

«بهبینه یابی در کارکرد قاعده مسئولیت مبتنی بر تقصیر با تأکید بر مسئولیت مدنی پزشک»

منصور امینی*

سید علیرضا شکوهیان**

تاریخ پذیرش: ۹۵/۸/۱۸

تاریخ دریافت: ۹۵/۲/۲۱

چکیده

قاعده «مسئولیت مبتنی بر تقصیر» در بیشتر کشورها به عنوان قاعده عمومی در حوزه پزشکی پذیرفته شده است. در این قاعده، هرگاه ثابت شود که تقصیر پزشک موجب ورود زیان به بیمار شده است، او مسئول جبران زیان‌های وارده خواهد بود. برای شناسایی تقصیر، معیارهای مختلفی ارائه شده‌اند که می‌توان به معیارهای عمومی «انسان معقول»، «پدر خوب خانواده» و «انسان معمولی» و یا معیارهای خاص حقوق پزشکی همانند «بولم» و «بولیتو» اشاره کرد. هرچند این معیارها در گذر زمان ارتقا یافته و شناسایی تقصیر را آسان‌تر کرده‌اند، اما کماکان تا حدی مبهم و غیرقطعی‌اند. از همین رو، پزشکان و بیماران نمی‌توانند ارزیابی دقیقی از وضعیت خود داشته باشند و بدانند که چه زمانی یک پزشک مسئول شناخته خواهد شد و یا چه زمانی از مسئولیت رها می‌شود. بنابراین، معیار دقیقی تحت عنوان «لیرند هند» ارائه شده است که سعی در رفع این ابهام دارد. بر اساس این معیار، هرگاه هزینه انجام اقدامات مراقبتی برای پزشک کمتر از زیان‌های احتمالی در آینده باشد، او باید مراقبت‌های لازم را انجام دهد و در غیر این صورت، مسئول شناخته خواهد شد. با استفاده از این معیار، هم اشتباهات قضایی کمتر می‌شود و هم قابلیت پیش‌بینی پزشکان و بیماران تضمین می‌گردد. علاوه بر این، برای

* دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

aminimansour@yahoo.fr

** کارشناس ارشد حقوق اقتصادی و دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

shokuhyan_sbu@yahoo.com

کارکرد بهتر قاعده مسئولیت مبتنی بر تقصیر در حقوق پزشکی، باید به الزامات مربوط به شرایط احتیاط‌های «یک‌جانبه»، «دوجانبه» و «جایگزین» توجه کرده و اقسام دیگر قواعد تقصیر، همانند «تقصیر مشارکتی» و «تقصیر نسبی» را نیز در نظر داشت.

کلید واژگان

مسئولیت مبتنی بر تقصیر، قاعده بولم، قاعده بولیتو، قاعده لیرند هند.

مقدمه

قاعده «مسئولیت مبتنی بر تقصیر»، قاعده‌ای است که به‌عنوان قاعده عمومی در حوزه حقوق پزشکی به‌کار گرفته می‌شود و به‌کارگیری قواعدی همچون «عدم مسئولیت» و «مسئولیت محض»، جنبه استثنائی دارند.^۱ اصولاً تحلیل اقتصادی حقوق نیز عمومی بودن قاعده فوق را تأیید می‌کند و نشان می‌دهد که بهتر است در حالت عادی از این قاعده استفاده کرد.^۲ عدم مسئولیت، سطح احتیاطی پزشک را به حداقل می‌رساند؛^۳ زیرا، هزینه‌های احتیاطی پزشک، فقط به نفع بیمار خواهد بود.^۴ مسئولیت محض نیز سطح فعالیت پزشک را به حداقل می‌رساند؛ زیرا، هزینه احتیاطی پزشکان بسیار بالا رفته و آنها مجبور می‌شوند تا طبابت را رها کنند^۵ و یا تنها به درمان بیماری‌هایی که درمان آنها ساده است بپردازند.^۶

با پذیرش قاعده مسئولیت مبتنی بر تقصیر، مهم‌ترین بحثی که مطرح می‌شود، مفهوم «تقصیر» و ارائه معیاری برای تشخیص آن است. به لحاظ اقتصادی، معیاری که برای شناسایی تقصیر ارائه می‌شود، باید ویژگی‌هایی داشته باشد. مهم‌ترین ویژگی‌های این معیار، «قطعیت»^۷ و

۱. برخی حقوق‌دانان عمومیت این قاعده را به دلیل ملاحظات اخلاقی دانسته‌اند؛ اینکه «مسئولیت مدنی، چهره خاصی از مسئولیت اخلاقی است و از این‌رو، بدون تقصیر قابل قبول نیست». (صفایی، حسین و رحیمی، حبیب‌الله؛ **مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)**، تهران، انتشارات سمت، چ اول، زمستان ۱۳۸۹، ص ۶۷.

۲. برای بررسی اقتصادی ناکارآمدی‌های ناشی از قواعد «مسئولیت محض» و «عدم مسئولیت»، نگاه کنید به: کوتر، رابرت و یولن، تامس؛ **حقوق و اقتصاد**، ترجمه یدالله دادگر و حامده اخوان هزاوه، تهران، انتشارات نور علم، چ هفتم، ۱۳۹۱، ص ۴۳۶-۴۳۱.

۳. Cane, Peter, *Atyah's Accident, Law and Compensation*, Cambridge: Cambridge University Press, 7th Edition, ۲۰۰۶, pp. ۴۲۴-۴۲۵.

۴. Arlen, Jennifer, *Economic Analysis of Medical Malpractice Liability and Its Reform*, Research Handbook on the Economics of Tort, Edward Elgar Publication, ۲۰۱۳, pp. ۳۷, ۴۳.

۵. همان نتیجه‌ای که از سوی برخی فقها با عنوان «انسداد باب طبابت» مورد اشاره قرار گرفت.

۶. Priest, George L., «The Modern Expansion of Tort Liability: Its Sources, Its Effects and Its Reforms», *Journal of Economic Perspective*, ۱۹۹۱, Vol.۵, No.۳, pp. ۳۱-۵۰.

البته گاهی اوقات نیز پزشکان به فعالیت خود ادامه داده و راهکارهای جدیدی را برای مقابله با خطرات احتمالی کشف می‌کنند. Abraham, Kenneth S., «Strict Liability In Negligence», *DePaul Law Review*, ۲۰۱۲, Vol.۶۱, No.۲۷۱, p. ۲۸۰.

۷. Certainty.

«قابلیت پیش‌بینی»^۱ است که به پزشکان و بیماران اجازه می‌دهد تا پیش‌بینی کنند که چه زمانی پزشک مقصر شناخته خواهد شد و چه زمانی از مسئولیت معاف می‌گردد. علاوه بر این، ارائه معیار دقیقی برای اثبات تقصیر، اشتباهات قضایی را نیز کمتر نموده و در پی آن، هزینه‌های اجرایی کاهش می‌یابند.

در نظام حقوقی ایران نیز با توجه به تبصره ۱ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲^۲، «مسئولیت مبتنی بر تقصیر» مورد پذیرش قرار گرفته است؛ اما کماکان معیار دقیقی برای تعریف تقصیر ارائه نشده است و صرفاً به «مطابقت عمل او با مقررات پزشکی و موازین فنی» اشاره شده است. همین عدم اطمینان موجب شده است که پزشکان و بیماران نتوانند تصویر روشنی از تصمیم دادگاه در پرونده‌های پزشکی داشته باشند. پس، وقتی که معیارهای تقصیر دقیق نباشند، پزشکان نیز می‌توانند انتظار داشته باشند که قاضی در اثبات تقصیر اشتباه کرده و پزشک مقصر را مسئول شناسد. این وضعیت در صورتی که پزشکان خوش‌بین^۳ و بیماران بدبین^۴ (و یا پزشکان ریسک‌پذیر^۵ و بیماران ریسک‌گریز^۶) باشند^۷، تشدید می‌شود و هزینه‌های اجتماعی بسیار بالایی را به جامعه تحمیل می‌نماید.

بنا بر مطالب فوق، برای بهبود کارکرد نظام مسئولیت مدنی و جهت کاهش هزینه‌های اجتماعی، لازم است تا هرگونه ابهام در تعاریف و مفاهیم حقوقی رفع شده و متعاقب آن، رفتارهای کنشگران در حوزه پزشکی، سامان داده شود. از این‌رو، مقاله حاضر نیز در پی ارائه چنین راهکارهایی است و از این منظر، مفهوم تقصیر را مورد نقد قرار داده و راهکارهای اصلاح آن را

۱. Foreseeability.

۲. ماده ۴۹۵ ق.م.ا: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا اینکه قبل از معالجه براءت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه أخذ براءت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او معتبر نباشد و یا تحصیل براءت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، براءت از ولی مریض تحصیل می‌شود.

تبصره ۱- در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل، برای وی ضمان وجود ندارد هرچند براءت أخذ نکرده باشد. ...»

