



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

Alireza Mashhadizadeh¹  / Karim Imani² 

1. Corresponding Author, Department of Law, Faculty of Law, Azad University, Central Tehran Branch, Tehran, Iran.
Email: 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

(Received : June 11, 2023 ; Revised : December 10, 2023 ; Accepted : December 26, 2023)

Article Info	ABSTRACT
Article Type: Research Article	<p>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.</p>
Article history: Received Received in revised Form Accepted Published Online	
Keywords: civil liability, damage, loss of chance, medical error, medical malpractice.	

Cite This Article: Alireza Mashhadizadeh & Karim Imani (2023). Modern Approaches to Assessment of Loss of Chance Damages due to Medical Malpractice, . Private Law, 14 (2), 21-30. DOI: <https://doi.org/10.22059/jolt.2022.350041.1007137>



© Alireza Mashhadizadeh & Karim Imani
DOI: <https://doi.org/10.22059/jolt.2022.350041.1007137>

Publisher: University of Tehran Press.

رویکردهای نوین ارزیابی خسارات فرصت از دست رفته ناشی از قصور پزشکی

علیرضا مشهدی زاده^۱ | کریم ایمانی^۲

۱. نویسنده مسئول، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مرکزی، تهران، ایران. رایانامه: 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

(تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۲۱ ؛ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۹/۱۹؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۰۵)

اطلاعات مقاله

چکیده

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت:

تاریخ بازنگری:

تاریخ پذیرش:

تاریخ انتشار:

یکی از مسائل پیچیده نظام های حقوقی نحوه جبران در خطاهای پزشکی به طور خاص به نحوه مطالبه «فرصت از دست رفته» مربوط می شود. منظور از مفهوم فرصت از دست رفته 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 می رود. جهت جبران خسارت ناشی از فرصت از دست رفته در نظام های حقوقی گوناگون، سه رویکرد «تفویض محض فرصت»، «احتمال اساسی» و «تناسبی» شناخته شده است. سیر تحولات در این تحقیق مورد بررسی قرار گرفته و با مذاقه در رویه قضایی کشورهای پیشرو، آشکار می گردد که شیوه رسیدگی در پرونده های ناشی از معالجات پزشکی با توجه به قوانین و رویه قضایی ما، نادرست است که از جمله می توان به تلقی دیه به عنوان جبران کننده تمامی خسارات متصوره از قصور پزشکی و یا نحوه اظهارنظر در خصوص معیار و میزان تقصیر توسط کمیسیون های پزشکی اشاره کرد که در نظام قضایی ما از طریق محاکم کیفری رسیدگی می شود. در این پژوهش، با روش تحلیلی-توصیفی با بررسی دلایل و استدلالات نشان می دهد که رویکرد «تناسبی» از نکات قوت بیشتری در مقایسه با نظریات دیگر برخوردار است و امکان مطالبه خسارات ناشی از فرصت از دست رفته در ایران، به نظر با توجه به عمومیت ماده یک قانون مسؤولیت مدنی و عموماً قانون مجازات اسلامی از جمله باب ضمان، باید قائل به پذیرش آن بود.

واژگان کلیدی: خسارت، خطای پزشکی، فرصت از دست رفته، قصور پزشکی، مسؤولیت مدنی.

استناد: مشهدی زاده، علیرضا؛ ایمانی، کریم (۱۴۰۲). رویکردهای نوین ارزیابی خسارات فرصت از دست رفته ناشی از قصور پزشکی. حقوق خصوصی، ۱۴ (۲)، ۳۰-۲۱.

DOI: <https://doi.org/00000000000000000000000000000000>



© نویسندگان: علیرضا مشهدی زاده و کریم ایمانی

ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.

DOI: <https://doi.org/00000000000000000000000000000000>

مقدمه

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

در این راستا، فرصت از دست رفته 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 از دست رفته‌ای که معیار برابری احتمالات در مورد آن اعمال می‌گردد، مجدداً تنظیم می‌نماید. 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 از دست رفته هنگامی موضوعیت می‌یابد که بی‌احتیاطی مرتکب موجب می‌شود قربانی، فرصت اخذ نتیجه‌ای مشخص را از دست بدهد. برای مثال، در یک پرونده ناشی از جرم یا خطای پزشکی، بیماری که دارای سرطان یا انسداد عروق کرونری بوده است، ادعا می‌نماید که بر اثر تشخیص بی‌موقع یا نادرست، احتمال رهایی از سرطان از دست رفته یا کاهش می‌یابد و در نتیجه خواهان جبران خسارت ضرر خود می‌شود. مفهوم از دست دادن فرصت درصدد 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 از دست رفته را می‌توان به دو دسته تقسیم نمود: نخست، دسته‌ای که در آنها به ضرر نهایی وارد به خواهان توجه می‌شود که در این فرض، فرصت از دست رفته، سبب منحصر یا اصلی در بروز خسارت است؛ دوم اینکه فعل عامل تفویض فرصت در کنار عوامل دیگر سبب بروز خسارت به خواهان شده است. در بسیاری از نظام‌های حقوقی دنیا، دعاوی فرصت از دست رفته پذیرفته شده و محاکم در خصوص شیوه جبران خسارت و میزان آن تدابیر لازم را پیش‌بینی نموده‌اند. در رویه قضایی و محاکم ما دعاوی ناشی از قصور یا خطای پزشکی روند داسرا و محاکم کیفری را طی می‌نماید. اگرچه ابعاد حقوقی آن نیز می‌تواند به طور مستقل محل بررسی باشد. چنانکه موضوع فرصت از دست رفته در خطای پزشکی شامل هر دو جنبه حقوقی و کیفری است.

