

Loss of Men's Fertility or Infertility: The Nature of the Loss and Its Evaluation Criteria

Abbas Mirshekari¹, Mona Abdi^{2*}

1. Assistant prof. of Private Law, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran

2. Ph.D in Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Abstract

Undoubtedly, one of the most important right enjoyed by human beings, including men, is the right to be free and has autonomy to decide on the right time to have children and the appropriate number of children, but sometimes this right is violated as a result of medical errors and leading to loss of opportunity to have children or on the contrary, lead to become an involuntary fatherhood. In such cases, proving the damage is the most important challenge to compensate, because loss of sperms removed from men's body or using the stored sperms against their will, does not exactly match to the traditional divisions of damages in civil responsibly law. On one hand, this damage cannot be considered a kind of physical damage, because sperm removed from the body cannot be called a body, and no physical injury has been sustained to the body, and on the other hand, it cannot be considered as an example of financial damages. This is because the parts of body do not have the nature of property and the rules governing the property relationship with objects cannot be applied to human body's parts. This research attempts to address this challenge with a descriptive and analytical approach. Findings of this research show that, because of male sterilization and abortion are not accepted as a legal right in the Iranian legal system, so claims in the field of prevention of fertility, that are acceptable in other legal systems, cannot be claimed in Iranian legal system. However, in the case of errors in the field of infertility treatment, the violation of a men's reproductive autonomy can be compensated as a kind of moral damage, relying on Article 1 of Civil Responsibility Act, which has accepted damage to individual freedom as a compensable damage.



Article Type:

Original Research

Pages: 51-77

Received: 2022 July 07

Revised: 2022 December 05

Accepted: 2022 December 18



Keywords: Damages, Reproductive Autonomy, Infertility Treatment, Prevention of Fertility

*Corresponding Author: monaabdi7@yahoo.com

از بین رفتن فرصت باروری یا ناباروری در مردان: نوع زیان و معیار ارزیابی آن

عباس میرشکاری^۱، مونا عبدی^{۲*}

۱. استادیار گروه حقوق و علوم سیاسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

۲. دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

چکیده

بدون تردید یکی از حقوق مهمی که انسان‌ها از جمله مردان از آن برخوردارند، حق آزادی در تصمیم‌گیری در مورد زمان مناسب فرزنددار شدن و تعداد مناسب فرزند است اما گاهی اوقات در نتیجه اشتباهات پزشکی این حق نقض می‌شود و نتیجه آن از بین رفتن فرصت فرزنددار شدن و یا برعکس پدر شدن اجباری خواهد بود. در چنین مواردی برای جبران آسیب‌های وارده مهم‌ترین چالش، اثبات وقوع خسارت است زیرا از بین رفتن اسپرم‌هایی که از بدن مرد خارج شده و یا برعکس استفاده از اسپرم‌های ذخیره شده او برخلاف رضایتش، به‌طور دقیق با تقسیم‌بندی‌های سنتی حقوق مسئولیت مدنی از خسارات مطابقت ندارد زیرا از یک‌سو نمی‌توان این خسارت را نوعی زیان بدنی تلقی کرد چراکه به اسپرم خارج شده از بدن نمی‌توان جسم یا بدن گفت و ضمناً هیچ جراحاتی هم به لحاظ فیزیکی بر روی بدن ایجاد نشده است و از سوی دیگر نیز نمی‌توان آن را مصداق خسارات مالی تلقی نمود چراکه حقیقتاً اعضاء بدن مال نیستند و قواعد حاکم بر رابطه مالکانه با اشیا قابل اعمال بر اعضای بدن انسان نیست. این نوشتار در تلاش است تا با رویکردی توصیفی و تحلیلی به بررسی این چالش بپردازد. یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد که در نظام حقوقی ایران با توجه به این‌که عقیم‌سازی مرد و سقط‌جنین به عنوان حق قانونی و مشروع پذیرفته نشده است لذا عمده دعاوی که در حوزه پیشگیری از باروری در دیگر نظام‌ها قابل تحقق است، در این نظام حقوقی قابل بررسی نمی‌باشد اما در مورد اشتباهات واقع شده در حوزه درمان‌های ناباروری می‌توان نقض آزادی مرد در تصمیم‌گیری را با تکیه بر ماده ۱ ق.م.م که لطمه به حق آزادی افراد را قابل جبران دانسته، به‌عنوان مصداقی از زیان معنوی در نظر گرفت و آن را قابل جبران دانست.



نوع مقاله: علمی پژوهشی

صفحات: ۵۱-۷۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۱۶

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۹/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۹/۲۷



تمامی حقوق انتشار این مقاله، متعلق به نویسنده است.

واژگان کلیدی: خسارات معنوی، استقلال در تولید مثل، درمان ناباروری، پیشگیری از باروری

* نویسنده مسئول: monaabdi7@yahoo.com

درآمد

حقوق باروری یکی از زیرمجموعه‌های بسیار مهم حقوق پزشکی است که به بررسی و تحلیل حقوقی مباحث و دعاوی پزشکی در حوزه باروری می‌پردازد. پزشکی باروری در معنای عام و موسع، هم شامل مجموعه ابزارها و روش‌های کمک باروری است که به زوجین نابارور کمک می‌کند تا صاحب فرزند شوند و هم شامل مجموعه ابزارها و روش‌های جلوگیری از بارداری است که به زوجینی که به دلایل مختلف تمایلی به داشتن فرزند ندارند، کمک می‌کند تا از فرزنددار شدن، جلوگیری نمایند. تحولات حوزه باروری و تولید مثل از اواخر سال ۱۹۶۰ شروع شد. در این سال انقلابی در پزشکی باروری رخ داد و اولین انسان از طریق لقاح مصنوعی در محیط آزمایشگاه متولد شد. (Nelson, ۲۰۱۶: ۹۳۳) از این سال به بعد روش‌های کمک باروری و همین‌طور روش‌های جلوگیری از بارداری بسیار متحول و متنوع شدند تا به انسان‌ها برای تصمیم‌گیری در مورد داشتن تعداد مناسب فرزند و زمان مناسب برای فرزنددار شدن آزادی بیشتری اعطا نماید. در حقیقت برای هر فردی در زندگی باید این فرصت فراهم باشد که بتواند در تمام جنبه‌های زندگی‌اش آزادانه تصمیم بگیرد و یکی از این جنبه‌های مهم، داشتن کنترل بر باروری خود است. اهمیت این امر تا حدی است که از آن به عنوان بخشی از «هویت شخصی»، «شان و منزلت انسانی» و «حریم خصوصی» نیز یاد شده و از جمله حقوق اساسی هر فردی در زندگی تلقی شده است. (Robertson, ۱۹۹۴: ۴) با وجود تحولات و پیشرفت‌های فراوان در حوزه باروری، بروز خطاها و اشتباهات انسانی در انجام این فرآیندهای پزشکی قابل تصور است و سبب تحقق دعاوی و اختلافات متعددی می‌شود که آثار بسیار مهم جسمانی، اقتصادی، روانی و حتی اجتماعی خواهد داشت؛ به همین دلیل هم هست که از خسارات متحمل در این حوزه با عنوان «خسارات ترکیبی» یا «آسیب‌های اجتماعی - روانی» نیز یاد شده است (Priaulx, ۲۰۱۷: ۱۷) و اشاره شده که این نوع خسارات براساس مباحث سنتی حقوق مسئولیت مدنی با چالش‌هایی مواجه است. در دعاوی مربوط به اشتباهات پزشکی در حوزه باروری مردان، عموماً خواننده یا خوانندگان احتمالی، متخصصان اورولوژیست و یا مراکز درمان ناباروری همچون مراکز IVF یا بانک‌های ذخیره و نگهداری اسپرم فریز شده هستند. (Robertson, ۲۰۲۰: ۱۴۳) خسارت وارده نیز در اغلب موارد یا از

دست دادن فرصت باروری و داشتن فرزند است و یا برعکس، تولد فرزندی ناخواسته یا فرزندی با ویژگی‌های ناخواسته خواهد بود. با توجه به چند وجهی بودن خسارت وارده و عدم امکان تعیین دقیق و قطعی میزان خسارت متحمل، ارزیابی این خسارات نیز دشواری‌های مضاعفی را بر سیستم‌های قضائی تحمیل می‌کند که هنوز در بیشتر نظام‌های حقوقی واجد ابهامات و اختلافات متعددی است.

در نظام حقوقی ایران اگرچه در ارتباط با برخی مباحث حقوقی خاص در درمان‌های ناباروری نوین، پژوهش‌هایی صورت گرفته اما در خصوص خسارات حاصل از اشتباهات پزشکی در حوزه باروری مردان و بررسی ماهیت این نوع خسارات تحقیق مستقلی انجام نشده است. در واقع، ادبیات حقوقی در حوزه آسیب‌های مربوط به باروری زنان توسعه بیشتری نسبت به حقوق باروری مردان داشته و غنی‌تر است. چنان‌که در سایر نظام‌های حقوقی نیز، حقوق باروری مردان به میزان مشابه حقوق باروری زنان توسعه نیافته است. (Ziegler, ۲۰۲۰: ۶۶۵, ۶۷۰) بر همین مبنا در این نوشتار تلاش شده است تا با رویکردی توصیفی ابتدا دو گروه اصلی این نوع دعوی (دعای حوزه درمان‌های ناباروری و دعای حوزه پیشگیری از باروری) معرفی گردد و سپس به نحو تطبیقی بر مهم‌ترین مسئله و مانع بر سر راه قابلیت جبران این نوع خسارات یعنی مسئله ضرر بودن یا نبودن واقعه رخ داده تمرکز گردد و پاسخ مربوط به مسئله تعیین ماهیت این خسارات در نظام‌های حقوقی خارجی و نظام حقوقی ایران بررسی گردد. در ادامه نیز مسئله معیار مناسب جهت ارزیابی و محاسبه این نوع خسارات در نظام‌های حقوقی خارجی و سپس در نظام حقوقی ایران مورد تحلیل قرار خواهد گرفت.

