

## شیوه محاسبه فرصت از دست رفته در مسئولیت مدنی در حقوق ایران و انگلیس

سید قاسم تیموری سندسی<sup>۱</sup>سید حسین صفایی<sup>۲</sup>منصور امینی<sup>۳</sup>جلیل مالکی<sup>۴</sup>

تاریخ دریافت: ۹۸/۶/۳۱

تاریخ پذیرش: ۹۸/۱۰/۲۰

## چکیده

نظریه فرصت از دست رفته که ضررهای اقتصادی مربوط به آینده را قابل جبران می‌داند، با وجود آنکه در حقوق انگلیس ابعاد گسترده ای یافته و در حقوق ایران نیز مورد توجه حقوقدانان قرار گرفته است، اما در خصوص ارزیابی این خسارات با چالش‌های فراوانی نیز روبرو هستیم و اصولاً معیار دقیق و روشنی برای آن ارائه نشده است. وجود معیاری مبهم، تنها بحث جبران خسارت بر اساس قواعد مسئولیت مدنی را با مشکل مواجه می‌کند، بلکه تاثیر پیشگیرانه نیز نخواهد داشت. لذا، چالش اصلی مقاله عبارت است از بررسی معیارهای محاسبه خسارت فرصت از دست رفته در حقوق انگلیس و بررسی امکان اعمال آنها در حقوق ایران. در انتها مشخص خواهد شد که در حقوق انگلیس در فرض اثبات خسارات متعارف، از دکتترین فرصت از دست رفته به عنوان راهکاری برای محاسبه خسارات قابل جبران استفاده می‌شود و محاسبه میزان خسارت، با استفاده از قاعده «همه یا هیچ» و قاعده «به نسبت» امکان و میزان خسارات قابل جبران را مشخص می‌کنند. قاعده به نسبت رویکرد اخیر دادگاه‌های انگلیس است که در حقوق ایران نیز تاحدی قابل استفاده است، مشروط بر اینکه احتمال حصول نتیجه ضعیف نباشد.

کلمات کلیدی: ضرر اقتصادی محض، فرصت از دست رفته، قاعده همه یا هیچ، قاعده به نسبت

<sup>۱</sup> دانشجوی مقطع دکتری رشته حقوق خصوصی دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

<sup>۲</sup> بازنشسته هیئت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران. (نویسنده مسئول)

(hsafaii@ut.ac.ir).

<sup>۳</sup> دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی تهران، ایران

<sup>۴</sup> دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد واحد تهران مرکز

**مقدمه:**

خسارات ناشی از فرصت از دست رفته در قالب ضرر اقتصادی محض<sup>۱</sup> قابل طبقه بندی می‌باشند. بر این اساس، ضرر اقتصادی محض در حقوق انگلیس به منافع حاصل یا در حال کسب اطلاق می‌شود که در مقابل ضرر به شخص خواهان و ضرر وارد به دارایی وی قرار می‌گیرد. (مجذ، ۱۳۹۱: ۱۰۹) لذا در میان سه دسته ضرر شامل: الف) ضرر به دارایی، ب) ضرر به شخص و ضرر به منافع حاصل و یا در حال حصول که از حقوق خارجی وارد حقوق ایران شده و با تقسیم بندی‌های مرسوم در حقوق ایران متفاوت است، می‌توان گفت که فرصت از دست رفته در قالب ضرر اقتصادی محض می‌گنجد. همین مسئله موجب گردیده تا اغلب حقوقدانانی که به بررسی نظریه فرصت از دست رفته پرداخته‌اند، بر امکان مطالبه آن در حقوق ایران متمایل باشند. (کاظمی، ۱۳۸۰: ۱۸۵؛ جعفری و مهدوی، ۱۳۹۴، ۲۸؛ بهاری اردکانی و سایرین، ۱۳۹۵: ۹۰) اما سوال اصلی که همچنان بی پاسخ مانده است، این است که اصولاً خسارات ناشی از فرصت از دست رفته به چه صورت قابل محاسبه و جبران هستند. در این مورد باید توجه داشت که وجود ابهام در قواعد حقوقی و تعیین میزان و محدوده مسئولیت افراد، نه تنها موجب کاهش رونق اقتصادی و عدم ورود افراد به بازار می‌شود، بلکه اشخاص نمی‌توانند به نحو مطلوبی به پیش‌بینی محدوده مسئولیت خود بپردازند. همین مسئله نشان می‌دهد که گام اساسی در پذیرش یک نظریه همچون نظریه فرصت از دست رفته، ارائه فرمولی برای ارزیابی آن است. فرضیه اولیه این مقاله بر این اساس استوار گردیده که در صورت از دست رفتن شانس بالای ۵۰٪، تقصیر موجد حادثه علت اساسی بوده و اقتضاء جبران کامل خسارات را دارد، اما در فرضی که احتمال دستیابی فرصت از دست رفته کمتر از ۵۰٪ است، بایستی جبران خسارت به نسبت میزان فرصت از دست رفته صورت گیرد. لذا در ادامه ابتدا به بررسی تعریف و جایگاه فرصت از دست رفته خواهیم پرداخت و پس از آن، ضمن ارزیابی چالش‌های بررسی خسارات ناشی از فرصت از دست رفته، به بررسی قواعد موجود در این خصوص اشاره خواهیم کرد.

**۱- تعریف و جایگاه فرصت از دست رفته****۱-۱- تعریف فرصت از دست رفته**

از دست دادن فرصت به معنای از دست دادن فرصت کسب منافع مادی یا جلوگیری از ضرر در نتیجه تخلفات اشخاص با منشا خارج از قرارداد و یا تخلفات طرف قرارداد است. (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۱: ۲۵۰) به طور مثال مجسم کنید که شخص الف که یکی از فروشندگان معتبر بازار مبل است، به منظور شرکت در نمایشگاه سالیانه مبل اقدام به سفارش چند دست مبل می‌نماید. در نمایشگاه مزبور هر ساله بهترین عرضه کننده مبل کشور انتخاب شده و علاوه بر جایزه صد میلیونی، امکان استفاده از این عنوان نیز برای وی فراهم می‌شود. حال مبل‌های سفارش داده شده نقش مهمی در مجموعه مبل‌های شخص الف داشته و با وجود این که وی در دو سال گذشته واجد این عنوان گشته و جایزه آن را نیز دریافت نموده است، اما به دلیل نقض تعهد

<sup>۱</sup> - Pure economic Loos.

شخص ب، قادر به پیروزی در رقابت نیست. لذا اقدام به اقامه دعوا به منظور مطالبه خسارت بابت فرصت از دست رفته خود می‌کند.<sup>۱</sup>

از دست دادن فرصت می‌تواند به از دست دادن فرصت کسب منفعت و فرصت اجتناب از ضرر تقسیم گردد. (بهاری اردکانی و سایرین، ۱۳۹۵: ۷۱) مثال مورد اول وضعیت شخصی است که در کنکور ثبت نام کرده و خود را آماده نموده است، در اثر تقصیر دیگری صدمه می‌بیند و روز امتحان از شرکت در امتحان کنکور محروم می‌شود و در نتیجه شانس قبولی در دانشگاه را از دست می‌دهد و مثال فرض دوم وضعیت شخص مریضی است که در اثر تقصیر پزشک و کوتاهی او و عدم تشخیص به موقع نوع بیماری، فرصت معالجه را از دست می‌دهد و در نتیجه فوت می‌شود. (کاظمی، ۱۳۸۰: ۱۸۹) در خصوص تفاوت این دو فرض از حیث بحث حاضر باید توجه داشت که فعل زیانباری که فرصت اجتناب از ضرر را از بین برده است، قطعاً دارای رابطه سببیت با ضرر وارده است. اما در مورد فرصت تحصیل منفعت، ابتدا باید تفاوت آن با عدم النفع بررسی شود:

نخست: در مورد «از دست دادن فرصت» دو فرض مطرح است، گاهی متعلق فرصت، تحصیل نفع است و گاهی در رابطه با «اجتناب از ضرر» مطرح می‌شود. پس از این جهت می‌توان گفت که دایره شمول آن بیش از «عدم النفع» است. (همان: ۱۹۸)

