

نگرشی تطبیقی بر مفهوم معیار تقصیر پزشک

غلامرضا حاجی نوری*

(تاریخ دریافت: ۹۳/۱۲/۴ - تاریخ پذیرش: ۹۴/۷/۴)

چکیده

تصویب ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی جدید به تردیدها در تشخیص مبنای مسئولیت پزشکان پایان داد. و مسئولیت مدنی پزشک را مبتنی بر فرض تقصیر وی دانست اما معیار و یا معیارهای تشخیص این تقصیر چیست؟ و دادرس بر چه مبنایی حکم بر تقصیر یا عدم تقصیر پزشک خوانده خواهد داد؟ سوالی که در نوشته‌های حقوق دانان کشورمان پاسخ مشروح و روشنی ندارد. در آثار حقوق دانان نظام‌های پیشرو نیز به استاندارد کلی «عدم رعایت استاندارد مراقبت و مهارت متعارف» در تشخیص تقصیر پزشک پرداخته شده بود. اما این معیار به دلیل انتقادات وسیع، به ویژه از ناحیه حقوق دانان آلمانی، نظام‌های حقوقی را به چالش کشیده و کم‌کم معیار شهرت یافته «تقصیر نوعی» در حال تبدیل شدن به معیار «تقصیر نوعی نسبی» است، تقصیری که در تشخیص آن، صرفاً، پزشک متعارف ملاک و معیار نیست و بلکه معیار تشخیص تقصیر هر پزشکی در تشخیص یا درمان بیمار عملکرد پزشکان هم‌سنخ پزشک خوانده خواهد بود.

واژگان کلیدی: فرض تقصیر، معیار تقصیر، پزشک، مسئولیت مدنی، بیمار، تقصیر نوعی نسبی.

مقدمه

ماهیت خدماتی که برعهده پزشکان است و نفعی که بیماران در بهره‌مندی از این خدمات دارند از یک سو و لزوم تعقیب پزشک مقصر از سوی دیگر، واقعیاتی هستند که علم حقوق باید، آنها را به گونه‌ی یکسان بنگرد و به هر دو توجه نماید. اما قبل از هر چیز، لازم است دو نکته بعنوان طلایه بحث، روشن شود اول آنکه، پزشک وظیفه‌ای در پذیرش بیمار ندارد مگر در موارد ضروری که چنین تکلیفی بر وی تحمیل می‌شود. از همین روی، تبصره ماده ۳۱ آئین‌نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلین حرفه‌های پزشکی و وابسته در سازمان نظام پزشکی مصوب ۹۰/۶/۱۹ شورای عالی سازمان، پزشکان را در موارد اورژانسی موظف بر انجام هر اقدامی برحسب توان علمی آنان می‌کند. بنابراین آنها تکلیفی در موارد غیر اورژانسی بر درمان بیمار ندارند. همچنین بر اساس ماده واحده قانون مجازات خودداری از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی مصوب ۱۳۵۴ مسئولان مراکز درمانی اعم از دولتی یا خصوصی که از پذیرفتن شخص آسیب‌دیده و اقدام به درمان او یا کمک‌های اولیه امتناع نمایند به حداکثر مجازات ذکر شده (در قانون) محکوم می‌شوند.

دوم آنکه هدف پزشک در معالجات بر روی بیمار یا اعمال جراحی، صرفاً، درمانی است نه جستجوی نوآوری‌های درمانی. بنابراین هرگاه وی بر روی بیمار خود دارویی را که تا حال استفاده نشده، امتحان کند یا از روشی که سابقه‌ای در درمان بیمار ندارد، استفاده کند و بیمار صدمه ببیند، مسئول است. البته باید بین موردی که پزشک به دنبال یافتن روش ابداعی برای درمان است (به ویژه موردی که روش یاد شده، آخرین راه‌حل، برای نجات بیمار باشد) با موردی که وی بیمار را همانند موش آزمایشگاهی قرار داده و به دنبال بررسی‌های تجربی است، قائل به تفکیک شد و بی‌تردید آنچه حقوق آن را موجه نمی‌داند مورد اخیر است. در هر حال، آنچه در نگاه اول با آن مواجه می‌شویم صورت مسئله است و وقتی دقت‌ها را بیشتر کنیم، متوجه می‌شویم که در بسیاری از مواقع راه‌حلی که متضمن آخرین راه است، متضمن تجربه هم هست. (Tunc, p.70) ولی باید دقت داشت که در این موارد مقصود پزشک نجات بیمار است و نه صرفاً کسب تجربه، هرچند عملکرد وی، خود به خود، منجر به کسب تجربه نیز بشود.

با این مقدمه، سراغ پرسش اصلی می‌رویم که، معیار در تشخیص تقصیر پزشک چیست؟ در پاسخ به سؤال یاد شده باید گفت آنچه به اجمال نظام‌های حقوقی بر آن وفاق دارند عبارتست از «عدم رعایت استاندارد مراقبت و مهارت متعارف» که در ادامه به شرح استاندارد یاد شد، و

ویژگی‌های آن می‌پردازیم.

۲- استاندارد مراقبت و مهارت متعارف

انسان نمی‌تواند در مورد هم نوع خود قضاوت کند و به تعبیر روشن‌تر قضاوت او ناظر به عمل انسان است و نه عامل یا خود انسان، زیرا اگر او بخواهد در مورد خود انسان سخن گوید، بایستی به تمام عوامل متشکله شخصیت وی همانند مقررات حاکم بر محیط زندگی او، تعلیمات، محیط و سایر عواملی که شخصیت انسان را تشکیل می‌دهند توجه کند و البته، شناخت تمام عوامل، مؤثر در حیات شخص با وجود تمامی کشفیات نو، غیر ممکن است (Tunc, p.70). از همین رو، مسئولیت مدنی، تقصیر را نوعی می‌داند، نه شخصی.^۱ در حقوق پزشکی نیز تقصیر پزشکی، نوعی یا به عبارت فنی همانا، منوط به عدم رعایت استاندارد مراقبت و مهارت متعارف در حرفه پزشکی دانسته شده است، چه، تشخیص انگیزه‌های شخصی سخت است و راهی برای احراز آنها نیست، به اضافه آن که، بیمار نیز در مراجعه به پزشک، توقع دارد تا وی روش‌های متعارف و مرسوم درمانی را به کار گیرد (Giesen, p.95) استاندارد یاد شده در علم پزشکی تعریف نشده است، اما در علم حقوق آن را به گونه‌های متعدد تعریف کرده‌اند از جمله آن که آن را عبارت از مهارت و احتیاطی می‌دانند که یک شخص متعارف در اوضاع و احوال متعارف برای معالجه بیمار به کار می‌گیرد. (Dirk & Meirion, p.32). یا آن را مراقبت محتاطانه و تلاش برای یافتن درمان و نه تکلیف به درمان تعریف کرده‌اند (Viney, p.134). از مفهوم مخالف تبصره ماده ۱۴۵ قانون مجازات اسلامی نیز می‌توان به نوعی، رفتار متعارف را رفتاری دانست که به احتیاط و به دور از بی‌احتیاطی، بی‌مبالائی، مسامحه، غفلت، عدم مهارت، عدم رعایت نظامات دولتی و مانند آن به عمل آید. آنچه از نوشته‌ها به دست می‌آید، آن است که، سخن از استاندارد مراقبت و مهارت متعارف پزشکی، به صورت رسمی، برای نخستین بار، توسط دادگاه عالی الی‌نویز به میان آمد، خواهان مدعی بود که پزشک در قالب‌گیری گچ برای عضو شکسته، دچار تقصیر شده است و دادگاه در رأی خود اعلام نمود که وقتی، کسی عنوان پزشک یا جراح را دارد، باید که میزان متعارفی از مهارت و مراقبت را به کار بندد^۲ (Dirk & Meirion, Ibid).

1. Viney.G, Les Conditions de la Responsabilite, n^{os}, 462 ets.

2. Daubert V. Merrell Dow Pharmaceutical inc. 1993.

البته همان گونه که گفته شد، تعهد او در بسیاری از زمینه‌ها، تعهد به وسیله است و او مکلف نیست که تمام بیماری‌ها را درمان کند و بلکه وظیفه وی آن است که به مانند دیگر افراد حرفه‌ای مهارت لازم را داشته و مراقبت متعارف را به عمل آورد و تمام تلاش خود را در انجام وظایف به کار گیرد و دستمزد وی در مقابل انجام همین تعهد است (Carbonnier, n° 159) مگر در مواردی که پزشک قراردادی می‌بندد که نتیجه را تضمین کرده یا در مواردی که نتیجه تشخیص یا درمان در علم پزشکی قطعی است، که در این موارد تعهد پزشک، تعهد به نتیجه می‌باشد (Genicot, p.337). و در این صورت، فرض می‌شود که پزشک متعهد مسئول است^۱ و برای رهایی از مسئولیت، او، باید ثابت کند که نرسیدن به نتیجه، ناشی از علت خارجی است (Le Tourneau, n° 3, p.229).

در هر صورت، معیار تقصیر، نوعی است و در واقع حقوق، چه در تصمیم‌گیری‌ها و صدور آرای قضایی و چه در قانون‌گذاری‌های متعدد به خلیقات متعدد و نامحدود افراد، هوش، آموزش، تعلیمات و سایر ویژگی‌ها که عملکرد افراد را متمایز می‌کند، توجهی ندارد و به تعبیری «حقوق هیچ تلاشی ندارد تا انسان را به گونه‌ای که خدا می‌بیند، بنگرد»^۲ (Holmes, 2013, p.108). ذکر این نکته نیز ضروری است که همان گونه که دادگاه‌های آلمان نیز تأکید دارند، هر گاه پزشک معالج، تجربه و مهارتی بیش از مهارت و تجربه مورد انتظار از پزشکان دیگر داشته باشد، مکلف به رعایت استانداردهای بالای یک چنین رشته‌ای است و استرس شخصی او، بیماری یا خستگی ناشی از کار وی به استثناء مواردی که در وضعیت اضطراری قرار دارد رافع مسئولیت وی نخواهد بود (Giesen, 1988, p.101).