۱. انواع دعوی ناشی از اشتباهات پزشکی در حوزه باروری مردان:

امروزه در حوزه پزشکی باروری تحولات و پیشرفت‌های قابل ملاحظه‌ای تحقق یافته است. به موازات این پیشرفت‌ها و تنوع در روش‌های درمان ناباروری و نیز جلوگیری از باروری، ریسک وقوع اشتباهات پزشکی نیز افزایش یافته که سبب ایجاد طیف گسترده‌ای از دعوی در این حوزه شده است. دعوی ناشی از اشتباهات پزشکی در حوزه باروری مردان را می‌توان از چند نظر مورد تقسیم‌بندی قرار داد اما شاید بتوان

ادعا کرده که اصلی‌ترین آن‌ها تقسیم‌بندی دعاوی این حوزه به دو دسته اصلی دعاوی حاصل از «اشتباه در درمان‌های ناباروری» و دعاوی حاصل از «اشتباه در روش‌های جلوگیری از باروری» است. در این قسمت، این دو دسته از دعاوی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱.۱. تبیین دعاوی اشتباهات پزشکی در حوزه درمان‌های ناباروری:

در حوزه درمان‌های ناباروری، اشتباهات پزشکی رایج مصادیق متعددی دارد. ناتوانی در حفاظت از زنجیره محافظتی نمونه اسپرم‌های اخذ شده، از بین بردن اسپرم‌های ذخیره و فریز شده مرد بدون اطلاع او، فساد اسپرم‌های فریز شده در نتیجه نقص تجهیزات سرمایشی در بانک ذخیره‌سازی یا مرکز نگهداری اسپرم، استفاده از اسپرم مرد دیگر در فرآیند لقاح مصنوعی بدون کسب رضایت از او، ترکیب و اختلاط اسپرم دو یا چند مرد در فرآیند تلقیح مصنوعی و سوء رفتار کارکنان آزمایشگاه یا مراکز درمان ناباروری در جابه‌جایی یا تعویض اسپرم‌ها از جمله مهم‌ترین مصادیق این دسته از دعاوی هستند. (Vaughn, 2014: 29-31) در این نوع پرونده‌ها از میان ارکان مختلف تحقق مسئولیت مهم‌ترین چالش، اثبات وقوع زیان است که محاکم را در این زمینه با مشکلاتی مواجه ساخته است. در مورد این‌که خسارت دقیقاً به چه معنی است و شامل چه مواردی می‌شود، معمولاً تعریف دقیق و مورد اتفاقی در نظام‌های حقوقی وجود ندارد. همین امر هم منجر به تضعیف مفهوم خسارت و جامع نبودن تعاریف ارائه شده برای آن شده است. (Atiyah, 1997: 94) در یکی از پرونده‌های معروف^۱ خواهان‌ها همگی بیماران سرطانی بودند که پیش از شروع درمان و برای جلوگیری از ناباروری آن‌ها، نمونه‌هایی از اسپرم‌شان فریز و ذخیره‌سازی شد تا در آینده در صورت تمایل به داشتن فرزند از این نمونه‌ها استفاده گردد اما در نتیجه نقص فنی در سیستم‌های سرمایشی این مرکز تمامی اسپرم‌های فریز شده، ذوب شد و از بین رفت. این مرکز نقض وظیفه مراقبت را پذیرفت اما خود را مسئول جبران خسارت ندانست با این استدلال که هیچ‌گونه خسارتی به خواهان‌ها وارد نشده است؛ زیرا از بین رفتن اسپرم‌ها نه جراحت و آسیب بدنی و جسمانی است و نه آسیبی بر اموال خواهان‌ها

1. Yearworth & others v. Bristol NHS Trust (2009) 2All E.R 986 (CA).

وارد کرده است؛ در نتیجه با وجود نقض وظیفه مراقبت اصلا زیانی محقق نشده است تا این مرکز مسئول جبران آن باشد. دفاعیات این مرکز توسط قضات مراحل بدوی و تجدیدنظر پذیرفته شد و دعوای خواهان‌ها رد شد اما در دیوان عالی در نهایت راه حلی که در این خصوص مطرح شد استفاده از نهاد امانت بود با این توضیح که اسپرم به‌عنوان یک موهبت الهی در بدن مردان به‌ودیعه نهاده شده پس آن‌ها صلاحیت و حق دارند که در صورت از بین رفتن آن به‌دنبال جبران خسارت باشند. این نظر در دیوان عالی پذیرفته شد تا موجبی برای جبران خسارات وارده باشد^۱ اما در حال این نظر به‌طور دقیق نمی‌توانست ماهیت خسارت وارده را توصیف نماید و صرفاً استحقاق خواهان‌ها به جبران خسارت را توجیه می‌کرد.

نمونه دیگر اشتباهات حوزه باروری که با مشکل اثبات خسارت مواجه شده‌اند، مواردی است که در فرآیند تلقیح مصنوعی به‌واسطه وقوع اشتباهات پزشکی یا پرسنل مراکز درمان ناباروری، از اسپرم اشتباهی برای انتقال به رحم مادر استفاده می‌شود یا اسپرم دو یا چند مرد مختلف به اشتباه با تخمک ترکیب می‌شود و نتیجه آن تولد فرزندی با ویژگی‌های ژنتیکی متفاوت از پدر خود است. نمونه معروفی از این نوع پرونده‌ها قضیه *Services Social and Health v B & A*^۲ بود. در این پرونده خواهان‌ها صاحب فرزند دوقلویی با استفاده از روش IVF شدند که به‌خاطر اشتباه مرکز باروری به‌جای استفاده از اسپرم انتخابی، از اسپرم دیگری که متعلق به یک مرد دورگه بود استفاده شد و نتیجه این شد که هرکدام از فرزندان رنگ پوستی متفاوت از والدین خود داشتند در نتیجه برای همگان این سوال مطرح می‌شد که شاید این‌ها فرزندخوانده این زوج باشند یا این‌ها مادران‌ها مرتکب رابطه نامشروعی با فرد دیگری شده باشد. در این پرونده مهم‌ترین مشکل بر سر راه جبران خسارت این بود که دادگاه اعتقاد داشت تفاوت در رنگ پوست خسارت نیست. در نهایت این اختلاف در خارج از دادگاه حل و فصل شد اما در تمامی این نوع پرونده‌ها نتیجه اشتباه از سوی پزشک یا

۱. برای بررسی جزئیات تفصیلی این پرونده و دیگر استدلال‌های مطرح شده رک: Graeme and ,Harmon, ۲۰۱۰: ۴۷۶-۴۹۳.

2. A) A Minor (and B) A Minor (v .Health and Social Services Trust [2010] NIQB.108

مرکز باروری این است که فرزند حاصله در واقع فرزند ژنتیکی پدر (مرد) مورد نظر نیست بلکه فرزند ژنتیکی فرد دیگری محسوب می‌شود و زوجین باید فرزند را بزرگ نمایند که متعلق به دیگری است در حالی که یکی از مهم‌ترین اهداف زوجین از فرزنددار شدن، تداوم نسل خود و حفظ ساختارها و ویژگی‌های ژنتیکی موروثی خود است. (Mulligan, ۲۰۱۹: ۳)

مشابه این مورد در پرونده‌ای از کشور سنگاپور^۱ مطرح شد. در مرحله بدوی دادگاه ادعای مطالبه هزینه‌های پرورش فرزند را نپذیرفت اما دادگاه تجدیدنظر مفهوم خسارت را توسعه داد و به جای پرداخت هزینه‌های نگهداری فرزند، عنوان خسارت را «از دست دادن قرابت ژنتیکی» توصیف کرد و بر این اساس به خسارت وارده رأی داد. با این توصیف تولد فرزند را زیان تلقی نمی‌کرد و بر آثار واقعی اشتباه حاصله یعنی از دست رفتن قرابت ژنتیکی میان فرزند و پدرش تمرکز می‌کرد. با این وجود پذیرش این رویکرد با این مانع روبه‌رو بود که این عنوان جدید جامع نبود یعنی موارد دیگر اشتباهات حوزه باروری را پوشش نمی‌داد و صرفاً محدود به مواردی بود که اشتباه باعث ترکیب یا تعویض اسپرم می‌شد. (Mulligan, ۲۰۱۹: ۱۶) همان‌گونه که در مثال‌های ذکر شده قابل مشاهده است مهم‌ترین مشکل در بحث قابلیت جبران این نوع خسارات، اثبات وقوع زیان در نتیجه اشتباه رخ داده است.

