

محمود کاظمی *

نظریه از دست دادن فرصت در مسؤلیت مدنی

چکیده: گاهی در اثر تقصیر دیگری، شخص، فرصت تحصیل منفعت و یا اجتناب از ضرر آینده را از دست می‌دهد. مثلاً، شخصی که در کنکور ورود به دانشگاه ثبت‌نام نموده و آماده رقابت شده، در روز امتحان در اثر تصادف، مصدوم شده و از شرکت در امتحان محروم می‌شود و شانس قبولی در دانشگاه را از دست می‌دهد. و یا مریضی برای درمان بیماری خود به پزشک مراجعه می‌کند و تقصیر پزشک و عدم تشخیص به موقع نوع بیماری باعث می‌شود که وی فرصت مراجعه را از دست بدهد؛ آیا شخصی که این نوع فرصتها را از دست می‌دهد می‌تواند مطالبه خسارت کند. تردیدی که در قابل جبران بودن این نوع زیان‌ها وجود دارد از جهت «رابطه سببیت» و «مسلم بودن ضرر» است. در فرضی که فرصت تحصیل منفعت از دست می‌رود چون تحصیل نفع در آینده محتمل است، از جهت «مسلم بودن ضرر»، اشکال وجود دارد چون به‌طور قطع نمی‌توان گفت هرگاه تقصیر خوانده نبود، خواهان منفعت را به‌دست می‌آورد. و در موردی که فرصت اجتناب از زیان از بین می‌رود و در نهایت زیان واقع می‌شود، در وجود رابطه سببیت بین تقصیر خوانده و زیان واقع شده، تردید وجود دارد، زیرا نمی‌توان گفت هرگاه تقصیر خوانده نبود، زیان هم واقع نمی‌شد. در رفع این اشکال، باید گفت که در این موارد، نفس فرصت (فرصت تحصیل منفعت و اجتناب از ضرر)، دارای ارزش است و عرفاً برای برخورداری از آن بها پرداخت می‌شود. لذا از دست دادن آن نوعی ضرر مسلم است و باید جبران شود و این ضرر ماهیتاً با زیان نهایی متفاوت است و از طرفی بین تقصیر خوانده و از دست رفتن فرصت، رابطه سببیت وجود دارد.

واژگان کلیدی:

مسئولیت مدنی، ضرر، جبران خسارت، فرصت تحصیل منفعت، فرصت جلوگیری از زیان.

مقدمه. طرح مسئله

فلسفه وجودی دعوای مسئولیت مدنی جبران خسارت زیان دیده و در حد امکان اعاده وضع او به حالت اولیه قبل از وقوع ضرر است. بدین ترتیب برای پذیرش چنین دعوایی خواهان باید اولاً وجود ضرر را به عنوان رکن اصلی ثابت نماید، ثانیاً ثابت کند که بین فعل زیان بار خواننده و ضرر ایجاد شده، رابطه سببیت وجود دارد. به علاوه در برخی موارد تقصیر خواننده هم شرط ایجاد مسئولیت است که باید احراز گردد ولی چون مسئولیت‌های بدون تقصیر هم زیادند به ویژه در مورد مسئولیت‌های ناشی از اتلاف (م. ۳۲۸ ق.م.)، این شرط عمومیت ندارد و در برخی موارد بدون تقصیر هم مسئولیت ایجاد می‌شود. ولی دو شرط اولی در تمام دعوای مسئولیت مدنی لازم‌اند و باید از طرف زیان دیده به عنوان خواهان دعوی ثابت گردند و الا دعوای او رد می‌شود.

ولی مواردی پیش می‌آید که تقصیر خواننده به نوعی در ایجاد ضرر مؤثر می‌باشد و وقوع آن را تسهیل می‌کند ولی نمی‌توان گفت که تقصیر او سبب وقوع زیان بوده است و یا دست‌کم شرط لازم آن می‌باشد، زیرا نمی‌توان به طور قطع ادعا نمود که هرگاه تقصیر وی نبود، ضرر هم واقع نمی‌شد، در حالی که معنای سببیت چنین اقتضایی دارد یعنی عدم آن موجب عدم وجود مسبب می‌گردد.

مثلاً مالک اسبی در یک مسابقه اسب‌دوانی ثبت نام می‌کند و با کامیونی عازم محل برگزاری مسابقه می‌شود در اثر تقصیر راننده، کامیون واژگون می‌شود و او دیر به محل مسابقه می‌رسد و از شرکت در مسابقه محروم می‌شود در نتیجه فرصت و شانس برنده شدن جایزه را از دست می‌دهد. و یا در اثر تقصیر وکیل و عدم ارائه به موقع دادخواست تجدیدنظر وقت تجدیدنظر خواهی از بین می‌رود و رأی قطعی می‌شود و بدین ترتیب موکل او فرصت تجدیدنظر خواهی و در نتیجه شانس نقض حکم را از دست می‌دهد.

و یا در اثر تقصیر پزشک و عدم تشخیص دقیق و به موقع نوع بیماری، مریض فرصت معالجه و درمان و در نتیجه امکان بهبودی و زنده ماندن را از دست می‌دهد.

در تمام این موارد نمی‌توان به طور قطع گفت که تقصیر خواننده سبب وقوع زیان نهایی بوده است. در مثال اول نمی‌توان ادعا کرد که هرگاه متصدی حمل یا راننده کامیون

مرتکب تقصیر نمی‌شد و اسب سوار در مسابقه شرکت می‌کرد، احتمالاً برنده نمی‌شد و جایزه را تملک می‌کرد، بلکه اگر در مسابقه هم شرکت می‌کرد، احتمال برنده شدن او وجود داشت و احتمال هم داشت که برنده نشود. اگر چنین قطع و یقینی وجود می‌داشت و برنده شدن وی حتمی می‌بود، متصدی حمل بی‌شک مسئول بود زیرا وی باعث از بین رفتن نفعی شده که به‌طور قطع قابل تخصیص بوده است و عدم النفع مسلم هم ضروری است مسلم و قابل جبران (۱).
 و یا در مثال دوم نمی‌توان گفت اگر وکیل به موقع دادخواست تجدیدنظر می‌داد، احتمالاً رأی دادگاه بدوی نقض می‌شد همچنین در مورد مثال سوم نمی‌توان ثابت نمود که هرگاه پزشک مرتکب تقصیر نمی‌شد و بیماری شخص را تشخیص می‌داد و مریض تحت درمان قرار می‌گرفت، معالجه می‌شد و سلامتی خود را باز می‌یافت و از مرگ و یا معلولیت نجات پیدا می‌کرد. ولی آنچه مسلم است، این است که در تمام این موارد، تقصیر خواننده به نوعی در تحقق زیان نهایی دخالت دارد ولی سبب آن نیست. آنچه باعث می‌شود که اظهار نظر در این رابطه با احتیاط صورت گیرد این است که از یک طرف این نوع فرصت‌ها مربوط به آینده‌اند و اثر آنها با گذشت زمان روشن می‌شود، یعنی باید زمان بگذرد و شخص این فرصت را تجربه کند تا معلوم گردد که آیا به نتیجه می‌رسد و مقصود تحقق پیدا می‌کند یا خیر، مثلاً فرد مریض باید تحت درمان و معالجه قرار گیرد تا مشخص شود که آیا درمان می‌شود یا خیر. لذا پیشگویی مشکل است. پاسخ مسئله به‌طور کلی بستگی به آینده دارد. به علاوه تکرار دوباره این فرصت‌ها نیز ممکن نیست. یعنی وقتی فرصت تجدیدنظرخواهی از بین رفت، حکم قطعی شده و شانس نقض حکم از بین می‌رود و یا در مورد مریض با تقصیر پزشک و از دست رفتن فرصت معالجه و فوت مریض این فرصت برای همیشه از بین می‌رود (۲).
 از طرف دیگر، یک دسته عوامل خارجی هستند که در این رابطه نقش اساسی دارند و در تحقق و عدم تحقق این فرصت‌ها مؤثرند. مثلاً در مورد مسابقه اسب‌دوانی، تعداد نفرات شرکت‌کننده و میزان مهارت هر یک از آنها در احتمال برنده شدن خواهان در مسابقه تأثیر دارد. همچنین در مورد مریض، نوع بیماری، شدت آن و عکس‌العمل‌های فیزیولوژیکی بدن در امکان مؤثر واقع شدن معالجه اثر دارند. اینها عواملی هستند که

بدون تردید در تحقق زیان نهایی، در عرض تقصیر خواننده ایفای نقش می‌کنند و تعیین سبب و به تبع آن مسئول زیان را دشوار می‌سازند (۳).

به هر حال آنچه مسلم است، این است که تقصیر ابتدایی خواننده باعث از بین رفتن فرصت شده است، هر چند نمی‌توان گفت که سبب وقوع زیان نهایی و یا عدم تحصیل منفعت گردیده است. تردیدی نیست که تقصیر پزشک باعث از بین رفتن فرصت معالجه شده است و یا تقصیر وکیل موجب از بین رفتن فرصت تجدیدنظرخواهی شده است و اگر بپذیریم که نفس همین «فرصت از دست رفته» نوعی ضرر است، ارکان مسئولیت کامل می‌شود و خواننده مسئول شناخته می‌شود. البته در تعیین میزان خسارت قابل پرداخت، تحقق ضرر نهایی بی‌تأثیر نیست، زیرا اگر چه تقصیر خواننده سبب واقعی ضرر نهایی (مثلاً مرگ مریض) نبوده است ولی بدون تردید امکان و شرایط تحقق این ضرر را فراهم کرده است (۴). در رابطه با این موضوع که آیا از دست رفتن این نوع فرصت‌ها قابل جبران می‌باشد یا خیر، یکی از این دو راه حل را می‌توان انتخاب کرد:

۱. با توجه به اینکه، ضرر قابل جبران باید مسلم و قطعی باشد، و رابطه سببیت هم وجود داشته باشد در یکی از فروض مثلاً در فرض از دست رفتن «فرصت تحصیل منفعت» چون تحقق ضرر در آینده مسلم نیست، بلکه محتمل است (تحصیل نفع محتمل است و فقدان آن عدم‌التفع محتمل)، پس شرایط ایجاد مسئولیت وجود ندارد. و در فرض دیگر مسئله (فرصت اجتناب از ضرر)، هر چند بعداً ضرر محقق می‌شود، مثلاً مریض در نهایت فوت می‌کند یا معلول می‌شود، بنابراین تحقق ضرر مسلم و بالفعل است ولی وجود رابطه سببیت بین تقصیر خواننده و ضرر ایجاد شده، مسلم و قطعی نیست و از این جهت مسئولیت ایجاد نمی‌شود، پس حکم به جبران خسارت داده نمی‌شود.

۲. راه حل دیگر آن است که بگوییم، در فرض اول مسئله هر چند نسبت به نفع نهایی (مثلاً برنده شدن در مسابقه) به خاطر تردید در وقوع آن، تحصیل نفع محتمل است و عدم‌التفع محتمل هم زیان محسوب نمی‌شود ولی نفس «فرصت از دست رفته» نوعی ضرر است و باید جبران شود. همچنین در فرض دوم یعنی فرصت اجتناب از ضرر، در مثال پزشک، بین «از دست رفتن فرصت معالجه» و تقصیر پزشک به‌طور قطع رابطه

سببیت وجود دارد؛ در واقع باید بدون توجه به ضرر نهایی ضرر را محدود به همان «فرصت از دست رفته» نمائیم و در نتیجه آن را قابل جبران بدانیم. در ارزیابی این فرصت برای تعیین میزان خسارت، به جای اینکه بررسی شود که مثلاً ۲۰٪ یا ۴۰٪ عدم اطمینان نسبت به وقوع ضرر نهایی وجود دارد (به عبارتی ۲۰٪ یا ۴۰٪ شانس اجتناب از ضرر وجود دارد)، تکیه بر این شود که ۸۰٪ یا ۶۰٪ اطمینان نسبت به وقوع ضرر وجود دارد، پس به همان نسبت وقوع ضرر مسلم و قابل جبران است (۵).

به هر حال این یک موضوع جدیدی است، حتی در برخی از نظام‌های حقوقی خارجی (مانند لوئیزیانا) از طرح آن بیش از چند سال نمی‌گذرد و بالطبع در حقوق ما هم، طرح آن تازگی دارد لذا با توجه به قواعد سنتی حاکم بر نظام حقوقی ما، اظهار نظر در این رابطه باید با احتیاط صورت گیرد، تا بتوان ضمن یافتن مبنایی محکم و استوار در قواعد سنتی حقوق و پوشاندن لباس نو، آن را به درخت کهن حقوق مدنی ایران پیوند زد. لازم به ذکر است که طرح این مسئله در حقوق فرانسه، سابقه بیشتری دارد (۶) لذا در تبیین مبنا و قلمرو این نظریه از حقوق فرانسه، بیشتر استفاده شده است.

فصل اول. مفهوم «از دست دادن فرصت» و توجیه قابل جبران بودن آن

۱. طرح بحث

در این فصل مفهوم «از دست دادن فرصت» و تفاوت آن با مفاهیم مشابه، نظیر «عدم‌النفع» و مفهوم «ایجاد خطر» بررسی و همچنین منشأ تردیدی که ممکن است در قابل جبران بودن خسارت ناشی از «فرصت از دست رفته» وجود داشته باشد بیان می‌شود و سعی می‌کنیم توجیهی قابل قبول برای قابلیت جبران آن ارائه نمائیم. این فصل مشتمل بر دو مبحث است. در مبحث اول مفهوم «از دست دادن فرصت» و مقایسه آن دو مفهوم مشابه دیگر بررسی می‌شود و در مبحث دوم از منشأ تردید که در قابل جبران دانستن این نوع خسارت‌ها وجود دارد و راه‌حل‌هایی که برای رفع این تردید ارائه شده است، سخن خواهیم گفت.

مبحث اول. مفهوم «از دست دادن فرصت» و مقایسه آن با مفاهیم مشابه (عدم النفع - ایجاد خطر)

گفتار اول. مفهوم «از دست دادن فرصت» - فروض مختلف آن

۲. وجود احتمال به عنوان عنصر اساسی در «از دست دادن فرصت»

گاهی شخص در موقعیتی قرار دارد که امکان تحصیل منفعتی در آینده را دارد، یا فرصت دارد تا از وقوع زبانی جلوگیری نماید. مثلاً شخص امکان شرکت در یک مسابقه را دارد و شرکت او در مسابقه فرصتی است که او می تواند برای تحصیل جایزه مسابقه از آن بهره ببرد.

