

مسئولیت مدنی ناشی از فرصت از دست رفته

ابوالفضل بهاری اردکانی،* سیدجعفر هاشمی باجگانی** و ابوالفضل سلیمیان***

تاریخ دریافت ۱۳۹۴/۱۰/۱۲	تاریخ پذیرش ۱۳۹۴/۱۲/۱۱
-------------------------	------------------------

گاهی در اثر تقصیر دیگری، «شخص» فرصت تحصیل منفعت و یا اجتناب از ضرر آینده را از دست می‌دهد، به طوری که صرف از دست دادن فرصت، ضرر مستقل محسوب شده و عدم جبران چنین فرصت از دست رفته‌ای تالی فاسد داشته و برخلاف انصاف بوده و موجب افزایش سایر اعمال تقصیرآمیز می‌شود که جبران آن سبب بازدارندگی از تکرار چنین اعمالی می‌شود. از دست دادن فرصت هم در امور مسئولیت مدنی و هم در امور قراردادی مطرح می‌شود که هر یک از این موارد (مسئولیت مدنی و قراردادی) خود می‌تواند به صورت اجتناب از ضرر یا کسب منفعت مصادق پیدا کند. در فقه اسلامی و حقوق داخلی صریحاً مطلبی در این مورد نیست. البته در فقه اسلامی با پذیرش جبران خسارت ناشی از عدم النفع مسلم و ایجاد خطر به نوعی این نظریه را اعمال کرده‌اند و در حقوق موضوعه نیز در عقود مانند مضاربه، جعاله و ماده (۶) قانون مسئولیت مدنی این مسئولیت پذیرفته شده است، اما در آنها نمی‌توان قاعده‌ای به دست آورد. یافته‌های تحقیق، حاکی است مسئولیت ناشی از فرصت و موقعیت از دست رفته از یک سو شامل مسئولیت مدنی به معنی اخص و از سوی دیگر شامل مسئولیت قراردادی می‌شود. پس آنچه مسلم است باید ارکان هر یک از این مسئولیت‌ها برای تحقق قابلیت جبران آن وجود داشته باشد، در غیر این صورت شکی در غیرقابل جبران بودن چنین زبانی به علت عدم تحقق ارکان هر یک از این دو دسته مسئولیت نیست.

کلیدواژه‌ها: از دست دادن فرصت؛ تحصیل منفعت؛ اجتناب از ضرر؛ مسئولیت مدنی؛ مسئولیت قراردادی؛ جبران خسارت

* کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد میبد (نویسنده مسئول)؛

Email: a.bahari382@yahoo.com

** استادیار دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد میبد؛

Email: sjafarhashemi@gmail.com

*** کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد میبد؛

Email: aboalfazlsalimian@gmail.com

مقدمه

انسان همواره در صدد بهترین استفاده از فرصت‌هاست و شاید هیچ شخصی نباشد که به خاطر عدم استفاده بموقع از فرصت، خود را سرزنش نکرده باشد و حسرت فرصت‌های از دست رفته را نخورده باشد. همچنین بررسی هدر رفتن این فرصت‌ها توسط دیگری است. به عنوان مثال، شخصی که در کنکور ورود به دانشگاه ثبت‌نام کرده و آماده رقابت شده در روز امتحان در اثر تصادف مصدوم شده و از شرکت در امتحان محروم می‌شود و شانس قبولی در دانشگاه را از دست می‌دهد، و یا مریضی برای درمان بیماری خود به پزشک مراجعه می‌کند و در اثر تقصیر پزشک و عدم تشخیص بموقع نوع بیماری، شخص فرصت معالجه را از دست می‌دهد. آیا شخصی که این نوع فرصت‌ها را از دست می‌دهد، می‌تواند مطالبه خسارت کند؟ تردیدی که در قابل جبران بودن این نوع زیان‌ها وجود دارد از جهت «رابطه سببیت» و «مسلم بودن ضرر» است. فلسفه وجودی دعوی مسئولیت مدنی جبران خسارت زیان‌دیده و در حد امکان اعاده وضع او به حالت اولیه قبل از ضرر است. به این ترتیب برای پذیرش چنین دعوی، خواهان باید اولاً وجود ضرر را به عنوان رکن اصلی اثبات کند. ثانیاً ثابت کند که بین فعل زیان‌بار خواننده و ضرر ایجاد شده «رابطه سببیت» وجود دارد. به علاوه در برخی موارد تقصیر خواننده هم شرط ایجاد مسئولیت است که باید احراز شود، ولی چون مسئولیت‌های بدون تقصیر هم زیاد هستند به‌ویژه در مسئولیت‌های ناشی از اتلاف (ماده ۳۲۸ قانون مدنی)، این شرط عمومیت ندارد و در برخی موارد بدون تقصیر هم مسئولیت ایجاد می‌شود. ولی دو شرط اولی در تمام دعوی مسئولیت مدنی لازم است و باید از طرف زیان‌دیده به عنوان خواهان دعوا ثابت گردند والا دعوی او رد می‌شود (کاظمی، ۱۳۸۰: ۱۸۶).

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

خواننده و ضرر ایجاد شده مسلم و قطعی نیست و از این جهت مسئولیت ایجاد نمی‌شود، پس حکم به جبران خسارت داده نمی‌شود، اما اگر بپذیریم و بگوییم در فرض اول مسئله هرچند نسبت به نفع نهایی «مثلاً قبول شدن در کنکور» به خاطر تردید در وقوع آن تحصیل نفع محتمل است و عدم النفع محتمل هم زیان محسوب نمی‌شود، ولی نفس «فرصت از دست رفته» نوعی ضرر است و باید جبران شود. همچنین در فرض دوم یعنی فرصت اجتناب از ضرر در مثال پزشکی «از دست رفتن فرصت معالجه» و تقصیر پزشک به طور قطع رابطه سببیت وجود دارد. در واقع باید بدون توجه به ضرر نهایی ضرر را محدود به همان فرصت از دست رفته نماییم و در نتیجه آن را قابل جبران بدانیم. در ارزیابی این فرصت برای تعیین میزان خسارت به جای اینکه بررسی شود که مثلاً ۲۰ درصد یا ۴۰ درصد عدم اطمینان نسبت به وقوع ضرر نهایی وجود دارد «به عبارتی ۲۰ درصد یا ۴۰ درصد شانس اجتناب از ضرر وجود دارد» تکیه بر این شود که ۸۰ درصد یا ۶۰ درصد اطمینان نسبت به وقوع ضرر وجود دارد پس به همان نسبت وقوع ضرر مسلم و قابل جبران است. به هر حال این نظریه (از دست دادن فرصت) موضوع جدیدی است، و در حقوق ما طرح آن تازگی دارد و به طور صریح در نوشته‌های فقها و حقوق دانان، مطلبی مبنی بر پذیرش یا رد آن نیامده است. اما این مسئولیت، می‌تواند در موضوعات مسئولیت مدنی به معنای اخص و مسئولیت قراردادی مطرح شود. پس با توجه به قواعد سنتی حاکم بر نظام حقوقی ایران، اظهار نظر در این خصوص باید با احتیاط صورت گیرد تا بتوان ضمن یافتن مبنایی محکم و استوار در قواعد سنتی و پوشاندن لباس نو، آن را به درخت کهن حقوق مدنی ایران پیوند زد. بنابراین، این مقاله تلاش خواهد داشت تا این نظریه را بررسی کند و پاسخ مقتضی را برای سؤال زیر ارائه کند:

آیا شخصی که مقصر به فوت فرصت تحصیل منفعت یا فوت فرصت اجتناب از وقوع ضرر برای دیگری است، دارای مسئولیت مدنی می‌باشد؟ فرضیه این سؤال آن است که به نظر می‌رسد فوت فرصت تحصیل منفعت و یا فوت فرصت اجتناب از وقوع ضرر موجب مسئولیت مدنی می‌باشد. با توجه به ماهیت موضوع تحقیق حاضر از لحاظ هدف، کاربردی، از لحاظ روش تحقیق، به صورت نظری می‌باشد و روش گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای بوده و روش تجزیه و تحلیل و جمع‌بندی به صورت توصیفی خواهد بود.