۱.۲. تبیین دعاوی مربوط به اشتباهات پزشکی در حوزه پیشگیری از باروری:

در دسته دوم دعاوی ناشی از اشتباهات پزشکی دعاوی موسوم به «بارداری‌های ناخواسته» قرار دارد که از آن با عنوان دعاوی مربوط به «والد شدن اجباری» هم یاد می‌شود. در این نوع پرونده‌ها وقوع اشتباهات پزشکی در فرآیند جراحی‌های عقیم‌سازی یا هشدار نامناسب در مورد احتمال بارداری و یا عدم موفقیت در سقط جنین منجر به تولد فرزند یا فرزندان ناخواسته می‌شود. (Feldthusen, ۲۰۱۴: ۱۱) از «بارداری ناخواسته» و «تولد ناخواسته» می‌توان به عنوان مهم‌ترین مصادیق این دسته از دعاوی یاد کرد. که اولی شامل مواردی است که در نتیجه اشتباهات پزشکی فرزند کاملاً سالم متولد می‌شود اما والدینش قصد فرزنددار شدن نداشتند و دومی

1. ACB v. Thompson Meducal pte Ltd [2017] SG CA 20.

در مواردی اتفاق می‌افتد که فرزندی با معلولیت یا بیماری‌های خاصی متولد می‌شود درحالی‌که اگر اطلاعات مناسب و کاملی به والدینش داده می‌شد به احتمال زیاد به سقط جنین اقدام می‌کردند. پس تقصیر پزشک در اطلاع‌رسانی و غربالگری مناسب، فرصت سقط را از والدین گرفته است. (Petersen, ۱۹۹۶: ۵۰۴، ۵۲۲) یکی از مهم‌ترین پرونده‌های مربوط به اشتباه در جلوگیری از باروری، پرونده معروف مک‌فارلین^۱ است که در آن آقای مک‌فارلین تحت عمل جراحی وازکتومی (برای عقیم‌سازی) قرار گرفت و از سوی پزشک این اطمینان داده شد که او دیگر قادر به بارور کردن همسر خود نیست. با این وجود پس از مدتی مشخص شد که این زوج صاحب پنجمین فرزند خود شدند. آن‌ها دعوایی را علیه پزشک مطرح کردند و مدعی مطالبه کلیه هزینه‌های مربوط به نگهداری و پرورش این فرزند ناخواسته شدند. دادگاه بدوی این ادعا را نپذیرفت با این استدلال که وظیفه مراقبت، جزئی از وجود زنان و مردان است و قابل مطالبه بودن این خسارت در تعارض با وظایف والد بودن آن‌ها قرار می‌گیرد. از طرف دیگر لازمه قابل مطالبه دانستن این نوع خسارات این است که تولد فرزند را خسارت و زیان تلقی کنیم امری که مغایر با اخلاق است. تولد فرزند یک موهبت الهی محسوب می‌شود و به هیچ عنوان ضرر تلقی نمی‌شود. به علاوه اگرچه بزرگ کردن فرزند هزینه‌هایی دارد اما در مقابل منافع و لذات زیادی هم برای والدینش دارد و اگر تولد او را یک زیان تلقی کنیم در واقع جبران خسارت بیشتر از زیان واقعی صورت می‌گیرد. در مرحله تجدیدنظر یکی از قضات معتقد بود به سه دلیل مطالبه هزینه‌های ناشی از نگهداری و پرورش فرزند را نباید پذیرفت: ۱. اول این‌که امکان محاسبه هزینه‌های نگهداری فرزند در آینده به طور دقیق و قابل پیش‌بینی وجود نخواهد داشت از طرف دیگر چگونه محاکم می‌توانند منافع و لذاتی هم که والدین از داشتن یک فرزند به دست می‌آورند را محاسبه و از هزینه‌ها کسر نمایند تا جبران خسارت بیش از میزان واقعی محقق نشود. ۲. نباید برای پزشک مسئولیتی در برابر زیان‌های اقتصادی قائل شد چراکه تحمیل این مسئولیت سبب می‌شود که پزشکان بیشتر به سمت سقط جنین‌هایی بروند تا مسئول پرداخت هزینه‌های نگهداری آنان در آینده نشوند. ۳. تحمیل این هزینه‌ها بر پزشک غیرمنصفانه نیز خواهد بود چراکه صرفاً به خاطر یک اشتباه، پزشک مسئول

1 McFarlane v. Tayside Health Board (2000) 2 A.C 59.

کلیه هزینه‌های مربوط به بزرگ کردن فرزند ناخواسته می‌شود. قابل پیش‌بینی است که در همه روش‌های جلوگیری از بارداری درصدی احتمال برای ناموفق بودن وجود داشته باشد و در هر حال احتمال بارداری در هیچ روشی صفر نخواهد بود. در نهایت با وجود اختلاف نظرات طرح شده اکثریت قضات بر این اعتقاد بودند که علی‌رغم این‌که تولد فرزند یک موهبت الهی است اما بدون تردید برای کسانی‌که آگاهانه و با قصد، اقدام به انجام عمل‌های عقیم‌سازی می‌نمایند، داشتن فرزند یا فرزندان بیشتر مطلوب نبوده است. به علاوه همه فرزندان برای والدین خود به میزان یکسانی شادی و لذت نمی‌آورند و همچنین نمی‌توان آسیب‌های اقتصادی و ناراحتی‌هایی را که والدین در این زمینه متحمل می‌شوند، نادیده گرفت. در نهایت پذیرفته شد که در صورت اثبات وقوع خسارت امکان جبران فراهم است. (Davies, ۲۰۱۸: ۹-۱۱)

۲. تحلیل ماهیت آسیب‌های وارده در نتیجه اشتباهات پزشکی در حوزه

باروری مردان:

همان‌گونه که در نمونه‌های مطرح شده در بالا نشان داده شد، مهم‌ترین مشکلی که در ابتدا محاکم در برخورد با این‌گونه دعاوی با آن مواجه شدند، عدم امکان تعیین دقیق ماهیت این نوع خسارات بود که براساس تقسیم‌بندی‌های سنتی خسارت در حوزه مسئولیت مدنی، در هیچ‌کدام از این تقسیم‌بندی‌ها قرار نمی‌گرفتند. تبیین چرایی این امر و راه‌حل‌های مطرح شده برای حل این مشکل در دو بند آتی، ابتدا در حقوق خارجی و سپس در نظام حقوقی ایران مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱.۲. تحلیل ماهیت آسیب‌های وارده در نتیجه اشتباهات پزشکی در حوزه

باروری مردان در حقوق خارجی:

در مورد تعیین ماهیت خسارت در پرونده‌های مطرح شده در حوزه اشتباهات باروری، اختلاف نظراتی میان نویسندگان وجود دارد. برخی آن را از مصادیق زیان‌های مالی تحلیل می‌کنند و بر این باورند که سلول‌های جنسی اشخاص نوعی از دارایی و اموال آن‌ها محسوب می‌شود و رابطه آن‌ها با این سلول‌ها بسیار شبیه رابطه مالکیت است. (Dickenson, ۲۰۰۷: ۱۴۸) همان‌طور که اشخاص می‌توانند آزادانه در ارتباط با

اموال خود تصمیم‌گیری نمایند باید این آزادی را در ارتباط با سلول‌های جنسی خود هم داشته باشند به نحوی که کسی نتواند برخلاف میل و رضایت آن‌ها، این سلول‌ها را از بین ببرد یا در فرآیندهای تولیدمثل به کار ببرد. با این حال انتقادات بسیاری بر این طرز تلقی از اعضاء بدن انسان مطرح شده است و پذیرش این نظر را برخلاف شأن و منزلت انسانی دانسته‌اند که نمی‌توان تمامی قواعد حاکم بر رابطه انسان با اشیا را بر رابطه انسان با اعضاء بدنش اعمال نمود. این انتقادات تا حدی مطرح شد که در قوانین برخی از کشورها نیز این نکته قابل مشاهده است که اعضای بدن انسان مال به مفهوم سنتی نیست و نباید آن را قابل معامله دانست. نمونه این امر شق ۱ از بخش ۳۲ قانون مربوط به بافت انسانی^۱ در انگلیس با عنوان «منوعیت مبادلات تجاری راجع به بافت‌های انسانی» است که هرگونه معامله یا واسطه‌گری معاملات مربوط به بافت و اعضای بدن انسان را جرم‌انگاری نموده است. (بادینی و بانسی، ۱۴۰۰: ۵۰)

