

**بخش اول: مفهوم نظریه‌ی از دست دادن فرصت و تمیز آن از مفاهیم مشابه، مبنای تردید در قابل**

## **جبران بودن**

نظریه‌ی از دست دادن فرصت نظریه‌ی جدیدی است که در عالم حقوق مطرح شده است. در برخی کشورها سابقه‌ی چند ده ساله دارد اما در برخی کشورها نظیر ایران تاکنون خبری از آن نبوده و به طور خلاصه در بین حقوق‌دانان مطرح شده است. منظور از، از دست دادن فرصت این است که گاهی افراد فرصت‌هایی دارند که می‌توانند با استفاده از آن کسب نفع کنند یا فرصت دارند تا از خود دفع ضرر کنند. در عالم حقوق مفاهیمی وجود دارد که با این نظریه شباهت دارند و مفهوم آن‌ها می‌توانند با مفهوم از دست دادن فرصت مشتبه شوند. مفاهیمی مانند عدم‌النفع، موقعیت عملی، ضرر محتمل، خطر، ضرر آینده. بنابراین در بررسی این نظریه به بررسی این مفاهیم و تفاوت‌ها و شباهت‌های آن‌ها با این نظریه می‌پردازیم. از طرف دیگر در خسارت و ضرر بودن از دست دادن این‌گونه فرصت‌ها شک و تردیدهایی به وجود آمده است. شک و تردید به وجود آمده از دو جهت است: یکی در خصوص ضرر بودن از دست دادن این فرصت‌ها و دیگری در خصوص وجود رابطه‌ی سببیت است. در توجیه و برطرف نمودن این شک و تردیدها دلایل و نظرات مختلفی بیان شده است که به بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت.

## **فصل اول: مفهوم نظریه‌ی از دست دادن فرصت و مقایسه‌ی آن با مفاهیم مشابه**

برای این که به بررسی نظریه‌ی از دست دادن فرصت، قابل جبران بودن یا نبودن آن، شرایطی که برای قابل جبران بودن آن لازم است و روش‌هایی که برای جبران ضرر و زیان در این حالت می‌توان ارائه داد، ابتدا باید مفهوم آن را به درستی دانست تا پس از آن به بررسی سایر موارد پرداخته شود. باید دانست فرصت به چه معناست؟ چه موقع می‌توان گفت که فرصت از دست رفته است؟ اگر فرصتی از دست رفته است، این از دست رفتن چه اشکالی می‌تواند داشته باشد؟ از طرف دیگر در عالم حقوق موارد و مفاهیم زیادی وجود دارند که ممکن است در مقام تئوریک یا عمل با این نظر مشتبه شود، بنابراین برای این که ما با چنین اشکال و ابهامی مواجه نشویم باید به بررسی آن مفاهیم و شباهت‌ها و تفاوت‌های احتمالی که آن مفاهیم می‌توانند با این نظریه داشته باشند بپردازیم.

## گفتار اول – مفهوم از دست دادن فرصت و اشکال مختلف آن

در حقوق، ما با دو نوع مسئولیت به طور کلی روبه‌رو هستیم. مسئولیت قراردادی و مسئولیت خارج از قرارداد. مسئولیت خارج از قرارداد که به مسئولیت مدنی معروف است امروزه در حوزه‌ی حقوق اهمیت زیادی یافته‌اند و یکی از مهم‌ترین و حتی به یکی از مهم‌ترین مباحث حقوق تبدیل شده‌اند. در مسئولیت مدنی هدف اصلی شناخت انواع خسارت‌ها و روش‌هایی که برای جبران آن می‌توان ارائه داد، است. برای شناخت این خسارت‌ها مفاهیم متعددی وجود دارند که سعی شده است خسارت‌ها و مسئولیت‌های افراد در قالب این مفاهیم و نهادها توجیه شود و سعی شود خسارت وارده به افراد جبران شود.

یکی از مفاهیمی که امروزه مطرح شده است از دست دادن فرصت است. ما در این گفتار به تعریف و بیان مفهومی که از این نظریه مطرح شده است می‌پردازیم. پس از بیان تعریفی از این نظریه، به بیان شکل‌های مختلفی که موجب تحقق از دست دادن فرصت می‌شوند، می‌پردازیم و بررسی می‌کنیم که از دست دادن فرصت به چه اشکال و حالت‌هایی ممکن است اتفاق بیفتد.

### مبحث اول – مفهوم از دست دادن فرصت

در این نظریه از دو تعبیر استفاده شده است. یکی شانس و فرصت است و دیگری از دست دادن. در زبان فارسی شانس به بخت، طالع، اقبال معنی شده<sup>۱</sup> و فرصت به وقت مناسب برای انجام کاری، مجال، وقت، مساعدت روزگار<sup>۲</sup> و در جای دیگر پروای کار، مجال، نوبت، وقت مناسب برای کاری معنی شده است<sup>۳</sup>. در حقوق ایران برخی از حقوق‌دانان برای بیان این نظریه از عبارت از دست دادن بخت استفاده کرده‌اند<sup>۴</sup>. در حقوق انگلستان برای این

---

۱- معین، محمد، فرهنگ فارسی، سلسله فرهنگ‌های معین، ش ۳، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۹۱، ص ۲۰۰۲. همچنین معین، حسن، فرهنگ فارسی عمید، انتشارات امیرکبیر، تهران، چاپ سیزدهم، ۱۳۷۷، ص ۷۸۰.

۲- معین، محمد، همان، ص ۲۵۱۹.

۳- معین، حسن، همان، ص ۹۰۹.

۴- کاتوزیان، ناصر، مسئولیت مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ نهم، ۱۳۸۹، جلد اول، ص ۲۸۱.

نظریه از عبارت Loss of Chance یا Loss of Opportunity استفاده شده است.<sup>۵</sup> در حقوق فرانسه برای بیان این نظریه از عبارت La Perte d'une Chance استفاده شده است.<sup>۶</sup>

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 می‌تواند برای تحصیل جایزه‌ی مسابقه از آن بهره‌بردارد. یا شخصی یک سال برای شرکت در کنکور تلاش می‌کند و خود را آماده می‌کند تا مجوز ورود به دانشگاه را بگیرد اما در روز کنکور شخصی او را حبس می‌کند و مانع حضور او در سر جلسه می‌شود و در نتیجه فرصتی که برای قبولی و شرکت در آزمون و امتحان کردن شانس خود داشته را از دست می‌دهد و گاهی شخصی که در معرض وقوع زبانی قرار گرفته است، فرصت دارد برای جلوگیری از وقوع آن و یا دست‌کم جلوگیری از گسترش و توسعه‌ی 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. یا شخصی که در مرحله‌ی بدوی دعوا محکوم شده است به شخص دیگر به عنوان وکیل وکالت می‌دهد تا از حکم محکومیت تقاضای تجدیدنظرخواهی کند و از قطعی شدن حکم محکومیت جلوگیری کند اما وکیل مذکور به دلیل اهمال و سهل‌انگاری از تجدیدنظرخواهی کردن نسبت به رأی باز می‌ماند در نتیجه موکل شانس و فرصتی که برای نقض حکم و جلوگیری از قطعیت آن داشته را از دست می‌دهد. هر گاه تقصیر دیگری باعث شود که فرد این فرصت را از دست بدهد، مسئله‌ی «از دست دادن فرصت» مطرح می‌شود. «مثلاً بیماری به پزشک مراجعه می‌کند و پزشک در اثر تقصیر، نوع بیماری وی را به موقع تشخیص نمی‌دهد و او را سالم معرفی می‌کند، ولی بعداً کشف می‌شود که وی در آن زمان مبتلا به بیماری بوده است که اگر پزشک تقصیر نکرده بود، قابل تشخیص بود، هر گاه در آن زمان بیماری تشخیص داده می‌شد و

5 – Horsey Kirsty and Rackley Erika, **Tort Law**, Oxford University Press, 2009, P239.

6 – Viney, Genevieve et Jourdain, Patrice, **Traite de Droit Civil, Les Conditions de La Responsabilite**, 2e Ed., L. G. D. J 1998, P71.

تحت معالجه قرار می‌گرفت شانس درمان بیماری وجود داشت ولی اکنون چنین شانس و احتمالی از بین رفته است»<sup>۷</sup>.

«در واقع این نظریه، با ارج نهادن بر فرصتهایی که انسان‌ها در زندگی به دست می‌آورند و قرار دادن آن‌ها در دامنه‌ی دارایی‌های ارزشمند انسان‌ها، درصد جبران خسارت ناشی از تقویت این فرصت‌های گرانقدر است. به موجب این نظریه، همان‌طور که ائتلاف (بالمباشره یا بالتسبیب) دارایی‌های ملموس افراد، یا سرمایه‌های عاطفی آن مسئولیت‌زا است، تقویت فرصت‌های پیش آمده برای افراد نیز مسئولیت‌زا بوده و عامل زیان باید از عهده‌ی جبران آن برآید»<sup>۸</sup>.

در تعریف دیگر از نظریه، از دست دادن فرصت آمده است: «دکترین از دست دادن شانس به ما اجازه می‌دهد که برای از دست دادن یا کاهش انتظار دستیابی به یک نتیجه‌ی قابل دستیابی و مطلوب جبران خسارت کنیم. مثلاً در پرونده‌های معالجه‌ی نادرست پزشکی، نظریه‌ی از دست دادن شانس به خواهان که ۵۰٪ یا کمتر از ۵۰٪ شانس درمان یا دستیابی به نتیجه‌ی بهتر را دارد، اجازه می‌دهد که از پزشکی که این شانس را از دست داده یا شانس دستیابی به نتیجه‌ی بهتر را از او گرفته تقاضای جبران خسارت کند»<sup>۹</sup>. در تعریف دیگر از این نظریه آمده است: «نظریه‌ی از دست دادن فرصت بیان می‌دارد خواننده برای کاهش (یا از دست دادن) شانس خواهان جهت دستیابی به نتیجه‌ی معقول مسئول است و باید به دلیل از دست دادن این احتمال جبران غرامت کند. اگرچه این امر ممکن است در ابتدا محسوس باشد اما نتیجه‌ای که از این نظریه به دست می‌آید کاملاً با نتیجه‌ای که از اعمال قاعده سنتی به دست می‌آید متفاوت است»<sup>۱۰</sup>.

---

۷- کاظمی، محمود، نظریه‌ی از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، پاییز ۱۳۸۰، شماره‌ی ۵۳، ص ۱۹۰.

۸- امینی، منصور و ناطق نوری، سوده، مقاله‌ی مطالعه‌ی تطبیقی نظریه‌ی «از دست دادن فرصت» بررسی‌ی اجمالی حقوق اروپا و ایالات متحده‌ی آمریکا، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، پاییز ۱۳۹۰، شماره‌ی ۳، ص ۲۲.

9 – Weigand, Tory, A, **Loss of Chance in Medical Malpractice: The Need For Caution, 2002, p1.**

10 – Koehler, Jonathan j., **psychological Aspects of the loss of Chance Doctrine**, The University Of Texas At Austin And Arienne P. Brint Harvard Law School, 2nd conference on Psychology and Economics Center for Advanced Research and Statistic (ecares) Brussels 8 june 2001 and Belgium 10 june 2001.

در حقوق فرانسه نیز گفته شده: «بسیار اتفاق می‌افتد که عملی مستعد به وجود آوردن مسئولیت برای عاملش است که شانس محقق شدن سود یا اجتناب از زیانی را از دیگری سلب نموده است. مثلاً تصادف جسمی را در نظر بگیرید که معلولیتی به بار آورده است. این تصادف می‌تواند قربانی را از حاضر شدن در یک مسابقه یا یک آزمون که شغلش به آن بستگی دارد باز دارد یا از ازدواج با کسی که می‌خواهد با او ازدواج کند یا او را از امید ارتقاء شغلی یا امکان از سرگیری یک حرفه بعد از بازنشستگی ناامید نماید. برای نزدیکان قربانی امیدی به کمک غذایی و ... از دست می‌رود. البته می‌توان فرضیه‌های دیگری را هم در نظر گرفت: یک مشاور حقوقی یا وکیل مهلت یک تشریفات را نادیده می‌گیرد و این موضوع باعث می‌شود که فرآیند دادرسی به طور معمول پیش نرود: در نتیجه موکل شانس برنده شدن را از دست می‌دهد. اقدام متقلبانه و نادرست، قربانی را از شانس افزایش مشتریانش محروم می‌کند. عدم اجرا یا فسخ پیش از موعد قراردادی که می‌بایست دنبال شود طرف دیگر را از امکان تحقق مزایایی که بر رویشان حساب کرده محروم می‌نماید. از بین بردن شانس خسارتی است که اغلب اتفاق می‌افتد»<sup>۱۱</sup>.

«بنابراین آنچه در اینجا مدنظر است خود فرصتی است که از دست رفته و این فرصت با نفع نهایی مورد انتظار (عدم النفع) یا زیان نهایی که در نتیجه‌ی از دست رفتن فرصت اجتناب از زیان به وجود آمده متفاوت است. رکن اصلی در این نظریه احتمال است. به نتیجه‌ی رسیدن فرصت در آینده احتمالی است. فرصت و شانس همیشه به نتیجه نمی‌رسد و الا به آن شانس نمی‌گفتند و عدم النفع مسلم یا ضرر مسلم بود»<sup>۱۲</sup>.

## مبحث دوم – فروض مختلف از دست دادن فرصت

با توجه به توضیحات فوق به این نتیجه می‌رسیم فرصت‌هایی که افراد از دست می‌دهند به دو شکل می‌تواند نمود پیدا کند. گاهی افراد در جامعه فرصت این را دارند که کسب نفع کنند و دیگری این فرصت و شانس را از آنها می‌گیرد و با مسأله‌ی از دست دادن فرصت کسب نفع مواجه هستیم، گاهی نیز افراد جامعه فرصت و شانس این را

---

11 – Viney G et jourdian P, op.cit, P 72.

۱۲ – Viney G et jourdian P, op.cit, P 73. به نقل از کاظمی، محمود، همان، ص ۱۹۱.

دارند تا از وقوع یک زیان که در آینده ممکن است بر آن‌ها تحمیل شود جلوگیری کنند اما دیگری این شانس و فرصت را از آن‌ها می‌گیرد و با مسأله از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر و زیان روبه‌رو هستیم. بنابراین ما در این جا به بررسی این دو فرض می‌پردازیم.

### بند اول: از دست دادن فرصت تحصیل منفعت (کسب نفع)

«گاهی شخص 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<sup>۱۳</sup>».

البته در این فرض در بررسی از دست دادن فرصت و امکان یا عدم امکان قابل جبران بودن و خسارت تلقی کردن از دست دادن این نوع فرصت‌ها باید حالت‌های مختلف را در نظر گرفت:

اولاً: آمادگی شرکت کننده در امتحان به حدی است که موفقیت وی بدون تردید حاصل است.

ثانیاً: استعداد و توانایی‌های شرکت کننده در امتحان در حدی نیست که بتواند در امتحان موفقیت حاصل کند یا این که احتمال قبولی او در امتحان ضعیف است.

ثالثاً: اگرچه شخص در امتحان شرکت نموده ولی شرایط ورود به دانشگاه بر فرض شرکت در جلسه امتحان و قبولی در آن جایز نیست.<sup>۱۴</sup>

به طور کلی نفع یا مادی است یا معنوی. بنابراین هنگامی که گفته می‌شود فرصت کسب نفع از بین رفته یعنی فرصت کسب یک نفع مادی یا یک نفع معنوی از بین رفته است.

---

13 – Ibid.

۱۴- سامت، محمدعلی، ضرر و اقسام آن در مسئولیت مدنی، به راهنمایی درودیان، حسنعلی، دانشگاه تهران، پایان نامه کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، ۱۳۷۱، ص ۶۶.

## الف: از دست دادن فرصت کسب نفع مادی

هر وقت شخص به اقدامی دست زند که در نتیجه آن بر اعیان اموال او یا بر ارزش اموال و مالکیت معنوی او افزوده شود یا منفعت و حق مشروعی به دست آورد می‌گوییم نفع مادی به دست آورده است.<sup>۱۵</sup> گاهی شخص فرصت و شانس کسب نفع را دارد مثلاً شخصی کالایی را ارزان می‌خرد و به بازار می‌برد و مشتری پیدا می‌کند که کالای خود را به قیمت خوب به او بفروشد در این هنگام شخص ثالث در معامله دخالت کرده و عیوبی واهی بر آن کالا می‌نهد و خریدار از خرید منصرف می‌شود، در نتیجه صاحب کالا فرصتی که برای کسب سود داشته از دست می‌دهد یا کشاورزی در زمستان درختان انار خود را با دادن کود مناسب بر طبق نظر کارشناس و انجام هرس‌های لازم که بر روی درختان لازم بوده فرصت این را داشته است که در پاییز محصول خوبی برداشت کند اما بعد از اینکه درختان شکوفه دادند شخصی با رها کردن بزه‌های خود در باغ باعث از بین رفتن تمام شکوفه‌ها می‌شود در نتیجه صاحب باغ فرصت کسب ثمر و سود کار خود را از دست می‌دهد. در دو مثال فوق حصول نفع احتمالی بوده اما شخص فرصت و شانس این را داشته که نفع مادی کسب کند و بر دارایی خود بیفزاید.

## ب: از دست دادن فرصت کسب نفع معنوی

نفع معنوی یعنی انجام دادن اقدام و فعالیتی که هدف از انجام آن‌ها تقویت جنبه معنوی اشخاص است و تمایلات روانی و روحی آن‌ها را ارضا می‌کند.<sup>۱۶</sup> بعضی از این فعالیت‌ها ممکن است منجر به کسب نفع مادی شود یا کسب نفع معنوی صرف باشد.

مثلاً فرض کنید دختری با رنج و مشقت بسیار توسط پدر و مادر به دانشگاه می‌رود مدارج ترقی را طی می‌کند و صاحب عنوان می‌شود، چند خواستگار دارد اما در نهایت یکی از آن‌ها که خود را صاحب عنوان معرفی کرده انتخاب می‌کند بعداً مشخص می‌شود که او دختر را فریب داده است، در این جا دختر فرصت کسب نفع معنوی که از

۱۵- کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۴۲.

۱۶- لوراسا، میشل، مسئولیت مدنی، ترجمه اشتری، محمد، نشر حقوقدان، چاپ اول، ۱۳۷۵، ص ۱۰۶ و کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۵۴.

ازدواج یا با انتخاب خواستگار مناسب می توانسته نصیب او گردد از دست داده است. ورزشکاری مدت مدیدی را تمرین می کند تا در مسابقات المپیک شرکت کند و به مقام بالای ورزشی در رشته ی خود برسد و از این طریق کسب شهرت کند، یک هفته مانده به مسابقات در خیابان در اثر تصادف با تاکسی امکان شرکت در مسابقه را از دست می دهد و در نتیجه فرصت و شانسی را که جهت کسب موفقیت و شهرت داشته از بین می رود.

در حقوق خارجی از این نوع زیان تحت عنوان زیان لذت (**loss of amenity**) نام برده می شود.<sup>۱۷</sup> این زیان، محرومیت از لذایذ زندگی است که شامل موارد زیر است: از دست دادن لذت های خاص مثل انجام یک ورزش یا یک فعالیت تفریحی معین یا به طور کلی، از دست دادن لذت های زندگی عادی مثل از دست دادن چشایی و بویایی، محرومیت از تفریحات معمول و غیره، زیان جنسی.<sup>۱۸</sup>

### بند دوم: از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر

ضرر (خسارت) تعریف قانونی ندارد.<sup>۱۹</sup> ماده ۷۲۸ آ.د.م سابق بیان داشته بود: «ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا به واسطه ی فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می شده است». همان گونه که ملاحظه می شود در این جا ضرر تعریف نشده است.<sup>۲۰</sup> برخی در تعریف ضرر بیان می دارند: «در هر کجا که نقضی در اموال ایجاد شود یا منفعت مسلمی از دست برود یا به سلامت و حیثیت و عواطف شخص لطمه ای وارد آید می گویند ضرری به بار آمده است».<sup>۲۱</sup> در حقوق خارجی واژه های مختلفی برای بیان مفهوم اصطلاحی ضرر استفاده شده

---

17 – Harpwood, Vivienne, **Modern Tort Law**, 5<sup>th</sup> Edition, p 394.

۱۸- ژوردن، پاتریس، **اصول مسئولیت مدنی**، ترجمه و تحقیق ادیب، مجید، نشر میزان، چاپ دوم، سال ۱۳۸۵، ص ۱۹۰.

۱۹- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **دانشنامه حقوقی**، انتشارات امیرکبیر، تهران، جلد چهارم، چاپ پنجم، ۱۳۷۶، ص ۲۱.

۲۰- امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، انتشارات اسلامی، تهران، جلد اول، چاپ هجدهم، ۱۳۷۶، ص ۴۰۷.

۲۱- کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۴۲.



است. واژه‌های «Damage» و «Prejudice» برای بیان مفهوم ضرر استفاده شده است. «Damage» خسارت، زیان، ضرر و «Damages» تاوان خسارت، غرامت، جبران خسارت از طریق دادگاه، مبلغ پرداختی به طرف خسارت دیده و پرداخت خسارت است که امکان دارد برای جبران خسارت یا مجازات باشد.<sup>۲۲</sup>

از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر یعنی گاهی اوقات شخص در وضعیتی قرار می‌گیرد که ممکن است ضرر و زبانی به او وارد شود.<sup>۲۳</sup> «در این چنین وضعیتی اشخاص به طور معمول تلاش می‌کنند که دفع ضرر کنند یا سعی کنند تا میزان ورود ضرر به خود را کاهش دهند. حال اگر دیگری در این وضعیت مانع آن شود که این شخص فرصت و شانس که جهت دفع ضرر از خود داشته را از دست بدهد با مسأله از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر مواجه هستیم. مورد بسیار شایع این فرض زیان‌های ناشی از خطاهای پزشکی است که در اثر تقصیر پزشک بیمار فرصت معالجه و شانس بهبودی را از دست می‌دهد»<sup>۲۴</sup>.

مثلاً در آگوست سال ۲۰۰۸ سارا کانر نزد دکتر متخصص زنان می‌رود و از ترشحات غیرمعمول و خونریزی‌های متناوب که چند روز قبل از قاعدگی اتفاق افتاده با دکتر صحبت می‌کند. بعد از معاینه مشخص می‌شود که کانر مبتلا به عفونت است. در نوامبر همان سال در حالی که از نشانه‌های بیماری رنج می‌برد، با دکتر دیگری مشورت کرد. بعد از آزمایش مشخص می‌شود که شرایط نرمال است. برای بار دوم کانر به پزشک دوم مراجعه می‌کند و بیان می‌دارد که خونریزی شدیدتر شده و یک نقطه سخت در مدخل رحم او ایجاد شده است. برای بار سوم کانر در فوریه ۲۰۰۹ دکتر را ملاقات می‌کند و بیان می‌دارد که خونریزی شدیدتر شده و یک نقطه زمخت دیگر در رحم او ایجاد شده است. در این زمان با انجام آزمایش کانر مبتلا به سرطان تشخیص داده می‌شود. به دنبال این تشخیص کانر تحت پرتودرمانی و شیمی درمانی قرار می‌گیرد. اما درمان نتیجه‌بخش نبوده و او در ۳۱ اکتبر ۲۰۰۹ فوت می‌کند. شوهر کانر علیه پزشکان و بیمارستان به این دلیل که در تشخیص سرطان قصور کرده‌اند و زودتر تشخیص

۲۲- آقایی، بهمن، فرهنگ حقوقی بهمن، انگلیسی - فارسی، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸، ص ۳۶۹.

۲۳- امینی، منصور و ناطق نوری، سوده، همان، ص ۲۲.

۲۴- P.Jour dian, G. Viney, P. Le Tournea به نقل از کاظمی، محمود، همان، ص ۱۹۲.

نداده‌اند شکایت می‌کند. در این پرونده صرف‌نظر از نتیجه و رأیی که دادگاه می‌دهد ما با یک نوع، از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر مواجه هستیم.<sup>۲۵</sup>

برحسب نوع ضرر فرصت از دست دادن آن هم می‌تواند متفاوت باشد. در معرفی و بیان انواع ضرر گفته شده: ضرر را از آن جهت که به مال تعلق می‌گیرد ضرر مالی و از آن جهت که به بدن وارد می‌شود، ضرر بدنی و از آن جهت که به عرض و شرف تعلق می‌گیرد ضرر معنوی نامیده‌اند.<sup>۲۶</sup> برخی خسارت را از آن جهت که به دارایی و حقوق مالی وارد می‌شود خسارت مادی و از آن جهت که موجب لطمه به سرمایه‌ی معنوی می‌شود خسارت معنوی دانسته‌اند.<sup>۲۷</sup>

ما نیز ضرر را به سه نوع مادی، معنوی و جسمانی تقسیم و از دست دادن فرصت اجتناب را در هر یک از این نوع ضررها بررسی می‌کنیم.

## الف) از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر مادی

منظور از ضرر مادی، «ضرر قابل تقویم به پول است. ضرر مادی از لحاظ تحقق آن، ممکن است به صورت تلف شدن (از بین رفتن شیء) و یا عدم‌النفع باشد. چنان‌که تاجری فرصت انجام یک معامله‌ی پرسود را از دست می‌دهد به علت آن‌که عمده فروش کالا را به موقع به او تحویل نداده است. ضرر مادی از نقطه نظر مالی که صدمه دیده، ممکن است مربوط به یک شیء مادی (مثل خسارت ناشی از تصادفات اتومبیل) یا شخص انسان (مخارج پزشکی یا از کار افتادگی) یا حقوقی باشد که دارای ارزش است. (لطمه به شهرت تجارتي)»<sup>۲۸</sup> برخی دیگر در تعریف ضرر

---

25 – Warzecha Chris m, **The Loss Of Chance Doctrine in Arkansas and the Door Left Open, 2010, p 786.**

۲۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **دایره‌المعارف علوم اسلامی (منطق حقوق)**، گنج دانش، تهران، ج ۳۱۳۶۱، ص ۱۴۳.

۲۷- احمد السنهوری، عبدالرزاق، **الوسیطی شرح القانون المدنی الجدید**، مترجمین، دانش کیا، محمدحسین و دادمرزی، مهدی، انتشارات دانشگاه قم، چاپ اول، ج اول، ۱۳۸۲، ص ۴۹۸. کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۴۲ به بعد البته ایشان ضرر بدنی را جدا بیان نموده و اظهار می‌دارد هر دو جنبه مادی و معنوی را داراست.

۲۸- لورراسا، میشل، همان ص ۱۰۵ و ۱۰۶.

مادی بیان می‌دارند: «ضرر مادی عبارت است از هرنوع تجاوز و اخلال که به حق یا مصالح مالی شخص وارد می‌شود»<sup>۲۹</sup>.