۲-۱- رفتار نوعی در جراحی‌های خاص

البته ناگفته پیداست که، پزشک متخصص، باید اطلاعات و مهارت^۳ و احتیاطی بیش از پزشک عمومی داشته باشد، جراحی‌های خاص همانند جراحی‌های مربوط به امراض کودکان، جراحی عروق، روده بزرگ، مجاری مربوط به نشمین‌گاه و غیره، مطمئناً نیازمند اطلاعات بیشتری است. از این رو، جراح، قبل از آنکه تصمیم به جراحی بگیرد، باید که ماهیت بیماری را

1. Pleindroit

2. Law does not attempt to see man as God sees them

۳. برخی مهارت پزشکی و فقدان آن را به دو بخش تقسیم می‌کنند مادی و معنوی. فقدان مهارت مادی، نداشتن تجربه در امر جراحی است یعنی پزشک فاقد چابکی، ورزیدگی و تمرین کافی در امر جراحی یا درمان باشد و فقدان مهارت معنوی را به نداشتن اطلاعات و معلومات علمی و فنی و توانایی‌های لازم برای جراحی یا درمان تعریف کرده‌اند. (عباسی، ص ۷۷)

بشناسد، تا مطمئن شود که کاری که در آن شرایط انجام می‌دهد، مناسب است. مضافاً، جراحان، باید که از تمام سیستم‌های گردشی بدن، همانند شریان‌ها، ریه‌ها و قسمت لنفاوی اطلاع داشته باشند، به علاوه نسبت به سایر مسائل جراحی اطلاعات عمومی داشته باشند و ملاحظات و دقت‌های زیادی را اعمال کنند تا قبل از بستن قسمت جراحی شده، وسایل و ابزارهای جراحی به کار رفته را از بدن بیمار خارج کنند و همچنین در تنظیم گزارشات بعد از عمل یا مطالعه گزارشات تهیه شده از ناحیه سایر کادر درمانی دقت کافی به عمل آورند (Giesen, Ibid, p.100).

در زمینه جراحی‌های عصبی حساسیت‌ها بیشتر از بخش‌های دیگر است چرا که عواقب جراحی‌های ناموفق در این زمینه، بسیار وحشتناک بوده و امکان بهبودی ضایعات عصبی ناشی از این جراحی‌ها، بسیار کم است و یا در صورت امکان بهبودی نیز، در بلند مدت میسر است. بنابراین، چنین جراحی‌هایی باید که در مراکز درمانی بزرگ صورت گیرد، مراکزی که دارای امکانات خاص و متخصصان بسیار ورزیده و لوازم و تجهیزات پزشکی پیشرفته است، جراحی‌های مغز همانند در آوردن تومورهای مغزی، جراحی دیسک به هنگام جابجایی بخشی از ستون فقرات، فشار قابل توجهی به بیمار وارد می‌آورد و جراحی در دیگر بخش‌های عصبی نیز کم و بیش چنین وضعیتی را دارد که به همین جهت جراحان چنین عمل‌هایی باید دارای تجربه بالا و دانش به روز باشند (Ibid) و اگر لازم باشد بیمار را برای مشاوره به پزشکان با تخصص متفاوت راهنمایی نمایند. وفق ماده ۱۹ آئین‌نامه گفته شده «در مواردی که مشاوره پزشکی لازم باشد، انتخاب پزشک مشاور با پزشک معالج است. و چنانچه سایر بستگان او، بدون موافقت پزشک معالج، از پزشک دیگری برای درمان دعوت به عمل آورند، در این صورت پزشک معالج اول می‌تواند از ادامه درمان در موارد غیر اورژانسی خودداری نماید.» قابل ذکر است که در برخی موارد درمان و به ویژه جراحی‌های پیچیده، درمان از طریق تیم پزشکی که هر کدام تخصص لازم را در زمینه مربوطه دارند به عمل می‌آید. همچنین از جمله مراحل جراحی بسیار پیچیده، خطرات مربوط به بیهوشی است، بازبینی تنفس، کنترل تجهیزات پزشکی متصل به بیمار نیازمند حوصله و دقت فراوان است، زیرا با کوچک‌ترین اشتباه، بیمار تحت جراحی، فوت کرده و یا دچار آسیب‌های مغزی دائمی خواهد شد، بنابراین داشتن اطلاعات دقیق، از وضعیت بیمار، تجویز و خوراندن و یا تزریق به موقع دارو، سرکشی دایم به هنگام بیهوشی، کنترل فشار خون و حرکت خون از جمله وظایف و تکالیف متخصص بیهوشی

است و در نتیجه وظایف او در دو بخش حساس اطمینان از بیهوشی مناسب و کنترل کارکرد حیاتی در خلال بیهوشی را می‌توان به عنوان خلاصه وظایف او شمرد. او نمی‌تواند وظایف خود را به دیگر افراد که صلاحیت کامل چنین کاری را ندارند، بسپارد. و صد البته، هر چه تجربه فرد بیشتر باشد، مراقبت بیشتری از او، مورد توقع است. (Ibid) با توجه به موارد توضیحی باید دید که وظیفه پزشک به هنگام تشخیص و درمان تا چه میزان است؟ در پاسخ به این سؤال سیستم‌های حقوقی نظرات نزدیک بهم را ارائه می‌کنند. حقوق کامن‌لا پزشک را مکلف به احتیاط و دقت در تشخیص و درمان می‌داند و حقوق نوشته پذیرش بیمار را، به معنی قبول ضمنی به کارگیری توان علمی و فنی در درمان بیمار و مراقبت متعارف از وی یا ارجاع آن به پزشک متخصص و صاحب صلاحیت دیگر یا مراکز درمانی پیشرفته می‌داند و در نتیجه باید معتقد بود که، در تشخیص رعایت یا عدم رعایت تکلیف مراقبت بایستی وضعیت پزشک در شرایط درمان یا جراحی انجام شده را مورد لحاظ قرار داد و معیارهای نوعی و شخصی را همزمان مورد توجه قرار داد.

به اعتقاد برخی اگر به هنگام جراحی، یکی از خطرات آن اتفاق افتاد و مشکلاتی بوجود آمد که امید بهبودی را کاهش می‌دهد یا از بین می‌برد یا پزشک در مورد ایده پزشکی‌اش دچار اشتباه شود، معیار تشخیص مسئولیت وی، کوتاهی در رعایت استاندارد متعارف یک پزشک است که می‌تواند موجب تحقق مسئولیت وی شود (Ibid). از همین رو، و به منظور تشخیص تقصیر پزشک، تجزیه و تحلیل و ارزیابی رفتار او در تشخیص بیماری و انجام معالجه یا جراحی ضروری است و هرگاه معلوم شود که استاندارد درمان و مراقبت مورد نیاز را رعایت نکرده، مسئول است. پزشک باید صلاحیت و دانش کافی را داشته باشد تا بتوان به وی، در اینکه، میزان قابل قبول معالجات را به عمل خواهد آورد، اطمینان کرد. او باید تکالیف خود را با رعایت معیارهای شناخته شده علمی و حرفه‌ای انجام دهد، رفتاری که مبنای آن را رفتار پزشکان با تجربه در زمینه تخصصی آنها می‌دانند (Santo & Ferraran, p.76). ماده ۳۱ آئین‌نامه گفته شده نیز از پزشک می‌خواهد که منحصرأ به درمان آن گروه از بیماران پردازد که در دوران تحصیل دوره آن را طی نموده یا مدارک تأیید شده را از مرکز مجاز در مورد بیماران مربوطه اخذ نموده باشند. این معیارها، گاه از طریق ضوابط مدون پزشکی در زمینه مربوطه تعیین می‌شود^۱ و گاه ضوابط مدون یاد شده وجود ندارد، دانش پزشکی متداول در زمان معالجه

۱. برای نمونه به آیین‌نامه شرح وظائف ماما مصوب ۱۳۶۷/۱۱/۱۵ مراجعه شود.

و درمان، مبنا و معیار رفتار متعارف پزشکی قرار می‌گیرد. در سیستم‌های حقوقی فرانسه و ایتالیا و اسپانیا، مبنای استاندارد مراقبت را قاعده «رفتاری به مانند رفتار پدر خوب با خانواده خود»^۱ می‌دانند (Tunc, p.137) و در سیستم‌هایی مانند انگلستان و کشورهای اسکانندیناوی «دانش پزشکی مورد قبول»^۲ و سیستم‌هایی نظیر آلمان، اتریش و سوئیس آن را بر مبنای عملکرد پزشک منصف و البته با سخت‌گیری قابل توجه نسبت به پزشکان می‌دانند (Santo & Ferraran, p.76). و به هر روی، تشخیص اینکه عملکرد منصفانه و کیفیت مهارت و آموزش‌های پزشکان خوب در هر پرونده چیست و رفتار پزشک محتاط و صلاحیت‌دار در اوضاع و احوال پرونده چگونه باشد، از سئوالات بسیار سخت است که نمی‌توان کاملاً آن را شفاف ساخت (Tunc, p.18).

۲-۲- اغماض مقبول در شرایط اورژانسی

ذکر این نکته نیز قابل تأمل است که، پیچیدگی مبانی تشخیص و درمان و امکان بالای خطا در پزشکی موجب شده است که برخی مبنای مسئولیت‌مدنی پزشک را، تقصیر سنگین بدانند، دادگاه‌های تالی فرانسه به این دیدگاه، گرایش دارند. آندره‌تک معتقد است که چنین دیدگاهی به شرایط اورژانسی ناظر است که پزشک در اوضاع و احوال غیرقابل پیش‌بینی اقدام به درمان کند (Tunc, 1973, p.17). در حقوق آلمان نیز ارتکاب تقصیر سنگین برای موارد اضطراری و اورژانسی شرط مسئولیت است، یعنی اینکه، هرگاه پزشک، به منظور جلوگیری از ورود زیان یا به منظور جلوگیری از توسعه زیان جانی و به هنگام ضرورت، مرتکب تقصیر سنگین شود، مسئول است (De cruz, 2013, p.523). شرایط اضطراری شرایطی است که از آن به اوضاع و احوال خاص یاد می‌شود «شرایطی همانند عدم امکان حمل به بیمارستان، کمبود یا فقدان دارو، فقدان مواد ضد عفونی کننده و فقدان لوازم پزشکی، حتی وضعیت روحی پزشک در شرایط جنگی و استرس‌زا و امثال آنها شرایطی هستند که در پرتو آنها، می‌توان مشخص کرد که تقصیری اتفاق افتاده است یا نه» (Ibid). برخی معتقدند که چنین تفکراتی، در عمل مورد قبول واقع نشده است و می‌توان گفت که در حال حاضر، تمام کشورها پزشک را، مسئول هر درجه از تقصیر می‌دانند (Giesen, 1988, p.93).