۱. پیشینه پژوهش

درخصوص پیشینه پژوهش موضوع فرصت از دست رفته؛ مطالبی نوشته شده است که می‌توان به آنها اشاره کرد. در حقوق داخلی ناصر کاتوزیان در کتاب *الزام‌های خارج از قرارداد/ ضمان قهری* (مسئولیت مدنی) توضیحاتی داده است. محمود کاظمی نیز در مقاله‌ای با عنوان «نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی» به بررسی حقوق فرانسه می‌پردازد. همچنین مقاله‌ای دیگر با عنوان «مطالعه تطبیقی نظریه از دست دادن فرصت - بررسی اجمالی در حقوق اروپا و ایالات متحده آمریکا» منصور امینی و سوده ناطق نوری تهیه کرده‌اند و نیز حمیدرضا صالحی و محمود عباسی در مقاله «تفویت فرصت بهبودی بیمار و ایجاد خطر ناروا و تحقق یافته در پرتو مطالعه تطبیقی» - به این موضوع پرداخته‌اند. از پایان‌نامه‌های کارشناسی ارشد درباره این موضوع نیز می‌توان به پایان‌نامه‌هایی با عناوین «مسئولیت مدنی ناشی از سلب موقعیت» ابوالفضل بهاری اردکانی، «از دست دادن فرصت و موقعیت با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و آمریکا» از فرهاد شادمان و «مسئولیت مدنی فرصت از دست رفته در حقوق ایران» از مرتضی راه‌چمنی اشاره کرد.

۲. مفهوم از دست دادن فرصت

گاهی شخص در موقعیتی قرار دارد که امکان تحصیل منفعتی در آینده را دارد یا فرصت دارد تا از وقوع زیانی جلوگیری کند، مثلاً شخص امکان شرکت در یک مسابقه را دارد و شرکت او در مسابقه فرصتی است که می‌تواند برای تحصیل جایزه مسابقه از آن بهره‌برد و گاهی شخصی که در معرض وقوع زیانی قرار گرفته است فرصت دارد برای جلوگیری از وقوع آن یا دست کم جلوگیری از گسترش و توسعه آن اقدام کند، مثلاً فردی که مبتلا به بیماری شده است هنوز فرصت دارد برای معالجه و درمان آن اقدام نماید و خود را درمان کند. لذا هرگاه تقصیر دیگری باعث شود که فرد این فرصت را از دست بدهد مسئله از دست دادن فرصت مطرح می‌شود، مثلاً بیماری به پزشک مراجعه می‌کند و پزشک در اثر تقصیر، نوع بیماری وی را بموقع تشخیص نمی‌دهد و او را سالم معرفی می‌کند ولی بعداً کشف می‌شود که در زمان مراجعه به پزشک مبتلا به بیماری بوده است، که اگر پزشک تقصیر

نکرده بود قابل تشخیص بود و هرگاه در آن زمان بیماری تشخیص داده می‌شد و تحت معالجه قرار می‌گرفت شانس درمان بیماری وجود داشت، ولی اکنون چنین شانس و احتمالی از بین رفته است، در اینجا آنچه به‌عنوان زیان و خسارت مطرح می‌باشد و در قابلیت جبران آن بحث است نفس همین فرصت از دست رفته است نه آن ضرر نهایی، مثلاً فوت یا معلولیت مریض که واقع شده است یا آن نفع نهایی که احتمال تحصیل آن وجود داشته و با تقصیر خواننده غیر قابل تحصیل شده است (بهارى اردکانی، ۱۳۹۳: ۱۷). بنابراین فرصت از دست رفته را نباید با از بین رفتن نفع مورد انتظار که از آن تعبیر به عدم‌النفع می‌شود اشتباه کرد یا آن را با ضرر نهایی که در اثر از دست دادن فرصت اجتناب از آن واقع می‌شود یکی دانست. آنچه ماهیت و رکن اصلی از دست دادن فرصت را تشکیل می‌دهد وجود احتمال در تحقق آن است، یعنی به واقعیت پیوستن فرصت در آینده احتمالی است، زیرا این‌طور نیست که یک فرصت و شانس محقق شود و به واقعیت بپیوندد والا آن را شانس نمی‌گفتند و عدم‌النفع مسلم یا ضرر مسلم بود (Jourdain, 1992: 109). به عبارتی نمی‌توان به‌طور قطع گفت اگر شخص در مسابقه‌ای که در اثر تقصیر خواننده، از شرکت در آن محروم شده است، شرکت می‌کرد برنده می‌شد یا اگر بیمار تحت درمان قرار می‌گرفت، معالجه می‌شد بلکه فقط احتمال آن وجود داشته است. ولی آنچه مسلم است اینکه چنین فرصتی از دست رفته است و تقصیر خواننده هم سبب از بین رفتن آن بوده است.

۳. صور از دست دادن فرصت و اسباب تحقق

از دست دادن فرصت در دو فرض قابل تقسیم است: یکی فرصت کسب منفعت و دیگری فرصت اجتناب از ضرر. از لحاظ اسباب تحقق نیز به دو صورت است: از دست دادن فرصت از یک سو به از دست دادن فرصت مبتنی بر قرارداد و از دست دادن فرصت مبتنی بر مسئولیت مدنی تقسیم می‌شود که اگر ما هریک از دو فرض را با دو مورد اسباب تحقق آن در نظر بگیریم، درون آن دو فرض دیگر منشعب می‌شود. مثلاً اگر ما مسئولیت مبتنی بر قرارداد را توضیح دهیم خود به دو فرض فرصت اجتناب از ضرر و تحصیل منفعت تقسیم می‌شود و در مورد مسئولیت مدنی نیز همین‌گونه است (شادمان، ۱۳۸۷: ۱۷). اما اگر بخواهیم فرصت

اجتناب از ضرر و تحصیل منفعت را توضیح دهیم، هریک از اینها خود به دو قسمت تقسیم می‌شود: فرصت اجتناب از ضرر مبتنی بر قرارداد، فرصت اجتناب از ضرر مبتنی بر مسئولیت مدنی و همچنین است تحصیل منفعت. لذا ما به توضیح مختصر هریک می‌پردازیم.

۱-۳. مسئولیت مدنی

در این حالت فرصت از دست رفته در نتیجه تقصیر شخص است، بدون اینکه رابطه قراردادی خاصی در این زمینه بین آن جاری باشد. مثلاً شخصی با بازداشت غیرقانونی دیگری مانع از شرکت او در آزمون شده و این فرصت را که او در آزمون شرکت کند و امکان ورود به دانشگاه را فراهم نماید از او سلب می‌شود، این فرصت می‌تواند به صورت فرصت اجتناب از ضرر یا تحصیل منفعت باشد (بادینی، ۱۳۸۴: ۳۱۷).

۲-۳. قرارداد

گاهی پیش می‌آید که فرصت از دست رفته در رابطه قراردادی طرفین ظاهر می‌شود، به این صورت که در روابط طرفین رابطه قراردادی خاصی وجود داشته و یک طرف قرارداد با امتناع از انجام تعهد، موجب از دست رفتن فرصت کسب منفعت یا اجتناب از ضرر طرف دیگر قرارداد می‌شود، مثلاً صاحب کارخانه‌ای با توزیع کننده مواد اولیه، قراردادی در خصوص مواد اولیه کارخانه خود منعقد می‌کند که در نتیجه عدم انجام تعهد توسط توزیع کننده، کارخانه‌دار موقعیت کسب منفعت (تولید کالا) و اجتناب از ضرر (هزینه کارگر) را از دست می‌دهد (اصغری آقمشهدی، ۱۳۸۱: ۹۴). البته نکته‌ای که ذکر آن خالی از فایده نیست، بیان مواردی است که هم بر مبنای قرارداد و هم بر مبنای مسئولیت مدنی، خواهان حق مطالبه خسارت بر مبنای از دست دادن فرصت را به دست می‌آورد، مثلاً بیماری که نزد پزشک رفته و پزشک سهواً در تشخیص و درمان بیماری او قصور می‌کند که در این مورد با توجه به اصول کلی، شخص متضرر به هریک از این دو عنوان می‌تواند اقدام نماید.

۳-۳. فرصت تحصیل منفعت

گاهی شخص فرصت دارد تا منفعتی را در آینده تحصیل کند و تقصیر دیگری باعث

می‌شود، این فرصت از بین برود. مانند فرصت برنده شدن در مسابقه و به دست آوردن جایزه یا فرصت شرکت در کنکور و قبول شدن در دانشگاه یا فرصت تجدیدنظرخواهی و نقض حکم بدوی که در اثر تقصیر و کیل و تأخیر در دادن دادخواست تجدیدنظرخواهی، این فرصت از بین می‌رود. به طور کلی هر موردی که شخص فرصت و شانس تحصیل نفعی را دارد و در اثر تقصیر دیگری این فرصت را از دست می‌دهد، این فرض تا حدودی شبیه عدم النفع است و ممکن است با آن اشتباه شود، در حالی که این دو دارای تفاوت اساسی می‌باشند (کاظمی، ۱۳۸۰: ۱۹۱).