۱. مفهوم فرصت از دست رفته

منظور از فرصت، روش و فرآیندی است که تحقق یک امر به این فرآیند بستگی دارد؛ و آن، یک روش از روش‌های وقوع یک امر و حادثه تقدیری (مقدر شده و قابل پیش‌بینی) است. به عبارتی، یک واقعه احتمالی به دنبال تحقق شروط نامعلوم و مطابق با انفاقی 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 می‌باشد (André Lalande, 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 أبو اللیل، ۱۹۸۶: ۸۱-۱۳۰). فرصت در واقع بررسی حقی است که غنیمت شمرده می‌شود و در نهایت محروم شدن زیان‌دیده از آن فرصت است (الجوری، 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 گردیده است که البته در تشریح آن باید قید احتمال را افزود. وقتی در خصوص فرصت از دست رفته 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 از دست رفته ارزیابی و محاسبه می‌گردد. اما این پرسش نیز مطرح است که آیا می‌توان نفس فرصت از دست رفته احتمالی را پذیرفت.

در تعریف فرصت از دست رفته گفته شده: «فرصت از دست رفته، 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، در حالی که

۱. فرصت از دست رفته 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 الفرصة) به کار رفته است.

عامل خسارت، با عمل زیانبار و مانع‌تراشی خود مانع از تحقق آن شده است» (زهرة، ۲۰۰۲: ۱۰۶). فرصت از دست رفته برابر با چیزی است که در نهایت زیان دیده آن را از دست می‌دهد. چرا که اگر کسی نتواند نتیجه مطلوب و احتمالی را در آن فرصت فوت شده تأیید کند و این امر او را از مطالبه حقوق خود که ممکن بود در آینده محقق شود، باز دارد. پس در این صورت محروم کردن زیان دیده از حق جبران خسارت ظلم است؛ زیرا در مقابل، کسی نمی‌تواند عدم حصول نتیجه مطلوب و احتمالی زیان دیده را در آن فرصت فوت شده تأیید نماید و این امر فی نفسه، یک خسارت حقیقی و حتمی است؛ چون زیان دیده 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 (السرحدان و خاطر، ۲۰۰۹: ۴۲۱).

پروفسور کینگ نیز بیان داشته که فرصت از دست رفته برای حصول به نتیجه مطلوب یا پرهیز از نتیجه نامطلوب باید قابل جبران باشد (Joseph, 1981: 1353-1397). نتیجه‌ای که زیان دیده در صد تحقق آن بوده که آن یک نتیجه مطلوب و مثبت به شمار می‌رفت؛ یعنی نتیجه‌ای که به واسطه فرصت پیش‌آمده در صد تحقق آن بوده است؛ زیرا این امر، امتیاز مشخصی را برای زیان دیده 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 گردیده و امید زیان دیده را در حصول نتیجه از بین برده و او را از دستیابی به آن محروم کرده به طوری که نظر فوق به این اعتبار است که محرومیت زیان دیده نتیجه یک فرصت از دست رفته مرجح و احتمالی بوده و نتیجه حتمی و قطعی نبوده است (اعبیه، ۲۰۰۵: ۱۱).

همچنین، در تعریف فرصت از دست رفته 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، تاخیر کند (أرباب، ۲۰۱۱: ۸۵). برخی حقوقدانان در بیان مفهوم فرصت از دست رفته، ضابطه عرفی را ملاک قرار داده‌اند. چنانکه بیان شده: با توجه به مفهوم ضرر و عرفی بودن آن، می‌توان گفت، عرف امروز فرصت از دست رفته را اگر جدی باشد، نوعی ضرر تلقی می‌کند و به عنوان یک ضرر، آن را قابل جبران می‌داند (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۸: ۹۵؛ صفایی، 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 از دست رفته در خصوص خسارات مادی ممکن الوقوع است؛ بنابراین، نباید از منظر جبران خسارت معنوی به آن نگریست. اگرچه می‌توان جبران خسارت معنوی را در احتساب میزان خسارت ناشی از فرصت از دست رفته در نظر گرفت. فرصت از دست رفته 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. بنابراین، بیمار که نسبت به فرصت از دست رفته 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 از دست رفته در حقوق ایران

در نهاد قانون‌گذاری ایران نص صریحی تحت عنوان عبارت جبران خسارت فرصت از دست رفته وجود ندارد. اما به نظر با توجه به عمومیت، ماده ۱ قانون مسؤلیت مدنی^۲ به عنوان یک قانون کلی، می‌توان قائل به پذیرش جبران خسارت فرصت از دست رفته

۱. ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد: «هرگاه کسی فعلی که انجام آن را برعهده 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، شبه عمدی، یا خطای محض است، مانند این که مادر یا دایه‌ای که شیر دادن را برعهده گرفته است، کودک را شیر ندهد یا پزشک یا پرستار وظیفه قانونی خود را ترک کند».