برخی از نویسندگان صاحب نظر فرانسوی نیز بعد از بیان دیدگاهی که تقصیر حرفه‌ای را واجد نوع خاصی از تقصیر (تقصیر سنگین) می‌داند و بعد از نقل آرایه‌ی در این زمینه، معتقدند

1. bonus Pater familias
2. Accepted medical Knowledge

که چنین دیدگاهی، دقیق نیست و تفصیر حرفه‌ای به مانند دیگر تفصیرها است و تفاوتی با دیگر تفصیرها ندارد، به عبارت دیگر وقتی گفته می‌شود که به هنگام وجود قرارداد حرفه‌ای، وی مسئولیت دارد که احتیاط و مراقبت و کوشش متوسط را در مورد مشتری و مراجعه کننده‌اش رعایت کند، چگونه ممکن است نقض تعهد قراردادی او را محدود به تفصیر سنگین بدانیم؟ هنگامی که شخصی به یک حرفه‌ای مراجعه می‌کند، دلیل مراجعه وی به او آن است که حرفه‌ای تمام تلاش و کوشش خود را صرف موضوع مورد مراجعه بکند نه چیزی بیش یا کمتر از آن، از همین رو تئوری ضرورت ارتکاب تفصیر سنگین برای تحقق مسئولیت مدنی پزشکی که اعتبار بسیار زیادی را به دست آورده بود، هم در رویه قضایی و هم در رویه اداری، کم‌رنگ شده است، همین که قاضی تشخیص بدهد که پزشک در شرایط پرونده ارجاعی باید که از امری مطلع می‌بود، در حالی که پزشک یا جراح خوانده، به مانند پزشک یا جراح مطلع عمل نکرده است، او را محکوم به جبران خسارت خواهد کرد و همین که قاضی از وجود تفصیر مطمئن شد برای محکومیت پزشک یاد شده دلیل دیگری نمی‌خواهد. چه بسیار خطاهای غیر سنگین پزشکی در زمینه تشخیص، جراحی و درمان که، موجب محکومیت پزشک به جبران خسارت شده است (Mazeud et Chabas, 1998, n°462). بسیاری از نویسندگان حقوق انگلیس نیز معتقدند که این نگرش (لزوم ارتکاب تفصیر سنگین در حکم به مسئولیت پزشک) موجب تبعیض مسئولیت در حرفه پزشکی با دیگر حرفه‌ها، خواهد شد، امتیازی که توجیه منطقی ندارد (Giessen, 1988, p.90).

در مورد مسئولیت مدنی ناشی از فعل دیگری در حقوق فرانسه تلاش‌ها بر این بود تا تفصیر سبک را از دایره مسئولیت پزشکی ناشی از فعل دیگری خارج سازند اما رای ۲۸ می ۱۹۹۸ دادگاه تجدیدنظر Liege به تمام بحث‌ها پایان داد و اعلام نمود که در مسئولیت پزشکی برخلاف مسئولیت ناشی از اعمال کارگر موضوع ماده ۱۸ قانون سوم ژوئیه ۱۹۷۸، تفصیر مستخدم در هر صورت (چه سبک و چه سنگین) موجب مسئولیت کارفرماست (Genicot, 2011, p.334). با این حال انصاف حکم می‌کند تا با توجه به دلائل ذیل، موارد اورژانسی را از یکدیگر تفکیک کنیم، اولاً: تناسب حق و تکلیف، اقتضاء دارد تا میان موردی که پزشک به دلخواه خود به مداوای بیمار پرداخته با موردی که تکلیف قانونی بر آن دارد، تفاوت قائل شد و شاید بر همین اساس است که، برخی فقیهان امامیه، معتقدند که مسئولیت پزشک، باید منحصر به موارد خاص باشد چه، در غیر این صورت، کسی حاضر به درمان و معالجه نخواهد شد. زیرا مسئولیت سنگین ناشی از اعمال پزشکی، پزشکان را، از



پرداختن به امر پزشکی باز خواهد داشت. (گرگی، ۱۳۸۲، صص ۸۳ و ۸۴).

ثانیاً: وفق ماده ۴۹۷ قانون مجازات اسلامی، تحصیل براءت، در موارد ضروری، لازم نیست. این در حالی است که به تعبیر برخی استادان حقوق تنها راه رهایی پزشک از تقصیر مفروض و انتقال بار اثبات به زیان دیده، تحصیل براءت از بیمار یا کسان او، قبل از آغاز درمان است (صفائی، ۱۳۹۱، ص ۱۵۵). بنابراین در شرایط ضروری تقصیر مفروض جای خود را به اصل براءت از مسئولیت خواهد داد و این زیان دیده است که باید تقصیر پزشک را اثبات کند اما نه تقصیر مرسوم که بلکه تقصیر سنگین. در واقع، قانون گذار با انشاء ماده ۴۹۷ یاد شده نه تنها تفکر فرض تقصیر را در شرایط اورژانسی رها کرده بلکه به تبعیت از عرف میان تقصیر قابل اغماض و تقصیر غیر قابل اغماض قائل به تفکیک گردیده است. به ویژه همان گونه که قبلاً گفته شد، مواد ۱۸ و ۳۱ آئین نامه تخلفات پزشکی بعد از تأکید بر آن که پزشک نباید خارج از قلمرو توانائی و تخصص خود، اقدام به معالجه بیمار نماید، موارد ضروری را استثناء کرده است و از این رو، باید گفت، در موارد ضروری پزشک هیچ مسئولیتی ندارد و یا مسئولیت وی را منوط به ارتکاب تقصیر سنگین نمود زیرا برابر دانستن تقصیر در شرایط یاد شده، با شرایط عادی موجب خواهد شد تا انگیزه پزشک بر درمان بیمار در شرایط ضروری کاهش یابد و در نتیجه، بیمار آخرین شانس خود را برای زنده ماندن از دست خواهد داد، به عبارت دیگر در بسیاری از شرایط ضروری، ارتکاب تقصیر اجتناب ناپذیر است، بنابراین، نظام قضائی می تواند، با کمی اغماض در چنین مواردی تقصیری را موجب مسئولیت بداند که سنگین است.

مواد ۱۸ و ۳۱ آئین نامه انتظامی، ضمن تأکید بر اینکه، پزشک نباید خارج از محدوده توانایی و تخصص خود، دست به معالجه بیمار بزند، موارد اورژانسی را استثناء کرده و حتی پزشک را بدون توجه به نظر و اذن بیمار یا همراهان او مکلف به هر گونه اقدام درمانی می کند. این امر در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ به نوعی تکرار شده است و می توان از چنین احکامی نتیجه گرفت که در حقوق ایران مسئولیت مدنی پزشک در موارد اورژانسی می تواند، به ارتکاب تقصیر سنگین منوط شود. همچنین تبصره ماده ۶ آئین نامه تعیین حدود صلاحیت ماماهاى کارشناس و کارشناس ارشد مقرر می دارد که در مواقع عدم دسترسی به پزشک، ماماها مکلف به انجام اقدامات اورژانسی مامایی هستند به عنوان مثال به هنگام مشاهده هر گونه خونریزی غیر طبیعی، ماما، مکلف به ارجاع موضوع به پزشک متخصص است اما تا زمان رسیدن پزشک باید که هر گونه تلاشی را جهت کمک به بیمار انجام دهد و طبیعی است که احتمال وقوع خطا در

عملکرد ماما در این موارد قابل اغماض است. که البته باید رویه قضائی در این زمینه تصمیم می‌گیرد.

۳. ویژگی‌های استاندارد مهارت و مهارت متعارف

۳-۱- نسبی بودن

قبل از ورود در بحث از ویژگی نسبی بودن استاندارد مراقبت و مهارت متعارف، ناچار از بیان مقدمه‌ای هستیم و آن اینکه مفهوم تقصیر نوعی، درسه سیستم حقوقی کامن‌لا، فرانسه و آلمان تفاوت‌هایی دارند که تبیین آنها در شناخت مفهوم نسبی بودن استاندارد مراقبت و مهارت متعارف از اهمیت فراوانی برخوردار است، بدین توضیح که: در حقوق فرانسه تقصیر نوعی را،^۱ انحراف از رفتاری که پدر خوب خانواده^۲ در شرایط مشابه انجام دهد، می‌دانند که عدم بلوغ یا رشد کامل فکری، عقل یا جنون، توانایی یا عدم توانایی خواننده به هیچ‌وجه مورد توجه واقع نمی‌شود. و مبنای انسان محتاط و آگاه است، طرح مسئولیت مدنی آمریکا^۳، تقصیر را، رفتاری تعریف کرده که پائین‌تر از استاندارد حقوق، برای حمایت از دیگران در مقابل خطر صدمات غیرمتعارف مقرر کرده است و از این رو، دانشمندان کامن‌لا از اینکه عوامل شخصی را در شناسایی تقصیر انسان لحاظ کنند، به شدت پرهیز می‌کنند تا جایی که هولمز در این زمینه می‌نویسد... «در صورتیکه شخصی بطور مادرزادی عجول و دستپاچه است طبیعتاً هم برای خود و هم برای همسایگانش، همیشه، مشکل‌ساز و حادثه‌ساز خواهد بود. هر چند، هیچ تردیدی نیست که عیوب مادرزادی وی در محکمه الهی، به هنگام محاسبه اعمال وی، مدنظر قرار خواهد گرفت، اما لغزش‌ها و اشتباهات او برای همسایگانش همان اندازه زیانبار است که اگر وی مقصرانه چنین خساراتی را ایجاد می‌کرد، به همین جهت همسایگان وی او را مجبور به تبعیت از استانداردهایشان خواهند کرد و محاکمی که آنها ایجاد کرده‌اند خصوصیات شخصی وی را مورد توجه قرار نخواهند داد» (Holms, 2013, p.108).