۳. Optimistic.

۴. Pessimistic.

۵. Risk-Preferred.

۶. Risk-Avert .

۷. برای مطالعه بیشتر در خصوص مفاهیم «ریسک‌گریز»، «ریسک‌خشی» و «ریسک‌پذیر»، نگاه کنید به: شاکری، عباس؛

اقتصاد خرد ۲: نظریه‌ها و کاربردها، تهران، نشر نی، ج اول، ۱۳۸۵، صص ۴۳۳-۴۲۸.

بیان خواهد کرد. همچنین، به‌کارگیری قاعده تقصیر در شرایط احتیاط‌های «یک‌جانبه»، «دوجانبه» و «جایگزین» نیز مورد بررسی قرار گرفته و به اقسام دیگر قاعده تقصیر، یعنی «تقصیر مشارکتی» و «تقصیر نسبی» نیز اشاره خواهد شد.

گفتار اول: ارزیابی معیارهای سنتی در شناسایی «تقصیر»

برای شناسایی عنصر «تقصیر»، معیارهایی معرفی شده‌اند که علی‌رغم گذشت سالیان متمادی از به‌کارگیری آنها، کماکان از جمله قواعد معتبر شناخته شده و مورد استناد قضات قرار می‌گیرند. البته در کنار این معیارهای عمومی، برخی معیارها نیز وجود دارند که در حقوق پزشکی خود را مطرح کرده و اختصاص به این حوزه دارند. این معیارها در قالب دو بند ذیل بررسی شده و سعی خواهد شد تا میزان کارایی آنها به لحاظ اقتصادی تحلیل شود.

بند اول: ارزیابی معیارهای عمومی تقصیر

بر اساس نظریه «تقصیر»، مبنای مسئولیت مدنی تقصیر است و طرف‌داران این نظریه بر این باور هستند که در صورت ارتکاب خطا، شخص خاطی، مسئول جبران خسارات وارده است. به عبارت دیگر، تنها دلیلی که می‌تواند مسئولیت کسی را نسبت به جبران خسارتی توجیه نماید، وجود رابطه علیت میان تقصیر او و ضرر وارده به دیگری است. البته اثبات ورود زیان نیز با مدعی خواهد بود که قول او خلاف اصل عدم ورود زیان می‌باشد و این شخص زیان‌دیده است که باید یک بار خلاف اصل عدم ورود زیان و بار دیگر خلاف اصل عدم زیاده دلیل آورد و در نتیجه اصل ورود زیان و میزان حقیقی آن را ثابت نماید.

اینکه چه زمانی باید پزشک را مقصر شناخت، سؤالی اساسی است که کارکرد نظام مسئولیت مبتنی بر تقصیر نیز به آن وابسته است. نظری که در بررسی تعهدات قراردادی و غیرقراردادی پزشک بسیار مشهور است، «تعهد به وسیله» از جانب او است. اگر پزشک در انتخاب روش و وسیله، عرف پزشکی و اصول و موازین حرفه‌ای به‌درستی عمل کرده و احتیاط‌های لازم را صورت داده باشد، نمی‌توان او را مسئول شناخت و در غیر این صورت، مسئول زیان‌های وارده خواهد بود. همین نظر در رأی مورخ ۸ دسامبر ۱۹۸۷ دیوان عالی کشور فرانسه آمده است که تصریح می‌دارد: «تعهد پزشک، تعهد به وسیله است که در صورت قصور در اعمال این تعهد،

مسئولیت خواهد داشت. به‌عنوان مثال، عدم رعایت عرف پزشکی در تجویز دارو به بیمار، تقصیر سنگینی است که مسئولیت پزشک را به‌دنبال دارد.^۱ لذا باید توجه شود که مفهوم تقصیر در حوزه پزشکی دامنه‌ای وسیع دارد و می‌تواند شامل عدم اطلاع‌رسانی در خصوص خطرات احتمالی، معاینه نادرست، مراقبت اشتباه، عدم مشاوره صحیح، عدم دانش کافی و نقض حریم خصوصی و اطلاعات محرمانه بیمار و ... شود.^۲

بحث مهم دیگری که با تقصیر ارتباط می‌یابد، لزوم یا عدم لزوم انجام اقدامات درمانی از سوی پزشک است. سؤالاتی از قبیل اینکه اگر پزشکی از درمان بیماری امتناع کند، باید او را مقصر شناخت یا خیر؟ اگر خطری پزشک را تهدید کند، او می‌تواند از معالجه بیمار دست بکشد یا خیر؟ چنین سؤالاتی در نظام‌های حقوقی و بعضاً دینی مختلف، با پاسخ‌های متعدد و متشکلی مواجه شده‌اند. برخی گفته‌اند که حرفه پزشکی، حرفه‌ای آزاد است و حتی اگر پزشک دیگری برای معالجه بیمار در دسترس نباشد، او می‌تواند از معالجه بیمار خودداری کند.^۳ از سوی دیگر، دیدگاهی در آیین یهود پذیرفته شده است که پزشکان تکلیف بی‌قید و شرطی مبنی بر معالجه بیماران دارند و حتی اگر خطری آنان را تهدید نماید، نمی‌توانند این تکلیف را نادیده گیرند.^۴ لذا از این نظر، میان نظام‌های حقوقی مختلف که بعضاً مبتنی بر اندیشه‌های دینی متفاوتی نیز هستند، نظری ثابت در این خصوص وجود ندارد.

یکی دیگر از دشواری‌های بحث مسئولیت مدنی پزشک، نحوه تعیین استانداردهای مراقبتی است؛ زیرا، عمل خلاف این استانداردها را می‌توان تقصیر به حساب آورد. از این‌رو، هر کشوری جهت هماهنگ‌سازی نظام قضایی خود و ایجاد وحدت رویه در این زمینه، به‌دنبال ارائه معیاری جهت شناخت سطح استاندارد مراقبت بوده است. عموماً، یک رفتار به‌عنوان رفتار متعارف شناخته می‌شود و فردی که اعمال خود را بر اساس این استانداردها سامان می‌دهد به‌عنوان انسان

۱. عباسی، محمود؛ **مسئولیت پزشکی**، تهران، انتشارات حقوقی، چ دوم، ۱۳۸۹، ص ۶۳.

۲. Breen, Kerry J. and others, *Good Medical Practice: Professionalism, Ethics and Law*, New York: Cambridge University Press, 1st Edition, ۲۰۱۰, p. ۱۰۵.

۳. قاسم‌زاده، مرتضی؛ «**مسئولیت مدنی شخص خوددار (تقصیر از نوع فعل سلبی یا ترک فعل)**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، زمستان ۱۳۷۶، ش ۸، ص ۵۷.

۴. تقی‌زاده، ابراهیم و عباسی، محمود و علیپور، سحر؛ «**مسئولیت مدنی پزشک در قبال بیماران اورژانسی (با مطالعه تطبیقی حقوق ایران و انگلیس)**»، فصلنامه حقوق پزشکی، تابستان ۱۳۹۴، سال نهم، ش سی و سوم، ص ۲۶.

متعارف شناخته می‌شود. این انسان الگو که فرضی حقوقی^۱ است، در کامن لا «انسان معقول»^۲، در حقوق فرانسه «پدر خوب خانواده»^۳، در حقوق آلمان «انسان معمولی»، در حقوق کشورهای عربی «الأب الصالح» یا «الرجل العاقل» و یا «الرجل العادی» و در حقوق ایران، «فاعل رفتار متعارف» شناخته می‌شود.^۴ این معیارها ضابطه دقیقی نداشته و تا حد زیادی به نظر و سلیقه قضات بستگی دارند. بنابراین، پزشکان نمی‌دانند که چه زمانی مقصر شناخته خواهند شد و به همین دلیل، نظام حقوقی نمی‌تواند انگیزه‌های لازم برای کاهش هزینه‌های اجتماعی را به وجود آورد^۵؛ در نتیجه، از نظر اقتصادی نیز کارکرد مطلوبی نخواهد داشت.

بند دوم: ارزیابی معیارهای تقصیر در حقوق پزشکی

در کنار معیارهای عمومی فوق، معیارها و استانداردهایی نیز وجود دارند که اختصاصاً در حوزه پزشکی به کار گرفته می‌شوند. به عنوان مثال، به طور سنتی در سیستم انگلیسی-آمریکایی، از معیار «پزشک منطقی» استفاده می‌شود؛ یعنی یک پزشک باید به گونه‌ای عمل کند که از یک پزشک معقول و متعارف در شرایط مشابه انتظار می‌رود.^۶ بنابراین، محاکم قضایی برای تشخیص تقصیر پزشک، باید به این مسئله توجه کنند که آیا پزشک در انجام وظیفه‌اش به اندازه‌ای که از یک پزشک معقول و متعارف انتظار می‌رود عمل کرده است یا خیر.^۷

کشور انگلستان معیار «بولم» را که برگرفته از نام خواهان یکی از دعاوی بوده، برگزید؛^۸ قاضی این پرونده، در جریان اظهارات خود، از عبارتی استفاده کرد که به «معیار بولم» مشهور شد. نظر

۱. Fiction.

۲. Reasonable Man / Reasonable Person.

۳. Le bon pere de famille / Bonus paterfamilias.

۴. بادی، حسن؛ «نگرشی انتقادی به معیار «انسان معقول و متعارف» برای تشخیص تقصیر در مسئولیت مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، بهار ۱۳۸۹، دوره چهارم، ش ۱، صص ۷۴ و ۷۵.