دوم: در مورد «عدم النفع» یا فوت منفعت که ضرر به شمار می‌آید، حصول منفعت در آینده مسلم است و تقصیر خواننده مانع ایجاد آن می‌گردد و تنها در این فرض است که «عدم النفع» قابل جبران است، لذا گفته می‌شود که عدم نفع مسلم قابل جبران است و در صورتی که حصول نفع در آینده محتمل باشد، از دست رفتن امکان تحصیل آن، قابل جبران نیست 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 تحقق نتیجه محتمل است و «احتمال» رکن اصلی آن است (همان: ۱۹۹؛ مرادی، ۱۳۹۲: ۱۴)؛ لذا مشخص است که فرصت از دست رفته در قالب عدم النفع مسلم نمی‌گنجد. بر همین اساس است که در حقوق اغلب کشورها، از بین بردن فرصت تحصیل منفعت خود ضرری مستقل محسوب می‌گردد. (مجد و حسینی، ۱۳۹۱: ۱۱۸. کاظمی، ۱۳۸۰: ۲۰۵) بر طبق این نظریه، فرصت از دست رفته به عنوان ضرری مستقل و سوای از زیان‌های دیگر در نظر گرفته می‌شود. در فرصت از دست رفته، صحبت از زیان آینده یا عدم النفع نیست. بلکه اگر نفس از «دست دادن فرصت» را ضرر بدانیم وجود ضرر

<sup>۱</sup> - این مثال در اصول قراردادهای اروپایی ذیل ماده ۷ آن ذکر شده است.

بالفعل است. در این صورت بدیهی است که فرصت از دست رفته طبق ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی و قاعده لاضرر در حقوق ایران قابل جبران خواهد بود.<sup>۱</sup>

## ۲-۱- جایگاه فرصت از دست رفته

در خصوص امکان مطالبه خسارات ناشی از دست دادن فرصت، با مقررات متعددی در اسناد بین المللی و رویه مناسبی در حقوق انگلیس و کامن لا مواجه هستیم.

در این مورد ماده (۲) ۳-۴-۷ اصول اونیدوروا (اصول قراردادهای تجاری بین المللی)<sup>۲</sup> به صراحت مقرراتی را در این خصوص پیش بینی نموده و از مواد ۹-۵-۳ و ۹-۵-۱ اصول قراردادهای اروپایی امکان مطالبه خسارات ناشی از فرصت از دست رفته قابل برداشت است. در عین حال با وجود اینکه ظاهراً کنوانسیون بیع بین الملل در این خصوص ساکت است (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۱: ۲۵۴)؛ اما ماده (۲) ۳-۴-۷ اصول اونیدوروا امکان جبران این خسارتها را فراهم می کند. این نوع خسارتها در حقوق انگلستان نیز قابل مطالبه می باشند. قابل ذکر است که این دکترین در حقوق انگلیس بیش از ۱۵۰ سال قدمت دارد.<sup>۴</sup> در عین حال با وجود اینکه اسناد بین المللی ذکر شده ناظر به از دست دادن فرصت در نتیجه تخلف طرف مقابل قرارداد می باشند، اما رویه قضایی انگلستان این دکترین را در هر دو مورد مسئولیت قهری و قراردادی اعمال نموده است. علاوه بر این دو مورد، ممکن است طرفین در متن قرارداد مقرر ای در مورد وضعیت از دست دادن فرصت پیش بینی نموده باشند که این موضوع از قلمرو بررسی این مقاله خارج است.

مطالبه خسارت ناشی از از دست دادن فرصت در حقوق ایران با دو چالش روبه روست:

نخست: از جهت تحقق ضرر؛ به این صورت که شخصی که فرصت تحصیل منفعت را از دست می دهد معلوم نیست که واقعا به او خسارتی وارد شود چون تحقق نتیجه قطعی نیست. (شادمان، ۱۳۸۷: ۲۲)

دوم: از جهت رابطه سببیت است به این صورت که در وجود رابطه سببیت بین خسارت و فعل زیانبار تردید وجود دارد. (همان) لذا مسئله در حقوق ایران محل چالش است. (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۱: ۲۶۹؛ باریکلو، ۱۳۷۲: ۷۲) در فقه با توجه به اینکه ضرر را مفهومی عرفی دانسته اند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۱: ۲۱۴؛

<sup>۱</sup> - ظاهراً رویه شرکت های بیمه نیز بر این اساس استوار است که نفس فرصت مزبور دارای ارزش اقتصادی و قابل بیمه کردن است. (ر. ش: به جوهریان، ۱۳۷۳: ۱۷؛ دریا باری، ۱۳۸۱: ۷۴)، برخی از نویسندگان، یکی از دلایل مخالفت خود با اتانازی را از دست دادن فرصت یادگیری برخی موارد از طریق بیماری و درد و رنج ناشی از آن دانسته اند. (بسامی، ۱۳۸۸: ۷۳)

<sup>۲</sup> - "ARTICLE 7.4.3 (2) Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence.

<sup>۳</sup> - Article 9:503 limits the extent of the liability with the criterion of foreseeability as follows: "The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably foresee at the time of the conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent."

<sup>۴</sup> - به طور مثال در حقوق ایالات متحده آمریکا در پرونده Taylor v. Bradley, 39 N.Y. 129 (1868) و در حقوق

انگلیس در پرونده Chaplin v Hicks [1911] 2 KB 786 Court of Appeal

انصاری، ۱۳۷۵: ۳۷۵) این نظریه قابل پذیرش است؛ در واقع، برای مفهوم ضرر باید به آنچه در اذهان ما و اذهان عرف ارتکاز یافته است رجوع کنیم و آنچه از جستجوی موارد استعمال این کلمه در ذهن ما مرتکز می‌شود، آن است که ضرر از دست دادن هر یک از مواهب زندگی است که ما دارا هستیم و از آن سود می‌بریم، چه مربوط به نفس باشد یا مال یا آبرو و یا غیر آن و آنچه راجع به عدم صدق ضرر بر موارد هتک آبرو گفته اند درست نیست...» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲، ج ۱: ۴۹) علاوه بر این، برخی فقها معتقد هستند که تقسیم حالت‌های مختلف در باب تعدد اسباب، بدین جهت است که معلوم شود، ضرر با چه کسی رابطه سببیت عرفی دارد و عرفا به او متلف گفته می‌شود والا هیچ دلیلی بر تقدم مباشر بر سبب و یا برعکس وجود ندارد و صدق عرفی اتلاف و رابطه سببیت عرفی مهم است. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲، ج ۳: ۴۸۹)

این نظر که معنای ضرر را عرفی می‌داند، در عقودي مانند مضاربه و جعاله و ماده ۶ قانون مسؤولیت مدنی، پذیرفته شده است. اما در این مورد که چرا قانونگذار به عرفی بودن معنای ضرر تصریح ننموده است، باید گفت که مقنن با توجه به سابقه موضوع و عرفی بودن معنای ضرر، نیازی به اینکار ندیده است و در این خصوص بررسی و مراجعه به سابقه فقهی موضوع، عرفی بودن معنای ضرر در حقوق ما را نیز مشخص می‌سازد. (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۱: ۸۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۱: ۲۴۲. یزدانیان، ۱۳۹۵: ۳۷۷)

پیش از این اشاره شد که در حقوق انگلیس در قالب ضرر اقتصادی محض<sup>۱</sup> به فوت منافع حاصل یا در حال کسب اطلاق می‌شود که در مقابل ضرر به شخص خواهان و ضرر به دارایی وی قرار می‌گیرد. (مجد، ۱۳۹۱: ۱۰۹) لذا، می‌توان گفت که فرصت از دست رفته در قالب ضرر مسلم عرفی می‌گنجد و در این خصوص تفاوتی میان حقوق ایران و حقوق تطبیقی وجود ندارد. اما در خصوص امکان مطالبه این خسارت، تنها ایراد موجود بحث احراز رابطه سببیت است که با توجه به اینکه در حقوق رابطه سببیت عرفی و به تعبیری استناد عرفی شرط است (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۱: ۳۱۷)، می‌توان گفت در اینجا رابطه سببیت عرفی قابل احراز است و امکان مطالبه این خسارات وجود خواهد داشت.