۲. ماده ۱ ق. م. م: «هرکس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگر شود، مسؤول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد».

بود. در تبیین ماده موصوف قانون گذار بیان داشته، هر کس بدون مجوز قانونی به دیگری لطمه‌ای وارد نماید، مسؤول جبران خسارت وارده است. حال این پرسش مطرح است کدام عمل بدون مجوز قانونی تلقی می‌گردد. در پاسخ ماده ۲ قانون موصوف، قانون گذار هرگونه عمل وارد کننده زیان که موجب خسارت می‌شود را به عنوان عمل بدون مجوز قانونی نام برده است. عمومیت ماده هر گونه خسارتی که به هر شکل وارد می‌شود را شامل می‌گردد. بنابراین، قابلیت جبران خسارت فرصت از دست رفته منطبق بر ماده ۱ قانون مارالذکر است و هیچ تردیدی در پذیرش آن نیست. حتی قانون گذار در مواد ۳ و ۶ قانون مذکور با بیانی عام و کلی تکلیف و کیفیت جبران خسارت آن را مشخص نموده است. مبانی فقهی از جمله قاعده لاضرر که شامل هر گونه ضرر و خسارتی می‌شود را در بر می‌گیرد. بنابراین، از منظر فقهی هرگونه ضرر و خسارتی باید جبران گردد.

فرصت از دست رفته با دو فرض بیان شده است: نخست، وقتی که شخص فرصت یک امتیاز مورد نظر را در نتیجه بخت و فرصت از دست رفته، 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. به طور مثال 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 ادبیات حقوقی ما، برخی از حقوق دانان فرصت از دست رفته را قابل جبران دانسته و پذیرش آن را در حقوق ایران، بلا اشکال دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۸۴).

در همین رابطه می‌توان افزود که برخلاف تبصره ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی پیرامون عدم النفع در ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، ضرر مادی و معنوی منافع ممکن الحصول ناشی از جرم قابل مطالبه است. البته در خصوص تشابه یا تفاوت عدم النفع و منافع ممکن الحصول 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 ۱۳۳۴/۳/۲۹ 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 مصرف کننده 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 منتهی به فوت نگردد، ولی منجر به مرض دائم یا فقدان و یا نقص یکی از حواس و یا اعضاء مصرف کننده گردد، مجازات فروشنده یک سال تا سه سال حبس تادیبی 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... بیمار می‌شود که قانون گذار صرفاً ضمانت اجرای کیفری برای آن لحاظ نموده است و در خصوص جبران خسارات وارده سخنی گفته نشده است.

در رویه قضایی ما آنچه در خصوص اعمال پزشکی است با موضوع قصور پزشکی در محاکم کیفری طرح می‌شود و تحت عنوان، فرصت از دست رفته در معالجات پزشکی با بررسی‌های انجام پذیرفته 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 از دست رفته، در نظام‌های حقوقی گوناگون دنیا سه رویکرد تقویت محض فرصت، رویکرد تناسبی و رویکرد احتمال اساسی پیش بینی و شناخته شده است. اما، در مواردی دادگاه بر مبنای بی‌احتیاطی خوانده حکم به جبران

۱. برای مطالعه در خصوص قاعده لاضرر، ک: 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 ممکن الحصول 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 ممکن الحصول تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید. همچنین مقررات مرتبط به منافع ممکن الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی شامل جرائم 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».

خسارت صادر می‌کنند و مبنای محاسبه مبتنی بر دکترین فرصت از دست رفته نیست. اینکه خسارت خواهان باید تا چه میزانی جبران شود، با انتخاب نوع معیار حاکم بر جبران خسارت متفاوت است. البته باید بین دعاوی که آسیب نهایی قبلاً رخ داده است یا هنوز به طور کامل روی نداده است، فرق گذاشت.

۱-۳. رویکرد تفویت محض فرصت

از نظر رویکرد تفویت محض فرصت،^۱ اگر برای مثال، بیمار ۳۰ درصد فرصت زندگی داشته باشد و با بی‌احتیاطی پزشک نیمی از این فرصت را از دست داده و سرانجام فوت شود، پزشک مسؤول 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 می‌گردد که خواننده مسؤول 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 می‌گردد، صرف‌نظر از این واقعیت که برای مثال، خواننده فقط ۲۰ درصد از فرصت تسبیب حادثه را ایجاد کرده باشد.

