



Original Article

Feasibility of Civil Liability for Uncertain Causation in Light of the Loss of a Chance Theory with Emphasis on Medical Cases

Sajjad Shahbaz Qahfarrokhi¹ 

Highlights

- In circumstances where, notwithstanding the establishment of the defendant's fault, the causal link between such fault and the damage sustained cannot be proven, absolving the defendant of liability appears inequitable.
- From a deterministic perspective, causation is conceived as a definite and objective phenomenon; however, by embracing a normative or common-sense conception of causation, this philosophical objection may be overcome.
- A number of challenges—including the inherently indeterminate nature of chances, the potential proliferation of litigation, the subjective character of damage-assessment criteria, and the tension between this doctrine and the deterministic foundations of tort liability—have called into question the effectiveness and coherence of the theory.

ABSTRACT

Introduction

Establishing causation is a fundamental pillar of civil liability claims, with the burden of proof resting on the claimant. However, in medical malpractice cases, determining the precise role of medical error in causing the final injury (such as death, permanent disability, or failure to recover) is often difficult or impossible due to scientific and clinical complexities. In such scenarios, where causation remains uncertain, the traditional civil liability system based on the "all-or-nothing" rule applies. This means that if the claimant cannot prove the causal link to the degree of certainty required by the legal system, they will receive no compensation, even if the physician's fault is established. This approach can lead to unjust outcomes, particularly when marginal differences in the probability of causation result in fundamentally different results (full compensation versus complete deprivation). The difficulties associated with proving causation in medical disputes have prompted scholars and courts in several jurisdictions to reconsider the traditional understanding of causation and damage. Modern tort law increasingly recognizes that scientific uncertainty should not necessarily deprive an injured patient of all compensation when negligent conduct has demonstrably reduced the prospect of a favorable outcome. Consequently, the loss of a chance theory has emerged as an intermediate solution between complete liability and complete exoneration, seeking to reconcile corrective justice with evidentiary limitations. The primary objective of this article is to examine the theoretical and practical challenges of the "loss of a chance" (*perte d'une chance*) theory as a mechanism

How to Cite: Sajjad, Shahbaz Qahfarrokhi, "Feasibility of Civil Liability for Uncertain Causation in Light of the Loss of a Chance Theory with Emphasis on Medical Cases", Legal Research, Vol. 29, No. 114, 2026, pp: 247-262.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2026.240066.2902>

Received: 24/05/2025-Accepted: 18/03/2026

1. Assistant Professor, Faculty of Humanities, University of Shahrekord, Shahrekord, Iran
Corresponding Author Email: sajjadshahbaz@sku.ac.ir



Copyright: © 2026 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

to mitigate these injustices in cases of uncertain causation, through a comparative study of the legal systems of selected European countries. By recognizing the "reduction of the chance of recovery or survival" as an independent and compensable damage, this theory seeks to ensure that injured patients receive at least partial compensation. Focusing on medical cases, this article addresses the question of whether this theory can establish a fair balance between the rights of patients and physicians, or whether its challenges outweigh its benefits.

Methods

This research employs a descriptive-analytical method with a focus on comparative study. The scope encompasses European legal systems (including France, Germany, Austria, Spain, Belgium, and England) which have adopted different approaches to this issue. Research data was gathered through the examination of legal texts such as the civil codes of relevant European countries and the Principles of European Tort Law, key judicial precedents (e.g., rulings from the French Cour de Cassation and German case law), and doctrinal views in these jurisdictions. The collected data was then subjected to critical analysis. The aim is to dissect the foundations, implementation, and challenges facing this theory within the context of comparative law.

Results and Discussions

The findings indicate that the loss of a chance theory attempts to circumvent the impasse of proving definitive causal links by redefining the concept of damage from the "final injury" to the "reduction of the chance of recovery or survival." In this model, the lost chance itself becomes an independent and compensable head of damage. The comparative study reveals a dichotomy in approaches across Europe. Countries such as France, Spain, and Belgium have accepted this theory, thereby opening a path to partial compensation. For instance, in French law, compensation is often awarded as a percentage of the final damage, proportionate to the lost chance. In contrast, German and Austrian legal systems, citing the non-recognition of "chance" as an independent, tangible legal right within their civil codes (e.g., §823 of the German Civil Code - BGB), maintain a more cautious stance, largely rejecting the theory and emphasizing the preservation of the traditional rule. The comparative analysis further demonstrates that acceptance of the doctrine reflects a broader evolution in tort law from a strictly factual conception of causation toward a more normative and policy-oriented approach. Rather than focusing exclusively on whether the defendant's conduct can be identified as the definitive cause of the final injury, courts in several jurisdictions have increasingly concentrated on whether the defendant's negligence deprived the claimant of a valuable opportunity for recovery or survival. This shift is particularly significant in medical malpractice litigation, where the progression of disease, pre-existing conditions, and the limits of medical science frequently render causal certainty unattainable. Accordingly, the doctrine seeks to preserve the compensatory function of tort law by recognizing the destruction or reduction of a chance as a legally cognizable injury. Despite its justice-oriented advantage, fundamental challenges limit the theory's efficacy. First, the philosophical challenge of causal determinism targets its core premise. Second, the inherently vague and subjective nature of "chance" creates significant practical problems: a) Ambiguity regarding the objective existence of the initial chance (e.g., in cases of congenital disabilities). b) Lack of objective criteria for calculating the chance percentage and converting it into compensation, leading to arbitrariness in judicial decision-making. c) The problematic distinction between a "reduced" and a "lost" chance. Third, there is a risk of increased frivolous litigation due to the lowered motivational burden of proof and the potential for double recovery. Furthermore, the theory may conflict with the principle of full compensation (*restitutio in integrum*), as it only covers a portion of the loss. Another significant concern relates to the quantification of damages. The legitimacy of the doctrine largely depends upon the availability of reliable statistical and medical evidence capable of demonstrating the extent to which the defendant's conduct reduced the claimant's prospects. In the absence of transparent and objective criteria, judicial assessments may become excessively discretionary, thereby undermining legal certainty and predictability. Consequently, critics argue that while the doctrine may enhance substantive fairness in individual cases, it risks generating inconsistency and uncertainty at the systemic level. From a policy perspective, concerns are raised about its potential negative impact on professional medical conduct and rising healthcare system costs. Compared to the alternative of "proportional liability based on probabilistic causation," where compensation is directly proportional to the probability that the error caused the harm, the loss of a chance theory suffers from discontinuity and may result in practical injustice in determining compensation amounts.

Conclusion

The loss of a chance theory emerged as a response to the inefficacy of the "all-or-nothing" rule in addressing uncertain causation in medicine and has achieved some success in mitigating unfair outcomes in certain legal systems. However, its theoretical (e.g., the determinism debate) and practical (e.g., subjectivity in

assessment) challenges are significant and cannot be overlooked. This theory alone cannot serve as a comprehensive solution. The article's ultimate conclusion is that to achieve sustainable and equitable justice, an intelligent combination of this theory with other mechanisms, such as proportional liability, appears essential. Furthermore, developing transparent legal frameworks that provide more objective criteria for establishing and valuing a "chance," coupled with establishing specialized tribunals for medical disputes, could mitigate its shortcomings. Ultimately, any solution must strike a precise balance between protecting the rights of injured patients and avoiding overburdening the medical profession with liability in a manner that impedes the provision of healthcare services.

Keywords: Medical Malpractice, Causation, Uncertain Causation, Loss of a Chance Theory, Tort Law.