در حقوق آلمان، معیار شخصی تقصیر را انحراف از رفتار پدر خوب خانواده نمی‌دانند بلکه

1. Appreciation in abstractor

2. Bon pere de famille

۳. «Restatement» شایان ذکر است که مرحوم دکتر کاتوزیان این کلمه را در کتاب مسئولیت مدنی ناشی از عیب تولید، گاه به «اصول پیشنهادی مسئولیت مدنی»، گاه به «طرح قانونی مسئولیت مدنی» ترجمه کرده‌اند و گاه همان عبارت لاتین را به کار برده‌اند. در لغت‌نامه Black's Dictionary گفته شده یکی از رساله‌های مؤثری است که به وسیله موسسه حقوقی آمریکا چاپ می‌شود و نوعی راهنماست.

آنان رفتار خوانده را با آنچه از هم سن او و یا هم حرفه او انتظار می‌رود مقایسه می‌کنند (Tunc, Ibid, p.71). دیدگاه اخیر برغم اشکالاتی که بر آن وارد شده، توانسته است با رخنه در حقوق فرانسه، اطلاق دیدگاه فرانسوی‌ها را مقید به عناصری سازد که آنان را به حقوق آلمان نزدیک می‌سازد و به تعبیر وینه «امروز، حتی تندترین طرفداران نظریه تقصیر نوعی نیز پذیرفته‌اند که قاضی در تعیین مقصر، تمامی اوضاع خارج از شخص عامل زیان را مورد توجه قرار می‌دهد. بنابراین مهم‌ترین اختلاف بین طرفداران تقصیر شخصی و تقصیر نوعی به تأثیر یا عدم تأثیر بخشی شخصیت و رفتار شخص در تشخیص تقصیر معطوف می‌شود» (Viney, 1988, n°646).

دژان دلاباتی در مطالعات عمیقی که در ۱۹۶۵ در این موضوع انجام داد به این نتیجه رسید که بی‌فکری و منگی بچه برای سن وی عادی است و نمی‌توان آن را تشکیل‌دهنده یک بی‌احتیاطی تلقی کرد، وی با ذکر برخی از آراء (Cité Par Viney, Ibid)، معتقد است که بی‌احتیاطی در سنی که کودک در آن، قرار دارد از نظر روانی عادی است. وینه نیز با ترسیم نقطه به نقطه تحولات حقوق فرانسه در این زمینه می‌نویسد، «اینکه بچه‌ای از آن نظر که بچه است و رفتار بچگانه انجام می‌دهد، اصولاً مقصر نیست، اما در ابتدا، آرای قضایی خیلی کمی در فرانسه این دیدگاه را می‌پسندیدند و تا ۱۹۷۰ رویه یاد شده تحول چندانی نداشت و محاکم معتقد بودند در ارزیابی بی‌احتیاطی‌ها و تقصیرها و عدم مهارتی که به وسیله کودکان اتفاق می‌افتد، تفاوتی بین رفتار کودک و افراد بالغ نیست اما کم‌کم بیشتر آراء دیوان فرانسه به صراحت تأکید کردند که سن بچه‌ها به هنگام ارزیابی درجه بی‌احتیاطی و تقصیر باید با میزانی که از آنها انتظار می‌رود مورد توجه محاکم قرار گیرد. به ویژه رای ششم فوریه ۱۹۷۴^۱ بر این دیدگاه تأکید نمود. در ۱۹۷۶ رای دیگری^۲ دادگاه فرانسه اعلام نمود که عمل بچه سه ساله باید با رفتار کودکان همان سن مقایسه شود در سال ۱۹۸۹^۳ دیوان کشور دوباره بر این موضوع تأکید نمود و سپس در سال ۱۹۹۰ و همچنین در سال‌های بعد روی این دیدگاه تأکید شد». در هر حال دیوان عالی فرانسه امروز پذیرفته است که وضعیت کودک عاملی است که قاضی به هنگام ارزیابی وجود تقصیر باید آن را مورد توجه قرار دهد، همچنین است وضعیت پیرمردها که باید به وضعیت پیری آنها توجه شود (op.cit.n°467). در مورد تأثیر ناتوانی بدنی نیز وینه می‌نویسد:

«اما در مورد کسانی که بدلیل بیماری یا ناتوانی بدنی مادرزادی، معلولیت دارند. مطالعه

1. civ.2', 6 fevr. 1974

2. civ.2', 29 avr.1976

3. civ.1^{re}, 7mars.1989

رویه قضایی فرانسه نشان می‌دهد که پاسخ ما بر اینکه آیا قاضی در ارزیابی تقصیر، به معلولیت یاد شده توجه خواهد کرد یا نه؟ مثبت است با اینهمه برخلاف آنچه در بادی امر به ذهن می‌رسد تأثیر این امتیاز بر ارزیابی تقصیر، آنچنان که تصور می‌رود، هنوز به نفع بیماران یاد شده نیست و برعکس، اغلب برای آنها تکالیف اضافی ایجاد می‌کند تا جائیکه محاکم همواره معتقدند، کسی که از وضعیت فیزیکی معیوب خود مطلع است باید اقدامات خود را با وضعیت خودش منطبق کند و کاری نکند که برای خود یا دیگری خطرناک باشد، همچنین وی باید احتیاجات لازم را با توجه به وضعیتش تأمین کند و احتیاطی بیش از دیگران داشته باشد. با این حال هنگامی که وی اقدام ضروری به عمل می‌آورد یا زمانی که بیماریش، به صورت ناگهانی بروز کند، باید به هنگام ارزیابی توجه مسئولیت به او یا توجه به سرعت انعکاس وی و غیره، بیماری او مورد توجه قرار می‌گیرد، دیوان کشور فرانسه نیز در این زمینه آرایه دارد که قابل توجه است زیرا، شعبه دوم آن دیوان عدم مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر را به هنگامی که بیماری، خود را، ناگهان، بروز داده، پذیرفته است و در هر حال محاکم فرانسوی به تعبیر دوژان دولاباتی، رفتار بیمار یا یک معلول را با رفتار بیمار یا معلول مشابه مقایسه می‌کنند تا آدم متعارف و عادی» (Viney.op.cit). همچنین محاکم فرانسوی در تعیین و ارزیابی تقصیر، به عواملی که درجه احتیاط، مراقبت، صلاحیت و اهلیت یا توانایی لازم را تعیین می‌کند، توجه کافی دارند (Viney.op.cit).

دقت در مطالب گفته شده، نشان داد که حقوق فرانسه نیز همانند حقوق آلمان در تعیین درجه متعارف بودن رفتار، به عوامل متعددی توجه دارد و آن را صرفاً با معیار رفتار پدر خوب خانواده، ارزیابی نمی‌کنند. البته همانگونه که گذشت تأثیر حقوق آلمان بر حقوق فرانسه در این زمینه قابل انکار نیست و شاهد قضیه مطالعه اجمالی در کتاب‌های حقوق مسئولیت مدنی فرانسه است به طوری که آراء جالب و خواندنی زیادی از حقوق آلمان در همین زمینه در این کتاب‌ها آمده است^۱ و باید انصاف داد که، کتاب‌ها توسط قضات فرانسوی مورد مطالعه قرار گرفته و کم کم بر ذهن آنان مؤثر واقع شده است، از همین رو آنان نیز متعارف بودن عمل را نسبی می‌دانند و آن را با توجه به سن، گروه و طبقه‌ای که خواننده به آن تعلق دارند، متفاوت می‌دانند و حقوق کامن‌لان نیز تمایل به نسبی کردن تقصیر نوعی دارد تا جایی که لرد دنینگ به هنگام شور در مورد بیماری که در اثر عدم وجود اطلاعات پزشک، فوت کرده است^۲، اعلام می‌دارد،

1. Maaud et Tunc, Traite' de la responsabilite' civile, t. I. 6' ed, n° 483

2- Hucks V. Cole, May 9, 1968.

«خواننده (ماما) بایستی بعنوان پزشکی که دارای دیپلم مامایی است، مورد توجه قرار گیرد و نه بیش از آن» (Jackson & Powell, 1992, p.459). همچنین در پرونده‌ای^۱ خواننده، که پزشک عمومی است در تشخیص مالاریا، یا در هشدار دادن به اینکه بیمار، مبتلاء به برخی از انواع بیماری‌های منطقه استوایی است، قصور کرده بود و قاضی کوزاک اعلام نمود که «مالاریا بیماری نیست که پزشک عمومی بتواند آن را تشخیص دهد و او، فقط، استاندارد متعارف یک پزشک عمومی را رعایت خواهد کرد» (Jackson & Powell, Ibid).

با توجه به مطالب گفته شده به این نتیجه می‌رسیم که برای تشخیص متعارف بودن مهارت و مراقبت پزشک، باید او را در قالب پزشکان هم سنخ خواننده مورد توجه قرارداد و به تعبیر پدر علم حقوق ایران «از هر پزشک به تناسب تخصص و سنخ کارایی که عرف از او انتظار دارد، باید انتظار داشت» (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۳۲۵). به عبارت دیگر مفهوم نوعی تقصیر در پزشکی را، نسبی دانست زیرا که تفاوت‌های زیادی بین عملکرد پزشکان، با توجه به عوامل متعدد می‌توان مشاهده کرد و در ارزیابی مقصرانه بودن عمل یک پزشک، وضعیت اقتصادی جامعه، جغرافیای محل خدمت پزشک (شهر یا روستا) امکانات علمی و عملی و تخصص و بسیاری از دیگر عواملی را مورد توجه قرارداد (Le Tourneau, 2001, p.707). در واقع رفتار هر پزشک با لحاظ اوصاف نوعی او، می‌تواند معیار و ملاک تقصیر یا عدم تقصیر وی تلقی شود^۲، وضع پزشک در شرایطی که خواننده در آن، قرار دارد، نمونه رسیدگی باشد^۳ در هر صورت عوامل مؤثر در تشخیص تقصیر یا عدم تقصیر پزشک بسیار زیاد هستند اما در اینجا به مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود:

۳-۱-۱- تخصص پزشک

از جمله مواردی که نسبی بودن تشخیص تقصیر را تقویت می‌کند، تخصص پزشک و تأثیر آن بر ارزیابی و در نتیجه تقصیر است، پزشکی که در زمینه خاص، دارای تجربه و مهارت بالایی نسبت به میانگین پزشکان همکار در رشته خاص است به اعتقاد حقوق‌دانان آلمانی، مکلف است تا استانداردهای بالای چنین رشته‌ای را به نفع بیمار خود، رعایت کند و هر گاه سطح مهارت پزشک یاد شده به اندازه‌ای باشد که مهارت خاصی از وی انتظار می‌رود، خطای او حتی اگر برای دیگر

1- Langley V. Campbell, November 6/1975.