در حقوق انگلیس برای ضرر مادی از عبارت «Pecuniary Damage»<sup>۳۰</sup> استفاده می‌شود. توضیح اینکه خسارت‌ها به دو گروه تقسیم می‌شود. خسارت خاص «Special Damage» و خسارت عام «General Damage». خسارت‌های خاص خسارت‌هایی هستند که در زمان محاکمه معلوم و معین بوده و قابل تشخیص و ارزیابی هستند. این نوع خسارت‌ها صرفاً مالی محسوب می‌شوند. مثلاً زیان مربوط به صرف هزینه‌ی مراقبت از بیمار، هزینه‌ی درمان، هزینه‌ی تهیه‌ی وسایل مثلاً تهیه‌ی ویلچر، هزینه‌ی حمل و نقل. اما خسارت عمومی آن خسارت‌هایی هستند که در زمان محاکمه قابل تعیین و تشخیص نیستند و در نتیجه و به دنبال زبانی که از قبل اتفاق افتاده ایجاد می‌شوند. این نوع خسارت‌ها خود به دو دسته تقسیم می‌شوند: خسارت‌های مادی و خسارت‌های غیرمادی. خسارت‌های مادی مانند: از دست دادن منافع و سود آینده، هزینه‌های درمان که در آینده نیاز است، هزینه‌ی تهیه‌ی وسایلی که در آینده نیاز است. خسارت‌های غیرمادی مانند درد و رنج، از دست دادن لذت که در نتیجه‌ی آسیب به شخص اتفاق می‌افتد.<sup>۳۱</sup>

ضرر مادی به دو دسته‌ی کلی تقسیم می‌شود:

- ۱- از بین رفتن مال (از بین رفتن عین، لطمه به حقوق)
- ۲- تفویت منفعت (عدم النفع)

### ب) از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر معنوی

در لغت خسارت معنوی در مقابل خسارت مادی قرار می‌گیرد. در قوانین<sup>۳۲</sup> و نوشته‌های حقوقی فارسی از آن به عناوینی همچون «ضرر معنوی»، «خسارت معنوی»، «ضرر و زیان معنوی» یاد شده است. در کتب عربی با عناوینی

۲۹- احمد السنهوری، عبدالرزاق، همان، جلد اول، ص ۸۵۶.

30 – Harpwood V., op.cit, p 380.

31 – Horsey Kirsty and Rackley Erika, op.cit,p 554.

۳۲- مثلاً اصل ۱۷۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی.

همچون «الضرر الادبی و المعنوی»<sup>۳۳</sup> بیان شده است. در متون انگلیسی از عباراتی چون «Moral Damage» و «Immaterial Damage» و «Non-Pecuniaryharm» استفاده کرده‌اند.

حقوق دانان در تعریف خسارت معنوی تعاریف مختلفی ارائه کرده‌اند. دکتر سنهوری در تعریف ضرر معنوی بیان می‌دارند: «ضرر معنوی ضرری است که به مال شخص وارد نمی‌شود..... ضرری که در مقابل ضرر مادی است و نقض آن می‌باشد ضرر معنوی است..... پس ضرر معنوی ضرری است که تجاوز به مال شخص محسوب نمی‌شود بلکه به مصالح غیرمالی شخص وارد می‌آید.....»<sup>۳۴</sup>.

خسارت معنوی را به دو گروه عمده تقسیم کرده‌اند: اولاً لطمه زدن به یکی از حقوق مربوط به شخصیت و آزادی‌های فردی و حیثیت و شرافت که می‌توان مجموع آن را سرمایه‌ی معنوی نامید. ثانیاً در نتیجه‌ی صدمه‌های روحی، محروم ماندن از علاقه‌های شغلی و هنری و علمی، از دست دادن زیبایی و هماهنگی جسمی و شکست‌های عاطفی، لطمه به اعتقاد و ارزش‌های دینی و اخلاقی زیان دیده<sup>۳۵</sup>.

دکتر سنهوری<sup>۳۶</sup> خسارت معنوی را به چهار قسمت تقسیم می‌نمایند:

۱- خسارت معنوی به جسم: جراحات و نقص اعضای بدن که مایه‌ی درد و اندوه یا زشتی در چهره یا اعضاء یا در هیئت جسمانی می‌شود، خسارت معنوی جسم تلقی می‌گردد.

۲- خسارت معنوی به شرف، اعتبار و عرض

۳- خسارت معنوی به عاطفه و احساس مانند ربودن و جداسازی طفل از مادر

۴- خسارت معنوی در اثر تجاوز به حق مسلم و قطعی، مانند ورود به ملک مالک علیرغم ممانعت از سوی مالک.

---

۳۳- احمد السنهوری، عبدالرزاق، همان، ص ۸۶۴.

۳۴- همان.

۳۵- کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۶۱.

۳۶- احمد السنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ج ۱، ص ۸۶۴.

در حقوق انگلیس می‌توان ضرر معنوی (غیرمادی) را این‌گونه تعریف کرد: «زیان‌های غیرقابل لمس‌ی که در زمان محاکمه به سختی قابل تعیین و تشخیص هستند و در نتیجه و به دنبال آسیب و ضررهای قبلی ایجاد می‌شوند»<sup>۳۷</sup>. در تعریف دیگر آورده شده است: «مقبولیت جهانی در خصوص تعریف خسارات معنوی وجود ندارد. اما می‌توان گفت که این عبارت در زمینه‌ی شبه جرم‌هایی که سبب آسیب به اشخاص یا حقوق غیرمادی یا حقوقی که به سختی قابل تقویم هستند به کار می‌رود»<sup>۳۸</sup>.

با توجه به توضیحات فوق، ممکن است شخص در موقعیتی قرار داشته باشد که ضرری معنوی بر وی وارد شود اما فرصت و شانس این را داشته باشد تا از به وقوع پیوستن این زیان جلوگیری کند اما دیگری این شانس را از او می‌گیرد. مثلاً شخصی به پزشک مراجعه می‌کند و بیان می‌دارد که دچار بیماری شده است، دکتر او را آزمایش می‌کند و به او می‌گوید که این امر یک امر عادی است اما بعد از چند سال مشخص می‌شود که او مبتلا به سرطان بوده و پزشک در تشخیص خود اشتباه کرده است و امکان معالجه نسبت به زمان مراجعه به پزشک به نسبت زیادی کاهش یافته است. در نتیجه این شخص دچار افت شدید روحی می‌شود. در این جا بیمار فرصتی که برای شناسایی و درمان بیماری خود داشته از دست می‌دهد<sup>۳۹</sup>.

### ج) از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر بدنی

ضرر جسمانی ضرری است که به حیات انسان یا سلامت او وارد می‌آید. این نوع ضرر ممکن است به صورت ایراد جرح بر بدن، ایجاد مریضی، نقص عضو، از کار افتادگی دائم و موقت و ازهاق روح از بدن تجلی یابد<sup>۴۰</sup>. برخی زیان بدنی را در زیر عنوان زیان مختلط آورده‌اند. «ضرر مختلط مربوط به زیان دیده‌ای است که می‌تواند بابت عمل زیان‌آور واحد، در عین حال، مطالبه‌ی خسارت مادی و معنوی بکند.

37 – Harpwood V., op. cit. P 393, Horsey Kirsty and Rackley Erika, op. cit. P 554.

38 – Parish Matthew t., **Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration**, Berkeley Journal of International Law, v 29, Issue 1, A7, 2012, P 225 – 22.

39 – Buckler, Stephanie, **Medical Malpractice Law – Loss Of Chance: Recovery for The Lost Opportunity Of Survival**, Journal of Health & Biomedical Law, 2009, P 117 – 129.

۴۰- احمد السنه‌وری، عبدالرزاق، همان، ص ۸۵۶.

مورد رایج این نوع ضرر و زیان، صدمه‌ی بدنی است که به مناسبت آن مجروح می‌تواند مطالبه‌ی هزینه‌های پزشکی (یعنی تلف مال) و خسارات ناشی از کارافتادگی (یعنی عدم النفع) را که جنبه‌ی مادی دارند، بنماید<sup>۴۱</sup>.

در حقوق انگلیس برای ضرر بدنی از عبارت «Physical harm» استفاده شده است. زیان بدنی حداقل و به عنوان مثال در خصوص سه گروه می‌توانند مورد حکم قرار گیرند: کارکنان و کارمندان شرکت و مؤسسات؛ مثلاً زیانی که به کارگران معادن در حین کار وارد می‌شود. مصرف‌کنندگان؛ مثلاً زیانی که در نتیجه‌ی خرید لباس‌های قابل اشتعال برای بچه‌ها یا خرید داروی تقلبی به مصرف‌کنندگان وارد می‌شود. جامعه‌ی زیانی که در نتیجه‌ی آلودگی هوا و آب به مردم وارد می‌شود.<sup>۴۲</sup>

زیان بدنی با توجه به نتیجه‌ای که از آن حاصل می‌شود ممکن است یکی از این موارد باشد:

۱. خسارت ناشی از مرگ شخص آسیب‌دیده؛

۲. از کارافتادگی و نقص عضو؛<sup>۴۳</sup>

در موارد فوق هر گاه شخصی که یکی از اعضای خود را از دست داده یا یکی از اعضای وی دچار نقص شده فرصت این کار را داشته تا از بروز این زیان جلوگیری کند، دیگری این فرصت را از وی گرفته با مسأله‌ی از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر مواجهه هستیم.

### گفتار دوم – مقایسه‌ی از دست دادن فرصت با مفاهیم مشابه

مفاهیمی در عالم حقوق وجود دارند که با مفهوم از دست دادن فرصت شباهت دارند. لذا برای این که بتوانیم مفهوم از دست دادن فرصت را بهتر بشناسیم و آن را از سایر مفاهیم موجود و مشابه باز شناسیم، در این جا به مقایسه‌ی این نهاد حقوقی در هر دو شکل آن با سایر نهادهای حقوقی مشابه می‌پردازیم. در از دست دادن فرصت دو امر

۴۱- لورراسا، میشل، همان، ص ۱۰۸، همچنین کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۴۵.

42 – Barron Clinard Marshal, Meier Robert F., **Sociology Of Deviant Behavior, 2010, P 199.**

۴۳- حسنعلی، درودیان، همان، ص ۸۹ به بعد.

مورد بحث است: یکی رابطه‌ی سببیت و دیگری وقوع ضرر است. در از دست دادن فرصت کسب نفع آن چه مورد تردید است این امر است که آیا آن چه بر خواهان وارد شده ضرر است یا خیر؟ در واقع بحث و اختلاف بر روی این امر است که آیا آن چه خواهان ادعای آن را دارد و ادعا می‌کند از دست داده است، می‌تواند مصداق ضرر و زیان باشد؟ اما در مورد رابطه‌ی سببیت تردید وجود ندارد. یعنی در این امر که فعل خوانده موجب بوده است شک نیست. بنابراین در مقام مقایسه باید از دست دادن فرصت کسب نفع را با نهادهایی مقایسه کرد که این دو ویژگی را داشته باشند.

در از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر بر عکس حالت اول، در تحقق زیان تردید نیست و عمل خوانده موجب زیان شده است، اما در این جا شک و تردید بر روی رابطه‌ی سببیت است؟ این که اگر فعل خوانده نبود ضرر محقق می‌شد یا نه؟ بنابراین از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر باید با مفاهیمی مقایسه شود که این ویژگی‌ها را داشته باشد.

### مبحث اول) مقایسه‌ی از دست دادن فرصت کسب نفع با مفاهیم مشابه

برخی مفاهیم هستند که با از دست دادن فرصت کسب نفع شباهت دارند. از جمله‌ی این مفاهیم عدم‌النفع و از دست دادن موقعیت عملی است. بنابراین ابتدا به بررسی مفهوم عدم‌النفع و شباهت‌ها و تفاوت‌های آن با از دست دادن فرصت کسب نفع و سپس به بررسی مفهوم موقعیت عملی و شباهت‌ها و تفاوت‌های آن با از دست دادن فرصت کسب نفع می‌پردازیم.

### بند اول - مقایسه‌ی از دست دادن فرصت کسب نفع و عدم‌النفع

#### الف) مفهوم عدم‌النفع

در قوانین موضوعه تعریفی از عدم‌النفع نشده است. در بند ۲ ماده‌ی ۹ قانون آیین دادرسی کیفری و در زمره‌ی ضررهای قابل مطالبه آمده است: «منافعی که ممکن‌الحصول بوده و در اثر ارتکاب جرم مدعی خصوصی از آن

محروم و متضرر می‌شود» و در تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی بیان گردیده: «خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست».

حقوق دانان نیز تعریف دقیقی از عدم‌النفع ارائه نداده‌اند. دکتر امامی<sup>۴۴</sup> خسارت به معنای ضرر وارده را بر دو نوع می‌داند: نوع اول ضرر مادی یا خسارت مثبت و نوع دوم تفویت منافع متصوره یا خسارت منفی و به عبارت روشن‌تر عدم‌النفع. دکتر لنگرودی<sup>۴۵</sup> بیان می‌دارند: «ممانعت از وجود پیدا کردن منفعتی که مقتضی آن حاصل شده است. مانند توقیف غیر قانونی شاغل به کار که موجب حرمان او از گرفتن مزد شده باشد».

در حقوق فرانسه در تعریف زیان اقتصادی آورده‌اند: «زیان اقتصادی، آسیب به منافع مالی است که مستقیماً با پول قابل ارزیابی است. این خسارت ممکن است یک ضرر مسلم باشد که باعث می‌شود زیان دیده، چیزی را از دست بدهد مانند آسیب به مال. یا ممکن است عدم‌النفع باشد و آن زمانی است که زیان دیده از دارا شدن چیزی که به طول معقول می‌توانست انتظار آن را داشته باشد محروم شود. مانند معامله‌ی خوبی که در پی لغو نابهنگام یک سفارش از دست رفته باشد»<sup>۴۶</sup>. بر اساس تعریفی که حقوق فرانسه ارائه داده و آن را به از دست دادن یا دست نیافتن به نفع مورد انتظار تعریف کرده به این نتیجه می‌رسیم که این تعریف با تعریف حقوق دانان و مصادیقی که برای عدم‌النفع ذکر کرده‌اند مطابقت دارد. مصادیقی چون محروم ماندن از کار، از دست دادن موقعیت عملی، در واقع از دست دان نفع مورد انتظار است.

در حقوق انگلیس زیان را به انواع مختلف تقسیم کرده‌اند<sup>۴۷</sup>. یکی از این تقسیم‌بندی‌ها تقسیم زیان به دو دسته‌ی مالی «Pecuniary»<sup>۴۸</sup> و غیر مالی «non – Pecuniary»<sup>۴۹</sup> است. زیان‌های مالی نیز به دو دسته‌ی زیان‌های صرفاً اقتصادی «Pure Economic Loss» و زیان‌های تبعی «Consequential Economic Loss» تقسیم می‌شوند.

۴۴- امامی، سیدحسن، همان، ص ۴۰۷.

۴۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، شماره‌ی ۲۵۳۸، ۱۳۴۶، ص ۴۴۵.

۴۶- ژوردن، پاتریس، همان، ص ۱۸۴.

47 – Markesinis B. S. & Deakin S. F., **Tort Law**, Clarendon Press Oxford, Fourth Edition, 1999, P 722.

48 – Ibid, P 752.

49 – Ibid, P 764.



زیان‌های صرفاً اقتصادی زیان‌هایی هستند که بدون وقوع ضرر بر اموال عینی خواهان و بدون ورود صدمه بر خود او یا حقوق او، صرفاً بر دارایی او اثر می‌گذارد.

ضرر تبعی، ضرری است که اگر چه ضرر بر اموال عینی خواهان یا صدمه بر خود او نیست ولی با این ضررها همراه است. یعنی به دنبال ضرر فیزیکی بر اموال با خود خواهان، ضرر مالی اضافه نیز بر او وارد می‌شود. مثلاً گفته شده کارخانه‌ی تولید فولاد در حال کار کردن بوده که ناگهان خوانده، کابل برق اصلی کارخانه را قطع می‌کند. در نتیجه کارخانه تعطیل می‌شود. در این جا سه نوع زیان وجود دارد: اولاً مطالبه‌ی خسارت برای فلزی که در زمان قطع برق داخل کوره بوده و باید دور انداخته شود. ثانیاً زیان منافی که با فروش فولادی که در کوره بوده به دست می‌آوردند (ضرر متعاقب). ثالثاً زیان برای دیگر فولادهایی که در طول دوره‌ای که کارخانه تعطیل بوده می‌توانستند تولید کنند (صرفاً اقتصادی).

دادگاه استیناف رأی داده که زیان نسبت به دو مورد اول قابل مطالبه بوده و نسب به مورد سوم قابل مطالبه نیست. ضرر و زیان متعاقب در مثال فوق همان عدم‌النفع است<sup>۵۰</sup>. در خصوص رابطه‌ی عدم‌النفع و ضرر متعاقب گفته شده: عدم‌النفع متداول‌ترین شکل از خسارت‌های متعاقب می‌باشد که در پرونده‌های نقض قرارداد باید جستجو کرد. اگرچه عدم‌النفع تنها شکل از خسارات متعاقب نمی‌باشند و همه‌ی عدم‌النفع‌ها نیز خسارات متعاقب نمی‌شوند<sup>۵۱</sup>. همچنین در خصوص رابطه‌ی عدم‌النفع و ضرر صرفاً اقتصادی گفته شده: «اگر عدم‌النفع را به دو معنی عام و خاص به کار گیریم، معنای عام شامل خسارت ناشی از محروم ماندن از نفعی که در صورت اجرای قرارداد (در مسئولیت قراردادی) به وسیله‌ی متعهد برای طرف دیگر حاصل می‌شد، خواه نفع مزبور ناشی از مال معین یا شخص معین باشد یا نفعی باشد که صرفاً از انجام دادن تعهد به دست می‌آمده است و دیگری معنای خاص که فقط شامل خسارت ناشی از خودداری متعهد از انجام دادن عمل مورد تعهد است. عدم‌النفع مربوط به عین معین مثل خودداری

50 – Horsey Kirsty and Rackley Erika, Op. Cit, PP 172 – 173.

51 – West Glenn D. and Duran sara G. **Reassessing “Consequences” Of Consequential Damage Waivers in Acquisition Agreements**, Vol 63, 2008, P 792.

موجر از تسلیم عین مستأجره در مدت اجاره و عدم‌النفع مربوط به شخص معین مانند این که اجیر در مدت اجاره در ثالث کار کند...<sup>۵۲</sup>». «در حقوق انگلیس خسارت محض اقتصادی همین عدم‌النفع به معنای خاص است. مثلاً اگر وکیلی در تنظیم وصیت‌نامه‌ی الف دقت لازم و کافی به کار نبندد و موجب شود موصی‌له از موصی محروم گردد، خسارت وارد به موصی‌له، خسارت محض اقتصادی نامیده می‌شود<sup>۵۳</sup>».

عدم‌النفع در حقوق آمریکا نیز به طور گسترده پذیرفته شده است. مثلاً در خصوص دعاوی ناشی از تجارت و کسب و کار. برای جبران خسارت ناشی از عدم‌النفع اولاً: بر طبق اصل کلی، خسارت باید بلافاصله به وسیله‌ی رفتار خلاف خوانده ایجاد شده باشد. ثانیاً خسارت باید با یک اطمینان (مسلم) معقول ثابت شده باشد. این شرط تنها برای اثبات وجود خسارت است نه محاسبه‌ی میزان آن. محاسبه‌ی میزان ممکن است تخمین زده شود. ثالثاً جبران خسارت باید قابل پیش‌بینی باشد. این شرط در خصوص جبران خسارت ناشی از قرارداد است و هنگامی که عدم‌النفع در یک شبه جرم ادعا می‌شود نیاز به اثبات قابلیت پیش‌بینی ندارد. عدم‌النفع مبنای مالی دارد. عدم‌النفع در سه حالت قابل تصور است. در جایی که اقدام باعث سختی کار شده و درآمد کم شود، در جایی که اقدام باعث توقف تجارت شده یا همه یا بعضی از اقدامات محدود شود. در جایی که اقدام باعث شود که کسب و کار هرگز شروع نشود<sup>۵۴</sup>.

### ب) شباهت از دست دادن فرصت کسب نفع و عدم‌النفع

اگر از دست دادن فرصت کسب نفع را به معنای از دست دادن نفع نهایی بدانیم، از دست دادن فرصت کسب نفع نیز نوعی عدم‌النفع است. «در واقع با نفی فرصت، فرصت تحصیل از نفع از بین می‌رود و از عدم تحصیل نفع عدم‌النفع نتیجه می‌شود<sup>۵۵</sup>». بنابراین:

۵۲- شهیدی، مهدی، آثار قراردادهای و تعهدات، انتشارات مجد، ش ۱۳۵ و ۱۳۵ و ۱۳۸۶، ص ۲۵۸ و ۲۵۹.

۵۳- صفایی، سیدحسین، رحیمی، حبیب‌الله، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، انتشارات سمت، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص ۱۱۹.

54 – Brinig, Brian., P., J. D., C. P. A, **Business Damages: Lost Profits Or Lost Business Value**, University Of San Diego School Of Law, P 2.

۵۵- کاظمی، محمود، همان، ص ۱۹۳.

اولاً: در از دست دادن فرصت کسب نفع شخص متضرر نفعی که انتظار حصول آن در آینده می‌داده را از دست می‌دهد. (چون از دست دادن فرصت نوعی عدم‌النفع است)

دوماً: در هر دو حاصل شدن نفع در آینده و در صورتی که عمل خواننده نبود محتمل<sup>۵۶</sup> است.

### ج) تفاوت از دست دادن فرصت کسب نفع و عدم‌النفع

۱- «چون متعلق فرصت، گاهی تحصیل نفع است و گاهی اجتناب از ضرر، پس از این جهت دایره‌ی شمول آن عام‌تر از عدم‌النفع است»<sup>۵۷</sup>.

۲- «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 عدم‌النفع مسلم قابل جبران است. در صورتی که حصول نفع در آینده محتمل باشد، از دست رفتن امکان تحصیل آن، قابل جبران نیست»<sup>۵۸</sup>. 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. ولی در مورد «از دست دادن فرصت» در هر دو فرض آن تحقیق فرصت محتمل است و «احتمال» رکن اصلی آن است»<sup>۵۹</sup>.

۳- «از دست دادن فرصت ضرر بالفعل است، ولی در مورد «عدم‌النفع» ضرر مربوط به آینده است»<sup>۶۰</sup>.

۴- در عدم‌النفع پس از فعل خواننده دیگر امکان تحقق نفع مورد انتظار به طور کلی از بین می‌رود در حالی که در بعضی از شقوق از دست دادن فرصت کسب نفع (و اجتناب از ضرر) پس از فعل خواننده ممکن است شانس و فرصت

۵۶- همان.

۵۷- همان.

۵۸- Mazeaud, Andre tunn, Traite Theorique et Pratique de la Responsabilite Civi Delictuell, 6re ed, 1974, P 267 به نقل

از کاظمی، محمود، همان، ص ۱۹۴.

۵۹- Viney G. Op. Cit, P 66 به نقل از همان، ص ۱۹۴.

۶۰- کاظمی، محمود، همان، ص ۱۹۴.

به طور کلی از دست نرود و هنوز شانس باقی باشد، اما در مقایسه با قبل از فعل خوانده کاهش یافته باشد، بنابراین تفویض کسب نفع را در تقسیم کلی می‌توان از مقوله‌ی عدم‌النفع به حساب آورد.

۵- در عدم‌النفع به شرط پذیرش آن کل خسارت قابل مطالبه است در حالی که در از دست دادن فرصت کسب نفع حکم به جبران کل خسارت طرفداری ندارد، بلکه جبران اگر پذیرفته شود، در هر حال کمتر از نفع نهایی تفویض شده است.

۶- «عدم‌النفع در تقسیم‌بندی حقوق‌دانان به عنوان یکی از خسارات مادی معرفی می‌شود (ماده‌ی ۵ و ۶ قانون مدنی)، در حالی که فرصت از دست رفته می‌تواند هم در قالب ضرر معنوی و هم ضرر مادی طرح شود»<sup>۶۱</sup>.

## بند دوم - مقایسه‌ی از دست دادن فرصت کسب نفع و از دست دادن موقعیت عملی

### الف) مفهوم موقعیت عملی

«منظور از موقعیت، جایگاه و وضعیت قانونی است که شخصی نسبت به دیگری دارد ولی منفعتی که از آن استیفا می‌کند، هر چند مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه نیست ولی تکلیف و تعهد قانونی طرف دیگر و حق قانونی منتفع نیز نمی‌باشد. در واقع در این‌جا صرف داشتن موقعیت، موجب پیدایش حق قانونی برای از دست‌دهنده نمی‌شود که با از دست رفتن آن، حق او ضایع شده محسوب گردد. از طرف دیگر وجود منافع ناشی از موقعیت نسبت به آینده، اگر حادثه واقع نمی‌شود، مسلم و حتمی نیست بلکه احتمالی است»<sup>۶۲</sup>. به عنوان مثال «برادری عهده‌دار مخارج زندگی برادر از کار افتاده و ناتوان خودش است، به حکم قانون چنین وظیفه‌ای ندارد، ولی ندای وجدان را پاسخ گفته و برای برادر مستمری معین کرده است. برادر مستمند نیز حقی در این باره ندارد، زیرا در قوانین ما فقط خویشاوندان در خط مستقیم حق نفقه گرفتن دارند. در این حالت، برادر توانگر در تصادفی کشته می‌شود و این سؤال را مطرح می‌سازد که آیا برادر مستمند می‌تواند به استناد موقعیت عملی خویش از راننده‌ی

۶۱- امینی، منصور و ناطق نوری، سوده، همان، ص ۲۳.

۶۲- باریکلو، علیرضا، مسئولیت مدنی، انتشارات میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۹، ص ۷۶.

مقصر خسارت بخواهد یا باید گفت، چون در قوانین حقی برای برادر شناخته نشده است، او نیز حق مطالبه‌ی خسارت ندارد؟<sup>۶۳</sup>»

در امکان مطالبه‌ی این‌گونه خسارات از جهاتی تردید شده است:

اولاً پرداخت نفقه به برادر یک تکلیف قانونی نیست بلکه یک امر اخلاقی است، در حالی که طبق ماده‌ی ۱ ق.م.م در صورتی کسی را می‌توان مسئول تلقی نمود که فعل زیانبار او، حق قانونی دیگری را ضایع یا به آن آسیب رسانده باشد.

ثانیاً خسارت ناشی از فقدان موقعیت حتمی و مسلم نیست زیرا اگر برادر زنده می‌بود، هر زمانی احتمال معقول عرفی وجود دارد که برادر از پرداخت نفقه خودداری کند. در حالی که یکی از شرایط ضرر قابل جبران، مسلم و حتمی بودن آن است.<sup>۶۴</sup>

تردید دیگری که در این زمینه وجود دارد این است که آیا حق باید قانونی باشد؟ برخی معتقدند که بر طبق ماده‌ی ۱ ق.م.م باید حق قانونی از بین برود تا بتوان مطالبه‌ی خسارت کرد زیرا بر طبق این قانون خسارت کسی را که حق قانونی او مورد تجاوز قرار نگرفته است ضرر قابل مطالبه نیست و محروم ماندن از احسان برای طرح دعوی کافی نیست.<sup>۶۵</sup> البته بیان می‌دارند که از نظر منطقی و رعایت عدالت، هیچ تفاوتی بین مثال فوق و کسی که پسر یا شوهر خود را از دست داده است وجود ندارد؛ هر دو زیان‌دیده‌اند و نفعی که از آن محروم شده‌اند در هر دو مورد مشروع و اخلاقی است. ایشان در پایان برای جبران این‌گونه خسارت‌ها راه‌حلهایی پیشنهاد می‌دهند.