با توجه به اینکه موضوع این مقاله بررسی چالش‌ها و قواعد ارزیابی خسارت فرصت از دست رفته است، در ادامه، ابتدا به بررسی این چالش و سپس به بررسی قواعد موجود در حقوق انگلیس خواهیم پرداخت.

## ۲- ارزیابی خسارت فرصت از دست رفته

ارزیابی فرصت از دست رفته در حقوق انگلیس با چالش‌های جدی روبرو است که در حقوق ایران نیز قابل بررسی هستند. از جمله اینکه چه میزان فرصت از دست رفته مورد توجه است، آیا کاهش ۲ درصدی فرصت بهبود بیمار قابل توجه و جبران است یا باید تنها به خسارات بیشتر از ۵۰ درصد توجه نمود. از سوی دیگر، وضعیت خساراتی که در نتیجه خسارات فعلی ایجاد می‌شوند نیز محل چالش است. در نهایت در صورت اثبات از دست رفتن فرصت، تمام خسارت قابل جبران است یا باید میزان خسارت را به نسبت میزان کاهش فرصت جبران نمود؟ در ادامه به بررسی این موارد خواهیم پرداخت.

<sup>۱</sup> - Pure economic Loss.

## ۱-۲- رابطه سببیت و فرصت از دست رفته

در حقوق ایران، بحث از فرصت از دست رفته به طور معمول در بحث از ارکان مسئولیت و ذیل عنوان مسلم بودن ضرر مطرح می‌شود. در این خصوص باید به این سوال پاسخ داد که آیا نفس از دست دادن فرصت، ضرر مسلم به حساب می‌آید یا خیر؟

به طور کلی، اصل وقوع ضرر در نتیجه از دست دادن فرصت قابل قبول است؛ لیکن تعیین ضابطه ای برای ارزیابی خسارت دشوار. (Perillo, 1994; 312; Chegwei, 2008: 378) برخی از حقوقدانان در این مورد بیان داشته اند: «بدیهی است که نمی‌توان خسارت کامل ناشی از عدم حصول نتیجه را ملاک قرار داد؛ زیرا بنا بر مفروض حصول نتیجه قطعی و مسلم نیست و این خسارت احتمالی تلقی می‌شود؛ مثلاً در فرض از دست دادن فرصت شرکت در آزمون یا فرصت معالجه بیمار، نمی‌توان جبران کامل خسارت ناشی از عدم شرکت یا عدم معالجه را مطالبه کرد؛ این خسارت احتمالی است؛ لیکن نفس از دست دادن فرصت در این گونه موارد ضرری است که باید جبران شود. دادگاه‌های فرانسه برای ارزیابی خسارت بیشتر به درجه احتمال حصول نتیجه توجه می‌کنند. به عبارت دقیق تر درجه احتمال حصول نتیجه توجه هم در تحقق خسارت و هم در تعیین میزان آن مورد توجه واقع می‌شود.» (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۱: ۱۰۳)

به طور معمول، خواننده در صورتی مسئول خسارات است که ثابت شود تقصیر وی علت ورود آسیب بوده است. در بیشتر موارد با وجود تقصیر می‌توان خط مشی روشنی برای تعیین اینکه آیا اقدامات خواننده باعث آسیب به خواهان شده است یا خیر، فراهم آورد. لذا، خواهان باید با موفقیت ثابت کند که به دلیل تقصیر خواننده، وی متحمل زیان در آینده خواهد شد. فرض بر این است که تقصیر علت تقریبی صدمه خواهان است و ارتباط بین تقصیر و آسیب ناشی از آن به اندازه کافی مستقیم است.

در بسیاری از موارد، منبع آسیب به خواهان مشخص است. بر این اساس مسئله اصلی مورد توجه دادگاه این است که آیا خواننده تقصیر کرده است یا خیر؟ و اینکه آیا اقدامات احتیاطی وی بر اساس استاندارد رفتار معقول بوده است یا خیر؟ با این حال، در تعداد قابل توجهی از پرونده‌های فرصت از دست رفته به ویژه پرونده‌های پزشکی، مشخص نیست که آیا آسیب، ناشی از سهل‌انگاری خواننده بوده یا علت دیگری قبلاً یا همزمان در این خصوص موثر بوده است. در حقوق انگلیس، به طور معمول در احراز تقصیر از معیار «اما به علت»<sup>۱</sup> استفاده می‌شود. بر طبق این معیار، رابطه سببیت تنها در مواردی وجود دارد که نتیجه (زیان) بدون رفتار خواننده اتفاق نمی‌افتاد.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - "but for" test.

معیار «اگر نبود» که طبق آن باید ثابت شود که اگر تقصیر عامل زیان نبود، خسارت به بار نمی‌آمد. (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۱، ص ۴۰۷)

<sup>۲</sup> - این معیار به عنوان استاندارد برای شناسایی سبب نزدیک در دعوی مسئولیت مدنی در رویه قضایی انگلیس پذیرفته شده است. برای مثال ر.ش. به:

Barnett v Chelsea & Kensington Hospital [1969] 1 QB 428; Chester v Afshar [2004] 3 WLR 927.

از آنجا که هر یک از علل می‌توانند به طور جداگانه بر ایجاد خسارت موثر واقع شوند، استفاده از معیار «اما به علت» می‌تواند مشکل ساز باشد. هنگامی که بیمار در اثر سهل‌انگاری پزشک یا برخی شرایط دیگر فوت می‌کند، شاول<sup>۱</sup> از آن به عنوان علت مبهم<sup>۲</sup> نام می‌برد. (Shavell, 1985; pp. 587-609) در حقیقت، مشخص نیست که آیا خسارت در اثر سهل‌انگاری بوجود آمده یا شرایط دیگری نیز در این خصوص سهیم بوده‌اند. اگر هیچ یک از این علل را نتوان به طور جداگانه رد کرد، معیار «اما به علت» نیز راهگشا نخواهد بود. در نتیجه، اعمال سختگیرانه معیار «اما به علت» موجب می‌گردد تا برخی متخلفان بدون عقوبت رها شوند و خسارت برخی از قربانیان بدون جبران باقی بماند. (Frasca, 2008-2009: 92)

اما زمانی که در حقوق انگلیس با بحث اجتماع اسباب روبرو می‌شویم، رویه قضایی قواعدی را به کار می‌بندد که بتواند سبب اصلی را از سایر اسباب تشخیص دهد. این قواعد به طور کلی به عنوان «قواعد فرصت از دست رفته» شناخته می‌شوند. در اکثر ایالت‌های آمریکا این قواعد باید در رویه قضایی شناسایی و دنبال شود. با این حال در چند ایالت قواعد فرصت از دست رفته در قوانین ایالتی به طور خاص تدوین شده است. (Weigand, 2003: 302)

بسیاری از خساراتی که منشاء قراردادی ندارند ممکن است در اثر اجتماع چندین سبب<sup>۳</sup> ایجاد شده باشند که در نهایت، موجب از دست دادن فرصت می‌شوند. (Fischer, 2001, pp. 605-655) در واقع، در تمامی خسارات به نوعی فرصت از دست رفته وجود دارد، چرا که تمام زیان‌های اقتصادی باعث از دست رفتن فرصت می‌شوند. با این حال، اکثر محاکم و مراجع قضایی معمولاً فرصت از دست رفته را در خصوص پرونده‌های پزشکی اعمال می‌کنند چرا که عقیده بر این است که تاثیر منفی تقصیر بر روی سلامت بیمار، فرصت زنده ماندن یا بهبود را از وی می‌گیرد. این امر ممکن است در اثر تشخیص نادرست، درمان نامناسب یا عدم ارائه درمان مناسب به موقع ناشی شود. بنابراین تقصیر پزشک به عنوان دلیل احتمالی محرومیت بیمار از بسیاری از فرصت‌ها مطرح می‌گردد. در خصوص فوت، ممکن است مشخص نباشد که بیمار در نتیجه معالجه غلط یا بیماری پیشین یا آسیب فوت کرده است یا خیر. تقصیر ممکن است در کنار عواملی که پیش از دریافت درمان وجود داشته مرگ را تسریع کرده باشد؛ یا اینکه ممکن است اگر سهل‌انگاری صورت نمی‌گرفت، بیمار فوت نمی‌کرد. لذا، با وجود این عوامل مبهم، نمی‌توان مطمئن بود که سهل‌انگاری تنها علت یا حتی علت اولیه فوت قربانی بوده است.