۵. Landes, William M and Posner, Richard A, The Economic Structure of Tort Law, United State: Harvard University Press, ۱۹۸۷., p. ۶.

۶. اسکيج، دی.جی؛ حقوق، اخلاق و پزشکی، ترجمه محمود عباسی و بهرام مشایخی، تهران، انتشارات حقوقی، چ سوم، ۱۳۸۸، ص ۱۱۹.

۷. بینت، بلیندا؛ حقوق و پزشکی، ترجمه محمود عباسی، تهران، انتشارات حقوقی، ۱۳۷۷، ص ۷۱.

۸. معیار بولم، برگرفته از دعوی این شخص علیه کمیته مدیریت بیمارستان فریرن است که در سال ۱۹۵۷ طرح شد. این دعوا علیه پزشکی اقامه شده بود که بدون تسکین بیمار با آرام‌بخش، از شوک الکتریکی استفاده کرده بود. لذا بیمار متحمل

قاضی بر این بود که «وقتی یک پزشک، کاملاً همانند یک پزشک مسئول و ماهر در آن حوزه خاص عمل کند، مقصر شناخته نخواهد شد».^۱ اما با گذشت زمان و مواجه شدن با ناکارآمدی‌های عدیده^۲ در حوزه مسئولیت پزشکی، در معیار خود تجدیدنظر کرده و شاخصه «بولیتو»^۳ را پذیرفت.^۴ این معیار نشان می‌داد که علاوه بر نقض وظیفه از سوی پزشک، باید وجود رابطه سببیت نیز به اثبات رسد و تأکید ویژه‌ای بر رابطه سببیت داشت.^۵

همان‌طور که ملاحظه شد، تعیین سطح بهینه و متناسب اقدامات پزشکی، با دشواری‌های عدیده‌ای روبه‌رو است؛ اما این دشواری‌ها، در برخی مواقع از این نیز پیچیده‌تر می‌شوند. لذا در برخی پرونده‌ها، قضات نیز نظرات جالبی را ارائه داده‌اند. به‌عنوان مثال، آیا در مواقع اضطراری هم باید همان الزامات و تکالیف را بر پزشک بار کرد، یا اینکه با توجه به وضعیت بیمار، حتی اگر پزشک، مراقبت‌های پزشکی کمتری را نیز انجام دهد، از مسئولیت معاف خواهد شد؟ در همین راستا و برای اینکه نحوه تعیین سطح مراقبت‌های بهینه در مواقع اضطراری روشن شود، می‌توان به استدلال قاضی پرونده‌ای^۶ که در حقوق کانادا مطرح شده بود اشاره کرد. «هرگاه شخصی با توجه به شرایط اضطراری، مجبور شود که چند کار را به‌صورت هم‌زمان انجام دهد، اگر نتواند

شکستگی لگن شد. در نهایت، علی‌رغم اینکه ادعای این فرد از سوی دادگاه پذیرفته نشد، اما قاضی مطالبی را بیان کرد که در حال حاضر، با عنوان «معیار بولم» شناخته می‌شود.

See More: Bolam v. Friern Hospital Management Committee (۱۹۵۷) WLR ۵۸۲.

۱. عقیده شافعی و مالکی نیز آن است که حکم این قضیه را اهل آگاهی و نظر سایر پزشکان تعیین خواهد کرد. برای مطالعه بیشتر، نگاه کنید به: آل شیخ مبارک، قیس؛ **حقوق و مسئولیت پزشکی در آیین اسلام**، ترجمه محمود عباسی، تهران، انتشارات حقوقی، چ دوم، بهار ۱۳۸۹، صص ۱۲۲-۱۲۰.

۲. به‌عنوان مثال، یکی از ناکارآمدی‌های معیار بولم آن بوده است که هر پزشک برای رهایی از مسئولیت، گروهی از پزشکان متخصص را پیدا می‌کرد که در آن موقعیت، با بیماران خود به همان‌گونه برخورد می‌کردند و همان اقدامات مراقبتی را به‌کار می‌بردند؛ لذا عملکرد مشابه پزشکان دیگر در آن موقعیت را به‌عنوان دفاع به دادگاه ارائه می‌داد.

۳. Bolitho v City & Hackney Health Authority [۱۹۹۸] AC ۲۳۲.

۴. البته در بسیاری از موارد، معیارهای دوگانه مذکور به‌صورت هم‌زمان به‌کار می‌روند که تحت عنوان معیار «بولم-بولیتو» از آن یاد می‌شود.

۵. Corfield, Lorraine; Granne, Ingrid; Latimer-Sayer, William and Wilkinson, Ruth, ABC of Medical Law, UK: John Wiley and Sons Ltd Publication, ۲۰۰۹, p. ۲۸.

۶. Wilsher v Essex AHA [۱۹۸۶] ۳ All ER ۸۰۱, CA; [۱۹۸۸] ۲ WLR ۵۵۷, HL.

یکی از آن کارها را به‌دقت و به‌طور کامل انجام دهد، باید با مسامحه با او برخورد شود و مسئولیت او کمتر از وضعیت عادی باشد»^۱.

با عنایت به مطالب فوق، ملاحظه شد که معیارهای متعددی برای معرفی تقصیر ارائه شده‌اند، اما هریک از این معیارها، درجه‌ای از عدم اطمینان را برای پزشکان و بیماران به وجود خواهند آورد. بنابراین، نه برای پزشکان تصویر روشنی از تقصیر ترسیم شده است تا رفتارهای خود را بر اساس آن تنظیم کنند و نه برای بیماران این امکان وجود دارد که احتمال موفقیت خود در دعوا را پیش‌بینی کرده و بر آن مبنا وارد فرایند دادرسی شوند. لذا لازم است تا این عدم اطمینان رفع شده و معیار دقیق‌تری در این خصوص ارائه شود. بدیهی است که ملاحظات اقتصادی و تحلیل‌های مربوط به آن، می‌توانند در ارائه تعریفی شفاف‌تر و با قابلیت پیش‌بینی بیشتر، مؤثر واقع شوند.

گفتار دوم: راهکارهای بهینه در شناسایی تقصیر

با توجه به ناکارآمدی‌های مذکور و ابهامی که در معیارهای شناسایی تقصیر وجود داشت، قضات راهکارهایی را برای حل مسئله و بهینه‌یابی پیشنهاد دادند. آنها راهکارهای خود را به دو شکل ارائه دادند: یا در تصمیمات خود و در جریان رسیدگی به پرونده، از معیارهای اقتصادی استفاده کردند و یا اینکه اساساً نظر خود را به‌صورت یک قاعده در نظام حقوقی مطرح ساختند. این راهکارها در مباحث ذیل تفصیلاً مورد اشاره قرار خواهند گرفت.

بند اول: بهینه‌یابی در تصمیمات قضایی

همان‌طور که ملاحظه شد، در هریک از نظام‌های حقوقی، نظریات متعددی وجود دارند که به تعریف تقصیر می‌پردازند؛ اما در بیشتر این تعاریف نوعی ابهام وجود دارد. تعاریفی مثل «رفتاری که احتمال بروز خطر شدید غیرمنطقی در آن وجود دارد» یا «رفتاری که مطابق استانداردهای تعریف‌شده برای پیشگیری از ورود زیان‌های شدید و غیرمنطقی به دیگران نیست»، تعاریف

۱. Maclean, Alasdair, Briefcase On Medical Law, ۱st Edition, United Kingdom: Cavendish Publishing, ۲۰۰۱, p. ۲۰۴.

جالبی هستند؛ اما در نظر گرفتن مفهوم «رفتار غیرمنطقی» برای تشخیص «تقصیر» چندان عبارت کارآمدی نیست و تعیین اینکه عبارت «غیرمنطقی» به چه معنا است، معیار مشخصی ندارد. همان‌طور که اشاره شد، باید ملاکی را برای تعیین سطح مراقبت‌های بهینه در نظر گرفت. با شناخت این معیار، هرگونه کوتاهی از سوی کادر درمانی، مصداق «تقصیر» خواهد بود و موجب مسئولیت فرد مقصر می‌گردد. زمانی که حقوق مسئولیت مدنی، استانداردهای الزام‌آوری را در خصوص سطح مراقبت و حدود اقدامات احتیاطی در نظر می‌گیرد، این امر اثر مستقیمی بر رفتار زیان‌زندگان بالقوه خواهد داشت. همچنین، اشاره شد که هر نظام حقوقی در جهت شناسایی این معیار از دکتترین حقوقی و اختصاصات مربوط به خود بهره می‌گیرد؛ اما آنچه در این عنوان لازم به ذکر است، این است که در برخی از پرونده‌های حقوقی، از نقطه نظر اقتصادی و با رویکرد بررسی هزینه‌ها، به این مسئله توجه شده است. یکی از این پرونده‌ها در کشور سوئیس مطرح شده است که در آن، دادگاه رأی خود را با ابعاد اقتصادی توجیه کرده است.