۲. عبارت «بالحاظ اوصاف نوعی» را مرحوم دکتر شهیدی در بیان شیوه جمع صدر و ذیل ماده ۲۰۲ قانون مدنی آورده‌اند (تشکیل قراردادها و تعهدات شماره ۱۴۸).

۳. مراجعه شود به دکتر کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۲۷۱.

همکارانش، تقصیر شمرده نشود، برای او، تقصیر به حساب می‌آید (Giesen, Ibid, p.94).

با این حال از پزشکی که تحصیلات خود را جدیداً به اتمام رسانده، همان انتظار وجود دارد که از همکار با تجربه وی در همان تخصص، مورد توقع است. همین طور، یک جراح قدیمی نمی‌تواند خود را بر این مبنا که از تحولات جدید یا روش‌های درمانی مطلع نبوده است، از مسئولیت معاف بداند. در حقوق انگلیس با وجود آنکه تخصص پزشک در مسئولیت او نقش مهمی دارد، با این حال پستی که پزشک در آن اشتغال دارد، در ارزیابی عملکرد او از اهمیت فراوانی برخوردار است، در یک پرونده، خواهان، کودکی است که بصورت نارس متولد شده بود و در بخش مراقبت‌های ویژه نگهداری می‌شد، وفق مقررات آن بخش، حضور دو پزشک متخصص کودکان در آنجا الزامی بوده است ولی بخش یاد شده توسط دو پزشک کم تجربه و نوآموز و غیر متخصص اداره می‌شده، قاضی ماستیل اعلام نمود، اینکه پزشکان بخش دارای تخصص لازم نبوده‌اند، دلیلی بر دخالت دادن عدم تخصص آنان در قضاوت نسبت به عملکرد آنها نمی‌شود، بلکه بایستی پست و جایگاهی که آنان اشتغال کرده‌اند، مورد توجه قرار گیرد و پزشکی که لزوماً در آن جایگاه قرار دارد، مناط و ملاک اعتبار باشد (Jackson & Powell, Ibid).

دادگاه شعبه ملکه^۱ انگلستان نیز در رأی دیگری در سال ۱۹۸۹ به همان نتیجه رسیده است. بنابراین و علی‌رغم آنکه در حقوق انگلیس نیز برخی عوامل در تعیین تقصیر و ارزیابی عملکرد عامل زیان توجه می‌شود ولی تلاش‌ها بر آن است که معیار نوعی بودن را تا جایی که ممکن است ناظر به عمل بدانند و نه عامل^۲ اما هر چه بر این تلاش‌ها تأکید شود، آنان نیز در تعیین اینکه آیا جراح یا پزشک در تشخیص و معالجه خود مهارت و مراقبت لازم را به عمل آورده است یا نه، تخصص یا عدم تخصص وی را کانون توجه قرار داده‌اند.

البته اشتباه نشود، نکته مهم طبقه و سنخی است که پزشک به آن تعلق دارد، به همین جهت در پرونده‌ای جراح رزیدنت (کارآموز) در تجویز دستور دوره درمانی پنیسلین دچار اشتباه گردید، اما به دلیل آنکه وی، براساس دستورالعمل و بروشور دارو، اقدام به تجویز کرده بود، تبرئه گردید و دادگاه در رأی خود توضیح داد آنچه از جراح خوانده انتظار می‌رود، تکلیفی است که از یک جراح مبتدی و کارآموز می‌رود^۳ (Jackson & Powell, Ibid).

از این رو، باید گفت طبقه‌بندی‌هایی که در عرف یا مقررات پزشکی نسبت به پزشکان به

1. Court of Queen's Bench

۲. در این زمینه مراجعه شود به مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی، مطالعه تطبیقی با تأکید بر نظام‌های کامن‌لا دکتر لیا جنیدی، مندرج در کتاب مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی صفحات ۶۹ و به بعد.

3. Junor V. MC Nicol

عمل آمده است می‌تواند در تعیین کارایی پزشک مؤثر باشد. یک کارآموز بدون توجه به سنوات کم یا زیاد کارآموزی، با کارآموز مقایسه می‌شود و یک متخصص با متخصصان هم‌تراز خود، مگر آنکه عرف پزشکی برای یک پزشک متخصص جایگاه ویژه‌ای قائل باشد، به گونه‌ای که او را با متخصصان همسان مقایسه نکند. مثلاً عرف از پزشک متخصص مغز که در جراحی‌های مغز، از دقت بسیار بالایی نسبت به همکاران متخصص خود برخوردار است، توقعی بیش از دیگر متخصصین مغز دارد و چه بسی رفتار وی برای سایر متخصصین، متعارف و قابل اغماض تلقی شود ولی برای خود او به دلیل اشتها گفته شده عمل غیرمتعارف و غیرقابل اغماض دانسته شود. یا به تعبیر دوبوس «پزشک متخصصی که معلومات او بیشتر از یک پزشک متخصص معمولی است، باید، هنگام معالجه از آن استفاده کند و به بهانه اینکه احتیاط یا مراقبتی را که از یک پزشک متخصص معمولی انتظار می‌رود به کار بسته است، از مسئولیت معاف نمی‌شود» (نقل از بادینی، ۱۳۸۹، ص ۸۰). همان‌گونه که برخی معتقدند «نوعی بودن معیار انسان معقول و متعارف بدان معنا نیست که در خصوص تمام اشخاص یکسان اعمال شود، بلکه در این زمینه باید به مقتضیات عدالت ماهوی نیز توجه کرد» (بادینی، ۱۳۸۹، ص ۹۰).

۳-۱-۲- اوضاع و احوال

هر چند استاندارد پزشک متعارف نوعی و غیرشخصی است و عناصر شخصی اصولاً نباید در ارزیابی آن مورد توجه قرار گیرد اما با این حال اوضاع و احوالی که پزشک خوانده در آن قرار گرفته است، به نوع ظریفی مورد توجه خواهد بود. باید دید، هر پزشک مشابه دیگری نیز که در اوضاع و احوال یاد شده قرار می‌گرفت، چنین کاری را انجام می‌داد که خوانده انجام داده است یا نه؟ از همین رو، میانگین صلاحیت پزشک‌ها در شرایط و اوضاع و احوال مشابه مورد توجه قرار می‌گیرد. هرگاه شرایط دست به دست هم داده، وضعیتی غیرمتعارف ایجاد کنند که خوانده قادر به برآورد خطراتی که اغلب قابل پیش‌بینی است نباشد، یا به رغم اطلاع از خطرات، قادر به از میان بردن آنها از طریق اتخاذ تدابیر احتیاطی نباشد، وی مسئول نیست. به عنوان مثال بیماری مسری شهری را فرا گرفته است یا کارکنان درمانی دچار خستگی و نبود امکانات هستند و یا بلایای ناگهانی همانند طوفان، تصادفات هوایی، جنگ و محاصره دشمن کادر درمانی را دچار چندان خستگی کرده که هر شخص دیگر در شرایط مشابه نیز مرتکب تقصیر می‌شد، در این موارد نباید خوانده را مسئول دانست. (Ibid)

در یک پرونده کانادایی خواهان، مدعی قصور پزشک در تشخیص خسارت وسیع به قفسه سینه، دنده‌ها و ریه‌های بیمار مستی بود که پزشک مکلف به بررسی وضعیت او در داخل کامیون با انداختن نور چراغ قوه در هوای برفی و سرد در ساعت ۱ بامداد ماه دسامبر بود، دادگاه وی را مسئول ندانست. چرا که شرایط به گونه‌ای بود که از پزشک انتظار بیشتر نمیرفت (Ibid). و همان گونه که گفته شد، تبصره‌های مواد ۱۸ و ۳۱ آئین‌نامه انتظامی، پزشک را مکلف می‌کند تا در موارد اورژانسی، هر اقدامی را برحسب توان علمی خود انجام دهند، چه بسا در آن شرایط اقدامی نمایند که در شرایط عادی، به دلیل فقدان تخصص، اجازه آن را ندارند.

۳-۲- معیار زمان حادثه

معیاری می‌تواند مناط اعتبار باشد که مربوط به زمان حادثه باشد، بنابراین اگر گفته می‌شود، دانش متعارف پزشک یکی از معیارهای تشخیص تقصیر یا عدم تقصیر پزشک در زمان حادثه است، در یکی از پرونده‌های انگلیسی، داروی بیهوشی نخاعی در شیشه آمپول‌هایی که در محلول فنول قرار داده شده بود، نگه‌داری می‌شد. فنول از طریق ترک‌هایی که غیرقابل مشاهده بود، وارد آمپول گردید. در اکتبر ۱۹۴۷ داروی بیهوشی که در آن گاز فنول وارد شده بود، به دو بیمار تزریق شد و آنها دچار برخی لطمات گردیدند. در ۱۹۵۳ پرونده آنها به دادگاه رفت قاضی مک‌نیر (Mc Nair. J) رأی داد که آقای دکتر جی که مسئول عملیات بیهوشی بوده، مسئول تبعات بیهوشی نیست. و دادگاه تجدیدنظر نیز رأی وی را تأیید کرد با این تأکید که رأی صادره، اساس را اطلاعات پزشکی سال تزریق یعنی ۱۹۴۷ قرار داده است (Jackson & Powell, 1992, p.458).

