

## responsibility for deprivation of treatment, Missing element in medical error cases

(Article Type: Original Research)

Alireza Moshirahmadi<sup>\*1</sup>, SayyedAria Hejazi<sup>2</sup>

### Abstract

The patient's referral to a physician is intended to prevent possible future illness or to treat an accident. Although such a goal is often achieved, it is also worth noting that failure to properly diagnose or delay it can lead to a loss of effective treatment. Deprivation of such an opportunity has a degree that begins with a delay in recovery and may fluctuate until the end of the patient's life. It is obvious that in case of consolidation of the conditions of the existence of the treatment duty, the occurrence of the loss and the proof of the causal relationship, the deprivation of the treatment opportunity must also be considered as one of the forms of fulfilling the responsibility. An examination of the claims relating to the claims of the faults and errors of the medical practitioners suggests that the fulfillment of the responsibilities of the proprietors of this letter is measured solely on the basis of the eventual loss. However, simply depriving the patient of the opportunity for treatment can also lead to fulfillment of conditions leading to fulfillment of responsibilities.

**Keywords:** Loss of treatment opportunity, Medical responsibility, Avoidance of damage, To make a profit, Non-profit

---

1. Ph.D. Student of Law, Ferdowsi University, Mashhad, Iran; Corresponding Author: moshir.alireza@yahoo.com

2. Associate Professor, Forensic Medicine Organization, Mashhad, Iran.



## مسئولیت ناشی از سلب فرصت درمان، عنصر مفقود در پرونده‌های خطای پزشکی

(نوع مقاله: علمی پژوهشی)

علیرضا مشیراحمدی\*<sup>۱</sup>، سیده آریا حجازی<sup>۲</sup>

### چکیده

رجوع بیمار به پزشک باهدف پیشگیری از بیماری احتمالی آینده یا درمان بیماری حادث شده صورت می‌گیرد. اگرچه در غالب موارد چنین هدفی محقق می‌شود، لیکن مواردی نیز قابل ذکر است که عدم تشخیص صحیح یا تأخیر در انجام آن، سبب از میان رفتن فرصت درمان مؤثر می‌شود. سلب چنین فرصتی دارای مراتبی است که از تأخیر در بهبودی آغاز گردیده و تا خاتمه حیات بیمار ممکن است در نوسان باشد. بدیهی است در صورت تجمیع شرایط وجود وظیفه درمان، حدوث ضرر و اثبات رابطه سببیت، سلب فرصت درمان نیز می‌بایست در زمره یکی از صور تحقق مسئولیت مدنظر قرار گیرد. مذاقه در آرای مرتبط با دعاوی تقصیر و خطاهای صاحبان حرف پزشکی حاکی از آن است که تحقق مسئولیت صاحبان این حرف، منحصرأ بر اساس ضرر حادث شده نهایی سنجیده می‌شود. این در حالی است که صرف محروم ماندن بیمار از فرصت درمان نیز می‌تواند با احراز شرایطی منتهی به تحقق مسئولیت گردد.

**واژگان کلیدی:** تفویض فرصت درمان، مسئولیت پزشکی، اجتناب از ضرر، تحصیل

منفعت، عدم‌المنفع.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه فردوسی، مشهد، ایران؛ نویسنده مسئول  
moshir.alireza@yahoo.com

۲. دانشیار مرکز تحقیقات پزشکی قانونی و سازمان پزشکی قانونی کشور، مشهد، ایران.

## درآمد

توسعه بهره‌مندی از فناوری در سالیان اخیر موجب ظهور روش‌های درمانی نوین و استفاده از دستگاه‌ها و ابزارهای مختلف در فرایند معالجه بیماران شده است. به‌تناسب پیشرفت‌های رخ داده در این علم اقدامات درمانی نیز نسبت به گذشته خطرناک‌تر شده و حوادث پزشکی رو به افزایش گذاشته‌اند. (2:2007 harpwood) (13: 2004 Berntsen) پس به فراخور پیشرفت‌های نوین شکل گرفته در علوم پزشکی، بازنگری یا توسعه قوانین و مقررات مرتبط با این حوزه به‌منظور روزآمدی نظام مسئولیت نیز اجتناب‌ناپذیر است. (237: 2016 rahimi hafezi & jafari) از آنجایی قواعد قانونی بازتاب‌دهنده ارزش‌هایی است که در گذر زمان تغییر و تحول می‌یابند، همگام با تکامل و فرآوردی روش‌های درمانی، احصا یا بازنگری در قوانین نیز به‌عنوان بخشی جدایی‌ناپذیر از نظم جوامع اجتماعی قابل طرح است. (Sonny Bal & 2923: 2014 Brenner) از همین‌رو ضروری است تا با روزآمد نگه‌داشتن مقررات بتوان به نیازهای جامعه پاسخ گفت. مسئولیت ناشی از تفویض فرصت درمان از بیماران یکی از چالش‌های قابل ذکر در این زمینه است.

به‌عنوان مثال می‌توان وضعیت بیماری را در نظر گرفت که مبتلا به تومور خوش‌خیم سرطانی است، اما به سبب تأخیر یا عدم تشخیص صحیح بیماری‌اش، مداوای وی با تأخیر صورت می‌گیرد، فرصت درمان را از دست می‌دهد، مبتلا به آسیبی جدید می‌شود یا حتی حیات خود را از دست می‌دهد. حال اگر ادعا شود در صورت تشخیص به‌موقع یا صحیح، فرصت پیشگیری از هر یک از ضررهای پیش‌گفته برای بیمار وجود داشت، آیا محاکم باید به‌موجب چنین ادعایی پزشک را مسئول بشناسد؟ در پاسخ باید گفت تفکیک مسئولیت از عدم مسئولیت کادر درمانی در چنین مواردی به سهولت قابل تشخیص نیست. به‌طور کلی دو نگرش یا دیدگاه در این زمینه قابل طرح است. بر پایه نگرش سنتی، باید رأی به عدم مسئولیت داد. چراکه بر پایه تفکرات حاکم بر این دیدگاه، لازم است تا ضرری مسلم و یقینی حادث شده و رابطه سببیت نیز احراز شود، این در حالی است چنین فرضی، در اثبات این دو رکن با اشکال مواجهیم؛ یعنی با توجه به آن‌که اولاً از بین بردن چنین فرصت‌هایی مستقلاً ضرر محسوب نشده و ثانیاً عوامل دیگری نیز در تحقق نتیجه مؤثر است مسئولیتی شکل نمی‌گیرد؛ اما بر مبنای

نگرش نوین، صرف فوت فرصت نیز در برخی از حالات می‌تواند منتج به مسئولیت شود. چراکه سلب امکان بهره‌مندی از چنین موقعیتی برای بیمار فی‌نفسه دارای ارزش است. پس در صورت تحقق چنین ضرری و احراز قابلیت انتساب آن به خطای پزشک باید وی را مسئول شناخت. در تأیید نظریه اخیر می‌توان چنین استدلال کرد که سلب هریک از فرصت‌های پیش‌گفته عرفاً ارزشمند بوده و عرف آن را به‌عنوان ضرر می‌شناسد و از آنجایی که تقصیر پزشک به‌نوعی در تحقق آن نقش داشته ارکان مسئولیت کامل بوده پس می‌توان حکم محکومیت صادر کرد؛ بنابراین اگرچه رویه موجود بر این مبنا استوار است که مسئولیت صاحبان حرف پزشکی با نتیجه و ضرر نهایی سنجیده شود، لیکن همین محرومیت یا سلب فرصت درمان از بیمار را باید ضرر مستقلی دانست که در شکل‌گیری مسئولیت نقش‌آفرین است. اینک باید در جست‌وجوی آن بود که ماهیت، انواع و اسباب شکل‌گیری مسئولیت و شیوه جبران چنین ضرری در این‌گونه موارد کدام است؟

### ۱. ماهیت تفویت فرصت در خطاهای پزشکی

بعضاً فرد در معرض مواجهه با زیانی قرار می‌گیرد و این فرصت را دارد که برای پیشگیری یا لاقط جلوگیری از توسعه و گسترش آن اقدام نماید. به‌عنوان مثال شخصی که به بیماری‌ای مبتلا شده فرصت مداوا و درمان را دارد، حال هرگاه تقصیر یکی از صاحبان حرف پزشکی سبب شود که بیمار چنین شانسی را از دست دهد موضوع از دست‌دادن فرصت مطرح می‌گردد؛ بنابراین نظریه تفویت فرصت درصدد امکان برقراری جبران خسارت ناشی از فرصت‌های ارزشمند افراد و ارج نهادن به این ارزش‌ها است. (امینی و ناطق نوری، ۱۳۹۰: ۲۲) به بیانی دیگر، این نظریه مطرح گردیده تا امکان مطالبه خسارت به دنبال زایل شدن فرصت به دست‌آوردن نفعی یا اجتناب از ضرری برای اشخاص وجود داشته‌باشد. پس در تعریفی کلی امکان دریافت خسارت بابت حذف یا کاهش انتظارات دستیابی به نتیجه مطلوب در یک فرایند درمانی برای بیمار مبین تعریف تفویت فرصت درمان است. به‌طور کلی در خصوص ماهیت تفویت فرصت ناشی از تخلفات صاحبان حرف پزشکی سه رویکرد قابل‌ذکر است:

۱-۱. بر پایه رویکرد نخست از آنجایی مطالبه زیان ناشی از تفویت فرصت، ادعایی است راجع به آینده و احتمالی با موضوع عدم‌النفع مواجهیم. (محمودی، ۱۳۹۲: ۱۳۶) و

(کاظمی، ۱۳۸۰: ۱۹۱) یعنی چون تحقق ضرر در اینجا جنبه احتمالی دارد می‌بایست با توسل به قواعد حاکم بر عدم‌النفع به دنبال شیوه‌ای برای تحلیل موضوع بود.