در این پرونده که به نام «پنجره برن-پرونده سقوط» معروف شد، رأی دیوان عالی سوئیس تعجب عموم را برانگیخت. در بیمارستان دانشگاه برن، در پی جراحی قلب یک بیمار، او دچار نوعی توهم و جنون شد. به همین خاطر، چون احتمال این وجود داشت که بیمار دیوانه و متوهم خود را از پنجره به بیرون اندازد، جهت رعایت احتیاط، پنجره‌های اتاق او را قفل کردند. با این حال، اتفاقی نادر رخ داد و بیمار به اتاق کناری رفته و خود را از بالکن اتاق مجاور به بیرون پرت کرد. در پی مرگ این بیمار، بستگان او به دلیل نقض وظیفه مراقبت پزشکی، علیه بیمارستان طرح دعوا کردند.

حال، دیوان عالی سوئیس، باید تشخیص می‌داد که با توجه به وجود وظیفه مراقبت پزشکی، چه اقدامی در این خصوص منطقی بوده است. در بادی امر، دادگاه در نظر گرفت که اگر در طول شب، نگهبانی برای اتاق این بیمار در نظر گرفته می‌شد، چنین حادثه مرگ‌باری برای بیمار رخ نمی‌داد. با این حال، این نکته را هم در نظر داشت که تنها وقتی مأمور کردن یک نگهبان شب برای بیمار ضروری بود که این اقدام به لحاظ مالی برای بیمارستان موجه بوده و یا به عبارت دیگر، «مقرون به صرفه»^۱ بود. پس، برای اینکه دادگاه بتواند تعیین کند که آیا اقدام بیمارستان

۱. Cost-Effective.

منطقی بوده یا خیر، چنین تحلیل کرد: «مأمور کردن یک نگهبان شب به ازای هر ساعت نگهبانی، حداکثر ۳۰ فرانک سوئیس برای بیمارستان هزینه داشت. از سوی دیگر، بر اساس تجارب قبلی، دوره توهم بیمار، تقریباً یک هفته به طول می‌انجامید. پس اگر این نگهبان ۸ ساعت از شب را نگهبانی می‌داد و این کار به مدت یک هفته تکرار می‌شد، هزینه کل به خدمت گرفتن نگهبان برای بیمارستان معادل ۱۶۸۰ فرانک می‌شد. بنابراین، در نهایت، دیوان عالی سوئیس چنین نظر داد که این هزینه (با توجه به هزینه زیادی که بیمار جهت عمل جراحی پرداخت نموده)، منطقی بوده است. به همین جهت، بیمارستان به دلیل نقض وظیفه مراقبتی خود، مسئول شناخته شد.^۱

ملاحظه پرونده فوق، از چند جهت حائز اهمیت است: نخست اینکه دادگاه معیاری ارائه داده است که با آن می‌توان تعریف نسبتاً ملموسی از تقصیر ارائه داد و ملاک نوعی تقصیر را به معیار شخصی بدل نمود. لذا این نکته از یک سو و تعیین حدود تقصیر با استفاده از معیار اقتصادی «هزینه و فایده» از سوی دیگر، این حکم را به حکمی نوین و قابل توجه بدل نموده است. اما از نقطه نظر اقتصادی نیز می‌توان به استدلال دیوان توجه نمود و البته آن را نقد کرد.

آنچه در این خصوص لازم است تا مورد توجه قرار گیرد، آن است که دیوان در استدلال خود، به «هزینه کل»^۲ توجه داشته و از «هزینه نهایی»^۳ پیشگیری از ورود زیان غافل بوده است. درست است که اگر بیمارستان ۱۶۸۰ فرانک هزینه می‌کرد، حادثه‌ای رخ نمی‌داد، اما باید به این نکته هم توجه کرد که چنین حادثه‌ای بسیار نادر و غیرمعمول بوده است؛ یعنی احتمال اینکه یک بیمار دچار جنون و توهم، خود را از پنجره اتاق مجاور به بیرون اندازد، یک در میلیون است. پس اگر بیمارستان بخواهد از ورود چنین حادثه‌ای جلوگیری کند، باید برای یک میلیون بیمار به این میزان هزینه کند، تا بتواند جان یک نفر را نجات دهد. بنابراین، نجات جان یک بیمار، قریب به

۱. Mathis, Klaus, *Economic Analysis of Law in Europe, Foundations and Applications*, Springer publication, ۲۰۱۴, Vol. ۱. pp. ۱۷۸, ۱۷۹.

۲. Total Cost.

۳. Marginal Cost.

۱,۷ میلیارد فرانک هزینه خواهد داشت و اگر از این زاویه به پرونده توجه می‌شد، بیمارستان منطقی عمل کرده و نقض وظیفه‌ای وجود نداشت.^۱

ملاحظه می‌شود که در هر کدام از پرونده‌های فوق، با توجه به مشرب فکری قاضی، میزان بهره‌گیری او از نظریات اقتصادی و در نهایت، میزان تسلط او بر این نظریات، نوع تصمیم‌گیری در خصوص مسئولیت یا عدم مسئولیت پزشک، متفاوت بوده است. لذا ممکن است تا در پرونده‌ای قاضی حکم به عدم مسئولیت پزشک نماید، در حالی که در پرونده‌ای مشابه و با همان سطح مراقبت‌های پزشکی، حکم به تقصیر پزشک و مسئولیت او نماید. این عدم اطمینان و تردید^۲، قابلیت پیش‌بینی^۳ را از بیماران و پزشکان گرفته و تصمیم‌گیری منطقی آنان را در فعالیت‌های آتی خدشه‌دار می‌نماید. لذا باید معیاری ارائه نمود که بر اساس آن بتوان ناکارآمدی‌های مذکور را کاهش داد.

بند دوم: بهینه‌یابی در دکترین حقوقی

تحلیل اقتصادی سنتی حقوق مسئولیت مدنی، از معیار مشهور «لیرند هند»^۴ به‌عنوان قاعده حقوقی اولیه، جهت تعیین شخص مسئول استفاده می‌کند.^۵ بر اساس این معیار، اشخاص باید منافع اقدامات احتیاطی اضافی را، با خسارات مورد انتظاری که از آن پیشگیری شده است، مقایسه کنند. به عبارت دقیق‌تر، دادگاه بر اساس این معیار، باید وقتی یک شخص را مسئول بداند که انجام اقدامات احتیاطی اضافی برای او، کم هزینه‌تر از خسارات احتمالی پیشگیری شده باشد؛ بنابراین، بر اساس معیار ارائه شده از سوی قاضی «هند»، مفهوم تقصیر را به زبان ریاضی و به صورت $C < PL$ نشان می‌دهند؛ در واقع C نشان‌دهنده هزینه‌های مراقبت و انجام اقدامات

۱. Ibid , pp. ۱۷۹.

۲. Uncertainty.

۳. Foreseeability.

۴. گاهی اوقات، همین معیار را تحت عنوان «معیار BPL» نیز معرفی می‌کنند. در اینجا، B به‌عنوان «تحمیل»-Burden، P به‌عنوان «احتمال» ورود خسارت -Probability و L به‌عنوان مقدار دلاری خسارت -Dollar amount of injury- معرفی شده‌اند.

۵. قاعده Learned Hand برگرفته از نام قاضی یکی از پرونده‌های مشهور در آمریکا می‌باشد. برای مطالعه بیشتر این پرونده، نگاه کنید به:

United States v. Carroll Towing Co., ۱۵۹ F.۲d ۱۶۹ (۲d Cir. ۱۹۴۷).

