



University of Tehran Press

## Private Law

Home Page: <https://jolt.ut.ac.ir>

Online ISSN: 2423-6209

# Modern Approaches to Assessment of Loss of Chance Damages due to Medical Malpractice

Alireza Mashhadizadeh<sup>1\*</sup> | Karim Imani<sup>2</sup>

1. Corresponding Author, Department of Law, Faculty of Law, Azad University, Central Tehran Branch, Tehran, Iran. Email: [al.mashhadizadeh@iau.ac.ir](mailto:al.mashhadizadeh@iau.ac.ir)

2. Department of Private and Islamic law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: [k.imani@ut.ac.ir](mailto:k.imani@ut.ac.ir)

### ARTICLE INFO

**Article type:**  
Research Article

**Article History:**  
Received June 11, 2023  
Revised December 10, 2023  
Accepted December 26, 2023  
Published online April 29, 2024

**Keywords:**  
*Civil liability,*  
*Damage,*  
*Loss of chance,*  
*Medical error,*  
*Medical malpractice.*

### ABSTRACT

A complicated issue of the legal systems of the method for compensation of medical errors is specifically related to how to the manner for claiming "loss of chance". Here, the concept of loss of chance is meant a situation where, as a result of the physician's action or omission, the chance to treat the patient is lost or the opportunity to receive the desired treatment is lost. For the purpose of the compensation of damages caused by the loss of chance in various legal systems, three approaches are recognized: "pure loss of chance", "basic probability" and "proportionality". The course of developments has been examined in this study and by pondering on the case law of the leading countries, it becomes known that the procedure for hearing cases arisen out of medical treatments is incorrect noting our laws and judicial practice; among these, *Diyeh* (blood money) as a compensator for all perceived damages from medical malpractice and/or the manner of commenting on the criteria and extent of fault by the medical commissions can be mentioned that go through the criminal process in our courts. In this study, using the analytical-descriptive method, by examining the reasons and arguments, it shows that the "proportional" approach has more strengths compared to other theories, and it seems that the possibility of claiming damages due to the loss of chance in Iran should be accepted, taking into account the generality of Article 1 of the Civil Liability Act and the generality of the Islamic Criminal Code, including the chapter on guarantee.

**Cite this article:** Mashhadizadeh, A. & Imani, K. (2024). Modern Approaches to Assessment of Loss of Chance Damages due to Medical Malpractice. *Private Law*. 20 (2), 291-305. DOI: <http://doi.org/10.22059/jolt.2023.359175.1007208>



© Alireza Mashhadizadeh, Karim Imani **Publisher:** University of Tehran Press.  
DOI: <http://doi.org/10.22059/jolt.2023.359175.1007208>



## رویکردهای نوین ارزیابی خسارات فرصت ازدست‌رفته ناشی از قصور پزشکی

علی‌رضا مشهدی‌زاده<sup>۱\*</sup> | کریم ایمانی<sup>۲</sup>

۱. نویسنده مسئول، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد مرکزی، تهران، ایران. رایانامه: [al.mashhadizadeh@iau.ac.ir](mailto:al.mashhadizadeh@iau.ac.ir)

۲. گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: [k.imani@ut.ac.ir](mailto:k.imani@ut.ac.ir)

### اطلاعات مقاله

### چکیده

#### نوع مقاله:

پژوهشی

#### تاریخ‌های مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۲۱

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۹/۱۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۰۵

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۲/۱۰

#### کلیدواژه:

خسارت،

خطای پزشکی،

فرصت ازدست‌رفته،

قصور پزشکی،

مسئولیت مدنی.

یکی از مسائل پیچیده نظام‌های حقوقی جبران خسارت در خطاهای پزشکی به طور خاص به نحوه مطالبه «فرصت ازدست‌رفته» مربوط می‌شود. مفهوم فرصت ازدست‌رفته در این مقام، اشاره به وضعیتی دارد که در نتیجه فعل یا ترک فعل پزشک شانس معالجه بیمار از دست رفته یا فرصت دریافت معالجه مطلوب از بین می‌رود. جهت جبران خسارت ناشی از فرصت ازدست‌رفته در نظام‌های حقوقی گوناگون سه رویکرد «تفویض محض فرصت»، «احتمال اساسی» و «تناسبی» شناخته شده است. سیر تحولات در این پژوهش، مورد بررسی قرار گرفته و با مذاقه در رویه قضایی کشورهای پیشرو، آشکار می‌شود که شیوه رسیدگی در پرونده‌های ناشی از معالجات پزشکی با توجه به قوانین و رویه قضایی ما نادرست است که از جمله می‌توان به تلقی دیه به عنوان جبران‌کننده همه خسارات متصوره از قصور پزشکی یا نحوه اظهارنظر در خصوص معیار و میزان تقصیر توسط کمیسیون‌های پزشکی اشاره کرد که در نظام قضایی ما از طریق محاکم کیفری رسیدگی می‌شود. در این پژوهش، با روش تحلیلی-توصیفی با بررسی دلایل و استدلال‌ات نشان داده می‌شود که رویکرد «تناسبی» از نکات قوت بیشتری در مقایسه با نظریات دیگر، برخوردار است و امکان مطالبه خسارات ناشی از فرصت ازدست‌رفته در ایران با توجه به عمومیت ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی و عموماً قانون مجازات اسلامی، از جمله باب ضمان، پذیرفتنی‌تر است.

استناد: مشهدی‌زاده، علی‌رضا و ایمانی، کریم (۱۴۰۲). رویکردهای نوین ارزیابی خسارات فرصت ازدست‌رفته ناشی از قصور پزشکی. حقوق خصوصی، ۲۰(۲) ۲۹۱-۳۰۵.

DOI: <http://doi.org/10.22059/jolt.2023.359175.1007208>

ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.

© علی‌رضا مشهدی‌زاده، کریم ایمانی

DOI: <http://doi.org/10.22059/jolt.2023.359175.1007208>



## مقدمه

در سال‌های گذشته، افزایش دعاوی مسئولیت حرفه‌ای، تلاش‌های قدرتمند مؤسسات اعتبارسنجی بیمارستانی برای ایجاد استانداردهایی به منظور مراقبت از بیماران بستری، تصویب قوانین و مقررات، و پژوهش فعالیت‌های بالینی مفهوم مسئولیت‌پذیری پزشکان را در قبال اعمال خود روشن و قابل فهم کرده است.

در این زمینه، فرصت ازدست‌رفته یک نظریه نوآورانه از خسارت است که نخستین بار در آغاز قرن بیستم به رسمیت شناخته شده است و به نحو مؤثری خسارت را به عنوان فرصت ازدست‌رفته‌ای که معیار برابری احتمالات در مورد آن اعمال می‌شود مجدداً تنظیم می‌کند. این مفهوم با قاعده سنتی تسبیب هماهنگ است. اما تأثیر آن به تأخیر افتاده است و فقط در دهه‌های گذشته چالش آن با دیدگاه سنتی روشن شده است. فرصت ازدست‌رفته هنگامی موضوعیت می‌یابد که بی‌احتیاطی مرتکب موجب می‌شود قربانی فرصت اخذ نتیجه‌ای مشخص را از دست بدهد. مثلاً، در یک پرونده ناشی از جرم یا خطای پزشکی، بیماری که دارای سرطان یا انسداد عروق کرونری بوده است ادعا می‌کند که بر اثر تشخیص بی‌موقع یا نادرست احتمالی رهایی از سرطان از دست رفته یا کاهش یافته و در نتیجه خواهان جبران خسارت ضرر خود می‌شود. مفهوم از دست دادن فرصت درصد جبران زیان‌هایی است که در نتیجه فوت شدن فرصت کسب منفعت یا اجتناب از ضرری به افراد وارد می‌شود.

به طور کلی دعاوی مربوط به فرصت ازدست‌رفته را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: نخست، دسته‌ای که در آن‌ها به ضرر نهایی وارد به خواهان توجه می‌شود که در این فرض فرصت ازدست‌رفته سبب منحصر یا اصلی در بروز خسارت است؛ دوم، فعل عامل تفویض فرصت در کنار عوامل دیگر سبب بروز خسارت به خواهان شده است. در بسیاری از نظام‌های حقوقی دنیا، دعاوی فرصت ازدست‌رفته پذیرفته شده و محاکم در خصوص شیوه جبران خسارت و میزان آن تدابیر لازم را پیش‌بینی کرده‌اند. در رویه قضایی و محاکم ما دعاوی ناشی از قصور یا خطای پزشکی روند داسرا و محاکم کیفری را طی می‌کند. البته ابعاد حقوقی آن نیز می‌تواند به طور مستقل محل بررسی باشد؛ چنان که موضوع فرصت ازدست‌رفته در خطای پزشکی شامل هر دو جنبه حقوقی و کیفری است.