۱-۲. بر اساس رویکرد دوم با توجه به آن که تقصیر پزشک موجب شده تا منفعت موجودی تلف شود یا از ایجاد آن در آینده ممانعت به عمل آید عنصر ضرر قطعی است، (بهاری اردکانی و همکاران، ۱۳۹۴: ۷۷) لیکن در احراز سببیت با اشکال روبه‌رویییم. پس در این رویکرد به‌منظور حل موضوع و امکان مطالبه خسارت تمرکز بر نتیجه نهایی استوار گردیده و ضرر ناشی از فوت فرصت با خسارت نهایی جمع و با آن سنجیده می‌شود.

۱-۳. بر پایه رویکرد سوم ضرر ناشی از تفویت فرصت را باید به‌عنوان ضرری مستقل در نظر گرفت. (کاظمی، ۱۳۸۰: ۲۰۰) چراکه متعلق فرصت تحصیل منفعت یا اجتناب از ضرر خود نفعی مجزا و مستقل است؛ بنابراین آنچه در اینجا به‌عنوان ضرر قابل طرح است نفس همین فرصت از دست‌رفته بوده که به‌صورت بالفعل وجود دارد.

در تحلیل هر یک از این سه دیدگاه باید گفت در رویکرد نخست موضوع مطالبه خسارت ناشی از تفویت فرصت با موضوع عدم‌النفع خلط شده است. این در حالی است که میان این دو موضوع افتراقاتی در دایره شمول، فعلیت و عدم فعلیت ضرر و نوع خسارت محقق وجود دارد. با این توضیح که در فوت فرصت گاهی متعلق تحصیل فرصت و گاهی اجتناب از ضرر مساوی با نفع است اما عدم‌النفع شامل محروم کردن شخص از کسب منافع محقق است. پس دایره شمول تفویت فرصت گسترده‌تر از عدم‌النفع است. هم‌چنین عدم‌النفع به‌عنوان ضرر آینده مطرح می‌گردد در حالی که تفویت فرصت شامل ضرر گذشته است، پس فوت فرصت ضرری بالفعل است اما عدم‌النفع ضرری محتمل. درنهایت باید گفت عدم‌النفع در زمره خسارات مادی قرار می‌گیرد اما تفویت فرصت ممکن است هم در زمره ضررهای مادی باشد هم معنوی. در رویکرد دوم نیز خسارت تفویت فرصت با ضرر نهایی ادغام‌شده است. (Khoury, 2006: 129) این در حالی است که در فوت فرصت به‌دنبال جبران خسارت ناشی از نفس فرصت از دست‌رفته‌ایم که مستقل از زیان نهایی است؛ بنابراین میان زیان نهایی و سلب فرصت ماهیتاً تفاوت وجود دارد؛ اما بر پایه رویکرد سوم و با توجه به مدنظر قرار گرفتن نفس سلب فرصت به‌عنوان ضرری مستقل و هم‌چنین وجود رابطه سببیت میان تقصیر صاحبان حرف

پزشکی و ضرر شکل گرفته ارکان مسئولیت کامل است.

## ۲. اسباب مسئولیت ناشی از تفویض فرصت درمان

پزشکان می‌کوشند تا با تشخیص صحیح بیماری و انتخاب فرایندی مناسب، متعارف و علمی به درمان بیماران پرداخته و سلامتی را به ایشان بازگردانند، لیکن همیشه نمی‌توان به چنین هدفی نائل شد. چه بسا پزشکان در هر یک از مراحل تشخیص، انتخاب درمان و انجام آن مرتکب اشتباه گردند. لذا به‌مانند فعالیت در دیگر حرف، احتمال بروز خطا، ایجاد آسیب و حادث شدن ضرر در فعالیت‌های پزشکی نیز وجود خواهد داشت، عاملی که امکان برای طرح شکایت را برای مدعی فراهم خواهد آورد. از همین‌رو قوانین، عرف و اخلاق اقتضاء آن را دارند که پزشکان مراحل درمانی را مطابق با موازین علمی و فنی به انجام رسانده و از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی بپرهیزند. البته در صدور حکم مسئولیت این قشر، صرفاً نباید بر نتیجه نهایی تمرکز کرد، بلکه باید تمامی مراحل فرایند درمان را مدنظر قرار داد. پس در صورتی که در هر یک از مراحل درمان خطا یا تقصیری به اثبات رسد می‌توان پزشک را در آن خصوص مسئول شناخت. تفویض فرصت درمان یا محروم ماندن بیمار از امکان بهره‌مندی از درمان مؤثر یکی از تقصیراتی است که می‌تواند موجب شکل‌گیری مسئولیت گردد. روشن است که صرف تحقق همین عامل ضرری است که در صورت قابلیت انتساب به پزشک می‌تواند مسئولیت‌آور باشد. در ادامه به بررسی اسباب مسئولیت در این زمینه می‌پردازیم.

### ۲-۱. وجود وظیفه درمان و نقص در انجام آن

وظیفه مراقبت یا درمان نخستین پل ارتباطی میان صاحبان حرف پزشکی و بیماران است. با پذیرش این مهم، به‌طور ضمنی این‌گونه برداشت می‌شود که ارائه‌دهندگان چنین خدماتی متعهد شده‌اند تا موازین و مهارت‌های علمی و فنی را سرلوحه اقدامات خویش قرار داده، مراقبتی معقول و لازم را ارائه کرده و از تعدی و تفریط بپرهیزد. (stauch, 2008: 27)، (m. sage & kersh, 2006: 12) و (goldberg, 2012: 143) در تبیین مفهوم این واژه، برخی به قانون استناد جسته و معتقدند که با رجوع و کندوکاو در قوانین می‌توان وظیفه را تعریف کرد.

(McBride, 2004:418) و (Varkey, 2010: 46) پس از منظر قائلین به این دیدگاه صرفاً کوتاهی یا خطا در انجام وظایف قانونی نقص به حساب آمده و می‌تواند موجب شکل‌گیری مسئولیت گردد. در مقابل برخی دیگر بر اهمیت توجه به نقش عرف در ارائه چنین تعریفی تأکید داشته و معتقدند که مفهوم وظیفه مشابه مفهوم مراقبتی معقول بوده و بر این مبنا باید سنجیده شود. (howarth, 2006: 451) یعنی از آنجایی که معقول یا متعارف بودن یک اقدام، با توجه به ویژگی‌های هر حرفه متفاوت بوده و شرایط زمانی و مکانی نیز در شناسایی آن دخیل است، مصادیق را باید با رجوع به عرف مشخص ساخت.<sup>۱</sup> از همین رو اشخاصی که ذاتاً به اقدامات با ریسک بالا مبادرت می‌ورزند، می‌بایست اقدامات احتیاطی ضروری را که افراد عادی در زندگی روزمره ملزم به انجام یا رعایت آن نمی‌باشند رعایت نمایند. (stauch, 2008: 29) و (Khoury, 2004: 36) پس به‌طور ضمنی این‌گونه استنباط می‌شود که به‌تناسب افزایش خطر هر عمل، باید بر میزان اقدامات احتیاطی نیز افزوده گردد.

در تحلیل هر یک از این دیدگاه‌ها باید گفت اگرچه بر مبنای دیدگاه نخست و در صورت امکان ارائه تعریفی دقیق و جامع به وسیله مقنن، حدود و ثغور موضوع کاملاً روشن شده و ابهامات نیز برطرف می‌گردد، لیکن با توجه به آن که در عمل امکان پیش‌بینی همه جوانب امر به شکل مشخص امکان‌پذیر نیست، لاجرم باید استناد به رویکرد عرفی را در تبیین چنین مفهومی منطقی‌تر دانست. در نتیجه وظیفه مراقبت یا درمان را می‌توان اقدامات معقول و منطقی صاحبان حرف پزشکی پیرامون تعهداتی که بر عهده‌دارند تعریف کرده و اتخاذ تصمیم اشتباه در به انجام رساندن تعهد نسبت به یک وضعیت خاص را نیز به معنای نقض وظیفه دانست. (howarth, 2006: 466) از همین رو، نقص فرایند درمان نوعی ترک فعل است.