و گاهی شخصی که در معرض وقوع زبانی قرار گرفته است، فرصت دارد برای جلوگیری از وقوع آن و یا دست کم جلوگیری از گسترش و توسعه آن اقدام نماید. مثلاً فردی که مبتلا به بیماری شده است، هنوز فرصت دارد برای معالجه و درمان آن اقدام نماید و خود را درمان کند. هرگاه تقصیر دیگری باعث شود که فرد این فرصت را از دست بدهد، مسئله «از دست دادن فرصت» مطرح می شود. مثلاً بیماری به پزشک مراجعه می کند و پزشک در اثر تقصیر، نوع بیماری وی را به موقع تشخیص نمی دهد و او را سالم معرفی می کند، ولی بعداً آشفت می شود که وی در آن زمان مبتلا به بیماری بوده است که اگر پزشک تقصیر نکرده بود، قابل تشخیص بود و هرگاه در آن زمان بیماری تشخیص داده می شد و تحت معالجه قرار می گرفت شانس درمان بیماری وجود داشت ولی اکنون چنین شانس و احتمالی از بین رفته است.

در اینجا آنچه به عنوان زیان و خسارت مطرح می باشد و در قابلیت جبران آن بحث است، نفس همین «فرصت از دست رفته» است، نه آن ضرر نهایی (مثلاً فوت یا معلولیت مریض) که واقع شده است و یا آن نفع نهایی که احتمال تحصیل آن وجود داشته و با تقصیر خوانده غیر قابل تحصیل شده است. بنابراین «فرصت از دست رفته» را نباید با از بین رفتن نفع مورد انتظار، که از آن تعبیر به «عدم النفع» (۷) می شود اشتباه نمود و یا آن را با ضرر نهایی که در اثر از دست رفتن فرصت اجتناب از آن واقع می شود، یکی دانست (۸).

آنچه ماهیت و رکن اصلی «از دست دادن فرصت» را تشکیل می دهد، وجود

«احتمال» در تحقق آن است. یعنی به واقعیت پیوستن فرصت در آینده احتمالی است، زیرا این طور نیست که یک فرصت و شانس همیشه محقق شود و به واقعیت پیوندد والا آن را شانس نمی‌گفتند، و عدم النفع مسلم یا ضرر مسلم بود (۹). نمی‌توان به طور قطع گفت که اگر شخص در مسابقه‌ای که در اثر تقصیر خواننده از شرکت در آن محروم شده است شرکت می‌کرد، حتماً برنده می‌شد و یا هرگاه بیمان تحت درمان قرار می‌گرفت حتماً معالجه می‌شد، بلکه فقط احتمال آن وجود داشته است. ولی آنچه مسلم است، این است که چنین فرصتی از دست رفته است و تقصیر خواننده هم سبب از بین رفتن آن

بوده است. بدین سان «از دست دادن فرصت» دازای دو فرض است: P_1 و P_2

مثلاً فرض کنیم که در یک مسابقه شرکت می‌کنیم و شانس داریم که برنده شویم یا نه. اگر برنده شویم، سود داریم و اگر نه، ضرر داریم. این دو فرض را می‌توانیم به صورت زیر بنویسیم:

در مورد از دست دادن فرصت دو فرض وجود دارد و هنگام بحث از این موضوع این

دو فرض مطرح می‌شود (۱۰). و این دو فرض عبارتند از: P_1 و P_2

الف. فرصت تحصیل منفعت P_1 با فرصت اجتناب از ضرر P_2

ب. فرصت تحصیل منفعت P_1 با فرصت اجتناب از ضرر P_2

الف. فرصت تحصیل منفعت P_1 با فرصت اجتناب از ضرر P_2

گاهی شخصی فرصت دارد تا منفعتی را در آینده تحصیل نماید، و تقصیر دیگری

باعث می‌شود این فرصت از بین برود، مانند فرصت برنده شدن در مسابقه و به دست

آوردن جایزه یا فرصت شرکت در کنکور و قبول شدن در دانشگاه یا فرصت

تجدید نظر خواهی و نقض حکم بدوی که در اثر تقصیر وکیل و تأخیر در دادن

دادخواست تجدید نظر خواهی این فرصت از بین می‌رود (۱۱). و به طور کلی در هر موردی

که شخصی فرصتی و شانس تحصیل منفعتی را دارد و در اثر تقصیر دیگری این فرصت را از

دست می‌دهد، این فرض تا حدودی شبیه «عدم النفع» است و ممکن است با آن اشتباه

شود ولی همان طور که بعداً بررسی خواهیم کرد، این دو دارای تفاوت اساسی می‌باشند.

مثلاً فرض کنیم که در یک مسابقه شرکت می‌کنیم و شانس داریم که برنده شویم یا نه. اگر برنده شویم، سود داریم و اگر نه، ضرر داریم. این دو فرض را می‌توانیم به صورت زیر بنویسیم:

ب. فرصت اجتناب از ضرر: این فرض در مورد ضرر واقع شده است. در این فرض شخصی که در معرض تحمل ضرر قرار دارد، فرصت دارد تا از وقوع آن جلوگیری نماید ولی تقصیر خواننده باعث از بین رفتن این فرصت می‌گردد. مورد بسیار شایع این فرض، زیان‌های ناشی از خطای پزشکی است، که در اثر تقصیر پزشک، بیمار فرصت معالجه و شانس بهبودی را از دست می‌دهد (۱۲).
 ۳. مقایسه بین دو فرض: در این فرض، هرگاه شخصی فرصت اجتناب از ضرر را از دست می‌دهد، چون «عدم النفع» هم نوعی ضرر است، پس می‌توان گفت که «عدم الضرر» هم نوعی منفعت است: $\text{عدم النفع} = \text{ضرر}$ و $\text{عدم الضرر} = \text{منفعت}$.
 پس هرگاه شخصی فرصت تحصیل نفع را از دست می‌دهد، در حقیقت فرصت جلوگیری و اجتناب از ضرر را از دست می‌دهد، زیرا:

هرگاه: $\text{عدم النفع} = \text{ضرر}$ باشد، $\text{آن‌گاه نفع} = \text{عدم ضرر}$ است. و از این نتیجه می‌شود که فرصت تحصیل نفع = فرصت تحصیل «عدم ضرر»؛ یعنی فرصت اجتناب از ضرر. و در فرض دوم از «فرصت از دست رفته» هم که شخص فرصت اجتناب از ضرر را از دست می‌دهد، چون اجتناب از ضرر نوعی منفعت است، پس در واقع شخص با از دست دادن فرصت، فرصت تحصیل نفع را از دست داده است. بنابراین بازگشت هر دو فرض به یک نتیجه است و هر دو، دوروی یک سکه‌اند.
 به علاوه آنچه در اینجا مورد بحث ماست، نفس «فرصت از دست رفته» است که در هر دو فرض یکی است و در هر دو مورد این «فرصت» است که فوت شده است. ولی در عین حال یک تفاوت ظریف بین دو فرض وجود دارد و به اعتبار متعلق «فرصت» که در یک فرض «تحصیل منفعت» و در فرض دیگر «اجتناب از ضرر» است

ممکن است باعث تفاوت دو فرض گردد. زیرا با نفی «فرصت» در فرض اول، فرصت تحصیل نفع از میان می‌رود و از عدم تحصیل نفع «عدم‌النفع» نتیجه می‌شود ولی با نفی فرصت در فرض دوم، فرصت اجتناب از ضرر از بین می‌رود و از عدم اجتناب از ضرر «ضرر» نتیجه می‌گردد. این دو مفهوم را می‌توان به صورت زیر بیان کرد:

در حقیقت تفاوت بین دو فرض تا حدودی به تفاوت بین «عدم‌النفع» و «ضرر» بر می‌گردد. و با همه تلاشی که برای مساوی دانستن این دو مفهوم شده است، باز هم می‌بینیم که این دو یکی نیستند، لذا در احکام آنها تفاوت وجود دارد، و در قابل جبران بودن خسارت ناشی از «عدم‌النفع» تا حدی اختلاف نظر وجود دارد و در فقه اسلامی نظر مشهور این است که عدم‌النفع، ضرر نبوده و قابل جبران نمی‌باشد. در حالی که ضرر بدین خاطر نیز در حقوق فرانسه با وجود اینکه در قابل جبران بودن «فرصت از دست رفته» تقریباً اتفاق نظر وجود دارد و رویه قضایی هم آن را پذیرفته است، ولی برخی از نویسندگان اذعان داشته‌اند که پذیرش این نظریه و جبران این نوع خسارت، در فرض دوم یعنی «فرصت اجتناب از ضرر» بسیار آسان‌تر و متداول‌تر است و در پذیرش آن بین حقوقدانان اختلاف نظر کمتری وجود دارد (۱۳).

بدین ترتیب در یکی از فروض، «از دست دادن فرصت»، با «عدم‌النفع» شباهت دارد و در فرض دیگر (فرصت اجتناب از ضرر)، با مفهوم «ایجاد خطر» شبیه است. ولی باید گفت که «از دست دادن فرصت» با هر یک از این دو مفهوم تفاوت دارد.

گفتار دوم. مقایسه بین «از دست دادن فرصت» با مفاهیم «عدم‌النفع» و «ایجاد خطر» بند ۱. مقایسه بین «از دست دادن فرصت»^۱ و «عدم‌النفع»^۲ بین دو مفهوم «از دست دادن فرصت» و «عدم‌النفع» تفاوت وجود دارد: اولاً همان‌طور که قبلاً هم گفته شد، در مورد «از دست دادن فرصت» دو فرض مطرح است گاهی متعلق فرصت، تحصیل نفع است و گاهی در رابطه با «اجتناب از

1. La Perte de chance / loss of chance.

2. La perte du profit; gain manqué / loss of profit.

ضرر» مطرح می‌باشد. پس از این جهت می‌توان گفت که دایره شمول آن بیش از «عدم‌النفع» است. نسبت میان «عدم‌النفع» و «ضرر» این است که «عدم‌النفع» از نظر ماهیتاً ثانیاً - در مورد «عدم‌النفع» حصول منفعت در آینده مسلم است و تقصیر خواننده مانع ایجاد آن می‌گردد و تنها در این فرض است که «عدم‌النفع» قابل جبران است، لذا گفته می‌شود که عدم نفع مسلم قابل جبران می‌باشد. و در صورتی که حصول نفع در آینده محتمل باشد، از دست رفتن امکان تحصیل آن، قابل جبران نیست (۱۴) زیرا یکی از شرایط قابل جبران بودن ضرر و به عبارتی ایجاد مسئولیت، این است که ضرر مسلم باشد، هر چند این ضرر بالفعل نباشد و مربوط به آینده باشد (۱۵). ولی در مورد «از دست دادن فرصت» در هر دو فرض آن تحقق فرصت محتمل است و «احتمال» رکن اصلی آن است (۱۶). پس در هر دو فرض به طور قطع نمی‌توان گفت اگر تقصیر خواننده نبود، نفع حاصل می‌شد و یا از وقوع ضرر جلوگیری می‌شد. پس در هر دو فرض «عدم‌النفع» و «ضرر» در هر دو فرض قابل جبران است. بر این اساس در کشورهای پیشرفته در قابل جبران بودن خسارت ناشی از عدم‌النفع مسلم، اختلاف نظر وجود ندارد در حالی که در مورد جبران خسارت ناشی از «فرصت» از دست رفته اختلاف نظر است و در برخی از نظام‌های حقوقی به تازگی قابلیت جبران آن پذیرفته شده و بحث و گفتگو همچنان وجود دارد. در هر دو فرض «عدم‌النفع» و «ضرر» تفاوت اصلی که بین این دو مفهوم وجود دارد، این است که در مورد «از دست دادن فرصت» ضرر بالفعل است، ولی در مورد «عدم‌النفع» ضرر مربوط به آینده است.^۲

زیرا در مورد «فرصت» آنچه به عنوان ضرر مطرح می‌باشد، نفس «از دست دادن فرصت» است و این بالفعل وجود دارد و غیر از آن نفع نهایی است که مورد انتظار بوده و احتمال تحصیل آن در آینده وجود داشته است و نباید این دو را مخلوط نمود (۱۷). هر چند در ارزیابی میزان خسارت، نفع نهایی و درجه احتمال حصول آن مد نظر قرار می‌گیرد. ولی در مورد عدم‌النفع چون تحصیل نفع مربوط به آینده است، لذا آن را نوعی ضرر آینده می‌دانند.

1. Dommage actuel.

2. Dommage future.

بند ۲. مقایسه بین «از دست دادن فرصت» و «ایجاد خطر»

۵. مفهوم «ایجاد خطر»^۱

گاهی پیش می‌آید که شخص عمداً یا در اثر بی‌مبالاتی و عدم احتیاط، وضعیت خطرناکی را ایجاد می‌کند و متعاقب آن خود او یا اشخاص دیگر متحمل ضرر می‌شوند؛ که تجلی و نمود معمول و قابل پیش‌بینی خطری است که در اثر تقصیر او ایجاد شده است (۱۸). در چنین فرضی نمی‌توان به‌طور قطع ثابت نمود که اگر فعل تقصیرکارانه خوانده نبود، ضرر هم ایجاد نمی‌شد، ولی می‌توان ادعا کرد که تقصیر وی احتمال وقوع ضرر را ایجاد نموده یا آن را افزایش داده و وقوع آن را تسهیل نموده است (۱۹). این فرض را اصطلاحاً «ایجاد خطر» می‌گویند. و این اصطلاح «ایجاد خطر» در این نظریه «ایجاد خطر» برای انعطاف‌پذیر کردن رابطه سببیت، ایجاد شده است یعنی در این موارد دادگاه‌ها، به دنبال اثبات رابطه سببیت در مفهوم خاص خود نیستند و علی‌رغم تردید در وجود آن، حکم به مسئولیت خوانده می‌دهند. و آن را بر مبنای احتمال یا قابلیت پیش‌بینی ضرر، توجیه می‌کنند. بدین ترتیب هدف از تأسیس نظریه «ایجاد خطر» کاستن از خشونت و سختی قاعده «سببیت» است، که اثبات آن بر دوش زیان‌دیده (خواهان) است. در واقع در این موارد به نوعی رابطه سببیت، مفروض انگاشته می‌شود، به‌ویژه در موارد تقصیرهای سنگین و عمدی؛ همینقدر که با ارتکاب تقصیر از ناحیه خوانده، امکان وقوع ضرر بسیار قوی و قابل پیش‌بینی باشد، برای ایجاد مسئولیت کافی است (۲۰).