برخی دیگر معتقدند، مشکل می‌تون عبارت «هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده» که در ماده‌ی ۱ ق.م.م استعمال شده است، را حمل بر این معنا نمود که حق باید قانونی باشد، زیرا در عرف و سیره‌ی

---

۶۳- کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۴۸-۲۴۹.

۶۴- باریکلو، علیرضا، همان، ص ۷۷.

۶۵- کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۴۹.

عقلا، دلیلی بر اصل لزوم قانونی بودن حق، وجود ندارد بلکه آن چه لازم است، این است که حق یا منفعت ایجاد شده، مخالف با قانون آمره و نظم عمومی و یا اخلاق حسنه نباشد. در نتیجه، مراد از حق قانونی هر حقی است که اعمال و استیفای آن مستلزم انجام عمل خلاف قانون آمره یا نظم عمومی و یا اخلاق حسنه نیست<sup>۶۶</sup>.

به هر حال صرفنظر از قابل جبران بودن یا نبودن از دست دادن موقعیت عملی ما در این جا به تفاوت‌ها و شباهت‌های این نهاد با از دست دادن فرصت کسب نفع می‌پردازیم.

### ب) شباهت از دست دادن فرصت کسب نفع و از دست دادن موقعیت عملی

در هر دو حاصل شدن و به دست آمدن نفع یک امر احتمالی است. زیرا در از دست دادن موقعیت عملی حتی اگر خواننده اقدامی انجام نمی‌داد باز محقق شدن نفع حتمی و مسلم نبوده بلکه احتمالی است زیرا مسلم نیست که اگر به فرض برادر زنده می‌ماند در آینده همچنان نفقه‌ی برادر خود را پرداخت می‌کرد. در از دست دادن فرصت به خصوص از دست دادن فرصت کسب نفع هم، فرصتی که نتیجه‌ی استفاده از آن احتمالی بوده از دست رفته<sup>۶۷</sup>، حتی اگر فعل زیانبار خواننده نبود.

### ج) تفاوت از دست دادن فرصت کسب نفع و از دست دادن موقعیت عملی

۱- از لحاظ نحوه‌ی جبران خسارت، در از دست دادن فرصت کسب نفع جبران خسارت به میزان نفع نهایی نیست و کمتر خواهد بود. مثلاً در روش جبران خسابت به صورت درصدی، نفع نهایی را در نظر می‌گیرند و خواننده را به همان درصد که شانس کسب نفع داشته محکوم می‌کنند یا در روش جبران به صورت مبلغ مستقل و مقطوع خود فرصت را در نظر می‌گیرند و خود فرصت ارزشمند است و خواننده به میزان فرصت محکوم می‌شود نه نفع نهایی<sup>۶۸</sup>، اما اگر دعوای از دست دادن موقعیت عملی پذیرفته شود کل خسارت قابل مطالبه خواهد بود.

۶۶- باریکلو، علیرضا، همان، ص ۷۸.

۶۷- صفایی، سیدحسین، رحیمی، حبیب‌الله، همان، ص ۱۰۳.

۶۸- شرح روش‌های جبران در از دست رفتن فرصت در بخش دوم خواهد آمد.

۲- در از دست دادن فرصت خواهان یک حق قانونی که احتمال آن در آینده بوده را از دست داده و فعل خواننده مانع تحقق آن شده است، اما در از دست دادن موقعیت عملی خواهان یک حق قانونی که احتمال تحقق نفع از آن وجود داشته باشد، ندارد بلکه آن چه از دست رفته است صرف موقعیت مستمری بوده که امید به ادامه‌ی آن در آینده به دست آوردن نفع را ایجاد می‌کرده است<sup>۶۹</sup>. البته به این نظر ایراد شده که: «طبق ماده‌ی ۱ ق.م.م.لزم نیست حق قانونی باشد زیرا در عرف و سیره‌ی عقلا، دلیلی بر اصل لزوم قانونی بودن حق وجود ندارد بلکه آن چه لازم است، این است که حق یا منفعت ایجاد شده مخالف با قانون آمره و نظم عمومی و یا اخلاق حسنه نباشد<sup>۷۰</sup>».

### مبحث دوم - مقایسه‌ی از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر و مفاهیم مشابه

در این قسمت به بررسی مفاهیمی که با از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر مفهومی نزدیک دارند می‌پردازیم. ویژگی نزدیکی که این نوع مفاهیم دارند این است که بیشتر تردیدی که در خصوص آن‌ها وجود دارد در خصوص رابطه‌ی سببیت است و در خصوص خود ضرر تردید کمتر وجود دارد. مفاهیمی همچون ایجاد خطر، ضرر محتمل، ضرر آینده از جمله مفاهیمی هستند که می‌توان در مقام مقایسه به بررسی آن‌ها پرداخت. در زیر ابتدا به بررسی مفهوم و سپس به بررسی شباهت‌ها و تفاوت‌های هر یک از این مفاهیم با از دست دادن فرصت اجتناب می‌پردازیم.

### بند اول - مقایسه‌ی از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر و ایجاد ضرر

#### الف) مفهوم ایجاد خطر

در از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر تردید در وجود رابطه‌ی سببیت است. در حقوق انگلیس برای احراز رابطه‌ی سببیت از معیار «اگر... نبود if not» استفاده می‌شود. یعنی اگر اقدام خواننده نبود زیان روی می‌داد یا نه؟ کاربرد این قاعده تعیین مسئولیت مدنی نیست بلکه هدف آن صرفاً حذف عواملی است که تأثیر سببی در وقوع خسارت نداشته‌اند. قاعده‌ی مزبور بیان می‌دارد که «اگر خسارت به جهت وقوع یک تقصیر خاص واقع نمی‌شد، در این

۶۹- کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۴۸.

۷۰- باریکلو، علیرضا، همان، ص ۷۸.

صورت آن تقصیر سبب وقوع خسارت مزبور تلقی می‌گردد و اگر وجود یا عدم وجود تقصیر در تحقق خسارت به یک میزان مؤثر بوده باشند، تقصیر صورت گرفته علت وقوع خسارت محسوب نمی‌گردد<sup>۷۱</sup>». در قضیه‌ی «Barnet V. Chelsea & Kensington Hospital Management Committee» (۱۹۶۹) رأی داده شد که قصور یک مأمور اورژانس در خصوص معاینه‌ی بیمار (که بعداً در اثر مسمومیت با آرسنیک فوت کرد) سبب مرگ او نبوده است. زیرا شواهدی وجود دارد که نشان می‌دهند بیمار در هر صورت فوت می‌کرده است<sup>۷۲</sup>.

معیار «اگر... نبود» در سببیت همیشه راهگشا نیست و در پاره‌ای موارد اعمال آن ممکن نیست. مثلاً در جایی که چند سبب بالقوه در وقوع خسارت مؤثرند، یا در جایی که دو تخلف همراه با سوءنیت در خصوص خواهان رخ می‌دهند که هر یک برای تحقق خسارت کفایت می‌کنند. در این موارد اعمال معیار «اگر... نبود» منتج به این نتیجه می‌شود که هیچ یک از تخلفات سبب وقوع خسارت نیست و خسارت بدون سبب می‌ماند زیرا هر کدام حتی اگر نبود زیان واقع می‌شد. مثلاً در قضیه‌ی «McGhee V. National Coal Board» (۱۹۷۲) خواهان به دلیل مواجهه با گرد و غبار ناشی از تراش ذغال سنگ در محل کارش به آماس پوستی مبتلا شد. رأی داده شد که کارفرمای خواهان در خصوص مواجهه‌ی او با گرد و غبار در ساعت کاری‌اش مسئول نیست ولی به علت عدم تأمین وسایل شستشو مسئول است، زیرا سبب شده است که خواهان بیش از حد لازم در معرض گرد و غبار قرار گیرد. با وجود این که در زمان طرح دعوا، دانش پزشکی قادر به تعیین این امر نبود که تقصیر خواننده سبب بیماری خواهان است ولی خواهان به جهت اثبات مناسب این مسأله که عملکرد خواننده به طور طبیعی خطر ابتلای او به بیماری را افزایش داده است در دعوا پیروز شد<sup>۷۳</sup>. در قضیه‌ی «Chester V. Ashraf» (۲۰۰۴) کمیته‌ی قضایی مجلس اعیان رأی داد که قصور یک پزشک در زمینه‌ی مطلع ساختن خواهان از وجود خطری جزئی در رابطه با جراحی، پس از وقوع خطر مزبور منجر به تحقق مسئولیت او در قبال بیمار گردیده است، اگرچه در اجرای عمل

71 – David Hillel, Mc Cague W. Paul, Yaniszewski Peter F., **Proving Causation Where the But For Test is Unworkable**, 2005, P 216.

72 – Kirsty Horsey and Erika Rackley, Op. Cit, P 227.

73 – Harpwood, V. Op. Cit, P 146 – 147.



جراحی تقصیری صورت نگرفته بود ولی استناد خواهان به قاعده‌ی تسبیب و تقصیر پزشک و اثبات آن مورد قبول دادگاه قرار گرفت. زیرا این احتمال وجود داشت که در صورت مطلع شدن خواهان از خطر مزبور، وی نسبت به انجام عمل جراحی اعلام رضایت نمی‌کرد و برای تصمیم‌گیری در این خصوص مشاوره‌ی بیشتری انجام می‌داد<sup>۷۴</sup>. در نتیجه برای انعطاف در نظریه‌ی سببیت نظریه‌ی خطر پیشنهاد شد. بدین معنی که اگر امری شرایط وقوع ضرر را تسهیل کند و زمینه‌ی آن را فراهم آورد کسی که آن را ایجاد کرده مسئول است. در صورت اثبات خطر خواهان از اثبات سبب معاف می‌شود.

باید توجه کرد که مفهوم خطر در این جا با مفهوم دیگر که از ریسک توسط برخی از حقوق دانان ارائه شده متفاوت است. دکتر کاتوزیان بیان می‌دارند: «ریسک ایجاد وضعیت خطرناکی است که در صورت وجود ریسک هم اثبات رابطه‌ی سببیت لازم است. به گفته‌ی ایشان، همین که شخص زبانی به بار آورد، باید آن را جبران کند، خواه کاری که سبب ایجاد ضرر شده است صواب باشد یا خطا. آنچه در این زمینه شایان توجه است، انتساب ضرر به بار آمده به فعالیت مسئول است نه تقصیر او. زیان دیده کافی است ثابت کند که ضرر به او وارد شده و این ضرر ناشی از فعل خواننده‌ی دعوی است. پس به جای اثبات تقصیر، دادرس باید به احراز این رابطه بیندیشد<sup>۷۵</sup>». باید توجه داشت که این مفهوم از ریسک ارتباطی با از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر ندارد زیرا در از دست دادن فرصت تردید در خود رابطه سببیت است.

## ب) شباهت از دست دادن فرصت (اجتناب از ضرر) و ایجاد خطر

---

74 – Horsey Kirsty and Rackley Erika, Op. Cit, P 737.

۷۵- کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۱۸۵.

۱- «در هر دو مورد نسبت به وجود رابطه‌ی سببیت تردید وجود دارد و نمی‌توان به طور قطع ثابت نمود که هر گاه 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»<sup>۷۶</sup>.

۲- «هدف از ایجاد این دو نظریه، این است که با منعطف نمودن قاعده‌ی «سببیت» اثبات آن را تسهیل نمایند تا هر چه بیشتر خسارت زیان‌دیده جبران شود»<sup>۷۷</sup>.

### ج) تفاوت از دست دادن فرصت (اجتناب از ضرر) و ایجاد خطر

«در مورد ایجاد خطر پس از پذیرش و اعمال آن، تمام زیان وارده بر زیان‌دیده، 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 شیء خطرناک دیگر را به دست کسی می‌سپرد که صلاحیت بهره‌برداری از آن را ندارد و بدین وسیله محیط خطرناکی را برای مردم ایجاد می‌کند، هر گاه این خطر به واقعیت بپیوندد و باعث زیان خواهان گردد، وی نسبت به تمام زیان وارده مسئول است و باید آن را جبران نماید. در حالی که نتیجه‌ی اعمال نظریه «از دست دادن فرصت» جبران تمام زیان وارده بر زیان‌دیده 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»<sup>۷۸</sup>.

۲- از دست دادن فرصت (اجتناب از ضرر) همیشه مبتنی بر، یا قابل جمع با نظریه‌ی خطر نیست، بدین توضیح که برخی اوقات خواننده به واسطه‌ی قصور در محافظت، مسئول فرصت از دست رفته است. مثلاً هر گاه پزشک در

---

۷۶- Viney G., Op. Cit, P 71, 192 به نقل از کاظمی، محمود، همان، ص ۱۹۶.

۷۷- همان.

۷۸- Viney G., Op. Cit, P 85 به نقل از کاظمی، محمود، همان، ص ۱۹۶ و ۱۹۷.

تشخیص بیماری قصور کند وضع خطرناکی ایجاد نکرده است (بدون تجویز دارو یا جراحی)، اما در وظیفه‌ی محافظت از بیمار تقصیر نموده است، به عبارت دیگر گروهی مبانی جبران خسارت از دست دادن فرصت قصور از انجام وظیفه محافظت است و نه ایجاد خطر. نتیجه این که در مقایسه با خطر از دست دادن فرصت مفهوم مضیق دارد و ان از دست دادن فرصت به واسطه‌ی قصور در انجام وظیفه است و یک مفهوم موسع که علاوه بر این که از دست دادن فرصت به واسطه‌ی قصور در انجام وظیفه را شامل می‌شود شامل از دست دادن فرصت که مبتنی و به واسطه‌ی ایجاد خطر باشد هم می‌شود.<sup>۷۹</sup>

## بند دوم – مقایسه‌ی از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر و ضرر محتمل

### الف) مفهوم ضرر محتمل

زیانی که فعلاً وجود ندارد و وجود آن در آینده هم حتمی نیست، بلکه صرفاً جنبه‌ی احتمالی دارد، ضرر محتمل می‌باشد. به عبارت دیگر ضرری که در حال محقق نیست و پدیدار شدن آن نیز در آینده مسلم نمی‌باشد، ضرر محتمل می‌باشد.<sup>۸۰</sup>

ضرر محتمل در مسئولیت قراردادی قابل تصور است: مثلاً اگر مالک اتومبیلی با تعمیرکار، قراردادی در خصوص تعمیر ترمز اتومبیل منعقد نماید و متعهد با عدم انجام تعهد یا سوء اجرای تعهد به عهد خویش وفا ننماید خسارتی که ممکن است در اثر تصادف به بار آید ضرر محتمل در مسئولیت قراردادی است.<sup>۸۱</sup>

ضرر محتمل در مسئولیت قهری نیز قابل تصور است: مثلاً اگر شخصی در ملک خویش تصرفی نماید که ممکن است در آینده باعث ویرانی و ضرر همسایه شود چنین ضرری محتمل و غیرقابل جبران است. بدیهی است در

---

79 – Fischer, David, **Tort Recovery For Loss Of Chance**, Wake Forest Law Review, Vol 36, no3, P 605, 2001. P 612.

۸۰- سامت، محمدعلی، همان، ص ۶۳.

۸۱- احمد السنهوری، عبدالرزاق، همان، ص ۷۶۶، ش ۴۷۷.

صورتی که در اثر تصرف فعلی خسارتی در ملک همسایه وارد شود فاعل مسئولیت دارد اما مسئولیت انهدام احتمالی بنا را فعلاً ندارد مگر این که بنا منهدم شود.<sup>۸۲</sup>

در حقوق فرانسه در خصوص ضرر محتمل گفته شده: نقطه نظری که هم از دکتین و هم از رویه قضایی به دست آمده این است که خسارت صرفاً «فرضی» یا «محتمل» مسئولیت مدنی عامل آن را ایجاب نمی‌کند. مرز میان خسارت «بالقوه یا ممکن» که قطعی قضاوت شده و قابل جبران می‌باشد و خسارت «محتمل» که این گونه نیست، در واقع مرزی مبهم است. «حواشی آن نامطمئن هستند زیرا گذر از یکی به دیگری به صورت نامحسوس صورت می‌گیرد. تضاد و تفاوت آن‌ها بیشتر به درجه‌شان است تا به ذات و طبیعتشان». این تضاد در اصل به اتفاقی که باعث به وجود آمدن خسارت شده مربوط است. اگر خسارت قبلاً به وجود آمده و در لحظه‌ای که مسئولیت تخمین زده می‌شود دقیقاً به همراه نتایجش مشخص باشد، اتفاق باطل است. در عوض، به محض این که ضرر این ویژگی را دارا باشد که در آینده متحول شود و به طریق اولی هنگامی که تحقق آن محتمل باشد ضریب تردید افزایش یافته به نحوی که مسئله‌ی حق غرامت مطرح می‌شود.<sup>۸۳</sup>

### ب) شباهت از دست دادن فرصت (اجتناب از ضرر) و ضرر محتمل

۱- در ضرر محتمل مانند از دست دادن فرصت (به خصوص از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر) خوانده، خسارت نهایی را پرداخت نمی‌کند.

۲- همان گونه که گفته شد، در از دست دادن فرصت وجود خسارت و زیان محتمل است و احتمال جزء ارکان بود، به طور طبیعی در ضرر محتمل هم ضرر احتمالی است و این ضرر مبتنی بر احتمال است. بنابراین در هیچ یک مسلم بودن و قطعیت وجود ندارد.

۸۲- همان، ص ۹۷۸، ش ۵۷۵.

83 – Viney G et Jourdian P, Op. Cit, P 67.

### ج) تفاوت از دست دادن فرصت (اجتناب از ضرر) و ضرر محتمل

۱- در از دست دادن فرصت (حتی در فرضی که فرصت کاهش می‌یابد اما از بین نمی‌رود) وقوع زیان نهایی باعث نمی‌شود که خواننده مجدداً خسارتی پرداخت نماید، زیرا حسب فرض شانس کاهش یافته تقویم و ارزیابی و مورد حکم قرار گرفته است اما در ضرر محتمل، در واقع سرنوشت دعوی به آینده موکول می‌شود و احتمال این‌که در آینده زیان محتمل به وقوع پیوسته و خواهان آن را مطالبه کند وجود دارد. حتی اگر خواهان یک جبران خسارت موقتی هم دریافت نموده باشد ولی بعداً آن زیان نهایی حاصل شود<sup>۸۴</sup>.

۲- در از دست دادن فرصت زیان واقعاً وجود دارد زیرا زیان یعنی همان فرصت از دست رفته فعلاً محقق است اما در ضرر محتمل در حال حاضر خسارتی نیست و در آینده هم محقق‌الوقوع نمی‌باشد اما احتمال ورود ضرر وجود دارد<sup>۸۵</sup>. تا وقتی احتمال مذکور به واقع تبدیل نشود ضرری وجود ندارد.

۳- در از دست دادن فرصت جبران خسارت به واسطه‌ی خود فرصت از دست رفته وجود دارد، زیرا خود شانس یا ایجاد خطر زانی فعلی و آسیبی آشکار است<sup>۸۶</sup>. اما در ضرر محتمل زیان فعلی نیست و هنوز محقق نشده و بالطبع هیچ جبران خسارتی وجود ندارد.

۴- در از دست دادن فرصت اجتناب، زیان نهایی حاصل شده است و یک زیان قطعی است اما تردید در سببیت فعل خواننده نسبت به زیان حاصله است. اما در ضرر محتمل، خود وقوع ضرر مورد تردید است نه سببیت خواننده. در واقع در ضرر محتمل این‌که ضرر نهایی واقع شده است یا خیر مورد تردید است و قابل تعیین هم نیست. (این تفاوت در جایی است که فرصت به کلی از بین برود و در مورد کاهش شانس صادق نخواهد بود).

### بند سوم – مقایسه‌ی از دست دادن فرصت (اجتناب از ضرر) و ضرر آینده

۸۴- احمد السنهوری، عبدالرزاق، الموجز فی النظریه العامه للالتزام، داراحیاء التراث العربی، بیروت، لبنان، ص ۳۳۹.

۸۵- یزدانیان، علیرضا، همان، ص ۱۹۸.

86 – Mandell Mark S. and Marcotte Carlin Susan, The Value Of a Chance: The Evolution and Direction Of Chance in Tort Law, Suffolk University Law Review, Volume xx, Number 2, 1986, P 209.

## الف) مفهوم ضرر آینده

ضرر مستقبل حتمی الوقوع، عبارت از «ضرری است که سبب آن محقق بوده، لکن آثار و نتایج آن ظاهر نشده است. بدین معنی که حصول نتایج و آثار آن منوط به مضي زمان بوده و پس از مدتی حتماً حادث خواهد شد»<sup>۸۷</sup>. یکی از استادان ضرر آینده را ضرری می‌داند که فعلاً ایجاد نشده اما در اثر حادثه‌هایی که اتفاق افتاده است در آینده به وجود می‌آید<sup>۸۸</sup>. «مثلاً کارخانه‌ای برای وارد کردن مواد اولیه و ذخیره‌سازی آن برای آینده قراردادی منعقد می‌کند، ولی وارد کننده در اجرای تعهدش کوتاهی می‌نماید. در این جا درست است که کارخانه فعلاً به دلیل بر خورداری از مواد اولیه‌ی کافی زیانی ندیده است، ولی در آینده با تمام شدن مواد مزبور و احتیاج پیدا کردن به موادی که موضوع قرارداد بوده است، ضرر خواهد دید. این ضرر در آینده مسلم است و در حال حاضر قابل برآورد، لذا کارخانه می‌تواند آن را مطالبه کند»<sup>۸۹</sup>. یکی دیگر از اساتید درباره‌ی ضرر آینده بیان می‌دارند: «پذیرش جبران خسارت آینده از نظر تحلیلی مشکل به نظر می‌رسد، زیرا هر چند خسارت قطعی است اما زمان ظرف خسارت است و تا زمان فرا نرسد خسارت در ظرف خود واقع نشده است. اما رویه‌ی قضایی کشورها و حتی برخی تصریحات قانونی (ماده‌ی ۵۱۵ ق.آ.د.م) در قابل جبران بودن خسارت آینده تردیدی باقی نمی‌گذارند»<sup>۹۰</sup>.

مثالی که در مورد ضرر آینده می‌توان بیان کرد این است که: «فرض کنیم کارگری در حادثه‌ای چنان صدمه ببیند که توان کار کردن را برای مدتی از دست بدهد. خسارتی که از این بابت به او رسیده راجع به آینده است، زیرا از دستمزدی که به طور معمول گرفته است محروم می‌ماند. چنین خسارتی در دید عرف و به نظر قانون مسلم است (ماده‌ی ۵ ق.م.م). ولی دادرس درباره‌ی میزان آن به یقین نمی‌رسد. زیرا احتمال دارد کارگر در این فاصله بمیرد

۸۷- سامت، محمدعلی، همان، ص ۵۶.

۸۸- امامی، سیدحسن، مسئولیت مدنی، نشریه‌ی دانشکده‌ی حقوق دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۶، ص ۷.

۸۹- احمد السنهوری، عبدالرزاق، الوسیط، ترجمه‌ی دانش کیا، محمدحسین و دادمرسی، مهدی، همان، ص ۵۰۰.

۹۰- شهیدی، مهدی، آثار قراردادهای و تعهدات، انتشارات مجد، تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۶، ص ۲۶۵.

یا دچار حادثه‌ی دیگری شود یا به ثروتی برسد که نیاز به دستمزد نداشته باشد یا نیروی کار او چند برابر ارزش پیدا کند... و مانند این‌ها<sup>۹۱</sup>».

در حقوق فرانسه در خصوص ضرر آینده گفته شد: «این فرض بسیار شایع است زیرا عملاً هر بار که وضعیت زیان‌آور پس از قضاوت یا توافق دوستانه مربوط به مسئولیت، باید دنبال شود بروز می‌کند. به عنوان نمونه هنگامی که تصادف جسمی باعث به وجود آمدن یک ناتوانی می‌گردد، این ناتوانی به طور عمومی می‌تواند تحول یابد. حتی اگر پزشکان آن را رفع شده اعلام کنند و در هر صورت عوامل متعددی که مربوط به شرایط نامعلوم هستند در هنگام ارزیابی مسئولیت بر شدت آن تأثیر می‌گذارند. (طول عمر قربانی، وضعیت تأهل، شغل و ...) در مورد خسارت‌های مربوط به همسایگی و به صورت عام تمامی خسارات مداوم ممکن است پیش آید<sup>۹۲</sup>».

«تفاوت بین ضرر آینده و ضرر محتمل در قطعیت تحقق است. بدین معنی که تحقق ضرر آینده در زمان ورود ضرر اصلی به طور قطع و حتم محرز است. لکن محقق شدن ضرر محتمل در زمان ورود ضرر اصلی احتمالی است. به عبارت آخری تحقق ضرر مستقبل در آینده منوط به شرایط و مقدماتی است که معلول ضرر اصلی بوده و حصول آن‌ها در آینده قطعی است. ولی در ضرر محتمل علت بودن ضرر اصلی، برای معلولیت مقدمات و شرایط ضرر ثانوی در حد احتمال و گمان قابل ادعا است<sup>۹۳</sup>».

در حقوق انگلیس ضرر به انواع مختلف تقسیم می‌شود. ضرر مالی و غیرمالی، ضرر مستقیم و ضرر غیرمستقیم، ضرر به شخص و ضرر به مال، ضرر اقتصادی و ضرر اقتصادی صرف، ضرر واقع شده و ضرر آینده. همان‌گونه که قبلاً بیان شد ضرر به دو دسته‌ی ضرر خاص و ضرر عام (عمومی) تقسیم می‌شدند. ضررهای عام ضررهایی بودند که در زمان محاکمه قابل تشخیص و ارزیابی نیستند و میزان آن معلوم نبودند. این زیان‌ها ممکن است مادی یا غیرمادی باشند. مثلاً ضرر و زبانی که برای از دست دادن حقوق و مزایای آینده از دست می‌دهند؛ هزینه‌ی

۹۱- کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۷۹.

92 – Viney et G Jourdan P, Op. Cit, P 68/

۹۳- سامت، محمدعلی، همان، ص ۶۴.

مراقبت‌هایی که در آینده لازم است؛ هزینه‌ی پزشکی در آینده لازم خواهد شد. یا زیان‌های غیرمادی مانند از دست دادن لذت جنسی<sup>۹۴</sup>.