## ۱. مفهوم فرصت ازدست‌رفته

منظور از فرصت روش و فرایندی است که تحقق یک امر به این فرایند بستگی دارد و آن یک روش از روش‌های وقوع یک امر و حادثه تقدیری (مقدّر شده و قابل پیش‌بینی) است. به عبارتی، یک واقعه احتمالی به دنبال تحقق شروط نامعلوم و مطابق با اتفاقی بودن حوادث روی می‌دهد. بنابراین منظور از فرصت امکان تحقق و احتمال آن و نیز مشخص بودن مقدار فاصله این احتمال با تحقق و یقین است. از این رو، منظور از فرصت امکان و احتمال تحقق یک امر و حادثه است (André, 1976: 1378). میان فرصت و احتمال ارتباط قوی مشاهده می‌کنیم که هر دو تعبیری از یک پدیده واحد است. در واقع فرصت احتمال تحقق امری فی نفسه محتمل است نه محقق و محال (الدسوقی أبواللیل، ۱۹۸۶: ۸۱ - ۱۳۰). فرصت در واقع بررسی حقی است که غنیمت شمرده می‌شود و در نهایت محروم شدن زیان‌دیده از آن فرصت است (الجبوری، ۲۰۰۸: ۵۵۶).

از این رو، وجود ضرر و از بین رفتن نفع در مفهوم فرصت پنهان است. به عبارت دیگر، فرصت یا بختی وجود داشته که از دست رفته و منتج به ورود ضرر و از بین رفتن منفعتی شده است که البته در تشریح آن باید قید احتمال را افزود. وقتی در خصوص فرصت ازدست‌رفته<sup>۱</sup> سخن می‌گوییم مقصود از دست رفتن یک فرصت حتمی و قطعی است. از این رو، وقوع خسارت و ورود زیان یک امر قطعی است و میزان شانس و فرصت ازدست‌رفته ارزیابی و محاسبه می‌شود. اما این پرسش نیز مطرح است که آیا می‌توان نفس فرصت ازدست‌رفته احتمالی را پذیرفت.

در تعریف فرصت ازدست‌رفته گفته شده: «فرصت ازدست‌رفته مبتنی بر محرومیت یک فرد از غنیمت شمردن فرصتی است که ممکن بود برای او حائز نتیجه باشد. زیرا حاوی یک نتیجه مطلوب و احتمالی بود که می‌توانست آن را محقق سازد؛

۱. فرصت ازدست‌رفته در زبان انگلیسی با عبارت *loss of a chance* یا *lost opportunity* و در زبان فرانسوی با عبارت *La perte d'une chance* و در زبان عربی با عبارت «تفویض الفرصه» به کار رفته است.

در حالی که عامل خسارت، با عمل زیان‌بار و مانع‌تراشی خود، مانع از تحقق آن شده است.» (زهرهت، ۲۰۰۲: ۱۰۶). در واقع، فرصت ازدست‌رفته برابر با چیزی است که در نهایت زیان‌دیده آن را از دست می‌دهد. به عبارت دیگر، اگر کسی نتواند نتیجه مطلوب و احتمالی را در آن فرصت فوت‌شده تأیید کند، این امر او را از مطالبه حقوق احتمالی خود، که ممکن بود در آینده محقق شود، باز می‌دارد. پس در این صورت، محروم کردن زیان‌دیده از حق جبران خسارت، ظلم است. زیرا، کسی نمی‌تواند عدم حصول نتیجه مطلوب و احتمالی زیان‌دیده را در آن فرصت فوت‌شده تأیید کند و این امر فی نفسه یک خسارت حقیقی و حتمی است. بنابراین، زیان‌دیده فرصتی داشته که از دست داده و این فرصت دارای ارزش مالی مشخصی بوده است؛ اگرچه برآورد میزان ارزش آن دشوار است. اما هیچ شکی در نفس وجود این خسارت وجود ندارد و دادرس باید تلاش خود را در برآوردن این ارزش انجام دهد (السرخان و خاطر، ۲۰۰۹: ۴۲۱).

پروفیسور کینگ نیز بیان داشته که فرصت ازدست‌رفته برای حصول به نتیجه مطلوب یا پرهیز از نتیجه نامطلوب باید قابل جبران باشد (Joseph, 1981: 1353-1397). نتیجه‌ای که زیان‌دیده درصدد تحقق آن بوده، که آن یک نتیجه مطلوب و مثبت به شمار می‌رود، یعنی نتیجه‌ای که به واسطه فرصت پیش‌آمده درصدد تحقق آن بوده است. زیرا این امر امتیاز مشخصی را برای زیان‌دیده در صورتی که امور روال عادی خود را طی می‌کرد در پی داشت. اما اقدام بازدارنده فرد دیگر مانع از سیر طبیعی امور شده و در نتیجه به از دست رفتن فرصت منجر شده و امید زیان‌دیده را در حصول نتیجه از بین برده و او را از دستیابی به آن محروم کرده؛ طوری که نظر فوق به این اعتبار است که محرومیت زیان‌دیده نتیجه یک فرصت ازدست‌رفته مرجح و احتمالی بوده و نتیجه حتمی و قطعی نبوده است (عبیه، ۲۰۰۵: ۱۱).

همچنین، در تعریف فرصت ازدست‌رفته بیان شده فردی با اشتباه خود باعث فوت فرصت از دیگری می‌شود؛ فرصتی که به واسطه آن می‌توانست یک نتیجه مطلوب و احتمالی را کسب کند یا خسارتی را از خود دور سازد. مانند کسی که اسبی را می‌کشد، در حالی که قرار بوده آن اسب در مسابقه شرکت داده شود، یا یک وکیل در ارائه تجدیدنظرخواهی از حکم صادره تأخیر کند (آریاب، ۲۰۱۱: ۸۵). برخی حقوقدانان در بیان مفهوم فرصت ازدست‌رفته ضابطه عرفی را ملاک قرار داده‌اند؛ چنان که بیان شده با توجه به مفهوم ضرر و عرفی بودن آن می‌توان گفت عرف امروز فرصت ازدست‌رفته را، اگر جدی باشد، نوعی ضرر تلقی می‌کند و به عنوان یک ضرر آن را قابل جبران می‌داند (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۸: ۹۵؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۹: ۱۱۵). همچنین، گفته شده در فرضی که امکان استفاده از موقعیتی در عرف ارزش خاصی دارد، از بین بردن آن موقعیت ضرری مسلم است که باید جبران شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۸۴؛ کاظمی، ۱۳۸۵: ۲۲۱).

نظر به مباحث پیش‌گفته، مفهوم جبران خسارت فرصت ازدست‌رفته در خصوص خسارات مادی ممکن‌الوقوع است. بنابراین، نباید از منظر جبران خسارت معنوی به آن نگریست؛ اگرچه می‌توان جبران خسارت معنوی را در احتساب میزان خسارت ناشی از فرصت ازدست‌رفته در نظر گرفت. فرصت ازدست‌رفته در معالجات پزشکی به این معناست که در نتیجه بی‌احتیاطی پزشک (فعل یا ترک فعل) بخت یا شانس معالجه بیمار یا فرصت معالجه مطلوب از وی گرفته می‌شود.<sup>۱</sup> بنابراین، بیمار که در رابطه با فرصت ازدست‌رفته امید و آرزویی داشته است، اینک، آن فرصت به جهت خطای پزشکی به امری محال تبدیل شده است. از این رو، باید این امر را پذیرفت که در تفاوت بین این دو امید و آرزو ارزشمند است و قابلیت نفع و سود برای آن متصور است که با امر محال آن امید و آرزو از بین رفته است.

## ۲. فرصت ازدست‌رفته در حقوق ایران

در نهاد قانون‌گذاری ایران نص صریحی با عبارت جبران خسارت فرصت ازدست‌رفته وجود ندارد. اما، با توجه به عمومیت ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی<sup>۲</sup>، به عنوان یک قانون کلی، می‌توان قائل به پذیرش جبران خسارت فرصت ازدست‌رفته بود. در تبیین ماده

۱. ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی اعلام می‌کند: «هرگاه کسی فعلی که انجام آن را بر عهده گرفته یا وظیفه خاصی را که قانون بر عهده او گذاشته است ترک کند و به سبب آن جنایتی واقع شود، چنانچه توانایی انجام آن فعل را داشته باشد، جنایت حاصل به او مستند می‌شود و حسب مورد عمدی، شبه‌عمدی، یا خطای محض است؛ مانند اینکه مادر یا دایه‌ای که شیر دادن را بر عهده گرفته است کودک را شیر ندهد یا پزشک یا پرستار وظیفه قانونی خود را ترک کند».