با توجه به آن که ماهیت فعالیت‌های پزشکی و درمانی با خطر و خطا همراه است، استانداردهایی در زمینه مراقبت‌های قابل انتظار از صاحبان حرف پزشکی تبیین شده است؛ یعنی مهارت‌های متعارف و معقولی که از شاغلین این حرف انتظار می‌رود بر مبنای آن اقدام نماید. ارائه چنین معیارها یا انتظاراتی از دو جهت حائز اهمیت است.

۱. مفهوم از عرف در این‌جا عرف خاص است. پس معیار سنجش مواظبت و مراقبت در خصوص پزشکان از معیارهای متعارف و معمول اشخاص عادی مجزا بوده و بر اساس شاخص‌های تخصصی سنجیده می‌شود.

در وهله نخست چنین معیارهایی تعیین کننده محدوده مجاز فعالیت یا باید‌ها و نباید‌های شغلی است. یعنی مجموعه اعمالی که می‌بایست از انجام آن پرهیز شده یا نسبت به انجام آن اقدام گردد. لذا بر پایه این استانداردها این‌گونه استنباط می‌شود که شاغلین حرف پزشکی، می‌بایست ضمن داشتن توانایی فنی، علمی و مهارتی در زمینه درمان، تجربه کافی را نیز در رابطه با تشخیص و درمان بیماری دارا باشند. در وهله دوم این استانداردها شاخص ارزیابی اقدامات صورت گرفته است؛ یعنی به منظور شناسایی مسئولیت از عدم مسئولیت یا تفکیک رفتار صحیح از ناصحیح باید به این معیارها رجوع کرد. پس پیش‌بینی چنین معیارهایی گویا آن است که هر گاه شخصی برای انجام کارهایش نیاز به داشتن تخصص و مهارت ویژه داشته‌باشد، اقداماتش باید بر مبنای استانداردهای تخصصی مربوط به همان حرفه مورد ارزیابی قرار گیرد نه معیارهای عادی. هم چنین شکل‌گیری چنین وظیفه‌ای نه منوط به وجود قرارداد است و نه دریافت هزینه. به بیانی دیگر، تفاوتی نمی‌کند که بیمار به‌طور مستقیم توسط پزشک پذیرش گردیده یا با مراجعه به بیمارستان بستری شده باشد. همچنین مراجعه بیمار به صورت عادی یا اورژانسی در ماهیت امر تفاوتی ایجاد نمی‌نماید.<sup>۱</sup> بنابراین موضوع قابل اهمیت در شکل‌گیری وظیفه درمان ایجاد و برقراری ارتباطی هر چند موقت میان پزشک و بیمار است. در نتیجه اگر یکی از صاحبان حرف پزشکی با داشتن دانش و مهارت خاص، متعهد به مراقبت یا درمان بیمار شود، می‌توان گفت برای وی وظیفه و مسئولیتی نسبت به بیمار شکل می‌گیرد. البته باید در نظر داشت هرگونه تعامل و ارتباط بیمار با پزشک را نمی‌توان تحت عنوان قبول وظیفه درمان تفسیر کرد. به عنوان مثال، زمانی که بیمار در راهرو بیمارستانی به پزشکی مراجعه و خواستار ارائه نظریه مشورتی از ایشان است ارائه مشورت ناقص یا حتی عدم پاسخگویی به بیمار را نباید به معنای نقص وظیفه درمان تفسیر کرد. چرا که ارتباط بیمار و پزشک در چنین مواردی خارج از چهارچوب استانداردهای منطقی و صحیح درمانی است.

۱. اصولاً زمانی که پزشک به استخدام بیمارستان در می‌آید به‌طور ضمنی می‌پذیرد که به بیماران عادی یا اورژانسی خدمات ارائه نماید. حال در خصوص بیماران اورژانسی که حق انتخابی در خصوص گزینش پزشک معالج خود ندارند باید گفت بر مبنای همان قرار و تعهد پزشک با بیمارستان و استناد به ذینفع بودن بیمار به عنوان شخص ثالث در این قرار، در صورتی که تقصیر یا خطا پزشک سبب وارد آمدن آسیب بر بیمار شود، می‌توان پزشک را در این رابطه مسئول دانست. هر چند قرارداد و توافقی دو جانبه میان پزشک و بیمار وجود نداشته‌باشد. (Stauch, 2002: 295)



## ۲-۲. حدود آسیب یا ضرر

به‌صرف وجود نقص در ارائه مراقبت‌های بهداشتی و درمانی مسئولیتی شکل نمی‌گیرد. (مسجدسرایی و قربانیان، ۱۳۹۳: ۱۸۴) یعنی بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی صاحبان حرف پزشکی باید منتج به ضرر یا آسیبی بر بیمار شوند؛ بنابراین دومین رکن تحقق مسئولیت کادر درمانی وارد آوردن آسیب یا ضرر به بیمار است. لذا تا زمانی که چنین عنصری محقق نشود سخن گفتن از مسئولیت نیز بی‌معنا خواهد بود. به بیانی دیگر، تا زمانی که چنین عاملی ظهور نیابد نمی‌توان علیه کادر درمانی اقامه دعوی کرد هرچند که ایشان در اقدامات خود مرتکب غفلت یا مسامحه نیز شده باشند؛ بنابراین نباید این‌گونه استنباط کرد که به‌صرف عدم موفقیت در درمان یا عدم حصول بهبودی برای بیمار، می‌توان پزشک را مقصر دانسته و وی را از این بابت مسئول شناخت.

بنا بر تعریفی کلی، هرگاه نقصی در اموال ایجاد گردد، منفعت مسلمی از بین برود یا به سلامت، حیثیت و عواطف شخص یا اشخاصی لطمه‌ای وارد آید می‌توان گفت ضرر محقق شده است. (قیاسی، ۱۳۹۰: ۵ و ۶) مشروط بر آنکه حدوث چنین ضرری، عرفاً واقعی و جدی باشد. از همین‌رو در مواردی که عرفاً استفاده از موقعیتی ارزش خاصی دارد یا محروم ماندن از به دست آوردن آن ضرر محسوب می‌شود، باید به‌طور مستقل مورد حکم قرار گیرد؛ یعنی در مواقعی که وضعیت به‌گونه‌ای است که فرد فرصت پیش‌گیری از وقوع ضرر یا تحصیل منفعتی در آینده را دارد، یا لاقلاً می‌توانسته از گسترش آن جلوگیری نماید، اما چنین فرصتی از وی سلب شده باید گفت متضرر محسوب می‌شود. (صالحی، ۱۳۹۳: ۲۹۰) پس جدی و واقعی بودن ضرر منافاتی با تحقق آن در آینده ندارد. لذا اگر اهمال یا خطا پزشک موجب سلب فرصت درمان مؤثر از بیمار شده یا سبب وارد آمدن آسیب جدید یا جدی‌تر به بیمار در آینده گردد از این بابت مسئول است. در تأیید چنین رویکردی می‌توان به ماده ۴۹۳ قانون مجازات اسلامی اشاره داشت.<sup>۱</sup> مقنن در این ماده در صورت احراز سببیت میان رفتار زیان‌بار و تحقق ضرر و فارغ از مدت‌زمان حدوث نتیجه به‌صراحت نظر بر مسئولیت مرتکب داشته است. مبنا قرار گرفتن چنین رویکردی در خصوص تقصیر یا خطاهای پزشکی نیز

۱. ماده ۴۹۳- وجود فاصله زمانی، میان رفتار مرتکب و نتیجه ناشی از آن، مانع از تحقق جنایت نیست مانند فوت ناشی از انتقال عامل بیماری‌کننده، که حسب مورد موجب قصاص یا دیه است....