حال باید پرسید که، پزشک، آخرین اطلاعات را از کجا بدست خواهد آورد؟ به تعبیر بهتر با چه وسیله‌ای می‌توان دریافت که پزشک به هنگام مداوا، می‌توانست اطلاعات موجود در زمان حادثه را به دست آورد یا نه؟ در پاسخ گفته شده است تشخیص این موضوع در ادله اثبات معمولاً از طریق ارجاع امر به کارشناسان پزشکی صورت می‌گیرد، با این حال، یافته‌ها و مقالات چاپ شده در مجلات مشهور علمی، انتشار سخنرانی‌های کنگره‌های پزشکی، حتی سمینارها به صورت وسیعی اطلاعات بدست آمده را منتقل می‌کنند، بنابراین، موارد یاد شده می‌توانند یکی از بهترین معیارها در این زمینه به حساب آیند (Koch, 2011, p.62).

ماده ۱ قانون لزوم بازآموزی و نوآموزی جامعه پزشکی کشور و ارتقای سطح دانش پزشکی آنها، مقرر می‌دارد که «از تاریخ تصویب این قانون به منظور ارتقای سطح دانش جامعه

پزشکی کشور، وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی مؤظف است هر ۵ سال یکبار، نسبت به بازآموزی و نوآموزی جامعه پزشکی کشور (پزشک، دندان پزشک، دکتر داروساز، دکتر حرفه‌ای، متخصص علوم آزمایشگاهی تشخیص طبی و دکترای علوم بهداشتی) با همکاری سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران اقدام نماید» و در تبصره ۳ این ماده آمده است که «سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران، مؤظف است همه ماهه، تازه‌های علوم پزشکی را از طریق نشریه‌ای که با اخذ هزینه‌های مربوطه در اختیار شاغلین به حرفه پزشکی و پیراپزشکی، موضوع ماده فوق‌الذکر قرار می‌دهد به اطلاع جامعه پزشکی کشور برساند». بنابراین می‌توان به این نتیجه رسید که اجرای صحیح قانون یاد شده، می‌تواند راه مطمئنی برای کشف تقصیر پزشک یا برعکس، رفتار متعارف وی به هنگام درمان بیمار باشد.

پرونده‌ای در آفریقای جنوبی، دادگاه در موردی که عمل جراحی چشم منجر به نابینایی گردیده بود، اعلام داشت: در موردی که مطالعه موضوعی در مراحل اولیه است و کار اصلی در رشته دیگر صورت می‌گیرد، نمی‌توان انتظار داشت که پزشک خواننده تمامی آن اطلاعات را داشته باشد (Jackson & Powell, 1992, p.459). برخی از حقوق‌دانان معتقدند که حقوق‌دان اسلامی، پزشک را در صورتی که آگاه بوده و کوشش لازم در معالجه انجام داده باشد، ضامن نمی‌دانند و بنای تشخیص را عرف پزشکی می‌دانند که می‌تواند کارشناسان امر پزشکی یا آثار پزشکی در دسترس باشد (نقل از کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۱۶۹).

۳-۳- عدم تأثیر تکرار تقصیر

هرگاه مشخص شود که در واقع، تقصیر ادعائی، عملی است که متعارف شده و در اثر تکرار به نوعی، عرف شناخته می‌شود، آیا می‌توان آن را تقصیر دانست؟ تکرار تقصیر یا عرف شدن عملی مقصرانه نیز تقصیر است و مانع تقصیر تلقی شدن نمی‌شود، بنابراین هرگاه، بیشتر یا تمام پزشکان جامعه از انجام تدابیر احتیاطی که خطر قابل پیش‌بینی ورود صدمه به بیماران را تقلیل می‌داد یا از بین می‌برد، قصور ورزند، نمی‌توان گفت تقصیری واقع نشده است و برای حقوق و دادگاه هیچ مبنا و تکلیفی را در تقصیر نشناختن عمل یاد شده، ایجاد نمی‌کند. بعنوان مثال در زمینه به کارگیری متخصص بیهوشی ورزیده، معمولاً بیمارستان‌ها از یک متخصص بیهوشی برای دو یا چند عمل جراحی همزمان استفاده می‌کنند و معمولاً هم آن را به رویه مرسوم بیمارستان‌ها نسبت می‌دهند در حالی که حقوق، الزامی در پذیرفتن چنین رویه‌ای ندارد

چرا که هرگاه تمام بیماران بیهوش شده با وضعیت قرمز روبرو شوند، به یقین یک متخصص در آن واحد و به شکل همزمان، توانایی سرکشی به آنها را نخواهد داشت (Giesen, 1988, p.98).

۳-۴- رفتار موافق با رویه عام و مورد قبول

هرگاه پزشک موافق رویه عام و مورد قبول حرفه خود عمل کند، عملکرد موجهی خواهد داشت در یکی از آرای صادره از دادگاه ونکور، کودک مبتلا به دیفتری به هنگام معالجه در بیمارستان خوانده به بیماری آبله مرغان مبتلا شد و در دعوی خود علیه بیمارستان مدعی شد که بیمارستان مقصر است چرا که اولاً، بیماران مبتلا به آبله در اتاق‌های همان طبقه مداوا می‌شدند ثانیاً، نرس‌های مراقب وی همان‌هایی بودند که بیماران مبتلا به آبله را مداوا می‌کردند، در نتیجه موجب انتقال بیماری به وی شده‌اند، تعدادی کارشناس پزشکی معتقد بودند که رویه خوانده معمول و مرسوم است و بیماران این دو گونه را باید چنین مداوا کرد و در بیمارستان‌های کانادا و آمریکا نیز چنین عمل می‌شود (Jackson & Powell, 1992, p.469). در پرونده دیگری خواهان مدعی بود که خوانده در تشخیص سرطان باید از دستگاه سیتوسکوپیک (Cytoscopic) استفاده می‌کرد، قصور در استفاده از دستگاه یاد شده، نشان دهنده، تقصیر خوانده است، بررسی‌ها نشان داد که از این دستگاه بیشتر در حبس بول‌های شدید استفاده می‌شود و نه در مورد دعوی مطروحه (Jackson & Powell, Ibid). مقررات موضوعه در حقوق ایران در این مورد ساکت است و صرفاً در مورد تجویز دارو مقرراتی وضع شده است. از جمله آنکه تجویز دارو بایستی از میان داروهایی باشد که در مجموعه دارویی کشور (فارماکوپه) اعلام شده باشد و در غیراین صورت تنها زمانی می‌توان آن را تجویز کرد که توجیه علمی مورد تأیید سازمان نظام پزشکی یا انجمن‌های علمی تخصصی مربوطه را به همراه داشته باشد (ماده ۱۷ آئین‌نامه رسیدگی به تخلفات).

تبصره: فقدان رویه عام و مورد قبول «تشتت در رویه»: در بیشتر موارد رویه متحد و یکسانی بر درمان حاکم نیست مکاتب مختلف نظرات گوناگونی دارند و از این رو این سؤال پیش می‌آید که هرگاه، پزشک، مطابق یکی از روش‌ها اقدام به درمان کند و نتیجه آن بهبود بیمار نباشد، می‌توان وی را مقصر تلقی کرد؟ به نظر برخی از نویسندگان حقوق کشورمان، اگر شیوه درمانی در علم پزشکی به رسمیت شناخته شده باشد، می‌توان بر آن بود که برای تعیین مفهوم تقصیر باید به دیدگاه متعارف پزشکان همان شاخه مراجعه کرد و معیار متعارف بودن،

روش به کار گرفته شده، احتیاط‌های لازم و اصول فنی و مقررات پزشکی در همان شیوه است (جعفری تبار، ۱۳۷۷، ص ۷۵).^۱ در حقوق کشورهای فرانسه و آلمان و ژاپن، رویه قضایی معتقد است که آنچه جامعه پزشکان، آن را بهترین رویه مداوای بیمار^۲ می‌دانند، در تشخیص عدم تقصیر یا تقصیر پزشک در مداوای بیمار، اهمیت ویژه‌ای دارد مگر آنکه روش‌های درمان مؤثر متعددی وجود داشته باشد، که در اینصورت عمل به هر کدام موجب رفع مسئولیت پزشک است (Huber, 2007, p.54). در کامن‌لا نیز رأی معروف بولام به همین نتیجه رسیده است. قاضی مک نایر در این پرونده معتقد بود اگر پزشک، روش برخی پزشکان ماهر را در این زمینه به کار گیرد کافی است و وجود نظریه مخالف چیزی را عوض نمی‌کند، البته او نباید با کله شقی، روش‌های قدیمی را که امروزه خلاف آن ثابت شده را بکار گیرد. (Jackson & Powell, 1992, p.470) در این پرونده خواهان (Bolam) اجازه داد، وی را از طریق شوک الکتریکی تحت درمان قرار دهند، در خلال عملیات درمان، بدن او به شدت می‌لرزید و دچار تکان‌های شدید بود و در نتیجه، شکستگی‌های شدیدی در بدن وی به وقوع پیوست، به همین جهت او از هیات مدیره بیمارستان، مطالبه خسارت کرد، چرا که آنها، اولاً، به خواهان داروهای آرام‌بخش ندادند، دوم اینکه، می‌توانستند بدن او را بر چیزی ببندند تا در اثر تکان خوردن‌های شدید به اطراف برخورد نکرده و دچار شکستگی نشود، سوم اینکه، در مورد خطرات درمان از طریق شوک الکتریکی هیچ هشداری به وی داده نشده بود، دادگاه موضوع را از کارشناس استفسار کرد، نظر کارشناس آن بود که اولاً در مورد استفاده از داروی‌های آرام‌بخش، نظرات، متعدد است، برخی آن را، منع و برخی تجویز می‌کنند دوم اینکه نگه داشتن با دست، گاه موجب افزایش خطر شکستگی می‌شود سوم اینکه هشدار مرسوم نیست و یکی از رویه‌های متعارف، عدم هشدار به بیمار در مورد خطر مراقبت و درمان است مگر آنکه خود بیمار در آن مورد سؤال کند^۳ (Corfield & Granne & Sayer, 2010, p.173).