۲. ماده ۱ ق.م.م. «هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتي یا هر حق دیگر که به

موصوف قانون‌گذار گفته هر کس بدون مجوز قانونی به دیگری لطمه‌ای وارد کند مسئول جبران خسارت وارده است. حال این پرسش مطرح است کدام عمل بدون مجوز قانونی تلقی می‌شود. در پاسخ ماده ۲ قانون موصوف، قانون‌گذار هر گونه عمل واردکننده زیان، که موجب خسارت می‌شود، را عمل بدون مجوز قانونی نام برده است. عمومیت ماده هر گونه خسارتی که به هر شکل وارد می‌شود را شامل می‌شود. بنابراین، قابلیت جبران خسارت فرصت ازدست‌رفته منطبق بر ماده ۱ قانون مارالذکر است و هیچ تردیدی در پذیرش آن نیست. حتی قانون‌گذار در مواد ۳ و ۶ قانون یادشده با بیانی عام و کلی تکلیف و کیفیت جبران خسارت آن را مشخص کرده است. مبانی فقهی از جمله قاعده لاضرر<sup>۱</sup>، که شامل هر گونه ضرر و خسارتی می‌شود، را در بر می‌گیرد. بنابراین، از منظر فقهی هر گونه ضرر و خسارتی باید جبران شود.

فرصت ازدست‌رفته با دو فرض بیان شده است: نخست، وقتی که شخص فرصت یک امتیاز مورد نظر را در نتیجه بخت و فرصت ازدست‌رفته از دست می‌دهد، مانند فردی که به علت تصادف رانندگی فرصت شرکت در یک آزمون یا مسابقه را از دست می‌دهد؛ دوم، فرصت جلوگیری از زیان از دست برود، مثلاً در اثر قصور یا تقصیر پزشک شانس و بخت فرصت معالجه مطلوب یا زنده ماندن بیمار از دست برود (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۸: ۹۵).

در مباحث حقوقی ایران، برخی از حقوقدانان فرصت ازدست‌رفته را قابل جبران دانسته و پذیرش آن را در حقوق ایران بلااشکال شمرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۸۴). در همین رابطه می‌توان افزود که برخلاف تبصره ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی درباره عدم‌النفع در ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ضرر مادی و معنوی منافع ممکن‌الحصول ناشی از جرم قابل مطالبه است.<sup>۲</sup> البته در خصوص تشابه یا تفاوت عدم‌النفع و منافع ممکن‌الحصول در میان حقوقدانان ایرانی اختلاف است. در بند «و» ماده ۱۸ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی، مصوب ۱۳۳۴/۰۳/۲۹، نیز «هر کس داروی فاسد یا دارویی که مدت استعمال آن گذشته و یا دارویی را به جای داروی دیگر به فروش برساند و این عمل موجب بازماندن مصرف‌کننده از استعمال داروی اصلی باشد و در نتیجه معالجه نشدن منتهی به فوت گردد، مجازات فروشنده حبس مجرد از دو سال تا ده سال و در صورتی که منتهی به فوت نگردد، ولی منجر به مرض دائم یا فقدان و یا نقص یکی از حواس و یا اعضای مصرف‌کننده گردد، مجازات فروشنده یک سال تا سه سال حبس تأدیبی خواهد بود». نظر به ماده موصوف، به دلیل اقدام عامل زیان، فرصت بیمار برای دسترسی به داروی اصلی از بین می‌رود و در نتیجه معالجه نشدن منتهی به فوت، نقص عضو، و ... بیمار می‌شود که قانون‌گذار صرفاً ضمانت اجرای کیفری برای آن لحاظ کرده است و در خصوص جبران خسارات وارده سخنی گفته نشده است.

در رویه قضایی ما آنچه در خصوص اعمال پزشکی است با موضوع قصور<sup>۳</sup> پزشکی در محاکم کیفری طرح می‌شود و تحت عنوان فرصت ازدست‌رفته در معالجات پزشکی با بررسی‌های انجام‌پذیرفته رویه مشخصی دیده نمی‌شود و ممکن است به تشخیص و تلقی کمیسیون پزشکی قانونی محول شود.

### ۳. رویکردهای نوین به نحوه جبران خسارت

در خصوص خسارت ناشی از فرصت ازدست‌رفته، در نظام‌های حقوقی گوناگون دنیا سه رویکرد تفویض محض فرصت، رویکرد تناسبی و رویکرد احتمال اساسی پیش‌بینی و شناخته شده است. اما، در مواردی دادگاه بر مبنای بی‌احتیاطی خوانده حکم به جبران خسارت صادر می‌کند و مبنای محاسبه مبتنی بر دکتربین فرصت ازدست‌رفته نیست. اینکه خسارت خواهان باید تا چه

موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگر شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد.

۱. برای مطالعه در خصوص قاعده لاضرر ← زنجانی، ۱۳۸۹: ۱۰۵ - ۱۰۸؛ محمدی، ۱۳۹۴: ۱۴۳ - ۱۶۹.

۲. ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری: «شاک می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن‌الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند. تبصره ۱. زیان معنوی عبارت از صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی یا اجتماعی است. دادگاه می‌تواند علاوه بر صدور حکم به جبران خسارت مالی، به رفع زیان از طرق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن حکم نماید. تبصره ۲. منافع ممکن‌الحصول تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید. همچنین مقررات مرتبط به منافع ممکن‌الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی شامل جرایم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی‌شود».

۳. تبصره ماده ۱۴۵ قانون مجازات اسلامی: «تبصره - تقصیر اعم از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی است. مسامحه، غفلت، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی و مانند آن‌ها، حسب مورد، از مصادیق بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی محسوب می‌شود».

میزانی جبران شود با انتخاب نوع معیار حاکم بر جبران خسارت متفاوت است. البته باید بین دعوی، که آسیب نهایی قبلاً رخ داده است یا هنوز به طور کامل روی نداده است، فرق گذاشت.

### ۱.۳. رویکرد تقویت محض فرصت

از نظر رویکرد تقویت محض فرصت<sup>۱</sup> اگر مثلاً بیمار ۳۰ درصد فرصت زندگی داشته باشد و با بی‌احتیاطی پزشک نیمی از این فرصت را از دست بدهد و سرانجام فوت شود پزشک مسئول مقدار کامل خسارات بیمار خواهد بود. مهم‌ترین انتقاد نسبت به این رویکرد آن است که وضعیت جسمی بیمار را پیش از بی‌احتیاطی در نظر نمی‌گیرد و احتمالاً موجب می‌شود که خواننده مسئول چیزی شناخته شود که احتمالاً آن را سبب نشده است (Saroyan, 2002: 6).

به موجب شیوه جبران کامل خسارت، خسارت خواهان به طور کامل جبران می‌شود؛ صرف‌نظر از این واقعیت که مثلاً خواننده فقط ۲۰ درصد از فرصت تسبیب حادثه را ایجاد کرده باشد.

در ایالت میشیگان ابتدا نظریه فرصت ازدست‌رفته، صرف‌نظر از میزان فرصت ازدست‌رفته، پذیرفته شده است. اما بعداً شرط پذیرش دعوی فرصت ازدست‌رفته جهت جبران خسارت معیار همه یا هیچ پذیرفته شده است.

در سال ۱۹۹۰ در مورد پرونده بیمارستان فالکون وی مموریال دادگاه عالی نظر داد که فرصت ازدست‌رفته پرهیز از آسیب جسمانی یک آسیب جبران‌پذیر است. نوزده سال پیش در این بیمارستان خانمی از عارضه تنفسی و قلبی رنج می‌برد. لحظاتی پس از به دنیا آمدن بچه سالم وی، ناگهان دار فانی را وداع گفت. نتایج کالبدشکافی تأیید کرد که وارد شدن یک مایع روان برای تشخیص بیماری باعث آمبولی شده که در نهایت منجر به مرگ وی شده است. کادر پزشکی بیمارستان و پزشک معالج نیز در امر معالجه وی شکست خوردند. پیش از به دنیا آمدن بچه می‌توانستند با وارد کردن مایع در داخل سیاهرگ آسیبی به سیستم گردش خون بیمار نزنند و زندگی وی نجات پیدا کند. در نتیجه بیمار ۳۷/۵ درصد فرصت زنده بودن خود را از دست داد. دادگاه عالی میشیگان تصدیق کرد که در برابر این پرسش که آیا متهم در مرگ بیمار مرتکب تقصیر شده است، بدون معطلی، می‌توان اقدام خود باعث متلاشی شدن سیستم گردش خون بیمار شده است که یک یا دو چیز ممکن است رخ داده باشد که فالکون می‌توانست زنده بماند یا اینکه او در هر صورتی دار فانی را وداع می‌گفت. هیچ عدم اطمینانی مبنی بر حذف نقش متهم در مرگ او وجود ندارد. سرنوشت فالکون با دست تقدیر رقم خورد و نه با احتمال مراقبت‌کننده‌های درمانی او. بر این اساس، دادگاه اعلام کرد که با کاهش فرصت زندگی بیمار متهمان باعث آسیب وارده به بیمار شده‌اند؛ اگرچه با قطعیت نمی‌توان اظهار کرد که متهمان باعث مرگ وی شده باشند. این آسیب وارده باید موضوع اتهام متهمان قرار بگیرد.