رویه قضایی فرانسه، به‌ویژه در برخی موارد از این نظریه برای تسهیل خیران خسارت زیان‌دیده بهره‌جسته است. مثلاً در مورد حوادث رانندگی تا قبل از تصویب قانون سال ۱۹۸۵، همینقدر که عامل زیان (خوانده) یک توقف غیرمجاز انجام می‌داد و یا مرتکب یک مانور نابهنگام می‌شد، در صورت بروز تصادف، مسئول شناخته می‌شد، هر چند واقعاً بین فعل او و ضرر ایجاد شده رابطه سببیت وجود نداشت (۲۱).

و یا در موردی که شخص یک شیء خطرناک را به دیگری می‌سپرد که صلاحیت نگهداری یا بهره‌برداری از آن را نداشت و یا آن را در وضعیت خطرناکی قرار می‌داد، در

صورت بروز ضرر، مسئول شناخته می‌شود (۲۲). این دو نوع تقصیر را می‌توان به صورت زیر خلاصه کرد:

تمام تلاش رویه قضایی فرانسه در این موارد این بود که قاعده سببیت را منعطف کند و خواهان را از اثبات آن معاف نماید. و صرف اثبات تقصیر خواننده و تأثیر آن در افزایش احتمال وقوع ضرر یا تسهیل وقوع آن را کافی می‌دانست. این دو نوع تقصیر را می‌توان به صورت زیر خلاصه کرد:

۶. شباهت بین «از دست دادن فرصت» و «ایجاد خطر»

این دو مفهوم از جهت مبنا و هدف با هم مشترکند: هر دو بر اساس سببیت منطقی استوارند. اولاً، در هر دو مورد نسبت به وجود رابطه سببیت تردید وجود دارد و نمی‌توان به طور قطع ثابت نمود که هرگاه تقصیر خواننده واقع نمی‌شد، زیان نهایی روی نمی‌داد. بدین ترتیب در هر دو مورد، تقصیر خواننده، خواهان را در معرض خطر قرار می‌دهد و وقوع ضرر را تسهیل می‌کند (۲۳). این دو نوع تقصیر را می‌توان به صورت زیر خلاصه کرد:

ثانیاً، هدف از ایجاد این دو نظریه، این است که با منعطف نمودن قاعده «سببیت» اثبات آن را تسهیل نمایند تا هر چه بیشتر خسارات زیان دیده جبران شود (۲۴). این دو نوع تقصیر را می‌توان به صورت زیر خلاصه کرد:

ولی علی‌رغم این شباهت‌ها، بین این دو نظریه تفاوت وجود دارد و نمی‌توان آنها را کاملاً منطبق بر هم دانست. این تفاوت‌ها را می‌توان به صورت زیر خلاصه کرد:

۷. تفاوت بین «از دست دادن فرصت» و «ایجاد خطر»

تفاوت اساسی بین این دو مفهوم در این است که در مورد «ایجاد خطر» پس از پذیرش و اعمال آن، تمام زیان وارد بر زیان دیده، جبران می‌شود چون با پذیرش و اعمال آن ثابت می‌شود که سبب زیان تقصیر خواننده بوده است زیرا تقصیر خواننده ایجاد خطر نموده است و در نهایت هم خطر محقق شده است و زیان واقع گردیده. مثلاً در فرضی که مالک ماشین یا یک شئی خطرناک دیگر آن را به دست کسی می‌سپرد که صلاحیت بهره‌برداری از آن را ندارد و بدین وسیله محیط خطرناکی را برای مردم (زیان دیده) ایجاد می‌کند، هرگاه این خطر به واقعیت پیوندد و باعث زیان خواهان گردد، وی نسبت به تمام زیان وارده بر زیان دیده مسئول است و باید آن را جبران نماید. در حالی که نتیجه اعمال نظریه «از دست دادن فرصت» جبران تمام زیان وارد بر زیان دیده نیست و ربطی به زیان

نهایی ندارد حتی جزئی از آن زیان نهایی هم نیست؛ زیرا آنچه جبران می‌شود زیان ناشی از نفس «فرصت از دست رفته» است که مستقل از زیان نهایی است و طبیعتاً میزان آن کمتر از زیان نهایی است ولی نمی‌توان گفت جزئی از آن است (۲۵). و همان‌طور که گفته شد آنچه وی می‌پردازد بابت خسارت ناشی از «فرصت از دست رفته» است و ماهیتاً جدا از خسارت نهایی وارد بر زیان دیده است. البته تردیدی نیست که در ارزیابی میزان این خسارت به زیان نهایی هم توجه می‌شود مثلاً هنگامی که در اثر تقصیر پزشک، مریض فرصت معالجه و درمان را از دست می‌دهد و در نهایت فوت می‌شود، اگر پزشک را از باب نظریه «ایجاد خطر» مسئول بدانیم وی مسئول تمام خسارت وارد بر زیان دیده و بنابراین مسئول فوت وی است، ولی اگر وی را از باب اعمال نظریه «از دست دادن فرصت» مسئول بدانیم بدین معنا که تقصیر وی تنها فرصت معالجه را از مریض گرفته است، وی ملزم به جبران تمام خسارت وارد بر مریض یعنی فوت، نیست و خسارتی هم که به وی پرداخت می‌شود با خسارتی که بابت مرگ در فرض قبل پرداخت می‌شد، (زیان نهایی) ماهیتاً متفاوت است و جزئی از آن نیست (۲۶) این خسارت فقط برای «فرصت از دست رفته» است ولی در ارزیابی آن زیان نهایی هم مدنظر قرار می‌گیرد و با توجه به آن ارزیابی می‌شود. پس در این نظریه باید به این نکته توجه داشت که فرصت از دست رفته،

مبحث دوم. منشأ تردید در قابل جبران بودن خسارت ناشی از «فرصت از دست رفته» و توجیه آن

۱. تردید در مسلم بودن ضرر و وجود رابطه سببیت
 برای اینکه ضرری قابل جبران باشد، باید مسلم باشد (۲۷). به علاوه باید بین ضرر و تقصیر خواننده رابطه سببیت وجود داشته باشد. آنچه باعث تردید در خصوص جبران خسارت ناشی از «فرصت از دست رفته» شده است، تردید در وجود این دو شرط مسئولیت مدنی است که به اعتقاد مخالفین در اینجا وجود ندارد؛ برای روشن شدن موضوع یک بار دیگر فروض مختلف مسئله را با بیان یک مثال، ذکر می‌کنیم:
 فرض اول. گاهی شخص در اثر تقصیر دیگری فرصت تحصیل منفعت را از دست می‌دهد، مثلاً شخصی که در کنکور ثبت نام کرده و خود را آماده نموده است، در اثر

تقصیر دیگری صدمه می بیند و روز امتحان از شرکت در امتحان کنکور محروم می شود و در نتیجه شانس قبولی در دانشگاه را از دست می دهد. فرض دوم. گاهی شخص در اثر تقصیر دیگری فرصت اجتناب از وقوع ضرر را از دست می دهد. مثلاً شخص مریض در اثر تقصیر پزشک و کوتاهی او و عدم تشخیص به موقع نوع بیماری، فرصت معالجه را از دست می دهد و در نتیجه فوت می شود. آنچه در هر دو فرض مشترک است، این است که برخورداری از فرصت و ثمربخش بودن آن و به عبارتی به واقعیت پیوستن آن محتمل است؛ نمی توان گفت اگر شخص در کنکور شرکت می کرد، حتماً در دانشگاه قبول می شد. و یا اگر مریض معالجه می شد، زنده می ماند. بنابراین در دو فرض از جهت یکی از شرایط مسئولیت مدنی یعنی مسلم بودن ضرر (فرض اول) و وجود رابطه سببیت (فرض دوم) در جبران خسارت تردید وجود دارد.

الف. مسلم بودن ضرر^۱

در فرضی که شخص فرصت تحصیل منفعت را از دست می دهد، اشکالی که در قابلیت جبران آن مطرح می شود، مسلم بودن ضرر است چون تحصیل نفع در آینده قطعی نیست تا منتفی شدن آن، ضرر مسلم محسوب شود. بدین خاطر نویسندگان حقوقی این فرض از «فرصت از دست رفته» را در مبحث «ضرر» و تحت عنوان شرایط قابل جبران بودن ضرر (مسلم بودن ضرر) مطرح می نمایند و مورد بررسی و تحلیل قرار می دهند (۲۸).

در این فرض، ضرر نهایی عبارت از «عدم النفع» است. در این مورد صرف اینکه ضرر مربوط به آینده است، اشکالی ایجاد نمی کند، زیرا ضرر آینده هم در صورتی که مسلم باشد قابل جبران است (۲۹). به عبارتی مسلم بودن ضرر منافاتی با این ندارد که ضرر مربوط به آینده باشد، لذا یکی از نویسندگان فرانسوی هنگام بیان وجه تردید در قابلیت جبران خسارت ناشی از «فرصت از دست رفته» می نویسد: «صرف خصیصه مربوط به آینده بودن آن مانعی در راستای قابلیت جبران آنان نیست، زیرا در موردی که زیان وارد بر شخص قابل گسترش است (زیان مستمر) و ممکن است بعد از صدور حکم بروز کند،

1. La certitude du dommage.

قابلیت جبران آن به صراحت پذیرفته شده است مانند خسارت ناشی از، از کارافتادگی،...» (۳۰)

اشکال این است که در فرض مسئله، وقوع ضرر مسلم نیست زیرا تحصیل منفعت در آینده محتمل است و حصول اطمینان وقتی به دست می آید که فرصت بگذرد و شخص از آن استفاده کند تا معلوم شود که آیا این فرصت قابل تحقق است و نفع نهایی به دست می آید یا خیر؛ (۳۱) چون همان طور که قبلاً گفته شد، تحقق فرصت احتمالی است و به هیچ وجه نمی توان ثابت نمود که هرگاه زیان دیده از فرصت محروم نمی شد، حتماً نفع مورد انتظار را به دست می آورد (۳۲).

ب. وجود رابطه سببیت

در فرضی که شخص در اثر تقصیر دیگری فرصت اجتناب از ضرر را از دست می دهد و در نهایت متحمل ضرر می گردد، ظاهراً در تحقق ضرر و مسلم بودن آن تردیدی نیست، چون ضرر بالفعل واقع شده است. این فرض به ویژه در مورد خطای پزشکی مطرح می شود؛ مثلاً مریض در اثر تقصیر پزشک فرصت معالجه را از دست می دهد و در نهایت معلول می شود و یا فوت می کند ولی نمی توان ثابت نمود که هرگاه پزشک مرتکب تقصیر نمی شد، و مریض تحت معالجه قرار می گرفت حتماً درمان می شد و از فوت یا معلولیت نجات پیدا می کرد، تا رابطه سببیت ثابت شود. بنابراین در این فرض به خاطر تردید در وجود رابطه سببیت در مسئولیت خوانده تردید وجود دارد. و در واقع برای رفع این اشکال یعنی اثبات رابطه سببیت که به ویژه در مسئولیت پزشکی وجود دارد، این نظریه تأسیس شده است (۳۳).

لذا نویسندگان حقوقی این فرض از «فرصت از دست رفته» را در مبحث راجع به «رابطه سببیت» مطرح و احکام آن را بررسی می کنند (۳۴).

حال که اشکال موجود در قابلیت جبران ناشی از «فرصت از دست رفته» روشن شد، راه حل هایی را که برای رفع این اشکالات ارائه شده است در دو گفتار

بررسی می‌کنیم. البته، بگذارید اولاً بگویم که ما در اینجا به بررسی «ضرر» می‌پردازیم.

۹. فرصت از دست رفته

گفتار اول. از دست دادن فرصت و مسلم بودن ضرر
 ۹.۱. فرصت از دست رفته به عنوان ضرر مستقل
 در فرضی که شخص فرصت تحصیل منفعت را از دست می‌دهد، هرگاه تحصیل نفع در آینده مسلم و قطعی باشد تفاوت آن نوعی ضرر مسلم است و از باب «عدم النفع» قابل جبران است ولی هرگاه تحصیل نفع در آینده محتمل باشد، تفاوت آن ضرر مسلم نیست، بلکه ضرر احتمالی^۱ است و قابل جبران نمی‌باشد. بنابراین هرگاه زیان نهایی را در نظر بگیریم، چون تحقق آن در آینده محتمل است، حق با کسانی است که «فرصت از دست رفته» را، به خاطر مسلم نبودن ضرر، قابل جبران نمی‌دانند.
 ولی هرگاه نفس از دست رفتن فرصت را به عنوان ضرر مستقل تلقی کنیم، در قابل جبران بودن آن نباید تردید نمود، زیرا تمام شرایط قابل جبران بودن آن و به تعبیری ایجاد مسئولیت وجود دارد. منتها این نوع ضرر (از دست رفتن فرصت)، از لحاظ موضوع ضرر، با موضوعات ضرری معمول و متعارف از قبیل: ضررهای مادی، جسمانی، از کار افتادگی و... تفاوت دارد زیرا، ظاهراً هیچ‌کدام از آنها نیست، ولی این مانع از آن نیست که فرصت عرفاً دارای ارزش باشد و از بین رفتن آن، ضرر محسوب شود. این یک امر موهوم و فرضی نیست، عقل و عرف برای چنین فرصت‌ها ارزش قائل است، لذا اشخاص حاضرند در برابر برخورداری از این نوع فرصت‌ها، هزینه‌های زیادی را متحمل شوند. کسی که در یک مسابقه ورزشی شرکت می‌کند علی‌رغم اینکه تحصیل جایزه و برنده شدن محتمل است در عین حال او سرمایه‌گذاری مادی و معنوی می‌کند. و یا کسی که دارای بیماری خطرناک است، علی‌رغم اینکه پزشکان می‌گویند، شانس بهبودی وی کم است در عین حال تلاش دارد که مورد معالجه قرار گیرد و هزینه سنگین معالجه را می‌پردازد.
 اصولاً مکانیسم شرکت‌های بیمه، مبتنی بر همین اندیشه است که فرصت و شانس فی نفسه دارای ارزش است، زیرا «خطری» که موضوع بیمه را تشکیل می‌دهد، در