قابل اعمال است. از همین رو در صورتی که بتوان میان تفویت فرصت درمان و خطا یا تقصیر صاحبان حرف پزشکی رابطه سببیت را برقرار دانست نباید نسبت به وجود مسئولیت تردید کرد. پذیرش چنین رویکردی تنها محدود به بحث‌های نظری نبوده بلکه مبنا قرار گرفتن احتمال زیان در آینده برای شناسایی مسئولیت، چه در حقوق و چه در فقه مسبوق به سابقه است. به عنوان نمونه شناخت عقد بیمه به عنوان قراردادی الزام آور و مشروع مبین آن است که علم حقوق برای احتمال ورود ضرر یا دست‌یابی به منفعت، ارزش مالی قائل بوده و آن را به عنوان عوض حق بیمه می‌پذیرد؛ یعنی عملکرد شرکت‌های بیمه مبتنی بر آن است که صرف وجود همین فرصت قابل ارزش است. پس احتمالی بودن تحقق فرصت موجب نمی‌گردد تا موضوع به طور کلی فرضی و موهوم محسوب گشته و مانعی برای جبران خسارت باشد. در عقد مضاربه نیز چنین رویکردی قابل مشاهده است.<sup>۱</sup> چنان‌که گفته شده در این عقد، هرگاه عامل شروع به اقدامی نماید که احتمال کسب سود در آن وجود دارد و مالک پیش از اتمام آن اقدام، عقد را فسخ نماید عامل مستحق اجرت المثل است. (نجفی، ۱۳۹۴ق: ۳۸۹) در عقد جعاله نیز چنین مبنایی را می‌توان یافت.<sup>۲</sup> با این توضیح که در صورت فسخ عقد از جانب جاعل، در صورتی که احتمال دست‌یابی عامل به هدف یا کار مطلوبی که دنبال می‌کرده وجود داشته باشد، میزان ارزش اقدامی که از بین رفته معیار ارزیابی ضرر ناشی از فسخ قرار می‌گیرد. (بهاری اردکانی و همکاران، ۱۳۹۴: ۸۳) مؤثر بودن میزان احتمال در شناسایی مسئولیت، در ماده ۶ قانون مسئولیت مدنی نیز مدنظر مقنن قرار گرفته است.<sup>۳</sup>

۱. ماده ۵۴۶ قانون مدنی: مضاربه عقدی است که بموجب آن اخدمت‌عاملین سرمایه می‌دهد باقید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند صاحب سرمایه مالک و عامل مضارب نامیده می‌شود.
۲. ماده ۵۶۱ ق.م: جعاله عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیر معین. ماده ۵۶۲ ق.م: در جعاله ملتزم راجع‌ال و طرف راجع‌ال و اجرت راجع‌ال می‌گویند ماده ۵۶۶ - هرگاه در جعاله عمل دارای اجزاء متعدد بوده و هر یک از اجزاء مقصود با لاصاله جاعل بوده باشد و جعاله فسخ گردد عامل از اجرت المسمی به نسبت عملی کرده است مستحق خواهد بود اعم از اینکه فسخ از طرف جاعل باشد یا از طرف خود عامل.
۳. ماده ۶ - در صورت مرگ آسیب دیده زیان شامل کلیه هزینه‌ها مخصوصاً هزینه کفن و دفن می‌باشد اگر مرگ فوری نباشد هزینه معالجه و زیان ناشی از سلب قدرت کردن در مدت ناخوشی نیز جز زیان محسوب خواهد شد. در صورتی که در زمان وقوع آسیب زیان دیده قانوناً مکلف بوده و یا ممکن است بعدها مکلف شود شخص ثالثی را نگاهداری می‌نماید و در اثر مرگ او شخص ثالث از آن حق محروم گردد واردکننده زیان باید مبلغی به عنوان مستمری متناسب با مدتی که ادامه حیات آسیب دیده عادتاً ممکن و مکلف به نگاهداری شخص ثالث بوده به آن شخص پرداخت کند در این صورت تشخیص میزان تأمین که باید گرفته شود با دادگاه است. در صورتی که در زمان وقوع آسیب نطفه شخص ثالث بسته شده و یا هنوز طفل به دنیا نیامده باشد شخص مزبور استحقاق مستمری را خواهد داشت.

را که این ماده به نفعه بگیران آسیب‌دیده برای دریافت خسارت از مسئول حادثه اعطا کرده، مبتنی بر محروم ماندن از فرصت رسیدن به نفعی در آینده است. اگرچه تحقق چنین حقی جنبه احتمالی داشته و ممکن است به دلایل مختلفی چون بی‌نیازی مدعی، حادث شدن مرگ طبیعی متوفی یا فقر وی منتفی شود، لیکن مقنن آن را واجد اثر و قابل مطالبه دانسته است. در نتیجه زمانی که استفاده از موقعیتی از نظر عرف برای اشخاص ارزشمند است، تفویض آن ضرری مسلم فرض شده که می‌بایست جبران شود. پس در مواجهه با چنین مواردی با تفویض منافع بالقوه روبه‌رویم نه منافع احتمالی صرف.

### ۲-۳. رابطه سببیت

سومین و به‌نوعی مهم‌ترین رکن دعوای مسئولیت ناشی از تخلفات پزشکی احراز رابطه سببیت است. (کاظمی، ۱۳۹۰: ۱۵۹ و صالحی، ۱۳۹۳: ۲۶۸) توجه به این رابطه از دو جهت واجد اهمیت است. اولاً در صورت عدم احراز سببیت مسئولیتی نیز محقق نخواهد شد (فروغی و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۳۱) و (پوربافرانی و همکاران، ۱۳۹۳: ۲۶۳) پس فقدان سببیت مساوی خواهد بود با نبود مسئولیت. دوماً صرف اثبات سببیت نیز موجب مسئولیت نیست. لذا احراز این رکن به‌تنهایی برای تحقق مسئولیت کافی نیست. (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۴۳۷) و (نجیب حسنی، ۱۳۸۶: ۸۳) بنابراین هرکجا سخن از سببیت به میان می‌آید مراد یافتن پاسخ این پرسش است که آیا رفتار به وقوع پیوسته یا نتیجه حاصله را می‌توان منتسب به مرتکب کرد و او را مسئول شناخت یا خیر؟ (peters, 2008: 10) و (مشیراحمدی، ۱۳۹۵: ۳۱۳) تحقق مسئولیت ناشی از تفویض فرصت درمان نیز از این قاعده مستثنا نیست. از همین‌رو صرف سلب فرصت درمان از بیمار و همچنین جلوه‌گر شدن خطا یا تقصیر صاحبان حرف پزشکی در اقدامات درمانی دعوای مسئولیت را اثبات نمی‌نماید. بلکه باید احراز شود میان دو رکن رفتار زیان‌بار (نقص در وظیفه) و حدوث ضرر (تفویض فرصت درمان) رابطه سببیت وجود داشته است؛ بنابراین احراز رابطه سببیت از آن جهت حائز اهمیت است که گاهی اسباب دیگر یا اسباب متعددی در ورود خسارت و ضرر نقش داشته، لیکن نتیجه صرفاً بر یکی از اسباب منتسب می‌گردد؛ بنابراین اثبات رابطه سببیت، نمایانگر سبب مسئول و نه

سبب و علت منحصر به فرد است. (قاسم زاده، ۱۳۸۸: ۲۳۸) و (W. Wright, 1985) بدیهی است زمانی که رابطه سببیت میان که تمام یا برخی از اسباب به اثبات برسد، امکان شکل گیری مسئولیت نسبت به آن اسباب وجود خواهد داشت.

قائلین به عدم مسئولیت صاحبان حرف پزشکی در زمینه تفویت فرصت درمان بر رکن سببیت تمرکز کرده و اعلام داشته‌اند با توجه به عدم قطعیت احراز چنین رابطه‌ای میان خطا پزشکی و فرصت فوت شده مسئولیتی نیز محقق نمی‌شود؛ بنابراین ایشان بر این عقیده‌اند که در مواقعی که فرصت درمان از بیمار سلب می‌شود، به‌طور قطع نمی‌توان گفت در صورت تشخیص صحیح یا به‌موقع، بیمار حتماً سلامت خود را بازمی‌یافت، یا مبتلا به آسیب جدید نمی‌گشت. (کاظمی، ۱۳۸۰: ۲۰۴) اما آنچه مسلم است آن که تقصیر پزشک موجب از میان رفتن چنین فرصتی شده پس ارکان مسئولیت کامل است. چراکه نفس فرصت فوت شده ضرر مستقلاً است که در قابل جبران بودن خسارت ناشی از آن نباید تردید کرد. به دیگر سخن، در خصوص محروم ساختن بیمار از امکان ادامه یا درمان شدن که به‌طور معمول در خطاهای صاحبان حرف پزشکی مطرح می‌شود، می‌توان چنین استنباط کرد که خطای پزشک به‌خودی‌خود خطری را می‌آفریند که نهایتاً احتمال دارد به ورود ضرر منتهی گردد، پس در صورت تحقق چنین احتمالی معلوم می‌شود که میان خطای پزشک و ورود ضرر رابطه سببیت وجود دارد. (بهراری اردکانی و همکاران، ۱۳۹۴: ۸۴) در نتیجه اولاً ضرر قطعی و مسلم وجود دارد چراکه تفویت فرصت درمان خود زبانی مستقل بوده که بیمار از آن محروم شده است. دوماً خطا پزشک سبب از میان رفتن آن گردیده پس رابطه سببیت نیز قابل احراز است بنابراین تمامی اسباب و شرایط تحقق مسئولیت در اینجا وجود دارد.