۳-۴. فرصت اجتناب از ضرر

در این فرض، شخصی که در معرض تحمل ضرر قرار دارد فرصت می‌یابد تا از وقوع آن جلوگیری کند، ولی تقصیر خواننده باعث می‌شود که این موقعیت و فرصت از بین برود. مورد بسیار شایع این فرض، زیان‌های ناشی از خطای پزشکی است که در اثر تقصیر پزشک، بیمار موقعیت و فرصت معالجه و شانس بهبودی را از دست می‌دهد، البته این دو فرض شباهت زیادی به هم دارند، زیرا می‌توان گفت در نهایت به خواهان نوعی زیان رسیده است که قابل پیشگیری بوده و به عبارتی فرصت جلوگیری از آن وجود داشته است. در فرضی که شخص فرصت تحصیل منفعت را از دست می‌دهد، چون عدم النفع هم نوعی ضرر است پس می‌توان گفت عدم ضرر هم نوعی منفعت است. پس هرگاه شخص فرصت تحصیل نفع را از دست بدهد در حقیقت فرصت جلوگیری و اجتناب از ضرر را از دست می‌دهد، زیرا هرگاه عدم النفع مساوی ضرر باشد آنگاه نفع مساوی عدم ضرر است و از این نتیجه می‌شود که فرصت تحصیل نفع مساوی است با فرصت تحصیل عدم ضرر یعنی فرصت اجتناب از ضرر و در فرض دوم، شخص فرصت اجتناب از ضرر را از دست می‌دهد چون اجتناب از ضرر نوعی منفعت است. پس در واقع شخص با از دست دادن فرصت، فرصت تحصیل نفع را از دست داده است. بنابراین بازگشت هر دو فرض تحصیل منفعت و اجتناب از ضرر به یک نتیجه است که دو روی یک سکه‌اند، ولی در عین حال یک تفاوت ظریف بین این دو فرض وجود دارد و به اعتبار متعلق فرصت که در یک فرض تحصیل منفعت و در فرض دیگر

اجتناب از ضرر است ممکن است باعث تفاوت دو فرض شود، زیرا با نفي فرصت در فرض اول فرصت تحصیل نفع از میان می‌رود و از عدم تحصیل نفع، عدم النفع نتیجه می‌شود ولی با نفي فرصت در فرض دوم فرصت اجتناب از ضرر از بین می‌رود و از عدم اجتناب از ضرر، ضرر نتیجه می‌گردد، درحقیقت تفاوت بین این دو فرض تا حدی به تفاوت بین عدم النفع و ضرر برمی‌گردد و با همه تلاشی که برای مساوی دانستن این دو مفهوم شده است باز هم می‌بینیم که این دو یکی نیستند، لذا در احکام آنها تفاوت وجود دارد و در قابل جبران بودن خسارت ناشی از عدم النفع تا حدی اختلاف وجود دارد و در فقه اسلامی نظر مشهور این است که عدم النفع ضرر نبوده و قابل جبران نمی‌باشد. از این رو در حقوق فرانسه با وجود اینکه در قابل جبران بودن فرصت از دست رفته تقریباً اتفاق نظر وجود دارد و رویه قضایی هم آن را پذیرفته است، ولی برخی از نویسندگان اذعان داشته‌اند که پذیرش این نظریه و جبران این نوع خسارت در فرض دوم یعنی فرصت اجتناب از ضرر بسیار آسان‌تر و متداول‌تر است و در پذیرش آن بین حقوق دانان اختلاف نظر کمتری وجود دارد (Viney et Jourdain, 1997: 77).

به این ترتیب در یکی از فروض، از دست دادن فرصت با عدم النفع شباهت دارد و در فرض دیگر، فرصت اجتناب از ضرر با مفهوم ایجاد خطر شبیه است. ولی باید گفت که از دست دادن فرصت با هر یک از این دو مفهوم تفاوت دارد که در مبحث زیر به بررسی تفاوت این دو مفهوم خواهیم پرداخت.

۴. تفاوت بین از دست دادن فرصت و عدم النفع

مسئولیت از دست دادن فرصت، ذهن انسان‌های عدالت‌خواه و منصف را در جهت قابل جبران بودن آن به تکاپو واداشته و سعی بر توجیه آن کرده‌اند که اختلاف نظرات موجود در زمینه پذیرش یا عدم پذیرش عدم النفع، نتیجه همین امر است (امینیان مدرس، ۱۳۸۲: ۲۲۵).

بر این اساس، بین این دو مفهوم چند تفاوت وجود دارد: اولاً در از دست دادن فرصت دو فرض مطرح می‌شود. گاهی متعلق فرصت، تحصیل و کسب منفعت و سود است و گاهی متعلق این مفهوم اجتناب از ضرر می‌باشد، لذا دایره شمول از دست دادن فرصت وسیع‌تر از عدم النفع است، چرا که عدم النفع صرفاً از دست دادن سود را در بر می‌گیرد، اما با توجه به

تعریفی که از ضرر بیان داشتیم می‌توان نتیجه گرفت که این تفاوت بین از دست دادن فرصت و عدم‌النفع صحیح نیست، چرا که از لحاظ دایره شمول هر دو مفهوم هم شامل از دست دادن نفع و هم اجتناب از ضرر است.

ثانیاً با جست‌وجو در کتاب‌های فقهی درمی‌یابیم که عده‌ای از فقها قائل به جبران خسارت ناشی از عدم‌النفع محقق‌الحصول شده‌اند و معتقدند در عدم‌النفع، حصول منفعت در آینده مسلم است و تقصیر خوانده مانع ایجاد آن می‌شود و تنها در این فرض است که عدم‌النفع قابل جبران است و در صورتی که حصول نفع در آینده محتمل باشد از دست رفتن امکان تحصیل آن قابل جبران نیست (خوئی، ۱۳۷۱: ۳۶؛ حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷ ق: ۳۰؛ خوانساری نجفی، ۱۳۷۳ ق: ۱۹۹؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۷). زیرا یکی از شرایط قابل جبران بودن ضرر و به عبارتی ایجاد مسئولیت این است که مسلم باشد هر چند ضرر بالفعل نباشد و مربوط به آینده باشد، ولی در خصوص از دست دادن فرصت، احتمال رکن اصلی آن است و تحقق فرصت محتمل است به این صورت که به‌طور قطع نمی‌توان گفت اگر تقصیر خوانده نبود نفع حاصل می‌شد و یا از وقوع ضرر جلوگیری می‌شد. به همین دلیل در کشورهای پیشرفته در قابل جبران بودن خسارت ناشی از عدم‌النفع مسلم اختلاف نظر وجود ندارد، در حالی که در مورد جبران خسارت ناشی از فرصت از دست رفته اختلاف نظر است و برخی از نظام‌های حقوقی به‌تازگی قابلیت جبران چنین خساراتی را پذیرفته‌اند و حتی بعضی از نظام‌ها هنوز آن را نپذیرفته‌اند (Ibid.: 73).

ثالثاً مهم‌ترین تفاوتی که بین این دو مفهوم وجود دارد بالفعل بودن و آینده بودن ضرر است به این صورت که در از دست دادن فرصت و موقعیت ضرر بالفعل است ولی در عدم‌النفع ضرر مربوط به آینده است، زیرا در مورد فرصت آنچه به‌عنوان ضرر مطرح است نفس از دست دادن فرصت است و این ضرر بالفعل وجود دارد و با آن نفع نهایی و غایی که مورد انتظار بوده و احتمال تحصیل آن در آینده وجود داشته است متفاوت می‌باشد و نباید این دو را با هم خلط نمود، هر چند در ارزیابی میزان خسارت، نفع آینده و درجه احتمال آن مدنظر قرار می‌گیرد ولی در مورد عدم‌النفع چون به‌دست آوردن نفع مربوط به آینده است، لذا آن را نوعی ضرر در آینده می‌دانند.