مراقبتی، P بیانگر احتمال ورود زیان و L نشان‌دهنده میزان ضرر مورد انتظار است. لذا بر این اساس، هرگاه هزینه‌های انجام اقدامات احتیاطی برای زیان‌زننده کمتر از زیان‌های مورد انتظار برآورد می‌شود، مسئول شناخته می‌شود؛ پس، اگر به‌عنوان مثال، ۱۰ درصد احتمال بروز خسارتی معادل یک میلیون تومان برای بیمار وجود داشته باشد و هزینه اقدامات مراقبتی برای پزشک نیز کمتر از ۱۰۰ هزار تومان باشد، این پزشک باید مراقبت‌های لازم را انجام دهد و در غیر این صورت مقصر شناخته خواهد شد. زیرا، در چنین شرایطی، افراد باید به‌دنبال کاهش هزینه‌های اجتماعی باشند و کاری را انجام دهند که کمترین هزینه را به اجتماع وارد کند.^۱

در کنار مسئله فوق، باید توجه شود که در تصمیمات دادگاه‌ها نیز امکان بروز خطا و اشتباه وجود دارد و باید با این فرض نیز به مسئله توجه شود. فرض کنید که خطای دادگاه در محاسبه سطح مراقبت‌ها با e نشان داده شود؛^۲ پس، $x + e$ برابر با سطح مراقبت‌هایی است که دادگاه در نظر می‌گیرد.^۳ بنابراین، اگر \underline{x} سطح مراقبت‌های استاندارد باشد، وقتی $x + e < \underline{x}$ و یا $e < \underline{x} - x$ باشد، دادگاه پزشک را مقصر می‌شناسد. به‌همین ترتیب، حتی اگر میزان اقدامات مراقبتی انجام شده برابر با میزان مراقبت استاندارد باشد (یعنی $x = \underline{x}$)، بازهم دادگاه در حادثه پیش‌آمده پزشک را مقصر خواهد شناخت؛ زیرا، $e < 0$ است.^۴

فرض این فرمول آن است که دادگاه در محاسبه میزان اقدامات احتیاطی انجام شده، هرچیزی را کمتر از میزان واقعی آن محاسبه می‌کند. به‌عنوان مثال، خطای دادگاه ۱۰- است؛ یعنی اگر پزشکی به میزان ۱۰۰ واحد احتیاط کند، دادگاه احتیاط‌های او را برابر با ۹۰ واحد در نظر می‌گیرد. پس، اگر اقدامات احتیاطی استاندارد هم ۱۰۰ واحد باشد، پزشک بازهم مقصر خواهد بود؛ زیرا،

۱. Hylton, Keith N., «Duty In Tort Law: An Economic Approach», Fordham Law Review, ۲۰۰۶, Vol.۷۵, pp. ۱۵۰۲, ۱۵۰۳.

۲. بر اساس روابط آماری و ریاضی در هر محاسبه‌ای امکان خطا وجود دارد و عموماً در هر رابطه‌ای از e به‌عنوان میزان خطای موجود در محاسبه استفاده می‌شود. در اینجا نیز طبیعی است که دادگاه در تعیین سطح مراقبت تا حدی خطا دارد و باید این مقدار را در رابطه ریاضی آن در نظر گرفت؛ لازم به ذکر است که این خطا می‌تواند در اثر ناقص بودن تحقیقات دادگاه، اختلاف در مشرب فکری آن و یا سایر علل احتمالی باشد.

۳. یعنی دادگاه سطح مراقبت‌ها (x) را مورد بررسی قرار داده و علاوه بر آن در محاسبه خود قدری هم خطا (e) دارد.

۴. Polinsky, A. Mitchell and Shavell, Steven, Handbook of Law and Economics, Vol. ۱, North-Holland, Elsevier, ۱st Edition, ۲۰۰۷, pp ۱۵۹, ۱۶۰.

دادگاه اقدامات او را به میزان ۹۰ واحد محاسبه کرده، درحالی‌که اقدامات استاندارد برابر با ۱۰۰ واحد بوده است.

اگر به قاعده «لیرند هند» توجه شود و نتایج حاصل از پذیرش این قاعده مورد ارزیابی قرار گیرد، مشخص می‌شود که اگر هزینه‌های پیشگیری از زیان، بیشتر از هزینه‌های خسارت احتمالی ارزیابی شود، بهتر است که این حادثه اتفاق افتد. همین نکته موجب شده است تا برخی از نظریه‌پردازان این حوزه، این قاعده را نپذیرند.^۱

اما کارکرد قاعده فوق در حوزه پزشکی با توجهات خاصی همراه است. قاضی با توجه به تخصصی بودن حوزه مورد قضاوت، جهت تشخیص تقصیر پزشک، ناچار است تا امر را به کارشناس ارجاع دهد. اگر کارشناس تشخیص دهد که با توجه به عرف پزشکی، او تمام استانداردها و مراقبت‌های معمول را رعایت کرده است، بازهم قاضی ملزم به تبعیت از نظر او نبوده و می‌تواند بر اساس نظر خود رأی دهد و حتی او را بر اساس قاعده فوق مسئول بشناسد. مثلاً در یکی از پرونده‌ها، زن ۳۲ ساله‌ای به علت عدم اندازه‌گیری فشار^۲ او، در اثر افزایش فشار داخل کره چشم^۳، بینایی خود را از دست داد. در این پرونده، عرف پزشکی، اقدام پزشک را تأیید می‌کرد، اما قاضی رأی به محکومیت او صادر کرد. دادگاه تجدید نظر در این پرونده چنین اظهار نظر کرد که انجام این آزمایش، در مقابل احتمال پیشرفت این بیماری در یک شخص جوان (که در حدود یک در ۲۵،۰۰۰ است)، و شدت زیان وارده (نابینایی)، ارزان و کم خطر بوده است. لذا رعایت «احتیاط منطقی»، مستلزم انجام این آزمایش بوده و پزشک، به علت انجام ندادن آن در قبال بیماران کمتر از ۴۰ سال مسئول است.

در این پرونده، عرف نمی‌توانست استانداردهای تخصیص کارآمد منابع را تأمین کند. به عبارت دیگر دادگاه، عرف را در مقابل قاعده هند ارزیابی کرده و نهایتاً عرف را کنار گذاشت. این تصمیم، وقتی به صورت کمی ملاحظه می‌شود، مطابق با قاعده مذکور به نظر می‌رسد. اگر ما هزینه انجام آزمایش را حدود ۵ دلار در نظر بگیریم و میانگین برآورد خسارات حاصل از نابینایی

۱. Schwartz, William B. and Komesar, Neil K., Doctors, Damages and Deterrence: An Economic View of Medical Malpractice, The New England Journal of Medicine, Published By the Rand Corporation, ۱۹۷۸, p. ۴.

۲. Tonometry.

۳. Glaucoma.

کامل در دوره زمانی ۱۹۷۳ تا ۱۹۷۷ را در حدود ۶۷۸،۰۰۰ دلار برآورد کنیم، فرمول ذیل به دست خواهد آمد:

$$\$5 < 1/25,000 \times \$678,000$$

$$\$5 < \$27$$

پرونده‌هایی مشابه پرونده فوق، نشان می‌دهند که عرف پزشکی، ممکن است ابتدائاً مورد توجه قرار گیرد، اما احتمال دارد که در بررسی‌های آتی دادگاه رد شود.^۱ قاعده «لیرند هند»، علی‌رغم مطالبی که بیان شد و با عنایت به نقشی که این قاعده در جهت عینی نمودن تقصیر ایفا می‌کند، با واکنش‌های متفاوتی مواجه شده است. برخی از پژوهشگران، این قاعده را با عدالت منطبق دانستند و اکثر قریب به اتفاق آنان نیز پذیرش این قاعده را به معنای کاربرد روشن سودگرایی و متفرعات جدید آن و نظریات مربوط به کارایی اقتصادی می‌دانند که با اصول عدالت در تعارض است.^۲ در واقع آنان استدلال می‌کنند که نمی‌توان به خاطر کسب سود یک نفر، زیان‌های آن عمل را بر دیگری تحمیل کرد. لذا به کارگیری آن با منزلت برابر اشخاص و آزادی اراده آنان سازگار نیست.^۳

گفتار سوم: اعمال قاعده «مسئولیت مبتنی بر تقصیر» در حوزه پزشکی

از منظر تحلیل اقتصادی حقوق، نمی‌توان قاعده مسئولیت مبتنی بر تقصیر را به صورت کلی مورد تحلیل قرار داد؛ در واقع، کارکرد این قاعده در هر وضعیتی متفاوت بوده و نتایج مختلفی را در پی خواهد داشت. لذا ضروری است هریک از این وضعیت‌ها که به لحاظ منطقی به سه دسته احتیاط‌های «یک‌جانبه»، «دوجانبه» و «جایگزین» تقسیم می‌شود، به تفکیک مورد ارزیابی قرار گیرند. نهایتاً اقسام دیگر قاعده تقصیر همانند «تقصیر مشارکتی» و «تقصیر نسبی» نیز مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

۱. Ibid, p. ۵.

۲. Wright, Richard W, «Hand, Posner, and the Myth of the "Hand Formula"», Theoretical Inquiries in Law, ۲۰۰۳, Vol.۴, p. ۲.