### ۳. دسته‌بندی صور فرصت سلب شده از بیمار

خطا یا تقصیر صاحبان حرف پزشکی به طرق مختلف می‌تواند در سلب فرصت درمان از بیماران نقش داشته‌باشد. گاهی بیمار در موقعیتی است که فرصت پیشگیری از ابتلا به بیماری یا امکان جلوگیری از گسترش آن را دارد، گاهی نیز این امکان را دارد تا از ضرری جدی‌تر همچون وارد آمدن آسیب بر عضو یا اعضای دیگرش جلوگیری کرده یا مانع خاتمه زود هنگام حیاتش شود، اما چنین فرصتی از وی سلب می‌گردد. هر یک از موارد

پیش‌گفته ضرری است که در صورت جمع‌شدن با دیگر ارکان، موجب تحقق مسئولیت خواهد شد. باین‌حال صرف ادعای وارد آمدن ضرر به بیمار یا عدم موفقیت در درمان نیز نمی‌تواند به‌منزله تقصیر صاحبان حرف پزشکی باشد. چراکه همان‌گونه که اشاره شد تحقق مسئولیت منوط به وجود شرایطی از جمله ظهور رفتار زیان‌بار، ورود ضرر و همچنین احراز رابطه‌ای میان دو رکن پیشین بوده که در صورت فقدان آن‌ها نباید پزشک را مسئول به‌حساب آورد؛ بنابراین اگرچه از هیچ پزشکی انتظار نمی‌رود که نتیجه‌ای خاص را برای بیمار تضمین کرده و الزاماً به درمان قطعی بیماری نائل آید، اما از ایشان این توقع وجود دارد که در مداوای بیماران مطابق استانداردهای متعارف رفتار کرده و در این زمینه مرتکب بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی نشود. از همین‌رو به‌منظور تفکیک شکایات واهی از شکایات حقیقی لازم است تا موضوع دقیقاً مورد بررسی قرار گیرد. به‌طور کلی ادعا در خصوص تفویض فرصت را می‌توان شامل سه فرض عدم تفویض فرصت، تفویض فرصت نسبی و تفویض فرصت مضاعف دانست.

### ۳-۱. عدم تفویض فرصت (صرف تاخیر در اعاده سلامتی)

در چنین فرضی عملکرد و اقدامات پزشک منطبق با اصول علمی و فنی بوده یا در صورت وجود نقص در ارائه خدمت، عاملی دیگر سبب می‌شود تا عنصر نتیجه از اقدام پزشک منفک شده و به دیگری منتسب گردد. به دیگر سخن، در چنین وضعیتی ادعا مطرح‌شده در خصوص از بین بردن فرصت یا وارد آوردن آسیب به بیمار قابلیت اثبات ندارد. بنابراین در این چنین مواردی مسئولیتی نیز محقق نخواهد شد. اشتباهات تشخیصی یکی از مثال‌های قابل‌ذکر در این زمینه است. تشخیص بخشی از حرفه پزشکی است که باهدف شناخت علل و نوع بیماری به انجام می‌رسد. در این فرایند پزشک با تطبیق عوارض موجود با دانش خویش می‌کوشد تا نسبت به ماهیت بیماری، مقدار پیشرفت آن، درجه خطر، وضعیت بیمار و ... آگاهی یافته و بر همین اساس به تعیین نوع درمان و پیشبرد فرایند درمانی اقدام نمایند. (آموزگار، ۱۳۸۵: ۵۱) بدیهی است که عملکرد پزشک در این بخش بیشتر تابعی از صحت گفته‌های بیمار و هم‌چنین میزان دانش، دقت، تجزیه و تحلیل و تطبیقی است که بکار می‌گیرد، (نجاتی، ۱۳۹۵: ۸۱) لذا هرگونه نقص در تشخیص را نمی‌توان به‌منزله خطا یا مسئولیت پزشک قلمداد کرد؛

یعنی از آنجایی که عوامل متعددی در شناسایی درست نوع بیماری بیمار دخالت داشته و تمامی این موارد در کنترل پزشک نیست، به صرف تشخیص نادرست نباید وی را مسئول تلقی کرد. در نتیجه اعمالی که به دوراز بی احتیاطی و بی مبالاتی به انجام رسیده و مطابق با موازین و مقررات پزشکی باشد، برای عدم مسئولیت پزشک کفایت کرده و الزامی برای وی به جهت رسیدن به نتیجه‌ای خاص یا مطلوب در اقدامات پزشکی وجود ندارد. از همین رو در مواقعی که ادعا می‌شود خطای پزشک در تشخیص، سبب سلب فرصت درمان از بیمار شده در کارشناسی انجام گرفته باید به بررسی این موضوع پرداخت که عامل اساسی در تحقق چنین نتیجه‌ای چه بوده است. در صورتی که مشخص شود نتیجه حاصله از عوامل خارج از اراده و کنترل پزشک ناشی شده، مسئولیتی نیز شکل نخواهد گرفت.

فرض دیگر زمانی است که اشتباه پزشک در به کارگیری روش درمانی مناسب سبب می‌شود تا بیمار در زمان متعارف درمان نشود. به بیانی دیگر، تقصیر صاحبان حرف پزشکی صرفاً در زمان بازگشت سلامتی خلل ایجاد کرده بدون آن که ضرری دیگر بر بیمار وارد آورد. نمونه بارز این حالت را می‌توان تجویز دارو با دوز<sup>۱</sup> پایین تر از حد استاندارد برای بیمار عنوان کرد. به عنوان مثال بیمار با دستور پزشک هر ۱۲ ساعت ملزم به مصرف دارو شده و در عرض یک هفته سلامتی خویش را بازمی‌یابد. حال اگر رجوع به منابع علمی روشن سازد که با مصرف ۸ ساعته دارو امکان اعاده سلامتی در عرض ۵ روز برای بیمار وجود داشته آیا به سبب تأخیر دوازده روزه در بازگشت سلامتی باید پزشک را مسئول شناخت؟ در پاسخ باید گفت اگر چه رجوع به منابع علمی از شروط لازم طبابت است اما شرط کافی نیست؛ زیرا همان گونه که اشاره شد عوامل متعددی در فرایند درمان اثرگذار است که هر یک به نوعی می‌تواند در عدم رسیدن به نتیجه مطلوب نقش داشته باشند. پس در مواجهه با چنین مواردی نمی‌توان به طور مطلق نسبت به مسئولیت پزشک نظر داد. مگر آن که اقدامات صورت گرفته با سوءنیت همراه بوده و موجب شود تا مخارجی اضافی بر بیمار تحمیل گردد یا منفعتی نصیب پزشک شود.<sup>۲</sup> نهایتاً باید گفت پذیرش چنین رویکردی علاوه بر آن که منطقی جلوه می‌نماید،

۱. مقدار دارویی است که می‌تواند بهترین اثر را بدون کمترین عوارض جانبی ایجاد کند. (Dose)

۲. در چنین حالتی موضوع جنبه تخلف صنفی داشته و می‌تواند منتهی به مسئولیت انتظامی پزشک شود.

در راستای مصالح جامعه نیز هست. چراکه مسئول شناختن صاحبان حرف پزشکی تحت هر شرایطی موجب به‌کارگیری احتیاط‌های بیش‌ازحد لازم در اقدامات درمانی و به‌تبع آن عدم رغبت به مداوای بیماران و به‌نوعی سبب شکل‌گیری حالت پزشکی تدافعی خواهد شد.