در ایالت میشیگان ابتدا نظریه فرصت از دست رفته، صرف‌نظر از میزان فرصت از دست رفته پذیرفته شده است، اما بعداً شرط پذیرش دعوای فرصت از دست رفته 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 از دست رفته پرهیز از آسیب جسمانی یک آسیب جبران پذیر 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 کالبد شکافی تایید 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 پاسخ داد، اما متهم با بیان اظهاراتی عدم اطمینان را حکمفرما کرد. دادگاه عالی، اینگونه استدلال کرد که: در این مورد متهم با اقدام خود باعث متلاشی شدن سیستم گردش خود 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 داشت 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 نتیجه ای بهتر اصلاح نمود 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 زنده ماندن را از مرگ در نتیجه قصور کادر پزشکی از دست داده بود. اما دادگاه بر مبنای رویکرد تفویت محض فرصت، حکم به پرداخت کامل خسارت صادر نمود. به نظر این انتقاد نسبت به این رویکرد وارد است که با توجه به اینکه میزان خسارت پرداختی معادل میزان فرصت تلف شده نیست و خواهان محکوم به پرداخت خسارتی می‌شود که مسبب آن نبوده است.

1. The pure chance approach

۲-۳. رویکرد تناسبی

این رویکرد، رایج‌ترین رویکرد پذیرفته شده بوده که مستلزم آن است که پزشک فقط برای درصد واقعی تفویض فرصتی که خواهان متحمل می‌گردد، مسؤول شناخته شود. بنابراین، اگر خواهان فرصتی ۱۵ درصدی را از دست بدهد، پزشک فقط برای ۱۵ درصد تفویض مسؤول شناخته خواهد شد. سارویان، معتقد است که این رویکرد ناعادلانه بوده و بازدارنده مفیدی نیست. برای مثال، اگر بیماری دو 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 مسؤول 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 به روشنی 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 گردید.

در سال ۱۹۸۱، پروفیسور ژوزف اچ. کینگ^۱ مقاله‌ای را در خصوص دکترین فرصت از دست رفته منتشر نمود و بیان داشت: «فرصت از دست رفته دستیابی به نتیجه‌ای مطلوب یا اجتناب از نتیجه‌ای ناگوار باید قابل جبران باشد و به درستی ارزیابی گردد، نه اینکه به عنوان یک فرض «همه یا هیچ» تلقی شود. البته باید شرایط از پیش موجود را در ارزیابی نفع از بین رفته 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 به درستی جبران گردد، 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 از دست رفته مورد ارزیابی قرار داد.

اسکات معتقد است که پیشرفت‌های نوین پزشکی، فرصت‌های جدیدی را برای درمان فراهم نموده که به نوبه خود، اهمیت یافتن راه حلی را برای یک فرصت تلف شده افزایش داده است. رویه قضایی بر هر دو راه حل «همه یا هیچ» و تناسبی تکیه نموده 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)

به طور مثال، در دعوی بروم علیه پاویت (Bromme v. Pavitt 1992) جلد پنجم از دوره چهارم گزارش‌های رسمی دادگاه‌های تجدیدنظر کالیفرنیا، راجع به دکترین فرصت از دست رفته، دادگاه نظر داد که پزشک را نمی‌توان مسؤول مرگ خطاکارانه به جهت عدم تشخیص به موقع 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 به موقعی 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 غیرمحتاطانه‌ای 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، رای 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 که «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، به خودی خود برای سبب مرگ کافی بوده است، یعنی اینکه نتیجه بی‌احتیاطی، بیشتر احتمال وقوع مرگ بوده است تا عدم آن».

شهود کارشناس، تایید 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. لذا، دادگاه در مورد اقداماتی که پس از ژوئن ۱۹۸۱ رخ

داد، حکم به رد دعوی داد، اما به جهت بی احتیاطی رخ داده پیش از این تاریخ، براساس نظر هیئت منصفه بر علیه پزشک رای داد (Bromme v. Pavitt, 1992: 1498-1499).

از این رو، دادگاه تجدیدنظر کالیفرنیا با اتخاذ شرایط خاصی، صرفاً بخشی از دعوای بروم که ناشی از بی احتیاطی پزشک معالج بوده را پذیرفته است و با اتخاذ رویکرد تناسبی به میزان خسارات وارده اتخاذ تصمیم نموده است.

سارویان حقوقدان آمریکایی، رویکرد تناسبی را بر این مبنا مورد انتقاد قرار می دهد که اگر ارزش فرصت ۲ درصد باشد و با بی احتیاطی پزشک، فرصت یک درصد کاهش داده شود، خسارت بیمار برای ارزش فقط یک درصد جبران خواهد شد. وی استدلال می نماید که فرصت، در واقع ۵۰ درصد کاهش یافته است و با کاهش درصدها، ارزش آنها بسیار بیشتر می شود. وی رویکرد جدیدی^۱ را پیشنهاد می کند که طبق آن، تعدادی عوامل مختلف در نظر گرفته می شوند:

(۱) تنش بین تمایل به تشویق جدیت در کار پزشکی و ضرورت اصل انصاف جهت مسؤول شناختن یک شخص، فقط برای آسیب یا خسارتی که وی موجب می شود؛

(۲) غیر منصفانه بودن ذاتی رویکرد تناسبی در محاسبه خسارات، به ویژه هنگامی که درصدهای پایین تر شانس و فرصت حیات وجود داشته باشد؛

(۳) تمایل به ایجاد شیوه ای که به منظور تشویق دادگاهها به اتخاذ آن، ساده و به راحتی قابل محاسبه باشد (Saroyan, 2002:33-34).
اینکه یک فرصت به چه میزان ارزشمند است و شانس و بخت بیمار برای معالجه یا نجات از مرگ وجود دارد؛ معیار قطعی وجود ندارد. اگرچه، به نظر رویکرد تناسبی، رویکردی منصفانه تر 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 بی احتیاطی خواننده موجب آسیب وی شده باشد. خسارات به همان شیوه مورد عمل در رویکرد تناسبی محاسبه می شوند و سارویان همان انتقاد از آن رویکرد را بیان می کند.