### ب) شباهت از دست دادن فرصت (اجتناب از ضرر) و ضرر آینده

۱- در بعضی از موارد از دست دادن فرصت مانند کاهش شانس، هنوز خسارتی واقع نشده است اما جبران خسارت به دلیل از دست دادن فرصت وجود دارد، در خسارات آینده نیز زیانی که هنوز عملاً واقع نشده است مورد جبران قرار می‌گیرد. مثلاً به واسطه‌ی تقصیر پزشک شخصی ۲۰٪ شانس زنده ماندنش کاهش پیدا کند، از دست دادن فرصت اتفاق افتاده است، اما هنوز زیان حاصل نشده است.

۲- در جایی که اصل سببیت بر اساس معیارهای سنتی اثبات نشده است، دادگاه‌ها در مقام ارزیابی خسارت آینده، از نظریه‌ی از دست دادن فرصت به عنوان ابزاری برای غلبه بر عدم قطعیت استفاده می‌نمایند، در واقع برخی اوقات اصل سببیت خوانده برای وقوع حادثه مسلم است. مثلاً خوانده سبب شکستن پای خواهان بوده است، اما این که در آینده احتمال بروز آتروز وجود دارد به وسیله‌ی معیارهای سنتی اثبات سببیت مقدور نیست، برای حل این مشکل دادگاه‌های ایالات متحده‌ی کانادا و استرالیا از این نظریه برای ارزیابی خسارت در جایی که سببیت ثابت است، اما میزان خسارت بستگی به حوادث آینده یا حوادث احتمالی دارد استفاده می‌نمایند. در این جا اگر تعیین میزان خسارت با روش سنتی اثبات، (احتمال غالب یعنی احتمال بیش از ۵۰٪ باشد) ممکن باشد، حکم به کل خسارت داده می‌شود و اگر با معیار سنتی قابل اثبات نباشد، بر اساس و با استفاده از این نظریه مورد حکم قرار می‌گیرد<sup>۹۵</sup>. در واقع در هر دو نهاد با مسأله‌ی عدم قطعیت روبه‌رو هستیم<sup>۹۶</sup> و با تفکیک حوادث گذشته از حوادث آینده در خصوص حوادث آینده استانداردهای ضعیف‌تری برای اثبات سببیت لازم دانسته می‌شود<sup>۹۷</sup>.

94 – Harpwood, V., P 380. And American Bar Association Proving Antitrust Damages: **Legal and Economic Issues**, 2010, P 264.

95 – Fischer, David, Op. Cit, P 613.

96 – Cook, I John, **Law Of Tort**, Fifth Edition, Head Of Law Liverpool John Moores University 2001, P 116.

97 – Fischer, David, Op. Cit, P 636.



### ج) تفاوت از دست دادن فرصت (اجتناب از ضرر) و ضرر آینده

در از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر پرسش اصلی آن است که آیا خواننده باعث و سبب ضرر بوده است؟ آیا خواهان می‌تواند خسارتی به هر میزان دریافت نماید<sup>۹۸</sup>؟ در از دست دادن فرصت اجتناب (که فرصت کاملاً از دست رفته) خواهان واقعاً زیانی را متحمل شده و زیان یک زیان موجود و کنونی است، اما ضرر آینده زیان در حال حاضر واقع نشده و فعلی و کنونی نیست اما تحقق آن در آینده احتراز ناپذیر و حتمی بوده و به ظن قوی و بر طبق روند عادی امور امکان وقوع آن می‌رود<sup>۹۹</sup>.

---

98 – Cooke I. John, Op. Cit, P 116.

۹۹- درودیان، حسنعلی، همان، ص ۶۵.

## فصل دوم - مبنای مسئولیت آور بودن از دست دادن فرصت

در این فصل ما به دنبال آن هستیم تا به بررسی این امر پردازیم که چه شک و تردیدهایی در خصوص قابل جبران بودن از دست دادن فرصت وجود دارد؟ ریشه‌ی این ابهامات و تردیدها از کجاست؟ پس از این که تردیدهایی که در این زمینه وجود داشت را بیان نمودیم. در گفتار دوم سعی خواهیم کرد راه‌حلهایی که برای رفع این شک و تردیدها و رفع ابهامات می‌توان ارائه داد را مطرح کنیم و مسئولیت آور بودن از دست دادن فرصت را توجیه نماییم.

### گفتار اول - شک و تردید در مسئولیت مدنی مربوط به از دست دادن فرصت

در این گفتار سعی بر آن است تا به مهم‌ترین تردیدهایی که در قابل جبران بودن از دست دادن فرصت کسب نفع یا دفع ضرر وجود دارد پردازیم. در خصوص این امر که آیا از دست دادن فرصت دیگری ضرر است و ایجاد مسئولیت می‌کند؟ این که آیا کسی که این فرصت را از دست داده است ملزم به جبران خسارت صاحب فرصت می‌شود، تردیدهایی به وجود آمده است. این تردیدها عمدتاً مربوط به شرایط عام مسئولیت مدنی مانند ضرر و رابطه‌ی سببیت است. این که از دست دادن فرصت ضرر محسوب می‌شود یا خیر؟ این که آیا در این وضعیت رابطه‌ی سببیت وجود دارد؟ آیا اثبات رابطه‌ی سببیت مانند قواعد عام لازم است؟

در از دست دادن فرصت وجود فعلی که موجب ضرر شده است مفروض است اما همان‌گونه که قبلاً بیان گردید دو رکن مهم مدنظر است، یکی تحقق ضرر است که این امر در حالتی مورد شک بود که از دست دادن فرصت کسب نفعی اتفاق افتاده باشد و در این حالت وقوع ضرر مورد تردید بود. دوم رابطه‌ی سببیت که در از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر مورد شک بود. بنابراین بر حسب مورد به بررسی این دو می‌پردازیم.

### مبحث اول - تردید در تحقق ضرر (مسلم بودن ضرر)

در از دست دادن فرصت کسب نفع آن چه مورد تردید واقع شده است مسلم بودن ضرر است. اما در خصوص رابطه‌ی سببیت اشکالی نیست زیرا محقق است که فعل زیانبار عامل آن فرصت را از بین برده است. «در حقوق فرانسه این

امر را در بحث از ضرر و تحت عنوان شرایط قابل جبران بودن ضرر (مسلم بودن) مورد توجه قرار می‌دهند و تحلیل می‌کنند. اشکال این است که در این جا وقوع ضرر مسلم نیست زیرا تحصیل منفعت در آینده محتمل است و حصول اطمینان وقتی به دست می‌آید که فرصت بگذرد و شخص از آن استفاده کند تا معلوم شود که آیا این فرصت قابل تحقق است و نفع نهایی به دست می‌آید یا خیر. تحقق فرصت احتمالی است و به هیچ‌وجه نمی‌توان ثابت نمود که هر گاه زیان دیده از فرصت محروم نمی‌شد، دست نمی‌داد حتماً نفع مورد انتظار را به دست می‌آورد<sup>۱۰۰</sup>».

برخی بیان می‌دارند: «پذیرفتن این امر که از دست دادن فرصت قابل جبران باشد در حقوق ایران به عنوان قاعده دشوار است. مثلاً اگر اسب یکی از مسابقه‌ی باز مانده، به دلیل فریبی یا بی‌تجربگی و ناتوانی سوار کار آن به حکم قاعده نمی‌توانسته است در مسابقه پیروز شود مگر به اتفاقی نامنتظر نباید آن را بختی جدی شمرد و فوت آن را خسارت نامید<sup>۱۰۱</sup>».

همان‌طور که قبلاً بیان شد، از دست دادن فرصت کسب نفع را به دو معنی می‌توان بیان کرد. یکی این‌که از دست دادن فرصت کسب نفع را به معنی از بین بردن نفع نهایی (متعلق فرصت) بدانیم و دیگر این‌که آن را به معنی از دست دادن خود فرصت مدنظر قرار دهیم.

در معنی اول نفع نهایی همان عدم‌النفع است. البته این امر با ضرر آینده متفاوت است. زیرا ضرر آینده قابل جبران است و صرف این‌که مربوط به آینده است مانع از قابل جبران بودن آن نیست. چون ضرر آینده تحقق آن در آینده مسلم است و اگر مسلم باشد شایسته‌ی جبران است. «صرف خصیصه‌ی مربوط به آینده بودن آن مانعی در راستای قابلیت جبران آن نیست، زیرا در موردی که خسارت وارد بر شخص قابل گسترش است و ممکن است بعد از صدور

---

۱۰۰- Viney G. Op. Cit, P 72, 73 به نقل از کاظمی، محمود، همان، ص ۱۹۸.

۱۰۱- کاتوزیان، ناصر، همان، صص ۲۸۳-۲۸۴.

حکم بروز کند، قابلیت جبران بودن آن به صراحت پذیرفته شده است. مثلاً زیان ناشی از، از کار افتادگی، یا تجاوز به ملک، ایجاد مزاحمت برای همسایه<sup>۱۰۲</sup>».

در حقوق انگلیس برای از بین بردن لذت، در صورتی که نسبت به نتیجه‌ی نهایی قطعیت وجود داشته باشد، خواهان می‌تواند تحت عنوان عدم‌النفع مطالبه‌ی خسارت کند. مثلاً در پرونده‌ی «Mulvaine V. Hooseph»<sup>۱۰۳</sup> یک گلف‌باز آمریکایی دستش در یک تصادف رانندگی آسیب دیده بود. دادگاه انگلیس رأی به جبران خسارت برای بازیکن گلف به این دلیل که شانس برنده شدن و بردن جایزه‌ی نقدی در تورنمنت گلفی که او برنامه‌ی آن را داشت که در آن شرکت کند، دادند. همان‌طور که ملاحظه می‌شود در صورتی که خواهان ورزشکاری بوده که به صورت مرتب ورزش خاصی را انجام دهد و توانایی کسب نتیجه‌ی نهایی را داشته باشد، در صورتی که عمل خوانده این شانس را از او بگیرد می‌تواند به عنوان عدم‌النفع مطالبه‌ی خسارت کند.

در حقوق ایران (همان‌گونه که بعداً در بخش دوم مفصل صحبت خواهیم کرد)، عدم‌النفع در مواردی پذیرفته شده و قابلیت جبران دارد و به طور قاطع نمی‌توان عدم‌النفع را رد کرد و بگوییم ضرر نیست و قابلیت جبران ندارد. در از دست دادن فرصت کسب نفع، نتیجه‌ی نهایی که به دلیل از دست رفتن شانس امکان تحقق آن از بین رفته همیشه احتمال صرف نیست و با توجه به اوضاع و احوال می‌تواند مسلم باشد یا احتمالی.

در معنای دوم، از دست دادن فرصت به معنای از دست دادن خود فرصت است. در حقوق انگلیس امروزه در ارزشمند بودن شانس و یا خطر آسیب آینده (فرصت اجتناب) تردید کمتر وجود دارد و اکثر محاکم این امر را پذیرفته‌اند. یکی از مهم‌ترین دلایل برای پذیرش از بین رفتن شانس جایی است که خواهان نمی‌تواند بر طبق روش سنتی خسارت، ثابت کند که شانس کسب نفع یا فرار از زیان خودبه‌خود ارزشمند است و باید به وسیله‌ی قانون حمایت شود. این عقیده که شانس ارزشمند است از این عقیده که حتی شانس کمتر از ۵۰ درصد برای درمان یک

---

۱۰۲- Viney G. Op. Cit, P 73 به نقل از کاظمی، محمود، همان، ص ۱۹۹.

103 – Mandell Mark S. and Marcotte Carlin Susan, Op. Cit, P 231.

بیماری ارزشمند است و شخص باید بابت از بین بردن آن خسارت دریافت کند نشأت می‌گیرد<sup>۱۰۴</sup>. البته در خصوص قصور پزشکی رویه‌ی حاکم این است که این نظریه را اعمال نمی‌کنند و سعی می‌کنند بر طبق روش سنتی احتمال غالب عمل کنند. هر چند که عده‌ای از محاکم نیز نظر مخالف دارند و معتقدند تفاوت دو درصدی یعنی این که اگر قصور پزشک سبب ۴۹ درصد باشد مسئول نیست اما اگر سبب ۵۱ درصد باشد مسئول است، عادلانه نیست<sup>۱۰۵</sup>.

بنابراین اگر نفع نهایی از بین رفته را یک نفع محتمل بدانیم، خود فرصتی که زیان‌دیده برای کسب نفع داشته و از بین رفته، دارای ارزش است. مثلاً بلیط بخت‌آزمایی یا عقد بیمه. در بلیط بخت‌آزمایی شخص آن‌چه دارد فرصت و شانس شرکت در مسابقه است و برای همین فرصت، پول پرداخت کرده است و تحقق نفع کاملاً احتمالی است. یا عقد بیمه، بیمه‌گذار تنها یک فرصت کسب نفع یا فرصت اجتناب از ضرر به دست می‌آورد. این فرصت منوط به تحقق یک امر کاملاً احتمالی در آینده (حادثه) است. بنابراین بیمه‌گذار برای کسب همین فرصت، پول پرداخت کرده است. از دست دادن این فرصت نیز می‌تواند باعث تحقق زیان مادی یا معنوی شود. در مثال فوق چون برای تهیه‌ی بلیط پول پرداخت شده، کسی که فرصت شرکت در مسابقه را از بین برده به دارنده زیان مادی وارد نموده است. یا کسی که مانع شرکت کسی در کنکور ورودی دانشگاه می‌شود و فرصت ورود به دانشگاه را از وی می‌گیرد قطعاً به وی زیان معنوی وارد می‌کند.

### مبحث دوم – تردید در وجود رابطه‌ی سببیت

در قوانین و مقررات حقوق ایران سبب تعریف نشده است. در مواد مختلف واژه‌ی سبب استعمال شده است. در قانون مدنی در ماده‌ی ۳۰۷ و هنگام ذکر موجبات ضمان قهری از تسبیب به عنوان یکی از موجبات صحبت شده است. در قانون مجازات اسلامی نیز در باب پنجم و هفتم عبارت تسبیب در جنایت استعمال شده است و در باب هشتم از عبارت اجتماع سبب و مباشر صحبت کرده است. ماده‌ی ۳۱۷ ق.م.ا. مباشرت را این‌گونه تعریف می‌کند:

---

104 – Heever, Pat van Den, **The Application Of The Doctrine Of A Loss Of A Chance To Recover In Medical Law**, Pretoria University Law Press, 2007, P 23.

105 – Miller, Chrise, Gregg V. Scott, **Loss Of Chance Revisited, Law Probability and Risk**, University Of Salford, V. 4, Issue4, PP 227 – 235, 2005.

«مباشرت آن است که جنایت مستقیماً توسط خود جانی واقع شده باشد». ماده‌ی ۳۱۸ ق.م.ا نیز در تعریف تسبیب بیان می‌دارد: «تسبیب در جنایت آن است که انسان سبب تلف شدن یا جنایت علیه دیگری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود به طوری که اگر نبود جنایت حاصل نمی‌شد...».

در حالتی که در اثر تقصیر خواننده زیان دیده فرصت و شانس اجتناب از ضرر را از دست می‌دهد و در نتیجه به وی ضرر وارد می‌شود، ضرر بالفعل محقق شده و وقوع آن مسلم است. تردیدی که وجود دارد در خصوص رابطه‌ی سببیت است. این که آیا بین فعل خواننده و این ضرر مسلم رابطه‌ی سببیت وجود دارد؟ مثلاً فرض کنیم گوسفندان کشاورزی مریض بوده و شیر خوب نمی‌داده‌اند و احتمال داشته در اثر این مرض از بین بروند. اما کشاورز فرصت این را داشته تا به دامپزشک مراجعه و با تزریق داروی مناسب آنان را درمان کند، اما بعد از مراجعه به دامپزشک در اثر تقصیر دامپزشک فرصت درمان گوسفندان را از دست می‌دهد و در نهایت گوسفندان تلف می‌شوند. در این جا آن چه محقق است وقوع زیان بر صاحب گوسفندان است. اما آن چه مورد تردید است رابطه‌ی سببیت قطعی بین تقصیر دامپزشک و وقوع زیان است. زیرا نمی‌توان گفت اگر دامپزشک تقصیر نمی‌کرد گوسفندان حتماً درمان می‌شدند. زیرا قبل از تقصیر دامپزشک نیز گوسفندان در سلامت کامل نبوده‌اند و احتمال تلف شدن وجود داشته است.

در حقوق انگلیس نیز از سبب در هنگام بحث از جبران خسارت صحبت می‌شود. در تعریف سبب گفته شده: سبب به ارتباط بین یک رفتار و اثر آن رفتار اشاره می‌کند. مثلاً اگر سلامتی پای شخصی در اثر غفلت راننده از بین برود، سبب به دنبال این امر است که غفلت راننده ایجاد زیان کرده است یا نه؟ با وجود این، اثبات سببیت به طور واقعی تشخیص این امر است که آیا پای خواهان حتی اگر رفتار خلاف خواننده نبود، دچار زیان می‌شد یا نه؟<sup>۱۰۶</sup>

در حقوق انگلیس برای احراز این امر که آیا بین عمل شخص و وقوع زیان رابطه‌ی سببیت وجود دارد یا نه از معیار «اگر نبود» استفاده می‌شود. بر طبق این معیار بررسی می‌شود که اگر رفتار خواننده نبود زیان روی می‌داد یا نه؟

106 – Mandell Mark S. and Marcotte Carlin Susan, Op. Cit, P 206.

اگر بدون عمل خواننده زیان روی می‌داد خواننده مسئول نخواهد بود<sup>۱۰۷</sup>. در آن جا شانس دو معنی دارد. شانس به معنای امر موجود (خود شانس) که ارزش کنونی و حال دارد و شانس به معنای نفع نهایی. وقتی نتیجه‌ی نهایی ممکن است یا می‌تواند مطلوب باشد در برابر عبارت شانس (امر موجود) از عبارت از دست دادن نتیجه‌ی نهایی (نفع و سود) صحبت می‌شود. وقتی نتیجه‌ی نهایی ممکن است یا می‌تواند نامعقول باشد (نتیجه ضرر و زیان باشد) در برابر عبارت ریسک (ایجاد خطر) از تحمیل نتیجه صحبت می‌شود. بنابراین شانس و ریسک را ضرر موجود و نتیجه‌ی نهایی را ضرری که بعداً حادث می‌شود می‌دانند<sup>۱۰۸</sup>. توضیح این که دو چیز را باید در نظر داشت، شانس دستیابی به یک نفع با خود نفع متفاوت است. دوم این که ایجاد خطر و ریسک با خود ضرر و زیان که از تولید آن خطر به وجود می‌آید متفاوت است. خود شانس دستیابی و خطر امر موجوداند اما نفع یا ضرر نهایی امر محتمل‌اند. دادگاه‌ها به طور سنتی مشکل سببیت را در خصوص زیان‌هایی که وجود دارند یا آشکار خواهند شد بررسی می‌کنند. شانس و خطر را به عنوان زیان‌هایی که هنوز موجود نشده‌اند بررسی می‌کنند. اما امروزه رویه‌ی قضایی انگلستان معتقد است تنها زیانی که موجود نشده، عواقب آینده‌ی شانس و ریسک است، خود شانس و ریسک موجود هستند. شکوائیه‌ی از بین بردن شانس این است که رفتار خواننده شانس جبران یا درمان را کاهش یا از بین برده است. در از بین بردن شانس خواهان باید نشان دهد که خواننده با رفتار قصورآمیز شانس جبران و دستیابی به نتیجه را کاهش داده یا از بین برده است. در خصوص خطر آسیب در آینده نیز رفتار خلاف خواننده خطر این که زیان در آینده اتفاق خواهد افتاد را ایجاد کرده یا افزایش داده است. مثلاً اگر شخصی بیش از افراد دیگر (گروه خطرناک) در خطر پیشرفت سرطان نباشد اما رفتار خلاف خواننده، آن شخص را در خطر بزرگ‌تر پیشرفت سرطان قرار داده است، آن رفتار خطر آسیب در آینده را بالا برده است<sup>۱۰۹</sup>.

---

107 – Cook, John, Op. Cit, P 112.

108 – Mandell Mark S. and Marcotte Carlin Susan, Op. Cit, P 204.

109 – Ibid, PP 209, 210, 211, 223.

بنابراین با تفکیک بین زیان نهایی و خود فرصت به این نتیجه می‌رسیم که بین فعل عامل و از دست دادن خود فرصت رابطه‌ی سببیت مورد تردید نیست. در مثال فوق دامدار و کشاورز فرصت این را داشته که گوسفندان را درمان کند اما دامپزشک این فرصت را از او گرفته است در نتیجه بین فعل این دامپزشک و وقوع زیان (تلف خود فرصت) رابطه‌ی سببیت محرز است.

در حقوق انگلیس در پرونده‌های قصور پزشکی بحث کمی متفاوت است. از بین بردن شانس در پرندگی قصور پزشکی شامل بیمارانی می‌شود که اگر بر طبق معیار مراقبت رفتار بشود، شانس درمان آسیب یا بیماری را دارند. پزشک قصوری مرتکب شده که شانس درمان بیمار را کاهش داده یا از بین برده است. دادگاه‌ها به جای تعیین ارزش برای شانس و فرصت که قصور پزشک آن را از بین برده، سعی می‌کنند که یک رابطه‌ی سببیتی را که ارتباط میان قصور پزشک و نتایج نامطلوب آن را تحلیل می‌کند، برقرار کنند. (در واقع در پرونده‌های قصور پزشکی شانس را ارزشمند نمی‌دانند بلکه دنبال توجیه از طریق احراز یک رابطه‌ی سببیت هستند<sup>۱۱۰</sup>).

بنابراین آنچه مورد تردید است وجود رابطه‌ی سببیت بین فعل خوانده و وقوع زیان نهایی است. در حقوق انگلیس بر طبق روش سنتی همه یا هیچ (All Or Nothing) دادگاه‌ها جبران خسارت برای آسیب‌های آینده را فقط در صورتی که خطر بالاتر از حد معمولی که در نتیجه‌ی آن زیان اتفاق خواهد افتاد، پذیرفته‌اند. اگر خطر کمتر از حد معمول برای زیان آینده وجود داشته باشد، پس جبران خسارتی نخواهد بود حتی اگر زیان اتفاق بیفتد.

به منظور یافتن سبب دادگاه‌ها نیاز دارند که با قطعیت معقولی یا با احتمال معقولی نشان دهند که آسیب در آینده اتفاق خواهد افتاد. بر طبق معیار احتمال معقول، باید بیش از ۵۰ درصد شانس یا خطر وجود داشته باشد. در پرونده‌ی (Jackson V. Johns Manville Sales Corp) در سال ۱۹۸۶، اعمال معیار احتمال معقول برای جبران خسارت پذیرفته شده بود. در این پرونده کارگری که در کارخانه‌ی خوانده کار می‌کرد دچار سرطان شده بود و برای احتمال افزایش سرطان در آینده مطالبه‌ی خسارت کرده بود. دادگاه رأی داد که احتمال معقول که با ارائه‌ی

---

110 – Ibid, P 214.



مدارک وجود داشت این بود که: «بیش از ۵۰ درصد شانس سرطان وجود داشت». همچنین بر طبق معیار اطمینان معقول، خواهان بار اثباتی سنگین‌تری در فراهم کردن درجه‌ی خطر آسیب آینده که جهت اثبات سببیت بین عمل خلاف و نتایج زیان‌بار که از خطر به وجود می‌آید دارد. دادگاه در دعوی (Redman V. Sooter) توضیح داده بود که اطمینان معقول به این معنی نیست که برخی شرایط در آینده حتماً وجود دارد یا ندارد، بلکه اطمینان معقول به اجمال کلی اندیشه‌های پزشکی به رسمیت شناخته شده و نظر در مورد احتمال بیماری در آینده بر اساس وضع موجود است.<sup>۱۱۱</sup>

در حقوق ایران نیز نمی‌توان به طور قطع گفت که چون رابطه‌ی سببیت محرز نیست پس نمی‌توان عامل را به پرداخت خسارت محکوم کرد. رابطه‌ی سببیت یکی مفهوم قاطع و مشخص ندارد بلکه یک مفهوم عرفی است و عرف است که تشخیص می‌دهد آیا بین فعل عامل و وقوع زیان نهایی رابطه وجود دارد یا نه. از طرف دیگر در بررسی این امر باید همه‌ی عوامل از جمله وضعیت زیان‌دیدگان قبل از دخالت عامل که صور مختلف دارد و تأثیر فعل عامل را در نظر داشت.

### **گفتار دوم – مبانی نظری و توجیه‌کننده‌ی قابل جبران بودن خسارت ناشی از، از دست دادن فرصت**

در گفتار قبل تردیدهایی که در خصوص قابل جبران بودن خسارت ناشی از، از دست دادن فرصت وجود دارد را بیان نمودیم. تردیدها در خصوص وجود رابطه‌ی سببیت و مسلم بودن ضرر بود. در این گفتار سعی خواهیم کرد تا به تردیدها پاسخ دهیم و با ارائه‌ی نظراتی که در این خصوص وجود دارند به برطرف کردن این تردیدها بپردازیم.

### **مبحث اول – توجیه از دست دادن فرصت و مسلم بودن ضرر**

در این مبحث در پی آن هستیم تا نشان دهیم از دست دادن فرصت ضرر محسوب می‌شود. جهت نشان دادن این امر به بیان نظریاتی می‌پردازیم که جهت توجیه ضرر بودن از دست دادن فرصت ارائه شده است. از جمله‌ی این

---

111 – Ibid, P 224 – 226.

نظریات این است که: فرصت فی نفسه ارزشمند است، از دادن فرصت یک زیان معنوی است، قاعده‌ی نجات دریایی، تشابه از دست دادن فرصت با زیان آینده.

### بند اول - فرصت از بین رفته‌ی فی نفسه ارزشمند است

یکی از نظریاتی که جهت توجیه نظریه‌ی از دادن فرصت ارائه شده این است که شانس و فرصت فی‌الذات ارزشمند است اعم از این که به نتیجه برسد یا نه. در این زمینه گفته شده: «نیاز به تلاش برای تحلیل سببیت زمانی که شانس و ریسک را دارای ارزش بدانیم از بین می‌رود. شرایط سببی بیشتری جهت اثبات این امر که عمل خلاف، از دست دادن شانس یا خطر آسیب آینده را ایجاد کرده لازم نیست. برخی دادگاه‌ها پذیرش شانس و خطر را به عنوان عناصر قابل جبران خسارت اعلام کرده بودند. به این ترتیب، این دادگاه‌ها وجود منافع واقعی را به رسمیت شناخته بودند که با رفتار خلاف خوانده به وسیله‌ی از بین بردن یا کاش شانس جبران یا ایجاد یا افزایش خطر آسیب آینده تحت تأثیر قرار گرفته بودند. این منافع نتایج نهایی مانند مرگ، بیماری یا آسیب آینده نیستند، بلکه خود شانس یا ریسک هستند. علاوه بر این، پذیرش ارزشمند بودن شانس و ریسک به عنوان منافع قابل جبران نتایج سخت روش سببیت همه یا هیچ را منعطف می‌کند. خواهانی که نمی‌تواند یک ارتباط سببی کافی بین عمل خلاف و آسیب غیر موجود ثابت کند، نباید برای هر گونه زیان واقعی یا موجود بدون پرداخت خسارت بماند<sup>۱۱۲</sup>». «بسیاری از دادگاه‌ها و دانشمندان حقوقی پیش‌بینی کرده‌اند که موقعی غفلت پزشک شانس درمان بیمار را کاهش می‌دهد یا از بین می‌برد، بیمار متحمل زیان واقعی می‌شود<sup>۱۱۳</sup>».