حقیقت نوعی بدشانس و بخت بد است. بنابراین صرف وجود احتمال در به واقعیت رسیدن فرصت و تحقق آن، آن را کاملاً موهوم و فرضی نمی‌گرداند و مانع از آن نیست که قابل جبران باشد (۳۵). این موضوع مورد توجه بسیاری از حقوق‌دانان فرانسوی قرار گرفته است (۳۶). و در رویه قضایی این کشور نیز آراء زیادی در این رابطه وجود دارد (۳۷). بنابراین اگر بپذیریم که نفس «از دست رفتن فرصت» ضرر است، وجود احتمال در تحقق و به واقعیت پیوستن آن، اثری در ماهیت امر ندارد (۳۸). زیرا تمام شرایط مسئولیت و جبران خسارت موجود است. اولاً، ضرر مسلم وجود دارد. زیرا وجود فرصت مسلم است. ثانیاً، این فرصت از بین رفته است و تقصیر خواننده موجب از بین رفتن آن شده است. بنابراین رابطه سببیت هم وجود دارد، پس از بین رفتن فرصت یک ضرر مسلم و مستقیم است و بالفعل هم موجود است و باید جبران شود. در این زمینه رأی دیوان عالی کشور فرانسه که در سال ۱۹۹۰ صادر شده است، بسیار

گویاست. قاضی ضمن فسخ رأی دادگاه بدوی که از صدور حکم به جبران خسارت برای از دست رفتن فرصت شرکت در مناقبه اسب دوانی، خودداری نموده بود، اظهار داشت: «هر چند بنا بر تعریف، تحقق هر فرصت و شانس، قطعی و مسلم نیست، ولی زیان ناشی از «فرصت از دست رفته» یک زیان مسلم و مستقیم است. در هر موردی که فرصت تحصیل یک منفعت از بین برود، خسارت ناشی از آن قابل جبران است. میزان این خسارت، از میزان خسارت راجع به زیان نهایی کمتر است و جزئی از آن نیست.» (۳۹)

۱۰- عملی که باعث از بین رفتن فرصت می‌شود، لازم نیست فی نفسه زیان بار باشد نکته‌ای که باید در اینجا ذکر شود، این است که برای اینکه نفس از دست رفتن فرصت، ضرر مستقل به حساب آید، لازم نیست عمل تقصیرکارانه‌ای که موجب از بین رفتن آن شده است، فی نفسه و با قطع نظر از آن فرصت، زیان بار باشد. زیرا می‌توانست عمل تقصیرکارانه فی نفسه زیان بار باشد. مثلاً شخصی برای تصدی شغل خلبانی اقدام می‌کند و مراحل ثبت نام را می‌گذراند ولی در یک تصادف که با ماشینی برخورد می‌کند پایش قطع می‌شود. در اینجا نفس عمل تقصیرکارانه راننده ماشین که موجب قطع شدن پای شخص شده است، زیان بار است و موجب مسئولیت اوست، به علاوه تقصیر

وی باعث شده که زیان‌دیده فرصت انتخاب شغل خلبانی را از دست بدهد؛ آنچه مورد بحث ماست، همین از دست رفتن فرصت است که تقصیر راننده موجب آن شده است. گاهی هم نفس عمل تقصیرکارانه زیان‌بار نیست، ولی در عین حال موجب از بین رفتن فرصت می‌شود. مثلاً شخصی برای شرکت در یک مسابقه با اتوبوس عازم آن محل می‌شود و در اثر تقصیر راننده، اتوبوس از کار می‌افتد و شخص دیر به مقصد می‌رسد و در نتیجه از شرکت در مسابقه محروم می‌شود. در اینجا هم نفس فرصت از دست رفته، ضرر است و باید جبران شود. هر چند عمل تقصیرکارانه خواننده که موجب از بین رفتن آن شده، فی‌نفسه زیان‌بار نیست؛ اما به سبب آن، زیان‌بار می‌گردد.

و به سبب آن، زیان‌بار می‌گردد. **گفتار دوم. از دست دادن فرصت و رابطه سببیت**

۱۱. **طرح بحث** در ۱۳۲۱، آیت‌الله خراسانی در کتاب «تفسیر فقهی حقوق مدنی» در مورد رابطه سببیت و احراز آن فرج بر وجود ضرر است، لذا در صورتی که در نفس وجود ضرر تردید باشد، دیگر ثبوت به بحث از رابطه سببیت نمی‌رسد. لذا در فرض اول از «فرصت» (فرصت تحصیل منفعت)، چون در مسلم بودن ضرر، تردید بود دیگر بحث از رابطه سببیت مطرح نمی‌شود. ولی در فرض دوم از فرصت، (فرصت اجتناب از ضرر) چون ظاهراً وجود ضرر محقق است بحث از رابطه سببیت مطرح می‌شود و از این جهت در قابلیت جبران آن تردید شده است.

۱۲. **مفهوم سنتی (کلاسیک) سببیت و اشکالی که از این جهت مطرح می‌شود**
 در صورت نظر از تعاریف مختلفی که از «سببیت» شده است، (۲۰) آنچه در تمام این تعاریفات وجود دارد این است که عملی را می‌توان سبب نمود که دست‌کم وجود آن برای تحقق ضرر لازم باشد به گونه‌ای که عدم آن باعث عدم تحقق ضرر گردد. البته اینکه همین مقدار برای ثبوت و احراز رابطه سببیت کافی است یا نه، محل بحث است و در این مقال فرصت طرح آن نیست ولی در اینکه این مقدار به‌طور قطع لازم و ضروری است تردیدی نیست. پس مطابق نظریه کلاسیک در رابطه با مفهوم سببیت هرگاه رابطه بین فعل تقصیرکارانه و ضرر ایجاد شده به گونه‌ای باشد که فقدان آن عمل باعث فقدان یا

عدم تحقق ضرر نگردد، به طور قطع نمی توان آن را سبب نامید و این مفهوم از سببیت تا این حد، در تمام نظریات راجع به سببیت پذیرفته شده است (۴۱). البته نظریه سببیت را با توجه به این مفهوم از سببیت، در فرضی که شخص فرصت اجتناب از ضرر را از دست می دهد نمی توان بین تقصیر خواننده و ضرر ایجاد شده، رابطه سببیت را برقرار نمود. مثلاً نمی توان گفت بین تقصیر پزشکی و فوت یا معلولیت مریض رابطه سببیت وجود دارد. زیرا نمی توان ثابت نمود که اگر پزشک مرتکب تقصیر نمی شد (فقدان سبب)، به طور قطع مریض فوت نمی کرد (فقدان منسب)، بنابراین تقصیر پزشکی سبب وقوع ضرر نیست. (۴۲)

گفتار سوم. راه حل های ارائه شده برای رفع اشکال و توجیه قابل جبران بودن

خسارت ناشی از «فرصت از دست رفته» در سببیت را می توان با استفاده از مفهوم «سببیت با تعدیل» توضیح داد. بند ۱. تعدیل در مفهوم «رابطه سببیت» - کاربرد احتمالات و آمار. رویه قضایی چه در نظام حقوقی فرانسه و چه در نظام کامن لا، نقش زیادی در راستای انعطاف پذیر کردن مفهوم «رابطه سببیت»، داشته است. همچنین حقوقدانان ضمن تأیید رویه قضایی در راستای تقریر و تثبیت آن، تلاش زیادی را مبذول داشته اند (۴۲). به طوری که می توان گفت مبنا و منشأ گسترش و توسعه نظریه «از دست دادن فرصت» به ویژه در مورد خطاهای پزشکی، حل مشکل راجع به اثبات رابطه سببیت بوده است که بار اثبات آن بر عهده زیان دیده است. تلاش در این راستا، تلاش نموده اند که مفهوم جدیدی از «رابطه سببیت» را ارائه دهند که از مفهوم سابق و کلاسیک آن که مبتنی بر اندیشه شرط ضروری (sine que non) بود و در کامن لا از آن تعبیر به (but-for) (اگر عمل نمی بود، ضرر واقع نمی شد) می کردند، جداست؛ در مفهوم جدید از «احتمالات» و «آمار» استفاده می شود (۴۳). در این مفهوم، رابطه سببیت ترکیبی از قانون سببیت و قانون احتمالات است. در این مقاله فرصت اینکه این مفهوم به تفصیل بررسی شود وجود ندارد و مطالعه آن نیاز به یک مقاله جداگانه دارد، برای مطالعه بیشتر در این زمینه به منابع ارجاع داده شده رجوع شود. ولی اجمالاً می توان گفت که در مفهوم جدید از سببیت، سعی شده با

توسعه در مفهوم آن، تفسیری از آن ارائه دهند که شامل اسبابی که صرفاً تکمیل‌کننده یا تسریع‌کننده زبان نهایی می‌باشند نیز بشود. اسبابی که وجود آنها شرط ضروری وقوع زبان نیست و تأثیر آن در وقوع زبان احتمالی است (۴۴).

مثلاً در موردی که پزشک مرتکب تقصیر می‌شود و فرصت معالجه را از مریض می‌گیرد و در نهایت مریض فوت می‌کند، نمی‌توان تقصیر پزشک را سبب فوت مریض دانست، زیرا اسباب و عوامل ناشناخته دیگری هم در فوت مریض دخالت داشته‌اند. لذا نمی‌توان ثابت نمود که اگر تقصیر پزشک نبود و مریض تحت معالجه قرار می‌گرفت، درمان می‌شد و زنده می‌ماند ولی آنچه مسلم است، این است که تقصیر پزشک باعث شده که احتمال بروز ضرر (فوت) افزایش یافته و یا تسهیل گردد. بنابراین، به عنوان سبب یا یکی از اسباب در نظر گرفته می‌شود.

از نظر علمی، امروزه استفاده از آمار اهمیت زیادی دارد و استفاده از آن حتی در زندگی روزمره ما متداول است و اعمال ما تحت تأثیر داده‌های آماری انجام می‌گیرد؛ من این عمل را انجام می‌دهم چون در چند مورد گذشته که آن را انجام داده‌ام، یا دیگران آن را انجام داده‌اند، موفقیت‌آمیز بوده است. براین اساس وقتی قاضی «فرصت از دست رفته» را در نظر می‌گیرد، مفهوم سببیت را رها نمی‌کند، بلکه با رجوع به قانون احتمالات آن را کامل می‌کند. ما در زندگی روزمره این قانون را در نظر می‌گیریم بدون اینکه توجه داشته باشیم هنگامی که قاضی ارزش این فرصت از دست رفته را تخمین می‌زند، به‌طور احتمالی و به مدد آمار تقارن بین تقصیر خوانده و زیان ایجاد شده را ارزیابی می‌کند و بر این اساس خسارت را معین می‌کند (۴۵). البته در این زمینه از کارشناس هم استفاده می‌کنند.

از نظر حقوقی پذیرش این مفهوم جدید از سببیت مورد قبول برخی از حقوقدانان قرار گرفته و آن را صحیح دانسته‌اند (۴۶). در توجیه آن گفته شده، اگر چه مطابق قواعد حقوقی، وقوع ضرر و رابطه سببیت باید مسلم باشد، ولی قاضی در ارزیابی آنها آزاد است و او ملزم به پیروی از سیستم و قانون خاصی از سببیت نیست. او باید اطمینان و یقین متعارف پیدا کند که در این راستا از قراین هم مدد می‌جوید، البته به مفاهیم علمی هم بی‌توجه نیست. اگر واقعیت‌های آماری ثابت نمایند که زیان یا وقوع حادثه‌ای زیان بار، قابل پیشگیری بوده است، قاضی نمی‌تواند نسبت به آن بی‌تفاوت باشد. این به منزله

نهادینه کردن «شک» و نادیده انگاشتن قواعد اثبات نیست. قاضی که محاسبات احتمالات را می‌پذیرد از مراجعه به امارات و قراین بی‌نیاز نیست، بدین ترتیب، طبیعی است که حقوق، تقصیر پزشکی را که فرصت معالجه را از مریض گرفته است، و یکی از اسباب احتمالی زیان (مرگ مریض) را فراهم نموده است، موجب مسئولیت بداند (۴۷). و به همین ترتیب، طبیعی است که مسئولیت او به جبران خسارت، به میزان ارزش و بهای فرصتی باشد که از دست رفته است. یعنی به میزانی که تقصیر او در تحقق ضرر منتهی بهایی مؤثر بوده است. این روش یک ارزش نوعی دارد. بنابراین تفاوتی نمی‌کند که تحقق نتیجه مورد انتظار (زیان نهایی - یا نفع نهایی) ۹۵٪ محتمل باشد و یا ۵۰٪؛ منتها این امر از لحاظ کمی در ارزیابی آن مؤثر است (۴۸).

بند ۲. توجیه از طریق تغییر در مفهوم ضرر - تلقی از دست رفتن فرصت به عنوان ضرر

مستقل

به نظر می‌رسد که برای توجیه اجبران خسارت ناشی از «فرصت از دست رفته» نیاز به تکلف زیاد و تغییر در مفهوم رابطه سببیت و تأویل آن نیست. زیرا اشکال در وجود رابطه سببیت از آنجا ناشی می‌شود که ضرر و خسارت وارد بر زیان دیده را همان زیان نهایی (مثلاً در مثال مریض، فوت وی) بدانیم. زیرا طبیعی است که بین آن و تقصیر خواننده رابطه سببیت وجود ندارد. ولی اگر نفس «از دست دادن فرصت» را نوعی ضرر مستقل بدانیم در وجود رابطه سببیت تردیدی باقی نمی‌ماند، زیرا منسجم است که تقصیر خواننده (پزشک) موجب از بین رفتن فرصت (معالجه) شده است. پس رابطه سببیت به مفهوم کلاسیک خود وجود دارد بدین معنا که اگر تقصیر خواننده نبود، از بین رفتن فرصت هم نبود (۴۹). تفاوتی نمی‌کند «فرصت از دست رفته» را نوعی ضرر معنوی بدانیم، یعنی فقدان ترضیه خاطری که برخوردار از فرصت برای خواهان ایجاد می‌کند، (۵۰) و یا نوعی ضرر مادی. چون به هر حال با توجه به احتمالی که در جلوگیری از زیان نهایی (یا تحصیل منفعت) وجود دارد، این فرصت دارای ارزش مادی است. بدین خاطر اشخاص در مقابل برخوردار از آن، حاضر به پرداخت مابه‌ازاء می‌باشند. البته برای ارزیابی میزان آن به درجه احتمالی که در وقوع نتیجه نهایی وجود دارد، توجه می‌شود.