مقاله علمی-پژوهشی

امکان سنجی مسئولیت مدنی سببیت نامشخص در پرتو نظریه فرصت ازدست‌رفته با تأکید بر پرونده‌های پزشکی

سجاد شهبازقهفرخی^۱

نکات برجسته

- در فرضی که علیرغم احراز تقصیر خوانده، اثبات رابطه سببیت بین تقصیر و زیان وارده ممکن نباشد، عدم مسئولیت خوانده ناعادلانه به نظر می‌رسد.
- در نگاه جبری، سببیت و علیت امری قطعی است اما با پذیرش مفهوم عرفی برای سببیت می‌توان از این ایراد فلسفی عبور نمود.
- چالش‌های متعددی ازجمله ذات نامشخص شانس‌ها، افزایش دعاوی قضایی، ذهنی بودن معیارهای ارزیابی خسارت و تعارض با مبانی جبرگرایانه مسئولیت مدنی، کارایی این نظریه را زیر سؤال برده است.

چکیده

اثبات رابطه سببیت در دعاوی مسئولیت مدنی همواره با چالش‌های عمیقی مواجه بوده است؛ این مسئله به‌ویژه در مواردی که تعیین نقش دقیق خطای پزشکی در وقوع آسیب دشوار یا ناممکن باشد، نمود بیشتری دارد. مقاله حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و با مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی برخی کشورهای اروپایی، به بررسی قابلیت «نظریه فرصت ازدست‌رفته» به‌عنوان راهکاری برای جبران این خلأ می‌پردازد. یافته‌ها نشان می‌دهد که این نظریه با شناسایی «کاهش شانس بهبود یا بقا» به‌عنوان «ضرر» به بهره بردن از این مفهوم پرداخته است و تجربه برخی نظام‌هایی حقوقی نیز نشان می‌دهد ایشان از مفهوم سنتی رابطه سببیت در حال گذارند. بااین‌حال، چالش‌های نظری و عملی متعددی ازجمله ابهام در وجود شانس، ذهنی بودن معیار محاسبه غرامت و خطر افزایش دعاوی کم‌اساس، کارایی آن را محدود ساخته است. مطالعه تطبیقی نشان می‌دهد که برخی نظام‌های حقوقی نظیر آلمان و اتریش با استناد به عدم شناسایی «فرصت» به‌عنوان حق مستقل، رویکرد محتاطانه‌تری اتخاذ کرده‌اند. در نتیجه، به‌رغم مزایای نظریه فرصت ازدست‌رفته در کاهش ناعدالتی‌های ناشی از اعمال قاعده سنتی مسئولیت مدنی-قاعده همه یا هیچ- برای تحقق هرچه بیشتر عدالت نیاز است تا این نظریه با نظریات دیگر نیز ترکیب شود.

کلید واژگان: خطای پزشکی، رابطه سببیت، سببیت نامشخص، فرصت ازدست‌رفته، مسئولیت مدنی.

استناد به این مقاله: سجاد، شهبازقهفرخی، «امکان سنجی مسئولیت مدنی سببیت نامشخص در پرتو نظریه فرصت ازدست‌رفته با تأکید بر پرونده‌های پزشکی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۴، تیر ۱۴۰۵، صص: ۲۴۷-۲۶۲.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2026.240066.2902>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۳/۰۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۲/۲۷

۱. استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: sajjadshahbaz@sku.ac.ir



Copyright: © 2026 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

اثبات رابطه سببیت به عنوان یکی از ارکان دعاوی مسئولیت مدنی برعهده خواهان است؛ اما در برخی موارد اثبات چنین امری دشوار یا محال است. فرض کنید شخص «الف» دارای بیماری‌ای است که به طور طبیعی در حال پیشرفت است و تحت یک فرایند تشخیص و درمان قرار می‌گیرد. در فرایند درمان، یک خطای پزشکی رخ می‌دهد و در نهایت، وضعیت بیمار بدتر می‌شود؛ درحالی که مشخص نیست آیا بدتر شدن وضعیت بیمار یا عدم بهبودی وی، در صورت عدم وقوع خطای پزشکی رخ می‌داد یا خیر. حسب فرض، اثبات رابطه سببیت به صورت قطعی برای هیچ کارشناسی ممکن نیست. در این صورت چه باید کرد؟ به طور سنتی در حقوق مسئولیت مدنی، برای دریافت غرامت در پرونده قصور پزشکی، بیمار آسیب دیده باید اولاً تقصیر پزشک یا سایر پزشکان (اعضای کادر پزشکی) و ثانیاً رابطه سببیت بین رفتار قابل سرزنش آن شخص با آسیب وارده را اثبات کند.^۱ در این مقاله، فرض بر این است که رکن اول و سوم مسئولیت مدنی موجود است و اگر خواهان در اثبات رابطه سببیت نیز موفق باشد، غرامت کامل دریافت خواهد کرد، وگرنه دست خالی خواهد ماند. اثبات رابطه سببیت و استاندارد مورد نیاز برای اثبات آن (میزان دقت و قطعیت لازم برای اثبات یک ادعا)، موضوعی است که در نظام‌های حقوقی مختلف، رویکردهای متفاوتی را ایجاد کرده است. در حقوق انگلیس، معیار اثبات به این صورت است که باید ثابت شود احتمال اینکه متهم باعث آسیب یا ضرر شده بیشتر از احتمال‌های دیگر است. این اصل تحت عنوان «براساس تعادل احتمالات»^۲ شناخته می‌شود؛ به عبارت دیگر، اگر احتمال وارد شدن آسیب توسط خواننده بیشتر از نفع طرف مقابل باشد، می‌توان گفت که وی مسئول است.^۳ حقوق سوئیس هم مشابه با حقوق انگلیس است. در سوئیس باید اثبات شود که «احتمال وقوع حادثه به نفع یکی از طرفین»^۴ بیشتر است؛ یعنی باید نشان داده شود که احتمال وقوع آسیب به طور عمده از طرف خواننده بوده است.^۵ در حقوق اتریش، فرانسه و لهستان، نیاز است که اثبات شود رابطه علت و معلولی بین عمل متهم و آسیب وارد شده «به شدت محتمل» است. در اینجا، اثبات باید به گونه‌ای باشد که هیچ شبهه‌ای از نظر منطقی باقی نماند و باید «احتمال وقوع آن در حد بالایی»^۶ باشد.^۷ در آلمان، باید درجه‌ای از قطعیت در نظر گرفته شود که برای مقاصد عملی مفید باشد. این سخن بدین معناست که برای اثبات یک ادعا، باید درجه‌ای از اطمینان و قطعیت به دست آید که برای تصمیم‌گیری عملی کافی باشد، اما نیازی به اثبات صددرصدی نیست.^۸ بلژیک و اسپانیا نیز معیاری مشابه حقوق آلمان مطرح کرده‌اند. در این کشورها، سطح اثبات مورد نیاز نزدیک به

^۱ این مشکل در تمام پرونده‌های دعاوی مسئولیت مدنی قابل طرح است، اما باتوجه به اهمیت موضوع سلامت اشخاص و همچنین روشن‌تر بودن مثال‌های مرتبط با دعاوی قصور پزشکی، این مقاله با تمرکز بر دعاوی قصور پزشکی به طرح بحث خواهد پرداخت.

^۲ Balance of Probabilities

^۳ Rogers, W. V. Horton, (ed.). *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, Springer, 2005, P 174.

^۴ Predominant Probabilit

^۵ Kadner Graziano, T. "Loss of a chance in European private law: 'All or nothing' or partial liability in cases of uncertain causation", *European Review of Private Law*, Volume 16, Issue 6, 2008, P 1018.

^۶ Highly Probable

^۷ Ludwichowska-Redo, K. "Uncertain causation, loss of a chance and proportional liability in medical malpractice cases: A few reflections with a special focus on Polish law", *Journal of European Tort Law*, Volume 15, Issue 3, 2024, P 329; Koch, Bernhard. A. "Medical liability in Austria", In: Koch, Bernhard. A. (ed.). *Medical liability in Europe: A comparison of selected jurisdictions*, Walter de Gruyter, First Edition, 2011, P 211.

^۸ Martín-Casals, Miquel. "Más allá del mal llamado 'baremo sanitario'", XVIII Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2018. P 1091.