۵. مقایسه بین از دست دادن فرصت و ایجاد خطر

در ابتدا بعد از توضیح مفهوم ایجاد خطر به بررسی وجوه تشابه و تفاوت بین این دو مفهوم خواهیم پرداخت. گاهی پیش می‌آید که شخص عمداً یا در اثر بی‌مبالاتی و عدم احتیاط وضعیت خطرناکی را ایجاد می‌کند و متعاقب آن خود او یا اشخاص دیگر متحمل ضرر می‌شوند، که تجلی و نمود معمول و قابل پیش‌بینی، خطری است که در اثر تقصیر او ایجاد شده است. در چنین فرضی نمی‌توان به‌طور قطع ثابت کرد، که اگر تقصیر خواننده نبود ضرر هم ایجاد نمی‌شد، ولی می‌توان ادعا کرد که تقصیر وی احتمال وقوع ضرر را ایجاد کرده یا آن را افزایش داده و وقوع آن را تسهیل نموده است. این فرض را اصطلاحاً ایجاد خطر می‌گویند. نظریه ایجاد خطر برای انعطاف‌پذیر کردن رابطه سببیت ایجاد شده است، یعنی در این موارد دادگاه‌ها به دنبال اثبات رابطه سببیت در مفهوم خاص خود نیستند و علی‌رغم تردید در وجود آن حکم به مسئولیت خواننده می‌دهند و آن را بر مبنای احتمال یا قابلیت پیش‌بینی ضرر توجیح می‌کنند. به این ترتیب هدف از تأسیس نظریه ایجاد خطر کاهش از خسونت و سختی قاعده سببیت است که اثبات آن به دوش زیان‌دیده (خواهان) است. در واقع در این موارد به نوعی رابطه سببیت مفروض انگاشته می‌شود، به‌ویژه در مورد تقصیرهای سنگین و عمدی همین قدر که ارتکاب تقصیر از ناحیه خواننده برای وقوع ضرر بسیار قوی و قابل پیش‌بینی باشد برای ایجاد مسئولیت کافی است (کاظمی، ۱۳۸۰: ۱۹۵). رویه قضایی فرانسه به‌ویژه در برخی موارد از این نظریه برای تسهیل جبران خسارت زیان‌دیده بهره‌جسته است، مثلاً در مورد حوادث رانندگی تا قبل از تصویب قانون سال (۱۹۸۵) همین قدر که عامل زیان (خواننده) مرتکب یک توقف غیرمجاز و یا یک مانور نابهنگام می‌شد در صورت بروز تصادف مسئول شناخته می‌شد، هرچند واقعاً بین فعل او و ضرر ایجاد شده رابطه سببیت وجود نداشت و یا در موردی که شخص، یک شیء خطرناک را به دیگری می‌سپرد که صلاحیت نگهداری یا بهره‌برداری از آن را نداشت و یا آن را در وضعیت خطرناکی قرار می‌داد در صورت بروز خطر مسئول شناخته می‌شد. تمام تلاش رویه قضایی فرانسه در این مورد این بود که قاعده سببیت را منعطف کند و خواهان را از اثبات آن معاف نماید و صرف اثبات تقصیر خواننده و تأثیر آن در افزایش احتمال وقوع ضرر یا تسهیل وقوع آن را کافی می‌دانست (Ibid.: 192).

۱-۵. شباهت بین از دست دادن فرصت و ایجاد خطر

این دو مفهوم از جهت مبنا و هدف با هم مشترک‌اند. اولاً در هر دو صورت نسبت به وجود رابطه سببیت تردید وجود دارد و نمی‌توان به‌طور قطع ثابت کرد، که هرگاه تقصیر خواننده واقع نمی‌شد زیان نهایی روی نمی‌داد، به‌این ترتیب در هر دو مورد تقصیر خواننده، خواهان را در معرض خطر قرار می‌دهد و وقوع ضرر را تسهیل می‌کند. ثانیاً هدف از ایجاد این دو نظریه این است که با منعطف نمودن قاعده سببیت اثبات آن را تسهیل کند تا هرچه بیشتر خسارت زیان‌دیده جبران شود. ولی به‌رغم این شباهت‌ها بین این دو نظریه تفاوت وجود دارد و نمی‌توان آنها را کاملاً منطبق بر هم دانست.

۲-۵. تفاوت بین از دست دادن فرصت و ایجاد خطر

تفاوت اساسی این دو مفهوم در این است که در مورد ایجاد خطر پس از پذیرش و اعمال آن تمام زیان وارد بر زیان‌دیده جبران می‌شود، چون با پذیرش و اعمال آن ثابت می‌شود که سبب زیان تقصیر خواننده بوده است، زیرا تقصیر خواننده ایجاد خطر کرده است و در نهایت هم خطر محقق شده و زیان واقع گردیده است. مثلاً در فرضی که مالک ماشین یا یک شیء خطرناک آن را به‌دست کسی می‌سپرد که صلاحیت بهره‌برداری از آن را ندارد و محیط خطرناکی را برای زیان‌دیده ایجاد می‌کند، هرگاه این خطر به واقعیت پیوندد و باعث زیان شود، وی نسبت به تمام زیان وارده بر زیان‌دیده مسئول است و باید آن را جبران کند، درحالی که نتیجه 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 و همان‌طور که گفته شد آنچه وی می‌پردازد بابت خسارت ناشی از فرصت از دست رفته و ماهیتاً جدا از خسارت نهایی وارد بر زیان‌دیده است، البته تردیدی نیست که در ارزیابی میزان این خسارت به زیان نهایی هم توجه می‌شود، مثلاً هنگامی که در اثر تقصیر پزشک، مریض موقعیت و فرصت معالجه و درمان را از دست می‌دهد، و در نهایت فوت می‌شود

اگر پزشک را از باب نظریه ایجاد خطر مسئول بدانیم وی مسئول تمام خسارت وارد بر زیان دیده و حتی نیز مسئول فوت وی است، ولی اگر وی را از باب اعمال نظریه «از دست دادن فرصت» مسئول بدانیم بدین معنا که تقصیر وی تنها فرصت معالجه را از مریض گرفته است وی ملزم به جبران تمام خسارت وارد بر مریض یعنی فوت نیست و خسارتی هم که به وی پرداخت می‌شود با خسارتی که بابت مرگ در فرض قبل پرداخت می‌شد یکی نیست.

۶. جایگاه نظریه «از دست دادن فرصت» در فقه اسلامی و حقوق ایران

۶-۱. نظریه «از دست دادن فرصت» در فقه اسلامی

در فقه اسلامی، موضوعی که دقیقاً به این امر پرداخته باشد دیده نمی‌شود، اما در خصوص عدم‌النفع نظرات زیادی را بیان داشته‌اند که نزدیک‌ترین مفهوم به از دست دادن فرصت است و در این مورد نیز اختلافات زیادی دیده می‌شود و در مورد تفویض عدم‌النفع مسلم گاه به‌طور صریح و گاه به‌صورت برداشت از مطالب فقها چنین به دست می‌آید که آنها با پذیرش این نوع مسئولیت (عدم‌النفع مسلم) به نوعی از دست دادن فرصت را پذیرفته‌اند (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷ ق: ۳۰۸). همچنین از دست دادن فرصت به‌خودی‌خود ضرری مستقل و جدای از زیان نهایی در نظر گرفته می‌شود. در این فرض دیگر صحبت از زیان آینده یا عدم‌النفع نیست، بلکه اگر نفس از دست دادن فرصت را ضرر بدانیم، وجود ضرر بالفعل است نه مربوط به آینده.

حال باید دید آیا از نظر فقهی می‌توان «از دست دادن فرصت» را ضرر دانست؟ در فقه با توجه به تعریفی که از آن شده است آنچه شارع مقدس، متکلف بیان آن است و فقیه تلاش می‌کند از روی ادله تفصیلی آن را استنباط نماید، احکام شرعی است که عارض بر موضوعات‌اند و هرچند ممکن است شرایط آن در شرع بیان شود ولی اینکه چه زمانی موضوع تحقق می‌یابد تا حکم آن ثابت شود یک امر ماهوی است و معمولاً با استعانت از عرف معین می‌شود. مثلاً شارع حکم می‌کند که اگر قتل عمدی صورت گرفت قاتل باید قصاص شود، ولی اینکه چه زمانی عمد واقع می‌شود یک امر موضوعی و ماهوی است که با توجه به قواعد و عرف و برخی موارد قواعد لغوی تعیین می‌گردد،

زیرا تشریح در اختیار شارع است و او می‌تواند هر حکمی را جعل کند اما امور موضوعی، ماهوی و تکوینی قابل جعل و تشریح نیستند. در مورد بحث، آنچه شارع مقدس بیان داشته این است که هرگاه ضرری واقع شود باید جبران گردد و یا حکم ضرری نفی می‌شود (لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام) اما اینکه موضوع ضرری چیست، در شرع نیامده است، پس با استعانت از عرف یا کتب لغت هم که ناشی از عرف است آن را مشخص می‌کنیم. مرحوم نراقی در کتاب عوائدالایام برای تعیین ضرر و اینکه چه چیزی ضرر است و چه چیزی ضرر نیست، گفته است که باید به عرف رجوع کرد و همچنین بیان داشته‌اند که بر فقیه است که برحسب موارد آن را بررسی کند و هرگاه از نظر عرفی احراز کرد که عنوان ضرر صادق است، کم یا زیاد بودن آن تفاوتی در حکم نمی‌کند (نراقی، ۱۴۰۸ق: ۲۱). آیت‌الله مکارم شیرازی در تعیین مفهوم ضرر بعد از بیان معانی لغوی آن می‌گویند: «در این فرض که معنای لفظ نزد عرف روشن است، رجوع به لغت بر فرض حجیت قول لغوی مشکل است، پس باید به ذهن خود یا اهل عرف رجوع نمود و معنای ضرر را معین کرد» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲ق: ۴۹).