اگر به مبنا و فلسفه تأسیس این نظریه توجه کنیم، این ادعا ثابت می‌گردد. زیرا انگیزه اصلی ایجاد این نظریه، این بوده که زیان‌دیده را قادر به اثبات رابطه سببیت نموده و خسارت او جبران گردد. به‌ویژه در مورد خطای پزشکی که اثبات رابطه سببیت مشکل است. در اینجا عبارت یکی از نویسندگان فرانسوی را که ذیل عنوان «استفاده از مفهوم از دست دادن فرصت برای رفع تردیدی که در وجود رابطه سببیت وجود دارد» بیان شده است ذکر می‌کنیم؛ وی می‌نویسد:

«برای اینکه به بهانه عدم وجود رابطه سببیت بین ضرر نهایی و تقصیر پزشک، مریض به‌طور کلی از دریافت خسارت محروم نگردد، دادگاه‌ها، چاره‌ای اندیشیده‌اند؛ آنها از مفهوم عینی ضرر یعنی مرگ یا شدت گرفتن بیماری، که وجود رابطه سببیت بین آن و تقصیر پزشک مسلم نیست، صرف‌نظر کرده‌اند و یک مفهوم تجربیدی و در عین حال [از لحاظ کمی] کمتر از ضرر مذکور را جانشین آن ساخته‌اند که به‌طور قطع با تقصیر پزشک رابطه سببیت دارد؛ بر این مبنا که تقصیر او، مریض را در معرض خطر قرار داده است.» (۵۱)

به هر حال آنچه مسلم است، این است که در حال حاضر، چه در رویه قضایی و چه از لحاظ دکتربین، در حقوق فرانسه و نظام کامن‌لا بویژه در مورد خطای پزشکی، و نیز در حقوق لوئیزیانا نظریه یاد شده پذیرفته شده است (۵۲). در نظام‌های حقوقی کشورهای عربی هم این نظریه پذیرفته شده است و بر مبنای آن حکم به جبران خسارت صادر می‌کنند (۵۳).

فصل دوم. شرایط و نحوه جبران خسارت ناشی از «فرصت از دست

رفته»

۱۳. طرح بحث

برای جبران خسارت ناشی از «فرصت از دست رفته» علاوه بر شرایط عام جبران خسارت در مسئولیت مدنی (وجود ضرر - رابطه سببیت - فعل زیان‌بار) شرایط خاصی باید وجود داشته باشد تا خسارت قابل جبران باشد. البته این شرایط به‌گونه‌ای به همان شرایط اصلی بازگشت دازند و تردید در آنها باعث اشکال در وجود شرایط اصلی مسئولیت نخواهد شد. مثلاً وقتی گفته می‌شود وجود فرصت باید جدی و واقعی باشد، فقدان آن باعث می‌شود فرصت وهمی بوده و از بین رفتن آن ضرر تلقی نشود لذا در

وجود ضرر تردید ایجاد شود.

همچنین برای جبران این نوع خسارت‌ها، روش‌های مختلفی بیان شده است که در این فصل در دو مبحث به بررسی آنها می‌پردازیم.

مبحث اول. شرایط قابل جبران بودن خسارت ناشی از «فرصت از دست

رفته»

گفتار اول. شرایط عام - وجود ضرر و رابطه سببیت

۱-۱۴. وجود ضرر

همانند هر دعوی مسئولیت مدنی، دعوی راجع به «فرصت از دست رفته» در

صورتی قابل پذیرش است که وجود ضرر ثابت شود. در اینجا ضرر عبارت از «فرصت از دست

دست رفته» است و باید به طور قطع ثابت شود که این «فرصت از دست رفته» وجود

داشته و در اثر تقصیر خواننده از بین رفته است، مانند موردی که فرصت تحصیل منفعت

وجود داشته و به کلی از بین برود، به طوری که امید تحصیل آن وجود نداشته باشد.

بنابراین اگر ثابت شود که فرصت هنوز وجود دارد، وجود ضرر منتفی است و دعوی

خواهان رد می‌شود. (۵۲) همان‌طور که یکی از حقوق‌دانان فرانسوی می‌نویسد: «... تحقق

ضرر به حوادث آینده و نامعینی بستگی ندارد، وضعیت فعلی مسلم است، هیچ چیز آن

را تغییر نمی‌دهد، خواننده با ارتکاب تقصیر، جلو توسعه و پیشرفت یک دسته اعمال را

که می‌توانسته منشأ نفع یا زیان باشد، متوقف کرده است.» (۵۵)

مسابقه یا کنکوری که تقصیر خواننده، زیان‌دیده را از شرکت در آن محروم نموده

است هیچ‌گاه تکرار نمی‌شود و یا معلولیت و فوت مریض واقع شده است و هیچ‌گاه وی

سالم یا زنده نخواهد شد. و یا در موردی که شخص در اثر تقصیر خواننده فرصت انعقاد

قراردادی را از دست می‌دهد، امکان انعقاد قرارداد برای همیشه از بین می‌رود (۵۶).

زیان دیده ممکن است به طور مستقیم از فقدان فرصت متضرر گردد، مانند مثال‌هایی

که قبلاً ذکر شد. یا به طور غیرمستقیم از آن زیان ببیند. مانند زنی که شوهرش در شرف

تصدی یک شغل مهم و پردرآمد است و او در انتظار برخورداری از یک زندگی بهتر

است که تقصیر خواننده موجب فوت شوهر او می‌شود. در اینجا وی فرصت برخورداری

از زندگی برتر را از دست می دهد (۵۷).

۱۵-۲. رابطه سببیت

علاوه بر وجود ضرر، باید رابطه سببیت بین تقصیر خواننده و ضرر ثابت شود در فرض مسئله باید احراز شود که تقصیر خواننده باعث از بین رفتن فرصت شده است. در رأیی که در ۱۰ ژانویه ۱۹۹۰ از دیوان عالی کشور فرانسه صادر شده است، به این شرط اشاره شده است؛ حکم بدوی زاجح به پزشک معالجه بوده است که با بی‌مبالائی به جراح اطلاع نداده که بیماری که قرار است تحت عمل جراحی قرار گیرد، نسبت به قرص مسکن، حساسیت دارد. به بیمار قرص مسکن داده می شود و او فوت می کند، دادگاه بدوی پزشک معالج را محکوم به جبران خسارت می کند. دیوان رأی دادگاه را نقض می کند و این گونه استدلال می کند: «بین تقصیر پزشک و از دست دادن فرصت (فرصت حیات)، رابطه سببیت وجود ندارد. دادگاه اظهار داشته که ثابت نشده است که مرگ بیمار در اثر حساسیت ناشی از قرص مسکن بوده است. بدینسان تقصیر پزشک نقشی در تحقق ضرر نداشته است و نه تنها سبب مسلم ضرر نبوده بلکه باعث از بین رفتن فرصت (فرصت اجتناب از ضرر) هم نشده است و به راستی معلوم نیست که اگر جراح از حساسیت مریض مطلع می شد، می توانست از فوت وی جلوگیری نماید. معیار ثبوت رابطه سببیت بین تقصیر خواننده و «فرصت از دست رفته» این است که تقصیر در وقوع ضرر نقش داشته باشد.» (۵۸)

گفتار دوم، شرایط خاص جدی و واقعی بودن فرصت، تأثیر احتمالی تقصیر خواننده در وقوع ضرر نهایی

۱۶-۱. جدی و واقعی بودن «فرصت از دست رفته»

برای قابل جبران بودن فرصت از دست رفته، باید این فرصت جدی و واقعی باشد، و صرفاً وهم و خیال نباشد (۵۹). مثلاً سببیت سبباً بین تقصیر خواننده و وقوع ضرر، در فرض فرصت، مرز میان امید ساده (espoir) و قطع و یقین (certitude) است. از یک طرف از امید ساده بالاتر است و از طرف دیگر به درجه‌ای از اطمینان نرسیده است که

تحقق آن در آینده حتمی و یقینی باشد (۶۰). پسندیدنی بودن آن و نداشتن عوارض جانبی، اثبات این ویژگی از «فرصت» بر حسب اینکه شخص در راستای تحقق بخشیدن به فرصت اقدام کرده باشد یا نه، متفاوت است. ۱. گاهی شخص خواهان در راستای تحقق فرصت اقدام نموده، قبل از تحقق آن تقصیر خوانده آن را منتفی می‌سازد. مثل اینکه در حال مسابقه در اثر خطای یکی از سوارکاران، یکی از شرکت‌کنندگان بیفتد و از دور مسابقه خارج گردد و یا شخصی با دیگری نامزد شده و در انتظار ازدواج است که در اثر تقصیر خوانده، نامزد او فوت می‌شود و فرصت ازدواج از او گرفته می‌شود (۶۱).

در تمام این موارد به‌طور قطع، شانس و فرصت وجود دارد و تقصیر خوانده موجب از بین رفتن آن شده است. و به‌طور کلی می‌توان گفت در هر موردی که خواهان ثابت کند که تقصیر خوانده موجب از بین رفتن شانس و یا فرصت در شرف تحقق شده است، خسارت باید جبران شود (۶۲).

۲. فرضی که فرصت هنوز جریان پیدا نکرده است، و شخص خواهان اقدامی در راستای تحقق آن ننموده است ولی امید تحقق آن وجود دارد و تقصیر خوانده موجب از بین رفتن آن می‌شود. در اینجا، ضرر عبارتست از «از بین رفتن احتمال تبدیل فرصت به منفعت» در آینده. در این فرض در ارزیابی جدی یا واقعی بودن فرصت، عنصر دیگری نیز دخالت دارد و آن مدت زمانی است که احتمال عینیت یافتن این فرصت در آن زمان وجود دارد. هر چه این مدت بیشتر باشد احتمال اینکه شرایط خارجی در آن دخالت کند و موجب عدم تحقق آن گردد، بیشتر است. بدین خاطر است که رویه قضایی فرانسه در جهت اثبات یک خصیصه واقعی یا نزدیک برای «فرصت» اصرار زیادی دارد (۶۳).

در این فرض که زیان دیده در راستای تحقق فرصت و شانس اقدام نکرده است، باید دست‌کم قادر به بهره‌برداری از این فرصت باشد. مانند فرصت استخدام.

۱۷-۲. دخالت و تأثیر احتمالی تقصیر خوانده در ضرر نهایی

در فرضی که تقصیر خوانده، باعث از بین رفتن فرصت اجتناب از ضرر منی گردد، رویه قضایی فرانسه یک شرط اضافی برای قابل جبران بودن فرصت از دست رفته، در

نظر گرفته است و آن این است که تقصیر پزشک باید در روند تحقق و وقوع زیان نقش داشته و وقوع آن را تسهیل نموده باشد. و یا دست کم احتمال تأثیر وجود داشته باشد. با فقدان چنین شرطی، می توان گفت بین تقصیر خواننده و از دست رفتن فرصت، رابطه سببیت وجود ندارد (۶۴).

مبحث دوم. نحوه جبران خسارت ناشی از «فرصت از دست رفته»
 ۱۸. اعمال قواعد عام مسئولیت مدنی در نحوه جبران خسارت

در این مورد، جبران خسارت مانند سایر موارد مسئولیت مدنی و مطابق قواعد عام آن صورت می گیرد. فرصت از دست رفته، به عنوان یک ضرر مستقل، مورد ارزیابی قرار گرفته حکم به جبران آن داده می شود. منتها از آنجایی که قاضی در ارزیابی میزان خسارت باید تمام عوامل را مدنظر قرار دهد، در این فرض هم، احتمال وقوع و تحقق ضرر نهایی باید مدنظر قرار گیرد و میزان خسارت محاسبه گردد (۶۵). و از آنجایی که ارزیابی میزان خسارت یک امر ماهوی است، دست قاضی در این رابطه باز است و او می تواند با توجه به تمام عوامل، میزان آن را معین کند (۶۶).

در عین حال در این فرض چون میزان خسارت ناشی از «فرصت از دست رفته» و به عبارتی ارزش آن، بر مبنای زیان نهایی قابل اجتناب و یا نفع نهایی قابل تحصیل، ارزیابی می گردد، روش های مختلفی برای ارزیابی و تعیین میزان خسارت اتخاذ شده است که به بررسی آن می پردازیم.

۱۹. روش های خاص جبران خسارت در مورد «از دست دادن فرصت»
۱. روش جبران کل خسارت
 ۲. تعیین میزان خسارت بر مبنای درجه و احتمال ضرر نهایی
 ۳. تعیین خسارت به طور مستقل و پرداخت مبلغی مقطوع

گفتار اول. جبران کل خسارت (۶۷)
 قبل از اینکه نظریه «از دست دادن فرصت» پذیرفته شود، دادگاه ها از صدور حکم به

جبران خسارت در این موارد، به‌طور کلی خودداری می‌کردند، و براساس مفهوم کلاسیک رابطه سببیت چون نمی‌توانستند بین تقصیر خواننده و ضرر نهایی، رابطه سببیت برقرار نمایند، او را از دریافت هر نوع خسارتی محروم می‌کردند. ولی بعد از پذیرش این نظریه، که در برخی موارد با تغییر در معیار رابطه سببیت و پذیرش احتمالات توأم بود، دادگاه‌ها بر این راه رفتند که با انعطاف‌پذیر نمودن مفهوم «سببیت» و برقراری آن بین تقصیر خواننده و ضرر نهایی، به‌طور کامل از زیان دیده جبران خسارت نمایند. یعنی از آن تفریط به این افراط گزیندند.

در نظام کامن‌لا، در ابتدای پذیرش نظریه «از دست دادن فرصت» به عنوان سبب دعوی، دادگاه‌ها، حکم به جبران کامل خسارت می‌دادند (۶۸).

در حقوق فرانسه نیز به ویژه در خصوص مسائل راجع به خطای پزشکی، برخی دادگاه‌ها، ضمن چشم‌پوشی نسبت به تردید و عدم قطعیتی که در وجود رابطه سببیت بین تقصیر خواننده و ضرر وجود داشت، در فرضی که تقصیر خواننده باعث از بین رفتن فرصت معالجه می‌شد، حکم به جبران کامل خسارت می‌دادند (۶۹).

این آرا در مواردی است که تقصیر خواننده عبارت از کوتاهی در دادن اطلاعات لازم به خواهان (زیان‌دیده) است. توجیه این روش در حقوق فرانسه به ویژه در مورد خطای پزشکی به این‌گونه بود که خواننده در اثر تقصیر، ایجاد خطر می‌کند و محیط خطرناکی را برای خواهان فراهم می‌کند که بعداً با تحقق ضرر، تقصیر وی باید به عنوان سبب آن تلقی شده و خسارت باید جبران شود (۷۰).