قطعیت است؛ به عبارت دیگر، باید ثابت شود که احتمال وقوع آسیب به‌طور «تقریباً قطعی»^۱ است. این حد از احتمال، نیاز به وجود ادله و قرائن اثباتی بسیار قوی دارد و باید شبهات بسیار کمی در آن باقی بماند.^۲ در حقوق ایران نیز اثبات قطعی رابطه سببیت امری ضروری است.

جمع‌آوری شواهدی که ادعاهای بیماران را در پرونده‌های قصور پزشکی تأیید می‌کند، کار آسانی نیست و در بسیاری موارد نیز اثبات وجود رابطه سببیت غیرممکن است، زیرا در بسیاری از موارد به‌سادگی نمی‌توان مشخص کرد که وضعیت بیمار در صورت عدم وقوع خطای پزشکی چگونه بوده است؛ بنابراین، اعمال راهکارهایی که وضعیت طرف آسیب‌دیده را بهبود بخشد، مانند کاهش درجه احتمال مورد نیاز برای اثبات یا حتی برعکس کردن بار اثبات، غیرمعمول نیست.^۳

این نظریات چیزی را در مورد اصل موضوع تغییر نمی‌دهد؛ اگر خواهان بتواند رابطه سببیت را به آن میزانی که مورد نظر قانون‌گذار بوده است – که در بسیاری موارد دشوار است – اثبات کند، غرامت کامل دریافت خواهد کرد و گر نه هیچ غرامتی دریافت نخواهد کرد. این رویکرد «همه یا هیچ» به این معناست که تفاوت‌های جزئی در درجه احتمال به تفاوت‌های اساسی در خسارت‌های قابل پرداخت منجر می‌شود. هنگامی که قانون‌گذار آستانه‌ایی برای کفایت وجود رابطه سببیت معین کند، اگر احتمال کمی بیشتر از آستانه مورد نظر قانون‌گذار باشد، به خواهان، خسارت تعلق خواهد گرفت و اگر فقط این احتمال، کمی کمتر از آستانه مزبور باشد، هیچ خسارتی به وی تعلق نخواهد گرفت و همین امر باعث ایجاد ناعدالتی یا ایجاد احساس ناعدالتی خواهد شد.

برای جلوگیری از این نتیجه ناعادلانه و ارائه حداقل غرامت جزئی^۴ به آن دسته از مدعیانی که قادر به اثبات رابطه سببیت بین خطای پزشکی و آسیب وارده نیستند، دو راه‌حل پیشنهاد شده است: راه‌حل نخست که توسط تعدادی از نظام‌های حقوقی اروپایی، از جمله فرانسه، ایتالیا، بلژیک، هلند، اسپانیا و پرتغال پذیرفته شده است و به نظر می‌رسد پیش‌نویس چارچوب مشترک مرجع^۵ نیز به آن گرایش دارد، نظریه از دست دادن فرصت^۶ است. راه‌حل دوم که در اتریش ابداع شده، توسط اصول حقوق مسئولیت مدنی اروپا تأیید شده و اخیراً در قانون بلژیک معرفی و جایگزین نظریه از دست دادن فرصت شده است، مسئولیت متناسب براساس سببیت بالقوه است.^۷ در ادامه این مقاله صرفاً راهکار نخست مورد مطالعه

^۱ Near Certainty

^۲ Martín-Casals, M. "Some introductory and comparative remarks to the decision of the Swiss Federal Court BGE/ATF 133 III 462 and to the 'loss of chance' doctrine", *European Review of Private Law*, Volume 16, Issue 6, 2008, P 1067; Nys, H. "Medical liability in Belgium", In: Koch, Bernhard. A. (ed.). *Medical liability in Europe: A comparison of selected jurisdictions*, Walter de Gruyter, First Edition, 2011, P 73.

^۳ Ludwichowska-Redo, Op. Cit., P 330.

در حقوق داخلی نیز برخی پژوهشگران با استناد به نظریات مختلف مطروحه در حقوق فرانسه نظیر «فرض انتساب خسارت یا سببیت مفروض»، «برهان نفی سایر اسباب»، «نظریه برابری اسباب و شرایط» و «نظریه از دست دادن فرصت» تلاش نموده است راه‌هایی برای تسهیل در احراز رابطه سببیت بیابند. رجوع کنید به: کریمی، عباس و محمدهادی جواهرکلام، «تسهیل در احراز رابطه سببیت در حوادث پزشکی؛ نقش سازنده رویه قضایی ایران و فرانسه»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۶، شماره ۱۱۹، ۱۴۰۱، صص ۱۲۱-۱۴۱. Doi: 10.22106/jlj.2022.544020.4552

^۴ مفهوم غرامت جزئی در برابر مفهوم خسارت کامل است که همان خسارت ناشی از عدم بهبود یا از بین رفتن است.

^۵ Draft Common Frame of Reference (DCFR)

^۶ Perte d'une Chance/ Loss of Chance (PETL)

^۷ مؤلف در مقاله مستقلی تحت عنوان «مسئولیت مدنی در پرتو نظریه مسئولیت متناسب براساس سببیت بالقوه با تمرکز بر پرونده‌های قصور پزشکی» به بررسی این نظریه پرداخته است که در مجله حقوق پزشکی در نوبت انتشار است.

قرار خواهد گرفت.^۱

۱. ماهیت مفهوم «از دست دادن فرصت»

در مواردی که خواننده واقعاً مرتکب تقصیر شده است، ولی به دلیل عدم امکان اثبات رابطه سببیت، محکومیت وی نیز ممکن نیست؛ می‌توان برای خواهان حقی دیگر تصور کرد. حق ناشی از «از دست دادن فرصت» یا «حق ناشی از کاهش شانس» حقی متفاوت از حق بر مطالبه خسارت ناشی از آسیب وارده است. در این حق، ما به دنبال اثبات رابطه سببیت - یا درجه‌ایی از سببیت - نیستیم، بلکه این حق به تبع «از دست رفتن فرصت و شانس موفقیت» ایجاد شده است. در اینجا فعل ضرری همان از بین بردن شانس و احتمال موفقیت است؛ ضرر، همان «فرصت ازدست‌رفته» است نه منفعت یا نتیجه‌ای که از فرصت ممکن بود به دست آید و حسب فرض رابطه سببیت نیز بین این دو برقرار است.^۲ البته مقام قضایی باید «وجود احتمال در تحقق نتیجه» را به عنوان عنصر اساسی در شناسایی این مفهوم^۳ احراز کند تا امکان استناد به این مفهوم فراهم آید. از این روست که در چارچوب نظریه از دست دادن فرصت پیشنهاد می‌شود که ضرر موضوع جبران به عنوان «شانس ازدست‌رفته» یا «شانس کاهش یافته» برای جلوگیری از آسیب، بازتعریف شود.^۴

پذیرش این مفهوم، اولاً به این معناست که هرگونه ابهام در مورد احراز رابطه سببیت از بین می‌رود، زیرا هیچ شکی وجود ندارد که برای تحقق ضرر مزبور، احراز فعل ضرری شرط لازم^۵ است و ثانیاً غرامت قابل پرداخت به زیان‌دیده نباید با میزان تمام زیان وارده و نهایی مطابقت داشته باشد؛ زیرا با استناد به نظریه مزبور، بنابراین است که حکم به جبران خسارت برای نفس محرومیت از فرصت یا کاهش شانس جلوگیری از زیان نهایی، صادر شود، و آلا حسب فرض، اساساً مشخص نیست که آیا آسیب نهایی وارده، به دلیل فعل ضرری ادعایی ایجاد شده است یا نه؛ بنابراین، منطقی است که خسارات کمتری لحاظ شود.