توصیف دیگری که برای این نوع خسارات مطرح شده این است که این زیان‌ها، از مصادیق زیان‌های بدنی هستند، در واقع هرگونه تغییر یا دستکاری در سلول‌های جنسی یک شخص (چه تخریب و از بین بردن سلول و چه فعال کردن و استفاده از آن برخلاف رضایت فرد) تعرض به تمامیت جسمانی هر فردی است. براساس این نظر هیچ چیزی در این دنیا به اندازه بدن ما متعلق به ما نیست. حتی کسانی که هیچ مالی هم در این دنیا ندارند بر بدن خود کنترل دارند و این حق کنترل بر بدن، براساس قانون به رسمیت شناخته شده است. در نتیجه، از بین بردن اسپرم یا فعال کردن آن بدون اطلاع و رضایت مرد دخالت در تمامیت جسمانی او است. در همین راستا برخی از نظام‌های حقوقی مانند هلند قسمت‌های جدا شده از بدن را نیز ادامه شخصیت جسمانی انسان‌ها تلقی می‌کنند و آن‌را همچنان در حوزه آسیب‌های جسمانی قرار می‌دهند. (Neethling, ۲۰۰۵: ۲۲۸) برخی دیگر از نظام‌های حقوقی همانند نظام حقوقی آلمان میان اعضای مختلف بدن فائل به تفکیک می‌شوند؛ اگر اعضای جدا شده از بدن به صورت دائمی از بدن جدا شده باشند (همانند مو)، آن‌ها را نوعی مال و شی تلقی کرده و براساس قواعد عادی مالکیت، حکم به جبران خسارت می‌دهند اما اگر قسمت‌هایی از بدن یا اجزای آن در بیرون از بدن تحت فرآیندهای دیگری از جمله

1. The Human Tissue Act.2004

ادغام و ترکیب قرارگیرد و مجدداً به بدن بازگردد یا بخش‌هایی از بدن در بیرون از آن هم عملکرد عادی خود را داشته باشد (مانند اسپرم برای هدف تولیدمثل)، همچنان به عنوان اعضای بدن و قسمتی از آن شناخته می‌شود. آسیب به آن‌ها نیز، نوعی خدشه و تعرض به تمامیت جسمانی اشخاص تلقی شده و در قلمرو آسیب‌های جسمانی مورد جبران قرار می‌گیرند. (Neethling, ۲۰۰۵: ۲۲۸)

با این حال، باید توجه داشت که از بین رفتن اسپرم، آسیب و جراحی مستقیم فیزیکی و بدنی محسوب نمی‌شود. زیرا آسیب بدنی، عمدتاً به صورت مستقیم قابل مشاهده است و غالباً با درد و رنج همراه است، در حالی که دراز بین رفتن اسپرم خارج از بدن، درد و رنجی دیده نمی‌شود و ضمناً به صورت مستقیم و از لحاظ فیزیکی و جسمی جراحی در بدن و اجزای آن مشاهده نمی‌گردد. (Priaulx, ۲۰۱۰: ۸۲) به علاوه نمی‌توان آن را پس از خروج، بدن یا جسم نامید تا آسیب به آن آسیب جسمانی تلقی گردد. برای پذیرش این نظر باید مفهوم بدن و تمامیت جسمانی را بسیار موسع تعریف نمود. در نتیجه این نظر هم به طور دقیق نمی‌تواند ماهیت خسارات این حوزه را توصیف نماید. در برخی دیگر از نظام‌های حقوقی همانند ایرلند و کانادا از بین رفتن اعضای جدا شده از بدن یا مواد مترشح از آن پس از خروج، دیگر در قلمرو آسیب‌های جسمانی تلقی نمی‌شود و در عین حال مال هم به حساب نمی‌آیند. در این‌گونه نظام‌های حقوقی جبران خسارات وارده با مانع اثبات وقوع خسارت مواجه می‌شود. برای حل این مشکلات، خسارت مستقلاً با عنوان «خسارت وارد بر آزادی و استقلال باروری» توسط برخی نویسندگان به عنوان شکل جدیدی از خسارات مطرح شده است. (No-lan, ۲۰۰۷: ۵۹-۷۱) از نظر این نظام‌های حقوقی بهترین توصیف این خسارات این است که بگوییم با وقوع اشتباهات پزشکی به حق «استقلال و آزادی باروری اشخاص» خدشه وارد شده و این حقی است که باید مورد حمایت حقوق باشد. (Davies, ۲۰۱۸: ۹-۱۱) این عنوان جدید، جامع بوده و می‌تواند تمامی مصادیق اشتباهات حوزه باروری را پوشش دهد، به علاوه، دیگر لازم نیست تولد فرزند یا فرزندگی با ویژگی‌های ناخواسته ضرر تلقی گردد بلکه آن چه موضوع خسارت قرار می‌گیرد، دخالت در آزادی باروری اشخاص است. با این ایراد هم که واقعا جراحی و آسیبی بر دیگری به لحاظ

1. Damages to reproductive autonomy.

فیزیکی وارد نشده، مواجه نمی‌شود. در ادامه همین مسیر، می‌توان ادعا کرد که در مورد اشتباهات حوزه باروری موضوع اصلی خسارت، از بین رفتن آزادی تصمیم‌گیری شخص برای تولیدمثل خود است. داشتن آزادی و استقلال در باروری یکی از جنبه‌های آزادی‌های فردی است که نقض آن می‌تواند مصداقی از خسارات معنوی تلقی گردد. برخی از نویسندگان در ارتباط با مفهوم درد و رنج در خسارات معنوی تصریح کرده‌اند که درد عبارت است از نوعی تحمل ناخوشایند از نظر احساسی که مرتبط با زیان‌های فعلی و بالقوه است اما رنج مفهوم وسیع‌تری دارد که عبارت است از زیان وارده به روح و روان و حیثیت و شخصیت انسان‌ها. (شوشی‌نسب، ۱۳۹۰: ۱۰۵) دخالت در آزادی باروری اشخاص تعرض به حقوق شخصیت افراد است اما نه از بعد جسمانی بلکه در بعد معنوی و این امر در مفهوم رنج روحی به خوبی جای می‌گیرد. در نتیجه همان‌طور که اکثر نویسندگان مطرح کرده‌اند می‌توان نام این نوع خسارات را «از دست دادن آزادی و استقلال باروری» دانست. (Davies, ۲۰۱۸: ۹-۱۱) در ماهیت نیز این خسارت، مصداقی از زیان‌های معنوی خواهد بود.

1.1 تحلیل ماهیت آسیب‌های وارده در نتیجه اشتباهات پزشکی در حوزه باروری مردان در حقوق ایران:

همان‌طور که ذکر گردید در مورد تعیین ماهیت خسارت در پرونده‌های مطرح شده، اختلاف نظراتی وجود دارد که در نظام حقوقی ایران نیز در میان عقاید حقوقدانان ایرانی قابل مشاهده است. برخی آن‌را از مصادیق زیان‌های مالی تحلیل می‌کنند و معتقدند که همان‌طور که اشخاص می‌توانند آزادانه در ارتباط با اموال خود تصمیم‌گیری نمایند باید این آزادی را در ارتباط با سلول‌های جنسی خود هم داشته باشند به نحوی که کسی نتواند برخلاف میل و رضایت آن‌ها، این سلول‌ها را از بین ببرد یا در فرآیندهای تولیدمثل به کار ببرد. طرفداران این نظریه معتقدند که برای آن‌که چیزی مال تلقی گردد باید سه ویژگی مهم را دارا باشد در واقع مال هر آن چیزی است که ۱. دارای منفعت عقلایی باشد، ۲. قابلیت اختصاص به شخص را داشته باشد و ۳. دارای ارزش مبادله اقتصادی باشد و این هر سه ویژگی در مورد اعضای بدن انسان وجود دارد. بدون تردید اعضای بدن دارای منفعت و سود است. دارای ارزش اقتصادی هم هست چراکه در مورد صدمه و آسیب به اعضای مختلف بدن قانون‌گذاران مبلغی پول را در برابر آسیب‌های

وارده قرار داده‌اند به‌علاوه گیرندگان عضو در بسیاری از موارد حاضر به پرداخت عوض در مقابل دریافت آن هستند. اگر درگذشته اعضای بدن قابلیت انتقال به فرد دیگری را نداشته امروزه با پیشرفت‌های علم پزشکی این انتقال هم امکان پذیر شده است. در نتیجه می‌توان ادعا کرد که اعضای بدن انسان عرفا و قانونا مال تلقی می‌شوند. (فلاح ملا محمود، احمدی و شعاریان، ۱۳۹۹: ۵۳۲-۵۳۴) برخی نیز معتقدند که رابطه انسان با بدنش مالکیت ذاتی است نه مالکیت حقیقی یا اعتباری و مباحثی از قوانین که در «حمایت از شخصیت جسمی انسان» است نشان‌دهنده احترام قانون‌گذاران به چنین مالکیتی است و از میان سه ویژگی مهم مالکیت از جمله مطلق بودن، انحصاری بودن و دائمی بودن، مالکیت انسان بر بدن خود این ویژگی‌ها را داراست به جز حق انتقال و واگذاری به شخص دیگر چرا که در اکثر موارد، اعضای بدن قابل واگذاری به دیگری نیستند. (رجایی و محقق داماد و موسوی، ۱۳۹۰: ۵۵ و ۵۹) باتوجه به همین نکته، میان اعضای قابل جداسازی و اعضای غیرقابل جداسازی بدن، تفکیک کرده‌اند: آن دسته از اعضای بدن که انتقال آن‌ها با مانع ذاتی یا قانونی مواجه باشد، مالیت ندارد و مال محسوب نمی‌شود اما آن دسته از اعضای که انتقال آن‌ها دارای منعی نباشد دارای مالیت است. (رجایی و محقق داماد، ۱۳۹۵: ۱۳۷-۱۳۸) براساس نظر این گروه از محققین، اعضای قابل جدا شدن هستند که اولاً موجب مرگ انسان و یا ورود ضرر شدید نشوند ثانیاً نجات جان مسلمی بر آن متوقف باشد و راه دیگری وجود نداشته باشد ثالثاً موجب هتک حرمت یا اهانت به انسان نشود رابعاً موجب ازکارافتادگی وی نباشد و خامساً در همان جایگاهی که در اصل خلقت داشته، استعمال گردد. (رجایی و محقق داماد، ۱۳۹۵: ۱۴۲) اگر براساس نظر این گروه از نویسندگان عمل کنیم سلول‌های جنسی (اسپرم در مردان) جزء اعضای قابل جداسازی نخواهند بود و در نتیجه مال محسوب نمی‌شوند زیرا طبیعتاً در اکثر موارد هرگونه دستکاری در آن‌ها بدون رضایت شخص نتایج زیان‌باری برای آن فرد در پی خواهد داشت. به‌علاوه نجات جان مسلمی متوقف بر استفاده از این سلول‌ها نخواهد بود از طرف دیگر با توجه به این‌که سلول‌های جنسی دارای آثاری بسیار گسترده‌تر از دیگر اعضای بدن هستند (یعنی منجر به تولید انسان دیگری می‌شوند) اگر بدون رضایت شخص مورد استفاده یا تخریب قرار گیرند نوعی هتک حرمت او هم تلقی می‌گردد و جایگاهی که در اصل خلقت برای این سلول‌ها