در نظام کامن‌لا، توجیه خاصی برای این روش ارائه نشده است. می‌توان گفت که در آنجا چون هنوز نفس «از دست دادن فرصت» به عنوان یک ضرر مستقل پذیرفته نشده بود تنها به ضرر نهایی توجه داشتند و اشکال در جبران خسارت را از جهت وجود رابطه سببیت می‌دانستند. لذا با انعطافی که در مفهوم رابطه سببیت قائل شدند، دیگر درباره جبران آن اشکالی نمی‌دیدند و حکم به جبران کامل آن می‌دادند.

۲۰. نقد این روش

همان‌طور که عدم پرداخت هر نوع خسارتی به خواهان غیرعادلانه بود، اینکه

خواننده را مسئول پرداخت تمام خسارت بدانیم نیز غیر منصفانه است؛ زیرا درجه احتمال تحقق ضرر نهایی را در نظر نمی‌گیرد. مثلاً ممکن است، خواننده فقط ۵٪ در وقوع ضرر نهایی دخالت داشته باشد، مثلاً بیمار ۵٪ شانس بهبودی داشته باشد که با تقصیر پزشک آن را از دست داده است و ۹۵٪ علت فوت، بیماری بوده است که پزشک مسئول آن نیست و سبب آن چیز دیگری بوده است. به علاوه از جهت احراز رابطه سببیت هم این روش پسندیده نیست، زیرا واقعاً بین تقصیر پزشک و فوت مریض این رابطه برقرار نیست. زیرا نمی‌توان گفت هرگاه تقصیر پزشک نبود مریض هم فوت نمی‌کرد، لذا از این روش استقبال نشد (۷۱).

گفتار دوم. تعیین خسارت به روش درصد احتمال این روش هم در مسأله بیمه‌گری در این روش، خسارت نهایی ایجاد شده، در نظر گرفته شده و ارزیابی می‌گردد و درصد احتمالی که زیان دیده شانس اجتناب از آن را داشته است نیز معین می‌گردد و به میزان همان درصد از زیان نهایی، به عنوان خسارت معین شده به زیان‌دهنده پرداخت می‌شود. مثلاً اگر کل زیان ایجاد شده یک میلیون ریال باشد و زیان دیده ۳۰٪ فرصت و شانس اجتناب از آن را داشته که تقصیر خواننده آن را از بین برده است، وی به همان میزان باید خسارت دریافت کند که در این مثال مبلغ آن ۳۰۰ هزار ریال خواهد بود. این روش به ویژه در نظام کامن‌لا بیشترین طرفدار را داشته است و اکثر حقوق‌دانان آن را پذیرفته‌اند (۷۲).

۲.۱. نقد این روش این روش در واقع همان روش درصد احتمال است و در این روش طرفداران این روش آن را دقیق‌ترین روش و در راستا و مطابق با هدفی دانسته‌اند که «از دست دادن فرصت» را زیان تلقی نموده و قابل جبران می‌داند. ولی این روش دارای اشکالاتی است:

اولاً در این روش، قاضی ملزم است برای تعیین میزان خسارت ناشی از «فرصت از

دست رفته» خسارت نهایی را تعیین کند، در حالی که هدف این است که خسارت ناشی از «فرصت از دست رفته» جبران شود و نهادن این تکلیف سنگین بر دوش دادگاه درست نیست. بنابراین بهتر است قاضی رأساً همانند هر زیان دیگر، فرصت از دست رفته را به طور مستقل ارزیابی و میزان آن را مشخص نماید (۷۳).
ثانیاً، اشکال عمده‌ای که به این روش وارد است، این است که این روش در صورتی کارساز است که خسارت نهایی واقع گردد. مثلاً در مورد خطای پزشکی، مریضی که فرصت معالجه داشته است آن را از دست بدهد و در نهایت فوت کند. ولی در فرضی که تقصیر پزشک تمام شانس معالجه را از بین نبرده، بلکه فقط آن را کاهش داده باشند، مثلاً مریض ۵٪ شانس معالجه داشته است و در اثر تقصیر پزشک ۳۰٪ آن را از دست داده و حالا فقط ۲۰٪ شانس معالجه دارد، از طرفی هنوز فوت نکرده است، تا خسارت ناشی از فوت ارزیابی و ۳۰٪ آن به عنوان خسارت ناشی از «فرصت از دست رفته» تعیین گردد. در اینجا است که نارسایی این روش آشکار می‌گردد. و این بسیار ناخوشایند است که فردی که هنوز زنده است، مرده فرض شود و خسارت ناشی از فوت وی ارزیابی گردد (۷۴).

ثالثاً، اشکال دیگری که بر این روش وارد شده، این است که یک روش خشک و صرفاً هندسی است. اینکه خسارت ناشی از محرومیت از فرصت را همیشه به طور ریاضی و به عنوان درصدی از خسارت نهایی بدانیم، درست نیست، در حالی که بر مبنای یک درصد غیر دقیق از شانس است و تخمین بر اساس زیان‌های عمومی و متداول صورت می‌گیرد و حال اینکه واقع نشده است (۷۵).

نتیجه - تعیین خسارت به طریق مستقل و مبلغ مقطوع

با توجه به اینکه فرصت از دست رفته، به عنوان یک زیان مستقل و جدای از زیان نهایی قابل جبران می‌باشد، بهترین روش برای ارزیابی و جبران خسارت این است که نفس «فرصت از دست رفته»، به عنوان زیان مستقل در نظر گرفته و ارزیابی شود. و با استفاده از «روش مستقل و مبلغ مقطوع» میزان آن مشخص گردد. در این روش «فرصت»

به عنوان یک ضرر مستقل در نظر گرفته شده، نه به عنوان پوسته‌ای از ضرر نهایی. در این فرض قاضی ابتدا حجم و میزان احتمال و فرصت را بررسی و معین می‌کند و نیز سایر هزینه‌ها و خسارات از قبیل هزینه بیمارستان و... را در نظر می‌گیرد و میزان خسارت را معین می‌کند. به هر حال در این روش قاضی ملزم به تعیین میزان خسارت نهایی نیست تا با تعیین درصد احتمال اجتناب از آن، به همان درصد از خسارت نهایی مشخص و پرداخت شود و همین امر وجه تمایز این روش با روش درصد احتمال است.

۲۳. نقد این روش

نویسندگانی که از این روش حمایت می‌کنند، معتقدند که این روش ساده‌ترین روش است و به دادگاه این فرصت را می‌دهد تا با ارزیابی میزان خسارت و در نظر گرفتن تمام عوامل، مطابق قواعد عام مسئولیت مدنی حکم مناسب را صادر کند؛ و در واقع موافق روش عام ارزیابی خسارت در مسئولیت مدنی است. مانند این است که دست زیان‌دیده شکسته شده و برای جبران آن خسارت معین می‌گردد. بنابراین در مورد از دست دادن فرصت هم باید همان روش معمول اعمال شود (۷۶).

اشکالاتی که مخالفین این روش بر آن وارد نموده‌اند تمام نیست. زیرا اشکال شده است که در هنگام ارزیابی، بدون در نظر گرفتن درصد احتمال و مستقل از آن، قاضی باز هم به زیان نهایی توجه نموده و تمایل دارد که میزان خسارت به گونه‌ای باشد که هر چند به مقدار زیان نهایی نبوده ولی نزدیک به آن باشد. در حالی که ممکن است، فرصت از دست رفته، بسیار ناچیز باشد. مثلاً در موردی که مریض ۱۰٪ شانس درمان دارد و در اثر تقصیر پزشک فرصت را از دست می‌دهد و در نهایت فوت می‌کند، مشکل است که قاضی در تعیین میزان خسارت به مرگ مریض نظر نداشته باشد و به مبلغ ناچیز حکم بدهد چون درصد تحقق ضرر را در نظر نمی‌گیرد، در حالی که اگر بر مبنای درصد احتمال حکم بدهد به همان میزان حکم به خسارت خواهد داد هر چند ناچیز باشد (۷۷). در پاسخ این اشکال باید گفت، قاضی باید در هنگام تعیین میزان خسارت درصد احتمال را در نظر بگیرد، همچنین شدت وحدت ضرر نهایی را، ولی این مستلزم آن نیست که این خسارت درصدی از کل خسارت نهایی باشد، بلکه با توجه به سایر

عواملی که ممکن است در تعیین ارزش «فرصت» چه از لحاظ معنوی و چه از لحاظ مادی مؤثر باشند ارزیابی صورت می‌گیرد که ممکن است از لحاظ کمی با درصد احتمال وقوع زیان منطبق باشد و یا نباشد. مثلاً اگر ۳۰٪ فرصت بهبودی برای مریض بوده که در اثر تقصیر پزشک از میان رفته است، الزاماً خسارتی که تعیین می‌شود و باید به زیان دیده پرداخت شود معادل ۳۰٪ کل خسارت نهایی (مثلاً فوت مریض) نیست بلکه بر حسب مورد ممکن است، بیشتر یا کمتر از آن باشد. و این لازمه استقلال «فرصت از دست رفته» به عنوان یک ضرر در کنار ضرر نهایی است. زیرا گاهی نفس فرصت و برخورداری از آن نوعی ترضیه خاطر برای زیان دیده است، قطع نظر از درصد احتمال و شانسی که وی در تحقق آن فرصت دارد، که نباید آن را از نظر دور داشت. مثلاً شخصی که در امتحان کنکور دانشگاه ثبت نام می‌کند و در اثر تقصیر خواننده از شرکت در امتحان محروم می‌شود قطع نظر از درصد احتمال موفقیت وی در امتحان، نفس شرکت در امتحان و فرصت رقابت و تلاش نوعی ترضیه خاطر برای اوست که فقدان آن نوعی خسارت معنوی محسوب شده، قابل جبران می‌باشد.

حتی گاهی مقایسه آن با زیان نهایی، غیر عقلایی است. مثلاً در موردی که پزشک معالج اطلاعات لازم راجع به خطراتی که انجام عمل جراحی یا نوعی خاص از معالجه ممکن است برای مریض به دنبال داشته باشد، به وی نمی‌دهد (تقصیر در دادن اطلاعات) و فرصت انتخاب آزاد را از مریض می‌گیرد، در صورتی که مریض تحت معالجه قرار گیرد و صدمه‌ای از این بابت به او برسد، چگونه می‌توان خسارت ناشی از محرومیت از انتخاب آزاد معالجه را به عنوان درصدی از زیان نهایی (مرگ مریض) ارزیابی نمود. مثلاً تخمین زد که مریض در صورت آگاهی از خطرات ۴۵٪ احتمال داشت که رضایت به معالجه ندهد پس ۴۵٪ از کل خسارت وارد به وی باید جبران شود! به علاوه گاهی اصلاً زیان نهایی واقع نمی‌شود مثلاً بیمار درصدی از شانس بهبودی را از دست می‌دهد، نه تمام آن را، و هنوز هم فوت نشده، در اینجا چگونه می‌توان میزان خسارت وارد بر او را بر مبنای درصدی از خسارت نهایی تعیین نمود.

مضافاً، در برخی موارد نفس فرصت از دست رفته، قطع نظر از احتمال تحقق و حتی با فرض عدم احتمال تحقق آن، دارای ارزش است. مثلاً هرگاه در اثر تقصیر وکیل و عدم

تقدیم به موقع دادخواست تجدیدنظر، فرصت تجدیدنظرخواهی از بین برود و ثابت شود که حتی اگر از حکم، تجدیدنظرخواهی می‌شد، باز هم حکم تأیید می‌شد و احتمال نقض آن وجود نداشت باز هم نفس تجدیدنظرخواهی دارای ارزش معنوی برای تجدیدنظرخواه است و می‌تواند به عنوان ابزاری در جهت فشار بر طرف دعوی و وادار نمودن وی به مصالحه به کار رود. لذا تفویت آن ضرر محسوب شده، و باید جبران شود (۷۸).

۲۴. روش پذیرفته شده در برخی از نظام‌های حقوقی بیگانه

۱. لوئیزیانا - در نظام حقوقی لوئیزیانا، همین روش برای جبران خسارت ناشی از «فرصت از دست رفته» پذیرفته شده است و خسارت به‌طور مستقل معین می‌گردد (۷۹).

۲. حقوق فرانسه - در حقوق فرانسه، هر چند به صراحت بیان نشده است که دادگاه‌ها

از کدام روش برای تعیین میزان خسارت استفاده می‌کنند به‌ویژه اینکه، تعیین میزان

خسارت امری ماهوی است و در اختیار قضات می‌باشد، لذا مشکل است روش آنها را

مشخص نمود (۸۰). ولی از لابه‌لای آثار حقوقدانان می‌توان استنباط نمود که همین روش

تیز در حقوق فرانسه پذیرفته شده است، زیرا اگرچه از یک طرف آنها معتقدند که قاضی

باید در تعیین میزان خسارت، درجه احتمالی که برای تحقق فرصت وجود دارد در نظر

بگیرد ولی از طرف دیگر، متذکر می‌شوند که از دست دادن فرصت، یک زیان مستقل و

جدای از زیان نهایی می‌باشد و بدین خاطر کمیت آن از زیان نهایی کمتر است (۸۱) و به

هیچ وجه جزئی از آن نیست. لذا برخی این گفته را که «در مورد از دست دادن فرصت

خسارت به‌طور جزئی جبران می‌شود»، نادرست می‌دانند (۸۲).

از مجموع اینها، می‌توان استنباط نمود که اگر چه دادرس برای تعیین میزان خسارت،

به درجه احتمال و امکان جلوگیری از وقوع زیان نهایی توجه می‌کند ولی ارزیابی

خسارت به‌طور مستقل و همانند یک زیان خاص و جدای از آن صورت می‌گیرد و مانند

سایر موارد تعیین خسارت در مسئولیت مدنی می‌باشد. و این طور نیست که جزئی از آن

یا درصدی از آن باشد، و این معنای روش مورد پذیرش است.

حال که مبنای این نظریه و نحوه جبران خسارت ناشی از آن روشن شد، در مبحث

آخر جایگاه این نظریه را در حقوق ایران بررسی می‌کنیم.