در جایی دیگر در حمایت از این نظر گفته شده: «یکی از مهم‌ترین دلایل مبنی بر پذیرش از دست دادن شانس جایی است که خواهان نمی‌تواند به طور سنتی ثابت کند که شانس کسب نفع یا دفع ضرر به خودی خود ارزشمند است و به وسیله‌ی قانون حمایت شود. این عقیده که شانس ارزشمند است از این عقیده که حتی یک شانس کمتر

112 – Mandell Mark S. and Marcotte Carlin Susan, Op. Cit, P 230.

113 – Warzsha Chrise M. Op. Cit, P 804 – 805.

از ۵۰ درصد جهت مراقبت از یک بیماری اساسی چیزی ارزشمند است که شخص حاضر است برای آن پول پرداخت کند نشأت می‌گیرد. دادگاه‌ها پذیرفته‌اند این عقیده که شانس ارزشمند است به طور منطقی باید سببی برای اقامه‌ی دعوا به دلیل کاهش شانس همانند از بین بردن کامل آن باشد<sup>۱۱۴</sup>». طبق این نظر نه تنها از دست دادن کامل شانس بلکه کاهش دادن شانس نیز ارزشمند است.

همچنین گفته شده: «اگر شانس کسب نفع از بین برود جبران خسارت باید پذیرفته شود حتی اگر شانس کسب سود غیرقطعی باشد. یکی از استدلال‌هایی که برای پذیرش ارزشمند بودن شانس می‌توان پذیرفت این است که شانس کسب نفع ممکن است ارزش بازاری داشته باشد به گونه‌ای که رأی به جبران خسارت ممکن است مبتنی بر آن باشد. هر فرصت مخاطره‌آمیزی حداقل یک ارزش بازاری دارد که می‌تواند نه تنها به وسیله‌ی این شواهد که خریداران و فروشندگان برای فرصت‌های مشابه آن واقعاً پول پرداخت می‌کنند، ثابت شود. بلکه به وسیله‌ی طرح‌های سخت (دشواری‌های) مبتنی بر آن چه خریداران و فروشندگان برای به دست آوردن چشم‌انداز موضوعات (طرح‌های) مخاطره‌آمیز مشابه پرداخت می‌کنند. ثابت می‌شود.

هر شانس‌ی یک ارزش بازاری دارد که می‌تواند مثلاً با ارائه‌ی شواهدی که خریداران و فروشندگان به طور واقعی برای شانس‌های مشابه حاضرند آن ارزش را پرداخت کنند، ثابت شود<sup>۱۱۵</sup>».

مثالی که در حقوق آمریکا برای ارزشمند بودن شانس وجود دارد این است که در سال ۱۹۱۷، دادگاه استیناف حقوقی آمریکا به مالک یک خوک به جهت از دست دادن شانس برنده شدن در مسابقه‌ی حیوانات اجازه‌ی مطالبه‌ی جبران خسارت داده بود. خواهان ادعا کرده بود که شرکت راه‌آهن خوانده با تخلف انتقال خوک او را به مسابقه به تأخیر انداخته بود، در نتیجه پیروزی در وهله‌ی اول را از دست داده بود. اگرچه خواهان در وهله‌ی دوم جایزه‌ی ۷۵ دلاری را به دست آورده بود، اما جایزه‌ی اصلی که ۳۰۰ دلار بود را از دست داده بود. خواهان ادعا کرده بود که

114 – Heever, Pat Van Den, Op. Cit, P 23.

115 – Schaefer Elmer J., William & Mary, Op. Cit, P 762.

حمل با تأخیر حضور خوک را در وهله‌ی اول تحت تأثیر قرار داده بود و در نتیجه زیان از دست دادن جایزه‌ی مرحله‌ی اول را ایجاد کرده بود. با خواهان موافقت شده بود و هیأت منصفه رأی به ۲۲۵ دلار خسارت برای وی داده بود. رأی داده شد که شانس مسابقه، خودش منفعت قابل جبران است<sup>۱۱۶</sup>.

«بنابراین اگر بپذیریم که نفس «از دست دادن فرصت» ضرر است، وجود احتمال در تحقق و به واقعیت پیوستن آن، اثری در ماهیت امر ندارد. 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 رابطه‌ی سببیت هم وجود دارد، پس از دست دادن فرصت یک ضرر مسلم و مستقیم است و بالفعل هم موجود است و باید جبران شود<sup>۱۱۷</sup>».

#### بند دوم – از دست دادن فرصت یک زیان معنوی است

از دست دادن فرصت به خودی خود و صرفنظر از ضرر متوقع اصولاً یک آسیب روانی و ضرر معنوی است. بر اساس این نظریه وقتی خواهان متوجه می‌شود که فرصت اجتناب از زیان را از دست داده است در واقع دچار یک آسیب روانی می‌شود که سبب این آسیب روانی بی‌تردید خواننده است. بنابراین جبران خسارت از دست دادن فرصت، جبران آن زیان معنوی خواهد بود<sup>۱۱۸</sup>.

در حقوق داخلی نیز برخی بر پذیرش این نظر تا حدودی تمایل و رغبت نشان داده‌اند: «ممکن است محروم ماندن از موقعیتی (مانند شرکت در مسابقه‌ی ورودی دانشگاه) زیان معنوی مسلم به همراه داشته باشد که بایستی، به طور مستقل و قطع نظر از درجه‌ی احتمال موفقیت شرکت کننده، مورد حکم قرار گیرد<sup>۱۱۹</sup>».

---

116 – Mandell Mark S. and Marcotte Carlin Susan, Op. Cit, P 232.

۱۱۷ – Viney G., Op. Cit, P 78 به نقل از کاظمی، محمود، همان، ص ۲۰۱.

118 – Perry. R. Stephen, **Risk Damage and Responsibility**, Published in Owen David G. Philosophical Foundations Of Tort Law, P 339.

۱۱۹ – کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۸۵.

بر طبق این نظریه شخصی که فرصت را از دست داده اعم از این که این فرصت، فرصت کسب نفع مادی یا معنوی باشد یا فرصت اجتناب از زیان مادی یا معنوی موجب ورود زیان معنوی و روحی به وی خواهد شد. مثلاً کسی که یک سال برای شرکت در کنکور مطالعه کرده، کلاس رفته، از تفریحات خود کاسته و به مسافرت نرفته و محدودیت‌هایی را برای خود جهت قبولی ایجاد کرده، حال شخصی فرصت شرکت در جلسه و آزمون را از او بگیرد قطعاً به این داوطلب زیان معنوی و روانی وارد خواهد کرد. از طرف دیگر این نظریه‌ی از دست دادن فرصت را اعم از این که از دست دادن فرصت اجتناب از زیان مادی یا معنوی باشد یا از دست دادن فرصت کسب نفع مادی یا معنوی باشد شامل می‌شود.

### بند سوم – نقض وظیفه‌ی نجات

پرونده‌ی امداد و نجات دریایی زیربنای قانونی برای مفهوم جبران خسارت در از دست دادن فرصت را فراهم آورده است.<sup>۱۲۰</sup> در این پرونده، دادگاه مسئولیت جبران را بر کارفرمای ملوان که با تسامح از تلاش جهت نجات ملوان غرق شده خودداری کرده بود و بدین وسیله تنها شانس نجات برای ملوان غرق شده را از بین برده بود، تحمیل کرد. بر طبق قواعد حقوقی دریایی، اگر یک ملوان در خطر غرق شدن در اقیانوس بود، کارفرمای وی باید هر گونه تلاش معقول و منطقی برای نجات او انجام دهد. اگر کارفرما از این تلاش خودداری کند، وراثت ملوان تنها نیاز است ثابت کنند در صورتی که تلاش برای نجات صورت می‌گرفت، دستیابی به نجات ممکن بود. در این حالت بار اثبات این امر که همه‌ی تلاش‌ها بیهوده بوده بر عهده‌ی کارفرما می‌افتد. اگر کارفرما نتواند این امر را ثابت کند مسئولیت ملوان غرق شده بر او تحمیل می‌شود. منطق این تصمیم این است که ملوان کاملاً در اختیار کارفرما است. قصور به انجام هر گونه تلاش معقولی به طور کامل شانس نجات را از بین می‌برد.

توجیه‌ای که برای انتقال بار اثبات بر عهده‌ی کارفرما وجود دارد این است که کارفرما با قصور جهت نجات نه تنها همه‌ی شانس نجات را از بین برده است، بلکه همه‌ی مدارکی که نشان دهد تلاش برای نجات موفقیت‌آمیز خواهد

120 - Mandell Mark S. and Marcotte Carlin Susan, Op. Cit, P 211 – 212.

بود یا نه را از بین برده است. مفسران به طور کلی توضیح می‌دهند که دکترین نجات دریایی به عنوان یک انعطاف بر معیار اثبات وجود سبب بین قصور به تلاش جهت نجات و غرق شدن می‌دانند. این تعدیل نشان می‌دهد که شانس نجات دارای ارزش است.

بر طبق قاعده‌ی نجات، دادگاه‌ها اهمیت زیادی را برای شانس به وسیله‌ی به رسمیت شناختن اهمیت خود شانس نجات بدون توجه به وسعت یا محدودیتی که آن ممکن است داشته باشد، قائل هستند. شانس نجات به تنهایی چنان اهمیتی دارد که باید قابل جبران باشد همان‌طور که اگر کارفرما به طور مستقیم ملوان را می‌کشت باید جبران خسارت کند.

در حقوق آمریکا<sup>۱۲۱</sup> برخی از دادگاه‌ها قاعده‌ی موجود در نجات دریایی را پذیرش صریح از دست دادن شانس و قابل جبران بودن آن دانسته‌اند. تعهد به نجات در بخش ۳۲۳ طرح پیشنهادی حقوق خطا در آمریکا نیز یافت می‌شود و مقرر می‌دارد: «هر کس تعهد را؟؟؟ یا معوض مبتنی بر خدمت به دیگری می‌کند که برای حفاظت از شخص یا مال او ضروری می‌باشد، مسئول زیان بدنی ناشی از قصور در انجام تعهدش می‌باشد مشروط بر این‌که:

الف) قصور وی در انجام وظیفه، خطر آن زیان را افزایش داده باشد یا؛

ب) آسیب، ناشی از اعتماد دیگران بر آن تعهد بوده باشد».

### بند چهارم – خسارت ناشی از، از دست دادن فرصت همانند زیان آینده است

همر<sup>۱۲۲</sup> ادعا می‌کند که: «قاعده‌ی سنتی بیان می‌دارد هر عنصری از دعوی خواهان باید بر اساس معیار احتمال غالب ثابت شود و جبران تابع قانون همه یا هیچ است مگر در خصوص آسیب آینده. همان‌طور که آینده قطعی نیست، به خواهان برای جبران خسارت ناشی از آسیب‌های احتمالی آینده با توجه به درجه‌ی احتمال، تحقق زیان امکان جبران زیان داده شده است. او می‌گوید که هر جا پیش‌بینی ممکن نیست روش جبران به نسبت باید پذیرفته

121 – Weigand Tory A., Op. Cit, P 7.

122 – Heever, Pat Van Den, Op. Cit, P 19.

شود. با توجه به موضوع میزان آسیب در آینده، باید در بررسی عدم قطعیت درباره‌ی آنچه اتفاق خواهد افتاد و آنچه باید اتفاق بیفتد، این روش (به نسبت) باید به کار برده شود. با توجه به میزان زیان سابق و سببیت، خسارت متناسب باید در خصوص بررسی عدم قطعیت آنچه باید اتفاق بیفتد، مورد بررسی قرار گیرد. در خصوص تفویت فرصت و سببیت نیز طبق معیار بات فور سؤال این است که اگر فعل خوانده نبود چه اتفاقی می‌افتاد، بنابراین در این خصوص نیز باید جبران خسارت احتمالی متناسب مورد استفاده قرار گیرد».

منشأً روش همه یا هیچ در خصوص خطر آسیب آینده (فرصت اجتناب از ضرر) به وسیله‌ی اقدام زیانبار ناشی از، از بین بردن منافع (عدم‌المنفع) در حوزه‌ی قراردادهای یافت شده است. پرونده‌های از بین بردن منافع و ایجاد خطر آسیب در آینده مبتنی بر پیش‌بینی وقوع حادثه‌ی احتمالی است. در پرونده‌های از بین بردن منافع، احتمال آینده، خسارت به منافع است. در پرونده‌های ایجاد خطر آسیب در آینده، احتمال آینده، امکان خسارت است. بنیاد و اساس پذیرش جبران خسارت در از بین بردن منافع قابل اعمال به پرونده‌های ایجاد خطر آسیب در آینده نیز هست<sup>۱۲۳</sup>.

## مبحث دوم – توجیه از دست دادن فرصت و رابطه‌ی سببیت

### بند اول – مفهوم سنتی سببیت

همان‌گونه که گفته شد، در حقوق کامن‌لا برای احراز رابطه‌ی سببیت از معیار بات فور استفاده می‌شود. بدین معنی که در صورتی فعل خوانده سبب تلقی می‌شود که اگر فعل خوانده نمی‌بود، زیان حاصل نمی‌شد. اما پاسخ به این پرسش که آیا فعل خوانده نمی‌بود، زیان حاصل می‌شد یا خیر. همیشه یکسان نیست و ممکن است پاسخ به صورت احتمال باشد. بدین شکل که اگر فعل خوانده نمی‌بود، مثلاً زیان حاصله به احتمال ۸۰ درصد حاصل نمی‌شد یا به احتمال ۳۰ درصد حاصل نمی‌شد. در چنین مواقعی برای احراز رابطه‌ی سببیت از معیار احتمال غالب استفاده

---

123 - Mandell Mark S. and Marcotte Carlin Susan, Op. Cit, P 223 – 224.

می‌شود. بدین معنی که اگر احتمال این که فعل خواننده سبب زیان حاصله باشد بیش از ۵۰ درصد بوده است. فرض آن است که فعل خواننده سبب زیان بوده است و اگر کمتر از ۵۰ درصد باشد فرض آن است که فعل خواننده سبب زیان نبوده است و نتیجه این که این معیار مفید نتیجه‌ی همه یا هیچ است. اگر احتمال بیش از ۵۰ درصد باشد کل خسارت پرداخت می‌شود و اگر احتمال کمتر از آن باشد هیچ خسارتی پرداخت نمی‌شود. در چنین معیاری، با توجه به این که فرصت تفویض شده ممکن است کمتر از ۵۰ درصد باشد، این پرسش مطرح می‌شود که چرا علیرغم این که با اعمال معیار احتمال غالب فعل خواننده سبب خسارت نبوده است، خواننده بایستی مسئول زیان بوده باشد؟ برای پاسخ به پرسش‌های فوق پیشنهادهای متعددی به منظور توجیه این لزوم جبران خسارت ارائه شده است.

### بند دوم – نظریات مبتنی بر انعطاف در معیارهای سببیت

در این جا ما قصد داریم به توجیه رابطه‌ی سببیت در از دست دادن فرصت پردازیم. برای توجیه این رابطه نظریاتی که جهت توجیه این نظریه بیان گردیده را بررسی می‌کنیم، نظریات مختلفی در این زمینه مطرح گردیده و هر یک از حقوق دانان سعی کرده از یک جنبه به موضوع پرداخته و به توجیه آن بکوشد. نظریات مطرح شده به قرار ذیل می‌باشند.

### الف) نظریه‌ی توزیع مسئولیت بر حسب درجه‌ی احتمال

بر طبق این نظر هر کس به نسبت خطر و زبانی که ایجاد کرده مسئول است. مثلاً اگر خواننده ۳۰ درصد شانس و فرصت خواهان را از بین برده باشد یا خطر ایجاد کرده باشد، بر طبق معیار احتمال غالب چون ۷۰ درصد احتمال کسب نفع یا دفع ضرر توسط خواننده از بین نرفته پس خواننده هیچ مسئولیتی ندارد، اما بر طبق این نظر خواننده به اندازه‌ی ۳۰ درصد مسئول پرداخت خسارت است<sup>۱۲۴</sup>. معیار همه یا هیچ، در زمانی که شانس بیمار کمتر از ۵۰ درصد است، هیچ‌گونه بازدارندگی پیش‌بینی نکرده است. متعاقباً در سال‌های اخیر دادگاه‌ها متمایل شده‌اند که به

---

124 – Gereck, David, *Risk Exposure as Injury: Alleviating The Injustic Of Tort Causation Rules*, P 801.



جای معیار همه یا هیچ، قاعده به نسبت از دست دادن شانس که جبران خسارت را زمانی که قربانی شانس درمانش برابر یا کمتر از حد احتمال است، مقرر دارند. این نظریه به طور قطع و بیشتر توسط «Joseph king» اعتبار یافته است. این عقیده بر این مبنا قرار دارد که اگر شانس برابر با حداقل احتمال (۵۰ درصد) یا کمتر از حد احتمال باشد و بگوییم بیمار هیچ خسارتی دریافت نخواهد کرد نامناسب خواهد بود. طرفداران استدلال می‌کنند که موقعی که احتمال سابق درمان کمتر از ۵۰ درصد است، مطابق با قاعده به نسبت از دست دادن شانس، رأی باید به نسبت از بین رفتن احتمال جبران باشد. این قاعده تنها زمانی که احتمال درمان کمتر از ۵۰ درصد است اعمال می‌شود. زمانی که احتمال سابق درمان بیش از ۵۰ درصد است، جبران کامل خسارت پیش‌بینی شده است. بالای ۵۰ درصد شانس درمان خسارت همان‌طور که اگر غفلت سبب خاص مرگ بود، محاسبه می‌شوند و خسارت‌ها همسان با قاعده‌ی همه یا هیچ معین می‌شوند<sup>۱۲۵</sup>.

هنگامی که چند عمل متوالی منجر به وقوع یک حادثه شده از این روش استفاده و حکم به تقسیم خسارت داده‌اند. در قضیه‌ی «Baker V. Willoughby»<sup>۱۲۶</sup> پای خواهان به سبب تقصیر خوانده مجروح شد. مدتی بعد و قبل از شروع دادرسی همان پای او مورد اصابت گلوله‌یک سارق قرار گرفت و نهایتاً قطع شد. دادگاه رأی داد که حق خواهان برای مطالبه‌ی خسارت به آسیب وارد شده توسط سارق محدود نمی‌شود و وی می‌تواند خسارات ناشی از تقصیر خوانده در حادثه‌ی اول را مطالبه نماید. در قضیه‌ی «Jobling V. Associated Dairies Ltd»<sup>۱۲۷</sup> تقصیر خوانده سبب کاهش قدرت شنوایی خواهان شد. سه سال بعد و پیش از شروع دادرسی، خواهان در اثر یک مشاخره که کاملاً بی‌ارتباط با تقصیر خوانده بود، شنوایی خود را به طور کامل از دست داد. دادگاه رأی داد که خوانده فقط به میزانی که به خواهان آسیب رسانده است مسئولیت دارد. بنابراین با توجه به روش فوق تفویت فرصت اگر احتمال

---

125 – Ralph R. Frasca, *Loss Of Chance Rules and The Valuation Of Loss Of Chance Damage*, University of Dayton, 2005, P 13.

126 – Coke, John, Op. Cit, P 119.

127 – Horsey Kirsty and Rackley Erika, Op. Cit, P 245.

کمتر از ۵۰ درصد باشد جبران امکان‌پذیر است. اگر احتمال بالای ۵۰ درصد باشد که همان روش احتمال غالب اعمال می‌شود.

## ب) مشکل بودن اثبات سببیت

بر طبق این نظر اقامت سببیت بر طبق معیار احتمال غالب در برخی حوزه‌ها دشوار و حتی غیرممکن است. بر طبق اصل انصاف، از دست دادن فرصت مبتنی بر بی‌عدالتی ناشی از عدم پرداخت خسارت برای مردمی است که دستشان از اثبات پرونده با یکمدرک برتر کوتاه است. بی‌عدالتی ناشی از عدم محکومیت خوانده به پرداخت خسارت که با بی‌دقتی شانس کسب نتیجه برای فرصتی کمتر از ۵۰ درصد را از بین برده است<sup>۱۲۸</sup>. به همین دلیل دادگاه‌ها به چند دلیل نظریه‌ی از دست دادن فرصت را توسعه داده‌اند. از جمله: دشوار بودن اثبات شرایط مورد نیاز برای سببیت در دعاوی قصور پزشکی، فرار پزشکان از مسئولیت در زمانی که قصور کرده‌اند و یک شانس کمتر از ۵۰ درصد را از بین برده‌اند. با توسعه‌ی این نظریه خواسته‌اند پزشکان نتوانند از معیار متناسب مراقبت برای هر بیمار فرار کنند چون زندگی انسان ارزشمند است و باید از آن حمایت شود<sup>۱۲۹</sup>. مثلاً در قضیه‌ی «Mcghae V. National Coal Board» استدلال شده بود که در اوضاع و احوال خاصی باید جبران خسارت خواهان پذیرفته شود. بیان شده بود که غفلت خوانده باعث شده بود که حقیقت نامعلوم شود و به دلیل عدم توانایی خواهان برای اثبات سببیت، خوانده نباید از مسئولیت فرار کند<sup>۱۳۰</sup>.

بنابراین بر طبق این نظر معیار سنتی سببیت باید منعطف شود. در از دست دادن فرصت امکان ثابت نمودن سببیت از طرف خواهان به دلیل قصور خوانده از بین رفته و به همین دلیل باید دنبال اثبات روش سخت سببیت نباشیم و با انعطاف در معیار سببیت مواردی که شانس از بین رفته کمتر از ۵۰ درصد است نیز قابل جبران بدانیم.

128 – Heever Kirsty and Rackley Erika, Op. Cit, P 245.

129 – McMullen V. Ohio State University Hospital, (2000)88 Ohio st. 330 – 337. 339.725. n. e 2d 1123 – 1117.1122 Cited In, Smith, Patricia & Shandel e. Richard, The Preparation and Trial Of The Medical Malpractice Cases, Law Journal Press, 2006, PP 1 – 27 & [www.Hmepage.Udayton.edu.P6](http://www.Hmepage.Udayton.edu.P6).

130 – Horsey Kirsty and Rackley Erika, Op. Cit, P 230.

### ج) معیار احتمال غالب ناعادلانه و خلاف عدالت است

سیستم حقوق خطاها به طور کلی بر این وضعیت منطبق است که شانس و خطری که ۵۰ درصد یا بیش از ۵۰ درصد احتمال تحقق داشته باشد مورد نظر قرار گیرد. بنابراین در صورتی که شانس کمتر از ۵۰ درصد باشد رد می‌شود. مثلاً اگر رفتار خواننده به گونه‌ای باشد که ۵۱ درصد احتمال زیان وجود داشته باشد، پس می‌توان گفت آن رفتار زیان را ایجاد کرده است و اگر شانس تنها ۴۹ درصد است، پس آن رفتار موجب زیان نشده است. به طور مشابه، اگر ۵۱ درصد خطر این که زیان در آینده اتفاق خواهد افتاد وجود داشته باشد، آسیب و زیان قطعی است. اگر خطر ۴۹ درصد باشد محتمل است که زیان و آسیب اتفاق نخواهد افتاد. این روش را روش همه یا هیچ «All Or Nothing» نامیده‌اند.

بر طبق معیار احتمال غالب، اختلاف ۲ درصدی می‌تواند نتیجه‌ای باور نکردنی به همراه داشته باشد به این نحو که اگر احتمال سببیت ۵۱ درصد باشد حکم به جبران کل خسارت خواهان داده می‌شود اما اگر احتمال سببیت ۴۹ درصد باشد هیچ خسارتی پرداخت نمی‌شود. که این نتیجه می‌تواند ناعادلانه باشد.

فرض کنید کسی ۵۵ درصد شانس داشته و دکتر ۵ درصد شانس او را از بین برده است. اگر قصور پزشک ثابت شود کل خسارت پرداخت می‌شود، حال اگر احتمال و شانس ۴۸ درصد باشد و قصور پزشک آن را به ۲ درصد کاهش داده چون شانس کمتر از ۵۰ درصد بوده خسارتی پرداخت نمی‌شود<sup>۱۳۱</sup>.

### د) معیار احتمال غالب دلبخواهانه و مبتنی بر حدس است

روش احتمال غالب بر این فرض قرار دارد که برای حکم به جبران خسارت توسط خواننده بایستی به احتمال غالب وی سبب حادثه باشد. یعنی بیش از ۵۰ درصد احتمال این که زیان توسط وی صورت گرفته باشد در از دست دادن فرصت، فرصت از بین رفته کمتر از ۵۰ درصد شانس و احتمال است و شک در این است که چون شرط اعمال

131 – Warzcha Chrise M, Op. Cit, P 800.

معیار احتمال غالب وجود ندارد پس قابل جبران نیستند. انتقادی که نسبت به این امر شده این است که بر طبق معیار احتمال غالب، نسبت به تعیین این که چه کسی خسارت بدهد چه کسی ندهد دلبخواهانه عمل می‌شود<sup>۱۳۲</sup>. استدلال شده دو طرف که استدلال برابر مطرح کرده اند اما پرونده به نفع یکی از طرفین (طرفی که معیار احتمال غالب ارائه کرده) قطعی می‌شود. قضاوت همه یا هیچ ترجیح دلبخواهانه‌ی یک طرف دعوا بر طرف دیگر است. در پرونده‌هایی که سبب نامشخص است، قاعده‌ی همه یا هیچ ترجیح دلبخواهانه برای طرفی است که توانسته به شیوه‌ی سنتی عمل کند<sup>۱۳۳</sup>. همچنین گفته شده اصل برابری در مقابل قانون است. تا جایی که ممکن است باید به وسیله‌ی قانون بدون تبعیض رفتار شود. تحمیل بار اثبات بر یک طرف یک نوع طرفداری است. چرا یک طرف باید بدون هیچ دلیل اساسی خطر سستی قضایی را تحمل کند. اگر خواهان و خوانده حقیقت را احتمالاً به طور برابر تفسیر کنند چه بهانه‌ای برای رأی به یک طرف وجود دارد؟ حالت بن‌بستی که سؤال بدون جواب است. جایی که هیچ جانشین منطقی پیشنهاد نشده، قضاوت همه یا هیچ آشکارا ترجیح دلبخواهانه‌ی یک طرف بر طرف دیگر دعوا است<sup>۱۳۴</sup>. بنابراین طبق این نظر در معیار احتمال غالب هم سبب قطعی نیست. این که ۵۱ درصد احتمال سبب قطعی باشد و ۴۹ درصد سبب نباشد نشان دهنده‌ی دلبخواهانه بودن است.