شیوه احتمالی آمریکایی در ارتباط با رابطه علت و معلولی شیوه ای انکارناپذیر برای پذیرش این نظریه در برخی از ایالاتهای آمریکا به شمار می رود. با این حال برخی از ایالاتها نقص اصلی در نظریه را نادیده گرفتند و تصدیق کردند که به رسمیت شناختن فرصت از دست رفته در قالب خسارت و یا صدمه وارده با توجه به سیستم قضایی موجود به دو نتیجه و هدف نهایی بازدارندگی و جبران خسارت می رسد (Ferot, 2002: 625).

دعوای هیکس علیه ایالات متحده، اولین دعوای خطای حرفه ای پزشکی بود که ایده معیار امکان اساسی را مطرح کرد. هیکس متضمن عدم تشخیص یک خفگی روده بود که اگر تاخیر نبود، از طریق جراحی قابل درمان بوده و به این ترتیب جان بیمار را نجات می داد. 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 گردید.

در یک بند کلیدی، دادگاه چنین نتیجه گرفت: «هنگامی که فعل یا ترک فعل غیرمحتاطانه یک خواننده به نحو مؤثری فرصت بقای یک شخص را از بین برده است، خواننده نمی تواند حدسیاتی را درباره اندازه فرصتهایی که وی تصور آنها را غیرممکن ساخته است، مطرح نماید. اگر هرگونه امکان بقایی وجود داشته و خواننده آن را نابود کرده است، وی مسؤول است. اثبات قطعی اینکه در شرایطی که مرتکب خطا اجازه وقوع آن را نمی داد، چه پیش می آمد، به ندرت ممکن است. در شرایط موجود، قانون خواهان را ملزم نمی نماید که قطعیتی را نشان دهد که در صورتی که بیمار فوراً بستری و عمل می شد، زنده می ماند. (استناد همراه با تایید به دعوای هاروی علیه سیلبر، جلد دوم از دوره دوم گزارش های دادگاه های ... ص ۴۸۳ (میشیگان ۱۹۴۲))» (Hicks v. United States, 1942)
صرف نظر از این واقعیت که نقل قول فوق، اظهاراتی جانبی است. اما، با این وجود 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).

۱. (۰/۵) X [(نسبت تقویت) X (ارزش باقیمانده زندگی شخص آسیب دیده)].

همچنین، چندین دادگاه با پذیرفتن دعوی هیکس، صریحاً این نظر کوپر^۱ را رد کرده‌اند، با اشاره به این که چنین قاعده‌ای، یعنی اینکه فرصتی که از دست رفته است، باید بیش از پنجاه درصد بوده باشد، نمی‌تواند مانع از بی‌احتیاطی شود و بیماران را در معرض مراقبت کمتر از کافی قرار می‌دهد، مگر این که آنها بیش از پنجاه درصد فرصت بقاء داشته باشند (Fox, 1990:100).

نکته‌ای که دادگاه‌ها به تبعیت از هیکس تأکید می‌نمایند این است که در موارد سرطان یا حمله قلبی، فرصتی برای بقاء دارای ارزش است. یک کارشناس می‌تواند فرصت بقاء و اندازه ارزش تلف آن را اثبات نماید. 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 چهل و نه درصد از فرصتی که فوت شده است، خسارت بگیرد، برداشتن گام بعدی و نظر دادن به اینکه می‌توان خسارت فوت هرگونه فرصتی را گرفت، بسیار آسان می‌گردد، "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 مسؤول هرگونه تاخیری، هرچند جزئی دانست.

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

در دعوی معروف کالبرگ، شعبه اول یک رای هیئت منصفه را برای قتل خطایی به مبلغ ۵۵,۰۰۰ دلار آمریکا به نفع خواهان تایید کرد. در دعوی موصوف، خواهان ادعا کرد که خوانده به متوفی که مبتلا به خونریزی ناشی از اتساع شرایین مغزی بوده، دارو نداده است. در دعوی مطروحه، دادگاه تشخیص داد که گواهی شهود این نتیجه را تایید می‌کند که ندادن دارو «عاملی ایجادکننده، کمک کننده»^۲ به مرگ بوده است. دادگاه اشاره کرد که مسأله سبب نزدیک، یک مسأله 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 از دست رفته، 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 بقاء فقط با دارو بوده است. این گواهی است که اکثراً همراه با «می‌توانست» و «ممکن بود» که در بالا ذکر شد، نقل می‌گردد و موجب شده است که این پرونده تحت مقوله دکتین تفویت فرصت دسته‌بندی شود. اما، دادگاه کالبرگ هرگز از این اصطلاح استفاده نکرد و هرگز مناسب دکتین را مورد تجزیه و تحلیل قرار نداد.