لذا مشخص است که ارزیابی فرصت از دست رفته با توجه چالش‌های بیان شده، نیازمند وجود قواعد دقیقی است که در ادامه به بررسی مهمترین قواعد موجود خواهیم پرداخت.

<sup>۱</sup> - Shavell.

<sup>۲</sup> - Ambiguous causation.

<sup>۳</sup> - Confluence of causes.

## ۲-۲- ارزیابی از دست دادن فرصت

دادگاه‌ها معمولاً در جایی که خواهان وجود ارکان مسئولیت را اثبات نموده، از نظریه فرصت از دست رفته برای ارزیابی زیان استفاده می‌کنند. به عنوان مثال جایی که خواهان ثابت می‌کند که تقصیر خواننده آسیب قابل توجهی به زانوی وی وارد آورده؛ اما میزان این آسیب معلوم نیست، زیرا این خطر وجود دارد که خواهان در آینده دچار آرتروز گردد. معمولاً، خواهان‌ها می‌توانند تنها یک دلیل برای ایجاد خسارت بیان کنند که تمام خسارت وارد آمده را در برگیرد (Dobbs, 1994: 406)، اما گاهی اوقات، اثبات برخی از خسارات توسط مدرک و دلیل غیر ممکن است، همانند خسارت آینده.

در راستای حل این معضل، دادگاه‌های انگلیسی<sup>۱</sup>، کانادایی<sup>۲</sup> و استرالیایی (McInnes, 1997: 1023) از دکتربین فرصت از دست رفته در مواردی که خسارت اثبات شده اما میزان آن به وقایع آینده یا حوادث پیش‌بینی نشده بستگی دارد، بهره می‌گیرند. طبق این رویکرد، برای مطالبه تمامی خسارات گذشته، اثبات آنها ضروری است. (Ibid, p. 31; Waddams, 1991: 132; Waddams, 1998: 61) بنابراین وضعیت آرتروز موجود در ناحیه زانوی شکسته، واقعیتی مربوط به گذشته است که باید از طریق دلایل تجربی ثابت شود.<sup>۳</sup> اگر خواهان این امر را ثابت نماید خسارت کامل آرتروز را دریافت می‌کند و اگر نتواند ثابت کند هیچ خسارتی به وی تعلق نمی‌گیرد. (Burrows, 1969: 33) اما این امر که آرتروز به موجب شکستگی زانو تشدید شود رویدادی مربوط به آینده است که وقوع آن نیز محتمل است و جبران خسارت ناشی از آن نیز بر مبنای دکتربین فرصت از دست رفته قابل جبران است. این نوع از خسارات، برخلاف خسارات قبلی که مربوط به گذشته بوده و با دلایل تجربی قابل اثبات هستند، مربوط به آینده بوده و از طریق روش‌های تجربی قابل محاسبه نیستند؛ لذا ارزیابی آنها بر اساس دکتربین فرصت از دست رفته بر اساس شیوه‌هایی که در ادامه بیان خواهد شد، صورت خواهد گرفت. (Burrows, 1969: 31; Waddams, 1998: 87)

تمایز مشترک میان واقعیت گذشته و حقایق مفروض (آینده) در هنگام ارزیابی فرصت از دست رفته بر مبنای تفاوت بین واقعیت‌های قطعی و غیر قطعی نیست؛ بلکه بر اساس این فکر است که وقایع گذشته قابل اثبات هستند اما وقایع آینده به طور ذاتی غیر قابل اثباتند. (Jones, 2003: 217; Price, 1989: 735, ) (735-36; Reece, 1996: 191-92; Smith, 1999: 225, 237-38) بسیاری از حقوقدانان تمایز میان واقعیت‌های گذشته و حوادث احتمالی را مورد نقد قرار می‌دهند. ایشان معتقدند که واقعیت‌های گذشته بر اساس آنچه رخ داده قابل اثبات هستند (Ibid) بنابراین هر طرح مسئله‌ای خلاف آن، فرضیه‌ای بیش نیست. (Black, 1998: 96-104; Fleming, 1991: 136; Smith, 1999: pp. 237-38) بر طبق این نظریه، دانستن آنچه رخ داده فرضیات را مرتفع می‌سازد، در فرض مورد بحث، اگر زانوی شکسته، ۱۵ درصد

<sup>۱</sup>- برای مثال در پرونده ذیل:

Mallett v. McMonagle, 2 All E.R. 178 (Eng. ILL. 1969). See generally ANDREW Burrows, Andrew, Remedies for Torts and Breach of Contract, 12d ed. 1994, p. 159.

<sup>۲</sup>- برای مثال در پرونده ذیل:

Athey v. Leonati [1966] 140 D.L.R. 4th 235 (Can.); see Waddams, op.cit, p. 87.

<sup>۳</sup>- See B.C. Elec. R. Co. v. Clarke [1950] 3 D.L.R. 161 (Can.).



باعث ابتلا به آرتروز شده، احتمال ۸۵ درصدی وجود دارد که آسیب زانوی خواهان به آرتروز منجر نشود. این ۸۵ درصد شانس عدم ابتلای خواهان به آرتروز در آینده است. اما اگر آرتروز خواهان را شدت بخشد، شانس عدم ابتلای خواهان به آرتروز از بین می‌رود و لزوماً احتمال اینکه آسیب باعث آرتروز گردد بیش از ۱۵ درصد می‌شود. خواهان همچنین می‌تواند این احتمال را با کاهش یا از بین بردن سایر عوامل تاثیرگذار (مانند عوامل ارثی)، افزایش دهد.<sup>۱</sup> در این مورد، اثبات واقعیت گذشته از احتمالات آینده ساده‌تر است.

لازم به ذکر است که دادگاه‌های کشورهای مشترک‌المنافع<sup>۲</sup>، خواهان را ملزم به اثبات خسارت وارد آمده می‌کنند، بدون توجه به اینکه آیا اثبات آنها امری مربوط به حقایق گذشته است یا حقایق فرضی آینده. به عنوان مثال، اگر خواننده از روی سهل‌انگاری ابزار ایمن را برای خواهان فراهم نیاورد، خواهان باید ثابت نماید که بایستی آن ابزار را مورد استفاده قرار می‌داده تا بتواند غلیت را ثابت کند.<sup>۳</sup> بنابراین، در این رویکرد، تمایز میان واقعیت‌های گذشته و حقایق مفروض آینده، تنها زمانی اعمال می‌شود که دادگاه زیان‌های احتمالی را با اتکا به ادله ارزیابی کرده باشد. این رویکرد محدودیتی جدی به امکان جبران خسارات خواهان وارد می‌کند و تنها خساراتی را قابل جبران می‌داند که در آن، خواهان حق خود را برای جبران خسارت ثابت کرده باشد.