سه سال بعد، قوه مقننه ایالات میشیگان قوانین مربوط به تشخیص‌های پزشکی و دارویی را به منظور انکار مرگ فالکون و عدم دریافت خسارت و غرامت در برابر از دست رفتن فرصت زندگی و زنده ماندن یا در برابر از دست رفتن فرصت با نتیجه‌ای بهتر اصلاح کرد و اعلام کردند که بابت مرگ وی نباید غرامتی پرداخت شود، مگر اینکه فرصت زنده ماندن وی بیش از ۵۰ درصد بوده باشد (Ferrot, 2002: 612-613).

در مورد پرونده موصوف، اگرچه بیمار ۳۷/۵ درصد فرصت زنده ماندن را در نتیجه قصور کادر پزشکی از دست داده بود، دادگاه بر مبنای رویکرد تقویت محض فرصت حکم به پرداخت کامل خسارت صادر کرد. به نظر می‌رسد این انتقاد به این رویکرد وارد است که با توجه به اینکه میزان خسارت پرداختی معادل میزان فرصت تلف‌شده نیست خواهان محکوم به پرداخت خسارتی می‌شود که مسبب آن نبوده است.

### ۲.۳. رویکرد تناسبی

این رویکرد رایج‌ترین رویکرد پذیرفته‌شده و مستلزم آن است که پزشک فقط برای درصد واقعی تقویت فرصتی که خواهان متحمل می‌شود مسئول شناخته شود. بنابراین، اگر خواهان فرصتی ۱۵ درصدی را از دست بدهد، پزشک فقط برای ۱۵ درصد

1. The pure chance approach

تفویت مسئول شناخته خواهد شد. سارویان معتقد است که این رویکرد ناعادلانه است و بازدارنده مفیدی نیست. مثلاً، اگر بیماری ۲ درصد فرصت داشته باشد و پزشک با بی‌احتیاطی خود موجب شود که بیمار یک درصد فرصت را از دست بدهد، پزشک فقط برای یک درصد خسارت مسئول شناخته خواهد شد، حتی اگر ۵۰ درصد بخت یا فرصت بیمار را نابود کرده باشد. از این رو، با پایین رفتن درصد ارزش‌ها به نسبت افزایش می‌یابند؛ همان‌گونه که مثال فوق به‌روشنی نشان می‌دهد (Saroyan, 2002: 6).

رویکرد تناسبی به این معنا است که اگر بیمار ۶۰ درصد فرصت بهبودی داشت، اما پزشک به میزان ۳۰ درصد مرتکب قصور شده و بدین سبب فرصت و شانس برای معالجه و درمان از دست رفته است، پس پزشک به پرداخت ۳۰ درصد از مجموع کل خسارت ۶۰ درصد محکوم خواهد شد.

در سال ۱۹۸۱، پروفیسور ژوزف اچ. کینگ<sup>۱</sup> مقاله‌ای را در خصوص دکترین فرصت ازدست‌رفته منتشر کرد و بیان داشت: «فرصت ازدست‌رفته دست‌یابی به نتیجه‌ای مطلوب یا اجتناب از نتیجه‌ای ناگوار باید قابل جبران باشد و به‌درستی ارزیابی شود، نه اینکه به عنوان یک فرض همه یا هیچ تلقی شود. البته باید شرایط از پیش موجود را در ارزیابی نفع از بین‌رفته در نظر گرفت. اما اگر این شرایط از پیش موجود نتیجه‌ای ناگوار را به طور مطلق از قبل تعیین نکرده باشند، فرصت اجتناب از آن باید به‌درستی جبران شود، حتی اگر این فرصت بهتر از مساوی نباشد.» (King, 1981:1354).

با اتخاذ رویکرد تناسبی پروفیسور کینگ می‌توان میزان خسارت و آسیب نهایی وارده را طبق درصد فرصت ازدست‌رفته مورد ارزیابی قرار داد.

اسکات معتقد است که پیشرفت‌های نوین پزشکی فرصت‌های جدیدی را برای درمان فراهم کرده که به نوبه خود اهمیت یافتن راه‌حلی برای یک فرصت تلف‌شده را افزایش داده است. رویه قضایی بر هر دو راه‌حل «همه یا هیچ» و تناسبی تکیه کرده است. وی می‌گوید در مواردی که تسبیب در نزدیکی مرز ۵۰ درصد قرار می‌گیرد، با اتخاذ رویکردی تناسبی، عدالت در هر دو سو بهتر اعمال می‌شود (Scott, 1992: 521). مثلاً در دعوی بروم علیه پاویت (Bromme v. Pavitt, 1992) جلد ۵ از دوره ۴ گزارش‌های رسمی دادگاه‌های تجدیدنظر کالیفرنیا راجع به دکترین فرصت ازدست‌رفته دادگاه نظر داد که پزشک را نمی‌توان مسئول مرگ خطاکارانه به جهت عدم تشخیص به‌موقع و درمان سرطان بیمار خود دانست؛ مگر اینکه خواهان بتواند نشان دهد که حداقل ۵۰ درصد شانس آن وجود داشته است که بیمار در صورت تشخیص به‌موقعی که در چارچوب استاندارد مراقبت قرار دارد سرطان را پشت سر گذارد.

در دعوی بروم، شوهر یک بیمار دعوی مرگ خطاکارانه‌ای را علیه پزشکی اقامه کرد که نتوانست سرطان روده بزرگ بیمار را تشخیص دهد. دادگاه بدوی در مورد ادعای اقدامات غیر محتاطانه‌ای که پس از گسترش سرطان بیمار به غدد لنفاوی پیرامونی صورت گرفته بود حکم به رد دعوی داد. چون فرصت زنده ماندن بیمار در آن زمان کمتر از ۵۰ درصد بود. دادگاه تجدیدنظر نظر داد که ادله رأی دادگاه بدوی را، که فرصت نجات جان بیمار از سرطان روده بزرگ پس از گسترش سرطان به غدد لنفاوی کمتر از ۵۰ درصد بوده است، تقویت می‌کند و در نتیجه تصمیم آن به رد دعوی نسبت به جزیی از آن مناسب بوده است (Bromme v. Pavitt, 1992: 1492-1493). دادگاه بروم اشاره کرد: «برای نشان دادن این امر که مرگ بروم از بی‌احتیاطی پزشکی خوانده ناشی شده است خواهان باید یک احتمال معقول پزشکی را ثابت می‌کرد که بی‌احتیاطی به‌خودی‌خود برای سبب مرگ کافی بوده است؛ یعنی اینکه نتیجه بی‌احتیاطی بیشتر احتمال وقوع مرگ بوده است تا عدم آن». شهود کارشناس تأیید کردند که شانس زنده ماندن بروم، پس از ژوئن ۱۹۸۱، کمتر از ۵۰ درصد بوده است. بنابراین، بی‌احتیاطی ادعا شده خوانده پس از ژوئن ۱۹۸۱ عامل اساسی مرگ بروم نبوده است. از این رو، دادگاه در مورد اقداماتی که پس از ژوئن ۱۹۸۱ رخ داد حکم به رد دعوی داد. اما به جهت بی‌احتیاطی رخ داده، پیش از این تاریخ، بر اساس نظر هیئت منصفه علیه پزشک رأی داد (Bromme v. Pavitt, 1992: 1498-1499). بنابراین، دادگاه تجدیدنظر کالیفرنیا با اتخاذ شرایط خاصی صرفاً بخشی از دعوی بروم را، که ناشی از بی‌احتیاطی پزشک معالج بوده، پذیرفته و با اتخاذ رویکرد تناسبی به میزان خسارات وارده اتخاذ تصمیم کرده است.