۳. Ibid, p. ۳.

بند اول: اعمال قاعده در احتیاط‌های «یک‌جانبه»، «دوجانبه» و «جایگزین»

قاعده مسئولیت مبتنی بر تقصیر، ممکن است در یکی از سه حالت احتیاط‌های (حوادث) «یک‌جانبه»^۱، «دوجانبه»^۲ و یا «جایگزین»^۳ اعمال شود که کارآمدی آن در هر یک از این قواعد متفاوت خواهد بود. احتیاط‌های یک‌جانبه به احتیاط‌هایی گفته می‌شود که فقط نحوه فعالیت یک نفر در وقوع حادثه نقش دارد و احتیاط یا بی‌احتیاطی شخص دیگر، تأثیری در وقوع حادثه ندارد.^۴ احتیاط‌های دوجانبه حالتی است که برای جلوگیری از وقوع حادثه، هر دو شخص باید احتیاط کنند و اگر یکی از آنها هم احتیاط لازم را انجام ندهد، بازهم حادثه رخ می‌دهد.^۵ احتیاط‌های جایگزین نیز به حالتی گفته می‌شود که هر دو طرف می‌توانند از وقوع حادثه جلوگیری کنند؛ اما اگر یکی از آنها هم احتیاط کند، کافی است و نیازی به احتیاط شخص دیگر نیست.

اگر قاعده مسئولیت مبتنی بر تقصیر در فرض حوادث یک‌جانبه وجود داشته باشد، وقتی که زیان‌زننده کمتر از سطح احتیاط‌های مقرر هزینه کند، مسئول شناخته خواهد شد. اما این سطح احتیاطی باید به صورت بهینه تعریف شود و در حدی باشد که بتواند انگیزه پیشگیرانه مناسبی را در شخص زیان‌زننده ایجاد کند. معیاری که پازنر به لحاظ اقتصادی کارآمد می‌داند، همان قاعده قاضی «لیرند هند»^۶ است که در بخش پیشین به آن اشاره شد.^۷ حال، اگر معیاری که نظام قضایی انتخاب می‌کند، در سطح بهینه اجتماعی در نظر گرفته شده باشد، کارکرد این قاعده نیز بهینه می‌شود؛ زیرا، زیان‌زننده بالقوه سعی می‌کند تا با انجام این احتیاط‌ها، هزینه‌های خود را به

۱. Unilateral Precaution/ Accident.

۲. Bilateral Precaution/ Accident.

۳. Alternative Precaution/ Accident.

۴. Madden, Stuart M., *Exploring Tort Law*, UK: Cambridge University Press, 1st Edition, ۲۰۰۵, p. ۲۳۸.

۵. Shavell, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, ۱۹۸۷, p. ۱۹.

۶. نکته جالب توجه در خصوص قاضی هند آن است که او با مسائل و تحلیل‌های اقتصادی بیگانه نبوده و در پرونده‌های دیگری نیز از مبانی اقتصادی استفاده کرده است:

United States v. Corn Products Co., ۲۳۴ Fed. ۹۶۴ (S.D.N.Y. ۱۹۱۶).

۷. Posner, Richard A., «A Theory of Negligence», *Journal of Legal Studies*, ۱۹۷۲, Vol. ۱, p. ۳۲.

حداقل برساند^۱. در حوزه پزشکی نیز چنین خواهد بود. وقتی که تنها پزشک بتواند از وقوع زیان جلوگیری کند، اگر سطح احتیاطی مقرر در سطح بهینه وضع شده باشد، او با انجام این احتیاطها از مسئولیت رها خواهد شد. البته به عقیده استیون شاول، در این وضعیت، هم قاعده مسئولیت محض و هم قاعده مسئولیت مبتنی بر تقصیر، هر دو می‌توانند نتیجه بهینه اجتماعی را به دنبال داشته باشند^۲؛ اما این نظر در حوزه پزشکی، تا حدودی با اشکال مواجه می‌شود. پزشکان نمی‌توانند از ورود تمام خسارات جلوگیری کنند و اگر در قبال خسارات وارده مسئولیت محض داشته باشند، هزینه‌های فعالیت برای آنان بسیار بالا خواهد رفت و همان بحث انسداد باب طبابت مطرح می‌شود.

به‌کارگیری قاعده تقصیر در احتیاطهای دوجانبه تا حدی مشابه اعمال این قاعده در احتیاطهای یک‌جانبه خواهد بود. در صورت اعمال این قاعده، انگیزه طرفین برای رعایت احتیاط، بهینه است^۳. زیان‌زننده بالقوه احتیاطهای مقرر را انجام می‌دهد؛ زیرا، اگر مقصر شناخته شود، باید خسارات وارده را جبران کند. زیان‌دیده بالقوه نیز احتیاطهای مقرر را انجام خواهد داد؛ زیرا، او می‌داند که زیان‌زننده، تنها در صورت تقصیر است که خسارات وارده را جبران خواهد کرد و در غیر این صورت مسئولیتی نخواهد داشت^۴. به‌عنوان مثال، پس از جراحی یک بیمار، باید مراقبت‌هایی جهت بهبود کامل او انجام شود؛ در این وضعیت، هم پزشک باید داروها و مراقبت‌های صحیحی را تجویز کند و هم بیمار باید این مراقبت‌ها را به‌طور صحیح به‌کار گیرد؛ لذا هر دو انگیزه خواهند داشت تا با انجام مراقبت‌های صحیح، از مسئولیت رها شوند.

۱. Faure, Michael, Tort Law and Economics (Encyclopedia of Law and Economics), Edward Elgar Publication, Vol. ۱, ۲nd Edition, ۲۰۰۹, p. ۶.

۲. Shavell, Steven, Foundation of Economic Analysis of Law, U.S: Harvard University Press, ۱st Edition, ۲۰۰۴, p. ۱۸۱، ۱۸۲.

۳. Dari-Mattiacci, Giuseppe and Parisi, Francesco, «The Cost of Delegated Control: Vicarious Liability, Secondary Liability and Mandatory Insurance», International Review of Law and Economics, December ۲۰۰۳, Vol. ۲۳, No. ۴, p. ۶.

۴. طهماسبی، علی و علی‌پور، کوروش؛ «اثر تقصیر و مسئولیت محض در ترغیب عامل زیان و زیان‌دیده به رعایت احتیاط»، مجله حقوقی دادگستری، تابستان ۱۳۹۰، سال هفتاد و پنجم، ش ۷۴، صص ۱۵۱-۱۵۰.

اما به کارگیری قاعده مسئولیت مبتنی بر تقصیر در احتیاط‌های جایگزین، وضعیت ویژه‌ای دارد و همین مطالعات باعث پدید آمدن مفهوم «ارزان‌ترین اجتناب‌کننده از زیان»^۱ در نوشته‌های کالابرسی و دیگر پژوهشگران شده است.^۲ لذا بر اساس این دیدگاه، در احتیاط‌های جایگزین، تنها باید فردی را مسئول دانست که بتواند با صرف هزینه‌ای کمتر، از وقوع حادثه جلوگیری کند.^۳ به‌عنوان مثال، برخی از داروها برای زنان باردار مضر بوده و در صورت استفاده، امکان سقط جنین آنان وجود دارد؛ بنابراین، قبل از تجویز دارو، پزشک باید از وضعیت این زن آگاه باشد؛ اما برای آگاهی از این موضوع، هم می‌تواند به اظهارات این زن کفایت کند و هم می‌تواند برای اطمینان، انجام سونوگرافی را ضروری بداند. در این وضعیت، ارزان‌ترین اجتناب‌کننده از زیان، بیمار بوده و باید تنها به اظهارات او اکتفا شود و در صورت اشتباه، تقصیری متوجه پزشک نیست.^۴ در حقوق ایران، در برخی موارد، می‌توان این نتیجه را از طریق اجرای قاعده اقدام نیز حاصل نمود.^۵ البته باید توجه شود که این قاعده نگاهی پیشینی^۶ دارد و تنها زمانی می‌تواند به نتیجه مطلوب منجر شود که زیان‌زننده و زیان‌دیده، در زمان تصمیم‌گیری اطلاعات کاملی داشته باشند.^۷

بند دوم: اعمال قاعده در فرض پذیرش تقصیر «ساده»، «مشارکتی» و «نسبی»

۱. The least (cheapest) cost avoider.

۲. Calabresi, Guido, «Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts», The Yale Law Journal, March ۱۹۶۱, Vol.۷۰, No.۴.

۳. Madden, Stuart M., op.cit , p. ۴۱.

۴. در بیان ولجانوفسکی، چنین تحلیلی با مثال راننده بی احتیاط و ورود خسارت به عابر پیاده ذکر شده است؛ برای مطالعه بیشتر، نگاه کنید به:

Veljanovsky, Cento, The Economics of Law, ۲nd Edition, Great Britain, ۲۰۰۶, pp. ۳۸،۳۹.