مبحث سوم. جایگاه نظریه «از دست دادن فرصت» در حقوق ایران
 در حقوق موضوعه ایران در این رابطه نص خاصی وجود ندارد و رویه قضایی هم در این زمینه موجود نیست و از طرح این موضوع در آثار حقوقی یکی از اساتید حقوق مدت زیادی نمی‌گذرد (۸۳). بنابراین، طرح این مسئله در مسؤلیت مدنی در حقوق ما یک موضوع تازه‌گی دارد. در مبحث راجع به ضرر تحت عنوان مسلم بودن ضرر این موضوع مطرح و از این جهت در پذیرش آن تردید شده است و با اینکه پذیرش آن را در غالب موارد عادلانه می‌دانند، در عین حال قبول آن را در حقوق ما مشکل دانسته‌اند (۸۴). مع‌هذا، تمهیداتی برای جبران این نوع خسارت‌ها در حقوق ما اندیشیده‌اند (۸۵). برای اینکه اظهار نظر ما در این زمینه دقیق‌تر باشد، سابقه و جایگاه موضوع را در فقه اسلامی که مهم‌ترین منبع حقوق مدنی ماست بررسی می‌کنیم و اگر پذیرش این نظریه از لحاظ فقهی بدون اشکال باشد، با توجه به اینکه در حقوق بیگانه هم این نظریه پذیرفته شده و با قواعد انصاف و عدالت هم سازگار است پذیرش آن در حقوق موضوعه هم با اشکالی مواجه نخواهد بود.

گفتار اول. پذیرش نظریه «از دست دادن فرصت» در فقه اسلامی

در فقه اسلامی، تا آنجا که نگارنده تفحص کرده است نص صریحی در این باره وجود ندارد و فرعی هم که مستقلاً به این موضوع پرداخته باشد، دیده نمی‌شود. با توجه به اینکه پذیرش «عدم‌النفع» در فقه از سوی مشهور فقها به عنوان ضرر پذیرفته نشده، ممکن است گفته شود که مفهوم «از دست دادن فرصت» هم به عنوان ضرر قابل جبران، در فقه قابل پذیرش نیست، ولی باید خاطر نشان ساخت که: «...»
 اولاً. درباره پذیرش مفهوم «عدم‌النفع» در فقه، آنچه مورد اشکال است و فقها با آن مخالف نموده‌اند، عدم‌النفع محتمل است. والا در مورد عدم‌النفع مسلم، در صورت تقویت آن از طرف خواننده، ظاهراً قابل جبران بودن آن پذیرفته شده است و برخی از فقها به صراحت به این امر اشاره نموده‌اند (۸۶).
 ثانیاً. همان‌طور که در مباحث قبلی روشن شد، در مورد «از دست دادن فرصت» نفس «فرصت از دست رفته» به عنوان ضرری مستقل و شوای از زیان نهایی در نظر گرفته

می‌شود. در این فرض، دیگر صحبت از زیان آینده یا عدم‌النفع نیست بلکه اگر نفس از دست دادن فرصت را ضرر بدانیم، وجود ضرر بالفعل است نه مربوط به آینده. حال باید دید آیا از دیدگاه فقهی می‌توان «از دست دادن فرصت» را ضرر دانست؟ در فقه با توجه به تعریفی که از آن شده است، آنچه شارع مقدس متکفل بیان آن است و فقیه تلاش می‌کند از روی ادله تفصیلی آن را استنباط نماید، احکام شرعی است که عارض بر موضوعات اند و موضوعات هر چند ممکن است شرایط آن در شرع بیان شود ولی اینکه کی موضوع تحقق می‌یابد تا حکم آن ثابت شود، یک امر ماهوی است و معمولاً با استعانت از عرف معین می‌گردد. مثلاً شارع حکم می‌کند که اگر قتل عمدی صورت گرفت، قاتل باید قصاص شود، ولی اینکه کی قتل عمد واقع می‌شود یک امر موضوعی و ماهوی است که با توجه قواعد و عرف و برخی موارد قواعد لغوی تعیین می‌گردد. زیرا تشریح در اختیار شارع است و او می‌تواند هر حکمی را جعل کند ولی امور ماهوی و تکوینی قابل جعل و تشریح نیستند. در مورد بحث آنچه شارع مقدس بیان داشته این است که هرگاه ضرری واقع شود باید جبران گردد و یا هر حکم ضرری نفی می‌شود. (لاضرر و لااضرار فی الاسلام) اما اینکه موضوع ضرری چیست، در شرع نیامده است، پس باید به استعانت از عرف یا کتب لغت هم که ناشی از عرف است آن را مشخص نمود.

نراقی به‌ویژه در خصوص تعیین موضوع ضرری و تبیین مفهوم آن به صراحت بیان داشته است که برای تعیین اینکه چه چیزی ضرر است و چه چیزی ضرر نیست، باید به عرف مراجعه نمود (۸۷). همین فقیه در ادامه سخن خود در این باره می‌نویسد: «پس بر فقیه است که بر حسب موارد آن را بررسی کند و هرگاه از نظر عرفی احراز کرد که عنوان ضرر صادق است، کم یا زیاد بودن آن تفاوتی در حکم نمی‌کند.» (۸۸)

و یکی دیگر از فقهای معاصر در تعیین مفهوم ضرر بعد از بیان معنای لغوی آن می‌نویسد: «در این فرض که معنای لفظ نزد عرف روشن است، رجوع به لغت، بر فرض حجیت قول لغوی مشکل است، پس باید به ذهن خود یا اهل عرف، رجوع نمود و معنای ضرر را معین کرد.» (۸۹) وی سپس می‌افزاید: «آنچه از ارتکازات ذهنی و موارد استعمال این لغت در نزد عرف به دست می‌آید، این است که ضرر عبارتست از فقدان هر

چیزی که ما دارا می‌باشیم و به سبب آن از مواهب حیات از قبیل نفس و عرض و غیره،
منتفع می‌شویم. (۹۰)

با توجه به آنچه ذکر شد، معلوم می‌شود که مفهوم ضرر یک مفهوم عرفی است و
برای تعیین موضوع ضرری باید به عرف مراجعه نمود. در فرض مسئله یعنی «از دست دادن فرصت» عرف آن را ضرر می‌داند، زیرا این نوع
فرصت‌ها از لحاظ عرفی دارای ارزش و قابل تقویم به پول می‌باشند لذا اشخاص
حاضرند در برابر آن، هزینه‌های مادی و معنوی صرف کنند. مثلاً شخصی که در کنکور شرکت می‌کند برای او نفس شرکت در امتحان و فرصت
رقابت، موضوعیت دارد، هر چند احتمال قبولی او کم باشد. و یا بیماری که فرصت
معالجه و درمان را دارد، نفس اینکه تحت درمان قرار گیرد برای او اهمیت دارد و مایه
ترضیه خاطر اوست لذا حاضر است هزینه بالای آن را تحمل کند، هر چند ثمربخش
بودن درمان، به‌طور معمول احتمالی باشد. گاهی ممکن است نفس فرصت قطع نظر از تحقق یا عدم تحقق آن در آینده، از جهات
دیگری دارای ارزش باشد. مثلاً شخصی که برای ارائه مقاله‌ای در کنفرانس علمی
شرکت می‌کند اینکه مقاله او برگزیده شود یا نه، یک امر محتمل الوقوع است. ولی قطع
نظر از آن نفس شرکت در کنفرانس دارای ارزش است. بنابراین از بین بردن فرصت
شرکت در آن و محروم شدن خواهان از آن، نوعی ضرر و قابل جبران است.
البته در این موارد، ضرر نوعاً معنوی است تا مادی، ولی غالباً چنین است و گاهی هم
ضرر جنبه مادی دارد. به علاوه این موضوع اشکالی در نتیجه امر ایجاد نمی‌کند، زیرا
ضرر معنوی هم باید جبران شود و در نهایت از طریق پرداخت مبلغی وجه نقد جبران
می‌شود و در قابل جبران بودن زبان معنوی بحثی نیست و در فقه برخی از فقها به
صراحت اشاره نموده‌اند (۹۱)، هر چند که درباره جبران از طریق مالی تردیدهایی وجود
دارد. بدین ترتیب پذیرش این نوع ضرر در عرف مسلم است. حتی در برخی موارد با اینکه
نتیجه نهایی ممتنع است در عین حال باز نفس فرصت و برخورداری فرد از آن نوعی
ترضیه خاطر و دارای ارزش معنوی می‌باشد و او خوشحال است که در راه رسیدن به

مطلوب تلاش کرده هر چند به نتیجه نرسد. لذا فقدان چنین فرصتی نوعی ضرر معنوی به حساب می‌آید (۹۲).

بر این اساس دادگاه‌های فرانسه، در موردی که در اثر تقصیر وکیل، موکل فرصت تجدیدنظرخواهی را از دست می‌دهد، حکم به جبران خسارت برای «از دست دادن فرصت» داده‌اند، هر چند ثابت شود که اگر از حکم، تجدیدنظر خواسته می‌شد تغییری نمی‌کرد و در دادگاه عالی تأیید می‌شد (۹۳).

ثالثاً - فروعی در فقه مطرح شده است که در آنها فرصت تحصیل منفعت که در اثر تقصیر خواننده تفویض شده، قابل جبران دانسته شده است. البته در اینجا میزان خسارت بر مبنای اقداماتی که صورت گرفته، تعیین شده است ولی در هر حال به نوعی اشاره به مفهوم «از دست دادن فرصت» دارد. از جمله در مورد عقد مضاربه گفته شده که هرگاه قبل از تحصیل سود از ناحیه عامل، مالک قرار داد را فسخ کند و فرصت تحصیل سود را از بین ببرد، باید از عامل جبران خسارت نماید که در اینجا میزان خسارت برابر با اجرت‌المثل اعمالی است که وی انجام داده است. چون مطابق عقد مضاربه، عامل فقط در صورت تحصیل سود، از سود حاصله سهمی را می‌برد و در صورت عدم تحصیل سود، مستحق چیزی نیست. در اینجا مالک با فسخ عقد باعث تفویض فرصت تحصیل سود شده است (۹۴). و عنصر اساسی «فرصت» که احتمالی بودن آن باشد موجود است و نمی‌توان گفت هرگاه عقد مضاربه فسخ نمی‌شد، عامل حتماً تحصیل سود می‌کرد. اشکال عمده‌ای که از طرف مخالفین این مسئولیت و جبران خسارت عامل مطرح شده است این است که در اینجا چون عقد مضاربه جایز است، مالک حق فسخ قرارداد را داشته و در واقع حق خودش را اعمال کرده است، بنابراین مرتکب تقصیری نشده است. در حالی که در مسئولیت ناشی از تسبیب، تقصیر عامل، شرط ایجاد مسئولیت است؛ چون عامل از ابتدا می‌دانسته که عقد جایز است و مالک ممکن است عقد را فسخ کند پس در حقیقت خود او به ضرر خود اقدام نموده است، و مستحق جبران خسارت نیست (۹۵). بدین ترتیب معلوم می‌شود که در اینکه نفس تفویض فرصت تحصیل سود، ضرر می‌باشد، اختلافی نیست، اختلاف در قابل جبران بودن این ضرر، از جهت سایر شرایط مسئولیت است.

گفتار دوم. نظریه «از دست دادن فرصت» در حقوق موضوعه ایران

با توجه به سکوت قانون و فقدان رویه قضایی و جایگاه این موضوع در فقه و اینکه از لحاظ فقهی قابلیت جبران این نوع خسارت‌ها، با اشکالی مواجه نیست و موافق اصول و قواعد فقهی است، به نظر می‌رسد که پذیرش این نظریه در حقوق ایران بلااشکال باشد و برخی از استادان حقوق نیز با پاره‌ای تعدیلات آن را پذیرفته‌اند (۹۶).

تعدیلاتی که این اساتید فرهیخته پیش‌بینی کرده‌اند عبارت از این است که در مواردی که نفس فرصت دارای ارزش مستقل است، مانند بنیط بخت آزمایی، قابل جبران باشد و نیز در مواردی که از دست دادن فرصت موجب زیان معنوی باشد، و در مورد خطای پزشکی به استناد «ایجاد خطر» فوت فرصت را قابل جبران می‌دانند.

ولی باید گفت از آنجایی که هدف از ایجاد مسئولیت مدنی جبران ضرر است، علی‌الاصول وجود ضرر به عنوان رکن اساسی باید ثابت گردد؛ و در فرض مسئله در غالب موارد نفس فرصت از دست رفته، دارای ارزش است (خواه معنوی خواه مادی)، که از دست رفتن آن نوعی ضرر مسلم محسوب می‌شود و تعیین ضابطه آن هم با عرف است. بنابراین اگر در موردی عرف نفس فرصت را دارای ارزش ندانست، تردیدی نیست که فقدان آن هم ضرر نبوده، و طبعاً مسئولیتی هم ایجاد نمی‌شود. ولی اگر عرف آن را ضرر محسوب نمود نباید در قابل جبران بودن آن شک نمود. به ویژه اینکه در اکثر نظام‌های حقوقی بیگانه این نظریه پذیرفته شده است و پذیرش آن هم با عدالت و انصاف سازگار می‌باشد و حال که معلوم شد از لحاظ منطق حقوقی اشکالی در پذیرش آن وجود ندارد، باید آن را پذیرفت و نباید از حقوق جدید عقب ماند.

اگر نظری به پیشینه این نظریه در حقوق کشورهای خارجی بیندازیم معلوم می‌شود که این نظریه از سال‌ها پیش در آنجا مطرح شده و برخی دادگاه‌ها به پذیرش آن رأی داده‌اند.

۱. حقوق فرانسه. در حقوق فرانسه، اولین بار در سال ۱۸۸۹، شعبه عرایض و از سال ۱۹۱۱ شعبه مدنی دیوان کشور فرانسه این نظریه را در موردی که فرصت تجدیدنظرخواهی از بین می‌رود پذیرفته است (۹۷). و به مرور زمان این نظریه در سطح وسیع مورد توجه دکترین قرار گرفته است. بعدها رویه قضایی این نظریه را گسترش داده و در سال‌های اخیر آراء زیادی در این زمینه از دیوان کشور فرانسه صادر شده است (۹۸).

۲. نظام کامن‌لا: پذیرش این نظریه در کامن‌لا، نسبتاً جدید است. اولین بار در سال ۱۹۶۶ در پرونده موسوم به *Kickes V. United* پذیرفته شده است. بعد از آن حقوقدانان در مورد خطای پزشکی این حق را برای بیمار پذیرفتند که وی برای از دست دادن فرصت معالجه، تقاضای جبران خسارت نماید (۹۹).
 ۳. حقوق لوئیزیانا: از سال ۱۹۸۷ در پرونده *Hastigs V. Baton* این نظریه پذیرفته

شده (۱۰۰).
 ۴. حقوق کشورهای عربی: در حقوق مصر نیز رویه قضایی و دکترین این نظریه را پذیرفته‌اند (۱۰۱). و در نظام حقوقی سنزیه نیز از دست دادن فرصت یک ضرر قابل جبران دانسته شده است (۱۰۲).

یادداشت‌ها:

(۱) ناصر کاتوزیان، الزامات خارج از قرارداد، (ضمان قهری)، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، ج ۱.