در برخی موارد، دادگاه‌های انگلیس تعیین خسارت برای آسیب‌ها را با توجه میزان ریسک تعیین می‌کنند. (Ibid) این امر با توجه به دکترینی که بر اساس آن خواهان باید وجود قسمتی از آسیب را به موجب ادله به اثبات برساند، انجام می‌پذیرد. دادگاه همچنین به هنگام تخمین میزان آسیب، شانس را نیز در نظر می‌گیرد. (Restatement, 1977, § 912) برای مثال، در قضایای مربوط به آسیب جسمی، در رابطه با تعیین خسارت بر درآمد، ترکیبی از خسارات و موقعیت‌ها و احتمال‌ها در نظر گرفته می‌شود. (King, 2004: 1373-76) یک آسیب جسمی دائمی شاهدهی کافی بر این مدعا است که برخی از فرصت‌های از دست رفته در خصوص امکان کسب درآمد بوجود آمده است. (Dobbs, 1994: 370) گستره خسارت می‌تواند ذهنی باشد، به خصوص در مورد یک خواهان جوانی که تحصیلات خود را به پایان نرسانده و در جستجوی شغل است. (Ibid) بدین ترتیب، فردی که به دلیل آسیب ناتوان شده در حالی که قصد یافتن شغلی را دارد، خسارت کمتری نسبت به شخصی که شاغل است دریافت می‌کند.<sup>۴</sup>

با این حال آنچه در دادگاه‌های انگلیس متداول است عدم صدور حکم در خصوص خسارات آینده که وقوع آن محتمل است، می‌باشد. دادگاه‌ها گاهی از خواهان می‌خواهند که برای اثبات بروز آسیب در آینده مدرک و شاهد ارائه کنند و زمانی که خواهان نتواند چنین مدارک و ادله‌ای را فراهم آورد، درخواست

<sup>۱</sup> - این رویکرد از دهه ۱۹۵۰ میلادی در دادگاه رواج یافت:

B.C. Elec. R. Co. v. Clarke [1950] 3 D.L.R. 161 (Can.).

<sup>۲</sup> - Commonwealth.

<sup>۳</sup> - در این خصوص آرای متعددی در حقوق کامن لا موجود است:

Sellars v. Adelaide Petroleum NL (1994) 120 A.L.R. 16 (Austl.); Allied Maples Group Ltd. v. Simmons & Simmons, 4 All E.R. 907 (Eng. CA 1995).

<sup>۴</sup> - Grayson v. Irvmar Realty Corp., 7 A.D.2d 436, 437 (N.Y. 1959).

احتساب خسارات آینده رد می‌شود. (Dobbs, 1994, p 371) یکی از مثال‌های رایج، احتساب خسارت سود از دست رفته در آینده‌ی کسب و کار است. (Ibid)

پیش‌بینی رویه دادگاه‌های کامن لا بالخصوص انگلیس و آمریکا در خصوص احتساب میزان خطر(عمل زیانبار و تقصیر) در بروز آسیب بسیار دشوار است. احتمال دارد که دادگاه‌های انگلیس طبق دکترین و رویه‌های موجود، در صورت ارائه دلایل و مدارکی مبنی بر بروز خسارت قابل توجه در زمان حال، خسارت آینده را نیز در زمان حکم محسوب نمایند، بدین صورت که به طور منطقی چنین نتیجه‌گیری کنند که خسارت ادامه‌دار خواهد بود. (Ibid: 407) پرونده‌های مربوط به از دست دادن درآمد ناشی از آسیب جسمی، مثال‌هایی پیش‌پا افتاده محسوب می‌شوند. (Ibid) بعید است دادگاه به خسارات متفرقه‌ای که ربط غیر مستقیم به ایجاد آسیب در آینده دارد رای دهند، به عنوان مثال اگر شاکی ادعا نماید که دچار نوعی آسیب شده که حتی گرد و غبار نیز از این به بعد احتمال ابتلا به سرطان را در وی تشدید می‌کند، دادگاه چنین احتمالی را در نظر نمی‌گیرد. (Thompson, 1994: 461-465) بنابراین آنچه اهمیت دارد واقعی و منطقی بودن بروز آسیب و خسارت در آینده است. برای مثال جایی که خواهان دچار آسیب جدی در ناحیه جمجمه شده، احتمال ابتلا به تشنج‌های صرعی یا مننژیت در آینده بسیار بالا خواهد بود و دادگاه نیز به این ادعا ترتیب اثر می‌دهد. (Ibid)

گاهی نیز شاهد آن هستیم که برای آسیب‌هایی که وقوع آن بعید است رای صادر می‌شود. به عنوان مثال برخی از دادگاه‌ها در خصوص موارد آلودگی به آزبست که باعث بروز آسیب‌های سلولی می‌شوند که در آینده پدید می‌آید رای صادر می‌کنند (Thompson, 1994: 462-65)، این آسیب‌ها شامل ابتلا به اضطراب روانی ناشی از ترس ابتلا به سرطان در آینده می‌شود. با این حال، گاهی نیز ممکن است برای دوران نقاهت بیماری‌ای که محتمل است در آینده بروز پیدا کند نیز رای صادر کنند، این امر زمانی صورت می‌گیرد که بروز آن بیماری در آینده بسیار محتمل باشد و نوع بیماری نیز شدید باشد. (Ibid: 259-60) قواعد بالا حکم می‌کند خواهانی که قادر به ارائه مدارک دال بر ابتلا به بیماری در آینده نباشد نمی‌تواند درخواست جبران خسارت آینده در خصوص دوران نقاهت آن بیماری نیز بدهد. (Thompson, 1994: 464) رویکرد مدرن بر آن است که خواهان بتواند در آینده با اثبات رابطه علی و معلولی بین بروز بیماری و آسیب، درخواست جبران خسارت دوران نقاهت را نیز به دادگاه تقدیم نماید. (Dobbs, 1994: 410) اگر بتوان از بروز بیماری در آینده جلوگیری کرد، احتمال صدور حکم جبران خسارت آینده کاهش می‌یابد. این امر شامل پیشگیری از بروز زیان بیشتر با استفاده از پوشش بیمه نیز می‌شود. بنابراین همانقدر که خواننده ملزم به جبران خسارت آینده است، خواهان نیز باید شرایطی فراهم آورد که از بروز یا تشدید خسارت در آینده پیشگیری نماید.

با این حال، جبران خسارت متناسب در چنین مواردی در عمل مشکل جدی بوجود می‌آورد، چرا که تخمین دقیق میزان خسارت در آینده عملاً امکان‌پذیر نیست. تجربه‌های موجود در خصوص پرونده‌های مربوط به مواد سرطان‌زا مانند آزبست و احتمال ابتلا به بیماری ناشی از آن، نشان داده که در اغلب موارد،

حکم نادرست صادر شده است. (Coffee, 1995: 1343, 1361-62, 1432-33) بهترین راه حل آن است که خواهان پس از ابتلا به بیماری در آینده و ارائه رابطه علی و معلولی به دادگاه، حکم مقتضی را دریافت نماید. این راه حل زمانی عملی است که خسارت ناشی از بیماری در آینده به قدری عظیم باشد که بتواند دعوی دوم را توجیه نماید. به عنوان مثال، ابتلا به سرطان ریه ناشی از قرار گرفتن در معرض آزبست. با این حال در بسیاری از موارد، ابتلا به بیماری در آینده به اندازه کافی جدی نیستند که بتوانند زمینه طرح دعوی مجدد را فراهم نمایند. به عنوان مثال، ابتلا به آرتروز ناشی از آسیب زانو که در چنین مواردی طرح دعوی منطقی نیست چرا که ممکن است هزینه دادرسی از هزینه درمان بالاتر باشد. نکته قابل ذکر این است که برای اقامه دعوی مجدد گاهی نمی‌توان صبر کرد و دید آیا خسارت در آینده رخ می‌دهد یا خیر؛ مانند درآمد یا سود از دست رفته در آینده. همچنین هرگز نمی‌توان به طور قطعی مشخص نمود که اگر کودک معلول، معلول نمی‌شد، قادر به کسب درآمد می‌بود یا خیر. بنابراین، خواهان باید در دادخواست خود خسارات ناشی از فرصت از دست رفته ای را مطالبه کند که احتمال کسب آن بالا بوده و بهتر است خواننده این حقیقت را بپذیرد که با آسیب شدیدی که به خواننده وارد آورده، درآمد و سود شغلی آینده وی را تحت تاثیر قرار داده است (King, 2004: 1378) و با توجه به این واقعیت، در مورد جبران خسارت با خواهان مصالحه نموده و احتمال طرح دعاوی بعدی را متفی نماید.