سوابق دعوی کالبرگ فاش می‌نماید 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، صرف نظر 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 نموده است.

بی‌مبالاتی تشخیص داده شده 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 از دست رفته بقاء یا نتیجه‌ای بهتر. به نظر می‌رسد

^۱ Cooper

^۲ Producing, Contributing Factor

که حکم به پرداخت ارزش کامل آسیب نهایی (یعنی مرگ) به خواهان شده است، اگرچه احتمال جان دادن متوفی، صرف نظر 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 گردیده است. در دعوی موصوف، هیئت منصفه، به پرداخت مبلغ ۵۰۰,۰۰۰ دلار آمریکا به خواهان به دلیل از دست دادن قابلیت بارداری طبیعی در پی یک بارداری اکتویپیک^۱ که موجب تخریب لوله فالوپی راست شد، رای داد. دادگاه بدوی، درخواست بعدی خواننده را تا حدی پذیرفته، تشخیص داد که یک احتمال ۱۰ درصد، احتمالی "اساسی" برای بچه‌دار شدن طبیعی نیست و خسارت فقدان لوله فالوپی را به ۱۰۰,۰۰۰ دلار کاهش داد. شعبه نخست رای را نقض کرده، اعلام نمود که 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 مذکور، نشان نمی‌دهد که آیا خواهان دچار آسیب نهایی ناشی از عدم بارداری طبیعی شده است یا خیر؟ یا فرض مذکور ناشی از صدمه وارده به بیمار بوده است. از این رو این انتقاد وارد است که خسارات وارده ممکن است بر مبنای آنچه که 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 نمود که خواهان نشان بدهد که بی‌مبالاتی، عاملی اساسی در موجب شدن صدمه بوده است. دادگاه به این پرداخت که آیا احتمال ۵ تا ۱۰ درصد در مورد "عامل اساسی" اعمال گردد 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 گردد.

بر فرض صحت این مسأله، شعبه نخست بر چه مبنایی پرداخت خسارت را به ۳۰۰,۰۰۰ دلار (در نیمه راه بین دادگاه بدوی و آراء هیئت منصفه) افزایش داد؟ آیا این به آن معنی است که پیش از اینکه یک هیئت منصفه بتواند حکم به پرداخت هرگونه خسارت بدهد، صدمه باید "اساسی" باشد؟ ما، طبق کدام اصول حقوق مسؤولیت 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 گمراه کننده 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 خواننده، در وقوع نتیجه زیانبار تسریع تسریع شده است. بنابراین، هدف معیار موصوف آن است که خسارت خواهان فقط باید تا میزانی جبران شود که وضعیت خواهان با بی‌احتیاطی خواننده 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 دست رفته 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 می‌نماید.

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. حال آنکه 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 نمایند. بنابراین، ارجاع موضوع دعوا به کمیسیون‌های پزشکی و افزون بر آن تبعیت محض دادرسی رسیدگی کننده از نظریه آن کمیسیون، اقدامی موافق قانون و عدالت نیست.

۴. نگرش فرصت از دست رفته در ایالات متحده آمریکا

در حال حاضر، سه روش مختلف برای اعمال فرصت از دست رفته توسط ایالت‌ها در ایالات متحده آمریکا وجود دارد. این روش‌ها رویکرد تفویت محض فرصت، رویکرد تناسبی و رویکرد احتمال اساسی هستند. در ایالات متحده آمریکا اکثراً نظریه فرصت از دست رفته در حوزه پزشکی اجرای می‌گردد (Ferot, 2002: 692).

ایالات‌های آریزونا، کلرادو، دلاور، جورجیا، هاوایی، ایلینوی، ایندیانا، آیووا، لوئیزیانا، ماساچوست، میسوری، مونتانا، نوادا، نیوجرسی، نیو مکزیکو، نیویورک، اوهایو، ویرجینیا، ویرجینیای غربی، ویسکانسین و وایومینگ. نظریه فرصت از دست رفته را پذیرفته‌اند.

برخی از ایالت‌ها از جمله کانزاس، اوکلاهاما، پنسیلوانیا و واشنگتن نظریه فرصت از دست رفته 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 به موقع 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 می‌باشد و تشخیص داده شد که این خسارت وارد آمده قابل جبران می‌باشد (Ferot, 2002: 611).

ایالات‌های داکوتای شمالی و یوتا هنوز هم از تئوری فرصت از دست رفته بهره می‌گیرند. بسیاری از دادگاه‌ها چه دادگاه‌هایی که نظریه فرصت از دست رفته 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 نمی‌باشد، حالت دیگری هم برای زمانی که مدارک و ادله حقیقی ثابت کنند که احتمال زنده ماندن بیمار ۵۱ درصد بوده است، هم وجود دارد (Matsuyama v. Birnbaum, 2008).