در نظر گرفته شده، استفاده برای باروری خود شخص است و استفاده برخلاف رضایت فرد برای تولید مثل در اشخاص دیگر یا از بین بردن آن‌ها، خلاف هدف اصلی خلقت آن‌ها تلقی می‌گردد.

به‌طور کلی نمی‌توان بدن و اعضای آن به‌ویژه مواد مترشحه از آن (همچون اسپرم‌ها) را به مفهوم دقیق کلمه مال نامید زیرا حقوق مالی که بر روی اموال وجود دارد (و مال همیشه تعبیر عرفی از وجود حق مالی است) حداقل دارای چهار تفاوت اصلی با حقوق غیرمالی هستند: حقوق مالی قابلیت نقل و انتقال دارند، قابل مبادله و تقویم به پول هستند، قابلیت اسقاط را دارند و در نهایت قابل توقیف هستند. (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۱-۱۳) این درحالی است که اگر اعضای بدن انسان را مال تلقی کنیم باز هم ویژگی‌های اموال و حقوق مربوط به آن‌ها را به‌طور کامل نخواهد داشت از جمله این‌که این اعضاء قابل توقیف یا قابل اسقاط نیستند. ضمناً در بحث قلمرو تصرفات مالکانه محدودیت‌های بسیاری در مورد بدن نسبت به دیگر اشیاء وجود دارد مثلاً اشخاص نمی‌توانند به بدن خود آسیب برسانند یا تحت هر شرایطی هر کدام از اعضای بدن خود را به هر کسی که تمایل داشته باشند انتقال دهند.

در نظام حقوقی ایران در نظریه مشورتی صادره از اداره حقوقی قوه قضائیه به عدم مالیت اعضای بدن تصریح شده است. در این نظریه آمده است: «چون اعضای بدن مال نیست قابل فروش نمی‌باشد ولی شخص می‌تواند آن را در حیات و یا ممات به دیگری اهداء نماید و در عوض مالی دریافت کند.» (مرکز تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۷۷: ۱۰-۳۷ به نقل از رجایی و محقق داماد، ۱۳۹۵: ۱۵۵) همین رویکرد در ماده ۱ بند (پ) آئین‌نامه اجرائی قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۳ هم قابل مشاهده است. در این ماده اهدای جنین به صورت داوطلبانه و رایگان مقرر شده و به امکان فروش جنین یا فروش اسپرم یا دیگر سلول‌های جنسی اشاره‌ای نشده است. در نتیجه همواره نظریه مال تلقی کردن اعضای بدن با چالش‌های اخلاقی، مذهبی و فرهنگی همراه بوده و قواعد عمومی نظام اموال و مالکیت که عمدتاً برای تنظیم مالکیت انسان‌ها بر اشیای خارجی و بیرون از بدن انسان تدوین شده است، قادر به پاسخ‌گویی کامل در رابطه انسان با اعضای بدنش نیست چراکه تصرف در اشیاء حساسیت‌های اخلاقی را به همراه ندارد اما بدن انسان جایگاه ویژه و خاصی دارد

(بادینی و بانسی، ۱۴۰۰: ۴۵ و ۴۶) و تصرف و دستکاری در آن به ویژه در مورد سلول های جنسی، آثار بسیار متفاوتی نسبت به دیگر اشیاء بی جان خواهد داشت.

در مورد توصیف دیگری که از این نوع خسارت می شود و آن را مصداقی از صدمات جسمانی یا بدنی تلقی می کنند نیز همان ایراداتی که در حقوق خارجی مطرح گردیده است در نظام حقوقی ایران قابل طرح است. علاوه بر آن برای تعیین رویکرد نظام حقوقی ایران در این زمینه باید توجه داشت که قانون اصلی قابل اجرا در زمینه مسئولیت پزشکان، ماده ۴۹۵ ق.م.ا.م. مصوب ۱۳۹۲ است که مقرر می نماید: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می دهد، موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است...». باین حال، این ماده علی القاعده در فرضی قابل اعمال است که تلف یا صدمه بدنی رخ داده باشد در حالی که در فرض از بین رفتن اسپرم خارج شده از بدن یا در فرض تغییر یا ترکیب با اسپرم دیگر یا استفاده از آن بدون رضایت مرد، هیچ گونه صدمه یا تلف بدنی ایجاد نشده است. در نتیجه این ماده راه حلی ارائه نمی دهد. بنابراین، باید به ماده ۱ ق.م.م. به عنوان قاعده کلی مسوولیت مدنی رجوع کرد. در این ماده مقرر شده است: «هرکس بدون مجوز قانونی عمدا یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می باشد.» براساس این ماده، عامل زیان و طبیعتا، پزشک در بحث اشتباه در باروری، در صورتی که مرتکب تقصیر شده باشد، مسئولیت خواهد داشت، زیرا با این اشتباه، به حق آزادی باروری که یکی از مصادیق مهم آزادی اشخاص است، لطمه وارد کرده است. بنابراین با توجه به ایراداتی که توصیف این نوع زیان ها به زیان های مالی یا جسمانی دارد می توان در نظام حقوقی ایران نیز قائل بر این بود که ماهیت حقیقی و صحیح ترین نوع خسارات «تعرض به استقلال و آزادی در باروری» است که مصداقی از زیان معنوی تلقی می گردد و حق آزادی مفهومی است که صراحتا براساس ماده ۱ ق.م.م. برای اشخاص به رسمیت شناخته شده است و موضوع حق قانونی قرار گرفته است. باین حال، باید به این نکته مهم توجه داشت که نظام حقوقی ایران از جمله نظام هایی است که مفهوم آزادی باروری را در تمام زمینه ها و به طور مطلق نپذیرفته است. در نتیجه در خصوص خسارت وارده باید میان دو دسته

یاد شده از دعاوی حوزه باروری در نظام حقوقی ایران تفکیک قائل شد:

در دعاوی مربوط به اشتباه در پیشگیری از باروری، در فرضی که مرد، از پزشک خواسته باشد او را عقیم کند و با این حال، پزشک در انجام این عمل موفق نباشد و کودکی متولد شود، امکان مطالبه خسارت وجود ندارد زیرا باتوجه به این که جراحی‌های عقیم‌سازی غیرقانونی محسوب شده‌اند (م ۵۲ قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت مصوب ۱۴۰۰) طبیعتاً بحث مطالبه خسارت ناشی از اشتباهات در این زمینه‌ها نیز منتفی خواهد بود. در واقع، عقیم شدن حق قانونی اشخاص نیست تا عدم موفقیت در آن مورد حمایت باشد. وضعیت سقط هم تا حد زیادی همانند عقیم شدن است؛ با این تفاوت که سقط جنین به موجب ماده ۵۶ قانون یاد شده، اگرچه علی‌القاعده ممنوع است، اما در مواردی نیز، استثنائاً امکان سقط پذیرفته شده است. بر این اساس، در فرضی که از پزشک برای سقط جنین درخواست شده باشد و پزشک نتواند این عمل را به درستی و با موفقیت انجام دهد، باید میان دو حالت قائل به تفکیک شد: اگر وضعیت طرفین از مصادیق قانونی سقط باشد، اشتباه پزشک لطمه به حق قانونی اشخاص بوده و زیان وارده به عنوان خسارت قابل جبران پذیرفته می‌شود اما در صورتی که مورد از مصادیق محدود سقط قانونی و مجاز نباشد، باتوجه به این که اصلاً جنین حقی (سقط جنین) برای این فرد به موجب قانون وجود نداشته، مطالبه خسارت از این جهت امکان‌پذیر نخواهد بود. این امر در یک پرونده در رویه عملی محاکم ایران نیز مطرح شده است. در این پرونده مادری برای تشخیص ابتلا یا عدم ابتلای جنینش به بیماری هموفیلی که در برخی اعضای خانواده وجود داشته به یک آزمایشگاه خصوصی مراجعه می‌کند و پزشک این آزمایشگاه جنین را سالم توصیف می‌کند در حالی که پس از تولد، بیماری هموفیلی B در این فرزند محرز تشخیص داده می‌شود. براساس نظر کمیسیون پزشکی چون بیماری هموفیلی مجوزی برای سقط جنین درمانی نبوده مسئولیتی بر پزشک بار نمی‌شود اما ارشی معادل بیست درصد دیه کامل انسان برای جنین اشتباهی در تشخیص تعیین می‌شود. در ادامه دادخواهی خواهان، شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران به موجب دادنامه شماره ۸۷۰۹۹۸۰۲۲۶۱۰۱۲۹۷ در پرونده کلاسه ۱۳۹۱/۱/۷ مندرج در پرونده کلاسه ۸۷۰۹۹۸۰۲۲۶۱۰۱۲۹۷ به تاریخ ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۶۱۰۰۰۲۹ خوانده را به پرداخت بیست درصد دیه کامل مرد مسلمان بابت ارش صدمات وارده و