۱. در هر صورت شیوه درمان نیز باید بر اصول پزشکی استوار باشد. به اعتقاد برخی اصول پزشکی موازین ثابت و شناخته شده نظری و عملی میان پزشکان است. حالت نظری، یعنی اینکه پزشکان متخصص، اتفاق نظر داشته باشند که برای علاج یک بیماری، حجامت یا مصرف دارو کافی است، اگرچه در طریقه درمان آن اختلاف نظر باشد، اما حالت عملی آن است که پزشکان در بکارگیری روش درمان اتفاق نظر داشته باشند (دکتر اسامه قانده - نقل از دریاباری، ۱۳۸۱، ص ۸۳).

2. Best Course al Treatment

۳. البته نگاه تمام سیستم‌ها به موضوع اعلام هشدار به بیمار و درجه اطلاعات که باید به پزشک داده شود یکسان نیست، بدین سان در سیستم حقوقی آلمان در مورد کفایت اطلاعاتی که به بیمار داده می‌شود، سخت‌گیری می‌شود تا حدیکه هرگاه خطر جراحی قریب‌الوقوع به شکل صوری به بیمار متذکر شود و رضایت وی بصورت سرسری در فرمی به امضاء وی برسد، پزشک مسئول است.

علی‌رغم تأکید نظام حقوقی کشورمان و حقوق کامن‌لا بر اینکه اصل بر تبعیت از رویه عام و پذیرفته شده پزشکان در زمینه مرتبط است، هرگاه این نکته اثبات شود که رویه یاد شده نسبت به بیماری خاص غیرمتعارف است، در این صورت عدم اعمال رویه متداول، تقصیر محسوب نخواهد شد. واقع آن است که بدن انسان‌ها سیستمی بسیار پیچیده دارد و از سویی طبائع انسانی نیز بی‌شمار متعدد هستند، بنابراین در تشخیص بیماری، پزشک، علائم کلی را ملاک تشخیص قرار می‌دهد و این چیزی است که رویه‌های متداول به او یاد داده است، اما هر مریض، نیز ویژگی‌های خاص و وضعیت خاص خود را دارد که در بیشتر اوقات تشخیص بیماری را سخت می‌کند، یا آنکه از میان همه علائم بیماری برخی علائم برای پزشک کشف شده و پزشک نیز بر آن اساس حکم به درمان می‌دهد اما پنهان بودن حتی یک عامل باعث تشخیص اشتباه شده و ممکن است بیمار فوت کند یا مداوا نشود در اینجا باید به دیدگاه حقوق پزشکی فرانسویان برگردیم که عمل به رویه مکتوب پزشکی نیز، موجب معافیت پزشک و عدم تقصیر او نخواهد بود و بلکه باید در هر موردی این نکته بررسی شود که آیا پزشک در مطالعه و بررسی بیماری، به مانند پزشک متعارف عمل کرده است یا نه.

۳-۵- پرهیز از تعهد خارج از توانایی

در صورتی که پزشک فاقد مهارت و تجربه کافی در پرونده خاصی باشد، بایستی موضوع را به پزشکی که صلاحیت لازم در این مورد دارد، ارجاع دهد در پرونده‌ای، کارمند خواننده در تشخیص صدمات وارده به ناحیه شکم شخصی که اسبی او را لگد زده بود، دچار اشتباه شده و قاضی دونووان رأی داد که کارمند خواننده بایستی مجروح را به دکتر متخصص معرفی می‌کرد. در پرونده دیگر جراحی با شهامت و برجسته که خود از سرطان زجر می‌کشید، تا مدت کوتاهی قبل از مرگش به جراحی ادامه داد. هشت هفته قبل از مرگ، بر روی خواهان عمل جراحی خارج کردن گواتر، انجام داد. هر دو عصب حنجره‌ای خواهان در خلال جراحی آسیب دید. دادگاه تجدید نظر، چنین رأی داد که جراحان هنگامی که توانایی کار را از دست می‌دهند، نباید جراحی کنند (Jackson & Powell, Ibid). براساس ماده ۳۴ آئین رسیدگی به تخلفات «چنانچه صاحبان حرف پزشکی به مشکلات روحی، روانی یا جسمی مبتلا گردند که ماهیتاً منجر به ارائه اختلال در فعالیت‌های درمانی آنها شود، تصمیم‌گیری در نحوه ادامه فعالیت درمانی نامبردگان به کمیسیون پنج نفره متشکل از نمایندگان سازمان نظام پزشکی و سازمان

پزشکی قانونی و سه نفر از کارشناسان رشته مربوطه خواهد بود.» از این ماده می‌توان استنباط کرد که هرگاه پزشک به مشکلات یاد شده مبتلا شود به گونه‌ای که فعالیت‌های درمانی وی را مختل نماید نباید به فعالیت ادامه دهد، در غیر اینصورت مقصر است. البته وفق تبصره ماده یاد شده شیوه‌نامه اجرائی این ماده باید به تصویب برسد، که تا زمان نگارش نوشته حاضر به تصویب نرسیده است.

۴- بدشانسی در هنگام درمان

بخش زیادی از معالجات پزشکی، حتی اگر با مهارت و مراقبت مقرر همراه باشد، خطراتی را به دنبال دارند. بنابراین، رویدادهای ناگوار که به نوعی می‌توان آنها را بدشانسی نامید، در خلال اعمال جراحی یا درمان‌ها اتفاق می‌افتد و البته معمولاً قابل جبران نیستند. در پرونده‌ای هنگام جراحی چشم راست خواهان، جراح، به طور اتفاقی، شبکه چشم وی را برید، قاضی تامپسون رأی داد که جراح به صورت فوق‌العاده میلی متری عمل کرده و چون تمام تلاش و کوشش خود را به کار گرفته است، مسئول نبوده بنابراین خواهان قربانی بدشانسی است. در پرونده دیگری، جراح اعصاب، به هنگام برداشت دیسک، شریان را برید ولی از مسئولیت معاف شد، چرا که تمام تلاش خود را بر درمان به کار برده بود: «در هر عمل جراحی، پیامدهای خاصی نیز وجود دارد که در کتاب‌های مرجع پزشکی، مطرح شده است و این درصد از عوارض اجتناب‌ناپذیر هستند. در صورت وقوع این عوارض پزشک به شرط عدم تقصیر در مراعات اصول مذکور در کتب مرجع پزشکی، مسئول خسارات وارده نمی‌باشد» (داراب‌پور، ۱۳۸۷، ص ۱۹۳).

۵- تشخیص تقصیر پزشک

همان‌گونه که گفته شد معیار در تشخیص تقصیر یا عدم تقصیر پزشک «رفتار پزشکی متعارف» است اما تشخیص رفتار پزشکی خوب از چه راهی میسر است؟ قبل از پاسخ به سؤال یاد شده، تذکر این نکته ضروری است که اصولاً، تقصیر پزشک را از سه زاویه می‌توان مورد توجه قرار داد:

گاه رفتار پزشک با اصول انسانی که بایستی یک پزشک به کار گیرد، سازگار نیست و گاه تقصیر پزشک تقصیری است که همه افراد، چه پزشک و چه غیرپزشک مرتکب آن می‌شوند و از دیدگاه انسان‌ها تقصیر است و جنبه سوم به وضعیتی اختصاص دارد که در آن پزشک از رعایت

حداقل ضروریات یک پزشک حرفه‌ای ماهر کوتاهی کرده است. در دو مورد نخست، دادگاه بدون نیاز به اظهار نظر پزشک دیگر (کارشناسی فنی) خود، به ارزیابی رفتار پزشک پرداخته و تفصیر و یا عدم تفصیر وی را مشخص می‌کند ولی در مورد سوم، دادگاه با مراجعه به کارشناس مربوطه، کوتاهی یا عدم کوتاهی حرفه‌ای ماهر را معین می‌کند (Savatier, 1950, no.310).

همچنین در تشخیص اینکه تئوری پزشکی علمی مورد تبعیت پزشک خوانده جزو اطلاعات مربوط به علم پزشکی است یا نه باید به کارشناسی فنی مربوطه مراجعه کرد (Carbonnier, 2000, p.745). به اعتقاد برخی پزشکی قانونی یا کمیسیون پزشکی در موارد احراز تفصیر و درصد آن نباید اظهار نظر کند (بادینی، ۱۳۹۲، ص ۲۱). اما واقع آن است که فنی بودن موارد متعدد به گونه‌ای است که بایستی میان احراز تفصیر با تعیین درصد آن فرق گذاشت و اگر احراز تفصیر برعهده پزشک گذاشته می‌شود، تعیین درصد تفصیر با کارشناس خواهد بود مثلاً پزشکی قانونی اعلام می‌کند، پزشک از لوازم مورد نیاز برای رفع انسداد عروق استفاده لازم را به عمل نیاورده اما کهولت سن بیمار، علت مرگ است. در این موارد قاضی چگونه می‌تواند بدون استناد به نظریه کارشناسی دیگری اعلام نماید که کهولت سن بیمار ۶۰٪ مؤثر بوده و عدم استفاده از لوازم از ناحیه پزشک ۴۰٪؟ در رأی صادره در پرونده شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۸۰۱۷۹۹ شعبه هشت دادگاه تجدیدنظر استان تهران چنین آمده است: «با فرض اینکه اسباب متعدد در وقوع نتیجه تأثیر داشته باشند، همه اسباب به تناسب تأثیری که در وقوع نتیجه داشته‌اند، مسئول می‌باشند و تشخیص و برآوردن میزان تفصیر هر سبب از طریق مراجعه به کارشناس صورت خواهد گرفت... در مانحن‌فیه، حداقل دو تا سبب، پارگی روده ناشی از سهل‌انگاری متهم (پزشک) و وضعیت خاص جسمانی خود متوفی اسباب طولی محسوب می‌شوند ولی میزان تأثیرگذاری آنها از طریق استنباط یا استدلال قضائی قابل تشخیص نیست بلکه نیاز به جلب نظر کارشناس فنی در رشته پزشکی مرتبط است...» اما در مورد احراز تفصیر محاکم، رویه قضائی یکسانی ندارند، به عنوان نمونه در پرونده کلاسه ۹۱/۳۳۲ شعبه - دادگستری استان تهران بیماری تحت جراحی زیبایی قرار گرفته و با هدف ادامه درمان به مدت ۴ ماه، در بینی وی کورتون تزریق شده و بعد از مدتی بیمار دچار ریزش مو، چاقی، جوش صورت، کبد چرب و سایر عوارض شده، کمیسیون پزشکی قصور پزشک معالج را به جهت عوارض گفته شده پذیرفته است اما دادگاه علی‌رغم نظریه کمیسیون یاد شده حکم برائت داده است (مراذاده و سالار کریمی، ۱۳۹۳، ص ۵۱). اینکه دادگاه می‌توانسته نظریه کارشناسی را کنار نهاده، مستقل از نظریه یاد شده اقدام به اصدار رأی نماید، امری است که به تعبیر یکی از