### ۲-۳- قواعد ارزیابی فرصت از دست رفته

فرصت از دست رفته هیچ گاه در ادبیات حقوقی یا تصمیمات دادگاه‌ها به صورت صریح تعریف نشده است. در نتیجه مشخصات خاص قاعده که ذیل سرفصل فرصت از دست رفته قید می‌شود چندان واضح نیست. آنچه در تمام این قواعد مشترک است این است که علت قانونی خسارت و ارزیابی خسارت به علل مبهم بستگی دارد. با این حال هر احتمال موجودی که در خصوص بهبود بیمار وجود داشته باشد، این قواعد در خصوص تخصیص مسئولیت و یا ارزیابی خسارت متفاوت عمل می‌کنند. در یک پرونده پزشکی معمولی، پیش از آنکه خسارت بوجود آید، باید عوامل متعددی در نظر گرفته شود. باید ثابت شود که خواننده وظیفه خاصی در خصوص درمان بر عهده داشته و وی به طور اتفاقی این وظیفه را نقض کرده و بدین ترتیب به خواهان خسارت قابل اندازه‌گیری‌ای تحمیل کرده است. اگر هر کدام از این شرایط وجود نداشته باشد، خواننده مسئول خسارتی که به خواننده وارد آمده نیست. قواعد فرصت از دست رفته زمانی مطرح می‌شوند که خسارت وارد آمده (فرصت و شانس سلب شده) واقعی و جدی باشد. (Ibid: 308-309) احتمال کاهش بهبودی که سبب آسیب نمی‌شود، معمولاً قابل جبران نیست. (Todd, 1998: 1338) بر این اساس، در نظر گرفتن دو عامل اخیر، یعنی ارزیابی خسارت و علت تقریبی، قواعد فرصت از دست رفته را به میان می‌آورد. آیا سهل‌انگاری باعث ورود خسارت (از بین رفتن فرصت فرصت) به خواهان شده است، اگر چنین است، ارزش خسارت چقدر است؟ از آنجا که این

سوالات معمولاً در پرونده‌های پزشکی مطرح می‌شوند، این پاسخ‌ها با تشخیص علت قانونی و ارزیابی خسارات همراه است.

### ۱-۳-۲- قاعده همه یا هیچ<sup>۱</sup>

قاعده‌ی همه یا هیچ، قاعده‌ای عرفی درخصوص مسئولیت‌های مبتنی بر تقصیر است که طبق آن، یا خسارت ناشی از فرصت از دست رفته به‌طور کامل قابل جبران است و یا هیچ نوع جبران خسارتی وجود نخواهد داشت. (Flachmann, 1988, p 3135) این قاعده به‌طور خاص درجایی اعمال می‌شود که علت وقوع حادثه تا حدی مبهم است. (Ibid) برای مثال، در پرونده کوپر<sup>۲</sup>، در سال ۱۹۷۱ برای احراز رابطه سببیت، به این قاعده استناد شد.<sup>۳</sup> در این پرونده پزشک اورژانس موفق به تشخیص شکستگی جمجمه بیمار نشد. بیمار مرخص شد و به خانه برگشت و در همان روز در اثر خونریزی داخلی در جمجمه، فوت کرد. خواهان در دادگاه موفق به اثبات این امر نشد که در صورت درمان به موقع، بیمار بیش از ۵۰ درصد شانس زنده ماندن داشته است و دادگاه به این نتیجه رسید که احتمال اندکی وجود داشته که عدم تشخیص خواننده علت فوت بیمار بوده باشد. مطابق رای اکثریت قضات در این پرونده، حداقل باید دلایلی ارائه شود که در صورت غیاب دیگر عوامل، علتی که ناشی از عمل پزشک بوده، از باقی علت‌ها قوی‌تر بوده است. (Ibid) همانطور که مشاهده می‌شود، بر اساس این قاعده در صورت عدم اثبات قوی‌تر بودن تقصیر بر دیگر عوامل، هیچ خسارتی پرداخت نمی‌شود. در عوض اگر بیش از ۵۰ درصد احتمال وجود داشته باشد که در صورت عدم سهل‌انگاری پزشک، بیمار زنده می‌ماند، می‌توان فرض نمود که عامل اصلی فوت، سهل‌انگاری بوده است. در نتیجه جبران حکم صادره بر اساس قاعده‌ی همه یا هیچ از ارزش قابل انتظار فرصت از دست رفته فراتر نمی‌رود.

احتمال بهبود، احتمال بهبودی بیماری است که در فرایند درمانش سهل‌انگاری بوجود نیامده است. این احتمال بیش‌تر یا مساوی احتمال بهبود در زمان فقدان درمان مناسب و کمتر یا مساوی وضعیتی است که بهترین درمان ممکن انجام می‌شد. باید توجه داشت که مراقبت‌های پزشکی بدون تقصیر لزوماً کاملترین یا بهترین مراقبت‌های پزشکی نیستند. بر اساس قاعده همه یا هیچ، خواهان تنها زمانی خسارت دریافت می‌کند که امکان بهبود در صورت فقدان تقصیر بیش از ۵۰ درصد باشد. (Frasca, 2008-009: 85)

نکته قابل توجه این است که بهبود کامل لزوماً به این معنی نیست که بیمار یک زندگی معمولی یا امید به زندگی طبیعی داشته باشد. بلکه بهبود کامل به این معنی است که بیمار بهترین نتیجه را از درمان بدست آورد. متأسفانه حتی در میان کسانی که با موفقیت درمان می‌شوند، در خوش‌بینانه‌ترین حالت نیز ممکن است هیچگاه به شیوه عادی زندگی باز نگردند و امید به زندگی شان بسیار کاهش یابد. به عنوان مثال فرض کنید فردی آسیب جانی دیده باشد و در درمان وی تقصیر رخ داده و در نتیجه بیمار جان خود را از دست بدهد. همچنین فرض کنید وی درمان مناسبی را دریافت کند، یعنی بهترین درمان مورد انتظار را دریافت کند و به

<sup>1</sup> - The All-or-Nothing Rule.

<sup>2</sup> - Cooper v. Sisters of Charity of Cincinnati, Inc. 27 Ohio St. 2d 242. Available at: <https://www.ravellaw.com/opinions/a2f1cf21cc2c0c07698a5b4f960ba12f>.

<sup>3</sup> - Ibid.

عنوان یک بیمار فلج (پاراپلژی<sup>۱</sup>) به زندگی ادامه دهد. در اینجا هزینه اقتصادی که بر بازماندگان تحمیل می‌شود را نیز می‌توان مد نظر قرار داد. در هر دو فرض، اینکه بیماران بتوانند همانند مردم عادی زندگی کنند و راه بروند بعید است.

قطعاً ممکن است شرایطی نیز بوجود آید که تشخیص درمان کامل برای متخصصان روشن نباشد. در این موارد کارشناسان متخصص منتخب مربوطه از ناحیه دادگاه، باید از مشاوره وکلا و حقوقدانان کمک بگیرند، چرا که تشخیص این امر، تصمیمی حقوقی خواهد بود که باید توسط دادگاه‌ها اتخاذ شود. (Ibid) آنچه به پیچیدگی مطلب خواهد افزود، وجود درصد اندکی از افراد با صدمات مشابه است که هم می‌توانستند زنده بمانند و هم راه بروند. لذا، در مواردی از این دست متخصصین امر به عنوان کارشناس باید در نظریه و گزارش خود مشخص نمایند که چگونه تغییر در مفروضات موجود، ممکن است برآورد خسارات را تحت تاثیر قرار دهد.

قاعده همه یا هیچ، زمانی که احتمال بهبودی در صورت عدم سهل انگاری بیش از ۵۰ درصد است، تمام خسارات خوانده را جبران می‌کند چرا که در این وضعیت، سایر عوامل دخیل (شرایط پزشکی مرتبط و ...) نادیده گرفته می‌شود. از سوی دیگر این قاعده زمانی که این احتمال کمتر از ۵۰ درصد باشد، کمترین میزان جبران خسارت را در نظر می‌گیرد و خواننده را از مسئولیت مبری می‌کند. بدیهی است که اتخاذ چنین رویکردی برای خواهانی که مستحق جبران خسارت است اما کمتر از ۵۰ درصد احتمال بهبودی داشته، ناگوار است.