### ۲-۳. تفویض فرصت نسبی (سلب فرصت پیشگیری از تشدید آسیب اولیه یا گسترش آن)

بعضاً بیماران در همان مراحل اولیه ظهور بیماری یا حتی مواقعی که هیچ‌گونه اثری از علائم بیماری‌زا را تجربه نکرده‌اند به پزشک مراجعه می‌نمایند تا با تشخیص به‌موقع یا زودهنگام، از به‌خطر افتادن سلامتی‌شان پیشگیری نمایند. باین‌حال، خطا یا تقصیر پزشک در این زمینه سبب تهدید سلامتی یا تحقق ضرر علیه آن می‌شود. به بیانی دیگر، در اینجا بیمار فرصت تحصیل منفعتی را از دست می‌دهد که از جهتی شبیه عدم النفع است. با این تفاوت که ادعا در خصوص عدم‌النفع، درخواست جبران خسارتی است که ممکن است که در آینده نصیب شخص می‌شد و جنبه‌ای احتمالی دارد، اما تفویض فرصت درمان شامل ادعایی است که تحقق‌یافته است؛ یعنی قصور یا تقصیر کادر درمان سبب شده تا بیمار عملاً فرصت درمانی مؤثر یا پیشگیری از سرایت بیماری را از دست‌داده یا امکان جلوگیری از ظهور آسیب جدید از وی سلب شود. اگرچه اکثریت فقها در صدق عنوان ضرر بر چنین مواردی ابراز تردید کرده و برخی نیز به‌صراحت آن را ضرر ندانسته‌اند. (فقیه، ۱۴۰۷ ه.ق، ۱۹۰، نراقی، ۱۴۱۷ ه.ق، ۵۰، الهامی و پورعطا، ۱۳۹۶: ۳۶ و فتحی، ۱۳۹۰: ۵۶) اما باید خاطر‌نشان ساخت که حتی در میان این دسته از فقها، در زمینه تشخیص ملاک ضرر از غیر آن، اعتقاد بر آن است که چنین مسئله‌ای بحثی فقهی نبوده بلکه مفهومی عرفی است؛ یعنی مباحث مطرح‌شده در این خصوص، نه از لحاظ حقوقی و نه از جهت فقهی بودن بحث، بلکه بحثی موضوعی و مربوط به لغت و عرف است. (کرمی، ۱۳۹۱: ۱۰۴ و ۱۰۵) بنابراین با رجوع به عرف است که باید مصادیق ضرر را از غیر آن بازشناخت. پس ابتدائاً لازم می‌آید تا با مراجعه به عرف مشخص شود که چیزی ضرر است تا پس از آن بتوان حکم شرع آن را تشخیص داد؛ بنابراین باید گفت که قول به ضرر تلقی نشدن عدم‌النفع و



در نتیجه عدم امکان مطالبه ضمان خسارت ناشی از آن در ازمنه قدیم به این دلیل بوده که عرف آن را ضرر تلقی نمی کرده نه آن که فقیه به طور مطلق نظر بر عدم ضمان چنین ضرری اصدار کرده باشد.<sup>۱</sup> اما در زمان حاضر چون نفس فوت فرصت درمان بدو ضرر محسوب می شود باید قائل بر قابل جبران بودن آن بود. رجوع به اصول و قواعد فقهی از جمله اتلاف، تسبیب، لاضرر و بنای عقلا نیز بر جواز ضمان تفویض منافع در چنین مواردی صحه گذاشته و می توان به آن استناد جست. (فتحی، ۱۳۹۰: ۵۴) (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ ق: ۱۲)

به عنوان دیگر اشکال مطرح شده در این زمینه یعنی زمانی که خطا پزشک به نوعی در تحقق ضرر اثرگذار است یا وقوع آن را تسهیل می کند گفته شده نمی توان به صرف چنین تقصیری زیان حادث شده را به پزشک منتسب کرد، زیرا نمی توان به طور قطع ادعا کرد که اگر چنین تقصیری نبود ضرر نیز تحقق نمی یافت. این در حالی است که مفهوم سببیت چنین اقتضایی دارد؛ (کاظمی، ۱۳۸۰: ۱۸۶) اما آنچه مسلم است در این قبیل موارد، تقصیر پزشک به نوعی در تحقق زیان نهائی دخیل است، اگرچه تنها سبب آن نیست. در نتیجه در چنین فروضی باید فارغ از تمرکز به نتیجه نهایی، ضرر را محدود به همان فرصت از دست رفته دانست. لذا از آنجایی که چنین فرصتی جنبه نسبی دارد. در ارزیابی فرصت سلب شده و تعیین میزان خسارت نیز به جای تمرکز بر میزان عدم موفقیت در درمان باید احتمال کارایی درمان مؤثر را مورد بررسی قرار داد. در نتیجه در مواقعی که بنا بر نظر کارشناسان بررسی کننده اقدامات درمانی به موقع و مؤثر سبب می شده تا بیمار فرصت درمان داشته و چنین امکانی تقلیل یافته باشد به همان میزان باید پزشک مقصر دانست. به عنوان مثال در شرایطی که برای بیمار ۷۰٪ شانس مداوا وجود داشته و این امکان به سبب خطای پزشک به میزان ۱۰٪ کاهش یافته باشد بایستی بر مبنای نفس همین فرصت سلب شده رأی به مسئولیت صادر کرد. لذا در اینجا به جای ارزیابی تأثیر میزان عدم موفقیت عملیات درمانی (یعنی ۳۰٪) باید بر میزان و نسبت فرصتی که عملاً از بیمار سلب شده (یعنی ۶۰٪) تمرکز کرد. بدیهی است شکل گیری مسئولیت در فرض مذکور منوط به تحقق ضرر نهایی

۱. از دیدگاه حقوق دانان نیز در صورتی که تفویض منفعت مسلم باشد قابل جبران است اما در صورتی که جنبه احتمالی داشته باشد غیر قابل جبران دانسته شده است. (محمودی، ۱۳۹۲: ۱۳۱ و بهاری اردکانی و همکاران، ۱۳۹۴: ۶۵)



نیست، بلکه به نسبت فرصتی که عملاً بیمار به جهت تقصیر پزشک از آن محروم می‌شود منتهی به تحقق مسئولیت خواهد شد.

### ۳-۳. تفویض فرصت مضاعف (سلب فرصت ادامه حیات یا تحقق آسیب جدید)

اکثر بیماران پس از ظهور قطعی عامل بیماری به پزشک مراجعه می‌نمایند. در چنین مواردی هدف از حضور نزد پزشک توقف توسعه عامل آسیب و اعاده سلامتی شخص است. با این حال ممکن است در طی فرایند درمان علاوه بر از میان رفتن فرصت امکان درمان مؤثر، آسیبی جدید نیز بر بیمار وارد آید. مثال رایج در این خصوص اشتباه در انجام اقدامات درمانی در عضوی به‌غیر از موضع آسیب‌دیده یا به‌کارگیری روش‌های درمانی نامناسب است. در این فروع پزشک در شناسایی موضعی که باید مورد معالجه قرار گیرد به خطا رفته یا با گزینش غیرعلمی تکنیک و روش درمانی، سبب وارد شدن آسیب جدید به عضو دیگر بیمار شده که حتی ممکن است به سلب حیات بیمار بیانجامد. غالباً بروز چنین اشتباهی یا ناشی از عدم مهارت و دقت کافی در به انجام رساندن روش انتخاب‌شده است، یا ویژگی‌ها و شرایط بیمار انجام چنین تکنیکی را برنمی‌تابد؛ بنابراین ضروری است تا پزشک در وهله اول روش درمانی را برگزیند که در اجرای آن دارای تبحر، تخصص و تجربه کافی است و در وهله دوم نیز لازم می‌آید تا پزشک خصوصیات و شرایط بیمار را نیز در انتخاب نوع درمان مناسب مدنظر قرار دهد و پس از اطمینان از قابلیت انجام چنین تکنیکی برای چنین بیماری فرایند درمانی را آغاز نماید. به دیگر سخن، پزشک در انتخاب روش درمانی باید اصل فایده‌گرایی معطوف به بیمار را مدنظر قرار دهد نه فایده‌گرایی معطوف به عمل را.<sup>۱</sup> (ولف و پدرسون، ۱۳۸۰: ۲۴۶) بنابراین از میان رفتن فرصت در این فرض موجب وارد آمدن دو ضرر یعنی از میان رفتن یا تقلیل اثربخشی فرصت درمان و وارد آمدن آسیب جدید بر بیمار خواهد بود. به بیانی دیگر، بیمار هم فرصت تحصیل منفعت (درمان بیماری و جلوگیری از گسترش آن) هم فرصت اجتناب از ضرر (ابتلا به آسیب جدید) را از دست خواهد داد. که از آن می‌توان به تفویض فرصت مضاعف یاد کرد.

۱. فایده‌گرایی معطوف به بیمار یعنی گزینش روش درمانی که به عقیده پزشک بهترین نتیجه را برای بیمار به دنبال دارد. در حالی که در فایده‌گرایی معطوف به عمل تصمیم‌گیرنده صرفاً فایده یا پیامد عمل خود را مدنظر قرار می‌دهد و تمامی ملاحظات دیگر را به دست فراموشی می‌سپارد. (همان: ۲۲۵)

باتوجه به هریک از مصادیق ذکر شده روشن است که شکل گیری مسئولیت ناشی از سلب فرصت درمان را باید در چهارچوب ارکان مسئولیت مورد تجزیه و تحلیل قرار داد. باین توضیح که در صورت اثبات ارکان سه گانه مسئولیت (رفتار زیان بار، نتیجه و رابطه سببیت) حکم به مسئولیت صادر کرد. اما در صورت عدم احراز هر یک از این ارکان امکان شناسایی مسئولیت وجود نخواهد داشت.

