسوب کند. اما مسئله بودن یا نبودن نیست، بلکه موضوع جبران زیان‌های «ناشی» از تولد و زندگی است. وانگهی وقتی قانون به والدین حق داده است تا از راه عقیم‌سازی یا سقط جنین درمانی مانع تولد فرزند شوند، باید از این حق حمایت شود و نقض این حق باید ضمان‌آور باشد. برای از بین بردن تحمیل‌های اقتصادی بر جامعه پزشکی نیز می‌توان جبران برخی از زیان‌ها (به‌ویژه هزینه‌های کودک) را از قلمرو مسئولیت مدنی خارج و به نهادهای تأمین اجتماعی واگذار کرد. همچنین از دید مخالفان جبران خسارت، هیچ‌یک از ارکان مسئولیت، یعنی تقصیر، زیان و رابطه سببیت در فرض‌های موضوع بحث فراهم نیست. اما این تصور درست نیست. در فرض شکست عملیات عقیم‌سازی و تولد فرزند سالم یا معلول، احراز رابطه سببیت دشوار نیست. در خصوص کوتاهی پزشک در خاتمه‌دادن به حاملگی یا اطلاع‌رسانی نسبت به بیماری جنین هم می‌توان خطای پزشکی را سبب زیان دانست. هرچه هست پزشک دست‌کم مسئول «از دست دادن فرصت» خاتمه‌دادن به حاملگی است.

در حقوق ایران، مقررات قانون مجازات اسلامی در خصوص مسئولیت پزشکی و ارزیابی زیان، در قالب دیه یا ارش در دعاوی موضوع این مطالعه قابلیت اعمال ندارد، زیرا پزشک با تقصیر خود موجب نقص عضو نشده، بلکه صرفاً اجازه تولد به فرزند ناخواسته یا معلول را داده است. در این باره می‌توان با استناد به ماده واحده قانون سقط‌درمانی ۱۳۸۴ش و مواد قانون مسئولیت مدنی، حکم به مسئولیت پزشک در این خصوص داد. درباره ارزیابی و تقویم این‌گونه خسارات، افزون بر الزام به پرداخت مبلغی

بابت خسارات گذشته، تعیین مستمری بابت خسارات آینده می تواند خسارت زیان دیده را به نحوی شایسته جبران نماید.

منابع

۱. ایزانلو، محسن (۱۳۸۵)، **برابری در مقابل قانون** در: حکومت قانون و جامعه مدنی، زیر نظر دکتر ناصر کاتوزیان، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۲. پاتریس ژوردن (۱۳۸۶)، **تحلیل رویه قضایی در زمینه مسئولیت مدنی**، ترجمه مجید ادیب، تهران، نشر میزان.
۳. حسینی طهرانی، آیت الله حاج سید محمد حسین (۱۴۱۵ ق)، **رساله نکاحیه: کاهش جمعیت ضربه ای سهمگین بر پیکر مسلمین**، قسمت دوم، انتشارات حکمت - مؤسسه ترجمه و نشر دوره علوم و معارف اسلامی.
۴. حسینی سیستانی، آیت الله حاج سید علی، (۱۳۸۲) **توضیح المسائل**، چ ۱۱، انتشارات هانف مشهد.
۵. راسخ، محمد (۱۳۸۶)، **جدال حیات: بررسی اجمالی نظریه های سقط جنین** در: سقط جنین: بررسی سقط جنین از نظر پزشکی، حقوقی، فقهی، اخلاقی - فلسفی، روان شناختی و جامعه شناختی، جمعی از نویسندگان، تهران، انتشارات سمت.
۶. رهبری، حسن (۱۳۸۵)، **اسلام و ساماندهی جمعیت**، مؤسسه بوستان کتاب.
۷. شجاعپوریان، سیاوش (۱۳۷۲)، **مسئولیت مدنی ناشی از خطای شغلی پزشک**، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.
۸. کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۸۷)، **مسئولیت مدنی**، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران چ ۸.
۹. کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۸۷)، **مسئولیت مدنی**، ج ۲، انتشارات دانشگاه تهران چ ۸.
۱۰. کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۸۳)، **وقایع حقوقی**، شرکت سهامی انتشار، چ ۷.
۱۱. کاظمی، محمود (۱۳۸۰)، **نظریه ازدست دادن فرصت**، مجله دانشکده حقوق، ش ۵۳.
۱۲. مردانی، فردین، **سقط جنین قوانین و دستورالعمل ها** در Fardin_rz76@yahoo.com
۱۳. موسوی خمینی، روح الله، **توضیح المسائل**، (المحشی للامام الخميني) ج ۲.