## ۲-۳-۲- قاعده به نسبت<sup>۲</sup>

تا این قسمت بحث مشخص شد که قاعده همه یا هیچ، قاعده ای سخت‌گیرانه ای است و لذا مواردی که بیمار کمتر از ۵۰ درصد شانس بهبود دارد، نقش بازدارنده‌ای ایفا نخواهد کرد. در نتیجه، در سال‌های اخیر دادگاه‌ها بیشتر تمایل دارند که قاعده‌ی «همه یا هیچ» را با قاعده «به نسبت» جایگزین نمایند؛ چرا که این قاعده به قربانی این شانس را می‌دهد تا در صورتی که احتمال بهبودی وی اندک باشد نیز طلب خسارت کند. جوزف هینگ‌کینگ<sup>۳</sup> کسی است که این قاعده را مطرح ساخته است (King, 2004: 1353)، بر طبق نظریات وی، در فرضی که بیمار شانس کمی برای زنده ماندن داشته و فوت شده نیز نباید متهم بدون هیچ عقوبتی رها گردد. از منظر تحلیل اقتصادی، هنگامی که عقوبت مساوی با صفر باشد، باید انتظار داشته باشیم که بازدارندگی نیز مساوی با صفر باشد و این امر خطر شیوع سهل‌انگاری در حرفه پزشکی را به همراه دارد.

<sup>۱</sup> - پاراپلژی به معنی فلج کامل در عضلات به خصوص اندام‌ها است. پاراپلژی (Paraplegia) به معنی فلج کامل پاها و تنه در هردو سمت (هردویا) ولی دستها سالمند. پاراپلژی اشاره به آسیب نخاعی زیر سطح مهره اول پشتی (T1) دارد. معمولاً این نوع از آسیب منجر به ضعف عضلانی و تغییرات حسی در تنه، پاها می‌شود.

<sup>۲</sup> - The Proportional Rule.

<sup>۳</sup> - Joseph H. King.



حالت هم بسیار ضعیف بوده است. لذا اعمال مسئولیت متناسب با شانس بیمار مناسبترین راه برای حصول اطمینان از اعمال مراقبت‌های معقول پزشکی است.» (Ibid) متاسفانه دادگاه توضیح نداد که چرا تحمیل مسئولیت کامل بر پزشک، زمانی که شانس بهبودی بیمار بیش از ۵۰٪ بوده، رویکرد مناسبی است اما هنگامی که شانس بهبودی بیمار کمتر از ۵۰٪ است، این رویکرد مناسب نیست.<sup>۱</sup>

در طی فرایند برگزاری دادگاه، خواهان درآمد آینده آقای گریس اسمیت را تخمین زده و با کسر هزینه‌های شخصی برآورد کرد که باید ۲۵۰.۰۰۰ دلار برای فرصت از دست رفته به بازماندگان برسد. اما در حکم دادگاه، این مبلغ به ۶۰.۰۰۰ دلار برای درد و رنج تحمیل شده به بازماندگان تقلیل یافت. دادگاه تجدید نظر با توجه به حکم صادره و تخمین خسارات اقتصادی و غیر اقتصادی، بر اساس احتمال بهبودی، میزان خسارات را به ۱۰٪ تقلیل داد.

بسیاری از دادگاه‌ها در سایر کشورهای سیستم کامن لا نیز از روش مشابهی پیروی کردند. در واقع، در پرونده مزبور، دادگاه جبران خسارت را بر اساس نظر کارشناسان خبره منتخب دادگاه در خصوص بهبود کامل و نظر پزشکان در خصوص احتمال زنده ماندن، تعیین کرد. با این حال زمانی که دیوان عالی لویزیانا این پرونده را مورد بازبینی قرار داد، در ارزیابی میزان خسارات، قاعده فرصت از دست رفته «به تناسب» را پذیرفت؛ اما رویه دادگاه تجدید نظر را در خصوص ارزیابی خسارت رد کرد. دادگاه مقرر داشت که: «روش رفع خسارت ناشی از فرصت از دست رفته نباید به نحوی باشد که هیات منصفه قسمت‌های باقی مانده از سطور رای را پر کند و بعد قاضی به فراخور وظیفه‌اش حکم را ارائه دهد، بلکه باید تمام عوامل بدون هیچ کاستی در نظر گرفته شود.»<sup>۲</sup>

مشابه قاعده به نسبت در حقوق انگلیس نیز مشاهده می‌شود. (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۱: ۱۵۵) در یک پرونده در سال ۱۹۹۵ که طی آن خواهان مدعی شد که خوانده شانس ۵۰ درصدی وی برای فروش خانه اش را از بین برده است، بر خلاف رای مجلس اعیان که در موارد اینچنینی به قاعده «همه یا هیچ» استناد نموده و خواهان را مستحق جبران خسارت ندانسته است، دادگاه استیناف حکم به پرداخت ۵۰٪ خسارت داد که به معنای اعمال قاعده «به نسبت» است.

از بررسی صورت گرفته مشخص است که سختگیری موجود در قاعده «همه یا هیچ» موجب گردیده تا دادگاه‌ها در حقوق انگلیس، به سمت قاعده «به نسبت» که قاعده ای سهل گیرانه تر است تمایل پیدا کنند.

اما در حقوق ایران رویه قضایی در این خصوص به دست نیامده است و لذا نمی‌توان در خصوص شیوه ارزیابی آن در رویه قضایی بررسی صورت داد. اما بنظر می‌رسد که با اثبات ورود ضرر، با توجه به اینکه محاسبه میزان خسارت امری است ماهوی، دادگاه می‌تواند با ارجاع امر به کارشناس و تعیین احتمال وقوع فرصت از دست رفته و میزان کاهش شانس خواهان در اثر عمل خوانده، میزان جبران خسارت را از طریق

<sup>۱</sup> - Liebig-Grigsby v. US 2003 U.S. Dist. LEXIS 3682. See also Kieffer (1997).

<sup>۲</sup> - Smith v. Louisiana 676 So. 2d 543 (La. 06/25/96).

کارشناسان رسمی دادگستری مربوطه برآورد و مورد حکم قرار دهد. (بهاری اردکانی، ۱۳۹۵: ۹۱) در این موارد اگر احتمال دستیابی خواهان به فرصت مزبور بسیار بالا بوده و عمل خواننده موجب گردیده شانس خواهان به کلی از بین رود، حکم به جبران کل خسارت و در مواردی که تنها شانس موفقیت کاهش یافته است؛ تنها در صورتی که کاهش شانس بسیار زیاد باشد، جبران خسارت به میزان کاهش شانس موفقیت مطابق قاعده خواهد بود (قاعده به نسبت) و در مواردی که میزان شانس به نحو قابل توجهی کاهش نیافته است، به جهت جدی و مسلم نبودن فرصت (ضرر) هیچ نوع جبران خسارتی در نظر گرفته نخواهد شد.

### نتیجه گیری:

در نتیجه بررسی صورت گرفته در این مقاله مشخص گردید که فرصت از دست رفته در دو فرض از دست دادن فرصت کسب منفعت و از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر قابل بررسی است. در مورد اول در صورت اثبات رابطه سببیت در حقوق تطبیقی از بین بردن فرصت را ضرری مستقل محسوب داشته اند و نفس از بین بردن فرصت را موجد مسئولیت مدنی تلقی می کنند. در حقوق ایران نیز با توجه به عرفی بودن مفهوم ضرر، می توان از دست دادن فرصت را عرفاً ضرری مستقل به شمار آورد.