وی سپس می‌افزاید: «آنچه از ارتکازات ذهنی و موارد استعمال این لغت در نزد عرف به دست می‌آید این است که ضرر عبارت است از فقدان هر چیزی که ما دارا می‌باشیم و به سبب آن از مواهب حیات از قبیل نفس و عرض و غیره منتفع می‌شویم». با توجه به آنچه که ذکر شد، معلوم می‌شود مفهوم ضرر، یک مفهوم عرفی است و برای تعیین موضوع ضرری باید به عرف مراجعه کرد. در فرض مسئله یعنی «از دست دادن فرصت»، عرف آن را ضرر می‌داند زیرا این نوع فرصت‌ها و موقعیت‌ها از لحاظ عرفی دارای ارزش و قابل تقویم به پول می‌باشند، لذا اشخاص حاضرند در برابر آن هزینه‌های مادی و معنوی صرف کنند. مثلاً شخصی که در کنکور شرکت می‌کند برای او نفس شرکت در امتحان و فرصت رقابت، موضوعیت دارد، هرچند احتمال قبولی او کم باشد و یا بیماری که فرصت معالجه و درمان دارد، نفس اینکه تحت درمان قرار گیرد برای او اهمیت دارد و مایه ترضیه خاطر اوست لذا حاضر است هزینه‌های بالای آن را تحمل کند، هرچند ثمربخش بودن درمان به‌طور معمولی احتمالی باشد (کاظمی، ۱۳۸۰: ۲۱۹).

۲-۶. نظریه «از دست دادن فرصت» در حقوق ایران

با توجه به سکوت قانون و فقدان رویه قضایی و جایگاه این موضوع در فقه و اینکه از لحاظ فقهی، قابلیت جبران این نوع خسارت‌ها، با اشکالی مواجه نیست و موافق اصول و قواعد فقهی است، به نظر می‌رسد که پذیرش این نظریه در حقوق ایران بلاشکال باشد. البته در قانون مدنی و سایر قوانین، نصی که صریحاً این نظریه (مسئولیت) را پذیرفته باشد، به چشم نمی‌خورد اما مواردی که این امر را در خود دارند و چنین مسئولیتی را می‌پذیرند وجود دارد. از جمله در مورد عقد مضاربه گفته شده است که هرگاه قبل از تحصیل سود از ناحیه عامل، مالک قرارداد را فسخ کند و فرصت تحصیل سود را از بین ببرد، باید از عامل، جبران خسارت کند که در اینجا میزان خسارت برابر اجرت‌المثل اعمالی است که وی انجام داده است، چون مطابق عقد مضاربه، عامل فقط در صورت تحصیل سود، از سود حاصله سهمی را می‌برد و در صورت عدم تحصیل سود، مستحق چیزی نیست. در اینجا مالک با فسخ عقد باعث تفویت فرصت تحصیل سود شده است و عنصر اساسی (فرصت) که احتمالی بودن آن می‌باشد موجود است و نمی‌توان گفت هرگاه عقد مضاربه فسخ نمی‌شد، عامل حتماً تحصیل سود می‌کرد. اشکال عمده‌ای که مخالفین این مسئولیت و جبران خسارت در خصوص آن مطرح می‌کنند این است که می‌گویند در اینجا چون عقد مضاربه جایز است، مالک حق فسخ قرارداد را داشته و در واقع حق خودش را اعمال کرده است، بنابراین مرتکب تقصیری نشده است در حالی که در مسئولیت ناشی از تسبیب، تقصیر عامل، شرط ایجاد مسئولیت است، چون عامل از ابتدا می‌دانسته که عقد جایز است و مالک ممکن است عقد را فسخ کند پس در حقیقت خود او به ضرر خود اقدام کرده است و مستحق جبران خسارت نیست (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۵۲؛ نجفی، ۱۳۹۴: ۳۸۹؛ حکیم، ۱۳۹۲: ۳۷۶). به این ترتیب معلوم می‌شود با توجه به اینکه نفس تفویت فرصت تحصیل سود، ضرر می‌باشد، اختلافی نیست، اختلاف در قابل جبران بودن این ضرر از جهت سایر شرایط مسئولیت است.

همچنین، ماده (۵۶۵) قانون مدنی در مورد اجرت‌المثل عامل جعاله بر این مبناست که چنین بیان می‌کند: «جعاله تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است،

هریک از طرفین می‌توانند رجوع کنند؛ ولی اگر جاعل در اثناء عمل رجوع نماید باید اجرت‌المثل عمل عامل را بدهد»، زیرا فسخ جاعل (متعهد به دادن پاداش) بخت دستیابی عاملی که کار یا هدف مطلوب را دنبال کرده است از بین می‌برد و میزان ارزش کاری که از دست رفته معیار سنجش ضرر ناشی از این اقدام است اما پذیرفتن این نظریه مشکل است. مثلاً بی‌گمان اسبی که از شرکت در مسابقه محروم مانده، معلوم نیست که برنده نمی‌شده است، عادلانه نیست که محروم ماندن از احتمال به هیچ‌انگاشته شود، به‌ویژه اگر زمینه‌ای مناسب برای توفیق آن نیز وجود داشته باشد و یا ماده (۶) قانون مسئولیت مدنی، که به نفقه‌بگیران آسیب‌دیده حق داده است تا خسارت ناشی از موقعیت از دست رفته خود را از مسئول حادثه بگیرند، مبتنی بر محروم ماندن از بخت رسیدن به نفعی در آینده است، زیرا حق نفقه‌بگیر نیز احتمالی است و ممکن است در اثر مرگ متوفی به دلیل دیگر یا فقر و یا بی‌نیازی مدعی از بین برود و با این وجود، قانونگذار آن را قابل مطالبه می‌داند. وانگهی، در ماده (۶) تکلیف، فعلیت نیافته و در حال اجرا نیست، زیرا با وجود پذیرش این نظر که در فرض احتمال قوی، عادلانه به نظر می‌رسد به‌عنوان قاعده در حقوق ما دشوار است و نیاز به تحلیل و تأمل بیشتری دارد. مرحوم دکتر کاتوزیان با توجه به پاره‌ای از عوامل تعدیل‌کننده آثار دو نظر مقابل هم که در خصوص از دست دادن موقعیت و فرصت در رویه قضایی فرانسه وجود دارد، را به هم نزدیک می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۸۲).

۱. در مواردی که امکان استفاده از موقعیتی در عرف ارزش خاص دارد، مانند بلیت بخت‌آزمایی از بین بردن این موقعیت ضرری است که مسلم است و باید جبران شود.
۲. همچنین ممکن است محروم ماندن از موقعیتی (مانند شرکت در مسابقه ورودی دانشگاه) زیان معنوی مسلم به همراه داشته باشد که بایستی، به‌طور مستقل و قطع نظر از درجه احتمال موفقیت شرکت‌کننده، مورد حکم قرار گیرد.
۳. در مورد محروم ماندن و محروم ساختن بیمار از بخت زنده ماندن یا درمان شدن، که به‌طور معمول در خطای پزشکی عنوان می‌شود، می‌توان چنین تعبیر کرد که خطای پزشکی خودبه‌خود خطری را می‌آفریند که احتمال دارد به ورود ضرر در نهایت منتهی شود. پس اگر این احتمال تحقق یابد، معلوم می‌شود که میان خطای پزشکی و ورود ضرر

رابطه علیت وجود دارد. به این ترتیب با تغییر اصطلاح قابل انتقاد (بخت از دست رفته) به (ایجاد خطر ناروا و تحقق یافته) اجرای عدالت در این زمینه به قواعد مسئولیت مدنی نزدیک می‌شود، به زیان دیده نیز امکان می‌دهد تا تمام زیان‌های ناشی از خطای پزشک را از او بگیرد.

۷. شرایط ایجاد مسئولیت مدنی ناشی از فرصت از دست رفته

برای اینکه ضرری قابل جبران باشد باید ضرر مسلم و قطعی باشد، به علاوه باید بین ضرر و تقصیر خواننده رابطه سببیت وجود داشته باشد. آنچه باعث تردید در خصوص جبران خسارت ناشی از فرصت از دست رفته شده است تردید در وجود دو شرط مسئولیت مدنی است که به اعتقاد مخالفان در اینجا وجود ندارد. برای روشن شدن موضوع یک بار دیگر فرض مختلف مسئله را با بیان یک مثال ذکر می‌کنیم. فرض اول: گاهی شخص در اثر تقصیر دیگری فرصت و موقعیت تحصیل منفعت را از دست می‌دهد مثلاً شخصی که برای کنکور ثبت نام و خود را آماده کرده است در اثر تقصیر دیگری صدمه می‌بیند و نمی‌تواند در امتحان شرکت کند، در نتیجه شانس قبولی در دانشگاه را از دست می‌دهد. فرض دوم: گاهی شخص در اثر تقصیر دیگری فرصت و موقعیت اجتناب از وقوع ضرر را از دست می‌دهد، مثلاً شخص مریض در اثر تقصیر پزشک و کوتاهی او و عدم تشخیص بموقع نوع بیماری فرصت معالجه را از دست می‌دهد و در نتیجه فوت می‌شود. آنچه در هر دو فرض مشترک است اینکه برخوردار از فرصت و ثمربخش بودن آن و به عبارتی به واقعیت پیوستن آن محتمل است و نمی‌توان به طور قطع گفت اگر شخص در کنکور شرکت می‌کرد حتماً در دانشگاه قبول می‌شد یا اگر مریض معالجه می‌شد زنده می‌ماند. بنابراین در هر دو فرض، جهت یکی از شرایط مسئولیت مدنی یعنی مسلم بودن ضرر (فرض اول) و وجود رابطه سببیت (فرض دوم) در جبران خسارت تردید وجود دارد (بهاری اردکانی، ۱۳۹۳: ۸۸).