اکثر ایالات‌های آمریکا، معیار سنتی «همه یا هیچ» را انتخاب کرده‌اند. بدین معنا که، اگر پزشکی مرتکب بی‌احتیاطی شده و ۵۱ درصد ریسک خواهان را ایجاد کرده است، به میزان ۱۰۰ درصد خسارات خواهان را پرداخت خواهد کرد، در حالی که اگر ۴۹ درصد ریسک را ایجاد می‌کند، معاف از پرداخت هرگونه خسارت خواهد بود. از جمله این ایالات‌ها: آلاباما، آلاسکا، آرکانزاس، کالیفرنیا، کانکتیکات، فلوریدا، آیداهو، کنتاکی، مریلند، میسیگان، مینه سوتا، میسی سی پی، نبراسکا، کارولینای شمالی، نیو همپشایر، اورگان، کارولینای جنوبی، داکوتای جنوبی، تنسی، تگزاس و ورمونت هستند.

در رود آیلند نظریه فرصت از دست رفته پذیرفته نشده است. به طور مثال، در مورد پرونده کمپل، دادگاه عالی میسی سی پی اعلام کرد که قانون میسی سی پی اجازه دریافت غرامت بابت آسیب وارده را نمی‌دهد. چرا که آسیب وارده ناچیز بوده و باعث از بین رفتن فرصت ناچیزی شده است. در ادامه دادگاه اضافه کرد، دریافت غرامت هنگامی امکان پذیر می‌باشد که اشتباه پزشکی به سطح مورد نیاز درمانی منتقل شده است 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 از دست رفته با مجموعه مدون حقوق مسؤولیت مدنی ادامه یافت. در بخش ۳۲۳ این مجموعه آمده است: «کسی که به رایگان یا معوض، انجام خدماتی را برای دیگری به عهده می‌گیرد که باید آن را برای حمایت از شخص دیگر یا اشیاء وی ضروری بداند، در برابر دیگری مسؤول 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 از دست رفته در ایالات متحده آمریکا مؤثر بوده است. دعوای هیکس^۲ نخستین دعوایی بود که دکتربین را به عنوان یکی از اسباب دعوا طبق حقوق مسؤولیت مدنی به رسمیت شناخت. دادگاه در اعلام نظر به نفع تجدیدنظر خواه گفت: هنگامی که فعل یا ترک فعل غیرمحتاطانه خوانده به نحو مؤثری به بخت بقای یک نفر خاتمه داده باشد، خوانده نمی‌تواند حدسی را در مورد مقدار بخت‌هایی که امکان تحقق آنها را از بین برده است، مطرح نماید. اگر هرگونه بخت اساسی بقاء وجود داشته و خوانده 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 از دست رفته و وقوع ضرر، خسارت نهایی محقق شده است.

بررسی نگرش فرصت از دست رفته در ایالت‌های آمریکا نشان می‌دهد که از هر سه معیار جبران خسارت استفاده می‌شود. از این رو، ایالات متحده، رویکردی آزادانه را نسبت به جبران خسارت فرصت از دست رفته است.

مطالعه تطبیقی موضوع مورد پژوهش و توجه به مبانی، معیارها و رویکردها و به طور کلی سیر تحول فرصت از دست رفته در نظام‌های حقوقی گوناگون و بررسی و تحلیل آن با نظام حقوقی ایران، گویای آن است که در ادبیات حقوقی، رویه محاکم قضایی و نیز، نهاد قانونگذاری ایران، به نقش و جایگاه نهاد جبران خسارت فرصت از دست رفته به ویژه در حوزه معالجات پزشکی توجه مناسب و شایان ذکری نشده است و گویی تافته‌ای از نظام حاکم بر مسؤولیت 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 از دست رفته، پیرامون، دعوای ناشی از خطای پزشکی به ویژه در مورد عدم تشخیص به موقع و صحیح فرآیند معالجات پزشکی است.

مفهوم فرصت از دست رفته به این معناست که فرصت، بخت یا شانسی ارزشمند وجود داشته که به واسطه فعل زیانبار خوانده منتج به ورود ضرر یا از بین رفتن منفعتی گردیده 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 از دست رفته 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 از دست رفته‌ای، 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 پذیرفته شده در نظام‌های حقوقی دنیا، رویکرد تناسبی است که پزشک فقط برای تفویض واقعی فرصت مسؤول شناخته می‌شود. با این وجود، برخی انتقاد نموده‌اند که این رویکرد ناعادلانه است. رویکرد احتمال اساسی نیز، به رویکرد تناسبی شبیه است و خواهان باید نشان دهد که بی‌احتیاطی خوانده موجب آسیب به وی شده است. برخی محاکم با تفکیک

1. Restatement of Torts
2. Hlks

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.

در این خصوص، با توجه رویه قضایی محاکم ما که کلیه پرونده های پزشکی به کمیسیون های 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 می‌نمایند. در صورتی که واگذاری صرف تفسیر تشخیص ضرر به پزشک و سایر موارد حقوقی با توجه به مفهائیم حقوقی مرتبط با آن، به اعضای کمیسیون پزشکی با معلومات پزشکی صحیح نیست. از طرفی، در نظریه کمیسیون پزشکی، به جهت فرصت از دست رفته در معالجه، دیه تعیین می‌گردد. حال آنکه به دلیل از دست رفتن فرصت معالجه و درمان بیمار، باید حکم به پرداخت خسارات ناشی از فرصت از دست رفته داده شود.