1. Joseph H. King

سارویان، حقوقدان امریکایی، رویکرد تناسبی را بر این مبنا مورد انتقاد قرار می‌دهد که اگر ارزش فرصت ۲ درصد باشد و با بی‌احتیاطی پزشک فرصت ۱ درصد کاهش داده شود، خسارت بیمار برای ارزش فقط ۱ درصد جبران خواهد شد. وی استدلال می‌کند که فرصت در واقع ۵۰ درصد کاهش یافته است و با کاهش درصدها ارزش آن‌ها بسیار بیشتر می‌شود. وی رویکرد جدیدی<sup>۱</sup> را پیشنهاد می‌کند که طبق آن تعدادی عوامل مختلف در نظر گرفته می‌شوند:

۱. تنش بین تمایل به تشویق جدیت در کار پزشکی و ضرورت اصل انصاف جهت مسئول شناختن یک شخص فقط برای آسیب یا خسارتی که وی موجب می‌شود؛

۲. غیر منصفانه بودن ذاتی رویکرد تناسبی در محاسبه خسارات، به‌ویژه هنگامی که درصدهای پایین‌تر شانس و فرصت حیات وجود داشته باشد؛

۳. تمایل به ایجاد شیوه‌ای که به منظور تشویق دادگاه‌ها به اتخاذ آن ساده و به‌راحتی قابل محاسبه باشد (Saroyan, 2002: 33-34). بنابراین، اینکه یک فرصت به چه میزان ارزشمند است و شانس یا بخت بیمار برای معالجه یا نجات از مرگ وجود دارد، معیار قطعی وجود ندارد. اگرچه، به نظر می‌رسد، رویکرد تناسبی، رویکردی منصفانه‌تر در ارزیابی جبران خسارت است.

### ۳.۳. رویکرد احتمال اساسی

این رویکرد از هر جهت به رویکرد تناسبی شبیه است، جز اینکه در این مورد خواهان باید نشان دهد که یک احتمال اساسی وجود دارد که بی‌احتیاطی خوانده موجب آسیب وی شده باشد. خسارات به همان شیوه مورد عمل در رویکرد تناسبی محاسبه می‌شوند و سارویان همان انتقاد از آن رویکرد را بیان می‌کند.

شیوه احتمالی امریکایی در ارتباط با رابطه علت و معلولی شیوه‌ای انکارناپذیر برای پذیرش این نظریه در برخی از ایالات امریکا به شمار می‌رود. با این حال برخی از ایالات نقص اصلی در نظریه را نادیده گرفتند و تصدیق کردند که به رسمیت شناختن فرصت ازدست‌رفته در قالب خسارت یا صدمه وارده با توجه به سیستم قضایی موجود به دو نتیجه و هدف نهایی بازدارندگی و جبران خسارت می‌رسد (Ferrot, 2002: 625).

دعوی هیکس علیه ایالات متحده اولین دعوی خطای حرفه‌ای پزشکی بود که ایده معیار امکان اساسی را مطرح کرد. هیکس متضمن عدم تشخیص یک خفگی روده بود که اگر تأخیر نبود، از طریق جراحی، قابل درمان بود و به این ترتیب جان بیمار را نجات می‌داد. در تجدیدنظر، حوزه چهارم با اعمال قانون ویرجینیا تشخیص داد که مراقبت کمتر از حد استاندارد پزشک هر فرصت بهبودی را که متوفی در غیر این صورت داشت منتفی کرد و بنابراین سبب نزدیک مرگ شد.

در یک بند کلیدی، دادگاه چنین نتیجه گرفت: «هنگامی که فعل یا ترک فعل غیر محتاطانه یک خواننده به نحو مؤثر فرصت بقای یک شخص را از بین برده است خواننده نمی‌تواند حدسیاتی را درباره اندازه فرصت‌هایی که وی تصور آن‌ها را غیرممکن ساخته است مطرح کند. اگر هر گونه امکان بقایی وجود داشته و خواننده آن را نابود کرده است وی مسئول است. اثبات قطعی اینکه در شرایطی که مرتکب خطا اجازه وقوع آن را نمی‌داد چه پیش می‌آمد به‌ندرت ممکن است. در شرایط موجود، قانون خواهان را ملزم نمی‌کند قطعیتی را نشان دهد که در صورتی که بیمار فوراً بستری و عمل می‌شد زنده می‌ماند. (استناد همراه با تأیید به دعوی هاروی علیه سیلبر، جلد ۲ از دوره دوم گزارش‌های دادگاه‌های...، ص ۴۸۳ (میشیگان ۱۹۴۲))» (Hicks v. United States, 1942).

صرف‌نظر از این واقعیت که نقل‌قول فوق اظهاراتی جانبی است، مبنایی برای ساده کردن معیار دلیل برای چندین دادگاه ایالتی و فدرال شد. چون آن‌ها بررسی کردند که چقدر فرصت از دست رفته است (Fox, 1990: 99).

همچنین، چندین دادگاه با پذیرفتن دعوی هیکس صریحاً این نظر کوپر<sup>۲</sup> را رد کرده‌اند؛ با اشاره به اینکه چنین قاعده‌ای، یعنی اینکه فرصتی که از دست رفته است باید بیش از ۵۰ درصد بوده باشد، نمی‌تواند مانع از بی‌احتیاطی شود و بیماران را در معرض مراقبت کمتر از کافی قرار می‌دهد، مگر اینکه آن‌ها بیش از ۵۰ درصد فرصت بقا داشته باشند (Fox, 1990: 100).

۱. (۰/۵) X [(نسبت تفویض) X (ارزش باقی‌مانده زندگی شخص آسیب‌دیده)].

2. Cooper



نکته‌ای که دادگاه‌ها به تبعیت از هیکس تأکید می‌کنند این است که در موارد سرطان یا حمله قلبی فرصت برای بقا دارای ارزش است. یک کارشناس می‌تواند فرصت بقا و اندازه ارزش تلف آن را اثبات کند. همچنین اثبات این امر که با تشخیص و درمان زودتر احتمال بهتر خواهد شد آسان است. اما آن روی سکه دشواری تعیین نقطه‌ای است که ما در آن متوقف می‌شویم. زمانی که نظر داده می‌شود که یک خواهان می‌تواند برای ۴۹ درصد از فرصتی که فوت شده است خسارت بگیرد، برداشتن گام بعدی و نظر دادن به اینکه می‌توان خسارت فوت هر گونه فرصتی را گرفت بسیار آسان می‌شود؛ «اینکه این فرصت چقدر ناچیز ممکن است بوده باشد اهمیتی ندارد»، همان‌گونه که در دعوی جیمز علیه ایالات متحده (James v. United States, 1961) نظر داده شد. طبق چنین قواعدی، می‌توان یک پزشک را مسئول هر گونه تأخیری، هر چند جزئی، دانست.

به نظر می‌رسد دادگاه‌ها در حوزه‌های صلاحیتی مختلف ضابطه کاملاً روشنی برای تعیین درصدی که «اساسی» تلقی می‌شود در برابر درصد «حدسی» اتخاذ نکرده‌اند. در دعوی پرز علیه مرکز پزشکی لاس وگاس، دادگاه در این خصوص چنین نظر داد: «خواهان باید ادله‌ای را تقدیم کند تا یک احتمال معقول پزشکی نشان دهد که برخی افعال یا ترک افعال غیر محتاطانه توسط عرضه‌کنندگان مراقبت بهداشتی فرصت اساسی بقا را، اگر مراقبت پزشکی مناسب ارائه می‌شد، کاهش داده است. هم‌گام با دیگر دادگاه‌هایی که این دیدگاه را اتخاذ کرده‌اند نیازی نیست دقیقاً بگوییم که به منظور اساسی بودن فرصت‌های بقا چقدر باید بالا باشد (Perez v. Las Vegas Medical, 1991).

در دعوی معروف کالبرگ، شعبه اول یک رأی هیئت منصفه را برای قتل خطایی به مبلغ ۵۵,۰۰۰ دلار آمریکا به نفع خواهان تأیید کرد. در دعوی موصوف، خواهان ادعا کرد که خوانده به متوفی که مبتلا به خونریزی ناشی از اتساع شرایین مغزی بوده دارو ن داده است. در دعوی مطروحه، دادگاه تشخیص داد که گواهی شهود این نتیجه را تأیید می‌کند که ندادن دارو «عاملی ایجادکننده، کمک‌کننده»<sup>۱</sup> به مرگ بوده است. دادگاه اشاره کرد که مسئله سبب نزدیک یک مسئله مربوط به هیئت منصفه است و هیئت منصفه می‌توانست تشخیص دهد که اگر دارو داده شده بود فشار خون متوفی می‌توانست تحت کنترل قرار گیرد و ممکن بود برای تحمل یک جراحی و بهبودی کامل به اندازه کافی بهبود یابد (Kallenber v. Beth Israel Hosp, 1974).

در مورد فرصت ازدست‌رفته، گواهی کارشناس خواهان این بود که متوفی دارای یک فرصت بقای ۲۰ تا ۴۰ درصد با دارو و جراحی و دارای یک فرصت ۲ درصدی بقا فقط با دارو بوده است. این گواهی است که اکثراً همراه با «می‌توانست» و «ممکن بود» که در بالا ذکر شد نقل می‌شود و موجب شده است که این پرونده تحت مقوله دکتترین تفویت فرصت دسته‌بندی شود. اما، دادگاه کالبرگ هرگز از این اصطلاح استفاده نکرد و هرگز مناسبت دکتترین را مورد تجزیه و تحلیل قرار نداد.