## سایر نظریات

### بند اول – از دست دادن فرصت یک خطای مستقل است

بر طبق این نظر از دست دادن فرصت دیگری اعم از این که فرصت کسب نفع باشد یا فرصت اجتناب از زیان به خودی خود یک خطای مستقل محسوب می‌شود. علت این نظر این است که چون در حقوق کامن‌لا یک قاعده‌ی عام مسئولیت مدنی وجود ندارد و قواعد مسئولیت مدنی در این نظام حقوقی مبتنی بر خطا است، در نتیجه از دست دادن فرصت دیگری به خودی خود یک خطای مستقل محسوب می‌شود و خواننده را به پرداخت خسارت

132 – Ibid.

133 – Gereck, David, Op. Cit, P 806.

134 – Shmueli Bebjamin & Sinai Yuval, **Liability Under Uncertain Causation? Four Talmudic Answers To a Contemporary Tort Dilemma**, 2006 – 2007, PP 487 – 488.

مجبور می‌نماید. زیان اصلی اغلب خود را به صورت زیان بدنی یا خسارت به مال آشکار می‌کند اما ایجاد خطر آسیب آینده با این نوع زیان‌ها قابل مقایسه نیستند، ایجاد خطر واقعاً زیان هستند. شرط عدالت صحیح این است که همه‌ی خسارت‌ها بر طبق سیستم شبه‌جرم قابل جبران باشند که شامل زیان‌های موجود، ریسک موجود برای نتیجه‌ی نهایی، نتیجه‌ی نهایی. در ادامه گفته شده خود شانس یا خطر نتیجه‌ی نهایی، زیانی موجود و آسیبی آشکار است<sup>۱۳۵</sup>. برخی دیگر گفته‌اند: از دست دادن فرصت یک آسیب حقیقی و واقعی است و برای این که آن را قابل جبران بدانیم لازم نیست که معیارهای سببیت منعطف شود<sup>۱۳۶</sup>.

ویگاندر در این زمینه اظهار می‌دارد: دادگاه‌ها هر یک به نحوی رأی به جبران خسارت داده‌اند مثلاً جبران کامل زیان یا جبران به نسبت بر طبق این روش‌ها هر یک از زیان نهایی یا از دست دادن فرصت، آسیبی قابل جبران هستند<sup>۱۳۷</sup>. یا گفته شده از بین بردن شانس فی‌نفسه یک آسیب قابل جبران است<sup>۱۳۸</sup>.

### بند دوم – از دست دادن فرصت نقض حقوق اساسی اشخاص است

بر طبق این نظر از بین بردن شانس نقض حقوق اساسی اشخاص است. جانسن بیان می‌دارد که عقیده‌ی از دست دادن شانس یک امر محسوس به مفهوم اساسی است. در واقع مبتنی بر تفکیک زبان‌شناسانه بین شانس (کسب نفع یا دفع ضرر) و نتیجه‌ی (سود یا زیان) است. در واقع شانس اجتناب از ضرر نهایی یا کسب سود یک حق اساسی از حقوق شخصی است. قاعده‌ی لزوم جبران تفویض فرصت بایستی بر نظریه‌های مرتبط با آیین دادرسی و استانداردهای اثبات سببیت ترجیح داده شود. بنابراین بر طبق این نظر از دست دادن فرصت اعم از این که فرصت کسب نفع باشد یا فرصت اجتناب از ضرر فی‌نفسه و ذاتاً نقض یک حق شخصی محسوب می‌شود و این نقض حق بایستی جبران شود<sup>۱۳۹</sup>.

135 – Mandell Mark S. and Marcotte Carlin Susan, Op. Cit, PP 206, 209.

136 – Heever, Pat Van Den, Op. Cit, P 19.

137 – Weigand Tory A., Op. Cit, P 24.

138 – Warzecha Chrise M, Op. Cit, P 805.

139 – Heever, Pat Van Den, Op. Cit, P 18.

## بند سوم - جبران از دست دادن فرصت در مقایسه با معیار احتمال غالب از بازدارندگی بیشتری برخوردار است

یکی از هدف‌های مسئولیت مدنی بازدارندگی و کاهش دادن بی‌مبالاتی و افزایش مواظبت به منظور کاهش خسارت و زیان، می‌باشد<sup>۱۴۰</sup>. بر طبق این نظریه یکی از استدلال‌های از دست دادن فرصت مبتنی بر هدف بازدارندگی حقوق مسئولیت مدنی است<sup>۱۴۱</sup>. در واقع ناشی از ایراد و انتقاد از بازدارندگی ناکافی و نامتناسب اعمال معیار احتمال غالب در سببیت است<sup>۱۴۲</sup>. از بین بردن شانس بر مبنای بازدارندگی پذیرفته شده است. دانشمندان استدلال می‌کنند که با قابل جبران بودن شانس بازدارندگی بهتر صورت می‌گیرد. بر طبق نظر این دانشمندان قاعده‌ی همه یا هیچ خشن و غیردقیق است زیرا بر طبق این قاعده مجرمی که ۵۱ درصد خطر آسیب برای خواهان ایجاد کرده است ۱۰۰ درصد خسارت باید به خواهان پرداخت کند در حالی که مجرمی که ۴۹ درصد خطر ایجاد کرده چیزی پرداخت نمی‌کند. سناریوی بالا به ترتیب بالا بودن بازدارندگی و پایین بودن بازدارندگی را نمایان می‌سازد. در حالی که معیار از بین بردن شانس دقیق‌تر و منصفانه‌تر است. یعنی اهداف مسئولیت مدنی را بهتر محقق می‌کند<sup>۱۴۳</sup>.

## بند چهارم - تفکیک قائل شدن بین سببیت و محاسبه‌ی زیان

یکی از نظریات مطرح شده این است که باید بین سببیت و محاسبه کردن زیان تفکیک قائل شویم. بر طبق این نظر در خصوص سببیت باید بر طبق معیارهای سببیت سنتی عمل کرد. یعنی در خصوص سبب بر طبق معیار همه یا هیچ عمل شود. اما در خصوص محاسبه کردن خسارت باید از روش درصدی استفاده کرد<sup>۱۴۴</sup>. این نظریه در پرونده‌ی «Allied Maples V. Simmons & Simmons» مطرح شده بود. طبق این پرونده تمایز سبب از محاسبه‌ی خسارت مهم دانسته شده بود. در خصوص سبب معیار احتمال غالب اعمال می‌شود که لازم است یک

140 – Kirsty Horsey and Erika Rackley, Op. Cit, P 16.

141 – Gerecke David, Op. Cit, P 808.

142 – Shmueli Benjamin & Sinai Yuval, Op. Cit, PP 458 – 460.

143 – Heaver Pat Van Den, Op. Cit, P 26.

144 – Berry QC, Simon, **Quantifying The Value Of A Lost Chance**, Sitting as a Deputy High Court Judge in *Abbey National Plc V Gouldman*, 2002, P 2.

ارتباط بین عمل خلاف و زیان ثابت شود. در حالی که محاسبه‌ی خسارت بستگی به حوادث غیرقطعی آینده دارد که در طبق معیار احتمال غالب معین نمی‌شود، بلکه بر اساس ارزیابی دادگاه‌ها از شانس یا خطر محقق شدن نتیجه صورت می‌گیرد<sup>۱۴۵</sup>.

### بند پنجم - نقض استقلال زیان دیده در تصمیم‌گیری

وقتی خواننده باعث شود که خواهان به زیان خودش عمل نماید و به تعهد یا ادعای خواننده اعتماد کند، در واقع وی را از تعقیب روند مطلوب محروم نموده است و استقلال وی در تصمیم‌گیری را متأثر ساخته است. در این‌جا دعوای مسئولیت مدنی با عنوان از دست دادن فرصت پیگیری روند مطلوب تحت عنوان از دست دادن فرصت دفع ضرر یا کسب نفع می‌تواند مطرح شود. از دست دادن فرصت باید یک خسارت قابل ارزیابی به حساب بیاید. تئوری نقض استقلال در تصمیم‌گیری بر یک سطح وسیعی می‌تواند اعمال شود. مثلاً در خصوص اظهارات نادرست، غفلت پزشکی «تقصیر پزشکی مبتنی بر رضایت بیمار»، مسئولیت ناشی از تولید کالای خطرناک، می‌شود. یکی از جنبه‌های سخت نظریه این است که اعتماد زیانبار وجود داشته باشد. زیان شامل از دست دادن شانس پیگیری جریان دعوایی است که به طور معقول کاهش خطر زیان اقتصادی یا آسیب بدنی را به دنبال دارد<sup>۱۴۶</sup>. مثلاً گفته شده رابطه‌ی مبتنی بر رضایت بین پزشک و بیمار مستلزم تعهد از ناحیه‌ی پزشک و اعتماد از جانب بیمار است. اگر پزشک قصور کند و شانس بهبودی از بین برود، نقض چنین تعهدی است. همچنین نقشه‌بردارانی که مسئول قیمت‌گذاری یک خانه برای رهن هستند را می‌توان در قبال خریدار مسئول دانست (حتی اگر هدف اولیه‌ی قیمت‌گذاری صرفاً قادر ساختن رهن به تصمیم‌گیری در رابطه با به رهن گذاشتن خانه‌اش برای اخذ وام باشد). در واقع مأمورین قیمت‌گذاری به جهت ارائه‌ی خدمت خود مبنی بر تعیین ارزش مال مرهونه مزد دریافت می‌کنند و

145 – Heaver Pat Van Den, Op. Cit, P 11.

146 – Heaver Pat Van Den, Op. Cit, P 25.

باید نسبت به این امر آگاه باشند که در رابطه با خرید یک خانه‌ی خاص، اکثریت خریداران در مقام عمل روی گزارش آن‌ها در مورد قیمت خانه تکیه می‌کنند و استطاعت و توانایی اخذ یک قیمت‌گذاری جداگانه را ندارند<sup>۱۴۷</sup>.

### **بخش دوم – مسئولیت مدنی از دست دادن فرصت، شرایط و روش‌های جبران خسارت**

در این بخش وضعیت حقوقی و جایگاه از دست رفتن فرصت از هر دو جنبه‌ی فرصت کسب نفع و فرصت اجتناب از ضرر را در قوانین و مقررات داخلی ابتدا بر اساس قواعد عام و سپس به صورت مصداقی و موردی بررسی می‌کنیم. هر چند این نظریه به طور مدون و واضح در قوانین و مقررات داخلی ایران نیامده است اما موارد و مصادیقی در حقوق داخلی وجود ندارد که به نظر برسد می‌توانند مصداق این نظریه باشند. پس از این بحث در حقوق تطبیقی که سابقه‌ی این نظریه بیشتر است به بررسی و تدقیق می‌پردازیم. تاکنون پذیرفتیم که از دست دادن فرصت ضرر است و حال به دنبال آن هستیم که ببینیم این ضرر و زیان برای این که جبران شوند چه شرایطی باید داشته باشند. در بررسی شرایط این امر مدنظر قرار می‌گیرد که آیا بر طبق شرایط عام این‌گونه ضررها قابل جبران هستند؟ اگر بر طبق شرایط عام قابلیت جبران را دارند چه شرایط خاصی برای جبران لازم است؟ پس از بررسی شرایط آن چه ملاک و مهم است این امر است که اگر ضرری وجود دارد و شرایط جبران را دارند چگونه و با چه روش‌هایی این ضررها باید جبران شوند. نحوه‌ی جبران خسارت در این نظریه یکی از مهم‌ترین مباحث در این خصوص است.

### **فصل اول – مسئولیت مدنی از دست دادن فرصت در حقوق داخلی و حقوق تطبیقی**

در این فصل ابتدا به بررسی از دست دادن فرصت در حقوق داخلی پرداخته می‌شود. با توجه به این که از دست دادن فرصت گاهی به معنای فرصت کسب نفع است و گاهی به معنای فرصت اجتناب از ضرر در نتیجه با توجه به همین تفکیک در گفتار اول ابتدا به بررسی حقوق داخلی بر اساس قواعد عام می‌پردازیم. فرصت کسب نفع گاهی به معنای نفع نهایی است و گاهی به معنای خود شانس و فرصت است.

---

147 – Horsey Kirsty and Rackley Erika, Op. Cit, P 189.



در این جا با توجه به این تفکیک ابتدا به بررسی عدم‌النفع و قابل جبران بودن یا نبودن آن می‌پردازیم و سپس به بررسی مفهوم آن به عنوان خود شانس و فرصت پرداخته می‌شود. خود شانس و فرصت می‌تواند مصداق یک زیان مادی قرار گیرد یا زیان معنوی. در بند دوم از گفتار اول موارد خاصی که می‌توانند در حقوق داخلی مصداق نظریه‌ی از دست دادن فرصت باشند بررسی می‌کنیم. مواردی مانند اجرت‌المثل در صورت فسخ مضاربه، ماده‌ی ۶ ق.م.م و ماده‌ی ۵۶۵ ق.م احکام مزارعه، فرصت اجتناب از ضرر نیز می‌تواند به مفهوم نفع نهایی یا خود فرصت باشد. در بررسی آن به عنوان نفع نهایی به مفهوم سبب و نظریاتی که در این خصوص وجود دارد اشاره می‌کنیم و سپس به فرصت اجتناب از ضرر به مفهوم خود شانس می‌پردازیم. در پایان فصل و در گفتار دوم موقعیت از دست دادن فرصت در حقوق انگلستان را بیان می‌کنیم و در ادامه اشاره‌ای گذرا به حقوق فرانسه و آمریکا نیز خواهیم داشت.

### **گفتار اول – مسئولیت مدنی از دست دادن فرصت در حقوق داخلی**

در حقوق موضوعه ایران نص خاصی که در خصوص از دست دادن فرصت باشد وجود ندارد. رویه‌ی قضایی نیز تاکنون در این خصوص اظهارنظر نکرده و موضع خاصی در خصوص این موضوع از خود نشان نداده است. اما در بین حقوق‌دانان و مفسران داخلی پاره‌ای از نویسندگان به این نظریه به طور مختصر در نوشته‌های خود پرداخته‌اند و سعی کرده‌اند به معرفی آن بپردازند.

### **مبحث اول – مسئولیت مدنی از دست دادن فرصت کسب نفع**

در مبحث اول سؤال این است که آیا از دست دادن فرصت کسب نفع در حقوق ایران قابلیت جبران را دارد؟ برای یافتن پاسخ فوق، سعی نمودیم ابتدا از دست دادن فرصت کسب نفع را بر اساس قواعد و مقررات عام مسئولیت که در حقوق ایران وجود دارد، بررسی کنیم و نشان دهیم که آیا بر اساس این قواعد عام قابلیت جبران دارد یا نه؟ سپس تلاش نمودیم به بررسی مورد یا موارد خاصی که در حقوق داخلی وجود دارد و می‌تواند مصداق از دست دادن فرصت کسب نفع قرار گیرد بپردازیم.

## بند اول - مسئولیت مدنی از دست دادن فرصت کسب نفع در حقوق ایران بر اساس قواعد عام

از دست دادن فرصت گاهی به معنای از بین بردن نفع و نتیجه‌ی نهایی است که از فرصت می‌توان کسب کرد و گاهی به معنای خود شانس و فرصت است که بدون توجه به نتیجه‌ی نهایی مدنظر قرار می‌گیرد. بنابراین با توجه به تفکیک فوق هر یک را جداگانه بررسی می‌کنیم.

### الف) از دست دادن فرصت به معنی از بین بردن نفع نهایی

از دست دادن فرصت به مفهوم نفع نهایی شباهت به عدم‌النفع دارد. در عدم‌النفع نفع نهایی حاصل نشده و محقق نگردیده است. در این جا نیز هنوز نفعی محقق نشده و فرصت تحقق نیز از بین رفته است. یکی از مباحث مورد بحث بین حقوق دانان و مطرح در دادگستری بحث عدم‌النفع است. حقوق دانان و قضات در خصوص قابلیت جبران آن نظر واحد ندارند و این امر مورد تردید است. بنابراین در این جا به دنبال آن هستیم که ببینیم عدم‌النفع قابلیت جبران دارد یا خیر. ابتدا به بررسی انواع عدم‌النفع و سپس به بررسی مواضع قوانین موضوعه نسبت به عدم‌النفع می‌پردازیم.

## ۱. انواع عدم‌النفع

### ۱-۱. عدم‌النفع از لحاظ موضوع

از لحاظ موضوع عدم‌النفع را به عدم‌النفع محقق و عدم‌النفع محتمل تقسیم نموده‌اند. «عدم‌النفع محقق عبارت است از: فوت شدن منفعتی که هر گاه، فعل معین موجود نمی‌شد، محققاً آن منفعت به متضرر می‌رسید و فعل مزبور سبب منحصر نرسیدن منفعت شده است. مثلاً چنان که کسی در خیابان در جلوی گاراژی جوی عمیقی بکند و مانع از خروج اتومبیل کرایه‌ای شود، این شخص مانع رسیدن منفعتی شده است که اتومبیل از کار کردن به

دست می‌آورد. و همچنین هر گاه، کسی کارگری را بازداشت نماید و او را از کار روزانه باز دارد، مانع رسیدن مزد یعنی منفعت محقق شده است<sup>۱۴۸</sup>».

«عدم‌النفع محتمل عبارت است از: فوت شدن منفعتی که هر گاه فعل معین، موجود نمی‌شد احتمال داشت که عاید طرف گردد. مثل این که توزیع کننده‌ی روزنامه، روزنامه‌ای را که در آن اعلان مزایده‌ی ملکی درج شده است، به مشترک آن روزنامه نمی‌رساند و او در مزایده شرکت نمی‌کند. مشترک پس از اطلاع بر این امر علیه توزیع کننده، اقامه‌ی دعوی می‌نماید و خسارات وارده‌ی خود را از وی می‌خواهد، بدین تقریب که هر گاه روزنامه را توزیع کننده به او می‌رسانید، او در مزایده‌ای که وزارت دارایی اعلان نموده، شرکت می‌کرد و برنده شناخته می‌شد و از آن مبلغی استفاده می‌نمود و چون روزنامه را توزیع کننده، نرسانده باید خسارت وارده را به مشترک بپردازد<sup>۱۴۹</sup>».

## ۱-۲. عدم‌النفع از لحاظ منشاء

عدم‌النفع را از لحاظ منشاء به چند دسته تقسیم نموده‌اند: ۱- عدم‌النفع ناشی از تأخیر یا عدم انجام تعهد حاصل از قرارداد؛ ۲- عدم‌النفع ناشی از ورود لطمه به تمامیت جسمی (ایراد صدمه - توقیف غیرقانونی)؛ ۳- عدم‌النفع ناشی از تجاوزات مالی.

در حالت اول شخصی تعهدی بر عهده داشته که باید ظرف مدت معینی انجام دهد اما از انجام آن خودداری می‌کند یا با تأخیر و خارج از ظرف زمان تعیین شده انجام می‌دهد و نتیجه این می‌شود که متعهد باعث می‌گردد منفعتی که از انجام کار در موعد مقرر می‌توانست برای متعهدله به دست آید ممانعت می‌کند.

در حالت دوم، مثلاً شخصی با اقدام خود دست دیگری را که روزانه کار یدی می‌کرده و منفعتی را به دست می‌آورد می‌شکند و باعث می‌شود وی از منفعتی که هر روز به دست می‌آورد برای مدتی محروم شود.

---

۱۴۸- امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، چاپ هجدهم، ج اول، ۱۳۷۶، ص ۴۰۷.

۱۴۹- همان، ص ۴۰۵.

در حالت سوم می‌توان به ماده‌ی ۳۲۰ ق.م.استناد کرد در این ماده مقرر شده «نسبت به منافع مال مغضوب هر یک از غاصبین به اندازه‌ی منافع زمان تصرف خود و مابعد خود ضامن است اگرچه استیفا منفعت نکرده باشد...». بنابراین غاصبی که مالی را غصب می‌کند و از آن استفاده نمی‌کند و باعث می‌شود که مالک از منافع مالش در مدت غصب محروم شود، نوعی عدم‌النفع است.

## ۲. موضع قوانین موضوعه نسبت به عدم‌النفع

در قانون جدید آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ در تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۵۱۵ آمده است: «خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست». در قسمت آخر ماده‌ی ۲۶۷ همان قانون نیز آمده است: «ضرر و زیان ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست».

نویسندگان و علمای حقوقی در خصوص قابل جبران بودن یا نبودن عدم‌النفع نیز نظر واحد ندارند.

۱- یکی از نظریاتی که در این خصوص مطرح شده این است که عدم‌النفع در امور مدنی طبق تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۵۱۵ قابل مطالبه نیست اما در امور کیفری طبق بند ۲ ماده‌ی ۹ ق.آ.د.ک قابل مطالبه است. یعنی ق.آ.د.م حکم عام در خصوص غیر قابل مطالبه بودن عدم‌النفع را بیان می‌دارد و ق.آ.د.ک مخصوص آن است<sup>۱۵۰</sup>. اشکال وارد بر این نظر این است که از لحاظ حقوقی تفکیک بین ضرر و زیان ناشی از جرم کیفری و ضرر و زیان ناشی از جرم مدنی غیرمنطقی است، زیرا ضرر و زیان و مسئولیت مدنی ناشی از جرم کیفری نیز جنبه‌ی مدنی دارد و ماهیت این دو نوع ضرر یکسان است، هر چند که قانون‌گذار برای تسهیل کار زیان‌دیده به او اختیار داده است که دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم را در دادگاه کیفری مطرح کند<sup>۱۵۱</sup>.

۱۵۰- ره پیک، سیامک، خسارت عدم‌النفع - نظریات و مقررات، فصل‌نامه‌ی دیدگاه‌های حقوقی دانشکده‌ی علوم قضایی و خدمات اداری، شماره‌ی ۱۹ و ۲۰، ۱۳۷۹، ص ۳۵.

۱۵۱- صفایی، سیدحسین؛ رحیمی، حبیب‌الله، همان، ص ۱۲۶-۱۲۵.

۲- یکی از استادان حقوق، بین عدم‌النفع به معنای خاص و منافع ممکن‌الحصول تفکیک قائل می‌شود. از نظر ایشان «محروم ماندن از نفع ناشی از مال معین مانند خودداری موجر از تسلیم مورد اجاره به مستأجر در مدت اجاره، محروم ماندن از نفع ناشی از شخص معین مثل کار کردن اجیر خاص در مدت اجاره برای ثالث به طوری که قابل جمع با انجام کار مورد اجاره نباشد، منافع ممکن‌الحصول است، و همچنین محروم ماندن از نفع ناشی از عمل مورد تعهد مثل این‌که شخصی در برابر مالک رستورانی متعهد شده که ظرف مدت معین مواد اولیه‌ی لازم برای تهیه‌ی غذای مراجعین را در اختیار قرار دهد و به علت تخلف از انجام تعهد رستوران قادر به پذیرش مشتری نباشد و از سود آن‌ها محروم شود. عدم‌النفع به معنای خاص است. در پایان نتیجه‌ای که می‌گیرد این است که منظور از تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۵۱۵ عدم‌النفع به معنای خاص است<sup>۱۵۲</sup>». باید توجه کرد که عدم‌النفع به معنای خاص تنها مربوط به جایی که متعهد به تعهد خود عمل نمی‌کند، نمی‌باشد بلکه این نوع عدم‌النفع می‌تواند در موارد خارج از قرارداد نیز محقق شود. مثلاً شخصی، دیگری را که یک فرد تاجر است زندانی می‌کند و در زمانی که تاجر در زندان است قیمت کالاها بالا می‌رود و بعد از دو روز که وی را آزاد می‌کند قیمت‌ها به حالت کمتر از قیمت اولیه بازگشته و در نتیجه تاجر از سودی که در نتیجه‌ی افزایش قیمت می‌توانست کسب کند محروم می‌شود.

۳- یکی از نویسندگان در تفسیر ماده‌ی ۵۱۵ بیان می‌دارد: «آن‌چه در تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۵۱۵ غیرقابل مطالبه اعلام شده خود عدم‌النفع نیست بلکه خسارت ناشی از عدم‌النفع است و تفاوت است بین عدم‌النفع و ضرر و زیان ناشی از آن<sup>۱۵۳</sup>». بر طبق این نظر خود عدم‌النفع قابل مطالبه است اما خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست. در انتقاد از این نظر گفته شده: «اولاً خلاف ظاهر ماده است، ثانیاً دلیلی وجود ندارد که منع خسارت از خسارت منحصر به عدم‌النفع باشد، ثالثاً این نظر مبنایی در فقه ندارد<sup>۱۵۴</sup>».

۱۵۲- شهیدی، مهدی، آثار قراردادهای و تعهدات، همان، شماره‌ی ۵۱ و ۱۳۵ و ۱۳۶، ص ۶۹ و ۷۰ و ۲۵۹-۲۵۶.

۱۵۳- مهاجری، علی، ق.آ.د.م در نظم حقوق کنونی، انتشارات فکرسازان، چاپ دوم، ۱۳۹۱، ص ۶۸۵.

۱۵۴- صفایی، سیدحسین، رحیمی، حبیب‌الله، همان، ص ۱۲۵.

۴- نظر دیگری که در خصوص تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۵۱۵ بیان شده است این است که بین دو حالت تفکیک کرده‌اند: «اولاً اگر عدم‌النفع به واسطه‌ی غضب باشد، دوماً اگر عدم‌النفع به واسطه‌ی منع مالک از استیفاء منافع مالش باشد. در حالت اول غاصب علاوه بر این که ضامن‌عین است ضامن منافع (اعم از مستوفات و غیر مستوفات) نیز می‌باشد. در حالت دوم، طبق این تبصره عدم‌النفع قابل مطالبه نیست»<sup>۱۵۵</sup>.

۵- یکی دیگر از نظریات که در این خصوص بیان شده تفکیک بین عدم‌النفع محقق‌الحصول (مسلم) و عدم‌النفع محتمل‌الحصول (احتمالی) است. یکی از اساتید قبل از تصویب تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۵۱۵ ق.آ.د.م به استناد حدیث «لاضرر و لا ضرار» بیان داشته بود که از دست دادن منفعت مسلم خسارت محسوب و عامل آن باید خسارت پرداخت کند<sup>۱۵۶</sup>. در تأیید این نظر گفته‌اند: «منظور قانون‌گذار، خسارت محتمل‌الحصول است و نه محقق‌الحصول» و در تأیید نظر خود به «قواعدی مانند: لاضرر، اتلاف و تسبیب و بنای عقلا استناد کرده‌اند»<sup>۱۵۷</sup>. یکی دیگر از اساتید جهت تأیید نظر فوق اظهار می‌دارد که این نظر با اصول حقوقی و مبانی فقهی سازگار است و ماده‌ی ۹ ق.آ.د.ک نیز عدم‌النفع مسلم است. در نتیجه تعارضی بین ق.آ.د.م و ق.آ.د.ک از نظر ایشان وجود ندارد<sup>۱۵۸</sup>.