بر این مبنا، روش محاسبه غرامتی که موضوع حکم قرار می‌گیرد، باید متناسب با آسیب نهایی باشد. بدین صورت که به زیان‌دیده درصدی از ارزش «ضرر نهایی» که با میزان فرصت ازدست‌رفته (که به صورت درصدی تعریف می‌شود) مطابقت دارد، تعلق می‌گیرد.^۶ برخی دیگر نیز به موضوع از دیدگاهی متفاوت نگاه کرده و پیشنهاد داده‌اند غرامت موضوع حکم، متناسب با میزانی که خطای پزشکی، احتمال «ضرر نهایی» را افزایش داده است، محاسبه شود.^۷

۱. در این مقاله صرفاً به موضوع از منظر حقوق تطبیقی نگریسته و بررسی موضوع در حقوق ایران و فقه پویای امامیه به جستاری دیگر واگذار شده است.

۲. در حقوق داخلی، دکتر محمود کاظمی در پژوهشی مفصل به بررسی ضرری بودن فرصت ازدست‌رفته و مقایسه آن با مفاهیم مشابه پرداخته است. به منظور رعایت اختصار از بیان مجدد اجتناب می‌گردد. نک: کاظمی، محمود، «نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۵۳، شماره ۸۱۳، ۱۳۸۰، صص ۲۲۵-۱۸۵.

۳. همان، ص ۱۹۱.

۴. در صورتی رابطه علی مستقیم میان خطا و زیان احراز شود، نظریه فرصت ازدست‌رفته اعمال نخواهد شد. دیوان عالی فرانسه نیز در رأی شماره (شعبه اول مدنی، ۱ ژوئن ۲۰۲۲، شماره ۱۶۹۰۹-۲۰) تصریح می‌کند که وقتی احراز می‌شود خطای پزشک علت مستقیم زیان بوده است، نمی‌توان آن را «فقدان شانس» دانست؛ بلکه باید جبران کامل زیان صورت گیرد. نظریه *perte de chance* فقط در صورت نبود قطعیت علیت به کار می‌رود.

Cour de cassation, Première chambre civile, 1er juin 2022, n°20-16.909.

۵. *Conditio Sine Qua Non*

۶. Kadner, Op. Cit., P 287.

۷. Bieri, Laurent and Pierre Marty. "The discontinuous nature of the loss of chance system", *Journal of European Tort Law*, Volume 2, Issue 1, 2011, P 24.

مقاله حاضر صرفاً به از دست دادن فرصت بهبود یا بقا می‌پردازد و نه به از دست رفتن برخی فرصت‌ها یا امکانات دیگر که ممکن است ناشی از قصور پزشکی باشد. در مواردی که خطای پزشکی باعث از دست رفتن فرصت‌هایی مانند فرصت برای درآمد آینده، شانس تکمیل تحصیلات عالی یا داشتن فرزند باشد، باید با احراز ارکان سه‌گانه دعوای مسئولیت مدنی به دنبال جبران خسارت برآمد و این‌گونه مسائل از موضوع مقاله حاضر خارج‌اند. زیان‌های دسته اول، خسارات مستقیمی^۱ اند که از خطای پزشکی ناشی می‌شوند؛ اما زیان‌های دسته دوم خسارات تبعی یا غیرمستقیم^۲ تلقی می‌شوند که به‌طور غیرمستقیم و با واسطه ناشی از عمل زیان‌بار - در فرض ما، خطای پزشکی - هستند.^۳

۲. از دست دادن فرصت به‌عنوان یک دسته جداگانه از خسارت غیرمالی

برخی نظام‌های حقوقی فقدان یا کاهش شانس بهبود یا بقا را به‌عنوان یک دسته جداگانه و قابل جبران از خسارت غیرمالی در نظر گرفته‌اند؛ به‌طوری‌که خسارات به‌طور مستقل از میزان زیان نهایی محاسبه می‌شوند.^۴ دادگاه‌های اسپانیا در ابتدا خسارات قابل پرداخت را براساس اصول انصاف و عدالت جبرانی تعیین می‌کردند؛^۵ زیرا رابطه سببیت بین خطا و آسیب نهایی را قابلیت احراز نداشت. در این رویکرد، دادگاه‌ها خسارت نهایی (مثلاً مرگ یا ناتوانی) را مبنای محاسبه قرار نمی‌دادند، بلکه تنها فقدان شانس بهبود یا بقا را به‌عنوان زیان غیرمالی می‌شناختند و برای آن مبلغی براساس ملاحظات اخلاقی و انسانی تعیین می‌کردند.

چهبسا گفته شود اگر فرصت از دست‌رفته امکان دستیابی به مال یا منفعت اقتصادی است، چگونه می‌توان آن را غیرمالی دانست؟ در پاسخ به این ابهام و سؤال گفته شده است در دعوای پزشکی، زیان معمولاً جسمی یا روانی است، نه اقتصادی؛ یعنی شانس از دست‌رفته برای «بهبود سلامتی» یا «بقا» به‌خودی‌خود ارزش مالی ندارد، بلکه به تمامیت جسمی یا معنوی شخص مربوط است.^۶ در نتیجه، زیان وارده نوعی خسارت غیرمالی^۷ محسوب می‌شود. البته در دعوای دارای جنبه اقتصادی یا قراردادی، همین مفهوم ممکن است مالی باشد. مثلاً اگر کسی شانس موفقیت در مناقصه یا سود تجاری را از دست بدهد، در آنجا «فرصت» به‌وضوح ارزش مالی دارد. بنابراین، ماهیت مالی یا غیرمالی فرصت، تابع ماهیت خود منفعت ازدست‌رفته^۸ و به عبارت دقیق‌تر تابع «متعلق فرصت» است.

این راه‌حل از مشکلاتی که توسط دو مفهوم ارائه شده در بالا ایجاد می‌شود، جلوگیری می‌کند، اما پذیرش آن به‌دلیل محدودیت جبران خسارت غیرمالی در بسیاری از نظام‌های حقوقی، بدون مشکل نیست. اجرای این نظریه فقط به اعطای خسارت غیرمالی منجر می‌شود؛ درحالی‌که اصل جبران کامل خسارت، زیان‌دیده را مستحق دریافت همه‌گونه خسارات

^۱. Primary Damages

^۲. Consequential Damages

^۳. مفهوم کلی خسارات مستقیم و تبعی در اروپا و آمریکا مشابه است، اما در برخی جزئیات نظیر قابلیت پیش‌بینی، نوع خسارات قابل مطالبه و میزان خسارت با یکدیگر متفاوت‌اند. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رجوع کنید به:

American Law Institute. (2010). Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm & European Group on Tort Law. (2006). Principles of European tort law: Text and commentary.

^۴. Koch, Op. Cit., P 637.

^۵. Rogers, Op. Cit., P 246.

^۶. Sugarman, S. D. "Tort damages for non-economic losses: Personal injury (in cases of bodily injury)", In: Bussani M. and A. J. Sebok (eds.), *Comparative tort law*, Edward Elgar, 2015.

^۷. Daño Moral / No Patrimonial

^۸. Viney, Geneviève et Partice Jourdain. *Les effets de la responsabilité*, Paris: LGDJ, Troisième Édition, 2013, PP 372-376.

(هم مالی و هم غیرمالی) می‌کند. به همین دلیل، به‌سختی می‌توان آن را به‌عنوان جایگزینی برای مسئولیت متناسب براساس سببیت بالقوه در نظر گرفت.

دیگر انتقادی که اجرای این نظریه پیش خواهد آورد این است که وقتی آنچه باید جبران شود، از دست دادن شانس معینی برای جلوگیری از زیان نهایی است، گام منطقی بعدی، اعطای بخشی از خساراتی است که متناسب با آن زیان نهایی باشد نه اینکه صرفاً غرامتی برای خسارت غیرمالی در نظر گرفته شود.^۱

۳. بررسی انتقادی مفهوم از دست دادن فرصت

در این قسمت، هدف مطرح کردن تمام انتقادات وارده به نظریه «از دست دادن فرصت» نیست؛ بلکه صرفاً به‌صورت خاص برخی ایراداتی که در مقام شناسایی مسئولیت مدنی سببیت نامشخص، از طریق استناد به این نظریه، ممکن است ایجاد شود، مطرح خواهد شد.