#### ۴. ارزیابی خسارت و شیوه جبران

روشن شد که تفویت فرصت مستقلاً ضرری است که باید جبران شود. اینک باید درصدد تعیین چگونگی ارزیابی آن بود؛ یعنی مشخص کرد زمانی که فعل یا ترک فعل صاحبان حرف پزشکی سبب سلب فرصت درمان مؤثر شده یا بیمار را موقعیت درمان محروم می کند چگونه باید آن را مورد سنجش قرار داد. به عنوان قاعده ای کلی باید گفت در چنین مواقعی تمرکز باید بر میزان احتمال موفقیت درمان قرار می گیرد؛ یعنی کارشناسان باید به بررسی این موضوع بپردازند که در صورت تطابق رفتار با موازین علمی و فنی چه میزان احتمال بهبودی یا پیشگیری از آسیب برای بیمار وجود داشته است. پس در چنین پرونده هایی آنچه به عنوان زیان مدنظر قرار می گیرد صرف همین فرصت تفویت شده است نه نتیجه و ضرر نهایی چون آسیب حادث شده یا خاتمه حیات بیمار؛ بنابراین اگر بررسی صورت گرفته روشن سازد که تقصیر یا اشتباه کادر درمانی درصدی از فرصت درمان مؤثر را از بیمار سلب کرده است تا همین میزان می توان پزشک را مسئول شناخت. البته باید توجه داشت شکل گیری مسئولیت در فرض مذکور در صورتی است که عامل یا عواملی در قطع رابطه سببیت نقش نداشته باشند. همان گونه که در مبحث مربوط به ماهیت تفویت فرصت اشاره شد سه رویکرد مختلف در این زمینه بیان گردیده به همین مناسبت سه شیوه مختلف را نیز جهت تعیین میزان خسارت وارده می توان مدنظر قرار داد.

#### ۴-۱. جبران مطلق

تا پیش از به رسمیت شناخته شدن و رواج نظریه تفویت فرصت، محاکم برخی کشورها از جمله انگلستان سیاست دوگانه ای را در قبال از میان بردن شانس درمان

در پیش گرفته بودند. از منظر این محاکم هرگاه میزان شانس بهبودی برای بیمار بیش از ۵۰٪ برآورد می‌شد و تقصیر پزشک سبب از بین رفتن چنین فرصتی می‌گشت مدعی قادر به مطالبه خسارت بود. اما در صورتی که میزان خسارت وارده کمتر از این میزان تخمین زده می‌شد محاکم به‌طور کامل از صدور حکم به جبران خسارت خودداری می‌کردند. (امینی و ناطق نوری، ۱۳۹۰: ۲۵) چراکه نمی‌توانستند میان تقصیر خوانده و ضرر نهایی رابطه سببیت را احراز نمایند؛ لذا بر پایه این رویکرد پزشکان یا به‌طور کامل مسئول‌اند یا کاملاً از مسئولیت مبری می‌باشند. به‌عنوان مثال در فرضی که در کارشناسی صورت گرفته مشخص شود که در از میان رفتن فرصت درمان ماهیت بیماری به میزان ۵۰٪، کوتاهی بیمار در انجام دستورات دارویی به میزان ۴۰٪ و تقصیر پزشک به میزان ۱۰٪ نقش داشته، علی‌رغم تأثیر ۹۰٪ سایر عوامل یا می‌بایست پزشک را به‌طور کامل مسئول بشناسیم یا کاملاً مبری از مسئولیت، در نتیجه به همان اندازه که رأی به عدم جبران کامل غیرمنصفانه است شیوه کامل جبران خسارت نیز ناعادلانه می‌نماید. روشن است که استدلال مستتر در این نظریه که بر پایه افراط و تفریط بنا شده قابل دفاع نیست.

#### ۴-۲. جبران نسبی

پس از پذیرش نظریه تفویض فرصت، محاکم با مدنظر قرار دادن قانون احتمالات، انعطاف‌پذیر کردن مفهوم سنتی سببیت و بهره‌گیری از نظریه خطر<sup>۱</sup> توانستند میان ضرر نهایی و تقصیر رابطه‌ای هرچند صوری برقرار کرده و حکم به جبران خسارت زیان‌دیده صادر نمایند. پس در این شیوه ارزیابی، علاوه بر لزوم توجه به میزان ضرر نهایی حادث شده، درصد احتمالی که بیمار فرصت اجتناب از آن را داشته (ضرر ناشی از فوت فرصت) نیز مدنظر قرار می‌گیرد. سپس باید نسبت به‌دست‌آمده میان این دو وضعیت را تعیین کرده و به‌عنوان ضرر قابل مطالبه به خوانده پرداخت گردد. به‌عنوان مثال در فرضی که ضرر نهایی معادل ۱۰ میلیون ریال برآورد شود و تقصیر پزشک در تشخیص

۱. بر پایه نظریه خطر و از آنجایی که تقصیر صاحبان حرف پزشکی محیط خطرناکی را برای بیمار ایجاد می‌کند که پس از تحقق ضرر تقصیر به‌عنوان سبب آن تلقی می‌شود، لازم می‌آید تا نسبت به جبران کامل خسارت از جانب مقصر اقدام شود.

یا کوتاهی وی در انجام اقدامات درمانی سبب از بین رفتن ۵۰٪ فرصت پیشگیری از چنین ضرری شده باشد پزشک به همین میزان یعنی نیمی از خسارت وارده که معادل ۵ میلیون ریال می‌شود مسئولیت داشته و بیمار استحقاق دریافت این مبلغ را خواهد داشت. در تحلیل چنین شیوه‌ای باید گفت اگرچه در این روش امکان تعیین میزان خسارت به‌طور مشخص وجود دارد اما در مواقعی کارایی دارد که لزوماً ضرر نهایی محقق شود؛ مانند حالاتی که در اثر خطاهای صاحبان حرف پزشکی بیمار فوت نماید یا دچار آسیب جدید گردد. لیکن در مواقعی که تقصیر پزشک سبب از میان رفتن مطلق فرصت درمان نبوده بلکه صرفاً آن را تقلیل می‌دهد در تعیین میزان خسارت قابل پرداخت با اشکال روبه‌رویم. مثلاً در فرضی که فرصت ۷۰٪ درمان از بیمار به دلیل بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی پزشک به میزان ۲۰٪ کاهش می‌یابد و تنها ۵۰٪ شانس مداوا برای وی باقی می‌ماند نارسایی این شیوه در تعیین میزان ضرر قابل مطالبه آشکار می‌شود. (stauch, 1997: 224-225) (کاظمی، ۱۳۸۰: ۲۱۷)

#### ۳-۴. جبران مستقل

از آنجایی که تفویض فرصت درمان به‌عنوان ضرری مجزا از زیان نهایی و مستقل از آن در نظر گرفته می‌شود، بهترین شیوه به‌منظور ارزیابی و تعیین میزان خسارت محقق شده نیز آن است که نفس همین فرصت فوت‌شده به‌عنوان خسارت مورد توجه قرار گرفته و بر همین اساس مورد ارزیابی قرار گیرد. اگرچه در تعیین میزان خسارت در چنین روشی نیز به‌شدت زیان نهایی و هم‌چنین قانون احتمالات توجه می‌شود، اما این به آن معنا نیست که خسارت تعیین‌شده الزاماً درصدی از خسارت نهایی باشد. بلکه با مدنظر قرار دادن عواملی چون ماهیت بیماری، کوتاهی یا تقصیر صاحبان حرف پزشکی، عوارض ناخواسته دارویی، شرایط و خصوصیات فیزیولوژیک بیمار و ... لازم می‌آید تا ارزیابی جامعی صورت گرفته و نهایتاً میزان خسارت بر این مبنا مشخص شود که حسب مورد ممکن است کمتر، مساوی یا بیشتر از ضرر نهایی باشد. در نتیجه به‌کارگیری این شیوه موجب خواهد شد تا نیاز به سهل‌گیری و چشم‌پوشی از نظریه سنتی سببیت احساس نشده (Khoury, 2008: 132) و (Goldberg, 2012: 147) بلکه تمرکز بر صرف فوت فرصت باشد و با اثبات خطا پزشک که موجب از میان رفتن

فرصت شده بتوان حکم به تحقق مسئولیت صادر کرد. لازم به ذکر است حتی عدم تقویم میزان دقیق زیان حادث شده نیز مانعی در صدور حکم مسئولیت نیست. چرا که مقنن در خصوص زیان‌های معنوی با توجه به عدم وجود ضابطه‌ای برای محاسبه دقیق آن، چنین خساراتی را قابل مطالبه دانسته است.<sup>۱</sup> بدیهی است در چنین رویکردی و در صورتی که ضرر نهایی شامل آسیب بر عضو جدید یا خاتمه حیات بیمار باشد ضرر ناشی از تفویت فرصت درمان معادل همین ضرر نهایی خواهد بود و با آن ادغام می‌گردد؛ اما در مواقعی که صرفاً درصد پیشگیری از بیماری یا انجام درمان مؤثر کاهش می‌یابد تعیین خسارت قابل پرداخت با مدنظر قرار دادن عوامل دخیل در موضوع به صورت مجزا محاسبه خواهد شد.