از این رو، پیشنهاد می‌گردد، قضات در رسیدگی به این دعاوی، به نحو تخصصی با الهام از مبانی حقوقی رسیدگی و عمل نمایند. 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 زیان دیده را جبران نمود.

منابع

۱. اسماعیلی هریسی، ابراهیم (۱۳۹۶). *مبانی حقوق بیماران*، چاپ چهاردهم، تهران: جنگل.
۲. أرباب، یوسف ذکریا عیسی (۲۰۱۱). *التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة (دراسة مقارنة)*، الخرطوم: غیر منشوره.
۳. إعبیه، خلیل سعید خلیل (۲۰۰۵). *التعويض عن تفويت الفرصة فی القانون المدنی الأردنی، دراسة مقارنة*، عمان: جامعة آل البیت.
۴. الجبوری، یاسین محمد (۲۰۰۸). *الوجیز فی شرح القانون المدنی الأردنی، مصادر الإلتزامات*، الطبعة الأولى، عمان: دارالثقافة للنشر و التوزیع.
۵. الدسوقی أبو اللیل، ابراهیم (۱۹۸۶). *تعويض تفويت الفرصة، القسم الأول، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة العاشرة*، ۱۸۲-۱۴۵.
۶. السرحان، عدنان ابراهیم و خاطر، نوری حمد (۲۰۰۹). *شرح القانون المدنی مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات)*، الطبعة الأولى، عمان: دارالثقافة للنشر و التوزیع.
۷. زنجانی، عمید (۱۳۸۹). *موجبات ضمان، درآمدی بر مسؤولیت مدنی و اسباب و آثار آن در فقه اسلامی*، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
۸. صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب الله (۱۳۹۸). *مسؤولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، چاپ دوازدهم، تهران: انتشارات سمت.
۹. صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب الله (۱۳۹۹). *مسؤولیت مدنی تطبیقی*، چاپ دوم، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵). *الزامهای خارج از قرارداد*، چاپ پنجم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۱. کاظمی، محمود (۱۳۸۰). *نظریه از دست دادن فرصت در مسؤولیت مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۳، ۲۲۸-۱۸۵*.
۱۲. محمدی، ابوالحسن (۱۳۹۴). *قواعد فقه*، چاپ چهاردهم، تهران: نشر میزان.

References

1. 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)*
2. Alice, F. (2012). *The Theory of Loss of Chance: Between Reticence and Acceptance, FIU L. Rev. 8.*

3. 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, first edition. (in Arabic)
4. 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, First Edition, Amman, Jordan. (in Arabic)
5. André, L (1976). *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*.
6. Arbab, Y. Z. I. (2011). *Compensation due to Loss of Chance (A Comparative Study)*, Khartoum, Unpublished. (in Arabic)
7. *Bromme v. P.* (1992). 5 Cal. App. 4th 1487, 7 Cal. Rptr. 2d 608.
8. 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)
9. *Harvey v. Silber.*, (1942). 2 N.W.2d 483, 300 Mich. 510.
10. *Hicks v. United States.*, (1966) 368 F.2d 626.
11. *James, v. United States.*, (1961). 366 U.S. 213, 81 S. Ct. 1052, 6 L. Ed. 2d 246.
12. John, M. C. (2015). *Loss of Chance Doctrine in Medical Malpractice Cases*, NYSBA Journal.
13. Joseph, H. K. (1981). *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, The Yale Law Journal, 90(6).
14. *Kallenberg v. Beth Israel Hosp.*, (App. Div. 1974). 45 A.D.2d 177, 357 N.Y.S.2d 508, 37 N.Y.2d 719.
15. Katouzian, N. (2016). *Non-Contractual Obligations*, fifth edition, Tehran University Press. (in Persian)
16. 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)
17. *Matsuyama v. Birnbaum.*, (2008). 452 Mass. 1, 890 N.E.2d 819.
18. Michael, J. F. (1990). *The Loss of Chance Doctrine in Medical Malpractice*, 33 A.F. L. Rev. 97.
19. Mohammadi, A. (2015). *Rules of Jurisprudence*, 14th edition, Tehran, Mizan Publishing House. (in Persian)
20. *Mortensen v. Mem'l Hosp.*, (1984). 105 A.D.2d 151, 483 N.Y.S.2d 264.
21. *Perez v. Las Vegas Medical Center.*, (1991). 805 P.2d 589, 107 Nev. 1.
22. Safai, H. & Rahimi, H. (2018). *Civil Responsibility (obligations outside the contract)*, 12th edition, Tehran, Samit Publications. (in Persian)
23. Safai, H. & Rahimi, H. (2019). *Comparative Civil Responsibility*, second edition, Shahr Danesh Institute of Legal Studies and Research Publications. (in Persian)
24. *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.
25. Walter, S. (1992). *Causation in Medico-Legal Practice: A Doctor's Approach to the 'Lost Opportunity' Cases*, the Modern Law Review, 55.
26. 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)
27. 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.