۳.۱. جبری بودن علّیت

یکی از استدلال‌هایی که در پرونده گرگ علیه اسکات^۲ مطرح شده بود این بود که جهان از نظر علّی جبری است، یعنی برای هر رویدادی یک وضعیت از پیش موجود (علت) وجود دارد که با آن رویداد به‌گونه‌ای مرتبط است که اگر آن وضعیت وجود داشته باشد، اما رویداد رخ ندهد، قانون طبیعت نقض می‌شود؛ پس امری به نام «شانس» به‌معنای واقعی وجود ندارد. این امر بدین معناست که نمی‌توان تصور کرد شانس‌ها از دست بروند یا کاهش یابند. با پذیرش این مبنای فلسفی، هیچ غرامتی تحت عنوان شانس از دست‌رفته نمی‌توان اعطا نمود. از آنجاکه هیچ احتمال عینی وجود ندارد، اعمال مفهوم مسئولیت متناسب براساس سببیت بالقوه نیز غیرممکن است.^۳ با این استدلال، «موضوع» هر دو راه‌حل از دست دادن فرصت و نظریه مسئولیت متناسب از ابتدا نابود می‌شوند و جایی برای بحث باقی نخواهد ماند. تحت رویکرد قاعده «همه یا هیچ»، تکیه بر احتمالات به این معناست که وقتی با درجات مختلف خاکستری مواجه می‌شویم، قضاات باید آنها را به رنگ سیاه یا سفید پنهان کنند و در نتیجه یا غرامتی پرداخت نشود و یا اینکه تمام زیان جبران شود.

مطابق با «جبرگرایی علّی»،^۴ بیماری که به‌عنوان بیمار دارای ۴۰ درصد شانس زنده ماندن، در صورت درمان صحیح و به‌موقع توصیف می‌شود، در واقع بیماری است که یا به گروه ۴۰ درصد از بیمارانی تعلق دارد که تحت چنین شرایطی زنده خواهند ماند، یا به گروه ۶۰ درصد از بیمارانی که زنده نخواهند ماند. اگر خطای پزشکی رخ نمی‌داد، بیمار یا زنده می‌ماند یا نه و مشخص می‌شد که به کدام گروه تعلق دارد.

اگرچه نمی‌توان تعیین کرد که آیا خطای پزشکی باعث مرگ شده است یا خیر، دقیقاً همین خطاست که باعث ناتوانی ما در روشن کردن رابطه سببیت شده است و باتوجه‌به این موضوع، فقط منصفانه به‌نظر می‌رسد که حداقل مسئولیت جزئی شخصی که مسئول خطاست، پذیرفته شود. جالب اینجاست که این ایده نیز زیربنای پیشنهادی برای «مسئولیت

^۱. Tribunal Supremo. *STS, 30 de mayo de 2006* (RJ 2006/3558). Spain, 30May 2006.

^۲. Gregg va Scott

^۳. Beever, Allan. "Gregg v Scott and loss of a chance", *University of Queensland Law Journal*, Volume 24, 2005, P 209.

^۴. Determinism

برای عدم قطعیت^۱ یا «دکترین آسیب شهودی»^۲ است که در اوایل سده جدید توسط پورات و اشتاین مطرح شد. ایشان تأکید می‌کنند که «حتی اگر رفتار نادرست خوانده، واقعاً باعث آسیبی که خواهان متحمل شده است، نشده باشد، اما باین حال مانع از آن شده که خواهان علت واقعی آن آسیب را شناسایی کند». نویسندگان این محرومیت را «آسیب شهودی» می‌نامند و ادعا می‌کنند که غرامت آن باید با ضرب اندازه «آسیب نهایی» در «احتمال ادعای اینکه ... مرتکب ... واقعاً آن آسیب را وارد کرده است» محاسبه شود.^۳ توجه داشته باشید که این نتیجه با نتیجه برآمده از مفهوم مسئولیت متناسب بر اساس سببیت بالقوه مطابقت دارد.

در صورت پذیرش جبرگرایی علی، تحمیل مسئولیت جزئی امکان ندارد، زیرا فرض این است که هیچ احتمال عینی وجود ندارد و با پذیرش این پیش‌فرض، هیچ‌یک از نظریات از دست دادن فرصت و مسئولیت متناسب بر اساس سببیت بالقوه را محلی برای طرح ندارند.^۴ توجه به محدودیت‌های شناختی انسان پاسخی است که به جبرگرایان داده می‌شود. اتخاذ رویکردی جبرگرایانه در عالم حقوق باعث خواهد شد در بسیاری موارد نتیجه حاصله برخلاف وجدان انسانی باشد. قانون نباید و نمی‌تواند محدودیت‌های شناختی انسان را نادیده بگیرد. بسیاری از اموری که اشخاص انجام می‌دهند، براساس احتمالات، و این امر کاملاً طبیعی و عقلایی است.^۵ هنگام اثبات سببیت تحت قاعده همه یا هیچ، دادگاه‌ها ناگزیر با محدودیت‌های شناختی انسانی مواجه می‌شوند و با اتخاذ آستانه‌های احتمال (معرفتی) فراتر از آن، شرط سببیت را محرز شده تلقی کرده و با استدلال‌های مبتنی بر جبرگرایی مقابله می‌کنند. ایرادات فلسفی متعددی که به جبرگرایی علی وارد شده است،^۶ نشان می‌دهد این تئوری نمی‌تواند مانعی برای تصمیم‌گیری دادگاه‌ها ایجاد کند. برخی استدلال کرده‌اند که جبرگرایی علی به‌عنوان یک استدلال معتبر، قابلیت طرح در برابر نظریه‌هایی که با عدم قطعیت علی مواجه‌اند ندارد و از این رو، ارزش پاسخ‌دهی ندارد.^۷ درعین حال باید افزود که نظریه فرصت ازدست‌رفته می‌تواند به‌عنوان سازوکاری برای غلبه بر محدودیت ناشی از جبرگرایی علی عمل کند: یعنی اگر نتوان رابطه لازم و کافی را اثبات کرد، ممکن است رابطه «احتمالی» یا «کاهش در شانس» را به‌عنوان مبنای مسئولیت قرار داد و از این طریق نظام مسئولیت باید بین «تمام زیان» و «هیچ غرامتی» میانجی‌گری کند. همچنین تمایل نظام‌های حقوقی به حفظ عدالت ترمیمی را در چنین شرایطی، باعث شده است غالباً به‌سمت مسئولیت متناسب یا پذیرش «شانس از دست‌رفته» به‌عنوان زیان مستقل حرکت کرده‌اند. بنابراین، جبرگرایی علی دیگر نمی‌تواند به‌عنوان مانعی مطلق برای این نظریه تلقی شود، بلکه باید با انعطاف و سازگاری با واقعیت‌های پزشکی و علمی علیت مواجه شود.^۸

تأملات فقه‌ای امامیه در خصوص تفاوت سببیت و علیت نیز بسیار دقیق است. برخی گفته‌اند مراد از سبب، علت یا معنی فلسفی آن نیست، بلکه آن چیزی است که عرف، مسبب را به آن منسوب می‌کند و این شناسایی نیز مسئله‌ای عرفی، و

^۱ Liability for Uncertainty

^۲ Evidential Damage Doctrine

^۳ Porat, Ariel and Alex Stein. *Tort liability under uncertainty*, Oxford University Press, 2001, PP 160-179.

^۴ Ludwickska-Redo, Op. Cit., P 339.

^۵ Beever, Op. Cit., P 211.

^۶ برای مطالعه ایرادات جبرگرایی علی به زبان فارسی رجوع کنید به: باربور، ایان، *علم و دین*، ترجمه بهاء‌الدین خرمشاهی، تهران: مرکز دانشگاهی، ۱۳۶۲؛ قدردان قراملکی، محمدحسن، «اختیار، قانون علیت و دترمینیسم»، *مجله انسان‌پژوهی دینی*، دوره ۷، شماره ۲۳، ۱۳۸۹، صص ۷۰-۴۷.