۵. لازم به ذکر است که «قاعده اقدام زمانی تحقق می‌یابد که شخصی، مباشرتاً یا تسبیحاً به ضرر خود نسبت به حق مالی یا غیرمالی خویش اقدامی نماید و یا ضمانی را بپذیرد (المقصود من الاقدام هنا هو الاقدام علی الضرر و الضمان)». برای مطالعه بیشتر، نگاه کنید به: داراب‌پور، مهرباب؛ **مسئولیت‌های خارج از قرارداد، پرداخت خسارت، استرداد عین و امتیازات**، تهران، انتشارات مجد، چ اول، ۱۳۸۷، ص ۲۷۸.

۶. Ex Ante.

۷. See More: Dari-Matticci , Guisepppe , Garoupa, Nuno, «Least Cost-Avoidance: The Teragedy of Common Safety, Journal of Law», Economics and Organization.

آنچه در مبحث پیشین مورد اشاره قرار گرفت، ناظر بر «قاعده تقصیر»^۱ ساده بود که جهت ساده شدن بررسی موضوع، شقوق پیچیده‌تر قاعده تقصیر، یعنی «تقصیر مشارکتی»^۲ و «تقصیر نسبی»^۳، در این بند تحلیل خواهد شد.

بهموجب قاعده «تقصیر مشارکتی»، یا «قاعده تقصیر با دفاع تقصیر مشارکتی»^۴، وقتی زیان‌زننده مسئول خواهد بود که احتیاط‌های لازم را انجام نداده، درحالی‌که زیان‌دیده احتیاط کرده باشد.^۵ بنابراین، حتی اگر زیان‌زننده بی‌احتیاطی کرده باشد، می‌تواند با اثبات تقصیر زیان‌دیده، از مسئولیت معاف شود. از این‌رو، این قاعده به‌عنوان رویکرد «همه یا هیچ» شناخته می‌شود. به‌عنوان مثال، اگر پزشک داروهایی که با هم ناسازگار هستند را تجویز کند و بیمار هم علی‌رغم احساس درد در ناحیه معده به مصرف دارو ادامه دهد و در نتیجه آسیب شدیدی به معده او وارد شود، پزشک از مسئولیت معاف خواهد شد؛ زیرا، بیمار نیز بی‌احتیاطی کرده و این وضعیت را تشدید کرده است.

با توجه به این مسائل، قاعده تقصیر مشارکتی، قاعده عادلانه‌ای نیست؛ زیرا، بسیاری از زیان‌زندگان از مسئولیت معاف شده و زیان‌دیده، حتی زیان‌های وارده در اثر بی‌احتیاطی زیان‌زننده را نیز به دوش می‌کشد.^۶ از سوی دیگر، این قاعده نتیجه عکس داده و به‌موجب آن، تعداد اندکی از زیان‌زندگان محکوم به جبران خسارت می‌شوند.^۷ بنابراین، کم‌کم تلاش‌هایی

۱. Simple Negligence .

۲. Contributory Negligence.

۳. Comparative Negligence.

۴. Negligence with the defence of contributory negligence.

۵. اولین پرونده‌ای که در آن مفهوم «تقصیر مشارکتی» ظهور یافت، پرونده باترفیلد و فارستر بود؛ برای مطالعه بیشتر، نگاه کنید به:

Butterfield v. Forrester, ۱۰۳ Eng. Rep. ۹۲۶ (Court of King's Bench ۱۸۰۹).

۶. Keeton, W. Page et al., Prosser and Keeton On Torts, ۵th Edition, St. Paul, Minneapolis: West Publishing Co, ۱۹۸۴, pp. ۴۶۸, ۴۶۹.

۷. See More: Best, Arthur, «Impediments to Reasonable Tort Reform: Lessons from the Adoption of Comparative Negligence», Industrial Law Review, ۲۰۰۷, Vol. ۴۰, No. ۱.

برای حذف این قاعده و یا محدود کردن زمینه‌های اجرای آن به عمل آمد^۱ و نهایتاً، این تلاش‌ها در اروپا به بار نشست و قاعده تقصیر نسبی به‌عنوان قاعده جایگزین مورد استفاده قرار گرفت. به‌موجب قاعده «تقصیر نسبی»، اگر هم زیان‌دیده و هم زیان‌زننده مقصر باشند، خسارات ناشی از وقوع حادثه، به نسبت تقصیر، میان آنها تقسیم خواهد شد؛ بنابراین، هرچه میزان تقصیرشان بیشتر باشد، مسئولیت‌شان نیز بیشتر است.^۲ در این فرض نیز اگر سطح احتیاطی لازم در حد بهینه تعریف شود، طرفین برای فرار از مسئولیت، احتیاط خواهند کرد. از طرف دیگر، زیان‌دیده نیز یک انگیزه قوی برای جلوگیری از ورود زیان دارد؛ اینکه اگر زیان‌زننده احتیاط‌های لازم را انجام دهد و او احتیاط نکند، مسئول تمامی خسارات وارده خواهد بود. البته نقدهایی نیز بر این قاعده وارد شده و برخی نظریه‌پردازان، مانند براون، انگیزه‌های ناشی از این قاعده را ناکارآمد دانسته‌اند؛ زیرا، هیچ‌یک از طرفین، تمام خسارت را به دوش نخواهد کشید.^۳

۱. یکی از اولین تلاش‌هایی که در این خصوص صورت گرفت، کنار گذاشتن قاعده تقصیر مشارکتی در موارد خسارات عمدی بوده است؛ برای مطالعه بیشتر، نگاه کنید به:

Sudman, Michael, «Definition of Fault in Contributory and Comparative Negligence Statutes», *Journal of Legal Advocacy and Practice*, ۱۹۹۹, Vol.۱, No.۲۰۶.

۲. Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law, USA: Aspen Publishers*, ۶th Edition, ۲۰۰۲, pp. ۱۷۱-۱۷۲.

۳. Brown, John Prather, *Toward an Economic Theory of Liability*, *Journal of Legal Studies*, Jun ۱۹۷۳, Vol. ۲, No.۲, pp. ۳۴۶, ۳۴۷.

نتیجه‌گیری

به عقیده لندز و پازنر، قواعد مسئولیت، ماحصل تلاش‌های نظام حقوقی برای ایجاد انگیزه‌ی بهینه اجتماعی در اشخاص است.^۱ بنابراین، قواعد مسئولیت باید به نحو صحیحی به اجرا درآیند تا بتوانند اثرات مطلوب اقتصادی خود را به بار آورند؛ طبیعی است که این دقت‌ها، در حوزه‌های خاص مسئولیت، همانند مسئولیت مدنی پزشکی نیز وجود خواهد داشت.

در فرض مسئولیت مبتنی بر تقصیر، عوامل متعددی وجود دارند که در صورت توجه به آنها، این قاعده می‌تواند اثر مطلوبی را به همراه داشته و هزینه‌های اجتماعی را کاهش دهد. در همین راستا، اولین نکته‌ای که باید به آن توجه شود، معیار شناسایی تقصیر است. چنان‌که اشاره شد، این معیارها باید به نحو دقیقی تعریف شوند تا قابلیت پیش‌بینی آن حفظ شده و عدم اطمینان ناشی از آن کاهش یابد. از این‌رو، به جای معیارهایی عمومی همانند انسان معقول و یا معیارهای خاص حقوق پزشکی همانند معیار بولم و بولیتو، معیار لیرند هند معرفی شد که مقاصد فوق را به خوبی تأمین می‌نماید. البته نباید از جایگاه نظام قضایی غافل شد و قضات نیز می‌توانند با به‌کارگیری راهکارهایی دقیق و روشن، ابهامات موجود را کمتر کرده و هزینه‌های اجتماعی ناشی از آن را کاهش دهند.

فارغ از بحث معیارهای شناسایی تقصیر، نحوه به‌کارگیری قاعده مسئولیت مبتنی بر تقصیر در هر موقعیتی متفاوت خواهد بود. در احتیاط‌های یک‌جانبه، تنها شخص زیان‌زننده مسئول رعایت اقدامات احتیاطی است و مسئولیت بر عهده او خواهد بود؛ اما در احتیاط‌های دوجانبه، هر دو طرف باید احتیاط کنند. البته تنها زمانی این قاعده در حالت‌های فوق به‌صورت کارآمد عمل می‌کند که احتیاط‌های مقرر، در سطح بهینه تعریف شوند. نهایتاً، در احتیاط‌های جایگزین، احتیاط یک نفر کافی خواهد بود و مطلوب‌ترین وضعیت زمانی اتفاق خواهد افتاد که طرفین اطلاعات کاملی داشته باشند و قضات نیز مسئولیت را بر عهده «کم هزینه‌ترین اجتناب‌کننده از زیان» قرار دهند.