به پرداخت پنج درصد دیه کامل مرد مسلمان بابت خسارات معنوی محکوم می‌کند^۱ اما همان‌طور که مشاهده شد پرونده مطرح شده از موارد مجاز سقط جنین نبوده در نتیجه حقی از بابت از دست رفتن فرصت سقط و در نتیجه نقض آزادی باروری مرد در نظر گرفته نشده است. باید توجه داشت که اگر پزشک در مواردی که سقط مجاز است نتواند تشخیص صحیحی بدهد، به جهت این‌که حق والدین برای سقط و پیشگیری از تولد کودک معلول یا دارای بیماری‌های خاص لطمه دیده، حق مطالبه خسارت محفوظ خواهد بود.

با این وجود برخی از نویسندگان معتقدند که در بحث سقط جنین، باید از نظام تصرف در مملوکان خود فرد تبعیت نمود؛ بدین معنا که بر اساس قاعده سلطنت، در مقام تشریح، جواز تصرف مالک در ملک خویش وجود دارد و جواز وضعی و تکلیفی هرگونه تصرف مالکانه به عنوان حکم اولی و واقعی تا زمانی‌که منعی از شارع مقدس نرسیده باشد، استفاده می‌شود؛ بنابراین از نظر حکمی جواز سقط جنین بر اساس قاعده اولی سلطنت و همچنین قواعد لاضرر و لاجرح مقدم است و روند قانون‌گذاری باید به سمت مجاز شمردن سقط‌درمانی پیش از دمیده شدن روح حرکت کند. (اکرمی و پروین و رزمجو، ۱۴۰۰: ۹) اما همان‌طور که سابقاً در تحلیل ماهیت این نوع خسارات مطرح گردید با توجه به این‌که نمی‌توان اعضاء بدن انسان را کاملاً مال تلقی نمود و رابطه انسان با اعضا بدنش را مالکانه توصیف کرد در نتیجه استناد به قاعده سلطنت نیز در این زمینه راهگشا نخواهد بود. مضاف بر این‌که پس از تصویب قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت که صراحتاً سقط را -به جز در موارد بسیار محدود- غیرمجاز اعلام کرده است دیگر نمی‌توان به لحاظ قانونی حقی برای اشخاص در این زمینه قائل شد تا با تکیه بر قواعد فقهی آسیب به آن خسارت تلقی شود و قابل مطالبه باشد.

در مورد دسته دوم دعاوی حوزه باروری، یعنی مواردی که در آن‌ها اشتباهات رخ داده در فرآیند درمان‌های ناباروری منتهی به ازدست رفتن فرصت باروری می‌شود یا تلقیح با اسپرم اشتباهی رخ می‌دهد، مسئولیت کادر درمان قابل بررسی است. به نظر می‌رسد در این فرض، بتوان موضوع را ذیل عنوان خدشه بر آزادی و استقلال باروری مطرح کرد. بر اساس ماده ۱ ق.م.م.ع علاوه بر جان و سلامتی و غیره، آزادی افراد هم مورد

۱. باتوجه به مفصل بودن این پرونده برای بررسی جزئیات بیشتر رک: (میرشکاری، ۱۳۹۹: ۱۳۳-۱۳۹)

حمایت قانون قرار گرفته است. بدون تردید داشتن آزادی در حوزه باروری یکی از اقسام حق آزادی اشخاص است و نیز یکی از زیرمجموعه‌های حقوق مربوط به شخصیت است که می‌توان آن را ذیل خسارات معنوی در نظام حقوقی ایران مطرح نمود. پس هرگاه تقصیر پزشک یا کارکنان مراکز درمان ناباروری سبب از بین رفتن فرصت فرزند داشتن مردی گردد یا به دلیل وقوع اشتباه در فرآیند درمان، شخص از داشتن فرزند با ویژگی‌های ژنتیکی مشابه خود (فرزند بیولوژیک خود) محروم گردد، باید بتواند خسارت وارده بر خود را مطالبه نماید.

۳. ارزیابی خسارات ناشی از اشتباهات پزشکی حوزه باروری مردان:

خسارات ناشی از اشتباهات حوزه باروری، از یک سو، خسارات ترکیبی هستند یعنی دارای ابعاد مختلف جسمانی، روحی و روانی و اقتصادی هستند و از دیگر سو، غیرملموس هستند بدین معناکه آسیب وارده به لحاظ فیزیکی و جسمی قابل مشاهده نیست و تعرض به استقلال اشخاص در تصمیم‌گیری امری مادی و قابل رویت نخواهد بود. برای همین، ارزیابی این نوع از خسارات، یکی از دشوارترین ارزیابی‌هایی است که معمولاً محاکم با آن روبه‌رو می‌شوند. (Priaulx, ۲۰۱۷: ۱۷) در دو قسمت آتی اہ کارهای ارائه شده برای ارزیابی این نوع خسارات در نظام‌های حقوقی خارجی و نیز قابلیت پذیرش آن در نظام حقوقی ایران مورد بررسی و تحلیل قرار خواهد گرفت.

۳.۱. ارزیابی خسارات ناشی از اشتباهات پزشکی حوزه باروری مردان در

حقوق خارجی:

همان‌طور که تصریح گردید ارزیابی این نوع خسارات به واسطه ترکیبی و غیرملموس (غیرمادی) بودن جزء دشوارترین ارزیابی‌هایی است که نظام‌های حقوقی با آن مواجه هستند به همین دلیل نیز برای رفع این دشواری، مطرح شده است که در مرحله ارزیابی آن لازم است سه‌گام برداشته شود:

نخست اینکه در فرآیند ارزیابی باید به میزان و درجه دخالت در آزادی و استقلال باروری اشخاص توجه کرد. براساس این معیار هرچقدر دخالت در استقلال باروری اشخاص بیشتر باشد و خدشه بیشتری به حق آزادی و استقلال باروری آن‌ها

وارد شده باشد، میزان بیشتری از خسارت باید مورد حکم قرار گیرد. به عنوان نمونه در مواردی که مردی اصلاً فرزند نمی‌خواهد نسبت به زمانی که فرزند می‌خواهد اما در ترکیب ژنتیکی فرزندش اشتباهاتی رخ می‌دهد، میزان دخالت در آزادی باروری بیشتر است یا زمانی که زوجین می‌خواهند با استفاده از روش‌های کمک باروری فرزند با قرابت ژنتیکی با خود داشته باشند وقوع اشتباه دخالت بیشتری محسوب می‌شود نسبت به زمانی که آن‌ها مجبورند از اهداکننده ناشناس اسپرم بگیرند. بنابراین معیار کلی ارزیابی که باید در ابتدا مدنظر قرار گیرد بررسی درجه و میزان دخالت در استقلال باروری اشخاص است. (Mulligan, 2019: 21)

دوم اینکه تغییر رویکرد در خصوص هدف حقوق مسئولیت مدنی در ارزیابی و جبران این نوع خسارات لازم است. توضیح اینکه برخی معتقدند برای این که استقلال از دست رفته افراد در پرونده‌های تولد فرزند ناخواسته یا فرزند با ویژگی‌های ژنتیکی متفاوت جبران گردد، باید به زیان وارده به والدین توجه کرد، برای مثال، هزینه‌های نگهداری از این فرزندان را به عنوان زیان والدین در نظر می‌گیرند. (Priaulx, 2007: 72) اینان هدف حقوق مسئولیت مدنی را صرفاً جبران خسارت می‌دانند و معتقدند که هر شخص صرفاً مسئول میزان خسارتی است که به دیگری وارد کرده است. (Stevens, 2007: 1-2) برخی دیگر اما معتقدند برای اینکه استقلال در باروری مورد حمایت قرار گیرد باید چیزی بیش از هزینه‌های کل پرورش فرزند مورد حکم قرار گیرد. (Mason, 2007: 181-182) در واقع هدف اصلی حقوق مسئولیت مدنی جبران خسارت برای نقض حقوق دیگری است. مطابق این نظر خواننده زمانی مسئول جبران خسارت است که حقوق دیگری را نقض کرده باشد. خسارت هم برای جبران زیان وارده طراحی نشده بلکه جایگزینی برای حقوق نقض شده است. پس اگر کسی حقوق دیگری را نقض کرده باشد حتی اگر خسارتی هم محقق نشود، جبران باید صورت بگیرد. (Rob- & Nolan, ertson, 2014: 59-60) در نتیجه، براساس این نظر لازم نیست که میزان خسارت تعیین شده برابر و مطابق میزان زیان باشد و محاکم با مشکل ارزیابی میزان خسارت مواجه باشند بلکه صدور حکم برای نقض حق زیان دیده صورت می‌گیرد و جایگزینی برای آن است. برخی دیگر هم با تعبیری مشابه، مبنای این نوع خسارت را حمایت از حقوق زیان دیده مطرح می‌کنند و این نوع خسارات را در گروه خسارات حمایتی قرار می‌دهند.