^۷ Ludwickska-Redo, Op. Cit.

^۸ Stern, Rafael B. and Joseph B. Kadane. "Indemnity for a lost chance. Law", *Probability and Risk*, Volume 18, Issue 2-3, 2019, P 143.

انتساب عقلایی خسارت به مسبب معیار است.^۱ عموماً فقهای امامیه به مسئله سببیت نگاهی عرفی و عقلایی داشته و تلاش کرده‌اند از نگاه فلسفی و علمی، برای احراز این رابطه اجتناب کنند.^۲

۳.۲. فرض عدم تحقق آسیب نهایی

در حوزه‌های قضایی ژرمنی، تمرکز اصلی بر حمایت از حقوق ملموس مانند زندگی، سلامت و تمامیت جسمانی افراد است. این دیدگاه بر این اساس است که فرصت‌ها مانند شانس بهبودی ذاتاً غیرقطعی و نامشخص‌اند و نمی‌توانند به‌عنوان یک «حق قانونی مستقل»^۳ در نظر گرفته شوند؛ بنابراین، در موارد خطای پزشکی، اگر پزشکی مرتکب خطا شود و این خطا به از دست رفتن شانس بهبودی بیمار منجر شود، این از دست دادن فرصت به‌خودی‌خود قابل جبران نیست، مگر اینکه مستقیماً به آسیب به زندگی، سلامت یا تمامیت جسمانی بیمار مرتبط باشد.^۴ این دیدگاه به‌ویژه در قانون مسئولیت مدنی آلمان (BGB) مشهود است. در ماده ۸۲۳ این قانون، منافع قانونی مورد حمایت، از جمله زندگی، سلامت و تمامیت جسمانی، به‌صراحت ذکر شده‌اند.^۵ در اتریش نیز، ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی اتریش (ABGB) یک قاعده کلی مسئولیت مدنی را تعیین می‌کند^۶ که مشابه قواعد مسئولیت در قانون مدنی فرانسه است. در هر دو سیستم حقوقی، مسئولیت مدنی فقط در صورتی ایجاد می‌شود که پیش‌شرط غیرقانونی بودن^۷ محقق شده باشد. از دست دادن فرصت بهبودی به‌خودی‌خود به‌عنوان یک حق قانونی محسوب نمی‌شود، زیرا توسط قانون به‌عنوان یک «حق مورد حمایت» شناخته نشده است. شعبه اول مدنی دیوان عالی فرانسه در رأی مورخ ۲۱ نوامبر ۲۰۰۶، شماره ۱۵۶۷۴-۰۵، تصریح می‌کند «تنها فقدان فعلی و مسلم یک احتمال مساعد، می‌تواند از دست رفتن شانس قابل جبران تلقی شود».^۸ اما در مقابل، نظریه دیگری نیز وجود دارد. در این رویکرد، نظریه از دست دادن فرصت بر این اصل استوار است که فرد زیان‌دیده می‌تواند برای از دست دادن یا کاهش شانس بهبود یا زنده ماندن که در زمان وقوع خطای پزشکی وجود داشته

۱. هاشمی شاهرودی، سید محمود (ویراستار)، *موسوعه فقه الاسلامی*، قم: مرکز تحقیقات علوم اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۲۵۳.

۲. نظر به اینکه در این خصوص حقوق‌دانان و محققان آثار علمی مختلفی منتشر نموده‌اند، از تکرار پرهیز می‌گردد. برای نمونه نک: صفایی، سیدحسین و حبیب‌الله رحیمی، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، تهران: سمت، چاپ نوزدهم، ۱۴۰۳؛ عمید زنجانی، عباسعلی، *موجبات ضمان*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۹۴.

۳. Legally Protected Good

۴. Ludwichowska-Redo, Op. Cit., P 341.

۵. 823 BGB (Liability for Damages)

(1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property, or another right of another person is obliged to compensate the other party for the damage arising therefrom.

(2) The same obligation applies to a person who violates a law intended for the protection of others. If, according to the content of the law, it may also be violated without fault, the duty to compensate only arises in the case of fault.

۶. 1295 ABGB:

(1) Every person who unlawfully causes damage to another is obligated to compensate for such damage. This damage may arise from a breach of contract or an act outside of a contract.

(2) If the damage is caused by the fault of a person, the person who committed the fault is liable to compensate for the damage. If the damage is caused by joint fault, each party is liable to compensate for the damage in proportion to their fault.

(3) In cases where the damage is caused by intentional unlawful acts or negligence, the person who committed such acts is liable to compensate for the damage.

۷. Unlawfulness

۸. متن رأی در وب‌سایت رسمی:

Légifrance: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007055490/>

است، غرامت دریافت کند. این نظریه حتی در مواردی که بیمار در نهایت، آسیبی ندیده است نیز قابل اعمال است. با این حال، انتقاد اصلی به این نظریه این است که غرامت فقط زمانی قابل پرداخت است که شانس به‌طور کامل از بین رفته باشد، نه اینکه صرفاً کاهش یافته باشد؛ زیرا یک شانس کاهش‌یافته که هنوز می‌تواند محقق شود، فقط یک پدیده موقتی است و به همین دلیل به تنهایی نمی‌توان آن را به‌عنوان زیان قابل جبران در نظر گرفت. این تمایز در نظریه‌های حقوقی، به‌ویژه در بحث از دست دادن فرصت و مسئولیت مدنی، مطرح می‌شود. در این زمینه، هلموت کوزیول^۱ یکی از برجسته‌ترین حقوق‌دانان اتریشی، معتقد است که تفاوت قائل شدن بین «شانس کاهش یافته» و «شانس نابود شده»^۲ از نظر منطقی و حقوقی توجیه‌پذیر نیست. این موضوع به‌ویژه در مواردی که سببیت نامشخص است، اهمیت پیدا می‌کند. محور انتقادات کوزیول بر این است که اولاً نقض حقوق جزئی نیز مسئولیت‌آور است و ثانیاً امکان تشخیص دقیق بین شانس کاهش یافته و نابود شده وجود ندارد. از نظر وی، کاهش شانس بهبودی نیز به‌عنوان یک آسیب قابل جبران در نظر گرفته می‌شود، زیرا هر دو حالت به‌نوعی باعث محرومیت فرد از یک فرصت ارزشمند شده‌اند.^۳ این رویکرد نه تنها از نظر اخلاقی و حقوقی منصفانه‌تر است، بلکه با اصول کلی مسئولیت مدنی نیز سازگار است.

در عمل، خطاهای پزشکی به‌ندرت به نابودی کامل شانس بهبودی منجر می‌شوند، بلکه معمولاً تنها آن را کاهش می‌دهند؛ بنابراین محدود کردن نظریه از دست دادن فرصت به مواردی که شانس به‌طور کامل از بین رفته است، دامنه کاربرد آن را به شدت محدود می‌کند. از منظر کاشه^۴ اگر شانس کاهش‌یافته در نهایت محقق شده و بیمار بهبود یابد، خسارت قابل جبرانی وجود ندارد. این نظر نیز با انتقاد مواجه است، زیرا «کاهش شانس» به‌خودی‌خود می‌تواند یک آسیب محسوب شود، حتی اگر در عمل، بیمار بهبود کامل یافته باشد.^۵

پرسشی که باید در همین جا پاسخ داده شود این است که آیا طرف آسیب‌دیده می‌تواند هم برای از دست دادن فرصت بهبود و هم به‌صورت جداگانه، برای آسیب شخصی وارده (ادعای مضاعف برای غرامت) غرامت مطالبه کند یا خیر؟ اگرچه شانس مذکور و سلامتی را می‌توان به‌عنوان دو حق قانونی جداگانه در نظر گرفت، اما پاسخ مثبت نیست.