ش ۸۹، ص ۲۲.

2, 3. *Jacque Buré, L'indemnisation Pour Les chances Perdues: une forme d'appréciation de la causalité d'un fait dommageable, J.C.P., N° 13, 1974, I, 2620, N° 1.*

4. *J. Buré, Op.Cit., N° 2.*

5. *Ibid.*

ع. این موضوع در حقوق فرانسه تحت عنوان "Perte de chance" و در کامن‌لا تحت عنوان "Loss of chance" مطرح و بررسی می‌شود.

7. *Loss of profit / perte de profit.*

8. *Patrice Jourdain, Revue Trimestrielle de Droit Civil, janvier - mars 1992, N° 1, Note de jurisprudence, responsabilité civil, p. 109.*

9. *Geneviève Viney et Patrice-Jourdain, Traité de Droit Civil T. 2, Les conditions de la responsabilité, 2^eed., L.G.D.J. 1997, p. 73.*

10. (Henri et Léon) *Mazeaud, André Tunc, Traité Théorique et Pratique de La Responsabilité Civil, Délictuelle et Contractuelle, 6^{er} ed., 1974, T.I. N° 219, p. 273, Philip Le Tourneau, Assurance et Responsabilité Civil,*

- Dalloz, Paris 1972, T.I., p. 108, N° 262; P. Jourdain, *Op.Cit.*, p. 109; G. Viney et P. Jourdan, *Op.Cit.*, p. 74.
11. P. Jourdain, *Op.Cit.*, p. 109; G. Viney, *Op.Cit.*, p. 74.
12. P. Jourdain, *Op.Cit.*, p. 109; G. Viney, *Op.Cit.*, p. 77; P. Le Tourneau, *Op.Cit.*, N° 267, p. 112.
13. G. Viney, *Op.Cit.*, p. 77.
- وئی پس از بحث نظری راجع به قابل جبران بودن خسارت ناشی از «فرصت از دست رفته» و بیان رویه قضایی، در این باره می نویسد: «منع هذا فرضی که عده زیادی، نظریه «از دست دادن فرصت» را در آن فرض به طور قطع قابل اعمال دانسته اند، فرضی است که بیمار فرصت معالجه و نجات را از دست می دهد».
14. P. Jourdain, *Op.Cit.*, p. 109.
15. Mazeaud et Tunc, *Op.Cit.*, N° 216, p. 267.
16. G. Viney, *Op.Cit.*, N° 276, 277, p. 66; Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, Librairies, Paris, 1972, N° 103, p. 51.*
17. G. Viney, *Op.Cit.*, p. 73.
18. P. Jourdain, *Op.Cit.*, p. 109.
19. G. Viney, *Op.Cit.*, p. 192.
- 20, 21. *Ibid.*
22. *Ibid.*, p. 193.
23. *Ibid.*, p. 71.
24. *Ibid.*, p. 192.
25. *Ibid.*, p. 85.
26. Gabriel Marty et Pierre Raynaud, *Droit Civil, T. I, Les obligations, 2^{ed}*, ed., sirey 1988, N° 424, p. 453.
۲۷. ناصر کاویزبان، همان منبع، ص ۲۴۵، ش ۱۰۶.
28. G. Viney, *Op.Cit.*, N° 279, p. 72.
29. Mazeaud et Tunc, *Op.Cit.*, N° 216, p. 269; B. starck, *Op.Cit.*, N° 102, p. 51; G. Viney, *Op.Cit.*, N° 277, p. 68: "Principe (de) réparation du dommage future mais certain".
- ناصر کاویزبان، همان منبع، ص ۲۴۹ - ۲۵۰.

- 30, 31, 32. G. Viney, *Op.Cit.*, p. 73.
33. G. Veiney, *Op.Cit.*, p. 77.
34. *Ibid.*, p. 77, 192; Marc Stauch, "Causation, Risk, and Loss of Chance, in *Medical Negligence*" oxford, *Journal of Legal Studies*, V. 17, N.2, 1997, p. 206.
35. G. Viney, *Op.Cit.*, p. 73.
36. Mazeaud et Tunc, *Op.Cit.*, N° 219, p. 278; Marty et Raynaud, *Op.Cit.*, N°424, p.452; p. Le Tourneau, *Op.Cit.*, N° 262, p. 107; P. Jourdain, *Op.Cit.*, p. 109; George Durry, *Rev. Trim. de dr. civ.* N° 4, 1976, p. 778, note de Jurisprudence en matiere de responsabilité civil.
۳۷. برای دیدن آراء مختلف در این زمینه، در حقوق فرانسه به منابع زیر رجوع شود: J.C.P., 1974, N°13, I, 2620; J.C.P., 1997, N° 41, II. (Jurisprudence), 22921, p. 435; Recueil Dalloz, 1998, N° 30, P. 191; Recueil Dalloz, 1998, N° 5, p. 50, 51, 52.
38. G. Viney, *Op.Cit.*, N° 281, p. 78.
39. L'arret de 6 Juin 1990, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 1, p. 109, note de patrice jourdain.
۴۰. برای مطالعه بیشتر در این زمینه رجوع شود به: Viney, *Op.Cit.*, N° 333 ets., p. 152.
۴۱. ناصر کاتوزیان، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قراردادها)، ص ۳۶۶ به بعد.
41. *Ibid.*, N° 343, p. 162; W.V.H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 4th ed., sweet & Maxwell, London, 1994, p. 148.
۴۲. ناصر کاتوزیان، الزامات خارج از قرارداد، ج ۱، ص ۳۷۴ به بعد.
۴۳. برای مطالعه روند رویه قضایی و دکترین در حقوق فرانسه رجوع شود به: Jaque Buré, *Op.Cit.*, N° 13; G. Viney, *Op.Cit.*, N° 370, ets, p. 197.
۴۴. برای مطالعه سیر تحول رویه قضایی و دکترین در نظام کامن لا، رجوع شود به: Marc stauch, "Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence", oxford *Journal of Legal Studies*, V. 17, N. 2, 1997, P. 205 and S.; Dionne Carrey, *Op.Cit.*, p. 338 and s.
- در کامن لا با اعمال قاعده کلی سببیت موسوم به "but - for"، فرصت از بین رفته را قابل جبران

- نمی‌دانستند، براین اساس هرگاه خواننده، موجب از بین رفتن ۴۹٪ فرصت بقا و حیات خواهان می‌شد، مسئولیت نداشت. برعکس هرگاه تقصیر او باعث از بین رفتن ۵۱٪ فرصت می‌شد مسئول تمام زیان حاصل بود؛ به خاطر همین نتایج ناگوار که از اعمال اصل «یا همه یا هیچ» نتیجه می‌شد، دادگاه‌ها درصد برآمدند که نظریه «از دست دادن فرصت» را بپذیرند.
43. J. Buré, *Op.Cit.*, N° 13, p. 2026; Marc Stauch, *Op.Cit.*, p. 205 and s.
44. J. Buré, *Op.Cit.*, N° 23.
- 45, 46. *Ibid.*, N° 24.
- 47, 48. *Ibid.*, N° 25.
49. D. Carrey, *Op.Cit.*, p. 343.
50. Marty et Raynaud, *Op.Cit.*, N° 424, p. 452.
51. G. Viney, *Op.Cit.*, N° 370, p. 199.
52. D. Carrey, *Op.Cit.*, p. 339 and s.
۵۳. در زبان عربی از این نظریه تحت عنوان «فوات الفرصة» ذکر می‌شود. و در خصوص موردی که وکیل در اثر تقصیر به موقع دادخواست تجدیدنظر نمی‌دهد و فرصت تجدیدخواهی از بین می‌رود، یا در موردی که زیان دیده از شرکت در امتحان محروم می‌شود و شانس برنده شدن یا قبولی را از دست می‌دهد و موارد دیگر، دیوان کشور مصر حکم به جبران خسارت داده است. برای مطالعه بیشتر در این زمینه در حقوق مصر رجوع شود به الدكتور سلیمان مرقیس، الوافی فی شرح القانون المدنی المصری، فی الالتزامات، فی الفعل المضار، ۱۹۹۲، مصر، قاهره، ج ۱، ص ۱۴۶ و ۱۴۷؛ و در حقوق سوریه، رجوع شود به: محمد وحیدالدین سواره، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادرات الالتزام، القسم الثاني، ص ۱۶، ش ۶۲۹.
54. G. Viney, *Op.Cit.*, N° 282, p. 79.
55. Mazeaud et Tunc, N° 219, p. 273.
56. J. Buré, *Op.Cit.*, N° 29.
57. P. Le Teurneau, *Op.Cit.*, N° 205, p. 110.
58. P. Jourdain, *Op.Cit.*, p. 113.
59. B. Starck, *Op.Cit.*, N° 105, p. 51; Marty et Raynaud, *Op.Cit.*, N° 426, p. 442.
60. J. Buré, *Op.Cit.*, N° 36.
61. G. Viney, *Op.Cit.*, p. 81; B. Starck, *Op.Cit.*, N° 105, p. 53.
62. G. Viney, *Op.Cit.*, p. 82.

63. *Ibid.*
64. *Ibid.*, p. 202.
- 65, 66. *Ibid.*, p. 85.
67. این روش در خصوص خطای پزشکی که باعث می‌شود فرصت معالجه و حیات مریض گرفته شود در کتابمان لا تحت عنوان: Full survival and wrongful Death Approach نامیده می‌شود.
68. D. Carrey, *Op.Cit.*, p. 343.
69. G. Viney, *Op.Cit.*, p. 196.
70. *Ibid.*
71. D. Carrey, *Op.Cit.*, p. 358.
72. *Ibid.*, *Op.Cit.*, p. 349, 350;
73. D. Carrey, *Op.Cit.*, p. 359.
- 74, 75. *Ibid.*
- 76, 77. D. Carrey, *Op.Cit.*, p. 350.
78. G. Viney, *Op.Cit.*, p. 89.
79. D. Carrey, *Op.Cit.*, p. 362.
80. G. Viney, *Op.Cit.*, p. 85.
81. *Ibid.*
82. Marty et Raynaud, *Op.Cit.*; N° 424, p. 453.
۸۳. ناصر کاتوزیان، همان منبع، ص ۲۴۷.
۸۴. همان منبع.
۸۵. همان منبع، ص ۲۴۸.
۸۶. میرفتاح مراغه‌ای، العناوین، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۷ هـ.ق.، جلد اول، ص ۳۰۸؛ شیخ موسی خوانساری، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تقریرات بیع میرزای نائینی، چاپ قدیم، بدون تاریخ چاپ، ج ۲، ص ۱۹۹. «... بل یعد عرفاً عدم النفع بعد تمامیه المقتضی له من الضرر، ایضاً؛ آیت الله ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، منشورات دارالعلم، قم، ۱۳۸۲ هـ.ق. جلد اول، ص ۴۹».
۸۷. ملا احمد نراقی، عوائد الایام، مکتبه بصیترتی، قم، ۱۴۰۸ هـ.ق.، ص ۲۱. وی در این باره می‌نویسد: «التحدید الضرر مؤکول الی العرف ای ماتسمی ضرراً عرفاً، فما لایکون کذلک و ان کان فیه نقص

شی کمشقال حنطة لا یعد ضرراً...». ۸۸. «و علی الفقیه، ملاحظه ذلك فی الموارد، لکن بعد صدق الضرر عرفاً، لای تفاوت قلیله و کثیره فی کونه منقياً...»، همان منبع.

۸۹، ۹۰. ناصر مکارم شیرازی، همان منبع، ص ۴۹.

۹۱. میرفتاح مراغه‌ای، همان منبع، ص ۳۰۹؛ وی درباره برخی از مصادیق زیان‌های معنوی می‌نویسد: «اما العرض فضايله ما هو داخل فی احترام المکلف، لیكون هنکه موجباً لذلته و انکساره بین الناس؛ فمن تعدی علی زوجته او...» و سپس می‌فرماید: «و دعوی انصراف «الضرر» الی المال والبدن او عدم شموله لمثل ذلك، ممنوع بل الحق کله ضرر و اضرار...»؛ شیخ موسی خوانساری، همان منبع، ص ۱۹۹؛ «ان الضرر عبارة عن فوت ما یجده الانسان «من نفسه و عرضه و ماله و جوارحه، فاذا نقص ماله او طرف من اطرافه بالاتلاف او التلف او «زهق روحه» او هتک عرضه بالاختیار او بدونه، یقال انه ضرر، بل یعد عرفاً عدم النفع، بعد تمامية المقتضى له من الضرر ایضاً». ۹۲. نقل است که حضرت داود (ع) در حال عبور از بیابانی، مورچه‌ای را دید که مرتب از تپه‌ای خاک بر می‌داشت و به طرف دیگر می‌برد. وی از خداوند خواست که از راز آن آگاه شود، مورچه به اذن پروردگار به سخن درآمد و گفت: معشوقی دارم که شرط وصل خود را جابه‌جا کردن تمام خاک‌های این تپه قرار داده است، حضرت داود (ع) فرمود: با این جثه کوچک، تا چه وقت می‌توانی این تپه را جابه‌جا کنی، آیا عمر تو کفایت خواهد کرد؟ مورچه گفت: همه اینها را می‌دانم ولی خوشم که اگر در این راه بمیرم به عشق محبوبم و در راه وصل او مرده‌ام» (محمد محمدی ری‌شهری، کیمیای محبت، انتشارات دارالحدیث، چاپ اول ۱۳۷۸، ص ۶۲).

93. G. Viney, *Op.cit.*, p. 82.

۹۴. شیخ یوسف بحرانی، الحدائق الناظرة فی احکام العترة الطاهرة، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۵ هـ. ق. جلد ۲۱، ص ۲۵۲؛ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، دارالکتب الاسلامی، ۱۳۹۴ هـ. ق. جلد ۲۶، ص ۳۸۹؛ سید محسن حکیم، مستمسک العروة الوثقی، دارالکتب العلمیه، قم، ۱۳۹۲ هـ. ق. جلد ۱۲، ص ۳۷۶.

۹۵. همان منبع.

۹۶. ناصر کاتوزیان، همان منبع، صص ۲۲۷ و ۲۴۸.

97. J. Buré, *Op.cit.*, N°13.

۹۸. برای مطالعه این آرا به منابع زیر رجوع شود:

Recueil, Dalloz, 1997, N° 20, p. 119; R. D., 1998, N° 5, p. 341.

99. D. Carrey, *Op.cit.*, p. 341.

100. *Ibid.*, p. 345.