بررسی قواعد «تقصیر مشارکتی» و «تقصیر نسبی» نیز به ما نشان داد که قاعده تقصیر نسبی، با فراهم کردن انگیزه احتیاطی مناسب برای طرفین، می‌تواند به‌عنوان قاعده مطلوب مورد استفاده

۱. Landes, William M. and Posner, Richard A., op.cit , p. ۶.

قرار گیرد. همان‌طور که در حقوق ایران نیز استفاده از نظریه «سببیت متعارف» و مسئول شناختن تمام افراد دخیل در ورود زیان، ما را به نتیجه‌ای مشابه «تقصیر نسبی» خواهد رساند.

فهرست منابع

الف) فارسی

۱. اسکچ، دی.جی؛ **حقوق، اخلاق و پزشکی**، ترجمه محمود عباسی و بهرام مشایخی، تهران، انتشارات حقوقی، چ سوم، ۱۳۸۸.
۲. آل شیخ مبارک، قیس؛ **حقوق و مسئولیت پزشکی در آیین اسلام**، ترجمه محمود عباسی، تهران، انتشارات حقوقی، چ دوم، بهار ۱۳۸۹.
۳. بادینی، حسن؛ «نگرشی انتقادی به معیار «انسان معقول و متعارف» برای تشخیص تقصیر در مسئولیت مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، بهار ۱۳۸۹، دوره چهارم، ش ۱.
۴. بینت، بلیندا؛ **حقوق و پزشکی**، ترجمه محمود عباسی، تهران، انتشارات حقوقی، ۱۳۷۷.
۵. تقی‌زاده، ابراهیم و عباسی، محمود و علیپور، سحر؛ «مسئولیت مدنی پزشک در قبال بیماران اورژانسی (با مطالعه تطبیقی حقوق ایران و انگلیس)»، فصلنامه حقوق پزشکی، تابستان ۱۳۹۴، سال نهم، ش سی و سوم.
۶. داراب پور، مهرباب؛ **مسئولیت‌های خارج از قرارداد، پرداخت خسارت، استرداد عین و امتیازات**، تهران، انتشارات مجد، چ اول، ۱۳۸۷.
۷. شاکری، عباس؛ **اقتصاد خرد ۲: نظریه‌ها و کاربردها**، تهران، نشر نی، چ اول، ۱۳۸۵.
۸. صفایی، حسین و رحیمی، حبیب‌الله؛ **مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)**، تهران، انتشارات سمت، چ اول، زمستان ۱۳۸۹.
۹. طهماسبی، علی و علی‌پور، کوروش؛ «اثر تقصیر و مسئولیت محض در ترغیب عامل زیان و زیان‌دیده به رعایت احتیاط»، مجله حقوقی دادگستری، تابستان ۱۳۹۰، سال هفتاد و پنجم، ش ۷۴.
۱۰. عباسی، محمود؛ **مسئولیت پزشکی**، تهران، انتشارات حقوقی، چ دوم، ۱۳۸۹.
۱۱. قاسم‌زاده، مرتضی؛ «مسئولیت مدنی شخص خوددار (تقصیر از نوع فعل سلبی یا ترک فعل)»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، زمستان ۱۳۷۶، ش ۸.
۱۲. کوتر، رابرت و یولن، تامس؛ **حقوق و اقتصاد**، ترجمه یدالله دادگر و حامده اخوان هزاوه، تهران، انتشارات نور علم، چ هفتم، ۱۳۹۱.

ب) لاتین

۱۳. Abraham, Kenneth S., «Strict Liability In Negligence», DePaul Law Review, ۲۰۱۲, Vol.۶۱, No.۲۷۱.
۱۴. Arlen, Jennifer, Economic Analysis of Medical Malpractice Liability and Its Reform, Research Handbook on the Economics of Tort, Edward Elgar Publication, ۲۰۱۳.
۱۵. Best, Arthur, «Impediments to Reasonable Tort Reform: Lessons from the Adoption of Comparative Negligence», Industrial Law Review, ۲۰۰۷, Vol.۴۰, No.۱.
۱۶. Breen, Kerry J. and others, Good Medical Practice: Professionalism, Ethics and Law, New York: Cambridge University Press, ۱st Edition, ۲۰۱۰.
۱۷. Brown, John Prather, Toward an Economic Theory of Liability, Journal of Legal Studies, Jun ۱۹۷۳, Vol. ۲, No.۲.
۱۸. Calabresi, Guido, «Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts», The Yale Law Journal, March ۱۹۶۱, Vol.۷۰, No.۴.
۱۹. Cane, Peter, Attyah's Accident, Law and Compensation, Cambridge: Cambridge University Press, ۷th Edition, ۲۰۰۶.
۲۰. Corfield, Lorraine; Granne, Ingrid; Latimer-Sayer, William and Wilkinson, Ruth, ABC of Medical Law, Uk: John wiley and sons Ltd Publication, ۲۰۰۹.
۲۱. Dari-Matticci , Guiseppe , Garoupa, Nuno, «Least Cost-Avoidance: The Teragedy of Common Safety, Journal of Law», Economics and Organization, available at: <http://ssrn.com/abstract=۵۶۰۰۶۲>.
۲۲. Dari-Mattiaci, Giuseppe and Parisi, Francesco, «The Cost of Delegated Control: Vicarious Liability, Secondary Liability and Mandatory Insurance», International Review of Law and Economics, December ۲۰۰۳, Vol.۲۳, No.۴.
۲۳. Faure, Michael, Tort Law and Economics (Encyclopedia of Law and Economics), Edward Elgar Publication, Vol.۱, ۲nd Edition, ۲۰۰۹.
۲۴. Hylton, Keith N., «Duty In Tort Law: An Economic Approach», Fordham Law Review, ۲۰۰۶, Vol.۷۵.

۲۵. Keeton, W. Page, Dobbs, Dan B., Keeton, Robert E. and Owen, David G., Prosser and Keeton On Torts, ۵th Edition, St. Paul, Minneapolis: West Publishing Co, ۱۹۸۴.
۲۶. Landes, William M and Posner, Richard A, The Economic Structure of Tort Law, United State: Harvard University Press, ۱۹۸۷.
۲۷. Maclean, Alasdair, Briefcase On Medical Law, ۱st Edition, United Kingdom: Cavendish Publishing, ۲۰۰۱.
۲۸. Madden, Stuart M., Exploring Tort Law, UK: Cambridge University Press, ۱st Edition, ۲۰۰۵.
۲۹. Mathis, Klaus, Economic Analysis of Law in Europe, Foundations and Applications, Springer publication, ۲۰۱۴, Vol.۱.
۳۰. Polinsky, A. Mitchell and Shavell, Steven, Handbook of Law and Economics, Vol.۱, North-Holland, Elsevier, ۱st Edition, ۲۰۰۷.
۳۱. Posner, Richard A., Economic Analysis of Law, USA: Aspen Publishers, ۶th Edition, ۲۰۰۳.
۳۲. Posner, Richard A., «A Theory of Negligence», Journal of Legal Studies, ۱۹۷۲, Vol.۱.
۳۳. Priest, George L., «The Modern Expansion of Tort Liability: Its Sources, Its Effects and Its Reforms», Journal of Economic Perspective, ۱۹۹۱, Vol.۵, No.۳.
۳۴. Schwartz, William B. and Komesar, Neil K., Doctors, Damages and Deterrence: An Economic View of Medical Malpractice, The New England Journal of Medicine, Published By the Rand Corporation, ۱۹۷۸.
۳۵. Shavell, Steven, Economic Analysis of Accident Law, Cambridge, Mass: Harvard University Press, ۱۹۸۷.
۳۶. Shavell, Steven, Foundation of Economic Analysis of Law, U.S: Harvard University Press, ۱st Edition, ۲۰۰۴.
۳۷. Sudman, Michael, «Definition of Fault in Contributory and Comparative Negligence Statutes», Journal of Legal Advocacy and Practice, ۱۹۹۹, Vol.۱, No.۲۰۶.
۳۸. Veljanovsky, Cento, The Economics of Law, ۲nd Edition, Great Britain, ۲۰۰۶.

۳۹. Wright, Richard W, «Hand, Posner, and the Myth of the "Hand Formula"», *Theoretical Inquiries in Law*, ۲۰۰۳, Vol.۴.

ج) پرونده‌های حقوقی

۴۰. Bolam v. Friern Hospital Management Committee [۱۹۵۷] WLR ۵۸۲.
۴۱. Bolitho v City & Hackney Health Authority [۱۹۹۸] AC ۲۳۲.
۴۲. Butterfield v. Forrester, ۱۰۳ Eng. Rep. ۹۲۶ (Court of King's Bench ۱۸۰۹).
۴۳. United States v. Carroll Towing Co., ۱۵۹ F.۲d ۱۶۹ (۲d Cir. ۱۹۴۷).
۴۴. United States v. Corn Products Co., ۲۳۴ Fed. ۹۶۴ (S.D.N.Y. ۱۹۱۶).
۴۵. Wilsher v Essex AHA [۱۹۸۶] ۳ All ER ۸۰۱, CA ; [۱۹۸۸] ۲ WLR ۵۵۷, HL.