۳.۳. افزایش دعاوی

در هر موردی که شخص به نتیجه مطلوب خود نرسد، می‌تواند با استناد به نظریه فرصت ازدست‌رفته، ادعا کند که خواننده فرصت بهبود یا بقا را از او سلب کرده است. خواهان که بی‌نیاز از اثبات رابطه قطعی سببیت است، با طرح دعوا، دریافت خسارت جزئی را مطالبه خواهد کرد. بدین‌سان همان‌گونه که گفته‌اند دریافت خسارت کامل استثنای شده و حکم به پرداخت خسارت جزئی بر مبنای از دست رفتن شانس، قاعده خواهد شد.^۶ وقتی مدعی خود را بی‌نیاز از اثبات یک رابطه

^۱. Helmut Koziol

^۲. منظور از «شانس کاهش یافته» شرایطی است که در آن شانس بهبود یا موفقیت فرد به‌دلیل یک عمل خطا (مانند خطای پزشکی) کاهش یافته، اما به‌طور کامل از بین نرفته است. برای مثال، اگر به‌دلیل خطای پزشکی، شانس بهبودی بیمار از ۷۰ درصد به ۳۰ درصد کاهش یابد، شانس کاهش یافته است. از دیگر سو «شانس نابود شده» به شرایطی اشاره دارد که در آن شانس بهبود یا موفقیت به‌طور کامل از بین رفته است. برای مثال، اگر به‌دلیل خطای پزشکی، شانس بهبودی بیمار از هفتاد درصد به صفر درصد کاهش یابد.

^۳. Koziol, Helmut (ed.). *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*, Jan Sramek Verlag, 2012, P 101.

^۴. Caché

^۵. Nolan, Donal and Ken Oliphant. *Tort law: Text and materials*, Oxford University Press, 2023, PP 230-236.

^۶. Kadner, Op. Cit, P 139.

سببیت تمام‌عیار می‌بیند، خطر افزایش پرونده‌هایی که خواهان مدعی شانس ازدست‌رفته است، وجود دارد.^۱ پرونده‌هایی که قبلاً به دلیل عدم اثبات رابطه سببیت مختومه شده بودند، حال با استناد به جهت دیگری - فرصت ازدست‌رفته - مجدداً مطرح می‌شوند. البته این ایراد را نمی‌توان موجه دانست؛ چه اینکه حق بر دادخواهی از اصول بنیادین محسوب می‌شود و نباید به بهانه افزایش بار کاری قضات، اشخاص از طرح ادعای خود محروم بمانند. می‌توان با استفاده از راهکارهای دیگر نظیر افزایش هزینه دادرسی این‌گونه دعاوی یا تعیین صلاحیت برای هیئت‌های تخصصی از ورود این‌گونه دعاوی به محاکم جلوگیری کرد.

البته دیوان عالی کشور فرانسه در رأیی تصریح کرده است حتی اگر خواهان در دادخواست خود فقط جبران کامل زیان را درخواست کند و نه جبران ازدست‌رفتن شانس را، دادگاه باید در صورت احراز شرایط لازم برای صدور حکم مستند به فرصت ازدست‌رفته، نسبت به آن رأی صادر کند.^۲ در صورت پذیرش چنین رویکردی از منظر آیینی، اگرچه می‌توان در پرونده‌های آینده از چنین تالی فاسدی پرهیز کرد، همچنان طرح دعوا به سبب فرصت‌های ازدست‌رفته قبلی وجود خواهد داشت.

۳.۴. انقلاب غیرعادلانه بار اثبات دعوا

اینکه فقدان یا کاهش شانس بهبود یا بقا، به صورت مستقل به عنوان یک زیان در نظر گرفته شود، مشکل دیگری را ایجاد می‌کند. ممکن است با اصرار بر این نظریه، اتفاقات و رویدادهایی که بعد از «از بین رفتن شانس» رخ داده است، نادیده گرفته شوند. خواهان صرفاً شانس ازدست‌رفته را اثبات می‌کند و این خوانده است که بار اثبات رویدادهای مؤثر بعدی را بر دوش می‌کشد تا یا بدون تأثیر بودن شانس از بین رفته را اثبات کند یا اینکه با اثبات رویدادهای بعدی، میزان تأثیر شانس از بین رفته را کاهش دهد و در نتیجه غرامت کمتری بپردازد.

۳.۵. ذهنی بودن معیارهای ارزیابی میزان ضرر وارده ناشی از دست رفتن فرصت

نظریه فقدان فرصت، علی‌رغم مزیت کاهش حساسیت نظام حقوقی - قضایی به اختلافات جزئی در محاسبه میزان احتمال سببیت، به دلیل ذهنی بودن معیارهای ارزیابی و ماهیت گسسته خود، ممکن است در عمل به بی‌عدالتی در تعیین غرامت‌ها منجر شود. برخی محققان از «ماهیت ناپیوسته» این نظریه سخن می‌گویند. ناپیوستگی ناشی از این واقعیت است که این مفهوم فقط زمانی قابل اجراست که عدم قطعیت در مورد سببیت وجود داشته باشد و این عدم قطعیت با آستانه قطعیتی که اثبات‌کننده نهایی رابطه سببیت است، همچنان فاصله داشته باشد. اگر احتمال اینکه رفتار خاصی باعث آسیب شده است از این آستانه فراتر رود، مرتکب باید کل خسارت را جبران کند و اگر چنین نباشد، خسارات براساس نظریه از دست دادن فرصت تعیین می‌شود. این تفاوت در معیارهای تعیین غرامت، می‌تواند به تفاوت‌های چشمگیری در میزان غرامت پرداختی منجر شود؛ حتی اگر تفاوت احتمال سببیت بسیار اندک باشد. در مقابل، نظریه مسئولیت متناسب براساس سببیت بالقوه که مطابق آن خوانده موظف به پرداخت بخشی از غرامت بر مبنای میزان احتمال سببیت رفتار وی است، نه براساس کاهش شانس زیان‌دیده، از این مشکل رنج نمی‌برد و به همین دلیل مزیت دارد.^۳

^۱. Ibid, P 140.

^۲. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 1 juin 2022, 20-16.909 20-18.595, Inédit.

^۳. Bieri and Marty, Op. Cit., PP 24-25.

۳.۶. ابهام در «وجود فرصت»

منتقدان نظریه «فرصت ازدست‌رفته» معتقدند این نظریه در مواردی که تعیین علت دقیق آسیب، ناممکن است، کاربرد ندارد. در چنین مواردی، اساساً امکان از بین رفتن یا کاهش «شانس بهبود» وجود ندارد؛ زیرا ممکن است در زمان وقوع رویداد آسیب‌زا، چنین فرصتی اصلاً وجود خارجی نداشته است. مثال زیر که توسط کوزیول ارائه شده است، می‌تواند برای نشان دادن این موضوع استفاده شود: کودکی ناقص متولد می‌شود و نمی‌توان مشخص کرد که آیا نقص ناشی از یک خطای پزشکی قابل سرزنش در هنگام زایمان بوده یا قبلاً به‌طور غیرقابل درمان، توسط یک بیماری پزشکی برای مادر ایجاد شده است. اگر مورد دوم درست باشد (کودک قبل از تولد ناقص بوده است)، هیچ شانس برای بهبود وجود نداشته است و بنابراین خطای پزشک نمی‌توانسته هیچ شانسی را نابود کند. از سوی دیگر، اگر کودک تا لحظه تولد سالم بوده باشد، پزشک به‌سادگی باعث نقص شده است.^۱