(Caroll & Witzleb, ۲۰۰۹: ۱۶) این گروه از نویسندگان توضیح می‌دهند که رویکرد حمایتی در این زمینه، به جای تمرکز بر زیان، بر اشتباه ناقص تمرکز می‌کند و هدفش بازگرداندن زیان دیده به وضعیت قبل از اشتباه نیست (چراکه اصلاً بازگشت به وضعیت قبل امکان‌پذیر نیست) بلکه هدف اعلام حمایت از حقوق فرد است و این همان هدف اصلی در ارزیابی و جبران خسارات وارد بر استقلال باروری است. (Smith, ۲۰۱۲: ۵۳) در این خسارات هدف اصلی حمایت از حق استقلال نقض شده است؛ در نتیجه مشکل غیرقابل اندازه‌گیری بودن این نوع خسارات هم برطرف می‌گردد زیرا هدف اصلی حمایت از حق نقض شده است نه اندازه‌گیری زیان واقع شده. بنابراین ارزیابی بسیار دقیق این نوع خسارات مدنظر نیست.

سومین گام که باید در مرحله ارزیابی مدنظر قرارداد این است که ارزیابی دادگاه برای تشخیص این‌که تا چه حد دخالت در استقلال و آزادی باروری شخص صورت گرفته است، باید بر اساس معیارهای شخصی و نوعی باشد. در هر حال همه اشخاص یکسان فکر نمی‌کنند و اهداف یکسانی ندارند. استقلال و آزادی باروری هم برای همه آن‌ها مفهوم یکسانی ندارد و نقض آن، آثار یکسانی نخواهد داشت چراکه این امر ذاتاً شخصی است و بر اساس شرایط اشخاص می‌تواند متفاوت باشد. برای این‌که بتوان میزان این دخالت را در زندگی هر فرد معین نمود باید به «دامنه تخلف یا دخالت» صورت گرفته توجه کرد. بر این اساس مثلاً اگر هدف شخصی از عقیم‌سازی خود، مسائل مالی و اقتصادی باشد، در آن صورت چنان‌چه اشتباه پزشک منجر به تولد فرزند ناخواسته‌ای گردد باید هزینه‌های پرورش و نگهداری آن کودک از مقصر یا از محل بیمه او گرفته شود اما اگر هدف از عقیم‌سازی جلوگیری از انتقال یک بیماری وراثتی بوده باشد در صورتی‌که فرزند ناخواسته‌ای متولد شود اما به آن بیماری مبتلا نباشد، خسارتی نباید پرداخت گردد چون در هدف این شخص دخالتی صورت نگرفته است. (Feldthusen, ۲۰۱۴: ۵۰) همچنین اگر فرزند ناخواسته برای زوجی حاصل شود که تعداد کمی فرزند داشته باشند (مثلاً یک تا دو فرزند)، اضافه شدن فرزند دیگر دخالت کمتری محسوب می‌شود و آثار محدودتری خواهد داشت نسبت به زوجینی که مثلاً پنج فرزند دارند و در نتیجه اشتباه پزشک فرزند دیگری به تعداد فرزندان آن‌ها اضافه می‌شود. به علاوه در مواردی که فرزند ناخواسته تک قلو باشد دامنه دخالت در باروری افراد کمتر از حالتی خواهد بود

که اشتباه پزشک منتهی به تولد فرزندان دوقلو یا چندقلو شده است. همین طور است در مورد وضعیت سلامتی فرزندی که متولد شده است. در مواردی که فرزند متولد شده دارای معلولیت یا بیماری خاصی باشد طبیعتاً هزینه، زحمت و صرف وقت بیشتری مورد نیاز است و در نتیجه دخالت بیشتری در زندگی فرد ایجاد می‌شود. حتی کسانی که تولد فرزند سالم را خسارت نمی‌دانند، هزینه‌های مربوط به تولد فرزند بیمار یا معلول را قابل جبران می‌دانند. (Feldthusen, ۲۰۱۴: ۲۷) برای محاسبه میزان هزینه نگهداری از فرزند نیز باید به معیارهای شخصی و نوعی توجه نمود. مثلاً این که چه سطحی از هزینه با چه میزان درآمد نوعاً صرف پرورش یک کودک می‌شود و این که این خانواده در مورد فرزندان قبلی به طور میانگین چه میزان هزینه صرف کرده است و آیا این موارد هزینه‌ای در جامعه معمول بوده است یا خیر. این رویکرد، روش «هزینه‌های پیش‌بینی شده واقعی» نامیده می‌شود. (Feldthusen, ۲۰۱۴: ۵۰) در مورد پرونده‌هایی که اشتباهات پزشکی منجر به ازدست رفتن فرصت باروری می‌شود نیز باید به حدود دخالت توجه کرد. در برخی موارد پس از درمان بیماری، به تدریج قابلیت باروری برمی‌گردد. در این موارد میزان خسارت وارده کمتر از حالتی خواهد بود که به کلی قابلیت باروری شخصی از بین می‌رود. (Phelps & Hossain & Vughn, ۲۰۱۴: ۲۹)

۲.۳. ارزیابی خسارات ناشی از اشتباهات پزشکی حوزه باروری مردان در

حقوق ایران:

درخصوص نحوه ارزیابی این خسارات در نظام حقوقی ایران نیز باید سه‌گام مطرح شده در مبحث ارزیابی را مورد توجه قرارداد. در ابتدا باید این نکته مدنظر قرار گیرد که نظام حقوقی ایران یک نظام زیان‌محور است و نه حق‌محور. این امر به خوبی از مواد ۱ و ۲ ق.م.م برمی‌آید که تأکید در این مواد بر این است که هرکس موجب خسارت گردد، باید از عهده جبران آن برآید در نتیجه تأکید بر جبران خسارت است و نه حمایت از حق نقض شده. نکته دوم اینکه در نظام حقوقی ایران هم برای ارزیابی صحیح‌ترین خسارات منطقی باید به ضابطه کلی مربوط به درجه و میزان دخالت در استقلال و آزادی باروری اشخاص توجه گردد و هرچه قدر اشتباه پزشک یا کادر درمان دخالت بیشتری در زندگی شخص محسوب گردد و آثار بیشتری بر زندگی او داشته باشد، طبیعتاً باید به

خسارت بیشتری هم رأی داده شود و در نهایت گام سوم اینکه محاکم در تعیین این میزان دخالت و آثار آن باید به هر دو معیار نوعی و شخصی توجه کنند. این امر براساس اختیارات حاصله از ماده ۳ ق.م.م. که به قضات اجازه داده تا میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران را با توجه به اوضاع و احوال هر قضیه تعیین نمایند، امکان پذیر خواهد بود. به عنوان نمونه در فرضی که مردی به واسطه اشتباهات پزشک یا مرکز باروری، فرصت داشتن فرزند یا فرصت داشتن فرزند بیولوژیک خود را از دست داده می‌تواند برای ارزیابی میزان خسارت از میزان دیه‌ای که برای تلف کردن اعضای تولیدمثل در بدن تعیین شده است (مواد ۶۶۲-۶۶۸ ق.م.ا) نیز به عنوان یکی از عوامل نوعی کمک گرفت. اگر کسی مستقیماً با از بین بردن اندام‌های تولیدمثل در بدن فردی منجر به عقیم شدن او گردد، براساس مواد مورد اشاره دیه مشخصی به او تعلق می‌گیرد که ارزش قوه باروری او محسوب می‌شود؛ در نتیجه می‌توان برای ارزیابی از بین رفتن فرصت باروری مرد یا فرصت داشتن فرزند با قرابت ژنتیکی خود، از این معیار هم استفاده کرد و براین مبنا فرصت از دست رفته را مورد ارزیابی قرار داد. البته با توجه به این‌که در این جا آسیب بدنی محقق نشده است و بحث دیه مطرح نیست و صرفاً از میزان آن به عنوان معیاری برای ارزیابی و تقویم قوه باروری استفاده شده طبیعتاً تعدیل این میزان با در نظر گرفتن اوضاع و احوال هر قضیه خاص و براساس اختیار ماده ۳ ق.م.م. امکان پذیر است و می‌توان میزان نهایی خسارت تعیینی را تعدیل نمود و به سمت جبران واقعی‌تر و مطلوب‌تر خسارات پیش رفت. همچنین اگر فرضاً اشتباه پزشک منجر به این گردد که بیماری جنین تشخیص داده نشود و جنین سالم معرفی گردد در نتیجه در موارد مجاز سقط جنین، والدین فرصت سقط را از دست بدهند، می‌توان با استفاده از معیار هزینه‌های واقعی پیش‌بینی شده که در قسمت پیشین توضیح داده شد، هزینه‌های نگهداری و نیز درمان جنین فرزندی را از فرد مقصر دریافت کرد.