۱-۷. مسلم بودن ضرر

در فرضی که شخص فرصت تحصیل منفعت را از دست می‌دهد، اشکالی که در قابلیت

جبران آن مطرح می‌شود، مسلم بودن ضرر است، چون تحصیل نفع در آینده قطعی نیست تا منتفی شدن آن ضرر مسلم محسوب شود. از این رو نویسندگان حقوقی این فرض، فرصت از دست رفته را در مبحث ضرر و بخت، عنوان و شرایط قابل جبران بودن ضرر (مسلم بودن ضرر) را مطرح می‌کنند و مورد بررسی و تحلیل قرار می‌دهند. در این فرض، ضرر نهایی عبارت از عدم النفع است. در این مورد صرف اینکه ضرر مربوط به آینده است اشکالی ایجاد نمی‌کند، زیرا ضرر آینده هم در صورتی که مسلم باشد قابل جبران است. به عبارتی مسلم بودن ضرر منافاتی با این ندارد که ضرر مربوط به آینده باشد.

۲-۷. وجود رابطه سببیت

در فرضی که شخص در اثر تقصیر دیگری فرصت اجتناب از ضرر را از دست می‌دهد و در نهایت متحمل ضرر می‌شود ظاهراً در تحقق ضرر و مسلم بودن آن تردیدی نیست، چون ضرر بالفعل واقع شده است. این فرض به ویژه در مورد خطای پزشکی مطرح می‌شود، مثلاً مریض در اثر تقصیر پزشک فرصت معالجه را از دست می‌دهد و در نهایت معلول می‌شود و یا فوت می‌کند ولی نمی‌توان ثابت کرد که هرگاه پزشک مرتکب تقصیر نمی‌شد و مریض تحت معالجه قرار می‌گرفت حتماً درمان می‌شد و از فوت یا معلولیت نجات پیدا می‌کرد، تا رابطه سببیت ثابت شود. بنابراین در این فرض به دلیل تردید در وجود رابطه سببیت در مسئولیت خوانده تردید وجود دارد و در واقع برای رفع این اشکال یعنی اثبات رابطه سببیت که به ویژه در مسئولیت پزشکی وجود دارد، این نظریه مطرح شده است. از این رو نویسندگان حقوقی این فرض، فرصت از دست رفته را در مبحث رابطه سببیت مطرح و احکام آن را بررسی می‌کنند.

۸. فروض مختلف مسئولیت مدنی ناشی از فرصت از دست رفته

فروض‌های ارائه شده از دو جهت بررسی می‌شوند: یکی از جهت اثبات مسلم بودن ضرر و دیگری احراز رابطه سببیت.

۱-۸. از دست دادن فرصت و مسلم بودن ضرر

از دست دادن فرصت از دو جهت قابل جبران محسوب می‌شود:

الف) فرصت از دست رفته به‌عنوان ضرر مستقل: در فرضی که شخص فرصت تحصیل منفعت را از دست می‌دهد هرگاه تحصیل منفعت در آینده مسلم باشد تفویت آن نوعی ضرر مسلم است و از باب عدم‌النفع قابل جبران است. ولی هرگاه تحصیل نفع در آینده محتمل باشد، تفویت آن ضرر مسلم نیست، بلکه ضرر احتمالی است و قابل جبران نمی‌باشد. بنابراین هرگاه زیان نهایی را در نظر بگیریم، چون تحقق آن در آینده محتمل است، حق با کسانی است که فرصت از دست رفته را به‌دلیل مسلم نبودن ضرر قابل جبران نمی‌دانند، ولی هرگاه نفس از دست رفتن فرصت را به‌عنوان ضرر مستقل تلقی کنیم، در قابل جبران بودن آن نباید تردید کرد، زیرا تمام شرایط قابل جبران بودن آن و به تعبیری ایجاد مسئولیت وجود دارد. منتها این نوع ضرر (از دست رفتن فرصت)، از لحاظ موضوع ضرر، با موضوعات ضرری معمول و متعارف از قبیل ضررهای مادی، جسمانی، از کار افتادگی و ... تفاوت دارد زیرا ظاهراً هیچ‌کدام از آنها نیست، ولی این مانع از آن نیست که فرصت عرفاً دارای ارزش باشد و از بین رفتن آن ضرر محسوب شود. این امری موهوم و فرضی نیست، عقل و عرف برای چنین فرصت‌هایی ارزش قائل است. لذا اشخاص حاضرند در برابر برخورداری از این فرصت‌ها، هزینه‌های زیادی را متحمل شوند. کسی که در یک مسابقه ورزشی شرکت می‌کند به‌رغم اینکه تحصیل جایزه و برنده شدن محتمل است، درعین حال او سرمایه‌گذاری مادی و معنوی می‌کند و یا کسی که دارای بیماری خطرناک است، به‌رغم اینکه پزشکان می‌گویند، شانس بهبودی وی کم است درعین حال تلاش دارد که مورد معالجه قرار گیرد و هزینه سنگین معالجه را می‌پردازد (شادمان، ۱۳۸۷: ۵۸).

ب) بررسی نفس عمل زیان‌بار: گاهی برای اینکه نفس از دست رفتن فرصت ضرر مستقل به حساب آید، لازم نیست عمل تقصیر کارانه‌ای که موجب از بین رفتن آن شده است فی‌نفسه و یا قطع نظر از آن فرصت، زیان‌بار باشد، زیرا ممکن است نفس عمل تقصیر کارانه به‌خودی‌خود زیان‌بار باشد، مثلاً شخص برای تصدی شغل خلبانی اقدام می‌کند و مراحل ثبت‌نام را می‌گذراند ولی در یک تصادف که با ماشین برخورد می‌کند

پایش قطع می‌شود. در اینجا نفس عمل تقصیر کارانه راننده ماشین که موجب قطع شدن پای شخص شده است، زیان‌بار است و موجب مسئولیت اوست. به علاوه تقصیر وی باعث شده که زیان دیده فرصت انتخاب شغل خلبانی را از دست بدهد. آنچه مورد بحث است، همین از دست رفتن فرصت است که تقصیر راننده موجب آن شده است. گاهی هم نفس عمل تقصیر کارانه زیان‌بار نیست، ولی در عین حال موجب از بین رفتن فرصت می‌شود. مثلاً شخصی برای شرکت در یک مسابقه با اتوبوس عازم آن محل می‌شود و در اثر تقصیر راننده، اتوبوس از کار می‌افتد و شخص دیر به مقصد می‌رسد و در نتیجه از شرکت در مسابقه محروم می‌شود. در اینجا هم نفس فرصت از دست رفته، ضرر است و باید جبران شود، هر چند عمل تقصیر کارانه خوانده که موجب از بین رفتن آن شده فی‌نفسه زیان‌بار نیست (همان: ۶۰).

۲-۸. از دست دادن فرصت و رابطه سببیت

منطقاً بحث از رابطه سببیت و احراز آن فرع بر وجود ضرر است، لذا در صورتی که در نفس وجود ضرر تردید باشد، دیگر نوبت به بحث از رابطه سببیت نمی‌رسد. لذا در فرض اول از فرصت (تحصیل منفعت) چون در مسلم بودن ضرر، تردید وجود دارد دیگر بحث از رابطه سببیت مطرح نمی‌شود، ولی در فرض دوم از فرصت (اجتناب از ضرر) چون ظاهراً وجود ضرر محقق است بحث از رابطه سببیت مطرح می‌شود و از این جهت در قابلیت جبران آن تردید شده است. صرف نظر از تعاریف مختلفی که از رابطه سببیت شده است، آنچه در تمام این تعاریف وجود دارد آن است که عملی را می‌توان سبب تلقی کرد که دست کم وجود آن برای تحقق ضرر لازم باشد به گونه‌ای که عدم آن باعث عدم تحقق ضرر شود. البته اینکه همین مقدار برای ثبوت و احراز رابطه سببیت کافی است یا خیر، محل بحث است و در این مجال فرصت طرح آن نیست، ولی در اینکه این مقدار به‌طور قطع لازم و ضروری است تردیدی نیست. پس مطابق نظریه کلاسیک در رابطه با مفهوم سببیت هرگاه رابطه بین فعل تقصیر کارانه و ضرر ایجاد شده به گونه‌ای باشد که فقدان آن عمل باعث فقدان یا عدم تحقق ضرر نگردد، به‌طور قطع نمی‌توان آن را سبب

نامید و این مفهوم از سببیت تا این حد، در تمام نظریات راجع به سببیت پذیرفته شده است (Rogers, 1994: 148). با توجه به این مفهوم از سببیت، در فرضی که شخص موقعیت اجتناب از ضرر را از دست می‌دهد، نمی‌توان بین تقصیر خواننده و ضرر ایجاد شده، رابطه سببیت برقرار کرد. مثلاً نمی‌توان گفت بین تقصیر یک پزشک و فوت یا معلولیت مریض رابطه سببیت وجود دارد، زیرا نمی‌توان ثابت کرد که اگر پزشک مرتکب تقصیر نمی‌شد (فقدان سبب) به‌طور قطع مریض فوت نمی‌کرد (فقدان مسبب). بنابراین تقصیر پزشک سبب وقوع ضرر نیست.