سوابق دعوی کالبرگ فاش می‌کند که دادگاه سبب نزدیک را با راهنمایی هیئت منصفه به تصمیم‌گیری در این مورد که آیا یک احتمال اساسی وجود داشته است که خانم کالبرگ در صورت دریافت درمان مناسب زنده بماند یا خیر توصیه کرده است. همچنین، سوابق نشان می‌دهد که هیئت منصفه چنین راهنمایی شده است اگر خانم کالبرگ، صرف‌نظر از بی‌مبالاتی جان می‌داد، باید به نفع خواندگان تصمیم بگیرد و اینکه اگر تشخیص داده شود که یک احتمال اساسی وجود داشته است که اگر بی‌مبالاتی نبود، خانم کالبرگ زنده می‌ماند، باید به نفع خواهان تصمیم بگیرد. به علاوه، سوابق نشان می‌دهد که دادگاه بار نوعی معیار اثبات دلیل (یعنی محتمل‌تر از نه) و زبان علت نزدیک (یعنی بی‌مبالاتی باید عاملی اساسی در موجب شدن مرگ باشد) را توصیه کرده است.

بی‌مبالاتی تشخیص داده‌شده از سوی هیئت منصفه در دعوی کالبرگ در ندادن دارو بود. تشخیص داده شد که این امر سبب نزدیک مرگ بوده است. بنابراین، آسیب وارده مرگ بوده است نه فرصت ازدست‌رفته بقا یا نتیجه‌ای بهتر. به نظر می‌رسد که حکم به پرداخت ارزش کامل آسیب نهایی (یعنی مرگ) به خواهان شده است؛ اگرچه احتمال جان دادن متوفی، صرف‌نظر از بی‌مبالاتی، ۶۰ تا ۸۰ درصد بوده است (Curran, 2015: 34-35).

در دعوی مورتنسن، دادگاه مفاهیم عامل اساسی در موجب شدن یک صدمه و احتمال اساسی اجتناب از صدمه را غیر قابل تفکیک از یکدیگر دانسته است (Mortensen v. Mem'l Hosp, 1984).

اگر هنگام ارائه راهنمایی «احتمال اساسی» راهنمایی «عامل اساسی» باید داده شود باید بین دو مفهوم تفاوتی وجود داشته باشد. آیا این تفاوت در «اساسی» واژه مشترک بین این دو است یا در واژه‌های «عامل» و «احتمال»؟ ظاهراً منطق حکم می‌کند که تفاوت بین «عامل اساسی» و «احتمال اساسی» باید در تفاوت بین «عامل» و «احتمال» باشد. قانون ظاهراً روشن است که نمی‌توان سبب نزدیک را با درصد یا احتمالات اندازه‌گیری کرد. البته، بار اثبات دلیل با احتمالات (یعنی احتمال بیشتر از نه) سنجیده می‌شود (Curran, 2015: 36).

در دعوی استیوارت علیه شرکت بیمارستان شهر نیویورک (Stewart v. New York City Health & Hosps. Corp, 1994) دادگاه بین عامل اساسی و احتمال اساسی تفکیک قائل شده و بر مبنای آن میزان خسارت وارده محاسبه شده است. در دعوی موصوف، هیئت منصفه به پرداخت مبلغ ۵۰۰,۰۰۰ دلار امریکا به خواهان به دلیل از دست دادن قابلیت بارداری طبیعی در پی یک بارداری اکتوییک<sup>۱</sup> که موجب تخریب لوله فالوپ راست شد رأی داد. دادگاه بدوی درخواست بعدی خوانده را تا حدی پذیرفته تشخیص داد که یک احتمال ۱۰ درصد احتمالی «اساسی» برای بچه‌دار شدن طبیعی نیست و خسارت فقدان لوله فالوپ را به ۱۰۰,۰۰۰ دلار کاهش داد. شعبه نخست رأی را نقض و اعلام کرد هیئت منصفه به حق نتیجه گرفته که فقدان «۵ تا ۱۰ درصدی» احتمال بچه‌دار شدن طبیعی «اساسی» است. دادگاه پرداخت خسارت را به ۳۰۰,۰۰۰ دلار افزایش داد (Curran, 2015: 36).

فرض یادشده نشان نمی‌دهد که آیا خواهان دچار آسیب نهایی ناشی از عدم بارداری طبیعی شده است یا خیر؟ یا فرض یادشده ناشی از صدمه وارده به بیمار بوده است. از این رو این انتقاد وارد است که خسارات وارده ممکن است بر مبنای آنچه هنوز به طور کامل رخ نداده است محاسبه شود و مبنای ارزیابی آن ناشی از خسارت نهایی نباشد.

شعبه نخست این شرط عادی را اعمال کرد که خواهان نشان بدهد بی‌مبالاتی عاملی اساسی در موجب شدن صدمه بوده است. دادگاه به این نپرداخت که آیا احتمال ۵ تا ۱۰ درصد در مورد «عامل اساسی» اعمال شود یا در مورد «صدمه». اما اگر نتوان علت نزدیک را با درصد تخفیف داد، به نظر می‌رسد ۵ تا ۱۰ درصد در مورد «صدمه» اعمال شود.

بر فرض صحت این مسئله، شعبه نخست بر چه مبنایی پرداخت خسارت را به ۳۰۰,۰۰۰ دلار (در نیمه راه بین دادگاه بدوی و آرای هیئت منصفه) افزایش داد؟ آیا این به آن معنی است که پیش از اینکه یک هیئت منصفه بتواند حکم به پرداخت هر گونه خسارت بدهد صدمه باید «اساسی» باشد؟ ما طبق کدام اصول حقوق مسئولیت مدنی جبران خسارت را فقط به صدمه «اساسی»، صرف نظر از هر معنایی که می‌تواند طبق قانون داشته باشد، محدود می‌کنیم؟ حداقل، به نظر می‌رسد که استفاده از «اساسی» برای هر دوی تسبیب و صدمه گمراه‌کننده است (Curran, 2015: 37).

خواهان باید فرصت و بخت اساسی را در مقابل فرصتی حدسی اثبات کند. البته این فرض نیز، مطرح است که آیا برای یک دعوی حدسی، می‌توان ارزش و اعتباری قائل شد. در معیار احتمال اساسی بر اثر فعل خوانده در وقوع نتیجه زیان‌بار تسریع شده است. بنابراین، هدف معیار موصوف، آن است که خسارت خواهان فقط باید تا میزانی جبران شود که وضعیت خواهان با بی‌احتیاطی خوانده بدتر شده است.

به نظر تفکیک بین عامل اساسی و احتمال اساسی در جهت میزان جبران خسارت ایده‌ای بسیار مناسب و منطبق بر عدالت است. در نظام قضایی ما با وجود محوریت رسیدگی کیفری به پرونده‌های ناشی از خطای پزشکی رویکردهایی قضایی برای موضوع فرصت از دست‌رفته در خطای پزشکی وجود ندارد و در عمل کمیسیون پزشکی قانونی یا کمیسیون نظام پزشکی موضوع را از زاویه خطای پزشکی و در قالب دیه بررسی و اعلام نظر می‌کند.

در رویه قضایی ما، کلیه پرونده‌های با موضوع خطای پزشکی روند دادرسی را طی می‌کند. معیار و میزان تعیین دیه و خسارات وارده به هیئت‌های پزشکی قانونی یا نظام پزشکی واگذار شده است. درحالی‌که هیئت‌های نام‌برده به عنوان پزشک صرفاً از معلومات پزشکی بهره‌مند هستند، چگونه می‌توانند در مورد فعل زیان‌بار، تعهدات و تکالیف قانونی پزشک، رابطه سبب و مباشر، تعدد اسباب، رابطه سببیت، تعهد به ارائه هشدار، و ... که نیازمند تخصص در زمینه دانش حقوق است اظهار نظر کنند. بنابراین، ارجاع موضوع دعوا به کمیسیون‌های پزشکی و افزون بر آن تبعیت محض دادرسی رسیدگی‌کننده از نظریه آن کمیسیون اقدامی موافق قانون و عدالت نیست.

#### ۴. نگرش فرصت ازدست‌رفته در ایالات متحده آمریکا

در حال حاضر، سه روش مختلف برای اعمال فرصت ازدست‌رفته توسط ایالت‌ها در ایالات متحده آمریکا وجود دارد. این روش‌ها رویکرد تفویض محض فرصت، رویکرد تناسبی، و رویکرد احتمال اساسی هستند. در ایالات متحده آمریکا اکثراً نظریه فرصت ازدست‌رفته در حوزه پزشکی اجرا می‌شود (Ferot, 2002: 692).