با این وجود، چالش اصلی در خصوص این نوع خسارت ها، شیوه ارزیابی آنها است. در این خصوص چنانکه توضیح داده شد، در قوانین و مقررات ایران در این خصوص تصریحی دیده نمی شود. اما در حقوق انگلیس، در فرض اثبات خسارات متعارف، دو قاعده عمده برای محاسبه خسارات وجود دارد، نخست قاعده همه یا هیچ و قاعده به نسبت. قاعده همه یا هیچ با وجود کاربردهایی که داشته و دارد، در برخی موارد موجب جبران خسارت بیش از حد می شود یا زیان هایی را بدون جبران می گذارد که در این موارد، استفاده از قاعده به نسبت می تواند این زیاده روی ها را تعدیل نماید. ظاهراً تمایل دادگاه ها در دو دهه گذشته در انگلیس بر این بوده که در مواردی که کاهش فرصت اساسی بوده و فرصت را به کلی از بین برده، جبران خسارت کامل صورت گیرد و در مواردی که تنها میزان فرصت کاهش یافته است، از قاعده «به نسبت» استفاده شده است (رویکرد ترکیبی) رویکرد کلی نیز به سمت قاعده به نسبت است. در حقوق ایران اگرچه مبانی و ظرفیت حکمی و حقوقی مثل قاعده لاضرر و عموم و اطلاق ماده ۱۴ قانون مسولیت مدنی و ملاک تبصره ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری و قانون بیمه اجباری ثالث و قانون مدنی در رابطه با مضاربه و غیره وجود دارد و می تواند مورد استناد قرار گیرد، لیکن تصریحی در خصوص شیوه جبران خسارات ناشی از فرصت از دست رفته وجود ندارد و لذا با توجه به ماهوی بودن تعیین میزان خسارت، می توانیم از قاعده به نسبت و مفهوم جبران خسارات متناسب یا رویکرد ترکیبی به شرح فوق در ارزیابی خسارات ناشی از فرصت از دست رفته با استمداد از اهل فن و کارشناسان متخصص و خبره در آن زمینه استفاده نماییم که در این مورد تجربه موجود در حقوق انگلیس و آمریکا راهگشا خواهد بود.

با وجود این بنظر می رسد فقط وقتی که احتمال معقولی برای حصول نتیجه وجود داشته باشد می توان از قاعده به نسبت استفاده کرد. اگر احتمال ضعیف باشد، از دست دادن فرصت ضرر به شمار نمی آید و قابل جبران نیست و به تعبیر برخی حقوقدانان اساساً فرصت تلقی نمی شود.



## فهرست منابع

## الف: فارسی

- باریکلو، علیرضا، (۱۳۸۷)، مسئولیت مدنی، تهران، بنیاد حقوقی میزان، چاپ دوم.
- بسامی، مسعود، (۱۳۸۸)، قتل ترحم آمیز از دیدگاه اخلاق، ادیان و حقوق کیفری، تهران، انتشارات مؤسسه فرهنگی حقوقی سینا.
- بهاری اردکانی ابوالفضل، هاشمی باجگانی سیدجعفر، سلیمیان ابوالفضل، (۱۳۹۵)، «مسئولیت مدنی ناشی از فرصت از دست رفته»، مجلس و راهبرد، دوره ۲۳، شماره ۸۶، صص ۶۹-۹۴.
- جعفری مجد، محمد؛ حسینی، سید یاسر، (۱۳۹۱)، «جبران ضرر اقتصادی محض»، پژوهشنامه اندیشه‌های حقوقی، سال اول، شماره ۲، صص ۱۰۸-۱۲۶.
- جعفری، جمیله، مهدوی، سید محمد هادی، (۱۳۹۴)، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، بررسی فقهی ضمان از دست رفتن فرصت، شماره ۴۱، صص ۱۱-۳۲.
- جوهریان، محمدولی، (۱۳۷۳) «بیمه حوادث ناشی از کار»، فصلنامه صنعت بیمه، سال ۹، شماره ۳۴، صص ۱۱-۲۶.
- دریا باری، سیدمحمد، (۱۳۸۱)، «بیمه مسئولیت پزشک»، پژوهشنامه بیمه، شماره ۶۷، صص ۱۰۰-۶۷.
- شادمان، فرهاد، (۱۳۸۷)، از دست دادن فرصت و موقعیت با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و ایالات متحده آمریکا، پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی دانشگاه قم.
- صفایی، حسین، محمود کاظمی، مرتضی عادل، اکبر میرنژاد، (۱۳۹۳)، حقوق بیع بین المللی (بررسی کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰، با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده آمریکا، تهران، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم.
- صفایی، سید حسین و حبیب الله رحیمی، (۱۳۹۱)، مسئولیت مدنی (الزامات خراج از قرارداد)، تهران، انتشارات سمت، چاپ چهارم.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۹)، الزام‌های خراج از قرارداد، ج ۱، (تهران، دانشگاه تهران، چاپ نهم).
- کاظمی، محمود، (۱۳۸۰)، «نظریه فرصت از دست یافته در مسئولیت مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۵۳، مقاله ۸، صص ۱۸۵-۲۲۸.
- مرادی، حسین، (۱۳۹۲)، بررسی موقعیت و فرصت از دست رفته با مطالعه تطبیقی حقوق ایران و انگلستان و فرانسه، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق بین الملل، دانشگاه قم.
- یزدانیان، علیرضا، (۱۳۹۵)، قواعد عمومی مسئولیت مدنی با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، تهران، میزان.

## ب: عربی

- انصاری، شیخ مرتضی، (۱۳۷۵)، مکاسب، رساله فی قاعده نفی ضرر، تبریز، اطلاعات.

مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۲)، القواعد الفقیه، ج ۱، قم، مطبعه الحکمه.  
 موسوی بجنوردی، سید محمد حسن، (۱۳۷۷)، قواعد الفقیه، ج ۱، قم، نشر الهادی.

### ج: انگلیسی

Perillo, Joseph, (1994), **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. The Black Letter Text and a Review**, *Fordham L. Review*. Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol63/iss2/1>.

Chegwei, Liu, (2008), **Remedies for Non-performance -Perspectives from CISG**, LL.M. of Law School of Renmin University of China.

Shavell, Steven, (1985), Uncertainty Over Causation and the Determination of Civil Liability,” **The Journal of Law and Economics**, Vol. 28, pp. 587-609.

Frasca, Ralph, (2008-2009), Loss of Chance Rules and the Valuation of Loss of Chance Damages, **Journal Legal Economics**, 15, pp. 80-99.

Weigand, Tory, (2003), Loss of chance in medical malpractice: A look at recent developments, **Defense Counsel Journal**, 70 (3), pp. 290-310.

Fischer, David, (2001), Tort Recovery for Loss of Chance, **Wake Forest Law Review**, 36, pp. 605-655.

Dobbs, Dan, (1994), **Dobbs' Law of Remedies: Damages - Equity - Restitution**, West Publishing Co, 17th edition.

McInnes, Mitchell, (1997), Causation in Tort Law: Back to Basics at the Supreme Court of Canada, **Alberta L. Review**. 1023-1043.

Waddams, Sam, **the Law of Damages**, sweet and maxwell, 2d ed. 1991.

Waddams, Sam, (1998), Damages: Assessment of Uncertainties, **Journal of Contract Law**, 13, pp. 45-69.

Jones, Michael, (2003), **Textbook On Torts**, Oxford University Press; 8 editions.

Price, David, (1989), Causation-The Lords'Lost Chance?, **INT'L & CoMP. L. Q.** 38, pp. 735, 735-36.

Reece, Helen, (1996), Losses of Chances in the Law, **MOD. Law Review**, 59, pp. 170-194.

Ben Smith, (1999), Loss of a Chance, **Victoria University of Wellington Law Law Review**, 29, pp. 225, 237-38.

Black, Vaughn, (1998), Not a Chance: Comments on Waddams, The Valuation of Chances, 70 **Canadian Bus. Law Journal**, pp. 96-104.

Fleming, John, (1991) Probabilistic Causation in Tort Law: A Postscript, **Canadian B. Review**. 70, pp. 136-140.

**Restatement (Second) of Torts**, American Law Institute, 1977.

Thompson, Melissa Moore, (1994) Comment, Enhanced Risk of Disease Claims: Limiting Recouery to Compensation for Loss”, Not Chance, **North Carolina Law Review**, 72, pp. 461-65.

Coffee, John, (1995) Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action”, **COLUM. Law. Review**, 95, pp. 1343-1433

Todd, Aagaard, (1998), Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases, **Michigan Law Review**, Vol. 96, p. 1338.

Flachmann, Ralf, Ruban, Alexander, Horton, Peter, (1998) **Photosynthesis: Mechanisms and Effects**, Kluwer Academic Pub.

Kieffer, Jonathan, (1997) The case for across-the-board application of the loss-of-chance doctrine, **Defense Counsel Journal**, 64, pp. 568-580.