۳-۸. راهکارهای ارائه شده در توجیه این مسئولیت

کاربرد احتمالات و آمار و تلقی از دست رفتن فرصت به‌عنوان ضرر مستقل از جمله راهکارهای ارائه شده در توجیه این مسئولیت است.

۱-۳-۸. تعدیل در مفهوم رابطه سببیت

رویه قضایی چه در نظام حقوقی فرانسه و چه در نظام حقوقی کامن‌لا، نقش زیادی در راستای انعطاف‌پذیر کردن مفهوم رابطه سببیت داشته است (هارت و هونوره، ۱۳۸۹: ۲۵۴). همچنین حقوق‌دانان ضمن تأیید رویه قضایی در راستای تقریر و تثبیت آن، تلاش زیادی را مبذول داشته‌اند. به‌طوری که می‌توان گفت مبنا و منشأ گسترش و توسعه نظریه از دست دادن فرصت به‌ویژه در مورد خطای پزشکی، حل مشکل درباره اثبات رابطه سببیت بوده است که بار اثبات آن به عهده زیان‌دیده است. برخی از حقوق‌دانان در این راستا تلاش کرده‌اند مفهوم جدیدی از رابطه سببیت ارائه دهند که از مفهوم سابق و کلاسیک آن که مبتنی بر اندیشه شرط ضروری^۱ بود و در کامن‌لا از آن تعبیر به (اگر عمل نبود، ضرر واقع نمی‌شد)^۲ می‌کردند، جدیداً از مفهوم احتمالات و آمار استفاده می‌شود. در این مفهوم، رابطه سببیت ترکیبی از قانون سببیت و قانون احتمالات است. اجمالاً می‌توان گفت که در مفهوم جدید از سببیت، سعی شده با توسعه در مفهوم آن، تفسیری از آن ارائه دهند که

1. Sine que non

2. But-for

شامل اسبابی صرفاً تکمیل کننده یا تسریع کننده زیان نهایی می باشد و از اسبابی که وجود آنها شرط ضروری وقوع زیان نیست، ولی در وقوع زیان تأثیر احتمالی دارند نیز استفاده شود. مثلاً در موردی که پزشک مرتکب تقصیر می شود و فرصت معالجه را از مریض می گیرد و در نهایت مریض فوت می کند، نمی توان تقصیر پزشک را سبب فوت مریض دانست، زیرا اسباب و عوامل ناشناخته دیگری هم در فوت مریض دخالت داشته اند. لذا نمی توان ثابت کرد که اگر تقصیر پزشک نبود و مریض تحت معالجه قرار می گرفت درمان می شد و زنده می ماند، ولی آنچه مسلم است این است که تقصیر پزشک باعث شده که احتمال بروز (فوت) افزایش یافته و یا تسهیل شود. بنابراین به عنوان سبب یا یکی از اسباب در نظر گرفته می شود. از نظر علمی، امروز استفاده از آمار اهمیت زیادی دارد و استفاده از آن حتی در زندگی روزمره ما متداول است و اعمال ما تحت تأثیر داده های آماری انجام می گیرد.

بر این اساس، وقتی به عنوان مثال، قاضی فرصت از دست رفته را در نظر می گیرد، مفهوم سببیت را رها نمی کند، بلکه با رجوع به قانون احتمالات آن را کامل می کند. ما در زندگی روزمره این قانون را در نظر می گیریم بدون اینکه توجه داشته باشیم هنگامی که قاضی ارزش این فرصت از دست رفته را تخمین می زند به طور احتمالی و به مدد آمار، تقارن بین تقصیر خواننده و زیان ایجاد شده را ارزیابی می کند و بر این اساس خسارت را معین می کند. البته در این زمینه از نظر کارشناس هم استفاده می کند. از این رو اگر واقعیت های آماری ثابت کنند که زیان یا وقوع حادثه ای زیان بار، قابل پیشگیری بوده است، قاضی نمی تواند نسبت به آن بی تفاوت باشد. این به منزله نهادینه کردن شک و نادیده انگاشتن قواعد اثبات نیست. قاضی که محاسبات احتمالات را می پذیرد از مراجعه به امارات و قرائن بی نیاز نیست. به این ترتیب، طبیعی است که حقوق، تقصیر پزشکی را که فرصت معالجه را از مریض گرفته است، و یکی از اسباب احتمالی زیان (مرگ مریض) را فراهم کرده است، موجب مسئولیت بداند. به همین ترتیب طبیعی است که مسئولیت او به جبران خسارت، به میزان ارزش و بهای فرصتی باشد که از دست رفته است، یعنی به میزانی که تقصیر او در تحقق ضرر نهایی مؤثر بوده است. این روش یک ارزش نوعی دارد.

بنابراین تفاوتی نمی‌کند که تحقق نتیجه مورد نظر (زیان نهایی یا نفع نهایی) ۹۵ درصد محتمل باشد یا ۵۰ درصد؛ منتها این امر از لحاظ کمی در ارزیابی آن مؤثر است.

۲-۳-۸. توجیه از طریق تغییر در مفهوم ضرر

به نظر می‌رسد که برای توجیه جبران خسارت ناشی از فرصت از دست رفته، نیاز به تکلف زیاد و تغییر در مفهوم رابطه سببیت و تأویل آن نیست؛ زیرا اشکال در وجود رابطه سببیت از آنجا ناشی می‌شود که ضرر و خسارت وارد بر زیان‌دیده را همان زیان نهایی (مثلاً در مثال مریض، فوت مریض) بدانیم؛ زیرا طبیعی است که بین آن و تقصیر خواننده رابطه سببیت وجود ندارد، ولی اگر نفس از دست دادن فرصت را نوعی ضرر مستقل بدانیم در وجود رابطه سببیت تردیدی باقی نمی‌ماند، زیرا مسلم است که تقصیر خواننده (پزشک) موجب از بین رفتن فرصت معالجه شده است. پس رابطه سببیت به مفهوم کلاسیک خود وجود دارد، به این معنا که اگر تقصیر خواننده نبود، از بین رفتن فرصت هم نبود. لذا تفاوتی نمی‌کند فرصت از دست رفته را نوعی ضرر معنوی بدانیم، یعنی فقدان ترضیه خاطر که برخوردار از فرصت برای خواهان ایجاد می‌کند و یا نوعی ضرر مادی (Marty et Raynaud, 1988: 452). چون به هر حال با توجه به احتمالی که در جلوگیری از زیان نهایی (یا تحصیل منفعت) وجود دارد، این فرصت دارای ارزش مادی است و به این دلیل، اشخاص در مقابل برخوردار از آن حاضر به پرداخت مابه‌ازا می‌باشند. البته برای ارزیابی میزان آن به درجه احتمالی که در وقوع نتیجه نهایی وجود دارد، توجه می‌شود و اگر به مبنا و فلسفه تأسیس این نظریه توجه کنیم این ادعا ثابت می‌شود، زیرا انگیزه اصلی ایجاد این نظریه، این بوده است که زیان‌دیده را قادر به اثبات رابطه سببیت نموده و خسارت او جبران گردد به‌ویژه در مورد خطای پزشکی که اثبات رابطه سببیت مشکل است.