برآمد

با وقوع پیشرفت‌ها و تحولات جدید در حوزه باروری مردان، ریسک وقوع اشتباهات نیز در این حوزه افزایش یافته است. عمده دعوای مطروحه در این زمینه را می‌توان در دو گروه اصلی جای داد: ۱. دعوای ناشی از اشتباهات پزشکی در درمان‌های ناباروری و ۲. دعوای ناشی از اشتباهات پزشکی در پیشگیری از باروری. نتیجه اشتباهات پزشکی در گروه اول از دست دادن فرصت فرزند داشتن، تولد فرزندی برخلاف رضایت مرد و با استفاده غیرمجاز از اسپرم او و یا تولد فرزندی بدون وجود قرابت ژنتیکی با او خواهد بود و نتیجه اشتباهات در گروه دوم تولد فرزندی ناخواسته است. در تمامی این مصادیق علی‌رغم این‌که وضعیت نامطلوبی برای مرد ایجاد می‌شود اما مهم‌ترین مانع برسر راه جبران این وضعیت نامطلوب، عدم امکان اثبات وقوع خسارت براساس مفهوم مضیق و سنتی خسارات در حقوق مسئولیت مدنی است. برای حل چنین مشکلی به نظر می‌رسد که مناسب‌تر آن باشد که خسارات حوزه باروری را با عنوان «دخالت در استقلال و آزادی باروری اشخاص» قابل جبران بدانیم و ملاک ارزیابی میزان آن را درجه و میزان دخالت در این استقلال در نظر بگیریم. با توجه به این‌که در نظام حقوقی ایران استقلال باروری در بعد منفی یعنی پیشگیری از باروری و عقیم‌سازی دائمی یا سقط جنین، به موجب قانون به رسمیت شناخته نشده است دعوای این دسته قابل بررسی نخواهد بود مگر در موارد استثنائی که سقط جنین مجاز شمرده شده باشد اما دعوای مربوط به اشتباهات در درمان‌های ناباروری قابل بررسی هستند و می‌توان با تکیه بر عبارات کلی مندرج در ماده ۱ ق.م. که لطمه به آزادی اشخاص را موجب مسئولیت دانسته این نوع خسارات را به عنوان مصداقی از حقوق معنوی قابل مطالبه دانست. یکی از معیارهای ارزیابی میزان خسارت در فروش از دست رفتن فرصت فرزنددار شدن هم می‌تواند استفاده از میزان دیه تعیین شده برای آسیب به اندام‌های تولیدمثل و قوه باروری اشخاص دانست که با در نظر گرفتن ویژگی‌های خاص هر پرونده تعدیل شده باشد. در مورد فروشی که مردی در نتیجه اشتباهات پزشکی صاحب فرزندی بدون قرابت ژنتیکی با خود شده است و یا در فرضی که فرصت سقط جنین مجاز وجود داشته اما با اشتباه پزشک این فرصت از بین رفته می‌توان با در نظر گرفتن معیارهای نوعی و شخصی هزینه‌های تعدیل شده نگهداری از چنین فرزندی را از فرد مقصراخذ نمود.

منابع

الف) فارسی

- اکرمی، سید محمد و خیرالله پروین و محدثه رزمجو، (۱۴۰۰)، *بررسی حقوقی غربالگری سلامت جنین و سقط درمانی در طرح جوانی جمعیت و حمایت از خانواده*، مجله حقوق پزشکی، دوره ۱۵، شماره ۵۶، صص ۱-۱۲.
- بادینی، حسن و مجتبی بانسی، (۱۴۰۰)، *مبانی حق انسان بر بدن خویش؛ بیان نظریه کار و طرح نظریه بدن برای بدن*، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳، صص ۴۵-۶۷.
- رجائی، فاطمه و سید مصطفی محقق داماد، (۱۳۹۵)، *بررسی فقهی حقوقی مالیت اعضای بدن انسان*، فصلنامه فقه پزشکی، شماره ۲۷ و ۲۸، صص ۱۳۷-۱۷۳.
- رجائی، فاطمه و سید مصطفی محقق داماد و سید محمدصادق موسوی، (۱۳۹۰)، *بررسی فقهی و حقوقی رابطه انسان با اعضای بدن خود*، مجله فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲، صص ۴۵-۶۲.
- شوشی نسب، نفیسه، (۱۳۹۰)، *نحوه ارزیابی خسارت‌های درد و رنج*، پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۳۳، صص ۱۰۱-۱۳۶.
- فلاح ملامحمود، جبرئیل و جلال سلطان احمدی و ابراهیم شعاریان ستاری، (۱۳۹۹)، *مالیت داشتن اعضای بدن انسان در راستای ماده ۷۵ منشور حقوق شهروندی و فقه اسلامی در قبال فروش اعضای بدن*، فصلنامه حقوق پزشکی، ویژه‌نامه حقوق بشر و حقوق شهروندی، صص ۵۲۶-۵۳۶.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۶)، *اموال و مالکیت*، تهران: نشرمیزان، چاپ پانزدهم.
- میرشکاری، عباس، (۱۳۹۹)، *رساله عملی در مسئولیت مدنی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم.

ب) انگلیسی

Atiyah, Patrick, (1997), *The Damages Lottery*, Oxford: Hart Publishing.

Davies, Ffion, (2018), *Children as a Blessing: A Reason for Under-*

- mining Autonomy?* A Dissertation at University of Otago.
- Dickenson, Donna, (2009), *Body Shopping*, Oxford: Onewold Book.
- Dickenson, Donna, (2007), *Property in the Body: Feminist Perspective*, 1st edition, Cambridge: Cambridge University Press.
- Feldthusen, Bruce, (2014), *Suppressing Damages in Involuntary Parenthood Actions: Contorting Tort Law Denying Reproductive Freedom and Discriminating Against Mothers*, Canadian Journal of Family Law, vol: 29, No. 1.
- Harmon, Shawn H.E. and Graeme T. Laurie, (2010), *Yearworth v. North Bristol NHS Trust: Property, Principles, Precedent and Paradigms*, The Cambridge Law Journal, vol: 69, No. 3.
- Madoff, Ray, (2011), *Controlling the Body, Printed in Immorality and the Law: The Rising Power of American Dead* (ed), Yale University Press.
- Mason, J K, (2007), *The Troubled Pregnancy: Legal Rights and Wrongs in Reproduction*, 1st edition, Cambridge: Cambridge University Press.
- Mulligan, Andrea, (2019), *A Vindictory Approach to Tortious Liability for Mistakes in Assisted Human Reproduction, Legal Studies*. Available at :<https://doi.org/10.1017/1/st2019.19>.
- Neethling, Johann, (2005), *Personality Rights: A Comparative Overview*, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa (CILSA), vol: 38, No. 2.
- Nelson, Erin, (2016), *Prenatal Harm and Duty to Care*, Alberta Law Review, Vol: 53, No. 4.
- Nolan, Donal & Andrew Robertson, (2014), *Rights and Private Law*, Oxford: Hart Publishing.
- Nolan, David, (2007), *New Forms of Damages, Modern Law Re-*

- view*, vol: 70, No. 1.
- Priaultx ,Nicolette ,(2007) ,*The Harm Paradox :Tort Law and the Unwanted Child in the Era of Choice*, London: Routledge Cavendish.
- Ried, Elspeth Christie, (2009), *Personality Rights: A Study in Difference, printed in Mix Jurisdictions Compared: Private Law in Louisiana and Scotland*, Edinburgh University Press.
- Petersen, Kerry, (1996), *Wrongful Conception and Birth: The Loss of Productive Freedom and Medical Irresponsibility*, Sedney Law Review, vol: 18.
- Priaultx, Nicolette, (2017), *Reproducing the Properties of Harm that Matter: The Normative Life of the Damage Concept in Negligence*, Journal of Medical Law and Ethics, vol: 5, No. 1.
- Priaultx, Nicolette, (2010), *News and Views: Managing Novel Reproductive Injuries in the Law of Tort: The Curious Case of Destroyed Sperm*, European Journal of Health Law, vol: 17.
- Robertson, Christopher, (2020), *Is Tort Law the Tool for Fixing Productive Wrongs?* Boston University Law Review, Vol: 100.
- Robertson, John, (1994), *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technology*, America: Princeton University Press.
- Smith, Stephen, (2012), *Duties Liabilities and Damages*, Harvard Law Review, vol: 125
- Stevens, Robert, (2007), *Torts and Rights*, Oxford University Press.
- Vaughn, Micah & Amjad Hossain & John Y. Phelps, (2014), *Liability for Mismanagement of Sperm Specimens in Fertility Practice*, Fertility and Sterility, vol: 103, No. 1. [Http://dx.doi.org/10.1016/j.fertnstert.2014.09.038](http://dx.doi.org/10.1016/j.fertnstert.2014.09.038).

- Varuhas, Jason, (2014), *The Concept of Vindication in the Law of Damage*, Oxford Journal of Legal Studies, vol: 34, No. 2.
- Wilkinson, Steve, (2003), *Bodies for Sale*, Abingdon: Routledge.
- Witzleb, Normann & Robyn Carroll, (2009), *The Role of Vindication in Tort Damages*, Tort Law Review, vol: 17, No. 1.
- Ziegler, Mary, (2020), *Men's Productive Rights: A Legal History*, Pepperdine Law Review, vol: 47, No. 3.