در حقوق موضوعه نیز می‌توان به موارد متعددی اشاره کرد که عدم‌النفع مسلم پذیرفته شده است. ماده‌ی ۳۷ قانون تسریع محاکمات مصوب ۱۳۰۹ بدون این که به طور صریح نامی از عدم‌النفع ببرد، از خسارت ناشی از تنزل قیمت که از مصادیق بارز عدم‌النفع است نام می‌برد و بیان می‌دارد: «در دعاوی که موضوع آن استرداد عین بوده و مدعی مطالبه‌ی اجرت‌المثل و یا خسارت ناشی از تنزل قیمت نماید، و همچنین در موردی که موضوع وجه نقد نیست، محکمه میزان خسارت را پس از محاکمه معین می‌نماید». در این ماده به طور ضمنی عدم‌النفع ولو به طور

---

۱۵۵- شکاری، روشنعلی، نقد و بررسی تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی (عدم‌النفع)، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره‌ی ۵۲، تیرماه ۱۳۸۰، ص ۹۳ به بعد.

۱۵۶- امامی، سیدحسن، همان، ص ۲۴۵.

۱۵۷- اصغری، آق‌مشهدی، فخرالدین، خسارت عدم‌النفع در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰، نامه‌ی مفید، شماره‌ی بیست‌ونهم، بهار ۱۳۸۱، ص ۸۸.

۱۵۸- صفایی، سیدحسین؛ رحیمی، حبیب‌الله، همان، ص ۱۲۷-۱۲۶.

جزئی و یکی از مصادیق آن، خسارت تلقی گردیده است<sup>۱۵۹</sup>. در ماده‌ی ۴۹ ثبت علائم و اختراعات مصوب ۱۳۱۰ عدم‌النفع ضرر تلقی شده و چنین بیان شده است: «در مورد خساراتی که خواه از مجرای حقوقی و خواه از مجرای جزایی در دعوی مربوط به اختراعات و علائم تجاری مطالبه می‌شود خسارات شامل ضررهای وارده و منافی خواهد بود که طرف از آن محروم شده است». ماده‌ی ۲۴ قانون راجع به کارشناسان رسمی مصوب ۱۳۱۷ نیز ضرر و زیان وارد بر شهود و کارشناسان از حیث شغل و کار آن‌ها به علت حضور در دادگاه و ضرر تضييع وقت کارشناس را قابل مطالبه دانسته است. همچنین ماده‌ی ۱۶۰ ق.آ.د.ک نیز این امر را بیان می‌دارد. ماده‌ی ۳۳ لایحه‌ی اصلاحی ق.ت. مصوب ۱۳۴۷ نیز ضرر را «اعم از ورود خسارت یا تفویت منفعت» می‌داند. در ماده‌ی ۱۸ قانون کار نیز مقرر می‌دارد: «چنانچه توقیف کارگر به سبب شکایت کارفرما باشد و این توقیف در مراجع حل اختلاف منتهی به حکم محومیت نگردد، مدت آن جزء سابقه‌ی خدمت کارگر محسوب می‌شود و کارفرما مکلف است علاوه بر جبران ضرر و زیان وارده که مطابق حکم دادگاه به کارگر می‌پردازد، مزد و مزایای وی را نیز پرداخت نماید». در ماده‌ی ۲۹ همین قانون نیز آمده است: «در صورتی که به تشخیص هیأت حل اختلاف، کارفرما موجب تعلیق قرارداد از ناحیه‌ی کارگر شناخته شود، کارگر استحقاق دریافت خسارت ناشی از تعلیق را خواهد داشت و کارفرما مکلف است کارگر تعلیقی از کار را به کار سابق وی بازگرداند».

«اصل جواز مطالبه‌ی خسارت محرومیت از منافع (عدم‌النفع) در دعوی تخلف از عقد در کشورهای کامن‌لا، همچون استرالیا، کانادا، انگلستان، ایالات متحده‌ی آمریکا امری مسلم و مفروغ‌عنه است. در این نظام‌های حقوقی، عدم‌النفع معمولاً به عنوان خسارات خاص یا خسارات تبعی انگاشته می‌شود<sup>۱۶۰</sup>. در کشورهای پیرو نظام حقوقی نوشته نیز هدف از دادن خسارت، جبران تمام و کمال زیان‌هایی است که خواهان در اثر نقض قرارداد از سوی خوانده متحمل شده است. از این‌رو، قوانین مدنی بسیاری از کشورهای عضو خانواده حقوق نوشته، هم جبران خسارات واقعی را

۱۵۹- پورامینی، محمدحسین، بررسی عدم‌النفع در فقه و حقوق موضوعه، ماهنامه‌ی دادرسی، شماره‌ی ۴۷، سال هشتم، آذر و دی ۱۳۸۳، ص ۹۵.

۱۶۰- گوتاندا، جان یوکیو، مطالبه‌ی خسارت محرومیت از منافع (عدم‌النفع) در دعاوی بین‌المللی، ترجمه‌ی بناء نیاسری، ماشالله، ویژه‌نامه‌ی مجله‌ی حقوقی بین‌المللی، زمستان ۱۳۸۹، ص ۲۱۱.

مورد حکم قرار می‌دهند و هم جبران سودی را که خواهان در نتیجه‌ی پیمان‌شکنی از تحصیل آن محروم شده است. به عنوان نمونه، ماده‌ی ۱۱۴۹ قانون مدنی فرانسه، قوانین مدنی کشورهای آلمان، ایتالیا، ژاپن، اسپانیا نیز به همین سان، مطالبه‌ی خسارات عدم‌النفع را در دعاوی تخلف از قرارداد روا می‌شمارند<sup>۱۶۱</sup>».

### ب) از دست دادن فرصت به معنی از دست دادن خود فرصت

در این جا به دنبال آن هستیم تا ببینیم آیا از بین بردن خود شانس و فرصت بدون توجه به نفع نهایی بر اساس قواعد مسئولیت مدنی قابلیت جبران دارد یا نه؟ باید توجه کرد که مسئولیت مدنی زمانی ایجاد می‌شود که ضرری به بار آید و ضرر نیز به طور کلی به ضرر مادی یا معنوی تقسیم کرده‌اند<sup>۱۶۲</sup>. در نتیجه باید به این امر پرداخت که از دست دادن خود فرصت مصداق کدامیک از زیان‌هاست و آیا آن زیان قابل جبران است یا خیر؟

### ۱- بررسی از دست دادن فرصت به عنوان یک زیان مادی

خسارت مادی، «زیانی است که قابل تقویم و تبدیل به پول است و از نظر وقوع آن ممکن است هم به صورت فقدان شیء موجود باشد (تخریب شیء) یا به صورت فقدان نفع (بازرگانی به علت آن که فروشنده‌ی کلی، کالا را به وی تحویل نداده، نتوانسته است آن کالا را در بازاری مساعد بفروشد) از نظر مالی که موضوع خسارت است، این مال می‌تواند شیء مادی باشد (خسارتی که از تصادم دو خودرو حاصل شده) و هم شخص بشری (هزینه‌ی پزشکی و از کار افتادگی) یا حقوق مالی (خسارت به شهرت تجاری)<sup>۱۶۳</sup>». در پاره‌ای از موارد از دست دادن شانس (فرصت) می‌تواند دارای یک ارزش مادی باشد. یعنی همان‌گونه که گفته شد قابلیت ارزیابی به پول را داشته باشد و به حقوق مالی شخص صدمه وارد آورد. مثلاً شخصی بلیط شرکت در یک مسابقه‌ی مهم و بخت‌آزمایی را با پرداخت مقدار زیادی پول تهیه می‌کند در نتیجه فرصت این را به دست می‌آورد تا با شرکت در آن مسابقه به هدف خود

۱۶۱- همان، ص ۲۱۸-۲۱۷.

۱۶۲- اسماعیلی، محسن، نظریه‌ی خسارت «بررسی لزوم جبران خسارت‌های معنوی و مسئولیت ناشی از تفویت منافع و فرصت‌ها از دیدگاه فقه و حقوق تطبیقی»، انتشارات امیرکبیر، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۷، ص ۱۹.

۱۶۳- حسینی‌نژاد، حسینی، مسئولیت مدنی، ناشر بخش فرهنگی جهاد دانشگاهی دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول، ۱۳۷۰، ص ۷۰.



که کسب جایزه‌ی گران‌قیمت است برسد، حال اگر دیگری این فرصت را از او بگیرد در واقع یک فرصت کسب نفع مادی را از او گرفته است زیرا برای کسب این فرصت پول پرداخت کرده است. بنابراین خود فرصت برنده شدن دارای ارزش مادی است و قابلیت تقویم به پول را دارد. یا شخصی بلیط شرکت در یک کنسرت موسیقی را با پرداخت مبلغی پول تهیه می‌کند اما دیگری فرصت شرکت در آن کنسرت را از او می‌گیرد. در نتیجه فرصت انتفاع از آن کنسرت را از دست می‌دهد. همان‌گونه که ملاحظه شد در مثال اول هدف از شرکت در مسابقه کسب یک نفع مادی بود یعنی نفع نهایی نیز یک نفع مادی بود اما در مثال دوم هدف نهایی مادی نیست و انتفاع از موسیقی مدنظر شرکت‌کننده است. باید توجه داشت که آن‌چه در این‌جا ملاک است نفع نهایی نیست بلکه خود آن شانس و فرصت است که ارزش مادی دارد زیرا برای ایجاد آن فرصت پول پرداخت شده بود و در نتیجه خود فرصت دارای ارزش مادی بود.

## ۲- بررسی از دست دادن فرصت به عنوان یک زیان معنوی

از دست دادن فرصت کسب نفع یا از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر ممکن است باعث ضرر معنوی به زیان‌دیده شود. زیرا از دست دادن فرصت کسب نفع یا اجتناب از ضرر موجب تألم روحی و روانی شخص می‌شود. مثلاً ورزشکاری که مدت‌ها تمرین کرده و به اردو رفته تا در یک تورنمنت ورزشی مهم شرکت کند اما در زمان مسابقه، دیگری او را زندانی می‌کند. مسلماً باعث صدمه‌ی روحی و روانی به وی می‌شود. نه تنها از دست دادن کامل فرصت بلکه کاهش فرصت نیز می‌تواند باعث ایجاد زیان معنوی شود. نکته‌ای که باید توجه داشت این است که صدمه‌ی روحی و روانی به زیان‌دیده که ناشی از، از دست دادن فرصت یا کاهش فرصت است در صورتی به عنوان زیان معنوی قابل پذیرش است که زیان‌دیده به وقوع زیان علم داشته باشد یعنی از این‌که فرصت وی از بین رفته یا کاهش پیدا کرده اطلاع داشته باشد.

اما در سایر زیان‌های معنوی تحقق زیان منوط به علم و جهل زیان‌دیده نیست. مثلاً در تحقق کسر شهرت تجارتي یا کسر حیثیت و حتی درد و رنج علم یا عدم علم زیان‌دیده به وقوع زیان مؤثر نیست. همان‌گونه که در بخش اول

توضیح داده شد، با توجه به سابقه‌ی فقهی خسارات معنوی و احکام و قوانین متعدد حقوقی که در زمینه‌ی خسارات معنوی وجود دارد نباید تردید کرد که در حقوق ایران خسارات معنوی قابل جبران است. از دست دادن فرصت نیز در صورتی که منجر به زیان معنوی شود می‌تواند مورد حکم و جبران قرار گیرد.

## بند دوم - مسئولیت مدنی از دست دادن فرصت کسب نفع بر اساس مقررات خاص در حقوق ایران

### الف) احکام اجرت‌المثل در صورت فسخ مضاربه

مضاربه عقدی جایز است (ماده‌ی ۵۵۰ ق.م. و ۱۰۹) البته برخی از حقوق‌دانان عقد مضاربه را در ابتدای امر و قبل از شروع مضارب به تجارت جایز دانسته ولی بعد از شروع به تجارت تا زمانی که سرمایه به وجه نقد تبدیل نشده است لازم می‌دانند<sup>۱۶۴</sup>. جایز بودن مضاربه این حس را دارد که هر وقت صاحب مال یا عامل خواست می‌توانند آن را فسخ کنند<sup>۱۶۵</sup>.

ما در این جا به حالت‌های مختلف فسخ عقد می‌پردازیم و بررسی می‌کنیم که در صورت فسخ عقد باید به عامل اجرت‌المثل پرداخت شود یا خیر؟ اگر اجرت‌المثلی به عامل پرداخت می‌شود مبنای آن چیست؟ نظرات فقها و حقوق‌دانان در این خصوص را نقد و تحلیل می‌کنیم.

### ۱- اگر در زمان انحلال سرمایه به صورت دین یا کالا باشد

اگر در زمان انحلال سرمایه به صورت دین باشد (در موارد فروش به نسیه متصور است) «به نظر برخی فقیهان<sup>۱۶۶</sup> چه سودی در آن باشد یا نباشد عامل باید نسبت به وصول مطالبات اقدام نماید. زیرا مضاربه مقتضی رد سرمایه به همان نحوی است که اخذ شده است و دیون جایگزین مال نمی‌باشد و به همین دلیل عامل باید آن‌ها را وصول و

۱۶۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مضاربه، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۱۳۱.

۱۶۵- ابراهیمی، محمدحسین، مضاربه در اسلام، ناشر مؤلف، چاپ اول، ۱۳۷۲، ص ۸۱.

۱۶۶- علامه‌ی حلی، تذکره، ج ۲، ص ۲۴۶. به نقل از سکوتی نسیمی، رضا، حقوق مدنی - عقود معین - مضاربه، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۲۵۷ و ۲۸۳-۲۷۷.

بعد از کسر سهم خود از سود بقیه را به مالک برگرداند و در صورت عدم حصول سود سرمایه را به مالک رد کند. این دسته از فقیهان به قاعده‌ی «علی‌الید ما اخذت حتی تودی» نیز استناد کرده‌اند. «برخی دیگر از فقیهان امامیه<sup>۱۶۷</sup> در تکلیف عامل به وصول مطالبات تردید کرده و گفته‌اند که اولاً دیون مزبور به واسطه‌ی اذن مالک ایجاد شده و ثانیاً برائت ذمه عامل از وجوب نقد کردن آن‌ها مقتضی عدم تکلیف او به نقد کردن می‌باشد».

«اگر در زمان انحلال سرمایه به صورت کالا باشد و سودی در آن وجود داشته باشد به نظر برخی از فقها<sup>۱۶۸</sup> عامل باید آن را فروخته و نقد نماید ولی اگر سودی در آن نباشد در وجوب نقد کردن آن بر عامل دو وجه را محتمل دانسته‌اند<sup>۱۶۹</sup>».

## ۲- اگر در زمان انحلال سرمایه نقد باشد

«اگر در زمان انحلال سرمایه نقد باشد و در اثر تجارت عامل سودی حاصل شده باشد در این صورت هر کدام از مالک و مضارب مستحق دریافت سهم خود از سود هستند.

اگر در زمان انحلال سرمایه نقد باشد و سودی حاصل نشده باشد باید بین دو حالت تفکیک قائل شد:

اولاً: اگر اقدامات مضارب موجب زیان شده یا حداقل هیچ سودی حاصل نشده باشد و مال را به رأس‌المال فروخته باشد در این صورت مضارب استحقاق چیزی را ندارد و اجرت‌المثلی نیز به وی تعلق نمی‌گیرد.

ثانیا: اگر اقدامات مضارب موجب به وجود آمدن سود فعلی نشده اما انتظار سود وجود دارد و حصول آن متوقع است، باید توجه کرد که در این حالت در صورتی که فسخ از جانب مضارب باشد هیچ‌کدام نمی‌تواند ادعایی نسبت به دیگری داشته باشد بنابراین مالک نمی‌تواند به این بهانه که سرمایه معطل مانده و احتمال بردن سود از دست رفته است از مضارب خسارت بگیرد و عامل نیز نمی‌تواند بابت کارهایی که در طول مدت مضاربه انجام داده از

۱۶۷- شهید ثانی، مسالک، ج ۴، ص ۳۸۳، به نقل از سکوتی نسیمی، رضا، همان.

۱۶۸- علامه‌ی حلی، تذکره، ص ۲۴۷. به نقل از سکوتی نسیمی، رضا، همان.

۱۶۹- سکوتی نسیمی، رضا، همان، ص ۲۵۷ و ۲۸۳-۲۷۷.

مالک مطالبه‌ی اجرت‌المثل نماید. زیرا هدف نهایی از مضاربه بدست آوردن سود بوده است و تجارت به عنوان مقدمه‌ی رسیدن به این هدف مورد توجه بوده است و موضوعیت نداشته تا اجرتی به آن تعلق بگیرد. خصوصاً که عامل خود در انحلال عقد پیشقدم شده است. اما اگر فسخ از جانب مالک باشد و سودی وجود نداشته باشد در مورد این که عامل مستحق اجرت‌المثل است یا نه اختلاف نظر وجود دارد<sup>۱۷۰</sup>».

اکثر فقیهان عامل را مستحق اجرت‌المثل دانسته‌اند. مبنای استدلال آن‌ها این است که:

اولاً: عمل عامل محترم است که وی با اذن مالک و بدون قصد تبرع انجام داده است و مالک با فسخ قبل از ظهور سود، آن را تفویض کرده است.

ثانیاً مالک اذن در عمل را به مضارب در مقابل حصه‌اش از سود بر فرض حصول آن داده بود و این امر مقتضی این بوده است که مالک قبل از حصول سود حق عزل او را نداشته باشد. بنابراین در صورت مخالفت و عزل قبل از حصول سود، در واقع حصه او را از سود تفویض نموده و در نتیجه باید اجرت‌المثل عمل عامل را به او بپردازد چنان که در عقد جعاله نیز اگر جاعل بعد از شروع عامل و قبل از حصول نتیجه او را عزل نماید باید اجرت او را بدهد. قانون‌گذار اگرچه در عقد مضاربه در خصوص مورد حکمی را مقرر نکرده است ولی در بحث جعاله دیدگاه اکثریت فقیهان امامیه را پذیرفته و در ماده‌ی ۵۶۵ ق.م.مقرر داشته است: «... اگر جاعل در اثنای عمل رجوع نماید باید اجرت‌المثل عمل عامل را بدهد». زیرا مالک با رجوع از جعاله مانع رسیدن عامل به جعل گردیده و او هم از اقدام به فعل در جعاله قصد تبرع نداشته است.

گروهی دیگر از فقها با استحقاق اجرت برای عامل در صورت فسخ مالک مخالفت نموده‌اند. مبنای استدلال این گروه این است که: اولاً مالک حق خویش را در فسخ مضاربه اعمال نموده است و قصد طرفین این بوده است که عامل تنها در صورت حصول سود در آن شریک باشد. دوماً عامل با علم به این که مضاربه عقد جایز است و هر یک

از طرفین هر وقت بخواهد می‌تواند آن را فسخ کند، اقدام به انعقاد عقد و شروع به عمل نموده است و اگر ضرری هم متصور باشد مبتنی بر اقدام عامل بوده است و در نتیجه وی استحقاق مطالبه‌ی اجرت را نخواهد داشت. سوماً مقایسه‌ی مضاربه با جعاله صحیح نبوده و قیاس آن‌ها قیاس مع‌الفارق می‌باشد<sup>۱۷۱</sup>.

حقوق دانان در خصوص بحث فوق و مستحق بودن عامل به دریافت اجرت چنین نظر داده‌اند:

۱- یکی از نظریاتی که مطرح شده این است که باید بین دو حالت تفکیک قائل شد: حالت اول این‌که اگر فسخ و از بین بردن عقد در حین عملیات باشد و تا آن زمان سود محقق نشده باشد مضارب به دلیل قاعده‌ی اقدام نمی‌تواند ادعایی نسبت به مالک داشته باشد زیرا اقدام به معامله‌ی جایزی کرده که هر لحظه می‌توان از بین برد، مهم نیست که فسخ از طرف مالک باشد. حالت دوم این‌که اگر فسخ پس از ختم عملیات باشد و سودی به دست نیامده باشد، به دلیل مبنای توافق طرفین که حاکی از این امر است مضارب نمی‌تواند ادعایی نسبت به مالک داشته باشد مگر این‌که شرط دیگری شده باشد<sup>۱۷۲</sup>.

۲- یکی دیگر از نظریات که مطرح شده این است که چه مالک مضاربه را فسخ کند چه عامل، مضارب نمی‌تواند مطالبه‌ی خسارت کند. اما در ادامه بیان داشته شده: «اگر مالک مضاربه را فسخ کرده باشد با وجود دو شرط عامل می‌تواند مطالبه‌ی خسارت کند. شرط اول آن است که ظن قوی به تحصیل سود وجود داشته باشد. یعنی اگر مضاربه فسخ نمی‌شد این ظن وجود داشت. شرط دوم سوءاستفاده‌ی مالک از اختیار خود در فسخ مضاربه است. بر طبق این نظر با جمع دو شرط فوق، سوءاستفاده از حق فسخ (تقصیر) باعث خسارت ناروای عامل شده است و چون در عقدی مانند مضاربه بنای طرفین بر اتحاد و همبستگی است و انتظار چنین اقدامی از مالک نمی‌رود مالک بایستی خسارت ناشی از تقصیر را جبران کند و عادلانه‌ترین راه، دادن اجرت‌المثل کار او است<sup>۱۷۳</sup>».

---

۱۷۱- همان.

۱۷۲- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، جلد دوم، چاپ بیست و چهارم، ۱۳۹۱، ص ۲۱۷-۲۱۶.

۱۷۳- کاتوزیان، ناصر، مشارکت‌ها صلح عطایا، انتشارات اقبال، تهران، چاپ اول، ۱۳۶۳، ص ۱۴۱-۱۴۰.

به نظر می‌رسد در فرض مذکور نظری که مضارب را مستحق دریافت اجرت‌المثل می‌داند پذیرفته‌تر باشد. مبنای این امر را فقها احترام به عمل مضارب دانسته بودند و حقوق دانان نیز سوءاستفاده از حق مطرح کرده بودند. به نظر می‌رسد باید مبنای استدلال فوق را از دست دادن فرصت مضارب جهت تحقق سود موردنظر دانست. یعنی مالک با فسخ عقد فرصتی که مضارب جهت تحصیل سود داشته را از وی گرفته است و خود این شانس مضارب دارای ارزش است. در نتیجه مالک ملزم است خسارت مضارب را بدهد و جبران این خسارت با پرداخت اجرت‌المثل صورت می‌گیرد. فسخ از طرف مالک موجب گرفتن شانس از مضارب می‌شود اما در همه حال حکم به پرداخت اجرت‌المثل داده نمی‌شود و این امر مربوط به زمانی است که توقع سود از عمل مضارب برود. زیرا هر فرصتی مال تلقی نمی‌شود و از دست دادن هر فرصتی ضرر و ضمان‌آور نیست. زیرا فرصت در صورتی قابل جبران است که جدی و واقعی باشد و احتمال صرف نباشد. باید توجه کرد در حالتی که عقد مضاربه در اثر انفساخ از بین می‌رود، نمی‌توان حکم به پرداخت اجرت‌المثل به مضارب داد زیرا در این حالت هر چند ممکن است فرصتی از مضارب گرفته شده باشد و از بین رفته باشد اما از دست دادن فرصت ناشی از عمل کسی نیست و ضرر در این حالت قهری است و مسئولیت‌آور نیست.

## ب) ماده‌ی ۶ قانون مسئولیت مدنی

ماده‌ی شش قانون مسئولیت مدنی در خصوص زیان ناشی از فوت مقرر می‌دارد: «در صورتی که در زمان وقوع آسیب، زیان‌دیده قانوناً مکلف بوه و یا ممکن است بعدها مکلف شود شخص ثالثی را نگهداری کند و در اثر مرگ او شخص ثالث از آن حق محروم گردد، وارد کننده‌ی زیان باید مبلغی به عنوان مستمری... به آن شخص پرداخت کند». در تفسیر این ماده، مبنای آن را محروم ماندن از بخت رسیدن به نفعی در آینده دانسته‌اند و معتقدند حق نفقه‌بگیران یک حق احتمالی است و ممکن است در اثر مرگ متوفی به دلایل دیگر یا فقر او از بین برود اما

قانون‌گذار همچنان آن را قابل مطالبه می‌داند. این ماده به بخت دستیابی به منفعت توجه دارد زیرا صرف تکلیف قانونی برای گرفتن خسارت را کافی می‌داند هر چند تکلیف فعلیت نیافته باشد<sup>۱۷۴</sup>.

همان‌گونه که از ظاهر ماده و تفسیری که از آن بیان شده برمی‌آید این ماده نوعی عدم‌النفع را پیش‌بینی کرده است زیرا خواهان از نفع احتمالی که مربوط به آینده است محروم شده است و ضرر محقق نیست در نتیجه عدم‌النفع احتمالی است. حال سؤال این است که همان‌گونه که قبلاً بیان شد عدم‌النفع احتمالی در حقوق ایران قابل جبران نیست و ضرر محسوب نمی‌شود چرا قانون‌گذار این امر را به عنوان ضرر پذیرفته است؟ پاسخی که می‌توان داد این است که قانون‌گذار با توجه به حساس بودن موضوع به طور استثنایی عدم‌النفع محتمل را به شکل از دست دادن فرصت کسب نفع به مفهوم نفع نهایی و نه خود فرصت پذیرفته و قابل جبران دانسته است.

### ج) ماده‌ی ۵۶۵ قانون مدنی در بحث جعاله

در این‌که جعاله در زمره‌ی عقود است یا در شمار ایقاعات، قانون مدنی حکم صریحی ندارد. نویسندگان حقوق مدنی هم درباره‌ی عقد یا ایقاع بودن جعاله اختلاف پیدا کرده‌اند: بعضی از آنان با ملاحظه‌ی احکام جعاله و آثاری که بر التزام جاعل بار می‌شود آن را ایقاع شمرده‌اند<sup>۱۷۵</sup> و گروه دیگر جعاله را عقد گفته‌اند<sup>۱۷۶</sup>.

معروف این است که جعاله عقد جایز است در نتیجه هر کدام از جاعل و عامل می‌توانند عقد را بر هم بزنند. با توجه به این حق، اگر جاعل قبل از انجام کامل عمل توسط عامل و پس از شروع به عمل عقد را فسخ کند در برابر عامل مسئولیتی دارد یا خیر؟ قانون مدنی در انی زمینه بیان می‌دارد: «اگر عمل مورد نظر دارای اجزاء مقصود بالاصاله بوده باشد در صورت فسخ، عامل مستحق اجرت‌المسمی به نسبت میزانی است که انجام داده است اما اگر عمل دارای اجزاء مقصود بالاصاله نباشد عامل سهمی از اجرت‌المسمی نخواهد داشت».

۱۷۴- کاتوزیان، ناصر، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، همان، ص ۲۸۳.

۱۷۵- بروجردی عبده، محمد، به نقل از ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، مشارکت‌ها - صلح، چاپ چهارم، ۱۳۷۶، ص ۲۴۴.

۱۷۶- کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۴۴.