ایالت‌های آریزونا، کلرادو، دلاور، جورجیا، هاوایی، ایلینوی، ایندیانا، آیووا، لوئیزیانا، ماساچوست، میسوری، مونتانا، نوادا، نیوجرسی، نیومکزیکو، نیویورک، اوهایو، ویرجینیا، ویرجینیای غربی، ویسکانسین، و وایومینگ نظریه فرصت ازدست‌رفته را پذیرفته‌اند. در برخی از ایالت‌ها از جمله کانزاس، اوکلاهاما، پنسیلوانیا، و واشنگتن نظریه فرصت ازدست‌رفته مورد پذیرش واقع شده است، اما با اندکی ملایمت، به این منظور که این نظریه تعدیلی از الزامات رابطه علت و معلولی سنتی به شمار می‌رود (Ferot, 2002: 610).

در ایالات متحده آمریکا در مورد پرونده اندرسون آخرین تشخیص مربوط به سرطان پروستات را آشکار کرد و مشخص شد که امکان بازگشت این سرطان در بدن بیمار وجود دارد و بیماری دوباره برگشته است. این خطر می‌توانست با تشخیص به‌موقع از سوی پزشک از بیمار دور شود. دادگاه عالی دلاور اعلام کرد که از دست رفتن فرصت و افزایش خطر آسیب وارده هر دو بر یک پایه تئوری مشابه تکیه دارند. توجه توأمان به هر دوی آن‌ها الزامی است و تشخیص داده شد که این خسارت واردآمده قابل جبران است (Ferot, 2002: 611).

ایالت‌های داکوتای شمالی و یوتا هنوز هم از تئوری فرصت ازدست‌رفته بهره می‌گیرند. بسیاری از دادگاه‌ها چه دادگاه‌هایی که نظریه فرصت ازدست‌رفته را به رسمیت شناخته‌اند و چه دادگاه‌هایی که این نظریه را رد کرده‌اند تشخیص دادند که اگر فرصت‌هایی که خواهان از دست داده است خیلی زیاد بوده باشد، پس دلیلی برای این اقدام وجود دارد.

همان‌طور که دادگاه عالی ماساچوست در مورد ماتسویاما اذعان کرد هر گاه مدارک و ادله حقیقی ثابت کردند که احتمال زنده ماندن بیمار ۴۹ درصد است پس این اتهام چیزی بیش از زائده ذهنی فرد شاکی نیست. حالت دیگری هم برای زمانی که مدارک و ادله حقیقی ثابت کنند که احتمال زنده ماندن بیمار ۵۱ درصد بوده است وجود دارد (Matsuyama v. Birnbaum, 2008).

اکثر ایالت‌های آمریکا معیار سنتی «همه یا هیچ» را انتخاب کرده‌اند. بدین معنا که اگر پزشکی مرتکب بی‌احتیاطی شده و ۵۱ درصد ریسک آسیب خواهان را ایجاد کرده است، به میزان ۱۰۰ درصد خسارات خواهان را پرداخت خواهد کرد. درحالی‌که اگر ۴۹ درصد ریسک را ایجاد می‌کند، معاف از پرداخت هر گونه خسارت خواهد بود. از جمله این ایالت‌ها آلاباما، آلاسکا، آرکانزاس، کالیفرنیا، کانکتیکات، فلوریدا، آیداهو، کنتاکی، مریلند، میشیگان، مینه‌سوتا، می‌سی‌سی‌پی، نبراسکا، کارولینای شمالی، نیو همپشایر، اورگان، کارولینای جنوبی، داکوتای جنوبی، تنسی، تگزاس، و ورمونت هستند.

در رود آیلند نظریه فرصت ازدست‌رفته پذیرفته نشده است. مثلاً، در مورد پرونده کمپل، دادگاه عالی می‌سی‌سی‌پی اعلام کرد که قانون می‌سی‌سی‌پی اجازه دریافت غرامت بابت آسیب وارده را نمی‌دهد. چون آسیب وارده ناچیز بوده و باعث از بین رفتن فرصت ناچیزی شده است. در ادامه دادگاه اضافه کرد دریافت غرامت هنگامی امکان‌پذیر است که اشتباه پزشکی به سطح مورد نیاز درمانی منتقل شده باشد و باعث از دست دادن احتمال بهبود قابل توجه در شرایط بیمار یا همان فرد شاکی شود (Ferot, 2002: 612).

گرایش به سوی پذیرش نظریه فرصت ازدست‌رفته با مجموعه مدون حقوق مسئولیت مدنی<sup>۱</sup> ادامه یافت. در بخش ۳۲۳ این مجموعه آمده است: «کسی که به رایگان یا معوض انجام دادن خدماتی را برای دیگری به عهده می‌گیرد که باید آن را برای حمایت از شخص دیگر یا اشیای وی ضروری بداند در برابر دیگری مسئول آسیب جسمی ناشی از ناکامی خود در عدم اعمال مراقبت معقول جهت اجرای تعهد خود در صورتی است که الف) ناکامی وی در اعمال چنین مراقبتی خطر آسیب را افزایش دهد یا ب) آسیب به دلیل اعتماد دیگران به تعهد وارد شود».

این بخش به نحو فزاینده‌ای برای تئوری فرصت ازدست‌رفته در ایالات متحده آمریکا مؤثر بوده است. دعوای هیکس<sup>۱</sup> نخستین دعوایی بود که دکتربین را به عنوان یکی از اسباب دعوا طبق حقوق مسئولیت مدنی به رسمیت شناخت. دادگاه در اعلام نظر به نفع تجدیدنظرخواه گفت: «هنگامی که فعل یا ترک فعل غیرمحتاطانه خواننده به نحو مؤثری به بخت بقای یک نفر خاتمه داده باشد، خواننده نمی‌تواند حدسی را در مورد مقدار بخت‌هایی که امکان تحقق آن‌ها را از بین برده است مطرح کند. اگر هر گونه بخت اساسی بقا وجود داشته و خواننده آن را تباه کرده است، وی پاسخگوست (Saroyan, 2002: 358).

به عنوان یک ضابطه کلی می‌توان گفت مفهوم خسارت نهایی در نتیجه فهم ماهیت ضرر در زمان حال یا آینده است که در صورت به یقین رسیدن ضرر عنصر ضرر تحقق یافته است. بنابراین، با آشکار شدن آثار فرصت ازدست‌رفته و وقوع ضرر خسارت نهایی محقق شده است.

بررسی نگرش فرصت ازدست‌رفته در ایالت‌های آمریکا نشان می‌دهد که از هر سه معیار جبران خسارت استفاده می‌شود. از این رو، ایالات متحده، رویکردی آزادانه را نسبت به انتخاب معیار جبران خسارت فرصت از دست‌رفته پذیرفته است. مطالعه تطبیقی موضوع مورد پژوهش و توجه به مبانی، معیارها، و رویکردها و به طور کلی سیر تحول فرصت ازدست‌رفته در نظام‌های حقوقی گوناگون و بررسی و تحلیل آن با نظام حقوقی ایران گویای آن است که در مباحث حقوقی رویه محاکم قضایی و نیز نهاد قانون‌گذاری ایران به نقش و جایگاه نهاد جبران خسارت فرصت ازدست‌رفته به‌ویژه در حوزه معالجات پزشکی توجه مناسب و شایان ذکر نشده است و گویی تافته‌ای از نظام حاکم بر مسئولیت مدنی در سیستم قضایی ایران کنار گذاشته شده است؛ نهادی که سیر تحول اساسی آن در بیشتر نظام‌های حقوقی دنیا به بیش از نیم قرن می‌رسد.

## نتیجه

بیشترین کاربرد مفهوم فرصت ازدست‌رفته پیرامون دعوای ناشی از خطای پزشکی به‌ویژه در مورد عدم تشخیص به‌موقع و صحیح فرایند معالجات پزشکی است.

مفهوم فرصت ازدست‌رفته به این معناست که فرصت، بخت، یا شانس ارزشمند وجود داشته که به واسطه فعل زیان‌بار خواننده منتج به ورود ضرر یا از بین رفتن منفعتی شده است. در واقع، امید زیان‌دیده در حصول نتیجه مطلوب و احتمالی از بین رفته و به امری محال تبدیل شده است. به طور خاص، در خصوص معالجه بیمار شانس یا بخت درمان بیمار یا فرصت معالجه مطلوب و مناسب به جهت فعل یا ترک فعل پزشک از دست رفته است. از این رو، وقوع خسارت و ورود ضرر یک امر قطعی است که باید جبران شود.