۱. ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری به صورت مطلق به این موضوع اشاره داشته است. مطابق این ماده شاکی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن‌الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند.

## برآمد

سیاست تقنینی کشورمان در زمینه مسئولیت ناشی از تفویض فرصت درمان ساکت است، به طوری که بر مبنای واقعیت‌های موجود، نتوانسته به هدف اجرای عدالت، نائل آید. با توجه به ارزش‌گذاری چنین فرصتی از منظر حقوق و عرف و تلقی صرف از بین بردن فرصت به‌عنوان ضرر، در صورت انتساب آن به خطای کارکنان درمانی، ارکان مسئولیت کامل بوده لذا می‌بایست حکم بر شناسایی مسئولیت صادر گردد. از همین رو ضروری است تا علاوه بر اصلاح قوانین، رویه موجود در محاکم نیز در مواقعی که قصور صاحبان حرف پزشکی سبب می‌شود تا بیمار فرصت به‌دست‌آوردن سلامتی یا اجتناب از ضرری را از دست دهد حکم به جبران خسارت صادر نمایند. به نظر می‌رسد بهترین شیوه برای تعیین میزان خسارت نیز سنجش و ارزیابی آن به‌صورت مستقل باشد. بدیهی است با توجه به جنبه تخصصی این امر، کارشناسان حاضر در کمیسیون‌های پزشکی قانونی و نظام پزشکی با بررسی کلیه اسباب دخیل در موضوع می‌توانند نسبت به تأثیر دخالت هر یک از عوامل به‌صورت مستدل و مستند اعمال نظر نمایند.

## منابع

## الف) فارسی

۱. آموزگار، م. (۱۳۸۵). *تعقیب کیفری و انتظامی پزشک مقصر* (چاپ اول). تهران: مجد.
۲. الهامی، ر. و پورعطا، ا. (۱۳۹۶). *مشروعیت مطالبه جبران عدم النفع*، فصلنامه علامه، ۴۹(۱۶)، ۳۱-۴۸.
۳. امینی، م و ناطق نوری، س. (۱۳۹۰). *مطالعه تطبیقی «از دست دادن فرصت» نظریه بررسی اجمالی حقوق اروپا و ایالات متحده آمریکا*، پژوهش های حقوق تطبیقی، ۱۵(۳)، ۲۱-۳۷.
۴. بهاری اردکانی، ا، هاشمی باجگانی، س. ج. و سلیمانیان، ا. (۱۳۹۵). *مسئولیت مدنی ناشی از فرصت از دست رفته*. مجلس و راهبرد، ۸۶ (۲۳)، ۶۹-۹۴.
۵. پوربافرانی، ح. دلپاک یگانه، ا. و طباطبائی، م. ص. (۱۳۹۳). *یگانگی یا دوگانگی تسبیب در حقوق مدنی و کیفری*، مجله حقوق خصوصی، ۱۱(۲)، ۲۶۳-۲۹۰.
۶. تقی زاده، ا، عباسی، م؛ و علیپور، س. (۱۳۹۴). *مسئولیت مدنی پزشک در قبال بیماران اورژانسی (با مطالعه تطبیقی حقوق ایران و انگلستان)*. حقوق پزشکی، ۹(۳۳)، ۱۱-۵۴.
۷. حسینی عاملی، م. ج. (۱۴۱۸ ق)، *مفتاح الکرامه* (چاپ اول). بیروت: دارالتراث.
۸. صالحی، ح. ر. (۱۳۹۳). *مسئولیت مدنی ناشی از فرایند درمان* (چاپ اول). تهران: میزان.
۹. فتحی، ع. ا. (۱۳۹۰). *مبانی فقهی خسارات ناشی از عدم نفع، سفیر*، ۱۹(۵)، ۵۱-۷۰.
۱۰. فروغی، ف. میرزایی، م. باقرزادگان، ا. و صوفی زمرد، م. (۱۳۹۴). *نحوه احراز مسئولیت کیفری در بیماری های واگیردار و جرائم قابل انتساب*، فصلنامه حقوق پزشکی، ۳۵(۹)، ۱۲۵-۱۵۶.
۱۱. فقیه، م. ت. (۱۴۰۷ ه. ق)، *قواعد الفقه*، بیروت: دارالاضواء.
۱۲. قاسم زاده، س. م. (۱۳۸۸). *اصول قراردادها و تعهدات*. تهران: دادگستر.
۱۳. قیاسی، ج. (۱۳۹۰). *تسبیب در قوانین کیفری*، تهران: جنگل.
۱۴. کاتوزیان، ن. (۱۳۹۳). *الزام های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی* جلد اول (چاپ سیزدهم). تهران: دانشگاه تهران.

۱۴. کاظمی، م. (۱۳۸۰). *نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۵۳، ۱۸۵-۲۲۸.
۱۵. کرمی، س. (۱۳۹۱). *تحلیل فقهی-حقوقی خسارت ناشی از تفویض فرصت*، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۲۹(۸)، ۹۷-۱۱۴.
۱۶. محمودی، ا. (۱۳۹۲). *بازتعریف عدم النفع و مقایسه آن با مفاهیم مشابه*، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۷(۴)، ۱۲۹-۱۵۲.
۱۷. مسجدسرای، ح؛ و قربانیان، ح. (۱۳۹۳). *نگرشی نو بر علل رافع مسئولیت مدنی پزشکی. مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ۶(۱۰)، ۱۶۹-۱۹۰.
۱۸. مشیراحمدی، ع. ر. (۱۳۹۵). *مجموعه مقالات پنجمین کنگره سالیانه بین‌المللی پزشکی قانونی* (چاپ اول). تهران: رسانه تخصصی.
۱۹. نجاتی، م. (۱۳۹۵). *مسئولیت پزشکی در فقه و حقوق کیفری ایران* (چاپ دوم). تهران: خرسندی.
۲۰. نجفی، ش. م. ح. (۱۳۹۴ ه. ق.). *جواهر الکلام فی شرح شرایع اسلام* (جلد بیست و شش). طهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۱. نراقی، م. ا. (۱۴۱۷ ه. ق.). *عوائد الایام*، قم: الاعلام الاسلامی.
۲۲. نجیب حسنی، م. (۱۳۸۶). *رابطه سببیت در حقوق کیفری* (ترجمه: ع عباس نیای زارع). مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۲۳. ولف، ه. ر؛ و پدرسون، ا. آ. (۱۳۸۰). *درآمدی بر فلسفه طب* (ترجمه: ه مصلحی). تهران: طرح نو.

### (ب) لاتین

1. Berntsen, k. j. (2004). *The patient's guide to preventing medical errors*. Praeger Publishers. London.
2. Goldberg, r. (2012). *Medical Malpractice and Compensation in the UK*. Chicago kent law review, Vol 87, no 1, pp: 130-161.
3. Harpwood, v. (2007). *Medicine, Malpractice and Misapprehensions*. Routledge-Cavendish. London



4. Hogan, Neale. (2003). *unhealed wounds medical malpractice in twentieth century*. Publishing Ile. New yourk.
5. Howarth, d. (2006). *Many Duties of Care-Or a Duty of Care? Notes from the Underground*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 3, pp. 449-472.
6. Houry, L. (2006). *Uncertain Causation in Medical Liability*. Hart Publishing, usa.
7. McBride, n. j. (2004). *Duties of Care-Do they Really Exist*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 24, No. 3, pp. 417-441.
8. M. sage, w & kersh, r. (2006). *Medical Malpractice and the U.S. Health Care System*. cambridge university press, usa.
9. Peters, A. J. & peters, J. B. (2008). *Medical error and patient safety human factors in medicine*. CRC press, london.
10. Rahimi Hafezi n , Jafari j. (2016). *study of causality in the loss of opportunities*, in healthcare treatment. IIOAB Journal. Vol 7, no 4, pp: 237-241.
11. Sonny Bal b & Brenner, H.L. (2014). *Medicolegal Sidebar: The Law and Social Values: Loss of Chance*. Clinical Orthopaedics and Related Research. Vol 472, no 10, pp: :2923–2926.
12. Stauch MA. Kay wheat, BA. And tingle J. (2002). *Sorce Book on medical law*. Cavandish publishing limited.
13. Stauch, m. (2008). *The Law of Medical Negligence in England and Germany A Comparative Analysis*. Hart Publishing, North America.
14. Varkey, p. (2010). *medical quality management theory and practice*. Jones and Bartlett Publishers, LLC, and American College of Medical Quality, canada.
15. W. Wrightt, R. (1985). *Causation in Tort Law*. California Law Review. Vol 73, no 6, pp: 1735-1828.

16. Yeo Meng Heong, s. (1983). *the standard of care in medical negligence cases*. Malaya Law Review, Vol. 25, No. 1, pp. 30-49.