استادان فن، از گرایش مراجع عالی به دور است (شمس، ۱۳۸۴، ص ۳۲۲). استاد تیزبین دیگری با استناد به آرائی از دیوان عالی کشور، ارجاع به کارشناسی را در موردی که طبع کار اقتضای دخالت خبره‌ای را دارد تا اطلاعات مورد نیاز را در اختیار دادگاه بگذارد، اطلاعاتی که مردم متعارف و از جمله دادرس توان دستیابی آن را ندارد، ضروری است. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۱۶) بنابراین دادگاه در موردی که طبع کار اقتضای دخالت خبره را دارد، ناچار از ارجاع امر به کارشناسی است.

شایان ذکر است در نظام حقوقی ایران نیز وفق بندهای ز، ح، ط ماده ۳ قانون سازمان نظام پزشکی مصوب ۱۳۸۲ محاکم در تشخیص موضوع یاد شده معمولاً از سازمان نظام پزشکی استعلام می‌کنند. هرچند رویه محاکم تهران و دیدگاه اداره حقوقی^۱ آن است که تقصیر پزشک و میزان آن را از سازمان پزشکی قانونی استعلام می‌نمایند و پزشکی قانونی استان تهران نیز در ارتباط با پاسخ این استعلامات، مرکزی تحت عنوان اداره پاسخ به استعلامات محاکم، تشکیل داده است. و البته نیک می‌دانیم که بر اساس مواد ۲۵۷ و به بعد قانون آئین دادرسی مدنی، در موارد تخصصی دادگاه قرار ارجاع امر به کارشناسی را صادر می‌کند و اینکه موضوع از کارشناس سازمان نظام پزشکی استعلام شود، در ماهیت امر بی‌تأثیر خواهد بود.

نتیجه

معیار تشخیص تقصیر پزشک، اعمال مراقبت و به کارگیری مهارت متعارف در تشخیص و مداوای بیمار است اما این معیار، متعارف بودن را براساس رفتار هر پزشک در شرایطی که خوانده در آن قرار داشته است، می‌سنجد و برخلاف آنچه که تحت عنوان تقصیر اجتماعی یا رفتار پدر خوب خانواده در ارزیابی تقصیر مشهور است، تقصیر پزشکی را نسبی می‌دانند، دخالت میزان تخصص پزشک، اوضاع و احوال حاکم بر مداوا، وضعیت اقتصادی و اجتماعی و علمی محل درمان، زمان مداوا و دیگر عوامل می‌توانند معیار تقصیر پزشک را از نوعی بودن به

۱. نظریه مشورتی شماره ۲۵۱۳/۹۲/۷ مورخ ۹۲/۱۲/۲۷ اداره حقوقی قوه قضائیه «تبصره ۳ ماده ۳۵ قانون نظام پزشکی جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۸۳ نافی صلاحیت ذاتی پزشکی قانونی در مورد اظهار نظر نسبت به موضوعات مذکور در بندهای مذکور در بندهای ۱ و ۲ قانون تشکیل پزشکی قانونی کشور مصوب سال ۱۳۷۲ نیست و چون نظر سازمان نظام پزشکی در پاسخ به استعلام مراجع قضائی در رابطه با جرائم غیرصنفي و غیر حرفه‌ای شاغلین به حرف پزشکی و وابسته به پزشکی جنبه کارشناسی دارد لذا هرگاه نظریه مذکور قانع‌کننده نباشد و مورد تردید مرجع قضائی استعلام‌کننده قرار گیرد، طبق عموماًت قانون آئین دادرسی کیفری، قاضی رسیدگی‌کننده می‌تواند، نظر کارشناسی پزشکان دیگر از جمله پزشکان پزشکی قانونی را نیز تحصیل کند.»



طرف شخصی شدن سوق دهد و به تعبیری تفصیر نوعی مطلق تبدیل به تفصیر نوعی نسبی شود چرا که برخلاف تفصیر در اعمال غیر حرفه‌ای که ملاک آن رفتار انسان متعارف است در تفصیر پزشک، ملاک تشخیص رفتار پزشک متعارف نیست بلکه رفتار پزشک متعارف در طبقه مشابه و درجه تخصص مشابه خوانده است که می‌تواند الگوی تشخیص تفصیر یا عدم تفصیر قرار گیرد.



منابع

فارسی

۱. بادینی، حسن. (۱۳۸۹). «نگرشی انتقادی به معیار انسان معقول و متعارف برای تشخیص تقصیر در مسئولیت مدنی»، فصلنامه حقوق، شماره ۱، صفحات ۷۳-۹۳.
۲. پژوهشگاه قوه قضائیه، (۱۳۹۳). بررسی قواعد مسئولیت پزشکی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ گزارش نشست علمی، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
۳. جعفری تبار، حسن. (۱۳۷۷). «از آستین طبیبان، قولی در مسئولیت مدنی پزشکان»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران. شماره ۴۱، صفحات ۵۵-۸۶.
۴. داراب پور، مهرباب. (۱۳۷۸). مسئولیت‌های خارج از قرارداد، تهران، انتشارات مجد.
۵. دریاباری، سید محمد زمان. (۱۳۸۱). «بیمه مسئولیت پزشکی»، فصلنامه صنعت بیمه. شماره ۳، صفحات ۶۷-۱۰۰.
۶. شمس، عبدالله. (۱۳۸۴). آئین دادرسی مدنی، ج ۳، تهران، نشر دراک.
۷. شهیدی، مهدی. (۱۳۷۷). تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران، نشر حقوق دان.
۸. صفائی، سیدحسین. (۱۳۹۱). «مبانی مسئولیت مدنی پزشک با نگاهی به لایحه جدید قانون مجازات اسلامی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی. شماره ۵۸، صفحات ۱۵۶-۱۴۱.
۹. عباسی، محمود. (۱۳۷۹). حقوق پزشکی، ج ۱، چاپ اول، تهران، نشر حقوقی-حیان.
۱۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۹). الزام‌های خارج از قرارداد، ج ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۱. _____ (۱۳۸۳). اثبات و دلیل اثبات، ج ۲، تهران، نشر میزان.
۱۲. _____ (۱۳۷۲). قواعد عمومی قراردادهای، ج ۱، تهران، به نشر.
۱۳. _____ جنیدی، لعیا و غمامی، مجید. (۱۳۸۱). مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۴. گرجی، ابولقاسم. (۱۳۸۲). دیات، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۵. مراد زاده، حسن و سالار کریمی، محدثه. (۱۳۹۳). «مسئولیت مدنی مجموعه درمانی در آینه آرای مراجع قضایی»، فصلنامه حقوق پزشکی. شماره ۲۸، صفحات ۴۳-۷۵.

فرانسه

16. Carbonnier, Jean. (2000). *Droit Civile*, 4, (Obligations) Praise, P. V. F



17. Genicot Gilles. (2010). *Droit medical et biomedical*, Bruxelles, Larcier.
18. Le Tourneau (Ph), Cadiet (Loic). (2001). *Droit de la Responsabiliteet des Contrats*, Paris, Dalloz.
19. Mazeaud, Henri Léomet Jean. (1998), *Leçons de DroitCivile*, T.2, V. I, Obligations, Praise, Montchrestien
20. Savatier, Rene. (1950). *Traité de la Responsabilité Civile*, T. 1, Paris, librairie Generale de Droit Et Jurisprudence.
21. Tunc, Andre. (1950). *Ebauche du droit des contrats Professionnels: Le droit Privéfrançaisan milieu xxe siècle*. Etudes offertes á Georges Rippert T.1, Paris, Sirey.
22. Viney, Genevive. (1998). *Les Condiens de La Responsabilite*, 2 ed, Paris: L. G. D. J.
23. ————— (1993). *La Responsabilitecivile*, Paris, Les Cours de Droit.

انگلیسی

24. Carval, Suzanne. (2011). *Medical liability in Europe, Medical liability in france*, Germany, De Gruyter.
25. Corfield, Lorraine & Granne, Ingrid & Sayer, Latimer. (2010). *ABC of Medical Law*, Great Britain, Wiley Black Well.
26. Dirk, C. Strauss & Meirion, Thomas. (2009) "What does the medical Profession mean By Standard of care", *Journal of Clinical Oncology*, November, Vol. 27, n°32, p. 192, 193.
27. Giesen, Dieter. (1988). *International Medical Law*, Germany, Mohr.
28. Holmes, Oliver Wendell. (2013). *The Common Law*, USA-N.Y, Dover Publications.
29. Huber, Peter. (2007). *The CISG*, London, Sellier European Law Publishers.
30. Jackson, Rupert & Powell, John. (1992). *Professional Negligence*, London, Sweet & Maxwell.
31. Koch, Bernhard. (2011). *Medical Liability in France*, Germany, De Grugter.
32. Markesinis, Basil. (2002). *The German Law of Torts*, U.S.A, Hart Publishing Portland.



33. Santo, David & Ferraran, Rafael. (2013). *Malpractice and Medical liability*, London, Springer.
34. Wendell Holmes, Oliver. (2013). *The Common Law*, N.Y. U.S.A, Dover Publications Inc.
35. Youngs, Raymond. (2014). *English, French & German Comparative law*, London, Routledge.