در خصوص خسارت ناشی از فرصت ازدست‌رفته در نظام‌های حقوقی گوناگون دنیا، سه رویکرد تفویض محض فرصت، تناسبی، و احتمال اساسی شناخته شده است. رویکرد تفویض محض فرصت به جهت اینکه نسبت به هر میزان درصد فرصت ازدست‌رفته‌ای حکم به پرداخت کامل خسارت داده می‌شود و وضعیت جسمی بیمار را پیش از بی‌احتیاطی در نظر نمی‌گیرد به نظر رویکرد مناسبی نیست. رایج‌ترین رویکرد پذیرفته‌شده در نظام‌های حقوقی دنیا رویکرد تناسبی است که پزشک فقط برای تفویض واقعی فرصت مسئول شناخته می‌شود. با وجود این، برخی انتقاد کرده‌اند که این رویکرد ناعادلانه است. رویکرد احتمال اساسی نیز به رویکرد تناسبی شبیه است و خواهان باید نشان دهد که بی‌احتیاطی خواننده موجب آسیب به وی شده است. برخی محاکم با تفکیک بین عامل اساسی و احتمال اساسی ارزیابی متفاوتی از میزان خسارات وارده داشته‌اند. در نظام قضایی ایران به این نظریه به دیده تردید نگریسته می‌شود و محاکم قضایی ما به عنوان قابلیت جبران خسارت مستقل آن را نپذیرفته‌اند.

همچنین، در رویه قضایی ما، کلیه پرونده‌های پزشکی به کمیسیون‌های پزشکی ارجاع می‌شود که اعضای آن کمیسیون صرفاً دانش پزشکی دارند و در عمل قضات بر مبنای تبعیت محض از نظریه کمیسیون پزشکی اتخاذ تصمیم می‌کنند. در صورتی که، واگذاری صرف تفسیر تشخیص ضرر به پزشک و سایر موارد حقوقی، با توجه به مفاهیم حقوقی مرتبط با آن، به اعضای کمیسیون پزشکی با معلومات پزشکی صحیح نیست. از طرفی، در نظریه کمیسیون پزشکی به جهت فرصت ازدست‌رفته در

معالجه دیه تعیین می‌شود. حال آنکه به دلیل از دست رفتن فرصت معالجه و درمان بیمار باید حکم به پرداخت خسارات ناشی از فرصت ازدست‌رفته داده شود.

از این رو، پیشنهاد می‌شود قضات در رسیدگی به این دعاوی به نحو تخصصی با الهام از مبانی حقوقی رسیدگی و عمل کنند. همچنین با توجه به تخصصی شدن دادرها و محاکم در کشور رسیدگی به دعاوی ناشی از خطای پزشکی به صورت یک مجموعه واحد از هر دو بعد کیفری و حقوقی محل رسیدگی قرار گیرد. با این رویکرد می‌توان از جنبه صرف کیفری آن کاست و به نحو کارآمدتری حقوق بیمار زیان‌دیده را جبران کرد.

## منابع

- اسماعیلی هریسی، ابراهیم (۱۳۹۶). مبانی حقوق بیمان. ج ۱۴. تهران: جنگل.
- أرباب، یوسف ذکریا عیسی (۲۰۱۱). التعویض الناشئ عن تفویت الفرصه (دراسة مقارنة). الخرطوم: غیر منشوره.
- إعبیه، خلیل سعید خلیل (۲۰۰۵). التعویض عن تفویت الفرصه فی القانون المدنی الأردنی، دراسة مقارنة. عمان: جامعة آل البيت.
- الجبوری، یاسین محمد (۲۰۰۸). الوجیز فی شرح القانون المدنی الأردنی (مصادر الإلتزامات). عمان: دار الثقافة للنشر و التوزیع.
- الدسوقی أبو اللیل، ابراهیم (۱۹۸۶). تعویض تفویت الفرصه، القسم الأول. الحقوق، کلیه الحقوق، جامعه الكويت، العدد الأول، السنة العاشرة، ۱۴۵-۱۸۲.
- السرحدان، عدنان ابراهیم و خاطر، نوری حمد (۲۰۰۹). شرح القانون المدنی مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات). عمان: دار الثقافة للنشر و التوزیع.
- زنجانی، عمید (۱۳۸۹). موجبات ضمان، درآمدی بر مسئولیت مدنی و اسباب و آثار آن در فقه اسلامی. ج ۲. تهران: میزان.
- زهرهت، محمد المرسی، (۲۰۰۲) المصادر غیر الارادیه الإلتزام (الفعل الضار و الفعل النافع). مطبوعات جامعه الامارات العربیه المتحدّه الأولى، العین، الإمارات.
- صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب الله (۱۳۹۸). مسئولیت مدنی (الزمامات خارج از قرارداد). ج ۱۲. تهران: سمت.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۹). مسئولیت مدنی تطبیقی. ج ۲. انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). الزام های خارج از قرارداد. ج ۵. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کاظمی، محمود (۱۳۸۰). نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۳، ۱۸۵-۲۲۸.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۹۴). قواعد فقه. ج ۱۴. تهران: میزان.
- Al-Dasouki-Abul-Lil, I. (1986). Compensation for Loss of Chance, Part One. *Journal of Law*, Faculty of Law, Kuwait University, 10(1), 145-182. (in Arabic)
- Alice, F. (2012). *The Theory of Loss of Chance: Between Reticence and Acceptance*, FIU L. Rev. 8.
- Al-Jubouri, Y. M. (2008). *Al-Wajeez in Interpretation of the Jordanian Civil Code, (Sources of Obligations)*. Dar Al-Thaqafa for Publishing and Distribution. Amman. (in Arabic)
- Al-Sarhan, A. I. & Khater, N. H. (2009). *Interpretation of Civil Code, Sources of Civil Status Rights (Obligations)*. Dar Al-Thaqafa for Publishing and Distribution. Amman: Jordan. (in Arabic)
- André, L. (1976). *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*.
- Arbab, Y. Z. I. (2011). *Compensation due to Loss of Chance (A Comparative Study)*. Khartoum: Unpublished. (in Arabic)
- Bromme v. P.* (1992). 5 Cal. App. 4th 1487, 7 Cal. Rptr. 2d 608.
- Ebaiya, K. S. K. (2005). *Compensation for Loss of Chance in the Jordanian Civil Code, a comparative study*. Al al-Bayt University. Amman: Jordan. (in Arabic)
- Harvey v. Silber.* (1942). 2 N.W.2d 483, 300 Mich. 510.
- Hicks v. United States.* (1966). 368 F.2d 626.
- James, v. United States* (1961). 366 U.S. 213, 81 S. Ct. 1052, 6 L. Ed. 2d 246.
- John, M. C. (2015). Loss of Chance Doctrine in Medical Malpractice Cases. *NYSBA Journal*.
- Joseph, H. K. (1981). Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting. *Conditions and Future Consequences, The Yale Law Journal*, 90(6).
- Kallenberg v. Beth Israel Hosp.* (App. Div. 1974). 45 A.D.2d 177, 357 N.Y.S.2d 508, 37 N.Y.2d 719.
- Katouzian, N. (2016). *Non-Contractual Obligations*. fifth edition. Tehran: University Press. (in Persian)
- Kazemi, M. (2008). The Theory of Loss of Opportunity in Civil Responsibility. *Faculty of Law and Political Science Magazine*, No. 53, 185-228. (in Persian)
- Matsuyama v. Birnbaum.* (2008). 452 Mass. 1, 890 N.E.2d 819.
- Michael, J. F. (1990). *The Loss of Chance Doctrine in Medical Malpractice*, 33 A.F. L. Rev. 97.
- Mohammadi, A. (2015). *Rules of Jurisprudence*. 14<sup>th</sup> edition. Tehran: Mizan Publishing House. (in Persian)
- Mortensen v. Mem'l Hosp.* (1984). 105 A.D.2d 151, 483 N.Y.S.2d 264.
- Perez v. Las Vegas Medical Center.* (1991). 805 P.2d 589, 107 Nev. 1.
- Safai, H. & Rahimi, H. (2018). *Civil Responsibility (obligations outside the contract)*. 12th edition. Tehran: Samit Publications. (in Persian)
- (2019). *Comparative Civil Responsibility*. second edition. Shahr Danesh Institute of Legal Studies and Research Publications. (in Persian)
- Stewart v. New York City Health & Hosps. Corp.* (1994). 207 A.D.2d 703, 616 N.Y.S.2d 499, 207 App. Div. 2d 703.

- Walter, S. (1992). *Causation in Medico-Legal Practice: A Doctor's Approach to the 'Lost Opportunity' Cases*. the Modern Law Review, 55.
- Zanjani, A. (2010). *The Causes of Guarantee, an Introduction to Civil Liability and its Causes and Consequences in Islamic Jurisprudence*. second edition. Tehran: Mizan Publishing House. (in Persian)
- Zaven, T. S. (2002). *The Current Injustice of The Loss of Chance Doctrine: An Argument for a New Approach to Damages*, *Cumb. L. Rev.*, 33.
- ZOhrhat, M. A, (2011) *Al-Massir Ghir al-Aradiyyah Al-Tizam (The Harmful Action and the Beneficial Action)*, First United Arab Emirates Press, Al-Ain, Emirates.