14. Barrett Joyce E (1972) Damages for Wrongful Birth, 21 CLEV .ST.R.15.Collins Elizabeth F (1983) An Overview and Analysis: Prenatal Torts, Preconception Torts, Wrongful Life, Wrongful Birth and Wrongful Death: Time for a New Framework, Journal of Family Law, Vol.22.
15. De Vries Jr Donald L and M. Rifkin, (1985) Wrongful Life, Wrongful Birth and Wrongful Pregnancy Judicial Divergence in the Birth - Resulted Torts, 20 The forum, No2.
16. Dobbs Dan B (2000) The Law of Torts, West Group.
17. Gold, Stephanie S (1996) An Equality Approach to Wrongful Birth Statutes 65 FordhamL.Rev.1005 Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol65/iss3/5>.

18. Granchi Jennifer R (2002) The wrongful Birth Tort: A Policy Analysis and The Right To Sue for an Inconvenient Child, South Texas Law Review, Vol.43.
19. Hensel Wendy F. (2005) The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review Vol. 40.
20. McDonouch Brian (1981) Wrongful Birth: A Child of Tort Comes of Age , Cincinnati Law Review, Vol.50.
21. Mitrovich Paul H (2007) Ohio Wrongful Pregnancy, Wrongful Birth And Wrongful Life . Law Needs To Be Revisited To Option A More Equitable Result And Consistency Of Law, Ohio Northern University Law Review, Vol. 33.
22. Moore Marvin M. (1980) Wrongful Birth –The Problem of Damage Computation , 48 UMKC L. Rev. 1.
23. Pellegrino Mary Ellen. (1999) The Protection of Prenatal Life: Tort Claims of Wrongful Birth or Wrongful Life and Equal Protection under Pennsylvania's Constitution, 72 Temp. L. Rev. 715.
24. Rhinehart Kelly E. (2002) The Debate over Wrongful Birth and Wrongful Life, Law & Psychology Review, Vol. 26.
25. Roberston Gerald B (1978). Civil Liability Arising from Wrongful Birth. Following an Unsuccessful Sterilization Operation, Jurimetrics Journal, Vol.19.
26. Rogers Thomas Dewitt (1982). Wrongful Life and Wrongful Birth: Medical Malpractice in Genetic Counseling and Prenatal Testing, South Carolina Law Review, Vol.33.
27. Ryan Shelley A. (1994) Wrongful Birth: False Representations of Women's Reproductive Lives, Minnesota Law Review, Vol. 78.
28. Scheid John H (1984). Benefits vs. Burdens: The Limitation of Damages in Wrongful Birth, Journal of Family Law, Vol.23.
29. Sheth Darpana M. (2006) Better Off Unborn? An Analysis of Wrongful Birth and the Wrongful Life Claims under the Americans with Disabilities Act, Tennessee Law Review Association.
30. Tortzig Marten A (1980) The Defective Child and the Action for Wrongful Life and Wrongful Birth, Family Law Quarterly, Vol XIV, No 1.
31. Viney Genevieveet Jourdain Patrice (1998) Conditions de la Responsabilite, 2ed, L.G.J.
32. Weiss Ron (1987) Wrongful Birth and Wrongful Life in search of a Logical Consistency, Annual Survey of American Law.