نتیجه‌گیری

نظریه «فرصت ازدست‌رفته» به‌عنوان راهکاری برای جبران خسارت بیمارانی که به‌دلیل ابهام در رابطه سببیت، از دریافت غرامت محروم می‌مانند، در برخی نظام‌های حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است. این نظریه با تبدیل «کاهش یا فقدان شانس بهبود» به‌عنوان زیان مستقل، از پیچیدگی‌های سنتی اثبات رابطه سببیت می‌کاهد و راهی برای اعطای غرامت جزئی فراهم می‌کند. با این حال، چالش‌های متعددی از جمله ذات نامشخص شانس‌ها، افزایش دعاوی قضایی، ذهنی بودن معیارهای ارزیابی خسارت و تعارض با مبانی جبرگرایانه مسئولیت مدنی، کارایی این نظریه را زیر سؤال برده است. نظریه فرصت ازدست‌رفته اگرچه در کوتاه‌مدت به نفع زیان‌دیدگان عمل می‌کند، ممکن است در بلندمدت به افزایش پرونده‌های قضایی و کاهش انگیزه پزشکان برای رعایت استانداردهای دقیق منجر شود. همچنین، ابهام در تعیین وجود اولیه شانس بهبود - مانند پرونده‌های نقص مادرزادی - نشان می‌دهد که این نظریه در تمام موارد قابلیت اجرایی ندارد. به نظر می‌رسد نظام‌های حقوقی باید با در نظر گرفتن توازن بین منافع بیماران و پزشکان، به سمت مدل‌های ترکیبی حرکت کنند که هم از انعطاف‌پذیری نظریه فرصت ازدست‌رفته و هم از دقت مسئولیت متناسب بهره ببرند. در نهایت، اصلاح قوانین به‌سمتی که بار اثبات را به شیوه‌ای منصفانه توزیع کند و از استانداردهای احتمالی واقع‌بینانه استفاده کند، می‌تواند راهکار بهتری برای تحقق عدالت در مسئولیت مدنی پزشکی باشد.

منابع

فارسی

کتاب

۱. باربور، ایان، **علم و دین**، ترجمه بهاء‌الدین خرمشاهی، تهران: مرکز دانشگاهی، ۱۳۶۲.
۲. صفایی، سید حسین و حبیب‌الله رحیمی، **مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)**، تهران: سمت، چاپ نوزدهم، ۱۴۰۳.
۳. عمید زنجانی، عباسعلی، **موجبات ضمان**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۹۴.

^۱. Kozioł, Op. Cit, P 154.

مقاله

۴. قدردان قراملکی، محمد حسن، «اختیار، قانون علیت و دترمینسیم»، *مجله انسان‌پژوهی دینی*، دوره ۷، شماره ۲۳، ۱۳۸۹، صص ۷۰-۴۷.
۵. کاظمی، محمود، «نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۵۳، شماره ۸۱۳، ۱۳۸۰، صص ۲۲۵-۱۸۵.
۶. کریمی، عباس و محمدهادی جواهرکلام، «تسهیل در احراز رابطه سببیت در حوادث پزشکی؛ نقش سازنده رویه قضایی ایران و فرانسه»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۶، شماره ۱۱۹، ۱۴۰۱، صص ۱۴۱-۱۲۱.
https://doi:10.22106/rlj.2022.544020.4552_

عربی

کتاب

۷. هاشمی شاهرودی، سید محمود (ویراستار)، *موسوعة فقه الاسلامی*، قم: مرکز تحقیقات علوم اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۹.

References

Books

1. American Law Institute, *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*, 2010.
2. Amid Zanjani, Abbasali, *The Foundations of Liability in Islamic Jurisprudence (Mawjibāt al-Damān)*, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, Third Edition, 2015. (In Persian)
3. Barbour, Ian Graeme (1966), *Science and Religion*, Translated By: Baha-Aldin Khorramshahi, Tehran: Academic Center, 1983. (In Persian)
4. European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Springer, 2006.
5. Hashemi Shahroudi, Sayyed Mahmoud (ed.), *The Encyclopedia of Islamic Jurisprudence (Mawsū'at al-Fiqh al-Islāmī)*, Qom: Islamic Sciences Research Center, First edition, 2010. (In Arabic)
6. Koch, Bernhard. A. "Medical Liability in Austria", In: Koch, Bernhard. A. (ed.). *Medical Liability in Europe: A Comparison of Selected Jurisdictions*, Walter de Gruyter, First Edition, 2011.
7. Koziol, Helmut (ed.). *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek Verlag, 2012.
8. Martín-Casals, Miquel. "Beyond the So-Called 'Health Scale'", *XVIII National Congress of the Spanish Association of Lawyers Specialized in Civil Liability and Insurance*, 2018. (In Spanish)
9. Nolan, Donal and Ken Oliphant. *Tort Law: Text and Materials*, Oxford University Press, 2023.
10. Nys, H. "Medical Liability in Belgium", In: Koch, Bernhard. A. (ed.). *Medical Liability in Europe: A Comparison of Selected Jurisdictions*, Walter de Gruyter, First Edition, 2011.
11. Porat, Ariel and Alex Stein. *Tort Liability under Uncertainty*, Oxford University Press, 2001.
12. Rogers, W. V. Horton, (ed.). *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Springer, 2005.
13. Safa'ei, Sayyed Hossein and Habibollah Rahimi, *Civil Liability, Non-Contractual Obligations*, Tehran: Samt, 19th Edition, 2024. (In Persian)
14. Sugarman, S. D. "Tort Damages for Non-Economic Losses: Personal Injury", In: Bussani M. and A. J. Sebok (eds.), *Comparative Tort Law*, Edward Elgar, 2015.
15. Viney, Geneviève and Patrice Jourdain. *The Effects of Responsibility*, Paris: LGDJ, Third edition, 2013. (In French)

Articles

16. Beever, Allan. "Gregg v Scott and Loss of a Chance", *University of Queensland Law Journal*, Volume 24, 2005, PP 201–212.
17. Bieri, Laurent and Pierre Marty. "The Discontinuous Nature of the Loss of Chance System", *Journal of European Tort Law*, Volume 2, Issue 1, 2011, PP 23-30.
18. Ghodrdan Gharamaleki, Mohammad Hassan, "Free Will, Causality, and Determinism", *Religious Anthropology Journal*, Volume 7, Issue 23, 2001, PP 47-70. (In Persian)
19. Kadner Graziano, T. "Loss of a Chance in European Private Law: 'All or Nothing' or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation", *European Review of Private Law*, Volume 16, Issue 6, 2008, PP 1009–1022.
20. Karimi, Abbas and Mohammad Hadi Javaherkalam, "Facilitate Causation in Medical Accidents; The Constructive Role of Iranian and French Judicial Proceedings", *The Judiciarys Law Journal*, Volume 86, Issue 119, 2022, PP 121-141. (In Persian) <https://doi.org/10.22106/jlj.2022.544020.4552>
21. Kazemi, Mahmoud, "The Theory of Lost Chance in Civil Liability", *Faculty of Law and Political Science Journal*, Volume 53, Issue 813, 2001, PP 185–225. (In Persian)
22. Ludwichowska-Redo, K. "Uncertain Causation, Loss of a Chance and Proportional Liability in Medical Malpractice Cases: A Few Reflections with a Special Focus on Polish Law", *Journal of European Tort Law*, Volume 15, Issue 3, 2024, PP 329–341. Doi: 10.1515/jetl-2024-0016
23. Martin-Casals, M. "Some Introductory and Comparative Remarks to the Decision of the Swiss Federal Court BGE/ATF 133 III 462 and to the 'Loss of Chance' Doctrine", *European Review of Private Law*, Volume 16, Issue 6, 2008, PP 1043–1117. <https://doi.org/10.54648/erpl2008075>
24. Stern, Rafael B. and Joseph B. Kadane. "Indemnity for a Lost Chance", *Law, Probability and Risk*, Volume 18, Issue 2–3, 2019, PP 115–148. <https://doi.org/10.1093/lpr/mgz010/>

Laws

25. Austrian Civil Code, General Liability for Damages.
26. German Civil Code, Liability for Damages.

Electronic Resources

27. Court of Cassation, First Civil Chamber. (June 1, 2022). Judgment No. 2016.909. JURITEXT:JURITEXT000045904788. Retrieved, From: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000045904788/> (In French)