با وجود این، چون فسخ عقد از طرف جاعل باعث می‌شود که عامل زیان نابجایی ببیند، قانون‌گذار جاعل را ناگزیر ساخته تا اجرت‌المثل کار او را بپردازد. ماده‌ی ۵۶۵ ق.م.بیان می‌دارد: «... اگر جاعل در اثنای عمل رجوع نماید باید اجرت‌المثل عمل عامل را بدهد». سؤال این است که مبنای حکم این ماده چیست؟

برخی مبنای مسئولیت جاعل را مسئولیت عینی می‌دانند که قانون‌گذار برای جبران ضرر عامل ایجاد کرده است، معتقد است قانون‌گذار سببیت عرفی را کافی شمرده و در پی احراز تقصیر جاعل نبوده است. در واقع مبنای مسئولیت جاعل خطای او نیست زیرا بر طبق حق قانونی رفتار کرده است و باید اجرت‌المثل را پرداخت کند حتی اگر بهانه‌ی مشروعی برای انصراف خود داشته باشد<sup>۱۷۷</sup>.

دکتر شهیدی مبنای مسئولیت جاعل در مقابل عامل در این مورد را عامل خسارت بودن جاعل نسبت به عامل دانسته‌اند<sup>۱۷۸</sup>.

دکتر امامی مبنای حکم فوق را احترام به عمل عامل دانسته است. در نتیجه وقتی جاعل عقد را فسخ می‌کند به دلیل احترام به عمل عامل باید اجرت وی را بدهد<sup>۱۷۹</sup>.

بنابراین ورود ضرر به عامل مسلم است اما این ضرر در صورتی قابل تصور است که بگوییم شانس و فرصتی که جهت کسب نفع، پس از اقدامات صورت گرفته از طرف عامل، وجود داشته خود دارای ارزش است و از دست دادن همین فرصت است که قانون‌گذار ضرر و قابل جبران دانسته است.

## د) احکام مزارعه

---

۱۷۷- کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۵۸.

۱۷۸- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی شش، انتشارات مجد، چاپ نهم، ۱۳۸۷، ص ۱۱۶-۱۱۵.

۱۷۹- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، جلد دوم، چاپ بیست و یکم، ۱۳۸۸، ص ۲۰۲-۲۰۳.



پاره‌ای از احکام عقد مزارعه که در قانون مدنی یا در کلام حقوق دانان تصریح و بیان گردیده است در صورتی قابل تفسیر و پذیرش است که بپذیریم صرف فرصت دارای ارزش می‌باشد و در صورتی که این فرصت از بین برده شود ضرری به بار آمده که باید جبران شود. از جمله‌ی این احکام:

**۱- غصب زمین مزارعه توسط اشخاص ثالث:** ماده‌ی ۵۲۸ ق.م مقرر می‌دارد: «اگر شخص ثالثی قبل از این که زمین مورد مزارعه تسلیم عامل شود آن را غصب کند عامل مختار بر فسخ می‌شود ولی اگر غصب بعد از تسلیم واقع شود حق فسخ ندارد». حال سؤالی که می‌توان بیان نمود این است که آیا عامل می‌تواند از غاصب مطالبه‌ی خسارت نماید؟ مسئولیت غاصب در مقابل عامل و مزارع به چه نحو است؟

یکی از استادان در پاسخ به سؤال فوق بیان می‌دارند که غاصب باید خسارت وارد به عامل و مزارع را بپردازد. وی در ادامه در خصوص نحوه‌ی ارزیابی این خسارت اجرت‌المثل زمین و کار را به علاوه‌ی منافع مسلمی که از آن دو تلف شده ملاک قرار می‌دهند و در پایان در خصوص تقسیم خسارت به دست آمده بین عامل و مزارع عادلانه‌ترین راه را نسبت تقسیم محصول بین آن دو می‌داند<sup>۱۸۰</sup>. ایرادی که این نظر دارد این است که هر چند از این نظر که غاصب را در برابر مزارع نسبت به اجرت‌المثل زمین مسئول دانسته صحیح است چون مزارع مالک زمین و به تبع مالک منافع آن است و غاصب با غصب منافع زمین را از بین برده است اما چرا باید غاصب را نسبت به اجرت‌المثل زمین در برابر عامل مسئول دانست؟ چرا غاصب باید در برابر مزارع نسبت به منافع عمل عامل مسئول باشد؟ در عقد مزارعه منافع زمین به عامل منتقل نمی‌شود و منافع عامل به مزارع انتقال نمی‌یابد. غاصب زمین را غصب کرده است اما منافع عامل را غصب نکرده است.

یکی دیگر از اساتید در پاسخ به سؤال فوق چنین مقرر می‌دارد که با انعقاد عقد مزارعه، بخشی از منافع عامل به مزارع و بخشی از منافع زمین به عامل منتقل می‌شود در نتیجه غاصبی که زمین را غصب می‌کند باید مجموع اجرت‌المثل زمین و عامل را بپردازد. در پایان در خصوص تقسیم این خسارت بین عامل و مزارع مبنا را بر نسبت

---

۱۸۰- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، مشارکت‌ها - صلح، همان، ص ۱۹۳-۱۹۲.

سهم هر یک از عامل و مزارع قرار می‌دهند<sup>۱۸۱</sup>. ایرادی که این نظر دارد این است که عقد مزارعه یک عقد تملیکی نیست بلکه یک عقد مشارکتی است در نتیجه با انعقاد عقد، مزارع مالک منافع عامل و عامل مالک منافع زمین نمی‌شوند.

نتیجه این که حکم مقرر در ماده‌ی فوق را از دو جهت می‌توان بررسی کرد. حالت اول این که غاصب زمین را غصب کرده ولی شرایط لازم برای کشت و زراعت فراهم بوده و در صورتی که غاصب زمین را غصب نمی‌کرد مالک و عامل می‌توانستند سود کسب کنند. حالت دوم این که غاصب زمین را غصب کرده اما شرایط کشت و زراعت فراهم نیست. مثلاً خشکسالی آمده و آب برای زراعت فراهم نیست و مالک و عامل به طور طبیعی نمی‌توانسته‌اند کسب محصول کنند. حالت اول را می‌توان از مصادیق از دست دادن فرصت دانست و گفت که غاصب فرصتی را که مالک و عامل برای کسب سود داشته‌اند را از بین برده، اما در حالت دوم هر چند که غاصب به دلیل غصب کردن زمین بر طبق قاعده‌ی کلی ضامن است و در هر صورت باید خسارت وارد به مالک و عامل را بپردازد حتی اگر عدم کسب سود ناشی از قوه‌ی قاهره باشد، اما به نظر می‌رسد فرصتی از دست رفته است.

بیانگر آن است که فرصتی که عامل و مالک جهت کسب محصول داشته‌اند و به وسیله‌ی غاصب از دست رفته دارای ارزش بوده و علت وضع این حکم همین امر است.

## ۲- تفریط عامل در حفاظت و مواظبت از محصول و زراعت: ماده‌ی ۵۳۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر گاه

عامل به طور متعارف مواظبت در زراعت ننماید و از این حیث حاصل کم شود یا ضرر دیگر متوجه مزارع گردد عامل ضامن تفاوت خواهد بود». سؤال این است که علت صدور (مبنا) چنین حکمی چیست؟

برخی مبنای مسئولیت عامل در مقابل مالک را امین بودن عامل در مقابل مالک دانسته‌اند و معتقدند در صورتی که عامل تعدی و تفریط کند در حکم غاصب می‌شود و باید هر گونه خسارتی که به مالک وارد می‌شود اعم از

---

۱۸۱- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد دوم، همان، ص ۱۷۹.

این که در نتیجه‌ی تقصیر باشد یا حوادث خارجی پرداخت کند هر چند تعهد عامل در این زمینه تعهد به وسیله است<sup>۱۸۲</sup>. ایرادی که به این نظر وارد است این است که حتی اگر عامل را غاصب بدانیم بر طبق قواعد غصب مسئول اجرت‌المثل زمین یا باغ خواهد بود. اما سؤالی که پیش می‌آید این است که چرا باید مسئول مابه‌التفاوت محصول مزرعه یا باغ به میزانی باشد که عرفاً حاصل می‌شد؟

قانون‌گذار ایران در وضع حکم ماده‌ی فوق از قول غیرمشهور و فتوای سیدمحمدکاظم طباطبایی در عروه‌الوثقی پیروی نموده است<sup>۱۸۳</sup>. نتیجه این که با توجه به این که قانون‌گذار نسبت به محصولی که حصول آن مسلم نیست ایجاد مسئولیت کرده و احتمالی بودن آن را قابل جبران دانسته و از طرف دیگر در از دست دادن فرصت نیز جدی بودن فرصت به مفهوم توقع حصول نفع است و همین میزان احتمال در از دست دادن فرصت نیز وجود دارد و نشان‌دهنده‌ی پذیرش از دست دادن فرصت کسب نفع به عنوان یک ضرر قابل جبران است.

**۳- خسارت ناشی از عدم اقدام عامل به زراعت:** در برابر تسلیم زمین به عامل و بر طبق قرارداد عامل متعهد است که به زراعت معین در قرارداد بپردازد. در صورتی که عامل از انجام این امر خودداری کند مزارع می‌تواند اجبار او را بخواهد و در صورتی که اجبار مؤثر واقع نشد مزارعه را فسخ نماید (ماده‌ی ۵۳۴ ق.م). اما سؤال این است که آیا مزارع می‌تواند به دلیل خودداری عامل از زراعت مطالبه‌ی خسارت کند (عقد را فسخ نکند)؟ قانون مدنی در ماده‌ی ۵۳۵ بیان می‌دارد: «اگر عامل زراعت نکند و مدت منقضی شود مزارع مستحق اجرت‌المثل است». برخی مبنای ماده‌ی فوق را ناشی از اتلاف و تسبیب می‌دانند و معتقدند عامل ب کشت نکردن زمین منافع زمین و عوامل دیگر را از بین برده است. ایشان در ادامه در خصوص معیار پرداخت خسارت نیز معتقدند این که عامل باید

۱۸۲- کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۰۱ و ۲۰۲.

۱۸۳- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، مشارکت‌ها - صلح، همان، ص ۲۰۱.

قیمت آن مقدار از محصولی که در صورت کشت عاید مالک می‌شد بپردازد نمی‌تواند معیار قرار گیرد زیرا بخشی از آن محصول سهم خود عامل است<sup>۱۸۴</sup>.

برخی دیگر در خصوص مبنای ماده‌ی فوق معتقدند که «این اجرت‌المثل خسارت عدم انجام تعهد نیست». در ادامه در خصوص چگونگی محاسبه‌ی این خسارت بیان می‌دارند که «باید به مفاد تعهد عامل توجه کرد و دید که از عدم انجام این تعهد چه ضرر و زیان‌هایی به وجود آمده است». دو راه‌حل را برای محاسبه پیشنهاد می‌کنند. راه‌حل اول این است که توجه شود «ارزش سهم اختصاصی مزارع از محصول احتمالی تخمین زده شود». به نظر ایشان «مزارع بختی را از دست داده که بقای آن می‌توانست بخشی از محصول را عاید او سازد». «در حقوق بعضی از کشورها در ارزیابی این بخت اگر درجه‌ی احتمال به دست آمدن محصول چنان زیاد باشد که ظن قوی و قابل اعتماد بر وقوع خسارت به وجود آید با اصول حقوقی تطبیق می‌کند و بایستی مورد استفاده قرار گیرد زیرا با اصول حقوقی تطبیق می‌کند. راه‌حل دوم این است که اجرت‌المثل زمین و کار عامل، به نسبت حصه‌ای که از محصول به مالک می‌رسیده است، معیار تعیین خسارت باشد<sup>۱۸۵</sup>».

نتیجه این که هر چند قانون‌گذار اجرت‌المثل را مقرر کرده است اما علت اصلی پرداخت اجرت‌المثل از دست دادن فرصت بوده است زیرا تصرف عامل در زمین تصرف غاصبانه نیست که وی را محکوم به پرداخت اجرت‌المثل نماییم. بخت و شانس کسب نفع به عنوان امری که ارزشمند است در نظر گرفته شده و از بین بردن آن ضمان‌آور شناخته شده و باید جبران شود.

**۴- تسلیم نکردن زمین به عامل از طرف مزارع:** هنگامی که مالک زمین را به مزارعه می‌دهد تعهد ضمنی وی این است که زمین را به عامل تسلیم کند و توانایی بر تسلیم زمین شرط صحت عقد است. (ملاک مواد ۳۴۸ و ۴۷۰ ق.م.)

۱۸۴- امامی، سیدحسن، همان، ص ۷۷.

۱۸۵- کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۱۹۹.

«اگر مزارع این تعهد را انجام ندهد مزارع حقی بر اجرت‌المثل زمین و گرفتن خسارت از عامل ندارد. عامل می‌تواند الزام او را به انجام تعهد بخواهد و اگر اجبار ممکن نبود مزارعه را فسخ کند»<sup>۱۸۶</sup>.

سؤال این است که آیا عامل می‌تواند در صورت امتناع مزارع از تسلیم، از اجبار او و فسخ عقد صرفنظر کند و اجرت‌المثل منفعتی را که در برابر زرع عاید او می‌شده است بخواهد. قانون مدنی حکمی ندارد. در فقه راه‌حل قاطع ارائه نشده است. برخی فقط امکان فسخ را پیش‌بینی نموده‌اند و امکان عدم اعمال حق فسخ و مطالبه‌ی خسارت را پیش‌بینی نکرده‌اند<sup>۱۸۷</sup>. برخی دیگر مسأله را به دو سؤال جزئی‌تر تقسیم نموده‌اند. اول این که آیا عامل می‌تواند از مزارع خسارت عدم انجام تعهد بخواهد؟ دوم این که این خسارت چه میزان و معادل چیست؟ در پاسخ به سؤال اول دو اشکال را بیان می‌دارند، اشکال اول این است که: وقتی قانون‌گذار حق فسخ مزارعه را به عامل می‌دهد، دیگر او نمی‌تواند از این وسیله که برای جبران ضرر فراهم آمده است استفاده نکند و عقد را همچنان باقی گذارد تا خسارت بگیرد. زیرا ضرری که از این راه به او می‌رسد ناشی از اهمال خود او است؛ یعنی در واقع، عامل اقدام به ضرر خود کرده است و نباید انتظار جبران آن را از دیگری داشته باشد. اشکال دوم این است که: در اثر عقد مزارعه منافع ملک از آن عامل نمی‌شود تا بتوان گفت استیلاء مزارع بر آن همچون غاصب نامشروع و ضمان‌آور است. از سوی دیگر منفعت انسان مال به شمار نمی‌آید تا از جهت جلوگیری از انتفاع عامل از کار خود ضمانی به وجود آید. به هر دو اشکال فوق چنین پاسخ می‌دهند. اولاً: قانون‌گذار یک اختیار به عامل داده و آن حق فسخ است که می‌تواند از این اختیار استفاده کند یا نه؟ اگر استفاده نکرد می‌تواند خسارت عدم انجام تعهد را از مزارع بگیرد زیرا وی سبب ورود خسارت است. بنابراین در اصل لزوم جبران خسارت تردیدی نیست<sup>۱۸۸</sup>.

در پاسخ به سؤال دوم و این که عامل چه میزان می‌تواند خسارت بخواهد، بیان می‌دارند که باید ارزش حق انتفاعی را که از عامل تلف شده با توجه به بهای منفعت تلف شده‌ی زمین و منافع مسلمی که عامل از دست داده است

۱۸۶- کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۱۸۶.

۱۸۷- امامی، سیدحسین، همان، ص ۷۵.

۱۸۸- کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۱۸۸ و ۱۸۹.

معین ساخت. این خسارت حداقل اجرت‌المثل زمین است ولی در بیشتر موارد به تخمین محصول احتمالی می‌انجامد. ایشان این نظر که میزان خسارتی که عامل می‌تواند بگیرد به اندازه‌ی سهم وی از محصول است را رد می‌کنند و معتقدند سهم وی از محصول یک ضرر احتمالی است چون در صورت تسلیم زمین به عامل و کشت آن به دلایل دیگر مثل آفات ممکن بود محصولی به دست نیاید پس مسلم نیست. ایشان همچنین دادن بخشی از اجرت‌المثل زمین را به عنوان خسارت عامل کافی نمی‌دانند هر چند که معتقدند این نظر اشکال کمتری دارد<sup>۱۸۹</sup>. نتیجه این که حکم به خسارت وارده به عامل با در نظر گرفتن احتمال محصولی که در صورت تحویل زمین ممکن بود نصیب وی شود در واقع ارزشمند دانستن خود فرصت کسب نفع به عنوان یک فرصت قابل تقویم به پول است و از دست دادن آن ضرر وارد کردن به دارنده‌ی فرصت است که باید جبران شود.

### مبحث دوم – مسئولیت مدنی از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر

همان‌طور که قبلاً بیان گردید در از دست دادن فرصت دو رکن مدنظر و مورد تردید بود. یکی وقوع و وجود ضرر در از دست دادن فرصت کسب نفع و دیگری وجود رابطه‌ی سببیت در از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر. بنابراین در از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر وجود ضرر قطعی است اما این امر مورد شک و تردید است که آیا وقوع ضرر قابلیت انتساب به عامل را دارد یا خیر؟ در واقع سؤال این است که آیا بین تحقق این زیان و فعل خواننده رابطه‌ی سببیت وجود دارد؟ آیا اگر فعل خواننده نبود زیان به وقوع می‌پیوست و خواهان فرصتش را از دست می‌داد؟ منشاء شک و تردید نیز از آن‌جا ناشی می‌شود که یک روند زیانبار وجود داشته اما خواهان فرصتی برای متوقف کردن آن داشته اما خواننده این فرصت را از بین برده و شانس متوقف کردن این روند زیانبار را از بین برده است؟ قبلاً بیان شد که فرصت به دو معنی می‌توانیم به کار ببریم. از دست دادن فرصت به معنی از دست دادن نفع نهایی و دیگری از دست دادن فرصت به معنای از دست دادن خود فرصت. بنابراین در این‌جا با توجه به تفکیک فوق به

بحث می‌پردازیم و موقعیت حقوقی از دست دادن فرصت اجتناب از وقوع زیان نهایی و از دست دادن فرصت اجتناب از خود فرصت را بررسی می‌کنیم.

### بند اول – فرصت به مفهوم نفع نهایی

در از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر شک و تردیدی در تحقق زیان نهایی نیست. آنچه مورد تردید است رابطه‌ی سببیت و قابلیت انتساب ضرر به خواننده است. در از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر یک روند زیانباری از قبل بوده است و خواننده فرصتی که عامل برای قطع این روند زیانبار داشته است را از بین برده است و شک در این است که آیا فعل خواننده باعث شده این زیان به وجود آید یا اگر فعل خواننده هم نبود زیان روی می‌داد؟ تردید در این است که آیا اگر فعل خواننده نبود این زیان به وقوع می‌پیوست؟

در نظام کامن‌لا برای تبیین و احراز سببیت و پاسخ به چنین ابهامی از معیار «اگر... نبود» (But For Test) استفاده می‌شود. بر طبق این معیار خواهان در یک دعوای غفلت باید بر طبق معیار احتمال غالب ثابت کند که اگر رفتار قصورآمیز خواننده نبود زیانی به خواهان تحمیل نمی‌شد. علت حقیقی که معیار سببیت بات‌فور می‌تواند مناسب باشد این است که آن‌جا بر طبق معیار احتمال غالب می‌تواند ثابت شود که قصور خواننده ترکیبی ضروری در به وجود آوردن آسیب خواهان بوده است. در اغلب دعوای غفلت که خواهان غفلت خوانده را دنبال می‌کند، غفلت خواننده به طور معمول یکی از دو یا چند سبب احتمالی متقابل و کاملاً متناقض است. دادگاه شواهد وجود سببیت را بررسی می‌کند تا مشخص کند که آیا بر طبق معیار احتمال غالب می‌تواند ثابت کند که خواننده سبب آسیب به خواهان بوده است یا نه.<sup>۱۹۰</sup>

برای مثال، زیان‌دیده ادعا می‌کند که خواننده به دلیل استفاده نکردن از چراغ راهنما هنگام پیچیدن به چپ، با ماشین وی تصادف کرده است. در صورتی که مشخص شود، اگر خواننده از چراغ راهنما استفاده می‌کرد حادثه روی

---

190 – Knutsen Erik A., **Ambiguous Cause – in – Fact and Structured Causation: A Multi – Jurisdictional Approach**, 2003, P 252.

نمی‌داد، کوتاهی وی در این زمینه سبب واقعی (شرط لازم - سبب اگر ... نبود) خسارت زیان دیده است، اما اگر مشخص شود که حتی اگر خواننده از چراغ راهنما استفاده می‌کرد باز حادثه روی می‌داد و به همان میزان به زیان دیده خسارت وارد می‌شد، کوتاهی وی سبب واقعی محسوب نمی‌شود<sup>۱۹۱</sup>.

معیار بات‌فور در پاره‌ای موارد به نتایج ناگوار منتهی می‌شود و قابل اعمال نیست. مثلاً در جایی که دو تخلف در خصوص خواهان رخ می‌دهد و هر یک برای تحقق خسارت کفایت می‌کند. اعمال معیار بات‌فور ممکن است منتهی به این نتیجه شود که هیچ یک سبب نباشد، یا در جایی که چند خواننده وجود دارند و زیان توسط یکی از آن‌ها اتفاق افتاده اما آن خواننده به طور دقیق معین نیست<sup>۱۹۲</sup>.

در حقوق ایران همانند حقوق خارجی ملاک مشخص برای سبب وجود ندارد و معیاری همانند معیار احتمال غالب تعیین کننده نیست. منظور قانون‌گذار از مفهوم سبب یک مفهوم عرفی است و عرف است که تشخیص می‌دهد فعل عامل می‌تواند سبب باشد یا خیر. عرف است که باید تعیین کند اگر فعل عامل نبود زیان به وقوع می‌پیوست یا نه<sup>۱۹۳</sup>. بنابراین در حقوق ایران، بر خلاف معیار احتمال غالب که اگر تقصیر عامل کمتر از ۵۰ درصد نقش داشت وی مسئول شناخته نمی‌شد، حتی اگر تقصیر عامل کمتر از ۵۰ درصد باشد عرف تشخیص می‌دهد که باید خسارتی پرداخت کند یا خیر. یعنی اگر شخصی تأثیرش در تحقق زیان ۳۰ درصد هم باشد اما عرف تقصیر وی را مؤثر بداند مسئول می‌شود در حالی که در حقوق کامن‌لا بر طبق معیار احتمال غالب مسئول نمی‌دانند.

حال سؤال این است که آیا در حقوق ایران می‌توان کسی که فرصت اجتناب از ضرر را از بین برده است به عنوان یک سبب یا یکی از اسباب مسئول دانست؟

همان‌گونه که قبلاً بیان گردید از دست دادن فرصت اجتناب از زیان در جایی است که ضرر و زیان وجود دارد و تردید در این است که آیا زیان قابل انتساب به عامل است یا خیر؟ آیا بین فعل عامل و وقوع زیان رابطه‌ی سببیت

---

۱۹۱- بادینی، حسن، فلسفه‌ی مسئولیت مدنی، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۲۲۲-۲۲۰.  
192 – Markesinis B. S. & Deakin S. F., Op. Cit, P 178, 184.

۱۹۳- پروین، فرهاد، همان، ص ۷۷.



وجود دارد یا نه؟ با توجه به تفسیر فوق و این امر که در حقوق ما قاعده‌ی کلی وجود ندارد و از طرف دیگر حکم مقرر در ماده‌ی ۳۶۴ ق.م.ا را نیز چنان که گفته‌اند باید تفسیر محدود کرد، در نتیجه اگر از نظر عرف اجتناب از ضرر حتمی بوده و به احتمال زیاد زیان دیده می‌توانسته جلو آن را بگیرد ولی دخالت عامل این شانس را از بین برده است پس باید عامل را مسئول دانست، اما اگر از نظر عرف اجتناب از زیان ممکن نبوده و حتی در صورتی که عامل دخالت هم نمی‌کرد روند زیان‌بار ادامه پیدا می‌کرد و زیان به وقوع می‌پیوست، عامل را نباید مسئول دانست. اگر در حتمیت یا عدم حتمیت این اجتناب شک و تردید داشته باشیم و شک کنیم که آیا فعل خواننده در وقوع زیان نهایی مؤثر بوده یا نه با توجه به اصل عدم می‌گوییم مسئول نیست.

### **بند دوم – فرصت به مفهوم خود شانس و فرصت**

در بحث قبل که فرصت را به نفع نهایی تفسیر کردیم به این نتیجه رسیدیم که نمی‌توان به طور کلی گفت که آیا می‌توان کسی که فرصت را از بین برده است، بدون توجه به این امر که از دست دادن این فرصت منجر به وقوع زیان شده یا نشده است، به علت از دست دادن خود فرصت و شانس مسئول دانست؟ آیا خود فرصت ارزشمند نیست و کسی که آن را از بین برده نباید مسئول شناخت؟

همان‌گونه که قبلاً و هنگام بحث در خصوص موقعیت از دست دادن فرصت کسب نفع بیان شد خود فرصت گاهی می‌تواند دارای ارزش مادی باشد. مثلاً کسی که بلیط بخت‌آزمایی تهیه می‌کرد خود شانس شرکت در مسابقه‌ی دارای ارزش مادی بود و افراد حاضر بودند در قبال آن پول پرداخت کنند یا در مورد عقد بیمه ذکر گردید که بیمه‌گذاران برای این‌که در آینده دچار ضرر و زیان زیاد نشوند و بتوانند خسارات خود را دریافت دارند حاضر بودند در برابر شانس و فرصت برخوردارای از این امر خود را بیمه کنند و برای به دست آوردن این فرصت هزینه کنند. بنابراین در این موارد چون فرصت دارای ارزش است باید قابل جبران باشد و رابطه‌ی سببیت بین فعل عامل و وقوع زیان نیز وجود دارد.

از طرف دیگر از دست دادن فرصت به خصوص از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر می‌تواند موجب ضرر و زیان معنوی و روحی و روانی بر شخص شود. در این موارد ضرر و زیان روحی که ممکن است بر شخص وارد شود می‌تواند شدیدتر از زیان روحی باشد که ممکن است شخص در نتیجه‌ی از دست دادن فرصت کسب نفع بر وی وارد شود. مثلاً کسی که به پزشک مراجعه می‌کند و پزشک بیماری وی را تشخیص نمی‌دهد و در نتیجه بعد از مدتی فلج می‌شود و پا یا دست خود را از دست می‌دهد یا در نتیجه‌ی از دست دادن فرصت معالجه، دیگر نمی‌تواند بچه‌دار شود، میزان صدمه‌ی روحی که از این بابت به او وارد می‌شود بسیار شدید خواهد بود. بنابراین در این گونه موارد کسی که این فرصت را از بین برده است به نظر می‌رسد باید مسئول قرار گرفته و ملزم به پرداخت خسارت شود.