۹. نحوه جبران خسارت در فرصت از دست رفته

در این مورد، جبران خسارت مانند سایر موارد مسئولیت مدنی و مطابق قواعد عام آن صورت می‌گیرد، به طوری که «از دست دادن فرصت»، به‌عنوان یک ضرر مستقل مورد

ارزیابی قرار گرفته، حکم به جبران آن داده می‌شود. منتها از آنجا که قاضی در ارزیابی میزان خسارت باید تمام عوامل را مد نظر قرار دهد، در این فرض هم احتمال وقوع و تحقق ضرر نهایی باید مورد توجه قرار گیرد و میزان خسارت محاسبه شود و از آنجا که ارزیابی میزان خسارت یک امر ماهوی است، دست قاضی در این خصوص باز است و او می‌تواند با توجه به تمام عوامل، میزان آن را معین کند (Viney et Jourdain, 1997: 85). به عنوان مثال، از آنجا که غالباً پرونده‌های از دست دادن فرصت در امور پزشکی می‌باشد، لذا در پرونده‌های پزشکی قبل از صدور حکم به جبران خسارت باید اثبات شود که خواننده در مقابل خواهان تکلیف به مراقبت داشته است، خواننده این تکلیف را سهواً نقص کرده است، خواهان متحمل یک صدمه قابل ارزیابی شده و نقض این تکلیف سبب قانونی آن صدمه بوده است. در صورت فقدان هر کدام از این شرایط، خواننده مسئول زیان وارده نخواهد بود و در صورت فقدان یک شرط در این خصوص، دیگر نیازی به بررسی سایر مسائل نیست. این در حالی است که قواعد از دست دادن فرصت برای جبران خسارت متضرری که موقعیت بهبود یافتنش کاهش یافته است، معنا پیدا می‌کند. این شروط مربوط به زمانی است که خواهان متحمل یک صدمه واقعی شده باشد. البته تعداد بسیار کمی استثناء نیز در این خصوص وجود دارد. به عنوان مثال، فرصت‌های کاهش یافته بهبودی که از جراحی ناشی شده باشد نوعاً قابل جبران نیستند (کاظمی، ۱۳۸۰: ۲۱۰). در عین حال، چون میزان خسارت ناشی از فرصت از دست رفته و به عبارتی ارزش آن بر مبنای زیان نهایی قابل اجتناب و یا نفع نهایی قابل تحصیل، ارزیابی می‌شود، روش‌های مختلفی برای ارزیابی و تعیین میزان خسارت اتخاذ شده است که عبارتند از: ۱. روش جبران کل خسارت ۲. تعیین میزان خسارت بر مبنای درجه و احتمال ضرر نهایی ۳. تعیین خسارت به طور مستقل و پرداخت مبلغی مقطوع.

۱۰. جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

مسئولیت ناشی از فرصت و موقعیت از دست رفته، قلمرو وسیعی دارد: از یک سو شامل مسئولیت مدنی به معنای اخص می‌شود، به این صورت که گاهی در اثر فعل یا ترک فعل

دیگری، فرصت و موقعیت شخص در جهت کسب منفعت یا اجتناب از ضرر از بین می‌رود و از سوی دیگر شامل مسئولیت قراردادی نیز می‌شود، یعنی با نقض قرارداد توسط یک طرف قرارداد، فرصت و موقعیت تحصیل منفعت یا اجتناب از ضرر طرف دیگر از بین می‌رود. پس آنچه مسلم است باید ارکان هریک از این مسئولیت‌ها برای تحقق قابلیت جبران آن وجود داشته باشد، در غیر این صورت شکی در غیر قابل جبران بودن چنین زیانی به علت عدم تحقق ارکان هریک از این دو دسته مسئولیت نیست.

اما مسئله اصلی در خصوص این نوع مسئولیت در این است که ارکان آن با ارکان سایر مسئولیت‌ها متفاوت است و همین امر موجب شبهاتی شده است. اولاً، در خصوص تحقق ضرر که اولین شبهه و تردید در قابلیت جبران ضرر ناشی از این مسئولیت است، چرا که ادعا شده تحقق ضرر قطعی نیست و از آنجا که یکی از ارکان مسئولیت مدنی یا قراردادی تحقق ضرر است، لذا به علت عدم تحقق ضرر قطعی مسئولیتی نیز وجود ندارد. در این خصوص باید اذعان داشت که در مواردی فعل یا ترک فعل شخص، سبب عدم امکان اجتناب از ضرر شده است که ضرر به طور قطعی وارد آمده باشد و هیچ گونه تردیدی در آن نباشد. ثانیاً، در خصوص وجود رابطه سببیت باید اذعان داشت که تردید موجود در رابطه سببیت هم شامل تحصیل منفعت و هم شامل اجتناب از ضرر می‌شود و این تردید به این صورت قابل رفع است، وقتی ثابت می‌شود که ضرر محقق شده است. ولی در این امر که آیا قطعاً این ضرر از فعل یا ترک فعل زیان‌بار ناشی شده است یا خیر، تردید وجود دارد و با بررسی میزان دخالت فعل یا ترک فعل زیان‌بار می‌توانیم رابطه سببیت را اثبات کنیم و به همان میزان رابطه سببیت را اثبات شده بدانیم. مثلاً پزشکی که با تقصیر خود موقعیت زنده ماندن بیمار را از ۲۰ درصد به صفر درصد می‌رساند، هر چند معلوم نیست که مرگ بیمار از فعل یا ترک فعل پزشک ناشی شده باشد، اما به اندازه ۲۰ درصد مشخصاً رابطه سببیت وجود دارد و وقتی ما کاهش ۲۰ درصدی را زیان تلقی کنیم پس در این مقدار، رابطه سببیت مسلم و محرز می‌باشد. البته شکی در این نیست که موقعیت از بین رفته (۲۰ درصد) باید مشخص و قطعی باشد. در غیر این صورت نه تنها رابطه سببیت، بلکه در تحقق ضرر به اندازه (۲۰ درصد) تردید وجود دارد.

منابع و مأخذ

۱. امینیان مدرس، محمد (۱۳۸۲). «توضیحاتی پیرامون تفویت منافع و عدم النفع»، مجله حقوقی دادگستری، سال شصت و هشتم، ش ۴۳.
۲. اصغری آقمشهدی، فخرالدین (۱۳۸۱). «خسارت عدم النفع در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۰»، مجله نامه مفید، ش ۲۹.
۳. امینی، منصور و سوده ناطق نوری (۱۳۹۰). «مطالعه تطبیقی نظریه از دست دادن فرصت - بررسی اجمالی حقوق اروپا و ایالات متحده آمریکا»، فصلنامه مدرس علوم انسانی (پژوهش های حقوق تطبیقی)، سال پانزدهم، ش ۳.
۴. بادینی، حسن (۱۳۸۴). فلسفه مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۵. بحرانی، شیخ یوسف (۱۴۰۵ ق). الحدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره، ج ۲۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۶. بهاری اردکانی، ابوالفضل (۱۳۹۳). «مسئولیت مدنی ناشی از سلب موقعیت»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد میبد.
۷. حسینی مراغه‌ای، میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ ق). عناوین الاصول، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۸. حسینی عاملی، سید محمد جواد (۱۴۱۸ ق). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، کتاب غضب، ج ۱۴، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۹. حکیم، سید حسن (۱۳۹۲ ق). مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، قم، دارالکتب العلمیه.
۱۰. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۱). مصباح الفقاهه، ج ۲، قم، انتشارات وجدانی.
۱۱. خوانساری نجفی، موسی (۱۳۷۳ ق). منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تقریرات بیع میرزای نائینی، ج ۲، تهران، مطبعه حیدری.
۱۲. راه چمنی، مرتضی (۱۳۹۳). «مسئولیت مدنی فرصت از دست رفته در حقوق ایران»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه علامه محدث نوری.
۱۳. شادمان، فرهاد (۱۳۸۷). «از دست دادن فرصت و موقعیت با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و آمریکا»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه سراسری قم.
۱۴. صالحی، حمیدرضا و محمود عباسی (۱۳۹۰). «بررسی ماهیت تعهدات پزشکی و جلوه های آن در پرتو مطالعه تطبیقی»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال پنجم، ش ۱۶.

۱۵. _____ (۱۳۹۱). «تفویت فرصت بهبودی بیمار و ایجاد خطر ناروا و تحقق یافته در پرتو مطالعه تطبیقی»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال ششم، ش ۲۰.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). الزام‌های خارج از قرارداد ضمان قهری (مسئولیت مدنی)، ج ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۷. کاظمی، محمود (۱۳۸۰). «نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال سی‌ام، ش ۵۳.
۱۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۲ ق). القواعد الفقهیه، ج ۱، چاپ سوم، قم، منشور دارالعلم.
۱۹. موسوی خمینی، روح‌الله (۱۳۶۸). البیع، ج ۱، چاپ چهارم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۲۰. نراقی، ملا احمد (۱۴۰۸ ق). عوائد الایام، چاپ سوم، قم، مکتبه بصیرتی.
۲۱. نجفی، شیخ محمد حسن (۱۳۹۴ ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۶، قم، دارالکتب الاسلامی.
۲۲. هارت، اچ ال ای و تونی هونوره (۱۳۸۹). سببیت در حقوق، ترجمه حسین آقایی‌نیا، تهران، نشر میزان.
23. Jourdain, Patrice (1992). Revue Trimestrielle de Droit Civil.,Jars ,NI, Note de jouri Sprudence.responsabilite civil.
24. Marty, Gabriel et Pierre Rayneaud (1988). Droit Civil, T.I, Les Obligations, 2^eed.
25. Rogers, W. V. H. (1994). Win field and jolowicz on tort, 4th, Sweet and Maxwall, London.
26. Viney, Genevieve et Patrice Jourdain (1997). Traite de Droit Civil T. 2,Les Conditions de la responsabilite, 2^eed, L.G.D.J